جامع الشتات

جلد دوم

تألیف

المحقق الفقیه

امیر ابی القاسم بن الحسن المیلانی القمی

۱۱۵۱ — ۱۲۳۱

جامع الشتات

(جلد دوم)

جامع الشتات

جلد دوم



تألیف:میرزا ابوالقاسم قمی

با تصحیح : مرتضی رضوی

سازمان انتشارات کیهان



جامع‌الشتات (جلد دوم)

تألیف: میرزا ابوالقاسم قمی

با تصحیح : مرتضی رضوی

چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱ـ سه هزار نسخه

چاپ موسسهٔ کیهان

حق چاپ برای سازمان انتشارات کیهان محفوظ است

خیابان انقلابـ مقابل پارک دانشجوـ خیابان انوشیروان شماره ۱۰

سازمان انتشارات کیهان


بسم الله الرحمن الرحيم

معارف اسلامی-۱۳

فہرست

عنوان	صفحہ
استدراک	۱
کتاب التجارۃ من المجلد الاول	۳
کتاب التجارۃ من المجلد الثانی	۷۲
کتاب التجارۃ من المجلد الثالث	۲۱۵
کتاب الرھن	۴۳۱
کتاب الحجر والتفلیس من المجلد الاول	۴۵۳
کتاب الحجر والتفلیس من المجلد الثانی	۴۶۷
کتاب الحجر والتفلیس من المجلد الثالث	۴۹۳



بنام خداوند کریم

استدراک

در آغاز جلد دوم لازم است نکاتی را ـ نه به عنوان مقدمه بل به عنوان استدراک از مقدمه جلد اول ـ به استحضار خوانندگان محترم برسانم:

۱: در آنجا گفته شد که «هیچگونه ویرایشی در مطالبی که از قلم محقق تراوش کرده، انجام نخواهیم داد.» منظور از این سخن دخل و تصرف و ایجاد تغییر در کلمات و الفاظ و لغات است نه ویرایش در علائم نگارش و یا تفکیک مطالب و یا... و اینهمه کاری که در احیای این متن پرارزش انجام یافته همه را می‌توان ویرایش نامید.

۲: در یک مورد درخود لفظ متن، تغییر داده شده که عبارت است از کلمه‌های «دویم» و «سیم» که به «دوم» و «سوم» تبدیل شده‌اند. البته این تغییر هم از ناحیه من نیست.

۳: شاید روند تصحیح در جلد دوم مطلوبتر از جلد اول باشد زیرا مواردی که در پاورقی معین شده و نیز مواردی که در میان علامت [ ] قرار داده شده در جلد دوم بیش از جلد اول است.

دلیل این تفاوت و نیز دلیل مورد بالا (دویم، سیم) این است که جلد اول را وقتی به من ارجاع کردند که آماده چاپ بود واز بیخ گوش ماشین فیلم و زینگ برگردانده بودند. پس از چهار بار بررسی و تطبیق در اختیار چاپ قرار داده شد.

معنی این سخن این نیست که در تصحیح جلد اول کوتاهی شده یا نقصی هست. منظور

این است که به نظر من توضیحات زیادی درباره موارد تصحیح در جلد دوم داده شده.

و نیز معنای این کلام چنین نیست که تصحیح کننده قبلی (هر شخص محترم و بزرگوار که بوده) کوتاهی فرموده است. بل سخن از دو سلیقه است و از نکات ضعف انسان این است که هر کسی سلیقه خودش را بهتر از سلیقه دیگران می‌داند و من نیز از این نکته ضعف بری نیستم.

مرتضی رضوی

کتاب التجارة. من‌المجلد الاول

۱- سئوال: چه می‌فرمایند در خصوص زوجهٔ زید، قطعه ملکی داشته و زوج خود را وکیل نموده در فروختن ملک مزبور و زوجهٔ مسطوره از قیمت آن ملک، بلدیت نداشته و زوج او هم نامقیدی نموده و ملک را به قیمت وقت نفروخته و زوجه متوفی شده و ورثهٔ او عالم به مراتب مرقومه شده که غبن فاحش داشته و به ثبوت هم می‌رسانند که در وقت فروختن، مغبون بوده‌اند. آیا می‌رسد ورثهٔ او را که انتزاع ملک از ید مشتری نمایند؟ و منافع این سنوات گذشته را هم می‌توانند نمود یانه؟

جواب: امثال این مسائل محتاج است به مرافعهٔ حاکم شرع، و چون حاکم شرع باید مجتهد باشد، پس حاکم، خود هم مسئله را خواهد دانست. بر فرضی که مراتب مرقومه صحت داشته باشد و در نزد حاکم شرع به ثبوت شرعی برسد، بلی ورثه دعوی غبن می توانند کرد. آن وقت اگر مدعی علیه را سخنی باشد باز محتاج خواهد بود به مرافعه. مثلا اگر بگوید که مالک، علم به قیمت داشت و راضی شد به کمتر از آن، یا گوید که در آن وقت بیش از این نمی‌ارزید، اینها را باید حاکم به بیّنه و شهود و یا قسم، معلوم کند. و همچنین هرگاه بگوید بلی قیمت آن بیش از این بود، اما وکیل، غبن را صلح کرد. یا مالک، غبن را صلح کرده، این هم دعوی علیحده است و باید مدعی، صلح را اثبات کند. و همچنین هرگاه ورثه، مدعی علیه را گویند که مورث من وکیل در بیع

کرده بود، اما در صلح، وکیل نکرده بود. مدعی باید وکالت در صلح را هم اثبات کند. خلاصه اینکه این مسئلهها بدون مرافعهٔ حاکم طی نمی‌شود و دعوی اجرت‌المثل در صورت مرقومه ظاهراً صورتی ندارد. والله اعلم.

۲- سئوال: طلای مخلوط به مس، یا غیرآن جایز است فروختن به اشرفی مخلوط، با علم طرفین به غش و خلط؟

جواب: بلی جایز است، خواه مساوی و خواه با زیادتی و در صورت زیادتی، در مقابل طلا می‌افتد و ثمن آن می‌شود و طلا در مقابل خلط. والله العالم.

۳- سئوال: آیا پولهایی که مخلوط به مس است و مقدار مس آن، معلوم نیست، جایز است معامله به آنها یانه؟

جواب: بلی هرگاه طرفین علم به غش و خلط دارند و رواج باشد در معامله، جایز است، هرچند مقدار غش، معلوم نباشد. و هرگاه معلوم نباشد که در معامله رواج است یا نه، به معنی اینکه زر مغشوش زرنوی باشد که غش آن بیشتر نباشد، ولکن در میان مردمان مشتبه باشد به آن زر سابق و معامله و رواج آن به سبب جهالت حال آن باشد، مشکل است.

٤- سئوال: بیع موزون، مثل حلقه یا گوشوارهٔ طلا بدون وزن صحیح است یانه؟

جواب: بیع موزون بدون وزن صحیح نیست و هریک رجوع به مال خود می‌کنند.

۵- سئوال- هرگاه ملکی فیمابین زید و عمرو، مشاعاً مشترک بوده، زید غایب و عمرو، قدری از ملک مزبور را از بابت حصهٔ خود فروخته، باغچه و عمارت که فیمابین ایشان نیز مشاعاً مشترک بوده، به مشتری به درک داده که هرگاه کاشفی در معامله به هم رسد مشتری رجوع به درک نماید.

جواب: فروختن مال مشاع بقدرالحصه ضرر ندارد و در تقسیم و تصرف در آن از جانب غایب، باید از حاکم شرع، یعنی مجتهد جامع‌الشرایط مأذون باشد و اصل بیع، صحیح است. و اما آنچه به درک داده پس اگر اشکال در سئوال، از راه اشتراک با غایب است، پس این درک بیمعنی است و اگر از راه این است که مبادا اصل بیع مستحق غیر

برآید، پس اظهر آن است که درک دادن از مشاع صحیح است و مجرد تخلیهٔ ید، در امور غیرمنقوله به جهت صحت رهن، کافی است.

٦- سئوال: هرگاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را، مع یک من برنج مثلاً یا مع یک توپ کرباس از شخصی گرفته است به عنوان قرض‌الحسنه، که بعد از انقضای شش ماه، مبلغ شش تومان وجه، مهم سازی مقرض، نماید که از جهت فرار از ربا، مدت اجل را، مع یک من برنج یا یک توپ کرباس به ازای مبلغ یک تومان انداخته است. آیا این صحیح است یا نه؟ و همچنین هرگاه شخصی مقدار معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار ده دو (دودهم) نفع قرار دهد به این نحو که منافع را با مقرض مصالحه کند؟

جواب: هرگاه شخصی به کسی پنج تومان قرض‌الحسنه بدهد و اجلی و مدتی از برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی خلاف در لزوم آن است و شبههٔ ربا در اینجا راه ندارد، بلی در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت کردن ضرر دارد، چون اجل را قسطی از ثمن می‌باشد و ظاهراً در این هم خلافی نیست (آنچه نسبت به شیخ داده‌اند در **خلاف**، در آن هم تأمل است) و اما گرفتن یک من برنج یا یک توپ کرباس که در ازای آن، یک تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط این معاملهٔ محاباتیه، پس آن حرام است و قرض و معامله هر دو حرام است و هرگاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علیحده داده، و این معامله را علیحده کرده و قصد در معاملهٔ واقعه کرده باشند ظاهراً جایز است، هرچند داعی بر معامله در نفس‌الامر جلب نفع باشد، لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام است به ارتکاب بیع صحیح.

ولکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا، بهتر از این، و از جملهٔ آنها معاملهٔ محاباتیه به شرط قرض است که عکس صورت مسئله است و از جملهٔ آنها این است که پنج تومان پول طلا و نقره بدهد به شش تومان پول سیاه، و همچنین ظاهراً جایز است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس این[1].

١: اصل این «چاره‌جوئی» و اینکه چنین چیزی در فقه ما هست مسلم است و از نظر حدیثی یک امر ثابت و ←

ظاهر این است که قبض مجلس در صلح شرط نیست و مخصوص بیع است. و سئوال از مصالحه را نفهمیدم. اگر مراد نظیر همان سئوال اول است، جواب آن همان است که هرگاه شرط کند در قرض که پنج تومان را قرض بدهد و یک من برنج را هم صلح کند به یک تومان جایز نیست و اگر شرط نکند جایز است به تفصیلی که گفتیم.

۷ـ سئوال: آیا جایز است کسی گندم سرخ بدهد به کسی قرض، و شرط کند که گندم سفید، عوض بدهد؟ یا گندم آبی بدهد و گندم دیمی بگیرد؟

جواب: اظهر و اشهر، خصوصاً بین متأخرین، عدم جواز است در هر صورتی که شرط زیادتی وصف بشود. و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد. و اما هرگاه بدون شرط، بهتر را بدهد در عوض زبون‌تر، ضرر ندارد و جمعی قایل به جواز شرط زیادتی در وصف شده‌اند و دلیل ایشان تمام نیست.

بی‌تردید می‌باشد، زیرا در عصر امام باقر(ع) طرفداران مالکـ رئیس یکی از مذاهب چهارگانه فقهی اهل تسنن ـ به عنوان انتقاد، از آن حضرت می‌پرسیدند «آیا این فرار از ربا نیست؟!» امام(ع) در پاسخ آنان می‌فرمود «نعم‌الفرار من‌الحرام الی‌الحلال»: چه زیباست فرار از حرام بر حلال؟!.

پس اصل «حکم»ـ حکم بر جوازـ فی‌الجمله برای همگان ثابت است.

لیکن هرکسی در نحوه عملی آن، برداشت خاصی دارد و معمولا در اجرای حکم بر «موضوع» دچار (باصطلاح فقهی) تفصیل شده‌اند و بعضی‌ها نیز بطور مطلقا بر هر نوع فرار بوسیله ضمیمه حکم صحت را جاری می‌کنند.

مرحوم میرزا در اینجا با یک نوع حساسیت دو راه را نشان می‌دهد: ۱): باید ضمیمه درمقابل مبلغ اضافی به عنوان اصل معامله تلقی گردد و در ضمن معامله شرط شود که خریدار باید مبلغ پنج تومان به فروشنده قرض بدهد.

۲): پول سیاه در قبال پول سفید یا برعکس.

در طول تاریخ فقه ما، همیشه یک اضطراب روحی و عدم اطمینان نفسی راجع به راههای تعیین شده و ارائه شده، بود. با اینکه نسبت به اصل حکم فی‌الجمله اطمینان قطعی داشته‌اند.

امام خمینی(ره) با ارائه یک نظریه ابتکاری مسئله را بشکل خاصی حل می‌کند که بی‌گمان مبنای یک «اجماع» خواهد شد. بدینشرح: اگر کشاورزی گندم مرغوب و کشاورز دیگری گندم نامرغوب دارد فرد دوم می‌خواهد از امسال بذر زراعتش را از گندم مرغوب فرد اول تامین کند بدیهی است قیمت دو گندم در بازار متفاوت است اگر گفته شود که طرفین با وزن مساوی گندم‌ها را مبادله کنند فرد اول مغبون می‌شود و اگر

۸- سئوال: هرگاه شخصی سلف فروخت، در وقت حلول اجل، جنسی را که سلف فروخته ندارد، همان قدر وجه را که از مشتری گرفته باید بدهد یا به قیمت حال، قیمت را بدهد و هرگاه صیغه به بیع سلف جاری نشود منعقد می‌شود یانه؟

جواب: هرگاه بایع، قدرت بر خریدن آن جنس دارد و حرجی بر او لازم نمی‌آید آن جنس را بخرد و بدهد و اگر مقدور نشود، اظهر و مشهور میان علما نیز این است که مشتری اختیار دارد، خواهد معامله را فسخ کند و همان تنخواهی که داده پس بگیرد و خواهد صبر کند تا بایع، جنس را به هم رساند. و در بیع سلف و غیرسلف، مشهور علما، صیغه را شرط می‌دانند، خواه به عربی و خواه به فارسی. و دور نیست که مجرد داد و ستد که آن را «معاطات» می‌گویند هم کافی باشد. هرگاه به فارسی خواهد بگوید باید مشتری بگوید که: سلف دادم به تو، فلان قدر پول را در فلان قدر غله در مدت فلان. و بایع بگوید: قبول کردم. و می‌تواند شد که «ایجاب» را بایع بگوید به این طریق: به تو

فرد دوم مقداری گندم اضافه دهد ربا می‌شود (فرضاً امکان راه دیگرهم غیرازمبادله نیست- درقدیم میان کشاورزان چنین اتفاقاتی بیشتر پیش می‌آمد) در این صورت صاحب گندم نامرغوب می‌تواند نقدی یا چیزی را برگندم خویش ضمیمه کند تا تعادل قیمت دو کالا حاصل گردد.

رای ایشان بر این است که «فرار از ربا» تنها در این قبیل مورد است که بوسیله ضمیمه تعادل قیمت حاصل شود نه ربح ربوی، و این مطلب گشودن راه ربا نیست که باصطلاح، فلسفه احکام مخدوش گردد، و ایشان تصریح می‌کنند که این، در حقیقت فرار از ربا نیست بلکه فرار از «مماثلت» است- رجوع کنید به «تحریرالوسیله» باب ربا مسئله شماره ۷، و نیز: امام خمینی: کتاب البیع: ج ۲ ص ٤٠٤ و ٤٠٥.

مسئله دیگری که در اینجا قابل ذکر است این است: من در یکی از مقالات اقتصادیم دریکی از مطبوعات دست اندرکاران فقه را دعوت کرده بودم بر اینکه «آیا نمی توان میان گرفتن وام ربوی از بانک دولتی و میان معامله ربوی بخش خصوصی با بخش خصوصی تفاوت قائل شد؟» و باصطلاح نمی‌توان میان این دو به تفصیل قائل شد؟. یکی از آقایان که اخیرا رساله‌اش را چاپ کرده نوشته است: اگر اجماع، نباشد:.... خلاصه‌اش این می‌شود که معامله ربوی افراد با بانک دولتی حلال و با بانک بخش خصوصی یا هر فرد دیگر حرام است.

زیرا: خطابات این چنینی شامل «دولت» نمی‌شود یعنی همانطور که خطاب «خمس بدهید» متوجه دولت نیست همانطور هم خطاب «ربانگیرید» متوجه دولت نیست. و نیز همین خطاب به مردم می‌گوید که به همدیگر ربا و ربح اضافی ندهید و معلوم نیست که آنان را از ربح ربوی دادن به دولت نیزمنع کرده باشد.

فروختم فلان قدر غله را به فلان قدر پول در فلان مدت. و مشتری بگوید: قبول کردم. و احوط آن است که صیغه را ترک نکنند. والله‌العالم.

۹ـ سئوال: هرگاه ده من جو را، حال بدهند که ده من گندم یک ماه دیگر یا دوماه دیگر بگیرند چه صورت دارد؟

جواب: تعیین مدت، خوب نیست، هرگاه به عنوان سابقه باشد.

۱۰ـ سئوال: منافع «بیع شرطی» را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل می‌توان ساخت (بدون آنکه شرط اسقاط خیار بشود در تمام مدت، الا روز آخر مثلا)، آیا به این شرط انتقال بالاجاره یا بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ و این شرط با اصل بیع، منافی و مخل و مفسد هست یا منافی و مخل و مفسد نیست؟

جواب: هرگاه در بیع، شرط خیار را چنان قرار داده باشد که زمان خیار منفصل باشد از عقد، مثل آنکه بگوید: این زمین را به تو فروختم به بیع یک تومان و شرط کردم با تو که بعد از انقضای یک سال هرگاه رد مثل ثمن را در ظرف پنج روز به سوی تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع و شرط کردم با تو که این خیار، بعد از انقضای این مدت در ظرف این پنج روز، از برای من باشد و مشتری قبول کند پس اظهر جواز آن است و اشکالی ظاهراً در جواز اجاره دادن مبیع در ظرف یک سال و مصالحهٔ منافع در این صورت، نیست و این شرط هم منافاتی با بیع ندارد و مخل و مفسد نیست.

و اما هرگاه زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید: فروختم این زمین را به یک تومان و شرط کردم با تو که از حال، الی انقضای یک سال تمام، خیار از برای من باشد که هر وقت در ظرف این سال، رد مثل به تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در اینجا در صحت اجاره، بلکه مصالحه اشکال هست و چنانکه صحت آن بر حقیر، ظاهر نیست، بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن، خالی از قوت نیست. اما تفصیل می‌خواهد که وقت، اقتضای بیان آن را نمی‌کند. لهذا در این صورت، الحال توقف دارم.

۱۱ـ سئوال: شخصی را که ابواب کرده باشند و الجاءً مال خود را در معرض بیع درآورد، می‌توان مال او را خرید یانه؟

جواب: بلی، به شرط آنکه در خصوص بیع آن مال، مجبور نباشد. والله العالم.

۱۲ـ سئوال: ملکی را که «بیع شرط» نموده‌اند حاصل آن تعلق به مشتری دارد یا به بایع، هرچند که بایع فسخ نموده باشد مبیع را در آن وقت؟

جواب: هرچه در ایام خیار، از زمین حاصل شود، مال مشتری است.

۱۳ـ سئوال: زید جنسی را می‌فروشد به مشتری و می‌گوید: نقداً یک عباسی و نسیه تا مدت شش ماه مثلاً به سیصددینار. آیا این جایز است و صحیح است یا باطل است؟

جواب: در این مسئله خلاف است و اکثر علما بر بطلان این معامله‌اند و از جملهٔ ایشان است شیخ در **مبسوط**. و اقوی و اظهر در نزد حقیر هم این است. و جمعی بر جواز و صحتند،ولکن می‌گویند آنچه بر مشتری لازم است اقل ثمنین است در انقضای اجل، و این مذهب شیخ است در **نهایه**، و یحیی‌بن سعید در **نزهةالالفاظ**. و بعض متاخرین نسبت آن را به مفید(ره) و مرتضی(ره) نیز داده‌اند و کلام مفید، صریح در حرمت است. لکن گفته است که هرگاه چنین کاری را بکند بر او لازم می‌شود اقل ثمنین در منتهای اجل، و عبارت سید(ره) در **مسائل ناصریه** دلالت بر کراهت دارد، و لکن دور نیست که او نیز حرمت را خواسته باشد، به جهت آنکه در کلام او و امثال او استعمال می‌شود کراهت در حرمت. و اما دلالت کلام او بر صحت، پس آن واضح نیست و عبارت او این است که بعد از آنکه عبارت ناصریه را نقل می‌کند که گفته است: «من باع باکثر سعریومه مؤجلا فقداربی» فرموده است: «هذا غیرصحیح و مااظن ان بین الفقهاء خلافاً فی جواز ذلک و انما المکروه ان یبیع‌الشئ بثمنین بقلیل ان کان الثمن نقدا و باکثر منه نسیة» بلکه این عبارت ظاهر در حرمت است، بلکه دور نیست که دعوی ظهور در بطلان کنیم به ملاحظهٔ مقابله با بیع ربوی.

و این بنابراین است که بیع ربوی را باطل دانیم. چنانکه مشهور علما بلکه اجماع است، چنانکه آخوند ملااحمد(ره) در **احکام آیات** نقل کرده و چنان نیست که ابوحنیفه گفته که همان زیادتی اسقاط می‌شود و در باقی صحیح است. و بیان ربوی این است که بگوییم که تراضی به اقل ثمنین واقع شده در اول، پس هرگاه قیمت زیادت را بدهد بعد از انقضای مدت ربا می‌شود، به جهت آنکه طلب او را زیاد داده از برابر آن زمان.

ولکن از شهید در **دروس** ظاهر می‌شود که صحیح است این معامله و اینکه نهی از این معامله وارد شده، به سبب حصول ربا است، و لکن گفته است که نهی دلالت بر فساد نمی‌کند. و قول رابع هم در مسئله هست که قول «ابن براج» است و آن این است که بیع، باطل است. ولکن هرگاه متبایعین امضای آن بکنند در میان خود، از برای بایع اقل ثمنین خواهد بود در انقضای اجل، بلکه ظاهر عبارت شیخ همین است و ابن فهد در **مهذب** این قول را نسبت به هر دو داده است.

و دلیل ما بر مسئله اصل عدم صحت، است و منع انصراف عمومات به این نوع از بیع، و عدم حلّیت مال مسلم مگر از طیب نفس و اینکه تراضی واقع نشده است، بلکه قصد بیع هم نشده است و عقود تابع قصود است و قصد بیع به این نهج خاص هم نشده که اقل ثمنین در ابعد اجلین باشد و بیع مثل نکاح نیست که بدون ذکر مهر، صحیح باشد و در اینجا فی‌الحقیقه ثمن مذکور نیست، یا اگر مذکور است مجهول است و جهالت ثمن مبطل است و توضیح آن، اینکه این عقد در معنی این است که این متاع را فروختم به تو، به یک قیمتی غیر معین با لذات، و شرط کردم با تو که اگر نقد بیاوری آن قیمت غیرمعین، اینقدر باشد و اگرتا فلان مدت تأخیرکنی اینقدرباشد، یا دراین معنی است که به نقد می‌فروشم اگر اینقدر بدهی و به نسیهٔ فلان مدت می‌فروشم اگر نقد به این قدر ندهی و این نیز باطل است، به جهت آنکه تعلیق در انشاء عقد است و آن مبطل عقد است جزماً. پس حکم به صحت آن مخالف عقل و نقل است.

و علاوه بر همهٔ اینها از رسول خدا(ص) روایت شده از طریق خاصه و عامه «لایحل صفقتان[1] فی واحدة» چنانکه ابن جنید نقل کرده و به همین معنی تفسیر کرده، و همچنین موثقه عمار عن ابی عبدالله(ع) قال: بعث(ص) رجلا من اصحابه والیا فقال له: انی بعثتک الی اهل الله یعنی اهل مکة فانههم عن بیع مالم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ربح مالم[2] یضمن. و روایت سلیمان بن صالح عن ابیعبدالله(ع) قال: نهی رسول‌الله(ص) عن

۱: مستدرک: ج ۲ ص ۴۷۵، ابواب احکام العقود، باب ۲. (چاپ اسماعیلیان)

۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام‌العقود باب ۱۰ ح ٦

سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و عن بیع مالیس عندک و عن ربح مالم[1] یضمن. و اصحاب تفسیر کرده‌اند موثقه را به آنچه تفسیر کرده‌اند به او روایت سلیمان بن صالح را و تفسیر ایشان همین معنی هست که نزاع در اوست.

و استدلال کرده‌اند قائلین به جواز و صحت، به روایت سکونی عن ابی جعفرعن ابیه عن ابائه(ع) ان علیا(ع) قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذاوبالنسیة کذا فاخذ المتاع علی ذلک الشرط. فقال هو باقل الثمنین و ابعدالاجلین یقول لیس له الااقل النقدین الی الاجل الذی اجله[2] نسیة. و حسنة محمدبن قیس عن ابی جعفر(ع) قال: قال امیرالمؤمنین(ع): من باع سلعة فقال ان ثمنها کذا و کذا یدا بید اوثمنها کذا و کذانظرة فخذها بای ثمن شئت، و جعل صفقتهما واحدة، فلیس له الا اقلهما و ان[3] کانت نظرة. و این حدیث در **تهذیب** و **کافی** و **فقیه** روایت شده و در **کافی** بعد از آن مذکور است که: قال: قال: من ساوم بثمنین احدهما عاجلاً والاخر نظرة فلیسم احدهما قبل[4] الصفقة، و حسنهٔ دیگر محمد بن قیس عن ابی جعفر(ع) قال: قضی امیرالمؤمنین(ع) فی رجل امره نفر لیبتاع لهم بعیراً بنقد و یزیدونه فوق ذلک نظرة فابتاع لهم بعیرا و معه بعضهم فمنعه ان یاخذ منهم فوق[5] ورقه نظرة.

و جواب از این روایت بعد از تضعیف اول و اغماض از بعضی اشکالات که در سند دوتای دیگر هست، هرچند اظهر عدم اشکال است به جهت آنکه ظاهر آن است که محمد بن قیس، (خصوصا هرگاه عاصم بن حمید، از او روایت کند و او از حضرت باقر(ع)) خصوصاً قضایای امیرالمؤمنین(ع) همان بجلی ثقه، است و ابراهیم بن هاشم ممدوح[6] است به مدحی

۱: همان مرجع باب ۷ ح ۲

۲: همان مرجع باب ۲ ح۲ .

۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦۷، ابواب احکام العقود باب ۲ ح ۱.

٤: فروع کافی: ج ۱ص ۳۸۷، من‌لایحضر: ج ۲ ص ۹۲، تهذیب: ج ۲ ص ۱۳۱.

۵: وسائل: ابواب احکام العقود، باب ۳ ح ۱.

٦: ابراهیم بن هاشم پدر علی‌بن ابراهیم: مرحوم میرزا (مانند گروهی از دانشمندان) در اینجا یک برخورد ←

که کمتر از توثیق نیست. و لکن مضمون روایات مخالف قواعد و عمومات ادله عـقلیه و نقلیـه است، چنانکه گفتیم. و نمی توان عمومات قواعد را به آن تخصیص داد، با وجودی که اخبار آن طرف هم موجود است و بعضی از اینها موثقند و مـوثق حجـت است و اگـر نبـاشد هم، ضعف آن منجبر به عمل اصحاب و موافق کتاب است به جهت اینکه ظاهر این است کـه ایـن اکل مالی است به باطل، و تجارتِ ناشی از رضای طرفین، نیست، بلکه موافق عقل و نقل.

و حسنهٔ دوم محمد بن قیس نیز دلالت واضحی بر مطلب ندارد، بلکه ظـاهر ایـن است که مراد این باشد که هرگاه جمعی بگویند به شخصی که تو شتری از برای ما بخر، به نقـد و ما، در عوض آن نقد تو، در مهلت فلان به تو بیشتر می‌دهیم و جناب امـیرالـمؤمنین(ع) مـنع فرموده آن شخص را از گرفتن زیادتی به جهت آنکه محض رباست و اگر چنین نباشد حمـل حدیث بر معنی مقصود، محتاج به تکلفات بسیار و تـقدیر و حـذف است و مـرجع ضمـیر منصوب در «معه» هم در این صورت مذکور نیست و ارجاع آن به صاحب شتری که این مرد از او می‌خرد و در کلام نیست، بعید است.

و اما دلیل مفید و امثال او که قائل به حرمتند، و لکن هرگاه بکند صحیح است و رجوع به اقل ثمنین می‌شود در ابعد اجلین. پس ممکن است که آن‌آخر حسنهٔ محمدبن قیس باشد که در **کافی** مذکور است که امر شده است به تسمیهٔ ثمن و تعیین آن و امـر از بـرای وجـوب است، پس ترک آن حرام است، ولکن حرمت افادهٔ بطلان نمی کند و از اینجا دلیل ابن براج نیز ظاهر می‌شود، بنا بر آنکه حرمت را دلیل بطلان داند. و تو می‌دانی که همهٔ اینها تـکلف

کاملا فنی خشک با چگونگی شخصیت ابراهیم بن‌هاشم می‌نماید. یعنی تنهاسخنانی راکه اهل رجال درمورد او گفته‌اند معیار قرار می‌دهد و نتیجه می‌گیرد که او توثیق نشده تنها مدح شده است.

بطوری که گروهی از دانشمندان همین روش را در مورد صـدوق به کار می‌گیرند و طوری سخن مـی‌گـویند که گویا مثلا وی هم توثیق نشده است اما حقیقت این است که بزرگان رجال شخصیت‌هـائی مـانند صدوق و ابراهیم بن هاشم را بی‌نیازتر از آن می‌دانند که در مقام شرح جزئیات و ثاقت آنها بـیایند. سلسله «کـلینی، علی بن ابراهیم، ابراهیم بن هاشم» از سرمایه‌های مهم و پر ارج و یکی از پایه‌هـای حیـاتی مـنابع حـدیثی ماست... و همینطور نام این پدر و پسر در سلسله‌های دیگر. در مورد ابراهیم همین‌قـدر کـافی است کـه از اصحاب کوفیین بوده و به قم آمده و از غربال سختگیر قمیین سالم درآمده است.

است.

بدان که در کلام بعضی از فقها ذکر شده است با این مسئله، مسئلهٔ دیگر و آن این است که بفروشد متاعی را به اقل قیمتین در مدت کمی و به اکثر قیمتین در مدت زیادتر و حکم آن را هم، مثل این قرار داده‌اند و این صریح کلام مفید، است و شاید تکیهٔ ایشان به فهم علتی، باشد از روایات و القاء فارق. و اما لفظ «ابعدالاجلین» در روایت سکونی، پس آن، محمول بر تغلیب است و بر حال اطلاق شده است لفظ «اجل» تغلیباً، مثل شمسین و قمرین، چنانکه در خود روایت نیز توضیح آن شده است. و به هرحال، اظهر در این نیز بطلان است، چنانکه مذهب اکثر اصحاب است، بلکه به طریق اولی. والله اعلم بالصواب.

۱۴- سئوال: در بیع فضولی، خیار فسخ، مخصوص مالک است یا مشتری را هم می‌باشد؟

جواب: مشتری را خیار نمی‌باشد، بلکه از جانب او، بیع لازم است.

۱۵- سئوال: معامله‌ای که به اسم معاوضه شده باشد، لازم است یا جایز؟

جواب: هرگاه به رسم و اسم هبهٔ معوضه باشد لازم است و اگر نه آن باشد و نه دیگری از عقود لازمه، پس در لزوم آن اشکالی هست و تا حال لزوم آن بر حقیر معلوم نشده.

۱۶- سئوال: گرفتن وظایف که مال شاه می‌باشد و به رعیت حواله می‌کنند و قدری از او را کم می‌کنند، آیا برآخذ آن، حلال است یانه؟

جواب: خراج اراضی خراجیه مال مصالح عامهٔ مسلمانان است، مثل طلبهٔ علوم و ائمه صلوة و مؤذنین و پل و حمام و مسجد، ولیکن به اذن امام عادل. و دور نیست که اگر مجتهد جامع‌الشرایط اذن بدهد و آن شخص گیرنده از مصالح عامهٔ مسلمین باشد، مثل طلبهٔ علوم و ائمه صلوة، تواند گرفت.

۱۷- سئوال: از وجه بیع شرط چون بایع مسلط بر فسخ است، هرگاه از ده تومان مثلا یک تومان بدهد قبل از انقضای مدت، بیع فسخ می‌شود یا اینکه موقوف است به دادن تمام؟

جواب: هرگاه شرط دادن ثمن شده تا تمام را ندهد مسلط بر فسخ نیست، مگر اینکه

شرط کرده باشد که اگر کمتر را هم بدهد مسلط باشد بر فسخ بیع بعض، بالنسبة.والله العالم.

۱۸- سئوال اجرت گرفتن به جهت ختم قرآن در سر قبور، حلال است یا حرام؟

جواب: اجرت در ازای تلاوت قرآن به جهت موتی، مشهور جواز آن است.

۱۹- سئوال هرگاه زید، در حین حیات والد خود از پول والد، ملکی به جهت خود گرفته و والد، متوفی شده، آیا ورثه به قدر سهم خود، مستحق تنخواه می‌باشند یا مستحق ملک؟

جواب: در صورت سئوال، ورثه به قدر سهم خود مستحق تنخواه‌اند نه ملک، مگر آنکه اجازه کنند بیع را، پس شریک می‌شوند به قدر حصه.

۲۰- سئوال: معاملهٔ اطفال، که در بازار می‌کنند چه صورت دارد؟

جواب: ظاهراً حلال است و مباح است تصرف در آن، هرگاه ممیز باشند، هرچند محتمل باشد که آن مال از خود صغیر باشد، نظر به عمل مسلمین در اعصار و امصار. ولکن اموری که عادت جاری شده به معاملهٔ اطفال در آن، ظاهر این است که این بیع نباشد به این معنی که جمیع احکام بر آن مترتب شود، بلکه همان محض تراضی است، مگر در جایی که اعتماد بر اذن ولی باشد و آن طفل به منزلهٔ آلت باشد. مثل آنکه در حضور و به اطلاع ولی بکند که در اینجا احکام بیع بر او جاری شده.

۲۱- سئوال: خیار غبن در همهٔ عقود هست حتی در هبه و اجاره و صلح، یا منحصر است در بیع؟

و ایا شرط سقوط خیار غبن و غیره در ضمن عقد، باعث سقوط می‌شود یانه؟ هرگاه زید، ملکی به عمرو، که از اهل خبره نبوده فروخته و قبل از مبایعه چنان نموده که مبایعهٔ مزبوره غبطه است و بکر و خالد را آورده که به این قیمت می‌خرند و آنها هم گفته‌اند که به این قیمت می‌خریم و در عین مبایعه در ضمن عقد شرط اسقاط جمیع دعاوی و خیارات خصوصا دعوی غبن از جانب عمرو مشتری، نموده و بعد از مبایعه غبن فاحش به ظهور رسیده، آیا در صورت مزبوره مشتری را خیار غبن باقی است یا شرط

مزبور، لازم، است یا اصل عقد فاسد است؟ چنانکه ظاهر قول صاحب **دروس** است و ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، منشأ فساد عقد می‌شود، یا همان شرط فاسد است؟

جواب: بلی غبن در سایر عقودی که از معاملات محضه است جاری می‌شود، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده‌اند که از جمله آنها مقداد است که تصریح به آن کرده، و عمدهٔ دلیل خیار غبن که نفی ضرر و عسر و حرج است در همهٔ عقود مذکوره جاری است، اما، در مطلق هبه، غبن نمی‌باشد مگر هبهٔ معوضه. و به هرحال نسبت مابین ادله لزوم عقود و اخبار ضرر و عسر و حرج، عموم من وجه است، لکن اعتضاد به عقل و عمل به اصل و کتاب و سنت مرجح نفی ضرر است، بلکه بعد تأمل تام، اکثر اخبار ضرر، در قوت خاص مطلق، است و علت منصوصه در آنها هم مطرد است.

و اما سئوال از اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد، پس اظهر این است که منشأ سقوط بشود با اشکال در خیار رؤیت. و توضیح این مطلب این است: اصل در بیع لزوم است و اخبار غبن از جانب شارع مقدس از برای رفع ضرر است و بالغ عاقل رشید که معامله کرد و معنی غبن و خیار غبن را فهمید و دانسته شرط اسقاط آن را در ضمن عقد کرد ظاهراً ساقط می‌شود و معامله لازم است. و اینکه بایع چنان وانموده که مبایعه خوب است و مشتری دوبرابر آورده هرچند این نوعی است از تدلیس و تغریر و فریب‌دادن، لکن بطلان معامله به سبب آن معلوم نیست، هرچند معصیت کرده باشد و این، از قبیل بخس و غش خواهد بود و اظهر آن است که در صورت بخس و غش معامله باطل نباشد و غایت امر، آن است که خیار ثابت باشد، در صورت غبن.

والحاصل بعد از ملاحظهٔ عمومات لزوم عقود و شروط، وجهی از برای بطلان ظاهر نیست آنچه شهید(ره) در **دروس** به آن متمسک شده در شرط اسقاط خیار رؤیت، است و اسقاط خیار غبن را هم به آن ملحق کرده‌اند، و بعد از آن، بیان فرق کرده. و عبارت **دروس** این است که در مسئله خیار رؤیت گفته است «ولو شرط رفعه فالظاهر بطلان العقد للغرر و کذاخیارالغبن و یحتمل الفرق بینهمالان الغرر فی‌الغبن سهل الازالة بخلاف الرؤیة فیصح اشتراط رفع خیارالغبن» و مراد شهید از لفظ «غرر» آن چیزی است که

شامل جهالت طرفین باشد به احد عوضین یا هر دو، بدون حصول تغریری و فریبی از احدهما. مثل اینکه طرفین معامله بکنند به وصف ثالثی که نه بایع خود دیده باشد مبیع را، و نه مشتری. و نه هم احدهما قصد فریبی داشته باشد و مانع در اینجا همان جهالت محض است. و بالجمله نسبت مابین غرر و جهالت، عموم من وجه است. پس غبن از بابت غرر است.

وگاه است از راه فریب دادن است، مثل مانحن فیه. و گاه است که مطلقاً قصد فریب ندارد و بایع هم قیمت آن را نمی‌داند، اما قدر عوضین و وصف آنها در حال بیع معلوم است و کسی نگفته است که خیار غبن منحصر است در صورتی که بایع، عالم نباشد به غبن و فریب نداده باشد و با وجود این، مطلق گفته‌اند که خیار غبن ثابت است، بلکه در غارّ عالم، اظهر است. و احادیثی که وارد شده در غبن، مثل غبن المؤمنین حرام و غبن‌المسترسلین حرام و امثال آنها، ظاهر در صورت عمل فریب است و کسی قائل به بطلان نشده است و به جهت رفع آن قائل به خیار غبن شده‌اند. و بعضی در اصل خیار غبن هم تأمل دارند.

باقی می‌ماند کلام در جهالت عوضین یا احدهما که ظاهر فقها، اجماع بر بطلان است. و تحقیق در این مسئله نیز این است که هرگاه جهالت راجع به بیع سفه شود باطل می‌شود، بخصوصِ دلیلی در آن یا به جهت اجماع که در خصوص جهالت دارند یا به سبب بعضی از اخبار که در آن مسئله مذکور است والا نهی در معاملات مستلزم فساد نیست و قول شهید(ره) در نفی اسقاط خیار رؤیت، راجع به این است نه مطلق فریب‌دادن، به جهت آنکه هرگاه تعیین مبیع به مجرد وصف باشد و وصف محتمل است که کذب باشد و خلاف باشد، خیار فسخ جبر کسر آن را می‌کند، وهرگاه در همان عقد، شرط اسقاط خیار بشود آن عقد در جهالت عوض، باقی است، پس فاسد خواهد بود. به خلاف شرط اسقاط خیار غبن، به جهت آنکه مبیع و ثمن هیچیک درحال بیع جهالتی نداشته‌اند و اگر جهالتی فرض شود در گنجایش و قیمت مبیع خواهد بود و آن نیز به اثبات خیار غبن در شریعت، مرفوع است.

عاقل بالغ رشید، خود از حق خودگذشته و اسقاط کرده و فریب دادن بایع، او را، همین معنی است که اصل وضع خیار به جهت احتمال آن بوده، بایست خود اسقاط نکند و غالب این است که بالغ عاقل رشید که معامله کرد و تصور غبن فاحشیت آن را کرد و معهذا تن در داد که به آن قیمت بردارد، به جهت آنکه صلاح او هست در آن وقت و شرط اسقاط خیار کرد، در این معنی غرری نیست و اگر فرض شود در صورت تدلیس بایع و بخس، مشتری مغرور شود به آن، خیار را دارد و به همین ازالهٔ غرور از او آسان است، چنانکه در همان عبارت **دروس** به آن اشاره شده. پس خود مقصر خواهد بود به سبب اسقاط خیار و «مباشر» در اتلاف، مقدم است بر «سبب» و همچنین سبب اقوی بر اضعف. و در اینجا نمی‌توان گفت که سبب اقوی است به سبب غرور، مثل آن جایی که غاصب، مالک را ضیافت کند و مال خودش را که از او غصب کرده به او بخوراند، به جهت آنکه بعد از این به آزار تابانی به او می‌گوید که در ضمن عقد، شرط کن که اگر غبنی باشد ساقط باشد، هرگاه واقعاً جازم شده بود مشتری به اینکه غبنی نیست و قیمت همین است و باز از راه این سد و بند بایع، و شرط کردن، بیدار می‌شود و راه اختیارغبن را می‌داندکه شرط می‌کند، والاسفه و عبث خواهد بود شرط کردن، ولغو خواهد بود. و اصل در فعل مسلم عاقل رشید، آن است که کارش مبتنی بر لغو و سفه و عبث نباشد.

پس در حقیقت متنبه احتمال غبن شده و بنابر اسقاط آن گذارده به جهت مصلحتی و اگر فرض عدم تنبه بشود با وجود این معنی، پس آن از فروض نادره است که در احکام شرعیه و قواعد کلیه، التفاتی به آن نیست. پس عمدهٔ مؤثر در نقفصان، فعل خود اوست نه فعل بایع. و اما در اسقاط خیار رؤیت، چون معنی غرر، و اسقاط خیار باعث عود جهالت است، پس رفع غرر، به معنی جهالت به وسیله اسقاط خیار نشده است. به خلاف غبن، که تحویل تأثیر تغریر به خود مشتری، منشا ازالهٔ غرر، به معنی فریب است به آسانی. و از این که گفتیم معلوم شد که مراد شهید(ره) از لفظ «غرر» در **دروس** اعم از جهالت و فریب است تا در اسقاط خیارین هر دو صحیح باشد.

بلی در این مقام، سخنی دیگر هست و آن بودن این شرط است مخالف مقتضای

عقد. و شرط مخالف مقتضای عقد، منشأ بطلان عقد است، چنانکه فقها به آن تصریح کرده‌اند .

و جواب این را حقیر در رساله مفرده که در «شرط ضمن‌العقد» نوشته‌ام بیان کرده‌ام و حق این است که امثال این شروط مخالف مقتضای عقد نیست و به این جهت، شهید(ره) در **قواعد** نیز در بطلان عقد به امثال این شرط تردد کرده است. و حق این است که تردد نباید کرد به جهت آنکه این نه به معنی مخالف مقتضای عقد است. و حاصل آنچه تحقیق کرده‌ام در آنجا، همان است که شهید(ره) به آن اشاره کرده در **قواعد** که هرگاه شرط منشأ اخلال به بعض ارکان معامله شود فاسد است، مثل شرط عدم تسلیم مبیع یا ثمن یا عدم تصرف در مبیع یا در ثمن، و اما هرگاه باعث اخلال به بعضی از احکام و لوازم و توابع بشود ضرر ندارد، مثل شرط اسقاط خیار مجلس و خیار حیوان. و خیار غبن هم از آن بابت است، و همچنین خیار تأخیر. اما در خیار رؤیت، اشکال سابق هست و از این جهت، منشأ بطلان می‌شود و توضیح این مطلب موکول است به مطالعهٔ آن رساله، والحال، حال بیان بیش از این نیست. عافانا‌الله عن الامراض الحسمیة والالام النفسیة بمحمد واله خیرالبریة صلی‌الله علیهم اجمعین.

و اما سئوال از ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، پس بدان که کسی شرط مخالف شرعی در ضمن عقد بکند، شکی در فساد شرط نیست و در فاسدشدن عقد به فساد شرط، قول اصح بطلان است به جهت آنکه عقد، تابع قصد است و قصد به انشاء عقد نشده است الا به این شرط، پس قصد به انشاء معامله بدون شرط نشده و قصد که واقع نشده، عقد واقع نشده و به جهت آنکه شرط را قسطی از قیمت می‌باشد، پس هرگاه باطل شود، قیمت مجهول می‌شود، پس عقد باطل می‌شود و در **رسالهٔ شرط**، مطلب را مبسوط نوشته‌ام.

ولکن این قاعده در مسائل نکاح، تخلف کرده است، پس حکم کرده‌اند اصحاب هر دو قول به صحت عقد نکاح با اشتمال بر شرط فاسد.و در **مسالک**، دعوی اجماع بر آن کرده و این مشکل است، مگر اینکه اجماع ثابت باشد و در ثبوت آن نیز اشکال است به جهت آنکه خلاف کرده‌اند در شروطی که خلاف مقتضای عقد است. بلکه در بعضی

جاهای دیگر هم خلاف کرده‌اند. بلی احادیث در بعض شروط فاسد وارد شده که دلالت می‌کند بر فساد شرط، دون عقد.

پس اولی آن است که اقتصار کنیم در مسائل نکاح نیز بـــه‌آنجـــا که اجمـــاع باشد بر صحت عقد یا حدیثی باشد.

۲۲ـ سئوال ـ در وقت چیدن گندم و جو، بعضی خوشه‌ها به زمین می‌افتد و می‌ریزد و مالک خود یا وکیل او به قدر مقدور، سعی و اهتمام در جمع و ضبط و اخذ آنها مـی‌کـنند و بعد از عجز از مابقی اعراض و قطع‌نظر می‌کنند. آیا برچیدن آنها جایز است یانه؟ و بر فرض جواز، هرگاه کسی برچیند به قصد تملک و عین آن حاضر و باقی باشد مالک می‌تـواند از او بگیرد یانه؟ و هرگاه بعضی از آن خوشه‌ها که بر زمین افتاده است بعد از اعراض مالک، دانه دانه شود و در خاک پنهان شود و شخصی آنها را حیازت کند و آب بدهد تا سبـز شود و یـا در زمستان به سبب آب باران سبز شود و شخصی به قصدتملک، متوجه آب دادن و حفاظت آن بشودو حاصلی از آن به عمل آید، آن حاصل، مال این شخص می‌شود یا مال صاحـب آن خوشه‌ها و دانه‌ها و مملوک بودن زمین از برای صاحب بذر یا مغصوب بودن آن در این حکم تفاوت دارد یانه؟ و هرگاه اشاره به مأخذ و دلیل مسئله، بفرمایند بهتر است.

جواب: چیدن خوشه‌ها، در صورت مزبوره جایز است و هرگاه به قصـد تـملک چیـند، اظهر این است که مال او می‌شود و مالک از او نمی‌تواند بگیرد، هرچند عین آن باقی بـاشد و آن سبزی که در آن زمین از آن دانه‌ها به عمل می‌آید اظهر ایـن است کـه مـال آن کـسی است که حیازت مباح کرده و آب داده و به قصد تملک به عمل آورده. و اما هرگاه آن دانه‌ها در زمستان به آب باران سبز شوند و مالیت به هم رساند. پس اگـر بـعد از آن نیـز صاحـب دانه‌ها اعراض کند از آن سبز، باز هرکس حیازت کند و به عمل آورد مـال اوست نه صاحـب زمین، هرچند بر او لازم است اجرت زمین. در صورتی که دانه‌ها خودرو سبز شود. و ممکن است که مال صاحب زمین باشد، هرچند مالک منفعت آن، باشد بـه مـثل اجـاره و غـیرآن و بنابراین احتمال، هرگاه عین آن زمین یا منفعت آن، مال صاحب بذر است مال اوست و اگـر مال غیر است از غیر است، این شخص، تصدیع بیجا کشیده و اظهر احتمال اول است که بعد

از سبزشدن، مال صاحب بذر است مگر اینکه بعد سبز شدن باز اعراض کند و بعد از اعراض مال هرکس است که آن را حیازت کرده و احوط آن است که بنا را بر مصالحه گذارند.

و ان شئت ماخذالمسئلة فاعلم ان المالک اذالم یعرض عن‌الحبوب فالزرع مال صاحب البذر و امالو اعرض فلیس لصاحب البذر بل هو خارج عن ملکه،ح، ولم اعتمد فیما اخترته من خروجه عن ملکه علی ان مجردالاعراض یدل علی الخروج عن‌الملکیة (حتی یقابل بالمنع و ان الملک کمایحتاج فی ثبوته الی سبب شرعی، فالخروج عنه ایضا محتاج الی ناقل شرعی و لم یثبت من‌الشرع کون نیةالخروج، من موجبات نقل‌الملک فان ذلک لا یتم فی کثیر من‌المواضع التی یکون المعرض عنه شیئا خطیرا و ان کان‌القول به موجودا مطلقا و فی خصوص بعض المسائل کمالواطلق الصید بعد التملک و قصد الخروج عن‌التملک. فانهم اختلفوافیه. فالاکثر علی عدم‌الخروج، کما فی المسالک و ذهب بعضهم الی الخروج و نسبه فی‌**الکفایة** الی الاکثر. و یتفرع علیه جواز اصطیاده للغیر بقصد التملک و عدمه. ثم علی‌القول بعدم الخروج، اختلفوا فی انه مباح التصرف فیه علی غیرجهة التملک ام لا ایضا) بل اعتمادی فی‌المسئلة علی انه ثبت‌من‌الشارع الرخصة فی مثل ما نحن فیه و هذه‌الرخصة یمکن ان یکون من باب شاهدالحال عن‌المالک و یمکن ان یکون من جانب الله بالاستقلال کاثبات سایر حقوق‌المالیة فی اموال الناس و ترددالامر بین ذینک الامرین فی‌المسائل الشرعیة غیر عزیز.

فمنها اثبات حق الشرب والتوضی فی المیاه المملوکة فانه یظهر من بعض الاصحاب انه من باب شاهدالحال و من بعضهم انه حق اثبت الله تعالی لعباده فی مال عباده فاذا ترددالامر بینهما فالاصل یقتضی الحمل علی‌الاخیر. اما ثبوت الرخصة عن‌الشارع فلثبوت‌الاجماع علیه بملاحظة عمل‌الناس فی کل عصر و مصر من‌التقاط‌السنابل بعدالاعراض من‌الصلحاء المتدینین و غیرهم و لم ینکر علیهم احد من العلماء فی جمیع‌الاعصار والامصارو کک التقاط جلات البعیر والاغنام فی‌المفاوز والصحاری. و اما اصل حمل ذلک علی انه اباحة من الله فی مال عباده فالظاهرالاجماع علیه ایضا اذالملتقطون للسنابل و جلات الحیوانات فی کل عصر و مصر یبیعون هذه الاشیاء ویشتری المسلمون منهم من العلماء والصالحین وغیرهم ویجرون فیها احکام

البيع والشراء ولولم يصر تلك الاشياء ملكا لملتقطها لم يصح البيع. اذ لا بيع الا فى ملك. سواء كان بالاصالة او بالنيابة عنه او بالاجازة عنه . فاذا كانَ الاعراض عن المالک بمنزلة الاباحة المحضة لا يفيد ذلک الا من المالک الرخصة فى التصرف ولا يفيد التمليک كما صرحوا به فى نثار العرس وصحة البيع مشروط بالتمليک او بالاجازة عن المالک والمفروض عدم التمليک. والنيابة ايضا غير متحققة بالفرض اذهم يبيعون لانفسهم.

واما الاجازة فهو موقوف على اطلاع المالک على البيع وامضائه وهو لا يمكن الا بعد اطلاعه على وقت البيع لتعقبه بالاجازة ومجرد المعرفة من حاله بشهادة الحال انه لو اطلع على البيع لامضاه، لا يكفى فى الامضاء. لان الاجازة والامضاء يحتاج الى انشاء ولا يكفى فيه مجرد الرضاء. اذ لو كان محض الرضاء كافيا فى انعقاد العقود، لتحقق عقد النكاح فيمابين رجل وامرئة يحب كل منهما الاخر ويتمنىكل منهما ان يكون زوجا للاخر. وكک البيع وغيره من المعاملات. ولم يقل به احد من القائلون بصحة المعاطاة بل القائلون بلزومها. وايضا لا يقولون بعدم الاحتياج الى الانشاء. غاية الامرانهم لا يقولون بلزوم الانشاء الخاص بالصيغة المخصوصة او بمطلق اللفظ. مع ان الاجازة انما ينفع فى نقل الملک عن البايع وانتقال الثمن اليه وفيمانحن فيه ليسکک لانّ معنى شاهد الحال والاباحة انما هو الرضا بمعاملة الملتقط لنفسه.

فان قلت: هذا ليس ببيع بل هو نوع اباحة فى صورة المبايعة فالمالک يرضى بان يعطى المذكورات للمشترى[1] وياخذ الثمن ويصرفه. ولو اطلع وقت البيع واراد ان ياخذ الثمن من الملتقط جاز له اخذه.

قلت: هذا انكار لما استمر عليه الاعصار والامصار فانهم يعاملون معاملة البيع الصحيح مع الملتقطين مع علمهم بانهم ليسوا بمالک الانعام بل انما يلتقطون الجلات الملقاط من اموال الناس فى الصحارى وهكذا يلتقطون السنابل وامثالها. فعلم من جميع ذلک ان الله تعالى اباح المذكورات لعباده بعد اعراض اصحابها عنها. فعلى هذا يكون سبيلها سبيل ساير المباحات التى يحصل الملک فيها بالحيازة بقصد التملک.

١: اى يرضى المالک بان يعطى الملتقط المذكورات للمشترى.

وان قلت: نعم ولكن استصحاب الملك يقتضى بقاء حق المالك فيه مادام باقيا.

قلت: بعد ما ذكرته من الدليل لا يبقى معنى للاستصحاب اذ الاستصحاب لا يعارض الدليل. مع انه يمكن ان يق ان مناط حجية الاستصحاب انما هو الحاق الظن بالاعم الاغلب ولما كان الموضوعات مختلفة فى قابلية البقاء على مجرى عادة الله فيختلف زمان استصحابها بمقتضى استعداد موادها فيجرى حكم الاستصحاب فى كل فرد من افراد الموضوع على وفق ماثبت استعداد هذا النوع للقدر المعين من البقاء واستدامة ملكية مثل هذا المال لم يثبت فى الشرع فى مورد حتى يتعين عليه مانحن فيه، الحاقا بالاغلب. مع انه يمكن ان يق: ان فى مثل الحبوب التى دخل من باب الاتفاق بسبب تصاكك السنابل والاطلاق فى شقوق الارض وثقبها، انها ليست بمال حتى يق ان ملكية هذا المال مستصحب.

ويدل على ماذكرنا ايضا ان من البعيد من حكمة الله ورافته ترخيص عبده الضعيف فى جمع السنابل والحبوب فى غاية المحنة واللغوب من الصبح الى الليل وكك جلات الحيوانات، ثم تسليط المالك على ان ياخذ منه مجانا. على ان لنا ان نعتمد على ان الاعراض عن الملك يفيد الخروج عنه ايضا. سيما اذا كان الاعراض من جهة الياس لاعدم المالية. بل مع الثبوت فى صورة اليأس مع تحقق المالية العظيمة، يثبت فى صورة الاعراض لاجل الحقارة، بطريق الاولى.

ووجه الاستدلال ان الاصحاب ذكروا فى مسئلة البعير التى بقيت فى فلات لاجل كلاله انه تملكه الأخذ واستدلوا عليه **بصحيحة** عبدالله بن سنان عن ابيعبد الله(ع) قال: من اصاب مالا او بعيرا فى فلات من الارض قد كلّت وقامت وسيبّها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليه فانفق نفقته حتى احياها من الكلال ومن الموت، فهى له ولا سبيل له عليها وانما هى مثل[1] الشئى المباح. ويقرب منها غيرها من الاخبار. فان هذه الصحيحة ومافى معناها تدل على ان اعراض المالك وتركه ويأسه عن الانتفاع يجعل المال كالمباح فهو يجرى فيما نحن فيه بل وعلى سبيل الاولوية.

وصرح الاصحاب بكون الاعراض منشأ للخروج عن الملك فى غير موضع، منها مسئلة

١: وسايل: ج ١٧ ص ٣٦٥، ابواب اللقطة، باب ١٣ح ٢.

بيع تراب الصياغة قال في **المسالك:** ولو دلت القرائن على اعراض مالكه عنه جاز للصايغ تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها.

اقول: فالروايتان الدالتان على التصدق بثمنه محمولتان على مالولم يعلم اعراض صاحبه عنه قال في **الكفاية:** تراب الصياغة ان علم بالقرائن المفيدة للعلم ان صاحبه اعرض عنه جاز للصائغ تملكه كساير الاموال المعرض عنها خصوصا اذا كانت مما يسامح فيها عادة ولا يبعد الاكتفاء بالظن مع عدم قضاء العادات على خلافه. والا فان كان اربابها معلومين استحلهم اوردّه اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلابد من الاستحلال والا فالظاهر جواز بيعه والصدقة به لما رواه الكلينى(ره) عن على بن ميمون الصايغ قال: سئلت اباعبدالله(ع) عما يكسر من التراب فابيعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به فامالك واما لاهله. قال: قلت: فان فيه ذهبا وفضة وحديدا فباى شيئ ابيعه؟ قال: بعه بطعام. قلت: فان كان لى قرابة محتاج اعطه منه؟ قال: نعم[1]. وروى الشيخ فى الصحيح عن على بن الصايغ (وهو غير ممدوح ولا مجروح) قال: سالته عن تراب الصواغين و انا نبيعه. قال (عليه السلام): اما تستطيع ان تحله من صاحبه؟ قال: قلت: لااذااخبر به اتهمنى. قال: بعه. قلت: باى شئ نبيعه؟ قال: بطعام. قلت: فاى شئ اصنع به؟ قال: تصدق به امالك واما لاهله. قلت: ان كان ذا قرابة محتاجا فاصله.[2] قال: نعم. الى آخر ماذكره(ره). وقالوا فى مسئلة السفينة المتكسرة فى البحر ايضا: ان مايخرج بالغوص فهو لمن اخرجه وما اخرجه البحر فهو لصاحبه. وهذا هو المشهور بينهم واستدلوا عليه برواية الشعيرى، قال: سئل ابوعبد الله(ع) عن سفينة انكسرت فى البحر فاخرج بعضه بالغوص واخرج البحر بعض ماغرق فيها. فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لاهله، الله اخرجه. واما ما اخرج بالغوص فهو لهم[3] وهم احق. قال ابن ادريس فى السرائر (بعد نقل هذه الرواية فى اواخر كتاب القضاء) قال محمد بن ادريس وجه الفقه فى هذا الحديثان ما اخرجه البحر فهو لاصحابه وماتركه اصحابه ايسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لانه صار بمنزلة المباح ومثله من ترک بعيره

---

١ و ٢: وسايل: ج ١٢ ص ٤٨٥، ابواب الصرف باب ١٦ ح ١ و ٢.

٣: وسايل: ج ١٧ ص ٣٦٢، ابواب اللقطه باب ١١ ح ٢

من جهد فى غير كلاء ولاماء فهو لمن اخذه لانه خلاه ايسامنه ورفع يده عنه فصار مباحا، فليس هذا قياسا لان مذهبنا ترك القياس وانما هذا على جهة وانما هذا على جهة الثانى هكذا والمرجع فيه الى الاجماع وتواتر النصوص دون القياس والاجتهاد. وعلى الخبرين اجماع اصحابنا منعقد. انتهى.

اقول: ظاهر كلام ابن ادريس دعوى الاجماع على ان المال المأيوس منه والمعرض عنه كالمباح ويمكن ان يكون نظره فى الخبرين الذين ادعى الاجماع عليهما هو رواية الشعيرى والروايات الدالة على حكم البعير مثل **صحيحة عبد الله بن سنان** المتقدمة وذكروا فى مسئلة حفر البئر فى الاراضى المباحة لا بنية التملك بل لينتفع به انه لو عاد اليها بعد الاعراض انه يساوى غيره على المشهور. فمع ملاحظة هذه المقامات فى كلمات العلماء وملاحظة خصوص الاخبار والعلة المستفادة من **صحيحة عبدالله بن سنان** والاجماع المستفاد من كلام ابن ادريس لا يبقى مجال للتأمل فى ترجيح الخروج عن الملك بسبب الاعراض وسيما فى الشئى الدون.

والاستصحاب المذكور لوسلم صحة اجرائه فيه لا يقاوم ماذكر سيما مع ماعرفت ان الظاهر ان جواز التصرف اجماعى وادعاء كون ذلك من باب اباحة المالك لامن باب حيازة المباح مما ياباه العقول السليمة والاحلام المستقيمة فانا كثيرا مايحصل لنا العلم ،ان المالك لايخطر بباله تصرف الغير فضلا عن اباحته له بل انما يحصل منه نفس الاعراض فكيف يعتمد فى التصرف فى مال الغير على ماليس من باب الاذن الصريح ولا الفحوى ولا شاهد الحال. فان معنى شاهد الحال ان يشهد الحال برضاء المالك بتصرفه مع بقائه فى ملك المالك ولاريب انه مفقود فى اغلب موارد هذه المسئلة.

فلوفرض ان احدا جمع السنابل فى مزرعة احد بعد الاعراض عنه راسا على سبيل التدريج حتى يبلغ ثلثمائة منّ من الحنطة فالان علم المالك ان ملكه باق على تلك الحنطة فكيف يحصل العلم برضاه بتصرف الملتقط فى هذا المجموع سيما اذا اعتبر فى شاهد الحال العلم كما هو ظاهر الاكثر . نعم شاهد الحال يشهد برضاه فى الالتقاط ومحض الرضاء بالالتقاط لا يوجب الرضاء بالتصرف فى هذا المبلغ الخطير وهذا كله شاهد على انه خرج عن

ملكه بالاعراض. فتأمل بنظر دقيق وفكر عميق فان التمسك بالاستصحاب هنا من الاراء البادية والانظار العليلة الظاهرة لا من الافكار الفامرة.

هذا الكلام فى اثبات خروج المال المعرض عنه عن ملك المالك بالاعراض المترتّب عليه خروج الحب، المسئول عنه، عن مال مالكه. واما الكلام فى انه، ح، هل هو ملك من احرزه ورباه او ملك مالك الارض فهو وان اشير اليه فى تضاعيف الكلام ولكنه قد يستشكل فى ذلك من جهة كونه نماء ملك المالك فيكون كالحشيش النابت فيه ولا يجوز لاحد حيازته بل هو ملك مالك الارض. ومن جهة كونه شيأ مباحا دخل فى ارضه وتولد منه زرع فيكون كالطاير الوحشى المتعشش فى دار احد فانه يكون لمن احرزه لان ذلك ليس بمنزلة الشبكة الموضوعة لذلك حتى يصير ملك من نصبها فالمحيز المربى للزرع وان كان غاصبا فاعلا للحرام بسبب دخوله ملك الغير وتصرفه فيه لكنه لا يوجب عدم حلية المباح بالحيازة ولعل هذا اقرب وفى الكلام الذى نقلناه عن العلامة فى **التحرير** تنبيه على الوجه الاول، لان قوله«الا ان يكون صاحب البذر اسقط حقه» معناه ان الزرع ح ليس لصاحب البذر بل لصاحب الارض وهو موافق لما نقله فى **التذكرة** عن احمد. ويمكن ان يق: مراده(ره) من الاستثناء عن اول الكلام. فالمراد نفى كونه من صاحب البذر. فكيف كان فلابد من تقييده بمالم يكن هناك محيز آخر، غير صاحب الارض. وكك عبارة **القواعد.**

وبيان ذلك يعلم من كلامه(ره) فى **التذكرة:** فرع لوباع احد شجرة واقعة فى ارض مشاع بينه وبين غيره فقطع المشترى الشجرةوقطع اصوله وعروقه وبقى منها بعض العروق الصغار الغير المعتنى به ونبت منها دوى وجاء آخر فرباه حتى صارت شجرة فهل هو للمشترى؟ حيث انه نماء عروق شجرته. او من المحيز؟ او من جميع الشركاء فى الملك؟ او من البايع الاول؟ الاظهر ان كان المحيز تسقى تلك العروق ورباها قبل نبات الدوى منها فهو مال المحيز اذا علم اعراض المشترى، كما هو ظاهر الحال فى امثال ذلك. وان رباها بعد نباته وصيرورته شيأ له مالية فهو مال المشترى الا اذا علم منه الاعراض بعد النبات ايضا فيكون مال المحيز،ح، واما الشركاء فى الارض فلاحق لهم فى اصل الشجرة النابتة جديدا وكذا البايع الاول لانقطاع حقه عنه.

قال فی کتاب المزراعة: ولو زارع رجلا علی ارض او اجره ایاها فسقط من الحب الحاصل من الزرع فی تلک الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر لا لصاحب الارض الا ان یکون صاحب البذر اسقط منه حقه. انتهی. والنسخة التی نقلته منها مغلوطة والظاهر انها نسبت الیه.

وقال فی **القواعد** فی باب المزارعة: ولو تناشر من الحاصل حب فنبت فی العام الثانی فهو لصاحب البذر ولو کان من مال المزارعة فهو لهما. والله العالم باحکامه.

۲۳: سئوال: کنیز حامله را فروختن چه صورت دارد؟

جواب: بیع کنیز حامله در غیر ام ولد، اشکال ندارد واشکال در بیع ام ولد است ومراد از ام ولد ان است که نطفه منعقد شود در رحم او از مولای او، در حالی که در ملک مولی است، پس اگر نطفه قبل از دخول در ملک منعقد شده باشد به سبب عقدی یا وطی شبهه وبعد از آن کنیز را بخرد، ام ولد نمی‌شود، علی الاشهر الاظهر. ومشهور آن است که باید آن در حین انعقاد آزاد باشد، پس هرگاه صاحب نطفه در حین انعقاد نطفه مملوک شخصی بوده است وبعد از آن آزاد شده باشد هم ام ولد نمی‌شود. وهمچنین هرگاه آزاد بوده، ولکن شرط کرده باشد که ولد رق باشد. بنا بر مشهور. هرچند در نظر حقیر، این قول ضعیف است.

وبه هر حال بیع ام ولد جایز نیست هرچند مملوکهٔ مولی است ومی‌تواند او را به اجاره بدهد وشوهر بدهد وتحلیل کند وازاد کند، حتی از برای کفاره علی‌المشهور الاقوی. بلی جایز نیست بیع او مادامی که فرزند او زنده است یا در حکم زنده است، مثل آنکه در رحم باشد وهنوز روح به او داخل نشده باشد، مگر اینکه قیمت او در گردن مولی باقی مانده باشد وبه هیچوجه ادای او را نمی‌تواند بکند وبعضی شرط کرده‌اند در این شرط مولی را ودیگران اطلاق کرده‌اند، واین اظهر است وآنچه مشهور میان علما(وظاهر حدیثی که در آن وارد شده است، یعنی **صحیحهٔ عمر بن یزید**) تجویز همین صورت است لاغیر، لکن شهیدین(ره) صور دیگر هم نقل کرده‌اند، حتی اینکه در **شرح لمعه** بیست موضع نقل کرده.

۲۴: سئوال: هرگاه مالک به کنیز خود دخول کند، پیش از استبراء می‌تواند بفروشد یا

نه؟

جواب: واجب است بر بایع کنیز(هرگاه او را وطی کرده باشد وآن کنیز بالغ باشد) اینکه او را استبراء کند، یعنی بعد از دخول، دیگر با او جماع نکند تا یک حیض ببیند واشهر واظهر آن است که هرگاه در بین حیض، او را بفروشد همین حیض هم کافی است واگر تا به حال، حیض ندیده ولکن در سن کسی است که حیض می‌بیند، یعنی نه سال او تمام باشد چهل وپنج روز با او جماع را ترک کند وبعد از ان بفروشد، چنانکه بر مشتری هم واجب است که استبراء کند، به همین قدر، هرگاه بایع استبراء نکرده باشد. ولکن هرگاه بایع بعد از دخول و قبل از استبراء بفروشد بیع صحیح است، مگر اینکه ظاهر شود که حامله بوده است از مولی، در این وقت معلوم می‌شود که ام ولد بوده و بیع او فاسد بوده.

۲۵- سئوال: هرگاه زید، سه دانگ مزرعه را از عمرو، بخرد، چون خواهد تصرف کند، عمرو گوید که من سه دانگ از هفت دانگ فروخته‌ام و زید، بگوید که من سه دانگ از ششدانگ خریده‌ام که نصف باشد، چنانکه متعارف است، حکم آن از چه چیز است؟

جواب: اصل در تعیین بعض زمین مشاع و امثال آن، به این است که به لفظ نصف و ثلث و ربع، یا به جریب و قفیز و ذرع و امثال آن بشود. و اما سه دانگ، پس اصل در «حقیقت»بودن آن، مطلقاً، در نصف، در «عرف عام» ثابت نیست،[1] به جهت اختلاف شدید در زمینها و بلاد. پس به این سبب، جهالت در بیع به هم می‌رسد. خصوصا در وقتی که در خصوص مزرعهٔ مذکوره، اصطلاح تقسیم به هفت دانگ باشد. بلی هرگاه مصطلح اهل آن قریه در آن مزرعه بالخصوص تقسیم به شش دانگ باشد و بایع که از جملهٔ اهل آن قریه است، سه دانگ را بفروشد و مشتری هم همان اصطلاح را داند، یا

۱: مطابق نسخ، و ممکن است صورت جمله چنین باشد: پس اصل در «حقیقت مطلق» بودن آن، در نصف، در «عرف عام» ثابت نیست

آنکه نظر به غالب آنچه در ذهن اوست همان نصف است که مطابق مصطلح آن قریه است در آن مزرعه، ولکن بایع ادعا کند که مراد من سه حصه از هفت حصه بود از این مزرعه، در اینجا بایع، مدعی خلاف ظاهر است و ظاهر تقدیم قول مشتری است با یمین. والله‌العالم.

۲۶- سئوال: شیرماهی و بلغار و پوست قزاغی که از دست مسلم بگیرد در بازار مسلمانان، چه صورت دارد و همچنین ماقوت و بکرس[1]؟

جواب: همهٔ اینها در صورت مذکوره حلال و طاهرند.

۲۷- سئوال: عمرو، کنیزی به زید بفروشد و بعد از بیع، معلوم شود که کنیز حامله بوده است. بیع صحیح و لازم است یانه؟

جواب: شکی نیست در اینکه حمل، از جملهٔ عیوب است و خلافی در آن در نظر نیست و اجماع هم بر آن نقل شده، به جهت آنکه در معرض خطر و هلاکت است به سبب وضع حمل. پس اگر حمل ازمولی بوده است، بیع فاسد است، چون بیع امولد است. مگر اینکه از مواضعی باشد که بیع‌امولد، جایز باشد و هرگاه از غیرمولی باشد یا از مولی باشد در جایی که جایز باشد، پس خیار عیب، حاصل می‌شود و حکم آن، این است که مشتری مخیر است میان فسخ بیع و رد ثمن و میان آنکه نگاه دارد و ارش بگیرد. مگر در چند صورت که از جملهٔ آنها تصرف در مبیع است و اسقاط خیار و تبری از عیوب و غیر اینها که اینجا جای ذکر آنها نیست که در همهٔ آنها رد، ساقط می‌شود و در اکثر آنها ارش. و دلیل تسلط بر فسخ واضح است.

و اما دلیل نگاهداشتن و ارش گرفتن خفائی دارد، ولکن چون ظاهرا خلافی در مسئله در نظر نیست بلکه فی‌الجمله اجماع بر آن نقل شده و عبارت فقه‌الرضا هم دلالت بر تخییر میان آن دو امر دارد و همین قدر، در اثبات آن دو امر کافی است. و استثناء شده است از عموم در سقوط خیار عیب به سبب تصرف جاییکه کنیزی بخرد و وطی کند

۱: این سئوال قبلا نیز مطرح گردید و در اینجا تکرار شده است.

و معلوم شود که حامله بوده است که در اینجا گفته‌اند که مشتری می‌تواند رد کند به سبب عیب حمل، هرچند تصرف کرده است به وطی و نصف عشر قیمت آنرا هم میدهد بجهت احادیث معتبره بسیار که دلالت دارد برآن و مخصوص قواعد ایشان است، و این مشهور میان علماست و دعوی اجماع بر آن شده، ولکن بعض اصحاب حمل کرده‌اند اینها را بر صورتیکه حمل از مولی باشد تا با قواعد ایشان منافات نداشته باشد. بجهت اینکه بیع امولد فاسد است و وطی به کنیز غیر، واقع شده است پس اقلاً آنرا میدهد که در نصف عشر است و بعضی اخبار که عشر در آن وارد شده حمل کرده‌اند بر صورتیکه باکره بوده است هرچند بعید است که باکره حامله شود.

چنانکه کلینی هم در **کافی** روایتی به مضمون آن ذکر کرده است، بعد از آنکه روایت عبدالملک بن عمرو[1]، را در لزوم به نصف عشر نقل کرده گفته است: وفی روایة اخری ان کانت بکراً فنصف عشر قیمتها.

و بعضی تائید کرده‌اند این را باینکه در عبارت حدیث: «یردها علی‌الذی ابتاعها» است و این ظاهر در وجوب رد است و آن نمیشود الا در بیع امولد و در این، منع ظاهر، است. خصوصا اینکه بعضی صور بیع امولد که صحیح است در آنجا، وجوب، معنی ندارد، پس باید مراد قدر مشترک باشد یا آنکه مراد از آن، رخصت و اختیار باشد. چون غالب این است که مولی امولد را نمی‌فروشد. پس روایات اظهر خواهد بود در غیر امولد. والحاصل این حمل بسیار بعید است و با این همه اخبار مطلقه معتبره تخصیص قواعد مانع ندارد و با وجود اینکه بطلان بیع امولد موقوف نیست بر اینکه تصرف بعنوان وطی باشد که استثناء را مخصوص گردانیده‌اند به آن در فتاوی و اخبار. و دعوی اینکه متبادر از حمل کنیز این است که حمل از مولی باشد، ممنوع است، بلکه در اعصار و امصار ما خلاف آن متبادر است و همچنین دعوی اینکه عمل وطی محمول بر غالب است (چون اغلب و اظهر تصرفات مالک در کنیز، وطی است) بسیار بعید است، بلکه اغلبِ

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ٤١٦، ابواب احکام العیوب باب ۵ ح ۳ـ فروع کافی ج ۱ص ۳۸۹.

تصرفات، فرمان دادن و خدمت فرمودن است. و بهر تقدیر اظهر و اشهر و اقوی، عمل بر اطلاق اخبار است و الزام عشر و نصف عشر (با وجود آنکه در ملک خودش وطی واقع شده است علی‌الاشهر الاظهر فی‌زمان الخیار) تعبدی است. و شاید حکمت در آن تدارک استخفاف بعرض مالک کنیز باشد. و ذکر «عشر» محمول است بر سهو از نساخ که لفظ «نصف» ساقط شده باشد، چنانکه شیخ احتمال داده. یا محمول بر بکر باشد، هرچند بعید است، چنانکه از روایت کلینی(ره) مستفاد می‌شود.

۲۸- سئوال: هرگاه زید، باغ خود را بفروشد به عمرو، بشرط خیار فسخ بعد از انقضای مدت معینی، هرگاه رد مثل ثمن را در آن وقت معین، بکند. و بعد، از مشتری اجاره کند در مدت مزبوره بمبلغ معینی، آیا این اجاره صحیح است یانه؟ و بر فرض بطلان، ثمره، مال کیست؟ و عمل که مستأجر در آن کرده باشد مثل آبیاری و امثال آن اجرتی دارد یانه؟

جواب: اجاره اشجار و کروم بجهت منفعت میوه باطل است و ثمره مال مالک است، یعنی مشتری و عملی که مستأجر در آن کرده که موجر باعث آن شده باشد مثلا شرط کرده باشد که آبیاری را مستأجر بکند ظاهر اینست که هرگاه مستأجر جاهل به فساد معامله بوده است تواند اجرت المثل عمل را از او بگیرد و اگر عالم بوده نمی‌تواند.

سئوال: ربا در اهل تسنن جایز است یانه؟

جواب: حرام است.

۳۰- سئوال: صد تومان اشرفی به صدو بیست تومان پول سفید به وعده یکسال میفروشم، یا پول سفید را که ریال رومی یا قروش یا روپیه باشد به اشرفی میفروشیم به زیادتی. آیا این معامله صحیح است و حلال است یانه؟

جواب: در معاملهٔ طلا و نقره، قبض مجلس شرط است و معامله به وعده باطل است، اگر خواهند منتفع شوند به پول سیاه معامله کنند به وعده و در سر موعد، هرگاه

در عوض پول سیاه[1] چیز دیگر بدهند (به نهجی که در مسئله بعد خواهیم[2] گفت) باکی نیست. والله‌العالم.

۳۱- سئوال: در خصوص مبیع به بیع شرطی، آیا مشتری قبل از رسیدن ایام خیار به عنوان بیع لزوم و قطع به دیگری می‌تواند بفروشد یانه؟ و هرگاه بفروشد وقتی که بایع در زمان ایام خیار به رد مثل ثمن فسخ نمود، آیا مستحق عین مبیع خود می‌شود و بیع آن مشتری باطل می‌شود یانه؟

جواب: تصرفات مشتری که منافی خیار بایع باشد، صورتی ندارد و جایز نیست مثل اینکه بفروشد به کسی که دیگر بایع نمی‌تواند از او استرداد نماید بالمره آن مبیع را باطل و عاطل کند. و بعضی آزاد کردن بنده را جایز دانسته‌اند، یعنی هرگاه غلامی را به بیع خیار شرط، خریده باشد و در ایام خیار آزاد کند، می‌گویند عتق صحیح است و هرگاه بایع، فسخ بیع کند به رد مثل ثمن، قیمت سوقیه غلام را می‌گیرد.
واین قول مشکل است.

بلی هرگاه مشتری بفروشد ملکی را که خریده است بشرط خیار بایع، قبل از زمان فسخ بایع به رد مثل ثمن، و این مشتری جدید هم علم داشته باشد به این معنی، و به این نیّت بخرد که هرگاه بایع فسخ نکند لازم باشد و اگر فسخ کند به او رد کند و ثمن را از بایع ثانی استرداد کند، مانعی ندارد، بلکه ظاهر این است که به تصرف مشتری دادن در این ایام تا قبل رسیدن خیار، به نحوی که منافی خیار بایع اول نباشد هم مانعی ندارد، و به هرحال این بیع ثانی، لازم، خواهد بود نسبت به مشتری اول و متزلزل خواهد بود نسبت به بایع اول، وهرگاه مشتری ثانی جاهل باشد به بیع شرط بودن مبیع، هر وقت که مطلع شود مسلط است بر فسخ بیع و هرگاه مطلع نشود تا ایام

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و پاورقی ذیل آن.
۲: نگاه کنید به مسئله شماره ۳٦.

خیار منقضی شود و بایع اول هم فسخ نکند به رد مثل ثمن و مشتری ثانی راضی باشد به بیع ثانی صحیح است و لازم است.

و هرگاه فسخ کند بایع اول به ردّ مثل ثمن، پس مسلط است که مبیع را از مشتری ثانی بگیرد. و مشتری ثانی رجوع می‌کند به مشتری اول و ثمن را می‌گیرد و منافع مبیع در این ایام، مال هریک از مشتریان است که در تصرف او بوده است. پس حاصل جواب از صورت سئوال، این است که هرگاه مراد مشتری اول از بیع به عنوان قطع و لزوم آن باشد آن قطع و لزوم نسبت به خود اوست نه نسبت به بایع صاحب خیار، و مشتری هم عالم است و منشأ تضییع حق بایع نمی‌شود، پس حرمت این بیع مطلقا وجهی ندارد.

و اگر مراد او بیع قطعی نفس‌الامری است و چنین بفروشد به عنوان قطع که دست بایع را کوتاه کند، پس این بیع حرام است، ولکن بطلان او رأساً معلوم نیست، بلکه می‌گوییم که در این صورت هرگاه بایع ردّ مثل ثمن کرد و فسخ بیع کرد رجوع به مشتری ثانی و مبیع را استرداد می‌کند. و هرگاه نتواند استرداد کند غرامت آن را از مشتری اول یا مشتری ثانی می‌گیرد. و ظاهر این است که مشتری اول نمی‌تواند رجوع کند به مشتری ثانی در منافع مبیع، به جهت آنکه نهی از آن بیع از برای حق بایع اول بوده، نه از جهت او و او مال خود را با منافع آن تسلیم مشتری کرده بود، پس بیع نسبت به او باطل نبوده و هرگاه بایع اول ردّ مثل ثمن نکند بیع برحال خود خواهد بود و ظاهر این است که محتاج به اجازهٔ تازه از مشتری اول نخواهد بود. والله العالم.

۳۲ـ سئوال: شخصی از شخصی ده تومان گرفته به وعده یک سال به دوازده تومان تبریزی بی صورت شرعی به عنوان ربا، در سر وعده این شخصی که پول گرفته می‌گوید که انتفاع را نمی‌دهم رباست و ربا حرام است. آن شخص می‌گوید که می‌گیرم. آیا تسلط دارد که بگیرد یانه؟ آیا فرق دارد که هردو جاهل بوده باشند یا هردو عالم یا احدهما عالم دون دیگری یانه؟ و دیگر آنکه صاحب وجه می‌گوید که تو هم ده تومان بده به من یک سال نگه دارم بعد به تو بدهم، آیا تسلط دارد یانه؟

جواب: آن شخصی که پول را داده است در صورت مذکوره تسلطی ندارد بر آن شخصی که گرفته و به غیر اصل پول خود، مستحق چیز دیگر نیست و فرقی نیست مابین عالم و جاهل و تسلطی ندارد که بگوید توهم، ده تومان بده که یک سال نگه دارم.

۳۳ـ سئوال: آیا هر سئوالی حرام است یا مخصوص است به وقتی؟ و بر فرض حرمت، آیا اکل و تصرف در آن مال حرام است یانه؟

جواب: سئوال در وقتی حرام است که ضرورتی و احتیاجی به آن نباشد و از این جمله است سئوال گداهایی که قوهٔ کسب دارند و سئوال می‌کنند، اما دلیل بر حرمت آن مال که به سائل می‌دهند نمی‌دانم و حرمت طلب، مستلزم حرمت مطلوب نیست.

۳۴ـ سئوال: بیان فرمایند که بقای حجت بیع شرطی ازمتوفی و عدم رد مثل ثمن در ایام خیار، اگرچه وجه اجاره مبیع شرطی را، بایع شارط داده باشد، هرگاه بایع در دادن ثمن، مماطله نماید، آیا وارث را می‌رسد که مبیع شرطی را متصرف و اجرت‌المثل سنوات ماضیه آن را از بایع شارط مماطل بگیرد یانه؟

جواب: هرگاه کسی ملکی را بفروشد و شرط کند با مشتری که بعد از انقضای یک سال در ظرف ده یوم آخر مثلا اختیار از برای بایع باشد که هرگاه ردّ مثل ثمن به سوی مشتری نماید مسلط باشد بر فسخ بیع و هرگاه ردّ نکند بیع لازم باشد و خیار فسخ ساقط، و بعد از آن در مدت یک سال مزبور به اجاره بدهد مشتری، ملک مزبور را به بایع به مبلغ معینی، ظاهرا هم بیع صحیح است و هم شرط و هم اجاره.

در صورت مسئوله که رد مثل ثمن نشده باشد، ملک مال مشتری است و بایع را در آن، حقی نیست و اجرت‌المثل سنواتی که بایع مستأجر عدواناً در تصرف داشته باشد باید به سوی مشتری رد نماید. و چون در صورت سئوال، مغشوش و غیرواضح بود مفصلا نوشته شد. و این همه مراحل بعد از ثبوت مراتب مذکوره است به مرافعهٔ شرعیه. والله العالم.

۳۵ـ سئوال: در باب مبیع هرگاه ظاهر شود مستحقاً للغیر و مدتها گذشته باشد و

مالک، اصل ملک را با اجرت المثل ایام تصرف، گرفته باشد باید غرامت را چه نحو (قیمت حال یا اجرت المثل) مشتری از بایع می‌گیرد یا آنکه ثمن را؟ بیان فرمایند.

جواب: هرگاه مبیع مستحقاً للغیر برآید و مالک اجازهٔ بیع نکند می‌تواند مالک که رجوع کند به مشتری و عین را از او بگیرد و همچنین نماء متصل و منفصل آن را، و عوض منافعی را که از آن عین حاصل شده خواه عاید مشتری شده باشد و استیفای آن کرده باشد یانه، و قیمت آنچه برطرف شده از عین و نماء اگر قیمتی باشد و مثل آن را اگر مثلی باشد و قیمت آن را اگر مثل به هم نرسد. و اظهر این است که در قیمت مثلی قیمت آن روز را ملاحظه می‌کند که می‌دهد به مالک، به جهت آنکه تا آن روز مکلف است به رد مثل و چون در آن روز، متعذر است منتقل می‌شود حق او، به قیمت آن روز، به جهت دفع ضرر به رد کمتر از آن. و عدم دلیل بر لزوم اعلی القیم و همچنین سایر اقوال.

و اما، در قیمی، پس اقوی (نظر به قواعد) اعتبار قیمت روز تلف ، است، به جهت آنکه تا آن وقت مکلف بود به رد عین و در آن وقت که عین، تلف شد و متعذر شد رد آن، منتقل می‌شود به مساوی آن از قیمت، پس معتبر قیمت روز تلف، است. و این قول را شهید(ره) نسبت به اکثر اصحاب داده، هرچند مقتضای **صحیحه ابی ولاد**[1] اعتبار روز قبض است، یعنی همان روز که به دست مشتری آمده است. و این قول را محقق(ره) نسبت به اکثر داده است و خود اختیار کرده است. و اینها در وقتی است که تفاوت قیمتها به تفاوت قیمت سوق باشد.

و اما هرگاه تفاوت به سبب زیادتی عینیه باشد مثل آنکه حیوان چاق شود و بعد از آن، لاغر شود به‌سبب لاغری قیمت‌آن کم شود،یا به سبب زیادتی صنعت باشد ، مثلا آنکه غلام، صنعتی بیاموزد و بعد از آن فراموش کند، پس در آنجا اعتبار اعلی‌القیم می‌کنند و خلافی در آن نقل نکرده‌اند، بلکه ظاهراً در آن خلافی هم نیست.

۱: وسائل: ج ۱۷ ص ۳۱۳، ابواب الغصب باب ۱ ح ۱.ـ فروع کافی: ج ۵ ص ۲۹ ح ٦

و بعد از آنکه مالک رجوع کرد به مشتری به نهجی که مذکورشد پس مشتری رجوع می‌کند به بایع و آنچه به مالک داده از قیمت آن مبیع، از او پس می‌گیرد، هرچند بیش از آن قیمتی باشد که او را به بایع داده بود در حین خریدن مبیع، و همچنین رجوع کند به هر غرامتی که کشیده از برای مالک. بدون اشکال در آنچه منفعت عاید مشتری نشده و استیفای آن نکرده، مثل آنچه در عوض لاغرشدن حیوان به مالک داده و قیمت فرزند که از کنیز به هم رسانیده از جهت آنکه فرزند آزاد است و واجب است بر پدر، خلاص کردن آن به دادن قیمت آن و امثال آن. و اما منفعتهائی که عاید مشتری شده و مشتری استیفای آنها کرده و مالک عوض آن را گرفته، پس در رجوع کردن مشتری به بایع در غرامت آن، دو قول است و اظهر، جواز رجوع است به جهت آنکه بایع، او را مغرور کرده و او را مسلط بر مبیع کرده بود که منتفع شود بدون عوض و مشتری هم به این اعتقاد خریده بود.

پس الحال باید از عهدهٔ این نقصان برآید.

و این همه گفتیم در وقتی است که مشتری جاهل باشد به غصبیت مبیع و نداند که مال غیر است، و یا بایع ادعای اذن از جانب مالک کرده باشد در فروختن. و اما هرگاه مشتری عالم بود به غصبیت و عدم اذن از مالک و با وجود این، خریده باشد، پس مشهور علما این است که مشتری رجوع نمی کند به بایع، در آنچه داده. به جهت آنکه خود، دانسته مال خود را بی‌عوض به بایع داده.

و حق این است که این سخن، علی‌الاطلاق، خوب نیست. و حق، تفصیل است. چنانکه علامه در **مختلف** و **تذکره** ذکر کرده و آن تفصیل این است که: اگر آنچه داده موجود است و تلف نشده می‌تواند رجوع کرد و اگر تلف شده نمی‌تواند. به جهت اینکه انتقال مال دیگری محتاج است به ناقل شرعی، و مفروض فساد بیع است و ناقلی دیگر در میان نیست و ملک سابق مستصحب است. بلکه بعضی در صورت تلف هم اشکال کرده‌اند. بلکه قولی در جواز استرداد در آن، هم نقل کرده‌اند، هرچند بعضی دعوای اجماع بر عدم جواز رجوع، کرده‌اند در صورت تلف.

و این مطلب را در کتاب مکاسب **مناهج**[1] فی‌الجمله بسطی داده‌ام و حاصل تحقیق در آن، این است که: تصرف بایع در آن ثمن حرام است، ولکن مشتری هم نمی‌تواند رجوع کند و بعضی گفته‌اند که بایع مخاطب است به رد ثمن و بر مشتری حرام است مطالبهٔ آن. و آن عقوبت است از برای متوجه شدن بر فعل حرام. اما هرگاه بایع رد کند می‌تواند که بگیرد. و فرق میان آن و میان آنکه ما گفتیم این است که در آنچه ما گفتیم ضمان مال غیر، ثابت نمی‌شود، گو حرام باشد تصرف در آن به جهت آنکه از بابت اکل میته می‌شود، به جهت معامله. نه از بابت غصب مال غیر و اتلاف آن. و فهمیدن این مطلب موقوف است به تأمل صادق. والله الموفق.

۳۶ـ سئوال: در ولایت ما پول سیاه نمی‌باشد، اما ده تومان پول سفید می‌دهیم به دوازده تومان پول سیاه به وعده. آیا این معامله جایز است و در سر وعده پول سیاه را باز صلح می‌کنیم به پول سفید. این چه صورت دارد؟

جواب: هرگاه تحصیل پول سیاه از برای آن شخص ممکن باشد و به مصرف رساندن در آنجا یا در بلدی دیگر هم به جهت مشتری ممکن باشد و فی‌الحقیقه هم قصد خریدن پول سیاه را داشته باشد، گو در نظر نداشته باشد که در سر موعد هرگاه خواهد به پول سفید صلح کند، در این صورت، معامله صحیح[2] است به شرط تعیین وزن و وصف آن پول سیاه.

۳۷ـ سئوال: شخصی رفته است و از بلدی متاع بسیار آورده است از برای تجارت و در کاغذی «تفصیل»[3] نوشته است از برای قیمت آنها و می‌گوید که رأس‌المال را نمیدانم یا نمی‌گویم، ولکن به این قیمتی که در این کاغذ نوشته‌ام از قرار ده یک یا ده دو، به تو می‌دهم. آیا این معامله صحیح است یانه؟ و بعضی از احکام این مسئله و اقسام ذکر رأس‌المال و نفع بردن را بیان فرمایند تا دانسته باشیم.

۱: یعنی در بخش مکاسب، از کتاب مناهج.

۲: در ذیل مسئله شماره ٦، توضیح لازم داده شده و نیز نظریه ابتکاری امام خمینی را شرح دادیم.

۳: نوشته مشروحی که موارد مندرج در ان مورد به مورد جداگانه و بطور مشخص نوشته شود.

جواب: بدان که بیع، منقسم می‌شود از جهت اِخبار به رأس‌المال به چهار قسم،

اول: اینکه هیچ ذکر رأس‌المال نمی‌کند و می‌گوید این جنس را می‌فروشم به این قیمت و مشتری هم می‌خرد و این را «مساومه» می‌گویند.

دوم: اینکه: ذکر رأس‌المال می‌کند و به همان رأس‌المال می‌فروشد. این را «بیع تولیت» می‌گویند.

سوم: اینکه ذکر رأس‌المال می‌کند و بر زیاده بر رأس‌المال می‌فروشد. این را «بیع مرابحه» می‌گویند.

چهارم: اینکه ذکر رأس‌المال می‌کند و به کمتر از آن می‌فروشد. این را «بیع مواصفه» می‌گویند. و همهٔ چهار قسم صحیح است به شرط آنکه در زیادکردن وکم کردن از رأس‌المال، آنقدر افراط و تفریط نشود که اسراف و سفاهت لازم آید. بلکه باید غرض صحیح، در ضمن آن باشد. و بهترین بیعها، قسم اول است. و شرط است در این سه قسم آخر اینکه اگر به نسیه خریده باشد ذکر اجل و مدت را بکند به جهت آنکه اجل را هم قسطی از ثمن هست و بدون آن مشتری مغرور می‌شود و حدیث هم دلالت بر آن دارد. و هرگاه ذکر مدت نکند و بعد از آن مشتری مطلع شود، مقتضای قواعد ایشان و صریح فتوای بعضی، آن است که مشتری مختار است ما بین رد و فسخ معامله، و نگاه داشتن مبیع به تمام قیمت. همچنانکه هرگاه ظاهر شود که رأس‌المال را زیاد گفته بوده است که در آنجا نیز خیار هست و قول دیگر هم هست که مختار است مابین فسخ و ما بین اخذ مبیع با اسقاط زیادتی و اول اقوی است به جهت آنکه تراضی و عقد بر مجموع واقع شده. و احتمال بطلان هم هست به جهت آنکه تراضی واقع نشده، الا بر این نهج که رأس‌المال همین باشد که مذکور شده است. و قول اول اقوی است.

و دو حدیث معتبر هست فیمانحن فیه (یعنی در صورت ترک ذکر مدت) که دلالت دارد بر اینکه مثل آن مدت، ثابت می‌شود از برای مشتری. و صاحب **کفایه** اختیار کرده است عمل به آن را. و این دور نیست.

و باید که در این اقسام رأس‌المال و ربح، معلوم طرفین باشد و ظاهر این است که معلوم بودن بالقوه قریبه، کافی باشد، مثل اینکه می‌دانند که قیمت متاع ده تومان بوده است و بناهم، چنین گذارده که در هر تومانی، سی شاهی انتفاع بگیرد، ولکن جمع حساب را بالفعل نمی‌داند که چقدر می‌شود، ولکن هرگاه حساب کند معلومش می‌شود. و همچنین باید نقد معین باشد که چه پولی داده است در رأس‌المال، به جهت آنکه تفاوت میان پولها بسیار است. و همچنین وزن آن را معین کنند. و همچنین در صورتی که کمتر از رأس‌المال می‌فروشد.

و هرگاه عملی در متاع کرده باشد، مثل اینکه کرباس ناشور خریده بود به رأس‌المالی و بعد از آن، خود گازری آن را کرد، یا اجرت داد دیگری کازری کرده، باید بگویدکه به این قیمت خریده‌ام و این قدر ، عمل در او کرده‌ام. یا اینکه این پارچه به این قدر به من تمام شده است (یعنی مجموع رأس‌المال با اجرت عمل) و به این قدر زیاده یا کمتر می‌فروشم. و هرگاه متاعی را به قیمتی خریده باشد و معیوب برآمده باشد و ارش آن را پس گرفته باشد، باید در وقت ذکر رأس‌المال، آن باقیمانده قیمت را، بگوید نه قیمت اولی را. اما هرگاه بعد از بیع، بایع چیزی از قیمت را به او بخشیده باشد هرچند در زمان خیار باشد ضرور نیست که آن را کم بکند، بلکه جایز است که اصل رأس‌المال را بگوید.

وهرگاه غلامی (که خریده، بعد از خریدن) جنایتی بکند و آقا تاوان آن را بدهد، جایز نیست که این وجه را به رأس‌المال ضم کند. و هرگاه کسی بر غلام، جنایتی بکند و مشتری[1] تاوان بگیرد لازم نیست که از رأس‌المال چیزی کم بکند در برابر این، یعنی بگوید که چون این منفعت در برابر نفس این غلام حاصل شد، پس گویا قیمتی که من داده‌ام ماسوای مساوی این است و غلام به قدرمابقی قیمت بعد وضع ارش،به‌من نشسته است، به جهت آنکه در حکم کاری است که غلام، کرده باشد و دخلی به قیمت ندارد.

۱: یعنی: مشتری که اینک بایع است و غلام را می‌فروشد.

بلی : هرگاه به سبب جنایتی که به او رسیده، قیمت او کم شده باشد باید اعلام کند که من در وقتی که این غلام صحیح بود به این قیمت خریدم.

و هرگاه متاع بسیاری بر سر هم خریده باشد به قیمتی، جایز نیست که بعض آن را به بیع مرابحه بفروشد، هرچند قیمت کند در نزد خود، هریک را جداجدا، یا در خارج قیمت آن محقق شود منفردا. به جهت آنکه خریدن اجناس مجتمعاً تفاوت دارد با خریدن آن منفرداً، پس هرگاه هریک را بگوید به این قیمت خریده‌ام دروغ گفته است. و ظاهر آن است که فرق مابین متخالفه مثل جامه‌ها و متماثله مثل گندم و جو نباشد. و ابن جنید فرق گذاشته است. بلی هرگاه اعلام کند که من همه را یکجا خریده‌ام و بعد از آن قیمت کرده‌ام هریک را به آنچه می‌ارزد تا مطابق شود رأس‌المال بر جمیع، والحال هریک را می‌فروشم و اینقدر زیاده‌تر می‌خواهم از آنچه قیمت کرده‌ام، در این صورت اشکالی نیست و احادیث متعدده دلالت دارد بر آن، ولیکن ظاهر این است که این، دیگر بیع مرابحه نیست.

و مشهور این است که مکروه است که ربح را نسبت به مال[1] بدهد (یعنی به قیمت[2]) به این معنی که بگوید که من این متاع را می‌فروشم به ربح ده یک یا ده دو، و یا بگوید که این متاع، این قدر به من تمام شده است، یا به این قدر خریده‌ام و در این متاع، یک درهم یا دو درهم ربح می‌خواهم. و استدلال کرده‌اند به اینکه اول شبیه است به ربا. و اخبار بسیار هم هست که دلالت دارند بر منع از گفتن اینکه می‌فروشم دمـ یازده[3]، یا، دمـدوازده که دلالت آنها بر حرمت، ظهوری ندارد، بلکه ظاهر در کراهتند، بلکه از کلام آخوند ملااحمد(ره) ظاهر می‌شود منع دلالت بر کراهت نیز، به جهت آنکه مراد از آن اخبار ترغیب به بیع مساومه است و اعراض از بیع مرابحه. به جهت آنکه مساومه اسلم است از شبهات.

---

۱ و ۲: مراد «پول» است.

۳: در متن این اخبار لفظ فارسی «ده ـ یازده. دمـ دوازده» از زبان خود امام(ع) آمده است: وسایل، ج ۱۲ ص ۳۸۶- ۳۵۸ ، ابواب احکام العقود باب ۱٤ ح ۱، ۲، ۳، ٤، ۵. و ص ۳۷۸ باب ۸ ح ۱٤.

و حق این است که اخبار دلالت بر مذهب مشهور دارند، به جهت آنکه کسی ندیده‌ایم که قایل باشد به کراهت مطلق بیع مرابحه. پس اخبار محمول است بر این قسم مرابحه، چنانکه مشهور فهمیده‌اند. و شیخ(ره) قائل به حرمت شده و دلالت اخبار، بر حرمت، ممنوع است.

وهرگاه دانستی این اشکالات را در غیر بیع مساومه، پس اولی آن است که اختیار بیع مساومه کند و ترک ذکر رأس‌المال کند و هرگاه خواهد رأس‌المال بگوید احتیاط تمام بکند که آنچه مدخلیت دارد در کم و زیاد بودن قیمت ، آن را پنهان ندارد، مثل نسیه خریدن، چنانکه پیش گفتیم. و مثل آنکه معامله را با زن یا فرزند خود کرده باشد و امثال ایشان از کسانی که با ایشان مسامحه می‌شود در معامله. یا مثل آنکه می‌داند که در معامله مغبون بوده است، یا آنکه به جهت بی‌وقوفی یا دقت نکردن، گران خریده است و امثال اینها. و از این جمله است حیله‌ای که بعضی می‌کنند و چیزی را که خریده‌اند به قیمت کمتر، به نوکر یا فرزند خود یا زن خود می‌فروشند و بعد از آن، از او می‌خرند به قیمت بالاتر که در وقت گفتن رأس‌المال، این قیمت معاملهٔ دوم را بگویند و بر سر آن، ربح بگیرند و ظاهر این است که این، حرام است به جهت اینکه تدلیس است و گول زدن. و این در وقتی است که مقصود از معامله با آنها همین باشد. و اگر مقصود این نباشد و از راه دیگر هم کوتاهی نشده باشد ضرر ندارد.

پس هرگاه این مقدمات را دانستی، بدان که در صورت سئوال، هرگاه رأس‌المال را می‌داند دروغ نگوید که نمی‌دانم و هرگاه واقعا نمی‌داند رأس‌المال را، یا نمی خواهد بگوید و سرمشقی از برای خود، در آن «تفصیل»[1] قرار داده که از روی آن خواهد به ملاحظهٔ انتفاعی که ده یک، یا ده دو باشد بفروشد که حقیقت بر می‌گردد به بیع مساومه ضرر ندارد، ولکن بهتر این است که نگوید ده یک یا ده دو می‌خواهم، بلکه بگوید که در این متاعی که من قیمت آن را با نقد برآورد کرده‌ام که در کاغذ نوشته‌ام،

۱: این همان کلمه است که در متن سئوال آمده و شرح داده شد.

یک درهم انتفاع می‌خواهم، یا دو درهم انتفاع می‌خواهم، انشاءالله ضرر ندارد. والله‌العالم.

۳۸- سئوال: اصل در عقود صحت است یا فساد؟

جواب: بدان که صحت در عقود و معاملات، عبارتست از ترتب آثار شرعیه بر آنها و اینکه می‌گویند که اصل در معاملات، صحت است، چند معنی احتمال دارد.

یکی این است که: اصل، این است که هر عقدی بر او اثری مترتب می‌شود، هرچند بالخصوص در جواز آن و حکم به ترتب ثمره بر آن از شارع نرسیده باشد و این، غلط است جزماً، به جهت آنکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع برسد. پس به مجرد جعلِ هرکسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد و آنکه درکلام بعض فقها در مقام استدلال بر جواز و صحت بعض معاملات مذکور است که اصل جواز است، سهو است.

و ممکن است که مراد ایشان در آنجا از اصل، عمومی باشد که شامل آن معاملهٔ مخصوصه باشد. یا اصل برائت ذمه است از حرمت نقل احدهما مال خود را به دیگری، هرچند لزوم آن ثابت نباشد. یا اصل جواز تکلم به این کلمات است بدون آنکه حکمی بر آن مترتب شود، و هکذا.

و عموم «اوفوابالعقود» و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هرچه هرکس خواهد اختراع[1] کند. و آنچه به فهم حقیر رسیده در معنی مثل «اوفوا بالعقود» و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی است، اگر وجوب و لزوم است بر سبیل وجوب، مثل بیع و اجاره، واگرنه بر سبیل جواز شرکت و مضاربه، نه آنکه واجب باشد وفا به هر عقدی الا ما اخرجه الدلیل و تحقیق آن را در بعضی رسایل کرده‌ام.

و دوم این است که: الفاظ که در عقود، تلفظ به آن می‌شود، اصل این است که اعتنا به آنها بشود و از کلمات صبی و نائم و هاذل نیست. پس بنابراین، هرگاه عقدی

۱: بنابر این و مطابق این نظریهٔ مرحوم محقق قمی معاملاتی از قبیل بیمه و سرقفلی باطل است. این همان موضوع مهم «امضائی» و «توقیفی» است که در ذیل مسئله‌ای از جلد اول بیان گردید.

مردد باشد میان آنکه فضولی باشد یا متاصل، هردو صحیح خواهد بود و نمی‌توان گفت که فضولی، صحیح نیست، به جهت آنکه فضولی معتنی‌به است[1] و این احتمال بسیار دور است که اراده شود از این لفظ.

احتمال سوم که دایر در السنهٔ فقهاست، این است که: اصل این است که هر عقدی از بالغ عاقل سرزند، بر او آثار آن عقد مترتب می‌شود و مراد از لفظ «اصل» در اینجا «ظاهر» است، یا قاعده، یا استصحاب بقا، یا استصحاب عدم طروناقض بر سبیل منع خلو. و گاه است که هرسه[2] در یکجا جمع شوند. و گاه است یکی از آنها مراد باشد. و گاه است دوتا مراد باشد. و علی ای تقدیر، مراد این است که راجح در عقد، صحت است، خواه رجحان از محض «ظهور» باشد، هرچند ظهور از غلبه و قراین حاصل باشد یا به سبب ظن استصحابی حکم به صحت شود، یا به سبب قاعده که از عقل و نقل مستفاد شده باشد.

پس بنابراین، رجحانِ صحت در مقابل «اصل عدم ترتب آثار» است که با لذات مقدم است بر صحت و ترتب آثار. و رفع آن، محتاج به دلیل است. پس اصل در معاملات [در] حقیقت فساد است که مطابق «عدم ازلی» است و محض عدم دلیل بر صحت، دلیل است بر آن، و دیگر احتیاجی به دلیل ندارد، پس معارضه در این مقام مابین اصل و ظاهر، است. و تحقیق کلام در ترجیح مابین اصل و ظاهر، و تفصیل آن، و بیان مقامات آن، محتاج است به بسط زیادی که اینجا مقام آن نیست و در **قوانین** فی‌الجمله بسط داده‌ام، و همچنین در بعضی رسایل. و ظاهر این است که در کلام بسیاری، خلط واقع شده باشد.

۱: این جمله دلیلی است که میرزا برای سخن خودش می‌آورد. و ممکن است لفظ «نیست» صحیح باشد در این صورت دلیل نظریه‌ای است که میرزا آن را رد می‌کند با اینکه سبک قلم میرزا با صورت دوم بیشتر سازگار است لیکن از نظر معنی، صورت اول صحیح به نظر می‌رسد.

۲: یعنی: ظهور، قاعده و استصحاب. استصحاب بقا، استصحاب عدم طروناقض را یکی حساب کرده است وگرنه رقم چهار صحیح می‌شود.

و مجمل تحقیق به مقتضای فهم قاصر این است که: در جاهایی که ادلهٔ خارجه قائم شده بر تقدیم اصل بر ظاهر، مثل مسائل طهارات حدثیه و خبثیه و نجاسات و احداث. یا بر تقدیم ظاهر، چنانکه در بینه و در ظن مصلی و عدم اعتنای به شک بعد از دخول در فعل دیگر، یا بعد از فراغ از نماز و امثال آن، اعتماد بر ادلهٔ خارجه است و ثمره در نزاع نیست. و اما، در موارد مختلف فیه، مثل غسالهٔ حمام و طین طرق بعد سه روز و امثال آن. و همچنین در بسیاری از عقود و معاملات که اشاره به آن خواهیم کرد که بعضی ظاهر را مقدم داشته‌اند و بعضی اصل را (ونظر ایشان به دلیل خاصی که مطابق احد طرفین باشد دون دیگری، نیست) باید معیار در ترجیح، غلبهٔ ظن مجتهد باشد. پس ما چند مثال از برای تو می‌گوییم که بصیرت در مطلب حاصل کنی:

یکی اینکه: فقها اختلاف کرده‌اند که هرگاه بایع و مشتری نزاع کنند و بایع بگوید که من وقتی که این عین را به تو فروختم صغیر بودم و مشتری بگوید که من وقتی که خریدم تو کبیر بودی. یا بالغ با جنون ادواری، بگوید که من در حال جنونم این را به تو فروختم و مشتری گوید که تو در حال افاقه فروختی. مشهور تقدیم قول مدعی صحت است و بعضی مقدم داشته‌اند مدعی فساد را. چنانکه ظاهر علامه در **ارشاد** است در کتاب حجر.

و حقیر در اینجا تفصیلی داده‌ام و چون فهم این مطلب موقوف است به تمهید مقدمه، ما آن را مقدم داریم و می‌گوییم که معنی قول ایشان که ظاهر در عقود و راجح در عقود صحت است، چنانکه پیش اشاره کردیم، خالی از چند وجه نیست:

یکی این است که عقدی که واقع شده در آن نزاع شود که آیا بر طریقهٔ مستمرهٔ بین مسلمین است تا خلاف آن ظاهر شود، مثل اینکه یکی بگوید که من مال خودم را فروختم به تو که قیمت آن، خمر بدهی و آن دیگری می‌گوید که من خریدم که در قیمت آن،سرکه بدهم. پس بایع می‌خواهد عقد را فاسد کند و ادعای او راجع می‌شود که دو مسلمان، هر دو معصیت کرده‌اند، یکی خودش در زمان سابق از حال تکلم و یکی مشتری. و اجماع و اخبار (که دلالت می‌کند بر اینکه اقوال و افعال مسلمین را باید

حمل بر صحت کرد) اقتضای تقدیم قول مدعی صحت، می‌کند و این معنی، قاعدهٔ کلیه است مستنبط از ادلهٔ شرعیه. پس قاعده اقتضا می‌کند تقدیم قول مدعی صحت، را. و از این راه می‌تواند شد هم که بگوییم که نادر است که مسلم، خمر را خرید و فروش کند و غالب عدم آن است. پس ظن غلبه، ملحق می‌کند مانحن فیه را به غالب. که رجحان در اینجا از غلبه حاصل می‌شود. و این مثال که ذکر کردیم از برای جایی است که مثل خمر، ملک مسلم نمی‌شود و گو، ملک کافر شود. و گاه است که دعوی از سر چیزی بشود که ملک تعلق به او نمی‌گیرد مطلقا. مثل اینکه بگوید فروختم این را به آزادی. و دیگری بگوید که خریدم به بنده. و کلام در این هم ظاهر است.

و این مسئله نیز مختلف فیهاست، چنانکه از **تمهیدالقواعد** ظاهر می‌شود و اجماعی بودن حمل قول و فعل مسلم، بر صحت، منافات باخلافی بودن این مسئله ندارد، به جهت آنکه اجماع در وقتی است که قول مسلم دیگر، معارض آن نباشد و در مانحن فیه چنین نیست. ولکن چنانکه اشاره کردیم چون یکی از آنها فعل دو مسلم را حکم به بطلان می‌کند و دیگری فعل یکی را، پس اولی تقدیم قول اخری است.

دوم این است که: نزاع شود بر سر استمرار عقد، مثل اینکه هر دو متفقند بر عقد بیع، ولکن یکی مدعی است که بعد از عقد، قبل از تفرق مجلس فسخ کردیم و دیگری منکر باشد، که ظاهر (بسبب استصحاب حکم عقد و عدم فسخ) صحت عقد است. پس مدعی صحت را از این جهت مقدم می‌داریم و [در] حقیقت در اینجا اصل و ظاهر متطابقند، به جهت آنکه اصل چنانکه بر استصحاب عدم ترتب آثار، اطلاق می‌شود بر استصحاب بقای ماسبق هم، اطلاق می‌شود. پس هرگاه علاوه بر این هم ظن حاصل باشد به مقتضای آن، اصل و ظاهر، متطابق می‌شوند و خلافی در این مسئله در نظر نیست.

سوم آنکه: بعد از وقوع عقد، احدهما بگوید که عقد در حال «کبر» بود و دیگری بگوید در حال «صغر» بود. و همچنین در جنون و افاقه در مجنون ادواری، پس مدعی کبر و افاقه را مقدم می‌دارند، به جهت آنکه ظاهر این است که معامله در آن حال واقع

شده، نه محض اینکه ظاهر حال مسلم عدم فسق او است و با فقد آن، شرط صحت، که عقل و بلوغ است، معامله نکرده، به جهت آنکه گاه است که از روی سهو و غفلت شده، نه به قصد عصیان و مخالفت، بلکه از راه اینکه غالب‌الوقوع در میان مردم این است که معامله در حال کبر و افاقه است.

و تو دانستی که در این مسئله نیز خلاف است. بعضی ظاهر را مقدم داشته، حمل بر صحت کرده است. و بعضی اصل را، یعنی اصل عدم تحقق عقد شرعی و عدم ترتب آثار، را، و تحقیق در نزد حقیر، در مثل اینجا تفصیل است که مآل آن به تفاوت مقتضای ظن مجتهد، است. و مقامات مختلفند. پس هرگاه تاریخ معامله معلوم نباشد و هر دو متفق باشند در اینکه اگردرحال کبر بوده، درحالی بوده که کبر اتفاقی طرفین باشد و همچنین اگر در حال صغر بوده، در وقتی بوده که هر دو متفق بوده باشند در صغر، و عدم بلوغ. پس حکمِ الحاق به غالب و حصول ظن، وجیه است. اما هرگاه تاریخ معلوم باشد و می‌دانند هردو که در وقتی که معامله شده که بایع، مراهق مشکوک‌البلوغ بوده، لکن احدهما مدعی است که در آن وقت، بلوغ و رشد، حاصل شده بود و دیگری منکر است. الحال ادعای اینکه چون غالب صدور معاملات است از بالغ رشید، پس باید حکم کرد که این در آن حال، بالغ و رشید بوده، مشکل است. به اعتبار آنکه اگر ملاحظهٔ مثل معاملهٔ تخم و گردو و نان و امثال اینها را می‌کنیم غلبه در غیر صغیر معلوم نیست و اگر مثل باغ و ملک و امثال آنها را می کنیم در نوع مراهقین غلبه نیست که ظن، اینها را هم ملحق به آن کند، یعنی اصل معاملهٔ اینها در این نوع اعیان غلبه ندارد، چه جای آنکه غلبهٔ وقوع اینها را در حال کبر معلوم کرده باشیم، تا متنازع فیه را بر آن حمل کنیم. پس در اینجا فرق باید گذاشت و باید تابع ظن شد. و همچنین در مثال پیش.

و از جمله مواردی که به سبب ملاحظهٔ مقام، ظن مختلف می‌شود، در مسئلهٔ «تعارض اصل و ظاهر» که باید ملاحظهٔ ظن را کرد، آن است که هرگاه کسی بیند مصلی را که واجبی از واجبات نماز را ترک کرد، یا لحنی در قرائت کرد، یا کلمه‌ای را حذف کرد. در وجوب تنبیه او، حکم مختلف می‌شود به سبب اختلاف حال مصلی. پس

هرگاه مصلی از اهل معرفت باشد، ظاهر این است که سهواً باشد، نه از راه جهل که واجب می‌شود نهی از منکر، هرچند اصل، عدم معرفت است. و هرگاه از اهل معرفت نباشد و ظاهر حال او، نادانی باشد، واجب می‌شود تنبیه، به جهت اینکه اصل وظاهر، درآن متطابق است.

و از جمله مواردی که به جهت ظن مجتهد اختلاف واقع می‌شود و مقام بر آن مختلف می‌شود در حکم، فرقی است که شهید ثانی(ره) در **مسالک** گذاشته در مابین اینکه: بعد بیع سلف و تفرق مجلس اختلاف کنند مبتاعین در اینکه قبض ثمن، قبل از تفرق شده یا بعد. و اینکه اختلاف کنند در این صورت در اینکه: اصل ثمن، قبض شده است یانه. و در اول حکم به تقدیم قول مدعی صحت، کرده به جهت استمرار عقد و تعارض و تساقط اصلین، یعنی اصل عدم قبض قبل از تفرق و اصل عدم تفرق قبل از قبض. در ثانی مدعی فساد را مقدم داشته به جهت آنکه اصل عدم قبض است.

و آنچه به فهم حقیر می‌رسد این است که: هرگاه بنا را به ظهور صحت فعل مسلم بگذاریم بنا بر غلبه (هرچند از راه عصیان و فسوق نباشد، به جهت آنکه محتمل است که ترک شرط از راه سهو و نادانی باشد) پس در هردوجا باید بنا را به صحت بگذاریم، به جهت آنکه چنانکه اصل «قبض» شرط صحت است، «قبل از تفرق» هم شرط صحت است.

پس چنانکه حمل قبض را بر صحیح می‌کنیم تا حمل عقد بر صحیح شده باشد در اینجا هم اصل عقد را بر صحیح حمل می‌کنیم. و اصل عدم تحقق شرط نسبت به هر دو مساوی است، به جهت آنکه شرط صحت، قبض قبل از تفرق است، نه مطلق قبض. پس فرق گذاشتن ایشان در صورت نزاع در اصل قبض، و نزاع در صورت اولی، راهی ندارد. و اینکه فرموده‌اند «که فی‌الحقیقه نزاع در صحت عقد نیست، بلکه نزاع در طاری شدن مفسد است و آن ثابت است در صورت ثانیه به مقتضای اصل، به خلاف صورت اولی به جهت تساقط اصلین» مشکل است، بلی صحت در صورت اولی اظهر است. پس مجتهد در هر مقام باید ملاحظه کند که ظاهر اقوی است یا اصل؟

گاه است که اصل، مقتضی استصحاب بقاست که مفید ظن است که راجح است بر این ظنی که از ظاهر به هم رسیده از راه قراین، به جهت ضعف آن قرینه که در ظهور به آن، اعتماد شده.

و بدان که هرجا که عمل به قاعدهٔ یقینی اجماعی است، مثل طهارات و نجاسات، آنجا حکم الله تعالی ظاهر قطعی است که تعبداً مقدم داشته شده است. و هرجا که اجماع و دلیل قطعی در ظرف قاعدهٔ یقین که مطابق اصل است نباشد باید تحصیل ظن به حکم‌الله نفس‌الامری، کرد چنانکه مقتضای اجتهاد است پس (در) حقیقت نزاع مابین تقدیم دو شیء است که مفید ظن به نفس‌الامر، می‌توانند شد. باید دید که کدامیک اقوی هستند، به او عمل باید کرد.

و توضیح این مطلب، این است که قواعد اصولیین، قاعدهٔ یقین است. یعنی لزوم عمل به مقتضای آنچه یقیناً ثابت شده است و عدم جواز نقض آن، مگر به یقین. و این مستفاد است از اخبار معتبرهٔ بسیار و فرق مابین این و استصحاب، این است که در استصحاب ظن به بقای حکم اول مأخوذ است، خواه به سبب محض ثبوت در اول باشد، یا به علت آنکه غالب درآنچه موجود شده، بقاست وظن الحاق به اعم اغلب می‌کند. و در این قاعده همان به عدم یقین به رافع اکتفا می‌کنند و دیگر ظن بقا را اعتبار نمی‌کنند، چنانکه در مسائل طهارت هویداست و اخبار هم درخصوص آنها وارد شده مثل «کل ماء طاهر حتی یعلم انه قذر» او «کل شئ نظیف حتی تعلم انه قذر» و چون مجتهد بنای او در احکام تحصیل ظن به حکم‌الله نفس‌الامری، است، پس تحصیل ظن به حکم نفس‌الامر، در صورت عمل به قاعدهٔ یقین، مشکل است.

پس می‌گوییم شارع تعبداً چنین قرار داده که لازم باشد عمل به مقتضای یقین سابق تا یقین برخلاف آن به هم رسد. و چون ظن مجتهد قائم مقام یقین است، پس در جایی که ظن او در برابر این قاعدهٔ یقین بیاید یقین را به ظن او می‌شکنیم، پس از این جهت، ظاهر را بر اصل مقدم می‌داریم. پس می‌گوییم که تعبداً عمل به مقتضای یقین سابق مقدم است بر عمل به مقتضای ظن، الا در ظنون مجتهد. و بعد از آن، تخصیص

می‌دهیم ظن مجتهد را در مسائل طهارات، مثلا از مواضعی که اجماع و اخبار دلالت بر عدم اعتبار ظن مجتهد به نفس‌الامر آنها دارد، هرچند ظن مجتهد به نجاست از راه غلبه و قراین به هم رسد که باز عمل به آن نمی‌کنند. پس ظن مجتهد را هم تخصیص می‌دهیم به غیرظنی که در امثال طهارات و نجاسات باشد. و چون در مسائل تنازع در عقود، اجماع و دلیل قاطعی برتقدیم قاعده یقین نیست (چنانکه در طهارات و نجاسات هست) آنها را بر حال خود گذاشته به مقتضای تخصیص اول در آنها عمل می‌کنیم و به هرحال، مجتهد باید هشیار و باخبر باشد و در مقامات تعارض صحت و فساد آنچه اقوی شد از حیثیت حصول ظن، آن را اعتبار کند.

پس هرگاه به سبب قاعدهٔ یقین، ظنی از برای او از جهت استصحاب حاصل شد، اقوی از آن ظنی که از غلبه و قراین‌حاصل شده، آن را مقدم می‌دارد و اگر این طرف غالب باشد، این را اعتبار می‌کند واگر اعتبار ظن مجتهد را قطع نظر از دلیل خاص کرده، از نظر نیندازیم، دیگر نزاع در مسئلهٔ تعارض اصل و ظاهر، باطل و عاطل خواهد بود، به جهت آنکه عمل به مقتضای ادلهٔ مطابق هریک از طرفین، عمل به مقتضای جمع بین الادله و ترجیح بین آنهاست، نه از راه تقدیم ظاهر بنفسه بر اصل یا بالعکس. و مراد ایشان، اعتبار این دو چیز است بنفسه. و این از جملهٔ اموری است که دلالت دارد بر آنکه بعد از انسداد باب علم، اصل جواز عمل به ظن است از برای مجتهد، الا مااخرجه‌الدلیل، چنانکه در **قوانین**، بسط زیادی در آن مسئله داده‌ام و هرگاه بصیرت بیشتر طلبی، رجوع به **قوانین** و سایر رسایل کن. و از مسائل آنها همه بهتر این است که به جناب اقدس الهی منقطع شده رفع اشکال بخواهی که این مسئله از مشکلات مسائل و مهمات فقه است و کلام فهول، در آن خالی از اجمال نیست. والله الموفق بحقایق احکامه.

۳۹ـ سئوال: در صورتی که بیع به عمل آمد، عدم قبض ثمن و اقباض مثمن و عدم تصرف مشتری، هر سه شرط، موجب خیار است (بعد از سه یوم) یا احدهما کافی است؟ مسئله را با مأخذ و دلیل بیان کنند.

جواب: سئوال را خوب نفهمیدم، ولکن بدان که هرگاه کسی چیزی فروخت و تسلیم مشتری نکرد و قیمت را هم نگرفت و شرط تأخر ثمن نکرد، پس آن بیع لازم است تا سه روز، پس اگر مشتری قیمت را آورد، مبیع ملک لازم او می‌شود و اگر نیاورد، بایع اختیار دارد که فسخ بیع کند. پس هرگاه یکی از این شروط، مفقود باشد خیاری نیست از برای بایع و لزوم بیع در سه روز اول ظاهرا اجماعی است، چنانکه تصریح به آن کرده‌اند . چنانکه عدم لزوم بعد از سه روز در صورت مذکور هم ظاهرا اجماعی است و - احادیث معتبره دلالت بر هر دو دارد.

بلی خلاف دارند در اینکه آیا بیع، باطل می‌شود بعد از سه در صورت مزبور، یا آنکه صحیح است و بایع، خیار فسخ دارد. مشهور، قول دوم است و قول اول را ابن جنید(ره) و شیخ(ره) در **مبسوط** نقل کرده‌اند و ابن فهد(ره) و بعض دیگر از متأخرین ، مثل آخوند ملااحمد(ره) و صاحب **کفایه**(ره) گفته‌اند که ظاهر اخبار بطلان است، ولکن اصحاب حمل کرده‌اند روایات را بر نفی لزوم. و اظهر در نزد حقیر این است که اخبار هم ظهوری در بطلان ندارند. پس ما، دو حدیث را ذکر می‌کنیم تا حقیقت حال، ظاهر شود. یکی **صحیحه زراره**از حضرت باقر(ع): قال قلت له: الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعه عنده یقول حتی آتیک بثمنه. قال: ان جاء بثمنه فیما بینه و بین ثلاثة ایام والا فلابیع[1] له.

دوم: **صحیحه علی بن یقطین**، انه سئل اباالحسن(ع) عن الرجل یبیع المبیع ولا یقبضه صاحبه ولا یقبض الثمن. قال: الاجل بینهما ثلثة ایام فان جاء قبض بیعه والا فلابیع[2] بینهما. و وجه ظهور اخبار در لزوم نه بطلان این است که بی‌شک و شبهه، بیع تا سه روز متحقق بود، یعنی اثر او، والا خود بیع همان نقل و انتقال ساعت اولی است و آنچه باقی است اثر اوست نه نفس او، واگرچه اقرب، مجازات[3] بودن «نفی

---

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۷- ۳۵۶، ابواب الخیار باب ۹ ح ۱ و ۳.

۳: اصطلاح «مجازات» در اینجا نوعی استخدام از مبحث ادبی «کلم مجازات» است.

صحت» از برای «نفی حقیقت» بطلان را برساند، در مثل «لا صلوة الا بفاتحة الکتاب والا بطهور» به جهت آنکه مراد، بطلان در اول امر است، لکن قرینه مقام [دلالت دارد] که در اینجا مراد، نفی صحت از اول امر، نمی‌تواند بود. چنانکه گفتیم.

پس باید حمل بر نفی اثر کرد و اگر چه نفی جمیع آثار انسب است به این عبارت، از نفی لزوم فقط، لکن استصحاب بقای اثر مرجح ارادهٔ نفی «اثر فی‌الجمله» است که نفی لزوم باشد. باوجود آنکه در احادیث بسیار مذکور است که «فلابیع له» یعنی اثر از برای مشتری نیست، و این مثل صریح است در اینکه اثر بیع از برای بایع برجاست.

و اما **صحیحهٔ** علی‌بن یقطین که در آنجا که «فلابیع لهما» فرموده، هرچند دلالت او بر اینکه ما گفتیم اخفی است لکن بعد از تأمل و ملاحظهٔ سیاق کلام که غرض بیان این است که آیا مشتری می‌تواند مبیع را گرفت یانه/؟، دلالت می‌کند بر اینکه مراد این است که نفی بیع بینهما، از راه عدم لزوم است از جانب مشتری بقرینهٔ سایر اخبار- فان کلامهم یفسر بعضه بعضاً- و بر فرضی که این معنی مسلم نباشد هم می‌گوئیم که روایت علی‌بن یقطین مقاومت با اخبار کثیره، نمی‌کند. خصوصا با اتفاق اصحاب بر فهم نفی لزوم، دون بطلان. و این مطلب را به ظاهر کلام **ابن جنید** و **شیخ** نسبت داده‌اند، نه به صریح آن. پس احتمال بطلان، باطل است.

و تفصیل کلام در شروط این نوع خیار و احکام آن، این است که: در این نوع خیار چند شرط است:

اول: آنکه مبیع عین باشد و چیزی نباشد که در ذمّه باشد، چنانکه اخبار ظاهر در آن است و ابن فهد نیز تصریح به آن، کرده.

دوم: اینکه بایع قیمت را نگرفته باشد.

سوم: آنکه مبیع را تسلیم مشتری نکرده باشد.

و مراد از قبض ثمن و اقباض مبیع، قبض و اقباض مجموع هر یک از آنها است، پس به قبض دادن بعض مبیع، یابه قبض گرفتن بعض ثمن فایده ندارد. به جهت آنکه لفظ

ثمن و مثمن که در حدیث است حقیقت در مجموع آن است، نه در بعض. پس هرگاه جمیع مبیع را تسلیم کرد یا مجموع قیمت را گرفت، دیگر اختیاری نیست. و شرط است در مانع بودن قبض از خیار، اینکه قبض به اذن مالک باشد. پس هرگاه بدون اذن قبض کرده باشد به آن، خیار باقی است. و همچنین هرگاه ثمن مستحق غیر، (نیز) برآید، آن هم در قبض کافی نیست ظاهرا، و همچنین بعض ثمن. و تصریح کرده است به این، شهید ثانی(ره).

و بدان که بعد از گذشتن سه روز هرگاه بایع مطالبهٔ ثمن کند، خیار او ساقط نمی‌شود. به جهت استصحاب و اطلاق اخبار. و هرگاه مشتری بعد سه روز قیمت را بدهد پیش از آنکه بایع فسخ کرده باشد، پس در آن، خلاف است. و اظهر در اینجا نیز بقاء خیار است به جهت استصحاب. و علامه(ره) قایل شده به لزوم، به جهت ارتفاع ضرر و زوال سبب خیار، و آن ضعیف است.

چهارم: آنکه بیع حال باشد یعنی شرط تاخیر دادن مبیع به مشتری، یا گرفتن قیمت از او، به وقت معینی نشده باشد هرچند یک ساعت باشد. و این شرط نیز ظاهر روایات است. و اعتبار غیر این صورت خلاف اصل، است. و در حکم خلاف اصل، باید اکتفا کرد در آنچه نص در آن دلالت دارد.

و بدان که اکثر اصحاب فرقی نگذاشته‌اند در این مسئله مابین حیوان و غیرحیوان. ولکن شهید(ره) و ابن فهد از صدوق (ره) نقل کرده‌اند که در **مقنع** گفته است که مدت تاخیر در کنیز یک ماه است. چنانکه روایت علی بن یقطین دلالت بر آن دارد. و شهید حکم به ندرت روایت کرده است. و به هرحال، اقوی قول مشهور است به جهت عدم مقاومت این روایت و همچنین مرسلهٔ علی‌بن رباط، با احادیث معتبرهٔ معمول بها. هرچند این خاص باشد و آنها عام.

تتمه: هرگاه تلف شود مبیع بعد از انقضای سه روز (درصورت مذکوره) از مال بایع تلف شده است. و ظاهرا خلافی در آن نیست. چنانکه از کلام جمعی از اصحاب ظاهر می‌شود، و مقتضای روایات نیز همین است.

و هرگاه در بین سه روز تلف شود، در آن سه قول است: مشهور این است که باز از مال بایع است، به جهت قاعده فقهاء که «هر مبیعی که تلف شود پیش از قبض، پس از مال بایع است». و ظاهرا که همین قاعده مروی است از رسول خدا(ص) و دلالت می‌کند براین، صریح **روایت**[1] عقبه بن خالد و ظاهر **صحیحهٔ** زراره، و **صحیحهٔ** علی بن یقطین و غیرآنها. و مفید و سیدمرتضی(رح) و جمعی دیگر قائل شده‌اند که تلف، از مال مشتری است به جهت لزوم عقد در آن وقت، و انتقال به مشتری، بدون خیار. و ابوالصلاح و ابوحمزه تفصیل داده‌اند که: اگر بایع عرض کرده است تسلیم مبیع را به مشتری، از مال مشتری است والا از مال بایع است. و علامه در مختلف میل به این کرده است و اقوی قول مشهور است. وبدان که: شهیدین(رح) و غیر ایشان نقل کرده‌اند قولی از شیخ به اینکه هروقت که متعذر شود قیمت، از برای بایع فسخ جایز است. و شهید(ره) تقویت این قول کرده و شهید ثانی(ره) گفته است که شاید مستند او «نفی ضرر» باشد به جهت آنکه نص بخصوص در آن نیست. و فرموده که این بعید نیست ولکن تمسک به عموم لزوم عقد و وجوب وفای آن،اقوی است. و رفع ضرر ممکن است به اینکه همان مبیع را از باب تقاص بگیرد هرگاه ممکن باشد گرفتن. و اگر ممکن نباشد، فسخ کردن هم رفع ضرر نمی‌کند. و آنچه شهید ثانی(ره) فرموده خوب است. و عموم کلام شیخ شامل نقد و نسیه و صورت قبض مبیع همه، هست.

۴۰ـ سئوال: هرگاه کسی چند رأس گوسفند به امینی بدهد که آنها را ذبح کند و گوشت آنها را به موعدی بفروشد. و آن امین هم، چنین کرد و گوشت را به گندم فروخت به جماعتی که در موعد بگیرد. بعضی از آن گندم را گرفته و بعضی در نزد مردم بود که مالک گوسفندها، فوت شد. وراث مالک بنا گذاشتند که آن امین قیمت مجموع گندم گرفته و نگرفته را، مبلغ معینی نقد بدهد. آیا این معامله صحیح است یانه؟ـ؟ و آیا امین می‌تواند بگوید که چون کیل و وزن گندم، نشده است معامله باطل

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۹، ابواب‌الخیار باب ۱۰، ح ۱ـ توضیح: احادیث دیگر که در این سطرها مورد بحث هستند همان‌ها هستند که آدرس‌شان مشخص گشت و نیاز به تکرار نیست.

است، تو گندم خود را بگیر.ـ؟.

جواب: ظاهر صحت معامله است به جهت آنکه بیع دین (خصوصا به نقد) جایز است علی‌الخصوص بعد انقضای موعد دین. و در صحت بیع قبض شرط نیست[1]. و منعی که وارد شده در بیع طعام قبل از قبض (برفرض تسلیم حرمة)، آن در جائی است که مالک، آن طعام را خریده باشد نه در وقتی که به میراث یا غیر آن منتقل شده باشد.

٤١ـ سئوال: هرگاه کسی ملک، با باغ شخصی دیگر معاوضه کند و هردو تصرف کنند به زرع‌کردن و مصرف‌کردن میوه. آیا لازم است؟ یا رجوع هریک به مال خود جایز است؟

جواب: بدان که در انعقاد بیع شرط نیست که ثمن از نقدین باشد بلکه هرچیز، قیمت می‌تواند شد. بلکه گاه هست که کسی اسبی را می‌فروشد به ده رأس میش، یا گاوی را می‌فروشد به الاغی، و امثال آن. چنانکه در مسئلهٔ خیار حیوان تصریح کرده‌اند به آن. و همچنین فروختن ملک به باغ. پس اگر اشکال در سئوال این است که این را از بیع بیرون کنیم به این جهت، پس آن محض توهم است. به جهت آنکه بیع، آن نقل ملک است به دیگری به عوض معین. و این تعریف شامل مانحن فیه است.

و اگر اشکال در این است که صیغه خوانده نشده است پس آن داخل بیع معاطات می‌شود. و معاطات هرچند ادله بسیار بر صحت و لزوم آن، هست و لکن چون از ابن زهره و شهیدثانی(ره) بر اشتراط لزوم بیع به صیغه، دعوی اجماع شده. و ظاهرا خلافی هم از اصحاب نقل نشده (از غیر ظاهر مفیدـرهـ) تا زمان آخوند ملا **احمد**(ره) و بعضی ازتابعین او. و بعضی از مؤیدات هم از اخبار دلالت بر آن دارد. پس اولی این است که بنای عمل بر عدم لزوم آن باشد. هرچند اظهر این است که مبیح تصرف است بلکه مملک است، بلکه بیع است.

ولکن عدم لزوم مادامی است که تصرف در طرفین یا احدهما نشده باشد. و بعد از

۱: و در نسخه: به جای لفظ «نیست» لفظ «است».غ.

تصرف، لزوم حاصل می‌شود، در صورت اتلاف عینین جزماً. و در غیر آن علی‌الخلاف والاشکال. و ظاهر این است که نقل از ملک به عنوان لزوم، (مثل بیع و صداق و مثل آنها) مثل تلف عین است[1].

و به هرحال، ظاهر این است که مادامی که عینین بتمامهما باقی باشند، توان رجوع کرد ولکن رجوع به منافعی که هریک برده‌اند (از زرع و میوه) نمی‌کنند. و اگر معامله مزبوره معاوضه محضه باشد، که احدی از عوضین را، ثمن نمی‌کنند و دیگری را مثمن، بلکه هریک از آن‌ها عوض دیگری است، که گاه است در عرف عام سلب اسم بیع از آن، می‌کنند چنانکه می‌پرسند از زید که «ملک خود را فروختی؟» می‌گوید «نفروختم ولکن معاوضه کردم با فلان شخص به فلان باغ، یا ملک.» پس در این صورت، عدم لزوم اظهر است. به جهت آنکه داخل در بیع معاطات، نیست. و نه در هبهٔ معوضه و نه غیرآن.

و در صورتی که معامله را در صورت بیع، بکند. و صیغه را به لفظ معاوضه بخواند مثل اینکه بگوید «عاوضتک هذه الضیعة بهده الضیعة» و او هم بگوید «قبلت». پس ظاهر این است که این را «بیع» دانیم چنانکه هرگاه بگوید «ملکتک هذه بهذه».

۴۲ـ سئوال: هرگاه کسی ملکی بخرد و قدری زمین بایره متعلق به آن باشد. و در ضمن العقد شرط کنند که این بایره هرقدر که باشد از قرار جریبی هزار دینار محسوب دارد. و قدری از آن را مشتری متصرف شده.والحال بایع پشیمان است. این معامله صحیح است یا فاسد؟ـ؟ و بر فرض صحت، پشیمانی سودی دارد یانه؟ـ؟

جواب: هرگاه بیع متعلق به دایره شده و در ضمن عقد شرط شده که بایره را بخرد بنهج مزبور. ظاهرا صحیح است به جهت صحت شرط، و عدم جهالتی در آن. چون ثمن به عینِ معلوم است، و عین آن هم معین و مشاهد است. و تحدید مقدار موکول

۱: یعنی اگر یکی از طرفین معامله مال مورد معامله را پس از معامله، بفروشد یا به عنوان صداق به ملک همسر منتقل کند، حکم تلف را دارد.

است به مساحت. ولکن این شرط از بابت شرط وکالت نیست در ضمن عقد رهن، که محتاج به عقد تازه نباشد. بلکه محتاج است به انشاء عقد جدیدی.

و اما هرگاه متعلق به مجموع دایره و بایره شده باشد به ثمن معینی علیحده و در ضمن عقد شرط شده باشد که علاوه بر آن ثمن معین، در ازای هرجریبی از بایره هزار دینار بگیرد. ظاهرا در این جا جهالت در ثمن می‌رسد و صحیح نخواهد بود. و پشیمانی اگر مبتنی بر دعوی غبن باشد، مسموع است با تحقق شرایط آن. والا فلا.

۴۳- سئوال: هرگاه کسی ملکی به شخصی بفروشد به وجهی. و باتوجه معامله کند و منافع به هم رساند و آن ملک مستحقا للغیر برآید، و آن غیر اجازه بیع نکند. آیا نماء آن پول، مال کی است؟

جواب: هرگاه به عین آن پول، چیزی خریده و از آن نفعی به هم رسانیده، خواه به فروختن یا به سبب عمل کردن در آن چیز، مثل نساجی کردن به ریسمانی که از آن پول، خریده. پس هرگاه صاحب پول امضاء و اجازهٔ آن خرید را کرده که معامله بکند، مستحق پول و نماء آن هردو می‌شود. وهرگاه اجازه نکند، نماء مال صاحب متاع است. و صاحب پول همان پول خود را می‌گیرد. و آن شخص بر عمل خود اجرتی مستحق نیست.

و هرگاه آنچه خریده، در ذمه خریده، صاحب پول همان پول را مستحق است. و منافع مال آن شخصی است که عمل کرده. و هرگاه آن شخص پول را به مضاربه داده باشد به دیگری، و صاحب پول اجازه کند، صاحب پول، منافع را (علی‌سبیل‌الشرط) مستحق است.

۴۴- سئوال: شخصی ملکی را هبه کرد به فرزند صغیر برادر خود، و پدر او ولایتاً قبول کرد و قبض و تصرف نمود. و بعد ذلک، ملک را فروخت و به مصرف خود رساند و در ذمهٔ خود به قرض قرار داده بدون مصلحت صغیر و احتیاج او به نفقه. بیع صحیح است یانه؟-؟.

جواب: حکم به بطلان بیع نمی‌توان‌کرد به جهت آنکه جایز است که پدر مال فرزند

صغیر خود را به قرض بردارد. هرچند ملی[1] نباشد. و گاه هست که از راه اضطرار مال او را فروخته و به مصرف خود رسانیده و در ذمّه خود به قرض قرارداده. و فعل ولی، محمول بر صحت است تا فساد آن معلوم شود.

وهرگاه ولی، مال را به جهت نفقهٔ خود بفروشد در صورتی که صغیر غنی باشد و او محتاج باشد، امر، اسهل و واضح است.

٤٥- سئوال: آیا جایز است تفاضل در معاملهٔ طلا و نقره با هم؟ و آیا فرقی مابین طلا و نقره خوب و بد هست یانه؟ـ؟ و هرگاه یکی از آنها مغشوش باشد (مثل اینکه در پول نقره مس یا قلع باشد) می‌توان معامله کرد به خالص آن جنس (به آن خوب و بد) یانه؟ـ؟ و آیا به غیرجنس خود می‌توان معامله کرد یانه؟ـ؟ و هرگاه هردو مغشوش باشند، چه حال دارد؟.

جواب: طلا را با طلا و نقره را با نقره جایز نیست که تفاضل بگیرد. به جهت آنکه ربا است. جزماً.

و فرقی مابین خوب و بد آنها نیست، یعنی نقره بد مثلا هر چند به نصف قیمت نقرهٔ خوب بیرزد، که جایز نیست معامله بازیادتی، که یک مثقال را بدهد و دو مثقال بد را بگیرد. و همچنین فرقی نیست مابین سکه دار و بی‌سکه و شمش کرده یا مصنوعی [صحیح: مصوغی] و درست یا شکسته.

و هرگاه در یکی از آنها غش باشد مثل پول نقره‌ای که در آن قلع یا مس باشد،

۱: ملی: با تشدید آخر: این لفظ در اصطلاحات فقهی سه کاربرد دارد:

الف) ملی: ثروتمند: غنی.

ب: ملی: کسی که عمر دراز کرده.

ج: ملی: کسی که امید است عمر دراز بکند: اوضاع و شرایط جسمی او نشان می‌دهد که زمان درازی خواهد زیست.

غیر ملی (در متن: ملی نباشد) کسی که امیدی به زندگی طولانی او، نیست. مانند کودکان استثنائی و معلول. ظاهرا مراد میرزا(ره) در متن همین است. و ممکن است که «باشد» صحیح باشد. یعنی: هر چند که پدر ثروتمند باشد. و جمله بعدی گواه این است.

جایز نیست که معامله کنی با نقره خالص، مگر اینکه وزن نقرهٔ خالص بیش از این مغشوش باشد. که در آنجا صحیح است. به جهت آنکه آنچه از این پول خالص، مساوی آن نقره است که در پول مغشوش است، معامله مثل به مثل است. و آن زیادتی که در خالص به جامی ماند، آن در برابر مس یا قلعی است که در آن است.

و همچنین است هرگاه بدانیم مقدار نقره خالصی را که در آن پول مغشوش، است و بدانیم که مقدار این پول نقره و خالص، از مقدار آن نقرهٔ خالصی که در آن پول مغشوش ، است زیادتر است. هرچند بسیار کم باشد آن زیادتی، که در آنجا هم صحیح است بلااشکال در اینها همه. و اما هرگاه پول مغشوش را به غیر جنس خود معامله کنند مثل اینکه پول نقرهٔ مغشوش را با طلای خالص معامله کنند یا به عکس، که در آنجا هم اشکال نیست که زیاد و کم ضرر ندارد. و هرگاه طلا یا نقره که معامله می‌کنند از هر دو طرف مغشوش باشد، پس ظاهر این است که در جواز آن، نیز اشکال نیست. هرچند از یک جنس باشند. به جهت آنکه در حکم ضمیمه می‌شود. مثل آنکه یک درهمی و پنجاه درم گندم را بدهد به دو درهم و پنجاه درم گندم، که یکی از حیله‌های ربا همین است. پس در اینجا هم در حکم ضمیمه[1] آن جوهر خالصی که درون پول مغشوش، است برابر غش آن پول دیگر است، و جوهر خالص آن پول دیگر برابر غش این پول است.

و ظاهرا در اینجا فرقی نیست که مقدار خالص و مغشوش معلوم باشد یا مجهول. بلکه هرچند بدانی که خالصی که در این است بیش از خالصی است که در آن، است.

٤٦- سئوال: آیا جایز است که یک من ریسمان و یک پول سیاه بدهی و دو من پنبه بگیری یانه؟-؟ و همچنین ضم ضمیمه در سایر مواضع؟

جواب: ظاهر این است که خلافی در جواز و صحت آن نباشد. و از جمعی دعوای

١: در ذیل مسئله شماره ٦ راجع به ریشه و اساس «فرار از ربا بوسیله ضمیمه» شرح لازمی داده شد و نظریه ابتکاری امام خمینی(ره) بیان گردید.

اجماع[1] بر آن نقل شده. و احادیث معتبره بسیار دلالت بر آن، دارد و در بعضی احادیث صحیحه، مذکور است که خوب چیزی است «فرار از حرام به حلال». حتی در آن حدیث[2] معاملهٔ هزار درهم و یک دینار به دو هزار درهم شده.

و ضمیمه را می‌توان در طرف جنس ناقص گذاشت، مثل همین مثال پنبه و ریسمان. و همچنین در هر دو طرف[3] هرگاه ناقص مشتبه باشد. چنانکه در دو درهم مغشوشی که هر یکی مخلوط به مس یا غیره باشد و مقدار نقرهٔ آنها معلوم نباشد، که همان غش قائم مقام ضمیمه است.

و ظاهر این است که ضرور نیست قصد[4] به اینکه ضمیمه مقابل زیادتی باشد. بلکه کافی است که مجموع مقابل باشد. و همچنین شرط نیست که آن ضمیمه گنجایش[5] مقابله به آن زیادتی، داشته باشد، چنانکه شهید(ره) در **دروس** گفته، و ظاهر اخبار و کلام فقها هم این است.

۴۷- سئوال: آیا جایز است خرج کردن پول‌های مغشوشی مثل قروش‌های رومی که در چهره آنها سرخی و سفیدی هر دو نمایان است؟ و آیا جایز است معامله با قروش‌هائی که تازه احداث شده [و] مرکب است از نقره و چند چیز دیگر (مقدار هیچیک از اجزاء معلوم نباشد)؟ و آیا ساختن آنها و در میان مردم شایع کردن، جایز است یانه؟-؟.

جواب: قروش‌های رومی را می‌گویند مس ندارد. بلکه نقرهٔ آن زبون است. و با وجود رواج مابین مردم عیبی ندارد.

۱: قبلا توضیح داده شد که اصل «فرار از حرام به حلال» اجماعی است لیکن چگونگی فرار و صورت‌های مختلف آن، در صحت و عدم صحت مورد اختلاف است.

۲: وسائل: ج: ۱۲، ابواب الصرف، باب ٦ ح ۱.

۳: این صورت سخت مورد اختلاف است و حتی ظاهر بعضی از احادیث بربطلان ان است(همان مرجع۳.

٤و۵: مطابق نظری که قبلا از امام خمینی(ره) نقل کردیم هم قصد مذکور شرط است و هم «گنجایش» و اساسا روح این ابتکار در همین «گنجایش» است.

و اما پول‌های مغشوش که مرکب است از نقره و مس و امثال آن پس اگر رواج است در میان مردم و حال آن معلوم است و گرفت و گیر[1] نمی‌کنند، ضرر ندارد و هرچند مقدار غش مجهول باشد. و هرگاه رواج [نداشته] باشد و متروک باشد میان مردم، جایز نیست معامله به آن، مگر آنکه بیان کند غش آن را. و ظاهرا خلافی در هیچیک از این دو حکم نیست. و احادیث صریحه، و جمع بین اخبار منع و جواز، و اجماع منقول دلالت بر آنها دارد.

و اما آنچه در این اوقات اختراع شده، حکم آن را، از آنچه گفتیم ظاهر می‌شود، و هرگاه مردم می‌دانند که از این قسم است و در معامله رواج دارد، جایز است صنعت آن و خرج کردن آن. و اگر حال آن بر مردم مشتبه است و نمی‌شناسند که این از آن بابت است و نقرهٔ آن هم کمتر است از قدری که مردم در آن بی‌مضایقه باشند. پس نه خرج کردن آن جایز است و نه صنعت آن، و غش است و حرام است و مورد احادیث منع، است.

۴۸ـ سئوال: در شرح لمعه می‌فرمایند که «والمغبون اما البایع اوالمشتری اوهما» آیا چنین معامله که هر دو مغبون باشند، ممکن الوقوع، است یانه؟ـ؟ و ملا احمد[2] تونی در حاشیه بر همین عبارت نوشته است «قد عرفت ان الغبن فی طرف البایع انما یکون اذا باع باقل من القیمة السوقیة وفی طرف المشتری اذا اشتری بازید منها ولا یتفاوت الحال بکون الثمن والثمن من الاثمان اوالعروض او احد هما من احدهما والاخر من الاخر، وح فلایتعقل کونهما مغبونین والا لزم کون المثمن اقل فی القیمة السوقیه و اکثر منها، و هومحال».

۱: «گرفت و گیر»: ممکن است به معنای مؤاخذه، درگیری و حتی شکایت و دستگیری باشد. و ممکن است لفظ «می‌کنند» صحیح باشد در این صورت به معنای «دادوستد» است.

۲: ملااحمد تونی فرزند محمد معروف به فاضل تونی. برادرش نیز ملا عبدالله تونی صاحب «شرح وافیه» است خود ملا احمد تالیفات متعدد دارد از آن جمله «حاشیه بر شرح لمعه» که در هامش آن، چاپ شده است. با بعضی‌ها که در زمان رضاشاه در تهران به «فاضل تونی» معروف شدند، اشتباه نشود.

جواب: این عبارت در مسالک هم مذکور است و آنچه الحال به خاطر حقیر می‌رسد در فرض، این است که مثلا بایع متاع خود را می‌فروشد به چهار تومان فلوسی، که هشت عدد اشرفی نو بگیرد در عوض، به اعتقاد اینکه هشت عدد اشرفی مساوی چهارتومان فلوس، است و بعد از آن معلوم می‌شود که متاع پنج تومان فلوس می‌ارزیده، و هشت عدد اشرفی هم مساوی چهارتومان و هشت هزار دینار[1] بوده، پس بایع می‌تواند ادعای غبن بکند در مطالبهٔ غبن دو هزار دینار نقصان. و مشتری می‌تواند که ادعای غبن بکند که من هشت عدد اشرفی را به اعتقاد اینکه چهار تومان است، در عوض چهارتومان فلوس، دادم. الحال که معلوم شد بیشتر است، اشرفی‌ها را می‌خواهم، در معامله اشرفی مغبونم گو در اصل معامله مغبون نباشم.

و ثمره این در وقتی ظاهر می‌شود که در این وقت از برای اشرفی خصوصیتی از برای او باشد که پول دیگر، آن خاصیت ندارد. پس مانعی ندارد که در اصل معامله دعوی غبن نتواند کرد، و در خصوص اشرفی تواند کرد.

۴۹ـ سئوال: هرگاه زید، حیوانی را در معرض بیع درآورد، باظن به عدم حمل، بدون قید و شرطی، و عمروهم ابتیاع نماید با ظن به عدم حمل، بدون شرطی، بعد از آن حیوان بزاید. آیا این ولد مال کیست؟.

جواب: اشهر و اظهر در صورت مزبوره این است که حمل مال بایع باشد. و احوط مصالحه است والله العالم.

۵۰ـ سئوال: آیا ربا حرام است در ما بین پدر و مادر و فرزند، و مولی و مملوک، و زوج و زوجه، و کافر و مسلم، و شیعه و سنی، یانه؟ـ؟.

جواب: ربا در مابین اهل اسلام حرام است و فرقی مابین شیعه و سنی نیست. و

۱: تومان واژه ترکی معادل و نیز به معنای ده هزار، است در آن زمان هر تومان ده هزار دینار (دینار ایرانی) بود اصطلاح « دوهزاری- سه هزاری- دوزاری، سه زاری» از آن زمان مانده است.

اما مابین مسلم و کافر حربی (هرگاه زیادتی را مسلم بگیرد) ظاهرا خلافی در جواز آن نیست. و **روایت** عمروبن جمیع[1] که در کافی و تهذیب مذکور است دلالت بر آن دارد، و ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب. و در کتاب فقیه هم، مرسلاً از رسول خدا(ص) روایت کرده است که فرموده «لیس بیننا و بین اهل حربنا[2] ربأ». و فحوای اجماع منقول از سید در ذمی[3]، هم دلالت بر آن دارد. و **روایت** زراره[4] که برخلاف آن دلالت دارد مهجور است. و شیخ در **استبصار** تاویل کرده است آن را به اینکه مراد از مشرکین که منع ربا در آنها شده است اهل ذمه است. یا آنکه مراد از منع ربا دادن به مشرکین است نه گرفتن. و این تاویل بعید است. و ظاهر اطلاق روایت سابقه که مطابق اطلاق فتاوی جماعتی است مقتضی عموم است. و ظاهر کلام شیخ(ره) در **استبصار** این است که جواز گرفتن مختص به مسلم است. و ابن ادریس هم تصریح به این کرده بلکه ظاهر او دعوی اجماع است.

و اما مابین مسلم و ذمی، پس منقول از اکثر اصحاب حرمة است. و جمعی از اصحاب (که از جمله شیخ مفید و سید مرتضی است، و صدوق(ره) و والد اوست) گفته‌اند جایز است و سید در **انتصار** دعوی اجماع بر آن کرده (بعد از آنکه در زمان سابق رأی او عدم جواز بود به جهت عمومات قرآن و کتاب) و در آن کتاب فرموده که «بعد تامل کردم دیدم که مسئله اجماعی اصحاب ما هست، عدول کردم از رأی سابق به جهت آنکه اجماع از ادله قطعیه است». با وجود آنکه عموم حرمة ربا معارض است به عموم «حسن احسان» که در کتاب و سنت و عقل حکم به آن موجود است. به مثل «احسن کما احسن الله الیک» و «ان الله یامر بالعدل والاحسان» و چنانکه می‌توان این را به آن تخصیص

۱و۲: وسائل: ج ۱۲ ص ٤٣٦، ابواب‌الربا، باب ۷ ح بترتیب: ۱ و ۲- کافی: فروع: ج ۱ ص ۳۷۰- تهذیب: ج ۲ ص ۱۲۳. لیکن هر دو حدیث در کافی مستند به یک سند هستند و هیچ کدام از آنها مرسل نیست.

۳: یعنی ادعای اجماع بر اینکه گرفتن ربا از ذمی حلال است دلالت دارد بر اینکه در مورد حربی به طریق اولی حلال است

٤: همان مرجع: ح ۳.

داد، می‌توان عکس آن را هم کرد. و احسان ایصال نفع است بـه غـیر، و کـسی کـه دو درهم بدهد درازای یک درهم به قصد نفع، احسان کرده است. و ترجیح مذهب سیـد(ره) دور نیست به جهت آنکه اجماع منقول به منزله حدیث صحیـح[1]،است. وابن‌بـابویه(ره) در کتاب فقیه مرسلاً روایت کرده از حضرت صادق(ع) که «لیس بین الـمسلم و بـین الـذمی رباء ولا بین المرئة و زوجها[2]» و همچنین در کتاب «فقه الرضاء» روایت شده است ولـکن احوط اجتناب است.

و اما بین مادر و فرزند، پس دلیلی بر جواز آن نیست و مقتضای ادله، حرمة است.

و اما مابین پدر و فرزند، پس مشهور جواز آن است از هر دو طـرف. و خـلاف ابـن جنید(ره) که جواز گرفتن را مخصوص پدر، کرده ضعیف است. و دلـیل بـر مـطلق جـواز، **روایت عمروبن** جمیع، است ازامیرالمومنین(ع) که فرمود «لیس بین الرجل و ولده رباء و لیس بین السید و عبده رباء» و همچنین **روایت**زراره که بـعد مـی‌آیـد. و ضعف[3] آنهـا منجبر است به عمل اصحاب. و سید مرتضی رحمه‌الله دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم.

۱: کمتر کسی به این موضوع تصریح کرده ، خصوصا مرحوم حاج اقا حسین بروجردی آن کاربرد زیاد را به اجماع منقول نمی‌داد. البته اهمیت اجماع (با انواع مختلفاش) در میان مـتقدمین بـیش از مـتاخرین بـوده است.

لیکن تعداد موارد اجماع منقول در میان متاخرین بیش‌از متقدمین است و این یک امـر طبـیعی است زیـرا هر چه زمان بگذرد کسانی براساس تحقیقات خودشان موارد اتفاقی و اجماعی زیادتری را مشخص می‌کـنند آنگاه در بستر «نقل» قرار می‌گیرد

۲: من‌لایحضره‌الفقیه: ج۲ ص ۹۰- وسائل: ج ۱۲، ابواب الربا، باب ۷ ح ۵.

۳: سلسله سند حدیث ابن جمیع: محمد بن یعقوب، عن حمید بن زیاد، عن‌الخشاب، عن‌ابن بقاح (ریاح)، عن معاذبن ثابت، عن عمروبن جمیع، عن ابی عبدالله(ع) قال: قال امیرالمومنین:...- همان مرجع: ۱-.

ضعف سند: خود ابن جمیع توثیق نشده بل به ضعف او تصریح شده است، معاذبن ثابت نیز توثیق نشده، بقیه افراد سلسله توثیق شده‌اند.

حدیث دوم نیز در روایت صدوق مرسل (بدون سلسله) است و در روایت کافی و تهذیب هـمان سلسله حدیث ابن جمیع را دارد، لیکن اصحاب به پیام این دو حدیث عمل کرده‌اند شاید ادله دیـگری نیـز در اختیـار آنان بوده است.

←

و ظاهر این است که جد حکم پدر، ندارد به جهت آنکه ظاهر «ولد» در حدیث، فرزند صلبی است. و فرزند رضاعی داخل نیست. به این جهت که گفتیم.

و اما مابین مولی و مملوک پس مشهور نیز در آن، جواز است. خواه قائل بشویم بر اینکه مملوک مالک چیزی می‌تواند شد یانه. دلالت دارد بر این روایت عمروبن جمیع و روایت زراره از حضرت امام محمد باقر(ع) که فرمود «لیس بین الرجل و بین ولده و بینه و بین مملو که ولا بینه و بین اهله رباء» و **صحیحه** علی بن جعفر از حضرت کاظم(ع) «عن رجل اعطی عبده عشرة دراهم علی ان یؤدی العبد کل شهر عشرة دراهم، ایحل ذلک؟ قال: لا بأس[1].». و این در کتاب فقیه مذکور است و در کتاب علی‌بن جعفر نیز مثل آن مذکور است بازیادتی[2]. و سید (رح) نیز در اینجا دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم.

وظاهر این است که حکم، مختص مرد، است و غلام او، و دلیل بر جواز در کنیز مرد، و غلام و کنیز زن، نیست.

و اما مابین زوج و زوجه، پس مشهور در آن نیز جواز است و دلیل بر آن بعد از اجماع منقول از سید(ره) به نهجی که گفتیم، روایت زراره است و مرسلهٔ صدوق، که پیش ذکر کردیم. و مشهور آن است که فرقی مابین زن دائمی و متعه نیست. و علامه در **تذکره** در متعه خلاف کرده است و اظهر قول مشهور است.

۵۱- سئوال: شخصی ملکی بیع شرط کرده به مدتی که هرگاه در انقضای مدت،

و اما روایت زراره: مرحوم میرزا با اینکه آن را «مهجور» می‌نامد، به آن متمسک می‌شود. اگر اصحاب بدان عمل کرده‌اند پس نمی‌تواند مهجور باشد و اگر بدان عمل نکرده‌اند پس ضعفش با عمل اصحاب جبران نمی‌شود.

ضعف این حدیث به دلیل «یاسین‌الضریر» است که توثیق نشده. و دلیل دیگر ضعف آن، معارض بودنش با ادله دیگراست. گویا میرزا(ره) بخش اول این حدیث را که ناظر به ربا در مابین پدر و فرزند است می‌پذیرد همانطور که در چند سطر بعدی خواهد آمد و بخش دوم آن را که ناظر به حرمة رباگرفتن، از ذمی است، نمی‌پذیرد. لیکن چنین رفتاری نیز با کلمه «مهجور» نمی‌سازد. بنابراین تاویل شیخ(ره) بجا می‌باشد.

۱و ۲: همان مرجع: ح ٦ و ۷.

رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع، باشد. و قبل از انقضای مدت فوت شد. و وارث او هم قادر بر رد مثل ثمن نشد تا مدت منقضی شد. و بعد از انقضای مدت، رد مثل ثمن به مشتری نمود و مشتری هم قبول کرد و فسخ بیع کرد و مبیع را به وارث واگذاشت. آیا بهمین قدر، ملک مال وارث می‌شود؟ یا محتاج است به عقد جدیدی-؟

جواب: خیار از جمله حقوقی است که به میراث می‌رسد. و چون بیع باز نسبت به وارث در عهده تزلزل است، پس لزوم که حاصل شد به سبب عجز وارث، این لزوم مابین مشتری و وارث حاصل شده و اقالهٔ بیع‌الحال موجب رجوع مبیع می‌شود به وارث، به سبب عمومات اقاله. چنانکه در حدیث وارد شده که «ایما عبد اقال مسلماً فی بیع اقال الله عسرته یوم‌القیامة» و اقاله فسخ بیع است. وبعد فسخ بیع، مالک منحصر است (بالفرض) در وارث، پس کسی را نمی‌رسد که بگوید که «حق موروث همان خیار بود و آن ساقط شده، پس دیگر انتقال ملک به وارث محتاج است به ناقل جدیدی» به جهت آنکه (قطع نظر از اینکه عمومات اقاله افادهٔ بیع می‌کند) توارث خیار مستلزم توارث توابع آن، نیز هست. زیرا که اگر بایع در حیات می‌بود و بعد از لزوم بیع استقاله می‌کرد، اقالهٔ ناقل ملک، از برای او بود.

و همین حق مالی، به وارث او منتقل می‌شود به میراث.

و دلیل انتقال «حقوق» مثل «اموال»- پس آن- فی‌الجمله اجماعی است. هرچند در بعضی از مواضع خلاف کرده‌اند، مثل «حق الشفع» و «حق الرجوع در هبه». و عموم «ماترک» در آیهٔ شریفه، شامل است. و خصوص حدیث نبوی(ص) که «ماترک المیت من حق فلوارثه[1]».

و اشکال در هبه (چنانکه علامه در **قواعد** کرده و اقرب عدم آن را قرار داده، و همچنین **شهید**(ره) در **قواعد**) پس شاید وجه آن این باشد که مالک به عقد هبه و اقباض، اعراض

۱: پس از سعی زیاد موفق به شناسائی منبع این حدیث نگشتم نه در منابع شیعه و نه در منابع سنی در هیچکدام دیده نمی‌شود گویا از جمله احادیث معدود است که در زبان فقهاء مشهور است لیکن سندی ندارد.

از مال کرده و حق از آن ساقط شده، خصوصاً در کسانی که جاهلند به حق‌الرجوع. و جواز رجوع به جهت خود واهب خلاف اصل است و به دلیل ثابت شده. و قوّهٔ دلیل اعراض با اصل، اقوی است از احتمال دخول در تحت ادلهٔ حقوق. بخلاف خیار حق‌الشفع وامثال آن. و از این جهت است که در صورت خیار، مشتری ممنوع است از اتلاف عین مال و اخراج از ملک خود بنحوی که ذوالخیار ممنوع از رجوع شود. و در هبه به هیچ نحو، منعی از تصرف متصور نیست. و حق رجوع در هبه، عارض می‌شود با ارادهٔ واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا، بخلاف حق‌الشفع و حق خیار که از اول امر ثابت است.

۵۲- سئوال: چه می‌فرمایند در باب نمائی که از برای مبیع بهم رسد در مدت خیار شرط. مال بایع خواهد بود یا مشتری- در صورتی که فسخ مبایعه، در مدت مشروط شده باشد. یا اینکه نشده باشد و مبیع مختص مشتری شده باشد. و نماء متصل باشد یا منفصل-؟،؟

جواب: هرگاه بیع لازم شد و فسخ به عمل نیامد، بلاخلاف منافع متصله و منفصلهٔ ایام مدت خیار، مال مشتری است. و هرگاه فسخ به عمل آمد، اشهر و اظهر آن است که نماء منفصله که در آن مدت خیار، حاصل شود، مال مشتری است و نماء متصله مال بایع می‌شود.

۵۳- سئوال: هرگاه در «سرکار[1]» شاه، شخصی وظیفه داشته باشد و خود درصدد تحصیل آن، مطلقا و اصلا درنیامده و از کسی خواهش تحصیل آن نیز، ننموده باشد. و حال که قرار داده شده است به رعایا حواله نمایند، و از رعایا باید بگیرد، و الحاله هذه می‌تواند آن را از رعایا گرفته و عین آن را به مصرف برساند. یا به رعایا به عنوان قرض محسوب داشته و ایشان به تدریج بالطوع والرغبه، از مال خود به آن

۱: سرکار: در اصطلاح درباریان فتحعلی شاه به «کارپردازی» سرکار می‌گفتند در احکام صادره اززبان شاه و عباس میرزا مکرر به کار گرفته شده البته بیشتر در مورد کارپردازی امور مالی به کار می‌رفت.

بدهند؟ و اگر این، صورت نداشته باشد آیا می‌تواند در نزد مباشر یا دیگری گذاشت بدون اینکه خود تصرف نماید و در هنگام حوالجات دیوانی حواله نموده به مصرف مالیات آن شخص محسوب داشته شود و از مال خود چیزی ندهد به دیوان؟ یا آنکه هیچیک از این صور، درصورت حواله به رعایا صورت ندارد و گیرنده شغل الذمه، خواهد بود؟

جواب: هرگاه آن وظیفه از غیرمال سلطان و خراج اراضی خراجیه است به هیچ نحو اخذ آن، صورتی ندارد و مشغول ذمهٔ صاحب مال، است و مأثوم و معاقب است. مگر اینکه صاحب مال باطوع والرغبه آن مال را به گیرنده ببخشد و از طیب نفس به او حلال کند.

و اگر از بابت خراج باشد پس هرچند از فتاوی جمعی از علما ظاهر می‌شود که از برای شیعیان حلال باشد، نهایت اظهر در نظر حقیر این است که حلال نیست. به جهت انکه این مال مختص مصالح عامهٔ مسلمین است و ولی امر آن امام زمان است. و ائمهٔ ما تصرفات خلفای جور را نیز قائم مقام تصرف خود، کرده‌اند در حلیت به جهت شیعیان. لکن متبادراز«خلفای جور» مخالفین است نه سلطان جایر شیعه. بلی چون از عمومات ادلهٔ نیابت‌فقیه عادل از امام زمان، ثابت می‌شود، ممکن است هرگاه آن شخص آخذ از مصالح عامه باشد (مثل قضات بر حق، و غزات مجاهدین با دشمنان دین و مفسدین، و ائمه جماعت وطلبهٔ علوم ومؤذنین وغسالین وحفارین وامثال اینها) وبه اذن فقیه عادل بگیرد جایز باشد. و با وجود این نیز احوط آن است که دهنده، او را به طیب خالص حلال کند. بلکه احوط، بلکه اظهر آن است که در صورت حلال کردن و به طیب خالص دادن هم بدون‌اذن فقیه عادل نگیرد هرگاه معلوم باشدکه خراج اراضی‌خراجیه‌است.

و اما محسوب داشتن عاملان، وجه را در عوض متوجهات دیوانی صاحب وظیفه، پس جواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر می‌شود. و احوط بلکه اظهر ان است که هرگاه معلوم باشد که آنچه متوجه آخذ است ازخراج اراضی خراجیه است، به ندادن آن، اکتفاء

نکند[1] مگر آنکه آن شخص از مصالح عامه باشد و از فقیه ماذون شود. و از اینجا معلوم می‌شود حال آن صورت که عامل تنخواه از رعایا بگیرد و در عوض متوجهات او محسوب شود، که در این ضمن وظیفه هم داده شده باشد.

و اما آنچه ظاهر می‌شود در صورت سئوال از فرق مابین اینکه عامل به رعایا حواله کند یا غیرآن، پس اگر مراد فرق مابین معلوم‌الحرمة است، این سخن در مطلق جایزهٔ سلطان، خوب است. که معلوم نباشد حرمة آن، و نه از وجه خراج بودن آن. و اما بعد از علم به خراج بودن، فرقی مابین دادن آن از خزانه و حواله کردن، نیست. و اگر مراد فرق مابین دادن چیز به صاحب وظیفه و چیز نگرفتن از متوجهات دیوانی از او، است به عوض وظیفه، پس جواب آن نیز از آنچه گفتیم معلوم می‌شود. والله العالم.

۵۴ـ سئوال: مبایعهٔ سلف نیز قبول شرط می‌کند؟ مثل اینکه شرط بکند که در مابین مدت، اختیار فسخ از برای بایع باشد ـ؟

جواب: بلی جایز است شرط. و در خیار فسخ مدت خیار باید معین باشد.

۵۵ـ سئوال: حاکم عرف[2]، شخص را جریمه کرده است [و] پول گرفته. یا مقاطعهٔ مسلمانان را کرده که مسلمانان سال به سال همان مقاطعه را به حاکم عرف بدهند. و شخص دیگر به حاکم عرف معامله کرده است. حاکم عرف به عوض معاملهٔ آن شخص، از مقاطعهٔ مسلمانان حواله کرده است. آیا می‌توان گرفت یانه؟ ـ؟ یا از مقاطعهٔ نصاری بدهد بیان فرمایند[3].

۱: یعنی او که می‌خواهد وظیفه (مقرری) دریافتی خویش را نگیرد و همان را به جای مالیات در دیوان محاسبات قرار دهد و در نتیجه مالیات ندهد لازم است از فقیه عادل برای این کارش اذن بگیرد یعنی هم مالیات را ندهد و هم ذمه خویش را از اینکه خراج واجب را نپرداخته، در حضور مجتهد عادل بری کند.

۲: حاکم عرف: اصطلاحی است درمقابل اصطلاح «حاکم شرع» و ناشی شده است ازجهانبینی دو شریعتی، که در مقدمهٔ جلد اول شرح داده شد.

۳: صورت ساده و صحیح این سئوال به قرار زیر می‌باشد:

شخصی با حاکم معامله‌کرده و حاکم وجه معامله را حواله می‌کند به کسی که محکوم به پرداخت جریمه شده تا ←

جواب: هرگاه مقاطعه در غیرخراج اراضی خراجیه است، بی‌اشکال حرام است. و هرگاه مقاطعهٔ اراضی خراجیه باشد یا مقاطعهٔ جزیهٔ اهل ذمه باشد، این هردو در نظر حقیر یک حکم دارند. پس حاکم مسلمین اگر از اهل سنت است حلال است. و اگر از شیعه[1] باشد اظهر در نزد حقیر آن است که بدون اذن مجتهد عادل، تصرف در آن جایز نیست. خصوصا هرگاه آن شخصی که می‌گیرد از حاکم، از مصالح عامه مسلمین نباشد- مثل طلبه علوم یا ائمه جماعت یا مؤذنین و امثال آنها- پس امثال این معاملات، صورت ندارد.

۵۶- سئوال: ام ولدی که دزدی کند و بدون اذن مولی از خانه بیرون برود، می‌توان فروخت یا بخشید، یانه؟-؟.

جواب: بیع ام ولد جایز نیست. و اینجا از مواضعی نیست که استثناء شده. و ظاهر این است که بخشیدن هم جایز نیست. به جهت آنکه ظاهر کلام علما این است که آنچه را نمی‌توان فروخت نمی‌توان بخشید. وجه او گویا همان است که متمسک به حریت است و تملیک صورتی ندارد.

۵۷- سئوال: آیا بیت‌النحل (یعنی کندوی زنبور عسل) را یا زنبور آن را به سلف می‌توان خرید یانه؟-؟

جواب: هرگاه در عرف عام، با اهل خبره تواند شد که وصف ممیزی از برای اصل آن خانهٔ مگس و مقدار آن مگس (گو ضبط عدد آن ممکن نباشد) و همچنین مقدار عسل یا مومی که غالبا در آن می‌باشد، تواند شد که جهالتی نماند، جایز است به مقتضای عمومات. و لکن وصف ممیز، در آن بسیار صعوبت دارد.

وجه مذکور از محل همان جریمه پرداخت شود. و یا حواله می‌کند به مسلمانان که وجه مذکور را از محل مقاطعه پرداخت کنند. آیا شخص مزبور می‌تواند وجه را از محل‌های یادشده دریافت نماید یا نه؟-؟ و اگر پرداخت‌کننده مقاطعه‌کار، از نصاری باشد، چگونه است؟

۱: این موضوع که در اینجا تکرار شده، در جلد اول (کتاب‌الجهاد) بطور مشروح و مستدل بحث شده است و فتوای میرزا(ره) در آنجا آمیزه‌ای از تردید، دارد لیکن در اینجا از قاطعیت بیشتری برخوردار شده است.

۵۸ـ سئوال: شخصی زمینی بفروخت به کسی به ده تومان. و بعد سه روز مشتری نصف آن زمین را فروخت به شش تومان. و از برای بایع غبن فاحش ظاهر شد. خواست ادعای غبن بکند احدی به او گفت که معامله چنین می‌باشد. یعنی گاه هست نفع می‌شود و گاه نقصان. و این شخص هم دعوی نکرد. آیا خیار او ساقط می‌شود یانه؟ـ؟.

جواب: هرگاه بعد از مرافعه، ثابت شود که بایع در حین بیع جاهل به قیمت بوده، و در وقت بیع هم به این قیمت اعلی می‌ارزید، مسلط است بر فسخ بیع. و بنا بر «فوریت دعوی غبن» هم چون مفروض جهالت است که ناشی شده از نادانی اصلی، یا مغرور شدن به قول آن شخص که گفته «معامله چنین می‌باشد» هم، ظاهر این است که دعوی مسموع است و خیار ساقط نیست. و چون مطلب مرافعه می‌خواهد، در حین مرافعه حقیقت معلوم خواهد شد.

۵۹ـ سئوال: هرگاه کسی گندمی به سلف بخرد از مزرعهٔ خاصی. و در آن سال از آن مزرعه گندم به عمل نیاید و حاصل آن تلف شود. حکم آن چه چیز است؟.

جواب: هرگاه گندم زمین معینی بخرد ظاهرا صحیح نیست. به جهت آنکه شرط سلف آن است که مبیع در ذمه باشد نه عین معین. و اگر مراد گندم آن مزرعه باشد خواه از زرع خود آن شخص یا از غیر او مثل اینکه صدمن خرمای بصره به سلف می‌خرد. پس آن بیع صحیح است.

وهرگاه در آن سال حاصل آن مزرعه تلف شود، مخیر است مشتری، میان آنکه فسخ کند و تنخواه خود را پس گیرد، و اینکه صبر کندتا سال آینده. و بعضی گفته‌اند که می‌تواند قیمت آن گندم در انقضای موعد بگیرد و لکن حقیر در این تأمل دارم. بعضی اخبار صحیحه دلالت بر عدم آن، دارد.

۶۰ـ سئوال: غناء که شرعاً مذموم است کدام است؟ استماع مراثی و قرآن که با لرزش آواز، باشد چه صورت دارد؟.

جواب: اظهر در غناء، رجوع به عرف است. یعنی آنچه را در متعارف

«خوانندگی»[1] می‌گویند حرام است. هرجا که یقین حاصل شد که آن را خوانندگی می‌گویند، حرام است خواندن و شنیدن آن. و هرجا که یقین است که خوانندگی نمی‌گویند حلال است. و در صورتی که مشکوک فیه، باشد اظهر حلیت است و احوط اجتناب است. و مجرد لرزیدن صدا معنی غناء نیست. و فرقی مابین قرآن و مراثی و غیر آن نیست. والله‌العالم.

۶۱- سئوال: در بیع معاطات،هرگاه ثمن مافی‌الذمه باشد. مثلا زید از عمرو طلبی دارد و بازاء طلب خود متاعی از او می‌گیرد. آیامادامی که عین باقی باشد، واپس می‌تواند داد یانه؟-؟ از جهت آنکه ثمن باقی نیست.

۱: باید معنی کاربرد و اصطلاح«خوانندگی» در محاورات مردم عصر میرزا (ره)مورد توجه قرار گیرد از بیان متن، روشن است که منظور وی از لفظ «خوانندگی» همان است که فقها از آن با «ترجیع‌الصوت مع‌الطرب» تعبیر کرده‌اند. در اینجا توجه به چند موضوع ضرورت دارد:

الف: پاسخ به این سؤال که«چه چیز غناء است وکدام چیز غناء نیست» ازوظایف فقیه نیست. زیرا فقیه به عنوان متخصص در «احکام» سخن می‌گوید نه متخصص در «موضوعات» و همانطور که در متن آمده این وظیفه عرف است که موضوعات را مشخص کند.

ب: حرام بودن غناء (فی‌الجمله) اجماعی است و هر اختلافی که هست در تعیین مصداق غناء است. یعنی اختلاف در بعضی احکام در مورد غناء از اختلاف در موضوع ناشی می‌شود.

ج: ترجیع صوت: زیر و بم کردن صدا: آوا و آهنگ دادن به صدا.

طرب: حالتی که در اثر احساسات شدید به فرد دست می‌دهد و موجب می‌شود حرکاتی (یا چگونگی خاص رفتار) از او بروز نماید که در حالت معمولی از آن حرکات بطور آگاهانه پرهیز می‌کند. یعنی آن حرکات را برخود سزاوار نمی‌داند. و آنها را بر خلاف «وقار» خویش می‌داند.

خواه این حالت و این حرکات در اثر غم و غصه و مصیبت باشد و خواه در اثر شادی و شعف. مثلا کسی که برادرش مرده است در اثر این مصیبت گریه می‌کند آب چشم و دماغش سیلان پیدا می‌کند از ته دل های‌های می‌کند به راست و چپ بی‌حالا نه، می‌افتد. چنین شخص در اوقات دیگر این قبیل حرکات و حالات را نسبت به خویش ناپسند و ضد وقار می‌داند.

و همینطور است کسی‌که تحت تاثیر موسیقی غنائی (خواه از حنجره انسان باشد و خواه از دستگاه برخیزد) قرار می‌گیرد و حرکاتی از او صادر می‌شود که در اوقات دیگر از آنها پرهیز می‌کند. و آن حرکات را برای خود ناپسند و خلاف شخصیت می‌داند.

پس طرب دو نوع است: طرب حاصل از مصیبت و طرب حاصل از شادی و شعف مصنوعی. نوع اول از ←

جواب: هرگاه جنس از باب وفای دین، به او داده (خواه قیمت را حساب کرده باشد در حین قبض، و مساعره کرده باشد، یانه) آن جنس ملک صاحب طلب، می‌شود. و آن مدیون از حق او بریٔ می‌شود (در قدری که مساوی قیمت آن است در روز وفا هرچند بعد ترقی کرده باشد هرگاه آن جنس کمتر است از دین. و بریٔ می‌شود از تمام آن دین هر گاه مساوی باشد) پس ظاهراً نمی‌تواند پس بدهد بعد از آنکه قبول کرد در عوض دین. و صاحب متاع هم نمی‌تواند استرداد کند.

موضوع بحث ما خارج است و نوع دوم حرام است.

لیکن به دو مطلب دراینجا باید توجه کرد:

اول: گفته شد «موسیقی غنائی» یعنی موسیقی غیرغنائی هم هست مانند آهنگ‌های رزمی.

آنچه حرام است اجماعاً «آهنگ‌های بزمی» است نه رزمی. البته افراد خیلی نادر پیدا می‌شوند که آهنگ‌های «رزمی» را نیز حرام می‌دانند. زیرا آن را نیز از نظر لغت مصداق «طرب» می‌دانند. و چنین هم هست لیکن سیاق بیان اخبار و احادیث روشن می‌کند که تنها آهنگ بزمی که هرگز از تماس باامور جنسی برکنار نیست تحریم شده است، نه آهنگ‌های دیگر.

دوم: از عبارت «شادی و شعف مصنوعی»، استفاده شد زیرا شادی و ضعف طبیعی نه تنها حرام نیست بل مستحب هم هست. و منظور از «مصنوعی» روشن است و معیار آن چنین است: هرشادی و شعفی که غیراز آهنگ و موسیقی، عاملی ندارد. یعنی اگر آهنگی نبود، فرد، این شعف را نداشت.

د: طرب غم و طرب از غصه نیز اگر از آهنگ ناشی شود باز حرام است. مثلاً کسی هیچ غم و غصه‌ای ندارد آهنگی را گوش می‌کند و دراثر آن گریه می‌کند- غم مصنوعی-

ه: آهنگی که شنونده را به فکر و اندیشه فرو می‌برد، نه طرب شعف و نه طرب غم و نه احساسات نظامی، رزمی، هیچکدام را ایجاد نمی‌کند. چه حکمی دارد؟. آنچه از سیاق کلام علما برمی‌آید حلیت آن است. زیرا همانطور که گفته شد هم توجه اخبار و هم توجه فقها، دراین بحث به سوی غنائی است که به نوعی باامور جنسی ارتباط دارد.

ز: در مواردی که مشتبه است و مسلم نیست که این آهنگ از مصادیق «ترجیع الصوت مع‌الطرب» است یا نه؟-؟ و یا باوجود «ترجیع» درصوت و نیز باوجود طرب، آیا این طرب، طرب غم مصنوعی یا طرب شعف مصنوعی، است که حرام باشد یا از مصادیق غیرحرام آن (مانند آهنگ رزمی) است؟-؟.

در این قبیل موارد حکم به جواز کرده‌اند و احتیاط را درترک، دانسته‌اند. البته براساس آن قول نادر که دربالا یادشد مسئله مشکلتر است، و آهنگ به هرشکل و باهرتاثیر، مورد اشکال می‌باشد.

نتیجه: مکلف باید موارد مختلف این مسئله را تشخیص دهد و براساس آن عمل کند. و آن مکلف راحت است که مقلد قول نادر شود و از هرنوع آهنگ پرهیز کند.

ظاهراً خلافی در مسئله نیست و اخبار هم موجود است.

و اما هرگاه قطع نظر از وفای دین، مبایعه شده است علیحده که این متاع را خریده در عوض آنچه در ذمه آن شخص دارد و شرط بیع، از مساعره و غیرآن به عمل آمده الا صیغه که جاری نشده، پس در این صورت اظهر این است که مشتری می‌تواند متاع را رد کند (بنابر عدم لزوم معاطات) و هم صاحب متاع می‌تواند رجوع کند به عین.

و این نه از باب آن است که معاطات بر دو عین موجود، بشود و بعد از آن احدهما تلف بشود.

زیرا که اقوی در آنجا جواز رجوع است از برای صاحب عین باقیه (هرگاه معاطات را از باب اباحه دانیم نه تملیک) و بعد صاحب عین تالفه رجوع می‌کند و غرامت عین تالفه را می‌گیرد. و اما بنا بر قول به تملیک (چنانکه اظهر آن است) پس اقوی عدم جواز رجوع است زیرا که مستلزم جمع مابین عوض و معوض، است. چون آن متلف، مالک بیش از یک عین نبود. و مفروض آن است که آن را تلف کرده است و استرداد آن هم ممکن نیست.

کتاب التجاره: مسائل‌التجارة من المجلد الثانی:[1]

۶۲- سئوال: مراد از قبض که در بیع و هبه و امثال آن، معتبر است چه چیزاست؟

جواب: بدان که: چون لفظ قبض در کلمات الهی و معصومین(ع) در احکام شرعیه وارد شده(در بعض جاها به عنوان شرط صحت یا لزوم، مثل رهن و هبه. و در بعض دیگر

۱: همانطور که درمقدمه جلد اول شرح داده شد محتوای این کتاب که امروز جامع‌الشتات نامیده می‌شود مجموع سئوال و جواب است که دردفتر کار محقق قمی جمع می‌گشت و سپس درکنار هم قرار می‌گرفت و به صورت کتاب درمی‌آمد. پس از آنکه یک دوره از آنها درقالب کتابی دراختیار نسخه‌برداران قرار گرفت دوباره مجموعه زیادی از سئوال و جوابها جمع گردید و درقالب کتاب دیگر ارائه گشت، منظور از مجلد اول و مجلد ثانی همین است.

مترتب می‌شود بر آن، احکام دیگر، مثل اینکه در جواز بیع مبیع، قبل از قبض. که یا حرام است یا مکروه. و مثل اینکه ضمان مبیع، قبل از قبض متعلق به بایع و بعد از قبض متعلق به مشتری[است] در جائی که خیار از برای مشتری نباشد. و امثال اینها.) و نص و حقیقة شرعیه در آن ثابت نشده، [پس] باید رجوع کرد به عرف. و عرف نسبت به مواضع مختلف، مختلف می‌شود لهذا در کلام اصحاب اختلاف در آن شده.

و مشهور این است که قبض در غیرمنقول، مثل ملک و باغ وامثال آن، تخلیه است. به این معنی که دست از تصرف بردارد و آن را واگذارد و بلامانع کند آن را از برای مشتری یا متهب. و در منقولات، مثل قماش و طلا و نقره و امثال آن، که به دست می‌گیرند، آن است که به دست او بدهد. و در حیوان، نقل و انتقال یعنی از جائی به جائی بردن. و در مکیل و موزون، کیل کردن و وزن کردن و واگذاشتن به او. و دلیل در مسئله، فهم عرف است. و گویا که بعضی در حکم منقول دعوی اجماع کرده‌اند. و بعضی اخبار هم اشعاری به بعض مطلوب، دارد. مثل **صحیحة** معاویه بن وهب «قال: سئلت ابا عبدالله(ع) عن‌الرجل یبیع‌المبیع قبل آن یقبضه-؟. فقال: مالم یکن کیل اووزن، فلاتبعه حتی تکیله اوتزنه الا ان تولیه بالذی[1] قام علیه».

و وجه دلالت آن است که چون بیع قبل از قبض، ممنوع است به عنوان حرمة یا کراهت اجماعاً، پس حصر جواز آن در صورت کیل و وزن دلالت دارد بر اینکه کیل و وزن در معنی قبض است. و به این اشاره کرده است علامه در **تذکره**. و همچنین **روایت** عقبه بن خالد «عنه(ع) فی رجل اشتری متاعا من آخر و او جبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه، فسرق‌المتاع.من مال من یکون؟ قال:من مال‌صاحب المتاع حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله[2] الیه.»

و توجیه استدلال این است که چون قبض منشأ نقل ضمان، است به سوی مشتری،

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۸۹، ابواب احکام العقود، باب ۱۶ ح ۱۱.

۲: وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱ـ در متن حدیث پس از جمله «ولم یقبضه» جمله «قال آتیک غداً ان‌شاءالله» آمده است.

بلاخلاف، و معلوم نیست که کسی قائل باشد که اخراج از بیت بـایع بـه جـای دیـگر بخصوصه مدخلیت در نقل ضمان داشته باشد. بلکه کافی است نقل حیوان از مـکان بـه مکانی در همان خانهٔ بایع. مثل اینکه از این اصطبل بایع بیرون آورد و در اصطبل دیـگر جا کند. پس باید مراد از حدیث جائی باشد که موقوف باشد تـحقق نقـل، بـه ایـنکه از خانهٔ بایع بیرون آورد و به جای دیگر ببرد که معنی قبض باشد. پس معلوم مـی‌شود کـه نقل از جائی به جائی فی‌الجمله معنی قبض هست. و مـراد از استدلال هم بـیش از ایـن نیست. و اشاره کرده است ابن فهد(ره) در **مهذب** به بعض آنچه ذکر کردیم.

و قول دیگر، قول علامه است در **مختلف** که گفته است که اگر منقول است، قـبض در آن، نقل است. یا گرفتن به دست. و اگر مکیل و موزون است، گـرفتن بـه دست است یا کیل و وزن کردن. و فرق این باقول مشهور این است کـه بـنابراین قـول در مـنقول، گرفتن به دست کافی است و احتیاج به نقل نیست. بخلاف مـشهور کـه در حیـوان نقـل را ضرور می‌دانند. و همچنین بنا بر این قول، در مکیل و موزون گـرفتن بـه دست کـافی است بدون کیل و وزن. بخلاف مشهور. و این قول هر چند اوفق به عرف عام است ولکن مـلاحظه حدیث‌های سابق، تایید تعیین کیل و وزن را، می‌کـند در مـکیل و مـوزون. وقـدح در آن، باینکه شاید که کیل و وزن از برای صحت بیع باشد، ضعیف است. به سبب آنچه گفتیم. و به جهت آنکه در روایت استثناء «بیع تولیة» شده. پس اگر اشتراط کیل از بـرای رفـع جهـالت مبیع بود، بایست «بیع تولیة» هم صحیح نباشد. پس معلوم شد که از راه اشتراط قبض است به آن. ولکن می‌ماند اشکال در اینکه روایت دیگر، دلالت به خصوصِ حیوان، ندارد. ولـکن قائلی صریحاً ندیدیم که در غیر حیوان شرط نقل کرده باشد.

و در اینجا چند قول دیگر است: یکی این است که قبض، مجرد تخلیه است در منقول و غیرمنقول. و این قول محقق(ره) است در **شرایع**. و قول دیگر ایـن است کـه در حیـوان، نقـل است از جائی به جائی. و در غیر حیوان (مثل آنچه مـحتاج است بـه اندازه از بـرای رفـع جهالت) کیل و وزن و شماره آن[است] یا نقل آن. و در مثل مـلک و بـاغ و غـیر آن، مـجرد تخلیه. و این قول شهید است در **دروس**.

و قول دیگر این است که تخلیه در همه جا کافی است نسبت به نقل ضمان به مشتری. و اما زوال حرمت یا کراهت بیع قبل از قبض، رفع نمی‌شود به مجرد تخلیه بلکه محتاج است به کیل و وزن و غیرآن.

و دلیل واضحی از برای این اقوال که وفا کند به تمام مطلب ندیدیم و شهید ثانی[ره] در **مسالک** گفته که در قبض رجوع به عرف می‌شود. و در غیر منقول تخلیه و رفع ید بایع و عدم مانع از برای مشتری از آن، کافی است. و اما در منقول پس متحقق نمی‌شود الا به اینکه مشتری به دست بگیرد، خواه نقل بکند و خواه نقل نکند. و بعد از آن گفته است که ان در همه جا جاری است ولکن در مکیل و موزون به سبب نصّ صحیح قائل شدیم به کیل و وزن.

و از آنچه گفتیم قوت این قول ظاهر است. لیکن موجب طرح آن روایت دیگر است، و آن خالی از اشکال نیست. و این نهایت گفتار است از برای قول مشهور. و لکن در اینجا سخن دیگر است و آن این است که: خلاف کرده‌اند در اینکه بنا بر اعتبار کیل و وزن، هرگاه پیشتر بایع کیل و وزن کرده باشد، تصدیق مشتری، کافی است؟ یا ضرور است تجدید آن، به جهت قبض؟ جمعی تصریح کرده‌اند که ضرور است. نظر به حدیث صحیح. و خالی از قوتی نیست.ولکن می‌توانیم گفت، که روایت محمول بر غالب باشد که قبض به ید، حاصل نمی‌شود الا به کیل و وزن، در مکیل و موزون. پس توانیم گفت که در اینجا مجرد اخذ به ید، کافی است با اعتبار کیل و وزن سابق. ولکن این راجع می‌شود از وجهی به قول **مختلف**. و این بعید نیست. بلکه می‌گوئیم که تامل نباید کرد در اینکه هرگاه کسی حاضر بوده است که بایع گندم را از دیگری خریده و کیل کرده، بعد از آن این مشتری از او بخرد و بدون کیل جدید به دست بگیرد و ببرد، می‌گویند که قبض به عمل آمد و بسیار بعید است که آن کیل اول را بگویند که قبض مشتری دوم است. و به این سبب ضعیف می‌شود قول مشهور و دلالت آن حدیث بر مدعا، و ظاهر می‌شود که مراد از آن حدیث بیان مثالی است از امثلهٔ قبض. چون غالب این است که قبض بدون کیل و وزن حاصل نمی‌شود. و دیگر آنکه بسیار بعید است که مجرد کیل و وزن که بیع در حضور مشتری

بکند (به دست خود یا امینی) ولکن تخلیه نکند و به دست مشتری ندهد، این را قبض بگوئیم. پس به این سخن‌ها ظاهر شد قوت قول مختلف.

اما باید گفت که مراد علامه در مختلف، از تخییر مابین قبض ید و کیل و وزن، در وقتی است که در صورت کیل و وزن، تخلیه حاصل باشد. نه مطلقا. خلاصه اینکه چون اخبار بسیار وارد شده است در منع بیع طعام، یا مطلق مکیل و موزون قبل از قبض، و همچنین در بسیاری وارد شده منع قبل از کیل و وزن، و ظاهر این است که مراد از همه یکی باشد که همان منع از بیع است قبل از قبض، و ذکر کیل و وزن در بعضی اشاره به شرط قبض است به جهت آنکه غالب این است، پس نمی توان حکم کرد که مراد از اخبار این است که قبض در طعام (یا مطلقا) متحقق نمی‌شود الا به کیل و وزن.

و از این جهت است که در مسئلهٔ بیع قبل از قبض (که خلاف کرده‌اند) متعرض اشتراط کیل و وزن نشده‌اند. و همینکه[1] گفته‌اند که آیا جایز است بیع متاع قبل از قبض یانه ؟ـ؟ جمعی گفته‌اند «بلی با کراهت مطلقا.» و بعضی به حرمة مطلقا. و بعضی در خصوص طعام. و به خصوص کیل و وزن خلافی نکرده‌اند. بلکه خلاف در آن به تبعیت این است که یا قبض در مکیل و موزون، کیل و وزن، است یانه؟ـ؟ و بالخصوص غرض ایشان متعلق به اشتراط کیل و وزن، نیست. و مجرد صحیحهٔ معاویه بن وهب (و آنچه نزدیک به آن باشد) دلالت بر اعتبار خصوصیت کیل و وزن ندارد.

و بدان که شهید ثانی گفته است که مراد از تخلیه، رفع مانع است از برای مشتری از قبض اگر مانعی باشد، و اذن او بر قبض. و صاحب **کفایه** بر او ایراد کرده که این در هبه و وقف و امثال آن، راهی دارد. و اما در بیع، بعید است. به جهت خروج از ملک او اتفاقاً.

و گمان حقیر این است که مراد شهید ثانی(ره) از اذن، یا اخبار و اعلام از رفع مانع (که در معنی عطف تفسیری باشد) اذن است در دخول، از باب منع عارضی مثل خانهٔ

۱: و در نسخه: و همچنین همینکه.

مسکونه به عنوان عاریه یا اجاره که هنوز فارغ نشده باشد از متاع او. پس همچنانکه هرگاه کسی به عاریت به خانه کسی نشسته باشد و اهل و عیال و متاع او در خانه باشد و به او بگوید که بیرون برو می‌تواند گفت. اما مادامی که حریم او در خانه است و متاع‌های او در آنجا متفرق است، جایز نیست دخول مالک الا به اذن مستعیر. که حقیقة باز اذن در اینجا هم راجع به اعلام به رفع مانع، می‌شود.

و هرگاه مبیع در تصرف مشتری باشد به طریق صحیح. مثل عاریه و اجاره و امثال آن، پس ظاهر این است که محتاج به اذن جدیدی نیست. و بعضی از اخبار درباب وقف ولیّ بر صغیر، اشعاری از باب علت منصوصه، بر این دارد. و اما هرگاه پیش از بیع به عنوان غصب در تصرف او بوده است، پس در **مسالک** گفته است که از برای رفع حرمة یا کراهت بیع قبل از قبض، ناچار است از اذن جدید در تحقق قبض. و از برای نقل ضمان به مشتری احتمال قوی هست که ضرور نباشد و قبض بدون آن متحقق شود، چنانکه هرگاه بعد از بیع بدون اذن بایع تصرف کند. و بعد از آن، احتمال داده که رفع حرمة یا کراهت و نقل ضمان، هردو موقوف باشد بر اذن جدید به جهت آنکه تصرف و قبض اول فاسد است شرعاً، پس اثری بر آن مترتب نمی‌شود. و صاحب کفایه در اشتراط تجدید اذن بحث دارد، و آن بموقع است.

و بدان که این سخن که «قبض اول فاسد است پس اثری بر آن مترتب نمی‌شود» در ظاهر موهم «دور» است وگویا د رلفظ مسامحه کرده است. و اولی این بود که بگوید «قبض اول حرام است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود». ولکن این سخن محل منع است، چنانکه می‌بینی که و طی در حال غصب[1] موجب لزوم مهر و عدّه می‌شود.

و آیا در مثل غیرمنقول (که تخلیه در آن کافی است) شرط است در تحقق قبض، گذشتن زمانی که ممکن باشد در آن، وصول مشتری یا وکیل او به مبیع؟ در **مسالک** نفی اعتبار آن، کرده مگر آنکه بسیار دور باشد. مثل اینکه در بلاد دیگر باشد که در

۱: و در نسخه: به جای «غصب» لفظ «قبض».

عرف صادق نیاید قبض به تخلیه. و صاحب **کفایه** گفته است که «این دور نیست». و بعد از آن گفته است (در مسالک) که بنابرقول به اکتفاء به تخلیه در منقول، محتمل است که مثل غیرمنقول باشد. و محتمل است که در اینجا اعتبار کنیم گذشتن زمانی که متمکن شود در آن از قبض و نقل آن، از برای اینکه در منقول ممکن است قبض و نقل، و در غیر منقول ممکن نیست. و صاحب **کفایه** گفته است که در اعتبار زمان، نظر است بلکه ظاهر، یا اعتبار وصول است به مبیع بالفعل. یا عدم اعتبار وصول[1]، و زمان، هیچکدام. و دومی را قریب شمرده.

و گمان حقیر این است که شرط باشد در قبض، وصول به مبیع بالفعل. یا گذشتن زمانی که متمکن شود در آن از وصول. به جهت آنکه ظاهر این است که حکمت در اشتراط قبض ظهور مبدأ آثار تملک است، که وجهی از تصرف باشد. هرچند به دست گذاشتن، یا پا گذاشتن، یا داخل شدن در ملک، باشد. و این یا باید بالفعل حاصل باشد یا آنکه متمکن از آن باشد. گو خود در آن مسامحه بکند. و شکی نیست که این خود، متمکن نمی‌شود الا به انقضای زمانی که وسعت آن را داشته باشد. پس گاه هست مانعی از جانب خدا بعد از تخلیه ید بایع حاصل شود در همین ظرف زمان که مانع از وصول به آن باشد، و تلفی عارض شود مثل آنکه سیل بیاید و آن زمین یا باغ را ببرد. پس ظاهر این است که اهل عرف نمی‌گویند که در این صورت به قبض او داد و بعد از قبض تلف شد. تا ضمان نقل شود به مشتری. به جهت آنکه آن تخلیه، وجود و عدم او، یکسان است در این صورت. پس فرقی میان بلد بعید و قریب نیست، و عمده تمکن از وصول است که حاصل باشد از رفع موانع از جانب بایع به قدری که در تحت قدرت او باشد با تمکن مشتری از آن، که مانع خارجی رو ندهد تا قبض صدق کند عرفاً.بلی هرگاه آنقدر زمان بگذرد ومشتری مسامحه کند ونرود ومانع خارجی بهم رسد، این منافات با قبض عرفی ندارد.

۱: عبارت نسخه: «بلکه ظاهر، اعتبار وصول است به مبیع بالفعل. یا عدم اعتبار وصول و نه زمان هیچکدام».

و بدان که ظهور مبدأ آثار تملک چنانکه به وضع دست و پا می‌شود، به بیع و اجاره هم می‌شود. پس اگر اتفاق شود در حین بیع و تخلیهٔ بایع کسی بهم رسد که فوراً همان ملک را بخرد یا اجاره کند، می‌توان گفت که هرگاه بفروشد، بیع صحیح است. به جهت حصول قبض. ولکن بر این وارد می‌آید اینکه در اینجا قبض مترتب بر بیع شده، نه اینکه بیع مترتب بر قبض شده باشد. و اینکه کسی بگوید که «بیع و قبض در انِ واحد حاصل شد» هم نفعی ندارد به جهت آنکه باید بیع، بعد از قبض باشد و در اینجا قبض نه تقدم طبیعی دارد و نه وضعی.

بلی. می‌توان گفت که اینگونه تصرفات افادهٔ حصول قبض می‌کند[1] نظر به تصرفات مابعد آن. و همچنین همین قدر کافی باشد در لزوم هبه و وقف و امثال آن، گو اصل معامله صحیح نباشد. اشکال سابق شهیدثانی(ره) وارد می‌آید که «قبض فاسد منشأ اثر نتواند شد» و آن خالی از اشکال نیست چنانکه پیش گفتیم. پس اقباض عبارت است از تخلیهٔ بایع از برای مشتری با تمکن مشتری از مباشرت به نحوی از انحاء تصرف. و این مختلف می‌شود به اختلاف احوال و اوقات. پس هرگاه مشتری ملکی را بخرد و بایع بالمره تخلیه کرده باشد ولکن از حین بیع ظالمی او را محصور کند که نتواند برود و آن ملک را تصرف نماید، عرفاً نمی گویند آن را به قبض او داد. این معنی در منقول اوضح است بنا بر کفایت تخلیه، در آن.

و بدان که مشغول بودن مبیع به متاع بایع منافات با صحت قبض ندارد. پس هرگاه صندوقی را بفروشد که در آن مال بایع باشد و به قبض مشتری بدهد، قبض حاصل است و ضمان بایع ساقط است. (بلی[2].در صورتی که مال بایع در آن باشد و بی اذن بایع قبض کند، شاید ضامن متاع باشد). و همچنین در غیرمنقول مثل زمین هرگاه زراعت در ان باشد از عین مال بایع یا زارع دیگر، منافات با صحت تخلیه و اقباض ندارد، و واجب است که صبر کند تا زرع به عمل آید. بلی. هرگاه مشتری نمی‌دانست که زراعت در ان

۱: در نسخه: نمی کند.

۲: استدراک با «بلی» بی‌مورد است و بهتر بود به جای آن حرف «و» می‌آمد

است و اگر صبر کند تا ازاله شود، منفعت معتدبه، از او فوت می‌شود، در اینجا مشتری مخیراست بین فسخ و صبر و هرگاه درخانه(مثلا) چیزی باشدکه مانع از تصرف و انتفاعات معتبره در بیع، باشد، پس در **کفایه** اشکال در این کرده که مجرد تخلیه کافی باشد. و از **تذکره** و **مسالک** نقل کرده است قول به آن را، و این اقرب است.

وهرگاه در آن خانه‌ای که فروخته، چیزی باشد که بیرون آوردن آن باعث خرابی بشود، ظاهرا بر بایع ارش آن، متعلق می‌شود.

و به هرحال، بر بایع واجب است فارغ ساختن مبیع و تسلیم کردن به مشتری فورا، در مثل غیر زرع، چنانکه گفیم. و هرگاه مبیع مشترک باشد و منقول باشد، اذن شریک در قبض ضرور است. و در غیر منقول دوقول است، اظهر عدم لزوم است. و در صورت توقف براذن، هرگاه شریک حاضر نباشد یا باشد و اذن ندهد به حاکم رجوع می‌شود که اواحدی‌رانصب کند که‌به‌قبض‌اوبدهد. اگرچه‌به‌این‌نحو باشد که‌حصه‌شریک‌امانت باشد در نزد او.

٦٣ـ سئوال: هرگاه کسی متاعی بخرد و هنوز قبض نکرده خواهد بفروشد، جایز است یانه؟ـ؟.

جواب: هرگاه مبیع چیزی است که مکیل و موزون نیست، ظاهرا خلافی نیست در جواز بیع آن قبل از قبض. و اخبار مستفیضهٔ معتبره دلالت بر آن دارد.

و اما در مکیل و موزون: پس آنچه از جمع کثیری از قدماء متأخرین نقل شده، کراهت است (باشدت کراهت) در خصوص طعام. و از ابن ابی عقیل قول به حرمة، نقل شده در طعام و غیرطعام، خواه بیع به عنوان «تولیه» باشد (یعنی رأس المال) یا غیر آن. و این ظاهر اختیار شهید ثانی است در **شرح لمعه** در دو موضع از کتاب. یکی در آداب بیع و دیگری در مسائل قبض و تسلیم. و از ابن بابویه و شیخ (در **مبسوط**) و ابن براج و ابن زهره در خصوص طعام. بلکه از شیخ و ابن زهره دعوی اجماع بر آن، نقل شده. و علامه در بعضی کتاب‌های خود، و شهید ثانی در **مسالک** تفصیل داده‌اند و قائل به تحریم شده‌اند در غیر بیع تولیه.و وجه خلاف در مسئله، اختلاف اخبار است. و

قول اول خالی از قوت نیست نظر به «جمع بین‌الاخبار» وهرچند اخبار مانعه از حیثیت سند اقوی است، لکن دلالت آنها ضعیف است. و اجماعات منقوله از ابن زهره و شیخ در **مبسوط** و بلکه علامه در **تذکره** (چنانکه از **شرح ارشاد** آخوند ملااحمد مرمه ظاهر می‌شود که از او نقل کرده ولکن به جهت سقم نسخه، اعتماد ندارم و تذکره هم حاضر نیست) اینها محل اعتماد تمام، نیستند با ملاحظهٔ مخالفت جمع کثیر از قدمای متأخرین.

و به هرحال، اینها در خصوص طعام نقل کرده‌اند. (بلی، ظاهر **شرح لمعه** این است که اجماع **مبسوط**، در مطلق هست) پس در مطلق مکیل و موزون، دلیل، تمام نیست. و[1] اخبار مانع در خصوص طعام، است. و بعض اخبار که عام است عامل به آن کم است. و حمل مطلق منع و خصوص طعام هم وجهی ندارد. به جهت عدم منافات میان «مطلق» و «مقید». پس آنچه از اخبار منع، دلالت آن، واضح است عام است. و عامل به آن کم است. و آنچه مختص طعام است از حیثیت دلالت قاصر است. و در جانب اخبار اباحه بعضی اخبار معتبره است که به عنوان «علت منصوصه» دلالت دارد.

خلاصه اینکه: با وجود اعتضاد ادله جواز به «اصل» و «عمومات» و «اطلاقات» و «اخبار»، منع مطلق، ضعیف است. و در خصوص طعام هم چون دلالت اخبار، ضعیف است، معتمدی نیست،[2] به غیر اجماعات منقوله در برابر ادلهٔ جواز، و ترجیح[3] آنها بر اخبار جواز (با وجود آنکه جمع کثیری از قدمای متأخرین، عمل به آنها کرده‌اند) محل اشکال است. پس از این جهت محقق(ره) در مکیل و موزون به کراهت قایل شده و در خصوص طعام نشده. و این حمل، بدنیست. خصوصا با ملاحظه **روایت** ابی بصیر که حضرت فرموده است «ما یعجبنی[4]» یعنی خوشم نمی‌آید. که ظاهر در کراهت، است.

۱: در نسخه: و اگر اخبار...

۲: یعنی: غیر از اجماعات...

۳: در نسخه: بترجیح- به ترجیح.

٤: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۹۰، ابواب احکام‌العقود، باب ۱٦ ح ۱٦.

ولکن احتیاط این است که در خصوص طعام، اعتبار کیل و وزن بشود. و اما تفصیل به بیع تولیه و غیرآن. پس ظاهر این است که قبل از[1] زمان علامه(ره) قائلی به آن نبوده، چنانکه از بعضی اصحاب تصریح به آن، نقل شده است. و از این جهت است که محقق در **شرایع** و **نافع** نسبت را به روایت داده است، و با وجود آنکه این مضمون در روایات معتبره متعدد، وارد شده است، هجر عمل به آن، **شاهد** ضعف آن است.

و بدان که: ظاهر این است که مراد از طعام، گندم و جو است. چنانکه از اخبار و بعض اهل لغت ظاهر می‌شود. و اصل هم اقتضای اقتصار، بر آن می‌کند. و بدان نیز که این حکم مختص بیع است. پس هرگاه کسی به عنوان میراث و امثال آن، به او منتقل شود ضرر ندارد که قبل از قبض بفروشد.

٦٤: سئوال: آیا جایز است که کسی متاعی به سلف بفروشد به کسی، در عوض آنچه از او طلب دارد؟

جواب: در مسئله دو قول است. آنچه از اکثر نقل شده است، بطلان است، به جهت آنکه این «بیع دین به دین» است و اخبار در منع آن وارد شده است و قبض مجلس در ثمن سلف هم شرط است. و این را قبض نمی‌گویند. و جماعتی به جواز آن قائل شده‌اند، نظر به منع اشتراط مطلقا، چون دلیل آن اجماع است و در اینجا ثابت نیست. و «عمومات» و «اطلاقات» معتضده به «اصل» هم دلیل جواز است. **وروایتی** بخصوص نیز هست که دلالت به جواز آن دارد و اشعار دارد به اینکه عدم جواز از **مذهب**[2] عامه است.

۱: در اصطلاح به فقهای قبل از علامه (حلی)، «قدماء» یا «متقدمین» می‌گویند و به فقهای بعد از او «متاخرین». و احیانا «متجددین» نیز می‌گویند. و متاخرین نیز به «قدماء متاخرین» و «متأخری متاخرین» تقسیم می‌شوند.

۲:وسائل: ج ۱۳ ص ٦٤، ابواب السلف، باب ۸ ح ۱.

و اما جواب از اخبار منـــع دین به دین: پس این است که متبادر از آنهـا ایـن است که عقد از طرفین واقع شود بر دین. به‌این‌معنی که دین بـودن آن شیـئ قبـل از عـقد ثابت باشد. و مفروض در اینجا این است که به نفس عقد سلف، دین حـاصل مـی‌شود. و از اینجا معلوم می‌شود که هرگاه آن متاع را بفروشد به ثمن کلی، و بعد از آن در همـان مجلس محسوب دارد ثمن آن را از آنچه در ذمّهٔ بایع دارد، اولی به جواز خواهد بود[1].

۶۵ـ سئوال: زید به عنوان سلف، پول سیاهی، می‌فروشد به عمرو به پول سفید یا پول اشرفی، و عمرو می‌خرد. بعد نیز زید پول سفید یا پـول اشرفـی را بـه عـنوان سلف می‌فروشد به این پول سیاهی که در ذمه دارد، و عمرو آن را باز به همان پول مـی‌خـرد، همچنین تا برود به هرجا که می‌رود. چه صورت دارد؟

جواب: معامله اولی با تحقق شرایط سلف، خوب است. و امـا مـعاملهٔ دوم و مـابعد آن، پس آن صورتی ندارد. ما هرچند تجویز می‌کنیم که کسی متاعی بـفروشد بـه سلف به دیگری در عوض آنچه از دیگری در ذمّهٔ او دارد، ولکن آن را در وقتی قائلیم که دیـن «حال» باشد[2]. که آن در حکم قبض ثمن است کـه شرط است در سلف. و روایتی[3] هم هست که دلالت بر آن، دارد. ولکن در اینجا چون پول سیاه که در ذمه زید است مـؤجل

۱: فتوای میرزا در این مسئله، در ضمن مسئله بعدی تکمیل خواهد شد.

۲: بنابراین، نظریهٔ میرزا نه مطابق قول اکثر است و نه مطابق قول آن جمعی که در مسئله سابق بیان گردید، زیرا آنان (هردو طرف) برای اثبات نظریه‌شان در «صورت مطلق» استدلال می‌کردند.
و استدلال خود میرزا در مسئله سابق که می‌گوید «به نفس عقد سلف دین حاصل مـی‌شود» شامـل هـمین صورت نیز می‌شود. پس دلیل میرزا بر فساد در «غیرحال» چیست؟
اگر سئوال‌کننده جمله‌ای را به متن سئوال بیفزاید و بگوید «زید و عمرو این معاملات مکرر را به فاصله هر سه ساعت انجام می‌دهند و موعد مقرر هر کدام از سلفها سه ساعت است و در آخـر ساعـت سوم، حـالّ، می‌شود» در این صورت پاسخ میرزا چیست؟
حقیقت این است که فتوای میرزا در دو مورد یک فتوای «نادر» است:
الف: جواز فروش هزار تومان پول سفید به افزون بر آن از پول سیاه. که قبلا بحث گردید.
ب: جواز معامله سلف براساس مافی‌الذمه. یعنی همان مسئله فوق.

۳: در این باب چند روایت هست و معلوم نیست مراد میرزا کدام است.

است و حال نیست، و عمرو بالفعل مستحق آن نیست، پس در حکم قبض مجلس نیست. و ظاهر این است که خلافی در این نباشد[1]. و روایت مذکوره هم ظاهر در دین حال است. با وجود انکه مشهور در دین حال هم بطلان است. پس در اینجا به طریق اولی باید قائل باشند. هرچند در استدلال ایشان در بطلان، به اینکه این، دین به دین است، تأمل است[2].

٦٦ـ سئوال: هرگاه کسی ده قروش از کسی طلب دارد. در عوض آن (مثلا) یک اشرفی بدهد و تراضی واقع شود. و بعد از آن صاحب قروش بگوید که این معامله «لزوم» ندارد و من راضی نیستم. چه باید کرد؟

جواب: همانچه داده است، در عوض طلب او محسوب است. و سخن صاحب قروش مسموع نیست. چنانکه اقوال واخبار دلالت برآن، دارد.

٦٧: سئوال: زید، استری به عمرو فروخته و عمرو که استر را آورده، چموش بوده و نتوانسته آن را اهل کند. آن را به بکر فروخته و بکر هم به سبب نااهلی، بعد از مدتی آن را به عمرو رد کرده. و عمرو به دیگری هم فروخته و او نیز به این جهت ردّ کرده. و الحال معلوم شده که این استر چموش و نااهل بوده. و اهل خبره می‌گویند که قابل اصلاح نیست. و بایع اول که زید باشد هم به هرکس می‌فروخته به همین علت، رد می‌کرده‌اند. و تزویر و تدلیس کرده بود که این را تازه از رمه گرفته‌اند خوب می‌شود و به عمرو فروخته بود.

آیا الحال عمرو می‌تواند استردادکند به زید؟ و قیمت را پس بگیرد یا نه؟ـ؟ و آیا بیع مبیع با علم به عیب، خصوصاً درصورت تدلیس صحیح است؟ یا فاسد؟ و برفرض صحت، خیار ردّ از برای عمرو هست یا نه؟ـ؟

جواب: شکی نیست که نااهلی استر (برنهجی که قابل اصلاح نباشد یا اینکه محتاج به عسر شدیدی باشد که خارج متعارف استرها است) از جملهٔ عیوب، است زیرا

۱: آری بطلان این معامله مورد اتفاق است لیکن:

۲: اگر استدلال آنان بر بطلان جای تامل است، پس استدلال میرزا بر بطلان چیست؟

که تعریف عیب را به این کرده‌اند که ((امری باشد که زاید باشد بر اصل خلقت اکثر افراد آن نوعی که این عیب در او یافت می‌شود. یا ناقص باشد از آن)). خواه عین باشد، مثل زیادتی یک انگشت یا کم بودن آن. یا صفت باشد مثل آنکه بعد از خریدن غلام، معلوم شود که تب داشته است هر چند در همان روز زایل شود.

و همین حکم را دارد هرگاه تب عارض شود بعد عقد و قبل از قبض و ظاهر این است که در این هم خلافی نباشد، چون نقل خلافی در آن نشده. و بعضی قید کرده‌اند تعریف عیب را به اینکه «باعث نقصان مالیت آن شود» و بنابراین، لازم می‌آید که «خواجه بودن» غلام، و «موبرزهارنبودن» کنیز، عیب نباشد و حال آنکه (به اتفاق) آنها عیب‌اند.

و اخبار هم دلالت دارد.

و ایضاً هرگاه قائل شویم که عیب است منافات دارد با ثبوت ارش، چون در اینجا ارشی نیست بلکه قیمت گاه هست زیاد می‌شود. و شاید توان گفت که این زیادتی به سبب اموری است که غالباً مطلوب نیست بلکه خواجه سرایان مطلوب پادشاهان و امرا است نه اغلب مردم. یا آنکه فایده‌ای که در آنها هست که مخلوط شدن با زنان است، در نظر شرع ساقط است چون حرام است. و با قطع نظر از آن، قیمت آن کم می‌شود به سبب ضعف مزاج و عدم تحقق نسل و غیر آن. و دور نیست که بگوئیم که معتبر همان زیادتی و نقصان از اصل خلقت غالب نوع، باشد. و این معیار رد نمی‌تواند شد. و مراد از صحت ارش و خیار ارش ، در مقامی است که ارش متحقق شود. یعنی مختار است مابین ردّ و ارش، اگر ارشی باشد، و اگر نه گاه هست که وقتی بشود که صحیح و معیوب هر دو یک قیمت داشته باشند به جهتی از جهات، و در سوق تفاوتی نگذارند.

و به هر حال، چموشی مذکور در استر عیب است و غالباً موجب ارش عظیم است. و بعضی احتمال داده‌اند که در عیب، رجوع شود به عرف. و چاره اختلاف عرف، به همان می‌شود که در جای‌های دیگر می‌شود. و بنابراین، پس آنچه در روایات دلالت بر

خلاف آن، باشد، مثل «نبودن مو[1] در زهار» مخصص آن باشد. و این مشکل است به جهت آنکه در آن روایت که حکایت موی زهار مذکور است، بیان ماهیت عیب شده. پس شاید که حقیقة شرعیه باشد. و تعریف فقها هم منطبق بر آن است و روایت هم معتضد است به عمل اصحاب. پس اولیٰ اعتماد است به همان سخنی که در آخر گفتیم که ارش در جائی اعتبار می‌شود که تفاوت در قیمت سوق باشد و نباید سوق را تقدیر کرد و اعتبار سوق دیگر، کرد [2].

و بیع معیوب هم، با علم به عیب جایز است و خلاف ظاهری، در آن نیست. و ذکر عیب افضل است. بلی.

هرگاه تدلیس کند یعنی کاری کند که عیب را بپوشاند و بفروشد[مرتکب حرام شده] ولکن بیع باطل نیست. بلی بعضی اشکال کرده‌اند در مثل «آب در شیر داخل کردن» را، که باعث جهالت به قدر مبیع می‌شود. پس باید باطل باشد. ولکن اظهر در آن نیز صحت است به جهت معلومیت مجموع مبیع.

و بدان که: خیار از برای مشتری ثابت است در مبیع معیب. هرگاه عیب قبل از بیع در آن ثابت بوده. [و] مختار است مشتری مابین ردّ مبیع و اخذ ثمن، ومابین مضی داشتن بیع و گرفتن ارش یعنی تفاوت قیمت. و خیاری از برای بایع نیست. بلی اگر در ثمن عیبی معلوم شود خیار از برای او هم ثابت است.

و بدان که: خیار رد ساقط می‌شود به یکی از پنج چیز:

اول: تبّری از عیب است، هر چند به عنوان اجمال باشد. مثل اینکه بگوید «من آن را به کل عیب به تو فروختم» و او هم قبول کند. و ظاهراً فرقی نیست مابین علم مشتری و بایع (هر دو) به عیب، و جهل هر دو، و علم احدهما و جهل آخر، و در حیوان و غیر حیوان، و در عیب موجود در حال بیع، و آنکه متجدد می‌شود بعد بیع (در جائی که

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ٤۱۰، ابواب احکام‌العیوب، باب ۱ ح ۱.

۲: یعنی: خود «سوق» در ارش مقدر و مفروض است پس نیازی به تقدیر مجدد آن، یا به تصریح بر آن در تعریف نیست.

ضمان آن بر بایع باشد) و دعوی اجماع بر این شده. و وجه آن این است که خیار در اینجا به اصل عقد ثابت شده. به این معنی که خیار ثابت است بر تقدیر حدوث عیب قبل از قبض، (یا در ایام ثلثه در حیوان از غیر جانب مشتری مثلاً). پس این از باب تبّری از «مالم یجب» نیست که جایز نباشد. پس در همهٔ این صورت‌ها، خیار ساقط می‌شود با تبّری از عیب.

دوم: جائی است که علم داشته باشد به عیب، قبل از عقد و با علم به آن بخرد.

سوم: جائی است که بعد از علم به عیب بعد از عقد راضی شود به عیب. و ظاهراً خلافی در این دو امر نباشد. و خلاف است در اینکه آیا تاخیر ردّ بعد از علم به عیب، منشاء سقوط خیار می‌شود یا نه؟ـ؟. اظهر و اشهر آن است که خیار، فوری نیست به دلیل اطلاق اخبار، و استصحاب. و بعضی فوری دانسته‌اند و دعوی اجماع بر آن کرده‌اند.

چهارم: جائی است که عیبی حادث شود بعد از قبض در نزد او، در جائی که ضمان مبیع، براو باشد. که این هم باعث سقوط خیار ردّ است از جهت عیب سابق بر عقد. و امّا هرگاه ضمان بر بایع باشد (مثل حیوان که در ظرف سه روز اول، هرگاه عیبی در آن حاصل شود از غیر جانب مشتری، ضمان آن بر بایع است) در آنجا خیار مشتری ساقط نیست.

پنجم: تصرف در مبیع (در غیرصورت **مستثنی** بعد حمل جاریه و تصریه شاة) است. و ظاهر این است که مراد از تصرف امری باشد که دال بر رضای ملزوم عقد باشد. و همچنین در سایر مواضع تصرف در خیارات. پس مثل سوارشدن حیوان از برای آزمایش یا از برای آب دادن (در وقتی که سرکش باشد و محتاج به سواری باشد، و امثال آنها) باعث لزوم نمی‌شود. و فرقی نیست در تصرف، مابین تصرف ناقل ملک، مثل بیع و هبه (خواه بعد نقل به او عود کرده باشد و ثانیاً مال او شده باشد، یا نه). یا غیرناقل، مثل نقل کردن و بارکردن.

و مابین تصرفی که تغییر عین را بدهد یا ندهد. و همچنین فرقی

نیست مابین اینکه تصرف قبل از علم به عیب باشد، یا بعد از آن.

و بدان که: چنانکه خیار ردّ ساقط می‌شود به یکی از سه امر اول، خیار ارش نیز ساقط می‌شود. و ظاهراً خلافی در آن نیست و امّا آن دو امر آخر، پس اظهر و اشهر این است که خیار ارش به اینها ساقط نمی‌شود. و از ابن حمزه نقل شده است قول به اینکه هرگاه تصرف بعد علم به عیب باشد، خیار ارش هم ساقط می‌شود. و گویا دلیل او این است که در تصرف، دلالت بر رضای به عیب است. و این ممنوع است و مخالف اطلاقات اخباری است که دلالت بر ارش دارد با تصرف.

۶۸: سؤال: فروختن گلابتون طلا و نقره، و پارچه‌های زری و اسلحه‌ای که طلاکوب یا نقره‌کوب باشد، معاملهٔ اینها نقداً و نسیئة، هر دو جایز است یا نه؟ـ؟.

جواب: چون در معاملهٔ طلا و نقره، قبض مجلس، شرط است (علی‌الاشهر الاظهر) و بدون آن، باطل است (و فرقی مابین مسکوک و غیرمسکوک و خالص و منضمّ به ضمیمه، نیست). پس هرگاه کسی معامله کند امثال این امور را به غیر جنس، یعنی مثلاً آلات طلاکوب یا نقره‌کوب یا پارچهٔ زری و امثال آن را، به گندم و جو و حیوان و امثال آن بفروشد، پس در جواز آن اشکال نیست خواه نقد باشد یا نسیه. و هرگاه به جنس طلا و نقره می‌فروشد پس در آن، قبض مجلس شرط است و به نسیه نمی‌توان داد. و در اینجا تفاوت ندارد که طلا در قیمت نقره‌کوب یا طلاکوب بدهد یا نقره در قیمت آنها، بدهد.

بلی. هرگاه به قدر آن طلا و نقره که در آن جامه، یا در آن اسلحه هست، نقد بدهد و تتمّه نسیه بماند باکی نیست. و هرگاه داند که این قیمتی که حالا می‌دهد زیاده بر آن قدری است که در آن اسلحه یا جامه است، کافی است. هر چند علم به مقدار آن، نداشته باشد به تفصیل، و به خصوص.

و بدان که در این معامله (قطع نظر از قبض مجلس) باید ملاحظهٔ ربا شدن را هم بکند. پس هرگاه علم دارد به مقدار طلا یا نقره که در آن جامه یا اسلحه هست باید آن قیمتی که می‌دهد، از طلا و نقره، بیشتر باشد از آنچه در اینها است تا آنکه آنچه مساوی

آن است، در برابر آن باشد. و زیادتی در برابر اصل پارچه و آهن و امثال آن باشد، تا ربا نشود. و هرگاه مقدار آن مجهول است، جایز نیست بیع به همان جنس، مگر با علم به زیادتی آن قیمت که می‌دهد، از آنچه در آنها است از طلا و نقره.

و در اینجا ملاحظه مجانست طلا و نقره را باید کرد. چون طلا و نقره در مسئله ربا، دو جنس محسوب می‌شوند و زیادتی هر یک بردیگری مضر نیست، پس هرگاه جامه‌ای نقره‌باف باشد، و آن طلائی که می‌دهد در قیمت به وزن کمتر از آن باشد، ضرر ندارد.

٦٩: سؤال: هرگاه کسی ملکی به او منتقل شده و رؤیت و مشاهده نکرده به دیگری فروخت به ده تومان، و غبن آن را صلح کرد. و بعد از آن، مشتری آن را فروخت به بیست تومان. آیا بایع را می‌رسد فسخ معامله یا نه؟ـ؟.

جواب: هرگاه کسی ملک معین مشخص را بفروشد بدون وصف و تمیزی که رافع جهالت باشد، اصل بیع باطل است. و هرگاه به وصف بفروشد یعنی بایع از برای مشتری بگوید که فلان ملک را در فلان مزرعه دارم که مقدار آن این است و آب آن چنین است و حدود او این است، به تو فروختم.و مشتری به همان وصف بخرد و مشتری ندیده باشد و بعد که مشتری مشاهده کرد برخلاف آن وصف بود و ناقص بود مشتری مسلط است بر فسخ بیع. و از برای بایع خیاری نیست.

و همچنین هرگاه بایع ملک خود را ندیده باشد، و مشتری وصف کند از برای او که فلان ملک تو که با این صفت و به این حدود است، از تو می‌خرم. و بایع هم به او بفروشد. و بعد از مشاهده و ملاحظه، به خلاف آن برآید و زاید باشد، بایع مسلط است بر فسخ بیع. و هرگاه بایع و مشتری هیچکدام ندیده باشند و به وصف ثالثی، معامله واقع شود، و از وجهی نقصی در آن باشد، و از وجهی زیادتی باشد، پس در اینجا هر دو مسلط بر فسخ هستند. و هر کدام پیشتر فسخ کرد، از برای دیگر خیاری نیست. یعنی نمی‌تواند بگوید «من راضیم به معامله و فسخ نمی‌کنم».

و همچنین: هرگاه بعض آن مشاهده شده و بعضی نشده، و به وصف و تعیین،

معامله شده باشد و بعد از رؤیت، آن بعض که مشاهده نشده بر خلاف ظاهر شود. باز خیار فسخ ثابت است در جمیع آن مبیع. و نمی‌توانند که در بعضی که موافق، است الزام کنند و در بعضی فسخ. چون مستلزم ضرر می‌شود از راه «تبعض صفقه».

و همچنین: ثابت است این خیار، در وقتی که قبل از این معامله مشاهده حاصل شده به مدتی. و بعد از معامله ظاهر شد خلاف آن.

و خلاف کرده‌اند در فوری بودن این خیار. و هر چند اشهر فوریت است نظر به اینکه خیار خلافِ «اصل» است و در بیش از فور، به ثبوت نرسیده. لکن مقتضای استصحاب و اطلاق **حدیثی**[1] که در آن وارد شده است، اطلاق خیار است. و این دور نیست. خصوصاً با وجود جهالت به خیار و به فوریت آن. بلکه در این صورت بقای خیار متعین است. و امّا صلح غبن، پس ظاهر این است که آن منشاء سقوط خیار رؤیت نمی‌شود به جهت عموم دلیل، و نفی ضرر.

۷۰: سؤال: متعارف است که مردم معامله می‌کنند و ده رأس گوسفند (مثلاً) می‌دهند که بعد از ده سال دیگر، ده عدد گوسفند به همان سن بگیرند که در متعارف «دندان به دندان» می‌گویند. و شرط می‌کنند که سال به سال در هر سال ده من روغن بدهد. و هم شرط می‌کنند که هرگاه مجموع این گوسفندها [را] (که حال می‌دهند) به غارت ببرند دیگر صاحب گوسفند مطالبهٔ عوض نکند. و اما اگر بمیرند یا بعض آنها را دزد ببرد باز به عدد همهٔ گوسفندها، مستحق باشد که بگیرد. آیا این معامله صحیح است یا فاسد؟ـ؟ و این چه عقدی است از عقود شرعیه؟.

جواب: این معامله را می‌توان به عنوان سلف تمام کرد و هم به عنوان بیع نسیه و هم به عنوان مصالحه و به غیر اینها. ظاهراً مشکل نیست[2] که وجه صحت داشته باشد.

اما سلف: پس به این نحو است که این شخص که گوسفند را می‌گیرد باید به

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۳۶۱، ابواب الخیار، باب ۱۵ ح ۱.

۲: ودر نسخه: است.

صیغهٔ سلف، ده رأس گوسفند بفروشد به این شخص که گوسفند را می‌دهد. و این گوسفندها را به قیمت آن حساب کند و قبض مجلس به عمل بیاید و شبهه‌ای نیست که گوسفند ثمن گوسفند می‌تواند شد. و همچنین سلف در حیوان هم جایز است، حتّی در گوسفند لبون (یعنی از شأن او این باشد که شیر بدهد). و وصف رافع جهالت که شرط است در سلف به همین‌قدر که غرری حاصل نشود، کافی است. و استقصای جمیع اوصاف، ضرور نیست.

و از این جهت است که مشهور علما تجویز کرده‌اند سلف گردو و تخم‌مرغ را به عدد. و خلاف شیخ، ضعیف است. پس همینکه بگویند که ده رأس گوسفند عربی یا ترکی یا گوسفندی که در این بلاد به عمل می‌آید که صحیح‌الاعضاء باشد. و به این دندان باشد. و بسیار کوچک نباشد. با برّهٔ متعارفی که بسیار کوچک نباشد و خواه ماده باشد و خواه نر، یا ماده باشد، کافی است در وصف. گو باز تفاوت درمقدار جثه، در میان آنها باشد. خصوصاً در گوسفند شیرده که جثه مدخلیت بسیار در آن ندارد.

و امّا شرط روغن: پس می‌توانیم که آن را نیز داخل بیع کنیم. که بگوید: ده راس گوسفند را به تو فروختم به عنوان سلف در مدت پنج سال با ده من روغن در مدت پنج سال و ده من دیگر در مدت چهار سال و ده من دیگر در مدت سه سال و ده من دیگر در مدت دو سال و ده من دیگر در مدت یک سال. و قیمت، آن ده راس گوسفند است که حال می‌گیرد. و تعیین وصف رافع جهالت در روغن هم آسان است بلکه آسانتر است.

و می‌تواند شد که داخل مبیع نباشد، و از باب شرط ضمن‌العقد، باشد. و این شرط هم از شروط جایزه است و ادلّهٔ شرط شامل آن هست. و **توهّم** اینکه منافی مقتضای عقد سلف است که بر اصل مبیع وارد شده و شرط داخل احد طرفین است و زمان آن تفاوت دارد با زمان ادای مبیع. **مندفع** است. اولاً به اینکه: بودن شرط داخل احد طرفین، نه باین معنی است که باید در همهٔ امور حتّی در «زمان وفا» موافق باشد با «مشروط فیه». بلکه مراد همین است که بر مشروط علیه لازم می‌شود وفای به آن به مقتضای شرط، مثل اصل مشروط فیه.

و ثانیاً باینکه: چنانکه اصل بیع می‌تواند تقسیم شود به از منهٔ متعددّه، شرط هم می‌تواند شد. پس عمومات ادلّهٔ بیع و شرط، شامل آن خواهد بود.

و از آنچه گفتیم وجه تصحیح بیع نسیه هم ظاهر می‌شود. بلی، اشکال در شرط عدم تسلیم مبیع است در وقتی که ثمن را به غارت ببرند. چون فقها از جملهٔ شروط فاسدهٔ مخالف مقتضای عقد شمرده‌اند، اینکه بایع شرط کند عدم تسلیم مبیع را. یا مشتری شرط کند عدم تسلیم ثمن را. و آن نیز مندفع است به اینکه ما که می‌خواهیم تصحیح این معامله بکنیم. بنا را به این می‌گذاریم که بایع شرط می‌کند با مشتری که هرگاه ثمن را به غارت ببرند، تو مرا بریُ الذّمّه کنی از مبیع که دینی است برگردن من. نه اینکه تو مستحق مبیع نباشی. و دلیلی بر بطلان این نوع شرط، نیست. و تحقیق این معنی و فرق مابین شروط صحیحه و فاسده را در رساله علی‌حده که در تحقیق مسئله «شرط ضمن‌العقد» نوشته‌ام، کرده‌ام.

و امّا بروجه مصالحه: پس اشکالی نیست. خصوصاً با رفع جهالت به این نحو که ده رأس گوسفند موجود را صلح می‌کند به ده رأس گوسفند در ذمه آن شخص با روغن مذکور در مدت مذکور و به تفصیل مذکور. و شرط اینکه به غارت ببرند را، داخل شرط ضمن‌العقد می‌کنیم. به تقریبی که ذکر کردیم. والله العالم.

۷۱: سؤال: زید، ده عدد اشرفی (که هر یک الحال قیمت آن یک تومان پول سیاه است) بفروشد به عمرو به مبلغ پانزده تومان پول سیاه معین به وزن، در مدت یک سال، و صیغه نخوانده باشند. و عمرو اشرفی‌ها را خرج کرده. در سر موعد، زید پانزده تومان را می‌طلبد. آیا صحیح است؟ ولازم است یا نه؟ـ؟.

جواب: اصل معامله جایز است بنا بر اظهر که صیغه شرط لزوم است. [ولی] چون اشرفی‌ها تلف شده، ظاهر این است که باید عمرو پول سیاه را بدهد. بنابراظهر که معاطات افادهٔ ملکیت متزلزله می‌کند، نه محض اباحه. زیرا که اگر جایز باشد که عمرو پول سیاه را ندهد، لازم می‌آید جمع مابین عوض و معوض.

۷۲: سئوال: آیا کسی که زمینی دارد و معتقد آن است که ده جریب است و یک

جریب آن را می‌فروشد به احدی. و می‌گوید یک جریب از این ده جریب را به تو فروختم و او هم قبول می‌کند. و بعد از آنکه می‌خواهند قسمت کنند مساحت کـه مـی‌کـنند مجموع زمین نه جریب بوده است بایع می‌گوید به مشتری که تو مستحق عشر زمـینی. و مشتری می‌گوید که من یک جریب زمین خریده‌ام. آیا مـشتری مـستحق عـشر مـجموع است یا مستحق یک جریب زمین است؟ـ؟.

جواب: هر چند فقها ذکر کرده‌اند که هرگاه جزء مقدر و غـیرمعینی را بـفروشد از شیئٌ معین معلومی مختلف‌الاجزاء (مثل ذراعی از کرباس معینی، یا گـوسفندی از گـله معینی، یا جریبی از زمین معینی) آن بیع باطل است. ولکن ظـاهر ایـن است کـه مـراد ایشان این است که بر سبیل اشاعه نباشد، و هرگاه بر سبـیل اشاعـه بـاشد جـایز است. چنانکه هرگاه جزء مشاء معلوم‌النسبه را به شیئٌ معین بـفروشد، خـواه مـختلف‌الاجـزاء باشد یا متساوی‌الاجزاء، مثل ثلث این زمین معین، که اجزای آن مختلف باشد. یـا ثـلث این قبه گندم معین، که مقدار آن معلوم است. در اینجا نیز صحیح است بی‌اشکال. و بـه آنچه ما گفتیم که مراد ایشان غیرصورت اشاعـه است، در **مسالک** تـصریح شده. پـس هرگاه مراد بایع درصورت سؤال، این است که یک جریب مشاع از آن زمین خاص که آن را ده جریب می‌داند فروخته است، بیع صحیح و در یـک جـریب بـا او شریـک است بالاشاعه. به جهت آنکه مطلقاً **جهالتی** نیست، نه در اصل زمین و نه در اشتمال زمین بـر آن مقدار. و نمی‌تواند به مشتری بگوید که عشر زمین مال تو است. بلکه دور نیست کـه **بگوئیم هرگاه مشتری تمام زمین را دیده باشد، یا تمامی کرباس [را،] واجزاء آن هم مختلف** باشد. و راضی شود به هر جزء از اجزاء آن، و بر غیر سبیل اشاعـه هم بـخرد دلـیلی بـر بطلانش نباشد.

چون غرری و فسادی لازم نمی‌آید. و مختار است مشتری که از هر جـا خواهد بگیرد.

به هر حال، ظاهر درصورت سؤال این است که معامله بر جزء معلوم‌النسبه بـه کـل نشده که مراد عشر زمین باشد، بلکه معامله بر یک جـریب شده. و مـفروض آن است کـه

آن زمین مشتمل بر یک جریب است. و هرگاه یک جریب را بر سبیل اشاعه بفروشد پس مشتری مستحق یک جریب است، و بایع نمی‌تواند او را الزام کند برعشر. بلکه مشتری شریک است با بایع به مقدار یک جریب، به این معنی که هرگاه فرض شود که زمین ده جریب بوده او مستحق عشر منافع زمین است خواه وجه اجاره او باشد یا محصول مزارعه آن. هر چند در حین قسمت گاه هست به حسب مساحت بیش از یک جریب به او برسد یا کمتر به جهت تعدیل سهام.

و هرگاه نزاع کنند در اینکه آیا بر سبیل اشاعه فروخته است یک جریب را، یا یک جریب مجملی، فروخته؟ـ؟ و بایع ادعا کند عدم قصد اشاعه را، تا آنکه معامله فاسد شود، اظهر این است که قول مدعی اشاعه، مقدم است به جهت حمل فعل مسلم بر صحت. یعنی هرگاه بنا را برمشهور گذاشتیم که بیع جزء معینی [و] مقدری (مثل جریب و قفیز نه مثل ثلث و ربع) از شیئ مختلف‌الاجزاء باطل باشد درغیرصورت اشاعه، در اینجا حمل به اشاعه می‌کنیم.

و هرگاه بنا را براین احتمال بگذاریم که خود دادیم که با وجود اطلاع بر جمیع اجزاء بدون قصد اشاعه هم صحیح باشد. در آنجا ظاهر این است که قول مدعی عدم اشاعه مقدم باشد. چنانکه در متفق‌الاجزاء، تصریح به آن کرده‌اند جمعی، و دعوی تبادر کرده‌اند در عدم اشاعه. و ثمرهٔ آن ظاهر می‌شود در جائی که بعض مبیع تلف شود. پس بنابرقول به حمل بر اشاعه بقدرالحصه، مشتری شریک است در نقصان. و بنابرعدم اشاعه، مشتری حصهٔ خود را می‌گیرد. هر چند همان بقدرالحصهٔ او، باقی مانده باشد. و **حدیث**[1] صحیحی هم هست که دلالت براین دارد.

و خلاصه سخن در متفق‌الاجزاء: اینکه هرگاه بگوید که ده من از این جوال گندم که سی من در او هست، به تو فروختم و مشتری هم قبول کند. و قبل از آنکه مشتری تصرف کند و به تسلیم بگیرد، دزدی بیست من آن گندم را ببرد، باز مشتری مستحق

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۲۷۲، ابواب عقدالبیع، باب ۱۹ ح ۱ـ تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۲.

ده من خود هست. زیرا که او ده من گندم از این سی من خریده (علی‌الاطلاق) و هرده منی را اختیار کرد، می‌تواند اختیار کرد. یعنی مختار است که در هر وقت که خواهد مطالبه ده من از آن مجموع را بکند. و بایع اختیار این ندارد که بگوید ده من تو در میان آن بیست من بود که دزد برد. الحال همین باقی مانده را اختیار می‌کند.

وهرگاه علی سبیل‌الاشاعه خریده باشد (به این معنی که شریک بایع باشد در ده من از جمله سی من) پس در اینجا مستحق ثلث ده من خواهد بود. و اینکه فقها در مختلف‌الاجزاء متوجه این نشده‌اند بنای ایشان براین است که بیع بر غیرسبیل‌الاشاعه در آن صحیح نیست.

نه اینکه بر فرض صحت فرق است بین مختلف‌الاجزاء و متفق‌الاجزاء. پس بنابراین، درصورت سؤال، هرگاه بنابرقول به صحت (چنانکه احتمال دادیم) دعوی کنند که بر سبیل اشاعه [است] یا بدون اشاعه؟ـ؟ باز قول مدعی عدم اشاعه را مقدم می‌داریم، باز مشتری مستحق یک جریب زمین خواهد بود که از هر جا خواهد بگیرد.

پس ثمرهٔ دعوای اشاعه و عدم اشاعه، در اینجا نیز دروقتی ظاهر می‌شود که سیلاب بیاید و قدری از آن زمین را ببرد. پس بنابراشاعه، مشتری شریک می‌شود در نقصان. بخلاف صورت عدم اشاعه. و اما هرگاه تلفی رو ندهد، پس در هر حال مشتری مستحق یک جریب زمین است. نه عشر مجموع زمین. بلی، فرقی هست در اینکه بنابراشاعه اختیار با مشتری نیست که هر جریبی را که خواهد اختیار کند. بلکه باید تقسیم بر سبیل تراضی شود. بخلاف صورت عدم اشاعه که اختیار با او هست.

و بدان که: منافاتی نیست مابین دعوی «تبادر» در عدم اشاعه (در مقامی که هر دو صورت صحیح باشد) و مابین حمل بر اشاعه در مختلف‌الاجزاء، بنابرمشهور که بطلان آن، است. که در آنجا «مقتضای حمل فعل مسلم را بر صحت» مقدم می‌داریم بر «تبادر» لفظی. پس فعل مسلم بودن قرینه بر مجاز می‌شود، و [تعین] اراده خلاف متبادر از لفظ، می‌شود.

۷۳:سؤال: هرگاه بایع بفروشد عشر زمین معین مشاهدی یا موصوفی را،

بنابراینکه آن عشر یک جریب است و مشتری هم بخرد. و بعد از آنکه مساحت کنند، اصل زمین نه جریب باشد. آیا مشتری خیار فسخ دارد؟ یا بیع باطل است؟ و بر فرض خیار، اختیار در چه چیز دارد؟.

جواب: بدان که علما خلاف کرده‌اند در اینکه هرگاه زمین مشاهدی یا موصوفی رابخرد بنابراینکه چند جریب معین است و بعد از آن معلوم شود که کمتر بوده. اشهر و اظهر این است که خیار از برای مشتری ثابت می‌شود در فسخ بیع و استرداد مجموع ثمن. یا آنکه بیع را ممضی دارد در آنچه حقیقةً دارد از مبیع، و به‌قدر آنچه کم آمده است استرداد کند از قیمتی که داده. چنانکه در **روایتی**[1] وارد شده که خالی از اعتبار نیست.

و جمعی قائل شده‌اند به اینکه: اختیار دارد که فسخ کند یا راضی شود به بیع در مقابل تمام قیمت. و بدان که در آخر همان روایت مذکور است که هرگاه بایع در جنب همان زمین، زمینی داشته باشد که تواند نقص همین زمین را تمام کند، لازم است بر بایع که نقص آن را تمام کند. و شیخ در **نهایه** به مضمون آن فتویٰ داده و اسقاط خیار کرده در این صورت. و این حدیث چون به مرتبه صحت نرسیده عمل به این جزء آن، مشکل است. چون مخالف قاعده است، چون عقد بیع شامل آن نبوده. و مشهور ترک کرده‌اند عمل به آن را.

و جزء اول آن حدیث، که «معمول به» ایشان است، منجبر است به عمل ایشان. و احوط این است که مشتری در این صورت، فسخ نکند هرگاه بایع نقص را، تمام کند. چنانکه در مسئله سابقه هم، احوط این است که مشتری بنا را به قول دوم بگذارد، نه قول مشهور.

و هرگاه این مسئله را دانستی، بدان که این کلام جاری می‌شود درصورت سوال. و اظهر این است که مشتری مسلط است بر فسخ بیع از اصل، یا استرداد مقابل نقص از

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦۱، ابواب‌الخیار، باب ۱٤ ح ۱.

ثمن و التزام بیع. و احوط عمل به این است که مختار است مابین فسخ یارضای به بیع در مقابل تمام قیمت. و احوط این است که هرگاه بایع نقص او را تمام کند از همان زمین، مشتری قبول کند و فسخ نکند.

۷٤: سوال: هرگاه کسی بفروشد ملک معین معلومی را، با املاک غیر معینه (که به میراث منتقل شده به او) به ثمن معلومی به شخصی. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟ـ؟.

جواب: بدان که از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است. و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که برآن نقل شده. چنانکه علامه در **تذکره** ادعا کرده و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و به سبب جهالت مبیع، «غرر» هم لازم می‌آید و داخل «بیع سفه» می‌شود، و از آن جهت نیز حرام و باطل است.

و اما با وجود ضمیمه (یعنی بیع غیرمعین به ضمیمه معین)، خلاف است. و اشهر در آن نیز بطلان است به جهت آنکه جهالت جزء، مستلزم جهالت کل است. و جمعی قائل شده‌اند به صحت آن، به سبب دلالت بعضی اخبار که به حسب سند و دلالت و اعتضاد، مقاومت با دلیل مشهور نمی‌کند.

و جمعی تفصیل داده‌اند که اگر مقصود با لذات در بیع، آن شیئ معلوم باشد و مجهول تابع باشد، صحیح است. و اگر مقصود با لذات، آن شیئ مجهول باشد و آن معلوم تابع باشد. یا قصد، نسبت به هر دو مساوی باشد، باطل است. به جهت آنکه عمده در دلیل بطلان، لزوم غرر است و منجر شدن امر به فساد. و در صورت مفروضه، عرفاً غرری لازم نمی‌آید. و از این باب است فروختن خانه و عمارت با جهالت اساس و بنا و پی و ریشه آنها. و اخبار را هم حمل بر این کرده‌اند. و این حمل در بعضی از اخبار، تمام نیست. مثل آن **حدیثی**[1] که دلالت دارد بر جواز فروختن ماهی نیزاری (که مجهول است) به واسطه آنکه یک کف[2] ماهی، از آن را، شکار کند و بگوید این کف، ماهی را

۱و۲: وسائل: ج ۱۲ص۲٦٤،ابواب عقدالبیع، باب ۱۲ ح ٦. توضیح: مراد از «کف» کف دست است. نه نوعی ماهی که اسمش «کف‌ماهی» است.

می‌فروشم با آنچه در نیزار است، به این مبلغ. چون ظاهر است که عمدهٔ منظور مشتری، آن ماهی است که در نیزار است.

و فقها در این مقام چند مثال را مطرح کرده‌اند که یکی مسئله بیع ماهی است و یکی مسئله بیع شیری است که در پستان حیوان است به ضمیمه آنچه دوشیده شده در ظرفی. و بیع «حمل» حیوان است به ضمیمه پشمی که در پشت آن است. و تحقیق این مسئله در نهایت اشکال است و مقام، اقتضای بسط کلام در آنها نمی‌کند. ولکن عمده، تحقیق مقام است به نحوی که تواند «قاعده» شد، در مسئله ضمیمه.

و آنچه به فکر فاتر این قاصر، می‌رسد، آن است که: مسئله ضمیمه در اینجا مبتنی است بر جواز حیلهٔ شرعیه. و تصحیح، بابی‌است معهود، و طریقه‌ای است **ثابت‌الاصل**[1]، که انکار آن نمی‌توان کرد.

بلکه از تتبع اخبار و طریقه علمای اخیار، قطع حاصل می‌شود به صحت آن، و از جملهٔ امثله آن احتراز از ربا است به ضم ضمیمه، چنانکه در خصوص این، حدیث **صحیحی**[2] وارد شده در معامله هزار درهم به ضمیمه یک دینار، با دو هزار درهم. وعلما به آن عمل کرده‌اند. و اجماع[3] بر صحت آن، دعوی شده. و از جمله اینها گریز از «بیع» است به «صلح[4]» به جهت دفع «حق‌الشفع» و شمش‌کردن[5] طلا و نقره است در عرض

۱: بلی. «اصل» آن فی‌الجمله ثابت و اجماعی است ولی در چه صورتی؟ و در چه شرایطی؟ و با کدام شرایطی؟. به ذیل مسئلهٔ شماره ٦ همین مجلد رجوع فرمائید.

۲: وسایل: ج ۱۲ ص ٤٦٦، ابواب‌الصرف، باب ٦ ح ۱: در این حدیث موضوع کلام، مبادلهٔ درهمهای نامرغوب بادرهمهای مرغوب است که مثلاً دو هزار درهم نامرغوب معادل هزار درهم مرغوب بعلاوه یک دینار باشد، در رواج و جریان بازاری.

۳: صحت حدیث مورد اتفاق است. بحث در موضوع، و در چگونگی دلالت، و اطلاق و عدم اطلاق آن است.

٤ و ۵: مورد ربا را نباید به مورد صلح و شمش کردن طلا، «قیاس» کرد. وانگهی خود مرحوم میرزا بحث را به «حکمت احکام» می‌کشاند. و در زمینه حکمت احکام، خیلی روشن است که فرار از ربا بوسیله ضمیمه یعنی گرفتن ربای واقعی با استفاده از ضمیمه اگر جایز باشد لازم می‌آید «نقض غرض» در احکام الهی و این، اجماعاً ممنوع است.

سال، از برای گریز از زکات. و غیر اینها از حیل شرعیه که از برای گریز از ربا و غیر آن ذکر کرده‌اند و اخبار دلالت بر آنها دارد.

پس می‌گوئیم چنانکه از کلام الهی و اخبار بسیار، مستفاد می‌شود که علت، در تحریم ربا، آن تلف اصول و ظلم کردن غریم است در طلب زیادتی. و باعث ترک قرض‌الحسنه و سد باب **معروف** شدن است. و با وجود این، به حیل شرعیه، معاملات چند تجویزشده که در این علت و ثمره با ربا شریک‌اند[1]. پس معلوم می‌شود که خصوص مادّهٔ «ربابودن» مدخلیت دارد در علت، و آن علت مستقلّه نیست بلکه از باب حکمت است در اساس حکم تحریم ربا. مثل رفع بوی گندی که در تحت بغل اعراب بود که باعث مستحب‌شدن غسل[2] جمعه شد. و عدم اختلاط میاه و انساب که باعث لزوم «عدّه» شد از برای زنان.

پس ربا همیشه حرام است هر چند منشاء نقصان مال نباشد. مثل جائی که کسی مساوی ده تومان می‌گیرد که مساوی دوازده تومان بدهد، از برای اینکه متاعی بخرد که می‌داند که مساوی ده تومان انتفاع می‌کند. در اینجا تلف[3] مالی لازم نمی‌آید بلکه جلب نفع می‌شود و با وجود این حرام است چنانکه غسل جمعه از برای کسی که بوی

۱: گریز از «بیع» به «صلح» یک انتخاب است میان دو معامله جایز و شرعی و بدیهی است آن فسادی که از ربا ناشی می‌گردد هرگز در صلح (به هر نوع و قسم و شکل) امکان ندارد.

و تبدیل طلائی که مشمول زکات خواهد شد، به شمش، جهت جریان اقتصادی طلا را کاملاً تغییر می‌دهد و آن فسادی که در رکود سرمایه جاری است در رکود شمش نیست. زیرا حجم پول جاری در بازار، همیشه نقش مهم دارد که با حجم طلاهای شمش شده در خانه‌ها فرق فاحش دارد. و در اینجا راز و رمز اقتصادی زیادی هست. مجدداً خوانندگان محترم را به مطالعه ذیل مسئله شماره ٦ دعوت می‌کنیم.

۲: هنگامی که بحث از زمینه «تعبد» خارج می‌شود و در زمینه «حکمت احکام» جریان پیدا می‌کند، باید گفت: پس بنابراین، غسل جمعه برمردمی که زیر بغل‌شان بو ندارد، مستحب نیست.!ـ؟!

راستی میرزا (ره) چقدر روی این مسئله اصرار دارد که با وضوح تمام وارد مرحله «قیاس» می‌شود.!ـ؟!

۳: گویا در نظر مصنف (ره) عیب ربا تنها در این است که به ضرر «ربح‌دهنده» است. و مسئله «اکل‌بباطل» و مفتخواری «گیرنده سود» که منشاء مفاسد اجتماعی و اقتصادی می‌گردد، مورد توجه او نیست.

ناخوشی ندارد مستحب[1] است. و عدّه از برای زنی که جزماً آبی در رحم او نیست واجب است[2].

ولکن چون حق تعالیٰ ربا را حرام کرده و بیع را حلال و مباح کرده است. که مردم بواسطهٔ دادوستد از مال خود منتفع شوند لکن بواسطهٔ بیع، نه ربا، پس هرگاه ممکن شود که در غالب به بیع منتفع شود یا به‌سبب ضمیمه یا معاملهٔ محاباتیه، ترک ربا بکند و مرتکب بیع شود، براو حرجی[3] نیست، هر چند در حصول انتفاع، هر دو شریک‌اند. و عمده این است که آدمی غرض خود را صحیح کند، و نیت خود را خالص کند، و به عنوان معامله حلال، کسب نفع کند نه حرام. چنانکه در حدیث صحیح است که «نعم‌الشیئ الفرار من‌الحرام الی‌الحلال»[4].

پس ما در مانحن فیه، نیز می‌گوئیم که خدا بیع مجهول را فاسد و حرام کرده به

۱: اولاً: اساساً تشریع استحباب غسل جمعه منحصراً به علت بوی زیر بغل اعراب مربوط نیست. بل یک موضوع مهم نظافتی است که همیشه مستحب است.

ثانیاً: بر فرض تسلیم، باز برای کسانی که بغل‌شان بوندارد براساس «حکمت مطلوبیت نظافت» مستحب است. نه به خاطر اینکه «ماده غسل جمعه» مدخلیت دارد.

۲:عده در این مورد به خاطر حفظ قاطعیت قانون است تا حریم قانون با هر بهانه‌ای مورد تجاوز قرار نگیرد وانگهی، ممکن است حکمت دیگر عده، مهلت دادن به زوجین است که اگر براساس احساسات دچار طلاق شده‌اند برگردند. و در مورد زنی که همسرش مرده است برای احترام به همسر متوفی باشد.

و در مورد زنانی که سن‌شان بالا رفته و از سن « من تحیض» گذشته‌اند دیگر به مهلت مذکور، نیاز نیست. زیرا در مورد آدمی که در آن سن هم دچار احساسات این‌چنینی شود، اینگونه مهلتها کارساز نیست.

و بالاخره صرفاً «ماده عده» در محور حکمت قرار ندارد، و عجیب این است که میرزا از سخت‌گیری اسلام و توجهی که در اسلام به حفظ قانون و حفظ حریم قانون شده، بحث می‌کند لیکن نتیجه معکوس می‌گیرد.

۳: باید صورت صحیح این عبارت به شرح زیر باشد:

پس هرگاه ممکن نشود که در غالب به بیع منتفع شود، به سبب ضمیمه یا معامله محاباتیه ترک ربا بکند و مرتکب بیع شود براو حرجی نیست.

٤: همان حدیث.

دلیل‌هائی که پیش گفتیم که از جملهٔ آنها لزوم غرر و سفه بود. و گاه هست که در عرف و عادت در بیع مجهول، غرر و سفهی نیست. چنانکه هرگاه پول قلیلی بدهد و ماهی نیزاری که مظنّه هست که در آن، ماهی بسیار باشد و اضعاف مضاعف آن قیمت، به عمل بیاید. و چنانکه کسی پول خرج کند در کندن معدنی به امید تحصیل طلا و نقره بسیار، با جهالت حال. یعنی محتمل باشد که چیزی بیرون نیاید، لکن مظنهٔ حصول نفع بسیار هم باشد. عرفاً در اینجا نمی‌گویند سفیه است یا مغرور است. خصوصاً در وقتی که بایع محتاج است به آن پول قلیل و خود نمی‌تواند ماهی نیزار را صید کند یا به دیگری بدهد، که برای بایع هم غرری و سفهی نیست. پس اگر دعوی اجماع نبود در بیع مجهول، ما قائل می‌شدیم به جواز آن، دروقتی که غرر و سفهی لازم نیاید.

پس چون حکم به حرمة بیع مجهول محض شده مطلقا خواه غرر و سفهی لازم آید یا نه، ما تجویز نمی‌کنیم.و اما تجویز با ضمیمه پس آن محض از برای گریز از بیع مجهول محض، است، مثل بیع ضمیمه و معاملهٔ محاباتیه در ربا. پس چنانکه هزار درهم را به خود حلال می‌کنیم در ازای یک دینار،[1] و می‌گوئیم آن هزار درهم در برابر آن یک دینار باشد. در اینجا هم می‌گوئیم که صددرهم که می‌دهیم که ماهی نیزار را بخریم به امید اینکه دویست درهم از آن حاصل شود، چنین قرار می‌دهیم که این کف ماهی را به صد درهم می‌خریم، هر چند هیچ عمل نیاید. به جهت آنکه مظنّهٔ حصول دویست درهم است و خرج کردن صددرهم، درازای تحصیل دویست درهم غرر و سفه نیست. چنانکه کسی در تجارت، مال بسیار را به سفر پرخطر بیابان یا دریا می‌برد به امید نفع، و گاه هست همه سرمایهٔ او غرق شود یا دزد[2] ببرد.

۱: در متن حدیث هزار درهم در مقابل یک دینار قرار نمی‌گیرد بل در مقابل نامرغوبی هزار درهم بعلاوه یک دینار.

۲ جان کلام در همین جا است. یکی از حکمتهای تحریم ربا عدم «ریسک» در آن، است که سرمایه هرگز در معرض خطرهای طبیعی و معمولی که در هر معاملهٔ دیگر هست نمی‌باشد و لذا در «تعاطی» طبیعی صرفا گیرنده است و هرگز «دهنده» نیست. یعنی رباخوار همه احتمالات مضّر را (که وجودشان در طبیعت، و طبیعت اجتماع واقعیتهای مسلم است) به سوی سایر اعضای جامعه می‌غلطاند.

←

پس بهترین اقوال، قول وسط است و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد و سند بعضی از آنها معتبر است. و لکن به شرط عدم لزوم غرر و سفه که ظاهر آن اخبار هم این است. و ظاهر این است که مراد قائلین هم این باشد. و مراد آن جماعت که تفصیل داده‌اند (به این نحو که مقصود با لذات را آن شیئ معین قرار بدهد نه مجهول) اگر این است که ما گفتیم (که حیله گریز از جهالت باشد و قصد معامله را در این بکند تا حلال باشد) منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. وحاصل معنی مقصود با لذّات، در این بیع‌ها این است که مراد با لذات از بیع، تعلّق انشاء عقد بیع، است با لذات به آن شیئ معین. به جهت گریز از حرام نه اینکه مطلوب و مشتهیٰ و داعی در آن بیع این است. زیرا که خواهش و شهوت و موافق طبع او بر آن است که عوض در برابر آن مجهول باشد، در بیع مجهول. و در برابر آن وجه عمده باشد در مسئله ربا.

مانند خوردن کاسهٔ دوا ارادهٔ خود را بالاختیار متعلق می‌کند به جانب خریدن آن جزء معین با آن وجه قلیل، پس کسی در این مقام گمان نکند که چگونه می‌شود که مقصود با لذات مشتری از خریدن یک کف ماهی به صددرهم همان حصول یک کف ماهی باشد. بلکه مقصود با لذات آن، حصول ماهی بسیار است که مظنون است که در نیزار باشد.

و اگر مراد ایشان این است که باید از باب بیع خانه باشد با جهالت پی و ریشهٔ آن و جهالت آبی که در چاه آن خانه است، پس آن داخل مانحن فیه نیست. و در آن اشکالی نیست به جهت آنکه تبعیت در آنجا در نفس مبیع است نه در مقصود به بیع. به جهت آنکه در آنجا (یعنی در بیع خانه) گاه هست که هیچ یک از بایع و مشتری متفطّن پی و

این استدلال‌های میرزا (قدس‌سره) در مورد فرار از ربا آنطور که او معتقد است همه برعلیه خود او می‌باشد. و اگر او مسئله ضمیمه درمعامله ماهی نیزار را بامسئله ضمیمه برای فرار از ربا (به شکلی که خودش معتقد است) گره نمی‌زد همه کلامش غیرقابل انتقاد می‌گشت. و همچنین است مسئله صلح.
مخالفین نظر میرزا می‌گویند: اساساً تصحیح ربای واقعی باضمیمه را «فرار از حرام به حلال» نمی‌گویند بل «فرار از حرام به حرام» یا «دست و پا زدن دردرون‌حرام» است و لذا آن صورت از فرار که میرزا تجویز می‌کند اساساً مشمول روایت مزبور نیست. رجوع کنید به ذیل مسئله شماره ٦، از همین مجلد.

ریشهٔ خانه و آب چاه نیستند و از باب «دلالت اشاره» به تبعیت غیرمقصوده از لفظ، داخل مبیع می‌شوند. و به تبعیت داخل بیع می‌شوند. و در اینجا بی‌شبهه هر دو، منظور نظر بایع و مشتری هستند. پس تبعیت در اینجا «به جعل جاعل» است و در آنجا قسری است و نفس‌الامری است.

و از این باب است دخول احجار مخلوقه در زمین، دون مدفونه. و همچنین است کلام در بیع «آبق با ضمیمه» که در مسئله «اشتراط قدرت بر تسلیم» گفته‌اند. و اگر ما قطع نظر از این تحقیق بکنیم بر اینها هم وارد می‌آید که ادلهٔ حرمة غرر حاصل از بیع مجهول و غیر مقدور التسلیم، دلالت بر حرمة و بطلان دارد، خواه با ضمیمه باشد یا نه. و ادلهٔ جواز با ضمیمه دلالت بر جواز دارد خواه غرر لازم آید یا نه. و نسبت میان آنها عموم من‌وجه است، و ترجیح ثانی بر اول مشکل است. پس ما باید ادلّه ضمیمه را بروجهی حمل کنیم که غرری از راه جهالت در آن نباشد تا «اخصّ مطلق» شود و مقدم باشد بر «عام مطلق».

و به هر حال، ضم ضمیمه به سبب گریز از جهالت محض، است. که اجماع است براینکه باید در مبیع نباشد. و ما حیله می‌کنیم و مبیع را آن شیئ معین قرار می‌دهیم تا از مورد اجماع فرار کرده باشیم. غایت امر این است که تملک مجهول، از باب شرط ضمن‌العقد باشد. و جهالت این شرط دلیلی بر بطلان آن نیست درصورتی که عرفاً غرری بر آن مترتب نشود به جهت آنکه اجماع در خصوص ضمیمه نیست جزماً. بلکه بعضی دعوی اجماع (در بعضی صور ضمیمه) کرده‌اند بر صحت. و از اخباری که دلالت دارد بر «اشتراط معلومیت اشتراط»، در مانحن فیه برنمی‌آید. مثل اخباری که منع شده از مکیل و موزون جزافاً و امثال آن. و اگراز باب شرط هم نباشد، و جزء مبیع باشد هم، نه اجماع بر بطلان آن قائم است و نه اخبار دلالت بر آن دارد.

و به تحقیقی که ما کردیم اشاره شده است در بعضی اخبار، که منظور از ضم ضمیمه همین است که قصد خود را در بیع متعلق به معین، کند از برای فرار از جهالت، مثل **روایت** ابراهیم کرخی که سند آن خالی از اعتبار نیست. قال: قلت لابی‌عبدالله(ع):

ما تقول فی رجل اشتریٰ من رجل اصواف مأة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا در هماً؟ فقال: لا باس بذلک ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی‌الصوف[1].

و به هر حال، درصورت ضمّ ضمیمه با قصد فرار از جهالت، (که ظاهر این است که مراد مفصّلین آن باشد و کلام مجوّزین را هم حمل بر آن، کردیم) با عدم لزوم غرر و سفاهت عرفاً، اظهر صحت است. مگر در جائی که اجماعی بخصوص بر بطلان آن باشد والحال چنین جائی درنظر نیست. و دعوی اجماعی که علاّمه در **تذکره** بر بطلان «بیع حمل به ضمیمه مادرش» کرده در وقتی است که آن را جزء مبیع کند بالاستقلال. نه از راه فرار از جهالت.

هرگاه این مطالب را دانستی، پس در صورت سؤال می‌گوئیم که: هرگاه قصد بایع، فرار از جهالت نبوده و هر یک از آن ملک معین، و میراث مجهول، جزء مبیع بوده‌اند بالاستقلال، چنانکه ظاهر سؤال آن است، بیع باطل است. و هرگاه ضم کردن معین به غیر معین، به قصد فرار از جهالت بوده و مجهول را کأن لم یکن شمرده‌اند و غرری و سفهی هم در آن نبوده، صحیح است.

و بدان که در اخبار و احادیث نهی از غرر، و غش، و غبن، و جهالت، همه واقع شده و هر یک معنی علی حده دارند و غالب این است که غرر را در جهالت استعمال می‌کنند، و غش مخفی کردن عیب است خواه مثل آب در شیر کردن و خاک در گندم کردن باشد، یا در تاریکی فروختن باشد، یا غیر آن. و غبن متعارف گاهی استعمال می‌شود در فریب‌خوردن مشتری یا بایع در قیمت، هر چند عمداً فریب نداده باشند یکدیگر را. و بیع غش و فریب دادن عمداً حرام است. و اما باطل نیست بلکه بعد از اطلاع، خیار ثابت است. و امّا جهالت منشأ بطلان هم هست، به تفصیلی که گفتیم.

۷۵: سؤال: زید مالی را فروخت به عمرو، و مدتی عمرو در آن تصرف کرد. بعد همشیرهٔ زید ادعا کرد بر آن مال، و حق خود را اثبات کرد. الحال ادعای منافع و اجرت

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۱، ابواب عقدالبیع، باب ۱۰ ح ۱.

ایام تصرف را، از عمرو باید بکند یا از زید؟ـ؟ و یا از هر یک می‌تواند کرد ـ؟ و بر فرضی که از عمرو گرفت، عمرو رجوع به زید می‌کند یا نه؟ـ؟ آیا عمرو می‌تواند ادعاً نفع ثمن را از زید نماید یا نه؟ـ؟.

جواب: بلی، همشیرهٔ زید می‌تواند از هر یک از زید و عمرو، ادعای منافع ایام تصرف را بکند. و هرگاه رجوع به عمرو کرد، پس عین مال خود را می‌گیرد و نماء متصل و منفصل (مثل پشم و مو و شیرو ولد و میوه و غیر اینها، همه) را می‌گیرد و همچنین هر منفعتی که عمرو از آن استیفاء کرده مثل سکنای خانه و سواری چاروا. بلکه هر چند استیفای آن، نکرده باشد. یعنی باید اجرت خانه و چاروا را بدهد، هر چند در آن سکنیٰ و سواری نکرده باشد.

و آنچه برطرف شده از عین یا منافع و نماء، آنچه مثلی باشد (مثل شیر و پشم) مثل را باید ردّ کرد. و هر گاه نباشد، قیمت مثل را در همان وقتی که مثل، نایاب شده است [بدهد]. و آنچه قیمتی باشد مثل ولد، یا بعض عین که تلف شده باشد، قیمت آن را می‌دهد. و اظهر در نظر حقیر این است که هرگاه قیمت سوقی آن (در ایام تصرف و بعد از آن) مختلف شده باشد، قیمت روز تلف را می‌دهد.

هرگاه این را دانستی، بدان که: اگرعمرو، علم نداشته است که غیر در این شریک است، یا علم داشت ولیکن زید ادّعا کرد که به من منتقل شده است، یا مأذونم از طرف همشیره‌ام که بفروشم. پس ظاهر علما این است که در هر دو صورت، عمرو مشتری، رجوع می‌کند به زید بایع، و آنچه داده است به همشیره از او می‌گیرد. و در جائی که قیمت روز تلف عین را می‌دهد، آنچه را که داده است می‌گیرد هر چند زیادتر باشد از آنچه به زید بایع، داده. مثلاً هرگاه آن مال، اسبی بوده و زید آن را به ده تومان فروخت به عمرو، و بعد از آنکه قیمت آن به بیست تومان رسید اسب مرد، الحال که همشیره او غرامت می‌گیرد، نسبت به بیست تومان، حصّهٔ خود را می‌گیرد و عمرو هم همان را از زید می‌گیرد گو زید کمتر داده باشد. چون زید او را مغرور کرده و فریب داده. و این نقصان به او رسیده.

همچنین هر نقصانی که عمرو، کشیده از جهت این معامله و در عوض آن چیزی ندارد[1]، مثل آنکه آن مال، کنیزی بود و آن، فرزندی بهم رساند، باید قیمت فرزند را به مالک اول رد کند تا فرزند آزاد بشود و در عوض این چیزی ندارد[2]، می‌تواند این غرامت را هم از بایع بگیرد.

و همچنین، تفاوت قیمتی که از راه لاغرشدن حیوان به مالک داده است، می‌تواند بگیرد. و امّا غرامت‌هائی که در عوض آن نفع برده مثل آنچه در قیمت شیر حیوان که خورده است، داده. یا اجرت خانه که سکنی کرده است، داده است، در آن دو قول است. شاید اظهر در این، جواز رجوع باشد به بایع. چون او را فریب داده است و اورا مسلط کرده است براینکه منفعت ببرد بی‌عوض، والحال عوض از او گرفته‌اند، و متضرّر شده.

واما هرگاه عمرو، عالم بوده است به اینکه مال غیر است و مغصوب است، و خریده است. پس او رجوع به غاصب نمی‌کند در غرامت آنچه به مالک داده است. چون تلف در دست او شده و ضمان مستقر بر او شده و او غاصب محض است. و اما ثمن مبیع که به غاصب داده، پس مشهور این است که رجوع نمی‌کند در آن به بایع به جهت آنکه خود مال خود را بلاعوض به او داده است. چون می‌دانست که مال غیر است و مال او نمی‌شود به این بیع. پس این به منزلهٔ اباحه است.

ولکن علاّمه (ره) تفصیل داده که اگر آنچه در قیمت آن داده باقی است، رجوع می‌تواند کرد. و اگرتلف‌شده، رجوع نمی‌تواند کرد. و تفصیل علاّمه خوب است. و جمعی از متأخرین نیز این را پسندیده‌اند چون در صورت تلف به مقتضای اذن، براو چیزی نیست. چنانکه در اباحه هم چیزی نیست. و اما با بقای عین، پس به جهت بقای ملک و «الناس مسلطون علی اموالهم». و دلیل مشهور بر اطلاق فتویٰ ضعیف است. و شاید نظر ایشان (علاوه بر اینکه مذکور شد) بر این باشد که این از باب «اعراض از مال»

۱و ۲: ممکن است کلمهٔ «نداده» صحیح باشد.

است، بنابر اینکه اعراض منشاء زوال ملک شود. (و هر چند که این در نزد حقیر قوت دارد و چنانکه **صحیحهٔ**[1] عبدالله بن سنان در حکایت شتر وامانده در صحرا، دلالت بر آن دارد و همچنین سایر ادله و تنبیهاتی که در رسالهٔ علیٰ حده بیان کردیم) لکن معلوم نیست که اینجا از باب اعراض بالمرّه باشد. به این معنی که منظور مشتری این باشد که من از این قیمت که داده‌ام اعراض کرده‌ام هر چند این مال را از من، صاحبش بگیرد. خصوصاً با بقای مال. بلی، هرگاه از آن باب باشد، چنانکه بعضی اوقات جزم به آن می‌توان کرد، خصوصاً در بعض صور تلف، مثل اینکه متاعی که مال غیر است، از غاصب گرسنه در سال مجاعه بخری به طعامی که جزم داری که الحال آن را می‌خورد. یا بخری از غاصبی که مفارقت از تو می‌کند مفارقتی که امید ملاقات بعد، در آن نباشد.

به هر حال، دورنیست که نظر مشهور علما به «اعراض» باشد. و به هر حال، معلوم نیست که این اعراض منشاء حلال بودن[2] آن شود از برای غاصب. و اظهر درصورت بقای ثمن جواز رجوع است. به جهت **استصحاب**، و عدم ثبوت ناقل شرعی، و اشکال در تحقق اعراض. و امّا درصورت تلف، پس علاّمه در **تذکره** دعوی اجماع برعدم رجوع، کرده است.

پس اگر اجماع در خصوص صورت تلف ثابت باشد، پس دیگر ضرور به این تکلف نیست که اثبات اعراض بکنیم. ولکن اشکال در آن نیز هست به جهت آنکه از **محقق نقل** کرده‌اند قول به جواز رجوع را، درصورت تلف. و در **شرایع** هم قول مشهور را نسبت به «قیل» داده که مشعر به تعریض است. و شهید در **لمعه** نیز نسبت به «قیل» داده و گفته است که این قول، دور است. و شهید ثانی در **شرح آن**، تقویت رجوع، کرده است مطلقا، و اشکال در اجماعی بودن آن، کرده. بلکه نفی اجماع کرده. و حق این است که مخالفت مشهور در خصوص صورت تلف کمال صعوبت دارد. به جهت اجماع منقول در

۱: وسائل: ج ۱۷ ص ۳٦٤، ابواب اللقطة، باب ۱۳ ح ۲.

۲: و دستکم از مصادیق «اکل بباطل» است اگرمحض اعراض نباشد و اعراض به خاطر تملک مال مغصوب باشد.

تذکرهو وجود مخالف در آن عصر یا بعد آن، مضرّ نیست. و عمومات ادلهٔ ضمان و اتلاف هم شامل این نیست. حتی حدیث «علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی» چون ظاهر آن، صورت بقای عین است. و وجوب مثل یا قیمت، از خارج باید برسد، و درما نحن فیه مفقود است.

و به هر حال، عدم جواز رجوع به بایع درصورت تلف دلیل حلال بودن، براو (به این معنی که معصیت هم نباشد) نیست. و ظاهر این است که مشهور علما هم نفی حرمة تصرف را، نمی‌کند. غایت امر این است که ضمان نباشد. با وجود اینکه می‌توانیم گفت که منافاتی نیست مابین عدم جواز رجوع مشتری و وجوب ردّ بایع و ضمان آن، پس بر مشتری حرام است گرفتن آن مگر اینکه بایع خود به او بدهد.

و نظیر این در شرع بسیار است. و از این باب است که منکر به دروغ قسم بخورد بر عدم اشتغال ذمة، پس بر او واجب است دادن، و از برای مدّعی جایز نیست مطالبه کردن. پس حاصل فتویٰ در مسئله این است که هرگاه آن قیمت باقی است، جایز است مشتری رجوع کند به آن، و بر بایع واجب است دادن. و در صورت تلف جایز نیست رجوع مشتری، و در وجوب ردّ، بربایع اشکال است، و دور نیست که لازم باشد. و شاید که لازم نباشد. لکن فعل حرام کرده است. چون بر غیروجه صحیح درآن مال تصرف کرده و «اکل مال بباطل» است. و آیهٔ شریفه دلالت بر ضمان نمی‌کند بلکه افادهٔ حرمت می‌کند. و چون از راه معاملهٔ فاسده خورده است. پس خوب تأمل کن که بفهمی این معنی را که این اکل بباطل، باشد و ضمان نباشد.

و بدان که: فرقی نیست در این حکم مابین اینکه بایع غاصب صرف، باشد. یا فضولی، باشد و مالک اجازه نکند. در **مسالک**تصریح به آن کرده.

و امّا هرگاه رجوع کند به[1] زید که غاصب است و بایع است، و از او گرفت، پس

۱: یعنی اگر آن همشیره که مختار بود به هرکدام از بایع و مشتری رجوع کند اینک به زید که بایع است رجوع کرده و حقش را از او گرفته.

اگرمشتری عالم به حال بوده، رجوع می‌کند بایع به مشتری به عین، اگر باقی باشد. و به عوض آن، هرگاه تلف شده باشد. و به منافعی که از آن استیفا کرده، زیرا که تلف مال، مستقر شده در دست او پس گویا عوضی که بایع داده به مالک، عین مغصوبه را منتقل کرده به خود مالک. و او قائم‌مقام مالک می‌شود. و چون دردست مشتری تلف شده پس بایع رجوع می‌کند به او. زیرا که مشتری درصورت علم، غاصب محض است. و این مال را از بایع غصب کرده بود.

و اما قیمتی که مشتری داده بود به بایع، حکم آن، پیش گذشت، که مشهور عدم رجوع است مطلقاً. واقویٰ آن است که در صورت بقای آن، رجوع می‌کند. و در صورت تلف، نمی‌تواند رجوع کند. بلی، هرگاه قبل از بیع، بایع استیفا کرده منفعتی از آن، یا زمانی گذشته که توان استفاده کرد، یا در دست او نقصانی رسیده باشد که ضمانی براو مترتب باشد، آن بر بایع است. و به مشتری رجوع نمی‌شود. نه در اول کار و نه بعد از اخذ از بایع. و هرگاه مشتری جاهل به حال بوده باز بایع رجوع می‌کند به مشتری در آنچه داده. و آیا رجوع به زیادتی، می‌کند هرگاه زیاده از ثمن از او گرفته[1] باشد-؟ در آن باز دو قول است. و اظهر در اینجا عدم رجوع است. به جهة اینکه مشتری در اینجا مغرور بوده و توجه زیادتی بر ثمن، به او، ناشی از فعل او شده که غضب[2] ست و غرامت آن را دیگری نمی‌کشد. چنانکه درصورت سابق که مالک رجوع می‌کرد به مشتری جاهل، به زاید بر ثمن، مشتری رجوع می‌کرد به غاصب به سبب مغرور بودن.

و اما سؤال از نفع ثمن: پس اگر ثمن از قبیل نقد و غله است که اجرتی نمی‌دارند، مطالبهٔ آنها را نمی‌تواند کرد. و امّا اگر از قبیل حیوان و غیر آن که اجرتی می‌دارند باشد، در آن دوصورت (یعنی جهل مشتری به اینکه مال غیر است یا ادعای بایع، اذن صاحب مال را) منافع آن را می‌تواند مطالبه کند. بلی، اگر بایع هم جاهل بوده باشد که

۱: یعنی: همشیره رجوع کرده به زید (وبراساس حقوقی که قبلاً بیان گردید) چیزی را از زید دریافت کرده که بیشتر از آن است که زید به عنوان ثمن از عمرو، گرفته بود.

۲: نسخه‌بدل: «که غاصب است».

مال غیر است و منفعتی از آن ثمن استیفا نکرده باشد، در اینجا معلوم نیست که منافع غیر مستوفات را مطالبه کند.

۷۶: سؤال: هرگاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را مع یک من برنج (مثلاً) یامع یک توپ کرباس، از شخصی گرفته است به عنوان قرض‌الحسنه. که بعد از انقضای شش ماه مبلغ شش تومان وجه، مهم‌سازی مقرض، نماید. که از جهت فرار از ربا مدت اجل رامع یک من برنج یا یک توپ کرباس، بازای یک تومان، انداخته است. آیا این صحیح است؟ و همچنین هرگاه شخصی قدر معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار «دهدو» منافع قرار دهند به این نحو که منافع را به مقرض مصالحه کند. چه صورت دارد؟.

جواب: هرگاه شخصی پنج تومان به کسی قرض‌الحسن بدهد و اجلی و مدتی برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی، خلاف در لزوم آن است. و شبهۀ ربا در اینجا راه ندارد. بلی، در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت کردن، ضرر دارد چون اجل را، قسطی از ثمن می‌باشد. و ظاهراً در این هم خلافی نیست الاّ آنچه نسبت به شیخ داده‌اند در **خلاف**و در آن هم تأمل است.

و امّا گرفتن یک من برنج یا یک توپ کرباس، که درازای آن، یک تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط این معامله محاباتیه، پس آن حرام است. و قرض و معامله هر دو حرام است. و هرگاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علی‌حده، داده و این معامله را علی‌حده کرده و قصد دو معامله واقعیه کرده باشند، ظاهراً جایز است. هر چند داعی بر معامله، در نفس‌الامر جلب نفع باشد. لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام[1] است به ارتکاب بیع صحیح.

ولکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا بهتر از این. و از جمله آنها معامله محاباتیه به شرط قرض است. که عکس صورت مسئله، است. و از جملۀ آنها این است که کسی پنج تومان پول طلا یا نقره بدهد به شش تومان پول[2] سیاه. و همچنین ظاهراً جایز

۱و۲: همان مسئله مورد اختلاف بین فقها است که از آغاز این مجلد به طور مکرر بحث شده است.

است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس. چون ظاهر این است که قبض مجلس در صلح شرط نیست و آن مخصوص بیع است.

و سؤال از مصالحه را نفهمیدم. اگر مراد همان نظیر سؤال اول است، جواب آن همان است که هرگاه شرط کند در قرض که پنج تومان را قرض بدهد و یک من برنج را هم صلح کند به یک تومان، جایز نیست. و اگر شرط نکند جایز است به تفصیلی که گفتیم.

۷۷: سوال: هرگاه کسی مادیانی بفروشد. و مذکور شود که حامله نیست. و بعد ده روز وضع حمل او بشود. کرهٔ مادیان از بایع است یا از مشتری؟؟.

جواب: کرهٔ مادیان از بایع است. و همچنین است حال، هرگاه معلوم باشد که حامله است و بخرد. مگر اینکه شرط کند که از مشتری باشد، درآن صورت مال مشتری است.

۷۸: سوال: خیار در حیوان، از برای کی است؟ و چند روز است؟

جواب: خیار در حیوان، از برای مشتری است (علی‌الاشهرالاظهر) تا سه روز، بلکه بعضی دعوی اجماع کرده‌اند، و اخبار معتبره نزدیک به حد تواتر است که دلالت دارد برآن، و ابتدای آن از حین عقد است (علی‌الاظهر) نه از حین تفرق مجلس. و فرقی مابین حیوان و رقیق (یعنی غلام و کنیز) نیست.

و درصورتی که ثمن و مثمن،هردو حیوان باشند یا آنکه جنس دیگر را بفروشد و حیوان، درقیمت بگیرد، اشکال و خلاف هست، و دور نیست که درآنجا نیز خیار حیوان ثابت باشد. یعنی درصورت اول برای هردو خیار باشد و درصورت ثانی، از برای بایع، و درمسئله، تردد و توقف، باقی است. نظر به ملاحظهٔ علت و حکمت، و احتیاج به تفحص از حال حیوان، و دلالت بعض اخبار براینکه «الخیارلصاحب الحیوان» بدون قید مشتری. و نظر به حرمة «قیاس» و عدم قطعیت علت، و تبادر مشتری از اخبار.

۷۹: سوال: شخصی درختی فروخته درموسم شکوفه و ثمر آن را قید ننموده. آیا ثمر از بایع است یا مشتری؟؟.

جواب: اما درخت خرما، پس هرگاه طلع آن نمایان شود و هنوز «تأبیر» نشده بفروشند، ثمر مال مشتری است. وگو یا خلافی در آن نباشد. و اما هرگاه بعد «تأبیر» بفروشد ثمر مال بایع است. علی‌الاشهر الاظهر. مگر اینکه شرط کنند که از برای مشتری باشد. و تأبیر آن است که طلع نخل ماده را می‌شکافند و از طلع نخل نر، بر آن می‌پاشند، تامیوهٔ آن خوب شود، و ظاهر این است که این حکم مختص بیع، باشد. پس هرگاه درخت خرمائی را به «صداق» زوجهٔ خود کند یا درعوض «خلع» داده شود یا به «صلح» منتقل شود یا غیر آن، حکم آن حکم سایر درختها است. که مادامی که ظاهر نشده، ثمر آن مال آن شخص است که به او منتقل می‌شود. و بعد از ظهور طلع آن (هرچند تأبیر نشده است) هرگاه نقل کنند به یکی از این عقود ، مال ناقل است. علی‌الاظهرالاشهر.

و اما حکم سایر درخت‌های میوه: پس هرگاه بیع قبل از ظهور میوه واقع شود، میوه مال مشتری است، و هرگاه بعد از ظهور است مال بایع است، مگر باشرط اینکه مال مشتری باشد، و ظاهر این است که مجرد شکوفه، کافی نیست، بلکه باید خود میوه ظاهر شود. هرچند بسیار کوچک باشد. بلی، در مثل گل سرخ و امثال آن که ثمر آن که به آن منتفع می‌شوند، غالباً همان گل است. پس ظهور غنچه در آن، کافی است. هرچند هنوز وانشده باشد. و دراین صورت گل مال بایع است. مگر باشرط.

و اما درخت پنبه: پس ظهور گل تنها کافی نیست بلکه باید خوب «جوزق» آن ظاهر شود. و همینکه جوزق آن ظاهر شد و فروخت، درخت آن جوزق مال مشتری است. هرچند جوزق آن شکفته باشد. علی الاشهر الاظهر.

۸۰: سؤال: هرگاه کسی صد توپ چیت عمل بروجرد، از کسی خریده که هر توپی هشت عدد پشتی باشد. و صیغه به لفظ عربی نخوانده. و چند عدد آن را رؤیت کرده و باقی را رویت نکرده. و آنها را به زرع درنیاورده. و ملاحظه این نکرده که آیا از برای پشتی خوب است یا نه، و عرض و طول اندازه پشتی را بر او نکرده و همه را در بار بسته و روانهٔ بغداد نموده، و مبلغی به گمرک و عشار داده، و بعد از آنکه در بغداد آنها

را در معرض بیع درآورده و به ذرع پیموده‌اند، معلوم شده که عرض آنها کم است و مناسب پشتی نیست. و به این سبب نقصان بسیار در قیمت آن به هم رسیده، و چون پس آوردن آنها محتاج است به گمرک و خرج جدیدی، الجاءً آن را به قیمت بسیار نازل فروخته. والحال به بایع ادعای غرامت نقصان خود می‌کند.

بایع می‌گوید تو اهل خبره بودی و دیدی و خریدی. و مشتری می‌گوید که من ذرع نکردم و ندانستم که ناقص است، و صیغهٔ عربی هم نخواندم. معامله صحیح است یا فاسد؟-؟ و بر فرض صحت، مشتری مستحق غرامت نقصان، هست یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر صحت معامله است و عربی نبودن صیغه مضر نیست. و ظاهر این است که ذرع نکردن در اینجا منشأ بطلان نمی‌شود. به جهت آنکه مشاهده و وصف در مثل این نوع از ثیاب، کافی است. چون در اینجا در عرف و عادت، قماش پارچه، و خوب و بد چیت است. چنانکه توپ تافته،و «الیجه»[1] و قلمکار وامثال آنها درعرف و عادت به همان تابی که هست، می‌خرند، و غرری لازم نمی‌آید. و در مقدار آن اکتفاء به همان غلبه و عادت می‌کنند.

و از این جهت است که در مکیل و موزون هم به اخبار بایع در کیل اکتفاء می‌کنند. و احادیثی که در باب خیار رؤیت وارد شده که هرگاه بعضی از مبیع را دیده و بعضی را ندیده و به وصف بخرد، یا به اعتماد به عرف و عادت بخرد، بیع باطل نیست. و رفع ضرر و غرر و عیبی که در نفس‌الامر بوده، جبر کسر آن، به حصول خیار عیب و خیار رؤیت می‌شود. بخلاف آنچه که درعرف وعادت، مطلوب و منظور ذرع و پیمانه است. مثلاً آسترو کرباس و کتان و امثال آنها را به ذرع می‌خرند و بدون ذرع، غرر و جهالت در عرف و عادت هست که مسامحه در آن نمی‌کنند. پس اصل بیع صحیح است.

و اما نقصانی که در آنجا ظاهر شده: پس آن داخل عیب است و خیار از برای مشتری ثابت است و در خیار عیب مشتری مخیر است مابین رضای به عیب، یارد مبیع و اخذ

۱: الیجه: نوعی پارچه دستباف و راه راه، بوده است

ثمن، یا اخذ ارش و تفاوت قیمت با الزام بیع. و چون تصرف از مسقطات خیار است خصوصاً تصرف ناقل ملک، چون دال بر الزام بیع و رضای بر آن است. پس به آن تصرف خیارد ساقط می‌شود، بدون خلافی ظاهراً لکن خیار ارش باقی است. علی الاشهر الاظهر[1].

۸۱: سوال: تاجری در اصفهان مالی دارد و می‌گوید که این مال مرا در بلدهٔ یزد که در نزد شریک من بود (مثلاً) به پنجاه تومان می‌خریده‌اند و شریک من نفروخته. والحال من به این قیمت می‌فروشم که مطابق تعارف تجار است که ربحی علاوه می‌کنند مناسب تفاوت قیمت یزد و اصفهان، و تاجر دیگر نظر به اعتماد قول او می‌خرد به همین قیمت. بعد معلوم می‌شود که آن حکایت بی‌اصل بوده. آیا مشتری مستحق استرداد تفاوت قیمت (که به ملاحظهٔ سوق یزد واصفهان داده بود) هست یا نه؟ـ؟.

جواب: ظاهر این است که مشتری را در صورت مزبوره به غیر تسلّط فسخ از راه تدلیس وضرر نباشد. ودلیلی برجواز مطالبهٔ تفاوت قیمت نیست. بلی بایع اگر خود راضی به دادن تفاوت قیمت بشود، حکم خیار فسخ در این صورت خالی از اشکال نیست.

۸۲: سئوال: هرگاه کسی ملک مزرعه‌ای را بفروشد مثلاً به سی‌تومان. وغبن آن را صلح کند به مبلغ پنج تومان. وبعد معلوم او شود که بسیار فاحش بوده است غبن، وآن مزرعه در وقت بیع به صدتومان می‌ارزیده. آیا دعوی «غبن مصالحه» می‌تواند کرد یا نه؟ـ؟

جواب: اظهر جواز دعوی غبن است در مصالحه. بلکه در جمیع عقود معاوضات، واختصاص به بیع ندارد. به جهت عموم نفی ضرر، ولزوم عسر وحرج. وچون خیار غبن

۱: لیکن از متن سؤال برمی‌آید که خریدار به شرط پشتی خریده و سپس معلوم شده که مبیع فاقد شرط است و به قول سؤال‌کننده «ناقص» است. پس مسئله از مصادیق خیار شرط است نه خیار عیب. مگر اینکه گفته شود که «چیت بروجرد» کلاً و همیشه دارای عرض قابل پشتی بوده و تنها این یکی فاقد آن بوده است.

در بیع امری است که متعلق مصالحه می‌تواند شد وعقد مصالحه هم عقدی است که دعوی غبن در آن می‌تواند کرد. پس دعوی غبن در مصالحهٔ غبن، جایز خواهد بود.

ودر اینجا چون محل توهمّ این هست که کسی بگوید: پس غبنِ صلحِ غبن، را هم می‌تواند صلح کند. به جهت آنکه صلح در همه چیز صحیح است الاّ چیزی که محللّ حرام یا محرّم حلال باشد. وهرگاه صلح کند شاید در آن هم مغبون باشد وهکذا.. الی غیرالنهّایه. پس این به جائی بند نمی‌شود ولازم می‌آید تسلسل محال.

واین توهّم مندفع است به اینکه غبن در معاملات این است که معاوضه واقع شود مابین چیزی به چیزی دیگر، وآن چیز دیگر زاید باشد از آنچه در عرف وعادت در عوضِ مثل این چیز بدهند، یا ناقص باشد، وآن زیاد یا کم بیش از آن باشد که اهل عرف در آن مسامحه می‌کنند. پس، آنچه حاضر در اذهان اهل عرف هست از احتمال زیاد وکم که در آن مسامحه نمی‌کنند، همان معنی غبن است که در بیع (مثلاً) منشاء ثبوت خیار است. ودر بعضی افراد مشکوکه اشکال هست، مثلاً اسبی را بفروشد به ده تومان هرگاه اتفاق افتد که در واقع قیمت آن صدتومان بوده. اینجا بالیقین مغبون است که دعوی غبن می‌تواند کرد. هرگاه دوازده تومان می‌ارزیده، محل اشکال است که آیا غبن ثابت است یا نه. وهرگاه ده تومان ونیم می‌ارزیده، ظاهراً غبن نیست.

هرگاه این را در جانب ثبوت غبن دانستی، پس بدان که در جانب اسقاط غبن وصلح غبن، کلام به عکس این است، که صلحِ مطلق غبن، جزماً منصرف به صلح به «اقلّ مایتحقق به‌الغبن» می‌شود. واشکال در، آن فرد اکثر، است. پس هرگاه افراد غبن متفاوت باشد وصلح وارد شده باشد بر مطلقِ غبنِ آنچه حاضر در اذهان است که از آن می‌گذرند، آن افراد می‌باشد که در عرف وعادت، غالب آن است که از آن غبن دست برمی‌دارند.

مثلاً گاه است که متبایعین که از اهل عرف‌اند، همان غبنِ دومثل، یا سه مثل، بلکه ده مثل هم در نظر می‌آورند وصلح غبن، می‌کنند. اما هرگز متفطّن این نیستند که این متاع اگر به صد مثل، می‌ارزد در اینجا هم اسقاط خیار غبن بکنند، صلح به آن

منصرف نمی‌شود.

پس هرگاه صلح غبن، بیع مزرعه واقع شد وغبن هم موافق آن چیز است که غالباً مثل آن غبن را ساقط می‌کنند و صلح می‌کنند، دیگر ادّعای غبن در آن نمی‌توان کرد. و هرگاه بیشتر است، دعوی غبن، در صلح غبن هم ثابت است. وچارهٔ خلاصی از تسلسل و دعوی غبن صلح غبن، به این نحو می‌شود که تصریح کنند که صلح کردیم اگرچه مافوق آنچه متصور شود که بیرزد، اگر هزار برابر بالاتر هم باشد. چنانکه در مسائل صلح بیان کرده‌اند که هرگاه مبطل عالم باشد به مقدار حق، و محق جاهل باشد به حق و قلباً راضی شود به صلح و تصریح کند که اگر اضعاف مضاعف این باشد اگر عالم به مافیها باشد که من راضیم.

در آن صورت بر ی‌الذّمه می‌شود. بخلاف آنکه بر محق مجهول باشد و صلح کند بدون این تصریح که صلح در نفس‌الامر صحیح نیست اگرچه در ظاهر به صحّت آن حکم می‌شود.

۸۳: سؤال: هرگاه احد متبایعین دعوی غبن کند، و مدعی جهالت قیمت باشد در وقت بیع و نزاع کنند. قول کدام مقدم است-؟.

جواب: بدان که: شرط صحت دعوی غبن این است که آن مغبون عالم به قیمت وقت نبوده باشد، و واقعاً در آن وقت هم این تفاوت در قیمت بوده و بعد عارض نشده. و این ثابت نمی‌شود مگر به شاهد یا به اقرار و اعتراف غابن. و ظاهر این است که خلافی در این نباشد. و هرگاه بیّنه نباشد و اعتراف هم نکند، و [مدعی غبن] مدعی جهل باشد، پس اگر جهل در حق مثل او ممکن نیست، قول او را نمی‌شنوند. و هرچند قسم بخورد. و هرگاه ممکن باشد، در آن دو قول است:

اول: سماع قول او است با یمین. به جهت آنکه قول او موافق «اصل» است (یعنی اصل عدم علم) و این امر هم از اموری است که غالباً کسی مطلع به آن نمی‌شود (والاّ مانند احتلام در مدعی بلوغ است) پس او بمنزله منکر است و قول او مقدم است با یمین.

دوم: عدم سماع است، به جهت استصحاب لزوم عقد و عمومات وجوب وفای به

عقد. پس قول غابن مقدم خواهد بود با یمین. و دور نیست ترجیح قول اول، به جهت آنکه اقوی[1] ادلّهٔ لزوم بیع، احادیث خیار است مثل «البیعّان بالخیار مالم یفترقا» و عموم آنها و قوت دلالت آنها در مثابهٔ عمومات نفی ضرر و عسر نیست. و نسبت ما بین اینها عموم من‌وجه است. و ادلّهٔ نفی ضرر، اقوی و ارجح است. و در باب ظهور صدق و کذب، هر دو مسلم‌اند، و معتمد احدهما همان استصحاب لزوم است، و معتمد دیگری اصل عدم علم و اینکه او مخبر از شیئی است که غالباً به آن مطلع نمی‌شود کسی به غیر او. و ثانی ارجح است از اول.

۸۴: سؤال: هرگاه غبنی در معامله ثابت شد و غابن تفاوت قیمت را به غبون بدهد. آیا مغبون باز خیار فسخ دارد یا نه؟-؟.

جواب: بدان که بعد از ثبوت غبن در معامله، مغبون مختار است مابین امضای معامله به همان قیمت و مابین فسخ معامله. و مغبون نمی‌تواند او را الزام کند که تفاوت قیمت را بدهد. و خلافی در مسئله نیست ظاهراً، و علاّمه دعوی اجماع برآن کرده.

اما اگر غابن بگوید [و مغبون] بیاید تفاوت قیمت را بگیرد و بیع بر حال خود باشد، خلاف کرده‌اند. مشهور این است که باز خیار باقی است و لازم نیست که مغبون قبول کند. به جهت استصحاب ثبوت خیار، و اظهر هم این است. و علاّمه در **تذکره** استدلال کرده است در عدم ثبوت خیار «چون علت ثبوت خیار، نفی ضرر است و ضرر به همان دادن تفاوت رفع می‌شود، پس بیع بر لزوم خود باقی خواهد بود».

و این سخن علامه منافی با دعوی اجماع او بر عدم ثبوت ارش و تفاوت قیمت ندارد (چنانکه صاحب **مسالک** و صاحب **کفایه** فهمیده‌اند) به جهت آنکه اجماع را بر این دعوی کرده بود که مغبون را نمی‌رسد مطالبه تفاوت قیمت بکند. و این منافات ندارد با اینکه اگر غابن تفاوت را بدهد، بیع بر لزوم باقی بماند.

۱: یعنی: قوی‌ترین ادله برای لزوم بیع، احادیث خیار است.

ولیکن به این، اشکال می‌شود به اینکه این سخن در وقتی تمام است که دلیل اصل مسئله و اخبار غبن، منحصر باشد در نفی ضرر ، که بگوئیم چون در مانحن فیه ضرر نیست پس خیار ثابت نیست. و مفروض عدم انحصار دلیل است در آن، بلکه دلیل بر اصل مسئله، اجماع منقول نیز هست و بعضی اخبار هم اشاره به آن دارد. بلکه می‌توانیم گفت که هرگاه دلیل منحصر در نفی ضرر باشد هم، باز سخن علامه تمام نیست. چون به محض حصول ضرر در اصل معامله، خیار فسخ ثابت می‌شود و آن مستصحب است.و معلوم نیست که رفع آن ضرر و تدارک آن، به سبب دادن تفاوت قیمت، منشاء زوال خیار باشد.

و این خلاف در اینجا هم منافات با آن اجماع در اصل مسئله ندارد، چون موضوع مختلف است. چون آن اجماع بر ثبوت خیار غبن است در ابتداء ظهور غبن، و حکم آن مستصحب است در حال بذل غابن تفاوت قیمت را.

۸۵- سئوال: هرگاه کسی خانه را به بیع شرط، بفروشد. و در حین انقضای خیار به جهت عجز آن، از رد «مثل ثمن»، بیع لازم شود. و بعد مدتی مشتری نصف همان خانه را به بایع اول منتقل کند و نصف دیگر را به دیگری.و بعد از آن شریک‌ها ارادهٔ قسمت کنند، و در حین تقویم خانه ظاهر شود که بایع بیع اول، غبن فاحش داشته و قیمت را نمی‌دانسته است. آیا در این صورت، خیار غبن از برای بایع اول هست و تسلط بر فسخ بیع شرط دارد یانه؟-؟

جواب: خیار غبن در بیع شرط هم جاری می‌شود، مثل سایر اقسام بیع. بل غالب این است که در بیع شرط، مسامحه می‌کنند، و قیمت المثل مبیع به بیع شرط، تفاوتی دارد با قیمت المثل بیع‌های دیگر لازم این معنی را منظور داشته باشند.

و بدان که: مشهور بین علما این است که خیار غبن به تصرف ساقط نمی‌شود. خواه تصرف از غابن باشد یا از مغبون. و خواه تصرف بر وجهی باشد که باعث خروج از ملک شود مثل بیع و عتق. یا مانعی به هم رسد مثل آنکه کنیز باشد و او را وطی کند و فرزندی به هم رسد که ام ولد شود، یا نه. مگر اینکه مغبون مشتری باشد و مبیع را از

ملک خود بیرون کرده باشد، پس ساقط می‌شود خیار او. چون ممکن نیست او را رد عینی که منتقل شده به او، تا قیمت را پس بگیرد.

و همچنین در صورت حصول مانع از رد، مثل آنکه کنیز باشد و او را ام ولد کرده باشد، هر چند از ملک او بیرون نرفته باشد. و این فتوی را شهید ثانی در **شرح لمعه** و غیر او نسبت به مشهور داده‌اند. ولکن شهید در **لمعه** در این «استثناء» بحث کرده است. به جهت آنکه در صورت سقوط خیار، مشتری را در این صورت لازم می‌آید ضرر در صورت جهل به قیمت[1] یا جهل به خیار. و اصل خیار غبن هم به جهت نفی ضرر است. پس چگونه در اینجا راضی به ضرر شویم؟ پس ممکن است که بگوئیم مشتری می‌تواند فسخ کند. و چون نمی تواند عین را رد کند، قیمت آن را یا مثل آن را، رد می‌کند تاجمع بین‌الحقین شده باشد. و همچنین در صورت تلف عین. همچنانکه هرگاه در تصرف مشتری باشد و مغبون بایع باشد که هرگاه بایع فسخ کرد و دست او به عین نرسید، رجوع می‌کند به مثل یا قیمت.

و شهید ثانی بعد از آنکه این بحث را نقل کرده، گفته است «و این احتمال متوجه است. ولکن من برنخوردم به قائل به آن» و مراد او از احتمال همان است که فسخ کند مشتری و قیمت یا مثل را بدهد به بایع و آنچه داده است پس گیرد. یعنی این احتمال که شهید داده، به قائلی به آن قبل ازشهید برنخورده‌ام. و بعد از آن گفته است که «آری اگر برگردد آن ملکی که مشتری مغبون، فروخته به سوی او به سبب فسخی یا اقاله یا غیر آن، یا بمیرد ولد آن کنیزی که ام‌ولد شده- هرگاه از ملک خود بیرون نکرده بود- در آن وقت جایز خواهد بود فسخ، اگر بافوریت منافات نداشته باشد». تمام شد کلام شهید ثانی.

و بدان که: علاوه بربحثی که شهید برمشهور کرده در آن «استثناء»، برایشان وارد است که این سخن اختصاصی ندارد به مغبون بودن مشتری، بلکه درصورتی که

۱: و در نسخه: در صورت جهل به یقین.

بایع مغبون باشد و تصرف مذکور را کرده باشد در ثمن، باز عدم تمکن از رد، حاصل است. پس باید درآنجا هم نتواند رد کرد. و شاید عذر اقتصار برمشتری مغبون، این باشد که چون بسیاری از ایشان ذکر مسئلهٔ خیارغبن را درمشتری، کرده‌اند استثناء را هم بروفق آن کرده باشند. و این از باب مثال باشد.

و از این جهت است که در **مسالک** بعد از آنکه قول محقق را نقل کرده که «ساقط نمی‌شود خیار غبن به تصرف، به شرطی که تصرفِ مخرج از ملک یا مانع از ردّ، نباشد»، گفته است که «این شرط تمام می‌شود هرگاه تصرف مذکور از آن شخص باشد که مغبون است و خیار با او است. و اما هرگاه تصرف از آن دیگری باشد، پس مغبون می‌تواند فسخ کند و رجوع کند به مثل یا قیمت، برآن که تصرف مذکور را کرده». و این را نقل کرده است از جمعی از اصحاب.

ولکن براین سخن هم همان بحث سابق شهید وارد است که درصورت جهل به غبن، ضرر لازم می‌آید برمغبون خواه بایع باشد و خواه مشتری، پس تصرفِ مخرج، یا مانع از ردّ، منشاء سقوط خیار نمی‌شود، پس تحقیق این است که بعد از اینکه بنا را به این گذاشتیم که تصرف بعد از علم به غبن، دال بررضا است و مسقط خیار است و گفتگو درصورت جهل است. همهٔ اقسام، داخل در لزوم ضرر هستند، و دلیل خیار غبن درهمه جا جاری است و دلیلی براسقاط آن نیست و عدم تمکن از رد، مستلزم عدم جواز فسخ نیست، پس به قاعدهٔ ضرر، مسلط برفسخ معامله هست. وبه قاعدهٔ تصرف درمال غیر، رد مثل یا قیمت می‌کند.

و آخوند ملااحمد اردبیلی(ره) بعد از آنکه نقل کرده است از علامه در **تذکره** قول به فرق مابین تصرف غابن و مغبون، دراینکه هرگاه تصرف از مغبون باشد، خیار باقی است. مگر درصورت خروج از ملک و استیلاد. و از شهید در **شرح ارشاد** و غیر او قول به فرق مابین بایع و مشتری را. که اگر بایع مغبون است ساقط نمی‌شود خیار به تصرف مشتری مطلقاً. و اگرمشتری [مغبون] است ساقط نمی‌شود مگر با خروج از ملک یا منع مانع، مثل استیلاد او. و نیز اشکال کرده است در فرق مابین تصرف غابن و

مغبون، و بایع و مشتری. و آن اشکال بجا است.

باقی ماند کلام دراینکه بعد تسلط برفسخ، در صورت خروج از ملک به بیع و عتق و امثال آنها، و همچنین استیلاد، مقتضای خیارفسخ این است که آن بیع و عتق و استیلاد و امثال آنها، باطل شوند. چنانکه آخوندملااحمد اشاره کرده است و بعد از آن گفته است که «بعضی گفته‌اند که برتقدیر فسخ در صورت خروج از ملک، از برای مغبون است مثل، یا قیمت آن عین. پس باطل نمی‌شود آن عقود بلکه به منزلهٔ تلف آن مال است». بعد از آن امر به تأمل کرده است دراین قول. و گفته است که «این در صورت تلف خوب است. اما در صورت عدم تلف، پس مقتضای خیار، آن است که پیش گفتیم، یعنی بطلان عقود».

و ظاهر قول به بطلان (چنانکه از آخوندملا احمد(ره) نقل کردیم) این است که به اجازهٔ مالک صحیح نشود، و این مشکل است. و شاید غرض آخوند(ره) نیز قطع نظر از اجازه باشد. یا نظر او به بطلان فضولی باشد، چنانکه در محل خود، تضعیف آن، کرده‌اند[1]. و بنابرصحت فضولی، پس ظاهراین است که هرگاه مغبون فسخ معاملهٔ خود را کرده و اجازهٔ معاملهٔ غابن را با دیگری بکند، صحیح و لازم باشد.

و بدان که: خلاف کرده‌اند دراینکه خیار غبن فوری است یا نه؟ـ؟ نظر به استصحاب و «اصل» که اقتضای عدم فوریت می‌کند، و نظربه اینکه «اصل» در عقود، لزوم است و خروج از آن، مسلم است در محل وفاق، که آن «فور» است. و وضع این خیارهم به جهت رفع ضرر است. و آن به همین قدر فور رفع می‌شود. و دورنیست ترجیح آخری، چنانکه صاحب **مسالک** و آخوند ملااحمد(ره) ترجیح داده‌اند.

و به هرحال در صورت جهالت به خیار یا جهالت به فوریت آن، خیار ساقط نمی‌شود به تأخیر. و همچنین اعذاری که مانع از اظهارآن شود فوراً.

و بدان نیز که: ظاهراین است که موضع خلاف، دراینکه تصرف مسقط خیاراست یا

۱: و در نسخه: تضعیف کرده و آیا بنا برصحت...

نه، در اینجا باید قبل از حصول علم به غبن باشد، یا قبل از علم به مسئلهٔ ثبوت خیار. واما بعد از علم، پس ظاهراین است که اشکالی در سقوط خیارنباشد، و به هرحال، بعد از آنکه تصرف درصورت حصول غبن به عمل آید، درآن، احتمالات بسیارهست. نظر به تعدد محل غبن، و اتحادآن، و کیفیت تصرف، و اقسام آن. و آنچه شهید ثانی(ره) در شرح لمعه بیان کرده زیاده از دویست می‌شود. ودر اینجا محل ذکرآنها نیست. پس برمی‌گردیم به اصل مسئله و می‌گوئیم که ظاهر، این است که بایع مسلط بر فسخ بیع سابق باشد. و می‌تواند استرداد آن نصف را هم از آن مشتری آخری بکند. می‌تواند اجازه بکند.

و اما اجرت‌المثل ایام تصرف، پس ظاهراین است که نمی‌تواند استرداد کرد. چون قبل از فسخ.ملک او بوده.

۸۶:سؤال: زید قدری تخم پیاز از عمرو، خریده و زرع کرده، و بعدمعلوم شده که تخم کراس بوده. و به این سبب نقصان به زیدمی‌رسد. آیا این زرع مال کیست؟ و غرامت نقصان منافع پیاز برکیست؟ و عمرو می‌گوید که من از خالد به رسم تخم پیاز خریده بودم، و نمی‌دانستم. آیا حکم آن چه چیز است؟.

جواب: اصل بیع فاسد است. چون بیع برتخم کراس واقع نشده، و مقصود از بیع، آن نبوده. و همچنین درامثال این، حکم همین است، و زرع مال بایع است، و مالک زمین را می‌رسد که بگوید بیا زرع خود را ازاله کن. و اجرت‌المثل زمین مرابده. یعنی اجرت المثل آن زمین معین، به‌قدری که در آن زمین بوده از زمان. و اگر خواهد، زرع را باقی گذارد از برای بایع تا آوانِ کمال، و اجرت‌المثلِ تمام مدت را بگیرد اگر بایع راضی شود.

و نمی‌تواند زید که بگوید که تفاوت منافع پیاز و کراس را به من بده، بنابرمشهور، که غرامت منافعی که [می‌تواند] از کسب حاصل شود مضمونه نیست. مثل اینکه کسی مانع شود از دیگری را از بیع متاع خود، و قیمت آن متاع نازل شود. هرچند قولی از شهیدنقل شده که آن هم مضمونه است و باید غرامت بدهد. و عمرو، هم بر فراض ثبوت

جهالت رجوع می‌کند به خالد، در غرامتی که کشیده.

۸۷:سؤال: چندنفر بقال می‌روند به کاروان سرا، و یک خروارمیوه، قپان می‌کنند. و قیمت را معین می‌کنند. و نفعی از برای آن تصورمی‌کنند. و بعد از آن بعضی از آنها حصهٔ ربح بعضی را به او می‌دهد و میوه را برمی‌دارد. صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه همهٔ آنها شریک می‌شوند و به اجتماع می‌خرند و وزن می‌کنند، و بعد از آن احدی از آنها حصهٔ دیگری را می‌خرد به ربحی، جایز است بعد از قبض بدون کراهتی. و قبل از قبض نیز با کراهت.

۸۸:سؤال: زید ملک بلامالکی را فروخت به عمرو، و درعوض الاغی گرفت. و بعد الاغ را فروخت به بکر و درعوض ملکی از بکر گرفت. بعد معلوم شد که بیع اول فاسد است. آیا بیع دوم نیز فاسد است؟ یا صحیح است و باید ملک عوض الاغ را با اجرت‌المثل به صاحب الاغ ردکند-؟.

جواب: ملک بلامالک مال امام است. هرگاه مجتهد عادلی مصلحت داند که اجازه کند آن بیع را، و بیع ما بعد را هم، ملکِ قیمت الاغ هم باید به مصرف مال بلامالک برسد. که اظهر وجوه درآن، تقسیم به فقرااست. و احوط از آن تصدق به فقرای بلاد است، الاحوج فالاحوج. و اگرکسی اجازه نکرد، آن بیع اول باطل است. و بعد از بطلان آن، پس اگرعمرو جاهل بوده به اینکه مال غیراست، یا عالم بوده و لکن زیدادعاکرد که **من به اذن مجتهد، یا بروجه صحیح می‌فروشم، در این صورت رجوع می‌کند به الاغ خود، و چون الاغ را** زید فروخته و در حکم تلف است، پس اگر خواهد اجازه کند بیع‌الاغ را و ملک قیمت الاغ را صاحب شود و اجرةالمثل ایام تصرف را هم بگیرد. و اگرنخواهد، بیع‌الاغ باطل می‌شود و ملک به صاحب خود برمی‌گردد و الاغ [را] اگر باقی است به عمرو، می‌دهند، والا زیدغرامت آن را و منافع آن را به عمرو می‌دهد.

و اگر عمرو عالم بوده به اینکه زیدغاصب است. و کسی هم اجازه نکند. بیع باطل است. و اظهر این است که در صورت بقای الاغ، رجوع به الاغ خودمی‌کند. ولکن چون

فروش آن درمعنی تلف است و در صورت تلف دعوی اجماع شده برعدم رجوع، عمرو مطالبهٔ آن را نمی‌تواند کرد و لکن برزیدلازم است که به او ردکند. پس دراین صورت، درظاهر، معامله بابکر برهم نمی‌خورد. و لکن عمرو اگر اجازه بیع کند، ظاهراین است که لازم باشد برزید که ملک را به عمرو ردّکند. ثمرهٔ اجازه این است که قبل از اجازه، همان الاغ یا قیمت آن، در ذمّهٔ زیدبود و لازم بود که ردّکند. و بعد از اجازه، ملک را باید ردّکند. هرچند در هردو صورت عمرو نمی‌تواند مطالبه کرد. و در صورت ردّ ملک باید اجرةالمثل را هم ردّ کند.

۸۹: **سؤال:** ادعای غبن مبیع، از برای هریک از بایع و مشتری تا چه وقت می‌باشد؟

جواب: وقتی و زمانی برای آن مقدّرنیست. و خیار فسخ از برای مغبون درهروقت که علم به غبن به هم‌رساند حاصل است هرچند بعد از مدت مدیدی باشد. و هرگاه قبل از حصول علم به غبن، تصرف کرده باشد هم، مسقط خیارنیست. هرچند اخراج از ملک خودهم کرده باشد. علی‌الاظهر.

بلی، چون نمی‌تواند استرداد عین بکند، باید ردمثل، یا ثمن را به غابن بکند. لکن هرگاه بعداز اطلاع به غبن، تصرف درآن کند یک نوع تصرفی که دال بر رضای به آن معامله باشد خیر ساقط می‌شود. و هرگاه علم به غبن داشته باشد و جاهل به خیار باشد، باز خیار باقی است. و همچنین علم به خیار داشته باشد و اما جاهل باشد که خیار فوری است باز خیار باقی است.

۹۰- سئوال: آیا زمین‌های زاویه عبدالعظیم (رضی‌الله عنه) و سایر زمین‌های «ری» مفتوح العنوه است یا نه؟-؟ و حکم مفتوح‌العنوه چه چیز است؟.

جواب: در تعیین زمین‌های مفتوح‌العنوه، اشکال است. و حکم مفتوح‌العنوه، این است که مال جمیع مسلمین است، و منافع آن باید صرف مصالح عامه مسلمین بشود مثل قضات بحق و ائمه جماعات و مساجد و پل و رباط و طلبه علوم. و باید مباشر این امور امام عادل باشد. و ائمه علیهم‌السلام سلاطین جور مخالفین، را هم در

این حکم، مثل امام عادل دانسته‌اند. یعنی به جهت تسهیل امر شیعیان، تصرفات ایشان[1] را نسبت به شیعیان ممضی داشته‌اند.

و در سلاطین جور شیعه اشکال عظیم است.[2]

۱: یعنی: تصرفات ایشان را در اراضی خراجیه و بیت‌المال ممضی داشته‌اند تا شیعیان بتوانند سهم خویش را بگیرند و یا با آنان معامله کنند.

۲: نظر به اینکه مرحوم میرزا (قدس سره) در این مسئله لفظ «عظیم» را تکرار فرموده است لازم دانستم خوانندگان محترم را در جریان تاریخی این مسئله در طول تاریخ فقه شیعه قرار دهم. هم از دیدگاه سیرهٔ عملی فقها و هم از نظر فتواهای آنان:

الف: سیرهٔ عملی: اولین حکومت شیعی در عصر فقها، دولت نسبتا متسعجل «صفاریان»- ۲۹۰، ۲۵۴ ها ق- است که اطلاع مشخصی از چگونگی برخورد فقها، با آنان در دست نیست.

دومین حکومت شیعی دولت «بنی حمدان» - ۳۶۹، ۲۸۱ها ق- است که با همت حمدان بن حمدون در موصل تشکیل گردید و توسط ابوالهیجاء عبدالله بن حمدون، حسن ناصرالدوله، علی سیف‌الدوله و سعدالدوله تداوم پیدا کرد دانشمندان شیعه و سنی و حتی مسیحی بسیار در زیر حمایت و تشویق این خاندان پرورش یافتند و آثار فراوان علمی در رشته‌های مختلف از این نهضت فرهنگی به جای مانده.

محدثین و فقهای شیعی از حمایت‌های سیاسی- اجتماعی این خاندان برخوردار بودند لیکن از برخورد فقهی فقهاء، با آنان اطلاع روشنی در دست نیست. ولی از نظر سیره و رفتار، همه علمای شیعه میانه خوبی با آنان داشتند.

خلفای فاطمی مصر: خلافت فاطمی از ۲۹۷ تا ۵۶۷ در مصر تداوم داشت با اینکه شیعه اسماعیلی و هفت امامی بودند مرحوم سیدرضی بر وجود آنها می‌بالد:

احمل الضیم فی بلاد الا عادی و بمصر الخلیفة العلوی

من ابوه ابی و مولاه مولای اذا ضامنی البعید القصی

لف عرقی بعرقه سید الناس جمیعا محمد و علی

معروف است که وی هرگونه هبه و هدیه‌ای از جانب خلفای عباسی (جایر مخالف) را رد می‌کرد و خلفا فاطمی را به رخ آنان می‌کشید.

دیلمیان: در عصر دیلمیان حوزه درس شیخ مفید در بغداد به رواج کامل رسید و شخصیت‌هائی مانند سید رضی و سیدمرتضی و شیخ طوسی‌در مکتب او پرورش یافتند با اینکه عضدالدوله پدر سید رضی و سید مرتضی را در قلعه‌ای در فارس زندانی کرده بود باز سخن و کلامی که حاکی از تضعیف دولت آل بویه باشد از فقهای یادشده در دست نیست. و بی‌تردید همه آنان از کمک‌های مالی آل بویه برخوردار بودند. بطوری که به محض اینکه قدرت دیلمیان در بغداد با افول مواجه می‌شود کتابخانه مکتب مفید را آتش می‌زنند و شیخ طوسی بناچار به نجف اشرف منتقل می‌شود.

←

و مراد از مفتوح العنوه زمینی است که آن را با شمشیر و غلبه، مسلمین از کفار گرفته باشند. ولکن شرط است که فتح آن بلاد به اذن امام عادل باشد. و چون مشهور

سلطان محمد خدابنده مغول: علامه حلی در دربار وی حاضر می‌شد و حوزه علمیه حله، از کمک‌های مالی او استفاده می‌کرد.

سر به داران: مرحوم شهید اول نه تنها حکومت آنان را تجویز و تایید می‌کرد بل بوسیله کتاب «لمعه» که صرفا برای آنان نوشت، حکومت شان را تثبیت کرد و در حقیقت جان خود را نیز در راه این نهضت شیعی گذاشت. لمعه را در زندان و در عرض هفت شبانه‌روز نوشت و به سربه‌داران فرستاد.

صفویه: با ظهور دولت صفویه، شهید ثانی در لبنان دستگیر شد و به شهادت رسید، بررسی تحقیقی نشان می‌دهد که شهادت او ارتباطی با دولت جوان صفوی داشته است مانند شهادت شهید اول که در ارتباط با دولت سربه‌داران بود دولت صفوی در ۹۰۶ هاق تاسیس شده و شهید ثانی در ۹۱۱ هـ ق شهید شده است.

محقق کرکی حکومت شاه طهماسب را رسما و با سند کتبی تنفیذ نمود. رضی‌الدین ابن جامع الحارثی الهمدانی العاملی النجفی با آن مقام علمی بالا، سمت قضاوت را در حکومت شاه عباس، داوطلبانه پذیرفت. علمای عصر صفوی از قبیل میرداماد، شیخ بهائی و پدرش، علامه مجلسی و پدرش، شیخ حر عاملی و.ز.و... همگی عملا با دولت همکاری می‌کردند.

ب: از نظر فتوی: علمای متقدم در این مسئله معمولا به شکل «مطلق» فتوی داده‌اند و فرقی میان «جایر مخالف» و «جایر از شیعه» قائل نشده‌اند. مانند:

شیخ در باب مکاسب از کتاب نهایه می‌گوید: ولا باس بشراء الاطعمة و سایرالحبوبات و الغلات علی اختلاف اجناسها من سلاطین الجور و ان علم من احوالهم انهم یاخذون مالا یستحقون و یغصبون مالیس لهم مالم یعلم شیئاً من ذلک بعینه غصباً.

و همچنین محقق در «شرایع» و علامه در «منتهی» و «قواعد». و شهید در «حاشیه قواعد» و نیز در «شرح ارشاد». و نیز در «دروس». و فاضل مقداد در «تنقیح شرح نافع». و سایرین مانند شیخ بطور مطلق و بدون تفصیل میان مخالف و شیعی، سخن گفته‌اند.

گویا اولین شخصی که به این موضوع اشاره کرده شهید ثانی است که میرزا در مسائل گذشته جملهٔ «وکذالجایر منا» را از وی نقل کرد با اینکه در این جمله هردو جایر مشمول یک حکم شده‌اند لیکن طرح مسئله راه را برای باصطلاح «ان قلت» باز کرده است.

در حالی که خود شهید ثانی در موارد دیگر درست مانند فقهای نامبرده فوق، کلام را به طور مطلق آورده است. در مکاسب محرمهٔ شرح لمعه می‌گوید (ومعونة الظالمین بالظلم کالکتابة لهم و احضار المظلوم و نحوه لا معونتهم بالاعمال المحللة کالخیاطة و ان کره التکسب بماله» و در مورد غنیمة در عصر غیبت می‌گوید «...لکونه مغنوما بغیر اذنه الا انهم علیهم السلام اذنوا لنافی تملکه کذلک»- شرح لمعه فصل

است که فتح این بلاد را خلیفهٔ ثانی کرده است، اشکال در شرط آن، به هم می‌رسد. جمعی علما گفته‌اند که فتوحات خلیفهٔ ثانی به اذن و مشاورت امیرالمؤمنین(ع) بود و امام حسن(ع) همراه بود. و بعضی تصریح کرده‌اند که از اقصای خراسان الی خوزستان و

بیع‌الحیوان». و در «احیاء الموات» می‌گوید «هذا مع حضوره و اما مع غیبته فماکان بیدالجایر یجوزالمضی معه» و مرحوم فاضل تونی فورا در حاشیه نوشته است:

«ای المخالف».

اختلاف نظری که صورت مشخصی به خود بگیرد و مسئله «جایر مخالف و جایر شیعه» را تحت بحث مستقیم قرار دهد (به طوری که به عنوان یکی از مسائل شناخته شده مورد اختلاف فقها مطرح گردد و بدین شکل شناخته شود) تا زمان مرحوم محقق کرکی معروف به محقق ثانی، نبود.

پس از آنکه وی با حکومت صفوی مرتبط گردید و در ثبیت آن دولت کوشید مرحوم فاضل قطیفی بر علیه او برآشفت و رفتار محقق را سخت به زیر سئوال برد و رساله (یارساله‌ها) بر علیه او نوشت که محقق نیز متقابلا پاسخ می‌داد تا منجر به تدوین رساله «قاطعة اللجاج فی حل الخراج» به قلم محقق گشت.

مرحوم کرکی در این رساله مستقیما به فاضل قطیفی پاسخ می‌دهد و با اسلحه استدلال سخت به وی حمله می‌کند. روایات باب را بررسی می‌کند سنت و سیره علما را از سیدرضی و سیدمرتضی و شیخ و... شرح می‌دهد. فتواها را نقل می‌کند. چون این رساله در پاسخ مرحوم قطیفی نوشته شده بی‌تردید مطابق سخنان وی پاسخ داده شده و جالب این است که سیاق کلام در این رساله نیز همان سیاق «اطلاق» است و سخنی از جایر شیعه و جایر غیرشیعه به میان نیامده. این اصل، بیانگر این است که در این درگیری اجتهادی (که شدیدترین و بی‌مانندترین درگیری در میان دو مجتهد متقی و دانشمند است) نیز جریان استدلال در همان صورت «مطلق» بوده است.

و جالبتر اینکه محقق کرکی در این پاسخها به همان روند عمومی و جریان شناخته‌شدهٔ بحث در طول تاریخ فقه، اکتفاء می‌کند. یعنی صورت خاصی به مسئله نمی‌دهد مثلا نمی‌گوید «من حکومت صفویه را تنفیذ می‌کنم بنابراین حاکمیت آنها مشروع می‌شود». همانطور که سیدرضی نسبت به فاطمیون. و علامه حلی نسبت به سلطان محمد خدابنده.و شهیداول نسبت به سربه‌داران. بدون اینکه تنفیذ کنند و حکومت آنان را از چهره «جایر» در بیاورند هم کمک‌شان می‌کردند و هم تصرفات آنان را در امور مالی بیت‌المال (دستکم) با تصرفات جایر غیرشیعی، یکی می‌دانستند. پس از درگیری مذکور، مسئله جایر شیعی و جایر غیرشیعی به عنوان یک موضوع شناخته شده مطرح گردید. و باصطلاح اثری از آثار دولت صفوی است.

در هر صورت، اگر مرحوم میرزا تنها به جملهٔ «خلاف هست» اکتفاء می‌کرد جای سخنی نبود زیرا نمی توان در مسئله ادعای اجماع کرد لیکن لفظ «خلاف عظیم» باری از معنی دارد که بی‌تردید قابل اشکال است.

کرمان و همدان و قزوین و حوالی آنها، همه مفتوح‌العنوه است.

و تکیهٔ حقیر در تعیین اراضی مفتوح‌العنوه براین است:

اما اراضی کوفه که آن را «ارض‌سواد»[1] می‌گویند. و مکهٔ مشرفه، پس به اخبار و فتاوی علما است و اشکال در آنها نیست.

و اما در غیراینها، پس عمل به ظن می‌کنیم. و هرجا ظن حاصل شود اکتفاء می‌کنیم. و ظن به یکی از چند چیز حاصل می‌شود: **اول:** یکی از کتب تواریخ و سیرمعتمده، هرچند مؤلف آنها از اهل سنت باشد. **دوم:** به «اصل عدم تغییر». یعنی هر زمینی را که امروز، مسلمین، اراضی خراج می‌دانند و معاملات مفتوح عنوه می‌کنند، به ضمیمهٔ اصل عدم تغییر، ظن حاصل می‌شود که مفتوح‌العنوه بوده یا از مطلق اراضی خراجیه بوده.

اما کلام در شرط آن، که به اذن امام بوده [یا نه]: تکیه به **صحیحهٔ** محمدبن مسلم، و آنچه در معنی آن است می‌باشد. که حضرت باقر(ع) فرمود که «ارض‌سواد امام[2] ارضین است و جناب امیرالمؤمنین(ع) با آن معاملهٔ مفتوح‌العنوه می‌کردند. پس سایرزمین‌ها هم مثل آن خواهد بود».

۹۱:سؤال: آیا جایز است بیع و شرای زمین‌های مفتوح‌العنوه؟ و وقف کردن آنها، و خانه ساختن و غرس اشجار و امثال آنها.؟ و آیا بعد از خراب شدن خانه

۱:ارض‌سواد: سرزمین پر: پر از آبادانی و عمران و کشاورزی: و پرجمعیت.

طول این سرزمین را «از جنوب موصل تا عبادان- آبادان-» تعیین کرده‌اند و مرز شرقی آن، کرکوک و عراق عجم، است، یعنی حدود شرقی آن، همان ارتفاعات زاگرس می‌باشد.

وحدّ غربی آن یک خط (تقریباً) مستقیم، عمودقائم از موصل تا فرات است که قدری هم از فرات می‌گذرد.

اگر با اصطلاح دقیق جغرافی سخن بگوئیم، ارض سواد، آن بخش سرزمین عراق و بین‌النهرین است که تنها از ۱۰۰ تا ۲۵۰ متر از سطح دریا بالاتراست و سایرقسمت‌های عراق ارض‌سواد نیست، همهٔ شهرهای بزرگ عراق در ارض‌سواد قراردارند غیراز کرکوک و موصل.

طول این سرزمین حدود سه برابر ارض آن، می‌باشد.

۲:وسائل: ج ۱۱ ص ۱۱۷، ابواب جهادالعدو، باب ٦۹ ج ۲.

و باغ، دیگری در آن می‌تواند تصرف کرد یا نه؟-؟ و آیا اگر کسی خانه یا باغی در آنها ساخته باشد و وقف کرده باشد، بعد از آنکه خراب شد و قلیل آثاری باقی باشد، دیگری می‌تواند آبادکند و مالک شود یا نه؟- ؟،

جواب اولاً بدان که: از اخبار برمی‌آید که **ائمه ما** (ع) **رخصت داده‌اند** از برای شیعیان، خانه ساختن و زرع کردن و غرس کردن اشجار و امثال آنها را. و حکایت خراج دادن، غیر بنای این امورگذاردن است. و ظاهراً در بنای این اموراذن امام شرط نباشد درحال غیبت، اگرچه اولی اذن خواستن است از مجتهد عادل.

اما خراج آن را: پس اگر درتصرف مخالفین است و ایشان به کسی بدهند **کافی** است. و در جواز تصرف اذن ایشان کافی است. والا[1]، پس ظاهر این است که باید به اذن مجتهد عادل به مصرف آن برساند. **مگر** اینکه سلطان جایر[2]، آن را از او بگیرد. بلکه در صورت تغلیظ- [تسلط]، نسخه بدل- مخالفین هم، اگر تواند که از ایشان منع کند و به اذن مجتهد عادل به مصرف رساند، لازم باشد. چون او نایب امام عادل است در امور بزرگتر از این، چه جای **مثل**[3] این.

و آنچه مشهور است که بدون اذن جایر تصرف نمی‌توان کرد (بلکه بعضی دعوی اجماع بر آن، کرده‌اند) این، «علی‌الاطلاق» معتمد حقیر نیست.

و امّا اذن سلطان جور شیعه، پس در آن اشکال عظیم است. و ظاهراکثرین، اطلاق سلطان جود است اگر سلطان جور شیعه هم باشد. و صاحب **مسالک** در آن اشکال کرده و آن اشکال در محل خود است. چون متبادر از اخبار مطلقه، و تصریح بعضی آنها، حکم مخالفین است. و اصل عدم جواز است. بلی، آن علت‌ها و تنبیهات که از بعضی اخبار مثل **صحیحهٔ**[4] عبدالله بن‌سنان و **روایت** ابی‌بکر حضرمی (که سند آن معتبر است) برمی‌آید،

۱و ۲:یعنی: اگر در تصرف جایر مخالف نباشد و در تصرف جایرشیعی باشد.

۳: این جمله اساس اعتقاد میرزا به «ولایت فقیه» را، درحدگسترده و وسیع، با، معنای حکومت کامل می‌رساند.

٤: وسائل: ج ۱۱ص ۱۲۱، ابواب جهاد العدو، باب ۷۲ ج ۳.

عموم است. و در اخبار مذکور است که اگر قائم ما برخیزد حصهٔ شما بیش[1] از این می‌شود که به شما می‌دهند. که فهمیده می‌شود که علت در حلیت آن، همین است که به حق خود رسیده‌اند».

و همین اشکال در مسئله وضع خراج در زکات وارد است. و متبادر از اخبار نیز در آنجا از «وضع خراج سلطان»، سلطان عادل است یا مخالفین. و با وجود این باز مشهور فرقی نگذاشته‌اند. پس با ملاحظهٔ فتوای مشهور علما، و اشاره و تنبیه این دو روایت، و امثال آنها، قوی است قول به تعمیم. خصوصاً به ضمیمهٔ نفی عسر و حرج. و هرگاه ضمیمه شد به این، اذن مجتهد عادل، امر آسانتر می‌شود. و در مسئلهٔ «وضع مؤن» علاوه بر این، احتمال اینکه دادن خراج غالباً موقوف علیه زراعت است، پس آن، از وجهی مؤن است (که مشهور علما تجویز وضع آن، کرده‌اند) در زکات هم هست. و اقوی نزد حقیر هم، آن است.

و امّا بیع و شری کردن این زمین‌ها: پس آنچه اقوی است در نظر حقیر (و ظاهراً مشهور است بین علما بلکه بعضی دعوی عدم خلاف کرده‌اند) این است که جایز است بیع آنها- بیعاً لاثار المنّصف- هر چند آن اثر، محض عمارت و شیارکردن زمین باشد. پس جایز است خرید و فروش و اجاره و وقف کردن، مادامی که اثر تصرّف باقی است. و این مقتضای جمع میان اخبار است که بعضی دلالت بر منع [این] تصرفات دارد، و بعضی دلالت بر جواز دارد، و بعضی دلالت دارد برجواز با اشاره به علت آن، که فرموده‌اند جایز است به جهت اینکه حق خود را متصرّف شده. و بعضی از آن فهمیده‌اند معنی «حصّهٔ خود» را که مراد بیع رقبهٔ زمین باشد. و این[2] دور است بلکه مراد این است که استحقاق منافع خود را (که از تصرف حاصل شده) می‌فروشد. و اطلاق بیع بر آن یا مجاز است و مراد صلح کردن باشد، یا بیع معنی عامی

۱: حدیث عبدالله بن سنان مذکور.

۲: این خود جای بحث و اختلاف است که آیا در صورت حضور امام(ع) زمین‌های خراجی بین مسلمین تقسیم می‌شود؟ تا کسی بتواند حصهٔ خویش را بفروشد یا نه؟- تا چه رسد بر عصر غیبت که فردی مثلاً از باب «تقاص» حصه خود را بردارد و رقبهٔ آن را بفروشد.

دارد که شامل این هم باشد.

و به هرحال، اینها در وقتی است که معلوم باشد که ارض مفتوح‌العنوهٔ محیاتی بوده که در آن تصرف شده. اما اگر محتمل باشد ملکیت واقعی، مثل اینکه می‌بینیم از آن املاک را در تصرف کسی، و محتمل باشد که موات بوده، و در غیبت امام آن را احیاء نموده باشند و دست به دست به او رسیده باشد. یا به عنوان خمس غنایم منتقل شده باشدبه‌کسی ودست به دست‌به او رسیده باشد.پس ظاهراً درآن اشکال نباشد. غایت امر این است که داخل «شبهه» است. و حدیث صحیح ناطق است به اینکه «کل شیی فیه حلال و حرام فهولک حلال حتّی تعرف[1] الحرام بعینه». پس هرگاه آن عمارت خراب شود از ملک مالک بیرون نمی‌رود[2] و کسی در آنها تصرف نمی‌تواند کرد. خواه وقف باشد و خواه غیروقف. بلکه در قسم اخیر هرگاه موات هم شود مادامی که «معروف المالک» است احیای آن نمی‌توان کرد بدون اذن مالک.

و بدان که: در حکم مفتوح‌العنوه است اراضی صلح. یعنی انکه کفار صلح کرده‌اند با مسلمین به این نحو که زمین از مسلمین باشد، آن نیز داخل اراضی خراجیه است و احکام آنها بر آن جاری است.

۹۲: سؤال: هرگاه زید متاعی را به عمرو، بفروشد به صیغهٔ رأس‌المال. و بعد به

۱: وسایل: ج۱۷ ص۹۱-۹۰، ابواب‌الاطعمةالمباحة، باب ۶۱ ح۱.

۲: این فتوی و همچنین فتوائی که در سه جمله بعد می‌آید، براساس این است که «ارض خربه» و «موات‌بالعرض» هرگز از ملک مالک خارج نمی‌شود. و دلیل آن را «عدم ناقلی از نواقل ملک» ذکر کرده‌اند. لیکن، مسئله، مورد اختلاف است و دلیل مخالفین عبارت است از:

الف: هنوز اول بحث است‌که آیا ملکی باقی مانده تا نیاز به ناقل باشد، یا با عروض خرابی، و موات، دیگر ملکیت مالک باقی نمانده؟-؟

ب: حدیث ابوخالدکابلی و امثال‌آن تصریح دارند که باعروض خرابی و موات، ملکیت ازبین می‌رود. وآنچه در حدیث سلیمان‌بن خالد آمده که «فلیؤدّحقه»، مراد ابزارآلات یا مثلاً یک درخت است که از مالک قبلی به جای مانده که باید احیاءکننده (مالک بعدی) به او تحویل بدهد. (وسائل: احیاءالموات، باب ۳ح۲ و ۴)، در جلد اول بطور مشروح بحث گردید.

بیّنه یا به اقرار زید، ثابت شود که زیاد گفته بوده است. یا به عنوان کذب یا به عنوان اینکه او در عوض طلبی گرفته بود که به غیر از این نحو، به عمل نمی‌آمد و اگر پول نقد می‌داد ارزانتر می‌خرید. یا آنکه او نسیه خریده بوده است به آن قیمت و عمرو ندانسته بوده است. حکم آن چیست؟.

جواب: مشهور علما در صورت ثبوت دروغ یا غلط او در مقدار رأس‌المال، (و همچنین در جنس قیمت، یا وصف آن) این است که مشتری مختار است مابین فسخ معامله و ردّ مبیع و اخذ ثمن، و مابین امضای مبایعه به همان قیمت که گرفته است. به سبب غرر و تدلیس.

وبعضی گفته‌اند که می‌تواند متاع را نگاه دارد و اسقاط زیادتی و ربح آن را بکند. مثلاً گفته بود که متاع را به ده تومان خریده‌ام و به یازده تومان می‌فروشم و بعد معلوم شد که به نه تومان خریده بوده است، یازده هزار دینار پس می‌گیرد و نه تومان و نه هزار دینار را به بایع می‌گذارد. چون مقتضای بیع مرابحه این است. و این قول ضعیف است به جهت آنکه عقد به این قیمت واقع نشده. و بنا بر این قول، آیا لازم است بر مشتری که قبول این معنی بکند-؟ یا اختیار دارد که فسخ کند-؟

در آن دو احتمال است. اول، لزوم است. زیرا که رضای او به قیمت کثیر، مستلزم رضای او است به قیمت اقل به طریق اولی، پس تراضی بر آن واقع شده و بیع لازم است. و [دوم] احتمال دارد که خیار از برای او ثابت باشد. و می‌تواند شد که غرض صحیحی داشته در قیمت اکثر، که در اقل یافت نمی‌شود. مثل آنکه موصی وصیت کرده بوده که غلامی بخرد به ده تومان و آزاد کند، به آن سبب راضی بود. الحال که قیمت آن، نه تومان شده مطلب او حاصل نمی‌شود و فسخ می‌کند.

و بدان که: بنابر قول اول (که اظهر و اشهر است) اظهر این است که شرط نیست در خیار فسخ بقای متاع در دست مشتری . پس هرگاه تلف شده باشد یا بروجه لازمی به غیرمنتقل شده باشد یا مانعی از او به هم رسیده باشد (مثل اینکه آن کنیزی بوده و از او فرزندی به هم رسانده باشد) باز اختیار فسخ باقی است. به استصحاب حالت سابقه. پس

تالف یا قیمت آن را رد می‌کند، و [یا] غبن قیمت یا عوض آن را پس می‌گیرد.

و امّا ترک ذکر اجل (که بایع به نسیه خریده بود و [باید] به مشتری می‌گفت که نسیه خریده‌ام.):

پس مشهور در آن نیز صحت بیع است. بلکه ظاهراً خلافی در صحت آن نیست. و بعد از حکم به صحت، خلاف کرده‌اند در ثبوت خیار. مشهور این است که خیار ثابت است از برای مشتری مابین فسخ و قبول به همان قیمت. و از **نهایهٔ** شیخ، و ابن براج و ابن حمزه، حکایت شده است قول به اینکه از برای مشتری هست مثل آن مدت از اجل. و صاحب **کفایه** هم این را پسندیده به جهت دلالت چند روایت بر آن، که از جملهٔ آنها **حسنهٔ**[1] هشام‌بن حکم است. به سبب ابراهیم[2] بن هاشم- «عن ابی عبدالله-ع- فی‌الرّجل یشتری المتاع الی اجل؟ فقال: لیس له ان یبیعه مرابحة الاّ الی الاجل الذّی اشتراه الیه، فان باعه مرابحة و لم یخبره فکان‌للذی اشتراه من الاجل مثل ذلک[3]».

و در روایت دیگر هم هست که سند آنها هم خالی از قوّت نیست اگر چه «صحیح» نیستند. و این روایات مخالف قاعدهٔ ایشان است و مخالف عموم کتاب و سنّت. و تخصیص آن عمومات به مثل این اخبار مهجوره، کمال صعوبت دارد. و آخوند ملا

۱، ۲، ۳: محقق قمی این حدیث را از مقام «صحیحه» به مقام «حسنه» تنزل داده و دلیل آن را حضور «ابراهیم‌بن هاشم» در سند، دانسته است. قبلاً نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه‌اش این است: معمولاً اصحابی که از «کوفیین» بوده‌اند و به میان «قمیین» مهاجرت کرده‌اند تضعیف شده‌اند از آن جمله سهل‌بن زیاد و برقی و تعداد دیگر. و ابراهیم‌بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین (رضوان‌الله‌علیهم) که رسماً تضعیف نشده ولیکن رسماً و تصریحاً، توثیق هم نشده است.

امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف‌های مذکرو معیار ضعف نامبرگان نمی‌شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم‌بن هاشم.

ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله «به سبب ابراهیم‌بن هاشم» در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق «محمدبن اسماعیل بندقی» نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می‌گوید باتوجه به طریق ابراهیم‌بن هاشم سند حدیث، «حسن» می‌شود. در هر صورت میرزا قدس‌سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم‌بن هاشم که باید قائل شود، نمی‌شود. و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب‌احکام‌العقد، باب ۲۵ ح۲.

احمد(ره) قولی به «تفصیل» نقل کرده که اگر در حین بیع ذکر نقد و نسیه هیچکدام نشده باشد، پس به مقتضای اخبار باید عمل کرد. و اگر قید نقد حالّ باشد عمل به قول مشهور باید کرد. و اخبار را حمل کرده‌اند بر صورت سکوت از نقد و نسیه. چنانکه ظاهر روایات است.

و این تفصیل هم منافی قاعدهٔ مسئلهٔ ایشان است. که اطلاق در بیع منصرف می‌شود به حالّ. و اینکه ذکر حلول از باب تاکید است.

۹۳: سؤال: زید ملکی را فروخت به عمرو، به ده تومان و اسقاط خیار غبن کرد و بعد معلوم شد که بیست تومان می‌ارزیده. زید می‌گوید که چنین فکر می‌دانستم که اگر غبنی متصور شود، بیش از دو تومان و سه تومان نخواهد بود. آیا دعوی زید مسموعه است یا نه؟ـ؟.

جواب: هرگاه تصریح کرده که اسقاط خیار غبن کردم هرچند به اعلا درجات افحشیت باشد که شامل «دو مثل» و بیشتر هم بشود، دعوی مسموعه نیست. و اما هرگاه همین گفته است که اسقاط خیار غبن کردم، منصرف می‌شود به آنچه، غالب، آن است. که در اسقاط خیار غبن و صلح آن، ظاهر است در اذهان اهل عرف و عادت، که آن قدر غبن را اسقاط می‌کنند. هرگاه عرف آن بلد این است که در اسقاط خیار و صلح آن، در مسئلهٔ ما بیش از چهارتومان و پنج تومان را، اسقاط نمی‌کنند، سخن او در دعوی غبن ده تومان، مسموعه است. و ظاهراً قول، قول او است با یمین. والاّ مسموعه نیست. و اگر عرف، مختلف باشد و ممکن باشد در حق این شخص که راست می‌گوید که بیش از چهار و پنج، منظور او نبوده، در زاید بر آن، قول او مسموع است.

۹٤: سؤال: هرگاه کسی ملکی را، بیع شرط کند در مدت معینی. در حین انقضای مدت مشتری پنهان شود (که بایع نتواند ردّ مثل ثمن، نماید) از برای اینکه بیع لازم شود. حکم آن چه چیز است؟. و همچنین هرگاه بایع فراموش کند خیار را، یا مدت خیار را، یا اینکه مشتری حاضر نباشد. و [بایع] جاهل باشدبه اینکه باید به نزد حاکم یا امین او برد. تا مدت منقضی شود. حکم آن چه چیز ست؟.

جواب: این مسئله را در کتاب «حجروتفلیس» بیان کرده‌ام در همین مجموعه، به آنجا رجوع کنند.

۹۵: سوال: هرگاه کسی قناتی را که مخروبه ومنطمس است با اراضی متعلقه به آن، بفروشد به کسی به قیمت کمی. ومشتری قنات را تنقیه کند واکثر چاه‌ها ونقب‌های آن، ظاهر شود که صحیح بوده وبه زمان قلیلی وبه خرج کمی، آب آن جاری شود. الحال بایع می‌گوید که من نمی‌دانستم که این قنات به این زودی به عمل می‌آید به این خرج قلیل، ومن جاهل بودم که این چاه‌ها ونقب‌های او صحیح است. ومفروض این است که غبن معامله [را] هم، صلح کرده، آیا این بیع، صحیح است یا باطل؟ـ؟ وبرفرض صحت، خیار غبن باقی است یا نه؟ـ؟

جواب: اما سئوال از حال جهالت مبیع، هرگاه ثابت باشد جهالت بایع یا مشتری یا هر دو. اظهر بطلان است. وضمیمهٔ اراضی معلومه به آن، منشاء صحت نمی‌شود. چنانکه در مسائل سابقه، تحقیق کردیم[1] که بیع مجهول با ضم ضمیمه، وقتی صحیح است که مقصود از ضم ضمیمه، فرار از جهالت باشد، وحیله در تصحیح معاملهٔ مجهول، باشد وسفهی لازم نیاید، نه در صورتی که هریک بالاستقلال جزء مبیع، باشند. چنانکه در ما نحن فیه، چنین است. واگر فرض شود در صورت سئوال هم (که قنات مجهول را فروخته) ضمّ اراضی معلومه به قصد فرار از جهالت قنات بوده (در نزد عقلاء هم سفاهتی از آن لازم نیاید) هم، صحیح است.

واما دعوی غبن: پس آن، بعد ثبوت شرایط آن (یعنی جهالت بایع به قیمت آن وقت، وارزش داشتن مبیع در حین بیع، به زیاده از آنچه عرفاً مسامحه می‌کنند) مسموع است. ولکن مفروض این است که صلح کرده‌اند وبه سبب صلح ساقط می‌شود. واگر دعوی در «غبنِ در صلح غبن» باشد، پس اگر غبن در صلح به حدّی است که در متعارف صلح غبن، به آن منصرف نمی‌شود، دعوی مسموع است. والاّ، فلا. وچاره در

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۷۴ همین مجلد.

سقوط دعوی «غبن صلح غبن بیع» این است که بگوید «صلح کردیم غبن مبیع را هرچند هزار هزار برابر گنجایش داشته باشد» ومثل آن، از الفاظ. والاّ در هر صلحی دعوی غبن می‌توان کرد وبه جائی بند نمی‌شود.

۹۶: سئوال: زید جنسی را به یک تومان خریده ومی‌گوید به دوازده هزار دینار خریده‌ام، آیا **بیع باطل** است؟ وتصرف در آن مال‌ها حرام است؟ یا بیع صحیح است وهمان زیادتی حرام است ـ؟ ویا هیچیک حرام نیست وهمان معصیت کرده است ـ؟ وهمچنین، هرگاه بعد از زیاد گفتن راس‌المال، متاع را به مشتری بدهد به نفس رأس‌المال واقعی، واما گمان مشتری این است که او از سرمایه کم کرده است ومی‌خرد ـ؟

جواب: ظاهر این است که هیچیک حرام نباشد. نه اصل مایه ونه زیادتی که دروغ گفته است. بلکه همان فعل حرام است. ولکن مشتری بعد از اطلاع، خیار فسخ دارد. واما صورت آخری، پس ظاهر این است که آن نیز مثل سابق است. که همان معصیت است وهمان خیار فسخ هم باشد.

۹۷: سئوال: هرگاه زید متاعی چند خریده باشد. ودر طومار خریده بود، بر هر متاعی علاوه بر راس‌المال، نوشته وبیاورد به بلد دیگر، وآن طومار را به مشتری بنماید وبگوید که من از این تفصیل که در اینجا نوشته‌ام در هریک از آنها اینقدر علاوه می‌فروشم. جایز است یا نه؟ ـ؟

جواب: ظاهر این است که جایز است، به شرطی که نگوید که آنچه نوشته‌ام راس‌المال، است. وهرگاه بگوید گناه کرده است. ولکن بیع باطل نمی‌شود ومشتری بعد از اطلاع، خیار فسخ دارد.

۹۸: **سوال:** هرگاه کسی، کنیزی بفروشد، وبگوید این کنیز است وآن کنیز ساکت باشد. وبعد از عقد بیع، بایع بگوید که این کنیز از جملهٔ اهل ذمهٔ است که مطیع اسلام بوده‌اند. وکنیز هم بگوید بلی چنین است. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟ ـ؟

وهرگاه کنیز قبل از اجرای صیغه این ادعا را کرده باشد چه حکم دارد؟ وهرگاه کنیز در حال بیع، این ادعا را بکند چه حکم دارد؟

جواب: بدان که: کنیز یا غلام هرگاه رقیّت او ثابت باشد به بیّنه یا به اقرار یا به استفاضه، وادعا کند حرّیت را، سخن او را نمی‌شنوند. مگر آنکه بینه داشته باشد برآزادی. وخصوص **صحیحه** عیص‌بن‌القاسم دلالت برآن دارد که در تهذیب وفقیه روایت شده: «عن‌ابی‌عبدالله (ع) . قال: سئلته عن مملوک ادعی**انه حرولم یأت بینة علی ذلک.** اشتریه؟ قال: نعم.»[1] چون ظاهر این است که مراد از مملوک شخصی است که مملوک بودن آن، ثابت باشد. وظاهر این است که هرگاه شخصی را ببینی که در بازار می‌خرند ومی‌فروشند، آن هم در حکم ثبوت رقیت است. چنانکه ظاهر فتوای مشهور علما است.

ودلالت می‌کند برآن خصوص **روایت** حمزه‌بن حمران که سند آن قوی است که مدح فی‌الجمله، دارد وصفوان‌بن یحیی از او روایت می‌کند ودر همین سند ابن‌ابی‌عمیر وجمیل‌بن دراج از جملهٔ روات آن است، وعلامّه در خلاصه سند ابن‌بابویه را با حمزه صحیح شمرده، وشهید ثانی هم در **مسالک** همین حدیث را صحیح شمرده. «قال: قلت لابی عبدالله (ع) : ادخل السوق فاریدان اشتری جاریة فتقول انی حرّة؟. فقال: اشترها[2] الا ان یکون لها بینة» واین حدیث معتبر با اعتقاد به شهرت (چنانکه در **کفایه** تصریح کرده) کافی است در مطلب. وظاهر این است که فرقی مابین جاریه وعبد نیست.

واما هرگاه غلامی یا کنیزی در دست کسی باشد ولکن خرید وفروش آن دیده نشده است وادعا کند رقیت آن را. پس اگر ان مملوک شخصی است که اقرار او مسموع باشد، یعنی بالغ وعاقل باشد، وتصدیق مولی کند. پس حکم می‌شود به رقیت آن، بی‌اشکال. واگر بعد انکار کند مسموع نیست. مگر اینکه اظهار شبهه بکند (مثل اینکه بگوید که من نمی‌دانستم که آقا پدرم را آزاد کرده است وگمان می‌کردم که تولد من در

---

۱ و ۲: **وسائل** : ج۱۳ص۳۱، ابواب بیع‌الحیوان، باب ۵ ح ۱و۲.

حال رقیت بوده است در این وقت دعوی او را می‌شنوند وبه مقتضای بینه ویمین حمل می‌کنند، به هر نحو که مرافعه اقتضای آن کند) واگر تکذیب مولی کند، پس قول مولی مسموع نیست. وحکم می‌شود به آزاد بودن آن مملوک. مگر اینکه مولی بینه بیاورد بر رقیت او. وهرگاه عاجز شود می‌تواند مملوک را قسم بدهد. ودلالت دارد برآن **صحیحه** عبدالله‌بن سنان: «قال: سمعت اباعبدالله(ع) یقول: کان

امیرالمومنین(ع) یقول:الناس کلهم احرار الا من اقرعلی‌نفسه بالعبودیة و هو مدرک من عبد اوامة. و من شهد علیه بالرق صغیراً کان او کبیراً»[1].

و هرگاه ساکت باشد از تصدیق و تکذیب، پس علامه در **تذکره** گفته است که حکم ان حکم تکذیب است، یعنی قول مالک به رقیب مسموع نیست الا به بینه. و در **مسالک** از **تحریر** نقل کرده است قول به تقدیم ظاهر ید را. و آنچه در نظر حقیر آمد در تحریر در کتاب عتق گفته است «ولو کان العبد یباع فی‌اسواق‌المسلمین و **یدالمالک** علیه جاز شرائه ولا یقبل، دعواه‌الحریة الا مع‌البینه». و نسبت این قول به او در وقتی خوب است که حرف «واو» در «ویدالمالک» به معنی «او» باشد. و دلیل قول اول صحیحهٔ عبدالله[2] بن‌سنان است که اصل در مردم حریت است مگر اینکه اقرار کند عبد به رقیت یا بینه باشد بر آن.

و دلیل قول دوم این است که ذوالید است و دعوی امری می‌کند و در برابر، منازعی نیست. چنانکه کسی ادعای زوجیت زنی کندیا مالکیت مالی، و کسی مزاحم او نشود. ودر **مسالک** ترجیح داده است این قول را، و این قول خالی از قوت نیست. به جهت آنکه ید **علامت**[3] ملک است خصوصاً با ادعای ملکیت.

---

۱ و ۲: وسائل ج ۱۶ ص ۳۳ باب ان‌الاصل فی‌الناس الحریة (ب ۲۹- کتاب العتق)، ح ۱

۳: بی‌تردید کاربرد «ید» در مورد عبدوامه با کاربرد آن، در مورد سایر اموال و اشیاء تفاوت دارد زیرا مبنی در انسان «اصالت حریت» است ولی در اشیاء واموال «اصالت ملکیت» و دستکم «اصالت اباحه برای حیازت» است. و بابیان واضحتر: هریدانسانی برانسان دیگر معارض است با، ید خود آن انسان بر خودش. پس در مانحن فیه هم ادعای مالکیت با تزاحم مالکیت خود «فردساکت» برخودش، روبرو است و هم ید مدعی، با ید او در تعارض است و شکی نیست که قول اول قوی است.

و اما اصالت حریت (که از صحیحهٔ عبدالله‌بن سنان مستفاد می‌شود[1]) بلاشک مخصص[2] است به اقرار و بینه چنانکه حدیث ناطق است به آن. و شبهه نیست که مخصص، منحصر در آن دو امر[3] نیست زیرا که هرگاه از خارج علم[4] به هم رسد به رقیت ، از غیر جهت اقرار و شاهد، یا آنکه مشاهده شود که مکرر در بازارها خرید و فروش می‌شود، حکم به رقیت می‌شود. و حال آنکه نه از باب شاهد است و نه اقرار. پس معلوم شد که مراد مجرد تمثیل است. یعنی اصل حریت است مگر به یکی از طرق مثبتهٔ خلاف آن. و یکی از آنها ید[5] و تصرف است به ضمیمهٔ دعوی مسلم و قول او به رقیت که محمول است بر صدق مادامی که منازعی از برای آن نباشد.

و هرگاه کلمهٔ «واو» در **تحریر** به معنی «او» نباشد هم، می‌توان گفت که تکیهٔ او به

۱: اگر حدیثی هم وجود نداشت «اصالت حریت» مسلم بود وهست.

۲: این بیان شگفت‌انگیز است زیرا هر «اصالت» بدون استثناء همراه با «الا» و «مگر» است واین را «تخصیص» نمی‌گویند. پس نتیجه‌ای که از این استدلال گرفته می‌شود قابل اشکال است.

۳: کسی که این حدیث را می‌پذیرد ناچار است که «انحصار در دوامر» را بپذیرد زیرا اصالت حریت، نیازی به حدیث وتشریع شرع ندارد. واگر این حدیث تنها در مقام بیان اصالت حریت باشد مشمول «توضیح واضحات» و (نعوذبالله)، «لغو» می‌گردد. پس لا بد پیامی دارد و در مقام «جعل» یک حکم وبیان یک امر لازم، است و اساساً این حدیث غیر از منحصر کردن به «دوامر» نقشی ندارد.

٤: این صورت، از موضوع بحث خارج است زیرا «علم» بر «اصالت»، «ورود» دارد. نه اینکه «مخصص آن» است. وهمچنین مشاهدهٔ خرید وفروش مکرر او، در بازارها. ومسئله «ورود» غیراز مسئله «تخصیص» است.

۵: و ید و تصرف در اینجا نمی‌تواند بر «اصالت حریت»، ورود، داشته باشد زیرا چنین چیزی نفی اصالت می‌شود.اگرید و تصرف و ادعای مسلم کوچکترین تأثیری داشته باشد دیگرمعنائی برای «اصالت حریت» نمی‌ماند.یعنی‌در هیچ جا و در هیچ شرایطی محلی برای این اصل نمی‌ماند. واگر گفته شود محل و کاربرد این اصل درجائی است‌که فردی که عبودیت او مورد ادعا است سکوت را بشکند وادعای حریت بکند. می‌گوئیم پس درآن صورت چه تفاوتی‌میان انسان که مورد «اصالت حریت» یعنی «اصالت عدم ملکیت» است و میان اموال واشیاء دیگرکه مورد«اصالت ملکیت» هستندمی‌ماند؟ بلی در جائی‌که شخصی ادعای حیازت مباحی را بکند وشخص دیگربا او نزاع کند، ید و تصرف و قول‌مسلمی که مدعی‌حیازت است، دلیل مالکیت او می‌شود زیرا دراینجا با «اصالت‌اباحه» رو به رو هستیم ولی در مورد انسان با «اصالت حریت».
حقیقت‌این است‌که«سکوت» موجب سستی«اصالت حریت» نمی‌شودزیرا ممکن است فرد مذکور یک طفل خردسال، باشد.

ید، است. که انچه در سوق فروخته می‌شود و امام(ع) حکم به رقیت به سبب ید مالک کرده است، با وجود اینکه روایت حمزه‌بن حمران که حکایت «شراء درسوق» [در ان] مذکور است و لفظ «یباع فی‌الاسواق» [در ان] موجود نیست که دلالت داشته باشد بر تحقق بیع بالفعل، خصوصاً بر سبیل مکرر و تعدد. چنانکه ظاهر لفظ «یباع» است. پس ان حدیث شریف هم دلیل بر این قول می‌تواند شد. و هرگاه این معنی را اعتبار بکنیم، پس دلیل ان صورتی که بیع تحقق پذیرفته باشد هم، موجود نیست. چون حدیث، ناطق به آن نیست. و در آنجا هم می‌توان گفت که اصل حریت است، و ید دلیل ملکیت نیست.

و بدان که: کلام فقها در اینجا مطلق است و تصریح به حکم در صورتی است که قبل از بیع، مملوک ادعای حریت کرده بوده است و این معنی به ثبوت نرسیده است. ولکن [اگر] در حال بیع ساکت بوده است از تصدیق و تکذیب [علما تصریح به حکم آن نکرده‌اند.] دو ر نیست در اینجا ترجیح حریت بدهیم. چون ظاهر این است که صحیحه عبدالله‌بن سنان شامل ان باشد. و از آنچه گفتیم ظاهر می‌شود که هرگاه مملوک طفلی باشد و ید کسی بر آن نباشد، و کسی مدعی ملکیت آن باشد. جایز است خریدن آن. و در تذکره اشکال کرده است در آن و ترجیح حریت داده است. و اخوند ملااحمد (ره) میل به جواز کرده. و این مقتضای کلام تحریر است. و اما هرگاه آن طفل بالغ شود و ادعای حریت کند، پس آخوند ملااحمد(ره) گفته است که ظاهر این است که اشکالی نیست در قبول دعوی حریت، بدون بینه. واین سخن مشکل است با وجود تجویز خریدن طفل که در تحت ید متصرف باشد، و استصحاب صحت بیع، وشمول صحیح عبدالله‌بن سنان این صورت را هم، محل تامل[1] است. و ظاهر عبارت تحریر در کتاب بیع که گفته است که «ولواشتری عبداً فادعی الحریة لم‌یقبل‌الا بالبینه» شامل این صورت هم هست. و بنابراین، قوت آنچه

۱: ناسازگاری دو فتوای مرحوم اردبیلی با همدیگر، روشن است لیکن در شمول حدیث به این مورد هیچ جای تأملی نیست. زیرا ادعای مملکوک بر علیه همان ید وتصرف، است. واصالت حریت ونیز صحیحه عبدالله تکیه گاه اوست. پس معارضه هست میان اصل وصحیحه ومیان ید وتصرف. وبر فقیه است که یکی از دو طرف را ترجیح دهد، نه اینکه اساساً صحیحه شامل این مورد نمی‌شود ویا در شمول آن جای تامل است.

پیش گفتیم (که هرگاه قبل از بیع ادعای حریت کرده بود و در حین بیع ساکت بود، اظهر حریت است) ظاهر می‌شود. بلکه آن، اظهر از این، خواهد بود.

هرگاه دانستی این مقدمات را، پس برمی‌گردیم به صورت سئوال. و می‌گوئیم: در صورتی که کنیزی در دست مسلمی باشد و بفروشد. اقرار بایع به اینکه آن کنیز «مطیع‌الاسلام» بوده، مسموع نیست، بعد از اقرار به کنیز بودن آن. چون اقرار بر غیر[1] است. و همچنین ساکت بودن کنیز ضرر ندارد به صحت بیع، علی‌الاظهر. وهرگاه بعد از انعقاد بیع با شرایط ادعا کند آن کنیز حریت را، اظهر عدم سماع قول او است. واما هرگاه به ثبوت برسد که قبل از بیع ادعای حریت کرده بوده و در حین بیع ساکت باشد، اظهر حریت او است. خواه بعد از بیع ادعا بکند یا نه. و اگر در حالت بیع ادعا کند حریت را ، حکم آن حریت کنیز است.

و بدان که: مراد از «ادعای مملوک حریت را» این است که علی‌الاطلاق دعوی کند. و اما اگر بگوید که «مملوک مولائی بودم اما آزادم کرد.» در اینجا اشکالی نیست که محتاج است به بینه و اثبات.

۹۹: سئوال: هرگاه کسی ملکی بیع شرط کند. و قبل از انقضای مدت، مثل ثمن را ببرد به نزد مشتری، و تخلیهٔ ید کند. و مشتری از باب لجاج قبول نکند. والجاءُ بایع آن وجه را (از خوف تلف یا انکار مشتری) بردارد وببرود. آیا بیع منفسخ می‌شود یا نه؟ـ؟

جواب: در صورت مزبوره، بر بایع لازم است که وجه را تسلیم حاکم شرع نماید. یا به امینی بسپارد (از ثقات مومنین) هرگاه حاکمی نباشد. یا بگذارد در نزد مشتری بنحوی که مانعی از برای او از اخذ نباشد. و برود. و باید فسخ کند یعنی بگوید فسخ کردم بیع را. هرگاه چنین کرده، بیع مال بایع می‌شود. و هرگاه وجه را نگذاشته است در صورت مزبوره همان مشغول الذمهٔ وجه است. و مبیع مال بایع است. و هرگاه صیغهٔ فسخ را در آن حال نگفته (هر چند به فارسی باشد) بعد هم می‌تواند گفت. به جهت آنکه منافاتی نیست مابین

۱: با توجه به «ضمان» و خیار فسخ. وتوجه به نتیجه اقرار پس از فسخ به خود بایع، چنین اقراری بر علیه «خود» هم هست.

اشتغال ذمه به وجه، و تسلط بر فسخ. وتسلط به مجرد تخلیهٔ ید حاصل می‌شود. به هر حال انشاء فسخ از جانب بایع ضرور است هر چند بعد از انقضای مدت خیار باشد، در صورت مذکوره.

۱۰۰: سئوال: هرگاه کسی ملکی را که پادشاه غصب کرده است و در تصرف او است به عنوان بیع شرط، بفروشد به دیگری، و آن شخص هم می‌خرد به امید اینکه بلکه تواند به رشوه دادن و واسطه قرار دادن، استخلاص کند، و آن بیع لازم شود.

بعد ازآن مشتری سعی کند و به رشوه و خسارت، آن ملک را استخلاص کند. بعد بایع دعوی خیار غبن کند. آیا آن دعوی مسموع است یا نه؟ـ؟.

جواب: شرط است در صحت بیع، اینکه مبیع مقدور التسلیم باشد (و اجماع بر آن نقل کرده‌اند) مگر در بیع «آبق» با ضمیمه، و بعض مواضع. و علاوه بر اجماع، ظاهرا غرر و سفاهت هم لازم می‌آید. پس اصل بیع که صحیح نباشد دیگردعوی غبن و غیرذلک بر جا نمی‌ماند. و شکی نیست که ملک شاهی، بالفعل مقدورالتسلیم نیست.

۱۰۱ـ سئوال: هرگاه زید قدری نیل دارد. و در قزوین موجود و در تصرف او باشد. و وزن آن معین و به وصف تامّ رافع جهالت، بفروشد به عمرو، در بلدهٔ رشت به قیمت معینه در مدت معینهٔ معلومه. و شرط کند که نیل مزبور را در بلدهٔ قزوین تسلیم مشتری نماید. آیا چنین بیعی داخل کدام یک از اقسام بیع است؟ آیا داخل نسیه است و صحیح است؟ یا داخل بیع غیر موجودَین، و باطل است؟.

اگر داخل «مؤجلین» است (چنانکه بعض معاصرین می‌گویند) پس چه معنی دارد کلام فقها (رضوان‌الله علیهم) که «اطلاق العقد یقتضی تسلیم‌المبیع والثمن. ولو امتنعا اجبرا»؟ و چند قسم بیع از «عدم اطلاق» منشعب می‌شود؟. و اگر داخل نسیه و صحیح است (چنانکه بعضی قائل به آن‌اند) پس بیع مؤجلین که آن را «کالی بکالی» می‌گویند، کدام است؟ شقوق مسئله را به نحوی که در نظر عالی محقق و مبرهن است با دلیل مشروحاً لطف فرمائید.

جواب: ابن بیع نسیه است، و صحیح است. به جهت آنکه مبیع موجود است و امر

کلی، نیست که در ذمه باشد. و قیمت آن در ذمّه است که بعد مدت معینه بدهد. و قول بعضی معاصرین شما بی‌وجه، است. به جهت آنکه مراد از بیع مؤجلین که آن را کالی به کالی و دین به دین می‌گویند، آن است که ثمن و مثمن هردو «کلی» باشند و در ذمّه باشند. بلکه تحقیق این است که باید که قبل از وقوع عقد، ثابت در ذمّه باشند. و از اینجا است که ما تقویت می‌کنیم قول کسی را که تجویز کرده است در بیع سلف اینکه قیمت مقبوض، دینی، باشد که مشتری در ذمّهٔ بایع[1] داشته بوده است. به جهت آنکه مبیع بعد از عقد، دین می‌شود بر ذمّهٔ بایع و قبل از آن دین نبود.

و مفروض این است که در اینجا نیل مذکور نه دینی بوده قبل از عقد و نه بعد. اما قبل، که ظاهر است. و اما بعد، به جهت آنکه نیل عین موجود است نه دین در ذمّه. بیش از این نیست که حاضر نیست.. واحدی شرط نکرده است در صحت بیع حضور مبیع را. بلکه جایز است بیع مبیع غایب. و آنچه استثناء شده است در اینجا عدم قدرت بر تسلیم است بالفعل. و آن نیز مضر نیست علی‌الاظهر. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده‌اند، بلکه ضرورت.

پس همینکه قدرت بر تسلیم هست فی‌الجمله کافی است. مثلا هرگاه بایع اسب معین معهود خود را که در خانه دارد هرگاه در محلی بفروشد به کسی که مسافت دو فرسخ مابین باشد (و عدم قدرت بر تسلیم به همین جهت است که موقوف است بر اینکه برود و از آنجا ببرد و مانعی دیگر نیست) کسی نمی گوید که فاقد شرط است که قدرت تسلیم باشد، و باطل است. بلکه صحیح است و دو فرسخ و دو منزل فرقی ندارد.

و شقوق اقسام بیع همان چهار قسم معهود است که در کتب فقها مذکور است یعنی اقسامی که به سبب ملاحظهٔ تعجیل ثمن و مثمن و اطلاق، حاصل می‌شود. و اگر تفصیل مقام خواهی، تفصیل این است که بیع به ملاحظه تعجیل ثمن و مثمن و تاخیر آنها چهار قسم است: بیع نقد که ثمن و مثمن هر دو معجل باشند. و بیع کالی به کالی

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ٦٥ همین مجلد.

کـه هـر دو مؤجلّ بـاشند.

و بیع نسیه که مثمن معجل باشد و ثمن موجل. و بیع سلف که عـکس ایـن است. اقسام صحیح است به غیر دومی.

اما قسم اول: یعنی آنکه هر دو حال[1] باشند و آن را بیع نقد می‌گویند و مراد از او این است که به مجرد عقد هریک از آنها در همان حال مستحق حق خـود مـی‌بـاشند. و استحقاق ایشان موقوف نیست به گذشتن زمانی. و در ایـن بـیع شرط نیـست که نقد و حاضر، قیمت را به دست بایع بدهد. چنانکه لفظ «نقد» هم، موهم آن است. پـس مـراد ایشان از تسمیهٔ نقد این است که قیمت نقد است بالفعل یـا در قـوه نقـد است. و از ایـن جهت است که این نوع بیع منافات با مهلت ندارد مثل اینکه زید اسب خود را بـه عـمرو، می‌فروشد و گاه هست عمرو، دست به کیسه خود می‌کـند کـه قیـمت را درآورد، زیـد می‌گوید تعجیل ندارم هروقت می‌دهی خوب است.

و بدان که: اطلاق بیع منصرف می‌شود به نقد. پس هرگاه بگوید «این مـتاع را بـه تو فروختم به این قیمت» و مشتری بگوید «خریدم به این قیمت». و دیگر شرط تـعجیل و تاخیر را هیچکدام نکنند، در همان حال لازم است بر هر یک که مال دیگری را تـسلیم کند. و ظاهرا خلافی در مسئله نباشد. و اطلاق هم در عرف منصرف به نقـد مـی‌شود و **موثقهٔ**[2] عمار هم لالت بر آن دارد. پس شرط تعجیل افاده‌ای بیش از تاکید نمی‌کند.

بلی: اگر شرط تعجیل کند در زمان معینی مثل اینکه بگوید «فروختم این مـتاع را به تو به این قیمت و شرط کردم با تو که در همین دو روز قیمت را بدهی- یـا در هـمین روز- یا تا ظهر بدهی-» و او هم قبول کند با شرط، لازم است وفا به شرط. و عـلاوه بـر این، هرگاه وفا به شرط نکند بایع مسلط بر فسخ بیع هست چنانکه شهیدین(ره) تصریح به آن کرده‌اند. و همچنین، هرگاه مشتری شرط تعجیل تسلیم مـتاع را بـکند، کـلام در او مثل کلام در ثمن است. بلکه شهید ثانی(ره) در **مسالک** در صورت اطـلاق شرط تـعجیل

۱: نسخه بدل: حالی.

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦٦، ابواب احکام البیع، باب ۱ ح ۲.

هم، ثبوت خیار را واجب دانسته چنانکه مقتضای قاعده شروط است. و خوب گفته است.

اما قسم دوم: که بیع کالی[1] به کالی، است: پس آن باطل است بلاخلاف. و لکن اشکال در معنی آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می‌شود که فرموده‌اند که «لا یباع الدین بالدین» این است که ثمن و مثمن هر دو در حال بیع،[2] دین باشند. نه اینکه به سبب بیع دین بشوند. پس هرگاه زید بفروشد پنج تومان طلبی [را] که از عمرو دارد به عمرو، در عوض پنج تومان طلبی که عمرو از بکر دارد. این جزماً[3] بیع دین به دین و کالی به کالی است.

و اما هرگاه پنج تومان طلبی که از عمرو، دارد بفروشد به او به پانصد من گندم که

۱: اصطلاح «کالی بکالی» در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد وآنچه هست «دین بدین» است آنهم تنها یک حدیث در مورد آن آمده که باز در سلسلهٔ سند آن «طلحه بن زید» هست که از اهل سنت است- وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۱۵ ح۱.)

بنابراین اصل تحریم بیع کالی بکالی یا دین بدین، براساس یک سری احادیث نبوی(ص) است که از طریق غیر اهل بیت(ع) نقل شده‌اند وعلمای شیعه هم پیام آنها را در قالب «کلی» پذیرفته‌اند وبدان عمل کرده‌اند.

۲: طریحی در «مجمع‌البحرین» کالی بکالی را چنین معنی کرده است:

ومعنا "بیع‌النسیة بالنسیة، وبیع مضمون موجل بمثله. وذلک کان یسلم الرجل الدرهم فی طعام الی اجل فاذا حل‌الاجل، یقول الذی حل علیه‌الطعام، لیس عندی طعام ولکن بعنی ایاه الی اجل. فهذه نسیئة انقلبت نسیئة . نعم اوقبض الطعام وباعه ایاه لم یکن کالیا بکالی.

بنابراین، صورت مورد بحث، نه تنها مشمول بیع کالی بکالی است بل بارزترین مصداق آن است وطریحی ریشهٔ مردمی این اصطلاح در عصر قبل از تحریم، را بیان می‌کند.

۳: این «جزم» از نظر فرهنگ فقهی اهل سنت درست است لیکن اگراز دیدگاه تشیع نگریسته شود مشمول بودن چنین معامله‌ای بر تحریم «دین بدین» مورد تردید است زیرا دو حدیث از امام باقر- ع- وامام صادق -ع- وارد شده که بکر می‌تواند همان مالی را که عمرو، به زید، برای خرید این دین پرداخت کرده، به عمر بپردازد نه اصل دین را. واگر زیاده‌ای مانده باشد مال بکر است. این دو حدیث نه تنها حکم به بطلان نمی‌کنند بلکه برای آن ترتیب اثر هم می‌دهند وحکم خاصی برای آن تعیین می‌کنند. درست است که عمل به این دو حیث دشوار است لیکن وجودشان لااقل موجب تردید واحتیاط می‌شود(وسائل: ابواب الدین، باب ۱۵ ح۲ و ۳.) واین دو حدیث از احادیث نبوی ضعیفتر نیستند. ودر نتیجه آن صورتی که میرزا تجویز می‌کند مصداق دین به دین است.

بعدِ شش ماه دیگر بگیرد، این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد. چون در حال بیع آن گندم دین نبوده بلکه به سبب بیع، دین می‌شود به گردن او که بعد از بیع به ذمهٔ او قرار می‌گیرد و دین می‌شود. و حرمة آن معلوم نیست. و شاید در قسم چهارم توضیح این مطلب بشود.

و اما قسم سوم: که بیع نسیه است. که عبارت از این است که متاعی را بفروشد به قیمت معین که آن قیمت را بعد انقضای مدت بگیرد. و باید که مدت معین باشد. و قابل زیاد و کم نباشد. مثل روز تمام، و یک ماه، و یک سال. و اطلاق ماه و سال، به هلالی منصرف می‌شود. و تحدیدی از برای مدت در شرع نیست (علی الاشهرالاظهر) نه در جانب اقل و نه اکثر. پس جایز است نسیه فروختن به مدت هزار سال. هرچند «علم عادی» حاصل باشد که آن شخص هزار سال عمر نمی کند.

و از ابن جنید قولی نقل شده به اینکه زیاده از سه سال جایز نیست. و آن قول ضعیف است، و مستندی که از برای آن ذکر کرده‌اند، دلالت بر مذهب او ندارد. و سند آن هم اعتباری ندارد. و مدلول آن این است که بیش از دو سال جایز نیست. و به هرحال [برخلاف] اخبار و اقوال علما است و طرح آن لازم است. و بعضی احتمال حمل بر تقیه داده‌اند.

و اما هرگاه مدت را معین نکنند، بیع باطل می‌شود. به سبب جهالت و غرر. و خصوصا که در جانب مبیع هم جهالت حاصل می‌شود . چون اجل [را] قسطی از ثمن می‌باشد. و در معنی عدم تعیین مدت است شرط کردن مدتی که قابل زیاد و کم است. مثلا آمدن حاج، یا رفع محصول. و همچنین، هرگاه لفظ مشترکی بگوید مثل ماه ربیع، یا جمادی، یا روز جمعه. و بعضی در این مثال‌های اخیر حمل بر ربیع اول، یا جمادی اول، یا جمعه اول، می‌کنند چون مسمی به آن حاصل می‌شود.

و این در وقتی خوب است که این مسئله را بدانند که هرگاه اطلاق کنند منزل می‌شود بر اولین این ماه‌ها و روزها. هرگاه این معنی را ندانند و قصد معنی را نکنند

تصحیح آن بی‌صورت [می‌شود]. چون مستلزم جهالت مدت است در حین عقد. و بر فرضی که «حقیقت شرعیه» در آن حاصل باشد هم، کلام ایشان در صورت مجهول بودن واقعه، بر «حقیقت شرعیه» حمل نمی‌شود. بلی اگر اطلاق کرده باشند و در عرف بلد به آن اطلاق ایشان، منصرف به اول می‌شود، در صحت آن اشکال نیست.

و اما قسم چهارم: و آن را بیع سلف و بیع سلم می‌گویند: و آن خریدن مال موصوفی است مضمون در ذمّه، تا مدت معلومی، به مال موصوفی که حاضر باشد و در مجلس بیع قبض شود. یا در حکم حاضر مقبوض باشد. مثل اینکه حاضر نبود در مجلس بیع و بعد از بیع حاضر کرده به قبض داد پیش از تفرّق.

از این باب است هرگاه بخرد آن چیز را به دینی که از مشتری طلب[1] دارد (بنابرقولی) و صیغهٔ آن که ذکر کرده‌اند این است که مشتری بگوید به بایع «اسلمت الیک- یا- اسلفت الیک هذه الدراهم فی عشرین منّاً من الحنطة الی انقضاء شهر» مثلا. و «سلفتک» به تشدید لام هم تجویز کرده‌اند. و بعد از آن مسلم الیه که بایع است بگوید «قبلت». یا آنچه در معنی آن باشد. و هرگاه بایع «ایجاب» را می‌گوید، «بعتک عشرین منّاً من الحنطة بعشر دراهم الی انقضاء شهر» و مشتری می‌گوید «قبلت». یا [بایع] می‌گوید «اسلمت منک» یا «اسلفت منک» یا «تسلفت منک عشرة دراهم فی عشرین منا من‌الحنطة الی انقضاء شهر» و مشتری می‌گوید «قبلت».

و از جملهٔ شروط صحت سلف، آن است که جنس آن متاع را ذکر کند که گندم است (مثلا) یا جو یا غیر آن. و وصف آن را هم ذکر کند به نحوی که رافع جهالت باشد به لفظی که متعاقدین معنی آن را بفهمند. یعنی اوصافی که منشأ تفاوت قیمت می‌شود. نه مطلق اوصاف مثل

۱: میرزا(ره) حتی برای قول غیرمشهور، تعیین صیغه هم می‌کند در حالیکه همانطور که توضیح داده شد از دیدگاه تشیع بارزترین صورت دین بدین همین صورت است و حدیث منصوربن حازم نیز دلیل مؤید، آن است زیرا اصل مسئله با احادیث حرمهٔ کالی بکالی ثابت است و نیازی به حدیث منصوربن حازم نیست.

اینکه بگوید گندم آبی، یا دیمی[1] یا گندم فلان محل. زیرا که غالب این است که گندم‌های بلاد در قسمت مختلف‌اند. و همچنین گندم دیمی را بهتر از آبی، می‌خرند.

والحاصل: اینکه وصفی که به سبب آن تفاوتی حاصل می‌شود که در عرف مسامحه در آن نمی‌کنند، باید مذکور شود. و اما اوصافی که تفاوت ظاهری از آن به هم نمی‌رسد و اهل عرف مسامحه می‌کنند، ذکر آن ضرور نیست. بلکه گاه است که هرگاه بسیار دقت در وصف کند مثل اینکه «همه دانه‌های گندم مساوی باشد و گندم ضعیف در میان آن نباشد» و امثال اینها. که منشاء عزت وجود می‌شود، منشأ بطلان بیع، است. و هرچیزی که اوصاف آن را نمی‌توان مضبوط کرد سلف در آن صحیح نیست.

و از این جهت است که گفته‌اند که «سلف در گوشت و نان، جایز نیست» بلاخلاف ظاهری. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چون ضبط مقدار چاقی و فربهی و انواع نان در طبخ و کیفیت آن، متعذر یا متعسر است. و همچنین در پوست (بنابر مشهور) چون عمده در پوست ضخامت و چاقی است و آن به وزن معلوم و مظبوط نمی‌شود.

و از آن باب است مطلق جواهر و مرواریدهای درشت که از برای زینت است. اما مروارید ریز. که از برای دوا است که در آن وصف فی‌الجمله با اعتبار وزن کافی است. و ظاهر این است که مثل یاقوت‌های ریزه که از برای دوا می‌خواهند، همچنین باشد. بلکه اگر فرض شود در بعضی افراد جواهر که توان تحدید آن کرد، جایز باشد. هرچند درشت باشد.

و بالجمله: معیار، همان امکان ضبط اوصاف است. پس در غیر متاع و حیوان و میوه‌ها، در آنها که توان ضبط وصف آن کرد، صحیح خواهد بود. پس در حیوان سن آن، و بودن آن حیوان [از] کدام محل، مثل گوسفند ماده عربی یا ترکی چند ساله، کافی است.. و همچنین، کرباس هشت چلهٔ عمل قم، بیست ذرعی. و مثل اینها. و فرق میان افراد گوشت و پوست و افراد حیوان، خالی از اشکال نیست، که در آنجاها تجویز نکرده‌اند و در حیوان

---

۱ و ۲: و در نسخه: دهمی.

کرده‌اند.

بلی، عمدهٔ اعتماد، بر اخبار است که در تجویز آن، در حیوان وارد شده. و در منع در گوشت، **روایت معللی** [1]، هست که دلالت بر حکم پوست هم می‌کند. و مشهور هم فتوی به این داده‌اند. و در خصوص پوست خلافی هست از **شیخ** که به جواز آن قائل شده نظر به امکان ضبط آن به مشاهده، و بعضی از روایات ضعیفه که در دلالت آنها اشکال هست. و دلیل اول هم ضعیف است. به جهت آنکه سلف، بیع در ذمه است و مشاهده در آنجا نیست.

ولکن شهید ثانی در **شرح لمعه** گفته است که: ممکن است جمع بین سلف و مشاهده به اینکه مشاهده کند جمله را که «مسلم فیه،» درمیان آن باشد لا علی التعیین. چنانکه هرگاه بگوید که صدمن از گندم این قریه می‌فروشم در این مدت به این مبلغ. و در عادت هم غلهٔ آن قریه عیب نمی کند. پس در اینجا هم ملاحظه گلهٔ گوسفندی که ده من پوست از آن می‌فروشند جایز خواهد بود. ولکن مشهور خلاف این است.

و از جمله شروط، قبض ثمن است در مجلس قبل از مفارقت طرفین. و دعوی اجماع بر آن شده. و ظاهرا خلافی در آن نیست (الا از ابن جنید که جایز دانسته تاخیر تا سه روز را، و این قول مطروح است) پس هرگاه متبایعین مفارقت کنند قبل از قبض ثمن، بیع باطل می‌شود.

واگربعض آن راقبض کرده باشندنسبت به آنچه قبض نشده، باطل است و در آن قدری که قبض شده صحیح است. لکن هرگاه به تقصیر بایع نشده، اختیار فسخ دارد. به جهت «تبعض صفقه» . و خلاف کرده‌اند که آیا جایز است قیمت را از دینی قرار بدهند که از بایع طلب دارد یانه ـ؟ مشهور این است که جایز نیست، چون بیع دین به دین است.

و بعضی گمان کرده‌اند که **صحیحهٔ** منصوربن حازم، دلالت دارد بر این. «قال: سئلت ابا عبدالله-ع- عن‌الرجل یکون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلک. فاتی

۱: وسائل: ج ۱۳ ص ۵۷، ابواب السلف، باب ۲ ح ۱- تهذیب ج ۲ ص ۱۳۰.

المطلوب‌الطالب و ابتاع منه شیئاً-؟ قال: لا یبیعه نسیاً فاما نقداً فلیبعه[1].». به تقریب اینکه کلمه «مطلوب» مفعول[2] کلمهٔ «اتی» باشد و مراد این باشد که می‌خواهد در عوض همان طلب، چیزی از او بخرد، و آن حضرت فرمود نقد بفروشد نه نسیه. یعنی سلف نفروشد که قیمت آن را از آن طلب محسوب دارد.

و بر این، وارد است که در حدیث، مذکور نیست که می‌خواهد از او چیزی بخرد که طلب او قصد آن[3] باشد. و همچنین اطلاق نسیه[4] بر سلف، غیرظاهر است. و گمان حقیر این است که این حدیث در مسئله بیع نسیه، وارد است که فقها ذکر کرده‌اند که هرگاه کسی به نسیه چیزی بفروشد و قبل از انقضای اجل خواهد آن را بخرد، جایز است نقدا و نسیتاً در غیر صورتی که در ضمن عقد شرط آن کرده باشند. چنانکه احادیث صحیحه دلالت بر آن دارد. و [شاید] قید نسیه در کلام فقها اشاره به همین حدیث باشد که منع نسیه در آن شده. و هرچند این هم خلاف ظاهر حدیث است و محتاج است به تقدیر مضافی یعنی «قیمة طعام اوبقر...»

ولکن به ملاحظهٔ حدیث صحیح دیگر که منصور بن حازم روایت کرده ظهور به هم می‌رساند: «قال: قلت لابی‌عبدالله-ع-: رجل کان له علی رجل دراهم من غنم اشتراها منه فاتی الطالب یتقاضاه، قال المطلوب: ابیعک هذاالغنم بدر اهمک التی عندی. فرضی-؟. قال: لا بأس[5] بذلک.». و از این جهت است که بعضی این حدیث را در این مسئله، ذکر کرده‌اند و حمل به کراهت کرده‌اند.

وعلی ای تقدیر، حدیث خالی از اجمال[6] نیست. و به آن استدلال کردن در غایت

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام‌العقود، باب ٦ ح ۸

۲: میرزا در مسئله ۱۳۹: با موضوعی روبرو خواهد شد که نیازی به این فرض ندارد و اگر کلمه «مطلوب» فاعل هم باشد، باز حدیث دلالت خود را دارد.

۳: میرزاکم لطفی می‌فرماید زیرا مطلب خیلی روشن است.

٤: معنای کالی بکالی را از «مجمع البحرین» نقل کردیم که اطلاق نسیه بر آن عین حقیقت است.

۵: وسائل: ج ۱۳ ص ۷٤، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ٤

٦: این حدیث از این جهت که هم حکم صورت نسیه وهم حکم صورت نقد را بیان می‌کند نه تنها مجمل نیست ←

اشکال است ومحقق در **شرایع** و نافع وعلامه در **تحریر** قائل‌به جوازشده‌اند. و از تنقیح نقل نسبت این قول به شیخ شده و خود نیز آن را پسندیده و او هم به همین معنی تکیه کرده که دین شدن آن، بعد معامله است[1] نه قبل. چنانکه خواهیم گفت. و عمومات هم دلالت بر آن دارد و اجماعی که ادعا شده در لزوم قبض مجلس در اینجا معلوم نیست.

و مؤید آن است **روایت** احمد بن محمد بن عیسی: «قال: حدثنی اسمعیل بن عمر، انه کان له علی رجل دراهم فعرض علیه الرجل انه یبیعه بها طعاما الی اجل. فامر اسمعیل من سئله فقال: لا بأس بذلک. قال : ثم عاد اسمعیل فسئله عن ذلک فقال: انی کنت امرت فلاناً فسئلک عنها فقلت «لا بأس» فقال: مایقول فیها من عندکم؟. قلت: یقولون فاسد. قال: لاتفعله، فانی[2] او همت.». و اخر حدیث محمول است بر تقیه.

و استدلال مشهور به اینکه این بیع دین به دین است، ممنوع است به جهت آنکه متبادر از بیع دین به دین، این است که قبل از وقوع عقد، عوضین هر دو دین باشند. و در اینجا مبیع قبل از بیع، دین نیست بلکه به سبب بیع، دین می‌شود.

و اما هرگاه معامله بر ذمه واقع شود و آن دین را ثمن قرار ندهند و لکن بعد از معامله در همان مجلس، ، ثمن را از جملهٔ دین محسوب دارند، پس در اینجا مشهور جواز است. به سبب اینکه در اینجا دین، ثمن واقع نشده چون در عرف، ثمن آن را می‌گویند

بل مبین و مفصل هم هست. موضوع تقدم و تأخر مفعول و فاعل یک چیز رایج در هر زبان است و کلمه «نسیه» را هم توضیح دادیم. بل وسیله وجود این حدیث، حدیث دوم مجمل می‌شود که صورت نسیه و نقد را توضیح نداده است.

۱: صاحب تنقیح نقل می‌کند نقل نسبت این قول به شیخ را، پس چنین چیزی مسلم نیست. علمای متقدم تا عصر مرحوم محقق (حدود اواخر قرن هفتم هجری قمری) همگی صورت مورد بحث را با اطلاق کلامشان حرام دانسته‌اند. و تنها محقق و علامه وصاحب تنقیح،این نظریه را داده‌اندکه چهارمین آنها مرحوم میرزا است.

۲: وسائل: ج ۱۳ص ٦٤، ابواب السلف باب ۸ ح ۱

توضیح: علاوه بر اضطراب‌های متعدد در متن حدیث، اسماعیل بن عمر هم واقفی مذهب است و هم توثیق نشده است.

که حرف «با» بر آن داخل شود. و مفروض این است که در اینجا چنین نشده بلکه بعد از وقوع معامله، استیفاء دین خود کرده، و در عوض ثمن محسوب داشته. بخلاف صورتی که حرف «با» بر سر دین درآید.

و این از باب آن است که معامله به ذمه واقع شود و بعد از آن در همان مجلس وجه را حاضر کند. و شهید(ره) در **دروس** در صحت این[1] هم اشکال کرده. چون این را هم از جملهٔ موارد بیع دین به دین کرده. و شهید ثانی(ره) بر این ایراد کرده است (بعد از منع صدق بیع دین به دین در اینجا) به اینکه اگر این تمام باشد پس باید در صورتی که بیع را به عنوان اطلاق واقع کند و بعد از آن وجه را در مجلس حاضر کند هم، جایز نباشد.

و به هرحال، احوط این است که بنا [را] بر مشهور بگذراند و بعد از معامله، محاسبه کنند. و احوط از این همه، حاضر کردن ثمن اُست در مجلس تا از اشکال **دروس** هم فارغ باشد. اما دلیلی بر وجوب آنها نیست. و شهید ثانی و دیگران گفته‌اند که محاسبه درجائی ضرور است که ثمن و دین مغایر باشند در جنس و وصف. و اما هرگاه متحد باشند مثل اینکه ده قروش عین، از او طلب دارد و صدمن گندم از او می‌خرد به ده قروش عین، در مدت شش ماه، پس احتیاج به محاسبه نیست. بلکه اینها متساقط می‌شود قهراً. یعنی این از ذمهٔ او ساقط می‌شود و آن از ذمهٔ این.

و ظاهر این است که مراد یا قصد «تقاص» باشد. چنانکه از ظاهر عبارت **کفایه** هم مستفاد می‌شود. یعنی در اینجا ضرور نیست قیمت کردن و حساب زیاد و کم، کردن. والا اکتفاء به مجرد مساوات طلب‌ها، در این معنی اشکال است.

۱۰۲ـ سئوال: بیان فرمایند که: مرد شعربافی یک من ابریشم نقادی نکرده می‌دهد به نقاد، و دو قروش هم می‌دهد مثلاً. و یک من نقادی کرده می‌گیرد. بدون اینکه دو ابریشم بیع کرده شود به نهج شرعی. معاوضه این نهج کردن، چه حال دارد؟.

۱: منظور، آن صورتی است که معامله بر دین، واقع نشده بلکه پس از معامله ثمن را از دین محسوب داشته‌اند. البته صاحب جواهر(ره) نیز همین اشکال را کرده است. رجوع کنید: جواهر: ج ۲۴ ص ۲۹۵ـ حکم السلف فی‌الدین.

جواب: این معامله ربا است و صورتی ندارد. و تخلص از آن به یکی از حیل ربویه ممکن است. و از جملهٔ حل آن در اینجا، همین است که ابریشم نقادی نکرده را بفروشد به آن، به مبلغ معینی و آن مبلغ در ذمهٔ مشتری قرار گیرد. و یک من ابریشم نقادی کرده بخرد. به قیمتی بالاتر و بعد از آنکه دو بیع با اجتماع شرایط صحت به عمل آمد، و آن مال آن شد و این مال این، در آن وقت این ذمه او را بری کند از آنچه می‌طلبد، در برابر مساوی آنچه از او طلب دارد. و آن هم این را بری کند و این قدر زاید را بگیرد.

و عمده در اینجا تصحیح نیّت است که میانهٔ خود و خدا، مقصود فرار از حرام باشد به حلال، و واقع‌ساختن بیع به قصد اینکه بیع است نه ربا. نه اینکه محض تغییر لفظ باشد.[1]

۱۰۳- سئوال: پول قلب را می‌توان به محصل‌های حکام داد؟ و مراد از محصل آن است که صادریات و مالیات می‌گیرد، و علم هم حاصل است که زیاده از آنچه شاه قرار داده می‌گیرد.

جواب: در مالیات صعوبت دارد. مگر اینکه علی حده به اذن مجتهد عادل به مصرف آن برساند. و در غیر آن باکی نیست. و مراد از مالیات خراج اراضی خراجیه است.

۱۰۴- سئوال: مالیات را هرگاه پادشاه واگذارد بر کسی که ندهد. یا تنخواه صادریات خود گذارد. این را هم احتیاج به اذن مجتهد می‌باشد یانه؟- ؟ و آیا آن شخصی که شاه مالیات را بر او واگذاشته، باید از مصالح عامه باشد (مثل طلبه و غیره باشد)؟ یا آنکه اشخاصی که به کسب مشغول می‌باشند، جایز است از برای آنها- ؟.

جواب: هرگاه به اذن مجتهد باشد و آن شخص از مصالح عامه باشد، خوب است والا، فلا.

۱۰۵- سئوال: هرگاه معاملهٔ بیع شود بر «جوزق» که مجهول است به جهت ریع

۱: در حقیقت راهی که مصنف نشان می‌دهد، راه فرار از ربا، نیست بل راه «صحیح انجام دادن معامله» است و با موضوع مسئله شماره ٦ که نظر ابتکاری امام خمینی(ره) در مقابل نظر مصنف شرح داده شد، اشتباه نشود.

پنبهٔ آن. (و امتحان نشده باشد و غرر در آن راه دارد، حتی حلاج‌ها هم نمی‌توانند بدون ریع نمودن، آن را بدانند) نقد و سلفاش، چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که همین‌که متعارف است بیع جوزق، و اهل عرف و عادت مسامحه می‌کنند در جهالت مقدار پنبه و تخم و پوست جوزق، بیع صحیح باشد. و دلیلی بر بطلان آن نیست. بلکه ظاهر این است که بیع شیئ واحد است که جوزق باشد نه پنبه یا پنبه و تخم منفرداً، منفرداً. از قبیل خربزه و هندوانه و نارو گردو و غیر آنها، است. که جهالت مغز و تخمه و پوست مضر به صحت بیع آنها نیست.

و بسا باشد که در خربزه تخمهٔ بسیار هست، و مغز نازکی دارد و پوست ضخیمی. و همچنین حال تخمهٔ نار و انگور و غیراینها. و به‌هرحال،اشکال‌درصحت بیع آن نیست. بلی، اگر مقصود به بیع، پنبه به تنهائی باشد که تخمه و پوست مال بایع باشد، در آن صورت باطل است. و در آن وقت شاید تدبیر توان کرد به ضم‌ضمیمهٔ معلومه، در صورتی که غرری لازم نیاید. که آن ضم ضمیمه، محض از راه فرار از معاملهٔ مجهوله باشد. نه احتراز از غرر. مانند حیل شرعیه که در ربا می‌کنند. و تحقیق این مطلب گذشت.

۱۰۶- سئوال: هرگاه مشتری مبیعی، بگوید که این متاع را نمی‌خواهم. و غرض از این لفظ، فسخ باشد. یا غرضش معلوم نباشد. چه صورت دارد؟. و در فسخ «قبول» فعلی» که به لفظ نگوید، چه صورت دارد؟.

جواب: مجرد لفظ «نمی خواهم»مفهم فسخ نیست. مگر با اوضم کندچیزی دیگر. مثل اینکه بگوید «مالت را بگیر و من نمی خواهم». و لکن با وجود این در صورت اقاله محتاج است به قبول بایع و دور نیست که «قبول فعلی» کافی باشد هرگاه به نحوی باشد که مفهم قبول باشد چنانکه در **دروس** احتمال داده است.

و اما در صورت فسخ به سبب خیار، پس در آنجا قبول شرط نیست.

۱۰۷- سئوال: مقبوض بسوم[1] بیع فاسد. هرگاه تصرف در آن به اذن مالک

۱: اصطلاح «مقبوض بسوم» که در شکل فارسی باید «مقبوض به سوم» نوشته شود. برای حفظ صورت اصطلاح بدین صورت نوشته گردید البته در مورد همه اصطلاحات سعی برحفظ سیمای آنها شده است.

باشد، و تلف شود چه صورت دارد-؟.

جواب: ضمان آن بر بایع نیست بلکه از کیسهٔ مشتری رفته است. و باید قیمت را به بایع بدهد. خواه تلف به فعل مشتری باشد یا از جانب خدا. یا از غیر بایع و مشتری.

۱۰۸- سئوال: کسی که امامت نماز جماعت نمی‌کند و متوجه به تحصیل و تدریس (هیچیک) نیست. و قدرت بر کسب هم دارد. به واسطهٔ طبابت استطاعت به هم رسانده. و مدت چند سال است که نقد و جنسی از دیوان، اخذ می‌کند به عنوان وظیفه. آیا این وجه بر او حرام نیست؟ و منافی عدالت او نیست؟ و هرگاه اراده توبه داشته باشد، لکن چندسال قبل وجه را خورده است چه بایدش کرد-؟.

جواب: هرگاه کسی که از جملهٔ مصالح عامه مسلمین، نباشد وظیفه گرفتن او (یعنی از باب خراج زمین‌های خراجیه) صورتی ندارد. خصوصا بدون اذن مجتهد عادل.

و این فعل منافی عدالت است. و توبه او حاصل می‌شود به استغفار و ندامت بر سلف. و عزم بر ترک. وهرچه به مصرف رسانیده از آن، به مصرف خود، [صحیح می‌شود- یا- حلال می‌شود] به اذن مجتهد عادل.

۱۰۹- سئوال: هرگاه شخص ظالم جایری، شخص دیگر را ترجمان کرده باشد و محصل بر او گماشته باشد که تنحواه از او بگیرد. و آن شخص مظلوم از راه اضطرار املاک خود را در معرض بیع، درآورد و در عوض پول گرفته و به ظالم داده. آیا آن شخص مظلوم بعد از رفع ظلم می‌تواند فسخ مبایعه بکند؟. و املاک خود را متصرف بشود؟. و ثمن را به مشتری رد نماید؟ یانه؟.

جواب: مجبور بودن در ترجمان دادن، مستلزم مجبوریت در بیع نیست. گاه هست در آن حال که باشد، به رضا می‌فروشد که جان خود را خلاص کند. پس هرگاه ثابت نشود که در اصل بیع، مجبور بوده، بیع صحیح است. و بایع را سخن در آن نیست.

۱۱۰- سئوال: فقها گفته‌اند «اطلاق العقد یقتضی تسلیم‌العوضین» و مقتضای آن این است که واجب است بر هر یک که آنچه در دست اوست بدهد. و هریک می‌توانند منع از قبض کنند تا دیگری به قبض بدهد. و قاعده ایشان این است که در عقود

معاوضات مثل اجاره و غیره بلکه در نکاح هم گفته‌اند که زوجه می‌تواند تمکین ندهد تا مهر را بگیرد هرگاه مهر مؤجل نباشد. الا ابن ادریس که شرط کرده است در این حکم که زوج معسر نباشد.

و صاحب **کفایه** از **مسالک** نقل کرده که ایراد کرده است بر این کلام، که اگر اجماع ثابت باشد، خوب است والا می‌تواند گفت که تکلیف اقتضاء می‌کند که هریک آنچه واجب است بر او به جا آورد.

وشهید(ره) در مسئله خیار تاخیر گفته است «لا خیار للمشتری بعدالثلاثة ولا فیها فی ظاهر کلامهم مع انه یلوح منه جواز تاخیرالثمن اذلم یحکموا باجباره علی‌النقد».

تحقیق در این سخن‌ها چه چیز است؟ بیان فرمایند.

جواب: بدان که: در مسئله بیع، بعد از اتفاق ایشان ظاهرا بر وجوب تسلیم بر هر دو، خلاف کرده‌اند که هرگاه تمانع کنند (یعنی هرکدام بگوید نمی‌دهم تانگیرم) آیا تقدیم و تاخیری در اینجا معتبر هست یانه(؟ـ؟). مشهور این است که دو طرف مساوی است. به جهت آنکه حق هریک در نزد دیگری است و هر دو مساوی‌اند در اشتغال ذمه به تسلیم. و هرگاه ممانعت کنند حاکم هردو را اجبار می‌کندبر تسلیم.

واز شیخ وابن براج وابن زهره وابن ادریس نقل شده است قول به اینکه درصورت تمانع، حاکم اولاً بایع رااجبار می‌کندبرتسلیم. زیراکه ثمن تابع مبیع است. واقوی قول مشهور است زیرا که عقد بیع که لازم شد، فرقی میان ثمن و مثمن باقی نمی‌ماند.

و اما در مسئلهٔ اجاره: پس صریح فتاوی ایشان این است که اجرت به محض صیغه ملک موجر می‌شود. ولکن واجب نیست تسلیم آن الا بعد تسلیم عین مستاجره، یا به جا آوردن عمل. و ظاهر این است که این مبتنی است بر اینکه به جا آوردن عمل به منزلهٔ اقباض منفعت است. و همچنین تسلیم عین مستاجره. پس فرقی با بیع نخواهد داشت. و این بیع است زیرا که مقتضای فتوای ایشان وجود تقدیم اقباض موجر است.

و اما در نکاح: پس دلیل در عدم جواز تمکین زوجه، تا آنکه مهر را بگیرد، **اجماع** است که از جماعتی منقول است که از جملهٔ آنها شهید ثانی است. و گفته است که مراد

این است که باید دفعتا تسلیم از طرفین به عمل بیاید. مثل اینکه مهر را بـه دست ثـالثی بدهند به رضای طرفین و تمکین کند. یا خود بگیرد و تمکین کـند. و ایـنکه از صاحـب **کفایه** نقل شده است که نسبت آن کلام را بـه **مـسالک** داده، نه در کـفایه از آن خبـری است و نه در مسالک از آن اثری. بلکه اسناد این کلام را به بعض متاخرین داده. و ظاهر این است که مراد، صاحب **مدارک** است. زیرا که او در **شرح نافع**، چنین گفته است (در مسئلهٔ امتناع زوجه از تمکین را،):

ولم اقف[1] فی هذه المسئلة علی نص. والذی یقتضیه النظر فیها ان تسلیم الزوجة له[2] نفسها، حق علیها. و تسلیم المهرالیها حق علیه فیجب علی کل منهما ایـصال الـحق الـی مستحقه. و اذااخل احدهما بالواجب یعصی. ولا یسقط بـعصیانه حـق‌الاخـر. فـان تم الاجماع علی ان لها الامتناع من‌التسلیم نفسها الی ان یقبض المهر (کما ذکره الاکثر) او الی ان یحصل التقابض من‌الطرفین، فلاکلام. والا وجب‌المصیر الی ماذکرنا.

و در **کفایه** هم همین عبارت را نقل کرده و گفته است «وهوحسن» و از این سخـن صاحب **مدارک** بر می‌آید منع جواز تمانع در مطلق مـعاوضات. و از شهیـد ثـانی ظـاهر می‌شود که خلافی ندارد. چنانکه در **مسالک** و **شرح لمعهٔ** هردو، تصریح کرده که حکم معاوضه این است که جایز است از برای هریک از متعاوضین که منع کند از آنچه دردست اوست تا به او بدهد دیگری آنچه در دست اوست. و مسئلهٔ تـمکین زوجـه را عـلاوه بـر «اتفاق»ی که دعوی کرده، متفرع کرده بر قاعدهٔ متعاوضین.

و عمدهٔ اعتماد بر اجماع است چون نکاح از معاوضات محضه نیست. زیرا کـه گـاه است ذکر مهر در او، هیچ نمی‌شود. چنانکه در «مـفوضةالـبضع». و از ایـن جهـت در مسالک هم، آن را از باب معاوضات شمرده در صورت ذکر مهر.

و به هرحال ظاهر کلام ایشان این است که تمانع [برای] استنقاذ حق جایز بـاشد. و شاید دلیل آن اجماع باشد، یا محض «تقاص حق». چون ایـن تـمانع نوعـی[3] تـقاصی

۱: و در نسخه: ولم یقف.

۲: درنسخه: الزوجة لنفسها.

۳: و در نسخه: نوع.

است در صورت خوف تلف حق.

و اما کلام شهید در **دروس**: پس آن عبارت متشابهی است و گویا مراد او بحثی است بر قوم یعنی چون فتوای قوم جواز تمانع است از برای استنقاذ حق، پس[1] در صورت تمانع حاکم اجبار می‌کند طرفین را بر ادای حق. و با وجود این ظاهر فتوای ایشان در اینجا این است که مشتری در مسئلهٔ خیار تاخیر، خیاری ندارد که فسخ کند. و نگفته‌اند که باید حاکم او را اجبار کند که ثمن [را] بدهد. پس گویا راضی شده‌اند به اینکه بیع لازم باشد با عدم ادای حق. و اجباری هم نمی‌کنند او را بر اداء. و این منافی فتوای ایشان است در عقود معاوضه. یعنی هرگاه بایع فسخ نکرد و مشتری هم خیار فسخ ندارد و قیمت را هم نمی‌دهد پس بیع لازم برجا است با وجود منع. و اجباری درمیان نیست.

و آنچه به نظر حقیر می رسد در دفع اشکال[2] **شهید** این است که: اعتماد ایشان در این مقام به آن چیزی است که در مطلق عقود معاوضه گفته‌اند. و منافاتی نیست مابین لزوم عقد و حرمة تمانع. و لزوم اجبار در اینجا همین در خیار فسخ و عدم آن است. و تعرضی به حال اجبار بر تسلیم نیست.

باقی ماند کلام در اینکه: هرگاه مراد شهید(ره) این است که تو گفتی پس چرا تخصیص داد بحث را به عدم اجبار مشتری بر ادای ثمن؟ بلکه این سخن در ماده بایع هم جاری است که ظاهر می‌شود از فتوای ایشان در اینجا که جایز است از برای او تاخیر تسلیم مبیع. چون گفته‌اند که هرگاه تسلیم حاصل نشود از طرفین، خیار فسخ از برای بایع ثابت می‌شود. و نگفته‌اند اجبار می‌کنند بایع را بر تسلیم خصوصا در ظرف سه روز.

و ممکن است که بگوئیم که: نظر شهید به این است که فرض مسئلهٔ خیار تاخیر، در جائی است که تقصیر از مشتری اتفاق افتاده که قیمت را نبرده از برای بایع (چنانکه بعض احادیث این مسئله، دلالت بر آن دارد). و صورت منع بایع ابتداء داخل مسئله

۱: در نسخه: و.

۲: نسخه بدل: گفتار شهید.

نیست. بلکه مفروض این است که تسلیم نکردن بایع، یا از راه ممانعت مشتری است در دادن قیمت. یا از باب اتفاق[که] بایع تسلیم نکرده و مشتری هم از پی او نیامده. نه از باب تمانع و مناقشه. و این منافات با لزوم تسلیم ندارد، اگر مطالبه از طرفین واقع می‌شد.

و از این جهت است که عنوان مسئله [را] از برای بایع، قرار داده‌اند و گفته‌اند «من باع ولم یقبض المبیع فهو لازم الی ثلاثة ایام ثم له الخیار» پس هرگاه بایع بفروشد مبیع را، و پشیمان شود و به قبض مشتری ندهد و مشتری هم از جهت منع بایع قیمت را ندهد و مطالبهٔ مبیع، کند و بگوید «مبیع را تسلیم کن تا من ثمن را تسلیم کنم» و بایع قبول کند. معلوم نیست که فتوای ایشان در اینجا هم ثبوت خیار فسخ باشد از برای بایع. ولکن در کلام ایشان تصریحی به این مطلب ندیدم.

۱۱۱: سئوال: هرگاه کسی ملکی را به مکر و حیله و دروغ بخرد. منافع آن چه صورت دارد؟ و نماز در آن چه صورت دارد؟ و همچنین هرگاه به واسطهٔ ظالمی بخرد؟.

جواب: بیع غش (خواه از قبیل آب در شیر کردن باشد یا در تاریکی فروختن) حرام است. و همچنین عمداً فریب دادن و مغبون کردن حرام است. ولکن اصل بیع، فاسد نیست و منافع آن حرام نیست. و نماز کردن در آن باطل نیست.

بلی. خیار، از برای مغبون و مغرور، در فسخ معامله هست.

و اما بیع مجهول: پس آن حرام و باطل است. مگر با ضم ضمیمه به تفصیلی که در اوایل کتاب[1] بیان کردیم.

و اما خریدن به واسطه ظالم: پس هرگاه ظالم جبر بکند مالک را بر بیع، و به اکراه بفروشد، و بعد از آن اجازه و امضاء نکند، هم حرام است و هم باطل. و منافع این دو

۱: منظور از «کتاب» بخش تجارت (کتاب التجاره) است. رجوع کنید به مسئله شماره ۷٤ همین مجلد، که سخن از فروش «ماهی نیزار» است.

قسم هرگاه از باب زراعت است، زراعت حرام نیست ولکن مشغول الذمه اجرت المثل است. و هرگاه از باب وجه اجاره باشد آن هم حرام است. و نماز در آنها باطل است از برای این مشتری.

۱۱۲: سئوال: هرگاه زید، دو دانگ ملک مشاعی در جملهٔ شش دانگ ملکی متصرف باشد. و در آن اوقات تصرف، یک دانگ آن را به بیع خیار شرط، به عمرو، بفروشد و نیم دانگ آن را به خالد. و نیم دانگ دیگر، از برای او به جا بماند. و آن دو بیع شرط هر دو به سبب انقضای مدت خیار، و عدم رد ثمن، لازم شوند.

و بعد از اینها بکر بیاید و مدّعی شود که یک دانگ از جملهٔ دو دانگ مشاعاً مال من است، و این تصرفات غصب بوده. و به ثبوت شرعی برساند حقیّت خود را. و به این سبب ظاهر شود که زید در حین آن دو بیع شرط، در نفس‌الامر مالک یک دانگ بیش نبوده. الحال یک دانگ باقی مال کیست؟

جواب: بدان که: دانگ و نصف دانگ به منزلهٔ «نصف» و «ربع» است که در اینجا «حقیقت» در مشاع است، نه «معهود[1]». پس در صورت مفروضه هرگاه معلوم شود که زید در حین مبایعتین، آن ملک را بالتمام ملک خود می‌دانسته و جاهل بوده است به اینکه یک دانگ آن، از مال غیر است (مثل اینکه به میراث به او رسیده یا مجموع آن را از مسلمی خریده و نمی‌دانست که غیری در آن حقی دارد). در این صورت بیع حمل بر اشاعه می‌شود. پس هرگاه بیع یک دانگ، متقدم است، در نصف دانگ «لازم» است. که ربع مجموع است. و در نصف دیگر موقوف است به اجازهٔ این ثالث و بدون اجازهٔ [او] باطل می‌شود.

و بیع نیم دانگ که به خالد کرده (بعد از آن) هم در ربع دانگ لازم است که ثمن[2] مجموع است و در ربع دیگر موقوف است به اجازهٔ ثالث. و بالفعل ربع دانگ در ملک زید

۱: یادآوری می‌شود منظور، دو اصطلاح اصولی (و نیز ادبی) حقیقت و عهد است. اگر معنی و کاربرد «دانگ» را در اینجا «عهد» بگیریم بیع اول که یک دانگ بوده صحیح می‌شود و چیزی برای معامله نمی‌ماند.

۲: ثمن: یک هشتم. با ثمن به معنای قیمت اشتباه نشود.

باقی است. و در این صورت، مشتریان را خیار «تبعض صفقه» حاصل می‌شود و به مقتضای آن عمل می‌شود.

ظاهر این است که حکم ساهی و غافل هم، مثل جاهد باشد. بلکه حکم عالم غاصب بی‌پروا که فرق بین ملک خود و غیر نمی کند (و از حال او معلوم باشد که قصد اشاعه کرده است) هم، چنین است.

در صورتی که معلوم شود که زید در حین بیع قصد بیع حصهٔ خود کرده (خواه با علم به استحقاق غیر در این، یا با فرض استحقاق آن) یعنی قصد کند که اگر بالفرض نصف این ملک از غیر باشد من قصد نصف خود دارم. در آن نیز اشکالی نیست. که بیع متعلق به حصّهٔ خود اوست و صحیح است. و به مقتضای آن، عمل می‌شود.

و اما در صورت جهالت به حال، یعنی نمی‌دانیم که حال بایع در آن وقت چه بوده، جاهل بوده یا عالم، متذکر بوده یا غافل. در این صورت اظهر این است که منصرف می‌شود بیع به حصّهٔ خود او، و بر اشاعه حمل نمی‌شود.

و گمان حقیر این است که مراد اکثر فقها که تنزیل بیع را به حصّهٔ مالک می‌کنند هم، در صورت جهل به حال واقعه است. نه اینکه در صورتی که معلوم باشد که مالک نمی‌دانسته که غیر در آن حقّی دارد. یا امثال آن نیز حمل شود بر حصّهٔ خود.

و در صورتی که بنا به «تنزیل بیع به حصّهٔ خود» شود. هرگاه دانگ مقدم است، تمام یک دانگ مال عمرو است، و مالک و خالد را در آن حقی باقی نمی‌ماند. و هرگاه بیع نیم دانگ خالد مقدم است، نیم دانگ بالتمام مال او است. و عمرو، را خیار تبعض صفقه ثابت است. و از برای مالک چیزی باقی نمی‌ماند.

و تفصیل مقام با اشاره به مأخذ و اشکالات در مسئله، این است که:

بدان که دانگ و دو دانگ از قبیل ثلث و ربع است. و وضع آن بالا شاعه است و عهدی در آن ملحوظ نیست. پس هرگاه بگویند که نصف خانه یا ثلث خانه، نصف معینی یا ثلث معینی مراد نخواهد بود. بلکه قابل هریک از دو نصف و هر یک از سه ثلث، خواهد بود. و تا قرینه نباشد، حمل بر نصف یا ثلث معینی نمی‌شود. و اما هرگاه ضم

شود کلمهٔ نصف یا ثلث به مثل بیع یا صلح یا اجاره یا امثال آن، و گفته شود که «فروختم نصف این خانه- یا ثلث این خانه را». پس شکی نیست که مقتضای حاضر لفظِ نصف و ثلث، این است که نصف معینی که در جانب خاصی باشد یا ثلث معینی را نخواسته.

بلی، اشکال کرده‌اند در جائی که اصل مال، مشترک باشد میان دو نفر (مثلاً) بالمناصفه. واحدهما بگوید «بعتک نصف هذاالدار» منصرف می‌شود به نصف مختص خود بایع، یا به نصف مشاع؟-؟ و بنا بر آخری، در ربع «لازم» است، و در ربع مال شریک، «فضولی» است، و محتاج است به اجازه. و از کلمات فقها در این مسئله، چیزی که الحال در نظر هست، **یکی** عبارتِ **قواعد** است. و آن این است که:

«ولو باع ملکه و ملک غیره، صح فی‌مایملک، و وقف الاخر علی اجازة المالک» تا آنجا که گفته است «ولو باع مالک النصف، النصف انصرف الی نصیبه، و یحتمل الاشاعه، فیقف فی‌نصف الاخر علی الاجازه». مجمل استدلال فخرالمحققین در شرح آن این است که:

اصل در بیع لزوم است. و ظاهر این است که مراد او همان باشد که در **مسالک** نقل می‌کند.

دوم عبارت **مسالک** است در کتاب صلح، که در آنجا- بعد از آنکه عبارت محقق را نقل کرده که «ولو ادعی اثنان داراً فی ید ثالث بسبب موجب للشرکة[1] فصدق المدعی علیه احدهما و صالحه علی ذلک النصف بعوض، فان کان باذن صاحبه صح‌الصلح فی‌النصف اجمع، فکان العوض بینهما. و ان کان بغیر اذنه، صح فی حقه خاصه. اما لو ادعی کل واحد منهما النصف من غیر سبب موجب للشرکة لم یشترکا فی مایقرّبه لاحدهما»- شرح این دو عبارت را و توضیح مطلب از آنها را کرده. و حاصل آن این است که:

در صورت اول که اشتراک آن دو نفر در آن مال ثابت شده به اقرار خود ایشان (به

۱: و در نسخه: الشرکة، ش.

موجب شرکت که میراث است مثلا) و اینکه ذوالید اقرار را مختص یکی از آنها کرد، نفی حق دیگری را نمی کند. پس هرگاه «مقرله» صلح کند با ذی‌الید بر آن نصف «مقربه»، پس اگر به اذن شریک است، صلح صحیح است در تمام نصف به تمام عوض. و آن عوض مشترک است بینهما. والا، پس صحیح خواهد بود در حصه مقرله، به نسبت آن حصه از آن عوض. و تتمهٔ همین نصف مال آن شریک دیگر، خواهد بود. و در صورت دوم، یعنی اینکه یکی بگوید که نصف این،به میراث به من رسیده. و آن دیگری بگوید نصف این را من خریده‌ام. در اینجا اقرار ذی‌الید از برای یکی از آنها مستلزم اشتراک دیگری نیست با او در آن نصف.

و بعد از آن گفته است که «مصنف و جماعتی مطلب را چنین بیان کرده‌اند». و گفته است: و فیه بحث ، لان هذا، لا یتم الا علی القول بتنزیل البیع والصلح علی‌الاشاعه، کالا قرار. و هم یقولون به، بل یحملون اطلاقه علی ملک البایع والمصالح. حتی لو باع ابتداءً مالک النصف نصف العین مطلقا،انصرف الی نصیبه. و وجهه ان اللفظ من‌حیث هو و ان تساوت نسبته الی‌النصفین،الا انه‌من‌خارج قدیرجح انصرافه الی النصف المملوک للبایع. نظرا الی ان اطلاق البیع انما یحمل علی المتعارف فی‌الاستعمال، و هوالبیع الذی یترتب علیه انتقال الملک بفعل المتعاقدین.

و لا یجری ذلک الا فی‌المملوک بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملک الغیر بشیئ، فیستوی فیه ماهو ملکه و ملک غیره.و ح، فا للازم هنا ان ینصرف الصلح الی نصیب‌المقرله، خاصه. فیصح فی جمیع الحصة بجمیع العوض. و یبقی المنازعة بین الاخر والمتشبث، ان وقع الصلح علی‌النصف مطلقا، او النصف الذی هو ملک المقرله.

اما لو وقع علی النصف الذی اقربه المتشبث، توجه قول الجماعة.لان الاقرار منزل علی‌الاشاعة، والصلح وقع علی المقربه فیکون تبعا له فیها. و علی هذا ینبغی حمل کلامهم، لئلاّ ینافی ماذکروه من‌القاعدة التی ذکرناها. و هذا توجیه حسن لم ینبهوا علیه.

پس ما در این مقام متوجه مسئلهٔ بیع می‌شویم که مقصود سائل است. بعد از آن

متوجه گفتار در مسئلهٔ صلح، که محقق ذکر کرده می‌شویم. پس می‌گوییم که: قول بایع «بعت النصف من هذه الدار» با وجود آنکه مالکِ بیش از نصف نباشد، به چندین قسم فرض می‌شود:

یکی اینکه: جاهلند بایع و مشتری هر دو به اینکه نصف خانه مال غیر است، و بیع واقع می‌شود. مثل اینکه خانه به میراث به او رسیده و مجموع آن را مال خود می‌داند، و نصف آن را می‌فروشد. و بعد از آن کاشف به عمل می‌آید که نصف [آن] مال غیر بوده. یا بایع فراموش کرده که غیر در آن شریک است و همه را مال خود می‌داند و می‌فروشد. یا آنکه می‌داند که غیرشریک است و لکن معتقد این است که مال غیر را می‌توان فروخت. مثل مال زن یا فرزند. یا آنکه غاصب بی‌دینی است که حلال و حرام را فرق نمی‌کند و هردو را مال خود می‌داند و می‌فروشد.

در این صورت‌ها (خصوصا صورت اولی)، وارد می‌آید بر آن، دلیلی که در **مسالک** ذکر کرده که بیع منصرف می‌شود به مال خود، زیرا که اطلاق بیع حمل می‌شود بر آنچه متعارف است در استعمال آن، که بیع می‌گویند و چیزی را اراده می‌کنند که بالفعل مال به سبب آن منتقل می‌شود به غیر. و این ممکن نیست الا در مملوک.

و[1] این سخن در این اقسام مذکوره جاری نیست به سبب اینکه در همهٔ آنها- خصوصا صورت اول- همهٔ ملک را مال خود می‌داند، و قصد او متعلق به نصف مجموع ملک خود شده و شرعاً هم در آن حال بیع محکوم است به ملکیت او، واحدی را در آن شراکتی نیست، و پای غیری در میان نیست که قصد بیع مال او را بکند یا نکند.

خلاصه: معیار آن دلیل، این است که معتبر قصد بایع است و[2] ما آن را مسلم داریم و شکی نیست که در آن قصد جمیع نصف مشاع در ملک خود کرده. نه آن نصف معین در نفس‌الامر که مال خود او است در نفس الامر. قصد او نسبت به هر دو نصف

۱: و در نسخه: که این سخن.

۲: در نسخه: و اما.

مساوی است. و خلاف شرعی هم نکرده است که بگوئیم فعل مسلم محمول بر صحت است. و مملوک بودن مبیع، جزء بیع نیست. چه جای علم به مملوک بودن نفس‌الامری.

و از این جهت است که می‌گویند که «فلان کس مال غیر را فروخت» و سلب اسم بیع از بیع مال غیر، نمی توان کرد. و آن علامت حقیقت است. و عدول از اصل حقیقت صورتی ندارد در لفظ «نصف» و هم در لفظ «بیع». بلی چون ظاهر و شایع و غالب این است که در استعمال آن را می‌خواهند که انتقال بالفعل حاصل شود، منصرف به فضولی نمی‌شود. و آن صورتی است که بایع عالم به حال و متذکر باشد که نصف، مال غیر است.

در این صورت هرگاه بگوید «بعت النصف من هذه‌الدار» منصرف می‌شود به نصف مملوک. و ممکن است که صورت سهو و غفلت را هم به این نهج معمول داریم. چنانکه در نذور و اوقاف و امثال آن. مثل آنکه متعارف است در میان عوام که می‌گویند فلان چیز را نذر امام حسین(ع) کرده‌ام، یا نذر بیت‌الله کرده‌ام. که مطلقا و اصلا قصد امر معین ندارد. و با وجود این فقها برای آنها معانی قرار می‌دهند با آنکه لفظ مورد نذر را به خاطر دارد اما مقصود به آن را فراموش کرده. یا آنکه مورث او لفظی گفته و او معنی و مراد او را نمی داند.

ولکن این در بیع صحیح نیست. چون تعیین مبیع شرط است و «العقود تابع للقصود». اگر بگوئی که «متبادر از بیع نصف، نصف مملوک دار است». گوئیم «بر فرض تسلیم آن ما هم می‌گوئیم متبادر از نصف مملوک‌دار، نصف دار مملوک است». یعنی داری که تمام آن ملک او باشد. و این تبادر دار مشترک‌نفس‌الامری نیست. زیرا که در اینجا توصیف نصف مملوک لغو است. چون خوددار مملوک است.

و ظاهر این است که مراد فقها هم در اینجا که می‌گویند «منصرف می‌شود به نصف مملوک» صورت علم به اشتراک و تذکر است. پس خوب تأمل کن عبارت علامه و فخرالمحققین ومسالک را تا بفهمی که چنین است یانه. و حکایت صلحی که این

عبارت به طفیل آن مذکور است، شاهد بر این است.

باقی ماند اشکال در جائی که قصد بایع معلوم نباشد، و حال او هم معلوم نباشد که عالم بوده یا جاهل، و متذکر بوده یا غافل. مثل اینکه حکایت بیع به این لفظ از مورث او به ثبوت برسد، و مقصود او و حال او معلوم نباشد. دور نیست که در چنین جائی باز گوئیم ظاهر غلبهٔ تعلق به مملوک است. به هرحال، در اینجا اصل حقیقت در لفظ بیع و نصف، هردو منفرداً مقتضی اشاعه است. و غلبه، شاهد تعیین مملوک است. و این در مواضع [مختلف] مختلف است.

و شکی نیست که در صورتی که بایع متذکر نیست و همهٔ ملک را از خود می‌داند و نصف آن را می‌فروشد و در آخر کاشف به عمل می‌آید که نصف مجموع مال غیر بوده، غلبه و ظهوری نیست که رافع اصل حقیقت تواند شد. بلکه ظاهر مخالف در مسئله، این است که در صورت علم هم حمل به اشاعه می‌کند. به جهت اصل حقیقت. چنانکه از کلام **مسالک** و **ایضاح** مستفاد می‌شود. و در مسالک این را که گفتیم، توجیه کلام ایشان نامیده است. و در ایضاح در وجه حمل به اشاعه (که ظاهر این است که مراد او صورت علم به حال و تذکر است) گفته است که:

وجه‌الاشاعه انه بیع صالح لملکه و ملک غیره. و لهذا یقبل بکل منهما. و لفظ النصف، اذا اطلق یحمل علی‌الاشاعة ولم یجعل الشارع صحة التصرف قرینة فی‌المجازات والمشترکات.

این، گفتار بود در مسئله بیع و صلح که حمل بر اشاعه می‌شود یا به حصهٔ مختصی. و اما کلام محقق در مسئلهٔ «صلحِ مال مشترک، بعد از اقرار ذی‌الید از برای احدهما» و «بحث صاحب **مسالک** بر محقق و جماعت فقها». پس گمان حقر این است که آن تمام نیست. زیرا که کلمهٔ «ذلک‌النصف» در عبارت محقق صریح است در نصفی که ذی‌الید اقرار به آن کرده. و ارادهٔ نصف مال مطلقا، یا نصف معینی که ملک «مقرله» است، از آن بی‌وجه است.

و همچنین الف و لام در کلمهٔ «فی النصف اجمع» از برای «عهد» است و راجع است به همان نصف. و این ظاهر عبارت بلکه صریح آن است. و این را توجیه نامیدن و نفی تنبیه بر

آن را، از کلام قوم کردن، راهی ندارد. و معهذا، وارد می‌آید بر شارح (چون وجه اشتراک شریک را در صلح این قرار داده که این نصف، به سبب اقرار ذی‌الید حاصل شده و اقرار منزل است بر اشاعه. و صلح بر مقربه واقع شده که مشاع است. پس وجه مصالحه مشترک خواهد بود بینهما) اینکه غایت آنچه مستفاد می‌شود از اقرار، این است که نصف این مال که در دست من است همچنین از کسی دیگر هم نیست به غیر مقرله، هرچند ید ظاهره بر آن داشته باشد. پس قابل این هست که نفی ظاهرهٔ خود را به تنهائی کرده باشد. یا حقیقت ظاهرهٔ غیرمقرله، را هم نفی کرده باشد.

پس می‌تواند شد که دیگری هم در آن نصف ید ظاهره داشته باشد. و چون آنچه از اقرار حجت است، همان اسقاط ید ذی‌الید است از آن نصف. و اما اثبات مالکیت مقرله، پس تمام نمی‌شود الا به عدم تکذیب او ذی‌الید را. یا[به] تصدیق او، یا عدم مزاحم. پس می‌تواند شد که به اقرار، تمام مقربه ثابت شود از برای مقرله. و می‌تواند شد که بعض ثابت شود. به جهت ثبوت ید ظاهرهٔ دیگر بر آن یا بر بعض آن. پس از اینجا قابلیت مقربه از برای اشاعه نسبت به مقرله، حاصل می‌شود که ممکن است که شریک داشته باشد در مقربه.

پس هرگاه صلح یا بیع، بر آن وارد شود، باید ملاحظه حال بیع و صلح را کرد. نه ملاحظه حال اقرار را. پس ضرر نکرده است که هرچه به اقرار حاصل شود، باید همیشه بر اشاعهٔ خود باقی بماند. و همچنین قابلیت امر حاصل به اقرار از برای اشاعه، منافات با ثبوت و فعلیت اشاعهٔ قبل از اقرار ندارد. پس آنچه منشأ اشتراک [احد] شریکین است (در میراث مثلاً) با دیگری در نصف مقربه، همان اعتراف ایشان است به اینکه ملکیت ایشان از جهت میراث است. که موجب تسویه است. نه از راه اینکه اقرار قابل اشاعهٔ مقربه است.

پس در اینجا نیز همان تفصیل است که محقق و جماعت داده‌اند. که اگر در صلح قصد حصهٔ خود کرده عوض مختص اوست. والاّ مشترک است فی مابینهما. بلکه هرگاه ذوالید نصف آنچه [را که] در دست او است هبه کند به احدهما در اول بار (یا صلح یا بیع.کند به وجهی) و ثانیا آن را به صیغهٔ مصالحه به خود منتقل کند به عوضی. باز سخن همین

جماعت در آن جاری است و منشأ آن همان اعتراف ایشان است به اشتراک در مجموع. و به هرحال کلام محقق و جماعت را از فروع مسئلهٔ «صلح درمشترک» کردن و بحث بر آن کردن راهی ندارد.

والحاصل: این «مال مشترک بین الوارثین، باقرارهما» به منزلهٔ دین است که از جهت سبب واحدی بر ذمهٔ غیر داشته باشند. واحدهما قدری از آن را بگیرد در ازای حق خودش که اشهر و اقوی این است که هردو در آن شریکند. و اقرار ذی‌الید بعد از انکار اصل دین به بعضی از آن، از برای احدهما به منزلهٔ گرفتن احدهما است آن بعض را. پس چون در اینجا هر دو متفقند بر اشتراک در آن مال که در دست ذی‌الید است از راه میراث (مثلاً) و ذی‌الید مانع حق ایشان بود، و به سبب اقرار به نصف از برای مقرله، رفع ید از نصف مشاع کرده، پس همین نصف مشاع به منزلهٔ همان قدر از دین است که احدهما می‌گرفت از برای خود.

پس هرگاه صلحی یا بیعی واقع شود برآن از مقرله، و شریک هم اجازهٔ آن بکند، هردو در آن شریک خواهند بود. و بنابر قول مشهور در حکم دین، اشکالی در این نخواهد بود. پس معیار مشارکت در آن حصه، همان خروج از دست ذی‌الید است. خواه به اقرار باشد یا غیر اقرار. و اما قبل از خروج از دست او، هرگاه احدهما صلح کند یا بیع کند حصهٔ خود را به ذی‌الید، منشأ شراکتِ دیگری نمی‌شود. و همچنین هرگاه اطلاق کند صلح و بیع را نسبت به آن حصه، و اضافه به خود نکند. بنابر مشهور.

و بعضی گفته‌اند که: در صورتی که دو نفر معترف باشند به اینکه مالی که در دست غیر است مشترک است میان آن دو نفر به عنوان میراث. و صلح کند احدهما حصهٔ خود را در عوض چیزی با آن ذی‌الید، هردو[ی] آنها شریکند در آن، هرگاه به اذن دیگری شده است. ولکن در وقتی که آن مقدار حصه به قبض او درآمده باشد. بخلاف آنکه هنوز به قبض نیامده باشد. به سبب اینکه آنچه حاصل می‌شود از برای آنها از قِبل قبض (یعنی از جانب قبض) و به قبض در می‌آید، به ترکه و میراث محسوب می‌شود که هردو در آن شریک می‌شوند. و تا به قبض درنیامده است، هنوز به میراث

محسوب نیست، که مشترک مابین آنها باشد. بلکه حقی است که آن را ادعا می‌کنند.

و شهید ثانی بر این ایراد کرده است که اینکه تصرف احد شریکین (در آن مالی که هردو معترفند که میراث است) در وقتی موجب اشتراک هردو می‌شود که از عین آن مال به دست احدهما چیزی بیاید که هردو در آن عین شریک می‌شوند. یا احدهما قدری از آن عین را بفروشد که هردو شریک در عوض می‌شوند. اما هرگاه احد شریکین به قدر حصهٔ خود را صلح کند به ذی‌الید، پس در آنجا فرقی نیست ما بین اینکه قبض حاصل شده باشد، یانه، و باید بنا را در اینجا بر این مسئله گذاشت که هرگاه احد شریکین، در دینی مصالحه کند حق خود را به عوضی، آیا آن عوض مختص او می‌شود یا مشترک است میان هردو؟ـ؟ و چون مفروض این است که مصالحه بر مقدار حق مشاعاً شده فرقی نیست مابین مصالحه قبل از قبض و بعد از قبض.

و چون آنچه به دست نیامده است قبل از قبض، از حقیقت او بیرون نرفته و بعد از قبض هم صلح را بر عین معینی نکرده بلکه به آن صلح را بر حق خود کرده. پس حکم هردو یکی خواهد بود. و باید رجوع به آن مسئله کرد. و اظهر در آنجا اختصاص است به حق خود.

پس اشتراک بینهما حاصل نمی‌شود در عوض، خواه قبل از قبض باشد یا بعد. بخلاف آن دو صورت سابقه، یعنی صورت قبض عین بدون مصالحه، که هر دو شریکند در عین به مقتضای اعتراف هردو. و در صورت بیع احدهما بعضی از عین را که هردو شریک [انددرآن] هردو شریک می‌شوند در عوض، درصورت اجازه.

و این سخن‌ها که گفته است، در نظر حقیر خوب است. و از اینجا معلوم می‌شود حکم آنجا که آن دو نفر ادعای دینی بکنند بر آن ثالث، به عنوان اشتراک از باب میراث. که آنچه را به دست گرفته شود مشترک است ما بین هردو. و آنچه صلح شود، عوض آن مختص آن است که صلح کرده است. و همچنین هرگاه بفروشد حصهٔ خود را از دین بروجه صحیحی. و در این مقام عبارات **مسالک** در نهایت اغلاق و اشکال است. و امید هست از تفضلات الهی که بعد از تأمل تام در آنچه ماذکر کردیم مطالب او واضح

شود.

باقی ماند کلام، در مسئلهٔ ثانیهٔ صلح، که آن دو نفر ادعا کنند هریک به موجب علی حده. و گمان حقیر این است که در صورت اعتراف هریک به حقیّت دیگری در آنچه ادعا می‌کنند باز مثل صورت اتحاد موجب، باشد. در اینکه حصول هر قدر از آن از برای هریک، منشأ اشتراک دیگری باشد. و همچنین حکایت مصالحه بر آن. به علت اعتراف هردو به اشاعهٔ ملکیت آن بینهما.

۱۱۳- سئوال: شخصی قطعه زمینی را به حدود معینه، می‌فروشد به ثمن معین. و بعد بایع ادعا می‌کند که من مبیع را قبل از بیع مشاهده نکرده بودم. و یا چنین می‌دانستم که این زمین مَبذَر چهار خروار بذر است، الحال معلوم شده که بیشتر است. آیا تعیین حدود اربعه رافع جهالت هست یانه؟-؟ و با وجود تعیین مذکور، بایع ادعای خیار رؤیت می‌تواند کرد یانه؟-؟.

جواب: هرچند فقها تجویز کرده‌اند بیع اراضی و ثیاب را به مشاهده بدون ذرع و مساحت. و مشاهده را رافع جهالت دانسته‌اند، ولکن این سخن بر «اطلاق» خود، باقی نیست. به جهت آنکه مناط در بطلان بیع مجهول، غرر و سفاهت است در عرف و عادت. و آن متعارف است در مثل ثیاب. مثلا ثوب قلمکار[1] والیجه و تافته و دارائی[2] را به همان نام خود می‌خرند بدون پیمودن به ذراع، و در آن غرری و سفاهتی در عرف و عادت نیست.

ولکن در کرباسهای هشت چله و تابدار و کتان و امثال اینها، بدون ذرع کردن، در عرف و عادت منشأ غرر و سفاهت است. و بیع اولی بدون پیمودن صحیح است. بخلاف ثانی. بیش از این نیست که هرگاه در اولی ناقص برآید، مشتری خیار فسخ دارد به جهت نقصان. و اما بیع ثانی از اصل باطل است، به سبب جهالت مبیع.

۱و۲: قلمکار: پارچه کتان وکرباس ساده‌ای که به وسیله مهر وقالب (باسمه) برآن نقوشی را تصویر می‌کردند تافته: شناخته نشد- دارائی پارچه‌ای از ابریشم، رنگارنگ وموج‌دار. ملاک دراین پارچه‌ها «تکقواره» بودن آنهاست که نیازی به مترکردن، نبوده. والیحه نیز قبلاً معنی شده است.

پس می‌گوئیم که زمین هم متفاوت است بعضی مزارع عظیمه هست که در عرف نه ذکر مساحت آن می‌شود و نه «بذرافکن»، و نه وصف به مقدار، و نه مساحت[به] بذر. بلکه به مشاهده یا وصف فی‌الجمله اکتفا می‌شود، و هیچ ناخوشی ندارد. و اما بعضی قطعات مفروزدکه در بعضی بلاد اهتمام تمام دارند به عمارت آن، و شمار[1] ریختن در آن. و بر سر یک من مَبذَر کمال دقت می‌کنند. در آنجا جهالت مقدار و مبذر جزماً مضر است. و مشاهده و تحدید حدود، وتعیین آن بدون مساحت (یا ذکر مقدارآن، که بگویند چند جریب یا چند قفیز است) رافع جهالت نیست.

پس هرگاه در صورت سئوال، از این باب زمین بوده و بایع مساحت و مقدار را نمی‌دانسته (هرچند حدود اربعه داده‌اند) بیع صحیح نیست. و هرگاه خود نمی‌دانسته و لکن مشتری یا ثالثی وصف آن زمین را به مقدار کرده‌اند، و به این وصف فروخته و بعدِ رؤیت و تامل خلاف آن ظاهر شود، هرچند بیع صحیح است و لکن در اینجا خیار ثابت می‌شود از برای بایع.

خواهی نام آن را خیار رؤیت بگذار و خواهی خیار غرر و تدلیس.

۱۱۴- سئوال: زید در کاشان «روناس» می‌خرد از عمرو، به شرط آنکه روناس گلپایگان باشد (چون بهتر است از روناسهای جاهای دیگر)و می‌برد به اصفهان که بفروشد. کاشف به عمل می‌آید که روناس جای دیگر بوده. و مبلغی کرایهٔ چاروادار و عشر و اخراجات راه کشیده. و مشتری از اهل خبره نبوده، وبایع تقلب و تدلیس کرده.

روناس را به اصفهان گذاشته و آمده است به‌کاشان، مطالبهٔ تنخواه خود را می‌کند. بایع می‌گوید روناس مرا بیاور و ردکن، تا من تنخواه تو را بدهم، آیا بایع را می‌رسد که الزام کند او را به آوردن روناس؟ (با وجود اینکه اخراجات بسیار دارد) یانه؟ و بر فرضی که تواند. آیا اخراجات را بایع بدهد یا مشتری؟ـ؟ و غرامتهای بردن، را باید بایع بکشد یانه؟ـ؟.

۱: شمار ریختن: معنای این اصطلاح، روشن نگشت. شاید یک اصطلاح کنائی از «بذرریزی» باشد.

جواب: مشتری در اصفهان که مطلع شد بر تقلب، مسلط است بر فسخ. نه تخییر مابین فسخ و ارش. زیرا که این داخل عیب نیست. و بعد از فسخ، روناس مال بایع می‌شود، و امانت شرعیه است در دست مشتری. زیرا که الحال اذن جدیدی از مالک در آن حاصل نیست، و به اذن شارع در دست او است. والحال آن در حکم مال جدیدی است که خدای تعالی به بایع عطاء کرده در اصفهان در دست مشتری. مثل اینکه مال بسیاری از تاجری در دست شخصی باشد در هندوستان، تاجر بمیرد و وارثی داشته باشد در عراق و آن منتقل شود به وارث. این مال از بابت امانت شرعیه است در دست تاجر.

و هر چند از حکم امانت شرعیه این است که باید فورا آن را به صاحب داد، اگر تاخیر کند و تلف شود ضامن است. لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که باید فورا تخلیهٔ ید کند، و اگر ممکن باشد فورا به صاحب آن بدهد. و اگر ممکن نشود به وکیل خاص یا عام یا ولی او بدهد. و هرگاه هیچکدام نباشد به حاکم شرع، و اگر ممکن نشود به عدول مومنین بدهد که نگاه دارند. و هرگاه مؤمن عادلی نباشد، خود از باب «حسبه» نگاه دارد (و جواز تصرف حسبتاً، منافات با عدم [وجوب] نگاه داشتن از غیر آن ندارد) و اعلام کند به صاحب تا آنچه ماذون کند، چنان کنند.
اما اینکه واجب باشد بر او مجاناً و بلاعوض مبلغی خطیر از مال خود خرج کند تا آن را به صاحب برساند، پس نه. و اما اگر امر منحصر شود در اینکه باید مال را برداشت و آورد، یا به اذن حاکم یا به مصلحت عدول، پس آن نیز مجانا لازم نیست. بلکه از همان مال خرج او می‌کنند تا به صاحب برسانند هرگاه مصلحت در این باشد.

و هرگاه مصلحت در ضبط و تنمیهٔ مال باشد، از باب «ولایت در مال غایب» معمول دارد. وعموم «علی‌الید ما اخذت حتی تؤدّی» شامل اینجا نیست. با وجود[1] اینکه مراد از «تأدیه» اعم است از تأدیه به صاحب یا هر کی قائم مقام او است. بلکه

۱: و در نسخه: و با وجود اینکه.
یادآوری می‌شود: منظور از این جمله این است که و بر فرض شمول قاعدهٔ ید، باز تأدیه اعم است از...

هرگاه زید امر کند او را که برو و از مال من خرج کن و روناس را بیاور. عمرو تواند بگوید من نمی‌روم دیگری را بفرست.

و به هر حال، غرامات واخراجات و تحمل آوردن مال، همه متعلق به بایع است. و اما اخراجاتی که کشیده است مشتری در بردن مال، پس ظاهر این است که همه را از بایع می‌تواند گرفت. چون او را مغرور کرده است و فریب او باعث این خسارتها شده و به هرحال بعد از آنکه معلوم بایع شد که مشتری مال او را به امینی که تکلیف او بوده سپرده. باید قیمت مال را که مشتری به او داده بود به او رد کند. و نمی‌تواند بگوید تاروناس مرا نیاوری پول تو را نمی‌دهم.

و زید هم قبل از مطالبهٔ قیمت از عمرو و مرافعه به شرع، و عدم امکان استخلاص حق، نمی‌تواند روناس را در آنجا به قیمت المثل بفروشد و تقاص حق خود بکند. زیرا که تقاص هم شرطی دارد و موضع خاصی دارد. و[نیز] عمرو نمی‌تواند بدون اعلام زید، روناس را حمل [و] نقل کند به کاشان و اگر بکند مستحق اجرت‌المثل نیست. و اگر تلف هم شود باید غرامت بدهد. مگر اینکه فرض شود که ممکن نباشد حفظ آن امانت شرعیه الا به آوردن با قافلهٔ مأمنی، و این فرض در اینجا، بسیار نادر است. بلی، هرگاه زید امر کند او را که بیاورد و او هم قبول بکند، مستحق اجرت می‌شود. و غرامت هم متوجه بایع می‌شود. والا، فلا.

و در کلام شهید ثانی در **شرح لمعه** (در مسئلهٔ خربزه و تخمی که بعد از آنکه مشتری شکست آن را، ظاهر شد فساد آن. که مؤنهٔ نقل آن از موضع کسر تانزد بایع، بر بایع است اگر امر کند او را به نقل.) اشاره هست به اینکه بدون امر، لازم نباشد بر او نقل. اینها همه در وقتی است که مشتری تکلیف خود را به جا آورده در حین فسخ و تسلیم کرده باشد به کسی که قائم مقام بایع است. والا غاصب خواهد بود. واحکام غاصب، از ضمان و ترتب غرامات، بر آن مترتب می‌شود. بلی، هرگاه مشتری جاهل باشدبه تکلیف و مقصر نباشد، ممکن است سقوط غرامت، و اینکه بایع او را نتواند الزام کردن، به آوردن، بی عوض. چون مغرور است. و در اینجا «سبب» اقوی است از

«مباشر».

و هرگاه دعوی دیگر پیش آید که عمرو، به زید بگوید که تو تکلیف خود را به عمل نیاورده‌ای. و او گوید آورده‌ام و به قائم مقام تو سپرده‌ام. ظاهر این است که قول بایع، مقدم باشد با یمین.

بخلاف امانت مالکیت، که در آنجا قول مدعی مقدم است با یمین.

۱۱۵- سئوال: در بیع به شرط، هر وقتی از اوقات مدت، را زمان خیار می‌توان قرارداد؟ یا باید آخر مدت قرار داد؟. و صیغهٔ بیع شرط، و بیع سلم را به عبارت فارسی بیان فرمایند.

جواب: هردو جایز است، یعنی بگوید «فروختم این مال را به این مبلغ و شرط کردم با تو که از حال صیغه تا شش ماه دیگر- مثلا- هروقت از اوقات که ردّ مثل ثمن کنم مسلط باشم بر فسخ بیع». یا بگوید «فروختم و شرط کردم که بعد شش ماه در مدت سه روز آخر- مثلا- اختیار داشته باشم که در ظرف آن سه روز، هر وقت ردّ مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ باشم». پس در صورت دوم، هرگاه در ظرف شش ماه ردّ مثل ثمن کند مسلط بر فسخ نیست. مگر به رضای مشتری.

و صیغهٔ بیع به شرط را چینن بگوید که «فروختم این باغ معین را- مثلا- به تو به مبلغ ده تومانِ موصوف[1]، و شرط کردم بر تو که هرگاه از حال صیغه تا انقضای شش ماه تمام هلالی، رد مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ بیع باشم» و این ایجاب است. و مشتری می‌گوید «قبول کردم بیع مذکور را و شرط مذکورة را». واگر خیار را در آخر مدت قرار می‌دهد هم صحیح است. و باید مدت ایام خیار هم معین باشد که در ظرف یک روز یا دو روز. مثلا می‌گوید «فروختم این باغ معین را به این وجه معین و شرط کردم بر تو که بعد از انقضای شش ماه- مثلا- در ظرف دو روز، اختیار داشته باشم که اگر رد مثل ثمن کنم مسلط بر فسخ باشم» و مشتری می‌گوید که «قبول کردم بیع مذکور را و شرط

۱: امروز قید موصوف، لازم نیست زیرا تنها یک نوع پول در جامعه رایج است مگر اینکه ثمن را از چیز دیگر قرار دهند.

مذکور را».

و در صیغهٔ بیع سلف می‌گوید «به سلف دادم به تو مبلغ ده تومان را در ازای هزارمن گندم موصوف، به وزن معین تا مدت شش ماه». مثلاً. و بایع می‌گوید «قبول کردم به همین نحو». این در وقتی است که ایجاب را مشتری بگوید. و جایز است که بایع هم به صیغهٔ بیع بگوید که «فروختم این مقدار گندم موصوف، به وزن معین را به تو در ازای این ثمن معین موصوف، در این مدت معین» و مشتری بگوید «قبول کردم».

۱۱۶- سئوال: صیغهٔ اجارهٔ ملکِ مبیعِ به بیع شرط، را بعد از مبایعه جاری می‌توان ساخت؟

یا گذشتن مدتی که وسع تصرف، مشتری در مبیع داشته باشد، ضرور است-؟.

جواب: معنی این سئوال را نفهمیدم[1]. بلی، اجاره دادن مشتری ملک «مبیع به بیع خیار» را به بایع در زمان شرط خیار، خصوصا در وقتی که خیار در آخر مدت باشد جایز است. و در صحت عقد اجاره، شرایط اجاره باید موجود باشد. یعنی تعین عین موجود و منفعت آن و مدت اجاره و وجه اجاره باید معلوم باشد. و تمکن انتفاع در آن مدت، و سایر شروط.

و اگر مراد سائل این سه است که همچنانکه در مبیع، مکروه است یا حرام است که مبیع را به دین بفروشند قبل از قبض. و در قبض معتبر است تخلیهٔ ید، یا گذشتن زمانی که مشتری را ممکن باشد وصول به مبیع. که آیا این قبض و گذشتن زمانی که مشتری را

۱: رسم آن زمان (که تا ۳۰ سال اخیر نیز نمونه‌هائی از آن پیدا می‌شد) این بود که برای فرار از ربا ملکی را موضوع معامله قرار می‌دادند. صاحب ملک در مقام بیع به شرط، می‌آمد و صاحب پول، آن ملک را (با شرط خیار،فروشنده) می‌خرید و درهمان‌مجلس همان ملک مورد معامله را به فروشنده اجاره می‌داد.
یعنی در حقیقت ربای پولش را تحت نام بیع و اجاره، می‌گرفت. لحن سئوال از رواج این موضوع در جامعهٔ آن روزی حکایت می‌کند که به طور یک امر شناخته شده و بدون عیب و ایراد و بدون احساس قبح، سئوال می‌شود.
گویا این گستاخی در شکل سئوال، از مسئلهٔ «فرار از ربا» که میرزا به آن رای می‌داد ناشی شده. رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و شماره ٧٤ و ١٠١ و توضیحات مربوطه.

ممکن شود در وصول آن، به مبیع، و تصرف در آن، فی‌الجمله در صحت اجاره هم شرط است یانه(؟ـ؟).

پس جواب از آن این است که بر فرضی که مسلم باشد این شرط در بیع، دلیلی در اجاره بر آن قائم نشده. و ظاهر صحت اجاره است بعدِ عقد بیع بدون گذشتن زمانی.

۱۱۷ـ سئوال: هرگاه عمرو، ملکی را از بکر ابتیاع نماید. و زید وکیل بکر شده اجرای صیغه نموده. و عمرو قبول نموده و وجه را تمام و کمال تسلیم بایع نموده.

و بعد عمرو سهمی از ملک مزبور را به عنوان مبایعه به زید که وکیل بکر بود منتقل ساخته. اما قباله را به این مضمون نوشته که ملک معهود که از بکر ابتیاع شده مشترک است فیمابین من و زید. هرچند در قباله که از بکر گرفته‌ام اسم زید مذکور نشده.

و بعد از آن زید مذکور، سهم معهود را به عمرو منتقل ساخته ، و بعد از مضی مدتی مدید، زید معهود سهم مزبور را به خالد فروخته به ادعاء آنکه من سهم مذکور را به عنوان مبایعه به عمرو، منتقل ساخته‌ام و قدری از وجه مبایعه که معادل قیمتی بوده که از بکر اولا ابتیاع شده، چون عمرو داده بود و از من طلب داشت محسوب داشته و تتمهٔ وجه مبایعه در نزد عمرو باقی مانده و تاخیر شده و به من نرسیده و خیار فسخ از جهت تاخیرثمن، از برای من بود، لهذا فسخ نموده به خالد فروختم.

و عمرو، در جواب متلقی به اینکه: در مبایعهٔ اول که مجموع ملک از بکر ابتیاع شده، من اصالتاً قبول‌نمودم، وقصدوکالت نداشتم از[1] جهت آنکه زید مرا وکیل و اظهار و خواهش نموده[بود]. و بعد از آن من سهم مزبور را به عنوان مبایعه مجدداً به زید منتقل ساخته‌ام به همان قیمت که از بکر ابتیاع نمودم. و قباله را به عنوان مسامحه و خواهش زید نوشتم. و بعد از آن زید فسخ مبایعهٔ مزبوره نموده و سهم معهود را به من رد نمود و مبایعه‌ای که به خالد نموده باطل است.

۱: و در نسخه: به جای «از» حرف «به» آمده است.

آیا در صورت مذکوره، سخن عمرو مسموع است (در کل دعاوی خود از عدم قصد وکالت و ثبوت مبایعهٔ سهم معهود بازید) یانه؟ـ؟ و بر فرض مسموع است، آیا زید تسلط قسم بر عمرو دارد یانه؟ـ؟.

و بر فرض عدم قصد وکالت، و ارتفاع شرکت و ثبوت مبایعه که عمرو بازید نموده. آیا سخن زید مسموع است که من سهم خود را به عنوان مبایعهٔ مجدده به عمرو منتقل ساختم و به جهت تاخیر کل ثمن، اختیار بر فسخ داشتم؟ـ؟

یا سخن عمرو، مسموع است که زید فسخ نموده و مبایعهٔ خالد باطل است.؟. بیّنوا، توجروا.

جواب: حاصل آنچه از این کلام دور و دراز مبتنی بر اعراض به ملاحظهٔ اول و آخر آن فهمیده می‌شود، این است که:

ملکی [را] بکربه عمرو فروخته و زید وکیل در اجرای صیغه بوده. مسلمِ زید و عمرو هر دو هست که سهمی از آن، مال زید شده لکن «مرددا بین‌الامرین». که زید مدعی است که عمرو مرا شریک کرده با خود به مقدار آن هم. و آن را به وکالت من خریده و آن سبب انتقال آن سهم است به من. و عمرو مدعی اینکه من وکیل او نبودم و برای خودم خریدم، لکن من بعد به مبایعهٔ جدیده آن سهم را به زید فروختم.

و بعد از این هنگامه و آن «انتقالِ ـ به زیدـ مجمل و مردد»، هم مسلمِ طرفین هست که آن سهم ثانیاً به عمرو منتقل شده. ولکن عمرو می‌گوید که سبب انتقال، این بود که نظر به اینکه انتقال به زید، از راه مبایعهٔ جدیده بود که من آن سهم را به زید فروخته بودم و وکالتی نبود و شراکتی نبود. و زید فسخ معامله کرد و من هم قبول کردم ثانیاً ملک من شد.

و زید می‌گوید سبب انتقال، آن بود که چون من به سبب وکالت عمرو، از جانب من و شراکت من با او مالک سهم بودم. و آن را به عمرو، فروختم.

و مفروض این است که بعد از انتقال به عمرو (که مجمل و مردد است بین‌الامرین) زید همان سهم را به خالد فروخته. و الحال نزاع است فی ما بین زید و عمرو، در صحت

بیع خالد و فساد آن. عمرو می‌گوید که معاملهٔ خالد باطل است. چون در ملک من شده و من راضی نیستم. و زید می‌گوید معاملهٔ خالد صحیح است چون من مال خود را (که به سبب شراکت با عمرو، مالک بودم) فروختم به عمرو، و تمام قیمت آن را نگرفتم و سه روز گذشت و خیار فسخ به جهت تاخیر ثمن حاصل شد و فسخ کردم و مال خودم شد و به خالد فروختم.

اما جواب از این سوال پرآشوب: باید اولا دانست که مجرد تاخیر بعض ثمن، منشأ خیار فسخ نمی شود بلکه آن مشروط است به اینکه مجموع ثمن تسلیم نشود و مجموع مبیع هم تسلیم نشود. و شرط تاخیر ثمن هم نشده باشد. پس اگر همهٔ آنها جمع باشد، خیار فسخ ثابت می‌شود. و اما هرگاه در صورت مزبوره مبیع تسلیم شده باشد. یا شرط تاخیر ثمن شده باشد، خیار فسخی نمی‌باشد.

و ثانیا اینکه: دعوی زید، انتقال ملک را به او از راه توکیل عمرو در خریدن برای او، و حصول شراکت به سبب آن، این دعوی خلاف «اصل» و «ظاهر»، است. و محض قباله که نوشته شده به آن روش، حجت شرعیه نیست (خصوصا با ادعای عمرو که من حسب الخواهش زید چنین نوشته‌ام) تا مترتب شود بر آن خیار تاخیر ثلثه. [و] راهی ندارد.

و همچنین دعوای حصول،به سبب خیار و وقوع فسخ،همه خلاف «اصل» [است]. و اقرار عمرو که به زید فروختم و لکن زید فسخ معامله کرد، با انکار زید این معنی را (چون مدعی است که سبب انتقال او، شرکت او است با عمرو، به سبب وکالت عمرو، نه خریدن از عمرو) نفعی به او نمی‌بخشد.

اما خلاف اصل بودن: پس ظاهر است.

و اما[عدم] حصول سبب خیار: پس به جهت آنکه اصل در بیع، لزوم است. و انفساخ آن محتاج است به حصول سبب. و همچنین تسلط بر فسخ آن، که[1] اصل عدم

۱: و در نسخه: به جای «که» حرف عطف «و».

حصول سبب تسلط است. پس اگر بگوئی که «اصل عدم تسلیم عوضین است و همچنین اصل عدم اشتراط تاخیر ثمن است پس دعوی حصول سبب خیار، موافق اصل است». گوئیم «بلی، ولکن اصل عدم اجتماع این سه شرط است نیز». با وجود اینکه می‌گوئیم تمسک به اصل در اینجا بی‌معنی است. از برای اینکه بیع در نفس‌الامر ممکن است که در قالب، نقد متحقق شود یا نسیه یا سلف(؟ـ؟ـ؟). و «اصل عدم» نسبت به همه مساوی است.

پس بیع، یا مطلق است، یا مقید است به حال، یا به نسیه یا به سلف. و شرط نسیه که نشده باشد، پس بالضروره باید یا مطلق باشد، یا مقید به احد قیدین آخرین. .ومطلق هم در معنی مقید است. چون اطلاق وجهی است از وجوه تلفظ متعاقدین. و احتمال تلفظ به عنوان اطلاق یا به عنوان تقیید، هردو محتمل است و اصل عدم هر دو است. پس هیچیک موافق اصل نیستند. و با وجود اینکه مطلق هم حمل بر «حال» می‌شود، مقید بودن آن اوضح می‌شود.

والحاصل: اصل، لزوم بیع است. به سبب قاعدهٔ ثانیه. پس، از احکام وضعیهٔ شارع است. و موافقت اصل و مخالفت اصل، در آن دخلی ندارد. و ثبوت خیار محتاج است به دلیل و حصول سبب. و اصل عدم تحقق است. و اصل «عدم تخصیص قاعدهٔ لزوم» است.

و بدان که: آنچه فقها ذکر کرده‌اند که قول بایع مقدم است در تعجیل و تاخیر ثمن، منافات با مطلب ما ندارد. زیرا که نقد و نسیه هردو از اقسام «بیع لازم»اند. و مخالفت ایشان در «لزوم» و «عدم لزوم» نیست. بلکه خلاف در محض نقد و نسیه است. و چون بایع موجب[1] است و او اعرف است به قصد خود، قول او مقدم است. هرچند این سخن در مشتری هم جاری است که قابل[2] است. ولکن چون ایجاب مقدم است طبعاً و وضعاً، او را مقدم می‌داریم. و دیگر تقدیم درمشتری ممکن نیست.

و اما عمرو: پس هرچند اقرار او به فروختن، قطع ملکیت او را می‌کند، و دعوی

---

۱ و ۲: یادآوری: موجب: گوینده بخش ایجاب صیغه. قابل: گوینده بخش قبول صیغه

فسخ زید محتاج است به اثبات، ولیکن دعوی زید انتقال خود را ثانیاً، (که مبتنی است بر فسخ او مبایعه را به سبب خیار تاخیر) ناشی شده از ملکیت غیرثابته. که خلاف اصل و ظاهر، است. به جهت اینکه همان ملکیت غیرثابته را مستند خود کرده و به عمرو فروخته و به سبب خیار تاخیر باز عود کرده به آن.

و هرگاه اصل تملک ثابت نباشد و خلاف اصل و ظاهر، باشد. این تملک دوم که نتیجهٔ آن است، هم ثابت نخواهد شد. و دعوی آن، مخالف اصل و ظاهر، خواهد بود.

و اما دعوی انتقال دوم به عمرو، که مبتنی است بر فسخ مشتری، آن ناشی شده از ملکیت ظاهره که موافق اصل و ظاهر، است. به جهت آنکه ظاهر معاملهٔ اول (که بکر ملک را به عمرو فروخت، و زید وکیل بوددر اجرای صیغه) دلیل ملکیت عمرو است در مجموع مبیع. و دعوی زید توکیل و تشریک را، خلاف ظاهر واصل، (هردو) است. پس هرگاه شخصی که ملکیت‌ظاهرة التحقق دردست داشته باشد و اقرار کند به انقطاع آن و عود آن، سخن او اظهر و ارجح است از قول شخصی که ملکیت ظاهرة التحقق در دست نداشته باشد، و با وجود دعوی انقطاع، دعوی عود کند.

با وجود اینکه‌احتمال جریان استصحاب هم از برای‌عمرو هست(بعد از ملاحظه ملکیت ثابته به ظاهر حال) به آنکه بگوئیم که اقرار او مرکب نیست و بعد از ثبوت ملک، اعتراف به قطع و رجوع، کرده نه اینکه قطع را بیع جداگانه گیریم و فسخ مشتری را جداگانه. پس بنابراین اگر حکم کنیم به بطلان سخن زید بالمره، لااقل زید «مدعی» است و عمرو «مدعی علیه». پس قُسمی متوجه عمرو می‌شود بر مجموع مطلبش.

که اوفق به ظاهر واصل، است. و قطع دعوی شود. نه اینکه او را قسم دهیم که توکیل و تشریک نبوده و خود بالاصاله خریده. تا آنکه باز رشته به دست زید آید و بگوید تو معترفی که به من فروخته‌ای الحال اثبات کن که من فسخ کرده‌ام. به جهت آنکه با وجودی که زید خود معترف نیست به بیع بلکه متمسک به تشریک و توکیل است، این سخن از او بی‌وجه است.

و محتمل است که در اصل مسئله، بگوئیم که از باب «تداعی» است و رجوع به

«تحالف» می‌شود. چون سخن هیچکدام خالی از مخالفت اصل، یا ظاهر، نیست. و این بعید است. به جهت آنکه ملاحظهٔ مجموع با مجموع کافی است در تعیین مدعی و مدعی علیه. و ترجیح در جانب عمرو است.

۱۱۸: سئوال: هرگاه شخصی، حیوانی بخرد و معیوب درآید، و در این بین بمیرد. آیا از مال بایع است یا مشتری؟ـ؟.

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به ذکر چند مقدمه:

اول: اینکه: آیا انتقال ملک به محض خواندن صیغه حاصل می‌شود؟ یا انتقال موقوف است به انقضای ایام خیار؟ و اشهر و اقوی قول اول است. و وجه آن را در محل خود بیان کرده‌ایم.

دوم: این است که: هرگاه مبیع قبل از قبض تلف شود از مال بایع است. و این مسئله ظاهرا مخالفی ندارد. بلکه جمعی دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. و **روایت** عقبه بن خالد دلالت بر آن دارد: «عن ابی عبدالله-ع- فی رجل اشتری متاعاً من رجل و اوجبه غیرانه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غداً انشاءالله. فسرق المتاع. من مال من یکون-؟. قال: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته. فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله»[1]. و در حدیث نبوی(ص) نیز وارد شده: «ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»[2]. و از کلام آخوند ملا احمد(ره) ظاهر می‌شود که حکم ثمن هم مثل حکم مبیع است بدون فرقی. و بعد از آن گفته است که «دلیل اینکه تلف از مال مالک اول است با وجودی که الحال مال او نیست، گویا اجماعی است که مستند به این دو روایت است». و بعداز آن اشاره به وجه دلالت هر دو روایت کرده.

ولکن **ظاهر** کلام دیگران (که عنوان مسئله را مبیع، قرار داده‌اند نه ثمن) . و ظاهر بودن لفظ «بایع» در بایع، نه اعم از مشتری. و اینکه اصل این است که تلف مال از کیسه

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱.

۲: مستدرک: ج ۲ ص ۴۷۳.

صاحب مال باشد. و ظاهر است که ثمن بعد عقد، مال بایع می‌شود (هرچند در زمان خیار باشد، علی‌الاشهر الاقوی)، این است که حکم مختص به مبیع باشد.

و اشعار «علت منصوصه» به مرتبه‌ای نیست که اعتماد به آن توان کرد. با وجود آنکه حدیث ضعیف[1] است و اِنجبارضعف آن به شهرت و عمل(در غیر مبیع) تابع آن است که عمل ایشان بر این هم ثابت بشود. و آن معلوم نیست. بلکه غیر کلام آخوند(ره) در کلام دیگران اشاره به آن ندیده‌ام. و ممکن است که بگوئیم: چون غالب این است که ثمن چیزی است که در ذمه است. و تعیین آن به تسلیم می‌شود، پس تلف ثمن قبل از قبض نادر است. مگر مثل جائی که مثلا حیوان معینی را به حیوان معینی بفروشد. یعنی بیع به غیر نقود باشد. [همچنین] به غیر مثل غلات داده باشد.

و به همان اشعار روایت عقبه و ظاهر «دعوی اتفاق» آخوند اکتفاء کنیم. و این نیز خالی از اشکال نیست.

و بدان که: جمعی از علما تصریح کرده‌اند که مراد در این مسئله این است که تلف از جانب خدا باشد. و ظاهر روایت نبوی(ص) هم این است. بلکه روایت عقبه هم. چون دزد بردن معلوم نیست که دزد کیست. و متبادر از سرقت، سرقت خفیه است. نه نهب و غارت. پس گویا این هم داخل تلف از جانب خدا باشد. به این معنی که متلف معلوم نیست، که ثمره داشته باشد و به او رجوع شود. و اما اگر شخص معینی آن را تلف کرده باشد، پس در **مسالک** گفته است «که هرگاه متلف بایع باشد یا اجنبی، مشتری اختیار دارد می‌خواهد فسخ می‌کند و رجوع می‌کند به ثمن. و می‌خواهد مطالبهٔ مثل یا قیمت آن را از متلف می‌کند. و هرگاه متلف مشتری باشد- هرچند به سبب تفریط او باشد[2]- پس از کیسهٔ او رفته. و این به منزلهٔ قبض است». و صاحب **کفایه** هم گفته است که این دور نیست.

۱: ضعف حدیث به دلیل مجهول بودن خود عقبه بن خالد و عبدالله بن هلال، است. این ضعف در مورد مبیع بوسیله عمل اصحاب منجبر (جبران) می‌شود ولی نسبت به ثمن، چنین جبرانی نیست.

۲: یعنی ولو قصد اتلاف نداشته و تنها در حفظ آن تفریط کرده است.

و آنچه به خاطر قاصر می‌رسد این است که در صورت اخیر، سخنِ خوب است. چون مشتری مال خود را تلف کرده و غرامتی بر دیگری نیست. نظر به آنچه در مقدمهٔ اول گفتیم که مجرد عقد منشأ حصول ملک است. و اما در دو صورت اول، پس باید رجوع به قاعدهٔ «غصب» و «اتلاف» کرد، که رجوع به مثل یا قیمت آن است. و اما رجوع به «ثمن مسمی فی‌العقد»، پس آن دلیلی ندارد. مگر اینکه گوئیم که هرچند[اقتضای] قاعدهٔ اتلاف این است.[1] چون بایع مال مشتری را تلف کرده[2]. لکن قاعدهٔ خیار فسخ در ایام ثلاثه، مقتضی جواز رجوع مشتری است به قیمت مسمی و فسخ بیع. پس مخیر خواهد بود میان فسخ و رجوع به مسمی. و عدم فسخ و رجوع به ثمن المثل.

و بدان نیز، اینکه: در **مسالک** گفته است که مراد از این کلام که گفته‌اند که «تلفَ از مال بایع است» این است که عقد باطل می‌شود در حین تلف. نه اینکه از روز اول عقد باطل باشد. و در این وقت ثمن مال مشتری می‌شود و مشتری نمی‌تواند[3] مطالبهٔ مثل مبیع، یا قیمت آن را بکند. و بنا بر اول، نمائی که از مبیع حاصل شده باشد مال مشتری خواهد بود. و آخوند ملا احمد(ره) این کلام را نسبت به فقها داده است. چون گفته است «قالواکذا». و در **تذکره** حکایت کرده وجهی که فسخ در اینجا متوجه به اصل عقد می‌شود. پسَ نمای مابین عقد و تلف، مالِ بایع خواهد بود.

و اظهر قول اول است. چون موافق اصل و قاعده و استصحاب حال سابقه است که مالک بودن مشتری است. پس بنابراین ذکر «من مال البایع» به متابعت نص است. و در **مسالک** و **شرح** آخوند ملااحمد(ره) اشاره است به اینکه در این وقت محتاج می‌شویم به تقدیر دخول ملک در ملکِ بایع، به زمان بسیار قلیلی، تا آنکه صدق کند که تلف از مال بایع است. و تلف کاشف می‌شود از آن ملک. مثل دخول «دیه» در ملک میت. که به آن

---

۱ و ۲: این دوجمله در نسخه بدین صورت است: هرچند قاعده اتلاف این است که چون بایع مال مشتری را تلف کرده.

۳: و در نسخه: می‌تواند.

ادای دین می‌شود. یعنی داخل مال او می‌شود نه دیان یا وارث. و مثل «اعتق عبدک عنی» که تقدیر می‌شود دخول عبد در ملک آمر. و بعد از آن آزاد می‌شود.

سوم: هرگاه تلف حاصل شود بعد از قبض و انقضای زمان خیار، از مال کسی خواهد بود که مال او است. یعنی مبیع از کیسهٔ مشتری رفته هرگاه تلف شده. و ثمن از کیسهٔ بایع، هرگاه تلف شده. خواه خیار از برای هردو باشد یا از برای یکی از آنها. و در این اشکالی نیست.

چهارم: هرگاه تلف شود مبیع یا ثمن، بعد از قبض و قبل از انقضای ایام خیار، پس اگر تلف از جانب خدا است، مشهور این است که تلف از مال کسی است که خیاری از برای او نیست. خواه مبیع تلف شود و خیار از برای بایع باشد. یا ثمن تلف شود و خیار از برای مشتری باشد. که در اول، مبیع از کیسه مشتری رفته و در ثانی، ثمن از کیسهٔ بایع رفته.

و دلالت می‌کند بر این (علاوه بر عدم ظهور خلافی در مسئله) روایات بسیار، مثل آنچه کلینی و **شیخ** روایت کرده‌اند به سند صحیح تا «صفوان» از «اسحاق بن عمار»: «قال اخبرنی من سمع ابا عبدالله-ع- و سئله رجل و انا عنده- فقال له: رجل مسلم احتاج الی بیع داره فمشی الی اخیه، قال له ابیعک داری هذه و تکون لک احب الی من ان تکون لغیرک علی ان تشترط لی انی اذا جئتک بثمنها الی سنة، تردها علی.(؟). قال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الی سنة، ردها علیه. قلت: **فان کانت فیها غلة کثیرة**. فاخذ الغلة لمن یکون-؟. فقال: الغلة للمشتری. الا تری انها لواحترقت لکانت من ماله»[1].

و **صدوق** نیز روایت کرده[2] است این را به سند خود از اسحق بن عمار. و شیخ روایت کرده است از معاویه‌بن میسره روایتی[3] که مشتمل است بر این مضمون. و کلینی

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۵، ابواب الخیار، باب ۸ ح ۱.

۲: همان مرجع و همان شماره.

۳: همان مرجع: ح ۳. و لکن در سند آن «ابی الجارود» است که ضعیف می‌باشد.

و شیخ روایت کرده‌اند به سند صحیح، از عبدالله بن سنان: «قال سئلت ابا عبدالله-ع-: عن الرجل یشتری الدابة اوالعبد و یشترط الی یوم اویومین. فیموت‌العبد او الدابة او یحدث فیه حدث. علی من ضمان ذلک؟. فقال: علی‌البایع، حتی ینقضی الشرط ثلاثه ایام و تصیرالمبیع للمشتری»[1]. و در تهذیب علاوه بر این دارد که «شرط له البایع او لم یشترط- قال: و ان کان بینهما شرط ایاما معدودة فهلک فی یدالمشتری قبل ان یمضی الشرط فهو من مال البایع».

و کلینی و شیخ روایت کرده‌اند از عبدالرحمن بن ابی عبدالله به سند معتبر: «قال: سئلت ابا عبدالله-ع- عن رجل اشتری. امة بشرط من رجل یوما او یومین، فماتت عنده و قدقطع الثمن. علی من یکون الضمان؟. فقال لیس علی‌الذی اشتری ضمان، حتی یمضی شرطه»[2].

و شیخ و صدوق روایت کرده از ابن رباط مرسلا: «عن ابی عبدالله-ع-: قال: ان حدث للحیوان حدث قبل ثلاثة ایام، فهو من مال‌البایع»[3].

و این اخبار هرچند مختص خیار شرط و خیار حیوان‌اند. لکن ظاهر این است که قایل به فرقی مابین خیارات نباشد. چنانکه بعضی اصحاب تصریح به آن کرده‌اند. ولکن باید تخصیص داد این کلام را به خیار شرط و خیار مجلس و خیار حیوان. چنانکه در **مسالک** عنوان مسئله را، مختص آنها ساخته نه اینکه قایل به فصلی نیست مابین جمیع انواع خیار. و در شرح لمعه تصریح کرده است که «خیار ساقط نمی‌شود به تلف، در وقتی که مشتری مغبون باشد[4]» و همچنین ظاهر این است که (در آن مسئله که در مقدمهٔ ثانیه ذکر کردیم) قول خلاف مشهور (که ملک حاصل نمی‌شود الا به انقضای خیار) هم در همین خیارات باشد.

---

۱ و ۲: ج ۱۲ ص ۳۵۲- ۳۵۱، ابواب الخیار، باب ۵ ح۲ و ۱

۳: همان مرجع: ح ۵.

٤: یعنی اگر بایع مغبون باشد خیارش با تلف مبیع ساقط می‌شود. بنا بر این وی به تفصیل قایل است.

و وجه اطلاق سایر فقها، گویا همان است که اکتفا کرده‌اند به لفظ «انقضاء زمان خیار» از تصریح به این سه خیار. زیرا که در سایر خیارات، زمان محدود نمی‌باشد و زمان خاصی ندارد. پس تمسک به عدم قول به فرق در هر دو مسئله ثمره می‌کند در خیار مجلس. زیرا که احادیث مختص خیار شرط و خیار حیوان است. پس ظاهراً اشکالی در مسئله نیست. خصوصاً در صورت اولی که موافق قاعده هم هست (بنا بر مشهور) که ملک به مجرد عقد حاصل می‌شود، و محتاج به انقضای خیار نیست. زیرا که تلف از مال مشتری شده در صورت تلف مبیع، و از مال بایع شده در صورت تلف ثمن. و بنابر قول خلاف مشهور، در مثال آخر موافق قاعدهٔ ایشان است. چون ملکیت آنکه خیار ندارد، بر حال خود باقی است و تلف از مال او شده است. و اخبار خیار حیوان هم مطابق همین اصل است، ودلالت بر عموم اینکه «تلف در ایام خیار از مال من لا خیارله است» نمی کند. پس دلیل ایشان در مانحن فیه شاید همان «عدم خلاف» باشد و اخبار خیار شرط. که دلالت دارند بر اینکه تلف از مال مشتری است که خیاری ندارد. هرچند هنوز از ملک بایع در نرفته است.

و به هرحال، اخبار، مخصص اصل و قاعده، می‌تواند شد.

و آنچه مذکور شد در وقتی که خیار از برای یکی از آنها باشد. و اما هرگاه خیار از برای بایع و مشتری هردو باشد، پس اگر مبیع تلف شد. از مال مشتری خواهد بود. و اگر ثمن تلف شده، از مال بایع خواهد بود. و وجه آن بنابر قول مشهور اقوی (که حصول ملک به مجرد عقد می‌شود) ظاهر است. و اخبار متقدمه هم منافاتی با این ندارد. چون دلالتی بر حکم خیار مشتری ندارد.

و اما بنا بر قول دیگر: پس قاعده اقتضا می‌کند که عکس این باشد، یعنی هرگاه مبیع تلف شود از مال بایع باشد، و هرگاه ثمن تلف شود از مال مشتری باشد. و ممکن است که استدلال کنیم بر این، به آخر صحیحهٔ عبدالله بن سنان، بنابر آنچه در تهذیب روایت شده به تقریب اینکه بگوئیم مراد از قول امام(ع): «وان کان بینهما شرط ایاماً معدوده» شرط خیار از طرفین باشد. نه از برای مشتری تنها. تا اینکه در کلام اعاده لازم نیاید چون «تاسیس» اولی است از «تاکید».

پس ثبوت ضمان از برای بایع، در اینجا از همین جهت خواهد بود که قبل از انقضای خیار از مال بایع بیرون نرفته است، و تلف از مال او شده. که او هم از جملهٔ ادلهٔ خلاف مشهور باشد در اینکه انتقال ملک حاصل نمی‌شود الا به انقضای خیار. و مناسبتی با مشهور ندارد. نه از حیث ثبوت ملک، چون مذهب ایشان این است که به مجرد عقد، مال مشتری است نه بایع. و نه از حیثیت اینکه تلف در ایام خیار از مال کسی است که خیار ندارد، چون فرض کردیم که خیار از برای هردو است نه احدهما.

مگر اینکه بگوئیم که تأسیس قاعدهٔ تازه، در این عبارت حاصل می‌شود که[1] مراد از «ایاماً معدوده» زاید بر سه روز باشد. (نه آن سه روزی که خیار از برای مشتری هست، خواه شرط کنند یانه) و مراد از این عبارت باز بیان حکم شرط مشتری باشد، نه شرط هردو با هم. پس وجه اینکه تلف از مال بایع است، همان خیار نداشتن او است، نه مالک بودن او. پس این دلیل قول مشهور می‌شود.[2]

و بر فرضی که مسلم داریم که مراد آن باشد که شرط خیار از طرفین باشد، می‌گوئیم که این حدیث دلیلی می‌شود از جملهٔ ادله خلاف مشهور، بر عدم ثبوت ملک الا به انقضای ایام خیار. و هرگاه ما آن را باطل کردیم به سبب سایر ادله و عدم مقاومت این (یا عدم وضوح دلالت [ش]) با آنها، پس ضرری به مشهور نخواهد داشت. و حکم همان خواهد بود که مذکور شد که تلف از مال مشتری است که مالک است.

و از آنچه گفتیم ظاهر می‌شود حکم آنکه خیار از برای اجنبی باشد، برای هیچیک از متبایعین نباشد. که در آنجا تلف از مال مشتری خواهد بود در تلف مبیع چون او مالک است بنابر مشهور، و از مال بایع[است] در تلف ثمن.

و همچنین ظاهر می‌شود حکم آنکه خیار از برای احدهما باشد با اجنبی، و از برای هردو [باشد] با اجنبی.

۱: و متن نسخه چنین است: بگوئیم که تاسیس و فائده تازه در این عبارت حاصل می‌شود به اینکه با آنها پس بگوئیم که مراد...

۲: ودرنسخه: نمی‌شود.

والحاصل: معیار در این مقام یکی از دو چیز است: یا اندراج تحت قاعدهٔ اینکه «تلف از مال کسی است که خیار ندارد، از متبایعین». و این در صورتهائی است که یکی از آنها خیار داشته باشد دون دیگری. خواه اجنبی با آنها باشد یانه. یا اندراج تحت قاعدهٔ «تلف مال از کیسهٔ مالک [است]». و آن در جائی است که چنین نباشد. مثل اینکه خیار از برای هردو باشد. خواه اجنبی با آنها باشد یانه.

تا اینجا، سخن در صورتی بود که تلف از جانب خدا باشد. و هرگاه تلف از احد متبایعین باشد یا[از] اجنبی باشد. پس حکم آن از [این] اخبار، ظاهر نمی‌شود. چون ظاهر آنها تلف از جانب خدا است. پس باید رجوع به قواعد «اتلاف» کرد. و شهید ثانی در **مسالک** گفته است که «هرگاه متلف مشتری باشد، و خیار از برای بایع باشد، یا از برای اجنبی باشد، و اختیار فسخ کند. پس بایع رجوع می‌کند به مشتری به مثل یا قیمت».

و گویا وجه آن، این است که اتلاف مشتری در زمان خیار بایع، در حکم غصب است و این منافات ندارد با حصول ملک از برای مشتری. چنانکه مشهور و اقوی است. و از این جهت است [که] تجویز نمی‌کنیم بیع آن مبیع را در ایام خیار، از برای مشتری، به عنوان بتّ و قطع. چنانکه در رسالهٔ علی حده بیان کرده‌ایم. و هرگاه غاصب شد پس ضامنِ مثل یا قیمت هست. و این منافات ندارد با جواز انتفاع به آن ملک به غیر وجه اتلاف، و [باجواز] بیع به عنوان [غیر] قطع و لزوم، و امثال آن[1]. پس هرگاه فسخ کرد بایع، باید قیمت را رد کند به مشتری و مطالبهٔ مثل، یا قیمت را از مشتری بکند.

و لکن: درهر یک ازاین مقدمات، می‌توان خدشه کرد در استحقاق مثل یا قیمت. به جهت آنکه این دروقتی مسلم است که تفویت مال غیر کرده باشد. و در اینجا تفویت مال خودکرده. غایت امر این است که تفویت حق غیرکرده، که آن رجوع به مال است، چون بعد تلف، ممکن نیست. و انحصار عوض از حق، در استیفای مثل یا قیمت، ممنوع

۱: اصل عبارت نسخه: و بیع به عنوان قطع و لزوم و امثال آن.

است. بلکه مستحق عوض‌المثل از حق است. یا همان عقوبت روز جزا. چون [بایع] ثمن را در دست دارد، و تضییع مال او نشده[1].

و اما در جواز رجوع فسخ: پس به جهت آنکه متبادر از اخبار بیع خیار و ادله آن، صورت بقای مبیع است که ممکن باشد رجوع درآن. نه در صورت تلف. پس لزوم بیع در تحت قاعده لزوم باقی می‌ماند.

و بعد از آن گفته است «که هرگاه تلف از بایع به عمل آمده یا [از] اجنبی، و خیار از برای مشتری باشد، مشتری اختیار دارد، می‌خواهد فسخ می‌کند و رجوع می‌کند به بایع به قیمتی که داده. و می‌خواهد ملتزم بیع می‌شود و مطالبهٔ مثل مبیع یا قیمت آن را از کسی می‌کند که تلف کرده».

و گویا وجه آن، این است که اطلاق شرط خیار فسخ، شامل صورت تلف هم هست. پس هرگاه فسخ کرد، ثمن را استرداد می‌کند. و هرگاه بایع خود، مبیع را تلف کرده، آن در حکم رد به او است، و هرگاه اجنبی تلف کرده ، بایع به او رجوع می‌کند و عوض یا قیمت را از او می‌گیرد. و هرگاه ملتزم شد بیع را و فسخ نکرد، پس تالف مال او است و متلف غاصب است. خواه بایع باشد و خواه اجنبی.

و بر این مقدمات همگی، منع راه دارد. پس شاید توان گفت که مبیع ملک مشتری بود نظر به قاعده انتقال ملک به صیغه. و بایع یا اجنبی غاصب‌اند و ضامن مثل، یا

۱: در انتقال ملکیت، قول مشهور این است که به محض وقوع عقد مبیع مال مشتری و ثمن مال بایع می‌شود. و نیز قول مشهور در مسئله «اگر متخلف مشتری باشد و صاحب خیار بایع باشد» این است که مشتری مخیر است یا به مثل رجوع می‌کند یا به قیمت.

میرزا(ره) در مسئله اول همراه مشهور است و در مسئله دوم همراه غیر مشهور. و با استدلال فوق مشهور را به «نتیجه لازم» سخن‌شان الزام می‌کند.

در اینجا توضیح این نکته لازم است: آنان که نام‌شان را در مسئله اول «مشهور» می‌گذاریم، عین‌همان اشخاص نیستند که در مسئله دوم به نام «مشهور» خوانده می‌شوند. تا تصور شود که مشهور در دو مسئله دچار نوعی تناقض شده است. بل منظور «اکثریت» است.

در مسئله اول، اکثریت آن نظریه را داده و در مسئله دوم اکثریت این نظریه را داده است. و این اکثریت در مسئله دوم تشکل یافته از تعدادی از اعضای اکثریت اول همراه با تعدادی از اقلیت اول.

قیمت‌اند و مشتری مطالبه می‌کند از ایشان. و دیگر فسخ و رجوع مذکور دلیلی ندارد.

و بعد از آن گفته است که «هرگاه خیار از برای بایع باشد و متلف اجنبی باشد، باز مختار است بایع به نحوی که گذشت در خیار مشتری». یعنی اگر خواهد الزام بیع می‌کند و ثمن را نگاه می‌دارد و امر مبیع با مشتری خواهد بود، و او رجوع می‌کند به اجنبی به مثل، یا قیمت. و اگر خواهد فسخ می‌کند و ثمن را رد می‌کند به مشتری، و مطالبهٔ ملک را می‌کند، و رجوع می‌کند به مشتری یا اجنبی.

و گویا وجه آن در رجوع به مشتری با وجود آنکه اجنبی تلف کرده، این است که در وقت بیع، شرط کرده که وقتی که ردّ ثمن نماید (مثلاً) فسخ بیع تواند کرد، و استرداد مبیع از مشتری کند. و آن مشروط نیست به اینکه باقی مانده باشد ملک در تحت ید او. ووجه رجوع به اجنبی این است که در صورت فسخ، مبیع عود می‌کند به بایع، و مفروض این است که خود مبیع اگرچه تلف شده لکن عوض آن در ذمه اجنبی مستقر شده به قاعدهٔ غصب و اتلاف، پس می‌تواند به او رجوع کند.

و این مقدمات نیز محل مناقشه است. زیرا که دلالت شرط تسلط بر فسخ بیع (و رجوع هریک از عوضین به صاحبش) بر جواز تسلط بر رجوع به عوض آن عوضین، ممنوع است. و همچنین در رجوع به اجنبی اشکال است. زیرا که او در حین اتلاف، مال مشتری را تلف کرده، نه مال بایع را. پس تسلط رجوع به اجنبی مختص مشتری است، نه بایع.

پس شاید توانیم گفت که چون محل فسخ و عود که نفس مبیع است منتفی شده، خیار فسخ منتفی بشود، و باید ملتزم بیع شود، و به همان ثمن که گرفته قانع باشد. چون اصل در بیع، لزوم است. و دلیل خیار در اینجا تمام نیست، و مشتری رجوع می‌کند به اجنبی، چون مال او را تلف کرده.

یا بگوئیم که چون بیع در اول واقع شده به شرطی که آن شرط در نفس‌الامر تحقق نمی‌پذیرد، پس آن شرط هرچند مشروع باشد (و فاسد نباشد که به فساد آن لازم آید فساد مشروط چنانکه اقوی این است) و لکن انتفاء شرط مشروع، منشأ ثبوت

خیار می‌شود در اصل معامله که آن را «خیاراشتراط» می‌گویند. پس در این موردِ خیار شرط، خیار اشتراط حاصل [می] شود، و خیار شرط، شرط خیار اشتراط، می‌شود. و لازم آن تسلط بر فسخ است و رجوع می‌کند به مشتری، نه به اجنبی، هرچند مشتری تواند به اجنبی رجوع کند.

والحاصل: فروع این مسئله بسیار مشکل است و دلیل اکثر آنها واضح نیست. و آخوند ملا احمد(ره) در **شرح ارشاد**ـ هرچند از کلامش چیزی نفهمیدم. چون نسخه بسیار مغلوط بود لکن ـ در آخر کلام گفته است که «دلیل فروع این مسئله معلوم ما نیست، مگر بعضی اعتبارات عقلیه که معتمد نیست. حق تعالی توفیق فهم به ما عطا کند».

و همچنین صاحب **کفایه** هم، گفته است که «مستندی در این مسئله نمی‌دانم به غیر از آن روایات که مذکور شد و از مورد آنها نباید تعدی کرد».

ولکن بفضل‌الله تعالی ، دلیل بسیاری از فروع مسئله را بیان کردیم. حق تعالی از فضل و رحمت خود ظهور صاحب‌الامر(ع) را با عافیت نزدیک کند

۱۱۹ـ سئوال: شخصی حیوانی فروخت به نسیه به دیگری به موعد معین. و مشتری قبل از انقضای مدت غایب شد، و نیامد تا مدت منقضی شد. آیا بایع خیار فسخ دارد یانه؟ـ؟ و هرگاه خیار ندارد، مطالبهٔ حیوان یا قیمت آن را می‌تواند کرد یانه؟ـ؟.

جواب: در اینجا خیار فسخ نیست. و آنچه به گوش سائل رسیده، در بیع نقد است که هر گاه شخصی بفروشد مالی را حالاً یا مطلقاً (که آن هم منصرف می‌شود به حال بدون اشکال) در اینجا

شهیدان گفته‌اند: اگر شرط کنند که باید تاخیر قیمت از امروز نشود (مثلا) یا از فردا تجاوز نکند، شرط لازم است. و هرگاه آن وقت گذشت و تسلیم نشد، اختیار فسخ با بایع خواهد بود.

و شهید ثانی علاوه بر عدم تسلیم، «عدم امکان اجبار بایع مشتری را بروفا به

ثمن» را هم[1] ذکر کرده. بلکه شهید ثانی گفته است که «درصورت اطلاق هم خیارثابت است. مثل سایر شروط».

و ظاهراً مراد او این است که درصورت شرط تعجیل، [و] عدم تعیین زمانی که تاخیر از آن نکنند، هرگاه از اول وقت اداء تاخیر کند، مثل سایر شروط است. نه اینکه در مطلق بیع نقدی که یک صورت آن اطلاق بیع است بدون قید نقد و نسیه. و بدون شرط تعجیل هم، به مجرد تاخیر از اول زمان، خیار فسخ باشد. به جهت آنکه در این صورت شرطی در ضمن عقد بیع نشده. و آنچه مقتضای ماهیت بیع مطلق، است که محمول بر نقد می‌شود، این است که می‌تواند فورا مطالبهٔ قیمت کند. و این داخل شرط نیست. بلکه این نفس مقتضای بیع، است والا در بیع نسیه هم بایست به مجرد تخلف از زمان نسیه، خیار ثابت شود، به سبب اینکه شرط شده که در آن وقت بدهد. پس جواز مطالبهٔ قیمت در بیع نقد در اول زمان، و در بیع نسیه در زمان انقضای اجل، و لزوم وفا بر مشتری، این هردو از مقتضیات اصل بیع‌اند. نه شرط ضمن عقد.

باقی ماند کلام در اینکه: هرچند سخن شهیدین (در ثبوت خیار در صورت تخلف از شرط) خوب است نظر به مقتضای قاعده خیار اشتراط. ولکن دو بحث [برآن] وارد است:

یکی آنکه: تخصیص کلام به ثبوت خیار از برای بایع در تاخیر ادای ثمن، وجهی ندارد. بلکه هرگاه شرط تعجیل تسلیم مبیع هم بشود و تاخیر در آن شود، خیار از برای مشتری هم خواهد بود.

دوم اینکه: هرگاه شرط کند در بیع نسیه، که تاخیر ادای ثمن از حین انقضای اجل نکند. باز همین اقتضای شرط، جاری خواهد بود. پس تخصیص کلام به نقد خالی

۱: توضیح: یعنی شهید ثانی می‌گوید: خیار فسخ با دو شرط برای بایع حاصل می‌شود:
الف: مشتری ثمن را در موقعش تسلیم نکند.
ب: بایع نتواند مشتری را بر پرداخت ثمن مجبور کند.
تذکر: توجه به توضیح بالا برای آسان شدن ادامه مطلب لازم است.

از وجه است.

و سخن دیگر هم در این مقام هست. که «شرط[1] عدم تمکن از اجبار مشتری بر ادای ثمن» که در کلام شهید ثانی است، محتاج است به دلیل. و آنچه در رسالهٔ «شرط ضمن‌العقد» تحقیق کرده‌ام این است که: در شرطی که در ضمن عقد می‌شود، بر «مشروط علیه» واجب است وفا. و از برای «مشروط له» نیست که اجبار او بر وفا، هرگاه امتناع کند. و اما وجوب اجبار مشروط له او را بر وفا، پس آن دلیلی ندارد. بلکه خیار از برای او ثابت است و تقصیر از جانب مشروط علیه شده. و این فکر هرچند در آن مسئله در اول از منفردات حقیر بود. ولکن در آخر موافقت کلام شهید(ره) در **دروس** با فکر خود دیدم، و در این مقام هم، از شرط عدم امکان اجبار او بر وفا، ساکت است.

هرگاه این دانسته شد، بر می‌گردیم بر سر «مطالبهٔ حیوان یا قیمت» در صورت سئوال. و جواب آن این است که هرگاه متضرر نمی‌شود، صبر کند تا غایب بیاید. و هرگاه متضرر می‌شود به سبب طول زمان غیبت. پس اولا باید رجوع کند به حاکم شرع و به اذن او استیفای طلب خود بکند. و هرگاه ممکن نباشد استیفای آن به اعانت حاکم به سبب نبودن حاکم. یا به سبب عجز از اثبات. در آن وقت می‌تواند تقاص حق خود بکند از مال او. و آن حیوان هم از جملهٔ مال اوست. پس گمان نکند که می‌تواند حیوان را بردارد هرچند قیمت آن مضاعف شده باشد. بلکه مساوی طلب خود را بر می‌دارد. و کیفیت تقاص و شرایط آن را در کتاب قضای همین مجموعه، بیان کرده‌ام.

۱۲۰- سئوال: زید دختر عمرو را از برای پسر یا برادر خود نامزده کرده است. و در بعضی از ولایات، قانون چنین است که ابریشم و پشم و پنبه می‌دهند تا دختر در خانهٔ پدر خود نشسته است به عمل بیاورد. و حال پسر زید فوت شده و اجناس در خانه پدر دختر مانده. آیا چه چیز به پسر یا برادر زید می‌رسد؟.

۱: شهید ثانی حصول خیار برای بایع را مشروط کرده بود بر اینکه برای بایع ممکن نشود اجبار مشتری بر پرداخت ثمن.

جواب: اصل آن ابریشم و پشم و پنبه که داده‌اند بریسند و ببافند و به خانهٔ شوهر بیاورد، مال صاحب آنها است و مال دختر نمی‌شود. ولکن هرگاه دختر را امر کرده‌اند به ریشتن و بافتن و امثال آن، دختر مستحق اجرت عمل خود هست.

۱۲۱ـ سوال: زید ملکی را به عمرو می‌دهد از باب شیربها، که دختر او را بگیرد. عمرو آن ملک را می‌فروشد به بکر. آیا بعد از فوت زید، وارث او می‌تواند آن ملک را، از بکر استرداد کند با اجرة المثل،؟ یا از عمرو؟.

جواب: هرچند شیربهای متعارف این زمان که محض به جهت استرضای اولیای دختر در اجابت او، می‌دهند، لزوم ندارد. و مادامی که عین باقی است، می‌توانند استرداد کنند. لکن نقل به ملک به غیر به منزلهٔ اتلاف است. و در صورت اتلاف، رجوع نمی‌تواند کرد. چون ظاهر این است که او را مسلط بر ملک خود کرده است به عنوان تملیک. نه مجرد اباحهٔ محضه و او ملک را از ملکیت خود بیرون کرده. چنانکه هرگاه مشتری علم دارد که بایع، مال غیر را بدون اذن او فروخته و اسبی را در قیمت آن ملک بدهد، و بایع آن اسب را بفروشد به غیر و مالک هم اجازهٔ بیع را بکند، ظاهر این است که مشتری رجوع نمی‌تواند کرد نه به اسب و نه قیمت آن ـ نه به بایع و نه به مشتری.

۱۲۲ـ سئوال: زید و عمرو شریکند در قطعه زمینی بالمناصفه. و زید بدون اطلاع عمرو زمین را قیمت می‌کند. و بعد از تعیین حصهٔ خود، آن حصه را به بکر می‌فروشدو عمرو می‌گوید به این قسمت راضی نیستم. آیا بیع صحیح است یا باطل؟ـ؟.

جواب: قسمت زمین با عدم رضای عمرو باطل است. وبیع هم باطل است. و بکر هیچ حقی در زمین ندارد.

و اگر کسی بگوید چون زید مالک نصف زمین هست، پس چرا در قدر حصهٔ خود صحیح نباشد(؟) و حال آنکه فقها تصریح کرده‌اند به اینکه هرگاه کسی مملوک خود را با غیر مملوک به یک صیغه بفروشد به قدر حصهٔ خود صحیح است. و در باقی موقوف است بر اجازه مالک، پس باید نصف مشاع این نصف که ربع مجموع زمین است مال بکر باشد. بیش از این نیست که بکر هرگاه علم نداشت به حال، و بعد مطلع شد، مسلط بر

فسخ باشد. به جهت عیب به «تبعض صفقه».

گوئیم: حصول ملک از برای بکر مشتری، ممکن نیست. و این بیع منشأ تملک مشتری و حصول ملکیت نمی‌شود به جهت آنکه حصول ملکیت و صحت بیع باید مستلزم ترتب آثار ملکیت و بیع باشد. و از جملهٔ آثار ملکیت و خواص آن، این است که هرگاه ملک مشاع باشد میان دو نفر، و آن ملک قابل قسمت اجباریه باشد، توانند هریک از آنها اجبار کنند شریک را (به خودی خود، یا به مباشرت حاکم) بر قسمت آن ملک در مافیه الشیاع.

و در مانحن فیه بعد از آنکه حکم کردیم به بطلان قسمت زید می‌گوئیم مراد تو از شیاع در تصحیح بیعِ نصفِ آن نصف که ربع مجموع است (که بکر مالک آن می‌شود علی سبیل‌الشیاع) آیا اشاعه در همین نصف معین است یا اشاعه در ملک(؟ـ؟). اگر مراد ثانی است پس آن خلافِ مفروض است[1].

و اگر مراد، اول است[2] می‌گوئیم که ترتب آثار ملک مشاع که یکی از آن آثار، جواز

۱: می‌توان گفت خلاف مفروض نیست بل عین مفروض است. زیرا فرض این است که منصرف شود به اشاعه در مجموع همان طور که مسئله مورد تنظیر از کلام فقها نیز چنین است.
و اگر منظور مصنف از «مفروض» چیزی است که در نظر بایع بوده، باید گفت در مسئله مورد تنظیر هم، همینطور است. پس نیاز به پاسخ دیگر است. و پاسخ قاطع همان است که مصنف(ره) در پاسخ ادعای انصراف این بیع به «نصف مشاع مجموع زمین» خواهند گفت ـ در آخر همین مسئله ـ که عقد بر نصف معین شده و تعیین باطل است. و جنس بدون فصل بقائی ندارد.

۲: صورت اول به شکل زیر تصویر می‌شود:
از نصف دیگر زمین که مورد معامله قرار نگرفته، قطع نظر می‌شود. و می‌ماند یک قطعه زمین (همان نصف مورد معامله) فروخته شده که نصف آن مستحق للغیر درآمده. در این صورت، بیع منصرف می‌شود بر مال بایع که نصف مبیع است و ربع کل زمین.
لیکن (همانطور که مصنف(ره) در پاسخ گفته است) نمی‌توان از نصفی که مورد معامله قرارنگرفته صرفنظر کرد. زیرا مستلزم ضرر شریک است.
اما اگر بایع همهٔ مجموع زمین را (جهلا اوغصباً) می فروخت، در صورت جهل بر اینکه نصف زمین مال شخص دیگر است، قابل تصحیح می‌گردید و در صورت غصب، همان اختلاف جنجالی پیش می‌آمد که در ←

اجبار بر قسمت است در مافیه الشیاع. آیا در مانحن فیه ثابت است که شریک تواند اجبار کند مشتری را، (یا به عکس) در قسمت کردن آن ربع در مجموع ملک، که هرجا به قرعه درآید بعد تعدیل سهام، مال مشتری باشد یا شریک. یانه؟ـ؟ اگر می‌گوئی بلی، گوئیم آن خلاف قاعده است که شریک تواند اجبار کند شریک را در قسمت مشاع در غیر مافیه‌الشیاع، چون مفروض این است که نصف مشاع آن نصف معین را مالک است، و دخلی به نصف دیگر ندارد.

و اگر می‌گوئی نمی‌تواند، به جهت اینکه مشتری مستحق ربع شایع در این نصف معین، است، و آنچه توان اجبار کرد در آن قسمت آن ربع است در همان نصف معین. چنانکه از جملهٔ آثار ملک مشاع این است.

می‌گوئیم که وجه اجبار درقسمت ربع دراین نصف معین، از برای مشتری چه چیز است؟ و استحقاق این اجبار به جهت مشتری از کجا به هم رسید؟ و حال آنکه آنچه به او رسیده همان حقی است که بایع داشت و بایع چنین حقی و تسلطی را نداشت که اجبار کند شریک را در تقسیم این ربع در همین نصف معین. بلکه آنچه تسلط داشت اجبار بر تقسیم و افراز نصف مشاع مجموع بود در مجموع. به جهت آنکه تقسیم کردن نصف گاه است مستلزم ضرر شریک می‌شود. زیرا که من بعد اگر خواهند نصف دیگر را قسمت کنند، گاه است که تفرقه حاصل شود ما بین اجزاء حصهٔ شریک، و آن مستلزم ضرر است. بخلاف قسمت. جمیع در وقت واحد.

پس چون شرکت بایع در ربع مذکور به همین نحو بود که هرگاه خواهند قسمت کنند، توانند اجبار کنند در قسمت در نصف معین. پس از برای مشتری هم شرکت به همان نحو حاصل شده که بتواند اجبار کند شریک را در قسمت مذکوره. و جواز تراضی بر تقسیم نصف مستلزم جواز اجبار، نیست.

پس باید این استحقاق مشتری، از راه قسمت بایع باشد و آن خود باطل بود

← مسئله شماره ۱۱۲ گذشت. و در هر دو صورت، حل مسئله آسانتر از فروش نصف مفروز یک جانبه، است.

(چنانکه دانستی) . پس دیگر وجهی از برای تصحیح این معامله باقی نمی‌ماند. چون تصحیح عبارت است از ترتب آثار، و دانستی عدم ترتب اثر را. پس هرگاه عدم ترتب اثر ثابت شد، عدم صحت بیع هم ثابت است.

و به تقریر دیگر (که اوضح از این تقریر، است و لکن ادّق از این است) می‌گوئیم که:

معنی اشاعهٔ ملک مابین شرکاء این است که هریک به قدر الحصه، در جزء لایتجزی از اجزاء آن مبیع، مستحق می‌باشند. و اما ملاحظه آن حصه مثل نصف یا ثلث یا ربع، نسبت به مجموع، من حیث‌المجموع (به این معنی که آن اجزاء را مرکب کنیم و منضم کنیم به قدر حصه از حصه‌ها، و جدا فرض کنیم. و همچنین منضم کنیم به قدر حصهٔ دیگر، وجدا فرض کنیم. که مناصفه نسبت به مجموع ملاحظه شود، نه هرجزئی از اجزای متجزی) پس آن را هیچیک مستحق نیستند بالفعل.

بلکه استحقاق «بالامکان» است که هرگاه خواهند قسمت کنند. شارع مقدس تجویز انضمام اجزاء به قدر حصهٔ هریک کرده. که بعد از انضمام (و تعدیل سهام به قدر حصهٔ هریک نسبت به مجموع) به قرعه یا تراضی مالک شوند. پس نصف مجموع و ربع مجموع، تحقق نمی‌پذیرد الا با تعدیل سهام و تقسیم. و قبل از آن هیچیک را استحقاقی در نصف مجموع یا ربع مجموع، علی سبیل‌التعیین، نمی‌باشد.

پس بایع فروخته است چیزی را که مالک آن نیست، نه نصف را و نه ربع.

و اینکه ممکن است که مالک آن، شود (بعد تعدیل سهام و وقوع قرعه بر آن، یا تراضی بر آن)، نفعی به حصول ملکیت بالفعل ندارد. و گاه هست که بعد تعدیل و قرعه، همین نصف و ربع به حصهٔ آن شریک در آید. و بیع به شرط، هم معنی ندارد، که مراد این باشد که این نصف معین نسبت به مجموع را فروختم به تو [به شرطی] که بعد از این به حصهٔ من‌درآید. و اگر فرض صحت آن کنیم،پس باید در مجموع نصف، صحیح باشد.

و بدان که: در این مقام، گاه هست در بعضی اوهام درآید که می‌توان تصحیح این بیع کرد در اصل نصف بر سبیل اشاعه، هرچند بر سبیل تعیین تمام نشود. به تقریب

اینکه بایع فروخته است نصف این زمین معین را که جزماً مالک آن هست. بیش از این نیست که گفته است نصف این زمین، که آن نصف، همین نصف معین است، به تو فروختم. پس هرگاه تعیین باطل شد، منشأ بطلان مطلق بیع نصف، نمی‌شود. پس بیع منعقد می‌شود بر نصف مشاعی که جزماً مالک آن هست. پس مشتری شریک می‌شود با آن شریک دیگر در نصف مشاع در مجموع. و نظیر این است که فقها گفته‌اند که هرگاه کسی ملکی در دست داشته باشد که نصف آن مال غیر باشد و نصف آن زمین را بفروشد منصرف می‌شود به نصف مملوک او، و بیع صحیح است. در اینجا هم نصف مبیع است. هرچند مالک تعیین آن نیست لکن مالک خود نصف هست. پس بیع منصرف می‌شود به اصل نصف بدون تعیین که بر وصف اشاعه است.

و ظاهر این است که این توهم فاسد است. زیرا که قصد به بیع نصف متحقق در ضمن معین، شده و تعیین که باطل شد، بیع نصف معین، باطل می‌شود. و جنس بدون فصل بقائی ندارد. و آن تنظیر غلط است. به اعتبار اینکه این دو نصف در اینجا در حقیقت متمایزند، هرچند صیغهٔ بیع بر لفظ «نصف» واردشده که قابل مشاع در مجموع است. و نظیر مانحن فیه، این است که کسی بیع نسیه بکند بدون تعیین مدت. که در اینجا حکم می‌شود به بطلان. نه اینکه هرگاه نسیه بودن باطل شد، منصرف می‌شود به بیع حالّ و نقد.[1]

۱: پس می‌توان ادلهٔ عدم انصراف این بیع، به یکی از صورتهای تصحیح، را به شرح زیر خلاصه کرد:

الف: عدم انصراف به نصف مشاع در مجموع: چون عقد بر معین (که غیر مشاع در مجموع است) واقع شده و جنس بدون فصل بقائی ندارد.

ب: عدم انصراف به نصف مشاع در نصف مورد معامله (ربع مجموع ولی مشاع در نصف): به همان دلیل بالا. و نیز به دلیل عدم ترتب اثری (اجبار به تقسیم) از آثار.

بنا بر دلیل «عدم ترتب اثر»، اگر بایع نصف مشاع خود، را به صورت دو ربع مشاع در مجموع، در دو معامله جداگانه به دو نفر بفروشد. صحت این معامله‌ها منوط به اجازهٔ شریک است. زیرا همان «ضرر» در اینجا هم حضور دارد.

و نیز: اگر بایع بمیرد و سهم او به دو وارث او منتقل شود، هر کدام از آنها به تنهائی نمی‌تواند شریک را اجبار به تقسیم نماید. چون باز همان «ضرر» حضور دارد. با اینکه انتقال ملکیت در اینجا قهری است. و ←

۱۲۳-سؤال: زید خانه و محوطه به عمرو فروخته، به حدود معینی. و بعد از چند وقتی مشخص شده که زید بایع، (عمداً یا سهواً) طریق و معبر و شارع عام را داخل خانه و محوطهٔ خود نموده و به مشتری فروخته.

و مشتری که عمرو است همان خانه و محوطهٔ معروضه را (قبل از بروز دخول شارع در مبیع) به زید فروخته به بیع شرط. و قدر شارع بر مشتری، غیر معین[است]. بیان فرمایند که جهالت طاریه بعد از عقد موجب جهالت در مبیع و فساد بیع می‌شود؟. یا آنکه تعین به حدود حین‌العقد، کافی است در صحت بیع.؟.

و در صورت صحت بیع اول، آیا بعد از انتقال عمرو مشتری، مبیع مزبور را به زید (بایع اول) به بیع شرط. قبل از انقضای مدت خیار، یا بعد از انقضاء و لزوم، فسخ بیع به خیار شرکت یا خیار تبعض صفقه یا خیار غبن، از برای عمرو مشتری شرعاً جایز است یا نه؟ـ؟

و هرگاه بایع خواسته باشد به احادیثی که در باب «احیاءالموات» به جهت تعیین طرق و شوارع وارد شدهـ به این مضمون که پنج ذرع یا هفت ذرع باشدـ می‌تواند تعیین شارع، نماید به این نحو که نصف ذرع به قیاس احیاء موات از ملک خود به جهت معبر عام وضع نماید هر چند عمرو مشتری به این راضی نباشدـ؟. یا آنکه باید مشخص شود که چقدر از ملک مزبور شارع و چقدر ملک است. و بعد از آنکه معین شود قدر شارع آیا معامله صحیح است در قدر ملک؟. و بعد از وضع شارع، باید از ثمن به قدر شارع وضع شود (یعنی زید بایع به قدر قیمت ملک خود بعد از وضع شارع، از ثمن اخذ و باقی را تسلیم عمرو مشتری نماید)-؟. یا قسمی دیگر است؟.

→

صحیح است بلاخلاف و بلاشک.

پس دلیل عمده در مورد ردیف «ب» همان است که در ردیف «الف» آمده یعنی: عقد بر معین شده و جنس بدون فصل بقائی ندارد.

زیرا تکیه بر «بطلان تقسیم» در این بحث، آن کاربرد قاطع را ندارد چون فراتر از «غصب» نیست. و بحث «انصراف» در مورد شریک غاصب هم هست.

و بیان فرمایند که نقصی که در ملک به هم می‌رسد به جهت وضع شارع، باید به همان نسبت، زید بایع از ثمن ردّ نماید یا نه؟ـ؟ اعم از آنکه تنگی مکان یا خرابی به جهت شارع باشد یا نه.

جواب: ظاهر این است که جهالت طاریه، در فساد بیع مدخلیت دارد، زیرا که عقد بیع که بر مجموع مبیع واقع می‌شود بر هر یک از اجزاءِ آن هم واقع می‌شود. و دلیل بر آن خیار تبعض صفقه است. زیرا که اگر بیع بر هر بعض واقع نشده چگونه در بعض، صحیح می‌شود.؟.

از این جهت است که بعضی به سبب تبعض صفقه، اشکال در صحت کرده‌اند. چون عقد بر مجموع واقع شده، و جزء مغایر کل است. پس هر گاه ثابت شد که هر یک از اجزاء، مورد بیع است (وثمرهٔ آن در حین خیار تبعضّ صفقه ظاهر می‌شود) پس چنانکه در مجموع مبیع معلومیت، شرط است، در بعض (که هرگاه فرض شود که همان مورد بیع خواهد بود لاغیر) هم معلومیت، شرط است. و با جهالت صحیح نخواهد بود. بیش از این نیست که در حال بیع چون متفطّن این معنی نیست، جهالت آن جزء را تصور نکرده. پس حقیقتاً آن جزء از برای [او] مجهول است ولکن نمی‌داند که مجهول است. و جهل مرکب، از حقیقت جهل خارج نیست. بلی ظهور آن بعد از انکشاف استحقاق غیر در بعض، حاصل می‌شود.

و از این جهت است که حکم کرده‌اند به بطلان بیع به کیل غیرمعلوم، و سنگ غیر معروف یعنی غیر متعارف بلد. هر چند در نظر متبایعین مشاهد و معین است، و معتقد آنها این است که عین معینه غیرمجهوله را فروخته و خریده‌اند. و لکن چون در نفس‌الامر برای آنها مجهول است بیع فاسد است.

و به هر حال، چون بیع غالباً درمعرض تزلزل است، و استقرار کامل آن موقوف است به عدم ظهور موجب خیاری. پس چنانکه در اصل انتقال جهالت مضر است در استقرار آن هم جهالت مضر است. پس هرگاه در حین ظهور تبعض صفقه، ظاهر شد جهالت هر یک از بعضین، که موجب جهالت آن بعضی است که عقد بر آن با لذات صحیح

می‌توانست شد، پس هرگاه حکم به صحت بیع در آن بعض کنیم و آن را مستقر سازیم به سبب عدم فسخ، حکم به استقرار مجهول کرده‌ایم. با وجود اینکه همان حکمتی که باعث است بر حکم به بطلان بیع مجهول (یعنی لزوم غرر و سفه غالباً) بعینه در اینجا موجود است.

و این سخن که مذکور شد در حکایت اعتبار جهالت حین استقرار ملک، وضوح آن بنابرقول به عدم انتقال ملک به مجرد بیع (مطلقاً، چنانکه مذهب ابن‌جنید است، و مقیداً به اینکه خیار از برای بایع باشد یا برای هر دو، چنانکه مذهب شیخ است) بیشتر است.

خصوصاً بنابراینکه انقضای مدت خیار، «ناقل» شده نه «کاشف».

و مؤید این مطلب است (یعنی اینکه جهالت طاری هم در حکم جهالت اولی است) آنچه فقها ذکر کرده‌اند در مسئله منجزات مریض. که هرگاه بیع محاباتی در مرض موت به عمل آید در جنس ربوی. مثل اینکه ترکه مریض منحصر باشد در یک کر گندم خوب، که قیمت آن، شش اشرفی باشد. و بفروشد آن را به یک کر گندم، که قیمت آن سه اشرفی باشد. بنابراینکه منجزات در ثلث معتبر باشد با عدم اجازه وارث. که محابات در نصف شده [نه] در مقدار ثلث. پس[1] هرگاه سدس[2] را ردّ کنیم بورثه، ربا خواهد بود.

و وجه تصحیح ردّ را بیان کرده‌اند و آن طولی دارد که اینجامحل آن نیست.

و وجه تایید، این است که اعتبار کرده‌اند ظهور ربا را بعد از معامله، هر چند در حین معامله بر وجه ربا نبوده. و شاید در «کتاب صلح» همین مجموعه هم اشاره به بعض مؤیدات این مطلب شده باشد.

و بدان که: در اینجا دو حدیث بلکه سه حدیث است که ظاهر آنها این است که هرگاه کسی خانه‌ای بخرد و قدری از راه در آن باشد، بیع آن صحیح است. و آن **موثقه محمدبن‌مسلم** است عن احد هما:«قال: سئلته عن رجل اشتری داراً، فیها زیادة

۱: در نسخه به جای «پس» حرف «که» آمده.

۲: مجموع شش اشرفی است ثلث آن دو اشرفی می‌شود پس باید یک اشرفی که سدس مجموع باشد به ورثه برگردد تا وجه محابات دو اشرفی باشد.

عن‌الطریق. قال: ان کان فی‌ما اشتری، فلاباس».[1]

وشیخ به‌سند معتبر دیگر همین حدیث را روایت کرده، از محمد بن مسلم، از ابی‌حمزه، از باقر(ع)، و روایت کرده است ایضاً از ابی‌جمیله، از عبدالله‌بن امیه، «انه سئل ابا عبدالله ـ ع ـ عن‌دار یشتریها، فیکون فیها زیادة عن‌الطریق. قال: ان کان ذلک دخل علیه فی ما حدّ له، فلاباس[2].».

و شیخ و ابن ادریس و محقق چنین فهمیده‌اند حدیث را، که قدری از شارع مسلمین داخل خانه بوده است. و توجیه آن به این نحو می‌شود که فعل مسلم محمول بر صحت است. پس هر گاه قدری از راه داخل خانه بوده و آن را فروخته، محمول است براینکه زاید بر حد شرعی بوده است و آن زاید را احیاء کرده. و ممکن است که مراد از طریق در حدیث طریق مملوک باشد، و این اظهر است، به قرنیهٔ آنکه فرموده که هر گاه داخل در حدودی بوده که بایع آن را داخل مَبیع کرده، باکی نیست. و صاحب **وافی** هم این احادیث را در باب حدود مبیع ذکر کرده.

و از **نهایهٔ** شیخ و ابن ادریس نقل شده که هرگاه آن زیادتی متمیز نیست، بر او چیزی نیست. و هرگاه متمیز است، باید آن را برگرداند به طریق، و درک را از بایع بگیرد. و محقق در **نافع** بعد از آنکه تضعیف روایت کرده است، و نقل این قول را از شیخ کرده، تفصیل شیخ را منع کرده و اختیار بطلان بیع کرده است از اصل، درصورت عدم تمیز، و اختیار صحت در مملوک کرده با خیار فسخ به جهت تبعض صفقه، درصورت امتیاز با جهل مشتری به حال.

و وجه منع، این است که عدم تمیز منشاء مباح شدن آنچه از راه گرفته نمی‌شود. و

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقدالبیع، باب ۲۷ ح ۳. تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳.

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقدالبیع، باب ۲۷ ح ٤.- تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳.

قابل ذکر است که حدیث دیگری (به‌طور مرسل) داریم که پیام این دو حدیث را تایید می‌کند . رجوع کنید: بحار: ج ۱۰٤ ص ۲۵۷ ح ۱۱، احیاءالموات.

وجه اینکه اختیار کرده است بطلان بیع از اصل [را]، این است که مبیع مجهول است در صورت عدم تمیز. زیرا که آنچه ملک مالک است، معلوم نیست. بخلاف صورتی که متمیز باشد. زیرا که در آنجا مانعی از صحت بیع نیست. بلی چون صفقه متبعض می‌شود، خیار فسخ دارد، درصورتی که مشتری جاهل بوده باشد.

چنانکه حقیر بیان آن را کردم. اطلاع بر کلام محقق بعد از آن بود که به فهم قاصر مطلب را یافته بودم. و بعد از این مطلع شدم بر کلام ابن‌فهد حلّی در **مهذّب**، و از کلام او برمی‌آید که در صورت عدم تمیز باز خیار فسخ از برای مشتری هست. به سبب اینکه عیب بزرگی است که مملوک مخلوط به غیر مملوک است. و گفته است که «هرگاه مشتری فسخ نکند و مبیع را نگاه دارد، ارش نمی‌تواند گرفت. به سبب عدم علم به قدر آن» و مطلقا متعرض دلیل محقق در حکم به بطلان نشده. و عجیتر اینکه آنچه را گفته، مقتضای قواعد دانسته.[1]

و امّا کلام در اینکه: جایز است که کسی از شارع مسلمین احیا کند یا نه؟ـ؟ و بر فرض جواز، حدّ آن چه چیز است؟. پس بعد از این مذکور می‌شود.

و امّا سوال از اینکه: بر فرض صحت بیع، آیا این تصرّف مشتری که آن ملک را به بایع فروخته به شرط خیار، مسقط خیار فسخ هست یا نه؟ـ؟. جواب آن را قبل از این نوشته‌ام. وحاصل آن اینکه تصرفی که مسقط خیار است تصرفی است که دلالت کند بر رضای به ملک بااسقاط خیارات. یعنی راضی باشد که آن ملک مال او باشد به عنوان «لزوم» بدون بقای خیاری. و بیع شرط مذکور مستلزم آن نیست، بلکه چون متفطن این احتمال نیست (که شاید بعض مبیع مال غیر باشد. خصوصاً چنین غیری که شارع عام است و اجازهٔ بیع از جانب آن هم معنی ندارد[2]) احتمال آن‌گونه «الزام» قریب به محال عادی است.

۱: اگر جهالت مانع از ارش است، پس مانع از صحت اصل بیع نیز می‌باشد، و در اینجا به دلیل «وحدت دلیل» میان اصل بیع و ارش، ملازمه هست.

۲: مگر در زمان بسط ید حاکم عادل که درشرایطی معنی پیدا می‌کند، و حکومت اجازه می‌نماید.

و اما سوال از تمسک بایع در تصحیح، به احادیثی که درتحدید طریق وارد شده: پس بدان که دراین مقام چندین مرحله از کلام هست: **اول** اینکه آیا تحدیدطریق، به چه، قدر، است؟. **دوم** آنکه آن تحدید مذکوره دراخبار، از برای طریق مبتکر، است یا اعم؟-؟. **سوم** آنکه آیا جایز است احیای زاید برآن مطلقاً یا نه؟-؟. **چهارم** اینکه آیا جایز است تبدیل شارع به زمین دیگر یا نه؟-؟. **پنجم** اینکه تبدیل نفعی می‌بخشد دررفع جهالت تاتصحیح بیع باشد یا نه؟-؟

اما اول: پس اظهر این است که حد طریق هفت ذراع باشد چنانکه در **موثقهٔ** سکونی[1] و **روایت** مسمع بن‌عبدالملک[2]. بلکه در **بحار** از «نوادر راوندی» هم حدیثی[3] نقل کرده که اشعار به آن دارد. و این قول، از اکثر اصحاب نقل شده. وقول دیگر پنج ذراع است. چنانکه **موثقهٔ** بقباق[4]، دلالت دارد برآن. و هرچند که محقق و علامه این تحدید را درخصوص طریق مبتکر نقل کرده‌اند (یعنی هرگاه کسی خواهد زمین مواتی را احیاء کند و محتاج به راه باشد و کسی دیگر هم خواهد درجنب آن احیای مواتی کند. درکمتر از این مقدار نمی‌تواند تصرف کرد) ولکن ظاهر این است که این تحدید از برای مطلق شارع است، چنانکه جمعی از محققین گفته‌اند. و روایات هم منافات بااین ندارد. زیرا که هرچند سؤال از حال[5] مبتکر است ولکن اعتبار[6] به عموم جواب، است.

---

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۷ ص ۳۳۹، ابواب احیاءالموات، باب ۱۱ ح ۵ و ۶

۳: بحار: ج ۱۰۴ ص ۲۵۵، باب‌المشترکات و احیاء الموات، ح ۱۲.

توضیح: مطابق این حدیث عرض راه، ۱۴ ذراع می‌شود زیرا عبارت«مابین العین الی العین خمس مأة ذراعاً و الطریق الی الطریق اذا تضایق علی‌اهله سبعة اذرع» آمده است. یعنی راه به طور نوطرفه درنظر گرفته شده.

۴: وسایل: ج۱۳، باب ۱۵، کتاب الصلح، ح۱.

۵: علاوه براینکه سؤال از مبتکر است، ماهیت راه نیز طوری است که غالباً عرض آن درحین ابتکار و تاسیس، عنوان می‌شود. و روشن است که نظریه محقق و علامه برنظریه مصنف رجحان دارد.

۶:اصل در موات عدم مالکیت بخش خصوصی،است و احیاء و تملک نیازمند اذن خاص یا اذن عام امام(ع) است. پس به هنگام تعارض «خصوص مورد» با «عموم اعتبار» دراینجا خصوص مورد، مقدم است. زیرا اصل عدم صحت تملک است درمورد شک، و دراینجا تعدی از مورد نص باطل است، پس نظریه مرحوم میرزا، مرجوح می‌باشد.

←

و از اینجا حال مرحله **دوم**، هم معلوم شد.

و اما سوم: پس ظاهر ادله جواز احیای زاید براین مقدار است. و بعضی گفته‌اند که هرگاه شارعی باشد که محتاج به بیش از این باشد مثل محل تردد حاج و زوار که شتر یا کجاوه عبور می‌کند هرقدر حاجت باشد باید به جا گذاشت. و این هرچند خالی از اشکال نیست (زیرا که غالب آن است که به هفت ذراع، رفع حاجت می‌شود و شتر هم به قطار می‌تواند رفت. والا گاه هست که هفتاد ذراع هم بس نیست) ولکن احوط این است که درچنین جائی ترک کند.

و اما مرحلهٔ چهارم: پس هرچند درنظر حقیر قوت دارد جواز تبدیل شارع به زمینی که درجنب آن باشد، درصورتی که به هیچ وجه ضرر به مارّه نرسد. و قرب و بعد تفاوت نکند. خصوصاً هرگاه تبدیل، انفع به مارّه باشد. و اجماع و اخباری که دلیل منع تصرف شارع است، شامل چنین جائی نیست.ولکن احوط عدم تبدیل است.

و اما مرحلهٔ پنجم: پس می‌گوئیم که این تبدیل، نفعی برجهالت مبیع نمی‌کند، زیرا که این چاره‌ای است درتعیین مبیع، بعد از آنکه بیع برمجهول واقع شده، باوجود اینکه بروجه تصحیح این مطلب هم، مبیع خالی از عیب نیست، و باز مورد خیار عیب هست، چون این مسئله از مسائل اجتهادیه است، بلکه خلاف ظاهر مشهور علما است، پس این بیع در معرض مناقشه و دعوی خواهد بود، و به سبب تجدد رأی مجتهد دیگر (بنابر اینکه نقض فتوی باشد چنانکه مشهور است) محل سنوح عوارض است. پس به این سبب باز خیار فسخ ثابت خواهد بود.

و اما اگر مشتری به این معنی راضی نباشد (چنانکه مورد سؤال است) دیگر امر اوضح خواهد بود.

اصل و اساس این بحث، به راههای مزارع مربوط است. و درسایر راهها به طبیعت جامعه و عرف عملی مردم واگذار شده است. و مطلوبترین عرض برای راه دراسلام (حداقل) شصت ذراع است. رجوع کنید: بحار: ج ۱۰٤، ص ۲٥٤، احیاءالموات، ح ٦. موثقهٔ علی بن ابی‌حمزه.

باقی ماند در این مقام سخنی که سائل از آن سؤال نکرده و آن این است که: هرگاه بایع بگوید که بلی از شارع داخل آن کرده‌ام.ولکن هفت ذرع پا پنج ذرع وضع کرده‌ام از برای شارع و اضافه را داخل کرده‌ام، و مزاحمی دراین دعوی نداشته باشد. ظاهر این است که مصدق است و بیع هم صحیح است. خصوصاً هرگاه مقدار داخل کرده، را هُم تعیین کنند که به هیچوجه جهالتی باقی نمی‌ماند. دراینصورت بیع صحیح است. و لکن همان شبههٔ خیار عیب باقی می‌ماند که اشاره به آن کردیم. پس مخیر خواهد بود میان ردّوارش.

واما سؤال از صحت معامله بعد از تعیین قدرشارع: پس آن از سخنهای پیش معلوم شد. که بیع صحیح است ولکن خیار تبعض صفقه (درصورتی که برخلاف شرع داخل کرده باشد) و خیار عیب (درصورتی که بروجه صحیح داخل کرده باشد) ثابت است. هرچند که عیب بودن در صورت حکم حاکم به ادخال (که نقض آن جایز نیست) معلوم نیست. و همچنین هرگاه به تقلیدمجتهدی کرده باشد، که اظهر درنزد حقیر آن است که دراینصورت نقض فتوی هم جایز نیست. ولکن در صورت مسامحه و «رجماً بالغیب» هرگاه کرده باشد، مظنهٔ دخول در عیب کمال وضوح [را] دارد.

و اما سوال از کیفیت استرداد قیمت درصورت التزام بیع، و عدم فسخ: پس چون ظاهراین است که این از باب یک جفت در، است که بفروشدو یک تای آن مال غیربرآید. که هیئت مجموعیت دخل دارد درتفاوت قیمت و قیمت هریک منفرداً که ملاحظه کنیم مجموع این دو قیمت، کمتر است از قیمت مجموع. پس باید اولاً هریک از مقدارزیادتی طریق و خانهٔ مملوکه را قیمت کرد جدا، جدا. و نسبت داد قیمت احدهما را به مجموع قیمتین (نه به مجموع قیمت‌آنها در حال اجتماع) واز ثمن اصل‌مجموع آن دوزمین که معامله برآن واقع شده، اخذکرد به همان نسبت. مثلاً خانه را به شصت ریال خریده است والحال زیادتی راه را که قیمت می‌کنیم سی‌ریال است، و خانه مملوک را که قیمت می‌کنیم شصت ریال است که مجموع، نودریال است. و سی نسبت به نودثلث است. پس مشتری ثلث ثمنی که درعوض مجموع داده- که بیست ریال است- پس می‌گیرد.

این طریق را در تقسیم ثمن، بعضِ علما ذکر کرده‌اند. و هر چند بر این وارد است که در بعضی صورمستلزم ضرر مشتری می‌شود- در صورت جهل به حال- چون او ثمن را در ازای مجموع داده است. نه در ازای هریک. چنانکه در صورت سؤال است. و لکن این ضرر مندفع می‌شود به ثبوت خیار از برای او.

وبدان که: بعد حصول بیع و قبض مشتری، بر بایع و مشتری (هردو) لازم است رد شارع برحال خود. و غرامتی که بسبب خراب کردن خانه و تسویهٔ شارع حاصل می‌شود، هرگاه مشتری متحمل آن شده، رجوع می‌تواند کرد به بایع. چون جاهل و مغرور بوده. و هرگاه ردّشارع به حال خود، مستلزم خراب شدن بعض خانه‌ها[1] بالتمام، یا بعض آن بعض باشد، آن خسارت راجع به بایع می‌شود. و اجرت عمل با اوست.

و در صورت امضای بیع، آلات و ادوات از احجار و اخشاب و آجر، مال مشتری است. والحال که خانهٔ مملوک قیمت می‌شود منفرداً نسبت به این خانه‌های[2] خراب، مخروبهٔ آنها قیمت می‌شود. نه خانهٔ صحیح. و قیمت آلات و ادوات هم از برای بایع ملحوظ می‌شود. یعنی آن خانهٔ مملوک را با این آلات و ادوات منفرداً قیمت می‌کنند و زیادتی شارع را منفرداً. بعد از آن ملاحظهٔ نسبت را می‌کنند. چنانکه گفتیم. و اما سؤال از نقصی که در ملک به هم می‌رسد: اگر همین است که مذکورشد، جواب همین است. والا، باید سؤال واضحترشود تا جواب گفته شود.

باقی ماند کلام در طریقهٔ تخلص از شارع در صورت جهالت، هرچند در سؤال مذکور نیست لکن آنهم مهم است. پس می‌گوئیم که هرگاه معیار بنا را در طریق همان هفت ذراع یا پنج ذراع گذاریم و درآن طرف بیرون، طریق معین باشد و جهالت درجانب خانه باشد، پس تتمیم می‌کنیم نقص آن راه از مقدارمقرر [را]. و هرگاه بنا را براینگذاریم، یا آنکه حدّ آن سمت بیرون، معلوم نباشد، درآن چند وجه معتبراست:

یکی آنکه به قدری داخل شارع کنیم که یقین حاصل شود که بیش از آن داخل

۱و۲: مراد از «خانه‌ها» اطاق‌ها است

خانه نشده. و دوم آنکه به ظن غالب اکتفاکنیم. سوم آنکه به مقتضای اصل برائت، اقل متیقن را وضع کنیم. و شاید اظهر وجه اول باشد. وابن فهدحلی در مهذب اکتفا به دو وجه اول کرده. و در کلام ابن فهد اغتشاشی هست، که فی‌الجمله اشاره به آن کردم که غافل از تحقیق محقق (ره) شده. و مقام مقتضی بسط کلام در آن نیست.

۱۲٤-السؤال: لوباع احداولاد الغائب، امته لضرورة المعاش اوغیرها. و اشتراها احدعالما بانها مال الغائب، اوجاهلاً. ثم استولدها المشتری. فکیف حال البیع جوازاً و حرمة و صحةً و فساداً-؟-؟ وکیف حال الولد فی‌الرقیه‌والحریة؟ و اللحوق وعدمه؟.وکیف حال المهروقدره؟

الجواب: لایجوز بیع مال الغائب، [لا] لاولاده ولالغیرهم. ولایصح ایضاً الا اذا امضاه ولیّه و هوالحاکم (ان لم یکن مجنوناً اوسفیهاً اتصل سفهه بصغره). فان اشتراها احد و هوجاهل بانها مال الغیر، فیجوز للمالک او ولیّه انتزاعها عنه- بلاخلاف و اشکال-. و الاخباربها مستفیضة وسیاتی بعضها.

وکذا اجرة ما استوفاه من منافعها، و قیمة الولد المستولد منها یوم‌السقط حیّاً. لانه نماء ملکه التابع له. و انما یعدل من الولد الی القیمة ، للا خبار الدالة علی ان‌الولد یتبع اشرف ابویه. فهی‌المخصّصة لقاعدة تبعیة النمّاء. و لخصوص الاخبارالمستفیضة، منها موثقة جمیل‌بن درّاج فی‌التهذیب عن‌الصادق(ع) «فی‌الرجل یشتری الجاریة من‌السّوق فیولدها. ثم یجیئی مستحق‌الجاریة(؟). قال: یاخذالجاریة المستحق و یدفع‌الیه المبتاع قیمةالولد، و یرجع علی من باعه بثمن الجاریة و قیمةالولد التی اخذت منه»[1]

و منها مرسلة جمیل‌بن درّاج و صحیحته عن‌الصادق(ع) فی‌الکافی‌و التهذیب«فی رجل اشتری جاریة فاولدها فوجدت الجاریة مسروقة(؟). قال: یاخذالجاریة صاحبها و یاخذالرجل ولده بقیمته»[2].

---

۱ و ۲: الوسائل: ج۱٤ص ۵۹۲-۵۹۱، ابواب نکاح‌العبید...، الباب ۸۸ح۳۰۵

و منها **رواية** زرارة فيهما ايضاً «قال: قلت لابی‌جعفر(ع): الرجل يشترى الجارية من‌السوق فيولدها. ثم يجيئى الرجل فيقيم‌البينة على انّها جاريته لم تبع و لم تهب(؟). فقال: يردّ اليه جاريته و يعوّضه بما انتفع. قال: كانّ معناه قيمةالولد».[1]

و منها **رواية** الاخرى فى‌التهذيب: قال: قلت لابی‌عبدالله(ع): رجل اشترى جارية من سوق‌المسلمين فخرج بها الى‌ارضه فولدت منه اولاداً، ثم انّ اباها يزعم انّهاله، و اقام على ذلک البيّنة(؟) قال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوضه فى قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها[2]. و فى بعض النسخ «ثم ان اتاها من يزعم انّهاله»[3] ولا يظهروجهه.

و قال‌الشيخ: «يقبض ولدها» يعنى بالقيمة. و عن‌المفيد انه قال برقية الولد لمالكها، لما رواه‌الشيخ فى‌الصحيح عن محمدبن قيس، عن‌ابى‌جعفر(ع) قال «قضى اميرالمؤمنين(ع)فى‌وليدة باعها ابن‌سيدّها و ابوه غائب، و استولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاماً. ثم قدم سيدهاالاول فخاصم سيدهاالاخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى، فقال: خذوليدتک و ابنها. فناشده المشترى. فقال: خذابنه- يعنى‌الذى باع‌الوليدة- حتّى ينفذلک ما باعک. فلّما اخذالبيع الابن قال ابوه: ارسل ابنى، فقال: لا ارسل ابنک حتىّ ترسل ابنى، فلمّا راى ذلک سيدالوليدةالاوّل، اجازبيع ابنه»[4].

و اجيب عنه بانّ‌المراد باخذ «ابنها» قيمة ابنها، جمعاً بين‌الاخبار، و كيف كان فالرّواية لايخل من شيئى‌فلايعارض بمثلها الاخبارالكثيرة المعمول بها عندالمعظم عموماً و خصوصاً، كما عرفت.

ثم انّ‌المشترى يرجع الى‌البايع الغارّله بثمنها، و كل ما اغترمه و ان‌استوفى مقابله شيئاً، على‌الاظهر. و امّا عوض‌البضع، فالاشهر الاقوى، انه يرجع على‌المشترى بعشر ثمنها ان‌كانت بكراً، و نصف‌العشر ان كانت ثيباً. و عن‌الشيخ فى**الخلاف** الاجماع عليه، و استدلّوا عليه **بصحيحة** وليدبن صبيح فى‌الكافى و التهذيب: عن‌الصادق(ع) «فى‌رجل

---

١ و ٢: المرجع، ح٢، ٤.

٣: و فى بعضها «ثم اتاها...» بحذف «ان».

٤: المرجع، ح١.

تزوج امراة حرّة، فوجدها امة قددلست نفسهاله(؟) قال:... الى ان قال: و لمو اليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكراً، و ان كانت غيربكر فنصف عشر قيمتها، بما استحلّ من فرجها»[1].

و صحيحةالفضيل بن يسار فى الكافى و الفقيه «قال: قلت لابى عبدالله(ع): جعلت فداک انّ بعض اصحابنا قدروى عنک انک قلت: اذا احلّالرجل لاخيه جاريته فهى له حلال. قال: نعم يا فضيل. قلت له: فما تقول فى رجل عنده جارية له نفيسة و هى بكر، احلّ لاخيه مادون فرجها، اله ان يقتضّها؟ قال: لا ،ليس له الاّ ما احلّ له منها، و لو احلّ له قبلة منها لم يحلّ له ماسوا ذلک. قلت: أرايت ان احلّ له ما دونالفرج فغلبته الشهوة فاقتضها(!) قال: لاينبغى له ذلک. قلت: فان فعل ايكون زانياً؟ قال: لاولكن يكون خائناً و يغرم لصاحبها عشرقيمتها»[2].

و زاد فىالكافى «ان كانت بكراً، و ان لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»[3]. و قال الحسن بن محبوب: وحدثنى رفاعه، عن ابى عبدالله(ع) مثله الاّ انّ رفاعه قال «الجاريةالنفيسة تكون عندى»[4].

والاخبارالواردة فى من اشترىالجارية فظهر بهاالحبل، منها صحيحةالحسن بن محبوب عن ابنسنان «قال: سئلت اباعبدالله(ع) عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطاها(؟) قال: يردّها على الذى ابتاعها منه و يردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه ايّاها»[5].

و قد قال على(ع): لايردّ التى ليست بحبلى اذاوطئها صاحبها[6]، الحديث.

و وجهالاستدلال، ملاحظة العلّة المستفادة عن قوله(ع) «بما استحلّ من فرجها». و

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٧، ابواب نكاحالعبيد...، الباب ٦٧ ح١.

٢ و ٣: المرجع، ص ٥٣٧، الباب ٣٥ ح ١.

٤: المرجع: ح ٢.

٥: الوسائل: ج ١٢ ص ٤١٦، ابواب العيوب، باب ٥ ح ١.

٦: المرجع، الباب ٤ ح ١- و عنالصادق(ع) ايضاً: الباب ٥، ح ٣.

ربما قيل انّهما تدلاّن بالفحوى على مانحن فيه. وكيف كان والظاهر انّ الشهرة والاجماع المنقول معذلک كاف فی اثبات الحكم. و عن الشيخ و ابن ادريس، انه يلزمه مهرامثالها. لانه القاعدة فی عوض البضع، و انه بمنزلة ثمن المثل فی غيره.

ثم ان الظاهر عدم الفرق بين علم الامة بالحرّية و عدمه. و عن **الدروس** تخصيص ذلک بصورة الاكراه، لانه لامهر لبغیّ، و فيه ان ذلک حق الموالی و لايعتبر رضاها فی دفعه، و امّا انتفاء المهر للبغیّ فالمتبادر هوالحرة، سيما مع ملاحظة لفظة «المهر» واطلاق المهر للحرّة فی مقابل الامة شاهد عليه، و خصوصاً من جهة افادة اللام الاستحقاق الملكی، و هو مفقود فی الامة.

واختلفوا فی جواز رجوع المشترى علی البايع بما اغترم من حق عقر الامة و اجرتها، علی قولين. اقويهما الجواز. لانه دخل فی البيع علی ان ينتفع بها مجاناً فاذا اغترم فی عوضها يرجع به علی من غرّه، و ربما يستدل بفحوى ما دل علی رجوعه اليه بقيمة الولد، التی اخذه المالک. ولا باس به، اذقديكون و طيها مرة ليس ممّا يقابل بها عقرها اذاكان كثيراً، سيما مع كونها غير نفيسة. و مع ذلک فقد يكون قيمة الولد التی غرمها فی غاية الحقارة فی جنب الولد الذی استفاد منها. فهو مختار المحقق فی **النافع** و الشهيد الثانی فی **المسالک**،، وقدبيّنا ذلک فی اوائل كتاب التجّارة من هذه المجموعة و غيرها. و يظهر من **الشرايع** التردّد.

و وجه القول الاخر انّ المغرور انما يرجع علی من غرّ[ه] اذالم يحصل له نفع فی مقابله. و هوامارة للمدعی[1] الاّ ان يراد منع كونه مغروراً ح، و هذا المنع فی اكثر المواضع مكابرة.

هذا كله اذا كان المشترى جاهلاً بانّها للغير، والظاهر انّ حكم مالو علم و لكن البايع ادعی الاذن فيه، ايضاً كذلک. و امّا لوكان المشترى عالماً بانّها لغير البايع و لم يدع الاذن

١: ای علمها بانّ ولدها المستولد يكون حرّاً، اوعلمها بانّ استيلادها ينجر احياناً بحريتها، هذا اذا قلنا بصحة لفظة «بالحرّية»، ولعلها غلط والصحيح «بالفريه» او «بالفضولية» و ما يؤدّی معنی بيع مال الغائب من دون اذنه.

٢: ای امارة لمدعی الجواز. فی النسخة بدل «امارة» «اغارة»

ولم يجزالمالک (ولامن يقوم مقامه) فللبيع باطل. وينتزعها المالک اومن يقوم مقامه. و كذا العقر و اجرة المنافع المستوفات و غيرالمستوفات، ولا يرجع‌المشترى فى شيئ من ذلک الى‌البايع. لانه غاصب محض. ويدل عليه فحوى مادل فى صورة الجهل. و لوكان جاهلاً فى اول الامرثم علم فيرجع بماغرم حال‌الجهل، لاغيره.

واما حكم الولد: فان كان حين الوطى عالماً بالحرمة فى‌الوطى ايضاً ، فهو زان، والولدلا يلحق به بل هورقّ للمالک. لانه نماء ملكه، تابع له.

۱۲۵- **سوال:** شخص تاجری صاحب مبلغی قرض بوده،و اوضاع و متملکات او منحصر و موقوف در یک باب خانه که محل سکنای او بوده. بعد از ابراز اوضاع شخص تاجر، مطالبین قروض او، به حاکم عرف، عرض نموده، و خانه که محل سکنای او بوده بفروش رسانیده و وجه آن را به قروض مذکور داده. اما فروختن او از خوف حاکم جور و هتک‌آبروی خود، و خواهش اشخاص مشتری بوده، نه به مظنهٔ وقت و قیمت اهل خبره.

و در معامله هم، صلح از غبن و غبن در غبن، نموده‌اند. و بایع مدیون، معنای صلح از غبن و غبن غبن را فهمیده. ولیکن در اجرای صیغه و تلفظ به آن، نیت و قصد معامله و صلح از غبن نبوده. و در همان حین اجرای صیغه، اشخاص دیگر خانه مسکونهٔ مدیون مذکور را، مبلغ بیست تومان فضّی، علاوه از قیمتی که مشتریین که حال متصرفند می‌خریده.

آیا می‌تواند شخص مدیون، بعد از وسع و استطاعة، خانه خود را از مشتریین پس بگیرد یا نه؟-؟ و می‌تواند ادعای غبن معامله را، یا فساد معامله را، بطریق معروض نماید یا نه؟-؟

جواب: مدیون را نمی‌توانند اجبار کنند به فروختن خانه محل سکنی که محتاج است به آن، و در خور زیّ اوست، ولیکن هرگاه خود بفروشد و به ارباب طلب بدهد، بیع صحیح است. و باقی مطالب که بیع جبری بوده و از خوف بوده، و اینکه به صیغهٔ صلح قصد صلح نداشته، و اینکه مغبون بوده، اینها همه محتاج است به مرافعه و ثبوت. و

هرکس اهل مرافعه است می‌داند چه حکم کند.

۱۲۶- سؤال: زید از عمرو یک باب حصار ابتیاع نموده، مدتی در تصرف داشته، بعد همان حصار را فروخته. و مشتری بعد از تصرف از یک طرف حصار که مشرف به شارع عام بوده مساوی سه چهار ذرع، داخل حصار ابتیاعی خود نموده. حال بایع به مقام ادّعا برآمده که آنچه زمین، مشتری از شارع داخل حصار نموده حریم حصار است تعلق به من دارد.

آیا در این صورت ادعای بایع به جائی می‌رسد یا نه؟-؟.

جواب: هرکس ملکی را فروخت حریم ملک داخل بیع است و حق بایع از آن ساقط می‌شود. مگر اینکه استثنا کرده باشند. و تصرف در شارع جایز نیست. و شارع دخلی به حریم ندارد. هرچند که حریم دیوار آن، در شارع باشد، که از حیثیت اینکه شارع است نمی‌توان آن را داخل حصار کرد.

۱۲۷- سوال: دونفر باهم بر سر ملکی منازعه داشتند و یک نفر از ایشان ملک را (مثلاً) به زید فروخته، و مرافعه را پیش عمرو بردند. بعد از ثبوت و وضوح، عمرو حجتی به خطّ و مهر خود به شخص بایع داده که ملک حق اوست و به زید بروجه صحیح بیع نموده باید زید شرعاً تصرف نماید.

و بعد از مدتی عمرو همان ملک را بعینه به خالد بیع نموده که ملک موروثی من است. و زید همان حجت را به خط و مهر عمرو، ابراز داده او را مجاب می‌سازد. آیا در این صورت که عمرو مرافعه را طیّ نموده باشد و حجت به خط و مهر خود در اثبات حقیت زید داده باشد، ثانیاً می‌تواند به ادعای وراثت ملک را به دیگری بیع نماید؟ و آن صورت، عدم حقیت او را ثابت می‌نماید یا نه؟-؟

جواب: مجرد کاغذ و خط حجت شرعیه نمی‌شود. هرگاه به ثبوت شرعی برسد که عمرو اعتراف کرده بود به مالکیت بایع، و ادعای مالکیت او به سبب ارث، منافی اقرار سابق او باشد، مسموع نیست. و چون این امور بدون مرافعه طیّ نمی‌شود باید بایع با

مرو به مرافعه بروند. و هر کس اهل مرافعه است می‌داند که چه بگوید و چه حکم بکند.

۱۲۸- سؤال: زید ملکی که به مبلغ دویست تومان (بلکه متجاوز) قیمت واقعی آن

وده باشد - از راه آنکه از اهل خبره و وقوف نبوده- به مبلغ بیست تومان و چیز سهلی ه عنوان بیع شرط شرعی، به مدت یک سال و خیار ده‌یوم، داده باشد. و بیع لازم و یار ساقط شده، بایع مزبور ردّ مثل ثمن، به سوی مشتری مشارالیه ننموده. مشتری، لک مزبور را می‌خواهد تصرف ملکی نماید. بایع مزبور می‌گوید که من اهل وقوف و خبره نبوده‌ام و از راه نادانی ملکی که قیمت آن دویست تومان و متجاوز بوده به مبلغ یست تومان به عنوان بیع شرط داده‌ام. و در این مبایعهٔ مشروط، مغبون و غبن فاحش یل افحش دارم. آیا در مبایعهٔ مزبوره، بایع را می‌رسد که دعوی غبن نموده ملک را از مشتری به قانون شرع مطاع، انتزاع نماید یا نه؟-؟.

جواب: هرچند غالب این است که در بیع شرط خیار، ملک گران را به قیمت نازل، بیع می‌کنند، لکن این منشاء سقوط دعوی غبن نمی‌شود و دعوی غبن مسموعه است. و با وجود تحقق شرایط آن، به طریق مقرّره در شریعت معمول داشته می‌شود.

۱۲۹- سؤال: در مبایعهٔ مشروطه، تا آنکه بایع در ضمن عقد و جریان صیغه اسقاط دعوی غبن مبیعهٔ مشروطه را به قانون شرع انور نکند و ابراز اسقاط از ضمیر خود ننماید، صورتی دارد؟ [و] به محض مبایعهٔ مشروطه دعوی غبن اسقاط می‌شود؟ یا آنکه محتاج به اظهار است؟

هرچند از اهل خبره و وقوف باشد.

جواب: هرگاه بایع از اهل خبره و وقوف است و می‌دانسته که گنجایش بیشتر داشته و به کمتر فروخته، دعوی غبن ساقط است. خواه اظهار اسقاط بکند یا نه. صحت دعوی غبن مشروط است به جهل بایع به ثمن درحال بیع، و ثبوت اینکه واقعاً در وقت بیع شرط، بیشتر گنجایش داشته. و دراین معنی فرقی مابین بیع شرط و غیره نیست. و هرگاه نزاع درجهل و عدم جهل داشته باشند، محتاج به مرافعه خواهد بود.

کتاب التجاره من المجلد الثالث[1]

۱۳۰- سوال: زید به عمرو، مالی فروخته به زر معین «باجاقلی»[2] پنج هزار و هفتصد و پنجاه دینار. و وعده‌ای مشخص و اخذ «تمسک[3]» نموده، و بعد باجاقلی ترقی نموده و عددی شش هزار شده، عمرو مشتری جواب می‌گوید که من درحین معامله، زر را معین ننمودم. و از برای آنکه درمیان مردم زر باجاقلی دادوستد می‌شد، محرر «تمسک» را چنان نوشته. من حال یا زر دیگر می‌خواهم بدهم یا باجاقلی عددی شش هزار، دراینجا آیا معامله صحیح است یا فاسد؟-؟ درصورت فساد و بطلان معامله آیا مشتری باید عین‌المال را رد نماید؟ یا قیمتی را که مال را فروخته باید به مالک برساند؟ و چنانچه سوخت نموده باشد باید صاحب مال متحمل سوخت شود؟ یا مشتری از عهدهٔ قیمت فروش مال برآید و اجرت‌المثل خود را بگیرد-؟

جواب: درصحت معامله شرط است تعیین ثمن. پس هرگاه معین شده زرباجاقلی بدهد، باید همان را بدهد به همان قیمت روز معامله. و همچنین هرگاه مطلق گفته باشند و زری غالب باشد درمعاملات آن بلد، اطلاق منصرف به آن می‌شود، و هرگاه زرغالب درمعاملات متعدد شده و درقیمت و مرغوبیت هردو مساوی باشند، باز صحیح است و مختار است در دادن هرکدام که خواهد.

۱: مراد از مجلد ثالث دفتر سوم است همان طور که قبلاً توضیح داده شد جامع‌الشتات از مجموع سه دفتر تشکیل یافته که دوبار درعصر مرحوم میرزا (توسط نسخه‌برداران) منتشر شده ابتدا دفتر اول و دوم باهم، سپس هرسه دفتر درکنار هم.

۲: باجاقلی: باجی‌اوقلی: باجی اوغلو: باجی اوغلی: لفظ مرکب ترکی به معنای «خواهرزاده- پسرخواهر- می‌باشد. همان طور که درفارسی کلمات مرکب علی‌زاده، بابازاده عنوان (یا نام) فامیلی می‌شود، درترکی علاوه برآن (علی اوغلو، باباوغلو)، خواهرزاده، عمه زاده نیز درقالب باجی اوغلو و عمه اوغلو، نام فامیلی قرار می‌گیرد.

سکه باجی اوغلو درکشور عثمانی به مباشرت شخصی به نام باجی اوغلو ضرب می‌گردید.

۳: تمسک: حجت، سند مکتوب.

اما هرگاه غالبی نباشد. یا متعدد باشد غالب، و مختلف باشند درقیمت و مرغوبیت، معامله باطل است. و درصورت نزاع درصحت و فساد، قول مدعی صحت مقدم است بایمین. و درصورت فساد باید مشتری عین متاع را رد کند. و هرگاه تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت روز تلف آن، را بدهد، و ربحی که کرده باشد تابع عین است و باید غرامت آن را بدهد. و اگر نقصانی کرده باشد هم از کیسهٔ او رفته و متوجه صاحب متاع نیست. و مشتری مستحق اجرةالمثل عمل هم نیست. والله العالم باحکامه.

۱۳۱- سؤال: هرگاه شخصی ملکی را درنزد شخصی دیگر بیع شرط کرد، و ضامن فساد هم گردید. و بعد بیع شرط کردن، مشتری آن ملک را به بایع به صیغهٔ مصالحهٔ شرعیه منتقل نموده به مبلغ معینی. و بعد کاشف فساد برآمد که آن ملک مال غیر است. و آن غیرملک مزبور را متصرف، والحال مشتری مطالبهٔ اصل ثمن بیع شرط را مع مال المصالحهاز بایع غاصب، می‌نماید. و بایع درجواب [می‌گوید] که تو مستحق اصل مال المبایعه می‌باشی‌و استحقاق مال المصالحهرا نداری.

آیا در چنین صورتی مشتری مستحق مال‌المصالحه هم می‌باشد یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر این است که مراد از «ضمان کاشف فساد» این است که ضامن عهدهٔ ثمن باشد، که اگر مبیع مستحق غیر برآید بایع از عهدهٔ ثمن برآید. و هرچند این ضمان لازمِ اصل مبیع هست (خواه شرط ضمان بکند یا نه) لیکن چون عقد ضمان شرایط و ثمرات علی‌حده دارد، تصریح به آن کرده‌اند که عقد ضمان هم صحیح است.

بخلاف آن که ضامن خسرانی شود که بعد حادث می‌شود به سبب غرس اشجار و بناء عمارت و امثال آن. که در آنها نیز هرچند ضمانی که لازم اصل بیع است، بی‌اشکال است. ولکن اشکال در صحت عقد ضمان است در آنها علی‌حده. و به هرحال ظاهر این است که پس دادن وجه مصالحه داخل آنها باشد، و مشتری مطالبهٔ وجه مصالحه نمی‌تواند کرد.

و اما صحت و جواز مصالحه در زمان خیار، هرچند مستحق غیر هم برنیاید. پس ما هرچند آن را تجویز نمی‌کنیم نسبت به غیر بایع، ولکن نسبت به بایع مضایقه نداریم، و

به هرحال در صورت سخن[1]، وجه مصالحه نیست.

۱۳۲- سؤال: زید ملکی به عمرو، فروخت به صدتومان. و وکیل کرد عمرو را در اینکه سی‌تومان آن را در عوض زکات به فقرا برساند. و سی تومان آن را بعد موت او برای او صوم و صلوة استیجار نماید، و شرط کند در ضمن عقد که مادام‌الحیوة زید، عمرو متکفل مؤنهٔ او باشد.

و بعد زید پشیمان شود و ارادهٔ فسخ کند و عمرو راضی نباشد. و زید او را تخویف کند. و در این بین بعضی از طلبه به عمرو بگوید که زکات‌الحال به ذمّهٔ تو متعلق شده، و فسخ به سبب آن نفعی ندارد. و عمرو از خوف تلفظ کند به فسخ، ولکن قصد نداشته باشد و در خصوص زکات که به هیچ نحو قصد نکند به سبب سخن آن ملاّ.

آیا الحال ملک از کی است ؟ و عمرو مشغول ذمّهٔ چه چیز است؟ و آیا اصل بیع صحیح است یا باطل است به سبب جهالت شروط-؟-؟. و آیا هرگاه در اول تقایل از طرفین واقع شد الحال عمرو می‌تواند فسخ کند یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر این است که اصل بیع فاسد است به سبب جهالت شرط. چون مدت حیات زید معلوم نیست. و بر فرض صحت بیع، هرگاه تقایل حقیقی وقوع بیابد از روی رضا، ظاهر این است که تقایل صحیح است. و سخن آن ملاّ غلط است، زیرا که توکیل در ادای زکات و وصیت در استیجار صوم و صلوة، فرع تحقق بیع و اشتغال ذمّه به قیمت بود. و هرگاه اصل بیع به تقایل باطل شد توکیل و وصیت هم باطل می‌شود و باز زکات متعلق به زید می‌شود. و هرگاه تقایل صحیح تحقق نپذیرد، ملک مال عمرو است و قیمت مال زید است، و زید الحال غاصب ملک عمرو است.

و چون پشیمانی زید از بیع و اخذ او از عمرو (فی‌الحقیقه در اعتقاد او) رجوع به مال خود است، نه غصب مال عمرو. پس در بر دارد فسخ زید بیع را، فسخ توکیل و رجوع از وصیت را. پس عمرو الحال مشغول ذمهٔ صدتومان است نه صوم و صلوة و ادای

۱: نسخه بدل: سؤال.

زکـات. پـس الـحال مـلک عمرو در دست زید مغصوب است، و زید مستحق صدتومان است.

ولکن عمرو در صورت عجز از استرداد ملک، می‌تواند از بـاب تـقاصّ، قیـمت را ندهد. یا از راه عدم تسلیم مبیع، اگر مبیع را تسلیم نکرده بوده است.

بلی، اشکال به هم می‌رسد در صورتی که بـعد تـسلیم، در لـباس فسخ مـلک را از عمرو، غصب کرده و عمرو هم از باب تقاص، قیمت را نگـاه داشته و بـه مـصرف زیـد نرساند.

و اما اگر بعد تسلطی بر ملک به هم رساند آیا باید قیمت او را به زید یا وارث او ردّ کند یا نه؟-؟، ظاهر کلام مشهور (در مسئلهٔ مال مغصوب کـه غـاصب قـادر بـر ردّ آن نباشد) [این است] که گفته‌اند که هرگاه مثل یا قیمت را بگیرد- اما نه بر وجه معاوضه و مصالحه- باز مالک مستحق عین مغصوبه است، و آن قیمت یا مـثل، بـه جهـت حیـلوله غاصب است از حق مالک، نه عوض ملک، پس «لازم» نباشد در قیـمت. و [ایـن] مـوهم این است که لازم نباشد ردّ قیمت. ولکن این توهم فاسد است. بلکه باید قیمت را به زید یا وارث او برساند.

و اما سؤال از حال فسخ عمرو، بعد از گذشتن مدتی: پـس جـواب آن ایـن است کـه معنی ندارد. و در تقایل باید در حال واحد فسخ از طرفین واقع شود. بـه ایـنکه بـگویند «تقایلنا -او- تفاسخنا» یا احدهما بگوید «فسخـت» یـا «اقلت» و دیـگری بـلافاصلهٔ معتدّبه بگوید «قبلت». و اما در صورت فاصلهٔ مـعتدّبه، پـس آن را اقـاله و تـقایل نمی‌گویند، و ملک هریک بر حال خود باقی است.

۱۳۳- سؤال: زید بفروخت به عمرو تمامی یک دانگ مـشاع ازجمـلهٔ شش دانگ باغ معین به حدود اربعه، مثلاً به مبلغ صددینار، و در ضمـن‌العقد شرط شد کـه هـرگاه بعد از انقضای مدت سه ماه ردّ مثل ثمن، نماید مسلط بر فسخ بـیع بـاشد، والاّ، فـلا. و مصالحه شد فی ما بینهما منافع مبیع به مبلغ معینی در ظرف مدت خیار.

و در ضمن‌العقد شرط شد که عندلزوم المبیع[1]، اختیار فسخ و مطالبهٔ ثمن با مشتری بوده باشد، و خالد ضامن شد که عندالمطالبة للثمن، از عهده برآید آن ثمن و مال‌المصالحه را، حکم مراتب مزبوره را بیان فرمایند.

جواب: اگر مراد این است که زید باغ خود را فروخت به عمرو، و شرط کرد که بعد از انقضای مدت، خیار از برای بایع ثابت باشد اگر در آن ظرف معین، ردّ مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع باشد والاّ بیع لازم باشد. این بیع صحیح است. و اگر زمان خیار معین نیست، باطل است.

و اما مصالحه کردن مشتری منافع مبیع را در مدت سه ماه به مبلغ معین، آن هم صحیح است. و اما شرط کردن اینکه بعد از لزوم بیع، خیار از برای مشتری باشد در فسخ بیع و استرداد ثمن، آن هم صحیح است، بشرطی که ظرف زمان خیار در آن معین باشد. والاّ باطل است.

و اما ضامن شدن خالد، که اگر مشتری بعد از لزوم بیع فسخ کند بیع را به سبب خیاری که شرط شده از برای او و استرداد دثمن کند، که ثمن را به مشتری برساند. پس آن صحیح نیست. چون ضمانِ «مالم یجب» است.

و اما ضامن‌شدن وجه مصالحه را: اگر مراد این است که آن وجه مصالحه است که از منافع ایام سه‌ماه، است (که باید بایع به مشتری بدهد، و بایع نقد ندارد، و در ذمهٔ او بود) خالد ضامن آن هم شد، این ضمان صحیح است. و اگر مراد چیز دیگر است که من نمی‌فهمم، تقصیر از سائل است که نامربوط نوشته، و آنچه در باب بیع شرط گفتیم، در صورتی است که زمان[2] خیار را بعد از انقضای سه‌ماه قرار داده باشند. و اما هرگاه زمان خیار هم همان مدت سه‌ماه باشد که هروقت بایع در ظرف سه‌ماه رد ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد، پس در آنجا دیگر ضرور نیست که ظرف زمان خیار را علی‌حده قرار بدهند. بلکه همان تعیین سه‌ماه کافی است.

۱: کذا، و لیکن به جای لفظ «مبیع» لفظ «بیع» باید باشد.

۲: در نسخه: ضمان.

و دور نیست که عقد مصالحه هم در اینجا صحیح باشد. ولکن هروقت بایع ردّ مثل ثمن، و فسخ کرد، ظاهر این است که مشتری زیاده بر ضمان ماقبل فسخ، از وجه مصالحه مستحق نیست.

۱۳٤- سؤال: هرگاه زید قطعه‌زمینی ابتیاع کرده باشد از عمرو، و این قطعه زمین در آب‌بکر باشد، یعنی از آب‌بکر حق‌الشّرب داشته باشد. و بر بکر لازم باشد شرعاً که آب را در اوقات معینه ترک کند. و زید مرقوم، آن قطعه زمین را خانه کرده باشد، و الحال چون احتیاج به آن آب ندارد، در مقام بیع آن آب برآمده به خالد، و بکر مدعی این باشد که آنچه حق تو است بر من شرب این قطعه‌زمین است. لاغیر. و اگر این آب را به خالد بفروشی من متضرّر می‌شوم.

آیا بکر در این صورت که مدعی ضرر است، تسلط بر منع زید از بیع آب، دارد یا نه زید می‌تواند آن آب را به خالد بفروشد-؟-؟. و آن آب بنیچهٔ متعارفی، هم دارد. هرگاه نفروشد، آن آب از برای آن، فایده ندارد، و به اعتبار آن بنیچه[1] متضرر می‌شود. آیا براین تقادیر، زید تسلط دارد یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه استحقاق زید آن آب را، به عنوان «ملک رقبه» است (یعنی شریک است با بکر در آن مقدار از آب که به قدر شرب آن زمین است)، بکر نمی‌تواند مانع بیع او بشود. مگر اینکه به کسی بیع کند که مستلزم تصرف در مال بکر باشد. مثل اینکه محتاج باشد به شق حافیهٔنهر در فوق زمین زید و بکر. به هرحال هرگاه به هیچ‌نحو منشأ تصرفی در مال بکر نمی‌شود در همان مجرا می‌آید تا داخل ملک خالد شود، مانع او نمی‌تواند شد. و در صورت تضرّر هم مانع بیع نمی‌تواند شد بلکه مانع اضرار می‌تواند شد.

پس اصل بیع صحیح است. مگر اینکه مانع خارجی به هم رسد، مثل لزوم سفه و غرر. هرگاه بی‌حاصل باشد در صورت منع از آن اضرار.

۱: بنیچه: با ضمّ اول: بن+ی+چه: مقرری: مالیات: مالیات ثابت. و ازهمین ریشه است اصطلاح «بنچاق» که به نوعی سند ملک گفته می‌شود: بنچه ــ بنچق ــ بنچاق.

و هرگاه استحقاق زیداز باب «ملک رقبه» نباشد بلکه از باب استحقاق حقی باشد، از قبیل شارع و مجرای میزاب و امثال آن (یعنی اینکه مثلاً صلح کرده بوده باشد بکر با زید مجرای آب را یا [خود] آب را- خصوصاً بنابر مشهور که انتقال [ملکیت] آب نهر را به صیغهٔ بیع جایز نمی‌دانند- به همین قدر که این زمین خاصّ، از آن شرب کند، در این صورت نمی‌تواند به دیگری منتقل کند.

همچنانکه هرگاه کسی حق‌العبوری به خانهٔ خودداشته باشددرخانهٔ دیگری. هرگاه خانهٔ خود را کاروانسرا کند، یا دکان خبازی یا امثال آن کند، آن حق‌العبور باقی نمی‌ماند. و در این صورت که حق‌الشّرب زید ممنوع باشد برمی‌گردد به حق تملّک بکر و ضرر بنیچه و خراج هم مندفع می‌شود از زید. چون خراج تابع ملک است.

۱۳۵- سؤال: شخصی پنجاه‌سال قبل از این به رحمت ایزدی پیوسته. و وارث او منحصر به دو نفر پسر و سه‌نفر دختر و یک نفر زوجه بوده. و قدری ملک و آب و عمارت از او باقی مانده که ورثه فی‌مابین خود تقسیم و هریک «رسدِ» خود را متصرف، و بعد از پنج‌شش‌سال دیگر، دونفر پسر نیز امر لبیک را اجابت، و «رسدِ» آنها به والدهٔ ایشان رسیده، و مدت بیست‌سال در تصرف والدهٔ آنها بوده.

در سنهٔ هزارودویست آن ضعیفه ملک و آب مزبور را به تصدیق صبایای خود به شخصی به مبلغ ده‌تومان فروخته، و در حین بیع قرارداد شده که مشتری ده‌تومان وجه ثمن را اخراجات نفقه و کسوهٔ او نماید (یعنی زندگانی او را موافق معمول ولایت گذرانیده) و هرگاه آن ضعیفه محرم شرعی داشته و راه امن باشد خرجی رفتن و آمدن کربلای او را مهم‌سازی نماید.

مدت سه‌سال در حیات بوده و در سال چهارم فوت شده. دو نفر صبایای او مدعی [این] که قرارداد و شرطی که در وقت بیع شده، به عمل نیامده، یعنی والدهٔ ما به کربلا نرفته.

و مشتری [مدعی] اینکه مرگ او را امان [نـ] داد و محرم نداشت و راه هم امن نبود.

گفتگوی آنها به خدمت اهالی شرع کشیده بالاخره جمعی از مسلمین بنای صلح گذاشته مبلغ چهارتومان از مشتری گرفته و تسلیم دو صبیهٔ نموده‌اند. و یک صبیهٔ دیگر که گفته که «من نه دعوی دارم و نه صلح» او هم فوت شده، و چند مدت ملک و آب در تصرف مشتری بوده.

در این وقت وراث آن یک نفر صبیه ادعا می‌نمایند که والدهٔ ما صلح نکرده و حق او باقی است. آیا مشتری می‌تواند به وراث بگوید که شما قسم یاد نمائید (که جدّهٔ شما محرم داشته و راه امن بوده که او را به کربلا نفرستاده‌ام، ثلث اخراجات راه کربلا را بگیرید) یا نه؟-؟ و بیع مذکور صحیح است یا باطل؟-؟.

جواب: هرگاه در ضمن عقدبیع، شرط نکرده است (یعنی مابین ایجاب و قبول) پس این شرط اعتبار ندارد. و آنچه در ما بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است، لکن صحت آن مشروط است به اینکه این شرط خلاف مشروع نباشد، و جهالت نداشته باشد.

و در اینجا شرط، جهالت دارد از چند جهت: یکی اینکه: مقدار نفقه و کسوه و زمان آن معین، نیست که در عوض ده‌تومان چه‌چیز بدهد برای نفقه و کسوه و تا چند وقت بدهد.

دوم اینکه. خرجی راه کربلا هم معین نیست و در سنوات و اوقات [مختلف] مختلف می‌شود.

سوم آنکه: او را مشروط کرده بود به وجود محرم و امنیت راه، و در اینجا هرچند جهالت دیگر هم متصور می‌شود که آن عدم تعیین زمان است که تا چند وقت باید به این شرط عمل کند. و آیا مادام‌الحیوة طرفین است که هروقت میسّر شد به عمل آورد یا نه (؟-؟) و مدت حیات هم معلوم نیست.

ولکن دفع این را می‌توان کرد به اینکه به مجرد شرط در ضمن عقد، لازم می‌شود. و مقتضای اطلاق عقد و شرط، این است که به مجرد عقد و شرط، لازم می‌شود حالاً، با حصول آن دو شرط که وجود محرم و امنیت راه باشد. هرگاه احد هما بمیرد قبل از

وفای به شرط، آن مقدار خرجی لازم می‌شود در مال مشتری، از برای ضعیفه در صورت فوت مشتری، و لازم می‌شود از برای وراث ضعیفه در ذمّهٔ مشتری در صورت فوت ضعیفه.

و جهالت اول را هم می‌توان دفع کرد، در صورتی که مراد ضعیفه این بوده است که مشتری امین و وکیل او باشد در خرج کردن ده تومان که در ذمّهٔ او هست، از برای نفقه و کسوهٔ او تا هر وقت که تمام شود. پس در این صورت هم جهالتی نیست. پس همان جهالت از راه مقدار خرجی، باقی می‌ماند. و در صورت جهالت شرط، بیع فاسد می‌شود. و بایع و وارث او رجوع می‌کنند به مبیع و منافع. و مشتری به ثمن. وچون مفروض این است که دو صبیّه حق خود را صلح کرده‌اند، پس دعوی این صبیّهٔ دیگر یا وارث او، برجا می‌ماند. و این هم موقوف است بر اینکه معلوم شود که صلح آن دو صبیّه مطلق بوده یا مقید بوده به نحو خاصی(؟ـ؟). ولکن با سکوت آنها از دعوی، اشکالی نیست.

وچون از ظاهر سؤال معلوم می‌شود که ادعای صبایا برهمان ترک شرط، است. که خرجی کربلا دادن است به او، و متعرض فساد بیع نیستند. پس می‌گوئیم که بر فرضی که بیع صحیح باشد و جهالتی در شرط نبوده، لکن نزاع در سر وفای به شرط و عدم آن است، که در صورت عدم وفا مسلط شود بر فسخ بیع، هرچند بیع صحیح بوده باشد. پس این سخن هم علی‌الاطلاق نمی‌شود، بلکه این در وقتی خوب است که اجلی و مدّتی از برای شرط، قرار داده باشند، و آن مدت منقضی شده باشد و شرط به عمل نیامده باشد. یا اینکه مدتی تعیین نشده باشد و لکن شرط تعجیل شده باشد و تخلف شده باشد.

واما اگر هیچیک از اینها نباشد، همان تسلط بر مطالبهٔ وفای به شرط، را دارد که خرجی راه کربلا باشد از برای مثل آن ضعیفه، هرگاه از جهالت خارج شده باشد، یا مضایقه از چنین جهالتی نکنیم. و به هر حال این مطالب بدون حضور طرفین دعوی، در نزد حاکم شرع واقعی، صورت انجام نمی‌پذیرد.

پس اول باید دانست که چون شرط خرجی دادن، مشروط است به آن دو شرط، هرگاه ثابت باشد که آن دو شرط حاصل نشده بوده است، پس اصل خرجی دادن لزومی به هم نمی‌رساند که وارث آن، ادعای آن را بکند. بعد از آنکه ثابت باشد که آن[دو] شرط حاصل شده بود و مشتری خرجی را نداده، الحال وارث می‌تواند ادعای خرجی را بکند، و اگر ندهد، مسلط باشد بر فسخ معامله. و هرگاه هیچیک ثابت نباشد، و وارث ادعا کند بر مشتری که شروط شرط، به عمل آمده و تو وفا نکردی. ومشتری منکر باشد و بگوید آن دو شرط به عمل نیامده و شرط خرجی دادن، بر من لازم نشد.

ظاهر این است که قول مشتری مقدم است با یمین. واگر خواهد تردد قسم بکند و وارث قسم یاد کند که شروط به عمل آمده، ثلث خرجی را بگیرد.

بهتر این است که مصالحه کنند خصوصاً در صورتی که مرافعه در نزد حاکم شرع جایزالحکم میسّر نباشد.

۱۳۶- سئوال: زید خانه و باغچهٔ متعلقه متصله به خانه داشته، الحال باغچه را فروخته، یا بخشیده. و زوجهٔ زید می‌گوید که من از تو که زیدی طلب داشتم، و باغچه را من تقاص حق خود کرده‌ام، اختیار نداشتی که بفروشی یا ببخشی. آیا چنین سخنی‌از زوجهٔ زید مسموع است یانه؟ـ؟ و حال آنکه زید علم به تقاص زوجه‌اش نداشته. و زوجه می‌گوید که شاهد نیز دارم که باغچه را تقاص کرده‌ام.

جواب: بدان که تقاص متحقق نمی‌شود الا به اخذ مال و تصرف در آن، یا به قیمت کردن، و برداشتن در عوض حق خود، یا برون کردن از برای آنکه بفروشد و مساوی حق خود را بردارد و زیادتی اگر باشد به صاحب برساند.

پس اگر باغچه در تصرف مالک بوده، و قبل از بیع بایع، در تصرف زوجه درنیامده و اخذ به عمل نیامده. پس دعوی زوجه مسموع نیست. و اما هرگاه قبل از وقوع بیع، اخذ به عمل آمده یا در آن حال در تصرف زوجه بوده، و ادعا کند که من این را از باب تقاص اخذ کرده بودم. در این هنگام دعوی زوجه مسموع است. بلکه «ملتزم» هم

هست. به جهت اینکه تقاص منشأ تحقق ملک لازم، می‌شود نه متزلزل.

به جهت آنکه چنانچه هرگاه مالک ملک خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد، ملک مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر می‌شود. همچنین تصرف به تقاص، چون به اذن شارع است و نایب مالک است در بیع کردن و در عوض طلب دادن. پس مقاص به نیابت ثابة از جانب شارع از جانب مالک به غیر می‌فروشد، یا به خود منتقل می‌کند از عوض طلب. پس گویا مالک خود آن مال را به او داده در عوض طلب. و چنین نیست که انتقال به او از باب اباحه یا افادهٔ ملک متزلزل، باشد، و مالک بعد از اطلاع تواند او را بر هم زد، هرچند قبول داشته باشد که تقاص بروجه صحیح شده.

تا اینجا سخن در مسموع بودن و ملتزم بودن دعوی بود. پس الحال باید دید که مَشتری چه می‌گوید. پس اگر مشتری قبول دارد طلب داشتن زوجه را و مماطلهٔ زوج و وقوع تقاص را، پس باید باغچه را ردّ کند به زوجه. و همچنین هرگاه این مراحل به بیّنه ثابت شود. و اما هرگاه منکر باشد این مراحل را، یا بعض آنها را، برزوجه لازم است اثبات.

زیرا که مشتری از مسلمی ملکی خریده و معارضی که مطلب را ثابت کند در برابر نیست.

و در این صورت اگر زوج تصدیق زوجه کند در این مراحل، چنانکه ظاهر سئوال است (آنجا که گفته است که زوج عالم به تقاص زوجه نبوده) آن تصدیق و اقرار به صدق زوجه ضرری به مشتری ندارد. چون اقراری است بر غیر. بلی، نفع به زوجه دارد، به این معنی که زوجه مسلطه است که غرامت باغچه را از زوج بگیرد.

و برفرضی قایل باشیم که تقاص افادهٔ ملکیت لازمهٔ مستقّره نمی‌کند هم، چون مفروض این است که زوج بیع را درحال جهالت تقاص، کرده، پس فسخ تقاص نکرده ملک را فروخته، پس در این صورت هرگاه مشتری اقرار به مراحل داشته باشد، یا به بیّنه ثابت بشود هم، بیع صحیح نیست.

چون در حینی که زوج ملک را فروخت عالم به تقاص نبوده که بیع آن

مبتنی باشد بر فسخ تقاص اولاً، و ایجاب بیع ثانیاً.[1] بلی، هرگاه بعد از اطلاع بعد از بیع، بگوید که الحال فسخ تقاص، کردم و طلب زوجه را از مال خود می‌دهم و بیعی که کرده‌ام الحال اجازه می‌کنم چون الحال مال من شده. گاه هست که باعث صحت بیع شود. لکن اظهر این است که چنین اجازه نفعی در تصحیح فضولی نداشته باشد. چون اصل متزلزل بودن ملکیت تقاص ضعیف است. پس این تفریع ضعفی است در ضعف.

۱۳۷- سئوال: هرگاه کسی مبایعه کرده باشد با کسی. و از مشتری مطالبهٔ ثمن مبیع کند، مشتری می‌تواند در جواب به عنوان عموم بگوید که «تو از من چیزی نمی‌خواهی- یا- من مشغول‌ذمهٔ تو نیستم» یا اینکه جواب باید مطابق سئوال باشد و باید بگوید که «از باب ثمن مبیع از من چیزی نمی‌خواهی» و همچنین هرگاه جواب را مطابق بگوید آیا جایز است قسم را به عنوان عموم یاد کند که «تو حقی بر من نداری»یانه؟-؟.

جواب: بلی، جایز است جواب منکر به عنوان عموم. زیرا که گاه هست که مبیع را خریده در عوض طلبی که از بایع داشت. یا آنکه ثمن را داده. و اگر بگوید داده‌ام بیّنه ندارد که اثبات کند. پس جایز است فرار از جواب خاصّ، به اعم. به جهت اینکه آن هم افادهٔ مطلوب می‌کند.

بلی، هرگاه جواب اعم، نفع نکند در آنجا اکتفا نمی‌توان کرد، مثل اینکه زوجه ادعای زوجیت کند و زوج بگوید که مستحق چیزی نیستی بر من. و خواهد اسقاط نفقه و مهر کند، در اینجا اکتفا نمی‌شود زیرا که ثمرات زوجیت نفقه و مهر تنها نیست. و از جمله ثمرات آن میراث بردن است، و آن به جواب اعم، تمام نمی‌شود.

و در صورتی که جواب را مطابق بگوید و قسم را بر اعم بخورد. اظهر در آن نیز جواز است. چون افادهٔ مطلب می‌کند. و در اینجا هم باید ملاحظهٔ آن معنی را کرد که از بابت دعوی زوجیت نباشد.

۱: آیا محقق قمی(ره) این حکم را در «بیع فضولی» هم می‌پذیرد؟ بنا بر قول به «عدم لزوم» و در صورت عدم اطلاع مالک، دیگر سلطه‌ای برای «مقاص» نمی‌ماند تا معارض «الناس مسلطون» باشد.

۱۳۸- سئوال: معامله نمودن از برای صغیر برقیّم و وصی شرعی، لازم است؟ یانه هرچند محتاج به معامله باشد-؟. یا آنکه موقوف است به اینکه ولی او وصیت کرده باشد که «مال صغیر مرا، وصی معامله نماید و معاش او را به نفع مال بگذارند». تا لازم باشد معامله-؟ یا حق، تفصیل فی مابین [قبول] وصیت و عدم آن است؟.

جواب: اظهر در نظر حقیر عدم وجوب استنما است در مال صغیر (و این مسئله در جواب مسائل [حجر در کتاب الحجر] مذکور است) خصوصاً با عدم حاجت به آن. بلی هرگاه وصیت کرده باشد و وصی هم قبول کرده باشد، لازم است.

۱۳۹- سئوال: کسی سلف گندم یا روغن یا مویز، به وعدهٔ معین بخرد. [بایع] قدری از ملک و خانه در عوض همان سلف، بیع شرط، نهاده. و در سر موعد سلف را ردّ ننماید بیع لازم شود. می‌توان چنین بیع لازم را تصرف نمود یانه؟-؟.

جواب: مشهور میان علما [این است] (بلکه جمعی دعوی اجماع کرده‌اند) که فروختن آن چیزی که به عنوان سلف خریده، قبل از حلول مدت، صحیح نیست. خواه بگوئیم که سبب این است که هنوز ملک مشتری نشده. و خواه بگوئیم که ملک شده و لکن ممنوع است از تصرف در آن. و ظاهر این است که فرقی نباشد میان فروختن آن در عوض قیمت. یا خریدن چیزی و آن را قیمت آن چیز قرار دادن.

و **صحیحهٔ** منصوربن حازم دلالت بر [عدم] جواز آن، ندارد:[1] قال سئلت ابا عبدالله-ع-: عن‌الرجل یکون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیرذلک. فاتی المطلوب الطالب لیبتاع منه شیئاً(؟) قال: لایبیعه نسیأ، فاما نقداً فلیبعه بماشاء[2].

زیرا که دلالت آن در وقتی تمام است که مراد این باشد که طلبکار می‌خواهد چیزی از آن وجه را عوض مبیع حساب کند[3]. و مراد از «نسیأ» هم سلف باشد. یعنی

۱: یعنی دلیل حرمة و عدم جواز،اجماع یا هرچه باشد به جای خود، ولی حدیث منصور نمی‌تواند دلیل آن باشد.

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام‌العقود، باب ٦ ح ۸.

۳: این فرمایش میرزا(ره) عجیب است، زیرا حدیث غیر از این پیامی ندارد.

وقتی صحیح است که آن چیزی که می‌خرد بالفعل بگیرد نه اینکه به عنوان سلف باشد. زیرا که مبیع مؤجل را نسیه نمی‌گویند و این هردو خلاف ظاهر حدیث است. بلکه ظاهر این است که حدیث در معاملهٔ نسیه است که هرگاه کسی چیزی به نسیه بفروشد، جایز است آن را به نقد بخرد. و مکروه[1] است که به نسیه بخرد (در غیر صورتی که شرط کرده باشد بیع آن را، در ضمن عقد[2]) چنانکه صحیحهٔ دیگر[3] منصور دلالت بر آن دارد.[4]

۱۴۰- سئوال: مال حرام مجهول‌المالک که به فقرا بدهند، او را از فقرا می‌توان خرید یانه؟-؟.

۱: میرزا(ره) پیام حدیث را در بیع نسیه نیز به «کراهت» حمل می‌کند. زیرا در بیع نسیه غیر از این راهی نیست لیکن در ذیل مسئله شماره ۱۰۱، از مجمع‌البحرین نقل کردیم که به بیع سلف نیز نسیه می‌گویند. و پیام حدیث به سلف مربوط است.

۲: زیرا در این صورت، شرط ناقض اصل عقد می‌گردد و باطل می‌شود.

۳: وسائل: ج ۱۳ ص ۷۴، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ٤.

٤: بالاخره فتوای میرزا در این مسئله چنین می‌شود «فروختن چیزی که به عنوان سلف خریده شده قبل از حلول مدت، جایز نیست. و همچنین نمی‌توان آن چیز را به عنوان قیمت یک مبیع قرارداد». و قول مشهور را می‌پذیرد.

این همان مسئله شماره ۱۰۱، است که میرزا در تضعیف قول مشهور سخت کوشید و در تایید قول غیرمشهور استدلال‌ها کرد. با این تفاوت که در اینجا به «عدم حلول» تصریح شده است.

یک تفاوت دیگر میان این مسئله با مسئله شماره ۱۰۱ هست در آنجا کسی که سلف را خریده بود می‌خواست در مقابل طلبش جنسی را مجددا بصورت نسیه (سلف) بخرد. و لذا نیاز بود که کلمهٔ «مطلوب» در متن حدیث «مفعول مقدم بر فاعل» فرض شود. که ا ین فرض دلالت حدیث را دچار ضعف می‌کرد. لیکن در اینجا کسی که سلف فروخته است داوطلب است که در مقابل جنسی که سلف فروخته ملکی را به بیع شرط، بگذارد. و دیگر نیازی به فرض مذکور نیست زیرا این مطلوب است که به طالب پیشنهاد معامله نسیه و سلف دیگر را می‌کند و لفظ «مطلوب» فاعل می‌شود. و روشن می‌شود که حدیث از چنین ضعفی منزه است.

این نکته که در متن سئوال هست و پیام حدیث را مجسم می‌کند موجب تغییر رای میرزا نشده است زیرا می‌بینیم که باز حدیث را به بیع نسیه حواله می‌کند. و در مسئله شماره ۱۵۱ خواهیم دید که باز بر سر نظریه خویش هست.

جواب: بلی می‌توان خرید. چون الحال مال فقراست.

۱۴۱- سئوال- زید خانه داشته و منافع آن را به صیغهٔ «عمری» به ضعیفه- مادام حیاتها- واگذاشته. بعد از آن زید ارادهٔ فروختن خانهٔ مزبور را نموده. و آن ضعیفه منافع مدت عمری را با زید مزبور مصالحه نموده به وجه معینی. و وجه مصالحه را هم اخذ و قبض نموده. و زید را ماذون در مبایعهٔ خانهٔ مزبوره نموده. زید نیر خانه را به شخصی دیگر مبایعه نموده.

درصورت مسطوره، مبایعهٔ زید با شخص مشتری صورت صحت دارد یانه؟-؟ و مصالحه‌ای که ضعیفه بازید نموده در منافع مدت عمری- نظر به عدم علم به مدت عمری- صحیح است یانه؟-؟.

جواب: بیع چیزی را که کسی به صیغهٔ عمری به غیر داده باشد، صحیح است و لازم است. (علی الاظهر الاشهر). مگر در صورت جهل مشتری به عمری که در آن صورت خیار فسخ از برای مشتری هست. و اما در صورت علم به حال پس بیع لازم است. خصوصا در وقتی که آن غیر، منافع را به مشتری مصالحه کند و بعد از آن مشتری بخرد آن عین را. یا مصالحه کند منافع را با مالک و بعد از آن مالک آن را بفروشد.

وجهالت منافع به سبب جهالت مدت عمر، مضر به صلح نیست. خصوصا با وجود عدم امکان از تحصیل علم. پس بنا براین، هم مصالحهٔ ضعیفه صحیح است و هم بیع زید.

۱۴۲- سئوال: زید مبلغ چهار تومان به عمرو، داده. از قرار«ده دو» ونقد به نقد بدون بیع شرط، و اجارهٔ شرعیه.

و مدت چندسال از قرار مرقوم بوده، تا آنکه چهار تومان از «ده دو» عایدش شده، و چهار تومان اصل، باقی مانده. بعد از رسیدن به هشت تومان، زید چهار تومان اصل را بیع شرط و اجاره قرار داده و حال بیع لزوم یافته.

آیا بیع شرط و اجاره صحیح است یانه؟-؟ و عمرو مشغول ذمهٔ زید هست یانه؟-؟.

جواب: اصل معامله چون ربای صریح است، باطل است. و زید همان مساوی چهار تومان را طلب دارد از عمرو. و عمرو هم مساوی هشت تومان را طلب دارد از زید. پس

عمرو، باید چهار تومان دستی از زید بگیرد.

و اما معاملهٔ بیع شرط در چهار تومان راس‌المال: پس اگر این هشت تومان که عمرو به زید داده با آن چهار تومان راس‌المال که زید به عمرو داده مساوی‌اند در جنس و وصف (مثل اینکه هر دو اشرفی معلوم‌الصفه باشند، یا هر دو ریال معلوم‌الصفه باشند) در این صورت قبض تازه در کار نیست، بلکه هر یک از کم یکدیگر در می‌روند. و چهار تومان طلب عمرو می‌ماند از زید.

پس دیگر چهارتومانی زید از عمرو طلب ندارد که به عوض آن ملک به بیع شرط بگیرد. و بیع باطل است.

و ظاهر، این است که در صورتی که نقد نباشد آن تنخواه بلکه جنس باشد اما مثلی باشد (مثل گندم و جو و روغن) نیز همین حکم دارد. و اما هرگاه جنس‌های مختلف باشند (مثل اینکه یکی طلا است و دیگری نقره. یا یکی گندم است و یکی جو). یا در جنس متفق باشند اما در وصف مختلف، حتی به سبب تفاوت در حال و مؤجل، یا تفاوت اجل‌ها، یا اینکه نه پول نقد باشد و نه متاع مثلی، بلکه هر دو قیمی باشند (مثل اینکه هردو گوسفند باشند، یا گاو باشند) یا یکی مثلی و دیگری قیمی. در این صورت آنچه را عمرو داده به زید همان را می‌طلبد. و زید هم مساوی چهار تومان طلب او باقی می‌ماند، و بیع صحیح می‌شود. و همچنین اجارهٔ مترتب بر آن[1].

و آنچه مذکور شد مطابق ظاهر مشهور، است و قول دیگر هم در مسئله هست. ولکن اظهر همان است که مذکور شد. و علما این کلام را در «کتاب مکاتبه» ذکر کرده‌اند.

۱۴۳- سئوال: الاقباض فی غیر المنقول هوالتخلیة و ان کان فی غیرالبلد: ام

۱: برای فرار از ربا ملکی را در مقابل پول به بیع شرط، می‌گذاشتند و همان ملک را به اجاره صاحبش می‌دادند. یعنی در حقیقت وجه اجاره، به منزلهٔ سود اصل پول قرار می‌گرفت. و از متن سئوال پیداست که در عصر میرزا اینگونه معاملات سخت رواج داشته است. و سئوال‌کننده عبارت زیبای «بیع شرط و اجاره شرعیه» را به کار می‌برد.

يعتبر فيه مضى زمان يمكن الوصول فيه اليه؟ـ؟.

جواب: الاظهر عندى فى تحقق‌القبض فى غيرالمنقول بعد التخلية، إمّا الوصول بالمبيع (او الموهوب و نحوهما) بالفعل. او مضى زمان يمكن فيه من‌الوصول اليه.

فان الظاهر ان الحكمة فى اشتراط القبض هو ظهور مبدأ آثار التملك، الذى هووجه من وجوه التصرف. و ان كان بوضع اليد اوالرجل والدخول فيه. و هذالا بدّ ان يحصل إما بالفعل او بتمكن منه، وان سامح فى ذلك. ولاريب انه لا يحصل التمكن الا بمضى زمان يسعه. فقد يحصل بعدالتخلية مانع من قبل الله تعالى فى هذالزمان يمنع عن‌الوصول (كما لو باع ارضاً و خليها و جاءالسيل و ذهب بهذه‌الارض) فلايصدق عرفاً ان البايع اقبضها او قبض المشترى ثم تلف. حتى ينتقل الضمان الى المشترى مثلا. لان هذه التخلية وجودها و عدمها سيان.

فلافرق بين البلد البعيد والقريب، فالعمدة فى‌القبض هوتمكن الوصول الحاصل من رفع المانع من جانب البايع مع تمكن المشترى. [و] منه‌التوقف على عدم حصول مانع خارجى حتى يصدق القبض عرفاً. نعم، لومضى زمان يمكنه ذلك و سامح‌المشترى و نحوه، ثم حصل مانع خارجى فهذا لاينافى الصدق العرفى.

و اعلم انه: كما يحصل القبض بوضع اليد او الرجل فقد يحصل بالبيع والاجارة بعدالعقد فوراً. و هذا و ان كان يمكن‌الاشكال فيه، بان البيع والاجارة فاسد ان، لانهما مشروطان بالقبض السابق عليهما، و المفروض ان القبض انما وقع بهما، و يترتب عليهما، لانهما مترتبان عليه. ولا ينفع حصول القبض. فالبيع مثلا بجعل واحد ولا تقدم هذاللقبض لا وضعاً ولا طبعاً.

و[لكن] يمكن دفعه بانهما يثمران فى‌التصرفات التى بعدهما، و ان بطلا بانفسهما. والقول بانّ «القبض الفاسد لا يمكن ان يكون منشأ لتصحيح ما بعده من‌التصرفات». ضعيف. لان القبض من‌الاحكام الوضعيه. غاية الامر كونه حراماً، و عدم صيرورة الحرام منشأ لترتب‌الاثار فى‌الاحكام الوضعية ممنوع. كماترى فى لزوم المهر و لحوق‌الولد فى وطى الحايض، و نحو ذلك.

۱۴۴- سئوال: تخم در زمین، مثلاً پیاز و گندم ناروئیده، بیع و شرای آن صحیح است یانه؟ـ؟.

جواب: صورتی ندارد مگر با ضمّ ضمیمه. که آن ضمیمه مقصود با لذات باشد در بیع.

۱۴۵- سئوال: زعفران غش‌دار را بیع نمایند، بلکه مصالحه و مواهبه نمایند. صورت دارد یانه؟ـ؟.

جواب: در صورت جهالت مشتری، معامله غش حرام است (خواه به عنوان بیع باشد و خواه مصالحه و خواه هبهٔ معوضه) ولکن معامله باطل نیست. بعد از اطلاع، تسلط برقسم دارد.

۱۴۶- سئوال: هرگاه کسی درختی در ملک مشاعی داشته باشد، و آن درخت را به دیگری بفروشد، و مشتری درخت مذکور را قطع نموده، و بعد از آن نهالی از ریشهٔ آن درخت بروید. [و شخص دیگری] مثلا او را تربیت نموده به عمل بیاورد. آیا در این صورت صاحبان آن ملک مشاع می‌توانند ادعای حصّه بر او یا وارث او بکنند؟

جواب: شرکا (در آن ارض مشاع) را حقی در آن نیست. و همچنین بایع را. چون درخت را با توابع آن منتقل کرده به مشتری.

و اشکال می‌ماند مابین مشتری و این شخصی که درخت را به عمل آورده. پس اگر آن مشتری از آن ریشه اعراض نکرده، نهال مال اوست. و هرگاه اعراض کرده است (مثل اینکه ریشه را هم کنده و بعضی ریشه‌های جزئی مانده که مالیّتی نداشته)، پس اگر قبل از سبزشدن نهال، آن شخص آبداده و سبز شده و تربیت کرده، ظاهر این است که مال او شده، و از باب حیازت مباح، باشد. و اگر بعد از سبزشدن و قابلیت ملکیت، حیازت کرده و تربیت کرده، ظاهر این است که مال مشتری می‌باشد.

۱۴۷- سئوال: زید و عمرو، هردو اهل یک ولایت و با هم (فی‌الجمله) در بعضی اوقات معامله داد و ستد می‌کردند. عمرو به رحمت خدا رفته. بعد از سه سال زید هم فوت شده. و مدت دوسال هم از فوت زید گذشته. ورثه عمرو آمده کاغذی آورده‌اند نزد

ورثهٔ زید که پدر شما فلان ملک را بیع شرط پدر ما کرده به مبلغ سی تومان وردّ ثمن نکرده، و بیع آن لازم شده.

ورثهٔ زید (از اینکه جاهل به سن و جاهل به مسئله بوده) سخن ایشان را قبول نموده و بنا به فسخ معاملهٔ سابقه شده و معامله فسخ شده. ورثهٔ عمرو، باورثهٔ زید محاسبه نموده که سی تومان در عوض پنج سال منفعت آن، از قرار «ده دوونیم» چند است، و بعد از محاسبه، ورثهٔ زید در عوض مجموع سی تومان و نفع آن (از قرار ده دو و نیم»، قدری [ملک] دیگر [به آن] ملک علاوه نموده. بدون اینکه صیغه جاری شود به نزد شرع رفته اقرار رسم‌القباله، نموده. که ملک را فروخته‌ایم و تنخواه را گرفته‌ایم.

و شرع هم به اقرار آنها مهر نموده است. تا مدت سه سال به این طریق رفتار نموده‌اند.

حال به ورثهٔ زید یقین حاصل شده که پدر ایشان، ثمن را در مدت خیار به عمرو مشتری، ردّ نموده است، و حجت ورثهٔ عمرو، خالی از وجه بوده است. ورثهٔ زید ملک را به تصرف [ورثهٔ] عمرو نداده‌اند و نمی‌دهند. دوسال است بدون معاملهٔ شرعیه جدیده در تصرف ایشان است. و سخن ورثهٔ عمرو آن است که پدر شما ردّ مثل ثمن، را به پدر ما ننموده است، و بیع لازم شده و معاملات بعد از آن هم صحیح است، ملک را می‌خواهیم با اجرت المثل دوساله.

استدعا آن است که چگونگی را، قلمی، و به مهر شریف مزین فرمایند.

جواب: هرگاه ورثهٔ زید اثبات کردند که زید ثمن را به عمرو ردّ کرده بوده و حجت خالی از وجه بوده و اقالهٔ بیع لغو بوده، پس بیع ثانی که در ازای آن سی تومان با منافع ربویّه غیر مشروعه، بوده، باطل است. خصوصاً با ملاحظهٔ اینکه این بیع مبتنی بر فاسد، است که ناشی از اعتقاد مالک بودن ورثهٔ عمرو است. که اگر آن ادعای ورثهٔ عمرو، و اعتقاد فاسدهٔ ورثهٔ زید به صحت آن، نبود این بیع واقع نمی‌شد. پس بطلان بیع هم ا ز راه فساد ثمن است و هم از راه عدم قصد به بیع در نفس‌الامر منجزاً.

و هرگاه ورثهٔ زید نتوانستند [اثبات] کرد خالی بودن حجت را از وجه، و اینکه

ملک مال خود ایشان است. پس به اقرار خود ماخوذند و ملک مال ورثه عمرو می‌شود در ظاهر شرع. و اقاله صحیح می‌شود. و بیع ثانی هم در مقابل ثمن مقربه، صحیح است. و ثمرات ملک بر آن مترتب می‌شود.

و اما آنچه در مقابل ربحی است که بدون وجه شرعی قرار یافته: پس آن، صورتی ندارد، و بیع در مقابل آن باطل است.

و بعد از بنای به صحت در اصل ثمن مقربه، باقی می‌ماند کلام در دعوی صیغه نخواندن، و در اینکه ورثهٔ زید در نزد حاکم شرع قباله برده‌اند که مهر کنند و حاکم مهر کرده والحال ادعا می‌کنند که اقرار ما علی رسم القباله بود. و ظاهر این است که مراد ایشان از «اقرار علی‌رسم‌القباله» اقرار به بیع و قبض ثمن بوده چنانکه از صورت سئوال ظاهر می‌شود.

پس اگر مراد ایشان این است که مطلقا بیع به عمل نیامده بوده، نه به عنوان معاطات و نه به عنوان صیغهٔ بیع. پس آن مسموع نیست. چون ظاهر این است که معاطات به قبض احد متبایعین، حاصل می‌شود، و به همان اقرار به اشتغال ذمّه به وصف ثمن بودن، تمام می‌شود. هرچند مبیع را به قبض ورثهٔ عمرو نداده باشند. به این معنی که مساومهٔ بیع شده و قیمتی را که اقرار کرده‌اند به اشتغال ذمّه به آن، ثمن حساب کرده‌اند. و به این سبب اقرار به بیع کرده‌اند. و اما صیغه نخوانده‌اند. پس دیگر چه معنی خواهد داشت که بیع بهیچ نحو واقع نشده و اقرار ما علی رسم‌القباله بوده. و حاصل این شق این است که تکیه بر عدم تقابض از طرفین است.

و اگر مراد ایشان این است که نه ملاحظهٔ ثمن بودن آن وجه، به عمل آمده، و نه تسلیم مبیع. و با وجود این اقرار به بیع کرده‌اند. پس چنین دعوائی از باب ادعای اقرار به رسم‌القباله که غالب‌الوقوع ، باشد و مسموع باشد، نیست. بلکه این بسیار دورتر است از شق اول. پس باقی می‌ماند همین که مراد از «اقرار علی‌رسم القباله» این باشد که صیغه نخوانده‌ایم، و انشاء نقل به معاطات[هم] به عمل نیامده. و [بااینکه] آن وجه، به وجه «ثمن مبیع بودن» متصف شده و آن ملک هم متصف به اسم «مبیع» شده، لکن صیغه

نخوانده‌ایم. پس در این صورت ظاهر این است که دعوی مسموع باشد. و مدعی آن، باید اثبات کند. یعنی اینکه می‌گوید «بیع معاطات نیست و صیغه [هم] نخوانده‌ایم» اثبات کند و با عجز از اثبات، قَسم متوجه ورثهٔ عمرو، می‌شود که صیغه خوانده شده. و لکن ثمرات معاطات مترتب می‌شود، پس نمای ملک مال مشتری می‌شود، مادامی که فسخ نشده.

و این کلام مبتنی بر آن است که اصل، در بیع، لزوم است. و ظاهر غالب در استعمال آن، در مثل املاک، بیع با صیغه، است، نه معاطات. و بیع واقعی است نه فضولی. خصوصاً در صورتی که ورثهٔ زید اقرار به جریان صیغه هم کرده باشند و بعد بگویند اقرار ما به صیغه «علی رسم‌القباله» بود. پس با وجود این مخالفات دعوی، با قواعد (خصوصاً با آنکه مسبوق است به اقرار مخالف آن) مستحق اسم مدعی علیه و «منکر» است تا قَسم متوجه او شود.

و اینکه این دعوی را می‌کند که رسم‌القباله بود، مدعی است.ـ چنانکه فقها ذکر کرده‌اندـ و مجرد اینکه وقوع صیغه خلاف «اصل» است، مقابله با این ظواهر نمی کند. آیا نمی بینی که در اقرار به قبض ثمن، (یا ادعای اینکه اقرار[به] رسم‌القباله بود) قسم متوجه مدعی اقباض است (ـ؟.) با وجود اینکه قبض، خلاف اصل است.

۱۴۸ـ سئوال: محسوب داشتن ثمن بیع سلف از «ما فی‌الذمه» بدون شرط یا قصد به آن. چه صورت دارد؟

جواب: ظاهر، صحت است. بلکه اظهر جواز قراردادن ثمن است از مافی‌الذمه نیز. ولیکن احوط این است که بیع را مطلق به عمل بیاورد، بعد ثمن را از مافی‌الذمه محسوب دارد. و احوط از همه حاضر کردن ثمن است[1].

۱۴۹ـ سئوال: زید می‌فروشد چیزی را به عمرو، به شرط اینکه ثانیاً، به او بفروشد به همان قیمت به مبایعه شرطیه، یا به قیمت نازل. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهراً خلافی در بطلان آن نیست.

۱: این همان مسئله شماره ۱۰۱ است که مطابق فتوای مشهور باطل است و در مسئله شماره ۱۳۹ نیز راجع به آن بحث گردید.

۱۵۰- سئوال: متعارف در این بلاد، این است که ملکی را بیع شرط می‌کنند، و بعد از آن بایع اجاره می‌کند. آیا در صورتی که بایع در ایام خیار، ردثمن، نماید به سوی مشتری و فسخ نماید، وجه اجاره را توزیع بر مدت، باید کرد یانه؟ـ؟ و در صورتی که توزیع بر مدت کند، آیا هرگاه از برای بعض مزیئی بوده باشد (یعنی منافع مبیع در آن مدت بیشتر بوده باشد) ملاحظهٔ آن را باید کرد یانه؟ـ؟.

جواب: هرگاه مبیع مشروط به خیار، زمان خیار آن بعد از مدتی است، و خیار در آخر آن مدت است، و مشتری به اجاره داده است ملک را در مجموع آن مدت، و قبل از رسیدن زمان خیار که در آخر مدت است، اتفاق افتد که ردّ مثل ثمن، کند و مشتری هم قبول کند، و بایع فسخ کند. این از بابت «تقایل» خواهد بود، نه فسخ.

و به سبب تقایل در بیع، تقایل در اجاره حاصل نمی‌شود. مگر اینکه علی حده در آن هم تقایل کنند. و بعد از تقایل دراجاره، مشتری از وجه اجاره به قدر زمان گذشته مطالبه می‌کند، و ملاحظهٔ ازمنه در مقدار وجه اجاره می‌شود.

هرگاه زمان خیار فسخ بیع را در مجموع مدت قرار داده‌اند (هرچند در صحت اجاره اشکالی کرده‌اند ولیکن اظهرجواز آن است) در صورت فسخ بیع به رد مثل ثمن، مستحق وجه اجاره نسبت به زمان ماقبل فسخ می‌شود به نحوی که گفتیم.

۱۵۱- سئوال: زید مقدار معینی ابریشم به صیغهٔ سلف از عمرو، می‌خرد، در گیلان. به مدت معینی، به قیمت معینی. و در سر موعد، عمرو تعلل می‌کند در دادن ابریشم. و می‌آید به قزوین. و زید هم می‌آید به قزوین و از او مطالبهٔ ابریشم می‌کند. عمرو را ممکن نمی‌شود دادن ابریشم. بنا به این می‌شود که اجناسی چند، زید از عمرو می‌گیرد به قیمت معینی.

الحال آیا ملاحظهٔ قیمت این اجناس را نسبت به قیمت ابریشم در گیلان، باید حساب کرد؟ یا قیمت آن در قزوین.؟

جواب: شکی نیست در اینکه در بیع سلم (هرگاه بایع قادر است) در سر موعد در ادای مبیع، واجب است ادای همان جنس خاص، در بلدی که شرط کرده‌اند تسلیم را درآن بلد. یا در بلد عقد بیع، هرگاه مطلقا شرطی نشده. بنابر مشهور اقوی.

و هرگاه عاجز باشد، یا به سبب یافت نشدن آن در آن وقت (بعد از آنکه غالب الحصول و مترقب‌الوصول بوده)، یا به سبب عجز او از تحصیل آن. پس مشهور واقوی این است که از برای مشتری خیار فسخ حاصل می‌شود.

یعنی رجوع کند به قیمتی که داده یا اینکه صبر کند تا بایع قادر شود بر تحصیل آن جنس.

و اما هرگاه بایع قادر بود در سر موعد، و تعلل کرد و نداد تا عجز حاصل شد. پس می‌تواند مشتری، که قیمت آن جنس را بگیرد. پس در صورت سئوال که زید تعلل کرده و در گیلان که بلد عقد بوده تسلیم نکرده الحال که در قزوین ممکن نیست او را تسلیم عین آن جنس، پس مشتری مسلط است بر اخذ قیمت آن.

و هرگاه ممکن نباشد از برای بایع که عین را در گیلان تسلیم کند، در این صورت ظاهر این است که مسلط است که قیمت گیلان را از او بگیرد. زیرا که او مشغول ذمّهٔ تسلیم عین در گیلان بود. و بعد از عجز از عین، که رجوع به قیمت می‌شود، این قیمت بدل آن عین است. و چنانکه قیمت به حسب ازمان، تفاوت می‌کند، به حسب امکنه هم تفاوت می‌کند.

و وجه عدول از مثل به قیمت (درمقامی‌که مبیع مثلی باشد، و مثل متعذرنباشد) این است که قیمت اضبط اشیاء است در استیفای حق. پس آنچه مدخلیت در استیفای حق دارد باید ملاحظه شود. و مفروض این است که مشتری مستحق این جنس بوده در گیلان. پس در صورت تعذر باز مستحق قیمت آن جنس است در گیلان.

و چون بایع در اینجا به سبب تعلل شبیه به غاصب حق، است، و قاعده در صورت تعذر استرداد مغصوب (درمثلی)، رجوع به مثل است. و در صورت تعذر مثل به قیمت. و در ملاحظهٔ قیمت چند قول است، و اقوی قیمت روز دفع قیمت، است. پس باید در مانحن فیه قیمت گیلان در روز دفع، اعتبار شود.

پس درمانحن فیه می‌گوئیم که: هرگاه قطع نظر ـ از ملاحظهٔ گنجایش هریک از ابریشم و اجناسی که در عوض آن [قرار] می‌دهند ـ می‌کنند و راضی می‌شوند به اینکه این اجناس در عوض ابریشم باشد، و مشتری هم قبول می‌کند بازاء همین اجناس. پس

دیگر ملاحظهٔ قیمت قزوین و گیلان ضرور نیست. و این عقد و معاملهٔ مستقلی است که تراضی طرفین به آن واقع شده.

و اما هرگاه مداقه می‌کنند، و ملاحظهٔ قیمت عوض و معوّض می‌کنند، و منظور این است که آنچه مشتری در نفس‌الامر مستحق آن است گرفته باشد، و آنچه بایع از اجناس قیمت کرده و داده، علی‌الحساب است، تا اینکه معلوم شود که در نفس‌الامر مستحق چه چیز است. پس این از باب وفای دین است به هرقدر که در مقابل آن درآید، و بعد از آن به زیاد و کم رجوع کنند.

پس در این صورت چون گفتیم که مشتری مستحق بیش از قیمت گیلان نیست، و بایع هم کمتر از آن نمی‌تواند داد. پس بعد از معلوم شدن قیمت گیلان، اگر مساوی آن را داده است، بریٔ‌الذّمه است. و اگر کمتر داده، باید کسر آن را تمام کند. و اگر زیادتر داده، زیادتی را پس می‌گیرد.

وبالجمله: معنی اینکه «مشتری در نزد تعذرّ اخذ مبیع- بعد تقصیر بایع- مسلط است بر اخذ قیمت» این است که جایز است از برای او اخذ قیمت. نه اینکه او از مالکیت عین معزول می‌شود، و عین از ملکیت او خارج می‌شود، و مستحق ثمن است، لاغیر. پس می‌گوئیم که هرگاه چنین نمی‌کند و بنا را به اخذ ثمن می‌گذاردکه مستحق آن است. و نمی‌تواند زیاده از آن بگیرد، و بایع هم نمی‌تواند کمتر بدهد. پس در صورت سئوال این معنی ممکن نیست الا به اینکه آنچه بایع می‌دهد از اجناس، بعد تقویم مراعی باشد به اینکه معلوم شود قیمت گیلان. و بعد از معلوم شدن، به زیاد و کم رجوع می‌کنند.

و اما هرگاه بنا را بر این بگذارد که عین در مال او باقی باشد، و لکن خواهد آن عین را معاوضه کند به قیمت آن. پس در اینجا پای معاملهٔ جدیده به میان می‌آید. و آن مبایعهٔ عین است به آن اجناس. و در اینجا ملاحظهٔ قیمت گیلان و قزوین معتبر نیست. بلکه به هرچه تراضی واقع شود. زیرا که جایز است بیع مبیع سلفی، بعد از حلول، هرچند قبل از قبض باشد. خصوصاً در غیر طعام. علی‌الاظهر.

پس دراین صورت می‌فروشد مشتری ابریشمی [را] که درذمّهٔ بایع دارد (که باید آن را در گیلان تسلیم کند) به بایع، به هر قیمتی‌که تراضی واقع شود. خواه کمتر باشد ازقیمت

ابریشم در گیلان، یا بیشتر باشد. و این خود معنی معاملهٔ جدیده است. زیرا که تراضی شرط است. و در صورت اول تراضی شرط نیست. یعنی بعد از آنکه بنا به این شد که قیمتی را که مستحق است بگیرد زیاده از آن را نمی‌تواند مطالبه کند و بگوید من راضی نمی‌شوم. به همان قیمتی که در نفس‌الامر مستحقم. چون بنا به همان شده و قسراً، لازم آن می‌افتد، که به همان اکتفا کند.

و درآن صورت دیگر[1]، می‌تواند بگویدکه آن عین که در ذمهٔ تو است که باید در گیلان تسلیم کنی، به تو وا می‌گذارم در عوض این مبلغ. که در این صورت هرچند ظاهر شود که این قیمت مضاعف قیمت گیلان است، دیگر نمی‌تواند بایع استرداد کند. چون این معامله جدیدی است. و بر وجه تراضی واقع شده، و آن بیع است و احکام بیع بر آن مترتب می‌شود. خواه احکام معاطاتی باشد، اگر صیغه خوانده نشده. و خواه بیع لزومی، هرگاه صیغه جاری شده. و جهالت قیمت گیلان، در اینجا مضّر نیست. چون مبیع معین است. بلی، [باید] قیمت جهالت نداشته باشد.

۱۵۲- سئوال- زید متاعی می‌فروشد به عمرو، به مبلغ ده تومان، از قرار عباسی شماخی به یک عباسی، به موعد معینی. و بعد از آن در حین نوشتن «تمسک» به او می‌گوید که «بنویس از قرار اشرفی، یا با جاقلو عددی شش هزار دینار». و تمسک نوشته شود از این قرار. آیا به مجرد همین، زید مستحق عباسی است از آن قرار؟ یا اشرفی از این قرار؟.

جواب: تعیین ثمن و مثمن، در بیع، شرط صحت آن است. و به هرچه معامله واقع شود مستحق همان است. و در اینجا مفروض این است که معامله بر عباسی واقع شده، و مجرد گفتن زید که چنین بنویس و نوشتن عمرو، موجب استحقاق اشرفی نمی‌شود. بلی اگر بگوید که عباسی‌ها که من از تو طلب دارم بدل کن به اشرفی (یعنی در ذمهٔ خود قبول کن که هر نرخی که عباسی را بر می‌دارند الحال به آن نرخی که اشرفی را بر می‌دارند به

۱: یعنی در صورت دوم. توضیح: عبارت نسخه چنین است: و در آن صورت، دیگر نمی‌تواند بگوید...

من در سر موعد بدهی) و او هم قبول کند، اظهر و اشهر صحت لزوم این معامله است. هرچند قبض به عمل نیاید.

و این مستثنی خواهد بود از معاملهٔ صرف که در آن قبض مجلس شرط است. و خلافی که نقل شده از ابن ادریس است که باطل می‌داند و شهید حکم به ندرت این قول کرده. و اما اشکال در سر این است که آیا این معاملهٔ مستقلی است و بیع نیست، یا اینکه توکیل در بیع، است که زید عمرو را وکیل کرده که از جانب او ایجاب بیع کند، و از جانب خود قبول.

و توکیل در بیع، توکیل در لوازم آن هست، که از جملهٔ لوازم آن در معاملهٔ صرف قبض مجلس، است. پس وکیل در قبض هم هست و قبض هم ضرور است. به این معنی که دراهم را عمرو، موجود کند و قصد کند، و ثانیاً در ذمّه بگیرد. یا اینکه در این مقام، بودن مال در ذمّه به منزلهٔ قبض است، و مفروض این است که ثمن و مثمن هردو در ذمّهٔ شخص واحد است که زید است. و همین قدر در تحقق قبض کافی است.

و بسیار از این مقدمات محل اشکال و خلاف است. ولکن چون دو روایت معتبر که موثق کالصحیح‌اند، دلالت دارند بر آن[1]. و اکثر متأخرین عمل به آنها کرده‌اند. و عمل به آنها از شیخ و ابن جنید هم منقول است. پس تخصیص قاعدهٔ معاملهٔ صرف به آنها، ضرر ندارد. و عبارات فقها در این مقام اختلافی دارد. جمعی به این نحو تعبیر کرده‌اند که گفتیم یعنی توکیل است در بیع و قبض. و جمعی مطابق روایت گفته‌اند. و دور نیست که مراد از «تحویل» که در روایت وارد شده همان بیع باشد، و روایت مخصص قاعده صرف باشد.

پس هرگاه مدیون قبول تحویل، کند و بگوید «حولت ما فی ذمتی من‌الدراهم لعمرو، الی دنانیر کذا» کافی باشد درانعقاد صیغهٔ بیع. و ضرورنیست که به لفظ «بعت» و «اشتریت» باشد. زیرا که وسعی در الفاظ بیع، هست. حتی اینکه تشریک را، از جملهٔ اقسام بیع شمرده‌اند. و آن این است که کسی متاعی خریده به قیمت معینی، دیگری

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، باب ٤ ح ۱ و ۲.

می‌گوید مرا شریک کن در نصف این متاع. پس هر گاه این مشتری اول، بگوید «شرکتک بنصفه بنسبة مااشتریت به»، در نصف شریک او می‌شود. و نصف قیمتی که داده به او می‌دهد. به شرطی که هردو عالم به قیمت باشند. و آن فی‌الحقیقة بیع جزء مشاع، است به راس المال. و این بیع منعقد می‌شود به لفظ تشریک. پس چه مانع دارد که به لفظ «حولت» هم متحقق شود. خصوصاً با ورود دو رویات معتبره.

و اگر خواهی که آن را داخل بیع نکنی هم ضرر ندارد، بنابر اینکه این دو روایت معتبر دلیل باشند بر این نوع [معامله] و صحت آن مشروط به قبض صریح نباشد. لکن اظهر این است که داخل بیع است. و صحت مباشرت طرفین عقد از برای یک نفر. و مستلزم بودن توکیل در آن، توکیل در لوازم را، که از جملهٔ آن قبض است. و اکتفانمودن در ذمهٔ شخص واحد از قبض صریح، همه از این دو روایت ثابت شده باشد. با وجود اینکه بعضی از این مقدمات به دلیل دیگر هم ثابت است.

و اما حدیث‌ها: پس یکی آن است که شیخ در **تهذیب** روایت کرده است از حسن بن محبوب، از اسحاق بن عمار «قال: قلت لابی عبدالله(ع): تکون للرجل عندی الدراهم الوضح، فیلقانی فیقول: کیف سعرالوضح الیوم؟. فاقول کذا و کذا. فیقول: الیس لی عندک کذا و کذا الف درهم وضحاً؟ فاقول: نعم، فیقول: حولهالی دنانیر بهذا السعر واثبتها لی عندک. فماتری فی‌هذا؟. فقال لی: اذا کنت قداستقصیت له السعر یومئذ فلاباس بذلک. فقلت؟ انی لم اوازنه و لم اناقده، انما کان کلام منی و منه. فقال: الیس الدراهم من عندک والدنانیر من عندک؟ . قلت: بلی. قال: فلاباس[1].

و حاصل تعلیل که در آخر روایت است این است که چون نقدین از شخص واحدند ضرر ندارد. و حدیث دیگر هم باز [از] اسحاق بن عمار است.[2] ولکن [این] تعلیل در آن مذکور نیست. و هرچند در لفظ حدیث «قبول» مذکور نیست صریحاً، ولکن ظاهر این

۱: تهذیب ج ۲ ص ۱٤٦. وسایل باب ٤، ابواب صرف ح ۱. در وسائل متن حدیث از کافی آمده که با متن تهذیب مختصر تفاوتی دارد مثلاً به جای «نعم»، «بلی» آمده.

۲: همان دو مرجع مذکور.

است که سائل قبول تحویل کرده و اشکال او در همان عدم تحقق وزن و قبض بوده.

۱۵۳- سئوال: هرگاه جنس، غش و قلبی داشته باشد. و بایع و مشتری هردو عالم باشند و معامله کنند. این معامله چه صورت دارد؟

جواب: این سئوال خالی از غش و قلب، نیست. و محتاج است به تفصیل، و استیفای شقوق و احتمالات.

پس اگر مراد این است که در متاع، غشی هست (مثل اینکه آب در شیر داخل است، یا ریسمان کرباس از پنبه کهنه است، و امثال اینها)، پس اگر مخفی است که مشتری مطلع نمی‌شود. پس آن عمل حرام است. خصوصاً هرگاه بایع خود عمداً کرده باشد به قصد فروختن. و اماهرگاه مخفی نباشد (مثل اینکه خاک داخل گندم کرده)، پس آن مکروه است. و باطل نیست. هرچند فعل حرام کرده باشد. و تدارک نقصان به خیار غبن و خیار تدلیس می‌شود هرگاه مطلع شود. و رهرگاه مطلع نشود، بایع مشغول‌الذمهٔ است در دنیا و آخرت در صورت مخفی بودن غش.

و اگر مراد این است که به پول‌هائی که در آنها غش هست (مثل اینکه سرب یا مس داخل آن باشد) معامله کند و خرج کند. پس اگر از پول‌هائی است که در میان مردم رواج دارد، و می‌شناسند، و معامله می‌کنند، پس باکی نیست. هرچند مقدار غش مجهول باشد. و ظاهر این است که خلافی در آن نباشد. و مقتضای «اصل» و «عمومات» است و نقل اجماع هم بر آن شده.

و هرگاه از پول‌های متعارف (که رواج دارد و به آن معامله می‌کنند) نباشد. بلکه زرکهنه باشد که در میان مردم مهجور و متروک باشد. یا زر نوی باشد که هنوز معروف و متداول نشده باشد. و آن غش به قدری نباشد که مردم مضایقه از آن نمی‌کنند، و مسامحه می‌کنند در آن. پس جایز نیست خرج کردن آن. مگر بعد از بیان حال آن و اظهار غش آن. و اگر غش آن به آن قدری [است] که مردم به آن مسامحه می‌کنند و مضایقه نمی‌کنند. پس باکی نیست.

و در این مسئله هم گویا خلافی نباشد و نقل اجماع هم شده و «عمومات حرمة غش» هم دلالت دارد در صورت اول. و بعض اخبار **صحیحه**[1] هم دلالت بر اصل تفصیل مسئله می‌کند. یعنی آنکه هرگاه از زر مغشوش رایج است در میان مردم، جایز است خرج کردن آن. و هرگاه رواج نیست جایز نیست. مگر بعد از بیان اینکه مغشوش است. و همین وجه جمع است مابین احادیثی که از طرفین وارد شده، که بعضی بر منع از خرج کردن مغشوش است مطلقا[2]، و بعضی بر جواز مطلقا[3].

و اگر مراد[4] معامله کردن زر مغشوش است و دیگری خالص. پس اگر با غیر جنس خود معامله می‌کند (مثل طلای مغشوش با نقرهٔ خالص یا به عکس). پس آن جایز است بی‌اشکال. چون در تحقق ربا تماثل شرط است. و اگر باجنس خود معامله می‌کند (مثل نقره با نقره یا طلا با طلا) و مقدار غش در مغشوش مجهول است. پس جایز نیست آن معامله. و ظاهراً خلافی در مسئله نباشد بلکه بعضی نقل اجماع کرده‌اند بر آن. و این مقتضای ادلهٔ حرمة ربا است چون اجتناب از آن واجب است و در صورت جهالت ایمن از ربا نیست.

و هرگاه مقدار طلا یا نقره که در مغشوش است معلوم باشد، پس جایز است معامله، هرگاه در آن طرف که زر خالص است زیادتی باشد، که در برابر آن مس یا سربی که در مغشوش است،[باشد. و] تواند شد مساوی قیمت آنها نباشد و بسیار کمتر باشد اما به حدی که صدق مال بر آن بشود و «مایتمول» گویند. که قدری از زر خالص از آن طرف خالص، در برابر این طرفِ مغشوش، باشد، و زاید بر آن [دربرابر] مس یا سرب باشد، صحیح است معامله. و ربا حاصل نمی‌شود.

و همچنین است کلام، هرگاه مقدار خالص که در آن مغشوش است، معلوم نباشد، ولکن زر مغشوش و زر خالص به یک وزن و یک قیمت باشند هرچند این فرض نادری

---

۱ و ۲و ۳: حدیث‌های موردنظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ٤٧٦- ٤٧٤.

٤: عطف است به «اگر مراد این است که غش در متاع بایع است» و به «واگر مراد این است که به پول...». لیکن در نسخه: که اگر مراد...

است. زیرا که در اینجا هم در طرف زر خالص به قدر آنچه در طرف مغشوش است، [هست] و زیادتی هم دارد که در برابر آن خلیط باشد، هرچند مقدار آن معلوم نباشد، و همین قدر از برای خلاص از ربا، کافی است.

و هرگاه متماثلان که از یک جنس‌اند، هر دو مغشوش باشند، پس معامله صحیح است مطلقا، یعنی هرچند مقدار خالص در هر دو طرف مجهول باشد. بلکه هرچند معلوم باشد که خالص یک طرف بیش از خالص طرف دیگر باشد. و این بنابراین است که ضمیمه با احد متماثلین چنانکه موجب [عدم] تحقق ربا می‌شود، [همین طور است] هرگاه در هر دو طرف باشد. به جهت آنکه[1] خالص احد طرفین را، در برابر خلیط آن طرف قرار می‌دهیم و خلیط آن طرف را در برابر خالص این طرف. (همچنانکه هرگاه خلیط در یک طرف باشد و معلوم باشد زیادتی خالص آن طرف خالص، برخالص مغشوش، به قدری که توان قیمت خلیط این طرف کرد. چنانکه گذشت).

و این خلیط داخل «ضمیمه» است که از جملهٔ حیل ربا است. و در حدیث صحیح وارد شده است، که جایز است فروختن دو هزار درهم به یک هزار درهم به ضمیمهٔ دیناری. که هزار در برابر هزار است، و هزار دیگر در برابر دینار[2]. و پیش دانستی که جهالت مقدار در پول های رایج ضرر ندارد.

پس اشکالی که در اینجا متصور است، همان ربا است و آن مندفع می‌شود به تراضی آنها بر اینکه خلیط یک طرف قیمت صافی آن طرف باشد. و صافی آن طرف قیمت خلیط این طرف. پس معاملهٔ مثلین با تفاضل نشده[3] که ربا حاصل شود. و در آن

۱: و در نسخه: به جهت آنکه اگر خالص احد طرفین...

۲: رجوع کنید به مسئله شماره ٦ (همین مجلد) و به ذیل آن که نظریه ابتکاری امام خمینی(ره) در این مسئله بیان شده است. و حدیث در: وسائل: ج ۱۲، ابواب الصرف، باب ٦ ح۱، و نیز باب ۲۱ ح ٤.

۳: مثال و صورت مورد بحث، مثال خوبی است بر نظریه امام خمینی(ره) در موضوع فرار از ربا. به نظر ایشان صحت فرار از ربا به وسیلهٔ ضمیمه در چنین مواردی است بشرط عدم قصد ربا واقعا؛ نه در ضمیمه کردن یک قوطی کبریت به یک هزار تومان درمقابل دو هزارتومان. یعنی ضمیمه فقط مماثلت را توجیه می‌کند. نه ربا گرفتن را. رجوع کنید به مسئله شماره ٦.

حدیث صحیح تصریح شده به اینکه «نعم الفرار من‌الحرام الی‌الحلال» .

و بدان که: آنچه مذکور شد، نظر به ملاحظهٔ تحقق ربا و عدم تحقق آن است. و لکن باید مراعات قبض مجلس در همه جا شود. چون معاملهٔ طلا و نقره، بیع آنها صحیح نیست الا به قبض مجلس. بلی، اگر به عنوان مصالحه باشد دلیلی بر اشتراط قبض مجلس [وجود] ندارد.

و در طلا و نقره فرقی مابین مسکوک [وغیر مسکوک] نیست. ولکن باید صدق عرفی طلا و نقره متحقق باشد. و مجرد وجود طلای مخلوط مستهلک در غیر، کافی نیست. و از این جهت است که گفته‌اند که هرگاه مس یا سرب را بفروشد و در آنها قلیلی از طلا یانقره باشد، می‌توان به طلا و نقره فروخت. هرچند معلوم نباشد زیادتی آن طلا و نقره که به قیمت می‌دهند، بر آن مقدار قلیلی که در اینها هست. چون حکم تابع اسم است. و آن قلیلی از طلا و نقره که در آنها است، مستهلک است و مقصود بالذات نیست در بیع. و ظاهراً خلافی هم در آن نیست و اخبار معتبره هم دلالت می‌کند.

و از این باب است فروختن خانه که در سقف یا دیوار آن طلا یا نقره مالیده باشند. که اگر آنها را بکنی هم، چیزی عاید نمی‌شود، به طلا یا نقره. زیرا که در آنجا هم نمی‌گویند که طلا فروخت.

۱۵۴- سئوال: زید از عمرو ده درهم طلب دارد، که درانقضای مدت یک ماه بدهد. می‌آید در نزد عمرو و می‌گوید: مصالحه کردم ده درهم را با تو به یک دینار که در ذمّهٔ تو باشد در سر موعد مذکور بدهی.-(؟)

و آیا جایز است که زید عمرو را وکیل کند که: ده درهمی که از تو می‌خواهم، تو وکیلی از جانب من، که آن را بفروشی به یک دینار و در ذمّهٔ تو باشد، تا راس موعد که بدهی.-؟

جواب: اما مصالحهٔ مزبوره، پس **ظاهراً** در آن اشکالی نیست. و اما بیع مزبور، پس **اظهر** نیز صحت آن است.

و ان شئت بیان الماخذ، فلنذکرالروایات الواردة فی‌هذاالباب:

فمنها: ماروا المشایخ الثلاثه عن اسحق بن عمار- والسّند الی اسحق صحیح، فی

غیر الکافی. و فی‌الکافی فیه «سهل» و هو ایضاً سهل. فالحدیث اما موثق باسحق، او صحیح ـ قال: قلت لا بی عبدالله(ع): تکون للرجل عندی الدراهم الوضح. فیلقانی فیقول لی: کیف سعرالوضح الیوم؟ فاقول له: کذاوکذا. فیقول لی: الیس عندک کذا و کذا الف درهم و ضحاً.؟ فاقول: نعم. فیقول: حولها الی دنا نیر بهذا السعر و اثبتها لی عندک. فما تری فی‌هذا.؟. فقال: اذا کنت قدا ستقصیت له السّعر یومئذ، فلا باس بذلک. فقلت: انی لم او ازنه، ولم اناقده، انما کان کلاماً منّی و منه. فقال: الیس الدراهم من عندک؟. فقلت: بلی. قال: لا باس بذلک.[1]

و روی الکلینی، عن عبید بن زرارة و فی سنده روح ـ قال: سئلت ابا عبدالله(ع) عن‌الرجل یکون لی عنده دراهم، فآتیه فاقول: حولها الی دراهم و اثبتها عندک. ولم اقبض منه شیئاً. (؟) قال: [لا]باس[2].

و روی الشیخ فی‌الصحیح، عن صفوان، عن اسحق بن عمار، عن عبید بن زرارة: قال: سئلت ابا عبدالله(ع) عن‌الرجل یکون عنده الدراهم، فآتیه فاقول: خذها و اثبتها عندک ولم اقبض شیئاً(؟) قال: لا باس[3].

وهذا الحدیث، یحتمل ان یکون المراد منه ما افاده السابقان، یعنی «خذها بعد التحویل» و یحتمل ان یکون «خذها» مصحّف «حولها». کما ذکره فی «الوافی». و کیف کان، فالمشهور صحة المعاملة بدون القبض. و یکون الروایات مخصصة لقاعدة اشتراط القبض فی بیع الصرف. وخالفهم ابن ادریس فحکم بالبطلان.

و لکن المشهور اختلفوا فی تنزیل الاخبار. فجماعة منهم عبروا بما هو ظاهر

۱: الوسائل: ج ۱۲ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، الباب ٤ ح ۱، الکافی: فروع: ج ۱ ص ۳۹۹، الفقیه: ج ۲ ص ۹۵، تهذیب: ج ۲ ص ۱٤٦.

۲. الوسائل: الباب المذکور: ح ۲. الکافی: فروع: ج ۱ص ۱۰۰. و تمام‌الحدیث: سئلت ابا عبدالله(ع) عن‌الرجل یکون لی عنده دراهم، فآتیه فاقول: حولها دنانیر. من غیر ان اقبض شیئاً. قال: لا باس، قلت: یکون لی عنده دنانیر، فآتیه فاقول: حولها دراهم و...

۳: التهذیب: ج ۲ ص ۱٤٦.

الاخبار، بان یامربالتحویل، و یقبل المدیون. فلیکفی ذلک. و قالوا ذلک اذا وقع البیع[1] مابین المدین والمدیون بهذه العبارة. یعنی[2] بان یقول «حول مافی ذمتک من الدراهم بالدنانیرویکون الدنانیر عندک حتی آخذها» و یقبل المدیون. و بذلک یتم البیع ویصح، و ان لم یحصل القبض والاقباض. لظاهر هذه الاخبار.

و ینزلها جماعة علی انّ المراد ان یقول «انت وکیلی فی بیع مالی عندک من الدراهم بالدنیا نیرویکون الدنانیر عندک» حتی یوافق قاعدة البیع.

۱۵۵- سئوال: شخصی باغی خریده. و می‌خواهد در آن خانه بسازد. والحال که زمین را حفر می‌کند برای بنای خانه، آثار قبل از آن ظاهر می‌شود. و آن زمین هم نزدیک به قبرستان است. و آن قبرها که ظاهر می‌شود رو به قبله نیست. و در تحت آن قبرها علامت نهر آب و سنگ‌بند و آجر و امثال آن ظاهر می‌شود.

آیا این زمین محکوم به وقفیت می‌شود یانه؟-؟. و بر فرض عدم، سنگ و آجرها مال کی است؟ و استخوانها که ظاهر می‌شود چه باید کرد؟.

جواب: ظهور آثر قبر بطلان ملکیت نمی‌شود. و آن بیع صحیح است. و بنای خانه و مسکن در آن جایز است. خصوصاً هرگاه قبور رو به قبله نیست. و اما سنگ و آجر که در آن زمین ظاهر می‌شود، پس هرگاه بایع و مشتری عرف و اصطلاح معلومی دارند، و معلوم است که عرف آنها دخول امثال این امور است در مبیع، یا عرف بلد آنها این است، پس آن داخل مبیع است. و هرگاه معلوم نباشد، ظاهراً رجوع به عرف عام، می‌شود. و هرگاه اینها معلوم نباشد، آنها مال بایع است.

و به هرحال، هرگاه در ضمن عقد شرط دخول آنها در مبیع شده باشد، اشکال نیست.

و استخوان‌ها که از امثال این قبور پیدا می‌شود، هرچند لزوم احترام آنها معلوم نیست لکن احوط و اولی این است که در همان جای خود دفن کنند.

۱: و عبارة النسخة: و قال ذلک الی وقوع البیع...

۲: والصحیح: اعنی- او- ای. و کذا ماسبق قبیل هذا عندقوله: ما افاده السابقان، یعنی...

۱۵۶- سئوال: هرگاه شخصی متاعی بفروشد به یک تومان، به وعده یک ماه، و در حین بیع اشرفی را به یک تومان بر می‌داشتند. و روپیه هم یکی هزار دینار بوده، که یک دانه اشرفی یک تومان بوده، و ده عدد روپیه هم یک تومان بوده. و در انقضای بوعد روپیه ترقی کرده مثلا نه دانهٔ آن را به یک تومان بر می‌دارند.

بایع الحال می‌تواند مطالبهٔ ده عدد روپیه را بکند؟ یا اختیار با مشتری است که یک دانه اشرفی را بدهد-؟.

جواب: بدان که هرگاه ثمن نقد را مطلق بگویند- مثلاً بگویند «یک تومان» و نگویند «یک تومان پول اشرفی» یا روپیه یا غیر آن- منصرف می‌شود به آنچه در بلد مبایعه، آن را «یک تومان» می‌گویند. پس اگر اطلاق به یک چیز می‌کنند و تعددی در عرف نیست، همان متعین است.

و هرگاه عرف بلد و اطلاق بلد متعدد باشد، پس اگر احدی از آنها غالب است بر دیگری باز حمل بر غالب می‌شود زیرا که غلبه به منزلهٔ قرینه است بر احد معانی مشترک. و هرگاه متعدد باشد و در اطلاق استعمال اهل بلد در آن تفاوتی نباشد. پس اگر در قیمت و مقدار و مالیت، تفاوت دارند، پس باطل است جزماً. به سبب غرر و جهالت، و عدم تعین. مثل یک تومان قروش و یک تومان روپیه، هرگاه تفاوت در رواج داشته باشد.

و اما هرگاه دراین امورمساوی باشند(مثل یک تومان روپیه به سکهٔ فلان،یا یک تومان روپیه به سکهٔ بهمان، هرگاه در وزن و قیمت و مالیت در حین بیع مساوی باشند) پس هرگاه در مرغوب بودن هم مساوی باشند. پس صحیح است بیع، و مشتری مختار است. و اما هرگاه در مرغوبیت مختلف باشند، پس اظهر این است که باز فاسد باشد. به جهت لزوم غرر و تطرق نزاع و دعوی.

و اما هرگاه عرف متعدد باشد، و تفاوت هم در قدر و قیمت مالیت باشد، پس آن معامله باطل است.

چون مستلزم غرر و جهالت است نیز.

و بدان که: در صورت تعدد و غلبهٔ احد استعمالات، یا این است که آن غالب بالاستعمال «موضوع له حقیقی» آن لفظ هم هست، یانه. پس اگر هست، پس آن مقدم است جزماً بر افراد دیگر که نادرند. و اگر موضوع له حقیقی نیست و لکن استعمال در آن بیشتر می‌شود، پس آیا حمل باید کرد مطلق را بر معنی حقیقی یا بر آن معنی که حقیقی نیست و استعمال در آن بیشتر است(؟ـ؟). در این همان خلاف است که هرگاه امر دایر شود ما بین حقیقت و مجاز مشهور، کدام مقدم است(؟ـ؟). از **مسالک** ظاهر می‌شود میل به آخری. و دور نیست که قائل به تساقط احد احتمالین شویم. پس به منزلهٔ متساویین می‌شود. یعنی [مانند] دو استعمال مساوی که غلبه در هیچیک نباشد، و حکم آن، پیش گذشت.

و مثل کلام در «تومان» است کلام در مثل «قروش رومی» و «قروش عجمی» و مثل «اشرفی محبوبی مصری» و «اسلامبولی» و مثل «اشرفی پنجهزاری آقامحمدخانی» و «فتحعلی شاهی» و مثل «عباسی علی شاهی» و «کریم خانی».

پس باید معیار را در تعیین نقد، جهالت و غرر، قرار داد و لزوم تشاجر و نزاع. وهرجا این باشد، فاسد است.

هرگاه این را دانستی، بدان که: در صورت سئوال، اطلاق یک تومان و عدم تعیین اشرفی و روپیه، منشأ بطلان است. به جهت تفاوت رغبات، و امکان ترقی و تنزل، و ظهور احتمال آن. و این سخن‌ها که مذکور شد در اطلاق کیل و وزن هم جاری است. و سخن در همه یکی است. والله العالم.

۱۵۷ـ سئوال: هرگاه کسی در جنب خانه حصاری دارد، که ناودان پشت بام آن و برف انداز آن در آن حصار باشد و آن حصار را بفروشد به غیر، بدون شرطی و قیدی. آیا مشتری حصار، می‌تواند مالک را منع کند از جریان آب و انداختن برف در آن حصار یا نه؟ـ؟.

جواب: ظاهر این است که نمی‌تواند مانع شد. به جهت آنکه ظاهر حال این است که زمین حصار را بدون این منفعت فروخته. یعنی گویا استثنا کرده است این منفعت را. چنانکه عرف و عادت دلالت بر آن دارد.

کسی نگوید که: بیع متعلق به اعیان می‌شود. و منافع تابع اعیان است. پس انتقال عین مستلزم انتقال جمیع منافع است.

به جهت اینکه: عین را حالات و حیثیات و صفات می‌باشد. و در اینجا نقل عین حصار موصوف به اینکه مجرای میزاب و مطرح ثلوج خانهٔ دیگر باشد، می‌کنند به غیر. نه مطلقا.

و امثلهٔ انفکاک منافع از عین بسیار است. مثلا هرگاه کسی غلامی دارد و وصیت می‌کند که عین او از زید باشد و خدمت و منافع او مادام‌الحیوة از عمرو. صحیح است. و ثمره در جواز عتق در کفارات ظاهر می‌شود. پس هرگاه صاحب عین او را آزاد کند، آزاد می‌شود لکن باید مادام‌الحیوة خدمت آن دیگری رابکند.

و دیگری آنکه: هرگاه کسی صلح کند مجرای باران و مطرح برف را با دیگری. صلح صحیح است علی‌الاقوی. و مستحق آن حق می‌شود. پس اگر بعد از آن مالک آن زمین که باران و برف بر آن می‌ریزد، آن را بفروشد به غیر، حق سابق برجا است. و مشتری نمی‌تواند او را منع کند. پس معلوم می‌شود که انفکاک عین و منفعت در ملک، ممکن است.

و از فروع این مسئله است که کسی خانه[ای] را بفروشد به غیر، که معبر خانهٔ دیگر او منحصر باشد در وسط همین خانه. که نمی‌تواند مانع شد از عبور. بلی، هرگاه مشتری جاهل بوده است به این معنی‌ها، ظاهر این است که این عیب است. و خیار عیب از برای او ثابت است. که خواهد فسخ می‌کند. و خواهد ارش می‌گیرد. و همچنین اگر آن حصار را به وصف خریده بود بدون رؤیت، و بعد از رؤیت خلاف آن ظاهر شود، مسلط بر فسخ هست.

و همچنین هرگاه به این سبب در قیمت تفاوت فاحشی باشد. دعوی غبن می‌تواند کرد. و اجتماع خیارات از جهات متعدده، ممکن است.

۱۵۸- سئوال: اذا باع ضیعة بشرط خیارالفسخ حین ردّ مثل‌الثمن فی‌زمن الخیار، ولم یمکنه الرد. و صارالبیع لازماً. ثم ظهر للمشتری الغبن فی‌المبیع، و ردّه الی‌البایع و

اخذالثمن. فلو فرض ان المشتری آجرها فی‌المدة المشترطة بالبایع، فهل له المطالبة بالاجرة، املا .؟ـ؟.

جواب: الظاهر، نعم. لانه نماء ملکه، والمبیع یملک بالعقد علی‌المشهورالاقوی.

۱۵۹- سئوال: هرگاه زید جزء مشاعی از ملکی، به عمرو بفروشد. و شرط کند در ضمن عقد که مشتری ملک[را] مفروز نکند. و اگر خواهد قسمت کند، مسلط بر فسخ باشد. این بیع و شرط، صحیح است یانه؟ـ؟.

جواب: اظهر صحت است. به شرطی که زمان آن را معین کنند. زیرا جهالت شرط مستلزم فساد بیع، است.

۱۶۰- سئوال: زید ملکی می‌فروشد به عمرو، و صیغه می‌خواند، و قباله می‌نویسد. و نگاه می‌دارد که عمرو، قیمت را بیاورد و بگیرد. عمرو قیمت را نمی‌برد تا مدت یک سال، و زید همان ملک را به بکر می‌فروشد. والحال عمرو مدعی است که ملک مال من است. ملک مال کیست؟.

جواب: بدان که: هرگاه بیع واقع شود و اقباض تمام مبیع و تمام ثمن به عمل نیاید (هرچند اقباض بعض آنها به عمل آمده باشد، و شرط تاخیر تسلیم هم نشود، نه در مبیع و نه در ثمن.

هر چند به یکساعت باشد) تا سه روز، بیع لازم است. و بعد از سه روز خیار از برای بایع حاصل می‌شود، در فسخ. و مطالبه بایع ثمن را بعد از سه روز، یا آوردن مشتری ثمن را، هیچکدام منشاء سقوط خیار نمی‌شود.

و شرط است در این حکم که مبیع، عین باشد نه چیزی که در ذمه باشد. پس در این مسئله چند شرط است: اول: اینکه مبیع عین باشد. دوم: اینکه هیچیک از بایع و مشتری قبض ثمن و مثمن بتمامه، نکنند. و سوم: اینکه شرط تاخیر تسلیم از هیچیک از طرفین نشده باشد. و هرگاه یکی از این شروط مفقود باشد، بیع بر لزوم باقی است. و اظهر این است که تلف مبیع در ظرف سه روز از مال بایع است. علی‌الاظهر.

و بدان که: شیخ قولی دارد به اینکه در هر جا که متعذر شود از برای بایع اخذ

ثمن، مسلط بر فسخ هست. به جهت دفع ضرر. و اقوی این است که در غیر صورت مذکوره، بیع بر لزوم خود باقی است. و دفع ضرر به این می‌شود که تقاص حق خود را از مبیع بکند. و [تقاص] منحصر در فسخ نیست. و هرگاه تقاص آن ممکن نشود، فسخ هم فائده‌ای نخواهد داشت.

و بدان که: ظاهر این است که ثبوت خیار تاخیر، در صورتی [است] که [عدم] اقباض بایع، از راه عدوان[1] نباشد، بلکه از باب اتفاق باشد به جهت اینکه مشتری قیمت را بیاورد. و اما درصورتی که عادی باشد، و تاخیر مشتری هم سبب عدم اقباض بایع باشد. معلوم نیست که در آنجا خیاری باشد. و اخبار هم منصرف به غیرصورت عدوان می‌شود. و لکن تصریحی به این، در کلام فقها در نظرم نیست.

۱۶۱ـسوال: آیا بیع اطفال صحیح‌است یا فاسد؟ـ؟ جایزاست تصرف درآنچه ازایشان بگیری در عوض مبیع یا نه؟ـ؟ و جایز است تسلیم مبیع به ایشان یا نه؟ـ؟ و فرقی هست مابین ممیز و غیر ممیز یا نه؟ـ؟ و همچنین مابین اینکه به اطلاع ولی شرعی و اذن او باشد یا نه؟ـ؟ و همچنین مابین اینکه صغیر به مال خود معامله کند یا به مال ولی، یا به مال غیر ولی‌ـ؟. و فرقی هست مابین اینکه حال معلوم باشد یا مجهول، یا نه؟ـ؟.

جواب: بدان که: جایز نیست معامله صغیر. و صحیح نیست. و دعوی اجماع بر آن موجود است و همچنین در سایر تصرفات. چون «محجور علیه» است. (به غیر اموری چند که استثنا شده، مثل عبادات او، و احرام او، و هدیه به جائی رساندن او، و اذن دردخول خانه، و وصیت، و تدبیر او بنابر قول بعض علما[2]) و آیات قرآنی و احادیث اهل بیت علیهم‌السلام در دلالت بر منع تصرفات آنها[3] بسیار است و اصل عدم صحت آن

۱: و عبارت نسخه: ثبوت خیار تاخیر در صورتی را که اقباض بایع از راه عدوان نباشد.

۲: بررسی اقوال علما ایجاب می‌کند که قید «بنابر قول بعض علما» تنها به دو مورد اخیر یعنی وصیت و تدبیر، مربوط شود.

۳: ظاهراً مراد از «آنها» صغار و صغیرها، باشد و لذا استثنائات را در میان دو هلال قرار دادیم. لیکن ممکن است مراد از آن، همان استثنائات، باشد. و نیز ممکن است تنها وصیت و تدبیر باشد.

است.

و اما آنچه بعض علما استدلال کرده‌اند به آن، بر جواز در اشیاء کم قیمت (مثل نان و تخم و گردو و امثال آنها) به اینکه در جمیع اعصار و امصار، متداول بوده که اطفال متوجه [این] معاملات بوده‌اند، و علما انکار نکرده‌اند، پس صحت آن اجماعی خواهد بود. پس آن ضعیف است. به جهت آنکه بر فرض اینکه ثابت باشد که در هر زمانی همین اشیائی که در همین زمان می‌فروشند، متعارف بوده و علما منع نمی‌کرده‌اند. این بیش از اباحهٔ تصرف را نمی‌رساند.

و اما اینکه به عنوان بیع بوده، پس آن معلوم نیست.

پس تحقیق این است که ظاهراً اباحهٔ تصرف است درامثال این امور. به جهت ظهور تداول در اعصار. و «اصل عدم تغییر»، خصوصاً در اموری که می‌توان جزم کرد که در همهٔ اعصار چنین بوده. خلاصه: اصل برائت و [اصل] اباحه دلیلی است قوی، و ادلهٔ منع منصرف به آنها نمی‌شود. خصوصاً اینکه شاهد حال مسلمین، این است که راضی‌اند به تصرف در امر ایشان براین نهج هرگاه مال از غیرصغیر باشد. و همچنین اولیا راضی‌اند هرگاه مال از خود صغار باشد.

و در مجهول‌الحال باید حمل کرد به یکی از این دووجه، نظر به تداول در اعصار.

پس هرگاه کسی در بین راه یک پول سیاه به صغیری بدهد که برای خود میوه بگیرد، جایز است از او گرفتن و میوه‌دادن. چون شاهد حال واهب، اباحهٔ آن است، هرگاه مساوی آن را به صغیر بدهد. و همچنین دانیم که ما در صغیر از مال خود، یا مال صغیر، به او داده است که چیزی بخرد، جایز است بیع با او. و هرچند که ندانیم که ما در، قیم شرعی اوست. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. و حمل می‌کنیم براینکه حاکم شرع مادر را قیم او کرده، یا عدول مؤمنین (برفرض عدم تمکن از حاکم).

اما اگر دانیم که آن مال از خود صغیر است. و غیرولی شرعی به او داده، و بر غیر جهت شرعیه آورده است، یا از غیراوست و رخصتی از جانب غیر نباشد، جایز نیست تصرف در آن. و در مجهول‌الحال تفحّص ضرور نیست.

بلی، در بعضی صور می‌توان قائل شد به جواز تصرف بر سبیل بیع، مثل آن جائی که بیع به اطلاع ولی باشد و صغیر به منزلهٔ آلت باشد، و اعتماد بر همان حضور ولی یا اطلاع او باشد، ولکن این سخن در وقتی خوب است، که معاطات را بیع دانیم و ید صغیر را به منزلهٔ ید ولی‌شرعی دانیم. و اما با اشتراط صیغه (چنانچه مشهور است)، پس این تمام نیست. چون عبرت به کلمات صغیر نیست.

و به هرحال، اعتماد بر همان مجرد اباحه است. و دلیل صحت بیع، در اینجا تمام نیست. پس ثمرات منع (مثل لزوم به مجرد تفارق مجلس، و لزوم شرایط ضمن عقد و امثال آن) در اینجا جاری نیست.

۱۶۲- سؤال: آیا بیع جواهر کبار (مثل دانه‌های مروارید بزرگ یا قطعهٔ کبیره از الماس و یا قوت و زبرجد و امثال آن) به مجرد مشاهده بدون وزن، صحیح است یا نه؟-؟ و فرقی هست مابین آنکه نصب باشد بر زمینا[۱۵]ی مثل تاج و بازوبند و امثال آن، یا نه؟-؟.

و حکم در جواهر صغار چه چیز است؟.

جواب: اظهر جواز معامله است با مشاهده، و فرقی مابین منصوب و غیرمنصوب نیست هرگاه در عرف و عادت، غرری و سفهی لازم نیاید، و امّا طلا و نقره که برآن منصوب است، بیع آن بدون وزن صحیح نیست- علی‌الاظهر- و رفع اشکال و رفع ضرر به مصالحه حاصل می‌شود. و بیع صغار [آنها] بدون کیل و وزن، صحیح نیست.

۱۶۳- سؤال: هل-یجوز بیع‌الجواهرالکبار المنصوبة علی‌الحلی (مثل التّاج والدملج و نحوهما) و غیرالمنصوبة، بدون الوزن امّلا؟-؟.

فقد اختلف جماعة من اهل‌العصر فیه، فمنهم من یقول بجوازه، و منهم من یقول بعدمه، تمسکاً ببعض عبارات الفقهاء الموهمة لکونها من‌الامور المعتبرة فیها الوزن.

مثل ما ذکره فی‌التذکرة فی مباحث السلف حیث قال: ولو افضی‌الاطناب الی عزة الوجود کاللئالی الکبار والزّبرجد و المرجان، التی یفتقر الی‌الحجم والوزن والشکل

والصّفا، لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف، و اجتماعها نادر جداً. فيكون بمنزلة السلف فى فى‌مايتعذر حصوله فى‌الاجل. و اما اللئالى‌الصغار، التى يعم وجودها و يمكن ضبطها بالوزن والكيل، و ضبط اوصافها التى تختلف القيمة باختلافها. فانهٔ يصح‌السلّم فيها، على‌الاقوى.

و فى‌القواعد: فلو افضى‌الاطناب الى عزّة الوجود، كاللئالى‌الكبار، التى يفتقرالتعّرض فيها للحجم والشكل والوزن والضبط، واليواقيت والجارية الحسناء مع ولدها، الى ما اشبهه، لم يصح.- الى ان قال- والا قرب جوازه فى‌اللئالى الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها انتهى.

و بأن ثقات اهل‌الخبرة يحكمون بأن طريقة مبايعة الجواهرالكبار، مراعات الوزن، حتىّ انهّم و صغوا لذك ميزاناً يفصح عن جزء من الف واربعمأة و ثمانية‌اجزاء من‌المثقال الصّيرفى. و يعاملون فيها بالوزن.

جواب: الظاهر جواز بيع‌الجواهر الكبار مع‌المشاهدة. بل الوصف الرافع للجهالة. لان دليل اشتراط المعلومية فى‌العوضين، هوالاجماع المنقول و لزوم الغرر. و انمّا اشترطوا فى‌المكيل والموزون، الكيل والوزن (و مثلهما المعدود والمزروع) بدليل خاص فلايجوز فيها بدون الكيل والوزن والعدّوالزرع. والمخالف فى‌الصّبرة هوابن‌الجنيد. و ربما نقل عن غيره كفاية‌المشاهدة فى‌غيرها ايضاً.

و كيف كان، فالا قوى والاشهر اعتبار الكيل والوزن والعدّوالزرع، فى ماكان من هذا الباب. و يدل عليه الاخبار الكثيرة. انما الاشكال، فى انّ‌الجواهرالكبار، هل هى ممايعتبر فيها الوزن املا (؟-؟) و لم نقف على دليل يدّل على اعتبارهما، فيها. ولا تصريح من فقيه. ولا دلالة فى عبارة **التذكرة والقواعد** على كونها من هذاالباب. ولا فيهما نقل من اهل الخبرة من اعتبار هم الوزن فيها.

و تحقيق‌المقام ان لفظ «المكيل» و «الموزون» فى‌الاخبار و كلام‌العلماء فى مسئلة لزوم تعيين المبيع فى مسئلة الرّبا والسّلم و غيرها، معناه ما يتوقف تعيين‌المبيع عليه، و تحقيق فى مقداره بعد تعيين اصل‌المبيع و ماهيته و قيمته. فمرادهم ان اهل‌العرف اذا

اصطلحوا فی بیع الحنطة (مثلاً) علی ان یکون قیمة کل قدر (یملاء کیلاً معیناً، اویواری صنجة[1] معروفة) درهماً، فاذا ارادوا بیع مایساوی ذلک بالمبلغ المذکور، لا بد ان یشخصوّه بالکیل والصنْجة المعلومین. فالکیل والوزن انمّا هو لتعیین المبیع و تشخیصه، من دون ان یکون لهما مدخلیة فی مقدار القیمة و زیادته و نقیصته.

واماماذکرهفی الاحتیاج الی الوزن فی الجواهر، فهومعنی آخر، اعتبر لمعرفة قیمتها، لا لمحض تعیین المبیع. بل و لا مدخلیة لتعیین المبیع فیه. فالکیل الواحد من الحنطة اذاکان قیمته درهماً، فقیمته درهم، سواءکان المکیل مساویا لکیل واحد، او الف کیل. بخلاف قیراط من الجواهر، فانه اذا انضم الی عشیرین، قیراطاً فی قطعة واحدة، فربما ساوی ماة تومان. و اذا انفرد (ولو بابانته من القطعة الکبیره) فلایساوی تومناً.

مثلاً اذاکان قطعة کبیرة من الیاقوت، بمقدار خمسة مثاقیل، یکون قیمته الفاً، واذا کسر و جزی خمسة اجزاء، فلایساوی کل جزء من الاجزاء الا عشرة، فوزن الیاقوت الکبیر المتصل الاجزاء، انما هولمعرفة قیمتها، اذیتفاوت قیمة الجواهر بسبب الکسر. مع کونه علی وصف الصحة و الاجتماع.

فالحاجة الی الوزن بهذا المعنی، لا یستلزم الحاجة الیه فی تعیین المبیع، بل الغالب ان المطلوب فیه، هو وسعة العرض والطول، اوهما مع الحجم فی الجمله. لا الثقل، بل ربما یکون الحجم الکروی الذی هو اثقل وزناً، اقل قیمة من الوسع الذی هواخف. نعم، قدینفع فیه زیادة الوزن ایضاً، کمالواتفق ذلک معالوسع. و لانه ربمایتفق کسر الجواهر بحیث لا یصلح الا لاجل الدواء، اوالمنافع الاخر، الغیرالمهمه، فح، ینفع اعتبار الثقل ایضاً.

فظهرمن ذلک ماذکروه فی باب السلم، انما هومن باب المعنی الاخیر. فانهم

۱: الصنجة: صنجةالمیزان: مایوزن به کالاوقیة والرطل. معرب «سنکه» بالفارسیّه. اورده اقرب الموارد فی «سنجه» و قال: یقال «صنجة» و بالسین افصح.

و لعل «السنکه» مخفف «سینیکه: سینیچه». و بزعمی انها معرّب «گنجه» لان ضبطه بفتحةالسین اوالصاد، کما فی اقرب الموارد.

و فیها ایضاً: الصنوج: مایجعل فی اطارالدّف من الهنات المدورة.

والصنج: صحیفة مدورة من الصّفر یضرب بها علی اخری مثلها.

ذكروه فى اوصاف المبيع، يعنى ان تعيين المبيع، المعتبر فى السلم الحاصل بالتوصيف، قديكون للوزن مدخلية فى‌مقدار قيمتها كالصفاء والسعة والحجم و نحوها، لا لان الافتقار الى الوزن، لاجل تشخيص مقدار المبيع. كما فى‌الحنطة المتعارفة والسمن المتعارف.

وهذا بخلاف اللئالى الصغار، فانها كالحنطة يحتاج تعيين المبيع فيها الى الكيل و الوزن. نعم، لما كانت فى الظاهر مما يتفاوت قيمتها بسبب اختلاف بعض الاوصاف، كالبياض والصفاء فى الجملة، فنلتزمه[1]، كمانلتزم مثله فى‌الحنطة والسمن، ايضاً.

ويويد ماذكرنا، انهم ذكروا فى تعريف المثلى، تفسيرات متعددة، منها «انه ما يكون مكيلاً اوموزوناً». و منها «انه مايكون اجزائه متساوية فى الحقيقة النوعية مع كونه ممايجوز فيه السلم». فملاحظة هذين التفسيرين، مع قولهم **بعدم** جواز السلف فى‌الجواهر[2] الكبار، شاهد قوى على ان مراد هم من الوزن الذى ذكروه فى سلف الجواهر، غيرالوزن الذى اعتبروه فى صحة البيع، و اشتراطه بالكيل و الوزن فى‌المكيل و الموزون.

و حاصل المقام: انالو سلمنا انه اذا قال «بعتک یاقوتة وزنه عشرة مثاقيل بمبلغ كذا» لا يتم الا بالوزن و هومستلزم للوزن. ولكنه لا يلزم من ذلک عدم جواز شراء مثل هذا الياقوت بالمشاهدة بدون الوزن. و المعهود فى مسئلة المكيل و الموزون، و اشتراط الكيل و الوزن فى صحته، هوملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان «الكلى[3] الافرادى» لا بشرط الاجتماع و لا بشرط الافتراق.

و لا بشرط الوحدة ولا بشرط الكثرة.

والمعتبرفى‌مانحن‌فيه،ملاحظة‌نسبة الثمن الى الزنات بعنوان «الكى المجموعى»، فمجموع القيمة‌فيه فى‌مقابل‌مجموع‌الزنات،لووزعت عليها فى‌مقابل‌ذلک الفرد. فهذا الوزن المعتبر فى‌السّلف، انما هولانه احد اوصاف المبيع المميز له غالباً ، كالصّفاء والسّعة، لا لانه شرط فى صحة البيع من حيث انه وزن للمبيع.

١: و فى النسخة: فتلتزمه.

٢ و ٣: و فى‌النسخة: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى.

ولذلک لم یذکروا الجواهر فی مسئلة اشتراط الکیل والوزن فی‌المکیل والموزون. و ذکروه فی‌السّلم. و لم یقل احدهم (فی ما اعلم) ان الجواهرالکبار مثلی، بل انّما هوقیمی. فعلم من جمیع ذلک، انّ اشتراط الکیل والوزن فی صحةالبیع، انّما هولکون الثمن موزّعاً علی‌الزّنات والاکیال، لاعلی ماکان الثّمن فی مقابل مجموع‌الزّنات. فلا دلیل علی[1] اعتبارهما فیها فی‌البیع الحال. واعتباره فی‌السلم، انّما هو لاجل التوصیف، لرفع‌الغرر، لتعذّر المشاهدة. بخلاف‌الحال، لامکان المشاهدة الرافعة للغرر.

واما الکلام فی ما نقل من اهل الخبرة: ففیه انه قد یکون فی مایحصل التفاوت فیه، فی تشخیص‌الجوهر باعتبار الوزن، لامطلقا. والمعتبر فی‌المکیل والموزون جعل‌الکیل والوزن معیارالقیمة فی‌الجنس.

فان قلت: اذا کان المعیار فی‌معرفة القیمة بالوزن، و دفع‌الجهالة انّما یحصل به، فلافرق بین احتیاج‌الشخص والجنس.

قلت: مقصودنا انّ قولهم «لابد فی‌المکیل والموزون، من‌الکیل والوزن»، وکذا الاخبار الدالة علیه، انّما ینصرف الی ماکان المعیار فی تحدید القیمة، [و] هوالکیل والوزن بالنسبة الی‌الجنس، اوالشخص باعتبارجنسه. لاالی الشخص من حیث هو شخص. فاذا فرض رفع الضرر بالمشاهدة والتوصیف فی‌الشخص، فلا یحتاج الی الکیل والوزن. بخلاف المکیل والموزون الذی اعتبر فیها ملاحظة الجنس. فانه لابدفیه من‌الکیل والوزن. علی‌الاشهرالاقوی.

فالذی ذکروه ان طریقة اهل‌الخبرة الحین، هوانّهم یزنون الجواهر، ثم یقوّمونه. والقاعدة فی‌المکیل والموزون المعهودین، انّهم یقوّمون المبیع علی معیارالزّنه والکیل، ثم یزنون. فظهر ان‌الوزن فی‌الجواهر، من معرّفات القیمة. و فی‌المکیل والموزون المعهودین، من محدّدات[2] المبیع بعد تعیین القیمة.

۱: و فی‌النسخة: مع.

۲: وفی النسخة: محدود است.

فالاحتياج الى الوزن فى التقويم ليس بكلّى. بخلاف بيع المكيل والموزون. و قواعد الفقه لا بدّ ان تكون كلية. والفارق الجلّى، الذى لا يخفى بعده الامر، هو انّ الرجوع الى اهل الخبره كاف فى القيمة، ولا يجب على المتبايعين الوزن فى تصحيح البيع. و ان كان اهل الخبرة محتاجين فى التقويم الى الوزن.

والمعهود فى المكيل والموزون، ضرورة معرفة الوزن بين المتعبايعين جزماً، و ظنّى انّ ذلک يرفع الحجاب عن وجه المسئلة.

ومن جميع ما ذكرنا ظهر انّ الجواهر المنصوبة على الحلية المصوغة من الذّهب والفضّة، لا يجب نزعها و وزنها. بل يكتفى فيها بالاعتبار بنظر اهل الخبرة. سيّما مع لزوم الضرّر والحرج بنزعها[1]. واما نفس الذهب والفضّة المنصوبة عليها، فهى من الامور الموزونة. والتخلّص من الاشكال فيها، بالمصالحة.

هذا الكلام فى الجواهر الكبار. واما الصغار: فالاظهر الاقوى اعتبار الوزن والكيل فيها كما هو المعهود.

١٦٤- سؤال: باع زيد ملكاً من عمرو، بمبلغ معين. و قال له اصرف هذا المبلغ منه فى الزكوة عنّى، و هذا المبلغ منه فى استيجار الصوم والصلوة بعدى، ثم ندم بعد البيع، و هدّد العمرو، و خوفه على التقايل، و اخذ منه الملک.

فقال عمرو، فى اللّفظ «فسخت»، بلاعقد من القلب. و قال له بعض الطلبة «ان الزكوة انّما تعلقت بذمتک ولا ينفع الفسخ». ولذلک لم يفسخ عمرو، بالنسبة الى الزكوة خاصّة. فما يجب على عمرو؟ و ما حكم الملک؟ و هل ينفع الفسخ ح فى اسقاط الزكوة من ذمّته؟ والذى يوجب الفسخ والانفساخ ماهو؟.

جواب: الملک باق على ملكية عمرو. و كلام بعض الطلبة فاسد. بل لو فرض وقوع التقايل، لرجع الملک الى المالک، وسقط القيمة عن ذمّة عمرو. اذ تعلق وجوب اداء الزكوة، و استيجار الصم والصلوة، انّما هو تابع للبيع فاذا انفسخ، فيبطل التوكيل والوصية. ولا بدّ

١: و فى النسخة: بنفسها

فی تحقق التقایل، من اتحاد الزمان، بان یقولا «تقایلنا» او «تفاسخنا» اوقال احدهما «فسخت» او «اقلت» و قبل الاخر بلافاصلة معتدبها. بل الظاهر ان غصب زید و فسخه یکفی فی ابطال التوکیل والوصیة. فعمرو، انما یشتغل ذمّته بنفس الثمن المسمّی فی العقد. والملک مال مغصوب فی ید زید. والقیمة فی ذمّة العمرو، ولکن یمکنه الحبس لاجل التمانع فی تسلیم المبیع، ان لم یسلمه، اولاجل ان زیداً اعرض عنه باعتقاده انّ فسخه وحده یفیدالانفساخ.

ولکن اعراضه لیس بمعنی الاعراض المفید لسلب الملک، بل بمعنی تسلیطه علیه. کمالو اشتری مالاً مغصوباً مع علمه بالغصب، بثمن. فلایجوز له استرداد الثمن، و ان اخذ عنه المال علی المشهور، مطلقا، و فی مالو تلف، علی الاقوی.

و اما حبسه[1] من جهة التقاص: فلایصح. لانّ التقاصّ فی العین الموجودة، انما هو باخذه ان امکن بلامفسدة، ولاوجه لاخذ البدل مثلاً اوقیمة، نعم لوتعذّر ردّ العین للغاصب، فیجب علیه ردّ البدل مثلاً اوقیمة، و هوالمسئلة المشهورة فی کتبهم حیث قالوا: انّ البدل یصیر ملکاً محضاً للمغصوب منه، بلاخلاف. والعین المغصوبة ایضاً باق فی ملک المغصوب منه، بلاخلاف بینهم ظاهراً.

فاذا تمکّن الغاصب من العین بعدالتعذّر، فقالوا انه لوکان اعطی البدل علی وجه المعاوضة، فیسقط حق المغصوب منه، عنها، بعدالمعاوضة عیناً و منفعة. والکلام فی اجرة ما قبل المعاوضة. والاقوی فیه الرجوع ان لم یسقطها فی المعاوضة. و ان لم یعطها علی وجه المعاوضة، فیتردّان، حتّی انه یجبر المغصوب منه، علی ردّ البدل، علی الاظهر.

و قیل لایجبر، اخذاً للغاصب علی اشق الاحوال، فلا[2] یجبر علی رد شیء اصلاً، و هو بعید، ولادلیل علی اخذ الغاصب علی اشق الاحوال، ولایمکن توجیه عدم الاجبار،

۱: و فی النسخه: و اما غصبه.

۲: فی عبارة المتن سقط و اصلها فی النسخة «.. اشق الاحوال ظاهر انه لایجبر علی ردّ شیء اصلا». و یحتمل ان یکون الاصل «.. اشق الاحوال، و آخر- ای و هناقول آخر- انه لایجبر علی...». قد صحّحنا علی مارجّحناه فی المتن.

بانه يجوز له ردّ المثل، او البدل، مما اخذه بدلاً (كما ذكره بعض الشافعية). و استشكل عليهم في المسالك بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. فقال: لا بد اما من القول بتزلزل الملكين الى زمان التمكن من العين فيترادان (يعني ان ملكية الغاصب للعين المغصوبة وملكية المالك البدل كلاهما متزلزل الى ظهور العين) او ان تملك المالك للبدل موقوف على اليأس من العين المغضوبة، و ان جازله التصرفات فيه.

وانت خبير بان مخالفة الاصحاب مشكل. و يمكن دفع الاشكال بان اخذ البدل ح، انما كان لاجل حيلولة الغاصب بينه و بين عين ماله. فلا مانع من ان يكون ذلك نوعاً من التملك، و حاصله ان للمالك التصرف في البدل حتى بالاتلاف، والبيع و غيرذلك. و ذلك مراع الى حين ظهور العين المغصوبة: فان ظهر العين والبدل باق، فللغاصب استرداد ماله، اذا كان باقياً. بخلاف مالو اتلفه.

وبالجملة: لاريب في بقاء العين المغضوبة في ملك المالك الى ان يتحقق البدل بعنوان المعاوضة، فح، يرتفع ملكيته عنه. و اما ملكية البدل للمالك فهو ثابت، سواء حصل المعاوضة، املا. ولكنه مراع بعدم ظهور العين المغصوبة مع بقاء عين البدل في يدالمالك، و بعدالظهور فيترادان.

ولو تركا التراد فبمحض ذلك لايحصل الملك الجديد. بل يحتاج الى عقد جديد.

والذي ذكرنا (ان البدل انما يصير ملكاله، على وجه الحيلولة لا العوض) هو الظاهر من التذكرة و غيره. و لاينافي ذلك اعتبار المثل والقيمة، بان يقال انه مناسب للعوضية، والا، فالحيلولة قديختلف زمانه. فكيف يجعل المعيار، المثل او القيمة مطلقا سواء كان الحيلولة يوماً او عشيرين سنين. لان المغصوب منه، قد تضرر بسبب حرمانه عن تصرفه في ماله على اى وجه اراد و احتاج اليه. و يندفع ضرر[ه] بان يكون في يده مايساوى ماله، يفعل به مايشاء كماكان يفعل بماله.

و لازم ذلك جواز بيعه و اتلافه و غيرذلك. كماكان يفعل بماله. و ان يكون ملكا مستقراً ظاهراً الى زمان تلفه. اومايقوم مقامه من بيعه بغيره. حتى لاينافي رغبة الراغبين

فی‌شرائه. ولوکان متزلزلاً مطلقا، لم یرغب فیه احد، فیتضرر المغصوب منه. و اما ضررالغاصب فلایلتفت الیه. اذهو صاربنفسه سبباً للضرر علی نفسه، و السبب هنا اقوی من‌المباشر.

واعلم: ان ظاهر کلامهم فی هذه المسئلة، فی صورة تعذر ردّ العین المغصوبة علی الغاصب. اما لو حبسه‌الغاصب و اخفی علی‌المالک و ادعی التعذر، فالظاهر ان حکمه غیر مانحن فیه. والاشکال فیه اقل. فانه سلط‌المغصوب منه ح، علی‌البدل. فلا حرج علیه بوجه. و یصیر من باب من‌اشتری مال الغیر مع علمه بذلک. فلاشیئ علیه لو اتلفه. بل ظاهرالمشهور عدم جواز الرجوع مع بقائه ایضاً، و ان کان الاقوی خلافه. والتفصیل الی هذاالکلام فی‌المسئلةالمعترضة فی‌البین.[1] فنرجع الی السوال و نقول:

اذا لم یفسخ عمرو حین استدعاء زید، فهو باق علی ملکه، ولحوق الفسخ من عمرو بعدحین، لاینفع، فزید غاصب لمال عمرو، و یجب علیه ما یجب علی‌الغاصب. و بعد تسلط‌العمرو علی‌الملک، یستردّه، و یجب علیه ایصال ما فی ذمّه من‌الثمن الیه، و اما التوکیل و الوصیة، فقد ذهبتا لظاهرعزل زیدایّاه.

واماتوهم التقاص: فلامسرح له هنا مع بقاء الملک علی ملکیته. والمفروض انهٔ لم یحصل عقدجدید. وتقاص‌البدل من باب‌الحیلولة ایضاً لامعنی له، اذلیس هنا شیئ الاّ ما هو ثابت فی ذمّته، و تفسیرالتقاص بمعنی عدم ادائه الیه، غیر مانوس. اذالتقاص، امّا بنیّة التملک عوضاً عمّا فی ذمّة المقاص منه، وامّا باخذشیئ لیبیعه و یاخذ حقه منه عمافی ذمته. والمفروض انه لیس فی‌ذمة المقاص منه، شیئ بل انما الموجود عنده هوالعین. ولایتعلق شیئ بذمةالغاصب مادام‌العین باقیاً.

ولادلیل علی انتقال العین‌الی‌البدل، الاّ مع عدم‌العین، اوماهو بمنزلة العدم فی‌نفس‌الامر عندالمغصوب منه. و علی فرض اسقاط المغصوب منه، للقیمة عن ذمّه فبم یرجع الغاصب اذاتمکن المغصوب منه من‌العین. فالرجوع الی العین مع [عدم]

۱: ولعل اصل هذه‌العبارة: هذا تفصیل الکلام فی‌المسئلة المعترضة فی‌البین.

اداءالقيمة، جمع بين‌العوض و المعوّض. فغايةالامر ان هذاالتقاص المتوهم، اسقاط‌البدل المتوهم من باب الحيلولة، فما الذى اسقاط‌الثمن الذى استحقه الغاصب من جهة البيع، و قد ذكرنا انّ فسخه للبيع منفرداً، لا يوجب اسقاط الثّمن فى‌نفس الامر، و ان توهمه الغاصب.

۱۶۵-سؤال: هرگاه کسی معاملهٔ لازمه (مثل بیع یا صلح) کرده باشد. و درضمن عقد، شرط خیارفسخ درمدت معینه به جهت احدهما شده باشد. و بیّنهٔ عادله شهادت بدهند که در عرض مدت مذکوره، صاحب خیار گفته است که من آن معامله را فسخ کردم. آیا این قول موجب فسخ است یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه عبارت «فسخ کردم» به قرنیهٔ مقام معلوم شود که انشای فسخ است، و بیّنه هم براین معنی شهادت بدهند. اشکالی ندارد، و فسخ ثابت است. و هرگاه شهادت بدهند به لفظ خبر، یعنی آن شخص خبرداده است که فسخ کرده‌ام، و بینه این اخبار و اقرار را شهادت می‌دهند، ظاهراین است که این نیز شهادت برفسخ هست. و همین قدرکافی است در فسخ. به اعتبارآنکه اخبار از آن با وجود استلزام حصول آن در خارج بقای آن را، بالفعل دلالت دارد براخبار او از حال، به این معنی که الحال مال سابق من، مال من است.

نظیر این است رجوع در طلاق. چنانکه اتفاق علما است که اگر زوج درحال عده انکارطلاق بکند، می‌گویند این رجوع است، و این نیست الا به جهت اینکه انکارطلاق مستلزم اقرار به زوجیت است. و همچنین احادیثی که دلالت دارد براینکه درحین رجوع شاهدنگرفته باشد بعد از آنکه به خاطرش آید، شاهدبگیرد، و ظاهراین اخباراین است که درنزدشهود اقرارکند که من رجوع کرده‌ام.

هر چند به عنوان اخبار از گذشته باشد. و مطلقاً دلالتی براین ندارند که ثانیاً انشای رجوع بکند.

وایضاً: هرگاه شهود می‌بینند که شخصی با زن مطلقهٔ خود ملاعبه می‌کند به قصد اینکه زن اوست، نه به نیت حرام، ولکن معلوم ایشان نباشد که انشای رجوع، قبل از این شده

و این مترتب بر آن است، یا همین اول انشاء است. کافی است در شهادت. پس معلوم شد که علم شهود به حصول ثمری که مترتب باشد بر انشاء از آن شخص، کافی است و باعث علم به حصول نفس انشاء است. گو انشاء به همین ثمر حاصل شده باشد.

و همچنین است کلام در فسخ، پس شهادت شهود به عنوان قطع بر اینکه صاحب خیار مطالبهٔ «مصالحه نامچه» می‌کرده، و از حال او می‌فهمند که او الحال هنوز در بین مدت خیار است، ملک را از خود می‌داند به سبب فسخی که کرده، پس بالفعل علم از برای آنها به حصول انشاء حاصل می‌شود.

۱۶۶ـسوال: زید ملکی از عمرو، خرید و در آن جنس مدفونی یافت. آن مال زید است یا عمرو؟ـ؟.

جواب: باید تعریف کند از برای عمرو که بایع است. بلکه در مطلق مالک هم، چنین است. مثل اینکه به غیر بیع منتقل شده باشد به او، پس اگر بایع (یا مطلق مالک) گفت از من است، به او و اگر گفت از من نیست. پس مال آن است که یافته است آن را.

و مطالبهٔ بینه هم از آن نمی‌کنند. چنانکه جمعی از اصحاب ذکر کرده‌اند بدون نقل خلافی. و دلالت می‌کند بر آن حدیث **صحیح** از محمدبن مسلم «عن احد هماـ عـ قال: سئلته عن‌الورق یوجد فی‌الدّار. فقال: ان کانت الدار معمورة فهی لاهلها، و ان کانت. خربة فانت احق بما وجدت»[1].

و **صحیحهٔ** دیگر [او] «عن ابی جعفرـ عـ قال: سئلته عن‌الدار یوجد فیها الورق. فقال: ان کانت معمورة، فیها اهلها، فهو لهم. و ان کانت. خربة قد جلا عنها اهلها، فالذی وجدالمال احق به.»[2].

و هر چند در آن دو حدیث حکم شده که به صاحب آن زمین بدهند، بدون اینکه تعریف کند از برای او بعد از ادعای او ملکیت را. و لکن ظاهراً خلافی ندارد. چنانکه از بعضی اصحاب ظاهر می‌شود. و موید آن است **موثقهٔ** اسحاق‌بن عمارـ کالصحیحـ «قال: سئلت ابا ابراهیم ـ عن‌رجل نزل فی بعض بیوت مکة، فوجدفیها نحواً من سبعین در هماً

۱و۲: وسائل: ج ۱۷ص ۳۵۵ـ ۳۵٤، ابواب‌اللقطة، باب ۵ح۲و۱.

مدفونة، فلم يزل معه و لم يذكرها حتى قدم‌الكوفة. كيف يصنع؟. قال: فاسئل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها. قلت: فان لم يعرفوها. قال يتصدق بها»[1]. با حمل تصدق براستحباب.

و همچنين صحيحه حميرى «قال كتبت الى‌الرجل‌اسئله عن رجل اشترى جزوراً او بقرة للاضاحى. فلما ذبحها، وجدفى جوفها صرة فيها دراهم، اودنانير، اوجوهرة، لمن يكون ذلك؟ فوقع: عرفها البايع، فان لم يعرفها، فالشيئى لك، رزقك الله اياه»[2].

و ظاهر اطلاق دو حديث و فتاوى جماعة، عدم فرق است مابين آنكه اثر اسلام بر آن باشد يا نباشد.

ولكن بعضى گفته‌اند كه هرگاه مالك ادعاى ملكيت نكند و اثر اسلام بر آن ظاهر باشد در حكم لقطه است. بلكه دعوى اجماع برآن كرده[اند]. اجماعى‌بودن مشكل است. پس اطلاق نصّ بر حال خود خواهد بود. و ظاهر اطلاق نص شامل قليل و كثير هست، يعنى در صورت انكار مالك اول، كه مال واجد است. مختص صورتى نيست كه اقل از درهم باشد بلكه شامل اكثر هم هست. و بر فرضى كه قائل شويم به آنكه بايد فرق گذاشته شود. ولكن مى‌توان گفت كه آنچه از ادلّه رسيده كه «كمتر از درهم را تعريف ضرور نيست» در غير صورت مسئلهٔ ما است.

وبدان كه: هرچند صحيح‌هاى محمدبن مسلم در حكم «ورق»- كه نقرهٔ مسكوك يا اعم از مسكوك باشد- در خصوص «دار» است. ولكن ظاهراً قائل به فرقى در مسئله نيست. و حكم شامل مطلق مال و مطلق ارض است.

١٦٧- سؤال: چه مى‌فرمايند در خصوص اينكه خانه‌اى هست كه مشاع است مابين وراث حاضر و غائب ميت. وراث حاضر مى‌توانند عدول مؤمنين را آورده آن را مفروز نمايند؟. و هرگاه مؤمنين حسبتاً حصهٔ هريک را مشخص كردند، بعد آن غايب و

١: همان مرجع: ح ٣،

٢: همان مرجع: باب ٩، ح ١.

وراث غایب آن میت، حصهٔ خود را به اجنبی مشاعاً فروخته‌اند. آیا مشتری می‌تواند (حال که استحضار به‌هم رسانیده که مفروز شده) قبول نکند؟- و بگوید من حال می‌خواهم حصهٔ را موافق بازدید اهل خبره مفروز نمایم- یا نه؟.

و هرگاه مشخص شود که حصهٔ بعضی کمتر و حصهٔ بعضی زیاد شده است، باز مشتری را نمی‌رسد که قبول نکند آنچه مؤمنین حسبتاً کرده‌اند، یا نه؟-؟.

جواب: این سؤال مشتمل است بر چند مطلب:

اول: اینکه آیا عدول مؤمنین را ولایتی در مال غایب است که تقسیم آن کنند یا نه (؟-؟). ظاهر این است که ولایت باشد، در صورتی[1] که وصول به حاکم شرع متعذّر یا متعسّر باشد. به جهت آنکه عمده دلیل در اصل «قسمت» نفی ضرر است و همان دلیل در اینجا جاری است.

دوم: آنکه بعد از قسمت، هرگاه غایب حاضر شود قسمت را نمی‌تواند برهم زند. چون قسمت عبارت است از تمییز حقوق. و بعد از تمیز حقوق خواه قایل باشیم به لزوم قرعه یا آنکه اکتفا کنیم به تراضی بعد قسمت- چنانکه اظهر است- دیگر احدی را رجوعی به حق دیگری نیست.

سوم: اینکه هرگاه غایب بعد قسمت، حصهٔ خود را مشاعاً فروخته باشد. این بیع صحیح نیست، و اجازهٔ شریک هم نفعی ندارد، که از باب فضولی باشد. زیرا که نه او مالک نصف‌مشاع است نسبت به جمیع مال. و نه شریک او، که اجازه تواند کرد. بلکه هریک مالک نصف معین‌اند. و مفروض این است که « نصف مشاع در جمیع» را فروخته. و هم نمی‌توان گفت که در «نصف مشاع در نصف خودش» صحیح است، که ربع مجموع است.- و بیان این مطلب را به بسط تمام در کتاب تجارت در جلد دوم «جواب مسائل» ذکر کرده‌ام[2] و بعد از آنکه حکم به بطلان بیع کردیم، دیگر معنی ندارد سخن مشتری

۱: در نسخه: «امّا در صورتی که...» و می‌تواند در صورتی که «امّا» قید باشد صحیح شود لیکن با سلیقه میرزا(ره) در سرتاسر کتاب، ناسازگار است.

۲:رجوع کنید به مسئله شماره ۱۱۲، از همین مجلد.

که من به این قسمت راضی نیستم و از نو قسمت می‌کنم.

چهارم: آنکه، بر فرضی که بیع قبل از قسمت واقع شده باشد (والحال مشتری می‌گوید که من به آن قسمت راضی نیستم، و مجدداً قسمت می‌کنم) هم ظاهر این است که قسمت، صحیح است، و نمی‌تواند این سخن را، گفت. زیرا که تقسیم حاکم یا عدول مومنین، از برای رفع ضرر است از طالب قسمت. غائب هرکس می‌خواهد بوده باشد.

پنجم: اینکه ، برفرض صحت قسمت و صحت بیع، هرگاه مشتری مدعی شود که درکیفیت قسمت غلط شده و تعدیل سهام شده. پس آن محتاج به مرافعه است، و بعد از اثبات غلط به بینه، یا به اقرار. قسمت را برهم می‌زنند.

۱۶۸- سوال: هل یصح بیع الفضولی، املا؟-؟ و هل یختص صحة الفضولی- علی تقدیرها- بالبیع، اویعم سایر العقود؟-؟ و هل یشترط وجود المجیز حین العقد، املا؟-؟.

جواب: استقصاء الکلام فی‌هذا المرام، لا یسعه المجال. لکن نذکر کثیراً من احکام الفضولی هنا، بقدر الوسع. فلنقدم الکلام فی البیع. و نقول:

ان بیع مال الغیر من دون ولایة او وکالة، اما ان یکون مع العلم بانه مال ذلک الغیر، اوبدونه. کمن یبیع ماله الذی اشتری من مسلم، اووصل الیه بمیراث، اوهبة، اوغیرذلک. ثم ظهر مستحقاً للغیر.

و علی‌الاول، فاما ان یبیعه للغیرنیابة عنه له. او لنفسه، و علی الاول فاما ان یبیعه متزلزلاً، بمعنی انه ان رضی لزم والا فیکون باقیا علی حاله. و هو الاصل فی اطلاق البیع الفضولی. او یبیعه له باتاً، ویسلمه المشتری، او یرخصه فی الاخذ کذلک. و علی الثانی- ای مایبیعه لنفسه- فاما ان یبیع لنفسه غصباً من دون قصد ان ینقله من المالک الی نفسه. او یبیعه و یذهب یشتریه لیتم البیع لنفسه.

و علی الاول فهوغصب. فاما ان ینتقل بعد ذلک الیه بوجه من الوجوه الشرعیه، اولا و علی‌الاول- ای ماینتقل الیه بعد ذلک- فاما ان یجیز ثانیاً، املا. وسیجیی الکلام فی

تصحیحه بالاجازه، و عدمه. و علی‌الثانی- ای مایبیعه و یذهب یشتریه لنفسه- فاما ان یکتفی بالاشتراء عن المالک، اویجیزه بعد الشراء ایضاً.

ثم فی هذه الصور کلها، اما ان یلحق به الاجازة من المالک (اومن قام مقامه) ام لا و علی‌الثانی، فاما ان یکتفی بعدم الاجازة بان یقول «لم ارض فی‌البطلان»، اولا بد من التصریح بالفسخ. فههنا مقامات:

الاول: الکلام فی‌الفضولی المصطلح: والمشهور من الاصحاب، صحته. و توقفه علی اجازة المالک. بل و عن **التذکرة** فی موضع منها، انه جایز عندنا لکن یکون موقوفاً علی الاجازة. و ذهب الشیخ فی **الخلاف** الی البطلان و مدعیا علیه الاجماع. و عن **الغنیة**، مثله، و هوقول ابن ادریس و فخرالمحققین فی **الایضاح**. و ربما نسب الی غیرهم ایضاً.

والعمدة فی‌الدلیل علی الجواز عموم «اوفوابالعقود» و امثاله. و استدل جماعة بفحوی مادل علیه فی‌النکاح، لان الامرفیه اشد، و یدل علیه ایضاً **روایة** عروة بن جعد البارقی، ان النبی(ص) اعطاه دیناراً لیشتری به شاة فاشتری به شتاتین ثم باع احدهما بدینار فی الطریق. قال «فاتیت النبی(ص) بالدینار فاخبرته. فقال: بارک‌الله فی صفقة یمینک». و کذا حکایة اجازته(ص) بیع عقیل داره بمکة.

ووجه الاستدلال بعموم الایة، ان المراد من «العقود»، العهود الموثقة. ولاریب انه بالاجازة یصیر من جملتها. واضطرب کلام القوم فی طریق الاستدلال بالایة فبعضهم جعله الاصل، نظرا الی العموم الا ماخرج بالدلیل، وبعضهم جعل العقود توقیفیة علی ماورد به الشرع، وحمل العقود علی العهود فی زمن الشارع.

والاظهر عندی الأن، هو الاول، وتوضیح ذلک یحتاج الی زیادة بسط اوردناها فی الرسالة التی کتبناها فی مسئلة «الطلاق بعوض» فلیراجع هناک، ویدل علیه ایضا ما رواه المشایخ الثلاثة فی بیع الولیدة واجازة سیدها، وفی متنها اختلافات واوضحها متنا ما رواه **الشیخ فی التهذیب** فی الحسن لابراهیم بن هاشم «عن محمد بن قیس، عن ابی جعفر-ع- قال: قضی امیر المؤمنین-ع- فی ولیدة باعها ابن سیدها وابوه غائب، فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سیدها الاول، فخاصم سیدها الاخر.

فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني.فقال: الحكم ان ياخذ وليدته وابنها. فناشده الذي اشتراها. فقال: له خذ ابنه الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك البيع. فلما اخذه قال ابوه: ارسل ابني، فقال لاوالله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه»[1].

قوله (ع) «خذ ابنه الذي باعك» الظاهر ان المراد اخذه لاجل اخذ الثمن والغرامة، وربما نوقش في الرواية بانها تدل على ان المولى رد البيع اولا، والقائل بالفضولي لا يقول بالصحة بعد الرد ولا تنفع الاجازة بعد الرد، ويمكن دفعه بانها ليست بصريحة في الرد ولا ظاهرة، بل غايته الظهور في عدم الرضا بالاقباض ومطالبة رد الجارية. فلعله كان مترددا في الفسخ والامضاء.

والتردد لا يستلزم الفسخ، والمعتبر انما هو الفسخ كما سنشير اليه.

وحجة المانعين الاصل والاجماع المنقول، وانه تصرف في ملك الغير، وانه غير قادر على التسليم. والاخبار الناهية عن بيع ماليس عنده، والناهية للبيع عما لا يملك من طريق العامة والخاصة، مثل «قوله -ص- لحكم بن حزام: لاتبع ماليس عندك»[2]. وما رواه

١:التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ وايضاً ١٣٨- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد و الاماء، الباب ٨٨ ح ١. و في كلامه(ره) محل للكلام من جهات:

١):قال قدسه سره «في الحسن، لابراهيم بن هاشم» و فيه ما اسلفناه من ان محققي المتأخرين قالوا ان جملة ممن ضعفهم اصحابنا القميين (كسهل بن زياد و البرقي و محمدبن سنان) كانوا ثقات، مؤمنين، عالمين، وان ابراهيم بن هاشم ثقة عين و ماروى عنه، صحيح، و حكايته كحكاية الصدوق(ره).

٢):قدنقل المصنف(ره) الرواية من «التهذيب». والسند هناك كذا «بالاسناد-عن علي بن الحسن بن فضال، عن سندي بن محمد، و عبدالرحمن بن ابي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس». و قال الشيخ في آخر التهذيب: و ماذكرته في هذا الكتاب عن علي بن الحسن بن فضال، فقداخبرني به احمدبن عبدون- المعروف بابن الحاشر- سماعا منه واجازة، عن علي بن محمدبن الزبير، عن علي بن الحسن بن فضال. فليس اسم و لاذكر و لااثر من ابراهيم بن هاشم، في سند هذا الرواية في التهذيب حتى تكون الرواية «حسنة» لذلك.

٣):متن الحديث في مانقله المصنف(ره) اشبه بما في الفقيه والاتسبصار، و يفارق ما في التهذيب في بعض الالفاظ.

٢: صحيح الترمذي: باب ماجاء في كراهة بيع ماليس عنده- سنن ابي داود: باب في الرجل يبيع ماليس عنده.

عمرو بن شعيب، عن ابيه، عن جده» عنه(ص) انه قال: لا طلاق الا فی ما يملک، ولا عتق الا فی مايملک، ولا بيع الا فی مايملک»[1].

وما رواه المشايخ الثلاثة فی الصحيح، عن الصفار، انه كتب الی ابی محمد(ع): رجل له قطاع من الارضين فحضره الخروج الی مكة، والقرية علی منازل من منزله، ولم يوت بحدود ارضه، فعرف حدود القرية الاربعة، فقال: للشهود اشهدوا ان قد بعت من فلان جميع القرية التی حد منها كذا، والثانی والثالث والرابع. وانما له بعض هذه القرية وقد اقر له ملكها. فوقع (ع): لايجوز بيع ماليس يملک، وقد وجب الشراء علی البايع علی مايملک[2].

ومارواه الشيخ فی الصحيح، عن ابن اسباط، عن سليمان بن صالح، عن الصادق(ع)، قال: نهی رسول الله (ص) عن سلف وبيع، وعن بيعين فی بيع، وعن بيع ماليس عندک، وعن ربح مالا يضمن.[3].

الی غير ذلک من الاخبار. وبقوله تعالی «الا ان تكون تجارة عن تراض»، فان ذلک غيرناش عن التراضی، وان لحقه بعد ذلک.

۱: المستدرک: ج ۲، ابواب عقدالبيع، الباب ۱، و لكن فيها «لاطلاق الافی ماتملكه و لا بيع الافی‌ماتملكه». وايضا المستدرک: ج ۳، ابواب مقدمات الطلاق، الباب ۱۲: «عن رسول‌الله- ص- قال: لاطلاق فی‌مالاتملک، لاعتق فی‌مالاتملک، و لابيع فی‌مالاتملک». مرسلا.

۲: الوسايل: ج ۱۲ ص ۲۵۲، ابواب عقدالبيع، الباب ۲ح ۱-التهذيب: ج ۲ ص ۱۵۹.- و بعض الفاظ الحديث تختلف فی‌التهذيب والوسايل و ما اورده المصنف هنا. و المتن فی‌الوسايل كمايلی: كتب الی ابی‌محمد الحسن بن علی‌العسكری عليهما السلام: فی رجل له قطاع ارضين- ارض، خ- فيحضره الخروج الی مكة، و القرية علی مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام مايأتی بحدود ارضه، و عرف حدود القرية الاربعة، فقال للشهود: اشهدوا انی قدبعث فلانا، (يعنی المشتری) جميع القرية التی حدمنها كذا، والثانی و الثالث و الرابع.
و انما له فی هذه القرية قطاع ارضين، فهل يصلح للمشتری ذلک- و انما له بعض هذه القرية و قداقرله بكلها-؟. فوقع(ع): لايجوز بيع ماليس يملک، و قدوجب الشراء من‌البايع علی مايملک.

۳: الوسايل: ج ۱۲ ص ۳٦۸، ابواب احكام العقود، الباب ۲ح ٤.

و حاصل الجواب عن جميع ذلک: ان الاصل يخرج عنه بالدليل كماعرفت. والاجماع مقدوح بانحصار القول فی مدعيه و من شذممن تاخرعنه. مع وجود القائل فی من تقدم عليه. و قد نسب المدعی خلافه الی قوم من اصحابنا. و اما التصرف: فمع انه ممنوع بمجرد الصيغة ، فغايته النهی و القول بالحرمة- كمايظهر من بعض الاصحاب- فهولا يدل علی‌الفساد.

و اما الاخبار: فلادلالة فيها. اذالظهور منها المنع من بيع مال الغير لنفسه عدواناً، بان ياخذالثمن لنفسه، او [يحمل] علی ما [لا] يقدر علی تسليمه، و يحمل بعضها (مثل قوله -ص- ولا بيع الافی‌مايملک) [علی] المنع من بيع الحر، والخنزير، والخمر. اوعلی نفی اللزوم ، لا نفی الصحة. مع ان حرمة بيع ماليس يملكه لا يدل علی فساده معالاجازة. لان النهی لا يدل علی‌الفساد. و لذلک ذهب الاكثر الی صحة بيع الغاصب بعد اجازة المالک. و ربما حملت علی ما اذا باعه ثم ذهب يشتريه، كما فی‌رواية حكيم بن حزام انه(ص) قال فی جوابه (حين سئله عمن يبيع مال غيره ثم ذهب يشتريه) لاتبع ماليس عندک.

وهوبعيد، فی مطلق الاخبار، سيما ماروا‌ه اصحابنا. مع ان السئوال غيرمخصص للجواب فيعمل علی عموم الجواب. و ربما حمل علی مااذا علم المشتری بالغصبية، كما تضمنه سؤالاتها نظراً الی انه مع علم المشتری قد سلط البايع الغاصب علی الثمن، و لم يكن له الرجوع لوتلف. بل مع بقائه ايضاً- علی اشكال و خلاف- فلايد خل فی ملک صاحب المال.

ويتفرع عليه ان البايع اذا اشتری به متاعاً، فقد اشتريه لنفسه و يصيرملكاًله. فلايجدی فيه اجازة المالک الاصلی. و عن **حواشی** الشهيد(ره) علی **القواعد**: انه رای بخط المصنف ان الفرق بين علم المشتری و جهله ان البيع انما يتحقق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيهاً بالصحيح و يقع فی ملک البايع، فينقل منه الی المالک. اما مع علمه، فلايقع العقد صحيحاً بوجه، فلايستحق البايع الثمن حتی يستحقه المالک.

و اما الجواب بمعارضتها بالاخبار المجوزة لبيع ماليس عنده المشعرة بعضها بان القول بعدم الجواز مذهب العامة (كماسنشيراليها) ولا كراهة فيه. اذالمراد من تلک

الاخبار انه لا يشترط وجود المبيع حال البيع، كما فى السلف. الا انه يجوز بيع مال الغير المعين المشخص فضولاً. مع انها معارضة بمثل صحيحة محمد بن القاسم بن الفضل «عن رجل اشترى من امرئة من آل فلان بعض قطايعهم، وكتب عليه كتاباً بانها قدقبضت المال ولم يقبضه. فيعطيها المال ام يمنعها؟-؟ قال: قل له ليمنعها اشد المنع، فانها باعته مالم تملكه[1]».

و مثل صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر(ع): «قال: سئله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل. و اهل الارض يقولون: هى ارضهم. و اهل الاسنان يقولون: هى من ارضنا، فقال: لاتشترها الا برضا اهلها[2]».

والجواب عن هذه الاخبار، بحملها على البيع لنفسه من غير قصدان يكون لمالكها. بل هو الظاهر منها. و مثله الجواب، عن الاخبار الواردة فى المنع عن شراء السرقة والخيانة.

فعلم ان الاخبار المانعة- على فرض تسليم دلالتها على الحرمة- لا يدل على عدم الصحة بعد الاجازة و سيجيى تمام الكلام.

واما عدم القدرة على التسليم: ففيه منع واضح. اذهوموجود مع الاجازة. و ثبوت الاشتراط مطلقاً، ممنوع والقدرة فى الجمله ثابتة. فهو كبيع الطاير المعتاد عوده.

و اما الاستدلال بالاية: ففيه ان الاستثناء منقطع. و حلية التجاره عن تراض، لاينافى حلية ما يلحقه التراضى. اذا دل الدليل عليه من عموم الاية والاخبار.

ويتم المقام بذكر امور:

الاول: انهم قالوا: لايكفى فى الاجازة الحضور مع السكوت، و حكمه ح، حكم الغايب. قال فى التذكرة «قاله علمائنا واكثر اهل العلم و انما نقل الخلاف عن ابن ابى ليلى قياساً على البكر، وكذلك لولم يكن حاضراً، اوحصل العلم له به وسكت». و قال الملحقق الاردبيلى- ره- «ومما تقدم يعلم انه لوعلم الرضا يكفى لصحة البيع، ولا يحتاج الى

١: الوسايل: ج ١٢ ص ٢٤٩، ابواب عقدالبيع، الباب ١ ح ٢.

٢: المرجع: ح ٣.

التصريح». و الظاهر انه اراد بـ «ماتقدم» هوما ذكره فی‌الاستدلال على كفاية المعاطاة فی‌البيع، بان الظاهر ان الغرض حصول العلم بالرضا، وهوحاصل.

اقول: وكلامه مبنى على القول بصحة الفضولی، والا فهولا يقول بصحته من الاصل و هوبعيد. و اتفاق الاصحاب هنا ظاهراً على لزوم اللفظ، ممايؤيده اشتراط الصيغة فی اصل البيع. و انه لايكفی مطلق الرضا. و اما قولهم بجواز الاكتفاء بسكوت البكر فی اجازة النكاح الفضولی، فهو لايضر لثبوته كاذنها فی اصله بالدليل. و بعض الاخبار الدالة بكفاية السكوت فی نكاح العبد[1] ايضاً مهجور و مؤول.

الثانی: انه كمايشترط اللفظ فی‌الرضاء، يشترط فی‌الفسخ ايضاً. و عن الشهيد(ره) فی‌حواشی القواعد- فی باب النكاح- انه قال: لوقال لم اجز كان له الاجازة بعد ذلک. فالرد هو ان يقول «فسخت» اومافی معناه. و يؤيده **صحيحة** محمدبن القيس المتقدمة[2]. و ينقدح عما ذكرنا ان الاجازة والفسخ من باب الارادة والكراهة، لاالشهوة والنفرة، فلايكفی محبوبية البيع فی‌الاجازة، ولامبغوضيته فی‌الفسخ.

الثالث: انه يظهر مماذكرنا انه لايكفی فی صحة الفضولی العلم برضا المالک قبل العقد، بايجاب العقد، فلوعلم بشاهد الحال انه راض ببيع ملكه، وباعه، فلايخرج بذلک عن بيع الفضولی، ولايدخل فی‌التوكيل. اذالتوكيل يحتاج الى انشاء مفهم‌له، فمحض الرضاء الباطنی لايكفی فی ذلک، وان اوجب جوازه. و ليس معناه الرخصة فی‌الفعل بالخصوص.

الرابع: ان الفسخ لابد ان يكون من المالک اومن قام مقامه. فلاينفع فسخ الفضولی كمالاينفع رضاه. سيما اذاكان احدالطرفين لنفسه. حتى انه لو فرض كون الطرفين فضوليين و حصل التقايل بينهما، لايوجب بطلان العقد. اذبمجرد حصول العقد فضولاً، تعلق الاجازة للمالک بذلک العقد. و لايرتفع بتقايل العاقدين. فان المالكين لهمااجازة مضمون العقد. سواء بقی رضا العاقدين بحاله، املا. و لم نقف فی كلامهم على تصريح بكثير مما ذكرنا.

١: كذا. ويحتمل: «فی عقد النكاح» ايضاً.

٢: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١.

الخامس: انّ الاجازة ليست بفورية. كما صرح به جماعة. للاصل، والاستصحاب، والعمومات. فيندفع ما يتوهم انّ «الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن» لانّ الاصل لا يعارض الدليل. ويستفاد ذلك- مضافاً الى العمومات- من خصوص الاخبار منها صحيحة محمدبن قيس المتقدمة.[1]

السادس: اذا ابى المعقود له فضولاً، واظهر الكراهة، يبطل العقد. ولا ينفع اجازته بعد ذلك. والظاهر انه لا خلاف فيه[2]، فلاحظ كلامهم فى مسايل النكاح الفضولى. ولانّ الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن.

المقام الثانى[3]: فى بيع الغاصب: والاكثر على انه يصح بالاجازة. كما فى **الايضاح**. و اختلفوا فى اطراد الحكم (للجاهل والعالم) وعدمه. فعن العلامة فى **المختلف**، و ولده فى الايضاح، والشهيد فى **حواشى القواعد**، والعلامة الرازى، اختصاص الصحّة بالمشترى الجاهل، و عن **الدروس**، والمحقق الثانى فى **شرح القواعد**، تعميمها للعالم. و يظهر من العلامة، الاشكال والتردّد فى العالم فى **التذكرة** [و] فى **القواعد**. بل وعن التذكرة الاشكال فى الجاهل اذا كان البايع فضولياً ايضاً، قال «لو باع الفضولى اواشترى مع جهل الاخر، فاشكال، ينشأ من انّ الاخر انما قصد تمليك العاقد. امّا مع العلم، فالاقوى ماتقدّم. و فى الغاصب مع علم المشترى اشكل. حجة الاولين، الاخبار المانعة عن بيع «مالا يملك» و «ماليس عنده»... و فيه: انه انما تدلّ على حرمة البيع لنفسه، بان يسلم المبيع ويأخذ الثمن لنفسه. و ليس فيها مايدلّ على البطلان بعد لحوق الاجازة- و انّ مادفعه الى الغاصب كالماذون له فى اتلافه. فلايكون ثمناً. فلاتؤثر الاجازة فى جعله ثمناً».

و يدلّ على الصّحة، عموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فانّ الظاهر انّ بيع الغاصب مع علم المشترى بعد لحوق الاجازة، من العهود الموثقة. ويصدق على الثمن انه عوض عن المبيع

١: المرجع المذكور، والحديث المذكور قبيل هذا.

٢: لعل مراده من اظهار الكراهة، الفسخ الصريح. لان مانقله آنفاً من الشهيد(ره) من قوله «لوقال لم اجز، كان له الاجازة بعد ذلك» يخالف ذلك.

٣: قال فى اوائل الجواب: فهنها مقامات: المقام الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح:...

عرفاً (وان لم يكن التعويض مجزياً شرعاً ولم يخرج عن ملك المشترى مادام باقيا) و يجوز استعارته. على الاصح. و جواز التصرّف فيه بتسليط المشترى، لا ينافى كونه عوضاً عن المبيع بمقتضى عقد البيع. كما انه لا يضرّ بتجويز التصرّف فى ثمن الفضولى المصطلح بالاجازة بعده.

ويشكل المقام بما ذكره الشهيد فى وجه اشكال العلاّمة فى تتبع العقود الواقعة على ثمن المغصوب، من انه مع علمه يكون مسلطاً للبايع الغاصب على الثمن. فلايد خل فى ملك ربّ العين. فح، اذا اشترى به البايع متاعاً فقداشتريه لنفسه، واتلفه عند الدفع الى البايع، فيتحقق ملكه للمبيع. فلايتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكاً للبايع. (وان امكن اجازة المبيع. مع احتمال عدم نفوذه ايضاً) لانّ مادفعه الى الغاصب كالما ذون له فى اتلافه. فلايكون ثمناً ولا تؤثر الاجازة فى جعله ثمناً.

ثمّ قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبع، بطلان اجازة البيع فى المبيع. لاستحالة كون البيع بلاثمن.

اقول: ويمكن دفعه بامكان التزام بطلان التتبع مع صحّة اجازة البيع. بان يجوز له التصرف فى الثمن والتسليم الى الغاصب مع التزامه للغرامة لو اجاز المالك. وبهذا يحصل الجمع بين جواز تسليط الغاصب على الثمن، و جواز تصرفه فيه مع صحة اجازة البيع. فياخذ عوضه عن المشترى مثلاً او قيمة . فكما يمكن ان يستدلّ بجواز تصرّف الغاصب- كما نصّ عليه الاصحاب على انّ الثمن لم يكن عوضاً بل سلّمه المشترى مجاناً، فلاتصح الاجازة (فى البيع ولا [فى] التتبع) للمالك- فيمكن ان يستدل به على انّ للمشترى ان يعاوض الثمن ويلتزم عوضه فى ذمّته، مثلاً اوقيمة ، و تسليمه الى الغاصب.

فتصح الاجازة للبيع، واخذ العوض. و ان لم يجز المالك التتبع. فلاملازمة بينهما.

و ذلك كما قيل فى جواز بيع المشترى للمبيع فى [زمن] خيار البايع و لزوم ردّ المثل او القيمة، لوردّ البايع مثل الثمن الى المشترى و فسخ البيع. (وان كان ضعيفاً عندى لعدم استقرار الملك و تمامية المتفرعات فى صحة البيع) مع انّ التزلزل هنا اقوى. لانّ الملك

هنا مرجوّ بحصول الاجابة بعد ذلک. و ثمّة شائبة لبقاء الملک السّابق.

و يتّضح ما ذکرنا غاية الوضوح، فی مالو باعه الغاصب فی ذمّة المشتری، [و] سلّمه فی ضمن فرد من الکلّی. فلايصح البيع لانّ المشتری ليس مستقلاً فی تعيين ما فی الذّمة فکانّه سلّطه عليه مجاناً، و تصحّ الاجازة لوردّها علی مافی ذمّة المشتری.

لا يقال: انّ فی صورة اباحة المشتری، فالتصّرف غير مترتب للاجازه ولا محتمل لها، [و] منافاته للعوضيّة ظاهرة. و مع ترقبها، فالاباحة علی القول بانّ الاجازة کاشفة- کما هوالاصح- فاسد لاتوثّر فی تصحيح التصّرف. فتجويزهم التصّرف للغاصب، انّما هو لعدم کون العقد صحيحاً.

لانا نقول: - مع انّه لايتمّ فی الفضولی ايضاً علی القول بالکشف. لانّه اباحة فی التصّرف فی مال الغير- يرد عليه انّ المراد بالعوضية، هوالعوضية بمقتضی ظاهر العقد. لا المعاوضة مع المالک. وايضاً عدم ترتّب الاجازة (بل و عدم احتمالها) لايضرّ بتاثير الاجازة بعد حصولها من باب الاتفاق.

وان کان ولابدّ، فالّذی يضرّ هو قصد الانتقال الی الغاصب مطلقا. ای سواء اجاز المالک، اولم يجز. لامطلق قصد الانتقال.

والحاصل: انّ التّحقيق و ان کان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل، و انّه لابقاء للجنس بعد انتفاء الفصل، و انّ عقد الغاصب لنفسه حرام و فاسد بالنسبة الی نفسه. لکنّه عقد البيع عرفاً. و فائدة ملاحظة الجنس هنا الاشارة الی الصّيغه. يعنی «ان العقد الّذی وقع بضمّ الصّيغة الی قصد کونها واقعة علی المال المعين لنفس البايع الغاصب والمشتری العالم، قد بدّلته بجريانها علی ذلک الملک بعينه لنفسی» فيکون عقداً جديداً. کما هو احد الاقوال فی الاجازة، کماسنشير اليه.

ومعنی ضمّ فصل آخر الی الجنس، کون العقد السابق مذکراً للجنس ليضمّ اليه فصل آخر، حتّی يتحقق نوع. لاان يضم ذلک الفصل الی الحصّة من الجنس الموجودة مع الفصل السابق. کما انّه کذلک فی المالک الجاهل بانّ الملک لغيره، اذا باعه و اجازه المالک الواقعی. فالمعيار هووقوع الايجاب والقبول علی ملک معين. فانّه يطلق

علیه‌البیع عرفاً، و ان کان فاسداً، ولا ریب ان قصد هما، ح، ایقاع‌البیع، و ان کان فاسداً. فیبدّل المالک الحقیقی، هذاالعقدالفاسد بالعقد الصحیح.

بل هذاالکلام یجری فی‌المشتری‌الجاهل بالغصب مع علم‌البایع بانّه مال‌الغیر و یبیعه عدواناً. فانّ معنی ایجاب‌الغاصب، نقل‌الملک عن نفسه و اخذالعوض لنفسه، والذی حصل من اجازة‌المالک هو بیعه لنفسه، و همانوعان متبانیان.

و امّا الفضولی‌المصطلح: فهو و ان کان اجـراء هـذاالکلام فیـه. لانّ الـمانع من‌الفضولی، هوالایجاب‌المشروط المعلّق علی شرطه ضمناً. والذی اجازه‌المالک و رضی به هو وقوعه بتّاً، فلیس ما اجازه نفس ما وقع من‌الفضولی بل همانوعان متباینان. و هـذا امّا مبنّی علی «عدم جوازالتعلیق فی‌العقود الاّ ما خرج بالدلیل» و امّا مبنّی علی «جوازه الاّ ما اخرجه‌الدلیل- کما هو الا قوی- و هذا ممالم یخرجه». و لکن یـمکن ان یـقال: انّ ما اوقعه الفضولی، هوالایجاب البات مشروطاً بشرط. وهذه‌الاجازة، هو شرط وقوعه بـتاً. والمفروض وجودالشرط. فیوجدالمشروط بوجوده. فلیس عقداً جدیداً. بل هو بـعینه مـا اوجده الفضولی مع تحقق شرطه.

و تاخرالشرط عن‌المشروط فی‌الاحکام الشرعیّة غـیر عـزیز. کـتأثیر غـسل الاستحاضة الفجری المتاخّر عن اول‌الفجر، فی تصحیح جزء من‌الـصوم الـمتقدم عـلیه. و بعبارة اخری: نقول: ان هذاالشرط الضمنی هو شرط فی‌التصرف. نظیـر مـا نقـوله فـی قول‌القائل «انت وکیلی فی بیع عبدی اذا قدم‌الـحاج» حیث جـوزه الـعلاّمة و ادّعـی علیه‌الاجماع. مع انه ادّعی الاجماع فی اشتراط التنجیز فـی‌الـوکالة و بـطلان الـتعلیق. فالتعلیق انما هو فی‌الموکل فیه، لا فی‌التوکیل.

و لک ان تجعله هنا، من باب‌الشرط فی ضمن‌العقد، لا الشرط بمعنی الـتعلیق، کما فعله العلاّمه فی‌الوکالة فی کتاب‌الوقف. حیث قال فی **التذکرة** فی‌الفرق بین قـول‌الـواقف «وقفت هذا علی فلان ان جاءزید» و بین قوله «وقفـت هـذا عـلی فـلان» و شرط انه ان خرج عن مذهبه الی مذهب اخر، فلانصیب له.

ثمّ قال: و هذا مثل‌الوکالة، لو عـلّقها بـشرط لم یـصحّ. و ان اطلق الـوکالة و

علق التصرف فيها بشرط جاز.

والحاصل: انّ المعتمد هو «عموم اوفوا بالعقود» سواء اتحد مورد العقد والاجازة، او تباينا ، ولا يذهب عليك ، انّ ما اخترنا . من كون ذلك عقداً جديداً لاينافي القول بالكشف ، اذمعناه، ح ، انّي جعلت هذا العقد في موضع ما اوقعه الفضولي . لا انّي جعلته ناقلاً من الحين . كما هو الظاهر من لفظ « العقد الجديد ». فانّ المراد من الجديد بيان المغايرة. يعني انّه هذا عقد مغاير لما اوقعه الفضولي، و ان اعتبرنا حصوله في موقعه. لا انّه اثر له قبل الاجازة، و يبطل الاثر بمجرد ذلك، فافهم.

على انّا نقول: يمكن دعوى الاتحاد ايضاً، و انّ الاجازة قد وقعت على ما اوجبه الغاصب. فانّ الغاصب انما قصد الايجاب في حال اعتقاده بكون الملك له، و ان ينقله الى المشترى لنفسه لا بشرط ذلك. فحيثية الاعتقاد تقييديّة. لا تعليلية. فكانّه قال «نقلت هذا الملك الى المشترى مطلقا» و كان هذا القول في حال ذلك الاعتقاد. فلا يصير قصد النقل لنفسه فضلاً له بحيث لا يتخلف منه.

وذلك نظير ماذكره العلامة و غيره في صحّة تصرف الوكيل في صورة التعليق، مع بطلان التعليق، اعتماداً على الاذن العام الحاصل من التوكيل، و ان لم يكن ذلك التصرف من باب التوكيل. و نظير جواز التصرف في مبيع بيع المعاطاة. على القول بكونها بيعاً فاسداً، اعتماداً على الرضاء الحاصل من البايع. اذ رضاه غير معلل بكونه بيعا، بل في حال اعتقاد كونه بيعا. فالغاصب في مانحن فيه ينقل المبيع الى المشترى على الاطلاق في حال معين، و يجيز المالك النقل المذكور المطلق، فيصير مورد البيع والاجازة متحدين.

و من ذلك يظهر دفع ما يتوهم انّ صحة الاجازة في المشترى العالم باطل، لان المقصود في بيع الغاصب انما هو لنفسه، والعقود تابع للقصود. والاولى بالاندفاع مانقلناه من الاشكال عن **التذكرة** في الفضولي اذا كان احدهما جاهلاً. و كذا في الغاصب.

تتمّة: قال العلامه في **المختلف:** قال الشيخ في **النهاية:** لو امضى المغصوب منه، البيع، لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن. و فيه نظر. فانّ امضاء البيع لا يوجب الاجازة في قبض الثمن. فح، للمالك مطالبة

المشترى بالثمن. سواء كان قد دفعه الى الغاصب اولا . نعم، لـواجاز القبض، كـان مـا قـاله الشيخ جيّداً.

اقول: ماذكره جيّد، والظاهر عدم الفرق بين ما كان البيع بالعين او بالذمّة، فى عـدم استلزام اجازة البيع اجازة القبض. و عن الشهيد والمقداد انّ اجازة البيع الواقع بالعين اجـازة للقبض. و هو ممنوع. و تحقيق المقام ان يقال: ان اجازة المالك للبيع مقتضاه «انّى رضيت بان يكون المبيع مال المشترى والثمن مالى» و امّا الرضا بان يكون ما اخذه الـغاصب نائـباً عن اخذ المالك، فيحتاج الى اجازة جديدة و رضاء مستقل. و مالم يحصل القبض فليس لـه المطالبة عن الغاصب. سواء كان الثمن عيناً اودينياً. و ان قبـضه، فمـالم يـحصل الاجـازة والرضا بالقبض لم يبرى المشترى عن حق المالك. و له مطالبة ايّـاه. و لـيس لـه مـطالبة الغاصب، الاّ ان يكون عيناً. فانّه يجوز له مطالبة الغاصب، ح، ايضاً. و ان لم يبرئ المشترى وجاز مواخذته بالعين اوعوضها. والظاهر انّه لا فرق فى المسئلة بين الغاصب والفضولى.

واعلم: ان البايع اذا باع مال الغير فى الذمة، و كان للمشترى فى ذمة الـبايع مـثله. و تباريهما واسقاط المشترى ما فى ذمّة البايع عوضاً عن الثمن، بمنزلة الاقبـاض. فـلادلالة فى اجازة البيع على اجازة ذلك الاسقاط، الذى هو بمنزلة الـقبض، و امـا لـوجعل الـبايع الثمن ما [فى] ذمّته من مال المشترى، فالظاهر انّ اجازة البيع بعينه، هى الاجازة للاقباض ايضاً، فلايجوز له المطالبة، الاّ عن البايع.

المقام الثالث: اختلفوا فى ان الاجازة كاشفة عن الانتقال من حيـن الـعقد، او ناقلة من حين الاجازة؟ـ؟. الاشهر الاقوى الاول. لانهارضاء و امضاء لـلعقد. و مـقتضى الـعقد هوالنقل والانتقال بمجرد الصيغه. و هو مـدلول الايـجاب والـقبول و مـقتضى الانشاء. والمجيز انما اجاز مقتضى العقد. و هو ما قصده الفضولى من النقل حين الـعقد. و لـوكان النقل انما يحصل بالاجازة فلا يكون امضاء للعقد. والمفروض خلافه.

ولوكان المراد من الصيغة، النقل من حين الاجازة، فهو لـيس امـضاء لـلنقل الـسابق المستفاد من العقد. و يتضح ذلكـ غاية الوضوحـ فى الغاصب والجاهل بكونه مال الغير، اذا باعه معتقداً للملكية ثم ظهر استحقاقه للغير. فانهما يريدان النقل حين العقد جزماً. و يدل

علیه فی‌النکاح خصوص صحیحة ابی عبیدة[1]، فی تزویج صغیرین. الدالة علی انه لوبلغ احدهما و اجاز و مات، ثم بلغ الاخر و اجاز، ورث منه. و عمل بهاالاصحاب. فانه لایتم الا علی‌القول بالکشف. اذلا یمکن حصول الزوجیة الابتدائیة للمیت. بخلاف الرضا بزوجیته.

و ذهب الاخرون الی الثانی. و منهم المحقق الاردبیلی معاصراره فیه، محتجاً بان الظاهر- من‌الایات والاخبار، سیما قوله تعالی «الا ان تکون تجارة عن تراض». و کذلک الظاهر من العقل والاجماع - ان رضاء صاحب المال جزء، اوسبب، او شرط، دخل فی صحة العقد. فکیف یصح‌العقد بدونه. و انه ان لم یکن الرضاء جزءً (والمفروض عدم جزء آخر بالاتفاق) فیلزم الحکم بالصحة بمجردالایجاب والقبول من دون الرضاء.

و ایضاً: اذا لم یجزه المالک و فسخه و ظهر کون العقد غیرصحیح حین‌الوقوع، فیلزم الحکم بفسادالعقد، مع وجود جمیع مایتوقف علیه بحکم الفرض.

و ایضاً: ان توقف العقد علی امر آخر الی حین‌الاجازة، یلزم صحة العقد قبله. فلایکون الرضا کاشفا عن‌الصحة بالفعل قبل لحوق الرضا.

اقول: اماالجواب عن‌الاول: فان الظاهر ان مراده من‌المذکورات، ماذکره فی بطلان اصل الفضولی انه لیس بتجارة عن تراض، و انه بیع لمالایملک، المنهی عنه فی‌الاخبار. وانه تصرف فی مال الغیر، المحرم بالعقل والنقل والاجماع. و قدعرفت الجواب عنها مفصلاً.

ونزید هنا: انا نمنع دلالتها علی مدخیلة الرضاء فی‌الصحة مطلقا، بل القدر المسلم هوالبطلان بعدالفسخ. و قد عرفت انه لایکفی عدم‌الاجازة، بل یعتبر الفسخ، و هو فی معنی الصحة. اذ لامعنی لفسخ ما لیس له تحقق. و عدم ترتب الاثر الذی هو معنی الصحة، انما هو بحصول‌الفسخ. و یکفی فی‌الصحة ترتب‌الاثر فی‌الجملة و اثرالبیع انما هوالانتقال فی‌الجملة و هومتحقق فی ضمن النقل المتزلزل، و هو حاصل قبل‌الاجازة.

۱: الوسایل: ج ۱۷ ص ۵۲۷، ابواب میراث الازواج، الباب۱۱ ح ۱.

فهی شرط لاستقرار الانتقال. نظیر انقضاء ایام الخیار فی‌البیع اللازم. فکما ان توقف الاستقرار فیه علی انقضاء ایام، لاینافی ترتب الاثر قبله، فکذا فی مانحن فیه.

و کذا الکلام فی عدم جواز تصرف المشتری اذا علم بکون البایع غاصباً مثلاً. و توقف جوازه علی‌الاجازة، لاینافی حصول الانتقال المتزلزل. و هو یکفی فی‌الصحة. مع انه علی‌القول بکونها شرطاً لاجزءً، لااستبعاد فی تاثیر الشرط المتاخر. کما اشرنا سابقاً، و اتینا بمثاله.

فان علل الشرع «معرفات».

و یظهر بالتامل فی ما ذکرنا، الجواب عن‌البواقی. و حاصله: ان‌الاجازه شرط اللزوم، لا سبب للصحة. وجزئه. ولا یضر تاخره عن‌المشروط فی تاثیره. کانقضاء ایام الخیار، و لغسل المستحاضة الصبح بعید طلوع الفجر لتصحیح‌الصوم مع تقدم قطعة من‌النهار بلاغسل. و ان الصحة و ترتب‌الاثر، اعم من‌الانتقال المستقر. کما اشرنا، و ان عدم ترتب‌الاثار انما هو من جهةالفسخ. لالانه کان بیعاً فاسداً. الی غیر ذلک مما یظهر بالتامل فی ماذکرنا سابقاً.

و یظهر ثمرة هذاالنزاع، فی‌النماء المتخلل بین العقد والاجازة، و غیره مما‌یترتب علی‌البیع من الثمرات. فالنماء للمشتری فی‌المبیع و لمالک العین فی‌الثمن، اذا باعها بعین معینة. علی‌المختار. ولمالک المبیع فی‌المبیع، و للمشتری فی‌الثمن. علی‌الاخر.

و قال فی**الروضة**: انه علی‌الاخر، للمالک المجیز فی الثمن والمثمن کلیهما. و ربما علل بان‌المشتری له التصرف فی ماله، و قد نقله الی‌البایع الفضولی بقبوله للعقد. فلاوجه لتوقفه علی اجازة غیره.

و فیه: اولاً انه لایتم فی ما اذا کان المشتری ایضاً فضولیاً و اجازالمالکان. و ثانیاً ان ماذکر له وجه فی مالو کان‌المشتری عالماً بان المبیع مال‌الغیر، فضولیاً کان اوغاصباً. معالاشکال فی غیر الغاصب ایضاً، فانه کان بقبوله نقل الثمن الیه مجانا. و اما لوکان جاهلاً، فلم ینقله الاعلی وجه‌المعوضة،فاذالم یتحقق فماله و نمائه باق علی مالیته . و علی القول بکونها ناقلة، لایحصل النقل‌الحقیقی الا بالاجازة. فهذا العقد لیس من باب

مايفيدالملكية الثابتة فى نفس الامر المتزلزلة بالخيار. بل من باب جزء السبب الصالح لان يتم بلحوق الاجازة. و يفيدالملك ح.

والحاصل: انه يحكم بقبوله بالملكية الظاهرة، حتى يتحقق سبب الملكية الواقعيه فيحكم بها. لا بالملكية الحقيقية المتزلزلة، حتى يستقر تزلزلها. و سيجيئ بعض الثمرات فى تعاقب العقود.

و ربما يقال: ان من ثمرة النزاع، انه لا يجوز للمشترى الفسخ قبل الاجازة، على القول بالكشف. و يجوز على القول الاخر. و لعل المراد، ان الاجازة لما كانت كاشفة، اى كاشفة عن بطلان الفسخ لعدم اختياره للفسخ، ح، لثبوت لزوم البيع، ح، فى الواقع. فلاخيرة فيها، الا بالتقاويل. و اما على القول الاخر، فيمكن لعدم تحقق البيع.

و فيه: انه لا معنى لتسميته فسخاً للبيع. بل غاية [ما] توجبه، ابطال تاثير جزء السبب. اذ جواز الابطال ممنوع. لان ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الاخر، من احكام الوضع. لا مدخلية لاختيار المشترى فيه. فالقولان مشتركان فى عدم جواز الفسخ بمعنى القدر المشترك بين فسخ البيع و فسخ تاثير جزء السبب. فير جع مثال كلام القائل بامكان تصور فسخ البيع، على القول بالكشف. دون القول بالنقل. وهو مسئلة علمية لا دخل لها فى الفروع.

والبحث فى الجواز و عدم الجواز، فرع امكان تحقق الموضوع. و قد عرفت عدمه.

المقام الرابع: قد ظهر ممامر، حكم الاجازة و عدمها اذا كان العقد واحداً. و اما لو تعاقبت العقود على المثمن، او الثمن، او كليهما، فلا اشكال لو اجاز الجميع. واما لو اجاز واحداً منها، فان كان هو العقد الواقع على المثمن، صح فى المجاز ومابعده. ويبطل ماقبله. كما لو باع زيد ارض عمرو ببكر بفرس. ثم باع بكر الارض بخالد ببقر. ثم باع خالد الارض بوليد بدراهم. فان اجاز عمرو بيع خالد بدارهم، فيصح بيع الارض بالدراهم. ويبطل ماقبله سواء قلنا ان الاجازة كاشفة، او ناقلة. لان اجازته لبيعها بالدراهم، انما يتم مع بقاء ملكيته عليها. وبقاء ملكه لا يجامع صحة ماقبلها. اذ لو كان ماقبلها صحيحا، لما كان ملكا. بل كان ملكا

للبايع. فلم يصح اجازته فى بيعها بالدراهم.

وان اجاز احد البيوع السابقه، كما اجاز بيعها بالبقر، فيبطل بيعها بالفرس، كما مر. ويصح مابعده. يعنى بيع خالد بالدراهم، ان قلنا بان الاجازة كاشفة- كما هو المختار- لتبين وقوع بيع خالد فى ماله عند العقد. واما ان قلنا بانها ناقلة، فليس كذلك . لان المالك اذا اجاز البيع الفضولى المتقدم- وهو بيع بكر فى المثال- فقد صار الان ملكا للمشترى عنه، وهو خالد. وح ، فلايمكن للمالك الاصلى اجازة العقود اللاحقة، لخروجه عن ملكه. فيبقى الامر فى يد المشترى الاول، وهو خالد فانه هو المالك ح.

ففى المثال المذكور احتمالات: احدها: البطلان. لانها لم يكن ملكا لخالد حين العقد ولا ينفع اجازته ايضا. بناء على ان الاجازة انما يصح من المالك حين العقد، والمفروض عدمه. والثانى: انه يصح بيع خالد من الوليد، ان اجاز البيع . بناء على القول بكفاية مطلق الملك، سواء كان فى حال العقد، او بعده. والثالث: الصحة وان لم يجز، بناء على ان التملك ابلغ من الاجازة.

والاظهر عندى، الصحة، ان اجاز بعد حصول الملك (كما لو باع احد مال الغير فضولا، ثم اشتريه منه، او انتقل اليه بنحو آخر. سواء قيل بان الاجازة كاشفة، او ناقلة. (وستحقق هذا المطلب فى مابعد). واما ان كان المجاز هو العقد الاول على الثمن. فهو يحتمل وجهين: الاول: انيجيز العقد على الثمن، ثم على الثمن، ثم على الثمن. وهكذا. والثانى: ان يجيز العقود المتعاقبة على اصل الثمن.

مثال الاول، ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو. ثم يبيع الفرس من بكر ببعير. ثم يبيع البعير من خالد بدراهم. ومثال الثانى، ان يقع البيع فضولا على الفرس مرارا، مثل ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو، ثم يبيع الفرس ببقر من بكر. ثم باع بكر الفرس من خالد ببقر. ثم باع خالد الفرس بدراهم من وليد.

فاما الاول: فحكمه انه يصح المجاز و ما قبله. ويقف ما بعده على الاجازة. اما الاول، فلان زيدا لو اجاز بيع الفرس من بكر ببعير، فيعلم منها اجازته لما قبله، حملا لقول المسلم وفعله على الصحة. اذ لا يمكن صحة الاجازة الا مع كونه للفرس. ولا يتحقق ذلك الا

باجازة بيع داره بالفرس. واما الثانى- اعنى وقوف مابعده على الاجازة فلان اجازة بيع الفرس الذى كان ثمن ملكه بالبعير لا يفيد نقل البعير الى خالد، وليس له آخر. فيصدق ان البيعر ح، ملك زيد.

وان بيع البعير بالدراهم كان فضوليا، فاذا اجازه، صح البيع.

واما الثانى:- اعنى جريان العقود على اصل الثمن- فحكمه ان المجاز منها صحيح. و كذا ما قبله الا العقد الاول، الذى وقع على الثمن، الذى هو فى مقابل اصل المثمن. و اما بعده، ففيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، فاذا اجاز المالك بيع بكر الفرس من خالد ببقر، فيصح بيع الفرس بالبقر و بيع الدار بالفرس، ويبطل بيعه ببعير، وفى بيع الفرس بالدراهم الوجوه الثلاثة.

امّا صحة بيع الفرس بالبقر: فلان اجازته دليل على انه رضى بان يكون الفرس ماله، حتى يصح منه اجازته، ولا يتمّ ذلك الا باجازته بيع داره بالفرس، ليقع فعل المسلم على الوجه الصحيح. و امّا بطلان ماقبله: فلعدم وقوع الاجازة عليه. اذ لا يستلزم اجازة بيع الفرس بالبقر، اجازته بيعه بالبعير، ولا يتوقف صحته عليه. و لكن لا مناص عن كونه مجيزاً لبيع الدار بالفرس، ليصح فعل المسلم.

وامّا جريان الوجوه الثلاثة فى مابعده- اعنى فى بيع الفرس بالد راهم- فلان خالداً باع الفرس بالدراهم فضولاً. لانه باع مالا يملكه، والحال صار مالكاً له باجازة المالك الاصلى فدخل فى مسئلة «من باع شيئاً فضولاً او اشترى بثمن فضولاً» فانّ فيه الاوجه الثلاثة، والاظهر احتياجه الى اجازة خالد لبيعه الفرس من وليد، كما اشرنا سابقاً. هذا حاصل ما ذكره المحقق الشيخ على(ره) فى هذا المقام. ويمكن ان يقال: انّ هذا انما يتم على القول كونها كاشفة يظهر كونه حين بيع بكر من مال خالد. فوقع بيع خالد من وليد فى ماله، فيصح. و لا يحتاج الى الاجازة. و لا يجرى فيه الاوجه الثلاثة.

فان قلت: صيرورة الفرس مال زيد، انما هو بهذه الاجازة، فالفرس (حين بيع بكر من خالد) لم يكن مالاً لزيد و لا لبكر. فلم يقع اجازة زيد على ماله.

قلت: مرادنا من حمل فعل المسلم على الصحة، انه وقع من زيد اجازة لبيع

الدار بالفرس. غير هذه الاجازة حتى يرد الاجازة على الملک. سلّمنا عدم لزوم حمل فعل المسلم على الاجازة السابقة المنفردة، و اكتفينا بهذه الاجازة، لكن نقول: انّ صيرورة الفرس مال زيد وانتقاله الى خالد باجازته بيع بكر من خالد، حصل بجعل واحد. فيصدق انّ زيدا اجاز بيع ماله من خالد، و على القول بالكشف، انتقل الفرس الى خالد ببيع بكر، فبيع خالد من وليد انّما هو في ماله.

فان قلت: الفرق بين القول بالكشف والنقل، مع كون الاجازة من المالک حين العقد، هو انّ النقل عبارة عن انتقال مال المجيز الثابت المالية الى المشترى حين الاجازة، والكشف عبارة عن انتقاله منه اليه بعد العقد و بسبب العقد، ففي كلا الصورتين يعتبر تقدم المالية على الاجازة. و المفروض حصول المالية بالاجازة قبل الاجازة، فالاجازة لم ترد على ماله، بل حصل المالية بسببها، فلا مناص الاّ عن اجراء الوجوه الثلاثة بالنسبة الى اجازة خالد بيعه من وليد.

قلت: لا ينافي حصولهما بجعل واحد، تقدم ماليته لزيد. اذا لمدلول التبعي قد يكون متقدماً بالطبع، كمقدمة الواجب (كما قد يكون متاخراً) فلسبب دلالة اجازة بيع بكر من خالد بالبقر على اجازته البيع الفضولي داره من عمرو بفرس تبعاً، ثبت مالية الفرس لزيد اولاً ثم ثبت صحة مالية الفرس لخالد. لدلالته عليه ثانياً اصالة بتلك الاجازة.

فعلى القول بالكشف يقع بيع خالد عن وليد في ماله، فيصح. و على القول بالنقل يجيئ الاوجه الثلاثة. لكن يرد، ح، ان التفصيل يجيئ في نفس المجاز ايضاً، فنقول، في تفصيل المقام، انّ اجازة المالک الاصلي و هو زيد، امّا ان يتعدّد- بان يجيز مرّة بيع الدار بالفرس، واخرى بيع الفرس بالبقر- او يتحد. و في صورة التعدد: امّا يتقدم الاجازة الاولى على بيع بكر: فعلى القول بالكشف، يصحّ الجميع باجازته الثانية. اذ بيع بكر، ح، وقع على مال زيد، و صار باجازته الثانية مال خالد. و وقع بيع خالد من وليد في ماله. و على القول بالنقل، وقع بيع بكر الفرس بالبقر ايضاً في مال زيد، و اجازه باجازته الثانية. فصار البقر ماله حين الاجازة، والفرس مال خالد، ح، فيجيئ في بيع خالد من وليد بالدارهم، الاوجه الثلاثة، لانه يدخل تحت مسئلة «من باع مال الغير فضولاً اواشترى مالاً بثمن هو مال غيره

فضولاً ثمّ [ملک] تلک‌المبیع او الثمن».

و [امّا] ان یتاخر الاجازة الاولی من بیع بکر من خالد: فعلی القول بالکشف، یصح الجمیع باجازته الثانیة کما تقدم، و یظهر وجهه مما تقدم. و علی‌القول بالنقل یصیرالفرس مال زید بعد بیع بکر. فیجیئ- فی‌انتقال البقر الیه باجازة بیع بکر من خالد- و جهان. الصحة بالاجازة. و البطلان نظراً الی عدم‌اشتراط وجودالمالک المجیز، حین‌العقد. و انئ اشتراطه و هو منفرد بالفرض. فان بکراً باع‌الفرس حین لم یکن ماله. ولا مال زید، فاذا اجاززید بیع داره بالفرس بعد بیع بکر، فالحین صار صاحب‌الفرس. و ح، فان قلنا بالبطلان، فیبطل بیع خالد من ولید بطریق اولی.

و ان قلنا بالصحة مع اجازته ثانیاً، فیجیئ الوجوه الثلاثة، فی بیع خالد من ولید. فانه من فروع «من باع مال‌الغیر اواشتری فضولاً ثم ملک‌المبیع اوالثمن».

و ان اتحد الاجازة بان یجیز زید بیع بکر الفرس من خالد بالبقر- و اکتفینا بالدلالة التبعیة علی اجازة بیع‌الدار بالفرس- فهو مثل مالو تعددالاجازة، مع تقدم اجازة بیع‌الدار بالفرس. فان المدلول التبعی هنا متقدم بالطبع.

و ممّا ذکرنا من‌التفصیل، ظهر انه لایتم اطلاق الشهید(ره) تبعاً لفخر المحققین، حیث قال «ولو ترتبت العقود علی‌العین والثمن فللمالک اجازة ماشاء. و مهما [اجاز] عقداً علی‌المبیع، صحّ، و مابعده خاصة. و فی‌الثمن ینعکس». حیث اهملا بیان حال ما بعدالمجاز فی مسئلة التعاقب علی‌الثمن. ولم یذکرا الفرق بین‌القولین بالکشف والنقل. ولعلّ بنائهما علی‌القول بالکشف. و لکنه خلاف مختار فخرالمحققین.

و کذلک یظهر منها عدم صحةالاجازة فی‌مابعدالمجاز، فی‌سلسلة التعاقب علی‌الثمن. و لم یذکرا توقفه علی‌الاجازة، وکذلک لم یتعرضا للفرق بین‌القسمین، فی‌هذه‌السلسلة.

و قدنبه علی ذلک‌المحقق‌الثانی والشهیدالثانی.

المقام‌الخامس: قد ظهر ممّا ذکرنا، حکم‌الاجازة للفضولی. و امّا لو لم یجز: فله ان یرجع الی‌المشتری، و ینتزع منه‌العین، و نمائه‌المتصل والمنفصل، و عوض منافعه‌المستوفاة

وغيرالمستوفاة، وقيمة الهالك من ذلك، ان كان قيمياً. ومثله، ان كان مثلياً، او قيمة المثل، اذا اعوز المثل، والحق بقيمة العين الهالك (اذا كانت قيمية) قيمة ما نقص من العين عنده، فيرد العين مع قيمة نقصها.

وربما خص الحكم بالمشترى. مع ان القاعدة تقتضى رجوع المالك بالعين فى يد اى شخص كان. ولعله ناظر الى كون الكلام فى الفضولى المصطلح. وهو الذى لا يصدر منه الاّ الصّيغة للمالك متوقفاً للاجازة من دون تسليم او تصرف لم يكن باذن المالك. فبناءً على انّ اجراء الصّيغة فضولاً لا يسمّى تصرفاً وليس بحرام، فيختص الرجوع بالمشترى المتصرف فيه، وليس على الفضولى شيئ.

واما لوكان الفضولى غاصباً فى اول الامر. (او سلّمه العين بعد اجراء الصّيغة فيكون غاصباً) فيجوز الرجّوع اليه. وكيف كان فلا خلاف فى جواز الرجوع الى [البايع الفضولى] اذا سلّم[1] العين. سواء كانت باقية او تالفة. عالماً بكون العين مال الغير، او جاهلاً. مدعياً للاذن عن المالك فى صورة العلم، او غيره.

واما جواز الرجوع الى المشترى المتصرف فى جميع ماذكر، فلااشكال فيه. بلاخلاف. ويدل عليه عموم قوله «على اليد ما اخذت» وخصوص الاخبار. فاذا كانت العين باقية فيرجع فيها، ونمائها، ومنافعها، وقيمة التالف منها.

انما الكلام فى رجوع المشترى الى البايع: فنقول: ان كان المشترى جاهلاً بانّه مال الغير، او عالماً **ولكن** البايع كان مدعياً للاذن عن المالك. فقالوا: ان للمشترى الرجوع الى البايع بالثّمن، وبما اغترم من قيمة العين التالفة- وان زاد عمّا دفعه الى البايع- ومن كل ما اغترم ولم يحصل له فى مقابله نفع، حتى بنقص[2] القيمة الحاصل من الهزال، وقيمة الولد الذى حصل من الامة المشتراة (فانّه حرّ يجب على والده فكاكه باعطاء قيمته الى المالك) لكونه غارماً له. وعن جماعة من الاصحاب، دعوى الاجماع. كالعلامة فى **المختلف** وفخرالمحققين فى **شرح الارشاد** ويظهر نسبته الى الاصحاب من

١: وفى النسخة: فى جواز الرّجوع الى المشترى اذا تسلّم العين.

٢: وفى النسخة: ينقص.

غيرهما. ولكن العلامة ادعاه في صورة الجهل.

ويدل على بعض ماذكر، الاخبار. مثل ماروا الشيخ في **الموثق**، عن جميل بن درّاج عن الصادق(ع)، «الرجل يشترى الجارية من السّوق فيولدها، ثم يَجيئ مستحق الجارية.؟. قال: ياخذ الجارية المستحق. ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد. ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد، التي اخذت منه[1]».

وفي **القوي**، عن زرارة «قال: قلت لابي عبدالله-ع-: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين، فخرج بها الى ارضه، فولدت منه اولاداً، ثمّ اتاها من يزعم انها له، واقام على ذلك البينة (-م.) فقال: يقبض ولده ويدفع اليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها»[2]. الى غير ذلك من الاخبار.

و امّا ما اغترمه في عوض المنافع المستوفاة (مثل اللّبن و سكنى الدار): ففيه قولان: احدهما الرجوع- كما هو الظاهر من الاكثر- لانه غرّه بتسليطه عليه مجاناً. ولعله لوكان عالماً بانه مال الغير ويلزمه العوض، لم يتصرّف فيه. كما لوقدم اليه طعام الغير واكله. او غصب طعاماً فاطعمه المالك. ويويّده **موثقة** جميل ايضاً. ان لم يجعل الولد من المنافع لانه حرّ لايملك.

ووجه القول الاخر: الاصل. وانه غرم في مقابله نفع. فلا عوض له ولا يرجع به الى احد. وان المباشر اولى بالضّمان لووقع التلف في يده. وفيه: منع كلية الكبرى. وانّ المباشر اضعف بالغرور من السّبب. والاصل يخرج عنه ماذكرنا. والاحوط ترك الرّجوع. وان كان القول الاول اظهر. سيّما اذا اخذ المالك في العوض مايزيد على قيمة الملك [زيادة] يمكن الانتفاء [بها] مثل المبيع. كما لوكان المبيع نقرة جلابة[3] واخذ المالك منه عشرة دنانير في قيمتها وقيمة منافعها، ويمكن الآن ان يشترى بها نقرتين جلابيتين، او

١و٢: التهذيب: ج٢ ص ١٤٠ و١٤١- الوسايل: ج ١٤ ص ٥٩٢، ابواب نكاح العبيد..، باب ٨٨ ح ٥و٤. وفيه «ثم انّ اباها يزعم انها له» بدل «ثم اتاها من يزعم انهاله».

٣: الجلاب والجلابه: معرّب «گلاب» و«گلابه». والظاهر انّ «النقرة» هي ظرف الجلاب. سميت بها لانها من الظروف المنقورة فيها النقوش.

نحو ذلک بما يستلزم ذلک الضرر.

واما اذاكان المشترى عالماً بانه مال الغير: فقال فى **المختلف**: قال علمائنا لم يكن للمشترى الرجوع على الغاصب البايع. لانه عالم بالغصب فيكون دافعاً للمال بغير عوض. واطلقوا القول فى ذلک. والوجه عندى التفصيل. وهو ان الثمن ان كان موجوداً قائماً بعينه، كان للمشترى الرجوع به. وان كان تالفاً، فالحق ماقاله علمائنا.

وقال فى **التذكرة**: «ولوكان عالماً لم يرجع بما اغترم، ولا بالثمن، مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا. والاقوى انّ له الرجوع مع بقاء الثمن. لعدم الانتقال». وعن جماعة من الاصحاب نسبة عدم جواز الرجوع الى الاصحاب على الاطلاق من دون التفصيل. واختار جماعة منهم التفصيل الذى اختاره العلاّمة، منهم الشهيدان والمحقق الثانى. وقال الشهيد الثانى «ان العلاّمة ادعى الاجماع فى التذكرة على عدم الرجوع مع التلف». ولعلّه مبنى على انه فهم من نسبته الى علمائنا الاجماع مع اختياره التفصيل، انّ ذلک فى صورة التلف. فنسب دعوى الاجماع عليه فى صورة التلف.

وكيف كان، فالاظهر الرجوع، مع بقاء العين. وعدمه، مع التلف. امّا الاول: فلانّ المفروض بطلان البيع لعدم اجازة المالک. والاصل عدم الانتقال. واستصحاب الملكية. وقولهم عليه السلام «الناس مسلطون على اموالهم»، ولانه دفعه اليه عوض شيئٌ لا يسلّم له مجاناً، والمفروض عدم ناقل شرعى اخر يوجب الاباحة [او] اللزوم.

ونظر الجماعة فى عدم الرّجوع بما اغترم للمالک، الى استقرار الضّمان عليه. لانّ التلف وقع فى يده فهو غاصب محض. وامّا فى الثمن الذى اداه الى البايع، فلتسليطه ايّاه على ماله، مع انه مايأخذه منه لا يصير عوضاً له. فهو تسليط مجاناً. فهو بمنزلة الاباحة وقد اتلفه. ولعل نظرهم فى الاطلاق فى صورة بقاء الثمن. الى انه من باب الاعراض عن ماله. فيكون موجباً لزوال الملک. وكون الاعراض موجباً لزوال الملک وان كان لا يخلو من قوّة- نظراً الى **صحيحة** عبد الله بن‌سنان، فى حكاية الابل الكال فى الصحراء[1]

١: الوسائل: ج١٧ ص ٣٦٤، ابواب اللقطة، باب ١٣ح ٢.

وغيرها من الاخبار. والتّنبيهات التّي اشرنا اليها فى محلّه[1] - ولكن كونه منه محل نظر حتّى ان يكون منظوره الاعراض ان اخذه منه مالكه.

نعم، قد يمكن فى مثل مالواشتريه بطعام من الغاصب الجائع المضطر الذى يعلم انه يا كله فوراً، او يفارقه مفارقاً لا يرجى لقائه، مع انّ غاية الامر، عدم جواز الرّجوع الى البايع. وامّا حلّية اكله للبايع، فمحل اشكال. كما سنشير اليه من عدم المنافاة بين الحرمة وعدم جواز الرّجوع.

وكيف كان، فالا ظهر جواز الرجوع مع البقاء. لماذكرنا، ولعدم ثبوت الاعراض. بل وقد يستشكل فى صورة التلف ايضاً، لولم يكن اجماعاً. لانّ اكل ذلك الثمن مع العلم بانه يعطيه بازاء المغصوب، حرام. واكل مال للغير. كالرشوة وعوض الخمر. بل وقد يستشكل فى كونه اجماعياً. مع انّ المحقق ذهب فى بعض تحقيقاته الى الرّجوع مع التلف. كما نقل عنه ونسب فى الشرايع قول المشهور الى «قيل» فقال «وقيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» واطلق.

وقال فى اللّمعة «ويرجع المشترى على البايع بالثمن ان كان باقياً. عالماً كان او جاهلاً. وان تلف قيل لا رجوع به مع العلم. وهو بعيد مع توقع الاجازة». وقوّى الرجّوع به فى **الروضة** ايضاً، معلّلاً بما سيجيئ من انه يتجّه مطلقا. وبانّ تصرف البايع محرّم، واكل مال بالباطل، فيكون مضموناً عليه. وامّا مع بقاء العين، فالامر اوضح. لانّ مع فرض تسليم الاباحة ايضاً، لم يثبت موجب للملك. وقال «فيكون القول بجواز الرّجوع مطلقاً قوّياً، وان كان نادراً.

ان لم يثبت الاجماع على خلافه، والواقع خلافه. فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقاً.»

اقول: ماذكره فى اللّمعة من قوله «مع توقع اجازة المالك» فلم يتجّه مطلقا ولم يعرض عنه. بل اباحه لتوقع ان يجيز المالك [او] يرجع الى البايع بالثمن. وهذا مبنّى على

١: راجع المسئلة الخامس والسّبعين من هذا المجلد.

انّ اجازة البيع، اجازة لقبض الثمن اذا كان عيناً. كما هو مختاره، او مطلقاً كماهو مختار الشيخ وقد مرّ الكلام فيه. نعم يمكن ان يكون المراد توقع الاجازة فى قبض الثمن ايضاً، فيتم الكلام مطلقاً.

وفى المسالك: بعد نقل ماذهب اليه المحقق (معللاً بتحريم تصرف البايع فيه، حيث انه اكل مال بالباطل، فيكون مضموناً عليه) قال: ولوادعى العلامة فى التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف ، لكان فى غاية القوّة. وحيث لااجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعيّناً. فان قيل: كيف يجامع تحريم التصرف للبايع فى الثمن وعدم رجوع المشترى به فى حال. فانه ح غاصب، آكل للمال بالباطل. فاللازم امّا جواز تصرفه، او جواز الرّجوع، مطلقاً. قلنا: هذا الالزام فى محلّه. ومن ثمّ قلنا ان القول بالرجوع مطلقا متّجه. لكن لمّا اجمعوا على عدمه مع التلف، كان هو الحجّه. وح، نقول ان تحقق الاجماع، فالامر واضح. والاّ فمن الجايز، ان يكون عدم جواز رجوع المشترى العالم، عقوبة له. حيث دفع ماله معاوضاً به على محرّم. وعلى هذا يكون البايع مخاطباً بردّه، او ردّ عوضه مع التلف. فان بذله، اخذه المشترى. وان امتنع فيه، بقى للمشترى فى ذمّه. وان لم يجز له مطالبته. نظير مالوحلف المنكر على عدم استحقاق المال فى ذمته. فانه لايجوز، ح، للمدعى مطالبته ولا مقاصته. وان كان الحق مستقراً فى ذمّة المنكر فى نفس الامر. وذلك لايمنع من تكليفه برده. وعقوبته عليه لولم يرده».

اقول: وهذا يصلح نكتة وسرا للاجماع. لأنه ليس دليلا مستقلا، والاظهر فى الاستدلال بعد الاجماع، منع ثبوت الدليل على جواز الرجوع فى صورة التلف، والاصل عدمه. وقواعد الاتلاف ليس فيها مايقتضى الضمان فى مانحن فيه بعد التلف. وان حرمة تصرف البايع لاينافى عدم جواز رجوع المشترى. وقوله تعالى «ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» لاتدل على الضمان. اذ ظاهره حرمة الاكل من جهة بطلان المعاملة. لا من جهة انه مال الغير. فلا تدل على انه من اقسام الغصب حتى يعقب الضمان.

وماذكرناه يحتاج الى تأمل ولطف قريحة، حتى يظهر لك انه يمكن أن يكون أكل المال بالباطل ولا يكون ضمان. وكذلك قوله (ع) «على اليد ماأخذت حتى تؤدى» فأنها لاتدل

على اداء العين. ولادليل هنا على وجوب العوض. غاية مايمكن أن يوجه من جانب المعترض، ان المشترى اذن فى التصرف بشرط عدم تحقق اخذ العوض منه فى آن من الاوان. وقد انتفى الشرط فينتفى المشروط. وقد يقال: ان هذا الشرط لم يظهر من المشترى. بل ظهر منه مجرد كونه ثمنا للمبيع، بأن يكون ماله فى ازائه، مع انه لا يصير ماله ابدا وباق فى ملك صاحبه. مع انه ظهر منه الاذن جزما فى التصرف، من غير تعليق على ماذكر. ويشكل فى صورة تحقق ذلك القصد فى نفس الامر، ودعويه ذلك. الا ان يقال لا يلتفت الى دعويه. وفيه اشكال.

هذا، ولكن قد يفترق بين التصرف والتلف فى يد البايع. وانه لا ضمان جزما فى الصورة الثانية. اذ المشترى سلمه برضاء نفسه، والغاصب لم يتصر ف فيه، فيكون مثل الامانة كالمقبوض بالبيع الفاسد عند بعضهم. وربما حمل دعوى الاجماع على مثل هذه الصورة. وهو مشكل.

ثم قال فى **المسالك** فى اجزاء الكلام: ولافرق فى هذا الحكم بين كون البايع غاصبا صرفا مع علم المشترى به، او فضوليا ولم يجز المالك، كما هو مقتضى الفرض. انتهى. **وتلخيص المقام:** انه لااشكال فى حرمة تصرف المشترى وضمانه، مع العلم، ولا فى حرمة تصرف البايع وضمانه. ولافى ضمان المشترى مع الجهل. انما الكلام فى مقامين:

الاول: فى حرمة تصرف البايع فى الثمن وضمانه له: ويظهر من الاصحاب اختلاف فيه. فيظهر من بعضهم. الحرمة مع عدم الضمان وعدم وجوب الرد مطلقا، كما ظهر من **المسالك**. كما نقل عن المحقق، ومنهم من فصل فى الضمان ووجوب الرد، بين صور [تى] البقاء والتلف، فقال بوجوبه فى الاول دون الثانى. وهو مختار العلامة وجماعة من المتأخرين.

ويظهر من بعضهم الضمان وجواز رجوع المشترى فى صورة التلف ايضا، توقع الاجازة. كما يظهر من **اللمعة**. ويلزمه عدم جواز الرجوع مع عدم التوقع. وكلام المفصلين غير مصرح بحكم جواز التصرف وعدمه. والاقوى فى الضمان ووجوب الرد هو قول العلامة ومن تبعه.

واما جواز التصرف وعدمه: فما يظهر مما حكى عن المحقق الثانى، حيث قال (فى مقام تصحيح عقد الغاصب بالاجازة): ان الاصح عدم الفرق بين علمه بالغصب وعدمه. لان المعتمد

ان للمشترى استعادة الثمن مع بقاء عينه. لعدم خروجه عن ملكه الى الغاصب. لعدم المقتضى. وتجويز تصرفه عند الاصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا. بمقتضى عقد البيع. اذ لو وقع التصريح بمثل ذلك فى عوض العقد الفضولى لمن اوقعه فضولا، لم يكن قادحا فى ثبوت الاجازة للمالك. انتهى.

و[ملخص] كلامه: انهم يقولون بالجواز. [و] توجيهه ان فساد عقد الغاصب بالنسبة الى المشترى بدون اجازة المالك وحرمته، لا يستلزم حرمة تصرف البايع فى الثمن. بسبب تسليطه عليه (فى حال ايقاع البيع الفاسد) لا بشرط. فلاينافى حرمة بيع البايع وتسليمه المبيع وحرمة تصرف المشترى فيه، جواز تصرف البايع فى الثمن. بسبب الرضاء المستفاد من المشترى لا بشرط. كما ذهب اليه العلامة فى **النهاية** عن جواز التصرف فى المعاطاة مع قوله بكونه بيعا فاسدا. نعم، اذا ظهر للمشترى انه لا يبيحه الا مع توقع الاجازة، وبشرط ان لا يؤخذ منه المبيع. فهو لا ترفع الضمان. وجواز التصرف مراعى بحصول ذلك. فهو ايضا لا ينافى جواز التصرف بالفعل. غاية الامر طريان حرمة التصرف بعد ظهور ذلك، مع بقاء العين ح.

المقام الثانى: جواز اجراء الصيغة: والظاهر انه ليس بمحرم. لانه ليس بتصرف. الا ان يكون مستلزما لتصرف المشترى وقلنا بكون مستلزم المحرم حراما. وهو ممنوع. وهذا فى ما قصد به الفضولى.

واما الغاصب الصرف: فيمكن ان يقال ايضا، ان حرمة الصيغة - من حيث انه صيغة- غير معلوم. بل المحرم انما هو التسليم. الا على القول بكون مستلزم الحرام حراما. هذا كله، كلام فى الرجوع الى المشترى، ورجوع المشترى الى البايع.

واما لو رجع المالك الى البايع الغاصب واخذ [الثمن] منه، فان كان المشترى عالما بالحال، رجع البايع عليه بالعين ان كانت باقية، او بعوضها ان كانت تالفة، وبمنافعها التي استوفى منها. لاستقرار الضمان عليه. لكون التلف فى يده. فكان العوض الذى اغترم البايع للمالك، نقل به العين المضمونة الى نفسه، وصار قائم مقام المالك. ولما كان التلف فى يد المشترى، رجع البايع عليه. فان المشترى بسبب علمه كان غاصبا محضا، وغصب المال من

البايع.

واما الثمن الذى اخذه البايع عنه: فقد تقدم حكمه من ان المشهور عدم الرجوع مطلقا. والاقوى التفصيل بالباقى والتالف. نعم، لو استوفى البايع منها منفعة قبل البيع، او مضى زمان يمكن الاستيفاء منها، او وصل اليها نقص يترتب عليه ضمان فهو على البايع. ولا يرجع على المشترى، لا فى اول الامر ولا بعد الاخذ من البايع.

ولو كان المشترى جاهلا بالحال، كان الغاصب فيما يترتب على يده. فيرجع البايع ايضا على المشترى فى ما اغترم. وهل يرجع عليه بالزيادة عن الثمن، ان اخذ المالك عنه؟. ففيه وجهان. بل قولان. اظهرهما عدم الرجوع. لان المشترى كان مغرورا، وترجع الزيادة على البايع انما نشأ من فعله، وهو الغصب، وليس غرامته على غيره. كما ان فى الصورة السابقة التى كان يرجع المالك على المشترى الجاهل، اذا غرم فى عوض العين ازيد من الثمن، فى رجوعه على البايع بالزيادة قولان. والاظهر هنا الرجوع لما غره البايع فاوقعه فى هذا النقصان.

بقى الكلام فى الغرامة ومقدار القيمة وزمان اعتبارها: فنقول: ان كان التالف مثليا، فظاهر فتاويهم، تعينه عليه. بمعنى انه لا يجوز للغاصب التخلف عنه ان اراده المالك. وللمالك مطالبةالقيمة لو لم يردها الغاصب. وان اعوز المثل فقيمته يوم الدفع- على اشهر الاقوال واظهرها- لانه بسبب الاعواز لا يبرء ذمته عنه. فهو فى ذمته حين الدفع. فيدفع قيمته.

وقيل: يعتبر قيمته يوم الاعواز. لانه وقت العدول الى القيمة. وهو ضعيف. لان العدول انما يتحقق، لو طلبه ح.

قيل: باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين دفع العوض. وقيل عن حينه الى حين الاعواز.[وقيل من حين الاعواز] الى حين الدفع. والكل ضعيف.

وان كان قيميا: ففيه اقوال. اقويها اعتبار يوم التلف. وهو مختار **الدروس** ونسبه الى الاكثر. كما ان المحقق نسب اعتبار يوم الغصب الى الاكثر. وذهب جماعة الى اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف. وعن المحقق فى احد قوليه، الى حين الرد.

لنا: انه مكلف برد العين مادام باقيا. ولا ينتقل الى القيمة الا مع تعذره، وهو يوم التلف،

فيستصحب الى زمان الرد.

واستدل على القول الثانى، بان اول وقت دخول [مال] الغير فى ضمان الغاصب [هو حين الغصب] . والضمان انما[1] هو بقيمتها. فيضمن بها حالة ابتدائه. وفيه: منع تعلق الضمان بالقيمة فى اول الامر. بل انما هو اذا تلفت. وقد يستدل عليه **بصحيحة** ابى ولاد، فى حكاية البغل وفى جملتها ان اباولاد بعد تعيين كرى البغل وضمانه، خالف صحابه وجاوز الحد. وسئل الصادق «ع» عن حكمه. فقال (ع) انه ضامن للكرى. فقال ابو ولاد: فقلت: ارايت لو عطب البغل او انفق، اليس كان يلزمنى؟. قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل كسر، او دبر، او عقر.؟ فقال: عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم ترده عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فتلزمک، فان رد اليمين عليک فحلفت على القيمة لزمک ذلک. او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا او كذا، فيلزمک[2] الحديث.

واستشكل فيه بان ذلک انما يتم ان كاد المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة. واما اذا جعلنا الظرف لغوا متعلقا بقوله «يلزمک» المستفاد من قوله «نعم»، يعنى ان اللزوم فى يوم المخالفة. فح، فرد القيمة غير معين، يرجع فيه الى مقتضى الدليل. وان لم نقل بكون الثانى اظهر فلانسلم الظهور فى مطلب المستدل. مع منافاته لقوله -ع- «يوم ترده عليه» بعد ذلک.

بل اقول : يمكن دعوى ظهور الحديث فى ما اخترنا، فان سؤال الراوى عن‌الضمان بسبب التلف. لا بسبب المخالفة. فمطابقة الجواب للسؤال

۱: لاقائل به بلفظ «انما» بل قالوا بانه اول وقت حدوث‌الضمان. اى مطلق الضمان. و مرادهم ان‌الضمان حقيقة واحدة حدثت حين‌الغصب و استقرت فى ذمة الغاصب حين‌الغصب. من دون تقييده بالعين او القيمة. بل قال فى‌الروضة «نقل المحقق فى‌الشرايع عن‌الاكثر، ان‌المعتبر القيمة يوم الغصب. بناء على انه اول وقت ضمان‌العين» فمراهم ان القيمة بدل عن‌العين و ماحدث فى‌اصل الضمان حادث، ولافى وقتها. و عبارة‌المصنف (ره) هنا تشبه عبارة‌النجفى (ره) فى‌الجواهر، بل هى عينها. و لعله اخذها من‌المصنف لتاخره منه، اوكلاهما من ثالث. وعلى‌اى حال، التعبير بلفظ «والضمان انما هو بقيمته» تفسير لقول الغير بمالا يرضى.

۲: الوسائل: ج ۱۷ ص ۳۱۳، ابواب الغصب، الباب ۷ ح ۱.

يقتضى ان يكون المراد «نعم يلزمک يوم خالفته هذا الحكم» يعنى يصير حكمک فى هذا اليوم لزوم قيمة البغل ان هلک.[و] المتبادر منه- بعد معلوميته انه ليس المراد قيمته ميتا- هو اقرب زمان حيوته الى الموت. وهو قبيل التلف. وهذا معنى قيمته يوم التلف.

واما تنكير «البغل»: فلعله للاشارة الى انه بفرض الميت حيا. والا فلاريب انه لا يكفى قيمة اى بغل يكون. فيكون ارادة ماذكرنا اوضح. وهذا ايضا يؤيد كون الظرف لغوا متعلقا بـ «يلزمک». والا فلايناسب التنكير. اذ البغل يوم المخالفة حى بالفرض والاستصحاب. فالاولى تعريفه. والظاهر ان المراد من قوله-ع- «حين اكترى» حين الصحة. والا فلم يقل احد بمضمونه. وذلک للمسامحة من جهة ان الغالب عدم تفاوت القيمة فى هذه المدة القليلة، مع التاييد بالاستصحاب. واختفاء البغل عن مالکه فى ايام الغصب، فيصعب معرفة القيمة ح.

فان قلت: كيف يجتمع ماذكرت مع قوله -ع- «يوم ترده عليه[1]» . فانه يقتضى ان يكون تعلق الضمان المعلق بالتلف، او بحصول العيب، يوم المخالفة: فان جعلت الظرف مستقرا بين متعلقات القيمة فهو ينافى مختارک. فينا فى الاسلوب السابق. مع انه لم يقل به احد على الاطلاق. فلايلايم احد الاقوال. وان جعلته لغوا متعلقا بقوله «عليک» فهذا ايضا لا يتم. اذ الضمان المعلق انما يثبت لمجرد المخالفة. والضمان المحقق يثبت بمجرد حصول العيب[2] كما [هو] معنى ذلک. وكيف يلايم ماذكرت.

قلت: هنا معنى ثالث. وهو ان المراد بقوله -ع- «عليک يلزم رد الارش مع رد البغل» من باب الارشاد، والورود مورد الغالب. يعنى رد عليه الارش حين ترد البغل. لا انه يتعلق الضمان بالارش عليک حين رد البغل.

وتوضيحه: ان اباولاد سئل عنه «ع» حكم البغل حين المخالفة من حيث الاجرة. فقال -ع- يلزمه كراه. فقال ابو ولاد متعجبا عن ذلک حيث كان يعتقد ضمان قيمته ان تلف. و كان يعتقد انه ان بقى البغل وسلمه فهو لوجوب رد العين، اذا كانت سالمة.

١: وفى النسخة: يوم ترده بعد ذلک.

٢:وفى النسخة: العين.

والا فتجب عليه غرامة قيمته، واذا كان عليه غرامة القيمة بالتلف مكان البغل صار من ماله. لان هذا مقتضى رد القيمة كالبيع، فكيف يجب مع ذلك الكرى ايضا. وقال[1]: اليس كان يلزمنى الغرامة ان تلف (؟) فقال(ع): نعم يلزمك القيمة ان تلف ومع ذلك يجب عليك الكرى فى ايام المخالفة ايضا ولا يتداخل الكرى والقيمة. فالمراد انه بسبب المخالفة يلزمك القيمة مطلقا وان لم يتلف. واما الكرى، فيجب سواء تلف ام لا[2].

فبيان وقت القيمة مسكوت عنه، الا على الوجه الذى بيناه من ان المراد وجوب قيمة التالف الذى تعلق بك يوم المخالفة بشرط التلف. وقيمة التالف لما لم يكن له معنى حالكونه تالفا، فالمراد اقرب زمانه بالموت. وهو المراد بـ «يوم التلف» الذى اخترناه. فكان قوله -ع- «يوم خالفته» بمنزلة التعليل لوجوب القيمة ان تلف. يعنى ان هذا الحكم انما هو بسبب المخالفة، لان مجرد المخالفة سبب لتعلق القيمة به مطلقا وان لم يتلف.

ثم استشكل ابو ولاد فى حكم ما اصاب البغل نقص ولم يتلف. هل حكمه حكم التالف بالمرة من وجوب ردالقيمة وتملك البغل لنفسه. او له حكم آخر. فقال (ع) حكمه لزوم الارش مع البغل المعيوب، لا قيمة تمامه. فان البغل لم يخرج عن ملكيته. فقال (ع) عليك تفاوت القيمة مع رد البغل المعيوب. فمعنى قوله (ع): يوم ترده عليه: « **ادالارش** حين ترد البغل. لان الارش يتعلق وجوبه بك يوم رد البغل». ولا «ان مايجب عليك هو الارش الثابت عند الرد لا عند حصول النقص». فحكمه ايضا [حكم] يوم المخالفة. فاما رده مع الكرى، ان كان سالما. او رد قيمته [و] كراه ان تلف. او رد نفسه وكراه وارشه يوم حصول النقص، ان حصل النقص.

وعلى الوجه الذى بيناه، يلزم اعتبار الارش يوم حصول النقص، كاعتبار القيمة يوم التلف.

ومعنى تتمة الحديث واضح مما ذكرنا.

وكيف كان، فلا يتم الاستدلال بهذا الحديث على هذا القول. ولذلك لم يستدل

١: قد كرر المصنف(ره) لفظ «قال» قبل الجملات المعترضات وبعدها. ولا «مقول» للاول منهما.

٢: اى يلزم القيمة سواء تلف ام لا ولكن وجوب القيمة معلق على التلف. واما الكرى فوجوبها فعلى، سواء تلف ام لا.

المتقدمون به واكتفوا بالوجه الضعيف الذى ذكرناه.[1]

دليل القول الثالث:[2] انه مضمون فى جميع حالاته التى من جملتها حالة اعلى القيم. ولو تلف فيها لزم ضمانه- وكذا بعده-. ويظهر ضعفه مما مر من [عدم] تعلق الضمان بالقيمة مادام العين باقية. مع ان مقتضى ذلك رد زيادة القيمة السوقية مضافا الى العين عند بقائها وتنزلها ونقصان قيمتها حين الرد عن بعض القيم السابقة. وهو خلاف المعهود منهم. بل يظهر من بعضهم عدم الخلاف بينهم فى عدمه. بل ادعى بعضهم الاجماع عليه.

واما التمسك بالاضرار: فهو ايضا لايتم سيما بملاحظة النظاير. واخذ الغاصب على اشق الاحوال، ايضا لايساعده دليل.

واما القول الرابع:[3] فلعل دليله الرجوع فى القيمى الى المثل ايضا، والانتقال الى القيمة عند تعذره. ولايخفى ضعفه.

هذا كله فى ماكان النقصان بسبب القيمة السوقية. فلو كان بسبب نقصان فى العين، كما [لو] حصل النقصان بسبب الهزال الحاصل عند الغاصب، او دبر، او عرج، او غير ذلك ثم تلف. فيضمن بلاخلاف ظاهر. بل ادعى الشهيد الثانى الاجماع. واما عدم استيفاء الزيادة السوقية مع بقاء العين وردها، فلااشكال فيه. كما مر. وعن **المختلف** وظاهر **التذكرة**، الاجماع عليه. وكذلك **المسالك**. وعن الشيخ، عدم الخلاف. وفى الكفاية، انه المعروف من الاصحاب.

بقى الكلام فى تحقيق معنى المثلى والقيمى ومأخذ الحكم فى الفرق بينهما:

والمشهور بين الاصحاب - كما فى المسالك- هو ان المثلى مايتساوى قيمة اجزائه. اى اجزاء النوع الواحد منه كالحبوب والادهان. فان المقدار من النوع الواحد منها يساوى مثله فى القيمة. ونصفه يساوى نصف قيمته، وهكذا..

اقول: ولعل مرادهم، اعتبار ان يكون تساوى قيمة الاجزاء ناشيا عن كونه مقتضى

١: وهو قيمة يوم الاعواز.

٢: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين الاعواز.

٣: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الاعواز الى حين الرد.

الذات والحقيقة. لا الامور الخارجية. والا فقد ينسج نساء مأة كرباس متساوية فى العرض والطول والغزل والقماش، بحيث لا يفرق فى المرغوبية والقيمة. وذلك لان ذلك ليس مقتضى حقيقة الثوب و ذاته. بل هو مقتضى تصنع النساج (بخلاف القطن والصوف) مع انه لا يتم فيه القيد الاخر، يعنى تساوى نصفه لنصف القيمة، و هكذا... اذ قد يكون الثوب له قيمة معينة و اذا نصف فلا يساوى نصفه بنصف القيمة و لا ربعه. بل قد يصير القطنة من الثوب مما لا قيمة له اصلا. بخلاف الحنطة والشعير و نحوهما. فان المن من الحنطة اذا ساوى درهما فنصف من منه يساوى نصف درهم. و هكذا... و بنائهم فى ذلك على المسامحة الغالبة فى العرف. كما فى حنطتين و شعيرين، مع تفاوتهما فى الجودة والردائة. فان الغالب عدم الاعتناء بذلك فى المثلى. فلا يلتفت الى النادر. كما انهم قد يفرقون بين حنطتين و لا يفرقون بين ثوبين.

و ايضا، الظاهر انهم يكلون الامر فى تعيين الانواع والاصناف الى العرف. و يعتبرون الاصناف ايضا ولا يكتفون بالحقيقة النوعيه، فانا نرى اهل العرف يفرقون بين التمر الزاهدى والخساوى. مع كون الحقيقة النوعية متحدة فيهما. و كذا بين حليب البقر والغنم. فيعتبر المثلية فى كل صنف. بخلاف افراد الزاهدى والخساوى، وكذا اللالبان. فانهم يسامحون فيها.

والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الاشخاص التى يصدق عليها النوع. لا ما هى مركبة منها مثل القشر والعجم والنوى فى الحبوب والثمار. فلا يرد ان قيمة العجم والنوى متفاوتة مع الالباب، فلا نقض بذلك. و كذا لا يرد النقض بالدرهم والدينار. فان عشرة من الدنانير اذا كانت يسوى ماة من الدراهم، فخمسة منها يسوى خمسين منها، ولا يلزم ان يسوى نصف دينار (اذا شق بنصفين) خمسة دراهم صحاحا.

ولا يرد ح، ان يكون الثوب مثليا. لما ذكرنا من اعتبار الحقيقة النوعية فى المماثلة لا الامور الخارجيه. و اما السكة على الذهب والفضة فهو لا ينافى اعتبار الذات والحقيقة. نعم، ان كان باختلاف السكك يختلف الصنف، فيعتبر الصنف الواحد فى المماثلة. كما فى التمر. و تحقق ذلك فى الثوب مشكل.

و بالجمله: لا يخل المقام بعد، من شوب الاشكال. و قد عرفوه بتعريفات اخر. اسلمها

-كما ذكره فى‌المسالک- ما نقله عن **الدروس** و تبعه فى **الروضة**، بانه المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات.

و لعل «المنفعة» فى كلامه معطوفة على «القيمة» المقدرة يعنى «متساوى الاجزاء فى القيمة والمنفعة». و يمكن ان يكون نظره فى زيادة المنفعة الى اخراج مثل الحنطة والحمص معا اذا تساويا فى‌القيمة. و قيل «النوع الواحد» فى تعريف المشهور، يكفى عن ذالک. و فى زيادة تقارب الصفات الى ملاحظة الاصناف. كما ذكرنا.

والحاصل: ان التعريفات -مع الاشكال فى تتميمها- ليس لها ماخذ واضح. اذ ليس فى‌الاخبار، ان المثلى حكمه كذا، والقيمى حكمه كذا، و لا ان المراد بهما ماذا؟. فتفريع الحكم انما يتم مع ورود اللفظ فى‌الدليل‌والرجوع فيه الى‌ما يبينه العرف واللغة. وهو مفقود.

وقديستدل فى‌المقام بقوله تعالى «فمن‌اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم» و «جزاء سيئة سيئة مثلها». و لا يخل من اشكال. لان‌المراد من‌الاية اما بيان التشبيه الخاص. يعنى لاتجاوزوا فى مقدار الاعتداء عما اعتديتم به. [و] ان‌يكون المراد المشابهة فى‌المقدار. فلايمكن التعميم، و لا يفيد تعيين المماثلة بمعنى المماثلة المصطلحة.

بل‌المراد التساوى فى مقدار الاعتداء من‌القتل والجرح و اخذالمال. فلاالتفات، فى‌الاية الى كون الاعتداء والمعتدى بعنوان‌المثل، اوالقيمة فيتخير بينهما. فيكون الامر للتخيير بين‌الاخذ والعفو، و بين‌الاخذ باى نحو كان. ففى‌الاية حكم واحد و هو الرخصة فى‌الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدى، و ان لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار هو المنزلة والمقبولية. بمعنى ان‌يحكم اهل‌العرف بانهما سيان فى‌المنفعة والفائدة و يرضى‌العقلاء بتملک كل منهما مقام‌الاخر. لاالمساوات فى‌الكم والكيف والوزن والكيل.

و،ح، فالحكم بكونه مثلا مصطلحا او قيمة، مسكوت‌عنه. سواء كان المعتدى به، مثليا او قيميا.

وان كان‌المراد التشبيه المطلق. يعنى يجوز لكم‌الاعتداء على نحو يماثل لاعتداء‌المعتدى فى‌الاعتداء والمعتدى به. فهذاالاطلاق ينصرف الى‌العموم فى‌كلام الحكيم. وح،فهو يشتمل حكمين: الاول: الرخصة فى‌الاعتداء. والثانى: ان ذالک يكون على سبيل‌المثلية فى كل

شيئ. و هذا ايضا يشمل المثلى والقيمى. ففى كل منهما يجب اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به، فى كل شيئ الا مع الثعذر. و هو يناسب مذهب ابن جنيد بلزوم المثل فى القيمى ايضا الا مع التعذر.

فلاتدل الاية على التفصيل المشهور. فالمناص بان يبنى تفسير الاية على الوجه الثانى، و يخصص عمومه بدليل خارجى مثل **صحيحة** ابى ولاد[1] و يقال ان حكم القيمى ليس داخلا فى الاية. او يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسئلة الرجوع الى المثل فى المثلى تحت عموم الاية- لا لان لفظ المثل فيها[2] بمعنى المثلى المصطلح. بل لان المماثل المصطلح من الافراد المماثلة المعتبرة فى الاية بالمعنى الاعم- و يخرج القيمى بالصحيحة المذكورة.

وبالجملة: الظاهر عدم الخلاف فى الرجوع الى المثل فى المثلى. كما لا خلاف فى الرجوع الى القيمة فى القيمى، الا عن ابن الجنيد والمحقق فى بعض اقواله ظاهرا. فالدليل فى المثلى هو عموم الاية على التفسير الثانى، و عدم ظهور الخلاف. و فى القيمى، على المشهور هو الصحيحة مويدا بندرة المماثلة العامة فى القيميات، المخالفة للاطراد المطلق فى الاحكام الشرعية المربوطة بالقواعد الكلية.

نعم، لما كان فى تحقق المثلى والقيمى خفاء و لا يظهر تفسيرها من الايات والاخبار، و قد وقع الاختلاف فى تفسيرها، فماوقع الاتفاق على كونه مثليا كالحبوب والادهان، يثبت حكمه بلااشكال. وما اختلف فيه، فيرجع فى حكمه الى عموم الاية. والمتفق عليه من القيمى مثل الدار والبستان. واما مثل الثوب ونحوه، فان رجحنا احد الاقوال فى المثلى فيبنى عليه. والا فيرجع الى التخيير والبناء على احد الاقوال. وقد عرفت ترجيح المشهور. ولكن على وجه حققناه اذا المصالحة بما يرضى الطرفان[3].

ثم: انّ الظاهر من الاية [فى] رخصة المالك باخذ المثل بالمماثلة التامّة ارفاق بالمالك. فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاصّه ذلك. الا انه لا يجوز للمالك مطالبة

١: مر متن الحديث فى هذا المبحث و هو فى الوسائل: ج ١٧ ص ٢١٣، ابواب الغصب، ب ٧ ح ١.

٢: وفى النسخة: «فيهما» بدل «فيها».

٣: كذا.

الغاصب بالقيمة. فانّ الظاهر انّ التآلف فى حكم المثمن والعوض فى حكم الثمن، والخيرة بيد البايع فى تعيين الثمن. فيجوز للمالک مطالبة القيمة ايضاً، اذا كان لا يرضى الا بذلک فى عوض ماله.

ولا يمكن التمسّک باصالة برائة الغاصب عن لزوم القيمة لاستصحاب شغل الذمّة الموقوف. برائتها باداء حق المالک وارضائه. لكونه مظلوماً.

ولكن ظاهر فتاويهم تعيين المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى . بمعنى عدم جواز مطالبة المالک قيمة المثلى بدون رضاء الغاصب. ولا مطالبة المثل فى القيمى، ان لم يرضى الغاصب بالمثل.

وعدم منع الغاصب المالک عن المثل، الاّ برضاه. ولا امتناع المالک عن القيمة لو بذلها الغاصب فى القيمى الاّ برضاه. فلعل دليلهم انّما هو عدم الخلاف فى المثلى وصحيحة ابى ولاّد فى القيمى.

ثم: ان ههنا احتمالاً آخر فى تفسير الاية، وهو ان يكون وجه الشّبه نفس الاعتداء وايجاد ماهيته. من دون التفات الى المقدار او المماثلة. نظير الصلوة فى قولنا «اللّهم صل على محمد وآل محمد كما صلّيت على ابراهيم وآل ابراهيم» على احد الوجوه فيه. وهو بعيد. سيّما بملاحظة الحكمة وظهور كلمة «ما» فى الموصوليّة لا المصدريّة. ومن جميع ماذكرنا يظهر الكلام فى قوله تعالى «جزاء سيئة سيئة مثلها» ولعلّه اظهر فى ارادة العموم.

المقام السادس: الكلام فى شراء الفضولى: [فهو] مثل البيع. على ماصرّح به جماعة، منهم العلاّمة فى **التذكرة**، قال: لو اشترى فضولياً، **فان كان** بعين مال الغير، فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازه. الاّ انّ اباحنيفة قال يقع للمشترى بكل حال. **وان كان** فى الذمّة لغيره و اطلق اللّفظ، قال علما ئنا يقف على الاجازة، فان اجازه صحّ ولزمه اداء الثمن. وان ردّ نفذ عن المباشر. وبه قال الشافعى فى القديم. وأجد انّما يصح الشّراء. لانه تصرّف فى ذمّته لا فى مال غيره. وانّما وقف على الاجازة، لانه عقد الشراء له، فان اجازه لزمه وان ردّه لزم من اشتراه.

اقول: قوله «فالخلاف فی البطلان والوقف علی الاجازه» خبره محذوف، یعنی الخلاف المعهود فی البیع موجود فیه. وقوله «الاّ انّ ابا حنیفة....» [یعنی انه] یقول بصحة البیع ولزومه للمشتری سواء قلنا ببطلان العقد لمالک الثمن وعدم الانتقال الیه راساً. او قلنا بوقوفه علی الاجازه. فیکون مذهبه انّ المبیع ینتقل الی المشتری الفضولی بمجرد البیع. فان اجاز مالک الثمن فینتقل المبیع الیه ویستقّر الثمن فی ملک مالک المبیع. والاّ فهو لازم للمشتری. وعلیه غرامة الثمن لمالکه. کما انّ مذهبه فی الوکالة ایضاً ان الوکیل اذا اشتری فینتقل الیه اولاً ثم منه الی الموکل ثانیاً.

وظاهر الاصحاب الاتفاق علی خلافه. والزموه بانه یلزم انعتاق اب الوکیل ومثله من ینعتق علی ملک احد بمجرد شراء الوکیل. وهولا یقول به. وعارضوه ببیع الولی والوصیّ عن الصّغیر.

ثم لاادری مایقول ابو حنیفة فی صورة العکس. والذّی نقلوا عنه فی المبیع هو المذهب المشهور عندنا، بتوقفه علی الاجازه، لاالبطلان. الا انه ینافی هذا التفصیل الذی ذکرنا فی مراده، ویلزمه علی هذا انّ البایع فضولاً اذا باع فرس انسان ببقر فضولاً ینتقل الیه البقر بمجرد العقد، فان اجاز مالک الفرس انتقل البقر الیه واستقر الفرس فی مال المشتری. وان لم یجز یاخذ فرسه وکان البقر مال الفضولی ویلزمه غرامة قیمة البقر لمالکه.

وکیف کان، فالاقوی الصّحة فی الشراء (ایضا) والوقوف علی الاجازة. للعمومات التی ذکرناها فی البیع[1]. ولخصوص روایة البارقی[2]، فانّها مشتملة علی الحکمین[3]. وکذلک حکمه حکم البیع فی جمیع ماتقدم من الاحکام فی الفضولی المصطلح، والغاصب، واحکام الرجوع والرّد. قوله «وان کان فی الذمّة لغیره. واطلق اللفظ»، فی هذاالکلام قیود اربعة:

الاول: ان یکون الشراء فی الذمّة. یعنی لا بعین. الثانی: ان یکون فی ذمّة نفسه، لافی ذمّة الغیر. کما یدل علیه قوله بعد ذلک «لانه تصرف فی ذمته لافی مال غیره». فلایرد ان

١: ای فی البیع الفضولی. وذکرها فی اوائل هذه المسئلة المبحوث عنها.

٢: المستدرک: ج٢ ص ٤٦٢، الباب الاخر من ابواب عقد البیع.

٣: ای علی حکم البیع الفضولی وحکم الشّراء الفضولی.

يقال كلمة «لغيره» ظرف مستقر صفة للذمّه. والثالث: ان يكون الشراء فى ذمته لغيره لا لنفسه. والرابع: ان يكون قد اطلق. يعنى لم يقل اشتريت لفلان. بل قال اشتريت. واطلق.

وانت خبير بانّ الشراء فى ذمة نفسه لغيره معناه «انى اشتريت فى ذمتى ولكن لو اراد ذلك الغير هذا البيع جعلته له» ومعنى «الجعل» هنا انشاء المعاملة. فلا يدخل ذلك فى باب اجازة الفضولى. فانّ مصداق اجازة الفضولى امّا بيع مال الغير فضولاً، او الشراء به كذلك، او الشراء فى ذمّة الغير. بل قد يتحقق فى البيع فى ذمّة الغير ايضاً. وامّا فى مثل ما لوكان للمجيز نوع ولاية، كبيع المفلس ونكاح بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة، او الامة على الحرّة. وهذا ليس بواحد منها.

والمناسب فى هذا المقام، ان يقال: اذا اشترى فى ذمّة الغير واطلق اللّفظ - يعنى اكتفى بنيّة ان يكون الشّراء للغير وفى ذمّة الغير من دون ان يذكره- فذلك نظير ماذكروه فى باب الوكالة انّ الوكيل اذا اشترى بنيّة ان يكون للموكل بدون تسميته الموكل. ثمّ انكر الموكل الوكالة ولم يثبت. فقد ذكروا انه يقع عن الوكيل ظاهراً و باطناً. (وان كان فى كونه له باطناً ايضاً اشكال). واستندوا فى ذلك بان الخطاب معه والبايع غير مكلف بالباطن- فاذا لم يثبت الوكالة لا بالبينة ولا بعلم البايع- فيلزمه البيع ويلزم بالثمن. لانّ المفروض انّ المخاطبة على سبيل الاطلاق. فينصرف الى ذمّة المشترى.

فالفرق بين الشراء فى ذمّة الغير فضولاً مع السكوت عن ذكره، وبين الشراء بعين مال الغير، انّ فى الثانى اذا لم يجز بطل راساً- عند غير ابى حنيفة-. وفى الاول يبطل بالنّسبة الى الغير، ويلزم المشترى، وان كان فى نيته الشّراء فى ذمة الغير. وامّا اذا ذكر فى اللّفظ انه يشتريه للغير، فمع عدم الاجازة يبطل راساً. لانّ العقد تابع للقصد. وانه للغير، علم انه لم يقصده لنفسه فكيف يلزم به. بخلاف مالولم يذكره- فانه يلزم فى ظاهر الشّرع. كما هو مقتضى اطلاق الخطاب. وعدم التكليف بالباطن.

ثم: انه يظهر من كلامه(ره) هنا، انّ اصحابنا مختلفون فى البطلان والوقف على الاجازة، اذا كان الشراء بعين مال الغير، كالبيع. ولا يختلفون فى عدم البطلان وكونه موقوفاً على الاجازة، اذا كان فى الذّمة للغير (او فى ذّمة الغير على ماحققنا.). والانصراف الى

المشترى مع الاطلاق. ويختلفون فى مالو اشترى فى ذمّة الغير مع ذكره الغير.

وبالجملة: كلامه هنا لايخل من تعقيد واضطراب. والتحقيق انّ الاظهر صحة البيع والوقوف على الاجازة اذا اشترى بعين مال الغير، والبطلان راساً ان لم يجز. وهكذا اذا اشترى فى ذمّة الغير مع تسميته. وامّا اذا اشترى فى الذمّة لمرافقة الغير فى النّية وسكت عن التسمية، ولم يجز، فيقع عنه ظاهراً. لا باطناً. بل هو مال البايع فى الباطن. فيعمل بالتقاص.

ومن جميع ماذكر يظهر ان قوله- ره- «وان كان فى الذمّة لغيره» يمكن ان يريد به مايشمل البيع بالذّمة ايضاً. وان كان بعيداً عن اللفظ. وكيف كان، فيدلّ بالفحوى على اتحاد حكم الذمّة مع حكم العين عنده. يعنى انّه يصحّ بسبب الاجازة اذا اشتريه فى ذمّة نفسه لغيره (كما هو ظاهر عبارته) فيصح اذا **اشتريه** فى ذمّة غيره باجازته بالطريق الاولى.

المقام السابع: هل يختصّ جريان الفضولى بالبيع والشراء [والنكاح]؟ او [يختص] النكاح [فقط؟] او يعمّ جميع العقود؟ او يبطل راساً؟[1]. المشهور جريانه فى جميع العقود. للعمومات المتقدمة. ولخصوص رواية البارقى. وغيرها مما مرّ فى البيع.

وامّا النكاح: فعن المرتضى الاجماع عليه مطلقا، فى الحرّ والعبد. وعن ابن ادريس فى الحرّ. وعن الشيخ فى **الخلاف** فى العبد. ويدل على جريان الفضولى فيه، اخبار كثيرة جداً. حتّى قيل كاد يبلغ حد التواتر من طريق العامّة والخاصّة. منها **صحيحة ابى** عبيدة الحذاء، فى نكاح الصغيرين[1]. ومنها **رواية** محمدبن‌مسلم عن الباقر-ع- «عن رجل زوجته امّه وهو غايب (؟) قال: النكاح جايز، ان شاء الزوج قبل. وان شاء ترك»[2]. **وحسنة** زرارة- **لابراهيم** بن هاشم- عن ابى جعفر-ع- «قال: سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده(؟) فقال: ذلك الى سيده، ان‌شاء اجازه. وان‌شاء فرق بينهما. فقلت: اصلحك الله ان الحسن بن عينية وابراهيم

١: فهؤلاء صور اربعة يفصّلها المصنف (ره) فى مايلى.

٢: الوسائل: ج ١٧ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١.

٣: الوسائل: ج١٤ ص ٢١١، ابواب عقد النكاح، الباب ٧ ح ٣.

٤: والعجب من المصنف(ره) حيث يجعل حديث ابراهيم بن هاشم «حسناً» ويجعل حديث «ابان بن عثمان»، «صحيحا». راجع مسئلة ٤٠٤ من المجلد الاول من هذا الكتاب.

النخعی واصحابهم یقولون: انّ اصل النکاح فاسد **فلا یحلّ** اجازة السّید لـه. فقال لـه ابـو جعفر -ع-: اذ لم یعص الله. انما عصی سیدّه. اذا اجازه **فهوله جایز»**[1] وفی حدیث آخر عنه ایضاً. «فقلت لابی جعفر -ع-: فان اصل النکاح کان عصیاناً. فقال ابو جعفر -ع-: انما اتی شیئاً حلالاً ولیس **بعاص** لله، وانما عصی سیدّه ولم یعص الله. انّ ذلک لیس کاتیان ما **حرّم الله** علیه من نکاح فی عدة واشباهه»[2].

و توجیه هذه الروایة ان المراد من المعصیة فیها لا بد ان یکون هو مجرد عدم الاذن والرخصة من الشارع. والا فمخالفة السید ایضا معصیة. والحاصل انه لما کان فی مثل هذا العقد اذن من الله تعالی من جهة العمومات و غیرها مما یدل علی صحة الفضولی بعد الاجازه، فیصح. و عدم اذن السید غیر مضر. و بالجملة: ان المراد ان العقد لیس خالیا عن مقتضی الصحة و ان کان معلقا علی اذن المولی ایضا.

و یمکن ان یقال: المراد من توجیه الامام(ع) ان النهی هنا ورد بامر خارج عن المعاملة اجتمع معها فی الوجود.

کالمعاملاة مع الاجنبیة، واجراء الصیغة معها.

الی غیر ذلک من الاخبار. و یویدها ایضا ماورد فی اجازة العمة والخالة نکاح بنت الاخ والاخت. والحرة لنکاح الامة. و غیر ذلک. و بالجملة: الاظهر صحة النکاح الفضولی مطلقا. للعمومات والاخبار الکثیرة فی موارد الخاصة. و قد تقدم الکلام فی البیع والشراء، ادلتها. و قد یستدل بثبوتها فی النکاح علی ثبوتها فی جمیع العقود بطریق الاولی، لیطابق الفتاوی والاخبار. علی ان الامر فی النکاح اشد، ولا یجوز التسامح فیه بما یتسامح فی غیره.

ثم: بعد ما ثبت الحکم فی البیع والشراء والنکاح، فالظاهر ثبوتها فی سایر العقود، کما یظهر من **الروضة**، حیث قال «ولا قائل باختصاص الحکم بهما. فاذا ثبت فیهما، ثبت فی سایر العقود. نعم، قیل باختصاصه بالنکاح. وله وجه لو نوقش فی حدیث عروة». انتهی. و قد عرفت الحال و وجود سایر الادلة. مع انها لا مجال للمناقشة فیه ایضا. **و اما حجة**

۱و۲ : الوسائل: ج ۱٤ ص۵۲۳، ابواب نکاح العبید... الباب ۲٤ ح ۱و۲.

سایرالاقول: فحجة القائل باختصاصه بالنكاح، هوالاخبار و تضعيف رواية البارقي[1]. ولا يحضرني القائل. و نقله في **الروضة**. و نقل القول بالبطلان في النكاح في **المسالك** عن الشيخ في **الخلاف**. ولم يظهر منه التحقيق. وقدعرفت الدليل في غيره ايضا. و اماالقول بالبطلان في جميع العقود، فهو من الشيخ في المبسوط. و فخر المحققين، و قدمرالاشاره الى ادلتهم.

و استدلوا في خصوص النكاح ايضا، بالاصل. و توقيفية العقود الناقلة- فلايصح الا بدليل- و ببعض الاخبار العامية، مثل ماروته عايشة عنه(ص) انه قال «ايما امرئة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل». و ماروه ابوموسى الاشعري عنه(ص) انه قال «لا نكاح الا بولي». و ماروه جابر عنه(ص) انه قال «ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر». و في رواية ابن عمر «فنكاحه باطل». و رواية بقباق قال «قلت لابي عبدالله- ع- : الرجل يتزوج الامة بغير اذن اهلها.؟. قال: هو زني. ان الله تعالى يقول فانكحوهن باذن اهلهن»[2].

والجواب:- بعدالقدح في سندالروايات- بانها محمولة على مالم يلحقه الاذن. و ان لحقته الاجازة فليس نكاحا بدون الاذن. مع انها معارضة باقوى منها سندا ودلالة و اعتضادا. والاصل مخرج عنه بالدليل عموماً و خصوصاً. و اماالكلام في توقيفية العقود: فقد مرالكلام فيه. مع ان الدليل موجود عموماً و خصوصاً. كما عرفت. و امّاالاجماع المحكي عن **الخلاف** في الفساد، فهو ضعيف غايته. لعدم ظهور موافق له عدا فخر المحققين. والمعظم على خلافه.

المقام الثامن: اختلفوا في اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، ام لا. فعن الشهيد و ابن المتوج والمقداد والمحقق الثاني رحمهم الله، عدمه. و رجح العلامة في **القواعد**، الاشتراط. و يظهر من بعضهم، التوقف. و لا اشكال. و ربما نسب الى **العلامه** في **القواعد** ايضا. و نحن ننقل عبارته و نذكر مايظهر لنا منها ثم نتعرض لما في **الايضاح** و غيره.

١: و في النسخة رواية الثاني.

٢: ج ١٤ ص ٥٢٧، ابواب نكاح العبيد، الباب ٢٩ ح ١، وفيها «بغيرعلم اهلها».

قال فی‌القواعد: والاقرب اشتراط کون‌العقد له مجیز فی‌الحال. فلو باع [مال] الطفل فبلغ و اجاز لم‌ینفد. علی اشکال. و کذا لوباع مال غیره ثم ملکه و اجاز.

اقول: الظاهر انه اراد صحة عقدالفضولی، بعد کون اشتراط صحته و لزومه و ترتب ثمرة البیع علیه **بحصول** الاجازة من‌المالک او ولیه، مفروغا عنه فی‌الجمله. قد اختلف فی اشتراطه بوجود المجیز حال‌العقد و عدمه. فاختار هو الاول و قال «الاقرب اشتراط کون‌العقد له مجیز...» یعنی ان صحةالفضولی مضافا الی لزوم حصول‌اجازة من حیث انه مجیز و من شانه الاجازه حال‌العقد. فلفظ «مجیز» مشتمل علی ذات **وصفة** ، والصفة یمکن ان یکون‌المراد منها «ما من شانه الاجازة بالاستعداد» بمعنی **احتفافه** بوجود الشرایط وعدم‌الموانع بالفعل. او بمعنی احتفافه به بالقوة مطلقا. او بالقوة القریبة من‌الفعل.

و لما کان المتبادر من‌الاخبار الواردة فی‌الفضولی فی‌البیع والنکاح مغایرة العاقد والمجیز، و ان المجیز هوالمالک حین‌العقد، والعاقد هو غیرالمالک. فمراد العلامة انه لابد ان یکون‌المجیز (الذی هوغیرالعاقد، ویتم ثمرة العقد باجازته) موجودا حال العقد. اذ هو مستفاد من‌الادلة، و لیس فی‌الادلة غیره. والمستفاد انه لابد ان یکون الذات متصفا بوصف کونه مجیزا الی حین‌الاجازة بالفعل او بالقوة القریبة منه. بان‌یکون مالکا او ولیا له حین‌العقد و انسحب هذاالوصف له الی حین‌الاجازة.

و انتفاء هذاالشرط- ای [شرط] تحقق المجیز المنسحب لهالوصف الی حین‌الاجازة- او انتفاء وصف‌المالکیة له حین‌العقد،کالفرع الثانی. ای «لو باع مال‌الغیر ثم **ملکه** و اجاز....» فان‌الملک لم‌یکن حین‌العقد ملکا للبایع. فلو اجاز بعد تملکه فهو لیس باجازة صادرة عن‌المالک حین‌العقد. فینتفی المجیز حین‌العقد. و لا یکفی مجرد وجود ذاته حین‌العقد. و لامجرد حصول مالکیته بعدالعقد.

اما بانتفاء وصف مجیزیته حین‌العقد (مثل الفرع الاول): فان‌الطفل و ان کان مالکا و قابلا للاجازة ولو بالقوة، لکنه غیرمتصف بوصف المجیزیة بالفعل او بالقوة القریبة من الفعل. لکنه استشکل فی ذلک بسبب امکان الاکتفاء بمطلق القوة، و عدم مانعیة طول المدة بعد کونه مترقب الحصول. فعلی هذا کان‌الاصوب تقدیم الفرع الثانی علی‌الاول حتی لا یتوهم

رجوع الاشكال علىالفرع الثانى ايضا. لوضوح عدم كون المجيز بوصف المجيزية المستلزم للمالیكة بالفعل او بالقوة فيه اصلا. بخلاف الفرع الاول.

و اما الامكان الذاتى - اعنى قابلية البايع- فهى الفرع بذاته للمجيزية. فلاينفعفىشيىمع وجود المانع عن الاتصاف بالاجازة المبتنية على كونه مالكا. لكونه متصفا بضده الحقيقى حين العقد. وهو عدم المالكية. فالمعيار فى الحكم بالصحة، هو الامكان الاستعدادى وهو مفقود فى الفرع الثانى. بخلاف الفرع الاول، لحصوله فيه.

ووجه اشكال العلامة (ره): ان المعتبر هل هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادى، فلا يصح اجازة الصبى بعد البلوغ. او المعتبر مطلقة، فيصح.؟-؟. والاقوى صحته لما يستفاد من **صحيحة** ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين[1]، وعمومات العقود. فظهر مما ذكرنا ان فى كلام العلامة مسئلة وفرعين. اما المسئلة، فهو اشتراط وجود المجيز وعدمه حين العقد. واما الفرعان فهو قوله «فلو باع مال الطفل» وقوله «وكذا لو باع [مال غيره ثم ملكه واجاز]».

والاشكال متعلق بالفرع الاول. لا باصل المسئلة، ولا بالفرع الثانى. وليس فيه حزازة الا تقديم الفرع الاول على الثانى، الموجب لابهام اشتراك الفرع الثانى مع الاول فى الاشكال.

وقد وقع فى كلام **الايضاح** هنا مسامحة. حيث قال -بعد ذكر مجموع العبارة التى نقلناها هنا-: **مسئلتان: المسئلة الاولى:** هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولى فى الحال؟ يحتمل ذلک. ويبتنى على مقدمات: الاولى: معنى صحة بيع الفضولى قبل امكان الاجازة، ترتب اثره عليه، امكانا قريبا، بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى. لانه عبارة عن اجتماع الشرايط. فاذا بقى من شرايط بيع الفضولى شرط واحد وهو اجازة المالک او وليه، وكان حصولهاممكنا امكانا قريبا ايضا، حكم بصحة بيع الفضولى وصلاحيته لان يترتب عليه حال وقوعه.

١:الوسائل: ج ١٧، ابواب ميراث الازواج، ب ١١ ح ١.

الثانية: كل مايمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط.

الثالثة: البيع اذا بطل فى وقت بطل دائما، فحال عدم المجيز يمتنع ترتب اثره ولا يصلح لترتب الاثر عليه، فلايحصل معنى الصحة. بل معنى البطلان. واذا بطل لم يمكن ان يترتب صحته. ويحتمل عدم الاشتراط. لانه لا يشترط اقتران الاجازة بالعقد. بل يجوز تاخيرها زمانا طويلا. فلانسلم اشتراط الاستعداد القريب. واعلم: ان هذا الفرع يتاتى على مذهب الاشاعرة.[1] واما على قولنا ففى صورة واحدة، وهى بيع مال الطفل على خلاف المصلحة. او الشراء له.

المسئلة الثانية: اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة. لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر، فملكه ابلغ. وهل يتوقف على اجازته‌اشكال، من حيث ان الرضاء الاول لم يكن معتبرا. لانه لم يكن مالكا. ومن حيث تحقق شرط اعتباره. ويحتمل البطلان لتضاد ملكى شخصين بشئ واحد بعينه، وقد تحقق احد الضدين فينتفى الاخر. والتحقيق انه ان قلنا بصحة بيع الفضولى، صح البيع هنا، من غير توقف على اجازة البايع. انتهى كلامه(ره).

ويمكن توجيه كلامه (ره) حيث جعل كلام المصنف (ره) مسئلتين، بان عقد الفضولى له اطلاقان احدهما توصيفى وهو «العقد الفضولى المعهود المصطلح الذى يبيع البايع مال غيره نيابة عنه متزلزلا، ثم يجيزه المالک للمبيع» فهو اسم لمجموع العقد والاجازة. والثانى اعنى «بيع غير المالک ملک غيره مع قطع النظر عن حصول الاجازة من ذلک المالک او غيره» فلفظ الفضولى فى هذا الاطلاق صفة للبايع. لا للمبيع. والمبحوث عنه فى هذا الباب هو المعنى الاول. فالمسئلة الاولى فى كلام المصنف هو انه «هل يكفى الاجازة من المالک وان كان غير مستعد حين العقد للاجازة، ام لا» فاختار عدمه.

فكلامه حيث قال «فان الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال» فى قوة [ان]

١: المصنف يتعرض بهذا المطلب وتوضيحه فى مايلى.

الاقرب عدم صحة العقد الفضولى المعهود المصطلح اذا لم يكن مجير حال العقد متمكنا للاجازة بالامكان الاستعدادى. وهو ماكان وجود شرايطه وانتفاء موانعه على وجه اقرب المراتب من الاستعداد. ويتفرع عليه بطلان اجازة الصبى لبيع ملكه. وح، فيصح جعل بيع الغير مال المالک- ثم تملكه عنه بالاشتراء ونحوه- مسئلة اخرى، معطوفة على مسئلة بيع الفضولى التوصيفى المعهود. يعنى كما لا يصح البيع الفضولى المصطلح الذى من فروعه بيع مال الصبى اذا لحق اجازته بعد البلوغ فكذا لا يصح بيع الشخص الفضولى مال غيره وان ملكه بعد ذلک.

فالمعطوف ليس بداخل فى المعنى المصطلح. بل هو مسئلة اخرى. ولذلک فكّک (ره) **قول** المصنف وجاز عنه وساق الكلام فيه على حده. وهو مستلزم لامكان تحقق فرض هذه المسئلة بدون الاجازة. فاتضح كمال المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. ومما يوضحه غاية الايضاح، استدلاله فى المسئلة الثانية بابلغية الملک عن الاجازة. وكذا اشكاله فى الاحتياج الى الاجازة ح.

ويظهر مما ذكر، ان مذهب المصنف، البطلان فى المسئلة الثانية فى صورة عدم الاجازة بطريق الاولى. فمذهب [1] المصنف على هذا، صحة البيع الفضولى مع امكان اجازة المجيز على اقرب مراتب الامكان الاستعدادى. كما لو كان المالک بالغا، عاقلا، حاضرا يسهل اجازته بدون الاشكال. وصحته فى غير اقرب المراتب كالطفل مع الاشكال. وعدم الصحة فى المسئلة المعطوفة بقوله «وكذا» سواء اجاز **املا**.

ولنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات فى كلام **الايضاح**: قوله «فى الحال» يعنى فى حال العقد. قوله «معنى صحة بيع الفضولى قبل الاجازة» مراده الصحة المترتبة على نفس العقد مع قطع النظر عن الاجازة. ويوضحه تفسيره الصحة بصلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه. قوله «بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى...»: اعلم ان لامكان الخاص **ثلثةاقسام:**

١: وفى النسخة: فذهب المصنف.

الاول: الامكان الذاتي. وهو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات. سواء كان محفوفا بالموانع ام لا. وسواء كان المانع مستمرا ام لا. وسواء كان المستمر مرجو الزوال ام لا.

ففي كل هذه الامكان بحاله بالنظر الى الذات.

والثاني: الامكان الوقوعي. وهو ما لم يكن محفوفا. بمانع مستمر الوجود. كتلبسه بضده الحقيقي او احد اضداده المشهورية. فان كان محفوفا به، فهو وان كان ممكنا بالذات لكنه ممتنع بسبب ما وقع في الخارج من المانع المستمر.

والثالث: الامكان الاستعدادي. وهو الامكان الذاتي بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوة القريبة معه. ويسمى الاول استعداد **اتاما** ، والثاني غير تام. والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعي والاستعدادي. بل ادرجوا الاول في الثاني.

قوله«او صلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه» عطف على «صحة البيع الفضولي» بكلمة «او» دون الواو، نظرا الى ان الصحة انما هو ترتب الاثر. والاثر هنا اما يتصور بالنسبة الى ماهية البيع وهو انتقال الملك. فهو لا يحصل جزما حال العقد. فلا يمكن ان يقال العقد صحيح، بقول مطلق.

انما بمعنى ترتب اثر البيع، اى الانتقال، بل صحته بالنسبة الى الانتقال هو بعنوان الصلاحية.

واما يتصور بالنسبة الى هذا العقد الخاص، وهو نفس صلاحيته لترتب اثر ماهية البيع الذى هو نفس الانتقال. فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق، لان ترتب الاثر حاصل بالفعل. وهو الصلاحية. فالمعطوف عليه ناظر الى الثاني، والمعطوف الى الاول. فقوله «حال وقوعه» يتعلق بالصلاحية، لا بالترتب. ولك ان تجعله عطفا على «امكان ترتب اثره عليه» والمراد ان الصحة عبارة عن ترتب الاثر فان جعل الاثر هو الانتقال، فهو حاصل بالامكان. وان جعل هو صلاحيته لترتب الاثر، فهو حاصل بالفعل. وهذا اظهر.

ثم الظاهر من كلام الشارح انه جعل اجازة الصبى بعد البلوغ من باب الامكان الذاتي. لا الاستعدادي وان كان مقارنا للبلوغ. وهو مشكل، لعدم التفرقة بين **فعل** الكامل الغايب

الممكن اجازته[1] والطفل المراهق فی الامكان الذاتی. الا ان يقال انه جعل المحال الشرعی بمنزلة المحال العقلی. كما يشعر به قوله فی المقدمة الثانية والمقدمة الثالثة، ومن قوله «فلانسلم اشتراط الاستعداد القريب» مع ملاحظة تفريع حكم الصبی المشعر بانه ليس من باب الامكان الاستعدادی.

ثم قوله« **واعلم** ان هذا الفرع يتاتی علی مذهب الاشاعرة...» الظاهر انه اراد بالفرع ما ذكره المصنف من قوله «فلو باع مال الطفل...» ولعله اراد من مذهب الاشاعرة هو انكارهم الحسن والقبح العقليين، وان العقل ليس بحاكم فی شیئ ،واما قولنا من استقلال العقل بادراكهما فی الجملة، فلامانع من تجويز بيع مال الصغير وشرائه فضولا ، اذا اقتضت المصلحة ذلك. مع ان قوله تعالی «ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتی هی اسحن» يقتضی متابعة الحسن العقلی. اذا الخطاب عام ولا يختص بالاولياء، بقرينة قوله تعالی قبل ذلک «ولاتقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق» فاذا اجاز للمكلفين القرب علی وجه الاحسن- و منه البيع والشراء علی وجه المصلحة- فيتم الجواز وبطل قول **الاشاعرة** . اذ من الظاهر ان المراد هنا ليس من الحسن ماورد به الشرع بالخصوص.

وكذلک فی قوله تعالی «ماعلی المحسنين من سبيل» ولذلک استدلوا به علی صحة تصرف ثقات المؤمنين فی اموال اليتامی وغيرهم علی وجه المصلحة.

واما الاشاعرة فيقولون لاندری معنی الحسن والاحسن والاحسان الا ما امر به الشارع. وعلی هذا فيمكن ادراجه تحت [عدم] وجود المجيز ايضا اذ لهم ان [لا] يجيزوه مع المصلحة ايضا[2] فبيع مال الصبی فضولا مع المصلحة، ليس من فروع عدم المجيز حال العقد، الا علی مذهب الاشاعرة. ويمكن ان يكون نظره مع هذا الی انه لو كان فی بيع مال الصغير فضولا مصلحة وفی تركه ايضا مصلحة لكن كان البيع اصلح، فهل يجب العمل بالاصلح ام لا ، فذهب الاشاعرة الی العدم. لتجويزهم الترجيح بلامرجح. بخلاف مذهبنا، لقبحه. والی هذا ينظر كلامه (ره) فی «كتاب الحجر» حيث استشكل العلامة **فی القواعد** وجوب الاستثناء فی مال

۱: وفی النسخة: لاجازته.

۲: وفی النسخة: فجعل بيع مال الصبی فضولا مع المصلحة ليس من فروع...

الطفل على الولى بعدما حكم بوجوب حفظ ماله فقال[1] فى وجه الاشكال «ينشأ من انه اكتساب لا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح. ولا نه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الولى لدفعها وبهذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح. وعلى الثانى هل يجب ام لا.

وقد حقق ذلک فى علم الكلام» انتهى كلامه (ره).

وحاصل المراد ان فى صورة عدم المصلحة لا يمكن الاجازة لا من الطفل ولا من وليه. اما من الطفل فلعدم الامكان. واما من الولى فلعدم المصلحة. فيصح ان يقال ليس هنا مجيز فى حال العقد، فلايصح الفضولى الا على القول بكفاية المجيز بالقوة البعيدة.. واما فى صورة وجود المصلحة فى البيع، فمع وجود الولى «ولو كان هو الحاكم» فيجب عليه الاجازة، لوجوب العمل بالاصلح، لئلا يلزم ترجيح المرجوح. وان لم يكن ولى، او كان وترک العمل بالاصلح وصار معروفا، فيصح من الفضولى. فانه الاحسن، ويجوز العمل به لقوله تعالى «الا بالتى هى احسن» اذ المخاطبون قاطبة المكلفين، لا خصوص الاولياء. فلايتصور هنا عدم المجيز.

واما الاشاعرة، فلما قالوا بجواز ترجيح المرجوح وعدم وجوب الاصلح. فيتصور عدم وجود المجيز، على مذهبهم فى صورة المصلحة وعدم المصلحة.

والمقام بعد، لا يخل عن الاجمال والاغلاق. وقد نقل عن الشهيد «ره» انه قال «اعترض بعض العامة على العلامة (ره) لسقوط هذه المسئلة- اعنى اشتراط وجود المجيز- على مذهب الامامية، لانهم يعتقدون وجود الامام فى كل زمان، وانه ولى من لاولى له. واجاب العلامة بان المراد مجيز فى الحال ويمكن الاطلاع عل اجازته، وهى متعذرة فى هذا الزمان لاستتاره -ع-». اقول: ويمكن ان يقال من جانب المعترض انكم تقولون الحاكم الشرعى نائب عنه ولا تعذر فيه. فالاولى فى الجواب ان يقال: المراد اشتراط التمكن من الاطلاع على اجازة المجيز وفرض التعذر ممكن ولو انحصر الولاية فى عدول المومنين ايضا. ولعل هذا هو

١: اى قال فخر المحققين فى الايضاح، فى وجه اشكال العلامة فى القواعد. راجع: الايضاح كتاب الحجر. ص ٥٣ من المجلد الثانى من طبع اسماعيليان.

مراد العلامة.

بقى الكلام فى مأخذ المسئلتين.وتحقيق المقام والتكلم فى الادلة التى ذكرها لهما. فنقول: اما المسئلة الاولى، فالتحقيق فيه ان معنى صحة الفضولى هو ترتب اثر نفس العقد وهو صلاحيته لان يترتب عليه اثر البيع، وهو الانتقال بعد الاجازة. فانه يحصل بمجرد العقد ويترتب الانتقال ايضا بعد الاجازة. وانتقال النماء قبل الاجازة على القول بالكشف. واما اشتراط ذلك بكون المجيز فى اقرب مراتب الاستعداد فممنوع، لما نذكره فى الاحتمال الثانى من منع الاشتراط، وسنده الاخبار الوارادة فى النكاح مثل **صحيحة** ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين[1]، ويدل فى الفحوى على غير النكاح، لكون امره اشد.

ويدل عليه عموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فان الاصل فيها العموم خرج ماخرج بالدليل وبقى الباقى. والقول بان ذلك مستلزم لكون الباقى من العام اقل من المخرج، وهو خلاف التحقيق، فلابد ان يقال بكون اللام الراجع الى العقود المعهودة فى اوايل الخطاب. فهو مدفوع بان الجمع المحلى حقيقة فى العموم، وليس الفضولى من الافراد النادرة. مع ان العموم افرادى لا نوعى. ولاريب ان اشخاص العقود المعهودة اكثر من اشخاص لغير المعهودة. وقد حققنا هذا المقام فى مواضع من تاليفاتنا سيما فى الرسالة التى كتبناها فى مسئلة الطلاق بعوض.

واما ماذكره فى المسئلة الثانية، فلايخفى مافى تقريره من الحزازه التامة اذ بنى كلامه فى المسئلة على احتمالين احدهما البطلان رأساً، اى سواء اجاز المالك الاخر الذى هو البايع اولم يجز، هو مختار المصنف، وهو الاحتمال الاخير فى كلامه. والثانى صحته فى الجملة. وهو الاحتمال الذى ذكره اولاً. ثم انه فصل الكلام فى الاحتمال الاول بالنسبة الى لحوق الاجازة من المالك الاخير وعدمه. ومقتضى تقريره ان يكون اول كلامه فى الاحتمال الاول ناظراً الى وجود الاجازة.

وآخر كلامه، يعنى ماذكره فى ذيل قوله «**و هل يتوقف على اجازته**» ناظراً الى عدم

١: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١.

لحوق الاجازة،[1] لا يخفى مافيه اذا الاستدلال بابلغية المالک من الاجازة يقتضى ان مراده صورة عدم الاجازة. فاذا تم کلامه بالابلغية وما ذکره بعدها، فلامعنى لقوله « فهل يتوقف...» وان اراد باول کلامه صورة لحوق الاجازه ايضاً، بان يکون المراد من الاول حصول الملک ولحوق الاجازة معاً بتقدير ان الملک مع الاجازة ابلغ، فيحتاج الى تقدير الاجازة، فکان ينبغى ان يقول فى اول الکلام «ثم ملکه واجاز». وفى موضع قوله «فملکه ابلغ»، «فملکه مع الاجازة ابلغ». الى غير ذلک من الحزازات.

وکيف کان، فالامر فى ذلک سهل. والعمدة بيان صحة المأخذ. فنقول: اما قوله «لانّ اجازة المالک موجبة لصحة فعل المباشر فملکه ابلغ» ان اراد ان اجازة المالک الذى هو مالک حين العقد موجبة لصحة فعل المباشر، فملک ذلک المالک ابلغ. فلامعنى له اصلاً. اذا المفروض ان الملک ح لغيره. ولو فرض کونه له، فهو خارج عن الفرض. وان اراد اجازة مطلق المالک وکل من صدق عليه وصف المالکية حتى يشمل من حصل له الملک فى ثانى الحال، فهو اول الدعوى. اذ کون اجازة من هو مالک حين العقد کافياً لا يدل على کون اجازة من ملک بعده کافيا، فضلاً عن کونه ابلغ، وان اجازه معه ايضاً فضلاً عن عدم الاجازه.

مع ان الحاق الملک الاخير بالرضا السابق حتى يحصل من ضم هذا المالک بالرضا السابق مفهوم رضاء المالک فى صورة عدم الاجازة من المالک الاخير، ليس له معنى معقول. لانّ الجنس لا بقاء له مع انتفاء الفصل. فکيف يضم اليه فصل آخر بعد انعدامه حتى يحصل نوع آخر لو اکتفينا به ايضاً. ففى الکلام خلط. وان قيل العلّة فى تاثير اجازة المالک هو المالکية وهو موجود هنا. ففيه منع ظاهر. اذا المسلم من العلية هو عليّة المالک حين العقد لامطلق المالکية.

ومن ذلک ظهر ان انضمام الاجازة ايضاً لا ينفع. اذا المسلم من اعتباره هو اجازة المالک حين العقد، لامطلقا. ومن ذلک ظهر بطلان مفهوم الحيثية الاولى من الحيثيتين

١: وفى النسخة: ولا يخفى.

اللتين ذكرهما فى ذيل قوله «وهل يتوقف على اجازته». ومنطوق الحيثية الثانية ايضاً. ومما ذكرنايظهر الكلام فى قوله «ولا ن عقد الفضولى....» لمنع وجود الشرط وزوال المانع.

واما ماذكره من الدليل على احتمال البطلان، فهو مبتن على ماذكره سابقاً، من اشتراط وجود المجيزحين العقد وتمكنه من الاجازة باقرب مراتب الامكان الاستعدادى. وهو منتف هنا. لان المراد بالمجيز فى هذا الباب هو المالك حين العقد، الذى من شأنه الاجازة ويمكن الحصول منه بالامكان الاستعدادى، والمفروض عدمه. لاحتفاف العاقد حين العقد بضد كونه مالكاً وهو كونه غير مالك. وهو ضد حقيقى لكونه مالكاً فضلاً عن كونه مالكاً مجيزاً بالامكان الاستعدادى. وهذا صحيح لكن لمحض عدم تحقق المجيز على اقرب مراتب الاستعداد. لما منعناه فى الصّبى. بل لانه ليس هنا امكان الاجازة من المالك حين العقد. لانّه ليس بمالك حين العقد حتى يمكن ان يقال يتحقق الامكان الذاتى ايضاً.

اذ لا رابطة بين امكان تحقق الاجازة من المالك حين العقد وبين امكان تحققه من غيره الذى ملك بعد العقد، وشرط الصحة شرعاً هو الاول، لا الثانى.

واما امكان ان يصير هذا العاقد فى وقت من الاوقات مجيزاً شرعاً فى غير هذا العقد، فهو لا دخل له فيما نحن فيه. واما ماجعله التحقيق فى المسئلة اخيراً، فهو مبنى على التخريج من الفضولى، وجعل التملك نازلاً منزلة الاجازة فيما لوكان المال ملكاً للمجيز حين العقد. وقديتوهم انّه مبنى على الالحاق به بناء على مختاره فى الاجازة انّه من بَاب النقل. ولعله مبنى على انّه لا يصح على القول بالكشف. للزوم الضدين (كما بيّناه) بخلاف مالوبنى على النقل. وفيه انّ موضوع المسئلة فى الكشف والنقل شيئٌ واحد وهو انتقال مال المجيز حين العقد الى المشترى فى حال العقد او فى حال الاجازة. ولما كان المفروض ان هذا المال لم يكن مالاً للمجيز حين العقد فيلزم اجتماع الضدين على القولين.

بقى الكلام فى ساير الادلة فى هذا المقام مثل «اوفوا بالعقود» وغيره مما ذكروه

فی اصل صحة الفضولی. وربما یقدح فی العمومات بان المراد بالعقود فی قوله تعالی «واوفوا بالعقود» العهود الموثقة مطلقا سواء کان بین الله وعباده، او بین العباد بعضهم مع بعض، او بین العبد ونفسه. وکون الفضولی من العهود الموثقة انما یتم بالاجازة سواء کان من الطرفین کما لو کان فضولیین او من طرف من کان له فضولیاً. وقد یطلق علیه العهد الموثق قبل الاجازة ایضاً. کما لوکان احد الطرفین فضولیا والاخر لنفسه. فانه موثق فی جانب الاخر بالنسبة الی نفسه وان کان متزلزلاً وغیر موثق بالنسبة الی الفضولی. فهو یلتزم للعقد مالم یظهر [من] [1] الطرف الفضولی عدم الاجازة، فلااشکال فی اندراج الفضولی تحت عموم «اوفوا بالعقود» مع الاجازة فی الجملة.

ومعنی ایثاق العهد بالاجازة فی الفضولی المعهود هو رضاء المالک الاصلی بالعهد الذّی وقع من البایع الفضولی. فبالتزامه البیع الذی وقع علی ملکة صار عهداً موثقاً منه. سواء قلنا بان الاجازة کاشفة، او ناقلة. واما فی مانحن فیه اعنی اجازة من ملک العین بعد العقد الفضولی فیشکل تحقق اثبات العهد فیه. اذ العهد المتقدم هو نقل ملک المالک الاول فضولاً، ولا یصدق علی اجازة المالک ثانیاً انه ایثاق للعهد المتعلق بذلک الملک حین کونه ملکا للمالک الاول.

ویمکن دفعه وجعله من باب ایثاق العهد، لوجعلنا الاجازة عقداً جدیداً. کما هو احد المحتملات فی الفضولی المعهود کما نقل عن صاحب کتاب کشف الرموز، وفاقاً لشیخه المحقق، حیث قال فی ردّ الاخبار الناهیة عن بیع مالیس عنده ومالا یملک، بانّ النهی فی المعاملة لا یقتضی الفساد. وان لیس للبیع لفظ مخصوص. فان مقتضاه ان الاجازة بیع بغیر لفظ البیع. فیکون فی الاجازة ثلاثة اقوال: الاول: کونها کاشفة عن النقل من حین البیع. والثانی: کونها ناقلة، بان یکون جزء السبب. فالناقل هو الصیغة السابقة مع الاجازة. والثالث: کونها عقداً جدیداً مستقلاً لامدخلیة للعقد السابق فیه.

۱: ویمکن ان لا یحتاج الی [من] بجعل «یظهر» من باب الافعال لکنه بعید لان المظهر لعدم الاجازة هو المالک لا الطرف الفضولی.

وهذا لاينافى ما اخترناه من ترجيح القول بالشكف كما هو مذهب الاكثر. وعدم تفصيلهم فى المقام انما هو لعدم التفاتهم الى هذا الفرد وانما كان نظرهم الى الفضولى المعهود، او مطلق ماكان المجيز هو من كان مالكا للعين حين العقد. فهذا القول ليس خرقاً للاجماع المركب. مع ماعرفت من نقل القول الثالث فى الفضولى المعهود، او فى ماهو اعمّ منه ايضاً. على انّا نقول انه لا مناص لهم ايضاً عن ذلك، اى التزام العقد الجديد فى بعض الصّور، وتطبيقه على الاجازة، وتوجيه صدقها عليه بملاحظة مايشبه نوعاً من الاستخدام.

فمعنى «اجزت البيع»، «رضيت بالا **نتقال** اليه من باب البيع». فاللازم فى «البيع» او الضمير **لوقال** «اجزتها» راجع الى الاثر المترتب على مطلق البيع، لاالبيع الخاص الواقع فى الخارج، حتى يقال انه ليس الرضاء به. ويكفى هذا فى صدق معنى الاجازة. توضيحه: ان الاجازة فى صورة كون البايع غاصباً وقاصداً لبيع الملك لنفسه، مصححة للبيع- على الاصح. كما ذهب اليه الاكثر- وهو ليس فى معنى لحوق الاجازة بالعقد كما هو كذلك فى الفضولى المعهود، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه وقصده لوقوع البيع لنفسه، برضا المالك ووقوع البيع عنه. والفرق واضح بين لحوق رضا المالك بمقتضى العقد ووقوعه من قبله بالعقد، وبين تبديل الرضا والايقاع من الغاصب بالرضا والايقاع عن المالك.

لا يقال: انّ ايجاب البايع الغاصب لنفسه مركب من امرين: الايجاب. وكونه لنفسه. فاذا بطل كونه لنفسه، فيبقى الايجاب، وبسبب اجازة المالك يتحقق لحوق الرضا من المالك بالعقد. فهو من باب لحوق الرضا بعقد الفضولى.

لانا نقول: ان الفصل علة لوجود الجنس- على التحقيق- فبانتفائه ينتفى الجنس. فيرجع الكلام الى تبديل نوع بنوع آخر. لا من باب لحوق الفصل بالجنس، لعدم وجود الجنس بعد انتفاء فصله. وكذلك الكلام فى بيع المكره ولحوق الاجازة به فانّ الايجاب على سبيل الاكراه نوع مغاير للايجاب على سبيل الرضا. فتصحيحه بالاجازة ليس الا من باب تبديل نوع بنوع آخر، لا من باب لحوق الرضا بالايجاب.

وكذلک الكلام فی الاجازة بعد ماباعه باعتقاد انه ملكه ثم ظهر مستحقاً للغير. ولا يخفى انهم استدلوا فی تصحيح بيع الغاصب بعد الاجازة، وكذلک المكره والجاهل بكون الملک مستحقاً للغير، بعموم «اوفوا بالعقود». وجعل المذكورات من باب العهود الموثقة. ولا يخفى انها لا تصير من العهود الموثقة الا بجعل المالک واعتباره ايجاباً موضع ايجاب. اذا عرفت هذا [فيبقى] الكلام فی مالو باع مال الغير فضولاً او غصباً او جاهلاً باستحقاقه للغير. ثم اشتريه او انتقل اليه بناقل لشرعی واجاز.

فنقول: اذا كان تصحيح العقد باعتبار المعتبر ويحصل به العهد الموثق، فكما يمكن اعتبار تحقق الايجاب عن المالک فی تمام الزمان الذی بعد العقد الفضولی (واخواته) الى زمان الاجازة ويتحصل به البيع من المالک ويصير بذلک من العهود الموثقة. فكذلک يمكن اعتبار تحققه بالنسبة الى مابعد زمان اشترائه (او الانتقال اليه بنحو آخر) بسبب الاجازة فيكون عهداً موثقاً من حين اشترائه الى زمان الاجازة ومابعده. ولا يلزم ان يكون من حين الايجاب الفضولی حتى يرد ان يقال انه يلزم على القول بكون الاجازة كاشفة خروج المال عن ملک مالكه قبل دخوله فيه. [و هو] محال. اذالمفروض ان اعتبار المعتبر انما هو بالنسبة الى زمان امكان اعتباره و هو مابعدالانتقال اليه. فعلى القول بالكشف انما يلزم خروجه عن ملكه بعدالانتقال اليه.

والمفروض انه داخل فی ملكه، ح.

لا يقال: ان القائلين بالكشف لم يفرقوا بين انواع الفضولی. فهذا خرق للاجماع المركب. لانا ذكرنا سابقا انهم لم يلتفتوا فی مقام بيان الكشف والنقل الى مثل ذلک. بل انما كلامهم فی الفضولی المصطلح، او ما يقوم مقامه مما مر.

والحاصل: ان الاجازة فی بيع الغاصب انما هو فی معنى التزام ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا امضاء للعقد السابق. فان العقد السابق انما كان تبعا لنفس الغاصب. و هو مباين لكونه تبعا لنفس المغصوب منه. [و] يصححها «اوفوا بالعقود» لانه يصدق عليه انه عهد موثق. فكذلک التزام البيع بعد مضى قطعة من الزمان و هو اول زمان الانتقال الى الغاصب [و] مابعده و انتقاله منه الى المشترى الاول من حين الانتقال اليه عهد

موثق دخل فی ذلک العموم. فالاجازة اما یصدر من المالک حین العقد او من غیره.

فعلی الاول فاما ان یکون ماوقع من العقد فی مال الغیر من باب الفضولی المصطلح، اوالبیع لنفسه غصبا او جهلا بانه مال الغیر، فعلی الاول، الاجازة بمعنی لحوق الرضا بالعقد السابق. وعلی الثانیین بمعنی تبدیل عقد بعقد بانشاء جدید.[1] و علی الثانی -ای مایصدر من غیره- فذلک الغیر اما هو وارث المالک الاصلی، او غیره. و علی الاول فان کان العقد من باب الفضولی المصطلح، فهو من معنی المورث لانه حق انتقل الیه بالمیراث. فهو ایضا من باب لحوق الرضا بالعقد السابق. و ان کان من القسمین الاخرین. فهو ایضا تبدیل عقد بعقد انتقل الیه ذلک الحق بالمیراث.

وعلی الثانی -اعنی غیرالوارث- فهو من باب تبدیل عقد بعقد. لانه معنی لحوق الرضا بالعقد السابق. لانّ العقد السابق انما تعلق بملک الغیر بقصد ان یکون للمشتری فی جمیع زمان مابعدالعقد، والمفروض انه لیس ملکا له فی اول زمان العقد حتی یمضیه. ولافرق فی ذلک بین ماکان المجیز هوالبایع، اوالذی انتقل الیه الملک ثانیا، او کان غیره، مثل ان یبیع احد مال زید فضولا او غصبا او جهلا، من بکر. ثم باع زید ذلک المال بعینه من عمرو. ثم اجاز عمرو ذلک البیع.

و بالجملة: العمدة فی الباب عموم الایة و ما فی معناه سواء سمیته بیعا او غیره. لکونه من العهود الموثقة. و لکن الظاهر انه من اقسام البیع. و یظهر الثمرة فی ترتب احکام البیع علیه. و مما ذکرنا یظهر انه لایرد ایضا ان یقال فی ابطال هذاالعقد علی القول بالکشف ان العقد الاول الواقع فضولا انما صح و ترتب الثمرة علیه باجازة ذلک البایع الفضولی و هی متوقفة علی صحة العقد.

الثانی- اعنی اشتراء البایع الفضولی من المالک الاصلی. و هی متوقفة علی کون المال باقیا علی ملک مالکه الاصلی. فیکون صحة الاول مستلزمة لکون المال المعین ملک المالک الاصلی و ملک المشتری الاول معا فی زمان واحد. و هو زمان مابعد عقدالفضولی، و هو

۱: و فی‌النسخة: تبدیل عقد بعقد انشاء عقد.

محال. فوجود ملكية المشترى الاول فى ذلك الزمان تقتضى عدم ملكية المالك الاصلى و عدم ملكية المالك الاصلى موجب لعدم ملكية المشترى الاول ايضا. لان مالكيته موقوفة على اجازة المشترى الثانى الذى هوالبايع الفضولى. التى تتوقف صحتها على صحة اشترائه الموقوفة على ملكية المالك الاصلى حين الاشتراء. فيلزم وجود ملكية المشترى الاول و عدمها معا فى آن واحد. و هو محال.

و ذلك لما عرفت ان اجازة البايع الفضولى بعدالاشتراء عن المالك الاصلى، انما يكشف عن الانتقال الى المشترى الاول من حين انتقال الملك اليه من مالكه الاصلى لا من حين عقدالبيع الاول. و فى هذاالحين لا حقّ للمالك الاصلى فيه.

واعلم: ان هيهنا مجالا لتوهم ان يقال ببطلان الفضولى مطلقا (على القول بالكشف) و ان اجاز المالك. لان صحته موقوفة على الاجازة المتاخرة الموقوفة على بقاء ملك المالك بعدالعقد، والمستلزمة لملك المشترى كذلك. فيلزم كون الملك بعدالعقد للمالك الاصلى والمشترى معا فى آن واحد. فاما لابد من بطلان الفضولى مطلقا، او بطلان القول بالكشف. و يندفع بان صحة الاجازة انما تتوقف على الملكية الظاهرية المستصحبة، و بعدالاجازة ينكشف مالكية المشترى فى الواقع. فلامنافاة بين الحكم بمالكية المالك الاصلى فى ظاهرالشرع الى حين الاجازة و كشف الاجازة عن مالكية المشترى بعد العقد فى نفس الامر.

و يبقى الاشكال فى ترتب ثمرات الملك. فنقول: ان الثمرات ايضا تابعة لما هو الظاهر. فلا يمنع المالك الاصلى عن انواع التصرفات والتمتع بنماءالملك و بيعها و شرائها الى ان ينكشف حقيقة الحال. فيسترد لظهور كونها مال الغير. فنفس ملكية العين و النماء تابعة لنفس الامر و ان كان الحكم بكونها ملكا تابعة للظاهر. فهو ثابت على الظاهر ما لم ينكشف الواقع على خلافه.

نعم، قد يختلف الحال بالنسبة الى التكاليف المتعلقة بالموضوع مثل ان يتعلق حكم بمال زيد من حيث انه مال زيد. فهو يتعلق بما علم المكلف انه ماله، او بما كان مالا له فى نفس الامر. مثلا اذا حلف ان لا يتصرف فى مال زيد، والمفروض ان عمروا باع مال زيد فضولا بخالد، ثم اجاز زيد. فاذا تصرف الحالف قبل الاجازة فى هذاالمال فيحنث على الاول.

بخلاف الثانی. و ان حلف الحالف علی ان لا یتصرف فی مال عمرو، فیحنث علی الثانی دون الاول.

والتحقیق عندی ان التکالیف متعلقة بمایکون موضوعا للحکم فی نظر المکلف. لا فی نفس الامر و ان کان الالفاظ موضوعة لما هو فی نفس الامر. فقول الشارع «یجب علی من خالف الیمین الکفارة» لا بد ان ینزل علی من خالفها عالما بانها مخالفة للیمین، لا بماکان مخالفة فی نفس الامر. فکذلک قوله بان «اجازة المالک یصح الفضولی» ینزل علی ان اجازة من یعلم انه مالک فی ظاهرالحال یصح العقد، و کون المال للمجاز له فی نفس‌الامر. ولا یضر کون الامر الظاهر مثبتا للامر النفس الامری. فان اثبات هذا النفس الامری‌ایضااثبات‌ظاهری. فالمراد انه یحکم علیه بحکم النفس الامری فی ظاهرالشرع. و الا فقد یکون المالک فی نفس الامر غیرمالک. و اذا ظهر ذلک بعدالاجازة، فلاینفع اجازته فی‌اثبات الانتقال الی المشتری فی نفس الامر.

و کذلک قوله «ان نماء المال تابع للملک» فیحکم ظاهرا بکون النماء لمن هو مالک ظاهرا. و لکن هنا بعد ظهور کونه ملکا للغیر یسترد منه. لانه تابع لما هو فی نفس الامر ملک له، و انما حکم کونه للمالک الظاهری فی ظاهر الشرع. والسر فی‌الفرق بینه و بین الکفارة، لعله ان الکفارة انما هو لاجل المعصیة غالبا، و لذلک یحکم بوجوب الکفارة علی الظاهر فی اول النهار فی شهر رمضان و ان حاضت فی آخره. و من هذاالباب الکلام فی اجراء الحد لو وطی المنکوحة فضولا. اوالامة المشتریة کذلک. قبل الاجازة.

نعم، الحکم بلزوم الاجراء اذا تاخر[1] الحد لمانع الی ان یجیز ففیه اشکال. و اما لحوق الولدوصیرورة **الامة** ام‌ولد. ففیه اشکال، سیما مع [عدم] جهالة المشتری بوقوع العقدفضولا. ففیه اشکال نظرا الی انه زان علی‌الظاهر. و الی ان اعتقاده الزناء غیرمضر بکون الوطی فی نفس الامر مع الزوجة او المملوکة، کما یکشف عنه الاجازة. ولعل الترجیح للثانی. فیکشف ان ولدالمملوکة نماء ملکه و هی نمائها له بعدالاجازه.[2] هذاالکلام فی صورة صحةالجازة.

۱: و فی النسخة: تراخی الحد.

۲: و عبارة النسخة کذا «و کیف کان قوله المملوکة نماء ملکه و هی نمائها له بعدالاجازة». و فی‌العبارة سقط و ←

و اما انه هل يصح الاجازة مطلقا، او يتفاوت الحال فـي الـمقامات؟-؟ فيـحتاج الـى تفصيل. فنقول: اذا نكح الفضولى الهند لزيد والهند تزوجت بـعمرو قبـل عـلمها بـنكاح الفضولى، مثلا. فهل لها الاجازة بعد الاطلاع؟ و اذا اجازت فينفسخ نكاحها بعمرو، او لا يجوز لها الاجازة؟ و كذلك لونكح الفضولى زيدا بامرئة و تزوج زيد قبل الاطلاع بنتها او امها.

والظاهر انه ليس لهما الاجازة فانهما قبل الاطلاع عقّدا على انفسهمـا عـقدا صحيـحا، والفضولى بنفسه لا يؤثر اثرا بلحوق الاجازة، و ان قلنا بكونها كاشفة. فالمرئة فى المثال الاول مزوجة بعقد صحيح و لا يجوز تزوج ذات البعل بغيره. والرجل [فى المثال الثانى] متزوج بالام **اوالبنت** بعقد صحيح، و لا يجوز لهالتزوج ببنتها او امها. و ذلـك لانّ الاجازة بـمنزلة عـقد مستقل و ان قلنا بكونها كاشفة. و لا يمكن جمعها مع ما يحرم الاجتماع معه. بخلاف مـايمكن الاجتماع، كما لو عقدالفضولى لزيد بامرئة و تزوج هو قبل الاطـلاع بـامرئة اخـرى، لا مـانع منها. و من جملة الموانع فى جانب الرجل ان يتزوج برابعة قبل اطلاعه على نكاح الفضولى له برابعة.

و من ذلك يظهرالكلام فى البيع ايضا. فالقول باسترداد العين والمنافع لا يتم على **الاطلاق** فلاتغفل عن ذلك، فانى لا يحضرنى تصريح بذلك فى كلماتهم. و كذلك يـظهر مـما ذكـرنا، انه لا يرد على القول بالكشف، ان الاجازة المتاخرة لماكشفت عن صحة العقد الاول الفضولى و عن كون المال ملك المشترى الاول، فقد وقع العقد الثانى على مـا لـه. فـلابد مـن اجازته له كما لو باع المالك الاصلى المال من شخص اخر غير ذالك البايع الـفضولى، فـاجاز ذلك الشخص البيع الاول، فلابد من اجازة من اشترى عن البايع الفضولى للبيع الـثانى، حتى يصح و يلزم.

و على هذا فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين اى المشترى من البايع الفضولى، والبايع الفضولى الذى اشترى المال عن المالك الاصلى على اجازة الاخـر. و تـوقف صحـة كـل مـن الـعقدين عـلى اجـازة **المشترى الغير الفضولى، و هو من الاعاجيب. بل هو مستحيل.**

تصحيف و بزعمى لاسبيل فى **الاصلاح** الا ما اصلحناه.

لا ستلزامه عدم [استحقاق] المالک الا صلی شیئا من الثمن والمثمن وتملک المشتری الاول للمبیع بلاعوض ان اتحد الثمنان.

و بدون تمامه ان زادالاول. و مع زیادته ان زادالثانی.

وذلک لا ن المالک لم‌یجزالبیع الاول. بل اجازالفضولی بعد تملکه و خسرانه لثمن‌البیع الثانی. فثمن‌الاول له. والعقد الثانی یفتقر الی اجازة المشتری الاول. لانکشاف وقوعه فی ملکه فالثمن له و قدکان المبیع له ایضا. بما بذله من‌الثمن و هو ظاهر.

اقول: و تصویره: ان زیدا باع کتاب عمرو من بکر بدینار فضولا و لم‌یجزه عمرو. ثم باع عمرو ذلک الکتاب بزید بدینار. فان اجازه زید، ح، بیعه الفضولی مع بکر فی کتاب عمرو، فیستحق ثمن ذلک‌البیع و هوالدینار. و ح لماکان البیع الثانی -اعنی بیع عمرو کتابه من زید- واقعا علی مال بکر (لانه صار ماله باجازة زید بناء علی‌القول بالکشف) فیحتاج العقد الی اجازة بکر، فان اجاز فیستحق ثمن‌البیع‌الثانی. و هو دینار ایضا، فیتهاتران. فظهر ان عمرو لا یستحق الکتاب و لاالدینار اصلا. و زید یستحق الدینار الذی هوالثمن فی‌البیع الاول، و لکنه یسقط بالتهاتر. و بکر یستحق عین‌الکتاب مع‌الدینار و یسقط بالتهاتر. هذا اذا وافق الثمنان.

و اما لوکان الثمن فی‌البیع‌الاول دینارا و فی‌الثانی دینارین فللبکر الکتاب والدینار والزاید بعدالتهاتر فی‌القدرالمساوی. ولوکان الثمن فی‌البیع الاول دینارین و فی‌الثانی دینار، فله‌الکتاب و علیه‌الدینار لزید، بعدالتهاتر فی‌القدر المساوی.

و وجه دفع هذاالاستدلال: ان‌الاجازه المتاخرة انما یکشف عن کون‌المال ملکا للمشتری الاول من حین انتقال الملک الی‌المجیز، لامن حین العقد الاول. کما مر. فالمبیع ملک‌المالک الا صلی الی حین‌البیع الثانی و لا یتوقف صحة بیعه من‌الفضولی علی اجازة المشتری الاول. فیملک المالک الا صلی ثمن‌البیع‌الثانی. والبایع‌الفضولی ثمن البیع الاول. والمشتری الاول عین‌المبیع. و قوله «وقدکان المبیع له بما بذله من‌الثمن» یعنی للمشتری **الاول** ، ان‌کان مراده ان‌المبیع له قبل‌الاجازة من‌المالک و من‌البایع

الفضولی، و لاریب فی عدم صحته.

و ان کان مراده بعد اجازة البایع الذی اشتراه من المالک الاصلی. ففیه ان المفروض ان هذه الاجازة لاتصح الا باعتبار تملکه بسبب بیع المالک الاصلی منه. و قد فرضت ان بیعه کان فی مال الغیر لان الاجازة کاشفة عن کون المال عند بیع المالک الاصلی ملکا للمشتری الاول. والمفروض ان صحة بیع المالک الاصلی موقوف علی اجازة المشتری الاول، و مع اجازته لذلک البیع یصیر ثمن البیع الثانی له، و عین المبیع للفضولی.

فکیف یقال ان المبیع للمشتری الاول بما بذل من الثمن. و کیف یمکن الجمع بین القول بان ثمن البیع الثانی یصیر ملکا للمشتری الاول باجازته لبیعه. و بین القول بان المبیع للمشتری الاول بمابذله من الثمن، و ان اعتمدت علی ظاهر الحال-؟!. حیث ان المالک الاصلی باق علی مالکیته. بسبب عدم اجازته للبیع الاول. فبیعه لازم للبایع الفضولی. واجازة الفضولی مصححة لمالکیة المشتری الاول. فقد ترکت بذلک قولک «بانه مال المشتری الاول حیث ان الاجازة کاشفة عن وقوع البیع فی ماله» مع ان هذا ینافی ماسبق منک من توقف اجازة کل من الشخصین علی اجازة الاخر.

و ذلک لان المالک الاصلی حیث لم یجز البیع الاول، فهو باق علی مالکیته. وبیعه لازم، واجازته صحیحة مبتنیة علی ملک لازم. فلم یصر اجازته للبیع الاول مسبوقة باجازة المشتری الاول للبیع الثانی، حتی یتوقف اجازته علی اجازته. غایة الامر توقف استمرار حکمها علیها.

لاتوقف نفسها علیها.

نعم، یمکن تسلیم توقف اجازة المشتری الاول علی اجازة الفضولی. مع انا اذا اعتبرنا عود البایع الفضولی الی اجازة البیع الاول ثانیا، فیعود الاحتیاج الی اجازة المشتری لبیع المالک الاصلی، وهلم جرا.

والذی یمکن ان یقال (بناء علی ماذکره): انه یلزم ان یکون ثمن البیع الاول للفضولی وثمن البیع الثانی للمشتری الاول [و] نفس المبیع للفضولی فعلی هذا لایتم صحة الاجازة

من البايع الفضولى بعدما انتقل اليه المال. والجواب هو ماذكرنا اولا ان مراده[1] من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة **الاخر**، لزوم الدور الواقعى، الذى معناه كون كل واحد منهما علة للاخر. ففيه ان علية اجازة البايع الفضولى لما باعه فضولا لتحقق اجازة المشترى الاول، ان سلمناه فلانسلم العكس. اذ البايع الفضولى اذا اشترى المال من المالك الاصلى فقبل اجازته لذلك البيع، لم يحصل استحقاق ملكيته للمشترى الاول. ولا يمكن حصول اجازة منه فقد تحقق اجازة البايع الفضولى من دون اجازة المشترى الاول. فلو كان الثانى علة للاول لما تخلف عنه فقد يجيز البايع الفضولى البيع الذى صدر عنه اولا ويستحق المشترى الاول للمال، ولا يجيز للمشترى الاول بيع المالك الاصلى.

وان كان المراد انه على تقدير اجازة المشترى الاول ايضا كل منهما يتوقف على الاخر .[ففيه انه] لااستحالة فيه. اذ هو دور معى وعليته من احد الجانبين واستلزام من الاخر. فلايلزم اعجوبة ولامحال.

وقد يستدل على البطلان: بان المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه، فعل ما هو من لو ازمهما. ولما باع ماله على الفضولى بالعقد الثانى، فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن. وهو لايجامع صحة العقد الاول. فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول- حيث وقع العقد فى ملكه- وتملك المشترى الاول للثمن الثانى، ويبقى المبيع ملكا للفضولى بما بذل من الثمن. فلايخرج عن ملكه الا بعقد جديد. واذ تبين عدم مجامعة العقد الثانى مع صحة العقد الاول لزم ان يكون فسخا له، وان لم يعلم بوقوعه. فلايجدى الاجازة المتاخرة عنه. وبالجملة: حكم عقد الفضولى قبل الاجازة كساير العقود الجايزة، بل اولى منها. فكما ان التصرف المنافى مبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولى.

اقول: ولعل مراده من «اللوازم» ، اللوازم المختصة . والا فقد يكون اللازم اعم. [و] قوله «وهو لايجامع صحة العقد الاول» ان اراد الصحة الحاصلة بسبب اجازة المالك، فهو كما ذكره. لكن المفروض خلافه. فان الكلام فى تصحيحه باجازة البايع الفضولى بالاشتراء عن

١: وفى النسخة: ان المراد.

المالک. لا باجازة المالک. وان اراد مطلق الصحة، حتی ما حصلت باجازة البایع الفضولی بعد تملکه، فهو اول الدعوی.

ویظهر من ذلک مافی قوله «فانها یقتضی تملک المالک للثمن الاول» یعنی ان صحة العقد الاول یقتضی ذلک، فان اقتضائه ذلک انما هو اذا حصل الصحة باجازة المالک. وهو خلاف الفرض.

والتعلیل بأنه وقع العقد فی ملکه ایضا غیر تمام. لما عرفت سابقا من امکان وقوع العقد فی ملک شخص، والاجازة المصححة فی ملک المالک المتأخر. وقوله «وتملک المشتری الاول للثمن الثانی»: لا یخفی أن مقتضی صحة العقد الاول (علی ماذکره) تملک المشتری الاول للمبیع. لا للثمن الثانی. الا أن یکون مراده اذا اجاز المشتری الاول البیع الثانی. فکان علیه ذکر «الاجازة». ولعله من سهو القلم.

قوله «واذ تبین...» یعنی اذ تبین -أن مقتضی عقد المالک الثابت القاطع علی الفضولی، مالکیة المالک للثمن الثانی ومالکیة الفضولی للمبیع جزما. وهولا یجامع کون الثمن الاول للمالک و المبیع للمشتری الاول لتضادهما- لزم أن یکون البیع علی الفضولی فسخا للبیع الاول وان لم یعلم بوقوعه. [و] فیه أن کون ذلک فسخا مع عدم العلم محل نظر. بل نقول کونه فسخا مع العلم مطلقا، ایضا ممنوع. فلامانع من أن یجری الفضولی عقد البیع ویجیئ عند المالک ویقول «أنا أجریت الصیغة فضولا لأشتری منک و أجیزه لنفسی» فیقول «نعم بعتکها وامضی وأجز البیع لنفسک.

والقول بأشتراط أن یکون البیع الفضولی نیابة عن المالک، ممنوع. لما بیناه فی الغاصب والجاهل. فهذا ایضا عهد من العهود الموثقة وداخل فی عموم «او فوا بالعقود» کما بیّنا. والحاصل: ان المسلم فی البطلان، هو ماصرح المالک بالفسخ. وبدونه یحکم بالصحة. ولا منافات بین الحکم بالصحة بسبب الاجازة المتأخرة، وعدم حصول الصحة فی العقد الاول لعدم اجازة المالک.

قوله «فکما أن التصرف المنافی مبطل....» فیه أن المسلم من الابطال هو مع صورة العلم. فان وهب احد شیئا لغیر ذوی رحمه بلاعوض ونسی ذلک. ثم وهبه لغیره ففی الحکم

بالبطلان، نظر. فلايتم فى الفضولى فى صورة عدم العلم ايضا.

فأن قلت: هذا يستلزم بقاء حكم الفضولى ولو حصل الفسخ الف مرة من المُلاك المتعاقبة على المبيع. لصحة أن يقال انه انما الفسخ بالنسبة الى المتقدم ويبقى حكمه بالنسبة الى المتاخر. وهو اجنبى بالنسبة الى الاحكام الشرعية.

قلت: هذا محض الاستبعاد. ولا يلزم منه محال عقلى ولا شرعى. مع انا ذكرنا أن ذلك فى حكم عقد جديد. فهو فى معنى أن يقول المالك الذى جاء بعد الف مالك «انى رضيت أن يكون هذا المبيع لمن عقد له الفضولى ويكون الثمن الذى عقد عليه مالى» ويصير بذلك من العهود الموثقة ويدخل تحت عموم «اوفوا بالعقود».

وقديستدل ايضا:[1] بأنا حيث جوزنا بيع غير المملوك (مع انتفاء الملك ورضاء المالك والقدرة على التسليم) اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز. لأنه البايع حقيقة. والفرض هنا عدم اجازته. وتوجيهه ان فى الفضولى المعروف لا بد أن يكون من وقع عنه العقد مالكا وقادرا على التسليم حين العقد و راضيا حين الاجازة بوقوع العقد السابق، فى زمان وقوعه. لأقامة الشارع ذلك مقام رضاه حين العقد، حيث كان الامر اليه فى الحالين. واما تجدد الملك والقدرة على التسليم بعد العقد، فلايكون محدثا. كما لو باع مباح الاصل، او مالا يصح تملكه، او الابق. ثم تجدد الملك والقدرة، لم يصح اجماعا.

و كذلك صدور الرضا بالعقد السابق فى زمانه، ممن لم يكن له تسلط على المال فى ذلك الزمان اصلا، لايجدى.

اقول: غاية مايثبت من ذلك - على فرض التسليم- هو عدم كون ذلك من الفضولى المعروف. وغرضنا اثبات صحة العقد وان لم يكن من باب الفضولى المعروف، كبيع الغاصب والجاهل. للعمومات وساير الادلة مع ان اشتراط قدرة التسليم للمالك حين العقد الفضولى المعروف ايضا ممنوع. اذ قد يبيع المغصوب بعنوان الفضولى المعروف ويجيز المالك بعده والاجازة فى معنى القدرة على التسليم. كما ان البيع على الغاصب بمافى يده بالبيع اللازم

١: أى وقد يستدل على البطلان ايضا.

صحيح. فأن البيع عليه بمنزلة القدرة على التسليم، وان كان غير قادر عليه بدونه.

ومن جميع ماذكرنا فى هذا المقام، ظهر مافى الاستدلال على بطلان مالو باع مال الغير فضولا ثم ذهب يشتريه، بأنه بيع مال الغير لنفسه. وهو باطل. اذ عرفت انه لا دليل على بطلانه لصدق البيع عليه عرفا، سيما بملاحظة حكم الغاصب واخواته، وعرفت توجيه معنى الاجازة و تطبيقه على ما نحن فيه.

وقد يستدل عليه بالروايات:[1] مثل مارواه الكلينى والشيخ فى **الصحيح** عن يحيى بن الحجاج «قال: سئلت عن أبى عبدالله -ع- عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها اربحک كذا وكذا. قال: لا بأس بذلک، اشترها ولا تواجبه قبل ان يستوجبها، او تشتريها»[2].

وما رويا عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالدبن الحجاج «قال: قلت لأبى عبدالله -ع-: الرجل يجيئنى فيقول اشتر لى هذا الثوب اربحک كذا وكذا. قال: ليس ان شاء ترک وان شاء أخذ (؟). قلت: بلى. قال: لا بأس، انما يحلل الكلام ويحرم الكلام»[3]. والمراد بالكلام عقد البيع فأنه يحل نفيا ويحرم اثباتا، أو يحل ثانيا ويحرم اولا. اذ المراد أن الكلام الذى جرى بينهما قد يحلل وقد يحرم بحسب اختلافه. فان كانت بطريق الالتزام، حرمت المعاملة بذلک. وان كنت بطريق المراضات من دون الزام (وانما يحصل الالزام بعد شراء البايع بعقد مستأنف) كانت حلالا.

و ما رواه الشيخ فى **الصحيح** عن محمدبن مسلم، عن ابى جعفر -ع- «قال سئلته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى اشتريه منک بنقد أو بنسيئة. فأبتاعه الرجل من اجله. قال ليس به بأس، انما يشتريه منه بعدمايملكه»[4]. ومارواه فى **الصحيح** عن منصور بن حازم عن ابى عبدالله «فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتريه منه. قال: لا بأس بذلک، انما البيع بعدما يشتريه»[5].

١: اى ويستدل على البطلان بالروايات.
٢و٣: الوسائل : ج ١٢، ابواب احكام العقود، ب ٨ح١٣و١٤.
٤و٥:المرجع،ح٦و٨.

اقول: فلنذكر هنا رواية يستعان بها على الجواب عن تلك الاخبار. وهى ماروا ه الكلينى فى **الحسن كالصحيحة** عن عبدالرحمن بن الحجاج «قال : قلت لأبى عبدالله -ع-: الرجل يجيئنى يطلب المطاع فأقاوله على الربح، ثم اشتريه فأبيعه منه. فقال: اليس ان شاء أخذ و ان شاءترك(؟). قلت: بلى.قال: لا بأس به.فقلت: ان من عندنايفسده.قال:ولِمَ(؟).قلت:قدباع ماليس عنده. قال: فمايقول فى السلف قد باعه صاحبه ماليس عنده (؟). قلت: بلى. قال: فانما صلح من أجل انهم يسمونه سلما. ان أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه»[1]. والظاهر أن المراد من قوله -ع- «تجده» تقدرعليه وان لم يكن عندك.

وهذا القيد انما هو فى «الحال» لعدم اشتراط ذلك فى «السلم».

قال فى الوافى: ويستفاد منه ومما فى معناه جواز بيع ماليس عنده اذا كان مما يقدر عليه عند البيع حالا كان او سلما. فما يوهم صدر الخبر (ومافى معناه) من تقييد الجواز بما اذا لم يوجب البيع، ينبغى حمله على التقية، أو الاولوية، أو تخصيصه بالمرابحة. ويؤيد الاول نقل صريح الحكم به عن ابيه (ع) وشهرة خلافه عن العامة ح. انتهى كلامه، ولا بأس به.

وعلى هذا فنقول: اما الرواية الاولى: فان كان المراد من اسم الاشارة انشخص المعين، كما هو الظاهر. فوجهه انه لا يجوز بيع مال الغير مع المواجبة والالتزام، مع العلم بأنه مال الغير، وان جاز البيع فضولا مترقبا للاجازة. واما انه لا يصح البيع فضولا مع لحوق الاجازة، فلا دلالة عليه اصلا. غاية الامر كونه منهيا عنه. وهو لا يدل عل الفساد.

وان كان المراد النوع من الثوب والدابة، فالجواب هو مانقلنا عن الوافى. ومنه يظهر الجواب عن ساير الاخبار.، فلاحاجة الى الاعادة. مع ان تلك الاخبار لادخل لها فى مانحن فيه. اذ كلامنا فى الفضولى وهولا يتحقق الا فى الشخص المعين من المال. والمراد من تلك الاخبار البيع فى الذمة، وهو كلى.

وهذا كله اذا اجاز المالك. واما كفاية الشراء فقط من دون الاجازة بعده، فالظاهر انه

١: المرجع،الباب ٧ ح٣.

لااشكال فى عدم الكفاية. وقد بينّا سابقا أن كون الشراء ابلغ من الاجازة عن المالک، ممنوع. بل مساواته ايضا.

فأن قلت: ان هذا ايضا عهد موثق، حيث انه باعه بعنوان الالتزام. غاية الامر انتفاء الملكية وقد حصلت بشرائه من المالک، فيدخل تحت العموم.

قلت: ان باعه للمالک، فهو متزلزل وموقوف على اجازته. والمفروض عدم الاجازة منه، فأين الايثاق. وان باعه لنفسه، فلا دليل على صحة بيع مال الغير لنفسه. وانما صححنا بيع الغاصب بسبب اجازة المالک لالمجرد انه باع مال الغير. وان كان بعنوان الايثاق والمفروض فى مانحن فيه عدمها، لا من المالک الاصلى و لا من البايع بعد الاشتراء. والاخبار المانعة عن بيع مالا يملک منزلة على ذلک. و كذلک الكلام، ان باعه غير قاصد لمالكه ولا لنفسه، بل يريد صورة ايقاع البيع فى غير ملكه، ليثمنه بحصول الملكية لنفسه بالاشتراء بعد ذلک.

وأما مايظهر من كلام العلامة فى **التذكرة** من الاجماع على البطلان حيث حمل الاخبار المانعة على ما اذا باع عن نفسه ويمضى ويشتريه من مالكه. لانه (ص) ذكره جوابا لحكيم بن حزام حين سئله عمن يبيع الشئ فيمضى فيشتريه ويسلمه. وقال (ص) انّ هذا البيع غيرجايز[1] ولا نعلم فيه خلافاً. و لعلّ مراده ايضاً مالو لم يلحقه الاجازة بل اكتفى بمحض‌الاشتراء. والظاهر وجودالمخالف والقول بالصحة معالاجازة، كما حكى عن ظاهر **الدروس** والصميرى والمقداد. وقداشرنا من استشكال بعضهم ايضاً. بل احتمال الصحة بمجردالاشتراء بعدالبيع فضولاً. كما جعله التحقيق فى **الايضاح**. على القول بصحة الفضولى. فالاظهر الصحة معالاجازة بعدالاشتراء. و عدمها بدونها.

تذييل: اذا عرفت ان الاقوى فى صورة تملک الفضولى للمبيع بعد العقد، احتياجه الى الاجازة. فأعلم: ان الاقوى ايضا، ان ظهور الملک بعد العقد، ايضا حكمه ذلک، وله فروع كثيرة: **منها:** ما لو باع مال ابيه بظن الحيوة، فظهر انه كان ميتا وكان ملكه ح. فقيل بالصحة، بمعنى كونه لازما غيرمحتاج الى الاجازة. وقيل انه صحيح، بمعنى كونه فضوليا محتاجا الى

۱: صحيح‌الترمذى: باب ماجاء فى‌كراهية مالِيس عندک.- سنن ابى‌داود: باب: فى‌الرجل يبيع ماليس عنده.

الاجازة. وقيل بالبطلان. والاول هو مختار المحقق فى **الشرايع** والعلامة فى جملة من كتبه.

وربما يظهر منه فى - كتاب الهبة من- **القواعد** انه اجماعى. حيث قال «واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة، وصح لا معه، على رأى. ولو كانت فاسدة صح اجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه، او اوصى بمن [1] اعتقه وظهر بطلان عتقه، فكذلك». ومثله عبارة **الارشاد** الا فى ذكر الوصية. ولكن يظهر من كلامه فى مسائل السبيع ان فيه خلافا. حيث قال «فالوجه الصحة». وكيف كان فدعوى الاجماع مشكلة، سيما اذا أراد بها اللزوم.كما فسرها ولده و المحقق الثانى وغيرهما. فالعمدة بيان المأخذ والدليل.

والقول الثانى للمحقق الثانى والشهيدالثانى. و عن الشهيد انه مختار ابن المتوج، وهو الاقوى.

والقول الثالث، لم أقف على قائل به. نعم جعله فى **الايضاح** احتمالا، ونقل الأحتمال عن **نهاية** العلامة ايضا.

حجة الاول: حصول الشرط المعتبر فى اللزوم. وهو انه عقد وقع من اهله فى محله. وان المعتبر هو قصد المالك للبيع فى ماله، وقد حصل. فالبيع مقصود على ماله، فيصح. وفيه انه لم يقصدالبيع اللازم،بل انما قصدبيع مال غيره فضولا. فلايتمالاجازة ونحن لا ننكره.

وبالجملة:«العقودتابع للقصود».والذىقصده هوكونه بيع مال الغيرموقوفا على الاجازة. واما بيعه عن نفسه، فلم يقصده. ومطلق قصد البيع لاينفع فى قصد نوع منه. سيما اذا قال «انى لم اقصد بيع مالى» بل لو قصد احد انواعه لايكفى فى قصد نوع آخر. لتباينها.

ولعله نظر فى **الايضاح** الى هذا، حيث قال «ولما اعتبر القصد فى اصل المبيع ففى احواله اولى» وتوضيحه ان البيع اذا كان مدلوله معلوما معينا ولم يلحقه القصد الى المدلول كأنها زلّ. والمكره لايكفى مع عدم الاشتباه فى المدلول. وفى ما اشتبه المدلول ايضا، بسبب تعدد الانواع، والقصد هنا أولى بالأعتبار لكون المدلول والمقصود كليهما مجهولا. فمراده بالاحوال، الانواع.

١: وفى النسخة: من اعتقه.

وحجة الثانى: هو ماذكرنا فى رد حجة الاول. مضافا الى مابيّناه سابقا من كفاية الاجازة فيما لو ملك الفضولى المبيع بعد العقد. بل هنا اولى بالصحة لتحقق الملك حال العقد. مع انه ليس بأقل من بيع الغاصب، وقد بينّا صحته بالاجازة.

وحجة الاحتمال الثالث: انه انما قصد نقل الملك عن الاب لاعنه. ولأنه وان كان منجزا فى الصورة، فهو فى المعنى معلق. والتقدير «ان مات مورثى فقد بعتك». ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لأعتقاد ان المبيع لغيره. هكذا ذكر فى الايضاح. وفيه ما فى الاول، فأن ذلك هو معنى الفضولى، وقد اثبتنا صحته موقوفا. واما الثانى، ففيه انه خلاف المفروض، و مناقض للأول. نعم ان فرض هكذا فله وجه اذا ابطلنا مطلق التعليق فى العقود. واما الثالث، ففيه مع ورود المنع الواضح، انه مناقض للأولين.

ومنها: ما لو باع الواهب الموهوب فى الهبة الجايزة، كالهبة الغيرالمعوضة للأجنبى. ففيه قولان: البطلان، بمعنى عدم اللزوم، لا عدم قابليته للاجازة ايضا، وهو مختار **الشرايع**، و دليله انه بيع وقع فى ملك الغير. وليس مسبوقا بالفسخ حتى يرد البيع على ملكه وان قلنا ان البيع فسخ كما نقل الاتفاق عليه، فغاية الامر ان البيع سبب لفسخ الهبة، فقبله لافسخ وبعده لا بيع. فالبيع سابق على الملك ولم يقع فى الملك. والصحة. وهو مختار العلامة فى **القواعد** و ولده فى **الايضاح** والشهيد الثانى. وقد يستدل عليه بوقوع الفسخ والبيع بتحقق واحد. والمفروض ان الفسخ يحصل بالعقد اتفاقا، فلوكان فاسدا لم يؤثر فى الفسخ. وهو فى غاية الضعف اذ الدلالة على الفسخ لا يستلزم الصحة. بل كل مادل على الفسخ يكفى.

وقد توجه الصحة بأن العقد كاشف عن سبق الفسخ، لأن المعتبر فيه هو الرضا الباطنى، واللفظ دال عليه، فوقع البيع بعد الفسخ. ولامنافاة بين كونه بيعا و دالا على الفسخ السابق. وله وجه. وذكر **فى الايضاح** وجها آخر، وهو انه يؤول جزء منه بتفسخ الهبة فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد. ولعله مبنى على المسامحة فى الفاظ البيع. او مراده ايضا هو التوجيه السابق.

وقد ذكر فى **المسالك** وجها آخر للصحة. وهو انه اذا تحقق الفسخ بهذا العقد

انتقل العين الى ملك الواهب، وكان العقد بمنزلة الفضولى وقد ملكها من اليه الاجازة فلزم من قبله، كما لو باع ملكه غيره ثم ملكه، او باع فأرهنه ثم فكه ونحو ذلك. واولى بالجواز هنا. لأن بايع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له. بخلاف هذا، فأنه قاصد للبيع مطلقا. اقول: قد عرفت انه لا يصح، الا بالاجازة. ونقل فى **الايضاح** عن **المبسوط** بطلان البيع. وكأنه ناظر الى بطلان الفضولى مطلقا.

هذا كله اذا كانت الهبة جايزة و اما ان كانت لازمة، فلايصح بعنوان اللزوم جزما. نعم يقف على الاجازة، على الاصح. واما ان كانت الهبة فاسدة، فقد عرفت دعوى اجماع العلامة على الصحة، وهو على الاطلاق، مشكل، بل لا بد من التفصيل بصورة العلم بالفساد، وعدمه. فيحكم بالصحة فى صورة العلم. وبعدمها بعنوان اللزوم فى صورة الجهل. ونسب فى **الكفاية** الصحة فى صورة الجهل الى المشهور ولم ينقل خلافا فى صورة العلم.

قال فى المسالك: وجه الصحة فى الجميع -أى فى الهبة اللازمة والجايزة ومع العلم بالفساد و عدمه- وقوع العقد من مالك جايزةالتصرف. فيكون صحيحا. ثم قال «ويحتمل العدم -أى عدم الصحة- على تقدير عدم علمه بالفساد. لأنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصود». بل ويظهر منه احتمال عدم الصحة فى صورة العلم بالفساد ايضا حيث قال «ويجوز على تقدير علمه بالفساد ان لا يبيع وانما اقدم على بيع مال غيره بزعمه» يعنى يجوز أن لا يكون مقصوده البيع اللازم من قبل نفسه بل يكون مقصوده بيع ماهو مال الغير بزعم ذلك الغير -وهو المتهب- لغرض من الأغراض. ويمكن أن يكون الضمير المجرور فى «زعمه» راجعا الى البايع. يعنى يجوز مع العلم بأنه ماله أن لا يبيع العين الموهوبه عالما بانها هى، بل اشتبهت عليه وزعم أنها مال غيره، وباعها ثم ظهر انها هى. ثم قال «فمجرد ايقاعه البيع أعم من قصده اليه على تقدير علمه بملكه وعدمه. والعام لا يدل على الخاص. فالقصد الى البيع على تقدير كونه مالكا مشكوك فيه. فلايكون العقد معلوم الصحة».

اقول : يعنى ان على فرض العلم بملكه يحتمل ان يكون اقدامه على البيع، على وجه

مال غيره بزعمه. وعلى فرض الجهل فلم يبع مال نفسه. لبنائه على انه مال غيره.

ثم اجاب عن ذلك بما حاصله ان اللفظ الصريح كاف فى حمله على القصد فى العقود الشرعية، الا مع القرينة على خلافه، كما فى المكره والهازل. فيصح البيع فى صورة العلم **بالفساد** ، **وهو** جيد.

واما فى صورة الجهل بالفساد، فلايدفع لما ذكره من عدم الصحة. الا ان يجيز بعد ظهور الفساد، على ماحققناه سابقا، الا ان يكون الصحة اجماعية كما يظهر من **القواعد.**

ومنها: مالو باع مال الغير، ثم ظهر ان وكيله اشتراه له قبل البيع، والكلام فيه كما تقدم، واما لو اوصى بعبد -اعتقه- لاحد ثم ظهر فساد العتق، فيظهر مما نقلنا عن القواعد سابقا كونها اجماعية. وافتى به المحقق فى **الشرايع** بدون اشكال. واستشكل فى **المسالك** بما مر، وزاد عليه ان فى مانحن فيه -وهو الوصية- كالهازل والعابث، حيث انه يعتقد العتق ومع ذلك يوصى به للغير. ولا ريب انه فى ظاهر الشرع اتى بما هو غير صحيح فى الظاهر. بخلاف بيع مال الغير، فانه فى الظاهر بيع صحيح، غاية الامر كونه متزلزلا بالنسبة الى المالك. وقال: ان القول بتوقفها على تجديد اللفظ يدل على [ان] امضائها متعين، وهو فى الحقيقة فى قوة وصية جديدة، ويكفى فيها كل لفظ دل عليه، **والامضاء** من جملتها، ولاينحصر فى لفظ مخصوص، وهو كما ذكره. والله العالم باحكامه.

١٦٩ - سؤال: هل يجوز لمن باع سلعته من غيره، ان يشترى منه؟ وان جاز فهل يجوز مع شرط ذلك فى ضمن العقد؟ وهل فى ذلك فرق بين ماكان بيع المتاع حالاً، او مؤجلا-؟ وبين كون البيع الثانى حالاً، او موجلاً-؟. وفى خصوص بيع النسيئة، بين كون البيع الثانى قبل انقضاء الاجل وبعده بجنس الثمن وغيره بزيادة او نقصان، اولا-؟-؟.

جواب: الظاهر انه لاخلاف بينهم فى بطلان البيع مع الشرط مطلقا. ويظهر من الشهيد الثانى، التردد فيه. حيث قال «مستنده غير واضح». واما بدون الشرط، فالظاهر ايضا عدم الخلاف من جوازه فى الحال. وانما الخلاف فى النسيئة. فالمشهور فيه ايضا الجواز،وقيل لايجوز بيعه بعد حلول الاجل بزيادة عن ثمنه الاول. او نقصان عنه. مع اتفاقهما فى الجنس، **فههنا** مقامات:

الاول: بطلانه مع الشرط. (ومرادهم هنا اعم من الحال والنسيئة. كما صرح به فى **الروضة و المسالک** وان كان عنوان المسئلة وبعض كلماتهم مختصا بالنسيئة. ووجه التخصيص، ان مراد المخصص بيان الخلاف الواقع فى النسيئة فعقد المبحث له). واحتجوا عليه بوجوه:

منها: استلزامه للدور، كما حكى عن **التذكرة** ولايحضرنى التذكرة. **وتقريره** فى ما حضر عندنا من الكتب لا يخل عن اغلاق واجمال اوفىٰ العبارات ببيانه والرد عليه، ماذكره فى **الروضة** فلنقصر عليها. قال: لان بيعه له يتوقف على ملكيته المتوقفة على بيعه. قال: **وفيه** ان المتوقف على حصول الشرط، هو لزوم البيع. لا انتقاله الى ملكه. كيف لا واشتراط نقله الى ملک البايع من المشترى مستلزم لانتقاله اليه. غايته ان تملک البايع موقوف على تملک المشترى. واما ان تملک المشترى موقوف على تملک البايع فلا، ولانه وارد فى باقى الشروط. خصوصا **لوشرط** بيعه للغير، مع صحته اجماعا، واوضح لملک المشترى مالو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل. لتخلل ملک المشترى فيه.

اقول: الظاهر ان مراده من تقدير الدور (بالنظر الى سياق كلامه-ره- حيث جعل لزوم الدور دليلا على بطلان البيع الاول) ان بيع البايع بسبب اشتراطه ببيع المشترى له يتوقف على ملكية المشترى للمبيع. وملكية المشترى له موقوف على بيع البايع. اذ لم يكن ملكا له قبل البيع فيصير بيع البايع موقوفا على بيع البايع. ويمكن ان يكون مراده ان بيع المشترى للمبيع موقوف على ملكية المبيع له. و مكيته له موقوفة على بيع البايع. لانها انما تحصل من جهة بيع البايع. وتتمة بيان الدور مطوية، وهى ان يقال: فاذا كان بيع البايع مشروطا بان يبيعه المشترى ثانيا -كما هو مفروض المسئلة- فيلزم الدور. والحاصل: ان بيع المشترى معلول لبيع البايع ولولاه لم يصح بيعه ولم يتحقق حقيقته. فاذا كان بيع البايع مشروطا ببيع المشترى، فيلزم ان يكون معلولا له فبيع **المشترى** معلول لبيع البايع وبيع البايع ايضا معلول لبيع المشترى. وهذا هو الدور. ويمكن ان يرجع الضمير فى «بيعه» الثانى ايضا للمشترى. لانه مالم يقبل البيع، لا يبيع، فبيع المشترى موقوف على ملكيته الموقوفة على بيعه الذى صار سببا لبيع البايع. ولا يخل عن بعد.

وكيف كان فمثال الجميع الى امر واحد.

واما مراده من قوله -ره- «وفيه ان المتوقف...» فى تقرير الرد، فهو ان بيع المشترى من البايع من جملة الشروط المذكورة فى ضمن العقد. وليس معناه الشرط التعليقى المناسب للعلية. فهو بيع وشرط. لا بيع بشرط، وغاية الامر فى الشروط المذكورة فى ضمن العقد حصول الخيار للمشروط له، اذا لم يتحقق الشرط. فلزومه مشروط. بحصوله. لا تحققه. فنقول ان توقف وجود بيع المشترى على بيع البايع مسلم. ولكن توقف وجود بيع البايع وصحته على بيع المشترى، ممنوع. بل المتوقف عليه انما هو لزومه. فلادور. وانما يلزم الدور لو اريد بالشرط، التعليقى. وهو فى معنى السبب المصطلح. وتوضيحه: ان صحة بيع المشترى لهذا المبيع معلق وموقوف على تحقق بيع البايع، فاذا جعل بيع البايع ايضا معلقا على بيع المشترى فهذا هو الدور.

وقوله «كيف لا ....» يعنى كيف لا يكون المتوقف على حصول الشرط، لزومه. والحال ان الانتقال الى المشترى مفروغ عنه. لأن معنى اشتراط بيع المشترى منه، ان ينقل المشترى المبيع اليه، وهو لا يصح الا بعد تحقق الانتقال اليه. اذ لا معنى لنقل ماليس بملكه الى البايع. فهذا قرينة على ان مراد البايع الشارط من قوله «بعتك هذا بشرط ان تبيعنى اياه»، ان تنقله الى بعد مابعته منك ونقلته اليك. لا، ان تنقله وان لم ينتقل اليك. فلامجال لحمل كلامه على الشرط التعليقى المستلزم للمحال، بل يجب حمله على الشرط الذى يذكر فى ضمن العقد. فلاوجه لما قد يورد على الشارح بان الاشتراط المذكور باطل عند المستدل الذى اورد الدور. لانه عند اشتراط [النقل ممنوع][1]. فلاوجه للاستناد اليه. لان البطلان عند المستدل مبنى على فهمه من الاشتراط الصادر عن البايع، من حمله على التعليق. ومراد الشارح التنبيه على ان هذا الفهم غلط.

قوله -ره- «غايته ان تملك البايع موقوف...». توضيحه: انه لما منع توقيف النقل

١: وعبارة النسخة: عند اشتراط الحمل محال.

والانتقال فی هذا البیع المشروط، علی شرط -بل المسلم هو توقیف لزومه علی شرط تعلیقی- تفطن لاحتمال ان یورد الدور ویثبت التوقیف فی النقل والانتقال بوجه آخر. وهو انه علی فرض کونه من باب الشرط فی ضمن العقد، لا التعلیق، واندفاع الدور من جهة التعلیق فی العقد الاول. لکنه یمکن ان یقال ان تملک البایع ثانیا، بعد حصول النقل منه اولاً، متوقف علی تملک المشتری وتملک المشتری ایضا موقوف علی تملک البایع. اذ **لولاه لما** حصل الملک للمشتری، فلاینفک هذا البیع عن الدور، وان کان ذلک من جهة ملاحظة الشرط فی ضمن العقد، فیثبت البطلان.

واجاب عنه بان غایة الامر ثبوت توقف تملک البایع بالبیع الثانی علی تملک المشتری، ولکن تملک المشتری لا یتوقف علی تملک البایع. بل انما هو متوقف علی مالکیة البایع وبیعه فی اول الامر فلادور اصلا.

قوله -ره- «ولا نه وارد فی باقی الشروط» عطف علی قوله «ان المتوقف علی حصول الشرط هو لزوم البیع» والاولی حذف کلمة «اللأم» **لیصیر** مدخولا لکلمة «فیه»[1]. وهذا جواب عن الدور علی سبیل النقض. وبیانه ان هذا الکلام وارد علی سایر الشروط [ایضا]. خصوصا فی شرط بیعه للغیر، مع انه اجماعی، اذ صحة بیعه للغیر متوقف علی تملک المشتری، وتملکه موقوف علی بیع البایع. فاذا کان بیع البایع ایضا موقوفا علی بیع المشتری المتوقف علی تملکه جاء الدور. والجواب مامر.

قوله -ره- «**واوضح** لملک المشتری....» توضیح لکل ماذکرفی رد الدور من الحل والنقض، الذی مرجعه الی شئ واحد. وهو ان شرط بیع المشتری انما هو من باب الالزام والالتزام لفعل یفعله المشتری فی ماله بعد انعقاد البیع وترتب ثمرته. ولیس بتعلیق شئ علی شئ. وقال اوضح الامثلة فی ذلک بعد ثبوت الملک للمشتری هو مالو جعل الشرط بیع المشتری من البایع بعد الاجل. فانه یظهر منه انه قبل حلول الاجل مال

۱: و کان الاولی للمصنف (قدس سره) ان یعبر بلفظ «داخلاً» بدل «مد خولا». ویبدل کلمة «اللام» فی «الکلمة» بکلمة «فی». لانه ان کان مراده منه الاصطلاح الادبی، فلیس لکلمة «فیه» مدخول. و ان کان مراده انه فقرة من الفقرات المذکورة بلفظة «فیه»، فهو داخل فی فقراتها. لامدخول لها.

المشترى، سواء كان المراد من الاجل، اجل النسيئة، كما هو مفروض المسئلة فى عبارة **اللمعة.** او [كان] المراد[1] اجل ما، ولو كان فى البيع الحال. فان ذلك كاشف عن تخلل ملك المشترى بين البيع الاول والثانى.

فانه اوضح فى افادة وقوع البيع الثانى بعد حصول الملك، مما اطلق الشرط ولم يقيده بما بعد الاجل.

واما لو شرط بيع المشترى (من البايع بعد البيع الاول) بلافصل. فيبطل، سواء قلنا بلزوم الدور، او لم نقل. وقد صرح بالبطلان فى هذه الصورة فى **المسالك** فى احكام بيع المرابحة. فان المحقق (ره) بعدما ذكر بطلان شرط بيع المشترى من البايع فى مبحث «بيع النسيئة» قال فى مسائل احكام بيع المرابحة «ولوكان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز» وقال فى المسالك «قد تقدم الكلام فى ذلك وفى علله، وانها كلها مدخولة». ومراده ماذكر من ابطال الدور وغيره. ثم قال «وضمير -لم يجز- ينبغى عوده الى البيع ليقع باطلا، كما هو الواقع، لا الى الشرط، فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد. وانما يبطل لو كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بلافصل. فلو شَرَطَ بيعه بعد مدة، او اقالته فيه بعدها. صح».

اقول : انه -رحمه الله- لما استفاد من كلام المصنف والجماعة بطلان البيع بهذا الشرط، قال فينبغى ان يعود الضمير الى البيع ليوافق مطلبه. واما لو عاد الضمير الى الشرط، فهو فى قوة كبرى كلية. وهى ان كل شرط غير جايز فهو مبطل للعقد. وليس كذلك اذ قد يبطل الشرط ولا يبطل العقد، كما فى كثير من مسائل النكاح. فلايمكن الاستدلال بعدم جواز الشرط على بطلان المشروط. الذى هو مراده بعنوان الكلية، نعم، اذا شَرَط ان يبيعه بلافصل، فهو مستلزم لبطلان العقد. لانه شرط مخالف لمتقضى العقد. لانه مفوت للقدرة على التسليم، بل التمكن من التصرف منه والانتفاع من المبيع، فالشرط من حيث هو موجب لبطلان العقد. مع قطع النظر عن كونه منفيا عنه ام لا ،

١: وفى النسخة: اذ المراد.

بخلاف مالو شَرَط البيع بعد المدة، او اقالته فيه بعدها، فانهما لا ينافيان صحة العقد، وان فرض كونهما غير جايزين. فبطلان العقد، ح يحتاج الى دليل خارجي.

ومن جميع ما مرّ يظهر ان مراده من قوله «فلو شرط بيعه بعد مدة، او بيعه لغير البايع» ليكون بيان الشرط الصحيح -مطلقا او بيعه من البايع- بناءً على هذا. (حيث ابطل دليل البطلان من الدور وغيره) لا على مذاق المحقق والجماعة.

ثم انه قد يعترض على ابطال الاستدلال بالدور -بان هذا الشرط، شرط اللزوم لا الصحة حتى يلزم الدور- بان الظاهر من الشرط هو شرط الصحة واصل تحقق العقد. واما النقض بشرط العتق ونحوه، فانما خرج بالاجماع على صحته. لا انه من باب شرط اللزوم. كما انه يمكن ان يقال البطلان فى مانحن فيه اذا شرط البيع والنقل الى البايع بعد انتقاله الى المشترى انما هو للاجماع لا للزوم الدور. وكذلك على لزوم عدم القصد الى الاخراج ، بانه انما يتم فى صورة التعليق الذى هو الظاهر من مرادهم، لا من صورة شرط اللزوم.

وحاصل كلام المعترض يرجع الى المستدلين بالدور وبعدم حصول القصد الى الاخراج، انما ارادوا فى صورة التعليق. وان كانوا قائلين بالبطلان فى صورة اشتراط البيع ثانيا، بعد الانتقال من باب شرط اللزوم ايضا بدليل آخر من اجماع وغيره. وانت خبير بانه ينافى اطلاق كلامهم، والدليل ح اخصّ من المدعى. مع ان الاهم بيان دليل بطلان شرط اللزوم، وليس مذكورا فى كلامهم.

ومنها: [1] عدم حصول القصد الى نقله عن البايع. وتوجيهه ان البيع عبارة عن نقل الملك الى آخر بعوض معلوم. وهذا النقل المشروط بنقل المشترى اليه ثانيا، ليس بنقل حقيقى.

و رُد بان المفروض حصول القصد الى نقله الى المشترى وانما عرض القصد الى نقله الى البايع بعد النقل الاول، بل شرط الى البايع مسلتزم لقصد النقل الاول (نظير ما مر فى الوجه الاول) والا لم يتحقق النقل الثانى، لتوقفه عليه. ومثال الكلام فى هذا الوجه

١: عطف على اوائل المسئلة **المبحوث** عنها، حيث قال: فهيهنا مقامات: الاول: بطلانه مع الشرط..... واحتجوا عليه بوجوه: منها...

وجوابه، الى ماحققناه فى الوجه الاول، وهو ان هذا من باب اشتباه الشرط المذكور فى ضمن العقد، بالشرط بمعنى التعليق، والمفروض فى مانحن فيه، هو الاول. لا الثانى.

ويزيد عليه النقض بانهم اتفقوا على انهما لو لم يشترطا ذلک فى العقد، صح. وان كان من قصدهما اعادة المبيع الى البايع. والحال ان العقد تابع للقصد. فظهر ان قصد الاعادة الى البايع لاينافى قصد النقل منه الى المشترى، والذى يضرّ بالبيع انما هو عدم القصد الى نقل الملک اصلاً. بحيث لايترتب عليه حكم الملک.

ومنها: ماروا الحميرى فى «**قرب الاسناد**» -على ما نقله فى **الكفاية** [و] قال ولا يبعد الحكم بصحّة اسناده -عن على بن جعفر عن اخيه-ع- «قال: سئلته عن رجل باع ثوباً بعشرة دارهم، ثم اشتريه بخمسة دراهم، ايحلّ؟ قال: اذا لم يشترط ورضيا فلابأس»[1]. قال: الاّ انه فى كتاب على بن جعفر انه قال «..بعشرة دراهم الى اجل، ثم اشتريه بخمسة دراهم بنقد»[2]. اقول: الظاهر ان حجّة الاصحاب انما هو ذلک، مع عدم ظهور الخلاف بينهم. وان امكن المناقشة فى الدلالة بان مفهوم الرواية ثبوت البأس فى صورة الاشتراط. وهو اعمّ من الحرمة فضلاً عن البطلان.الاّ ان يضم اليه قرينة السّوال، فيكون المراد فى المفهوم، نفى الحلّيّة. والا لثبت الاهمال فى الجواب، وهو ينافى الحكمة. واما على ماقيل «ان [ما] يقال فيه لا بأس ففيه بأس» فالامر اوضح. فان المفهوم ح انتفاء الرخصة الموصوفة بان فيها باساً، ولا يمكن تحققها الاّ بانتفاء الرخصة مطلقا[3]. والاّ لزم ان يكون مالم يشترط فيه اسوء حالاً مما اشترط فيه. وهو كما ترى.

ولا يذهب عليک انه لايجرى هنا القاعدة المقررة من «ان السؤال غير مخصّص للجواب» فانها انما يتم فى ما اذا كان الجواب عاما يشمل السؤال. لافى مايحتمل السؤال وغيره، وسيجئ من الاخبار ما يؤيد المقام ايضا. ثم، انک قد عرفت ان المراد من

---

١ و ٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧١، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٦.

٣: اى تكليفيا كان اووضيعا. فعدم الرخصة يشمل الحرمة و البطلان معا.

و توضيحه: ان «لا» نافية للجنس فالمراد من «لا بأس» انه لاحرمة ولا بطلان. فيكون المفهوم ان المشترط فيه باس مطلقا، اى هوحرام وباطل. والا فيكون المشترط حراما ولكن صحيحا. والغير المشترط حراما و باطلا ايضا.

الشرط المبطل للبيع، هو مايذكر فى بين العقد. مثل ان يقول البايع «بعتک هذا الفرس بالمبلغ الفلانى وشرطت ان تبيعنيه»لا بمعنى التعليق.

فاعلم: انه مع حصول الشرط وذكر ذلک فالامر واضح. واما لو شرطاه قبل العقد ونسيا ذكره حال العقد، مع علمهما بانه لاعبرة بما ذكر قبل العقد. او توهّما انه يلزم بمجرد ذلک (اذا جهلا بانه لاعبرة به) مع قصدهما له فى الصورتين: فالظاهر فيهما البطلان. لانهما انما اقدما على البيع بالشرط المذكور. فهو كما لو ذكر الشرط فى بين العقد. واما لو كان الشرط من قصدهما حال العقد بدون ذكره اصلا، ففيه اشكال. ويظهر عن المحقق الصحة مع الكراهة. حيث قال «ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز. وان كان ذلک من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره». واورد عليه بانه ظاهر اللفظ اطلاق النقل ومقتضى القصد تقييده بنقل المشترى اليه ثانيا، والعقد انما يتبع القصد، ومقتضى ذلک البطلان.

واجيب: بان القصد وان كان معتبرا فى الصحة، فلايعتبر فى البطلان. لتوقف البطلان على اللفظ والقصد. وكذلک الصحة.

وفى عبارة المجيب اغلاق وتفكيک. ولكل من الاعتبارين فى كلامه معنى آخر. ففى الاول معناه ان القصد الى المدلول مما لابد منه فى الصحة، ويعتبر حصوله. وفى الثانى معناه ان القصد الحاصل لاعبرة به، ولايعتنى به بدون اللفظ.لتوقف البطلان على انضمام اللفظ اليه. وكذلک فى الصحة لابد من انضمام القصد الى اللفظ. والظاهر ان مراد المجيب المعارضة. يعنى انه اذا كان مطابقة اللفظ والقصد معتبرة، كما انک تقول ان صحة العقد متوقفة على القصد الى مدلوله. والمفروض عدمه. اذ المدلول مطلق والمقصود مقيد. فنقول ان البطلان انما هو بشرط الاعادة على البايع ونقل المبيع اليه. فكما ان اللفظ بدون القصد [1] [لايكفى] فى الصحة، فالقصد[2] الى الشرط بدون اللفظ ايضا لايكفى فى البطلان .

واعترض على هذا الجواب بان عدم الصحة الحاصل بانتفاء القصد الى المدلول، يكفى فى

---

١ و ٢: وفى النسخة: العقد.

اثبات البطلان. فلايكفى مجرد العقد. كما لا يكفى فى الساهى والهازل والغالط والمكره. فلايحتاج فى اثبات البطلان الى ذكر اللفظ.

والتحقيق:- كما يستفاد من **المسالك** ايضا- ان يقال لا بد فى العقد من القصد الى المدلول بعنوان البتّ المترتب عليه اثر الملك للمشترى، واذعان الطرفين بان المشترى لا يلزمه الاعادة. ولا ينافى ذلك وعد المشترى للاعادة ولا رجاء البايع لذلك. فلو تواطئا على ذلك قبل العقد، مع اعتقادهما بان الملك يصير ملكا للمشترى، ولا يلزمه الاعادة. ولكن اقدم البايع على ذلك بحسن ظنه بالمشترى انه يفى لوعده ويعيد المبيع الى البايع بحسن طويته. معكونه مختارا فى الاعادة وعدمه. فلا يضر كونه مقصودة فى العقد الاعادة. نظرا الى اطمينانه بالمشترى.

فظهر من هذا ان كلمة «ذلك» فى قول المحقق «وان كان ذلك من قصدهما» اشارة الى اعادة المبيع الى البايع. لا الى شرط ذلك.

وحاصل المقام: ان ماقالوا- فى مسئلة الشرط فى ضمن العقد- انه لاعبرة به اذا تقدم ذكره على العقد، مع قطع النظر فى صحة الشرط وفساده. وانه لا يفيد اللزوم ووجوب الوفاء به، اذا تقدم. بل لا بد من تخلله بين الايجاب والقبول. واما حال نفس العقد، اذا كان شرطا فاسدا، مثل شرط الاعادة فى مانحن فيه. فهل يؤثر فى بطلان العقد بناء على ان بطلان الشرط مستلزم لبطلان العقد-؟ ففيه تفصيل: فان كانا عالمين بعدم العبارة بما يذكر قبل العقد، ولكن نسيا ذكره حال العقد، مع قصدهما له حال العقد. او كانا جاهلين بذلك وتوهما اللزوم بمجرد ذلك وعقدا بهذا القصد. فالظاهر انهما فى حكم مالو ذكرا فى بين العقد فى البطلان. لان القصد الى البيع انما هو على هذا الشرط الفاسد. واقدما على البيع على الوجه الفاسد. والعقد تابع للقصد.

وامالولم يذكرا الشرط اصلا. ولكن كان من قصدهما ايقاعه على هذا الشرط، فان فرض تحقق مثل هذه الصورة، فانه ايضا باطل. مثل ماذكر فيه. لان العقد تابع للقصد والتراضى بماوقع كذلك. واما اذا قصدا الى البيع كذلك من دون ذكر الشرط ولاقصد الشرط. مثل ان يجيئ المشترى الى البايع ويقول «انا محتاج الى الدراهم فهلم اشترى منك متاعك نسيئة بماتين

ثم ابایعک نقدا بماة، حتی تنتفع انت وتقضی حاجتی» فتراضیا من دون شرط ذلک بل بنیا الامر علی الاختیار والمودة بعد لزوم البیع. وعدم التسلط علی الاعادة لزوما لواحد منهما. فهو صحیح، غیر مضر.[1]

وللمحقق الاردبیلی (ره) هنا کلام یشبه ان یکون مراده ما ذکرنا من التفصیل. ولکن فیه اجمال لا یفی بذکر المطلب. ثم قال ویؤید ما قلنا **صحیحة** یعقوب بی شعیب الثقة«قال: سئلت ابا عبد الله -ع- قلت: اعطی الرجل له التمرة عشرین دینارا، واقول له اذا قامت تمرتک بشیئ فهی لی بذلک الثمن، ان رضیت اخذت وان کرهت ترکت. فقال: انا نستطیع ان نعطیه ولا نشترط شیئا. قلت: جعلت فداک، لا یسمی شیئا، الله یعلم من نیته ذلک. قال: لا یصلح اذا کان من نیته.» فافهم. انتهی کلامه (ره). ولعل مراده من التأیید ان النیة کافیة فی البطلان، مع عدم اللفظ [2]. کما ذکره فی صورة ایقاع العقد مع القصد الی الشرط من دون ذکره.

المقام الثانی: جواز اشتراء البایع من المشتری بدون الشرط. ولا خلاف فیه فی الحال، ولا اشکال، وکذلک الظاهر من عدم الخلاف والاشکال فی النسیئة، اذا کان قبل حلول الاجل بزیادة علی الثمن او نقصان، بجنس الثمن او غیره، حالا وموجلا. للعمومات والخصوصات مثل **صحیحة** بشار بن یسار «قال: سئلت ابا عبد الله-ع- عن الرجل یبیع المتاع بنساء ویشتریه من صاحبه الذی یبیعه منه (؟). قال: نعم لا باس به. فقلت: اشتری متاعی. فقال: لیس هو متاعک، ولا بقرک، ولا غنمک.».[3]

۱: لیت شعری مامراد المصنف (ره) من عبارته قبیل هذا «لان القصد الی البیع انما هوعلی هذا.... و العقد تابع للقصد» و ماالفرق بین هذهالصورة والصورة الاولی الا توهماللزوم هناک والتواطی علی‌اللزوم هنا، نعم، لوصرحا بعدم اللزوم فله وجه. ولکنه خارج عن‌الفرض. لاریب فی‌البطلان فی هذهالصورة کسابقتیه. لکن المصنف (ره) افتی بالصحة علی مبناه فی مسئلة «الفرار من‌الربا» راجع المسئله ٦ من هذاالمجلد.

۲: ولقائل ان یقول: بل هنا النیة و اللفظ کلاهما موجود معااذ الصیغة فی‌الواقع قول المشتری «هلم اشتری منک بماتین ثم ابایعک بماة» و قبول البایع- علی ماقرر فی محله من جواز الایجاب من قبل المشتری والقبول من قبل البایع. ثم، لناان نفرض‌المسئلة بالعکس ، ان یقول البایع للمشتری‌کذا... و مایتکلمون به بعد هذهالتوطئة بعنوان الصیغة فهو هذل، و محض لفظ لاقصد فیه اصلا.

۳: الوسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۰، ابواب احکام العقود، الباب ۵ ح ۳.

وصحيحة منصور بن حازم«قال: قلت لابی عبدالله -ع-: رجل كان له علی رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فاتی الطالب يتقاضاه، فقال المطلوب ابيعک هذه الغنم بدراهمک التی لک عندی. فرضی.(؟). قال: لا باس بذلک»[1]. فان الظاهر ان المراد بهذا الغنم، التی اشتراها منه. **ورواية** الحسين بن منذر- **ولا يخل** عن مدح ومن جملة الروات عنه ابن ابی عمير فالسند معتبر-:«قال: قلت لابی عبدالله -ع-: يجيء الرجل فيطلب العينة، فاشتری له المتاع مرابحة، ثم ابيعه اياه، ثم اشتريه منه ثم اشتريه منه مكانی (؟).[قال: اذا كان بالخيار ان شاء باع، وان شاء لم يبع، وكنت انت بالخيار ان شئت اشتريت، وان شئت لم تشتر. فلاباس. فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، ويقولون :ان جاء به بعد اشهر، صلح. قال: انما هذا تقديم وتاخير، فلاباس.]»[2]. و[غيرها] من الاخبار.

واما **صحيحة** منصور بن حازم«قال: سئلت اباعبدالله -ع- عن الرجل يكون له علی الرجل طعام، او بقر، او غنم، او غير ذلک. فاتی المطلوب الطالب، ليبتاع منه شيئا(؟). قال: لا [يبيعه نسيا. فاما نقدا فليبعه بما **شاء**].»[3]. المشعرة بانه لا يجوز بيعه نسيئة، ففيها اولا انها مجملة يحتاج تنزيلها علی مانحن فيه الی تقدير مضاف. يعنی «قيمة طعام او بقر».وان يكون «الطالب» فاعلا لكلمة «اتی» ، و«المطلوب» مفعوله. وان يكون المراد من كلمة شيئا هو شيئ من البقر والغنم التی اشتريه منه نسيئة. ولذلک ظن بعضهم انها تدل علی انه لا يجوز [كون] قيمة السلف دينا فی ذمة البايع. مع انه ايضا خلاف الظاهر. لانه ليس فی الرواية انه يريد ان يشتری منه بان يجعل قيمته مما فی ذمة البايع. وكذلک ارادة السلف من النسيئة **خلاف** الظاهر. وكيف كان فلايعارض بها الاخبار الصحيحة عموما وخصوصا. وربما يحمل علی الكراهة، يعنی كراهة اشتراء ماباعه نسيئة[4].

---

١ و ٢: المرجع، الحديث: ١ و ٤.

٣: المرجع، الباب ٦ ح ٨.

٤: لكنه من البين ان هذه الصحيحة لاربط ولااشعار ولادخل لها فی مانحن فيه، ای «اشتراء البايع من المشتری المبيع الذی باعه منه». لكن المصنف (ره) نظر الی مبناه فی «السلف» يكرر البحث عن هذا الحديث، راجع المسئلة ١٠١ و ١٣٩ من هذا المجلد.

المقام الثالث: [فی] جواز ان یشتری البایع منه بعد حلول الاجل، اذا باعه نسیئة. ولاخلاف فی جوازه ایضا ظاهرا، اذا ابتاعه من المشتری بجنس الثمن، او بغیر جنسه من غیر زیادة ولانقصان.

واما لو زاد عن الثمن او نقص، مع کونه من جنسه ففیه قولان. اشهرهما واظهرهما الجواز. للعمومات والخصوصات المتقدمة. وقد یستدل **بصحیحة** ابان بن عثمان عن یعقوب بن شعیب وعبید بن زرارة:«قالا سئلنا اباعبد الله -ع- عن رجل باع طعاما بماة درهم الی اجل، فلما بلغ ذلک الاجل تقاضاه. فقال لیس لی درهم خذ منی طعاما.(؟) . فقال: لا باس انما له دراهمه یاخذ بها ماشاء.»[1] وفیه اشکال لعدم ظهور کون الطعام الثانی هو الطعام الاول. مع ان الظاهر ان المراد من الروایة، الاخذ من باب وفاء الدین. لا الاشتراء. الا ان یتمسک بترک الاستفصال فی الجواب، ویق: ان المراد باخذ الدراهم کیف شاء، مایشمل اشتراء عین المبیع بزیادة علی الثمن الاول، او نقص. وفیه تکلف .

واما القول الثانی: فدلیله **روایة** خالد بن الحجاج:«قال سئلت اباعبدالله -ع- عن رجل بعته طعاما بتاخیر الی اجل مسمی، فلما جاء الاجل اخذ ته بدراهمی، فقال لیس عندی دراهم ولکن عندی طعام فاشتره منی (؟). فقال: لاتشتر منه فانه لاخیر فیه»[2] وعمل بها الشیخ حملا لها علی ماذکر. وهی مع ضعفها، لادلالة فیها علی مطلوبه، من وجوه.

وربما یوید بما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن قیس **صحیحا**، عن ابی عبد الله -ع- :«قال سئله محمد بن القاسم الخیاط فقال اصلحک الله ابیع الطعام من الرجل الی اجل فاجیئ وقد تغیر الطعام من سعره، فیقول لیس عندی دراهم (؟) قال: خذ منه بسعر یومه. قال: افهم اصلحک الله انه طعامی الذی اشتراه منی. قال: لاتاخذ منه حتی یبیعه ویعطیک. قال: ارغم الله انفی رخص لی فرددت علیه فشدد علی»[3].

وفی دلالتها ایضا تامل. بل ربما یکون علی خلاف المطلوب ادل، بملاحظة سعر یومه.

۱: الوسائل: ج ۱۳، ص ۷۱، ابواب السلف، الباب ۱۱ ح ۱۰

۲: المرجع ، الباب ۱۲ ح ۳.

۳: الوسائل: ج ۱۳، ص ۷۵، ابواب السلف، الباب ۱۲ ح ۵- وفیه «الحناط».

وكيف كان فلايعارض بها مامر من الادلة. وربما نقل القول بتخصيص ذلك بالطعام لوروده فى الرواية، وهو ايضا ضعيف. وربما حمل على الكراهة، قال فى **الدروس** «ولو كان المبيع طعاما ثم اشتريه البايع بعد الاجل، صح، على كراهة لرواية الخياط» ولا باس به للمسامحة فى دليلها.

واعلم: ان فى كلام الاصحاب هنا اشتباها. فالذى يظهر من كلام الفاضلين وغيرهما نقل الخلاف فى جواز اشتراء البايع ما باعه نسيئة بعد الاجل. بجنس الثمن مع الزيادة والنقصان. ونقلوا القول بالمنع عن الشيخ فى **النهاية** وكتابى الحديث. والذى نشاهده فى **النهاية** وكتابى الاخبار[1] هو المنع عن اخذ المبيع عوضا عن الثمن بنقصان او زيادة، لامطلق الاشتراء.

وعلله فى **الاستبصار** بلزوم الربا. وتوجيهه انه اذا باعه مثلا كرا من الطعام بعشرين درهما الى سنة وتغيرا لسعر بعد السنة وصار قيمة الكر عشرة، فاذا لم يكن عند المشترى دراهم ويريد اعطاء الطعام فى عوضها فيلزمه كران من الطعام وهو ربا. لانه اعطى كرا واخذ كرين.

وهذا (كما ترى) مختص بما اخذ الطعام فى عوض الثمن ولايدل على مانسبوه اليه بالعموم فانه [لا] يشمل لو اعطاه الدراهم ولكن اراد البايع ان يشتريه منه. فعموم كلماتهم يدل على ان الشيخ قال بعدم الجواز اذا كان قيمته اكثر من الثمن الاول او انقص، وليس كذلك. فلاحظ **التهذيب والاستبصار والنهاية**، واخصها عبارة النهاية وهى انه قال «ومن باع الشيئ باجل ثم حضر الاجل ولم يكن مع المشترى ما يعطيه اياه جاز له ان ياخذ منه ماكان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه فان اخذه بنقصان مما باع لم يكن بذلك بأس». وعبارة الكتابين اوضح من النهاية. وحمل كلمات الجماعة على ذلك تكلف فلنذكر عبارة واحدة منها:

قال فى الدروس: «ويجوز شراء ما باعه نسيئة قبل الاجل مطلقا، وبعده بغير جنس

١: المراد من كتابى الحديث وكتابى الاخبار هما التهذيب والاستبصار.

المثمن مطلقا، وبجنسه مع التساوى . ومع **الزيادة** والنقصان الاقرب الجواز، وفى النهاية لايجوز شرائه بنقصان عما باع به» وعلى هذا فيجوز اشتراء البايع المبيع ثانيا مع التفاوت بجنس الدراهم اذا اخذ الثمن، بلاخلاف من احد. فلتتنبه لذلك فان كلمتهم محل شبهة. واما ما ذكره الشيخ فى لزوم الربا فى **الاستبصار**- ونقل عن **الخلاف**- ففيه ان المعاملة انما وقعت على الدراهم، لا على الطعام. فلامعنى للزوم الربا.

١٧٠ سوال: اذا عاوض زيد فرسه ببغل عمرو، بدون صيغة البيع وغيره. فهل هذا عقد لازم؟ وهل لها صيغة خاصة ام لا؟-؟ وهل يجرى فيه خيار الغبن وغيره من الخيارام لا ؟-؟.

جواب: اعلم ان المعاوضة من باب المفاعلة وهو موضوع للمشاركة بين اثنين فى مبدأ الاشتقاق. والفرق بينه وبين باب التفاعل ان الفعل ينسب الى احدهما صريحا والى الاخر ضمنا فى المفاعلة. واليهما صريحا فى باب التفاعل.

واعلم ايضا: ان موارد المفاعلة مختلفة باختلاف اصل المبدأ، فقد لايتحقق المشاركة الا مع تقدم صدوره من احدهما وتاخر الاخر. وقد يتحقق مع اتفاقهما فى الوجود. فمن الاول المكاتبة والمراسلة ونحوهما، فان احد الصديقين يكتب كتابا للاخر، ثم يرسل الاخر جوابه. ومن الثانى المضاجعة والمواقعة و نحوهما.

وقد يكون قابلا للامرين كالمضاربة والمنافرة. وكثيرا مايستعمل فى مالا يتحقق المبدأ الامن اثنين بمهيته كالمبايعة، فان البيع لا يتحقق الا بالايجاب والقبول من شخصين متغايرين حقيقة اوحكما، شأن احدهما الايجاب والاخر القبول. فلما كان فعل كل منهما له مدخلية فى تحقق المبدأ ينسب المبدأ اليهما جميعا، فكان كل واحد منهما فاعلا للمبدأ وهما شريكان فى صدور المبدأ من كل منهما اما مجازا، او من باب التغليب. وحاصل هذا ان المبدأ فى المشاركين فيه قد يكون فردا شخصيا كالبيع، وقد يكون فردين من نوع كالضرب. ومن هذا الباب المضاربة بمعنى القراض، والمزارعة، والمساقات وامثالها.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان مايمكن ان يقال فى بيان عدم كونها عقدا مستقلا ان المعاوضة من قبيل المبايعة، فانها عبارة عن تعويض الشئ بشيئ آخر. فكما يتحقق المبايعة بايجاب

احد المتعاقدين وايجاب الاخر وقبول الاول ثانيا، فكذا المعاوضة يحصل، بجعل احدهما ماله معوضا ومال الاخر عوضا مع قبول الاخر. ولا يحتاج الى جعل الاخر ماله معوضا ومال الاخر عوضا مع قبول الاخر .فمجرد امكان ان يجعل كل واحد من العوضين عوضا ومعوضا-كما فى صورة السؤال-لا يستلزم ان يعتبرفى كل منهما العوضيةوالمعوضية. بل يكفى اعتبار كون احدهما معوضاوالاخر عوضا. غاية الامر كون الطرفين مخيرين فى الابتداء بالتعويض، فيصير ماله معوضا والاخر عوضا.

فلو بادر احدهما بالتعويض وقبل الاخر فماله معوض ومال الاخر عوض. وبه يتحقق المعاوضة، ولا حاجة الى ان يجعل الاخر ايضا ماله معوضا ومال الاخر عوضا. كما يكون فى لفظ البيع ايضا كذلك. فلو اراد صاحب الفرس بيع فرسه ببغل صاحبه فيجعل الفرس مبيعا والبغل ثمنا وبه يتم البيع بعد قبول المشترى، ولا حاجة الى جعل صاحب البغل بغله مبيعا والفرس ثمنا ليتحقق مفهوم المبايعة. بل لا يصح ذلك، اذ بعدما جعل احدهما ماله معوضا ومال الاخر عوضا، فاما ان يقبل الاخر ذلك ثم يجعل ماله معوضا ومال الاول عوضا، فح قد صار ملك الثانى عوضا استحقه الاول فكيف يجوز له ان يجعل مال الغير معوضا. واما ان لا يقبل بقبول مستقل، بل يجعل هو ايضا تعويضه لما له بمال الاول نائبا عن القبول. . فهو ايضا باطل. لان هذا لا يصير قبولا للعقد الاول ليتعاكس العوض والمعوض. فيبقى العقدان خاليين عن القبول.

ومما يمكن ان يقال فى بيان المغايرة: انه اذا فرض ان زيدا وعمروا يريدان معاوضة الفرس والبغل، وقال احدهما للاخر «تعاوضنا» يعنى «جعلت مالى وهو الفرس مبدلا عن مالك وهو البغل على ان يجعل مالك مبدلا عن مالى» وبالجملة «نقلت فرسى اليك بعوض بغلك» وقال الاخر ايضا «تعاوضنا» بهذا المعنى.

فلايبقى العقد خاليا عن القبول.

وذلك كما ذكروا فى عقد الشركة. قال فى التذكرة «والاظهر ان يكتفى فى عقد الشركة بان يقول كل منهما اشتركنا» والظاهر ان مبدأ الاشتقاق بمعنى العقد. وهو اذن كل واحد منهما للاخر فى التصرف فى المال المشترك بينهما بمعنى المخلوط. وكذلك

نقل عن ابی حنیفة الکفایة بـ «**تعاوضنا**» او «اشترکنا شرکة **المعاوضه**» ومبدأ الاشتقاق فی «تعاوضنا» العقد الخاص المسمی بالمعاوضة.

ثم: ان الظاهر ان الشرکة اسم المصدر والمصدر هو الاشتراک، کالغسل والاغتسال. فقول القائل «اشترکنا» معناه اذنت للشریک فی العمل فی هذا المال الممزج، بان یأذن هو ایضا فی ذلک. ویقول الاخر ایضا «اشترکنا» بهذا المعنی، والحاصل من المجموع هو الشرکة التی هو اسم المصدر.

وعلی هذا فلابد من ذکر المتعلق فی «اشترکنا» مثل ان یقولا «فی هذا المال». بخلاف «تعوضنا» لان نفس المعاوضة مبدأ مستقل. یعنی «بیننا علی ان یکون کل غُنم وغرم لنا وعلینا بیننا» واما «تعاوضنا» بمعنی المبحوث عنه فلابد فیه ایضا من ذکر المتعلق، ولا بد ان یکون مبدأ المعاوضة والتعویض بمعنی «جعلنا مالنا هذین کل واحد منهما عوضا عن الاخر ومعوضا» علی الوجه الذی تقدم الاشارة الیه.

والحاصل: انه یمکن قصد المعوضیة والعوضیة فی کل من المالین مقصودا. وح نقول: ان عقود المعاوضات التی ذکرها الفقهاء جنس لم یتحقق فیه المعاوضة. سواء کان احدهما عوضا والاخر معوضا کالبیع، والصلح الذی فیه عوض، والهبة المشروط فیها العوض، وماکان کل من الطرفین عوضا ومعوضا. فالمعاطات ان وقعت غیر مسبوقة بمساومةبل انما حصلت بمحض الاعطاء والاخذ فهو نوع تراض واباحة. ولا یدخل فی العقود بمعنی العهود الموثقة. وان وقعت بعد المساومة علی قسم من اقسام المعاوضات، فهی تابعة لها، لکنها لیست لازمة. لعدم الاتیان [بالصیغة]، ولا یدخل فی عموم «اوفوا بالعقود» . وکذلک اذا وقعت بعد المساومة علی ان یکون کل منهما عوضا ومعوضا. واما بعد اجراء الصیغة فیصیر عهدا موثقا ویجب الوفاء به ویصبر لازما.

والمعاوضة المبحوث عنها اذا خلت عن العقد بعد المساومة علی ان یکون کل منهما عوضا ومعوضا، فهی معاطاة فی المعاوضة- بالمعنی المبحوث عنها-. واذا جری الصیغة بان یقولا «تعاوضنا» فیصیرمعاوضة لازمة بمعنی المبحوث **عنها** اذا عرفت هذا، ظهرلک انها لیست بیعا حتی یترتب علیها احکامه من الخیارات وغیرها.

نعم، يمكن اجراء كل ما كان الدليل فيه لزوم الضرر، كالغبن وظهور العيب ونحو ذلک. فهو تابع للادلة العامة، لالخصوص ماورد فی البيع، فلايقال بثبوت الخيار الثلاثة فی الحيوان للمشترى، ولاخيار المجلس وغير ذلک من الاحكام. بل الاصل فيه اللزوم الا ماثبت التخلف بالادلة العامة.

وتوهم ان العوضية والمعوضية امران اعتباريان وتفاوتهما انما هو بمحض الاعتبار، فاسد. بل انما هو مثل الثمن والمثمن، وهما يختلفان فی الاحكام مثل ثبوت الخيار فی الحيوان للمشترى اذا كان المبيع هو الحيوان، او نحو ذلک. فلابد من تعيينهما حتى يترتب عليهما احكامهما. وتعيينهما انما هو بدخول الباء على الثمن. ويلزمه (على القول باختصاص خيار الحيوان للمشترى) ان يكون لمن يبيع ضيعته بفرس ويشترى ذلک الفرس ايضا بضيعته ثبوت خيار الفسخ له فی الثلاثة وعدمه. وهو محال. فكذلک العوض والمعوض ليس بمحض الاعتبار، ويتميز العوض بدخول الباء عليه.

ومن هذا يظهر ضعف ما نقل عن الشهيد الاعتراض على من استدل بلزوم تقديم الايجاب على القبول فی البيع، بان مورد لفظ «بعتک» معوض ومورد «اشتريت» عوض، والعوض فرع المعوض طبعا فينبغی تقديمه وضعا. وتقرير الاعتراض ان العوضية من الامور الاضافية المتعاكسة، فلامزية لاحدهما بالاختصاص.

وفی كل من الاستدلال والاعتراض، نظر. اذ غاية توجيه كلام المستدل ان كلمة «بعت» مشتملة على نقل المعوض الى المشترى بعوض. وكلمة «اشتريت» على نقل العوض الى البايع. والتحقيق فی جوابه منع لزوم تقديم ماهو مشتمل على الموخر الطبعی. وغاية توجيه الاعتراض، ان كل واحد من الثمن والمثمن قابل لان يسمى عوضا فيمكن تسمية العوض معوضا وبالعكس. اذ كل منهما بدل من الاخر وليس هناک تقدم طبعی، وفيه ان غاية الامر امكان تحقق صورة فی المعاوضة وان يطلق على كل واحد من العوضين اسم العوض والمعوض. لا طراد ذلک فی جميع الصور. ولاريب ان اعتبار العوضية والمعوضية فی البيع حقيقی، لااضافی. والا لزم ان يكون الثمن مثمنا وبالعكس. وبه يختل الاحكام.

والتحقيق فيه ان القبول الذى لم يكن بلفظ قبلت مثل «اشتريت» و«ابتعت» اما ايجاب فى المعنى، يعنى «نقلت منك المبيع بالعوض المعلوم و بعتبعد قبول له» لعدم استحالة ذلک عقلا والا لم يتخلف فى عقد النكاح مع انه جايز فيه، والتعليل بخيار المرئة لا يرفع الاستحالة العقلية، كما هو واضح. او نقول انه قبول ولا استحالة فى تقديمه. والفرعية والتبعية انما يسلم فى مثال «قبلت» لاغير.

فالثواب فى تقريرمراد المستدل ان يقال: ان مورد «بعت» هونقل عين آخر بعوض، ومورد «اشتريت» قبول ذلک النقل بذلک العوض بعينه. ولا ريب ان الانتقال مطاوع للنقل ومتاخر عنه بالطبع، فلابد ان يكون اللفظ الدالة عليه متاخرا. وفى تقرير الاعتراض ان يقال: ان النقل كما يمكن تصويره فى المعوض يمكن تصويره فى العوض، فلاتقدم لاحد العوضين بالطبع فى صيرورتهما منقولا او منتقلا. ويظهر الكلام فيهما بعد تامل ماذكرنا بادنى تصرف.

فيمنع تقديم مادل على المقدم بالطبع فى الذكر، ويمنع اعتبارية المِنقول والعوض وجواز جعل كل من العوضين منقولا ومنتقلا، وعوضا ومعوضا.

فنقول فى المعاوضة المبحوث عنها، ان كانت بمحض التقابض (من دون قصد الى شيئٌ من العقود المعهودة [و]اعتبار شرايطها) فهى معاطاة محضه. وان كانت بعد المساومة باحد العقود المعهودة فهى المعاطات التابعة لتلک العقد. وان لم يكن بمحض التقابض بل ذكر له صيغة بمثل «عاوضت» او «تعاوضت» او «باذلت» ونحو ذلک، ووقع القبول، فلامحالة ينفک عن جعل احدهما عوضا والاخر معوضا. ولا يتصور جعل كل منهما عوضا ومعوضا، كما ذكرنا.

وح، فبعد ملاحظة ان لفظ «عاضه» و«اعاضه» و«عوضه» فى اللغة بمعنى اعطاه العوض. كما ان لفظ «اعتاض» و«تعوض» بمعنى اخذ العوض. فلابد ان يجعل ايجاب المعاوضة المبحوث عنها بلفظ «عاوضت» منقولا بمعنى نقلته فيصير معناه نقلته نقلا بعوض داخل فى ماهيته، كالبيع والاجارة. فلايشمل الصلح والهبة المعوضه. فان كان مفعوله عينا فيصير بيعا. او منفعة فيصير اجارة او مزارعة او نحو ذلک. وح، فلابد من تعيين المقصود

وملاحظة تحقق شرايط كل منهما. وان جعلت معاملة براسها، فلايمكن الا بسبب التسمية لا باعتبار تمايز الماهيات. وهو مشكل. وبالجملة لم اقف على شيئ يدل على كونها عقدا براسها.

وللشهيد الثانى (ره) **فى المسالك** هنا كلام ينبغى التعرض له: قال المحقق «وكذا ان عوض عنها ولو كان العوض يسيرا» قال [فى شرحه] «هذا ايضا من المواضع الموجبة للزومها من الاجنبى» يعنى كما ان صورة تلف العين فى هبة الاجنبى موجب لسقوط الرجوع فكذلك تعويض الاجنبى عن الهبة موجب للزومها وسقوط الرجوع فيها. قال «وهو موضع وفاق من جميع الاصحاب حتى من المرتضى[1] -ره- كما قد عرفت ومستنده مع[2] الادلة العامة خصوص قوله الصادق -ع- فى حسنة عبدالله بن سنان، قال: اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع[3]. وغيرها. ولا فرق فى العوض بين القليل والكثير من تراضيهما عليه لاطلاق النص والفتوى. ولانها يصير بالتعويض معاوضة مختصة، فيلزم للعموم، ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد، لم يوثر بذل الموهوب له . كما سياتى - ان شاء الله- تحريره. ولا فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق. ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن[4] الجملة».

اقول: وفى هذا الكلام تعقيد واشكال. اذ لو كان مراده من «الادلة العامة» مثل «اوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم» الشامل لعقود المعوضات كالبيع والاجارة، وغيرها كهبة ذى الرحم بدون عوض، والصلح الخالى عن العوض، والنذر، واليمين. بتقريب ان يقال خرج هبة الاجنبى الخالية عن العوض بالدليل وبقى الباقى تحت العموم. فمامعنى قوله «ولانها يصير بالتعويض معاوضة محضة فيلزم للعموم» وماهذا العموم غير العموم المتقدم.

فان قلت: المراد منه مثل قوله تعالى «الا ان يكون تجارة عن تراض» فان التجارة هو عقد المعاوضة لاجل التكسب.

---

١ و ٢: و فى‌النسخة: المعترض. و كذا «من» بدل «مع».

٣: الوسائل: ج ١٣ص٣٤١، احكام‌الهبات، الباب ٩ ح١.

٤ : و فى‌النسخة: «فى» بدل «عن».

ففيه: ان منتهى دلالته حلية الاكل لاقتضاء الاستثناء ذلك، وان كان منقطعا. فمعناه. يجوز الاكل بعنوان التجارة عن تراض، وهو لا يستلزم اللزوم. فليس هيهنا عمومات يفيد احدها لزوم كل عقد من العقود، سواء كان فيه معاوضة املا ، والاخر لزوم كل عقد فيه معاوضة.

فان قلت: انه (ره) فرض الكلام فى التعويض الغير المسبوق بشرط العوض. فانه يمكن ان يقال الهبة للاجنبى مع الاطلاق قد خرج من عموم «اوفوا بالعقود» وامثاله، فما الذى اوجب لزومه بعد طرو التعويض. فقال الهبة المطلقة صار بسبب التعويض بعدها معاوضة محضة وليس بالهبة المطلقة المخرجة بالدليل عن العموم، فيدخل تحت تلك الادلة العامة التى خرجت منها اولا . فالعمومات فى الموضعين امر واحد. و الحاصل ان [اعتراض] المعترض فى الاستدلال الاول، [اى] ان هبة الاجنبى بملاحظة كونها معوضة يدخل تحت عموم اوفو بالعقود، بالاستقلال فيلزم. [لا] فى الاستدلال الثانى، [اى] ان خروج هبة الاجنبى المطلقة بسبب الدليل عن تلك العمومات، قد ثبت، ولكن ثبت لزومها ثانيا، بسبب دخولها ثانيا، تحت العموم بسبب التعويض الطارى عليه.

والحاصل: ان الهبة المعوضة داخلة فى العام بالاصالة فى الاول. فصارت منه بعد مالم يكن، فى الثانى. وبيان ذلك ان فى التعويض ايضا لا بد من القبول، حتى فى الهبة المشروطة بالعوض. فلو منع الواهب من قبول العوض لئلا يلزم هبته جاز له. فلابد فى التعويض من قبول الواهب لما يعطيه المتهب بقصد العوضية حتى يلزم. فحق الواهب باق فى العين حتى يحصل اللزوم سواء شرط العوض فى العقدام لا . فبعد التعويض يعنى اعطاء المتهب العوض واخذ الواهب، يصير لازما لان الهبة المطلقة السابقة معاوضة محضة، فكانه كان ينقل ماله المتزلزل بالنسبة اليه بازاء هذا العوض. فيقطع يده عنه فيشمله العمومات الدالة على وجوب الوفاء. فكانه حصل المعاوضة ح، ويدخل بسببه تحت العموم.

قلت: الظاهران موضوع المسئلة اعم من الهبة المشروط فيها العوض او المطلقة التى لحق بها التعويض. كما يظهر من الاستدلال ومن قوله «ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد» واما جعل ذلك الكلام عطفا على اطلاق النص والفتوى ليكون دليلا لعدم الفرق

بين اليسير والكثير، فلاكراهة فيه. ثم، ان مقصودنا من طرح هذا المقال استيناس الى اثبات معنى مستقل للمعاوضة غير العقود المعهودة.

فان مراد الشارح من قوله «فيصير بالتعويض معاوضة محضة» لو كان صيرورتها هبة معوضة فيدخل تحت العموم، فيرد عليه ان الاستدلال بالعموم لا يحتاج الى جعلها هبة معوضة. بل يكفي كونه مصداق لفظ «العقد». مع ثبوت الاشكال في صيرورتها هبة معوضة ايضا. ولو كان مراده انه ح، يصير واحدا من العقود المعهودة، فالمفروض عدمها. مع انه لا يصح فرض كونها منها. فبقي ان يكون المراد بالمعاوضة المحضة اما نوع معاوضة خاصة لم يكن احد المذكورات. او معنى عام يشملها ويشمل غيرها. فظهر من ذلك امكان تحقق المعاوضة في غير العقود، المعهودة، ويكون مندرجا تحت عموم الاية، فيكون لازما. ومما ذكرنا في تقرير الاستدلال من ان الغرض محض اخراجها من الهبة المطلقة المستثناة بسبب طرو التعويض، يظهر ضعف الاستيناس.

اذا عرفت هذا، فالمعاوضة التي لم يقصد كون احد العوضين معوضا والاخر عوضا، فاما ان يكون بدون لفظ وصيغة، فهو معاطاة. ويجري عليها احكامها. وان كان مع لفظ فان كان «باذلت» او «بذلت» او «عوضت» فهو لا ينفك في الخارج من صدور النقل من احد الطرفين، فمن ايهما صدر فيتبعه حكمه. فان صدر من صاحب العين مع ذكر العوض وارادة ثبوت العوض في مهية، فينزل على البيع قسرا.

وان صدر من صاحب المنفعة، فينزل على الاجارة قسرا. ولا يضر عدم القصد، ح. فانه اذا قال احد لاحد [1] «بع فرسي بكذا» فباع ولم يخطر ببال احدهما ان معنى «بع» التوكيل في البيع، ولا قصدا. فهل يمكن لك ان تقول ان هذا باطل لانه لم يقصد التوكيل ولم يفهم الوكيل ذلك. بل هو قاصد ولكن لا يتفطن بانه قاصد. لان العلم بالشيئ لا يستلزم العلم بالعلم. وح، فيبقى الكلام في اجتماعها بشرايطها مثل معلومية العوض والمعوض في البيع والاجارة وغيرهما، والتمكن من التسليم وغيرذلك. ومن جملة ذلك، الكلام في صحة الصيغة

١: وفي النسخة: فانك اذا قلت لاحد.

والا يجاب بهذا اللفظ. وانه [هل] يكفى الكنايات، ام لا. وفى ان الصيغة هل هى شرط الصحة او اللزوم. فلابد فيه من الرجوع الى ماذكروه فى محالها.

واما مع عدم الصيغة: فهو معاطاة- كما ذكره- ولا يفيد اللزوم على الاقوى. وح، فاما ان يتحقق فى الخارج محض التقابض ولم يعلم كونه تابعا لاحد من العقود المعهودة، فهو معاطاة بالمعنى الاول. ولا يفيد الا اباحة التصرف. واما لو علم التبعية مثل حصول المساومة والعقد الى احد العقود ثم وقع التقابض من الطرفين بناء على تلك المساومة. فهذه معاطاة تابعة للعقود. فيكون معاطاتا فى البيع او فى الاجارة. وهكذا انما وقع الاختلاف فى ان المعاطاة هل هو بيع، ام لا، انما هو فى المعاطات البيعية لامطلق المعاطاة. ولما كان ذكر مسئلة المعاطاة فى كتاب البيع وذكر الخلاف هنا [ك]، يترای فى بادى النظر انهم اختلفوا فى انه بيع ام لا مطلقا. وليس كذلك. بل تكلموا فى مسئلة البيع ثم ذكروا انه يجرى فى الاجارة وغيرها ايضا. فنزاعهم فى انها هل يفيد الملك او محض الاباحة، ينبغى ان يكون فى المعنى الاعم. ونزاعهم فى انه على القول بالملكية هل هو بيع ام لا، انما هو بالمعنى الاخص.

والاظهر انها ليس محض الاباحة. بل هو تمليک والا لم[1] يجز وطى الامة بسبب المعاطاة، وهو خلاف اتفاقهم. ومحللات الفرج منحصر فى التزويج وملک اليمين. وان كان بتمليک المنفعة لا يشمل[2] التحليل. والقول بان اذن المالک واباحته فى التصرف تحليل، ضعيف. لان المراد بالتحليل تحليل الوطى مع بقائها على ملک المالک. ولاريب ان المالک هيهنا لم يقصد الا وطى المشترى فى ملک نفسه. وايضا لاعوض فى عقد التحليل. و[العوض] فى المعاطاة موجود. بل الاظهر [ان] مايكون تابعا للبيع فهو بيع. وقد ادعى المحقق الثانى عليه الاجماع، ويمكن تنزيل عبارات ساير الاصحاب ايضا على ذلک، بان يكون مرادهم من معنى الملكية او التبعية، هى نفى اللزوم.

۱۷٤- سوال: معاوضة چيزى به چيزى ديگر، لزوم دارد يا ندارد؟-؟ وبا وجود لزوم، ظاهر اين است كه صيغه ولفظ خاصى ندارد. چنانچه داشته باشد، بيان فرمايند. وغبن در

۱: وفى النسخة: وان لم يجز...

۲: وفى النسخة: ليشمل التحليل.

آن باوجود لزوم آن، جاری است؟ ودعوی غبن را احد طرفین می‌تواند نمود؟

جواب: اظهر در نظر حقیر این است که معاوضه به این معنی که هر یک عوض ومعوض باشند، عقدی است مغایر سایر عقود معاوضات . وهرگاه صیغهٔ صریحه بگویند مثل اینکه بعد از مساومهٔ معاوضهٔ الاغ وگاو باهم، بدون ملاحظهٔ اینکه احدهما ثمن باشد ودیگری مثمن، هریک بگوید «تعاوضنا»، عقدلازم است وداخل‌عموم «اوفوا بالعقود» است. وهرگاه صیغه نگویند، معاطاة است، ولزوم ندارد. ودر صورت لزوم هم احکام بیع در آن جاری نمی‌شود، مثل خیار مجلس وخیار حیوان. بلی، دعوی غبن وامثال آن که بدلیل «نفی ضرر» ثابت است، در آن جاری می‌شود. بسبب عموم. نه غیر اینها.

۱۷۲ - سوال: هرگاه کسی محصول باغ کسی را یاخود خرص می‌نماید یاخراص می‌آورد ومی‌بینند، یاصاحب باغ می‌گوید که من خود خرص نموده‌ام یاخراص آورده‌ام ودیده است وفلان مقدار انگور (مثلا) دارد. آن مشتری اکتفا می‌نماید وراضی می‌شود ومحصول را به قیمت مشخص ومدت مشخص (یامدت غیر مشخص مثل رفع محصول مثلا) قرار داد می‌نمایند. ولکن صیغه نمی‌خوانند، بلکه محض تراضی است.

من بعد آن مشتری تمامی محصول [را] می‌برد- چه می‌فروشد وچه می‌خشکاند- وهنوز هیچ قدر از قیمت را نداده، می‌گوید من مغبون می‌باشم. وگاه باشد که قدری از قیمت را داده است وتلف شده است. یاهنوز تلف نشده است. استدعا آنکه شفقت کرده بیان فرمایند که این [چه معامله[ای] است؟ ویا معامله نیست-؟ ومحصول باغ حقیقتا مال کی بوده است؟ ودعوی غبن در صورتهای مذکوره جاری می‌شود یا نمی‌شود؟-؟

جواب: اولا باید دانست که در بیع ثمار بر اشجار، خرص شرط نیست. بلکه مشاهده کافی است. بلی، هرگاه ثمن از جنس آن ثمر باشد که آن را «مزابنه» می‌گویند، حرام است اجماعا، هرگاه به ثمن آن درخت باشد. وعلی الاشهر الاظهر المدعی علیه الاجماع من بعضهم هرگاه از غیر آن درخت باشد. وبعضی از علما از جملهٔ ادلهٔ حرمة، احتمال تحقق ربا در آن کرده‌اند، وگفته‌اند که شرط است در صحت معاملهٔ ربوی علم به مساوات آنها، در اینجا چون محتمل است تفاوت، صحیح نیست. پس بنابراین باید که قایل قول به جواز

بیع ثمرهٔ غیر آن شجر، تجویز نکند بدون خرص، تا آنکه تفاضل لازم نیاید. ولکن این قول ضعیف است.

وهمچنین استدلال قائلین به حرمة اصل «مزابنه» بسبب احتمال تحقق ربا. زیرا که ثمره بر شجره از باب مکیل وموزون بالفعل نیست. وآنچه شرط است در تحقق ربا تفاضل در مکیل وموزون بالفعل است. وایضا معلوم نیست که قایل به جواز در غیر ثمرهٔ شجره، این دلیل را قبول داشته باشد. تاتکیهٔ او در اشتراط خرص بر این باشد که اجتناب از ربا کرده باشد. باوجودی که در بعضی اخباری که استدلال کرده‌اند تصریح است به عدم لزوم ربا. پس از اینجا معلوم شد که قول آنها هم مستلزم لزوم خرص نیست.

بلی، در بیع «عرایا» که مستثنی است از حرمة «مزابنه»، خرص شرط است[1]. وآن عبارت است از اینکه کسی یک درخت خرما در خانهٔ دیگری یادر باغ دیگری داشته باشد. وخواهد آن را بفروشد به صاحب خانه یا باغ که آن صحیح است اجماعا. ودر اینجا شرط کرده‌اند خرص کردن را. به این معنی که تخمین می‌کنند که آن درخت هرگاه رطب آن خشک شود وخرما شود خرمای آن چند قفیز است. وبه همان قدر که تخمین کرده بفروشد به صاحب خانه.

واین معنی در غیر درخت خرما جایز نیست، ودر درخت خرما هم صحیح است بشرط اینکه به خرمای غیر آن درخت بفروشد نه به خرمای آن درخت. تالازم نیاید اتحاد ثمن ومثمن. واینکه آن درخت یکی باشد. واینکه تفاضل در حین عقد حاصل نباشد میان خرمائی که خرص کرده وقیمت آن. هرچند بعد از آن ظاهر شود زیاد وکم، که آن ضرر ندارد. واینکه بیع حالّ باشد نه مؤجل. واما تعیین قیمت به وصف یا مشاهده، پس آن مثل سایر بیوع است. واستقصای مباحث «عریه» مجال آن در اینجا نیست. غرض همان احاجت به خرص است.

واما آنچه گفته‌اند در کتاب زکات از لزوم خرص، هرگاه خواهد انگور یا رطب را به

۱: و در نسخه: نیست.

مصرف برساند یابفروشد. پس آن از برای تحدید حصهٔ فقیر است. نه اینکه شرط صحت بیع من حیث هو باشد. پس هرگاه کسی داند که انگور باغ او اگر خشک کنی سیصد من مویز بالاتر دارد، وقدر آن معلوم نیست، وخواهد انگور باغ را بفروشد، خرص می‌کند باغ را که چه قدر مویز از آن به عمل می‌آید. وضامن حصهٔ فقرا شود. پس انگور را می‌فروشد ومشتری هم می‌خرد به مجرد مشاهده، ودیگر احتیاجی به خرص نیست.

وهرگاه این را دانستیم بر می‌گردیم بر سر مطلب ومی‌گوئیم: که بایع ومشتری یا این است که هردو باغ را دیده‌اند وانگور مجموع باغ را مشاهده کرده‌اند، پس آن کافی است در صحت بیع. خواه خرص کرده باشند هردو، یا احدهما، یا اعتماد به خرص ثالثی کرده باشند. ومفروض سوال هم این است که از بابت «مزابنه» نیست که قیمت، انگور باشد یا مویز باشد. پس هرگاه خرص شده باشد ونقص ظاهر شود، این از باب ظهور غبن خواهد بود، ودعوی غبن مسموع است، باشرایط آن. وهرگاه هیچکدام مشاهده نکرده‌اند، یا احدهما مشاهده نکرده وبه خرص ثالثی هم نشده، بیع باطل است. بسبب جهالت بیع.

واینکه گفتیم که درصورت عدم مشاهدهٔ هردو واکتفا به خرص ثالث، هرگاه نقص ظاهر شود داخل غبن است، وهمچنین در صورت اکتفای احدهما به قول آن دیگری در خرص بدون مشاهدهٔ دیگری، این از باب خیار رؤیت وخیار عیب نیست. وجه آن این است که وصف در اینجا خرص است نه بیان مقدار . وگویا گفته است که «باغی که موصوف است به اینکه خرص او این قدر است فروختم به تو به این مبلغ» وظهور نقص در خرص [به] معنی خروج مبیع بخلاف وصف نیست. زیرا که او در وصف صادق است. وتخلفی که شده در مقدار موصوف است بسبب خطای در وصف.نه بسبب ظهور کذب در وصف. پس برمی‌گردد به ظهور غبن.

ودر دعوی غبن سه چیز معتبر است: **یکی** اینکه: درحال عقد احد عوضین انقص بوده از دیگری نه اینکه زیاده یا نقص بعد عقد حاصل شده باشد. **دوم** اینکه: مغبون عالم به نقص نبوده باشد، هرچند از اهل وقوف باشد، وهمان امکان جهل معتبر است هر چند از اهل خبره باشد. بلی، هرگاه جهل در حق او ممکن نباشد دعوی مسموعه نیست. وهرگاه

نزاع شود در صورت امکان جهل، اظهر این است که هرگاه غابن می‌گوید که تو عالم بودی به قیمت. ومغبون بگوید جاهل بودم. اظهر تقدیم قول مغبون است بایمین. بجهت اصالة عدم علم. خصوصا هرگاه عالم بودن اظهر نباشد که باعث تعارض اصل وظاهر شود.

وهرگاه مغبون بگوید من جاهل بودم به قیمت. وغابن بگوید نمی‌دانم که تو عالم بودی یاجاهل. پس ظاهر این است که قول مغبون مقدم است بایمین. نه از راه اینکه منکر است، تاکسی ایراد کند که او مدعی است نه منکر. بلکه از جهت اینکه مدعی جهل است واثبات حق به‌بینه ممکن‌نیست، وخصم هم چون عالم به حال نیست قسم نمی‌تواند یاد کند. ونظر به عموماتی که وارد شده که اخراج حقوق به چند امر است یکی از آنها یمین است. پس باید قسم بخورد تا مسلط بر فسخ شود.

واحادیث مفصله که فرموده‌اند «البینة علی المدعی والیمین علی المدعی علیه» خالی از اجمال نیست. وعبارت «علی المنکر» که در بعضی دیگر از اخبار هست مبین مدعی علیه است. واین شخص جاهل را «منکر» نمی‌گویند. وبسیار دور نیست که بگوئیم ضرورت داعی بر یمین نیست. چون مسلمی سخنی می‌گوید ومعارضی ندارد. چنانکه شهید در **قواعد** احتمال داده در صورتی که زوجه مدعیهٔ تسمیهٔ معینه در صداق باشد، وزوج بگوید که من نمی‌دانم، یا خاطرم نیست، زوجه مستحق آن هست. چون مسلمی است بلامزاحم، وقول او محمول برصدق است.

واما سوال از اینکه: این چه معامله[ای] است. پس ظاهر این است- نظر به صورت سوال که در آن ذکر شده که انگور باغ را فروخته وصیغه جاری نشده- این داخل معاطات است. وچون معاطات عبارت است از دادن وگرفتن بدون صیغه، پس آن اقسام بسیار می‌تواند داشت. وعمدهٔ کلام فقها در مسئلهٔ بیع است. وظاهر کلام ایشان این است که هرگاه همهٔ ارکان وشرایط بیع موجود است به غیر صیغه، آیا این هم بیع است یا نه(؟-؟) وهرگاه بیع باشد آیا صحیح است یا فاسد (؟-؟) وهرگاه صحیح باشد آیا مفید محض اباحهٔ تصرف، یا مفید ملک است (؟-؟) وبر فرض افاده ملک آیا ملکیت لازم است یا متزلزل است (؟-؟) وبرفرض افادهٔ اباحه یا ملکیت متزلزله آیا به تلف عینین، یا احدهما، یا بعض کلیهما لازم

می‌شود یا نه (؟-؟).

واقوی در نظر حقیر این است که مفید ملکیت متزلزله است. بلکه دور نیست که بیع غیر لازمی باشد در جائی که همهٔ شرایط بیع باشد به غیر صیغه. وظاهر این است که کلام جمع کثیری از علما (که گفته‌اند مفید اباحه است نه ملک، بلکه از بعضی ظاهر می‌شود دعوی اجماع بر عدم افادهٔ ملکیت) محمول است بر اباحه به معنی اعم از اباحهٔ محضه یا ملکیت متزلزله که معلق بر تصرف است. ومراد آنهائی که نفی ملکیت کرده‌اند ملکیت لازمه است. چنانکه محقق ثانی فهمیده است در **شرح قواعد ودر شرح حاشیه ارشاد.**

بلکه در شرح قواعد گفته است که «معروف بین الاصحاب این است که آن بیع است. ولکن لازم نیست. واینکه مراد آن بعضی که دعوی اجماع کرده بر اینکه بیع نیست، این است که بیع لازم نیست» ودلیلی که ذکر کرده این است که اگر ملکیت ثابت نشود به معاطات پس چگونه است که بسبب تلف لازم می‌شود؟ وچه دلیلی دلالت بر آن دارد؟ وهمچنین اگر ملکیت ثابت نباشد اباحهٔ تصرف ثابت نمی‌شود. زیرا که مراد طرفین در معاطات اباحهٔ تصرفی است که مشتری در ملک خود بکند، ومستند باشد آن تصرف به ملکیت رقبه. پس اگر چنین شده مطلب حاصل است. والا اباحه حاصل نمی‌شود رأسا. چون مقصود ایشان نیست.

وبر این متفرع می‌شود جواز بیع آن ، وآزاد کردن، ووطی کردن. زیرا اینها نمی‌باشد مگر در ملک. وظاهرا خلافی ندارند در جواز بیع آنچه به معاطات منتقل شده، وهمچنین عتق ووطی. وآنچه بعضی توهم کرده‌اند- که اباحهٔ مطلق تصرفات، منشأ اباحهٔ بیع وعتق ووطی هست پس کافی است در جواز تصرفات اذن مالک ، وموقوف نیست بر ملکیت، پس جواز تصرف موقوف است براذن نه ملکیت، وتملک به تصرف حاصل می‌شود- خالی از تحقیق است.

زیرا که اذنی که در اینجا متصور است، اذنی است در تصرفی که مبتنی باشد بر ملک ورقبه.

واین بدیهی است که مراد بایع کنیز ،به عنوان معاطات، این نیست که کنیز ملک بایع باشد و

وطی او را حلال کرده باشد از برای مشتری. چنانکه معنی «تحلیل» همین است. باوجود اینکه اندراج عوض در تحلیل فرج برمی‌گردد به اجارهٔ فرج وآن بی‌شبهه حرام است. ومفروض این است که عقد تحلیل هم واقع نشده.

واینکه گفته‌اند که «تصرف متمم ملک است». بر آن وارد است که در این وقت وطی در غیر ملک واقع شده. وهمچنین است کلام در عتق وبیع. وبه هر حال معلق ساختن ملک بر تصرف- وحال آنکه تصرف موقوف است بر ملک- مستلزم دور است. ودفع آن به اینکه تصرف موقوف است بر اذن، نه بر ملک. تمام نیست. چنانکه دانستی که اذن مطلق مجوز اینگونه تصرفات نیست تامنضم به تملیک نباشد.

وتوهم اینکه ملک حاصل می‌شود به لمحهٔ یسیری قبل از تصرف. وتصرف مبتنی بر آن است- چنانکه در «اعتق عبدک عنی» که این را تملیک ضمنی می‌گویند- بی‌وجه است. چون در آنجا اعتق عبدک عنی به منزلهٔ توکیل است. یعنی تو وکیلی که غلام خود را مال من کنی واز جانب من آزاد کنی. پس هرگاه صاحب غلام آزاد کرد غلام را از برای آمر بسبب امر، ظاهر می‌شود که او را ملک آمر کرده هرچند به لمحه[ای] یسیر باشد. واما در اینجا نمی‌دانم که هرگاه معاطات افادهٔ تملیک نکرد از کجا ملک از برای مشتری حاصل شد که با او وطی کند-؟.

اگر بگوئی: که چون اجماع است که بیع وعتق ووطی جایز است در اینجا، وچون آنها نمی‌باشد مگر در ملک پس معلوم شد که ملک فی الجمله به لمحهٔ کمی حاصل می‌شود، واین امور بر آن مترتب می‌شود.

می‌گوئیم: که آیا این ملک تعبدا به جعل الهی حاصل می‌شود در صورتی که ارادهٔ این تصرفات کند-؟. پس چرا گفتی که جواز آن ناشی از اذن مالک است؟ واگر از اذن مالک حاصل می‌شود، پس چرا تخصیص می‌دهی آن را به این امور خاص؟پس اذن او در همه جا کار می‌کند.

واما آنچه کلام ملااحمد (ره) موهم آن است- که [گفته است] نزاعی نیست در اینکه معاطات در قرض مبیح تصرف است بلکه موجب ثواب است ولکن ملک حاصل نمی‌شود مگر

به تصرف- که کسی گمان کند که از [کلام] آخوند اجماع ظاهر می‌شود بر اینکه تصرف منشأ حصول ملک می‌شود. پس اعتماد به آن بی‌وجه است. زیرا که عبارت ایشان (بنابر نسخه[ای] که در نزد حقیر است) این است «والظاهر انه لانزاع فی المعاطات هنا علی تقدیر عدم کونها من العقود اللازمة فیبیح التصرف وعلیه العوض، بل یحصل الثواب ایضا، الا انه لایحصل الملک ولایلزم العوض الا بعد الاتلاف، وقبله یکون ماذونا فیه فی التصرف مع العوض. فلایکون عقدا باطلا مثل ماقیل فی البیع».

وظاهر این است که مراد آن مرحوم در اینجا بیان این است که هرچند قائل نباشیم به معاطات دربیع وسایر معاملات، وباطل وفاسد دانیم آن را (چنانکه مذهب علامه است در نهایه) در قرض نزاعی نیست. وکسی قائل به حرمة وفساد آن نشده. بلکه موجب اباحهٔ تصرف است. واما اینکه گفته است که ملک حاصل نمی‌شود به تصرف[1] بلکه حاصل می‌شود به تلف[2]. ظاهر این است که مراد او در مثل تصرف در اموال باشد به عنوان اکل ولبس وغیر اینها، که بسبب تلف، ملک حاصل می‌شود نه قبل از آن. از قبیل طعامی که در نزد مهمان می‌آورند.[نه] مثل بیع وعتق ووطی. بقرینهٔ کلام او بعد از آن که صریح است که امثال این تصرفات بدون حصول تملک قبل از آن وجهی ندارد. واما معاطات در بیع وامثال آن، پس آن از اصل در نزد آخوند لازم است وموجب تملیک.

تا اینجا کلام در این بود که معاطات در بیع وامثال آن عبارت باشد از اجتماع ارکان به غیر صیغه. باقی ماند کلام در معاطات در این معاملات بافقد شرایط آن. مثل جهالت مبیع وثمن وغیر ذلک. پس می‌گوئیم که کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است:

اول: در کتاب بیع بعد از آن که تعریف بیع را می‌کنند به «انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری به عوض مقدری بروجه تراضی» چنانکه جمعی‌کرده‌اند. یا به «عقدی بر انتقال مذکور» چنانکه علامه در **مختلف** اختیار کرده. یا به «عقدی که مقتضی استحقاق تصرف است در مبیع وثمن وتسلیم آنها» چنانکه جمعی دیگر کرده‌اند. یا به «نقل ملکی از

---

۱ و ۲: این سخن براساس نسخهٔ میرزا (ره) است وبا ابتدای سخن از کلام اردبیلی (ره) تعارض ندارد.

مالکی به غیر او به صیغهٔ مخصوصی» چنانکه جمعی کرده‌اند.

بعد از آن می‌گویند«لا بد است در بیع از ایجاب وقبول» وبعد از آن می‌گویند «ولا یکفی المعاطات» وبعد از آن متوجه احکام معاطات می‌شوند وقول **مفید** را در برابر آن نقل می‌کنند. وعبارت مفید این است که «البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فی ما یملکان التبایع له اذا عرفاه جمیعا وتراضیا بالبیع وتقابضا وافترقا بالابدان» و ظاهر این عبارت این است که بیع منعقد ولازم می‌شود به اینکه تراضی واقع شود میان دو نفر بر معاوضه در آنچه ایشان مالک امر تبایع در آن هستند به اینکه ملک ایشان باشد، یا ولی، یاوکیل مالک اینمال باشند. بشرط اینکه آن عوض‌ها معلوم باشند، وهردوعارف به حال آنها باشند، وراضی شوند به بیع، وقبض از هردو طرف به عمل بیاید، واز هم جدا شوند که اشاره است به تفرق مجلس که مادامی که مفارقت نکرده‌اند (بابدانهما) لزوم به عمل نیامده.

وفقها از این کلام فهمیده‌اند که مفید شرط ندانسته در صحت ولزوم بیع لفظ وصیغه را. بلکه به مجرد تقابض اکتفا کرده. در برابر این سخن، مشهور علما می‌گویند که این افادهٔ لزوم نمی‌کند، هرچند افادهٔ اباحهٔ تصرف بکند. واز علامه در **نهایه** نقل شده که این افادهٔ اباحه [نیز] نمی‌کند چون این بیع فاسدی است ومبیح تصرف نیست. وسایر علما نیز خلاف کرده‌اند که آیا این اباحه همان محض رخصت در تصرف بدون حصول ملکیت است، یا مفید ملکیت متزلزل است و به تلف، لازم می‌شود. یا بیع است اما بیع لازم نیست، بلکه بیع متزلزل است.

و از این سخن‌ها (که مذکور شد که درمسئلهٔ بیع می‌گویند) بعضی چنین فهمیده‌اند که این سخن‌ها دروقتی است که سایر شرایط بیع متحقق باشد و نزاع درسرهمان صیغه با تنهائی باشد. و لازم این سخن این است که هرگاه اختلال درسایر شرایط باشد، اباحه به هیچ نحو حاصل نمی‌شود. چنانکه [در] **مسالک** به آن اشاره دارد. و در کلام دیگری ندیدیم.

و عبارت او این است که «لووقع الاتفاق بینهما علی‌البیع، و عرف کل منهما رضا الاخر بما یصیرالیه من العوض المعین، الجامع لشرایط البیع غیراللفظ المخصوص، لم

یفد اللزوم. ولکن یفید اباحة تصرف کل منهما فی ما صارالیه من العوض. نظرا الی اذن کل منهما للاخر فی‌التصرف. ام یکون بیعافاسدا من حیث اختلال‌الشرط و هوالصیغة الخاصة. المشهور الاول...». الی آخر ما ذکره. و ظاهر این عبارت این است که خلاف دراباحهٔ تصرف و عدم اباحه، همین درصورت اختلال شرط صیغه است. و درصورت اختلال سایر شروط اباحه حاصل نمی‌شود. و دیگران هم تابع آن شد[ه]ند.

و همچنین از ذکر کلام درمعاطات درعقب ذکر اشتراط صیغه چنین فهمیده‌اند که این اباحه مخصوص صورت فقدان شرط صیغه است. نه سایر شروط و دلالت این برمطلب ایشان نیز ممنوع است. و سایر فقها دراین مقام تعلیل می‌کنند اباحه را به حصول تراضی و مسلط کردن هریک دیگری را برمال خود. و دراین معنی فرقی نیست مابین اینکه سایر شرایط متحقق باشد یا نباشد. و مقتضای این تعلیل عدم فرق است مابین وجود شرایط و عدم آنها.

و از شهید(ره) درحواشی **قواعد** حکایت شده که تجویز کرده است جهالت ثمن و مثمن و اجل را. و همچنین مقتضای آنچه ذکر کرده‌اند که درمعاملهٔ نقدین درصورت معاطات، قبض مجلس شرط نیست. و مؤید این است جواز خریدن نان و غیرآن، از اطفال دربازار، دربعضی صور (چنانکه درمحل خود تحقیق آن کرده‌ایم). و از شیخ در **مبسوط** نقل شده که گفته است- بعد از گفتار درصیغهٔ بیع-: «اذا ثبت ذلک فکلما جری بین‌الناس انما هی استباحات و تراض دون ان یکون ذلک بیعا منعقدا، مثل ان یعطی درهما للخباز فیعطیه الخبز، اویعطیه للبقلی فیبادله البقل، و مااشبه ذلک. ولو ان کل واحد منهما یرجع فی ما اعطاه کان له ذلک. لانه لیس بعقد صحیح هوبیع».

و مثل این از **خلاف** هم نقل شده. و به هرحال ظاهر این است که تراضی درجواز تصرف کافی است هرچند جامع شرایط صحت بیع نباشد. و اینکه ازعلامه در **نهایه** نقل شده قول به اینکه معاطات بیع فاسد است، که مبیح تصرف نباشد، ممنوع است. و معلوم نیست که مراد علامه هم عدم جواز تصرف باشد. و برفرضی که مراد او این باشد، در وقتی تمام است که تصرف را به علت اینکه بیع است بکند، وبه اعتقاد اینکه بسبب

بیع بودن است. واما اگر بسبب همان تراضی باشد که در ضمن بیع فاسد باشد، بکند، دلیلی برحرمة آن نیست. ودر مسایل فقهیه جواز تصرف بسبب محض تراضی، بسیار است. واز آن جمله تراضی است که در حیوانات شیرده می‌کنند به روغن، یا به دراهم، یا غیر آن، باوجود جهالت شیر. هرچند لزوم ندارد. وگفته‌اند که این نوعی معاوضه است. وشبیه به این است که ادای دین طلبکار بدون صیغه.

شهید (ره) در **دروس** گفته است «ومن المعاطات ان یدفع الیه سلعة بثمن یوافقه علیه من غیر عقد، ثم هلک عند القابض. فیلزمه الثمن المسمی. ویشبهها قضاء المدین العوض عن النقد، او عوض آخر. فان ساعره فذاک. والا فله بسعر یوم القبض. ولا یحتاج الی عقد. ولیس لهما الرجوع بعد التراضی».

پس گویا این معاطات نیست که احد عوضین تلف شده که آن مالی است که به قرض گرفته شده بود. پس ضرور نیست که ما این معاملات را که بروجه تراضی می‌شود مندرج کنیم در تحت عقود متعارفه تا اینکه ملاحظهٔ اجتماع شرایط آنها را بکنیم.

واز این جمله معاوضه ای است که مقصود در آن تعیین عوض ومعوض نباشد. مثل اینکه حیوانی را باحیوانی، یا ملکی را باملکی معاوضه می‌کنند بدون قصد اینکه یکی از اینها عوض باشد وثانی معوض. بلکه هر یک از اینها عوض است ومعوض است. ودر جای دیگر در همین کتاب [به طور] مستقصی بیان آن کردیم[1] وبیان کردیم که اگر صیغه در آن گفته شود، هرچند به این نحو باشد که هر یک از طرفین بگویند «تعاوضنا» معاوضهٔ لازمه می‌شود، وداخل بیع وسایر عقود نیست. بلکه عقدی است مستقل که در تحت عموم «اوفوا بالعقود» وامثال آن مندرج است. چون عقد عبارت است از عهد موثق. وهرگاه بدون صیغه باشد مبیح تصرف است اما لازم نیست.

پس در سایر عقود هم هرگاه مساومه بر آنها واقع شود وصیغه خوانده نشود، اگر جامع شرایط دیگر غیر صیغه هست [از] معاطات در آن، معاوضه را خواسته‌اند. ومبیح تصرف

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۷۳، از همین مجلد.

است، اما لازم نیست. وهمچنین هرگاه سایر شرایط هم نباشد. پس خواهی آن را بیع غیر لازم (مثلا) یا صلح غیر لازم، بگو، وخواهی معاوضهٔ دیگر بگو. چنانکه. بسیاری از فقها در مطلق معاطات می‌گویند معاوضه ای است برأسه. ومخالف در اینجا شیخ مفید است. وبعض متاخرین از اتباع او که باوجود عدم صیغه آن را بیع لازم می‌دانند[1] مثلا.

وبه هر حال: معاطات معامله[ای] است مبیح تصرف. خواه بگوئیم افاده ملکیت متزلزله

۱: عامل تعیین کننده در این مسئله، موضوع معروف «امضائیه وتوقیفیه»بودن احکام است. در اینکه احکام عبادات توفیقی هستندو نمی‌توان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی درآنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند. سخن دراین است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟-؟ اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان متقدم به توقیف معتقد بوده‌اند و می‌گفتند فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده و برای آنها حدود و مشخصات و شرایط تعیین کرده، رسمیت دارند. و سایر صورت‌های معامله باطل می‌باشند. در این میان با انواع معاطات‌ها رو برو می‌شدند و چون عمل و سیرهٔ مسلمین بر معاطات‌ها جاری بوده (از عصر رسول‌الله صل‌الله علیه و آله) آن‌ها را در قالب «نیمه رسمی» می‌پذیرفتند. حتی در متن همین مسئله دیدیم که شیخ کمترین اهمیت (اهمیتی نزدیک به صفر) به معاطات می‌دهد.

بحث مطاطات در فقه ما یک جریان تحولی درتاریخ خود دارد. که دراین سیرزمانی، بتدریج رو به تکامل رفته و درنتیجه دانشمندان متاخر به «امضائی»بودن احکام در معاطات معتقد شده‌اند.
یعنی به هر نسبتی که گذشت‌زمان به نفع قول «امضائی» بوده به همان نسبت به «رسمیت» معاطات افزوده شده. مرحوم محقق داماد (یزدی) مثال جالبی بر معنای «امضائی» می‌آورد. می‌گفت: رسول خدا«ص» و اهل‌بیت «ع»زیست فردی و اجتماعی مردم را متن قرار می‌دادند و خود برآن حاشیه می‌زدند. هرجا که می‌دیدند این رفتار، یا این معامله، یا فلان سنت و یا... مردم صحیح نیست، تذکر داده و آن را اصلاح می‌کردند، بنابراین هر معامله‌ای که از زبان شرع منعی برای آن وارد نشده مشروع است و رسمیت دارد. بدیهی است که معاطات درصدر این معاملات قرار دارد. و عدم ورود منع دلیل این است که شرع آن راامضا کرده است.و شرایط چنین معامله‌ای همان شرایط‌عامه است. و شرایط خاصهٔ‌هرمعامله خاص- ازقبیل بیع، اجاره و... مربوط به خودشان است. پس باید معاطات را یک معامله لازم دانست زیرا مردم به قصد لزوم، آن را انجام می‌دهند و به همین صورت هم مورد امضای شرع شده است.
از سخن میرزا (ره)روشن می‌شودکه این جریان فکری در عصر او به فرار قابل‌توجهی رسیده بوده، که با پیدایش معاملات جدید مانند سرقفلی و بیمه، به کمال خود می‌رسد. تأثیر مسئله تاریخی توقیف و امضا دراین مسئله نقش زیادی دارد همانطور که در سطرهای بعدی کلمه «محصور» که جز «توقیف» معنی ندارد، در بیان شهید ثانی (ره) خواهد آمد.

هم می‌کند وبه تلف عوضین لازم می‌شود. یاقایل به محض اباحه باشیم. ودانستی قبل از این که اقوی افادهٔ ملکیت متزلزله است، وضمانی در تلف آن لازم نیست به غیر همان عوضی که قرار داده شده هرگاه تلف شود عوضین یا احدهما، علی الاقوی. وفرقی نیست در تراضی بر معاوضه، مابین آنکه اگر آن را درج کنیم در ضمن احدی از عقود معهوده فاسد نباشد، و مابین آنکه برأسه فاسد باشد[1]

واینکه گفته‌اند که هرگاه مشتری قبض کند به عقد فاسد، مالک نمی‌شود وضامن آن عین است بلا اشکال وخلافی. آن هم منافاتی بامانحن فیه ندارد. زیرا که آن در صورتی است که اذن در تصرف به شرط اینکه بیع باشد، شده است. نه در صورتی که اذن مبتنی بر تراضی باشد. هرچند در ضمن عقد فاسد باشد. وتفصیل مقام این است که هرگاه شروط صحت بیع از آن مقوله است که در صحت معاطات هم شرط است (مثل بلوغ وعقل وتملک مال وقصد به اخراج) پس آن بیع فاسد است رأسا. وموجب اباحهٔ تصرف نمی‌شود. خواه قصد بیع کند در معامله، یاقصد معاطات.

واما اگر از باب صیغه ومعلومیت کیل ووزن یاحصول مشاهده، یاوصف وامثال آن باشد، پس هرگاه به قصد بیع نباشد وبه محض تراضی معامله کنند، پس آن داخل معاطات است. وموجب جواز تصرف است. وداخل بیع فاسد نیست، که منشأ ضمان باشد، وعدم جواز تصرف.

والحاصل: در صورت ثانیه، هرچند عالم به فساد بیع باشد ولکن قصد اینکه بیع صحیح است نکند وبه همان تراضی اکتفا کند، ضمانی نیست وتصرف جایز است. ودر صورتی که به قصد اینکه بیع صحیح است می‌کند، در هر دو صورت باطل است. ودلیل آن اجماعات منقول است که نقل کرده‌اند. وعموم «علی الید ما اخذت حتی تودی» وقاعدهٔ «مایضمن بصحیحه، یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده» است. وهمچنین دلالت دارد بر آن آنچه اشاره به آن شده که مفروض این است در صورتی که مقصود دارد در

۱: یعنی فرقی ندارد آن معاطاتی که خود به خود فاسد نیست با آن معاطاتی که اگر آن را در تحت یکی از عقود جای دهیم فاسد نمی‌شود وگرنه فاسد خواهد شد.

تصرف باشد بزعم اینکه عقد بیع صحیحی واقع شده، وحال اینکه در نفس الامر صحیح نیست. پس اذن بر آن واقع نشده.

واز آنچه گفتیم ظاهر شد که هرگاه طرفین جاهل به فساد باشند، وظاهر شود. اشکالی نیست در ضمان. چون تصرف بر غیر وجه ماذون فیه، واقع شده. وهمچنین هرگاه هر دو عالم به فساد باشند وبه قصد معاطات وتراضی شده باشد، اشکالی نیست در جواز تصرف وعدم ضمان. ومراد از ضمان در اینجا این است که هرگاه مال باقی است باید رد کنند. وهرگاه مال تلف شده باید مثل یا قیمت را رد کند. والزام نمی‌توانند کرد بر همانچه به آن معاوضه واقع شده. ومراد از عدم ضمان، آن است که هرگاه هر دومال ها (مثلا) تلف شوند، هر یک به حق خود رسیده‌اند. وچنان نیست که باید از عهدهٔ تالف مثلا یا قیمتا برآیند. وتفصیل این مقام در مسئلهٔ معاطات بعد می‌آید.

واما هرگاه یکی از آنها عالم به فساد بوده ودیگری جاهل، پس نیز اشکالی نیست در اینکه عالم از آنها، ضامن مال جاهل هست. وصاحب **مسالک** گفته است که در صورتی که مشتری جاهل باشد وبایع عالم باشد، محتمل است که ضمانی بر مشتری نباشد چون بایع او را مسلط کرده بر مال خود با علم به بقای آن بر مال خود بودن. وهمچنین گفته است که هرگاه مشتری عالم باشد وبایع جاهل ، ضمان بر مشتری ثابت است به طریق اولی. بعد از آن گفته است که در جمیع صور، اقوی ثبوت ضمان است. پس رجوع می‌کنند هر یک به مال خود اگر موجود باشد.

و به عوض آن، هرگاه تلف شده باشد.

وظاهر این است که مراد او در غیر صورتی است که تراضی واقع شده باشد به عنوان عموم. یعنی خواه عقد صحیح شده باشد، وخواه فاسد. پس در چنین صورتی داخل معاطات می‌شود، وبه مقتضای آن عمل می‌شود.

پس حاصل مقام در «مقبوض به معاملهٔ فاسده» این شد که هرگاه قصد آنها تجویز تصرف به شرط اینکه آن مبایعهٔ فاسده است (یعنی بدانیم که بدون این که مبتنی بر آن باشد راضی نیستند) پس ضمان ثابت است. وتصرف جایز نیست. وهرگاه مقصود رخصت

تصرف است مطلقا (یعنی هرچند باعلم برفساد باشد) پس آن داخل معاطات است. ومنافاتی نیست مابین قول به اینکه معاطات افادهٔ تملیک متزلزل می‌کند، ومابین اینکه این معامله بخصوص من حیث هی مفید تملیک نیست. زیرا که وجوه تملیک مختلف است. پس هرگاه مبیع کنیزی باشد، به مجرد همین، وطی جایز است. واگر مفید تملیک نبودی [دلیلی بر جواز نمی‌ماند وحال آنکه برجواز آن اتفاق نظر دارند] چنانکه [قبلا] دانستی.

وعبارت علامه در **تذکره** منافاتی با آنچه ما گفتیم ندارد، آنجا که گفته است «اذا کان المبیع بالبیع الفاسد جاریة، فوطئها عالما بالفساد انه یجب علیه المهر» بعد از آن برخود اعتراض کرده وجوابی گفته است، وآن اعتراض این است که «کیف یجب المهر مع ان السید اذن فی الوطی ومعلوم لو ان السید اذن فی وطی جاریته لم یجب المهر». وجوابی که گفته است این است که حصول اذن از سید ممنوع است، ودر سند منع گفته «لانه انما ملکه الجاریة والتملیک اذا کان صحیحا یتضمن اباحة الوطی. واذا کان فاسدا لم یبحه. فلم یسقط بذلک ضمانه». وحاصل کلام او این است که هرگاه به بیع فاسد جاریه را بگیرد ووطی کند، مهر بر او واجب است. واگر کسی بگوید که چگونه مهر واجب می‌شود وحال آنکه به اذن مالک وطی کرده، ومعلوم است که هرگاه وطی به اذن مالک باشد، مهر واجب نیست. می‌گوئیم که منع می‌کنیم اذن مالک را در وطی. یعنی این نه از باب «تحلیل» است که هرگاه مولی اذن بدهد در وطی وحلال کند، جایز است وطی، ومهر لازم نیست. بلکه این از باب تملیک است نه تحلیل، واباحه. وتملیک هرگاه صحیح باشد متضمن اباحه وطی است. وهرگاه فاسد باشد، اباحهٔ وطی نمی‌کند. وضمان ساقط نمی‌شود.

وظاهر این کلام این است که هرگاه منظور ایشان تملیک به بیع فاسد باشد، مبیح وطی نیست. وموجب ضمان است. نه اینکه هرگاه باوجود علم به فساد (وعدم ترتب اثر بر نفس عقد بیع من حیث هو) قصد تملیک کند اثری نمی‌بخشد وملک متزلزل هم حاصل نمی‌شود. واستبعادی نیست در حصول ملک به مجرد تراضی. واین کمتر از هدایا نیست که مطلقا لفظی در آن نیست، ومفید جواز وطی است در کنیز، چنانکه در هدایای پادشاهان از برای رسول خدا (ص) گفته‌اند ومارية قبطیه از جملهٔ آنها بود.

پس استدلال می‌توان کرد در حصول ملک به معاطات به اباحهٔ وطی کنیز از باب «لمّ» وهم به عموم «الا ان تکون تجارة عن تراض» از باب «انّ» هرچند مندرج در تحت عموم «اوفوا بالعقود» نباشد- به‌تقریبی‌که سابق اشاره به‌آن‌کردیم‌که از عهود موثقه نیست- وموید آنچه پیش گفتیم (از امکان تحقق معاطات در ضمن بیع فاسد) این است که شهید (ره) در دروس گفته است «وقال الحلبی: اذا کان البیع فاسدا مما یصح فیه التصرف للتراضی، وهلکت العین فی ید احدهما، فلارجوع له». وبعد از آن گفته است شهید که «ولعله اراد المعاطات».

دوم:[1] در اینکه آیا معاطات مخصوص بیع است؟ یا در همهٔ انواع عقود هم جاری است؟. ظاهر این است که معاطات در مثل اجاره وهبه ومزارعه ومضاربه وقرض وغیر آنها جاری است. بخلاف مثل نکاح وطلاق وامثال آنها. که تحقق اباحه به تراضی در آنها معنی ندارد، بخلاف نقل اموال ومنافع مالیه که همهٔ آنها داخل عموم «الا ان تکون تجارة عن تراض» و«الناس مسلطون علی اموالهم» هستند.

سوم: در معاطات چون معیار صحت، تراضی است فرقی نیست مابین اینکه تقابض بالفعل [به] عمل آید، یا آنکه امروز مال [را] بدهد وده روز دیگر عوض آن را بگیرد. چنانکه در مثالی که از شهید نقل کردیم. وبعضی در مثال اجاره گفته‌اند «اینکه کسی امر کند دیگری را به عملی بر عوض معینی، وآن شخص به جا آورد، بدون صیغه. که او مستحق اجرت می‌شود». وظاهر این است که مراد او این باشد که این معاطاتی است که احد عوضین تلف شده، وبه سبب تلف لازم می‌شود. چنانکه در مثال شهید در دروس مذکور شد سابقا. ومثال واضحتر اینکه: مثلا شخصی جمعی عمله گرفته از برای کار گل، وشخص دیگری می‌آید ومی‌ایستد وکار می‌کند مثل آنها، وصاحب کار به او اجرت می‌دهد، واو هم راضی می‌شود. که این از باب تقابض بالفعل است در اعیان، که اقباض منفعت به عمل آید با اقباض اجرت.

۱: عطف است به آنچه قبلا فرمود «کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است:اول...».

واما اینکه کسی، دیگری را امر کند به عملی واز شأن آن شخص وشأن عمل، اخذ اجرت باشد، مستحق اجرت المثل عمل می‌شود. پس آن را داخل ما نحن فیه کردن خالی از اشکال نیست. وبعضی را گمان این است که در معاطات تقابض بالفعل شرط است. چون از باب مفاعله است. واین ضعیف است. زیرا که لفظ معاطات در کلمات شارع مذکور نیست، که ما معنی آن را از عرف ولغت پیدا کنیم. واما ذکر آن در کلام علما، پس تو دانستی که معیار در معاطات همان تراضی است. باوجود اینکه در صیغه مفاعله مشارکت فی الجمله کافی است، وضرور نیست که مبدأ اشتقاق از هر یک مستقلا به عمل آید. چنانکه در لفظ مبایعه که بیع از مجموع فعل دو نفر به عمل آمده. نه اینکه هر یک علی حده، بیع کرده‌اند. بخلاف مثل مضاربه ومقاتله. واز این جمله است بیع مرابحه که ربح را یک نفر می‌برد واما چون حصول آن از اجتماع دو نفر حاصل شده آن را مرابحه می‌گویند.

چهارم: پیش دانستی که اظهر این است که معاطات مفید ملکیت است هرچند متزلزله باشد. نه اباحهٔ محضه. پس بدان که مادامی که عوضین باقی‌اند هریک رجوع می‌توانند کرد به مال خود به سبب عموم «الناس مسلطون علی اموالهم» وقدری از ملکیت آن دیگری که ثابت شد همان قدر ملکیت متزلزله است. پس حکم تسلط سابق مستصحب است ورافعی ندارد. وهرگاه هردو تلف شوند، لازم می‌شود، ورجوع نمی‌توانند کرد. زیرا که استصحاب منقطع شد به سبب تلف موضوع، واصل برائت ذمه است از وجوب رد. واصل عدم جواز رجوع است.

واما هرگاه احدهما تلف شود، پس در جواز رجوع صاحب آن عین باقیه، خلاف است. واظهر- بنابرحصول ملکیت متزلزله- عدم جواز رجوع است. چون مستلزم جمع مابین عوض ومعوض است در ملک شخص واحد. چون آنچه را که مال او شد تلف کرد پس اگر این هم مال او شود لازم می‌آید که دو مال را داشته باشد. وحال آنکه یک مال بیش نداشت. واگر بگوئی که چه می‌شود که رجوع کند به عین موجود که مال او بود قبل از این وعوض عین تالفه را رد کند به مالک اول آن. گوئیم که عین تالفه از ملکیت مالک او بیرون رفت بالمره به سبب تلف. وملک متلف شد دیگر چه معنی دارد که عوض مال تالف خود را بدهد به عوض

مال موجود خود.

واگر بگوئی چه می‌شود که عوض مال موجود را بدهد به صاحب عین تالفه کـه الـحال مالک مال موجود است، وآن را بگیرد. گوئیم که او را چه تسلط بر مال غیر؟! واین محتاج است به بیع ومعاملهٔ جدیده. وآن موقوف است برتراضی. وبه هـرحال جمـع مـابین عـوض ومعوض لازمهٔ قول به رجوع است. وآن صورتی ندارد. بلی، بنابر قول به اینکه معاطات افاده بیش از اباحه نمی‌کند، جایز است رجوع به عین موجود، از برای صاحب اول. بـیش از ایـن نیست که چون صاحب عین تالفه اباحهٔ آن را بدون عوض نکرده، باید عوض تالف را بـه او رد کند. ودر اینجا جمع مابین عوض ومعوض در ملک واحد نمی‌شود. زیرا که در اینجا قبـل از تلف ملک او نشده بود وبعد از تلف چیزی باقی نمانده که ملک او بـاشد. یـالازم آیـد جمـع مابین عوضین در ملک شخص واحد.

واین منافی استحقاق عوض نیست. به جهت آنکه اباحه بی‌عوض نکرده بود، ومستلزم بقاء ملکیت نیست که بگوئی شیئ تالف قابل ملکیت نیست پس ملک مالک، اول هم نیست.

و اما هرگاه بعض احد عین‌ها تلف شود، یا بعض هریک،پس باز کلام همان است که مذکور شد نسبت به مقابل تالف. که بنابر قول به افاده ملکیت رجوع نمـی‌تـواند کـرد. چـون لازم می‌آید جمع مابین عوض ومعوض. ودر صورت تلف بعض هر یک هم فرقی نیست مابین آنکه آنچه تلف شده از هر یک متساوی باشند یا متفاوت. پـس در مـتساوی اشـکـالی نیـست. ودر متفاوت در قدر زاید تالف، باز حکم لزوم است. چنانکه گفتیم.

و بعضی گمان‌کرده‌اندکه جایز نیست رجوع مطلقا، مثل تلف جمیع. چون رجوع کردن هر یک به حق خود ممتنع است. زیرا که موجب «تـبعض صفقـه» وضرر مـی‌شود. وآن مـندفع می‌شود به اینکه لزوم تبعض صفقه منشأ امتناع رجوع کردن نمی‌شود، بیش از این نیست که به سبب تبعض صفقه خیار فسخ از برای طـــرف دیـــگر حـــاصل مـــی‌شود، ودر قدر فایت رجوع به مثل یا قیمت می‌شود. واما ضرر، پس آن مستند است بـه تـقصیر خود که به عنوان صیغه معامله نکرده که لازم شود.

پنجم: منتقل شدن از ملک در معنی تلف است. خواه به عنوان عقد لازمـی مـثل بـیع

ووقف، یا مثل بیع در زمان خیار وهبهٔ غیر لازمه بعد از قبض. چون اینها هم باعث خروج از ملک است. واما تصرف به غیر این وجوه، مثل پوشیدن جامه، وعمل فرمودن عبد وحیوان، وآردکردن گندم وامثال آن. پس آن مانع از رجوع نیست. وظاهر این است که رجوع به اجرت آنها ونمائی که تلف شده نمی‌کند. چون به اذن مالک شده، واو را مسلط کرده بر انتفاع بدون عوض.

ودر صورتی که عین مشتبه شود. یا ممزوج شود به غیر. به حیثیتی که تمییزی نباشد. پس **مسالک** گفته است که امتزاج به بهتر از آن در حکم تلف است. واما به مساوی یا پستتر، محتمل است که آن هم چنین باشد. به جهت امتناع رجوع هر یک به مال خود بر حال سابق، واین مختار جماعتی است. ومحتمل است که چنین نباشد وجایز باشد رجوع در همهٔ صورتها. به جهت بقاء حق. وظاهر این است که مراد از رجوع در اینجا حصول شرکت باشد. پس هر یک به مقدار حق خود شریکند در آن ممزوج.

ششم: آیا معاطات بعد از تلف عین ملحق به آن عقدی می‌شود که مساومه بر آن شده هرچند قایل نباشیم که در اول وهله آن معامله است-؟. مثل اینکه معاطات در بیع شد وبعد از قبض، تلف شد. آیا الحال بیع می‌شود؟ که ثمرات بر آن مترتب می‌شود، یا نه؟. مثل ثبوت خیاراتی که در بیع ثابت است و بر فرضی که داخل بیع شود آیا آن احکام از حین تلف ولزوم ثابت می‌شود، یا از روز اول معامله؟-؟.

ظاهر کلام اکثر علما این است که معاطات معاوضهٔ علی حده‌ای است. واز بعضی تصریح به آن نقل شده وظاهر این است که شهید (ره) باشد در حاشیه **قواعد**[1] ومحقق ثانی در **شرح قواعد** قایل به این شده که معاطات بیع است. چنانکه پیش نقل کردیم. اما ظاهر این است که مراد او در جائی باشد که مساومه در بیع شده باشد، وجامع شرایط بیع هم باشد به غیر صیغه.

وشهید ثانی در **مسالک** گفته است که «برتقدیر لزوم معاطات به احد وجوه مذکوره یعنی به سبب تلف عینین، یاسایر آنچه موجب لزوم می‌شود، آیا در این وقت بیع می‌شود؟ یا

۱: یعنی مراد از آن بعض که تصریح کرده شهید (ره) است.

معاوضه‌ای است برأسه؟. محتمل است که بیع شود. چون معاوضات محصورند واین هیچیک از آنها نیست. ومعاوضهٔ علی حده بودن محتاج است به دلیل. ومحتمل است که بیع نباشد به سبب اتفاق علما بر اینکه در حال وقوع معامله، بیع نبود پس چگونه بعد تلف، بیع شد؟! وظاهر می‌شود ثمرهٔ این نزاع در ترتب احکام مختصهٔ بیع بر آن، مثل خیار حیوان هرگاه آنچه تلف شده ثمن باشد، یا بعض ثمن. وحیوان باقی باشد.

و بر تقدیر ثبوت خیار آیا اعتبار سه روز از حین معاطات است؟ یا از روز لزوم؟ وهمهٔ اینها محتمل است. ومشکل است احتمال اول به قول ایشان که معاطات بیع نیست. واحتمال دوم به اینکه تصرف معاوضه نیست بنفسه. مگر اینکه بگوئیم معاطات جزء سبب است وبه تصرف، تمام می‌شود. یعنی بیع شدن به مجموع معاطات وتصرف، حاصل می‌شود. واقوی عدم ثبوت خیار حیوان است در اینجا، بنابراینکه معاطات لازم نیست. وتمام نمی‌شود لزوم مگر به قول **مفید** واتباع او. واما خیار عیب وغبن، پس آن ثابت است بر هر دو تقدیر. همچنانکه خیار مجلس منتفی است.» تمام شد ترجمهٔ کلام مسالک.

واظهر در نزد حقیر این است که (هر چند قایل شویم که معاطات در بیع که جامع همهٔ شرایط باشد به غیر صیغه، بیع است ولکن بیع غیر لازم- چنانکه دور نیست- یا قایل شویم که بعد از تلف، بیع می‌شود- هرچند ضعیف است- هم) خیار حیوان در معاطات ثابت نباشد. هرچند بعد لزوم آن باشد. چون اد لهٔ خیار حیوان اقتضای بیش از ثبوت آن در بیع لازم در حین عقد، را نمی‌کند. چنانکه در اخبار صحیحه وارد شده به این مضمون که «البیعان بالخیار مالم یفترقا» و«الخیار فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتری» چنانکه مخفی نیست بر متأمل.

واگر قایل نشویم که بیع است- چنانکه ظاهر اکثر است- که اشکالی نیست. وهمچنین خیار مجلس هم در معاطات معنی ندارد. چون ثابت است بعد از افتراق نیز. واما خیار عیب وغبن، پس چون آن مبتنی است بر نفی ضرر وخصوصیتی به بیع ندارد، پس، از قول به ثبوت آنها مضایقه نداریم. وهمچنین خیار شرط وخیار رؤیت وخیار تدلیس وامثال آنها هم ثابت است. چون تراضی بر نهج خاص واقع شده وظهور خلاف آن کاشف از عدم حصول

تراضی است بر آن. پس هر یک رجوع به مال موجود عوض تالف می‌کنند.

۱۷۳ - سوال: مامعنی الغناء المحرم؟ وهل یعم حرمته؟ او لها مخصص؟.

جواب: ذکر جماعة انه «مد الصوت المشتمل علی الترجیع المطرب» ونسبه المحقق الاردبیلی (ره) الی الاشهر. وقیل بذلک مع اسقاط الاطراب. وقیل به مع اسقاط الترجیع. وقیل «من رفع صوتا ووالاه فهو غنا». وقیل «هو تحسین الصوت». وقیل «ماهو یسمی فی العرف غناء» وهو اظهر الاقوال. واختاره الشهید الثانی (ره) ومعناه بالفارسیة «سرود» کما صرح به فی **المصباح**، وقال: اغنیة: بالضم والتشدید : سرود. والجمع اغانی. والتغنیة: سرود گفتن.

ولما کان العرف قد یحصل فیه اضطراب بحسب متفاهم اهله، فما یتفق منه انه هو، فهو حرام جزما. ومایتفق منه عدمه، فهو مباح. ومابقی فی مرحلة الشک، فیلحق بالمباح. للاصل.

وحرمته فی الجملة اجماعیة. بل قیل هو باجماع المسلمین. بل الضروری من الدین. ویدل علیه الایات والاخبار المستفیضة التی لایبعد ادعاء تواترها، ولا حاجة الی ذکرها. واما انه عام او یختص ببعض الافراد دون بعض؟-؟ فالظاهر المشهور التعمیم. بل یظهر من المفید دعوی الاجماع علی المطلب. بل ربما نقل دعوی الاجماع من العلماء من بعضهم. ویدل علیه (مضافا الی ذلک) من الاخبار المطلقة وخصوصا ماورد فی تفسیر قوله تعالی «والذین لایشهدون الزور» وقوله تعالی «واجتنبوا قول الزور» وقوله تعالی «ومن الناس من یشتری لهو الحدیث»[1].

واستثنی الشیخ فی **النهایة** المغنیة فی الاعراس، وحلل اجرتها، اذا لم تقرء بالباطل ولایدخلن علی الرجال ولایدخل الرجال علیهن. واختاره العلامة فی **المختلف**. وکرهه ابن البراج. وقال ابن ادریس «لاباس باجر المغنیات فی الاعراس اذا لم یغنین بالباطل علی ماروی». ولایخل مختار الشیخ من قوة **لصحیحة** ابی‌بصیر وروایتین اخریین.[2] ولکنها

۱: الوسایل: ج ۱۲ ص ۲۲۹-۲۲۷، ب ۹۹ من ابواب مایکتسب به، ح ۹-۱۱-۱۹-۲۰-۲۱.

۲: الوسائل : ج ۱۲ ص ۸۵-۸٤ ، ب ۱۵ من ابواب ما یکتسب به. واورد فیها حدیث ابی بصیر من ثلاثة طرق ثم اورد الروایتین. وکذا المرسل من الباب ۱٦، ح ۲.

←

معارضة بروايات اخر وساير العمومات وظاهر دعوى الاجماع. و سبيل الاحتياط واضح.

ومما استثنى منه الحداء (بالمد) وهو سوق الابل بالغناء لـها. واعـترف جمـاعة مـن الاصحاب بعدم الوقوف على دليل عليه. ولعله ورد فيه الخبر من طريق العامة. قال فى مـجمع البحرين «وفى حديث السفر: زاد المسافر الحداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء- قـال: اى بُعد من آداب الشرع-».

وربما نقل قول باستثناء مراثى الحسين عليه السلام. ولانعرف قائله. وربما يوجه ببعض الاخبار التى لادلالة فيها. وبانه من باب النوحة المجوزة. وفيه منع دلالة جواز الـنياحة عـلى جواز الغناء. وبان النسبة بين مادل على حرمة الغناء و[مادل على] رجحان الابكاء عـموم مـن وجه. والرجحان للاخير. وفيه منع كون الغناء مبكيا على الحسين عليه الـسلام. بـل انمـا هـو مقتضى طبيعته فى بعض الاحيان، وان كان فى الاشعار الباطلة. غـاية الامـر حصـول بـكاء مركب من الحلال والحرام. مع انا نمنع ترجيح هذا المقام مع قوة دلالة العام الـمشتمل على «النهى» المستلزم لطلب انتفاء الطبيعة راسا. بـخلاف «الامـر» الـذى لايـقتضى الا الامتثال الحاصل بوجود بعض الافراد.

واستثنى صاحب **الكفاية** الغناء بالقرآن. واسنده الى ظاهر كلام الـطبرسى (ره). وفيـه انه لم يذكر الا تحسين اللفظ، وتزيين الصوت، وتحزينه. ولايخفى الفرق بـين تـحسين الـصوت والغناء. واستدل (ره) باخبار قاصرة سندا ودلالة لاحاجة الى ذكرها وذكر مافيها فـلاوجه لـه اصلا. وقد اطنبنا الكلام بذكر الادلة والاخبار، والجرح والتعديل فى هذه المقامات فى كتاب **مناهج الاحكام**. وعمدة المقصود هنا التنبيه على ماذهب الى بـعض الاوهـام ان «مـن يـقرء القرآن او المرثية لايقال انه يغنى. بل يقال انه يقرء القرآن، او يقرء الـمرثية» فيـجعل الـغناء صفة اللفظ والمقروء، لا للصوت والقرائة. وهو توهم فاسد. كما دل عليه كـلام الـعلماء واهـل

هذا فى الاصوات الانسانية، و اما الاستثناء فى المزامير والدف فقال فى الجواهر «ويكره الـدف فـى الامـلاك والختان خاصة لقول النبى(ص) «اعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالغربال» يعنى الدف. و قوله-ص- ايضا «فصـل مابين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند الـنكاح»- الـجواهر: ج ٤١، كـتاب الـشهادات، ص ٥٢- ٥١، المسئلة السادسة.

اللغة فی عدم ادراجهم المقروء فی تعریف الغناء بل انما جعلوه تعریفا للصوت. وان فرض اصطلاح جدید وعرف خاص، فهو ممالا یعتنی به.

مثل ماشاع فی العربی الجدید تسمیة «الماست» باللبن مع انه موضوع للحلیب.

واما ماسبق الی بعض الاوهام«من ان الحداء والرجز والنیاحة والرثاء والغناء، انماهی الفاظ فی کلام العرب مستعملة فی معان مقصودة لهم مشترکة الکیفیة فی القواعد الموسیقیة خارجة علی قوانین النسب الصوتیة . فالحداء لتهییج القوة الطبیعیة فی المشی والسیر، ولها منفعة ومصلحة کانت شایعة فی الجاهلیة والاسلام.والرجز لتهییج القوة الغضبیة المطلوب فی الجهاد والدفاع، وقد استعمله النبی «ص» وعلی والحسین «ع» وهو من السنن الجهادیة. والنیاحة وقد ورد الاخبار فی جوازها ان خلت عن الکذب. والرثاء قد ورد الحث بها فی الاحادیث وکانوا یأمرون الراثین بالرثاء علی الحسین علیه السلام. والغناء الذی هو فی اللغة مد الصوت، وزاد بعضهم فیه الترجیع، وبعضهم الطرب - وقد ورد فیه المدح والذم باعتبارین فی الاخبار، فمنها: الغناء نوح ابلیس علی الجنة[1]. ومنها فی الرخصة: ان ذکرتک الجنة فلابأس[2]. ومنها: ان الله یحب الصوت الحسن یرجّع به ترجیعا[3]. ومنها: من لم یتغن بالقرآن فلیس منا[4]- واوّل لها جماعة. بخلاف الظاهر، وحملها آخرون علی التقیة-. والتحقیق مافسره به الائمة (ع) تارة فی تفسیر قوله تعالی - ومن الناس من یشتری لهو الحدیث لیضل عن سبیل الله- واخری فی تفسیر قوله تعالی- واجتنبوا قول الزور- فظهر ان کل کلام مرجّع مطرب ممدود به الصوت خارج مخرج الزور، اعنی مالا حقیقة له، او خارج مخرج اللهو وهو مایلهی عن الاخرة فهو الغناء المنهی عنه. واما ما خلا عن اللهو والزور، کالقرآن والرثاء علی الحسین «ع» ومافیه اعلام الناس بمناقب المعصومین «ع» وفضایلهم. فهو الغناء المرخص

۱: مائلت علی وجدانها فی المتون الحدیثیة.

۲: الوسایل : ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۱٦ ح ۲.

۳: الوسایل: ج ٤، ابواب قرائة القرآن، ب ۲٤ ح ۵.

٤: البحار: ج ۹۲ ص ۱۹۱، باب قرائة القرآن بالصوت الحسن ، ح ۲ و ۵.

فيه. ويحمل مجملات الاخبار على المفصلات.».

فهو كلام[1] متساقط لا يرجع الى محصل. فان قوله «مشتركة الكيفية...» صفة لـ «معان مقصودة» فلابد ان يكون المراد من المعانى المقصودة هو كيفيات الاصوات الخاصة. فان ماهو من جملة موضوع علم الموسيقى انما هو الصوت من حيث هو. وان كان تحقق الصوت غالبا فى قالب الكلام. لاالكلام من حيث انه كلام، ولا من حيث انه مهمل، او موضوع، او نظم، او نثر، او مدح، او ذم، او مفاخرة وذكر نسب، او حكاية رزية وتلهف على نازلة. فلايعتبر فى اتصاف الصوت. بمصطلحات اصحاب الموسيقى ملاحظة المقروئات ، ومعانيها. كما لا يخفى. بل الملحوظ انما هو نفس الصوت والنغمة.

وذلک انما يتم فى الغناء فقط. اذ ليس مدلول ساير الالفاظ المذكورة كيفية من الصوت بدون اعتبار المقروء والمدلول. فان الحداء فى اللغة هو سوق الابل وزجرها فى السير مع الغناء لها ليحث على السير. فالحداء ليس موضوعا لكيفية اخرى من كيفيات الصوت غير الغناء، ولاهو نفس الغناء وان استعين به فيه. فلايصح جعله قسيما للغناء فى الكيفيات الموسيقية. ولا ينافى ذلک استعمال لفظ الحداء فى مقام من مقامات الموسيقى ايضا. كالحسينى والمنصورى والرهاء.

ولا تباين بينها وبين الغناء ايضا. ولامدخلية لنفس المقروء من حيث هو مدلوله، لان الابل لا يميز بين المقروئات والمدلول، ولكنها يميز الصوت الحسن عن غيره، فيستريح بالصوت الملايمة طبعها، ويسهل عليها مشقة السير. ولا ينافى ماذكرنا ايضا التزام هذا المقام الخاص فى التغنى للابل ايضا، كما لا يخفى .

و كيف كان فلاوجه لجعل الحداء قسيما للغناء. اذ ليس هو من اقسام كيفيات الصوت كما عرفت.

وان لوحظ كونه على مقام خاص من المقامات الموسيقية، فان سلم ذلک فيكون اخص من الغناء مطلقا. لامباينا. ولا قسيما له. وان فرض ح تحققه بغير الغناء، فهو اعم منه من وجه.

١: هذه جواب «اما» فى قوله: واما ماسبق الى بعض الاوهام.

فلاوجه لتخصيصه بالذكر. اذ ساير المقامات ايضا اخص من وجه. ولكل منها مصلحة خاصة، وتاثير خاص. كما قرر في الموسيقى. مع انا لم نقف في كلام اهل اللغة في تفسير مايسوق الابل بالغناء، ولم يقل احد انه سوقها بهذا المقام الخاص. مع انه خلاف المشاهد في الغالب في التغني للابل.

واما الرجز:- بالفتحتين- فهو بحر من بحور العروض. وقد يطلق على نوع من انواع الشعر يكون كل مصراع منه منفردا ويسمى قصائده اراجيز. جمع ارجوزة. وهذا ايضا لادخل له في كيفيات الصوت بل هو من صفات المقروء او النظم. فلايصح جعله قسيما للغناء ومن جملة كيفيات الصوت التي لها تاثير من حيث انه صوت. بل تاثيره انما هو لاشتماله على المفاخرة بالنسب والتهديد في الحرب واظهار التجلد التي كلها من لوزام المقروء والمدلول.

واما النياحة: فهي ايضا يعتبر فيها ملاحظة المقروء والمدلول. ولكن لانضايق فيها من القول باعتبار الكيفية الخاصة الحاصلة في الصوت ايضا، ليكون قسيما للغناء من هذه الحيثية . فهي كيفية خاصة من الصوت في نوع من المقروء. وهو مايشتمل على اظهار الويل والعويل على الميت. بان يقول واويلاه ، ياويلاه، واي واي، ومافي معناها. او بعدّ بعض محاسنه، وذكر سوانحه ومصايبه. ومع ذلك يظهر الالم والوجع عليه. وكثيرا مايحصل فيه التقابل من جماعة والتجاذب فيقال «تناوحوا». وهي ايضا ممالا باس به، اذا لم يكن بالكذب والباطل.

واما الرثاء والمرثية: فهو ايضا من صفات المقروء واللفظ. لاالصوت. ويعتبر فيه كونه شعرا. بخلاف النوحة. فالفرق بينه وبين النوحة من وجهين: اعتبار كيفية الصوت في النوحة دون المرثية، واعتبار كونه شعرا في المرثية دون النوحة.

واما الغناء: فهو من كيفيات الصوت. ولا يعتبر فيه المقروء والمدلول جزما. والكلام في حرمته بالعموم او في بعض المقروئات قد مر. والتحقيق فيه العموم- لما اشرنا اليه- الا ما استثنى منه.(على خلاف فيه).

واما الصوت الحسن: فالنسبة بينه وبين الغناء والنياحة عموم من وجه. واما ماذكر من جعل قول الصادق (ع)- في صحيحة محمد بن مسلم وابي الصباح الكناني عن قول الله عز وجل «والذين لا يشهدون الزور» هو الغناء. وفي رواية ابي بصير حين سئل عن قول الله عز

وجل «واجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور» قال: هو الغناء.- ان الغناء المنهی عنه هو الغناء الذی وقع فی کلام خرج مخرج الزور، وهو مالا حقیقة له. لا الغناء فی مثل القرآن والمراثی المامور بها ونحوهما. فهو کما تری. غایة الامر ان یقال فی تاویل الخبر، ان الغناء مثل قول الزور فی کونه منهیا عنه. لا ان الغناء المحرم هو الذی یکون فی کلام هو من قول الزور.

وکذلک معنی قول الباقر «ع»- فی حسنة محمد بن مسلم «قال سمعته یقول: الغناء مما قال الله تعالی، ومن الناس من یشتری لهو الحدیث لیضل عن سبیل الله بغیر علم ویتخذها هزوا- ان الغناء المنهی عنه هو الذی وقع فی کلام خرج مخرج اللهو، وهو مایلهی عن الاخرة. فالمرخص فیه هو مالیس فی کلام لهو او زور کالقرآن والمراثی المامور بهما والقصاید فی مدح المعصومین.

ثم انک بعد الاحاطة بما ذکرنا تعرف وجه التساقط والخلط بین صفات الصوت والمقروء سیما مما یظهر من آخر الکلام حیث جعل المرثیة محل الغنا. وقد ظهر من اول الکلام انه قسیم له. الی غیر ذلک من الاختلاطات التی لا یخفی علی من تامل فیه. مثل انه جعل مافی الاخبار من تفسیر الایة تفسیر الغناء، ثم قال المراد منها ان الغناء الذی فی قول الزور، حرام. وهذا لیس تفسیرا له بل تفصیل لحکمه. ومنها ذکر الروایة بان الغناء نوح ابلیس علی الجنة، مثل انه جعل النوح قسیما للغناء.[1]

۱۷٤- سوال: زید فوت شده وقدری املاک از او مخلف شده، ، از قبیل خانه وباغ ودکان. ووارث او منحصر به سه پسر وسه دختر. وسه پسر قرارداد ند که املاک را قسمت کنند فی مابین خود بدون اذن همشیره‌ها. ولیکن قراردادند فی مابین، که آنها را راضی کنند. وآن املاک را فی مابین خود قسمت کردند. یک خانه را یکی از برادرها برداشت. وخانه دیگر را برادر دیگر. وباغ ودکان را برادر دیگر. وحال یکی از برادرها حصهٔ خود را فروخته به برادر دیگر، وچون شرط کرده بودند که هر یک همشیره‌ها را راضی کنند،

۱: ملخص فتوی المصنف (ره) فی الغناء هو ما قاله فی المسئلة ٦٠ من هذا المجلد والمسئلة ٤٩١ من المجلد الاول.

وراضی نکرده‌اند، آیا این قسمت ومبایعه صحیح است یا نه؟-؟

جواب: قسمت بدون حضور جمیع شرکاء واذن آنها- یا وکیل یا ولی آنها- صحیح نیست. پس مال در صورت سؤال، بر اشاعه باقی است. واما بیعی که احدی از آن برادرها به دیگری کرده، در حصهٔ خودش از آن مال خاص نسبت به مجموع ترکه، صحیح است. و در حصهٔ همشیره‌ها وبرادر دیگر، موقوف است به اجازه وامضای آنها. پس اگر اجازه کردند، مشتری مالک می‌شود. وآنها قیمت را از بایع می‌گیرند هرگاه اجازهٔ قبض ثمن را هم کرده باشند. والا از مشتری می‌گیرند. مگر اینکه به عینی فروخته باشند وعین را تسلیم بایع کرده باشد که در این صورت می‌توانند از بایع مطالبه کنند ومی‌توانند از مشتری. هرگاه عین تلف شده باشد، مثل یاقیمت آن را می‌گیرند.

وحاصل اینکه: هرگاه قبض ثمن نشده، رجوع به بایع نمی‌توانند کرد. خواه ثمن عین باشد یادین. وهرگاه قبض حاصل شده، پس مادامی که اجازهٔ قبض ثمن نکرده‌اند، مشتری بریٔ الذمه نیست از حق مالک. ومی‌تواند از او مطالبه‌کند، نه از غاصب که بایع است. مگر اینکه ثمن عین باشد، که در این وقت از هر یک از آنها مطالبه می‌توانند کرد. ودر صورت تلف عین، رجوع به مثل یا قیمت می‌کنند. بلی، هرگاه بایع فروخته باشد مال را به عوض طلبی که در ذمهٔ او مشتری دارد، در این صورت اجازهٔ بیع مستلزم اجازهٔ قبض است. پس مطالبه نمی‌تواند کرد، الا از بایع.

۱۷۵- سوال: زید پنج دانگ عمارت خود را قیمت نموده به مبلغ بیست تومان ، به عوض وجه خمس که در ذمه داشت به سید جلیل القدری فروخت. ودر ضمن العقد شرط نمود که مادامی که خود زید یا احدی از منسوبان او (ولو نازلا) خواسته باشند در آن خانه توطن نمایند مانع نشود، وادعای کرایه ننماید.

آیا این شرط صحیح است یا نه ؟-؟ واگر شرط فاسد باشد، بیع صحیح است یا نه ؟-؟ وسید مزبور در این خانه حال مدت ده سال می‌شود که تصرف دارد وساکن می‌باشد. ودر این مدت‌تخمیناسی‌تومان‌اخراجات نموده است.الان خانه هشتاد تومان، بلکه بیشترقابلیت به هم رسانیده، وهرگاه شرط وبیع فاسد بشود اخراجات را سید می‌تواند گرفت یا نه ؟-؟.

جواب: اظهر بطلان بیع است. چون شرط فاسد است به سبب جهالت مدت سکنای خود و ومنسوبان واولا د او الی آخر الابد. وخمس دادن او هم باطل شده. واین خانه داخل مقبوض به بیع فاسد می‌شود که ضمان بر مشتری مترتب می‌شود در صورت تلف ونقص آن.

واما هرگاه در خانه زیادتی ومنفعتی حاصل شده (به سبب تعمیری که مشتری کرده) وقیمت آن زیاد شده، پس ظاهر این است که- در صورت جهل مشتری به فساد بیع- هرگاه عینی از خارج آورده ودر آنجا داخل کرده (مثل چوب وآجر وامثال آن) مستحق بردن آنها هست. وهرگاه منفعت [ان عین] عین نیست، یا عینی است که جدا نمی‌توان کرد وبه سبب آن، قیمت زیاد شده پس بایع غرامت آن را می‌کشد، وبه نسبت به تفاوت در قیمت، شریک می‌شوند.

۱۷۶- سوال: زید ملک خود را به عمرو، می‌فروشد در حالتی که آن ملک در دست بکر است عدوانا، وقیمت را می‌گیرد. وزید. بهیچوجه قادر نیست که ملک را از بکر بگیرد وتسلیم عمرو نماید. آیا این بیع صحیح است یا فاسد ؟-؟ وعمرو رجوع می‌کند به قیمتی که داده ؟. وآیا قدرت عمرو براخذ ملک کافی است در صحت عقد یانه ؟-؟ وآیا تجدد عجز از برای قادر موجب بطلان است یا موجب خیار ؟-؟

جواب: هرگاه نه بایع قدرت دارد بر تسلیم مبیع، ونه مشتری بر تسلم آن، وهردو عالمند به این معنی. آن بیع باطل است جزما. چنانکه هرگاه بایع قادر باشد براسترداد وتسلیم آن نیز، صحیح است جزما. همچنانکه صحیح است هرگاه امانت باشد در نزد غیر. وحکایت اجماع بر این هم از **تذکره** شده.

واما هرگاه مشتری قادر باشد بر انتزاع ملک، وبایع قادر نباشد، پس اظهر در آن نیز صحت است. چنانکه جماعتی از اصحاب قایلند. به دلیل عمومات، وعدم لزوم غرر وسفه. وانتفای قدرت بایع مضر نیست. چون غرض ومطلوب از شرط قدرت بر تسلیم، همان تمکن مشتری است از اخذ وتصرف. پس فی الحقیقة مراد از شرط قدرت بر تسلیم احد امرین است از امکان تسلیم بایع، یاتسلم مشتری. والا معنی نخواهد داشت اجماع علما

بر اشتراط قدرت بر تسلیم، باوجود. جماعت[1] بلکه مخالفی نقل نشده الا از ظاهر کلام شیخ در **مبسوط** که بیع مغصوب صحیح نیست. ولازم این می‌افتد که مالک نتواند به غاصب هم فروخت. وبه هر حال این قول ضعیف است.

واما هرگاه مشتری بعد از آنکه قادر بود بر تسلم، عجزی بر او عارض شود، پس باز بیع باطل نمی‌شود. بلکه خیار فسخ از برای او حاصل می‌شود. وظاهر این است که این هم داخل در همان قسم دوازدهم از خیارات است که شهید [ین] در **لمعه** ذکر کرده‌اند، که آن را «خیار تعذر تسلیم» نامیده‌اند. وشارح آن، تعلیل کرده آن را به اینکه بایع قبل از قبض ضامن بیع است . یعنی هرگاه تلف شود قبل از قبض، از کیسهٔ بایع رفته. وچون عجز از تسلیم نازل منزلهٔ تلف نیست- چون ممکن است انتفاع از آن به بعض وجوه مثل آزاد کردن بنده برای کفاره- پس جبر کسر معامله به ثبوت خیار حاصل می‌شود. پس هرگاه ملتزم شود، بیع را صحیح خواهد.

وآیا [در] این صورت ، رجوع به ارش می‌شود یا نه ؟-؟ شارح احتمال از برای آن داده. وبعد از این تضعیف آن کرده به اصل برائت، وبه اینکه ارش در مقابل مطلق نقص نیست بلکه در مقابل عیب است واین را عیب نگویند. واین قول [به] ثبوت خیار، مختار جماعتی است، که از جمله علامه است در **قواعد** . وقول دیگر قول به لزوم عقد است. چون در حین عقد، خیاری نبود، به جهت تحقق شرط. وموجبی از برای ثبوت آن نیست.

واین قول منقول است از علامه در **تذکره** ولکن عبارتی که از تذکره نقل شده مقتضی آن است که [در صورتی که] مشتری قادر بر تسلم است [و] عالم است به اینکه بایع قادر بر تسلیم نیست، بیع لازم است وخیاری از برای او نیست. خواه عاجز شود از تسلم یا نه. وهر گاه جاهل باشد به عدم قدرت بایع، از برای او خیار ثابت است. خواه عاجز شود از تسلم یا نه. زیرا که لازم نیست بر او تحمل کلفت انتزاع. وآنچه از تذکره حکایت شده، از ابن متوج نیز حکایت شده.

۱: زیرا جماعتی معتقدند که در صورت قدرت مشتری بر تسلم، قدرت بایع برتسلیم شرط نیست. پس اجماع به احد امرین قائم است والا جماعت مذکور در طرف مخالف قرار می‌گیرند واجماع محقق نمی‌شود.

واز آنچه گفتیم ظاهر می‌شود حکم آن که بایع در حین عقد قادر بر تسلیم بود وبعد از آن عجز طاری شود قبل از قبض. که در اینجا نیز خیاری از برای مشتری ثابت می‌شود. وهرچند در مسئلهٔ «خیار تعذر تسلیم» اکتفا کرده‌اند به ذکر مظنهٔ قدرت بر تسلیم- که گفته‌اند هرگاه بخرد چیزی را به مظنهٔ امکان تسلیم مثل طایری که عادت دارد برعود، یا غلام مطیعی بخرد. وآن مرغ بر نگردد وآن غلام بگریزد- و لکن ظاهر این است که فرقی نباشد. چون ماخذ یکی است. بلکه ظاهر این است که اکثر افراد قدرت بر تسلیم، از باب ظن است وآنها را در عرف «قدرت بر تسلیم» می‌گویند.

واز این جهت است که علمائی که تجویز کرده‌اند بیع طایر معتاد العود را، بنای آنها بر این است که آن مقدور التسلیم است عادتا. والا گاه هست که بایع هرگاه اسبی [را] که در اصطبل اوست می‌فروشد به کسی، وبعد از عقد بیع که مشتری می‌خواهد او را ببرد، فی الحال او را دزد برده است. پس در اینجا هم بیع صحیح است وخیار ثابت است. بلی، در صورتی که مبیع در دست مشتری باشد و بایع آن را بفروشد، در اینجا مقدور التسلیم به عنوان یقین است.

۱۷۷- سوال: آیا جایز است بیع چیزی که قدرت بر تسلیم آن موقوف است بر انقضای مدتی ، یا نه ؟-؟.

جواب: ظاهر صحت بیع است. بدلیل عمومات، وعدم مانع از آن. بلی اگر مشتری جاهل به حال باشد، خیار فسخ از برای او حاصل می‌شود. ومحقق در **شرایع** گفته است که «لوباع مایتعذر تسلیمه الا بعد مدة، فیه تردد. ولو قیل بالجواز مع ثبوت خیار للمشتری، کان قویا» واگر مراد او ثبوت خیار است در صورت علم نیز، پس آن دلیلی ندارد. زیرا که دلیلی که دلالت دارد بر اشتراط قدرت تسلیم بیش از قدرت فی الجمله، افاده نمی‌کند. واجماعی در اینکه باید قدرت بالفعل باشد، نیست. ودر صورت علم به حال، مظنهٔ غرر وسفاهت هم نیست.

۱۷۸ - سوال: آیا جایز است بیع مغصوب غیر مقدور التسلیم- که نه بایع قادر باشد ونه مشتری- باضم ضمیمه یا نه ؟-؟.

جواب: بیان این مطلب موقوف است به ذکر چند مبحث:

مبحث اول: اینکه از جملهٔ شرایط صحت بیع، قدرت بر تسلیم مبیع است. ودلالت می‌کند بر آن اینکه بدون قدرت بر تسلیم داخل غرر وسفاهت است. وجمع کثیری هم دعوی اجماع ونفی خلاف کرده‌اند. و **بخصوص** عدم جواز بیع مرغ در هو اوماهی در آب وعبد آبق نیز دعوای اجماع کرده‌اند(هرچند از علامه در **تذکره ظاهر می‌شود** وجود قول به جواز بیع آبق بدون ضمیمه، بعد از آنکه خلاف آن را نسبت به مشهور داده. وآن قول مهجور است، وقایل آن معلوم نیست) واستثنا کرده‌اند بیع مرغی را که عادت به عود دارد، وماهی را که در آب صاف، باشد وراه آن مسدود باشد، وآبقی را که در دست مشتری باشد.

پس ما اولا معنی مرغ در هوا وماهی در آب را بیان [می]کنیم، بعد از آن متعرض می‌شویم از برای حکم در اعتبار عود ومحصور بودن ماهی. ظاهر این است که مراد از مرغ در هوا مثل این باشد که چند جفت کبوتر می‌خرد ومی‌آورد به خانه که عادت بدهد نگاه دارد، هنوز عادت نداده می‌پرند به هوا. این است که جایز نیست بیع آن به سبب عدم قدرت بر تسلیم. واما مثل کبوتر مباحی که آن را حیازت کرده وبه سبب حیازت مالک شده وعادت نداده به پریدن، ومالک از آن اعراض کند- پس هرچند خلاف است که آیا مجرد اعراض باعث خروج از ملک می‌شود تا جایز باشد تملک آن از برای دیگری به صید، یانه. دور نیست ترجیح خروج از ملک. چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده‌ایم- پس در این صورت، عدم صحت بیع از جهت عدم تملک است. نه مجرد تعذر تسلیم.

وهرگاه اعراض نکرده پس آن هم مثل آن است که خریده. واز آنچه گفتیم معنی ماهی مملوک هم ظاهر می‌شود. واما استثنای مرغی که عادت به عود دارد، پس در آن خلاف است. جمع کثیری از علما تجویز آن را کرده‌اند، بدلیل عمومات کتاب وسنت. وعدم لزوم غرر و سفه. واین عادت به منزلهٔ قدرت بر تسلیم حقیقی است. وآن به منزله غلامی است که از پی حوائج رفته. و [به منزلهٔ] حیوانی [است] که به صحرا فرستاده‌اند برای چریدن.

وعلامه در **نهایه** توقف کرده است . به جهت آنکه اعتمادی به عود آن نیست. چون عقلی ندارد. واز شیخ در **مبسوط** نقل مخالفت شده، واینکه جایز نیست مگر در وقتی که در

برجی باشد ودر آن بسته باشد. وبه هر حال هرگاه درِ برج بسته باشد، بی‌اشکال صحیح است.

واما ماهی در آب، پس ظاهرا خلافی در عدم جواز بیع آن نیست. ونقل اجماع ونفی خلاف در آن متعدد است. مگر به چند شرط: یکی آنکه ماهی مملوک باشد، واین شرط دخلی به مانحن فیه ندارد. دوم آنکه آب صاف باشد وماهی مشاهد باشد. وآن نیز از راه جهالت مقدار است که از فروع اشتراط معلومیت مبیع است که از آن جهت صحیح نیست، مگر باضم ضمیمه که در محل خود بیان کردیم[1]. سوم اینکه ممکن باشد گرفتن آن، مثل اینکه در حوضی یابرکهٔ محصوری باشد. وبعضی شرط دیگر هم گفته‌اند وآن این است که آن جوره[2] ماهی را به عدد بفروشند. وظاهر این است که این هم راجع می‌شود به معلومیت مبیع.

وبه هرحال عمده در مقام، امکان صید است. ومختلف می‌شود به اختلاف آب از حیثیت صافی وتیرگی، واز حیثیت وسعت برکه وتنگی آن. وبامشاهدهٔ حال رفع ناخوشی قلت مؤنه وکثرت مؤنه در صید می‌شود، هرگاه صید در عهده مشتری باشد. والا اشکال کمتر می‌شود. وگویاکه عبارت **قواعد** که گفته است «**ولا السمک فی الماء، الا ان یکون محصورا**» اشاره به همان شرط قدرت تسلیم باشد، که مراد این است که آب محصور باشد وراه خروج ماهی مسدود باشد. چون غالب این است که عدم قدرت بر تسلیم به سبب باز بودن راه است. نه اینکه علامه قایل باشد به جواز هرچند ممکن نباشد صید آن، یاهرچند مشاهد هم نباشد ومجهول باشد. چنانکه گاه هست که توهم می‌شود.

وهمچنین عبارتی که از شیخ در **خلاف** نقل شده، که گفته است «اذا کان الماء کثیرا صافیا والسمک مشاهدا، الا انه لا یمکن اخذه، فعندنا انه لا یصح بیعه. الا ان ینضم الیه شیئ. واذا انضم الیه شیئ آخر، صح اجماعا» این نیز اشاره به شرط قدرت تسلیم است. چون **فرض** مقام را به نحوی کرده که جهالت نباشد.

۱: رجوع کنید به مسئله‌های : ٦، ٧٤، و ١٥٦، از همین مجلد.

۲: وممکن است به صورت «[در] آن حوزه» قابل اصلاح باشد، ومراد از حوزه منطقه، وباصطلاح رسم بلد، باشد.

واما بیع عبد آبق منفردا: پس بطلان آن نیز مشهور علما است، ومقتضی[1] بطلان بیع، غرر وسفه است- ودعوی اجماع بر آن از جماعتی شده- مگر اینکه مشتری قادر باشد برتسلم آن، که در آن خلاف است. وجمع کثیری هم قایل به صحت‌اند. واز **انتصار** سید (ره) ظاهر می‌شود که از متفردات امامیه است. واطلاق کلام جمعی از اصحاب به عدم جواز بیع آبق منفردا، دلالت ندارد به اینکه مخالف باشند در این مسئله. زیرا که شاید مراد آنها صورت عدم قدرت است مطلقا. واز این جهت است که نقل مخالفت در مسئله نشده از آنها، وهمچنین کلام بعض آنها که گفته‌اند که صحیح نیست بیع آبق الا به ضم ضمیمه.

وحدیثی که در مسئله وارد شده است هم دلالت ندارد بر اینکه قدرت مشتری بر تسلم صحیح نیست، چنانکه ذکر خواهیم کرد. واما هرگاه بفروشد آبق را باضم ضمیمه، پس بیع صحیح است اجماعا. چنانکه جمعی از علما دعوی کرده‌اند، وبه مخالفی بر نخورده‌ایم. ودلالت بر آن [دارد] **صحیحهٔ** رفاعهٔ نحاس :«قال سئلت اباالحسن یعنی موسی بن جعفر -ع- قلت له ایصلح لی ان اشتری من القوم الجاریة الا بقة واعطیهم الثمن واطلبها انا؟ فقال: لایصلح شرائها الا ان تشتری معها منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانة وهذا المتاع، بکذا وکذا درهما. فان ذلک جایز»[2] **وموثقهٔ** سماعة عن ابی عبدالله -ع-:«فی الرجل قد یشتری العبد وهو آبق عن اهله (؟) قال: لایصلح الا ان تشتری معه شیئا وتقول اشتری منک هذا الشیئ وعبدک، بکذا وکذا، فان لم یقدر علی العبد کان الذی فقده فی ما اشتری منه معه.»[3]- ومثله روایتان اخریان فی **الفقیه و الکافی**[4].

پس اگر آن گریخته پیدا شد که سخنی نیست. وغلام وضمیمه هردو مال مشتری است. وهر گاه پیدا نشد پس مشتری را حقی بر بایع نیست. وقیمتی که داده در برابر همان ضمیمه خواهد بود. ودر این هم خلافی ظاهر نیست از احدی از اصحاب. ومرادایشان آن نیست‌که آن غلام ازمبیع بودن بیرون رفت، ومبیع منحصر است درضمیمه. تالازم آید خروج

۱: ودر نسخه: ومقتضای بطلان بیع غرر وسفه است.

۲ و۳: وسایل : ج ۱۲ ص ۲۶۳-۲۶۲، ابواب عقد البیع ، باب ۱۱ ح ۱ و ۲.

٤ : فقیه: ج ۲ ص ۷٤-کافی (فروع) ج ۱ ص ۳۸۸.

او از ملکیت مشتری. بلکه مراد این است که توزیع نمی‌شود ثمن بر مجموع عبد وضمیمه، که مشتری تواند به قدر عبد را پس بگیرد از بایع. وثمرهٔ آن در این ظاهر می‌شود که در این وقت می‌تواند آن غلام را آزاد کند از برای کفاره وامثال آن.

وچون مقتضای عقد بیع این است- که توزیع شود تمام قیمت به تمام مبیع، وتوهم می‌شود که در اینجا هم باید توزیع کند. وآنچه در مقابل عبد است پس بگیرد- فقها تنبیه کرده‌اند بر این معنی که در اینجا چنین نیست. وتمام ثمن مقابل ضمیمه است. پس منافاتی نیست مابین اینکه جزء مبیع باشد و ثمنی در برابر آن نباشد. وجمعی از علما تصریح کرده‌اند به اینکه آن جزء مبیع است. وبعضی از علما به سبب منافات جزء مبیع بودن باعدم قیمت در برابر آن، قایل شده‌اند به اینکه آن آبق جزء مبیع نیست، بلکه از قبیل شرطی است در ضمن عقد معلقا. یعنی «فروختم من این ضمیمه را وشرط کردم که اگر آن غلام پیدا شود هم ملک تو باشد» وبر این مترتب می‌شود اینکه بخصوص قیمتی در برابر آن نباشد. واگر معیوب برآید خیار فسخی نباشد،خیار ارشی نباشد.

واین بعید است، وبنابراین فرض، عتق آن صحیح نخواهد بود مادامی که پیدا نشده. و اما اگر شرط منجز باشد امر آسانتر است. یعنی بگوید «فروختم این ضمیمه را وشرط کردم که این غلام هم از تو باشد». ونظیر آن در احکام شرعیه نادر است. چون غالبا شروط از باب «افعال » است نه «انفعال» ودر بعضی موارد که انفعال است موکول به مستقبل است نه حال. مثل شرط رقیت ولد هرگاه احد ابوین حر باشد. یا شرط میراث در عقد متعه، که [از] شروط استحقاق میراث است که از شروط قسریه است.

ومحقق ثانی (ره) گفته است که شاید مراد اصحاب - که گفته‌اند که ثمن مقابل ضمیمه است- مسامحه ومجاز است. ومراد ایشان این است که آنچه در مقابل ثمن برای مشتری می‌ماند همان ضمیمه است. وهمچنین مراد از روایتی که در مسئله وارد شده است. زیرا که بیع بر مجموع واقع شده وصحت وقوع معاوضه بر شیئ مستلزم ترتب اثر است بر آن معامله. پس چگونه می‌شود که در برابر مبیع ثمنی نباشد، و مبیع ملک مشتری بشود. وفساد مقتضی آن است که تواند رجوع کند به حصه‌ای از ثمن. پس عدم جواز رجوع به

حصه‌ای از ثمن مستلزم صحت است. وگفته است که قول بـه حصـول مـلکیت، مـتعین است. وخوب گفته است.

ومثال این سخن به این بر میگردد که احکام بیع همه در اینجا جاری است، واین جـزء مبیع است، وثمن هم در برابر آن هست. ولکن استثنا شده از آن احکام، خصوصِ صورتی که آبق پیدا نشود، وعلتی دیگر هم در آن نباشد. که تمام قیـمت مـال بـایع است در مـقابل ضمیمه تعبدا، به سبب اجماع واخبار.

ومعنی این استثنا عدم رجوع است بـه مـساوی قیـمت آبق «مادام آبقا ومن حیث انه آبق. لا غیر.».

وبعد از آن اشکال کرده است در صورتی که ضمیمه مال مالک آبق نباشد. زیرا که اگر بگوئیم صاحب ضمیمه مالک تمام ثمن می‌شود، آن خلاف مقتضای معاوضه است. چون بـیع بر مجموع وارد شده وآبق بی‌عوض می‌ماند. وهرگاه بـگوئیم مـستحق بـعض ثـمن است نسبت به ضمیمه، پس باید بیع آبق باطل باشد. واین خلاف اطلاق اخبار است. وگـویا مـراد او این است که در صورت توزیع ثمن جزئی از ثمن مقابل ضمیمه می‌شود وجزء دیگر مقابل آبق. پس گویا این را مستقلا فروخته به قیمت معین، وبیع آبـق بـه استقـلال، بـاطل است. وحال آنکه اخبار در صحت بیع آبق باضمیمه مطلقند.

وجواب گفته از این اشکال که این معامله از اصل صحیح نیست. بـه جهـت آنکـه اعـتبار ضمیمه، به جهت مالک شدن ثمن است بالتمام. وچون آن در اینجا ممتنع است، پس صحـت هم ممتنع است، ودر **مسالک** هم گفته است که «ویعتبر کونها مـن مـالک الـعبد، ویـستحق جمیع الثمن، اذ لو کانت من غیره لم یستحق شیئا، فیـمتنع صحة بیعه» یعنی باید ضمیمه از مال صاحب آبق باشد تا تواند که مستحق همهٔ ثمن باشد. چنـانکه مـدلول **مـوثقهٔ** سمـاعه است. وآنچه موافق آن است که دلیل صحت بیع آبق است. ودر صورتی که ضمیمه مال غـیر باشد، ثمن مال صاحب عبد نمی‌تواند شد، پس داخل این اخبار نیست. ومندرج می‌شود در تحت ادلهٔ منع از بیع آبق، پس صحیح نخواهد بود.

وکلام صاحب **مسالک** اوضح واسلم است از کلام شیخ علی[1]. چون راه منع در بطلان بیع آبق- در صورت استحقاق بعض ثمن- مسدود نیست. ولکن ظاهرا جوابی [را] که [او] از اشکال گفته می‌توان راجع کرد به آنچه در مسالک گفته. وحاصل آن این است که این اخبار، ظاهر آنها، صورت مملوکیت ضمیمه است از برای مولای آبق. وماتعدی از [ظهور] آنها نمی‌کنیم.

وبدان که کلام فقها در این مقام غیر محرر است. وتحقیق وگفتن آن در نهایت اشکال است. زیرا که **اولا:** در مقام ذکر ضمیمه، جمع کثیری گفته‌اند که باید ضمیمه، چیزی باشد که صحیح باشد بیع آن منفردا. یعنی مثل آبق دیگری نباشد. یا مثل یک حبه گندم نباشد که آن را مال نمی‌گویند. ودر بعضی عبارات، تعمیم داده‌اند در قلت وکثرت، یعنی خواه ضمیمه قلیل باشد وخواه کثیر. **وثانیا:** بعد از آنکه گفته‌اند که بیع این جایز نیست بدون ضمیمه وجایز است باضمیمه. اشکال کرده‌اند که آیا این مختص بیع عبد آبق است که ضمیمه مجوز آن است؟ یا شامل عبد «ضال» - یعنی گم شده بدون گر یختن- و «مجحود» - یعنی غلامی را می‌فروشد که در نزد کسی است واو دانسته انکار می‌کند که در نزد من نیست ویا اینکه در نزد من است وغلام بایع نیست- [هم می‌شود]؟.

وهمچنین اشکال کرده‌اند که آیا حکم شتر گریخته واسب گریخته، مثل غلام گریخته است یا نه؟-؟ . وهمچنین گم شده ومجحود آنها. یعنی جایز نیست بیع آنها منفردا وجایز است با ضمیمه-؟. ودر الحاق مذکورات خلاف کرده‌اند. وبعضی در الحاق متمسک شده‌اند به اشتراک، جمیع در علت. ودیگران در عدم الحاق، به عدم تعدی از نص، چون در آبق وارد شده. و [به] عموم دلیل اشتراط قدرت برتسلیم. وبعضی جایز دانسته‌اند بیع مال[2] رابدون ضمیمه. وبعضی غیر اینها هم گفته‌اند.

ووجه اشکال این قاصر، این است که دلیلی که در مسئلهٔ اشتراط قدرت بر تسلیم گفته‌اند، هم اجماعی است که برآن ادعا شده است، وهم نص است در بعضی اقسام مثل عبد

۱: محقق ثانی شیخ علی‌بن العال الکرکی. که کلامش در بالا مورد بحث بود.
۲: و در نسخه: مثل.

آبق وجاریهٔ آبقه. وهم لزوم سفه است. ومقتضای این ادله همه جا یکی نیست. پس اگر دلیل را «لزوم غرر وسفه» گیریم، پس باید تابع آن باشیم وجودا وعدما. پس گاه است که غلام گریخته که صد تومان می‌ارزد، شخص می‌خرد پنج تومان به مظنهٔ اینکه پیدا شود. واین منافی «رشد» نیست ومستلزم سفه نیست.

چنانکه کسی هزار تومان مال را به دریا می‌فرستد به امید نفع، با احتمال غرق. یا مال بسیاری بر وجه محابات به قیمت قلیلی می‌فروشد، چون الحال میتواند به آن قیمت قلیل جنسی را بگیرد که مظنهٔ نفع به اضعاف آن جنس خودش، دارد. وهکذا.. پس بنابراین حکم به بطلان بیع بلاضمیمه در صورت لزوم سفه است. ودر ضم ضمیمه هم باید اعتبار [کرد که ضمیمه] چیزی باشد که سفه به آن زایل شود. ودر این معنی فرقی مابین عبد آبق وحیوان گریخته وضال ومجحود نیست.

واخباری که در ضم ضمیمه وارد شده هم باید حمل بر چنین صورتی کرد. وورود اخبار در خصوص مورد خاص، منشأ تخصیص دلیل، نمی‌شود. چون منافاتی مابین عام وخاص نیست. زیرا که هرگاه دلیل در اصل مسئله، «لزوم سفه» است پس منع در بیع آبق هم به سبب لزوم سفه است. واستثنای جواز باضمیمه هم نظر به ملاحظهٔ رفع سفه باید باشد.

واگر دلیل در اصل مسئله، «اجماع» است، پس بیع غیر مقدور التسلیم صحیح نیست تعبدا، هرچند مستلزم سفه نباشد. پس بنابراین، استثنای بیع آبق به ضمیمه، نیز تعبدی خواهد بود. یعنی هرچند سفه لازم نیاید بدون ضمیمه، که باید ضمیمه باشد. واین تابع مورد نص است، وعدول از مورد نص نمی‌توان کرد. پس عموم «اوفوا بالعقود» مخصّص است به «اجماع»، در غیر مقدور التسلیم. واجماع در غیر مقدور التسلیم مخصّص است به آنچه واردشده نص برصحت آن باضمیمه.پس عدول ازمورد نص محتاج است به دلیل. پس راهی از برای الحاق غیر منصوص، نیست.

وآنچه به گمان این قاصر می‌رسد که اعتبار ضمیمه در این مقام از باب حیل شرعیهٔ مجوزه باشد. ونظر ایشان در این مقام برملاحظهٔ بطلان بیع غیر مقدور التسلیم است تعبدا. واجماعی که بر آن دعوی شده افادهٔ بیش از «غیر مقدور التسلیم محض» را نمی‌کند، پس

ما حیله می‌کنیم که آن را از تمحض عدم مقدور یت بر آوریم ضم ضمیمه می‌کنیم که نگوئیم بیع غیر مقدور التسلیم محض شده. چنانچه در حیل ربویه که فرار از ربا می‌کنیم با اشتراک حیله در حصول ربح باربا.

وچنانکه در آنجا علتی که در حرمة ربا وارد شده- که اتلاف اموال وسد معروف وغیره است- آن علت را حمل بر حکمت داعیه بر حرمة قرار می‌دهیم- مثل رفع ارياح آباط در غسل جمعه واختلاط میاه در عده- نه علت واقعیه. واطراد در آن شرط نیست. پس معلوم می‌شود که نفس ربا تعبدا ممنوع است، وبه اخراج آن به صورت بیع رفع ناخوشی می‌شود.[1] وهمچنین در اینجا هرچند حکمت در بطلان بیع غیر مقدور التسلیم، لزوم غرر وسفه، باشد. لکن از اجماع معلوم شد که نفس عدم قدرت منشاء بطلان است هرچند سفه لازم نیاید.

۱: ای کاش میرزا (قدس‌سره) همین استدلال را می‌کرد بدون اینکه آن را «حیله شرعی» نام گذارد و بدون اینکه موضوع را به ضمیمه ربوی ربط دهد. و نیازی به این نام‌گذاری و ربط‌دادن نبود. خواننده محترم توجه دارد، این همان مسئله شماره ٦، از همین مجلد است که مصنف(ره) در مسئله‌های مکرر بر مبنای خود در ضمیمه ربوی اصرار دارد. و ما هم بر مبنائی که از امام‌خمینی(ره) در این مسئله نقل کردیم اصرار داریم.

موضوع بحث در اینجا با مسئله ربا فرق بنیادین دارد. زیرا در اینجا پایگاه دیگری داریم به نام «جواز فروش چیزی به اضعاف مضاعف قیمت» که در فقه و منابع حدیثی معروف است. و می‌توانیم ضمیمه را به اضعاف مضاعف قیمت، فروش و خرید کنیم و (هرچه باشد) ربائی پیش نمی‌آید. اما در ربا، قراردادن ضمیمه در مقابل بخشی از وجه به عنوان اضعاف مضاعف قیمت ضمیمه، باز نمی‌تواند ماهیت ربا را ازبین ببرد و عقل با کمال بداهت حکم می‌کند که ماهیت معامله یک ماهیت ربوی است و طرفین قصد ربا داشته و دارند.

اما در اینجا آنچه هست این است که طرفین قصد بیع غیرمقدور التسلیم را دارند و به هر صورت «بیع» است که «احل‌الله‌البیع و حرم‌الربا».

به عبارت دیگر: اصل طبیعی در مانحن فیه «بیع‌بودن» است ولی اصل طبیعی در آنجا «ربا» است. باز با بابیان دیگر: در اینجا می‌خواهیم یک «حلال‌الاصلی» راکه فاقد یکی از شروط‌شده و دچار حرمة گشته، بوسیله ضمیمه، به حلیت اصلیش برگردانیم، ولی در ضمیمه ربوی می‌خواهیم یک «حرام‌الاصلی» را به حلال مبدل کنیم، در حالی که قصد خروج از ماهیت حرام آن، نداریم.

پس قیاس این دو باهم، هم قیاس مع‌الفارق در طبیعت، و هم قیاس باطل در شریعت است. و اساساً حیله شرعی و یا چاره‌جوئی شرعی برای تبدیل ماهیت حرام به ماهیت حلال در شرع نداریم. رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و مسئله شماره ٧٤ از همین مجلد.

وچون اجماع بیش از عدم قدرت محض را نمی‌رساند ، پس ما حیله می‌کنیم بـه ضم ضمـیمه تا از غیر مقدور التسلیم بودن محض، فارغ شویم. واکتفا کنیم به مقدور الـتسلیم بـودن فـی الجمله.

اگر کسی بگوید: هرگاه فی الجمله مقدور التسلیم بـودن، کـافی است پـس بـاید در مبیع معین که یک جزء آن مقدور التسلیم نباشد هم بیع صحیـح بـاشد. ومـنحصر نیـست در ضم ضمیمه.

گوئیم: که مراد ما از اکتفا به قدرت فی الجمله، در جائی است که یـک جـزء از آن را مقصود بالذات کنیم ودیگری را بالتبع. مثل مثال‌هـای ضم ضمـیمه، کـه ضمـیمه را اصل می‌کنیم (هرچند با ارادهٔ منفرده باشد) به جعل جاعل نه بـه مـوافقت طبـیعت. ودر مـثال مفروض معترض جزئین مساوی‌اند در قصد طبیعی.

وبه هرحال،آنچه ما اختیارکردیم دردفع اشکال منافات ندارد با آنکه بـاز ملاحظهٔ عـدم لزوم سفه را بکنیم باضم ضمیمه هم. غایت امر این است که نسبت مـابین دلـیل حـرمة بـیع سفه، ودلیل بیع غیر مقدور التسلیم باضمیمه، عموم من وجه باشد. وراهـی از بـرای تـرجیح ثانی نیست. پس باید ما دلیل جواز باضم ضمیمه را حمل کنیم بر صورتـی کـه سفهـی لازم نیاید، که اخص مطلق شود از دلیل حرمة غیر مقدور التسلیم، ومـنافی حـرمة بـیع سفـه هم نباشد.

وکلام در اینجا بعینه مثل کلام است در بیع مجهول واشتراط ضمیمه [در آن]، ومـادر جلد دوم «جواب مسائل» تحقیق آن را مبسوط کرده‌ایم. وحاصل کـلام ایـن است کـه بـیع مجهول وبیع غیر مقدور التسلیم باطل است تعبدا. هرچند سفهـی در آن لازم نیـاید. بـدون فرقی مابین اقسام آن. وباضم ضمیمه صحیح می‌شود در همه جا به شرطی کـه سفهـی لازم نیاید.

وبدان که شهیدین در **لمعه وشرح** آن، در مسئلهٔ ضال ومجحود، گفته‌اند صحیح است بیع آنها ومراعی است به امکان تسلیم. پس اگر ممکن شود تسلیم در وقت نزدیکی به سبـب

آن فوت نشود چیزی معتد به، از منافع، یا راضی شود مشتری به صبر تا وقتی که تسلیم او بشود. لازم می‌شود. واگر متعذر شود تسلیم، مشتری خیار فسخ دارد، اگر خواهد فسخ می‌کند، واگر خواهد ملتزم می‌شود به آن، به مثل عتق در کفاره وامثال آن. وبعد از آن، شارح گفته است که احتمال قوی است اینکه باطل باشد به سبب فقد شرط، که امکان تسلیم است.

وظاهر این است که مراد ایشان در صورت عدم ضم ضمیمه باشد. وهمچنین آنچه در **مسالک** گفته است- در شتر واسب گریخته - که «محتمل است صحت بامراعی بودن به تسلیم». بعد از آنکه گفته است که «اقوی عدم صحت است. وبعضی گفته‌اند که عدم صحت اشهر است». وبنابر تحقیقی که ماکردیم باید بدون ضم ضمیمه باطل باشد. وباضم ضمیمه صحیح باشد. هرگاه سفهی در آن نباشد.

مبحث دوم: ظاهر این است که شرط است در صحت بیع آبق- بلکه در مطلق بیع غیر مقدور التسلیم- که بیع آن صحیح باشد . [ودارا باشد به] آنچه شرط است در صحت غیر آن، مثل معلوم بودن مبیع به مشاهده یا وصف رافع جهالت، وموجود بودن مبیع در حین بیع، وثابت است بر ای او جمیع احکام بیع به غیر از قدرت بر تسلیم. پس هرگاه ظاهر شود که مبیع در وقت بیع تلف شده بوده است، یا مال غیر بوده، یا مخالف وصفی برآید که به آن وصف خریده. شهید ثانی در **شرح لمعه** گفته است که ظاهر این است که باطل می‌شود بیع نسبت به آنچه مقابل مبیع است در دو صورت اول. وخیار فسخ دارد مشتری در صورت آخری.

ودر **مسالک** اشکال کرده است وتوقف کرده در اینکه آیا سایر شروط هم ملحق به تعذر تسلیم است یا نه ؟-؟. واظهر در نظر احقر عدم الحاق است، ومختار **شرح لمعه** خوب است. ولکن اظهر این است که در صورت ثانیه باطل نباشد بلکه موقوف باشد به اجازهٔ مالک وشاید مراد او هم بطلان باشد در صورت عدم اجازه واز آنچه گفتیم ظاهر می‌شود هرگاه ظاهر شود معیب بودن آن، [که] خیار رد وارش ثابت باشد.

و از **تنقیح** حکایت شده عدم ثبوت رد وارش- در صورت ظهور عیب- از برای

مشتری جاهل به عیب. واما هرگاه ضمیمه رد شود به سبب عیبی، یاخیاری، آبق تابع آن خواهد بود. وحکم علی حده ندارد.

واز حاشیهٔ شهید بر قواعد نقل شده که ابن متوج گفته است که اگر ظاهر شود موت ضال یا آبق پیش از بیع، پس باطل نمی‌شود بیع. وبعد از آن شهید گفته که اولی این است که از برای مشتری خیار فسخ واجازه ثابت باشد. این آخر کلام شهید است. وظاهر کلام ابن متوج این است که بیع باطل نمی‌شود در خصوص ضمیمه. ومحتمل است که مراد این باشد که باز بایع مستحق تمام ثمن باشد، یا به نسبت به آنچه حصهٔ ضمیمه، می‌شود. چنانکه شهید ثانی اختیار کرده. واولی این است که حمل کنیم بر معنی دوم، نظر به قواعد کلیهٔ بیع.

وبنابراین، مراد شهید «ره» نیز این است که در صورت صحت بیع نسبت به ضمیمه، اولی ثبوت خیار فسخ است از برای مشتری، وگویا وجه این، تبعض صفقه است. که موجب خیار است. وحاصل دراین‌مقام این است که آبق- بلکه مطلق غیر مقدور التسلیم- جزء مبیع است. واحکام بیع همه دراینجا جاری است، از بطلان وخیار عیب وخیار تبعض صفقه وغیر آنها. مخالفتی که در اینجا هست، این است که آن شیئ غیر مقدور التسلیم مادامی که متصف است به همین معنی، - یعنی اباق وضلال وجحود- به سبب همین معنی از قیمت چیزی کم نمی‌شود، به سبب عدم وصول به آن. هر چند [اگر] به سبب دیگر مثل تلف یا غیر آن [باشد] باید آن را هم منظور داشت. ودانستی که معنی احادیث وکلام فقها هم همین است که گفته‌اند که قیمت از برای بایع در برابر همان ضمیمه است، نه اینکه آن داخل مبیع نیست.

واز آنچه گفتیم ظاهر می‌شود که هرگاه بعد از بیع، غاصبی آبق را غصب کند، یاجنایتی بر آن برساند. قیمت وارش مال مشتری است. وهرگاه نتواند مشتری که استیفای حق خود کند، از قیمت چیزی کم نمی‌شود. چنانکه از تنقیح حکایت تصریح به آن شده. واما هرگاه تلف شود بعد از بیع وقبل از اقباض، پس در آن اشکال است. نظر به اینکه هر مبیعی که قبل از اقباض تلف شود، آن مال بایع است. پس باید قیمت ناقص شود. واز جهت

اینکه در اینجا اقباض واجب نیست، پس ضمان هم بر بایع نیست . [واقوی] ترجیح ثانی [است بر اول]. زیرا که اظهرِ ادلهٔ آن در این مقام حدیث نبوی است که فرموده است «ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» ودر تبادر «غیر مقدور التسلیم» از این حدیث، تامل است. خصوصا که جابری از برای ضعف سند آن نیست.

مبحث سوم: هرگاه ثمن، غیر مقدور التسلیم باشد، آیا حکم آن حکم مثمن است یا نه ؟-؟. پس بدان که تصریحی در کلام اصحاب به آن، در نظر نیست- به غیر عبارت شهیدین در **لمعه وشرح** آن- ومقتضای کلام ایشان در نظایر آن، عدم فرق است. چنانکه می‌بینی که علامه در **قواعد می‌گوید** «الفصل الثالث: العوضان. وشرط المعقود علیه الطهارة فعلا او قوة» ومعقودعلیه اعم است از ثمن ومثمن. بعد از آن می‌گوید «وصلاحیته للتملک. فلایصح العقد علی حبة حنطة لقلته» [وبعد گفته است] «والقدرة علی التسلیم» هرچند بعد گفته است «فلایصح بیع الطیر فی الهواء اذا لم تقض عادته بعوده ولا السمک فی الماء الا ان یکون محصورا» . وظاهر این است که تفریع از باب مثال است.

بعد از آن می‌گوید «والعلم فلایصح بیع المجهول ولا الشراء به ولا یکفی المشاهدة فی المکیل والموزون والمعدود. سواء کان عوضا او ثمنا». ودر **تذکره** وغیر ان دعوی اجماع بر اشتراط معلومیت عوضین شده است. وهمچنین ظاهر این است که مراد ایشان در عنوان کردن مبیع مثال است بانظر به اطلاق مبیع بر ثمن ومثمن باشد. چنانکه شهید در لمعه می‌گوید «بشرط کون المبیع مما یملک ، فلایصح بیع الحر، وما لا نفع فیه» تا آنجا که گفته است«یشترط ان یکون مقدورا علی تسلیمه» یعنی شرط مبیع این است که مقدور التسلیم باشد. بعد از آن گفته است «فلو باع الحمام الطایر لم یصح الا ان یقضی العادة بعوده. ولو باع الابق صح مع الضمیمة».

وبعد از آن گفته است «وفی احتیاج العبد الابق المجعول ثمنا الی الضمیمة، احتمال. ولعله الاقرب» واز این کلام ظاهر می‌شود که مسئله، خلافی است در ثمن. بلکه احتیاج به ضمیمه را احتمالی، قرارداده. وممکن است که خلاف، بخصوص این، باشد. نه مطلق تعذر التسلیم. ودر خصوص ثمن باشد. نه در مثمن. ولکن از علامه در **تذکره** ظاهر می‌شود که

در صورت بودن آبق مثمن، هم خلاف است در اشتراط ضمیمه. چون نسبت آن را به مشهور داده. ونقل قولی به جواز بدون ضمیمه کرده. واز بعض متاخرین هم نقل قول به جواز شده باعلم مشتری به اباق.

وشهید ثانی در شرح آن[1]، گفته است که «چنانکه جایز است گردانیدن آبق مثمن، جایز است گردانیدن آن ثمن. خواه در برابر آبق دیگر باشد یا غیر آن. به جهت حصول معنی بیع در ثمن ومثمن». یعنی عموم «احل الله البیع» شامل آن است. وبعد از آن در وجه احتمال شهید در احتیاج به ضمیمه واقرب بودن آن گفته است که «این از جهت صدق اباق است» یعنی علتی که در مثمن هست، در ثمن هم هست، که آن اباق است.

وبه هرحال، ظاهر این است که در اصل مسئلهٔ اشتراط قدرت بر تسلیم، فرقی مابین ثمن ومثمن نباشد. وهمچنین در خصوص بیع آبق اظهر عدم فرق است، واظهر جواز است در ثمن نیز با ضمیمه. نه بدون آن. واظهر این است که جایز است [با] ضمیمه، هرچند مثمن هم آبق باشد باضمیمه. وکافی نیست در ضمیمه، اینکه آبقی دیگر باشد نه در ثمن ونه در مثمن. چنانکه شهیدین تصریح به آن کرده‌اند.

والحاصل: نظر به اطلاقات کلمات فقها وظاهر احادیثی که وارد شده در بیع آبق با ضمیمه، فهمیده می‌شود که علت عدم جواز تعذر تسلیم است رأسا.

وجواز باضمیمه به سبب خروج از عنوان «تعذر تسلیم» است رأسا، باملاحظه احتراز از لزوم سفه. ودر این معانی فرقی مابین ثمن ومثمن نیست. واینکه این را شهید احتمالی قرارداده خالی از غرابتی نیست. وظاهر این است که سایر فقها مفروغ عنه دانسته‌اند اتحاد حکم ثمن ومثمن را که متعرض آن نشده‌اند. وشهید ثانی گفته است «این فرع وآنچه بعد می‌آید، از مختصات این کتاب است» یعنی در جای دیگر مذکور نیست.

مبحث چهارم: شهید در **لمعه** گفته است «**ولو تعدد العبد، کفت ضمیمة واحدة**» یعنی هرگاه چند غلام گریخته را بفروشد ویک ضمیمه قرار بدهد، کافی است. وشهید ثانی

۱: مرجع ضمیر «آن» کلام شهید اول است که در بالا آمده.

در شرح آن گفته که در ثمن هم، چنین است. وگفته است که معتبر نیست در این ضمیمه که هرگاه تقسیم کنی آن را بر عبید، هریک از حصه ها متمول باشد. یعنی چیزی باشد که قابل بیع باشد. زیرا که مفروض این است که یک ضمیمه کافی است، وآن خود متمول است بالفرض. ودر صورت تقسیم، یک ضمیمه نیست. بلکه ضمایم متعدده است. وآنچه گفته‌اند خوب است.

مبحث پنجم: از **تنقیح** حکایت شده که هرگاه در ضمیمه عیبی ظاهر شود، پس آنچه اسقاط می‌شود به سبب ارش، از کل ثمن اسقاط می‌شود. یعنی آبق را اعتبار نمی‌کنند وتفاوت قیمت را نسبت به آنچه در مقابل ضمیمه است اعتبار نمی‌کنند[1]. واز آنچه پیش گفتیم ظاهر می‌شود که این سخن خالی از اشکال نیست. زیرا که مستفاد از اخبار وکلام فقها این است که آبق جزء مبیع است . واحکام بیع همگی بر آن جاری است به غیر آنکه هرگاه آبق «مادام آبقا ولم یظهر تلفه عند البیع» به دست نیاید بایع مستحق تمام ثمن است، وحصه از برای آبق نیست. پس این حکم خاص، تعبدی است. وتعدی از آن نمی‌کنیم.

پس دور نیست که در ارش بر قاعدهٔ بیع عمل شود، وتفاوت قیمت را نسبت به حصهٔ ضمیمه، استرداد کند. به این معنی که هرگاه آبق به دست آید وضمیمه معیب برآید وبالفرض قیمت ضمیمه وآبق مساوی باشند وتفاوت قیمت ضمیمه صحیحا ومعیبا نصف باشد، مشتری ربع مجموع را استرداد می‌کند، در صورت اخذ ارش.

۱۷۹- سوال: هل یصلح العبد لتملک شیئٌ ام لا ؟-؟ وعلی فرض التملک هل هو محجور علیه ام لا ؟-؟ ثم ان اذن المولی ایاه فی التصرف فی شیئٌ من ماله فهل یفید مجرد الاباحة او یملک التصرف ؟-؟ ثم ان مات المولی قبل تصرفه، فهل یبقی جواز تصرفه ام لا ؟-؟.

جواب: اختلف العلماء فی ان العبد هل یصلح للتملک اولا . بل هو کالدابة بالنسبة الی جله او علیقه. وفیه **اقوال:** نسب الاول الی الاکثر الشهید الثانی، و جعله فی **الدروس**

۱: عبارت نسخه چنین است: وتفاوت قیمت را نسبت به آنچه مقابل ضمیمه است وپس اعتبار کنند.

ظاهر الاكثر. ولكن نسب جماعة من الاصحاب الثانى [الى] المشهور والاكثر. وعن التذكرة انه مذهب الاكثر. وعن كتاب **نهج الحق** انه مذهب الامامية وعن الشيخ فى **الخلاف** فى باب الزكوة «لازكوة عليه لانه لا يملك اجماعا» وعن **السرائر** «اجماع اصحابنا ان جميع مابيد العبد فهو مال لسيده» وعن **نهاية الاحكام** وموضع آخر من **السرائر** «انه غير مالك عندنا» وعن المنتهى نسبته الى اصحابنا. ومثله عن **المبسوط** فى كتاب الكفارات.

ومن الصدوق وابن الجنيد«ان العبد يملك » . وقيل كلامه فى **المقنع** كالصريح فى انه يملك فاضل الضريبة- هو مايقاطعه عليه مولاه بان يعطيه كل شهر، او كل سنة، ويكون الزائد له- وعن جماعة انهم حملوا كلامهم على انه يملك ملكا غير مستقر. وعن المقداد انه يملك ملكا غير تام. وفى **الشرايع** «العبد لا يملك، وقيل يملك فاضل الضريبة، وهو المروى، وارش الجناية، على قول. ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى ياذن المولى، كان حسنا. وفى **النافع** «المملوك يملك فاضل الضريبة . وقيل لا يملك شيئا».

وعن الشيخ فى **النهاية** «العبد المملوك لايملك شيئا من الاموال مادام رقا. فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع مايريده وكذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه، ومايفضل بعد ذلك يكون له، جاز. فاذا ادى الى مولاه ضريبته كان له التصرف فى مابقى من المال. وكذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش، كان له ذلك. وحل له التصرف فيه. وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه. فان تزوج فى هذا المال او يشترى كان ذلك جايزا. وكذلك ان اشترى مملوكا، فان اعتقه كان العتق ماضيا».

وعن ابن البراج موافقته لذلك. وعن **المهذب البارع** وفخر المحققين فى **شرح الارشاد** ان فى المسئلة اقوالا ثلثة: الاول:يملك المال لامستقرا وهو ظاهر الصدوق وابن الجنيد. الثانى: انه يملك التصرف خاصة، وعليه الشيخ فى النهاية. والثالث: اباحة التصرف خاصة، لاملك التصرف. وقالا ان الثالث لم يمنع منه احد ، بل هو اجماعى.

وفرق فى المهذب بين الثانى والثالث بوجهين: الاول: ملك التصرف اقوى من اباحته، فان فى الاباحة لو ظهر له شاهد حال من المالك بكراهة لم يجز ان يتصرف. الثانى:ان فى

ذلک التصرف، له ان يتصدق منه ويطعم غيره. وليس له ذلک فی الاباحة.

هذا حاصل مانقله بعض الاصحاب من الاقوال. والعمدة بيان الدليل فی المسئلة. فنقول: الاظهر القول بعدم ملکه مطلقا. کما ان الاظهر انه قول الاکثر. والدليل عليه (مضافا الی الاصل) من وجوه: الاول: قوله تعالی فی سورة النحل «ضرب الله مثلا عبدا مملوکا لايقدر علی شیئ ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستون»[1] والظاهر ان المثال للفرق بينه تعالی وبين الاصنام التی يعبدها الکفار، کما يظهر من ملاحظة ماقبلها. وجه الاستدلال انه قد اوغل فی بيان المباينة بين الفريقين فی غاية الغاية کما هو مناسب المقام وشبّه الاصنام العبيد ونفسه تعالی بالاحرار. فقال «عبدا» يعنی من ليس بحر.

فان المتبادر من العبد عند الاطلاق هو مقابل الحر، وان کان قد يستعمل فی عباد الله کقوله تعالی «قال انی عبدالله» والغالب فيه الاستعمال مع الاضافة. وکذا المتبادر منه عند الاطلاق القن (لا المبعض) والعبد بالفعل لکون المشتق مجازا فی ما انقضی عنه المبدأ. فح، يکون کلمة «مملوکا» قيدا توضيحيا بيانيا. لاتقييديا. لعدم انفکاک العبودية بالمعنی المذکور عن المملوکية. وفائدته اظهار کمال مهانته لاطلاق التملک عليه کالدواب والجمادات.

لايقال: ان العبد نکرة مثبتة لايفيد العموم حتی يثبت الحکم فی کل عبد. اذ- مع تسليم انه ليس من باب «تمرة خير من جرادة» - نقول: ان توصيفه بالمملوکية التی هی ثابتة لجنس العبد، بل والعبودية ايضا. يشعر بالاطراد لثبوت العلة فی جميع افراده والمقام قرينة علی اعتبار مفهوم الوصف هنا، وان لم نقل بحجيته. ثم قال «لايقدر علی شیئ» والظاهر انه ايضا للتوضيح والبيان. کما هو مستفاد من الروايات، مثل ما رواه فی **التهذيب** عن سعيد بن يسار: «قال سئلت اباعبد الله -ع- عن امرئة حرة تکون تحت

١: الاية ليست فی مقام التشريع. وليست من آيات الاحکام. بل فی مقام تمثيل مثال مما کانت تجری فی نظام الاجتماعية الجارية فی القريش ومعيشته، وغيرهم من الاجتماعات فی ذلک الزمان. ثم: هذه الاية مکية ولو کانت فی مقام التشريع لاوجبت للعبيد طاعة مواليهم من المشرکين کابوجهل والعتبة وغيرهم. وقد نعلم تجری العبيد وعصيانهم علی مواليهم بتشويق من ناحية الرسول «ص». ويجیئ الکلام فی جملة «ورزقناه منا...».

المملوک، فتشتریه. هل یبطل نکاحه ؟ قال: نعم، لانه بعد مملوک لا یقدر علی شیئ»[1] و هو مناسب للمقام فان نفی القدرة علی نوع الشیئ ادخل فی المقصود من نفیها من شخصه، والنکرة فی سیاق النفی یفید العموم. غایة الامر خروج بعض الافراد بالدلیل، فیبقی الباقی.

بیان ذلک: ان قدرة العبد اما یتعلق بماهو لازم خلقته وطبیعته، کالاکل والشرب والجماع والنوم وغیر ذلک. واما یتعلق بغیر ذلک من الافعال، کالمسافرة والسیر فی الاسواق والصحاری للتنزه والتفرج والاستحمام. و بالجملة مایتعلق بتحصیل المال بمثل الاتهاب والاحتطاب ونحو ذلک. واما مایتعلق بالتصرف فی مال المولی بالبیع والشراء وغیر ذلک، او فی ما اتهبه واحتطبه، هذا کله مما لامعنی لنفی القدرة العقلیة راسا منها. بل الواقع الغالب هو القدرة فیها. فعلی جعل القید توضیحیا فالعموم مخصص بغیر ماهو ثابت عقلا، ومالم یمنعه الشرع.

فالمراد من «لا یقدر» کونه ممنوعا عنه شرعا. یعنی: عبدا مملوکا ممنوعا من کل شیئ عدا ما استثنی ومنه تصرفاته باذن المولی. فالمستثنی محتاج الی الدلیل فکما ان التصرف فی المال فی الاغلب یحتاج الی الدلیل، فکذلک جواز التملک بمعنی الاتهاب والاحتطاب ایضا یحتاج الی الدلیل. واما التملکات القسریة کالمیراث والدیة، فلامعنی للقدرة فیها لاعقلا و لاشرعا. اذ هو بجعل الشارع ولامدخلیة فیها للعبد. وانما اخترنا کون هذا القید توضیحیا لادخلیته فی‌المقصود ، کما اشرنا سابقا.

واورد علیه المحقق الاردبیلی (ره) بانه علی تقدیر تسلیم کون القید للبیان وشاملا للتصرف فی الاموال، فیدل علی کون العبد محجورا علیه لیس له التصرف من دون

۱: الوسائل: ج ۱٤ ص ۵۵۷، ابواب نکاح العبید ، ب ٤۹ ح ۲- التهذیب : ج ۲ ص ۳۰٦. وفی سنده ابو العباس محمد بن جعفر الرازی وکان یقول بالجبر والتشبیه ویروی عن الضعفاء وله کتاب فی «الجبر والاستطاعة» وقال العلامة فی «الخلاصة» : انا فی روایته من المتوقفین.
فالاعتماد بهذا الحدیث فی تفسیر الایة وجعلها من آیات الاحکام ، مشکل. ولا اقل من احتمال کون جملة «لا یقدر علی شیئ» فی الحدیث ناشئة من مسامحات ابی العباس، لا من کلام الامام «ع».

اذن المولى، على ان الظاهرة انه للتقييد، وانه ليس له شيئٌ من التصرف فى نفسه او ماله ايضا، الا باذن سيده. بل ليس له شيئٌ الا من عند مولاه. فيما لم يملكه المولى او ياذن فى ملك شيئٌ والتصرف فى شيئٌ، ليس له ذلك. والقائل بالتملك يقول به. وقال فى آخر كلامه: دلالتها على التملك اوضح من دلالتها على عدم التملك[1].

اقول: انه (ره) منع اولا كون القيد توضيحيا. بل هو تقييدى.[2] يعنى ان الاصنام كالعبد الذى لايقدر على شيئٌ، لا كالعبد القادر على كل شيئٌ. ومنه يظهر وجود عبد قادر على التملك. فلايمكن الاستدال بها على عدم تمكله مطلقا. ثم منع على تقدير كونه بيانيا، شمول الشيئٌ المنفى المنصرف فى الاموال. بل المراد انه غيرقادرعلى التصرف فى نفسه. ثم قال وعلى فرض تسليم كونه بيانيا وشاملا لنفى التصرف فى المال. يعنى ان العبد مطلقا لا يقدر على شيئٌ لاعلى التصرف فى نفسه ولا فى المال، فهو معنى كونه محجورا عليه. وهو لاينفى تملك المال. بل يثبته.

اقول: معنى شموله للتصرف فى الاموال، ان عدم القدرة، اعم من عدم القدرة على التصرف فى نفسه وفى المال على تملك المال. ولا يخفى ان ماذكره لا يجتمع مع القول

١: الاية لاتدل على الجواز ولا على عدمه. لانها ليست فى مقام التشريع و لا من آيات الاحكام. و هى فى مقام تمثيل مثال محض. و ليس فى الاية حكم تأسيسى ولا حكم امضائى. سواء كان القيد توضيحيا او تقييديا. لانه فرق بين توضيح ماوقع و ماكان- بل، مايكون- و بين امضائه و تثبيته بعنوان حكم من الاحكام.

٢: والانصاف ان القيد تقييدى. اذ من العبيد من لايقدر على شيئى و منهم من يقدر على اعظم الاشياء من قيادة الجيوش و فتح البلاد كجوهر عبدالفاطميين الذى فتح مصر و شيد حكومة الفاطميين و سلطانهم. و امثاله فى التاريخ كثير جدا.

و من هنا يظهر ان المراد فى الاية هو القدرة النفسانية والروحية قبالا لضعف الروحى والنفسانى والخصوصيات التكوينية فى نفس الانسان. و اين الاية من بيان التشريعيات والاجتماعيات!؟! والعبد المملوك الذى لايقدر على شيئى مصداق تام للانسان الضعيف نفسا والرذيل طبعا والعاجز تكوينا و تخصيص جملة «لايقدر على شيئى» بامور المالية والمالكية ابعد شيئى الى دليل. بل لاربط للاية اجتماعية اصلا.

واى ربط بين معنى «القدرة» و بين المالكية؟ ربما ضعيف لايقدر على شيئى مع انه مالك للالوف والالاف. فليس بين القدرة والمالكية ملازمة حتى تنتفى المالكية بانتفاء القدرة.

ثم: هل المراد فى الاية، هو قدرة الاصنام و عدمها فى الامور الاجتماعية؟ ام فى الامور التكوينيه؟

بالتملك، فان القائل بالتملك لا يقول انه محجور عليه من التملك. بل يقول انه محجور عليه فى ملكه بعد التملك. ولذلك قال فى **الشرايع** «المحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف فى ماله» وقال فى **المسالك** «ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان محجورا عليه. وح فيدخل فى التعريف. وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه» وعدّ فى **الارشاد** من جملة اسباب الحجر الملك، يعنى المملوكية. قال «فالعبد والامة محجور عليهما لا يملكان شيئا، ولو ملّكهما مولاهما».

ومن ذلك يظهر الاختلاف فى تعريف الحجر على المذهبين. اذ ظاهرهم الاجماع على كون العبد محجورا عليه. ولكن لا يصدق الحجر- بالمعنى الذى عرفه فى **الشرايع** - على حجر العبد، على القول بعدم تملكه. كما يظهر فى **الارشاد** . فان المحجور على مافى **الشرايع**، هو الممنوع عن التصرف فى ماله. وعلى مافى **الارشاد**، الممنوع عن التصرف لانه ليس بماله.

والحاصل: ان البحث فى مسئلة الحجر مسبوق بالبحث عن معرفة المالكية وعدمها. ولما كان من جملة المحجورين العبد، وفى تملكه وعدمه خلاف، فيختلف بذلك مفهوم الحجر. فمن قال بتملكه، فيعرف الحجر بانه« المنع الشرعى عن تصرف المالك فى ملكه بدون اذن وليه» ومن لم يقل بتملكه فيعرفه بانه « المنع الشرعى عن تصرف من بيده مال، فيه بدون اذن وليه» سواء اكان مافى يده مالا له كغير العبد من المحجورين، او لم يكن مال له كالعبد، فانه ممنوع عنه، لانه ليس بمال له الا باذن الولى.

هذا بالنظر الى مفهوم الحجر فى عنوان «كتاب الحجر» بملاحظة جميع اقسامه. و اما اذا استعمل الحجر فى العبد منفردا فعند القائل بالملك معناه انه محجور عن التصرف فى ملكه. بخلاف القائل بعدمه. فان معناه انه محجور عن التصرف فى ملك غيره. فماذكره المحقق الاردبيلى (ره) من ان المراد من قوله تعالى «لا يقدر على شيئ» الحجر. فيلزم ان يكون من باب استعمال لفظ الحجر فى العبد فقط. فاذا لم يعلم ان دين الله تعالى هو ماليكة العبد او عدمه، فلايمكننا ان نقول انه محجور عن ماله، او نقول انه محجور عن مال غيره.

ونفى جواز التملك الا باذن المولى- الدال بمفهومه على جواز التملك باذن المولى-

ليس بداخل في مفهوم الحجر باحد من التعريفين. فكيف يدخل تحت قوله تعالى «لا يقدر على شيئ» الذى هو عبارة عن الحجر، حتى يستفاد منه جواز التملك باذن المولى. فيبطل الاستدلال بالاية على نفى التملك راسا. مع ان تقدير الاستثناء خلاف الاصل ومحتاج الى الدليل. ومادعاه الى ذلك الا جعله لفظ «لا يقدر على شيئ» بمعنى الحجر. وقد عرفت مافيه.

نعم، نحن نسلم المقدمة القائلة بانه اذا اذن له المولى فيجوز له التصرف. وهو لا يستلزم التملك. بل المسلم انما هو جواز التصرف. وهذه المقدمة فى حكم استثناء منقطع منفصل، وليس من باب الاستثناء المتصل الذى قدره فى الكلام، حتى يلزم ثبوت ما منع القدرة عليه على سبيل العموم. مع انه يمكن القدح فيه- على فرض التسليم- بان رفع السلب الكلى لا يستلزم الايجاب الكلى. بل يرتفع بالايجاب الجزئى. فلايدل على المقصود. ولكن يمكن دفعه بان المفهوم ليس من باب التناقض، بل السلب والايجاب فيه متطابقان عموما وخصوصا. كما حققناه فى محله.

فالاولى الاقتصار على منع تقدير الاستثناء. فلم يبق الا ان يكون الاية مسبوقة لبيان اصل قصور العبد وعدم قابليته لشيئ من جملة ذلك التملك للمال. وهذا هو المعنى السابق على الحجر الذى يترتب الحجر وعدمه عليه. والنكرة المنفية تفيد العموم، خرج ماخرج بالدليل، وبقى الباقى، ويشيده مقابلة القرينة الاخرى، اعنى «ومن رزقناه رزقا حسنا»[1] يعنى «من رزقناه» فانه تدل على ان الرزق له من جانب الله، بخلاف العبد، فانه

١: الرزق: هو ما اعطاه‌الله تعالى عبده، من‌المال والعقل والايمان والتوفيق والصفات الجميلة والشجاعة والسماحة و.... حتى النبوة. قال تعالى «قال يا قوم ارأيتم ان كنت على بينة من ربى و رزقنى رزقا حسنا....» اتفق‌المفسرون على ان المراد من الرزق فيها، النبوة.

والانفاق: هوالصرف والبذل، من‌المال والجهد والتفكير والقدرة البدنية، حتى من‌الشجاعة و بذل‌النفس فى‌الجهاد و كذا العفو. قال تعالى «وانفقوا فى سبيل‌الله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة» فسروه بالجهاد والشهادة و بذل‌النفس فى سبيل‌الله.

فالانسان القوى ينفق و يصرف و يبذل و ينتفع سرا و علانية مما آتاه‌الله من قدرة‌الجسم والفكر والعقل والشجاعة و قوة النفس و سلامتها و....

←

بواسطة المولى، وعلى انه حسن وسيع ولا ضيق عليه فهو ينفق سرا وجهرا، يعنى ليس بمحجور عليه فى شيئ. فيلاحظ نفى تلك المعانى فى جانب العبد ليتم المقابلة. فرزقه بواسطة مولاه وليس بمالك شيئ، بل هو مملوك. لا شعار الوصف بذلك. ولا يقدر على شيئ لا بان يكتسب فيملك، ولا بان يتصرف فى نفسه بشيئ.

وبالجملة جعل الممثل له هو الله سبحانه والاصنام يقتضى بيان المباينة غاية الغاية، ولا يتم الا بماذكرنا. ثم ان هذا الكلام منه (ره) الزامى والا فظاهره انه يقول بتملك العبد مستقلا بدون الحجر. كما يصرح به فى كتاب الحجر، وان ذكر فيه انهم لم يفرقوا فى الحجر بين القول بماليكة العبد وعدمه. وان لا خلاف فيهم فى المحجورية، الا فى الطلاق. فانه بيد من بيده الساق. قال «لعل دليلهم الاجماع ولا نعلمه» . ثم اشار الى ماهو الظاهر عنه.

الثانى: قوله تعالى فى سورة الروم «ضرب مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فى مارزقنا كم فانتم فيه سواء تخافونهم كخيفتكم انفسكم». بيانه انه تعالى ضرب لكم مثلا منتزعا من احوال انفسكم بعضكم مع بعض، والمثل هو انه ليس لكم شركاء فى ما رزقناكم من نوع المملوكين[1] حتى تكون سواء او تخافون منهم كما تخافون من تغلب بعضكم على بعض فى ما تشتركون فيه كالميراث وغيره[2] فالمراد بضمير المخاطبين جنس الاحرار ومن كلمة الموصول فى «ماملكت» جنس العبيد[3]. وفى «مارزقناكم» جنس مايملك. ولم

ولعل كلمة «رزق» فى الاية دعى بعضهم (قدس سرهم) الى استفادة الحكم من الاية التى لاحكم فيها تاسيسيا كان او امضائيا.

١: الاية ايضا، ليست من آيات الاحكام. اذ لاريب ان المخاطبين هم المشركون- وان قلنا بان المورد ليس بمخصص- فهل بيان حال المشركين وشرح ادابهم وسننهم، دليل على انه تعالى يمضى فعالهم وسننهم ويجعل المشركين اسوة لنا؟ هل التمثيل حكم؟ وله شأن تشريعى؟ ما الدليل عليه؟

ثم: لقائل ان يقول: المراد من «ما» فى «ماملكت» هو الاشياء والاموال المملوكة غير العبيد، بدليل «ما» لان الاصل فى استعماله غيرذوى العقول. وح، يكون التمثيل فى مصداقه الاتم لان الاصنام جماد لاشعور لها كالالات المملوكة التى لاشركة لها مع مالكها.

٢: لقائل ان يقول: نعم. نخاف من العبيد، ربما عبد عصى مولاه وقتله. وربما عبد سلطان قهره وعزله وجلس فى مجلسه وصار سلطانا، فظهر ان العبيد ليس مرادا فى التمثيل.

٣: ما الدليل عليه؟ وهو خلاف الاصل.

يلاحظ نسبة كل عبد الى مولاه بل المراد العموم لاَدخليته فى مقام المباينة بين الفريقين، ليقاس عليهما الخالق والمخلوق. مع انه لامعنى للمشاركة فى مارزق به شخص خاص. اذ هو مختص به فى الاحرار ايضا. فالمقصود نفى الشركة كلية فى العبيد. فان الاستفهام الانكارى فى معنى النفى. وبذلك ثبت مقايسة الخالق والمخلوق. فلاشركة معه تعالى فى العبادة.

فماذكره المحقق الاردبيلى «ره» من ان الكلام فيها مثل الاية السابقة، يعنى ليس لهم شركة الا ان يملكهم المولى. خروج عن السياق، وتخصيص للعبيد بمواليهم الخاصة، وموجب للحذف والتقدير. الذى هو خلاف الاصل، يعنى تقدير «الا ان يملكهم المولى او يشركهم».

الثالث: الاخبار المستفيضة. فمنها مارواه الشيخ فى **التهذيب** فى باب وصية الانسان لعبده، فى **الصحيح** ، عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر -ع- انه «قال فى المملوك مادام عبدا فانه وماله لاهله، لايجوز له تحرير ولاكثير عطاء ولاوصية الا ان يشاء سيده»[1] والاستثناء اما يرجع الى الجميع، فالمراد «الا ان ياذن المولى فى تلك التصرفات فى ماله» وهو لايستلزم تملك العبد. بل هو اذن فى التصرف فى مال مولاه. واما يرجع الى الاخيرة- كما هو الاصل- فيحتمل ذلك.

كما هو ظاهر السياق. ويحتمل ارادة الايصاء له بشيئ. فلايجوز الا ان يكون الموصى هو المولى. فانه يجوز ان يوصى لعبده على الوجه المقرر فى محله.

ويحتمل الوجهين ما **رواه** ايضا، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن احدهما-ع- «قال لاوصية للملوك»[2] فيحتمل ان يكون المراد لايجوز ان يوصى لانه لايملك شيئا. او لايجوز ان يوصى له غير مولاه، وان جاز للمولى على الوجه المقرر فى محله. ووجه الاستدلال **بالصحيحة** على المختار ان اللام حقيقة فى الملك. واورد عليه ان اضافة المال الى العبد ايضا ظاهرة فى الملكية، واجتماع الملكين محال. فلابد من التاويل فى احدهما بارادة مايجوز له التصرف فيه. يعنى ان ما يجوز للعبد التصرف فيه فهو ملك لاهله او ماهو ملك للعبد يجوز التصرف لمواليه فيه، حيث لامرجح. فيحصل الاحتمال ويبطل الاستدلال.

١: التهذيب : ج ٢ ص ٣٩٣- الوسائل : ج ١٣ ص ٤٦٦، ابواب الوصايا، ب ٧٨ ح ١.
٢: المرجع : ح ٢.

واجيب عنه بوجود المرجح لقيام القرينة على صرف التوجيه الى اضافة المال الى العبد. لان اللام في الرواية مفيدة للملك بداهة. نظرا الى سياق الرواية. حيث تضمنت العبد وضمه الى ماله اولاً، وصرفت الحكم المستفاد من اللام اليهما. ولا ريب انه بالاضافة الى العبد معناه الحقيقي وهو المليكة او الاختصاص. فلو حمل على المعنى المجازي او حقيقي آخر غيرهما، لكان لزم استعمال اللفظ في معنييه الحقيقيين، او الحقيقي والمجازي، وهو خلاف التحقيق.

اقول: وفيه ان قوله «اللام في الرواية مفيدة للملك» اول الكلام. وكذا قوله «ولا ريب انه بالاضافة الى العبد معناه الحقيقي». فان مفاد العبارتين انه«ع» اراد من اللام الملك. وهو ممنوع. بل المسلم انما هو ثبوت الملك بالنسبة الى رقبة العبد في نفس الامر. لا ارادة ذلك من اللفظ. و المورد يمتنع من ذلك. وتوضيح الايراد: ان تصوير المفردات في الكلام مقدم على تصوير النسب. فلفظ «ماله» ظاهر في الملك، ولفظ «لمواليه» ايضا ظاهر في الملك. فاذا ركبا وقيل «مال العبد لمواليه» يلزم اجتماع المتنافيين لو استعمل المفردان في المعنى الحقيقي واريد الحقيقة فيهما. فهو لا يسلم استعمال كلمة اللام في المعنى الحقيقي حتى يقال انه ثابت بالبداهه.

ولو اريد معه معنى آخر لزم استعماله في المعنيين المرجوح عند التحقيق. فلابد من التجوز بارادة التصرف في كليهما، او اختياره في احديهما، او ابقائهما على الحقيقة. والاول لا يفيد المقصود من عدم مالكية العبد ، والثاني موقوف على ثبوت المرجح في تاويل الاول وهو مفقود، فلايمكن الاستدلال. والثالث مستلزم للمحال. فظهر ان غاية مايسلم المورد في التجوز في جانب اللام هو عموم المجاز الشامل للملك وجواز التصرف، ونقول ان المجاز في كلمة «ماله» هو جواز تصرفه. وفي كلمة «لمواليه» معنى عام شامل للملك وجواز التصرف. ولا مرجح لاحد التجوزين على الاخر.

والاولى في الجواب: ان يقال: ان الاضافة في لفظة «ماله» وان كانت لامية ولكنها ليست كاللام المصرحة، فانهم اكتفوا في الاضافة اللامية بادنى ملابسة، كما في قول الاعشى «الواهب المائة الهجان وعبدها» ان اريد بالعبد العبد الحقيقي فانه عبد للواهب واضيف الى

الهجان بادنى ملابسة. وهذا مرجح لارادة التجوز فى كلمة «ماله». لان كون[1] العبد ملكا لمواليه جزما دون المال للعبد يرجح التجوز فى كلمة «ماله».

هذا كله، اذا كان اللازم فى «ماله» مضمومة. وان كانت مفتوحة، فيضعف هذا المرجح ايضا. لكن الارجح هو الضم. ويؤيده الكلام المشهور فى السنتهم ان«العبد ومافى يده كان لمولاه» وكذلك يويد الاخبار التى ذكر فيه المال للعبد بدون الاضافة ، كما سيجيئ الاشارة الى بعضها. مع ان لنا هنا كلاما لم نقف على من نبه عليه، وهو ان قولهم «اللازم للملكية» لايتم على اطلاقه. بل هو انما يتم بملاحظة مدخولها وقابليته للتملك فلابد ان يقال ان اللازم الداخلة على العقلاء، لنسبة مال اليهم حقيقة فى افادة الملك. لامثل الفرس والدار وغيرهما فى المنسوب اليه. والوقت والزمان فى المنسوب كيوم الجمعة وزمن الشتاء. اذ لايفيد ح، الا نوعا آخر من الاختصاص.

فليس الملكية معنى اللام فقط . بل هو معنى الهيئة التركيبية. او هى معناها بملاحظة متعلقها. وايضا لابد ان يكون هذه معناها بحسب اللغة والعرف، لا انها حقيقة شرعية فى ذلك. وايضا لابد ان يعتبر فى ذلك معنى الملكية عرفا، لاالملكية شرعا. اذ قد يطلق التملك عرفا- مع قطع النظر عن الشرع- على شيئ ليس بملك شرعى. اذ من الواضح ان فى ايام الجاهلية قبل ورود الشرع، كانوا يفرقون بين انحاء التسلط على التصرف، ويطلقون الملك على بعض انحاء التسلط دون بعض. وكانوا يريدون من الملك التسلط التام والاختصاص التام، الذى لايزاحمهم فيه احد.

ثم بعد ورود الشرع حصل تغيير فى ذلك، مثل انه شرط فى حصول الملك لمن حاز المباح، قصد التملك . و[مثل] نفى التملك للمرتد الفطرى قبل التوبة- على ظاهر المشهور - ومثل ذلك كثير.

اذا عرفت هذا، فنقول: المقصود بالذات من قوله-ع- «العبد وماله لاهله» انشاء حكم للعبد وماله، بالنسبة الى مواليه. وهذا الحكم توقيفى لايصح الا من الشارع. واما موضوعاته

١: وفى النسخة:.. التجوز فى كلمة لمواليه فهذا او كون العبد...- ولعل فيها سقطا.

ومتعلقاته (اى لفظ العبد والمال واضافة المال الى العبد ولفظ المولى) ليست بتوقيفية. والمرجع فيها اللغة والعرف. الا ماثبت من الشارع فيه شرط. فالعبد الذى يطلق عليه العبد عرفا، والمال الذى يطق عليه المال كذلك، ويطلق عليه انه ماله كذلك، فهو لمواليه كذلك. الا ان يثبت من الشرع ان العبد ليس بعبد بل حر. او حق الغير متعلق به. او ان المال وان ثبت اختصاصه التام بالعبد عرفا لكن للغير حق فيه شرعا. او ان الموالى ليس بموالى شرعا.

فانشاء الحكم بكون مال العبد عرفا للموالى شرعا (مالم يثبت استحقاق الغير فيها) لا يستلزم اجتماع المليكن الحقيقيين شرعا لشخصين فى شيئ واحد. اذ قد عرفت ان اضافة المال عرفية، والمقصود بالذات فى الحديث ليس انشاء حكم الملكية للعبد وكون المال مالا له. مع انه يلزم تحصيل الحاصل فى جانب العبد ان اردنا منه العبد الشرعى. لان مملوكيته لمولاه داخل فى مفهوم العبد. ومما ذكر يظهر ارتفاع الضعف على المرجح على تقدير فتح اللام فى «ماله» ايضا، وقوة الاستدلال بالحديث للمختار. وكيف كان فلاينبغى الاشكال فى ظهور الحديث فى ما اخترناه.

ومنها: ما رواه ايضا بعد الحديث السابق فى **الصحيح** عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق «ع» فى حكاية اختلاف ابن ابى ليلى وابن شبرمة. وهو طويل وفى جملته بعد ان قال الراوى «قلت: اليس اوصى للعبد بثلث ماله؟ قال: ان العبد لا وصية له. انما ماله لمواليه» ويظهر وجه الدلالة مما مر.

ومنها: ماروواه ايضا فى **الحسن** (لابراهيم بن هاشم) عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر -ع- «فى مكاتب كانت تحته امرئة حرة، فاوصت له عند موتها بوصية. فقال: اهل الميراث لا يجيز وصيتها. انه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه، ويجوز له الوصية بحساب ما اعتق منه. وقضى فى مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية...» ثم ساق مثل هذا فى الربع والسدس. وهو مذكور فى الكافى

١: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، احكام الوصايا، ب ٧٩ ح ١- التهذيب : ج ٢ ص ٣٩٣

الى قوله «بحساب ما اعتق منه» [1] وتؤدئ مؤداه روايات آخر معتبرة لاحاجة الى ذكرها.

ودلالتها واضحة من وجوه متعددة منها تقرير «ع» معتقدهم ان غير المعتق لا يملك الوصية ولا يرث. وان هذا الحكم كان ظاهرا عند اصحابهم، ويويده ماذكره الاصحاب في مقام المنع عن الوصية لمملوك غير الموصى، من التعليل بعدم المالكية. بل وعن ظاهر التذكرة اجماعهم على ان العلة فيه انما هو ذلك. ولا يمكن ان يقال ان عدم تملكه للوصية، لعله كان تعبديا. ولا يلزم منه عدم تملكه اصلا. اذ لاقائل بالفصل بين الوصية وغيره. وان سلم ذلك في الميراث لاتفاقهم على عدم الارث، واختلافهم في غيره. مع ان بعضهم علل عدم التملك مطلقا بمادل على منعه من الميراث ايضا، وجعل الاخبار- المستفيضة بل البالغة فوق الاستفاضة الدالة على عدم التوارث بين الحر والعبد- دليلا على عدم التملك. اذ لاوجه للمنع الا ذلك. وان اجاب بعضهم انه لعل من باب التعبد، كالقاتل الممنوع من الارث. وضعف بان الحكمة في القاتل واضحة، فلايقاس عليه.

وكيف كان، فلايخل ادلة منع التوارث من تاييد عدم المالكية راسا.[2] ويؤيده ايضا ماورد في وصية المولى لمملوكه بثلث ماله وانه يعتق بحسابه، وعمل به الاصحاب بلاخلاف بينهم «الا في مالوكان قيمته ضعف الوصية، ففيه خلاف. وان كان الاشهر عدم الفرق» لظهورها في ان عدم اعطائها الثلث لعدم تملكه. مثل مارواه الشيخ في **الصحيح** عن الحسن بن محبوب، عن الحسن بن صالح عن ابى عبد الله -ع- «في رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، ثم ينظر ما ثلث الميت. فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة، استسعى العبد في ربع القيمة، وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه مافضل من الثلث بعد القيمة»[3] الى غير ذلك من المؤيدات التي يظهر من تتبع الاخبار المروية في العتق والوصية للمملوك.

١: المرجع: ب ٨٠ ح ١. - وللحديث ثلاثة متن في الكافي والفقيه والتهذيب وجملة «لا يرث» ليست في بعضها- التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٥- الفقيه: ج ٢٢ ص٢٨٠- فروع الكافي: ج ٢ ب: المكاتبة.

٢: وفي النسخة:.. من تاييد لعدم المالكية راسا.

٣: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٧، احكام الوصايا باب ٧٩ ح ٢.

ومما يمكن ان يستدل به فى المقام، الاخبار الدالة على ان من اشترى مملوكا وله مال فيكون للبايع الا مع الشرط فيكون للمشترى. وعمل به الاكثر كما نسب اليهم جماعة ولا وجه فيها ظاهرا الا عدم ماليكة العبد. مثل **صحيحة** محمد بن مسلم عن احدهما -ع- «قال سئلته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال: المال للبايع انما باع نفسه. الا ان يكون شرط عليه [ان] ماكان له من مال او متاع فهو له »[1]. وفى معناه خبران آخران سنذكر احدهما. وجه الدلالة: ان المال لو لم يكن للبايع فكيف يجعله للمشترى بالشرط. وهذا اظهر فى الاستدلال، عن الاستدلال للمالكية بسبب اضافة المال الى العبد، لوضوح التاويل فى اللام بارادة كونه فى تصرفه. ثم ان هنا اخبارا تدل على انه لو اعتق عبدا وله مال، فان علم به فهو للعبد. والا فهو للمالك.

وجعله بعضهم دليلا على ماليكة العبد من حيث اضافة المال اليه، وهى كثيرة، منها مارواه الكلينى فى الحسن (بابراهيم بن هاشم)[2] عن زرارة عن احدهما -ع- «فى رجل اعتق عبدا له وله مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا تبعه. والا فهو للمعتق». ومارواه الصدوق فى **الصحيح** عن جميل بن دراج، عن زرارة، عن ابى جعفر وابى عبد الله -ع- «فى رجل اعتق عبدا له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا، تبعه. والا فهو للمعتق»[3]. و «فى رجل باع مملوكا وله مال. قال: ان [كان] علم مولاه الذى باعه ان له مالا، فالمال للمشترى. وان لم يعلم [به] البايع، فالمال للبايع »[4].

وفيه، انه وان كان الاخبار فيه كثيرة معتبر الاسناد. ولكنهما مخالفة لما دل على عدم المالكية [و] غير مقاومة لها. ومخالفة للاعتبار. اذ كيف يصير علم المعتق بمجرده سببا لثبوت

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٢، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ١- والحديث يدل على صحة تملك العبد باذن من مولاه. والا لكان مال المذكورفى يد العبد غصبا اوسرقة، وظاهرالحديث على خلاف ذلك. ويرد عليه انه لو كان مالكا لما انتقل ملكه عند بيعه، الى البايع او المشترى، الا ان يقال ان بيع العبد من نواقل ملكه، او مسقط لمالكيته، والمورد تعبدى. وليس ببعيد بدليل قوله -ع- «ان ماكان له مال او متاع...».

٢: وفيه ما اسلفناه مكررا.

٣: الوسائل: ج ١٦ ص ٢٨، كتاب العتق، ب ٢٤ ح ٢. - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣.

٤: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٣.- الفقيه: ج ٢ ص ٣٨.

المال لمالكه، وجهله سببا لنقله الى مالك العبد. فلابد من تاويل اللام بارادة كونه في تصرفه من مال المولى، وتاويله بانه يصير للعبد بعد العتق بسبب الشرط، او مافي معناه من دلالة الفحوى والقرائن برضاء المولى بكونه له. كما هو الحال في صحيحة محمد بن مسلم السابقة في بيعه. اذ من الظاهر ان المال لايدخل في المبيع لغة وعرفا، الا مع الشرط، او في ماجرى العادة بدخوله كثياب بدنه. وكذلك على القول بماليكة العبد، لابد ان يؤوّل الاخبار بماذكر. يعني ان ذلك كان للمولى المعتق وكان معه ويصير له بالشرط، او مافي معناه. لابمحض العلم. فيصير تلك الاخبار اظهر دلالة على المذهب المختار من عدم المالكية.

احتج القائل: بانه يملك فاضل الضريبة، بصحيحة عمر بن يزيد : «قال: سئلت اباعبد الله -ع- عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه ياخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة. ورضي بها المولى ورضي بها المملوك. فاصاب المملوك في تجارته مالا سوى ماكان يعطي مولاه من الضريبة. قال: فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه، وما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك. ثم قال ابوعبد الله -ع- اليس قد فرض الله عز وجل على العباد فرايض فاذا ادوها اليه لم يسئلهم عما سواها.

قلت له: ماللمملوك ان يتصدق بما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يوديها الى سيده ؟ قال: نعم، واجر ذلك له. قلت: فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة، لمن يكون ولاء العتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى من احب. فاذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه وورثه. قلت له: اليس قال رسول الله -ص- الولاء، لمن اعتق؟ قال: فقال: هذا سائبة لايكون ولاية لعبد مثله. قلت: وان ضمن العبد الذي اعتقه جريرته وحدثه، ايلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال: فقال: لايجوز ذلك ولايرث عبد حرا»[1].

والجواب عنه: ان الرواية وان كانت صحيحة [2] لكنها لايقاوم ماذكرنا من الادلة، وان

١: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٤٥، ابواب ولاء ضمان الجريرة، ب ١ ج ١ - فروع: ج ٧ ص ٧٤.

٢: ويويده ماورد في «دين العبد» وفي ما «لوقال العبد للمولى: بعني بسبعماة وانا اعطيك ثلاث ماة» وفي «من دفع اليه مملوك، مالا ليشتريه من مولاه» وماورد في «عدم وجوب الزكاة في مال العبد ولو بلغ الف الف درهم» والاخبار كثيرة جدا.

كانت مطلقة او عامة. لاشتراط التكافؤ فى التخصيص، وهو مفقود. لاعتضادها بعمل الاكثر والكتاب والسنة والاجماعات المتعددة المعتضدة باصل. وهو عدم الملكية فلابد من تاويلها بارادة جواز التصرف بسبب اباحة المولى، وان كان بعيدا من ظاهر الرواية للجمع[1] بين الادلة. مع انها مشتملة باطلاقه على جواز عتقه وصدقته. وهو مخالف لاجماعهم على كونه محجورا عليه لايقدر على شيئ ، كما نص به الكتاب العزيز[2].

وقد يجمع بين تلك الصحيحة ماقدمنا من الروايات، بان جواز التصرف فيها هو اذا كان باذن المولى وان كان المال للعبد. و [المراد] من عدم الجواز فى غيرها هو اذا لم يكن باذنه. وفيه: انه انما يتم اذا اسلمنا كون المال للعبد، وقد عرفت منع دلالة ماقدمناه من الروايات عليه، ومنع العمل بالصحيحة لعدم تكافؤها لما قدمناه من الروايات الدالة على عدم مالكية العبد.

واما حجة القول بتملكه لارش الجناية- كما يظهر من **الروضة** ان به قولا - وقد نقلناه عن الشيخ فى **التهذيب** وابن البراج، ولكنهما ذكراه مع فاضل الضريبة ومايملكه مولاه. ولكن فى دلالته على ملك رقبة المال اشكال حيث صرح بعدم ملكه لرقبة المال. بل انما جوز التصرف. ولكنه صرح بصحة العتق مع انه ليس الا فى ملك. فلم نقف على مايدل عليه صريحا. ويمكن ان يكون دليله مارواه الشيخ عن اسحق بن عمار «قال: قلت لابى عبدالله -ع- ماتقول فى رجل يهب لعبده الف درهم او اقل او اكثر، فيقول حللنى من ضربى اياك ومن كل ماكان منى اليك مما اخفتك وارهبتك. فيحلله ويجعله فى حل رغبة فى ما اعطاه. ثم ان المولى بعد، اصاب الدراهم التى اعطاه، فى موضع قد وضعها فيه العبد. فاخذها المولى. احلال هى له؟ قال: فقال: لايحل له لانه افتدى بها على نفسه من العبد مخافة العقوبة، والقصاص يوم القيامة. قال: فقلت له: فعلى العبد ان يزكيها اذا حال عليها الحول؟

١: ويمكن الجمع (كما اشرنا اليه قبيل هذا) بان العبد يملك ملكا تاما باذن المولى الى ان يباع او يعتق، و ان باعه او اعتقه يحتاج مالكيةباذن مجدد من مالكه، اتكائا على التعبد للنصوص.

٢: قد ظهر سابقا ان الايتين ليستا من آيات الاحكام ولاربط لهما بما نحن فيه فضلا عن كونهما نصا.

قال: لا. الا ان يعمل له به ولا يعطى العبد من الزكوة شيئا»[1].

ففيه: مع القدح فى السند، اذ فيه موسى بن عمر، **والظاهر** انه موسى بن عمر بن يزيد بن ذبيان (بقرينة روايته عن ابن محبوب) **وهو مجهول.** لكن المحقق الاردبيلى وصفها بالصحة. ولعله وجد لها سندا آخر فى موضع آخر.[2] ولا يحضرنى الان غيرماذكرته نقلا عن التهذيب فى اوايل كتاب العتق. فلايعارض بها ماتقدم من الادلة انها مشتملة على عدم جواز اخذ المولى. ويظهر من **المختلف** انه خلاف الاجماع. حيث قال «لو ملك العبد، لما جاز للمولى اخذه منه قهرا. والتالى باطل اجماعا» وقال ايضا « لوفرضنا ان العبد يملك، فانه لايملك ملكا تاما. اذ لمولاه انتزاعه منه اجماعا» وقد يحتمل حملها على التقية ايضا. فكيف كان فلايقاوم لادلة المختار.

حجة القول بالمالكية مطلقا: امور: الاول: عمومات مايدل على تملك الانسان للاموال، وفيها انها مخصصة بما ذكرنا من الادلة.

والثانى: انه يتملك البضع بالتحليل، مع انهم يقولون ان التحليل اما عقد منقطع، او تمليك منفعة. والاول يحتاج الى عوض وهو فرع تملكه والثانى تملك منفعة. وفيه انا نقول اولا: ان المسئلة خلافية وان كان الاظهر جواز تملكه البضع بالتحليل، ولكن نقول اولا نمنع ان المراد من قوله تعالى «اوماملكت ايمانهم»[3] ملك الرقبة او ملك المنفعة الحقيقية، لم لايكون المراد الاستحقاق؟ كما يقال «زيد يملك احضار مجلس الحكم» كما ذكره الشهيد الثانى فى **الروضة.**

١: التهذيب: ج ٢ ص ٣١١.

٢: اورد العاملى (ره) فى الوسائل- فى كتاب الزكاة ابواب من تجب عليه الزكاة، ب ٤ ح ٦- الحديث نقلا عن الصدوق. ولكن ماوجدته فى الفقيه. ولوفرض كونه فيها كما هوالمحتمل فيكون سنده «محمد بن موسى بن المتوكل، سعد بن عبدالله وعبدالله بن جعفر الحميرى، احمد بن عيسى، الحسن بن محبوب» كما نص عليه الصدوق.

وسمى البحرانى فى «حدائق الناظرة» الحديث موثقا. وكذا صاحب الجواهر. راجع باب الزكاة فى كلا الكتابين.

٣: النحل: ٧١.

وثانيا: على فرض تسليم ذلك، انها مخصصة بالاخبار المعتبرة الدالة على جواز التحليل للعبد، المعمول بها عند جماعة، ولا يقاومها **صحيحة**[1] على بن يقطين المانعة عنها سيما مع موافقتها للعامة وكون الراوى هو وزير الخليفة المتعصب. والمروى عنه هو الكاظم «ع» الذى كان التقية فى زمانه اشد. وقال ابن ادريس «لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع، والاصل الاباحة، ويؤيده قوله تعالى: فانكحوهن باذن اهلهن».

وثالثا: لم لا يكون نوعا من العقد المنقطع؟. ودعوى استلزامه تملك العوض ممنوع. بل المسلم انما هو العوض، ولا مانع من كون العوض على المولى. كما فى الصغير الغير المالك لشيئ. فتامل فيه، لان هذا الكلام جدلى فى مقابل دعوى اشتراط العوض، مع انه منقوض بالنكاح، الذى هو فيه صداق. فلاينحصر صحته على القول بالمالكية. وان قيل ان الصداق ليس بركن فى الدائم ، فما تقول فى المنقطع؟ الا ان يلزم بطلانه ايضا على القول بعدم الملك.

وعن **التذكرة** انه اجاب عن اصل الاستدلال، بان «ملكه النكاح للحاجة اليه والضرورة. لانه لا يستباح فى غير ملك» وقال «ولانه لما ملكه لم يتملك السيد ازالة يده عنه بخلاف المال. فافترقا». اقول: دليله الاول تسليم لملك خاص للضرورة، ولا يثبت بذلك تملكه مطلقا. ودليله الثانى منع القياس وابداء الفارق، فان المستدل تمسك بانه يملك المال كما يملك البضع ولا فارق. فاجاب بالفرق بين تملك البضع وتملك المال، بتامل.

الثالث: الروايات: مثل رواية ابى جرير (والسند اليه صحيح واما هو فمشترك وقال المحقق الاردبيلى الظاهر انه زكريا بن ادريس الذى قيل فيه انه كان وجها يروى عن الرضا -ع- وقال انه صاحب الكاظم -ع-) وعن جماعة عدوا الرواية من **الحسن بل الصحيح** :«قال سئلت ابا الحسن-ع- عن رجل قال لمملوكه انت حر ولى مالك (؟) قال: لا يبدء بالحرية قبل العتق، يقول له، لى مالك وانت حر، برضاء المملوك. فان ذلك احب الى »[2]. ولـيس فى **التهذيب** قوله «فان ذلك احب الى » وفى الفقيه موضع «لا يبدء بالحرية قبل العتق»، «يبدء

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٣٣، ابواب نكاح العبيد، ب ٣١ ح ٧.

٢: الوسائل: ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٥.

بالمال قبل العتق» وهو اوضح.

وهذه الرواية بعد سلامة السند لا تقاوم ادلة المختار، مع امكان القدح فى الدلالة بان الظاهر ان نظر المستدل بهذه الرواية ان الامام «ع» نهى عن تقديم الحرية لانه اذا قدم التحرير، فلاتسلط للمالک على اخذ مال العبد ح، لصيرورته حرا ولا يجوز اخذ ماله. فيعلم من ذلک ان الملک كان ثابتا له حين الرقيه. ويمكن القلب بانه اذا فككت بين التحرير وجعل المال عوضا، فكيف ينفع تقديم نقل المال، مع انه لا يحل مال امرء مسلم الا من طيب نفسه. وان لم يفكک واريد المعاوضة وتعليق الرواية على اخذ المال، فلا يتفاوت التقديم والتاخير ايضا.

الا ان يقال ان ذلک مبنى على الاجماع الذى ادعاه فى **المختلف** على جواز اخذ المولى المال من العبد وان قيل بتملكه. فان تاخر ذكر المال لما كان عنده اشبه بالعوضية الظاهرة فى ملک العبد. عدل عنها الى التقديم لانه قبل الحرية- يجوز اخذ المال من يده اجماعا. سواء قيل بالملک ام لا فيشبه التفكيک وعدم التعليق. وكونهما انشائين اولهما تملک مافى يد العبد واخذه منه بقوله «مالک لى» يعنى عزلتک عن تصرفک فيه. وثانيهما تحريره. وهذا اوفق برفع الشبهة. وان كان المراد فى الحقيقة التعليق، ولذلک قال -ع- «احب الى» والا فالمعنى واحد . وكيف كان فلايقاوم ما تقدم من الادلة. والعجب من المحقق الاردبيلى (ره) حيث استدل على مختاره (من مالكية العبد مطلقا) بصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة وبرواية [ابى] جرير، ولا يتم الا بعدم القول بالفصل وهو موجود.

ورواية اسحاق بن عمار: «عن ابى جعفر، عن ابيه، ان عليا-ع- اعتق عبدا له فقال: ان ملكک لى ولک ، وقد تركته لک»[1]. وفيه - مع القدح فى السند- انه بظلاهره تدل على التشريک[2] ولم يقل به احد. وان ارتكب المجاز فى احد اللامات او اكثر فلايدل على خلاف

١: الوسائل. ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٧.

٢: وهذا الكلام عجيب منه قدس سره لانه «ع» لا يقول «ملكنا لى ولک» بل يقول «ملكک لى ولک» اى الملک لک ولكن من شأنه ان يكون لى، لانى ان شئت اخذته منک وان شئت انفذت. والرواية نص فى صحة الجمع بين الادلة على نحو اشرنا اليه سابقا. اى «العبد يملک ملكا تاما باذن المولى ولكن لوعرضه العتق او البيع ←

المختار. ويمكن ان يراد ان مافي تصرفک کان ملکی کالرقبة، وکنت متصرفا فيه باذنی والان جعلت رقبته لک ملکا وتصرفا.

واحتج المحقق الاردبيلی (ره) **بصحيحة** الفضيل بن يسار المروية فی التهذيب «قال: قال لی عبد مسلم عارف اعتقه رجل فدخل به علی ابی عبد الله -ع- قال: يا هذا من هذا السندی؟ قال الرجل: عارف واعتقه فلان. فقال ابوعبد الله -ع- : ليت انی کنت اعتقه. فقال السندی لابی عبد الله -ع- : انی قلت لمولای: بعنی بسبعمائة درهم وانی اعطيک ثلاثمائة درهم. فقال له ابوعبد الله -ع-: ان کان يوم شرطت لک مال فعليک ان تعطيه. وان لم يکن لک مال يومئذ ، فليس عليک شيئ»[1].

فاعل کلمة «قال» الاولی الفضيل. والثانية عبد مسلم. ومابعده صفة لذلک العبد المسلم الی قوله «قال ياهذا» . والظاهر ان کلمة «دخل» مبنی للمفعول. وفاعل کلمة «قال» الثالثة ابوعبد الله «ع». وهی ومابعدها مقول لکلمة «قال» الثانية. و المشار اليه بـ«هذا» اما الفاعل المحذوف عن کلمة «دخل» الذی ناب عنه کلمة «به». او اشارة الی رجل آخر کان حاضرا عنده «ع». والرجل المعرف بعد کلمة «قال» الرابعة هو المشار اليه بکلمة «هذا» کائنا من کان. وکلمة «عارف» خبر مبتدأ محذوف مضمر يعود الی السندی. وقوله «فقال السندی» عطف علی کلمة «قال» الثانية. ويکون مقول قول الفضيل.

وحاصله: ان ذلک السندی سئل الامام «ع» عن مسئلة وقعت له حين کونه عبدا، فيکون المسئلة علمية لاعملية. لان المولی اعتقه ولم يبعه. لو کان مراده السؤال عما وقع له حين کان مملوکا للمولی الذی کان له قبل العتق، فيکون عملية. وهذه المسئلة لم يعنونها الاصحاب فی ما يحضرنی الان من کلماتهم. بل انما عنونوا المسئلة بـ«مالو قال العبد للمشتری اشترنی ولک عَلیَّ کذا»[2] فالظاهر ان الاکثر قالوا بانه لايلزمه شيئ بناء

فللمولی فک الملک عنه ان شاء».

۱: المرجع، الباب ۵۱، ح ۱.

۲: و بين البابين فرق. عنون العاملی «ره» فی الوسائل بابا مستقلا وهو « اذا قال لمولاه بعنی بسبعمائة وانا اعطيک...».

على ان العبد لا يملك. ولا يلزم لمن اشتريه عن مولاه الاول شيئٌ.

وعن الشيخ فى **النهاية** وابن البراج، انه اذا قال مملوك انسان، لغيره «اشترنى فانك اذا اشتريتنى كان لك على شيئٌ معلوم» فاشتريه. فان كان فى يد المملوك فى حال ما قال مال، لزمه ان يعطيه ما شرط له. وان لم يكن له مال فى تلك الحال، لم يكن عليه شيئٌ. وعن **التذكرة** انه جعل هذه الرواية دليلا للشيخ حيث ذكرها بعد نقل قول الشيخ بلافصل. مع ان الرواية بلفظ «بعنى بسبعمائة درهم وعلى ثلاثمائة درهم» [لا] تحريص العبد للمشترى بانى اعطيك بعض الثمن.[1]

ويمكن المعارضة بان يكون مراده «بعنى بهذا الثمن وانما از يدك ثلاثمائة، فلاباس على انك بعتنى رخيصا». الا ان يقال- كما **يظهر** من بعض نسخ كتابه المغلوط- ان سوال العبد قرينة لكون المسئول هو المشترى. فان البايع اذا استمع هذا فله ان ياخذ عنه المال ولا يبيعه، وكون الظاهر من المولى هو المولى بالفعل. لا من كان له مولى قبل. واحتمل ايضا ان يكون مراد العلامة الاستدلال من باب الشبه يعنى ان جوازه فى صورة السؤال عن البيع يدل على جوازه فى صورة السؤال عن الشراء. ولعله فهم العلية. يعنى انه من باب الشرط فى ضمن العقد. فلافرق. ويلزمه القول بان الكلام فى صورة السوال عن البيع كان مسلما، ولكن لم ار مصرحا به.

ثم قال «وهى تفيد ان العبد يملك وان ماله له، فلو بيع وكان له مال يثبت ذلك المال له. وح يمكن اشتراطه للبايع وللمشترى، بل لغيرهما ايضا. ولكن باذن المولى، لو ثبت كونه محجورا عليه فى مثله». قال«ويمكن ثبوت المال للمولى فى ذمته على هذا الوجه. فانه يملكه. ولانه يثبت فى ذمة المكاتب فكذا فى ذمته. وايضا قد يكون ذلك مسلما على القول بعدم التملك . لانه لا معنى لذلك ح».

اقول: اولا : عظم الله اجورنا بالابتلاء بفهم كلماته قدس الله ر وحه، مع الاختلاف

١: وله روايتان آخران، فراجع : المرجع، الباب ٢٦ ح ١ و ٢.

٢ : هذا ما سبق من الجمع بين الادلة . لكن يلزم على الجمع المذكور ان لا يكون العبد بعد تملكه باذن المولى محجورا بل للمولى حق الخلع والعزل، وله اعمال ذلك الحق.

الشديد فى نسخ كتابه المغلوطة. والتعقيد البين فى جميعها. وثانيا: ان الظاهران مراده «ره» انه على هذا الوجه. يعنى كونه محجورا عليه مع القول بمالكيته. يمكن القول بثبوت المال لمولاه المشترى له فى ذمة العبد. فان العبد مالک لذمته. اذ قد يعتق ويتمكن من الادلاء، ولان المكاتب عبد، ويثبت المال فى ذمته بعقد المكاتبة، فكذا هذا العبد، فيصير معنى الحديث ح، انه اذا كان للعبد مال حين الشرط وقلنا بما لكيته وعدم الحجر عليه، فيجب الوفاء. وان قلنا مع ذلک بالحجر عليه فيثبت ذلک فى ذمته. قوله «وايضا قد يكون ذلک مسلما....» يعنى انا ان قلنا بعدم مالكية العبد، وشرط للمشترى فينتقل الى ذمته، ويصح القول بانه كان مالكا لشيئ وهو اخذ المال فى ذمته. لانه لامعنى لان يقال لما كان العبد لايملک فلايصح اشتغال ذمته. بشيئ . لعدم المنافات.

اقول: ويشكل اذا كان الشرط فى خصوص شخص معين من المال. مع ان فخر المحققين ادعى الاجماع على ان المولى لايستحق فى ذمة العبد شيئا. فانه استدل للمشهور بانه يلزم من اثبات المال نفيه.

لان المجعول له لايستحق المجعول الا بالعمل. فلا يستحق الا بالشراء. والشراء يقتضى عدمه. لان المولى لايستحق على عبده [بعد بيعه] شيئا. ولتوقف الجعل على ملک العبد له مع انتفائه عنه. لانه اما ان يستحق فى ذمة العبد او فى ماله الموجود، والاول باطل اجماعا. والثانى يملكه بالشرط اللازم بالعقد، فلايتصور استحقاقه بسبب جعل العبد.

وحاصل الكلام فى هذا المقام، ان الحديث- بعد الاغماض عن عدم العمل به ظاهرا الا ما احتمله المحقق الاردبيلى (ره) او قلنا ان المراد من البيع الشراء كما هو ظاهر **التذكرة** حيث جعله دليلا للشيخ- لابد من تاويله. لعدم مقاومته لادلة المختار. فنحمله على ان المراد انه اذا كان معه مال من مولاه وشرط لمولاه. يعنى شرط تسليمه اليه فيلزمه رده اليه. ويشمله عموم «المسلمون عند شروطهم» وهذا يتم على القول بعدم ما لكيه العبد. وعلى القول بمالكيته، فيشترط ماله لمولاه لان يبيعه. وحيث ضعفنا الماليكة فيبقى ارادة شرطه تسليم مال المولى (الذى هو البايع) اليه. فلايصح الاستدلال به للشيخ.

وتتميم المقام برسم مباحث: الاول: انا قد اشرنا سابقا الى ان الاشهر بل المشهور-

كما فى **الكفاية**- ان من اشترى مملوكا له‌مال، فهو للبايع، الا ان يشترط المشترى. وعن ابن البراج انه ان لم يعلم به البايع فهو له، وان علم فهو للمشترى. وهو المنقول عن الشيخ فى **النهاية**، ولكنه قبل ذلك افتى بالتفصيل الاول. وربما جمع بينهما بحمل كلامه الثانى على الاول، بان يكون المراد منه اذا اشترط للمشترى، او قضى العادة بدخوله وعلم بان البايع ادخله فى المبيع.

وكيف كان، الاظهر القول الاول. **لصحيحة** محمد بن مسلم المتقدمة. وما رواه فى الفقيه عن يحيى بن ابى العلا- وصحح العلامة طريقه اليه فى **الخلاصة** وفيها ابان بن عثمان[1]. ويحتمل كون هذا هو ابن العلا الثقة. وكيف كان فالسند قوى لكون ابان من اهل الاجماع-: «عن ابى عبد الله -ع- عن ابيه، قال: من باع عبدا وكان للعبد مال، فالمال للبايع. الا ان يشترط المبتاع، امر رسول الله «ص» بذلك»[2] ونقل عن **امالى** ابن الشيخ ايضا مثلها.

ودليل الثانى: **صحيحة** زرارة المتقدمة. وقد اشرنا سابقا الى ان التفصيل الاول انما يناسب القول بعدم مالكية العبد. وانه لا يدخل المال فى المبيع الا مع الشرط. وكذا صحيحة زرارة، اظهر توجيهاتها على هذا القول، حملها على صورة الشرط. او حصول العلم بنقل البايع الى المشترى بالعادة. لانه لا وجه لانتقال مال العبد الى الغير بمجرد علم البايع بالمال من دون ناقل شرعى. ونسبة المال الى العبد فى المسئلة على القول بملكيته ظاهر. واما على القول الاخر، فلابد ان يراد به ما سلطه عليه المولى واباحه له ونسبه اليه، من كسوة وفراش ومركوب ونحوها. ويشكل المقام بان هذه المسئلة ذكرها القائل بمالكية العبد- كالمحقق فى **الشرايع**- ومن لم يقل بها.

ولقد احسن فى **القواعد**. حيث عبر عن المسئلة بقوله «ولو كان بيده مال فهو للبايع،

١: هذا بخلاف ما سبق من المصنف قدس سره لان حديث ابان بن عثمان صحيح عنده، وقد نبهنا به سابقا خصوصا عند المقايسة بينه وبين ابراهيم بن هاشم.

ويمكن ان يكون مراد المصنف هنا تعريضا للعلامة بانه صحح هذا الحديث مع كون ابان فى سنده فكيف يضعفه بكونه «ناووسيا». ولكن هذا لا يساعده ما يقوله بعيد هذا «لكون ابان من اصحاب الاجماع». وقد نقلنا عن العلامة وابنه الفخر انهما لا يعملان بحديثه. راجع «جامع الروات. الاردبيلى».

٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٤.

وان علم به. وان شرطه المشترى، صح.» بعد ما حكم بان العبد لا يملك. بخلاف المحقق. فانه بعدما اختار انه يملك ولكنه محجور عليه، قال «من اشترى عبدا له مال، كان ماله لمولاه. الا ان يشترطه المشترى» فان الاشكال فيه واضح. اذ لا معنى للجمع مابين كون العبد مالكا وبين صيرورته للمشترى بسبب شرط البايع[1].

وقال فى **المسالك** «ولا يندفع الاشكال، الا اذا قلنا بان المراد بملكيته تسلطه على الانتفاع بما قيل تملكه له. لا ملك الرقبة - كما نقله فى **الدروس** عن بعض القائلين بالملك- فيكون الملك على هذا الوجه، غير مناف لملك البايع لرقيته. على وجه يتوجه به نقله الى المشترى، او بقائه على ملكه». ثم قال «ان المصنف حكم هنا بان العبد يملك وان كان محجورا عليه، ثم حكم بان ماله اذا بيع، لمولاه. والحكم فيه اقوى اشكالا. لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة، وان حجر عليه فى الانتفاع به. فلايناسب مانقله فى **الدروس**. ولا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشترى بمجرد بيعه. اللهم الا ان يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم. فيرد -ح- بانه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه، من عدم مليكة شخص مال غيره الا برضاه». انتهى.

وقد يتمسك فى دفع الاشكال بماذكره فى **المختلف** من الاجماع من القائلين بالملك وغيرهم على ان لمولاه انتزاعه منه. وغاية توجيهه انه اذا ثبت اجماع الفريقين على جواز الانتزاع، فلااشكال على القول بعدم تملك العبد. اذ لا ينتقل المال ح، الى المشترى. الا بالشرط، او مايقوم مقامه من حكم العادة. واما على القول بالتملك، فلما كان حق الانتزاع ثابتا للبايع فى ذلك المال فيستصحب حيث يثبت خلافه. فالمراد من الاشتراط للمشترى اسقاط حق الانتزاع. ولم يخرج بذلك مال العبد من ملكه، وان ثبت للمولى الثانى ايضا حق الانتزاع. فمعنى كون المال للمشترى، كون حق الانتزاع له[2] واما لو لم يشترط المال

١: لا يرد هذا الاشكال على «الجمع بين الادلة» الذى نبهنا به. ولعله مراد المحقق. كما سمعته ايضا عن التذكرة.

٢: هذا معلق على كيفية الشرط. ان شرط نقل حق الانتزاع، فهو. وان شرط ان ينتزع البايع ويجعله جزء للمبيع، فينتقل اصل المال ورقبته الى المشترى.

للمشترى، يعنى مسلما بدون بقاء حقه فى الانتزاع- فالمال وان لم يخرج عن ملك العبد، ولكن حق الانتزاع باق للبايع بالاستصحاب. ومجرد نقل العبد الى المشترى لا يزيله.

ثم لايخفى: انّ ما ذكرنا، انما هو لتقرير التفصيل على المذهبين. واما تطبيق الاخبار على المدعى، فهو لا يمكن الا باختيار ان الاخبار مبنية على القول بالتملك.او بعدمه. اذ غاية الامر ان نقول: لوقلنا بالتملك يصير المعنى حصول حق الانتزاع للمشترى بالشرط. ولو قلنا بعدمه يصير المعنى حصول الرقبة له بالشرط.[1] اذ لا يصح ان يقال ان الامام «ع» قال ان كان العبد- يملك فمقصودى كذا، وان كان لا يملك فيمقصودى كذا. فلابد من اختيار احد المعنيين فى الاخبار. فاضافة المال الى العبد يرجح الاول. وظهور الاشتراط والانتقال الى المشترى او البقاء للبايع فى اصل الرقبة، يرجح الثانى. كما اشرنا اليه سابقا.

الثانى: انه يعتبر فى هذا الشرط، مايعتبر فى اصل المبيع. من كونه معلوما لهما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة، والسلامة عن الربا، بان يكون الثمن مخالفا لجنس ما مع العبد اذا كان ربويا. او زائدا عليه، فاذا كان معه مائة دينار مثلا وباعه بمائة دينار، لم يصح. ولو باعه بمائة دينار ودينار صح. وعن السرائر انه لا خلاف فيه. وكذا يعتبر قبض المجلس ان كان المعاملة بالصرف. هذا قول الاكثر. وعن ظاهر الشيخين فى **المقنعة والنهاية** انه اذا شرط المبتاع ماله، كان له دون البايع سواء كان معه اكثر من ثمنه او اقل. وكذا عن **المراسم**

ولعل دليلهم مارواه الصدوق فى **الصحيح** عن زرارة «قال: قلت لابى عبد الله -ع- الرجل يشترى المملوک وماله (؟) فقال: لا باس. قلت: فيكون مال المملوک اكثر مما اشتراه به. فقال: لا باس به.»[2]. وهو محمول على صورة عدم كون المال ربويا، او مخالفتهما فى الجنس لو كان ربويا. لعدم مقاومته لما دل على قول الاكثر، من القواعد والعمومات. سيما مع دعوى ابن ادريس عدم الخلاف.

واعلم: ان هذا الكلام اعنى ملاحظة شرايط صحة البيع فى هذا الشرط على القول بعدم مالكية العبد واضح ، فان المال الذى مع العبد هو مال المالک، ويكون مع الشرط من اجزاء

١: بل لو قلنا بالمكية ايضا قد ينتقل الرقبه، كما اشرنا بانه معلق على كيفية الشرط.

٢: الوسائل : ج ١٣ ص ٣٤، ابواب بيع الحيوان ، ب ٨ ح ١.- الفقيه : ج ٢ ص ٧٣.

المبيع. واما على القول بالمالكية فمشكل. لظهور انّ مال العبد هو ماله. ولا يجوز نقله الى الغير بالشرط. فلايصير جزء من المبيع، حتى يلزم اعتبار شرايط البيع، والتحرز عن الربا. اذ الربا هو مقابلة المتجانسين الربويين متفاضلا . بان يحصل انتقال مال كل منهما الى الاخر.

غاية مافى الباب جواز انتزاع المولى مال عبده منه، كما ادعى عليه الاجماع فى **المختلف**. فما لم ينتزع لم يخرج المال عن ملكية العبد. وغاية توجيه الشرط هنا ان يكون المراد من اشتراطه للمشترى ابقاء المال للعبد وعدم انتزاع البايع اياه منه. وان جاز ايضا للمشترى بعد انتقال العبد اليه انتزاعه منه. كما مر. واشار اليه العلامة «ره» فى **القواعد** فى باب «مايدخل فى المبيع ومالا يدخل». فمن باع عبدا كان له مائة دينار بمائة دينار واشترط المشترى ان لا ينتزعها البايع عنه ويبقيها للعبد، لا يصدق عليه انه باع مائة دينار وعبدا بمائة دينار، حتى يحصل الربا. بل اشترى عبدا له مائة دينار بمائة دينار. لا انه اشترى مائة دينار وعبدا بمائة دينار.

وبالجملة: الربا هو معاملة المتجانسين قصدا وبالذات مع فضل فى احد الطرفين، سواء كان الفضل من جنسها او من شيئ آخر. والمفروض فى ما نحن فيه، تعلق المعاملة بالعبد مع احتمال حصول مايساوى الثمن له ايضا بانتزاعه من العبد. فاطلاق الاكثر اعتبار شرايط البيع فى هذا الشرط، مبنى على قولهم بعدم مالكية العبد، الموجب لصيرورته جزء المبيع. ومراد من قال بالملكية هو شرط بقاء المال للعبد وعدم انتزاعه منه. وبذلك لا يصير جزء. فماحكى عن المحقق الثانى- انه قال فى **شرح القواعد** فى باب مايدخل فى المبيع، انه «يشترط فى مال العبد حيث ينتقل مع الشرط، شرايط البيع، كالعلم به والتحرز عن الربا، وان قلنا بانه يملك » و عن التذكرة ايضا مثله - فى محل تامل.

ولا يحضرنى كلامهما لاحظ مرادهما. ولعله الى ماذكرنا، من عدم تحقق حقيقة الربا فى هذه الصورة. نظير [1] كلام العلامة فى **القواعد**، حيث اقتصر على تجويزه جهالة المال

١: وفى النسخة: «ينظر » لعل الناسخ جعله خبر «لعله».

وغيبته، ولم يتعرض للتحرز عن الربا، بالظهور[1]. وهذه عبارة القواعد فى باب مايدخل فى المبيع «السادس: العبد ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشترى- ان قلنا بان العبد يملك- وينتقل الى المشترى مع العبد، وكان جعله للمشترى ابقاءً له على العبد. فيجوز ان يكون مجهولا وغائبا. اما اذا احلنا تملكه، وباعه ومامعه، صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرايط البيع.» انتهى.

وفى كلامه مسامحات وتعقيدات لا يخفى. فان الاولى ان يقال «وان قلنا» بـ «ان» الوصلية. وينقل مقام «وينتقل ....». وايضا، هذا الحكم لا يختص بما ملكه مولاه بل يجرى فى ماملكه غيره ايضا. وحاصل كلامه انه على القول بعدم المالكية لا بد ان يكون فى الشرط شرايط البيع موجودة، من المعلومية والتحرز عن الربا او غير ذلك. واما على القول بالمالكية، فيصح الشرط، بمعنى ابقاء [المال] للعبد لا الانتقال الواقعى الى المشترى. فلايشترط فيه شرايط البيع. اما مثل التحرز عن الربا، فظاهر، لما ذكرنا. واما المعلومية، او الحضور، فلايعتبر ايضا. لعدم لزوم غرر فى ذلك. اذا المقصود انه كل ما ملكه لا يؤخذ منه قليلا كان او كثيرا. ولامدخلية لعلم المشترى بذلك. بل امر هذا موكول الى العبد والمولى الاول. وكذلك استحقاق المولى الثانى للانتزاع امر تابع لاثبوت بينهما. فكلما ثبت انه عنده، له انتزاعه. وما، لا ، فلا.

وقدصرح بعدم اشتراط التفصى من الربا ايضا الشهيد فى **الدروس**. قال «ولو اشتراه وماله، صح، ولم يشترط علمه ولا التفصى من الربا، ان قلنا بملكه. وان احلناه اشترطا. ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه.». انتهى كلامه (ره). وهو ظاهر **اللمعة** وشرحها. [و] صرح به فى **المسالك** حيث قال« اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط فى الثمن ماذكره. لان ماله ح، ليس جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن». وعلى هذا فاطلاق الرواية من مؤيدات القول بالمالكية. وقد مر تاويلها على المختار.

الثالث: فى بيان مانسبه الشهيدان، الى الاكثر من القول بالمالكية. اما نسبة الشهيد،

١: و فى النسخة: جملة «انه ليس فى محله» بعد كلمة «بالظهور» لعل الناسخ فهم من قوله «هذه عبارة القواعد» ان المصنف فى مقام التعريض والرد.

فظاهرة . حيث قال «واختلف فى كون العبد يملك. ظاهر الاكثر ذلك. وفى **النهاية** يملك ماملكه مولاه وفاضل الضريبة وارش الجناية،بمعنى جواز التصرف وجواز تزويجه منه وتسرّية وعتقه. لا بمعنى ملك رقبة المال». انتهى. ويظهر منه ان الاكثر قائلون بملك الرقبة ولا ينافى كونه محجورا عليه. واما الشهيد [الثانى] ، فقال فى **المسالك** «القول بالملك فى الجملة للاكثر، ومستنده الاخبار.

وذهب جماعة الى عدم ملكه مطلقا. واستدلوا عليه بادلة كلها مدخولة. والمسئلة موضع اشكال. ولعل القول بعدم الملك مطلقا، متجّه . ويمكن حمل الاخبار على اباحة تصرفه فى ما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال. فيكون وجها للجمع».

واما فى الروضة، فقال «والاكثر على انه يتملك فى الجملة، فقيل فاضل الضريبة وهو مروى. وقيل ارش الجناية. وقيل يملكه مولاه معهما. وقيل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق. استنادا الى اخبار يمكن حملها على اباحة تصرفه فى ذلك بالاذن. جمعا». اذا عرفت هذا ظهر لک ان الشهيد الثانى لم ينسب الملك الى الاكثر. بل [قال] «فى الجملة» بمعنى ان الاكثر لم ينفوا ملكه رأسا. فهم متفقون فى عدم القول بنفى الملك رأسا. وان كانوا مختلفين فى الملک. فبعضهم اثبته مطلقا وان كان محجورا عليه، كالمحقق. وبعضهم يكتفى بملكه فاضل الضريبة، وهكذا..

ومن المواضع التى يظهر المليكة ايضا ، انهم ذكروا انه لازكوة فى مال العبد. وما، ذكروا انه لا رباء بين المالک ومملوكه. فانه ظاهره انه يجوز الربا بينهما. لا انه لا يتحقق ماهية الربا لعدم مالكية العبد. كما انه كذلک بين الزوجين والوالد والولد ، والسياق واحد. لكن ذلک لا يناسب ما اراده من قوله « فى الجملة» لان ذلک اتفاقى بينهم، ولا يختص بالاكثر. فلابد اما من القول بالمالكية، او ارتكاب تفكيک القرائن فى الرواية بحملها على نفى الحقيقة من جهة عدم الملک.

ومنها ما ذكروه فى نكاح المولى امته لعبده واعطائها شيئا من قبله، او من قبل عبده، ان قلنا بوجوبه وصيرورته ملكا لها. ولكنهما غيروا ضحين. ومنها غير ذلک وباب التاويل والقدح فيها مفتوح.

وقد ظهر من جميع ذلک ان نسبة القول بعدم الملک الی الا کثر، اظهر واوضح وادلتهم اقوی. وکذلک الظاهر ان القائلین بالملک مطلقا، متفقون علی ان للمولی انتزاعه عنه متی اراد[1] للاجماع الذی ادعاه فی المختلف، فیکون ملکا متزلزلا غیر مستقر. وهذا معنی آخر، غیر المحجورية. نعم یظهر من المحقق الاردبیلی القول باستقلاله بالملک مطلقا وعدم الحجر علیه. لتامله فی الاجماع. مع انه معترف بعدم ظهور الخلاف.

والحاصل: المختار فی المسئلة انه لا یملک رقبة المال مطلقا. بل انما یستباح له التصرف باذن المولی. فلومات المولی قبل التصرف، فلایجوز التصرف الا باذن الورات. وظهر مما ذکرنا، الجواب عن جمیع ما اشتمل علیه السؤال وحاصله انه لا یملک رقبة المال اصلا. ومحجور علیه بالمعنی الاعم من الحجر المصطلح .یعنی ممنوع من التصرفات الا باذن المولی. وان لم [یکن] له مال، حتی یتحقق الحجر المصطلح[2]. و متی اذن المولی فیباح له التصرف، مالم یظهر من المولی کراهته بعد ذلک. ولم یمت . والله العالم باحکامه.

۱۸۰ - سوال: هرگاه زید، ادعا کند که من پنج تومان (مثلا) از بکر- پدر هند زوجهٔ عمرو- طلب دارم. وعمرو، مذکور، بدون مطالبهٔ ثبوت شرعی باعتقاد صدق زید (یعنی به مجرد حمل قول او بر صدق) ملک خود را بهمان مبلغ بیع شرط می‌کند برای زید. وبعد همان ملک را از زید اجاره می‌کند، ووجه اجاره را هم می‌دهد. وبعد از آنکه از هند زوجهٔ خود، استفسار می‌کند، زوجه منکر طلب زید می‌شود. می‌گوید که عبث کردی که چنین کاری کردی. آیا این مبایعه صحیح است یا فاسد ؟-؟ ووجه اجاره که زید گرفته، بر او حلال است یا نه ؟-؟.

جواب: بر فرضی که صورت واقعه همین باشد. این از فروع مسئلهٔ ضمان خواهد بود. یعنی زوج ضامن زوجه شده، وحقی که این شخص بر زوجه دارد، به ذمهٔ خود گرفته، وملک خود را در عوض آن به او فروخته باشرط خیار. وبعد از او اجاره کرده. وچنان ضمانی

۱: و علی ما بیناه من «الجمع بین الادلة» لیس له الانتزاع متی اراد، بل له الانتزاع عند بیع العبد او عتقه فقط. وهو لیس محجورا علیه (بعد اذن المولی تملکه) الا بهذا المعنی.

۲: نعم، الحجر اذاً سالبة بانتفاء الموضوع.

نیست. چون شرط است در ضمان، که آن حق مضمون، ثابت باشد در ذمهٔ مضمون عنه. وضامن هم بداند ثبوت آن را در ذمهٔ او. ومفروض خلاف آن است. خصوصا اینکه اگر واقعا آن شخص طلبی از پدر زوجه داشته، آن حق متعلق به ذمهٔ پدر است. وبعد از آن تعلق به مال او می‌گیرد، اگر مالی داشته باشد. نه به ذمهٔ دختر او. مگر اینکه مالی داشته وآن دختر آن را تلف کرده.

وبه هر حال، در حین ضمان ثبوت حق در ذمهٔ دختر معلوم زوج نیست که ضمان صحیح باشد. پس بیع ملک در عوض آن، صحیح نیست. پس زید مستحق ملک ومنافع ایام تصرف آن شخص خواهد بود. ومحض خیال صادق بودن آن شخص، موجب ثبوت حق در ذمهٔ زوجه، در نزد زوج او نمی‌شود. ومرافعه بازوجه واثبات حق در ذمهٔ او- بعد از این ضمان ومعامله- نفعی از برای صحت ضمان ومعامله ندارد. وآنچه را [که] از باب وجه اجاره داده است، ظاهر این است که استرداد می‌تواند کرد. بابقای آن مطلقا، وباتلف آن نیز در صورت جهل به فساد اجاره. چنانکه مفروض سؤال است.

وممکن است که این مسئله از فروع «بیع دین» باشد. زیرا که چنانکه اشکال است در جواز بیع بایع دینی را (که از غیر می‌خواهد) به عوض معینی ، هم[چنین] اشکال است در بیع بایع عین معینی را به دینی که مشتری از دیگری طلب دارد. چون ظاهرا فرقی مابین ثمن ومثمن نیست. وبنابر قول به صحت بیع دین چنانکه اظهر است، هر چند خلاف اشهر است- این بیع باطل است به سبب جهالت ثمن. زیرا که جهالت ثمن (چنانکه متصور می‌شود در جهالت عین طلب که چه چیز است. آیا غله است یا نقد یا غیر آن. و [نیز] در جهالت مقدار. همچنین متصور می‌شود در جهالت اصل طلب داشتن. وثبوت طلب در ذمهٔ مدیون واحتمال دیگر، بعید است که عمرو ملک خود را به مساوی آن وجه در ذمهٔ زید فروخته، وبعد از آن قبول کرده که آن را از ترکهٔ بکر یا وارث او بگیرد. ودر این صورت این از باب حواله می‌شود. وآن هم فاقد شرایط [است] گو اصل بیع صحیح باشد ؟ تا متفرع باشد بر آن احکام آن.

کتاب الرهن

۱۸۱- سوال: کسی زنی بگیرد به صداق معینی، و ملکی را رهن صداق کند. و از او صغیری بماند و فوت شود. و من بعد تزویج بکند زوجهٔ دیگری را و همان ملک را رهن زوجهٔ جدیده کند. و بعد از آن زوج بمیرد، و صغیر کبیر شده و با زوجهٔ ثانیه دعوی دارد-؟

جواب: ظاهر بطلان رهن ثانی است، چون مرتهن معلوم نیست. نهایت، احتیاط در صلح است، به جهت حمل فعل ولی مسلم بر صحت، شاید با ملاحظهٔ مصلحت طفل ملک را ثانیاً به خود منتقل کرده باشد و رهن کرده باشد.

۱۸۲: سوال: هرگاه کسی ملکی بخرد، به جهت خوف خروج ملک مستحقاً للغیر ملک دیگری را از بایع به رهن بگیرد که در اصطلاح «ضامن درک مبیع» بشود. و همچنین مشتری هرگاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درک. که هرگاه مستحق غیر برآیدمشتری ملک مرهون را در عوض بردارد و همچنین بایع نسبت به ثمن صحیح است؟ و لازم است؟ یا نه؟

جواب: اظهر صحت و جواز است، به جهت عمومات واطلاقات و علت مستفاده از اخبار که حکمت دررهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال.

۱۸۳- سوال: زید ملکی از مال صغیر فروخته و یک قطعه زمین خود که در جنب آن

ملک است رهن آن کرده و ضامن درکُ گردیده که: چنانچه صغیر ادعا نماید من قطعه ملک خودم که در جنب ملک صغیر است در عوض به او وا می‌گذارم.

و حال زید فوت شده و صغیر ادعای زمین خود را می‌کند. و ورثهٔ زید می‌گویند ما ملک را وا نمی‌گذاریم. آیا مشتری مستحق ملک صغیر است یا ملک زید؟ـ یا هیچکدام؟

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به بیان چند مقدمه:

اول آنکه: اظهر و اشهر این است که قبض دررهن شرط است. وظاهر این است که شرط صحت، است. نه محض لزوم. و این مطلب را درجواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام.[1]

دوم: حقی که رهن [را] از برای او قرار می‌دهند مشروط است به اینکه ثابت درذمه باشد. به معنی اینکه مرتهن مستحق آن باشد هرچند مستقر نشده باشد، مثل قیمت مبیع درزمان خیار، خواه مال باشد مثل قرضی که درذمه مقترض است و [مثل] قیمت مبیع. و خواه منفعتی باشد مثل آنکه اجیر شده باشد که عملی را بکند، و رهن بدهد که هرگاه آن کار را نکند اجرت عمل را از آن رهن استیفا کند.

پس هرچیزی که هنوز استحقاق درآن حاصل نشده، صحیح نیست رهن برآن. مثل اینکه رهن بدهد درازای دینی که بعد از آن، قرض خواهد کرد. یا عملی که بعد از این ، اجیر می‌شود درآن. و کافی نیست حصول سبب، مادامی که ثابت نشود درذمه، مثل اینکه زخمی به کسی بزند و ممکن باشد که او را هلاک کند پس مادامی که نهایت حال آن معلوم نشده دیه مستقر نشده است، پس جراحت «موضحه» یا «متلاحمه» مثلا چون فی نفسه دینی دارد، اگر به همان حال چاق شود. و هرگاه به هلاک منجر شود

۱: هنگامی که مجموعه جامع الشتات را از تلفیق سه دفتر به وجود آورده‌اند مسئله موردنظر میرزا را که می‌گوید «درجواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام» موخر ومسئله بالا را مقدم کرده‌اند بنابراین رجوع کنید به مسئله شماره ۱۸۶، از همین مجلد.

تمام دیه را باید بدهد. پس تا امر جراحت به نهایت نرسیده و عاقبت آن معلوم نشده، دیه مستقر نشده.

و همچنین نسبت به اقسام جنایات، حال مختلف است در اینکه در بعضی متعلق به ذمّه جانی است، مثل شبه عمد. و بعضی متعلق به «عاقله» است. و از برای بعضی مدتی در شرع قرار داده شده مثل دیهٔ خطا، که در سه سال می‌دهند. و عاقله مختلف می‌شود چون معتبر در آن این است که هر کس که یافت شود از عاقله در حین حلول اجل متعلق به او می‌شود، پس قبل از حلول اجل، معلوم نیست که کیست که این در ذمّهٔ او تعلق گرفته که رهن از او گرفته شود. و همچنین بعضی گفته‌اند که هرگاه جنایت از بابت قطع زبان یا ذکر باشد در آنجا جایز است رهن. از برای آنکه نهایت این مرگ است و در مرگ دیهٔ کامله است، و بدون مرگ هم دیهٔ آن عضو دیهٔ کامل است. پس در اینجا هر چند هنوز جنایت مستقر نشده. و لیکن موجب آن مستقر شده است که تمام دیه است. و این سخن دور نیست.

و همچنین: صحیح نیست رهن بر مال جعاله مادامی که آن عمل تمام نشده. چون مستقر نمی‌شود استحقاق الا به عمل آمدن آن کار، مثل آوردن گریخته. و اینکه گفتیم «در ذمه باشد» احتراز کردیم از عین. که حکم آن مخالف با حکم دین است. و تفصیل کلام در این است که هرگاه عین از بابت امانت باشد مثل ودیعه و عاریه غیرمضمونه، صحیح نیست رهن بر آن، و ظاهرا خلافی در آن نیست، و در **مسالک** تصریح کرده است به اینکه اتفاقی است. هر چند ممکن است که تعدی و تفریط روبدهد که موجب ضمان باشد. و ظاهر این است که علامّه در **تذکره** دعوی اجماع کرده باشد، یا از کلام او ظاهر می‌شود عدم خلاف. چنانکه آخوند ملااحمد(ره) اشاره به آن کرده. و همچنین نسبت اجماع به **تذکره** از کلام غیراو هم ظاهر می‌شود. و همین دعوی اجماع به ضمیمهٔ «اصل عدم» کافی است در اثبات مطلب و احتیاج به تکلفاتی که کرده‌اند در اثبات مطلب، نیست.

و اما عین مضمونه مثل عاریهٔ مضمونه (یعنی آنچه به عاریه گرفته است به شرط

ضمان اگر تلف شود) و مثل عین مغصوبه و ماخوذه به سوم، و ماخوذه به بیع فاسد، پس در **مسالک** گفته است که محقق و جماعتی اطلاق کرده‌اند منع از آن را و بعضی استدلال کرده‌اند بر این به «اصل» و عدم دلیل بر صحت، به جهت اینکه آیه شریفه و اکثر اخبار در دین است- و مطلقات اخباری که وارد شده است در مسایل دین هم حمل بر عموم نمی‌تواند شد. به جهت آنکه مقصود بیان حکم مطلق بنفسه نیست. و در جائی که ذکر مطلق از برای مطلقی دیگر باشد، حمل بر عموم نمی‌شود. چنانکه در اصول محقق است- و به [جهت] منع شمول سایر عمومات، مثل «اوفوا بالعقود» و «المسلمون عند شروطهم».

و علامة در **تذکره** و شهیدین وآخوند ملااحمد(ره) هم اختیار جواز آن، کرده‌اند در اعیان مضمونه بلکه شهید(ره) گفته است که «فی‌جوازه و جهان والجواز اقوی» و از این کلام ظاهر می‌شود که قول اول مشهور نباشد. و به هر حال، اظهر در نظر حقیر نیز جواز است. به جهت عموم ادلهٔ عامّه مثل «اوفوا بالعقود» و«المسلمون عند شروطهم» وعلتی که مستفاد می‌شود از اخبار مستفیضه مثل **صحیحهٔ** محمد بن مسلم «عن احدهما (ع) قال: سئلته عن السلم فی الحیوان والطعام ویوخذ الرهن -؟. فقال: نعم، استوثق ما استطعت»[1] ونزدیک به این مضمون است **موثقهٔ**[2] سماعه و **صحیحهٔ** صفوان «عن یعقوب بن شعیب، قال: سئلته عن الرجل یکون له علی الرجل تمر او حنطة او رمان. وله ارض فیها شیئٌ من ذلک فیرتهنها حتی یستوفی الذی له (؟) قال: یستوثق من ماله.»[3] و **روایة** معاویة بن عمارکه سند آن قوی است به سبب اسماعیل بن مرار «قال: سئلت اباعبد الله (ع) عن الرجل یسلم فی الحیوان والطعام ویرتهن الرهن (؟). قال: لا بأس تستوثق من مالک»[4].

که از علت منصوصه در این احادیث مستفاد می‌شود که محافظت کردن مال ووثیقه قراردادن که اعتماد انسان در محافظت مالش به آن وثیقه باشد، خوب است. واین در عین

---

۱ و ۲ و ۳ و ٤: وسایل : ج ۱۳، ابواب الرهن ، باب ۱ ح ۵، ٤، ٦ و ۹.

ودین همه جاری است. واگر دعوی اجماع نبود، در امانت هم قایل می‌شدیم، یعنی رهن بگیرد که اگر تعدی وتفریط کند تدارک آن از این رهن کرده شود. وفرقی علی الظاهر میان «رهن بر ودیعه» و«امانت به شرط تفریط» ومثل «عاریة مضمونه» وامثال آن،نیست. وتوهم فرق به اینکه «در اعیان مضمونه، ضمان مقارن رهن است ودر امانات غیر مضمونه هنوز حاصل نشده» ضعیف است. به جهت آنکه در عاریهٔ مضمونه تا تلف حاصل نشود ضمانی نیست. وحق این است که علت منصوصه دلالت آن ظاهر است. به جهت آنکه اشعار شده است در روایت به اینکه جواز رهن (یعنی مال مدیون را حبس کردن) از برای این است که مال این محفوظ بماند. پس هرجا که در عرف وعادت حبس مال را باعث حفظ مال دانند، مستحسن خواهد بود.

وتوهم اینکه «این در سلم وارد شده وافادهٔ عموم نمی‌کند» این همان سخن منکر «حجیت علت منصوصه» است وبنای ما بر حجیت آن است. وهمچنین منع حصول استیثاق در ما نحن فیه (به جهت آنکه آن تابع صحت این رهن است وصحت آن اول کلام است) وجهی ندارد. به علت آنکه ما از همین کلام امام (ع) می‌فهمیم عموم نفع حبس مال غیر از برای حفظ مال خود خرج ماخرج بالدلیل وبقی الباقی.

و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر می‌شود که جایز است در رهن بردرک مبیع و ثمن، چنانکه جمعی از اصحاب به آن قایل شده‌اند، و در **مسالک** نسبت آن را به شهید(ره) و جماعتی داده و خود نیز اختیار آن کرده، و از عبارات آخوند ملااحمد(ره) هم ظاهر می‌شود که این مشهور باشد، چون گفته است «ولهذا نجد تجویز هم فی الدرک علی الثمن و البیع و غیرذلک» و همان عمومات و علت منصوصه شامل این هم هست. و مراد از درک مبیع و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر مبیع مستحق غیربرآید، مشتری استیفای حق خود را از رهن کند. یا اگر ثمن مستحق غیربرآید (یا کیل و ووزن آن کم برآید، و امثال آن) بایع از رهن مشتری استیفای حق خود نماید.

و دلیلی که از برای قول به منع، نقل کرده‌اند «عدم وجود مقتضی ضمان» است در حال رهن. واینکه بعداً ظاهرمی‌شود، مثل تفریطی است که بعددرامانات غیرمضمونه ظاهر شود. وآن اعتبار ندارد به اجماع، پس اینهم اعتبارندارد. ودر **مسالک** تکلف کرده‌است در

جواب. و آن تکلف این است که در اینجا اسباب موجبات ضمان که ظاهر می‌شود (مثل مال غیربودن مبیع، یا ثمن. یا کم بودن کیل و وزن و مقدار) کاشف می‌شود که در حین عقد رهن این سبب حاصل بوده. بخلاف امانات غیرمضمونه.

و این سخن تمام نیست به جهت آنکه در عاریهٔ مضمونه هم در حین عقد رهن اسباب ضمان حاصل نبود و بعد از اتلاف ضمان حاصل می‌شود و حال آنکه در آن تجویز کرده‌اند رهن را، بلکه فارق در مسئله همان اجماع است در عدم جواز.

و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکه «مقارنهٔ استقرار دین با عقد رهن» کافی است؟ یا باید استقرار دین قبل باشد؟. آنچه از اکثرین نقل شده قول دوم است. و از علامه [نقل شده که] در **تذکره** تجویز اول را کرده، و ملااحمد(ره) نیز میل به آن کرده، به جهت عمومات و اطلاقات و عدم مانع. و بعد از آن گفته است «و لهذا نجد تجویز هم فی‌الدرک علی‌الثمن و المبیع و غیر ذلک». و متفرع می‌شود بر این اینکه بگوید «بعتک هذا العبد وارتهنت هذا الدار به: فقال‌المشتری: اشتریت و رهنت». پس بنابراول صحیح نیست. و بنابر ثانی صحیح است.

سوم اینکه: هرگاه کسی رهن کند عینی را بر دین مؤجّلی، و شرط کند که اگر دین را در سر اجل وفا نکند، این رهن فروخته شده باشد به مرتهن به همان دین یا به بعضی از آن. این رهن و بیع هر دو فاسد است. امّا بطلان بیع پس [به جهت] آنکه صیغه متحقق نشده و انشاء به عمل نیامده، و به جهت آنکه در بیع، تعلیق جایز نیست، و در اینجا تعلیق کرده است بیع را به عدم اداء دین. و امّا بطلان رهن پس به جهت آنکه رهن عبارت است از محبوس ساختن عینی از برای محافظت دین که تا مادامی که وفا نکند راهن آن دین را، [مرتهن] رهن را نتواند تصرف کرد، و در اینجا رهن موقت نشده است به وفای دین، بلکه موقت است به انقضای اجل دین. و[نیز] به جهت آنکه رهن در اینجا «بشرط بیع» واقع شده است، و مفروض این است که این بیع فاسد است (چنانکه گفتیم) و اظهر این است که عقد فاسد می‌شود به فساد شرط. چنانکه در رسالهٔ «شرط در ضمن‌العقد» بیان آن را کرده‌ایم. و اینکه در بسیاری از مسایل نکاح این قاعده تخلف

کرده است به دلیل خارج، است.

و علاوه بر آنچه ذکر کردیم از دلیل (بر بطلان رهن و بیع هر دو) دلالت می‌کند بر آن «اصالة عدم صحة» و ظاهر اجماع. چنانکه از **مسالک** ظاهر می‌شود.

و بدان که: هرگاه راهن بر غیر دین مؤجل رهن کند و بگوید که «اگر وفا نکردم این حق را، این رهن مبیع تو باشد» آن نیز باطل است. به جهت آنکه چون رهن موقت است به وفای حق، پس باقی است بر حال خود تا وفا کند یا راهن بمیرد. و در اینصورت هم باز بیع معلق است به مردن راهن. و مادامی که زنده است و امکان وفا هست مبیع نشده است و اینهم باطل است به جهت بطلان تعلیق. و بدان که هرگاه چنین رهنی به عمل آید و مرتهن به همین نهج قبض کرده [باشد] هرگاه تلفی بر رهن رو دهد، هرگاه بعد مدت اجل دین، است، مرتهن ضامن است. و هرگاه قبل از انقضای اجل دین، است، ضامن نیست، نظر به قاعدهٔ کلیهٔ «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یعنی هرمعامله که صحیح آن افادهٔ ضمان می‌کند فاسد آن نیز افادهٔ ضمان می‌کند، و آنچه صحیح آن افادهٔ ضمان نمی‌کند فاسد آن نیز افاده ضمان نمی‌کند. و چون قبل از انقضای اجل، رهن فاسد است پس برآن ضمان نیست. به جهت آنکه در صحیح رهن هم ضمان نیست و به منزلهٔ امانت است هرگاه بدون تفریط تلف شود از کیسهٔ مالک رفته است.

و هرگاه بعد انقضای اجل تلف شود از کیسهٔ مرتهن رفته، چون مبیع است به بیع فاسد. و چنانکه به مجرد بیع صحیح مبیع مال مشتری است و آنچه رومی‌دهد به مبیع از مال او تلف شده، همچنین درفاسد آن. و این قاعده از جملهٔ مسلمات فقها است و درآن خلافی‌نکرده‌اند و در **مسالک** گفته است که:

سرّ این قاعده این است که طرفین معامله باهم راضی شده‌اند به مقتضای عقد و تن درداده‌اند به لوازم آن. پس درهرجا که برعقدی ضمان مترتب است مالک به عنوان ضمان تسلیم کرده و قابض هم به عنوان ضمان اخذ کرده. بعلاوهٔ عموم حدیث «علی الیداماخذت حتّی تؤدی» و درجائی که عقد[ی واقع شده که] ضمانی برآن مترتب نیست مثل رهن، پس تسلیم واقع شده است به اعتقاد صحت، پس آن شخص که تسلیم

می‌کند قصد ضمان نکرده است بلکه قصد عدم ضمان کرده است، و آن شخص که قبض می‌کند هم ملزم ضمان نشده است. پس مقتضی ضمان منتفی می‌شود. و این قسم دوم تمام می‌شود هرگاه هردو جاهل باشند به فساد یا هردو عالم باشند. به جهت آنکه قبض به اذن آن شخص است که می‌دهد، پس از بابت امانت می‌شود که ضمانی برآن مترتب نیست. و همچنین هرگاه آنکه می‌دهد عالم به فساد باشد و آنکه می‌گیرد جاهل باشد، و اما صورت عکس(یعنی آنکه می‌دهد جاهل باشد و آنکه می‌گیرد عالم باشد) پس حکم آن مشکل می‌شود. چون قبض به غیرحق شده و آنکه داده است به اعتقاد صحت لزوم داده است، و اگر می‌دانست که فاسد است مال خود را نمی‌داد. پس باید آنکه می‌گیرد ضامن باشد به سبب عموم حدیث «علی الید ماأخذت حتی تؤدی» ولکن اصحاب ما مطلقاً حکم کرده‌اند به قاعدهٔ «مایضمن بصحیحه یضمن بفاسده» واحدی درآن، خلاف نکرده است.

و بعد از آن گفته است که:

ممکن است که توجیه کنیم صحت را دراین قسم آخری نیز (یعنی صورت جهل دهنده و علم گیرنده) به اینکه مالک اذن داده است درقبض بروجهی که ضمانی درآن نیست، و گیرنده هم براین وجه گرفته است. و اینکه اگر دهنده علم می‌داشت به عدم صحت و لزوم به اونمی‌داد و راضی نمی‌شد، معلوم نیست. پس اذن حاصل است و مانع معلوم نیست- تمام شد ترجمه کلام **مسالک**-. وگاهاست که دراینجاتوهم‌شود که:اشکالی که صاحب **مسالک** در قسم آخر کرده برقسم اول هم وارد می‌آید (یعنی صورت جهل هردو به فساد) که درآنجا هم مالک اگر علم می‌داشت به فساد راضی به دادن نمی‌شد. ولکن این [توهم] مدفوع است به اینکه: عمدهٔ اشکال از جهت تصرف عالم به فساد است که در حکم غصب است. ودر قسم اول این معنی نبود. پس توجیه صاحب مسالک بدنیست. و عمده تکیه بر ظاهر اجماع ایشان است بر مطلق[1] این قاعده که شامل همهٔ

۱: صحیح: «اطلاق این قاعده» است. گویا اشتباه از نسخه‌برداران است.

اقسام است. و اطلاق در اجماعات منقوله نازل منزلهٔ اطلاق اخبار است، و عمل به آن باید کرد. و دعوی اینکه «این قسم اخیر با قسم اول نیز هردو از افراد نادره‌اند که اطلاق منصرف به آن نمی‌شود و اطلاق حدیث- علی‌الید ما اخذت- هم منصرف به آن نمی‌شود» بعید است. خصوصاً قسم اول که غالبِ عوام‌الناس این است که طرفین جاهل به حکم‌اند. و اندراج این حکم در تحت عموم «علی‌الید ما اخذت» ابعد نیست از اندراج سایر «ید»های غیرعاریه که ضمان برآنها مترتب است.

چهارم: ظاهر این است که جایز است که بایع خود ضامن عهدهٔ ثمن شود. یعنی هرگاه مبیع مستحق غیر برآید از عهدهٔ ثمن برآید. و لکن اشکال است در اینکه آیا می‌تواند که ضامن عهدهٔ درکِ آنچه حادث شود بعد از بیع از برای مشتری شود یا نه؟-؟ مثل اینکه مشتری در ملک مبیع خانه ساخته، یا درخت غرس کرده،و بعد مستحق غیر که برآید، مالک اصلی مسلط است بر ازالهٔ آن بناها و درختها، و درکی که حاصل می‌شود (یعنی تفاوت قیمت درخت و بنادر حالی که برپا باشد یا کنده شده باشد) آیا بایع می‌تواند ضامن آن شد یا نه؟-؟

ومعنی صحت و جواز ضمان در اینجا این است که اموری که مترتب بر عقد ضمان می‌شود بر آن جاری شود والاّ بایع ضامن همهٔ این غرامتها هست خواه ضامن بشود و خواه نشود. و ظاهراً اشکالی در ضمان درک اصل ثمن نباشد. و اما درک آنچه بعد حادث می‌شود پس چون ظاهر این است که داخل «ضمان مالم یجب» است، صحیح نیست این ضمان از برای غیربایع، و در آن خلافی نقل نکرده‌اند. و امّا خود بایع پس ظاهر این است که از برای او هم صحیح نباشد. هرچند سبب آن در حین عقد ضمان موجود بوده است، یعنی بودن آن ملک مال غیر که بر آن مترتب شده است استحقاق ارش.

و محقق در **شرایع** گفته است که «این ضمان جایز است. به سبب اینکه ضمان بنفس عقد بیع حاصل است. پس این در حکم تاکید آن خواهد بود» و این سخن خوب نیست چنانکه در **مسالک** هم اشاره به آن کرده. به جهت آنکه آن ضمان که بنفس عقد

بیع حاصل است نه این ضمانی است که به عقد ضمان مصطلح واقع شود. به جهت آنکه این شرایط و ثمرات دیگر دارد و از جملهٔ شرایط آن همین است که گفتیم که باید آن ثبوت در ذمّه در حال عقد ضمان حاصل باشد. و ضمانی که لازم‌اصل بیع است این معنی در آن شرط نیست. پس ثبوت ضمان بایع در صورت استحقاق ملک از برای غیر در همهٔ صورتها بی‌اشکال است.

و اشکال در این است که هرگاه علی حده عقد ضمان هم ببندند ایضاً صحیح است یا نه؟ـ؟ وثمرهٔ آن وقتی ظاهر می‌شود که مشتری حق‌الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق‌الرجوع به سبب ضمان باقی می‌ماند. چنانکه هرگاه دو خیار یا بیشتر، از انواع خیار در بیع و شراء حاصل باشد به اسقاط بعضی از آنها بعض دیگر ساقط نمی‌شود. و همچنین ثمره ظاهر می‌شود در اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود بوجه صحیحی. پس هرگاه بعد از بیع ضامن او شود بر همین درک صحیح خواهد بود، و وفا به شرط کرده خواهد بود.

بدان که: علامه (ره) در **قواعد** اشکالی کرده است در ضمان بایع، درکِ آنچه را که مشتری احداث می‌کند از بنایا غرس. و فخرالمحققین(ره) وجه اشکال را گفته است که «از این جهت که ضرورت داعی بر آن است پس جایز خواهد بود چنانکه هرگاه احدی از اهل کشتی در حین خوف غرق کشتی بگوید به دیگری که متاع خود را به دریا بینداز و ضمان آن برمن باشد. و از این جهت که- ضمان مالم یجب- است صحیح نخواهدبود». بعد از این گفته است که «اصح عدم جواز است» و گویا نظر او به این باشد که در اینجا ضرورتی نیست چون بایع ضامن غرامت است هرچند ضامن نشود.

پنجم: هرگاه ضامن شرط کند که ضمان را از مال معینی از اموال خود بدهد، صحیح است. و منحصر است وجوب ادا در آن. به مقتضای عمومات شرط و وفای به عقود متعلق می‌شود حق مضمون له به آن عین. و اشکال در این است که آیا تعلق حق او به آن مال از بابت تعلق حق مرتهن است به رهن؟ یا از باب تعلق ارش است به جانی؟ و مقتضای اولی این است که مادامی که عین باقی است مضمون له مسلط است که حق

خود را از آن استیفا کند. و اگر بدون تفریط ضامن، آن عین تلف شود باز آن دین در ذمّهٔ ضامن باقی می‌ماند. چنانکه در مال مرهون هم، چنین بود.

و مقتضای دوم این است که همینکه مال تلف شود ذمّهٔ ضامن بری می‌شود. و مضمون له رجوع می‌کند به مضمون عنه. چنانکه هرگاه غلام کسی جنایت خطائی کرده باشد و زخمی به کسی زده باشد یا قتل کرده باشد، آقای غلام اختیار دارد می‌خواهد اقل امرین ازدیهٔ جنایت و قیمت عبد را می‌دهد، و می‌خواهد خود غلام را تسلیم ایشان می‌کند (که غلام خود کنند) به تمامی یا به نسبت جنایتی[1] که کرده. پس اگر غلام بمیرد پیش از استیفای حق، دیگر چیزی به ذمّهٔ مولی متعلق نیست. و اظهر این است که مانحن[2] فیه از قبیل اول باشد. پس هرگاه آن مال تلف شود رجوع می‌کند مضمون له به ضامن.

ششم: خلاف کرده‌اند در صحت ضمان اعیان مضمونه، مثل عین مغصوبه و عین «مبیع مقبوضه ببیع فاسد» یا «مقبوضه بسوم». علّامه(ره) در **قواعد** در آن اشکال کرده. و ضمان این اعیان یا به این معنی است که درعهده بگیرد که این اعیان را به مالک رد کند [و] یا اینکه اگر تلف شود قیمت آنها را به مالک بدهد. و محقق(ره) میل به جواز آن کرده. و فخرالمحققین و شهید ثانی(ره) ترجیح عدم جواز داده‌اند.

دلیل جواز این است که ضمان عبارت است از اینکه در عهده می‌گیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است.

و این معنی در مانحن فیه متحقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن می‌شود اگر تلف شود هم (چون قیمت در ذمّهٔ غاصب و اشباه آن ثابت است در صورت تلف) ضامن آن را در عهدهٔ خود می‌گیرد. و این سخن بسیار ضعیف است. بلکه اولی این است که گفته شود که سبب تعلق قیمت (در صورت تلف عین) در عقد ضمان متحقق است.[3]

۱: در نسخه: یا به نسبت به جنایتی که کرده.

۲: در نسخه: که در مانحن فیه.

۳: درنسخه: که سبب تعلق قیمت در صورت تلف درعین عقدضمان متحقق است.

و امّا دلیل قول به عدم جواز، «اصل» است و [نیز] بطلان دلیل جواز [است] به جهت آنکه در صورت اولی (یعنی صورت ضمان ردّعین) مفروض این است که مال [را] درعهده نگرفته است. بلکه آنچه در عهدهٔ او هست وجوب ردّ مال است. و به جهت آنکه از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن، و شکی نیست که غاصب مادامی که عین در دست اوست بریٔ الذمّه نیست، بلکه مکلف است به ردّ اجماعاً. چنانکه در **مسالک** تصریح به آن کرده. و اینهم با قواعد شیعه نمی‌سازد که «ضمان» را مشتق از «ضمن» کرده‌اند نه «ضمّ». یعنی این مال از ضمن و ذمّهٔ مضمون عنه بیرون می‌رود و به ضمن و ذمّهٔ ضامن قرار می‌گیرد. نه چنانکه عامّه گفته‌اند که ضمّ می‌شود ذمّهٔ ضامن و ذمّهٔ مضمون و هردو ضامن هستند و مضمون‌له مخیر است که از هر کدام خواهد بگیرد.

و امّا در صورت ثانیه که ضامن می‌شود که اگر آن اعیان تلف شوند قیمت آنها را به مضمون‌له بدهد. پس به جهت اینکه این از باب «ضمان مالم‌یجب» است و وجود سبب ضمان کافی نیست مادامی که خود ضمان متحقق نشود و مفروض این است که در حین عقد ضمان، مال تلف نشده است که قیمت آن منتقل شود به ذمّهٔ مضمون عنه. پس اقوی قول به عدم جواز است.

و از آنچه اینجا گفتیم ظاهر می‌شود که اگر بایع خود ضامن عین مغصوبه‌ای شود که فروخته است به غیر، اولی است به عدم جواز. چون بیان کردیم در مقدمهٔ چهارم که در جواز ضامن شدن بایع درک مبیع را، خلاف است هرچند اظهر صحت آن بود.

و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر می‌شود که ضمان در اعیان مضمونه نیز صحیح نیست (مثل مال مضاربه و ودیعه و امثال آن) به جهت آنکه ذمّهٔ امین بریء است و بر او چیزی لازم نیست در حین عقد ضمان. و این از باب «ضمان مالم یجب» می‌شود. بلی اگر امین تعدی و تفریط در آن عین بکند، ضامن می‌شود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان تعدی به عمل نیامده و سبب آن هم موجود نیست. بخلاف ید غاصبه[1] و

۱: یعنی چون ضمان غاصب دراینجا نیز باوجود عین دروجوب ردّ، است نه دراصل مال و درصورت تلف هنوز ←

مثل آن، چنانکه در امثلهٔ سابقه بود. هرگاه دانستی این مقدمات را می‌رویم بر سر اصل مسئله و می‌گوئیم:

صورت سؤال قابلیت ارادهٔ رهن و ضمان (هردو) را دارد. و اینکه بایع در وجه صحیح فروخته باشد یا فاسد، پس اگر بایع که ملک صغیر را فروخته بر وجه صحیح فروخته، مثل اینکه وصی بوده یا به اذن حاکم شرع بوده یا از عدول مؤمنین بوده و با عدم تمکن از رجوع به حاکم حسبتاً فروخته بیع صحیح است و ضمان در هیچیک از صورتها صحیح نیست. زیرا که هرچند قائل باشیم به جواز ضمان خود بایع درک مبیع را، (خصوصاً در مال معین) لکن چون در حین عقد ضمان، شغل ذمّه از برای او ثابت نیست ضمان «مالم یجب» خواهد بود و باطل است، مگر آنکه بگوئیم که گاه هست که ضرورت داعی می‌شود بر صحت چنین ضمان، مثل اینکه بایع از عدول مؤمنین است و تکلیف او فروختن مال صغیر است از برای نفقهٔ صغیر، ولکن مشتری خوف می‌کند که هرگاه صغیر بزرگ شود و دعوی بکند و این بایع ثابت نتواند بکند که «من بر وجه صحیح فروختم» و [لذا] از او ضمان می‌طلبد و او هم ضامن می‌شود در آن ملک معین.

و این از باب «الق متاعک فی‌البحر وانا ضامن» باشد که فقها تجویز آن کرده‌اند به جهت رفع ضرورت. چنانکه علامه(ره) در **تذکره** و **تحریر** و **قواعد** تصریح به آن کرده (در کتاب کفالة) و نقل خلافی هم نکرده است. و در **تذکره** تصریح کرده به اینکه هرچند این از باب «ضمان مالم یجب» است لکن حاجت و ضرورت داعی است بر صحت. و همچنین در **تحریر** و **تذکره** بعد از ذکر این کلام گفته است که «اگر این [را] از بابت

سبب ضمان (که اشتغال ذمه به قیمت باشد) به عمل نیامده- و معنی ضمان این است که مضمون عنه فارغ شود به سبب ضمان واینجا مضمون عنه خود غاصب است و به ضمان خود فارغ نمی‌کند خود را- پس ضمان صحیح نیست. ووجه اولویت عدم صحت ضمان دراینجا این است که باوجود اینکه درمقدمه چهارم سبب ضمان موجود بود درحین عقد ضمان، خلاف داشتند درصحت. پس دراینجا باید هیچ خلاف در عدم صحت نباشد. این پاورقی (حاشیه) از خود مرحوم محقق قمی است.

جعاله کنیم خلاص می‌شویم از التزام ضمان مالم یجب» بعد از آن گفته است که «اگر خوفی در کشتی نباشد ضمان صحیح نیست، به سبب عدم حاجت. و جعاله هم صحیح نیست، چون این عمل از اعمال مقصودهٔ عقلاء نیست».

و به هرحال، اظهر درنظر حقیر این است که ضمان در مانحن فیه صحیح باشد. پس این مخصّص قاعدهٔ «بطلان ضمان مالم یجب» است. یااینکه اینهم قسم علی‌حده است از ضمان مطلقی که فقها آن را تقسیم کرده‌اند به ضمان خاص و حواله و کفالة. پس باید گفت که مطلق ضمان منقسم می‌شود. به: **ضمان** نفسی، که کفالت است. و **ضمان** مالی که از شخصی حاصل شود که ذمّهٔ او بری باشد از کسی که ذمّهٔ او مشغول باشد. و **ضمان** مال به همین نحو از کسی که ذمّه او مشغول نباشد. و **ضمان** مال از کسی که ذمّهٔ او مشغول باشد از برای کسی که ذمّه او مشغول باشد که این را حواله می‌گویند. که این چهارقسم است و مانحن فیه از قسم سوم است.

والحاصل: دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیهٔ، مستقل است در اثبات احکام. و متفرع می‌شود بر این نیز که هرگاه ظالمی تعدی کند به کسی و از او وجهی بطلبد و او را زجر بکند، دیگری ضامن او شود. هرچند شرعاً بر مضمون عنه چیزی واجب نیست. هرچند در اینجا می‌توانیم گفت که در اینجا بر او واجب است دادن به ظالم به جهت حفظ نفس و عرض. گو بر ظالم حرام باشد گرفتن. و به همین‌قدر اکتفا کنیم در اجرای قاعده.

و هرگاه بگوئیم مراد درصورت سؤال، ضمان نیست. بلکه مراد این است که قطعه ملک خود را رهن کرده است. پس نظر به آنچه در مقدمات بیان کردیم که شرط حقی که رهن از برای آن قرار می‌دهند این است که در ذمّه ثابت باشد و مفروض برائت ذمّه است، پس باید که صحیح نباشد رهن. و این ازجملهٔ اعیان مضمونه هم نیست که رهن بر آن صحیح باشد (بنابر مختار) بعلاوهٔ اینکه ظاهر سؤال (اگر مراد رهن باشد) همین است که آن مرهون مبیع باشد در حین ظهور فسادی در مبیع و در مقدمات دانستنی که آن نیز باطل است، و نه رهن صحیح است و نه بیع.

و ایضاً ظاهر سؤال این است که آن قطعه زمین به قبض مشتری داده نشده است و به این جهت هم رهن باطل است.

بلی ممکن است در صورت حصول قبض اینکه بگوئیم که این نحو رهن صحیح باشد به جهت قضای ضرورت و رفع حاجت. چنانکه در ضمان گفتیم. ولیکن از کلام فقها دراین باب (الحال) چیزی درنظرنیست. و اما اگر بیع بروجه صحیح نبوده و تصرف در مال صغیر کرده و فروخته به خلاف شرع، پس این شرط یا بر وجه ضمان است یا بروجه رهن. و چون در مقدمات بیان کردیم جواز رهن براعیان مضمونه و ضمان برآنها را (هرچند از خود بایع باشد) پس رهن و ضمان هر دو صحیح خواهد بود.

و اما چون (برفرض تقدیر رهن) درصورت سؤال ظاهر این است که مبیع بودن مرهون را شرط کرده است، از این جهت باطل است. پس اگر به عقد ضمان در عهده گرفته و مراد او استیفای ضمان است درمال معین، بیان کردیم جواز آن را و باید از عهده برآید درهمان ملک خاص. پس به مقدار ضمان[1] از همان ملک می‌گیرد (هرگاه خصوصیت رقبهٔ عین را کرده است) و هرگاه اضافه باشد، زیادتی از برای ضامن خواهد بود. و هرگاه به عنوان رهن باشد اگر شرط نکرده مبیع بودن را، صحیح است (هرگاه به قبض واقع شده است). و از آن قیمت استیفا می‌شود حق صغیر. و هرگاه شرط کرده است مبیع بودن را، رهن باطل می‌شود و ضمان متعلق به مال میت است، از هرجا که میسرشود از اموال او خواه از همین مرهون باشد یا غیرآن.

اینها دروقتی‌است که معلوم باشدکه آیا بیع مال صغیر، بروجه صحیح واقع شده یا فاسد. و اما هرگاه‌مجهول‌الحال باشد، حسب‌الممکن فعل مسلم حمل برصحت است. و هرگاه طرفین مختلف باشند در صحت و فساد باید به مرافعه حاضر شوند. تا معلوم شود که سخن هریک در صحت و فساد نسبت به اصل بیع چه چیز است، و نسبت به ضمان ورهن چه چیز است. و به مقتضای آن حکم شود.

۱: در نسخه: زمان

۱۸٤:سوال: هرگاه کسی قرض بسیاری دارد که فاضل از اموال او است. و بعضی از اموال او مرهون است درنزد بعضی از دیّان. آیا مرتهن با سایر غرما شریک است و باید هریک را به نسبت به طلب او چیزی داد؟ یا آنکه عین مرهون مختص به مرتهن است؟.

جواب: اگر قرض را نداده است ظاهراً خلافی نیست در اینکه مرتهن اولی است به استیفای حق خود از عین مرهونه. به جهت آنکه فائدهٔ رهن همین است، و حق مرتهن که متعلق شده است به عین مرهونه، از برای همین است که استیفای حق خود را از اوبکند.

و ظاهر آخوند ملااحمد(ره) دعوی اجماع است برآن. و همچنین ظاهر مسالک این است که خلاف درمیت است و درحی خلاف نیست. لکن گفته است که «گفتار درزنده دروقتی است که مفلس و محجور علیه باشد، و اگر چنین نباشد خودمختاراست درادای دین از هرجا که خواهد». و این سخن حق است. و اما اگر قرضدار مرده باشد پس بازمشهور این است که مرتهن اولی است، به همان دلیلی که گذشت، که مقتضای قاعدهٔ رهن این است. و مقتضای استصحاب تسلط در حال حیات، هم این است. و مخالف در مسئله تصریحاً مذکور نیست در کلام فقها. و بعضی نسبت او را به صدوق (ره) داده‌اند چونکه در کتاب خود روایتی که دلالت دارد برخلاف این، ذکرکرده است. و روایتی که واردشده برخلاف مشهور(که صریح است دراینکه اوهم مثل سایرغرما است) دوروایت است. و هر دو اینها با وجودضعف سند، شاذ[هست]ند.[1] و شهید(ره) در **دروس** فرموده «والروایة مهجورة».

و به هرحال، این دو روایت معارضه نمی‌کنند با آن دوقاعده و عمل جمهور اصحاب. بلکه بعضی ذکرخلاف نکرده‌اند. پس هرگاه عین مرهونه وفاکرد به دین فبهاالمطلوب، و اگرنقص شده با سایرغرما در باقی بالنسبة شریک است. و اگر فاضل

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۱۹ ح ۱و ۲.- حدیث اول به دلیل حضور محمدبن حسان، ابوعمران ارمنی وعبدالله بن حکم درسند آن، وحدیث دوم به دلیل محمد بن عیس بن عبید (یا: عبیدبن سلمان- در نسخه بدل) ونیز سلیمان بن حفص مروزی، دچار ضعف سند می‌شوند.

شد، زیادتی مابین کل غرما مشترک است. و هرگاه به غیرعین مرهونه چیزی نباشد بازمختص مرتهن خواهد بود.

۱۸۵سوال: رهن ملک وقف، صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: شرط صحت رهن قابلیت مرهون است. و آن در وقف مفقوداست.

۱۸۶سؤال: در رهن صیغه شرط هست یا نه؟-؟ و همچنین عین مملو که بودن شرط است یا نه؟-؟.

جواب: بلی رهن از جملهٔ عقوداست و در آن ایجاب و قبول ضروراست. و ظاهراً در آن خلافی نیست. ولکن به هرلفظی که دلالت کند برآن، می‌توان اکتفاکرد. و باید مدلول لفظ این باشد که «این را به نزد تو مایهٔ اعتماد و وثوق قراردادم که هروقت که عاجز شوم از ادای دین تو استیفای حق خود را از عین این مال یا قیمت آن بکنی» و لفظ «رهنتک» و «ارتهنتک» و «هذارهن عندک» و «ثقتک» - به تشدید ثاء سه نقطه‌دار - و امثال اینها همه خوب است. و قبول هم به هرلفظی باشد که دلالت کند به رضاء به آن، کافی است. و ظاهراً لفظ فارسی در صیغه کافی است.

و اما اقباض: پس اظهر و اشهر این است که شرط است. و اجماع منقول و آیهٔ قرآن و بعض اخبارمعتبره دلالت برآن دارد. و اظهر این است که شرط صحت است. چنانکه مستفاد از **موثقهٔ** محمدبن قیس است که «لارهن الاّ مقبوضا»[1] وهم ظاهر غیرآن. که اینها مخصّص اطلاقات اخبارند (اگر اطلاق مسلم باشد) بلکه ظاهربعضی دعوی اجماع است برآن. و لکن در قبض، استدامه شرط نیست. پس اگر بعد از قبض بگیرد، رهن صحیح است بدون خلاف ظاهراً. بلکه از جمعی دعوی اجماع برآن شده. و همچنین شرط است که عین باشد و منفعت را نمی‌شود رهن کرد. بنابرمشهور بلکه در **مسالک** دعوی اتفاق برآن کرده.

و وجه آن این است که منفعت را قبض نمی‌توان کرد و «شیئاً فشیئاً» فانی

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۳ ح ۱.

می‌شود. و رهن باید چیزی باشد که در حین انقضای مدت دین توان استیفای حق خود را از آن کرد پس نمی‌توان گفت که منافع خانه، رهن دینی باشد که از من می‌خواهی و خانه درنزد تو باشد که از منافع آن استیفای حق خود بکنی درحین انقضای مدت دین. به جهت آنکه منافع، تا وقت حلول اجل معدوم شده، و در آنوقت در مقابل، چیز موجودی نیست که از آن استیفا کند. بلی هرگاه بگوید که وجه اجارهٔ این خانه از حال تا انقضای مدت، رهن باشد خوب است.

و همچنین،دین رانمی‌توان رهن کردبه جهت [عدم] تحقق قبض. وآنچه [که][1] صاحب طلب مستحق‌است امرکلی است. وقبض درفردی ازافرادآن بعد ازتعیین مدیون، نه قبض عین مرهون است. وظاهراً فرقی نیست مابین اینکه این دین برخود مرتهن باشد یا غیر آن.

وقیاس آن به هبهٔ ما فی‌الذمه دلیلی ندارد با وجود آنکه اظهر واشهر در هبهٔ مافی‌الذمه، عدم صحت است. وهبه در «مافی‌ذمّةالمتهب» که صحیحهٔ معاویه‌بن عمّار دلالت برآن دارد[2] هم منصرف به «ابراء» می‌شود. وبهر هر حال دلیل واضحی برجواز رهن دین نیست مطلقا. واما مملوک بودن عین پس آن نیز شرط است.

کتاب الرهن.[3]

۱۸۷: سوال: زیدقدری پول از عمرو، گرفته، وقدری از آب قنات خود را به رهن به تصرف عمرو داده که مادام که پول در پیش زید باشد آب هم در پیش عمرو باشد. آیا می‌تواند مطالبهٔ اجرت‌المثل ایام تصرف عمرو را کرده باشد یا نه؟ـ؟.

جواب: هرگاه آن آب را از باب زیادتی در قرض داده به این معنی که پول را به قرض گرفته که در عوض مساوی آن پول را بدهد ومنافع آن آب هم از او باشد تا وقت

۱: درنسخه: به جای «که»، «را» آمده.

۲: وسایل: ج۱۳، ابواب‌الهبات، باب ۱ ح ۱.

۳: مجدداً توضیح داده می‌شود تکرار جمله «کتاب‌الرهن» به دلیل تلفیق سه دفتر است که در مقدمه بیان گردید.

استرداد وجه. این داخل ربای صریح است وحرام است. ولازم است که عوض آب را رد کند به صاحب آب. وهمچنین هرگاه مجرای آب را رهن کرده است که وثیقهٔ دین باشد بروجه صحیحی، باز منافع رهن مال راهن است. ومرتهن ضامن آن است هرگاه در آن تصرف کرده بدون اذن راهن.

کتاب الرهن.

۱۸۸: سوال: من استدان من احد ورهن عنده شیئاً من دون اشتراط مدة للرهن الا للدین. وغاب عنه ولا یعرفه المرتهن. ایجوزله بیعه واستیفاء دینه امْلا ؟ـ؟.

جواب: لا یشترط فی صحة الرهن کون الدین مؤجلاً، بل یصح فی الحال ایضاً، کالقرض الغیر المؤجل. ولا یصح اشتراط المدة للرّهن فضلاً عن اشتراطه [بها]. بل مدة الرهن انما هو عدم الوفاء بالدین. ثم ان المرتهن فی الصّورة المفروضة ان کان وکیلاً فی البیع للاستیفاء فلااشکال. والا فان امکن مراجعة الحاکم والاثبات فیراجعه ویستاذنه فی البیع والاستیفاء. والا فیجوز له البیع والاستیفاء، للضرر والحرج لولم یجز. ویدل علیه موثقة اسحق بن عمّار او صحیحته قال «سئلت ابا ابراهیم ـ ع ـ عن الرجل یکون عنده الرهن فلایدری لمن هو من الناس (؟) فقال: لا احب ان یبیعه حتی یجیئی صاحبه. قلت: لا یدری لمن هو من الناس. فقال: فیه فضل اونقصان؟ قلت: فان کان فیه فضل اونقصان. قال: ان کان فیه نقصان فهو اهون، یبیعه فیوجر فی مانقص من ماله، وان کان فیه فضل فهو اشدهما علیه، یبیعه ویمسک فضله حتی یجیئی صاحبه».[1] والرّواية مذکورة فی الکتب الثلاثة.[2]

واما موثقة عبید بن زرارة «عن ابی عبدالله ـ ع ـ فی رجل رهن رهناً الی غیر وقت ثم غاب. هل له وقت یباع فیه رهنه؟ قال: لا حتی یجیئ».[3] و موثقة ابن بکیر «قال: سئلت ابا عبدالله ـ ع ـ عن الرجل رهن رهناً ثم انطلق فلا یقدر علیه. ایباع الرهن؟ قال: لا حتی یجیی[4]

۱: وسایل: ج۱۳، ابواب الرهن، باب ٤ ح۲.

۲: ای. الکافی: الفروع ج ۱ ص ۳۹۵. والتهذیب: ج ۲ ص ١٦٤. والفقیه: ج ۲ ص۱۰۱

۳و٤: المرجع، الباب، ح ۱ و ۳.

صاحبه». فلایقاومان الموثقة السابقة لاعتضادها بعمل الجماعة ونفی‌العسر والحرج.

۱۸۹ :سؤال: هرگاه کسی ملکی بخرد وبه جهت خروج ملک مستحقاً للغیر، ملک دیگری از بایع را به رهن بگیرد، که در اصطلاح «ضامن درک مبیع» بشود. وهمچنین مشتری هرگاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درک. که هرگاه ملک مستحق غیر برآید مشتری ملک مرهون را در عوض بردارد وهمچنین بایع نسبت به ثمن. صحیح است؟ ولازم است یا نه؟-

جواب: اظهر جواز است به جهت عمومات واطلاقات وعلت مستفاده از اخبار که حکمت در رهن استیثاق وطلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال.[۱]

۱۹۰: سوال: چه می‌فرمایند که هرگاه راهن ملک مرهون را به زید منتقل نمود قبل‌الفک. وبعد الفک به عمرو منتقل نمود، وامضاء واجازهٔ مرتهن قبل الفک وفسخ او هیچیک به جهت زید مذکور نرسید مگر اینکه بعدالفک اظهار رضامندی وخوشنودی مبایعهٔ زید را نمود. آیا در چنین صورتی ملک مذکور مال زید مزبور است یا عمر ومذکور می‌باشد؟-

جواب: هرچند راهن ممنوع است از تصرف درعین مرهونه بدون اذن مرتهن و لکن عقد بیعی که واقع شود از او قبل از فک رهن، شرعی است با اجازه مرتهن.[۲] پس اگر اجازه کرد لازم می‌شود. واگر فسخ کرد باطل می‌شود. اما اگر نه اجازه کرد ونه فسخ تا اینکه راهن ادای دین کرد وفک رهن کرد پس اظهر لزوم بیع است. زیرا که مقتضی لزوم که بیع مال مملوک است با سایر شرایط، موجود است. وآنچه متصور است در این مقام از باب منافیات، آن وجود مانع است که حق مرتهن است. وآن بالفرض به سبب فک مرتفع شد. واین از قبیل آن نیست که بایع مال غیر را بفروشد وبعد منتقل شود به او به ارث. یا وکیل او آن را بخرد برای او که بعضی باطل می‌دانند وبعضی صحیح، و بعضی موقوف می‌دانند به اجازه بایع چون درآن حال مال غیر را فروخته ودر اینجا مال خود را.

۱: این سوال وجوابش همان سوال دوم کتاب رهن است که در اینجا حرف به حرف تکرار شده. برای حفظ امانت، حذف نگردید.

۲: نسخه بدل: مراعی است به اجازهٔ مرتهن.

واما دلیل قول به عدم لزوم: پس آن استصحاب جواز[1] است. چون قبل از فک، آن بیع متزلزل وجایز بود، وموقوف بود لزوم آن به اجازهٔ مرتهن، پس به مقتضای استصحاب، بعداز فک هم باید جایز باشد نه لازم.

واین دلیل مندفع است به اینکه جوازی که ثابت بود قبل از فک، نسبت به اجازهٔ مرتهن وثبوت حق او بود. اما نسبت به راهن پس جوازی و تزلزل [ی] نبود. چنانکه در بیع فضولی هرگاه احد طرفین فضولی باشد ودیگری از برای خود باشد یا مولی علیه که از طرف خود ومولی علیه لازم است واز طرف فضولی جایز. و این معنی بنا بر قول به کاشف بودن اجازه در فضولی، واضح است. واما بنا بر قول به ناقل بودن، هر چند توان گفت که اجازه جزء سبب نقل، است. و قبل از آن از جانب فضولی جایز است نه لازم.

ولکن در اینجا می‌گوئیم که این معامله در اینجا از جانب بایع و مشتری هیچکدام فضولی نیست و فضولی‌بودن نسبت به مرتهن است. پس باز صادق است که از جانب راهن لازم بوده و به سبب فک رهن و سقوط حق مرتهن مانعی از برای آن باقی نمی‌ماند.

خلاصه آنکه: مقتضای عمومات و سایر ادلّهٔ فضولی، بیع زید لازم است. و بیع ثانی که به عمرو کرده بدون اجازهٔ زید صورتی ندارد. و رضا و عدم‌رضای مرتهن بعد از فک هیچکدام مناط اعتبار نیست. چون حق او بالمرّه ساقط شده. و باید دانست که هرچند اکثر علما مسئلهٔ موقوف‌بودن صحت بیع راهن را به اجازهٔ مرتهن، ذکر کرده‌اند و تصریح کرده‌اند، ولکن مسئلهٔ لزوم به سبب فک راهن را بدون اجازهٔ مرتهن متوجه نشده‌اند. بلی علاّمه در **قواعد** لزوم آن را اقرب شمرده و فخرالمحققین و محقق‌ثانی نیز اختیار آن کرده‌اند. و دلیل و قاعده مقتضی است که این هم کافی باشد.[2] چنانکه بیان کردیم.

۱: مراد از «جواز» معنای مقابل «لزوم» است.

۲: در نسخه «و دلیل و قاعده مقتضای آن است که این‌هم کافی باشد». به هر صورت عبارت خالی از اضطراب نیست.

و در مسئلهٔ عفو[1] راهن جنایتی را که به عبد مرهون، رسیده باشد، و لزوم عفو [قبل] از فکّ- هرچند مرتهن مستحقق غرامت جنایت است که قبل از فک بگیرد و داخل رهن کند- هم تاییدی از برای ما **نحن‌فیه** است.

۱: و در نسخه: عقود راهن.

کتاب الحجر والتفلیس

۱۹۱: سؤال: زید صداقی باید به زوجه خود بدهد. زوجه فوت‌شده و صداق او مانده، و زید مال او بیش از آن نیست که ادای آن صداق را بکند. با وجود این زن دیگر بگیرد و این مال را به آن زن یا به اولاد خود می‌بخشد. این هبه صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: بلی صحیح است و [اگر] صاحب طلب بیاید و به حاکم شرع عرض کند که او را از مال خود منع کند و حاکم هم او را منع بکند. در آن وقت اگر تصرف در مال خود بکند صحیح نیست.

۱۹۲: سؤال: زید متوفی و زوجه و سه‌صغیر از او مانده، و برادر زید مزبور یکسال متجاوز بدون اذن حاکم شرع نفقهٔ آنها را داده. حال از مال صغار می‌تواند اخذ کند یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه اذن حاکم شرعی ممکن نبوده و به صلاح [دید] جمعی از عدول مؤمنین، این‌کار را کرده و به نیّت قرض نفقه کرده است، می‌تواند بردارد. و [در] برداشتن قرض با وجود امکان اذن حاکم شرع بدون اذن برندارد. و اگر از اول اذن حاکم شرعی ممکن بوده و نکرده است، معلوم نیست که از برای او جایز باشد که تنخواه را بردارد.

۱۹۳: سؤال: عالمی غیرحاکم شرع جامع‌الشرایط، نصب قیم از برای ایتام و غیرایتام

می‌تواند نمود؟ و یا خود حسبتاً متوجه رتق‌وفتق ایشان باید بشود- با مراعات صلاح بدون تعیین قیم و ناظر-؟.

جواب: بعد از اینکه بنا را براین گذاشتیم که با وجود تعذّر تولّی و تصرف حاکم در مال یتیم، تصرف ثقات مؤمنین جایز باشد بر وفق مصلحت، چنانکه اقوی و اظهر است. و مقتضای دلیل آن است که آحاد عدول مؤمنین این‌کار را می‌توانند کرد و اجتماع ضرور نیست، هرچند احوط باشد. پس گاه چنین باشد یک نفر ثقهٔ عدل قیم امر صغیر بنفسه می‌تواند شد چه جای آنکه ضمّ شود با آن استصواب عالم صالح ثقهٔ دیگر، یا به استصواب جمعی دیگر از ثقات متوجه رتق و فتق امور او بشود.

۱۹٤- سؤال: هرگاه زید متوفی و سه اولاد از دو زوجه دارد. و در حین خرج تعزیه و صوم و صلوة رسدِ[1] صغیر را منظور نکرده‌اند و از کل مال برداشته‌اند. شرعاً چه باید کرد؟. در صورتی که توان از مال برداشت- قیمی ندارد که محافظت مال صغیر تواند کرد- جد مادری صغیر می‌تواند که رسدِ صغیر را مطالبه و بازیافت نماید یا نه؟-؟ و چه می‌فرمایند از بابت حق‌الثُمن زوجه از مخلفات زید مزبور، از منقول و غیرمنقول باید بگیرد یا نه؟-؟ و حضانت صغیر به غیر از والده به غیری می‌رسد که اولاد پدری باشد یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه متوفی وصیت خرج صوم و صلوة نکرده از مال یتیم نمی‌توان صرف کرد. و هرکی صرف کرده باید غرامت بکشد. و جد مادری در مال طفل اختیاری ندارد. و هرگاه جد پدری و وصیّی هم نیست ولایت و اختیار با حاکم شرع است هرکی را او قیم می‌کند مختار است. و اگر اذن حاکم شرع میسر نشود عدول مؤمنین می‌توانند متوجه ضبط اموال او بشوند، بلکه باید متوجه بشوند.

و حق‌الثُمن زوجه: از منقولات (همه چیز) می‌برد. و از زمین چیزی نمی‌برد. و از

۱: منظور از «رسد» در این اصطلاح «سهم» است.

خانه و باغ و آسیا و عصّار[1] و خانه و امثال آن، قیمت درخت و اسباب و آلات از سنگ و در و پنجره و غیر از آنها را می‌گیرد.

و حضانت صغیر به غیر مادر با کسی نیست در صورت سوّال. والله یعلم.

۱۹۵- سوّال: زید فوت شده و چند زوجه دارد که هریک صداق خود را از ورثهٔ زید می‌طلبند. و ورثهٔ زید بعضی صغیر می‌باشند. و این اجناسی که از زید مانده بعضی از برای صغیر نفع دارند و بعضی نفع ندارند. آیا صداق زوجه‌های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارند باید داد؟ یا از هریک که زوجه‌ها خود خواسته باشند؟.

جواب: اختیار مال با وارث است. صاحبان صداق حق خود را می‌طلبند اگر عینی در صداق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است هرمالی را که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد طلب دارند نمی‌توانند که آنها را الزام کنند که جنسی را که نمی‌خواهند بردارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می‌شود و صلاح او را ملاحظه می‌کند. و بعد فقد جد و وصی، حاکم شرع- به تفصیلی که در سوّال پیش مذکور شد- عمل می‌کند. والله العالم.

۱۹۶- سوّال: در تصرف ولی مصلحت ضرور است یا عدم فساد کافی است؟-؟.

جواب: قال‌الله تعالی «ولا تقربوا مال‌الیتیم الاّ بالتی هی احسن» ای بالطریقة التی هی احسن. وقد یتوهم ان هذه الایة تدل علی وجوب ابتغاء الطریقة الاحسن والا نفع من جمیع‌الطرایق، ولا یکفی مجرد حصول‌المصلحة فی‌التصرف. و اقول: لادلالة فی‌الایة علی ذلک.

اذمفهوم‌الاستثناء هوجواز التصرف علی‌الطریقة التی هی احسن، فانّ‌الکلام فی قوة ان یقال «یحرم‌قرب‌مال‌الیتیم والتصرف فیه‌الا علی‌الطریقة الاحسن. فانه‌لیس بحرام» وکون‌الولی مکلفا باصلاح ماله امر آخر، لادخل له فی الایة. والخطاب فی الایة عام لا یختص بالاولیاء کقوله تعالی «ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق» قبیل هذه الایة. فاذا جاز ابقائه علی حاله

۱: و در نسخه: آسیا و عصا.- درحالی‌که عصا از منقولات است وحکمش قبلاً بیان شده، و مراد از عصار آسیاب مخصوص روغن‌کشی از حبوبات است.

من دون تصرف اصلا، فالتصرف فيه مع حصول النفع له- وان لم يكن اقصى مايتصور من النفع فيه- اولى بالجواز.

فلابد ان يراد من الاحسن، الا حسن من تركه على حاله. وان لم يكن احسن الصور. او يكون المراد ملاحظة الامرين وهو اتلافه واكله مجانا وضبطه عليه. او المراد لاتقربوا بالاتلاف بل اقربوا بالحفظ عليه، كما يستفاد ذلک من بعض المفسرين. وعلى هذا فتكليف الولى بملاحظة المصلحة لا يقتضى الا مطلق المصلحة، لا الفرد الا كمل منها. مع ان ملاحظة المصلحة. بمعنى «لزوم اعتبار حصول الربح والنفع له اذا امكن» لم نقف على دليله . غاية مايستفاد من الادلة واصل الولاية هو ان الولى انما هو لاجل ان المولى عليه لما كان محجورا عليه من جهت عدم الفهم والعقل والرشد وان ابقائه على حاله يوجب اتلاف المال والافساد، فنصب[1] الولى انما هو لاجل رفع الفساد ومحافظة المال. واما وجوب صرفه[2] فيما يجوز صرفه للمولى عليه (من جهة الانفاق والاكساء وغيرهما) على اصلح الاحوال، فلادليل عليه.

قال الشهيد (ره) فى **القواعد** هل يجب على الولى مراعات المصلحة فى مال المولى عليه؟ او يكتفى بنفى المفسدة؟ يحتمل الاول لانه منصوب لها ولاصالة بقاء الملک على حاله ولان النقل والانتقال لابد لهما من غاية والعدميات لاتكاد تقع غاية. وعلى هذا هل يتحرى الاصلح؟ او يكتفى بمطلق المصلحة ؟ فيه وجهان. نعم الامثل[3] ماقلناه اولا ، لان ذلک لايتناهى. وعلى كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الاصلح. ويترتب على ذلک اخذ الولى بالشفعة للمولى عليه حيث لامصلحة ولامفسدة، وتزويج المجنون حيث لامفسدة ، وغير ذلک.

اقول: اراد بقوله «بنفى المفسدة» عدمها لارفعها. والا فهو ايضا مصلحة جزما. و قوله -ره- «لانه منصوب لها»، فيه انه اول المسئلة ولو سلم ذلک فلامجال للنزاع ولامعنى للاحتمال. بل المسلم انه انما نصب لاجل حفظ المال، لا لتحصيل المنفعة. ولما كان المولى

١: لو كانت الجملة فعلية لكانت جواب «لما» ولكن اسقط قدس سره الجواب.

٢: وفى النسخة: واما وجوب انما المال وصرفه..

٣: وفى النسخة: نعم لمثل ما قلناه..

عليه لا يتمكن من صرف المال فيما يحتاج اليه غالبا الا على سبيل الاتلاف او الافساد، فنصب[1] الولى انما هو لحفظ المال وصرفه لهم على وجهه وعلى قدر الاحتياج.

قوله -ره- «ولا صالة بقاء الملك على حاله». فيه انه يخرج عنه بدليل العمومات. نعم لادلالة فى العمومات على ما لو باع بدون حاجة المولى عليه، لانه تصرف لم يؤذن فيه. فان ماعلم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لاحتياج المولى عليه او لتحصيل نفع له. اما الاول فلوجوبه على الولى لكونه منصوبا لذلك. واما الثانى فلكونه احسانا وان لم يثبت وجوبه من دليل.

قوله -ره- «ولان النقل والانتقال..الخ»، الظاهر ان مراده من البعد مى هو نفى المفسدة بمعنى عدمها،كما ذكرنا سابقا.اذ هوالذى لا يكاد يقع غاية، لارفع الفساد فانه غاية عظيمة. وفيه انه ان اراد انه يلزم اللغو، ح، لانه فعل بدون حكمة ومصلحة وهو قبيح والقبيح منهى عنه. ففيه (بعد تسليم القبح) ان عدم الحكمة ممنوع. اذ قد يكون حكمة لغير المولى عليه، وان لم يثبت له فيه حكمة. وان اراد انه لا بد ان يكون له غاية يعود نفعها الى المولى عليه، فح نقول: ان اراد غاية زائدة على رفع احتياجه فى مصارفه المحتاج اليها، فهو ممنوع، كما بينا. وان اراد ماهو اعم من ذلك بحيث يكتفى بما ذكر. ففيه انه مسلم كما بينا. ولكنه يرجع الى عدم الرخصة فى التصرف الا على هذا الوجه. او لتحصيل النفع الزائد ونحن نسلم انه لا بد ان يكون التصرف على احد الوجهين لاغير.

قوله -ره- «وعلى هذا هل يتحرى»، اقول: هذا التفريع يشهد بان مراده من المصلحة، المصلحة الزائدة على ماذكرنا من رفع الاحتياج. فلو فرض احتياجه الى بيع ماله لاجل انفاقه وامكن ذلك بان يبيع غنمه بالدراهم ويشترى بها الخبز، او بان يشترى بالدراهم الحنطة ويطحن ويخبز، وكان الثانى اصلح له. فعلى ماذكرنا يكفى الاول. وعلى ماذكره يلزم الثانى. وقد عرفت منع الدليل على لزوم الثانى. ولانه ممالا يتناهى فى بعض الاوقات.

١: اسقط قدس سره جواب «لما».كما فعله ايضا آنفا. واسقاطه هناك يدل على ان كون «لما» هنا من دون تشديد، توهم. والموضعان سيان.

قوله -ره- «وعلی کل تقدیر.. الخ» فیه ما مر من المنع وعدم الدلیل. ولا دلالة فی الایة علیه.

قوله -ره- «ویترتب علی ذلک...»، اقول: نعم ولکن ذلک لعدم احتیاجه الیه وعدم ثبوت الاذن فی هذا التصرف. فکیف کان فالا ظهرجواز اقتراض الولی اذا کان ملیا بدون ملاحظة النفع، لدلالة الاخبار علیه. وفی خصوص الاب والجد دائرة الرخصة اوسع. . اذ لم یشترط فیه الملائة ایضا، کما بیناه فی **المناهج** فی کتاب المکاسب . وفی **الغنایم** فی کتاب الزکوة. وقال العلامة (ره) فی **القواعد** «ویجب حفظ مال الطفل واستثنمائه قدرا لا تاکل النفقة علی اشکال» وقال المحقق الشیخ علی -ره- «ان الاشکال نشأ من ان ذلک اکتساب مال للطفل ولا یجب. ومن ان ذهاب ماله فی النفقة ضرر عظیم. وفائدة نصب الولی رفع الضرر. والاصح عدم الوجوب. وربما بنی الحکم علی ان الواجب الاصلح ؟ ام یکفی المصلحة؟».

وقال فخر المحققین (ره) فی وجه الاشکال «ینشأ من انه اکتساب لا یجب. ومن انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح ولا نه مفسدة وضرر عظیم علی الطفل، ونصب الولی لدفعها. وهذا مبنی علی ان هذا هل هو مصلحة ؟ او اصلح؟ وعلی الثانی هل یجب ام لا ؟-؟ وقد حقق ذلک فی علم الکلام.» انتهی. وانت بعد التامل فیما مر تعرف ما فیه. والله العالم.

۱۹۷: سوال: آنکه: شخصی صداق زوجه بر ذمهٔ او ثابت است. وآن شخص مزبور در مکانی است که دست به او نمی‌رسد. وصداق زوجه مزبوره بعضی عینا باقی است وبعضی دیگر بر ذمهٔ زوج است. آیا موافق قانون شرع متروکاتی که از زوج مزبور در این ولایت باقی مانده است- زوجهٔ مزبوره خود یا شخصی که به او هبه نموده، بدون حضور زوج مزبور- به قدر بقیهٔ صداق خود می‌تواند که تصرف نماید یا نه؟-

جواب: بعد مرافعهٔ شرعیه و ثبوت صداق مزبور، حاکم شرع از مال زوج صداق زوجه را می‌دهد، و احوط آن است که زوجه قسم بر بقای حق خود هم بخورد. و اما عین، پس اگر معلوم است و مدعی در برابر نیست، زوجه میان خود و خدا می‌تواند تصرف کند. و اگر حاکم شرع مطلع شود یا مدعی در برابر باشد، باید آن را هم به ثبوت برساند که مال اوست و بردارد. و درصورت عدم‌امکان رجوع به زوج و حاکم شرع و عدم‌مدعی، میان خود و خدا

هم می‌تواند تقاص حق خود را (به حسب مصلحت غایب) بکند،[1] بروجه صحیح. واللهالعالم.

۱۹۸: سئوال: والدهٔ صغار که حضانت صغار را می‌نماید و یکی را شیر می‌دهد، می‌تواند که یومیهٔ خود را از مال صغار بگذراند یا نه؟-

جواب: بلی می‌تواند، اما به اذن حاکم شرع. و اگر ممکن نباشد، به صلاح [دید] عدول. واللهالعالم.

۱۹۹: سئوال: اینکه: از مال یتیم صغیر به والدهٔ صغیر[2] می‌توان داد که متوجه احوال صغیر[3] بوده باشد یا نه؟-

جواب: هرگاه مادر، فقیره باشد، از مال صغیر به او می‌توان نفقه داد. و هرگاه فقیره نباشد، و لکن صغیر را شیر می‌دهد، اجرت رضاع را[4] می‌تواند بگیرد. و اما اجرت پرستاری طفل را نمی‌تواند بگیرد، بلکه قیمت مثل صابون و دوا و امثال آن، که به مصرف طفل برساند می‌تواند گرفت. واللهالعالم.

۲۰۰ سئوال: هرگاه مادر طفل صغیر درحال صغر ملک او را فروخته باشد، طفل بعد ازبلوغ می‌تواند استرداد کند یا نه؟-

جواب: هرگاه معلوم نباشد که حاکم شرع او را قیم طفل کرده است و به جهت مصلحت طفل فروخته است، می‌تواند استرداد بکند. و هرگاه مادر ادعای آن بکند که من قیم بودم، یا آنکه دسترس به حاکم نبود و به استصواب ثقات مؤمنین حسبتاً کرده‌ام، باید به اثبات برسد. و هرگاه مادر فوت شده است و ملک در دست مشتری است همچنین می‌تواند استرداد کرد. و قول بر اینکه «فعل مسلم محمول بر صحت است پس باید حمل کنیم بیع مادر رابر وجه صحیح» بی‌وجه است. بلی، هرگاه ولی شرعی طفل فروخته باشد دیگر بعد از بلوغ نمی‌تواند ادعائی بکند. مگر آنکه دعوی کند که بر غیر وجه مصلحت

۱: منظور تقاص در مقابل آن قسمت از صداق است که در ذمهٔ زوج است. و این کلام 'ستدراک' از کلام بالاتر است.

۲ و ۳: و در نسخه: صغیره.

٤: درنسخه: رضاع را هم می‌تواند بگیرد.

فروخته است.

و دراین صورت هرگاه ولی، پدر و جد بوده و بینهٔ درمیان نباشد قول پدر و جدّ مقدم است. و هرگاه غیر پدر و جد بوده مثل وصی و غیر آن، علامه (ره) در **تحریر** تصریح کرده به اینکه قول، قول صبی است و بایع باید بینهٔ بر مصلحت بیاورد.

۲۰۱: سئوال: هرگاه کسی بمیرد و زنی از او بماند و طفل صغیری هم از آن زن دارد و زن دیگر هم داشته که قبل از خودش فوت شده و از آن زن هم صغیری باقی است. این ضعیفه دعوی ثمن و صداق می‌کند، و صداق او هم معین و ثابت است. و صداق ضعیفه که فوت شده هم معین و ثابت است. آیا صداق ضعیفهٔ موجوده را به نصف یا بیشتر می‌توان صلح نمود که قسم نخورد یا نه؟-؟ و مهر ضعیفهٔ سابقه را چه باید کرد؟

جواب: ثمن ضعیفهٔ موجوده را باید داد. و اماً مهر او هرگاه ثابت است شرعاً و ضعیفه هم قسم بر بقای آن می‌خورد و از حال او می‌توان دانست که هرگاه قسم بدهید قسم می‌خورد، بلی صلح خوب است. و صلاح حال صغار هم درآن است. و اگر قسم نمی‌خورد، مستحق مهر نیست. و اماً حکم مهر ضعیفه که قبل از خودش فوت شده، پس این است که نمی‌توان مهری از برای او وضع کرد. به جهت آنکه نه مدعی موجود است و نه وارث اهل دعوی کردن و قسم‌خوردنی است. و هم دلیلی براین نیست که به قدر مهر او، را جدا کنیم و بگذاریم که صغیر بزرگ شود تا به بینیم که قسم نفی‌العلم متوجه او می‌شود و می‌خورد یا نه.

پس ثمن آن ضعیفه از مجموع مال (بعد از ادای مهر او) داده می‌شود. و هر وقت صغیر بزرگ شود و دعوی کند، به مقتضای آن عمل خواهد شد. و اگر ضعیفه الحال به قدر مهر آن ضعیفهٔ میته از ثمن خود به جهت صغیر واگذارد احسانی کرده در حق صغیر.

۲۰۲: سئوال: هرگاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی کمتر از «ثمن‌المثل» بفروشد. و حال آنکه صرفه و غبطهٔ صغار هم در فروختن املاک مزبوره نبوده. آیا درصورت مزبوره مبایعه [ای] که قیم مزبور کرده صورت شرعی دارد؟ یا آنکه مبایعهٔ مزبوره باطل [است] و صحیح نیست و صغار مزبور را می‌رسد که بعد از بلوغ و رشد، املاک

مزبورهٔ خود را تصرف نمایند، یا نه؟-؟.

جواب: آنچه از دلیل ظاهر می‌شود این است که جایز نیست بیع مال صغیر مگر درصورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا درصورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولی مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن، [فروختن] آن به «ثمن‌المثل» هم معلوم نیست‌که جایز باشد،چه جای کمتر از ثمن‌المثل. مگر اینکه فروختن برای او اصلح باشد. و اما با احتیاج صغیر به فروختن، پس بیع صحیح است. مگر اینکه ولی تقصیر کرده باشد در فروختن به کمتر از ثمن‌المثل. و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذ رد، باز صحیح است و بر ولی چیزی نیست.

و هرگاه از راه نا دانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز صحیح است. ولکن دعوی غبن درمیان می‌آید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه.

۲۰۳: سئوال: هرگاه قیم شرعی صغار، درصورت عدم صرفه و غبطه، املاک صغار را [به] کمتر از ثمن‌المثل بفروشد (چنانکه در سئوال سابق مذکور شد) چنین می‌دانسته[1] که ثمن‌المثل است و فروخته اما تفحص و تجسسّ نکرده باشد بعد از مبایعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاک مزبوره کمتر از ثمن‌المثل است. چه صورت دارد؟.

جواب: هرگاه ولی بدون احتیاج صغیر به بیع ملک، آن ملک را فروخته و مصلحت هم درآن بیع نبوده، بیع جایز نیست. و هرگاه با احتیاج صغیر به بیع، ملک را فروخته یا آنکه فروختن به جهت ایشان اصلح بوده از نگاه‌داشتن، و لیکن مغبون شده باشد در قیمت، و از راه نادانی به قیمت کمتر از ثمن‌المثل فروخته باشد، بیع صحیح است. و لیکن پای دعوی غبن درمیان می‌آید و به مقتضای آن عمل باید کرد.

و اینکه در سوال نوشته شده است که «تفحص و تجسّس از قیمت نکرده و فروخته است»، هرگاه این معنی در مادهٔ ولی در عرف و عادت تقصیر محسوب نمی‌شود- مثل

۱: در نسخه: همچنین می‌دانسته...

اینکه ولی شخصی باشد که رای او صحیح است و غالب معاملات او بر وفق استقامت است و دراینجا غافل شده به جهتی مثل آنکه درآن وقت ترقی در قیمت شده بوده است که او مطلع نبوده و به این فکرنیفتاده که گاه هست تفاوت کرده باشد تا تفحص کرده باشد- بیع صحیح است و براو غرامتی نیست. و به مقتضای دعوی غبن باید عمل کرد.

و هرگاه ولی عادی از طریق و رفتار درمعامله باشد (وبلدیت از قیمت ملک نداشته باشد و با وجود این از روی بی‌پروائی به این قیمت فروخته وبعدمعلوم شد که کمتر از ثمن‌المثل بوده) آن بیع نیز صورتی ندارد. و به هرحال این امورمحتاج است به مرافعه، و در مرافعه حاکم شرع آنچه باید، خواهد کرد.

۲۰٤:سوال: هرگاه کسی زمین شاهی، را باغ کند و اشجار در آن غرس کند وفوت شود و از او صغیری بماند. و از راه بی‌صاحبی آن باغ خراب و ضایع شود. و مسلمین حسبتاً متوجه شده آن باغ را قیمت کنند و نصف آن را به احدی در عوض اجرت بدهند که نصف دیگر را سقی نموده واشجار آن را آبیاری کند و به عمل بیاورد. آیا این مبایعه و مغارسه صحیح است یا فاسد؟-؟ و صغیر بعد از کبرمی‌تواند آن معامله را برهم زند یا نه؟-؟.

جواب: ظاهراً مراد از «ملک شاهی» در سوال، ملک مجهول‌المالک محیاتی است که در تصرف شاه است. و حکم مجهول‌المالک آن است که تصدق به فقرا شود. و چون مقدورنیست به سبب تسلط شاه، پس فروختن آن صحیح نیست. به جهت عدم قدرت برتسلیم. و ممکن است که به اذن مجتهد عادل هرگاه قیمت یا اجرت آن را به فقرا بدهد جایز باشد تصرف در آن، و غرس کردن اشجاردر آن. و آن اشجار ملک غارس می‌شود و می‌تواند بیع و شرای آنها را کرد.

و اما تصرف در مال صغیر: پس آن موقوف است به اذن ولی شرعی، هرگاه صغیر جد پدری و وصی پدر یا جدندارد، مجتهد عادل ولی اوست. و هرگاه ممکن نشود رجوع به او، ثقات مؤمنین حسبتاً می‌توانند بروفق مصلحت او تصرف کنند درآن. پس بنابراین، نصف باغ و اشجار را درعوض اجرت دادن از برای تعمیرمابقی، جایز است با

شرایط.

یعنی اینکه عمل معلوم باشد که چه چیز است، و جهالتی درآن نباشد. و این از باب «مغارسه» نیست،[1] به جهت آنکه مغارسه آن است که زمینی را به کسی بدهند که درخت در آن بکارد و یک حصه از آن اشجار از او باشد با زمین یا بی‌زمین. و خواه آن نهالی که غرس می‌کند مال صاحب زمین باشد یا مال عامل.[2]. و این معامله فاسد است.

و حکم آن این است که درخت مال صاحب درخت است. پس اگر مال صاحب زمین است عامل مستحق اجرت‌المثل عمل است.

و اگر مال عامل است پس بر عامل اجرةالمثل زمین است در زمانی که درخت [در] زمین بوده و می‌باشد. و صاحب زمین می‌تواند درخت را بکند با ارش. یعنی تفاوت قیمت را باید به عامل بدهد. به جهت آنکه به اذن او در زمین گذاشته و از باب «عرق ظالم» نیست که حقی نداشته باشد. و طریق اخذ ارش این است که قیمت می‌کنند درخت را درحالتی که این صفت داشته باشد که «در زمین ایستاده باشد با اجرت و صاحب زمین هر وقت خواهد می‌تواند او را بکند با ارش»[3]، و قیمت می‌کنند درخت را «درحالتی که کنده شود» و

۱: در حواشی جلد اول توضیح داده شد که محقق قمی از طرفداران نظریهٔ «توقیف» است اینان معتقدند که احکام شرع اعم از «عبادات» و «معاملات» کلاً و عموماً «توقیفیه» هستند. یعنی فقط همان عقودی که نام‌شان رسماً در شرع آمده صحیح و قابل عمل هستند و ایجادهر گونه عقد جدیدی ممنوع و باطل است. مطابق نظراینان چیزی به نام «سرقفلی» و یا «بیمه» مثلاً باطل است. و چون «مغارسه» در احکام مطرح نبوده و نامی در شرع از آن نیامده پس باطل است. اکثر متقدمین طرفداراین نظریه هستند واکثریت قریب به اتفاق متأخرین از متأخرین به صحت و جواز آن فتوی می‌دهند و تنها «عبادات» را محکوم به «توقیف» می‌دانند.

۲: بعضی از آنانکه مغارسه را باطل می‌دانند تکیه‌شان برتوقیفی بودن درمعاملات نیست بل به دلیل اینکه درخت ریشه‌دار است- به خلاف زرع درمزارعه- و نیازمند زمان طولانی است و تعیین اجل تقسیم وشرایط دیگر دچارمشکلات می‌شود، آن را باطل می‌دانند. و این در صورتی است که نهال از یکی و زمین از دیگری باشد. و ظاهر سخن مرحوم شهید در لمعه که می‌گوید «والمغارسة باطلة لطول مدتها» براین استدلال تکیه دارد. میرزا با عبارت فوق می‌خواهد بگوید که از طرفداران بطلان اصل مغارسه است به دلیل توقیف.

۳: ودرنسخه: این صفت داشته باشد که درزمین ایستاده باشد با اجرت تفاوت واین صفت داشته باشد که صاحب زمین هروقت خواهد می‌تواند اورا بکند با ارش وهمچنین قیمت می‌کند درخت را درحالتی که...

تفاوت مابین قیمتش را به عامل می‌دهند. و این وجه را شهید ثانی (ره) ذکر کرده و گویا مراد او از لفظ «ارش» در آخر، تفاوت قیمت «درخت ایستاده با لزوم اجرت» و قیمت «همان درخت درحالی که کنده شود» [است].

و در اینجا چند وجه دیگر در طریق بیان اخذ ارش کرده‌اند. و آنچه ذکر شد اظهر وجوه است. و باز شهید ثانی (ره) گفته است که «در این حال ارش زمین را بر عامل حساب می‌کنند هرگاه نقصی درآن بهم رسد و همچنین پر کردن گودال [ها]ئی که بهم برسد، بر اوست.» و بعد از آن گفته که «اصحاب حکم را مطلق گفته‌اند و فرق مابین عالم و جاهل نگذاشته [اند].»[1] و بعد از آن گفته است که «دور نیست که فرق باشد» و باز ردّ کرده. و به هرحال نه صاحب زمین را جبر می‌توان کرد که درخت را مکن و اجرت را بگیر. و نه صاحب درخت را می‌توان جبر کرد که درخت را بکن و از او قیمت را بگیر.

۲۰۵: سئوال: غیررشیدهٔ بالغه، ولایت آن با کی است؟ و همچنین طفل و مجنون، ولایت ایشان با کی است؟.

جواب: بالغهٔ غیررشیده هرگاه سفه او متصل به صغر باشد، اظهر این است که ولایت او در مال، با پدر و جد پدری است، و احوط این است که اذن حاکم هم به آن ضمّ شود. و همچنین بالغ غیر رشید. و هرگاه پدر و جد نباشد وصی پدر یا جد پدری. و هرگاه اینها نباشند، با حاکم شرع است. و هرگاه سفه او عارضی باشد بعد بلوغ، ولایت آن با حاکم است. و اماً طفل و مجنون پس ولایت آنها با پدر و جد پدری است، هرگاه جنون متصل به صغر باشد. و هرگاه ایشان نباشند، با وصی. و هرگاه نباشد، با حاکم. چنانکه مذکور شد. و هرگاه جنون عارضی باشد، ولایت با حاکم است.

و اما در نکاح: پس ولایت طفل و مجنون که جنون او متصل به صغر باشد، با پدر و جد است. و اما هرگاه جنون عارضی شود بعد از بلوغ و عقل، پس خلافی است در اینکه ولی حاکم است؟ یا پدر؟ و اثبات ولایت از برای پدر و جد بعد از زوال آن، ماخذ واضحی ندارد.

۱: یکی از آثار علم این است که چون دانسته به یک معامله باطل اقدام کرده‌اند لذا دادگاه اسلامی می‌تواند به اختلاف آنها رسیدگی نکند.

و چون از ظاهر تذکره نقل اجماعی برآن شده، احوط تشریک حاکم است با جد و پدر. و اما هرگاه جد و پدر نباشند، پس اظهر این است که کسی ولایتی به طفل ندارد نه حاکم و نه وصی. و اما مجنون، پس ظاهر این است که اشکالی در ولایت حاکم نیست. خواه جنون متصل به صغر باشد یا عارضی باشد.

و اما بالغ غیررشید: پس هرگاه سفه و عدمرشد آن متصل به صغر باشد، پس درآن دو قول است. و اظهر این است که ولایت با پدر و جد است. و احوط این است که اذن حاکم هم با او ضم شود. و هرگاه سفه عارض شود بعد از بلوغ، پس مشهور اقوی آن است که ولایت با حاکم است. و هرگاه پدر و جد نباشند، مطلقا ولایت با حاکم است. و در احکام نکاح که مذکور شد، فرقی مابین ذکر وانثی نیست.

۲۰۶: سئوال: در وقتی که مجتهد نباشد امور حسبیه با عدول مومنین است؟. واعلمیت مدخلیت دارد یا نه؟-

جواب: امور حسبیه بسیار است- مثل جهاد وامر بمعروف و نهی از منکر و فتوی و قضا و اجرای حدود و اعانت بر طاعت واخذ لقیط و غیر اینها- و شکی نیست که در بسیار آنها «از جملهٔ علما بودن» شرط نیست چه جای مجتهد بودن. پس ظاهر آن است که مراد از امور حسبیه در سئوال اموری است که موکول است به حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) مثل تصرف در مال یتیم در وقتی که جدیا وصی پدر یا جد نداشته باشد.و همچنین سفیه و مجنون هرگاه طاری شده باشد جنون و سفه بعد از بلوغ و رشد (یا مطلقا، بنابرقولی). و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. همچنین تصرف در بعضی اوقاف که ناظر شرعی نداشته باشد. وگرفتن خمس و زکات از کسی که ممانعت کند. وگرفتن حصّهٔ امام از خمس و به نیابت او از باب تتمه به فقرای سادات دادن.وامثال اینها.

و دلیل ولایت حاکم اجماع منقول است و عموم نیابتی که از روایات مثل «مقبولهٔ

عمربن حنظله»[1] و غیر آن فهمیده می‌شود. و همچنین عموم «العلماء ورثة الانبیاء»[2] و «علماء امتی کانبیاء بنی‌اسرائیل»[3]. و شکی نیست که از برای انبیاء این نوع ولایت ثابت بود. و در نهج‌البلاغه از کلام امیرالمومنین (ع) که «ان اولی الناس بالانبیاء اعلمهم بما جاوا به. ثم تلی علیه‌السلام قوله تعالی: ان اولی الناس بابراهیم الذین اتبعوه و هذا النبی والذین امنوا ، ثم قال : ان ولی محمد-ص- من اطاع الله و ان بعدت لحمته، وان عدومحمد- ص- من عصی الله وان قربت قرابته»[4].

وایضاً دلالت می‌کند براین عقل واعتبار. زیرا که ناچار است از کسی که مباشر این امور باشد، و کسی مثل حاکم عادل نیست.

به جهت رجحان او به سبب علم و دیانت.

وهرگاه حاکم شرعی نباشد، پس ظاهر این است که ولایت ثابت است از برای کسی که اعتماد به دین وامانت او باشد، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده‌اند. و دلالت می‌کند بر آن آیات واخبار مثل قوله تعالی «ولاتقربوامال الیتیم الا بالتی هی احسن و ما علی‌المحسنین من سبیل» و شکی نیست که این احسانی است به این اشخاص. و بعضی استدلال کرده‌اند به حکایت خضر و ظاهر آن است که مراد معیوب کردن کشتی باشد به جهت صلاح حال مساکین که صاحب آن بودند که آن پادشاه ظالم کشتی را غصب نکند، و ظاهر از انبیاء سلف حسن متابعت ایشان است.و کسی نگوید[5] که «خضر(ع) پیغمبر بود وکاری که برای او جایز باشد لازم نیست که از برای ما جایز باشد» به جهت انکه تکیه در[6] استدلال به ملاحظه علت است که آن احسان به مساکین

۱: وسایل ج۱۸، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱ح۱- کافی- اصول: ج۱ص۶۷- فروغ: ج۷ص۴۱۲- تهذیب: ج ۶ص۳۰۱- فقیه: ج ۳ص ۵.

۲: اصول کافی: ج۱ کتاب فضل‌العالم باب صفةالعلم وفضل‌العلما، ح۲، وباب ثواب العالم ح۱.

۳: بحار: ج ۲ص ۲۲ح۶۷.

٤: نهج‌البلاغه: قصار الحکم: حکمت ۹۲، ابن‌ابن‌الحدید- ۹۱ خوئی- ۹۲ فیض ۹۶ صبحی.

۵: درنسخه: از برای کسی که نگوید که خضر...

٦: درنسخ: براستدلال...

است. پس هر جا که علت باشد، حکم ثابت می‌شود[1].

و دلالت می‌کند براین نیز بعض اخبار صحیحه مثل روایت محمدبن اسمعیل بن بزیع که دلالت دارد بر اینکه تصرف کردن مثل او ومثل عبدالحمیدبن سالم از ثقات در اموال یتیم جایز است.

بدون رخصت امام.[2] وهمچنین غیر آن از اخبار. وتصریح کرده‌اند- به قیام عدول مومنین مقام مجتهد در تصرف در اموال ایتام وغُیّب وغیر آنها- جماعتی از علما. ودرخصوص گرفتن خمس وزکات به زور از مانع آنها شهید اول (ره) در قواعد، وهمچنین به نیابت امام(ع) گرفتن خمس از برای طلبهٔ علوم دینیه. وآخوند ملااحمد(ره) گفته که بعد از عجز از آن نیز خود مالک می‌دهد.

هرگاه این را دانستی معلوم می‌شود که مطلق مومن ثقهٔ عدل، کافی است، ولکن اولی آن است که عالم مقدم برغیر عالم باشد. وهمچنین اعلم، هرگاه آن اعلم با زیادتی علم مناسبت به مدعای ما داشته باشد که به سبب آن اعرف باشد به مصارف. خصوصاً به ملاحظهٔ مثل «العلما ورثةالا نبیاء». اما وجوب ملاحظهٔ اعلمیت محل اشکال است، هرچند از ظاهر کلام آخوند ملااحمد(ره) در باب حصّهٔ امام تقدیم طلبه وعالم بودن ظاهر می‌شود. وبهر حال البته احوط است.

کتاب‌الحجر والتفلیس من‌مجلدالثانی

۲۰۷: سوال: هرگاه کسی ملکی را بیع کرده به بیع شرط خیار. ودر انقضای اجل که وقت ردّ ثمن است، مشتری پنهان شود که بایع نتواند ردّ مثل ثمن نماید وفک عین بیع نموده وملک خود را متصرف شود. وحال آنکه بایع تنخواه را موجود کرده ومی‌خواهد رد کند (؟).

۱: لیکن در ماجرای خضر قتل غلام نیز مبتنی برعلت مبین است، بنابراین بهتر است دراحکام به ماجرای خضر تمسک نشود. وآن را به مباحث علم کلام واگذاشت.

۲: وسایل: ج۱۲، ابواب عقدالبیع، باب ۱۶ح۲ درمتن حدیث آمده «قاضی کوفه عبدالحمید را قیم کرده است» وامام فرموده «اگر قیم مثل تو وعبدالحمید باشد اشکالی ندارد».

جواب: در این صورت مثل ثمن را ببرد به نزد مجتهد عادل که ولی غایب است در اموال او، وتسلیم کند وفسخ کند. وباید دانست که مطلق ردّ مال کافی نیست هرچند به خود مشتری بدهد. بلکه باید انشاء فسخ بکند وبگوید بیع را فسخ کردم. وهرگاه دسترس به مجتهد عادل نباشد، ظاهر این است که می‌تواند به عدول مومنین تسلیم کند به این معنی که ایشان را ولی غایب داند در مال غایب. چنانکه در مال یتیم هم اظهر این است که هرگاه ولی شرعی نباشد ودست به حاکم شرع نرسد ثقات مومنین تصرف در مال یتیم برو جه مصلحت می‌توانند کرد.

وظاهر این است که برایشان لازم هم باشد. کسی نگوید که «صلاح غایب هرگاه در لزوم بیع باشد وعدم فسخ، پس این تصرف در مال غایب بروجه مصلحت نیست». به جهت اینکه می‌گوئیم که مقتضای شرط خیار این است که مشتری در سر موعد با وجود تمکن بایع از ردّ مثل ثمن واراد هٔ ردّ و عدم تجافی از آن، دیگر تسلطی بر منع بایع از تملک ملک ندارد. وتسلط به همین قدر بود که اگر ممانعت از ردّ ثمن کند لزوم بیع مستمر باشد. وهرگاه بایع خواهان ردّ است وبالفعل می‌دهد مال را، غایب مستحق همان ثمن است وولی غایب باید مال او را که ثمن است ضبط کند. علی‌الخصوص در صورتی که پنهان شده به همین علت.

واین تفاوت ندارد با آن صورتی که ردّ مثل ثمن به خود مشتری بکند واو قبول نکند. که در امثال این حکم کرده‌اند که جایز است که تنخواه را در نزد طلبکار بیندازد وبگوید «بردار وبرو» ودر این صورت هرگاه برندارد تا آن تلف شود از کیسهٔ طلب‌خواه، رفته. وبرآن شخص غرامتی نیست. پس در اینجا هم دادن به دست عدول مومنین مثل انداختن در نزد اوست. و هرگاه عدول مومنین مصلحت را در آن دانند که از دست او نگیرند یعنی بگویند «صلاح غایب در این است که آن مال نزد تو باشد» ضرر ندارد. ولکن بایع صیغه فسخ را بگوید و شاهد بگیرد بر فسخ، و ملک مال او می‌شود.

و ظاهر این است که هرگاه مشتری عمداً پنهان نشده باشد و اتفاق افتاده است که

حاضر نیست، و [بایع] نمی‌تواند به او برساند. یا حاضر است و محبوس است و دست به او نمی‌رسد، همچنین باشد. و ظاهر این است که همین که تسلط بر فسخ بهم رساند اگر در همان حین غافل بشود و انشاء فسخ نکند تا مدت خیار هم منقضی شود، باز تسلط باقی است. چون کوتاهی در مقتضای شرط نکرده است.

و اما اگر بایع فراموش کند رد ثمن را تا مدت خیار. یا فراموش کند آنکه خیاری از برای او هست. یا آنکه مشتری غایب باشد و [بایع] جاهل باشد به اینکه باید به نزد حاکم ببرد یا به عدول مومنین بسپرد تا مدت منقضی شود. پس به مقتضای شرط و مفهوم اخباری که در بیع شرط وارد شده این است که خیار ساقط شود. و تصریحی به حکم این در کلام علما الحال در نظر نیست، ولکن مقتضای دلیل همین است. بلی متوجه این شده‌اند که هرگاه بایع غایب باشد یا جاهل باشد به خیار، مثل آنکه بایع در بین مدت بمیرد و وارث نداند که خیاری از برای او بود تا مدت منقضی شود.[1] و گفته‌اند که در این صورت خیار ساقط می‌شود. و ظاهر این است که ماخذ هر دو مسئله یکی است، و ماخذ همان است که گفتیم که مقتضای شرط است و مفهوم روایات دلالت بر آن دارد.

۲۰۸: سوال: زید اموال بسیار از جمعی گرفته و الحال پریشان شده، و قلیل مالی دارد و ار باب طلب می‌خواهند آن مال قلیل را میان خود تقسیم کنند، ولکن بعضی از آنها غایب‌اند و بعضی هنوز موعد طلب ایشان نشده چه باید کرد.

جواب: این شخص را در اصطلاح شرع «مفلس» می‌گویند. و او را حاکم شرع منع می‌کند از اموال او و تقسیم می‌کند میان غرماء. و تقسیم اموال او جایز نیست مگر به چند شرط:

اول: اینکه دیون ثابت باشد در نزد حاکم شرع.

دوم: اینکه دیون حاله باشد، یعنی دینی که مؤجل باشد باعث این نمی‌شود که او

۱: در نسخه: شد.

را به سبب آن حجر کنند و منع کنند از مال او. و به مجرد حجردین مؤجل حالّ نمی‌شود. چنانکه در میت می‌شود.

سوم: اینکه اموال او قاصر باشد از وفای به دیون.

چهارم: آنکه صاحب طلبها بروند به نزد حاکم و از او التماس کنند که او را حجر کند، و حاکم سر خود نمی‌تواند حجر کند. مگر آنکه صاحب طلب یتیمی باشد یا مجنونی یا سفیهی که حاکم ولی ایشان باشد که ولایتاً می‌تواند حجر کند. و همچنین هرگاه بعضی از آن قبیل باشند و بعضی دیگر از سایر ناس باشند و التماس حجر هم بکنند. و اما هرگاه دیون از غایبی باشد حجر نمی‌تواند کرد. چون ولایت او بر غایب در حفظ مال اوست نه آنچه را غایب در ذمّهٔ مردم دارد. بلکه همان حفظ مال غایب را می‌کند. چنانکه در **مسالک** تصریح به اینها کرده.

و ظاهر این کلام این است که در صورتی که بعضی دیون از مولّی علیهم باشد و بعضی از دیگران ولکن آنها التماس نکنند، حجر نتواند کرد. و این مشکل است در صورتی که طلب یتیم و سایر مولّی علیهم زاید بر مال مفلّس باشد[1].

و تا حاکم حکم نکند به حجر بعد التماس آنها، او را منع از مال نمی‌توان کرد.

و بدان که: هرگاه حاکم حجر کرد با شرایط در دیون حاله، و قبل از آنکه تقسیم کند طلبکار دیگری پیدا شود و ثابت شود طلب او، او را هم باید شریک کرد هرگاه ثابت باشد که در حین حجر دین او هم حالّ بوده و موعد آن رسیده بوده است. و امّا هرگاه در حین حجر بعضی از دیون مفلس حال نبوده ولکن بعد از حجر حاکم، و قبل از تقسیم، موعد آن رسیده او را هم باید شریک کرد. و ظاهر آخوند ملااحمد(ره) این است که در آن خلافی نباشد. و هرگاه بعد از قسمت طلبکاری پیدا شود که در حین حجر طلب او حالّ بوده و موعد او رسیده بود، او را هم باید شریک کرد.

۱: قول دیگر تفصیل است مابین غایب و سایر مولّی علیهم زیرا ممکن است غایب قصد دارد به مدیون مهلت دهد یا ذمّهٔ او را ابراء کند ولی چنین احتمالی در مورد سایر مولّی علیهم وجود ندارد و حاکم مسئول حفظ هر نوع مال و حقوق آنها است و ممکن است مراد صاحب مسالک نیز همین باشد.

ولکن اشکال در این است که آیا قسمت را برهم می‌زنند و از نو قسمت می‌کنند؟ یا آنکه حصّهٔ او را سرشکن می‌کنند بر غرما و بقدرالحصه از هرکدام پس می‌گیرد؟ علّامه در **ارشاد** تصریح به اول کرده. و همچنین در **تذکره**، و قول دوم را احتمالی قرار داده. و در **مسالک** هم اختیار آن را کرده. و در **قواعد** عکس این کرده و نقض قسمت را احتمالی قرار داده. و فخرالمحققین هم ترجیح آن را داده و این منقول است از شیخ‌علی در **حواشی ارشاد**. و فخرالمحققین بنای این خلاف را براین گذاشته که: تعلق حق غرما بر ترکه از باب تعلق دین است به رهن؟ یا از باب تعلق جنایت به رقبهٔ عبد؟.

بنابرثانی قسمت «حقیقیة» می‌شود. و بنابر اول محض قضای دین است، و در حکم آن صاحب طلبی است که زیاده از حق خود گرفته باشد همین زیادتی را پس می‌گیرند. و هرگاه از باب قسمت حقیقیة باشد، باطل است. چون قسمت کل واقع شده است مابین بعضی مستحقین. و براین متفرع می‌شود مسائل بسیار. و اظهر قول دوم است. و دور نیست که همین سخن در صورتی که حصول دین و رسیدن موعد آن بعد از حجر و قبل از قسمت باشد، هم جاری باشد، که هرگاه بعد از قسمت پیدا شود باز همین دوقول در این جاری باشد. چنانکه آخوند ملااحمد(ره) احتمال آن را داده.

و بدان که: آنچه مذکور شد که «باید حجر حاکم به التماس غرما باشد نه سرخود» شرط نیست که به التماس همه باشد. بلکه هرگاه بعضی از ایشان التماس کنند هم جایز است حجر کند. اما به شرطی که مال مفلس کمتر از طلب همان شخص باشد. و هرگاه کمتر نباشد حجر نمی‌کنند. و در صورتی که کمتر باشد و حجر کند نفع حجر به دیگران هم می‌رسد. و میان همهٔ ارباب طلب که موعدشان رسیده قسمت می‌شود. و در **مسالک** و **تذکره** نقل کرده که نزدیک شمرده است جواز حجر به التماس بعض، را. هرچند دین او زاید بر مال مفلس نباشد.

هرگاه این را دانستی پس در جواب سؤال می‌گوئیم که: آنهائی که موعد طلب ایشان نرسیده حقی ندارند. و آنهائی که غایب‌اند و موعد طلب ایشان رسیده باشد (هرگاه مال مفلس کمتر از طلب اینهائی است که حاضرند و التماس حجر می‌کنند)

جایز است حجر. و بعد حجر حصهٔخایب را هم باید برآورد کرد، وحاکم نگاه می‌دارد از برای او تا بیاید.

۲۰۹: سوال: هرگاه چند نفر صغیر باشند که اموال آنها مخلوط است، و ولی متوجه انفاق آنها است از مال خودشان. آیا تکلیف ولی در نفقه وکسوهٔ ایشان چه چیز است؟ حساب نان آنها وخرج آنها را چگونه نگاه دارد که زیاد وکم نشود ؟

جواب: لباس آنها تفاوت دارد. باید بزرگی وکوچکی [را] منظور داشت. وهمچنین در نوع لباس از ابریشم وپنبه وکتان تا مال کوچک ضایع نشود. ودر خوراک جایز است تسویه آنها در حساب نفقه. چنانکه علامه در **تحریر** تصریح به آن کرده. وظاهر **تذکره** هم این است. ودلیل مسئله در ملاحظهٔ مدارک، معلوم است. چون گاه است که مثلاً رخت صغیر بزرگ چهار زرع کرباس می‌خواهد واز کوچک دو زرع. وهمچنین بعضی ابریشمی می‌پوشند و بعضی ریسمانی. واما در خوراک پس ظاهر این است که دلیل آن خصوص **روایت** ابی‌الصباح کنانی است که در آخر آن مذکور است «قلت: ارایت ان کانوا یتامی صغاراً وکبارا وبعضهم اعلی‌کسوة من بعض وبعضهم آکلُ من بعض، ومالهم جمیعا(؟) فقال: اما الکسوة فعلی کل انسان منهم ثمن کسوته. واما الطعام فاجعلوه، جمعیاً. فان الصغیر یوشک ان یا کل مثل الکبیر»[1]

وعلامه در **تذکره** به این حدیث استدلال کرده وهرچند در سند آن محمد بن فضیل[2] هست ولکن علامه در **مختلف** مکرر تصریح کرده «حدیثی را که محمد بن فضیل از ابی الصباح روایت کرده ومضمون آن هم موافق نفی عسر وحرج است». و در **تذکره** که کتاب «نقل خلاف» است خلافی هم نقل نکرده. وابن ادریس نیز در **سرایر** تصریح کرده است به

۱: وسائل: ابواب مایکتسب به، باب ۷۳ح ۱. توضیح: صدر حدیث مذکور تحت شماره ۳ باب ۷۲ وارد شده است.

۲: حدود هشت نفر به نام «محمدبن‌فضیل» درمنابع رجالی یاد شده‌اند که تنها «محمدبن‌فضیل‌بن‌غزوان الضبیی» توثیق شده است که از اصحاب امام صادق(ع) است وآنکه درحدیث ما اسمش آمده از متأخرین اصحاب است که مرحوم کلینی تنها با دو واسطه از او روایت می‌کند

آنچه در **تحریر** مذکور است ونسبت داده است آن را به روایت اصحاب ما. وتعلیل کرده است به اینکه اکل آنها متقارب است ومتفاوت نیست.

ولکن ظاهر علتی که در روایت مذکور است درست نمی‌آید در صورتی که یکی از طفل‌ها سه سال داشته باشد و یکی سیزده سال وچهارده ساله است، که غالب این است که تفاوت بسیار است میان آنها. پس روایت را باید حمل کرد به صورتی که تفاوت، قلیل باشد. وهمچنین گاه است که اطفال مختلف‌اند در ماکولات، بعضی اطفال گوشت نمی‌خورند وبعضی پنیر نمی‌خورند ودیگرها می‌خورند. مسامحه در اینها کردن بسیار مشکل است، بلکه صورتی ندارد. وچون تضییع مال صغیر است پس ولی باید حساب اینها را نگاه دارد. ودر امر نان چون غالب این است که یکجا می‌گیرند و یکجا می‌برند ودر سر یک سفره می‌خورند، حساب کم وزیاد آن غالباً مستلزم حرج وعسر است. وهمچنین مثل برنج مطبوخ وهریسه وامثال آن. وآن را هم در صورتی می‌توان مسامحه کرد که تفاوت کم باشد. چنانکه گفتیم.

۲۱۰: سوال: آیا جائز است که ولی مال صغیر را مخلوط به مال خود کند در انفاق، واو را داخل عیال خود کند وبه یکی از آنها حساب کند؟ یا واجب است که او را جدا کند ومال او را صرف او کند؟

جواب: بلی جایز است مخلوط کردن با ملاحظهٔ مصلحت وعدم اضرار. چنانکه آیات قرآنی واخبار [۱] دلالت بر آن دارد. مثل قوله حق تعالی «وان تخالطو هم فاخوانکم والله یعلم المفسد من المصلح». بلکه گاه است که مستحب است چون اصلح است، مثل اینکه آرد او را با آرد خود خمیر می‌کند که خرج علی حده در طبخ آن نباشد، هرچند نمک و هیزم را با او محسوب دارد، لکن فرق است مابین اینکه جدا خمیر کند و جدا تنور بسوزاند از برای طبخ.

و همچنین بلکه بهتر این است که در این امور هم مسامحه کند و احتیاطاً خوراک

۱: رجوع کنید به روایات باب ۷۲، از ابواب «مایکتسب به»، وسایل: ج ۱۲.

صغیر را کمتر از یکی از عیال‌های خود که بر وزن او باشد حساب کند.

و به هر حال با وجود ملاحظهٔ مصلحت هرگاه مخلوط کردن اصلح است، مخلوط کند. و هرگاه جدا کردن اصلح است جدا کند. و در صورتی که مخلوط کرد و ضبط تفاوت خوراک را نتواند کرد و فرق واضحی مابین او و عیال او نباشد، جایز است که او را مثل یکی ازعیال خود محسوب دارد. اگرچه افضل این است که بر او کمتر از عیال خود محسوب دارد. و این که گفتیم در مثل نان خوردن است (چنانکه در مسئله پیش گفتیم). و اما لباس و تفاوت انواع ماکولات پس در آنجا البته باید حساب مال صغیر را نگاه دارد.

۲۱۱: سوال: آیا کسی که ولی صغار و قیم به امر آنها است، مستحق چیزی هست از مال آنها؟ و حلال است از برای او اخذ اجرت یا نه؟-؟ و تا چه مقدار جایز است؟.

جواب: در این مسئله خلاف است. بعضی گفته‌اند که مستحق اجرةالمثل است مطلقا، و این مذهب شیخ است در موضعی از **نهایه**، و علامه در **قواعد** و همچنین در **مختلف** و در **تذکره** و **ارشاد** و محقق در **شرایع** و **نافع** و فخرالمحققین در **ایضاح**. و مذهب ابن جنید نیز این است و لکن با شرط فقر، و همچنین شهید در **لمعه**. و این ظاهر **دروس** است، و محقق اردبیلی (ره) در «**آیات الاحکام**». و بعضی گفته‌اند مستحق قدر کفایت و حاجت اوست هرگاه فقیر باشد، و غنی چیزی مستحق نیست. و این مذهب شیخ است در موضعی از **نهایه**، و ابن ادریس.

و بعضی گفته‌اند مستحق اقل امرین است از اجرةالمثل و مقدار کفایت، و این قول شیخ است در **مبسوط** و **خلاف** و **تبیان**. و از فخرالمحققین ظاهر می‌شود که احد قولین شیخ در **نهایه** که عمل به کفایت است مقید به فقر نیست. و همچنین از شهید در **شرح** ظاهر می‌شود که قولی هست به اختیار کفایت مطلقا، و خود اختیار قول دیگر کرده و آن این است که اقل امرین را می‌گیرد، به شرط فقر لاغیر. و این کلام مقداد است در **کنزالعرفان**.

و اختلاف در مسئله به خاطر اختلاف اخبار و فهم آیات قرآنی است. و ارجح در

نظر قول به ثبوت اجرةالمثل است مطلقا، و دلیل آن این است که عمل غیر محرم است و محترم است که ما ذون فیه. بل مطلوب و مامور به است. پس مستحق اجرت می‌شود، چون مفروض این است که تبرعاً نکرده، و هرگاه قایل به اجرت نشویم لازم می‌آید اضرار ولی که اوقات خود را بلاعوض صرف یتیم کند. خصوصاً هرگاه شغل بسیار داشته باشد و مستحق چیزی نباشد. و اگر ترک عمل کند لازم می‌آید اضرار یتیم و ضرر در اسلام منفی است.

و حمل «معروف» در آیه بر این معنی اولی است از حمل آن بر نفقه و کفایت، چون در این جهالت است. و گاه است که عمل مساوی نفقه و کفایت ولی، نباشد. و معایب بسیار بر آن وارد می‌آید.

وخصوص[1] **روایت** هشام بن حکم که در **تهذیب** روایت شده- و ظاهر آن صحت است چون در سند آن کسی نیست که در آن تأملی باشد به غیر «علی بن سندی» و ظاهر این است که او علی بن اسمعیل بن عیسی بن فرج سندی (یا: سرّی) باشد. چنانکه استاد ما (ره) در «تعلیقهٔ رجال» تحقیق کرده و او ثقه است. و همچنین ظاهر منقول از **ذخیره** این است که «حسن کالصحیح» باشد[2] «قال سئلت اباعبدالله-ع- فی من تولّی مال الیتیم، ما له ان

۱: عطف است به «عمل غیرمحرم است ومحترم...» یعنی دلیل قول به «ثبوت اجرةالمثل» غیرمحرم بودن ومحترم بودن عمل و خصوص روایت هشام است.

۲: علی‌بن‌السری کرخی از اصحاب امام صادق(ع) می‌باشد وتوثیق شده است مشروط براینکه درسند روایت به لفظ «کرخی» تصریح شده باشد. زیرا دوشخص دیگر به نام «علی بن سری کوفی» و«علی‌بن‌سری‌عبدی‌کوفی» هستند که مجهول می‌باشند وممکن است افراد ناشناخته‌ای باشند وممکن است مراد از هرسه عنوان، یک شخصیت واحد باشد. وعلی‌بن‌سندی از اصحاب امام رضا(ع) است که خالی از توثیق نیست. ونظر به اینکه روایت از امام صادق(ع) است پس شخصیت مورد نظر یا «ابن‌سندی» است وربطی به ابن سری کرخی ندارد که دراین صورت کاملاً مجهول می‌باشد. واگر او همان ابن‌سری کرخی است دراینصورت موثق می‌شود با دو شرط بالا که هیچکدام از آن دو مسلم نیست. وعلاوه براین، خیلی بعید است که یک فرد هم از اصحاب امام صادق باشد وهم آنقدر عمر کند که از جمله اصحاب امام‌رضا هم باشد. واگر فرض شود که این «علی‌ابن‌سندی، سری» غیر از سری فوق است دراینصورت آن توثیقی که (تنها توسط ←

یاکل منه؟ فقال: ینظر الی ماکان غیره یقوم به من الاجرلهم، فلیا کل بقدر ذلک»[1].

و در **مجمع‌البیان** گفته است که «والظاهر فی‌روایات اصحابنا ان له اجرة‌المثل، سواء کان قدر کفایته او لم‌یکن»[2]. و اطلاق **موثقهٔ** حنان بن سدیر نیز دلالت دارد «قال: قال ابوعبدالله-ع- سئلنی عیسی بن موسی عن القیم للایتام فی‌الابل، مایحل له منها(؟) قلت: اذا لاط‌حوضها و طلب ضالتها و هنأ جرباها، فله ان یصیب من لبنها فی غیرنهک لضرع، ولافساد نسل[3]» و به این مضمون روایات دیگر هم هست، و ظاهر آیه موهم اشتراط فقر است چون فرموده است «ومن کان غنیاً فلیستعفف»[4] [وآن] مدفوع است به منع دلالت آن نیزبه‌وجوب، بلکه علامه در **مختلف** گفته است که اشعاری درآن نیست به وجوب. بلکه مفهوم آن اولویت است.

و همچنین در **تذکره** گفته است که مفهوم آن استحباب است. و شاید منظور علامه این باشد که معنی استعفاف، طلب بازداشتن نفس است، یا نفس را مهیای ترک شیی کردن. و شکی نیست که آنچه واجب است برآدمی ترک حرام است. و اما نفس را مهیا و مستعد کردن از برای ترک حرام پس آن مستحب است. پس همچنانکه چیزی که از وسایل محرم است- مثل صرافی و کفن‌فروشی- مکروه است (چون منتهی می‌شود گاهی به حرام که ربا و حب موت خلایق است) [همچنین] فرصت ندادن [به] نفس و مجاهده فرمودن براجتناب از شهوات[5] و قلع مادهٔ آنها که وسیلهٔ ترک حرام است،

نصربن‌الصباح) از وی شده کمی دچار تردید می‌گردد زیرا متون رجال درعصر امام‌رضا(ع) چنین شخصی را تحت عنوان «سری» یا «ابن‌سری» یاد نکرده‌اند. لیکن تحقیقی که مرحوم میرزا از آن یاد می‌کند که توسط مرحوم بهبهانی استاد او انجام یافته ونیز مطلب ذخیره دردسترس ما نیست تا چگونگی آن روشن شود. ودر هرصورت بدیهی است که نمی‌توان این حدیث را تحت عنوان «ظاهر آن صحت» است قرار داد وحتی دشوار است که «حسن کالصحیح» نامیده شود. اما پیام حدیث با اصول مسلم عقلی و واقعیات عینی تایید می‌شود.

۱: وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به باب ۷۲ ح ۵.

۲: مجمع‌البیان ذیل آیه ٦ سوره نساء.

۳: وسائل همان مرجع، ح ۲.

٤: همان آیه ٦ سوره نساء.

۵: درنسخه: ویا فرصت دادن نفس ومجاهده فرمودن براجتناب به شهوات و...

هم مستحب است.

و توضیح آن این است که درآنجا آمر به طلب عفاف حق تعالی است. و فاعل طلب، ولی است. پس مطلوب ولی، عفاف می‌شود. و «مطلوب منه» نفس ولی، یعنی باید طلب کند ولی عفاف را از نفس خود. پس هرگاه مامور به، جناب اقدس الهی، نفس ترک اکل بود بایست بفرماید «فلاتاکل» پس معلوم شد که «مامور به» این است که ولی از نفس خود عفاف را بطلبد. و ظاهراً عفاف ملکهٔ امتناع از محرمات است. و وجوب تحصیل ملکه معلوم نیست. بلکه معلوم است که مستحب است.

پس دراینجا مدلول مادهٔ صیغه باهیئت آن، تنافی دارند و تقدیم ماده اولی است برهیئت. پس اختیار تجوز را درهیئت باید کرد. غایت امر تعارض و تساقط است و اصل «عدم وجوب» است، چنانکه در «فاستبقوا الخیرات»[1] همین را می‌توان گفت. و مؤید آن است آیه «ولیستعفف الذین لایجدون نکاحا»[2] زمخشری در **کشاف** گفته است «ولیجهدفی العفة وظلف النفس،کان المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها علیه». و همچنین مقداد در **کنزالعرفان** و غیر او.

و اینکه اهل لغت گفته‌اند «معنی عفّ: کفّ و امتنع عمّالا یحلّ، کاستعفف و تعفف» منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. چون اغلب این است که در لغت تفسیر حالات را می‌کنند نه ملکات.

خصوصاً در اینجا که وقوع فعل بر مفعول خاص شده، چون متعدی به کلمهٔ مجاوزه[3] شده. پس ناچار «استعفف» هم هرگاه متعدی شده با آن و گفته شود که «فلان استعفف عن‌الزنا» معنی آن ترک زنا خواهد بود. بخلاف «رجل عفّ» و «عفیف» و «مستعف». و شکی نیست که معنی حقیقی باب «استفعال» طلب فعل است. و هرگاه «استعف» به معنی «عفّ» شد دیگر معنی ازبرای «سین» باقی نمی‌ماند. و اینکه صاحب

۱: آیه ۱۴۸ بقره.

۲: آیه ۳۳ نور.

۳: مراد لفظ مقدر «عن» می‌باشد که تقدیر آیه چنین باشد «ومن کان غنیا فلیستعفق عن اکل مال‌الیتیم».

کشاف گفته در مانحن فیه که «سین اربرای طلب زیادتی عفت است» مراد او مبالغه در «امر به عفت» [است]. چون زیادتی لفظ دلالت بر زیادتی معنی می‌کند مانند «قر و استقرّ». نه اینکه سین از برای کثرت فعل است. تا بر او وارد آید که سین از برای طلب اصل فعل است، نه کثرت آن.

والحاصل: گویا که بسیاری از علما در این مقام، غافل شده‌اند از نکتهٔ «مأمورشدن شخص به طلب فعل از خودش» و تفسیر کرده‌اند این را به حاصل مراد که «طلبِ ترکِ اکل» است. خصوصاً به ملاحظهٔ اینکه اهل لغت هم گفته‌اند «یستعفف» به معنی «یعفّ» است. و تو می‌دانی که تا ممکن بشود حمل لفظ بر حقیقت، عدول از آن به مجاز، صورتی ندارد. و محمل زمخشری از برای «سین» هم بعد از عدول از معنی حقیقی است و ارادهٔ مجاز است. پس نکته خواسته[1] از برای ذکر لفظ مجازی با تمکن از حقیقی، با وجودیکه مراد از هردو یکی باشد [و به همین جهت] گفته است که برای مبالغه است چون زیادتی مبانی دلالت بر زیادتی معانی دارد.

با وجود اینکه می‌توانیم گفت که هرچند ماده «عفّ» در لغت «امتنع» و «کفّ» باشد لکن در عرف از آن، ملکهٔ کفّ و امتناع می‌فهمیم، که در اصل عفت به معنی ملکه مأخوذ است، و عرف مقدم باشد بر لغت. و مؤید آن است تغییر اسلوب که در آنجا نفرمود «لا یاکل» و در اینجا فرمود «فلیاکل». و ایضاً امر در «فلیاکل» درحقیقت خود مستعمل نیست بلکه رخصت است که «عقیب حظر» واقع شده. چون قبل از این «ولا تاکلوها اسرافاً و بداراً ان یکبروا» فرموده است، چون مباشرین امور یتامی اسراف می‌کردند در خوردن مال آنها و شتاب می‌کردند و مبادرت می‌کردند بر اکل (یعنی پیش می‌انداختند که مبادا بزرگ شوند و از دست آنها بگیرند)[2] حق تعالی منع کرد

---

۱ یعنی: پس زمخشری درصدد یافتن نکته وقرینه‌ای است از برای ذکر لفظ درمعنای مجازی...

۲: به نظر می‌رسد مراد از «اکل بداراً» و«اکل اسراف» دراینجا به معنی خوردن بدون ملاحظه وبدون حساب وکتاب باشد. ومراد از «اکل بمعروف» آن نوع رفتار در برخورد با مال یتیم باشد که وجدان عرف آن را امضاء نماید. دراین مورد در آخر همین مسئله توضیح بیشتری داده خواهد شد.

آنها را از اکل اموال یتامی، و بعد از آن رخصت داد از برای فقیر به اکل ولکن مقید ساخت آن را به معروف.

و هرچند مفهوم قید «عدم رخصت زاید به معروف» بالتبع مستلزم وجود عدم تجاوز از معروف، است، لکن این مدلول مطابقی امر، نیست. و مؤید آن است که حمل کلمهٔ «اشهدوا» بعد از آن نیز باید حمل بر ارشاد یا استحباب کرد. و به هرحال با وجود اخبار و فهم علما و عدم وضوح دلالت، اعتمادی بر دلالت آیه بر وجوب ترک اجرت بر غنی باقی نمی‌ماند. خصوصاً با اعتضاد آن به «نفی ضرر» و اصل «برائت» و کثرت عاملین به آن.

هرگاه این را دانستی، پس بدان که: معروف درلغت ضد منکر است. و شکی نیست در اینکه اخذ اجرةالمثل از جملهٔ قبایح شمرده نمی‌شود، پس داخل مدلول آیه است. و هرگاه معروف را به معنی «معهود» بگیریم همانچه معهود و متعارف است در عمل اجرةالمثل است. و اما تفسیر آن به «قوت» چنانکه در اخبار وارد شده مثل **صحیحه** عبدالله‌بن سنان «عن‌ابی عبدالله ـعـ فی قول‌الله عزوجل: فلیا کل بالمعروف. قال: المعروف هوالقوت وانما عنی‌الوصی اوالقیم فی اموالهم و مایصلحهم»[1] و صحیحهٔ دیگر او[2] که در آخر آن نیز همین مضمون مذکور است- پس آن خالی از اجمال نیست. بلکه مجمل است به چند جهت: اولاً از جهت لفظ «اکل» که مراد محض خوردن است. یعنی خاییدن و بلعیدن (چنانکه در آیهٔ سورهٔ نور) یا مطلق تصرف [است] چنانکه غالبا در آن استعمال می‌شود.

و ظاهر این است که مراد از آن در آیات و اخبار اکل مال یتیم و اکل ربا [به] معنی دوم باشد. و به هریک از دو معنی آیا مراد خوردن ولی است؟ یا نفقهٔ عیال واجب‌النفقهٔ [او]؟ یا اعم از آن هم مراد است؟ و به هریک از این تقدیرات، آیا مختص است به صورتی که عمل اومساوی آن مقدار از قوت باشد؟ یا اعم است از آن؟ و گاه هست که قوت او یا

۱: وسایل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۷۲ح ۱.

۲ : تهذیب ج ۲، باب «الزیادات من‌الوصایا» ص ۴۰۱.

قوت اووعیال او اضعاف مال یتیم است، چه جای اجرت عمل او. پس باید که این مجملات حمل شود بر مبین که مقتضای روایت هشام است، و آنچه به معنی آن است. پس باید بگوئیم که مراد از قوت مؤنهٔ آن است، نه خصوص خوردنی (چنانکه در لفظ اکل گفتیم). و تخصیص بدهیم قدر آن را به اجرت‌المثل چنانکه مقتضای قاعده و اخبار است.

و توهم اینکه «اخبار به حسب سند صحیحتر است و تخصیص موقوف است به مقاومت»، ضعیف است. زیرا که بر فرض تسلیم عدم مقاومت در سند، [لیکن تمسک به آن] در وقتی خوب است که دلالت واضح باشد و تو دانستی که دلالت آن اخبار واضح نیست، علاوه بر این که آیهٔ شریفه اقوی است از اخبار، و اکثر افراد اخذ قوت خلاف «معروف» است، و اخذ اجرت‌المثل مطلقا معروف است. و تخصیص آیه به سبب این اخبار با وجود آنکه نسبت مابین معروف و قوت عموم من وجه است و محتاج است به مرجح. و تخصیص اخبار اولی است از تخصیص آیه، چون آیه معاضد است به عقل و نقل، قطع نظر از اینکه آن کتاب است و این خبر واحد.

پس باید گفت که مراد از قوت در اخبار قوتی است که در نظر عرف «منکر» نباشد. و تحدید آن به اقل اجرت‌المثل هم دلیلی ندارد، زیرا که گاه هست که آن هم منکر است در صورتی که صغیر عمل بسیار داشته باشد و اگر ولی متوجه کسب خود شود مداخل بسیار دارد وبه سبب متوجه شدن [به] مال صغیر از عمل خود باز می‌ماند و اخذ اجرت‌المثل اضرار است به ولی. خصوصا هرگاه بگوئیم مراد از قوت، قوت خود ولی است نه عیال او. و خصوصا هرگاه مراد «خوردن و بس»[1] باشد.

اما بعضی بیانات جزئیه که در قوت وارد شده مثل **روایت** حسان‌بن سدیر[2] (و آنچه به مضمون آن است) پس آن نیز [در مقام] بیان نیست، و مقدار آن معلوم نیست. و مؤید اینکه گفتیم «مراد از قوت مقدار اجرةالمثل باشد» **روایت** ابوالصباح کنانی است

۱: یعنی مراد تنها خوردن باشد.

۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۷۲ ح ۲.

«عن ابی عبدالله -ع- فی قول الله عزّوجل- فمن کان فقیراً فلیاکل بالمعروف- فقال: ذلک رجل یحبس نفسه عن المعیشة، فلاباس ان یاکل بالمعروف اذا کان یصلح لهم اموالهم، فان کان المال قلیلا فلایاکل منه شیئا» الحدیث.[1] وجه تایید این است که کسب مردم به قدر معاش ایشان است پس به قدری که منع از کسب معیشت می‌کند از مال صغیر برمی‌دارد. و لازم آن غالبا اجرت‌المثل است که مساوی عمل اوست از برای معیشت. یعنی آنچه کسب می‌کرد از برای معیشت که غالبا مساوی اجرت عمل اوست بردارد.

پس اگر مال کم باشد (یعنی مانع او نمی‌شود از کسب معیشت) پس برندارد. چون غالب این است که محتاج به عمل نیست. و یا درصورتی که محتاج به عمل قلیلی باشد که مانع از کسب معیشت او نیست برندارد. و در این وقت محمول باشد منع بر کراهت.

و به آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف احد قولین شیخ و ابن‌ادریس که اخذ «مقدار کفایت است به شرط فقر». زیرا که دلالت امر بر وجوب ترک غنی، ممنوع است. و اخبار کفایه هم اجمال دارد و دلیل ایشان همان ظاهر آیه است (چنانکه ابن‌ادریس گفته) و اخباری که وارد شده در تفسیر آیه به قوت.

و موید آن است **موثقه** سماعه «عن ابی‌عبدالله -ع- فی قول‌الله عزوجل- فمن کان فقیرا فلیاکل بالمعروف- فقال: من کان یلی شیئا للیتامی و هو محتاج لیس له مایقیمه فهو یتقاضی اموالهم و یقوم فی ضیعتهم فلیاکل بقدر و لا یسرف. و ان کانت ضیعتهم لا تشغله عما یعالج بنفسه فلایزران من اموالهم شیئا»[2] چون ظاهر این است که کفایت و نفقه را از اکل استفاده کرده‌اند، و اینکه بر سبیل معروف باشد یعنی بر سبیل اسراف نباشد، از لفظ معروف.

و این مناسب کفایت است نه اجرت‌المثل. و می‌توانیم گفت که مراد از «قدر» اجرت‌المثل باشد. چون آن است اندازه در اعمال. و اسراف عبارت باشد از زیادتی بر آن. و اگر تسلیم کنیم ظهور در کفایت را سخن‌های سابق نیز برحال خود باقی است. یعنی اجمال در اکل خود و عیال، و تفاوت حال نسبت به اشخاص اولیا و عیال و مال ایتام، به سبب قلت وکثرت. و همچنین ظاهر شد ضعف قول دیگر شیخ در **نهایه** که

۱: همان مرجع: ح۳.

۲: همان مرجع: ح ٤.

همین قول باشد بدون شرط فقر. و دلیل آن نیز همین دلیل است یا حمل آن به استحباب استعفاف[1]. و همچنین ضعف قول به «اخذ اقل‌الامرین به شرط فقر.

و دلیل آن این است که کفایت اقل است از اجرت. پس همین که کفایت را اخذ کرد غنی می‌شود و واجب می‌شود بر او استعفاف به مقتضای ظاهر آیه که امر به استعفاف است. پس همه اجرت را که زاید بر کفایت است نمی‌تواند گرفت. و اگر اجرت‌المثل اقل است از کفایت، او مستحق بیش از اجرت عمل خود نیست. و اگر عمل برای مکلفی دیگر می‌کرد مستحق بیش از عوض عمل خود نبود. پس بطریق اولی هرگاه از برای یتیم باشد چنان خواهد بود.

و این دلیل ضعیف است. **اما اولا:** پس به جهت اینکه این سخن مبتنی است بر اینکه این بنای رخصت و معامله شارع با ولی از باب «جعاله» باشد که مستحق اجرت نشود مگر به اتمام عمل، نه از باب «اجاره» که به مجرد عقد اجرت ملک موجر شود. و هرگاه از باب اجاره باشد پس این قرارداد از برای فقیر منافات ندارد باغنای‌او بعداز عقد این معامله و شروع در عملی که از جانب شارع مامور به،است[2] و پس از احتیاج مال یتیم به عمل هرگاه ولی مصداق فقیر است پس صادق است که شارع او را در بند عملی کرده در وقتی که فقیر بوده که عوضی از برای او باشد هر چند با اخذ عوض نمی‌شود. واین شبیه است به اینکه شارع تجویز کرده که به فقیر زکات دهند به قدر غنی بالغا مابلغ.

واظهر این است که این معامله از عالم اجاره باشد. پس چون غالب این است که متوجه شدن بر مزرع صغیر و متاجر آن ، مستوعب اوقات متمادیه است که اتصال در آن منظور است. وکسی که خود را آلوده به آن می‌کند بنا می‌گذارد که آن عمل متمادی که در عادت به یک روز و دو روز نمی‌شود قبول کند. و چنین نیست که کسی که متوجه امر زراعت صغیر می‌شود امروز که گاو می‌خرد مستحق عوض آن بشود، و ساعت دیگر که بیل می‌خرد مستحق عوض آن شود، و هکذا تا آخر سال. و ملاحظه این، معنی عسرو

۱: و در نسخه: یا حمل آن باستعفاف بر استحباب.

۲: عبارت نسخه: و شروع در عمل واز جانب شارع مامور به است.

حرج عظیم است.

با وجود اینکه فرض مستدل که «هرگاه کفاف را گرفت غنی می‌شود» اگر مراد در آخر کار است، قبل از گرفتن بر او صادق است که فقیر است.و غنای بعد منافات با فقر قبل ندارد، واگر مراد او این است که هرگاه یوماً فیوماً نان خورد غنی می‌شود، پس بر فرض تسلیم این معنی، این غنای ساعت و روز است.و غنای ساعت و روز منافات با فقر مطلق ندارد که مقتضای آیه است.

واگر گفته شود که: مراد مستدل این است که این از باب جعاله نیست واز باب اجرة است لکن مراد از غنی اعم از غنی بالقوه، چنانکه در زکات شرط است که مستحق آن، کسی باشد که مونهٔ سال نداشته باشد، یا قادر برکسبی نباشد که وفا کند به آن . که اینها فقیر نیستند بلکه غنی‌اند. پس مراد این است که چون ولی در صورتی که کفایت او کمتر از اجرت‌المثل باشد قادر است بر اینکه متوجه اصلاح مال یتیم شود و به قدر کفاف صرف کند، پس او غنی خواهد بود و غنی مامور است به استعفاف از آن زاید.

گوئیم: که متبا در از آیه فقر و غنای بالفعل است [با] قطع نظر کردن از مال صغیر، نه غنای بالقوه،. خصوصا غنائی که از مال یتیم حاصل شود. و با تسلیم این (با وجود کمال بعد بلکه وضوح فساد) دلالت آیه بروجوب استعفاف ، ممنوع است، چنانکه گذشت.

واما ثانیاً: پس می‌گوئیم: که مراد از اکل اگر خوردن متعارف است که خائیدن و فرو بردن است و بس. و رخت پوشیدن ومسکن داشتن و غیر آن داخل نیست. پس اگر روال فقر از خوراک منشاء غنای از لباس و غیره نمی‌شود و تا داخل «من کان غنیا فلیستعّفف» باشد. خصوصا با احتیاج عیال او در خوراک . واگر مراد از اکل اخذ و تصرف باشد به جهت مطلق معیشت، پس حکایت اجمال پیش می‌آید و اینکه مراد از «معروف» چه چیز است و مقدار آن چه چیز است؟-؟ وگاه هست ولی خرج بسیار دارد و عیال بی‌شمار و مال یتیم کم. واخراج کفایت، منشاء اضرار.و در این معنی تحدیدی از شارع معلوم نمی‌شود.

بلی در اینجا می‌توان گفت که تحدید حاصل است به ملاحظه اجرة المثل. یعنی جایز است تصرف مادامی که زاید بر اجرت المثل نشود. پس تکیه عمده به همان منع دلالت آیه است بر حرمة اخذ اجرت غنی، و روایت هشام و امثال آن. و تتمیم کلام در این مقام محتاج است به ذکر چند چیز:

اول اینکه: لفظ غنی درآیه ممکن است که مراد از آن غنی عرفی باشد. ومحتمل است که غنی شرعی باشد، یعنی کسی که مؤنهٔ سال خود وعیال خود را داشته باشد. و دور نیست که مراد کسی باشد که محتاج به اخذ مال یتیم نباشد درگذران خود ومعیشت سال خود که مناسب معنی شرعی باشد وروایت ابی‌الصباح به آن اشاره دارد.

دوم اینکه: آیا فقیر آنچه برمی‌دارد (بنابرقول به استحقاق کفایت) آیا از باب «امتاع» است؟ یا ازباب تملیک؟ ودور نیست که اظهر امتاع باشد، پس هرگاه در اول برندارد، یا روزبه‌روز برندارد، وبه قرض وامثال آن مدار کند، درآخر نمی‌تواند بردارد. مگر اینکه قرض کند به نیت اینکه از آن مال بدهد. واما بنابر قول «به استحقاق اجرت‌المثل» پس ظاهر آن، تملیک است وتفاوت نمی‌کند تقدیم وتاخیر.

سوم اینکه: استحاق اجرت وعوض درصورتی است که عمل را تبرعاً نکرده باشد، پس هرگاه تبرعا کرده مستحق چیزی نیست. اماهرگاه غافل شود از قصد اخذ وعدم آن، در **مسالک** گفته است که ظاهر جواز اخذ است، چون مامور است به عمل از جانب شارع. پس مستحق عوض است مادامی که نیت تبرع نکند، زیرا که عمل محترم است. چنانکه هرگاه مکلفی اورا امر کند به عملی که درآن اجرتی باشد چنانکه درباب خود ذکر کرده‌اند خصوصاً بنابر قول «به کفایت»، که حق تعالی اذن داده برای برداشتن بدون تقیید به قصد عوض برداشتن.

واین استدلال درنظر حقیر خالی از اشکال نیست. زیرا که امر الهی عباد را به عملی از برای دیگری شبیه نیست به امر بعضی از مکلفین بعضی را به عمل. چون او مالک رقاب عباد است. پس چنانکه بربندگان واجب کرده انفاق واجب‌النفقه را بلاعوض، چه مانعی دارد که امر کرده باشد به حفظ مال اینها بلاعوض. غایةامر این است که امر به عمل مستلزم ترک

اخذ نباشد لکن منافات باجواز اخذ نداشته باشد. چنانچه درصناعات کفائیه. اما ثبوت استحقاق اخذ، پس آن محتاج است به دلیل. واز اینجا است که در بعض صور تکلیف مکلفین همدیگر را، نیز خلاف دارند. مثل جائی که عمل از[اعمالی]نباشد که درعرف وعادت برآن اجرت گیرند لکن آن شخص مامور از آن اشخاص است که برآن عمل اجرت می‌گیرد. زیرا که دلیل مسئله «امرمکلفین» همان است که امر به استیفای منفعت محترمه کرده که قیمتی دارد درعرف، وتضییع آن جایز نیست. چنانکه در اجارهٔ معاطاتیه است.

واز اینجا ظاهر شد که در اصل دلیل اول که بر «مذهب مختار» اقامه کردیم محل اشکال هست. وتتمیم آن به دلیل نفی ضرر به ولی ویتیم، محتاج‌الیه نیست. زیرا که نفی ضرر خود دلیلی است مستقل. پس اولی تمسک به اطلاق آیه واخبار است که شامل [وغیر] ذاهل هستند. ولکن این سخن مشکل است در صورتی که عمل تمام شده باشد، یا شبانه‌روز منقضی شده باشد و او قوت مدت را یا شبانه‌روز را از جای دیگر خورده باشد. چنانکه گفتیم که از باب امتاع باشد نه تملیک.

چهارم اینکه: مراد از ولی دراینجا کسی است که قسراً ولایت به او رسیده باشد مانند جد یا به اختیار قبول ولایت کرده باشد مانند وصی. اما هرگاه متبرعی نباشد و حاکم کسی را خواهد تعیین کند و بدون اجرت راضی نشود پس گویا اشکالی درجواز اخذ اجرت نباشد (هرگاه نیت تبرع نکرده باشد) هرچند غنی باشد. و آخوند ملاحمد(ره) در **آیات احکام** جواز این را بر سبیل امکان واحتمال قرارداده در صورتی که متبرعی نباشد و [گفته است] بلکه از کلام ایشان ظاهرمی‌شود که جواز اخذ اجرت اولیا نیز دروقتی است که متبرعی نباشد. ولکن این را بعد اختیار قول به استحقاق اجرت‌المثل، گفته. و اطلاق آیه مقتضی جواز است مطلقاً خصوصاً بنابرقول به «کفایت». و احوط اجتناب است در صورت وجود متبرع مطلقا.

پنجم اینکه: آیا کسانی که مال ایتام دردست آنها باشد مثل برادر یا عمو یا خالو یا غیر اینها بدون وصیت و بدون نصب حاکم یا تعذر حاکم، آیا همین حکم دارند یا نه؟-؟ عموم اد له شامل اینها همه هست، و همچنین عموم اخبار بسیار. و آنچه در

صحیحهٔ عبدالله بن سنان و غیره واردشده که مراد وصی و قیم است هم منافات با آن ندارد. چون ایشان را عرفاً نیز قیم می‌گویند و حقیقت شرعیه در آن ثابت نیست که باید به اذن حاکم باشد، خصوصاً هرگاه عدول مؤمنین باشند یا عدول مؤمنین ایشان را نصب کرده باشند در صورت تعذر حاکم. پس ظاهر این است که در صورت تعذر حاکم عدول مؤمنین توانند حسبتاً شخصی را قیم کنند و اجرتی از برای او از آن مال قراردهند. و همچنین از برای حفظ مال غایب، هرگاه متبرعی نباشد.

ششم: این خلافات و اشکالات در صورتی است که اجرتی از برای ولی وصیت نشده باشد. اما هرگاه موصی اجرتی از برای او قرارداده باشد پس ظاهراین است که اشکال درجواز نباشد، هرگاه به قدراجرت‌المثل باشد. و از تنقیح نقل شده است که خلافی دراین نیست. و همچنین هرگاه زاید براجرت‌المثل باشد و از ثلث مال، برآید. و یا ورثه در قدرزاید اجازه کنند. و همچنین هرگاه تعیین مقدار را نکرده باشد که دراین حال نیز اعتبارثلث واجازه در زاید را باید کرد.

هفتم: آیا این احکام مختص مال یتیم است؟ یا درمطلق صغیرهم، چنین است؟. هرچند الحال از کتب اصحاب تصریحی به آن در نظرم نیست ولکن عبارت **مسالک** دال برعموم است. چون درعنوان مسئله گفته است «المراد بالمتولی لمال الیتیم من له علیه ولایة شرعیة، سواء کانت بالاصالة له کالاب و الجد، ام لا کالوصی» بعد از آن نقل اقوال در مسئله کرده است. پس گویا مراد ایشان از یتیم دراینجا صغیرباشد. و این دورنیست، و تعلیلات دراخبارهم اشاره به آن دارد.

هشتم: بنابرقول به جواز اخذ اجرةالمثل، از برای غنی مکروه است اخذ. زیرا که اقل مراتب امراستحباب است، و استحباب ترک فعل، مستلزم کراهت آن است.

نهم: هرچند اطلاق کلام فقها عدم فرق است میان اینکه مال کم باشد یا زیاد. لکن بعض اخبار دلالت براشتراط کثرت مال دارد. مثل روایت ابی‌الصباح کنانی که پیش گذشت، و غیرآن. و احوط اجتناب است.

دهم: ظاهراین است که این استحقاق در وقتی است که عملی بکند که مستحق

عوض باشد، مثل زراعت و تجارت و غیرآن. و اما ضبط مال و محافظت آن مثل اینکه دراهم و دنانیر او در صندوق او باشد که حاجتی به آن ندارد، یا ظروف او در گوشهٔ خانهٔ او باشد، پس اکل از آن مال صورتی ندارد، و اشاره به آن دراخبار متقدمه شده، و دلالت می‌کند برآن خصوص آنچه در **مجمع‌البیان و تفسیرعیاشی** از حضرت صادق(ع) روایت شده درتفسیر آیه فرموده «هذا رجل تحبس نفسه لليتيم عل حرث و ماشية و يشتغل فيها نفسه، فاليا كل بالمعروف و ليس له ذلک فی‌الدنانير و الدارهم التی عنده موضوعة».[1]

یازدهم: در بعضی اخبار از حضرت باقر (ع) روایت شده که این آیه منسوخ است[2] ودر **مجمع البیان** روایتی نقل کرده از آن جناب که فرموده «من كان فقيرا فليأخذ من مال اليتيم قدر الحاجة والكفاية على جهة القرض ثم يرد عليه ما اخذ اذا وجد».[3]. وبه قائلی از اصحاب به مضمون آنها بر نخوردم. وشاید مراد روایت دوم جواز قرض برداشتن ولی باشد از مال صغیر، قطع نظر از اجرت عمل. چنانکه در محل خود مذکور است.[4]

۱: وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۷۲ح ۹ - تفسیر عیاشی: ج ۱ص ۲۲۲.

۲: همان مرجع: ح۱۱.

۳: همان مرجع: ح ۷- مجمع‌البیان: ج ۳ ص ۹.

٤: شاید پس از اینهمه بحث مفصل که مرحوم میرزا در این مسئله بیان فرموده ابراز یک نقد اساسی برآن جای شگفت باشد لیکن باتکیه براصل «ما طلبنایم وکار طلبه بحث است» می‌گوییم: اساساً موضوع بحث آیه «ولی» به عنوان ولی نیست. خطاباتی‌ازقبیل «لاتقربوا» و «لاتاکلوا» عام هستند. وهمینطور اخبار وحادیث مربوطه.

برای روشن شدن این مطلب ابتدا باید به نکات زیر توجه کرد:

۱): ولایت ولی عنوانی است که کاملاً با کارگزاری یک کارگزار ومباشر ونوکر ویا عملکرد یک کارگر تفاوت بل غیریت تام دارد یک ولی به عنوان «ولی» مستحق هیچ چیزی نیست همانطور که «عدول مومنین» نمی‌توانند برای انجام وظیفهٔ ولایتی‌شان اجرتی بگیرند خواه در مورد یتیم وخواه در مورد غایب. شخص ولی صرفاً «امین» است.

۲): اگر عدول مومنین کسی را به عنوان ولی بر صغیر بگمارند او نیز از این بابت مستحق چیزی نیست.

۳): اگر عدول مومنین کسی را با تعیین اجر ومزد بر صغیر بگمارند چنین شخص ولی نمی‌شود بل یک کارگزار است که استخدام شده و ولایت صغیر مسئولیتی است که در گردن عدول می‌ماند.

←

۲۱۲: سوال: هرگاه صغیر بعد از بلوغ ادعا کند که پدرم یا جدم که مال مرا فروخته‌اند به زید به عنوان غصب بوده، نه از باب ولایت. وپدر یا جد در حیات نباشند. یا باشند وتصدیق او کنند وبینه در میان نباشد. قول صغیر مقدم است یا مشتری ؟

---

٤):در مورد ردیف ۲ و ۳ اگر حاکم شرع نیز اقدام کرده باشد، همینطور است.

٥):اگر موصی شخصی را بر صغار خود قیم کند وبرای او اجر ومزدی تعیین کند قیمومت و ولایت آن شخص صحیح است لیکن اجر ومزد او ربطی به مانحن فیه ندارد. زیرا اجر ومزد او از مال صغیر پرداخت نمی‌شود بلکه از «ثلث» است‌که مال‌خود میت می‌باشد وربطی به بحث ما ندارد. موصی می‌تواند مقدار ثلث مالش را به هرکسی ببخشد.

٦):همانطور که هرشخص می‌تواند تحت‌نظر ولی ما ل خود را با مال صغیر مبادله ومعامله کند، یا اجیر ومزدور وکارگزار صغیر باشد همینطور هم خود ولی می‌تواند مبادله ومعامله کند ویا اجیر وکارگزار حقوق بگیر صغیرباشد.اما درامور وکارهائی‌که خارج از مسئولیت مشخص ولی باشد. یعنی در این صورت او علاوه بر سمت ولایت که صرفاً مجانی وتبرعا باید انجام بدهد با عنوان دیگر برای امور دیگر نیز می‌پردازد.

۷):امور مربوط به ولایت چیست که ولی نمی‌تواند برای انجام آن مزد بگیرد-؟ وامور دیگر چیست که اگر ولی آنها را انجام دهد مثل سایر اجیرها ومباشرها وکارگزارها وکارگرها می‌تواند در قبال آن مزد بگیرد-؟ پاسخ این سؤال معیارهای عرف است وعرف دقیقاً می‌داند که ولی نه نوکر است ونه مباشر ونه کارگر.

۸):اگر کسی که براساس وصیت یا تبرعا از جانب حاکم وعدول مؤمنین به ولایت انتخاب شده حاضر به انجام وظایف ولایت بطور مجانی نباشد، می‌تواند استعفا بدهد ومسئولیت ولایت مجانی، مجدداً به عهده عدول یا حاکم برمی‌گردد. البته در صورت پذیرفتن وصیت صحت استعفا موردبحث است مگر اینکه واقعاً ناتوان باشد.

اینک برمی‌گردیم به اصل مطلب:

محور سخن آیه «اکل» است. نه اجر ومزد. نه از باب «جعاله» ونه از باب «اجاره». همانطور که گفته شد تکلیف صغیر واموال صغیر در باب جعاله واجاره با همه کس روشن است حتی اگر اجیر یا طرف جعاله خود ولی باشد. چگونه ممکن است شرایط جعاله واجاره میان مردم بالغ دقیقاً واجب الرعایه باشد لیکن میان ولی وصغیر مورد ولایتش، اینهمه نامشخص و«مجمل» ودرهم وبرهم باشد؟!

آیه می‌فرماید هیچ‌کس حق خوردن مال یتیم را ندارد. شاید اموال همدیگر را تحت عناوین ظلم یا میهمانی ویا تعارفات معمول بخورید اما مال یتیم را نباید تحت هر نام وعنوانی بخورید. لفظ «بدار» در آیه یعنی هر نوع خوردنی غیراز طریق معاملات تحت‌نظر ولی.

سپس می‌فرماید «کسی که فقیر است می‌تواند بخورد» وحدیث هم این جمله را تفسیر می‌کند ومی‌گوید: مقصود کسی است که یا کار خودش را رها کرده وآمده چند روزی برای فقیر مجاناً کار می‌کند چنین شخص خواه ولی باشد یا دیگری می‌تواند مثلاً نان چاشتی یا نهار را از مال صغیر بخورد. ویا کسی که خودش راوقف

وهرگاه قبول دارد که [فروشنده با] ولایت فروخته، لکن مدعی خلاف مصلحت، باشد. وبینه در میان نباشد. قول کدام مقدم است؟.

وهرگاه این دعوی به سبب بیع کردن کسی باشد که نه ولی بوده ونه وصی ونه حاکم شرع و دعوی کند بر اوکه بر وجه غیرشرعی فروخته. و از باب تصرف عدول مومنین درحین تعذر حاکم شرع، نبوده[1]. و مشتری گوید که حسبتاً بوده بروجه صحیح. یا [صغیر] قبول داشته باشد که از آن باب بوده و لکن ادعا کند که بر وجه غیرمصلحت بوده. احکام آنها چه

(حبس) برای فقیر کرده که نه اهل وعیال دارد ونه خانه وکاشانه‌ای و نه در فکر داشتن مال است... چنین کسانی پیدا می‌شدند و می‌شوند که من همین امروز شخصی را سراغ دارم که درخانه واملاک چند صغیر مشغول به کار است و با جان و دل برای صغار کار می‌کند و در خانه آنها همراه آنها می‌خورد و همه مخارجش از جیب صغیرهاست که پائینتر از حد «معروف» هم هست.وعملا و علنا مصداق «من کان فقیرا» هم می‌باشد.

اکنون ببینید کدام آیه وکدام حدیث با جزء، جزْ مطالب بالا ناسازگار است. بحث مفصل میرزا (قدس سره) وقتی قابل عنوان کردن است که «رابطه ولی با صغیر» را یک عنوان خاص و معاملهٔ خاص بدانیم که غیر از معاملات شناخته شده در اسلام باشد. شاید گفته شود که میرزا نیز به «اجرت» معتقد است ولی باید دانست که میرزا با تکیه بر این آیه واحادیث مربوطه چنین نظری را می‌دهد نه اساس اصول و فروع مسلم که شامل معاملات عموم مسلمین هستند از آن جمله معاملات با اموال صغیر.

گویا منشاء اینهمه مباحث پیچ اندر پیچ دو چیز است:

الف: وصیت موصی در تعیین اجر مشخص برای ولی .

ب: تعیین یک کارپرداز یا کارگزارازجانب حاکم وعدول‌مومنین‌برای‌اداره‌امورایتام با اجرو مزد مشخص، که حقیقت هر دو مورد، بیان گردید و هیچکدام از آنها ولی نیستند هر چندی که ولی نامیده شوند.

عامل دیگری که می‌تواند موثرتر از دو عامل بالا باشد این است که موردی، مصداقی ومثال مشخصی برای عنوان «فقیری که خودش را وقف صغار کندبه نظر بعضی از بزرگان نرسیده باشد و لذا بحث را بر روال دیگر انداخته‌اند... و با مثالی که در بالا بیان گردید این مشکل حل می‌شود.

شخصی کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی بطور مجانی برای صغیر کار می‌کند خواه ولی باشد یا شخص دیگرنان چاشتی (مثلاً) یا نان نهار را از مال صغیر می‌خورد، خوردنش «امتاع» است نه تملیک و همین طور کسی که خودش را وقف (حبس) کرده برای امور صغیر- همان مثال بالا- نیز به صورت امتاع از مال صغیر گذران می‌کند نه به صورت تملیک.او «فقیر» به معنای اتم کلمه است و مالی در دنیا ندارد.

۱: و در نسخه:... و از باب تصرف عدول مؤمنین درحین تعذر که حاکم شرع نبوده.

چیز است؟

جواب: در مسئله اولی ظاهر این است که قول صغیر مقدم است با یمین. و در مسئلهٔ ثانیه قول مشتری مقدم است با یمین. و در مسئلهٔ ثالثه نیز قول صغیر مقدم است با یمین. و هرگاه عالم به حال نباشد و همین گوید که «فلان کس که ولایت شرعی او ثابت نیست تصرف در مال من کرده» این در حکم غاصب است و [اگر] مشتری بر او ادعای علم کند، قسم او قسم «نفی‌العلم» خواهد بود.

و در مسئلهٔ رابعه قول مشتری مقدم است با یمین، علی‌الاظهر. و در کتاب قضای همین مجموعه اشاره به این مسئله شده با مأخذ.

۲۱۳: سوال: والد صغیر مال صغیر را می‌تواند مصالحه نماید یا نه؟

جواب: هرگاه مصلحت صغیر را درآن داند، بلی می‌تواند.

۲۱٤: سئوال: از زید سه نفر اولاد مانده که یکی از آن سه نفر ذکور می‌باشد و دو نفر دیگر اناث. و یکی از آن دو اناث مدت پنجاه سال است که مفقودالخبر می‌باشد. و حال قدری مال از او به جامانده و بر سبیل اجرت در تصرف برادرزادهٔ او می‌باشد. و حال بفزمایند که مال آن دختر را می‌توانند تقسیم نمایند یا خیر؟ و بر فرض اینکه تقسیم توانند کرد، آیا برادر آن دختر مفقودالخبر از برادرزاده‌اش ادعای اجرت مدت مذکوره را می‌تواند کرد یا نه؟

جواب: مفقودالخبر را باید به اطلاع مجتهد عادل چهار سال در چهار جانب تفحص از او کرد. هرگاه هیچ خبری نشد اموال او را میانهٔ ورثه قسمت می‌کنند. و مادامی که غایب است و خبر از او نرسیده، ولی او حاکم شرع است. یعنی مجتهد عادل مال او را باید به دست امینی بدهد که محافظت کند بر سبیل مصلحت. و منافع آن را ضبط کند تا خبری از او برسد یا از عمر او آنقدر بگذرد که درعادت آن زمان غالباً کسی بیش از آن عمر نمی‌کند. آنوقت مابین وراث قسمت می‌کنند. و عمر عادی را بعضی تحدید کرده‌اند به صد و بیست سال. و دور نیست که صد سال هم کافی باشد.

و اگر دسترس به مجتهد عادل نباشد عدول مؤمنین مال غایب را ضبط کنند و به

هرکی امین دانند بسپارند.

۲۱۵: سئوال: شخصی آبی از چند نفر خریداری نمود که صغیر هم شرکت درآن آب داشته، و مشتری گفتگوی رسدِ صغیر را نموده که بدون اذن ولـی صغیـر، است. و اشخـاص بایعین چیزی که گنجایش [آن در] قیمت وقت اضافه بر قیمت آب رسدِ صغیر است، تـنخواه قرارداده که به او رد نمایند. آن بیع صحت دارد؟ و غسل کردن و وضوساختن به آن به جهت مشتری صحیح است یانه؟ و بر فرض صحت، الحال چه باید کرد؟

جواب: تصرف در مال صغیر بدون اذن ولی شرعی جایز نیست. وهرگاه ولـی شرعـی نباشد حاکم شرع ولی اوست یعنی مجتهد عادل. وهرگاه دسترس نباشد عدول مـومنین بـر وجه مصلحت می‌توانند تصرف در مال او کرد. هرگاه به یکی از این وجوه مـعامله واقـع شده معامله صحیح است، ووضو وغسل به آن آب، صحیح. والا باطل. ووضو وغسل صورتی ندارد مگر بر نهج معتاد از سر نهر، یا به قدر حاجت در این امور برداشتن. چنانکه در سایر آبـهای غصبی ، وآنهم برای غیر غاصب. واز برای غاصب صورتی ندارد.

۲۱۶: سوال: هرگاه صبی بگوید که برای من انزال اتـفاق مـی‌افتد، وبـلوغ او از غـیر جهت انزال معلوم نباشد، به محض ادعای انزال، قول او مسموع است وعقد او مـمضی است؟ یا باید به ثبوت شرعی برسد؟.

جواب: مادامی که نزاعی در میان نباشد ظاهر این است که قـول او مـسموع است در حق خودش ودر حق کسی که تصدیق او کند. اما هرگاه نزاع در میان باشد وخصم او مـنکر باشد اظهر این است که قول او مسموع نیست.

۲۱۷: سوال: هرگاه بلوغ صبی ثابت شود ورشدی ثابت نباشد واحدی را وکـیل کـند که زنی برای او عقد کند. آن عقد صحیح است یا نه ؟-؟. وهرگاه عـدم رشدش ثـابت بـاشد [چطور؟.] بیان فرمایند.

جواب: در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد اگر اختیار تصرف با او باشد تضییع مال می‌کند. از برای ولی هم امضای توکیل وعقد او جایز نیست. وعقدی کـه بـشود آن عـقد از اصل باطل است. وظاهر این است که در صورت تشکیک در حصول رشد وعدم رشد، هم در

حکم غیر رشید است. بلی استثنا کرده‌اند صورتی را که غیر رشید مضطر [1] ومحتاج باشد به عقد نکاح، پس در این صورت جایز است که ولی او را تزویج کند واذن بدهد در نکاح بر وفق مصلحت. وبعضی شرط کرده‌اند تعیین زوجه را. وبعضی شرط نکرده‌اند وگفته‌اند که هرگاه بدون اذن ولی بکند هم عقد صحیح است ولکن در مهر رجوع می‌شود به مهر المثل وآنچه زیادتر کرده آن زیادتی باطل است.

۲۱۸: سوال: هرگاه عاقدی فهمیده باشد که صبی مادامی که بلوغ ورشدش به ثبوت شرعی نرسیده باشد نمی‌توان عقد وکالتی جهت او کرد. وصبی که ولی شرعی ندارد وشخصی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند (باوجودی که به حسب انبات وسن بالغ نیست، واز او سوال شود که انزال شده بگوید بلی) وزنی را برای او عقد کند. وبعد از مقاربت بگوید انزالم نشده بود ودروغ گفتم. واحتمال می‌رود که فرق میان انزال وتغوط نکرده باشد. آیا این عقد صحیح است یا باطل ؟-؟. وبر هر تقدیر مهر زوجه می‌رسد یا نه ؟-؟.

جواب: چون قول او در اول مسموع است (چون مدعی در مقابل ندارد) وتوکیل وعقد او محکوم به صحت است- در صورتی که رشید باشد- پس بر او لازم است که حقوق زوجیت را به عمل آورد. واینکه الحال می‌گوید دروغ گفتم، رفع حقوق زوجیت نمی‌کند. هرچند مؤاخذ باشد برآنچه برخودش لازم می‌آید.

۲۱۹: سوال: در صورت مزبوره، بعد از عقد وزفاف معلوم شده که داخل در سال چهارده شده بوده وعاقد مقلد آن قبله‌گاه باشد آیا این عقد صحیح است یا نه ؟-؟. هرچند رای عالی در بلوغ (در **مرشد العوام** اشاره شده است که اقوی) تمام شدن پانزده سال است.

جواب: در اینجا اعتقاد بر ادعای انزال بود نه بر سن. وظهور خلاف نظر به سن، مضر نیست.

۱: بعضی‌ها لفظ «مضطر» را نیاورده‌اند وبه عبارت «احتیاج ومصلحت» بسنده کرده‌اند.

۲۲۰: سوال: اذا اراد ولی الصغیر والصغیره الجمع بین اموالهما لیسهل علیه الامر فی المعاملة لهما. وکان لهما مال مشترک بینهما مجهول القدر فی کیس، ومال مختص بکل واحد منهما فی کیسین لا یعلم مقدارهما ایضا. فاراد ان یاخذ من الکیسین اثلاثا ویصب علی الکیس المشترک. و بنی علی ان یاخذ علی التدریج، فاخذ من الکیس المختص بالصغیره عشرة دراهم بارادة ان یاخذ بعده من المختص بالصغیر عشرین وصب علی المشترک. واتفق حین الصب انه کان تسعة ولا یدری ان الاشتباه هل وقع حین الاخذ او حین الصب (؟-؟) فما تکلیفه؟ وما وجه الاستخلاص؟.

جواب: مقتضی اصل العدم کون ما اخذ[ها] تسعة. ولکن اذا کان مقصرا او اراد الاحتیاط یدخل درهما فی المشترک (لیتم العشرة) من مال نفسه. ویاخذ العشرین من المختص بالصغیر وینقله الی مجموع الصغیرین حسبتا بعنوان الهبة او المصالحة علی سبیل الترديد بان یقصد فی النقل نقله الی الصغیرة - لو کان الدراهم تسعة فی نفس الامر- لتحصیل المثالثة بینهما. او الیهما معا اثلاثا لو کان الدراهم عشرة. والظاهر ان مثل هذا الترديد غیر مضر فی الانشاء[1]

۲۲۱: سوال: چه می‌فرمایند در اینکه کسی غایبی قدری قرض داشته. وخانه وباغچه دارد که در آن خانه شخص حاضری شریک است. وطلبکار غایب به خدمت ملازمان عالی عرض نموده وملازمان سرکار فرموده بودند که عالیجناب مقدس القاب آقا سید مهدی مبایعهٔ خانه نموده دین او را بعد از ثبوت وقسم ادا نماید. وشرکای خانه که حاضرند مدتی است که احتیاج به قیمت خانه دارند ومی‌خواهند که بفروشند وبه علت آنکه مبادا ضرر به مال غایب برسد به علت شراکت شخص خارج، نفروخته‌اند. ودر این اوقات شرکای حاضر نیز کمال احتیاج به مبایعه دارند. وخانهٔ غایب هرگاه کلا فروخته شود علاوه بر دینی است که دارد. وآقا سید مهدی از علاوه احتیاط می‌کند که بفروشد وقدر دین را نیز به این علت

۱: ولعله «غیر مضر ان شاء الله». لان عمله قد یصح من دون انشاء ایضا.

احتیاط می‌کند که هرگاه فروخته شود ضرر به آن باقی خواهد رسید یعنی موجب تلف مال غایب که باقی می‌ماند می‌شود. هرگاه کلا فروخته شود مال غایب می‌توان عوض آن خانه ابتیاع نموده در مکان مناسبی که علی‌الظاهر مال غایب تلف نشود. به اینخصوص واجب بود که عرض شود که به هر نحو خدام عالی صلاح دانند مقرر فرمایند که مبایعه را نموده باشند که حق هیچیک از میان نرود.

جواب: اما حکایت بیع شرکا حصهٔ خود را به جهت احتیاج وضرورت: پس مانعی از آن نیست. و حق تعالی نفرموده است که به سبب خوف از تضرر غایب (که شریک است در آن خانه) حاضرین در مال خود تصرف نکنند با کمال احتیاج. و چون ولی غایب حاکم شرع است در این صورت که شرکا حصه خود را فروخته، هرگاه مصلحت غایب را در این داند که خانه او را بفروشد و عوض آن خانه دیگر یا آنچه صلاح غایب است چنان کند و آن را محافظت کند. و هرگاه مصلحت داند به همان نحو شراکت برحال خود بگذارد.

و اما حکایت طلبکارهای غایب: باز باید حاکم شرع بعد از اثبات و قسم استظهاری، از مال غایب ادا کند. بلی اشکال در این است که چون خانه او از مستثنیات دین است، بیع آن جایز نباشد. و هرچند که اصل مسئله فی‌الجمله محل اشکال نیست و لیکن آنچه مستفاد می‌شود از اکثر احادیث و ظاهر فتاوی این است که محل سکنی و مسقط راس و ظل راس را استثنا کرده‌اند، چون مدیون محتاج است به آن. و اخبار منصرف نمی‌شود به خانه[ای] که بهیچوجه منتفع از [آن] خانه از برای سکنی بالفعل نمی‌شود. خصوصا در مفقودالخبری که قریب به یاس باشد.

با وجود اینکه از فتاوی علما و بعض اخبار ظاهر می‌شود که خانه[ای] که از آن باب باشد که به بعض آن رفع حاجت می‌شود- یا هرگاه بفروشند و به بعض قیمت آن، خانه بتوان خرید که رفع حاجت بکند- در این صورت آن قدر علاوه بر قدر حاجت را می‌فروشند و تتمه را برای سکنی می‌گذارند. یا خانه[ای] که رفیع است و صاحب قیمت بسیار، می‌فروشند و خانه[ای] که قیمت آن سبکتر است می‌گیرند. و مقتضای عمومات وجوب وفای دیون هم این است. و از صورت سوال ظاهر می‌شود که باغچه هم دارد، و این محل سکنی که داخل

مستثنیات دین باشد هرگاه سکنی به وقتی بر آن نداشته باشد.[1]

و ایضا: درصورتی که بعد از بیع سایر شرکا، بقای حصه غایب در مال مشترک منشاء ضرر می‌شود به غایب، و گفتیم حاکم شرع می‌تواند فروخت. دلیل بر لزوم خریدن خانه دیگر به قیمت آن نیست. و آنچه مستثنی است از دین، خود مسکن است نه قیمت آن، که الحال مال غایب پول است نه خانه. خصوصا هرگاه توان اقل مایقنع در سکنی به آن خرید و ادای دین او هم بشود. پس همه اطراف را ملاحظه باید کرد. و اضرار به شرکا از برای صرفه غایب نکرد. خصوصا با وجود دین ثابت.

پس به قدر مقدور جمع مابین حقوق ثلاثه هرگاه بشود فنعم‌الاتفاق. و هرگاه ممکن نشد حق حاضرین که بیع حصه ایشان است مقدم است. چون آلت معطله ندارد. و بعد از آن در مال غایب و ادای دین او به مقتضای آنچه مذکور شد معمول دارند.

۱: اگر مراد از «خانه و باغچه» همان «خانه باغچه»- بدون حرف واو- باشد معنای باغچه، آن یکی روکرت است که درحیاط خانه می‌باشدبی‌تردید برداشت میرزا از متن سوال غیر از این است.