ویرایش جدید

النضید

فی شرح روضة الشهید

کتاب الحجر. الضمان. الحوالة. الکفالة. الصلح

کامل ترین شرح فارسی بر شرح لمعه

همراه با متن کامل شرح لمعه

شیخ حسن قاروبی

النضید فی شرح روضة الشهید

کتاب الحجر. الضمان. الحوالة. الکفالة. الصلح

۲

بسم الله الرحمن الرحیم

النضيد

في شرح روضة الشهيد

شبكة الفكر
alfeker.net

سر شناسه : قاروبی تبریزی ، حسن ، ۱۳۳۶ ، شارح
عنوان قراردادی : النضید فی شرح روضه الشهید ، فارسی ، عربی
عنوان : النضید ، شرح فارسی لمعه ، با متن کامل کتاب لمعه
تکرار نام پدید آور : تالیف حسن قاروبی تبریزی
مشخصات نشر : قم : عالمه . ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری : ج.
بها: ... ریال (دوره) : ISBN : ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۷-۸
(جلد بیست و یکم): ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۵۹-۳
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : کتابنامه :
یادداشت : مندرجات ج . ۱. الطهاره . ج . ۲-۳ . الصلاه . ج ٤ . الزکاه . ج .٥.الصوم و الاعتکاف . ج .۷-٦ الحج.ج.۸. الجهاد . ج . ۹. القضاء . . . .
موضوع : شهید اول ، محمد ابن مکی ، -۷۳٤ ۷۸٦ ق . اللمعه الدمشقیه - نقد و تفسیر
موضوع : شهیدثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ ، ۹٦٦ ق . الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه- نقد و تفیسر.
موضوع : فقه جعفری.
شناسه افزوده : شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ - ۹٦٦ ق ، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه . شرح
رده بندی کنگره :۱۳۹۵ ، ۸۰٤۲۲۲۱ ل ۹ ش / ۳ / ۱۸۳ / BP
رده بندی دیویی : ۲۹۷ / ۳٤۲
شماره مدرک : ۳۹۹۵٦۸۰

النضید (جلد بیست و یکم)

مؤلف : شیخ حسن قاروبی
قطع : وزیری ۴۶۷ صفحه
نوبت چاپ: اول پاییز ۹۵
شمارگان : ۱۵۰۰ نسخه
چاپ گلها
ناشر : عالمه
« کلیه حقوق محفوظ می باشد »

شابک جلدبیست ویکم: ۳-۵۹-۶۳۵۳-۶۰۰-۹۷۸ دوره: ۸-۶۷-۶۳۵۳-۶۰۰-۹۷۸

مرکز پخش: کتابفروشی حسینی
قم . خیابان ارم ، پاساژ قدس ،طبقه همکف بالا ، پلاک ۸۸
تلفن: ۳۷۷۳۷۴۰۵ - ۰۲۵ ، فکس : ۳۷۸۳۷۶۹۶ - ۰۲۵ ، همراه : ۰۹۱۲۲۵۳۷۵۴۶

قیمت : ۱۹۰۰۰ تومان

هر گونه برداشت از تمام یا قسمتی از کتاب جهت تهیه کتاب ، جزوه ، سی دی
یا هر گونه کپی و تکثیر شرعاً و قانوناً مجاز نمی باشد و پیگرد قانونی دارد

فهرست

فهرست ۵
مقدمه ۱۱
کتاب الحجر ۱۵
تعریف حجر و اسباب آن ۱۵
احکام صغیر ۲۱
تفسیر بلوغ و رشد ۲۱
نشانه‌های بلوغ ۲۲
رشد ۲۲
شرط نبودن عدالت در برداشته شدن حجر از صغیر ۲۴
آزمایش رشد بچه ۳۰
کارهایی که سفاهت محسوب می‌شوند ۳۳
آزمایش رشد دختر بچه ۳۵
ثبوت رشد به شهادت شاهدها ۳۸
احکام سفیه ۴۰
جواز وکالت سفیه در اجرای عقود ۴۵
احکام مجنون ۵۰
ولیّ صغیر و مجنون ۵۰
ولیّ سفیه ۵۴
احکام عبد ۵۷

احکام مریض درمرض موت ۵۹
احکام دیگری درباره سفیه ٦٣
حکم حج واجب ومستحب سفیه ٧۵
حکم قسم خوردن ویا نذرکردن سفیه ٧٧

کتاب الضمان ٧٩

تعریف ضمان ٨٣
شرایط ضامن ٨٧
١. کمال ٨٧
٢ ـ آزاد بودن ٩٠
شرط نبودن شناخت مضمون له ٩٨
شرط نبودن علم به مقدارحق مضمون ٩٩
تعیین مقداردرضمان مجهول ١٠٣
شرط نبودن شناخت مضمون عنه ١٠٧
شرط بودن تمیزمضمون عنه ومضمون له وحق مضمون ١١١
عقد ضمان واحکام آن ١١۵
صیغه ایجاب ضمان ١١۵
سخن دربعضی ازصیغه‌های ایجاب ١١٨
صیغه قبول درضمان ١٢١
ثمره نزاع بین دوقول بالا ١٢٤
قول سوم درمسأله قبول ١٢۵
عدم اشتراط رضایت مضمون عنه ١٢٩
اثرضمان بین ضامن ومضمون عنه ١٣١
شرط لزوم عقد ضمان ١٣۵

اقسام ضمان..... ۱۳۹
حکم رجوع ضامن به مضمون عنه در صور مذکوره ۱۴۰
شرایط مال مضمون ۱۴۳
ضمان عهده ثمن ۱۴۵
ضمان خسارتی که به مشتری می‌رسد ۱۵۱
ضمان ارش مبیع..... ۱۵۹
انکار مضمون له قبض مال مضمون را..... ۱۶۳
موارد تهمت ۱۶۶

کتاب الحواله ۱۸۳

تعریف حواله ۱۸۳
صیغه حواله ۱۸۵
شرایط صحت حواله ۱۸۷
احکام حواله..... ۱۹۹
شرط لزوم حواله..... ۲۰۴
تسلسل حواله..... ۲۰۶
دورزدن حواله ۲۰۶
تسلسل ضمان..... ۲۰۸
دورزدن ضمان ۲۰۹
تسلسل و دورزدن کفالت ۲۱۳
حواله بر دو نفر..... ۲۲۷
نزاع بین محال علیه و محیل ۲۳۷

کتاب الکفالة ۲۵۱

تعریف کفالت ۲۵۱
شرط کفالت ۲۵۲
صیغه کفالت ۲۵۵
احکام کفالت ۲۵۶
کفالت بی مدت و مدت‌دار ۲۵۶
برائت ذمه کفیل ۲۵۹
حکم رجوع کفیل به مکفول ۲۶۶
کفالت قهری ۲۷۸
حکم غایب شدن مکفول ۲۸۴
مکان تحویل مکفول ۲۸۶
نزاع کفیل با مکفول‌له ۲۸۹
نزاع دیگر بین کفیل و مکفول‌له ۲۹۳
کفالت دو نفر از یک نفر ۲۹۹
کفالت در مقابل دو نفر ۳۰۳
الفاظی که در عقد کفالت می‌توان به کار برد ۳۰۵
مرگ مکفول ۳۱۷

کتاب الصلح ۳۲۷

تعریف صلح ۳۲۷
صلح باطل ۳۳۸
لازم بودن عقد صلح ۳۴۳
اقسام صلح ۳۶۳
صلح بر عین و منفعت ۳۶۳
صلح بر حقوق ۳۶۸

مسائل نزاعی صلح ۳۸۱
مسأله اول..... ۳۸۱
مسأله دوم ۴۰۰
مسأله سوم : نزاع در دیوار اطاق پایین ۴۱۲
مسأله چهارم ۴۲۵
نزاع در انبار زیر پله ۴۳۵
مسأله پنجم: نزاع در اسب..... ۴۴۱
مسأله ششم: اختلاف در دیوار ما بین دو ساختمان ۴۵۷

مقدمه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله صلى الله عليه وآله وسلم لا سيّما ابن عمه ووصيه أمير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه.

مجلدی که پیش رو دارید، مشتمل بر کتاب «الحجر» و «الضمان» و «الحوالة» و «الكفالة» و «الصلح» می‌باشد.

زبان من از حمد و ثنا، و قلم از توصیف شکر و سپاس، و فکر از شمارش نعمت‌های بی‌پایان خدای عزوجل، و الطاف بیکران ولی اعظمش حجة بن الحسن عجل الله تعالى فرجه الشريف عاجز است که چنین سعادت بزرگی نصیبم شد و توفیق شرح این اثر مهم (شرح لمعه) به این حقیر روزی گردید.

از خداوند عزیز متعال خواستارم که در اتمام سایر مجلدات در ظل توجهات و عنایات ولیّ اعظمش ما را یاری دهد.

حسن قاروبی تبریزی

قم المقدسة

كِتَابُ الحِجْرِ

كتاب الحجر

(كتاب الحجر، وأسبابه ستة) بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، وإلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن في المرهون، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يمكن عوده إلى الإسلام.

والستة المذكورة هنا هي: (الصغر. والجنون. والرق، والفلس. والسفه. والمرض) المتصل بالموت.

تعریف حجر و اسباب آن

(وأسبابه ستة بحسب... توضیح: در این کتاب درباره حَجْر و احکام کسانی که محجور هستند بحث می‌شود.

«حجر» به فتح حاء و سکون جیم، به صیغه مصدر در لغت به معنای منع و جلوگیری کردن می‌باشد، و در اصطلاح فقه عبارت از ممنوع بودن شخص از تصرف در اموال خود از طرف شرع مقدس می‌باشد، و مقصود از تصرف، مطلق تصرف است. یعنی خواه تصرف در تمام اموال و خواه تصرف در بعضی اموال باشد.

مصنف می‌فرماید: شش چیز سبب ممنوعیت شخص از تصرف در اموال خود می‌شود (که پنج سبب از آنها ممنوعیت از تصرف در تمام اموال می‌باشد مثل پنج سبب اول به ترتیبی که در ذیل نگاشته می‌شود، و یک سبب از آنها موجب ممنوعیت از تصرف در بعض اموال است مثل سبب ششم از اسبابی که بعداً بیان می‌شود) و آن شش سبب عبارتند از:

۱. نابالغی: پس بچه‌ای که به حد بلوغ نرسیده، از هر نوع تصرف در اموال خود ممنوع است. یعنی اگر تصرفی کند از قبیل خرید و فروش و بخشش و مانند آن، صحیح نخواهد بود.

۲. دیوانگی: پس شخص دیوانه از تصرف در تمام اموال خود ممنوع است.

۳. بردگی: پس عبد یا کنیز از تصرف در مال خود ممنوعند.

۴. ورشکستگی: پس انسان ورشکسته با شرایطی که در کتاب الدین گذشت، از تصرف در اموالش ممنوع است.

۵. سبک مغزی و نداشتن رشد فکری (سفاهت) پس انسان سفیه که بیش از اندازه معتاد فریب می‌خورد و اصلاح مال خود نمی‌تواند بکند، ممنوع است از تصرف در اموال خود.

۶. بیماری متصل به مرگ: پس کسی که مریض شود و با آن مرض فوت کند، در حال مرض نمی‌تواند تصرف در بیشتر از ثلث اموالش بنماید، یعنی مثلاً اگر بیش از ثلث اموالش را به کسی ببخشد، فقط به اندازه ثلث مالش صحیح و باقی آن باطل می‌باشد.

تفصیل هریک از اسباب مزبور، و حدود ممنوعیت اشخاص مذکور (محجورین) از تصرف در اموال خود در متن مصنف ذکر خواهد شد.

شارح می‌فرماید: هر چند عادت فقها بر این جاری شده که در کتاب «الحجر» شش سبب برای ممنوعیت از تصرف در اموال را ذکر می‌کنند ولی در واقع، اسباب آن بیش از

شش تاست که در ابواب متفرقه فقه به طور پراکنده ذکر شده است که از باب نمونه چند مورد را در ذیل می‌نگاریم:

۱. ممنوع بودن راهن از تصرف در مالی که به رهن گذارده است.

۲. ممنوع بودن مشتری از تصرف در مبیعی که خریده است، قبل از دفع ثمن آن، زیرا چنانکه در کتاب البیع گذشت بر هیچ یک از بایع و مشتری واجب نیست که مال خود را قبل از دیگری، به دیگری تسلیم نماید، بلکه آنچه واجب است این است که همزمان به یکدیگر تسلیم کنند، پس بایع حق دارد قبل از گرفتن ثمن، از دادن مبیع به دست مشتری خودداری کند تا ثمن را بگیرد و در نتیجه مشتری تا وقت تحویل دادن ثمن، از تصرف در مبیع ممنوع خواهد بود.

۳. ممنوع بودن بایع از تصرف در ثمن مبیع قبل از آنکه مبیع را به مشتری تحویل بدهد، و این مورد هم بر همان مبنایی است که در مورد دوم ذکر نمودیم (که واجب نیست بر هیچ یک از بایع و مشتری اینکه مال خود را زودتر از دیگری به وی تسلیم نماید) پس مشتری قبل از تحویل گرفتن مبیع، حق دارد از دادن ثمن خودداری کند و در نتیجه بایع تا وقت تحویل دادن مبیع، از تصرف در ثمن ممنوع خواهد بود.

۴. عبدی که قرارداد کتابت با مولای خود بسته و خود را از مولایش خریده است تا آزاد گردد، چنین عبدی، فقط حق کسب کردن و تصرف در اموال برای پرداخت قیمت خود به مولایش، و نیز خرج خوراک و پوشاک خود را دارد و دیگر حق تصرف و تکسب بیشتر از آن را ندارد و هر چه اضافه بر مال الکتابه و خرج خوراک و پوشاک به دستش برسد، مال مولایش می‌باشد.

۵. مرتد ملی قبل از توبه، حق تصرف در اموال خود را ندارد هر چند مالک آنها می‌باشد و از ملک او ـ به واسطه ارتداد ـ خارج نمی‌شود (بر خلاف مرتد فطری که به واسطه ارتداد، اموالش از ملک او خارج شده و در حال حیاتش بین ورثه تقسیم می‌گردد).

نگارنده گوید: شاید علت اینکه فقها فقط اسباب ششگانه را درکتاب الحجر ذکر نموده‌اند این است که آنها خواسته‌اند اسبابی راکه به اصل شرع موجب حجر می‌باشند را بیان کنند که آنها شش امر مذکور هستند، واما موارد دیگرکه دربابهای متفرقه فقه ذکر شده است، حَجْرهای خاصی هستند که ناشی ازاختیار خود شخص محجور می‌باشد نه اینکه به اصل شرع باشد، مثلاً محجورشدن راهن ازتصرف درمال مرهون، ناشی از قرض گرفتن اوست، ومحجورشدن مشتری ازتصرف درمبیع، ناشی ازعدم دفع ثمن به بایع است، ومحجورشدن بایع ازتصرف درثمن معین، ناشی ازعدم دفع مبیع است به مشتری، ومحجورشدن مرتد، ناشی ازسوء اختیاراوست که ارتداد باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **و أسبابه...** یعنی چیزهایی که سبب حجر (وممنوعیت شخص ازتصرف دراموال خود) می‌شود شش چیزاست (شارح می‌فرماید: منحصر کردن مصنف آن اسباب را درشش چیزهمانا) برحسب آنچه که عادت فقها برذکرآن جاری شده است درباب حجر (می باشد) وگرنه (با قطع نظرازعادت فقها چنانچه بخواهیم واقع را حساب کنیم) اسباب حجربیش ازآن مقدار (شش تا) است که به طور پراکنده دراثناء کتاب «لمعه» (درابواب مختلف) ذکرشده است، مثل ممنوعیت راهن ازتصرف درمال مرهون (گرو)، ومثل ممنوعیت مشتری ازتصرف درچیزی که خریده است پیش ازدفع ثمن (به بایع) ومثل ممنوعیت بایع ازتصرف درثمن معین پیش از تسلیم مبیع (به مشتری)، ومثل ممنوعیت عبد مکاتب ازتکسب برای غیرپرداختن مال الکتابه وخرج خوراک وپوشاک خود، ومثل ممنوعیت مرتدی که امکان بازگشت او به اسلام هست (وآن مرتد ملی است که اگرتوبه کند پذیرفته می‌شود، واما درمرتد فطری، امکان بازگشت به اسلام دراونیست چون اگرهم توبه کند توبه‌اش پذیرفته نیست وباید کشته شود واموالش قبل ازکشته شدن بین ورثه تقسیم می‌گردد).

تضاعیف جمع تضعاف یعنی اثناء **و علی المشتري** عطف است بر ـ راهن ـ یعنی و الحجر علی المشتری، وهمچنین «علی البایع» و«علی المکاتب» و«علی المرتد» عطف بر ـ راهن ـ می‌باشند **الثمن المعین** یعنی ثمنی که درخارج تعیین شده باشد، مثل اینکه متاعی را بفروشد به این پنج درهمی که جلو مشتری موجود است، وکلمه ـ المعین ـ برای خارج کردن ثمنی است که درذمه باشد ودرخارج تعیین نشده باشد، مثل اینکه متاعی را بفروشد به پنج درهم کلی که بعد از انجام عقد، آن را بپردازد، پس در این صورت، محجوربودن بایع ازتصرف درثمن، معنی ندارد زیرا حجر وممنوعیت همانا نسبت به عین خارجی تحقق می‌یابد که ازتصرف درآن عین، ممنوع شود، ومعلوم است ثمنی که درذمه باشد امرکلی است ووجود خارجی ندارد تا تصرف درآن، تحقق یابد.

بدین جهت شارح، کلمه ـ معین ـ را آورد تا معلوم نماید که فقط درآن صورت است حجربایع ازتصرف درثمن، تحقق می‌یابد.

و علی المرتد... شارح درکتاب الحدود درمبحث ارتداد نیزتصریح به این مطلب کرده است وعبارت شهیدین درآنجا چنین است: «والمرتد عن ملة لایزول ملکه عن أمواله... لکن یحجرعلیه بنفس الردة، عن التصرف فیها».

و الستة... یعنی آن شش سببی که دراینجا ذکرشده عبارتند از: نابالغی ودیوانگی و بردگی وورشکستگی وسبک مغزی وبیماری متصل به مرگ **الصغر و الجنون** ممنوعیت صغیر ومجنون ازتصرفات مالی همانا به خاطرنقص وناتوانی برتدابیرامور است. یعنی چون آنها نمی‌توانند کارهای خود را اداره کنند، لذا ازتصرف دراموال منع شده‌اند **الرِّق** ممنوع بودن برده (عبد) ازتصرف درمال، همانا به جهت حفظ حق مولاست **و الفلس** ممنوعیت شخص ورشکسته همانا برای حفظ حق طلبکاران است نه برای نقص و ناتوانی تدبیرامورمعاش **و السَفَه** شهید اول درکتاب «القواعد» فرموده است: ممنوعیت سفیه ازتصرفات مالی، معلوم نیست که آیا به خاطرعدم توانایی برتدابیرامور است یا به

خاطر حفظ اموال خودش می‌باشد؟ چنانچه بگوییم به خاطر جهت اول است پس اصلاً به کلی مسلوب العباره است و برگفتارش هیچگونه اثری مترتب نیست، و اما اگر بگوئیم به خاطر جهت دوم ممنوع التصرف گردیده، پس مستقلاً نمی‌تواند در اموال خود تصرف کند ولی با اجازه ولیّ تصرفاتش صحیح است **و المرض**... ممنوعیت مریض از تصرف در بیش از ثلث اموالش، به خاطر حق ورثه است تا وارثان را تهیدست نگذارد و اطفال خردسال وی بی‌روزی نمانند.

(ویمتد حجر الصغیر حتی یبلغ) بأحد الأمور المذکورة في کتاب الصوم، (ویرشد، بأن یصلح ماله) بحیث یکون له ملکة نفسانیة تقتضي إصلاحه، وتمنع إفساده وصرفه في غیر الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح.

احکام صغیر

و یمتد حجر الصغیر... توضیح: بعد ازآنکه مصنف اسباب حجررا شمرد، اکنون به ذکر احکام آنها (به استثنای فلس که درکتاب الدین گذشت) می‌پردازد، ابتدا احکام صغیررا بیان نموده و می‌فرماید:

ممنوعیت صغیرازتصرف دراموال خود، ادامه دارد تا زمانی که دووصف دراوتحقق یابد: یکی بلوغ، ودیگررشد، وپس ازحصول آن دووصف، صغیرازمحجوریت خارج شده وصغراوپایان می‌یابد.

تفسیر بلوغ و رشد

اکنون شرح هریک ازبلوغ ورشد درذیل بیان می‌گردد:

بلوغ ـ درلغت به معنی رسیدن به امری است، ودراصطلاح فقها عبارت است از رسیدن پسریا دختربه سنی که تمایل جنسی پیدا نماید وقوای جسمی اوآماده برای تولد وتناسل گردد، دراین سن معمولاً قوای عاقله هم قوی می‌شود، این اولین مرحله کمال انسانی است.

بلوغ امری است طبیعی و محتاج به تشریع نمی‌باشد، درقرآن بلوغ به این معنی آمده است که فرموده: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ..﴾[1].

نشانه‌های بلوغ

چنانکه درکتاب الصوم گذشت، بلوغ به یکی ازسه امرذیل دانسته می‌شود:

۱. خروج منی ازمخرج معتاد به هروسیله‌ای که باشد (درپسریا دختر).

۲. روئیدن موهای خشن وزِبْربرپشت آلت تناسلی یعنی بالاترازعورت (درپسریا دختر).

۳. سن، وآن پانزده سال تمام قمری درپسر، ونُه سال تمام قمری دردختر، می‌باشد. و این قول مشهور بین فقهای امامیه است.

رشد

دومین وصفی که برای پایان یافتن صِغَر قرارداده شده است، رشد می‌باشد. وآن در لغت به معنی هدایت می‌باشد ومقصود دراینجا آن است که هدایت بیابد بسوی اینکه بتواند اصلاح مال خود را بنماید.

شارح می‌فرماید: ازظاهرعبارت مصنف چنین استفاده می‌شود که کافی است در تحقق رشد، مجرد اینکه شخص، مال خود را (یک باریا دوبار) اصلاح کرده وضایع نکند ودرراه‌های غیرعقلایی صرف ننماید.

---

[1] سوره نساء، آیه ۵.

ولی این معنی، منظور مصنف نیست وکافی در تحقق رشد نمی‌باشد (زیرا اصلاح مال یک بار یا دو بار موجب اطمینان به حصول رشد نمی‌شود) بلکه باید در او ملکه نفسانی پیدا شود که وی را جلوگیری نماید از ضایع نمودن مال و صرف کردن آن در مصارف غیر عقلایی.

و دلیل بر اینکه تنها اصلاح مال بدون ملکه نفسانی را رشد نمی‌گویند، آن است که چون اصلاح مال و عدم افساد آن، چه بسا به دست سفیه (غیر رشید) نیز حاصل گردد، پس باید ملکه مزبور باشد که در سفیه این ملکه وجود ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یمتد**... یعنی ادامه پیدا می‌کند ممنوعیت صغیر (از تصرف در اموالش) تا آن زمانی که بالغ (شرعی) گردد ـ به یکی از اموری که در کتاب الصوم ذکر شده ـ و (نیز) رشید شود به اینکه بتواند مالش را اصلاح کند. بدین معنی که برای او ملکه نفسانی بوده باشد که اقتضا کند اصلاح مال او را، و جلوگیری نماید از تباه ساختن آن و از مصرف نمودن آن در غیر راه‌هایی که شایستگی کارهای عقلا را دارد (یعنی از مصرف نمودن آن در راه‌های غیر عقلایی جلوگیری نماید) **تقتضي**... صفت است برای ـ ملکه نفسانیه ـ **و صرفه**... عطف است بر ـ افساده ـ **لا مطلق الإصلاح** یعنی مقصود از اصلاح مال در عبارت مصنف این است که ملکه مزبور حاصل باشد نه اینکه مقصود، مطلق صلاح (بدون وجود ملکه مزبور) می‌باشد (چنانکه ظاهر عبارت مصنف است).

فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (وإن كان فاسقا) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه. والمفهوم من الرشد عرفا هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقا.

وقيل: يعتبر مع ذلك العدالة فلو كان مصلحا لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال، وما روي أن شارب الخمر سفيه، ولا قائل بالفرق، وعن ابن عباس أن الرشد هو الوقار، والحلم، والعقل.

وإنما يعتبر على القول بها في الابتداء، لا في الاستدامة، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداء، ويتوجه على ذلك أنها لو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعده لوجود المقتضي.

شرط نبودن عدالت در برداشته شدن حجر از صغیر

فإذا تحقَّقت الملكة المذكورة... توضیح: آیا در پایان یافتن صِغَر و خارج شدن بچه از محجوریت، علاوه بر دو وصف (بلوغ و رشد) عدالت هم معتبر است یا نه؟ دو قول در آن می‌باشد:

۱. مشهور و مصنف آن را معتبر نمی‌دانند و می‌گویند فقط تحقق دو وصف کافی است. یعنی بعد از آنکه صغیر، بالغ گردید و ملکه رشد هم در او پیدا شد، حجر او پایان می‌پذیرد (و بر ولیّ او لازم است که مالش را به وی دفع نماید) هر چند فاسق باشد. و دلیل این قول، آیه شریفه است: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ..**﴾[1] که در این آیه به طور مطلق امر شده به اینکه بعد از بلوغ، همین که رشد را در بچه‌های یتیم مشاهده کردید، اموال آنها را به خودشان دفع نمایید (اشاره به

---

[1] سوره نساء، آیه ۵.

اینکه صغر و محجوریت آنها پایان یافته است) و دیگر در آیه مزبور، علاوه بر بلوغ و رشد، چیز دیگری را در دفع کردن اموال به آنها شرط نکرده است، پس نتیجه می‌گیریم که اگر چیز دیگری (مثل عدالت) شرط می‌بود باید به آن تصریح می‌شد، و چون تصریح نشده استفاده می‌کنیم که شرط نمی‌باشد.

اگر کسی گوید: شاید در مفهوم رشد، عدالت مدخلیت داشته باشد که بنابراین، از آیه مزبور می‌توان اعتبار عدالت را نیز در برداشته شدن حجر، استفاده نمود.

جواب می‌دهد به اینکه عدالت در مفهوم رشد، مدخلیت ندارد، زیرا در هر جایی که از شرع مقدس درباره مفهوم لفظی، چیزی به ما نرسیده باشد، باید در مفهوم آن به عرف مراجعه نمود. و در مورد بحث آنچه که از رشد به حسب عرف، فهمیده می‌شود همانا اصلاح مال است با داشتن ملکه نفسانی بر آن، هر چند فاسق بوده باشد.

۲. شیخ طوسی، عدالت را نیز معتبر دانسته و گفته است عدالت در مفهوم رشد، مدخلیت دارد، که بنابراین، اگر (بعد از بلوغ) تنها ملکه اصلاح مال در بچه پیدا شود اما عادل در دینش نباشد، حجر او برداشته نمی‌شود.

و دلیل ایشان آن است که آیه ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ نهی کرده از اینکه اموال را در اختیار سفیه قرار بدهند (از این آیه به طور کبرای کلی استفاده می‌شود که هر سفیهی ممنوع از تصرف در اموال می‌باشد) و از طرفی دیگر از بعض روایات استفاده کرده‌ایم که شخص فاسق نیز از مصادیق سفیه است، پس آیه مزبور شامل فاسق نیز شده و او از تصرفات در اموال ممنوع خواهد بود.

و دلیل بر اینکه: فاسق نیز از مصادیق سفیه می‌باشد آن است که در روایتی، شارب خمر را سفیه قلمداد کرده است و معلوم است که سفاهت او به جهت فسق و ارتکاب معصیت می‌باشد، و چون کسی از فقها بین این فرد از فاسق و افراد دیگر از فاسقها فرق نگذاشته است (که بگوید فسقی که به سبب شرب خمر باشد سفاهت است اما فسقی

که به سبب معصیت دیگر باشد سفاهت نیست) لذا معلوم می‌شود که هر فاسقی ـ چه شارب خمر و چه غیر او ـ سفیه می‌باشد یعنی رشید نیست، پس رشید آن کسی خواهد بود که فاسق نباشد، و در نتیجه: عدالت و عدم فسق، شرط در تحقق رشد خواهد بود.

و خلاصه استدلال شیخ طوسی به شکل اول از قیاس منطقی برمی‌گردد به این صورت: هر فاسقی، سفیه است (به دلیل روایتی که شارب الخمر را سفیه دانسته، با توجه به اینکه فرقی بین فسق به واسطه شرب خمر یا به واسطه غیر آن نیست پس هر فاسقی سفیه است) و هر سفیهی ممنوع التصرف از مال خود می‌باشد (به مقتضای آیه ﴿**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ**﴾) نتیجه آنکه: هر فاسقی، ممنوع التصرف از مال خود خواهد بود.

سپس شیخ طوسی روایت دیگری را در تأیید فرمایش خود ذکر کرده است و آن اینکه: ابن عباس در تفسیر آیه: ﴿**فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا**﴾ گفته است: مقصود آن است که صغیر به حدی برسد که دارای وقار و حلم و عقل باشد و معلوم است که کسی که فاسق باشد این اوصاف سه گانه در او جمع نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **فإذا تحققت...** (شارح با بیان این جمله که مفهوم عبارت قبلی مصنف است، می‌خواهد عبارت بعدی را وصل به ماقبل نماید) یعنی هرگاه آن ملکه نفسانی با بلوغ، تحقق یافت، حجر (و ممنوعیت تصرفات مالی) از بچه برداشته می‌شود (و باید ولیّ او اموالش را به او دفع نماید) هر چند فاسق باشد، و این قول مشهور است (و علت اینکه عدالت، شرط نیست آن است که:) چون (در آیه: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتامى...**﴾) به طور مطلق امر شده به دفع اموال ایتام به خودشان به مجرد اینکه علم به رشد آنها پیدا شد، بدون آنکه (در آیه مزبور) شرط کرده باشد، چیز دیگری را علاوه بر رشد، و (از طرفی هم می‌دانیم که:) آنچه که به حسب عرف فهمیده می‌شود از رشد همان

اصلاح مال بروجهی است که ذکرگردید (یعنی با داشتن ملکه نفسانی براصلاح مال) گرچه فاسق باشد (وعدم فسق، مدخلیتی درمفهوم رشد ندارد).

لإطلاق الأمر... آیه را سابقاً ذکرکردیم، ترجمه‌اش این است که: امتحان وآزمایش کنید یتیمها را (برای به دست آوردن رشد آنها) تا زمانی که برسند به حدی که بتوانند تزویج نمایند (یعنی به حد بلوغ که تمایل جنسی درآنها پیدا می‌شود) آنگاه اگر (به واسطه آزمایش قبلی) یافتید درآنها رشدی را پس اموال آنها را به دست خودشان بدهید **و قیل...** یعنی وگفته شده که (درتحقق رشد) علاوه براصلاح مال، عدالت نیزمعتبر است، بنابراین، اگرصغیر (بعد ازبلوغ) اصلاح مال بتواند بکند ولی عادل دردینش نباشد، حَجْرازاوبرداشته نمی‌شود (چون رشد تحقق نیافته است).

للنهي... (علت است برای قول مزبور) یعنی چون (درآیه ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾) نهی شده ازدادن مال به سفهاء، و(ازطرفی هم ازبعض روایات استفاده می‌شود که فاسق هم سفیه است، زیرا) روایت شده است که شارب خمر(که یکی ازفساق است) سفیه می‌باشد و(ما سفاهت را درغیرشارب خمرازفاسقین ثابت می‌کنیم چون) کسی ازفقها قائل به فرق (بین شرب خمروغیرشرب خمر) نیست (پس هرفاسقی، سفیه خواهد بود).

و ما روی... روایت را شیخ صدوق چنین نقل کرده است:

«سُئِل ابوجعفر عليه السلام عن قول الله عزوجل: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ قال: لا تؤتوها شارب الخمر ولا النساء، ثم قال: و ایّ سفیه اسفه من شارب الخمر»[1]

---

[1] من لایحضر، ج ٤، ص ٢٢٦.

یعنی امام باقر علیه السلام درباره آیه «و اموالتان را به سفیهان مدهید» پرسیدند، حضرت فرمود: آن را به نوشندگان شراب و زنان مدهید، سپس فرمود: و کدامین سفیه از شراب خوار سفیه‌تر است.

و عن ابن عباس... روایت از طریق عامه نقل شده است[1].

وإنما یعتبر علی القول... توضیح: آنهایی که عدالت را شرط می‌دانند، همانا در ابتدا آن را شرط می‌دانند نه تا آخر، بنابراین، اگر چنانچه در ابتدا عادل بود و اموال او به وی دفع شد، سپس فاسق گردید، در این صورت شیخ طوسی ـ که از قائلین به اشتراط عدالت در ابتدا است ـ به طور قاطع نفرموده که: دوباره ممنوع از تصرف می‌شود، بلکه فرموده: احوط ممنوع کردن اوست از تصرف، وکلمه ـ احوط ـ می‌فهماند که ایشان عدالت را تا آخر شرط نمی‌داند.

شارح می‌فرماید: در اینجا بر شیخ طوسی و قائلین به اشتراط عدالت در ابتدا، این اشکال وارد می‌شود که اگر عدالت در ابتدا شرط بود می‌بایست در ادامه (تا آخر) نیز شرط باشد، چون مقتضی اشتراط ـ که سفاهت باشد ـ در ادامه نیز وجود دارد. پس همان طوری که ـ بر مبنای آنها ـ سفاهت در ابتدا، مانع از دادن مال به دست او بود (چنانکه در دلیل آن قول در بالا دانسته شد) در ادامه نیز چون همان سفاهت وجود دارد، می‌بایست مانع از دادن مال به دست او باشد. پس باید شیخ طوسی به طور قاطع، عدالت را در ادامه نیز شرط بداند (که در نتیجه به طور قاطع، بالغ فاسق را در ادامه نیز ممنوع از تصرف بداند) و حال آنکه در ادامه، شرط نمی‌داند چنانکه از کلمه ـ احوط ـ فهمیده می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و إنما...** یعنی بنابر قول به (اشتراط) عدالت، همانا در ابتدا شرط می‌باشد نه در ادامه (و تا آخر) پس بنابراین، اگر (در ابتدا عادل بود و) بعد از عدالت،

---

[1] رجوع کنید به تفسیر «الدر المنثور» سیوطی، ج ۲، ص ۱۲۱.

فسق براوعارض شد، شیخ طوسی فرموده: احوط آن است که اورا ازتصرف ممنوع نمود، با اینکه شیخ (ازکسانی است که:) عدالت را درابتدا شرط می‌داند.

و (شارح می‌فرماید:) برقول مزبور، این اشکال وارد می‌شود که اگرعدالت ابتدا شرط باشد می‌بایست بعد ازآن (درادامه) نیزشرط باشد، چون مقتضی اشتراط (که سفاهت باشد) وجود دارد (درادامه).

(ويختبر) من يراد معرفة رشده (بما يلائمه) من التصرفات والأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة، وعدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء بمعنى مماكسته فيهما على وجههما، ويراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك، وسلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد.

وإن كان من أولاد من يصان عن ذلك اختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفي الحساب على معامليهم، أو نحو ذلك، فإن وفي بالأفعال الملائمة فهو رشيد، ومن تضييعه: إنفاقه في المحرمات، والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته، وبلده، وشرفه، وضعته. والأمتعة واللباس كذلك.

وأما صرفه في وجوه الخير من الصدقات، وبناء المساجد، وإقراء الضيف فالأقوى أنه غير قادح مطلقا، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف.

آزمایش رشد بچه

(ويُختَبر) من يراد... توضیح: ازآنجایی که قبلاً دانسته شد، رشد، ملکه نفسانی است، بدین جهت برای به دست آوردن اینکه بچه، ملکه رشد را پیدا کرده یا نه باید او را آزمایش کنند، وآزمودن او باید به وسیله کارهایی که مناسب با وضع وشأن اوست انجام بگیرد، چون بچه‌ها بر دو دسته‌اند:

دسته‌ای تاجرزاده‌اند، دسته‌ای تاجرزاده نیستند، بلکه ازاولاد طبقاتی هستند که با تجارت سروکاری ندارند.

۱. طریقه آزمودن دسته اول آن است که خرید وفروش را به آنها واگذارکنند، نه به این معنی که عقد را انجام دهند، بلکه مقصود مقدمات بیع است وآن اینکه ببینند آیا بچه به آن نحوی که شایسته معامله است، درتعیین قیمت وچانه زدن برسرآن، دقت کافی

را می‌کند یا نه، و چنانچه دیدند که در معامله دقت مزبور را می‌کند، منتظر شوند تا او گفتگو بر سر قیمت و تعیین قیمت مقطوع را تمام نماید، سپس ولی او معامله را به عهده بگیرد و اگر خواست، عقد را بخواند.

بعد از آنکه چندین بار، عمل مزبور از بچه صادر شد و دیدند که در همه آنها گول نخورد و مغبون نگردید، و مال را در غیر مواردی که شایسته است مصرف ننمود، رشد او ثابت می‌شود، و معلوم می‌گردد که ملکه رشد را داراست، آنگاه اموال او را می‌توانند به وی دفع نمایند که در آن تصرف نماید.

۲. آزمودن دسته دوم به این است که کاری که مناسب وضع زندگی او است به او واگذار نمایند. مثل یکی از دو طریق ذیل:

مثلاً مدتی، خرج زندگی را به دست او بدهند و ببینند آیا در مصالح زندگی خود خرج می‌نماید یا نه، و یا آیا در آن مواردی که برایش معین کرده‌اند، خرج می‌کند یا نه.

و یا مثلاً ببینند با کسانی که طرف معامله با اولیا هستند (مثلاً بدهکارند) چگونه به حساب آنها رسیدگی می‌کند، آیا دقت کافی در جمع آوری حساب بدهکارها دارد یا نه.

پس اگر در چنین کارهایی که مناسب وضع اوست درست از عهده برآمد، رشد او ثابت می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یُختبر...** (به صیغه مجهول) یعنی آزمایش می‌شود بچه‌ای که می‌خواهند رشد او را بدانند، به وسیله تصرفات و کارهایی که مناسب (با وضع و شأن) اوست تا اینکه روشن شود که آیا متصف به ملکه رشد هست یا نه، و تفصیل آن این است که: بچه‌ای که تاجرزاده است، واگذار شود به او خرید و فروش (نه به این معنی که خرید و فروش کند و عقد آن را جاری سازد بلکه) به معنای (اینکه مقدمات خرید و فروش را انجام دهد مثل:) دقت کاری در تعیین قیمت در خرید و فروش به طوری که شایسته خرید و فروش است (که در اصطلاح به آن چانه زدن بر سر قیمت گویند، و خلاصه اینکه

چانه زدن درقیمت را به بچه واگذارکنند) ومنتظراوباشند تاگفتگویش برسرقیمت را تمام نماید، سپس (وقتی که دیدند گفتگویش تمام شد ونوبت به انجام عقد بیع رسید) ولی اوعهده‌دار بیع (یعنی عقد) شود اگرخواست عقد انجام بگیرد.

ووقتی که چند بارازبچه، آن کارصادرگردید و(درتمام آنها) سالم ماند ازمغبون شدن (وگول خوردن) وازصرف کردن آن درمورد ناشایسته، پس (ثابت می‌شود که) اورشید است.

بمعنی مماکسته... علت اینکه خرید وفروش را تفسیر به کارهای مقدماتی خرید و فروش می‌کنند، درجمله ـ ثم یتولاّه الولیّ ـ بیان خواهیم نمود **یُراعیٰ** به صیغه مجهول **ثم یتولاه...** اینکه می‌فرماید خود عقد را ولیّ انجام بدهد نه بچه، وجه آن یکی ازدوعلت زیراست:

۱. درصورتی که زمان آزمایش رشد، قبل ازبلوغ باشد (چنانکه درآخربحث، شارح همین را فرموده است) علت عهده‌دار شدن ولیّ، عقد را آن است که چون قبل ازبلوغ، بیع بچه صحیح نیست وشرعیت ندارد.

۲. درصورتی که زمان آزمایش رشد، بعد ازبلوغ باشد، علت عهده‌دار شدن ولیّ، عقد را، آن است که چون به یک بارآزمایش، رشد اوثابت نمی‌شود، بلکه باید چندین بار آزمایش شود تا ملکه رشد اوثابت گردد، دراین صورت است که خود عقد را می‌توان به او واگذارنمود **و التضییع في غیر وجهه** (تضییع دراینجا به معنی صرف کردن است وضمیر در ـ وجهه ـ به مال برمی‌گردد) یعنی صرف کند مال را درمواردی که شایسته آن مال نیست، مثل اینکه بخواهد با آن مالی که دراختیاراوگذارده‌اند (برای آزمایش) چیزی بخرد که بی فایده است وبه درد او نمی‌خورد.

و إن کان من أولاد... (عطف است بر ـ فمن کان من اولاد التجار ـ) یعنی واگربچه از اولادکسانی باشد که ازخرید وفروش محفوظند (یعنی سروکاری با تجارت ندارند) باید

اورا آزمایش کرد باکاری که مناسب وضع زندگی اوست: یا به این طریق که دراختیاراو گذارده شود پول خرجی به مدتی، تا آن را خرج کند درمصالح خود ویا درمواردی که برای اومعین شده است **أو بان**...(عطف است بر ـ بان یسلم ـ) یعنی ویا به این طریق که جمع آوری کند حسابی راکه به ذمه معامله کننده‌ها با أولیا می‌باشد **أو نحو ذلک** یعنی و مانند این کارها **فإن وفیٰ**... یعنی پس اگر بچه ازعهده آن افعالی که مناسب وضع اوست برآمد (ومطابق آن عمل کرد) رشید می‌باشد.

کارهایی که سفاهت محسوب می‌شوند

و من تضییعه: إنفاقه... توضیح: دومورد زیرازمصادیق تضییع مال محسوب می‌شوند ومنافات با رشد دارند وسفاهت می‌باشند:

۱. خرج مال درکارهای حرام ونامشروع.

۲. مصرف نمودن آن درخوراکی‌هایی که شایسته حال اوبرحسب زمان وشهراووبر حسب موقعیت اجتماعی او(درشرافت وپستی) نباشد به طوری که عرف اورا تخطئه کند وایراد واعتراض نماید.

وهمچنین است مصرف نمودن آن درلباس‌ها واشیایی که شایسته حال اوبرحسب آنچه گفته شد نباشد.

واما خرج مال درامورخیریه ـ ازقبیل صدقات وساختن مساجد ومهمانی کردن و مانند اینها ـ اقوی درنظرشارح آن است که منافات با رشد ندارد وتضییع مال محسوب نمی‌شود، هرچند بیش ازاندازه لایق به اوبوده وبه حد اسراف رسیده باشد، زیرا در حدیث آمده است که درکارخیر، اسراف نیست (یعنی چیزی که درغیرامورخیریه، اسراف محسوب می‌شود، درامورخیریه اسراف محسوب نمی‌شود) همان طوری که اسراف درغیرامورخیریه، خیری درآن نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **و من تضييعه**... (این کلمه خبر مقدم است برای ـ انفاقه ـ) یعنی از تضییع مال حساب می‌شود، خرج کردن آن درکارهای حرام، و در خوراکی‌های گران قیمت که لایق حال او بر حسب زمان او و شهر او و شرافت و پستی او (از نظر موقعیت اجتماعی) نباشد **بحسب وقته** مثلاً میوه‌ای که فصلش گذشته و قیمت آن بالا رفته، او خریداری می‌کند **و بلده** مثلاً او در شهری زندگی می‌کند که خوراک غالب اهل شهر، مثلاً نان و پنیر و مانند آن است ولی او چلوکباب و مانند آن تهیه می‌کند **و الأمتعة**... (عطف است بر ـ الأطعمة ـ) یعنی و خرج کردن مال در اشیاء و لباس‌هایی که لایق به حال او از نظر زمان و شهر و موقعیت اجتماعی او نباشد **إقراء الضيف** یعنی پذیرایی از مهمان **مطلقاً** خواه بیش از اندازه لایق به او باشد یا نه. **اذ لا سَرَف في الخير كما لاخير في السَرَف** (سرف به فتح سین وراء یعنی اسراف و زیاده روی) نواده شهید ثانی در حاشیه گفته است که ظاهراً این جمله، حدیث می‌باشد و لذا شارح به آن استدلال کرده است و گرنه، استدلال به آن درست نبود.

ولی صاحب «مفتاح الكرامة» گفته است که آن، حدیث نمی‌باشد بلکه حکایت شده که مردی زیاده روی در دادن صدقه نموده، مرد دیگری به او گفت که: «لاخير في السرف» او هم در جواب گفت: «لاسرف في الخير».

نگارنده گوید: آن جمله حدیث نبوی است چنانکه در کتاب «عوالی اللئالی»[1] آمده است، و علامه مجلسی آن را در کتاب «بحار الانوار»[2] از همان کتاب نقل کرده است.

---

[1] عوالی اللئالی، ج ۱، ص ۲۹۱.

[2] بحارالانوار، ج ۷۷، ص ۱۶۷، طبع ایران.

وإن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، والخياطة، وشراء آلاتهما المعتادة لأمثالهما بغير غبن، وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجرة مثلها إن عملت للغير، وحفظ ما تليه من أسباب البيت، ووضعه على وجهه، وصون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأر ونحو ذلك، فإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا.

ولا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادرا من الغلط والانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيرا من الكاملين. ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملا بظاهر الآية.

آزمایش رشد دختربچه

وإن كان انثى... توضیح: رشد دختربچه را باید به وسیله کارهای مناسب با اوآزمایش نمود، از قبیل ریسندگی و دوزندگی، و خریدن وسائل آن دوکار ـ آن نوعی که قیمتش مناسب با شأن و وضعیت اوست ـ بدون آنکه در خریدن آنها گول بخورد و مغبون شود.

و نیز ببینند که از چیزهایی که به واسطه ریسندگی و دوزندگی برای خود تهیه می‌کند و نیز از وسائل آنها چگونه نگهداری می‌کند.

و نیز اگر چنانچه برای دیگران اجیر شود و خیاطی کند، ببینند که آیا مزد آن را به اندازه اجرة المثل می‌گیرد یا کمتر، که اگر کمتر بگیرد کشف از سفاهت او می‌کند.

و همچنین اورا در خانه‌داری آزمایش کنند بدین طریق که: ببینند از اسباب و وسائل خانه که در اختیار اوست چگونه نگهداری می‌کند و آیا آنها را در جای مناسب خود می‌گذارد یا نه، و نیز ببینند خوراکی‌هایی که در خانه زیر دست اوست آیا آنها را از دسترسی مثل گربه و موش محافظت می‌نماید یا نه.

پس بعد از آنکه این کارها چندین بار به طور ملکه از او صادر گردید، رشد او ثابت می‌شود، و در غیر این صورت ثابت نمی شود.

ترجمه و شرح عبارت: **وإن كان**... یعنی و اگر بچه، دختر بوده باشد (نباید او را با کارهایی که پسر را با آنها آزمایش می‌کنند، آزمایش نمایند، چون دختر برای آن کارها خلق نشده است بلکه) باید او را با کارهای مناسب او آزمایش نمود مثل ریسندگی و دوزندگی و خریدن وسایل آن دو کار **المعتادة لأمثالها** (صفت است برای آلات، و ضمیر ـ امثالها ـ به دختر برمی‌گردد) مقصود آن است که مثلاً چرخی که برای ریسندگی یا خیاطی می‌خرد مناسب با شأن و وضعیت او باشد یعنی اگر چنانچه فقیر است، چرخ گران قیمت تهیه نکند **بغیر غبن** متعلق است به ـ شراء ـ یعنی در خریدن آن وسائل و آلات، مغبون نگردد **و حفظ**... (عطف است به غزل) یعنی و (نیز او را آزمایش کنند در) نگهداری آنچه را که از خیاطی و ریسندگی و از خریدن وسائل آنها به دستش می‌رسد (یعنی لباس‌هایی را که به طریق خیاطی و ریسندگی برای خود تهیه می‌نماید و نیز وسائل خیاطی و ریسندگی را چگونه نگهداری می‌کند) **و المحافظة**... یعنی و (نیز او را آزمایش کنند در) مواظبت بر مقدار اجرة المثل (که کمتر از آن به او ندهند) در صورت انجام خیاطی برای دیگران **و حفظ**... یعنی و (نیز او را آزمایش کنند در خانه داری یعنی در) نگهداری از آنچه را که در اختیار اوست از وسائل خانه، و درگذاشتن آن در جای مناسب خود، و در مصون داشتن خوراکیهای خانه که زیر دست اوست، از دسترسی گربه و موش **و نحو ذلك**... یعنی و مانند آن کارها که مناسب دختر است. **فإذا تكرر**... یعنی پس هرگاه کارهای مزبور چندین بار از دختر به طور ملکه صادر شد، رشد او ثابت می‌شود وگرنه، سفیه است.

و لا يقدح... توضیح: در اموری که به واسطه آنها پسر بچه یا دختر بچه، مورد آزمایش قرار می‌گیرد، چنانچه گاهی خلاف آنها از بچه صادر شد (مثلاً اشتباهی کرد یا گول خورد) آیا منافات با رشد دارد و کشف از سفاهت می‌کند یا نه؟ می‌فرماید: که اشتباه و گول خوردن در بعضی موارد به طور نادر منافات با رشد ندارد، زیرا چه بسیار دیده شده که مردم عاقل و کسانی که رشیدند، دچار آن در زندگی پُرپیچ و خم اقتصادی می‌شوند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولایقدح**... یعنی ضرر نمی‌زند به کارهای مزبور(که به وسیله آنها پسر و دختر، مورد آزمایش قرار می‌گیرند و نشانه رشد آنهاست) اگر به طور نادر، کارهایی که منافی با کارهای بالاست، سر بزند، از اشتباه کردن وگول خوردن در بعضی وقتها **لو قو عه**... (علت است برای ـ لایقدح ـ) یعنی زیرا چنین کارهای منافی چه بسیار از افرادی که کامل ورشید هستند صادر می‌شود.

و وقت الإختبار... توضیح: تا به اینجا بحث در راه‌های آزمایش بچه برای به دست آوردن رشد او بود. اکنون شارح در اینجا می‌فرماید که این آزمایش باید قبل از بلوغ انجام بگیرد، و دلیل آن، ظاهر آیه ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم**...﴾ می‌باشد که از دو جهت بر مطلب دلالت دارد:

۱. اینکه متعلق آزمایش را، ایتام قرار داده است و معلوم است که «یتیم» در لغت و شرع، آن بچه نابالغی است که پدر نداشته باشد.

۲. اینکه کلمه ـ حتی ـ در جمله «**حتی إذا بلغوا النکاح**» برای غایت است پس در آیه، غایت و انتهای زمان آزمایش را، وقت بلوغ قرار داده است (چون ـ **إذا بَلغوا النکاح** ـ کنایه از بلوغ است) بنابراین، آیه دلالت می‌کند بر اینکه آزمایش باید قبل از بلوغ باشد و در وقت بلوغ، آزمایش را قطع کنند.

(ویثبت الرشد) لمن لم یختبر (بشهادة النساء في النساء لا غیر) لسهولة اطلاعهن علیهن غالبا، عکس الرجال، (وبشهادة الرجال مطلقا) ذکرا کان المشهود علیه، أم أنثی، لأن شهادة الرجال غیر مقیدة. والمعتبر في شهادة الرجال اثنان، وفي النساء أربع، ویثبت رشد أنثی بشهادة رجل وامرأتین أیضا، وبشهادة أربع خناثی.

ثبوت رشد به شهادت شاهدها

و یثبت الرشد... توضیح: رشد بچه را از غیر طریق آزمایش نیز می‌توان به دست آورد و آن به طریق شهادت دادن شاهدهاست. و تفصیل آن چنین است:

اگر بچه، دختر باشد، به واسطه شهادت زنان، رشد او ثابت می‌شود، و علت پذیرفتن شهادت زنان در این مورد، آن است که چون غالباً زنها به آسانی می‌توانند از حال همجنسان خود خبردار شوند، برعکس مردان که به آسانی از حال زنان نمی‌توانند خبردار شوند، پس اگر بخواهیم ثبوت رشد زن (دختر) را منحصر به شهادت مردان بکنیم، حَرَج و زحمت لازم می‌آید.

و به واسطه شهادت مردان، هم رشد پسر و هم رشد دختر، ثابت می‌شود، زیرا در پذیرفته شدن شهادت مردان، شرط نیست که در موردی باشد که آنها به آسانی از حال مشهود علیه بتوانند خبردار شوند، بنابراین، در مورد رشد دختر هم که مردان به آسانی از حال او خبردار نمی‌شوند، شهادت آنها قبول می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یثبت...** یعنی ثابت می‌شود رشد کسی که آزمایش نشده است، به طریق شهادت زنان در مورد زنان فقط (یعنی اگر آن کسی که آزمایش نشده، دختر باشد، رشد او به واسطه شهادت زنان ثابت می‌شود) **لاغیر** یعنی لا فی غیر النساء یعنی شهادت زنان، فقط در اثبات رشد زنان، قبول می‌شود و اما در مورد اثبات رشد غیر زنان (رشد پسر) قبول نمی‌شود (چون علت قبولی شهادت زنان در مورد زنان، آسان بودن

اطلاع آنها از حال زنها می‌باشد، و معلوم است که زنان از حال مردان به آسانی نمی‌توانند خبردار شوند، پس شهادت زنان در مورد مردان، قبول نمی‌شود) **لسهولة**... (علت است برای قبول شدن شهادت زنان در مورد زنان) یعنی به جهت آسان بودن اطلاع زنان از زنان غالباً، برعکس مردان (که به آسانی از حال زنان خبردار نمی‌شوند).

و بشهادة... یعنی و نیز رشد کسی که آزمایش نشده، ثابت می‌شود به شهادت مردان، مطلقا (یعنی چه در مورد اثبات رشد پسر و چه در مورد اثبات رشد دختر، و مقصود شارح نیز تفسیر کردن کلمه ـ مطلقاً ـ است که می‌فرماید:) چه پسر باشد مشهود علیه، یا دختر باشد، زیرا (قبول شدن) شهادت مردان، مشروط و مقید (به مواردی که اطلاع آنها از حال مشهود علیه، آسان باشد) نیست (بدین جهت شهادت آنها چه در مواردی که اطلاع آنها آسان است مثل رشد پسر، و چه در مواردی که اطلاع آنها آسان نیست مثل رشد دختر، پذیرفته می‌شود) **غیر مقیدة**... برخلاف شهادت زنان که پذیرفته شدن شهادت آنها مقید است به مواردی که اطلاع آنها از حال مشهود علیه آسان باشد و آن مورد در اینجا، فقط زنان (رشد دختربچه) می‌باشد.

و المعتبر... توضیح: در موردی که شهادت مردان پذیرفته می‌شود باید دو نفر باشند، و در شهادت زنان باید چهار نفر باشند.

شارح می‌فرماید: در مورد رشد دختر، به شهادت یک مرد و دو زن، و نیز به شهادت چهار خنثی، ثابت می‌شود.

(ولا يصح إقرار السفيه بمال) ويصح بغيره كالنسب وإن أوجب النفقة، وفي الإنفاق عليه من ماله أو بيت المال قولان، أجودهما الثاني، وكالاقرار بالجناية الموجبة للقصاص وإن كان نفسا، (ولا تصرفه في المال) وإن ناسب أفعال العقلاء، ويصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق، والظهار، والخلع.

(ولا يسلم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالي ممنوع منه.

احکام سفیه

پیش ازآنکه احکام سفیه را توضیح دهیم، مناسب است سفیه را تعریف کنیم. پس گوییم چنانکه دانسته شد، رشد عبارت است ازملکه نفسانی درانسان که ازتباه ساختن مال وصرف کردن آن درراه‌هایی که شایستگی أعمال عُقَلا را ندارد جلوگیری می‌کند.

سَفَه درمقابل رشد است، پس سَفَه عبارت ازملکه نفسانی است درانسان که اموال خود را درراههایی که شایستگی اعمال عُقَلا را ندارد مصرف می‌نماید، چنانکه نمونه آن را شارح سابقاً بیان نمود وآن مثل مصرف نمودن دارایی خود درخوراک وپوشاک که شایسته مقداردارایی ووضعیت اجتماعی اونباشد.

ولایصح إقرار السفیه... توضیح: چون تصرفات سفیه دراموال صحیح ونافذ نیست (چنانکه بعد ازاین ذکرخواهد نمود) اقراراوهم درامورمالی نافذ وصحیح نیست (مثل اینکه بگوید: این مال، متعلق به زید است).

ولی اقراراودرغیرامورمالی صحیح ونافذ است وپذیرفته می‌شود، مثل دوموارد زیر:

مورد اول ـ اینکه اقراربه نسب کند گرچه نسبی که مستلزم وجوب نفقه باشد ـ که نفقه ازامورمالی است ودرنتیجه برگشت اقرارمزبوربه اقرارمالی است ـ مثل اینکه بگوید: این

پسر، بچه من است، ومعلوم است که پسر واجب النفقه پدر است، چنین اقراری گرچه نفقه به دنبال دارد ولی چون خود نسب، مال نیست لذا إقرارش به آن پذیرفته می‌شود و اما نسبت به نفقه آیا باید آن را از مال سفیه بپردازند یا از بیت المال؟ دو قول در آن می‌باشد:

۱. اینکه نفقه او را باید از مال سفیه بپردازند، چون وجوب نفقه فرع بر ثبوت نسب است، ووقتی که نسب ثابت شد، وجوب نفقه هم ثابت می‌شود.

۲. آنکه باید از بیت المال بپردازند نه از مال سفیه، شارح این قول را ترجیح می‌دهد.

ودلیل بر اینکه از مال سفیه نباید پرداخته شود، این است که اقرار به نسب، متضمن دو چیز است: یکی الحاق نسب، دوم: انفاق بر آن، اما الحاق نسب چون مال نیست فلذا به اقرار او ثابت می‌شود ولی انفاق بر آن چون تصرف مالی محسوب است لذا در مال او ثابت نمی‌شود، در نتیجه باید نفقه مقرله (فرزند) را از بیت المال پرداخت کنند چون بیت المال در جهت مصالح مسلمانان باید مصرف شود واین مورد هم یکی از مصالح مسلمانان حساب می‌شود.

مورد دوم ـ اینکه اقرار کند به جنایتی که موجب قصاص است (نه دیه) خواه قصاص عضوی باشد مثل اینکه بگوید دست زید را عمداً مجروح کرده‌ام (در این صورت مجنی علیه ـ زید ـ حق دارد دست او را از باب قصاص مجروح کند) وخواه قصاص نفس باشد مثل اینکه بگوید: زید را عمداً کشته‌ام (در این صورت باید سفیه را قصاص نمود و کشت).

ترجمه وشرح عبارت: **ولایصح**... یعنی صحیح (ونافذ) نیست اقرار سفیه به مالی، وصحیح است اقرار او به غیر مال مثل (اقرار به) نسب گرچه نسبی باشد که نفقه را واجب می‌کند (مثل اقرار به فرزند بودن بچه ای) و(بعد از ثبوت نسب به اقرار سفیه) آیا باید نفقه

مقرله را ازمال خود سفیه داد، یا ازبیت المال باید داد؟ دوقول است بهترین آنها قول دوم می‌باشد.

و کالإقرار... (عطف است بر ـ کالنسب ـ ومثال دوم می‌باشد برای اقرار به غیر مال) یعنی ومثل اقرار به جنایتی که موجب قصاص (نه دیه) است هرچند قصاص نفسی باشد (نه عضوی).

و لا تصرفه في المال... توضیح: کلیه تصرفات سفیه دراموال خود، صحیح ونافذ نیست، اگرچه همانند افعال عقلا باشد ـ ازقبیل خرید وفروش به قیمت عادله ـ مگر اینکه به اجازه ولیّ یا قیّم باشد.

واما تصرفاتی که به طورمستقیم مربوط به اموال نباشد، مثل ظهارویا طلاق دادن گرچه به طلاق خلع باشد، صحیح است، منتها درطلاق خلع چون شوهر(سفیه) در مقابل طلاق، فدیه اززن می‌گیرد، آن فدیه را نباید به دست سفیه داد، زیراگرفتن آن تصرف مالی است که وی ازآن ممنوع می‌باشد.

توضیح اینکه: جاری ساختن صیغه طلاق یا ظهار، چون تصرف مالی نمی‌باشند، از سفیه صحیح است یعنی سفیه به مجرد اینکه به زنش گفت: «أنت طالق» طلاق واقع می‌شود چون درطلاق غیرازفوت شدن استمتاع وبهره‌برداری جنسی، چیزدیگری نیست.

وهمچنین خلع (که نوعی طلاق است که باگرفتن مالی اززن، اورا طلاق می‌دهد) به مجرد جاری ساختن صیغه خلع، طلاق خلع واقع می‌شود.

ونیزسفیه به مجرد اینکه صیغه ظهاررا واقع ساخت، ظهارواقع می‌شود، چون ظهار همانند طلاق، غیرازفوت شدن استمتاع وبهره‌برداری جنسی، چیزدیگری نیست.

منتها طلاق چون غیر مستقیم مربوط به مال می‌شود و آن مهریه زن می‌باشد در صورتی که مطالبه کند، سفیه نمی‌تواند از اموال خود، مهریه او را بدهد چون تصرف مالی است که ممنوع از آن می‌باشد بلکه باید ولیّ او اقدام به دادن مهریه از اموال سفیه بنماید.

و در خلع هم چنانکه گفتیم، فدیه‌ای که زن می‌دهد در مقابل طلاق، نباید آن را به دست سفیه داد بلکه باید ولیّ او آن را بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یصح تصرفه**... یعنی صحیح است تصرف سفیه در اموری که (به طور مستقیم) دادن مالی را در بر نداشته باشد (گرچه به طور غیر مستقیم، متضمن دادن مال باشد) مثل طلاق و ظهار و خلع (که جاری ساختن صیغه این سه امر، تصرف مالی نمی‌باشد گرچه بعد از وقوع آنها، امور مالی به دنبال آنها می‌باشد، مثل مهریه در طلاق، و فدیه در خلع، و کفاره در ظهار به توضیحی که در مورد ظهار خواهیم داد).

و الظهار... ظهار نوعی قهر کردن شوهر است از زن که در جاهلیت عرب رواج داشته و اسلام از آن منع کرده و در عین حال بر مرتکب آن، احکامی قرار داده است.

در ظهار، مرد زن خود را به یکی از محارم خود، از قبیل مادر و خواهر تشبیه می‌کند، مثلاً می‌گوید تو بر من مانند پشت مادر من هستی یا یکی از محارم. یعنی پس از این با تو به چشم مادر و خواهر نظر می‌کنم نه به چشم زنی و شوهری.

ظهار دارای شرایطی است که با وجود آنها بر ظهار کننده، نزدیکی کردن با زن ظهار شده، حرام است، مگر آنکه کفاره دهد. و کفاره آن، کفاره مرتبه است (یعنی سه عمل مرتب بر او واجب است) و آن اینکه: ابتدا بر او واجب است بنده آزاد کند، اگر نتوانست شصت روز پی‌درپی روزه بدارد و اگر نتوانست شصت مسکین سیر کند.

البته در مورد بحث برای اینکه سفیه از تصرف مالی ممنوع است، اگر بخواهد کفاره بدهد، از آن سه عمل، به طور معین، شصت روز روزه بر او واجب می‌شود.

و الخُلع (به ضم خاء وسکون لام) خلع نوعی طلاق باین است، وآن درجایی است که زن ازمرد، رنجیده خاطر و دلخور باشد، وچون طلاق به دست مرد است، زن برای رهایی خود چاره‌ای ندارد مگر اینکه چیزی به اوبذل نماید که درمقابل اورا طلاق بدهد و آن را «فدیه» گویند، واین فدیه ممکن است بیشتر ازمهریه باشد یاکمتر ازآن باشد **عوض الخلع** که همان فدیه می‌باشد. **لأنه**... یعنی زیرگرفتن سفیه، عوض را تصرف مالی می‌باشد که ازآن ممنوع است.

(ويجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود) أي في جميعها. وإن كان قد ضعف إطلاقه عليه بعض أهل العربية، حتى عده في " درة الغواص " من أوهام الخواص، وجعله مختصا بالباقي أخذا له من السؤر وهو البقية، وعليه جاء قول النبي ﷺ لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة " أمسك عليك أربعا، وفارق سائرهن" لكن قد أجازه بعضهم. وإنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلوبة مطلقا، بل مما يقتضي التصرف في ماله.

جواز وکالت سفیه در اجرای عقود

(ويجوز أن يتوكل... توضیح: جایز است سفیه، وکیل شود برای دیگری در انجام معاملات و عقود، مثلاً وکیل شود که برای دیگری، عقد بیع را جاری بسازد.

و دلیل جواز آن این است که این جور نیست که سفیه هیچ گونه عقدی را نتواند جاری سازد و برگفتارش در هر عقدی ـ حتی برای دیگران که موجب تصرف در مال وی نیست ـ هیچ گونه اثری مترتب نباشد، بلکه فقط از آن عقدی ممنوع است (و بر عقدش اثری مترتب نیست) که موجب تصرف در مال وی باشد. یعنی مثلاً بخواهد بیع برای خودش انجام بدهد و چیزی برای خود از مال خود بخرد.

سپس شارح در اینجا مسأله‌ای ادبی در رابطه با عبارت مصنف مطرح کرده است و آن اینکه در عبارت مصنف کلمه ـ سائر ـ را به معنای جمیع تفسیر نموده (یعنی مقصود مصنف آن است که برای سفیه جایز است در تمام عقود، وکیل برای دیگری بشود) و این بین علمای لغت و نحو، مورد بحث است که آیا «سائر» همیشه به معنای «باقی» یعنی باقیمانده است و یا اینکه گاهی به معنای (جمیع) یعنی همه نیز می‌آید.

حریری در کتاب «درة الغواص» گفته است که یکی از اغلاط علماء این است که «سائر» را به معنای جمیع استعمال می‌کنند، و حال آنکه صحیح آن است که سائر به معنای باقی می‌باشد، برای اینکه سائر از ماده «سؤر» به معنای بقیه، مشتق است

(چنانکه در روایت است که: «سؤر المؤمن شفاء» یعنی نیمخورده و باقیمانده آب یا خوراک مؤمن برای مؤمن دیگر شفاست).

سپس حریری گفته است که در فرمایش پیغمبر اکرم ﷺ به شخصی به نام ابن غیلان وقتی که مسلمان شد در حالی که ده زن داشت، فرمود: «چهارتن از زنها را نگه بدار و جدا شو از سایر آنها» که در اینجا «سائر» به معنای باقی استعمال شده است.

به هر حال، شارح می‌فرماید: گرچه حریری استعمال سائر در معنای جمیع را تضعیف کرده است، ولی از طرف دیگر بعضی از علمای ادب، استعمال مزبور را تجویز کرده‌اند، بدین جهت ما نیز «سائر» در عبارت مصنف را به معنای جمیع تفسیر کردیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز**... یعنی جایز است اینکه سفیه، وکیل شود برای دیگری در (جاری ساختن) سایر عقدها (شارح می‌فرماید که مقصود مصنف از کلمه «سائر» جمیع است) یعنی در تمام عقدها، گرچه بعضی از علمای عربیت تضعیف کرده اطلاق «سائر» بر جمیع را (یعنی تضعیف کرده اینکه سائر به معنای جمیع باشد) حتی اینکه در کتاب «درة الغواص» (که مؤلف آن: ابومحمد قاسم بن علی بن محمد بن عثمان حریری است که از ادبای معروف بصره بود، وکتاب «مقامات» از کتاب مشهور اوست) اطلاق «سائر» بر جمیع را از غلط های خواص (یعنی غلط های علما که در کتابهایشان آن را به معنای جمیع، به طور شایع استعمال می‌کنند) قرار داده است، و «سائر» را اختصاص به معنای باقی داده است (یعنی گفته است که سائر در کلام عرب، فقط به معنای باقی می‌آید چنانکه در اصطلاح عرف مردم نیز به همین معنی استعمال می‌شود) به دلیل اینکه: سائر از ماده «سؤر» گرفته شده که به معنای بقیه است (یعنی باقیمانده آب یا غذا در ظرف را «سؤر» می‌گویند) و بر طبق همین معنی آمده است فرمایش پیغمبر اکرم ﷺ به ابن غیلان ـ زمانی که مسلمان شد در حالتی که ده زن داشت ـ که فرمود: «أمسک

علیک أربعاً وفارِق سائرهن» یعنی نگه بدار پیش خود چهارتن ازآن زنها را وجدا شو از باقی آنها.

بعض أهل العربیة ازکسانی که استعمال «سائر» به معنای جمیع را تضعیف کرده‌اند، افراد نامبرده درذیل می‌باشند:

۱. زمخشری درکتاب «تفسیرکشاف» (ناگفته نماند که بعضی ازعلماء برزمخشری ایرادگرفته‌اند که ایشان با اینکه استعمال سائردرمعنای جمیع را انکارکرده است، ولی خود اودرکتاب «کشاف» درموارد متعددی سائررا به آن معنی استعمال نموده است).

۲. صغانی (حسن بن محمد بن حسن العمری الصغانی) صاحب کتاب «شرح البخاری» و«التکملة علی الصحاح».

۳. ابن بری صاحب کتاب «اللباب» وحواشی بر«صحاح اللغة».

عبارات آنها را مرحوم سید علی خان کبیردرشرح صحیفه سجادیه[1] نقل کرده است، هرکه خواهد به آن کتاب مراجعه نماید.

۴. ازهری.

۵. ابن اثیردر«نهایة اللغة».

من أوهام... (متعلق است به ـ عَدِّهُ ـ) جمع وَهْم به معنای غلط **و جعله**... یعنی در کتاب «درة الغواص» قرارداده سائررا مختص به معنای باقی **أخذاً**... دلیل است برای اختصاص به باقی **له** ضمیربرمی‌گردد به سائر**و هو** ضمیربرمی‌گردد به ـ سؤر ـ **البقیة** سؤردراصل به معنای نیم خورده آب است که درظرف باقی می‌ماند، سپس آن را درنیم خورده غذاکه درظرف باقی می‌ماند نیزاستعمال کرده‌اند به طورمجاز.

---

[1] شرح صحیفه سجادیه، ج ۱، ص۳۹۲، طبع جدید.

لکن قد أجازه... یعنی (هرچند بعضی ازعلمای عربیت، استعمال سائر درمعنای جمیع را تضعیف کرده اند) ولی آن را بعضی ازعلمای ادب، تجویزکرده‌اند (وازکسانی که تجویزکرده، جوهری صاحب «صحاح اللغة» است).

نگارنده گوید: حق آن است که «سائر» درهردومعنی (جمیع ـ باقی) استعمال می‌شود وحتی درکلام امام الفصحاء وسید البلغاء واستاد الخطباء حضرت مولی الموحدین امیرالمؤمنین علیه‌السلام نیز به معنای جمیع آمده است وما چند نمونه دراینجا می‌آوریم (که درحق آن حضرت گفته‌اند کلام اودون کلام الخالق وفوق کلام المخلوق است، وکسی ازخدمت آن حضرت نزد معاویه رفت وگفت: ازپیش عاجزترین مردم در کلام آمده ام، معاویه گفت: وای برتواورا عاجزمی‌گویی، والله که راه فصاحت وبلاغت را برقریش، کسی غیراونگشوده وقانون سخنوری را سوای اوکسی تعلیم ننموده).

۱. «اللؤم مضادّ لسائرالفضائل وجامع لجميع الرذائل والسوءآت والدنايا»[1]

یعنی بخیلی یا پستی مرتبه، ضد است با تمامی فضائل (وجمع نشود با آنها) و فراهم آورنده است جمیع بدیها وپستی‌ها را.

۲. «المروءة اسم جامع لسائرالفضائل والمحاسن»[2]

یعنی: مروت، جمع کننده همه فضائل ونیکویی‌هاست.

۳. «... قد جعل هواه اميره واطاعه في سائرامور»

یعنی به تحقیق هوای نفس وخواهش را فرمانفرمای خود کرده، ودرتمام کارهایش اطاعت وفرمانبرداری آن کرده.

---

[1] غررالحکم ودررالکلم، تألیف آمدی، ح ۲۱۷۷.

[2] غررالحکم ودررالکلم، تألیف آمدی، ح ۲۱۷۸.

٤. «صوم النفس إمساك الحواس الخمس عن سائر المآثم و خلوّ القلب عن جميع أسباب الشر»[1]

یعنی روزه نفس، نگاهداشتن حواس پنجگانه است از همه گناهان و خالی بودن دل است از جمیع اسباب بدی.

و إنما جاز... یعنی علت اینکه جایز است وکیل کردن غیرسفیه، سفیه را (در اجرای تمام عقود) آن است که چون صیغه وگفتار سفیه بی اثر نیست در تمام عقود (یعنی حتی در عقدی که برای دیگران باشد که موجب تصرف در مال وی نمی‌باشد) بلکه صیغه و گفتار او، فقط در عقدی که موجب تصرف در مال وی باشد بی‌اثر است.

---

[1] غررالحکم آمدی، حدیث ۵۸۸۹.

(ويمتد حجر المجنون) في التصرفات المالية وغيرها (حتى يفيق) ويكمل عقله (والولاية في مالهما) أي الصغير والمجنون (للأب والجد) له وإن علا (فيشتركان في الولاية) لو اجتمعا، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضا قدم عقد السابق فإن اتفقا ففي بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أوجه، (ثم الوصي) لأحدهما مع فقدهما، (ثم الحاكم) مع فقد الوصي.

احکام مجنون

(ويمتد حجر المجنون)... توضیح: دیوانه از هرگونه تصرف، ممنوع است چه تصرف مالی (مثل بیع و هبه و مانند آن) و چه غیرمالی (مثل طلاق و اجراء عقود برای دیگران) و آن ممنوعیت ادامه دارد تا آن زمانی که بهبودی یافته و عقلش کامل گردد.

ولیّ صغیر و مجنون

و الولاية في مالهما... توضیح: مقدمتاً گوییم: ولایت عبارت از سلطه و اقتداری است که شرع مقدس به جهتی از جهات به کسی می‌دهد که امور مربوط به غیر را انجام دهد و کسی که این سمت را دارد «ولیّ» نامیده می‌شود.

محجورین (صغیر و مجنون و سفیه) در اثر آنکه نمی‌توانند منافع مالی خود را در اجتماع حفظ بنمایند و رفع زیان از خود کنند، شرع مقدس، ولایت و سرپرستی و اداره اموال آنان را به عهده دیگران گذارده است که آنان، اولیا می‌باشند.

ولی صغیر و مجنون ـ چنانکه شرح آن ذیلاً بیان می‌گردد ـ عبارت است از: پدر، جد پدری، وصیّ آنها (در صورت نبود پدر و جد پدری) و حاکم شرع (در صورت نبودن وصی).

اکنون به شرح احکام هریک ازآنان می‌پردازیم:

۱. پدر و جد پدری

منظور از جد پدری، پدرپدر، جد پدر، وجدّ جد وهرچه بالا رود می‌باشد.

درصورتی که پدروجد پدری، هردوموجود باشند، هردودرردیف یکدیگرند وهریک مستقلاً حق ولایت وسرپرستی دراموال صغیرویا مجنون را دارا می‌باشند. بنابراین، اگر هردوبه توافق یکدیگراقدام به امری درامورمالی صغیریا مجنون نمودند (مثلاً هردوبا هم یک چیزی ازاموال صغیررا به زید فروختند) دراین صورت تصرف مزبورنافذ است و اشکالی درآن نمی‌باشد.

واما اگراقدام وتصرف هریک ازآنها معارض با تصرف دیگری بود به این معنی که هر یک ازپدروجد پدری جداگانه تصرف مالی درمال صغیریا مجنون کردند (مثلاً هریک ازآنها جداگانه مالی ازاموال صغیررا فروخت، مثل اینکه پدر جداگانه قالی را به زید فروخت، وجد پدری جداگانه آن را به عمروفروخت) حکم دراین صورت این است که اگرچنانچه تصرف یکی ازآنها جلوترازدیگری بود، مثلاً پدرزودترازجد پدری آن قالی را فروخته بود، تصرف اوصحیح است وتصرف جد پدری باطل می‌باشد. واما اگرتصرف آنها همزمان بوده باشد، دراین صورت محل خلاف است بین فقها، ودرآن سه احتمال می‌باشد:

۱. اینکه تصرف هردو باطل می‌باشد، چون هیچ یک بردیگری ترجیح ندارد واگر بخواهیم تصرف یکی را صحیح ودیگری را باطل بدانیم، ترجیح بلامرجح خواهد بود.

۲. اینکه ولایت جد پدری، مقدم برولایت پدر می‌باشد. یعنی تصرف جد پدری را صحیح بدانیم وتصرف پدررا باطل، زیرا جد پدری، زمانی ولایت برپدرنیزداشته است.

۳. اینکه ولایت پدر، مقدم بر ولایت جد پدری می‌باشد. یعنی تصرف پدر را صحیح و تصرف جد را باطل بدانیم، زیرا او نزدیکتر از جد به فرزند است.

۲. وصی

وصی، کسی است که موصی، آن را برای پس از فوت خود در انجام اموری که خود می‌توانسته به جای آورد معین می‌نماید. از قبیل ادای دیون، اخراج ثلث و مصرف آن، و همچنین آن سمتی را که خود در سرپرستی صغیر و اموال او داشت، برای بعد از فوت، به وصی واگذار نماید که در حقیقت او قائم مقام ولیّ می‌باشد.

در صورت فوت پدر و جد پدری، وصی یکی از آنان، سمت ولایت و سرپرستی را عهده‌دار خواهد بود.

۳. حاکم شرع

در صورت نبود وصی (خواه فوت کند و یا اصلاً پدر و جد پدری، وصی تعیین نکرده باشند) حاکم شرع، ولایت و سرپرستی اموال طفل و یا دیوانه را عهده‌دار خواهد بود، زیرا کودکان صغیر و دیوانگان را که به مال خود دسترسی ندارند، نمی‌توان بی سرپرست رها کرد تا حضرت ولی عصر عجّل‌الله‌تعالی‌فرجه‌الشریف ظاهر شود، و جاهل فاسق را نمی‌توان ولی آنها دانست و مال آنها را به دست جاهل سپرد، ناچار کسی باید عهده‌دار امر آنان گردد که موارد احکام شرع و حلال و حرام را با دلیل بداند و عادل باشد و آن حاکم شرع است.

ترجمه و شرح عبارت: **و الولاية في مالهما**... یعنی ولایت و سرپرستی در مال آنها ـ یعنی بچه و دیوانه ـ برای پدر و جد پدری است، هر چند جد بالا رود (جد دوم و جد سوم...) و در نتیجه در صورتی که هر دو موجود باشند، در ولایت با هم مشترکند (یعنی هر یک از آنها جداگانه حق تصرف در مال بچه یا دیوانه را دارند) بنابراین، اگر هر دو توافق

نمودند بر امری (مثلاً فروش مالی از اموال بچه) تصرف آنان نافذ است، و اما اگر (توافق نکردند بلکه) تعارض نمود تصرف آنها با یکدیگر، در این صورت (چنانچه تصرف و عقد یکی از آنها زودتر از دیگری بود) مقدم داشته می‌شود عقد آنکه زودتر بوده است، حال اگر عقد آنها همزمان بوده باشد (ویکی قبل از دیگری نباشد) در این صورت آیا عقد هر دو باطل است، یا اینکه (عقد) پدر ترجیح داده می‌شود، یا اینکه (عقدِ) جد ترجیح داده می‌شود؟ چند احتمال است.

ثم الوصي... یعنی سپس ولی آنان، وصی پدر یا جدّ پدری است در صورت نبود پدر و جدّ **ثم الحاكم**... یعنی سپس، ولی آنان، حاکم است در صورت نبود وصی (شارح در کتاب «مسالک» فرموده: در هر جای فقه، وقتی که حاکم به طور مطلق گفته می‌شود، مقصود مجتهد جامع الشرایط می‌باشد).

(والولاية في مال السفيه الذي لم يسبق رشده كذلك) للأب والجد إلى آخر ما ذكر، عملا بالاستصحاب (فإن سبق) رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه (فللحاكم) الولاية دونهم، لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، وهو منتف، والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل وإن تخلف في بعض الموارد. وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقا، لظهور توقف الحجر عليه، ورفعه على حكمه في كون النظر إليه.

(والعبد ممنوع) من التصرف (مطلقا) في المال وغيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق فإن له إيقاعه وإن كره المولى.

ولیّ سفیه

(والولاية... توضیح: دراینکه ولیّ سفیه کیست؟ دو قول است:

۱. مصنف تفصیل داده است به اینگونه که: اگر سفیه، سابقه رشد نداشته باشد،

به این معنی که سفاهت او متصل به کودکی او بود، یعنی قبل از بلوغ، سفیه بود و با حالت سفاهت، بالغ گردد، در این صورت همانند صغیر و مجنون، ولی او پدر یا جد پدری اوست و در صورت نبود آنها ولایت با وصی پدر یا جد پدری است و در صورت نبودن وصی، ولایت با حاکم شرع است.

و اما اگر سفیه، سابقه رشد داشته باشد به این معنی که سفاهت او منفصل از کودکی او بود، یعنی قبل از بلوغ، رشد او ثابت شد و با حالت رشد، بالغ گردید و حجر از او برداشته شد، سپس سفاهت بر او عارض گردید، در این صورت ولایت او با حاکم شرع است و پدر یا جد پدری ولایت نخواهند داشت

دلیل صورت اول آن است که: شکی نیست که قبل از بلوغ، ولایت او با پدر و جد پدری بود، و بعد از بلوغ به واسطه آنکه رشد او ثابت نشد تا ولایت آنها قطع شده باشد،

بدین جهت اگر شک در انقطاع ولایت آنها داشتیم، استصحاب بقاء ولایت آنها را می‌کنیم.

و دلیل صورت دوم آن است که: چون فرض آن است که رشد بچه، ثابت شده بود، دیگر بعد از بلوغ، ولایت پدر یا جد پدری قطع گردیده، سپس ولایت آنها با عارض شدن سفاهت بر نمی‌گردد مگر اینکه دلیل خاصی بر برگشتن ولایت آنها باشد که چنین دلیلی نداریم، بنابراین، ولایت او با حاکم شرع خواهد بود.

اگر کسی گوید که ولایت حاکم بر سفیه، نیز احتیاج به دلیل دارد و در اینجا چه دلیلی بر آن داریم؟

جواب می‌فرماید: به اینکه ثبوت ولایت او بر سفیه، احتیاج به دلیل خاصی ندارد، زیرا وی ولی عام است و هر کسی که ولی نداشته باشد، ولایت حاکم بر او ثابت است و این عموم ولایت به واسطه ادله دیگر به طور مسلم ثابت شده است، پس عموم ولایت او شامل سفیه نیز می‌شود، گرچه در بعضی موارد، ولایت ندارد مثل آن مواردی که پدر و جد پدری ولایت دارند ـ که در بالا گذشت ـ که با وجود آنها حاکم ولایت ندارد.

۲. قول دوم آن است که مطلقا ولایت سفیه با حاکم شرع است، چه در صورت اول (که سفیه سابقه رشد نداشته باشد) و چه در صورت دوم (که سفیه سابقه رشد داشته باشد). دلیل این قول را بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **و الولایة...** (این کلمه مبتدا است و خبر آن ـ کذلک ـ می‌باشد) یعنی سرپرستی اموال در مال سفیهی که رشد او نگذشته باشد، (یعنی سابقه رشد نداشته باشد) همانند صغیر و مجنون، با پدر و جد پدری اوست و بعد از آنها ولایت با آنهایی است که در بالا ذکر شد (یعنی با وصی پدر و جد پدری، و در صورت نبود وصی، ولایت با حاکم شرع است) به دلیل عمل به استصحاب (یعنی استصحاب ولایت پدر و جد پدری که قبل از بلوغ برای آنها ثابت بود).

حال اگر رشد اوگذشته باشد و ممنوعیت ازاوبرداشته شده باشد به واسطه بالغ شدن او در حال رشد، سپس سفاهت به او عارض گردیده باشد، در این صورت ولایت آنها با حاکم است نه پدر و جد پدری و یا وصی آنها، زیرا ولایت غیر حاکم، ازسفیه برداشته شده به واسطه رشد، پس دیگر ولایت به آنها بر نمی‌گردد مگر اینکه دلیل خاص باشد که چنین دلیلی در اینجا نداریم، اما حاکم، ولیّ عام است (یعنی ولایت او به طور عموم ثابت است به واسطه آن ادله‌ای که عموم ولایت او را ثابت کرده است، بدین جهت) احتیاج به دلیل خاصی ندارد، هر چند عموم ولایت او در بعضی موارد تخلف کرده و ثابت نشده است (مثل مواردی که ولایت پدر و جد پدری در آن ثابت است چنانکه در بالا گذشت که با وجود آنها، نوبت به حاکم شرع نمی‌رسد).

قول دوم درباره ولیّ سفیه

و قیل: الولاية في ماله... توضیح: قول دوم در مسأله ولیّ سفیه، آن است که ولایت او مطلقا با حاکم شرع است، چه سفیهی که سابقه رشد داشته باشد و چه نداشته باشد.

قبل ازآنکه دلیل این قول ذکر شود، لازم است مقدمتاً بگوییم که:

بعداً خواهد آمد که بین فقها محل خلاف است که ثبوت حجر بر سفیه و نیز برداشته شدن حجر از او بعد از برطرف شدن سفاهت، آیا باید به حکم حاکم شرع باشد یا اینکه ثبوت و زوال آن، احتیاج به حکم حاکم ندارد بلکه به مجرد ظهور سفه، حجر ثابت شده و به مجرد زوال سفه، حجر زایل می‌شود؟ چند قول در آن می‌باشد.

اکنون در مورد بحث چون قائل به قول مزبور، نظرش آن است که ثبوت حجر و زوال آن، هر دو باید به حکم حاکم باشد، لذا بر قول خود چنین استدلال نموده است که:

از اینکه می‌بینیم ثبوت حجر بر سفیه و زوال آن، متوقف بر حکم حاکم است، چنین بر می‌آید که نظر و سرپرستی امور مالی سفیه مطلقا با حاکم شرع می‌باشد.

نگارنده گوید: گویا قائل به قول مزبور، ملازمه قائل است بین توقف حجر و زوال آن بر حکم حاکم، و بین ولایت او بر سفیه.

جواب این قول را ـ با توجه به مختار شارح در مباحث بعدی درباره توقف حجر و زوال آن بر حکم حاکم ـ می‌توان چنین گفت:

اولاً: قبول نداریم که حجر سفیه و زوال آن، متوقف بر حکم حاکم باشد. چنانکه شارح این نظریه را بعداً اختیار نموده است.

و ثانیاً: فرضاً آن توقف را قبول کنیم، گوئیم تلازمی نیست بین توقف ثبوت حجر و زوال آن بر حکم حاکم، و بین ولایت او، زیرا هیچ منافاتی نیست بین اینکه حجر و زوال آن موقوف بر حکم حاکم باشد ولی سرپرستی و ولایت با پدر و جد پدری باشد بعد از حکم حاکم به حجر.

ترجمه و شرح عبارت: **لظهور**... یعنی زیرا توقف حجر بر سفیه و برداشته شدن حجر از او، (هنگام زوال سفاهت) بر حکم حاکم، ظهور دارد در اینکه سرپرستی و ولایت با حاکم است **علیه** متعلق به حجر است **علی حکمه** متعلق است به ـ توقف ـ **في کون**... متعلق است به ظهور.

احکام عبد

و العبد ممنوع من التصرف... توضیح: گفته شد که یکی از اسباب ممنوعیت از تصرف، برده بودن است، بنابراین، عبد (و همچنین امه) بدون اذن مولایش، حق تصرف ندارد، خواه تصرف مالی باشد (مثل فروختن و هبه کردن و اجاره دادن و مانند آنها) و خواه تصرف غیر مالی مثل نکاح.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه عبد را مالک چیزی بدانیم یا اینکه مالک شدن اورا ممتنع بدانیم (زیرا همانطوریکه درکتاب المتاجرگذشت: محل خلاف است بین فقها که آیا عبد، مالک چیزی می‌تواند بشود ـ مثلاًکسی به اوچیزی بخشید آیا آن را مالک می‌شود ـ یا نه) زیرا بنا بر هر دو نظریه، عبد حق تصرف ندارد. یعنی اگر مالک چیزی هم بشود باید با اذن مولایش، تصرف درآن نماید.

فقط دریک مورد است که عبد بدون اذن مولا می‌تواند تصرف کند وآن طلاق است. یعنی عبد می‌تواند زن خود را بدون اذن مولایش طلاق بدهد، بلکه حتی اگرمولا ناراضی ازطلاق دادن اوباشد، باز می‌تواند طلاق بدهد وطلاقش صحیح است.

ترجمه وشرح عبارت: **أحلنا** یعنی محال وممتنع بدانیم مالک شدن اورا **ام قلنا به** یعنی یا اینکه قائل شویم به مالک شدن او(وآن را محال ندانیم) **عدا الطلاق** استثناء است ازتصرف **فإنّ له**... یعنی زیرا عبد، حق دارد طلاق را واقع سازد هرچند مولایش آن را خوش نداشته باشد.

(والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث)، إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه بثمن مثله نفذ، (وإن نجز) ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجارة (على الأقوى) للأخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقا ومفهوما، وقيل: يمضي من الأصل للأصل، وعليه شواهد من الأخبار.

احکام مریض در مرض موت

(والمريض... توضیح: یکی دیگر از کسانی که ممنوع از تصرف می‌باشد شرعاً، مریض است که مرض او متصل به مرگ او شود. چنین مریضی، تصرفی که در حال مرض در اموال خود می‌کند، اگر به اندازه ثلث دارایی‌اش باشد صحیح و نافذ است شرعاً.

واما در بیش از آن چنانچه تصرف به طور معاوضه باشد، آن هم معاوضه به ثمن المثل نه کمتر از آن (مثل اینکه مالی را از مازاد بر ثلث دارایی‌اش بفروشد به قیمت واقعی) چنین تصرف نیز صحیح و نافذ است شرعاً، و اگر تصرف تبرعی باشد: بر دو گونه است: یا معلق است و یا منجَّز:

معلَّق: یعنی معلق بر بعد از فوت او باشد. مثل اینکه وصیت کند بعد از فوت او فلان مقدار پول (مازاد بر ثلث) به زید ببخشید، و یا فلان فرش را وقف بر مسجد کنید، و یا فلان مقدار پول صدقه به فقرا بدهید، چنین تصرفی نافذ نیست شرعاً به این معنی که مریض، از وصیت به امور مذکوره بر وجهی که نافذ باشد بدون اجازه ورثه ممنوع است، نه اینکه وصیت مزبور اصلاً باطل باشد، و به عبارت دیگر نفوذ وصیت به امور مزبور که مازاد بر ثلث باشد، موقوف بر اجازه ورثه خواهد بود که اگر اجازه دادند، وصیت نافذ می‌شود وگرنه باطل می‌گردد.

منجّز: یعنی تصرفی که به طور قطعی در حال حیات خود در ایام مرض انجام دهد و معلق به بعد از موت نکند یعنی به صورت وصیت نباشد (مثل اینکه بگوید: فلان مال را به زید بخشیدم، و یا فلان مال را وقف طلاب کردم، و یا صدقه به فقرا بدهد) و این تصرفات را در اصطلاح فقه «منجزات مریض» گویند. و آن بین فقهاء محل خلاف است.

مصنف می‌فرماید: اقوی در نظر ما آن است که اینگونه تصرف نیز (در مازاد بر ثلث) نافذ نیست به دلیل روایات زیادی که بعضی از آنها منطوقش دلالت بر آن می‌کند، و بعضی مفهومش دلالت بر آن می‌کند.

ولی بعضی از فقهاء، تصرف مزبور را از اصل دارایی (نه ثلث) نافذ و صحیح دانسته‌اند، به دلیل اصل سلطنت انسان بر تصرف در اموال خود در حال حیات (توضیح این اصل را در شرح عبارت ذکر خواهیم کرد).

ترجمه و شرح عبارت: **و المریض**... یعنی شخص بیمار (که با آن بیماری بمیرد) ممنوع است از تصرف در بیش از مقدار ثلث اموالش، البته در صورتی که تصرف مزبور، تبرعی باشد (مقصود از تبرع در اینجا ـ چنانکه از مثال‌هایی که شارح بعداً ذکر کرده استفاده می‌شود ـ یکی از این دو امر است:

۱. دادن مال، مجانی و بلاعوض مثل وقف و صدقه و هبه غیر معوضه.

۲. دادن مال در مقابل عوضی کمتر از عوض المثل، مثل اینکه مالی را ارزانتر از قیمت واقعی‌اش بفروشد، و یا مالی را به کمتر از اجرت المثل اجاره بدهد) و اما اگر معاوضه کند بر مازاد از ثلث، در مقابل ثمن المثل آن (یعنی قیمت واقعی) صحیح و نافذ است (شرعاً).

و إن نجّز... (ـ ان ـ وصلیه است) یعنی (مریض اگر تصرفش در بیش از مقدار ثلث، تبرعی باشد نافذ نیست) اگرچه تصرف تبرعی را به طور قطعی در حال مرضش انجام دهد (یعنی معلق به بعد از فوتش نکرده یعنی به صورت وصیت نباشد) مثل اینکه مازاد

برثلث را ببخشد ویا وقف نماید ویا صدقه بدهد ویا معاوضه کند به کمتر ازارزش آن در بیع یا اجاره (که به آن بیع محاباتی و اجاره محاباتی گویند) **حابیٰ به** معاملات محاباتی به معاملاتی گفته می‌شود که عوض درآن کمتر ازعوض واقعی باشد مثل فروختن به کمتر ازثمن واقعی، واجاره دادن به کمتر ازاجرت واقعی، ودرمورد بحث چنانچه معامله مزبور دربیش ازثلث دارایی‌اش باشد بدون اجازه ورثه صحیح نمی‌باشد.

علی الأقویٰ (قید است برای ـ وان نجَز ـ) یعنی حتی تصرفات منجزمریض درمازاد برثلث، نافذ نمی‌باشد بنابرقول اقوی درنظرما، به دلیل روایات زیادی که بعضی ازآنها منطوقاً و بعضی مفهوماً دلالت می‌کند **و قیل**... (این قول در مقابل قول اقوی است) یعنی بعضی گفته‌اند که تصرف منجزمریض نافذ است ازاصل دارایی او(یعنی ازاصل مال اوباید کم کنند نه ثلث).

للأصل دواحتمال درمعنای آن داده می‌شود:

۱. اینکه بگوییم اصل به معنای قاعده است، ومقصود ازآن قاعده سلطنت است که مدرک آن، حدیث «الناس مسلّطون علی أموالهم» می‌باشد، ودرمورد بحث، استدلال به عموم آن قاعده می‌شود به این بیان که گوییم: «الناس مسلطون علی أموالهم» به طور عموم دلالت برسلطنت مطلقه می‌کند ودلالت دارد براینکه هرتصرفی که مشروع وجایز باشد شرعاً، اگرازانسان صادرشود درهرحالی که باشد ـ چه حال مرض وچه حال صحت ـ صحیح ونافذ است شرعاً.

۲. اینکه بگوییم مقصود ازاصل، اصل عملی است یعنی استصحاب، وبیان استدلال به آن چنین است که انسان درحال صحت، سلطنت براموال خود دارد وهر نوع تصرفی که بکند نافذ وصحیح است شرعاً چون بالغ وعاقل ورشید است، اکنون در حال مرض شک می‌کنیم که آیا آن سلطنت باقی است وآیا تصرفاتی که قبل ازمرض می‌توانست بکند، اگردرحال مرض بکند نیزنافذ است یا نه، استصحاب می‌کنیم بقاء

آن سلطنت، و نفوذ تصرفات مزبور در حال مرض را نیز **وعلیه**... یعنی بر این قول، شواهدی از روایات نیز هست (نکته اینکه شارح روایات مزبور را به طور دلیل ذکر نکرده است بلکه به طور شاهد و مؤید ذکر نموده است این است که چون سند آنها ضعیف می‌باشد).

(ویثبت الحجر علی السفیه بظهور سفهه، وإن لم یحکم الحاکم به لأن المقتضي له هو السفه، فیجب تحققه بتحققه، ولظاهر قوله تعالی: " فإن کان الذي علیه الحق سفیها " حیث أثبت علیه الولایة بمجرده.

(ولا یزول) الحجر عنه (إلا بحکمه) لأن زوال السفه یفتقر إلی الاجتهاد، وقیام الأمارات، لأنه أمر خفي فیناط بنظر الحاکم.

احکام دیگری درباره سفیه

(ویثبت الحجر... توضیح: بین فقها محل خلاف است که آیا حجر بر سفیه، به مجرد ظهور سفاهت او ثابت می‌شود یا اینکه باید به حکم حاکم ثابت گردد، و همچنین آیا حجر از او به مجرد زوال سفاهت، برداشته می‌شود یا اینکه به حکم حاکم باید برداشته شود؟ سه قول در آن می‌باشد:

قول اول

۱. مصنف تفصیل قائل است بین ثبوت حجر و زوال آن، به اینگونه که حجر آن به مجرد ظهور سفاهت، ثابت می‌شود گرچه حاکم، حکم به آن نکند، اما زوال حجر باید به حکم حاکم باشد.

دلیل بر فرمایش اول ـ یعنی ثبوت حجر به مجرد ظهور سفاهت ـ دو چیز است:

اول: اینکه مقتضی حجر همانا سفاهت است پس همین که مقتضی، تحقق یافت، مقتضا (یعنی حجر) هم باید تحقق یابد پس تحقق و ثبوت مقتضا (حجر) متوقف بر حکم حاکم نیست.

دوم: آیه ﴿فَإِن كانَ الَّذي عَلَيهِ الحَقُّ سَفيهًا...﴾ ظهور در مدعای مزبور دارد، بیان آن متوقف بر تفسیر بعضی از جملات آیه است.

ابتدای آیه از اینجا شروع می‌شود: ﴿يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلي أَجَلٍ مُسَمًّي فَاكْتُبُوهُ﴾ حاصل معنی آیه این است که اگر کاری و عملی نمودید که تا مدت معینی مدیون شدید (چه به بیع باشد ـ مثل بیع سلف که بایع، مدیون مبیع می‌شود که تا مدت معینی آن را به مشتری بپردازد و مثل بیع نسیه که مشتری، مدیون ثمن می‌شود که تا مدت معینی آن را به بایع بپردازد و چه به اجاره باشد که مستأجر مدیون مال الاجاره می‌شود که تا مدت معینی آن را بپردازد، و چه به قرض مدت‌دار باشد که قرض گیرنده، مدیون قرض‌دهنده می‌شود که تا مدت معینی آن را بپردازد) آن را بنویسید (تا اینکه مدت فراموش نشود و یا اختلاف بین دو طرف واقع نشود در کمی یا زیادی مدت، و یا مورد انکار مدیون نگردد) ﴿وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ یعنی آن را بنویسد میان شما، نویسنده‌ای مطابق آنچه قرارداد شده است.

دنباله آیه چنین دارد که ﴿..وَ لْيُمْلِلِ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ یعنی باید املاء کند مدیون (و او باید اقرار لسانی نماید و اعتراف به دین کند تا آنکه کاتب، اقرار و اعتراف آن را بنویسد) ﴿وَلْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ یعنی باید مدیون از خدا بترسد و در موقع تقریر مطلب، طوری بیان نکند که چیزی از حق طلبکار کاسته شود. ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا...فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ یعنی اگر چنانچه مدیون، سفیه باشد (البته مدیون بودن سفیه به این معنی است که معامله با ولیّ او شده است برای سفیه و در حقیقت سفیه، مدیون شده است) در این صورت باید ولی او (یعنی اختیاردار او) اقرار کند و مطلب را تقریر نماید با رعایت عدالت.

محل شاهد و مورد استدلال، همین جمله آخر است که خداوند در جمله ـ **فليُملل وليُّه بالعدل** ـ ولایت ولی او را بر او ثابت کرده به مجرد سفیه بودن آن، یعنی فرمود: همینکه

مدیون، سفیه بود، دیگر او اختیاری ندارد، باید ولیّ او اختیار را به دست بگیرد که تقریر کند برای نوشتن.

پس ملاحظه می‌فرمایید که در آیه مزبور، نامی از حاکم نبرده و نفرمود که اول باید حاکم، حکم به ممنوعیت او از تصرفات کند سپس ولی او اختیار به دست بگیرد.

و اما دلیل بر فرمایش دوم مصنف ـ یعنی توقف زوال حجر به حکم حاکم ـ این است که برطرف شدن سفاهت به واسطه آنکه امری است پنهانی، احتیاج به اجتهاد و تحقیق درباره آن دارد و نیز احتیاج به قائم بودن نشانه‌های زوال سفاهت دارد، و معلوم است که اجتهاد و تحقیق در آن جهت و اینکه آیا نشانه‌های زوال سفاهت در او وجود یافته یا نه، باید به نظر حاکم باشد و در نتیجه برداشته شدن حجر وابسته به نظر او باید باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یثبت**... یعنی حجر بر سفیه (و ممنوعیت تصرف او) ثابت می‌شود به (مجرد) ظهور سفاهت او هر چند حاکم، حکم به حجر نکند، زیرا مقتضی برای حجر همانا سفاهت اوست پس باید حجر ثابت شود به تحقق سفاهت، و به جهت (دلیل دیگری و آن:) ظاهر قول خداوند متعال می‌فرماید: ﴿**فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا**﴾[1] (که بیان استدلال به آن آیه این است که) چون (در مابعد آن قسمت از آیه) ثابت کرده بر سفیه، ولایت ولی او را به مجرد ثبوت سفاهت (که فرموده: ﴿**فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**﴾).

ولا یزول... یعنی و حجر از سفیه برداشته نمی‌شود (در صورت زوال سفاهت) مگر به حکم حاکم زیرا زوال سفاهت احتیاج به تحقیق و اجتهاد و ثبوت نشانه‌های آن دارد به جهت آنکه سفاهت امری است پنهانی، بدین جهت زوال آن منوط به نظر حاکم خواهد بود.

---

[1] سوره بقره، آیه ٢٨٣.

وقيل: يتوقفان على حكمه لذلك. وقيل: لا فيهما، وهو الأقوى، لأن المقتضي للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بثبوته، ويزول بزواله، ولظاهر قوله تعالى: " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم " حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

قول دوم

و قيل يتوقفان... توضيح: عده‌ای گفته‌اند که مطلقا ـ یعنی هم ثبوت حجر و هم زوال آن ـ متوقف بر حکم حاکم می‌باشد، به جهت همان دلیلی که در دلیل قول اول دانسته شد و آن اینکه چون سفاهت و زوال آن، احتیاج به اجتهاد و تحقیق و ثبوت نشانه دارد، پس باید هر دو به نظر حاکم و حکم او باشد.

قول سوم

عده دیگری گفته‌اند که هیچ یک از ثبوت حجر و زوال آن، متوقف بر حکم حاکم نیست، و شارح این قول را تقویت می‌کند.

و دلیل آن دو چیز است:

اول: اینکه مقتضی حجر همانا سفاهت است، پس باید ثبوت و زوال حجر، هر دو وابسته به آن باشد که وقتی سفاهت، تحقق یافت، حجر ثابت می‌شود، و وقتی سفاهت برطرف شد، حجر نیز برطرف می‌گردد.

دوم: ظاهر آیه قرآن که در مورد اطفال یتیم وارد شده که آن عبارت است از: ﴿**فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ**﴾ در این آیه امر به دفع اموال آنها به خود آنها را (که کنایه از زوال حجر است) معلق بر احساس رشد از آنها نموده است. یعنی همینکه احساس رشد (که ضد سفاهت است) نمودید، اموالشان را به آنها دفع کنید، پس منطوق آیه دلالت

می‌کند براینکه حجر به مجرد ثبوت رشد (عدم سفاهت) برطرف می‌شود، ومفهوم آیه دلالت می‌کند براینکه به واسطه عدم ثبوت رشد، همچنان حجر ثابت است واموالشان به آنها دفع نمی‌گردد.

پس چنانکه ملاحظه می‌کنید درآیه مزبور، امر به دفع اموال را (که کنایه از زوال حجر است) متوقف برچیزدیگری ـ مثل حکم حاکم ـ نکرده است.

ترجمه وشرح عبارت: **و قیل یتوقفان...** یعنی بعضی گفته‌اند که حجر وزوال آن هر دومتوقف برحکم حاکم می‌باشند به جهت همان دلیلی که گذشت (وآن اینکه زوال سفاهت چون امری است پنهانی، احتیاج به اجتهاد وقیام أمارات دارد ودرنتیجه باید نظر حاکم باشد) **و قیل...** عده‌ای دیگرگفته‌اند هیچکدام از حجر وزوال آن متوقف بر حکم حاکم نیست، واین قول قویتراست، زیرا مقتضی حجر، همانا سفاهت است پس باید به ثبوت سفاهت، حجر ثابت شود وبه زوال سفاهت، حجر برداشته شود، وبه جهت (دلیل دیگری وآن) ظاهرقول خداوند متعال ﴿**فَإِنْ آنَسْتُمْ**...﴾ (وبیان استدلال به آیه مزبوراین است که) چون خداوند معلق کرده امر به دفع اموال را (که کنایه از زوال حجر است) براحساس رشد آنها، پس دفع اموال، متوقف برچیزدیگری (مثل حکم حاکم) نیست.

(ولو عامله العالم بحاله استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان المعاملة (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه، ولو كان جاهلا بحاله فله الرجوع مطلقا، لعدم تقصيره.

وقيل: لا ضمان مع التلف مطلقا، لتقصير من عامله قبل اختباره.

وفصل ثالث: فحكم بذلك مع قبض السفيه المال بإذن مالكه ولو كان بغير إذنه ضمنه مطلقا، لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم فيكون قابضا للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكه. وهو حسن.

حكم معامله با سفيه

(ولو عامله العالم... توضيح: اگر كسى كه از سفاهت سفيه خبر دارد، با او معامله‌اى كند، چنانچه مال در دست سفيه موجود باشد، مى‌تواند آن را پس بگيرد چون معامله با او باطل است (زيرا يكى از شرايط صحت معامله، رشد متعاقدين مى‌باشد، چنانكه در كتاب المتاجر گذشت) و اما اگر مال در دست او تلف شده باشد، ضمانى به عهده سفيه نخواهد بود (كه تا ولى او از اموال سفيه بپردازد).

و دليل عدم ضمان آن است كه: چون معامله كننده، خودش مال خود را به دست خودش از بين برده و ضايع كرده است به جهت اينكه آن را به كسى داده است كه خداوند از دادن مال به دست آن نهى فرموده است، پس دادن مال به دست سفيه همانند انداختن مال در دريا است.

و اما اگر معامله كننده، حال سفيه را ندانسته با او معامله كند سپس سفاهت او معلوم شود، در اين صورت مى‌تواند مطلقا رجوع به سفيه كند. به اين معنى كه اگر مالش در دست سفيه موجود بود، آن را بگيرد و اگر تلف شده بود، عوض آن را بگيرد (كه ولىّ سفيه آن را از اموال سفيه مى‌پردازد).

و دلیل آن این است که معامله‌کننده در صورت جهل به حال سفیه، تقصیری ندارد پس تلف مال به تقصیر او نبوده.

بعضی از فقها در صورت تلف مال در دست سفیه گفته اند: مطلقا ضمانی به عهده سفیه نیست، خواه معامله کننده با علم به حال سفیه معامله کرده باشد و خواه با جهل به حال او.

و دلیل این قول آن است که: در صورت علم، واضح است که معامله کننده، مقصر بوده در دادن مال به دست او، و در صورت جهل نیز مقصر او بوده، زیرا می‌بایست سفیه را آزمایش کرده سپس با او معامله می‌کرد و چون بدون آزمایش با او معامله کرده پس خود او مقصر در دادن مال به دست سفیه بوده.

قول سومی در اینجا هست که بدینگونه تفصیل داده: اگر سفیه با اذن معامله کننده، مال را قبض کرده و تلف شود، در این صورت ضمانی به عهده سفیه نیست (خواه عالم به حال سفیه بوده یا جاهل به حال او بوده باشد) و اما اگر بدون اذن او مال را قبض کرده و تلف نموده باشد، ضمان به عهده سفیه می‌آید (خواه عالم به حال سفیه بوده یا جاهل به آن بوده باشد).

دلیل عدم ضمان در صورت اول در فرض علم به حال سفیه آن است که: معامله کننده خودش با توجه به حال سفیه، مال خود را در اختیار او قرار داده است پس به دست خود، مال خود را ضایع کرده است، و اما در فرض جهل به حال سفیه، علت عدم ضمان آن است که: معامله کننده مقصر بوده است در اینکه آزمایش نکرده با او معامله نموده است (ناگفته نماند که این دلیل را شارح ذکر نکرده است به جهت اینکه از دلیل‌هایی که برای دو قول سابق ذکر شد معلوم می‌گردد و ما با استفاده از آنها دلیل را بیان نمودیم).

و دلیل ضمان در صورت دوم آن است که: معامله کننده تقصیری ندارد چون به واسطه اینکه معامله باطل بوده، بایع، فقط عقد باطلی انجام داده که هیچ حکمی بر

عقد مزبور بار نمی‌شود، و در نتیجه عقد مزبور مقتضی اذن در قبض نبوده پس قبض سفیه، بدون اذن بایع بوده که در دستش تلف گردیده است پس ضامن خواهد بود، و این صورت همانند این می‌باشد که سفیه، مال کسی را ابتداء تلف کند، و یا مثل این می‌باشد که مال کسی را غصب کرده بدون اذن صاحبش و آن را تلف کند که در این دو صورت، سفیه ضامن است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو عامله...** یعنی اگر معامله کند با سفیه، کسی که مطلع باشد از حال سفیه، می‌تواند مال خود را پس بگیرد ـ اگر آن مال موجود باشد ـ زیرا معامله مزبور باطل است، حال اگر تلف شده باشد دیگر ضمانی نیست (به عهده سفیه) زیرا معامله کننده ضایع کرده است مال خود را به دست خود به جهت اینکه مال را سپرده به کسی که خداوند نهی کرده از دادن مال به دست او (در آیه: ﴿**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ**﴾).

ولو کان... یعنی و اگر معامله کننده جاهل باشد به حال سفیه (و با او معامله کند) در این صورت حق دارد رجوع کند (و مال خود یا عوض آن را بگیرد) مطلقا (یعنی حتی در صورت تلف، که عوض مال را می‌گیرد) زیرا (در صورت جهل) بایع تقصیر ندارد **و قیل...** یعنی بعضی گفته‌اند که در صورت تلف، ضمانی (به عهده سفیه) نیست، زیرا معامله کننده خودش تقصیر داشته قبل از آزمایش کردن سفیه (نگارنده گوید: این استدلال بی اشکال نیست، زیرا هیچ کس قائل نشده که صحت بیع موقوف بر آزمایش بایع یا مشتری است که آیا ممنوع التصرف است یا نه).

و فَصّل... یعنی تفصیل داده است فقیه سومی به اینگونه که: حکم کرده است به عدم ضمان در صورتی که سفیه، مال را به اذن مالکش (فروشنده) قبض نموده باشد (زیرا چه بسا بایع، صیغه بیع را جاری سازد ولی هنوز اذن به قبض مال برای مشتری ندهد، و گاهی هم بعد از اجرای صیغه، اذن در قبض می‌دهد) و اما اگر قبض سفیه، بدون اذن مالک باشد، ضامن است مطلقا (حتی در صورت تلف) زیرا معامله‌ای که

باطل است هیچ حکمی برآن مترتب نمی‌شود (ومقتضی اذن درقبض نیست) پس سفیه، قبض کننده مال خواهد بود بدون اذن ودرنتیجه ضامن آن می‌باشد، همچنان که (سفیه ضامن است) اگرتلف کند مال کسی را، ویا غصب کند بدون اذن مالکش **و هو حسن** این نظرشارح است که قول به تفصیل رامی پسندد.

(وفي إيداعه، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر) من تفريطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم"، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر، ومن عدم تسليطه على الإتلاف، لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإتلاف حصل من السفيه بغير إذن فيضمنه كالغصب، والحال أنه بالغ عاقل، وهذا هو الأقوى.

(ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا وعشرين سنة) إجماعا منا، لوجود المقتضي للحجر، وعدم صلاحية هذا السن لرفعه. ونبه بذلك، على خلاف بعض العامة، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا وعشرين سنة يفك حجره به وإن كان سفيها.

(وفي إيداعه، أو إعارته... توضيح: اگر مالی نزد سفیه به امانت گذاشته و یا به او عاریه و یا اجاره داده شد، آنگاه در دست وی تلف گردید، در این صورت آیا سفیه ضامن است یا نه؟ دو احتمال است:

۱. احتمال دارد ضامن نباشد، به دلیل اینکه صاحب مال، خودش مقصر بوده در اینکه مال را به دست کسی سپرده است که خداوند در آیه قرآن نهی فرموده از دادن مال به دست او ﴿**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ**﴾ پس سپردن مال به دست وی به منزله آن است که مال خود را به دریا انداخته است.

۲. احتمال دارد ضامن باشد، زیرا مسأله مورد بحث با مسأله قبلی (که فروختن به سفیه است) فرق می‌کند، زیرا در مسأله قبل به واسطه فروختن، سفیه را مسلط بر اتلاف آن می‌کند، چون کسی که چیزی را می‌خرد، صاحب اختیار آن شده و به هر جوری خواست در آن تصرف می‌کند و لو تصرف اتلافی باشد. به خلاف مسأله مورد بحث که صاحب مال، سفیه را بر اتلاف مال خود مسلط نگردانیده، بلکه مال در موارد مزبور (امانت و عاریه و اجاره) در دست او امانت است و باید حفظ شود و چون سفیه ـ با توجه به اینکه بالغ است و عاقل ـ می‌بایست آن را حفظ کند، وقتی که آن را حفظ نکرد و بدون

اذن صاحب مال، آن را تلف نمود، ضامن آن خواهد بود همچنان که در صورت غصب مال، ضامن آن می‌باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **و في إيداعه...** یعنی ودرامانت دادن به سفیه، وعاریه دادن، واجاره دادن به او، سپس عین مال تلف گردد (آیا ضامن است یا نه) اشکال است (یعنی دواحتمال درضمان آن می‌باشد) **من تفريطه...** (دلیل عدم ضمان می‌باشد) یعنی از یک سوصاحب مال، تفریط (وتقصیر درحفظ آن) کرده به واسطه اینکه مال را تحویل به سفیه داده درحالی که خداوند متعال نهی فرموده از دادن مال به او درآیه: ﴿**وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ**﴾ پس صاحب مال به منزله کسی خواهد بود که مالش را دردریا بیندازد **و من عدم...** (دلیل ضمان است) یعنی وازسوی دیگر، صاحب مال، مسلط نکرده سفیه را براتلاف مال، زیرا مال دراین موارد (ودیعه، عاریه، اجاره) امانت است که واجب می‌باشد حفظ آن، وحال آنکه اتلاف آن ازسفیه حاصل شده بدون اذن صاحب مال، پس سفیه ضامن آن خواهد بود همانند غصب، واین درحالی است که سفیه، بالغ است وعاقل (چون سفیه، نوعی ازعقلا می‌باشد اما عاقل کامل نیست) واین احتمال، قوی است (درنظرشارح).

ولا يرتفع الحجر عنه... توضیح: بعضی ازعلمای اهل تسنن گفته‌اند که سفیه زمانی که به سن ۲۵ سالگی رسید، ممنوعیت تصرف ازاوبرداشته می‌شود (که باید اموالش را به وی تحویل داد) هرچند هنوزبه سفاهت باقی باشد.

مصنف درجواب آن می‌فرماید که درنزد امامیه نظریه بالا مردود است، بلکه همچنان تا زمانی که سفاهت هست، ممنوعیت تصرف اوبه حال خود باقی است، ودلیل آن این است که مقتضی ممنوعیت ازتصرف همانا سفاهت است که آن درسن مزبورنیزوجود دارد، ومجرد رسیدن به سن مزبورصلاحیت برداشتن آن ممنوعیت را ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یرتفع**... یعنی برداشته نمی‌شود ممنوعیت تصرف، از سفیه، به واسطه رسیدن او به سن ۲۵ سالگی، و این حکم به اجماع فقها ثابت است، به دلیل اینکه مقتضی حجر (در این سن نیز) وجود دارد (که آن سفاهت می‌باشد) و از آن طرف (رسیدن به) سن مزبور صلاحیت برداشتن حجر را ندارد و (شارح می‌فرماید که:) مصنف با بیان این مسأله، اشاره کرده به مخالفت بعضی از اهل تسنن که خیال کرده است: سفیه آن زمانی که به ۲۵ سالگی رسید، برطرف می‌شود حجر او به واسطه بلوغ به آن سن، هرچند هنوز سفیه باشد.

(ولا يمنع من الحج الواجب مطلقا)، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض ـ كالمنذور قبل السفه ـ لتعينه عليه، ولكن لا يسلم النفقة، بل يتولاها الولي، أو وكيله، (ولا من) الحج (المندوب إذا استوت نفقته) حضرا وسفرا، وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

حکم حج واجب و مستحب سفیه

(ولا يُمنع من الحج... توضیح: سفیه در عبادات واجب بدنی و مالی همانند رشید می‌باشد که باید آنها را انجام بدهد. منتها در عبادات مالی، صرف مال به عهده او گذاشته نمی‌شود.

بنابراین، اگر حج بر او واجب شد، ولیّ او حق جلوگیری از انجام آن ندارد، بلکه باید سفیه آن را انجام بدهد منتها خرج سفر به دست او داده نمی‌شود، بلکه یا باید خود ولیّ آن را به عهده بگیرد و یا وکیل مورد اطمینان او.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه خرج سفر او بیش از خرج او در شهر باشد یا اینکه چنین نباشد، و نیز فرقی نیست بین اینکه حج بر او بالأصاله واجب باشد (یعنی حجة الاسلام باشد) یا بالعرض (مثل حج نذری در صورتی که قبل از سفاهت، نذر کرده باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يُمنع...** (به صیغه مجهول) یعنی نباید سفیه را از حج واجب منع نمود (یعنی ولیّ او حق چنین منعی ندارد) مطلقا یعنی خواه خرج سفر حج بیشتر از خرج او در شهر باشد یا این طور نباشد، و نیز خواه، حج، واجب بالأصاله باشد یا به واسطه عارضی واجب باشد، مثل حجی که نذر شده است قبل از سفاهت.

قبل السفه قید است برای ـ منذور ـ و این قید برای این است که چون اگر بعد از سفاهت، نذر حج کند، نذر او منعقد و صحیح نیست، زیرا متعلق نذر او، امر مالی است

که حج می‌باشد و نذری که چنین باشد، از سفیه صحیح نیست، زیرا آن، تصرف مالی می‌باشد **لتعیّنه**... (علت است برای ـ لایمنع ـ) یعنی زیرا انجام حج بر سفیه، معین است که باید انجام بگیرد **و لکن**... یعنی (هر چند انجام حج بر او لازم است) ولی هزینه سفر را نباید به او سپرد، بلکه باید ولیّ یا وکیل او، عهده‌دار هزینه سفر گردد.

و لا من الحج المندوب... توضیح: سفیه می‌تواند حج مستحبی انجام بدهد به شرط اینکه هزینه سفر حج او با هزینه او در شهر مساوی باشد (تا اینکه ضرر بر اموالی که محجور از آنها می‌باشد وارد نشود) و یا اگر هم هزینه سفر او بیشتر از هزینه او در شهر باشد ولی بتواند آن خرج زیادی را در سفر اکتساب کند (یعنی مشغول کاری در بین راه شود که آن مقدار زیادی را کسب نماید) به طوری که این کسب را در شهر نتواند انجام دهد (پس در این صورت نیز ضرر بر اموالی که محجور از آنها می‌باشد وارد نمی‌آید).

بنابراین، با شرط مزبور، ولی سفیه نمی‌تواند سفیه را از انجام حج مستحبی جلوگیری نماید، منتها هزینه سفر را خود ولیّ یا وکیل مورد اطمینان او باید عهده‌دار شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا**... یعنی و همچنین نباید سفیه را از حج مستحبی منع نمود، در صورتی که هزینه او در سفر و در شهر، مساوی باشد، و در حکم مساوی بودن (آن دو) هزینه است، آن صورتی که (هزینه سفر زیاد باشد اما سفیه) بتواند در سفر، کسبی کند که جبران خرج زیادی را بنماید، به طوری که انجام چنین کسبی در شهر برای او ممکن نباشد.

(وتنعقد يمينه) لو حلف: (ويكفر بالصوم) لو حنث، لمنعه من التصرف المالي، ومثله العهد والنذر، وإنما ينعقد ذلك حيث لا يكون متعلقه المال ليمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي.

هذا مع تعينه، أما لو كان مطلقا لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد.

(وله العفو عن القصاص)، لأنه ليس بمالي، (لا الدية)، لأنه تصرف مالي، وله الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

حکم قسم خوردن و یا نذرکردن سفیه

(وتنعقد يمينه)... توضیح: اگر سفیه، سوگند بخورد، سوگندش صحیح است و منعقد می‌شود و اگر چنانچه سوگندش را بشکند باید کفاره بدهد.

و چون کفاره شکستن سوگند عبارت است از: «اطعام ده فقیر و یا پوشاندن آنها و یا آزاد کردن یک بنده، و اگر قدرت بر هیچ یک از آنها نداشت، سه روز روزه بگیرد» و با توجه به اینکه سفیه، ممنوع از تصرف مالی است، بدین جهت او نمی‌تواند کفاره را اطعام ده فقیر یا پوشاندن آنها و یا آزاد کردن بنده قرار بدهد، چون اینها امور مالی می‌باشند. پس باید منحصراً کفاره‌اش را سه روز روزه قرار بدهد که تصرف مالی نیست.

و همچنین اگر سفیه، نذر کند یا عهد با خدا ببندد، منعقد می‌شود و چنانچه آن را بشکند باید کفاره بدهد، و چون کفاره عهد و نذر ـ بنابر صحیح ترین قولها ـ همانند کفاره افطار عمدی روزه رمضان است (که آن عبارت از یکی از این سه امر می‌باشد: یا دو ماه روزه و یا اطعام شصت فقیر و یا آزاد کردن عبد) و با توجه به اینکه سفیه ممنوع از تصرف مالی است، بدین جهت سفیه نمی‌تواند کفاره نذر یا عهد را اطعام یا آزاد کردن بنده قرار بدهد، بلکه باید منحصراً کفاره‌اش را شصت روز روزه قرار بدهد.

البته انعقاد سوگند یا نذر یا عهد سفیه، یک شرط دارد و آن این است که باید متعلق آنها مال نبوده باشد تا بتوان حکم به صحت آنها نمود.

بنابراین، اگر سوگند بخورد یا نذر بکند که مالی را صدقه بدهد، نذر یا سوگند او منعقد نمی‌شود، زیرا آن، تصرف مالی می‌باشد که سفیه از آن ممنوع است. البته این در صورتی است که نذر معین بوده باشد (مثلاً نذر کند که آخر این هفته هزار تومان صدقه بدهد) و اما اگر چنین نباشد بلکه نذر مطلق باشد، به این معنی که مالی را در ذمه بگیرد بدون تعیین وقتی برای آن (مثلاً نذر کند که هزار تومانی در ذمه، صدقه بدهد) در این صورت بعید نیست که بگوییم صحیح است. منتها به طور معلق یعنی نفوذ آن معلق به حصول رشد سفیه است. یعنی اگر بعداً سفاهت زائل شد و رشد پیدا کرد نذر نافذ می‌گردد، و اگر همچنان در سفاهت باقی بود نذر او باطل می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و تنعقد**... یعنی و قسم سفیه منعقد می‌شود اگر قسم خورد، و باید کفاره آن را روزه قرار بدهد در صورتی که قسمش را بشکند (و نمی‌تواند کفاره را غیر روزه از امور دیگر قرار بدهد) زیرا او ممنوع است از تصرف مالی (و معلوم است که امور دیگر از کفاره، تصرف مالی می‌باشند) و همانند قسم می‌باشد (در حکم مزبور) عهد و نذر **و إنما ینعقد**... یعنی، قسم و عهد و نذر در صورتی منعقد می‌شوند که متعلق هر یک از آنها، مال نبوده باشد تا اینکه بتوان حکم به صحت آنها نمود، بنابراین، اگر (متعلق آنها مال بوده باشد مثل اینکه) قسم بخورد یا نذر کند اینکه صدقه بدهد مالی را، نذر او منعقد نمی‌گردد، زیرا نذر مزبور، تصرف مالی است (که سفیه از آن ممنوع می‌باشد).

هذا... یعنی عدم انعقاد نذر مالی، در صورتی است که نذر مزبور، معین بوده باشد (یعنی وقت آن را تعیین کند مثل اینکه نذر کند صدقه را در آخر این هفته بدهد) و اما اگر نذر او مطلق باشد (مثل اینکه در ذمه بگیرد بدون تعیین وقت آن) در این صورت دور نیست که رعایت شود در انفاذ آن نذر، رشد سفیه (یعنی نفوذ نذر و تأثیر آن معلق بر زوال

سفاهت او شود که اگر سفاهت زائل شد، نذر اثر خود را بکند و در غیر این صورت باطل گردد).

و له العفو... توضیح: سفیه حق دارد عفو از قصاص کند، زیرا عفو از آن، تصرف مالی نمی‌باشد، ولی حق ندارد عفو از دیه کند زیرا عفو از آن، تصرف مالی می‌باشد.

و همچنین حق دارد عوض قصاص، مصالحه کند مالی را بگیرد (زیرا آن تحصیل مال است و تضییع مال نیست تا از آن ممنوع باشد) اما آن مال را نباید به دست او داد بلکه باید ولی او آن را بگیرد.

كِتَابُ الضَّمَانِ

كتاب الضمان

(كتاب الضـمان) والمراد به الضـمان بالمعنى الأخص قسـيم الحوالة والكفالة، لا الأعم الشـامل لهما (وهو التعهد بالمال) أي الالتزام به (من البرئ) من مال مماثل لما ضـمنه للمضـمون عنه. وبقيد " المال" خرجت الكفالة فإنها تعهد بالنفس، و بـ"البريء" الحوالة بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل بما أحال به.

تعريف ضمان

والمراد به الضـمان... توضـيح: قبل از توضـيح عبارت، لازم اسـت درباره سـه واژه، توضيحی داده شود وآنها عبارتند از: ضمان، حواله، كفالت.

۱. ضمان اين است كه: كسی كه بدهكار نيست، ملتزم شود مالی راكه به ذمه بدهكار است، به طلبكار بپردازد. وبه عبارت ديگركسی دربرابريک نفرطلبكار، عهده‌دار دين بدهكار می‌شود كه آن را بپردازد.

۲. حواله: اين اسـت كه: كسـی كه بدهكاراسـت، مالی راكه به ذمه ديگری اسـت به عهده بگيرد كه آن را بپردازد، مثل اينكه زيد مبلغی به عمروبدهكاراست وازسوی ديگر به همان اندازه، طلبكاراحمد باشـد، زيد می‌تواند مبلغ بدهی خود را حواله به احمد كند كه احمد آن را به عمروطلبكاربپردازد، پس احمدی كه بدهكارزيد است متعهد می‌شود

که مبلغی را که زید بدهکار عمرو است به عمرو بپردازد (احکام حواله در کتاب جداگانه‌ای بحث خواهد شد).

۳. کفالت: این است که: کسی متعهد شود که شخصی را در وقت معین یا هر وقت که صاحب حق بخواهد، احضار کند، پس کفالت به عهده گرفتن نفس انسانی است (احکام کفالت نیز در کتاب جداگانه‌ای بحث خواهد شد).

حال که این سه واژه دانسته شد گوئیم: ضمان بر دو معنی اطلاق می‌شود: معنی أعم، معنی أخص.

معنی اعم: عبارت است از مطلق تعهد و التزام به چیزی، خواه تعهد و التزام به مال باشد و خواه تعهد به نفس انسانی باشد، بنابراین، شامل سه قسم بالا می‌شود، زیرا اگر تعهد و التزام، به نفس انسانی باشد، آن را «کفالت» گویند، و در تعهد به مال اگر تعهد کننده، کسی باشد که خودش بدهکار است، آن را «حواله» گویند، و اگر تعهد کننده کسی باشد که بدهکار نیست، آن را «ضمان بالمعنی الأخص» گویند. و این همان است که در ذیل شماره ۱ ذکر شد.

و بدین جهت تعریفی که مصنف برای ضمان نموده است همان تعریفی است که در ذیل شماره ۱ ذکر نمودیم.

شخص متعهد را «ضامن» و طرف دیگر یعنی طلبکار را «مضمون له» و شخص ثالث را که بدهکار اصلی است «مضمون عنه» گویند.

و ضمان مزبور به واسطه عقدی (که صیغه‌اش بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد) بین ضامن و مضمون له انجام می‌گیرد و نتیجه آن ضمان این می‌شود که بدهکاری از ذمه مضمون عنه (بدهکار) به ذمه ضامن (که بدهکاری ندارد) انتقال می‌یابد، در این صورت مضمون عنه ذمه‌اش بری می‌گردد و آنچه در ذمه‌اش بود به ذمه ضامن منتقل می‌گردد.

مطلب دیگری که شایان ذکر است اینکه ضمان مزبور چون به واسطه عقد انجام می‌گیرد، آن را «ضمان عقدی» گویند، و در این کتاب سخن در احکام همین ضمان فقط می‌باشد، و در مقابل آن ضمان دیگری است که به آن «ضمان قهری» گویند که در ابواب مختلف فقه احکام آن به طور پراکنده ذکر شده است، و آن ضمانی است که قهراً بر کسی لازم می‌شود بی آنکه عقدی در میان باشد، و اموری که موجب ضمان قهری می‌شوند از باب نمونه عبارتند از:

۱. غصب کردن چیزی، و آنچه در حکم غصب است.

۲. اتلاف مال دیگری عمداً.

۳. سبب اتلاف شدن، یا سبب نقص و عیب در مال دیگری شدن.

ترجمه و شرح عبارت: **و المراد به...** یعنی مقصود از ضمان، ضمان به معنای اخص است که قسیم (و در مقابل) حواله و کفالت می‌باشد، نه اینکه مقصود ضمان به معنای اعم است که شامل حواله و کفالت (و ضمان به معنای اخص) می‌باشد.

و ضمان (به معنای اخص) عبارت از به عهده گرفتن مال یعنی ملتزم شدن به آن است از کسی که ذمه‌اش بری است از مالی که مماثل با آن مالی است که ضامن شده است آن را برای مضمون عنه (و به عبارت دیگر: کسی که بری الذمه است و بدهکار نیست ملتزم شود به پرداختن مالی که به ذمه مضمون عنه ـ یعنی بدهکار ـ می‌باشد، مثلاً زیدی که ذمه‌اش از صدتومان بری است، ضامن شود صدتومانی را که عمرو بدهکار احمد است، به احمد بپردازد) **من البریء** یعنی التعهد الواقع من البریٔ (و بریٔ همان شخص ضامن است) **من مال** جار و مجرور متعلق است به ـ البریٔ ـ **بقیدالمال** یعنی به واسطه قید ـ المال ـ خارج می‌شود (از تعریف ضمان) کفالت، زیرا کفالت عبارت از تعهد و التزام (از کفیل) به نفس انسانی است (یعنی کفیل، ملتزم می‌شود که شخصی را هر وقت صاحب حق بخواهد، احضار نماید).

و بالبریء... جهت توضیح این مطلب ناچاریم به ذکر مقدمه‌ای و آن اینکه:

چنانکه درکتاب «الحوالة» نیز شارح بیان خواهد نمود، اختلاف است بین فقها که آیا در تحقق حواله، لازم است محال علیه ـ یعنی کسی که ملتزم به پرداخت مبلغ دین می‌شود ـ به اندازه همان مبلغ، بدهکار به حواله دهنده باشد تا حواله صحیح باشد (چنانکه سابقاً مثال زدیم) یا اینکه لازم نیست محال علیه، بدهکار به حواله دهنده باشد بلکه اگر محال علیه بریٔ الذمه باشد نیز حواله بر او صحیح است؟ دو قول می‌باشد.

اکنون که این مقدمه دانسته شد گوئیم: شارح می‌فرماید: اگر در حواله، بدهکاری محال علیه به حواله دهنده را شرط در تحقق حواله بدانیم پس به واسطه قید ـ بریٔ ـ در تعریف ضمان، حواله از آن تعریف خارج می‌شود، و اما اگر در حواله، بدهکاری محال علیه را شرط ندانیم، این قسم حواله، از تعریف ضمان خارج نخواهد شد. البته در این صورت اگرچه حواله مزبور از تعریف ضمان خارج نمی‌شود و شبیه به ضمان می‌شود لکن احکام ضمان بر آن جاری نمی‌گردد بلکه باز هم احکام حواله بر آن جاری می‌گردد چنانکه شارح درکتاب الحوالة به آن تنبیه نموده است.

بناءاً علی... یعنی (حواله خارج می‌شود از تعریف ضمان، به قید ـ بریٔ ـ و) خارج شدن آن، مبنی بر این است که در حواله، شرط باشد مشغول الذمه بودن محال علیه (یعنی بدهکاری او) به حواله دهنده، به آن مبلغی که حواله به آن داده است **المحال علیه** مثلاً احمد در مثالی که سابقاً در ذیل شماره ۲ ذکر کردیم **للمحیل** مثلاً زید در مثال سابق **أحال** ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به ـ محیل ـ.

(ویشترط کماله) أي کمال الضامن المدلول علیه بالمصدر، أو اسم الفاعل، أو المقام.

شرایط ضامن

۱ـ کمال

(ویشترط کماله)... توضیح: شرط است در صحت ضمان، اینکه ضامن، کامل باشد یعنی بالغ و عاقل باشد، بنابراین ضمان صغیر و مجنون باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: **المدلول علیه**... شارح می‌فرماید: ضمیر در ـ کماله ـ به ضامن برمی‌گردد، وکلمه ضامن اگرچه درعبارت قبلی مصنف نیامده است ولی به سه اعتبار می‌توان به آن برگرداند:

۱. مصدری که درعبارت قبلی آمده است یعنی (الضمان) دلالت براسم فاعل یعنی «الضامن» می‌کند به اعتبار اینکه ضمان باید قائم به شخصی باشد که همان ضامن می‌باشد.

۲. کلمه ـ برئ ـ که بروزن فعیل، صفت مشبهه است دلالت برضامن می‌کند چون مقصود از بریء، شخص ضامن است که برئ الذمه می‌باشد (یعنی بدهکار نیست).

۳. قرینه مقامیه دلالت برآن می‌کند زیرا سخن درضمانت ضامن است.

بالمصدر مقصود ازمصدر به احتمال قوی همان ـ الضمان ـ می‌باشد، واحتمال ضعیف داده می‌شود که مقصود ازآن، کلمه ـ التعهد ـ باشد که دلالت برشخص متعهد می‌کند که همان ضامن است **أو اسم الفاعل** مقصود ازآن، کلمه ـ البرئ ـ می‌باشد، البته این کلمه بروزن فعیل ازصیغه‌های صفت مشبهه می‌باشد(نه اسم فاعل) دراصطلاح

علمای نحو، وعلت اینکه دراینجا شارح تعبیر به اسم فاعل کرده است یکی از جهات ذیل می‌باشد:

۱. چون وزن فعیل دراینجا به معنی فاعل است، زیرا گاهی اسم فاعل ازوزن اصل خود خارج شده بروزن فعیل می‌آید برای دلالت برمبالغه مثل سمیع وبصیر(ویا به تعبیر بعضی ازاهل ادب گفته‌اند که اسم فاعل بردوقسم است:

۱. آنکه دلالت برمبالغه ندارد مثل سامع وعالم.

۲. آنکه دلالت برمبالغه دارد چون سمیع وعلیم) ودرمورد بحث گرچه کلمه ـبریءـ بروزن فعیل دلالت برمبالغه ندارد ولی ازباب اینکه گاهی اسم فاعل بروزن فعیل می‌آید لذاکمترین مناسبت کافی است که دراینجا نام اسم فاعل برکلمه ـبریٔ ـاطلاق شود.

این وجه را بعضی ازمحشین ذکرنموده‌اند.

۲. اینکه بگوییم ازجهت تشابهی که بین صفت مشبهه واسم فاعل است (چنانکه می‌گویند: «صفت مشبهه به اسم فاعل») نام اسم فاعل برصفت مشبهه اطلاق شده است.

۳. اینکه مقصود ازاسم فاعل دراینجا معنای عامی است که شامل صفت مشبهه نیزمی‌شود وآن اینکه بگوئیم مقصود آن صفتی است که فعل به اوقائم است خواه دلالت برحدوث کند مثل اسم فاعل حقیقی (ضارب مثلاً) وخواه دلالت برثبوت کند مثل صفت مشبهه.

این وجه را بعضی دیگرازمحشین ذکرنموده اند.

۴. بهترین وجهی که به نظرنگارنده می‌رسد این است که بگوئیم شارح درتعبیرمزبور برطبق اصطلاح اهل تصریف، رفتارنموده است نه اصطلاح اهل نحو، زیرا چنانکه ملا سعد تفتازانی (صاحب کتاب «مطول» و«مختصر» درعلم بلاغت) درکتاب «شرح تصریف» (یکی ازکتابهایی است که درضمن مجموعه کتاب (جامع المقدمات) طبع

شده است) تصریح نموده است به اینکه : صفت مشبهه نزد اهل تصریف، اسم فاعل می‌باشد یعنی از صیغه‌های اسم فاعل به شمار می‌آید (بدین جهت است که درکتاب تصریف برای صفت مشبهه، عنوان مستقلی ذکر نکرده است، و شاید علت آن کار علمای تصریف همان وجه سومی باشد که در بالا ذکر نمودیم یعنی اسم فاعل را به معنای عام تعریف کرده‌اند).

(وحريته) فلا يصح ضمان العبد في المشهور، لأنه لا يقدر على شئ. وقيل: يصح ويتبع به بعد العتق (إلا أن يأذن المولى فيثبت) المال (في ذمة العبد)، لا في مال المولى لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما فلا يدل على الخاص، وقيل: يتعلق بكسبه حملا على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقا، كما لو أمره بالاستدانة، وهو متجه.

۲ـ آزاد بودن

(وحريّته)... توضیح: شرط دوم ضامن این است که آزاد باشد، بنابراین ضمانت عبد صحیح نیست بنابر قول مشهور، به دلیل اینکه طبق آیه شریفه **﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾**[1] عبد، حق هیچ گونه کاری را ندارد و ذمه‌اش مملوک مولایش می‌باشد فلذا نمی‌تواند چیزی را بر ذمه خود ثابت نماید.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند که ضمانت او صحیح است، منتها تا وقتی که عبد است هیچ گونه تصرف مالی (حتی از کسب خودش) نمی‌تواند بکند تا مال مضمون را به مضمون له بپردازد بلکه ضمانت او در ذمه او می‌ماند تا زمانی که آزاد شود، آنگاه باید آن را بپردازد.

و علت اینکه از کسب خودش نمی‌تواند بپردازد این است که چون کسب او هم مال مولاست و او حق تصرف در مال مولایش را ندارد.

آن دو قول در صورتی است که عبد بدون اذن مولایش ضمانت کند و اما اگر با اذن وی ضمانت نماید، به اجماع فقها صحیح است، منتها اختلاف در این است که مال مضمون آیا به ذمه عبد تعلق می‌گیرد یا به کسب او و یا به مال مولا؟ گوئیم: اگر اذن او

---

[1] سوره نحل، آیه ۷۵.

مطلق بود به این معنی که شرط نکرده بود که عبد، مال مضمون را ازکسب خودش بپردازد یا صبرکند تا بعد ازآزاد شدنش بپردازد، دراین صورت سه قول درآن می‌باشد:

۱. مشهورگویند که مال به ذمه عبد تعلق می‌گیرد که آن را بعد ازآزاد شدن باید بپردازد.

وبه مال مولا تعلق نمی‌گیرد تا ازمال اوپرداخته شود (خواه کسب عبد باشد که مال مولاست وخواه اموال دیگرمولا) زیرا اذن مولا به ضمان به واسطه اینکه مطلق است، دلالت نمی‌کند براینکه پرداخت آن ازمال مولا باشد، چون اذن به ضمان معنایش اذن به التزام عبد است(نه پرداخت) واین اعم است ازثبوت آن درمال مولا یا درذمه عبد، ودر علم منطق گفته‌اند که عام دلالت برخاص نمی‌کند پس اذن به ضمان دلالت برثبوت آن درمال مولا نمی‌کند.

اگرکسی گوید که همانطوری که دلالت برثبوت آن درمال مولا نمی‌کند، دلالت بر ثبوت آن برذمه عبد نیزنمی‌کند.

درجواب گوییم: ثبوت آن برذمه عبد، به واسطه ضمانت عبد می‌باشد نه به واسطه اذن مولا به ضمان.

توضیح اینکه عبد قبل ازاذن مولا ممنوع التصرف بود به طورمطلق، ووقتی که مولا به اواذن درضمان داد، ممنوعیت عبد نسبت به ضمانت کردن برطرف گردید یعنی به واسطه اذن مولا، مانع ازضمانت کردن عبد برداشته شد، حال که خود عبد ضمانت کرد همانند سایرضامن‌ها می‌شود که مال به ذمه خود اوثابت می‌شود چون سبب ضمان، به اوقائم گردید هرچند رفع مانع به دست مولا شده است که اذن درضمان به اوداده.

۲. بعضی گفته‌اند که مال به کسب عبد تعلق می‌گیرد یعنی باید آن را ازکسبی که می‌کند بپردازد هرچند کسب اونیزمال مولاست (چون عبد وهرچه که به دست میآورد، مال مولاست).

دلیل این قول آن است که چون مولا ضمان را به طور مطلق اذن داده، یعنی شرط نکرده که آن را ازکسب خود عبد بپردازد یا صبرکند تا بعد ازآزاد شدنش بپردازد، لذا اطلاق ضمان را باید حمل برضمان معهود ورایج دربین مردم نمود، وضمان رایج آن ضمانی است که به دنبال آن، درزمان کوتاهی مال مضمون پرداخته شود (نه اینکه بعد از ضمان، پرداختن مال به مدت طولانی به تأخیرافتد که آن بعد ازآزادی اوباشد، زیرا چه بسا آزادی او طول بکشد) ودراینجا تحقق بخشیدن به ضمان معهود (که به دنبال ضمان، مال پرداخته شود) باید به یکی از سه طریق زیرباشد:

یا باید ازغیرمال مولا پرداخته شود ویا ازمال مولا غیرازکسب عبد، ویا از کسب عبد پرداخته شود. اما طریق اول که ممکن نیست،واما طریق دوم، خلاف فرض است. زیرا اگراز مال مولا پرداخته شود باید ضامن، مولا باشد نه عبد و حال آنکه فرض آن است که ضامن، عبد است نه مولا، پس باقی می‌ماند طریق سوم که باید ازکسب عبد پرداخته شود تا بدین طریق عبد توانسته باشد ضمان رایج و معهود را در خارج تحقق بخشد.

۳. عده دیگرگفته‌اند که مال مضمون درمال مولا ثابت می‌شود. یعنی باید ازمال او پرداخته شود. خواه ازکسب عبد باشد وخواه ازاموال دیگرمولا، همانطوری که درباب دین گفته‌اند که اگر مولا به عبد خود اذن به قرض گرفتن برای خودش داد، بنابرقول مشهور، دین به ذمه مولا ثابت می‌شود وباید مولا آن را بپردازد (هرچند قول دیگری هست به اینکه درباب دین نیزبه ذمه عبد ثابت می‌شود که بعد ازآزاد شدن باید آن را بپردازد).

ترجمه و شرح عبارت: **و حریته**... یعنی و (نیزشرط است) آزاد بودن ضامن، بنابراین، صحیح نیست ضمانت عبد ـ بنابرقول مشهور ـ (درصورتی که بدون اذن مولا باشد) زیرا عبد (طبق آیه شریفه: ﴿**عَبْدًا مَّمْلُوكًا لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾) قدرت برهیچ کاری ندارد (و چیزی را بدون اذن مولایش نمی‌تواند درذمه خود ثابت نماید، زیرا ذمه اومملوک مولاست

واثبات چیزی درذمه خود، تصرف درملک مولا می‌باشد که تصرف اوبدون اذن مولا در ملک مولا جایز نیست).

و قیل... یعنی گفته شده است که ضمانت عبد (بدون اذن مولا) صحیح است و (صحت آن به این معنی نیست که مال مضمون را ازکسب خود به مضمون له بپردازد، زیرا به اعتبار اینکه کسب او هم مال مولاست نمی‌تواند ازکسب خود بپردازد، بلکه صحت ضمان به این معنی است که به ذمه اوثابت می‌شود که بعد ازآزاد شدن بپردازد (به مضمون له).

إلا بإذن... یعنی (ضمانت عبد صحیح نیست) مگراینکه به اذن مولایش باشد پس (دراین صورت ضمانت اوصحیح است به اجماع فقها، منتها اختلاف دراین است که آیا ضمان به ذمه عبد تعلق می‌گیرد یا به کسب عبد یا به مال مولا مطلقا؟ مشهورو مصنف قول اول را اختیارکرده‌اند که می‌فرماید:) ثابت می‌شود مال (مضمون) درذمه عبد (که بعد ازآزاد شدن باید آن را به مضمون له بپردازد) نه اینکه درمال مولا ثابت باشد (ودلیل براینکه درمال مولا ثابت نیست این است که) چون ضمانی که (دراذن مولا) به طورمطلق آمده (که مولا شرط نکرده آن را ازکسب عبد ـ که جزء مال مولا است ـ ادا نماید یا اینکه باید درذمه عبد باشد که صبرکند تا بعد ازآزاد شدن بپردازد) اعم است ازثبوت مال درمال مولا یا ثبوت آن درذمه عبد، و(درعلم منطق گفته‌اند که) عام دلالت بر خاص نمی‌کند (پس اذن درضمان ـ که عام است ـ دلالت برثبوت مال درمال مولا نمی‌کند).

وقیل (قول دوم است) یعنی وبعضی گفته‌اند که مال مضمون تعلق می‌گیرد به کسب عبد، به دلیل اینکه اطلاق ضمان را حمل می‌کنیم برضمانی که معهود بین مردم است و آن ضمانی است که درپی داشته باشد پرداختن (به مضمون له) را (درمدت کوتاهی، نه مدت طولانی).

و ربما قیل...(قول سوم است) یعنی و چه بسا بعضی گفته‌اند که مال مضمون تعلق می‌گیرد به مال مولا مطلقا (یعنی بدون اینکه اختصاصی به کسب عبد داشته باشد که آن هم مال مولاست بلکه چه ازکسب عبد باشد و چه ازاموال دیگرمولا) همانطوری که (نظیرآن را درکتاب الدین گفته‌اند وآن اینکه:) اگرمولا امرکند (ویا اذن بدهد) عبدش را به قرض گرفتن (برای خود عبد نه برای مولا) **و هو متجه** این نظرشارح است که قول سوم را اختیارکرده.

(إلا أن يشترط) كونه (من مال المولى) فيلزم بحسب ما شرط ويكون حينئذ كالوكيل، ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه من جملته، ثم إن وفى الكسب بالحق المضمون، وإلا ضاع ما قصر، ولو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شئ من الكسب ففي بطلان الضمان أو بقاء التعلق به وجهان.

(إلا أن يشترط... توضیح: حکمی که قبلاً دانسته شد، درصورتی بود که اذن مولا به ضمان، مطلق بوده باشد (به این معنی که شرط نشده باشد درآن که ازچه مالی، مال مضمون پرداخت شود) پس دراین صورت نظرمشهورومصنف این بود که مال به ذمه عبد ثابت می‌شود که بعد ازآزاد شدن باید آن را بپردازد.

اکنون می‌فرماید: اگراذن مولا به ضمان، مطلق نباشد بلکه عبد با اوشرط کند که مال مضمون را ازمال مولا بپردازد (مثل اینکه مولا امرکند به عبدش که ضامن شوبه نفع این بدهکار ـ با توجه با اینکه امرمولا هم اذن است ـ وعبد با مولا شرط نماید که من ضامن می‌شوم به شرط اینکه ازمال توآن را بپردازم) دراین صورت لازم می‌شود که برحسب شرطی که شده است، ازمال مولا پرداخته شود، وعبد دراین صورت درحکم وکیل خواهد بود، یعنی گویا به نحووکالت ازطرف مولا، ضمانت کرده است پس همانطوری که اگرکسی به عنوان وکالت ازطرف کسی ضامن شود، برموکل واجب می‌شود که مال مضمون را بپردازد، درمورد بحث نیزعبد حکم وکیل را دارد پس برمولا واجب می‌شود که درصورت مزبور، مال مضمون را بپردازد.

واگرعبد، شرط کند با مولاکه مال مضمون را ازکسب خودش بپردازد، باید ازکسب پرداخته شود (زیرا این صورت همانند صورتی است که شرط شود ازمال مولا پرداخته شود چون کسب عبد جزومال مولاست) حال اگرکسب عبد، کفایت به مال مضمون بکند(یعنی به اندازه طلب طلبکارباشد) حرفی درآن نیست، واما اگرکفایت آن را نکند وکمترازطلب طلبکارباشد، آن مقداری که کم آمده، ازجیب طلبکاررفته است (یعنی

واجب نیست که مابقی طلب اورا ازاموال دیگر مولا بپردازد بلکه آن باقیمانده به عهده خود بدهکار خواهد بود، زیرا عبد بیش ازآنچه ازکسب خود پرداخت کرده، به عهده نگرفته است وچون تمامی دین بدهکارپرداخت نشده، باقیمانده به عهده خود بدهکار خواهد بود).

ترجمه و شرح عبارت: **إلا أن**... (یعنی در صورت اذن مولا به ضمان، مال مضمون بر ذمه عبد ثابت می‌شود) مگراینکه شرط شود که مال مضمون، ازمال مولا باشد پس (در این صورت) لازم می‌شود ازمال مولا باشد طبق آنچه که شرط شده است وعبد دراین صورت همانند وکیل درضمانت خواهد بود **و لو شرط**... یعنی اگرشرط شود که مال مضمون، ازکسب عبد باشد پس این شرط همانند(صورت اول یعنی) صورتی است که شرط کند مال مضمون، ازمال مولا باشد، زیراکسب عبد جزومال مولاست.

ثم إن وفیٰ... یعنی بعد ازآنکه شرط شد ازکسب عبد پرداخته شود، اگرکسب، وفا به حق مضمون کند (یعنی به اندازه طلب طلبکارباشد) حرفی درآن نیست، وگرنه (اگر کفایت به حق مضمون نکند) ضایع شده (برمضمون له) آن مقداری که کم آمده (ازحق مضمون).

و لو أُعتِق...توضیح اگرعبد بعد ازضمانت درصورت مزبور(که ضمانت کرده بود از کسب خودش مال را بپردازد) پیش ازآنکه چیزی ازکسب به دست آورد، آزاد گردد، در این صورت آیا ضمانت اوباطل می‌شود یا اینکه بازضمان به ذمه اوباقی است که از کسبی که بعد ازآزاد شدن به دست می‌آورد بپردازد؟ دواحتمال درآن می‌باشد:

۱. احتمال دارد بگوئیم ضمانت اوباطل می‌گردد، زیرا عبد قبل ازآزادی‌اش تعیین کرده بود که مال مضمون را ازکسبش بپردازد، واطلاق کسب، انصراف به کسبی دارد که ملک مولاست ومعلوم است که بعد ازآزاد شدنش، کسبش مال مولا نیست، پس چون محل پرداخت مال مضمون، فوت ومنحل شد، ضمان هم باطل خواهد شد (همچنانکه

در هر موردی که در عقد ضمان، شرط شود که ضامن، مال مضمون را از مال معینی پرداخت نماید، اگر چنانچه آن مال معین، تلف شود عقد ضمان منفسخ می‌گردد و مضمون له ـ طلبکار ـ برای مطالبه طلب خود می‌تواند به مضمون عنه ـ بدهکار ـ رجوع نماید).

۲. احتمال دارد که بگوئیم ضمان به عهده ی عبد بعد از آزاد شدنش باقی می‌ماند، به دلیل اینکه کسب بر حسب لغت اعم است از کسبی که قبل از آزاد شدنش باشد یا کسبی که بعد از آزاد شدنش باشد پس باید مال مضمون را از کسب خودش بعد از آزادی بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو أُعتق**... یعنی و اگر آزاد شد عبد پیش از آنکه بتواند تحصیل کند چیزی از کسب را (تا حق مضمون را بپردازد) پس (در این صورت) آیا ضمان عبد باطل می‌شود یا اینکه تعلق ضمان به کسب او باقی است؟ دو احتمال می‌باشد.

(ولا يشترط علمه بالمستحق) للمال المضمون وهو المضمون له بنسبه أو وصفه، لأن الغرض إيفاؤه الدين وهو لا يتوقف على ذلك، وكذا لا يشترط معرفة قدر الحق المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنيا للمجهول، فلو ضمن ما في ذمته صح على أصح القولين، للأصل، وإطلاق النص، ولأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرع.

شرط نبودن شناخت مضمون له

(ولا يشترط علمه... توضیح: آیا در صحت ضمان، شناخت تفصیلی ضامن به شخصی مضمون له (طلبکار) از حیث نام و نسب، و یا از حیث صفات (مثل اینکه بشناسد که طلبکار، شخصی است که در طلبکاری آسانگیر است) شرط می‌باشد یا نه؟

مصنف می‌فرماید: شرط نیست شناخت مزبور در صحت ضمان، زیرا غرض از ضمانت، پرداختن دین مضمون له است و معلوم است که این کار بدون شناختن مضمون له، حاصل می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا یشترط...** یعنی شرط نیست معرفت ضامن، به کسی که استحقاق مال مضمون را دارد یعنی مضمون له (طلبکار) **بالمستحق** به صیغه اسم فاعل یعنی به کسر ـ حاء ـ خوانده شود **للمال** متعلق به مستحق است **بنسبه...** متعلق به ـ علمه ـ می‌باشد و ضمیر آن به مضمون له برمی‌گردد **لأن...** علت است برای ـ لایشترط ـ **ایفائه** ضمیر به ضامن برمی‌گردد **فهو** ضمیر به ایفاء برمی‌گردد.

شرط نبودن علم به مقدار حق مضمون

وکذا لا یُشترط... توضیح: همچنین هنگام ضمانت، دانستن ضامن مقدار دینی که ضمانت آن را می‌نماید، شرط صحت ضمان نیست و علم اجمالی به آن کافی می‌باشد.

بنابراین اگر کسی ضامن دیگری شود بدون آنکه بداند دَیْن او چه مقدار است، آن ضمان صحیح است، مثلاً هرگاه کسی ببیند که دوستش را مأمور دولت به درخواست طلبکار گرفته و می‌برد، اگر بگوید من ضامنم آنچه را که بر ذمه اوست و او را آزاد نمایید، و طلبکار هم قبول نماید، عقد ضمان منعقد می‌شود و بعداً مقدار آن را معلوم می‌نماید (به تفصیلی که بعداً در عبارت شارح خواهد آمد).

و دلیل آن سه چیز است:

۱. اصالة الصحة، بعضی از فقها در توضیح این اصل گفته‌اند که گویا مقصود از آن، عموم آیه ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُود**﴾ است یعنی عموم آن شامل عقد ضمانی که ضمانت دین مجهول در آن شده است نیز می‌باشد پس به مقتضای آیه مزبور، وفا به آن ضمان، لازم و صحیح خواهد بود.

۲. روایتی که شرعیت ضمان را ثابت کرده، مطلق می‌باشد به این معنی که در آن روایت، تصریحی به اشتراط معرفت مقدار دین نشده است.

۳. جهالت به مقدار دین گرچه غرر است ولی این غرر در باب ضمانت، اشکالی به صحت ضمان نمی‌رساند چون ضمان از معاوضات نمی‌باشد تا غرر و جهالت موجب بطلان آن بشود (ولی در معاوضات مثل بیع و مانند آن چون احیاناً جهالت منجر به تنازع وکشمکش بین بایع و مشتری می‌گردد لذا نهی از غرر و جهالت در معاوضات شده است «نهی النبی عن بیع الغرر»).

ودلیل براینکه ضمان ازمعاوضات نیست آن است که کسی که ازپیش خود برای رضای الهی بخواهد ضمانت کند (بدون اینکه مدیون درخواست ضمانت ازاوکرده باشد) ضمانش صحیح است با اینکه آن شخص بعد ازضمانت، قصد رجوع به بدهکاررا ندارد که آنچه راکه به طلبکارپرداخت کرده، ازبدهکار، دریافت نماید.

ترجمه وشرح عبارت: **و لم یذکره**... شارح می‌فرماید: مصنف عدم اشتراط معرفت مقدارحق مضمون را درعبارت ذکرنفرموده است وحال آنکه ذکرش لازم بود.

سپس می‌فرماید: می‌توان گفت که مصنف آن را درعبارت ذکرنموده است به این بیان که: کلمه ـ بالمستحق ـ درعبارت را به صیغه اسم مفعول بخوانیم (یعنی به فتح حاء) چون به صیغه اسم فاعل به معنای مضمون له (طلبکار) می‌باشد چنانچه سابقاً به صیغه اسم فاعل خوانده شد، واما اگربه صیغه اسم مفعول بخوانیم، به معنای چیزی که مورد استحقاق است ـ یعنی حق مضمون ـ خواهد بود، وبنابراین، باید گفت که: عدم اشتراط معرفت مضمون له (طلبکار) را مصنف درعبارت ـ بالمستحق ـ ذکرنکرده است بلکه آن را درعبارت بعدی بیان نموده است، یعنی درعبارت «وکذابالغریم» بنابر اینکه کلمه غریم را درآنجا به معنای عام بگیریم که هم به معنای طلبکاروهم به معنای بدهکارباشد (با توجه به اینکه کلمه غریم ازالفاظ أضداد است یعنی درلغت به دو معنایی که ضد یکدیگرند آمده است یعنی طلبکاروبدهکار) **و یمکن**... یعنی احتمال دارد که حق مضمون را درعبارت، مصنف قصدکرده باشد به این بیان که کلمه مستحق را به صیغه مجهول قراربدهیم.

فلو ضمن... (تفریع است برعدم اشتراط معرفت مقدارحق مضمون) یعنی (وقتی که معرفت مقدارحق مضمون، شرط صحت ضمان نبود) پس اگر (ضامن شود دین مجهول را مثل اینکه:) ضامن شود آنچه راکه درذمه بدهکاراست (مثلاً ضامن به طلبکار بگوید: ضامن شدم آنچه راکه برذمه بدهکاراست) ضمان مزبورصحیح است (هرچند

مقدارما فی الذمه برای ضامن مجهول است) بنابر صحیحترین دو قولی که در این مسأله می‌باشد، به دلیل اصالة الصحة، و(دلیل دوم) اطلاق روایت (که شامل ضمان دین مجهول نیز می‌شود).

و لأن الضمان... (این دلیل سوم است و در حقیقت اشاره به جواب از دلیل کسانی است که ضمان دین مجهول را صحیح نمی‌دانند و دلیل آنها این است که می‌گویند در روایت نبوی نهی شده است از غرر «نهی النبي عن الغرر» چنانکه در بعضی روایات به همین صورت آمده است، و معلوم است که ضمانت دین مجهول، غرر است چون ضامن نمی‌داند که چه مقدار از مال بر ذمه مدیون می‌باشد، شارح در جواب از این دلیل می‌فرماید:) با ضمان، غرر و جهالت منافات ندارد، زیرا ضمان، معاوضه نیست (و غرری که نهی از آن شده همانا در معاوضات می‌باشد چون جهالت عوضین در معاوضات، منجر به تنازع و دعوا بعد از معامله می‌گردد، ولی ضمان چون معاوضه نیست، غرر در آن، نهی نشده است چون منجر به تنازع نمی‌شود، و دلیل بر اینکه معاوضه نیست آن است که) چون ضمان از شخص متبرع صحیح می‌باشد (به توضیحی که داده شد).

هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك كالمثال، فلو لم يمكن كـ"ضمنت لك شيئا مما في ذمته" لم يصح قطعا، وعلى تقدير الصحة يلزمه ما تقوم به البينة أنه كان لازما للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد، أو يوجد في دفتر، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول في الضمان، وعدم ثبوت الثاني، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث على الغير، وكون الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره ـ كما لا يثبت ما يقر به ـ في الرابع.

نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف، عليه.

هذا إذا أمكن... توضيح: آنچه گفته شد که ضمان دین مجهول، صحیح است، همانا درموردی است که بعد از ضمانت، ضامن بتواند مقدارآن را معلوم نماید مثل همان مثالی که دانسته شد یعنی ضامن به طلبکار چنین گفته باشد که «ضامن شدم برای تو مافی الذمه بدهکار را» زیرا دراین صورت ضامن بعد از ضمانت می‌تواند مقدارمافی الذمه را به دست آورد.

واما اگرضمان دین مجهول، به طوری باشد که بعد ازضمانت، اصلاً نتواند مقدارآن را معلوم نماید، مثل اینکه چنین ضمانت کند که به طلبکاربگوید:«ضامن شدم برای تو چیزی ازمافی الذمه بدهکار را» دراین صورت، ضمانت باطل است قطعاً، زیرا مقدار «چیز» را نمی‌توان معلوم نمود چون «چیز» هم برمقدارکم صدق می‌کند وهم برمقدارزیاد پس اگرضمانت مزبورصحیح باشد، نمی‌توان ضامن را به مقدارمعینی مُلزم نمود یعنی نمی‌توان گفت که ضامن چه مقداری را باید به طلبکاربپردازد.

ترجمه وشرح عبارت: **هذا...** یعنی صحت ضمان دین مجهول، درصورتی است که علم به مقدارآن بعد ازضمانت، ممکن باشد مثل همان مثال بالا، بنابراین، اگرعلم به آن ممکن نباشد مثل (اینکه ضامن به طلبکاربگوید:) «ضامن شدم برای توچیزی از آنچه به ذمه بدهکار می‌باشد» صحیح نیست آن ضمان، قطعاً.

تعیین مقدار در ضمان مجهول

و علی تقدیر الصحة... توضیح: درآن فرض که ضمانت مقدار مجهول، صحیح است (که فرض ضمانت مافی الذمه می‌باشد) ببینیم که آن مقدار مجهول باید به چه طریقی معلوم گردد تا آن را ضامن بپردازد؟ و به عبارت دیگر، در ضمان مجهول، ضامن به چه مقدار دین، موظف است که بپردازد؟

شارح می‌فرماید: هر مقداری که به طریق بینه، معلوم گردید که در وقت ضمان، به ذمه مضمون عنه (بدهکار) ثابت بوده، باید ضامن آن مقدار را بپردازد، اما غیر آن مقدار از بدهکاریها ـ مثل بدهکاری‌هایی که در ذیل نگاشته می‌شود ـ پرداختن آن بر ضامن واجب نیست:

۱. بدهکاری‌هایی که بعد از ضمانت، به ذمه مضمون عنه آمده باشد، پرداختن آن بر ضامن واجب نیست چون در وقت ضمان، داخل در ضمانت ضامن نبوده.

۲. بدهکاری‌هایی که در دفتر حساب مضمون عنه یا مضمون له، نوشته شده باشد، پرداختن آنها بر ضامن واجب نیست، زیرا ـ چنانکه بعداً خواهد آمد ـ آن مالی بر ضامن واجب است بپردازد، که در وقت ضمانت، بر ذمه مضمون عنه ثابت بوده باشد و بدهکاری‌هایی که در دفتر نوشته شده، معلوم نیست که در ذمه او ثابت بوده باشد، چون مجرد نوشته شدن در دفتر، چیزی را در ذمه ثابت نمی‌کند و فرض هم آن است که بر بدهکاری موجود در دفتر، بینه‌ای قائم نشده است بلکه بینه بر بدهکاری دیگری قائم شده است.

۳. هر مقداری را که مضمون عنه، اقرار به آن بکند، بر ضامن واجب نیست بپردازد، چون اقرار شخص نسبت به خودش نافذ می‌باشد (چنانکه در حدیث معروف آمده است: «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» یعنی نافذ) نه نسبت به دیگری، و در اینجا اقرار

مزبور، درحق دیگری است (که ضامن است) پس نافذ نخواهد بود یعنی به واسطه اقرار مزبور، ضامن، موظف به پرداخت آن نخواهد بود.

٤. اگر چنانچه بین مضمون عنه (بدهکار) و مضمون له (طلبکار) نزاعی درمقداردین واقع شده باشد و مضمون له ادعا کند مقداری را بیش ازآنچه که مضمون عنه ادعا می‌کند، دراین صورت چون اصل، برائت ذمه مضمون عنه است ازمقدارزاید لذا مضمون عنه منکرمحسوب می‌شود، چون قولش موافق اصل است وبرحسب میزانی که درباب قضاگفته‌اند، هرکسی که قولش موافق اصل درمسأله باشد منکرشناخته می‌شود ومنکروظیفه‌اش خوردن قسم است، پس باید درمورد بحث، مضمون عنه قسم بخورد، حال اگراوقسم نخورد وآن را به مضمون له رد نماید واوقسم بخورد، مدعای مضمون له ثابت می‌شود.

اکنون شارح می‌فرماید: این مقداری که مضمون له برآن قسم می‌خورد، برضامن پرداختن آن لازم نمی‌شود. چون درصورت نزاع بین مضمون له ومضمون عنه، برای مضمون له دونزاع وخصومت است (وبا دونفرطرف حساب است) یکی با ضامن (که چه مقدارازضامن بگیرد) و دیگربا مضمون عنه (که چه مقدارازاوطلب دارد)، در خصومت دوم وقتی که قسم مردوده را خورده ومدعایش برای مضمون عنه ثابت شده، لازمه‌اش این نیست که درخصومت اول هم، مدعایش برای ضامن ثابت شودکه ضامن، موظف به پرداخت آن مقدارشود، زیرا آن دوخصومت جدای ازیکدیگرمی‌باشند و ثبوت مدعایی دریکی ازآنها موجب ثبوت آن درخصومت دیگری نمی‌شود.

فقط دریک مورد است که با قسم خوردن مضمون له، مدعایش برضامن ثابت می‌شود وآن درصورتی است که بینه برما فی الذمه مضمون عنه قائم نگردد ودر خصومتی که بین ضامن ومضمون له می‌باشد، به واسطه اینکه ضامن ادعای کم بودن دین مضمون عنه را می‌نماید ومضمون له بیشترازآن را ادعا می‌کند واصل هم عدم

زیادی است و در نتیجه ضامن، منکر محسوب می‌شود و وظیفه‌اش قسم خوردن است، حال اگر او قسم نخورد و قسم را به مضمون له رد نماید، در این صورت چنانچه مضمون له قسم خورد، مدعای او ثابت می‌شود و ضامن موظف به پرداخت آن مقدار خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و علی تقدیر...** یعنی در آن فرض که ضمان مجهول صحیح است (یعنی آن فرضی که بگوید: «ضامن شدم برای تو ما فی الذمه مضمون عنه را» نه آن فرضی که بگوید: «ضامن شدم چیزی از ما فی الذمه مضمون عنه را») لازم می‌گردد بر ضامن پرداختن آن مقدار بدهکاری که بینه شهادت بدهند بر اینکه آن مقدار در وقت ضمانت، بر ذمه مضمون عنه، ثابت و لازم بوده، نه آن بدهکاری‌هایی که (بعد از ضمان) حاصل شده باشد و نه آن بدهکاری‌هایی که در دفتر حساب می‌باشد و نه آن مقداری که مضمون عنه اقرار به آن نماید، و نه آن مقداری که مضمون له قسم بر آن بخورد به واسطه برگرداندن قسم از جانب مضمون عنه (به مضمون له).

(و این چهار مورد هر کدام دلیلی دارد که یک به یک، آنها را ذکر می‌نماید، اما مورد اول:) زیرا مورد اول (یعنی بدهکاری‌هایی که بعداً حاصل شده) داخل در ضمانت ضامن نبوده و (اما مورد دوم، یعنی آنچه در دفتر حساب می‌باشد. زیرا) مورد دوم، در ذمه مضمون عنه ثابت نبوده (هنگام ضمانت، و حال آنکه مال مضمون باید در وقت ضمان در ذمه مضمون عنه ثابت بوده باشد تا ضمان صحیح و لازم شود) و (اما مورد سوم یعنی آنچه که مضمون عنه به آن اقرار بکند: زیرا) اقرار در مورد سوم، نافذ نیست بر ذمه دیگری (یعنی بر ضامن) و (اما مورد چهارم: زیرا) خصومت و نزاع مضمون له در آن صورت، هم با ضامن است و هم با مضمون عنه، پس لازم نمی‌گیرد ضامن را (که پرداخت نماید به مضمون له) آن مقدار دینی که ثابت می‌شود به واسطه خصومت مضمون له با غیر ضامن (که مضمون عنه باشد، و خلاصه اینکه مقدار دینی که به واسطه قسم خوردن مضمون له در خصومتش با مضمون عنه ثابت می‌شود، به ذمه ضامن نمی‌آید در خصومتی که

ضـامن با مضـمون له دارد) همانطوری که ثابت نمی‌شـود (بر ذمه ضـامن) آن مقدار دینی که مضمون عنه به آن اقرار نماید (که در مورد سوم گذشت).

ما یقر... ضـمیر مقدر بر می‌گردد به ـ غیره ـ که مقصـود از آن مضـمون عنه می‌باشـد. چنانکه در بالا دانسته شد. **في الرابع** (متعلق است به ـ وکون الخصومة ـ نه اینکه متعلق به ـ لایثبت ـ باشـد) یعنی جوابی که داده شـد در عبارت «وکون الخصـومة...» مربوط اسـت به مورد چهارم که عبارت بود از قسـم خوردن مضـمون له، قَسَـمی را که از جانب مضـمون عنه به او برگردانده شـده باشـد **نعم...** یعنی آری اگر قسـم خوردن مضـمون له به واسـطه برگرداندن قَسَـم از جانب ضـامن باشـد، در این صـورت، ثابت می‌شـود (بر ذمه ضامن) آن مقدار دینی که مضمون له بر آن قسم خورده.

(و) كذا (لا) يشترط علمه (بالغريم) وهو المضمون عنه، لأنه وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون.

ويمكن أن يريد به الأعم منه، ومن المضمون له، ويريد بالعلم به: الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، بسهولة الاقتضاء، وما شاكله، لأن الغرض إيفاؤه الدين، وذلك لا يتوقف على معرفته كذلك.

شرط نبودن شناخت مضمون عنه

(و) كذا (لا) يشترط علمه... توضیح: همچنین در صحت ضمان، شناختن مضمون عنه، شرط نیست یعنی لازم نیست که ضامن، مضمون عنه (بدهکار) را از حیث نسب (که فرزند کیست) و یا از حیث اوصاف (مثل اینکه از نظر اخلاق اجتماعی، در ادای دین، خوش حساب و زود پرداز می‌باشد و بد حساب و پشت گوش انداز و بی‌اعتبار نیست) بشناسد.

و دلیل عدم اشتراط آن این است که چون ضمانت، در حقیقت پرداخت دین از طرف مضمون عنه می‌باشد، و معلوم است که پرداخت دین از طرف هر مدیونی جایز است یعنی مدیون، هر کسی که می‌خواهد باشد، دین او را می‌توان پرداخت نمود و موقوف به شناختن او از حیث نسب یا اوصاف نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **وكذا...** یعنی و همچنین شرط نیست (در صحت ضمان) معرفت ضامن به غریم که آن مضمون عنه (بدهکار) می‌باشد، زیرا ضمان (در حقیقت) پرداختن دین است از طرف مضمون عنه، و (معلوم است که) پرداختن دین، جایز است از طرف هر مدیونی (گرچه برای پرداخت‌کننده، مدیون از حیث نسب یا وصف، شناخته شده نباشد).

و یمکن أن یرید... توضیح: مصنف درعبارتش کلمه «غریم» آورده است و«غریم» از الفاظ اضداد می‌باشد، یعنی درلغت به دومعنای ضد یکدیگرآمده است وآن طلبکارو بدهکار می‌باشد.

شارح ابتداءً غریم را به معنای بدهکار(مضمون عنه) تفسیرنمود، اکنون می‌فرماید که ممکن است بگوئیم مصنف مقصودش ازآن کلمه، هر دو معنا می‌باشد. یعنی هم طلبکار و هم بدهکار(مضمون عنه و مضمون له) پس معنای عبارت مصنف این می‌شود که شناختن طلبکاروبدهکار، شرط صحت ضمانت نمی‌باشد.

البته طبق این احتمال ممکن است کسی اشکال کند که درعبارت مصنف تکرار لازم می‌آید، زیرا درعبارت قبلی مصنف، شارح کلمه «مستحق» را ابتدا به صیغه اسم فاعل خوانده وآن را به معنای مضمون له تفسیرنمود پس اگرغریم را دراینجا به معنای عام بگیریم که شامل مضمون له بشود تکرارخواهد بود.

درجواب می‌گوییم طبق این احتمال باید کلمه «مستحق» را به صیغه اسم مفعول بخوانیم که به معنای حق مضمون می‌باشد، نه صیغه اسم فاعل که به معنای مضمون له است، پس دیگرتکرارلازم نمی‌آید.

به هرحال بنابراینکه غریم به معنای اعم ازمضمون له باشد، مقصود ازشناخت مضمون له (که شرط ضمان نمی‌باشد) شناخت نسب یا اوصاف اوست (اوصاف مثل اینکه درطلبکاری سخت گیرنمی‌باشد، بلکه سهل انگاراست یعنی به بدهکارمهلت بیشتری می‌دهد).

وعلت اینکه شناخت مضمون له ازآن نظر، شرط صحت ضمان نیست آن است که غرض ازضمان، پرداختن دین می‌باشد و معلوم است که پرداخت دین، موقوف بر شناخت مضمون له ازحیث نسب یا اوصاف نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یمکن أن...** یعنی احتمال دارد که مصنف (ازکلمه «غریم» فقط مضمون عنه را قصد نکرده باشد بلکه) قصد کرده باشد ازآن، اعم ازمضمون عنه و مضمون له را (یعنی هردو معنی را قصد نموده باشد) **و یرید بالعلم...** کلمه ـ یرید ـ منصوب می‌باشد بنابراینکه عطف است بر«یرید» قبلی که منصوب به ـ أن ـ ناصبه است وضمیردر ـ بالعلم به ـ برمی‌گردد به مضمون له، نه اینکه برگردد به غریم به معنای اعم که شامل مضمون عنه هم باشد ودلیل ما براینکه ضمیرمزبور، فقط به مضمون له بر می‌گردد، دوقرینه درعبارت شارح می‌باشد:

۱. اینکه درعبارت بعدی کلمه «بسهولة الاقتضاء» آمده است و«الإقتضاء» به معنای طلبکاری یعنی گرفتن طلب است ومعلوم است که این صفت مربوط به طلبکاراست (یعنی مضمون له) چون درروایات آمده است که مستحب است مؤمن، سهل القضاء و سهل الإقتضاء باشد.

سهل القضاء یعنی آسان بگیردرپرداخت دین باشد، یعنی خوش حساب وزود پرداز درپرداخت دین باشد، یعنی مستحب است قبل ازرسیدن موعد مقرردین، آن را بپردازد.

وسهل الاقتضاء یعنی آسان بگیردرگرفتن طلب باشد، به این معنی که درصورت طلبکاربودن ازشخص، چنانچه موعد مقرردین رسیده باشد، مستحب است چند روز دیگربه بدهکارمهلت بدهد واورا درفشارقرارندهد.

وخلاصه اینکه ازذکرنمودن شارح صفت سهل الاقتضاء را معلوم می‌شودکه ضمیر در ـ بالعلم به ـ به مضمون له برمی‌گردد.

۲. قرینه دوم، جمله ـ لان الغرض ایفائه الدین... ـ می‌باشد، زیرا علت مزبور، دلیل است برای عدم اشتراط معرفت ومعلوم است که اگرما ضمیرمزبوررا به غریم ـ به معنای اعم ـ برگردانیم، علت مزبور، دلیل برعدم اشتراط معرفت مضمون له ومضمون عنه،

خواهد بود و روشن است که در این صورت، علت مزبور نسبت به مضمون عنه، تکرار می‌باشد، زیرا علت عدم اشتراط معرفت مضمون عنه را در دو سطر پیش ذکر نمود که فرمود: «لأنه وفاء دین عنه...».

به هر حال، ترجمه عبارت این است که: یعنی و (وقتی که مصنف از کلمه غریم، اعم از مضمون عنه و مضمون له را قصد کرده باشد) مقصود از علم به مضمون له این خواهد بود که ضامن، احاطه داشته باشد به شناخت حال مضمون له از حیث نسب یا وصف (و مقصود از معرفت وصف او این است که بشناسد او را به این وصف:) مثلاً به اینکه در طلبکاری، آسان‌گیر است و نظیر این وصف (از اوصاف اخلاقی و اجتماعی او) **بسهولة** صحیح در نسخه این است که این کلمه با «باء» ثبت شود نه با «لام» چنانکه در بعضی نسخه‌های طبع قدیم که در دست ماست نیز با «باء» ثبت شده است، بنابراین جار و مجرور متعلق به ـ وصف ـ خواهد بود.

(بل تميزهما) أي المستحق والغريم ليمكن توجه القصد إليهما، أما الحق فليمكن أداؤه، وأما المضمون له فليمكن إيفاؤه، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

ويشكل بأن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين. فلو قال شخص: "إني استحق في ذمة آخر مائة درهم" مثلا فقال آخر: "ضمنتها لك" كان قاصدا إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقا، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه.

شرط بودن تمیز مضمون عنه و مضمون له و حق مضمون

(بل تميّزهما) أي المستحق... توضیح: سابقاً در عبارت مصنف دانسته شد که معرفت تفصیلی ضامن به شخص مضمون له یا مضمون عنه، از حیث نام و نسب یا اوصاف، شرط صحن ضمان نمی‌باشد و همچنین معرفت تفصیلی ضامن به مقدار حق مضمون (یعنی مال مورد ضمان) شرط نمی‌باشد.

حال در اینجا می‌فرماید که برای صحت ضمان، معرفت اجمالی به آنها شرط می‌باشد به این معنی که ضامن، مضمون له و مضمون عنه را از یکدیگر تمیز بدهد و آنها از یکدیگر مشخص باشند که طلبکار کدام است و مدیون کدام است و همچنین حق مضمون هم باید تمیّز داشته و مشخص باشد، به این معنی که اگر چندین دَیْن مختلف به ذمه مضمون عنه بود (مثلاً یکی صد تومان و دیگری دویست درهم و سومی سیصد دینار) باید ضامن، معین نماید که کدام یک از آنها را ضمانت می‌نماید، و یا اگر حق مجهولی را خواست ضمانت کند (مثلاً ضمانت ما فی الذمه) چنانچه آن حق مجهول، متعدد باشد به این معنی که مثلاً مضمون عنه در سه نوبت قرض کرده باشد و ضامن بخواهد به طور مجمل، ما فی الذمه او را ضمانت کند باید مشخص کند که کدام ما فی الذمه را ضمانت می‌کند، آیا ما فی الذمه نوبت اول را یا نوبت دوم یا نوبت سوم را مثلاً.

و دلیل بر شرط بودن تمیّز و تشخص مضمون عنه و مضمون له و حق مضمون، آن است که در وقت عقد، بتواند ضامن قصد خود را متوجه آنها بکند:

اما نسبت به حق مضمون: برای اینکه بتواند آن را بپردازد چون اگر مشخص نباشد، ضامن بعد از ضمانت، چگونه می‌تواند آن را بپردازد.

و اما نسبت به مضمون له برای اینکه بتواند دین را به او پرداخت نماید، چون اگر معلوم نباشد که مضمون له کدام شخص است، ضامن، به چه کسی می‌تواند دین را بپردازد.

و اما نسبت به مضمون عنه: برای اینکه بتواند ضامن قصد خود را متوجه او کند که دین کدام شخصی را به عهده می‌گیرد و از جانب کدام شخصی می‌خواهد دین را بپردازد.

شارح به اشتراط مشخص بودن مضمون عنه اشکال می‌کند و می‌فرماید: تشخص آن، شرط صحت ضمان نمی‌باشد، زیرا چیزی که شرط است در صحت ضمان همانا توجه قصد به سوی ضمان است، و ضمان عبارت است از تعهد و التزام به مالی که مضمون له آن را ذکر می‌کند و معلوم است که التزام مزبور، توقف ندارد بر اینکه بداند که مدیون، کدام شخص است.

بنابراین، اگر طلبکاری به انسان بگوید که من از شخصی، صد درهم طلبکارم و انسان ضمانت آن را برای او بکند و بگوید من ضامن هستم آن را به تو بپردازم، چنین ضمانی صحیح است چون قصد ضمانت آن از جانب مدیون حاصل شده است هر چند آن مدیون، برای ضامن معلوم نباشد که کدام شخص است و دلیلی نداریم که باید ضامن، مدیون را بالخصوص بشناسد که کدام شخص است.

ترجمه و شرح عبارت: **بل تمیّزهما...** یعنی (معرفت تفصیلی ضامن به حق مضمون، و مضمون له و مضمون عنه، شرط نیست) بلکه (معرفت اجمالی به آنها یعنی) تشخص

ومتمیزبودن آنها شرط می‌باشد **أی المستحق**... شارح دراینجا ضمیرتثنیه ـ هما ـ را برگردانده به مستحق (به فتح حاء به صیغه مجهول به معنای حق مضمون، وشاهد بر اینکه آن کلمه را به صیغه مجهول خواندیم، عبارت بعدی شارح است. یعنی عبارت: اما الحق فلیمکن ادائه) وبه غریم (به معنای اعم ازمضمون عنه ومضمون له، وشاهد بر اینکه غریم را به معنای اعم گرفتیم: عبارت بعدی شارح است، یعنی جمله: اما المضمون له... واما المضمون عنه...) **لیمکن**... (علت است برای اشتراط تمیزدرآن سه) یعنی تشخص آنها شرط است تا اینکه ممکن باشد قصد به سوی آنها متوجه شود، اما (نسبت به) حق مضمون پس (علتش آن است که:) برای اینکه پرداخت آن ممکن باشد (وبدون تمیز، پرداخت آن ممکن نیست) واما (نسبت به) مضمون له پس (علتش آن است که) برای اینکه پرداختن دین به اوممکن باشد (چون واضح است که پرداختن دین به شخص غیرمعین ممکن نیست) واما (شرط بودن تشخص در) مضمون عنه پس (علتش آن است که) برای اینکه ممکن باشد قصد ضامن به سوی اومتوجه گردد **أما الحق**... سابقاً تمیزحق را توضیح دادیم ولی بعضی ازمحشین آن را به معنای معرفت مقدارحق گرفته‌اند وچون این معنی منافات پیدا می‌کند با آنچه که سابقاً شارح بیان کردکه معرفت مقدارحق، شرط نمی‌باشد، بدین جهت صاحب آن حاشیه، توجیه کرده آن معنی را به اینکه مقصود، معرفت مقدارحق است ولوبعد ازضمان چنانکه شارح سابقاً فرمود: «هذا إذا امکن العلم به بعد ذلک».

و یشکل... یعنی (شارح براشتراط تشخص درمضمون عنه اشکال کرده و می‌فرماید:) اشکال می‌شود برآن به اینکه آنچه درصحت ضمان، شرط می‌باشد همانا توجه دادن قصد به ضمان است وضمان عبارت است ازتعهد به (پرداختن) مالی که مضمون له، آن را ذکرمی‌کند واین التزام متوقف برمعرفت شخص بدهکارنیست، بنابراین، اگرکسی بگوید من درذمه شخصی، صد درهم طلبکارم وشخص دیگری

(یعنی ضـامن) بگوید من آن مبلغ را برای تو ضـمانت می‌کنم (که به تو بپردازم) در این صـورت، ضـامن، قصـدش به سـوی عقد ضـمان از طرف بدهکار ـ هرکسـی باشـد ولو شـخص آن مشـخص نبوده ـ تحقق می‌یابد و دلیلی نداریم بر اینکه شـرط باشـد (در صـحت ضـمان) اینکه ضـامن، معرفت به خصـوص مدیون (یعنی به شـخص او) داشـته باشد.

(ولا بد له من إيجاب وقبول مخصوصين)، لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، (والإيجاب ضمنت، وتكفلت)، ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها المال (وتقبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة عليه صريحا.

عقد ضمان و احکام آن

(ولا بد له من إيجاب... توضیح: از آنجایی که ضمان، یکی از عقود است بدین جهت احتیاج به ایجاب و قبول دارد، که ایجاب را ضامن واقع می‌سازد و از طرف مضمون له، قبول واقع می‌شود.

و چون ضمان، عقد لازم است لذا ایجاب و قبول آن باید به الفاظ مخصوصی باشد که به صراحت دلالت بر معنای ضمان کند، (چنانکه در الفاظی که حقیقت در معنای ضمان می‌باشند چنین است، مثل الفاظی که در ذیل ذکر خواهیم کرد) بنابراین، ایجاب و قبول آن به واسطه هر لفظی که معنای ضمان را برساند ـ هر چند صریح نباشد (مثل الفاظی که مجازاً به کمک قرینه مجازیه دلالت بر معنای ضمان می‌کنند) ـ واقع نمی‌شود بر خلاف عقود جایزه که آنها به هر لفظی (هر چند مجازی باشد) که معنای آن عقود را برساند واقع می‌شوند.

صیغه ایجاب ضمان

صیغه ایجاب ضمان به یکی از الفاظ زیر واقع می‌شود:

۱. «ضمنت» که ضامن خطاب به مضمون له بگوید: «ضمنت لک ما فی ذمة زید من الدین» یعنی منتقل نمودم به ذمه خود (و یا ملتزم شدم که بپردازم) از برای تو دینی را که بر ذمه زید داری، پس مضمون له بگوید: «قبلت ضمانک لی ما فی ذمة زید من

الدین» یعنی قبول نمودم منتقل نمودن تو (و یا ملتزم شـدن تو) دین مرا از ذمه زید بر ذمه خودت.

۲. «تکفلت» البته چون درکفالتی که تعهد نفسـی اسـت (و درکتاب الکفالة از آن بحث می‌شود) نیز ایجاب آن به صیغه «تکفلت» می‌باشد، لذا برای اینکه بین ضمانی که به این صیغه واقع می‌شود و بین کفالتی که تعهد نفسی است، فرقی باشد باید متعلق تکفلت در عقد ضمان را مال قرارداد، به این صورت که ضامن خطاب به مضمون له بگوید: «تکفلت لک ما فی ذمة زید من الدین» ولی متعلق صیغه تکفلت در عقد کفالت، نفس انسانی است به این صورت که کفیل خطاب به مکفول‌له می‌گوید: «تکفلت لک زیداً بان أحضره متی شئت» یعنی کفیل شدم از برای تو زید را به اینکه حاضرکنم اورا هروقتی که تو بخواهی تا استیفای حق خود را از او بنمایی.

۳. «تقبلت» (که ضامن بگوید: «تقبلت لک ما فی ذمة زید من الدین»).

٤. (شبیه صیغه‌های بالا از الفاظی که صریحاً دلالت بر معنای ضمان بکند یعنی صریحاً دلالت بکند بر انتقال مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن مثل «تحملت لک ما فی ذمة زید من الدین».

ترجمه و شرح عبارت: **و لا بدله**... یعنی باید برای ضامن، ایجاب و قبولی باشد، آن هم به الفاظ مخصوصی (و دلیل بر اینکه باید به الفاظ مخصوصی باشند نه با هر لفظی که معنای ضمان را برساند، آن است که) چون ضمان از عقود لازمه می‌باشد که نقل دهنده است مال (یعنی دَیْن) را از ذمه مضمون عنه (بدهکار) به ذمه ضامن (و شأن عقود لازمه این است که ایجاب و قبول آنها با الفاظ مخصوصی صورت می‌گیرد بر خلاف عقود جایزه که ایجاب و قبول آنها با هر لفظی که معنای آن عقود را برساند واقع می‌شوند).

اللازمة لزوم در عقد ضمان معنایش آن است که هیچ یک از طرفین عقد یعنی ضامن و مضمون له نمی‌تواند آن را فسخ کند گرچه مضمون عنه موافقت نماید (چنانکه معنای

لزوم درعقود لازمه همین است که هیچ یک ازطرفین عقد نمی‌تواند عقد را فسخ نماید) **الناقلة للمال**... اثرضمان آن است که پس ازوقوع عقد ضمان، دین ازذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود ومضمون عنه بری الذمه می‌گردد وضامن مدیون می‌گردد و درنتیجه مضمون له (طلبکار) حق رجوع به مضمون عنه (بدهکار اصلی) نخواهد داشت **و الإیجاب**... یعنی صیغه ایجاب عبارت است از«ضمنت» و«تکفلت».

و تتمیّز... (ضمیر مقدر مؤنث درآن برمی‌گردد به کفالتی که مقصود ازآن ضمان است) یعنی فرق پیدا می‌کند کفالت مزبور(که مقصود ازآن ضمانت است) با مطلق کفالت (یعنی کفالتی که عبارت ازتعهد نفس است) به این صورت که متعلق کفالتی که به معنی ضمان است، مال قرارداده می‌شود (برخلاف کفالتی که تعهد نفسی است که متعلق آن، نفس انسانی می‌باشد نه مال) **و تقبلت**... یعنی و نیز(ازصیغه‌های ایجاب است) تقبلت ومانند آن ازالفاظی که دلالت برضمان می‌کند صریحاً (مثل «تحملت»، «تقلدت»، «إلتزمت»، «أنا بهذا المال ضامن»، «أنا بهذا المال کفیل»، «أنا بهذا المال زعیم» و«انا بهذا المال حمیل»).

(ولو قال مالك عندي، أو علي، أو ما عليه علي، فليس بصريح)، لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مالا، وأنه قادر على تخليصه، أو أن عليه السعي، أو المساعدة، ونحوه.

وقيل إن "علي" ضمان، لاقتضاء "علي" الالتزام، ومثله "في ذمتي" وهو متجه، أما "ضمانه علي" فكاف، لانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال.

سخن در بعضی از صیغه‌های ایجاب

(ولو قال: مالک عندي... توضیح: چند صیغه هست که آنها را ایجاب برای عقد ضمان نمی‌توان قرارداد و آنها عبارتند از:

۱. اگر ضامن خطاب به مضمون له بگوید: «مالک عندی» یعنی مال تو پیش من است، این صیغه، صریح در معنای ضمان نیست، یعنی به صراحت دلالت نمی‌کند بر اینکه دین تو را از ذمه مضمون عنه به ذمه خودم انتقال دادم، چون احتمال معنای دیگری درآن داده می‌شود وآن اینکه شاید مقصود این باشد که مضمون عنه پیش من مالی دارد (که اگر بخواهی طلب خود را بگیری، می‌توانی از این مال، دریافت کنی).

۲. اگر ضامن خطاب به مضمون له بگوید: «مالک عَلَيَّ» (یعنی مال تو بر عهده من است) ویا بگوید: «ما علیه عَلَيَّ» (یعنی دینی که بر ذمه مضمون عنه است، بر عهده من می‌باشد) این دو صیغه نیز صریح در معنای ضمان نمی‌باشند، چون احتمال چند معنای دیگر درآنها داده می‌شود، زیرا احتمال دارد مقصود یکی از معانی زیر باشد:

الف: اینکه مقصود این باشد که من می‌توانم دین تو را از چنگ بدهکار، خلاص کنم و به درآورم.

ب: اینکه مقصود این باشد که به عهده من است که سعی وکوشش کنم تا بدهکار، دین تو را بپردازد.

ج: اینکه مقصود این باشد که به عهده من است که کمک کنم تو را در اینکه طلب خود را بتوانی از بدهکار دریافت کنی.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند که دو جمله بالا صریح در معنای ضمان هستند و می‌توان آنها را ایجاب برای عقد ضمان قرارداد، به دلیل اینکه کلمه ـ علیّ ـ معنای التزام و عهده‌دارشدن را می‌رساند، و ضمان هم عبارت از التزام و عهده‌دارشدن دین می‌باشد. و همچنین اگر ضامن به جای کلمه ـ عَلَیَّ ـ کلمه «في ذمتی» به کار ببرد یعنی بگوید: «ما علیه في ذمتی» این صیغه نیز صریح در ضمان می‌باشد.

شارح این قول را می‌پسندد و اضافه می‌کند که صیغه دیگری را نیز برای ایجاب در عقد ضمان می‌توان بکار برد و آن صیغه «ضمانه عَلَیَّ» می‌باشد چون این صیغه نیز صریح در ضمان می‌باشد البته به شرط اینکه دنبال آن تصریح به مال کند یعنی مثلاً بگوید: «ضمان ما علیه عَلَیَّ»، یعنی آنچه به ذمه مضمون عنه است، برعهده من باشد، و یا خطاب به مضمون له بگوید :«ضمان مالک عَلَیَّ» و اما اگر تصریح به مال نکند و فقط بگوید «ضمانه عَلَیَّ» یعنی ضمان او برعهده من است، صریح در ضمان نخواهد بود، چون احتمال دارد که مقصود از آن، ضمان نفس مضمون عنه باشد نه ضمان مال او (یعنی مقصود از آن، ضمانت و التزام به احضار خود مضمون عنه باشد) و این معنای کفالت است نه ضمان مالی.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو قال...** یعنی اگر ضامن بگوید: «مال تو پیش من است» و یا بگوید «مال تو برعهده من است» و یا بگوید:«آنچه بر ذمه بدهکار است، برعهده من است» این صیغه ها، صریح (در معنای ضمان) نمی‌باشند، چون (احتمال معنای دیگر در آنها داده می‌شود) زیرا (در صیغه اول) احتمال دارد ضامن قصدش این باشد که برای بدهکار در دست او، مالی هست، و یا(در صیغه دوم و سوم، قصدش این باشد:) اینکه ضامن، قدرت دارد بر خلاص کردن مال (یعنی دین از دست بدهکار) و یا (قصدش این

باشد:) اینکه بر عهده ضامن است کوشش کردن (در تحصیل دین از بدهکار) و یا (بر عهده ضامن است) کمک کردن (در تحصیل دین) و مانند یکی از معانی مذکور.

و قیل... یعنی وبعضی گفته‌اند که کلمه «عَلَیَّ» (درصیغه دوم وسوم) انشاء ضمان می‌باشد، زیرا کلمه «عَلَیَّ» دلالت می‌کند بر التزام (وعهده‌دار شدن) وکلمه (في ذمتی) نیز مانند کلمه عَلَیَّ می‌باشد (در اینکه دلالت بر التزام می‌کند و در نتیجه می‌توان آن را برای ایجاب ضمان، به کاربرد) **و هو متّجه** نظر شارح است که قول ـ قیل ـ را می‌پسندد.

أما ضمانه... یعنی اما صیغه «ضمانه عَلَیَّ» کفایت می‌کند (برای ایجاب ضمان) زیرا (صریح در ضمان است و) احتمال معنای دیگر در آن داده نمی‌شود به شرط اینکه در آن صیغه، تصریح به مال بکند (تا احتمال معنای دیگر که کفالت باشد، در آن داده نشود) **مع تصریحه**... (کلمه ـ مع ـ به معنی ـ اذا ـ می‌باشد) یعنی صیغه مزبور در صورتی صریح در ضمان می‌شود و احتمال معنای دیگر در آن داده نمی‌شود، که ضامن تصریح به مال کند یعنی مثلاً بگوید: «ضمان مالک عَلَیَّ» و یا «ضمان ما علیه عَلَیَّ».

(فيقبل المستحق) وهو المضمون له.

(وقيل: يكفي رضاه) بالضمان وإن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة، وسهولة القضاء، فلا بد من رضاه به ولكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين.

والأقوى الأول، لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب وقبول لفظين صريحين متطابقين عربيين.

صیغه قبول در ضمان

(فيقبل المستحق)... توضیح: بعد ازآنکه ضامن، صیغه ایجاب را جاری ساخت باید مضمون له (طلبکار) آن را قبول نماید به صیغه «قبلت» یا «رضایت» و یا هر لفظی که صریحاً دلالت بر رضایت به ایجاب ضمان می‌کند.

ولی بعضی از فقها قبول لفظی را شرط ندانسته و رضایت باطنی را کافی دانسته‌اند، و این قول چون مرکب از دو مطلب می‌باشد: اول اینکه رضایت باطنی مضمون له، لازم است، دوم اینکه قبول لفظی، لازم نیست، بدین جهت برای هردو مطلب دلیل آورده‌اند:

اما دلیل بر لزوم رضایت او آن است که به واسطه ضمانت، حق مضمون له، انتقال پیدا می‌کند از ذمه بدهکار به ذمه شخص دیگر که ضامن می‌باشد، و چون مردم در خوش حساب بودن و بدحساب بودن، متفاوتند (بعضی دین مردم را زود می‌پردازند، وبعضی پشت گوش می‌اندازند) و چه بسا بدهکار، خوش‌حساب‌تر از ضامن باشد، بدین جهت اگر انتقال حق مضمون له، به ذمه ضامن (که او طرف حساب مضمون له بشود) به رضایت مضمون له نباشد، ضرر بر او خواهد بود.

واما دلیل برعدم لزوم قبول لفظی: آن است که چون اصل عدم اشتراط آن می‌باشد به جهت اینکه ضمان درحقیقت، پرداختن دین است، ودرپرداختن دین به طلبکار، احتیاج به قبول لفظی اونیست.

جواب شارح ازقول مزبور

شارح، قول اول را تقویت می‌کند که قبول لفظی، لازم است، و ازقول دوم جواب می‌دهد به اینکه چون ضمان، عقد لازم است، باید درعقد، ایجاب وقبول آن به لفظ انجام بگیرد، آن هم باید به لفظ عربی باشد، ومطابق یکدیگرباشند، به این معنی که صیغه ایجاب به هرعبارتی که بود، صیغه قبول هم باید به همان عبارت باشد، یعنی مثلاً اگرضامن بگوید: «ضمنت لک ما فی ذمة زید من الدین» مضمون له باید بگوید: «قبلت ضمانک لی مافی ذمة زید من الدین» واگرضامن بگوید «تکفلت لک مافی ذمة زید من الدین» باید مضمون له بگوید: «قبلت کفالتک لي ما فی ذمة زید من الدین».

ترجمه وشرح عبارت: **فیقبل**... یعنی پس (ازجاری نمودن ضامن، صیغه ایجاب را) باید قبول (لفظی) کند صاحب حق که مضمون له (طلبکار) باشد **المستحق** به صیغه اسم فاعل (یعنی به کسرحاء) **و قیل**... یعنی بعضی گفته‌اند که (لازم نیست قبول لفظی بلکه) کفایت می‌کند (درانعقاد ضمان) رضایت باطنی مضمون له به ضمان، گرچه (لفظاً) تصریح به قبول نکند **لأن حقه**... (ازقول مزبوراستفاده می‌شود که رضایت، در انعقاد ضمان، لازم است ودلیل آن این است که) چون (به واسطه ضمان) حق مضمون له انتقال پیدا می‌کند ازذمه‌ای به ذمه دیگر(ودرنتیجه طرف حساب با مضمون له، آن ذمه دیگرکه ضامن است می‌شود) ومردم مختلفند درخوش معامله بودن وزود پرداختن دین (وچه بسا ضامن، خوش حسابترازبدهکاراصلی نباشد) پس باید مضمون له

رضایت بدهد به انتقال مزبور، ولی شرط نیست که (رضایت مزبور به صیغه) قبول لفظی باشد (بلکه رضایت باطنی کفایت می‌کند) به دلیل اصالت عدم اشتراط قبول لفظی، چون ضمان (در حقیقت) پرداختن دین است (و در پرداختن دین، قبول لفظی طلبکار، لازم نیست).

و (شارح می‌فرماید:) اقوی قول اول است (که قبول لفظی، شرط می‌باشد) زیرا ضمان، عقد لازم است پس (همانند باقی عقود لازمه) باید برای او ایجاب و قبولی باشد که (جامع این شرایطی که ذکر می‌گردد باشد و آن اینکه: أولاً) هردو لفظ باشند و (ثانیاً در عبارت و الفاظ) مطابق یکدیگر و (ثالثاً) به لفظ عربی باشند.

متطابقین بعضی از محشین گفته‌اند: مقصود از آن، مطابقت ایجاب و قبول است در ماضی بودن یعنی آنها هردو به صیغه ماضی باشند ولی چنانکه قبلاً توضیح دادیم ـ و نیز در کتاب الرهن شرح دادیم ـ مقصود از آن، مطابقت صیغه ایجاب و قبول است در عبارت، به این معنی که صیغه ایجاب به هر عبارتی باشد، صیغه قبول هم باید به همان عبارت باشد.

فعلى ما إختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة.

وعلى القول الآخر (فلا يشترط فورية القبول)، للأصل، وحصول الغرض. وقيل: لا يشترط رضاه مطلقا، لما روي من ضمان علي عليه الصلاة والسلام دين الميت الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه، لمكان دينه.

ثمره نزاع بين دو قول بالا

فَعلى ما إختاره... توضيح ثمره نزاع بين قول مصنف (كه قبول لفظى را شرط دانست) و بين قول دوم (كه رضايت باطنى را در قبول، كافى مى‌داند) اين است كه بنابر قول مصنف، هر چه كه در عقود لازمه، شرط مى‌باشد، در عقد ضمان نيز شرط خواهد بود كه يكى از آن شروط اين است كه بايد قبول، متصل به ايجاب باشد و فاصله قابل توجهى بين ايجاب و قبول واقع نشود.

ولى بنابر قول دوم، لازم نيست قبول (كه رضايت باطنى است) متصل به ايجاب باشد، بنابراين، اگر ايجاب واقع شد و به فاصله زيادى، رضايت باطنى مضمون له حاصل شود، كفايت مى‌كند در انعقاد ضمان، و دليل آن دو چيز است:

١. اينكه اصل عدم اشتراط اتصال بين ايجاب و بين رضايت مى‌باشد.

٢. غرض از ضمان ـ كه انتقال دين از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن مى‌باشد ـ به واسطه رضايت متأخر از ايجاب، نيز حاصل مى‌شود.

و خلاصه قول دوم اين است كه رضايت باطنى مضمون له ـ خواه رضايت در حين عقد حاصل شده باشد و يا بعداً حاصل شود ـ براى انعقاد ضمان، كافى است.

قول سوم در مسأله قبول

بعضی از فقها گفته‌اند که در ضمان، رضایت مضمون له به هیچ وجه، شرط نمی باشد یعنی نه به صورت قبول لفظی، و نه به صورت رضایت باطنی.

و دلیل این قول، روایت ضمانت حضرت امیرالمؤمنین علیه‌السلام است که از مرده‌ای که پیغمبراکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله به جهت دینی که به ذمه آن میت بود، از نماز خواندن براو خودداری نمودند، و حال آنکه طلبکار (مضمون له) درآنجا حضور نداشت تا رضایت به ضمان امیرالمؤمنین علیه‌السلام به بدهد، و حضرت رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله هم سؤال نفرمود که آیا مضمون له رضایت به ضمان داد یا نه، در حالیکه اگر رضایت او شرط بود هرآینه حضرت رسول اکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله از آن سؤال می‌نمودند.

ترجمه و شرح عبارت: **فَعَلیٰ**... یعنی پس طبق مختار مصنف ـ که قبول لفظی را شرط می‌داند ـ شرط است در قبول، آنچه که در عقود لازمه شرط می‌باشد (که یکی از آن شرایط، فوریت قبول است که بلافاصله بعد از ایجاب، واقع شود) ولی طبق قول دیگر (که رضایت باطنی را کافی می‌داند) شرط نیست فوریت قبول (البته قبول به معنی رضایت باطنی، پس بعد از ایجاب اگر به فاصله زیادی رضایت باطنی مضمون له حاصل شود، ضمان منعقد می‌شود) به (دو) دلیل (یکی:) اینکه اصل عدم اشتراط فوریت است و (دلیل دوم اینکه چون:) غرض از ضمان (به واسطه رضایت باطنی که متأخر از ایجاب باشد) حاصل می‌شود.

و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که اصلاً رضایت مضمون له، شرط (در صحت ضمان) نمی‌باشد مطلقا نه به صورت قبول لفظی و نه به صورت رضایت باطنی، به دلیل آنچه روایت شده از ضامن شدن حضرت امیر علیه‌السلام دین میتی را که پیغمبراکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله خودداری نمود از نماز خواندن براو به جهت بودن دین به ذمه آن میت.

لما رُوِي... این روایت، هم به طریق عامه و هم به طریق خاصه نقل شده است: اما به طریق عامه: به طوری که صاحب وسائل از شیخ طوسی درکتاب «خلاف» نقل کرده چنین است:

«عن أبي سعيد الخدري قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في جنازة، فلمّا وُضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم فقال علي عليه السلام: هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فصلى عليه ثم أقبل على عليّ فقال: جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك»[1]

یعنی ابوسعید خدری نقل می‌کند که گفت: با رسول خدا دربرابر جنازه‌ای بودیم، حضرت فرمود: آیا برعهده دوست شما دینی هست؟ گفتند: بله، دودرهم مدیون است، حضرت فرمود: خودتان بر جسد او نماز بگذارید، آقا امیرالمؤمنین علیه السلام فرمود: یا رسول الله آن دودرهم به عهده من باشد و من برای آن دودرهم ضامن هستم، آنگاه رسول خدا برخاست و بر جنازه نمازگذارد و سپس رو به امیرالمؤمنین علیه السلام کرد و فرمود: خدا تو را جزای خیر دهد و ذمه‌ات را آزاد سازد همانطورکه تو ذمه برادرت را آزاد کردی.

فاضل مقداد درکتاب «کنزالعرفان» فرموده:«این حکم در صدر اسلام بود که پیغمبراکرم صلى الله عليه وآله وسلم بر شخصی که در حال مدیون بودن وفات می‌کرد براو نماز نمی‌خواند ولی بعداً این حکم نسخ شد به آیه ﴿**النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ**﴾.

ومؤید گفتار فاضل مقداد، روایت دیگری است که بازشیخ طوسی درکتاب «خلاف» نقل کرده وآن چنانکه در«وسائل الشیعه» آمده چنین است:

---

[1] وسائل الشیعه، ج ٦، ص ١٥١.

«عن جابر بن عبدالله أن النبي كان لايصلي على رجل عليه دين فأتي بجنازة فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا، نعم ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبوقتاده: هما علي يا رسول الله، قال: فصلى عليه، فلمّا فتح الله على رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته، ومن ترک ديناً فَعليَّ»[1]

یعنی جابر بن عبدالله نقل می‌کند که رسول الله ﷺ هیچگاه بر شخصی که در حال مدیون بودن وفات می‌کرد، نماز نمی‌گذارد، زمانی جنازه‌ای را نزد ایشان آوردند، آن حضرت پرسید آیا بر عهده دوست شما دینی وجود دارد؟ پاسخ دادند آری، او دو دینار بدهکار است، حضرت فرمود: خودتان بر او نماز بگذارید، ابوقتاده گفت آن دو دینار را من ضامن می‌شوم، آنگاه حضرت نماز گذارد، و وقتی که خداوند بر پیغمبر اکرم، فتح مکه را ارزانی داشت، پیغمبر فرمود: من از نفس مؤمنان بر آنها أولی هستم (و ولایت را چنین تبیین کرده که:) پس اگر کسی مالی از خود باقی بگذارد، مال ورثه اوست، ولی اگر دینی به جا بگذارد، برعهده من است که آن را بپردازم.

ناگفته نماند که موضوع این روایت شبیه به روایت ابوسعید خدری است، فقط به جای حضرت امیر علیه السلام ابوقتاده ضامن شده است، و به جای دو درهم، دو دینار ذکر شده است، و معلوم نیست که آیا این دو واقعه جدا اتفاق افتاده بود یا آنکه یک واقعه است که به زعم یکی از راویان، ضامن حضرت علی علیه السلام بوده، و دیگری ابوقتاده را ضامن معرفی کرده است[2].

---

[1] وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ٤٢٤.

[2] به نظر می‌رسد که دشمنان اهل بیت علیهم السلام به جهت دفع فضیلت از حضرت امیرالمؤمنین علیه السلام، روایت را تحریف کرده و نسبت به ابوقتاده داده‌اند و از این قبیل تحریفات در فضائل امیرالمؤمنین علیه السلام در أخبار زیاد به چشم می‌خورد.

واما روایت مزبور به طریق خاصه: به طوری که شیخ طوسی در «تهذیب» وکلینی در «کافی» وصدوق در «من لایحضر» نقل کرده چنین است:

«... عن معاویة بن وهب قال: قُلتُ لأبی عبدالله علیه السلام انه ذکر لنا أنّ رجلاً من الأنصار مات وعلیه دیناران دینا فلم یُصل علیه النبی صلی الله علیه وآله وسلم وقال، صَلوا علی أخیکم، حتی ضمنهما عنه بعض قراباته، فقال أبوعبدالله علیه السلام: ذاک الحق، ثم قال: ان رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم انما فعل ذلك لیتعظوا ولیؤدِّ بعضهم علی بعض، ولئلا یستخفوا بالدین، وقدمات رسول‌الله صلی الله علیه وآله وسلم وعلیه دین، وقتل امیرالمؤمنین علیه السلام و علیه دین، ومات الحسن علیه السلام وعلیه دین، وقُتِلَ الحسین علیه السلام وعلیه دین»[1]

یعنی معاویة بن وهب گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: به ما گفته‌اند که در زمان رسول خدا یکی ازیاران وی که اهل مدینه بود ازدنیا رفت درحالیکه دودینار بدهکاربود، رسول خدا حاضر نشد تا بر جنازه وی نمازبخواند وبه اصحابش فرمود: بر برادراتان نمازبگذارید، تا اینکه یکی از خویشانش آن دین را به عهده گرفت، آیا این صحت دارد؟ امام صادق علیه السلام فرمود: آری صحیح است، والبته این کاررا رسول خدا بدان جهت کرد که مردم متوجه شوند که هرکسی دینی به گردن دارد ادا نماید، ودیگر اینکه قرض را بی‌اهمیت تلقی نکنند، وگرنه بدون شک رسول خدا صلی الله علیه وآله وسلم خود ازدنیا رفت ومدیون بود، وامیرالمؤمنین علیه السلام شهید شد درحالی که بدهی داشت، وحضرت مجتبی علیه السلام فوت نمود ووام برعهده‌اش بود، وحضرت سید الشهداء علیه السلام قرض به گردن داشت وشهید شد.

(نگارنده گوید: ازذیل این روایت چنین استفاده می‌شود که آن شخص مدیون، توانایی پرداخت دین را داشته ولی اهمیت نداده تا فوت کرده است، بدین جهت رسول خدا حاضرنشد تا برجنازه‌اش نمازبخواند).

---

[1] کافی، ج ۵، ص ۹۳ ومن لایحضر، ج ۳، ص ۱۸۲ وتهذیب، ج ٦، ص ۱۸۳.

(ولا عبرة بالغريم) وهو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه. (نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه) في الضمان وإن أذن في الأداء، لأنه متبرع، والضمان هو الناقل للمال من الذمة.

عدم اشتراط رضایت مضمون عنه

(ولا عبرة بالغريم)... توضیح: در صحت ضمان، رضایت مضمون عنه به آن، شرط نمی‌باشد یعنی لازم نیست که ضمان با اذن ورضایت او باشد، زیرا سابقاً گفته شد که ضمان درحقیقت، پرداختن دین مدیون است، وانسان اگر بخواهد دین مدیونی را به طلبکارش بپردازد، می‌تواند بدون اذن اوآن را انجام بدهد.

چیزی که دراینجا هست این است که وقتی ضمان بدون اذن اوشد، ضامن بعد از پرداختن دین به طلبکار، دیگرحق رجوع به مضمون عنه برای دریافت آنچه که پرداخت کرده است نخواهد داشت، هرچند بعد ازضمان مزبور، مضمون عنه اذن ورضایت به پرداختن دین بدهد.

ودلیل عدم رجوع این است که ضامن درآن صورت، تبرعاً وازپیش خود ملتزم شده که دین را بپردازد، وبه مجرد التزام وضمانت، دین ازذمه مضمون عنه به ذمه اومنتقل گشته وذمه اودربرابر طلبکار، مدیون گردیده وذمه مضمون عنه، بریٔ گشته است پس دیگراذن مضمون عنه ورضایت اوبعد ازتحقق ضمان، فایده به حال ضامن ندارد، (یعنی اثری دراثبات حق رجوع برای ضامن ندارد) چون بعد ازبری شدن ذمه مضمون عنه به واسطه ضمان، مضمون عنه درحکم شخص اجنبی شده وضامن، مدیون گردیده، ودرنتیجه اذن مضمون عنه درادای دین همانند این می‌ماند که شخص اجنبی، اذن یا امر به مدیون کند که دین خودت را بپرداز، پس همانطوری که دراین صورت، مدیون بعد ازپرداختن دین خود، حق ندارد به شخص اجنبی رجوع کند وآنچه

پرداخته است از شخص اجنبی بگیرد، همچنین در مورد بحث، ضامن بعد از پرداختن دین به مضمون له، حق ندارد رجوع به مضمون عنه کند گرچه مضمون عنه، اذن در پرداختن دین داده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا عبرة**... یعنی اعتباری به (رضایت و اذن) بدهکار ـ یعنی مضمون عنه ـ نیست (یعنی رضایت او شرط نمی‌باشد) به دلیل آنچه که قبلاً ذکر نمودیم و آن این است که ضمان (در حقیقت) پرداختن دین مضمون عنه است و این امر، توقف بر اذن و رضایت او ندارد.

آری در صورتی که مضمون عنه، اذن در ضمان نداده باشد (و ضامن بدون رضایت او دین را ضمانت کرد و آن را پرداخت) نمی‌تواند ضامن رجوع به مضمون عنه کند (و آنچه پرداخته است از او بگیرد) هرچند (موقع پرداختن دین) اذن در أدای دین داده باشد (و دلیل حکم مزبور این است که) چون ضامن (در آن صورت) متبرع (در ضمانت) بوده (و از پیش خود، دین مضمون عنه را ضمانت کرده) و (می دانیم که) ضمان هم نقل می‌دهد مال (یعنی دین) را از ذمه مضمون عنه (به ذمه ضامن، و در نتیجه، مضمون عنه، بریٔ الذمه می‌گردد و دیگر مدیون او محسوب نمی‌گردد پس در این حال اگر اذن به پرداختن دین بدهد، اثری نخواهد داشت یعنی اذن مزبور، حق رجوع برای ضامن جهت گرفتن دین از مضمون عنه نمی‌دهد، و مضمون عنه در مقابل ضامن، مسئول نخواهد بود).

(ولو أذن) له في الضمان (رجع) عليه (بأقل الأمرين مما أداه، ومن الحق) فإن أدى أزيد منه كان متبرعا بالزائد، وإن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء.

اثر ضمان بین ضامن و مضمون عنه

مقداری که باید مضمون عنه به ضامن بدهد

(ولو أذن) له في الضمان... توضیح: درصورتی که ضمانت ضامن به اذن مضمون عنه بوده باشد، مضمون عنه، مدیون ضامن می‌گردد وضامن می‌تواند آنچه راکه به مضمون له پرداخته است ازمضمون عنه بخواهد.

وچون ضامن می‌تواند به کمتر ویا بیشتر ازدین، ازمدیون ضمانت کند، وازسوی دیگرفلسفه تأسیس ضمان، کمک واحسان به مضمون عنه می‌باشد (وبدین جهت مبتنی برارفاق است) لذا ضامن، فقط می‌تواند آنچه راکه به مضمون له می‌پردازد از مضمون عنه بگیرد (یعنی به مقداری که ضامن، خسارت دیده، مضمون عنه باید جبران نماید) ودرنتیجه هرکدام ازآنچه به مضمون له پرداخته وازآنچه به گردن مضمون عنه بوده، کمتراست را می‌تواند ازمضمون عنه بگیرد، بنابراین:

الف: اگرضامن زیادترازمقداردین، به مضمون له بپردازد، آن زیادی تبرعی خواهد بود وحق گرفتن آن را ازمضمون عنه نخواهد داشت، مثلاً اگردین، صدتومان باشد و ضامن صد وبیست تومان به مضمون له بپردازد، فقط می‌تواند صد تومان ازمضمون عنه بگیرد.

ب: واگرضامن به مضمون له کمترازمقداردین داده باشد (به این معنی که خود مضمون له کمترازمقداردین بگیرد وزیادی را ازاواسقاط نموده باشد) دراین صورت

زیاده بر آنچه داده نمی‌تواند از مضمون عنه مطالبه کند(مثلاً اگر مقدار دین، صد تومان باشد، و مضمون له از ضامن، نود تومان گرفته باشد، ضامن فقط می‌تواند نود تومان از مضمون عنه بخواهد).

در این صورت فرقی نیست خواه اسقاط کردن مضمون له، زیادی را از ضامن (یعنی ده تومان در مثال مزبور) به طریق ابراء باشد، و خواه به طریق صلح باشد (یعنی در مثال بالا، مضمون له صد تومان را به نود تومان صلح کرده باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أذن**... یعنی اگر مضمون عنه، اذن ضمان به ضامن داده باشد ضامن می‌تواند رجوع کند به مضمون عنه و از او (آنچه که پرداخته است را دریافت نماید منتها باید) کمترین از آنچه پرداخته و از مقدار دین، را بگیرد پس اگر ضامن بیشتر از مقدار دین پرداخته باشد، آن مقدار زاید، تبرعی خواهد بود (نمی تواند آن را از مضمون عنه مطالبه کند بلکه فقط به مقدار دین، حق رجوع به مضمون عنه دارد) و اما اگر ضامن کمتر (از مقدار دین) پرداخته باشد، حق ندارد به غیر از آنچه پرداخته است، رجوع به مضمون عنه بکند، خواه (در صورت دوم که ضامن کمتر پرداخته است) مضمون له، مقدار زیادی (از آنچه ضامن پرداخته است) را از ضامن، به طریق صلح اسقاط کرده باشد یا به طریق ابراء، اسقاط کرده باشد **مما أدّاه و من الحق** کلمه ـ من ـ جارّه تفسیر می‌کند اقل الامرین را **ابراء** «ابراء» از ایقاعات است نه از عقود (ایقاع آن است که به واسطه ایجاب از یک طرف واقع می‌شود بدون آنکه احتیاج به قبول از طرف دیگر داشته باشد، بر خلاف عقد که احتیاج به دو طرف دارد ایجاب و قبول) و معنای ابراء، بری کردن شخص است، ذمه شخص دیگری را از حقی که بر او دارد چه حق مالی مثل دین، و چه غیر مالی مثل غیبت و بهتان و حق القصاص و مانند اینها.

ولو وهبه بعد ما أدى الجميع البعض أو الجميع جاز رجوعه به، ولو أدى عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق، سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

ولو وهبه... توضیح: اگرچه مبنای ضمان برارفاق وکمک به مضمون عنه می‌باشد و ضامن بیش ازآنچه به مضمون له داده به هیچ وجه نمی‌تواند ازمضمون عنه مطالبه نماید، ولی درصورتی که ضامن، تمام دین را به مضمون له پرداخت نمود، وبعداً مضمون له تمام آن ویا بعض آن را به ضامن بخشید، ضامن می‌تواند تمام مقداردین را ازمضمون عنه بخواهد، مثلاً اگر دین، صدتومان بود وبعد ازپرداختن آن، مضمون له آن را به ضامن بخشید، پس ضامن می‌تواند صد تومان ازمضمون عنه بگیرد، چون صدتومانی که به ضامن برگشت همان صدتومان خود ضامن است پس صدتومانی که بخشیده شده، چون انتفاعی است که به جیب ضامن باید برود لذا می‌تواند آن را از مضمون عنه بگیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو وهبه...** یعنی اگرمضمون له ببخشد ـ بعد ازپرداختن ضامن تمام دین را ـ مقداری ازدین یا تمام دین را، دراین صورت جایزاست رجوع کردن ضامن (به مضمون عنه) به تمام دین(وآن را ازاودریافت نماید چون بخشیدن مضمون له، احسانی بوده درحق ضامن وانتفاعی است که به جیب اوباید برود) **وهبه** ضمیر مقدّرفاعلی برمی‌گردد به مضمون له، وضمیرظاهرمنصوبی برمی‌گردد به ضامن **أدّی** ضمیرمقدّرفاعلی برمی‌گردد به ضامن **البعض** مفعول دوم است برای ـ وهبه ـ **أو الجميع** عطف است بر ـ البعض ـ یعنی أووهب الجميع **رجوعه به** ضمیر ـ به ـ برمی‌گردد به جمیع اول (یعنی جمیع دین).

و لو أدّى عرضاً...توضیح: اگرضامن، متاعی غیرازجنس دین، به مضمون له بپردازد، دراین صورت ضامن می‌تواند هرکدام ازقیمت آن متاع وازمقداردین، که کمتر

است، از مضمون عنه مطالبه کند، مثلاً اگر مضمون عنه، صد تومان مدیون بود، و ضامن، قالی که قیمتش هفتاد تومان است، به مضمون له بدهد، در این صورت ضامن، فقط به مقدار هفتاد تومان، حق دریافت از مضمون عنه دارد نه بیشتر از آن، و اگر مثلاً ضامن، قالی که قیمتش صد و بیست تومان است به مضمون له بدهد، در این صورت ضامن، فقط به مقدار صدتومان (که مقدار دین است) می‌تواند از مضمون عنه بگیرد.

و در حکم بالا فرقی نیست بین اینکه مضمون له، به طریق صلح، آن متاع را به جای دین، قبول کرده باشد، یا اینکه به غیر آن طریق بدون عقدی، آن را قبول نموده باشد.

ترجمه و شرح عبارت : **و لو أدّیٰ عَرَضاً** (عرض به فتح عین و راء یعنی متاع) یعنی اگر ضامن بپردازد (به مضمون له) متاعی را(به جای پول) رجوع می‌کند به (مضمون عنه و دریافت می‌کند از او) کمترین از قیمت متاع و از مقدار دین را، خواه اینکه مضمون له، راضی شده باشد به متاع به جای دین، بدون عقد یا اینکه به واسطه عقد صلح، راضی به آن شده باشد.

(ويشترط فيه) أي في الضامن (الملاءة) بأن يكون مالكا لما يوفي به الحق المضمون، فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ. وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ، لتحقق الشرط حالته وكما لا يقدح تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر.

شرط لزوم عقد ضمان

(و يشترط فيه)... توضیح مقدمتاً ذکر می‌شود: در صحت ضمان، شرط نیست که ضامن در حین ضمان، مالدار باشد، زیرا ضمان، تعهد و التزام به ادای دین است و این تعهد را شخص تنگدست نیز می‌تواند بنماید که بعداً اگر مالدار شد، آن را ادا نماید.

و چون اثر تنگدستی ضامن آن است که در موعد معین نمی‌تواند از عهده ایفای دین برآید و این امر موجب ضرر مضمون له می‌شود، بدین جهت مضمون له باید در حین عقد، از وضعیت مالی ضامن آگاه باشد، و در صورتی که از تنگدستی او آگاه بوده باشد، عقد ضمان لزوم پیدا می‌کند و مضمون له حق فسخ نخواهد داشت.

از این مقدمه چنین نتیجه می‌گیریم که: شرط لزوم عقد ضمان (نه صحت) یکی از این دو امر است که: یا ضامن هنگام عقد، مالدار باشد (به این معنی که داشته باشد مقدار مالی را که با آن، دین را ادا نماید، و این مال، علاوه بر آنچه که شرعاً در پرداخت دین استثنا شده است، بوده باشد، یعنی علاوه بر مستثنیات دین ـ مثل خانه و مرکب سواری مورد نیاز و خرج خوراک و پوشاک او ـ مقدار مالی داشته باشد که با آن، دین را ادا نماید) و یا اینکه اگر هم تنگدست باشد، مضمون له هنگام عقد، خبر از تنگدستی او داشته باشد و در عین حال ضمانت او را قبول نماید.

پس درهرکدام ازدوصورت مزبور، عقد ضمان لزوم پیداکرده ومضمون له حق فسخ ضمان را ندارد.

بنابراین، اگرضامن دروقت ضمان، تنگدست بود ومضمون له ازتنگدستی اوآگاه نباشد وبعداً برآن اطلاع یابد، می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند ودرنتیجه ضمانت منحل شده ودین دوباره به ذمه مدیون اصلی (مضمون عنه) برمی‌گردد.

ترجمه وشرح عبارت: **و یشترط**... یعنی (برای لزوم عقد ضمان) شرط است در ضامن، مالداربودن اوبه این معنی که مالک باشد مقدارمالی راکه با آن، دینی که به ذمه گرفته است را بپردازد واین مال علاوه برآن اموالی باشدکه شرعاً درجهت پرداخت دین، استثنا شده است (که آنها را لازم نیست برای پرداختن دین فروخت).

المستثنیات... کسی که مدیون است، ازدارایی اوچیزهایی شرعاً استثنا شده که بر مدیون واجب نیست آنها را جهت پرداختن دین خود، بفروشد بلکه اگرعلاوه برآنها اموالی دیگرداشته باشد باید ازآنها دین را بپردازد، وآن چیزهای استثنا شده را در اصطلاح فقهی «مستثنیات دین» گویند وآنها عبارتند از: خانه مسکونی، لباس تجمّل (مجلسی) مرکب سواری مورد نیازاوبه اندازه‌ای که لایق شأن اوباشد، ودیگرضروریات زندگی.

أو علم... (کلمه ـ علم ـ به صیغه مصدراست) یعنی ویا آگاهی صاحب حق (یعنی مضمون له) به تنگدستی ضامن **حین الضمان**... (ظرف زمان است برای ـ علم ـ) یعنی دروقت ضمان، بداند تنگدستی ضامن را، بنابراین اگر (ضامن دروقت ضمانت، تنگدست بود و) مضمون له ندانست تنگدستی اورا تا اینکه ضامن، ضمانت کرد، در این صورت مضمون له مخیراست درفسخ ضمان (یعنی اگرخواست می‌تواند آن را فسخ کند ورجوع کند به مضمون عنه، واگرهم خواست می‌تواند صبرکند تا زمانی که ضمن، مالدارشود).

في الفسخ... وعلت جواز فسخ آن است که چون ضمان در حقیقت، ادای دین مدیون است و مقصود اصلی از آن، ارفاق وکمک به مدیون است به این طریق که دین او را ضامن به گردن می‌گیرد، و این ارفاق آن وقتی تحقق می‌یابد که ضامن، تمکن پرداختن آن را داشته باشد، بنابراین، اگر این مقصود حاصل نشود، طلبکار می‌تواند عقد ضمان را برهم بزند و رجوع به خود مدیون (مضمون عنه) کند، همچنانکه در عقد بیع، مقصود مشتری به دست آوردن مبیع سالم است نه معیوب پس وقتی که آن مقصود برای وی حاصل نشود و مبیع، معیوب درآید، حق دارد بیع را فسخ نماید.

و إنّما تعتبر... توضیح: اشتراط مالداری ضامن همانا در ابتدای ضمان می‌باشد نه در استدامه یعنی استمرار مالداری ضامن، شرط نیست، بنابراین، اگر ضامن در زمان عقد ضمان، مالدار بوده باشد و بعد از ضمان، تنگدست شود (مثل اینکه دارایی او دچار حریق گردد) مضمون له حق فسخ نخواهد داشت، زیرا شرط لزوم در حین عقد، موجود بوده است و لزوم به واسطه آن محقق گردیده است و چنانچه به واسطه پیدایش تنگدستی، شک در بقای لزوم شود، استصحاب بقای لزوم می‌کنیم.

و همچنین است حکم در صورتی که مثلاً به واسطه فرارکردن ضامن، مضمون له نتواند حق خود را از او بگیرد، نمی‌تواند عقد ضمان را فسخ کند و در نتیجه حق رجوع به مضمون عنه (مدیون) نخواهد داشت.

ترجمه و شرح عبارت: **و إنما تعتبر**... یعنی همانا مالدار بودن شرط است در ابتدای ضمان نه استدامه، بنابراین، اگر (در ابتدای ضمان، مالدار بود سپس بر او) عارض شود تنگدستی بعد از ضمان (پیش از پرداختن دین) مضمون له، حق فسخ نخواهد داشت (و عقد ضمان بر لزوم خود باقی خواهد بود) چون شرط لزوم (که توانگری و مالدار بودن باشد) در حال ضمان، موجود بوده (پس لزوم هنگام عقد، تحقق یافته و بعد از آن

چنانچه به واسطه پیدایش تنگدستی شک در زوال لزوم کردیم استصحاب بقای آن را می‌نمائیم).

و کمالا یقدح... یعنی همانطوری که پیدایش تنگدستی (با اینکه مانعی است برای مضمون له جهت دریافت دین) صدمه نمی‌زند (به لزوم ضمان) همچنین ممکن نشدن دریافت دین از ضامن به طریق دیگر (مثل فرارکردن ضامن) صدمه به لزوم ضمان نمی‌زند.

(ويجوز الضمان حالا، ومؤجلا، عن حال ومؤجل)، سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتا، للأصل.

ثم إن كان الدين حالا رجع مع الأداء مطلقا، وإن كان مؤجلا فلا رجوع عليه إلا بعد حلوله وأدائه مطلقا.

اقسام ضمان

(و يجوز الضمان حالاً... توضیح: با توجه به اینکه دین ممکن است زمان ادایش رسیده باشد و یا هنوز نرسیده باشد، و در هرکدام از آن دو صورت، ضمان نیز ممکن است مدت‌دار باشد و یا بی مدت باشد، چهار صورت در اینجا حاصل می‌شود که در همه صورتها ضمان صحیح است:

۱. دین بی مدت باشد و ضمان مدت‌دار باشد، مثل اینکه وقت دین مضمون عنه، امروز باشد، و ضامن ضمانت کند پرداخت آن را برای یک ماه دیگر.

از نظر تحلیلی، عقد مزبور در حقیقت مرکب از دو امر است: یکی انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن، و دیگری قراردادی نسبت به زمان پرداخت، که طرفین توافق می‌نمایند دین مورد ضمان را در چه زمانی پرداخت بنمایند.

در این صورت ضامن موظف است که دین خود را در همان زمانی که در عقد ضمان، قرارداد کرده‌اند به مضمون له بپردازد، و مضمون له نمی‌تواند قبل از سررسیدن آن، طلب خود را از ضامن بخواهد اگرچه زمان اصلی دین گذشته باشد، زیرا ضامن به وسیله عقد ضمان، تعهد پرداخت دین را در زمان مقرر به مضمون له نموده، و در زمان اصلی دین مداخله نداشته است.

۲. برعکس صورت قبلی یعنی اینکه دین مدت‌دار باشد و ضمان بی مدت، مثل اینکه طلبکاری که زمان دریافت طلبش یکسال دیگر می‌باشد، در مجلسی راجع به طلب خود از مدیون انتقاد بکند، یکی از دوستان صمیمی مدیون که در مجلس حضور دارد و این امر را برخود گران ببیند، می‌تواند ضمانت فوری از مدیون بکند که بدون مدت، دین او را فوراً بپردازد.

در این صورت مضمون له می‌تواند بلافاصله بعد از عقد ضمان، طلب خود را از ضامن بخواهد اگر چه دین اصلی مدت‌دار است، و ضامن نمی‌تواند به استناد آنکه زمان اصلی دین نرسیده، از پرداختن آن امتناع ورزد.

۳. دین و ضمان هر دو مدت‌دار باشند، خواه اینکه مدت هر دو مساوی باشد (مثل اینکه مدت دین یک ماه باشد، ضامن هم ضمانت یک ماهه کند) یا اینکه مدت آنها مختلف باشد مثل اینکه مدت دین یک ماه باشد و ضمانت ضامن بیشتر از آن، مثلاً دو ماهه باشد، و یا کمتر از آن، مثلاً ده روزه باشد.

٤. دین و ضمان هر دو بی مدت باشند، مثل اینکه زمان پرداخت دین امروز باشد و ضامن هم ضمانت کند آن را امروز بپردازد.

حکم رجوع ضامن به مضمون عنه در صور مذکوره

در صورت اول و چهارم که دین بی مدت است، ضامن پس از پرداخت دین، حق دارد رجوع به مضمون عنه بکند و آنچه را که پرداخته است از مضمون عنه دریافت نماید.

هر چند در صورت اول، ضمان مدت داشته باشد و موعد آن نرسیده باشد، و علت آن این است که مدت معینه در ضمان نسبت به ضامن است و راجع به مضمون عنه نمی‌باشد چون دین اصلی که مورد تعهد مدیون بوده، بی مدت است و مدت همانا در اثر ضمان پیدا شده، و بدین جهت است که هرگاه فرضاً ضامن مدت ضمان را ساقط

بنماید و دین را قبل از موعد ضمان بپردازد، می‌تواند رجوع به مضمون عنه کند و آنچه را که پرداخته است مطالبه نماید.

و اما در صورت دوم و سوم که دین مدت‌دار است، ضامن آن وقتی حق رجوع به مضمون عنه را دارد که مدت دین سررسیده باشد و ضامن هم دین را پرداخت نموده باشد، بنابراین، مثلاً در صورت سوم اگر مدت دین یک ماهه باشد و ضمانت ضامن ده روزه باشد، چنانچه ضامن پس از ده روز آن را پرداخت نمود، حق ندارد رجوع به مضمون عنه بکند و آن را دریافت نماید بلکه باید صبر کند تا مدت دین نیز ـ که یک ماه است ـ سر برسد آنگاه می‌تواند رجوع به مضمون عنه کند و آن را از او دریافت نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز**... یعنی جایز است ضمانت بی مدت، و ضمانت مدت دار، از دین بی مدت و از دین مدت‌دار (پس چهار صورت حاصل می‌شود:

۱. ضمانت بی‌مدت از دین بی‌مدت.

۲. ضمانت بی‌مدت از دین مدت‌دار.

۳. ضمانت مدت‌دار از دین بی‌مدت.

٤. ضمانت مدت‌دار از دین مدت‌دار) خواه اینکه (در صورت چهارم) ضمانت و دین که هر دو مدت دارند، مساوی باشند در مقدار مدت (مثلاً هر دو یکماهه باشند) یا اینکه مختلف باشند در مقدار مدت (مثل اینکه مدت ضمان از مدت دین بیشتر باشد و یا کمتر از آن باشد) **للأصل** (علت است برای عدم فرق بین تساوی در اجل یا تفاوت در اجل) یعنی چون اصل عدم اشتراط تساوی در اجل است (تا وقتی که دلیلی بر اشتراط تساوی، قائم شود و در اینجا دلیلی بر آن نداریم).

و احتمال دارد مقصود از اصل، اصل صحت ضمان باشد در هر دو صورت یعنی صورت تساوی در اجل و صورت تفاوت در اجل، یعنی اگر شک کنیم که با تفاوت در

مقداراجل آیا ضمان باطل است یا نه، اصالة الصحة درعقود ـ که ضمان هم ازعقود است ـ درآن جاری می‌شود.

ثم... یعنی سپس (بعد ازآنکه اقسام ضمان معلوم گردید اکنون ببینیم که حکم ضامن نسبت به مضمون عنه درآن اقسام چیست؟ می‌فرماید:) اگردین بی‌مدت باشد، می تواند ضامن رجوع کند (به مضمون عنه) درصورتی که دین را پرداخت نموده باشد ـ چه درضمان بی مدت وچه درضمان مدت‌دار ـ واما اگردین مدت‌دار باشد، ضامن نمی‌تواند رجوع به مضمون عنه کند مگردرصورت سررسید مدت دین، وپرداختن ضامن آن را، چه درضمان مدت‌دار وچه دربی‌مدت.

(والمال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه) وهو المال الثابت في الذمة وإن كان متزلزلا .

شرایط مال مضمون

(والمال المضمون ما جاز... توضیح: هر چیزی که درمقابل آن صحیح است رهن گرفته شود، می‌تواند مورد ضمان قرارگیرد یعنی ضمان آن هم صحیح است.

بنابراین، چیزی که شرایط صحت رهن را دارا باشد، می‌تواند مورد ضمان قراربگیرد، و آن دوشرط زیرمی‌باشد:

۱. اینکه باید مال باشد، بنابراین، کسی نمی‌تواند ازحق غیرمالی که دیگری به عهده دارد ـ مانند تکالیف ولیّ وقیّم ـ ضمانت کند وبه عهده خود بگیرد.

۲. اینکه باید در ذمه مدیون ثابت باشد، زیرا ضمان مبتنی برانتقال دین است، ودین، چیزی است که در ذمه ثابت باشد (بنابراین، اگرمال در ذمه ثابت نباشد، ضمان صحیح نیست مثل اینکه بگوید: «زید هرچه می‌خواهد به اوبده من ضامن اوهستم» چنین ضمانی باطل است چون درحین ضمان، برذمه زید، چیزی ثابت نیست ومدیون نمی‌باشد، ویا مثل ضمانت مال الجعاله قبل ازانجام عمل یعنی اگرکسی برای پیدا شدن گمشده اش، مالی قراردهد، مثلاً بگوید: (هرکس گمشده مرا پیداکند، صدتومان به اومی‌دهم» حال اگر درهمان وقت شخصی به دیگری بگوید توبروواین گمشده را پیداکن ومن ضامنم ازطرف صاحب مال گمشده، اینکه، صدتومان را به توبدهم (صد تومان، مال الجعاله است) این ضمان صحیح نیست چون قبل ازانجام عمل (پیداکردن گمشده) چیزی به ذمه جاعل (صاحب مال گمشده) ثابت نیست).

ودردین ثابت فرقی نیست بین اینکه درحین عقد ضمان، مستقرباشد یا متزلزل، توضیح آن:

۱. دین مستقرآن دینی است که درحین عقد ضمان، برذمه مدیون ثابت وغیر متزلزل باشد، مثل اینکه قرض گرفته، ویا مثل مبیع یا ثمن دربیع غیرخیاری (مثلاًکسی

به بیع سلف، مالی را می‌فروشد که یک ماه دیگر آن را به مشتری تحویل بدهد، شخصی نزد مشتری ضامن شود که اگر بایع آن را تحویل نداد، من آن را بتو می‌دهم، و یا مثلاً کسی به طور نسیه، مالی را بفروشد و شخصی نزد بایع ضامن شود که اگر مشتری ثمن را نداد، من آن را به تو می‌دهم. پس در مثال اول، مبیع، دین ثابت غیر متزلزل بر ذمه بایع می‌باشد، و در مثال دوم، ثمن، دین ثابت غیر متزلزل بر ذمه مشتری می‌باشد).

این قسم از دین (یعنی دین مستقر و ثابت در حین عقد) فرد کامل از دین است.

۲. دین متزلزل و آن دینی است که در حین عقد ضمان، بر ذمه مدیون ثابت باشد ولی در اثر وجود خیار و یا جهتی از جهات دیگر، قابل سقوط است مانند مبیع یا ثمن در بیع خیاری (چنانکه در مثال بالا در بیع سلف، حق خیاری برای بایع شرط شده باشد، و در بیع نسیه حق خیاری برای مشتری شرط شده باشد، در آن دو مثال هر چند مبیع در ذمه بایع، و ثمن در ذمه مشتری ثابت می‌باشد ولی متزلزل است چون ممکن است به واسطه وجود حق خیار، معامله فسخ گردد و در بیع سلف، دین بایع نسبت به مبیع ساقط گردد، و در بیع نسیه، دین مشتری نسبت به ثمن ساقط گردد. و خلاصه اینکه در این دو مثال اگر کسی ضامن مبیع یا ثمن شود صحیح است).

مثال دیگر: ضمانت از مهر قبل از دخول (همبستر شدن) چنانکه کسی ضامن زوج شود در مقابل زوجه نسبت به مهری که در ذمه زوج است، در اینجا مهر دینی است ثابت در ذمه زوج ولی ممکن است در اثر طلاق قبل از همبستر شدن، نصف آن ساقط گردد، بدین جهت دین متزلزل است.

ترجمه و شرح عبارت: **و المال**... یعنی مالی که مورد ضمان قرار می‌گیرد (یعنی مالی که صحیح است مورد ضمان قرار بگیرد) هر مالی است که صحیح است رهن گرفتن بر آن، و آن عبارت از مالی است که ثابت در ذمه مضمون عنه بوده باشد گرچه ثبوت آن متزلزل باشد (یعنی ثبوت غیر مستقر باشد).

(ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن) أي دركه على تقدير الاحتياج إلى رده (لزمه) ضمانه (في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالاستحقاق) للمبيع المعين ولم يجز المالك البيع، أو أجازه ولم يجز قبض البائع الثمن، ومثله تبين خلل في البيع اقتضى فساده من رأس، كتخلف شرط، أو اقتران شرط فاسد.

ضمان عهده ثمن

(ولو ضمن للمشتري عهدة... توضیح: اگر معامله‌ای واقع شود و مشتری ثمن را به بایع تحویل بدهد، وکسی نزد مشتری ضمانت بنماید که هرگاه احتیاج بشود به پس گرفتن ثمنی که به بایع داده است، آن را به مشتری برگرداند این التزام و مسئولیت را «ضمان عُهده ثمن» و یا «ضمان دَرَک ثمن» گویند.

«عهدة» در لغت اسم وثیقه است و یا اسم آن کاغذی است که در آن وثیقه خرید و فروش (یعنی محکم کاری آنها)، مقدار ثمن و اوصاف آن، و نقد بودن یا نسیه بودن بیع نوشته می‌شود و در اینجا مقصود از عهده همان است که شارح تفسیر نموده یعنی درک و «درک» به فتح دال و راء، یا اسم مصدر است به معنی تدارک و جبران، و یا به معنی مایتدارک به الشیء یعنی چیزی که به واسطه آن، چیز دیگر جبران می‌شود (که در مورد بحث، به واسطه برگرداندن ثمن به مشتری، ثمن تدارک و جبران می‌شود).

توضیح بیشتر آن است که ضمان عهده ثمن یا درک ثمن، در جایی واقع می‌شود که مشتری در معامله‌ای که انجام می‌دهد، بایع را نمی‌شناسد و از این جهت اعتماد به او نداشته و نگران از حال مبیع می‌باشد و احتمال می‌دهد که مبیع، مال بایع نبوده و مال شخصی دیگر باشد. یعنی مال، مغصوب یا دزدی درآید (که بایع آن را فروخته و فرار کند که دیگر دسترسی به او نباشد) و یا به جهتی دیگر بیع باطل گردد.

مثلاً شخص ناشناسی می‌خواهد فرشی را به شما بفروشد، شما نگرانی دارید و می‌گوئید من این شخص را نمی‌شناسم، این فرش به این قیمت خوب می‌ارزد، ولی فردا اگر این فرش دزدی از آب درآمد، تکلیف من چیست؟ اگر صاحبش آمد و شناخت و شاهد هم آورد و معلوم شد این فرش دزدی است، در این صورت صاحب مال حق دارد مالش را ببرد، آن وقت تکلیف پول من که بایع گرفته و رفته و به او دسترسی ندارم چه می‌شود؟ در اینجا یک نفر می‌آید و ضامن عهده ثمن می‌شود، یعنی می‌گوید که اگر خللی در این معامله پیدا شد و معلوم گردید که این مال مثلاً دزدی بوده، و خلاصه این خطر وجود داشت که پول تو از بین برود و خسارت ببینی، من ضامن هستم و ملتزم می‌شوم که از عهده ثمن برآیم. یعنی آن را برای تو تدارک و جبران نمایم به اینکه ثمن را از بایع گرفته و به تو برسانم. حکم در چنین ضمانی آن است که در هر موردی که بیع از اصل و ریشه باطل گردد، ضمانت آن شخص، الزام آور است و باید در آن مورد، به التزام خود عمل نماید یعنی ثمن را از بایع پس گرفته و به مشتری برگرداند.

شارح چند مثال برای موردی که بیع از اصل باطل می‌گردد بیان می‌کند به شرح زیر:

۱. در جایی که مبیع، مال کس دیگر درآید یعنی بعد از آنکه بایع، مبیع را فروخت و به مشتری تحویل داد، معلوم شود که آن مبیع، مال بایع نیست و مال کس دیگری است و صاحب مال هم اجازه نکند آن بیع را، در این صورت بیع مزبور چون فضولی بوده و مالک مال آن را اجازه نکرد، از ریشه باطل می‌شود و ضامن طبق التزامی که داده است، ثمن را باید به مشتری برساند.

۲. در مثال بالا اگر صاحب مال، بیع را اجازه کند ولی اجازه نکند قبض کردن بایع فضول، ثمن را، در این صورت نیز بیع از اصل باطل می‌شود.

البته در توجیه این صورت نسبت به بطلان بیع از ریشه، بعضی از محشین چنین گفته‌اند که: قبض از لوازم بیع است و وقتی که صاحب مال، بیع را اجازه کرد ولی قبض

ثمن را اجازه نکرد، بیع هم باطل می‌شود، زیرا وقتی که قبضی که لازم بیع است باطل شد، ملزوم ـ یعنی بیع ـ نیز باطل خواهد شد. و این نظیر این می‌باشد که بایع به مشتری بگوید: این مال را به تو فروختم ولی اجازه قبض آن را به هیچ وجه به تو نمی‌دهم و یا شرط کند که مشتری آن را قبض نکند، در این صورت بیع باطل است هر چند ایجاب و قبول آن واقع گردد.

و خلاصه اینکه صاحب مال اگر بیع و تمام لوازم آن را اجازه داد، بیع صحیح می‌گردد ولی اگر بیع را فقط اجازه داد و لوازم آن را اجازه نداد، بیع از اصل باطل می‌گردد.

۳. اگر بعد از انجام بیع، معلوم شود که یک شرطی از شرایط صحت بیع نبوده (مثلاً در عقد، قبول از ایجاب فاصله داشته است، در حالی که در عقود لازمه، باید قبول فوراً بعد از ایجاب واقع شود) و یا معلوم شود که بایع و مشتری، شرط باطلی را در بیع شرط نموده‌اند (مثل اینکه شرط مخالف مقتضای عقد کرده باشند، مثلاً بایع به مشتری گفته است که این مال را به تو فروختم به شرط اینکه هیچ گونه از آن استفاده نکنی چنانکه در کتاب المتاجر در مبحث خیار اشتراط گذشت) در این مورد نیز چون بیع از اصل باطل است، لذا ضمانت ضامن نسبت به عهده ثمن، صحیح و الزام آور است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ضمن...** یعنی اگر ضامن ضمانت کند برای مشتری که از عهده ثمنی که به بایع داده است، برآید یعنی آن را تدارک نماید در صورتی که احتیاج به پس گرفتن آن از بایع باشد (و خلاصه اینکه: ضامن ملتزم شده است که در وقت احتیاج به پس گرفتن ثمن از بایع، آن را از بایع پس بگیرد و به مشتری رد نماید) ضمانت او لازم می‌گردد در هر جایی که بیع از ریشه باطل شود.

کالإستحقاق... (مثال است برای موردی که بیع از ریشه باطل می‌شود) یعنی مثل اینکه مال معینی که فروخته شده، مستحق للغیر درآید (مثلاً غصبی یا دزدی درآید، که

درحقیقت، بیع مزبور، بیع فضولی می‌گردد) و(فرض هم این باشد که) مالک اصلی، بیع مزبوررا اجازه نکند (پس بیع باطل می‌گردد).

المعیّن این قید برای این جهت است که اگرمبیع، در خارج معین نباشد بلکه کلی باشد (مثل اینکه بایع یک جنسی راکلی با توصیف بفروشد) سپس یک فردی ازآن را به مشتری تحویل بدهد وآن فرد، مال شخص دیگر درآید، دراین صورت بیع باطل نمی‌شود چون بیع، برمبیع کلی واقع شده است ووظیفه بایع آن است که یک فرد دیگری ازآن مبیع را به مشتری تحویل دهد.

أو أجازه... (عطف است بر ـ لم یجز ـ یعنی ویا مالک، بیع را اجازه کند ولی قبض کردن بایع، ثمن را اجازه نکند) ظاهراین عبارت این است که دراین صورت نیزبیع ازاصل باطل می‌شود، وتوجیه بطلان درآن صورت را سابقاً ذکرنمودیم.

واحتمال دارد که درآن صورت، بیع باطل نباشد بلکه فقط قبض باطل باشد وغرض شارح ازذکرآن صورت اشاره به این باشد که ضابطه‌ای که درعبارت مصنف آمده، جامع نیست. وبه عبارت دیگرصحت ضمان عهده، اختصاص به هرموردی که بیع ازاصل باطل باشد ندارد، زیرا درصورت عدم اجازه قبض، بیع باطل نیست ولی ضمان عهده ثمن، صحیح است، به این معنی که وقتی قبض باطل شد، ضامن وظیفه دارد که ثمن را ازبایع فضول، برگرداند به مشتری، تا اینکه مشتری آن را به مالک اصلی بدهد، زیرا فرض آن است که اصل بیع صحیح است.

و مثله تبیّن... یعنی ومثل استحقاق مبیع است، آن صورتی که معلوم گردد دربیع، خللی بوده که آن خلل موجب بطلان بیع ازاصل می‌باشد، مثل اینکه یک شرطی (از شرایط صحت بیع) نبوده باشد، ویا بیع، مقرون به شرط باطلی بوده باشد (پس دراین صورت نیز ـ همانند صورت استحقاق مبیع ـ ضمانت عهده، لازم می‌گردد وباید ضامن به التزام خود عمل نماید) **إقتران شرط فاسد** این مثال طبق عقیده بعضی ازفقها می‌باشد که گفته‌اند شرط باطل درضمن عقد، موجب بطلان اصل عقد می‌گردد.

لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقايل والمجلس، والحيوان، والشرط وتلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانفساخ بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر.

لا ما تجدد فيه البطلان... توضیح: دانسته شد که ضمانت عهده ثمن، در جایی صحیح است و لزوم پیدا می‌کند که بیع از اصل باطل باشد.

بنابراین، اگر بطلان بیع بعد از ضمانت، حادث شود، ضمانت عهده ثمن، الزام آور نخواهد بود و ذمه ضامن از آن بری می‌گردد و چیزی بر او نخواهد بود، و آن مثل موارد زیر:

۱. اینکه متبایعین به واسطه تقایل (إقاله) بیع را فسخ کنند (یعنی به رضایت یکدیگر، بیع را فسخ نمایند).

۲ ـ اینکه به واسطه داشتن حق خیار (مثل خیار مجلس یا خیار حیوان یا خیار شرط) بیع را فسخ کنند.

۳. به واسطه تلف مبیع قبل از قبض، بیع باطل گردد.

پس اگر کسی نزد مشتری، ضمانت عهده ثمن کرده بود سپس یکی از سه مورد بالا پیش آید و بیع فسخ گردد، ضمانت مزبور در هیچ یک از آن موارد بر ضامن، الزام آور نیست، یعنی ضامن هیچ گونه مسئولیتی ندارد و لازم نیست که تدارک ثمن برای مشتری نماید و آن را از بایع به مشتری رد نماید، بلکه خود مشتری رجوع به بایع می‌کند و ثمن را از او دریافت می‌کند.

و علت عدم لزوم ضمان در آن موارد این است که چون در حین ضمان، بیع باطل نبوده تا حقی بر ذمه مضمون عنه ـ بایع ـ ثابت شده باشد (که در نتیجه، ضمان لازم گردد، و حال آنکه در بالا دانسته شد که مورد ضمان باید حق ثابت در ذمه مضمون عنه باشد) بلکه حق (که وجوب رد ثمن به مشتری باشد) همانا بعد از انفساخ بیع، به ذمه مضمون عنه ثابت می‌شود.

به خلاف موردی که بیع از اصل باطل می‌شود، زیرا درآنجا هرچند به حسب ظاهر، بیع صحیح است، ولی چون درباطن (بدون آنکه آنها بدانند) ازاصل باطل است، لذا از همان اول درحین ضمان، حق (وجوب رد ثمن) برذمه مضمون عنه ـ بایع ـ ثابت می‌باشد، پس ضمانت آن حق به نفع مشتری، صحیح والزام آورخواهد بود.

ترجمه وشرح عبارت: **لا ما تجدد...** (عطف است بر ـ کل موضع یبطل فیه... ـ که در عبارت مصنف می‌باشد) یعنی ضمان، لازم نمی‌گردد دربیعی که بطلان درآن (ازاصل نباشد بلکه بعداً) پدید آید مثل اینکه فسخ بیع به سبب رضایت هردوبه فسخ، و(یا) به سبب خیارمجلس، و(یا) به سبب خیارحیوان، و(یا) به سبب خیارشرط، و(یا) به سبب تلف مبیع قبل ازقبض مشتری، واقع شود.

(وعلت عدم لزوم ضمان عهده درموارد مزبوراین است که) چون ذمه مضمون عنه (که درآن موارد، بایع است) مشغول نیست (به حقی) دروقت ضمان، درصورت حادث شدن فسخ بیع (به یکی ازاسباب بالا).

به خلاف آن بیعی که ازاصل باطل است، هرچند بطلانش درواقع باشد (ولی به حسب ظاهرشرع، صحیح باشد مثل مستحق للغیردرآمدن مبیع، پس دربیع مزبور چون درحین ضمان، ذمه بایع درواقع مشغول به حق بوده ـ که آن حق عبارت ازرد ثمن به مشتری است ـ بدین جهت ضمان عهده ثمن نزد مشتری، صحیح ولزوم آوربرای ضامن است).

(ولو ضمن له) أي للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدثه) المشتري في الأرض (من بناء، أو غرس) على تقدير ظهورها مستحقة لغير البائع، وقلعه لها، أو أخذه أجرة الأرض (فالأقوى جوازه) لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير.

وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرش على البائع حينئذ، وإنما استحقه بعد القلع.

ضمان خسارتی که به مشتری می‌رسد

(ولو ضمن له)... توضیح: از آنجایی که کسی که زمینی را بخرد می‌تواند در آن هرگونه تصرفی کند، از قبیل ساختن عمارت و کاشتن درخت، اگر کسی بخواهد زمینی را بفروشد و مشتری در خریدن آن تردید داشته باشد به جهت اینکه اعتماد به بایع ندارد و احتمال می‌دهد که زمین، مال کس دیگر باشد و بعداً مالک اصلی بیاید و زمین خود را بگیرد و ساختمان مشتری را خراب کند و یا درختان او را بکند، و یا چنین نکند بلکه اجرت زمین را از مشتری بگیرد.

در این حال اگر کسی برای اینکه مشتری را در چنین موقعیتی از تحیر و تردید درآورد ضامن شود از طرف بایع برای مشتری و بگوید: این زمین را بخر و اگر چنانچه زمین، مال کس دیگر درآمد، و درختانی که تو کاشته باشی را بِکَنَد و در نتیجه درختان ناقص گردند و یا ساختمانی را که تو در آن زمین ساخته باشی را خراب کند و تو خسارت ببینی، من ضامنم که خسارت نقص درختان (و به تعبیر دیگر: ارش نقصان درختان) و خرابی ساختمان را به تو بپردازم و یا اگر صاحب اصلی زمین چنین کاری نکرد بلکه اجرت زمین بابت آن ساختمان یا درختان از تو گرفت، من ضامنم که اجرت مزبور را به تو بدهم.

آیا چنین ضمانی صحیح است یا نه؟ سه قول در آن می‌باشد:

۱. بعضی گفته‌اند که صحیح نیست و دلیل آنها این است که چنانکه دانسته شد شرط صحت ضمان آن است که مورد ضمان، حقی (یا مالی) باشد ثابت در ذمه مضمون عنه و در اینجا چنین نیست، زیرا در وقت ضمان، ارش و خسارت نقصان، بر ذمه بایع (که مضمون عنه است) ثابت نمی‌باشد، چون در آن وقت، مشتری حق گرفتن ارش را از بایع ندارد، بلکه بعد از کندن صاحب زمین، مشتری استحقاق گرفتن ارش پیدا می‌کند.

۲. مصنف ضمان مزبور را صحیح می‌داند و دلیل آن این است که گرچه در وقت ضمان، حقی بر ذمه بایع (مضمون عنه) ثابت نیست، ولی سبب ضمان ـ که بودن مال در واقع، ملک دیگری است ـ در حین ضمان، حاصل بود. و به عبارت دیگر، گرچه در وقت ضمان، مشتری استحقاق ارش از بایع ندارد ولی سبب استحقاق، در وقت ضمان، موجود است که آن بودن مال است ملک دیگری.

۳. بعضی گفته‌اند که ضمان مزبور از خود بایع صحیح است نه دیگری، دلیل آن را بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو ضمن...** یعنی اگر ضامن شود ضامنی برای مشتری از طرف بایع، خسارت آنچه را که مشتری در زمین (یعنی زمینی که خریده) پدید آورده از ساختمان یا درختکاری (و این خسارت:) در صورتی (پیش می‌آید) که زمین، مال غیر بایع درآید و آن غیر، بکند درختان را و خراب کند ساختمان را، و یا اینکه (چنین کاری نکند بلکه) او بگیرد اجرت زمین را (از مشتری بابت ماندن ساختمان و درختان در آن زمین).

ضامن فاعل است برای ـ ضمن ـ **درک...** مقصود از درک (خسارت) در اینجا همان ارش نقصان درختان و خرابی ساختمان است. یعنی تفاوت قیمت درختان و ساختمان در حال بودن در زمین و قیمت آنها بعد از کنده شدن و خرابی **من بناء...** بیان می‌کند ـ ما

یحدثه ـ را **علی تقدیر**... متعلق است به ـ درک ـ **ظهورها** ضمیر به ـ أرض ـ برمی‌گردد **و قلعه** ضمیر به ـ غیر بایع ـ برمی‌گردد **لها** ضمیر مؤنث برمی‌گردد به بناء وغرس به اعتبار جنس **أو أخذه**... به صیغه مصدر است عطف بر ـ قلعه ـ می‌باشد وضمیر آن برمی‌گردد به ـ غیر بایع ـ **فالأقوی**... (جواب است برای ـ لو ـ) یعنی در مسأله مزبور، اقوی در نظر ما آن است که ضمان، صحیح است به دلیل اینکه سبب ضمان در حین عقد ضمان وجود دارد، وآن سبب عبارت از آن است که زمین، مال غیر می‌باشد **و قیل**... یعنی بعضی گفته‌اند که ضمان در اینجا صحیح نیست، زیرا ضمان مزبور، ضمانت چیزی است که بر ذمه ثابت نشده است (وحال آنکه در بالا دانسته شد که مورد ضمان باید حق ثابت بر ذمه باشد) چون مشتری استحقاق گرفتن ارش بر ذمه بایع در حین ضمان ندارد بلکه مشتری همانا بعد از کنده شدن درخت وخراب شدن ساختمان (از طرف صاحب زمین) استحقاق ارش بر بایع دارد (ومعلوم است که کنده شدن وخرابی، بعد از عقد ضمان می‌باشند، وخلاصه اینکه بنابراین قول، مشتری حق ندارد به ضامن رجوع کند و خسارت درختان وخرابی ساختمان را از او بگیرد، بلکه رجوع می‌کند به خود بایع واز او می‌گیرد).

وقيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس العقد وإن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيدا.

وهو ضعيف، لأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا على الانتفاع مجانا، ضمانه بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان.

وقيل: إنما يصح... توضيح: قول سوم در مسأله مورد بحث آن است که اگر خود بایع، ضمانت ارش و خسارت مزبور را بنماید صحیح است (نه غیر بایع) و دلیل آن این است که:

اگر فرضاً بایع ضمانت هم نکند، باز خسارت مزبور به عهده و ضمان او می‌باشد چون به واسطه عقد بیع، مسئولیت مبیع و خسارات و نواقصی که از جانب مبیع متوجه مشتری بشود، به عهده بایع می‌باشد (هر چند به عقد ضمان، آن خسارات را ضمانت نکند و به عهده نگیرد) زیرا وقتی که بایع، مبیع را به مشتری می‌فروشد، معنایش آن است که مشتری از مبیع استفاده کند بدون آنکه خسارتی و غرامتی بابت منافع مبیع بپردازد. پس اگر بعد از خریدن، خسارتی بابت منافع مبیع بپردازد (که آن ارش در اینجا می‌باشد) به عهده بایع خواهد بود.

پس تا اینجا ثابت شد که بایع، هر چند به عقد ضمان، ضمانت آن خسارات را نکند، باز آن خسارات به عهده و ضمان بایع است، حال اگر به عقد ضمان هم، ضمانت آنها را کرده باشد، تأکید ضمان قبلی خواهد بود، پس ضمانت مزبور صحیح است.

شارح از این قول جواب می‌دهد به اینکه: ضمان و مسئولیتی که به واسطه عقد بیع به گردن بایع می‌آید، لازمه‌اش این نیست که اگر بایع، به عقد ضمان، ضمانت کند، آن هم صحیح باشد، چون ضمانت به عقد ضمان، شرایطی دارد که یکی از آنها این است که باید، حق (که در اینجا ارش و خسارت می‌باشد) به ذمه مضمون عنه در حین عقد

ضمان، ثابت باشد وحال اینکه این شرط دراینجا حاصل نیست، زیرا حق مزبور درذمه بایع ثابت نیست تا اینکه ضمانت آن صحیح باشد.

وخلاصه اینکه درصورتی که زمین فروخته شده، مال غیردرآید، شکی نیست که ضمان ومسئولیت آن به واسطه عقد بیع برذمه بایع ثابت است ومشتری حق دارد ارش درختان وساختمان را ازبایع بگیرد ودراین اشکالی نیست، واشکال دراین است که آیا به واسطه عقد ضمان هم ضمانت آن ارش صحیح است یا نه، ماگوئیم که صحیح نیست به شرحی که گذشت.

نگارنده گوید: که درجواب قول سوم، احتیاجی به جواب شارح نمی‌باشد (وآن اینکه: بگوئیم ضمانت دراینجا جامع شرایط نیست) بلکه درجواب آن می‌توان چنین گفت: ضمانت بایع به عقد ضمان، به معنای اصطلاحی ضمان نخواهد بود، زیرا در ضمان اصطلاحی باید مضمون عنه باشد وحال آنکه فرض آن است که بایع، ضامن شخص دیگری نیست تا مضمون عنهی باشد، پس دراینجا مضمون عنه تصور نمی شود ودرنتیجه باید گفت که ادله ضمان، شامل ضمان بایع نمی‌شود تا آن ضمان صحیح باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **و قیل**... یعنی بعضی گفته‌اند که ضمانت ارش وخسارتی که گفته شد همانا از خود بایع، صحیح است (یعنی او اگربه عقد ضمان، ضمانت آن ارش را بکند صحیح است نه دیگری) چون ارش به واسطه خود عقد بیع، بربایع ثابت است گرچه (به عقد ضمان) ضمانت آن را نکند (وبه عبارت دیگر: بایع اگرضمانت هم نکند ضامن هست) پس ضمانت کردن او(به عقد ضمان) تأکید ضمان قبلی اوخواهد بود.

و (شارح درجواب آن می‌فرماید:) این قول ضعیف است، زیرا لازم نمی‌آید از ضامن بودن بایع ـ به جهت آنکه فروشنده است ومشتری را مسلط کرده براینکه مجانی استفاده ازمبیع کند (بدون آنکه بابت استفاده ازآن، خسارت بکشد) ـ اینکه ضمان اوبه عقد

ضمان هم صحیح باشد با اینکه شرایط ضمان عقدی در اینجا جمع نیست که یکی از آن شرایط، آن است که حق در حین عقد ضمان، به ذمه ثابت باشد (و حال آنکه در اینجا این شرط حاصل نیست، چون ارش در حین ضمان، بر ذمه بایع ثابت نیست، بلکه بعد از کندن صاحب زمین، درختان را ثابت می‌شود).

إنما... چون کلمه ـ انما ـ برای حصر است، از آن استفاده می‌شود که ضمان مزبور، فقط از بایع صحیح است نه غیر بایع **العقد** یعنی عقد بیع **مسلِّطاً** به کسر لام به صیغه اسم فاعل، و مفعول آن مقدر است که مشتری می‌باشد. **مجاناً** مقصود از مجانی بودن انتفاع، این است که مشتری بعد از آنکه برای مبیع، ثمن را پرداخت نمود، دیگر نباید برای استفاده و بهره‌برداری از مبیع، خرجی دیگر بکشد بلکه باید بهره برداری‌ها مجانی باشد **ضمانه** فاعل است برای ـ لایلزم ـ **بعقده** یعنی به عقد ضمان **جملتها** ضمیر به شرایط برمی‌گردد.

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما.

و تظهر الفائدة... توضیح: بنابر قول بالا ـ یعنی قول سوم ـ با اینکه ضمان خسارت، به واسطه اصل عقد بیع، بر ذمه بایع ثابت است، دیگر ضمانت آن خسارت، به واسطه عقد ضمان چه فایده و اثری دارد؟

می‌فرماید: وقتی که از دو جهت، ضمان به ذمه بایع بود، معنایش آن است که مشتری از دو جهت می‌تواند رجوع به بایع کند و خسارت و غرامتی که کشیده است را از او بگیرد، حال گوئیم: فایده ضمانت مزبور در این ظاهر می‌شود که اگر مشتری، حق رجوع از یک جهت را ساقط کند، حق رجوع از جهت دیگر برای او باقی می‌ماند یعنی اگر حق رجوعی که از جهت عقد بیع به ذمه بایع می‌آید را مشتری از ذمه بایع ساقط کرد، حق رجوعی که از جهت ضمانت به عقد ضمان به ذمه بایع می‌آید، برای مشتری باقی می‌ماند و از این راه می‌تواند ارش و خسارت را از بایع بگیرد.

و این نظیر آن است که برای مشتری، دو حق خیار ثابت باشد و یکی از آنها را ساقط کند، حق خیار دیگر برای او باقی می‌ماند و به واسطه این حق، می‌تواند بیع را فسخ نماید.

ناگفته نماند: که شارح با بیان این فایده می‌خواهد اشاره کند به اینکه بنابر قول مزبور، ضمانت بایع به عقد ضمان، نه فقط، تأکید می‌کند ضمان قبلی را بلکه فایده دیگری هم دارد که بیان کردیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و تظهر...** یعنی (بنابر قول مزبور) فایده ضمانت بایع (با اینکه به اصل عقد بیع، ضمان به عهده بایع ثابت است) در جایی ظاهر می‌شود که مشتری، ساقط کند از بایع، حق رجوع (به بایع) به سبب بیع را، پس باقی می‌ماند برای مشتری، حق رجوع (به بایع) به سبب ضمانت، اگر قائل به صحت ضمان بشویم (که قول سوم است) **بسبب البیع** متعلق است به ـ حق ـ **بسبب الضمان** متعلق است به ـ الرجوع ـ و

حاصل کلام این است که مشتری از دو جهت، حق رجوع به بایع دارد، یکی حق رجوع به جهت اصل بیع، و دیگر حق رجوع به جهت ضمانت به عقد ضمان، پس وقتی که یک حق را ساقط نمود، حق دیگر برای او باقی می‌ماند **کما لو کان**... یعنی همانطوری که اگر برای مشتری، دو حق خیار (مثلاً خیار حیوان و خیار شرط) بوده باشد و یکی از آنها را ساقط کند (پس حق خیار دیگری برای او باقی می‌ماند).

ونظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه عهدة المبيع لو ظهر معيبا فيطالب المشتري بالأرش، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، ووجه العدم هنا أن الاستحقاق له إنما حصل بعد العلم بالعيب، واختيار أخذ الأرش. والموجود من العيب حالة العقد ما كان يلزمه تعين الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان.

والحق أنه أحد الفردين الثابتين تخييرا حالة البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير.

ضمان ارش مبيع

ونظير ضمان غير البائع... توضيح: همانطوری که اگر شخص ثالثی غیر از بایع، خسارت درختان را برای مشتری از طرف بایع ضمانت کرد، گفتیم اقوی در نظر ما صحت آن ضمان است و بعضی از فقها آن را صحیح نمی‌دانند، همچنین اگر شخص ثالث برای مشتری، ضمانت کند خسارت مبیع را در صورتی که معیوب درآید، مثلاً مشتری می‌خواهد از فروشنده ناشناس، جنسی بخرد، با خود می‌گوید نکند این جنس، معیوب از آب دربیاید و آن وقت دسترسی به فروشنده نداشته باشم، یک کسی از طرف بایع، ضامن ارش آن شود و بگوید اگر این مبیع، معیوب درآمد، من خسارتش را به شما می‌پردازم (و آن خسارت همان ارش عیب است) چنین ضمانی هم در نظر ما صحیح است پس اگر مبیع، معیوب درآمد، مشتری می‌تواند ارش عیب را از ضامن بگیرد، و بعضی از فقها آن را صحیح نمی‌دانند.

دلیل قول شارح

دلیل ما بر صحت ضمان مزبور آن است که ارش، قسمتی از ثمن می‌باشد که در مقابل نقص و عیب قرار دارد و چون عیب در حین ضمان موجود بوده است پس ارش هم در

همان وقت، بر ذمه بایع ثابت بوده، بنابراین، ضمان مزبور، ضمان ما لم یجب (یعنی ضمان ما لم یثبت فی الذمه) نیست بلکه ضمان ما ثبت فی الذمه است.

توضیح بیشتر اینکه: ارش، عوض آن جزئی از مبیع است که فوت شده از مبیع یعنی مشتری ثمن را داده در عوض مبیع و سلامتی مبیع بدون نقص، پس هر جزئی از ثمن در مقابل همان مقدار از مبیع است و چون مقداری از مبیع، نقص دارد، بایع استحقاق جزء مقابل آن از ثمن را ندارد (و جزء مقابل آن نقص، همان ارش است) پس ارش که عوض آن نقص است، از اصل مال مشتری است (یعنی جزء ثمن است که باید به مشتری برگردد) و تا وقتی که مشتری بر حال خود باقی مانده و بیع را فسخ نکرده است، آن ارش هم بر ذمه بایع ثابت است که باید به مشتری برگرداند، پس قبل از ضمان، ارش در ذمه بایع ثابت است (و اما اینکه مشتری می‌تواند فسخ کند و تمام ثمن را پس بگیرد، این یک ارفاقی است که شارع مقدس برای او قرار داده به خاطر اینکه مقصود مشتری این بود که تمام مبیع به طور کامل به دست او برسد و الان اگر راضی به بعض آن بشود ضرر بر اوست پس می‌تواند فسخ کند و اصل ثمن را برگرداند).

دلیل قول دیگر

دلیل قائلین به عدم صحت آن ضمان این است که آنها می‌گویند قبول نداریم ارش در حین ضمان، در ذمه بایع ثابت بوده چون در حین ضمان، فقط سبب استحقاق ارش حاصل بوده است (که عیب باشد) نه خود استحقاق ارش و اما خود استحقاق ارش همانا بعد از آنکه مشتری علم به عیب پیدا کرد و تصمیم به گرفتن ارش گرفت نه فسخ بیع، در آن وقت است که استحقاق ارش برای مشتری حاصل می‌شود و بر ذمه بایع، ارش ثابت می‌شود.

و عیبی هم که در حین ضمان حاصل بوده، لازمه‌اش اشتغال ذمه بایع به ارش نیست بلکه وجود آن عیب، فقط سبب است برای مختار بودن مشتری بین فسخ بیع (و پس

گرفتن تمام ثمن) وبین راضی بودن به بیع وگرفتن ارش، پس درحال ضمان، خصوص ارش درذمه بایع، متعین نشده بلکه چنانکه گفتیم بعد ازضمان است که وقتی مشتری، علم به عیب پیدا کرد وراضی به بیع شد وگرفتن ارش را اختیارنمود، ارش برذمه بایع، تعین پیدا می‌کند ودرنتیجه ضمان ارش که قبل ازآن، واقع شده، ضمان ما لم یجب (یعنی ضمان ما لم یثبت فی الذمة) می‌شود وآن باطل است.

سپس شارح قول خودش را تقویت می‌کند و می‌فرماید: حق درنظرما آن است که ضمان مزبور، ضمان ما لم یجب نیست بلکه قبل ازضمان، می‌توان گفت که ارش برذمه بایع ثابت بوده ومتصف به ثبوت است منتها ثبوت تخییری (بین آن وبین فسخ) و همین مقدارکافی است درصحت ضمان، همانند اینکه درافراد واجب تخییری می‌توان گفت که هریک ازافراد آن، متصف به وجوب می‌باشند منتها وجوب تخییری.

ترجمه وشرح عبارت: **و نظیر...** (این کلمه مبتدا است وخبرش ـ ضمانه ـ می‌باشد و ـ درک الغرس ـ مفعول است برای ـ ضمان ـ) یعنی همانند ضامن شدن غیربایع است خسارت درختکاری مشتری را: ضامن شدن اوخسارت مبیع را (برای مشتری) درصورتی که معیوب درآید، پس (همانطوری که درمسأله اول، اقوی درنظرما صحت ضمان بود، همچنین درمسأله دوم، اقوی درنظرما صحت ضمان است ودرنتیجه اگرمبیع، معیوب درآمد) مشتری می‌تواند ازضامن، ارش عیب مبیع را بخواهد (ودلیل آن این است که) چون ارش، قسمتی ازثمن است که دروقت ضمان، ثابت بوده (درذمه بایع، به خاطراینکه ارش عوض نقصی است که درمبیع است، پس درحین بیع وضمان، بر ذمه بایع ثابت بوده که به مشتری برگرداند، بنابراین، ضمانت ارش، ضمان ما ثبت می‌شود نه ضمان ما لم یثبت).

و(اما) دلیل عدم صحت ضمان دراینجا آن است که (ضمان مزبور، ضمان ما لم یجب است. چون قبول نداریم که ارش درحین ضمان، برذمه بایع ثابت بوده، زیرا درحین ضمان،

فقط سبب استحقاق ارش، که وجود عیب باشد، حاصل بوده واما خود) استحقاق ارش همانا بعد ازعلم مشتری به عیب واختیارنمودن اوگرفتن ارش را، حاصل می‌شود (یعنی بعد ازآنکه ازعیب آگاه شد وحق خیاربرای اوپیدا شد که هم می‌تواند فسخ کند بیع را وهم می‌تواند راضی به بیع باشد منتها ارش بگیرد، پس وقتی که ارش گرفتن را اختیارنمود، ارش به ذمه بایع ثابت ومستقر می‌گردد) وآن عیبی هم که درحال عقد (بیع) موجود بوده، لازمه‌اش این نبوده که مشتری حتماً ارش را بگیرد (تا شما بگوئید که ارش برذمه بایع ثابت بوده است) بلکه لازمه آن این بوده که مشتری مختاراست بین ارش وبین فسخ، پس (قبل از ضمان، ارش برذمه بایع، معین نبوده تا ضمان ما ثبت باشد بلکه) همانا بعد ازضمان، ارش (به واسطه اختیارمشتری) تعین پیدا می‌کند (ودرنتیجه، ضمان مزبور، ضمان ما لم یجب خواهد بود یعنی ضمانت کرده ازارشی که هنوزبرذمه بایع ثابت نبوده).

و(شارح قول اول را تقویت کرده و می‌فرماید:) حق درنزد ما آن است که ارش (درذمه بایع قبل ازضمان، ثابت بوده منتها نه به طورثبوت تعیینی بلکه) یکی ازدوفردی است که به نحوتخییر (برذمه بایع) ثابت بوده دروقت بیع، پس قبل ازاختیارکردن مشتری، ارش را، ارش متصف به ثبوت هست (و می‌توان گفت که ارش، درذمه بایع ثابت است هرچند به نحوثبوت تخییری، وهمین مقداردرصحت ضمان کافی است ودرنتیجه، ضمانت آن، ضمان ما ثبت است نه ضمان ما لم یثبت) واین نظیرافراد واجب مخیر است (که قبل ازاختیارکردن شخص مکلف، یکی ازآن افراد را، هرکدام ازآن افراد متصف به وجوب هستند. هرچند به وجوب تخییری) **و الموجود**... (این کلمه مبتدا است وخبرآن ـ ماکان ـ می‌باشد) **حالة العقد** یعنی عقد بیع **ماکان**... ـ ما ـ نافیه است **یلزمه** ضمیرآن به عیب برمی‌گردد **تعیّن**... به صیغه مصدر، فاعل است برای ـ یلزمه ـ **الرد** یعنی فسخ بیع ورد مبیع **اختیاره** یعنی اختیارارش.

(ولو أنكر المستحق القبض) من الضامن (فشهد عليه الغريم) وهو المضمون عنه (قبل)، لأنه إن كان آمرا بالضمان، فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادة لغيره فتسمع، وإن كان الضامن متبرعا عنه فهو أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد.

انکار مضمون له قبض مال مضمون را

(ولو أنكر المستحِق... توضیح: اگر بعد از ضمانت ضامن، مضمون له بگوید که ضامن هنوز مال مضمون را به من نپرداخته، حال اگر مضمون عنه به نفع ضامن شهادت بدهد که ضامن آن را پرداخته است آیا شهادت او پذیرفته می‌شود یا نه؟

می‌فرماید: شهادت او پذیرفته می‌شود و دلیل آن این است که:

ضمانت ضامن از مضمون عنه، از دو حال بیرون نیست: یا به خواهش و دستور مضمون عنه بوده و یا تبرعی و از پیش خود بوده.

در صورت اول ـ که به امر مضمون عنه بوده باشد ـ شهادت او در حقیقت، شهادت بر ضرر خود است (به واسطه آنکه وقتی که شهادت می‌دهد که ضامن آن را پرداخته است با توجه به اینکه ضمانت به دستور مضمون عنه بوده، معنایش آن است که ضامن حق دارد آنچه را که پرداخته است، بعداً از من دریافت کند) و در ضمن، شهادت به نفع غیر است که ضامن باشد، بنابراین، چون شهادت مزبور، به نفع خودش نیست در معرض تهمت نمی‌باشد فلذا مانعی از پذیرفته شدن شهادت او نیست.

و در صورت دوم ـ که ضمانت ضامن تبرعی بوده باشد ـ مضمون عنه نسبت به ضامن، اجنبی محسوب می‌شود، بدین جهت مانعی از پذیرفته شدن شهادت او نیست چون به واسطه ضمانت، ذمه مضمون عنه بری شده و دیگر دینی در ذمه او نیست خواه ضامن دین را به مضمون له بپردازد یا نپردازد، پس شهادت او نه نفعی به او دارد و نه

ضرری را از او دفع می‌کند و در نتیجه، شهادت او در معرض تهمت نیست فلذا پذیرفته می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو أنكر المستحق**... (کلمه ـ مستحق ـ به کسر حاء به صیغه اسم فاعل یعنی صاحب حق) یعنی اگر مستحق مال مضمون (که مضمون له باشد) انکار کند قبض مال از ضامن را (و بگوید که ضامن، آن مال را به من نپرداخته) و بدهکار ـ که مضمون عنه باشد ـ شهادت بر علیه او بدهد (و بگوید که ضامن، مال مضمون را پرداخته است) **علیه** ممکن است ضمیر به ـ قبض ـ برگردد و ممکن است به ـ مستحق ـ برگردد **قُبِلَ**... (جواب است برای ـ لو أنکر ـ) یعنی شهادت او پذیرفته می‌شود، چون مضمون عنه اگر به ضامن امر به ضمان کرده بود (یعنی اگر ضمانت، به امر و خواهش او بوده باشد) شهادت او، شهادت بر ضرر خودش خواهد بود به اینکه ضامن، حق رجوع به مضمون عنه دارد (و آنچه به مضمون له پرداخته را از او دریافت کند) و (ضمناً) شهادت به نفع غیر خود (که ضامن است) می‌باشد، پس شهادت او پذیرفته می‌شود.

و اگر ضامن، ضمانتش تبرعی و از پیش خود بوده باشد، در این صورت مضمون عنه اجنبی محسوب شده و در نتیجه مانعی از قبول شهادت او نیست، چون (به واسطه ضمانت ضامن) ذمه مضمون عنه، بری از دین شده، خواه ضامن، آن را (به مضمون له) بپردازد یا نپردازد **متبرعاً عنه** ضمیر ـ عنه ـ برمی‌گردد به مضمون عنه یعنی از طرف او ضمانت تبرعی (بدون اذن) کند.

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة) بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه لو لم يثبت الأداء فترد وللتهمة صور:

منها: أن يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

لكن إنما تقبل (مع... توضیح: درمسأله بالا، شهادت مضمون عنه با یک شرط پذیرفته می‌شود وآن این است که شهادت اودرمعرض تهمت نباشد، ومقصود ازتهمت در اینجا این معنی است که گذشته ازآنچه که باید به ضامن بپردازد، شهادت اوبرای او فایده‌ای داشته باشد.

توضیح آنکه: شکی نیست دراینکه درصورتی که ثابت شود که ضامن، مال مضمون را به مضمون له پرداخته است، مضمون عنه یک وظیفه به عهده‌اش می‌آید وآن این که باید آنچه که ضامن به مضمون له داده است را به اوبپردازد (البته درجایی که ضمانت به اذن اوبوده باشد).

واما درصورتی که ثابت نشود که ضامن، مال را پرداخته است، دراین صورت نیز همان وظیفه را دارد چون ضامن ومضمون عنه هردوقبول دارند که ضامن، مال را به مضمون له داده است، گرچه شرعاً ثابت نشده است (چنانکه این مطلب ازعبارت بعدی مصنف استفاده می‌شود) حال اگرشهادت دادن مضمون عنه، فایده‌ای به حال اوداشته باشد (علاوه برآن وظیفه‌ای که برعهده‌اش می‌باشد) این شهادت پذیرفته نمی شود.

وفایده‌ای که به مضمون عنه می‌رسد، ازموارد تهمتی که شارح درپایین ذکرمی‌نماید معلوم می‌شود، مثلاً درمورد اولی که شارح ذکرمی‌کند، فایده‌ای که ازناحیه شهادت به او می‌رسد این است که مضمون عنه با شهادت دادنش می‌خواهد دوباره مضمون له برای گرفتن طلب خود، به مضمون عنه برنگردد.

موارد تهمت

برای تهمت، فقها مواردی ذکرکرده‌اند که شارح دراینجا سه مورد آورده است:

مورد اول

اینکه ضامن دروقت ضمانت، تنگدست بوده ومضمون له درآن وقت، ازتنگدستی او خبرنداشته، سپس بعد ازعقد ضمان، اطلاع یابد، حال اگرثابت شدکه ضامن، مال مضمون را به مضمون له داده است، آن اطلاع مضمون عنه اثری ندارد، واما اگرثابت نشودکه ضامن، مال را به مضمون له داده است، مضمون له دراین صورت، حق دارد عقد ضمان را فسخ کند وبرای گرفتن طلب خود، رجوع به مضمون عنه نماید (چنانکه سابقاً این مسأله دربیان شرط لزوم ضمان گذشت) دراین حال اگرمضمون عنه غرضش ازشهادت دادن این باشدکه مضمون له، ضمان را فسخ نکرده وبه اورجوع ننماید، این شهادت به خاطراینکه فایده‌ای به مضمون عنه دارد، تهمت محسوب شده فلذا پذیرفته نمی‌شود.

ترجمه وشرح عبارت: **لکن إنما**... یعنی ولی شهادت مضمون عنه همانا درصورتی پذیرفته می‌شودکه تهمتی درکارنباشد (وتهمت تحقق می‌یابد:) به اینکه شهادت، فایده‌ای برای مضمون عنه ببخشد علاوه برآنچه راکه اوباید (به ضامن) بدهد درفرضی که پرداختن ضامن به مضمون له ثابت نشود (وخلاصه اینکه درفرضی که پرداختن ضامن به مضمون له ثابت نشد، شکی نیست که اگرضمان به اذن مضمون عنه بوده باشد باید مضمون عنه آنچه که ضامن به مضمون له داده است را به اوبپردازد به دلیلی که سابقاً بیان کردیم، حال اگرشهادت مضمون عنه، علاوه برآنچه که باید بپردازد، فایده‌ای به حال اوببخشد، تهمت حاصل می‌شود) **زائدة** مقصود اززایدة دراینجا آن

است که فایده مزبور چیزی است که ضمیمه می‌شود به آن غرامتی که باید به ضامن بپردازد.

یغرمه از توضیحات قبلی ما دانسته شد که ضمیر فاعلی در ـ یغرمه ـ برمی‌گردد به غریم که همان مضمون عنه باشد.

البته توضیح ما موافق با توضیحی است که مرحوم شیخ علی (از نوادگان شهید ثانی) در حاشیه‌اش ذکر نموده است.

ولی سلطان العلماء به گونه‌ای دیگر در حاشیه توضیح داده است و حاصل بیان ایشان این است که:

ضمیر فاعلی در ـ یغرمه ـ به ضامن برمی‌گردد و مقصود غرامت ثانوی است یعنی بار دومی که ضامن مجبور می‌شود به دادن آن به مضمون له در صورتی که بار اول پرداختن او ثابت نشود.

بنابراین، مقصود این است که اگر ثابت نشود که ضامن، مال را به مضمون له پرداخته است، ضامن، مجبور می‌شود که دوباره آن مال را بپردازد، در این حال وقتی که مضمون عنه، شهادت به پرداختن اول ضامن بدهد، این شهادت، فایده‌ای به ضامن دارد و آن اینکه ضامن دوباره آن مال را به مضمون له نمی‌پردازد، حال اگر شهادت مزبور، فایده دیگری داشته باشد که به مضمون عنه برسد (مثل اینکه با شهادت مزبور، نگذارد مضمون له برای گرفتن حق خود، به مضمون عنه برگردد چنانکه در مورد اول تهمت ذکر گردید) این شهادت مورد تهمت است و بدین جهت پذیرفته نمی‌شود.

بنابراین، ترجمه عبارت چنین می‌شود که: تهمت این است که شهادت مضمون عنه، ببخشد برای او فایده‌ای علاوه بر (فایده‌ای که از آن شهادت برای ضامن، می‌رسد که عبارت است از سقوط) آنچه ضامن (برای دومین بار) به مضمون له می‌دهد بر فرض اینکه پرداختن اول او ثابت نشود.

لو لم یثبت قید است برای ـ یغرمه ـ **فتردّ** (ـ ترد ـ به صیغه مجهول، تفریع است بر ـ تهمت ـ) یعنی اگر تهمتی درکار باشد، شهادت او رد می‌گردد و پذیرفته نمی‌شود **و للتهمة**... یعنی برای تهمت، صورتهایی است، یکی از آنها این است که ضامن تهیدست بوده باشد و مضمون له از تهیدستی او آگاهی نداشته باشد، بنابراین، در موردی که پرداخت مال (از طرف ضامن به مضمون له) ثابت نشود، مضمون له، می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند و (برای گرفتن طلب خود) به مضمون عنه رجوع نماید، حال در این موقع (ممکن است شهادت مضمون عنه برای این باشد که) دفع کند به واسطه شهادت دادنش، برگشتن حق (یعنی طلب) بر ذمه‌اش را (یعنی شهادتش برای این باشد که عقد ضمان فسخ نشود و حق بر ذمه‌اش برنگردد تا مضمون له برای گرفتن آن به او مراجعه نکند).

ومنها أن يكون الضـامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضـمون عنه عليه دين فإنه يوفر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يضرب به.

ولا فرق في هاتين بين كون الضـامن متبرعا، وبسـؤال، لأن فسـخ الضـمان يوجب العود على المديون على التقديرين، ومع الإفلاس ظاهر.

مورد دوم از موارد تهمت

ومنها أن يكون الضامن... توضیح: دوم از موارد تهمت آن جایی است که ضامن بعد از ضـمانت ورشکسـت شـود و بدان جهت از تصـرف در اموال خود شـرعاً ممنوع گردد، و فرض این باشـد که یکی از طلبکاران ضـامن، خود مضمون عنه باشد (که بعد ضمانت ضـامن، مضمون عنه از او طلب داشته است مثل اینکه ضامن بعد از ضمانت: متاعی را از مضمون عنه به طور نسیه خریده باشد) در این صورت اگر مضمون عنه شهادت به پرداختن ضـامن بدهد، در معرض تهمت برای مضـمون عنه می‌باشد، زیرا می‌دانیم که مفلس، اموالش بین طلبکاران به نسـبت طلبی که دارند باید تقسـیم گردد، اکنون به حسب ظاهر علاوه بر طلبکاران دیگر، دو طلبکار نیز می‌باشد یکی خود مضـمون عنه و دیگری مضـمون له (که بعد از ضـمانت ضـامن، او هم جزو طلبکاران شـده است) حال گوئیم شـهادت مزبور اگر قبول گردد، مضـمون له، از ردیف طلبکاران خارج می‌گردد و دیگر چیزی به نسـبت طلب خود، از ضـامن (مفلس) نخواهد گرفت و در نتیجه به واسطه کم شدن یکی از طلبکاران، مال مفلس برای باقی طلبکاران، بیشتر می‌ماند و هر یک از آنان ـ که مضـمون عنه هم در بین آنهاسـت ـ سـهم بیشـتری به نسـبت طلبشـان می‌برند، پس سـهم مضـمون عنه نیز به نسـبت طلب خود، از مال مفلس، زیاد خواهد شـد، و پر واضـح اسـت که زیاد شـدن سـهم او، فایده‌ای اسـت برای مضـمون عنه که از جانب شهادت دادن او، برای وی عائد و حاصل می‌شود، و این معنای تهمت است.

درحالی که شهادت مزبور اگر قبول نشود، مضمون له نیز درردیف طلبکاران به نسبت طلب خود، چیزی از ضـامن (مفلس) می‌برد و مال مفلس قهراً کم می‌گردد و در نتیجه سـهمی که مضـمون عنه به نسـبت طلب خود از مال مفلس می‌خواهد ببرد، کم خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و منها**... یعنی یکی دیگر از صورت‌های تهمت، این است که ضـامن (بعد از آنکه در حال توانگری، ضـمانت نمود) محجوریت بر او عارض گردد به جهت ورشـکسـتگی، و مضـمون عنه نیز بر ذمه ضـامن، طلبی داشـته باشـد (همانند طلبکاران دیگر) پس در این صـورت، مضـمون عنه با شـهادت دادنش (بر پرداختن ضـامن) زیاد می‌سـازد مال مفلس (ضـامن) را (چون به قبول شـدن شـهادت او، دیگر مضـمون له، از ضـامن چیزی نمی‌گیرد) و در نتیجه زیاد می‌گردد آن سـهمی که مضـمون عنه با آن سـهم، شـریک می‌شـود (با بقیه طلبکاران در مال مفلس یعنی سـهمی که با آن سهم درردیف طلبکاران قرار می‌گیرد).

و لا فرق... توضـیح: در مورد اول و دوم از موارد تهمت، فرقی نیسـت بین اینکه ضـامن از پیش خود (بدون درخواسـت مضمون عنه) ضمانت کرده باشد، یا اینکه به درخواست مضمون عنه، ضمانت نموده باشد.

و علت عدم فرق در مورد اول آن است که چون وقتی که پرداختن ضامن، ثابت نشد و مضـمون له حق فسـخ ضـمان پیدا نمود و آن را فسخ کرد، دین دوباره به ذمه مضمون عنه برمی‌گردد و مضـمون له برمی‌گردد به خود مضـمون عنه و از او طلب خود را می‌گیرد، خواه ضمانت تبرعی باشد یا به درخواست مضمون عنه باشد.

و اما علت عدم فرق در مورد دوم، روشـن اسـت، زیرا معلوم اسـت که چه ضـمانت تبرعی باشـد و چه به درخواسـت مضـمون عنه، سـهمی که مضـمون عنه به نسبت طلب خود می‌خواهد از مال مفلس (ضامن) ببرد، با قبول شدن شهادت او زیاد می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا فرق**... یعنی فرقی نیست در این دو صورت (از صورت‌های تهمت) بین اینکه ضامن در ضمانتش متبرع بوده (و از پیش خود ضمانت نموده) باشد یا اینکه (ضمانتش) به درخواست (از طرف مضمون عنه) بوده باشد (و علت عدم فرق در صورت اول از صورت‌های تهمت آن است که) چون فسخ ضمان (به واسطه تنگدستی به آن گونه‌ای که گفته شد) موجب دوباره برگشتن مضمون له بر مدیون (مضمون عنه) می‌شود در هر دو فرض (فرض تبرعی بودن ضمانت و فرض غیر تبرعی بودن آن) و (اما علت عدم فرق در صورت دوم یعنی) با مفلس شدن ضامن، روشن است (که هم در فرض تبرعی بودن ضمان و هم در فرض غیر تبرعی بودن آن، چگونه قبولی شهادت مضمون عنه موجب ازدیاد مال مفلس می‌گردد و به نفع مضمون عنه تمام می‌شود).

وجعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع، فنجر شهادة المضمون عنه تهمة بتخفيف الدين عنه.

وفيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، فلا يرجع به وإن لم يثبته فتندفع التهمة وتقبل الشهادة كما نبه عليه المصنف بقوله:

صورت سوم از موارد تهمت

وجعل بعضهم من صور التهمة... توضیح: بعضی از فقها برای تهمت، صورت سومی ذکر کرده‌اند و آن اینکه: اگر ضامن، با مضمون له مصالحه کرده باشد بر اینکه کمتر از مقدار دین، به او بپردازد و مضمون له هم آن را قبول نموده باشد (مثلاً طلبی که مضمون له از مضمون عنه می‌خواست، صد تومان بوده ولی ضامن مصالحه کرده که هشتاد تومان بدهد) در این صورت همانطوری که سابقاً مسأله‌اش گذشت، چنانچه ضمانت ضامن به درخواست مضمون عنه بوده باشد، ضامن بعد از پرداختن مقدار مزبور (هشتاد تومان مثلاً) به مضمون له، همان مقدار را حق دارد از مضمون عنه بگیرد نه بیشتر.

حال که مضمون له ادعا می‌کند ضامن آن مقدار را هنوز نپرداخته، چنانچه مضمون عنه شهادت بدهد که ضامن آن را پرداخته است، شهادت او در معرض تهمت است. به این گونه که چه بسا می‌خواهد با شهادت مزبور، مقدار مزبور (هشتاد تومان) را تثبیت کند که در نتیجه، ضامن، آن مقدار را از مضمون عنه بگیرد، چون اگر ادای آن مقدار، ثابت نگردد، مضمون له قسم می‌خورد و قول او ثابت می‌شود و چه بسا در این موقع، مقدار صلح شده را نگیرد بلکه مقدار اصلی را بگیرد (یعنی صد تومان در فرض مثال) و در نتیجه، ضامن هم این مقدار را از مضمون عنه بگیرد که بیشتر است از مقدار صلح شده،

وخلاصه اینکه مضمون عنه با شهادت دادنش چه بسا می‌خواهد دین خود راکمترکند، واین تهمت است.

اشکال شارح

شارح بر صورت مزبور اشکال می‌کند و حاصلش آن است که مورد مزبور را نمی‌توان تهمت حساب کرد، زیرا اینکه می‌گوئید: مضمون عنه با شهادت دادنش می‌خواهد دین راکمتر بپردازد، گوئیم: اگرکمتر پرداختن دین، منحصر به قبول شدن شهادت او باشد، تهمت تحقق می‌یابد ولی ما می‌گوئیم که کمتر پرداختن دین، منحصر به قبولی شهادت او نیست، چون به واسطه آنکه ضامن خودش اعتراف می‌کند که مقدار صلح شده را پرداخته است لذا همان مقدار را حق دارد از مضمون عنه بگیرد نه بیشتر، چنانکه مصنف در مسأله بعدی اشاره به آن نموده است. بنابراین، مضمون عنه اگر چه نتواند مقدار صلح شده را با شهادت خود، اثبات کند، باز ضامن همان مقدار صلح شده را از او می‌گیرد نه بیشتر از آن را، چون خود ضامن اعتراف دارد که آن مقدار را پرداخته است و مضمون له به او ظلم کرده که یکبار دیگر از او گرفته است.

ترجمه وشرح عبارت: **و جعل**... یعنی بعضی از فقها از صورت‌های تهمت، این مورد را قرار داده که ضامن مصالحه کرده باشد (با مضمون له) بر اینکه کمتر از حق مضمون (دین) را به او بپردازد که در این صورت (بعد از پرداختن دین) رجوع کردن ضامن (به مضمون عنه برای گرفتن آنچه پرداخته است) بر فرض اینکه ضمانت او به درخواست مضمون عنه بوده باشد، همانا به همان مقداری که به مضمون له داده است خواهد بود (یعنی همان مقداری که صلح کرده است را می‌تواند از مضمون له بگیرد نه مقدار دین، چنانکه این مسأله سابقاً در عبارت مصنف نیز گذشت در آنجایی که فرمود: «ولو أذن له رجع علیه بأقل الأمرین مما أداه و من الحق») و در نتیجه شهادت دادن مضمون عنه،

می‌کشد به سوی خود تهمت را به اینکه دین او سبکتر گردد **إنما هو بالمدفوع** این جمله خبر است برای ـ یکون ـ **تهمة** مفعول است برای ـ فتجر ـ **بتخفیف** بیان می‌کند تهمت را.

و فیه نظر... یعنی در تهمت بودن این مواردی که بعضی فقها ذکر نموده‌اند، اشکال هست زیرا (تخفیف دین و سقوط زاید بر مقدار صلح شده، از ذمه مضمون عنه ـ که ضامن از او کمتر بگیرد و آن زاید را نگیرد ـ منحصر به این نیست که شهادت مضمون عنه قبول گردد چون) کفایت می‌کند در سقوط زاید (بر مقدار صلح شده) از ذمه مضمون عنه، اینکه ضامن اعتراف به مقدار صلح شده می‌نماید پس ضامن (با اعتراف مزبور) نمی‌تواند رجوع کند به آن زاید (و آن زاید را از مضمون عنه بگیرد) هر چند مضمون عنه ثابت نکند سقوط زاید را (به واسطه شهادتش) بنابراین، تهمت (از مضمون عنه) دفع می‌گردد و شهادت او قبول می‌شود، چنانکه به این مطلب (که زاید را از مضمون عنه نمی‌تواند بگیرد به جهت اعتراف به اقل) مصنف نیز اشاره کرده است به قولش (در آخر عبارت بعدی که می‌فرماید: «رجع... بما أدّاه أوّلاً» چون از این عبارت استفاده می‌شود که ضامن آنچه را که به اعتراف خود، اوّل پرداخته است، همان را فقط از مضمون عنه می‌گیرد، و در مورد بحث، فرض آن است که آنچه را که اوّل اعتراف به آن کرده، کمتر از مقدار دین است، پس زاید بر آن را نمی‌تواند از مضمون عنه بگیرد) **یثبته** ضمیر فاعلی به مضمون عنه بر می‌گردد، و ضمیر مفعولی بر می‌گردد، به ـ سقوط زاید ـ و یا بر می‌گردد به ادای ضامن مقدار صلح شده را، البته مقصود بنابر هر دو، یکی است.

(ومع عدم قبول قوله) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو غرم الضامن رجع) على المضمون عنه (في موضع الرجوع) وهو ما لو كان ضامنا بإذنه (بما أداه أولا) لتصادقهما على كونه هو المستحق في ذمة المضمون عنه، واعترافه بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا.

هذا مع مساواة الأول للحق أو قصوره، وإلا رجع عليه بأقل الأمرين منه ومن الحق، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه.

(ومع عدم قبول... توضیح: در جایی که شهادت مضمون عنه قبول نشود (یا به خاطر تهمت و یا به خاطر عادل نبودن او) مضمون له قسم می‌خورد وبا قسم او قولش ثابت می‌شود و طلب خود را از ضامن می‌گیرد، و به اعتقاد ضامن، این پرداخت، دومین بار در پرداخت دین می‌باشد (البته ممکن است مقدار پرداخت دوم با مقدار پرداخت اول، فرق کند به جهت اینکه در پرداخت اول، مصالحه کرده باشد برکمتر از مقدار دین، ولی در پرداخت دوم مصالحه نکرده و به همان مقدار دین باشد).

اکنون مسأله در این است که ضامن، بعد از پرداخت دوم، چنانچه ضمانت او با اذن مضمون عنه بوده باشد (که در این صورت می‌تواند آنچه پرداخت کرده است را از مضمون عنه بگیرد) ببینیم کدام یک از دو پرداخت را می‌تواند از مضمون عنه بگیرد؟

مصنف می‌فرماید: پرداخت اول را می‌تواند بگیرد نه پرداخت دوم، چون ضامن و مضمون عنه هر دو تصدیق می‌کنند یکدیگر را بر اینکه آنچه اول پرداخته، به ذمه مضمون عنه می‌آید و آن را حق دارد از مضمون عنه بگیرد، و ضامن اعتراف دارد که مضمون له در گرفتن دوم، ظلم کرده است پس پرداخت دوم را ضامن نمی‌تواند از مضمون عنه بگیرد.

شارح می‌فرماید: فرمایش مصنف در صورتی درست است که پرداخت اول به مقدار دین باشد و یا کمتر از آن باشد، و اما اگر بیشتر از دین باشد، فقط به مقدار دین را می‌تواند از مضمون عنه بگیرد نه بیشتر از آن، چون بیشتر از مقدار دین را از پیش خود داده است و

متبرع محسوب می‌شود وسابقاً مسأله‌اش درعبارت مصنف گذشت که آن مقدارزیادی را نمی‌تواند ازمضمون عنه بگیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **و مع**... یعنی ودرصورت پذیرفته نشدن قول (وشهادت) مضمون عنه ـ به جهت تهمت ویا به جهت عادل نبودن او ـ چنانچه ضامن (ناچارشود به واسطه قسم خوردن مضمون له) غرامت بکشد(یعنی به گمان خود برای دومین بار، حق را به مضمون له بپردازد) می‌تواند رجوع کند برمضمون عنه، درجایی که حق رجوع داشته باشد ـ وآن جایی است که ضمانت اوبه اذن مضمون عنه بوده باشد (نه تبرعاً) ـ پس رجوع می‌کند برای گرفتن مقداری که (به ادعای ضامن آن را) باراول پرداخته است.

لو غرم الضامن چون همانطوری که سابقاً گفتیم مضمون له قسم می‌خورد براینکه حق مرا ضامن نپرداخته است، پس ازضامن حق خود را می‌گیرد وضامن برای دومین بار، دین را می‌پردازد، واینکه تعبیرکردیم «دومین بار» همانا به گمان ضامن می‌باشد و گرنه، آن پرداخت، به حسب ظاهروبه اعتقاد مضمون له، باراول می‌باشد **بما أداه**... متعلق است به ـ رجع ـ **لتصادقهما**... یعنی زیرا هردوتصدیق می‌کنند یکدیگررا براینکه آنچه اول پرداخته، همان درذمه مضمون عنه، می‌باشد(که باید به ضامن بدهد) و(دیگر ضامن آنچه راکه به گمانش باردوم پرداخته است نمی‌تواند ازمضمون عنه بگیرد چون) ضامن اعتراف دارد به اینکه مضمون له، درگرفتن دوم ظالم است **هذا**... یعنی این حکم (که مصنف فرمود آنچه اول پرداخته را می‌تواند ازمضمون عنه بگیرد) درصورتی است که آنچه اول پرداخته، مساوی با مقدارحق (دین) باشد ویاکمتر(ازمقدارحق) باشد، وگرنه (اگرآنچه اول پرداخته، بیشترازمقدارحق باشد) ضامن رجوع می‌کند برمضمون عنه به مقدارکمترین ازاین دوچیز: ازآنچه اول پرداخته وازمقدارحق (البته طبق فرض، مقدار حق، کمتراست پس بهتراین بودکه شارح چنین می‌فرمود: رجع علیه بالحق) زیرا ضامن، حق ندارد زاید برمقدارحق را (ازمضمون عنه) بگیرد.

ومثله ما لو صدقه على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله في عدم قبول قوله.

(ولو لم يصدقه على الدفع) الذي ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أداءه أولا وأداءه أخيرا، لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، وأن المضمون له ظلمه في الثاني وإن كان الثاني فلم يثبت ظاهرا سواه. وعلى ما بيناه يرجع بالأقل منهما ومن الحق.

ومثله ما لو صدّقه... توضیح: حکمی که در بالا گذشت در مواردی بود که مضمون عنه نزد حاکم شهادت بدهد بر پرداخت ضامن ولی شهادتش پذیرفته نشود.

حال می‌فرماید همچنین است حکم در مواردی که مضمون عنه، شهادت ندهد بلکه گفته ضامن را در پرداختن مال، تصدیق کند پس در این صورت نیز اگر مقداری که مورد تصدیق مضمون عنه است، مساوی با مقدار حق (دین) و یا کمتر از آن باشد، ضامن می‌تواند آن را از او بگیرد و اما اگر بیشتر از حق بود، مقدار زاید را نمی‌تواند از مضمون عنه بگیرد.

شارح می‌فرماید: می‌توانیم این صورت را هم داخل در عبارت مصنف بدانیم، چون عبارت مصنف که فرموده: «ومع عدم قبول قوله» سالبه است، و در علم منطق گفته‌اند: که سالبه گاهی به انتفاء محمول، صدق می‌کند، وگاهی به انتفاء موضوع صدق می‌کند، پس در عبارت مصنف گوییم قبول نشدن قول مضمون عنه (یعنی شهادت او) صدق می‌کند، هم در جایی که شهادت باشد ولی پذیرفته نشود (به جهت تهمت یا عدم عدالت) که فرض سابق بود، و هم صدق می‌کند در جایی که اصلاً شهادتی نباشد (بلکه فقط صرف تصدیق باشد) که فرض مورد بحث می‌باشد، پس حکمی که در عبارت مصنف آمده است شامل هر دو فرض خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت **و مثله...** یعنی مثل فرض سابق است، آن صورتی که مضمون عنه، تصدیق کند ضامن را بر پرداخت مال (به مضمون له) هرچند به صورت شهادت

نباشد **و یمکن**... یعنی می‌توان این فرض را داخل نمود در عبارت مصنف که فرمود: «و مع عدم قبول قوله».

و لو لم یصدّقه... توضیح: آنچه تا به اینجا گفته شد مربوط به صورت شهادت دادن مضمون عنه بود (چه در فرض قبول شدن آن و چه در فرض قبول نشدن آن) و همچنین صورت تصدیق کردن مضمون عنه.

اکنون مسأله در جایی است که مضمون عنه، تصدیق نکند ضامن را بر پرداختن مال به مضمون له (نه به صورت شهادت و نه غیر شهادت) در این صورت ضامن می‌تواند مقدار کمترین، از آنچه که به ادعای او اول پرداخته، و آنچه بعداً پرداخته است، را از مضمون عنه بگیرد.

پس اگر مقدار کمتر، پرداخت اولش بود، علت جوازگرفتن آن از مضمون عنه آن است که چون ضامن خودش اعتراف می‌کند که فقط همان مقدار حق دارد از مضمون عنه بگیرد نه غیر آن را، زیرا او می‌گوید که پرداخت صحیح همان اولی بوده و مضمون له در گرفتن مقدار دوم، ظلم به او کرده است.

و اگر مقدار کمتر، پرداخت دومش باشد، علت جوازگرفتن آن این است که چون به حسب ظاهر شرع، پرداخت آن مقدار فقط ثابت شده نه پرداخت اول، پس مقدار دوم را می‌تواند بگیرد نه غیر آن.

شارح می‌فرماید: حکمی که بیان کردیم همانا طبق نظر مصنف است که کمترین را مابین دو چیز یعنی پرداخت اول و پرداخت دوم، سنجیده است و اما طبق نظر ما که در مسأله سابق گفتیم ـ و آن اینکه باید مقدار دین را هم سنجید ـ باید در مورد بحث کمترین را ما بین سه چیز، سنجید یعنی باید گفت که از مقدار پرداخت اول و از مقدار پرداخت دوم و از مقدار حق (دین) هرکدام کمتر است، آن را می‌تواند از مضمون عنه بگیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **ولو لم يصدّقه**... یعنی اگر مضمون عنه تصدیق نکند ضامن را... (نه به صورت شهادت ونه به صورت غیر شهادت) **الذي إدّعاه** یعنی آن پرداختی را که ضامن آن را ادعا می‌کند **رجع عليه**... یعنی ضامن می‌تواند رجوع کند به مضمون عنه برای گرفتن کمترین: از مالی را که ادعا می‌کند اول پرداخته، و مالی که بعداً داده است، زیرا مقدار کمتر اگر همان مال اول بوده باشد پس (علت جوازگرفتن آن از مضمون عنه آن است که چون) ضامن خودش اعتراف می‌کند که حق گرفتن غیر آن را ندارد(زیرا او می‌گوید که پرداخت صحیح به عقیده من همان اوّلی بوده) و(می گوید) مضمون له در گرفتن مال دوم، ظلم به او نموده است.

و إن كان... (عطف است بر ـ ان كان هو الاول ـ) یعنی و اگر مقدار کمتر، مال دوم باشد پس (علت جوازگرفتن آن این است که چون) ثابت نشده است ظاهراً (به حسب شرع) غیر آن مقدار (زیرا برای اثبات پرداخت مال اول، شاهد ندارد) **و على**... یعنی (طبق نظر مصنف، اقل را ما بین پرداخت اول و پرداخت دوم سنجیدیم) و اما طبق آنچه ما بیان کردیم (در مسأله سابق که فرمود: «هذا مع مساواة الاول للحق...» که کمتر را با مقدار حق سنجیدیم) پس در اینجا می‌تواند کمترین: از مقدار پرداخت اول و از مقدار پرداخت دوم و از مقدار حق را بگیرد.

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

(كتاب الحوالة: وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله) للمحيل. هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة، وإلا فالأقوى جوازها على البرئ، للأصل لكنه يكون أشبه بالضمان، لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل، ولكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة فتلحقها أحكامها.

تعريف حواله

(**وهي التعهد بالمال**... توضيح: حواله عبارت ازعقدی است که نتیجه آن این است که شخص ثالثی که بدهکاربه حواله دهنده است، به عهده می‌گیرد مالی راکه حواله دهنده به همان مقداربه محتال (طلبکار) بدهکار می‌باشد (وبه عبارت دیگر: حواله، عقدی است که نتیجه آن این است که طلب شخصی، ازذمه مدیون به ذمه شخص ثالثی ـ که به همان مقداربدهکاربه مدیون است ـ منتقل می‌گردد).

مثال: زید صد تومان بدهکاربه عمروباشد وازطرفی صد تومان طلبکارازاحمد باشد، آنگاه زید حواله بدهد عمرورا به احمد که صد تومان را ازاحمد بگیرد، دراین صورت صد تومان طلب عمرو، ازذمه زید به ذمه احمد انتقال می‌یابد.

زید راکه حواله دهنده است «محیل» گویند، وعمرورا ـ که قبول حواله می‌کند که صد تومان حواله شده را بگیرد ـ «محتال» گویند، واحمد راکه حواله به اوشده است وپذیرفته است که صد تومان را بدهد، «محال علیه» گویند.

ازتعریف بالا روشن شد که محال علیه باید بدهکاربه محیل باشد یعنی مشغول الذمه به اوباشد، واما اگرمحال علیه بدهکاربه محیل نباشد آیا حواله براوصحیح است یا نه؟ دو قول درآن می‌باشد:

۱. بعضی آن را باطل می‌دانند واشتغال ذمه محال علیه (یعنی بدهکاربودن او) به محیل را شرط صحت حواله می‌دانند

۲. شارح وبعضی دیگرازفقها آن را صحیح دانسته وبدهکاربودن محال علیه را شرط نمی‌دانند بلکه می‌گویند اگربریٔ الذمه هم باشد، حواله براوصحیح است پس در مثال بالا اگراحمد بدهکاربه زید نبود، چنانچه زید، عمرورا حواله به اوبدهد واحمد هم راضی به آن شود، حواله صحیح است واحکام حواله برآن جاری می‌شود.

البته قسم اول ازحواله ـ یعنی حواله برمشغول الذمه ـ مورد اتفاق همه ی فقهاست، و قدرمتیقن ازحواله است، برخلاف قسم دوم ـ یعنی حواله بربریٔ الذمه ـ که مورد اختلاف بین فقهاست وشارح آن را صحیح می‌داند به دلیل اصل، یعنی أصالة الصحه (وأصالة الجواز) ونیز أصالة عدم اشتراط اشتغال ذمه محال علیه، چنانکه شارح درکتاب «مسالک» به آن تصریح نموده است.

گرچه حواله مزبور ـ یعنی حواله بربریٔ الذمه ـ شباهت زیادی به ضمان دارد، زیرا نتیجه آن حواله این است که مال ازذمه مدیون (زید درمثال بالا) انتقال به ذمه غیر مدیون (احمد درفرض مثال) می‌گردد وگویا محال علیه (احمد) به واسطه قبول کردن آن حواله، ضامن می‌شود که طلبی که محتال (عمرو) ازمحیل (زید) دارد را به او بپردازد و

معنای ضمان هم همین است که شخصی که بدهکار نیست متعهد شود که دین بدهکار را به طلبکار بپردازد.

ولی در عین حال، شباهت مزبور، آن حواله را از اصل حواله بیرون نمی‌برد و باز احکام حواله بر آن جاری است، نه اینکه احکام ضمان که بین ضامن و مضمون عنه جاری می‌گردد، در اینجا نیز نسبت به محیل و محال علیه جاری گردد.

صیغه حواله

مصنف صیغه حواله را ذکر نکرده است و ما برای تکمیل فایده در اینجا ذکر می‌کنیم، پس گوئیم:

حواله از عقود لازمه است و صیغه آن را باید محیل و محتال اجرا نمایند یعنی ایجاب را «محیل» بگوید و قبول را «محتال» بگوید، و «محال علیه» نباید صیغه‌ای بگوید، پس محیل به محتال می‌گوید: «أحلتک بمبلغ فلان علی فلان» یعنی حواله کردم تو را که فلان مبلغ از فلان شخص بگیری، و محتال بگوید: «قبلت» یعنی قبول کردم حواله را.

ترجمه و شرح عبارت: **الحوالة...** یعنی حواله عبارت است از (عقدی که نتیجه‌اش) التزام به (پرداخت) مال (به محتال) از جانب کسی که ذمه‌اش بدهکار است به مقدار آن مال، به حواله دهنده **من المشغول...** (متعلق است به تعهد) یعنی آن تعهد را کسی می‌نماید که ذمه‌اش مشغول (یعنی بدهکار) است (یعنی محال علیه ذمه‌اش بدهکار به محیل باشد) مثل احمد در مثالی که سابقاً ذکر نمودیم، و تطبیق تعریف با مثال چنین است که: حواله عبارت است از متعهد شدن احمد که ذمه‌اش بدهکار به صد تومان به زید (محیل) است، اینکه آن صد تومان را به عمرو (محتال) بپردازد **بمثله** متعلق است به ـ المشغول ـ و ضمیر آن برمی‌گردد به مال **للمحیل** متعلق است به ـ المشغول ـ.

هذا... یعنی این تعریف (که درآن تعهد نمودن شخص مشغول الذمه به محیل، ذکر شده است) مقدار اتفاقی بین فقها از حواله است (یعنی غرض مصنف، تعریف آن حواله است که مورد اتفاق بین فقهاست) وگرنه (اگر نگوئیم که غرض ایشان آن است) اقوی (از نظر ما و بعضی دیگر از فقها) این است که حواله نمودن بر شخصی که ذمه‌اش بدهکار (به محیل) نیست جایز است، به دلیل اصل (یعنی اصل، صحت چنین حواله است، و نیز اصل آن است که در صحت حواله، اشتغال ذمه محال علیه یعنی بدهکار بودن محال علیه به محیل، شرط نیست).

للأصل اصل صحت یا قاعده صحت یکی از قواعد بسیار مهم فقه است که کاربرد فراوان داشته و به اشکال گوناگون مورد استفاده قرار گرفته است و یکی از موارد کاربرد آن در السنه فقها جایی است که در معامله‌ای که اصلش را شارع مقدس تأیید و تنفیذ کرده است، اگر در شرط بودن چیزی در صحت آن، شک کنیم، با إعمال اصل صحت، شک را برطرف کرده و اثر عقود صحیحه را بر آن مترتب می‌کنیم. و در مورد بحث، اصل حواله از طرف شارع تأیید شده است و چون شک داریم که آیا اشتغال ذمه محال علیه، شرط در صحت حواله می‌باشد یا نه، با اصل صحت آن حواله، شک را از خود برطرف می‌کنیم و گوئیم مشغول الذمه بودن محال علیه، شرط نمی‌باشد.

لکنه یکون... یعنی ولی این حواله شباهت زیادی به ضمان دارد، چون حواله مزبور اقتضا می‌کند که مال از ذمه‌ای که بدهکار است (یعنی ذمه محیل) انتقال یابد به ذمه‌ای که بدهکار نیست (و آن محال علیه می‌باشد) پس گویا محال علیه به واسطه پذیرفتن و راضی شدن به حواله، ضمانت می‌کند طلبی را که محتال بر ذمه محیل دارد، ولی در عین حال این حواله به واسطه شباهت به ضمان، خارج نمی‌شود از اصل حواله (تا از افراد ضمان محسوب گردد) و در نتیجه احکام حواله بر آن مترتب می‌شود (نه احکام ضمان).

(ویشترط فیها رضی الثلاثة) أما رضی المحیل والمحتال فموضع وفاق، ولأن من علیه الحق مخیر في جهات القضاء من ماله، ودینه المحال به من جملتها، والمحتال حقه ثابت في ذمة المحیل فلا یلزمه نقله إلی ذمة أخری بغیر رضاه، وأما المحال علیه فاشتراط رضاه هو المشهور، ولأنه أحد أرکان الحوالة، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة، وصعوبة.

شرایط صحت حواله

(ویشترط فیها رضاء الثلاثة)... توضیح: در صحت حواله، رضایت سه نفر لازم است (و اگر رضای هر سه به عمل نیاید حواله باطل است) و آنها عبارتند از: محیل (حواله دهنده) و محتال (حواله گیرنده) و محال علیه (یعنی حواله شده به او، که پرداخت کننده وجه حواله است).

دلیل بر اشتراط رضایت محیل، دو چیز است:

۱. اجماع فقها.

۲. اینکه کسی که بدهکار به کسی می‌باشد، در پرداختن دین اختیار دارد از هر کدام از اموالش که خواست آن را بپردازد و معلوم است که مالی هم که از محال علیه می‌خواهد جزو اموال او می‌باشد پس می‌تواند بدهی خود را از مالی که از محال علیه می‌خواهد بپردازد.

و به عبارت دیگر شخص بدهکار در تعیین مالی برای پرداخت دین خود، صاحب اختیار است به اینکه از مالی که نزد خود دارد، دین را بپردازد و یا از مالی که نزد دیگری دارد بدهی خود را بپردازد پس حواله دادن محتال به محال علیه، معنایش رضایت محیل است به اینکه دین محتال را از مالی که نزد محال علیه دارد بپردازد.

و دلیل بر اشتراط رضایت محتال هم دو چیز است:

۱. اجماع فقها.

۲. اینکه محتال طلبش در ذمه محیل ثابت است نه در ذمه شخص دیگر، پس نمی‌توان اورا به اجبار به سراغ شخص دیگری فرستاد و حقش را انتقال به ذمه شخص دیگر داد مگر اینکه با رضایت او باشد، زیرا بدهکارها در پرداخت دین از نظر خوش حساب بودن یا بد حساب بودن مختلفند، یعنی بعضی‌ها خوش حسابند و دین را زودتر از موعدش می‌پردازند و بعضی‌ها بدحساب و پشت گوش اندازند و دین را دیرتر از موعد آن می‌پردازند و چه بسا محیل (که بدهکار به محتال است) خوش حساب باشد و محال علیه بد حساب باشد، بدین جهت محال علیه را بدهکار محتال قرار دادن و او را طرف حساب قرار دادن با محتال، باید به رضایت محتال باشد.

و دلیل بر اشتراط رضایت محال علیه سه چیز است:

۱. شهرت بین فقها.

۲. اینکه محال علیه، یکی از ارکان تشکیل دهنده حواله است، پس همانطوری که رضایت دو رکن دیگر (محیل و محتال) شرط می‌باشد، باید رضایت محال علیه هم شرط باشد، و در حقیقت عقد حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است (قبول محتال و قبول محال علیه).

۳. طلبکاران در مطالبه طلب خود از نظر سخت گیری یا آسان گیری در مطالبه، تفاوت دارند، چه بسا محتال در مطالبه سخت گیر و بد معامله باشد و هیچ مهلت به بدهکار ندهد، ولی محیل خوش معامله و آسان گیر در مطالبه از محال علیه، باشد بدین جهت موافقت و رضایت محال علیه در اینکه محتال را طلبکار او قرار بدهند لازم است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لأن من...** (دلیل دیگر است برای اشتراط رضایت محیل) یعنی و برای اینکه کسی که به ذمه‌اش حق می‌باشد (یعنی شخص بدهکار که مقصود از آن در اینجا شخص محیل است) اختیار با اوست در نحوه‌های پرداخت دین از مالش

(یعنی از هرکدام از اموالش که خواست می‌تواند بدهی خود را بپردازد) و آن طلبی که به آن حواله داده شده (یعنی طلبی که محیل از محال علیه می‌خواهد) جزو اموال او می‌باشد (پس محیل می‌تواند بدهی خود به محتال را از این طلبی که از محال علیه می‌خواهد بپردازد) **و دینه**... این کلمه مبتدا است و ـ من جملتها ـ خبر آن می‌باشد و **المحتال**... (دلیل دیگر است برای اشتراط رضایت محتال) یعنی محتال، طلبی که دارد همانا در ذمه محیل ثابت است (نه در ذمه شخص دیگر) پس بدون رضایت محتال، لازم نمی‌گیرد او را اینکه طلب او به ذمه دیگری انتقال داده شود.

و أما المحال علیه... یعنی و اما محال علیه، شرط بودن رضایت او، دلیلش یکی مشهور فقهاست و (دلیل دوم این است که) چون محال علیه یکی از ارکان حواله است (پس همانند دو رکن دیگر باید رضایت او هم شرط باشد) و (دلیل سوم آن است که) چون مردم (یعنی طلبکاران) در گرفتن طلب از جهت سخت گیری و آسان گیری تفاوت دارند (بعضی به بدهکار مهلت می‌دهند و بعضی دیگر او را در فشار قرار می‌دهند و مهلت نمی‌دهند و چه بسا محتال از کسانی باشد که بدهکار را در فشار قرار دهد، پس باید محال علیه راضی باشد به اینکه بدهکار محتال قرار بگیرد).

وفيه نظر لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه. واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق، ومن نصبه خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا، ووصفا، فعدم اعتباره أقوى.

اشکال شارح بر قول مشهور

وفيه نظر لأن المحيل... توضیح: شارح بر قول مشهور اشکال کرده و می‌فرماید: اشتراط رضایت محال علیه وجهی ندارد، زیرا شخص در مال خود به هر نوع که بخواهد می‌تواند تصرف کند، یعنی همانطور که شخص می‌تواند در مال خود مستقیماً و بالمباشره اعمال نفوذ نماید و مال خود را از مدیون بگیرد، همچنین می‌تواند دریافت طلب خود را به دیگری واگذار نماید که او از مدیون بگیرد و همانطوری که درگرفتن مستقیم دین از بدهکار، رضایت مدیون شرط نیست (به جهت اینکه طلبکار نسبت به مدیون سلطنت و نفوذ دارد) همچنین درگرفتن غیر مستقیم به توسط دیگری نیز رضایت مدیون نباید شرط باشد.

حال در مورد بحث ـ چون فرض آن است که محیل، طلبکار از محال علیه می‌باشد ـ محیل به واسطه حواله دادن، دریافت طلب خود را از محال علیه به محتال واگذار کرده و محتال را درگرفتن طلب از محال علیه، به جای خود نشانده است. پس در مطالبه محتال از محال علیه، رضایت مدیون (محال علیه) نباید شرط باشد، همچنانکه اگر محیل مستقیماً از مدیون (محال علیه) مطالبه طلب خود را می‌نمود، هیچگاه متوقف بر رضای مدیون (محال علیه) نبود.

و این نظیر آن است که محیل، محتال را وکیل کند درگرفتن طلب از محال علیه که در این صورت رضایت محال علیه، شرط نیست. زیرا طلبکار می‌تواند هرکسی را که بخواهد وکیل کند در اخذ طلب خود و بدهکار نمی‌تواند از دادن دین به او امتناع ورزد.

و اما آنچه که در دلیل سوم قول مشهور گفته شد که طلبکاران در آسان‌گیری یا سخت گیری در مطالبه، تفاوت دارند، جوابش آن است که تفاوت طلبکاران در آن جهت، مانع از مطالبه طلبکار یا نایب او نمی‌گردد خواه مدیون راضی باشد یا نباشد.

و مخصوصاً در جایی که طلبی که محتال از محیل دارد با طلبی که محیل از محال علیه دارد، از نظر جنس و وصف، متحد بوده باشند (مثل اینکه هر دو طلب، درهم بوده باشد، آن هم درهم عراقی مثلاً) که در این صورت هیچ وجهی برای اشتراط رضایت محال علیه نیست و هیچ مانعی هم از مطالبه طلبکار از مدیون نمی‌باشد چه خودش بخواهد از مدیون مطالبه کند و چه نایبش.

و خلاصه اینکه با توجه به اشکال مزبور، شرط نبودن رضایت محال علیه در نظر شارح اقوی می‌باشد.

فقط در یک صورت است که رضایت محال علیه شرط می‌باشد که آن را بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **و فیه نظر...** یعنی در اشتراط رضایت محال علیه اشکال است، زیرا محیل (که طلبکار از محال علیه است) به واسطه حواله دادن، محتال را در قبض طلب به جای خود نشانده است، پس وجهی نیست برای احتیاج به رضایت بدهکار (که محال علیه باشد) و این نظیر آن است که محیل، وکیل کند محتال را در گرفتن طلب محیل از محال علیه (مقصود آن است که مورد بحث نظیر آن است که طلبکار، شخصی را درگرفتن طلب خود، وکیل خود قرار بدهد که مدیون در این صورت نمی‌تواند از دادن دین، امتناع ورزد، پس رضایت او شرط نیست) و (اینکه در دلیل سوم

ذکر شد که طلبکاران درگرفتن طلب با هم فرق دارند، جوابش آن است که) تفاوت داشتن مردم درگرفتن طلب، مانع ازمطالبه صاحب حق ویا مطالبه آن کسی که صاحب حق، اورا به جای خود نشانده است نمی‌شود (پس درمورد بحث چون صاحب حق ـ یعنی محیل که ازمحال علیه طلب دارد ـ محتال را به جای خود نشانده درگرفتن طلب ازمحال علیه، پس محتال می‌تواند ازمحال علیه مطالبه کند ومحال علیه نمی‌تواند از دادن دین امتناع ورزد) ومخصوصاً (رضایت محال علیه دراین صورتی که ذکرمی‌کنیم شرط نیست وآن:) درصورتی که دوطلب (طلبی که محیل ازمحال علیه دارد وطلبی که محتال ازمحیل دارد) ازنظرجنس وصفت، یکی بوده باشند (که دراین صورت هیچ وجهی برای اشتراط رضایت محال علیه نیست ومانعی ازمطالبه آنچه که محال علیه مدیون آن است نمی‌باشد هرچند راضی به دادن آن نباشد، زیرا حق ندارد امتناع ازدادن آن بورزد) پس (با توجه به اشکالی که ذکرشد) شرط نبودن رضایت محال علیه، اقوی است (درنظرشارح) **بالحوالة** متعلق است به ـ اقام ـ **المستحق** به کسرحاء به صیغه اسم فاعل یعنی صاحب حق که مقصود دراینجا محیل است که حق به گردن محال علیه دارد، یعنی ازاوطلب دارد.

نعم لو كانا مختلفين، وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضى المتعاوضين، ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضا.

نعم لو كانا مختلفين... توضيح: فقط در یک صورت است که رضایت محال علیه شرط می‌باشد و آن صورتی است که طلب محیل از محال علیه با طلب محتال از محیل، از نظر جنس و یا صفت، مختلف باشد و فرض این باشد که محتال بخواهد همان جنسی را که از محیل طلب دارد، از محال علیه بگیرد (مثلاً محتال، دینار از محیل طلب دارد و محیل، درهم از محال علیه طلب دارد و محتال بخواهد دینار از محال علیه بگیرد) در این صورت در حواله مزبور باید محال علیه راضی باشد، زیرا این حواله به منزله معاوضه جدیدی می‌شود که باید دو طرف معاوضه راضی باشند، یعنی حواله مزبور به منزله این می‌شود که محیل و محال علیه با یکدیگر معاوضه‌ای انجام می‌دهند، به این گونه که گویا محیل به جای درهمی که از محال علیه طلب دارد، دینار از او می‌گیرد، پس معاوضه می‌شود درهم با دینار، فلذا محال علیه که یک طرف معاوضه است باید راضی به معاوضه درهم با دینار باشد.

و در همین صورت نیز ـ که جنس آن دو طلب با یکدیگر مختلفند ـ اگر چنانچه محتال راضی شود که جنس طلب خود را از محال علیه نگیرد بلکه همان جنسی را که محیل از محال علیه طلب دارد بگیرد (یعنی در مثال بالا محتال، دینار از محال علیه نگیرد بلکه به جای آن، درهم بگیرد که محال علیه هم به ذمه‌اش درهم است) در این صورت باز رضایت محال علیه شرط نیست، چون محذوری که در فرض قبلی بود، دیگر در اینجا نیست تا موجب اشتراط رضایت او باشد، زیرا دیگر در اینجا معاوضه‌ای نمی‌باشد، به جهت اینکه چنانکه معلوم شد محال علیه به ذمه‌اش مثلاً درهم است و

فرض هم آن است که همان درهم از او مطالبه می‌شود، پس مانعی از مطالبه آن از وی نیست و باید او آن را بپردازد و نمی‌تواند از دادن آن امتناع بورزد.

ترجمه و شرح عبارت: **نعم**... یعنی آری (فقط در یک صورت، رضایت محال علیه شرط می‌باشد و آن در جایی است که:) اگر دو طلب (از نظر جنس و یا صفت) متفاوت بوده باشند (یکی دینار و یکی درهم مثلاً باشد) و غرض (از حواله دادن) این باشد که محتال مثل همان طلبی که از محیل طلب دارد را بگیرد (از محال علیه) در این صورت نیکوست که رضایت محال علیه شرط باشد، زیرا حواله مزبور به منزله معاوضه جدیدی می‌شود (بین محیل و محال علیه که گویا محیل می‌خواهد با حواله مزبور، عوض آن جنسی که از محال علیه طلب دارد، جنس دیگری از او بگیرد) پس باید دو طرف معاوضه (محیل و محال علیه) راضی به آن باشند.

و لو رضي... یعنی و اگر (در همان صورتی که جنس دو طلب با یکدیگر مختلفند) چنانچه محتال راضی شود به گرفتن همان جنسی که به ذمه محال علیه می‌باشد (یعنی همان جنسی که محیل از محال علیه طلب دارد) محذور بر طرف می‌شود نیز (یعنی همانطوری که در صورت اتحاد دو طلب از نظر جنس و صفت، محذوری در بین نبود تا موجب اشتراط رضایت محال علیه بشود، همچنین در فرض کنونی محذوری در بین نیست تا رضایت محال علیه شرط باشد، فلذا آن را در فرض کنونی نیز شرط نمی‌دانیم).

و على تقدير إعتبار رضـاه ليس هو على حد رضـاهما، لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال.

ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي، والمطابقة، وغيرهما.

وأما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما، ومتأخرا، ومقارنا، ولو جوزنا الحوالة على البرئ اعتبر رضاه قطعا.

و على تقدير إعتبار... توضـيح: بنابر قول مشـهورکه رضـایت محال علیه شـرط اسـت، رضـایت وی در حد و مرتبه رضـایت محیل و محتال نیسـت، یعنی به آن کیفیتی که رضـایت محیل و محتال شـرط است، رضایت محال علیه به آن کیفیت شرط نیست، زیرا محیل و محتال دورکن اسـاسـی عقد حواله می‌باشـند که باید رضـایت خود را به صورت عقد، اعلام دارند. به این نحوکه ایجاب از طرف محیل و قبول از طرف محتال به عمل آید، آن هم با شـرایطی که در ایجاب و قبول عقود لازمه، شـرط می‌باشـد و آن اینکه باید به لفظ عربی باشد و بین ایجاب و قبول تطابق باشد و ایجاب مقدم بر قبول باشد و قبول بلافاصله بعد از ایجاب واقع شود.

اما رضـایت محال علیه چنین نیسـت، بلکه به هر صـورتی که باشـد می‌تواند اعلام بدارد خواه قبل از عقد باشد یا همزمان با آن و یا بعد از آن باشد.

ترجمه و شـرح عبارت: **و على تقدير...** یعنی بر فرض که رضـایت محال علیه شـرط باشـد، رضـایت او در حد رضـایت آن دو (محیل و محتال) نمی‌باشـد (به جهت اینکه محیل و محتال دورکن اسـاسـی در عقد حواله می‌باشـند) زیرا حواله، عقد لازم اسـت تحقق نمی‌یابد مگر به ایجاب و قبول (به این نحو) که ایجاب از طرف محیل و قبول از طرف محتال به عمل می‌آید، و (به خاطر لازم بودن عقد) شـرط اسـت در ایجاب و قبول آن، آنچه در غیر آنها (یعنی در ایجاب و قبول عقود لازمه) شـرط می‌باشـد از قبیل عربی بودن لفظ و تطابق (بین ایجاب و قبول) و غیر آنها (مثل تقدم ایجاب بر قبول و فوریت

قبول) ولی رضـایت محال علیه به هر نحوی که واقع شـود کافی اسـت خواه قبل از عقد باشد یا بعد از عقد و یا همزمان با آن.

و المطابقة یعنی تطابق بین ایجاب و قبول به این معنی که صـیغه ایجاب به هر عبارتی باشد، صیغه قبول هم باید به همان عبارت باشد، چنانکه توضیحش را درکتاب الرهن وکتاب الضمان ذکر نمودیم، به آنجا مراجعه کنید.

و لو جوّزنا الحوالة... توضـیح: اگر حواله بر محال علیه در صورت مدیون نبودن او به محیل را صحیح بدانیم، رضایت محال علیه قطعاً شرط می‌باشد، زیرا در این صورت تا قبل از حواله هیچگونه محال علیه رابطه حقوقی با محیل و محتال نداشته و در اثر تحقق حواله، دین محیل به ذمه محال علیه قرار می‌گیرد، بدین جهت موافقت و رضـایت محال علیه در به ذمه گرفتن دین، لازم خواهد بود، چون نمی‌توان محال علیه غیر مدیون را بدون رضـایتش، مدیون محتال قرار داد (زیرا مدیون شـدن در مقابل دیگری بدون سبب، غیر معقول است) بلکه می‌توان گفت که در این فرض، رضایت محال علیه یکی از ارکان تشکیل دهنده عقد حواله است و تأثیر آن در انعقاد عقد حواله مانند تأثیر رضایت محتال اسـت. **علی البریٔ** یعنی شـخص بریٔ الذمه یعنی مدیون به محیل نباشـد **رضاه** ضمیر بر می‌گردد به ـ البریٔ ـ.

ویستثنی من اعتبار رضی المحیل ما لو تبرع المحال علیه بالوفاء فلا یعتبر رضی المحیل قطعا، لأنه وفاء دینه بغیر إذنه.

والعبارة عنه حینئذ أن یقول المحال علیه للمحتال: "أحلتك بالدین الذي لك علی فلان علی نفسي" فیقبل فیقومان برکن العقد.

و یستثنیٰ... توضیح: قبل از این دانسته شد که رضایت محیل در صحت حواله، شرط می‌باشد، اکنون می‌فرماید در یک مورد است که رضایت او شرط نمی‌باشد و آن در جایی است که محال علیه از پیش خود، بدهی محیل را به محتال بپردازد بدون آنکه محیل، اذن و حواله داده باشد، در این صورت رضایت محیل قطعاً لازم نیست، زیرا کاری که محال علیه انجام داده همانا بدهکاری محیل به محتال را پرداخته است و گفته‌اند در پرداختن بدهی بدهکار به طلبکار او، اذن بدهکار لازم نیست.

بنابراین، یک طرف عقد حواله، محال علیه و طرف دیگر محتال خواهد بود که ایجاب را محال علیه و قبول را محتال به عمل می‌آورد و عقد حواله هم به این صورت خواهد بود که محال علیه در ایجاب بگوید: «حواله دادم طلبی را که تو از محیل می‌خواهی، به خودم (که آن را از من دریافت نمائی)» و محتال آن را قبول نماید.

پس در اینجا رضایت محتال و محال علیه فقط شرط است و آن دو به آن صورتی که گفته شد عقد را تحقق می‌دهند. برخلاف صورتی که سابقاً گذشت که در آنجا عقد را محیل و محتال تحقق می‌دهند و محال علیه خارج از آن می‌باشد، گرچه رضایتش علی المشهور شرط می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یستثنیٰ...** یعنی استثنا می‌شود از شرط بودن رضایت محیل، آن صورتی که محال علیه از پیش خود، بدهی محیل به محتال را بپردازد (بدون اذن و حواله محیل) که در اینجا رضایت محیل، قطعاً شرط نیست، زیرا آن کار محال علیه، پرداختن بدهکاری محیل است بدون اذن او (وگفته‌اند در پرداختن بدهی بدهکار

به طلبکار او، اذن بدهکار شرط نیست) و صیغه‌ای که برای عقد در این فرض (که محال علیه تبرعاً می‌پردازد) اجرا می‌شود باید به این صورت باشد که محال علیه به محتال بگوید: «حواله دادم...» سپس محتال قبول نماید آن را، بنابراین، محتال و محال علیه، رکن عقد را عهده‌دار می‌شوند (یعنی در یک رکن عقد، محال علیه قرار می‌گیرد و در رکن دیگر، محتال).

تبرع المحال علیه... از کلمه تبرع استفاده می‌شود که محال علیه بعد از آنکه از پیش خود ـ بدون اذن و حواله دادن محیل ـ بدهی محیل را به محتال پرداخت نمود، باید بدهی خودش به محیل را هم به محیل بپردازد و نمی‌تواند آنچه را به محتال پرداخته است بابت بدهی خودش به محیل حساب کند، زیرا فرض آن است که محال علیه، بدهی محیل را بدون اذن او به محتال پرداخته است و گفته‌اند در هر موردی که شخصی، بدهی بدهکاری را بدون اذن او به طلبکار بپردازد، حق ندارد بعد از پرداختن، رجوع به بدهکار کند و آنچه را که پرداخته است از او بگیرد، و در مورد بحث هم محال علیه حق ندارد به محیل رجوع کند و آنچه را که بدون اذن محیل به طلبکار (محتال) پرداخته است بابت بدهی خودش حساب کند.

وحيث تتم الحوالة تلزم (فيتحول فيها المال) من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (كالضمان) عندنا، ويبرأ المحيل من حق المحال بمجردها وإن لم يبرئه المحتال، لدلالة التحول عليه في المشهور.

احکام حواله

وحيث تتم الحوالة تلزم... توضیح: هر زمانی که حواله به طور صحیح واقع شد، لزوم پیدا کرده و مال (یعنی بدهکاری) از ذمه محیل به ذمه محال علیه منتقل می‌شود، همچنانکه در ضمان نیز به عقیده فقهای امامیه همین که واقع شد، مال از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود.

وعلاوه بر انتقال مزبور، برای محیل برائت ذمه از حق محتال حاصل می‌شود (بدین معنی که دیگر محتال، حق مراجعه به محیل و مطالبه طلب خود را نخواهد داشت) هر چند محتال لفظاً محیل را ابراء ذمه نکرده باشد.

این قول، فتوای مشهور فقهاست. ولی بعضی از فقها (مثل شیخ طوسی) گفته‌اند تا وقتی که محتال لفظاً محیل را ابراء ذمه نکرده باشد، برائت ذمه برای محیل حاصل نمی‌شود و محتال حق رجوع به او و مطالبه طلب خود را دارد.

دلیل قول مشهور آن است که حواله از ماده ـ تحول ـ که به معنی انتقال است مشتق شده است و به مجرد اینکه حواله تحقق پیدا کرد باید مبدأ اشتقاق آن که تحول و انتقال باشد نیز تحقق یابد تا لفظ، معنای خود را حفظ کرده باشد، و معلوم است که انتقال مال از ذمه محیل به ذمه محال علیه، نتیجه‌اش برائت ذمه محیل می‌باشد، پس به مجرد تحقق حواله، برائت ذمه محیل از حق محتال نیز حاصل می‌شود گرچه محتال لفظاً او را ابراء نکند.

ترجمه و شرح عبارت: **و حیث**... یعنی هر زمان که حواله به طور صحیح واقع شد، لزوم پیدا کرده و مال (یعنی دین) در آن از ذمه محیل به ذمه محال علیه منتقل می‌گردد، همچنانکه در عقد ضمان طبق عقیده ما امامیه نیز چنین است (که دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن منتقل می‌شود و برای مضمون عنه، برائت ذمه حاصل می‌شود) و محیل برائت ذمه پیدا می‌کند از طلب محتال، به مجرد وقوع حواله گرچه محتال او را ابراء ذمه (لفظاً به صیغه أبرئتک) نکرده باشد زیرا ماده تحول (که مبدأ اشتقاق حواله است) دلالت بر برائت ذمه محیل به مجرد حواله می‌کند.

کالضمان عندنا کلمه ـ عندنا ـ قید است برای ضمان، و اشاره به یک اختلاف اساسی است که در باب ضمان میان فقه شیعه و فقه اهل تسنن وجود دارد و آن این است که:

در فقه شیعه، ضمان به معنی «نقل ذمه به ذمه» است یعنی انتقال بدهکاری از ذمه مدیون به ذمه ضامن، ولی در فقه اهل تسنن، ضمان به معنی «ضم ذمه به ذمه» است یعنی ضمیمه شدن ذمه مدیون به ذمه ضامن.

توضیح اینکه: در فقه شیعه ضمان به صیغه مصدر مشتق از «ضمن» به معنای طی و خلال چیزی است، که بنابراین، در ضمان، آنچه در ذمه مدیون است در ضمن و خلال ذمه ضامن قرار می‌گیرد و ذمه ضامن آنچه را که در ذمه مضمون عنه بوده در بر می‌گیرد، بنابراین، ضمان موجب انتقال مال از ذمه مضون عنه به ذمه ضامن می‌شود و برائت ذمه برای مضمون عنه حاصل می‌شود و در نتیجه طلبکار نمی‌تواند از مضمون عنه (مدیون) طلب خود را مطالبه کند. یعنی مثلاً همینقدر که آقای زید از آقای عمرو طلبکار است و آقای احمد آمد ضامن شد، به مجرد ضمان، دین از ذمه مدیون که عمرو است منتقل می‌شود به ذمه احمد که ضامن است و عمرو دیگر هیچ مدیون نیست، و آقای زید حق ندارد به عمرو مراجعه کند، زیرا او بریٔ الذمه است.

ولی اهل تسنن برآنند که کلمه ضمان مشتق از «ضم» (ضمیمه کردن) است و الف و نون آن زائد است (همانطوری که در الفاظی مثل «دَوَران» و «جَرَیان» که دلالت بر مفهوم حرکت و دگرگونی می‌کنند، الف و نون زائد است) و بنابراین، در ضمان، ذمه مدیون (مضمون عنه) به ذمه دیگری (ضامن) ضمیمه و پیوست می‌شود، یعنی عقد ضمان، افاده اشتراک دوذمه را نسبت به یک دین می‌نماید، وضامن ومضمون عنه هردو در مقابل مضمون له، مدیون می‌شوند و در نتیجه طلبکار می‌تواند از هریک از ضامن و مضمون عنه که بخواهد طلب خود را مطلبه نماید.

وخلاصه اینکه درفقه اهل تسنن، ضمان، عملی است صد درصد به نفع طلبکار چون پس ازآنکه شخص ضامن می‌شود، طلبکار، هم می‌تواند به مدیون اولی مراجعه کند و هم به ضامن، دو نفر طرف حساب طلبکار قرار گرفته‌اند. و به عبارت دیگر، یک نفر دیگر به مدیون، ضمیمه شده ولی درفقه شیعه، ضمان عملی است صددرصد به نفع مدیون چون تعهد ازعهده مدیون به عهده ضامن می‌آید.

في المشهور (قید است برای ـ یبرء المحیل ـ) درمقابل قول مشهور، قول بعضی فقها مثل شیخ طوسی است که در بالا ذکر نمودیم.

(ولا يجب) على المحتال (قبولها على الملئ)، لأن الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء وإنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا، وما ورد من الأمر بقبولها على الملئ على تقدير صحته محمول على الاستحباب.

(ولا يجب) على المحتال... توضیح: اگر محیل، محتال را به شخص ثروتمند و مالدار حواله کند آیا بر محتال واجب است آن حواله را قبول نماید یا نه؟

به عقیده فقهای امامیه، قبول آن واجب نیست، زیرا آنکه بر طلبکار واجب است آن است که اگر بدهکار، دین را پرداخت نمود باید طلبکار آن را قبول کند، و حال آنکه حواله کردن، پرداخت دین نمی‌باشد بلکه نقل دین است از ذمه‌ای به ذمه دیگر پس قبول آن واجب نخواهد بود.

ولی به عقیده بعضی اهل تسنن، قبول حواله در صورت مزبور واجب است به دلیل حدیث نبوی که در آن حدیث، امر شده به اینکه در صورت حواله بر شخص مالدار، قبول کند آن حواله را.

شارح در جواب این قول می‌فرماید:

اولاً: حدیث مزبور در نظر ما سندش درست نیست.

و ثانیاً: بر فرض که سندش درست باشد، آن را حمل بر استحباب می‌کنیم و جهت استحباب آن است که در قبول کردن حواله مزبور، حاجت برادر مؤمن (محیل) برآورده شده و خواسته او اجابت می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يجب...** یعنی واجب نیست بر محتال اینکه حواله بر شخص ثروتمند را قبول نماید **الملیء** بروزن کریم **أداء الدين...** (بهتر این بود که می‌فرمود: (قبول أداء الدين») یعنی زیرا آنکه واجب است بر محیل، پرداختن دین است (و بر محتال هم قبول آن واجب است) و حال آنکه حواله، پرداخت دین نمی‌باشد (تا قبول آن واجب باشد) بلکه حواله، نقل دین از ذمه‌ای به ذمه دیگر می‌باشد، بدین جهت قبول

حواله نزد ما امامیه (بر محتال) واجب نیست **و ما وَرَد**... (این کلمه مبتدا است و خبرش ـ محمول ـ می‌باشد، و این جواب است از دلیل اهل تسنن که استدلال به حدیث نبوی کرده اند) یعنی و آن حدیثی که وارد شده که امر به قبول حواله بر شخص ثروتمند کرده (حدیث به‌طریق اهل‌تسنن از پیغمبراکرم ﷺ چنین است: «إذا أُحيل أحدكم بحق على ملیء فليحتل» یعنی اگر یکی از شماها حواله داده شد به دین بر شخص مالداری، قبول حواله بکند) گوییم بر فرض صحیح بودن آن حدیث (از نظر سند) حمل بر استحباب می‌شود (یعنی امر در آن حدیث، امر استحبابی است نه وجوبی).

(ولو ظهر إعساره) حال الحوالة بعدها (فسخ المحتال) إن شاء، سواء شرط يساره أم لا، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر، عملا بالاستصحاب.

ولو انعكس بأن كان موسرا حالتها فتجدد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط.

شرط لزوم حواله

(ولو ظهر إعساره)... توضيح: درلزوم حواله، شرط است که محال علیه دروقت عقد حواله، مالدار و توانگر باشد(یعنی به اندازه‌ای که بتواند طلب محتال را بپردازد، مال داشته باشد) ویا اگرهم آن وقت تنگدست بوده، محتال آگاه برتنگدستی اوباشد.

بنابراین، اگرمحال علیه دروقت عقد تنگدست بوده و محتال درآن وقت آگاه بر تنگدستی اونباشد وبعد ازعقد، متوجه شود که محال علیه درآن وقت تنگدست بوده، دراین صورت محتال اگربخواهد می‌تواند حواله را فسخ کند وبه محیل مراجعه نماید و طلب خود را ازاوبگیرد. وعلت ثبوت حق فسخ همانا ضرربرمحتال است.

ودراین حکم فرقی نیست بین اینکه محتال درضمن عقد، شرط توانگری محال علیه را با محیل کرده باشد یا نه، ونیزفرقی نیست بین اینکه بعد ازعقد، قبل ازفسخ محتال، توانگری برای محال علیه حاصل گردد یا اینکه چنین نباشد بلکه به تنگدستی خود باقی باشد، پس درهردوصورت، محتال حق فسخ دارد هرچند درصورت توانگر شدن اوبعد ازعقد، دیگرضرری برمحتال نیست و می‌بایست حق فسخ اوساقط گردد ولی درعین حال گوئیم حق فسخ اوساقط نمی‌گردد، زیرا به واسطه تنگدستی دروقت عقد، حق فسخ برای اوثابت شده، حال که به واسطه حصول توانگری بعد ازعقد، شک درثبوت آن حق داریم، استصحاب می‌کنیم بقاء آن حق را واگرفرض مسأله برعکس شود، یعنی محال علیه درحین عقد توانگربوده باشد وبعداً تنگدست شود، محتال حق

فسخ عقد را نخواهد داشت، زیرا درحین عقد، شرط لزوم آن وجود داشته ـ وآن توانگری او باشد ـ پس عقد حواله بطور لازم واقع گردیده، و تنگدستی بعدی در لزوم قبلی تأثیر نمی‌نماید.

ترجمه و شرح عبارت **إعساره حال الحوالة...** (حال الحوالة قید است برای ـ اعساره ـ وکلمه «بعدها» ظرف است برای ـ ظهر ـ) یعنی اگر بعد از حواله، معلوم گردد تنگدستی محال علیه دروقت حواله، محتال اگر بخواهد می‌تواند فسخ کند حواله را، خواه (محتال درضمن عقد حواله) شرط کرده باشد توانگری محال علیه را یا شرط نکرده باشد، و نیز خواه برای محال علیه توانگری حاصل گردد پیش از فسخ محتال، یا اینکه حاصل نگردد (و به همان حال باقی باشد) هرچند (در صورت حصول توانگری) ضرر (برمحتال) بر طرف شده (چون می‌تواند طلب خود را از محال علیه بگیرد و می‌بایست حق فسخ او ساقط گردد ولی درعین حال گوییم حق فسخ برای او باقی است) به دلیل عمل به استصحاب (یعنی استصحاب بقاء خیار).

ولو إنعکس... یعنی اگر فرض مسأله به عکس شد به این صورت که محال علیه در وقت حواله، توانگر بوده باشد سپس بعد از عقد، تنگدستی برای او حاصل شود، دراین صورت برای محتال، حق خیاری نمی‌باشد، زیرا (دروقت عقد) شرط (یعنی شرط لزوم حواله) وجود داشته است (که آن، توانگری محال علیه باشد).

(ويصح ترامي الحوالة) بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، وهكذا ويبرأ المحال عليه في كل مرتبة كالأول، (ودورها) بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول، وفي الصورتين المحتال متحد، وإنما تعدد المحال عليه.

تسلسل حواله

(ويصح ترامي الحوالة)... توضيح: محال علیه پس از قبولی حواله می‌تواند دین را به دیگری حواله دهد (چنانکه محیل به او حواله داده بود) و محال علیه دوم هم می‌تواند آن را به سومی و سومی به چهارمی آن را حواله کند و به همین ترتیب چندین مرتبه یک دین، محل خود را تغییر دهد و مورد حواله قرار گیرد. مثلاً مدیون، زید را حواله کند به عمرو، سپس عمرو حواله کند زید را بر احمد، سپس احمد حواله کند زید را بر علی و علی حواله کند زید را بر حسین و به همین ترتیب تا هر جا که اتفاق بیفتد.

این را «ترامی حواله» گویند یعنی تسلسل و پی‌درپی درآمدن حواله.

و در هر مرتبه‌ای محال علیه، به واسطه حواله کردن، برائت ذمه برایش حاصل می‌شود همانند محیل اول، زیرا محال علیه در هر مرتبه‌ای محیل هم می‌باشد پس همانطوری که محیل اول به واسطه حواله، برائت ذمه حاصل می‌کند همچنین محیل‌های بعدی هم به واسطه حواله، برائت ذمه حاصل می‌کنند.

دورزدن حواله

همچنین دورزدن حواله به محیل اول صحیح است یعنی پس از تحقق حواله، محال علیه در بعضی از مراتب، دین را به محیل اول، حواله کند و دوباره محیل اول، محال

علیه آن دینی قرارگیرد که حواله کرده بود. مثلاً در مثال بالا فرض کنیم احمد به واسطه طلبی که از محیل اول دارد، زید را حواله به او نماید وزید دوباره طلبکار محیل اول گردد.

ناگفته نماند که محتال در هر دو صورت (هم در ترامی حواله و هم در دور حواله) یک نفر است (زید در مثال بالا) ولی محال علیه (و نیز محیل) چند نفر می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت **و یصح**... یعنی صحیح است پی‌درپی درآمدن حواله بدین گونه که محال علیه، محتال را به شخص دیگر حواله دهد سپس آن شخص نیز محتال را به شخص ثالثی حواله دهد و به همین ترتیب (آن شخص ثالث هم محتال را به شخصی چهارمی حواله دهد و...) و(به واسطه حواله در هر مرتبه ای) برائت ذمه حاصل می‌کند محال علیه در هر مرتبه‌ای همچنانکه محیل اول برائت ذمه حاصل می‌کند (به واسطه حواله) **و دورها** یعنی و نیز صحیح است دور زدن حواله بدین گونه که محال علیه در بعضی مراتب، حواله دهد (محتال را) به حواله دهنده اول **و فی الصورتین**... یعنی در صورت ترامی و دور حواله، محتال یک نفر است و محال علیه (و نیز محیل) چند نفر است.

(وكذا الضمان) يصح ترامیه بأن يضمن الضامن آخر ثم يضمن الآخر ثالث، وهكذا.

ودوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب.

ومنعه الشيخ ﷺ لاستلزامه جعل الفرع أصلا، ولعدم الفائدة، ويضعف بأن الاختلاف فيهما غير مانع وقد تظهر الفائدة في ضمن الحال مؤجلا، وبالعكس، وفي الضمان بإذن وعدمه. فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه. لا على الأصيل، وإنما يرجع عليه الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

تسلسل ضمان

(وكذا الضمان)... توضیح: تسلسل و پی‌درپی درآمدن ضمان نیز صحیح است و آن بدین گونه است که ضامن اول، ضمانت کند از مدیون، و شخص دومی ضمانت کند از ضامن اول، و شخصی سومی ضمانت کند از ضامن دوم و به همین ترتیب تا جایی که ممکن است ضمانت واقع شود.

پس از تحقق ضمانت دوم، ضامن اول، برائت ذمه حاصل می‌کند، و ضامن دوم در مقابل مضمون له، مدیون می‌گردد، همچنین است ضمانت شخص سوم، زیرا در اثر ضمان، ذمه ضامن اول به ذمه ضامن دوم منتقل می‌گردد و ذمه ضامن دوم به ذمه ضامن سوم منتقل می‌شود.

و چنانچه ضامن اخیر، دین را به مضمون له بپردازد، حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون عنه خود رجوع کند و آنچه را پرداخته است از او بگیرد، و به همین طریق هر ضامنی به مضمون عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد، زیرا مدیونیت مضمون عنه به ضامن خود، در اثر انتقال دینی است که از ذمه او به ذمه ضامن حاصل شده است، و در فرض بالا دین از ذمه مدیون اصلی مستقیماً به ذمه ضامن اخیر منتقل

نشده است بلکه به ذمه ضامن اول بوده و از ذمه ضامن اول به ذمه ضامن دوم و از ذمه ضامن دوم به ذمه ضامن بعد از او منتقل گردیده است، بنابراین هر ضامنی می‌تواند به کسی که دین اورا به عهده گرفته رجوع نماید نه به مدیون اصلی، و فقط ضامن اول است که می‌تواند به مدیون اصلی رجوع کند و آنچه پرداخته از او بگیرد اگر ضمانت او با اذن مدیون بوده باشد.

دور زدن ضمان

همچنین صحیح است ضمانت دور بزند بدین گونه که مضمون عنه پس از تحقق ضمان، ضمانت کند از ضامن در بعضی از مراتب، مثلاً زید مدیون باشد و عمرو ضامن شود از او، و احمد ضامن شود از عمرو، و حسین ضامن شود از احمد، سپس زید (که مدیون اصلی است) ضامن شود از حسین که ضامن سوم است (یعنی در مرتبه سوم از ضمانت قرار گرفته) و یا فرض کنیم که در آخر کار، عمرو (که ضامن اول است) ضمانت کند از حسین.

ولی شیخ طوسی این نحوه ضمان را باطل دانسته به دو دلیل:

۱. اینکه لازم می‌آید اصل، فرع گردد و بالعکس: فرع، اصل شود یعنی مضمون عنه که اصل بود، به واسطه ضمانت از ضامن، فرع گردد، و ضامن مزبور که فرع بود، اصل گردد.

۲. اینکه فایده عقلایی بر این نحوه ضمان، مترتب نمی‌شود چون دین پس از انتقال، دوباره به مدیون اول بر می‌گردد.

شارح از این دو دلیل جواب می‌دهد:

اما جواب از دلیل اول آن است که : مانعی ندارد که آنکه در زمانی، اصل بوده، در زمان دیگر به جهتی از جهات، فرع گردد و یا بالعکس آنکه در زمانی، فرع بوده، در زمان دیگر به جهتی از جهات، اصل شود.

و اما جواب دوم از دلیل دوم آن است که: فایده آن نحوه ضمان را در دو مورد می‌توانیم فرض کنیم:

مورد اول: در بی‌مدت بودن دین و مدت‌دار بودن ضمان:

مثلاً اگر دین زید، موعدش رسیده باشد، و عمرو ضمانت کند از او که ده روز دیگر دین او را بپردازد، و بعد از ده روز به جهت خالی بودن دست عمرو، احمد ضمانت کند از عمرو که یک هفته دیگر دین را بپردازد، و بعد از یک هفته زید ضمانت کند از احمد که یک ماه دیگر دین را بپردازد، در این صورت اگر مضمون له راضی شد، برای زید مهلتی حاصل می‌شود یک ماهه (علاوه بر آن مهلتی که در اثر مدت‌دار بودن ضمانت‌های قبلی، برای او حاصل شده) در حالی که قبل از ضمانت ها، موعد دینش رسیده بود و مهلتی برای او نبود، پس این مهلت چون به واسطه دور زدن ضمان حاصل گردید لذا فایده و ثمره‌ای برای دور زدن ضمان محسوب می‌شود.

همچنین اگر برعکس باشد (یعنی دین مدت‌دار بوده و ضمان بی مدت باشد) مثل اینکه دین زید، به موعد مقررش ده روز مانده باشد، عمرو ضمانت کند از او که بیست روز دیگر دین را بپردازد سپس زید خودش چون ثروتمند می‌شود ضمانت کند از عمرو که دین را امروز بپردازد، در این صورت بر زید واجب می‌شود که امروز دین را بپردازد هر چند در اصل، دین او مدت‌دار بود.

مورد دوم: در با اذن بودن یا بی اذن بودن ضمان:

همانطوری که سابقاً در ذیل تسلسل ضمان ذکر نمودیم در صورتی که ضمانت‌ها با اذن مضمون عنه بوده باشد، هر ضامنی به مضمون عنه خود می‌تواند مراجعه کند نه به

مضمون عنه اول (که مدیون اصلی باشد) وفقط ضامن اول است که می‌تواند به مدیون اصلی مراجعه کند، مثلاً درمثال ضمانت عمرواززید (مدیون اصلی) وضمانت احمد از عمرو، وضمانت حسین ازاحمد، سپس ضمانت عمروازحسین، چنانچه عمرودین را به مضمون له پرداخت نمود، اومراجعه می‌کند به حسین، وحسین مراجعه می‌کند به احمد، واحمد مراجعه می‌کند به عمرو، وعمروهم مراجعه می‌کند به زید وهیچیک از ضامنها (به استثنای عمرو) حق ندارند به زید مراجعه نمایند.

ترجمه وشرح عبارت **وکذا الضمان**... یعنی وهمچنین است ضمان، که صحیح است تسلسل وپی‌درپی درآمدن آن بدین گونه که ضامن شود برای ضامن اول، شخص دومی، سپس ضامن شود برای ضامن دوم، شخص سومی، وبه همین ترتیب (ضامن شود برای ضامن سوم، شخص چهارمی و...) و(نیزصحیح است) دورزدن ضمان بدین گونه که ضامن شود مضمون عنه (چه مضمون عنه اولی باشد وچه مضمون عنه‌های بعدی) ازضامن دربعضی مراتب (مثلاًازضامن چهارم، دیگرشخص پنجمی ضمانت نکند بلکه مثلاًمضمون عنه اول ازاوضمانت کند، ویا مضمون عنه دوم که ضامن اول باشد، ازاوضمانت کند) **یضمن الضامن** کلمه ـ الضامن ـ مفعول است **المضمون عنه الضامن**... کلمه «مضمون عنه» فاعل وکلمه «الضامن» مفعول می‌باشد، و ـ فی بعض المراتب ـ قید است برای ـ الضامن ـ.

و منعه... یعنی شیخ طوسی منع کرده ازدورزدن ضمان (ودلیل ایشان دوچیزاست اول اینکه:) چون آن نحوه ضمان، لازمه‌اش آن است که فرع، اصل گردد (ویا به عکس، اصل، فرع گردد) و(دلیل دوم اینکه) چون فایده‌ای درآن نحوه ضمان نیست (زیرا دوباره دین به مدیون اصلی برمی‌گردد).

و(شارح درجواب ازدلیل شیخ می‌فرماید:) تضعیف می‌شود (دلیل اول) آن به اینکه اختلاف درفرعیت واصلیت (که آنکه فرع بوده، اصل شودکه دوصفت مختلف به خود

می‌گیرد، و آنکه اصل بوده فرع شود که دو صفت مختلف به خود می‌گیرد) مانع از صحت دورزدن ضمان نمی‌شود (چون چیزی که مانع از صحت می‌شود همانا اجتماع آن دو صفت مختلف با هم دریک عقد است، به این معنی که دریک ضمان، آنکه فرع است اصل هم باشد ولی درمورد بحث چنین نیست، زیرا دو صفت مختلف همانا در دو عقد می‌باشد، زیرا آنکه درضمان اول، فرع بوده، درضمان دوم اصل می‌شود، و آنکه درضمان اول، اصل بوده، درضمان دوم، فرع می‌گردد).

و(اما جواب ازدلیل دوم شیخ این است که بگوییم آن نحوه ضمان، بی فایده نیست زیرا) گاهی فایده آن درمورد ضمانت مدت‌دار ازدین حالّ (بی‌مدت) ویا به عکس (در مورد ضمانت بی مدت ازدین مدت دار) ظاهرمی‌شود، ونیز(فایده دیگرآن) دراین مورد ظاهرمی‌شود که: ضمانت (درهرمرتبه ای) به اذن مضمون عنه (درهمان مرتبه) بوده باشد یا نبوده باشد، که هرضامنی اگر(ضمانتش) با اذن بوده باشد، می‌تواند مراجعه بر مضمون عنه خود کند (وازاوبگیرد آنچه راکه پرداخته است) نه اینکه مراجعه کند بر مضمون عنه اصلی (مدیون اصلی) وهمانا برمضمون عنه اصلی، فقط ضامن اول می‌تواند رجوع کند اگرضمانت اوبه اذن مضمون عنه اصلی بوده باشد.

وأما الكفالة فيصح ترامیها، دون دورها لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر منها.

تسلسل و دور زدن کفالت

وأما الكفالة فيصح... توضیح: یکی از عقودی که بعداً در مبحث خود بیان خواهد شد، عقد کفالت است و آن عبارت از عقدی است که به موجب آن، شخصی ملتزم و متعهد می‌شود که بدهکار را برای طلبکار احضار نماید. شخص ملتزم را «کفیل» و شخص بدهکار را «مکفول» و شخص طلبکار را «مکفول‌له» می‌گویند.

اکنون ببینیم آیا تسلسل و دَوْر در کفالت صحیح است یا نه؟ می‌فرماید: تسلسل در آن صحیح است ولی دَوْر در آن صحیح نمی‌باشد.

اما تسلسل در کفالت: مثل اینکه شخصی کفیل شده باشد، شخص دومی می‌تواند کفیل آن شود، و همچنین شخص ثالثی می‌تواند کفالت از شخص دوم بنماید. مثلاً احمد کفیل شده که علی را برای زید حاضر سازد، و حسن کفیل شود که احمد را برای زید حاضر سازد تا احمد، علی را نزد زید حاضر کند، و جواد کفیل شود که حسن را برای زید حاضر سازد تا حسن، احمد را برای زید حاضر کند تا احمد، علی را نزد زید حاضر نماید.

در این صورت هر کفیلی باید مکفول خود را حاضر نماید یعنی شخص ثالث (جواد) باید شخص دوم (حسن) را حاضر کند، و شخص دوم باید شخص اول (احمد) را حاضر نماید، زیرا تعهدی که او نموده است حاضر کردن مکفول معین است و هر فردی در حدود تعهدی که نموده ملزم می‌باشد.

و اما علت صحیح نبودن دور زدن کفالت آن است که دور زدن آن چنین است که مکفول اول (مدیون) کفالت نماید از کفیل آخر، و معلوم است که چنین کفالتی موقوف

است بر اینکه او حاضر شود تا کفالت ازکفیل آخر نماید، و وقتی که حاضر شد برای کفالت نمودن، دیگر کفالت کفیل اول از او، ساقط می‌گردد (زیرا منظور نهایی ازکفالت، حضور مکفول می‌باشد و او حاضر گردیده است) و در نتیجه کفالت‌های بعدی هم ساقط می‌گردد، زیرا احضار کفیلهای بعدی، برای احضار مکفول اصلی (مدیون) بوده که فرض آن است او حاضر شده است (به خاطر اینکه می‌خواهد کفالت ازکفیل آخر بنماید) بدین جهت دورزدن کفالت باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: **و أما الكفالة...** یعنی اما کفالت، تسلسل در آن صحیح است نه دورزدن، زیرا (دورزدن آن چنین است که مکفول اول حاضر شود و ازکفیل اخیر کفالت نماید و معلوم است که) حاضر شدن مکفول اول، باطل می‌کند کفالت‌های بعدی را **منها** ضمیر به کفالت بر می‌گردد، وکلمه ـ من ـ بیانیه است که بیان می‌کند ـ ما ـ موصوله را، پس مقصود از ـ ما تأخر منها ـ کفالت‌های متأخر می‌باشد (یعنی متأخر ازکفالت اول).

(و) كذا تصح (الحوالة بغير جنس الحق) الذي للمحتال على المحيل بأن يكون له عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاء أم اعتياضا، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي. وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

(و) كذا تصح (الحوالة... توضیح: آیا در صحت حواله، شرط است که طلبی که محیل از محال علیه دارد، با طلبی که محتال از محیل دارد، از نظر جنس و وصف، متحد باشند (مثلاً هر دو درهم باشند) یا اینکه شرط نمی‌باشد؟

مصنف و مشهور فقها آن را شرط نمی‌دانند، بنابراین، اگر محتال از محیل، دراهم طلب داشته باشد ولی محیل از محال علیه، دینار طلب داشته باشد، محیل می‌تواند محتال را حواله به محال علیه بدهد که از او دینار بگیرد. خواه اینکه حقیقت حواله را عبارت از دریافت دین بدانیم یا اینکه آن را عبارت از معاوضه بدانیم، در هر دو فرض چنین حواله‌ای صحیح می‌باشد.

توضیح اینکه بین فقهاء بحثی است در اینکه آیا حقیقت حواله، استیفاء دین است یعنی دریافت دین از جانب محتال که در این صورت گویا محتال به مجرد حواله، طلب خود را از محیل گرفته است و به محال علیه قرض داده است که اکنون از او طلبکار است) یا اینکه حقیقت حواله، معاوضه است یعنی معاوضه‌ای است بین محیل و محتال، که محیل حقی را که به ذمه محال علیه دارد، معاوضه می‌کند با حقی را که محتال به ذمه محیل دارد.

اکنون شارح می‌فرماید: خواه حواله را عبارت از استیفاء دین بدانیم یا معاوضه، در هردو فرض، حواله به غیر جنس حق محتال، صحیح است.

دلیل صحت آن در فرضی که حواله را استیفاء بدانیم این است که گوئیم: اشکالی نیست در اینکه بدهکار، در مقام پرداخت دین خود ـ اگر طلبکار راضی بشود ـ می‌تواند از

غیر جنس آن دین، دین را پرداخت نماید، یعنی اگر کسی مثلاً درهم ازکسی قرض کرده باشد، می‌تواند قرض خود را با دینار پرداخت نماید اگرطلبکار راضی به آن شود.

حال در مورد بحث وقتی که محتال (که طلبکار است) راضی بود، گویا محیل (که بدهکار درهم است) دین خود به محتل را با دینار پرداخت می‌نماید و در نتیجه گویا محتال طلب خود را به دینار دریافت نموده و به محال علیه آن دینار را قرض داده است که اکنون از او دینار طلبکار است.

و دلیل صحت آن حواله در فرضی که حواله را معاوضه بدانیم این است که گوئیم اشکالی ندارد که معاوضه بین دو جنس مخالف واقع شود پس در اینجا محیل با حواله دادن، دیناری را که از محال علیه می‌خواهد، معاوضه می‌کند با درهمی که محتال از محیل می‌خواهد.

ترجمه و شرح عبارت: **وکذا**... یعنی و همچنین صحیح است حواله دادن به غیر جنس طلبی که محتال به ذمه محیل دارد مثل اینکه محتال به ذمه محیل، دراهم دارد، آنگاه محیل او را حواله به دیگری (محال علیه) بدهد به دنانیر (که از محال علیه دنانیر بگیرد) خواه حواله را عبارت از دریافت دین بدانیم یا اینکه عبارت از عوض قرار دادن بدانیم (در هر دو فرض، حواله مزبور صحیح است) زیرا (در فرضی که حواله را عبارت از دریافت دین بدانیم، دلیل صحت حواله آن است که چون) پرداختن دین با جنسی که مغایر جنس دین است جایز می‌باشد اگر دو طرف راضی به آن باشند، و همچنین (در فرضی که حواله را عبارت از معاوضه قرار بدهیم، دلیل صحت حواله آن است که چون) معاوضه بر درهم، به دنانیر، صحیح است.

إستیفاء... توضیحی که برای استیفاء در بالا ذکر نمودیم، از عبارت شیخ طوسی که بعداً شارح نقل می‌کند استفاده می‌شود.

نکته‌ای که در اینجا شایان ذکر است آن است که سابقاً در عبارت مصنف مسأله‌ای گذشت و آن اینکه فرمود: «بر محتال واجب نیست حواله بر شخص توانگر را قبول نماید» شارح در ذیل آن در ضمن دلیل مسأله فرمود که: «حواله، پرداخت دین نمی‌باشد» از این جمله شاید بتوان استفاده نمود که نظر مصنف و شارح درباره حقیقت حواله آن است که حواله، استیفاء دین نمی‌باشد (بلکه معاوضه است) چون اگر نظر مصنف استیفاء دین بود، همانا در مسأله مزبور می‌بایست قبول حواله را واجب بداند.

ولو إنعكس فأحاله بحقه على من عليه مخالف صح أيضا بناء على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضا بتقريب التقرير، ولا يعتبر التقابض في المجلس حيث تكون صرفا، لأن المعاوضة على هذا الوجه ليست بيعا، ولو لم يعتبر رضى المحال عليه صح الأول، دون الثاني، إذ لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه.

فرض دوم در مسأله بالا

ولو إنعكس فأحاله... توضیح: اگر فرض مسأله برعکس شد به این معنی که محیل حواله بدهد محتال راکه جنس حق خودش را ازمحال علیه بگیرد، درحالتی که حقی که محال علیه بدهکاربه محیل است، مخالف جنس حق محتال باشد، یعنی در مثالی که سابقاً ذکر شد، محیل حواله بدهد محتال را به اینکه همان دراهمی که از محیل طلبکاراست، ازمحال علیه بگیرد درحالی که محال علیه، دنانیر به محیل، بدهکار است.

در این فرض نیز حواله صحیح است، بنابراینکه رضایت محال علیه را شرط بدانیم واوهم راضی شود که همان جنس حق محتال را به اوبدهد (چون فرض آن است که محال علیه نسبت به محیل، مدیون به دنانیراست نه دراهم، ووظیفه اواین نیست که غیردنانیربپردازد پس اگرمحتال بخواهد دراهم را ازاوبگیرد، باید محال علیه راضی به دادن دراهم باشد).

ودراین فرض نیز (همانند فرض اول) فرقی نیست بین اینکه حواله را عبارت از دریافت دین بدانیم یا اینکه عبارت ازمعاوضه بدانیم، ودلیل صحت حواله درهردو صورت، قریب به همان بیانی است که درفرض اول مسأله دانسته شد:

توضیح دلیل این است که درصورتی که حواله را عبارت ازدریافت دین بدانیم، دلیل صحت حواله دراین فرض آن است که وقتی که طلبکارخودش راضی شد که بدهکار،

طلب او را با جنس مغایر بپردازد اشکالی ندارد، و در فرض مورد بحث، محیل طلبکار محال علیه است، و طلب او دنانیر است پس وقتی که محال علیه، دراهم به محتال پرداخت کرد، گویا طلب محیل را از جنس دراهم پرداخته است و این با راضی بودن محیل، اشکالی ندارد.

و در صورتی که حواله را عبارت از معاوضه بدانیم، در اینجا معاوضه بین محیل و محال علیه خواهد بود پس دلیل صحت حواله این می‌شود که معاوضه بین دراهم و دنانیر جایز است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو انعکس...** (عکس بودن این فرض نسبت به فرض قبلی از این جهت است که در فرض قبلی، محتال، غیر حق خودش را از محال علیه می‌گیرد، ولی در فرض دوم، محال علیه، همان جنس حق خودش را می‌گیرد، یعنی مثلاً در فرض اول، طلبی که از محیل داشت دراهم بود ولی دنانیر از محال علیه می‌گیرد، اما در فرض دوم، همان دراهم را از محال علیه می‌گیرد، اکنون عبارت را ترجمه کنیم:) یعنی اگر به عکس شد یعنی حواله داد محتال را به همان حق خودش (دراهمی که از محیل طلب داشت) برکسی که (یعنی محال علیه که) به ذمه او (برای محیل) جنس مخالف است (یعنی محال علیه بدهکار دنانیر به محیل می‌باشد).

صح أیضاً جواب ـ لو ـ می‌باشد **بناءً علی...** یعنی صحت آن حواله، مبنی بر این است که رضایت محال علیه را شرط بدانیم (زیرا چنانکه در مبحث خود گذشت، محل خلاف بود بین فقها که آیا رضایت محال علیه شرط است یا نه، شارح بعد از آنکه عدم اشتراط رضایت او را اختیار نمود، فرمود فقط دریک مورد در نظر ما رضایت او شرط می‌باشد و آن همین مورد بحث ماست که طلب محتال از محیل، با طلب محیل از محال علیه از نظر جنس، مختلف و مغایر باشد و محتال هم بخواهد همان جنس طلب خود را از محال علیه بگیرد، در این مورد، رضایت محال علیه شرط است، و

عبارت شارح درآنجا این بود که فرمود: «نعم لوکانا مختلفین وکان الغرض استیفاء مثل حق المحتال، تَوَجّه اعتبار رضی المحال علیه...»).

اشتراط رضی... مقصود آن است که محال علیه هم راضی بشود چون معلوم است که وقتی رضایت اورا شرط دانستیم، حواله درصورتی صحیح خواهد بود که محال علیه، رضایتش تحقق یابد **سواء...** یعنی درصحت حواله درفرض مزبور، فرقی نیست بین اینکه حواله را استیفاء دین بدانیم یا اینکه معاوضه بدانیم.

بتقریب التقریر... یعنی دلیل صحت حواله درآن دوصورت، قریب به همان بیانی است که درفرض اول گذشت.

به نظر می‌رسد اینکه شارح تعبیر به «تقریب» کرده، علتش آن است که وقتی فرض مسأله، تغییر یافت، قهراً دردلیل هم باید تغییری داده شود چنانکه دربالا توضیح داده شد، ودراینجا برای اینکه معلوم گردد که چه تغییری دردلیل داده شده، اجمالاً گوییم: دربیان دلیل فرض اول که سابقاً گذشت، (بنابراینکه حواله را عبارت ازاستیفاء دین بدانیم) پرداخت دین ازجانب محیل به محتال می‌باشد به وسیله همان حواله دادن، و محتال، استیفاء دین می‌کند. ولی دربیان دلیل فرض دوم (که مورد بحث است) پرداخت دین ازجانب محال‌علیه به محیل می‌باشد، ومحیل، استیفاء دین می‌کند.

وهمچنین درفرض اول (بنابراینکه حواله را عبارت ازمعاوضه بدانیم) معاوضه بین مُحتال ومحیل واقع می‌شود ولی درفرض دوم، معاوضه بین محیل ومحال علیه واقع می‌شود.

ولا یعتبر... توضیح: ازآنجایی که طلب‌ها ممکن است ازجنس درهم ودینار باشد چنانکه سابقاً شارح مثال زد، وممکن است ازجنس دیگرباشد، مثل اینکه طلبی که محیل ازمحال علیه دارد، گندم باشد وطلبی که محتال ازمحیل دارد، جوباشد.

اکنون مسأله این است که در صورت اول که اصطلاحاً به آن «صَرف» گویند آیا تقابض در مجلس شرط است تا حواله صحیح باشد (همانطوری که در صحت بیع صرف، تقابض شرط است) به این معنی که بعد از وقوع حواله باید قبل از جدا شدن محیل از محتال، محتال حق خود را از محال علیه دریافت نماید، یا اینکه تقابض شرط نیست؟

می فرماید: شرط نیست زیرا بر فرضی هم که حواله را معاوضه بدانیم، بیع نمی باشد تا بیع صرف بر آن صدق نماید و تقابض شرط باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **حیث یکون...** ظاهراً ضمیر مقدر بر می‌گردد به ـ حق ـ یعنی حق محتال بر ذمه محیل، و یا حق محیل بر ذمه محال علیه **علی هذا الوجه** یعنی بر وجه حواله.

و لو لم یعتبر... توضیح: بنابراینکه رضایت محال علیه را در صحت حواله شرط ندانیم، گوییم در مورد بحث چنانچه محال علیه راضی به حواله نباشد، در فرض اول مسأله، حواله صحیح خواهد بود اما در فرض دوم باطل خواهد بود.

دلیل صحت در فرض اول آن است که: چون در فرض مزبور، محال علیه بدهکار دنانیر به محیل است و فرض هم آن است که محتال راضی شده که همان دنانیر را از او بگیرد، دیگر مانعی از حواله نخواهد بود(خواه محال علیه راضی باشد یا نباشد، زیرا شخص بدهکار در وقت مطالبه طلبکار یا نایبش باید جنسی را که به ذمه دارد بپردازد و از دادن آن نمی تواند امتناع ورزد).

و اما دلیل بطلان در فرض ثانی آن است که در فرض مزبور، حواله شده که محتال از محال علیه، دراهم بگیرد در حالی که به ذمه محال علیه دنانیر می‌باشد، بدین جهت باید محال علیه راضی به دادن دراهم باشد (زیرا محال علیه وظیفه ندارد که بدهی خود را از غیرجنسی که به ذمه دارد بپردازد و نمی‌توان او را به پرداخت چیز دیگری غیر از آنچه

برعهده دارد ملزم نمود) وچون فرض آن است که محال علیه راضی به دادن آن نیست پس حواله باطل خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو لم یعتبر**... یعنی اگر رضایت محال علیه شرط نباشد (همانطوری که بعضی ازمحشین نیزگفته‌اند عبارت شارح، وافی به مقصود نیست و مقصود آن است که اگر محال علیه راضی نباشد) حواله درفرض اول صحیح است نه در فرض دوم **إذ لا یجب**... (علت است برای بطلان حواله درفرض دوم) یعنی زیرا برمدیون واجب نیست که دین خود را ازغیر جنسی که به ذمه دارد بپردازد.

وخالف الشيخ ﷺ وجماعة فيهما فاشترطوا تساوي المال المحال به وعليه جنسا ووصفا، استنادا إلى أن الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلا وله على المحال دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك، لأنا إن جعلناها استيفاء كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه وأقرضه المحال عليه وحقه الدارهم، لا الدنانير، وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال، أو زيادة قدر، أو صفة، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاعتبر فيها التجانس والتساوي، وجوابه يظهر مما ذكرناه.

قول شیخ طوسی و دیگران در مسأله

وخالف الشيخ و جماعة... توضیح: عده‌ای از فقها ـ مثل شیخ طوسی و جماعتی ـ در مقابل قول مشهور گفته‌اند که شرط است در صحت حواله، اینکه طلبی که محتال از محیل می‌خواهد، با طلبی که محیل از محال علیه می‌خواهد، از نظر جنس و وصف، متحد باشند (یعنی مثلاً هر دو دراهم باشند).

و دلیل آنها این است که حواله عبارت است از انتقال دادن آنچه که در ذمه محیل است، به ذمه محال علیه، بنابراین اگر فرض این باشد که «محال به» با «محال علیه» از نظر جنس مختلف باشند، یعنی مثلاً محیل در ذمه‌اش دراهم است، و محال علیه در ذمه‌اش دنانیر است، چگونه می‌توان دراهم را به ذمه محال علیه انتقال داد که محتال، از محال علیه دراهم بگیرد (یعنی چگونه می‌توان محال علیه را در برابر محتال، بدهکار دراهم نمود) در حالتی که عقدی که موجب چنین بدهکاری شود ـ و ذمه محال علیه از دنانیر منتقل به دراهم گردد ـ واقع نشده است.

چون حواله در حقیقت از دو حال بیرون نیست: یا دریافت دین محسوب است و یا معاوضه، هرکدام باشد نمی‌توان محال علیه را بدهکار درا هم به محتال نمود، زیرا در

صورتی که حواله، دریافت دین باشد، محتال بعد از قبول حواله به منزله این می‌شود که دین خود را از محیل دریافت کرده و به محال علیه قرض داده است که حالا از او می‌خواهد دریافت نماید، و در اینجا وقتی که فرض این است که طلب محتال، دراهم بوده، چنانچه ما حواله را صحیح بدانیم محتال به منزله این می‌شود که دراهم را گرفته و به محال علیه قرض داده است که محتال الآن طلبکار دراهم از محال علیه می‌شود نه دنانیر، و حال آنکه به ذمه محال علیه دنانیر است، نمی‌شود آن را تبدیل به دراهم کرد مگر آنکه به واسطه عقدی باشد که چنین عقدی واقع نشده.

و در صورتی که حواله را معاوضه بدانیم گوئیم معاوضه بودن آن مثل سایر معاوضات حقیقی نظیر بیع و مانند آن نیست (تا معاوضه دنانیر به دراهم شود و ذمه محال علیه بدهکار دراهم گردد) زیرا در معاوضات حقیقی، غرض معامله کننده به دست آوردن چیزی است که آن را قبل از معامله نداشته که آن یا جنس مال است (چنانکه در بیع صرف، طلا داده می‌شود تا در مقابل آن نقره به دست آورده شود، و یا پول داده می‌شود تا متاع به دست آورده شود، پس غرض در این گونه معامله، به دست آوردن مالی است که آن را قبل از معامله نداشته) و یا زیاد کردن مقدار مال است (مثل اینکه در بیع معدود، یک تخم مرغ فروخته می‌شود و در مقابل دو تخم مرغ گرفته می‌شود، که غرض از این بیع، به دست آوردن زیادی مقدار است که قبل از بیع، حاصل نبوده) و یا زیاد کردن صفت مال است (چنانکه اگر جنس پستی فروخته شود در مقابل جنس بهتری، که غرض از این بیع، به دست آوردن زیادی صفت است که در جنس بهتر وجود دارد) و خلاصه اینکه چون در معاوضات حقیقی، مقصود از معامله یکی از آن اغراض سه گانه است لذا اتحاد در جنس یا قدر یا صفت، در آنها شرط نمی‌باشد بلکه در آنها، مطلوب یا اختلاف در جنس است (مثل مورد اول) و یا اختلاف در مقدار است (مثل مورد دوم) و یا اختلاف در صفت است (مثل مورد سوم).

ولی در حواله معلوم است که هیچیک از این اغراض سه گانه، وجود ندارد بدین جهت آن را معاوضه حقیقی نمی‌توان محسوب کرد بلکه معاوضه ارفاقی و مجازی است که به خاطر اینکه حاجت و نیاز مردم برآورده شود، شارع مقدس آن را تشریع کرده است، فلذا دو طرف معاوضه (حق محتال و حق محیل) باید از نظر جنس، متحد، و از نظر مقدار و صفت، برابر باشند.

شارح می‌فرماید که جواب قول شیخ، از دلیلی که سابقاً برای قول مشهور ذکر نمودیم معلوم می‌گردد که خلاصه‌اش این است که در صورتی که حواله را عبارت از دریافت دین بدانیم، گوییم اگر رضایت طرفین (طلبکار و بدهکار) حاصل باشد، بدهکار می‌تواند دین را از غیر جنسی که به ذمه‌اش می‌باشد بپردازد. و در صورتی هم که حواله را عبارت از معاوضه بدانیم باز اگر رضایت طرفین باشد مانعی از صحت حواله نمی باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و خالف**... یعنی شیخ طوسی و جماعتی در هر دو فرض مسأله، مخالفت کرده وگفته اند که شرط است (در صحت حواله) اینکه مال محال به (یعنی مالی که محتال از محیل طلبکار است) با مال محال علیه (یعنی مالی که محیل از محال علیه می‌خواهد) از نظر جنس و صفت، با هم مساوی باشند **و علیه** (عطف است بر ـ به ـ) یعنی والمال المحال علیه **إستناداً**... یعنی در این قول استناد کرده اند به اینکه حواله عبارت است از انتقال دادن آنچه در ذمه محیل است، به ذمه محال علیه (یعنی بدهکار نمودن محال علیه را در برابر محتال) در نتیجه اگر بر ذمه محیل، دراهم بوده باشد و خود او از محال علیه، دنانیر طلبکار باشد، چگونه می‌شود حق محتال بر محال علیه، دراهم باشد (یعنی چگونه می‌شود محال علیه را در برابر محتال، بدهکار به دراهم نمود) در حالی که عقدی که موجب چنین چیزی باشد واقع نشده است (و علت اینکه نمی توان محال علیه را در برابر محتال بدهکار به دراهم نمود این است که) چون (حواله خالی از این دو حال نیست: یا در حقیقت عبارت از دریافت دین است و یا

عبارت از معاوضه، هر کدام باشد مطلب درست نمی‌شود، زیرا) اگر حواله را عبارت از دریافت دین دانستیم، محتال (بعد از قبول کردن حواله) به منزله کسی می‌شود که دینش را (از محیل) دریافت نموده و به محال علیه قرض داده است در حالی که حق او (یعنی طلب محتال از محیل) دراهم است (در فرض مثال) نه دنانیر (پس الان طلبکار دراهم از محال علیه خواهد شد و حال آنکه محال علیه ذمه‌اش بدهکار به دنانیر بود به محیل).

و اگر حواله، عبارت از معاوضه باشد، گوئیم همچون معاوضات حقیقی نیست ـ که غرض از آنها به دست آوردن چیزی است که در دست نبوده که عبارت باشد: یا از جنس مال، یا زیاد نمودن مقدار مال، یا زیاد نمودن صفت مال (که در نتیجه معوض و عوض، مختلف خواهند بود یا از نظر جنس و یا از نظر مقدار و یا از نظر صفت) ـ بلکه حواله، معاوضه ارفاقی و مسامحی است که (تشریع آن از جانب شارع مقدس) برای برآورده شدن حاجت مردم می‌باشد، بدین جهت شرط است در آن، همجنس بودن محال به و محال علیه و برابر بودن آنها (از نظر مقدار و صفت) **و جوابه**... (این فرمایش شارح است) یعنی جواب قول شیخ، ظاهر می‌شود از آنچه سابقاً ذکر نمودیم (در بیان دلیل قول مشهور).

(وكذا) تصح (الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين) أي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه دفعة واحدة، أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل، لا مطلقا، لئلا يصير المالان في ذمة الثاني، ووجه جواز الحوالة عليهما ظاهر، لوجود المقتضي للصحة، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا كونهما متكافلين، وذلك لا يصلح مانعا.

حواله بر دو نفر

(وكذا) تصح (الحوالة... توضیح: اگر محیل به محتال، صد تومان مثلاً بدهکار باشد و همان مقدار از دو نفر طلب داشته باشد. به اینگونه که به ذمه هرکدام از آن دو نفر، پنجاه تومان باشد و فرض هم این باشد که آن دو نفر ضامن یکدیگر شده اند. یعنی اولی ضامن شده پنجاه تومان دومی را به محیل بپردازد و دومی هم ضامن شده پنجاه تومان اولی را به محیل بپردازد، در این صورت آیا محیل می‌تواند محتال را به آن دو نفر حواله کند که محتال، طلب خود (صد تومان) را از آن دو نفر بگیرد؟

دو قول در آن می‌باشد، قول مشهور آن است که حواله مزبور صحیح است. ولی شیخ طوسی آن را باطل دانسته است.

و در ضمانت آن دو نفر از یکدیگر فرقی نیست، خواه ضمانشان همزمان در یک آن بوده باشد (یعنی اینکه همزمان هریک از آن دو نفر به دیگری بگوید: ضامن شدم دینی را که در ذمه توست، که در نتیجه باز به ذمه هرکدام پنجاه تومان ثابت خواهد بود، زیرا به واسطه ضمانت، پنجاه تومان هریک به ذمه دیگری انتقال می‌یابد، منتها قبل از ضمان، پنجاه تومان بالاصالة به ذمه هریک ثابت بود، ولی بعد از ضمان، پنجاه تومان، بالضمان به ذمه هریک ثابت می‌شود) و یا ضمانشان به نوبت و یکی بعد از دیگری باشد. یعنی ابتدا اولی ضامن شود از دومی، سپس دومی ضامن شود از اولی، منتها فرض این باشد که دومی

ضمانت کند فقط پنجاه تومان دین اصلی اولی را (که بالاصالة درذمه اولی ثابت است) نه مجموع آنچه درذمه اولی ثابت شده (که عبارت باشد ازپنجاه تومان دین اصلی به علاوه پنجاه تومانی که به واسطه ضمانت ازدومی، درذمه اوثابت شده).

توضیح اینکه: وقتی که اولی ابتدا ضامن شد ازدومی، هرآینه به ذمه‌اش صد تومان ثابت می‌شود: یکی پنجاه تومان دین اصلی خودش که بالاصالة ثابت است ودیگری پنجاه تومانی راکه به سبب ضمان ازدومی به ذمه اوانتقال می‌یابد، سپس وقتی که دومی ازاولی ضمانت می‌کند چنانچه قصدش این باشد که ضمانت کند تمام آنچه راکه به ذمه اولی ثابت شده، هرآینه تمام صد تومانی که به ذمه اولی الان ثابت شده، به ذمه دومی انتقال می‌یابد به واسطه ضمان او، ودرنتیجه ذمه اولی به کلی خالی می‌گردد واین خلاف فرض مصنف می‌شود، چون مصنف می‌خواهد فرضی را تصویرکند که درحال حاضر ذمه هردومشغول باشد، پس باید فرض را چنین تصویرکنیم که دومی قصدش این باشد که ضمانت کند فقط پنجاه تومانی راکه بالاصالة درذمه اولی ثابت است نه مطلق آنچه که به ذمه اولی ثابت است (که مجموع صد تومان باشد) وبدین صورت در نتیجه بازبه ذمه هریک ازآن دونفر، پنجاه تومان ثابت خواهد بود.

دلیل بر صحت حواله در مورد بحث

دلیل قول مشهوربرصحت حواله درآن مسأله این است که مقتضی برای صحت موجود است (چون فرض آن است که شرایط صحت حواله جمع است ـ که یکی ثبوت دین درذمه محال علیه می‌باشد، که دراینجا محال علیه دونفرهستند، ویکی هم رضایت ارکان ثلاثه یعنی محتال ومحیل ومحال علیه هم حاصل است ـ) ومانع هم مفقود می‌باشد، چون آنچه که خیال می‌شود مانع باشد همان ضمانت دونفرازیکدیگر است که استدلال قول مخالف ـ یعنی قول شیخ طوسی ـ نیزبرهمین پایه است، ولی

ما می‌گوئیم که ضمانت مزبور، صلاحیت مانعیت از صحت حواله ندارد چنانکه در جواب قول مخالف توضیح خواهیم داد.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا**... یعنی همچنین صحیح است حواله دادن دینی (صد تومان) که به ذمه محیل است یعنی بدهکار است به یک نفر(محتال) بردینی (صد تومان) که برای محیل است (یعنی او طلبکار است) بر ذمه دو نفر(هریک پنجاه تومان بدهکار محیل می‌باشند) **علی دین** متعلق است به حواله **متکافلین**... یعنی در حالی که آن دونفر ضامن یکدیگر شده‌اند یعنی هریک ازآنها ضامن شده است دینی را (پنجاه تومان) که در ذمه دیگری است **أي قد ضمن**... شارح با این تفسیر می‌خواهد اشاره کند به اینکه کفالت در عبارت مصنف به معنای ضمانت است نه آن کفالتی که بعداً در کتاب الکفالة ازآن بحث می‌شود.

دفعة واحدة... یعنی ضمانت آنها همزمان بوده باشد یا اینکه یکی پس از دیگری باشد (البته در این صورت دوم) با این فرض که دومی قصدش این باشد که ضمانت کند دینی را که در ذمه اولی بالاصاله ثابت است (یعنی فقط دین اصلی اورا ضمانت کند که پنجاه تومان است) نه مطلق آنچه به ذمه اولی است (یعنی نه صد تومان که مجموع دین اصلی و دینی که بالضمان به ذمه او ثابت می‌شود می‌باشد) **مع إرادة**... از ترجمه عبارت روشن گردید که این جمله، قید است برای ـ متلاحقین ـ **الثاني** یعنی آنکه ضمانتش بعد از ضمانت اولی بوده **لئلا**... یعنی اینکه گفتیم دومی قصدش ضمانت مطلق آنچه به ذمه اولی است نباشد، علتش آن است که تا اینکه هر دو دین، در ذمه دومی (به واسطه ضمانت) جمع نگردد (زیرا اگر اینگونه باشد خلاف فرض اصل مسأله مورد بحث خواهد بود، زیرا مسأله مورد بحث با توجه به اختلاف نظری که بین فقها درآن می‌باشد همانا درجایی است که به ذمه هردونفری که ضامن یکدیگر شده‌اند دین ثابت بوده باشد نه اینکه به واسطه ضمان مزبور، هر دو دین به ذمه یکی ازآنها جمع گردد و

دیگری ذمه‌اش فارغ گردد) **و وجه**... یعنی علت جواز و صحت حواله بر آن دو نفر، روشن است، زیرا مقتضی صحت موجود است، و مانع هم مفقود است، چون مانع اگر باشد همانا ضامن شدن آن دو از یکدیگر می‌باشد و آن هم به نظر ما صلاحیت برای مانع بودن ندارد.

ونبه بذلك على خلاف الشيخ ﷺ حيث منع منه، محتجا باستلزامها زيادة الارتفاق، وهو ممتنع في الحوالة، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان قدرا ووصفا.

قول شیخ طوسی در مسأله مورد بحث

و نبّه بذلك... توضیح: مصنف با مطرح کردن مسأله مزبور اشاره به مخالفت شیخ طوسی در این مسأله کرده است که ایشان حواله مزبور را باطل می‌داند.

و دلیل ایشان آن است که ـ چنانکه سابقاً دانسته شد ـ شیخ طوسی معتقد است که یکی از شرایط صحت حواله آن است که مال محال به (طلبی که محتال از محیل می‌خواهد) باید از نظر مقدار و وصف و جنس، با مال محال علیه (طلبی که محیل از محال علیه می‌خواهد) موافق و برابر باشند، و حال آنکه در اینجا آن دو نفر از نظر وصف برابری ندارند، به این معنی که اگر حواله به آن دو نفری که ضامن یکدیگر شده‌اند صحیح باشد، لازم می‌آید که مال محال علیه زیادی وصفی بر مال محال به داشته باشد و آن عبارت از زیادی ارفاق و به آسانی گرفتن طلب (و به عبارت دیگر: توسعه در حق مطالبه دین) می‌باشد، زیرا محتال قبل از حواله فقط می‌توانست حق خود (محال به) را از یک نفر بگیرد و آن محیل بود، در حالی که بعد از حواله می‌تواند حق خود را از دو نفر مطالبه کند، یعنی می‌تواند از هر یک از دو نفر، حق خود (یعنی تمام صد تومان) را مطالبه کند و معلوم است که گرفتن حق از دو نفر آسانتر است، و این توسعه در حق مطالبه، ارفاقی برای محتال خواهد بود که از طرف مال محال علیه برای او حاصل می‌شود که این زیادتی وصفی محسوب است.

ترجمه و شرح عبارت: **و نبّه...** یعنی مصنف با مطرح کردن مسأله مورد بحث، اشاره نموده به مخالفت شیخ طوسی، زیرا ایشان منع نموده از حواله مزبور در حالتی که

استدلال کرده بر آن به اینکه حواله مزبور مستلزم زیادی در سهولت مطالبه دین (برای محتال) می‌شود و آن در حواله درست نمی‌باشد، زیرا (در صحت حواله) باید حق محال به برابر باشد با حق محال علیه بدون کم و زیاد، از نظر مقدار و وصف (و حال آنکه در مورد بحث، محال به با محال علیه از نظر وصف برابری ندارند چنانکه توضیحش داده شد).

لوجوب موافقة... ناگفته نماند که این جمله تا آخرش، در عبارت شیخ طوسی نیست، بلکه شارح آن را با توجه به عقیده شیخ طوسی ـ که برابری محال علیه و محال به را شرط صحت حواله می‌داند ـ در اینجا اضافه به استدلال شیخ طوسی کرده تا دلیل ایشان بهتر روشن شود.

و ما برای معلوم شدن مطلب مزبور، عین عبارت شیخ طوسی را از کتاب «مبسوط»[1] در اینجا می‌آوریم. ضمن اینکه عبارت ایشان کمک به فهم استدلالی که شارح از شیخ طوسی در اینجا ذکر کرده، نیز می‌کند.

و عبارت شیخ طوسی در آن کتاب این است: «وإن کان له علی رجلین ألف درهم ـ علی کل واحد منهم خمسمأة ـ ولرجل علیه ألف درهم وأحاله بها علی الرجلین وقبل الحوالة کان جایزاً لأن الألف الذی له علیه یجوزله قضائه من جهة واحدة ومن جهتین، وإن کان کل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله علیهما لم تصح الحوالة لأنه یستفید بها مطالبه الإثنین کل واحد منهما بالألف وهذا زیادة فی حق المطالبة بالحوالة وذلك لایجوز، ولیس له أن یطالب کل واحد منهما بالألف...» یعنی هرگاه شخصی هزار درهم از دو نفر طلبکار باشد ـ هر یک پانصد درهم به او بدهکار باشند ـ و آن شخص به فردی دیگر هزار درهم بدهکار باشد، می‌تواند این یک نفر را حواله دهد به آن دو نفر ـ در صورتی که محتال به آن حواله راضی شود ـ زیرا شخص مزبور می‌تواند دین خود را از یک مال پرداخت نماید و می‌تواند از دو مال (که پیش آن دو نفر دارد) بپردازد، ولی چنانچه هر یک

---

[1] مبسوط، ج ۲، ص ۳۱۸.

از دو نفری که بدهکارند ضامن یکدیگر شده باشند، این حواله صحیح نیست، زیرا محتال به واسطه آن حواله، حق مطالبه از دو نفر پیدا می‌کند که از هر کدام از دو نفر بخواهد، هزار درهم خود را مطالبه کند، و این، زیادی در حق مطالبه است که به سبب حواله حاصل می‌شود که جایز نیست.

وهذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة، فيتخير حينئذ في مطالبة كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه فيبقى الأمر كما كان، ومع تسليمه لا يصلح للمانعية، لأن مطلق الارتفاق بها غير مانع إجماعا، كما لو أحاله على أملى منه وأحسن وفاءً.

جواب شارح از قول شیخ

و هذا التعليل إنما يتوجّه... توضیح: شارح در جواب قول شیخ می‌فرماید که زیادی ارفاقی که در دلیل شیخ گفته شد همانا با مبنای اهل تسنن در معنای ضمان، درست در می‌آید، زیرا آنها ضمان را عبارت از ضم ذمه به ذمه می‌دانند که طبق این معنی در مورد بحث وقتی که آن دو نفر ضامن یکدیگر شدند، در ذمه هریک صد تومان (در فرض مثال) ثابت خواهد بود (چون به واسطه ضمان، پنجاه تومان از ذمه دیگری به ذمه ضامن انتقال نمی‌یابد، بلکه ذمه ضامن در کنار ذمه مضمون عنه قرار می‌گیرد که مضمون له به هرکدام بخواهد می‌تواند مراجعه کند، و چون فرض آن است که قبل از ضمان به ذمه هرکدام پنجاه تومان دین اصلی نیز می‌باشد، پس بعد از ضمان به ذمه هر کدام صد تومان ثابت می‌باشد) بنابراین، محتال (که در حقیقت مضمون له هم می‌باشد) تمام صد تومان را از هرکدام از آنها که بخواهد می‌تواند بگیرد، یعنی می‌تواند تمام صد تومان را از اولی بگیرد و می‌تواند از دومی بگیرد، در حالی که محتال قبل از حواله، صد تومان را از یک نفر، حق داشت بگیرد و آن محیل بود چنانکه در دلیل شیخ دانسته شد.

و اما بنابر مبنای ما شیعه امامیه ـ که ضمان را عبارت از نقل ذمه به ذمه می‌دانیم ـ ارفاقی برای محتال نخواهد بود، زیرا نتیجه ضمان آن دو نفر از یکدیگر آن است که آنچه

به ذمه هرکدام بوده منتقل به ذمه دیگری شود و درنتیجه بعد از ضمانت نیز در ذمه هر یک، فقط پنجاه تومان در فرض مثال ثابت خواهد بود، نه صد تومان (نهایت اینکه قبل از ضمان، پنجاه تومان بالاصاله ثابت بود، ولی بعد از ضمان، پنجاه تومان بالضمان ثابت می‌شود) و این ارفاقی برای محتال نخواهد بود، زیرا تمام صد تومان را از هرکدام از آنها که بخواهد نمی‌تواند بگیرد، بلکه نصف آن را از یکی و نصف دیگرش را از دیگری باید بگیرد و این ارفاق محسوب نمی‌شود و بر فرض اینکه این را هم ارفاق بدانیم گوئیم مانع از صحت حواله نمی‌باشد، چون به اجماع فقها اینجور نیست که هر ارفاقی مانع از صحت حواله بشود (بلکه آن ارفاقی مانع از صحت حواله می‌شود که در آن زیادتی بین محال به و محال علیه از نظر مقدار یا جنس یا وصف بوده باشد و در مورد بحث هیچ یک از آن سه قسم نیست (و شاهد آن این است که در جایی که محیل، محتال را حواله بدهد بر کسی که توانگرتر از خود محیل باشد و یا در پرداختن دین، خوش حساب‌تر از خود محیل است، چنین حواله‌ای را تمام فقها صحیح می‌دانند، با اینکه توانگر بودن محال علیه و خوش حسابتر بودن او یک نوع ارفاقی است به محتال که زودتر می‌تواند طلب خود را دریافت نماید ولی چون در این ارفاق، زیادتی مقدار یا جنس یا صفت نیست، بدین جهت مانع از صحت حواله نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و هذا التعلیل...** (این جواب شارح است از قول شیخ طوسی) یعنی دلیلی که شیخ ذکر نموده همانا درست در می‌آید طبق عقیده کسی که ضمان را عبارت از ضمیمه کردن ذمه به ذمه دیگر می‌داند (که خود شیخ این عقیده را قبول ندارد، زیرا عقیده مزبور، مذهب اهل تسنن است) که طبق آن عقیده، در اینجا محتال، مخیر خواهد بود در اینکه مطالبه کند هر یک از آن دو نفر را به مجموع طلب خود (یعنی از هر کدام که بخواهد می‌تواند تمام طلب خود را از آن بگیرد) ولی طبق مذهب فقهای ما امامیه ـ که ضمان را نقل دهنده مال از ذمه محیل به ذمه محال علیه می‌دانند (تعبیر به

محیل و محال علیه در اینجا نکته‌ای دارد که بعداً ذکر خواهیم کرد) ـ دیگر ارتفاق و آسان بودن مطالبه به وجود نخواهد آمد، بلکه نهایت آن ضمان این است که انتقال می‌یابد دینی که به ذمه هریک می‌باشد، به ذمه دیگری و درنتیجه دین به همان حالت اول باقی می‌ماند (یعنی طبق نظریه امامیه، هرکدام از آن دونفر بعد از ضمانت نیز، فقط به ذمه‌اش پنجاه تومان مثلاً می‌باشد که قبل از ضمان هم همان پنجاه تومان بود، منتها قبل از ضمانت، پنجاه تومان، دین اصلی هریک به ذمه خودش بود و بعد از ضمان، پنجاه تومان دین دیگری است که به واسطه ضمانت یکدیگر انتقال به ذمه یکدیگر یافته است) و بر فرض اینکه قبول کنیم که ضمانت مزبور، ارفاقی به محتال می‌باشد، گوئیم این ارفاق، صلاحیت برای مانع شدن (از صحت حواله) ندارد، زیرا هر ارفاقی که به سبب حواله حاصل شود مانع از صحت حواله نمی‌باشد به اجماع فقها، همچنانکه اگر محتال را حواله دهد بر کسی که توانگرتر از محیل و خوش حساب تر در پرداخت دین باشد، صحیح است (با اینکه چنین حواله ای، ارفاقی است برای محتال و فقها آن را باطل ندانسته‌اند).

من ذمة المحیل إلی ذمة المحال علیه ظاهراً به جای کلمه «محیل و محال علیه» می‌بایست «ضامن و مضمون عنه» گفته شود، چون سخن در آن دونفری است که ضامن یکدیگر شده‌اند به حسب فرض مسأله، نه اینکه آن دونفر به یکدیگر حواله داده‌اند مگر اینکه چنین توجیه کنیم که بگوئیم مقصود از محیل و محال علیه در اینجا همان دونفر می‌باشند و بر ضمان آن دو، اطلاق حواله شده است مجازاً به اعتبار اینکه چون ضمان آنها به اذن یکدیگر بوده و از طرفی هم حواله بر شخص بریٔ الذمه را جایز بدانیم، پس در واقع، مضمون عنه، محیل و حواله دهنده می‌باشد، و ضامن هم محال علیه می‌باشد **مطلق الإرتفاق بها** کلمه باء در ـ بها ـ برای سببیت است یعنی مطلق ارتفاقی که به سبب حواله حاصل می‌شود.

(ولو أدى المحال عليه فطلب الرجوع) بما أداه على المحيل (لإنكاره الدين) وزعمه أن الحوالة على البرئ بناء على جواز الحوالة عليه (وادعاه المحيل، تعارض الأصل) وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل (والظاهر) وهو كونه مشغول الذمة، إذ الظاهر أنه لولا اشتغال ذمته لما أحيل عليه (والأول) وهو الأصل (أرجح) من الثاني حيث يتعارضان غالبا، وإنما يتخلف في مواضع نادرة (فيحلف) المحال عليه على أنه برئ من دين المحيل، (ويرجع) عليه بما غرم.

نزاع بین محال علیه و محیل

(ولو أدّى المحال عليه... توضیح: محیل بعد از آنکه حواله داد محتال را و محال علیه هم مبلغ حواله شده را به محتال پرداخت نمود، آنگاه محال علیه به محیل رجوع کند وادعا نماید که مبلغی را که به محتال پرداختم، به من بده، ولی محیل بگوید که من آن مبلغ را از تو طلب داشتم و تو به من بدهکار بودی، بدین سبب آن را حواله نمودم که به محتال بپردازی، اما محال علیه انکار کند و بگوید تو آن مبلغ را از من طلب نداشتی، بلکه تو با وجود اینکه از من طلب نداشتی، حواله بر من کردی که من بدهم و حواله مزبور حواله بر برئ الذمه بود ـ البته طرح این مسأله اکنون طبق آن مبنایی است که حواله بر برئ الذمه را صحیح بدانیم ـ حکم این مسأله آن است که چنانچه محیل، شاهد بر گفته خود نداشته باشد، قول محال علیه با قسم خوردن پذیرفته می‌شود و در نتیجه به محیل رجوع می‌کند و آنچه را به محتال داده است، از محیل می‌گیرد.

و دلیل بر پذیرفته شدن قول محال علیه آن است که در صورت مزبور از یک سو، اصل برائت اقتضا می‌کند که محال علیه ذمه‌اش از مدیون بودن به محیل، برائت دارد، و از سوی دیگر ظاهر حال اقتضا می‌کند که محال علیه ذمه‌اش مدیون به محیل می‌باشد، زیرا ظاهراً اگر ذمه‌اش مدیون نبود حواله به او نمی‌شد (به جهت اینکه غالباً و معمولاً

حواله‌ها درموردی است که محال علیه ذمه‌اش مدیون به محیل می‌باشد) دراینجا اصل برائت وظاهرحال با یکدیگر تعارض کرده وفقها درچنین مواردی غالباً مقتضای اصل را مقدم برمقتضای ظاهرمی‌دارند مگر درموارد نادری که درآنها به جهت وجود دلیل خاصی، مقتضای ظاهررا مقدم برمقتضای اصل دانسته‌اند، بنابراین، درمورد بحث نیز اصل را مقدم داشته ومدعای محال علیه چون موافق اصل است، به حسب قواعد بحث قضاء، وی منکرمحسوب می‌شود ووظیفه منکر، قسم خوردن است، پس اوقسم بر برائت ذمه‌اش ازدین، می‌خورد وقولش پذیرفته می‌شود وسپس رجوع می‌کند به محیل وآنچه راکه به محتال پرداخته است ازاو می‌گیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو أدی**... یعنی اگرمحال علیه، مبلغ حواله شده را پرداخت نماید آنگاه بخواهد مراجعه به محیل کند ـ برای گرفتن آنچه به محتال پرداخته است ـ به خاطر اینکه محال علیه انکار می‌کند بدهکاربودنش (به محیل) را وادعا می‌کند که حواله محیل (براو) حواله به برئ الذمه بوده ـ البته طرح این نزاع بنابراین است که حواله به برئ الذمه را صحیح بدانیم ـ ولی محیل ادعای بدهکاربودن محال علیه را می‌کند (و می‌گوید حواله اوحواله برمشغول الذمه بوده).

علی المحیل متعلق است به ـ رجوع ـ **لإنکاره** ضمیر به محال علیه برمی‌گردد و همچنین است ضمیر ـ زعمه ـ **علی البرئ** (خبراست برای ـ ان ـ) یعنی بری الذمه که مقصود محال علیه است **إدعاه** ضمیر به ـ دین ـ برمی‌گردد **تعارض**... (جواب است برای ـ لوأدی ـ) یعنی درآن صورت تعارض می‌کند اصل ـ یعنی اصل برائت ذمه محال علیه ازدین محیل ـ با ظاهروآن این است که محال علیه مشغول الذمه بوده است، زیرا ظاهرحال آن است که اگرذمه محال علیه مشغول نبود هرآینه حواله براو نمی‌شد (ووی داعی برپرداختن دین محیل نداشت).

و الأول... یعنی اولی ـ که اصل باشد ـ ترجیح بر دومی (یعنی ظاهر) دارد غالباً در هر موردی که آن دو با هم تعارض کنند و همانا در موارد نادری این حکم (یعنی ترجیح اصل) تخلف می‌کند (و ظاهر بر اصل مقدم می‌شود) پس (وقتی که اصل را در مورد بحث، مقدم بر ظاهر داشتیم، با توجه به اینکه اصل موافق با ادعای محال علیه است، محال علیه منکر محسوب می‌شود و وظیفه او این می‌شود که قسم بخورد پس) قسم می‌خورد محال علیه بر اینکه وی ذمه‌اش از دین محیل، بریٔ است و مراجعه به محیل می‌کند برای گرفتن آنچه را که (به محتال) پرداخته است.

أرجح من الثاني حيث يتعارضان... مناسب است در اینجا به طور اختصار در مورد تعارض اصل و ظاهر بحث کنیم، پس گوئیم:

در مورد تعارض اصل و ظاهر، چنانچه ظاهر، حجت شرعی بود مثل شهادت دو نفر عادل و یا روایت، پس شکی نیست که مقدم بر اصل است، مثل اینکه دو عادل شهادت بدهند برای روزه‌دار به اینکه شب داخل شده، در اینجا روزه‌دار می‌تواند عمل به قول آن دو نفر کند و افطار نماید، هر چند اصل استصحاب، حکم به روز بودن می‌کند، پس لازم نیست شخص روزه دار، استصحاب کند روز بودن را، و همچنین اگر دو عادل شهادت بدهند به اینکه صبح شده باید چیزی نخورد و نمی‌تواند استصحاب شب بودن کند و همچنین اگر دو عادل شهادت بدهند به حق مدعی، حق او ثابت می‌شود، زیرا ظاهر این است که بینه (دو شاهد عادل) در غالب موارد راست است، هر چند اصل، برائت ذمه کسی است که علیه او شهادت داده شده است.

و اما اگر ظاهر، حجت شرعی نبود بلکه مستندش عرف و عادت غالب و یا قرائن ظاهری و مانند آن بود، در این صورت گاهی به اصل عمل می‌کنند و بر ظاهر مقدم می‌دارند، چنانکه غالباً در ابواب فقه همینطور است و گاهی عمل به ظاهر می‌کنند و مقدم بر اصل می‌دارند، و گاهی هم محل خلاف است.

مثال آنها به قرار ذیل است:

۱. اصل مقدم بر ظاهر باشد. مثل اینکه انسان یقین داشته باشد به نجاست لباسی و شک کند در زوال آن نجاست، گفته‌اند باید اصل استصحاب جاری کند و استصحاب نجاست نماید هر چند قرائن ظاهری بر خلاف آن باشد (یعنی قرائن بر طهارت لباس بوده باشد) مثل اینکه لباسی که انسان دیده بود خونی است سپس آن را در دست کسی که عادتش تطهیر کردن است، بدون خون ببیند، حالا شک دارد آیا آن شخص لباس را شسته یا نه؟ گفته‌اند باید استصحاب نجاست کند گرچه ظاهر حال آن شخصی که لباس در دستش می‌باشد آن است که آن را تطهیر کرده.

۲. ظاهر مقدم بر اصل باشد. مثل اینکه روزه‌دار بعد از ظهر شک کند که آیا نیت روزه کرده یا نه؟ گفته‌اند اعتنا به آن شک نکند و روزه‌اش صحیح است هر چند اصل آن است که نیت نکرده است ولی ظاهر آن است که او اخلال به واجب نکرده.

۳. موردی که بین فقها محل خلاف است که آیا ظاهر مقدم است در آن مورد یا اصل، مثل غساله حمام (یعنی آبی که از بدن مردم در حمام به زمین می‌ریزد) مشهور فقها گویند آن آب نجس است، زیرا ظاهر آن است که اکثر مردم با نجاست، آب بر خود می‌ریزند، و بعضی دیگر گفته‌اند اصل طهارت آن آب است.

مثال دیگر: جامه‌های شخص دائم الخمر و یا کسی که از نجاست پرهیز نمی‌کند، مشهور فقها اصل طهارت آن جامه‌ها را ترجیح داده‌اند، ولی بعضی، ظاهر را که نجاست باشد ترجیح داده‌اند.

(سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحوالة، أو الضمان) لأن الحوالة على البرئ أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

وأيضا فهو يطلق على ما يشملهما بالمعنى الأعم فيصح التعبير به عنها.

ويحتمل الفرق بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان، دون الحوالة عملا بالظاهر.

(سواء كان) العقد الواقع... توضیح: در حکمی که گفته شد (که در نزاع مزبور، قول محال علیه مقدم می‌شود با قسم خوردنش) فرقی نیست بین اینکه عقد حواله در مورد بحث، به لفظ حواله واقع شده باشد (که محیل به محتال گفته است: أحلتک بمبلغ فلان علی فلان) یا اینکه به لفظ ضمان واقع شده باشد (به این صورت که محیل به محتال بگوید: «جعلت زیداً ـ که محال علیه است ـ ضامناً لک علی حقک عَلَیّ» یعنی زید را ضامن طلب تو از من قرار دادم که طلب تو را به تو بپردازد، محتال هم می‌گوید: قبلت).

سپس شارح دو دلیل بر اینکه عقد حواله را در فرض مورد بحث می‌توان به لفظ ضمان واقع ساخت ذکر نموده است:

۱. اینکه چون فرض مورد بحث آن است که حواله به برئ الذمه است (البته بعد از آنکه قول محال علیه پذیرفته شد) و سابقاً در اول بحث حواله دانسته شد که چنین حواله‌ای شباهت زیاد به ضمان دارد، بدین جهت صحیح است که عقد حواله را در این مورد، به لفظ ضمان واقع سازند.

طبق این بیان، استعمال ضمان در حواله، استعمال مجازی خواهد بود به علاقه مشابهت.

۲. اینکه چون ضمان به معنای عامش (که مطلق تعهد و التزام باشد) شامل حواله هم می‌شود چنانکه در اول کتاب الضمان دانسته شد، بدین جهت صحیح است که از حواله، تعبیر به ضمان شود.

طبق این بیان نیز استعمال ضمان در حواله، مجازی خواهد بود به علاقه عموم و خصوص، سپس شارح درمقابل قول مصنف می‌فرماید که احتمال دارد در حکم آن مسأله بین دو صیغه مزبور فرق بگذاریم به این گونه که بگوئیم در صورتی که عقد حواله را به لفظ ضمان واقع ساخته باشند، قول محال علیه پذیرفته می‌شود، چون تعبیر به ضمان قرینه است بر اینکه حواله مزبور، بر بریٔ الذمه می‌باشد چون در ضمان، ضامن بریٔ الذمه می‌باشد.

ولی در صورتی که عقد حواله را به لفظ حواله واقع ساخته باشند، قول محال علیه پذیرفته نمی‌شود بلکه قول محیل قبول می‌شود، به دلیل اینکه ظاهر تعبیر به حواله اقتضا می‌کند که محال علیه، مدیون به محیل می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **سواء**... یعنی خواه اینکه عقدی که بین محیل و محتال واقع شده، به لفظ حواله بوده باشد یا به لفظ ضمان (و علت اینکه وقوع عقد حواله به لفظ ضمان، صحیح است آن است که) چون حواله بر شخص بریٔ الذمه شباهت زیادی به ضمان دارد، بدین جهت صحیح است حواله به لفظ ضمان واقع شود، و نیز (علت دوم آن است که:) لفظ ضمان به معنای عامش، اطلاق می‌شود بر معنایی که شامل ضمان (بالمعنی الاخص یعنی ضمان مالی) و حواله می‌شود (و معنی عام همان مطلق تعهد و التزام است) پس صحیح است که به لفظ ضمان، تعبیر از حواله بشود.

و یحتمل... یعنی احتمال دارد که (در حکم مسأله) فرق بگذاریم بین دو صیغه مزبور بدین گونه که در صورت تعبیر به ضمان، قول محال علیه پذیرفته شود (با قسم) و اما در صورت تعبیر به حواله، پذیرفته نشود.

عملاً بالظاهر... مقصود از ظاهر، ظاهر تعبیر به ضمان و ظاهر تعبیر به حواله می‌باشد، بنابراین، جمله ـ عملاً بالظاهر ـ تعلیل برای هر دو حکم خواهد بود. یعنی هم تعلیل است برای قبول شدن قول محال علیه در صورت تعبیر به ضمان، به این بیان که چون

ظاهر تعبیر به ضمان آن است که محال علیه، بدهکار به محیل نبوده است (وگرنه، آنها در عقد، تعبیر به ضمان نمی‌کردند) چون در ضمان، ضامن، بدهکار نمی‌باشد (پس می‌تواند محال علیه رجوع به محیل کرده و آنچه به محتال پرداخته است از او بگیرد).

وهم تعلیل است برای قبول نشدن قول محال علیه در صورت تعبیر به حواله، به این بیان که چون ظاهر تعبیر به لفظ حواله آن است که محال علیه نسبت به محیل، مدیون بوده است، زیرا حواله را غالباً در موردی اطلاق می‌کنند که محال علیه نسبت به محیل، مدیون باشد.

ولو إشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق، تعارض أصل الصحة والبراءة فيتساقطان، ويبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها، لاتفاقهما على الإذن، وإنما اختلفا في أمر آخر، فإذا لم يثبت يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع، ويحتمل عدم الرجوع ترجيحا للصحة المستلزمة لشغل الذمة.

ولو إشترطنا في الحوالة... توضيح: آنچه تا به اینجا گفته شد، طرح مسأله بر مبنایی بود که حواله بر بری ء الذمه را صحیح بدانیم.

اکنون می‌فرماید که اگر ما در صحت حواله، بدهکاربودن محال علیه را شرط بدانیم و حواله بر بریٔ الذمه را باطل بدانیم، در این صورت برگشت ادعای محال علیه (که منکر بدهکاری خود می‌باشد) به این است که حواله مزبور، حواله باطلی بوده است، ولی برگشت ادعای محیل به این است که حواله مزبور حواله صحیح بوده چون محال علیه را بدهکار می‌داند.

در حکم این صورت، دو احتمال است:

۱. اینکه بگوئیم محال علیه، حق رجوع به محیل را دارد، به دلیل اینکه از یک طرف، اصالت صحت عقد داریم (چون اصل در عقود، صحت آنهاست) که این اصل مؤید قول محیل است و از طرف دیگر اصل برائت داریم که مؤید قول محال علیه است و حکم به برائت ذمه محال علیه از دین می‌نماید، این دو اصل با یکدیگر تعارض کرده و تساقط می‌کنند و در نتیجه به مقتضای هیچ یک از آن دو اصل نمی‌توانیم حکم نمائیم و صحت حواله ثابت نمی‌شود و بعد از تساقط آن دو اصل، فقط یک مطلب هست که به نفع محال علیه تمام می‌شود و آن اینکه مسلم است که محال علیه، دین محیل به محتال را با اذن او پرداخت نموده است و فقها در جای خود گفته‌اند که اگر کسی، دین بدهکاری را با اذن او بپردازد، می‌تواند به آن بدهکار مراجعه کند و آنچه را که پرداخته است از او

بگیرد، پس در مورد بحث هم، محال علیه می‌تواند رجوع به محیل کرده و آنچه را که به محتال پرداخته است از او بگیرد.

اشکال و جواب آن

اگر کسی اشکال کند به اینکه اذنی که از طرف محیل برای محال علیه داده شده همانا در ضمن حواله باطله بوده است و وقتی که حواله مزبور باطل بود، اذنی هم که در ضمن آن واقع شده، به تنهایی باقی نمی‌ماند و آن هم باطل می‌شود، زیرا اذن مزبور تابع حواله است و تابع بدون متبوع، باقی نمی‌ماند و در نتیجه، پرداختن دین به توسط محال علیه بدون اذن محیل می‌شود پس حق رجوع به او نخواهد داشت.

شارح در جواب می‌فرماید که: هر چند اذن مزبور در ضمن حواله باطله بوده است ولی در عین حال، باطل نشده است، زیرا محیل و محال علیه هر دو قبول دارند که پرداختن دین به توسط محال علیه، به اذن محیل بوده است و همانا اختلافشان در چیز دیگری است و آن بدهکار بودن یا بدهکار نبودن محال علیه به محیل می‌باشد و وقتی که چیزی که مورد اختلاف آنهاست (بدهکار بودن محال علیه) ثابت نشد، لازمه‌اش این نیست که چیزی هم که مورد اتفاق آنهاست (یعنی اذن محیل به پرداختن دین) ثابت نشود، پس اذن محیل به حال خود باقی می‌ماند و محال علیه می‌تواند به محیل رجوع نماید.

۲. احتمال دوم آن است که بگوئیم محال علیه، حق رجوع به محیل ندارد به دلیل اینکه ادعای او مقتضی بطلان حواله است (طبق مبنایی که فرض کرده ایم) و ادعای محیل مقتضی صحت حواله است، و فقها در هر موردی که یکی از متنازعین مدعی صحت عقد باشد و دیگری مدعی فساد و بطلان باشد، قول مدعی صحت را مقدم می‌دارند و حکم به صحت عقد می‌کنند. بنابراین، با توجه به مبنایی که ذکر کردیم (که شرط صحت حواله، بدهکار بودن محال علیه است) وقتی که حکم به صحت حواله

نمودیم، لازمه‌اش آن است که بدهکار بودن محال علیه ثابت شود، پس نمی‌تواند به محیل رجوع کند وآنچه راکه به محتال پرداخته است ازاوبگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو إشترطنا**... یعنی اگر در (صحت) حواله، شرط کنیم بدهکار بودن محال علیه (به محیل) را به آن مقداری که حق محتال است، در این صورت، اصالت صحت عقد واصالت برائت ذمه، تعارض کرده وتساقط می‌کنند و (بعد از تساقط آنها) به نفع محال علیه، چیزی که باقی می‌ماند پرداختن اوست دین محیل را با اذن او (و به حسب قاعده اگرکسی، دین شخص بدهکاررا با اذن وی پرداخت نمود می‌تواند به بدهکاررجوع کرده وآنچه پرداخته است ازاوبگیرد) پس محال علیه می‌تواند رجوع به محیل بکند (وآنچه راکه به محتال پرداخته است از محیل بگیرد).

أصل الصحة چنانکه دربالاگفتیم مقصود اصل صحت عقد می‌باشد واین یکی از قواعد فقهی است و قاعده مزبور در چند مورد به کار برده می‌شود که یکی ازآن موارد، معاملات است، مثلاً شخصی، عقدی را انجام داده وبرای ما شک حاصل شود که آیا عقد او به طور صحیح واقع شده است یا نه؟ یعنی ارکان و شرایط آن عقد به درستی تحقق یافته است یا نه؟ هنگام حصول چنین شک وتردیدی، به حکم «اصل صحت» باید آن عقد را حمل بر صحت کنیم.

فقها دلایلی را برای حجیت اصل مزبوراقامه کرده‌اند که به جهت اختصارازذکرآن خودداری می‌شود.

ناگفته نماند که صحت دراصل مزبور، دربرابرفساد وبطلان است ونزد فقها صحت بدین معنی عبارت است ازداشتن اثرمورد نظر (مثلاً اثربیع عبارت است ازنقل وانتقال ثمن ومبیع، واثرنکاح عبارت است ازبه وجود آمدن رابطه زناشویی) وصحت به آن معنی، حکم وضعی است.

وگاهی صحت به معنی جواز و حلال به کاربرده می‌شود که این، حکم تکلیفی است و در مورد عمل خود شخص، مصداق دارد که خارج از موضوع بحث ما است مانند اینکه کسی چیزی می‌خورد یا مایعی می‌نوشد و یا لباسی می‌پوشد و ما احتمال می‌دهیم حرام باشد که باید آن را حلال و جایز بدانیم مگر اینکه خلافش ثابت گردد.

و لا یمنع... (جواب است از اشکال مقدر که توضیحش داده شد) یعنی منع نمی‌کند (از رجوع به محیل) واقع شدن اذن مزبور در ضمن حواله باطل که بطلان آن اقتضا می‌کند بطلان تابعش را (یعنی بطلان اذن ضمنی را) **لبطلان...** لام برای تقویت است.

لإتفاقهما... (علت است برای ـ لایمنع ـ) یعنی چون محال علیه و محیل هردو اتفاق دارند بر اینکه اذن به پرداخت داده شده است (از جانب محیل) و همانا اختلافشان در چیز دیگر است (و آن بدهکار بودن محال علیه نسبت به محیل می‌باشد) و وقتی که آن چیز ثابت نشد، آنچه که مورد اتفاق آنها بود ـ که عبارت باشد از اذن در پرداخت دین، که لازمه این اذن، جواز رجوع محال علیه به محیل است ـ به حال خود باقی می‌ماند.

و یحتمل... (این احتمال دوم است در مقابل تعارض اصل صحت و اصل برائت) یعنی (احتمال دومی در اینجا هست و آن اینکه) احتمال دارد رجوع محال علیه به محیل جایز نباشد، به دلیل اینکه ترجیح دهیم صحت عقد را (بر بطلان عقد) که لازمه این صحت، بدهکار بودن محال علیه است (پس دیگر نمی‌تواند رجوع به محیل کند برای گرفتن مبلغی که به محتال پرداخته است).

ترجیحاً للصحة نظیر آن را فقها در بیع نیز گفته‌اند و آن در جایی است که اختلاف شود در صحت بیع و بطلان آن (مثل اینکه یکی از متبایعین ادعا کند که یکی از شرایط صحت بیع، مفقود بود ـ مثلاً ثمن مجهول بود ـ ولی دیگری بگوید که ثمن مجهول نبود) در این صورت فقها گفته‌اند که قول مدعی صحت بیع، پذیرفته است هرچند اصل

برائت، برخلاف آن است، چون اصل برائت می‌گوید که ذمه هرکدام ازمتبایعین، بریٔ است ازوجوب تحویل مال خود به دیگری، ونیزاصل آن است که مال هریک ازآنها بر ملک خودش باقی است.

كِتَابُ الكَفَالَةِ

كتاب الكفالة

(كتاب الكفالة: وهي التعهد بالنفس) أي التزام إحضـار المكفول متى طلبه المكفول له، وشـرطها رضـى الكفيل والمكفول له، دون المكفول، لوجوب الحضـور عليه متى طلبه صاحب الحق ولو بالدعوى، بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به.

تعريف كفالت

(وهي التعهد بالنفس)... توضـيح: كفالت عبارت از عقدی اسـت که به موجب آن، شخصی درمقابل طرف دیگر، تعهد می‌کند که شخص ثالثی را هرزمانی که آن طرف، احضـارآن شـخص را مطالبه نمود، حاضـرنماید، مثل اینکه کسی طلب مالی ازکسی دارد، یا ادعای حقی برکسـی دارد، وگریبان اورا بگیرد که بیا حق مرا اداکن، ودیگری بیاید وکفیل اوشود وبه صاحب حق بگوید اورا رهاکن برود وتوهروقت که اورا بخواهی من اورا حاضرمی‌کنم (ویا بعد ازفلان مدت هرگاه اورا بخواهی حاضرمی‌کنم) آن وقت توحق خود را ازاوبگیر(ویا ادعای خود را با اومطرح کن) پس کفالت همانند ضـمان عبارت ازتعهد اسـت جزاینکه ازحیث متعلق، با ضـمان فرق دارد به اینکه متعلق تعهد درکفالت، شخص است ولی درضمان، مال است.

متعهد را «کفیل» وشخص ثالث را «مکفول» وطرف دیگررا «مکفول‌له» می‌گویند.

بنابراین کفالت به سه نفر تعلق دارد یعنی ارکان آن سه تن هستند:

۱. کفیل و او کسی است که تعهد کرده احضار شخص ثالث را.

۲. مکفول و او آن شخص ثالث است که بدهکار و به گردن او حقی ثابت است و یا ادعای حق بر او شده است که موجب حضور وی در مجلس حاکم شرع می‌باشد (و به عبارت دیگر مکفول آن کسی است که بر او حقی باشد اگر چه آن حق، مجرد حضور وی در مجلس حاکم شرع باشد).

و حق مزبور اعم است از اینکه حق مالی باشد (مثل دین یعنی بدهکاری مالی، و مثل دیه به جهت اینکه جنایتی بر کسی وارد ساخته است) یا اینکه حق غیر مالی باشد (مثل قصاص به جهت اینکه کسی را کشته است، و مثل اینکه ادعای عمل فحشایی بر علیه او شده باشد که موجب حد یا تعزیر بر او می‌باشد).

۳. مکفول‌له و او همان طرف مقابل است که طلبکار و صاحب حق می‌باشد و یا ادعای حق می‌کند اگر چه مکفول، منکر آن باشد.

شرط کفالت

از آن سه نفر مذکور، فقط رضایت دو نفر شرط صحت کفالت می‌باشد و آن کفیل و مکفول‌له می‌باشد، و اما رضایت مکفول شرط نمی‌باشد.

و علت عدم اشتراط رضایت مکفول آن است که کسی که مدیون و بدهکار حق دیگری است، بر او واجب است که هر وقت صاحب حق برای مطالبه حق خود، او را بخواهد ـ چه بدون واسطه او را بخواهد و چه به واسطه وکیل او را بخواهد ـ باید حاضر شود و نمی‌تواند از حاضر شدن امتناع ورزد، اکنون کفیل هم در صورت امر مکفول‌له به احضار مکفول، به منزله وکیل مکفول‌له در استحضار و طلبیدن می‌شود پس همانطوری

که دروکیل شدن وکیل، اذن ورضایت موکل علیه شرط نیست همچنین درکفالت کفیل نیز، اذن ورضایت مکفول شرط نمی‌باشد، پس برمکفول لازم است که قول کفیل را اجابت نماید درحاضرشدن و نمی‌تواند بگوید که من به تونگفتم که کفیل ازمن شوی و چه تسلطی توبرمن داری.

ترجمه وشرح عبارت: (**الكفالة و هي**... یعنی کفالت عبارت است ازمتعهد شدن نسبت به نفس وبدن کسی (یعنی تعهدی است که متعلق آن نفس وبدن شخص است نه مال) یعنی ملتزم شدن کفیل به حاضرساختن مکفول (یعنی مدیون وبدهکارحق مالی یا غیرمالی) هروقتی که مکفول‌له (یعنی طلبکاروصاحب حق) بخواهد، وشرط (صحت) کفالت، راضی شدن کفیل ومکفول‌له می‌باشد. **الكفيل** بروزن فعیل به معنای اسم فاعل است یعنی کافل **دون المكفول** یعنی ولی شرط نیست رضایت مکفول، زیرا حضوربراوواجب است هرزمانی که صاحب حق (مکفول‌له) اورا بخواهد.

ولو بالدعوى (قید است برای ـ حق ـ) یعنی گرچه حق، حق ادعایی باشد یعنی حقی که شرعاً ثابت نشده بلکه مجرد ادعای حق می‌باشد پس دراین صورت هم اگر مکفول را خواست باید حاضرشود تا طرح دعوا با اونماید.

این کلمه اشاره است به اینکه درصحت کفالت، شرط نیست که کفیل، علم داشته باشد به ثبوت حق برعهده مکفول بلکه ادعای حق ازطرف مکفول‌له کافی است در صحت کفالت اگرچه مکفول منکرآن حق باشد، وخلاصه اینکه: درعقد کفالت از کسی می‌توان کفالت نمود وتعهد به احضاراوکرد که مکفول‌له حقی برعهده اوداشته ویا ادعای حقی براوکرده باشد.

بنفسه أو وكيله (این جمله متعلق است به ـ طلبه ـ یعنی اورا بخواهد بدون واسطه و یا به واسطه وکیل (یعنی کسی را وکیل کند دراحضارمکفول) و(درمورد بحث) کفیل به منزله وکیل مکفول‌له می‌باشد زمانی که مکفول‌له امرکند اورا به احضارمکفول **بمنزلة**...

یعنی به منزله اوســت در اینکه هرکدام از آنها نایب از مکفول‌له می‌شــوند در طلبیدن مکفول حیث... قید است برای ـ بمنزلة ـ ومقصود این است که کفیل درصورتی به منزله وکیل می‌شود، که مکفول‌له امر به احضـارکند، زیرا درغیراین صـورت، برکفیل احضـار واجب نیست وبرمکفول هم حضورواجب نیست.

ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأولين صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم.

(وتصح حالة ومؤجلة) أما الثاني فموضع وفاق، وأما الأول فأصح القولين، لأن الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول. وقيل: لا تصح إلا مؤجلة (إلى أجل معلوم) لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة.

صیغه کفالت

ويفتقر إلى إيجاب... توضیح: کفالت مانند ضمان و حواله، یکی از عقود لازمه است، بنابراین، برای تحقق آن، احتیاج به ایجاب و قبول می‌باشد که ایجاب از طرف کفیل، و قبول از طرف مکفول‌له به عمل می‌آید بدین نحو که کفیل تعهد می‌نماید مکفول را در موقع مقرر و یا هر زمانی که مکفول‌له بخواهد، حاضر نماید و مکفول‌له آن را قبول می‌کند.

و در ایجاب و قبول آن، همان شرایطی که در هر عقد لازمی معتبر است، معتبر می‌باشد از قبیل عربی بودن آنها، و ماضی بودن صیغه، و فوریت قبول، و تطابق بین ایجاب و قبول (مثلاً در ایجاب اگر چنین بگوید: «کفلت لک زیداً بأن أحضره متی شئت» یعنی کفیل شدم از برای تو زید را به اینکه حاضر کنم هر وقتی که تو بخواهی که استیفای حق خود از او نمائی، باید مکفول‌له در قبول بگوید: «قبلت کفالتک لی زیداً بأن تُحضره متی شئتُ» یعنی قبول کردم کفیل شدن تو را از برای من زید را به اینکه حاضر نمایی او را هر وقتی که من بخواهم از برای خود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یفتقر...** یعنی کفالت (به جهت اینکه از عقود است لذا) نیاز دارد به ایجاب و قبول میان کفیل و مکفول‌له (ایجاب از طرف کفیل و قبول از طرف مکفول‌له) که باید آن دو صادر شوند بر آن وجهی که در عقد لازم، معتبر است **إیجاب** مثل

اینکه کفیل بگوید: «کفلت لک بدن زید بأن أحضره» ویا «ضمنت لك إحضاری زیداً» و یا التزمت باحضارزید» **و قبول** مثل «قبلت» و«رضیت» ومانند آنها.

احکام کفالت

کفالت بی مدت و مدت‌دار

(و تصح حالّةً و مؤجلةً... توضیح: کفالت را، هم به صورت بی مدت می‌توان واقع ساخت (به این معنی که کفیل متعهد شود که هروقت مکفول‌له، احضار مکفول را بخواهد، او حاضر نماید) و هم به صورت مدت‌دار می‌توان واقع ساخت (به این معنی که کفیل متعهد شود که بعد از فلان مدت ـ مثلاً یک ماه بعد از عقد ـ هرگاه مکفول‌له، مکفول را بخواهد، اورا حاضر نماید).

درصحت صورت دوم، خلافی بین فقها نیست، واما درصحت صورت اول، دوقول است، قول اصح این است که آن نیز صحیح می‌باشد، ودلیل آن این است که بی مدت بودن کفالت منافات با آن غرضی که درکفالت می‌باشد ندارد، زیرا غرض ازکفالت، حضور مکفول است نزد مکفول‌له، واین حقی است شرعی برای مکفول‌له، ومعلوم است که صاحب حق هروقت بخواهد می‌تواند حق شرعی خود را مطالبه کند، پس آنها می‌توانند درکفالت چنین قرارداد کنند که هروقت مکفول‌له، احضار مکفول را بخواهد، کفیل آن را حاضر نماید، وهمین است معنای بی مدت بودن کفالت چنانکه دربالا دانسته شد.

ولی بعضی ازفقها گفته‌اند که کفالت بی‌مدت صحیح نیست بلکه باید مدت‌دار باشد. درصورتی که کفالت، مدت‌دار باشد باید مدت را دقیقاً مشخص نمایند بطوری

که احتمال زیاده وکم درآن نرود (مثل اینکه بگوید: کفیل فلان کس هستم که بعد از یک ماه هرگاه بخواهی اورا حاضر نمایم) همچنانکه در سایر مدتهایی که در عقود، شرط می‌شود باید آن را دقیقاً مشخص نمایند.

ومدتی که احتمال زیاده وکم درآن می‌رود مثل اینکه کفالت کند احضار مکفول را تا وقت آمدن باران ویا تا وقت دندان درآوردن طفل ومانند اینها که دقیقاً معلوم نیست چه وقت باران می‌آید وچه وقت طفل دندان در می‌آورد.

ترجمه وشرح عبارت: **و تصح**... یعنی کفالت صحیح است هم به صورت بی مدت (هروقتی که مکفول‌له بخواهد) وهم به صورت مدت‌دار **مؤجلةً** تذکر این نکته لازم است که ذکر مدت بردوقسم ممکن است باشد:

۱. اینکه چنین بگوید: «کفیل فلان کس هستم تا یک ماه» معنایش آن است که بعد از یک ماه هرگاه اورا بخواهی حاضر می‌کنم، مقصود فقها از مؤجل بودن کفالت، همین قسم است، پس در این صورت مکفول‌له نمی‌تواند مطالبه احضار مکفول را قبل از گذشتن یک ماه بنماید، وبعد ازگذشتن یک ماه اگر مطالبه احضار اورا نمود، باید کفیل اورا حاضر نماید.

۲. اینکه چنین بگوید: «کفیل فلان کس هستم یک ماهه» معنایش آن است که من در ظرف یک ماه، هرگاه اورا بخواهی حاضر می‌کنم، که در این صورت، مدت یک ماه، ظرف است برای احضار او پس درظرف یک ماه هرگاه مکفول‌له مطالبه احضار مکفول را بنماید باید کفیل آن را حاضر نماید، ولی بعد ازگذشتن یک ماه، دیگر کفیل، وظیفه‌ای ندارد و مکفول‌له نمی‌تواند احضار او را بخواهد، زیرا مورد تعهد، حاضر کردن مکفول در وقت معین (یک ماه) است.

مرحوم علامه حلی درکتاب «تحریر» این قسم را «موقته» نامیده است ومقصود فقها از مؤجل، این قسم نمی‌باشد.

أما الثاني... یعنی صورت دوم، مورد اتفاق فقهاست، و اما صورت اول، صحت آن صحیحترین دو قولی است که در این مسأله هست (و دلیل این قول آن است که) چون حضور مکفول، حق شرعی (برای مکفول‌له) می‌باشد که بی‌مدت بودن کفالت، منافات با آن ندارد، و بعضی گفته‌اند که کفالت فقط در صورت مدت‌دار بودن صحیح است **إلی أجل معلوم** یعنی (در صورت مدت‌دار بودن کفالت باید) تا مدت معین بوده باشد بطوری که احتمال زیاد و کم در آن نرود، همچنان که در غیر آن از مدت‌های دیگر که در (عقود) شرط می‌شود حکم چنین است.

(ويبرأ الكفيل بتسليمه) تسليما (تاما) بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول، وضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن بيناه في العقد، وبلد العقد مع الإطلاق، (وعند الأجل) أي بعده إن كانت مؤجلة، (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة، ونحو ذلك، فإذا سلمه كذلك برئ، فإن امتنع سلمه إلى الحاكم وبرئ أيضا، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، وامتناعه من قبضه، وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاما وإن لم يكن من الكفيل على الأقوى، وبتسليم غيره له كذلك.

برائت ذمه کفیل

(و يَبرأ الكفيل... توضیح: در صورتی که کفیل با شرایط ذیل، مکفول را به مکفول‌له تحویل داد، ذمه کفیل از تعهدی که کرده است برئ می‌گردد:

۱. اینکه او را بطورکامل تحویل بدهد، و مقصود از تحویل کامل این است که مانعی برای تحویل گرفتن مکفول‌له در بین نباشد، مثلاً مکفول در دست یک نفر قلدر نباشد و یا در زندان ظالم نباشد و یا مکفول را در جایی نگذارد که مکفول‌له ـ به جهت ضعیف بودنش، و قوی بودن مکفول ـ نتواند تسلط بر مکفول بیابد تا حق خود را بگیرد.

۲. در صورتی که مکانی برای احضار مکفول، در ضمن عقد کفالت، معین کرده باشند، باید کفیل او را در آن مکان حاضر نماید و به مکفول‌له تحویل دهد، و اگر عقد کفالت را مطلق واقع ساخته باشند یعنی مکانی برای تحویل مکفول، معین نکرده باشند، باید کفیل، مکفول را در مکان عقد (و به تعبیر دیگر در همان شهری که عقد را خوانده‌اند) تحویل بدهد چون اطلاق عقد، انصراف به مکان عقد دارد.

۳. درصورتی که کفالت مدت‌دار باشد، باید کفیل اورا بعد ازآن مدت، حاضر نماید، ودرصورتی که کفالت بی مدت باشد، مکفول هروقت بخواهد باید کفیل اورا حاضر نماید.

٤. درصورتی که خصوصیات دیگری درضمن عقد، شرط کرده باشند ـ مثل اینکه مکفول‌له شرط کرده باشد که مکفول را دست بسته به من تحویل بدهی ـ باید کفیل به آن شرایط عمل نماید.

وخلاصه اینکه اگرکفیل، مکفول را با این شرایط تحویل به مکفول‌له داد، ذمه‌اش از تعهدی که کرده است بری می‌گردد، حال اگرمکفول‌له ازتحویل گرفتن آن خودداری کند، کفیل آن را می‌تواند به حاکم شرع تحویل بدهد و ذمه‌اش بری می‌گردد، واگر چنانچه حاکم شرع نبود ویا دسترسی به آن ممکن نبود، کفیل می‌تواند دونفرعادل را شاهد بگیرد که آنها شاهد باشند براینکه اوبه تعهدی که کرده عمل نمود یعنی مکفول را نزد مکفول‌له حاضر نمود ولی مکفول‌له ازتحویل گرفتن آن خودداری کرد، دراین صورت نیز ذمه‌اش بری می‌گردد.

ترجمه وشرح عبارت: **ویبرء**... یعنی ذمه کفیل (ازتعهدی که کرده) بری می‌شود به واسطه تحویل دادنش (مکفول را) به طورکامل به اینکه درآنجا مانعی ازتحویل گرفتن (برای مکفول‌له) نبوده باشد (ومانع:) مثل (اینکه مکفول بوده باشد دردست) آدم قلدرو یا زندان ظالم، ومثل اینکه مکفول درمکانی بوده باشد که مکفول‌له ذمه‌اش برئ می‌گردد آنگاه اگر مکفول‌له خودداری کند (ازتحویل گرفتن آن) کفیل می‌تواند آن را تحویل به حاکم شرع دهد وبازذمه‌اش بری می‌گردد، حال اگر (تسلیم به) حاکم ممکن نشد، می‌تواند دونفرعادل را شاهد بگیرد براینکه اومکفول را نزد مکفول‌له حاضر ساخت و خود مکفول‌له ازتحویل گرفتن آن خودداری نمود.

وکذا یبرأ... توضیح: همانطوری که درصورت تحویل دادن کفیل، مکفول را به نحوی که متعهد شده است، ذمه‌اش بری می‌گردد، همچنین دردوصورت دیگرنیزذمه‌اش بری می‌گردد:

۱. درصورتی که مکفول درموقع مقرر، شخصاً حاضرشود وخودش را تحویل مکفول‌له بدهد، کفیل ذمه‌اش بری می‌گردد، زیرا منظورازکفالت، حضورمکفول نزد مکفول‌له در حدود شرایط مقرره است وپس ازآنکه مکفول خودش حاضرگردید، نتیجه تعهد حاصل شده است، زیرا احضاراو به وسیله کفیل جنبه طریقیت داشته ومستقلاً مورد نظر مکفول‌له نمی‌باشد.

ولی هرگاه مکفول درغیرحدود شرایط مقرره، خود را به مکفول‌له تحویل بدهد (مثل اینکه قبل ازموقع معین، خود را به مکفول‌له معرفی کند ویا درغیرمکان مقررحاضرشود) تعهدکفیل ساقط نمی‌گردد وذمه‌اش بری نمی‌گردد وباید درحدود شرایط مقرره، مکفول را حاضرنماید، زیرا هنوزتعهد باقی است.

۲. درصورتی که شخصی اجنبی، مکفول را درحدود شرایط مقرره، به مکفول‌له تحویل بدهد، نیزذمه کفیل بری می‌گردد، به جهت همان دلیلی که درصورت قبل دانسته شد.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا...** (ازاینجا به بعد دربعضی ازنسخه‌های شرح لمعه موجود نیست) یعنی وهمچنین ذمه کفیل بری می‌گردد به واسطه تحویل دادن مکفول خودش را به طورکامل (به مکفول‌له) هرچند این تحویل دادن به دست کفیل نمی‌باشد، البته برائت ذمه دراین صورت، قول اقوی درنزد ماست (وبعضی ازفقها آن را قبول ندارند) **و بتسلیم غیره...** یعنی وهمچنین (ذمه کفیل بری می‌گردد) به واسطه تحویل دادن غیرکفیل، مکفول را (به دست مکفول‌له) به تسلیم کامل دروقت معین ودرمکان معین.

(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به فإن أبى (فللمستحق) طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أداؤه عنه كالدين، فلو لم يمكن ـ كالقصاص، والزوجية، والدعوى بعقوبة توجب حدا أو تعزيرا ـ ألزم بإحضاره حتما مع الإمكان وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الإحضار وكان له بدل ـ كالدية في القتل وإن كان عمدا، ومهر مثل الزوجة ـ وجب عليه البدل.

(ولو إمتنع) الكفيل... توضيح: اگر مکفول‌له، احضار مکفول را ازکفیل مطالبه نماید ولی کفیل خودداری کند از حاضر ساختن مکفول، در این صورت حاکم اورا وادار به حاضر ساختن می‌کند و اگر باز هم خودداری از آن نماید، مکفول‌له می‌تواند زندانی شدن اورا از حاکم شرع بخواهد تا آنکه کفیل یکی از این دوکاررا انجام بدهد: یا مکفول را حاضر سازد و یا اینکه حقی که به گردن مکفول بوده را بپردازد. اگر حق مزبور از حقوقی بود که شرعاً نیابت بردار باشد، یعنی بشود به جای مکفول، کفیل آن را ادا نماید (مثل اینکه حق مزبور، حق مالی باشد مانند بدهکاری مالی) واما اگر حق، از حقوقی بود که شرعاً نیابت بردار نباشد یعنی شرعاً نمی‌شود کفیل به جای مکفول آن را ادا نماید، مثل سه مثال زیر:

۱. مثل اینکه مکفول‌له به گردن مکفول، حق قصاص داشته باشد که در این صورت نمی‌توان به جای مکفول، کفیل را قصاص کرد چون قصاص به غیر مباشر جنایت نمی‌باشد.

۲. مثل اینکه مکفول زنی بود که مکفول‌له ادعای زوجیت آن را می‌کند، در اینجا حقوق زوجیت ـ ازقبیل حق مقاربت وحق همخوابگی ومانند اینها ـ را نمی‌توان ازکفیل استیفا نمود.

۳. مثل اینکه مکفول‌له ادعای جرمی برگردن مکفول می‌کند که موجب حد و یا تعزیر می‌باشد، مثلاً مکفول‌له ادعا می‌کند که مکفول نسبت زنا به من داده است که باید حد بخورد و یا ادعا می‌کند که فحشی به من داده که باید تعزیر شود.

دراین صورت ـ که حق، نیابت بردار نیست ـ دو فرض می‌باشد: یا احضار مکفول برای کفیل، امکان دارد و یا امکان ندارد (چون مثلاً فرارکرده است).

در فرض اول که احضار برای کفیل، امکان دارد، باید او را اجبارکرد که حتماً مکفول را حاضر سازد، و مکفول‌له می‌تواند جهت احضار، از حاکم تقاضای کیفر نمودن کفیل را بنماید (یعنی او را علاوه بر بازداشت و زندان، تازیانه بزنند) تا کفیل را احضار نماید (چنانکه هرکسی که ازادای حقی که به گردن دارد امتناع ورزد با اینکه می‌تواند آن را ادا نماید، صاحب حق می‌تواند تقاضای تأدیب او را از حاکم شرع بنماید تا آنکه او به وظیفه‌اش عمل کرده و حق را ادا نماید).

و اما در فرض دوم که احضار برای کفیل امکان ندارد (با توجه به اینکه این عدم امکان به خاطر این بوده که او در ابتدا خودداری از احضارکرده، سپس احضار برای او غیرممکن شده) دراین فرض چنانچه حق مزبور، بدل داشته باشد (مثلاً در مورد قصاص، مکفول‌له بخواهد دیه بگیرد هرچند در قتل عمد باشد و یا در مورد زوجیت، مکفول مرد باشد و مکفول‌له زن باشد که ادعای زوجیت می‌کند، در اینجا می‌توان از کفیل، مهر المثل در عوض زوجیت گرفت) دراین صورت برکفیل واجب است که آن بدل را بپردازد.

برخلاف مثل اجرای حد و تعزیر که بدل ندارد تا ازکفیل بتوان استیفا نمود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو إمتنع...** یعنی اگرکفیل خودداری کند از تحویل دادن مکفول، (و حاضر ساختن او) حاکم شرع او را اجبار به تحویل دادن می‌نماید، حال اگر باز امتناع ورزید از حاضر ساختن مکفول، صاحب حق (یعنی مکفول‌له) می‌تواند زندانی شدن کفیل را از حاکم بخواهد تا آنکه یا مکفول را حاضر سازد و یا ادا نماید حقی راکه بر گردن مکفول می‌باشد اگر (شرعاً) بشود ادا نمودن آن حق به جای مکفول، مثل بدهکاری

مالی (پس کفیل اگر بدهکاری مکفول را پرداخت نمود به مکفول‌له، ذمه‌اش بری می‌گردد) بنابراین اگر ادای حق به جای مکفول ممکن نباشد، مثل اینکه آن حق، حق قصاص باشد (که نمی‌شود کفیل را به جای مکفول، قصاص نمود) و مثل زوجیت (که کفیل نمی‌تواند حقوق زوجیت را به جای مکفول ادا نماید) و مثل آنکه مکفول‌له ادعای جرمی را نماید که موجب حد یا تعزیر می‌باشد.

حداً أو تعزیراً «حد» عبارت است ازکیفری که در اسلام، مقدارآن به طوردقیق معین است مثل هشتاد تازیانه، صد تازیانه و...، وجرائمی که موجب حد می‌باشند عبارتند از زنا، قذاف، شرب خمر، سرقت و...

(تعزیر) تأدیبی است که مقدارآن کمتراز«حد» می‌باشد وفرق آن با «حد» این است که مقدارآن دراسلام معلوم نیست وبستگی به نظرحاکم شرع دارد، برخلاف حد.

وفرق‌های دیگری بین آنها می‌باشد که به جهت اختصار، ازذکرآن دراینجا خودداری می‌شود ودرجای خود بیان خواهیم کرد.

اُلزم... (به صیغه مجهول، جواب است برای ـ فلولم یمکن ـ) یعنی درصورت مزبور حتماً باید کفیل را اجباربه احضارنمود اگراحضاربرای کفیل ممکن باشد، ومکفول‌له می‌تواند کیفرنماید کفیل را برای احضار (یعنی مکفول‌له ازحاکم درخواست کند که کفیل را تازیانه بزند تا آنکه احضارنماید مکفول را) چنانکه حکم چنین است درمورد هر کسی که امتناع ورزد ازادای حقی که به گردن دارد با اینکه می‌تواند آن را ادا نماید (می توان اورا تازیانه زد تا حق خود را ادا نماید).

فإن لم... (تفریع است بر ـ مع الامکان ـ) یعنی واگراحضارمکفول ممکن نباشد بر کفیل، وآن حق، بدلی داشته باشد مثل دیه درمورد قتل هرچند قتل عمدی باشد (پس دیه، بدل قصاص می‌باشد) ویا مانند مهرالمثل زوجه (که بدل زوجیت می‌باشد) دراین صورت واجب است برکفیل، آن بدل را ادا نماید (یعنی دیه ویا مهرالمثل را باید بدهد).

وقيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقا، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. وهو قوي.

ثم على تقدير كون الحق مالا وأداه الكفيل فإن كان قد أدى بإذنه رجع عليه، وكذا إن أدى بغير إذنه مع كفالته بإذنه، وتعذر إحضاره، وإلا فلا رجوع.

وقيل: يتعين إلزامه... توضیح: همانطوری که دانسته شد، نظر مصنف در مسأله مورد بحث این بود که کفیل بعد از حبس شدن، در صورت امکان پرداختن حق مکفول، مخیر می‌شود بین دو چیز یا احضار مکفول، یا پرداختن آنچه به گردن مکفول می‌باشد، و در صورت عدم امکان پرداختن حق مکفول، فقط مجبور به احضار می‌شود.

اکنون می‌فرماید که در مقابل قول مصنف، قول دیگری است و آن اینکه اگر صاحب حق (مکفول‌له) احضار مکفول را مطالبه کرد، از همان اول کفیل مجبور به احضار می‌شود هر چند امکان پرداختن حق مکفول برای کفیل باشد (یعنی هر چند حق، از حقوقی باشد که شرعاً نیابت بردار باشد و بشود آن را به جای مکفول بپردازد) مثل حق مالی و اگر چنانچه احضار ممکن نبود، آن وقت است که نوبت می‌رسد به اینکه حق را پرداخت نماید.

و دلیل این قول آن است که اغراض مردم در احضار مکفول، مختلف است و این جور نیست که غرض از احضار او منحصر به این باشد که حق را از او بگیرد، بلکه چه بسا ممکن است که مکفول‌له خود مکفول را می‌خواهد به جهت غرض خاصی مثل اینکه مال کفیل شبهه ناک می‌باشد و یا مکفول‌له می‌ترسد که مال کفیل، مال کسی دیگر در آید و مکفول‌له نتواند بدل آن را از او بگیرد، بدین غرض، مکفول‌له خود مکفول را می‌خواهد.

ترجمه و شرح عبارت: **و قیل...** یعنی وگفته شده که فقط باید کفیل را مجبور به احضار مکفول کرد ـ زمانی که صاحب حق یعنی مکفول‌له، بخواهد احضار آن را ـ مطلقا (یعنی هرچند پرداختن حق مکفول ممکن باشد، مثل دین) چون اغراض مردم منحصر

درپرداختن حق نیست (یعنی چه بسا غرض مکفول‌له ازاحضارمکفول منحصربه این نباشد که مکفول، حق خود را به اوبپردازد، بلکه غرضش علاوه برآن، چیزدیگری باشد) **و هو قوي** این نظرشارح است که قول مزبوررا می‌پسندد.

حکم رجوع کفیل به مکفول

ثم علی تقدیرکون... توضیح: درصورتی که حقی که به گردن مکفول است، حق مالی بوده باشد وکفیل آن را به مکفول‌له پرداخت نمود، آیا می‌تواند به مکفول مراجعه کرده و آنچه را به مکفول‌له پرداخته ازاوبگیرد؟ دردومورد ذیل می‌تواند مراجعه به اوکند:

اول: درموردی که مکفول‌له، احضارمکفول را ازکفیل بخواهد ولی کفیل اورا احضار نکند و با اذن مکفول، حق را به مکفول‌له بپردازد (خواه اینکه اصل کفالت نیز با اذن مکفول بوده باشد یا اینکه بی اذن اوباشد).

ودلیل جوازمراجعه به مکفول دراین مورد ـ چنانکه ازفرقی که بین کفالت وضمان بعداً ذکرخواهد نمود معلوم می‌گردد ـ این است که مکفول صریحاً به کفیل، اذن به ادای دینی که برعهده داشته است داده وطبق قاعده کلی هرگاه مدیون اجازه پرداخت دینی که به عهده اوست بدهد، پرداخت کننده می‌تواند مراجعه به مدیون کند وآنچه راکه پرداخته ازاوبگیرد.

دوم: اینکه کفیل با اذن مکفول، کفالت کرده باشد ولی دروقت مطالبه مکفول‌له احضارمکفول را، برای کفیل احضاراوممکن نشود واذن درپرداخت حق هم نتواند از مکفول بگیرد وبدون اذن او، حق را بپردازد.

ودلیل جوازمراجعه به مکفول دراین صورت، بعداً درآخربحث ذکرخواهد شد.

ودرغیرآن دومورد، کفیل نمی‌تواند به مکفول مراجعه کند، مثل دومورد ذیل:

۱. مثل اینکه هم کفالت و هم ادای حق بدون اذن مکفول بوده باشد و مکفول‌له احضار او را از کفیل بخواهد و برای کفیل، احضار او ممکن باشد ولی حاضر نسازد و حق را به مکفول‌له بپردازد.

۲. اینکه کفالت با اذن مکفول بوده باشد و در وقت مطالبه احضار مکفول، با اینکه قدرت بر احضار او داشته ولی احضار نکند و حق را به مکفول‌له بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: **ثم**... یعنی سپس بر فرض اینکه حقی که به گردن مکفول است، مال بوده باشد (مثل دین) و کفیل آن را (به مکفول‌له) بپردازد، در این صورت اگر (مکفول‌له احضار مکفول را بخواهد ولی کفیل آن را حاضر نسازد بلکه) حق را به اذن مکفول بپردازد (خواه کفالت هم به اذن او بوده یا به اذن او نبوده باشد) کفیل می‌تواند رجوع به مکفول کند (و آنچه را به مکفول‌له پرداخته از او بگیرد) و همچنین (می تواند رجوع به مکفول کند) اگر حق را بدون اذن مکفول بپردازد ولی کفالت با اذن او بوده اما احضار او ممکن نبوده باشد (و نیز گرفتن اذن در پرداختن هم برای او ممکن نباشد لذا بدون اذن، حق را بپردازد) **و إلا**... یعنی و در غیر آن دو صورت نمی‌تواند رجوع به مکفول کند.

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان: أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات، وحكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي فإذا أداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده الإذن في الأداء، لأنه كإذن البرئ للمديون في أداء دينه.

وأما إذنه في الكفالة إذا تعذر إحضاره واستئذانه في الأداء فذلك من لوازم الكفالة، والإذن فيها إذن في لوازمها.

والفرق بين الكفالة... توضيح: دربالا اشاره شد که مورد اول ـ اذن مکفول درادای حق ـ به دونحو ممکن است صورت بگیرد:

اول: آنکه کفالت نیزبه اذن اوباشد وپس ازاعلام کفیل به حضورمکفول دروقت معین، مکفول اذن بدهدکه حق را به مکفول‌له پرداخت نماید.

دوم: آنکه مکفول اذن درکفالت نداده باشد وکفالت بدون موافقت مکفول به عمل آمده باشد ولی بعداً به کفیل اذن بدهد حقی که برعهده اوست بپردازد، دراین صورت نیزپس ازپرداختن، کفیل می‌تواند به مکفول مراجعه کرده وآنچه را پرداخته ازاوبخواهد.

سؤال و جواب

اکنون دراینجا سؤالی پیش می‌آید وآن اینکه صورت دوم ـ که کفالت بدون اذن بوده ولی ادای دین با اذن بوده ـ چه فرقی با ضمان دارد که درضمان همانطوری که در مبحث خودگذشت گفته اند: «هرگاه ضمان، تبرعی باشد یعنی بدون اذن مضمون عنه باشد، ولی ضامن با اذن مضمون عنه، دین را اداکند، ضامن، حق مراجعه به مضمون عنه نداشته تا آنچه را به طلبکارپرداخته ازمضمون عنه بگیرد» اما درمورد بحث گفتید که حق مراجعه به مکفول دارد با اینکه فرض آن است که کفالت بدون اذن بوده همانطوری که درمسأله ضمان، ضمان بدون اذن بوده؟

جواب آن است که کفالت را با ضمان نمی‌توان مقایسه نمود، زیرا با یکدیگر فرق دارند وآن اینکه کفالت ذاتاً تعلق به مال ندارد، بلکه تعلق به بدن دارد، زیرا آن، تعهد به احضار شخص مکفول است وشامل پرداخت حقی که به عهده اوست نمی‌شود ودرنتیجه کفیل نسبت به آن حق، درحکم شخص ثالث اجنبی می‌باشد وارتباطی با آن ندارد، بنابراین، هرگاه مکفول پس ازکفالت به کفیل خود اذن دهد دینی که به عهده اوست بپردازد، طبق قاعده کلی «هرگاه مدیون اجازه پرداخت دینی که به عهده اوست، به شخص ثالث بدهد، شخص ثالث بعد ازپرداختن، می‌تواند مراجعه به مدیون کند» در اینجا هم کفیل وقتی که آن دین را پرداخت نمود، می‌تواند ازمدیون بخواهد، چون گفته شد که کفیل نسبت به مال، درحکم شخص ثالث اجنبی است.

برخلاف ضمان که ذاتاً تعلق به مال دارد (که دین مضمون عنه باشد) وضامن دراثر عقد ضمان، دین مدیون را برذمه می‌گیرد واومدیون به مضمون له می‌گردد ومضمون عنه ذمه‌اش بری می‌گردد وچون فرض این است که ضمان بدون اذن مدیون (مضمون عنه) می‌باشد، مضمون عنه درمقابل ضامن هیچ گونه تعهدی ندارد، واذن مضمون عنه درادای دین مانند اذن شخص ثالث اجنبی به مدیون است که دین خود را بپردازد، و این امربه تنهایی موجب تعهد اذن دهنده به پرداخت آنچه مأذون می‌دهد نمی‌گردد پس مأذون (ضامن) حق مراجعه به مضمون عنه نخواهد داشت که آنچه را به مضمون له پرداخته ازاوبگیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **و الفرق**... یعنی فرق بین کفالت وضمانت ـ دراینکه درمورد بحث کفیلی که با اذن مکفول پرداخت کرده باشد می‌تواند رجوع (به مکفول) کند هر چند کفالت بدون اذن بوده باشد، برخلاف ضمان که نمی‌تواند رجوع به مضمون عنه کند (اگرضمان بدون اذن باشد وادای دین با اذن باشد) ـ این است که کفالت بالذات تعلق به مال ندارد (بلکه تعلق به شخص دارد که مکفول باشد) وحکم کفیل نسبت به

مال، حکم شخص اجنبی است، بنابراین وقتی که کفیل، مال را با اذن مدیون (مکفول) پرداخت نمود می‌تواند رجوع به مدیون کند (وآنچه را پرداخته ازاوبگیرد، زیرا اگرکسی با اذن مدیون، دین اورا بپردازد می‌تواند به اورجوع کرده وآنچه پرداخته ازاوبگیرد) به خلاف ضامن، زیرا به مجرد ضمانت، مال انتقال به ذمه او می‌یابد (واومدیون می‌شود دربرابرمضمون له ومضمون عنه ذمه‌اش بری می‌گردد ومانند شخص اجنبی می‌شود) پس بعد ازضمان (بی اذن) دیگربرای ضامن، اذن درپرداختن دین، اثری ندارد (یعنی برای اوحق مراجعه به مضمون عنه نمی‌آورد) زیرا اذن مزبورمثل این می‌ماند که شخص ثالث بری الذمه، اذن دهد به مدیون درادای دینش (پس همانطوری که اذن شخص ثالث موجب این نمی‌شود که مدیون بعد ازادای دین خود، رجوع به شخص ثالث کند، همچنین اذن مضمون عنه بعد ازضمان تبرعی، موجب این نمی‌شود که ضامن بعد از ادای دین خود رجوع به مضمون عنه کند) **في رجوع**... متعلق است به فرق **هنا** یعنی در کفالت **بخلاف الضمان** حکم این مسأله درکتاب الضمان گذشت درآنجاکه مصنف فرمود: «نعم لا یرجع علیه مع عدم إذنه» **إن الکفالة**... خبراست برای ـ والفرق ـ **أداء دینه** ضمیربه مدیون برمی‌گردد.

و أما إذنه في الکفالة... توضیح: این جواب ازسؤال مقدری است، تقدیرسؤال این است که ازفرقی که دربالا ذکرشد معلوم گردید که درکفالت، چیزی که موجب جوازرجوع به مکفول می‌گردد همانا اذن درپرداخت دین است، پس به چه دلیل شما درمورد دوم نیز ـ یعنی موردی که بدون اذن، پرداخت کرده باشد اماکفالت با اذن بوده باشد ـ حکم به جوازرجوع کردید درحالی که پرداختن بدون اذن بوده؟

جواب می‌فرماید که دلیل جوازرجوع درآن مورد این است که هرچند صریحاً نتوانسته ازمکفول اذن درپرداخت دین بگیرد، ولی چون پرداخت دین ازلوازم شرعی کفالت است ووقتی اذن به چیزی داده شد، ضمناً اذن به لوازم آن چیزهم می‌باشد، پس اذن در

کفالت، اذن به پرداخت دین هم خواهد بود، بدین جهت حق رجوع به مکفول خواهد داشت.

ترجمه وشرح عبارت: **و أما إذنه...** یعنی واما (درموردی که پرداختن دین بدون اذن باشد با) اذن مکفول درکفالت (که گفته شد بعد ازپرداختن دین، حق رجوع به مکفول دارد) زمانی که نتوانست مکفول را احضارنماید و(نیزنتوانست) اذن درپرداخت دین از او بگیرد، پس (دلیل آن این است که) پرداخت مزبور از لوازم کفالت است و اذن در کفالت، اذن درلوازم آن می‌باشد و**إستئذانه** عطف است بر ـ احضاره ـ.

(ولو علق الكفالة) بشرط متوقع، أو صفة مترقبة (بطلت) الكفالة، (وكذا الضمان والحوالة) كغيرها من العقود اللازمة (نعم لو قال: "إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا" صحت الكفالة أبدا ولا يلزمه المال المشروط، ولو قال: "علي كذا إن لم أحضره" لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور.

ومستند الحكمين رواية داود بن الحصين عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام.

وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر، ولكن المصنف والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنده.

وربما تكلف متكلف بما لا يسمن ولا يغني من جوع، وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشرائع وغيره.

اشتراط تنجيز در كفالت

(ولو علّق الكفالة)... توضيح: عقد كفالت بايد به صورت منجز انجام گيرد، بنابراين، اگر عقد كفالت را معلق بر چيزى كند باطل مى‌شود، خواه معلق بر شرط باشد يا معلق بر صفت.

و مقصود از شرط، چيزى است كه وقوع و عدم وقوع آن هر دو امكان دارد، مثل آمدن مسافر، و داخل شدن زيد به خانه، و مقصود از صفت، چيزى است كه وقوع آن عادتاً قطعى است، مثل طلوع آفتاب يا زوال آن (چنانكه شارح مكرر در موارد مختلف اين كتاب توضيح داده است، يكى از آن موارد، كتاب الطلاق است).

كفالت معلق بر شرط مثل اينكه بگويد: «أنا كفيل بزيد إن دخل دارى» وكفالت معلق بر صفت مثل اينكه بگويد: «أنا كفيل بزيد إن طلعت الشمس».

ترجمه و شرح عبارت: **متوقع** (به فتح قاف به صیغه اسم مفعول) یعنی شرطی که احتمال وقوع آن داده می‌شود، مثلاً آمدن مسافر **مترقبة** (نیز به صیغه اسم مفعول است) یعنی چیزی که قطعاً واقع می‌شود ولی انتظار وقوع آن کشیده می‌شود مثل طلوع آفتاب.

نعم إن قال: إن لم أُحضره... توضیح دانسته شد که اگر تعلیق در خود عقد کفالت باشد عقد باطل می‌شود.

اکنون می‌فرماید که اگر بعد از وقوع عقد کفالت، صیغه دیگری را اضافه کند که در آن به صورت تعلیق، مالی را شرط بر خود کرده باشد (یعنی با صیغه جداگانه‌ای ملتزم شود که در صورت عدم احضار مکفول در موعد مقرر، مالی معین به مکفول‌له بدهد) آیا مال مزبور بر عهده کفیل لازم می‌گردد یا نه؟ یعنی آیا آن تعهد و التزام، الزام‌آور است؟

می‌فرماید که: این صیغه را به دو گونه می‌توان واقع ساخت:

۱. اینکه شرط در آن مقدم بر جزاء باشد مثل اینکه بعد از گفتن «أنا کفیل بزید» که عقد کفالت است، بگوید: «وان لم أُحضره الی کذا کان عَلَیّ کذا» یعنی من کفیل هستم به تن فلانی و اگر او را تا فلان مدت حاضر نساختم، بر عهده من باشد که فلان مبلغ به تو بدهم.

۲. اینکه جزا مقدم بر شرط باشد، مثل اینکه بعد از گفتن «أنا کفیل بزید» بگوید: «عَلَیّ کذا إن لم احضره».

مصنف فرموده است که: حکم در صورت اول این است که کفالت برای همیشه صحیح است و اما مالی را که شرط بر خود کرده، بر او لازم نمی‌گردد (ظاهر این حکم آن است که حتی در صورتی هم که کفیل، مکفول را حاضر نساخت باز بر عهده کفیل، مال مزبور لازم نمی‌گردد).

و اما حکم در صورت دوم این است که مالی را که شرط کرده، چنانچه در موعد مقرر مکفول را حاضر نساخت، آن مال بر عهده کفیل لازم می‌گردد.

(ناگفته نماند که این دو حکمی که ذکرگردید همانا از جهت آن صیغه جداگانه‌ای می‌باشد که بعد ازکفالت می‌باشد، واما ازجهت عقد کفالت، حکمش قبلاًگذشت که اگر احضار مکفول برای او ممکن باشد ودرعین حال اورا حاضر نسازد، زندان می‌شود که یا حاضر کند ویا دین اورا بپردازد، واما اگر ازابتدا احضار برای او ممکن نباشد، طبق نظریه‌ای که بعداً درمبحث خود خواهد آمد، کفالت ساقط می‌شود وبه عهده او چیزی لازم نمی‌گردد).

شارح می‌فرماید که این حکمی که مصنف ذکر نموده، فتوای مشهوراست ومدرک حکم درهردوصورت مسأله، روایت داود بن حصین به یک واسطه ازامام صادق علیه‌السلام می‌باشد، ولی ازنظرترکیب نحوی وکلام عربی، فرق گذاشتن بین آن دوصورت مسأله، درحکم، مورد اشکال است وآن اینکه چرا درصورت اول مسأله ـ که شرط مقدم برجزاء ذکرشده ـ مالی راکه شرط کرده، برکفیل لازم نمی‌گردد، گرچه مکفول را حاضرنسازد ودر صورت دوم ـ که جزا برشرط مقدم شده ـ مالی راکه شرط کرده، برکفیل لازم می‌گردد اگر مکفول را حاضر نسازد، با اینکه تقدم وتأخرشرط تأثیری دراختلاف حکم نمی‌گذارد چون شرط اگرچه لفظاً مؤخرذکرگردد، طبعاً مقدم می‌باشد.

ولی با وجود اشکال مزبور، مصنف وجماعتی ازفقها به مضمون روایت عمل کرده‌اند بدون آنکه تصرفی درروایت کرده وآن را توجیه نمایند، یعنی وجهی برای فرق بین آن دو صورت ازنظرحکم، ذکرنکرده‌اند واین درحالی است که روایت مزبورضعف سند هم دارد، البته بعضی ازفقها خود را به زحمت انداخته ووجه‌هایی برای فرق بین آن دو صورت ذکرنموده‌اند ولی هیچ یک ازآن وجه‌ها سیراب کننده نیست. واگرتحقیق مطلب را خواهانی رجوع به کتاب «مسالک» کن.

نگارنده گوید: ما ابتدا روایت داود بن حصین را ذکرکرده سپس بعضی ازمطالبی راکه شارح درباره آن روایت درکتاب «مسالک» ذکرکرده دراینجا می‌آوریم:

اما روایت چنانکه شیخ صدوق درکتاب «من لا یحضر» ذکرکرده چنین است:

«روی داود بن الحصین عن أبي ألعباس عن ابي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً، قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه ما قال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الاجل الذي أجّله»[1]

یعنی ازامام صادق عليه السلام پرسیدم مردی ضامن تن شخصی شده که تا مدت معینی اورا تحویل دهد واگرنداد، فلان مبلغ درهم برعهده اوباشد، فرمود: اگرتا رأس مدت اورا آورد، مبلغی ازآنچه قرارکرده براونیست (وچنانچه نیاورد اوکفیل تن خواهد بود) وپیوسته ضامن تن می‌باشد (وضامن مال نیست) مگراینکه اول خود به مبلغی شروع کند (مثلاً بگوید این قدر می‌دهم اگرتا فلان روزاورا نیاورم) پس اگر ابتدا به مبلغ کرد آنگاه وی را نیاورد ودرمدت معینی تحویل طلبکارنداد ضامن مال است.

شارح درکتاب «مسالک» فرموده: آنچه که ظاهرروایت مزبوراقتضا می‌کند این است که درهردوصورت مسأله، کفالت به صیغه جداگانه‌ای به طورتام واقع شده (مثلاً به صیغه أناکفیل به) وبه دنبال آن صیغه، جمله شرطیه را آورده که درآن دراهمی را شرط کرده است واین جمله را به دوقسم تقسیم نموده (به این معنی که دریک قسم، شرط مقدم برجزا ذکرشده ودرقسم دیگرجزا مقدم برشرط ذکرشده).

ودراهمی راکه شرط کرده، مقصود ازآن یا همان مبلغ دینی است که به گردن مکفول می‌باشد ویا مقصود ازآن اعم ازآن دین است، زیرا گاهی حقی که به گردن مکفول است، دین نمی‌باشد بلکه قصاص ویا زوجیت می‌باشد که دراین صورت کفالت به خاطردین نخواهد بود.

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۹۶.

سپس شارح فرموده که: جمله ـ إن جاء به الی الاجل فلیس علیه ما قال ـ که در روایت آمده، اگر از نظر اصولی، مفهوم گیری کنیم از باب مفهوم شرط، مفهومش این می‌شود که اگر تا آن مدت معین، مکفول را حاضر نساخت، به عهده کفیل آن مبلغ لازم می‌گردد، بنابراین، حکم هر دو صورت مسأله، یکی خواهد بود، زیرا حکم در صورت دوم مسأله هم همان است که از مفهوم آن جمله استفاده شد، پس استثنایی که در روایت آمده استثناء منقطع خواهد بود، وگویا امام علیه‌السلام چنین فرموده که حکم این است که اگر مکفول را حاضر نساخت باید مالی را که شرط کرده بپردازد خواه آن مال را مقدم ذکر کند یا مؤخر ذکر کند.

واما اگر آن جمله روایت را مفهوم گیری نکنیم ـ بنابر اینکه از نظر اصولی، شرط، مفهوم نداشته باشد ـ در این صورت همانطوری که سابقاً گفته شد، فرق گذاشتن بین دو صورت مسأله، مشکل می‌شود و وجهی برای آن به نظر نمی‌رسد.

ترجمه و شرح عبارت: **نعم إن قال**... یعنی آری هرگاه کفیل (بعد از اتمام صیغه کفالت) بگوید: «اگر من مکفول را تا فلان وقت حاضر نکردم، فلان مبلغ به عهده من باشد» کفالت صحیح است برای همیشه و دیگر بر عهده او مالی که شرط شده، لازم نمی‌گردد و اگر کفیل (جزا را مقدم بر شرط بدارد و چنین) بگوید: به عهده من فلان مبلغ باشد اگر او را حاضر نساختم، در این صورت آنچه شرط کرده است از مبلغ، بر کفیل لازم می‌گردد در صورتی که مکفول را حاضر نسازد.

این حکم مشهور بین فقهاست و مدرک دو حکم مذکور، روایتی است از داود بن حصین (به صیغه مصغر) از ابوالعباس از حضرت صادق علیه‌السلام، ولی فرق گذاشتن بین دو صیغه (یعنی دو جمله شرطیه، صورت اول و صورت دوم) از نظر ترکیب کلام عرب، مورد اشکال است ولکن مصنف و جماعتی از فقها عمل به مضمون آن روایت کرده‌اند در

حالی که توقف بر خود روایت کرده‌اند (به این معنی که تصرف در روایت نکرده و آن را توجیه ننموده اند) و این درحالی است که سند حدیث، ضعیف هم می‌باشد.

و ربما... یعنی و چه بسا زحمت اندازی، خود را به زحمت انداخته، (یعنی بعضی از فقها خود را به زحمت انداخته) برای فرق گذاشتن به وجهی که این وجه نه چاق کننده است و نه بی‌نیاز از گرسنگی می‌کند (سیرکننده نیست).

لایسمن ولایغنی من جوع این جمله اقتباس از آیه شریفه در سوره «غاشیه»[1] می‌باشد که به صورت مَثَل درآمده است وکنایه از این است که فرقی که فقها ذکرکرده‌اند قانع کننده و دلچسب نیست **و إن أردت...** یعنی اگر می‌خواهی بر تحقیق مطلب دست بیابی، رجوع کن به آنچه که درآن باره درکتاب شرح شرایع (به نام مسالک الافهام) وغیر آن کتاب نوشته‌ایم.

---

[1] سوره غاشیه، آیه ٦.

(وتحصل الكفالة) أي حكم الكفالة (بإطلاق الغريم من المستحق قهرا) فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن، وعلى ما اخترناه مع تعذر إحضاره لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع.

كفالت قهری

(و تحصل الكفالة)... توضیح: هرکس، شخصی بدهکاررا از دست صاحب حق، خارج کرده و او را فراری دهد، در حکم کفیل می‌گردد وکفالت قهری برای او تحقق می‌یابد، پس احکام کفالت برشخص رهاکننده جاری می‌شود به قرارذیل:

طبق مبنای مصنف درمسأله کفیلی که امتناع ورزد ازاحضارمکفول، شخص رها کننده ازهمان ابتدای امر، مختاراست بین اینکه یا بدهکارفراری را حاضرکرده وتحویل صاحب حق بدهد ویا اینکه حقی راکه به گردن بدهکارفراری است بپردازد (اگرحق از حقوقی بودکه قابل پرداخت باشد مثل دین).

واما طبق مبنای شارح درمسأله کفیل، وظیفه شخص رهاکننده درابتدا آن است که اگرقدرت داشته باشد باید بدهکاررا حاضرنماید واگراحضاربرای اوممکن نباشد، نوبت می‌رسد به اینکه باید حقی راکه به گردن بدهکارفراری است بپردازد (زیرا طبق قاعده کلی هرکس تجاوزبه حق دیگری کند باید آن را جبران بنماید، بدین گونه که مادام وضعیت اولیه قابل برگشت باشد، شخص متجاوزباید آن وضعیت را برگرداند واگرقابل آن نباشد، بدل آن را ادا نماید، بدین جهت کسی که بدهکاررا ازدست صاحب حق رهانیده باید آن را بگیرد وبه اوتحویل دهد وچنانچه نتواند باید حقی راکه به عهده شخص فراری ثابت است بپردازد).

ترجمه وشرح عبارت: **و تحصل**... یعنی تحقق می‌یابد کفالت ـ مقصود حکم کفالت است ـ به سبب رهانیدن قهری (فراری دادن جبری) بدهکارازدست صاحب

حق، بنابراین (حکم کفالت این است که:) لازم می‌گیرد شخص رهاکننده را اینکه یا حاضرسازد بدهکارفراری را ویا ازعهده حقی که به گردن بدهکاراست برآید اگر (برآمدن ازعهده آن برای شخص رهاکننده) ممکن باشد (مثل مواردی که حق مزبور، دین بوده باشد واما درصورت عدم امکان مثل صورتی که حق ازقبیل قصاص یا زوجیت باشد حکمش همان است که سابقاً درکفالت صحیح دانسته شد) **باطلاق الغریم** اضافه اطلاق به غریم ازباب اضافه مصدربه مفعول است **المستحق** به صیغه اسم فاعل یعنی صاحب حق (طلبکار) **قهراً** قید است برای ـ اطلاق ـ یعنی به زوررهانیدن **فیلزمه**... بیان تفصیلی است برای حکم کفالت **إن أمکن** ضمیر مقدر در ـ أمکن ـ به اداء بر می‌گردد.

و علی ما إخترناه... یعنی (طبق مبنای مصنف درکفیل، دانسته شد که شخص رهاکننده، مختاراست بین احضاربدهکاروبین پرداخت حق او، ولی) طبق مبنای ما (درکفیل همانا پرداخت حق) درصورت ممکن نشدن احضاراست (واما درصورت امکان احضار، وظیفه حتمی اوفقط احضاراست) **ما إخترناه**... مختارشارح سابقاً در ذیل عبارت مصنف «فللمستحق طلب حبسه حتی یحضره أویودی ما علیه» گذشت درآنجاکه بعد ازبیان قول دیگر«وقیل یتعین إلزامه بإحضاره...» فرمود: وهوقوي.

لکن هنا حیث... توضیح: بعد ازآنکه شخص رهاکننده، حق بدهکاررا به صاحب حق پرداخت نمود آیا می‌تواند به بدهکاررجوع کرده وآنچه را پرداخته ازاوبگیرد؟

می‌فرماید: چنانچه موقع فرار، بدهکاربه آن شخص، امربه پرداخت حق نکرده باشد، آن شخص نمی‌تواند رجوع به اوکند وآنچه را پرداخته ازاوبگیرد، زیرا ازفراری دادن بدهکار، اذن درپرداخت حق، حاصل نشده تا موجب جوازرجوع به بدهکارشود، به خلاف کفالت صحیحی که همراه با اذن درپرداخت دین بوده باشد که درآنجا چون اذن

بوده، کفیل بعد از پرداختن دین می‌تواند رجوع به مکفول کند برای گرفتن آنچه پرداخته است چنانکه سابقاً حکمش گذشت.

ترجمه و شرح عبارت: **لکن هنا**... یعنی ولی در مورد بحث وقتی که مال بدهکار، از شخص رها کننده گرفته شد، دیگر برای آن شخص، حق مراجعه بر بدهکار نیست (تا آنچه را پرداخته از او بگیرد) در صورتی که بدهکار (موقع فرار) امر به پرداخت مال نکرده باشد **إذ لم یحصل**... (علت است برای ـ لارجوع ـ) یعنی زیرا حاصل نشده از رهانیدن، چیزی که موجب جواز رجوع به بدهکار باشد (و مقصود از آن چیز، اذن می‌باشد).

(فلو كان) الغريم (قاتلا) عمدا كان أم شبهه (لزمه إحضاره، أو الدية)، ولا يقتص منه في العمد لأنه لا يجب على غير المباشر.

ثم إن استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلص وإن تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل، لأنها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق، ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق ـ من قصاص أو مال ـ وأخذ الحق من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلصه، كتخليصه من يد المستحق.

(فلو كان) الغريم... توضیح: اگر بدهکار فراری، قاتل بود (یعنی بدهکاری او قصاص یا دیه بود نه دین) بر شخصی که سبب فرار و رهایی او شده، لازم می‌شود یکی از این دو امر یا احضار کند او را و یا دیه قتل را به ولیّ مقتول بدهد ـ چه در قتل عمد و چه قتل شبه عمد ـ و در صورت قتل عمد اگر قاتل را حاضر نکرد نمی‌توان شخص رها کننده را قصاص کرد، زیرا قصاص بر مباشر قتل ثابت است نه غیر مباشر و فرض این است که مباشر قتل، فراری است، بدین جهت بدل قصاص، بر کسی که سبب فرار او شده ثابت می‌شود.

حال بعد از آنکه رها کننده، دیه را به ولیّ مقتول پرداخت نمود، اگر قاتل همواره فراری بود و پیدا نشد، دیه‌ای که پرداخته شد، از کیسه رها کننده رفته است و اما اگر ولیّ مقتول در صورت قتل عمدی، قاتل را پیدا کرد باید دیه‌ای را که گرفته، به رها کننده برگرداند، چه در صورتی که قاتل را قصاص کند و چه قصاص نکند، زیرا در صورت قصاص کردن، علتش معلوم است، چون حق خود را با قصاص نمودن، استیفا کرده پس باید دیه‌ای را که گرفته برگرداند.

و اما در صورت عدم قصاص، علتش آن است که وجوب دیه بر رها کننده همانا از باب بدل حیلوله ثابت بود، یعنی به خاطر این بود که چون وی به واسطه فراری دادن

قاتل، حائل شده بود بین قاتل وولیّ مقتول، وفاصله انداخته بود بین آنها ودرنتیجه مانع ازقصاص شده بود، به واسطه فراری دادن قاتل، بدین جهت بدل آن براوواجب شد، ولی اکنون فرض این است که آن حیلولت ومانع، برطرف شده، چون قاتل را پیداکرده‌اند و می‌توانند اورا قصاص کنند واگرهم نمی‌خواهند قصاص کنند، می‌توانند دیه را ازخود اوبگیرند، پس دیگربدل حیلولت (یعنی دیه) بررهاکننده واجب نخواهد بود وقصاص نشدن قاتل اکنون مستند به خواسته خود ولیّ مقتول است، زیرا خود او نمی‌خواهد قصاص نماید، نه اینکه مستند به تقصیررهاکننده باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **فلوکان**... یعنی اگربدهکار (بدهکارمالی ازقبیل دین نبود بلکه) قاتل بود (که بدهکارقصاص است) خواه قتل عمد یا شبه عمد، لازم می‌گیرد رها کننده را اینکه یا احضارکند بدهکاررا ویا دیه قتل را بدهد، ونباید رهاکننده را درصورت قتل عمد، قصاص نمود، زیرا قصاص برکسی که مباشرقتل نبوده ثابت نیست.

ثم إن... یعنی سپس (بعد ازآنکه دیه را پرداخت نمود) اگرقاتل همواره فراری بود، مالی که (به عنوان دیه) پرداخته ازکیسه رهاکننده رفته است، واما اگرولی مقتول دست یافت برقاتل درصورت قتل عمد، واجب می‌شود برولی مقتول اینکه برگرداند دیه را به کسی که غرامت کشیده (یعنی رهاکننده که دیه را پرداخته) هرچند ولی مقتول (بعد از دست یافتن برقاتل) قاتل را قصاص نکند.

لأنها... (علت است برای وجوب ردّ دیه درصورت عدم قصاص) یعنی زیرا دیه واجب شد (بررهاکننده) به خاطروقوع فاصله بین قاتل وولیّ مقتول (به واسطه فراری دادن قاتل وبه عبارت دیگردیه بررهاکننده واجب شد به سبب مانع شدنش ازقصاص) وحال، فرض آن است که مانع برطرف شده، وقصاص نکردن قاتل اکنون مستند به اختیارصاحب حق است (یعنی ولی مقتول، خودش به اختیارخودش نمی‌خواهد قصاص کند، نه اینکه مستند به تقصیررهاکننده باشد).

ولو کان تخلیص... توضیح: تا اینجا احکام رهانیدن بدهکار از دست طلبکار بود، اکنون حکم رهانیدن بدهکار از دست کفیل را بیان می‌کند، یعنی اگر کفیل در وقت مقرر، بدهکار را گرفته بود که آن را به طرف طلبکار آورده و تحویل او بدهد، چنانچه شخص بیاید و آن بدهکار را از دست کفیل گرفته و فراری دهد، در این صورت اگر طلبکار نتوانست به بدهکار دست بیابد تا حق خود را ـ چه مال باشد و چه قصاص ـ از او بگیرد و در نتیجه حق خود را از کفیل گرفت (یعنی اگر حق، مال بود، مال را گرفت، و اگر قصاص بود، دیه گرفت) کفیل می‌تواند رجوع کند به آن شخصی که بدهکار را از دست او فراری داده و آنچه به صاحب حق پرداخته از او بگیرد، همچنانکه در مسأله قبل یعنی صورتی که شخص، بدهکار را از دست طلبکار فراری داده باشد، طلبکار رجوع می‌کند به آن شخصی که سبب فرار شده است و حق خود را از او می‌گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کان...** یعنی اگر رهانیدن بدهکار، از دست کفیل باشد (نه از دست صاحب حق و طلبکار) و مکفول‌له نتواند حق خود ـ چه قصاص و چه مال ـ را از بدهکار بگیرد (یعنی بعد از فراری دادن بدهکار، مکفول‌له هم نتواند بر او دست یابد تا حق خود را بگیرد) و حق از کفیل گرفته شود، کفیل می‌تواند رجوع کند به آن کسی که بدهکار را رهانیده است (و آنچه به مکفول‌له پرداخته از او بگیرد) همچنانکه رهانیدن بدهکار از دست صاحب حق (طلبکار) حکمش همین است (یعنی طلبکار رجوع می‌کند به رهاکننده و حق خود را از او می‌گیرد).

(ولو غاب المكفول) غيبة يعرف موضعه (أنظر) الكفيل بعد مطالبة المكفول له بإحضاره، و (بعد الحلول) إن كانت مؤجلة (بمقدار الذهاب) إليه (والإياب) فإن مضت ولم يحضره حبس وألزم ما تقدم، ولو لم يعرف موضعه لم يكلف إحضاره، لعدم إمكانه ولا شئ عليه، لأنه لم يكفل المال، ولم يقصر في الإحضار.

حکم غایب شدن مکفول

(ولو غاب المكفول)... توضیح: هرگاه مکفول پس از عقد کفالت، غایب شود (مثلاً برای انجام امور شخصی خود از شهری که محل سکونت اوست خارج شده باشد) به طوری که در صورت بی مدت بودن کفالت اگر مکفول‌له احضار مکفول را هر وقت بخواهد کفیل نتواند درآن وقت حاضر نماید، و در صورت مدت‌دار بودن کفالت بعد از رسیدن موعد مقرر، کفیل نتواند درآن موعد حاضر نماید، حکم در این مسأله چیست؟

می فرماید: مکفول درآن صورت از دو حال خارج نیست: یا مکان او معلوم است که کجا رفته و یا معلوم نیست:

۱. اگر مکان او معلوم باشد، کفیل حق دارد برای احضار او به اندازه‌ای که پیش مکفول برود و او را با خود بیاورد، مهلت بخواهد از مکفول‌له، و باید مکفول‌له به او آن اندازه مهلت بدهد، و این مهلت در صورت بی مدت بودن کفالت، بعد از مطالبه مکفول‌له حساب شود، و در صورت مدت‌دار بودن کفالت، بعد از رسیدن موعد مقرر و مطالبه مکفول‌له حساب شود.

حال اگر آن مهلت تمام شد و مکفول را حاضر نکرد، می‌توان کفیل را حبس نمود تا اینکه یا او را حاضر سازد و یا آنچه را به گردن اوست بپردازد به تفصیلی که در مسائل قبلی گذشت.

۲. و اگر مکان او معلوم نباشد که کجا رفته (به گونه‌ای که احضار او حتی با دادن مهلت امکان پذیر نباشد) در این صورت عقد کفالت منحل و لغو می‌شود به این معنی که دیگر تکلیفی بر کفیل نخواهد بود، نه موظف به احضار خواهد بود (چون احضار برای او امکان ندارد و تکلیف نمودن او به احضار، تکلیف مالایطاق است) و نه موظف به دادن مالی که به گردن مکفول است می‌باشد، زیرا تعهد والتزام به دادن مال نداده تا از عهده آن برآید (بلکه تعهد به شخص مکفول کرده بود) و فرض هم این است که در احضار مکفول مرتکب تقصیر نشده، پس بر او به هیچ وجه تکلیفی نیست.

ناگفته نماند که بعضی از محشین اشکال بر حکم مزبور کرده‌اند که ما از ذکر آن خودداری کردیم، چون در این شرح بنا به ذکر اشکالات نیست مگر در مواقع ضرورت.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو غاب**... یعنی اگر مکفول غایب شد غیبتی که محل او معلوم است (کجا رفته) باید مهلت داده شود کفیل ـ بعد از مطالبه مکفول‌له احضار مکفول را (در صورتی که کفالت بی مدت بود) و بعد از رسیدن موعد مقرر (در صورتی که کفالت مدت‌دار بود) ـ به مقدار رفتن به سوی مکفول و برگشتن (یعنی مهلت داده شود به کفیل به اندازه‌ای که برود و مکفول را بیاورد) **اُنظر** به صیغه مجهول **بمقدار** متعلق است به ـ انظر ـ **فإن مضت**... یعنی اگر آن مهلت بگذرد و مکفول را حاضر نسازد، کفیل زندان می‌شود و مجبور می‌گردد به آنچه که قبلاً گفته شد (یعنی یا احضار و یا پرداختن آنچه به گردن مکفول می‌باشد) **و لو لم**... یعنی و اما اگر (مکفول غایب شده باشد غیبتی که) معلوم نباشد محل او، تکلیف نمی‌شود کفیل به احضار مکفول (و عقد کفالت منحل می‌شود) زیرا احضار او غیر ممکن است، و چیزی (از مال مکفول) بر او واجب نخواهد بود، زیرا او کفالت مال نکرده است (بلکه کفالت شخص مکفول را کرده) و تقصیر در احضار هم نداشته (تا پرداخت مال بر او واجب باشد).

(وينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد)، لأنه المفهوم عند الإطلاق.

ويشكل لو كانا في برية أو بلد غربة قصدهما مفارقته سريعا، لكنهم لم يذكروا هنا خلافا كالسلم، والإشكال يندفع بالتعيين.

مكان تحويل مكفول

(وينصرف الإطلاق... توضيح: اگر عقد كفالت را مطلق واقع بسازند يعنى در عقد، محلى براى تحويل مكفول تعيين نكنند، اطلاق عقد، انصراف به محل عقد دارد و كفيل بايد مكفول را در همان محلى كه عقد واقع شده، تحويل بدهد.

و دليل آن اين است كه چون از اطلاق عقد، محل عقد فهميده مى‌شود يعنى از اطلاق عقد، فهميده مى‌شود كه قصد آنها تحويل در همان محل عقد است.

شارح مى‌فرمايد كه اين حكم در بعضى موارد به اشكال برخورد مى‌كند، چون اگر فرض كنيم كه عقد را در بيابان واقع ساخته باشند و يا در شهر غربتى كه مى‌خواهند به سرعت از آن شهر خارج شوند، در اين صورت اگر بگوئيم كه اطلاق عقد، انصراف به آن محل دارد مشكل است، چون قرائن حاليه دلالت مى‌كند بر اينكه آنها قصدشان تحويل در آن مكان نيست.

ولى با وجود اين اشكال، فقها در اين مسأله اختلاف نكرده‌اند و قول مخالفى را نقل نكرده‌اند، بر خلاف مسأله بيع سلم كه در آنجا مسأله، اختلافى و چند قول در آن بود، چنانكه در كتاب المتاجر گذشت.

به هر حال، اگر آنها در عقد، محل تحويل را ذكر و تعيين نمايند، اشكالى پيش نمى آيد، بدين جهت بهتر آن است كه محل تحول را در ضمن عقد، تعين نمايند.

ترجمه و شرح عبارت: **و ينصرف...** يعنى اطلاق عقد كفالت، انصراف به اين دارد كه كفيل، مكفول را در محل عقد تحويل بدهد، زيرا محل عقد به ذهن مى‌آيد در وقت

اطلاق عقد **و یشکل**... یعنی انصراف به محل عقد، مشکل می‌شود (درمواردی که قرائن دلالت کند براینکه آنها قصدشان تحویل درمکان عقد نیست، مثل اینکه) اگرکفیل و مکفول‌له دربیابان بوده (وعقد کفالت را درآنجا واقع ساخته باشند) ویا درشهرغربتی که قصدشان هرچه زودترجدا شدن ازآن شهراست.

ولی (با وجود این اشکال) فقها دراینجا (که بحث کفالت است) قول خلافی ازکسی نقل نکرده‌اند.

کالسلم به نظرمی‌رسد که تشبیه درمنفی است نه درنفی، پس مقصود این است که همچنانکه دربیع سلم نقل خلاف کرده‌اند (نسبت به اینکه بایع جنس پیش فروش شده را درکجا باید تحویل مشتری بدهد که بعضی ازفقها، اطلاق عقد بیع را درآنجا انصراف به محل عقد دانسته‌اند، وبعضی دیگرگفته‌اند باید تعیین کنند محل عقد را واگرتعیین نکنند، بیع باطل است وبعضی دیگرتفصیل داده‌اند چنانکه درکتاب المتاجر گذشت).

و الإشکال... یعنی اشکال مزبوردفع می‌شود به واسطه تعیین کردن آنها محل تحویل مکفول را.

(ولو عين غيره) أي غير موضع العقد (لزم) ما شرط، وحيث يعين أو يطلق ويحضره في غير ما عين شرعا لا يجب تسلمه وإن انتفى الضرر.

(ولو عيَّن غيره)... توضیح: اگر در عقد کفالت، محلی برای تحویل مکفول تعیین نمایند، کفیل باید مکفول را در آن محل تحویل بدهد، زیرا در عقد، محل خاصی، شرط شده و شرطی که مشروع و خلاف شرع مقدس نباشد، واجب الوفاست به دلیل «المؤمنون عند شروطهم» و غیر آن.

سپس فرماید: در صورت تعیین محل و یا در صورت اطلاق عقد (که انصراف به محل عقد دارد) چنانچه کفیل، مکفول را در غیر آن محل حاضر سازد، بر مکفول‌له واجب نیست که آن را تحویل بگیرد هر چند تحویل گرفتن در آن محل برای او ضرری نداشته باشد.

و دلیل آن این است که چیزی که بر صاحب حق، واجب است آن است که اگر بدهکار، حق او را بدهد باید قبول نماید و معلوم است که حق مکفول‌له همانا در آن محلی است که شرعاً معین است پس بر او قبول در غیر آن محل، واجب نیست چون آنجا حق او نمی‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو عين**... (به صیغه مجهول) یعنی اگر (در عقد) تعیین و شرط شود (که محل تحویل مکفول) غیر محلی که عقد خوانده‌اند (باشد) آنچه شرط کرده‌اند لازم می‌گردد (و باید در همان محل شرط شده، تحویل بدهد) **و حيث**... یعنی در جایی که محل تحویل، تعیین گردد و یا جایی که عقد مطلق باشد و کفیل حاضر سازد مکفول را در غیر محلی که شرعاً برای او معین است (که در صورت تعیین، همان محل برای او شرعاً معین است و در صورت اطلاق، محل عقد برای او شرعاً معین است) واجب نیست (بر مکفول‌له) تحویل گرفتن آن گرچه (تحویل گرفتن در آن محل) ضرر برای او نداشته باشد **و ان إنتفى الضرر** این جمله اشاره است به رد قول شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» زیرا ایشان گفته است که اگر در تحویل گرفتن مکفول‌له در آن مکان، ضرری متوجه او نشود باید آن را تحویل بگیرد.

(ولو قال الكفيل: لا حق لك) على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمني إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع الدعوى إلى صحة الكفالة، وفسادها فيقدم قول مدعى الصحة، و (حلف المستحق) وهو المكفول له ولزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق، لأنه لإثبات حق يصحح الكفالة، ويكفي فيه توجه الدعوى نعم لو أقام بينة بالحق وأثبته عند الحاكم ألزم به كما مر، ولا يرجع به على المكفول، لاعترافه ببراءة ذمته، وزعمه بأنه مظلوم.

نزاع کفیل با مکفول‌له

(ولو قال الكفيل... توضیح: اگر بین کفیل و مکفول‌له نزاع واقع شود به این نحوکه کفیل به مکفول‌له بگوید: که در آن زمانی که من کفالت کردم، تو حقی به گردن مکفول نداشتی، لذا من تکلیفی ندارم که مکفول را حاضر نمایم، ولی مکفول‌له می‌گوید: که در آن زمان، من حق به گردن او داشتم.

در این صورت قول مکفول‌له مقدم است، زیرا نزاع آنها به صحت و بطلان کفالت بر می‌گردد به جهت اینکه شرط صحت کفالت آن است که مکفول‌له حقی به گردن مکفول داشته باشد. پس گفته کفیل به اینکه درزمان کفالت، تو حقی به گردن مکفول نداشتی معنایش آن است که درزمان کفالت، کفالت من باطل بوده وگفته مکفول‌له به اینکه در آن زمان، من حق به گردن مکفول داشتم، معنایش آن است که کفالت تو صحیح بوده و فقها گفته‌اند که در هر نزاعی که یکی مدعی صحت عقد باشد و دیگری مدعی بطلان آن، قول مدعی صحت مقدم است. زیرا اصل درعقد، صحت است به دلیل اینکه اصل درکارهای شخصی مسلمان آن است که آن را بروجه صحیح و طبق ضوابط مقرره شرعی انجام می‌دهد.

پس قول مکفول‌له (که مدعی صحت کفالت است) مقدم داشته می‌شود، منتها باید قسم هم بخورد و در نتیجه کفالت ثابت می‌شود وکفیل موظف می‌گردد که مکفول را احضار نماید.

حال ببینیم که آیا با قسم مزبور، شرعاً حق واقعی به گردن مکفول ثابت می‌شود تا اینکه (طبق آن نظریه‌ای که اگر احضار مکفول ممکن نشد باید کفیل حقی راکه به عهده مکفول است بپردازد اگر قابل پرداخت برای او بود و یا بدل آن را بپردازد اگر خود آن قابل پرداخت برای او نبود) درمورد بحث اگر احضار مکفول ممکن نشد، برکفیل واجب باشد که حقی راکه به عهده مکفول است بپردازد یا نه؟

می فرماید: که با قسم مزبور، حق واقعی که به عهده مکفول است ثابت نمی‌شود تا آن مقدار را بتوان ازکفیل گرفت، زیرا قسم مزبور، فقط ثابت می‌کند که مکفول‌له به گردن مکفول، اجمالاً حقی دارد (یعنی حق ادعایی را ثابت می‌کند) تاکفالت صحیح شود.

اگرکسی سؤال کند مگر در صحت کفالت، شرط نیست که حق واقعی به بینه شرعی ثابت شده باشد؟ جواب می‌دهد که خیر، شرط نیست، بلکه در تصحیح کفالت همین مقدارکه ادعای حق ازطرف مکفول‌له شود کافی است گرچه تفصیلاً به واسطه بینه نزد حاکم هنوزثابت نشده باشد (چنانکه دراول کتاب کفالت نیزاشاره به این مطلب شد درآنجاکه شارح فرمود: «صاحب الحق ولوبالدعوی») وچه بسا خود مکفول هم منکر حق باشد وبعداً اثبات عدم حق را بنماید.

آری اگر مکفول‌له به توسط بینه نزد حاکم شرع توانست حق واقعی را به گردن مکفول اثبات نماید، دراین صورت می‌تواند کفیل را الزام نماید که حق مزبوررا بپردازد، ولی کفیل بعد ازپرداختن حق مزبور نمی‌تواند رجوع به مکفول کند تا حقی راکه پرداخته ازاوبگیرد، زیراکفیل اعتراف می‌کند که ذمه مکفول ازآن حق، بری است وبدهکار به مکفول‌له نمی‌باشد وبه گمان اومکفول‌له با ادعای حق برمکفول، ظلم برمکفول می‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو قال**... یعنی اگر کفیل (به مکفول‌له) بگوید که تو حقی نداشتی بر مکفول در زمان کفالت **حالة الکفالة** ظرف است برای ـ لا حقّ ـ **فلا یلزمني**... یعنی پس بر من لازم نمی‌گردد حاضر ساختن مکفول **فالقول**... یعنی (در نزاع مزبور) قول، قول مکفول‌له است (یعنی ادعای او مقدم داشته می‌شود) به دلیل اینکه نزاع مزبور بر می‌گردد به صحت کفالت و بطلان آن (که مکفول‌له ادعای صحت آن را می‌کند چون می‌گوید که در زمان کفالت، من حق به گردن مکفول داشتم، ولی کفیل ادعای بطلان آن را می‌کند، چون می‌گوید در زمان کفالت، تو حق به گردن مکفول نداشتی) پس (اعتنا به ادعای کفیل نمی‌شود بلکه) مقدم داشته می‌شود قول (مکفول‌له زیرا اوست) مدعی صحت.

قول مدعي الصحة شارح در کتاب المتاجر[1] علت تقدیم قول مدعی صحت را چنین بیان کرده که: «لانها الاصل فی تصرفات المسلم» یعنی اصل در کارهایی که شخص مسلمان انجام می‌دهد آن است که صحیح انجام می‌دهد یعنی از آنجا که شخص مسلمان پای بند به مقررات اسلامی است و اعمال و رفتارش تابع ضوابط و مقررات شرعی است، اصل بر این است که هر عملی که انجام می‌دهد مطابق مقررات و ضوابط مذکور است و خلاف آن را مرتکب نمی‌شود، مثلاً اگر با موردی از بیع، مواجه شدیم و تردید حاصل شد که آیا در بیع مزبور، شرایط صحت عقد ـ از قبیل رضایت متعاملین و قصد و اراده و اختیار آنها ـ و صیغه‌های مربوط به صحت عقد مذکور، واقع شده است یا نه؟ بنابر اصل فوق الذکر معامله انجام یافته باید صحیح تلقی گردد به دلیل اینکه شخص مسلمان از آنجا که مسلمان است، اصل در عمل او این است که پای بند به مقررات اسلامی باشد.

و حلف... یعنی و باید صاحب حق ـ که مکفول‌له می‌باشد ـ قسم بخورد (بر اینکه در حال کفالت، حق به گردن مکفول داشته است) و (وقتی قسم خورد، کفالت ثابت می‌شود و) لازم می‌گیرد کفیل را که حاضر کند مکفول را، حال اگر احضار او ممکن نشد، دیگر با آن قسم قبلی، حق واقعی مکفول‌له به گردن مکفول، ثابت نمی‌گردد (تا بر کفیل، ادای آن لازم گردد) زیرا قسم قبلی برای اثبات حقی بود اجمالاً که تصحیح کفالت را کند و در تصحیح کفالت هم همین مقدار کافی است که ادعای حق (از طرف مکفول‌له) شود (هر چند ادعای مزبور هنوز به طریق شرعی ثابت نشده باشد، چون حق اعم است از حق ادعایی و حق واقعی، و در اینجا قسم مزبور، حق ادعایی را اثبات می‌کند تا کفالت صحیح شود و اما حق واقعی، باید به بینه ثابت گردد، و حاصل کلام اینکه در اینجا مکفول‌له با دو نفر طرف است: یکی با کفیل و یکی با مکفول و قسمی که خورده است مربوط می‌شود به نزاعی که با کفیل دارد که با آن قسم، فقط صحت کفالت ثابت می‌شود و اما آن حقی که به گردن مکفول دارد، با آن قسم ثابت نمی‌شود، چون آن حق، مربوط می‌شود به ادعایی که مکفول‌له بر مکفول دارد (و مربوط به کفیل نیست) و چه بسا مکفول در واقع بریٔ الذمه باشد و حجتی بر عدم آن حق داشته باشد، بدین جهت مکفول‌له برای اثبات آن حق، باید بینه بیاورد و لذا شارح می‌فرماید:) آری اگر مکفول‌له بینه‌ای اقامه کند بر آن حق و نزد حاکم آن را ثابت نماید، می‌تواند کفیل را (در صورت عدم امکان احضار مکفول) ملزم به ادای آن حق نماید چنانکه (در مسائل قبلی) گذشت، و کفیل نمی‌تواند این حق را (که به مکفول‌له پرداخته) از مکفول بگیرد، زیرا وی اعتراف دارد که ذمه مکفول، بری است (و بدهکار به مکفول‌له نیست) و به گمان او مکفول مظلوم است (و نباید مکفول‌له ادعای حق به گردن او بکند) **یصحح الکفالة** صفت است برای حق.

(وكذا لو قال) الكفيل للمكفول له: (أبرأته) من الحق، أو أوفاكه، لأصالة بقائه.

ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برئ من دعوى الكفيل، ولزمه إحضاره، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءة أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها للكفيل، لأنها كانت لإثبات الكفالة، وهذه دعوى أخرى وإن لزمت تلك بالعرض.

نزاع دیگر بین کفیل و مکفول‌له

(وكذا لو قال)... توضیح: اگر نزاع کفیل با مکفول‌له به این صورت بود که کفیل به او بگوید: «تو مکفول را از حقی که به عهده‌اش بود ابراء نمودی» (یعنی حق را از ذمه او اسقاط نمودی) و یا کفیل بگوید: «مکفول، حق تو را پرداخت نمود» پس الان من موظف به احضار او نیستم چون دیگر تو حقی به گردن او نداری، ولی مکفول‌له آن را انکار کند و بگوید که حق من هنوز به گردن مکفول باقی است.

در این صورت نیز (چنانچه کفیل، بینه‌ای برای برائت ذمه مکفول نداشته باشد) قول مکفول‌له با قسم خوردنش پذیرفته می‌شود، و دلیل آن این است که چون اصل، بقاء حق است (با توجه به اینکه کفیل اعتراف دارد به اینکه ابتدا، حق ثابت بوده و الان ادعای نفی آن را می‌کند به واسطه ادعای ابراء کردن یا پرداخته شدن حق) و اصل مزبور موافق قول مکفول‌له می‌باشد پس به حسب قواعد قضایی مکفول‌له، منکر محسوب است و منکر وظیفه‌اش قسم خوردن است اگر مدعی، بینه‌ای نداشته باشد و در مورد بحث، فرض این است که کفیل، مدعی است و بینه‌ای بر ادعای خود ندارد.

حال که وظیفه مکفول‌له قسم خوردن شد، از دو حال بیرون نیست: یا او اقدام به خوردن قسم می‌کند و یا اقدام نمی‌کند بلکه آن را رد به کفیل می‌نماید که او قسم بخورد، حکم حالت دوم را مصنف در عبارت بعدی بیان خواهد کرد. و اما حالت اول: شارح حکمش را در اینجا ذکر می‌نماید و آن این است که چنانچه مکفول‌له قسم بر بقاء حق

خورد، کفالت ثابت می‌شود و در نتیجه باید کفیل به وظیفه‌اش عمل نماید و مکفول را حاضر نماید حال اگر مکفول را حاضر ساخت و او نیز ادعای برائت ذمه خود را نماید (به یکی از دو صورت سابق: که یا ادعای اسقاط حق از جانب مکفول‌له نمود و یا ادعای پرداخت حق نمود) در این صورت برای اثبات بقاء حق بر ذمه مکفول باید مکفول‌له یک قسم دیگر بخورد و قسمی که اول خورده کافی نیست چون قسم اولی برای اثبات کفالت بود در نزاعی که با کفیل داشت در مورد ثبوت کفالت و عدم ثبوت آن، و ادعای مکفول نزاع دیگری است با مکفول‌له در مورد ثبوت حق و عدم ثبوت آن، پس قسم اولی ربطی به نزاع دوم ندارد و باید در این نزاع، قسم دیگر بخورد تا بقاء حق بر ذمه مکفول ثابت گردد.

گرچه نزاع دوم بالعرض ملازم با نزاع اول هم می‌باشد (چون اگر در نزاع دوم ثابت شود که مکفول، ذمه‌اش بریٔ از حق می‌باشد، ادعای کفیل هم ثابت می‌شود و کفالت هم ساقط می‌گردد، زیرا وقتی که حق ساقط شد، کفالت هم به دنبال آن ساقط می‌گردد) ولی در مورد بحث چون فرض آن است که اول، نزاع اول پیش آمده (که نزاع مکفول‌له با کفیل باشد) و در آن نزاع، اثبات کفالت شد و اثبات کفالت، اثبات حق را نمی‌کند (چنانکه در مسأله سابق این مطلب روشن گردید) بدین جهت بعد از اثبات کفالت، اگر نزاع دوم پیش آمد باید قسم دیگری بخورد تا اثبات حق بشود.

ترجمه و شرح عبارت: **وکذا...** یعنی و همچنین است (قول مکفول‌له مقدم داشته می‌شود با قسم خوردنش) در صورتی که (نزاع کفیل با مکفول‌له به این صورت باشد که) کفیل به مکفول‌له بگوید: «ابراء کردی تو مکفول را از حق» و یا (بگوید:) «وفا نمود یعنی پرداخت کرد مکفول به تو، حق را» **لأصالة...** (دلیل است برای تقدیم قول مکفول‌له در آن نزاع) یعنی چون اصل بقاء حق است (یعنی استصحاب بقاء حق می‌شود، و این اصل موافق با قول مکفول‌له می‌باشد).

ثم إن... یعنی سپس (بعد از آنکه وظیفه مکفول‌له، قسم خوردن شد، حال) اگر قسم خورد مکفول‌له بر باقی بودن حق (به گردن مکفول) بری شود از ادعای کفیل و (کفالت او ثابت می‌شود پس) لازم می‌گیرد کفیل را اینکه حاضر سازد مکفول را آنگاه اگر مکفول را آورد و او نیز ادعای برائت ذمه نمود (به یکی از دو وجهی که ذکر شد) اکتفا نمی‌شود به آن قسمی که مکفول‌له برای کفیل خورد (و باید یک قَسَم دیگری هم برای مکفول بخورد) زیرا قسمی که برای کفیل خورد همانا (در نزاع بین مکفول‌له و کفیل) برای اثبات کفالت بود، و اما این ادعا (یعنی ادعای مکفول، برائت ذمه را) نزاع دیگری است (که بین مکفول‌له و مکفول می‌باشد و برای اثبات حق می‌باشد پس باید برای اثبات آن، قسم دیگری بخورد) هر چند این نزاع دوم، ملازم با نزاع اول است بالعرض.

و هذه... شرح این عبارت به عربی چنین است: یعنی دعوی المکفول، البرائة، دعوی آخری غیر دعوی الکفیل مع المکفول‌له **و إن لزمت....** ضمیر مؤنث بر می‌گردد به ـ دعوی آخری ـ **تلک** یعنی آن دعوای قبلی یعنی دعوای کفیل با مکفول‌له، و اینکه بعضی از محشین کلمه «تلک» را اشاره به قسم کفیل دانسته است، درست نیست، و آنچه ما ذکر کردیم از کتاب «مسالک» نیز استفاده می‌شود.

(فلو) لم يحلف و (رد اليمين عليه) أي على الكفيل فحلف (برئ من الكفالة والمال بحاله) لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين كما مر، ولأنه لا يبرأ بيمين غيره.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة برئا معا، لسقوط الكفالة بسقوط الحق، كما لو أداه، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئا معا.

(فلو) لم يحلف... توضيح: گفته شد که در نزاع بالا وظیفه مکفول‌له، قسم خوردن است تا قولش پذیرفته شود، اکنون می‌فرماید که اگر وی قسم نخورد و وآن را به کفیل برگرداند که او قسم بخورد آنگاه کفیل قسم بخورد بر برائت ذمه مکفول، در این صورت کفیل از تعهد کفالت، بری می‌شود و دیگر تکلیفی به احضار مکفول ندارد.

حال ببنیم آیا با قسم مزبور، برائت ذمه مکفول از حق نیز ثابت می‌شود یا نه؟ می‌فرماید که خیر، ثابت نمی‌شود بلکه حق به حال خود بر ذمه مکفول خواهد بود، به دو دلیل:

۱. اینکه چون ـ چنانکه سابقاً دانسته شد ـ دو نزاع مستقل در اینجا می‌باشد، یکی نزاع بین مکفول‌له و کفیل است که در مورد اثبات کفالت و عدم آن می‌باشد، و نزاع دوم بین مکفول‌له و مکفول است که در مورد ثبوت حق و عدم ثبوت آن می‌باشد، پس قسمی که در نزاع اول خورده شده، کفالت را ساقط می‌کند، و در نزاع دوم، قسم دیگر لازم خواهد بود تا حق یا عدم آن ثابت شود.

۲. اینکه با قسم خوردن شخص دیگر، ذمه انسان بدهکار، بری نمی‌گردد و باید خود انسان قسم بخورد تا ذمه‌اش بری گردد.

آری اگر در نزاع اول ـ که مکفول‌له، قسم را به کفیل برگردانده است ـ چنانچه مکفول، آن قسم را بخورد به اینکه ذمه او بری از حق می‌باشد، در این صورت، هم ذمه او از حق بری می‌گردد و هم ذمه کفیل از تعهد کفالت بری می‌گردد، زیرا وقتی که حق از ذمه مکفول ساقط شد، کفالت هم به دنبال آن ساقط می‌گردد، و این مثل آن است که مکفول، حق را به مکفول‌له پرداخت نماید که هم ذمه او بری شده و هم ذمه کفیل از کفالت بری می‌گردد.

و همچنین اگر در نزاع دوم، مکفول‌له از قسم خوردن امتناع ورزد و آن را به مکفول برگرداند، آنگاه مکفول آن قسم را بخورد، در این صورت نیز ذمه مکفول و ذمه کفیل بری می‌گردد (هر چند در نزاع اول، مکفول‌له قسم بر بقاء حق خورده باشد) زیرا در نزاع دوم، به واسط قسم مکفول، حق از ذمه او ساقط شده و به دنبال آن، کفالت هم ساقط می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **فلو لم یحلف**... یعنی اگر مکفول‌له قسم نخورد و قسم را بر کفیل رد نماید آنگاه کفیل قسم بخورد، وی از تعهد کفالت بری می‌گردد (و دیگر وظیفه ندارد که مکفول را حاضر سازد) ولی مال (یعنی حقی که به ذمه مکفول است) به حال خود باقی است، ذمه مکفول از آن بری نمی‌گردد (با آن قسمی که کفیل خورده است) زیرا آن دو نزاع با یکدیگر مختلفند چنانکه گذشت، و نیز برای اینکه مکفول بری الذمه نمی‌شود با قسم خوردن شخص دیگر (یعنی کفیل).

نعم لو... یعنی آری اگر مکفول، آن قسمی را که (به کفیل در نزاع او با مکفول‌له) برگردانده شده، بخورد بر اینکه ذمه مکفول از حق، بری است، هر دو با هم بریٔ الذمه می‌شوند (مکفول و کفیل) زیرا کفالت ساقط می‌شود به واسطه سقوط حق (با قسم خوردن مکفول) همچنانکه اگر مکفول، حق را ادا نموده باشد (که در این صورت، هم ذمه او و هم ذمه کفیل بری می‌گردد).

المردودة... همانطوری که بعضی از محشین و نیز صاحب کتاب «مفتاح الکرامه» تصریح کرده است، مقصود از ـ مردودة ـ آن است که قسم، به کفیل رد شده باشد در نزاعی که بین مکفول‌له و کفیل می‌باشد.

در اینجا یک اشکال به نظر می‌رسد و آن اینکه چگونه می‌شود که قسمی که بر کفیل رد شده است، مکفول آن قسم را بخورد و آیا چنین قسمی صحیح است درحالی که فرض آن است که نزاع بین مکفول‌له و کفیل می‌باشد و طرف نزاع، کفیل است و قاعدتاً باید خود

کفیل، که قسم به اورد شده، قسم را بخورد و با قسم خوردن دیگری (یعنی مکفول) نزاع مکفول‌له با کفیل، حل نمی‌شود.

بعضی از محشین برای دفع این اشکال گفته‌اند که مقصود از مردوده، رد قسم به مکفول می‌باشد و بین آن صورت وصورت بعدی، فرقی را ذکر کرده‌اند هرکه خواهد به حاشیه مراجعه نماید.

نگارنده گوید که آنچه صاحب این حاشیه بیان کرده، خلاف ظاهر عبارت است.

و کذا لو نکل... یعنی و همچنین (در نزاع مکفول‌له با مکفول) اگر مکفول‌له امتناع ورزد از خوردن قسمی که در نزاع با مکفول به عهده‌اش آمده، آنگاه مکفول آن قسم را بخورد، هر دو (مکفول وکفیل) ذمه اشان بری می‌گردد.

(ولو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما) إياه تاما، لحصول الغرض، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبي.

وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق؟ قولان أجودهما الثاني، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة. وكذا القول في تسليم نفسه، وتسليم الأجنبي له.

وقيل: لا يبرأ مطلقا، لتغاير الحقين. وضعفه ظاهر.

وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأول.

کفالت دو نفر از یک نفر

(ولو تكفل إثنان بواحد... توضیح: در صورتی که دو نفر کفیل یک نفر بشوند که او را در موعد مقرر حاضر کنند، اگر یکی از دو کفیل به تعهد خود عمل کرد و مکفول را به مکفول‌له تحویل داد، تعهد کفالت از ذمه کفیل دیگر ساقط می‌شود، زیرا غرض از کفالت آن دو کفیل، احضار مکفول برای یک مرتبه بود و این غرض به واسطه ایفاء تعهد یک نفر، حاصل می‌گردد و در نتیجه تعهد کفالت از ذمه کفیل دوم ساقط می‌گردد همچنانکه اگر مکفول خودش را تحویل داد ویا اگر شخص ثالثی او را تحویل به مکفول‌له داد، تعهد کفالت از ذمه کفیل ساقط می‌گردد.

بحثی که بین فقها در اینجا هست این است که آیا در کفایت تحویل یکی از آنها باید کفیل که تحویل می‌دهد قصد کند که مکفول را از جانب خود و هم از جانب رفیقش (کفیل دوم) تحویل می‌دهم (تا از ذمه دومی ساقط شود) یا اینکه لازم نیست چنین قصدی کند بلکه اگر بطور مطلق بدون قصد مزبور، مکفول را حاضر ساخت، از ذمه دومی ساقط می‌شود؟ دو قول است، شارح قول دوم را می‌پسندد و ظاهر اطلاق عبارت مصنف

هم آن را اقتضا می‌کند، زیرا اگر قصد تحویل از طرف رفیقش لازم بود هرآینه مصنف آن را درعبارت بیان می‌نمود.

و همین بحث، درمورد حاضرشدن خود مکفول و یا درمورد حاضرکردن شخص ثالث او را نیز می‌آید یعنی درمورد اول آیا باید مکفول درموقع تحویل خویش، قصد کند که از طرف کفیل، خودم را تحویل می‌دهم (تا اینکه کفالت از ذمه کفیل ساقط شود) یا اینکه اگر قصد آن را نکند بازهم کفالت از ذمه کفیل ساقط می‌شود؟

و درمورد دوم نیز آیا شخص ثالث درموقع احضار مکفول باید قصد کند که مکفول را از طرف کفیل تحویل می‌دهم (تا اینکه کفالت از ذمه کفیل ساقط شود) یا اینکه قصد آن، شرط نیست؟.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو تکفل**... یعنی اگر دو نفر کفیل یک نفر بشوند، کافی است که یکی از آنها تحویل دهد مکفول را بطورکامل (معنای تحویل کامل سابقاً درعبارت شارح دراوائل بحث کفالت گذشت) زیرا (به تحویل دادن یکی از آنها) غرض (ازکفالت) حاصل می‌شود همچنانکه اگر مکفول، خودش را تحویل، و یا شخص بیگانه‌ای او را تحویل داد (کفایت می‌کند و تعهد کفالت از ذمه کفیل ساقط می‌گردد).

و هل یشترط... یعنی آیا (درکفایت تحویل یکی از دوکفیل) شرط است که تحویل‌دهنده، قصد کند تحویل مکفول را از طرف خود و از طرف شریکش (یعنی کفیل دوم) یا اینکه بطورمطلق تحویل بدهد کافی است (هرچند چنان قصدی نکند)؟ دو قول درآن می‌باشد، پسندیده ترین آنها قول دوم است و همین هم مقتضای اطلاق عبارت مصنف است **و کذا القول**... یعنی و همچنین است سخن (یعنی آن دو قول می‌آید) در مورد تحویل دادن مکفول، خویش را، و درمورد تحویل دادن شخص بیگانه، مکفول را.

و قیل... توضیح: دانسته شد که نظر مشهور و مصنف این بود که تحویل دادن یکی از کفیلها کافی است و آن بحثی هم که بین فقها در آنجا مطرح بود (و دو قول در آن بود) همانا برطبق قول مشهور بود.

و حالا در مقابل قول مشهور، بعضی گفته‌اند که تحویل دادن یکی از کفیلها کافی نیست، خواه قصد کند که مکفول را از طرف خود و رفیقم، تحویل می‌دهم، یا اینکه چنین قصدی هم نکند، به هر حال باید هرکدام از کفیلها جداگانه به تعهد خود عمل کنند، زیرا مکفول‌له به ذمه هر یک از آنها جداگانه، حق دارد، بنابراین أدای یک حق موجب سقوط حق دیگری نمی‌شود.

شارح می‌فرماید که این قول ضعفش روشن است، زیرا چنانکه سابقاً گفتیم غرض از کفالت، تحویل گرفتن مکفول است و این به وسیله یکی از دو کفیل حاصل می‌گردد.

سپس می‌فرماید که: ثمره و فایده اختلاف بین قول مزبور و قول مشهور، در جایی ظاهر می‌شود که بعد از تحویل داده شدن مکفول به دست کفیل اول، مکفول فرار کند از دست مکفول‌له، در این صورت اگر قول مشهور را قائل شویم، دیگر مکفول‌له نمی‌تواند کفیل دوم را ملزم به احضار مکفول نماید، زیرا تعهد کفالت از ذمه او ساقط شد به حضور مکفول، و اما اگر قائل به قول دوم شویم، مکفول‌له می‌تواند کفیل دوم را ملزم به احضار مکفول نماید، زیرا حق مکفول‌له به ذمه کفیل دوم هنوز باقی است.

ترجمه و شرح عبارت: **و قیل**... (این قول در مقابل قول مصنف و مشهور است) یعنی بعضی گفته‌اند که کفیل دوم، ذمه‌اش از کفالت بری نمی‌شود خواه کفیل اول در موقع تحویل، قصد از طرف کفیل دوم هم بکند و خواه چنین قصدی هم نکند، زیرا حقی که به ذمه دو کفیل است، با یکدیگر متغایرند (پس هرکدام از آنها باید جداگانه از عهده حق و وظیفه‌ای که به گردن دارند برآیند) شارح می‌فرماید: ضعف این قول واضح است.

و تظهر الفائدة... یعنی فایده و ثمره بین قول مشـــهور و قول مزبور در صـــورتی ظاهر می‌شـود که: مکفول بعد از تحویل دادن کفیل اول، او را، فرار کند (بنابر قول مشـهور لازم نیسـت برکفیل دوم که مکفول را حاضـر سـازد ولی بنابر قول دیگر، لازم اسـت او را حاضـر کند) **تسلیم الأول** اضافه تسلیم به ـ الأول ـ از باب اضافه مصدر به فاعل است.

(ولو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما) معا، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره وقد حصل.

کفالت در مقابل دو نفر

(ولو تكفل بواحد... توضیح: اگر در یک عقد کفالت، شخصی کفیل شود که مکفول را برای دو نفر حاضر سازد، در این صورت باید مکفول را به هریک از آنها جداگانه تحویل دهد، بنابراین اگر مکفول را به یکی از آنها تحویل داد، موجب سقوط کفالت نسبت به همان فرد (مکفول‌له) می‌باشد و اما در مقابل فرد دیگر (مکفول‌له دوم) ذمه‌اش از تعهد کفالت، بری نمی‌شود تا وقتی که مکفول را به او نیز تحویل بدهد.

و دلیل این حکم آن است که گرچه در اینجا یک عقد خوانده شده ولی در حقیقت به دو عقد، منحل می‌شود و گویا دو کفالت به عهده گرفته است، زیرا هریک از آنها جداگانه از مکفول، طلب دارند، پس کفیل باید نسبت به هر دو نفر، برائت ذمه از کفالت حاصل کند.

و مورد بحث همانند آن است که برای هریک از دو نفر، به عقد مستقل، کفیل شود و یا همانند آن است که انسان ضامن دو دین برای دو نفر، هرکدام جداگانه بشود که در این صورت همانطوری که اگر ضامن، دین یکی از آنها را پرداخت نمود، ذمه‌اش به دین دیگری مشغول است و ساقط نمی‌شود، در مورد بحث نیز کفیل وقتی که ایفاء تعهد کفالت در برابر یکی از آن دو نفر نمود و مکفول را به او تحویل داد، ذمه‌اش به تعهد کفالت در برابر دیگری مشغول است و ساقط نمی‌شود و باید مکفول را به وی نیز تحویل دهد.

وازاینجا فرق این مسأله با مسأله سابق (که دونفرکفیل شده باشند دربرابریک نفر- مکفول‌له -که گفتیم اگر یکی ازکفیل‌ها به وظیفه عمل کرد، ازکفیل دیگری ساقط می‌شود) روشن می‌شود، زیرا درمسأله سابق، غرض ازکفالت دونفردرمقابل یک نفراین بود که مکفول به آن یک نفرتحویل داده شود، واین غرض با حاضرساختن یکی ازدو کفیل، مکفول را، حاصل می‌شود.

به خلاف مسأله مورد بحث که چون درحقیقت به منزله دوکفالت است، هرکفالتی یک غرض مستقل دارد ومعلوم است که با ایفاء تعهد دریک کفالت، غرض ازهمان کفالت، حاصل می‌شود واما غرض ازکفالت دیگر، حاصل نمی‌گردد مگراینکه ایفاء تعهد دیگری شود، وبه بیان دیگرتمام غرض ازکفالت درمورد بحث، آن وقتی حاصل می‌شود که مکفول را به هردونفرتحویل بدهد، واما با تحویل دادن وی به یک نفر، تمام غرض حاصل نمی‌شود.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو تکفل**... یعنی اگرکفیل شدکه یک نفررا برای دونفرحاضر سازد، باید آن را به هردوتحویل بدهد، زیرا یک عقد دراینجا به منزله دوعقد است (و منحل به دوعقد می‌شود) همانند اینکه اگرکفیل شود برای هریک مستقلاً (به دوعقد) و یا همانند اینکه اگرضامن شود دودین را برای دوشخص (مضمون له) آنگاه دین یکی را پرداخت نماید که دراین صورت، ضامن، ازدین آن دیگری بریٔ الذمه نمی‌شود.

بخلاف السابق... (ازاینجا بیان می‌کند فرق مسأله مورد بحث را با مسأله سابق که دونفرکفیل شوند برای یک نفر) یعنی به خلاف مسأله سابق (که درآنجا به واسطه ایفاء تعهد یک کفیل، تکلیف ازذمه کفیل دیگرساقط می‌شود) زیرا غرض ازکفالت دوکفیل برای یک نفرآن است که مکفول تحویل آن یک نفرداده شود واین غرض، حاصل شده (به توسط یکی ازدوکفیل).

(ويصح التعبير) في عقد الكفالة (بالبدن، والرأس، والوجه) فيقول: "كفلت لك بدن فلان أو رأسه أو وجهه" لأنه يعبر بذلك عن الجملة، بل عن الذات عرفا، وألحق به الكبد، والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، والجزء الشائع فيه ـ كثلثه، وربعه ـ استنادا إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.

الفاظی که در عقد کفالت می‌توان به کار برد

(و يصح التعبير)... توضیح: از آنجا که غرض اصلی از کفالت، احضار ذات مکفول است لذا باید در عقد کفالت، الفاظی را به کار برد که دلالت بر احضار ذات بکند، بنابراین بین فقها خلافی نیست در اینکه اگر در عقد کفالت، کفیل چنین بگوید: «کفلت لک زیداً» و یا «أنا کفیل بزید» و یا «أنا کفیل باحضار زید» صحیح است چون همه این الفاظ دلالت بر ذات زید می‌کنند.

حال ببینیم که آیا عقد با الفاظ «بدن» و «رأس» و «وجه» صحیح است یا نه؟ مثلاً بگوید: «کفلت لک بدن زید» و یا «رأس زید» و یا «وجه زید».

مصنف می‌فرماید که: تعبیر به الفاظ مزبور در عقد کفالت صحیح است، شارح در دلیل آن می‌فرماید که: چون لفظ «بدن» در عرف عام، اطلاق بر مجموع اعضاء بلکه بر ذات شخص (بدون ملاحظه اعضاء او) می‌شود هر چند به نظر دقیق، حقیقت آنها مختلف است.

و اما لفظ «رأس» و «وجه» هر چند معنای حقیقی آنها، عضو مخصوص از بدن است ولی در عرف عام گاهی اطلاق بر مجموع بدن و ذات شخص می‌شود، مثلاً در کلام عرب گفته می‌شود: «یبقی رأسه و وجهه» و از این جمله اراده بقاء ذات و مجموع بدن می‌شود.

بعضی از فقها ـ مثل علامه حلی ـ الفاظ دیگری را ملحق کرده‌اند، از قبیل لفظ «کبد» و «قلب» و غیر این دو از اجزاء بدن که انسان بدون هریک از آنها زنده نمی‌ماند (یعنی

اجزاء رئیسه‌ی بدن) ونیز جزء مشاع را هم ملحق کرده مثل لفظ «ثلث» (یعنی یک سوم) و«رُبع» مثلاً بگوید: «کفلت لک ثلث زید» پس کفالت با این الفاظ صحیح است.

ودلیل علامه حلی برآن این است که چون احضار این اجزاء امکان ندارد مگر اینکه مجموع مکفول احضار شود پس کفالت با الفاظ مزبور به منزله کفالت مجموع مکفول خواهد بود، یعنی وقتی که مثلاً بگوید:«کفلت لک ثلث زید» گویا گفته است «کفلت لک زید» که مقصودش قطعاً تمام زید است.

ترجمه وشرح عبارت: **و یصح**... یعنی صحیح است درعقد کفالت، تعبیر شود به «بدن» و«رأس» و«وجه» وگفته شود: «کفلت لک بدن فلان» (یعنی کفیل شدم برای توکه بدن فلانی را حاضر نمایم) یا «رأس فلان» یا «وجه فلان» (یعنی کفیل شدم برای توکه سر فلانی یا صورت فلانی را حاضرکنم) زیرا به حسب عرف با این الفاظ، تعبیر می‌شود از مجموع وتمامی شخص بلکه تعبیر می‌شود از ذات شخص (بدون ملاحظه معنای مجموع اعضاء).

الجملة یعنی مجموع وکل **بل عن الذات** کلمه ـ بل ـ دراینجا اشاره به این است که اگر بگوییم که هریک ازآن الفاظ گاهی درعرف برای تعبیراز«ذات» به کاربرده می‌شود، بهتراست ازاینکه بگوییم برای تعبیراز«مجموع» به کاربرده می‌شوند، چون همانطوری که دربالاگفتیم غرض اصلی ازکفالت، احضارذات مکفول است، واگرهم تعبیربه «مجموع» می‌شود آن هم به خاطرآن است که از«ذات» تعبیربه «مجموع» می‌شود **عرفا** قید است برای ـ یعبّر.

و اُلحق... (به صیغه مجهول) یعنی بعضی ملحق کرده‌اند به هریک ازآن الفاظ مذکوره، لفظ «کبد» و«قلب» را وغیراین دوازاجزاء بدن که حیات وروح بدون هریک از آنها باقی نمی‌ماند، و(نیزملحق کرده اند) جزء شایع دربدن را (یعنی جزء مشاع) مثل ثلث زید، یا ربع زید، ودلیل آن این است که چون ممکن نیست احضار(جزئی از) مکفول

مگر به احضار تمام او (پس کفالت اجزاء مکفول به منزله کفالت مجموع و تمام او خواهد بود، و در نتیجه تعبیر به آن اجزاء صحیح می‌شود) **و الجزء... عطف** است بر ـ الکبد ـ.

وفي غير البدن نظر. أما الوجه والرأس فإنهما وإن أطلقا على الجملة لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقا شائعا متعارفا إن لم يكن أشهر من إطلاقهما على الجملة. وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح ـ مع الشك في حصوله، وأصالة البراءة من مقتضى العقد ـ غير جيد.

نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزءين اتجهت الصحة كإرادة أحد معنيي المشترك كما أنه لو قصد الجزء بعينه فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه.

اشکال شارح

وفي غير البدن نظر... توضیح: شارح می‌فرماید که در تعبیر به «بدن» اشکالی نیست که می‌توان آن را در عقد کفالت به کار برد، زیرا بدن و ذات به یک معنی هستند به حسب عرف.

ولی در الفاظ دیگر ـ مثل رأس و وجه و کبد و قلب و جزء مشاع ـ اشکال داریم:

اما اشکال در رأس و وجه: جهتش آن است که درست است که این دو لفظ در عرف بر مجموع بدن اطلاق می‌شوند ولی از آنجا که از سوی دیگر به طور شایع و متعارف بر معنای حقیقی خودشان (که عضو خاصی باشد) هم اطلاق می‌شوند، بدین جهت وقتی که کلام بدون قرینه باشد، در آن لفظ، احتمال دو معنی داده می‌شود (احتمال دارد، کفیل، مجموع بدن را قصد کرده باشد که معنای مجازی آن لفظ است، احتمال دارد عضو خاص را قصد کرده باشد که معنای حقیقی آن لفظ است، و از این دو معنی، معنای اول، مصحح کفالت و موجب تکلیف کفیل به مقتضای کفالت است که آن تکلیف، تکلیف به احضار مکفول می‌باشد، ولی معنای دوم، مصحح کفالت نیست و کفالت با قصد آن معنی، باطل است و موجب تکلیف به احضار مکفول نمی‌باشد) و وقتی که در لفظ، احتمال دو معنی داده شد، نمی‌توانیم لفظ را حمل بر آن معنایی کنیم که کفالت را

صحیح می‌کند یعنی حمل بر مجموع بدن کنیم، چون در جایی که شک داریم که آیا متکلم (کفیل) قصد آن معنی را از لفظ کرده تا ذمه‌اش مشغول به مقتضای کفالت شود ـ یعنی وجوب احضار مکفول ـ یا اینکه قصد معنای دیگر را کرده که ذمه‌اش مشغول به وجوب احضار نمی‌شود؟ جای این است که اصل برائت را جاری کنیم و آن اینکه بگوییم اصل آن است که کفیل مشغول الذمه به مقتضای عقد کفالت ـ که وجوب احضار مکفول باشد ـ نیست.

آری اگر یقین کنیم که معنای مصحح کفالت را (مجموع بدن) از لفظ مزبور قصد کرده است، مثلاً خودش تصریح کند که مقصودم از «رأس زید» تمام زید است، در این صورت، کفالت با آن دو لفظ، صحیح خواهد بود (همچنان که در لفظ مشترک ـ به اشتراک لفظی ـ که دارای دو معنای حقیقی است اگر متکلم با تصریح خود و یا به توسط قرینه، تعیین کند که یکی از آن دو معنی را قصد کرده است، لفظ را بر همان معنی باید حمل کرد).

همانطوری که در عکس آن نیز گفته می‌شود که اگر کفیل، تصریح کند که عضو خاص را از آن دو لفظ (رأس و وجه) قصد کرده است، در این صورت کفالت با آن لفظ صحیح نخواهد بود، همچنانکه در مثل کبد و قلب هم اگر کفیل قصد آن عضو خاص را کرده باشد، قطعاً کفالت با آن الفاظ صحیح نخواهد بود.

و خلاصه کلام اینکه بحث ما در جایی است که کفیل، آن دو لفظ (رأس و وجه) را بدون قرینه در کلامش به کار برده باشد، در این صورت نمی‌توانیم برای صحت کفالت چنین استدلال کنیم که «چون عرفاً گاهی آن الفاظ را بر مجموع بدن اطلاق می‌کنند پس کفالت صحیح باشد» زیرا وقتی قرینه در کلام نباشد، لفظ مزبور در اینجا احتمال دو معنی را دارد یکی معنای مجازی ـ مجموع بدن ـ و دیگر معنای حقیقی (سر و صورت) و باید قرینه باشد تا یکی از آن دو معنی را تعیین نماید و بدون قرینه نمی‌توان لفظ را بر یکی از آن دو معنی حمل نمود.

ترجمه و شرح عبارت: **و في غير البدن**... یعنی و در (تعبیر به بدن، اشکالی نیست ولی در تعبیر به) غیر بدن (مثل رأس و وجه و اجزاء رئیسه بدن و جزء مشاع از بدن) اشکال هست، اما (جهت اشکال در) وجه و رأس، زیرا این دو لفظ هرچند اطلاق بر مجموع بدن می‌شوند (چنانکه در دلیل بالا گذشت) ولی (از سوی دیگر) اطلاق بر معنای خودشان (که عضو خاصی هستند) هم به طور شایع و متعارف می‌شوند ـ اگر نگوییم که این اطلاق مشهورتر از اطلاق آنها بر مجموع بدن است (یعنی اگر اطلاق آن دو لفظ بر عضو خاص، مشهورتر از اطلاق آنها بر مجموع نباشد، لااقل شایع و متعارف که هست، پس آن دو لفظ دارای احتمال دو معنی می‌شوند، یکی عضو خاص، و دیگری مجموع بدن، و اگر لفظ را حمل بر مجموع بدن بکنیم کفالت صحیح می‌شود ولی چون لفظ دارای دو احتمال است لذا نمی‌توانیم لفظ را حمل بر آن معنایی کنیم که کفالت را صحیح می‌کند و دلیل آن در عبارت بعدی شارح ذکر شده است) ـ.

و حمل... (این کلمه مبتدا است و ـ غیر جید ـ خبر آن می‌باشد) یعنی اگر بخواهیم حمل کنیم لفظی را که احتمال دو معنی دارد (معنای حقیقی و معنای مجازی) بر آن معنایی که تصحیح کننده کفالت است (یعنی مجموع بدن که معنای مجازی است) با توجه به اینکه شک در حصول آن معنای مصحح داریم (چون نمی‌دانیم که کفیل، آن معنی را از لفظ قصد کرده باشد) و (با این شک) اصل، برائت ذمه کفیل از مقتضای عقد کفالت است (یعنی اصل آن است که به ذمه کفیل، تکلیفی نیست از وجوب احضار مکفول، که این تکلیف مقتضای عقد کفالت است) به هر حال، با این بیان حمل لفظ بر آن معنی، نیکو نمی‌باشد **علی الوجه**... متعلق است به ـ حمل ـ **المصحح** (به صیغه اسم فاعل) یعنی تصحیح کننده کفالت **حصوله** ضمیر به ـ وجه مصحح ـ برمی‌گردد.

نعم... یعنی آری اگر کفیل خودش تصریح کند به اینکه (از آن دو معنی ـ معنای حقیقی و معنای مجازی ـ معنای مجازی را یعنی) مجموع بدن را قصد کرده از آن دو جزء

بدن (رأس و وجه) در این صورت کفالت صحیح خواهد بود همچنانکه اگر متکلم تصریح کند به اینکه یکی از دو معنای مشترک را قصد کرده است.

همانطوری که اگر کفیل (از آن دو جزء یعنی رأس و وجه) خصوص معنای جزء را قصد کند (یعنی عضو مخصوصی را قصد کند، در این صورت، حکم مثل صورت قبلی که صحت کفالت بود نمی‌باشد بلکه حکم، عدم صحت است و) همانند قصد خصوص آن جزئی از بدن می‌شود که انسان بدون آن زنده نمی‌ماند (مثل کبد و قلب، یعنی حکم صورت مورد بحث همانند حکم قصد خصوص معنای اجزاء رئیسه بدن مثل کبد و قلب می‌شود، یعنی همانطوری که قصد عضو خاص از لفظ کبد و قلب، موجب بطلان کفالت است همچنین قصد عضو خاص از لفظ رأس و وجه موجب بطلان کفالت است).

وأما ما لا تبقى الحياة بدونه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه حقيقة، فغايته أن إطلاقه عليها مجاز، وهو غير كاف في إثبات الأحكام الشرعية ويلزم مثله في كل جزء من البدن، والمنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس والوجه مع قصد الجملة بهما.

و أمّا مالاتبقى الحياة... توضیح: آنچه قبلاً ذکر شد، اشکال بر استعمال لفظ رأس و وجه بود در عقد کفالت.

اکنون اشکال بر استعمال الفاظی مثل کبد و قلب و سایر اعضای رئیسه بدن، در عقد کفالت را بیان می‌کند، و جهت اشکال این است که:

شکی نیست که این الفاظ بر مجموع بدن، بطور حقیقت اطلاق نمی‌شوند، نهایت این است که اگر اطلاق شوند، به طور مجاز خواهد بود، گوییم که در اثبات احکام شرعی، الفاظ مجازی هر چند با قرینه باشند کفایت نمیکنند پس در مورد بحث، با الفاظ مجازی نمی‌توانیم کفیل را ملزم به احضار مکفول نماییم، ولذا گفته‌اند که در عقود لازمه باید لفظ صریح به کاربرده شود و الفاظ مجازی، صریح نمی‌باشند هرچند قرینه باشد.

سپس می‌فرماید که این اشکال، در هر جزئی از بدن می‌آید حتی در لفظ رأس و وجه یعنی در رأس و وجه هم چون اطلاقشان بر مجموع بدن، مجاز است لذا برای اثبات احکام شرعی کافی نیست هر چند کفیل تصریح کرده و یاقرینه آورده باشد بر اینکه آن معنای مجازی را قصد کرده است.

و نتیجه اشکال‌ها این می‌شود که: یا باید بگوییم که استعمال الفاظ مزبور(کبد و قلب و رأس و وجه) هیچ کدام برای کفالت صحیح نمی‌باشد هر چند با تصریح و یا قرینه باشند (به جهت اینکه در اثبات احکام شرعی، نباید الفاظ مجازی بکاربرد) و یا اینکه می‌گوییم: فقط در لفظ رأس و وجه، کفالت صحیح است آن هم در صورتی که کفیل تصریح کند و یا قرینه بیاورد به اینکه قصدش از آن دو لفظ، مجموع بدن می‌باشد، و در غیر آن دو لفظ، صحیح نیست.

نگارنده در اینجا بر شارح اشکال دارد و آن اینکه اگر در رأس و وجه، چنانچه کفیل تصریح به اراده مجموع بدن از آنها کند صحیح باشد. پس چرا در اجزاء دیگر مثل قلب و کبد ـ اگر کفیل تصریح به اراده مجموع بدن از آنها کند ـ صحیح نباشد اگر اطلاق مجازی در آنها بر مجموع را صحیح بدانیم، مگر اینکه بگویید که در آنها اطلاق مجازی هم صحیح نیست (چنانکه شاید کلمه ـ غایته ـ در عبارت شارح در سطر قبلی اشاره به آن باشد) بر خلاف رأس و وجه که اطلاق مجازی در آنها صحیح است. فتأمل.

ترجمه و شرح عبارت: **و أمّا مالا تبقی...** (عطف است بر ـ أما الوجه و الرأس ـ و بیان می‌کند اشکال در استعمال الفاظ اجزاء رئیسه را ـ مثل کبد و قلب ـ در عقد کفالت) یعنی و اما آن جزئی (از بدن) که روح و حیات بدون آن جزء باقی نمی‌ماند (جهت اشکال در آن این است که) با اینکه می‌دانیم اسم آن جزء بر مجموع بدن به طور حقیقت اطلاق نمی‌شود، نهایت اطلاق این است که بگوییم اطلاق اسم آن جزء بر مجموع بدن، بطور مجاز است، و اطلاق مجازی کافی نیست برای اثبات احکام شرعی **إسم الجملة علیه** صحیح آن است که عبارت چنین می‌بود:«عدم اطلاق اسمه علی الجملة» به هر حال مقصود در عبارت همین است و ما هم عبارت را بر طبق عبارت صحیح، ترجمه کردیم.

و یلزم مثله... یعنی مثل این اشکال (که اطلاق مجازی برای اثبات احکام شرعی کافی نیست) در هر جزیی از بدن (حتی در رأس و وجه) هم لازم می‌آید (ناگفته نماند که با این جمله، شارح آن مطلبی را که در دو سطر پیش در عبارت «نعم لو صرح بارادة الجملة...» ذکر شد را رد می‌نماید که بنابراین اشکال، حتی در صورت تصریح به اراده مجموع بدن، از رأس و وجه، باز هم عقد کفالت صحیح نمی‌شود، چون استعمال الفاظ مجازی برای اثبات احکام شرعی کافی نمی‌باشند).

پس (نتیجه اشکال‌هایی که وارد ساختیم این است که:) منع (کنیم در عقد کفالت از تعبیر) در همه الفاظ مزبوره (به استثنای لفظ «بدن») بهتر است، و یا اینکه (فقط تعبیر به

رأس و وجه را استثنا می‌کنیم و) ملحق می‌سازیم لفظ رأس و وجه را (به لفظ بدن) در صورتی که قصد مجموع بدن از آن دو لفظ شده باشد.

(دون اليد والرجل) وإن قصدها بهما مجازا، لأن المطلوب شرعا كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة، والتعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة ـ فكان في قوة كفالة الجملة ـ ضعيف، لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافيا في صحته وإن توقف إحضاره عليه، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو منتف.

(دون اليد و الرجل)... توضیح: مصنف می‌فرماید که در عقد کفالت، تعبیر به «ید» (دست) و «رجل» (پا) صحیح نیست (مثلاً کفیل بگوید: «کفلت لک ید زید» ویا بگوید «کفلت لک رِجْل زید») هرچند کفیل از آن دو لفظ، قصد مجموع بدن را مجازاً کرده باشد.

ودلیل عدم صحت کفالت با آن دو لفظ این است که: درکفالت، مطلوب شرعی آن است که کفیل، کفالت مجموع بدن را بکند با لفظ صریح و صحیح (همچنانکه سایر عقدهای لازم نیز باید با الفاظ صریح و صحیح انجام بگیرند) و درمورد بحث: اولاً کفالت مجموع بدن، با لفظ صریح نیست، چون مجاز هرچند با قرینه باشد، لفظ صریح نمی‌باشد، وثانیاً اگر هم فرضاً مجاز با قرینه را لفظ صریح بدانیم، درمورد بحث اطلاق مجازی ید و رجل برمجموع بدن، اطلاق صحیح نیست، زیرا چنانکه درعلم بلاغت گفته‌اند اطلاق هر جزئی برکل ومجموع، صحیح نیست بلکه اطلاق آن جزئی برکل صحیح است که ازاجزاء رئیسه باشد به طوری که ازانتفاء جزء، انتفاء کل، لازم آید، وحال آنکه درمورد بحث، دست وپا ازاجزاء رئیسه بدن نمی‌باشند چون با نبودن دست وپا، انسان ازبین نمی‌رود.

بعضی ازفقها گفته‌اند که درعقد کفالت، تعبیربه دست وپا صحیح است، زیرا عقلاً احضار جزء مکفول (یعنی دست وپای او) به تنهایی امکان ندارد مگراینکه تمام مکفول احضارشود، پس کفالت والتزام به احضاردست یا پا به منزله کفالت والتزام به احضار مجموع بدن خواهد بود ودرنتیجه کفالت جزء، (دست یا پا) باید صحیح باشد.

شارح می‌فرماید: این استدلال برای تصحیح کفالت با لفظ ید یا رجل، ضعیف است، زیرا وقتی که درکفالت، کفالت مجموع، مطلوب است، دیگرکفالت بعض، کافی

در صحت عقد نیست هر چند احضار بعض متوقف بر احضار مجموع باشد باز هم نمی‌توان کفالت بعض را تصحیح نمود، زیرا سخن، تنها در احضار مجموع نیست (تا شما بگویید که ما می‌توانیم با کفالت جزء و التزام به احضار آن، مجموع را احضار کنیم، چون عقلاً احضار جزء بدون احضار مجموع، امکان پذیر نیست) بلکه سخن در احضار مجموع است به طریق کفالت صحیح، و ما در اول بحث گفتیم که عقد کفالت آن وقتی صحیح است که با لفظ صریح باشد، و لفظ ید و رجل لفظ صریح نمی‌باشند و در نتیجه عقد کفالت با آن دو لفظ، صحیح نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **دون**... یعنی اما تعبیر به ید و رجل (در عقد کفالت) صحیح نیست، هرچند کفیل، قصد کند مجموع بدن را با آن دو لفظ به طور مجاز، زیرا آنچه شرعاً مطلوب است همانا کفالت مجموع بدن است با لفظی که صریح و صحیح باشد همانند سایر عقود لازمه (که باید با لفظ صریح و صحیح باشند) **قَصَدها**... ضمیر به ـ جمله ـ برمی‌گردد یعنی مجموع.

و التعلیل... (این کلمه مبتدا است و خبر آن ـ ضعیف ـ می‌باشد) یعنی و اینکه بعضی از فقها (برای صحت کفالت با لفظ ید و رجل) علت آورده‌اند به اینکه چون احضار جزء مکفول (ید و رجل) بدون احضار مجموع آن، امکان ندارد لذا کفالت جزء به منزله کفالت مجموع خواهد بود، این تعلیل ضعیف است، زیرا وقتی که مطلوب (در کفالت) کفالت مجموع بدن است لذا کفالت بعض (ید و رجل) کافی در صحت عقد نمی‌باشد ـ هر چند احضار بعض متوقف بر (احضار) مجموع باشد ـ زیرا سخن، تنها در احضار مجموع نیست بلکه سخن در احضار مجموع به طریق کفالت صحیح است و حال آنکه کفالت صحیح با لفظ ید و رجل، منتفی می‌باشد.

(ولو مات المكفول) قبل إحضـاره (بطلت) الكفالة، (لفوات متعلقها) وهو النفس، وفوات الغرض لو أريد البدن.

ويمكن الفرق بين التعبير بـــ" كفلت فلانا" و "كفلت بدنه" فيجب إحضـاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنســان ليس هو الهيكل المحسوس.

ويضـعف بأن مثل ذلك منزل على المتعارف، لا على المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين.

مرگ مکفول

(ولو مات... توضـیح: اگر مکفول پیش از آنکه کفیل او را احضـار نماید، بمیرد، کفالت باطل می‌شود و تعهد کفالت ازگردن کفیل ساقط می‌گردد، زیرا:

اگر کفیل در عقد کفالت، متعلق کفالت (و مورد تعهد) را خود مکفول قرارداده باشـد، یعنی تعبیرش در عقد کفالت، چنین بوده باشد: «کفلت لک زیداً» در این صورت، علت بطلان کفالت این است که چون مورد تعهد، نفس مکفول بوده (یعنی بدن روح‌دار او) و به واسطه مردن، نفس او از بین می‌رود پس موضوعی برای کفالت باقی نمی‌ماند و در نتیجه تعهد کفالت هم ساقط می‌گردد.

و اگر کفیل در عقد کفالت، متعلق کفالت (و مورد تعهد) را بدن مکفول قرارداده باشـد یعنی تعبیرش در عقد چنین بوده باشـد: «کفلت لک بدن زید» در این صورت هر چند به مردن مکفول، مورد کفالت از بین نرفته است چون موردش، بدن است و بدن بر پیکر میت هم صـدق می‌کند، ولی علت بطلان کفالت از جهت دیگر است و آن این است که چون در احضـار بدن مرده مکفول، فایده‌ای نیسـت، زیرا غرضـی اصـلی از کفالت این بوده که

مکفول را کفیل حاضر سازد تا مکفول‌له بتواند حق خود را از او بگیرد و بدیهی است که با حاضر ساختن بدن مرده مکفول، این غرض تحقق نمی‌یابد.

ولی گویا بعضی از فقها بین صورتی که کفیل تعبیر به «کفلت زیداً» کرده باشد و صورتی که تعبیر به «کفالت بدن زید» کرده باشد، فرق گذاشته‌اند، به این گونه که در صورت اول، به مردن مکفول، کفالت باطل می‌شود (چون همانطوری که محققین از حکما گفته اند: انسان یعنی اسم زید، مثلاً آن وقتی بر شخص اطلاق می‌شود که روح داشته باشد و تنها به بدن بی‌روح، زید صادق نیست، بدین جهت به واسطه مردن او، چون اسم زید دیگر بر او صادق نیست، متعلق کفالت ـ که زید بوده ـ از بین می‌رود و به دنبال آن تعهد کفالت ساقط می‌شود) ولی در صورت دوم، به مردن مکفول، کفالت باطل نمی‌شود، زیرا در آن صورت، تعبیر به بدن مکفول شده و مورد کفالت، بدن است و بدیهی است که بدن بر پیکر مرده هم صدق می‌کند، بنابراین، چون مورد کفالت، نابود نشده است، لذا وظیفه از گردن کفیل، ساقط نشده و باید بدن او را احضار نماید.

شارح در جواب می‌فرماید که فرق مزبور درست نیست، زیرا در احکام شرعی و الفاظی که در عقود به کار برده می‌شود باید تعبیرات را بر اصطلاح و معنای عرفی حمل نمود نه بر اصطلاح علمی گروه خاصی (محققین از حکما) و در نظر عرف چه تعبیر به شخص مکفول شود و چه تعبیر به بدن او، انسان زنده از آن می‌فهمند و بعد از مردن او، برای احضار بدن فایده‌ای نمی‌بینند، چون غرض از کفالت چنانکه شرح داده شد، بعد از مردن، فوت می‌گردد. بنابراین، باید گفت که حکم در هر دو صورت این است که کفالت باطل می‌شود و بر کفیل در هیچ کدام از آن دو صورت، احضار واجب نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو مات**... یعنی اگر مکفول پیش از حاضر کردن او بمیرد، کفالت باطل می‌شود، زیرا متعلق آن ـ که نفس مکفول باشد ـ از بین رفته است (پس موضوع کفالت نابود شده و به دنبال آن، تعهد کفالت هم ساقط می‌گردد، این دلیل در

صورتی است که ازکفالت، احضار نفس مکفول قصد شده باشد یعنی مورد تعهد، نفس مکفول باشد یعنی کفیل گفته باشد: «کفلت لک زیداً»).

و فوات... (عطف است بر ـ فوات متعلقها ـ یعنی ولفوات الغرض) یعنی و درصورتی که (احضار) بدن ازکفالت قصد شده باشد (یعنی مورد تعهد درعقد، بدن مکفول باشد، یعنی کفیل گفته باشد: «کفلت لک بدن زید») علت بطلان کفالت این است که: غرض ازکفالت، ازبین می‌رود (به مردن مکفول، چون همانطوری که گفتیم غرص ازآن، گرفتن حق ازمکفول است وبدیهی است که احضاربدن بی‌روح این غرض را تأمین نمی‌کند).

و یمکن... یعنی (درعبارت قبلی، معلوم گردید که چه اینکه کفیل تعبیر به «کفلت زیداً» کند وچه تعبیر به «کفلت بدن زید» کند، درهردوصورت به مردن مکفول، کفالت باطل می‌شود، اکنون می‌فرماید که) ممکن است فرق گذاشته شود بین صورتی که تعبیر به «کفلت فلاناً (زیداً)» بشود وبین صورتی که تعبیر به «کفلت بدنه (بدن زید)» بشود، به این گونه که بگوئیم واجب است (برکفیل) احضار مکفول (یعنی بدن او) اگر مکفول‌له مطالبه آن را بنماید درصورت دوم (تعبیر به کفلت بدن زید) نه درصورت اول واین فرق مبتنی است برسخنی که محققین (ازحکما) آن را اختیارنموده‌اند وآن این است که انسان (یعنی مصداق انسان مثل زید) تنها همین پیکرمحسوس (بدنی که به چشم دیده می‌شود) نیست (بلکه پیکربا روح است، فلذا درصورتی که مورد تعهد، زید باشد، به واسطه مردن او، دیگراسم زید برپیکربی روح صادق نیست، بدین جهت تعهد کفالت ازذمه کفیل ساقط می‌شود، ولی درصورتی که مورد تعهد، بدن زید باشد، بعد ازمردن، باز اسم بدن برپیکربی روح اوصادق است، بدین جهت موضوع کفالت او ـ که بدن باشد ـ ازبین نرفته تاکفالت ساقط گردد، پس برکفیل واجب است بدن اورا احضارنماید).

و یضعَّف... یعنی فرق مزبورتضعیف می‌شود به اینکه تعبیری که درعقود می‌شود باید برمعنای عرفی حمل گردد نه برمعنایی که تحقیق شده نزد عده کمی می‌باشد

(یعنی گروه خاصی که حکما و فلاسفه باشند) بنابراین (چون به حسب عرف، بین آن دو تعبیر فرقی نمی‌گذارند و از هر دو تعبیر، بدن با روح می‌فهمند، لذا وقتی که مکفول مرد، متعلق کفالت از بین می‌رود پس) واجب نیست احضار او در هر دو فرض (چه فرض تعبیر به «کفلت زیداً» و چه فرض تعبیر به «کفلت بدن زید») **المحقق** به صیغه اسم مفعول یعنی تحقیق شده.

(إلا في الشهادة على عينه) ليحكم عليه (بإتلافه، أو المعاملة) له إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف. ولا فرق حينئذ بين كونه قد دفن وعدمه، لأن ذلك مستثنى من تحريم نبشه.

(إلا في الشهادة... توضیح مصنف می‌فرماید که فقط در یک مورد است که به مرگ مکفول، کفالت باطل نمی‌شود و برکفیل واجب است بدن مرده مکفول را حاضر سازد و آن درجایی است که شاهد می‌خواهد شهادت بر شخص مکفول بدهد تا حاکم حکم برعلیه او بکند به اینکه وی مال مکفول‌له را تلف نموده و یا معامله‌ای با او انجام داده است.

بیان مسأله این است که مثلاً زید دیده بود که کسی مال عمرو را تلف کرد (بدون آنکه زید نام و نسب تلف کننده را بداند، بلکه تنها ازروی شکل و قیافه اورا می‌شناسد) و بعد احمد، کفیل تلف کننده مال شده بود (یعنی به عمروگفته بود که شما آن تلف کننده را رها کن، من اورا درفلان وقت حاضر می‌سازم تا حق خود را ازاو بگیری) اتفاقاً قبل ازموعد مقرر، تلف کننده مال بمیرد، حال اگر نزاعی واقع شد بین عمرو و ورثه مکفول (که عمرو مطالبه مال خود را ازورثه کرده و ورثه انکارآن را می‌کنند) و درنتیجه احتیاج شود به اینکه زید شهادت دهد که تلف کننده مال، آن مکفول بوده است تا عمرو حق خود را ازورثه بگیرد، دراین صورت چون فرض این است که زید، مکفول را به شکل و قیافه دیده است و به نام و نسب اورا نمی‌شناسد، لذا شهادت دادن او موقوف به این است که قیافه مکفول را ببیند، پس دراین صورت برکفیل واجب است که بدن مرده مکفول را حاضر سازد تا زید صورت اورا ببیند وگواهی دهد به اینکه او تلف کننده مال بوده.

البته باید توجه داشت که این حکم در صورتی است که با آوردن بدن مرده مکفول، شاهد بتواند شهادت بدهد، یعنی صورت او تغییر نکرده باشد به طوری که شاهد از قیافه او را نشناسد.

در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه مکفول را دفن کرده باشند یا هنوز دفن نکرده باشند، پس در صورت دفن هم برکفیل، لازم است قبر را شکافته و بدن او را حاضر سازد و شکافتن قبر در اینجا اشکالی ندارد، زیرا این مورد یکی از مواردی است که از حرمت نبش قبر استثنا شده است.

ترجمه و شرح عبارت: **إلا...** یعنی (کفالت به مردن مکفول باطل می‌شود) مگر در مورد شهادت بر شخص او تا حکم شود بر علیه او اینکه او مال را تلف کرده یا با او معامله‌ای انجام گرفته است و این در جایی است که (هنگام تلف کردن مال و یا معامله کردن) دیده باشد او را کسی (یعنی شاهدی) که نمی‌شناسد نسب مکفول را بلکه تنها شکل او را دیده است، در این مورد واجب است (برکفیل) حاضر کند مرده مکفول را در صورتی که شهادت دادن شاهد ممکن باشد به اینکه (قیافه) مکفول تغییر نکرده باشد به طوری که شناخته نشود.

أو المعاملة له مثل اینکه زید دیده بود که کسی معامله‌ای با عمرو انجام داد و بدهکار به عمرو شد، بدون آنکه نام و نسب معامله کننده را بداند، بلکه فقط او را با قیافه می‌شناسد، و بعد احمد کفیل معامله کننده شده بود که در موعد مقرر او را حاضر سازد برای عمرو تا دینش را به عمرو بپردازد، اتفاقاً قبل از موعد مقرر، معامله کننده بمیرد، حال اگر احتیاج شد به اینکه زید شهادت بدهد بر اینکه مکفول بود که معامله با مکفول‌له انجام داد و بدهکار او شد، باید کفیل، بدن مرده مکفول را حاضر کند تا زید صورت او را ببیند و گواهی دهد بر اینکه او معامله کننده با مکفول‌له بوده.

لیحکم به صیغه مجهول **شهد** به صیغه معلوم **مَن** «من» موصوله فاعل است برای ـ شهد ـ **لایعرف** به صیغه معلوم **نسبه** مفعول است برای ـ لایعرف ـ **بل شهد** ضمیر مقدر در ـ شهد ـ برمی‌گردد به «من» موصوله **بحیث لایعرف** به صیغه مجهول **نبشه** ضمیر بر می‌گردد یا به قبر که از قرینه مقام استفاده می‌شود و یا برمی‌گردد به ـ دفن ـ به طور استخدام به این بیان که ـ دفن ـ دو معنی دارد: یکی معنای مصدری و دیگر معنای اسم مکانی (یعنی مدفن) پس از کلمه ـ دفن ـ معنای مصدری اراده شده و از ضمیری که به آن برمی‌گردد معنای اسم مکانی اراده شده است.

كِتَابُ الصُّلْحِ

كتاب الصلح

(كتاب الصلح: وهو جائز مع الإقرار والإنكار) عندنا مع سبق نزاع ولا معه.

ثم إن كان المدعي محقا استباح ما دفع إليه المنكر صلحا وإلا فهو حرام باطنا، عينا كان أم دينا، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر.

تعريف صلح

(وهو جائز مع الإقرار و الإنكار)... توضيح: كلمه «صلح» اسم مصدراست ازباب ـ صالح يصالح مصالحة ـ ودرلغت به معنای سازش وآشتی است، ومقصود از صلح دراینجا غیرازصلحی است که درکتاب جهاد بیان می‌شود، صلح درکتاب الجهاد درباره قراردادهای سیاسی است واما صلحی که درکتاب الصلح مقصود است مربوط به امورمالی وحقوق عرفی است وآن عبارت ازاین است که دونفربه صورت عقد (ایجاب وقبول) سازش کنند برامری خواه تملیک عین باشد (با عوض یا بدون عوض) یا تملیک منفعت باشد (با عوض یا بدون عوض) ویا اسقاط دین ویا حق باشد، وخلاصه اینکه صلح آن است که کسی با دیگری سازش

می‌کند که تمام و یا بخشی از مال خود را تملیک به دیگری کند و یا استفاده و بهره بردن از مال خود را (مثل سکونت در خانه) تملیک به دیگری کند، و یا از طلب، و حق خود بگذرد، و دیگری هم ممکن است در عوض آن، بخشی از مال خود، و یا بهره بردن از مال خود را به او واگذارد و یا از طلب، یا حق خود بگذرد و حتی کسی هر گاه بدون عوض، مال یا منفعت مال خود را به دیگری واگذارد یا از طلب، یا حق خود بگذرد، باز صلح است و صحیح است چنانکه در مباحث آینده مثالهای بیشتری ذکر می‌گردد.

برخی از معاملات که در قالب عقود دیگر به خاطر شرایط دقیقی که در آن عقود است امکان پذیر نمی‌گردد، با عقد صلح، میسر و ممکن می‌شود، و از این رو صلح را «سید عقود» لقب داده‌اند.

صلح از نظر شرع مقدس، عقدی است صحیح و مشروع، چه در موردی باشد که مدعی علیه، ادعای مدعی را بپذیرد و اقرار به آن کند (مثل اینکه کسی ادعای مالکیت نسبت به عینی که در دست دیگری است بنماید و یا ادعای دینی در ذمه او بکند که فلان مقدار از تو طلب دارم، و آن دیگری ـ مدعی علیه ـ قبول داشته باشد که آن عین، مال مدعی است و یا قبول داشته باشد که مدعی، فلان مقدار از او طلب دارد، و مع ذلک هر دو راضی شوند که صلح کنند به مالی کمتر از مورد ادعاء یعنی توافق و سازش کنند بر اینکه یک مبلغی از مدعی علیه بگیرد و دست از ادعای خود بردارد، این صلح صحیح است) و چه در موردی باشد که از مدعی علیه، ادعای مدعی را انکار کند و نپذیرد (مثل اینکه در مثال بالا، مدعی علیه انکار کند و بگوید آن عین، مال من است و یا بگوید تو از من طلبی نداری، مع ذلک در این صورت نیز اگر صلح کنند به همان طریقی که در صورت اقرار گرفته شد، صلح صحیح است).

این نظر فقهای شیعه است. ولی بعضی از اهل سنت ـ به متابعت از شافعی ـ گفته‌اند که صلح در مورد دوم (انکار مدعی‌علیه) صحیح نیست، زیرا مدعی علیه مالی راکه به عنوان صلح می‌دهد، به اعتقاد خودش، آن را معاوضه می‌کند با چیزی که به عهده وی ثابت نشده، زیرا او انکار می‌کند که حقی به عهده‌اش ثابت بوده باشد، پس با صلح مزبور، معاوضه‌ای صورت نمی‌گیرد تا صحیح باشد، بنابراین، مدعی، آن مالی راکه ازمدعی علیه به عنوان مال الصلح می‌گیرد، مالک نمی‌شود و مدعی علیه می‌تواند به او رجوع کرده آن را بخواهد و مدعی باید آن را به او رد نماید و ادعای مدعی همچنانکه قبلاً بوده باقی می‌ماند.

(و جواب از دلیل آنها این است که دلیل مزبور، مصادره بر مطلوب است و دلیل عین محل نزاع است، زیرا ما قبول نداریم که معاوضه‌ای صورت نگرفته باشد بلکه آن مال الصلح در مقابل اسقاط حق قسم دادن است، چون به واسطه نزاعی که بین مدعی و مدعی علیه پیش آمده، مدعی، حق دارد مدعی علیه راکه منکر است، قسم دهد و این قسم دادن، حقی است برای مدعی بر عهده مدعی علیه و مدعی علیه با دادن مال الصلح، حق مزبور (قسم خوردن) را از خودش دفع می‌کند، پس معاوضه واقع می‌شود بین مال الصلح و اسقاط حق قسم).

برگردیم به اصل بحث:

همچنین صلح صحیح است چه در موردی که قبلاً تنازع و اختلافی در بین بوده باشد (که صلح برای رفع آن اختلاف باشد) و چه در موردی که قبلاً تنازعی در بین نباشد (که به آن، صلح ابتدایی می‌گویند).

صلح در مورد تنازع: مثل مثالی که گذشت، یعنی اینکه کسی ادعای مالکیت نسبت به عینی که در دست دیگری است بکند و مدعی علیه آن ادعا را انکار نماید،

آنگاه مدعی، ادعای خود را با او مصالحه نماید درمقابل مالی که ازاو بگیرد (مبلغی به عنوان مال الصلح دریافت کند).

صلح ابتدائی: مثل اینکه ابتداء مصالحه شود برعینی درمقابل مالی معلوم، چنین صلح صحیح است ونتیجه آن انتقال عوضین به یکدیگرمی‌شود ونظیربیع می‌شود (واگرهم مصالحه برعین، بلاعوض باشد، نظیرهبه می‌گردد) ویا مثل اینکه ابتداء مصالحه شود برمنفعتی (مثل سکونت درخانه) درمقابل مالی معلوم، که نظیر اجاره می‌شود (واگرهم مصالحه برمنفعت بلاعوض باشد، نظیرعاریه می‌گردد).

این نظرفقهای شیعه است، ولی بعضی ازاهل سنت شرط کرده‌اند که درصلح باید قبلاً نزاعی بوده باشد، به دلیل اینکه اصل صلح درشرع مقدس برای قطع تنازع تشریع شده است.

فقهای شیعه درجواب ازآنها گفته‌اند که: درست است که اصل صلح برای قطع تنازع وکشمکش ورفع اختلاف، تشریع شده است ولی به تدریج ماهیت خود را تغییر داده وعقد مستقلی گردید ودرردیف عقود معینه درآمد، که دیگرمتوقف براین نیست که سابقه تنازع واختلافی دربین باشد، بلکه دونفرمی‌توانند بدون هیچ سابقه تنازعی، برسریک مسأله مالی، ابتداء با یکدیگرصلح وسازش نمایند چنانکه دانسته شد، بنابراین، تنازع واختلاف، حکمت تشریع صلح خواهد بود نه علت تشریع، چون فرق است بین حکمت تشریع وعلت تشریع وآن اینکه:

درحکمت، حکم دروجود وعدم، وابسته به آن نیست، یعنی اینجورنیست که هر جا حکمت باشد، حکم باشد وهرجا حکمت نباشد، حکم نباشد، مثل عده طلاق، که گفته‌اند حکمت تشریع عده این است که نطفه‌ها با یکدیگرمخلوط نشوند، یعنی رحم زن ازنطفه شوهرقبلی پاک گردد تا با نطفه شوهربعدی مخلوط نگردد، ولی عده طلاق برای هرزنی، لازم است، هرچند درموردی که بدانیم اختلاط

نطفه‌ها نمی‌شود مثل زن عقیم که آبستن نمی‌شود. اما درعین حال براوعده طلاق واجب است.

مثال دیگر: حکمت استحباب غسل جمعه این است که مسلمانها وقتی که در نماز جمعه شرکت می‌کردند، مردم از بوی گند زیر بغلهای آنها ناراحت می‌شدند، بدین جهت غسل جمعه مستحب شد تا مردم از بوی گند زیربغل‌ها اذیت نشوند، اما چنین نیست که هرموردی که بوی گند زیربغل باشد، غسل مستحب باشد و هر موردی که بوی گند نباشد غسل مستحب نباشد، بلکه درهمه موارد غسل جمعه مستحب است هرچند زیربغل بوی عطر بدهد.

اما علت تشریع آن است که حکم دروجود وعدم، وابسته به آن است به طوری که هرجا علت باشد، حکم هم هست و هرجا علت نباشد، حکم نیست، مثل خمر، که علت حرمت آن، اسکاراست، که هروقت اسکارتحقق یابد حرمت هست و هر وقت اسکار نباشد حرمت نیست.

درمورد بحث نیزوقتی تنازع، حکمت تشریع صلح بود نه علت آن، پس این جور نیست که هرجا تنازع باشد، صلح صحیح باشد و هرجا تنازع نباشد، صلح صحیح نباشد، بلکه صلح صحیح است چه درمواردی که قبلاً تنازع بوده باشد و چه تنازع نبوده باشد.

به هرحال، صلح درهمه اقسام بالا برحسب ظاهرصحیح است و اما برحسب واقع و باطن باید ببینیم که مدعی درادعای خود راستگوست یا دروغگو، بنابراین گوئیم:

اگرمدعی درادعای خود راستگوباشد ودرواقع، حق با اوبوده باشد، صلح مزبور، هم درظاهروهم درباطن، صحیح می‌باشد ومالی راکه به عنوان مال الصلح از مدعی علیه می‌گیرد برای اوحلال ومباح خواهد بود.

ولی اگر مدعی در ادعای خود دروغگو باشد و در واقع، حق با مدعی علیه بوده باشد، در این صورت، صلح فقط در ظاهر صحیح می‌باشد نه در باطن. یعنی هر چند در ظاهر، حکم می‌شود به اینکه مال الصلحی که از مدعی علیه می‌گیرد بر او حلال است و مال اوست و مدعی علیه نمی‌تواند به او رجوع کند و آن را بخواهد (چون وقتی که صلح، صحیح شد، لازم می‌گردد، زیرا صلح چنانکه بعداً خواهد آمد از عقود لازمه است) ولی در باطن بر او حرام است و مال او نمی‌شود، زیرا گرفتن مال الصلح در این صورت، اکل مال به باطل است که قرآن از آن نهی فرموده: ﴿**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**﴾ چون مدعی علیه آن مال را از روی رضایت باطنی به مدعی نداده بلکه آن را به این جهت داده که مدعی از ادعای دروغین خود دست بردارد و یا چه بسا برای دفع خطر از جان خود و یا از اموال دیگرش داده باشد که اگر آن مال را نمی‌داد ترس بر جان خود و اموال دیگر خود داشت، بنابراین، دادن مال الصلح به این صورت، از روی رضایت باطنی نیست، پس مباح بر مدعی نخواهد بود.

و در هر دو صورت بالا فرقی نیست بین اینکه، چیزی که به عنوان مصالحه از مدعی علیه می‌گیرد، عین بوده باشد (مثل اینکه مبلغی پول بگیرد) یا اینکه دین باشد (و مقصود از دین، ممکن است بدهکاری باشد، مثل اینکه زید ادعای ملکیت خانه‌ای را می‌کند که در دست عمرو است، آنگاه مصالحه کنند بر اینکه خانه، مال عمرو باشد و در مقابل آن، عمرو فلان مبلغ طلبی که از زید دارد، آن را از ذمه زید اسقاط نماید، در این مثال اگر زید در ادعای ملکیت خانه دروغگو باشد، آن دینی که به ذمه دارد، در واقع از ذمه او ساقط نمی‌گردد و همچنان مدیون عمرو خواهد بود و احتمال دارد مقصود از دین، منفعت باشد. مثل اینکه در مثال مزبور عمرو در مقابل آن خانه، مصالحه کند که زید یک سال در آن خانه بنشیند، در این مثال اگر زید در ادعای

ملکیت خانه دروغگو بوده باشد، انتفاع از خانه به مدت یکسال، بر او حرام خواهد بود).

به هر حال، اگر مدعی در ادعای خود دروغگو باشد، مال الصلحی که می‌گیرد در باطن بر او حرام است و حتی اگر مصالحه به این صورت باشد که در مثال قبل که زید ادعای ملکیت خانه‌ای را می‌کند که در دست عمرو است و عمرو انکار آن را می‌نماید، مصالحه کنند بر اینکه زید آن خانه را بردارد و در مقابل، مبلغ معینی (کمتر از قیمت واقعی خانه) به عمرو به عنوان مال الصلح بدهد، در این صورت اگر زید در ادعایش دروغگو بوده باشد، تمام خانه بر او حرام است و نمی‌تواند تصرف در آن خانه بکند، حتی به اندازه آن مبلغی که به عمرو داده است یعنی نمی‌توانیم بگوئیم که: «به اندازه آن مبلغی که به عمرو داده، از خانه برای زید حلال است و ما بقی خانه بر او حرام است» زیرا معاوضه مزبور در واقع باطل است و هیچ کدام از عوضین به واسطه آن معاوضه، از ملک صاحبشان بیرون نیامده و هر عوضی باید به صاحبش برگردد، یعنی خانه باید به عمرو برگردد و مبلغ معین به زید برگردد، در نتیجه هیچ کدام از طرفین نمی‌تواند در مالی که به واسطه صلح به دستش آمده، تصرف کند و تصرفش حرام است.

ترجمه و شرح عبارت: **و هو**... یعنی صلح، عقدی است صحیح و مشروع، چه در صورت اقرار به ادعا باشد (یعنی اقرار مدعی علیه به ادعای مدعی) و چه در صورت انکار دعوی **جائز** در ترجمه معلوم گردید که مقصود از جواز، صحت و مشروعیت است نه اینکه مقصود این باشد که صلح از عقود جایزه است، زیرا چنانکه بعداً در عبارت مصنف نیز خواهد آمد، صلح از عقود لازمه است **عندنا** قید است برای ـ انکار ـ زیرا در مقابل فقهای امامیه، بعضی از اهل سنت ـ به متابعت از شافعی ـ گفته‌اند که صلح در مورد انکار مدعی علیه صحیح نیست. چنانکه توضیحش داده شد **مع سبق**... یعنی چه اینکه قبلاً تنازعی در بین بوده باشد و چه بدون تنازع باشد **ثم**...

یعنی (صلح درهمه آن صورتها برحسب ظاهر، صحیح است واما به حسب واقع می‌فرماید:) اگر مدعی (درادعای خود) راستگو باشد (ولی مدعی علیه درانکار خود دروغگو باشد، دراین صورت صلح برحسب واقع هم صحیح خواهد بود و) آنچه که منکر (یعنی مدعی علیه) به او می‌دهد به عنوان صلح، براو حلال است (هم درظاهر و هم درباطن) وگرنه (اگر مدعی درادعای خود دروغگو باشد ولی مدعی علیه درانکارش راستگو باشد، دراین صورت صلح هرچند درظاهر صحیح است ولی درواقع، باطل است) پس آنچه که منکر به او به عنوان صلح داده حرام می‌باشد درباطن (یعنی درواقع، مال مزبور، مال مدعی نمی‌شود هرچند درظاهر، حکم می‌شود به اینکه مال اوست).

حتی اگر (درموردی که کسی ادعای ملکیت عینی که دردست دیگری است بنماید، وادعای او دروغ باشد، آنگاه) مصالحه کند برآن عین، به مالی (یعنی مبلغی به آن کسی که عین دردست اوست بدهد وصلح کند که آن عین را ازاوبگیرد) پس آن عین تمامش (دردست او غصب، وبراو) حرام خواهد بود، واستثنا نمی‌شود برای مدعی، از آن عین به مقدارآن مبلغی که عوض عین داده است (یعنی با فرض اینکه مال الصلحی که داده کمتر ازقیمت عین است، نمی‌توان گفت که به قدرآن مال الصلح، مقداری از عینی راکه ازمدعی علیه گرفته است، مالک شود وبرای او حلال باشد) زیرا معاوضه (بین عین ومال) درواقع باطل است (به جهت آنکه ادعای مدعی، دروغ بوده ومدعی علیه آن مال الصلح را ازروی رضایت نداده بلکه آن را داده تا مدعی ازادعای دورغین خود دست بردارد ویا چه بسا آن را داده تا دفع ضرر ازجان یا مال یا آبروی خودکرده باشد واین را تراضی نمی‌گویند بلکه اکل مال است به باطل که قرآن ازآن نهی کرده).

نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقا على أحد فأنكر، وصالحه على إسقاطها بمال فالمتجه صحة الصلح.

ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها.

نعم لو إستندت... (این جمله استدراک است از ـ والاّ فهو حرام ـ) توضیح: دانسته شد که اگر مدعی در ادعای خود دروغگو باشد، مال الصلح بر او در باطن حرام است.

حال می‌فرماید: اگر در موردی، مدعی در ادعای خود دروغگو نباشد و از طرفی هم علم به استحقاق خود نسبت به طلبی که ادعای آن را از دیگری می‌کند ندارد بلکه ادعای او نسبت به آن طلب، مستند به قرینه‌ای باشد که دلالت بر صدق گفتار او می‌کند و او را از دروغگویی محض خارج می‌سازد (و آن قرینه: مثل اینکه به خط مورّث خود ـ پدرش مثلاً ـ نوشته‌ای بیابد که از فلان شخص، فلان مبلغ طلب دارد ولی آن شخص، انکار بدهکاری خود نسبت به مورث را می‌نماید) در این صورت چون ادعایش مستند به قرینه است، حق دارد مدعی علیه را قسم دهد بر انکار، حال اگر مدعی علیه مبلغی به او بدهد و مصالحه کند با او بر اینکه وی دست از ادعای خود بردارد و او را قسم ندهد، این صلح نیز به نظر ما در باطن هم صحیح است، زیرا قسم دادن، حقی است برای مدعی بر عهده مدعی علیه، و برای اسقاط حق می‌توان مصالحه نمود (چنانکه در اول بحث، ما اشاره کردیم و شارح نیز بعداً در ذیل عبارت مصنف «ویصح الصلح علی کل من العین والمنفعة...» ذکر خواهد نمود) پس مدعی مصالحه می‌کند بر اینکه حق خود را (که قسم دادن مدعی علیه باشد) اسقاط کند و در مقابل، مبلغی را به عنوان مال الصلح بگیرد و این مال برای او حلال است باطناً.

وهمچنین است هرگاه ادعای او ازروی گمان باشد به واسطه پنهانی بودن مورد ادعا که اطلاع برآن آسان نیست مثل سرقت، یعنی اگر عمرو ادعا کند برزید که فلان عینی که در دست توست مال من است وتو از من سرقت کرده ای، دراینجا ادعای مدعی پذیرفته می‌شود، به این معنی که حق دارد زید را قسم بدهد برانکار، حال اگر زید مصالحه کند براینکه عمرو اسقاط حق قسم ازاو بکند درمقابل فلان مبلغ، این صلح صحیح است باطناً ومبلغی که می‌گیرد به عنوان مال الصلح حلال است براو باطناً.

ترجمه و شرح عبارت: **نعم**... یعنی آری اگر مدعی (علم به استحقاق خود نداشته باشد ولی) ادعایش مستند به قرینه باشد (که با این قرینه، ادعایش از دروغ محض بودن خارج می‌شود) مثل اینکه یافته شود به خط مورّث او (پدرش مثلاً) اینکه آن مورّث طلبی ازکسی دارد ولی آن کس انکارکند و(آخرالامر) صلح نماید با مدعی براسقاط دعوی درمقابل مالی (یعنی آن کس، مالی بدهد به مدعی تا وی دست از ادعایش بردارد) دراین صورت نیکوآن است که صلح (درباطن هم) صحیح است (ومال الصلح برای مدعی درباطن هم حلال است) ومثل استناد دعوی به قرینه است، آن صورتی که دعوی، قابل پذیرش (درمحکمه) شود به واسطه اینکه مورد ادعا ازموارد تهمت است (توضیح بیشتراین جمله را بعداً خواهیم داد، پس دراین صورت هم اگرمنکر، مصالحه کند با مدعی براسقاط دعوی درمقابل مالی، صلح درباطن هم صحیح است) **وجد** هم به صیغه معلوم می‌شود خواند وهم به صیغه مجهول **له** ضمیربه ـ مورث ـ برمی‌گردد **فأنکر** ضمیرمقدرفاعلی برمی‌گردد به ـ أحد ـ **صالحه** ضمیرمقدرفاعلی برمی‌گردد به ـ أحد ـ وضمیرمفعولی برمی‌گردد به ـ مدعی ـ **إسقاطها** اسقاط دعوی **بمال** که همان مال الصلح باشد.

توجهت الدعوی... یعنی ادعا وجیه شود یعنی قابل پذیرش شود در محکمه نزد قاضی، به سبب اینکه مورد ادعا از موارد تهمت است، یعنی از مواردی است که اطلاع بر آن آسان نیست مثل سرقت یا قتل.

البته بین فقها اختلاف است که آیا چنین ادعایی پذیرفته می‌شود یا نه، چون این مورد از مواردی است که ادعای مدعی بر ظن وگمان استوار است، مشهور فقها می‌گویند که آن ادعایی در محکمه قابل پذیرش است (وترتیب اثر بر آن داده می‌شود) که مدعی به صورت جزم ادعا نماید وادعایش بر قطع وجزم استوار باشد واگر ادعایش بر ظن وگمان استوار باشد شکایت وادعای اورا نمی‌پذیرند، یعنی شرعاً ترتیب اثر بر آن داده نمی‌شود.

ولی شارح این شرط (یعنی به صورت جزم بودن ادعا) را قبول ندارد چنانکه در کتاب القضاء گذشت، بنابراین، اگر ادعای او برگمان هم استوار باشد پذیرفته می‌شود، یعنی شرعاً بر ادعای او ترتیب اثر داده می‌شود وآن اینکه حق دارد منکر را قسم دهد به تفصیلی که درکتاب القضاء گذشت (آنجا که می‌فرماید: «وان تخلف الثالث وهو الجزم بأن صرّح بالظن أو الوهم ففی سماعها أوجه، أوجَهها السماع فیما یعسر الإطلاع علیه کالقتل والسرقة...).

لأن الیمین...(علت است، هم برای صورت اول یعنی صورت استناد دعوی به قرینه، وهم برای صورت دوم یعنی صورت توجه دعوی به واسطه تهمت) یعنی چون قسم دادن، حقی است که صحیح است صلح کردن بر اسقاط آن (یعنی چون در آن دو صورت مدعی حق دارد منکر را قسم بدهد، فلذا می‌تواند صلح کند با منکر بر اینکه این حق را اسقاط نماید ومنکر را قسم ندهد در مقابل مبلغی که از منکر می‌گیرد).

(إلا ما أحل حراما، أو حرم حلالا) كذا ورد في الحديث النبوي ﷺ و فسّر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر ونحوه.

وتحريم الحلال بأن لا يطأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله ونحوه، والصلح على مثل هذه باطل ظاهرا وباطنا.

وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعته، أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهرا، وإن فسد باطنا، وهو صالح للأمرين معا، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق.

صلح باطل

(إلاّ ما أحل حراماً... توضیح: هر نوع صلحی، صحیح است مگر صلحی که حرامی را حلال نماید و یا حلالی را حرام نماید، که در این صورت باطل است.

این مضمون در روایت نبوی وارد شده است و فقها دو جور آن را تفسیر کرده‌اند:

تفسیر اول

گفته‌اند مقصود از صلحی که حرامی را حلال نماید آن است که: مثلاً صلح کنند بر اینکه انسان آزاد و حرّی را برای خود، عبد قرار بدهند (مثلاً زید ادعای مالکیت خانه‌ای که در دست عمرو است بکند و عمرو آن را انکار کند، آخرالامر صلح کنند بر اینکه خانه مال عمرو باشد و در مقابل آن، پسر عمرو ـ که شخص حرّ و آزاد است ـ عبد باشد برای زید) و حال آنکه شخص حرّ و آزاد را شرعاً نمی‌توان عبد قرار داد.

ویا مثلاً صلح کنند براینکه زن یکی ازآنها، حلال شود برای دیگری، وحلیت آن زن به واسطه این صلح باشد نه طریق دیگر.

ویا مثلاً صلح کنند براینکه یکی ازآنها، شرب خمرنماید ویاکسی را ظلماً بکشد، ومثالهای دیگرازاین قبیل که چیزی که ذاتاً حرام است را بخواهند به واسطه صلح، آن را حلال ومباح کنند.

وگفته‌اند مقصود ازصلحی که حلالی را حرام نماید این است که مثلاً صلح کنند براینکه یکی ازآنها با زن خود، نزدیکی نکند.

ویا مثلاً صلح کنند براینکه یکی ازآنها ازاموال خود استفاده نکند، ومانند این مثالهاکه چیزی راکه ذاتاً حلال است بخواهند آن را به واسطه صلح، حرام کنند.

شارح می‌فرماید: صلح طبق این تفسیر، باطل است هم ظاهراً وهم باطناً، وبدین جهت استثنای درحدیث نبوی، استثنای متصل می‌شود چون مستثنی منه، صحت ظاهری وباطنی است ومستثنیٰ، بطلان ظاهری وباطنی است.

تفسیر دوم

گفته‌اند اینکه: مثلاً درنزاعی که برسرخانه می‌باشد ویکی ازدوطرف نزاع، دروغگو باشد، آخرالامرمصالحه کنند براینکه نصف خانه مثلاً مال مدعی باشد ونصف دیگرمال منکرباشد.

ویا مثلاً مصالحه کنند براینکه خانه مال منکرباشد، ومدعی پنج سال درخانه سکونت کند، ویا به عکس.

ویا مثلاً مصالحه کنند براینکه خانه مال منکرباشد وبدل آن (یعنی قیمت یا مثل) را به مدعی بدهد، ویا به عکس.

شارح می‌فرماید: طبق این تفسیر، صلح به حسب ظاهر، صحیح است چون ظاهراً کار خلاف شرعی صورت نمی‌گیرد، ولی در باطن باطل است، چون فرض آن است که یکی از دو طرف نزاع در واقع دروغگو است، بنابراین، استثنا در حدیث نبوی، استثنای منقطع می‌شود، زیرا صلح به حسب ظاهر صحیح است (هر چند در واقع و باطن باطل است) و حکم به صحت و بطلان در فقه متوجه به ظاهر است نه باطن، پس استثنای متصل نمی‌تواند باشد بلکه منقطع می‌شود چون مستثنی منه صحت ظاهری است و مستثنی بطلان باطنی است.

سپس شارح می‌فرماید: مثالهایی که در اینجا ذکر شد، هم مثال برای تحلیل حرام است و هم مثال برای تحریم حلال، زیرا نسبت به آن طرفی که دروغگوست، صلح مزبور حرامی را حلال می‌کند ظاهراً، به جهت اینکه چیزی را که دروغگو به واسطه صلح می‌گیرد، از جهت اینکه کاذب است تصرفش در آن در واقع حرام است و به واسطه صلح، تصرف آن بر او ظاهراً حلال شده است پس صلح مزبور، حرام را بر او حلال کرده است.

و نسبت به آن طرفی که راستگوست، صلح مزبور، حلالی را حرام می‌کند به جهت اینکه به واسطه صلح، چیزی را که به طرف مقابلش می‌دهد، دستش از آن کوتاه شده و ظاهراً از تصرف و استفاده آن ممنوع می‌گردد (چون به واسطه صلح به حسب ظاهر، حکم می‌شود که مال طرف مقابل است) و حال آنکه در باطن آن چیز بر او حلال است و مال او است و به واسطه صلح از دستش خارج گردیده و تصرف در آن بر او حرام شده.

ترجمه و شرح عبارت: **إلاّ**... یعنی (هر نوع صلحی جایز و صحیح است) مگر صلحی که حلال کند حرامی را و یا حرام کند حلالی را (شارح می‌فرماید:) به همین تعبیر در حدیث نبوی نیز آمده است (چنانکه شیخ صدوق ـ أعلی الله مقامه ـ در

کتاب «من لایحضر»[1] از حضرت رسول اکرم ﷺ نقل نموده که فرمود: «... الصلح جائز بین المسلمین إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً») و تفسیرشده تحلیل حرام به اینکه: صلح کنند بر عبد قراردادن شخص حرّ و آزاد، و (یا صلح کنند بر) مباح نمودن بضعی که سببی برای اباحه آن جز عقد صلح نباشد، یا (صلح کنند بر) اینکه شرب خمر کنند، و مانند آن **بُضع** به ضم باء و سکون ضاد یعنی فرج و یا جماع **وتحریم الحلال**...(عطف است بر ـ تحلیل الحرام ـ) یعنی و تفسیر شده تحریم حلال به اینکه صلح شود به اینکه یکی از دو طرف، زوجه خود را وطی نکند، یا از مال خودش انتفاع نبرد، و مانند آن.

و صلح بر این امور، باطل است هم باطناً و هم ظاهراً.

و فُسّر بصلح...(این تفسیر دوم است) یعنی و تفسیر شده به صلح با منکر بر مقداری از چیزی که مورد ادعاست (یعنی در نزاعی که بر سر چیزی است و یکی آن را ادعا می کند و دیگری منکر آن است، آخرالامر صلح کنند بر اینکه مقداری از آن چیز به منکر داده شود) و یا (صلح کنند) بر منفعت مورد ادعا (که اصل آن چیزی که مورد نزاع است، مال یکی باشد و منفعت آن مال دیگری باشد) و یا (صلح کنند) بر بدل مورد ادعا (که اصل آن چیز، مال یکی باشد و بدل آن ـ قیمت یا مثل ـ به دیگری داده شود) و در همه این مثالها یکی از دو طرف بداند که ادعایش باطل است (یعنی در ادعایش دروغگوست) ولی صلح در تفسیر دوم، ظاهراً صحیح است گرچه در باطن باطل است.

المدعیٰ به صیغه اسم مفعول یعنی مورد ادعا **و هو صالح**... یعنی تفسیر دوم، صلاحیت دارد (که مثال باشد) برای تحریم حلال و تحلیل حرام هر دو، چون صلح

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۲۱.

مزبور، حلال کننده است حرام را نسبت به آن طرفی که دروغگوست (زیرا آنکه دروغگوست به واسطه صلح مزبور، چیزی را می‌گیرد که درباطن برایش حرام است و آن چیز برایش به واسطه صلح به حسب ظاهر، حلال می‌شود) و حرام کننده است حلال را نسبت به آن طرفی که راستگوست (زیرا آنکه راستگوست، به واسطه صلح مزبور، چیزی را می‌دهد که درباطن برایش حلال است وآن چیز برایش به واسطه صلح به حسب ظاهر، حرام می‌شود یعنی نمی‌تواند درآن تصرف کند).

وحيث كان عقدا جائزا في الجملة (فيلزم بالإيجاب والقبول الصادرين من الكامل) بالبلوغ والرشد (الجائز التصرف) برفع الحجر.

وتصح وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كل منهما بلفظ "صالحت" و "قبلت".

وتفريع اللزوم على ما تقدم غير حسن، لأنه أعم منه ولو عطفه بالواو كان أوضح، ويمكنه التفاته إلى أنه عقد والأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية المقتضي له.

لازم بودن عقد صلح

وحيث كان... توضيح: بعد از آنکه دانسته شد که اجمالاً صلح، عقد مشروع و صحیحی است، می‌دانیم که هر عقدی احتیاج به ایجاب و قبول دارد، اکنون می‌فرماید که: صلح به واسطه ایجاب و قبول، لزوم پیدا می‌کند و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند عقد را برهم بزند.

شرایط متصالحین آن است که بالغ ورشید باشند وشرعاً ممنوع التصرف درمال خود نباشند.

درصلح برخلاف عقود دیگر، صیغه ایجاب وقبول را هرکدام ازآنها که بخواهد می‌تواند جاری سازد، یعنی هرکدام ازآنها که بخواهد می‌تواند موجب یا قابل باشد، که یکی «صالحت» به عنوان ایجاب بگوید، ودیگری با «قبلت» قبول نماید، بنابر این صحیح است که مدعی صیغه ایجاب را بگوید ومدعی علیه صیغه قبول را، و صحیح است که مدعی‌علیه صیغه ایجاب را بگوید ومدعی صیغه قبول را.

اشکال شارح بر عبارت مصنف

مصنف، عبارت «فیلزم بالایجاب و القبول» را با کلمه ـ فاء ـ تفریع کردند بر جمله (و هو جائز...) شارح می‌فرماید که: تفریع لزوم صلح بر عبارت قبلی درست نیست چون عبارت قبلی اعم از لزوم است و تفریع خاص بر عام صحیح نیست.

توضیح اشکال اینکه: اگر مصنف قبلاً می‌فرمود: «و هو عقد لازم» سپس تفریع بر آن می‌فرمود: «فیلزم بالایجاب و القبول» عبارت درست بود ولی فرض آن است که مصنف قبلاً عبارتی آورده که اعم از لزوم عقد است چون فرموده «و هو جائز» و جواز در این عبارت به معنای مشروع و صحیح است (یعنی صلح عقدی است مشروع) و از مشروع بودن، استفاده نمی‌شود که آیا صلح، عقد جایز است (در مقابل لازم) که می‌توان آن را هم برهم زد، یا عقد لازم است که نمی‌توان آن را برهم زد، و خلاصه اینکه مشروع بودن اعم است از لزوم و جواز عقد پس تفریع کردن ـ فیلزم ـ بر عبارت قبلی که عام است نیکو نمی‌باشد، لذا بهتر این بود که به جای ـ فاء ـ واو عاطفه می‌آورد یعنی می‌فرمود: «و یلزم بالأیجاب و القبول» که مطلب جداگانه‌ای می‌شد بدون اینکه تفریع بر ماقبل باشد.

توجیه عبارت مصنف

سپس شارح عبارت مصنف را توجیه کرده به اینکه می‌توان از عبارت قبلی نیز لزوم عقد صلح را استفاده نمود که آن عبارت از عمومیت درآید و در نتیجه تفریع عبارت بعدی هم درست شود، و آن توجیه این است که بگوییم:

وقتی که صلح عقد مشروع بود، در جای خود ثابت شده است که اصل در هر عقدی، لزوم آن است (مگر عقدی که دلیلی بر عدم لزوم آن داشته باشیم مثل

وکالت، ودیعه، هبه غیرمعوضه وغیرآن) به دلیل آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ پس عقد صلح هم به واسطه عقد بودنش داخل درآن اصل بوده و لازم خواهد بود وبا این بیان وقتی که ثابت شد که عقد صلح، عقد لازم است پس می‌توان برآن تفریع کرد که «فیلزم بالایجاب والقبول» چون عقود لازمه به واسطه ایجاب و قبول، لازم می‌گردند و در اینجا هم وقتی که صلح عقد لازم بود، در نتیجه به واسطه ایجاب و قبول لازم می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و حیث...** (شارح این عبارت را در اینجا مقدمه برای عبارت بعدی مصنف ذکر نموده تا معلوم نماید که عبارت بعدی تفریع برکدام عبارت از عبارت‌های قبلی مصنف می‌باشد، هرچند این تفریع اشکال دارد، چنانکه بعد از این شارح بیان خواهد نمود) یعنی وقتی که صلح، عقد مشروع بود اجمالاً (اجمالاً یعنی در غیرمواردی که تحلیل حرام یا تحریم حلال می‌شود) پس صلح، لازم می‌گردد به واسطه ایجاب و قبولی که صادرشوند از شخصی که به حد کمال رسیده ـ به واسطه بلوغ ورشد فکری ـ و(شرعاً) حق تصرف درمال خود داشته باشد به اینکه ممنوعیت تصرف ازاوبرداشته شده باشد (نه مثل آدم سفیه ومفلس که شرعاً ممنوع‌التصرف در اموال خود هستند).

و تصح... یعنی وظیفه هریک از ایجاب و قبول، صحیح است که از هرکدام از متصالحین صادرشود (که هرکدام ازآنها بخواهد موجب باشد، صحیح است و ایجاب را) به لفظ (صالحتُ) (جاری می‌سازد) و(هرکدام ازآنها که بخواهد قابل باشد، صحیح است و قبول را) به لفظ «قبلت» (اجرا می‌سازد) **و تفریع...** (این اشکال شارح است برعبارت مصنف) یعنی تفریع ساختن مصنف، لزوم را (با کلمه فاء) برعبارت قبلی (و هو جائز مع الاقرار...) نیکو نیست، زیرا عبارت قبلی اعم از لزوم است، و اگر لزوم را با ـ واو ـ عطف می‌کرد هرآینه واضح تربود.

لأنه ضمير برمی‌گردد به ـ ما تقدّم ـ **عطفه** ضمير برمی‌گردد به ـ لزوم ـ **و يمكن**... (اين توجيه است برای عبارت مصنف تا تفريع با ـ فاء ـ درست شود) يعنی و شايد (جهت اينكه مصنف با ـ فاء ـ تفريع كرده است، اين است كه چون) نظركرده به اينكه صلح، عقد است، و اصل درعقود، لزوم است ـ مگرآن عقدی كه دليل خاصی آن را (ازاصل مزبور) خارج كرده باشد (كه اينها عقد جايزهستند) ـ به دليل اينكه در آيه قرآن امر شده به وفای به عقود، كه اين امراقتضا می‌كند لزوم را **إلتفاته** ضمير بر می‌گردد به مصنف.

و الأصل في العقود اللزوم يكی از قواعد فقهی، قاعده «لزوم درعقود» است، معنای اين قاعده به طوراجمال اين است كه قاعده كليه درعقود آن است كه هيچ يک ازطرفين عقد، حق ندارند آن را فسخ كنند وبرهم بزنند، والبته قاعده هميشه بايد مستند به مدرک معتبری باشد، ودرمورد بحث هم قاعده لزوم عقود، ازعموم آيه ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ استفاده می‌شود.

درآيه شريفه ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ می‌فرمايد: ای كسانی كه ايمان آورده ايد، به قراردادهای خود پايداربمانيد. ازلحاظ ادبی «أوفوا» امراست به وفاء، و درعلم اصول به اثبات رسيده كه صيغه امردلالت بروجوب می‌كند، ونيز«العقود» جمع معرف به الف ولام است ودرعلم اصول فقه ثابت شده كه جمع معرف به الف ولام ازكلماتی است كه دلالت برعموم می‌كند، بنابراين معنای آيه اين است كه وفای به تمام قراردادها (عقود) برمسلمانان واجب است وبديهی است كه بايد درهر زمان وهميشه وازابتدای انعقاد هرعقدی به آن پايبند باشند، وهيچ زمان حق فسخ وبرهم زدن آن را ندارند.

از قاعده مزبور، بعضی از عقود خارج شده‌اند به دلیل خاصی مثل ودیعه، عاریه، وکالت، هبه غیر معوضه، که این عقود جایز می‌باشند یعنی طرفین عقد هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ کرده و بر هم بزنند.

(وهو أصل في نفسه) على أصح القولين وأشهرهما، لأصالة عدم الفرعية، لا فرع البيع، والهبة، والإجارة، والعارية، والابراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين، استنادا إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما ألحق به.

وفيه: أن إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتحاد، كما لا تقتضي الهبة بعوض معين فائدة البيع.

استقلال عقد صلح

(وهو أصل في نفسه)... توضيح بين فقها اختلاف است كه آيا صلح، معامله مستقلی است یا فرع بر عقد دیگری است؟

مشهور می‌گویند: صلح معامله مستقلی است که مبتنی بر سازش وآشتی باشد و در ردیف عقود دیگر (هبه واجاره وعاریه وغیرآن) یکی ازعقود معینه است، بنابراین، هرچند صلح نتیجه یکی ازعقود دیگررا بدهد لکن فرع برآن عقد نخواهد بود، ودر نتیجه شرایط واحکام خاصه آن عقد را ندارد، بنابراین:

هرگاه صلح کنند براینکه انتقال عین درمقابل عوض معینی واقع شود، نتیجه آن همان بیع خواهد بود ولی فرع بیع (وازافراد آن) نخواهد بود پس شرایط واحکام خاصه بیع درآن جاری نمی‌شود، بدین جهت خیارات مختصه (مثل خیارمجلس وخیارحیوان) وانفساخ درموردتلف مبیع قبل ازقبض، درصلح جاری نمی‌گردد، زیرا آنها ازاحکام خاصه بیع می‌باشند.

وهرگاه منفعتی درمقابل عوض معینی، صلح شود، اگرچه نتیجه اجاره را دارد ولی فرع براجاره وازافراد آن نیست، واحکام خاصه اجاره درآن جاری نمی‌شود.

وهرگاه صلح براستیفاء منفعت مجانی وبدون عوض واقع شود نتیجه عاریه را می‌دهد ولی عاریه نمی‌باشد.

وهرگاه صلح برتملیک عین مجانی بدون عوض واقع شود، نتیجه هبه را می‌دهد ولی ازافراد هبه نیست.

وهرگاه صلح، اسقاط دین باشد، نتیجه ابراء را دارد ولی ازافراد ابراء نیست.

ودلیل قول مشهوراین است که اصل درهرعقدی آن است که معامله مستقلی باشد وفرع برعقد دیگرنباشد، وفرع بودن برعقد دیگر(که احکام آن عقد دیگربرآن جاری شود) احتیاج به دلیل روشنی داردکه دراینجا چنین دلیلی نداریم.

ولی شیخ طوسی درمقابل مشهورگفته است که: صلح فرع برهمان عقدی است که نتیجه آن را می‌دهد، وعقد مستقلی درردیف عقود معینه دیگرنمی‌باشد، بنابراین درصورتی که انتقال عین درمقابل عوضی معین به صورت صلح واقع شود، بیع می‌باشد واحکام بیع برآن جاری می‌شود، وهرگاه انتقال منفعتی درمقابل عوض معین به صورت صلح واقع گردد، اجاره است واحکام اجاره برآن جاری می‌شود و همچنین اگرنتیجه عقود دیگررا بدهد.

دلیل شیخ طوسی آن است که چون صلح، نتیجه وفایده عقد دیگررا می‌دهد لذا باید احکام آن عقد براوجاری گردد.

شارح درجواب آن می‌فرماید: ممکن است دوعقد مختلف، دارای نتیجه وآثار واحد باشند، ویکی بودن نتیجه، کاشف ازوحدت نوع عقد نیست، زیرا ممکن است دوشیء مختلف دارای اثرشبیه به یکدیگرباشند چنانکه هبه معوضه (که چیزی را می‌بخشد به شرط اینکه طرف مقابل هم به اوچیزی ببخشد) نتیجه‌اش با

بیع یکی است (وآن انتقال عین درمقابل عوض معینی است) ولی بیع نمی‌باشد و هرکدام عقد مستقل می‌باشند.

ترجمه وشرح عبارت: **و هو...** یعنی صلح به خودی خود، عقد مستقلی است طبق صحیحترین ومشهورترین دوقولی که دراین مسأله می‌باشد، زیرا اصل (درهر عقدی) آن است که فرع (برعقد دیگری) نباشد **لافرع...** (عطف است بر ـ اصل فی نفسه ـ) یعنی نه اینکه صلح، فرع بیع ویا هبه ویا اجاره ویا عاریه ویا ابراء باشد، چنانکه شیخ طوسی رفته است به سوی این قول که صلح را فرع بیع قرارداده در صورتی که صلح نتیجه‌اش نقل عین درمقابل عوض معلومی باشد (مثلاً زید ادعای ملکیت خانه‌ای را بکند که دردست عمرواست، عمروآن را انکارکند ویا اقراربه آن کند، ومعذلک آخرالامر مصالحه کنند به این صورت که خانه را زید بگیرد ودرمقابل آن، زید فلان مبلغ پول به عمرو بدهد، دراین صورت انتقال خانه درمقابل مبلغ معین، شده، که نتیجه بیع است) وفرع اجاره قرارداده درصورتی که صلح واقع شود برمنفعت معلومی درمقابل عوض معلومی (مثلاً درمثال بالا مصالحه کنند براینکه خانه مال عمرو باشد وزید درآن خانه به مدت بیست سال سکونت کند با فلان مبلغ پول) وفرع عاریه قرارداده درصورتی که صلح متضمن این باشد که منفعتی را اباحه کند بدون عوضی (مثل اینکه درمثال بالا مصالحه کنند براینکه زید ده سال سکونت درخانه کند بدون اینکه مبلغی بپردازد) وفرع هبه قرارداده است درجایی که صلح متضمن این باشد که عینی تملیک به دیگری شود بدون عوض (مثل اینکه زید ادعاکند ملکیت دوخانه‌ای راکه دردست عمرواست وعمروهم اقراربه آن کند، ومع ذلک مصالحه کنند براینکه یک خانه مال عمروباشد ودیگری مال زید باشد پس دراین صورت یکی ازآن دوخانه، ملک عمرو می‌شود بدون عوض، واین نتیجه هبه می‌باشد) وفرع ابراء (یعنی اسقاط دین ازذمه، که یکی ازایقاعات است) قرار

داده درصورتی که صلح متضمن این باشد که دینی از ذمه ساقط گردد (مثل اینکه زید ادعای دینی بر ذمه عمروکند و عمروهم اقرار به آن نماید، و مع ذلک مصالحه کنند براینکه دین از ذمه عمروساقط باشد).

إستناداً... (دلیل است برای قول شیخ طوسی) یعنی ایشان استدلال کرده به اینکه چون صلح، نتیجه عقود مذکوره را دارد درصورتی که صلح بروجه هریک از عقود دیگر واقع شود (یعنی مثلاً صلح بروجه نقل عین واقع شود، یا بروجه نقل منفعت واقع شود، یا بروجه اسقاط دین واقع شود) بدین جهت ملحق می‌شود به صلح، حکم آن عقدی که صلح ملحق به آن عقد شده (یعنی ملحق می‌شود به صلح، حکم آن عقدی که صلح فرع آن شده است، بنابراین، صلح کردن بر منفعت خانه (سکونت) درمدت مجهول، باطل است چون اجاره دادن درمدت مجهول باطل است، و نیز صلح کردن بر جنس ربوی با زیاده و نقصان باطل است، زیرا فروختن جنس ربوی با زیاده و نقصان باطل است، و نیز صلح بر طلا و نقره باید دریک مجلس باشد چون بیع طلا و نقره باید دریک مجلس باشد).

و فیه...(این جواب شارح است از دلیل شیخ طوسی) یعنی درآن دلیل، این اشکال است که نتیجه دادن عقدی، نتیجه عقد دیگری را، اقتضا نمی‌کند که آن دو عقد، یکی بوده باشند همچنان که (در نظیر آن) هبه‌ای که در مقابل عوض معین باشد اقتضا نمی‌کند که آن هبه، بیع بوده باشد (با اینکه تملیک عین درمقابل عوض معین، نتیجه بیع می‌باشد).

فائدة البیع بهتر آن است که کلمه ـ فائدة ـ درعبارت ساقط باشد (همچنانکه در بعضی از نسخه‌های شرح لمعه آن کلمه نمی‌باشد) زیرا با وجود آن کلمه، معنای عبارت این می‌شود که:«هبه معوضه اقتضا نمی‌کند فایده و نتیجه بیع را» درحالی که این معنی درست نیست، زیرا هبه معوضه، اقتضای نتیجه را دارد، پس بهتر آن است

که کلمه ـ فائدة ـ ساقط شود که بنابراین، معنی عبارت این می‌شود که: هبه معوضه اقتضا نمی‌کند، بیع را یعنی اقتضا نمی‌کند که بیع باشد (بلکه هبه یک عقد مستقل است و بیع، عقد دیگر می‌باشد).

(ولا يكون طلبه إقرارا) لصحته مع الإقرار والإنكار، ونبه به على خلاف بعض العامة الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فرع عليه أن طلبه إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح وإنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزما له.

(ولا يكون طلبه... توضيح: بعضی از اهل سنت چون مبنایشان این است که صلح درصورت انکار مدعی علیه، صحیح نیست، بدین جهت گفته‌اند که اگر چنانچه مدعی علیه درخواست صلح از مدعی کرد، لازمه این درخواست آن است که مدعی علیه، اقرار به مورد ادعا کرده است (یعنی مثلاً اگر زید ادعای ملکیت خانه‌ای را بکند که در دست عمرو است، و عمرو درخواست صلح از زید کرد، لازمه این درخواست آن است که عمرو اقرارکرده به اینکه خانه، مال زید است و معذلک درخواست صلح می‌کند) زیرا اطلاق صلح، انصراف به صلح صحیح دارد پس درخواست صلح معنایش درخواست صلح صحیح است، و صلح صحیح به عقیده آنها درصورت اقرار مدعی علیه است نه درصورت انکار، پس درخواست صلح، لازمه‌اش اقرار به مورد ادعا خواهد بود.

ولی به عقیده فقهای امامیه، درخواست صلح لازمه‌اش اقرار به مورد ادعا نیست، زیرا ـ چنانچه در اول بحث گذشت ـ صلح بر مبنای امامیه، هم درصورت انکار، صحیح است و هم درصورت اقرار، پس اطلاق صلح که انصراف به صلح صحیح دارد، با صورت انکار هم سازش دارد، بنابراین، درخواست صلح صحیح، لازمه‌اش اقرار به مورد ادعا نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يكون...** یعنی درخواست کردن (مدعی علیه) صلح را لازمه‌اش اقرار (از مدعی علیه به مورد ادعا) نیست، زیرا صلح، هم درصورت اقرار و هم درصورت انکار صحیح است و (شارح می‌فرماید که:) مصنف با طرح این مسأله اشاره کرده به مخالفت بعضی از اهل سنتی که مبنایشان آن است که صلح در

صورت انکار صحیح نیست (و اینها بر خلاف امامیه گفته‌اند که درخواست صلح، لازمه‌اش اقرار به مورد ادعا است) زیرا تفریع کرده بر آن مبنا اینکه درخواست صلح اقرار می‌باشد (یعنی بعد از آنکه قائل شده‌اند که صلح در صورت انکار صحیح نیست، گفته‌اند که بنابراین، طلب صلح، لازمه‌اش اقرار خواهد بود) زیرا اطلاق صلح، انصراف به صلح صحیح دارد، و صلح (بر مبنای آنها) در صورت اقرار فقط صحیح است پس طلب صلح مستلزم اقرار خواهد بود.

فرّع ضمیر فاعلی به بعض عامه بر می‌گردد **علیه** ضمیر بر می‌گردد به ـ عدم صحة ـ **فیکون** ضمیر مقدر بر می‌گردد به طلب صلح.

(ولو اصطلح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركة) وإرادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء.

مصالحه دو شریک

(ولو إصطلح الشريكان... توضیح: هرگاه دو نفر شریک در وقتی که مدت شرکت آنها به پایان رسیده و می‌خواهند شرکت را فسخ کرده و مال مشترک را قسمت نمایند، بخواهند با هم مصالحه کنند به این صورت که یکی از دو شریک بگوید: «اصل سرمایه‌ام را بده و هر چه سود و زیانی باشد مال تو» یعنی اینکه سود و زیان، مخصوص یک شریک باشد و شریک دیگر نه از سود بهره بگیرد و نه زیانی بر عهده او باشد، بلکه سرمایه خویش را بدون کم و زیاد بستاند، و شریک دیگر هم راضی به آن شود، این صلح صحیح است و در نتیجه آن زیادی سودی که شریک دیگر می‌گیرد به منزله بخشش از طرف آن شریکی که سرمایه خود را گرفته خواهد بود، و در صورت ضرر کردن، به منزله ابراء ذمه از طرف او نسبت به آن شریکی که سرمایه خود را گرفته خواهد بود.

مثلاً اگر زید و عمرو هر کدام پنج هزار تومان سرمایه گذاشتند که به مدت یکسال با هم به طور شرکت کار کنند، و در آخر سال خواستند از هم جدا شوند و مال را قسمت نمایند، چنانچه مصالحه کنند به این صورت که زید به عمرو بگوید: من پنج هزار تومان خودم را برمی‌دارم و باقیمانده ـ خواه در معاملات سود کرده باشیم و خواه ضرر ـ مال تو باشد، و عمرو هم آن را قبول نماید، حال اگر بعد از تصفیه محاسبات، باقیمانده، هفت هزار تومان باشد که عمرو آن را برمی‌دارد، در اینجا اگر آن مصالحه را نمی‌کردند، قاعده شرکت این بود که مبلغ دو هزار تومان اضافه را ـ که سود معاملات

است ـ بین خود به نصف تقسیم کنند و هر یک هزار تومان بردارد، ولی چون آن مصالحه را کردند، عمرو هزار تومان دیگر بیش از بهره سودی که سهم او بود، به وی رسید که این زیادی سود به منزله این است که زید آن را به او هبه نموده است.

و اما اگر بعد از تصفیه محاسبات، باقیمانده، سه هزار تومان باشد که عمرو آن را بر می‌دارد که دو هزار تومان از اصل سرمایه‌اش به او کمتر می‌رسد، در اینجا اگر آن مصالحه را نمی‌کردند، قاعده شرکت این بود که ضرر به هر دو وارد شود و سهم هر کدام از آنها از مال مشترک، چهار هزار تومان باشد (یعنی آن دو هزار تومان ضرر، بین آنها تقسیم شود و از سرمایه هر یک، هزار تومان کم گردد) ولی چون آن مصالحه را کردند، به عمرو هزار تومان بیشتر ضرر متوجه شد و در حقیقت زید، هزار تومان بدهکار به عمرو است که به او بپردازد ولی به واسطه آن مصالحه، گویا عمرو، زید را از آن هزار تومان، بریٔ الذمه کرده که زید آن را به او نپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو إصطلح**... یعنی اگر مصالحه کنند دو نفر شریک براینکه یکی از آنها سرمایه خود را بتمامه (از مال مشترک) بردارد، و باقیمانده (از مال مشترک) مال شریک دیگر باشد، خواه آن دیگری سود ببرد یا زیان کند، چنین صلحی صحیح است ـ در صورتی که آن صلح هنگام سپری شدن (مدت) شرکت و (زمان) قصد بر هم زدن شرکت (یعنی تقسیم مال مشترک) بوده باشد ـ تا اینکه زیادی سودی که نصیب یکی از آن دو شریک شده، به منزله بخشش (از طرف آن شریکی که سرمایه خود را برداشته است) می‌شود، و (اگر در معامله، ضرر کرده باشند) ضرری که بر یکی از آن دو شریک وارد شده، به منزله ابراء ذمه (از طرف او) می‌شود.

(ولو شرطا بقائهما على ذلك) بحيث يكون ما يتجدد من الربح والخسران لأحدهما، دون الآخر (ففيه نظر) من مخالفته لوضع الشركة حيث إنها تقتضي كونهما على حسب رأس المال، ومن إطلاق الرواية بجوازه بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادة القسمة صريحا فيجوز مع ظهوره، أو ظهور الخسارة مطلقا.

(ولو شرطا بقائهما... توضیح: اگر آن دو شریک در پایان شرکت، با اینکه قصد بر هم زدن شرکت را داشتند ولی از این قصد برگردند و بخواهند در ضمن صلح مزبور شرط کنند که شرکت خود را تا مدت دیگری ادامه دهند به همان‌گونه‌ای که گفته شد. و آن اینکه هر چه در معاملات، سود و زیان حاصل شده، اختصاص به یکی از دو شریک داشته باشد نه دیگری، آیا چنین شرطی در صلح جایز است؟ دو احتمال در آن می‌باشد:

۱. اینکه جایز نیست، زیرا شرط مزبور مخالف با مقتضای عقد شرکت است (چون در شرکت باید به نسبت سرمایه هرکدام، سود برای هر دو باشد، زیان هم بر هر دو وارد شود) و فقها گفته‌اند که هر شرطی که مخالف مقتضای عقد باشد، باطل است، چون شرطی است مخالف کتاب و سنت.

۲. اینکه شرط مزبور جایز است، زیرا روایتی که در این باب وارد شده، اطلاق دارد (یعنی در آن روایت به طور مطلق، حکم شده به اینکه بعد از آنکه در معامله، سودی ظاهر شد، می‌توان صلح به صورت مزبور انجام داد) و اطلاق آن، شامل می‌شود هم صورتی را که در بالا گذشت (که در پایان شرکت، قصد فسخ شرکت داشته باشند آنگاه چنان صلحی را بکنند) و هم صورتی را که در پایان شرکت، قصد بقای شرکت را داشته باشند و چنان صلحی را بکنند (که این صورت، اکنون مورد بحث ماست).

بنابراین، از اطلاق روایت استفاده می‌شود که چنانچه در پایان شرکت، سودی در معاملات، ظاهر شد و یا زیانی ظاهر شد، می‌توانند در ضمن صلح، شرط مزبور را

بنمایند (که سود وزیان اختصاص به یکی داشته باشد نه دیگری) خواه بخواهند مال مشترک را قسمت کنند وخواه بخواهند براشتراک باقی بمانند.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو شرطا**... یعنی اگر (درپایان شرکت، درضمن صلح مزبور) شرط کنند که باقی باشند برشرکت بدان گونه که (گفته شد یعنی) هرچه که پدید می‌آید ازسود وزیان، مال یکی ازدوشریک باشد نه دیگری، در (جواز) چنین شرطی تأمل است.

من مخالفته... (دلیل احتمال عدم جواز شرط مزبور می‌باشد) یعنی ازاینکه شرط مزبور (درضمن صلح) مخالفت دارد با وضع شرکت (یعنی با مقتضای شرکت) زیرا شرکت اقتضا می‌کند که سود وزیان به نسبت سرمایه هرکدام، تقسیم شود (یعنی اگرمثلاً سرمایه یکی پنجاه تومان وسرمایه دیگرصد تومان باشد، باید سود وزیان به نسبت یک سوم ودوسوم بین آن دوشریک تقسیم گردد، نه اینکه سود وزیان، بریکی وارد شود ودیگری سرمایه خود را بتمامه بردارد).

و من إطلاق... (دلیل احتمال دوم است یعنی جوازشرط مزبور) یعنی وازاینکه روایت به طورمطلق، حکم کرده به جوازچنین شرطی بعد ازآنکه سودی حاصل شد، بدون آنکه (درروایت) صریحاً تقیید شده باشد به صورتی که قصد تقسیم سرمایه (و فسخ شرکت) داشته باشند، بنابراین، شرط مزبورجایزاست ـ درصورت حصول سود ویا حصول زیان ـ مطلقا چه بخواهند شرکت را فسخ کرده وسرمایه را تقسیم نمایند و چه بخواهند شرکت را ادامه داده وسرمایه را تقسیم نکنند.

الروایة روایت راکلینی در «کافی» و شیخ طوسی در «تهذیب» چنین نقل کرده‌اند:

«... عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين إشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين، فقال آحدهمالصاحبه: اعطني رأس المال ولك الربح و

عليك التوى، فقال: لا بأس إذا إشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ الى كتاب الله عزوجل»[1]

یعنی راوی سؤال کرد از حضرت صادق علیه‌السلام درباره دو مردی که شریک بودند در مالی و در آن سود کردند و بعضی از آن مال به نسیه فروخته شده بود و خود آنها هم بدهکار به دیگران بودند، آنگاه یکی از دو شریک به دیگری بگوید: سرمایه خودم را بده و سود و زیان مال تو (آیا این عمل صحیح است) حضرت فرمود: اشکالی ندارد اگر چنین شرطی کردند و اگر شرطشان مخالف کتاب خدا باشد، باید به کتاب خدا بازگردانده شود.

صریحاً (قید است برای ـ تقیید ـ) یعنی صریحاً تقیید به آن نشده یعنی در روایت، صریحاً ذکر نشده که دو شریک، قصدشان این است که سرمایه را بین خود تقسیم کنند و به شرکت پایان دهند. اگر چه اجمالاً می‌توان از مضمون روایت آن معنی را استفاده نمود چون از ظاهر جمله «فقال أحدهما لصاحبه اعطنی رأس المال ولک الربح وعلیک التوی» می‌توان فهمید که آنها قصدشان تقسیم سرمایه است.

أو ظهور الخسارة... ناگفته نماند که همانطوری که شارح نیز در سطر پیش ذکر نمود، در روایت، فقط صورت ظهور ربح ذکر گردیده و اما ظهور زیان ذکر نشده ولی گویا مقصود در روایت هر دو صورت می‌باشد (چه ظهور ربح و چه ظهور زیان) زیرا ظهور ربح در روایت می‌خواهد این معنی را برساند که شرکت پا برجا شده و به مرحله عمل رسیده و نتیجه خود را ظاهر نموده و معلوم است که همانطوری که این معنی، با ظهور ربح، تحقق می‌یابد، همچنین با ظهور زیان نیز تحقق می‌یابد، یعنی اگر به جای سود، زیان کنند، ظهور زیان این معنی را می‌رساند که شرکت، به مرحله عمل رسیده است.

---

[1] کافی، ج ۵، ص ۲۵۸ و تهذیب، ج ٦، ص ۲۰۷.

ويمكن أن يكون نظره في جواز الشرط مطلقا وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ وجماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه، ولعموم (المسلمون عند شروطهم). والأقوى المنع.

وهو مختاره في «الدروس».

و يمكن أن يكون... توضيح: شارح می‌فرماید: از شرحی که برای عبارت «و لو شرطابقائهما علی ذلک» دادیم معلوم شد که نظر مصنف در آن عبارت، به پایان شرکت بود که در پایان شرکت اگر بخواهند به وسیله شرط مزبور در ضمن صلح، شرکت را ادامه دهند، مورد اشکال است.

حال شارح می‌فرماید: می‌توان عبارت مزبور را تعمیم داد حتی به ابتدای شرکت، یعنی بگوئیم مقصود مصنف آن است که به طورکلی، در شرکت اگر چنان شرطی را بکنند مورد اشکال است، خواه در ابتدای شرکت (در عقد شرکت) باشد و خواه در پایان شرکت در ضمن صلح برای ادامه شرکت باشد.

ولی شیخ طوسی و جماعتی گفته‌اند که شرط مزبور حتی در ابتدای شرکت صحیح است و دلیل آنها دو چیز است:

١. اینکه اطلاق روایت دلالت می‌کند که حتی در ابتدای شرکت می‌توان چنان شرطی را نمود.

٢. عموم روایت «المسلمون عند شروطهم» شامل شرط در ابتدای شرکت هم می‌شود، پس باید مسلمانان پای بند به این شرط، در شرکت باشند.

شارح می‌فرماید: اقوی در نظر ما آن است که در ابتدای شرکت، چنین شرطی را نمی‌توان نمود. چون با مقتضای عقد شرکت، منافات دارد، زیرا چنانکه سابقاً گفتیم

درشرکت باید سود وزیان برای هردو باشد و مصنف نیز همین قول را درکتاب «دروس» اختیار نموده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و یمکن**... یعنی ممکن است بگوئیم: تأمل و اشکال مصنف (درعبارت: ففیه نظر) درجواز چنین شرطی است مطلقا هرچند درابتدای شرکت باشد، چنانکه شیخ طوسی وجماعتی به سوی جواز مطلق رفته‌اند وخیال کرده‌اند که اطلاق روایت دلالت برجواز مطلق می‌کند (چون درروایت حضرت فرموده اند: «لابأس إذا إشترطا» ودیگر دراین جمله تقیید نکرده‌اند به صورتی که شرطشان در پایان شرکت باشد، پس اطلاق روایت، شامل هردوصورت می‌شود چه پایان شرکت و چه ابتدای شرکت) و(دلیل دومشان این است که) چون حدیث «المسلمون عند شروطهم» (یعنی مسلمانان باید پایبند به شروط باشند) عمومیت دارد (هرشرطی را شامل می‌شود حتی شرط درمورد بحث را) ولی اقوی درنظرما آن است که شرط در ابتدای شرکت، صحیح نیست وهمین قول هم مختارمصنف درکتاب «دروس» است **في جواز الشرط** این جمله، خبراست برای ـ یکون ـ **و إن کان**... تفسیر می‌کند کلمه ـ مطلقا ـ را.

و الأقوی المنع درجواب ازدلیل شیخ طوسی باید گفت:

اما دلیل اول ایشان (که فرمود اطلاق روایت شامل شرط درابتدای شرکت هم می‌شود) جوابش آن است که گوئیم: ازسؤالی که راوی نموده استفاده می‌شود که سؤال اودرمورد شرط درپایان شرکت است، چون راوی می‌پرسد که دونفرشریک در معاملاتشان سود برده‌اند وحالا یک مقدارطلبکارویک مقداربدهکارهستند، با این وضعیت آیا می‌توانند با یکدیگرصلح کرده وآن چنان شرطی را بنمایند.

واضح است که چنین سؤالی را نمی‌توان مربوط به ابتدای شرکت دانست که هنوز ربحی پیدا نشده وطلبکاروبدهکارنشده اند.

بنابراین، چون جواب باید مطابق سؤال باشد پس جوابی که حضرت با جمله ـ لا بأس اذا اشترطا ـ داده است باید گفت که آن هم مربوط به پایان شرکت خواهد بود و نمی‌توان آن را شامل ابتدای شرکت دانست.

.واما جواب از دلیل دوم شیخ طوسی که عموم «المسلمون عند شروطهم» بود:

گوئیم: روایت مزبور، شروطی که شرعاً صحیح باشد را شامل است نه شروط باطل را و در مورد بحث، شرط مزبور چون با مقتضای عقد شرکت، منافات دارد لذا مخالف کتاب و سنت خواهد بود و شرطی که مخالف کتاب و سنت باشد، به اجماع فقها و به حکم روایاتی که در این مورد وارد شده است باطل می‌باشد. پس حدیث «المسلمون عند شروطهم» شامل آن نخواهد بود.

(ويصح الصلح على كل من العين، والمنفعة بمثله، وجنسه ومخالفه) لأنه بإفادته فائدة البيع صح على العين، وبإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة، والحكم في المماثل والمجانس والمخالف فرع ذلك، والأصل والعموم يقتضيان صحة الجميع،

اقسام صلح

صلح بر عین و منفعت

(ويصح الصلح على كل... توضیح: مورد صلح ممکن است عین باشد مثل خانه، یا منفعت باشد مثل سکونت در خانه، وعوض صلح هم ممکن است مماثل مورد صلح باشد یا مجانس آن باشد یا مخالف در جنس باشد، وتفصیل اقسام مزبور به شرح زیر است:

۱. صلح بر عین در مقابل مثل آن عین، مثلاً صلح ابتدایی کنند بدون نزاع قبلی، بر تملیک خانه‌ای در مقابل خانه دیگر، ویا با نزاع قبلی چنین صلحی را بنمایند.

۲. صلح بر عین در مقابل همجنس آن عین یعنی صلح بر نوعی از عین در مقابل نوع دیگر از آن عین، مثلاً صلح کنند بر ماشین پیکان در مقابل ماشین رنو.

۳. صلح بر عین در مقابل عین دیگری مخالف در جنس، مثلاً صلح کنند بر خانه‌ای در مقابل ماشین.

٤. صلح بر منفعتی در مقابل مثل آن منفعت، مثلاً صلح ابتدایی کنند بر سکونت در این خانه در مقابل سکونت در خانه دیگر، ویا مثلاً در صورت نزاع و اختلاف: زید ادعا کند بر عمرو که چند مدت در خانه من سکونت نموده‌ای و

اجرت‌المثل می‌خواهم، آنگاه صلح کنند به این صورت که چند مدت زید در خانه عمرو بنشیند.

۵. صلح بر منفعتی در مقابل همجنس آن منفعت، مثلاً صلح بر سکونت خانه در مقابل سکونت در مغازه.

۶. صلح بر منفعت در مقابل منفعت دیگری مخالف در جنس، مثل صلح بر سکونت خانه، مقابل استفاده از ماشین.

شارح ابتدا در مقام ثبوت، علتی ذکر می‌کند بر اینکه صلح می‌تواند، هم بر عین تعلق گیرد و می‌تواند بر منفعت تعلق گیرد، و عوض آن هم می‌تواند مماثل آن یا مجانس یا مخالف آن واقع شود، سپس در مقام اثبات، دلیل می‌آورد بر صحت شرعی چنین صلح‌هایی.

اما دلیل بر مطلب اول (که صلح هم بر عین و هم بر منفعت می‌تواند تعلق گیرد) این است که صلح گاهی جانشین بیع می‌شود و نتیجه بیع را می‌دهد بدین جهت همانند بیع می‌تواند بر عین واقع شود، وگاهی جانشین اجاره می‌شود و نتیجه اجاره را می‌دهد بدین جهت همانند اجاره می‌تواند بر منفعت واقع شود چون در اجاره هم انتقال منفعت است.

وعلت اینکه عوضی هم که در مقابل صلح قرار می‌گیرد، آن هم می‌تواند مماثل یا مجانس یا مخالف در جنس باشد، همان است که چون صلح گاهی نتیجه بیع و گاهی نتیجه اجاره را می‌دهد، پس همانطوری که در بیع واجاره، عوضی که در مقابل داده می‌شود می‌تواند مجانس باشد و می‌تواند مماثل و می‌تواند مخالف در جنس باشد، همچنین در صلح نیز آن عوض‌ها می‌توانند واقع شوند. و اما دلیل بر مطلب دوم یعنی صحت شرعی آن صلح ها، دو چیز است:

۱. اینکه اصل در عقود، صحت است.

۲. ادله صلح، عمومیت دارند شامل تمام آن اقسام می‌شوند.

ترجمه وشرح عبارت: **و یصح**... یعنی صحیح است که صلح برهریک ازعین و منفعت واقع شود، درمقابل مماثل آن یا مجانس آن یا مخالف آن درجنس **بمثله**... (ضمیرمفرد دراین کلمه ودوکلمه بعدی برمی‌گردد به کل واحد من العین والمنفعة) دراصطلاح منطق، مثلان عبارت است ازدوچیزی که ازیک نوع باشند گرچه در اوصاف مختلف باشند یعنی گرچه دوصنف باشند، مثلاًگندم سفید مماثل است باگندم سرخ (که اینها دوصنف ازیک نوعند) وهمچنین گندم سفید مماثل باگندم سفید دیگراست (که اینها دراوصاف متحدند یعنی دوفرد ازیک صنف اند) و همچنین گوسفند شاخدارمماثل است باگوسفند بی شاخ (که اینها دوصنف ازیک نوعند).

و جنسه متجانسان دراصطلاح منطق عبارت است ازدونوع ازیک جنس، مثل شترواسب، که حیوان جنس آنهاست، پس شترمجانس اسب است، ونیزمثل گندم وجوکه اینها دونوع ازطعام هستند وطعام جنس آنهاست، پس گندم مجانس با جواست.

این توضیحی که برای «مثل» وبرای «جنس» دادیم یک احتمال درعبارت است که مطابق با اصطلاح اهل منطق می‌باشد.

واحتمال دیگری درعبارت است که آن را صاحب «مفتاح الکرامة» ذکرنموده و آن اینکه مقصود از«مثل» فردی ازصنف می‌باشد. پس مثلان یعنی دوفردی که در تمام اوصاف با یکدیگرمتحد باشند. مثلاً گندم سفید با گندم سفید دیگر، ویا مثلاً گندم سرخ باگندم سرخ دیگر، ویا مثلاًگوسفند شاخدارباگوسفند شاخداردیگر، و مقصود از«جنس» صنفی ازنوع است، پس متجانسان یعنی دوچیزی که درنوع

متحد باشند هرچند در اوصاف مختلف باشند، مثلاً گندم سرخ با گندم سفید، که این دو هرکدام صنفی ازگندم هستند وگندم نوع آنهاست.

مرحوم شیخ علی (نواده شیخ ثانی) در حاشیه‌اش به گونه دیگری عبارت را توضیح داده که به نظرما پسندیده نیست، ایشان چنین گفته است که: مقصود از «مثله» یعنی مثل عین یا منفعت، درعین بودن یا درمنفعت بودن، به این معنی که اگرمورد صلح، عین بود، عوض صلح هم عین باشد (خواه همجنس باشد یا نه، مثلاً اگرمورد صلح، گوسفند بود، عوض آن چه گوسفند باشد وچه گندم، مماثل حساب می‌شوند دراینکه عین هستند) واگرمورد صلح، منفعت بود، عوض صلح هم منفعت باشد (خواه همجنس باشد یا نه، مثلاً اگرمورد صلح، سکونت خانه بود، عوض آن خواه سکونت خانه باشد وخواه منفعت ماشین باشد، مماثل حساب می‌شود دراینکه منفعت هستند).

بنابراین، طبق توضیح شیخ علی، ذکرکلمه ـ وجنسه ـ بعد از«مثله» ازباب ذکر خاص بعد ازعام است چون طبق تفسیرایشان، مثل اعم ازجنس است.

لأنه... (چنانکه سابقاً اشاره کردیم این عبارت تعلیل است برای صحت تعلق صلح به عین یا منفعت، یعنی تعلیل مزبوردرمقام ثبوت است که صلح می‌تواند بر عین یا منفعت تعلق گیرد) یعنی زیرا صلح به جهت اینکه گاهی نتیجه بیع را می‌دهد، می‌تواند برعین واقع شود وبه جهت اینکه گاهی نتیجه اجاره را می‌دهد می‌تواند برمنفعت واقع شود، واما حکم عوضی که مجانس یا مماثل یا مخالف در جنس است، فرع برمطلبی است که گفته شد وآن اینکه صلح، نتیجه بیع یا نتیجه اجاره را می‌دهد (یعنی اینکه عوض صلح می‌تواند مجانس مورد صلح باشد یا مماثل آن یا مخالف آن، دلیل جداگانه‌ای لازم ندارد، بلکه حکم آن، فرع برآن مطلبی است که دربالا ذکرشد، یعنی وقتی که معلوم گردید که صلح گاهی نتیجه بیع را می‌دهد و

گاهی نتیجه اجاره را، قهراً عوض صلح هم می‌تواند مجانس یا مماثل یا مخالف، واقع شود چون دربیع واجاره، هرکدام ازآن عوضها می‌تواند عوض واقع شود).

و الأصل (این دلیل درمقام اثبات صحت شرعی صلح درتمام اقسام مزبوره است) یعنی اصالة الصحة درعقود (که یکی ازقواعد فقهی است چنانکه سابقاً در کتاب الکفالة توضیحش را دادیم) ونیزعموم ادله صلح (مثل حدیث نبوی «الصلح جائزبین المسلمین») هردواقتضا می‌کنند که تمام اقسام مزبوره صلح، صحیح باشند.

بل ما هو أعم منها كالصلح على حق الشفعة والخيار وأولوية التحجير، والسوق، والمسجد، بعين ومنفعة وحق آخر، للعموم.

صلح بر حقوق

بل ما هو أعم... توضيح: همانطوری که مورد صلح، صحیح است عین یا منفعت باشد، همچنین صحیح است یکی از حقوق باشد (درمقابل عین یا منفعت) مثل موارد زیر:

۱. حق الشفعة: وآن عبارت ازاین است که هرگاه مثلاً زید وعمرو درملک غیر منقولی (زمین یا خانه) به طورمشاع، شریک باشند وزید سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد، چون ممکن است شخص ثالث (که شریک جدید عمرواست) دارای سوء اخلاق بوده وحسن سلوک نداشته باشد وبعدها اسباب زحمت عمرورا فراهم آورد، لذا عمروشرعاً حق دارد سهم فروخته شده زید را با پرداخت ثمن آن به مشتری (شخص ثالث) مالک شود، این حق را «حق شفعه» می‌نامند.

حال اگرمشتری، با عمرومصالحه کندکه عمرو، حق شفعه خود را اسقاط کند واز آن صرف نظرنماید ودرمقابل، مالی ازمشتری بگیرد ـ خواه آن مال، عین باشد یا ـ منفعت ـ چنین صلحی صحیح است.

۲. حق خیارهرگاه مثلاً زید وعمروبا یکدیگرمعامله‌ای کردند وبرای زید به خاطر جهتی (مثل مغبون شدن یا معیوب بودن مبیع) حق خیاری ثابت شد، حال اگر عمروبا زید مصالحه کندکه زید، حق خیارخود را اسقاط نماید ومعامله را فسخ نکند ودرمقابل، مالی ازعمروبگیرد ـ خواه آن مال، عین باشد یا منفعت ـ چنین صلحی صحیح است.

۳. حق اولویت تحجیر: «تحجیر» درلغت به معنی سنگ چینی کردن است و در اصطلاح فقه عبارت است از شروع کردن در مقدمات آباد کردن زمین موات، مثل اینکه کسی به قصد حیازت و تسلط برزمین، نشانه‌هایی در آن زمین قرار دهد (مثلاً حصاربندی کند) اگرچه آن نشانه مدخلیتی درآباد کردن نداشته باشد.

این تحجیر موجب ملکیت نمی‌شود (ولذافروختن زمینی که فقط تحجیر شده و هنوز آباد نگردیده جایز نیست) ولی برای تحجیرکننده، حق اولویت ایجاد می‌کند (به این معنی که وی سزاوارتر از دیگران است که زمین مزبور را آباد کند به نحوی که برای دیگران جایز نیست درآن زمین قدم نهند) حال براین حق اولویت می‌توان صلح نمود، به این گونه که صاحب آن حق می‌تواند در مقابل گرفتن مالی از شخصی، دست از آن زمین بردارد و آن حق را از خود اسقاط نماید.

٤. حق اولویت سوق : قبل از توضیح این حق و حق بعدی، ذکر این مطلب لازم است که: فقها درکتاب «احیاء موات» گفته‌اند که در اسلام از نظر احکام و قوانین فقهی برخی از امور میان تمامی مردم مشترک است و قابل تملک برای هیچ کس نیست و آنها عبارتند از آبها، معادن، منافع مساجد و مشاهد متبرکه، مدارس، کاروانسراها، راه ها، نشیمن‌گاه‌های بازارهای عمومی، و هر فردی که زودتر از دیگران در آنها تصرف کند اولویت به آن پیدا می‌کند و سزاوارتر به آن می‌شود و اینها را «مشترکات عمومی» گویند.

پس در بازار، کسی که زودتر از دیگران برود و مکانی از جاهای مباح بازار را اشغال کند و درآنجا برای کسب وکار، بساط پهن نماید وی تا وقتی که بساطش درآن مکان گسترده است، حق اولویت به آن محل دارد و دیگران نمی‌توانند اورا از جایش بلند کنند و خود بنشینند، حال صاحب آن حق می‌تواند صلح برآن حق کند به اینگونه

که با گرفتن مالی، آن حق را از خود اسقاط کرده و محل را تخلیه نماید، خواه آن مال، عین باشد یا منفعت.

۵. حق اولویت مسجد: کسی که زودتر از دیگران برود و در مسجد، مکانی را اشغال کند برای عبادت، وی نسبت به آن مکان سزاوارتر است تا هنگامی که در آن مکان است و دیگران حق ندارند وی را از آنجا بلند کنند، و این را «حق اولویت مسجد» گویند.

حال آن شخص می‌تواند بر این حق، صلح کند به اینگونه که آن حق را اسقاط نماید و در مقابل، مالی بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **بل ما هو أعم**... یعنی (نه فقط صلح بر عین یا منفعت در اقسام مذکوره صحیح است) بلکه صلحی که اعم از آن اقسام است نیز صحیح می‌باشد (یعنی صلحی که موردش نه عین است و نه منفعت بلکه حقی از حقوق است) مثل صلح بر حق الشفعه (که آن حق را اسقاط کند) و (صلح بر) حق خیار، و (صلح بر حق) اولویت تحجیر (یعنی اولویتی که به واسطه تحجیر در حیازات زمینهای مباح برای آباد کردن آنها حاصل می‌شود) و (صلح بر حق اولویت) بازار (یعنی اولویتی که به واسطه نشستن در محل مباحی از بازار برای کسب، حاصل می‌شود) و (صلح بر حق اولویت) مسجد (یعنی اولویتی که به واسطه نشستن در گوشه ای از مسجد، حاصل می‌شود).

بعین... (متعلق است به ـ صلح ـ) یعنی صلح بر یکی از آن حقوق بشود در مقابل عینی یا منفعتی (مثلاً مصالحه کند بر اسقاط حق شفعه، در مقابل سکونت در خانه‌ای) و یا در مقابل حق دیگری (مثلاً مصالحه کند بر اسقاط حق شفعه، در مقابل اینکه طرف دیگر هم حق خیار خود را ساقط کند) **للعموم** یعنی دلیل بر صحت صلح بر آن حقوق، عموم ادله صلح است.

(ولو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل الصلح) كالبيع، ولو كان مطلقا رجع ببدله، ولو ظهر في المعين عيب فله الفسخ.

وفي تخييره بينه وبين الأرش وجه قوي، ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار كالبيع وجه قوي، دفعا للضرر المنفي الذي يثبت بمثله الخيار في البيع.

(ولو ظهر استحقاق... توضیح: اگر عوضی که یکی از متصالحین، در مقابل صلح می‌دهد، مال شخصِ ثالث درآید، حکم آن این است که چنانچه عوض مزبور، در خارج معین بوده باشد، مثلاً تعیین شده بود که این گوسفندی که حاضر است، عوض صلح باشد، در این صورت وقتی که آن عوض، مال شخص دیگر درآمد، صلح باطل می‌شود (همچنانکه در بیع نیز حکم چنین است) واما اگر عوض مزبور، معین نباشد بلکه مطلق وکلی باشد سپس یک فردی از آن کلی را به طرف داد آنگاه معلوم شد که مال شخص ثالث بوده (مثلاً گفته بود در مقابل صلح، یک گوسفند می‌دهم، سپس یک گوسفندی را عوض صلح داد، و معلوم شد که گوسفند مزبور مال شخص دیگر است) در این صورت، صلح باطل نمی‌شود بلکه وظیفه دهنده عوض، آن است که فرد دیگری از آن کلی را که مال خودش هست به جای آن بدهد (یعنی در آن مثال، یک گوسفند دیگری که مال خودش باشد به جای آن بدهد).

ترجمه وشرح عبارت: **و لو ظهر...** یعنی اگر معلوم شود که عوضی که از یک طرف عقد، تعیین شده (در خارج) مال شخص ثالثی است، صلح باطل می‌شود همانند بیع، واما اگر عوض، مطلق وکلی بود (یعنی غیر معین در خارج) در این صورت (صلح باطل نمی‌شود بلکه) گیرنده عوض، بدل آن را می‌گیرد.

و لو ظهر في المعين... توضیح: هرگاه در عوض معینی که داده است، عیبی در آید، گیرنده آن می‌تواند صلح را فسخ نماید، وآیا می‌توان گفت که وی مخیر باشد بین

فسخ و بین گرفتن ارش عیب (همچنانکه در بیع گفته می‌شود)؟ احتمال قوی آن است که تخییر برای او ثابت است.

و لو ظهر غبن... توضیح: اگر معلوم شود که درگرفتن آن عوض معین، مغبون شده است به غبن فاحش (یعنی غبنی که درعرف ازآن، چشم پوشی وگذشت نمی‌کنند) مثلاً دهنده عوض، آن عوض را به عنوان اینکه ارزش هزارتومان دارد داده است ولی معلوم شود که ارزش آن کمتر ازآن است (مثلاً پنجاه تومان) دراین صورت آیا همانند بیع، خیارغبن درآن ثابت است که بتواند معامله را فسخ کند یا نه؟ احتمال قوی آن است که ثابت باشد، چون دلیل اینکه خیارغبن دربیع، ثابت است قاعده لاضرر است که دراسلام ضرربرمسلمان نفی شده است، وغبن، ضرربرمسلمان است لذا برای دفع این ضرر، شارع مقدس حق فسخ برای اوقرارداده است، گوئیم این دلیل در مورد صلح هم جاری است پس خیارغبن درآن نیزثابت می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو ظهر غبن...** یعنی اگردرصلح، غبنی که عرفاً ازآن چشم پوشی نمی‌شود (غبن فاحش) ظاهرشود، دراین صورت آیا خیارغبن ثابت است همانند بیع؟ احتمالی است قوی، برای اینکه دفع شود ضرری (که ازناحیه غبن، متوجه می‌شود) که آن (درحدیث «لاضرر و لاضرار فی الاسلام») نفی شده است، که به همین دلیل نیزخیارغبن دربیع، ثابت می‌شود (چون خیارغبن دربیع، دلیل خاصی ندارد بلکه دلیلش همین حدیث «لاضرر» است).

(ولا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس)، لاختصاص الصرف بالبيع، وأصالة الصلح، ويجئ على قول الشيخ اعتباره.

وأما من حيث الربا ـ كما لو كانا من جنس واحد ـ فإن الأقوى ثبوته فيه، بل في كل معاوضة، لإطلاق التحريم في الآية، والخبر.

ولا يعتبر في الصلح... توضیح: هرگاه مصالحه بر طلا و نقره واقع شود (مثلاً مورد صلح، طلا باشد، و عوض صلح، نقره باشد) آیا در صحت آن، قبض در همان مجلس، شرط است یا نه؟ می‌فرماید: شرط نیست (پس در مثال مزبور، لازم نیست که نقره را در همان مجلس بگیرد) چون احکام صرف (که یکی از آنها قبض در مجلس است) اختصاص به بیع دارد و ما قبلاً گفتیم که صلح، عقد مستقلی است و فرع بر بیع نیست هر چند نتیجه بیع را بدهد، بنابراین، احکام صرف، در صلح بر طلا و نقره جاری نمی‌گردد.

و اما طبق عقیده شیخ طوسی ـ که صلح را فرع بر بیع می‌داند در صورتی که نتیجه بیع را بدهد (مثل مورد بحث) ـ قبض در مجلس، شرط خواهد بود.

و اگر چنانچه مورد صلح و عوض آن از یک جنس باشند (مثلاً هر دو طلا باشند) آیا ربا در آن جاری است که در این صورت، باید هر دو به یک وزن باشند تا ربا لازم نیاید؟ می‌فرماید: آری ربا در آن جاری است، پس یکی زیادتر از دیگری نباید باشد، بلکه در هر معاوضه و عقدی جاری است، زیرا آیه ربا ﴿**وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا**﴾ اطلاق دارد، هر معاوضه‌ای را شامل است چه بیع و چه صلح و چه عقود دیگر، و همچنین بعضی روایات ربا اطلاق دارد و اختصاص به بیع ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يعتبر...** یعنی شرط نیست در صلح بر نقدین (طلا و نقره) اینکه قبضی در همان مجلس صلح، انجام گیرد، زیرا (قبض در مجلس از

احکام صرف است، واحکام) صرف اختصاص به بیع دارد وصلح (هم که فرع بر بیع نمی‌باشد بلکه) اصالت دارد وعقد مستقلی است) ولی بنابرقول شیخ طوسی (که صلح را فرع بربیع می‌داند) قبضی درمجلس، معتبرخواهد بود.

(آنچه گفته شد حکم نقدین بود ازجهت صرف بودن) واما (حکم آنها) ازجهت ربا درصورتی که مورد صلح وعوض آن هردوازیک جنس باشند (مثلاً طلا) اقوی آن است که ربا درصلح برنقدین، ثابت است (پس باید یکی ازدیگری زیادترنباشد) بلکه ربا درهرعقدی ثابت است. چون حرمت ربا درآیه («وحرم الربا») اطلاق دارد (شامل همه معاوضات وعقود می‌شود) **و الخبر** یعنی تحریم درروایت نیزاطلاق دارد مثل روایتی که شیخ صدوق در«من لایحضر» نقل کرده که:

«... عن ابی عبدالله علیه‌السلام، قال: الفضة بالفضة مثل بمثل والذهب بالذهب مثل بمثل ليس فيه زيادة ولا نظرة، الزائد والمستزيد في النار»[1]

یعنی امام صادق علیه‌السلام فرمود: مبادله نقره با نقره ونیزطلا با طلا به یک وزن بدون زیادت وبدون مدت باید باشد، وزیاد دهنده وزیاد گیرنده هردودر آتشند.

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۲۸۸.

(ولو أتلف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصحة)، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان.

وهذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجه الجواز أيضا، لكن المجوز لا يقول به.

(ولو أتلف عليه ثوباً... توضیح: هرگاه کسی لباس دیگری را که به ارزش دو درهم است تلف کند، آنگاه با صاحب لباس صلح نماید به بیشتر از دو درهم یا کمتر از آن، حکم مشهور فقها در این مسأله آن است که صلح مزبور صحیح است و ربا لازم نمی‌آید، زیرا مورد صلح، لباس است و عوض صلح، درهم است، پس عوضین در صلح، مختلف الجنس هستند، و این طور نیست که مورد صلح، قیمت آن لباس باشد ـ دو درهم ـ تا اینکه اگر عوض صلح، سه درهم یا یک درهم شد، ربا لازم آید و صلح باطل گردد.

شارح می‌فرماید: این قول مشهور در صورتی درست است که عقیده ما در باب ضمان اشیاء قیمی آن باشد که وقتی تلف شد، تلف کننده، ضامن مثل آن می‌شود نه قیمت آن، که بنابراین در مورد بحث، لباس که از اشیاء قیمی است، وقتی که تلف شد، در ذمه تلف کننده، مثل لباس ثابت می‌شود آنگاه مصالحه می‌کند با صاحب لباس به اینکه به جای دادن مثل لباس، درهم بدهد (سه درهم یا یک درهم) پس مورد صلح، لباس خواهد بود و عوض آن، درهم است و ربا لازم نمی‌آید.

ولی اگر عقیده ما در باب ضمان اشیاء قیمی این باشد که تلف کننده آن، ضامن قیمت می‌شود (چنانکه قول اصح همین است که در قیمیات باید قیمت را داد و در مثلیات، مثل) در این صورت، در مورد بحث، به ذمه تلف کننده، قیمت لباس ثابت

می‌شود که دو درهم می‌باشد، و مورد صلح همین دو درهم خواهد بود، بنابراین، اگر بخواهد مصالحه کند بر آن که سه درهم بدهد یا یک درهم، صحیح نخواهد بود. چون دو طرف معاوضه، یک جنس می‌باشند (و آن درهم است) با زیادی یک طرف بر طرف دیگر، و این رباست و در مسائل قبل دانسته شد که ربا در صلح نیز حرام است.

آری اگر بگوییم که تحریم ربا اختصاص به بیع دارد و در عقود دیگر (که صلح هم از آنهاست) حرام نیست، بنابراین، در مورد بحث، صلح صحیح خواهد بود هر چند ربا لازم آید و با این بیان، حکم مصنف و دیگران به صحت مصالحه درست می‌شود، ولی فرض این است که آنها ـ که صلح را صحیح می‌دانند ـ ربا را اختصاص به بیع نمی‌دانند بلکه در همه معاوضات، ربا را جاری می‌دانند، بدین جهت اگر آنها ضمان اشیاء قیمی را به قیمت بدانند، باز اشکال بر آنها متوجه است که طبق مبنای آنها چون ربا لازم می‌آید باید صلح صحیح نباشد پس چرا حکم به صحت آن نموده‌اند.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو أتلف...** یعنی اگر تلف کرد بر طرف مقابلش لباسی را که ارزش دو درهم دارد آنگاه صلح کرد با او به بیشتر از دو درهم (مثلاً سه درهم) یا کمتر (یعنی یک درهم) قول مشهور، صحت این صلح است (و ربا لازم نمی‌آید) چون مورد صلح، لباس است نه قیمت آن که دو درهم است و (شارح می‌فرماید:) این حکم مشهور یعنی صحت صلح، بر این مبنا درست است که (در باب ضمان) ضمان اشیاء قیمی، به مثل آن باشد تا اینکه (در مورد بحث) چیزی که به ذمه تلف کننده، ثابت می‌گردد لباس می‌شود (که مثل لباس تلف شده است) و در نتیجه، لباس مورد صلح واقع می‌شود و اما بر مبنای دیگر (در باب ضمان) که قول اصح در نزد ماست ـ و آن اینکه ضمان اشیاء قیمی، به قیمت است (نه مثل) ـ چیزی که به ذمه تلف کننده لازم می‌گیرد همانا دو درهم (قیمت لباس) خواهد بود، و در نتیجه صلح بر دو درهم،

به بیشتر از آن و یا به کمتر، صحیح نخواهد بود با متحد بودن جنس دو طرف صلح (یعنی عوض صلح هم مانند مورد صلح، درهم باشد چنانکه مثال زدیم که عوض صلح، سه درهم یا یک درهم باشد).

ولو قلنا... یعنی و اگر فرضاً بگوئیم که ربا اختصاص به بیع دارد (و در عقود دیگر جاری نمی‌شود) در این صورت نیز صحت صلح درست می‌شود (یعنی همانطوری که بر مبنای اینکه ضمان اشیاء قیمی، به مثل باشد، صلح در مورد بحث صحیح است، همچنین بر مبنای دوم ـ که ضمان اشیاء قیمی به قیمت باشد ـ نیز صلح صحیح خواهد بود، چون فرض این شد که ربا در صلح جاری نیست) ولی آن کسی که صلح را (در مسأله لباس) صحیح می‌داند، قائل به اختصاص ربا به بیع نیست (بلکه ربا را در همه معاوضات جاری می‌داند، بنابراین، اگر این قائل، مبنای دوم را اختیار نماید، اشکال بر او وارد است که چرا صلح را در مسأله لباس صحیح می‌داند با اینکه ربا لازم می‌آید).

(ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي سنة فيها صح) للأصل، ويكون هنا مفيدا فائدة العارية، (ولو أقر بها ثم صالحه على سكنى المقر صح) أيضا، (ولا رجوع) في الصورتين لما تقدم من أنه عقد لازم، وليس فرعا على غيره.

(وعلى القول بفرعية العارية، له الرجوع) في الصورتين لأن متعلقه المنفعة بغير عوض فيهما. والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضا عن المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض فيكون عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها.

(ولو صالح منكر... توضيح: اگرکسی ادعای ملکیت خانه‌ای که دردست دیگری است بنماید وآن دیگری انکارکند، آنگاه مصالحه کنند به این گونه که خانه مال منکر باشد، و مدعی یک سال در خانه سکونت کند بدون اجرت، این صلح صحیح است به دلیل اصالة الصحه درعقود، وصلح مزبورنتیجه عاریه را می‌دهد چون متضمن اباحه منفعت شده (سکونت درخانه) بدون عوضی (اجرت).

و اگردر مثال فرض کنیم که منکر، اقرار نماید که خانه مال مدعی است و درعین حال، صلح کنند براینکه اقرارکننده یک سال درخانه سکونت کند بدون اجرت، در این صورت نیزصلح صحیح است.

و در هیچ کدام از آن دو صورت نمی‌تواند صلح را فسخ نمایند، زیرا چنانکه قبلاً گفته شد صلح، عقد لازم است ومستقل، یعنی فرع برعقد دیگرنیست، پس در اینجا هرچند صلح نتیجه عاریه را می‌دهد ولی فرع برعاریه نمی‌باشد، تا حکم عاریه برآن جاری شود که جواز فسخ عقد باشد (چون عاریه ازعقود جایزه است) بنابراین، حکم عقد لازم را دارد که عدم جواز فسخ باشد.

ولی بنابرقول شیخ طوسی که صلح را فرع برعقد دیگرمی‌داند، دراینجا می‌توانند صلح را فسخ کنند درهردوصورت، چون متعلق صلح درهردوصورت، منفعت

بدون عوض است و این نتیجه عاریه می‌باشد پس صلح فرع بر عاریه خواهد بود و حکم عاریه بر آن جاری می‌شود که جواز فسخ باشد.

اگر کسی اشکال کند بر اینکه در صورت دوم مسأله، صلح نتیجه عاریه را نمی‌دهد، چون منفعت در مقابلش عوض قرار می‌گیرد به جهت اینکه اقرارکننده، خانه را انتقال به مدعی می‌دهد و در مقابل، خودش یک سال در آن خانه می‌نشیند پس منفعت در مقابلش عین قرارگرفت و بدون عوض نشد، پس حتی بنابر قول شیخ طوسی حکم عاریه بر صلح جاری نمی‌شود تا فسخ جایز باشد.

در جواب می‌فرماید: آن خانه عوض منفعت (سکونت) قرار نمی‌گیرد چون قبل از آنکه صلح واقع شود، به واسطه اقرار، خانه مال مدعی می‌گردد، و بعد از صلح چیزی که واقع می‌شود فقط اباحه منفعت است برای اقرارکننده، بدون آنکه عوضی بدهد پس در مقابل منفعت، عوضی واقع نمی‌شود و این نتیجه عاریه است، بنابراین، طبق مبنای شیخ طوسی باید حکم عاریه بر آن جاری گردد که جواز فسخ است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو صالح**... یعنی (در مورد خانه‌ای که یکی ادعای ملکیت آن را می‌کند و دیگری منکر آن است) اگر منکر خانه (یعنی آنکه منکر است که خانه ملک مدعی باشد) صلح کند (با مدعی) بر اینکه مدعی، یک سال در خانه سکونت کند، این صلح صحیح است به دلیل اصالة الصحة در عقود، و صلح مزبور در اینجا نتیجه عاریه را می‌دهد (چون اباحه منفعت شده بدون عوضی یعنی منکر، اباحه سکونت خانه برای مدعی کرده بدون آنکه اجرت از او بگیرد).

ولو أقر... (این صورت دوم مسأله است) یعنی و اگر منکر، اقرار کند به خانه (یعنی اقرار کند که خانه، ملک مدعی است) سپس مصالحه کند بر اینکه او که مقر است، سکونت کند در آن (یک سال مثلاً) در این صورت نیز (همانند صورت اول) صلح صحیح است **ولا رجوع**... یعنی حق رجوع از صلح (یعنی حق فسخ صلح) نیست

درهردوصورت، زیرا قبلاگذشت که صلح، عقد لازم است و(مستقل یعنی) فرع بر عقد دیگری نیست (ودرعقد لازم، فسخ نمی‌باشد).

و علی القول... یعنی واما بنا برقول به فرع بودن صلح برعاریه (درموردی که صلح، نتیجه عاریه را بدهد، پس درمسأله مورد بحث) صلح کننده می‌تواند رجوع کند ازصلح (یعنی فسخ نماید) درهردوصورت، زیرا متعلق صلح، منفعت بدون عوض می‌باشد، درهردوصورت (واین نتیجه عاریه است، پس حکم عاریه برآن جاری می‌گردد که جوازفسخ باشد) **له الرجوع** ـ له ـ خبرمقدم است برای الرجوع.

و العین... (جواب ازاشکال مقدراست که برصورت دوم مسأله وارد می‌آید) یعنی (درصورت دوم) عینی که ازدست اقرارکننده خارج می‌شود (یعنی خانه که به دست مدعی می‌رسد) عوض آن منفعتی که به او می‌رسد (یعنی سکونت) نمی‌باشد، زیرا عین مزبوربه واسطه اقرار، برای مقرله (یعنی مدعی) ثابت می‌شود قبل ازآنکه صلح واقع شود پس (بعد ازصلح) درمقابل منفعت (سکونت) عوضی واقع نمی‌شود ودر نتیجه صلح (ازافراد) عاریه می‌شود (چون فایده عاریه را می‌دهد) وحکم عاریه آن را لازم می‌گیرد ـ که جوازفسخ آن می‌باشد ـ بنابرقول آن کسی که قائل به فرعیت صلح برعاریه است.

الراجعة الیه ضمیربرمی‌گردد به ـ مقر ـ **لثبوتها** ضمیربه ـ عین ـ برمی‌گردد **للمقرله** به صیغه اسم مفعول **بالإقرار** متعلق است به ـ ثبوتها ـ **أن یقع** ضمیرمقدربه صلح بر می‌گردد **فیکون** نیزضمیربه صلح برمی‌گردد **من جواز**... بیان می‌کند حکم عاریه را (چون عاریه ازعقود جایزه است می‌توان آن را فسخ نمود) **عند القائل**... ظرف است برای ـ یلزم حکمها ـ.

(ولماكان الصلح مشروعا لقطع التجاذب والتنازع) بين المتخاصمين بحسب أصله وإن صار بعد ذلك أصلا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة (ذكر فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون، (ولنشر) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل):

(الأولى: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما) خاصة (فللثاني نصف درهم) لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يدا فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منهما قضي به للآخر، ولو نكلا معا، أو حلفا قسم بينهما نصفين، (وللأول الباقي).

مسائل نزاعی صلح

(ولماكان الصلح... توضیح: مصنف می‌فرماید: چون اصل صلح، برای قطع نزاع و اختلاف وکشمکش بین دو نفر، تشریع شده (هرچند بعد ازآن کم کم به صورت اصل مستقل درآمده که صحت آن متوقف برنزاع قبلی نیست) بدین جهت فقها درکتاب الصلح، احکام مسائل نزاعی را ذکرنموده‌اند وما هم دراین کتاب «لمعه» بعضی ازآن احکام را درطی چند مسأله ذکرمی‌کنیم:

مسأله اول

اگرمثلاً درصندوقی که تحت تصرف دونفراست، دودرهم باشد وآن دونفردر مالکیت دودرهم نزاع کنند به این گونه که یکی ازآنها ادعاکند که هردودرهم مال من است ودیگری ادعا نماید که یکی ازاین دودرهم مال من است، دراین صورت

حکم آن است که باید یک درهم و نصف را به مدعی دو درهم داد، و نصف درهم به مدعی یک درهم داد.

و دلیل آن این است که مدعی یک درهم اعتراف دارد که آن درهم دیگر، مال طرف مقابل است و نزاع در یک درهم است، و چون فرض آن است که آن درهم در تصرف هر دو است و به اصطلاح هر دو ذوالید می‌باشند و دست بر آن درهم دارند، پس احتمال شرکت در آن درهم داده می‌شود، لذا باید آن درهم به طور مساوی بین آنها تقسیم گردد و در نتیجه نصف درهم به مدعی یک درهم می‌رسد، و یک درهم و نصف به مدعی دو درهم می‌رسد.

البته باید هرکدام از آنها قسم بخورد برای دیگری بر اینکه مستحق است نصف آن درهمی را که مورد نزاع است. و اگر چنانچه یکی از آنها از خوردن قسم امتناع ورزید، در این صورت حکم به نفع آن دیگری می‌شود و تمام آن درهم به دیگری داده می‌شود (پس اگر مدعی دو درهم قسم نخورد، یک درهم تمام به مدعی یک درهم داده می‌شود، و اگر مدعی یک درهم قسم نخورد، هر دو درهم را مدعی دو درهم بر می‌دارد).

و اگر هر دو از قسم خوردن امتناع ورزیدند و یا هر دو قسم خوردند، آن یک درهم بین آنها به طور مساوی تقسیم می‌شود و نتیجه همان می‌شود که گفته شد که یک درهم و نصف به مدعی دو درهم داده می‌شود و نصف درهم به مدعی یک درهم داده می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لما کان...** یعنی چون صلح، تشریع شده برای از بین بردن کشمکش و نزاع میان دو طرف دعوا ـ البته بر حسب اصل تشریع چنین بوده، گرچه بعد از آن به صورت اصل مستقل درآمده است که (صحت آن) متوقف بر نزاع قبلی نیست (بلکه ابتداء بدون نزاع می‌توان صلح نمود) ـ بدین جهت (به لحاظ اصل تشریع) در کتاب الصلح، احکامی از مسائل نزاعی ذکر شده طبق معمول فقهای

صاحب تصنیف وما هم دراین کتاب مختصر «لمعه» اشاره به برخی ازآن احکام بنمائیم درطی چند مسأله **بحسب أصله** شارح با این جمله اشاره می‌کند به اینکه قطع نزاع وکشمکش، حکمت تشریع صلح است نه علت تشریع ولذا صحت صلح، دائرمدارنزاع وکشمکش نیست، بلکه درمواردی هم که نزاع نباشد، صلح صحیح است. چنانکه این مطلب را دراول کتاب الصلح شرح دادیم.

الأولی... یعنی مسأله اول: اگردرتصرف دونفر، دودرهم باشد ویکی ازآن دونفر، ادعای هردودرهم را (برای خود) بنماید (وبگوید آن دو، مال من است) ودیگری ادعای یکی ازآن دودرهم را بنماید (وبگوید آن یک درهم مال من است) دراین صورت، برای دومی، نصف درهم داده می‌شود (وبرای اولی، یک درهم ونصف داده می‌شود، چنانکه مصنف درعبارت بعدی خواهد فرمود) زیرا دومی اعتراف دارد به اینکه طرف نزاعش، اختصاص به یکی ازدودرهم دارد (یعنی یکی ازآنها مال طرف نزاعش می‌باشد) ونزاع دردرهم دیگراست، با فرض اینکه هردودرآن درهم، دست دارند (ونیزهردوتمام این درهم را برای خود ادعا می‌کنند) پس آن درهم تقسیم می‌شود بین آنها (به نصف) البته بعد ازقسم خوردن هرکدام برای رفیقش براینکه استحقاق دارد نصف درهم (مورد نزاع) را.

غریمه غریم درلغت، هم به معنای طلبکاروهم به معنای بدهکارآمده است، ولی دراینجا مقصود هیچ کدام نیست، بلکه مقصود مخاصم وطرف نزاع است **بعد حلف**... علت قسم خوردن آنها این است که چون هریک ازآنها منکرمی‌باشد به جهت اینکه هرکدام ازآنها ادعا می‌کند که نصف درهمی که به تومی‌رسد مال من است ودیگری منکرآن است وطبق قاعده «الیمین علی المنکر» باید قسم بخورند.

و من نکل... یعنی هرکدام ازآنهاکه امتناع ورزد (ازقسم خوردن) حکم می‌شود به آن درهم برای دیگری (ومال دیگری می‌شود) واگرهردوامتناع ورزیدند ازقسم

خوردن، ویا هردوقسم خوردند، آن درهم تقسیم می‌شود بین آنها به دونصف (وبه هر یک، نصف ازآن درهم داده می‌شود که درنتیجه برای مدعی دودرهم، به اضافه یک درهم دیگری که می‌گیرد، یک درهم ونصف به او می‌رسد) **قُضي به** احتمال دارد که ضمیر ـ به ـ برگردد به درهم، واحتمال دارد که ـ باء ـ برای سببیت باشد وضمیرآن برگردد به نکول، یعنی به سبب نکول، حکم به نفع دیگری می‌شود (ویک درهم به او داده می‌شود).

أو حلفا برظاهرعبارت، اشکالی وارد است وآن اینکه کلمه ـ أوحلفا ـ تکراراست، زیرا قبلاً درعبارت «بعد حلف کل منهمالصاحبه...» قسم خوردن هردورا ذکرنمود.

و می‌توان ازاشکال مزبورچنین جواب داد که درعبارت «بعد حلف کل منهما» مقصود، قسم ابتدایی است واما درعبارت ـ أوحلفا ـ مقصود قسم مردود می‌باشد.

توضیح اینکه درکتاب القضاء گفته اند: بعد ازآنکه وظیفه یک طرف نزاع، قسم خوردن بود ووی ازقسم خوردن امتناع ورزید آیا به مجرد امتناع او، حکم به نفع طرف دیگرمی‌توان صادرنمود، یا اینکه باید قسم اورا رد نمود به طرف دیگروآن طرف وقتی قسم خورد، حکم به نفع اوصادرمی‌شود؟ دونظریه درآن می‌باشد.

حال (درمورد بحث با توجه به اینکه قسم خوردن وظیفه هردوطرف است) عبارت اینجا هم گویا اشاره به آن دونظریه است، به این معنی که جمله ـ أونکلا ـ اشاره به نظریه اول است، یعنی به مجرد امتناع هردوطرف ازقسم خوردن، حکم به تنصیف درهم می‌شود، وجمله ـ أوحلفا ـ اشاره به نظریه دوم است. یعنی وقتی که دوطرف ازقسم ابتدایی، امتناع ورزیدند، باید قسم هریک را به طرف دیگر، رد نمود، وهرکدام ازآنها وقتی قسم مردوده را خوردند، آنگاه حکم به تنصیف درهم می‌شود.

پس با این توجیه که مقصود از ـ أو حلفا ـ قسم خوردن دو طرف است، قسم مردود را، و مقصود از «بعد حلف کل منهما...» قسم ابتدایی است که وظیفه ابتدایی آنهاست، دیگر تکراری در عبارت نخواهد بود.

و للأول... یعنی باقیمانده (یعنی یک درهم و نیم) مال اولی (مدعی دو درهم) خواهد بود.

قال المصنف في «الدروس»: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا فإنه تقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا في كل مشاع.

قال المصنف... توضيح: مصنف درکتاب «دروس» فرموده است که حکم به آن نحو تقسیمی که دربالاگفته شد مربوط به جایی است که یکی ازآن دونفر، ادعای یک درهم به صورت تعیین بنماید.

واما اگروی ادعای نصف مشاع ازمجموع دودرهم را بکند (که ازمجموع دو درهم، هرجزئی را فرض کنیم، مشترک بین دونفرباشد به نصف، وبه عبارت دیگر: ادعاکند یک درهم مشاع را) دراین صورت، حکم صورت تعیین را نمی‌توانیم جاری کنیم، بلکه باید مجموع دودرهم را دونصف کنیم که به هرکدام یک درهم برسد، البته باید مدعی نصف جهت نفی ادعای دیگری، قسم بخورد.

دلیل این حکم (یعنی قسم خوردن مدعی نصف) را بعضی چنین بیان کرده‌اند که: چون فرض آن است که دودرهم درتصرف هردواست، پس درحقیقت نصفی از دودرهم، دردست مدعی تمام است ونصفی ازآن دردست مدعی نصف است (و به عبارت دیگریک درهم مشاع دردست یکی است، ویک درهم مشاع دیگردر دست دیگری است) بنابراین، مدعی نصف نسبت به نصف، ذوالید محسوب می‌شود، ومدعی تمام نسبت به آن نصف، خارج محسوب می‌شود، چون در حقیقت، تمام دودرهم دردست اوفقط نیست، بلکه دست اوفقط برنصفی ازآن است درحقیقت، بدین جهت وی برای ادعایش نسبت به آن نصفی که دردست دیگری است، باید بینه بیاورد واما آن دیگری (که مدعی نصف است) ازجهت آنکه درحقیقت ذوالید است وظیفه‌اش اقامه بینه نیست، بلکه فقط ازجهت آنکه انکار می‌کند ادعای مدعی دودرهم را نسبت به این نصف، لذا باید قسم بخورد برنفی استحقاق مدعی دودرهم، تمام دودرهم را.

وچون مدعی تمام دودرهم، بینه ندارد لذا با قسم خوردن مدعی نصف، قولش مقدم می‌شود ودودرهم را میان آنها به نصف تقسیم می‌کنیم که به هرکدام، یک درهم می‌رسد.

البته بعضی براین دلیلی که ذکر شد، اشکال کرده‌اند وبعضی دیگر ازآن جواب داده‌اند، که این شرح ماگنجایش بیان آن اشکال وجواب را ندارد.

این هم ناگفته نماند که نظیراین مسأله درکتاب القضاء نیزگذشت[1].

ترجمه وشرح عبارت: **و یشکل**... یعنی حکم مزبور(که یک درهم ونصف به اولی، ونصف درهم به دومی داده شود) مشکل می‌شود درصورتی که ادعای دومی (مدعی نصف) نصف مشاع (ازمجموع دودرهم) باشد، دراین صورت تقویت می‌شود اینکه حکم به قسمت دودرهم به دونصف کنیم ودومی (مدعی نصف) باید قسم بخورد برای اولی (مدعی تمام) **یقوی** به صیغه ثلاثی مجرد.

وکذا في کل مشاع توضیح مصنف در«دروس» فرموده است که درهرمسأله که نزاع به صورت مشاع بوده باشد، حکم چنین است، مثلاً اگرپارچه‌ای بود درتصرف دونفروبین آنها نزاع واقع شد به این گونه که یکی ازآنها ادعاکند که تمام پارچه مال من است ودیگری ادعاکند که نصف آن مال من است، دراین صورت مدعی نصف، قسم می‌خورد وقول اومقدم می‌شود وپارچه را میان آنها به نصف باید تقسیم نمود.

---

[1] کتاب القضاء، ص ۲۸۸ از چاپ سنگی.

وذكر فيها أن الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا، وذكروا المسألة في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا، وجاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا فاليمين. وما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في «التذكرة» أيضا فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

وذكر فيها أن الاصحاب... توضيح: بازمصنف درکتاب «دروس» دومطلب دیگری فرموده‌اند:

مطلب اول: اینکه فقها درمسأله مورد بحث (یعنی همان صورت اول مسأله که نزاع آنها دردرهم به صورت تعیین باشد) درباره قسم خوردن هرکدام برای دیگری، سخنی نگفته اند.

مطلب دوم: اینکه فقها مسأله مزبور را درکتاب الصلح مطرح کرده‌اند با اینکه ظاهراً ربطی به باب صلح ندارد، وشاید بتوان این کارفقها را به یکی ازدوامر ذیل توجیه نمود:

۱. یا مقصودشان این است که تقسیم درهمها بین آن دونفر، به آن صورتی که دانسته شد، صلح قهری است (بدون آنکه صیغه صلح را اجرا نمایند).

۲. ویا مقصودشان این است که باید آن دونفربا اجراء صیغه صلح، با هم مصالحه اختیاری کنند به همان صورت که یک درهم ونصف به مدعی دودرهم داده شود، ونصف درهم به مدعی یک درهم داده شود واگرچنانچه نخواستند صلح کنند، آن وقت باید قسم بخورند وبعد ازقسم به همان صورت بین آنها تقسیم می‌شود.

تا اینجا فرمایش مصنف درکتاب «دروس» بود، ولی شارح نسبت به مطلب اول می‌فرماید: آنچه که دربالا راجع به قسم خوردن دوطرف نزاع ذکرنمودیم (درعبارت: «بعد حلف کل منهما لصاحبه علی استحقاقه النصف») مرحوم علامه حلی نیزدر کتاب «تذکره» ذکرنموده است، بنابراین، ناچارباید فرمایش مصنف را توجیه نمود و

آن اینکه بگوئیم: شاید مقصود مصنف از «عدم ذکر فقها قسم را» اکثر فقها می‌باشد نه تمام فقها، زیر دانسته شد که علامه حلی، آن را ذکر نموده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و ذکر فیها** ضمیر به «دروس» برمی‌گردد و جهت تأنیث ضمیر، آن است که چون «دروس» دراصل جمع درس است هر چند نام کتاب مصنف می‌باشد **لم یذکروا هنا** مقصود از ـ هنا ـ صورت اول مسأله مورد بحث می‌باشد یعنی دومی ادعای درهم معین را بکند نه نصف مشاع **فجاز**... توجیه اول مصنف است برای ذکرکردن فقها مسأله را درباب صلح **و جاز**... توجیه دوم مصنف است.

فإن إمتنعا... (تفریع است بر صلح اختیاری) یعنی اگر امتناع کردند از صلح اختیاری، آن وقت باید قسم بخورند (و طبق گفته بالا قسمت نمایند) **و ما حکیناه**... (این فرمایش شارح است در توجیه آنچه مصنف در مطلب اول بیان کرد که: «ان الاصحاب لم یذکروا هنا یمینا») یعنی آنچه در بالا نقل کردیم از قسم خوردن، درکتاب «تذکره» نیز آن را ذکرکرده است، پس شاید مصنف مقصودش (ازعدم ذکر اصحاب) آن است که بیشتر اصحاب آن را (یعنی قسم را) ذکر نکرده‌اند (نه اینکه مقصودش تمام اصحاب باشد).

(وكذا لو أودعه رجل درهمين، وآخر درهما وامتزجا لا بتفريط، وتلف أحدهما) فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر بينهما.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه السكوني عن الصادق عليه السلام.

ويشكل هنا ـ مع ضعف المستند ـ بأن التألف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما، مع أنه مختص بأحدهما قطعا.

والذي يقتضيه النظر، وتشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، ومال إليه المصنف في «الدروس»، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب.

والقول في اليمين كما مر من عدم تعرض الأصحاب له وربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه.

(وكذا لو أودعه... توضيح: اگر شخصی دو درهم در پیش کسی امانت بگذارد و شخصی دیگر نیز یک درهم در پیش او امانت بگذارد و این درهمها نزد او بدون سهل انگاری با هم مخلوط شوند و معلوم نباشد که کدام مال کدام است، آنگاه یکی از آن درهم‌ها بدون سهل انگاری امانت‌دار، تلف شود، در این صورت نیز حکم مسأله قبلی جاری می‌شود به این گونه که یکی از دو درهم باقیمانده را به صاحب دو درهم می‌دهیم و درهم دیگر را بین آن دو تقسیم می‌کنیم و در نتیجه صاحب دو درهم، یک درهم و نصف بر می‌دارد و صاحب یک درهم نصف درهم بر می‌دارد.

شارح می‌فرماید: این حکم (که تقسیم شود درهم دیگر) مشهور بین فقهاست و دلیل آن روایت سکونی از امام صادق عليه السلام می‌باشد ولی به نظر ما حکم مزبور، تمام نیست به دو جهت:

اولاً: چون دلیلش از نظر سند ضعیف است.

وثانیاً: مخالف قواعد شرعی است، زیرا آن یک درهمی که تلف شده، درواقع مال یکی ازآن دونفر (صاحبان درهمها) می‌باشد واصلاً احتمال داده نمی‌شود که مشترک بین آن دوبوده باشد (تا ضرربرهردووارد کنید وازمال هرکدام، نصف درهم کم نمائید) زیرا احتمال اشتراک آن وقتی داده می‌شود که همه درهمها بین آنها مشاع بوده باشد وحال آنکه اشاعه دراینجا امکان ندارد، چون خلاف فرض ماست، به جهت اینکه فرض آن است که مال هرکدام ازآنها درواقع مشخص ومعین می‌باشد گرچه ظاهراً به یکدیگر مخلوط شده وظاهراً معلوم نیست که کدام مال، مال کدام یک ازآنهاست (برخلاف مساله سابق که احتمال شرکت دریک درهم داده می‌شود لذا بین هردوتقسیم می‌شود).

پس وقتی که درهم تلف شده، یقیناً مال یکی ازآن دونفربود، وازدودرهم باقیمانده یکی مال صاحب دودرهم بود، آن دیگری هم یقیناً مال یکی ازدوطرف خواهد بود (چون اگردرهم تلف شده، درواقع مال صاحب یک درهم باشد پس این درهم باقیمانده یقیناً مال صاحب دودرهم است، واگردرهم تلف شده، درواقع مال صاحب دودرهم باشد پس این درهم باقیمانده یقیناً مال صاحب یک درهم است) بنابراین، چگونه این درهم باقیمانده را می‌خواهید بین آن دونفرتقسیم کنید وبه هر کدام نصف بدهید با اینکه یقیناً تمامش مال یکی ازآنهاست (به بیانی که اثبات کردیم).

وخلاصه اینکه با این اشکال نمی‌توان حکم مشهوررا (به اینکه یک درهم، تقسیم بین آنها می‌شود) قبول کنیم، چون مخالف قواعد شرعی است.

ونظری که مطابق قواعد شرعی می‌باشد این است که: باید قرعه انداخت چون فرض آن است که ازسه درهم، یک درهم تلف شده ودودرهم باقی مانده، وازاین دو درهم یقیناً یک درهم مال صاحب دودرهم است (چون امانت گذاردیگرنیزبه آن

اعتراف دارد) و اشکال در یک درهم دیگر است که چون نمی‌دانیم آن درهمی که تلف شده، مال صاحب دو درهم بوده، که این درهم باقیمانده، مال صاحب یک درهم باشد، یا اینکه آن درهم تلف شده، مال صاحب یک درهم بوده، که الان این درهم باقیمانده، مال صاحب دو درهم باشد، فقها گفته‌اند در هر موردی که در واقع مالی، حق یکی از دو نفر باشد ولی در ظاهر معلوم نباشد که مال کدامیک می‌باشد، جای قرعه انداختن خواهد بود، لذا قرعه می‌اندازیم که این درهم باقیمانده به نام هرکدام درآمد، مال او باشد.

سپس شارح می‌فرماید: به همین نظریه نیز مصنف درکتاب «دروس» میل پیدا کرده است ولی به جرأت حکم به آن نکرده تا اینکه علناً مخالفت با مشهور فقها نکرده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **وکذا**... یعنی و همچنین است حکم اگر امانت بگذارد پیش او، مردی دو درهم، و مرد دیگری یک درهم، و آنها مخلوط شوند بدون کوتاهی (از جانب امانت دار) و یکی از آنها تلف شوند (بدون کوتاهی امانت‌دار در نگهداری آن) در این صورت صاحب دو درهم اختصاص پیدا می‌کند به یک درهم (یعنی از دو درهم باقیمانده، یک درهم آن قطعاً مال صاحب دو درهم است چون امانت‌گذار دیگر نیز اعتراف به آن دارد) و درهم دیگر تقسیم می‌شود بین آن دو به نصف (پس به صاحب دو درهم، یک درهم و نصف می‌رسد، و به صاحب یک درهم، نصف درهم می‌رسد).

این حکم، مشهور بین فقهاست، و آن را سکونی از امام صادق علیه‌السلام روایت کرده (و در روایت مزبور، موضوع حکم، دینار است و آن چنانکه شیخ صدوق در «من لایحضر» نقل کرده چنین است:

«عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام في رجل إستودع رجلاً دينارين و استودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»[1]

یعنی سکونی از امام صادق علیه السلام از پدرش نقل کرده که شخصی دو دینار نزد کسی ودیعه گذاشت، و شخص دیگری یک دینار نزد همان کس به امانت گذاشت و از این دینارها یکی تلف شد، حضرت فرمود: یک دینار به صاحب دو دینار بدهند، و دینار دیگر نیز بین آنها به دو نصف تقسیم می‌شود.

و إمتزجا با اینکه سه درهم در نزد امانت‌دار می‌باشد، مصنف، فعل را به صیغه تثنیه آورده، و قاعده آن بود که «و امتزجت» می‌فرمود، که ضمیر مونث به سه درهم بر می‌گشت، و عبارت را می‌توان توجیه کرد به اینکه ضمیر تثنیه به دو مال برگردد یعنی دو درهم را یک مال حساب کنیم، و یک درهم را مال دیگر حساب کنیم.

لابتفريط یعنی در مخلوط شدن آنها، شخص امانت دار، مقصّر نبود بلکه یا صاحبان مال خودشان اجازه داده‌اند در مخلوط کردن آن درهمها، و یا اینکه شخصی دیگر، آنها را بدون اختیار امانت دار، با یکدیگر مخلوط نموده است **و تلف أحدهما** آن توجیهی را که برای ضمیر تثنیه در ـ امتزجا ـ کردیم، در ضمیر «احدهما» نمی‌توانیم آن توجیه را کنیم چنانچه روشن است پس بهتر این بود ضمیر را در آن عبارت، مونث می آورد یعنی ـ أحدها ـ

و يشكل... یعنی حکم مزبور در مسأله اینجا مورد اشکال واقع می‌شود ـ علاوه بر ضعیف بودن مستند آن حکم (یعنی روایت مزبور سندش ضعیف است چون سکونی از نظر علمای رجال، توثیق نشده است پس روایت او حجت نخواهد بود) ـ به

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۳۷.

اینکه (آن حکم، مخالف با قواعد شرعی نیزمی‌باشد، زیرا) درهمی که تلف شده، احتمال داده نمی‌شود که مال هر دو بوده (تا ضرر بر هر دو وارد شود) بلکه قطعاً مال یکی از آن دو بوده، زیرا مشاع بودن (دراهم بین آنها) در اینجا امکان ندارد (چون خلاف فرض مسأله ماست به جهت اینکه فرض آن است که مال هرکدام از امانت گذارها، معین و مشخص بوده نه مشاع، لذا احتمال اشتراک درهم تلف شده، در اینجا داده نمی‌شود) بنابراین (بعد از آنکه یکی از دو درهم باقیمانده را به صاحب دو درهم دادید، یک درهم دیگر قطعاً مال یکی از آنها خواهد بود پس) چگونه آن یک درهم را بین آنها تقسیم می‌کنید با اینکه قطعاً مال یکی از آنهاست.

والذي...(نظر شارح است) یعنی آنچه را که می‌توان به آن نظر داد و قواعد شرعیه هم به آن شهادت می‌دهد، این است که قائل به قرعه شویم نسبت به آن یک درهم از دو درهم باقیمانده (پس اگر قرعه به نام صاحب دو درهم درآمد، آن یک درهم را به او می‌دهیم و یک درهم نیز قبلاً به او داده شده، و در نتیجه او امانت خودش را گرفته است و اگر قرعه به نام صاحب یک درهم درآید، آن یک درهم را به او می‌دهیم که در نتیجه به هرکدام یک درهم می‌رسد).

في أحد الدرهمين در اینجا محشین درباره این جمله، سخنانی دارند درباره اینکه آیا ـ أحد ـ بدون نقطه است که به معنای ـ یکی ـ می‌باشد، یا اینکه با دو نقطه است که به معنای ـ گرفتن ـ می‌باشد:

بعضی آن کلمه را با نقطه خوانده‌اند و معنی کرده‌اند عبارت را به اینکه: قرعه انداخته می‌شود درگرفتن دو درهم باقیمانده.

و بعضی آن کلمه را بدون نقطه خوانده‌اند و معنی کرده‌اند عبارت را به اینکه: قرعه انداخته می‌شود برای هریک از دو درهم باقیمانده.

نگارنده گوید: که از نظر توضیح عبارت، هر دو حاشیه به اشتباه رفته‌اند، و صحیح همان است که از توضیحات قبلی ما روشن شد و آن اینکه کلمه ـ احد ـ بدون نقطه است و مقصود آن است که قرعه انداخته می‌شود برای یکی از دو درهم باقیمانده، چون یکی از آن دو درهم، یقیناً مال صاحب دو درهم است و احتیاج به قرعه ندارد، زیرا امانت گذار دیگر نیز اعتراف به آن دارد و همانا اشکال در درهم دیگر است که چون ظاهراً معلوم نیست مال کدامیک می‌باشد، با قرعه آن را تعیین می‌کنیم.

و مال إليه... یعنی مصنف نیز میل پیدا کرده به قول مزبور (یعنی قرعه) در کتاب «دروس» ولی جرأت نکرده بر اینکه (بطور جزم) مخالفت با فتوای مشهور کند.

و القول في اليمين... توضیح: درباره اینکه در مسأله مورد بحث نسبت به آن کیفیت تقسیم که مشهور حکم نموده‌اند آیا باید آن دو نفر در گرفتن نصف آن درهمی که بین آنها تقسیم می‌شود، برای یکدیگر قسم بخورند؟ می‌فرماید: در این مسأله نیز همانند مسأله سابق، فقها درباره قسم سخنی نگفته‌اند (چنانکه مرحوم مصنف در کتاب «دروس» نیز آن را فرموده است) بلکه چه بسا در این مسأله (ودیعه) نتوان حکم به قسم نمود در صورتی که هیچ یک از دو طرف نشناسند که آیا این درهمی که بین آنها تقسیم می‌شود، عین مال او هست تا او قسم بخورد (بر خلاف مسأله سابق که در آنجا چون هر کدام ادعا می‌کند که آن درهمی که بین آنها تقسیم می‌شود، مال من است لذا جا دارد آنها را قسم داد و بعد از قسم، بین آنها تقسیم می‌کنیم).

ترجمه و شرح عبارت: **و القول...** (این کلمه مبتدا است و ـ کما مرّ ـ خبر آن می‌باشد) یعنی سخن در قسم خوردن (هر کدام از صاحبان مال یعنی امانت گذارها) همان سخنی است که قبلاً (در مسأله قبل) گذشت که گفتیم فقها، متعرض آن نشده‌اند، و چه بسا در اینجا حکم به قسم، ممکن نباشد اگر آنکه قسم می‌خورد (که هر کدام از آن دو نفر است) نشناسد عین حق (و درهم) خود را.

وإحترز بالتلف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط فإن الودعي يضمن التالف فيضم إليهما ويقتسمانهما من غير كسر، وقد يقع مع ذلك التعاسر على عين فيتجه القرعة.

وإحترز بالتلف... توضیح: مصنف فرمود که: درهمها در نزد امانت‌دار بدون تفریط و کوتاهی او با هم مخلوط شوند و یکی از آنها (بدون تفریط او) تلف شود، از مضمون عبارت استفاده می‌شود که ایشان فرض مسأله را در صورتی کرده که تلف یکی از درهمها بدون تفریط باشد.

پس با قید ـ تلف بدون تفریط ـ احترازکرد از صورتی که تلف به سبب کوتاهی و تفریط در نگهداری او باشد، در این صورت شخص امانت‌دار ضامن آن یک درهم خواهد بود و باید یک درهم از خودش اضافه به دو درهم باقیمانده کند و سه درهم را بین صاحبانش تقسیم نماید بدون اینکه نقصی بر آنها وارد شود یعنی به صاحب دو درهم، همان دو درهم را بدهد و به صاحب یک درهم، همان یک درهم را بدهد.

منتها در همین صورت، در وقت تقسیم، چه بسا نزاع و مشکلی بر سر عین مال پیش آید، به اینگونه که هرکدام از آنها و یا یکی از آنها به امانت‌دار بگوید درهمی که به دیگری دادی، عین مال من است و من عین مال خودم را می‌خواهم نه آن درهمی را که تو از خودت به عنوان ضمان می‌پردازی، بدین جهت چون مشکل پیش می‌آید لذا خوب است که در اینجا نیز قرعه بیندازند.

ترجمه و شرح عبارت: **و إحترز بالتلف...** ناگفته نماند که مصنف قید ـ لا بتفریط ـ را برای مزج آورده است نه برای تلف، بنابراین می‌بایست شارح چنین می‌گفت: «و إحترز بالمزج لاعن تفریط».

و شاید شارح از عبارت مصنف استفاده کرده که تلف نیز بدون تفریط بوده، و در نتیجه مزج بدون تفریط، تلف واقع شده است.

به هر حال ترجمه عبارت این است: یعنی مصنف دوری نمود به قید ـ تلف بدون تفریط ـ از آن تلفی که به سبب تفریط (وکوتاهی امانت‌دار) بوده باشد، چه آنکه در این صورت، امانت‌دار ضامن است درهم تلف شده را پس باید (یک درهم) ضمیمه کند به دو درهم باقیمانده، و سه درهم را قسمت نماید بدون آنکه نقص و کسری بر آنها وارد گردد وگاهی ـ با اینکه در تقسیم سه درهم، نقص وکسری بر آنها وارد نمی‌آید ولی ـ ممکن است مشکل و نزاعی بر سر عین مال واقع شود (که هر کدام از صاحبان مال، می‌خواهد عین درهم خودش را بگیرد نه آن درهمی را که امانت‌دار اضافه به آن دو درهم کرده) بدین جهت خوب است قرعه انداخته شود.

ولو كان بدل الدراهم مالا يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز ـ وهو متساويها كالحنطة والشعير ـ وكان لأحدهما قفيزان مثلا، وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين، وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز.

والفرق أن الذاهب هنا عليهما معا، بخلاف الدراهم، لأنه مختص بأحدهما قطعا.

ولو كان... توضيح: تا حال، موضوع مسأله، دراهم بود، اكنون می‌فرماید: اگر به جای دراهم، مالی را فرض کنیم که اجزاءش اگر مخلوط شوند قابل تمییز و تشخیص نباشند، وآن درمالی تصویر می‌شود که اجزاءش متساوی باشد، یعنی دراجناس مثلی (که فقها درتعریف مثلی گویند که آن عبارت است ازجنسی که اجزاء ش در قیمت ومنفعت ودرصفات، متساوی می‌باشد) مثل گندم وجووسایرحبوبات، بنابراین فرض، چنانچه یکی، دوقفیزازگندم مثلاً امانت گذاشته باشد، ودیگری یک قفیزامانت گذاشته باشد، وآن گندمها نزد امانت‌دار بدون تفریط با هم مخلوط گردند آنگاه یک قفیزازمجموع سه قفیز، تلف گردد.

دراین صورت، حکم آن است که قفیزتلف شده، ضرربرهردومال وارد می‌شود به نسبت دومال (به این معنی که یک سوم آن قفیز، ازکیسه صاحب یک قفیزرفته است، ودوسوم آن قفیز، ازکیسه صاحب دوقفیزرفته است) وگندمهای باقیمانده (دوقفیز) تقسیم بین آنها می‌شود به نسبت مالها، پس دوقفیزباقیمانده باید سه قسمت شود، دوقسمت آن به صاحب دوقفیزداده شود ویک قسمت آن به صاحب یک قفیزداده شود، ونتیجه این تقسیم چنین می‌شود که به صاحب دوقفیز، یک قفیزویک سوم قفیزداده می‌شود وبه صاحب یک قفیز، دوسوم قفیزداده می‌شود.

وجهت فرق گذاشتن بین مسأله درهم با مسأله گندم (که درمسأله درهم، به نظر مختارشارح، ضرربه هردونفروارد نمی‌شود بلکه به حکم قرعه، ضرربریکی ازآنها

وارد می‌شود، ولی در مسأله گندم، ضرر بر هر دو وارد می‌شود) این است که چون در مسأله گندم به خاطر امتزاج اجزاء با یکدیگر و عدم تمیز آنها به واسطه مثلی بودن جنس که اجزاءش با یکدیگر از نظر قیمت و منفعت و صفات، متساوی می‌باشد، لذا هر چه تلف می‌شود، از کیسه هر دو می‌رود و به هر دو ضرر وارد می‌شود، ولی در مسأله درهم، قطعاً درهمی که تلف می‌شود ـ همانطوری که قبلاً دانسته شد ـ در واقع از یک نفر می‌باشد و آن یا صاحب دو درهم فقط می‌باشد و یا صاحب یک درهم فقط می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کان**... یعنی اگر به جای دراهم، مالی باشد که اجزاءش قابل مزج باشد به طوری که از یکدیگر متمایز نشوند، و آن در مال متساوی الاجزاء می‌باشد (یعنی اجزاء از نظر قیمت و منفعت و صفات با یکدیگر متساوی باشند و این معنای مثلی بودن مال است) مثل گندم و جو، و (فرض این باشد که) برای یکی از دو امانت گذار، دو قفیز گندم مثلاً باشد و برای دیگری، یک قفیز گندم باشد، و بعد از مخلوط شدن آن دو مال، یک قفیز تلف شود بدون سهل انگاری و کوتاهی امانت دار، پس (حکم این فرض آن است که) قفیز تلف شده به نسبت هر دو مال، به ضرر هر دو وارد شود، و همچنین باقیمانده (که دو قفیز است) بین هر دو تقسیم می‌شود که در نتیجه برای صاحب دو قفیز، یک قفیز و یک سوم قفیز می‌رسد، و برای دیگری (یعنی صاحب یک قفیز) دو سوم قفیز می‌رسد.

و فرق (بین مسأله درهم و مسأله گندم) این است که قفیز تلف شده در اینجا، بر هر دو امانت گذار با هم ضرر می‌خورد، به خلاف مسأله دراهم زیرا تلف شده (در مسأله درهم) اختصاص به یکی از دو امانت گذار دارد قطعاً.

(الثانية: يجوز جعل السقي بالماء عوضا للصلح) بأن يكون مورده أمرا آخر من عين، أو منفعة، (و) كذا يجوز كونه (موردا له)، وعوضه أمرا آخر كذلك، وكذا لو كان أحدهما عوضا، والآخر موردا.

كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة، ولو تعلق بسقي شئ مضبوط دائما، أو بالسقي بالماء أجمع دائما وإن جهل المسقى لم يبعد الصحة.

مسأله دوم

(الثانية: يجوز جعل... توضيح: صلح در موارد زیر صحیح است:

۱. در جایی که مورد صلح، عین یا منفعتی باشد، می‌توان عوض صلح را آبیاری کردن زراعت یا باغ قرارداد، مثلاً اگر زید ادعا کند بر عمرو که فلان متاعی که در دست داری، مال من است ولی عمرو منکر آن باشد، آنگاه آن دو با هم مصالحه کنند بر اینکه متاع مال عمرو باشد و در مقابل، عمرو با آبی که مالک آن است زراعت یا باغ زید را یک هفته آبیاری کند (این مثال است برای جایی که مورد صلح، عین باشد) و یا مثلاً اگر زید ادعا کند بر عمرو که تو در خانه من سکونت کرده‌ای و باید اجرة المثل به من بدهی، ولی عمرو منکر آن باشد، آنگاه با هم مصالحه کنند بر اینکه عمرو، زراعت یا باغ زید را یک هفته آبیاری کند (این مثال است برای جایی که مورد صلح، منفعت باشد).

۲. صحیح است مورد صلح، آبیاری کردن باغ یا زراعت باشد، و عوض آن، عین یا منفعت باشد، مثلاً اگر زید ادعا کند بر عمرو که تو اجیر من شده بودی که یک ماه باغ مرا آبیاری کنی، ولی عمرو منکر آن باشد، آنگاه مصالحه کنند بر اینکه عمرو فلان

متاع را به زید بدهد (این مثال برای عوض است که عین باشد) و یا مصالحه کنند بر اینکه عمرو ماشین زید را بشوید (این مثال برای منفعت است).

۳. صحیح است که مورد صلح، آبیاری کردن باشد، و عوض صلح هم آبیاری کردن دیگر باشد، مثلاً اگر زید ادعا کند بر عمرو که تو اجیر من شده بودی این باغ مرا آبیاری کنی، ولی عمرو منکر آن باشد، آنگاه مصالحه کنند بر اینکه عمرو، زراعت زید را آبیاری کند نه باغ.

البته شرط صحت صلح در همه این اقسام آن است که مدت آبیاری، معلوم باشد (مثلاً یک ماه آبیاری کردن) تا جهالتی در بین نبوده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **الثانية**... ناگفته نماند که این مسأله از مسائل نزاعی نمی‌باشد، در حالی که مصنف در مقام بیان احکام مسائل نزاعی است در طی چند مسأله، پس مناسب این بود که مصنف این مسأله را قبل از احکام مسائل نزاعی، مطرح می‌نمود.

یجوز جعل... یعنی جایز است که آبیاری کردن، عوض صلح قرار داده شود و آن به اینگونه است که مورد صلح (که مورد نزاع و اختلاف است) امر دیگری باشد از عین یا منفعت، و همچنین جایز است آبیاری کردن، مورد صلح قرار گیرد (به این معنی که آبیاری کردن باغ مثلاً مورد نزاع و اختلاف دو نفر باشد) و عوض صلح، امر دیگری باشد از عین یا منفعت، و همچنین (جایز است صلح) اگر یکی از دو آبیاری، عوض صلح باشد، و آبیاری دیگر، مورد صلح باشد، البته صحت همه این اقسام صلح، مشروط به این است که آبیاری کردن، مضبوط باشد به مدت معلومی.

(نگارنده گوید: اینکه در ترجمه عبارت مورد صلح را تفسیر به مورد نزاع و اختلاف کردیم و نیز مثالهایی که سابقاً ذکر نمودیم مثالهای نزاعی بود، به خاطر این است که

چون غالباً صلح در موارد نزاع، واقع می‌شود وگرنه چنانکه در اول کتاب الصلح شارح فرمود، صلح در غیر مورد نزاع یعنی صلح ابتدایی نیز صحیح می‌باشد).

و لو تعلّق بسقي شيء... توضیح: همانطوریکه شارح فرمود: شرط صحت صلح در مورد آبیاری کردن باغ، این است که مدت آبیاری باید معلوم باشد.

اکنون می‌فرماید که: در دو فرض ذیل می‌توان صلح را صحیح دانست هر چند متصالحین مدت آبیاری را تعیین ننمایند:

۱. در باغی که بناست آبیاری شود، مقدار آبیاری‌اش همیشه معلوم و مضبوط باشد، مثل اینکه صلح کنند بر آبیاری کردن باغی که همیشه در هفته‌ای یک بار آبیاری می‌شود.

۲. مقدار آبی که بناست با آن آبیاری شود، معلوم باشد، هر چند مکان آبیاری، معلوم نباشد، مثل اینکه صلح کنند بر اینکه با تمام این آبی که در این استخر مثلاً می‌بینی، آبیاری کنی گرچه معلوم نباشد که کدام باغ یا زراعت بناست آبیاری شود.

در این دو صورت می‌توان گفت صلح صحیح می‌باشد، زیرا در صورت اول، باغ از نظر مقدار آبیاری مضبوط است، و در صورت دوم، آبی که با آن آبیاری می‌شود مضبوط است به اینکه تمام آن، مصرف می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو تعلّق...** یعنی اگر صلح، تعلق بگیرد به آبیاری کردن چیزی که همیشه مضبوط است (یعنی مکان آبیاری، مضبوط باشد مثل این باغ که همیشه در هر هفته، یک بار آبیاری می‌شود) و یا (تعلق بگیرد صلح) به آبیاری کردن با تمام آبی که (معلوم است و دیده می‌شود و) همیشه مضبوط است (یعنی همیشه اینجور بوده که تمام این آب استخر مثلاً برای آبیاری مصرف می‌شود، نه اینکه گاهی تمام آب و گاهی بعض آب برای آبیاری مصرف می‌شود) **دائماً** قید است برای ـ مضبوط ـ.

أجمع دائماً گویا دائماً در اینجا قید است برای مضبوطی که ازکلمه ـ أجمع ـ استفاده می‌شود یعنی آبی که همیشه مضبوط است به اینجورکه تمام آب موجود را برای آبیاری مصرف می‌کنند نه بعض آن را **و إن جُهِلَ**... (قید است برای صورت دوم یعنی ـ سقی بالماء أجمع ـ) یعنی هر چند در صورت مزبور، مکان آبیاری (باغ یا زراعت) معلوم نباشد **لم یبعد الصحة** جواب است برای ـ لو ـ یعنی درآن دو صورت، دور نیست که صلح صحیح باشد (هر چند مدت آبیاری را تعیین نکنند).

وخالف الشيخ ﷺ في الجميع محتجا بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين والبئر، وبيع جزء مشاع منه، وجعله عوضا للصلح، ويمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقا في عبارة كثير.

قول شیخ طوسی در مساله

وخالف الشيخ... توضیح: اطلاق عبارت شیخ طوسی اقتضا می‌کند که صلح در همه فروض مذکوره، صحیح نمی‌باشد، و دلیل ایشان آن است که چون مقدار آب برای آبیاری، مجهول است.

شارح بر ایشان نقض می‌کند به اینکه: اگر جهالت مقدار آب در اینجا مانع از صحت صلح است پس چگونه در مواردی از بیع، جهالت مقدار آب را مانع از صحت بیع ندانسته، مثل موارد زیر:

۱. فروختن آب چشمه یا چاه را جایز دانسته با اینکه مقدار آب چشمه و چاه معلوم نیست.

۲. فروختن جزء مشاع از آب چاه یا چشمه را جایز دانسته (مثلاً یک سوم آب چشمه) با اینکه مقدار یک سوم از آب، چقدر می‌شود معلوم نیست.

۳. آب چاه یا چشمه را عوض صلح قرار دهند، مثلاً زید ادعای ملکیت خانه‌ای را بکند که در دست عمرو است و عمرو منکر آن باشد، آنگاه مصالحه کنند بر اینکه خانه مال عمرو باشد و در مقابل آن، عمرو آب چشمه‌ای را که مالک است، به زید بدهد با اینکه مقدار آب چشمه معلوم نیست.

سپس شارح اطلاق عبارت شیخ طوسی را توجیه می‌کند به اینکه شاید مقصود شیخ آن آبیاری است که مضبوط نباشد. یعنی ایشان صلح در آبیاری غیر مضبوط را صحیح نمی‌دانند و اما در آبیاری که مضبوط باشد به یکی از سه وجهی که ما ذکر

نمودیم (وآن اینکه: یا مدت آبیاری مضبوط باشد ویا مکان آبیاری مضبوط باشد، و یا آبی که با آن آبیاری می‌شود مضبوط باشد) ایشان نیزموافق با ما می‌باشد وصلح را صحیح می‌داند.

همچنانکه این توجیه درعبارت بسیاری از فقها ـ که به طور مطلق، صلح در آبیاری را صحیح ندانسته‌اند ـ جاری است. یعنی آنها هم مقصودشان صلح در آبیاری غیرمضبوط می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و خالف**... یعنی مخالفت کرده شیخ طوسی در تمام فرضهای مزبور(وصلح درآنها را صحیح ندانسته، البته باید گفت که اطلاق کلام شیخ اقتضا می‌کند که درتمام فرضهای مزبور، صلح صحیح نیست، نه اینکه ایشان تصریح کرده باشند به اینکه درتمام آن فروض، صحیح نیست وگرنه اگر اینجور نگوئیم، توجیهی که بعداً شارح برای کلام شیخ طوسی کرده، درست نخواهد بود، چون توجیه مزبور، مربوط می‌شود به اطلاق کلام شیخ).

محتجاً... یعنی درحالتی که شیخ استدلال کرده (برای عدم صحت صلح) به اینکه مقدارآب، مجهول است، با اینکه (این استدلال، قابل قبول نیست، زیرا نقض می‌شود به اینکه:) شیخ طوسی تجویزکرده فروختن آب چشمه وچاه را، وفروختن جزء مشاع ازآب چاه وچشمه را (مثلاً یک سوم آن را) **و جعله**... (به صیغه مصدر خوانده شود ومعطوف بر ـ بیع ماء العین ـ) یعنی ونیزشیخ طوسی جایزدانسته قرار دادن آب چاه یا چشمه را عوض برای صلح **و یمکن**... (این توجیه شارح است برای کلام شیخ طوسی) یعنی ممکن است شیخ، اختصاص داده باشد منع صلح را در اینجا (آبیاری) به آن آبیاری که مضبوط نبوده باشد (زیراکلام شیخ، مطلق است و اطلاق کلام، دلالت نمی‌کند براینکه حتی درصورت مضبوط بودن آبیاری، صلح

صحیح نباشد، پس با آن توجیه، شیخ طوسی با ما موافق خواهد بود در اینکه در صورت مضبوط بودن آبیاری، صلح صحیح می‌باشد).

کما إتفق مطلقاً... ظاهر عبارت این است که ضمیر فاعل مقدر در ـ اتفق ـ به «منع» برمی‌گردد که بنابراین، ترجمه عبارت این است که همچنان که منع صلح در آبیاری در عبارت بسیاری از فقها نیز به طور مطلق آمده است (در حالی که آنها هم مرادشان، منع صلح در صورت مضبوط نبودن آبیاری است).

واحتمال دارد که ضمیر فاعلی مقدر در ـ اتفق ـ برگردد به «سقی» که از قرینه مقام استفاده می‌شود که بنابراین، معنای عبارت این است که عبارت بسیاری از فقها در کلمه ـ سقی ـ مطلق می‌باشد، یعنی آن را مقید به ـ مضبوط ـ نکرده‌اند در حالی که مقصودشان سقی مضبوط می‌باشد[1].

---

[1] و ظاهراً احتمال دوم درست است، زیرا از عبارت قبلی شارح استفاده می‌شود که مخالف در مسأله، فقط شیخ طوسی می‌باشد نه فقهای دیگر.

(وكذا) يصح الصلح (على إجراء الماء على سطحه، أو ساحته) جاعلا له عوضا وموردا (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء) بأن يقدر مجراه طولا وعرضا، لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئا ملك قراره مطلقا، لكن ينبغي مشاهدة الماء، أو وصفه، لاختلاف الحال بقلته، وكثرته.

(وكذا) يصح الصلح... توضیح اگر بین دو نفر اختلاف شود در جاری ساختن آب بر پشت بام یا حیاط یکی از آنها، یعنی مثلاً زید به عمرو می‌گوید چون برای رسیدن آب چشمه من، به زمین زراعتی من راهی جز از خانه تو نیست، بگذار آب از پشت بام یا حیاط خانه تو ردّ شود و به زمین زراعتی من برسد (البته فرض پشت بام، در آن خانه‌هایی تصویر می‌شود که در دامنه کوه ساخته شده‌اند به طوری که آب در سطح بالا قرار گرفته و خانه در پایین واقع شده به گونه‌ای که آب را اگر بخواهند از خانه دیگری رد کنند باید از پشت بام آن خانه عبور دهند) ولی عمرو راضی به آن نشود، آنگاه مصالحه کنند که در عوض جاری ساختن آب، زید پولی به عمرو بدهد، چنین صلحی صحیح است.

و همچنین اگر جاری ساختن آب را عوض صلح قرار دهند، صحیح است. مثل اینکه زید ادعا کند بر عمرو که تو در خانه من نشسته بودی، من اجرة المثل از تو می‌خواهم ولی عمرو منکر آن باشد، آنگاه مصالحه کنند بر اینکه عوض اجرة المثل، زید آب چشمه خود را بر پشت بام یا حیاط خانه عمرو جاری سازد که از آنجا به زمین زراعتی زید برسد.

البته باید مجرایی که بناست در حیاط خانه یا پشت بام بِکَنَند، از نظر طول و عرض معین نمایند در عقد، تا اینکه جهالتی در صلح بر آن مجرا باقی نماند.

و آیا عمقش را هم باید در عقد تعیین کنند یا اینکه لازم نیست؟ شارح می‌فرماید: لازم نیست، زیرا به واسطه صلح، طرف مقابل، استحقاق پیدا می‌کند که آب را

جاری سازد از مجرایی که طول و عرضش معین است، وکسی که مالک زمینی شد، مالک کف آن ـ و هر چه که پایین برود ـ می‌شود (خواه ملکیت آن نسبت به عین آن باشد و خواه به صورت استحقاق إجرای آب بر آن باشد ـ و در مورد بحث وقتی که مالک مجرا شد به صورت استحقاق اجرای آب بر آن، مالک کف آن مجرا و هر چه که پایین برود می‌شود پس هر مقداری که بخواهد می‌تواند مجرا را گود بکند و آب را در عمق هر چند متری که بخواهد جریان دهد.

منتها گرچه تعیین عمق، لازم نیست، ولی یک چیز در اینجا شرط می‌باشد و آن اینکه باید آبی که بناست از آن مجرا جاری شود مشاهده شود و یا توصیف گردد که چه مقدار آب است، زیرا چه بسا نزدیک آن مجرا، اطاقی ساخته شده باشد و مجرا اگر پر آب باشد چه بسا به واسطه رطوبت زیاد صدمه به آن اطاق بزند، ولی اگر کم آب باشد، اطاق صدمه نمی‌بیند، پس باید از این نظر هم جهالتی باقی نماند.

ترجمه و شرح عبارت: **و کذا**... یعنی همچنین صحیح است صلح کردن بر جاری ساختن آب (یکی از متصالحین) بر پشت بام دیگری یا حیاط او، خواه اجرای آب را عوض صلح قرار دهند یا مورد صلح قرار دهند **سطحه** چنانکه سابقاً توضیح دادیم، پشت بام در جایی فرض می‌شود که آب در بالا قرار گرفته باشد و خانه در پایین (مثل خانه‌های کوهستانی) به طوری که عبور دادن آب باید از پشت بام خانه باشد.

أو ساحته این در جایی فرض می‌شود که آب همسطح با حیاط خانه باشد **بعد العلم**... یعنی صحت صلح در آن فرض در صورتی است که علم داشته باشند به محلی که آب از آنجا بناست جاری گردد، به این معنی که مجرای آب اندازه‌اش از نظر طول و عرض تعیین شود تا جهالت از آن محل و مجرایی که صلح بر آن شده، برطرف گردد.

ولا یعتبر... یعنی تعیین عمق مجرا لازم نیست، زیرا کسی که مالک چیزی شد، مالک کف آن می‌شود (تا منتهای عمق آن) مطلقا یعنی خواه ملکیت آن به واسطه صلح باشد و خواه به غیر آن و نیز خواه ملکیت آن نسبت به عین آن باشد و خواه ملکیت آن به صورت استحقاق اجرای آب در آن باشد (که در مورد بحث چنین است).

(ناگفته نماند که شرط نبودن تعیین عمق همانا در فرض حیاط خانه، درست است و اما در فرض پشت بام، مشکل است، زیرا در پشت بام نمی‌توان مجرایی کند و اگر هم بخواهند بکنند باید عمق آن معلوم باشد، زیرا زیادی عمق در پشت بام ضرر به خانه می‌زند) **ملک قراره** گفته‌اند که کسی که مالک زمین است، مالکیت او محدود به سطح آن زمین نمی‌باشد بلکه مستلزم مالکیت قسمت‌های زیرزمین هر چه که پایین برود می‌باشد لذا مالک می‌تواند در زمین خود هر چند طبقه که می‌خواهد بنا نماید، و همچنین می‌تواند در زمین خود چاه‌های عمیق بکند.

لکن... یعنی (گرچه تعیین عمق، شرط نیست) ولی سزاوار است که مقدار آب، مشاهده شود و یا (اگر هم مشاهده نشود) توصیف گردد، زیرا حال مجرا به واسطه کم بودن آب و زیاد بودن آب، فرق می‌کند (و چه بسا به واسطه زیاد بودن آب، صدمه به اطاق مجاور آن برسد و بدین جهت اغراض مردم در آن جهت، مختلف است و چه بسا بعضی از مردم راضی به زیاد بودن آب در مجرا نشوند).

ولو كان ماء مطر اختلف أيضا بكبر ما يقع عليه وصغره فمعرفته تحصل بمعرفة محله، ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما، لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته.

ولو كان ماء مطر... توضيح: حكمی که در بالا گفته شد (که مشاهده آب یا توصیف آن لازم است) مربوط به فرضی بود که آب چشمه مثلاً باشد.

حال اگر فرض کنیم که آب باران خانه‌اش را می‌خواهد از خانه همسایه‌اش جاری سازد، مثل اینکه زید با عمرو مصالحه کرده باشند بر اینکه آب بارانی که به خانه زید می‌ریزد از داخل خانه عمرو رد شود تا به مزرعه زید بریزد، در این صورت نیز چون موقعیت و حال مجرای آب از نظر اینکه آب پر زور باشد یا کم زور، به واسطه بزرگی مساحت خانه زید یا کوچکی آن فرق می‌کند، لذا سزاوار است که عمرو بداند که چه مقدار آب باران بناست از مجرای خانه او ردّ بشود، و مقدار آن، به واسطه دانستن مساحت خانه زید دانسته می‌شود، بنابراین، سزاوار است که عمرو از راه مشاهده یا توصیف، مساحت خانه زید را به دست آورد تا بفهمد که چه مقدار آب باران در آن جمع می‌شود و در نتیجه می‌فهمد که آیا آب مجرا پر زور خواهد بود یا کم زور.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو کان...** یعنی اگر آب، آب باران باشد، در این صورت نیز حال مجرا فرق می‌کند به واسطه بزرگی آن محلی که باران بر آن می‌ریزد و کوچکی آن، لذا دانستن مقدار آب باران، حاصل می‌شود به دانستن محل باران (یعنی مساحت خانه که باران بر آن می‌ریزد).

ولو سقط السطح... توضیح: اگر بعد از مصالحه بر اجرای آب، چنانچه پشت بام خانه پیش از اجرای آب، سقوط کند که دیگر قابل اجرای آب بر آن نیست و یا مجرایی که در پشت بام و یا در حیاط خانه از قبل بوده، الان احتیاج به اصلاح و تعمیر دارد تا بتوان آب را در آن جاری نمود، در این صورت وظیفه صاحب خانه است که پشت بام

یا مجرا را تعمیر و اصلاح نماید (زیرا به واسطه مصالحه کردن با صاحب آب، صاحب آب استحقاق پیدا کرده که آبش را از پشت بام رد نماید و معلوم است که استحقاق این حق، موقوف است بر ساختن پشت بام و تعمیر مجرای آب یعنی صاحب آب آن وقتی می‌تواند به این حق خود برسد، که صاحب خانه، پشت بام و یا مجرای آب را تعمیر و اصلاح نموده باشد و بدون آن، صاحب آب به حق خود نخواهد رسید).

و بر صاحب آب واجب نیست که صاحب خانه در تعمیر و اصلاح آنها کمک نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو سقط...** یعنی اگر پشت بام سقوط کند بعد از صلح (و پیش از اجرای آب) و یا اگر مجرای آب احتیاج به اصلاح و تعمیر داشته باشد، بر مالک پشت بام و مجرای آب، واجب است که پشت بام را تعمیر و مجرای آب را اصلاح نماید، زیرا حق صاحب آب، موقوف بر اصلاح آنهاست و بر مصالحه کننده (یعنی صاحب آب) واجب نیست کمک کند صاحب خانه را (در تعمیر پشت بام و یا اصلاح مجرای آب).

(الثالثة: لو تنازع صاحب السفل والعلو في جدار البيت حلف صاحب السفل) لأن جدران البيت كالجزء منه فيحكم بها لصاحب الجملة وقيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة والأشهر الأول.

مسأله سوم : نزاع در دیوار اطاق پایین

(الثالثة: لو تنازع... توضیح: هرگاه در خانه‌ای که دو طبقه است و هر طبقه‌ای مالکی دارد، مالک اطاق پایین با مالک اطاق بالا نزاع کنند در دیوار اطلاق پایین به اینگونه که هرکدام از آنها ادعا می‌کند که دیوار مزبور مال اوست، در این صورت ببینیم دیوار از آن کیست؟ دو قول در آن می‌باشد:

۱. مشهور گویند که: مالک اطاق پایین باید قسم بخورد و قولش مقدم می‌شود، زیرا دیوارهای اطاق پایین به منزله جزئی از اطاق می‌ماند، پس هرکسی که مالک اطاق پایین است، مالک جزء آن هم خواهد بود.

۲. بعضی گفته‌اند که باید حکم به اشتراک آنها در آن دیوار نمود، زیرا هر دو از آن دیوار استفاده می‌کنند و به آن به طور مساوی احتیاج دارند، زیرا اگر دیوار پایین نبود، نه اطاق پایین تحقق داشت و نه اطاق بالا وجود داشت. به جهت اینکه دیوار پایین، پایه برای اطاق بالاست.

ترجمه و شرح عبارت: **لو تنازع...** یعنی اگر نزاع کند صاحب اطاق پایین و (صاحب) اطاق بالا در دیوار اطاق پایین، باید صاحب اطاق پایین قسم بخورد (و قولش مقدم است) زیرا دیوارهای اطاق پایین به منزله جزئی از اطاق می‌باشد، پس حکم می‌شود که آن دیوارها مال کسی باشد که صاحب مجموع اطاق است **السفل** به کسر سین و سکون فاء **العلو** به کسر عین و سکون لام **البیت** در اینجا به معنای اطاق

است نه خانه (ومقصود اطاق پایین می‌باشد) همچنان که اطاق بالا را درکلام عرب، غرفه گویند **کالجزء**... اینکه کاف تشبیه آورد ونفرمود: «جزء منه» اشاره به این است که دیوار، جزء حقیقی اطاق نیست، زیرا اطاق حقیقتاً عبارت ازآن فضایی است که مابین دیوارها وسقف واقع شده است، وسقف ودیوارها ازعلل وجود اطاق می‌باشند نه ازاجزاء آن **و قیل**... یعنی بعضی گفته‌اند که دیوارمشترک بین آنها خواهد بود زیرا احتیاج هردوبه دیواربه طورمساوی است **والأشهر** یعنی أشهر، قول اول می‌باشد یعنی قولی که مصنف فرموده است.

(و) لو تنازعا (في جدران الغرفة يحلف صاحبها) لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لا تعلق له به إلا كونه موضوعا على ملكه، وذلك لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد، (وكذا) يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا (في سقفها) الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى.

نزاع در دیوار اطاق بالا

(و) لو تنازعا... توضیح: هرگاه مالک اطاق بالا با مالک اطاق پایین نزاع کنند در دیوارهای اطاق بالا و هرکدام ادعا کند که آن دیوار از آن اوست، در این صورت، حکم آن است که باید صاحب اطاق بالا قسم بخورد و قول او مقدم می‌شود.

و دلیل آن همان دلیلی است که در مسأله سابق گذشت و آن اینکه: چون دیوارهای اطاق بالا به منزله جزئی از اطاق بالاست پس هرکسی که مالک اطاق بالاست، مالک جزء آن هم خواهد بود.

و در حکم این مسأله، اشکال و اختلافی بین فقها نمی‌باشد چون در مسأله سابق (نزاع در دیوار اطاق پایین) اگر احتمال اشتراک بین آن دو نفر داده می‌شد (چنانکه قول بعضی بود به دلیل اینکه هر دو احتیاج به دیوار پایین دارند) ولی در مسأله مورد بحث، دیگر احتمال اشتراک داده نمی‌شود، زیرا صاحب اطاق پایین ارتباطی با دیوار اطاق بالا ندارد و انتفاعی از آن نمی‌برد و در نتیجه احتیاج به آن ندارد تا احتمال داده شود که مال اوست، فقط ارتباطی که می‌توان گفت این است که دیوار بالا روی اطاق پایین قرار گرفته است و معلوم است که این معنی دلیل بر مالکیت دیوار بالا برای صاحب اطاق پایین نمی‌شود.

و علاوه بر آن گوئیم دیوار بالا در تصرف صاحب اطاق بالاست و به اصطلاح، او ید بر آن دارد (ولی صاحب اطاق پایین، ید و تصرفی در آن ندارد) و چنانکه معلوم است

ید، دلیل بر ملکیت او خواهد بود، پس اگر فرضاً قرارگرفتن دیوار اطاق بالا بر روی اطاق پایین مقتضی ملکیت آن برای صاحب اطاق پایین باشد گوئیم که ید و تصرف صاحب اطاق بالا بر آن دیوار، معارضه با آن می‌کند و مانع از اقتضاء ملکیت برای صاحب اطاق پایین می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو تنازعا...** یعنی اگر آنها نزاع کردند در دیوارهای اطاق بالا، صاحب اطاق بالا قسم می‌خورد (و قولش مقدم می‌شود) به دلیلی که (در مسأله سابق) ذکر کردیم که آن عبارت بود از جزء بودن دیوار برای اطاق، و در مسأله اینجا اشکالی (و اختلافی بین فقها) نیست، زیرا صاحب اطاق پایین ارتباطی برای او نسبت به دیوار بالا نیست مگر قرارگرفتن آن دیوار بر روی ملک صاحب اطاق پایین، و این قرارگرفتن اقتضای ملکیت آن را نمی‌کند، علاوه بر اینکه در تصرف صاحب اطاق بالا بودن، معارضه می‌کند با آن (اقتضا).

نزاع در سقف اطاق بالا

وکذا یقدم قول صاحب... توضیح: اگر نزاع کنند در سقف اطاق بالا و هرکدام از آنها ادعا کند که سقف از آن من است، در این صورت نیز قول صاحب اطاق بالا مقدم داشته می‌شود، زیرا سقف بالا، فقط در تصرف اوست و تنها او از آن انتفاع می‌برد (از قبیل آویزان کردن چراغ و یا زینت کردن آن و مانند آن) همانطوری که از دیوار اطاقش نیز وی به تنهایی انتفاع می‌برد، پس مال او خواهد بود.

بلکه در مقایسه سقف با دیوار، می‌توانیم بگوئیم که به طریق اولی مال صاحب اطاق بالاست، چون در دیوار بالا احتمال ضعیفی داده می‌شود که مال صاحب اطاق پایین باشد، زیرا چه بسا بعضی از صاحبان اطاق پایین، پشت بام آن را دورتا دور

دیوار می‌کشند، بنابراین می‌توان احتمال داد که دیوار اطاق بالا، قبلاً مال صاحب اطاق پایین بوده سپس صاحب طبقه بالا، فقط سقف زده و درآنجا سکونت نموده.

اما درسقف چنین احتمال ضعیفی اصلاً داده نمی‌شود، چون به طورکلی ازکسی دیده نشده که بربالای بامش، تنها سقف بزند تا اینکه بعداً اگرکسی آمد ودورتا دور بالا را دیوارکشید وآن را اطاق کرد، احتمال بدهیم که سقف مال صاحب اطاق پایین بوده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **وکذا**... یعنی و همچنین مقدم داشته می‌شود ادعای صاحب اطاق بالا درصورتی که نزاع کنند درسقف اطاق بالا ـ که سقف مزبوربالای اطاق بالا قراردارد. ـ **لإختصاص**... (علت است برای تقدیم ادعای صاحب غرفه) یعنی زیرا فقط صاحب آن اطاق، استفاده ازسقف آن می‌کند همانند دیوارش (یعنی همانطوری که فقط صاحب آن اطاق، استفاده ازدیوارآن می‌کند) بلکه سزاوارتراز دیوار است (یعنی درمقایسه سقف آن با دیوار، به طریق اولی می‌توان گفت که سقف أطاق بالا مال صاحب أطاق بالاست).

(ولو تنازعا في سقف البيت) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقرع بينهما)، لاستوائهما في الحاجة إليه، والانتفاع به، والقرعة لكل أمر مشتبه.

ويشكل بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حق لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما. وفي «الدروس» قوي اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، وإلا أختص بالحالف لما ذكر من الوجه.

نزاع در سقف اطاق پایین

(ولو تنازعا في سقف... توضیح: اگر صاحب اطاق بالا و صاحب اطاق پایین در سقف اطاق پایین ـ که ما بین اطاق بالا و پایین قرارگرفته ـ نزاع کنند و هرکدام ادعا کند که سقف ازآن من است، دراین صورت حکم این است که قرعه زده شود و به نام هرکدام درآمد، سقف مزبور مال او خواهد بود.

و دلیل آن این است که چون هر دو احتیاج به آن سقف دارند و ازآن استفاده می‌کنند، به جهت اینکه سقف مزبور، زمین برای اطاق بالاست و سقف برای اطاق پایین است، بدین جهت، احتمال مالکیت هر یک ازآنها داده می‌شود (یعنی احتمال دارد که مال این یکی باشد و احتمال دارد مال آن دیگری باشد) و چون مشخص نیست مال کدام یک می‌باشد و مالکیت آنها مشتبه است لذا به وسیله قرعه تعیین می‌کنیم که مال کدام یک می‌باشد، چون در روایات آمده است که قرعه برای هر موضوعی است که مشتبه باشد.

شارح بر این حکم اشکال می‌کند به اینکه: مورد بحث ما ازموارد عمل به قرعه نمی‌باشد، چون مورد عمل به قرعه آن جایی است که احتمال مشترک بودن دو طرف

نزاع درآن داده نشود بلکه درواقع مال یکی ازآنها باشد وظاهراً مشخص نباشد که آن یکی، کدام طرف می‌باشد، اینجاست که به وسیله قرعه، واقع برای ما معلوم می‌گردد.

وحال آنکه مورد بحث ما چنین نیست، زیرا دراینجا همانطوری که احتمال دارد، سقف، درواقع مال یکی ازآنها باشد، احتمال هم دارد که درواقع مال هردووبین آنها مشترک باشد، چون همانطوری که دربالا دانسته شد هردوازآن انتفاع می‌برند به جهت اینکه سقف مزبور، زمین برای اطاق بالاست و سقف برای اطاق پایین است، پس به منزله جزئی ازاطاق بالا واطاق پایین می‌باشد ودرنتیجه احتمال دارد که به طوراشتراک، ملک هردوبوده باشد.

وبه جهت همین اشکال است که مرحوم مصنف درکتاب «دروس» حکم به قرعه نفرموده است، بلکه حکم به اشتراک سقف بین آنهاکرده است، البته به شرط اینکه هردوقسم بخورند ویا هیچ کدام قسم نخورد وازقسم خوردن سرباززنند، واما اگریکی قسم بخورد ودیگری قسم نخورد، سقف مال قسم خورنده است.

ودلیل ایشان درحکم به اشتراک همان است که دانسته شد وآن اینکه چون هر دواحتیاج به سقف دارند وازآن انتفاع می‌برند.

(طبق گفته مصنف در«دروس» وقتی که سقف، مشترک بین آنها شد، مالک طبقه بالا می‌تواند درکف اطاق خود، ومالک طبقه پایین درسقف اختصاصی اطاق خود به طورمتعارف (یعنی آن اندازه که مزاحم حق دیگری نشود) تصرف نماید، مثلاً مالک طبقه پایین می‌تواند آن را سفید کند وقاب کوبی نماید ویا چراغ بیاویزد و مالک طبقه بالا می‌تواند به طورمتعارف رفت وآمد نماید واثاثیه بگذارد ویا کف اطاق را تخته پوش کند).

ترجمه وشرح عبارت: **ولو تنازعا**... یعنی اگرآنها نزاع کنند درسقف اطاق پایین ـ که ما بین اطاق پایین وبالا قراردارد وحامل اطاق بالاست (یعنی اطاق بالا روی آن

قراردارد) ـ (دراین صورت حکم آن است که) قرعه انداخته می‌شود بین آنها (وقرعه به نام هرکدام درآمد، سقف مال او می‌باشد) زیرا هردوبه طورمساوی احتیاج به آن سقف دارند وازآن انتفاع می‌برند (پس احتمال مالکیت هریک داده می‌شود اما مشتبه است که کدامیک می‌باشد) و(برای تعیین مالکیت آنها باید قرعه زد زیرا) قرعه برای هرموضوع مشتبهی می‌باشد.

القرعة لکل أمر مشتبه قرعه یکی ازقواعدی است که درکتب فقهیه مشهوروازآن به این عبارت تعبیرشده است: «القرعة لکل أمرمشکل» ویا «القرعة لکل امرمشتبه» ولی این تعبیرها درروایات نیامده وآنچه درروایات آمده است این تعبیراست که: «کل مجهول ففیه القرعة» چنانکه شیخ صدوق در«من لایحضر» نقل کرده از:

«... محمد بن الحکیم قال: سألت أبا الحسن موسی بن جعفر علیه السلام عن شی فقال لی: کل مجهول ففیه القرعة، فقلت: إن القرعة تخطیء وتصیب فقال: کل ما حکم الله عزوجل به فلیس بمخطیء»[1]

یعنی محمد بن حکیم می‌گوید: ازموسی بن جعفر علیه السلام ازامری سؤال کردم، فرمود: درهرامروموضوع نامعلومی حکم قرعه جاری است، گوید: گفتم قرعه ممکن است خطاکند وممکن است صواب، فرمود: آنچه راکه خداوند خود دستورآن را داده خطا نخواهد کرد.

قرعه درلغت عرب به معنای زدن وکوبیدن است ودراصطلاح فقهی ودرعرف عام معنای قرعه روشن است وعبارت است ازروشی که برای رفع تردید وتحیروامکان تصمیم درجایی که ترجیحی دربین نباشد به کاربرده می‌شود.

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۹۲.

قرعه، شکل و صورت خاصی ندارد بلکه به صورگوناگون انجام گرفته و می‌گیرد، در زمانهای گذشته بیشتر به صورت انداختن تیر بود، ولی در روزگار ما با نوشتن نامها بر روی کاغذ و انداختن آنها در ظرفی یا کیسه‌ای سپس درآوردن یکی از آنها انجام می‌گیرد.

و یشکل... یعنی حکم به قرعه، مشکل می‌شود به اینکه مورد عمل به قرعه آنجایی است که احتمال اشتراک آن بین دو طرف نزاع نبوده باشد، بلکه آن (در واقع) حق یکی از آنها بوده باشد و (در ظاهر برای ما) مشتبه باشد، و حال آنکه مورد بحث چنین نیست، زیرا (در مورد بحث) همانطوری که احتمال داده می‌شود سقف (در واقع) مال یکی از آنها بوده باشد، احتمال هم داده می‌شود که سقف (در واقع) مال هر دو (به طور مشترک) بوده باشد، زیرا هر دو از آن انتفاع می‌برند، چون سقف مزبور، سقف برای صاحب اطاق پایین است و زمین برای صاحب اطاق بالاست، پس به منزله جزئی از هر کدام از اطاق پایین و بالا می‌باشد.

حق لأحدهما... چنانکه یکی از موارد آن در مسأله طلاق است که گفته‌اند اگر مردی دو زن داشته باشد و یکی از آنها را به طور تعیین طلاق داده و بعد فراموش کرده که کدام یک از آنها بوده، تعیین آن به قرعه خواهد شد.

و في «الدروس»... یعنی در کتاب «دروس» تقویت کرده (حکم به) اشتراک آنها در سقف را در صورتی که هر دو قسم بخورند یا هر دو امتناع (از قسم خوردن) ورزند وگرنه (اگر یکی قسم بخورد نه دیگری) سقف، اختصاص به قسم خورنده خواهد داشت

لما ذکر... (دلیل است برای حکم به اشتراک) یعنی به دلیل همان وجهی که ذکر شد (یعنی لإستوائهما في الحاجة إليه والإنتفاع به).

وقيل: يقضى به لصاحب الغرفة، لأنها لا تتحقق بدونه، لكونه أرضها، والبيت يتحقق بدون السقف وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر.

وليس ببعيد.

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت أما ما لا يمكن كالأزج الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران فهو لصاحب السفل بيمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه.

وقيل: يقضى... توضیح: بعضی دیگر در اینجا قول سومی را قائل شده‌اند و آن اینکه گفته‌اند سقف، مال صاحب اطاق بالاست.

و دلیل آن دو چیز است:

۱. اینکه می‌دانیم اطاق بالا بدون آن سقف، تحقق نمی‌یابد، زیرا سقف مزبور، زمین آن بوده و حامل آن می‌باشد و بدون آن، امکان ندارد که اطاق بالا وجود پیدا کند، بر خلاف اطاق پایین که بدون سقف، تحقق پیدا می‌کند هر چند خلاف متعارف است ولی امکان دارد و چون فرض آن است که دو طرف نزاع هر دو قبول دارند که در آنجا اطاق بالایی وجود دارد، پس باید آن اطاق تحقق یابد و تحققش هم موقوف به سقف مزبور است، پس آن سقف، مال صاحب اطاق بالا خواهد بود.

۲. اینکه صاحب اطاق بالا بیشتر از دیگری، در آن سقف تصرف می‌کند (مثل رفت و آمد بر روی آن، گذاشتن اثاثیه و مانند آن) ولی صاحب اطاق پایین تصرفاتش کمتر است (مثل آویزان کردن چراغ، قاب کوبی و یا رنگ کردن آن و مانند آنها) پس بیشتر بودن تصرف، مرجح آن است که سقف، مال صاحب اطاق بالا باشد.

شارح این قول را ردّ نمی‌کند و می‌فرماید می‌توان آن را قبول نمود.

ترجمه و شرح عبارت: **یقضی به**... یعنی حکم می‌شود به سقف برای صاحب اطاق بالا **تحققها** ضمیر به غرفه برمی‌گردد **و لأن تصرفه**... دلیل دوم آن قول می‌باشد **و لیس ببعید** این نظر شارح است یعنی قول مزبور، دور از قول حق نمی‌باشد.

و موضع الخلاف في السقف... توضیح: اقوالی که از فقها در مورد نزاع در سقف مزبور ذکر گردید، همانا در آن سقفی است که می‌توان آن را بعد از تمام شدن بنای چهار دیواری اطاق پایین، مستقلاً بر روی آن ساخت، مثل سقف‌هایی که با تیرآهن و یا تنه درخت (در خانه‌های قدیمی) می‌سازند که ابتدا چهار دیوار را بالا می‌برند و به آخر می‌رسانند سپس تیرآهن یا تنه درخت را روی دیوارها گذاشته و سقف را می‌پوشانند (و حتی چنین سقفی را می‌توان در یک چهار دیواری خیلی بلندی که قبلاً ساخته شده، احداث نمود، به این نحو که از نصف آن دیوار سوراخ کرد و تیرآهن رد نمود تا سقف مزبور زده شود و آن چهار دیواری دو طبقه گردد) در این سقف اگر اختلافی بین صاحب طبقه بالا و طبقه پایین پیش آید، احتمال ملکیت در هر یک از طرفین و یا اشتراک بین آنها داده می‌شود فلذا آن اقوال مزبور می‌آید.

ولی اگر سقفی باشد که نمی‌توان آن را بعد از تمام شدن بنای چهار دیواری اطاق پایین، مستقلاً بر روی آن ساخت بلکه نحوه ساختن آن طوری است که باید همراه با ساختن چهار دیواری اطاق ساخته شود مثل سقف‌های ضربی یا تیغه‌ای (معروف به طاق رومی) چون کیفیت ساختن آن بدین صورت است که دیوار اطاق پایین را وقتی بالا بردند، کمی قبل از اینکه دیوار به آخر برسد، دو رگ یا یک رگ سرآجرها را به اندازه ده سانت به طرف داخل اطاق بیرون می‌دهند، یعنی جلوتر از تراز دیوار می‌آورند، و بعد دوباره روی دیوار را به همان تراز دیوار، مستقیم می‌چینند و بالا می‌آورند تا سنگین شود و موقع سقف زدن بر روی آن سرآجرهای بیرون داده شده، پس نزند، سپس سقف را روی همان سرآجرهایی که بیرون آمده می‌سازند به این گونه

که آجرهای دیواررا داخل درآجرهای سقف کرده وآنها را به یکدیگرگره زده وپیوست می‌کنند.

درچنین سقفی اگرنزاعی بین صاحب طبقه بالا وطبقه پایین پیش آمد، احتمال اینکه مال طبقه بالا ویا مشترک بین آنها باشد، اصلاً داده نمی‌شود، چون قرائن فنی معماری نشان می‌دهد که سقف، جزء اطاق پایین است، پس سقف مال صاحب اطاق پایین خواهد بود، البته قسم هم باید بخورد.

ترجمه وشرح عبارت: **و موضع...** یعنی محل خلاف بین فقها (که چند قول در آن بود) درآن سقفی است که ممکن باشد آن را بعد از تمام شدن بنای چهار دیواری اطاق پایین، ساخت (وطرزساختن آن این طورنیست که حتماً همراه با ساختن دیواراطاق پایین ساخته شود) واما آن سقفی که ممکن نیست بعد ازبنای اطاق پایین، ساخته شود مثل سقف ضربی (یا تیغه ای) که چنین سقفی معقول نیست که بعد ازساخته شدن دیواراطاق پایین، ساخته شود چون (ساختن) آن احتیاج دارد به بیرون دادن بعض اجزاء دیوار (یعنی مثلاً دورگ ازآجرها به اندازه ده سانت بیرون داده شود) ازطرف روی دیوارقبل ازبه آخررسیدن دیوار، تا آن بعضی اجزاء، حامل گره‌هایی باشد که دیواررا به سقف پیوند می‌دهد ودرنتیجه به واسطه بیرون دادن بعضی اجزاء، پیوستن بین سقف ودیوارها حاصل شود.

چنین سقفی یقیناً مال صاحب اطاق پایین است با قسم خوردنش، زیرا کیفیت بنای مزبور (ازنظرقرائن فنی معماری) دلالت می‌کند برجزء بودن آن سقف، از دیوار پایین **کالأزج** «ازج» به فتح همزه وزاء **بعض الأجزاء** مقصود بعضی ازآجرهای دیوار است **وجه الجدار** مقصود قسمت روی دیوارازطرف داخل اطاق است **لیکون...** ضمیرمقدربرمی‌گردد به ـ بعض الاجزاء ـ **للعقد...** به ضم عین وفتح قاف، جمع

«عقد» به فتح عین وسکون قاف می‌باشد، یعنی گره‌هایی که به واسطه آنها سقف به دیوار متصل می‌گردد.

فیحصل به... (ضمیر در ـ به ـ برمی‌گردد به «خراج بعض الاجزاء» و جمله ـ فیحصل ـ منصوب است بنابراینکه عطف است بر «یکون» که به تقدیر ـ أن ـ ناصبه است) یعنی تا اینکه به واسطه بیرون دادن بعض اجزاء، حاصل شود ترصیف و پیوست بین سقف و دیوارها (با داخل کردن آجر دیوار در آجر سقف).

فهو لصاحب... این جمله جواب است برای ـ أما ما لا یمکن ـ و ضمیر «هو» به سقف برمی‌گردد **بیمینه**... یعنی با قسم خوردن صاحب سفل **ذلک** یعنی آن کیفیت بناء **جزئیته**... ضمیر به سقف برمی‌گردد **منه** ضمیر به ـ سفل ـ برمی‌گردد.

(الرابعة: إذا تنازع صاحب غرف الخان، وصاحب بيوته في المسلك). والمراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله: (حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه، وحلف الآخر على الزائد)، لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة، أو معين لا يزيد عن القدر لم يكن على الآخر حلف، لعدم منازعته له في الزائد.

ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن. وأما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به.

مسأله چهارم

(الرابعة: إذا تنازع... توضیح: درکاروانسرایی که اطاقهای بالا و اطاقهای پایین دارد و هرکدام ازبالا وپایین، مالک دارد، اگرمالک بالا ومالک پایین نزاع کنند درمالکیت حیاط کاروانسرا وهریک ازآنها ادعای ملکیت تمام حیاط برای خود بکند، دراین صورت حکم آن است که به مقدارراهرواز حیاط (ازدرکاروانسرا تا پله‌های بالا) مال صاحب بالا می‌باشد (البته باید برآن قسم بخورد) وباقیمانده حیاط، مال صاحب پایین می‌باشد، آن هم با قسم خوردنش.

ودلیل براین حکم آن است که تصرف ورفت وآمد درمقدارراهرواز حیاط، ازلوازم ضروری استفاده ازاطاق بالاست چون بهره‌برداری ازاطاق بالا ورفتن به آنجا موقوف برتصرف درآن مقدارازراهرو می‌باشد، بنابراین، مالک بالا، ازمجموع حیاط برمقدار راهروازآن، ید دارد پس ملک اوخواهد بود.

واما درما بقی حیاط اگر بگوئیم که اختصاص به مالک پایین دارد اقوی است، چون فضای مزبور، حیاط برای اطاقهایش می‌باشد، بنابراین، ادعای هریک ازآنها را درآن مقدار از حیاط که ظاهراً اختصاص به او دارد، می‌پذیریم با قسم خوردنش.

ترجمه و شرح عبارت: **غرف الخان** «غرف» به ضم غین و فتح راء، جمع غرفه است یعنی اطاق بالا، و «خان» به معنی کاروانسرا است **بیوته** ضمیر به خان بر می‌گردد و مقصود از بیوت، اطاقهای پایین است **في المسلک** متعلق است به ـ تنازع ـ یعنی آنها نزاع کنند درملکیت حیاط کاروانسرا.

و المراد... توضیح: کلمه «مسلک» معنای لغوی‌اش راهرو می‌باشد، ولی دراین عبارت مصنف، مقصود تمام حیاط کاروانسرا است که نزاع آنها درتمام حیاط می‌باشد و هریک ادعای تمام آن را برای خود می‌کند و دلیل و قرینه براین معنی، عبارت بعدی مصنف است که می‌فرماید: «... وصاحب اطاقهای پایین، قسم بر باقیمانده حیاط بخورد» وبیان قرینه بودن این عبارت آن است که اگر مقصود مصنف از «مسلک» راهرو بود که نزاعشان درمقدار راهرو فقط بود، (چه راهرو معین از حیاط و چه غیرمعین ازآن) دیگر بر صاحب اطاق پایین، قسم خوردن بر باقیمانده حیاط، لازم نبود، زیرا درفرض مزبور، با وی صاحب اطاق بالا، درباقیمانده حیاط نزاع ندارد وادعای ملکیت آن را نمی‌کند و معلوم است که قسم همانا درجایی لازم است که نزاع باشد و درموردی که نزاع نیست قسم لازم نمی‌باشد.

پس، ازاینکه مصنف فرموده که صاحب اطاق پایین قسم بر مقدار باقیمانده حیاط بخورد قرینه است براینکه مقصود ازمسلک درعبارت بالا، تمام حیاط است ونزاعشان درتمام حیاط می‌باشد که با این فرض، قسم خوردن صاحب اطاق پایین بر مقدار باقیمانده حیاط، لازم است، زیرا دراین فرض، صاحب اطاق بالا ادعای ملکیت آن مقدار را هم برای خود می‌کند وبا صاحب اطاق پایین درآن هم نزاع دارد.

ترجمه وشرح عبارت: **و المراد به**... یعنی مقصود از مسلک در اینجا تمام حیاط است، به دلیل عبارت بعدی مصنف که می‌فرماید: «(در نزاع مذکور، حکم، این است که:) قسم بخورد صاحب اطاقهای بالا در مقداری که رفت وآمد درآن می‌کند و دیگری (یعنی صاحب اطاقهای پایین) قسم بخورد برزاید ازآن مقدار (یعنی فضای باقیمانده حیاط)».

لأن... (علت است برای قرینه بودن آن عبارت مصنف بر اینکه مقصود از مسلک، تمام حیاط است نه راهرو) یعنی زیرا نزاع اگر درراهرو بود ـ چه غیرمعین، و چه معین ـ که بیشتر از مقداری که رفت وآمد درآن می‌کند نباشد، دیگر لازم نبود بر دیگری (صاحب اطاق پایین) اینکه قسم (بر مقدار باقیمانده حیاط بخورد) زیرا صاحب اطاق بالا (در فرض مزبور) نزاع با صاحب اطاق پایین در باقیمانده حیاط ندارد (تا بر صاحب اطاق پایین قسم برآن باقیمانده لازم باشد).

في الجملة یعنی غیرمعین یعنی راهرو از هرکجای حیاط که فرض شود چه به خط مستقیم ازوسط حیاط باشد وچه ازکنار حیاط (راست یا چپ) وچه ازجای دیگرش **أو معین** (عطف است بر ـ فی الجملة ـ) یعنی راهرو از یک جای معین حیاط، مثلاً به خط مستقیم ازوسط حیاط لایزید عن القدر این جمله صفت است برای ـ مسلک ـ نه برای «معین»، بنابراین، صفت مزبور شامل می‌شود هردو فرض را یعنی مسلک معین ومسلک فی الجمله را.

و وجه الحکم... یعنی دلیل بر اینکه حکم می‌شود برای بالایی، به مقدار راهرو، این است که آن مقدار، ازضروریات بهره‌برداری ازاطاقهای بالاست وصاحب بالا بر آن مقدار راهرو ازمجموع حیاط، دست دارد (یعنی زیرپا دارد وتحت تصرف اوست) واما بیشتر از مقدار راهرو (از باقیمانده حیاط) پس اختصاص داشتن صاحب اطاقهای پایین، به آن زاید، قوی است، چون آن زاید، حیاط برای اطاقهای اوست

(پس ظاهراً اختصاص به او دارد) و درنتیجه می‌پذیریم ادعای هرکدام ازآنها را درآن مقداری ازحیاط که ظاهراً اختصاص به آن دارد (یعنی ادعای صاحب اطاق بالا را می‌پذیریم درمقدارراهرواز حیاط، که ظاهراً اختصاص به او دارد چون تصرف ورفت وآمد درآن می‌کند. وادعای صاحب اطاق پایین را می‌پذیریم درباقیمانده ازحیاط، که ظاهراً اختصاص به او دارد، چون حیاط اطاق‌های اوست).

وفي «الدروس» رجح كون المسلك بينهما، واختصاص الأسفل بالباقي. وعليه جماعة، لأن صاحب السفل يشاركه في التصرف فيه، وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما واحتمل الاشتراك في العرصة أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، ولا يمنع من وضع شئ فيها، ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

قول صاحب «دروس» در مسأله

و في «الدروس» رجح... توضیح: مرحوم مصنف درکتاب (دروس) قول دومی را ترجیح داده و پسندیده است و آن اینکه بگوئیم: مقدار راهرو، مشترک بین هر دو باشد و باقیمانده حیاط، مال صاحب پایین باشد.

دلیل آن این است که چون درراهرو هر دو تصرف دارند و اما درباقی حیاط، فقط صاحب پایین تصرف دارد، پس چون درراهرو هر دو ید دارند، حکم به اشتراک بین آنها می‌کنیم ولی درباقی حیاط چون فقط صاحب پایین، ید دارد، حکم به اختصاص وی به آن می‌نمائیم.

احتمال سوم در مسأله

سپس مصنف درهمان کتاب احتمال داده است که بگوئیم: هر دو درتمام حیاط مشترک می‌باشند، زیرا همانطوری که صاحب پایین درتمام حیاط تصرف دارد، صاحب بالا نیز درتمام حیاط اجمالاً تصرف دارد، زیرا وی جهت رفت و آمد به اطاق بالا مجبور نیست که فقط ازیک خط مستقیم (ازدرکاروانسرا تا پله‌های اطاق بالاکه دروسط حیاط قراردارد) تردد کند، بلکه می‌تواند ازهر خطی و نقطه‌ای که در حیاط فرض کنیم، رفت و آمد نماید (چه ازوسط حیاط و چه کنار حیاط، چه از

راست و چه از چپ) و نیز علاوه بر رفت و آمد می‌تواند در هر نقطه‌ای از حیاط که بخواهد چیزی از اثاثیه و وسایل خود را بگذارد و یا احیاناً در هر کجای حیاط که بخواهد برای تفرج و یا استراحت و رفع خستگی، مقدار کمی بنشیند، و در نتیجه با این بیان، ایشان اجمالاً تصرف در تمام حیاط دارند و ید بر تمام آن دارند، و وقتی که هر دو (صاحب بالا و صاحب پایین) ید بر تمام حیاط داشتند، حکم به اشتراک بین آنها می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و في «الدروس»**... یعنی در کتاب «دروس» ترجیح داده که راهرو مشترک بین آنها باشد، و صاحب اطاق پایین، اختصاص به باقی حیاط داشته باشد (و فقط مال او باشد) و بر این قول است جماعتی از فقها، زیرا صاحب اطاق پایین شریک با صاحب اطاق بالاست در تصرف در راهرو (و هر دو بر آن ید دارند) ولی در باقی حیاط، تنها او تصرف می‌کند، پس مقدار راهرو مال هر دو خواهد بود.

سپس صاحب «دروس» احتمال داده اینکه حکم به اشتراک هر دو در تمام حیاط بکنیم، زیرا (هر دو، تصرف در تمام حیاط دارند چون) صاحب بالا مجبور نیست که رفت و آمد از خط مستقیم بنماید، و نیز ممنوع نیست از گذاشتن چیزی در (هر نقطه‌ای که بخواهد از) حیاط، و نیز ممنوع نیست از نشستن (در حیاط) زمان کوتاهی، پس (با این تصرفاتی که می‌تواند بکند) وی اجمالاً ید بر تمام حیاط دارد همانند صاحب اطاق پایین.

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركا في الممر إليه، أو أختص به الأعلى، وإن كان المرقى في دهليزه خارجا، لم يشارك الأسفل في شئ من الصحن، إذ لا يد له على شئ منها، ولو كان المرقى في ظهره أختص صاحب السفل بالصحن والدهليز أجمع.

ثم إن كان... توضیح: دو قولی که از مصنف در بالا گذشت (قول ایشان در این کتاب، و قول ایشان در کتاب «دروس») مربوط به آنجایی است که پله‌های اطاق بالا در وسط حیاط واقع شده باشد، که در این فرض طبق نظریه مصنف در کتاب «دروس» صاحب بالا و صاحب پایین، به مقدار راهرو از حیاط که به طرف پله‌ها می‌رود مشترک می‌باشند و طبق نظریه مصنف در این کتاب (لمعه) راهرو مال صاحب اطاق بالا است.

و اما اگر پله‌ها در دالان کاروانسرا که دم در، بیرون از حیاط است، واقع شده باشد، در این صورت تمام حیاط مال صاحب اطاق پایین است، و صاحب بالا به هیچ وجه اشتراکی در حیاط ندارد، زیرا در فرض مزبور، تصرفی در حیاط نداشته و در نتیجه ید بر آن ندارد.

و اگر چنانچه پله‌ها در پشت کاروانسرا باشد، یعنی حتی بیرون از دالان باشد، در این صورت، هم حیاط و هم دالان مال صاحب پایین است.

ترجمه و شرح عبارت: **ثم إن...** یعنی اگر پله در سینه حیاط (یعنی وسط آن) واقع شده باشد، صاحب بالا و پایین، در راهرویی که به طرف پله می‌رود شریک هستند (چنانکه نظر مصنف بود در کتاب «دروس») و یا (طبق نظر ایشان در این کتاب «لمعه») صاحب بالا اختصاص به آن راهرو دارد.

و اما اگر پله در دهلیز کاروانسرا که بیرون از حیاط است واقع شده باشد، صاحب بالا و صاحب پایین در هیچ چیز از حیاط، شریک نخواهند بود، زیرا صاحب بالا، تصرف و ید بر چیزی از حیاط ندارد (آری فقط در دهلیز، شریک خواهند بود) **دهلیزه**

(ضمیر به ـ خان ـ برمی‌گردد) و دهلیز عبارت از محوطه سرپوشیده‌ای است که از در خانه وارد آن شده و از آنجا وارد حیاط می‌شوند، و به آن «دالان» گویند.

خارجاً (حال است از دهلیز) یعنی دهلیزی که در بیرون از حیاط واقع است (یعنی دم در کاروانسرا است چون بعضی از دهلیزها داخل حیاط کاروانسرا است و پله اطاق بالا هم داخل آن دهلیز واقع شده، در این صورت چون دهلیز قسمتی از حیاط را اشغال کرده پس به اعتبار مشترک بودن دهلیز بین آنها، در واقع چیزی از حیاط که همان دهلیز است، مشترک بین آنها می‌شود) **شیء منها** ضمیر به صحن برمی‌گردد و مؤنث بودن آن به اعتبار «عرصه» است **و لوکان**... یعنی و اگر پله در پشت کاروانسرا باشد، در این صورت صاحب پایین اختصاص به تمام صحن و دهلیز دارد.

(و) لو تنازعا (في الدرجة يحلف العلوي)، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفل وكما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها.

نزاع در پله طبقه بالا

(و) لو تنازعا (في الدرجة... توضیح: اگر صاحب پایین با صاحب بالا نزاع کنند در پله‌های طبقه بالا و هرکدام ادعای ملکیت آن را برای خود کند، در این صورت با قسم خوردن صاحب بالا حکم می‌کنیم که پله‌ها مال اوست و ملک اختصاصی او شناخته می‌شود. و دلیل آن این است که پله ها، فقط در تصرف صاحب بالاست به جهت اینکه تنها او از آن رفت و آمد می‌کند، گرچه پله‌ها در زمین صاحب پایین واقع شده است، یعنی اگرچه قطعه زمینی که پله‌ها روی آن واقع شده، یقیناً مال صاحب پایین بوده باشد، باز حکم می‌کنیم که پله‌ها مال صاحب بالاست (مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، زیرا ممکن است پله مزبور، ملک صاحب پایین باشد و صاحب بالا، فقط حق العبور از آن داشته باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **ولو تنازعا...** یعنی اگر نزاع کنند در پله طبقه بالا، صاحب بالا قسم می‌خورد (و در نتیجه، پله ملک اختصاصی او شناخته می‌شود) زیرا منحصراً او تصرف در آن می‌کند به واسطه رفت و آمد در آن، اگرچه در زمین صاحب طبقه پایین قرار گرفته است.

وکما یحکم... توضیح: در صورتی که یقیناً معلوم نباشد که قطعه زمینی که پله‌ها روی آن واقع شده، مال صاحب پایین است، اگر نزاع کنند در آن قطعه زمین و هر کدام از آنها ادعای ملکیت آن قطعه زمین را برای خود کند، در این صورت نیز با قسم خوردن صاحب بالا، حکم می‌کنیم که آن قطعه زمین، مال اوست.

ترجمه و شرح عبارت: **وكما**... یعنی همان طوری که حکم می‌کنیم به اینکه پله مال صاحب بالا باشد، نیز حکم می‌کنیم که محل آن پله (یعنی قطعه زمینی که پله روی آن قرار دارد) مال صاحب بالا باشد (در صورتی که در محل آن پله نیز نزاع کنند و معلوم نباشد یقیناً که مال صاحب پایین است).

(وفي الخزانة تحتها يقرع) بينهما، لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، وكونها هواء لملك الأعلى وهو كالقرار فيقرع، ويشكل بما مر في السقف، ويقوى استواؤهما فيها مع حلف كل لصاحبه، وهو اختياره في «الدروس»، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها.

نزاع در انبار زیر پله

(وفي الخزانة تحتها... توضیح: اگر صاحب بالا و صاحب پایین نزاع کردند در انباری که زیرپله قراردارد وهرکدام ادعای ملکیت آن برای خود کند، دراین صورت حکم این است که قرعه زده شود وبه نام هرکه درآمد، ملک اوشناخته می‌شود.

ودلیل آن این است که چون هردوازنظرتعلق وارتباط با آن خزانه، نسبت مساوی به آن انباردارند وهردو، شاهد ملک برآن دارند، اما صاحب پایین به جهت اینکه انبار، متصل به زمین اوست بلکه یکی ازاتاقهای پایین محسوب می‌باشد، واما صاحب بالا به جهت اینکه وقتی که فرض این شد که پله، ملک صاحب بالاست، زیرپله ـ هرچند فضای خالی باشد ـ نیزملک اوخواهد بود (وانبارمزبورفضای زیر پله است) چون این فضا مثل زمین زیرپله می‌ماند وفقهاگفته اند: «من ملک شیئاً ملک قراره» یعنی کسی که مالک چیزی شد مالک زمین آن تا عمق آن می‌باشد، و خلاصه آنکه چون هردوازنظرتعلق وارتباط به انبار، نسبت مساوی دارند ومشخص نیست که مال کدام یک می‌باشد بدین جهت باید قرعه زد تا مشخص شود که ملک کدام یک می‌باشد.

شارح می‌فرماید که: همان اشکالی که درمورد نزاع درسقف اتاق پایین، برحکم قرعه وارد کردیم، دراینجا نیزآن اشکال برحکم قرعه وارد است وآن اینکه: گفتیم قرعه

درجایی زده می‌شود که درواقع، مشخص باشد که مال کدام یک می‌باشد ولی در ظاهر نامعلوم ومشتبه باشد، دراین صورت است که به واسطه قرعه، آن اشتباه و نامعلومی بر طرف می‌گردد، و حال آنکه در مورد بحث چنین نیست، زیرا درواقع، مشخص نیست که انبار مال کدام یک می‌باشد، چون همانطوری که درواقع احتمال دارد مال یکی ازآنها باشد، احتمال هم دارد که مال هر دو به طور اشتراک باشد، بنابراین، جای قرعه زدن نیست بلکه اقوی آن است که حکم به اشتراک آنها کنیم البته بعد ازقسم خوردن هریک برای دیگری، وهمین قول را مرحوم مصنف درکتاب «دروس» اختیارکرده است.

ترجمه و شرح عبارت **و في الخزانة**... (کلمه ـ خزانة ـ به کسر خاء می‌باشد و ضمیر ـ تحتها ـ به درجه برمی‌گردد) یعنی و(اگر نزاع کردند) درانبارزیرپله، قرعه زده می‌شود بین صاحب بالا وصاحب پایین (وبه نام هرکدام درآمد، انبار، ملک او خواهد بود) زیرا هردو(ازنظرارتباط) مساوی هستند درانبار، به جهت اینکه (ازیک سو) انبارمتصل به ملک صاحب پایین است بلکه یکی ازاطاقهای صاحب پایین محسوب می‌باشد، وازطرف دیگرانبارمزبورفضای ملک صاحب بالا (یعنی پله) می‌باشد وفضای مزبورمثل زمین زیرپله است (وفقهاگفته اند: من ملک شیئاً ملک قراره) پس (وقتی که هردومساوی درآن شدند) قرعه زده می‌شود (تا مشخص شود که ملک کدام یک ازآنها می‌باشد).

و یشکل... یعنی برحکم قرعه، اشکال می‌شود به آن اشکالی که درمورد سقف گذشت، ودرنظرما تقویت می‌شود مساوی بودن آنها درانبار(یعنی حکم به اشتراک آنها می‌کنیم) با قسم خوردن هریک ازآنها برای رفیقش، واین قول، مختارمصنف در کتاب «دروس» می‌باشد.

و لا عبرة... توضیح: اگر چنانچه صاحب پایین، ابزار و اثاثیه خود را در آن انبار گذاشته باشد، دلیل نمی‌شود که انبار، ملک اوست، زیرا انباری که زیرپله قرار دارد چه بسا ملک صاحب بالا باشد ولی از جهت اینکه در پایین قرار دارد و از دسترس صاحب بالا به دور است، صاحب بالا آن را از باب عاریه و یا اباحه در اختیار صاحب پایین قرار داده باشد که ابزار و وسائلش را در آن بگذارد، بنابراین گذاشتن ابزار، دلیل نمی‌شود که انبار، ملک صاحب پایین باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا عبرة...** یعنی اعتباری نیست به گذاشتن صاحب پایین، وسائل و ابزار خود را (در انبار) زیرپله (یعنی گذاشتن ابزار در آن، دلیل نمی‌شود بر اینکه صاحب پایین، صاحب ید بر انبار است تا دلیل بر ملکیت آن برای او باشد).

ويشكل أيضا الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قضي بالخزانة لهما، أو حكم بها للأسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، لعين ما ذكر ـ خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده ـ فينبغي حينئذ أن يجري فيها الخلاف السابق ومرجحه، ولو قضينا بالسقف للأعلى زال الإشكال هنا، وإنما يأتي على مذهب المصنف هنا وفي «الدروس» فإنه لا يجامع اختصاص العلوي بها مطلقا.

اشکال دیگر از شارح بر مصنف

ویشکل أیضاً... توضیح: شارح می‌فرماید که: اشکال دیگری وارد می‌آید بر حکمی که مصنف در مورد اختلاف در پله قائل شد ـ که ملک بالایی شناخته می‌شود ـ و اشکال در صورتی وارد می‌آید که اختلاف در انبار نیز داشته باشند:

بیان اشکال این است: وقتی که در مورد انبار، حکم به اشتراک آنها کردیم و یا از یک راهی حکم به ملکیت آن برای صاحب پایین نمودیم (مثلاً قرعه به نام او درآمد و یا ثابت شد که او صاحب ید است و یا او فقط قسم خورد و دیگری قسم نخورد) در این صورت پله‌ای که روی انبار قرار دارد همانند سقفی می‌شود که مابین اطاق بالا و پایین واقع شده است به همان بیانی که در سقف دانسته شد (و مخصوصاً در صورتی که حکم به مالکیت انبار برای صاحب پایین بکنیم که در این صورت انبار همانند اطاق صاحب پایین خواهد بود) بنابراین سزاوار است همان چند قولی که در مورد سقف داشتیم، در پله جاری شود، و آن قولی که در آنجا ترجیح دادیم، در اینجا نیز ترجیح داده می‌شود، نه اینکه در اینجا مطلقا حکم به ملکیت پله برای صاحب بالا بکنیم که مصنف چنین حکم نموده است.

و حاصل اشکال اینکه: وقتی که مصنف در این کتاب در مورد سقف، قائل به قرعه شد، و در کتاب «دروس» قائل به اشتراک آنها در سقف شد (اگر هر دو طرف قسم

خوردند و یا هر دو از خوردن قسم امتناع ورزیدند) چگونه در مورد پله به طور مطلق قائل به ملکیت آن برای صاحب بالا شده است (با اینکه پله در فرضی که انبار، ملک صاحب پایین یا مشترک بین او و صاحب بالا باشد، به منزله سقف می‌باشد) و قاعدتاً سزاوار بود که در اینجا هم یا قائل به قرعه شود (چنانکه در این کتاب حکم به قرعه در مورد سقف نمود) که اگر قرعه به نام صاحب بالا در می‌آمد حکم به ملکیت آن برای صاحب بالا می‌نمود، یا قائل به اشتراک می‌شد (چنانکه در کتاب «دروس» در مورد سقف قائل به اشتراک شده است) و اگر چنانچه صاحب پایین از قسم خوردن امتناع می‌ورزید، حکم به ملکیت آن برای صاحب بالا می‌نمود.

و خلاصه اینکه حکم به ملکیت پله برای صاحب بالا بطور مطلق در این کتاب، سازگار نیست با حکم به قرعه در مورد سقف در این کتاب، و با حکم به اشتراک سقف در کتاب «دروس».

آری طبق نظریه سوم در مورد سقف (که ما در آنجا ترجیح دادیم) که آن ملکیت سقف برای صاحب بالا بود، حکم به ملکیت پله برای صاحب بالا در اینجا بطور کلی، اشکال نخواهد داشت (هر چند در انبار حکم به ملکیت آن برای صاحب پایین کنیم و یا آن را مشترک بین آنها بدانیم).

ترجمه و شرح عبارت: **و یشکل...** یعنی و نیز حکم در پله (به اینکه مال صاحب بالاست) مشکل می‌شود در صورتی که اختلاف در انبار داشته باشند، زیرا وقتی که حکم شود به اینکه انبار، مال هر دو است و یا حکم شود از یک راهی به اینکه انبار مال صاحب پایین است، در این صورت پله به منزله سقفی می‌شود که بین طبقه بالا و پایین واقع شده، به همان بیانی که در سقف گذشت (چون پله مزبور مثل زمین برای صاحب بالاست و سقف برای صاحب پایین است) و مخصوصاً در صورتی که حکم کنیم به اینکه انبار مال صاحب پایین است (که در این صورت انبار همانند اطاق

پایین خواهد بود) پس (وقتی که پله به منزله سقف شد) سزاوار است که در پله، جاری شود همان اختلافی که قبلاً (بین فقها در مورد سقف) بود و (نیز ترجیح داده شود) آن قولی که (در آنجا) ترجیح داده شد (که قول سوم در آنجا بود).

و مرجحه به فتح جیم به صیغه اسم مفعول یعنی قولی که در خلاف سابق، ترجیح داده شد که همان قول سوم باشد **و لو قضینا**... یعنی اگر ما (قول سوم در سقف را اختیار کنیم یعنی) حکم کنیم به اینکه سقف مال صاحب بالاست، اشکال در اینجا (پله) بر طرف می‌شود (یعنی حکم به اینکه پله مال صاحب بالاست بی اشکال خواهد بود) و اشکال همانا می‌آید (بنابر قول اول و دوم در سقف یعنی) بنابر عقیده مصنف (در سقف) در این کتاب (که حکم به قرعه کرد) و در کتاب «دروس» (که حکم به اشتراک کرد) زیرا هیچ یک از این دو عقیده مصنف، سازگار نیست با (عقیده مصنف در اینجا در پله یعنی) اختصاص داشتن صاحب بالا به پله مطلقا (در همه موارد، بلکه سزاوار بود که در پله، در بعضی موارد حکم به اختصاص آن به صاحب بالا می‌کرد و آن فقط در صورتی که قرعه به نام او درآید ـ طبق عقیده مصنف در سقف که حکم به قرعه نمود ـ و یا اگر طبق عقیده وی در کتاب «دروس» که در سقف قائل به اشتراک شد، سزاوار بود که در پله هم حکم به اشتراک می‌نمود با قسم خوردن هر دو و اگر فقط صاحب بالا قسم خورد، حکم به ملکیت پله برای او کند) **فإنه**... ضمیر بر می‌گردد به هریک از آن دو مذهب مصنف.

(الخامسة: لو تنازع راكب الدابة، وقابض لجامها) فيها (حلف الراكب) لقوة يده، وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض.

وقيل: يستويان في الدعوى، لاشتراكهما في اليد وقوتها لا مدخل له في الترجيح، ولهذا لم تؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتي، وما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعا كونه مرجحا، وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما. وهو قوي فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينة، وأما اللجام فيقضى به لمن هو في يده، والسرج لراكبه.

مسأله پنجم: نزاع در اسب

(الخامسة: لو تنازع... توضیح: اگرکسی که سوار بر اسب است با کسی که افسار آن را گرفته، نزاع در مالکیت اسب کنند و هرکدام از آنها ادعای ملکیت آن برای خود کند، در حکم این صورت دو نظریه وجود دارد:

۱. اینکه با قسم خوردن آنکه سوار است، ادعای او بر دیگری ترجیح داده می‌شود، و دلیل آن این است که اگرچه هر دو ارتباط و اتصال با اسب دارند (و به اصطلاح «ید» بر اسب دارند) و نیز هر دو تصرف در اسب دارند، ولی ارتباط شخص سوار، قوی‌تر از گیرنده افسار است و نیز تصرف او شدیدتر از دیگری است.

۲. بعضی گفته‌اند که ادعای هیچ یک بر دیگری ترجیح داده نمی‌شود و در ادعا مساوی می‌باشند پس حکم به اشتراک آنها در اسب می‌شود.

و دلیل این قول این است که هر دو ارتباط و اتصال با اسب دارند، و قوی بودن ارتباط یکی نسبت به دیگری، موجب ترجیح آن بر دیگری ـ که ارتباطش ضعیف است ـ نمی‌شود (و به همین جهت است که در مسأله‌ای که بعداً ذکر خواهد شد اگر

دو نفر در لباسی که قسمت بیشتر آن در دست یکی است و قسمت کمتر آن در دست دیگری است نزاع کنند و هرکدام ادعای ملکیت آن لباس را برای خود کند، ادعای هیچ یک بر دیگری ترجیح داده نمی‌شود با اینکه آنکه در دستش قسمت بیشتر از لباس می‌باشد، ارتباطش قوی تر از دیگری است، پس قوت ارتباط و اتصال، مرجح نمی‌باشد).

اگر کسی گوید که آنکه سواره است یک مرجحی دارد و آن اینکه علاوه بر داشتن ارتباط و اتصال (که در این جهت با گیرنده افسار مشترکند چون او هم ارتباط دارد) یک چیز اضافه دارد و آن اینکه یک نوع تصرف هم در آن دارد که سوار شدن باشد، و این خود یک مرجح برای ادعای اسب سوار خواهد بود.

در جواب می‌فرماید که مرجح بودن این تصرف زیادی، شرعاً ثابت نشده است.

به هر حال وقتی که مرجحی برای ادعای یکی بر دیگری در میان نبود، و از سوی دیگر می‌بینیم تعریف «مدعی» و «منکر» بر هرکدام از آنها منطبق است (یعنی هرکدام از آنها هم مدعی و هم منکر می‌باشند) پس حکم تداعی در اینجا جاری می‌شود که باید هرکدام برای دیگری قسم بخورد (اگر بینه‌ای به نفع یکی از آنها در میان نبوده باشد) و در نتیجه، حکم به اشتراک آنها در اسب می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **لو تنازع...** یعنی اگر آنکه سوار اسب است با کسی که گیرنده افسار آن است نزاع کنند در خود اسب (نه در افسار و نه در زین، چون حکم نزاع در این دو بعداً ذکر خواهد شد و اکنون بحث در خود اسب است) باید آنکه سوار است قسم بخورد (و ادعای او ترجیح داده می‌شود) زیرا ارتباط او قوی تر، و تصرف او شدیدتر است نسبت به (ارتباط و تصرف) گیرنده افسار، و بعضی گفته‌اند که (در نزاع مزبور) هر دو در ادعا مساوی می‌باشند (و هیچ کدام ترجیح داده نمی‌شود چون که مرجحی در بین نیست بلکه باید حکم به اشتراک آنها در اسب شود) به دلیل آنکه هر دو در

ارتباط و اتصال با اسب، مشترکند، و قوی بودن ارتباط یکی نسبت به دیگری، مدخلیتی در ترجیح آن بر دیگری ندارد، و به همین جهت (که قوت ارتباط با چیزی که در تحت اختیار دارد مرجح نمی‌شود) قوت ارتباط اثر ندارد در لباسی که در دست یکی از آنها قسمت بیشتر آن بوده باشد (و در دست دیگری قسمت کمتر آن باشد، که در این مسأله گفته‌اند حکم به اشتراک هر دو، در آن لباس می‌شود، و در دست داشتن قسمت بیشتر لباس، مرجح نمی‌شود) چنانکه بزودی (در متن بعدی مصنف) خواهد آمد.

و ما مع الراکب... (این کلمه مبتدا است و خبرش ـ لم یثبت ـ می‌باشد، و این جمله جواب است از سؤال مقدر که توضیحش داده شد) یعنی و چیزی که راکب (علاوه بر ارتباط و اتصال) دارد که عبارت باشد از علاوه شدن نوع تصرف (بر داشتن ارتباط و اتصال یعنی راکب و گیرنده افسار از نظر اینکه هر دو ارتباط و اتصال با اسب دارند مشترک می‌باشند ولی راکب، نوع تصرفش ـ که سوار شدن است ـ علاوه بر ارتباط می‌باشد و این می‌تواند مرجح باشد، شارح در جواب این سؤال می‌فرماید که: علاوه بودن نوع تصرف) شرعاً مرجح بودن آن ثابت نشده است.

و تعریف... (دنباله دلیل قول بالاست) یعنی (بعد از آنکه ثابت شد که هر دو از نظر ارتباط و داشتن ید بر اسب، مساوی هستند و مرجحی هم در بین نمی‌باشد، گوییم از سوی دیگر هم می‌بینیم که) تعریف مدعی و منکر (هر سه تعریفش که در کتاب القضاء گذشت) بر هر دو طرف نزاع، منطبق می‌شود (پس حکم تداعی در اینجا باید جاری گردد) و این قول در نزد ما قوی می‌باشد، بنابراین باید هر کدام از آنها برای دیگری قسم بخورد (چون قاعده در مسأله تداعی آن است که هر دو قسم بخورند) اگر بینه‌ای نبوده باشد.

و أما اللجام... توضیح: اگر آنها اختلاف کنند در افسار اسب، حکم به ملکیت آن برای کسی می‌شود که افسار در دست اوست چون او ذوالید است و دیگری ید بر آن ندارد (ناگفته نماند که در این حکم بعضی از فقها تأمل دارند به جهت اینکه بعید است که اسب، ملک یکی باشد و افسار آن ملک دیگری باشد).

و السرج لراکبه... توضیح: اگر اختلاف در زین اسب کنند، حکم به ملکیت آن برای کسی می‌شود که سوار بر آن می‌باشد چون او ذوالید است.

(ولو تنازعا ثوبا في يد أحدهما أكثره، فهما سواء) لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد، بخلاف الركوب وقبض اللجام. نعم لو كان أحدهما ممسكا له، والآخر لابسا فكمسألة الراكب والقابض، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة.

نزاع در ملکیت لباس

(ولو تنازعا ثوباً... توضیح: اگر دو نفر در لباسی که قسمت بیشتر آن در دست یکی از آنهاست با هم نزاع کنند و هرکدام از آنها ادعای ملکیت آن برای خود کند، در این صورت، حکم به اشتراک آنها در لباس می‌شود پس هرکدام مالک نصف آن بالاشتراک خواهد بود.

و دلیل آن این است که چون هر دو ید بر آن دارند، و قوّت ید یکی نسبت به دیگری (به واسطه اینکه قسمت بیشتر لباس در دست اوست) مرجح ادعای او نمی‌شود چنانکه در مسأله سابق نیز گفته شد.

اگر کسی گوید که این مسأله با مسأله سابق (مسأله راکب) چه فرقی دارد که در آنجا مصنف حکم به ترجیح ادعای راکب نمود ولی در اینجا حکم به ترجیح ادعای آنکه قسمت بیشتر لباس در دست اوست، نکرد؟

می‌فرماید: فرق این است که در مسأله راکب، مرجحی برای ادعای او در میان می‌باشد (هر چند خود شارح این مرجح را سابقاً نپذیرفت) و آن اینکه چون سوار شدن، یک نوع تصرفی است و گرفتن افسار، نوع دیگر از تصرف است، بدین جهت راکب علاوه بر داشتن ید (که این داشتن ید، مشترک بین دو طرف است) یک نوع تصرفی هم دارد که آن سوار شدن می‌باشد و این خود یک مرجحی برای ادعای اسب سوار خواهد بود، بر خلاف مسأله مورد بحث که در اینجا گرچه تصرف یکی بیشتر از

تصرف دیگری است ولی چون تصرف هردو، ازیک نوع است (چون هردوتصرفشان، گرفتن دردست است) ودونوع نیست، بدین جهت آنکه دردستش قسمت بیشتری ازلباس است، جزداشتن ید برلباس، تصرفی اضافه برآن ندارد تا مرجحی برادعایش بوده باشد ودرنتیجه به واسطه اینکه هردودرداشتن ید مشترکند، حکم به اشتراک آنها درملکیت لباس می‌شود.

آری اگرفرض مسأله را عوض کنیم وآن اینکه آنها نزاع کنند درلباسی که یکی از آنها آن را پوشیده است ودیگری آن را با دست گرفته است وهرکدام ادعای ملکیت آن برای خود می‌کند، دراین صورت حکم مسأله همانند مسأله سابق (راکب وگیرنده افسار) می‌شود و می‌توان ادعای پوشنده لباس را ترجیح داد، به جهت اینکه اومرجح دارد، زیرا ازنظراینکه هردواتصال وارتباط با لباس دارند، درداشتن «ید» مشترکند ولی آنکه لباس را پوشیده است علاوه برداشتن ید، یک نوع تصرف هم درآن دارد و آن اینکه آن را پوشیده است واین خود یک مرجحی خواهد بود، چنانکه درمسأله راکب نیزچه بسا سوارشدن را ازجهت اینکه یک نوع تصرفی است علاوه برداشتن ید برآن، یک مرجحی برای ادعای اسب سوارقرارداده‌اند (هرچند شارح مرجح بودن آن را نپذیرفت).

ترجمه وشرح عبارت: **و لو تنازعا**... یعنی اگرنزاع کنند درلباسی که دردست یکی ازآنها قسمت بیشترلباس می‌باشد، پس (حکم آن است که) آنها درادعایشان مساوی هستند (وهیچ یک بردیگری ترجیح داده نمی‌شود پس حکم به اشتراک آنها به طورمساوی می‌شود) زیرا هردودرداشتن «ید» مشترک می‌باشند، وبرای قوت ید (ازنظراینکه قسمت بیشترلباس دردست یکی است) ترجیحی نمی‌باشد **ثوباً** منصوب به نزع خافض است وتقدیرش ـ فی ثوب ـ می‌باشد **في يد أحدهما** خبر مقدم است برای ـ اکثره ـ

و التصرف... (این جمله درمقام بیان فرق بین این مسأله ومسأله قبل می‌باشد از جهت اینکه درمسأله قبل، ادعای راکب ترجیح داده شد ولی درمسأله اینجا ادعای آنکه دردستش قسمت بیشترلباس می‌باشد ترجیح داده نشد) یعنی تصرف دراین مسأله هرچند ازنظرکمی وزیادی مختلف است (یعنی تصرف یکی درلباس بیشتر ازتصرف دیگری است) ولی این تصرف (درهردو) ازیک نوع است (زیرا تصرف هر دو، دردست داشتن لباس است، وآنکه دردستش قسمت بیشترلباس می‌باشد، جزداشتن ید برلباس، تصرفی اضافه برآن ندارد تا مرجح ادعایش بشود) به خلاف (مسأله سابق یعنی مسأله) رکوب وگرفتن افسار(که اینها دونوع تصرف می‌باشند و بدین جهت، اسب سوار، علاوه برداشتن ید براسب، یک نوع تصرفی اضافه دارد که سوارشدن باشد، ولی گیرنده افسار، فقط ید برآن دارد وجزآن تصرف دیگری اضافه ندارد).

نعم... یعنی آری اگر(نزاع درمسأله لباس را طوردیگرفرض کنیم وآن اینکه) یکی ازآنها گیرنده لباس باشد ودیگری پوشنده آن باشد (وهرکدام ادعای لباس را برای خود کند) دراین صورت همانند مسأله راکب وقابض افسار می‌شود (وادعای پوشنده لباس، ترجیح داده می‌شود) زیرا پوشانده، یک تصرفی علاوه برداشتن ید ـ که مشترک بین هردواست ـ دارد (وآن تصرف است که آن را پوشیده است).

الید المشترکة... یعنی پوشنده لباس باگیرنده آن، هردوازنظرداشتن ید برلباس مشترکند، یعنی هردوید برآن دارند ولی پوشنده علاوه برآن، یک تصرفی هم دارد که پوشیدن آن می‌باشد، واین خود یک مرجح خواهد بود برای ادعای اوهمچنان که در مسأله راکب، رکوب، تصرفی است علاوه برداشتن ید، که مرجح برای ادعای راکب می‌باشد درنظرمصنف.

(وكذا) لو تنازعا (في العبد وعليه ثياب لأحدهما) ويدهما عليه فلا يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده إذ لا دخل للبس في الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكها، أو بقوله، أو بالعارية، ولا يرد مثله في الركوب، لأن الراكب ذو يد بخلاف العبد فإن اليد للمدعي، لا له. ويتفرع عليه ما لو كان لأحدهما عليه يد، وللآخر ثياب خاصة فالعبرة بصاحب اليد.

نزاع در عبد

(وكذا) لو تنازعا... توضيح: اگر دو نفر نزاع كنند در ملكيت عبدى كه بر تن او لباسى است كه مال يكى از آنهاست و فرض هم اين باشد كه هر دو بر آن عبد، تسلط و يد دارند، در اين صورت نيز همانند مسأله قبل، حكم به اشتراك آنها در عبد مى‌شود و ادعاى هيچ كدام بر ديگرى ترجيح داده نمى‌شود، زيرا هر دو در داشتن يد بر آن عبد، مشترك مى‌باشند.

اگر كسى بگويد: همانطورى كه در مسأله راكب وگيرنده افسار، مصنف حكم به ترجيح ادعاى راكب نمود به واسطه آنكه راكب علاوه بر داشتن يد بر اسب، تصرفى هم در آن دارد كه سوار شدن باشد، و اين تصرف، مرجح ادعاى او مى‌باشد، در مسأله مورد بحث نيز سزاوار اين بود كه حكم به ترجيح ادعاى صاحب لباس مى‌نمود به واسطه اينكه عبد، لباس او را پوشيده است.

شارح در جواب مى‌فرمايد: مسأله اينجا با مسأله ركوب، فرق دارد، زيرا سوار شدن مدخليت در مالكيت اسب دارد و مى‌تواند مرجح ادعاى راكب باشد چون ركوب، تصرفى است از جانب راكب، علاوه بر داشتن يد، بر خلاف پوشيدن عبد، زيرا پوشيدن او ربطى به ملكيت عبد براى صاحب لباس ندارد، زيرا چه بسا عبد، آن لباس را بدون اذن صاحب لباس پوشيده باشد و يا آن را عاريه از صاحب لباس گرفته

باشد، وبدیهی است که این نحوه تصرف عبد، تصرف برای صاحب لباس حساب نمی‌شود تا مرجح ادعای اوباشد.

توضیح بیشترآن فرق این است که درمسأله رکوب، راکب خودش، ذوالید است ووقتی تصرفی اضافی هم ازجانب اوبود ـ که سوارشدن باشد ـ این تصرف اضافی، ید وتسلط اورا تقویت کرده ومرجح ادعای اودرمالکیت اسب می‌شود، ولی در مسأله مورد بحث چنین نیست، چون خود عبد، ذوالید نسبت به ملکیت خودش نمی‌باشد تا پوشیدنش لباس را، تصرف اضافی ازجانب اومحسوب شده ومرجح باشد بلکه دراین مسأله، ذوالید صاحب لباس است که ادعای ملکیت عبد را می‌کند وید هم برآن دارد، منتها لباس پوشیدن عبد، تصرف اضافی ازجانب صاحب لباس، حساب نمی‌شود تا ید اوبرعبد تقویت پیداکند ومرجح ادعای اودر ملکیت عبد باشد (وبه بیان دیگرپوشیدن عبد لباس را نسبت به صاحب لباس همانند رکوب نسبت به راکب نیست) زیرا چه بسا لباسی را بدون اذن صاحب لباس پوشیده باشد ویا عاریه ازاوگرفته باشد چنانکه دربالاگفته شد.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا**... یعنی وهمچنین حکم به تساوی (ادعای آن دو نفر) می‌شود درصورتی که نزاع کنند درعبدی درحالتی که برتن عبد لباسهایی باشد که مال یکی ازآنهاست، و(فرض هم این است که) هردو، دست (وتسلط) برعبد دارند، پس ترجیح داده نمی‌شود ادعای صاحب لباسها همچنانکه ترجیح داده می‌شود ادعای راکب (درمسأله اول) به واسطه اینکه سوارشدن، تصرفی است علاوه برتسلط وید او.

إذ لا دخل... (علت است برای ـ فلا یرجح ـ) یعنی زیرا پوشیدن لباس، مدخلیتی درمالکیت عبد (برای صاحب لباس) ندارد به خلاف رکوب (زیرا رکوب مدخلیتی درملکیت اسب برای راکب دارد وترجیح می‌دهد ادعای اورا).

فإنه... (علت است برای ـ لادخل ـ) یعنی زیرا چه بسا عبد، لباسها را بدون اذن مالک لباسها پوشیده باشد ویا به مجرد گفتار مالک، لباس را پوشیده باشد (گویا مقصود این است که همین که صحبت از لباس آمده بود بدون رضایت باطنی صاحب لباس، عبد آن را پوشیده است) ویا به طور عاریه پوشیده باشد (پس پوشیدن، به هیچ یک از این طریقها، تصرف اضافی از صاحب لباس، حساب نمی‌شود).

ولا یَرِد... یعنی مثل آن تعلیل، در مسأله رکوب گفته نمی‌شود (که در راکب بگویید چه بسا بدون اذن مالک اسب، سوار بر اسب شده باشد ویا عاریه از مالک اسب گرفته باشد، که هیچ یک از این سوار شدنها مرجح ادعای راکب در ملکیت اسب نمی‌شود، شارح می‌فرماید که چنین بیانی را در مسأله رکوب نمی‌توان گفت، زیرا بین مسأله رکوب با مسأله اینجا فرق است) چون راکب، صاحب ید است (و رکوب، تصرفی است از جانب او اضافه بر یَد، که ید او را تقویت می‌کند وبدین جهت مرجح ادعای او می‌شود) به خلاف عبد (که صاحب ید نیست) زیرا ید، مال مدعی عبد است (یعنی صاحب لباسی که ادعای ملکیت عبد را می‌کند، صاحب ید بر عبد می‌باشد) نه مال عبد (یعنی عبد، صاحب ید نیست پس پوشیدن او لباس را، تصرفی اضافی از جانب صاحب ید نمی‌باشد تا تقویت ید او را بنماید).

و یتفرّع علیه... توضیح: بعد از آنکه در مسأله بالا دانسته شد که بودن لباس در تن عبد، مرجح ادعای ملکیت عبد برای صاحب لباس نمی‌شود چون مدخلیتی در ملکیت ندارد، حکم این فرعی که در ذیل ذکر می‌کنیم معلوم می‌گردد وآن اینکه:

اگر فرض کنیم که از آن دو نفر، فقط یکی از آنها ید بر عبد دارد، و دیگری ید بر آن ندارد بلکه فقط لباس او در تن عبد است، در این صورت، حکم به ملکیت عبد برای صاحب ید می‌کنیم نه صاحب لباس.

ترجمه و شـرح عبارت: **و یتفرّع**... یعنی و متفرع می‌شـود بر مطلب مذکور (که پوشیدن لباس مدخلیتی درملکیت ندارد) این فرض که: اگریکی ازآن دونفربرعبد، ید داشته باشد، ودیگری، فقط لباس برتن عبد داشته باشد، دراین صورت اعتباربه صاحب ید می‌باشد (یعنی ادعای اودرملکیت عبد، ترجیح داده می‌شود برادعای دیگری).

(ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمة الحاملة) وإن كان للآخر عليها يد أيضا بقبض زمام، ونحوه، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكه عليها فيرجح. وفي «الدروس» سوى بين الراكب ولابس الثوب وذي الحمل، في الحكم. وهو حسن.

نزاع در حیوانی که بر آن بار می‌باشد

(و يرجح صاحب الحِمل... توضیح: اگر دو نفر نزاع کنند در ملکیت حیوانی که یکی از آنها بار بر روی حیوان دارد، و دیگری افسار آن را گرفته است، در این صورت ادعای صاحب بار ترجیح داده می‌شود بر دیگری، زیرا گرچه هر دو نسبت به حیوان، صاحب ید می‌باشند (یعنی ارتباط و تسلط بر حیوان دارند) ولی صاحب بار، تسلط و ارتباطش با حیوان، قوی تر از دیگری است به جهت داشتن بار بر روی حیوان پس ید صاحب بار اقوی از ید دیگری است پس ادعای او ترجیح داده می‌شود و حکم به مالکیت حیوان برای او می‌شود.

(ناگفته نماند که این استدلال، بنابراین است که قوّت ید را از مرجحات ملکیت بدانیم).

ترجمه و شرح عبارت: **و يرجّح...** یعنی ترجیح داده می‌شود (ادعای) صاحب بار در ادعای ملکیت حیوانی که حمل کننده آن بار می‌باشد، گرچه دیگری نیز بر آن حیوان، ید و تسلط داشته باشد به واسطه گرفتن افسار و مانند آن (مثل اینکه از پشت، حیوان را می‌راند) **الحمل** به کسر حاء و سکون میم یعنی بار **لدلالة...** (علت است برای - ویرجح -) یعنی به جهت این که وجود بار (بر روی حیوان) دلالت می‌کند که صاحب آن بار، تسلط بیشتری بر حیوان دارد (یعنی ید او قوی تر از ید دیگری است) پس صاحب بار ترجیح داده می‌شود (بر دیگری).

و في «الدروس»... توضیح: مصنف درکتاب «دروس» حکم مسأله أول (مسأله راکب) ومسأله سوم (مساله عبدی که پوشنده لباس است) ومسأله چهارم (حیوان بارکش) را متحد قرارداده است، یعنی درهرسه مسأله ادعای یک طرف را ترجیح بر دیگری داده است یعنی درمسأله اول، ادعای راکب را ترجیح داده، ودرمسأله سوم، ادعای صاحب لباس را ترجیح داده، ودرمسأله چهارم، ادعای صاحب باررا ترجیح داده است.

ولی دراین کتاب مسأله اول وچهارم را به یک جورحکم کرده اما درمسأله سوم، حکم به تساوی دوادعا نموده است.

سپس شارح می‌فرماید: کاری که مصنف در«دروس» انجام داده، خوب است که درهرسه مسأله، به یک گونه حکم نموده است.

نگارنده گوید: این نظرشارح با آنچه که درمسأله اول اختیارنمود منافات دارد، زیرا درآنجا برحکم مصنف اشکال کرده ودرنتیجه فرمود: حکم به تساوی ادعای راکب وگیرنده افساربکنیم اقوی است، درحالی که شارح دراینجا می‌فرماید: ترجیح دادن ادعای راکب برادعای قابض افسار(که در«دروس» چنین حکم نموده) خوب است.

(و) كذا يرجح (صاحب البيت في) دعوى (الغرفة) الكائنة (عليه وإن كان بابها مفتوحا إلى) المدعي (الآخر)، لأنها موضوعة في ملكه وهو هواء بيته، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى وغيرها، وإلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى، مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، وعدم تأثير قوة اليد.

(و) كذا يرجح (صاحب البيت... توضيح: اگر خانه‌ای باشد دو طبقه که در طبقه پایین آن، زید زندگی می‌کند، و فرض این باشد که در جوار طبقه بالای آن خانه، اطاقی باشد که دَرِ طبقه بالا به طرف آن اطاق باز می‌شود و صاحب آن اطاق عمرو می‌باشد، حال اگر زید و عمرو نزاع کنند در طبقه بالای خانه زید و هرکدام از آنها ادعای ملکیت آن را برای خود می‌کند، در این صورت حکم این است که باید ترجیح داد ادعای زید را و حکم به ملکیت آن برای زید نمود، زیرا زید نسبت به طبقه بالا صاحب ید می‌باشد به واسطه اینکه آن طبقه روی طبقه پایین قرار دارد، و فضا برای طبقه پایین ـ که ملک زید است ـ محسوب می‌شود، و فقها در جای خود گفته‌اند که کسی که زمینی را مالک شد، فضای بالای آن را هم مالک می‌باشد پس وقتی که زید طبقه پایین را مالک بود، فضای بالای آن را ـ که طبقه بالا می‌باشد ـ نیز مالک خواهد بود. و اما عمرو نسبت به آن طبقه صاحب ید نیست، زیرا تنها باز شدن دَرِ آن طبقه به سوی اطاق عمرو، ثابت نمی‌کند ید و تسلط عمرو بر آن طبقه را، پس وقتی که زید صاحب ید شد نه عمرو، صاحب ید (زید) قولش به غیر او ترجیح داده می‌شود.

آری اگر فرض کنیم که عمرو علاوه بر اطاق خودش، در آن طبقه بالای خانه زید نیز تصرف دارد و به آن طبقه رفت و آمد دارد به خاطر اینکه در آن طبقه هم سکونت

می‌کند و یا اثاثیه خود را درآن گذاشته است، دراین صورت ادعای عمرو درملکیت آن طبقه، ترجیح داده می‌شود، زیرا دراین صورت گرچه زید وعمروهردوصاحب ید برآن طبقه می‌باشند ولی ید عمرونسبت به آن قوی ترازید زید برآن می‌باشد، چون ید عمروبرآن طبقه درفرض مزبور، بالاصاله وبالذات است (به جهت اینکه تصرف درآن دارد) ولی ید زید برآن، بالتبع است (چون به واسطه آنکه طبقه بالا فضای طبقه پایین است، زید به تبع ملکیت طبقه پایین، مالک فضای آن ـ که طبقه بالاست ـ نیزمی‌باشد) وبدیهی است که ید ذاتی قوی ترازید تبعی است.

سپس شارح احتمال داده است که دراین صورت، حکم به تساوی آنها درادعا بشود وادعای هیچ یک بردیگری ترجیح داده نشود ودرنتیجه حکم به اشتراک آنها درملکیت طبقه بالا شود، ودلیل آن این است که چنانکه گفتیم هردو، صاحب ید برآن طبقه هستند وقوت ید یکی ازآنها موجب ترجیح ادعای او نمی‌شود، زیرا قوّت ید ازمرجحات ملکیت نمی‌باشد. چنانکه نظیرآن را شارح درمسأله راکب وقابض افسار، بیان فرمود.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا یرجح**... یعنی وهمچنین ترجیح داده می‌شود صاحب اطاق پایین درادعای (ملکیت) اطاق بالایی که برروی اطاق پایین قرار دارد، گرچه دَرِاطاق بالا بازشود به طرف (اطاق) آن دیگری که اونیزادعای ملکیت آن اطاق را می‌کند **لأنها**... (علت است برای ـ یرجح ـ) یعنی زیرا اطاق بالا قرارگرفته برروی ملک صاحب اطاق پایین وآن بالا فضای اطاق پایین می‌باشد (وگفته‌اند هر کسی که مالک زمینی شود، مالک فضای آن هم می‌باشد) و(با این بیان ثابت می‌شود که صاحب اطاق پایین، ید براطاق بالا دارد به واسطه آنکه فضا برای اطاق پایین می‌باشد، ولی مدعی دیگر، صاحب ید براطاق مزبورنیست، چون) تنها باز

شدن دَرِاطاق مزبوربه طرف اطاق دیگری، ثابت نمی‌کند ید وتسلط آن دیگری را (بر آن اطاق).

هذا... یعنی این حکم (ترجیح صاحب البیت بردیگری) درصورتی است که آن دیگری که دَرِاطاق به سوی اوباز می‌شود، تصرف کننده درآن اطاق نبوده باشد به واسطه سکونت درآن ویا غیرسکونت (مثلاً انبار برای اثاثیه اوباشد) وگرنه (اگر متصرف درآن بوده باشد) ادعای اومقدم داشته می‌شود (برصاحب اطاق پایین) زیرا (درصورت مزبور) ید اوبراطاق بالا بالذات است، چون تصرف کردن اقتضای آن را دارد (یعنی اقتضای ذاتی بودن ید را دارد) ولی ید آن کسی که (صاحب اطاق پایین و) مالک فضاست همانا به تبعیت (ازداشتن ید براطاق پایین) است و(بدیهی است که) ید ذاتی قوی تر(ازید تبعی) است (پس حکم به ملکیت اطاق بالا برای مدعی دیگرمی‌شود نه برای صاحب اطاق پایین).

مع إحتمال... یعنی ازطرفی هم احتمال دارد (درصورت مزبور) حکم به تساوی (درادعا) کنیم (وادعای هیچ یک را بردیگری ترجیح ندهیم) زیرا ید ازهردوطرف نزاع (براطاق بالا) ثابت است اجمالاً (یعنی گرچه ید یکی ازآنها بالذات وید دیگری بالتبع می‌باشد) وقوت ید (دریکی ازآنها ازنظراینکه ید ذاتی است) تأثیری (در ترجیح ادعای صاحب آن ید) ندارد (چنانکه درمسأله راکب وقابض افسارگذشت).

(السادسة: لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلا ببنائهما) معا اتصال ترصيف، وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط المتصل به (فإن حلفا، أو نكلا فهو لهما، وإلا) فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر (فهو للحالف، ولو اتصل بأحدهما) خاصة (حلف) وقضي له به.

مسأله ششم: اختلاف در دیوار ما بین دو ساختمان

(السادسه: لو تداعيا جداراً... توضیح: اگر ما بین دو ساختمانی که مجاور یکدیگرند، دیواری باشد و صاحبان ساختمانها، در آن دیوار نزاع و اختلاف کنند و هر کدام ادعای ملکیت آن دیوار را برای خود نماید، این مسأله چند صورت دارد:

صورت اول

اینکه دیوار مزبور متصل به هیچ یک از آن دو ساختمان نبوده باشد و یا متصل به هر دو ساختمان بوده باشد و اتصال آن هم به طرز فنی مهندسی باشد. مثل اینکه آجرهای هر دو ساختمان با آجرهای آن دیوار به هم پیوست خورده و در یکدیگر داخل شده باشد به نحوی که این طور پیوست نشان می‌دهد که همزمان با ساختن دیوارهای ساختمانها، آن دیوار هم ساخته شده است، نه اینکه بعد از ساخته شدن دیوارهای ساختمان، آن دیوار ساخته شده باشد.

بنابراین، چون اتصال به طرز مزبور، قرینه فنی است که دیوار مزبور، مشترک بین دو طرف است، لذا حکم این است که باید هر دو طرف، قسم بخورند، حال اگر هر دو قسم خوردند و یا هر دو کوتاهی کردند از قسم خوردن، دیوار مزبور مشترک بین آنها

محسوب می‌شود، و اما اگر یکی از آنها قسم خورد و دیگری کوتاهی نمود، آن دیوار ملک اختصاصی قسم خورنده شناخته می‌شود.

صورت دوم

اینکه دیوار مزبور به یکی از آن دو ساختمان متصل باشد (به همان طرز اتصالی که گفته شد) نه به دیگری، در این صورت، حکم این است که صاحب آن ساختمان قسم بخورد و دیوار مزبور، ملک او شناخته می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **لو تداعیا**... یعنی اگر دو نفر نزاع کنند در دیواری که متصل نیست به ساختمان هیچ کدام از آنها و یا متصل است به ساختمان هر دو به طرز اتصال پیوستی ـ که آن عبارت است از داخل شدن سنگها و آجرها به یکدیگر به طوری که بعید باشد که آن دیوار بعد از ساخته شدن دیوار ساختمان که متصل به آن دیوار است، ساخته شده باشد (بلکه آن طرز اتصال، نشان می‌دهد که همزمان با دیوار ساختمان، دیوار مزبور ساخته شده است) ـ پس (در این صورت حکم این است که) اگر چنانچه هر دو قسم خوردند، و یا هر دو کوتاهی نمودند (از قسم خوردن) دیوار مال هر دو خواهد بود وگرنه ـ اگر یکی قسم خورد و دیگری کوتاهی نمود ـ دیوار مال قسم خورنده خواهد بود **إتصالَ ترصیفٍ**... مفعول مطلق نوعی است و نحوها یعنی مانند سنگها (مثل آجرها و آلات دیگر ساختمان) **کونه** ضمیر به جدار بر می‌گردد **محدثاً** به فتح دال به صیغه اسم مفعول **الحائط** مقصود دیوار ساختمان است **المتصل به** ضمیر به جدار بر می‌گردد.

و لو إتصل... یعنی و اگر دیوار مزبور به (ساختمانِ) یکی از آنها فقط متصل باشد، تنها او قسم می‌خورد و به نفع او حکم می‌شود.

ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفة أو سترة، لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعليه اليمين مع فقد البينة.

(وكذا لو كان) لأحدهما خاصة (عليه جذع) فإنه يقضى له به بيمينه، أو لهما فلهما، ولو اتصل بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى، وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات، ومع الآخر الباقية، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف.

صورت سوم

و مثله ما لو كان توضیح: اگر در همان صورت اولی که گذشت، یکی از آن دو نفر بر روی آن دیوار، تصرفاتی انجام داده باشد:

مثل اینکه بر روی آن، گنبدی ساخته باشد (یعنی یک طرف گنبد بر روی آن دیوار قرارگرفته باشد، ویا اگر چنانچه قطر دیوار، پهن و وسیع بود، تمام گنبد بر روی آن دیوار قرارگرفته باشد).

ویا مثل اینکه بر روی آن دیوار، اطاقی ساخته باشد (یعنی اینکه یک طرف اطاق بر روی آن دیوار باشد).

ویا مثل اینکه بر روی آن دیوار، چادری زده باشد (یعنی یک طرف چادر را به آن دیوار بسته باشد).

در این صورت نیز حکم این است که: چنانچه شاهدی بر ملکیت دیوار برای آن نفری که این تصرفات را بر روی آن دیوار انجام داده، نبوده باشد، قسم می‌خورد و آن دیوار، ملک اختصاصی او شناخته می‌شود، زیرا با تصرفات مزبور، وی ذوالید به حساب آمده پس به نفع او حکم می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و مثله**... یعنی و مثل اتصال دیوار به ساختمان یکی از آنها، می باشد آن صورتی که برای یکی از آنها بر روی دیوار، گنبدی، یا اطاقی با

پوششی (مثل سایبان وچادر) بوده باشد **لصیرورته**... (علت است براینکه دراین صورت نیزحکم به ملکیت دیوار برای صاحب آن تصرفات می شود) یعنی زیرا صاحبان تصرفات به واسطه این تصرفات، ذوالید می‌گردد، پس براو لازم است قسم بخورد اگر بینه‌ای برادعایش نداشته باشد.

صورت چهارم

وکذالوکان لأحدهما... توضیح: اگریکی ازآن دونفر، سرتیرسقف ساختمانش بر روی آن دیوارباشد ولی دیگری چنین نباشد، دراین صورت نیزحکم این است که صاحب آن تیر، قسم بخورد وحکم به نفع اومی‌شود به اینکه دیوار، ملک اختصاصی اوست، زیرا بودن سرتیر برروی دیوار، نشانه تصرف صاحب ساختمان دردیوار است، پس او ذوالید محسوب شده نه دیگری، ودرنتیجه حکم می شود به اختصاص آن دیواربه صاحب ساختمان.

واگرفرض کنیم که ساختمان هردو، سرتیرسقفشان برروی آن دیواراست دراین صورت، حکم به اشتراک دیواربین آنها می شود، چون دراین فرض، هردوذوالید محسوب می شوند.

ترجمه وشرح عبارت: **لأحدهما خاصة**... یعنی برای یکی ازآنها فقط (نه دیگری) برروی آن دیوار، تیرسقف بوده باشد **جذع** به کسرجیم وسکون ذال به معنی تنه درخت است، که درزمان قدیم به جای تیرآهن ازآن برای سقف استفاده می کردند **فإنه**... یعنی درصورت مزبورنیزحکم می شود به نفع او(به اینکه دیوارمال اوست) با قسم خوردنش **او لهما** (عطف است بر ـ احدهما ـ وتقدیرعبارت چنین است که او کان لهما علیه جذع فهولهما) یعنی ویا اگربرای هردوبرروی آن دیوار، تیرسقف بوده باشد، پس دیوارمال هردو می‌باشد.

صورت پنجم

و لو إتصل بإحدهما... توضیح: اگر یکی از مرجحات ملکیت دیوار، برای یکی از آنها بوده باشد و مرجح دیگر برای آن دیگری بوده باشد، مثلاً دیوار به ساختمان یکی از آنها متصل باشد و اما آن دیگری تیر سقف ساختمانش بر روی آن دیوار باشد، بدون آنکه دیوار متصل به ساختمان او باشد، در این صورت چون هر دو صاحب ید می‌باشند و هر دو طرف، مرجح دارند، مرجحات با یکدیگر تعارض می‌کنند، فلذا اقوی در نظر ما آن است که حکم به تساوی ادعای آنها کنیم، پس دیوار مشترک بین آنها خواهد بود.

صورت ششم

اگر برای یکی از آنها یک مرجح از مرجحات مزبوره بوده باشد و برای دیگری چند مرجح باشد، مثلاً یکی از آنها، فقط ساختمانش متصل به آن دیوار باشد، و اما آن دیگری، هم ساختمانش متصل به آن دیوار باشد و هم تیر سقفش بر روی آن دیوار باشد، در این صورت نیز چون هر دو صاحب ید می‌باشند، حکم به تساوی ادعای آنها می‌کنیم، پس دیوار مشترک بین آنها خواهد بود، زیرا قوت ید به جهت زیادی مرجحات در یک طرف، موجب ترجیح ادعای آن طرف بر طرف دیگر نمی‌شود، چنانکه در مسائل قبلی نیز گذشت.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو إتصل...** یعنی اگر دیوار به (ساختمان) یکی از آنها متصل باشد و دیگری بر روی آن دیوار، تیر سقفی داشته باشد (بدون اتصال دیوار به ساختمانش) در این صورت هر دو با هم (در ادعا) مساوی خواهند بود (و ترجیح بر یکدیگر ندارند) علی الاقوی **و کذا...** یعنی و همچنین اگر برای یکی از آنها یک مرجح

ازمرجحات مزبوره بوده باشد وبا دیگری، باقی مرجحات باشد (پس دراین صورت نیزحکم به تساوی ادعای آنها می‌شود) زیرا (هردو، ید برآن دیواردارند، گرچه ید یکی بیشترازید دیگری است چون) زیادی ید، اثری (درترجیح ادعای صاحب آن ید بر دیگری) ندارد.

(أما الخوارج) من أحد الجانبين أو منهما من نقش، أو وتد، أو رف ونحوها (والروازن) كالطاقات (فلا ترجيح بها)، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر.

(أما الخوارج) من أحد الجانبين... توضیح: چیزهایی که از دیوار بیرون آمده و چسبیده به آن و ظاهر باشد (مثل نقشی که ازگل و آجر بر روی دیوار درست می‌کنند و مثل میخ و مانند اینها) و نیز طاقچه‌ای که در فرو رفتگی داخل دیوار ساخته می‌شود، آیا بودن این چیزها در یک طرف دیوار و یا دو طرف آن، موجب ترجیح ادعای صاحب این چیزها می‌شود که بگوئیم آن دیوار، ملک اوست؟ و یا اگر در یک طرف دیوار، میخ کوبیده شده و در طرف دیگر، طاقچه ساخته شده، بگوئیم که ادعای صاحب طاقچه در مالکیت آن دیوار، ترجیح دارد بر صاحب میخ؟

مصنف می‌فرماید که هیچ کدام از آن چیزها، مرجح ادعای صاحب آن چیزها در مالکیت دیوار نمی‌شود، زیرا ممکن است در واقع، آن دیوار، ملک آن کسی باشد که آن تصرفات را او بر دیوار انجام نداده و آن دیگری در آن طرف دیوار، تصرفات مزبور را انجام داده باشد بدون اینکه مالک دیوار، اطلاع از آن داشته باشد، پس به سبب تصرفات مزبور نمی‌توان او را صاحب ید بر دیوار شمرد، چون گاهی پشت دیواری که ملک انسان است، شخصی دیگر بدون اجازه و التفات انسان، تصرفی انجام می‌دهد و این تصرف، او را صاحب ید بر دیوار نمی‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: **أما الخوارج...** یعنی اما وجود چیزهایی که از یکی از دو طرف دیوار و یا از هر دو طرف، بیرون آمده ـ مثل نقش (که با گچ و آجر بر روی دیوار می‌سازند) و میخ، و رف و مانند اینها ـ و (نیز وجود) روزنه‌ها مثل طاقچه ها، نمی‌توان به واسطه این چیزها ترجیح داد (ادعای ملکیت دیوار برای آن کسی که صاحب این چیزهاست) زیرا ممکن است (در واقع، دیوار مال آن کسی باشد که آن تصرفات را

انجام نداده و) احداث شـده باشـد آن چیزها از طرف سـازنده آنها بدون اطلاع آن دیگری (که صاحب دیوار است درواقع).

وتد به فتح واو و تاء یعنی میخ **رفّ** به تشـدید فاء یعنی طاقچه باریکی که در سرتاسر دیوار اطاق نزدیک سقف با گچ درست کنند **الروازن**... جمع روزنه می‌باشد و روزنه معرب فارسی است وآن به دو معنی آمده است:

۱. سوراخی که به هر دو طرف راه دارد.

۲. هر فرورفتگی در دیوار مثل طاقچه.

و چون در مورد بحث، معنای اول نمی‌تواند قرینه برای هیچ کدام از طرفین نزاع شـود، (و به عبارت دیگر به آن معنی نمی‌توان احتمال داد ترجیح ادعای یکی از طرفین نزاع را) لذا شـهید ثانی آن را با ذکر مثال، به معنای دوم تفسـیر کرده یعنی طاقچه، و به این معنی می‌تواند قرینه برای یکی از طرفین نزاع شـود، یعنی با بودن طاقچه در آن طرف دیوار، احتمال داده می‌شـود که دیوار، ملک صـاحب آن طاقچه باشد.

ولی شـهید اول می‌فرماید: هر چند احتمال ملکیت دیوار برای صـاحب آن چیزها داده می‌شود، ولی مرجح ملکیت برای او نمی‌شود. **کالطاقات** جمع طاق که در اینجا به معنی طاقچه است (که در فرورفتگی دیوار ساخته می‌شود شبیه محراب).

(إلا معاقد القمط) بالكسر وهو الحبل الذي يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من ليف وخوص وغيرها فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا (في الخص) بالضم وهو البيت الذي يعمل من القصب، ونحوه على المشهور بين الأصحاب ومنهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين. وهو الموافق للأصل.

(إلا معاقد القِمط)... توضیح: درروستاها اطاق‌هایی ازنی ومانند آن می‌سازند برای خوابگاه گوسفندان درشب ویا دسته کردن علوفه، وبه آن درعربی «خص» (به ضم خاء) گویند وکیفیت ساختن آن به این صورت است که نی‌ها را به صورت ایستاده درردیف هم قرارداده وآنها را به یکدیگربا طناب، گره می‌زنند وبدین صورت چهار دیوار با سقف درست می‌شود واطاق درمی‌آید، وآن طنابی که با آن نیها را به یکدیگرمی‌بندند، درعربی «قمط» (به کسر قاف) گویند، وگره‌هایی که دربستن طناب به آن نی‌ها، می‌زنند، درعربی «معاقد» (جمع معقد) گویند.

اطاق مزبورگاهی مابین دوخانه ساخته می‌شود، حال اگرصاحبان آن دوخانه نزاع درآن اطاق کنند وهرکدام ازآنها ادعای ملکیت اطاق را برای خودکند، دراینجا دوقول می‌باشد:

۱. قول مشهورومصنف آن است که گره‌های ریسمانی که به آن نی‌ها را به هم می‌بندند، به سوی هرکدام ازآن دوخانه باشد، آن اطاق، ملک صاحب آن خانه می‌باشد ودلیل این قول، روایتی است که بعداً ذکرخواهیم کرد.

۲. قول بعضی ازفقها این است که حکم آن اطاق، حکم آن دیواری است که ما بین دوخانه واقع شده است که سابقاً گذشت وآن این بود که اگرمتنازعین هردوقسم بخورند ویا هردوامتناع ورزیدند ازقسم خوردن، حکم به اشتراک آنها دراطاق مزبور

می‌شود، و اما اگر یکی قسم خورد و دیگری قسم نخورد، حکم به ملکیت آن برای قسم خورنده می‌شود.

شارح می‌فرماید: این قول، موافق قواعد شرعی است که در باب قضاء گفته شده.

ترجمه و شرح عبارت: **إلا معاقد**... یعنی مگر معاقد قمط (در جایی که نزاع در «خُص» باشد، می‌تواند مرجح ادعای یکی از آنها باشد) **معاقد** جمع «معقد» یعنی محل بستن یعنی گره **بالکسر** یعنی کلمه «قمط» به کسر قاف، عبارت است از طنابی که به واسطه آن، خص (خانه‌ای که از نی درست شده) را می‌بندند.

و بالضم... یعنی و اگر کلمه «قمط» به ضم قاف خوانده شود، جمع «قماط» به کسر قاف است و آن به معنای هر چیزی است که خص را با آن می‌بندند، از قبیل پوست درخت خرما یا از برگ آن یا از غیر آن (البته به استثنای طناب، پس فرق قمط به کسر قاف با قماط آن است که «قمط» به معنای طنابی است که با آن نی‌ها را می‌بندند، ولی «قماط» به معنای غیر طناب است که با آن نی‌ها را می‌بندند) **فإنه**... (این جمله را شارح آورده است تا بیان کند نتیجه استثنایی را که در عبارت مصنف آمده است و نیز آن را به عبارت بعدی مصنف وصل نماید) یعنی (مگر گره‌های طناب که) به درستی که به سبب آن می‌توان حکم نمود و ترجیح داد ادعای کسی را که گره‌های طناب به سوی (خانه) اوست در جایی که دو نفر نزاع کنند در «خص» به ضم خاء، که آن عبارت است از اطاقی که از نی و مانند آن (مثل حصیر) درست می‌شود. **علی المشهور**... (قید است برای اصل حکم) یعنی ترجیح دادن ادعای یکی از آن متنازعین به واسطه گره‌های طناب، قول مشهور بین فقهاست.

(و دلیل آن روایتی است از امام باقر علیه السلام چنانکه درکتاب «من لایحضر»[1] آمده است که:

«عن أبي جعفر عن أبيه عن جده عن علي علیه السلام: أنه قضى في رجلين إختصما إليه في خُص فقال، إن الخص للذي إليه القِمط»

یعنی امام باقر علیه السلام از پدرانش از جدش امیرالمؤمنین علیه السلام روایت کرده که آن حضرت حکم نمود ـ درباره دو مردی که نزاع داشتند درمورد مالکیت اتاقی که ازنی می‌سازند ـ به اینکه فرمود: اتاق مزبور مال کسی است که گره طناب نی‌ها به سوی خانه اوست.

و منهم... یعنی بعضی ازاصحاب (وفقها) قرارداده است حکم خص را همانند دیواری که بین دو ملک واقع شده باشد (چنانکه توضیحش داده شد) **و هو الموافق**... این نظر شارح است که گویا قول مزبور را تأیید می‌کند، یعنی قول بعض اصحاب، موافق با قاعده فقهی است (وروایت بالا ازنظر سند، ضعیف می‌باشد، به جهت وجود «عمروبن شمر» درسلسله سند آن روایت).

بحمدالله تعالی دراینجا این جلد ازاین شرح روزچهارشنبه ۱۸ رجب المرجب سال ۱۴۱۸ قمری به پایان رسید وبه خواست ویاری خداوند متعالی وتوجهات خاصه قطب عالم امکان، ولی الله الاعظم حضرت حجة بن الحسن العسکری عجل الله تعالی فرجه الشریف مجلد بعدی هم که ازکتاب «الشرکة» آغاز می‌شود، شروع خواهد شد انشاء الله تعالی.

---

[1] من لایحضر، ج ۳، ص ۱۰۰.