



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

حَدِيثُ الْبُشَيْرِ

جلد دوم

تأليف

المحقق القبيصة

الإمام أبو بصير الجعفي

١٣٧١ - ١٣٥١



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع الشتات

نویسنده:

ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی میرزای قمی

ناشر چاپی:

کیهان

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۲۲	جامع شتات جلد ۲
۲۲	مشخصات کتاب
۲۲	اشاره
۲۶	فهرست
۲۷	استدراک
۲۹	کتاب التجاره
۲۹	کتاب التجاره من المجلد الاول
۲۹	۱- سوال:
۲۹	جواب:
۳۰	۲- سوال:
۳۰	جواب:
۳۰	۳- سوال:
۳۰	جواب:
۳۰	۴- سوال:
۳۰	جواب:
۳۰	۵- سوال:
۳۰	جواب:
۳۲	۶- سوال:
۳۲	جواب:
۳۴	۷- سوال:
۳۴	جواب:
۳۵	۸- سوال:
۳۵	جواب:
۳۶	۹- سوال:
۳۶	جواب:
۳۶	۱۰- سوال:

جواب: ۳۶

۱۱- سوال: ۳۶

جواب: ۳۷

۱۲- سوال: ۳۷

جواب: ۳۷

۱۳- سوال: ۳۷

جواب: ۳۷

۱۴- سوال: ۴۱

جواب: ۴۱

۱۵- سوال: ۴۱

جواب: ۴۱

۱۶- سوال: ۴۱

جواب: ۴۱

۱۷- سوال: ۴۱

جواب: ۴۲

۱۸- سوال: ۴۲

جواب: ۴۲

۱۹- سوال: ۴۲

جواب: ۴۲

۲۰- سوال: ۴۲

جواب: ۴۲

۲۱- سوال: ۴۳

جواب: ۴۵

۲۲- سوال: ۴۹

جواب: ۴۹

۲۳- سوال: ۵۶

جواب: ۵۶

۲۴- سوال: ۵۶

جواب: ۵۷

سوال: ۲۵- ۵۷

جواب: ۵۷

سوال: ۲۶- ۵۸

جواب: ۵۸

سوال: ۲۷- ۵۸

جواب: ۵۸

سوال: ۲۸- ۶۰

جواب: ۶۰

سوال: ۲۹- ۶۰

جواب: ۶۰

سوال: ۳۰- ۶۰

جواب: ۶۰

سوال: ۳۱- ۶۱

جواب: ۶۱

سوال: ۳۲- ۶۲

جواب: ۶۳

سوال: ۳۳- ۶۳

جواب: ۶۳

سوال: ۳۴- ۶۳

جواب: ۶۳

سوال: ۳۵- ۶۳

جواب: ۶۴

سوال: ۳۶- ۶۶

جواب: ۶۶

سوال: ۳۷- ۶۶

جواب: ۶۷

سوال: ۳۸- ۷۱

۷۱

جواب:

۷۸ سوال: ۳۹

۷۹ جواب:

۸۲ سوال: ۴۰

۸۳ جواب:

۸۳ سوال: ۴۱

۸۳ جواب:

۸۴ سوال: ۴۲

۸۴ جواب:

۸۵ سوال: ۴۳

۸۵ جواب:

۸۵ سوال: ۴۴

۸۵ جواب:

۸۶ سوال: ۴۵

۸۶ جواب:

۸۷ سوال: ۴۶

۸۷ جواب:

۸۸ سوال: ۴۷

۸۸ جواب:

۸۹ سوال: ۴۸

۹۰ جواب:

۹۰ سوال: ۴۹

۹۰ جواب:

۹۰ سوال: ۵۰

۹۰ جواب:

۹۳ سوال: ۵۱

۹۴ جواب:

۹۵ سوال: ۵۲

جواب:

۹۵

۵۳- سوال: ۹۵

جواب: ۹۶

۵۴- سوال: ۹۷

جواب: ۹۷

۵۵- سوال: ۹۷

جواب: ۹۸

۵۶- سوال: ۹۸

جواب: ۹۸

۵۷- سوال: ۹۸

جواب: ۹۸

۵۸- سوال: ۹۹

جواب: ۹۹

۵۹- سوال: ۹۹

جواب: ۹۹

۶۰- سوال: ۹۹

جواب: ۹۹

۶۱- سوال: ۱۰۰

جواب: ۱۰۲

کتاب التجاره من المجلد الثاني

اشاره: ۱۰۳

۶۲- سوال: ۱۰۳

جواب: بدان که: چون لفظ قبض در کلمات الهی و معصومین (علیه السلام) در احکام شرعی وارد شده (در بعض جاها به عنوان شرط صحت یا لزوم، مثل رهن و هبه، و در بعض دیگر ۱۰۳

۶۳- سوال: ۱۱۱

جواب: ۱۱۱

۶۴- سوال: ۱۱۳

جواب: ۱۱۳

۶۵- سوال: ۱۱۴

- ۱۱۴ جواب:
- ۱۱۵ - سوال: ۶۶
- ۱۱۵ - جواب:
- ۱۱۵ - سوال: ۶۷
- ۱۱۵ - جواب:
- ۱۱۹ - سوال: ۶۸
- ۱۱۹ - جواب:
- ۱۲۰ - سوال: ۶۹
- ۱۲۰ - جواب:
- ۱۲۱ - سوال: ۷۰
- ۱۲۱ - جواب:
- ۱۲۳ - سوال: ۷۱
- ۱۲۳ - جواب:
- ۱۲۳ - سوال: ۷۲
- ۱۲۴ - جواب:
- ۱۲۶ - سوال: ۷۳
- ۱۲۷ - جواب:
- ۱۲۸ - سوال: ۷۴
- ۱۲۸ - جواب:
- ۱۳۵ - سوال: ۷۵
- ۱۳۶ - جواب:
- ۱۴۱ - سوال: ۷۶
- ۱۴۱ - جواب:
- ۱۴۲ - سوال: ۷۷
- ۱۴۲ - جواب:
- ۱۴۲ - سوال: ۷۸
- ۱۴۲ - جواب:
- ۱۴۲ - سوال: ۷۹

۱۴۳ جواب:

۱۴۳----- سوال: ۸۰-

۱۴۴----- جواب:

۱۴۵----- سوال: ۸۱-

۱۴۵----- جواب:

۱۴۵----- سوال: ۸۲-

۱۴۵----- جواب:

۱۴۷----- سوال: ۸۳-

۱۴۷----- جواب:

۱۴۸----- سوال: ۸۴-

۱۴۸----- جواب:

۱۴۹----- سوال: ۸۵-

۱۴۹----- جواب:

۱۵۳----- سوال: ۸۶-

۱۵۳----- جواب:

۱۵۴----- سوال: ۸۷-

۱۵۴----- جواب:

۱۵۴----- سوال: ۸۸-

۱۵۴----- جواب:

۱۵۵----- سوال: ۸۹-

۱۵۵----- جواب:

۱۵۵----- سوال: ۹۰-

۱۵۵----- جواب:

۱۶۰----- سوال: ۹۱-

۱۶۱----- جواب:

۱۶۳----- سوال: ۹۲-

۱۶۴----- جواب:

۱۶۷----- سوال: ۹۳-

- ۱۶۷ جواب:
- ۱۶۷ سوال: ۹۴-
- ۱۶۸ جواب:
- ۱۶۸ سوال: ۹۵-
- ۱۶۸ جواب:
- ۱۶۹ سوال: ۹۶-
- ۱۶۹ جواب:
- ۱۶۹ سوال: ۹۷-
- ۱۶۹ جواب:
- ۱۶۹ سوال: ۹۸-
- ۱۷۰ جواب:
- ۱۷۴ سوال: ۹۹-
- ۱۷۴ جواب:
- ۱۷۵ سوال: ۱۰۰-
- ۱۷۵ جواب:
- ۱۷۵ سوال: ۱۰۱-
- ۱۷۵ جواب:
- ۱۸۵ سوال: ۱۰۲-
- ۱۸۶ جواب:
- ۱۸۶ سوال: ۱۰۳-
- ۱۸۶ جواب:
- ۱۸۶ سوال: ۱۰۴-
- ۱۸۶ جواب:
- ۱۸۶ سوال: ۱۰۵-
- ۱۸۷ جواب:
- ۱۸۷ سوال: ۱۰۶-
- ۱۸۷ جواب:
- ۱۸۷ سوال: ۱۰۷-

- ۱۸۸ جواب:
- ۱۸۸-----: ۱۰۸- سوال:
- ۱۸۸-----: جواب:
- ۱۸۸-----: ۱۰۹- سوال:
- ۱۸۸-----: جواب:
- ۱۸۸-----: ۱۱۰- سوال:
- ۱۹۰-----: جواب:
- ۱۹۳-----: ۱۱۱- سوال:
- ۱۹۳-----: جواب:
- ۱۹۴-----: ۱۱۲- سوال:
- ۱۹۴-----: جواب:
- ۲۰۴-----: ۱۱۳- سوال:
- ۲۰۴-----: جواب:
- ۲۰۵-----: ۱۱۴- سوال:
- ۲۰۶-----: جواب:
- ۲۰۸-----: ۱۱۵- سوال:
- ۲۰۸-----: جواب:
- ۲۰۹-----: ۱۱۶- سوال:
- ۲۰۹-----: جواب:
- ۲۱۰-----: ۱۱۷- سوال:
- ۲۱۱-----: جواب:
- ۲۱۵-----: ۱۱۸- سوال:
- ۲۱۵-----: جواب:
- ۲۲۵-----: ۱۱۹- سوال:
- ۲۲۵-----: جواب:
- ۲۲۷-----: ۱۲۰- سوال:
- ۲۲۸-----: جواب:
- ۲۲۸-----: ۱۲۱- سوال:

٢٢٨ جواب:

٢٢٨ سؤال: ١٢٢-

٢٢٨ جواب:

٢٢٣ سؤال: ١٢٣-

٢٢٤ جواب:

٢٤٢ السؤال: ١٢٤-

٢٤٢ الجواب:

٢٤٤ سؤال: ١٢٥-

٢٤٤ جواب:

٢٤٧ سؤال: ١٢٦-

٢٤٧ جواب:

٢٤٧ سؤال: ١٢٧-

٢٤٧ جواب:

٢٤٨ سؤال: ١٢٨-

٢٤٨ جواب:

٢٤٨ سؤال: ١٢٩-

٢٤٨ جواب:

٢٤٩ كتاب التجاره من المجلد الثالث

٢٤٩ اشاره

٢٤٩ سؤال: ١٣٠-

٢٤٩ جواب:

٢٥٠ سؤال: ١٣١-

٢٥٠ جواب:

٢٥١ سؤال: ١٣٢-

٢٥١ جواب:

٢٥٢ سؤال: ١٣٣-

٢٥٣ جواب:

٢٥٤ سؤال: ١٣٤-

- ۲۵۴ جواب: ۱۳۵-سوال: ۲۵۵
- ۲۵۶ جواب: ۱۳۶-سوال: ۲۵۸
- ۲۵۸ جواب: ۱۳۷-سوال: ۲۶۰
- ۲۶۰ جواب: ۱۳۸-سوال: ۲۶۱
- ۲۶۱ جواب: ۱۳۹-سوال: ۲۶۱
- ۲۶۱ جواب: ۱۴۰-سوال: ۲۶۲
- ۲۶۳ جواب: ۱۴۱-سوال: ۲۶۳
- ۲۶۳ جواب: ۱۴۲-سوال: ۲۶۳
- ۲۶۳ جواب: ۱۴۳-سوال: ۲۶۴
- ۲۶۵ جواب: ۱۴۴-سوال: ۲۶۶
- ۲۶۶ جواب: ۱۴۵-سوال: ۲۶۶
- ۲۶۶ جواب: ۱۴۶-سوال: ۲۶۶
- ۲۶۶ جواب: ۱۴۷-سوال: ۲۶۶
- ۲۶۷ جواب: ۱۴۸-سوال: ۲۶۹

- ۲۶۹ جواب: ۱۴۹- سوال: ۲۶۹
- ۲۶۹ جواب: ۱۵۰- سوال: ۲۷۰
- ۲۷۰ جواب: ۱۵۱- سوال: ۲۷۰
- ۲۷۰ جواب: ۱۵۲- سوال: ۲۷۳
- ۲۷۳ جواب: ۱۵۳- سوال: ۲۷۶
- ۲۷۶ جواب: ۱۵۴- سوال: ۲۷۹
- ۲۷۹ جواب: ۱۵۵- سوال: ۲۸۱
- ۲۸۱ جواب: ۱۵۶- سوال: ۲۸۲
- ۲۸۲ جواب: ۱۵۷- سوال: ۲۸۳
- ۲۸۳ جواب: ۱۵۸- سوال: ۲۸۴
- ۲۸۵ جواب: ۱۵۹- سوال: ۲۸۵
- ۲۸۵ جواب: ۱۶۰- سوال: ۲۸۵
- ۲۸۵ جواب: ۱۶۱- سوال: ۲۸۶
- ۲۸۶ جواب: ۱۶۲- سوال: ۲۸۸

٢٨٨ جواب:

٢٨٨-----: ١٦٣- سوال:

٢٨٩-----: جواب:

٢٩٣-----: ١٦٤- سوال:

٢٩٣-----: جواب:

٢٩٧-----: ١٦٥- سوال:

٢٩٧-----: جواب:

٢٩٨-----: ١٦٦- سوال:

٢٩٨-----: جواب:

٢٩٩-----: ١٦٧- سوال:

٣٠٠-----: جواب:

٣٠١-----: ١٦٨- سوال:

٣٠١-----: جواب:

٣٧٠-----: ١٦٩- سوال:

٣٧٠-----: جواب:

٣٨٣-----: ١٧٠- سوال:

٣٨٣-----: جواب:

٣٩١-----: ١٧٤- سوال:

٣٩٢-----: جواب:

٣٩٢-----: ١٧٢- سوال:

٣٩٢-----: جواب:

٤١١-----: ١٧٣- سوال:

٤١١-----: جواب:

٤١٦-----: ١٧٤- سوال:

٤١٧-----: جواب:

٤١٧-----: ١٧٥- سوال:

٤١٨-----: جواب:

٤١٨-----: ١٧٦- سوال:

٤١٨ جواب:

٤٢٠ سوال: ١٧٧

٤٢٠ جواب:

٤٢٠ سوال: ١٧٨

٤٢١ جواب:

٤٣٤ سوال: ١٧٩

٤٣٤ جواب:

٤٤٢ سوال: ١٨٠

٤٤٢ جواب:

٤٤٥ كتاب الرهن

٤٤٥ سوال: ١٨١

٤٤٥ جواب:

٤٤٥ سوال: ١٨٢

٤٤٥ جواب:

٤٤٥ سوال: ١٨٣

٤٤٤ جواب:

٤٨٠ سوال: ١٨٤

٤٨٠ جواب:

٤٨١ سوال: ١٨٥

٤٨١ جواب:

٤٨١ سوال: ١٨٦

٤٨١ جواب:

٤٨٢ سوال: ١٨٧

٤٨٢ جواب:

٤٨٣ سوال: ١٨٨

٤٨٣ جواب:

٤٨٤ سوال: ١٨٩

٤٨٤ جواب:

٤٨٤

١٩٠- سؤال:

٤٨٤ جواب:

٤٨٧ كتاب الحجر و التفلّيس

٤٨٧ ١٩١- سؤال:

٤٨٧ جواب:

٤٨٧ ١٩٢- سؤال:

٤٨٧ جواب:

٤٨٧ ١٩٣- سؤال:

٤٨٨ جواب:

٤٨٨ ١٩٤- سؤال:

٤٨٨ جواب:

٤٨٩ ١٩٥- سؤال:

٤٨٩ جواب:

٤٨٩ ١٩٦- سؤال:

٤٨٩ جواب:

٤٩٢ ١٩٧- سؤال:

٤٩٢ جواب:

٤٩٣ ١٩٨- سؤال:

٤٩٣ جواب:

٤٩٣ ١٩٩- سؤال:

٤٩٣ جواب:

٤٩٣ ٢٠٠- سؤال:

٤٩٤ ٢٠١- سؤال:

٤٩٤ جواب:

٤٩٤ ٢٠٢- سؤال:

٤٩٥ جواب:

٤٩٥ ٢٠٣- سؤال:

٤٩٥ جواب:

۴۹۶

سوال: ۲۰۴

۴۹۶ جواب:

۴۹۸ سوال: ۲۰۵

۴۹۸ جواب:

۴۹۹ سوال: ۲۰۶

۴۹۹ جواب:

۵۰۱ سوال: ۲۰۷

۵۰۲ جواب:

۵۰۳ سوال: ۲۰۸

۵۰۳ جواب:

۵۰۶ سوال: ۲۰۹

۵۰۶ جواب:

۵۰۷ سوال: ۲۱۰

۵۰۷ جواب:

۵۰۸ سوال: ۲۱۱

۵۰۸ جواب:

۵۲۳ سوال: ۲۱۲

۵۲۵ جواب:

۵۲۵ سوال: ۲۱۳

۵۲۵ جواب:

۵۲۵ سوال: ۲۱۴

۵۲۵ جواب:

۵۲۶ سوال: ۲۱۵

۵۲۶ جواب:

۵۲۶ سوال: ۲۱۶

۵۲۶ جواب:

۵۲۶ سوال: ۲۱۷

۵۲۶ جواب:

۵۲۸

سوال-۲۱۸:

جواب: ۵۲۸-----

سوال-۲۱۹: ۵۲۸-----

جواب: ۵۲۸-----

سوال-۲۲۰: ۵۲۹-----

جواب: ۵۲۹-----

سوال-۲۲۱: ۵۲۹-----

جواب: ۵۳۰-----

درباره مرکز: ۵۳۲-----

سرشناسه: میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۱۵۱-۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: جامع الشتات / تالیف ابوالقاسم قمی؛ با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی.

مشخصات نشر: تهران: کیهان، ۱۳-.

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: ۳۲۰۰ ریال (ج. ۱)؛ ۳۷۰۰ ریال (ج. ۲)؛ ۸۰۰۰ ریال (ج. ۳)؛ ۱۵۰۰۰ ریال (ج. ۴).

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۳۷۵.

یادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۱ (چاپ اول: بهار ۱۳۷۱).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده: رضوی، مرتضی، ۱۳۱۰-، مصحح

رده بندی کنگره: BP۱۸۳/۹ م/۹۴ ج ۲ ۱۳۰۰ ی

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۷-۳۹۵۴

ص: ۱

جامع الشتات جلد دوم

تالیف: المیرزا القمی

تصحیح: مرتضی رضوی

ص: ۲

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٣

فهرست

صفحه

عنوان

۱

استدراك

۳

كتاب التجارة من المجلد الاول

۷۲

كتاب التجارة من المجلد الثاني

۲۱۵

كتاب التجارة من المجلد الثالث

۴۳۱

كتاب الرهن

۴۵۳

كتاب الحجر والتفليس من المجلد الاول

۴۶۷

كتاب الحجر والتفليس من المجلد الثاني

۴۹۳

كتاب الحجر والتفليس من المجلد الثالث

هفت

استدراک

در آغاز جلد دوم لازم است نکاتی را - نه به عنوان مقدمه بل به عنوان استدراک از مقدمه جلد اول - 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 پر ارزش انجام یافته همه را می توان ویرایش نامید.

۲: در یک مورد در خود لفظ متن، تغییر داده شده که عبارت است از کلمه های "دویم" و "سیم" که به "دوم" و "سوم" تبدیل شده اند. 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 و از 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

ص: ۱

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

ص: ۲

۱- سوال:

۱- سوال: چه می فرمایند در خصوص زوجهء زید، قطعه ملکی داشته و زوج خود را وکیل نموده در فروختن ملک مزبور و زوجهء 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 ورثهء او عالم به مراتب مرقومه شده که غبن فاحش داشته و به ثبوت هم میرسانند که در وقت فروختن، مغبون بوده اند. آیا می رسد ورثهء او را که انتزاع ملک از ید مشتری نمایند؟ و منافع این سنوات گذشته را هم می توانند نمود یا نه؟

جواب:

جواب: امثال این مسائل محتاج است به مرافعهء 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. مثلاً 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 بینه و شهود و یا قسم، معلوم کند. و همچنین هر گاه 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 هر گاه 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 مسئله ها بدون مرافعهء حاکم طی نمی شود ودعوی اجرت المثل در صورت مرقومه ظاهرا صورتی ندارد. والله اعلم.

۲- سوال:

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

جواب:

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

۳- سوال:

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

جواب:

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

۴- سوال:

۴- سوال: بیع موزون، مثل حلقه یا گوشواره طلا بدون وزن صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: بیع موزون بدون وزن صحیح نیست و هر یک رجوع به مال خود می کنند.

۵- سوال:

۵- سوال: هر گاه ملکی فیما بین زید و عمرو، مشاعا مشترک بوده، زید غایب و عمرو، قدری از ملک مزبور را از بابت حصه خود فروخته، باغچه و عمارت که فیما بین ایشان نیز مشاعا مشترک بوده، به مشتری به درک داده که هر گاه کاشفی در معامله به هم رسد مشتری رجوع به درک نماید.

جواب:

جواب: فروختن مال مشاع بقدر الحصه ضرر ندارد و در تقسیم و تصرف در آن از جانب غایب، باید از حاکم شرع، یعنی

مجتهد جامع الشرايط مأذون باشد و اصل بيع، صحيح است. و اما آنچه به درك داده پس اگر اشكال در سؤال، از راه اشتراك با غايب است، پس اين درك بيمعنى است و اگر از راه اين است كه مبدا اصل بيع مستحق غير

ص: ۴

بر آید، پس اظهر آن است که درک دادن از مشاع صحیح است و مجرد تخلیه ید، در امور غیر منقوله به جهت صحت رهن، کافی است.

۶- سوال:

۶- سوال: هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را، مع یک من برنج مثلا یا مع یک توپ کرباس از شخصی گرفته است به عنوان قرض الحسنه، 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 هر گاه شخصی مقدار معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار ده دو (دو دهم) نفع قرار دهد به این نحو که منافع را با مقرض مصالحه کند؟

جواب:

جواب: هر گاه شخصی به کسی پنج تومان قرض الحسنه بدهد و اجلی و مدتی از برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی خلاف در لزوم آن است و شبهه ربا در اینجا راه ندارد، بلی در بیع متلین با تساوی، شرط مدت کردن ضرر دارد، چون اجل را قسطی از ثمن می باشد و ظاهرا در این هم خلافی نیست (آنچه نسبت به شیخ داده اند 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 معامله محاباتی، پس آن حرام است و قرض و معامله هر دو حرام است و هر گاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علیحده داده، و این معامله را علیحده کرده و قصد در معامله واقعه کرده باشند ظاهرا جایز است، هر چند داعی بر معامله در نفس الامر جلب نفع باشد، لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام است به ارتکاب بیع صحیح. و لکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا، بهتر از این، و از جمله آنها معامله محاباتی به شرط قرض است که عکس صورت مسئله است و از جمله آنها این است که پنج تومان پول طلا و نقره بدهد به شش تومان پول سیاه، و همچنین ظاهرا جایز است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس این (۱).

ص: ۵

۱- اصل این "چاره جوئی" و اینکه چنین چیزی در فقه ما هست مسلم است و از نظر حدیثی یک امر ثابت و بی تردید می باشد، زیرا در عصر امام باقر (علیه السلام) طرفداران مالک - رئیس یکی از مذاهب چهار گانه فقهی اهل تسنن - به عنوان انتقاد، از آن حضرت میپرسیدند "آیا این فرار از ربا نیست؟! " امام (علیه السلام) در پاسخ آنان میفرمود "نعم الفرار من الحرام الی الحلال": چه زیباست فرار از حرام بر حلال؟! پس اصل "حکم" - حکم بر جواز - فی الجمله برای همگان ثابت است. لیکن هر کسی در نحوه عملی آن، برداشت خاصی دارد و معمولا- در اجرای حکم بر "موضوع" دچار (باصطلاح فقهی) تفصیل شده اند و بعضیها نیز بطور مطلقا بر هر نوع فرار بوسیله ضمیمه حکم صحت را جاری می کنند. مرحوم میرزا در اینجا با یک نوع حساسیت دو راه را نشان میدهد: (۱) باید ضمیمه در مقابل 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 بر عکس.

در طول تاریخ فقه ما، همیشه یک اضطراب روحی و عدم اطمینان نفسی راجع به راه های تعیین شده و ارائه شده، بود. با اینکه نسبت به اصل حکم فی الجمله اطمینان قطعی داشته اند. امام خمینی (ره) با ارائه یک نظریه ابتکاری مسئله را بشکل خاصی حل می کند که بیگمان مبنای یک " اجماع " خواهد شد. بدین شرح: اگر کشاورزی گندم مرغوب و کشاورز دیگری گندم نا مرغوب 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 گندم ها را مبادله کنند فرد اول مغبون می شود و اگر فرد دوم مقداری گندم اضافه دهد ربا می شود (فرضا امکان راه دیگر هم غیر از مبادله نیست - در قدیم میان کشاورزان چنین اتفاقاتی بیشتر پیش می آمد) در این صورت صاحب گندم نامرغوب می تواند نقدی یا چیزی را بر گندم 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 می کنند که این، در حقیقت فرار از ربا نیست بلکه فرار از " مماثلث " است - رجوع کنید به " تحریر الوسیله " باب ربا مسئله شماره ۷، و نیز: امام خمینی: کتاب البیع: ج ۲ ص ۴۰۴ و ۴۰۵. مسئله دیگری که در اینجا قابل ذکر است این است: من در یکی از مقالات اقتصادی در یکی از مطبوعات دست اندر کاران 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 نمی توان میان این دو به تفصیل قائل شد؟. یکی از آقایان که اخیرا رساله اش را چاپ کرده نوشته است: اگر اجماع، نباشد:.... خلاصه اش این می شود 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 " نمی شود یعنی همان طور که خطاب " خمس بدهید " متوجه دولت نیست همان طور هم خطاب " ربا نگیرید " متوجه دولت نیست. و نیز همین خطاب به مردم می گوید که به همدیگر ربا و ربح اضافی ندهید و معلوم نیست که آنان را از ربح ربوی دادن به دولت نیز منع کرده باشد

ظاهر این است که قبض مجلس در صلح شرط نیست و مخصوص بیع است. و سؤال از مصالحه را نفهمیدم. اگر مراد نظیر همان سؤال اول است، جواب آن همان است که هر گاه 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.

۷-سوال:

۷-سوال: 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:

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 هر گاه بدون شرط، بهتر را بدهد در عوض زبون تر، ضرر ندارد و جمعی قایل به جواز شرط زیادتی در وصف شده اند و دلیل ایشان تمام نیست.

ص: ۶

۸ - سوال: هر گاه 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 هر گاه صیغه به بیع سلف جاری نشود منعقد می شود یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه بایع، قدرت بر خریدن آن جنس دارد و حرجی بر او لازم نمی آید آن جنس را بخرد و بدهد و اگر مقذور 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 غیر سلف، 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" می گویند هم کافی باشد. هر گاه 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 می تواند شد که "ایجاب" را بایع بگوید به این طریق: به تو

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. والله العالم.

۹- سوال:

۹- سوال: هر گاه ده من جو را، حال بدهند که ده من گندم یک ماه دیگر یا دو ماه دیگر بگیرند چه صورت دارد؟

جواب:

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

۱۰- سوال:

۱۰- سوال: منافع "بیع شرطی" را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل می توان 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:

جواب: هر گاه 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 هر گاه 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 ظاهرا در جواز اجاره دادن مبیع در ظرف یک سال و مصالحه منافع در این صورت، نیست و این شرط هم منافاتی با بیع ندارد و مخل و مفسد نیست. و اما هر گاه 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 نمی کند. لهذا در این صورت، الحال توقف دارم.

۱۱- سوال:

۱۱- سوال: شخصی را که ابواب کرده باشند والجاه مال خود را در معرض بیع در آورد، می توان مال او را خرید یا نه؟

جواب:

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

۱۲- سوال:

۱۲- سوال: ملکی را که "بیع شرط" نموده اند حاصل آن تعلق به مشتری دارد یا به بایع، هر چند که بایع فسخ نموده باشد مبیع را در آن وقت -؟

جواب:

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

۱۳- سوال:

۱۳- سوال: زید جنسی را می فروشد به مشتری و می گوید: نقدا یک عباسی و نسیه تا مدت شش ماه مثلا به سیصد دینار. آیا این جایز است و صحیح است یا باطل است؟

جواب:

جواب: در این مسئله خلاف است و اکثر علما بر بطلان این معامله اند و از جمله ایشان است شیخ در مبسوط. و اقوی و اظهر در نزد حقیر هم این است. و جمعی بر جواز و صحتند، و لکن می گویند آنچه بر مشتری لازم است اقل ثمنین است در انقضای اجل، و این مذهب شیخ است در نهاییه، و یحیی بن سعید در نزهه الالفاظ. و بعض متاخرین نسبت آن را به مفید (ره) و مرتضی (ره) نیز داده اند و کلام مفید، صریح در حرمت است. لکن گفته است که هر گاه چنین کاری را بکنند بر او لازم می شود 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 می شود 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 می کند که گفته است: "من باع باکثر سعر یومه مؤجلا فقدار بی" فرموده است: "هذا غیر صحیح و ما اظن ان بین الفقهاء خلافا فی جواز ذلک و انما المکره ان بیع الشئ بثمانین بقلیل ان کان الثمن نقدا و باکثر منه نسیه" بلکه این عبارت ظاهر در حرمت است، بلکه دور نیست که دعوی ظهور در بطلان کنیم به ملا حظئه مقابله با بیع ربوی. و این بنا بر این است که بیع ربوی را باطل دانیم. چنانکه مشهور علما بلکه اجماع است، چنانکه آخوند ملا احمد (ره) در احکام آیات نقل کرده و چنان نیست که ابو حنیفه گفته که همان زیادتی اسقاط می شود و در باقی صحیح است. و بیان ربوی این است که بگوییم که تراضی به اقل ثمنین واقع شده در اول، پس هر گاه قیمت زیادت را بدهد بعد از انقضای مدت ربا می شود، به جهت آنکه طلب او را زیاد داده از برابر آن زمان.

ولکن از شهید در دروس ظاهر می شود که صحیح است این معامله و اینکه نهی از این معامله وارد شده، به سبب حصول ربا است، ولکن گفته است که نهی دلالیت بر فساد نمی کند. و قول رابع هم در مسئله هست که قول "ابن براج" است و آن این است که بیع، باطل است. ولکن هر گاه 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 حلیت مال مسلم مگر از طیت نفس و اینکه تراضی واقع نشده است، بلکه قصد بیع هم نشده است و عقود تابع قصد است و قصد بیع به این نهج خاص هم نشده که اقل ثمنین در ابعاد اجلین باشد و بیع مثل نکاح نیست که بدون ذکر مهر، صحیح باشد و در اینجا فی الحقیقه 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 بالذات، و شرط کردم با تو که اگر نقد بیاوری آن قیمت غیر معین، این قدر باشد و اگر تا فلان مدت تأخیر کنی اینقدر باشد، یا در این معنی است که به نقد می فروشم اگر اینقدر بدهی و به نسیه فلان مدت می فروشم اگر نقد به این قدر ندهی و این نیز باطل است، به جهت آنکه تعلیق در انشاء عقد است و آن مبطل عقد است جز ما. پس حکم به صحت آن مخالف عقل و نقل است. و علاوه بر همه اینها از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) روایت شده از طریق خاصه و عامه "لا یحل صفقتان (۱) فی واحده" چنانکه ابن جنید نقل کرده و به همین معنی تفسیر کرده، و همچنین موثقه عمار عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: بعث (صلی الله علیه و آله) رجلا من اصحابه والیا فقال له: انی بعثتک الی اهل الله یعنی اهل مکه فانهم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ربح مالم (۲) یضمن. و روایت سلیمان بن صالح عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: نهی رسول الله (صلی الله علیه و آله) عن

ص: ۱۰

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

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام العقود باب ۱۰ ح ۶

سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و عن بیع ما لیس عندک و عن ربح ما لم (۱) یضمن. و اصحاب تفسیر کرده اند موثقه را به آنچه تفسیر کرده اند به او روایت سلیمان بن صالح را و تفسیر ایشان همین معنی هست که نزاع در او است. و استدلال کرده اند قائلین به جواز و صحت، به روایت سکونی عن ابی جعفر عن ابیه عن ابائه (علیه السلام) ان علیا (علیه السلام) قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذا و بالنسیه کذا فاخذ المتاع علی ذلك الشرط. فقال هو باقل الثمنین و ابعده الاجلین یقول لیس له الا اقل النقدین الی الاجل الذی اجله (۲) نسیه. و حسنه محمد بن قیس عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: قال امیر المؤمنین (علیه السلام): من باع سلعه فقال ان ثمنها کذا و کذا یدا بید او ثمنها کذا و کذا نظره فخذها بای ثمن شئت، و جعل صفقتها واحده، فلیس له الا اقلهما و ان (۳) کانت نظره. و این حدیث در تهذیب و کافی و فقیه روایت شده و در کافی بعد از آن مذکور است که: قال: قال: من ساوم بثمانین احدهما عاجلا و الاخر نظره فلیسم احدهما قبل (۴) الصفقه، و حسنه دیگر محمد بن قیس عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: قضی امیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل امره نفر لیتاع لهم بعیرا بنقد و یزیدونه فوق ذلك نظره فابتاع لهم بعیرا و معه بعضهم فمنعه این یاخذ منهم فوق (۵) ورقه نظره. و جواب از این روایت بعد از تضعیف اول و اغماض از بعضی اشکالات که در سند دو تای دیگر هست، هر چند اظهار عدم اشکال است به جهت آنکه ظاهر آن است که محمد بن قیس، (خصوصاً هر گاه عاصم بن حمید، از او روایت کند و او از حضرت باقر (علیه السلام)) خصوصاً قضایای امیر المؤمنین (علیه السلام) همان بجلی ثقه، است و ابراهیم بن هاشم ممدوح (۶) است به مدحی

ص: ۱۱

۱- وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام العقود باب ۷ ح ۲

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام العقود باب ۲ ح ۲.

۳- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۶۷، ابواب احکام العقود باب ۲ ح ۱.

۴- فروع کافی: ج ۱ ص ۳۸۷، من لا یحضر: ج ۲ ص ۹۲، تهذیب: ج ۲ ص ۱۳۱.

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

۶- ابراهیم بن هاشم پدر علی بن ابراهیم: مرحوم میرزا (مانند گروهی از دانشمندان) در اینجا یک برخورد کاملاً فنی خشک با چگونگی شخصیت ابراهیم بن هاشم مینماید. یعنی تنها سخنانی را که اهل رجال در مورد او گفته اند معیار قرار میدهد و نتیجه میگیرد که او توثیق نشده تنها مدح شده است. بطوری که گروهی از دانشمندان همین روش را در مورد صدوق به کار میگیرند و طوری سخن می گویند که گویا مثلاً وی هم توثیق نشده است اما حقیقت این است که بزرگان رجال شخصیت هائی مانند صدوق و ابراهیم بن هاشم را بینا تر از آن میدانند که در مقام شرح جزئیات و ثاقت آنها بیایند. سلسله " کلینی، علی بن ابراهیم، ابراهیم بن هاشم " از سرمایه های مهم و پر ارج و یکی از پایه های حیاتی منابع حدیثی ماست... و همینطور نام این پدر و پسر در سلسله های دیگر. در مورد ابراهیم همین قدر کافی است که از اصحاب کوفین بوده و به قم آمده و از غربال سختگیر قمیین سالم در آمده است

که کمتر از توثیق نیست. و لکن مضمون روایات مخالف قواعد و عمومات ادله عقلیه و نقلیه 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 موثق حجت است و اگر نباشد هم، ضعف آن منجبر به عمل اصحاب و موافق کتاب است به جهت اینکه ظاهر این است که این اکل مالی است به باطل، و تجارت ناشی از رضای طرفین، نیست، بلکه موافق عقل و نقل. و حسنه دوم محمد بن قیس نیز دلالت واضحی بر مطلب ندارد، بلکه ظاهر این است که مراد این باشد که هر گاه جمعی بگویند به شخصی که تو شتری از برای ما بخر، به نقد و ما، در عوض آن نقد تو، در مهلت فلان به تو بیشتر می‌دهیم و جناب امیر المؤمنین (علیه السلام) منع فرموده آن شخص را از گرفتن زیادتی به جهت آنکه محض رباست و اگر چنین نباشد حمل حدیث بر معنی مقصود، محتاج به تکلفات بسیار و تقدیر و حذف است و مرجع ضمیر 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 هر گاه بکند صحیح است و رجوع به اقل ثمنین می‌شود در ابعداجلین. پس ممکن است که آن آخر حسنه محمد بن قیس باشد که در کافی مذکور است که امر شده است به تسمیه ثمن و تعیین آن و امر از برای وجوب است، پس ترک آن حرام است، و لکن حرمت افاده بطلان نمی‌کند و از اینجا دلیل ابن براج نیز ظاهر می‌شود، بنابر آنکه حرمت را دلیل بطلان دانند. و تو میدانی که همه اینها تکلف

است. بدان که در کلام بعضی از فقها ذکر شده است با این مسئله، مسئله 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 داده اند و این صریح کلام مفید، است و شاید تکیه ایشان به فهم علتی، باشد از روایات والقاء فارق. و اما لفظ "ابعد الاجلین" در روایت سکونی، پس آن، محمول بر تغلیب است و بر حال اطلاق شده است لفظ "اجل" تغلیبا، مثل شمسین و قمرین، چنانکه در خود روایت نیز توضیح آن شده است. و به هر حال، اظهر در این نیز بطلان است، چنانکه مذهب اکثر اصحاب است، بلکه به طریق اولی. والله اعلم بالصواب.

۱۴- سوال:

۱۴- سوال: در بیع فضولی، خیار فسخ، مخصوص مالک است یا مشتری را هم می باشد؟

جواب:

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

۱۵- سوال:

۱۵- سوال: معامله ای که به اسم معاوضه شده باشد، لازم است یا جایز؟

جواب:

جواب: هر گاه به رسم و اسم هبهء معاوضه باشد لازم است و اگر نه آن باشد و نه دیگری از عقود لازم، پس در لزوم آن اشکالی هست و تا حال لزوم آن بر حقیر معلوم نشده.

۱۶- سوال:

۱۶- سوال: گرفتن وظایف که مال شاه می باشد و به رعیت حواله می کنند و قدری از او را کم می کنند، آیا بر آخذ آن، حلال است یا نه؟

جواب:

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

۱۷- سوال:

۱۷- سوال: از وجه بیع شرط چون بایع مسلط بر فسخ است، هر گاه از ده تومان مثلا یک تومان بدهد قبل از انقضای مدت، بیع

فسخ می شود یا اینکه موقوف است به دادن تمام؟

جواب:

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

ص: ۱۳

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

۱۸- سوال:

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

جواب:

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

۱۹- سوال:

۱۹- سوال: هر گاه 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 می باشند یا مستحق ملک؟

جواب:

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

۲۰- سوال:

۲۰- سوال: معامله اطفال، که در بازار می کنند چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهراً حلال است و مباح است تصرف در آن، هر گاه ممیز باشند، هر چند محتمل باشد که آن مال از خود صغیر باشد، نظر به عمل مسلمین در اعصار و امصار. ولکن اموری که عادت جاری شده به معامله 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 منزله آلت باشد. مثل آنکه در حضور و به اطلاع ولی بکند که در اینجا احکام بیع بر او جاری شده.

۲۱- سوال:

۲۱- سوال: خیار غبن در همه عقود هست حتی در هبه و اجاره و صلح، یا منحصر است در بیع؟ و آیا شرط سقوط خیار غبن و غیره در ضمن عقد، باعث سقوط می شود یا نه؟ هر گاه زید، ملکی به عمرو، که از اهل خبره نبوده فروخته و قبل از مبیعه چنان نموده که مبیعه مزبوره غبطه است و بکر و خالد را آورده که به این قیمت میخرند و آنها هم گفته اند که به این قیمت میخریم و در عین مبیعه در ضمن عقد شرط اسقاط جمیع دعاوی و اختیارات خصوصاً دعوی غبن از جانب عمرو مشتری، نموده و بعد از مبیعه 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 می شود، یا همان شرط فاسد است؟

جواب:

جواب: بلی غبن در سایر عقودی که از معاملات محضه است جاری می شود، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده اند که از جمله آنها مقدار است که تصریح به آن کرده، و عمده دلیل خیار غبن که نفی ضرر و عسر و حرج است در همه عقود مذکوره جاری است، اما، در مطلق هبه، غبن نمی باشد مگر هبهء معوضه. و به هر حال نسبت ما بین 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 سؤال 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 می شود و معامله لازم است. و اینکه با بیع چنان وانموده که مبیعه خوب است و مشتری دو برابر آورده هر چند این نوعی است از تدلیس و تغیر و فریب دادن، لکن بطلان معامله به سبب آن معلوم نیست، هر چند معصیت کرده باشد و این، از قبیل بخش و غش خواهد بود و اظهر آن است که در صورت بخش و غش معامله باطل نباشد و غایب امر، آن است که خیار ثابت باشد، در صورت غبن. و الحاصل بعد از ملاحظهء 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 کرده اند، و بعد از آن، بیان فرق کرده. و عبارت دروس این است که در مسئله خیار رؤیت گفته است "ولو شرطاً رفعه فالظاهر بطلان العقد للغرر و کذا خیار الغبن و یحتمل الفرق بینهما لان الغرر فی الغبن سهل الازاله بخلاف الرؤیه فیصح اشتراط رفع خیار الغبن" و مراد شهید از لفظ "غرر" آن چیزی است که

شامل جهالت طرفین باشد به احد عوضین یا هر دو، بدون حصول تغیریری 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 ما بین غرر و جهالت، عموم من وجه است. پس غبن از بابت غرر است. و گاه است از راه فریب دادن است، مثل ما نحن 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 گفته اند که خیار غبن ثابت است، بلکه در غار عالم، اظهر است. واحادیثی که وارد شده در غبن، مثل غبن المؤمنین حرام و غبن المسترسلین 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 شده اند. 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 هر گاه جهالت راجع به بیع سفته شود باطل می شود، بخصوص 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 فریب دادن، به جهت آنکه هر گاه تعیین مبیع به مجرد وصف باشد و وصف محتمل است که کذب باشد و خلاف باشد، خیار فسخ جبر کسر آن را می کند، و هر گاه 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 در حال بیع جهالتی نداشته اند 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 گذشته 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 مع هذا تن در داد که به آن قیمت بر دارد، 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 بخش، مشتری مغرور شود به آن، خیار را دارد و به همین ازاله 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 نمی توان 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 می گوید که در ضمن عقد، شرط کن که اگر غبنی باشد ساقط باشد، هر گاه واقعا 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 می شود و راه اختیار غبن را میداند که شرط می کند، والاسفه و عبث خواهد بود شرط کردن، و لغو 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 شرعی و قواعد کلیه، التفاتی به آن نیست. پس عمده مؤثر در نقفصان، فعل خود او است 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 تغیر به خود مشتری، منشا ازاله غرر به معنی فریب است به آسانی. و از اینکه 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 کرده اند. و جواب این را حقیر در رساله مفرده که در " شرط ضمن العقد " نوشته ام بیان کرده ام 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 کرده ام در آنجا، همان است که شهید (ره) به آن اشاره کرده در قواعد که هر گاه شرط منشأ اخلال به بعضی ارکان معامله شود فاسد است، مثل شرط عدم تسلیم مبیع یا ثمن یا عدم تصرف در مبین یا در ثمن، و اما هر گاه 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 می شود و توضیح این مطلب موکول است به مطالعه آن رساله، والحال، حال بیان بیش از این نیست. عافانا الله عن الامراض الحسمیه والالام النفسیه بمحمد واله خیر البریه صلی الله علیهم اجمعین. و اما سؤال 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 فساد شدن 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 می باشد، پس هر گاه باطل شود، قیمت مجهول می شود، پس عقد باطل می شود و در رساله شرط، مطلب را مبسوط نوشته ام. ولیکن این قاعده در مسائل نکاح، تخلف کرده است، پس حکم کرده اند اصحاب هر دو قول به صحت عقد نکاح با احتمال 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 کرده اند در شروطی که خلاف مقتضای عقد است. بلکه در بعضی

جاهای دیگر هم خلاف کرده اند. بلی احادیث در بعضی شروط فاسد وارد شده که دلالت می کند بر فساد شرط، دون عقد. پس اولی آن است که اقتصار کنیم در مسائل نکاح نیز به آنجا که اجماع باشد بر صحت عقد یا حدیثی باشد.

۲۲- سوال:

۲۲- سوال: در وقت چیدن گندم و جو، بعضی خوشه ها به زمین میافتد و میریزد و مالک خود یا وکیل او به قدر مقدور، سعی و اهتمام در جمع و ضبط واخذ آنها می کنند و بعد از عجز از ما بقی اعراض و قطع نظر می کنند. آیا بر چیدن آنها جایز است یا نه؟ و بر فرض جواز، هر گاه کسی بر چیدن به قصد تملک و عین آن حاضر و باقی باشد مالک می تواند از او بگیرد یا نه؟ و هر گاه بعضی از آن خوشه ها که بر زمین افتاده است بعد از اعراض مالک، دانه دانه شود و در خاک پنهان شود و شخصی آنها را حیات کند و آب بدهد تا سبز شود و یا در زمستان به سبب آب باران سبز شود و شخصی به قصد تملک، متوجه آب دادن و حفاظت آن بشود و حاصلی از آن به عمل آید، آن حاصل، مال این شخص می باشد یا مال صاحب آن خوشه ها و دانه ها و مملوک بودن زمین از برای صاحب بذر یا مغضوب بودن آن در این حکم تفاوت دارد یا نه؟ و هر گاه اشاره به مأخذ و دلیل مسئله، بفرمایند بهتر است.

جواب:

جواب: چیدن خوشه ها، در صورت مزبوره جایز است و هر گاه به قصد تملک چینند، اظهر این است که مال او می شود و مالک از او نمی تواند بگیرد، هر چند عین آن باقی باشد و آن سبزی که در آن زمین از آن دانه ها به عمل می آید اظهر این است که مال آن کسی است که حیات مباح کرده و آب داده و به قصد تملک به عمل آورده. و اما هر گاه آن دانه ها در زمستان به آب باران سبز شوند و مالیت به هم رسانند. پس اگر بعد از آن نیز صاحب دانه ها اعراض کند از آن سبزی، باز هر کس حیات کند و به عمل آورد مال او است نه صاحب زمین، هر چند بر او لازم است اجرت زمین. در صورتی که دانه ها خودرو سبز شود. و ممکن است که مال صاحب زمین باشد، هر چند مالک منفعت آن، باشد به مثل اجاره و غیر آن و بنابر این احتمال، هر گاه عین آن زمین یا منفعت آن، مال صاحب بذر است مال او است و اگر مال غیر است از غیر است، این شخص، تصدیع بیجا کشیده و اظهر احتمال اول است که بعد

از سبز شدن، مال صاحب بذر است مگر اینکه بعد سبز شدن باز اعراض کند و بعد از اعراض مال هر کس است که آن را حيازت کرده و احوط آن است که بنا را بر مصالحه گذارند. و ان شئت ماخذ المسئله فاعلم ان المالك اذا لم يعرض عن الحبوب فالزرع مال صاحب البذر واما لو اعرض فليس لصاحب البذر بل هو خارج عن ملكه، ح، ولم اعتمد فيما اخترته من خروجه عن ملكه على ان مجرد الاعراض يدل على الخروج عن الملكيه (حتى يقابل بالمنع و ان الملك كما يحتاج في ثبوته الى سبب شرعى، فالخروج عنه ايضا محتاج الى ناقل شرعى و لم يثبت من الشرع كون نيه الخروج، من موجبات نقل الملك فان ذلك لا- يتم فى كثير من المواضع التى يكون المعرض عنه شيئاً خطيراً و ان كان القول به موجوداً مطلقاً و فى خصوص بعض المسائل كما لو اطلق الصيد بعد التملك و قصد الخروج عن التملك. فانهم اختلفوا فيه. فالأكثر على عدم الخروج، كما فى المسالك و ذهب بعضهم الى الخروج ونسبه فى الكفايه الى الأكثر. و يتفرع عليه جواز اصطياده للغير بقصد التملك و عدمه. ثم على القول بعدم الخروج، اختلفوا فى انه مباح التصرف فيه على غير وجه التملك ام لا ايضا) بل اعتمادي فى المسئله على انه ثبت من الشارع الرخصه فى مثل ما نحن فيه و هذه الرخصه يمكن ان يكون من باب شاهد الحال عن المالك و يمكن ان يكون من جانب الله بالاستقلال كاثبات ساير حقوق المالىه فى اموال الناس و تردد الامر بين ذينك الامرين فى المسائل الشرعيه غير عزيز. فمنها اثبات حق الشرب والتوضى فى المياهم المملوكه فانه يظهر من بعض الاصحاب انه من باب شاهد الحال و من بعضهم انه حق اثبت الله تعالى لعباده فى مال عباده فاذا تردد الامر بينهما فالاصل يقتضى الحمل على الاخير. اما ثبوت الرخصه عن الشارع فلثبوت الاجماع عليه بملاحظه عمل الناس فى كل عصر ومصر من التقاط السنابل بعد الاعراض من الصلحاء المتدينين و غيرهم ولم ينكر عليهم احد من العلماء فى جميع الاعصار والامصار و كك التقاط جلات البعير والاغنام فى المفاوز والصحارى. و اما اصل حمل ذلك على انه اباحه من الله فى مال عباده فالظاهر الاجماع عليه ايضا اذ الملتقطون للسنابل و جلات الحيوانات فى كل عصر و مصر يبيعون هذه الاشياء ويشترى المسلمون منهم من العلماء والصالحين و غيرهم ويجرون فيها احكام

البيع والشراء ولو لم يصر تلك الاشياء ملكا لملتقطها لم يصح البيع. اذ لا بيع الا فى ملك. سواء كان بالاصاله او بالنيابه عنه او بالاجازه عنه. فاذا كان الاعراض عن المالك بمنزله الاباحه المحضه لا يفيد ذلك الا من المالك الرخصه فى التصرف ولا يفيد التمليك كما صرحوا به فى نثار العرس وصحه البيع مشروط بالتمليك او بالاجازه عن المالك والمفروض عدم التمليك. والنيابه ايضا غير متحققه بالفرض اذهم يبيعون لا نفسهم. واما الاجازه فهو موقوف على اطلاع المالك على البيع وامضائه وهو لا يمكن الا بعد اطلاعه على وقت البيع لتعقبه بالاجازه ومجرد معرفه من حاله بشهاده الحال انه لو اطلع على البيع لا مضاه، لا يكفى فى الامضاء. لاین الاجازه والامضاء يحتاج الى انشاء ولا يكفى فيه مجرد الرضاء. اذا لو كان محض الرضاء كافيا فى انعقاد العقود، لتحقق عقد النكاح فيما بين رجل وامرئه يحب كل منهما الاخر ويتمنى كل منهما ان يكون زوجا للاخر. و كك البيع وغيره من المعاملات. و لم يقل به احد من القائلون بصحه المعاطاه بل القائلون بلزومها. و ايضا لا يقولون بعدم الاحتياج الى الانشاء. غايه الامر انهم لا يقولون بلزوم الانشاء الخاص بالصيغه المخصوصه او بمطلق اللفظ. مع ان الاجازه انما ينفع فى نقل الملك عن البايع وانتقال الثمن اليه و فيما نحن فيه ليس كك لان معنى شاهد الحال والاباحه انما هو الرضا بمعامله الملتقط لنفسه. فان قلت: هذا ليس ببيع بل هو نوع اباحه فى صوره المبايعه فالمالك يرضى بان يعطى المذكورات للمشتري (1) و ياخذ الثمن و يصرفه. ولو اطلع وقت البيع و اراد ان ياخذ الثمن من الملتقط جاز له اخذه. قلت: هذا انكار لما استمر عليه الاعصار والامصار فانهم يعاملون بمعامله البيع الصحيح مع الملتقطين مع علمهم بانهم ليسوا بملك الانعام بل انما يلتقطون الجلات الملقاط من اموال الناس فى الصحارى وهكذا يلتقطون السنابل وامثالها. فعلم من جميع ذلك ان الله تعالى اباح المذكورات لعباده بعد اعراض اصحابها عنها. فعلى هذا يكون سبيلها سبيل ساير المباحات التى يحصل الملك فيها بالحيازه بقصد التملك. ي

ص: ٢١

١- اى يرضى المالك بان يعطى الملتقط المذكورات للمشتري

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 حجيه الاستصحاب انما هو الحاق الظن بالاعم الاغلب ولما كان الموضوعات مختلفه فى قابليه البقاء على مجرى عاده الله فيختلف زمان استصحابها بمقتضى استعداد موادها فيجربى حكم الاستصحاب فى كل فرد من افراد الموضوع على وفق ما ثبت استعداد هذا النوع للقدر المعين من البقاء واستدامه ملكيه مثل هذا المال لم يثبت فى الشرع فى مورد حتى يتعين عليه ما نحن فيه، الحاقا بالاغلب. مع انه يمكن ان يق: ان فى مثل الحبوب التى دخل من باب الاتفاق بسبب تصاكك السنابل والا طلاق فى شقوق الارض وثقبها، انها ليست بمال حتى يق ان ملكيه هذا المال مستصحب. و يدل على ما ذكرنا ايضا ان من البعيد من حكمه الله ورافته ترخيص عبده الضعيف فى جمع السنابل والحبوب فى غايه المحنه واللغوب من الصبح الى الليل و كك 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 جهه الياس لا عدم الماليه. بل مع الثبوت فى صوره اليأس مع تحقق الماليه العظيمه، يثبت فى صوره الاعراض لا جل الحقاره، بطريق الاولى. و وجه الاستدلال ان الاصحاب ذكروا فى مسئله البعير التى بقيت فى فلات لا جل كلاله انه تملكه الاخذ واستدلوا عليه بصحيحه عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (عليه السلام) قال: من اصاب مالا او بعيرا فى فلات من الارض قد كلت و قامت و سبيها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليه فانفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت، فهى له ولا- سبيل له عليها وانما هى مثل (1) الشئى المباح. و يقرب منها غيرها من الاخبار. فان هذه الصحيحه وما فى معناها تدل على ان اعراض المالك وتركه ويأسه عن الانتفاع يجعل المال كالمباح فهو يجربى فيما نحن فيه بل وعلى سبيل الاولويه. و صرح الاصحاب بكون الاعراض منشأ للخروج عن الملك فى غير موضع، منها مسئله. ٢

ص: ٢٢

بيع تراب الصياغه قال في المسالك: ولو دلت القرائن على اعراض مالكه عنه جاز للصايغ تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها. اقول: فالروايتان الدالتان على التصديق بتمنه محمولتان على مالو لم يعلم اعراض صاحبه عنه قال في الكفايه: تراب الصياغه ان علم بالقرائن المفيده للعلم ان صاحبه اعرض عنه جاز للصايغ تملكه كساير الاموال المعرض عنها خصوصا اذا كانت مما يسامح فيها عاده ولا يبعد الاكتفاء بالظن مع عدم قضاء العادات على خلافه. والا فان كان اربابها معلومين استحلتهم اورده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من الاستحلال والا فالظاهر جواز بيعه والصدقه به لما رواه الكليني (ره) عن علي بن ميمون الصايغ قال: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عما يكسر من التراب فايعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به فمالكك واما لا هله. قال: قلت: فان فيه ذهبا وفضه وحديدا فباي شئ ابيعه؟ قال: بعه بطعام. قلت: فان كان لي قرابه محتاج اعطه منه؟ قال: نعم (١). وروى الشيخ في الصحيح عن علي بن الصايغ (وهو غير ممدوح ولا مجروح) قال: سألته عن تراب الصواعين وانا نبيعه. قال (عليه السلام): اما تستطيع ان تحله من صاحبه؟ قال: قلت: لا اذا خبرته اتهمني. قال: بعه. قلت: باي شئ نبيعه؟ قال: بطعام. قلت: فاي شئ اصنع به؟ قال: تصدق به امالك واما لا هله. قلت: ان كان ذا قرابه محتاجا فاصله. (٢) قال: نعم الى آخر ما ذكره (ره). وقالوا في مسئله السفينه المتكسره في البحر ايضا: ان ما يخرج بالغوص فهو لمن اخرجه وما اخرجه البحر فهو لصاحبه. وهذا هو المشهور بينهم واستدلوا عليه بروايه الشعيري، قال: سئل ابو عبد الله (عليه السلام) عن سفينه انكسرت في البحر فاخرج بعضه بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لا هله، الله اخرجه. واما ما اخرج بالغوص فهو لهم (٣) وهو احق. قال ابن ادريس في السرائر (بعد نقل هذه الروايه في اواخر كتاب القضاء) قال محمد بن ادريس وجه الفقه في هذا الحديثان ما اخرجه البحر فهو لا صحابه و ما تركه اصحابه ايسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لانه صار بمنزله المباح ومثله من ترك بعيره ٢

ص: ٢٣

- ١- وسايل: ج ١٢ ص ٤٨٥، ابواب الصرف باب ١٦ ح ١ و ٢.
- 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 في غير كلاء ولا ماء فهو لمن اخذه لانه خلاه ايسامنه و رفع يده عنه فصار مباحا، فليس هذا قياسا لان مذهبنا ترك القياس وانما هذا على جهه وانما هذا على جهه الثانى هكذا والمرجع فيه الى الاجماع و تواتر النصوص دون القياس والاجتهاد. و على الخبرين اجماع اصحابنا منعقد. انتهى. اقول: ظاهر كلام ابن ادريس دعوى الاجماع على ان المال المأبوس منه والمعرض عنه كالمباح ويمكن ان يكون نظره في الخبرين الذين ادعى الاجماع عليهما هو روايه الشعيرى والروايات الداله على حكم البعير مثل صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه و ذكروا في مسئله حفر البئر فى الاراضى المباحه لا بنيه التملك بل لينتفع به انه لو عاد اليها بعد الاعراض انه يساوى غيره على المشهور. فمع ملاحظه هذه المقامات فى كلمات العلماء و ملاحظه خصوص الاخبار والعله المستفاده من صحيحه عبد الله بن سنان والاجماع المستفاد من كلام ابن ادريس لا يبقى مجال للتأمل فى ترجيح الخروج عن الملك بسبب الاعراض و سيما فى الشئى الدون. والاستصحاب المذكور لو سلم صحه اجرائه فيه لا يقاوم ما ذكر سيما مع ما عرفت ان الظاهر ان جواز التصرف اجماعى وادعاء كون ذلك من باب اباحه المالك لا من باب حيازه المباح مما ياباه العقول السليمه والاحلام المستقيمه فانا كثيرا ما يحصل لنا العلم ان المالك لا يخطر بباله تصرف الغير فضلا عن اباحته له بل انما يحصل منه نفس الاعراض فكيف يعتمد فى التصرف فى مال الغير على ما ليس من باب الاذن الصريح ولا الفحوى ولا شاهد الحال. فان معنى شاهد الحال ان يشهد الحال برضاء المالك بتصرفه مع بقاءه فى ملك المالك ولا ريب انه مفقود فى اغلب موارد هذه المسئله. فلو فرض ان احدا جمع السنابل فى مزرعه احد بعد الاعراض عنه راسا على سبيل التدريج حتى يبلغ ثلثمائه من من الحنطه فالان علم المالك ان ملكه باق على تلك الحنطه 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 و محض الرضاء بالالتقاط لا يوجب الرضاء بالتصرف فى هذا المبلغ الخطير وهذا كله شاهد على انه خرج عن

ملكه بالاعراض. فتأمل بنظر دقيق و فكر عميق فان التمسك بالاستصحاب هنا من الابرء الباديه والانظار العليله الظاهره لا من الافكار الفامره. هذا الكلام فى اثبات خروج المال المعرض عنه عن ملك المالك بالاعراض المترتب عليه خروج الحب، المسئول عنه، عن مال مالكة. واما الكلام فى انه، ح، هل هو ملك من احززه 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 شيئاً مباحاً دخل فى ارضه وتولد منه زرع فيكون كالطائر الوحشى المتعشش فى دار احد فانه يكون لمن احززه لان ذلك ليس بمنزله الشبكه الموضوعه لذلك حتى يصير ملك من نصبها فالمحيز المربى للزرع وان كان غاصباً فاعلاماً للحرام بسبب دخوله ملك الغير و تصرفه فيه لكنه لا يوجب عدم حليه المباح بالحيازه ولعل هذا اقرب وفى الكلام الذى نقلناه عن علامه 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 نفي كونه من صاحب البذر. فكيف كان فلا بد من تقييده بما لم يكن هناك محيز آخر، غير صاحب الارض. و كك عباره القواعد. و بيان ذلك يعلم من كلامه (ره) فى التذكرة: فرع لو باع احد شجره واقعه فى ارض مشاع بينه و بين غيره فقطع المشتري الشجره وقطع اصوله وعروقه وبقى منها بعض العروق الصغار الغير المعتنى به ونبت منها دوى وجاء آخر فرباه حتى صارت شجره فهل هو للمشتري؟ 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 نبت الدوى منها فهو مال المحيز اذا علم اعراض المشتري، كما هو ظاهر الحال فى امثال ذلك. وان رباها بعد نباته وصيرورته شيئاً له مالىه فهو مال المشتري الا اذا علم منه الاعراض بعد النبت ايضا فيكون مال المحيز، ح، و اما الشركاء فى الارض فلا حق لهم فى اصل الشجره النابتة جديداً و كذا البايع الاول لانقطاع حقه عنه.

قال في كتاب المزارعه: ولو زارع رجلا على ارض او اجره اياها فسقط من الحب الحاصل من الزرع في تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر لا لصاحب الارض الا ان يكون صاحب البذر اسقط منه حقه. انتهى. والنسخه التي نقلته منها مغلوطة والظاهر انها نسبت اليه. وقال في القواعد في باب المزارعه: ولو تناشر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر ولو كان من مال المزارعه فهو لهما. والله العالم باحكامه.

۲۳- سوال:

۲۳- سوال: کنیز حامله را فروختن چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: بیع کنیز حامله در غیر ام ولد، اشکال ندارد و اشکال در بیع ام ولد است و مراد از ام ولد آن 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 و بعد از آن کنیز را بخرد، ام ولد نمی شود، علی الاظهر الاظهر. و مشهور آن است که باید آن در حین انعقاد آزاد باشد، پس هر گاه صاحب نطفه در حین انعقاد نطفه مملوک شخصی بوده است و بعد از آن آزاد شده باشد هم ام ولد نمی شود. و همچنین هر گاه آزاد بوده، ولیکن شرط کرده باشد که ولد رق باشد. بنا بر مشهور. هر چند در نظر حقیر، این قول ضعیف است. و به هر حال بیع ام ولد جایز نیست هر چند مملوکه مولی است و می تواند او را به اجاره بدهد و شوهر بدهد و تحلیل کند و آزاد کند، حتی از برای کفاره علی المشهور الاقوی. بلی جایز نیست بیع او مادامی که فرزند او زنده است یا در حکم زنده است، مثل آنکه در رحم باشد و هنوز روح به او داخل نشده باشد، مگر اینکه قیمت او در گردن مولی باقی مانده باشد و به هیچوجه ادای او را نمی تواند بکند و بعضی شرط کرده اند در این شرط مولی را و دیگران اطلاق کرده اند، و این اظهر است و آنچه مشهور میان علما (وظاهر حدیثی که در آن وارد شده است، یعنی صحیحه عمر بن یزید) تجویز همین صورت است لا غیر، لکن شهیدین (ره) صور دیگر هم نقل کرده اند، حتی اینکه در شرح لمعه بیست موضع نقل کرده.

۲۴- سوال:

۲۴- سوال: هر گاه مالک به کنیز خود دخول کند، پیش از استبراء می تواند بفروشد یا

ص: ۲۶

جواب:

جواب: واجب است بر بائع کنیز (هر گاه او را و طی کرده باشد و آن کنیز بالغ باشد) اینکه او را استبراء کند، یعنی بعد از دخول، دیگر با او جماع نکند تا یک حیض ببیند و اشهر و اظهر آن است که هر گاه در بین حیض، او را بفروشد همین حیض هم کافی است و اگر تا به حال، حیض ندیده و لکن در سن کسی است که حیض میبیند، یعنی نه سال او تمام باشد چهل و پنج روز با او جماع را ترک کند و بعد از آن بفروشد، چنانکه بر مشتری هم واجب است که استبراء کند، به همین قدر، هر گاه بائع استبراء نکرده باشد. و لکن هر گاه 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 می شود که ام ولد بوده و بیع او فاسد بوده.

۲۵- سوال:

۲۵- سوال: هر گاه زید سه دانگ مزرعه را از عمرو، بخرد چون خواهد تصرف کند، عمرو گوید که من سه دانگ از هفت دانگ فروخته ام و زید، بگوید که من سه دانگ از شش دانگ خریده ام که نصف باشد، چنانکه متعارف است، حکم آن از چه چیز است؟

جواب:

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، (۱) به جهت اختلاف شدید در زمینها و بلاد. پس به این سبب، جهالت در بیع به هم می رسد. خصوصاً در وقتی که در خصوص مزرعه مذکوره، اصطلاح تقسیم به هفت دانگ باشد. بلی هر گاه مصطلح اهل آن قریه در آن مزرعه بالخصوص تقسیم به شش دانگ باشد و بائع که از جمله اهل آن قریه است، سه دانگ را بفروشد و مشتری هم همان اصطلاح را داند، یا

ص: ۲۷

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 او است 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. والله العالم.

۲۶- سوال:

۲۶- سوال: شیر ماهی و بلغار و پوست قزاقی که از دست مسلم بگیرد در بازار مسلمانان، چه صورت دارد و همچنین ما قوت و بکرس (۱)؟

جواب:

جواب: همهء اینها در صورت مذکوره حلال و طاهرند.

۲۷- سوال:

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

جواب:

جواب: شکی نیست در اینکه حمل، از جملهء 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 از مولی بوده است، بیع فاسد است، چون بیع ام ولد است. مگر اینکه از مواضعی باشد که بیع ام ولد، جایز باشد و هر گاه از غیر مولی باشد یا از مولی باشد در جایی که جایز باشد، پس خیار عیب، حاصل می شود و حکم آن، این است که مشتری مخیر است میان فسخ بیع و رد ثمن و میان آنکه دارد وارش بگیرد. مگر در چند صورت که از جملهء آنها تصرف در مبیع است و اسقاط خیار و تبری از عیوب و غیر اینها که اینجا جای ذکر آنها نیست که در همه آنها رد، ساقط می شود و در اکثر آنها ارش. و دلیل تسلط بر فسخ واضح است. و اما دلیل نگاهداشتن و ارش گرفتن خفائی دارد، ولکن چون ظاهراً خلافی در مسئله در نظر نیست بلکه فی الجمله اجماع بر آن نقل شده و عبارت فقه الرضا 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 جایکه کنیزی بخرد و وطی کند

ص: ۲۸

۱- این سؤال قبلاً نیز گردید و در اینجا تکرار شده است

و معلوم شود که حامله بوده است که در اینجا گفته اند که مشتری می تواند رد کند به سبب عیب حمل، هر چند تصرف کرده است به وطی و نصف عشر قیمت آنرا هم می دهد بجهت احادیث معتبره بسیار که دلالت دارد بر آن و مخصوص قواعد ایشان است، و این مشهور میان علماست و دعوی اجماع بر آن شده، ولیکن بعض اصحاب حمل کرده اند اینها را بر صورتیکه حمل از مولی باشد تا با قواعد ایشان منافات نداشته باشد. بجهت اینکه بیع ام ولد فاسد است و وطی به کنیز غیر، واقع شده است پس اقلاً آنرا می دهد که در نصف عشر است و بعضی اخبار که عشر در آن وارد شده حمل کرده اند بر صورتیکه باکره بوده است هر چند بعید است که باکره حامله شود. چنانکه کلینی هم در کافی روایتی به مضمون آن ذکر کرده است، بعد از آنکه روایت عبد الملک بن عمرو (۱)، را در لزوم به نصف عشر نقل کرده گفته است: و فی روایه اخیری ان کانت بکراً فنصف عشر قیمتها. و بعضی تائید کرده اند این را باینکه در عبارت حدیث: " یردها علی الذی ابتاعها " است و این ظاهر در وجوب رد است و آن نمیشود الا در بیع او ولد و در این، منع ظاهر است. خصوصاً اینکه بعضی صور بیع ام ولد 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 ام ولد را نمی فروشد. پس روایات اظهر خواهد بود در غیر ام ولد. والحاصل این حمل بسیار بعید است و با این همه اخبار مطلقه معتبره تخصیص قواعد مانع ندارد و با وجود اینکه بطلان بیع ام ولد موقوف نیست بر اینکه تصرف بعنوان وطی باشد که استثناء را مخصوص گردانیده اند 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 اغلب

ص: ۲۹

تصرفات، فرمان دادن و خدمت فرمودن است. و بهر تقدیر اظهر و اشهر واقوی، عمل بر اطلاق اخبار است و الزام عشر و نصف عشر (با وجود آنکه در ملک خودش وطی واقع شده است علی الاظهر الاظهر فی زمان الخيار) 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، هر چند بعید است، چنانکه از روایت کلینی (ره) مستفاد می شود.

۲۸-سوال:

۲۸-سوال: هر گاه زید، باغ خود را بفروشد به عمرو، بشرط خیار فسخ بعد از انقضای مدت معینی، هر گاه رد مثل ثمن را در آن وقت معین، بکند. و بعد، از مشتری اجاره کنند در مدت مزبوره بمبلغ معینی، آیا این اجاره صحیح است یا نه؟ و بر فرض بطلان، ثمن، مال کیست؟ و عمل که مستأجر در آن کرده باشد مثل آبیاری وامثال آن اجرتی دارد یا نه؟

جواب:

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 مثلاً شرط کرده باشد که آبیاری را مستأجر بکند ظاهر اینست که هر گاه مستأجر جاهل به فساد معامله بوده است تواند اجرت المثل عمل را از او بگیرد و اگر عالم بوده نمی تواند.

۲۹-سوال:

۲۹-سوال: ربا در اهل تسنن جایز است یا نه؟

جواب:

جواب: حرام است.

۳۰-سوال:

۳۰-سوال: صد تومان اشرفی به صد و بیست تومان پول سفید به وعده یک سال 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 یا نه؟

جواب:

جواب: در معامله 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، هر گاه

در عوض پول سیاه (۱) چیز دیگر بدهند (به نهجی که در مسئله بعد خواهیم (۲) گفت) باکی نیست. والله العالم.

۳۱- سوال:

۳۱- سوال: در خصوص مبیع به بیع شرطی، آیا مشتری قبل از رسیدن ایام خیار به عنوان بیع لزوم و قطع به دیگری می تواند بفروشد یا نه؟ و هر گاه بفروشد وقتی که بایع در زمان ایام خیار به رد مثل ثمن فسخ نمود، آیا مستحق عین مبیع خود می شود و بیع آن مشتری باطل می شود یا نه؟

جواب:

جواب: تصرفات مشتری که منافی خیار بایع باشد، صورتی ندارد و جایز نیست مثل اینکه بفروشد به کسی که دیگر بایع نمی تواند از او استرداد نماید بالمره آن مبیع را باطل و عاقل کند. و بعضی آزاد کردن بنده را جایز دانسته اند، یعنی هر گاه غلامی را به بیع خیار شرط، خریده باشد و در ایام خیار آزاد کند، می گویند عتق صحیح است و هر گاه بایع، فسخ بیع کند به رد مثل ثمن، قیمت سوقیه غلام را میگیرد. و این قول مشکل است. بل هر گاه 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 نیت بخرد که هر گاه 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 هر حال این بیع ثانی، لازم خواهد بود نسبت به مشتری اول و متزلزل خواهد بود نسبت به بایع اول، و هر گاه مشتری ثانی جاهل باشد به بیع شرط بودن مبیع، هر وقت که مطلع شود مسلط است بر فسخ بیع و هر گاه مطلع نشود تا ایام ۶

ص: ۳۱

۱- رجوع کنید به مسئله شماره ۶ و پاورقی ذیل آن.

۲- نگاه کنید به مسئله شماره ۳۶

خيار منقضى شود و بايع اول هم فسخ نکند به رد مثل ثمن و مشتری ثانی راضی باشد به بيع ثانی صحيح است و لازم است. و هر گاه فسخ کند بايع اول به رد مثل ثمن، پس مسلط است که مبيع را از مشتری ثانی بگيرد. و مشتری ثانی رجوع می کند به مشتری اول و ثمن را میگیرد و منافع مبيع در این ایام، مال هر يك از مشتریان است که در تصرف او بوده است. پس حاصل جواب از صورت سؤال، این است که هر گاه مراد مشتری اول از بيع به عنوان قطع و لزوم آن باشد آن قطع و لزوم نسبت به خود او است نه نسبت به بايع صاحب خيار، و مشتری هم عالم است و منشأ تضييع حق بايع نمی شود، پس حرمت این بيع مطلقاً وجهی ندارد. و اگر مراد او بيع قطعی نفس الامری است و چنین بفروشد به عنوان قطع که دست بايع را کوتاه کند، پس این بيع حرام است، و لکن بطلان او رأساً معلوم نیست، بلکه میگوییم که در این صورت هر گاه بايع رد مثل ثمن کرد و فسخ بيع کرد رجوع به مشتری ثانی و مبيع را استرداد می کند. و هر گاه نتواند استرداد کند غرامت آن را از مشتری اول یا مشتری ثانی میگیرد. و ظاهر این است که مشتری اول نمی تواند رجوع کند به مشتری ثانی در منافع مبيع، به جهت آنکه نهی از آن بيع از برای حق بايع اول بوده، نه از جهت او و او مال خود را با منافع آن تسليم مشتری کرده بود، پس بيع نسبت به او باطل نبوده و هر گاه بايع اول رد مثل ثمن نکند بيع بر حال خود خواهد بود و ظاهر این است که محتاج به اجازه تازه از مشتری اول نخواهد بود. والله العالم.

۳۲- سوال:

۳۲- سوال: شخصی از شخصی ده تومان گرفته به وعده يك سال به دوازده تومان تبریزی بی صورت شرعی به عنوان ربا، در سر وعده این شخصی که پول گرفته می گوید که انتفاع را نمیدهم ریاست و ربا حرام است. آن شخص می گوید که میگیرم. آیا تسلط دارد که بگیرد یا نه؟ آیا فرق دارد که هر دو جاهل بوده باشند یا هر دو عالم یا احدهما عالم دون دیگری یا نه؟ و دیگر آنکه صاحب وجه می گوید که تو هم ده تومان بده به من يك سال نگه دارم بعد به تو بدهم، آیا تسلط دارد یا نه؟

جواب:

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 ما بین عالم و جاهل و تسلطی ندارد که بگوید تو هم، ده تومان بده که یک سال نگه دارم.

۳۳- سوال:

۳۳- سوال: آیا هر سنوالی حرام است یا مخصوص است به وقتی؟ و بر فرض حرمت، آیا اکل و تصرف در آن مال حرام است یا نه؟

جواب:

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

۳۴- سوال:

۳۴- سوال: بیان فرمایند که بقای حجت بیع شرطی از متوفی و عدم رد مثل ثمن در ایام خیار، اگر چه وجه اجاره مبیع شرطی را، بایع شارط داده باشد، هر گاه بایع در دادن ثمن، ممانعه نماید، آیا وارث را می رسد که مبیع شرطی را متصرف و اجرت المثل سنوات ماضیه آن را از بایع شارط ممانعه بگیرد یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه کسی ملکی را بفروشد و شرط کند با مشتری که بعد از انقضای یک سال در ظرف ده یوم مثلا اختیار از برای بایع باشد که هر گاه رد مثل ثمن به سوی مشتری نماید مسلط باشد بر فسخ بیع و هر گاه رد 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 مسئله که رد مثل ثمن نشده باشد، ملک مال مشتری است و بایع را در آن، حقی نیست و اجرت المثل سنواتی که بایع مستأجر عدوانا در تصرف داشته باشد باید به سوی مشتری رد نماید. و چون در صورت سنوالات، مغشوش و غیر واضح بود مفصلا نوشته شد. و این همه مراحل بعد از ثبوت مراتب مذکوره است به مرافعه شرعی. والله العالم.

۳۵- سوال:

۳۵- سوال: در باب مبیع هر گاه ظاهر شود مستحقا 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 باع میگیرد یا آنکه ثمن را؟ بیان فرمایند.

جواب:

جواب: هر گاه مبیع مستحقاً للغير بر آید و مالک اجازه بیع نکند می تواند مالک که رجوع کند به مشتری و عین را از او بگیرد و همچنین نماء متصل و منفصل آن را، و عوض منافی را که از آن عین حاصل شده خواه عاید مشتری شده باشد و استیفای آن کرده باشد یا نه، و قیمت آنچه بر طرف 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 می کند که میدهد به مالک، به جهت آنکه تا آن روز مکلف است به رد مثل و چون در آن روز، متعذر است منتقل می شود 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 می شود به مساوی آن از قیمت، پس معتبر قیمت روز تلف، است. و این قول را شهید (ره) نسبت به اکثر اصحاب داده، هر چند مقتضای صحیحه ابی ولاد (۱) اعتبار روز قبض است، یعنی همان روز که به دست مشتری آمد 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 هر گاه تفاوت به سبب زیادتی عینیه باشد مثل آنکه حیوان چاق شود و بعد از آن، لاغر شود به سبب لاغری قیمت آن کم شود، یا به سبب زیادتی صنعت باشد، مثلاً آنکه غلام، صنعتی بیاموزد و بعد از آن فراموش کند، پس در آنجا اعتبار اعلی القیم می کنند و خلافتی در آن نقل نکرده اند، بلکه ظاهراً در آن خلافتی هم نیست.

ص: ۳۴

و بعد از آنکه مالک رجوع کرد به مشتری به نهجی که مذکور شد پس مشتری رجوع می کند به بایع و آنچه به مالک داده از قیمت آن مبیع، از او پس میگیرد، هر چند 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 لاغر شدن 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 منفعتهایی 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 خریدار بود. پس الحال باید از عهده این نقصان بر آید. و این همه گفتیم در وقتی است که مشتری جاهل باشد به غصبت مبیع و نداند که مال غیر است، و یا بایع ادعای اذن از جانب مالک کرده باشد در فروختن. و اما هر گاه مشتری عالم بود به غصبت 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 بی عوض به بایع داده. و حق این است که این سخن، علی الاطلاق، 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 می تواند رجوع کرد و اگر تلف شده نمی تواند. 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 کرده اند. بلکه قولی در جواز استرداد در آن، هم نقل کرده اند، هر چند بعضی دعوای اجماع بر عدم جواز رجوع، کرده اند در صورت تلف.

و این مطلب را در کتاب مکاسب مناهج (۱) فی الجمله بسطی داده ام و حاصل تحقیق در آن، این است که: تصرف بایع در آن ثمن حرام است، ولکن مشتری هم نمی تواند رجوع کند و بعضی گفته اند که بایع مخاطب است به رد ثمن و بر مشتری حرام است مطالبه آن. و آن عقوبت است از برای متوجه شدن بر فعل حرام. اما هر گاه بایع رد کند می تواند که بگیرد. و فرق میان آن و میان آنکه ما گفتیم این است که در آنچه ما گفتیم ضمان مال غیر، ثابت نمی شود، گو حرام باشد تصرف در آن به جهت آنکه از بابت اکل میته می شود، به جهت معامله. نه از بابت غصب مال غیر و اتلاف آن. و فهمیدن این مطلب موقوف است به تأمل صادق. والله الموفق.

۳۶-سوال:

۳۶-سوال: در ولایت ما پول سیاه نمی باشد، 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:

جواب: هر گاه 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 فی الحقیقه هم قصد خریدن پول سیاه را داشته باشد، گو در نظر نداشته باشد که در سر موعد هر گاه خواهد به پول سفید صلح کند، در این صورت، معامله صحیح (۲) است به شرط تعیین وزن و وصف آن پول سیاه.

۳۷-سوال:

۳۷-سوال: شخصی رفته است و از بلدی متاع بسیار آورده است از برای تجارت و در کاغذی " تفصیل " (۳) نوشته است از برای قیمت آنها و می گوید که رأس المال را نمیدانم یا نمیگویم، ولکن به این قیمتی که در این کاغذ نوشته ام از قرار ده یک یا ده دو به تو میدهم. آیا این معامله صحیح است یا نه؟ و بعضی از احکام این مسئله و اقسام ذکر رأس المال و نفع بردن را بیان فرمایند تا دانسته باشیم.

ص: ۳۶

۱- یعنی در بخش مکاسب، از کتاب مناهج.

۲- در ذیل مسئله شماره ۶، توضیح لازم داده شده و نیز نظریه ابتکاری امام خمینی را شرح دادیم.

۳- نوشته مشروحه که موارد مندرج در آن مورد به مورد جداگانه و بطور مشخص نوشته شود

جواب: بدان که بیع، منقسم می شود از جهت اخبار به رأس المال به چهار قسم. اول: اینکه هیچ ذکر رأس المال نمی کند و می گوید این جنس را می فروشم به این قیمت و مشتری هم می خرد و این را " مساومه " می گویند. دوم: اینکه ذکر رأس المال می کند و به همان رأس المال می فروشد. این را " بیع تولیت " می گویند. سوم: اینکه ذکر رأس المال می کند و بر زیاده بر رأس المال می فروشد. این را " بیع مرابحه " می گویند. چهارم: اینکه ذکر رأس المال می کند و به کمتر از آن می فروشد. این را " بیع مواصفه " می گویند. و همهء چهار قسم صحیح است به شرط آنکه در زیاد کردن و کم کردن از رأس المال، 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 می شود و حدیث هم دلالت بر آن دارد. و هر گاه 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 هر گاه ظاهر شود که رأس المال را زیاد گفته بوده است که در آنجا نیز اختیار هست و قول دیگر هم هست که مختار است ما بین فسخ و ما بین اخذ مبیع با اسقاط زیادتی و اول اقوی است به جهت آنکه تراضی و عقد بر مجموع واقع شده. احتمال بطلان هم هست به جهت آنکه تراضی واقع نشده، الا بر این نهج که رأس المال همین باشد که مذکور شده است. و قول اول اقوی است. و دو حدیث معتبر هست فیما نحن فیه (یعنی در صورت ترک ذکر مدت) که دلالت دارد بر اینکه مثل آن مدت، ثابت می شود از برای مشتری. و صاحب کفایه اختیار کرده است عمل به آن را. و این دور نیست.

و باید که در این اقسام رأس المال 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 بنا هم، چنین گذارده که در هر تومانی، سی شاهی انتفاع بگیرد، و لکن جمع حساب را بالفعل نمیدانند که چقدر می شود، و لکن هر گاه حساب کند معلومش می شود. و همچنین باید نقد معین باشد که چه پولی داده است در رأس المال، به جهت آنکه تفاوت میان پولها بسیار است. و همچنین وزن آن را معین کنند. و همچنین در صورتی که کمتر از رأس المال می فروشد. و هر گاه عملی در متاع کرده باشد، مثل اینکه کرباس ناشور خریده بود به رأس المالی و بعد از آن، خود گزاری آن را کرد، یا اجرت داد دیگری کازری کرده، باید بگوید که به این قیمت خریده ام و این قدر، عمل در او کرده ام. یا اینکه این پارچه به این قدر به من تمام شده است (یعنی مجموع رأس المال با اجرت عمل) و به این قدر زیاده یا کمتر می فروشم. و هر گاه متاعی را به قیمتی خریده باشد و معیوب بر آمده باشد و ارزش آن را پس گرفته باشد، باید در وقت ذکر رأس المال، آن باقیمانده قیمت را، بگوید نه قیمت اولی را. اما هر گاه بعد از بیع، بایع چیزی از قیمت را به او بخشیده باشد هر چند در زمان خیار باشد ضرور نیست که آن را کم بکند، بلکه جایز است که اصل رأس المال را بگوید. و هر گاه غلامی (که خریده، بعد از خریدن) جنایتی بکند و آقا تاوان آن را بدهد، جایز نیست که این وجه را به رأس المال ضم کند. و هر گاه کسی بر غلام، جنایتی بکند و مشتری (۱) تاوان بگیرد لازم نیست که از رأس المال چیزی کم بکند در برابر این، یعنی بگوید که چون این منفعت در برابر نفس این غلام حاصل شد، پس گویا قیمتی که من داده ام ما سوای مساوی این است و غلام به قدر ما بقی قیمت بعد وضع ارزش، به من نشسته است، به جهت آنکه در حکم کاری است که غلام، کرده باشد و دخلی به قیمت ندارد.

ص: ۳۸

۱- یعنی: مشتری که اینک بایع است و غلام را می فروشد

بلی: هر گاه 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 هر گاه متاع بسیاری بر سر هم خریده باشد به قیمتی، جایز نیست که بعض آن را به بیع مرابحه بفروشد، هر چند قیمت کند در نزد خود، هر یک را جدا جدا، یا در خارج قیمت آن محقق شود منفردا. به جهت آنکه خریدن اجناس مجتمعا تفاوت دارد با خریدن آن منفردا، پس هر گاه هر یک را بگوید به این قیمت خریده ام دروغ گفته است. و ظاهر آن است که فرغ ما بین متخالفه مثل جامه ها و متماثله مثل گندم و جو نباشد. و ابن جنید فرق گذاشته است. بلی هر گاه اعلام کند که من همه را یکجا خریده ام و بعد از آن قیمت کرده ام هر یک را به آنچه میارزد تا مطابق شود رأس المال بر جمیع، والحال هر یک را می فروشم و اینقدر زیاده تر میخوادم از آنچه قیمت کرده ام، 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 (۱) بدهد (یعنی به قیمت (۲)) به این معنی که بگوید که من این متاع را می فروشم به ربح ده یک یا ده دو، و یا بگوید که این متاع، این قدر به من تمام شده است، یا به این قدر خریده ام و در این متاع، یک درهم یا دو درهم ربح میخوادم. و استدلال کرده اند با اینکه اول شبیه است به ربا. و اخبار بسیار هم هست که دلالت دارند بر منع از گفتن اینکه می فروشم ده - یازده (۳)، یا، ده - دوازده که دلالت آنها بر حرمت، ظهوری ندارد، بلکه ظاهر در کراهتند، بلکه از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود 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.

ص: ۳۹

۱- مراد " پول " است.

۲- مراد " پول " است.

۳- در متن این اخبار لفظ فارسی " ده - یازده. ده - دوازده " از زبان خود امام (علیه السلام) آمده است: وسایل، ج ۱۲ ص

۳۸۶ - ۳۵۸، ابواب احکام العقود باب ۱۴ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵. و ص ۳۷۸ باب ۸ ح ۱۴

و حق این است که اخبار دلالت بر مذهب مشهور دارند، به جهت آنکه کسی ندیده ایم که قایل باشد به کراهت مطلق بیع مباحه. پس اخبار محمول است بر این قسم مباحه، چنانکه مشهور فهمیده اند. و شیخ (ره) قائل به حرمت شده و دلالت اخبار، بر حرمت، ممنوع است. و هر گاه دانستی این اشکالات را در غیر بیع مساومه، پس اولی آن است که اختیار بیع مساومه کند و ترک رأس المال کند و هر گاه خواهد رأس المال بگوید احتیاط تمام بکند که آنچه مدخلیت دارد در کم و زیاد بودن قیمت، آن را پنهان ندارد، مثل نسبه 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 می شود در معامله. یا مثل آنکه میدانند که در معامله مغبون بوده است، یا آنکه به جهت بی وقوفی یا دقت نکردن، گران خریده است و امثال اینها. و از این جمله است حيله ای که بعضی می کنند و چیزی را که خریده اند 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 رأس المال، این قیمت معامله 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 هر گاه این مقدمات را دانستی، بدان که در صورت سؤال، هر گاه رأس المال را میدانند دروغ نگوید که نمیدانم و هر گاه واقعا نمیدانند رأس المال را، یا نمیخواهد بگوید و سر مشقی از برای خود، در آن " تفصیل " (۱) قرار داده که از روی آن خواهد به ملاحظه 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 بر آورد کرده ام که در کاغذ نوشته ام،

ص: ۴۰

۱- این همان کلمه است که در متن سؤال آمده و شرح داده شد

یک درهم انتفاع میخواهم، یا دو درهم انتفاع میخواهم، انشاء الله ضرر ندارد. والله العالم.

۳۸- سوال:

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

جواب:

جواب: بدان که صحت در عقود و معاملات، عبارتست از ترتب آثار شرعیه بر آنها و اینکه می گویند که اصل در معاملات، صحت است، چند معنی احتمال دارد. یکی این است که: اصل، این است که هر عقدی بر او اثری مترتب می شود، هر چند بالخصوص در جواز آن و حکم به ترتب ثمره بر آن از شارع نرسیده باشد و این، غلط است جزما، به جهت آنکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع برسد. پس به مجرد جعل هر کسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد و آنکه در کلام 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 معامله مخصوصه باشد. یا اصل برائت ذمه است از حرمت نقل احدهما مال خود را به دیگری، هر چند لزوم آن ثابت نباشد. یا اصل جواز تکلم به این کلمات است بدون آنکه حکمی بر آن مترتب شود، وهکذا. و عموم " اوفوا بالعقود " و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هر چه هر کس خواهد اختراع (۱) 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 واجاره، و اگر نه بر سبیل جواز شرکت و مضاربه، نه آنکه واجب باشد وفا به هر عقدی الا- ما اخرجہ الدلیل و تحقیق آن را در بعضی رسایل کرده ام. و دوم این است که: الفاظ که در عقود، تلفظ به آن می شود، اصل این است که اعتنا به آنها بشود و از کلمات صبی و نائم و هاذل نیست. پس بنابر این، هر گاه عقدی

ص: ۴۱

۱- بنابر این و مطابق این نظریهء مرحوم مقنن قمی معاملاتتی از قبیل بیمه و سر قفلی باطل است. این همان موضوع مهم " امضائی " و توقیفی " است که در ذیل مسأله ای از جلد اول بیان گردید

مردد باشد میان آنکه فضولی باشد یا متاصل، هر دو صحیح خواهد بود و نمی توان گفت که فضولی، صحیح نیست، به جهت آنکه فضولی معتنی به است (۱) و این احتمال بسیار دور است که اراده شود از این لفظ. احتمال سوم که دایر در السنه فقهاست، این است که: اصل این است که هر عقده از بالغ عاقل سرزند، بر او آثار آن عقد مترتب می شود و مراد از لفظ "اصل" در اینجا "ظاهر" است، یا قاعده، یا استصحاب بقا، یا استصحاب عدم طرو ناقض بر سیل منع خلو. و گاه است که هر سه (۲) در یکجا جمع شوند. و گاه است یکی از آنها مراد باشد. و گاه است دو تا مراد باشد. و علی ای تقدیر، مراد این است که راجح در عقد، صحت است خواه رجحان از محض "ظهور" باشد، هر چند 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 بنابر این، رجحان صحت در مقابل "اصل عدم ترتب آثار" است که بالذات 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 ما بین اصل و ظاهر، است. و تحقیق کلام در ترجیح ما بین اصل و ظاهر، و تفصیل آن، و بیان مقامات آن، محتاج است به بسط زیادی که اینجا مقام آن نیست و در قوانین فی الجمله بسط داده ام، و همچنین در بعضی رسایل. و ظاهر این است که در کلام بسیاری، خلط واقع شده باشد.

ص: ۴۲

۱- این جمله دلیل است که میرزا برای سخن خودش می آورد. و ممکن است لفظ "نیست" صحیح باشد در این صورت دلیل نظریه ای است که میرزا آن را رد می کند با اینکه سبک قلم میرزا با صورت دوم بیشتر سازگار است لیکن از نظر معنی، صورت اول صحیح به نظر می رسد.

۲- یعنی: ظهور، قاعده و استصحاب. استصحاب بقا، استصحاب عدم طرو ناقض را یکی حساب کرده است و گرنه رقم چهار صحیح می شود

و مجمل تحقیق به مقتضای فهم قاصر این است که: در جاهایی که ادلهء خارجه قائم شده بر تقدیم اصل بر ظاهر، مثل مسائل طهارات حدیثیه و خبیثیه 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 ادلهء خارجه است و ثمره در نزاع نیست. و اما در موارد مختلف فیه، مثل غسلهء 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 داشته اند و بعضی اصل را (و نظر ایشان به دلیل خاصی که مطابق احد طرفین باشد دون دیگری، نیست) باید معیار در ترجیح، غلبهء ظن مجتهد باشد. پس ما چند مثال از برای تو میگوییم که بصیرت در مطلب حاصل کنی: یکی اینکه: فقها اختلاف کرده اند که هر گاه 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 داشته اند مدعی فساد را. چنانکه ظاهر علامه در ارشاد است در کتاب حجر. و حقیر در اینجا تفصیلی داده ام 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 طریقهء مستمرهء 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 می گوید که من خریدم که در قیمت آن، سرکه بدهم. پس بایع میخواهد عقد را فاسد کند و ادعای او راجع می شود که دو مسلمان، هر دو معصیت کرده اند، یکی خودش در زمان سابق از حال تکلم و یکی مشتری. و اجماع و اخبار (که دلالت می کند بر اینکه اقوال و افعال مسلمین را باید

حمل بر صحت) اقتضای تقدیم قول مدعی صحت، می کند و این معنی، قاعدهء کلیه است مستنبط از ادلهء شرعیه. پس قاعده اقتضا می کند تقدیم قول مدعی صحت، را. و از این راه می تواند شد هم که بگوییم که نادر است که مسلم، خمر را خرید و فروش کند و غالب عدم آن است. پس ظن غلبه، ملحق می کند ما نحن فیه را به غالب. که رجحان در اینجا از غلبه حاصل می شود. و این مثال که ذکر کردیم از برای جایی است که مثل خمر، ملک مسلم نمی شود و گو، ملک کافر شود. و گاه است که دعوی از سر چیزی بشود که ملک تعلق به او نمیگیرد مطلقاً. 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 تمهید القواعد ظاهر می شود و اجماعی بودن حمل قول و فعل مسلم، بر صحت، منافات با خلافی بودن این مسئله ندارد، به جهت آنکه اجماع در وقتی است که قول مسلم دیگر، معارض آن نباشد و در ما نحن فیه چنین نیست. و لکن چنانکه اشاره کردیم چون یکی از آنها فعل دو مسلم را حکم به بطلان می کند 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، و لکن 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 می شود بر استصحاب بقای ما سبق هم، اطلاق می شود. پس هر گاه 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 فسخ 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 غالب الوقوع 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 هر گاه تاریخ معامله معلوم نباشد و هر دو متفق باشند در اینکه اگر در حال کبر بوده، در حالی 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 حکم الحاق به غالب و حصول ظن، وجیه است. اما هر گاه تاریخ معلوم باشد و میدانند هر دو که در وقتی که معامله شده که بایع، مراهق مشکوک البلوغ 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 ملاحظه مثل معامله 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 میکنیم در نوع مراهقین غلبه نیست که ظن، اینها را هم ملحق به آن کند، یعنی اصل معامله اینها در این نوع اعیان غلبه ندارد، چه جای آنکه غلبه 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 ملاحظه مقام، ظن مختلف می شود، در مسئله "تعارض اصل و ظاهر" که باید ملاحظه ظن را کرد، آن است که هر گاه کسی بیند مصلی را که واجبی از واجبات نماز را ترک کرد، یا لحنی در قرائت کرد، یا کلمه ای را حذف کرد. در وجوب تنبیه او، حکم مختلف می شود به سبب اختلاف حال مصلی. پس

هر گاه مصلی از اهل معرفت باشد، ظاهر این است که سهوا باشد، نه از راه جهل که واجب می شود نهی از منکر، هر چند اصل، عدم معرفت است. و هر گاه از اهل معرفت نباشد و ظاهر حال او، نادانی باشد، واجب می شود تنبیه، به جهت اینکه اصل و ظاهر، در آن متطابق است. و از جمله مواردی که به جهت ظن مجتهد اختلاف واقع می شود و مقام بر آن مختلف می شود در حکم، فرقی است که شهید ثانی (ره) در مسالک گذاشته در ما بین 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 یا نه. 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 می رسد این است که: هر گاه بنا را به ظهور صحت فعل مسلم بگذاریم بنا بر غلبه (هر چند از راه عصیان و فسوق نباشد، به جهت آنکه محتمل است که ترک شرط از راه سهو و نادانی باشد) پس در هر دو جا 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 فرموده اند "که فی الحقیقه 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، مقتضای 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 هر جا که عمل به قاعده یقینی اجماعی است، مثل طهارات و نجاسات، آنجا حکم الله تعالی ظاهر قطعی است که تعبدا مقدم داشته شده است. و هر جا که اجماع و دلیل قطعی در ظرف قاعده یقین که مطابق اصل است نباشد باید تحصیل ظن به حکم الله نفس الامری، کرد چنانکه مقتضای اجتهاد است پس (در) حقیقت نزاع مابین تقدیم دو شیء است که مفید ظن به نفس الامر، می توانند شد. باید دید که کدامیک اقوی هستند، به او عمل باید کرد. و توضیح این مطلب، این است که قواعد اصولیین، قاعده یقین است. یعنی لزوم عمل به مقتضای آنچه یقینا ثابت شده است و عدم جواز نقض آن، مگر به یقین. و این مستفاد است از اخبار معتبره 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 در آنچه موجود شده، بقاست و ظن الحاق به اعلم اغلب می کند. و در این قاعده همان به عدم یقین به رافع اکتفا می کنند و دیگر ظن بقا را اعتبار نمی کنند، چنانکه در مسائل طهارت هویدا است و اخبار هم در خصوص آنها وارد شده مثل "کل ماء طاهر حتی يعلم انه قدر" او "کل شیء نظیف حتی تعلم انه قدر" و چون مجتهد بنای او در احکام تحصیل ظن به حکم الله نفس الامری، است، پس تحصیل ظن به حکم نفس الامر، در صورت عمل به قاعده یقین، مشکل است. پس میگوییم شارع تعبدا چنین قرار داده که لازم باشد عمل به مقتضای یقین سابق تا یقین بر خلاف آن به هم رسد. و چون ظن مجتهد قائم مقام یقین است، پس در جایی که ظن او در برابر این قاعده یقین بیاید یقین را به ظن او می‌شکنیم، پس از این جهت، ظاهر را بر اصل مقدم می‌داریم. پس میگوییم که تعبدا 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، مثلاً از مواضعی که اجماع و اخبار دلالت بر عدم اعتبار ظن مجتهد به نفس الامر آنها دارد، هر چند ظن مجتهد به نجاست از راه غلبه و قراین به هم رسد که باز عمل به آن نمی کنند. پس ظن مجتهد را هم تخصیص میدهیم به غیر ظنی که در امثال طهارات و نجاسات باشد. و چون در مسائل تنازع در عقود، اجماع و دلیل قاطعی بر تقدیم 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 هر حال، مجتهد باید هشیار و باخبر باشد و در مقامات تعارض صحت و فساد آنچه اقوی شد از حیث حصول ظن، آن را اعتبار کند. پس هر گاه به سبب قاعده یقین، ظنی از برای او از جهت استصحاب حاصل شد، اقوی از آن ظنی که از غلبه و قراین حاصل شده، آن را مقدم میدارد و اگر این طرف غالب باشد، این را اعتبار می کند و اگر اعتبار ظن مجتهد را قطع نظر از دلیل خاص کرده، از نظر نیندازیم، دیگر نزاع در مسئله تعارض اصل و ظاهر، باطل و عاطل خواهد بود، به جهت آنکه عمل به مقتضای ادله مطابق هر یک 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 جمله اموری است که دلالت دارد بر آنکه بعد از انسداد باب علم، اصل جواز عمل به ظن است از برای مجتهد، الا ما اخرجہ الدلیل، چنانکه در قوانین، بسط زیادی در آن مسئله داده ام و هر گاه بصیرت بیشتر طلبی، رجوع به قوانین و سایر رسایل کن. و از مسائل آنها همه بهتر این است که به جانب اقدس الهی منقطع شده رفع اشکال بخواهی که این مسئله از مشکلات مسائل و مهمات فقه است و کلام فحول، در آن خالی از اجمال نیست. والله الموفق بحقایق احکامه.

۳۹- سوال:

۳۹- سوال: در صورتی که بیع به عمل آمد، عدم قبض ثمن و اقباض مثن 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: سؤال را خوب نفهمیدم، ولكن بدان که هر گاه 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، میباید ملک لازم او می شود و اگر نیاورد، با بیع اختیار دارد که فسخ بیع کند. پس هر گاه یکی از این شروط، مفقود باشد خیاری نیست از برای با بیع و لزوم بیع در سه روز اول ظاهر اجماعی است، چنانکه تصریح به آن کرده اند. چنانکه عدم لزوم بعد از سه روز در صورت مذکور هم ظاهر اجماعی است و احادیث معتبره دلالت بر هر دو دارد. بلی خلاف دارند در اینکه آیا بیع، باطل می شود بعد از سه روز در صورت مزبور، یا آنکه صحیح است و با بیع، خیار فسخ دارد. مشهور، قول دوم است و قول اول را ابن جنید (ره) و شیخ (ره) در مبسوط نقل کرده اند و ابن فهد (ره) و بعضی دیگر از متأخرین، مثل آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه (ره) گفته اند که ظاهر اخبار بطلان است، ولكن اصحاب حمل کرده اند روایات را بر نفی لزوم. و اظهر در نزد حقی این است که اخبار هم ظهوری در بطلان ندارند. پس ما، دو حدیث را ذکر میکنیم تا حقیقت حال، ظاهر شود. یکی صحیح زراره از حضرت باقر (علیه السلام): قال قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده يقول حتى آتيك بثمانه. قال: ان جاء بثمانه فيما بينه وبين ثلاثه ايام والا فلا بيع (۱) له. دوم: صحیح علی بن یقطين، انه سئل ابا الحسن (علیه السلام) عن الرجل يبيع المبيع ولا يقبضه صاحب ولا يقبض الثمن. قال: الاجل بينهما ثلثه ايام فان جاء قبضه والا فلا بيع (۲) بينهما. 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، و اگر چه اقرب، مجازات (۳) بودن " نفی

ص: ۴۹

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

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- صلوه الا- بفاتحه الكتاب والا بطهور " به جهت آنکه مرا، بطلان در اول امر است، لکن قرینه مقام [دلالت دارد] که در اینجا مراد، نفی صحت از اول امر، نمی تواند بود. چنانکه گفتیم. پس باید حمل بر نفی اثر کرد و اگر چه نفی جمیع آثار انساب است به این عبارت، از نفی لزوم فقط، لکن استصحاب بقای اثر مرجح ارادهء نفی " اثر فی الجملة " است که نفی لزوم باشد. با وجود آنکه در احادیث بسیار مذکور است که " فلا بیع له " یعنی اثر از برای مشتری نیست، و این مثل صریح است در اینکه اثر بیع از برای بایع بر جاست. و اما صحیحهء علی بن یقطین که در آنجا که " فلا- بیع لهما " فرموده، هر چند دلالت او بر اینکه ما گفتیم اخفی است لکن بعد از تأمل و ملاحظهء سیاق کلام که غرض بیان این است که آیا مشتری می تواند مبیع را گرفت یا نه /؟، دلالت می کند بر اینکه مراد این است که نفی بیع بینهما، از راه عدم لزوم است از جانب مشتری بقرینهء سایر اخبار - فان کلامهم یفسر بعضه بعضا - و بر فرضی که این معنی مسلم نباشد هم میگوئیم که روایت علی بن یقطین مقاومت با اخبار کثیره، نمی کند. خصوصا با اتفاق اصحاب بر فهم نفی لزوم، دون بطلان. و این مطلب را به ظاهر کلام ابن جنید و شیخ نسبت داده اند، 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 ذمه 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 یا به قبض گرفتن بعض ثمن فایده ندارد. به جهت آنکه لفظ

ثمن و مثن که در حدیث است حقیقت در مجموع آن است، نه در بعض. پس هر گاه 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 هر گاه بدون اذن قبض کرده باشد به آن، خیار باقی است. و همچنین هر گاه ثمن مستحق غیر، (نیز) بر آید، آن هم در قبض کافی نیست ظاهراً، و همچنین بعض ثمن. و تصریح کرده است به این، شهید ثانی (ره). و بدان که بعد از گذشتن سه روز هر گاه بایع مطالبه ثمن کند، خیار او ساقط نمی شود. به جهت استصحاب و اطلاق اخبار. و هر گاه 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 هر چند یک ساعت باشد. و این شرط نیز ظاهر روایات است. و اعتبار غیر این صورت خلاف اصل، است. و در حکم خلاف اصل، باید اکتفاء کرد در آنچه نص در آن دلالت دارد. و بدان که اکثر اصحاب فرق نگذاشته اند در این مسئله ما بین حیوان و غیر حیوان. ولکن شهید (ره) و ابن فهد از صدوق (ره) نقل کرده اند که در مقنع گفته است که مدت تاخیر در کنیز یک ماه است. چنانکه روایت علی بن یقظین دلالت بر آن دارد. و شهید حکم به ندرت روایت کرده است. و به هر حال، اقوی قول مشهور است به جهت عدم مقاومت این روایت و همچنین مرسله علی بن رباط، با احادیث معتبره معمول بها. هر چند این خاص باشد و آنها عام. تتمه: هر گاه تلف شود مبیع بعد از انقضای سه روز (در صورت مذکوره) از مال بایع تلف شده است. و ظاهراً خلافی در آن نیست. چنانکه از کلام جمعی از اصحاب ظاهر می شود، و مقتضای روایات نیز همین است.

و هر گاه 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 میبعی که تلف شود پیش از قبض، پس از مال بایع است ". و ظاهرا که همین قاعده مروی است از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) و دلالت می کند بر این، صریح روایت (۱) عقبه بن خالد و ظاهر صحیحه زراره، و صحیحه علی بن یقطین و غیر آنها. و مفید و سید مرتضی (رح) و جمعی دیگر قائل شده اند که تلف، از مال مشتری است به جهت لزوم عقد در آن وقت، و انتقال به مشتری، بدون خیار. و ابو الصلاح و ابو حمزه تفصیل داده اند که: اگر بایع عرض کرده است تسلیم میبع را به مشتری، از مال مشتری است و الا- از مال بایع است. و علامه در مختلف میل به این کرده است و اقوی قول مشهور است. و بدان که: شهیدین (رح) و غیر ایشان نقل کرده اند قولی از شیخ به اینکه هر وقت 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 میبع را از باب تقاص بگیرد هر گاه ممکن باشد گرفتن. و اگر ممکن نباشد، فسخ کردن هم رفع ضرر نمی کند. و آنچه شهید ثانی (ره) فرموده خوب است. و عموم کلام شیخ شامل نقد و نسیه و صورت قبض میبع همه، هست.

۴۰- سوال:

۴۰- سوال: هر گاه 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. وراثت مالک بنا گذاشتند که آن امین قیمت مجموع گندم گرفته و نگرفته را، مبلغ معینی نقد بدهد. آیا این معامله صحیح است یا نه؟ -؟ و آیا امین می تواند بگوید که چون کیل و وزن گندم، نشده است معامله باطل .

ص: ۵۲

۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۹، ابواب الخیار باب ۱۰، ح ۱. - توضیح: احادیث دیگر که در این سطرها مورد بحث هستند همان ها هستند که آدرس شان مشخص گشت و نیاز به تکرار نیست.

است، تو گندم خود را بگیر.؟

جواب:

جواب: ظاهر صحت معامله است به جهت آنکه بیع دین آنکه بیع دین (خصوصاً به نقد) جایز است علی الخصوص بعد انقضای موعده دین. و در صحت بیع قبض شرط نیست (۱). و منعی که وارد شده در بیع طعام قبل از قبض (بر فرض تسلیم حرمه)، آن در جائی است که مالک، آن طعام را خریده باشد نه در وقتی که به میراث یا غیر آن منتقل شده باشد.

۴۱ - سوال:

۴۱ - سوال: هر گاه کسی ملک، با باغ شخصی دیگر معاوضه کند و هر دو تصرف کنند به زرع کردن و مصرف کردن میوه. آیا لازم است؟ یا رجوع هر یک به مال خود جایز است؟

جواب:

جواب: بدان که در انعقاد بیع شرط نیست که ثمن از نقدین باشد بلکه هر چیز، قیمت می تواند شد. بلکه گاه هست که کسی اسبی را می فروشد به ده رأس میش، یا گاوی را می فروشد به الاغی، وامثال آن. چنانکه در مسئله خیار حیوان تصریح کرده اند به آن. و همچنین فروختن ملک به باغ. پس اگر اشکال در سوال 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 ما نحن فیه است. و اگر اشکال در این است که صیغه خوانده نشده است پس آن داخل بیع معاطات می شود. و معاطات هر چند ادله بسیار بر صحت و لزوم آن، هست و لکن چون از این زهره و شهید ثانی (ره) بر اشتراط لزوم بیع به صیغه، دعوی اجماع شده. و ظاهراً خلافی هم از اصحاب نقل نشده (از غیر ظاهر مفید - ره -) تا زمان آخوند ملا احمد (ره) و بعضی از تابعین او. و بعضی از مؤیدات هم از اخبار دلالت بر آن دارد. پس اولی این است که بنای عمل بر عدم لزوم آن باشد. هر چند اظهر این است که مبیح تصرف است بلکه مملک است، بلکه بیع است. و لکن عدم لزوم مادامی است که تصرف در طرفین یا احدهما نشده باشد. و بعد از غ

ص: ۵۳

۱- و در نسخه: به جای لفظ " نیست " لفظ " است " غ

تصرف، لزوم حاصل می شود، در صورت اتلاف عینین جزما. و در غیر آن علی الخلاف والاشکال. و ظاهر این است که نقل از ملک به عنوان لزوم، (مثل بیع و صدق و مثل آنها) مثل تلف عین است (۱). و به هر حال، ظاهر این است که مادامی که عینین بتمامها باقی باشند، توان رجوع کرد و لکن رجوع به منافی که هر یک برده اند (از زرع و میوه) نمی کنند. و اگر معامله مزبوره معاوضه محضه باشد، که احدی از عوضین را، ثمن نمی کنند و دیگری را ثمن، بلکه هر یک از آن ها عوض دیگری است، که گاه است در عرف عام سلب اسم بیع از آن، می کنند چنانکه میسرند از زید که "ملک خود را فروختی؟" می گوید "نفروختم و لکن 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 هبهء معاوضه و نه غیر آن. و در صورتی که معامله را در صورت بیع، بکند. و صیغه را به لفظ معاوضه بخواند مثل اینکه بگوید "عواضتک هذه الضیعه بهده الضیعه" و او هم بگوید "قبلت". پس ظاهر این است که این را "بیع" دانیم چنانکه هر گاه بگوید "ملکتک هذه بهده".

۴۲- سوال:

۴۲- سوال: هر گاه کسی ملکی بخرد و قدری زمین بایره متعلق به آن باشد. و در ضمن العقد شرط کنند که این بایره هر قدر که باشد از قرار جریمی هزار دینار محسوب دارد. و قدری از آن را مشتری متصرف شده. والحال بایع پشیمان است. این معامله صحیح است یا فاسد؟-؟ و بر فرض صحت، پشیمانی سودی دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر گاه 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 عین معلوم است، و عین آن هم معین و مشاهد است. و تحدید مقدار موکولد

ص: ۵۴

۱- یعنی اگر یکی از طرفین معامله مال مورد معامله را پس از معامله، بفروشد یا به عنوان صدق 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 هر گاه 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 هر جریبی از بایره هزار دینار بگیرد. ظاهر در این جا جهالت در ثمن می رسد و صحیح نخواهد بود. و پشیمانی اگر مبتنی بر دعوی غبن باشد، مسموع است با تحقق شرایط آن. والا فلا.

۴۳- سوال:

۴۳- سوال: هر گاه کسی ملکی به شخصی بفروشد به وجهی. و با توجه معامله کند و منافع به هم رساند و آن ملک مستحقا للغير بر آید، و آن غیر اجازه بیع نکند. آیا نماء آن پول، مال کی است؟

جواب:

جواب: هر گاه 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 هر گاه صاحب پول امضاء و اجازه آن خرید را کرده که معامله بکند، مستحق پول و نماء آن هر دو می شود. و هر گاه اجازه نکنند، نماء مال صاحب متاع است. و صاحب پول همان پول خود را میگیرد. و آن شخص بر عمل خود اجرتی مستحق نیست. و هر گاه آنچه خریده، در ذمه خریده، صاحب پول همان پول را مستحق است. و منافع مال آن شخصی است که عمل کرده. و هر گاه آن شخص پول را به مضاربه داده باشد به دیگری، و صاحب پول اجازه کند، صاحب پول، منافع را (علی سبیل الشرط) مستحق است.

۴۴- سوال:

۴۴- سوال: شخصی ملکی را هبه کرد به فرزند صغیر برادر خود، و پدر او ولایتا قبول کرد و قبض و تصرف نمود. و بعد ذلک، ملک را فروخت و به مصرف خود رساند و در ذمه خود به قرض قرار داده مصلحت صغیر و احتیاج او به نفقه. بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: حکم به بطلان بیع نمی توان کرد به جهت آنکه جایز است که پدر مال فرزند

صغیر خود را به قرض بر دارد. هر چند ملی (۱) نباشد. و گاه هست که از راه اضطرار مال او را فروخته و به مصرف خود رسانیده و در ذمه خود به قرض قرار داده. و فعل ولی، محمول بر صحت است تا فساد آن معلوم شود. و هر گاه ولی، مال را به جهت نفقه خود بفروشد در صورتی که صغیر غنی باشد و او محتاج باشد، امر، اسهل و واضح است.

۴۵- سوال:

۴۵- سوال: آیا جایز است تفاضل در معامله طلا و نقره با هم؟ و آیا فرقی ما بین طلا و نقره خوب و بد هست یا نه؟-؟ و هر گاه یکی از آنها مغشوش باشد (مثل اینکه در پول نقره مس یا قلع باشد) می توان معامله کرد به خالص آن جنس (به آن خوب و بد) یا نه؟-؟ و آیا به غیر جنس خود می توان معامله کرد یا نه؟-؟ و هر گاه هر دو مغشوش باشند، چه حال دارد؟.

جواب:

جواب: طلا- را با طلا- و نقره را با نقره جایز نیست که تفاضل بگیرد. به جهت آنکه ربا است. جز ما. و فرقی ما بین خوب و بد آنها نیست، یعنی نقره بد مثلا- هر چند به نصف قیمت نقره خوب بیرزد، که جایز نیست معامله با زیادتی، که یک مثقال را بدهد و دو مثقال بد را بگیرد. و همچنین فرقی نیست ما بین سکه دار و بی سکه و شمش کرده یا مصنوعی [صحیح: مصوغی] و درست یا شکسته. و هر گاه در یکی از آنها غش باشد مثل پول نقره ای که در آن قلع یا مس باشد، ت

ص: ۵۶

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 نقره 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 جا میماند، آن در برابر مس یا قلعی است که در آن است. و همچنین است هر گاه بدانیم مقدار نقره خالصی را که در آن پول مغشوش، است و بدانیم که مقدار این پول نقره و خالص، از مقدار آن نقره خالصی که در آن پول مغشوش، است زیادتر است. هر چند بسیار کم باشد آن زیادتی، که در آنجا هم صحیح است بلا اشکال در اینها همه. و اما هر گاه پول مغشوش را به غیر جنس خود معامله کنند مثل اینکه پول نقره مغشوش را با طلای خالص معامله کنند یا به عکس، که در آنجا هم اشکال نیست که زیاد و کم ضرر ندارد. و هر گاه طلا یا نقره که معامله می کنند از هر دو طرف مغشوش باشد، پس ظاهر این است که در جواز آن، نیز اشکال نیست. هر چند از یک جنس باشند. به جهت آنکه در حکم ضمیمه می شود. مثل آنکه یک درهمی و پنجاه درم گندم را بدهد به دو درهم و پنجاه درم گندم، که یکی از حيله های ربا همین است. پس در اینجا هم در حکم ضمیمه (۱) 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 ظاهراً در اینجا فرقی نیست که مقدار خالص و مغشوش معلوم باشد یا مجهول. بلکه هر چند بدانی که خالصی که در این است بیش از خالصی است که در آن، است.

۴۶-سوال:

۴۶-سوال: آیا جایز است که یک من ریسمان و یک پول سیاه بدهی و دو من پنبه بگیری یا نه؟ -؟ و همچنین ضم ضمیمه در سایر مواضع؟

جواب:

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

ص: ۵۷

۱- در ذیل مسئله شماره ۶ راجع به ریشه و اساس " فرار از ربا بوسیله ضمیمه " شرح لازمی داده شد و نظریه ابتکاری امام خمینی (ره) بیان گردید.

اجماع (۱) بر آن نقل شده. واحادیث 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 (۲) معامله هزار درهم و یک دینار به دو هزار درهم شده. و ضمیمه را می توان در طرف جنس ناقص گذاشت، مثل همین مثال پنبه و ریسمان. و همچنین در هر دو طرف (۳) هر گاه ناقص مشتبه باشد. چنانکه در دو درهم مغشوشی که هر یکی مخلوط به مس یا غیره باشد و مقدار نقره آنها معلوم نباشد، که همان غش قائم مقام ضمیمه است. و ظاهر این است که ضرور نیست قصد (۴) به اینکه ضمیمه مقابل زیادتی باشد. بلکه کافی است که مجموع مقابل باشد. و همچنین شرط نیست که آن ضمیمه گنجایش (۵) مقابله به آن زیادتی، داشته باشد چنانکه شهید (ره) در دروس گفته، و ظاهر اخبار و کلام فقها هم این است.

۴۷- سوال:

۴۷- سوال: آیا جایز است خرج کردن پول های مغشوشی مثل قروش های رومی که در چهره آنها سرخی و سفیدی هر دو نمایان است -؟ و آیا جایز است معامله با قروش هایی 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 یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: قروش های رومی را می گویند مس ندارد. بلکه نقره آن زبون است. و با وجود رواج ما بین مردم عیبی ندارد.

ص: ۵۸

۱- قبلا توضیح داده شد که اصل " فرار از حرام به حلال " اجماعی است لیکن چگونگی فرار و صورت های مختلف آن، در صحت و عدم صحت مورد اختلاف است.

۲- وسائل: ج: ۱۲، ابواب الصرف، باب ۶ ح ۱.

۳- این صورت سخت مورد اختلاف است و حتی ظاهر بعضی از احادیث بر بطلان آن است (همان مرجع ۳).

۴- 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

۵- 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

واما پول های 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 (۱) نمی کنند، ضرر ندارد و هر چند مقدار غش مجهول باشد. و هر گاه رواج [نداشته] باشد و متروک باشد میان مردم، جایز نیست معامله به آن، مگر آنکه بیان کند غش آن را. و ظاهراً خلافی در هیچیک از این دو حکم نیست. واحادیث 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 می شود، و هر گاه 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 نقره آن هم کمتر است از قدری که مردم در آن بیضایقه باشند. پس نه خرج کردن آن جایز است و نه صنعت آن، و غش است و حرام است و مورد احادیث منع، است.

۴۸- سوال:

۴۸- سوال: در شرح لمعه می فرمایند که "والمغبون اما البایع او المشتري اوهما" آیا چنین معامله که هر دو مغبون باشند، ممکن الوقوع، است یا نه؟ - و ملا احمد (۲) تونی در حاشیه بر همین عبارت نوشته است "قد عرفت ان الغبن فی طرف البایع انما یكون اذا باع باقل من القیمه السوquیه و فی طرف المشتري اذا اشتری بازید منها و لا یتفاوت الحال بكون الثمن و الثمن من الاثمان او العروض او احد هما من احدهما والاخر من الاخر، وح فلا یتعقل کونهما مغبونین و الا لزم کون المثلث اقل فی القیمه السوquیه و اکثر منها، و هو محال".

ص: ۵۹

- ۱- "گرفت و گیر": ممکن است به معنای مؤاخذه، درگیری و حتی شکایت و دستگیری باشد. و ممکن است لفظ "می کنند" صحیح باشد در این صورت به معنای "داد و ستد" است.
- ۲- ملا احمد تونی فرزند محمد معروف به فاضل تونی. برادرش نیز ملا عبد الله 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 رضا شاه در تهران به "فاضل تونی" معروف شدند، اشتباه نشود

جواب:

جواب: این عبارت در مسالك هم مذکور است و آنچه الحال به خاطر حقیر می رسد در فرض، این است که مثلاً بایع متاع خود را می فروشد به چهار تومان فلوسی، که هشت عدد اشرفی نو بگیرد در عوض، به اعتقاد اینکه هشت عدد اشرفی مساوی چهار تومان فلوس، است و بعد از آن معلوم می شود که متاع پنج تومان فلوس میارزیده، و هشت عدد اشرفی هم مساوی چهار تومان و هشت هزار دینار (۱) بوده، پس بایع می تواند ادعای غبن بکند در مطالبه غبن دو هزار دینار نقصان. و مشتری می تواند که ادعای غبن بکند که من هشت عدد اشرفی را به اعتقاد اینکه چهار تومان است، در عوض چهار تومان 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 می شود 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.

۴۹- سوال:

۴۹- سوال: هر گاه زید، حیوانی را در معرض بیع در آورد، با ظن به عدم حمل، بدون قید و شرطی، و عمر و هم ابتیاع نماید با ظن به عدم حمل، بدون شرطی، بعد از آن حیوان بزاید. آیا این ولد مال کیست؟

جواب:

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

۵۰- سوال:

۵۰- سوال: 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، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ربا در ما بین اهل اسلام حرام است و فرقی ما بین شیعه و سنی نیست. و ت

ص: ۶۰

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

اما ما بین مسلم و کافر حربی (هر گاه زیادتی را مسلم بگیرد) ظاهراً خلافی در جواز آن نیست. و روایت عمرو بن جمیع (۱) که در کافی و تهذیب مذکور است دلالت بر آن دارد، و ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب. و در کتاب فقیه هم، مرسل از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) روایت کرده است که فرموده "لیس بیننا و بین اهل حر بنا (۲) ربا". و فحوای اجماع منقول از سید در ذمی (۳)، هم دلالت بر آن دارد. و روایت زراره (۴) که بر خلاف 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 ما بین مسلم و ذمی، پس منقول از اکثر اصحاب حرمه است. و جمعی از اصحاب (که از جمله شیخ مفید و سید مرتضی است، و صدوق (ره) و والد او است) گفته اند 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 تأمل 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 حرمه 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 می توان این را به آن تخصیص ۳

ص: ۶۱

-
- ۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۴۳۶، ابواب الربا، 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.
 - ۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۴۳۶، ابواب الربا، 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
 - ۴- همان مرجع: ح ۳

داد، می توان عکس آن را هم کرد. و احسان ایصال نفع است به غیر، و کسی که دو درهم بدهد درازای یک درهم به قصد نفع، احسان کرده است. و ترجیح مذهب سید (ره) دور نیست به جهت آنکه اجماع منقول به منزله حدیث صحیح (۱)، است. و ابن بابویه (ره) در کتاب فقیه مرسل روایت کرده از حضرت صادق (علیه السلام) که "لیس بین المسلم و بین الذمی رباء و لا بین المرئه و زوجها (۲)" و همچنین در کتاب "فقه الرضا" روایت شده است و لکن احوط اجتناب است. و اما ما بین مادر و فرزند، پس دلیلی بر جواز آن نیست و مقتضای ادله، حرمه است. و اما ما بین پدر و فرزند، پس مشهور جواز آن است از هر دو طرف. و خلاف ابن جنید (ره) که جواز گرفتن را مخصوص پدر، کرده ضعیف است. و دلیل بر مطلق جواز، روایت عمرو بن جمیع، است از امیر المومنین (علیه السلام) که فرمود "لیس بین الرجل و ولده رباء و لیس بین السید و عبده رباء" و همچنین روایت زراره که بعد میآید. و ضعف (۳) آنها منجبر است به عمل اصحاب. و سید مرتضی رحمه الله دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم..

ص: ۶۲

۱- کمتر کسی به این موضوع تصریح کرده، خصوصا مرحوم حاج آقا حسین بروجردی آن کاربرد زیاد را به اجماع منقول نمیداد. البته اهمیت اجماع (با انواع مختلف اش) در میان متقدمین بیش از متاخرین بوده است. لیکن تعداد موارد اجماع منقول در میان متاخرین بیش از متقدمین است و این یک امر طبیعی است زیرا هر چه زمان بگذرد کسانی بر اساس تحقیقات خودشان موارد اتفاقی و اجماعی زیادتری را مشخص می کنند آنگاه در بستر "نقل" قرار میگیرد

۲- من لا یحضره الفقیه: ج ۲ ص ۹۰ - وسائل: ج ۱۲، ابواب الرباء، باب ۷ ح ۵.

۳- سلسله سند حدیث این جمیع: محمد بن یعقوب عن حمید بن زیاد، عن الخشاب، عن ابن بقاح (ریاح)، عن معاذ بن ثابت، عن عمرو بن جمیع، عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: قال امیر المومنین... - همان مرجع: ۱ - ضعف سند: خود ابن جمیع توثیق نشده بل به ضعف او تصریح شده است، معاذ بن ثابت نیز توثیق نشده، بقیه افراد سلسله توثیق شده اند. حدیث دوم نیز در روایت صدوق مرسل (بدون سلسله) است و در روایت کافی و تهذیب همان سلسله حدیث ابن جمیع را دارد، لیکن اصحاب به پیام این دو حدیث عمل کرده اند شاید ادله دیگری نیز در اختیار آنان بوده است و اما روایت زراره: مرحوم میرزا با اینکه آن را "مهجور" مینامد، به آن متمسک می شود. اگر اصحاب بدان عمل کرده اند پس نمی تواند مهجور باشد و اگر بدان عمل نکرده اند پس ضعفش با عمل اصحاب جبران نمی شود. ضعف این حدیث به دلیل "یاسین الضریر" است که توثیق نشده. و دلیل دیگر ضعف آن، معارض بودنش با ادله دیگر است. گویا میرزا (ره) بخش اول این حدیث را که ناظر به ربا در ما بین پدر و فرزند است میپذیرد همانطور که در چند سطر بعدی خواهد آمد و بخش دوم آن را که ناظر به حرمه ربا گرفتن، از ذمی است، نمیپذیرد. لیکن چنین رفتاری نیز با کلمه "مهجور" نمیسازد. بنابراین تاویل شیخ (ره) بجا می باشد.

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 ما بین مولی و مملوک پس مشهور نیز در آن، جواز است. خواه قائل بشویم بر اینکه مملوک مالک چیزی می تواند شد یا نه. دلالت دارد بر این روایت عمرو بن جمیع و روایت زراره از حضرت امام محمد باقر (علیه السلام) که فرمود " لیس بین الرجل و بین ولده و بینه و بین مملو که و لا بینه و بین اهله رباء " و صحیحه علی بن جعفر از حضرت کاظم (علیه السلام) " عن رجل اعطی عبده عشره دراهم علی ان یؤدی العبد کل شهر عشره دراهم، ایحل ذلک؟ قال: لا بأس (۱). " و این در کتاب فقیه مذکور است و در کتاب علی بن جعفر نیز مثل آن مذکور است با زیادتی (۲) و سید (رح) نیز در اینجا دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم. و ظاهر 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 ما بین 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 مرسله صدوق، که پیش ذکر کردیم. و مشهور آن است که فرقی ما بین زن دائمی و متعه نیست. و علامه در تذکره در متعه خلاف کرده است و اظهر قول مشهور است.

۵۱- سوال:

۵۱- سوال: شخصی ملکی ببع شرط کرده به مدتی که هر گاه در انقضای مدت، ۷

ص: ۶۳

۱- وسائل: ج ۱۲، ابواب الربا، باب ۷ ح ۶ و ۷

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب الربا، باب ۷ ح ۶ 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 می شود؟ یا محتاج است به عقد جدیدی -؟

جواب:

جواب: خیار از جمله حقوقی است که به میراث می رسد. و چون بیع باز نسبت به وارث در عهده تزلزل است، پس لزوم که حاصل شد به سبب عجز وارث، این لزوم ما بین مشتری و وارث حاصل شده و اقاله بیع الحال موجب رجوع مبیع می شود به وارث، به سبب عمومات اقاله. چنانکه در حدیث وارد شده که "ایما عبد اقال مسلما فی بیع اقال الله عشرته یوم القیامه" و اقاله فسخ بیع است. و بعد فسخ بیع، مالک منحصر است (بالفرض) در وارث، پس کسی را نمی رسد 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 افاده بیع می کند) توارث خیار مستلزم توارث توابع آن، نیز هست. زیرا که اگر بایع در حیات میبود و بعد از لزوم بیع استقاله میکرد، اقاله ناقل ملک، از برای او بود. و همین حق مالی، به وارث او منتقل می شود به میراث. و دلیل انتقال "حقوق" مثل "اموال" - پس آن - فیالجمله اجماعی است. هر چند در بعضی از مواضع خلاف کرده اند، مثل "حق الشفع و "حق الرجوع در هبه". و عموم "ما ترک" در آیه شریفه، شامل است. و خصوص حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) که "ما ترک المیت من حق فلوارثه (۱)". 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

ص: ۶۴

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

از مال کرده و حق از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع به جهت خود واهب خلاف اصل است و به دلیل ثابت شده. و قوه دلیل اعراض با اصل، اقوی است از احتمال دخول در تحت ادله حقوق. بخلاف خیار حق الشفع و امثال 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 می شود با اراده واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا، بخلاف حق الشفع و حق خیار که از اول امر ثابت است.

۵۲- سوال:

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

جواب:

جواب: هر گاه بیع لازم شد و فسخ به عمل نیامد، بلا خلاف منافع متصله و منفصله ایام مدت خیار، مال مشتری است. و هر گاه 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 می شود.

۵۳- سوال:

۵۳- سوال: هر گاه در " سر کار (۱) " شاه، شخصی وظیفه داشته باشد و خود در صدد تحصیل آن، مطلقا و اصلا در نیامده و از کسی خواهش تحصیل آن نیز ننموده باشد. و حال که قرار داده شده به رعایا حواله نمایند، و از رعایا باید بگیرد، و الحال هذمه می تواند آن را رعایا گرفته و عین آن را به مصرف برساند. یا به رعایا به عنوان قرض محسوب داشته و ایشان به تدریج بالطوع و الرغبه، از مال خود به آن

ص: ۶۵

۱- سر کار: در اصطلاح درباریان فتحعلی شاه به " کار پردازی " سر کار میگفتند در احکام صادره از زبان شاه و عباس میرزا مکرر به کار گرفته شده البته بیشتر در مورد کار پردازی امور مالی به کار میرفت

بدهند؟ و اگر این، صورت نداشته باشد آیا می تواند 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، در صورت حواله به رعایا صورت ندارد و گیرنده شغل الذمه، خواهد بود؟

جواب:

جواب: هر گاه آن وظیفه از غیر مال سلطان و خراج اراضی خراجیه است به هیچ نحو اخذ آن، صورتی ندارد و مشغول ذمهء صاحب مال، است و مأثوم و معاقب است. مگر اینکه صاحب مال باطوع و الرغبه آن مال را به گیرنده ببخشد و از طیب نفس به او حلال کند. و اگر از بابت خراج باشد پس هر چند از فتاوی جمعی از علما ظاهر می شود که از برای شیعیان حلال باشد، نهایت اظهر در نظر حقیر این است که حلال نیست. به جهت آنکه این مال مختص مصالح عامهء مسلمین است و ولی امر آن امام زمان است. و ائمهء ما تصرفات خلفای جور را نیز قائم مقام تصرف خود، کرده اند در حلیت به جهت شیعیان. لکن متبادر از "خلفای جور" مخالفین است نه سلطان جایر شیعه. بلی چون از عمومات ادلهء نیابت فقیه عادل از امام زمان، ثابت می شود، ممکن است هر گاه آن شخص آخذ از مصالح عامه باشد (مثل قضات بر حق، و غزات مجاهدین با دشمنان دین و مفسدین، و ائمه جماعت و طلبهء علوم و مؤذنین و غسالین و حفارین و امثال اینها) و به 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 بدون اذن فقیه عادل نگیرد هر گاه معلوم باشد که خراج اراضی خراجیه است. و اما محسوب داشتن عاملان، وجه را در عوض متوجهات دیوانی صاحب وظیفه، پس جواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. و احوط بلکه اظهر آن است که هر گاه معلوم باشد که آنچه متوجه آخذ است از خراج اراضی خراجیه است، به ندادن آن، اکتفاء

نکند (۱) مگر آنکه آن شخص از مصالح عامه باشد و از فقیه ماذون شود. و از اینجا معلوم می شود 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 می شود در صورت سؤال از فرق ما بین اینکه عامل به رعایا حواله کند یا غیر آن، پس اگر مراد فرق ما بین معلوم الحرمه است، این سخن در مطلق جایزه سلطان، خوب است. که معلوم نباشد حرمه آن، و نه از وجه خراج بودن آن. و اما بعد از علم به خراج بودن، فرقی ما بین دادن آن از خزانه و حواله کردن، نیست. و اگر مراد فرق ما بین 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 می شود والله العالم.

۵۴- سوال:

۵۴- سوال: مباحهء سلف نیز قبول شرط می کند؟ مثل اینکه شرط بکند که در ما بین مدت، اختیار فسخ از برای بایع باشد -؟

جواب:

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

۵۵- سوال:

۵۵- سوال: حاکم عرف (۲)، شخص را جریمه کرده است [و] پول گرفته. یا مقاطعهء 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 معامله آن شخص، از مقاطعهء مسلمانان حواله کرده است. آیا می توان گرفت یا نه؟ -؟ یا از مقاطعهء نصاری بدهد بیان فرمایند (۳)

ص: ۶۷

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 در مقابل اصطلاح "حاکم شرع" و ناشی شده است از جهانبینی دو شریعتی، که در مقدمهء جلد اول شرح داده شد.

۳- صورت ساده و صحیح این سؤال به قرار زیر می باشد: شخصی با حاکم معامله کرده و حاکم وجه معامله را حواله می کند به کسی که محکوم به پرداخت جریمه شده تا وجه مذکور از محل همان جریمه پرداخت شود. و یا حواله می کند به مسلمانان که وجه مذکور را از محل مقاطعه پرداخت کنند. آیا شخص مزبور می تواند وجه را از محل های یاد شده دریافت نماید یا نه؟ -؟ و اگر پرداخت کننده مقاطعه کار، از نصاری باشد، چگونه است؟ ۱: این موضوع که در اینجا تکرار شده، در جلد اول (کتاب الجهاد) بطور مشروح و مستدل بحث شده است و فتوای میرزا (ره) در آنجا آمیزه ای از تردید، دارد لیکن در اینجا از قاطعین بیشتری بر خوردار شده است

جواب:

جواب: هر گاه مقاطعه در غیر خراج اراضی خراجیه است، بیاشکال حرام است. و هر گاه مقاطعه اراضی خراجیه باشد یا مقاطعه جزیه اهل ذمه باشد، این هر دو در نظر حقیر یک حکم دارند. پس حاکم مسلمین اگر از اهل سنت است حلال است. و اگر از شیعه (۱) باشد اظهر در نزد حقیر آن است که بدون اذن مجتهد عادل، تصرف در آن جایز نیست. خصوصاً هر گاه 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- سوال:

۵۶- سوال: ام ولدی که دزدی کند و بدون اذن مولی از خانه بیرون برود، می توان فروخت یا بخشید، یا نه؟ -؟.

جواب:

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 نمی توان فروخت نمی توان بخشید. وجه او گویا همان است متمسک به حریت است و تملیک صورتی ندارد.

۵۷- سوال:

۵۷- سوال: آیا بیت النحل (یعنی کندوی زنبور عسل) را یا زنبور آن را به سلف می توان خرید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه در عرف عام، با اهل خیره تواند شد که وصف ممیزی از برای اصل آن خانه مگس و مقدار آن مگس (گو ضبط عدد آن ممکن نباشد) و همچنین مقدار عسل یا مومی که غالباً در آن می باشد، تواند شد که جهالتی نماند، جایز است به مقتضای عمومات. و لکن وصف ممیزی، در آن بسیار صعوبت دارد.

ص: ۶۸

۱- این موضوع که در اینجا تکرار شده، در جلد اول (کتاب الجهاد) بطور مشروح و مستدل بحث شده است و فتوای میرزا (ره) در آنجا آمیزه ای از تردید، دارد لیکن در اینجا از قاطعیت بیشتری برخوردار شده است.

۵۸ - سوال:

۵۸ - سوال: 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 می باشد. یعنی گاه هست نفع می شود و گاه نقصان. و این شخص هم دعوی نکرد. آیا خیار او ساقط می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه 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 می باشد " هم، ظاهر این است که دعوی مسموع است و خیار ساقط نیست. و چون مطلب مرافعه میخواید، در حین مرافعه حقیقت معلوم خواهد شد.

۵۹ - سوال:

۵۹ - سوال: هر گاه کسی گندمی به سلف بخرد از مزرعهء خاصی. و در آن سال از آن مزرعه گندم به عمل نیاید و حاصل آن تلف شود. حکم آن چه چیز است؟.

جواب:

جواب: هر گاه گندم زمین معینی بخرد ظاهراً 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 صد من خرما بصره به سلف می خرد. پس آن بیع صحیح است. و هر گاه در آن سال حاصل آن مزرعه تلف شود، مخیر است مشتری، میان آنکه فسخ کند و تنخواه خود را پس گیرد، و اینکه صبر کند تا سال آینده. و بعضی گفته اند که می تواند قیمت آن گندم در انقضای موعده بگیرد و لکن حقیر در این تأمل دارم. بعضی اخبار صحیحه دلالت بر عدم آن، دارد.

۶۰ - سوال:

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

جواب:

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

"خوانندگی" (۱) می گویند حرام است. هر جا که یقین حاصل شد که آن را خوانندگی می گویند، حرام است خواندن و شنیدن آن. و هر جا که یقین است که خوانندگی نمی گویند 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 ما بین قرآن و مرثی و غیر آن نیست. والله العالم.

۶۱ - سوال:

۶۱ - سوال: در بیع، هر گاه ثمن ما فی الذمه باشد. مثلاً- زید از عمرو طلبی دارد و بازاء طلب خود متاعی از او میگیرد. آیا مادامی که عین باقی باشد، واپس می تواند داد یا نه؟ -؟ از جهت آنکه ثمن باقی نیست.

ص: ۷۰

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 "ترجیح الصوت مع الطرب" تعبیر کرده اند. در اینجا توجه به چند موضوع ضرورت دارد: الف: پاسخ به این سؤال که "چه چیز غناء است و کدام چیز غناء نیست" از وظایف فقیه نیست. زیرا فقیه به عنوان متخصص در "احکام" سخن می گوید نه متخصص در "موضوعات" و همانطور که در متن آمده این وظیفه عرف است که موضوعات را مشخص کند. ب: حرام بودن غناء (فی الجملة) 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 می شود. ج: ترجیح صوت: زیر و بم کردن صدا: آوا و آهنگ دادن به صدا. طرب: حالتی که در اثر احساسات شدید به فرد دست می دهد و موجب می شود حرکاتی (یا چگونگی خاص رفتار) از او بروز نماید که در حالت معمولی از آن حرکات بطور آگاهانه پرهیز می کند. یعنی آن حرکات را بر خود سزاوار نمیدانند. و آنها را بر خلاف "وقار" خویش میدانند. خواه این حالت و این حرکات در اثر غم و غصه و مصیبت باشد و خواه در اثر شادی و شمع. مثلاً کسی که برادرش مرده است در اثر این مصیبت گریه می کند آب چشم و دماغش سیلان پیدا می کند از ته دل های های می کند به راست و چپ بیحالانه، میافتد. چنین شخص در اوقات دیگر این قبیل حرکات و حالات را نسبت به خویش ناپسند و ضد وقار میدانند. و همینطور است کسی که تحت تاثیر موسیقی غنائی (خواه از حنجره انسان باشد و خواه از دستگاه بر خیزد) قرار میگیرد و حرکاتی از او صادر می شود که در اوقات دیگر از آنها پرهیز می کند. و آن حرکات را برای خود ناپسند و خلاف شخصیت میدانند. پس طرب دو نوع است: طرب حاصل از مصیبت و طرب حاصل از شادی و شمع مصنوعی. نوع اول از موضوع بحث ما خارج است و نوع دوم حرام است. لیکن به دو مطلب در اینجا باید توجه کرد: اول: گفته شد "موسیقی غنائی" یعنی موسیقی غیر غنائی هم هست مانند آهنگ های رزمی. آنچه حرام است اجماعاً "آهنگ های بزمی" است نه رزمی. البته افراد خیلی نادر پیدا میشوند که آهنگ های "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 می کند که تنها آهنگ بزمی که هرگز از تماس با امور جنسی بر کنار نیست تحریم شده است، نه آهنگ های دیگر. دوم: از عبارت "شادی و شمع مصنوعی"، استفاده شد زیرا شادی و شمع طبیعی نه تنها حرام نیست بل مستحب هم هست. و منظور از "مصنوعی" روشن است و معیار آن چنین است: هر شادی و شمع طبیعی که غیر از آهنگ و موسیقی، عاملی ندارد. یعنی اگر آهنگی نبود، فرد، این شمع را نداشت. د: طرب غم و طرب از غصه نیز اگر از آهنگ ناشی

شود باز حرام است. مثلاً کسی هیچ غم و غصه ای ندارد آهنگی را گوش می کند و در اثر آن گریه می کند - 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، هیچ کدام را ایجاد نمی کند. چه حکمی دارد؟. آنچه از سیاق کلام علما بر میآید حلیت آن است. زیرا همانطور که گفته شد هم توجه اخبار و هم توجه فقها، در این بحث به سوی غنائی است که به نوعی با امور جنسی ارتباط دارد. ز: در مواردی که مشتبه است و مسلم نیست که این آهنگ از مصادیق "ترجیع الصوت مع الطرب" است یا نه؟ -؟ و یا با وجود "ترجیح" در صورت و نیز با وجود طرب، آیا این طرب، طرب غم مصنوعی یا طرب شعف مصنوعی، است که حرام باشد یا از مصادیق غیر حرام آن (مانند آهنگ رزمی) است؟ -؟. در این قبیل موارد حکم به جواز کرده اند و احتیاط را در ترک، دانسته اند. البته بر اساس آن قول نادر که در بالا یاد شد مسئله مشکلتراست، و آهنگ به هر شکل و با هر تاثیر، مورد اشکال می باشد. نتیجه: مکلف باید موارد مختلف این مسئله را تشخیص دهد و بر اساس آن عمل کند. و آن مکلف راحت است که مقلد قول نادر شود و از هر نوع آهنگ پرهیز کند

جواب: هر گاه جنس از باب وفای دین، به او داده (خواه قیمت را حساب کرده باشد در حین قبض، و مساعره کرده باشد، یا نه) آن جنس ملک صاحب طلب، می شود. و آن مدیون از حق او بری می شود (در قدری که مساوی قیمت آن است در روز وفا هر چند بعد ترقی کرده باشد هر گاه آن جنس کمتر است از دین. و بری می شود از تمام آن دین هر گاه مساوی باشد) پس ظاهراً نمی تواند پس بدهد بعد از آنکه قبول کرد در عوض دین. و صاحب متاع هم نمی تواند استرداد کند.

ظاهراً خلافتی در مسئله نیست و اخبار هم موجود است. و اما هر گاه قطع نظر از وفای دین، مبیعه شده است علیحده که این متاع را خریده در عوض آنچه در ذمه آن شخص دارد و شرط بیع، از مساعره و غیر آن به عمل آمده الا- صیغه که جاری نشده، پس در این صورت اظهر این است که مشتری می تواند متاع را رد کند (بنابر عدم لزوم معاطات) و هم صاحب متاع می تواند 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 (هر گاه معاطات را از باب اباحه دانیم نه تملیک) و بعد صاحب عین تالفه رجوع می کند 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 ما بین 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 من المجلد الثانی

اشاره

کتاب التجاره: مسائل التجاره من المجلد الثانی: (۱)

۶۲ - سوال:

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

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

ص: ۷۲

۱- همان طور که در مقدمه جلد اول شرح داده شد محتوای این کتاب که امروز جامع الشتات نامیده می شود مجموع سؤال و جواب است که در دفتر کار محقق قمی جمع میگشت و سپس در کنار هم قرار میگرفت و به صورت کتاب در میآمد. پس از آنکه یک دوره از آنها در قالب کتابی در اختیار نسخه برداران قرار گرفت دوباره مجموعه زیادی از سؤال و جواب ها جمع گردید و در قالب کتاب دیگر ارائه گشت، منظور از مجلد اول و مجلد ثانی همین است

مرتب می شود 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 حقیقه شرعیه در آن ثابت نشده، [پس] باید رجوع کرد به عرف. و عرف نسبت به مواضع مختلف، مختلف می شود لهذا در کلام اصحاب اختلاف در آن شده. و مشهور این است که قبض در غیر منقول، مثل ملک و باغ و امثال آن، تخلیه است. به این معنی که دست از تصرف بردارد و آن را واگذارد و بلا مانع 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 وا گذاشتن به او. و دلیل در مسئله، فهم عرف است. و گویا که بعضی در حکم منقول دعوی اجماع کرده اند. و بعضی اخبار هم اشعاری به بعض مطلوب، دارد. مثل صحیحه معاویه بن وهب " قال: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه -؟. فقال: ما لم يكن كيل او وزن، فلا تبعه حتى تكيله او تزنه الا ان توليه بالذی (۱) قام عليه ". 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 (عليه السلام) فی رجل اشترى متاعاً من آخر و اوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، فسرق المتاع. من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته فاذا اخرج من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله (۲) اليه. " و توجیه استدلال این است که چون قبض منشأ نقل ضمان، است به سوی مشتری،

ص: ۷۳

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

۲- وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱ - در متن حدیث پس از جمله " ولم يقبضه " جمله " قال آتیک غذا ان شاء الله " آمده است

بلا خلاف، و معلوم نیست که کسی قائل باشد که اخراج از بیت بایع به جای دیگر بخصوصه مدخلیت در نقل ضمان داشته باشد. بلکه کافی است نقل حیوان از مکان به مکانی در همان خانه بایع. مثل اینکه از این اصطبل بایع بیرون آورد و در اصطبل دیگر جا کند. پس باید مراد از حدیث جائی باشد که موقوف باشد تحقیق نقل، به اینکه از خانه بایع بیرون آورد و به جای دیگر ببرد که معنی قبض باشد. پس معلوم می شود که نقل از جائی به جائی فی الجمله معنی قبض هست. و مراد از استدلال هم بیش از این 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، قبض در آن، نقل است. یا گرفتن به دست. و اگر مکیل و موزون است، گرفتن به دست است یا کیل و وزن کردن. و فرق این باقول مشهور این است که بنا بر این قول در منقول، گرفتن به دست کافی است و احتیاج به نقل نیست. بخلاف مشهور که در حیوان نقل را ضرر میدانند. و همچنین بنا بر این قول، در مکیل و موزون گرفتن به دست کافی است بدون کیل و وزن. بخلاف مشهور. و این قول هر چند اوفق به عرف عام است ولیکن ملاحظه حدیث های سابق، تایید تعیین کیل و وزن را، می کند در مکیل و موزون. و قدح 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 تولیه" شده. پس اگر اشتراط کیل از برای رفع جهالت مبیع بود، بایست "بیع تولیه" هم صحیح نباشد. پس معلوم شد که از راه اشتراط قبض است به آن. ولیکن میماند اشکال در اینکه روایت دیگر، دلالت به خصوص حیوان، ندارد. ولیکن قائلی صریحا 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 غیر منقول. و این قول محقق (ه) است در شرایع. و قول دیگر این است که در حیوان، نقل است از جائی به جائی. و در غیر حیوان (مثل آنچه محتاج است به اندازه از برای رفع جهالت) کیل و وزن و شماره آن [است] یا نقل آن. و در مثل ملک و باغ و غیر آن، مجرد 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 نمی شود به مجرد تخلیه بلکه محتاج است به کیل و وزن و غیر آن. و دلیل واضحی از برای این اقوال که وفا کند به تمام مطلب ندیدم و شهید ثانی (ره) در مسالک گفته که در قبض رجوع به عرف می شود. 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 نمی شود الا به اینکه مشتری به دست بگیرد، خواه نقل بکند و خواه نقل نکند. و بعد از آن گفته است که آن در همه جا جاری است و لکن در مکیل و موزون به سبب نص 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 کرده اند در اینکه بنا بر اعتبار کیل و وزن، هر گاه پیشتر بایع کیل و وزن کرده باشد، تصدیق مشتری، کافی است؟ یا ضرور است تجدید آن، به جهت قبض؟ جمعی تصریح کرده اند که ضرر است. نظر به حدیث صحیح. و خالی از قوتی نیست. و لکن می توانیم گفت، که روایت محمول بر غالب باشد که قبض به ید، حاصل نمی شود 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. و لکن این راجع نمی شود از وجهی به قول مختلف. و این بعید نیست. بلکه می گوئیم که تامل نباید کرد در اینکه هر گاه 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، می گویند 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 می شود قول مشهور و دلالت آن حدیث بر مدعا، و ظاهر می شود که مراد از آن حدیث بیان مثالی است از امثله قبض. چون غالب این است که قبض بدون کیل و وزن حاصل نمی شود. و دیگر آنکه بسیار بعید است که مجرد کیل و وزن که بیع در حضور مشتری

بکند (به دست خود یا امینی) و لکن تخلیه نکند و به دست مشتری ندهد، این را قبض بگوئیم. پس به این سخن ها ظاهر شد قوت قول مختلف. اما باید گفت که مراد علامه در مختلف، از تخییر ما بین 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 وارده شده است در منع بیع طعام، یا مطلق مکیل و موزون قبل از قبض، و همچنین در بسیار 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 نمی شود الا به کیل و وزن. و از این جهت است که در مسئله بیع قبل از قبض (که خلاف کرده اند) متعرض اشتراط کیل و وزن نشده اند. و همینکه (۱) گفته اند که آیا جایز است بیع متاع قبل از قبض یا نه؟ -؟ جمعی گفته اند " بلی با کراهت مطلقا. " و بعضی به حرمه مطلقا. و بعضی در خصوص طعام. و به خصوص کیل و وزن خلافی نکرده اند. بلکه خلاف در آن به تبعیت این است که یا قبض در مکیل و موزون، کیل و وزن، است یا نه؟ -؟ و بالخصوص غرض ایشان متعلق به اشتراط کیل و وزن، نیست. و مجرد صحیحهء 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 اتفاقا. 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 خانهء

ص: ۷۶

مسکونه به عنوان عاریه یا اجاره که هنوز فارغ نشده باشد از متاع او. پس همچنانکه هر گاه 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 می تواند گفت. اما مادامی که حریم او در خانه است و متاع های او در آنجا متفرق است، جایز نیست دخول مالک الا به اذن مستعیر. که حقیقه باز اذن در اینجا هم راجع به اعلام به رفع مانع، می شود. و هر گاه 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 در باب وقف ولی بر صغیر، اشعاری از باب علت منصوصه، بر این دارد. و اما هر گاه پیش از بیع به عنوان غصب در تصرف او بوده است، پس در مسالک گفته است که از برای رفع حرمه 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 هر گاه بعد از بیع بدون اذن بایع تصرف کند. و بعد از آن، احتمال داده که رفع حرمه یا کراهت و نقل ضمان، هر دو موقوف باشد بر اذن جدید به جهت آنکه تصرف و قبض اول فاسد است شرعاً، پس اثری بر آن مترتب نمی شود. 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 نمی شود " در ظاهر موهم " دور است و گویا در لفظ مسامحه کرده است. و اولی این بود که بگوید " قبض اول حرام است و اثری بر آن مترتب نمی شود ". ولکن این سخن محل منع است، چنانکه میبینی که وطی در حال غصب (۱) موجب لزوم مهر و عده می شود. و آیا در مثل غیر منقول (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 "

ص: ۷۷

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 بنا بر قول به اکتفاء به تخلیه در منقول، محتمل است که مثل غیر منقول 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 (۱)، 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. هر چند 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 نمی شود 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 نمی گویند 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 هر گاه آنقدر زمان بگذرد و مشتری مسامحه کند و نرود و مانع خارجی بهم رسد، این منافات با قبض عرفی ندارد. "

ص: ۷۸

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 می شود، به بیع واجاره هم می شود. پس اگر اتفاق شود در حین بیع و تخلیه بایع کسی بهم رسد که فوراً همان ملک را بخرد یا اجاره کند، می توان گفت که هر گاه بفروشد، بیع صحیح است. به جهت حصول قبض. ولکن بر این وارد می آید 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 آن 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. می توان گفت که اینگونه تصرفات افاده حصول قبض می کند (۱) نظر به تصرفات ما بعد آن. و همچنین همین قدر کافی باشد در لزوم هبه و وقف و امثال آن، گو اصل معامله صحیح نباشد. اشکال سابق شهید ثانی (ره) وارد می آید که "قبض فاسد منشأ اثر نتواند شد" و آن خالی از اشکال نیست چنانکه پیش گفتیم. پس اقباض عبارت است از تخلیه بایع از برای مشتری با تمکن مشتری از مباشرت به نحوی از انحاء تصرف. و این مختلف می شود به اختلاف احوال و اوقات. پس هر گاه 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 هر گاه صندوقی را بفروشد که در آن بایع باشد و به قبض مشتری بدهد، قبض حاصل است و ضمان بایع ساقط است. (بلی (۲) در صورتی که مال بایع در آن باشد و بی اذن بایع قبض کند، شاید ضامن متاع باشد). و همچنین در غیر منقول مثل زمین هر گاه زراعت در آن 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. هر گاه مشتری نمی دانست که زراعت در آن

ص: ۷۹

۱- در نسخه: نمی کند.

۲- استدراک با "بلی" بيمورد است و بهتر بود به جای آن حرف "و" می آمد

است و اگر صبر کند تا ازاله شود، منفعت معتد به، از او فوت می شود، در اینجا مشتری مخیر است بین فسخ و صبر و هر گاه در خانه (مثلاً) چیزی باشد که 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. و هر گاه در آن خانه ای که فروخته، چیزی باشد که بیرون آوردن آن باعث خرابی بشود، ظاهراً بر بایع ارش آن، متعلق می شود. و به هر حال، بر بایع واجب است فارغ ساختن مبیع و تسلیم کردن به مشتری فوراً، در مثل غیر زرع، چنانکه گفتیم؟. و هر گاه مبیع مشترک باشد و منقول باشد، اذن شریک در قبض ضرور است. و در غیر منقول دو قول است، اظهر عدم لزوم است. و در صورت توقف بر اذن، هر گاه شریک حاضر نباشد یا باشد و اذن ندهد به حاکم رجوع می شود که او احدی را نصب کند که به قبض او بدهد. اگر چه به این نحو باشد که حصه شریک امانت باشد در نزد او.

۶۳- سوال:

۶۳- سوال: هر گاه کسی متاعی بخرد و هنوز قبض نکرده خواهد بفروشد، جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه مبیع چیزی است که مکیل و موزون نیست، ظاهراً خلافی نیست، در جواز بیع آن قبل از قبض. و اخبار مستفیضیه معتبره دلالت بر آن دارد. و اما در مکیل و موزون: پس آنچه از جمع کثیری از قدماء متأخرین نقل شده، کراهت است (با شدت کراهت) در خصوص طعام. و از ابن ابی عقیل قول به حرمة، نقل شده در طعام و غیر طعام، 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 کتاب های خود، و شهید ثانی در مسالک تفصیل داده اند و قائل به تحریم شده اند در غیر بیع تولیه. و وجه خلاف در مسئله، اختلاف اخبار است. و

قول اول خالی از قوت نیست نظر به "جمع بین الاخبار" و هر چند اخبار مانع 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 ملا احمد - ره - ظاهر می شود که از او نقل کرده ولکن به جهت سقم نسخه، اعتماد ندارم و تذکره هم حاضر نیست) اینها محل اعتماد تمام، نیستند با ملاحظه مخالفت جمع کثیر از قدمای متأخرین. و به هر حال، اینها در خصوص طعام نقل کرده اند. (بلی، ظاهر شرح لمعه این است که اجماع مبسوط، در مطلق هست) پس در مطلق مکیل و موزون، دلیل، تمام نیست. و (۱) 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، (۲) به غیر اجماعات منقوله در برابر ادله جواز، و ترجیح (۳) آنها بر اخبار جواز (با وجود آنکه جمع کثیری از قدمای متأخرین، عمل به آنها کرده اند) 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، بد نیست. خصوصاً با ملاحظه روایت ابی بصیر که حضرت فرموده است "ما یعجبنی (۴)" یعنی خوشم نمی آید. که ظاهر در کراهت، است. ۶

ص: ۸۱

۱- در نسخه: و اگر اخبار...

۲- یعنی: غیر از اجماعات...

۳- در نسخه: بترجیح - به ترجیح.

۴- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۹۰، ابواب احکام العقود، باب ۱۶ ح ۱۶

ولکن احتیاط این است که در خصوص طعام، اعتبار کیل و وزن بشود. و اما تفصیل به بیع تولیه و غیر آن. پس ظاهر این است که قبل از (۱) 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 بعضی اهل لغت ظاهر می شود. و اصل هم اقتضای اقتضای بر آن می کند. و بدان نیز که این حکم مختص بیع است. پس هر گاه کسی به عنوان میراث و امثال آن، به او منتقل شود ضرر ندارد که قبل از قبض بفروشد.

۶۴-سوال:

۶۴-سوال: آیا جایز است که کسی متاعی به سلف بفروشد به کسی، در عوض آنچه از او طلب دارد؟

جواب:

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 نمی گویند. و جماعتی به جواز آن قائل شده اند، نظر به منع اشراط مطلقاً، چون دلیل آن اجماع است و در اینجا ثابت نیست. و "عمومات" و "اطلاقات" معتضده به "اصل" هم دلیل جواز است. و روایتی بخصوص نیز هست که دلالت به جواز آن دارد و اشعار دارد به اینکه عدم جواز از مذهب (۲) عامه است. ۱

ص: ۸۲

۱- در اصطلاح به فقهای قبل از علامه (حلی)، "قدماء" یا "متقدمین" می گویند و به فقهای بعد از او "متأخرین". و احیاناً "متجددین" نیز می گویند. و متأخرین نیز به "قدماء متأخرین" و "متأخری متأخرین" تقسیم می شوند.

۲- وسائل: ج ۱۳ ص ۶۴، ابواب السلف، باب ۸ ح ۱

واما جواب از اخبار منع دین به دین: پس این است که متبادر از آنها این است که عقد از طرفین واقع شود بر دین. به این معنی که دین بودن آن شیئی قبل از عقد ثابت باشد. و مفروض در اینجا این است که به نفس عقد سلف، دین حاصل می شود. و از اینجا معلوم می شود که هر گاه آن متاع را بفروشد به ثمن کلی، و بعد از آن در همان مجلس محسوب دارد ثمن آن را از آنچه در ذمهء بایع دارد، اولی به جواز خواهد بود (۱).

۶۵-سوال:

۶۵-سوال: زید به عنوان سلف، پول سیاهی، می فروشد به عمرو به پول سفید یا پول اشرفی، و عمرو می خرد. بعد نیز زید پول سفید یا پول اشرفی را به عنوان سلف می فروشد به این پول سیاهی که در ذمه دارد، و عمرو آن را باز به همان پول می خرد، همچنین تا برود به هر جا که می رود. چه صورت دارد -؟

جواب:

جواب: معامله اولی با تحقق شرایط سلف، خوب است. و اما معامله دوم و ما بعد آن، پس آن صورتی ندارد. ما هر چند تجویز میکنیم که کسی متاعی بفروشد به سلف به دیگری در عوض آنچه از دیگری در ذمه او دارد، ولیکن آن را در وقتی قائلیم که دین " حال " باشد (۲) که آن در حکم قبض ثمن است که شرط است در سلف. و روایتی (۳) هم هست که دلالت بر آن دارد. ولیکن در اینجا چون پول سیاه که در ذمه زید است مؤجلت

ص: ۸۳

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

۲- بنا بر این، نظریهء میرزا نه مطابق قول اکثر است و نه مطابق قول آن جمعی که در مسئله سابق بیان گردید، زیرا آنان (هر دو طرف) برای اثبات نظریه شان در " صورت مطلق " استدلال میکردند. و استدلال خود میرزا در مسئله سابق که می گوید " به نفس عقد سلف دین حاصل می شود " شامل همین صورت نیز می شود. پس دلیل میرزا بر فساد در " غیر حال " چیست؟ اگر سؤال کننده جمله ای را به متن سؤال بیفزاید و بگوید " زید و عمرو این معاملات مکرر را به فاصله هر سه ساعت انجام میدهند و موعد مقرر هر کدام از سلف ها سه ساعت است و در آخر ساعت سوم، حال، می شود " 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 قبلاً بحث گردید. ب: جواز معامله سلف بر اساس ما فی الذمه. 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 (۱). و روایت مذکوره هم ظاهر در دین حال است. با وجود آنکه مشهور در دین حال هم بطلان است. پس در اینجا به طریق اولی باید قائل باشند. هر چند در استدلال ایشان در بطلان، به اینکه این، دین به دین است، تأمل است (۲).

۶۶- سوال:

۶۶- سوال: هر گاه کسی ده قروش از کسی طلب دارد. در عوض آن (مثلاً) 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:

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

۶۷- سوال:

۶۷- سوال: 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 نا اهلی، بعد از مدتی آن را به عمرو رد کرده. و عمرو به دیگری هم فروخته و او نیز به این جهت رد کرده. و الحال معلوم شده که این استر چموش و نااهل بوده. و اهل خبره می گویند که قابل اصلاح نیست. و بایع اول که زید باشد هم به هر کس میفروخته به همین علت، رد می کرده اند. و تزویر و تدلیس کرده بود که این را تازه از رمه گرفته اند خوب می شود و به عمرو فروخته بود. آیا الحال عمرو می تواند استرداد کند به زید؟ و قیمت را پس بگیرد یا نه؟ -؟ و آیا بیع مبیع با علم به عیب، خصوصاً در صورت تدلیس صحیح است؟ یا فاسد؟ و بر فرض صحت، خیار رد از برای عمرو هست یا نه؟ -؟

جواب:

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

ص: ۸۴

۱- آری بطلان این معامله مورد اتفاق است لیکن:

۲- اگر استدلال آنان بر بطلان جای تأمل است، پس استدلال میرزا بر بطلان چیست؟

که تعریف عیب را به این کرده اند که ((امری باشد که زاید باشد بر اصل خلقت اکثر افراد آن نوعی که این عیب در او یافت می شود. 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 هر گاه 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 کرده اند تعریف عیب را به اینکه "باعث نقصان مالیت آن شود" و بنابراین، لازم می آید که "خواجه بودن" غلام، و "مور زهار نبودن" کنیز، عیب نباشد و حال آنکه (به اتفاق) آنها عیب اند. و اخبار هم دلالت دارد. و ایضا هر گاه قائل شویم که عیب است منافات دارد با ثبوت ارش، چون در اینجا ارشی نیست بلکه قیمت گاه هست زیاد می شود. و شاید توان گفت که این زیادتی به سبب اموری است که غالبا مطلوب نیست بلکه خواجه سرایان مطلوب پادشاهان و امرا است نه اغلب مردم. یا آنکه فایده ای 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 می شود 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 نمی تواند شد. و مراد از صحت ارش، و خیار ارش، در مقامی است که ارش متحقق شود. یعنی مختار است ما بین رد 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 غالبا موجب ارش عظیم است. و بعضی احتمال داده اند که در عیب، رجوع شود به عرف. و چاره اختلاف عرف، به همان می شود که در جایهای دیگر. و بنابراین، پس آنچه در روایات دلالت بر

خلاف آن، باشد، مثل " نبودن مو (۱) در زهار " مخصوص 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 حقیقه شرعیه باشد. و تعریف فقها هم منطبق بر آن است و روایت هم معتضد است به عمل اصحاب. پس اولی اعتماد است به همان سخنی که در آخر گفتیم که ارش در جائی اعتبار می شود که تفاوت در قیمت سوق باشد و نباید سوق را تقدیر کرد و اعتبار سوق دیگر، کرد (۲) و بیع معیوب هم، با علم به عیب جایز است و خلاف ظاهری، در آن نیست. و ذکر عیب افضل است. بلی. هر گاه تدلیس کند یعنی کاری کند که عیب را بپوشاند و بفروشد [مرتکب حرام شده] و لکن بیع باطل نیست. بلی بعضی اشکال کرده اند در مثل " آب در شیر داخل کردن " را، که باعث جهالت به قدر میبوع می شود. پس باید باطل باشد. و لکن اظهر در آن نیز صحت است به جهت معلومیت مجموع میبوع. و بدان که: خیار از برای مشتری ثابت است در میبوع معیب. هر گاه عیب قبل از بیع در آن ثابت بوده. [و مختار است مشتری ما بین رد میبوع و اخذ ثمن، و ما بین ممضی 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 می شود به یکی از پنج چیز: اول: تبری 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 ظاهرا فرقی نیست ما بین 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 می شود بعد بیع (در جائی که

ص: ۸۶

۱- وسایل: ج ۱۲ ص ۴۱۰، ابواب احکام العیوب، 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 بايع باشد) و دعوى اجماع بر اين شده. و وجه آن اين است كه خيار در اينجا به اصل عقد ثابت شده. به اين معنى كه خيار ثابت است بر تقدير حدوث عيب قبل از قبض، (يا در ايام ثلثه در حيوان از غير جانب مشتري مثلاً). پس اين از باب تبرى از "مالم يجب" نيست كه جايز نباشد. پس در همهء اين صورت ها، خيار ساقط مى شود با تبرى از عيب. دوم: جائي است كه علم داشته باشد به عيب، قبل از عقد و با علم به آن بخرد. سوم: جائي است كه بعد از علم به عيب بعد از عقد راضى شود به عيب. و ظاهراً خلافى در اين دو امر نباشد. و خلاف است در اينكه آيا تاخير رد بعد از علم به عيب، منشاء سقوط خيار مى شود يا نه؟ -؟. اظهر و اشهر آن است كه خيار، فوري نيست به دليل اطلاق اخبار، و استصحاب. و بعضى فوري دانسته اند و دعوى اجماع بر آن كرده اند. چهارم: جائي است كه عيبي حادث شود بعد از قبض در نزد او، در جائي كه ضمان مبيع، بر او باشد. كه اين هم باعث سقوط خيار رد است از جهات عيب سابق بر عقد. و اما هر گاه ضمان بر بايع باشد (مثل حيوان كه در ظرف سه روز اول، هر گاه عيبي در آن حاصل شود از غير جانب مشتري، ضمان آن بر بايع است) در آنجا خيار مشتري ساقط نيست. پنجم: تصرف در مبيع (در غير صورت مستثنى بعد حمل جاريه و تصريره شاه) است. و ظاهر اين است كه مراد از تصرف امرى باشد كه دال بر رضاي ملزوم عقد باشد. و همچنين در ساير مواضع تصرف در خيارات. پس مثل سوار شدن حيوان از براى آزمائش يا از براى آب دادن (در وقتى كه سر كش باشد و محتاج به سواري باشد، و امثال آنها) باعث لزوم نمى شود. و فرقى نيست در تصرف، ما بين تصرف ناقل ملك، مثل بيع و هبه (خواه بعد نقل به او عود كرده باشد و ثانياً مال او شده باشد، يا نه). يا غير ناقل، مثل نقل كردن و بار كردن. و ما بين تصرفى كه تغيير عين را بدهد يا ندهد. و همچنين فرقى

نیست ما بین اینکه تصرف قبل از علم به عیب باشد، یا بعد از آن. و بدان که: چنانکه خیار رد ساقط می شود به یکی از سه امر اول، خیار ارش نیز ساقط می شود. و ظاهراً خلافتی در آن نیست و اما آن دو امر آخر، پس اظهر و اشهر این است که خیار ارش به اینها ساقط نمی شود. و از ابن حمزه نقل شده است قول به اینکه هر گاه تصرف بعد علم به عیب باشد، خیار ارش هم ساقط می شود. 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- سوال:

۶۸- سوال: فروخت گلابتون طلا و نقره، و پارچه های زری و اسلحه ای که طلاکوب یا نقره کوب باشد، معامله اینها نقدا و نیسته، هر دو جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: چون در معامله طلا- و نقره، قبض مجلس، شرط است (علی الاشهر الاظهر) و بدون آن، باطل است (و فرقی ما بین مسکوک و غیر مسکوک و خالص و منضم به ضمیمه، نیست). پس هر گاه کسی معامله کند امثال این امور را به غیر جنس، یعنی مثلاً- آلات طلا- کوب یا نقره کوب یا پارچه 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 هر گاه به جنس طلا و نقره می فروشد پس در آن، قبض مجلس شرط است و به نسیه نمی توان داد. و در اینجا تفاوت ندارد که طلا در قیمت نقره کوب یا طلا کوب بدهد یا نقره در قیمت آنها، بدهد. بلی. هر گاه به قدر آن طلا و نقره که در آن جامه، یا در آن اسلحه هست، نقد بدهد و تتمه نسیه بماند باکی نیست. و هر گاه 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 ملاحظه را شدن را هم بکند. پس هر گاه 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، تار با نشود. و هر گاه 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 بر دیگری مضر نیست، پس هر گاه جامه ای نقره باف باشد، و آن طلائی که می‌دهد در قیمت به وزن کمتر از آن باشد، ضرر ندارد.

۶۹- سوال:

۶۹- سوال: هر گاه کسی ملکی به او منتقل شده و رؤیت و مشاهده نکرد 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 می رسد فسخ معامله یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر گاه کسی ملک معین مشخص را بفروشد بدون وصف و تمیزی که رافع جهالت باشد، اصل بیع باطل است. و هر گاه 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 بر خلاف آن وصف بود و ناقص بود مشتری مسلط است بر فسخ بیع. و از برای بایع خیاری نیست. و همچنین هر گاه 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 بر آید و زاید باشد، بایع مسلط است بر فسخ بیع. و هر گاه 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 نمی تواند بگوید "من راضیم به معامله و فسخ نمیکنم". و همچنین: هر گاه بعضی 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 میب. و نمی توانند که در بعضی که موافق، است الزام کنند و در بعضی فسخ. چون مستلزم ضرر می شود 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 کرده اند در فوری بودن این خیار. و هر چند اشهر فوریت است نظر به اینکه خیار خلاف " اصل " است و در بیش از فور، به ثبوت نرسیده. لکن مقتضای استصحاب و اطلاق حدیثی (۱) که در آن وارد شده است، اطلاق خیار است. و این دور نیست. خصوصا با وجود جهالت به خیار و به فوریت آن. بلکه در این صورت بقای خیار متعین است. و اما صلح غبن، پس ظاهر این است که آن منشاء سقوط خیار رؤیت نمی شود به جهت عموم دلیل، و نفی ضرر.

۷۰- سوال:

۷۰- سوال: متعارف است که مردم معامله می کنند و ده رأس گوسفند (مثلا) میدهند که بعد از ده سال دیگر، ده عدد گوسفند به همان سن بگیرند که در متعارف " دندان به دندان " می گویند. و شرط می کنند که سال به سال در هر سال ده من روغن بدهد. و هم شرط می کنند که هر گاه مجموع این گوسفندها [را] (که حال میدهند) به غارت ببرند دیگر صاحب گوسفند مطالبه عوض نکند. و اما اگر بمیرند یا بعض آنها را دزد ببرد باز به عدد همه گوسفندها، مستحق باشد که بگیرد. آیا این معامله صحیح است یا فاسد؟ -؟ و این چه عقدی است از عقود شرعیه -؟.

جواب:

جواب: این معامله را می توان به عنوان سلف تمام کرد و هم به عنوان بیع نسیه و هم به عنوان مصالحه و به غیر اینها. ظاهرا مشکل نیست (۲) که وجه صحت داشته باشد. اما سلف: پس به این نحو است که این شخص که گوسفند را می گیرد باید بهت

ص: ۹۰

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

۲- و در نسخه: است

صیغه 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 شبه ای نیست که گوسفند ثمن گوسفند می تواند شد. و همچنین سلف در حیوان هم جایز است، حتی در گوسفند لبون (یعنی از شأن او این باشد که شیر بدهد). و وصف رافع جهالت که شرط است در سلف به همین قدر که غری حاصل نشود، کافی است. و استقصای جمیع اوصاف، ضرور نیست. و از این جهت است که مشهور علما تجویز کرده اند سلف گردو و تخم مرغ 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 صحیح الاعضاء باشد. و به این دندان باشد. و بسیار کوچک نباشد. با بره متعارفی که بسیار کوچک نباشد و خواه ماده باشد و خواه نر، یا ماده باشد، کافی است در وصف. گو باز تفاوت در مقدار جثه، در میان آنها باشد. خصوصاً در گوسفند شیرده که جثه مدخلیت بسیار در آن ندارد و اما شرط روغن: پس می توانیم که آن را نیز داخل بیع کنیم. که بگویند: ده رأس 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 رأس گوسفند است که حال میگیرد. و تعیین وصف رافع جهالت در روغن هم آسان است بلکه آسانتر است. و می تواند شد که داخل مبیع نباشد، و از باب شرط ضمن العقد، باشد. و این شرط هم از شروط جایزه است و ادلهء شرط شامل آن هست. و توهم 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 همهء امور حتی در "زمان وفا" موافق باشد با "مشروط فیه". بلکه مراد همین است که بر مشروط علیه لازم می شود وفای به آن به مقتضای شرط، مثل اصل مشروط فیه.

و ثانياً باینکه: چنانکه اصل بیع می تواند تقسیم شود به ازمئه متعدده، شرط هم می تواند شد. پس عمومات ادله بیع و شرط، شامل آن خواهد بود. و از آنچه گفتیم وجه تصحیح بیع نسیه هم ظاهر می شود. بلی، اشکال در شرط عدم تسلیم میبیع است در وقتی که ثمن را به غارت ببرند. چون فقها از جمله شروط فاسدهء مخالف مقتضای عقد شمرده اند، اینکه بایع شرط کند عدم تسلیم میبیع 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 می کند با مشتری که هر گاه ثمن را به غارت ببرند، تو مرا برئ الذمه کنی از میبیع که دینی است بر گردن من. نه اینکه تو مستحق میبیع نباشی. و دلیلی بر بطلان این نوع شرط، نیست. و تحقیق این معنی و فرق ما بین شروط صحیحه و فاسده را در رساله علی حده که در تحقیق مسئله " شرط ضمن العقد " نوشته ام، کرده ام. و اما بر وجه مصالحه: پس اشکالی نیست. خصوصاً با رفع جهالت به این نحو که ده رأس گوسفند موجود را صلح می کند 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 ضمن العقد میکنیم. به تقریبی که ذکر کردیم. والله العالم.

۷۱- سوال:

۷۱- سوال: 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؟ و لازم است یا نه؟-؟

جواب:

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. بنا بر اظهر که معاطات افادهء ملکیت متزلزله می کند، نه محض اباحه. زیرا که اگر جایز باشد که عمرو پول سیاه را ندهد، لازم میآید جمع ما بین عوض و معوض.

۷۲- سوال:

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

جریب آن را می فروشد به احدی. و می گوید یک جریب از این ده جریب را به تو فروختم و او هم قبول می کند. و بعد از آنکه میخواهند قسمت کنند مساحت که می کنند مجموع زمین نه جریب بوده است بایع می گوید به مشتری که تو مستحق عشر زمینی. و مشتری می گوید که من یک جریب زمین خریده ام. آیا مشتری مستحق عشر مجموع است یا مستحق یک جریب زمین است؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند فقها ذکر کرده اند که هر گاه جزء مقدر و غیر معینی را بفروشد از شیئی معین معلومی مختلف الاجزاء (مثل ذراعی از کرباس معینی، یا گوسفندی از گله معینی، یا جریبی از زمین معینی) آن بیع باطل است. ولکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که بر سییل اشاعه نباشد، و هر گاه بر سییل اشاعه باشد جایز است. چنانکه هر گاه جزء مشاء معلوم النسبه را به شیئی معین بفروشد، خواه مختلف الاجزاء باشد یا متساوی الاجزاء، مثل ثلث این زمین معین، که اجزای آن مختلف باشد. یا ثلث این قبه گندم معین که مقدار آن معلوم است. در اینجا نیز صحیح است بی اشکال. و به آنچه ما گفتیم که مراد ایشان غیر صورت اشاعه است، در مسالک تصریح شده. پس هر گاه مراد بایع در صورت سؤال، این است که یک جریب مشاع از آن زمین خاص که آن را ده جریب میدانند فروخته است، بیع صحیح و در یک جریب با او شریک است بالاشاعه. به جهت آنکه مطلقاً جهالتی نیست، نه در اصل زمین و نه در اشمال زمین بر آن مقدار. و نمی تواند به مشتری بگوید که عشر زمین مال تو است. بلکه دور نیست که بگوئیم هر گاه 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 سییل اشاعه هم بخرد دلیلی بر بطلانش نباشد. چون غری و فساد لازم نمی آید. و مختار است مشتری که از هر جا خواهد بگیرد. به هر حال، ظاهر در صورت سؤال این است که معامله بر جزء معلوم النسبه به کل نشده که مراد عشر زمین باشد، بلکه معامله بر یک جریب شده. و مفروض آن است که

آن زمین مشتمل بر یک جریب است. و هر گاه یک جریب را بر سیل اشاعه بفروشد پس مشتری مستحق یک جریب است، و بایع نمی تواند او را الزام کند به عشر. بلکه مشتری شریک است یا بایع به مقدار یک جریب، به این معنی که هر گاه 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 هر گاه نزاع کنند در اینکه آیا بر سیل اشاعه فروخته است یک جریب را، یا یک جریب مجملی، فروخته؟ -؟ 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 هر گاه بنا را بر مشهور گذاشتیم که بیع جزء معینی [و] مقدری (مثل جریب و قفیز نه مثل ثلث و ربع) از شیئی مختلف الاجزاء باطل باشد در غیر صورت اشاعه، در اینجا حمل به اشاعه میکنیم. و هر گاه بنا را بر این 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 متفق الاجزاء، تصریح به آن کرده اند جمعی، و دعوی تبادل کرده اند در عدم اشاعه. و ثمره آن ظاهر می شود در جایی که بعضی مبیع تلف شود. پس بنا بر قول به حمل بر اشاعه بقدر الحصة، مشتری شریک است در نقصان. و بنا بر عدم اشاعه، مشتری حصه خود را میگیرد. هر چند همان بقدر الحصة او، باقی مانده باشد. و حدیث (۱) صحیحی هم هست که دلالت بر این دارد. و خلاصه سخن در متفق الاجزاء: اینکه هر گاه 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 ۲

ص: ۹۴

ده من خود هست. زیرا که او ده من گندم از این سی من خریده (علی الاطلاق) و هر ده منی را اختیار کرد، می تواند 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 می کند. و هر گاه علی سیل الاشاعه 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 مختلف الاجزاء متوجه این نشده اند بنای ایشان بر این است که بیع بر غیر سیل الاشاعه در آن صحیح نیست. نه اینکه بر فرض صحت فرق است بین مختلف الاجزاء و متفق الاجزاء. پس بنا بر این، در صورت سؤال، هر گاه بنا بر قول به صحت (چنانکه احتمال دادیم) دعوی کنند که بر سیل اشاعه [است] یا بدون اشاعه؟ - باز قول مدعی اشاعه را مقدم می‌داریم، باز مشتری مستحق یک جریب زمین خواهد بود که از هر جا خواهد بگیرد. پس ثمره دعوی اشاعه و عدم اشاعه، در اینجا نیز در وقتی ظاهر می شود که سیلاب بیاید و قدری از آن زمین را ببرد. پس بنا بر اشاعه، مشتری شریک می شود در نقصان. بخلاف صورت عدم اشاعه. و اما هر گاه تلفی رو ندهد، پس در هر حال مشتری مستحق یک جریب زمین است. نه عشر مجموع زمین. بلی، فرقی هست در اینکه بنا بر اشاعه اختیار با مشتری نیست که هر جریبی را که خواهد اختیار کند. بلکه باید تقسیم بر سیل ترازی شود. بخلاف صورت عدم اشاعه که اختیار با او هست. و بدان که: منافاتی نیست ما بین دعوی "تبادر" در عدم اشاعه (در مقامی که هر دو صورت صحیح باشد) و ما بین حمل بر اشاعه در مختلف الاجزاء، بنا بر مشهور 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 می شود و [تعین] اراده خلاف متبادر از لفظ، می شود.

۷۳- سوال:

۷۳- سوال: هر گاه بایع بفروشد عشر زمین معین مشاهدی یا موصوفی را،

بنابر اینکه 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:

جواب: بدان که علما خلاف کرده اند در اینکه هر گاه زمین مشاهدی یا موصوفی را بخرد بنابر اینکه چند جریب معین است و بعد از آن معلوم شود که کمتر بوده. اشهر و اظهر این است که خیار از برای مشتری ثابت می شود در فسخ بیع و استرداد مجموع ثمن. یا آنکه بیع را ممضی دارد در آنچه حقیقا دارد از مبیع، و به قدر آنچه کم آمده است استرداد کند از قیمتی که داده. چنانکه در روایتی (۱) وارد شده که خالی از اعتبار نیست. و جمعی قائل شده اند 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 هر گاه 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 فتوی داده و اسقاط خیار کرده در این صورت. و این حدیث چون به مرتبه صحت نرسید عمل به این جزء آن، مشکل است. چون مخالف قاعده است، چون عقد بیع شامل آن نبوده. و مشهور ترک کرده اند عمل به آن را. و جزء اول آن حدیث که "معمول به" ایشان است. منجبر است به عمل ایشان. احوط این است که مشتری در این صورت، فسخ نکند هر گاه 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 هر گاه این مسئله را دانستی، بدان که این کلام جاری می شود در صورت سوال. و اظهر این است که مشتری مسلط است بر فسخ بیع از اصل، یا استرداد مقابل نقص از ۱

ص: ۹۶

ثمن و التزام بیع. و احوط عمل به این است که مختار است ما بین فسخ یا رضای به بیع در مقابل تمام قیمت. و احوط این است که هر گاه با بیع نقص او را تمام کند از همان زمین، مشتری قبول کند و فسخ نکند.

۷۴- سوال:

۷۴- سوال: هر گاه کسی بفروشد ملک معین معلومی را با املاک غیر معینه (که به میراث منتقل شده به او) به ثمن معلومی به شخص. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟-؟

جواب:

جواب: بدان که از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است. و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که بر آن 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 غیر معین 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 نمی‌کنند. و جمعی تفصیل داده‌اند که اگر مقصود بالذات در بیع، آن شیئی معلوم باشد و مجهول تابع باشد، صحیح است. و اگر مقصود بالذات، آن شیئی 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 عذر 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 (۱) که دلالت دارد بر جواز فروختن نیزاری (که مجهول است) به واسطه آنکه یک کف (۲) ماهی، از آن راه، شکار کند و بگوید این کف، ماهی را

ص: ۹۷

-
- ۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۴، ابواب عقد البیع، باب ۱۲ ح ۶. توضیح: مراد از "کف" "کف دست" است. نه نوعی ماهی که اسمش "کف ماهی" است
 - ۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۴، ابواب عقد البیع، باب ۱۲ ح ۶. توضیح: مراد از "کف" "کف دست" است. نه نوعی ماهی که اسمش "کف ماهی" است

می فروشم با آنچه در نيزار است، به این مبلغ. چون ظاهر است که عمده منظور مشتری، آن ماهی است که در نيزار است. و فقها در این مقام چند مثال را مطرح کرده اند 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 نمی کند. ولکن عمده، تحقیق مقام است به نحوی که تواند "قاعده" شد، در مسئله ضمیمه. و آنچه به فکر فاتر این قاصر، می رسد، آن است که: مسئله ضمیمه در اینجا مبتنی است بر جواز حیلۀ شرعیه. و تصحیح، بایی است معهود، و طریقه ای است ثابت الاصل (۱)، که انکار آن نمی توان کرد. بلکه از تتبع اخبار و طریقه علمای اختیار، قطع حاصل می شود به صحت آن، و از جمله امثله آن احتراز از ربا است به ضم ضمیمه، چنانکه در خصوص این، حدیث صحیحی (۲) وارد شده در معامله هزار درهم به ضمیمه یک دینار، با دو هزار درهم. و علما به آن عمل کرده اند. و اجماع (۳) بر صحت آن، دعوی شده. و از جمله اینها گریز از "بیع" است به "صلح" (۴) به جهت دفع "حق الشفع" و شمس کردن (۵) طلا و نقره است در عرض

ص: ۹۸

۱- بلی. "اصل" آن فی الجمله ثابت و اجماعی است ولی در چه صورتی؟ و در چه شرایطی؟ و با کدام شرایطی؟. به ذیل مسئله شماره ۶ همین مجلد رجوع فرمائید.

۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۴۶۶، ابواب الصرف، باب ۶ ح ۱: در این حدیث موضوع کلام، مبادله درهم های نامرغوب با درهم های مرغوب است که مثلا 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.

۴- 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 کاملا 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 خانه ها فرق فاحش دارد. و در اینجا راز و رمز اقتصادی زیادی هست. مجددا خوانندگان محترم را به مطالعه ذیل مسئله شماره ۶ دعوت میکنیم.

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، اجماعا ممنوع است

سال، از برای گریز از زکات. و غیر اینها از حیل شرعیه که از برای گریز از ربا و غیر آن ذکر کرده اند و اخبار دلالت بر آنها دارد. پس می گوئیم چنانکه از کلام الهی و اخبار بسیار، مستفاد می شود که علت، در تحریم ربا، آن تلف اصول و ظلم کردن غریم است در طلب زیادتی. و باعث ترک قرض الحسنه و سد باب معروف شدن است. و با وجود این، به حیل شرعیه، معاملات چند تجویز شده که در این علت و ثمره با ربا شریک اند. پس معلوم می شود که خصوص مادهء " ربا بودن " مدخلیت دارد در علت، و آن علت مستقله نیست بلکه از باب حکمت است در اساس حکم تحریم ربا. مثل رفع بوی گندی که در تحت بغل اعراب بود که باعث مستحب شدن غسل (۱) جمعه شد. و عدم اختلاط میاه و انساب که باعث لزوم " عده " 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 میدانند که مساوی ده تومان انتفاع می کند. در اینجا تلف (۲) مالی لازم نمی آید بلکه جلب نفع می شود و با وجود این حرام است چنانکه غسل جمعه از برای کسی که بوی

ص: ۹۹

۱- هنگامی که بحث از زمینه " تعبد " خارج می شود و در زمینه " حکمت احکام " جریان پیدا می کند، باید گفت: پس بنابر این، غسل جمعه بر مردمی که زیر بغل شان بو ندارد، مستحب نیست؟! راستی میرزا (ره) چقدر روی این مسئله اصرار دارد که با وضوح تمام وارد مرحله " قیاس " می شود -!؟!

۲- گویا در نظر مصنف (ره) عیب ربا تنها در این است که به ضرر " ربح دهنده " است. و مسئله " اکل بیاطل " و مفتخواری " گیرنده سود " که منشاء مفساد اجتماعی و اقتصادی میگردد، مورد توجه او نیست

ناخوشی ندارد مستحب (۱) است. و عده از برای زنی که جز ما آبی در رحم او نیست واجب است (۲) و لکن چون حق تعالی ربا را حرام کرده و بیع را حلال و مباح کرده است. که مردم بواسطه داد و ستد از مال خود منتفع شوند لکن بواسطه بیع، نه ربا، پس هر گاه ممکن شود که در غالب به بیع منتفع شود یا به سبب ضمیمه یا معامله محاباتی، ترک ربا بکند و مرتکب بیع شود، بر او حرجی (۳) نیست، هر چند در حصول انتفاع، هر دو شریک اند. 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 " نعم الشیء الفرار من الحرام الی الحلال " (۴). پس ما در ما نحن فیه، نیز می گوئیم که خدا بیع مجهول را فاسد و حرام کرده به

ص: ۱۰۰

۱- اولاً: اساساً تشریح استحباب غسل جمعه منحصر به علت بوی زیر بغل اعراب مربوط نیست. بل یک موضوع مهم نوظافتی است که همیشه مستحب است. ثانیاً: بر فرض تسلیم، باز برای کسانی که بغل شان بو ندارد بر اساس " حکمت مطلوبیت نوظافت " مستحب است. نه به خاطر اینکه " ماده غسل جمعه مداخلت دارد.

۲- عده در این مورد به خاطر حفظ قاطعیت قانون است تا حریم قانون با هر بهانه ای مورد تجاوز قرار نگیرد و انگهی، ممکن است حکمت دیگر عده، مهلت دادن به زوجین است که اگر بر اساس احساسات دچار طلاق شده اند بر گردند. و در مورد زنی که همسرش مرده است برای احترام به همسر متوفی باشد. و در مورد زنانی که سن شان بالا رفته و از سن " من حیض " گذشته اند دیگر به مهلت مذکور، نیاز نیست. زیرا در مورد آدمی که در آن سن هم دچار احساسات این چنینی شود، اینگونه مهلت ها کار ساز نیست. و بالاخره صرفاً " ماده عده " در محور حکمت قرار ندارد، و عجیب این است که میرزا از سخت گیری اسلام و توجهی که در اسلام به حفظ قانون و حفظ حریم قانون شده، بحث می کند لیکن نتیجه معکوس میگیرد.

۳- باید صورت صحیح این عبارت به شرح زیر باشد: پس هر گاه ممکن نشود که در غالب به بیع منتفع شود، به سبب ضمیمه یا معامله محاباتی ترک ربا بکند و مرتکب بیع شود بر او حرجی نیست.

۴- همان حدیث

دلیل هائی که پیش گفتیم که از جمله آنها لزوم غرر و سفته بود. و گاه هست که در عرف و عادت در بیع مجهول، غرر و سفته نیست. چنانکه هر گاه پول قلیلی بدهد و ماهی نیزاری که مظنه 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 مظنه حصول نفع بسیار هم باشد. عرفا در اینجا نمی گویند سفته است یا مغرور است. خصوصا در وقتی که با بیع محتاج است به آن پول قلیل و خود نمی تواند ماهی نیزار را صید کند یا به دیگری بدهد، که برای با بیع هم غرری و سفته نیست. پس اگر دعوی اجماع نبود در بیع مجهول، ما قائل میشدیم به جواز آن، در وقتی که غرر و سفته لازم نیاید. پس چون حکم به حرمة بیع مجهول محض شده مطلقا خواه غرر و سفته 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 معامله محاباتی در ربا. پس چنانکه هزار درهم را به خود حلال میکنیم در ازای یک دینار، (۱) و می گوئیم آن هزار درهم در برابر آن یک دینار باشد. در اینجا هم می گوئیم که صد درهم که میدهیم که ماهی نیزار را بخریم به امید اینکه دویت 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 مظنه حصول دویت درهم است و خرج کردن صد درهم، در ازای تحصیل دویت درهم غرر و سفته نیست. چنانکه کسی در تجارت، مال بسیار را به سفر پر خطر بیابان یا دریا میبرد به امید نفع، و گاه هست همه سرمایه او غرق شود یا دزد (۲) ببرد.

ص: ۱۰۱

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 حکمت های تحریم ربا عدم "ریسک" در آن، است که سرمایه هرگز در معرض خطرهای طبیعی و معمولی که در هر معامله دیگر هست نمی باشد و لذا در "تعاطی" طبیعی صرفا گیرنده است و هرگز "دهنده" نیست. یعنی ربا خوار همه احتمالات مضر را (که وجودشان در طبیعت، و طبیعت اجتماع واقعیت های مسلم است) به سوی سایر اعضای جامعه میغلطاند این استدلال های میرزا (قدس سره) در مورد فرار از ربا آنطور که او معتقد است همه بر علیه خود او می باشد. و اگر او مسئله ضمیمه در معامله ماهی نیزار را با مسئله ضمیمه برای فرار از ربا (به شکلی که خودش معتقد است) گره نمیزد هم کلامش غیر قابل انتقاد میگشت. و همچنین است مسئله صلح. مخالفین نظر میرزا می گویند: اساسا تصحیح ربای واقعی با ضمیمه را "فرار از حرام به حلال" نمی گویند بل "فرار از حرام به حرام" یا "دست و پا زدن در درون حرام" است و لذا آن صورت از فرار که میرزا تجویز می کند اساسا مشمول روایت مزبور نیست. رجوع کنید به ذیل مسئله شماره ۶، از همین مجلد

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 سفته که ظاهر آن اخبار هم این است. و ظاهر این است که مراد قائلین هم این باشد. و مراد آن جماعت که تفصیل داده اند (به این نحو که مقصود بالذات را آن شیئی معین قرار بدهد نه مجهول) اگر این است که ما گفتیم (که حیلہ گریز از جهالت باشد و قصد معامله را در این بکند تا حلال باشد) منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. و حاصل معنی مقصود بالذات، در این بیع ها این است که مراد بالذات از بیع، تعلق انشاء عقد بیع، است بالذات به آن شیئی معین. به جهت گریز از حرام نه اینکه مطلوب و مشتہی 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 مسئلہ ربا. مانند خوردن کاسهء دوا ارادهء خود را بالاختیار متعلق می کند به جانب خریدن آن جزء معین با آن وجه قلیل، پس کسی در این مقام گمان نکند که چگونه می شود که مقصود بالذات مشتری از خریدن یک کف ماهی به صد درهم همان حصول یک کف ماهی باشد. بلکه مقصود بالذات آن، حصول ماهی بسیار است که مظنون است که در نزار باشد. و اگر مراد ایشان این است که باید از باب بیع خانه باشد با جهالت پی و ریشهء آن و جهالت آبی که در چاه آن خانه است، پس آن داخل ما نحن 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 متفطن پی

ریشه خانه و آب چاه نیستند و از باب " دلالت اشاره " به تبعیت غیر مقصوده از لفظ، داخل میباید میشوند. و به تبعیت داخل بیع میشوند. و در اینجا بیشبیه هر دو، منظور نظر بایع و مشتری هستند. پس تبعیت در اینجا " به جعل جاعل " است و در آنجا قسری است و نفس الامری است. و از این باب است دخول احوار مخلوقه در زمین، دون مدفونه. و همچنین است کلام در بیع " آبق با ضمیمه " که در مسئله " اشتراط قدرت بر تسلیم " گفته اند. و اگر ما قطع نظر از این تحقیق بکنیم بر اینها هم وارد میآید که ادله حرمه غرر حاصل از بیع مجهول و غیر مقدور التسلیم، دلالت بر حرمه و بطلان دارد، خواه با ضمیمه باشد یا نه. و ادله جواز با ضمیمه دلالت بر جواز دارد خواه غرر لازم آید یا نه. و نسبت میان آنها عموم من وجه است، و ترجیح ثانی بر اول مشکل است پس ما باید ادله ضمیمه را بر وجهی حمل کنیم که غرری از راه جهالت در آن نباشد تا " اخص مطلق " شود و مقدم باشد بر " عام مطلق ". و به هر حال، ضم ضمیمه به سبب گریز از جهالت محض، است. که اجماع است بر اینکه باید در بیع نباشد. و ما حیل میکنیم و بیع را آن شیئی معین قرار میدهیم تا از مورد اجماع فرار کرده باشیم. غایت امر این است که تملک مجهول، از باب شرط ضمن العقد باشد. و جهالت این شرط دلیلی بر بطلان آن نیست در صورتی که عرفاً غرری بر آن مترتب نشود به جهت آنکه اجماع در خصوص ضمیمه نیست. جز ما. بلکه بعضی دعوی اجماع (در بعضی صور ضمیمه) کرده اند بر صحت. و از اخباری که دلالت دارد بر " اشتراط معلومیت اشتراط "، در ما نحن فیه بر نمی آید. مثل اخباری که منع شده از مکیل و موزون جزافا و امثال آن. و اگر از باب شرط هم نباشد، و جزء بیع 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 لابی عبد الله (علیه السلام):

ما تقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مأه نعجه و ما فی بطونها من حمل بكذا و كذا در هما؟ فقال: لا باس بذلك ان لم یكن فی بطونها حمل كان رأس ماله فی الصوف (۱). و به هر حال، در صورت ضم ضمیمه با قصد فرار از جهالت، (که ظاهر این است که مراد مفصلین آن باشد و کلام مجوزین را هم حمل بر آن، کردیم) با عدم لزوم غرر و سفاهت عرفا، اظهر صحت است. مگر در جائی که اجماعی بخصوص بر بطلان آن باشد و الحال چنین جائی در نظر نیست. و دعوی اجماعی که علامه 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. هر گاه این مطالب را دانستی، پس در صورت سؤال می گوئیم که: هر گاه قصد بایع، فرار از جهالت نبوده و هر یک از آن ملک معین، و میراث مجهول، جزء مبیع بوده اند بالاستقلال، چنانکه ظاهر سؤال آن است، بیع باطل است. و هر گاه ضم کردن معین به غیر معین، به قصد فرار از جهالت بوده و مجهول را کأن لم یکن شمرده اند 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 می کنند، 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 می شود در فریب خوردن مشتری یا بایع در قیمت، هر چند عمدا فریب نداده باشند یکدیگر را. و بیع غش و فریب دادن عمدا حرام است. و اما باطل نیست بلکه بعد از اطلاع، خیار ثابت است. و اما جهالت منشأ بطلان هم هست، به تفصیلی که گفتیم.

۷۵ - سوال:

۷۵ - سوال: زید مالی را فروخت به عمرو، و مدتی عمرو در آن تصرف کرد. بعد همشیره زید ادعا کرد بر آن مال، و حق خود را اثبات کرد. الحال ادعای منافع و اجرت ۱

ص: ۱۰۴

ایام تصرف را، از عمرو باید بکند یا از زید؟ -؟ و یا از هر یک می تواند کرد -؟ و بر فرضی که از عمرو گرفت، عمرو رجوع به زید می کند یا نه؟ -؟ آیا عمرو می تواند ادعا نفع ثمن را از زید نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی، همشیره زید می تواند از هر یک از زید و عمرو، ادعای منافع ایام تصرف را بکند. و هر گاه رجوع به عمرو کرد، پس عین مال خود را میگیرد و نماء متصل و منفصل (مثل پشم و مو و شیر و ولد و میوه و غیر اینها، همه) را میگیرد و همچنین هر منفعتی که عمرو از آن استیفاء کرده مثل سکناى خانه و سواری چاروا. بلکه هر چند استیفاء آن، نکرده باشد. یعنی باید اجرت خانه و چاروا بدهد، هر چند در آن سکنی و سواری نکرده باشد. و آنچه بر طرف شده از عین یا منافع و نماء، آنچه مثلی باشد (مثل شیر و پشم) مثل را باید رد 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 اظهار در نظر حقیر این است که هر گاه قیمت سوقی آن (در ایام تصرف و بعد از آن) مختلف شده باشد، قیمت روز تلف را میدهد. هر گاه این را دانستی، بدان که: اگر عمرو، علم نداشته است که غیر در این شریک است، یا علم داشت ولیکن زید ادعا کرد که به من منتقل شده است، یا مأذونم از طرف همشیره ام که بفروشم. پس ظاهر علما این است که در هر دو صورت، عمرو مشتری، رجوع می کند 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 هر گاه 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، حصه 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 (۱)، 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 (۲) ندارد، می تواند این غرامت را هم از بایع بگیرد. و همچنین، تفاوت قیمتی که از راه لاغر شدن حیوان به مالک داده است، می تواند بگیرد. و اما غرامت هائی 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 او را مسلط کرده است بر اینکه منفعت ببرد بی عوض، والحال عوض از او گرفته اند، و متضرر شده. و اما هر گاه عمرو، عالم بوده است به اینکه مال غیر است و مغضوب است، و خریده است. پس او رجوع به غاصب نمی کند 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 نمی کند در آن به بایع به جهت آنکه خود مال خود را بلا-عوض به او داده است. چون میدانست که مال غیر است و مال او نمی شود به این بیع. پس این به منزله اباحه است. و لکن علامه (ره) تفصیل داده که اگر آنچه در قیمت آن داده باقی است، رجوع می تواند کرد. و اگر تلف شده، رجوع نمی تواند کرد. و تفصیل علامه خوب است. و جمعی از متأخرین نیز این را پسندیده اند چون در صورت تلف به مقتضای اذن، بر او 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 فتوی ضعیف است. و شاید نظر ایشان (علاوه بر اینکه مذکور شد) بر این باشد که این از باب "اعراض از مال"

ص: ۱۰۶

۱- ممکن است کلمه " نداده " صحیح باشد

۲- ممکن است کلمه " نداده " صحیح باشد

است، بنا بر اینکه اعراض منشاء زوال ملک شود. (و هر چند که این در نزد حقیر قوت دارد و چنانکه صحیحه ^(۱) عبد الله بن سنان در حکایت شتر وامانده در صحرا، دلالت بر آن دارد و همچنین سایر ادله و تنبیهاتی که در رساله علی حده بیان کردیم) لکن معلوم نیست که اینجا از باب اعراض بالمره باشد. به این معنی که منظور مشتری این باشد که من از این قیمت که داده ام اعراض کرده ام هر چند این مال را از من، صاحبش بگیرد. خصوصا با بقای مال. بلی، هر گاه از آن باب باشد، چنانکه بعضی اوقات جزم به آن می توان کرد، خصوصا 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 می کند مفارقتی که امید ملاقات بعد، در آن نباشد. به هر حال، دور نیست که نظر مشهور علما به "اعراض" باشد. و به هر حال، معلوم نیست که این اعراض منشاء حلال بودن ^(۲) آن شود از برای غاصب. و اظهر در صورت بقای ثمن جواز رجوع است. به جهت استصحاب، و عدم ثبوت ناقل شرعی، و اشکال در تحقق اعراض. و اما در صورت تلف، پس علامه در تذکره دعوی اجماع بر عدم 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 کرده اند قول به جواز رجوع را، در صورت 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

ص: ۱۰۷

۱- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۶۴، ابواب اللقطه، باب ۱۳ ح ۲.

۲- و دستکم از مصادیق "اکل بیاطل" است اگر محض اعراض نباشد و اعراض به خاطر تملک مال مغضوب باشد

تذکره وجود مخالف در آن عصر یا بعد آن، مضر نیست. و عمومات ادلهء ضمان و اتلاف هم شامل این نیست. حتی حدیث " علی الیما اخذت حتی تؤدی " چون ظاهر آن، صورت بقای عین است. و وجوب مثل یا قیمت، از خارج باید برسد، و در ما نحن فیه مفقود است. و به هر حال، عدم جواز رجوع به بایع در صورت تلف دلیل حلال بودن، بر او (به این معنی که معصیت هم نباشد) نیست. و ظاهر این است که مشهور علما هم نفی حرمه تصرف را، نمی کنند. غایت امر این است که ضمان نباشد. با وجود اینکه می توانیم گفت که منافاتی نیست ما بین عدم جواز رجوع مشتری و وجوب رد 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 ذمه، پس بر او واجب است دادن، و از برای مدعی جایز نیست مطالبه کردن. پس حاصل فتوی در مسئله این است که هر گاه 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 رد، بر بایع اشکال است، و دور نیست که لازم باشد. و شاید که لازم نباشد. لکن فعل حرام کرده است. چون بر غیر وجه صحیح در آن مال تصرف کرده و " اکل مال بباطل " است. و آیهء شریفه دلالت بر ضمان نمی کند بلکه افادهء حرمت می کند. چون از راه معاملهء 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 ما بین اینکه بایع غاصب صرف، باشد یا فضولی، باشد و مالک اجازه نکند. در مسالک تصریح به آن کرده. و اما هر گاه رجوع به (۱) زید که غاصب است و بایع است، و از او گرفت، پس

ص: ۱۰۸

۱- یعنی اگر آن همشیره که مختار بود به هر کدام از بایع و مشتری رجوع کند اینک به زید که بایع است رجوع کرده و حقیقتش را از او گرفته

اگر مشتری عالم به حال بوده، رجوع می کند بائع به مشتری به عین، اگر باقی باشد. و به عوض آن، هر گاه تلف شده باشد. و به منافعی که از آن استیفا کرده، زیرا که تلف مال، مستقر شده در دست او پس گویا عوضی که بائع داده به مالک، عین مغصوبه را منتقل کرده به خود مالک. و او قائم مقام مالک می شود. و چون در دست مشتری تلف شده پس بائع رجوع می کند به او. زیرا که مشتری در صورت علم، غاصب محض است. و این مال را از بائع غصب کرده بود. و اما قیمتی که مشتری داده بود به بائع، حکم آن، پیش گذشت، که مشهور عدم رجوع است مطلقا. و اقوی آن است که در صورت بقای آن، رجوع می کند. و در صورت تلف، نمی تواند رجوع کند. بلی، هر گاه قبل از بیع، بائع استیفا کرده منفعتی از آن، یا زمانی گذشته که توان استفاده کرد، یا در دست او نقصانی رسیده باشد که ضمانتی بر او مترتب باشد، آن بر بائع است. و به مشتری رجوع نمی شود. نه در اول کار و نه بعد از اخذ از بائع. و هر گاه مشتری جاهل به حال بوده باز بائع رجوع می کند به مشتری در آنچه داده. و آیا رجوع به زیادت، می کند هر گاه زیاده از ثمن از او گرفته (۱) باشد؟- در آن باز دو قول است. و اظهر در اینجا عدم رجوع است. به جهت اینکه مشتری در اینجا مغرور بوده و توجه زیادتی بر ثمن، به او، ناشی از فعل او شده که غضب (۲) است و غرامت آن را دیگری نمیکشد. چنانکه در صورت 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، مطالبه آنها را نمی تواند کرد. و اما اگر از قبیل حیوان و غیر آنکه اجرتی میدارند باشد، در آن دو صورت (یعنی چهل مشتری به اینکه مال غیر است یا ادعای بائع، اذن صاحب مال را) منافع آن را می تواند مطالبه کند. بلی، اگر بائع هم جاهل بوده باشد که "

ص: ۱۰۹

۱- یعنی همشیره رجوع کرده به زید (و بر اساس حقوقی که قبلا بیان گردید) چیزی را از زید دریافت کرده که بیشتر از آن است که زید به عنوان ثمن از عمرو، گرفته بود.

۲- نسخه بدل: " 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- سوال:

۷۶- سوال: هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را مع یک من برنج (مثلاً) یا مع یک توپ کرباس، از شخصی گرفته است به عنوان قرض الحسنه. 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، بازای یک تومان، انداخته است. آیا این صحیح است؟ و همچنین هر گاه شخصی قدر معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار " ده دو " منافع قرار دهند به این نحو که منافع را به مقرض مصالحه کند. چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه شخصی پنج تومان به کسی قرض الحسن بدهد و اجلی و مدتی برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی، خلاف در لزوم آن است. و شبهه ربا در اینجا راه ندارد. بلی، در بیع متلین با تساوی، شرط مدت کردن، ضرر دارد چون اجل را، قسطی از ثمن می باشد. و ظاهراً در این هم خلافی نیست الا آنچه نسبت به شیخ داده اند در خلاف و 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 معامله محاباتی، پس آن حرام است. و قرض و معامله هر دو حرام است. و هر گاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علی حده، داده و این معامله را علی حده کرده و قصد دو معامله واقعیه کرده باشند. ظاهراً جایز است. هر چند داعی بر معامله، در نفس الامر جلب نفع باشد. لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام (۱) است به ارتکاب بیع صحیح. و لکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا بهتر از این. و از جمله آنها معامله محاباتی به شرط قرض است. که عکس صورت مسئله، است. و از جمله آنها این است که کسی پنج تومان پول طلا یا نقره بدهد به شش تومان پول (۲) سیاه و همچنین ظاهراً جایز است

ص: ۱۱۰

-
- ۱- همان مسئله مورد اختلاف بین فقها است که از آغاز این مجلد به طور مکرر بحث شده است
 - ۲- 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 هر گاه 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:

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

جواب:

جواب: کرهء مادیان از بایع است. و همچنین است حال، هر گاه معلوم باشد که حامله است و بخرد. مگر اینکه شرط کند که از مشتری باشد، در آن صورت مال مشتری است.

۷۸-سوال:

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

جواب:

جواب: خیار در حیوان، از برای مشتری است (علی الاظهر الاظهر) تا سه روز، بلکه بعضی دعوی اجماع کرده اند، و اخبار معتبره نزدیک به حد تواتر است که دلالت دارد بر آن، و ابتدای آن از حین عقد است (علی الاظهر) نه از حین تفرق مجلس. و فرقی ما بین حیوان و رقیق (یعنی غلام و کنیز) نیست. و در صورتی که ثمن و مثن، هر دو حیوان باشند یا آنکه جنس دیگر را بفروشد و حیوان، در قیمت بگیرد، اشکال و خلاف هست، و دور نیست که در آنجا نیز خیار حیوان ثابت باشد. یعنی در صورت اول برای هر دو خیار باشد و در صورت ثانی، از برای بایع، و در مسئله، تردد و توقف، باقی است. نظر به ملاحظهء علت و حکمت، و احتیاج به تفحص از حال حیوان، و دلالت بعض اخبار بر اینکه "الخیار لصحاب الحيوان" بدون قید مشتری. و نظر به حرمة "قیاس" و عدم قطعیت علت، و تبادل مشتری از اخبار.

۷۹-سوال:

۷۹-سوال: شخصی درختی فروخته در موسم شکوفه و ثمر آن را قید نموده. آیا ثمر از بایع است یا مشتری؟؟.

جواب: اما درخت خرما، پس هر گاه طلع آن نمایان شود و هنوز " تأبیر " نشده بفروشند، ثمر مال مشتری است. و گویا خلافی در آن نباشد. و اما هر گاه بعد " تأبیر " بفروشد ثمر مال بایع است. علی الاظهر 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، تا میوه آن خوب شود، و ظاهر این است که این حکم مختص بیع، باشد. پس هر گاه درخت خرمائی را به " صداق " زوجه خود کند یا در عوض " خلع " داده شود یا به " صلح " منتقل شود یا غیر آن، حکم آن حکم سایر درخت ها است. که مادامی که ظاهر نشده، ثمر آن مال آن شخص است که به او منتقل می شود. و بعد از ظهور طلع آن (هر چند تأبیر نشده است) هر گاه نقل کنند به یکی از این عقود، مال ناقل است. علی الاظهر الاظهر. و اما حکم سایر درخت های میوه: پس هر گاه بیع قبل از ظهور میوه واقع شود، میوه مال مشتری است، و هر گاه بعد از ظهور است مال بایع است، مگر با شرط اینکه مال مشتری باشد، و ظاهر این است که مجرد شکوفه، کافی نیست، بلکه باید خود میوه ظاهر شود.. هر چند 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. هر چند هنوز وا نشده باشد. و در این صورت گل مال بایع است. مگر با شرط. 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. هر چند جوزق آن شکفته باشد. علی الاظهر الاظهر.

۸۰- سوال:

۸۰- سوال: هر گاه 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 در نیاورده. 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 روانه بغداد نموده، و مبلغی به گمرک و عشار داده، و بعد از آنکه در بغداد آنها

را در معرض بیع در آورده و به ذرع پیموده اند، 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، الجاء آن را به قیمت بسیار نازل فرخته. والحال به بایع ادعای غرامت نقصان خود می کنند. بایع می گوید تو اهل خبره بودی و دیدی و خریدی. و مشتری می گوید که من ذرع نکردم و ندانستم که ناقص است، و صیغه عربی هم نخواندم. معامله صحیح است یا فاسد؟- و بر فرض صحت، مشتری مستحق غرامت نقصان، هست یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهر صحت معامله است و عربی نبودن صیغه مضر نیست. و ظاهر این است که ذرع نکردن در اینجا منشأ بطلان نمی شود. 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 " (۱) و قلمکار و امثال آنها در عرف و عادت به همان تابی که هست، میخرند، و غرری لازم نمی آید. و در مقابل آن اکتفاء به همان غلبه و عادت می کنند. و از این جهت است که در مکیل و موزون هم به اخبار بایع در کیل اکتفاء می کنند. و احادیثی که در باب خیار رؤیت وارد شده که هر گاه 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 نفس الامر بوده، جبر کسر آن، به حصول خیار عیب و خیار رؤیت می شود. بخلاف آنچه که در عرف و عادت، مطلوب و منظور ذرع و پیمانانه 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 نمی کنند. 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 ما بین رضای به عیب، یا رد مبیع و اخذ

ص: ۱۱۳

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 خیار رد ساقط می شود، بدون خلافی ظاهراً لکن خیار ارش باقی است. علی الاظهر الاظهر (۱)،

۸۱- سوال:

۸۱- سوال: تاجری در اصفهان مالی دارد و می گوید که این مال مرا در بلده یزد که در نزد شریک من بود (مثلاً) به پنجاه تومان میخریده اند و شریک من نفروخته. والحال من به این قیمت می فروشم که مطابق تعارف تجار است که ربیعی علاوه می کنند مناسب تفاوت قیمت یزد و اصفهان، و تاجر دیگر نظر به اعتماد قول او می خرد به همین قیمت. بعد معلوم می شود که آن حکایت بی اصل بوده. آیا مشتری مستحق استرداد تفاوت قیمت (که به ملاحظهء سوق یزد و اصفهان داده بود) هست یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که مشتری را در صورت مزبوره به غیر تسلط فسخ از راه تدلیس و ضرر نباشد. و دلیلی بر جواز مطالبهء تفاوت قیمت نیست. بلی بایع اگر خود راضی به دادن تفاوت قیمت بشود، حکم خیار فسخ در این صورت خالی از اشکال نیست.

۸۲- سوال:

۸۲- سوال: هر گاه کسی ملک مزرعه ای را بفروشد مثلاً به سی تومان. و غبن آن را صلح کند به مبلغ پنج تومان. و بعد معلوم او شود که بسیار فاحش بوده است غبن، و آن مزرعه در وقت بیع به صد تومان میارزیده. آیا دعوی "غبن مصالحه" می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر جواز دعوی غبن است در مصالحه. بلکه در جمیع عقود معاوضات، و اختصاص به بیع ندارد. به جهت عموم نفی ضرر، و لزوم عسر و حرج. و چون خیار غبن

ص: ۱۱۴

۱- لیکن از متن سؤال بر میآید که خریدار به شرط پستی خرید و سپس معلوم شده که مبیع فاقد شرط و به قول سؤال کننده "ناقص" است. پس مسئله از مصادیق خیار شرط است نه خیار عیب. مگر اینکه گفته شود که "چیت بروجرد" کلا و همیشه دارای عرض قابل پستی بوده و تنها این یکی فاقد آن بوده است

در بیع امری است که متعلق مصالحه می تواند شد و عقد مصالحه هم عقدی است که دعوی غبن در آن می تواند کرد. پس دعوی غبن در مصالحه غبن، جایز خواهد بود و در اینجا چون محل توهم این هست که کسی بگوید: پس غبن صلح غبن، را هم می تواند صلح کند. به جهت آنکه صلح در همه چیز صحیح است الا چیزی که محلل حرام یا محرم حلال باشد. و هر گاه صلح کند شاید در آن هم مغبون باشد و هکذا.. الی غیر النهایه. پس این به جایی بند نمی شود و لازم می آید تسلسل محال. و این توهم منافع است به اینکه غبن در معاملات این است که معاوضه واقع شود ما بین چیزی به چیزی دیگر، و آن چیز دیگر زاید باشد از آنچه در عرف و عادت در عوض مثل این چیز بدهند، یا ناقص باشد، و آن زیاد یا کم بیش از آن باشد که اهل عرف در آن مسامحه می کنند. پس، آنچه حاضر در اذهان اهل عرف هست از احتمال زیاد و کم که در آن مسامحه نمی کنند، همان معنی غبن است که در بیع (مثلا) منشاء ثبوت خیار است. و در بعضی افراد مشکوک اشکال هست، مثلا اسبی را بفروشد به ده تومان هر گاه اتفاق افتد که در واقع قیمت آن صد تومان بوده. اینجا بالیقین مغبون است که دعوی غبن می تواند کرد. هر گاه دوازده تومان میارزیده، محل اشکال است که آیا غبن ثابت است یا نه. و هر گاه ده تومان و نیم میارزیده، ظاهرا غبن نیست. هر گاه این را در جانب ثبوت غبن دانستی، پس بدان که در جانب اسقاط غبن و صلح غبن، کلام به عکس این است، که صلح مطلق غبن، جزما منصرف به صلح به " اقل ما یتحقق به الغبن " می شود. و اشکال در، آن فرد اکثر، است. پس هر گاه افراد غبن متفاوت باشد و صلح وارد شده باشد بر مطلق غبن آنچه حاضر در اذهان است که از آن میگذرند، آن افراد می باشد که در عرف و عادت، غالب آن است که از آن غبن دست بر میدارند. مثلا گاه است که متبایعین که از اهل عرف اند، همان غبن دو مثل، یا سه مثل، بلکه ده مثل هم در نظر می آورند و صلح غبن، می کنند. اما هرگز متفظن این نیستند که این متاع اگر به صد مثل، میارزد در اینجا هم اسقاط خیار غبن بکنند، صلح به آن

منصرف نمی شود. پس هر گاه صلح غبن. بیع مزرعه واقع شد و غبن هم موافق آن چیز است که غالباً مثل آن غبن را ساقط می کنند و صلح می کنند، دیگر ادعای غبن در آن نمی توان کرد. و هر گاه بیشتر است، دعوی غبن، در صلح غبن هم ثابت است. و چارهء خلاصی از تسلسل و دعوی غبن صلح غبن، به این نحو می شود که تصریح کنند که صلح کردیم اگر چه مافوق آنچه متصور شود که بیزد، اگر هزار برابر بالاتر هم باشد. چنانکه در مسائل صلح بیان کرده اند که هر گاه 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 ما فیها باشد که من راضیم. در آن صورت بری الذمه می شود. بخلاف آنکه بر محق مجهول باشد و صلح کند بدون این تصریح که صلح در نفس الامر صحیح نیست اگر چه در ظاهر به صحت آن حکم می شود.

۸۳ - سوال:

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

جواب:

جواب: بدان که: شرط صحت دعوی غبن این است که آن مغبون عالم به قیمت وقت نبوده باشد، و واقعا در آن وقت هم این تفاوت در قیمت بوده و بعد عارض نشده. و این ثابت نمی شود مگر به شاهد یا به اقرار و اعتراف غابن. و ظاهر این است که خلاصی در این نباشد. و هر گاه بینه 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 هر چند قسم بخورد. و هر گاه 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 نمی شود (و الا 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 و جوب وفای به

ص: ۱۱۶

عقد. پس قول غابن مقدم خواهد بود یا یمین. و دور نیست ترجیح قول اول، به جهت آنکه اقوی (۱) ادله لزوم بیع، احادیث خیار است مثل "البیعان بالخیار ما لم یفترقا" و عموم آنها و قوت دلالت آنها در مثابه عمومات نفی ضرر و عسر نیست. و نسبت ما بین اینها عموم من وجه است. و ادله نفی ضرر، اقوی و ارجح است. و در باب ظهور صدق و کذب، هر دو مسلم اند، و معتمد احدهما همان استصحاب لزوم است، و معتمد دیگری اصل عدم علم و اینکه او مخیر از شیئی است که غالباً به آن مطلع نمی شود کسی به غیر او. و ثانی ارجح است از اول.

۸۴- سوال:

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

جواب:

جواب: بدان که بعد از ثبوت غبن در معامله، مغبون مختار است ما بین امضای معامله به همان قیمت و ما بین فسخ معامله. و مغبون نمی تواند او را الزام کند که تفاوت قیمت را بدهد. و خلافی در مسئله نیست ظاهراً، و علامه دعوی اجماع بر آن کرده. اما اگر غابن بگوید [و مغبون] بیاید تفاوت قیمت را بگیرد و بیع بر حال خود باشد، خلاف کرده اند. 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 علامه در تذکره استدلال کرده است در عدم ثبوت خیار " چون علت ثبوت خیار، نفی ضرر است و ضرر به همان دادن تفاوت رفع می شود، 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 مسالك و صاحب کفایه فهمیده اند) به جهت آنکه اجماع را بر این دعوی کرده بود که مغبون را نمی رسد مطالبه تفاوت قیمت بکند. و این منافات ندارد با اینکه اگر غابن تفاوت را بدهد بیع بر لزوم باقی بماند.

ص: ۱۱۷

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

ولیکن به این، اشکال می شود به اینکه این سخن در وقتی تمام است که دلیل اصل مسئله و اخبار غبن، منحصر باشد در نفی ضرر، که بگوئیم چون در ما نحن 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 می توانیم گفت که هر گاه دلیل منحصر در نفی ضرر باشد هم، باز سخن علامه تمام نیست. چون به محض حصول ضرر در اصل معامله، خیار فسخ ثابت می شود 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- سوال:

۸۵- سوال: هر گاه 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 شریک ها اراده قسمت کنند، و در حین تقویم خانه ظاهر شود که بایع بیع اول، غبن فاحش داشته و قیمت را نمی دانسته است. آیا در این صورت، خیار غبن از برای بایع اول هست و تسلط بر فسخ بیع شرط دارد یا نه؟ -

جواب:

جواب: خیار غبن در بیع شرط هم جاری می شود، مثل سایر اقسام بیع. بل غالب این است که در بیع شرط، مسامحه می کنند، و قیمت المثل مبیع به بیع شرط، تفاوتی دارد با قیمت المثل بیع های دیگر لازم این معنی را منظور داشته باشند. و بدان که: مشهور بین علما این است که خیار غبن به تصرف ساقط نمی شود. 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 می شود 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 داده اند. ولکن شهید در لمعه در این "استثناء" بحث کرده است. به جهت آنکه در صورت سقوط خیار، مشتری را در این صورت لازم می آید ضرر در صورت جهل به قیمت (۱) 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 می تواند فسخ کند. و چون نمی تواند عین را رد کند، قیمت آن را یا مثل آن را، رد می کند تا جمع بین الحاقین شده باشد. و همچنین در صورت تلف عین. همچنانکه هر گاه در تصرف مشتری باشد و مغبون بایع باشد که هر گاه بایع فسخ کرد و دست او به عین نرسید، رجوع می کند به مثل یا قیمت. و شهید ثانی بعد از آنکه این بحث را نقل کرده، گفته است "و این احتمال متوجه است. ولکن من بر نخوردم 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 از شهید بر نخورده ام. و بعد از آن گفته است که "آری اگر بر گردد آن ملکی که مشتری مغبون، فروخته به سوی او به سبب فسخی یا اقاله یا غیر آن، یا بمیرد ولد آن کنیزی که ام ولد شده - هر گاه از ملک خود بیرون نکرده بود - در آن وقت جایز خواهد بود فسخ، اگر با فوریت منافات نداشته باشد". تمام شد کلام شهید ثانی. و بدان که: علاوه بر بحثی که شهید بر مشهور کرده در آن "استثناء"، بر ایشان وارد است که این سخن اختصاصی ندارد به مغبون بودن مشتری، بلکه در صورتی که

بایع مغبون باشد و تصرف مذکور را کرده باشد در ثمن، باز عدم تمکن از رد، حاصل است. پس باید در آنجا هم نتواند رد کرد. و شاید عذر اقتضای بر مشتری مغبون، این باشد که چون بسیاری از ایشان ذکر مسئلهء خیار غبن را در مشتری، کرده اند استثناء را هم بر وفق 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 نمی شود خیار غبن به تصرف، به شرطی که تصرف مخرج از ملک یا مانع از رد، نباشد"، گفته است که "این شرط تمام می شود هر گاه تصرف مذکور از آن شخص باشد که مغبون است و خیار با او است. و اما هر گاه تصرف از آن دیگری باشد، پس مغبون می تواند فسخ کند و رجوع کند به مثل یا قیمت، بر آن که تصرف مذکور را کرده". و این را نقل کرده است از جمعی اصحاب. ولکن بر این سخن هم همان بحث سابق شهید وارد است که در صورت جهل به غبن، ضرر لازم می آید بر مغبون خواه بایع باشد و خواه مشتری، پس تصرف مخرج، یا مانع از رد، منشاء سقوط خیار نمی شود، پس تحقیق این است که بعد از اینکه بنا را به این گذاشتیم که تصرف بعد از علم به غبن، دال بر رضا است و مسقط خیار است و گفتگو در صورت جهل است. همهء اقسام، داخل در لزوم ضرر هستند، و دلیل خیار غبن در همه جا جاری است و دلیل بر اسقاط آن نیست و عدم تمکن از رد، مستلزم عدم جواز فسخ نیست، پس به قاعدهء ضرر، مسلط بر فسخ معامله هست. و به قاعدهء تصرف در مال غیر، رد مثل یا قیمت می کند. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آنکه نقل کرده است از علامه در تذکره قول به فرق ما بین تصرف غابن و مغبون، در اینکه هر گاه تصرف از مغبون باشد، خیار باقی است. مگر در صورت خروج از ملک و استیلا. و از شهید در شرح ارشاد و غیر او قول به فرق ما بین بایع و مشتری را. که اگر بایع مغبون است ساقط نمی شود خیار به تصرف مشتری مطلقا. و اگر مشتری [مغبون] است ساقط نمی شود مگر با خروج از ملک یا منع مانع، مثل استیلا. و نیز اشکال کرده است در فرق ما بین تصرف غابن و

مغبون، و بايع و مشترى. و آن اشكال بجا است. باقى ماند كلام در اينكه بعد تسلط بر فسخ، در صورت خروج از ملك به بيع و عتق و امثال آنها، و همچنين استيلا، مقتضاي خيار فسخ اين است كه آن بيع و عتق و استيلا و امثال آنها، باطل شوند. چنانكه آخوند ملا احمد اشاره کرده است و بعد از آن گفته است كه " بعضى گفته اند كه بر تقدير فسخ در صورت خروج از ملك، از براى مغبون است مثل، يا قيمت آن عين. پس باطل نمى شود آن عقود بلكه به منزله تلف آن مال است ". بعد از آن امر به تأمل کرده است در اين قول. و گفته است كه " اين در صورت تلف خوب است. اما در صورت عدم تلف، پس مقتضاي خيار، آن است كه پيش گفتيم، يعنى بطلان عقود ". و ظاهر قول به بطلان (چنانكه از آخوند ملا احمد (ره) نقل كرديم) اين است كه به اجازه مالك صحيح نشود، و اين مشكل است. و شايد غرض آخوند (ره) نيز قطع نظر از اجازه باشد. يا نظر او به بطلان فضولى باشد، چنانكه در محل خود، تضعيف آن، کرده اند (۱). و بنا بر صحت فضولى، پس ظاهر اين است كه هر گاه مغبون فسخ معامله خود را کرده و اجازه معامله غابن را با ديگرى بكنند، صحيح و لازم باشد. و بدان كه: خلاف کرده اند در اينكه خيار غبن فوري است يا نه؟ -؟ نظر به استصحاب و " اصل " كه اقتضاي عدم فوريت مى كند، و نظر به اينكه " اصل " در عقود، لزوم است و خروج از آن، مسلم است در محل وفاق، كه آن " فور " است. و وضع اين خيار هم به جهت رفع ضرر است. و آن به همين قدر فور رفع مى شود. و دور نيست ترجيح آخرى، چنانكه صاحب مسالك و آخوند ملا احمد (ره) ترجيح داده اند. و به هر حال در صورت جهالت به خيار يا جهالت به فوريت آن، خيار ساقط نمى شود به تأخير. و همچنين اعذارى كه مانع از اظهار آن شود فوراً. و بدان نيز كه: ظاهر اين است كه موضع خلاف، در اينكه تصرف مسقط خيار است يا

ص: ۱۲۱

نه، در اینجا باید قبل از حصول علم به غبن باشد، یا قبل از علم به مسئله ثبوت خیار. و اما بعد از علم، پس ظاهر این است که اشکالی در سقوط خیار نباشد، و به هر حال، بعد از آنکه تصرف در صورت حصول غبن به عمل آید، در آن، احتمالات بسیار هست. نظر به تعدد محل غبن، و اتحاد آن، و کیفیت تصرف، و اقسام آن. و آنچه شهید ثانی (ره) در شرح لمعه بیان کرده زیاده از دو بیست می شود. و در اینجا محل ذکر آنها نیست. پس بر میگردیم به اصل مسئله و می گوئیم که ظاهر، این است که بایع مسلط بر فسخ بیع سابق باشد. و می تواند استرداد آن نصف را هم از آن مشتری آخری بکند. می تواند اجازه بکند. و اما اجرت المثل ایام تصرف، پس ظاهر این است که نمی تواند استرداد کرد. چون قبل از فسخ ملک او بوده.

۸۶- سوال:

۸۶- سوال: زید قدری تخم پیاز از عمرو خریده و زرع کرده، و بعد معلوم شده که تخم کراس بوده. و به این سبب نقصان به زید می رسد. آیا این زرع مال کیست؟ و غرامت نقصان منافع پیاز بر کیست؟ و عمرو می گوید که من از خالد به رسم تخم پیاز خریده بودم، و نمی دانستم. آیا حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: اصل بیع فاسد است. چون بیع بر تخم کراس واقع نشده، و مقصود از بیع، آن نبوده. و همچنین در امثال این، حکم همین است، و زرع مال بایع است، و مالک زمین را می رسد که بگوید بیا زرع خود را ازاله کن. و اجرت المثل زمین مرا بده. یعنی اجرت المثل آن زمین معین، به قدری که در آن زمین بوده از زمان. و اگر خواهد، زرع را باقی گذارد از برای بایع تا اوان کمال، و اجرت المثل تمام مدت را بگیرد اگر بایع راضی شود. و نمی تواند زید که بگوید که تفاوت منافع پیاز و کراس را به من بده، بنابر مشهور، که غرامت منافی که [می تواند] از کسب حاصل شود مضمونه نیست. مثل اینکه کسی مانع شود از دیگری را از بیع متاع خود، و قیمت آن متاع نازل شود. هر چند قولی از شهید نقل شده که آن هم مضمونه است و باید غرامت بدهد. و عمرو، هم بر فرض ثبوت

جهالت رجوع می کند به خالد، در غرامتی که کشیده.

۸۷- سوال:

۸۷- سوال: چند نفر بقال میروند به کاروان سرا، و یک خروار میوه، قیان می کنند. و قیمت را معین می کنند. و نفعی از برای آن تصور می کنند. و بعد از آن بعضی از آنها حصه ربح بعضی را به او می دهد و میوه را بر میدارد. صحیح است یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: هر گاه همه آنها شریک میشوند و به اجتماع میخرند و وزن می کنند، و بعد از آن احدی از آنها حصه دیگری را می خرد به ربحی، جایز است بعد از قبض بدون کراهتی. و قبل از قبض نیز با کراهت.

۸۸- سوال:

۸۸- سوال: زید ملک بلا مالکی را فروخت به عمرو، و در عوض الاغی گرفت. و بعد الاغ را فروخت به بکر و در عوض 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 اجرت المثل به صاحب الاغ رد کند-؟.

جواب:

جواب: ملک بلا مالک مال امام است. هر گاه مجتهد عادلی مصلحت داند که اجازه کند آن بیع را، و بیع ما بعد را هم، ملک قیمت الاغ هم باید به مصرف مال بلا مالک برسد. که اظهر وجوه در آن، تقسیم به فقر است. و احوط از آن تصدق به فقرای بلاد است. الاحوج فالاحوج. و اگر کسی اجازه نکرد، آن بیع اول باطل است. و بعد از بطلان آن، پس اگر عمرو جاهل بوده به اینکه مال غیر است، یا عالم بوده ولکن زید ادعا کرد که من به اذن مجتهد، یا بر وجه صحیح می فروشم، در این صورت رجوع می کند به الاغ خود، و چون الاغ را زید فروخته و در حکم تلف است، پس اگر خواهد اجازه کند بیع الاغ را و ملک قیمت الاغ را صاحب شود و اجره المثل ایام تصرف را هم بگیرد. و اگر نخواهد، بیع الاغ باطل می شود و ملک به صاحب خود بر میگردد و الاغ [را] اگر باقی است به عمرو، میدهند، والا زید غرامت آن را و منافع آن را به عمرو می دهد. و اگر عمرو عالم بوده به اینکه زید غاصب است. و کسی هم اجازه نکند. بیع باطل است. و اظهر این است که در صورت بقای الاغ، رجوع به الاغ خود می کند. ولکن چون

فروش آن در معنی تلف است و در صورت تلف دعوی اجماع شده بر عدم رجوع، عمرو مطالبه آن را نمی تواند کرد ولکن بر زید لازم است که به او رد کند. پس در این صورت، در ظاهر، معامله با بکر بر هم نمیخورد. ولکن عمرو اگر اجازه بیع کند، ظاهر این است که لازم باشد بر زید که ملک را به عمرو رد کند. ثمره اجازه این است که قبل از اجازه، همان الاغ یا قیمت آن، در ذمه زید بود لازم بود که رد کند. و بعد از اجازه، ملک را باید رد کند. هر چند در هر دو صورت عمرو نمی تواند مطالبه کرد. و در صورت رد ملک باید اجره المثل را هم رد کند.

۸۹-سوال:

۸۹-سوال: ادعای غبن مبیع، از برای هر یک از بایع و مشتری تا چه وقت می باشد؟

جواب:

جواب: وقتی و زمانی بر آن مقدر نیست. و خیار فسخ از برای مغبون در هر وقت که علم به غبن به هم رساند حاصل است هر چند بعد از مدت مدیدی باشد. و هر گاه قبل از حصول علم به غبن، تصرف کرده باشد هم، مسقط خیار نیست. هر چند اخراج از ملک خود هم کرده باشد. علی الاظهر. بلی چون نمی تواند استرداد عین بکند، باید رد مثل، یا ثمن را به غابن بکند. لکن هر گاه بعد از اطلاع به غبن، تصرف در آن کند یک نوع تصرفی که دال بر رضای به آن معامله باشد خیر ساقط می شود. و هر گاه 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-سوال:

۹۰-سوال: آیا زمین های زاویه عبد العظیم (رضی الله عنه) و سایر زمین های "ری" مفتوح العنوه است یا نه؟ -؟ و حکم مفتوح العنوه چه چیز است؟.

جواب:

جواب: در تعیین زمین های مفتوح العنوه، اشکال است. و حکم مفتوح العنوه، این است که مال جمیع مسلمین است، و منافع آن باید صرف مصالح عامه مسلمین بشود مثل قضاوت بحق و ائمه جماعات و مساجد و پل و رباط و طلبه علوم. و باید مباشر این امور امام عادل باشد. و ائمه علیهم السلام سلاطین جور مخالفین، را هم در

این حکم، مثل امام عادل دانسته اند. یعنی به جهت تسهیل امر شیعیان، تصرفات ایشان (۱) را نسبت به شیعیان ممضی داشته اند. و در سلاطین جور شیعه اشکال عظیم است. (۲)

ص: ۱۲۵

۱- یعنی: تصرفات ایشان را در اراضی خراجیه و بیت المال ممضی داشته اند 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 سیره عملی فقها و هم از نظر فتوای آنان: الف: سیره عملی: اولین حکومت شیعی در عصر فقها، دولت نسبتاً مستعجل "صفاریان" - ۲۹۰، ۲۵۴ ها ق - است که اطلاع مشخصی از چگونگی برخورد فقها، با آنان در دست نیست. دومین حکومت شیعی در دولت "بنی حمدان" - ۳۶۹، ۲۸۱ ها ق - است که با همت حمدان بن حمدون در موصل تشکیل گردید و توسط ابو الهیجاء عبد الله بن حمدون، حسن ناصر الدوله، علی سیف الدوله، سعد الدوله 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 رشته های مختلف از این نهضت فرهنگی به جای مانده. محدثین و فقهای شیعی از حمایت های سیاسی - اجتماعی این خاندان بر خوردار 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 سید رضی بر وجود آنها میبالد: *احمل الضیم فی بلاد الا عادی - و بمصر الخلیفه العلوی من ابوه ابی و مولاه مولای - اذا ضامنی البعید القصی لف عرقی بعرقه سید الناس - جمیعا محمد و علی معروف است که وی هر گونه هبه و هدیه ای از جانب خلفای عباسی (جایز مخالف) را رد میکرد و خلفا فاطمی را به رخ آنان میکشید. دیلمیان: در عضو دیلمیان حوزه درس شیخ مفید در بغداد به رواج کامل رسید و شخصیت هائی مانند سید رضی و سید مرتضی و شیخ طوسی در مکتب او پرورش یافتند با اینکه عضد الدوله پدر سید رضی و سید مرتضی را در قلعه ای در فارس زندانی کرده بود باز سخن و کلامی که حاکی از تضعیف دولت آل بویه باشد از فقهای یاد شده در دست نیست. و بی تردید همه آنان از کمک های مالی آل بویه بر خوردار بودند. بطوری که به محض اینکه قدرت دیلمیان در بغداد با افول مواجه می شود کتابخانه مکتب مفید را آتش میزنند و شیخ طوسی بناچار به نجف اشرف منتقل می شود سلطان محمد خدا بنده مغول: علامه حلی در دربار وی حاضر میشد و حوزه علمیه حله، از کمک های مالی او استفاده میکرد. سر به داران: مرحوم شهید اول نه تنها حکومت آنان را تجویز و تایید میکرد بل بوسیله کتاب "لمعه" که صرفاً 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 شبانه روز نوشت و به سر به داران فرستاد. صفویه: با ظهور دولت صفویه، شهید ثانی در لبنان دستگیر شد و به شهادت رسید، بررسی تحقیق نشان میدهد که شهادت او ارتباطی با دولت جوان صفوی داشته است مانند شهادت شهید اول که در ارتباط با دولت سر به داران بود دولت صفوی در ۹۰۶ ها ق تاسیس شده و شهید ثانی در ۹۱۱ ها ق شهید شده است. محقق کرکی حکومت شاه طهماسب را رسماً و با سند کتبی تنفیذ نمود. رضی الدین 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 میر*

داماد، شیخ بهائی، و پدرش، علامه مجلسی و پدرش، شیخ حر عاملی و... و... همگی عملا با دولت همکاری میکردند. ب: از نظر فتوی: علمای متقدم در این مسئله معمولا به شکل " مطلق " فتوی داده اند و فرقی میان " جایر مخالف " و " جایر از شیعه " قائل نشده اند. مانند: شیخ در باب مکاسب از کتاب نهایی می گوید: و لا باس بشراء الاطعمه و سایر الحویات و الغلات علی اختلاف اجناسها من سلاطین الجور و ان علم من احوالهم انهم یاخذون مالا یستحقون و یغصبون ما لیس لهم ما لم یعلم شیئا من ذلک بعینه غصبا. 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 گفته اند. گویا اولین شخصی که به این موضوع اشاره کرده شهید ثانی است که میرزا در مسائل گذشته جمله " و کذا الجایر منا " را از وی نقل کرد با اینکه در این جمله هر دو جایر مشمول یک حکم شده اند 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 محرمة شرح لمعه می گوید (و معونه الظالمین بالظلم کالکتابه لهم و احضار المظلوم و نحوه لا معونتهم بالاعمال المحلله کالخیاطه و ان کره التکسب بماله " و در مورد غنیمه در عصر غیبت می گوید "... لکونه مغنوما بغیر اذنه الا انهم علیهم السلام اذنوا لنا فی تملکه کذلک " - شرح لمعه فصل بیع الحیوان - . و در " احیاء الموات " می گوید " هذا مع حضوره و اما مع غیبتہ فما کان بید الجایر یجوز المظنی معه " و مرحوم فاضل تونی فوراً 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 تثبیت آن دولت کوشید مرحوم فاضل قطیفی بر علیه او بر آشفت و رفتار محقق را سخت به زیر سؤال برد و رساله (یا رساله ها) بر علیه او نوشت که محقق نیز متقابلا پاسخ میداد تا منجر به تدوین رساله " قاطعه 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 می کند. روایات باب را بررسی می کند سنت و سیره علما را از سید رضی و سید مرتضی و شیخ و... شرح میدهد. فتواها را نقل می کند. چون این رساله در پاسخ مرحوم قطیفی نوشته شده بی تردید 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 غیر شیعه 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 " بودن است. و جالبتر اینکه محقق کرکی در این پاسخ ها به همان روند عمومی و جریان شناخته شده بحث در طول تاریخ فقه، اکتفاء می کند. یعنی صورت خاصی به مسئله نمیدهد مثلا نمی گوید " من حکومت صفویه را تنفیذ میکنم بنابر این حاکمیت آنها مشروع می شود ". همانطور که سید رضی نسبت به فاطمیون. و علامه حلی نسبت به سلطان محمد خدابنده. و شهید اول نسبت به سر به داران. بدون اینکه تنفیذ کنند و حکومت آنان را از چهره " جایر " در بیاورند هم کمک شان میکردند و هم تصرفات آنان را در امور مالی بیت المال (دستکم) با تصرفات جایر غیر شیعی، یکی میدانستند. پس از دیگری مذکور، مذکور مسئله جایر شیعی و جایر غیر شیعی به عنوان یک موضوع شناخته شده مطرح گردید. و باصطلاح اثری از آثار دولت صفوی است. در هر صورت، اگر مرحوم میرزا تنها به جمله " خلاف هست " اکتفاء میکرد جای سخنی نبود زیرا نمی توان در مسئله ادعای اجماع کرد لیکن لفظ " خلاف عظیم " باری از معنی دارد که بر تردید قابل اشکال است

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

ص: ۱۲۶

است که فتح این بلاد را خلیفهء ثانی کرده است، اشکال در شرط آن، به هم می رسد. جمعی علما گفته اند که فتوحات خلیفهء ثانی به اذن و مشاورت امیر المؤمنین (علیه السلام) بود و امام حسن (علیه السلام) همراه بود. و بعضی تصریح کرده اند که از اقصای خراسان الی خوزستان و

ص: ۱۲۷

کرمان و همدان و قزوین و حوالی آنها، همه مفتوح العنوه است. و تکیه حقیق در تعیین اراضی مفتوح العنوه بر این است: اما اراضی کوفه که آن را "ارض سواد" (۱) می گویند. و مکّه مشرفه، پس به اخبار و فتاوی علمای است و اشکال در آنها نیست. و اما در غیر اینها، پس عمل به ظن میکنیم. و هر جا ظن حاصل شود اکتفاء میکنیم. و ظن به یکی از چند چیز حاصل می شود: اول: یکی از کتب تواریخ و سیر معتمده، هر چند 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 می کنند، به ضمیمه اصل عدم تغییر، ظن حاصل می شود که مفتوح العنوه بوده یا از مطلق اراضی خراجیه بوده. اما کلام در شرط آن، که به اذن امام بوده [یا نه]: تکیه به صحیحیه محمد بن مسلم، و آنچه در معنی آن است می باشد. که حضرت باقر (علیه السلام) فرمود که "ارض سواد امام (۲) ارضین است و جناب امیر المؤمنین (علیه السلام) با آن معامله مفتوح العنوه میکردند. پس سایر زمین ها هم مثل آن خواهد بود".

۹۱- سوال:

۹۱- سوال: آیا جایز است بیع و شرای زمین های مفتوح العنوه؟ و وقف کردن آنها، و خانه ساختن و غرس اشجار و امثال آنها؟ و آیا بعد از خراب شدن خانه ۲

ص: ۱۲۸

۱- ارض سواد: سرزمین پر: پر از آبادانی و عمران و کشاورزی: و پر جمعیت. طول این سرزمین را "از جنوب موصل تا عبادان - آبادان -" تعیین کرده اند و مرز شرقی آن کرکوک و عراق عجم، است، یعنی حدود شرقی آن، همان ارتفاعات زاگرس می باشد. و حد غربی آن یک خط (تقریباً) مستقیم، عمود قائم 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 بین النهرین است که تنها از ۱۰۰ تا ۲۵۰ متر از سطح دریا بالاتر است و سایر قسمت های عراق ارض سواد نیست، همه شهرهای بزرگ عراق در ارض سواد قرار دارند غیر از کرکوک و موصل. طول این سرزمین حدود سه برابر ارض آن، می باشد.

۲- وسائل: ج ۱۱ ص ۱۱۷، ابواب جهاد العدو، باب ۶۹ ج ۲

و باغ، دیگری در آن می تواند 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 می تواند آباد کند و مالک شود یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: اولاً بدان که: از اخبار بر میآید که ائمه ما (علیه السلام) رخصت داده اند از برای شیعیان، خانه ساختن و زرع کردن و غرس کردن اشجار و امثال آنها را. و حکایت خراج دادن، غیر بنای این امور گذاردن است. و ظاهراً در بنای این امور اذن امام شرط نباشد در حال غیبت، اگر چه اولی اذن خواستن است از مجتهد عادل. اما خراج آن را: پس اگر در تصرف مخالفین است و ایشان به کسی بدهند کافی است. و در جواز تصرف اذن ایشان کافی است. و الا (۱)، پس ظاهر این است که باید به اذن مجتهد عادل به مصرف آن برساند. مگر اینکه سلطان جائز (۲)، 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 (۳) این. و آنچه مشهور است که بدون اذن جایز تصرف نمی توان کرد (بلکه بعضی دعوی اجماع بر آن، کرده اند) این، "علی الاطلاق" معتمد حقیر نیست. و اما اذن سلطان جور شیعه، پس در آن اشکال عظیم است. و ظاهر اکثرین، اطلاق سلطان جود است اگر سلطان جور شیعه هم باشد. و صاحب مسالک در آن اشکال کرده و آن اشکال در محل است. چون متبادر از اخبار مطلقه، و تصریح بعضی آنها، حکم مخالفین است. و اصل عدم جواز است. بلی، آن علت ها و تنبیهات که از بعضی اخبار مثل صحیحه (۴) عبد الله بن سنان و روایت ابی بکر حضرمی (که سند آن معتبر است) بر میآید، ۳

ص: ۱۲۹

- ۱- یعنی: اگر در تصرف جایز مخالف نباشد و در تصرف جایز شیعی باشد.
- ۲- یعنی: اگر در تصرف جایز مخالف نباشد و در تصرف جایز شیعی باشد.
- ۳- این جمله اساس اعتقاد میرزا به "ولایت فقیه" را، در حد گسترده و وسیع، به معنای حکومت کامل می‌رساند.
- ۴- وسائل: ج ۱۱ ص ۱۲۱، ابواب جهاد العدو، باب ۷۲ ج ۳

عموم است. و در اخبار مذکور است که اگر قائم ما بر خیزد حصه شما بیش (۱) از این می شود که به شما میدهند. که فهمیده می شود که علت در حلیت آن، همین است که به حق خود رسیده اند. 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 نگذاشته اند. پس با ملاحظه فتوای مشهور علما، و اشاره و تنبیه این دو روایت، و امثال آنها، قوی است قول به تعمیم. خصوصا به ضمیمه نفی عسر و حرج. و هر گاه ضمیمه شد به این، اذن مجتهد عادل، امر آسانتر می شود. و در مسئله "وضع مؤن" علاوه بر این، احتمال اینکه دادن خراج غالبا موقوف علیه زراعت است، پس آن، از وجهی مؤن است (مشهور علما تجویز وضع آن، کرده اند) در زکات هم هست. و اقوی نزد حقیر هم، آن است. و اما بیع و شری کردن این زمین ها: پس آنچه اقوی است در نظر حقیر (و ظاهرا مشهور است بین علما بلکه بعضی دعوی عدم خلاف کرده اند) این است که جایز است بیع آنها - بیع لا ینال المصنف - هر چند آن اثر، محض عمارت و شیار کردن زمین باشد. پس جایز است خرید و فروش و اجاره و وقف کردن، مادامی که اثر تصرف 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 بر جواز با اشاره به علت آن، که فرموده اند جایز است به جهت اینکه حق خود را متصرف شده. و بعضی از آن فهمیده اند معنی "حصه خود" را که مراد بیع رقبه زمین باشد. و این دور است بلکه مراد این است که استحقاق منافع خود را (که از تصرف حاصل شده) می فروشد. و اطلاق بیع بر آن یا مجاز است و مراد صلح کردن باشد، یا بیع معنی عامی

ص: ۱۳۰

۱- حدیث عبد الله بن سنان مذکور.

۲- این خود جای بحث و اختلاف است که آیا در صورت حضور امام (علیه السلام) زمین های خراجی بین مسلمین تقسیم می شود؟ تا کسی بتواند حصه خویش را بفروشد یا نه؟ - تا چه رسد بر عصر غیبت که فردی مثلا از باب "تقاص" حصه خود را بر دارد و رقبه آن را بفروشد

دارد که شامل این هم باشد. و به هر حال، اینها در وقتی است که معلوم باشد که ارض مفتوح العنوه حیاتی 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 باشد به کسی و دست به دست به او رسیده باشد. پس ظاهراً در آن اشکال نباشد. غایت امر این است که داخل "شبهه" است. و حدیث صحیح ناطق است به اینکه "کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف (۱) الحرام بعینه". پس هر گاه آن عمارت خراب شود از ملک مالک بیرون نمیرود (۲) و کسی در آنها تصرف نمی تواند کرد. خواه وقف باشد و خواه غیر وقف. بلکه در قسم اخیر هر گاه موات هم شود مادامی که "معروف المالك" است احیای آن نمی توان کرد بدون اذن مالک. و بدان که: در حکم مفتوح العنوه است اراضی صلح. یعنی آنکه کفار صلح کرده اند با مسلمین به این نحو که زمین از مسلمین باشد، آن نیز داخل اراضی خراجیه است و احکام آنها بر آن جاری است.

۹۲- سوال:

۹۲- سوال: هر گاه زید متاعی را به عمرو، بفروشد به صیغهء رأس المال. و بعد بهد

ص: ۱۳۱

-
- ۱- وسایل: ج ۱۷ ص ۹۱ - ۹۰، ابواب الاطعمه المباحه، باب ۶۱ ح ۱.
 - ۲- این فتوی و همچنین فتوائی که در سه جمله بعد میآید، بر اساس این است که "ارض خربه" و "موات بالعرض" هرگز از ملک مالک خارج نمی شود. و دلیل آن را "عدم ناقلی از نواقل ملک" ذکر کرده اند. لیکن، مسئله، مورد اختلاف است و دلیل مخالفین عبارت است از: الف: هنوز اول بحث است که آیا ملک باقی مانده تا نیاز به ناقل باشد، یا با عروض خرابی، و موات، دیگر ملکیت مالک باقی نمانده؟ - ب: حدیث ابو خالد کابلی و امثال آن تصریح دارند که با عروض خرابی و موات، ملکیت از بین میرود. و آنچه در حدیث سلیمان بن خالد آمده که "فلیؤد حقه"، مراد ابزار آلات یا مثلاً یک درخت است که از مالک قبلی به جای مانده که باید احیاء کنند (مالک بعدی) به او تحویل بدهد. (وسائل: احیاء الموات، باب ۳ ح ۲ و ۳)، در جلد اول بطور مشروح بحث گردید

بینه یا به قرار 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 نیامد و اگر پول نقد میداد ارزانتر میخرید. یا آنکه او نسیه خریده بوده است به آن قیمت و عمر و ندانسته بوده است. حکم آن چیست؟.

جواب:

جواب: مشهور علما در صورت ثبوت دروغ یا غلط او در مقدار رأس المال، (و همچنین در جنس قیمت، یا وصف آن) این است که مشتری مختار است ما بین فسخ معامله و رد مبیع و اخذ ثمن، و ما بین امضای مبیعه به همان قیمت که گرفته است. به سبب غرر و تدلیس. و بعضی گفته اند که می تواند متاع را نگاه دارد و اسقاط زیادتی و ربح آن را بکند. مثلاً گفته بود که متاع را به ده تومان خریده ام و به یازده تومان می فروشم 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 مباحه این است. و این قول ضعیف است به جهت آنکه عقد به این قیمت واقع نشده. و بنابر 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 می تواند شد که غرض صحیحی داشته در قیمت اکثر، که در اقل یافت نمی شود. 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 نمی شود و فسخ می کند. و بدان که: بنا بر قول اول (که اظهر و اشهر است) اظهر این است که شرط نیست در خیار فسخ بقای متاع در دست مشتری. پس هر گاه تلف شده باشد یا بر وجه لازمی به غیر منتقل 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 می کند، و [یا] غبن قیمت یا عوض آن را پس میگیرد. و اما ترک ذکر اجل (که بایع به نسیه خریده بود و [باید] به مشتری میگفت که نسیه خریده ام): پس مشهور در آن نیز صحت بیع است. بلکه ظاهراً خلافی در صحت آن نیست. و بعد از حکم به صحت، خلاف کرده اند در ثبوت خیار. مشهور این است که خیار ثابت است از برای مشتری ما بین فسخ و قبول به همان قیمت. و از نهاییه 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 جمله آنها حسنه (۱) هشام بن حکم است. به سبب ابراهیم (۲) بن هاشم - "عن ابی عبد الله - ع - فی الرجل یشتري المتاع الی اجل؟ فقال: لیس له ان یشعه مرابحه الا الی الاجل الذی اشتراه الیه، فان باعه مرابحه و لم یخبره فکان للذی اشتراه من الاجل مثل ذلک (۳)". و در روایت دیگر هم هست که سند آنها هم خالی از قوت نیست اگر چه "صحیح" نیستند. و این روایات مخالف قاعده ایشان است و مخالف عموم کتاب و سنت. و تخصیص آن عمومات به مثل این اخبار مهجوره، کمال صعوبت دارد. و آخوند ملا ۲

ص: ۱۳۳

۱- محقق قمی این حدیث را از مقام "صحیح" به مقام "حسنه" تنزل داده و دلیل آن را حضور "ابراهیم بن هاشم" در سند، دانسته است. قبلاً نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه اش این است: معمولاً اصحابی که از "کوفیین" بوده اند و به میان "قمیین" مهاجرت کرده اند تضعیف شده اند از آن جمله سهل بن زیاد و برقی و تعداد دیگر. و ابراهیم بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین (رضوان الله علیهم) که رسماً تضعیف نشده و لیکن رسماً و تصریحاً، توثیق هم نشده است. امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف های مذکرو؟ معیار ضعف نامبرگان نمی شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم. ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله "به سبب ابراهیم بن هاشم" در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق "محمد بن اسماعیل بندقی" نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می گوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، "حسن" می شود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمی شود. و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب ۲۵ ح ۲

۲- محقق قمی این حدیث را از مقام "صحیح" به مقام "حسنه" تنزل داده و دلیل آن را حضور "ابراهیم بن هاشم" در سند، دانسته است. قبلاً نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه اش این است: معمولاً اصحابی که از "کوفیین" بوده اند و به میان "قمیین" مهاجرت کرده اند تضعیف شده اند از آن جمله سهل بن زیاد و برقی و تعداد دیگر. و ابراهیم بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین (رضوان الله علیهم) که رسماً تضعیف نشده و لیکن رسماً و تصریحاً، توثیق هم نشده است. امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف های مذکرو؟ معیار ضعف نامبرگان نمی شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم. ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله "به سبب ابراهیم بن هاشم" در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق "محمد بن اسماعیل بندقی" نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می گوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، "حسن" می شود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمی شود. و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب ۲۵ ح ۲

۳- محقق قمی این حدیث را از مقام " صحیحه " به مقام " حسنه " تنزل داده و دلیل آن را حضور " ابراهیم بن هاشم " در سند، دانسته است. قبلا نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه اش این است: معمولا اصحابی که از " کوفیین " بوده اند و به میان " قمیین " مهاجرت کرده اند تضعیف شده اند از آن جمله سهل بن زیاد و برقی و تعداد دیگر. و ابراهیم بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین (رضوان الله علیهم) که رسما تضعیف نشده و لیکن رسما و تصریحا، توثیق هم نشده است. امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف های مذکرو؟ معیار ضعف نامبرگان نمی شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم. ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله " به سبب ابراهیم بن هاشم " در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق " محمد بن اسماعیل بندقی " نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می گوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، " حسن " می شود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمی شود. و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب

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 حال باشد عمل به قول مشهور باید کرد. و اخبار را حمل کرده اند بر صورت سکوت از نقد و نسیه. چنانکه ظاهر روایات است. و این تفصیل هم منافی قاعدهء مسئلهء ایشان است. که اطلاق در بیع منصرف می شود به حال. و اینکه ذکر حلول از باب تاکید است.

۹۳- سوال:

۹۳- سوال: زید ملکی را فروخت به عمرو، به ده تومان و اسقاط خیار غبن کرد و بعد معلوم شد که بیست تومان میارزیده. زید می گوید 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؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه تصریح کرده که اسقاط خیار غبن کردم هر چند به اعلا درجات افحشیت باشد که شامل " دو مثل " و بیشتر هم بشود، دعوی مسموعه نیست. و اما هر گاه همین گفته است که اسقاط خیار غبن کردم، منصرف می شود 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 می کنند. هر گاه عرف آن بلد این است که در اسقاط خیار و صلح آن، در مسئلهء ما بیش از چهار تومان و پنج تومان را، اسقاط نمی کنند، سخن او در دعوی غبن ده تومان، مسموعه است. و ظاهراً قول، قول او است با یمین. والا مسموعه نیست. و اگر عرف، مختلف باشد و ممکن باشد در حق این شخص که راست می گوید که بیش از چهار و پنج، منظور او نبوده، در زاید بر آن، قول او مسموع است.

۹۴- سوال:

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

ص: ۱۳۴

جواب: این مسئله را در کتاب "حجر و نفیس" بیان کرده ام در همین مجموعه، به آنجا رجوع کنند.

۹۵- سوال:

۹۵- سوال: هر گاه کسی قناتی را که مخروبه و منطمس است با اراضی متعلقه به آن، بفروشد به کسی به قیمت کمی. و مشتری قنات را تنقیه کند و اکثر چاه ها و نقب های آن، ظاهر شود که صحیح بوده و به زمان قلیلی و به خرج کمی، آب آن جاری شود. الحال بایع می گوید که من نمی دانستم که این قنات به این زودی به عمل می آید به این خرج قلیل، و من جاهل بودم که این چاه ها و نقب های او صحیح است. و مفروض این است که غبن معامله [را] هم، صلح کرده، آیا این بیع، صحیح است یا باطل؟ -؟ و بر فرض صحت، خیار غبن باقی است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: اما سؤال از حال جهالت مبیع، هر گاه ثابت باشد جهالت بایع یا مشتری یا هر دو. اظهر بطلان است. و ضمیمه اراضی معلومه به آن، منشاء صحت نمی شود. چنانکه در مسائل سابقه، تحقیق کردیم (۱) که بیع مجهول با ضم ضمیمه، وقتی صحیح است که مقصود از ضم ضمیمه، فرار از جهالت باشد، و حیل در تصحیح معامله مجهول، باشد و سفهی لازم نیاید، نه در صورتی که هر یک بالاستقلال جزء مبیع، باشند. چنانکه در ما نحن فیه، چنین است. و اگر فرض شود در صورت سؤال هم (که قنات مجهول را فروخته) ضم اراضی معلومه به قصد فرار از جهالت قنات بوده) در نزد عقلاء هم سفاهتی از آن لازم نیاید) هم، صحیح است. و اما دعوی غبن: پس آن، بعد ثبوت شرایط آن (یعنی جهالت بایع به قیمت آن وقت، و ارزش داشتن مبیع در حین بیع، به زیاده از آنچه عرفاً مسامحه می کنند) مسموع است. و لکن مفروض این است که صلح کرده اند و به سبب صلح ساقط می شود. و اگر دعوی در "غبن در صلح غبن" باشد، پس اگر غبن در صلح به حدی است که در متعارف صلح غبن، به آن منصرف نمی شود، دعوی مسموع است. و الا، فلا. و چاره در

ص: ۱۳۵

سقوط دعوی " غبن صلح غبن بیع " این است که بگوید " صلح کردیم غبن مبیع را هر چند هزار هزار برابر گنجایش داشته باشد " و مثل آن، از الفاظ. والا در هر صلحی دعوی غبن می توان کرد و به جایی بند نمی شود.

۹۶- سوال:

۹۶- سوال: زید جنسی را به یک تومان خریده و می گوید به دوازده هزار دینار خریده ام، آیا بیع باطل است؟ و تصرف در آن مال حرام است؟ یا بیع صحیح است و همان زیادتی حرام است؟- و یا هیچیک حرام نیست و همان معصیت کرده است؟- و همچنین، هر گاه بعد از زیاد گفتن راس المال، متاع را به مشتری بدهد به نفس رأس المال واقعی، و اما گمان مشتری این است که او از سرمایه کم کرده است و می خرد؟-

جواب:

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

۹۷- سوال:

۹۷- سوال: هر گاه زید متاعی چند خریده باشد. و در طومار خریده بود، بر هر متاعی علاوه بر راس المال، نوشته و بیاورد به بلد دیگر، و آن طومار را به مشتری بنماید و بگوید که من از تفصیل که در اینجا نوشته ام در هر یک از آنها اینقدر علاوه می فروشم. جایز است یا نه؟-

جواب:

جواب: ظاهر این است که جایز است، به شرطی که نگویید که آنچه نوشته ام راس المال، است. و هر گاه بگوید گناه کرده است. و لکن بیع باطل نمی شود و مشتری بعد از اطلاع، خیار فسخ دارد.

۹۸- سوال:

۹۸- سوال: هر گاه کسی، کنیزی بفروشد، و بگوید این کنیز است و آن کنیز ساکت باشد. و بعد از عقد بیع، بایع بگوید که این کنیز از جمله اهل ذمه است که مطیع اسلام بوده اند. و کنیز هم بگوید بلی چنین است. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟-

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

جواب:

جواب: بدان که: کنیز یا غلام هر گاه رقیق او ثابت باشد به بینه یا به اقرار یا به استفاضه، و ادعا کند حریت را، سخن او را نمیشنوند. مگر آنکه بینه داشته باشد بر آزادی. و خصوص صحیحہ عیص بن القاسم دلالت بر آن دارد که در تهذیب و فقیه روایت شده: "عن ابی عبد الله (علیه السلام). قال: سئلته عن مملوک ادعی انه حر و لم یأت بینه علی ذلک. اشتریه؟ قال: نعم." (۱) چون ظاهر این است که مراد از مملوک شخصی است که مملوک بودن آن، ثابت باشد. و ظاهر این است که هر گاه شخصی را بینی که در بازار میخرند و میفروشند، آن هم در حکم ثبوت رقیق است. چنانکه ظاهر فتوای مشهور علما است. و دلالت می کند بر آن خصوص روایت حمزه بن حرمان که سند آن قوی است که مدح فی الجملة، دارد و صفوان بن یحیی از او روایت می کند و در همین سند ابن ابی عمیر و جمیل بن دراج از جملهء روات آن است، و علامه در خلاصه سند ابن بابویه را با حمزه صحیح شمرده، و شهید ثانی هم در مسالک همین حدیث را صحیح شمرده. "قال: قلت لابی عبد الله (علیه السلام): ادخل السوق فاریدان اشتری جاریه فتقول انی حره -؟. فقال: اشترها (۲) الا ان یكون لها بینه" و این حدیث معتبر با اعتقاد به شهرت (چنانکه در کفایه تصریح کرده) کافی است در مطلب. و ظاهر این است که فرقی ما بین جاریه و عبد نیست. و اما هر گاه غلامی یا کنیزی در دست کسی باشد ولکن خرید و فروش آن دیده نشده است و ادعا کند رقیق آن را. پس اگر آن مملوک شخصی است که اقرار او مسموع باشد، یعنی بالغ و عاقل باشد، و تصدیق مولی کند. پس حکم می شود به رقیق آن، بی اشکال. و اگر بعد انکار کند مسموع نیست. مگر اینکه اظهار شبهه بکند (مثل اینکه بگوید که من نمی دانستم که آقا پدرم را آزاد کرده است و گمان میکردم که تولد من در ۲

ص: ۱۳۷

۱- وسائل: ج ۱۳ ص ۳۱، ابواب بیع الحيوان، باب ۵ ح ۱ و ۲

۲- وسائل: ج ۱۳ ص ۳۱، ابواب بیع الحيوان، باب ۵ ح ۱ و ۲

حال رقیب بوده است در این وقت دعوی او را می‌شنوند و به مقتضای بینه و یمین حمل می‌کنند، به هر نحو که مرافعه اقتضای آن کند) و اگر تکذیب مولی کند، پس قول مولی مسموع نیست. و حکم می‌شود به آزاد بودن آن مملوک. مگر اینکه مولی بینه بیاورد بر رقیب او. و هر گاه عاجز شود می‌تواند مملوک را قسم بدهد. و دلالت دارد بر آن صحیحہ عبد الله بن سنان: " قال: سمعت ابا عبد الله (عليه السلام) يقول: كان امير المؤمنين (عليه السلام) يقول: الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية و هو مدرک من عبد اوامه. و من شهد عليه بالرق صغيرا كان او كبيرا " (۱). و هر گاه ساکت باشد از تصدیق و تکذیب، پس علامه در تذکره گفته است که حکم آن 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 " و لو كان العبد يباع في اسواق المسلمين و يد المالك عليه جاز شرائه ولا يقبل، دعواه الحره الا مع البينه ". و نسبت این قول به او در وقتی خوب است که حرف " و او " در " و يد المالك " به معنی " او " باشد. و دلیل قول اول صحیحہ عبد الله (۲) بن سنان است که اصل در مردم حریت است مگر اینکه اقرار کند عبد به رقیب یا بینه باشد بر آن. و دلیل قول دوم این است که ذو الید است و دعوی امری می‌کند و در برابر، منازعی نیست. چنانکه کسی ادعای زوجیت زنی کند یا مالکیت مالی، و کسی مزاحم او نشود. و در مسالک ترجیح داده است این قول را، و این قول خالی از قوت نیست. به جهت آنکه ید علامت (۳) ملک است خصوصا با ادعای ملکیت.

ص: ۱۳۸

-
- ۱- وسائل ج ۱۶ ص ۳۳ باب ان الاصل في الناس الحره (ب ۲۹ - كتاب العتق)، ح ۱
 - ۲- وسائل ج ۱۶ ص ۳۳ باب ان الاصل في الناس الحره (ب ۲۹ - كتاب العتق)، ح ۱
 - ۳- بی تردید کاربرد " ید " در مورد عبد و امه با کاربرد آن، در مورد سایر اموال و اشیاء تفاوت دارد زیرا مبنی در انسان " اصالت حریت " است ولی در اشیاء و اموال " اصالت ملکیت " و دستکم " اصالت اباحه برای حیازت " است. " و با بیان واضحتر: هر ید انسانی بر انسان دیگر معارض است، با، ید خود آن انسان بر خودش. پس در ما نحن فیه هم ادعای مالکیت با تراحم مالکیت خود " فرد ساکت " بر خودش، روبرو است و هم ید مدعی، باید او در تعارض است و شکی نیست که قول اول قوی است

و اما اصالت حریت (که از صحیح‌ه عبد الله بن سنان مستفاد می شود (۱)) بلا شک مخصص (۲) است به اقرار و بینه چنانکه حدیث ناطق است به آن. و شبهه نیست که مخصص، منحصر در آن دو امر (۳) نیست زیرا که هر گاه از خارج علم (۴) به هم رسد به رقیه از غیر جهت اقرار و شاهد، یا آنکه مشاهده شود که مکرر در بازارها خرید و فروش می شود، حکم به رقیه می شود. 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 مثبته خلاف آن. و یکی از آنها ید (۵) و تصرف است به ضمیمه دعوی مسلم و قول او به رقیه که محمول است بر صدق مادامی که منازعی از برای آن نباشد. و هر گاه کلمه "او" در تحریر به معنی "او" نباشد هم، می توان گفت که تکیه او به

ص: ۱۳۹

- ۱- اگر حدیثی هم وجود نداشت "اصالت حریت" مسلم بود و هست.
- ۲- این بیان شکفت انگیز است زیرا هر اصالت "بدون استثناء همراه با" الا" و "مگر" است و این را "تخصیص" نمی گویند. پس نتیجه ای که از این استدلال گرفته می شود قابل اشکال است.
- ۳- کسی که این حدیث را میپذیرد ناچار است که "انحصار در دو امر" را بپذیرد زیرا اصالت حریت، نیازی به حدیث و تشریح شرع ندارد. و اگر این حدیث تنها در مقام بیان اصالت حریت باشد مشمول "توضیح و اوضحات" و (نعوذ بالله)، "لغو" میگردد. پس لابد پیامی دارد و در مقام "جعل" یک حکم و بیان یک امر لازم، است و اساسا این حدیث غیر از منحصر کردن به "دو امر" نقشی ندارد.
- ۴- این صورت، از موضوع بحث خارج است زیرا "علم" بر "اصالت"، "ورود" دارد. نه اینکه "مخصوص آن" است. و همچنین مشاهده خرید و فروش مکرر او، در بازارها. و مسئله "ورود" غیر از مسئله "تخصیص" است.
- ۵- و ید و تصرف در اینجا نمی تواند بر "اصالت حریت"، ورود، داشته باشد زیرا چنین چیزی نفی اصالت می شود. اگر ید و تصرف و ادعای مسلم کوچکترین تأثیری داشته باشد دیگر معنائی برای "اصالت حریت" نمیماند. یعنی در هیچ جا و در هیچ شرایطی محلی برای این اصل نمیماند. و اگر گفته شود محل و کاربرد این اصل در جائی است که فردی که عبودیت او مورد ادعا است سکوت را بشکند و ادعا حریت بکند. می گوئیم پس در آن صورت چه تفاوتی میان انسان که مورد "اصالت حریت" یعنی "اصالت عدم ملکیت" است و میان اموال و اشیاء دیگر که مورد "اصالت ملکیت" هستند میماند؟ بلی در جائی که شخصی ادعای حیازت مباحی را بکند و شخص دیگر با او نزاع کند، ید و تصرف و قول مسلمی که مدعی حیازت است، دلیل مالکیت او می شود زیرا در اینجا با "اصالت اباحه" رو به رو هستیم ولی در مورد انسان با "اصالت حریت". حقیقت این است که "سکوت" موجب سستی "اصالت حریت" نمی شود زیرا ممکن است فرد مذکور یک طفل خرد سال، باشد

ید، است. که آنچه در سوق فروخته می شود و امام (علیه السلام) حکم به رقیه به سبب ید مالک کرده است، با وجود اینکه روایت حمزه بن حمران که حکایت "شراء در سوق" [در آن] مذکور است و لفظ "بیاع فی الاسواق" [در آن] موجود نیست که دلالت داشته باشد بر تحقق بیع بالفعل، خصوصا بر سیل مکرر و تعدد. چنانکه ظاهر لفظ "بیاع" است. پس آن حدیث شریف هم دلیل بر این قول می تواند شد. و هر گاه این معنی را اعتبار بکنیم، پس دلیل آن صورتی که بیع تحقق پذیرفته باشد هم، موجود نیست. چون حدیث، ناطق به آن نیست. و در آنجا هم می توان 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 نکرده اند]. دور نیست در اینجا ترجیح حریت بدهیم. چون ظاهر این است که صحیحه عبد الله بن سنان شامل آن باشد. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود که هر گاه 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 آخوند ملا-احمد (ره) میل به جواز کرده. و این مقتضای کلام تحریر است. و اما هر گاه آن طفل بالغ شود و ادعای حریت کند، پس آخوند ملا-احمد (ره) گفته است که ظاهر این است که اشکالی نیست در قبول دعوی حریت، بدون بینه. و این سخن مشکل است با وجود تجویز خریدن طفل که در تحت ید متصرف باشد، و استصحاب صحت بیع، و شمول صحیح عبد الله بن سنان این صورت را هم، محل تأمل (۱) است. و ظاهر عبارت تحریر در کتاب بیع که گفته است که "ولو اشتری عبدا فادعی الحریه لم یقبل الا بالینه" شامل این صورت هم هست. و بنابر این، قوت آنچه

ص: ۱۴۰

۱- ناسازگاری دو فتوای مرحوم اردبیلی با همدیگر، روشن است لیکن در شمول حدیث به این مورد هیچ جای تأملی نیست. زیرا ادعای مملوک؟ بر علیه همان ید و تصرف، است. و اصالت حریت و نیز صحیحه عبد الله تکیه گاه اوست. پس معارضه هست میان اصل و صحیحه و میان ید و تصرف. و بر فقیه است که یکی از دو طرف را ترجیح دهد، نه اینکه اساسا صحیحه شامل این مورد نمی شود و یا در شمول آن جای تأمل است

پیش گفتیم (که هر گاه قبل از بیع ادعای حریت کرده بود و در حین بیع ساکت بود، اظهر حریت است) ظاهر می شود. بلکه آن، اظهر از این خواهد بود. هر گاه دانستی این مقدمات را، پس بر میگردیم به صورت سؤال. و می گوئیم: در صورتی که کنیزی در دست مسلمی باشد و بفروشد. اقرار بایع به اینکه آن کنیز " مطیع الاسلام " بوده، مسموع نیست، بعد از اقرار به کنیز بودن آن. چون اقرار بر غیر (۱) است. و همچنین ساکت بودن کنیز ضرر ندارد به صحت بیع، علی الاظهر. و هر گاه بعد از انعقاد بیع با شرایط ادعا کند آن کنیز حریت را، اظهر عدم سماع قول او است. و اما هر گاه 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 علی الاطلاق 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- سوال:

۹۹- سوال: هر گاه کسی ملکی بیع شرط کند. و قبل از انقضای مدت، مثل ثمن را ببرد به نزد مشتری، و تخلیه ید کند. و مشتری از باب لجاج قبول نکند. والجهاء بایع آن وجه را (از خوف تلف یا انکار مشتری) بر دارد و برود. آیا بیع منفسح می شود یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: در صورت مزبوره، بر بایع لازم است که وجه را تسلیم حاکم شرع نماید. یا به امینی بسپارد (از ثقات مومنین) هر گاه 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. هر گاه چنین کرده، بیع مال بایع می شود. و هر گاه وجه را نگذاشته است در صورت مزبوره همان مشغول الذمهء وجه است. و مبیع مال بایع است. و هر گاه صیغهء فسخ را در آن حال نگفته (هر چند به فارسی باشد) بعد هم می تواند گفت. به جهت آنکه منافاتی نیست ما بینت

ص: ۱۴۱

۱- با توجه به " ضمان " و خیار فسخ. و توجه به نتیجه اقرار پس از فسخ به خود بایع، چنین اقراری بر علیه " خود " هم هست

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

۱۰۰- سوال:

۱۰۰- سوال: هر گاه کسی ملکی را که پادشاه غصب کرده است و در تصرف او است به عنوان بیع شرط، بفروشد به دیگری، و آن شخص هم می خرد به امید اینکه بلکه تواند به رشوه دادن و واسطه قرار دادن، استخلاص کند، و آن بیع لازم شود. بعد از آن 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؟ -؟.

جواب:

جواب: شرط است در صحت بیع، اینکه مبیع مقدور التسليم باشد (و اجماع بر آن نقل کرده اند) مگر در بیع " آبق " با ضمیمه، و بعضی مواضع. و علاوه بر اجماع، ظاهرا غرر و سفاهت هم لازم می آید. پس اصل بیع که صحیح نباشد دیگر دعوی غبن و غیر ذلک بر جا نمی ماند. و شکی نیست که ملک شاهی، بالفعل مقدور التسليم نیست.

۱۰۱- سوال:

۱۰۱- سوال: هر گاه زید قدری نیل دارد. و در قزوین موجود و در تصرف او باشد. و وزن آن معین و به وصف تام رافع جهالت، بفروشد به عمرو، در بلده رشت به قیمت معینه در مدت معینه معلومه. و شرط کند که نیل مزبور را در بلده قزوین تسلیم مشتری نماید. آیا چنین بیعی داخل کدام یک از اقسام بیع است؟ آیا داخل نسبه است و صحیح است -؟ یا داخل بیع غیر موجودین، و باطل است -؟. اگر داخل " مؤجلین " است (چنانکه بعضی معاصرین می گویند) پس چه معنی دارد کلام فقها (رضوان الله علیهم) که " اطلاق العقد يقتضی تسلیم المبیع و الثمن. و لو امتنعا اجبرا "؟ و چند قسم بیع از " عدم اطلاق " منشعب می شود؟. و اگر داخل نسبه و صحیح است (چنانکه بعضی قائل به آن اند) پس بیع مؤجلین که آن را " کالی بکالی " می گویند، کدام است؟ شقوق مسئله را به نحوی که در نظر عالی محقق و مبرهن است با دلیل مشروحا لطف فرمائید.

جواب:

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

کلی، نیست که در ذمه باشد. و قیمت آن در ذمه است که بعد مدت معینه بدهد. و قول بعضی معاصرین شما بی وجه، است. به جهت آنکه مراد از بیع مؤجلین که آن را کالی به کالی و دین به دین می گویند، آن است که ثمن و مثن هر دو " کلی " باشند و در ذمه باشند. بلکه تحقیق این است که باید که قبل از وقوع عقد، ثابت در ذمه 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 ذمهء بایع (۱) داشته بوده است. به جهت آنکه میباید بعد از عقد، دین می شود بر ذمهء 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 ذمه. بیش از این نیست که حاضر نیست.. واحدی شرط نکرده است در صحت بیع حضور میباید را. بلکه جایز است بیع میباید غایب. و آنچه استثناء شده است در اینجا عدم قدرت بر تسلیم است بالفعل. و آن نیز مضر نیست علی الاظهر. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده اند، بلکه ضرورت. پس همینکه قدرت بر تسلیم هست فی الجمله کافی است. مثلاً هر گاه بایع اسب معین معهود خود را که در خانه دارد هر گاه در محلی بفروشد به کسی که مسافت دو فرسخ ما بین 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 ملاحظهء تعجیل ثمن و مثن و اطلاق، حاصل می شود. و اگر تفصیل مقام خواهی، تفصیل این است که بیع به ملاحظهء تعجیل ثمن و مثن و تاخیر آنها چهار قسم است: بیع نقد که ثمن و مثن هر دو معجل باشند. و بیع کالی به کالی

ص: ۱۴۳

که هر دو مؤجل باشند. و بیع نسبه که مثنی معجل باشد و ثمن مؤجل. و بیع سلف که عکس این است. اقسام صحیح است به غیر دومی. اما قسم اول: یعنی آنکه هر دو حال (۱) باشند و آن را بیع نقد می گویند و مراد از او این است که به مجرد عقد هر یک از آنها در همان حال مستحق حق خود می باشند. و استحقاق ایشان موقوف نیست به گذاشتن زمانی. و در این بیع شرط نیست که نقد و حاضر، قیمت را به دست بایع بدهد. چنانکه لفظ "نقد" هم، موهم آن است. پس مراد ایشان از تسمیه نقد این است که قیمت نقد است بالفعل یا در قوه نقد است. و از این جهت است که این نوع بیع منافات با مهلت ندارد مثل اینکه زید اسب خود را به عمرو، می فروشد و گاه هست عمرو، دست به کیسه خود می کند که قیمت را در آورد، زید می گوید تعجیل ندارم هر وقت می دهی خوب است. و بدان که: اطلاق بیع منصرف می شود به نقد. پس هر گاه بگوید "این متاع را به تو فروختم به این قیمت" و مشتری بگوید "خریدم به این قیمت". و دیگر شرط تعجیل و تاخیر را هیچکدام نکنند، در همان حال لازم است بر هر یک که مال دیگری را تسلیم کند. و ظاهراً خلافی در مسئله نباشد. و اطلاق هم در عرف منصرف به نقد می شود و موثقه (۲) عمار هم لالت بر آن دارد. پس شرط تعجیل افاده ای بیش از تاکید نمی کند. بلی: اگر شرط تعجیل کند در زمان معینی مثل اینکه بگوید "فروختم این متاع را به تو به این قیمت و شرط کردم با تو که در همین دو روز قیمت را بدهی - یا در همین روز - یا تا ظهر بدهی -" و او هم قبول کند با شرط، لازم است وفا به شرط. و علاوه بر این، هر گاه وفا به شرط نکند بایع مسلط بر فسخ بیع هست چنانکه شهیدین (ره) تصریح به آن کرده اند. و همچنین، هر گاه مشتری شرط تعجیل تسلیم متاع را بکند، کلام در او مثل کلام در ثمن است. بلکه شهید ثانی (ره) در مسالک در صورت اطلاق شرط تعجیل ۲

ص: ۱۴۴

۱- نسخه بدل: حالی.

۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۶۶، 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 (۱) به کالی، است: پس آن باطل است بلا خلاف. و لکن اشکال در معنی آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می شود که فرموده اند که " لا بیع الدین بالدین " این است که ثمن و مثن هر دو در حال بیع، (۲) دین باشند. نه اینکه به سبب بیع دین بشوند. پس هر گاه زید بفروشد پنج تومان طلبی [را] که از عمرو دارد به عمرو، در عوض پنج تومان طلبی که عمرو از بکر دارد. این جزما (۳) بیع دین به دین و کالی به کالی است. و اما هر گاه پنج تومان طلبی که از عمرو، دارد بفروشد به او به پانصد من گندم که

ص: ۱۴۵

۱- اصطلاح " کالی بکالی " در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد و آنچه هست " دین بدین " است آنهم تنها یک حدیث در مورد آن آمده که باز در سلسله سند آن " طلحه بن زید " هست که از اهل سند است - وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۱۵ ح ۱. بنا بر این اصل تحریم بیع کالی بکالی یا دین بدین، بر اساس یک سری احادیث نبوی (صلی الله علیه و آله) است که از طریق غیر اهل بیت (علیه السلام) نقل شده اند و علمای شیعه هم پیام آنها را در قالب " کلی " پذیرفته اند و بدان عمل کرده اند.

۲- طریحی در " مجمع البحرین " کالی بکالی را چنین معنی کرده است: و معنا بیع النسیه بالنسیه، و بیع مضمون موجل بمثله. وذلك کان یسلم الرجل الدرهم فی طعام الی اجل فاذا حل الاجل، یقول الذی حل علیه الطعام، لیس عندی طعام ولکن بعنی ایاه الی اجل. فهذه نسیئه انقلبت نسیئه. نعم او قبض الطعام وباعه ایاه لم یکن کالیا بکالی. بنا بر این، صورت مورد بحث، نه تنها مشمول بیع کالی بکالی است بل بارزترین مصداق آن است و طریحی ریشهء مردمی این اصطلاح در عصر قبل از تحریم، را بیان می کند.

۳- این " جزم " از نظر فرهنگ فقهی اهل سنت درست است لیکن اگر از دیدگاه تشیع نگریسته شود مشمول بودن چنین معامله ای بر تحریم " دین بدین " مورد تردید است زیرا دو حدیث از امام باقر - ع - و امام صادق - ع - وارد شده که بکر می تواند همان مالی را که عمرو، به زید، برای خرید این دین پرداخت کرده، به عمر بپردازد نه اصل دین را. و اگر زیاده ای مانده باشد مال بکر است. این دو حدیث نه تنها حکم به بطلان نمی کنند بلکه برای آن ترتیب اثر هم میدهند و حکم خاصی برای آن تعیین می کنند. درست است که عمل به این دو حیث دشوار است لیکن وجودشان لا اقل موجب تردید و احتیاط می شود (وسائل: ابواب الدین، باب ۱۵ ح ۲ و ۳). و این دو حدیث از احادیث نبوی ضعیفتر نیستند. و در نتیجه آن صورتی که میرزا تجویز می کند مصداق دین به دین است

بعد 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 می شود به گردن او که بعد از بیع به ذمه او قرار میگیرد و دین می شود. و حرمة آن معلوم نیست. و شاید در قسم چهارم توضیح این مطلب بشود. و اما قسم سوم: که بیع نسبه 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 باشد. و قابل زیاد و کم نباشد. مثل روز تمام، و یک ماه، و یک سال. و اطلاق ماه و سال، به هلالی منصرف می شود. و تحدیدی از برای مدت در شرع نیست (علی الاظهر) نه در جانب اقل و نه اکثر. پس جایز است نسبه فروختن به مدت هزار سال. هر چند "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 کرده اند، 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 هر حال بر [خلاف] اخبار و اقوال علما است و طرح آن لازم است. و بعضی احتمال حمل بر تقیه داده اند. و اما هر گاه مدت را معین نکنند، بیع باطل می شود. به سبب جهالت و غرر. و خصوصا که در جانب مبیع هم جهالت حاصل می شود. چون اجل [را] قسطی از ثمن می باشد. و در معنی عدم تعیین مدت است شرط کردن مدتی که قابل زیاد و کم است. مثلا آمدن حاج، یا رفع محصول. و همچنین، هر گاه لفظ مشترکی بگوید مثل ماه ربیع، یا جمادی، یا روز جمعه. و بعضی در این مثال های اخیر حمل بر ربیع اول، یا جمادی اول، یا جمعه اول، می کنند چون مسمی به آن حاصل می شود. و این در وقتی خوب است که این مسئله را بدانند که هر گاه اطلاق کنند منزل می شود بر اولین این ماه ها و روزها. هر گاه این معنی را ندانند و قصد معنی را نکنند

تصحیح آن بیصورت [می شود]. 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 نمی شود. بلی اگر اطلاق کرده باشند و در عرف بلد به آن اطلاق ایشان، منصرف به اول می شود، در صحت آن اشکال نیست. و اما قسم چهارم: و آن را بیع سلف و بیع سلم می گویند: و آن خریدن مال موصوفی است مضمون در ذمه، 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 تفرق. از این باب است هر گاه بخرد آن چیز را به دینی که از مشتری طلب (۱) دارد (بنابر قولی) و صیغه آن که ذکر کرده اند این است که مشتری بگوید به بایع " اسلمت الیک - یا - اسلفت الیک هذه الدراهم فی عشرين منا من الحنطه الی انقضاء شهر " مثلاً. و " سلفتک " به تشدید لام هم تجویز کرده اند. و بعد از آن مسلم الیه که بایع است بگوید " قبلت ". یا آنچه در معنی آن باشد. و هر گاه بایع " ایجاب " را می گوید " بعثک عشرين منا من الحنطه بعشر دراهم الی انقضاء شهر " و مشتری می گوید " قبلت ". یا [بایع] می گوید " اسلمت منک " یا اسلفت منک " یا " تسلفت منک عشره دراهم فی عشرين منا من الحنطه الی انقضاء شهر " و مشتری می گوید " قبلت ". و از جمله شروط صحت سلف، آن است که جنس آن متاع را ذکر کند که گندم است (مثلاً) یا جو یا غیر آن. و وصف آن را هم ذکر کند به نحوی که رافع جهالت باشد به لفظی که متعاقدين معنی آن را بفهمند. یعنی اوصافی که منشأ تفاوت قیمت می شود. نه مطلق اوصاف مثل

ص: ۱۴۷

۱- میرزا (ره) حتی برای قول غیر مشهور، تعیین صیغه هم می کند در حالیکه همانطور که توضیح داده شد از دیدگاه تشیع بارزترین صورت دین بدین همین صورت است و حدیث منصور بن حازم نیز دلیل مؤید، آن است زیرا اصل مسئله با احادیث حرمة کالی بکالی ثابت است و نیازی به حدیث منصور بن حازم نیست

اینکه بگوید گندم آبی، یا دیمی (۱) یا گندم فلان محل. زیرا که غالب این است که گندم های بلاد در قسمت مختلف اند. و همچنین گندم دیمی را بهتر از آبی، میخرند. والحاصل: اینکه وصفی که به سبب آن تفاوتی حاصل می شود که در عرف مسامحه در آن نمی کنند، باید مذکور شود. و اما اوصافی که تفاوت ظاهری از آن به هم نمی رسد و اهل عرف مسامحه می کنند، ذکر آن ضرور نیست. بلکه گاه است که هر گاه بسیار دقت در وصف کند مثل اینکه " همه دانه های گندم مساوی باشد و گندم ضعیف در میان آن نباشد " و امثال اینها. که منشاء عزت وجود می شود، منشأ بطلان بیع، است. و هر چیزی که اوصاف آن را نمی توان مضبوط کرد سلف در آن صحیح نیست. و از این جهت است که گفته اند که " سلف در گوشت و نان، جایز نیست " بلا خلاف 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 مضبوط نمی شود. 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 فی الجمله با اعتبار وزن کافی است. و ظاهر این است که مثل یاقوت های ریزه که از برای دوا میخوانند، همچنین باشد. بلکه اگر فرض شود در بعضی افراد جواهر که توان تحدید آن کرد، جایز باشد. هر چند درشت باشد. و بالجمله: معیار، همان امکان ضبط اوصاف است. پس در غیر متاع و حیوان و میوه ها، 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 چله عمل قم، بیست ذرعی. و مثل اینها. و فرق میان افراد گوشت و پوست و افراد حیوان، خالی از اشکال نیست، که در آنهاجا، تجویز نکرده اند و در حیوان ی

ص: ۱۴۸

کرده اند. بلی، عمدهء اعتماد، بر اخبار است که در تجویز آن، در حیوان وارد شده. و در منع در گوشت، روایت معلی (۱)، هست که دلالت بر حکم پوست هم می کند. و مشهور هم فتوی به این داده اند. 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،" در میان آن باشد لا علی التعین. چنانکه هر گاه بگوید که صد من از گندم این قریه می فروشم در این مدت به این مبلغ. و در عادت هم غله آن قریه عیب نمی کند. پس در اینجا هم ملاحظه گلهء 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 ظاهراً خلافی در آن نیست (الا- از ابن جنید که جایز دانسته تاخیر تا سه روز را، و این قول مطروح است) پس هر گاه متبایعین مفارقت کنند قبل از قبض ثمن، بیع باطل می شود. و اگر بعض آن را قبض کرده باشند نسبت به آنچه قبض نشده، باطل است و در آن قدری که قبض شده صحیح است. لکن هر گاه به تقصیر بایع نشده، اختیار فسخ دارد. به جهت "تبعض" صفاقه". و خلاف کرده اند که آیا جایز است قیمت را از دینی قرار بدهند که از بایع طلب دارد یا نه؟ مشهور این است که جایز نیست، چون بیع دین به دین است. و بعضی گمان کرده اند که صحیحه منصور بن حازم، دلالت دارد بر این. "قال: سئلت ابا عبد الله ع - عن الرجل یكون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلک. فاتی ."

ص: ۱۴۹

المطلوب الطالب و ابتاع منه شيئاً؟ قال: لا يبيعه نسيأ فاما نقدا فليعه (۱). " به تقریب اینکه کلمه "مطلوب" مفعول (۲) کلمه "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 بفروشد 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 (۳) باشد. و همچنین اطلاق نسیه (۴) بر سلف، غیر ظاهر است. و گمان حقیر این است که این حدیث در مسئله بیع نسیه، وارد است که فقها ذکر کرده اند که هر گاه کسی به نسیه چیزی بفروشد و قبل از انقضای اجل خواهد آن را بخرد، جایز است نقدا و نسیتا در غیر صورتی که در ضمن عقد شرط آن کرده باشند. چنانکه احادیث صحیحیه دلالت بر آن دارد. و [شاید] قید نسیه در کلام فقها اشاره به همین حدیث باشد که منع نسیه در آن شده. و هر چند این هم خلاف ظاهر حدیث است و محتاج است به تقدیر مضافی یعنی "قیمه طعام او بقر..." "ولکن به ملاحظه حدیث صحیح دیگر که منصور بن حازم روایت کرده ظهور به هم میرساند: قال: قلت لابی عبد الله - ع -: رجل كان له على رجل درهم من غنم اشتراها منه فاتی الطالب يتقاضاه، قال المطلوب: ابيعك هذا الغنم بدر اعمك التي عندي. فرضی. -؟. قال: لا بأس (۵) بذلك. " واز این جهت است که بعضی این حدیث را در این مسئله، ذکر کرده اند و حمل به کراهت کرده اند. و علی ای تقدیر، حدیث خالی از اجمال (۶) نیست. و به آن استدلال کرده در غایت.

ص: ۱۵۰

۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ۶ 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- میرزا کم لطفی میفرماید زیرا مطلب خیلی روشن است.

۴- معنای کالی بکالی را از "مجمع البحرین" نقل کردیم که اطلاق نسیه بر آن عین حقیقت است.

۵- وسائل: ج ۱۳ ص ۷۴، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ۴

۶- این حدیث از این جهت که هم حکم صورت نسیه و هم حکم صورت نقد را بیان می کند نه تنها مجمل نیست 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 می شود که صورت نسیه و نقد را توضیح نداده است.

اشکال است و محقق در شرایع و نافع و علامه در تحریر قائل به جواز شده اند. 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 (۱) نه قبل. چنانکه خواهیم گفت. و عموماً 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: حدثني اسماعيل بن عمر، انه كان له علي رجل دراهم فعرض عليه الرجل انه يبيعه بها طعاما الى اجل. فامر اسمعيل من سئله فقال: لا بأس بذلك. قال: ثم عاد اسمعيل فسئله عن ذلك فقال: اني كنت امرت فلانا فسئلك عنها فقلت "لا بأس" فقال: ما يقول فيها من عندكم -؟. قلت: يقولون فاسد. قال: لا تفعله، فاني (۲) او همت. " و آخر 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 میباید قبل از بیع، دین نیست بلکه به سبب بیع، دین می شود. و اما هر گاه معامله بر ذمه واقع شود و آن دین را ثمن قرار ندهند و لکن بعد از معامله در همان مجلس، ثمن را از جمله دین محسوب دارند، پس در اینجا مشهور جواز است. به سبب اینکه در اینجا دین، ثمن واقع نشده چون در عرف، ثمن آن را می گویند.

ص: ۱۵۱

-
- ۱- صاحب تنقیح نقل می کند 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 دانسته اند. و تنها محقق و علامه و صاحب تنقیح، این نظریه را داده اند که چهارمین آنها مرحوم میرزا است.
 - ۲- وسائل: ج ۱۳ ص ۶۴ ابواب السلف باب ۸ ح ۱ توضیح: علاوه بر اضطراب های 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 در آید. 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 (۱) هم اشکال کرده. چون این را هم از جمله 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 هر حال احوط این است که بنا [را] بر مشهور بگذراند و بعد از معامله، محاسبه کنند. و احوط از این همه، حاضر کردن ثمن است در مجلس تا از اشکال دروس هم فارغ باشد. اما دلیلی بر وجوب آنها نیست. و شهید ثانی و دیگران گفته اند که محاسبه در جائی ضرور است که ثمن و دین مغایر باشند در جنس و وصف. و اما هر گاه متحد باشند مثل اینکه ده فروش عین، از او طلب دارد و صد من گندم از او می خرد به ده فروش عین، در مدت شش ماه، پس احتیاج به محاسبه نیست. بلکه اینها متساقط می شود قهرا. یعنی این از ذمه او ساقط می شود و آن از ذمه این. و ظاهر این است که مراد یا قصد " تقاص " باشد. چنانکه از ظاهر عبارت کفایه هم مستفاد می شود. یعنی در اینجا ضرور نیست قیمت کردن و حساب زیاد و کم، کردن. والا اکتفاء به مجرد مساوات طلب ها، در این معنی اشکال است.

۱۰۲- سوال:

۱۰۲- سوال: بیان فرمایند که: مرد شعربافی یک من ابریشم نقادی نکرده می دهد به نقاد، و دو فروش هم می دهد مثلا. و یک من نقادی کرده میگیرد. بدون اینکه دو ابریشم بیع کرده شود به نهج شرعی. معاوضه این نهج کردن، چه حال دارد؟ -

ص: ۱۵۲

۱- منظور، آن صورتی است که معامله بر دین، واقع نشده بلکه پس از معامله ثمن را از دین محسوب داشته اند. البته صاحب جواهر (ره) نیز همین اشکال را کرده است. رجوع کنید: جواهر: ج ۲۴ ص ۲۹۵ - حکم السلف فی الدین -

جواب:

جواب: این معامله ربا است و صورتی ندارد. و تخلص از آن به یکی از حیل ربویه ممکن است. و از جمله حل آن در اینجا، همین است که ابریشم نقادی نکرده را بفروشد به آن، به مبلغ معینی و آن مبلغ در ذمه 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 میطلبید، 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 نیت است که میانه خود و خدا، مقصود فرار از حرام باشد به حلال، و واقع ساختن بیع به قصد اینکه بیع است نه اینکه محض تغییر لفظ باشد. (۱)

۱۰۳- سوال:

۱۰۳- سوال: پول قلب را می توان به محصل های حکام داد؟ و مراد از محصل آن است که صادرات و مالیات میگیرد، و علم هم حاصل است که زیاده از آنچه شاه قرار داده میگیرد.

جواب:

جواب: در مالیات صعوبت دارد. مگر اینکه علی حده به اذن مجتهد عادل به مصرف آن برسانند. و در غیر آن باکی نیست. و مراد از مالیات خراج اراضی خراجیه است.

۱۰۴- سوال:

۱۰۴- سوال: مالیات را هر گاه پادشاه واگذار بر کسی که ندهد. یا تنخواه صادرات خود گذارد. این را هم احتیاج به اذن مجتهد می باشد یا نه؟ -؟ و آیا آن شخصی که شاه مالیات را بر او وا گذاشته، باید از مصالح عامه باشد (مثل طلبه و غیره باشد)؟ یا آنکه اشخاصی که به کسب مشغول می باشند، جایز است از برای آنها -؟.

جواب:

جواب: هر گاه به اذن مجتهد باشد و آن شخص از مصالح عامه باشد، خوب است والا، فلا.

۱۰۵- سوال:

۱۰۵- سوال: هر گاه معامله بیع شود بر " جوزق " که مجهول است به جهت ریع

ص: ۱۵۳

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 ۶ که نظر ابتکاری امام خمینی (ره) در مقابل نظر مصنف شرح داده شد، اشتباه نشود

پنبه آن. (و امتحان نشده باشد و غرر در آن راه دارد، حتی حلاج ها هم نمی توانند بدون ریع نمودن، آن را بدانند) نقد و سلف اش، چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که همین که متعارف است بیع جوزق، و اهل عرف و عادت مسامحه می کنند در جهالت مقدار پنبه و تخم و پوست جوزق، بیع صحیح باشد. و دلیلی بر بطلان آن نیست. بلکه ظاهر این است که بیع شیئی واحد است که جوزق باشد نه پنبه یا پنبه و تخم منفردا، منفردا. 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 تخمه بسیار هست، و مغز نازکی دارد و پوست ضخیمی. و همچنین حال تخمه نار و انگور و غیر اینها. و به هر حال، اشکال در صحت بیع آن نیست. بلی، اگر مقصود به بیع، پنبه به تنهایی باشد که تخمه و پوست مال بایع باشد، در آن صورت باطل است. و در آن وقت شاید تدبیر توان کرد به ضم ضمیمه معلومه، در صورتی که غرری لازم نیاید. که آن ضم ضمیمه، محض از راه فرار از معامله مجهوله باشد. نه احتراز از غرر. مانند حیل شرعیه که در ربا می کنند. و تحقیق این مطلب گذشت.

۱۰۶- سوال:

۱۰۶- سوال: هر گاه مشتری میبوی، بگوید که این متاع را نمیخواهم. و غرض از این لفظ، فسخ باشد. یا غرض معلوم نباشد. چه صورت دارد؟. و در فسخ "قبول فعلی" که به لفظ نگویید، چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: مجرد لفظ "نمیخواهم" مفهوم فسخ نیست. مگر با او ضم کند چیزی دیگر. مثل اینکه بگوید "مالت را بگیر و من نمیخواهم". ولیکن با وجود این در صورت اقاله محتاج است به قبول بایع و دور نیست که "قبول فعلی" کافی باشد هر گاه به نحوی باشد که مفهوم قبول باشد چنانکه در دروس احتمال داده است. و اما در صورت فسخ به سبب خیار، پس در آنجا قبول شرط نیست.

۱۰۷- سوال:

۱۰۷- سوال: مقبوض بسوم (۱) بیع فاسد. هر گاه تصرف در آن به اذن مالک

ص: ۱۵۴

۱- اصطلاح "مقبوض بسوم" که در شکل فارسی باید "مقبوض به سوم" نوشته شود. برای حفظ صورت اصطلاح بدین صورت گردید البته در مورد همه اصطلاحات سعی بر حفظ سیمای آنها شده است

باشد، و تلف شود چه صورت دارد -؟.

جواب:

جواب: ضمان آن بر بايع نيست بلکه از كيسهء مشتري رفته است. و بايد قيمت را به بايع بدهد. خواه تلف به فعل مشتري باشد يا از جانب خدا. يا از غير بايع و مشتري.

۱۰۸- سوال:

۱۰۸- سوال: کسی که امامت نماز جماعت نمی کند و متوجه به تحصیل و تدریس (هیچیک) نیست. و قدرت بر کسب هم دارد. به واسطهء طبابت استطاعت به هم رسانده. و مدت چند سال است که نقد و جنسی از دیوان، اخذ می کند به عنوان وظیفه. آیا این وجه بر او حرام نیست؟ و منافی عدالت او نیست؟ و هر گاه اراده توبه داشته باشد، لکن چند سال قبل وجه را خورده است چه بایدش کرد -؟.

جواب:

جواب: هر گاه کسی که از جملهء مصالح عامه مسلمین، نباشد وظیفه گرفتن او (یعنی از باب خراج زمین های خراجیه) صورتی ندارد. خصوصاً بدون اذن مجتهد عادل. و این فعل منافی عدالت است. و توبه او حاصل می شود به استغفار و ندامت بر سلف. و عزم بر ترک. و هر چه به مصرف رسانیده از آن، به مصرف خود، [صحیح می شود - یا - حلال می شود] به اذن مجتهد عادل.

۱۰۹- سوال:

۱۰۹- سوال: هر گاه شخص ظالم جایری، شخص دیگر را ترجمان کرده باشد و محصل بر او گماشته باشد که تنخواه از او بگیرد. و آن شخص مظلوم از راه اضطرار املاک خود را در معرض بیع، در آورد و در عوض پول گرفته و به ظالم داده. آیا آن شخص مظلوم بعد از رفع ظلم می تواند فسخ مبایعه بکند؟ و املاک خود را متصرف بشود؟. و ثمن را به مشتری رد نماید؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: مجبور بودن در ترجمان دادن، مستلزم مجبورت در بیع نیست. گاه هست در آن حال که باشد، به رضا می فروشد که جان خود را خلاص کند. پس هر گاه ثابت نشود که در اصل بیع، مجبور بوده، بیع صحیح است. و بايع را سخن در آن نيست.

۱۱۰- سوال:

۱۱۰- سوال: فقها گفته اند " اطلاق العقد يقتضى تسليم العوضين " و مقتضای آن این است که واجب است بر هر یک که آنچه در دست اوست بدهد. و هر یک می توانند منع از قبض کنند تا دیگری به قبض بدهد. و قاعده ایشان این است که در

عقود

ص: ١٥٥

معاوضات مثل اجاره و غیره بلکه در نکاح هم گفته اند که زوجه می تواند تمکین ندهد تا مهر را بگیرد هر گاه 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 و الا می تواند گفت که تکلیف اقتضاء می کند که هر یک آنچه واجب است بر او به جا آورد. و شهید (ره) در مسئله خیار تاخیر گفته است " لا خيار للمشتري بعد الثلاثة ولا فيها في ظاهر كلامهم مع انه يلوح منه جواز تاخير الثمن اذ لم يحكموا باجباره على النقد ". تحقیق در این سخن ها چه چیز است؟ بیان فرمایند.

جواب:

جواب: بدان که: در مسئله بیع، بعد از اتفاق ایشان ظاهرا بر وجوب تسلیم بر هر دو، خلاف کرده اند که هر گاه تمانع کنند (یعنی هر کدام بگویند نمیدهم تا نگیرم) آیا تقدیم و تاخیری در اینجا معتبر هست یا نه (؟-؟). مشهور این است که دو طرف مساوی است. به جهت آنکه حق هر یک در نزد دیگری است و هر دو مساویانند در اشتغال ذمه به تسلیم. و هر گاه ممانعت کنند حاکم هر دو را اجبار می کند بر تسلیم. و از شیخ و ابن براج و ابن زهره و ابن ادریس نقل شده است قول به اینکه در صورت تمانع، حاکم اولاً بایع را اجبار می کند بر تسلیم. زیرا که ثمن تابع مبیع است. واقوی قول مشهور است زیرا که عقد بیع که لازم شد، فرقی میان ثمن و مثن باقی نمی ماند. و اما در مسئله اجاره: پس صریح فتاوی ایشان این است که اجرت به محض صیغه ملک موجر می شود. ولکن واجب نیست تسلیم آن الا بعد تسلیم عین مستأجره، یا به جا آوردن عمل. و ظاهر این است که این مبتنی است بر اینکه به جا آوردن عمل به منزله اقباض منفعت است. و همچنین تسلیم عین مستأجره. 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 منقول است که از جمله آنها شهید ثانی است. و گفته است که مراد

این است که باید دفعتاً تسلیم از طرفین به عمل بیاید. مثل اینکه مهر را به دست ثالثی بدهند به رضای طرفین و تمکین کند. یا خود بگیرد و تمکین کند. و اینکه از صاحب کفایه نقل شده است که نسبت آن کلام را به مسالک داده، نه در کفایه از آن خبری 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 مسئله امتناع زوجه از تمکین را): ولم اقف (۱) فی هذه المسئلة علی نص. والذی یقتضیه النظر فیها ان تسلیم الزوجه له (۲) نفسها، حق علیها. و تسلیم المهر الیها حق علیه فیجب علی کل منهما ایصال الحق الی مستحقه. و اذا اخل احدهما بالواجب یعصی. و لا یسقط بعصیانه حق الاخر. فان تم الاجماع علی ان لها الامتناع من التسلیم نفسها الی ان یقبض المهر (کما ذکره الاکثر) او الی ان یحصل التقابض من الطرفين، فلا کلام. والا وجب المصیر الی ما ذکرنا. و در کفایه هم همین عبارت را نقل کرده و گفته است " و هو حسن " و از این سخن صاحب مدارک بر میآید منع جواز تمانع در مطلق معاوضات. و از شهید ثانی ظاهر می شود که خلافی ندارد. چنانکه در مسالک و شرح لمعه هر دو، تصریح کرده که حکم معاوضه این است که جایز است از برای هر یک از متعاضین که منع کند از آنچه در دست اوست تا به او بدهد دیگری آنچه در دست اوست. و مسئله تمکین زوجه را علاوه بر " اتفاق " ی که دعوی کرده، متفرع کرده بر قاعده متعاضین. و عمده اعتماد بر اجماع است چون نکاح از معاوضات محضه نیست. زیرا که گاه است ذکر مهر در او، هیچ نمی شود. چنانکه در " مفوضه البضع ". و از این جهت در مسالک هم، آن را از باب معاوضات شمرده در صورت ذکر مهر. و به هر حال ظاهر کلام ایشان این است که تمانع [برای] استنقاذ حق جایز باشد. و شاید دلیل آن اجماع باشد یا محض " تقاص حق ". چون این تمانع نوعی (۳) تقاصی ع

ص: ۱۵۷

۱- و در نسخه: و لم یقف.

۲- در نسخه: الزوجه 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 تمناست است از برای استنقاذ حق، پس (۱) در صورت تمناست حاکم اجبار می کند طرفین را بر ادای حق. و با وجود این ظاهر فتوای ایشان در اینجا این است که مشتری در مسئلهء خیار تاخیر، خیارى ندارد که فسخ کند. و نگفته اند که باید حاکم او را اجبار کند که ثمن [را] بدهد. پس گویا راضی شده اند به اینکه بیع لازم باشد با عدم ادای حق. و اجبارى هم نمی کنند او را بر اداء. و این منافی فتوای ایشان است در عقود معاوضه. یعنی هر گاه با بیع فسخ نکرد و مشتری هم خیار فسخ ندارد و قیمت را هم نمیدهد پس بیع لازم بر جا است با وجود منع. و اجبارى در میان نیست. و آنچه به نظر حقیر می رسد در دفع اشکال (۲) شهید این است که: اعتماد ایشان در این مقام به آن چیزی است که در مطلق عقود معاوضه گفته اند. و منافاتی نیست ما بین لزوم عقد و حرمة تمناست. 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: هر گاه 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 با بیع هم جاری است که ظاهر می شود از فتوای ایشان در اینجا که جایز است از برای او تاخیر تسلیم مبیع. چون گفته اند که هر گاه تسلیم حاصل نشود از طرفین، خیار فسخ از برای با بیع ثابت می شود. و نگفته اند اجبار می کنند با بیع را بر تسلیم خصوصا در ظرف سه روز. و ممکن است که بگوئیم که: نظر شهید به این است که فرض مسئله خیار تاخیر، در جائی است که تقصیر از مشتری اتفاق افتاده که قیمت را نبرده از برای با بیع (چنانکه بعضی احادیث این مسئله، دلالت بر آن دارد). و صورت منع با بیع ابتداء داخل مسئله

ص: ۱۵۸

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 تمایع 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 داده اند و گفته اند " من باع ولم یقبض المبیع فهو لازم الی ثلاثه ایام ثم له الخيار " پس هر گاه بایع بفروشد مبیع را، و پشیمان شود و به قبض مشتری ندهد و مشتری هم از جهت منع بایع قیمت را ندهد و مطالبه 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- سوال:

۱۱۱- سوال: هر گاه کسی ملکی را به مکر و حيله و دروغ بخرد. منافع آن چه صورت دارد؟ و نماز در آن چه صورت دارد؟ و همچنین هر گاه به واسطه ظالمی بخرد -؟.

جواب:

جواب: بیع غش (خواه از قبیل آب در شیر کردن باشد یا در تاریکی فروختن) حرام است. و همچنین عمدا 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 (۱) بیان کردیم. و اما خریدن به واسطه ظالم: پس هر گاه جبر بکند مالک را بر بیع، و به اکراه بفروشد، و بعد از آن اجازه و امضا نکند، هم حرام است و هم باطل. و منافع این دو

ص: ۱۵۹

۱- منظور از " کتاب " بخش تجارت (کتاب التجاره) است. رجوع کنید به مسئله شماره ۷۴ همین مجلد، که سخن از فروش " ماهی نیزار " است

قسم هر گاه از باب زراعت است، زراعت حرام نیست و لکن مشغول الذمه اجرت المثل است. و هر گاه از باب وجه اجاره باشد آن هم حرام است. و نماز در آنها باطل است از برای این مشتری.

۱۱۲- سوال:

۱۱۲- سوال: هر گاه زید، دو دانگ ملک مشاعی در جمله 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 مدعی شود که یک دانگ از جمله دو دانگ مشاعا مال من است، و این تصرفات غصب بوده. و به ثبوت شرعی برساند حقیقت خود را. و به این سبب ظاهر شود که زید در حین آن دو بیع شرط، در نفس الامر مالک یک دانگ بیش نبوده. الحال یک دانگ باقی مال کیست؟

جواب:

جواب: بدان که: دانگ و نصف دانگ به منزله " نصف " و " ربع " است که در اینجا " حقیقت " در مشاع است، نه " معهود (۱) ". پس در صورت مفروضه هر گاه معلوم شود که زید در حین مباحثین، 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 نمی دانست که غیری در آن حقی دارد). در این صورت بیع حمل بر اشاعه می شود. پس هر گاه بیع یک دانگ، متقدم است، در نصف دانگ " لازم " است. که ربع مجموع است. و در نصف دیگر موقوف است به اجازه این ثالث و بدون اجازه [او] باطل می شود. و بیع نیم دانگ که به خالد کرده (بعد از آن) هم در ربع دانگ لازم است که ثمن (۲) مجموع است و در ربع دیگر موقوف است به اجازه ثالث. و بالفعل ربع دانگ در ملک زید

ص: ۱۶۰

۱- یاد آوری می شود 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 می شود و چیزی برای معامله نمی ماند.

۲- ثمن: یک هشتم. با ثمن به معنای قیمت اشتباه نشود

باقی است. و در این صورت، مشتریان را خیار "تبعض صنفه" حاصل می شود و به مقتضای آن عمل می شود. ظاهر این است که حکم ساهی و غافل هم، مثل جاهد باشد. بلکه حکم عالم غاصب بی پروا 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 حصه 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 حصه خود او است و صحیح است. و به مقتضای آن، عمل می شود. 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 می شود بیع به حصه خود او، و بر اشاعه حمل نمی شود. و گمان حقیر این است که مراد اکثر فقها که تنزیل بیع را به حصه مالک می کنند هم، در صورت جهل به حال واقعه است. نه اینکه در صورتی که معلوم باشد که مالک نمی دانسته که غیر در آن حقی دارد. یا امثال آن نیز حمل شود بر حصه خود. و در صورتی که بنا به "تنزیل بیع به حصه خود" شود. هر گاه دانگ مقدم است، تمام یک دانگ مال عمرو است، و مالک و خالد را در آن حقی باقی نمیدانند. و هر گاه بیع نیم دانگ خالد مقدم است، نیم دانگ بالتمام مال او است. و عمرو، را خیار تبعض صنفه 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 بالاشاعه است و عهده در آن ملحوظ نیست. پس هر گاه بگویند که نصف خانه یا ثلث خانه، نصف معینی یا ثلث معینی مراد نخواهد بود. بلکه قابل هر یک از دو نصف و هر یک از سه ثلث، خواهد بود. و تا قرینه نباشد، حمل بر نصف یا ثلث معینی نمی شود. و اما هر گاه ضم

شود کلمهء 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 لفظ نصف و ثلث، این است که نصف معینی که در جانب خاصی باشد یا ثلث معینی را نخواسته. بلی، اشکال کرده اند در جایی که اصل مال، مشترک باشد میان دو نفر (مثلاً) بالمناصفه. واحدهما بگوید "بعثک نصف هذا الدار" منصرف می شود به نصف مختص خود بایع، یا به نصف مشاع؟ -؟ و بنابر آخری، در ربیع "لازم" است و در ربیع مال شریک، "فضولی" است، و محتاج است به اجازه. و از کلمات فقها در این مسئله، چیزی که الحال در نظر هست، یکی عبارت قواعد است. و آن این است که: "ولو باع ملکه و ملک غیره، صح فی ما یملک، و وقف الاخر علی اجازه المالك" تا آنجا که گفته است "ولو باع مالک النصف، النصف انصرف الی نصیبه، و یحتمل الاشاعه، فیکف فی نصف الاخر علی الاجازه". مجمل استدلال فخر المحققین در شرح آن این است که: اصل در بیع لزوم است. و ظاهر این است که مراد او همان باشد که در مسالک نقل می کند. دوم عبارت مسالک است در کتاب صلح، که در آنجا - بعد از آنکه عبارت محقق را نقل کرده که "ولو ادعی اثنان دارا فی ید ثالث بسبب موجب للشرکه (۱) فصدق المدعی علیه احدهما و صالحه علی ذلک النصف بعوض، فان کان باذن صاحبه صح الصلح فی النصف اجمع، فکان العوض بینهما. و ان کان بغیر اذنه، صح فی حقه خاصه. اما لو ادعی کل واحد منهما النصف من غیر سبب موجب للشرکه لم یشرکا فی ما یقر به 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

ص: ۱۶۲

موجب شرکت که میراث است مثلا) و اینکه ذی‌الید اقرار را مختص یکی از آنها کرد، نفی حق دیگری را نمی‌کند. پس هر گاه "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 تتمه 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، لاین هذا، لا- یتم الا- علی القول بتزلیل البیع و الصلح علی الاشاعه، کالا- قرار. و هم یقولون به، بل یحملون اطلاقه علی ملک البایع و المصالح. حتی لو باع ابتداء مالک النصف نصف العین مطلقا، انصرف الی نصیبه. و وجهه ان اللفظ من حیث هو و ان تساوت نسبته الی النصفین، الا انه من خارج قدیر جح انصرافه الی النصف المملوک للبايع. نظرا الی ان اطلاق البیع انما یحمل علی المتعارف فی الاستعمال، و هو البیع الذی یترتب علیه انتقال الملك بفعل المتعاقدين. و لا یجری ذلک الا فی المملوک بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملک الغیر بشیء، فیستوی فیه ما هو ملکه و ملک غیره. و ح، فاللازم هنا ان ینصرف الصلح الی نصیب المقرله، خاصه. فیصح فی جمیع الحصه بجمیع العوض. و ینقی المنازعه بین الاخر و المتشبث، ان وقع الصلح علی النصف مطلقا، او النصف الذی هو ملک المقرله. اما لو وقع علی النصف الذی اقر به المتشبث، توجه قول الجماعه. لان الاقرار منزل علی الاشاعه، و الصلح وقع علی المقربه فیکون تبعا له فیها. و علی هذا ینبغی حمل کلامهم، لئلا ینافی ما ذکره من القاعده التي ذکرناها. و هذا توجه حسن لم ینبها علیه. پس ما در این مقام متوجه مسئله بیع می‌شویم که مقصود سائل است. بعد از آن

متوجه گفتار در مسئله صلح، که محقق ذکر کرده می‌شویم. پس می‌گوییم که: قول بایع " بعت النصف من هذه الدار " با وجود آنکه مالک 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 میدانند، و نصف آن را می‌فروشند. 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 میدانند و می‌فروشند. یا آنکه غاصب بی دینی است که حلال و حرام را فرق نمی‌کند و دو را مال خود میدانند و می‌فروشند. در این صورت‌ها (خصوصاً 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 (۱) این سخن در این اقسام مذکوره جاری نیست به سبب اینکه در همه آنها - خصوصاً صورت اول - همهء ملک را مال خود میدانند، 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 غیر در میان نیست که قصد بیع مال او را بکند یا نکند. خلاصه: معیار آن دلیل، این است که معتبر قصد بایع است و (۲) ما آن را مسلم داریم و شکی نیست که در آن قصد جمیع نصف مشاع در ملک خود کرده. نه آن نصف معین در نفس الامر که مال خود او است در نفس الامر. قصد او نسبت به هر دو نصف

ص: ۱۶۴

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 میباید، جزء بیع نیست. چه جای علم به مملوک بودن نفس الامری. و از این جهت است که می گویند 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 نمی شود. و آن صورتی است که بایع عالم به حال و متذکر باشد که نصف، مال غیر است. در این صورت هر گاه بگویند "بعت النصف من هذه الدار" منصرف می شود 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 می گویند فلان چیز را نذر امام حسین (علیه السلام) کرده ام، یا نذر بیت الله کرده ام. 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 نمیداند. و لکن این در بیع صحیح نیست. چون تعیین میباید شرط است و "العقود تابع للقصود". اگر بگوئی که "متبادر از بیع نصف، نصف مملوک دار است". گوئیم "بر فرض تسلیم آن ما هم می گوئیم متبادر از نصف مملوک دار، نصف دار مملوک است". یعنی داری که تمام آن ملک او باشد. و این تبادر دار مشترک نفس الامری نیست. زیرا که در اینجا توصیف نصف مملوک لغو است. چون خود دار مملوک است. و ظاهر این است که مراد فقها هم در اینجا که می گویند "منصرف می شود به نصف مملوک" صورت علم به اشتراک و تذکر است. پس خوب تأمل کن عبارت علامه و فخر المحققین و مسالک را تا بفهمی که چنین است یا نه. 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 غلبهء تعلق به مملوک است. به هر حال، در اینجا اصل حقیقت در لفظ بیع و نصف، هر دو 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 همهء ملک را از خود میداند و نصف آن را می فروشد 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 می کند. به جهت اصل حقیقت. چنانکه از کلام مسالک و ایضاح مستفاد می شود. 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: وجه الاشاعه انه بیع صالح لملکه و ملک غیره. ولهذا یقبل بکل منهما. و لفظ النصف، اذا اطلق یحمل علی الاشاعه ولم یجعل الشارع صحه التصرف قرینه فی المجازات والمشترکات. این، گفتار بود در مسئله بیع و صلح که حمل بر اشاعه می شود یا به حصهء مختصی. و اما کلام محقق در مسئلهء " صلح مال مشترک، بعد از اقرار ذی الید از برای احدهما " و " بحث صاحب مسالک بر محقق و جماعت فقها ". پس گمان حقر این است که آن تمام نیست. زیرا که کلمهء " ذلک النصف " در عبارت محقق صریح است در نصفی که ذی الید اقرار به آن کرده. و ارادهء نصف مال مطلقاً، یا نصف معینی که ملک " مقرر له " است، از آن بی وجه است. و همچنین الف و لام در کلمهء " 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. ومع هذا، وارد می‌آید بر شارح (چون وجه اشتراک شریک را در صلح این قرار داده که این نصف، به سبب اقرار ذی الید 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 مقر له، هر چند ید ظاهره بر آن داشته باشد. پس قابل این هست که نفی ظاهره خود را به تنهایی کرده باشد. یا حقیقت ظاهره غیر مقر له، 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 ذی الید است از آن نصف. و اما اثبات مالکیت مقر له، پس تمام نمی‌شود الا به عدم تکذیب او ذی الید را. یا [به] تصدیق او، یا عدم مزاحم. پس می‌تواند شد که به اقرار، تمام مقربه ثابت شود از برای مقر له. و می‌تواند شد که بعضی ثابت شود. به جهت ثبوت ید ظاهره دیگر بر آن یا بر بعضی آن. پس از اینجا قابلیت مقربه از برای اشاعه نسبت به مقر له، حاصل می‌شود که ممکن است که شریک داشته باشد در مقربه. پس هر گاه 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 هر چه به اقرار حاصل شود، باید همیشه بر اشاعه خود باقی بماند. و همچنین قابلیت امر حاصل به اقرار از برای اشاعه، منافات با ثبوت و فعلیت اشاعه 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 اشاعه مقربه است. پس در اینجا نیز همان تفصیل است که محقق و جماعت داده اند. که اگر در صلح قصد حصه خود کرده عوض مختص او است. والا- مشترک است فی ما بینهما. بلکه هر گاه ذو الید نصف آنچه [را که] در دست او است هبه کند به احدهما در اول بار (یا صلح یا بیع کند به وجهی) و ثانیاً آن را به صیغه 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 هر حال کلام محقق و جماعت را از فروع مسئله " صلح در مشترک " کردن و بحث بر آن کردن راهی ندارد. والحاصل: این " مال مشترک بین الوارثین، باقرارهما " به منزله دین است که از جهت سبب واحدی بر ذمه غیر داشته باشند. و احدهما قدری از آن را بگیرد در ازای حق خودش که اشهر واقوی این است که هر دو در آن شریکند. و اقرار ذی الید بعد از انکار اصل دین به بعضی از آن، از برای احدهما به منزله گرفتن احدهما است آن بعض را. پس چون در اینجا هر دو متفقند بر اشتراک در آن مال که در دست ذی الید است از راه میراث (مثلاً) و ذی الید مانع حق ایشان بود، و به سبب اقرار به نصف از برای مقرر له، رفع ید از نصف مشاع کرده، پس همین نصف مشاع به منزله همان قدر از دین است که احدهما میگرفت از برای خود. پس هر گاه صلحی یا بیعی واقع شود بر آن از مقرر له، و شریک هم اجازه آن بکند، هر دو آن شریک خواهند بود. و بنا بر قول مشهور در حکم دین، اشکالی در این نخواهد بود. پس معیار مشارکت در آن حصه، همان خروج از دست ذی الید است. خواه به اقرار باشد یا غیر اقرار. و اما قبل از خروج از دست او، هر گاه احدهما صلح کند یا بیع کند حصه خود را به ذی الید، منشأ شراکت دیگری نمی شود. و همچنین هر گاه اطلاق کند صلح و بیع را نسبت به آن حصه، و اضافه به خود نکند. بنا بر مشهور. و بعضی گفته اند 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 حصه خود را در عوض چیزی با آن ذی الید، هر دو [ی] آنها شریکند در آن، هر گاه به اذن دیگری شده است. و لکن در وقتی که آن مقدار حصه به قبض او در آمده باشد. بخلاف آنکه هنوز به قبض نیامده باشد. به سبب اینکه آنچه حاصل می شود از برای آنها از قبیل قبض (یعنی از جانب قبض) و به قبض در میآید، به ترکه و میراث محسوب می شود که هر دو در آن شریک میشوند. و تا به قبض در نیامده است، هنوز به میراث

محسوب نیست، که مشترک ما بین آنها باشد. بلکه حقی است که آن را ادعا می کنند. و شهید ثانی بر این ایراد کرده است که اینکه تصرف احد شریکین (در آن مالی که هر دو معترفند که میراث است) در وقتی موجب اشتراک هر دو می شود که از عین آن مال به دست احدهما چیزی بیاید که هر دو در آن عین شریک میشوند. یا احدهما قدری از آن عین را بفروشد که هر دو شریک در عوض میشوند. اما هر گاه احد شریکین به قدر حصه خود را صلح کند به ذی الید، پس در آنجا فرقی نیست ما بین اینکه قبض حاصل شده باشد، یا نه، و باید بنا را در اینجا بر مسئله گذاشت که هر گاه احد شریکین، در دینی مصالحه کند حق خود را به عوضی، آیا آن عوض مختص او می شود یا مشترک است میان هر دو؟ -؟ و چون مفروض این است که مصالحه بر مقدار حق مشاعا شده فرقی نیست ما بین 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 هر دو یکی خواهد بود. و باید رجوع به آن مسئله کرد. و اظهر در آنجا اختصاص است به حق خود. پس اشتراک بینهما حاصل نمی شود 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 هر دو. و در صورت بیع احدهما بعضی از عین را که هر دو شریک [اند در آن] هر دو شریک میشوند در عوض، در صورت اجازه. و این سخن ها که گفته است، در نظر حقیر خوب است. و از اینجا معلوم می شود 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 هر دو. و آنچه صلح شود، عوض آن مختص آن است که صلح کرده است. و همچنین هر گاه بفروشد حصه خود را از دین بر وجه 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 ما ذکر کردیم مطالب او واضح

شود. باقی مانده کلام، در مسئلهء ثانیهء صلح، که آن دو نفر ادعا کنند هر یک به موجب علی حده. و گمان حقیر این است که در صورت اعتراف هر یک به حقیقت دیگری در آنچه ادعا می کنند باز مثل صورت اتحاد موجب، باشد. در اینکه حصول هر قدر از آن از برای هر یک، منشأ اشتراک دیگری باشد. و همچنین حکایت مصالحه بر آن. به علت اعتراف هر دو به اشاعهء ملکیت آن بینهما.

۱۱۳- سوال:

۱۱۳- سوال: شخصی قطعه زمینی را به حدود معینه، می فروشد به ثمن معین. و بعد با بیع ادعا می کند که من مبیع را قبل از بیع مشاهده نکرده بودم. و یا چنین میدانستم که این زمین مبذر چهار خروار بذر است، الحال معلوم شده که بیشتر است. آیا تعیین حدود اربعه رافع جهالت هست یا نه؟ -؟ و با وجود تعیین مذکور، با بیع ادعای خیار رؤیت می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند فقها تجویز کرده اند بیع اراضی و ثیاب را به مشاهده بدون ذرع و مساحت. و مشاهده را رافع جهالت دانسته اند، ولیکن 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. مثلاً ثوب قلمکار (۱) و الیجه و تافته و دارائی (۲) را به همان نام خود میخرند بدون پیمودن به ذراع، و در آن غرری و سفاهتی در عرف و عادت نیست. ولیکن 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 هر گاه در اولی ناقص بر آید، مشتری خیار فسخ دارد به جهت نقصان. و اما بیع ثانی از اصل باطل است، به سبب جهالت مبیع.

ص: ۱۷۰

۱- قلمکار: پارچه کتان و کرباس ساده ای که به وسیله مهر و قالب (باسمه) بر آن نقوشی را تصویر میگردند تافته: شناخته نشد - دارائی پارچه ای از ابریشم، رنگارنگ و موج دار. ملا-ک در این پارچه ها "تکقواره" بودن آنهاست که نیازی به متر کردن، نبوده والیجه نیز قبلاً معنی شده است

۲- قلمکار: پارچه کتان و کرباس ساده ای که به وسیله مهر و قالب (باسمه) بر آن نقوشی را تصویر میگردند تافته: شناخته نشد - دارائی پارچه ای از ابریشم، رنگارنگ و موج دار. ملا-ک در این پارچه ها "تکقواره" بودن آنهاست که نیازی به متر کردن، نبوده والیجه نیز قبلاً معنی شده است

پس می گوئیم که زمین هم متفاوت است بعضی مزارع عظیمه هست که در عرف نه ذکر مساحت آن می شود و نه "بذر افکن"، و نه وصف به مقدار، و نه مساحت [به] بذر. بلکه به مشاهده یا وصف فی الجمله اکتفا می شود، و هیچ ناخوشی ندارد. و اما بعضی قطعات مفروزه که در بعضی بلاد اهتمام تمام دارند به عمارت آن، و شمار (۱) ریختن در آن. و بر سر یک من مبذر کمال دقت می کنند. در آنجا جهالت مقدار و مبذر جزما مضر است. و مشاهده و تحدید حدود، و تعیین آن بدون مساحت (یا ذکر مقدار آن، که بگویند چند جریب یا چند قفیز است) رافع جهالت نیست. پس هر گاه در صورت سؤال، از این باب زمین بوده و بایع مساحت و مقدار را نمی دانسته (هر چند حدود اربعه داده اند) بیع صحیح نیست. و هر گاه خود نمی دانسته و لکن مشتری یا ثالثی وصف آن زمین را به مقدار کرده اند، و به این وصف فروخته و بعد رؤیت و تامل خلاف آن ظاهر شود، هر چند بیع صحیح است و لکن در اینجا خیار ثابت می شود از برای بایع. خواهی نام آن را خیار رؤیت بگذار و خواهی خیار غرر و تدلیس.

۱۱۴- سوال:

۱۱۴- سوال: زید در کاشان "روناس" می خرد از عمرو، به شرط آنکه روناس گلپایگان باشد (چون بهتر است از روناسهای جاهای دیگر) و میرد به اصفهان که بفروشد. کاشف به عمل میآید که روناس جای دیگر بوده. و مبلغی کرایه چاروادار و عشر و اخراجات راه کشیده. و مشتری از اهل خبره نبوده، و بایع ثقلب و تدلیس کرده. روناس را به اصفهان گذاشته و آمده است به کاشان، مطالبه تنخواه خود را می کند. بایع می گوید روناس مرا بیاور و رد کن، تا من تنخواه تو را بدهم، آیا بایع را می رسد که الزام کند او را به آوردن روناس؟ (با وجود اینکه اخراجات بسیار دارد) یا نه؟ و بر فرضی که تواند. آیا اخراجات را بایع بدهد یا مشتری؟-؟ و غرامت های بردن، را باید بایع بکشد یا نه؟-؟.

ص: ۱۷۱

۱- شمار ریختن: معنای این اصطلاح، روشن نگشت. شاید یک اصطلاح کنائی از "بذر ریزی" باشد

جواب: مشتری در اصفهان که مطلع شد بر تقلب، مسلط است بر فسخ. نه تخییر ما بین فسخ و ارش. زیرا که این داخل عیب نیست. و بعد از فسخ، روناس مال بایع می شود، 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. و الحال 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 فوراً آن را به صاحب داد، اگر تاخیر کند و تلف شود ضامن است. لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که باید فوراً تخلیه ید کند، و اگر ممکن باشد فوراً به صاحب آن بدهد. و اگر ممکن نشود به وکیل خاص یا عام یا ولی او بدهد. و هر گاه هیچکدام نباشد به حاکم شرع، و اگر ممکن نشود به عدول مومنین بدهد که نگاه دارند. و هر گاه مؤمن عادل نباشد، خود از باب "حسبه" نگاه دارد (و جواز تصرف حسبتا، 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 بلا عوض 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 مجاناً لازم نیست. بلکه از همان مال خرج او می کنند تا به صاحب برسانند هر گاه مصلحت در این باشد. و هر گاه مصلحت در ضبط و تنمیه مال باشد، از باب "ولایت در مال غایب" معمول دارد. و عموم "علی الید ما اخذت حتی تؤدی" شامل اینجا نیست. با وجود (۱) اینکه مراد از "تأدیه" اعم است از تأدیه به صاحب یا هر کی قائم مقام او است. بلکه.

ص: ۱۷۲

۱- و در نسخه: و با وجود اینکه. یاد آوری می شود: منظور از این جمله این است که و بر فرض شمول قاعده ید، باز تأدیه اعم است از...

هر گاه 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 و اخراجات 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 می تواند گرفت. چون او را مغرور کرده است و فریب او باعث این خسارتها شده و به هر حال 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 نمی تواند بگوید تا روناس مرا نیاوری پول تو را نمیدهم. و زید هم قبل از مطالبه قیمت از عمرو و مرافعه به شرع، و عدم امکان استخلاص حق، نمی تواند 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 نمی تواند بدون اعلام زید، روناس را حمل [و] نقل کند به کاشان و اگر بکند مستحق اجرت المثل نیست. و اگر تلف هم شود باید غرامت بدهد. مگر اینکه فرض شود که ممکن نباشد حفظ آن امانت شرعیه الا به آوردن با قافلهء مأمنی، و این فرض در اینجا در اینجا، بسیار نادر است. بلی، هر گاه زید امر کند او را که بیاورد و او هم قبول بکند، مستحق اجرت می شود. و غرامت هم متوجه بایع می شود. والا، فلا. و در کلام شهید ثانی در شرح لمعه (در مسئلهء خربزه و تخمی که بعد از آنکه مشتری شکست آن را، ظاهر شد فساد آن. که مؤنهء نقل آن از موضع کسر تا نزد 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. و احکام غاصب، از ضمان و ترتب غرامات، بر آن مترتب می شود. بلی، هر گاه مشتری جاهل باشد به 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 هر گاه دعوی دیگر پیش آید که عمرو، به زید بگوید که تو تکلیف خود را به عمل نیاورده ای. و او گوید آورده ام و به قائم مقام تو سپرده ام. ظاهر این است که قول بایع، مقدم باشد یا یمین. بخلاف امانت مالکیت، که در آنجا قول مدعی مقدم است با یمین.

۱۱۵- سوال:

۱۱۵- سوال: در بیع به شرط، هر وقتی از اوقات مدت را زمان خیار می توان قرار داد؟ یا باید آخر مدت قرار داد؟. و صیغه بیع شرط، و بیع سلم را به عبارت فارسی بیان فرمایند.

جواب:

جواب: هر دو 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 - هر وقت از اوقات که رد مثل ثمن کنم مسلط باشم بر فسخ بیع". یا بگوید "فروختم و شرط کردم که بعد شش ماه در مدت مدت سه روز آخر - مثلا - اختیار داشته باشم که در ظرف آن سه روز، هر وقت رد مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ باشم". پس در صورت دوم، هر گاه در ظرف شش ماه رد مثل ثمن کند مسلط بر فسخ نیست. مگر به رضای مشتری. و صیغه بیع به شرط را چنین بگوید که "فروختم این باغ معین را - مثلا - به ته به مبلغ ده تومان موصوف (۱)، و شرط کردم بر تو که هر گاه از حال صیغه تا انقضای شش ماه تمام هلالی، رد مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ بیع باشم" و این ایجاب است. و مشتری می گوید "قبول کردم بیع مذکور را و شرط مذکوره را". و اگر خیار را در آخر مدت قرار می دهد "هم صحیح است. و باید مدت ایام خیار هم معین باشد که در ظرف یک روز یا دو روز. مثلا می گوید "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 می گوید که "قبول کردم بیع مذکور را و شرط

ص: ۱۷۴

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 صیغهء بیع سلف می گوید " به سلف دادم به تو مبلغ ده تومان را در ازای هزار من گندم موصوف، به وزن معین تا مدت شش ماه". مثلاً. و بایع می گوید " قبول کردم به همین نحو". این در وقتی است که ایجاب را مشتری بگوید. و جایز است که بایع هم به صیغهء 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- سوال:

۱۱۶- سوال: صیغهء اجارهء ملک مبیع به بیع شرط، را بعد از مبیعه جاری می توان ساخت؟ یا گذشتن مدتی که وسیع تصرف، مشتری در مبیع داشته باشد، ضرور است -؟.

جواب:

جواب: معنی این سؤال را نفهمیدم (۱). بلی اجاره دادن مشتری ملک " مبیع به بیع خیار" را به بایع در زمان شرط خیار، خصوصاً در وقتی که خیار در آخر مدت باشد جایز است. و در صحت عقد اجاره، شرایط اجاره باید موجود باشد. یعنی تعیین 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 که مبیع را به دین بفروشند قبل از قبض. و در قبض معتبر است تخلیهء ید، یا گذشتن زمانی که مشتری را ممکن باشد وصول به مبیع. که آیا این قبض و گذشتن زمانی که مشتری را

ص: ۱۷۵

۱- رسم آن زمان (که تا ۳۰ سال اخیر نیز نمونه هائی 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 در همان مجلس همان ملک مورد معامله را به فروشنده اجاره میداد. یعنی در حقیقت ربای پولش را تحت نام بیع و اجاره، میگرفت. لحن سؤال از رواج این موضوع در جامعهء آن روزی حکایت می کند که به طور یک امر شناخته شده و بدون عیب و ایراد و بدون احساس قبح، سؤال می شود. گویا این گستاخی در شکل سؤال، از مسئلهء " فرار از ربا" که میرزا به آن رای میداد ناشی شده. رجوع کنید به مسئله شماره ۶ و شماره ۷۴ و ۱۰۱ و توضیحات مربوطه

ممکن شود در وصول آن، به مبیع، و تصرف در آن، فی الجمله در صحت اجاره هم شرط است یا نه (؟-؟). پس جواب از آن این است که بر فرض که مسلم باشد این شرط در بیع، دلیلی در اجاره بر آن قائم نشده. و ظاهر صحت اجاره است بعد عقد بیع بدون گذاشتن زمانی.

۱۱۷- سوال:

۱۱۷- سوال: هر گاه عمرو، ملکی را از بکر ابتیاع نماید. و زید و کیل 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 مبیعه به زید که و کیل بکر بود منتقل ساخته. اما قباله را به این مضمون نوشته که ملک معهود که از بیع که ابتیاع شده مشترک است فیما بین من و زید، هر چند در قباله که از بکر گرفته ام اسم زید مذکور نشده. و بعد از آن زید مذکور، سهم معهود را به عمرو منتقل ساخته، و بعد از مضمی مدتی مدید، زید معهود سهم مزبور را به خالد فروخته به ادعاء آنکه من سهم مذکور را به عنوان مبیعه به عمرو، منتقل ساخته ام و قدری از وجه مبیعه که معادل قیمتی بوده که از بکر اولاً ابتیاع شده، چون عمرو داده بود و از من طلب داشت محسوب داشته و تتمه وجه مبیعه در نزد عمرو باقی مانده و تاخیر شده و به من نرسیده و خیار فسخ از جهت تاخیر ثمن، از برای من بود، لهذا فسخ نموده به خالد فروختم. و عمرو، در جواب متلقى به اینکه: در مبیعه اول که مجموع ملک از بکر ابتیاع شده، من اصالتاً قبول نمودم، و قصد و کالت نداشتم از (۱) جهت آنکه زید مرا و کیل و اظهار خواهش نموده [بود]. و بعد از آن من سهم مزبور را به عنوان مبیعه مجدداً به زید منتقل ساخته ام به همان قیمت که از بکر ابتیاع نمودم. و قباله را به عنوان مسامحه و خواهش زید نوشتم. و بعد از آن زید فسخ مبیعه مزبوره نموده و سهم معهود را به من رد نموده و مبیعه ای که به خالد نموده باطل است.

ص: ۱۷۶

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 مبیعه سهم معهود با زید) یا نه؟ -؟ و بر فرض مسموع است، آیا زید تسلط قسم بر عمرو دارد یا نه؟ -؟. و بر فرض عدم قصد وکالت، و ارتفاع شرکت و ثبوت مبیعه که عمرو با زید نموده. آیا سخن زید مسموع است که من سهم خود را به عنوان مبیعه مجدده به عمرو منتقل ساختم و به جهت تاخیر کل ثمن، اختیار بر فسخ داشتم -؟ یا سخن عمرو، مسموع است که زید فسخ نموده و مبیعه خالد باطل است.؟. بینوا، توجروا.

جواب:

جواب: حاصل آنچه از این کلام دور و دراز مبتنی بر اعراض به ملاحظه اول و آخر آن فهمیده می شود، این است که: ملکی [را] بکر به عمرو فروخته و زید وکیل در اجرای صیغه بوده. مسلم زید و عمرو هر دو هست که سهمی از آن، مال زید شده لکن " مرددا بین الامرین ". 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 مبیعه جدید آن سهم را به زید فروختم. و بعد از این هنگامه و آن " انتقال - به زید - مجمل و مردد "، هم مسلم طرفین هست که آن سهم ثانیاً به عمرو منتقل شده. ولکن عمرو می گوید که سبب انتقال، این بود که نظر به اینکه انتقال به زید، از راه مبیعه جدید بود که من آن سهم را به زید فروختم بودم و وکالتی نبود و شراکتی نبود. و زید فسخ معامله کرد و من هم قبول کردم ثانیاً ملک من شد. و زید می گوید 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 بین الامرین) 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 می گوید که معامله خالد باطل است. چون در ملک من شده و من راضی نیستم. و زید می گوید معامله 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 پر آشوب: باید اولاً دانست که مجرد تاخیر بعضی 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 همه آنها جمع باشد، خیار فسخ ثابت می شود. و اما هر گاه در صورت مزبوره مبیع تسلیم شده باشد. یا شرط تاخیر ثمن شده باشد، خیار فسخی نمی باشد. و ثانیاً 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 شرعی نیست (خصوصاً با ادعای عمرو که من حسب الخواش زید چنین نوشته ام) تا مرتب شود بر آن خیار تاخیر ثلثه. [و] راهی ندارد. و همچنین دعوی 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 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 (۱) اصل عدم "

ص: ۱۷۸

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 می گوئیم تمسک به اصل در اینجا بیمعنی است. از برای اینکه بیع در نفس الامر ممکن است که در قالب، نقد متحقق شود یا نسیه یا سلف (؟-؟-؟). 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. و مطلق هم در معنی مقید است. چون اطلاق وجهی است از وجوه تلفظ متعاقدین. و احتمال تلفظ به عنوان اطلاق یا به عنوان تقيید، هر دو محتمل است و اصل عدم هر دو است. پس هیچیک موافق اصل نیستند. و با وجود اینکه مطلق هم حمل بر " حال " می شود، مقید بودن آن اوضح می شود. والحاصل: اصل، لزوم بیع است. به سبب قاعدهء ثانیه. پس، از احکام وضعیهء 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 قاعدهء لزوم " است. و بدان که: آنچه فقها ذکر کرده اند که قول بایع مقدم است در تعجیل و تاخیر ثمن، منافات با مطلب ما ندارد. زیرا که نقد و نسیه هر دو 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 (۱) است و او اعرف است به قصد خود، قول او مقدم است. هر چند این سخن در مشتری هم جاری است که قابل (۲) است. ولکن چون ایجاب مقدم است طبعاً و وضعاً، او را مقدم میداریم. و دیگر تقدیم در مشتری ممکن نیست. و اما عمرو: پس هر چند اقرار او فروختن، قطع ملکیت او را می کند، و دعویه

ص: ۱۷۹

۱- یاد آوری موجب: گوینده بخش ایجاب صیغه

۲- یاد آوری قابل: گوینده بخش قبول صیغه

فسخ زید محتاج است به اثبات، ولیکن دعوی زید انتقال خود را ثابا، (که مبتنی است بر فسخ او مایعه را به سبب خیار تاخیر) ناشی شده از ملکیت غیر ثابت. که خلاف اصل و ظاهر، است. به جهت اینکه همان ملکیت غیر ثابت را مستند خود کرده و به عمرو فروخته و به سبب خیار تاخیر باز عود کرده به آن. و هر گاه اصل تملک ثابت نباشد و خلاف اصل و ظاهر، باشد. این تملک دوم که نتیجه 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 معامله اول (که بکر ملک را به عمرو فروخت، و زید وکیل بود در اجرای صیغه) دلیل ملکیت عمرو است در مجموع مبیع. و دعوی زید توکیل و تشریک را، خلاف ظاهر واصل، (هر دو) است. پس هر گاه شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در دست داشته باشد و اقرار کند به انقطاع آن و عود آن، سخن او اظهر و ارجح است از قول شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در دست نداشته باشد، و با وجود دعوی انقطاع، دعوی عود کند. با وجود اینکه احتمال جریان استصحاب هم از برای عمرو هست (بعد از ملا حظه ملکیت ثابت 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 بنا بر این اگر حکم کنیم به بطلان سخن زید بالمره، لا اقل زید "مدعی" است و عمرو "مدعی علیه". پس قسمی متوجه عمرو می شود 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 فروخته ای الحاصل اثبات کن که من فسخ کرده ام. 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" می شود. چون سخن هیچکدام خالی از مخالفت اصل، یا ظاهر، نیست. و این بعید است. به جهت آنکه ملاحظه مجموع با مجموع کافی است در تعیین مدعی و مدعی علیه. و ترجیح در جانب عمر و است.

۱۱۸- سوال:

۱۱۸- سوال: هر گاه شخصی، حیوان بخرد و معیوب در آید، و در این بین بمیرد. آیا از مال بایع است یا مشتری؟ -؟.

جواب:

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به ذکر چند مقدمه: اول: اینکه: آیا انتقال ملک به محض خواندن صیغه حاصل می شود؟ یا انتقال موقوف است به انقضای ایام خیار؟ و اشهر واقوی قول اول است. و وجه آن را در محل خود بیان کرده ایم. دوم: این است که: هر گاه مبیع قبل از قبض تلف شود از مال بایع است. و این مسئله ظاهرا مخالفی ندارد. بلکه جمعی دعوی اجماع بر آن کرده اند. و روایت عقبه بن خالد دلالت بر آن دارد: "عن ابی عبد الله - ع - فی رجل اشتری متاعا من رجل و اوجبه غیر انه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غذا انشاء الله. فسرق المتاع. من مال من یكون -؟. قال: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی یقبض المتاع و یخرجه من بینه. فاذا اخرج من بینه فالبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله" (۱) و در حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) نیز وارد شده: "ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه" (۲) و از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود 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 بعد از آن اشاره به وجه دلالت هر دو روایت کرده. و لکن ظاهر کلام دیگران (که عنوان مسئله را مبیع، قرار داده اند نه ثمن). و ظاهر بودن لفظ "بایع" در بایع، نه اعم از مشتری. و اینکه اصل این است که تلف مال از کیسه ۳

ص: ۱۸۱

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 می شود (هر چند در زمان خیار باشد، علی الاشهر الاقوی)، این است که حکم مختص به مبیع باشد. و اشعار " علت منصوصه " به مرتبه ای نیست که اعتماد به آن توان کرد. با وجود آنکه حدیث ضعیف (۱) است و انجبار ضعف 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 ندیده ام. و ممکن است که بگوئیم: چون غالب این است که ثمن چیزی است که در ذمه است. و تعیین آن به تسلیم می شود، 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 کرده اند که مراد در این مسئله این است که تلف از جانب خدا باشد. و ظاهر روایت نبوی (صلی الله علیه و آله) 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 هر گاه متلف بایع باشد یا اجنبی، مشتری اختیار دارد می خواهد فسخ می کند و رجوع می کند به ثمن. و می خواهد مطالبه مثل یا قیمت آن را از متلف می کند. و هر گاه متلف مشتری باشد - هر چند به سبب تفریط او باشد (۲) - پس از کیسه او رفته. و این به منزله قبض است " و صاحب کفایه هم گفته است که این دور نیست.

ص: ۱۸۲

۱- ضعف حدیث به دلیل مجهول بودن خود عقبه بن خالد و عبد الله بن هلال، است. این ضعف در مورد مبیع بوسیله عمل اصحاب منجبر (جبران) می شود 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 می رسد این است که در صورت اخیر، سخن خوب است. چون مشتری مال خود را تلف کرده و غرامتی بر دیگری نیست. نظر به آنچه در مقدمه اول گفتیم که مجرد عقد منشأ حصول ملک است. و اما در دو صورت اول، پس باید رجوع به قاعده " غصب " و اتلاف " کرد، که رجوع به مثل یا قیمت آن است. و اما رجوع به " ثمن مسمی فی العقد "، پس آن دلیلی ندارد. مگر اینکه گوئیم که هر چند [اقتضای] قاعده اتلاف این است. (۱) چون بائع مالی مشتری را تلف کرده (۲) لکن قاعده 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 گفته اند که " تلف " از مال بائع است " این است که عقد باطل می شود در حین تلف. نه اینکه از روز اول عقد باطل باشد. و در این وقت ثمن مال مشتری می شود و مشتری نمی تواند (۳) مطالبه مثل مبیع، یا قیمت آن را بکند. و بنابر 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 " قالوا کذا ". و در تذکره حکایت کرده و جهی که فسخ در اینجا متوجه به اصل عقد می شود. پس نمای ما بین عقد و تلف، مال بائع خواهد بود. و اظهر قول اول است. چون موافق اصل و قاعده و استصحاب حال سابقه است که مالک بودن مشتری است. پس بنابر این ذکر " من مال البایع " به متابعت نص است. و در مسالک و شرح آخوند ملا احمد (ره) اشاره است به اینکه در این وقت محتاج می شویم به تقدیر دخول ملک در ملک بائع، به زمان بسیار قلیلی، تا آنکه صدق کند که تلف از مال بائع است. و تلف کاشف می شود از آن ملک. مثل دخول " دیه " در ملک میت. که به آن

ص: ۱۸۳

۱- این دو جمله در نسخه بدین صورت است: هر چند قاعده اتلاف این است که چون بائع مال مشتری را تلف کرده.

۲- این دو جمله در نسخه بدین صورت است: هر چند قاعده اتلاف این است که چون بائع مال مشتری را تلف کرده.

۳- و در نسخه: می تواند

ادای دین می شود. یعنی داخل مال او می شود نه دیان یا وارث. و مثل "اعتق عبدک عنی" که تقدیر می شود دخول عبد در ملک آمر. و بعد از آن آزاد می شود. سوم: هر گاه تلف حاصل شود بعد از قبض و انقضای زمان خیاری، از مال کسی خواهد بود که مال او است. یعنی مبیع از کیسهء مشتری رفته هر گاه تلف شده. و ثمن از کیسهء بایع، هر گاه تلف شده. خواه خیاری از برای هر دو باشد یا از برای یکی از آنها. و در این اشکالی نیست. چهارم: هر گاه تلف شود مبیع یا ثمن، بعد از قبض و قبل از انقضای ایام خیاری، 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 خیاری از برای بایع باشد. یا ثمن تلف شود و خیاری از برای مشتری باشد. که در اول، مبیع از کیسه مشتری رفته و در ثانی، ثمن از کیسهء بایع رفته. و دلالت می کند بر این (علاوه بر عدم ظهور خلافی در مسئله) روایات بسیار، مثل آنچه کلینی و شیخ روایت کرده اند به سند صحیح تا "صفوان" از "اسحاق بن عمار": "قال اخیرنی من سمع ابا عبد الله - ع - و سئله رجل و انا عنده - فقال له: رجل مسلم احتاج الی بیع داره فمشی الی اخیه، قال له ابیعک داره هذه و تکون لک احب من ان تکون لغیرک علی ان تشرط لی انی اذا جئتک بثمانها الی سنه، تردها علی. (۴). قال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الی سنه، ردها علیه. قلت: فان كانت فیها غله کثیره، فاخذ الغله لمن یکون -؟. فقال: الغله للمشتری. الا تری انها لو احترقت لکانت من ماله" (۱). و صدوق نیز روایت کرده (۲) است این را به سند خود از اسحاق بن عمار. و شیخ روایت کرده است از معاویه بن میسره روایتی (۳) که مشتمل است بر این مضمون. و کلینی

ص: ۱۸۴

-
- ۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۵، ابواب الخیار، باب ۸ ح ۱.
 - ۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۵، ابواب الخیار، باب ۸ ح ۱.
 - ۳- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۵، ابواب الخیار، باب ۸ ح ۳. و لکن در سند آن "ابی الجارود" است که ضعیف می باشد

و شیخ روایت کرده اند به سند صحیح، از عبد الله بن سنان: "قال سئلت ابا عبد الله - ع -: عن الرجل يشتري الدابة او العبد و يشترط الى يوم او يومين. فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث. على من ضمان ذلك؟. فقال: على البايع، حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و تصير المبيع للمشتري" (۱). و در تهذیب علاوه بر این دارد که "شرط له البايع او لم يشترط - قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدوده فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى الشرط فهو من مال البايع". و کلینی و شیخ روایت کرده اند از عبد الرحمن بن ابی عبد الله به سند معتبر: "قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اشترى. امه بشرط من رجل يوما او يومين، فماتت عنده و قد قطع الثمن. على من يكون الضمان؟. فقال ليس على الذي اشترى ضمان، حتى يمضى شرطه" (۲). و شیخ و صدوق روایت کرده از ابن رباط مرسل: "عن ابی عبد الله - ع -: قال: ان حدث للحيوان حدث قبل ثلاثة ايام، فهو من مال البايع" (۳) و این اخبار هر چند مختص خيار شرط و خيار حيوان اند. لکن ظاهر این است که قایل به فرقی ما بین خيارات نباشد. چنانکه بعضی اصحاب تصریح به آن کرده اند. و لکن باید تخصیص داد این کلام را به خيار شرط و خيار مجلس و خيار حيوان. چنانکه در مسالك عنوان مسئله را، مختص آنها ساخته نه اینکه قایل به فصلی نیست ما بین جميع انواع خيار. و در شرح لمعه تصریح کرده است که "خيار ساقط نمی شود به تلف، در وقتی که مشتری مغبون باشد" (۴) و همچنین ظاهر این است که (در آن مسئله که در مقدمهء ثانیه ذکر کردیم) قول خلاف مشهور (که ملك حاصل نمی شود الا به انقضای خيار) هم در همین خيارات باشد.

ص: ۱۸۵

۱- ج ۱۲ ص ۳۵۲ - ۳۵۱، ابواب الخيار، باب ۵ ح ۲ و ۱

۲- ج ۱۲ ص ۳۵۲ - ۳۵۱، ابواب الخيار، باب ۵ ح ۲ و ۱

۳- ج ۱۲ ص ۳۵۲ - ۳۵۱، ابواب الخيار، باب ۵ ح ۵.

۴- یعنی اگر بايع مغبون باشد خيارش با تلف مبيع ساقط می شود. بنابر این وی به تفصیل قایل است

و وجه اطلاق سایر فقها، گویا همان است که اکتفا کرده اند به لفظ "انقضاء زمان خیار" از تصریح به این سه خیار. زیرا که در سایر خیارات، زمان محدود نمی باشد و زمان خاصی ندارد. پس تمسک به عدم قول به فرق در هر دو مسئله ثمره می کند 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 می شود، 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 بنا بر قول خلاف مشهور، در مثال آخر موافق قاعده 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، و دلالت بر عموم اینکه "تلف در ایام خیار از مال من لا خیار له است" نمی کند. پس دلیل ایشان در ما نحن فیه شاید همان "عدم خلاف" باشد و اخبار خیار شرط. که دلالت دارند بر اینکه تلف از مال مشتری است که خیاری ندارد. هر چند هنوز از ملک بایع در نرفته است. و به هر حال، اخبار، مخصص اصل و قاعده، می تواند شد. و آنچه مذکور شد در وقتی که خیار از برای یکی از آنها باشد. و اما هر گاه خیار از برای بایع و مشتری هر دو باشد، پس اگر مبیع تلف شد. از مال مشتری خواهد بود. و اگر ثمن تلف شده، از مال بایع خواهد بود. و وجه آن بنا بر قول مشهور اقوی (که حصول ملک به مجرد عقد می شود) 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 می کند که عکس این باشد، یعنی هر گاه مبیع تلف شود از مال بایع باشد، و هر گاه ثمن تلف شود از مال مشتری باشد. و ممکن است که استدلال کنیم بر این، به آخر صحیحه عبد الله بن سنان، بنا بر آنچه در تهذیب روایت شده به تقریب اینکه بگوئیم مراد از قول امام (علیه السلام): "و ان کان بینهما شرط ایاما 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 نرفته است، و تلف از مال او شده. که او هم از جمله ادله خلاف مشهور باشد در اینکه انتقال ملک حاصل نمی شود 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 حیث اینکه تلف در ایام خیار از مال کسی است که خیار ندارد، چون فرض کردیم که خیار از برای هر دو است نه احدهما. مگر اینکه بگوئیم که تأسیس قاعده تازه، در این عبارت حاصل می شود که (۱) مراد از "ایاما معدوده" زاید بر سه روز باشد. (نه آن سه روزی که خیار از برای مشتری هست، خواه شرط کنند یا نه) و مراد از این عبارت باز بیان حکم شرط مشتری باشد، نه شرط هر دو با هم. پس وجه اینکه تلف از مال بایع است، همان خیار نداشتن او است، نه مالک بودن او. پس این دلیل قول مشهور می شود. (۲) و بر فرضی که مسلم داریم که مراد آن باشد که شرط خیار از طرفین باشد، می گوئیم که این حدیث دلیلی می شود از جمله ادله خلاف مشهور، بر عدم ثبوت ملک الا به انقضای ایام خیار. و هر گاه 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 می شود 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 بنا بر مشهور، و از مال بایع [است] در تلف ثمن. و همچنین ظاهر می شود حکم آنکه خیار از برای احدهما باشد با اجنبی، و از برای هر دو [باشد] با اجنبی.

ص: ۱۸۷

۱- و متن نسخه چنین است: بگوئیم که تأسیس و فائده تازه در این عبارت حاصل می شود به اینکه با آنها پس بگوئیم که مراد...

۲- و در نسخه: نمی شود

والحاصل: معیار در این مقام یکی از دو چیز است: یا اندراج تحت قاعدهء 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 یا نه. یا اندراج تحت قاعدهء " تلف مال از کیسهء مالک [است] " . و آن در جائی است که چنین نباشد. مثل اینکه خیار از برای هر دو باشد. خواه اجنبی با آنها باشد یا نه. تا اینجا، سخن در صورتی بود که تلف از جانب خدا باشد. و هر گاه از احد متبایعین باشد یا [از اجنبی باشد. پس حکم آن از [این] اخبار، ظاهر نمی شود. چون ظاهر آنها تلف از جانب خدا است. پس باید رجوع به قواعد " اتلاف " کرد. و شهید ثانی در مسالک گفته است که " هر گاه متلف مشتری باشد، و خیار از برای بایع باشد، یا از برای اجنبی باشد، و اختیار فسخ کند. پس بایع رجوع می کند 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 بت و قطع، چنانکه در رسالهء علی حده بیان کرده ایم. و هر گاه غاصب شد پس ضامن مثل یا قیمت هست. و این منافات ندارد با جواز انتفاع به آن ملک به غیر وجه اتلاف، و [با جواز] بیع به عنوان [غیر] قطع و لزوم، و امثال آن (۱). پس هر گاه فسخ کرد بایع، باید قیمت را رد کند به مشتری و مطالبهء مثل، یا قیمت را از مشتری بکند. و لکن: در هر یک از این مقدمات، می توان خدشه کرد در استحقاق مثل یا قیمت. به جهت آنکه این در وقتی مسلم است که تفویت مال حق غیر کرده باشد. و در اینجا تفویت مال خود کرده. غایت امر این است که تفویت حق غیر کرده، که آن رجوع به مال است، چون بعد تلف، ممکن نیست. و انحصار عوض از حق، در استیفای مثل یا قیمت، ممنوع

ص: ۱۸۸

است بلکه مستحق عوض المثل از حق است. یا همان عقوبت روز جزا. چون [بایع] ثمن را در دست دارد، و تضييع مال او نشده (۱). و اما در جواز رجوع فسخ: پس به جهت آنکه متبادر از اخبار بيع خيار و ادله آن، صورت بقای مبيع است که ممکن باشد رجوع در آن. نه در صورت تلف. پس لزوم بيع در تحت قاعده لزوم باقی میماند و بعد از آن گفته است " که هر گاه تلف از بایع به عمل آمده یا [از] اجنبی، و خيار از برای مشتری باشد، مشتری اختیار دارد، میخواهد فسخ می کند و رجوع می کند به بایع به قیمتی که داده. و میخواهد ملتزم بيع می شود و مطالبهء مثل مبيع یا قیمت آن را از کسی می کند که تلف کرده ". و گویا وجه آن، این است که اطلاق شرط خيار فسخ، شامل صورت تلف هم هست. پس هر گاه فسخ کرد، ثمن را استرداد می کند. و هر گاه بایع خود، مبيع را تلف کرده، آن در حکم رد به او است، و هر گاه اجنبی تلف کرده، بایع به او رجوع می کند و عوض یا قیمت را از او میگیرد. و هر گاه ملتزم شد بيع 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 مبيع ملک مشتری بود نظر به قاعده انتقال ملک به صیغه. و بایع یا اجنبی غاصب اند و ضامن مثل، یا

ص: ۱۸۹

۱- در انتقال ملکیت، قول مشهور این است که به محض وقوع عقد مبيع مال مشتری و ثمن مال بایع می شود. و نیز قول مشهور در مسئلهء " اگر متخلف مشتری باشد و صاحب خيار بایع باشد " این است که مشتری مخیر است یا به مثل رجوع می کند 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 " سخن شان الزام می کند. در اینجا توضیح این نکته لازم است: آنان که نام شان را در مسئله اول " مشهور " میگذاریم، عین همان اشخاص نیستند که در مسئله دوم به نام " مشهور " خوانده می شود. 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

قیمت اند و مشتری مطالبه می کند از ایشان. و دیگر فسخ و رجوع مذکور دلیلی ندارد. و بعد از آن گفته است که " هر گاه
خيار از برای بايع باشد و متلف اجنبی باشد، باز مختار است بايع به نحوی که گذشت در خيار مشتری ". یعنی اگر خواهد الزام
بيع می کند و ثمن را نگاه میدارد و امر مبيع با مشتری خواهد بود، و او رجوع می کند به اجنبی به مثل، یا قیمت. و اگر خواهد
فسخ می کند و ثمن را رد می کند به مشتری، و مطالبهء ملک را می کند، و رجوع می کند به مشتری یا اجنبی. و گویا وجه
آن در رجوع به مشتری با وجود آنکه اجنبی تلف کرده، این است که در وقت بيع، شرط کرده که وقتی که رد ثمن نماید
(مثلاً) فسخ بيع تواند کرد، و استرداد مبيع از مشتری کند. و آن مشروط نیست به اینکه باقی مانده باشد ملک در تحت ید او.
و وجه رجوع به اجنبی این است که در صورت فسخ، مبيع عود می کند به بايع، و مفروض این است که خود مبيع اگر چه تلف
شده لکن عوض آن در ذمه اجنبی مستقر شده به قاعدهء غصب و اتلاف، پس می تواند به او رجوع کند. و این مقدمات نیز
محل مناقشه است. زیرا که دلالت شرط تسلط بر فسخ بيع (و رجوع هر يك از عوضين به صاحبش) بر جواز تسلط بر رجوع به
عوض آن عوضين، ممنوع است. و همچنين در رجوع به اجنبی اشکال است. زیرا که او در حین اتلاف، مال مشتری را تلف
کرده، نه مال بايع را. پس تسلط رجوع به اجنبی مختص مشتری است، نه بايع. پس شاید توانيم گفت که چون محل فسخ و
عود که نفس مبيع است منتفی شده، خيار فسخ منتفی بشود، و باید ملتزم بيع شود، و به همان ثمن که گرفته قانع باشد. چون
اصل در بيع، لزوم است. و دليل خيار در اینجا تمام نیست، و مشتری رجوع می کند به اجنبی، چون مال او را تلف کرده. یا
بگوئيم که چون بيع در اول واقع شده به شرطی که آن شرط در نفس الامر تحقق نميپذيرد، پس آن شرط هر چند مشروع
باشد (و فاسد نباشد که به فساد آن لازم آيد فساد مشروط چنانکه اقوی این است) و لکن انتفاء شرط مشروع، منشأ ثبوت

خیار می شود در اصل معامله که آن را "خیار اشترط" می گویند. پس در این مورد خیار شرط، خیار اشترط حاصل [می] شود، و خیار شرط، شرط خیار اشترط، می شود. و لازم آن تسلط بر فسخ است و رجوع می کند به مشتری، نه به اجنبی، هر چند 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 - هر چند از کلامش چیزی نفهمیدم. چون نسخه بسیار مغلوط بود لکن - 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 بفضل الله تعالی، دلیل بسیاری از فروع مسئله را بیان کردیم. حق تعالی از فضل و رحمت خود ظهور صاحب الامر (علیه السلام) را با عافیت نزدیک کند

۱۱۹- سوال:

۱۱۹- سوال: شخصی حیوانی فروخت به نسیه به دیگری به موعده معین. و مشتری قبل از انقضای مدت غایب شد، و نیامد تا مدت منقضی شد. آیا بائع خیار فسخ دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه خیار ندارد، مطالبه حیوان یا قیمت آن را می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در اینجا خیار فسخ نیست. و آنچه به گوش سائل رسیده، در بیع نقد است که هر گاه شخصی بفروشد مالی را حالا یا مطلقا (که آن هم منصرف می شود به حال بدون اشکال) در اینجا شهیدان گفته اند: اگر شرط کنند که باید تاخیر قیمت از امروز نشود (مثلا) یا از فردا تجاوز نکند، شرط لازم است. و هر گاه آن وقت گذشت و تسلیم نشد، اختیار فسخ با بائع خواهد بود. و شهید ثانی علاوه بر عدم تسلیم، "عدم امکان اجبار بائع مشتری را بر وفا به

ثمن " را هم (۱) ذکر کرده. بلکه شهید ثانی گفته است که " در صورت اطلاق هم خیار ثابت است. مثل سایر شروط ". و ظاهراً مراد او این است که در صورت شرط تعجیل، [و] عدم تعیین زمانی که تاخیر از آن نکنند، هر گاه 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 می شود، این است که می تواند فوراً مطالبه 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 مطالبه قیمت در بیع نقد در اول زمان، و در بیع نسیه در زمان انقضای اجل، و لزوم وفا بر مشتری، این هر دو از مقتضیات اصل بیع اند. نه شرط ضمن عقد. باقی مانند کلام در اینکه: هر چند سخن شهیدین (در ثبوت خیار در صورت تخلف از شرط) خوب است نظر به مقتضای قاعده خیار اشتراط. ولکن دو بحث [بر آن] وارد است: یکی آنکه: تخصیص کلام به ثبوت خیار از برای بایع در تاخیر ادای ثمن، وجهی ندارد. بلکه هر گاه شرط تعجیل تسلیم میباید هم بشود و تاخیر در آن شود، خیار از برای مشتری هم خواهد بود. دوم اینکه: هر گاه 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

ص: ۱۹۲

۱- توضیح: یعنی شهید ثانی می گوید: خیار فسخ با دو شرط برای بایع حاصل می شود: الف: مشتری ثمن را در موقع 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 (۱) عدم تمکن از اجبار مشتری بر ادای ثمن " که در کلام شهید ثانی است، محتاج است به دلیل. و آنچه در رساله " شرط ضمن العقد " تحقیق کرده ام این است که: در شرطی که در ضمن عقد می شود، بر " مشروط علیه " واجب است وفا. و از برای " مشروط له " نیست که اجبار او بر وفا، هر گاه 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 هر چند در آن مسئله در اول از منفردات حقیر بود. ولیکن 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. هر گاه این دانسته شد، بر میگردیم بر سر " مطالبه حیوان یا قیمت " در صورت سؤال. و جواب آن این است که هر گاه متضرر نمی شود، صبر کند تا غایب بیاید. و هر گاه متضرر می شود به سبب طول زمان غیبت. پس اولاً باید رجوع کند به حاکم شرع و به اذن او استیفای طلب خود بکند. و هر گاه ممکن نباشد استیفای آن به اعانت حاکم به سبب نبودن حاکم. یا به سبب عجز از اثبات. در آن وقت می تواند تقاص حق خود بکند از مال او. آن حیوان هم از جمله مال او است. پس گمان نکند که می تواند حیوان را بر دارد هر چند 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 کرده ام.

۱۲۰- سوال:

۱۲۰- سوال: 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 خانه 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 می رسد -؟.

ص: ۱۹۳

۱- شهید ثانی حصول خیار برای بایع را مشروط کرده بود بر اینکه برای بایع ممکن نشود اجبار مشتری بر پرداخت ثمن

جواب:

جواب: اصل آن ابریشم و پشم و پنبه که داده اند بریسنند و بیافند و به خانه شوهر بیاورد، مال صاحب آنها است و مال دختر نمی شود. ولکن هر گاه دختر را امر کرده اند به ریشتن و بافتن و امثال آن، دختر مستحق اجرت عمل خود هست.

۱۲۱- سوال:

۱۲۱- سوال: زید ملکی را به عمرو می دهد از باب شیر بها، که دختر او را بگیرد. عمرو آن ملک را می فروشد به بکر. آیا بعد از فوت زید، وارث او می تواند آن ملک را، از بکر استرداد کند با اجره المثل؟ یا از عمرو -؟.

جواب:

جواب: هر چند شیر بهای متعارف این زمان که محض به جهت استرضای اولیای دختر در اجابت او، می دهند، لزوم ندارد. و مادامی که عین باقی است، می توانند استرداد کنند. لکن نقل به ملک به غیر به منزله اتلاف است. و در صورت اتلاف، رجوع نمی تواند کرد. چون ظاهر این است که او را مسلط بر ملک خود کرده است به عنوان تملیک. نه مجرد اباحه محضه و او ملک را از ملکیت خود بیرون کرده. چنانکه هر گاه 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 اجازه بیع را بکند، ظاهر این است که مشتری رجوع نمی تواند کرد نه به اسب و نه قیمت آن - نه به بایع و نه به مشتری.

۱۲۲- سوال:

۱۲۲- سوال: زید و عمرو شریکند در قطعه زمینی بالمناصفه. و زید بدون اطلاع عمرو زمین را قیمت می کند. و بعد از تعیین حصه خود، آن حصه را به بکر می فروشد و عمرو می گوید به این قسمت راضی نیستم. آیا بیع صحیح است یا باطل؟ -؟.

جواب:

جواب: قسمت زمین با عدم رضای عمرو باطل است. و بیع هم باطل است. و بکر هیچ حقی در زمین ندارد. و اگر کسی بگوید چون زید مالک نصف زمین هست، پس چرا در قدر حصه خود صحیح نباشد (؟) و حال آنکه فقها تصریح کرده اند به اینکه هر گاه کسی مملوک خود را با غیر مملوک به یک صیغه بفروشد به قدر حصه 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 هر گاه 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 نمی شود به جهت آنکه حصول ملکیت و صحت بیع باید مستلزم ترتب آثار ملکیت و بیع باشد. و از جمله آثار ملکیت و خواص آن، این است که هر گاه ملک مشاع باشد میان دو نفر، و آن ملک قابل قسمت اجباریه باشد، توانند هر یک از آنها اجبار کنند شریک را (به خودی خود، یا به مباشرت حاکم) بر قسمت آن ملک در ما فیہ الشیاع. و در ما نحن فیہ بعد از آنکه حکم کردیم به بطلان قسمت زید می گوئیم مراد تو از شیاع در تصحیح بیع نصف آن نصف که ربع مجموع است (که بکر مالک آن می شود علی سبیل الشیاع) آیا اشاعه در همین نصف معین است یا اشاعه در ملک (؟-؟). اگر مراد ثانی است پس آن خلاف مفروض است (۱) و اگر مراد، اول است (۲) می گوئیم که ترتب آثار ملک مشاع که یکی از آن آثار، جواز

ص: ۱۹۵

۱- می توان 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 - در آخر همین مسئله - که عقد بر نصف معین شده و تعیین باطل است. و جنس بدون فصل بقائی ندارد.

۲- صورت اول به شکل زیر تصویر می شود: از نصف دیگر زمین که مورد معامله قرار نگرفته، قطع نظر می شود. و میماند یک قطعه زمین (همان نصف مورد معامله) فروخته شده که نصف آن مستحق للغیر در آمده. در این صورت، بیع منصرف می شود بر مال بایع که نصف میبایع است و ربع کل زمین. لیکن (همانطور که مصنف (ره) در پاسخ گفته است) نمی توان از نصفی که مورد معامله قرار نگرفته صرفنظر کرد. زیرا مستلزم ضرر شریک است. اما اگر بایع همهء مجموع زمین را (جهلا او غصبا) میفروخت، در صورت جهل بر اینکه نصف زمین مال شخص دیگر است، قابل تصحیح میگردد و در صورت غصب، همان اختلاف جنجالی پیش میآید که در مسئله شماره ۱۱۲ گذشت. و در هر دو صورت، حل مسئله آسانتر از فروش نصف مفروز یک جانبه، است

اجبار بر قسمت است در مافیه الشیاع. آیا در ما نحن فیه ثابت است که شریک تواند اجبار کند مشتری را، (یا به عکس) در قسمت کردن آن ربع در مجموع ملک، که هر جا به قرعه در آید بعد تعدیل سهام، مال مشتری باشد یا شریک. یا نه؟ -؟ اگر میگوئی بلی، گوئیم آن خلاف قاعده است که شریک تواند اجبار کند شریک را در قسمت مشاع در غیر مافیه الشیاع، چون مفروض این است که نصف مشاع آن نصف معین را مالک است، و دخلی به نصف دیگر ندارد. و اگر میگوئی نمی تواند، 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 جمله آثار ملک مشاع این است. می گوئیم که وجه اجبار در قسمت ربع در این 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 می شود. زیرا که من بعد اگر خواهند نصف دیگر را قسمت کنند، گاه است که تفرقه حاصل شود ما بین اجزاء حصه شریک، و آن مستلزم ضرر است. بخلاف قسمت. جمیع در وقت واحد. پس چون شرکت بایع در ربع مذکور به همین نحو بود که هر گاه 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

(چنانکه دانستی). پس دیگر وجهی از برای تصحیح این معامله باقی نماند. چون تصحیح عبارت است از ترتب آثار، و دانستی عدم ترتب اثر را. پس هر گاه عدم ترتب اثر ثابت شد، عدم صحت بیع هم ثابت است. و به تقریر دیگر (که اوضح از این تقریر، است ولکن ادق از این است) می گوئیم که: معنی اشاعهء ملک ما بین شرکاء این است که هر یک به قدر الحصه، در جزء لا یتجزی از اجزاء آن مبیع، مستحق می باشند. و اما ملاحظه آن حصه مثل نصف یا ثلث یا ربع، نسبت به مجموع، من حیث المجموع (به این معنی که آن اجزاء را مرکب کنیم و منضم کنیم به قدر حصه از حصه ها، و جدا فرض کنیم. و همچنین منضم کنیم به قدر حصهء دیگر، و جدا فرض کنیم. که مناصفه نسبت به مجموع ملاحظه شود، نه هر جزئی از اجزای متجزی) پس آن را هیچیک مستحق نیستند بالفعل. بلکه استحقاق "بالامکان" است که هر گاه خواهند قسمت کنند. شارع مقدس تجویز انضمام اجزاء به قدر حصهء هر یک کرده. که بعد از انضمام (و تعدیل سهام به قدر حصهء هر یک 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 سبیل التعمین، نمی باشد. 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 مالکیت بالفعل ندارد. و گاه هست که بعد تعدیل و قرعه، همین نصف و ربع به حصهء 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 حصهء من در آید. و اگر فرض صحت آن کنیم، پس باید در مجموع نصف، صحیح باشد. و بدان که: در این مقام، گاه هست در بعضی اوهام در آید که می توان تصحیح این بیع کرد در اصل نصف بر سبیل اشاعه، هر چند بر سبیل تعیین تمام نشود. به تقریب

اینکه با بیع فروخته است نصف این زمین معین را که جزما مالک آن هست. بیش از این نیست که گفته است نصف این زمین، که آن نصف، همین نصف معین است، به تو فروختم. پس هر گاه تعیین باطل شد، منشأ بطلان مطلق بیع نصف، نمی شود. پس بیع منعقد می شود بر نصف مشاعی که جزما مالک آن هست. پس مشتری شریک می شود با آن شریک دیگر در نصف مشاع در مجموع. و نظیر این است که فقها گفته اند که هر گاه کسی ملکی در دست داشته باشد که نصف آن مال غیر باشد و نصف آن زمین را بفروشد منصرف می شود به نصف مملوک او، و بیع صحیح است. در اینجا هم نصف مبیع است. هر چند مالک تعیین آن نیست لکن مالک خود نصف هست. پس بیع منصرف می شود به اصل نصف بدون تعیین که بر وصف اشاعه است. و ظاهر این است که این تو هم فاسد است. زیرا که قصد به بیع نصف متحقق در ضمن معین، شده و تعیین که باطل شد، بیع نصف معین، باطل می شود. و جنس بدون فصل بقائی ندارد. و آن تنظیر غلط است. به اعتبار اینکه این دو نصف در اینجا در حقیقت متمایزند هر چند صیغه بیع بر لفظ "نصف" وارد شده که قابل مشاع در مجموع است. و نظیر ما نحن فیه، این است که کسی بیع نسبه بکند بدون تعیین مدت. که در اینجا حکم می شود به بطلان. نه اینکه هر گاه نسبه بودن باطل شد، منصرف می شود به بیع حال و نقد. (۱)

ص: ۱۹۸

۱- پس می توان ادله 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 با بیع نصف مشاع خود، را به صورت دو ربع مشاع در مجموع، در دو معامله جداگانه به دو نفر بفروشد. صحت این معامله ها منوط به اجازه شریک است. زیرا همان "ضرر" در اینجا هم حضور دارد. و نیز: اگر با بیع بمیرد و سهم او به دو وارث او منتقل شود، هر کدام از آنها به تنهایی نمی تواند شریک را اجبار به تقسیم نماید. چون باز همان "ضرر" حضور دارد. با اینکه انتقال ملکیت در اینجا قهری است. و صحیح است بلا خلاف و بلا شک. 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

۱۲۳- سوال: زید خانه و محوطه به عمرو فروخته، به حدود معینی. و بعد از چند وقتی مشخص شده که زید بایع، (عمدا یا سهوا) طریق و معبر و شارع عام را داخل خانه و محوطه خود نموده و به مشتری فروخته. و مشتری که عمرو است همان خانه و محوطه معروضه را (قبل از بروز دخول شارع در مبيع) 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 مبيع و فساد بیع می شود؟ یا آنکه تعین به حدود حین العقد، کافی است در صحت بیع؟. و در صورت صحت بیع اول، آیا بعد از انتقال عمرو مشتری، مزبور را به زید (بایع اول) به بیع شرط. قبل از انقضای مدت اختیار، یا بعد از انقضاء و لزوم، فسخ بیع به اختیار شرکت یا اختیار تبعض صفقه یا اختیار غبن، از برای عمرو مشتری شرعا جایز است یا نه؟-؟ و هر گاه بایع خواسته باشد به احادیثی که در باب "احیاء الموات" به جهت تعیین طرق و شوارع وارد شده - به این مضمون که پنج ذرع یا هفت ذرع باشد - می تواند 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 نباشد -؟. 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؟.

و بیان فرمایند که نقصی که در ملک به هم می رسد به جهت وضع شارع، باید به همان نسبت، زید بایع از ثمن رد نماید یا نه؟ - اعم از آنکه تنگی مکان یا خرابی به جهت شارع باشد یا نه.

جواب:

جواب: ظاهر این است که جهالت طاریه، در فساد بیع مدخلیت دارد، زیرا که عقد بیع که بر مجموع مبیع واقع می شود بر هر یک از اجزاء آن هم واقع می شود. و دلیل بر آن خیار تبعض صفقه است. زیرا که اگر بیع بر هر بعض واقع نشده چگونه در بعض صحیح می شود.؟. از این جهت است که بعضی به سبب تبعض صفقه، اشکال در صحت کرده اند. چون عقد بر مجموع واقع شده، و جزء مغایر کل است. پس هر گاه ثابت شد که هر یک از اجزاء، مورد بیع است (و ثمره آن در حین خیار تبعض صفقه ظاهر می شود) پس چنانکه در مجموع مبیع معلومیت، شرط است، در بعض (که هر گاه فرض شود که همان مورد بیع خواهد بود لا غیر) هم معلومیت، شرط است. و با جهالت صحیح نخواهد بود. بیش از این نیست که در حال بیع چون متفطن این معنی نیست، جهالت آن جزء را تصور نکرده. پس حقیقتاً آن جزء از برای [او] مجهول است و لکن نمیدانند که مجهول است. و جهل مرکب، از حقیقت جهل خارج نیست. بلی ظهور آن بعد از انکشاف استحقاق غیر در بعض، حاصل می شود. و از این جهت است که حکم کرده اند به بطلان بیع به کیل غیر معلوم، و سنگ غیر معروف یعنی غیر متعارف بلد. هر چند در نظر متبایعین مشاهده و معین است، و معتقد آنها این است که عین معینه غیر مجهوله را فروخته و خریده اند. و لکن چون در نفس الامر برای آنها مجهول است بیع فاسد است. و به هر حال، چون بیع غالباً در معرض 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 هر گاه در حین ظهور تبعض صفقه، ظاهر شد جهالت هر یک از بعضین، که موجب جهالت آن بعضی است که عقد بر آن بالذات صحیح

می توانست شد، پس هر گاه حکم به صحت بیع در آن بعض کنیم و آن را مستقر سازیم به سبب عدم فسخ، حکم به استقرار مجهول کرده ایم. 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 حیت استقرار ملک، وضوح آن بنابر قول به عدم انتقال ملک به مجرد بیع (مطلقاً، چنانکه مذهب ابن جنید است، و مقیداً به اینکه خیار از برای بایع باشد یا برای هر دو، چنانکه مذهب شیخ است) بیشتر است. خصوصاً بنابر اینکه 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 کرده اند در مسئله منجزات مریض. که هر گاه 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. بنابر اینکه منجزات در ثلث معتبر باشد با عدم اجازه وارث. که محابات در نصف شده [نه] در مقدار ثلث. پس (۱) هر گاه سدس (۲) را رد کنیم بر ورثه، ربا خواهد بود. و وجه تصحیح رد را بیان کرده اند و آن طولی دارد که اینجا محل آن نیست. و وجه تایید، این است که اعتبار کرده اند 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 هر گاه کسی خانه ای بخرد و قدری از راه در آن باشد، بیع آن صحیح است. و آن موثقه محمد بن مسلم است عن احدهما: "قال: سئلته عن رجل اشتری داراً، فیها زیاده

ص: ۲۰۱

۱- در نسخه به جای "پس" حرف "که" آمده.

۲- مجموع شش اشرفی است ثلث آن دو اشرفی می شود پس باید یک اشرفی که سدس مجموع باشد به ورثه بر گردد تا وجه محابات دو اشرفی باشد

عن الطریق. قال: ان كان فی ما اشتری، فلا باس ^(۱). و شیخ به سند معتبر دیگر همین حدیث را روایت کرده، از محمد بن مسلم، از ابی حمزه، از باقر (علیه السلام)، و روایت کرده است ایضا از ابی جمیل، از عبد الله بن امیه، " انه سئل ابا عبد الله - ع - عن دار یشتریهما، فیکون زیاده عن الطریق. قال: ان كان ذلك دخل علیه فی ما حد له، فلا باس ^(۲). " و شیخ و ابن ادیس و محقق چنین فهمیده اند حدیث را، که قدری از شارع مسلمین داخل خانه بوده است. و توجیه آن به این نحو می شود که فعل مسلم محمول بر صحت است. پس هر گاه قدری از راه داخل خانه بوده و آن را فروخته، محمول است بر اینکه 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 قرنیه آنکه فرموده که هر گاه داخل در حدودی بوده که بایع آن را داخل میباید کرده، باکی نیست. و صاحب وافی هم این احادیث را در باب حدود میباید ذکر کرده. و از نهاییه شیخ و ابن ادیس نقل شده که هر گاه آن زیادتی متمیز نیست، بر او چیزی نیست. و هر گاه متمیز است، باید آن را بر گرداند 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، در صورت عدم تمیز، و اختیار صحت در مملوک کرده باخیار فسخ به جهت تبعض صفت، در صورت امتیاز با جهل مشتری به حال. و وجه منع، این است که عدم تمیز منشاء مباح شدن آنچه از راه گرفته نمی شود. و

ص: ۲۰۲

-
- ۱- وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البیع، باب ۲۷ ح ۳. تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳.
 - ۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البیع، باب ۲۷ ح ۴. - تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳. قابل ذکر است که حدیث دیگری (به طور مرسل) داریم که پیام این دو حدیث را تایید می کند. رجوع کنید: بحار: ج ۱۰۴ ص ۲۵۷ ح ۱۱، احیاء الموات

وجه اینکه اختیار کرده است بطلان بیع از اصل [را]، این است که میباید 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 می شود، اختیار فسخ دارد، در صورتی 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 ابن فهد حلی در مهذب، و از کلام او بر میآید که در صورت عدم تمیز باز اختیار فسخ از برای مشتری هست. به سبب اینکه عیب بزرگی است که مملوک مخلوط به غیر مملوک است. و گفته است که " هر گاه مشتری فسخ نکند و میباید نگاه دارد، ارش نمی تواند گرفت. به سبب عدم علم به قدر آن " و مطلقا متعرض دلیل محقق در حکم به بطلان نشده. و عجیبتر؟ اینکه آنچه را گفته، مقتضای قواعد دانسته. (۱) و اما کلام در اینکه: جایز است که کسی از شارع مسلمین احیا کند یا نه؟ -؟ و بر فرض جواز، حد آن چه چیز است؟. پس بعد از این مذکور می شود. و اما سوال از اینکه: بر فرض صحت بیع، آیا این تصرف مشتری که آن ملک را به بایع فروخته به شرط اختیار، مسقط اختیار فسخ هست یا نه؟ -؟. جواب آن را قبل از این نوشته ام. و حاصل آن اینکه تصرفی که مسقط اختیار است تصرفی است که دلالت کند بر رضای به ملک با اسقاط اختیارات. یعنی راضی باشد که آن ملک مال او باشد به عنوان " لزوم " بدون بقای خیار. و بیع شرط مذکور مستلزم آن نیست، بلکه چون متفطن این احتمال نیست (که شاید بعضی میباید مال غیر باشد. خصوصا چنین چیزی که شارع عام است و اجازه بیع از جانب آن هم معنی ندارد (۲)) احتمال آن گونه " الزام " قریب به محال عادی است.

ص: ۲۰۳

۱- اگر جهالت مانع از ارش است، پس مانع از صحت اصل بیع نیز می باشد، و در اینجا به دلیل " وحدت دلیل " میان اصل بیع و ارش، ملازمه هست.

۲- مگر در زمان بسط ید حاکم عادل که در شرایطی معنی پیدا می کند، و حکومت اجازه مینماید

واما سوال از تمسک بایع در تصحیح، به احادیثی که در تحدید طریق وارد شده: پس بدان که در این مقام چندین مرحله از کلام هست: اول اینکه آیا تحدید طریق، به چه، قدر، است؟. دوم آنکه آن تحدید مذکور در اخبار، از برای طریق مبتکر، است یا اعم؟-؟ سوم آنکه آیا جایز است احیای زاید بر آن مطلقا یا نه؟-؟. چهارم اینکه آیا جایز است تبدیل شارع به زمین دیگر یا نه؟-؟. پنجم اینکه تبدیل نفعی میبخشد در رفع جهالت تا تصحیح بیع باشد یا نه؟-؟ اما اول: پس اظهر این است که حد طریق هفت ذراع باشد چنانکه در موثقه سکونی (۱) و روایت مسمع بن عبد الملک (۲). بلکه در بحار از " نوادر راوندی " هم حدیثی (۳) نقل کرده که اشعار به آن دارد. و این قول، از اکثر اصحاب نقل شده. وقول دیگر پنج ذراع است. چنانکه موثقه بقباق (۴)، دلالت دارد بر آن. و هر چند که محقق و علامه این تحدید را در خصوص طریق مبتکر نقل کرده اند (یعنی هر گاه کسی خواهد زمین مواتی را احیاء کند و محتاج به راه باشد و کسی دیگر هم خواهد در جنب آن احیای مواتی کند. در کمتر از این مقدار نمی تواند تصرف کرد) ولکن ظاهر این است که این تحدید از برای مطلق شارع است، چنانکه جمعی از محققین گفته اند. و روایات هم منافات با این ندارد. زیرا که هر چند سؤال از حال (۵) مبتکر است ولکن اعتبار (۶) به عموم جواب، است.

ص: ۲۰۴

- ۱- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۳۹، ابواب احیاء الموات، باب ۱۱ ح ۵ و ۶.
- ۲- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۳۹، ابواب احیاء الموات، باب ۱۱ ح ۵ و ۶.
- ۳- بحار: ج ۱۰۴ ص ۲۵۵، باب المشتركات و احیاء الموات، ح ۱۲. توضیح: مطابق این حدیث عرض راه، ۱۴ ذراع می شود زیرا عبارت " ما بین العین الی العین خمس مائة ذراعا و الطريق الی الطريق اذا تضایق علی اهله سبعة اذرع " آمده است. یعنی راه به طور دو طرفه در نظر گرفته شده.
- ۴- وسایل: ج ۱۳، باب ۱۵، کتاب الصلح، ح ۱.
- ۵- علاوه بر اینکه سؤال از مبتکر است، ماهیت راه نیز طوری است که غالبا عرض آن در حین ابتکار و تاسیس، عنوان می شود. و روشن است که نظریه محقق و علامه بر نظریه مصنف رجحان دارد.
- ۶- اصل در موات عدم مالکیت بخش خصوصی، است و احیاء و تملک نیازمند اذن خاص یا اذن عام امام (علیه السلام) است. پس به هنگام تعارض " خصوص مورد " با " عموم اعتبار " در اینجا خصوص مورد، مقدم است. زیرا اصل عدم صحت تملک است در مورد شک، و در اینجا تعدی از مورد نص باطل است، پس نظریه مرحوم میرزا، مرجوح می باشد. اصل و اساس این بحث، به راه های مزارع مربوط است. و در سایر راه ها به طبیعت جامعه و عرف عملی مردم واگذار شده است. و مطلوبترین عرض برای راه در اسلام (حد اقل) شصت ذراع است. رجوع کنید: بحار: ج ۱۰۴، ص ۲۵۴، احیاء الموات، ح ۶. موثقه علی بن ابی حمزه

و از اینجا حال مرحله دوم، هم معلوم شد. و اما سوم: پس ظاهر ادله جواز احیای زاید بر این مقدار است. و بعضی گفته اند که هر گاه شارعی باشد که محتاج به بیش از این باشد مثل محل تردد حاج و زوار که شتر یا کجاوه عبور می کند هر قدر حاجت باشد باید به جا گذاشت. و این هر چند خالی از اشکال نیست (زیرا که غالب آن است که به هفت ذراع، رفع حاجت می شود و شتر هم به قطار می تواند رفت. والا- گاه هست که هفتاد ذراع هم بس نیست) و لکن احوط این است که در چنین جائی ترک کند. و اما مرحله چهارم: پس هر چند در نظر حقیر قوت دارد جواز تبدیل شارع به زمینی که در جنب آن باشد، در صورتی که به هیچ وجه ضرر به ماره نرسد. و قرب و بعد تفاوت نکند. خصوصا هر گاه تبدیل، انفع به ماره باشد. و اجماع و اخباری که دلیل منع تصرف شارع است، شامل چنین جائی نیست. و لکن احوط عدم تبدیل است. و اما مرحله پنجم: پس می گوئیم که این تبدیل، نفعی بر جهالت مبیع نمی کند، زیرا که این چاره ای است در تعیین مبیع، بعد از آنکه بیع بر مجهول واقع شده، با وجود اینکه بر وجه 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 سئو 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.

باقی ماند در این مقام سخنی که سائل از آن سؤال نکرده و آن این است که: هر گاه بایع بگوید که بلی از شارع داخل آن کرده ام. ولکن هفت ذرع یا پنج ذرع وضع کرده ام از برای شارع و اضافه را داخل کرده ام، و مزاحمی در این دعوی نداشته باشد. ظاهر این است که مصدق است و بیع هم صحیح است. خصوصاً هر گاه مقدار داخل کرده، را هم تعیین کنند که به هیچ وجه جهالتی باقی نمیماند. در اینصورت بیع صحیح است. ولکن همان شبههء خیار عیب باقی میماند که اشاره به آن کردیم. پس مخیر خواهد بود میان رد وارش. و اما سؤال از صحت معامله بعد از تعیین قدر شارع: پس آن از سخنهای پیش معلوم شد. که بیع صحیح است ولکن خیار تبعض صفت (در صورتی که بر خلاف شرع داخل کرده باشد) و خیار عیب (در صورتی که بر وجه صحیح داخل کرده باشد) ثابت است. هر چند که عیب بودن در صورت حکم حاکم به ادخال (که نقض آن جایز نیست) معلوم نیست. و همچنین هر گاه به تقلید مجتهدی کرده باشد، که اظهر در نزد حقیر آن است که در اینصورت نقض فتوی هم جایز نیست. ولکن در صورت مسامحه و "رجماً بالغیب" هر گاه کرده باشد، مظنهء دخول در عیب کمال وضوح [را] دارد. و اما سوال از کیفیت استرداد قیمت در صورت التزام بیع، و عدم فسخ: پس چون ظاهر این است که این از باب یک جفت در، است که بفروشد و یک تایی آن مال غیر بر آید. که هیئت مجموعیت دخل دارد در تفاوت قیمت و قیمت هر یک منفرداً که ملا حظہ کنیم مجموع این دو قیمت، کمتر است از قیمت مجموع. پس باید اولاً- هر یک از مقدار زیادتی طریق و خانهء مملوکه را قیمت کرد جدا، جدا. و نسبت داد قیمت احدهما را به مجموع قیمتین (نه به مجموع قیمت آنها در حال اجتماع) و از ثمن اصل مجموع آن دو زمین که معامله بر آن واقع شده، اخذ کرد به همان نسبت. مثلاً خانه را به شصت ریال خریده است و الحال زیادتی راه را که قیمت میکنیم سی ریال است، و خانه مملوکه را که قیمت میکنیم شصت ریال است که مجموع، نود ریال است. و سی نسبت به نود ثلث است. پس مشتری ثلث ثمنی که در عوض مجموع داده - که بیست ریال است - پس میگیرد.

این طریق را در تقسیم ثمن، بعضی علما ذکر کرده اند. و هر چند بر این وارد است که در بعضی صور مستلزم ضرر مشتری می شود - در صورت جهل به حال - چون او ثمن را در ازای مجموع داده است. نه در ازای هر یک. چنانکه در صورت سؤال است. ولکن این ضرر مندرفع می شود به ثبوت خیار از او برای او. و بدان که: بعد حصول بیع و قبض مشتری، بر بایع و مشتری (هر دو) لازم است رد شارع بر حال خود. و گرامتی که به سبب خراب کردن خانه و تسویه شارع حاصل می شود، هر گاه مشتری متحمل آن شده، رجوع می تواند کرد به بایع. چون جاهل و مغرور بوده. و هر گاه رد شارع به حال خود، مستلزم خراب شدن بعضی خانه ها (۱) بالتمام یا بعضی آن بعض باشد، آن خسارت راجع به بایع می شود. و اجرت عمل با اوست. و در صورت امضای بیع، آلائی و ادوات از احجار و اخشاب و آجر، مال مشتری است. و الحال که خانه مملوک قیمت می شود منفردا نسبت به این خانه های (۲) خراب، مخروبه آنها قیمت می شود. نه خانه صحیح. و قیمت آلات و ادوات هم از برای بایع ملحوظ می شود. یعنی آن خانه مملوک را با این آلات و ادوات منفردا قیمت می کنند و زیادتى شارع را منفردا. بعد از آن ملاحظه نسبت را می کنند. چنانکه گفتیم. و اما سؤال از نقصی که در ملک به هم می رسد: اگر همین است که مذکور شد، جواب همین است. والا باید سؤال واضحتر شود تا جواب گفته شود. باقی ماند کلام در طریقه تخلص از شارع در صورت جهالت، هر چند در سؤال مذکور نیست لکن آنهم مهم است. پس می گوئیم که هر گاه معیار بنا را در طریق همان هفت ذراع یا پنج ذراع گذاریم و در آن طرف بیرون، طریق معین باشد و جهالت در جانب خانه باشد، پس متمیم میکنیم نقص آن راه از مقدار مقرر [را]. و هر گاه بنا را بر این نگذاریم، یا آنکه حد آن سمت بیرون، معلوم نباشد، در آن چند وجه معتبر است: یکی آنکه به قدری داخل شارع کنیم که یقین حاصل شود که بیش از آن داخل

ص: ۲۰۷

۱- مراد "خانه ها" اطاق ها است

۲- مراد "خانه ها" اطاق ها است

خانه نشد. و دوم آنکه به ظن غالب اکتفا کنیم. سوم آنکه به مقتضای اصل برائت، اقل متیقن را وضع کنیم. و شاید اظهر وجه اول باشد. و ابن فهد حلی در مهذب اکتفا به دو وجه اول کرده. و در کلام ابن فهد اغتشاشی هست، که فی الجمله اشاره به آن کردم که غافل از تحقیق محقق (ره) شده. و مقام مقتضی بسط کلام در آن نیست.

۱۲۴- السؤال:

۱۲۴- السؤال: لو باع احد اولاد الغائب، امته لضروره المعاش او غيرها. و اشتراها احد عالما بانها مال الغائب، او جاهلا. ثم استولدها المشتري. فكيف حال البيع جوازا و حرمة و صحه و فسادا ؟- ؟- و كيف حال الولد فى الرقيه و الحرية؟ و اللقوق و عدمه؟. و كيف حال المهر و قدره؟

الجواب:

الجواب: لا يجوز بيع مال الغائب، [لا] لا ولاده ولا لغيرهم. ولا يصح ايضا الا اذا امضاه وليه و هو الحاكم (ان لم يكن مجنوناً او سفياً اتصل سفهه بصغره). فان اشتراها احد وهو جاهل بانها مال الغير، فيجوز للمالك او وليه انتزاعها عنه - بلا خلاف و اشكال - . و الاخبار بها مستفيضه و سيأتي بعضها. و كذا اجره ما استوفاه من منافعها، و قيمه الولد المستولد منها يوم السقط حيا. لانه نماء ملكه التابع له. و انما يعدل من الولد الى قيمه، الاخبار المداله على ان الولد يتبع اشرف ابويه. فهى المخصصه لقاعده تبعيه النماء. و لخصوص الاخبار المستفيضه، منها موثقه جميل بن دراج فى التهذيب عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها. ثم يجئى مستحق الجارية (؟). قال: ياخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمه الولد التى اخذت منه " (١) و منها مرسله جميل بن دراج و صحيحته عن الصادق (عليه السلام) فى الكافى و التهذيب " فى رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقه (؟). قال: ياخذ الجارية صاحبها و ياخذ الرجل ولده بقيمته " (٢) . ٣

ص: ٢٠٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ - ٥٩١، ابواب نكاح العبيد...، الباب ٨٨ ح ٥، ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ - ٥٩١، ابواب نكاح العبيد...، الباب ٨٨ ح ٥، ٣

ومنها روايه زراره فيهما ايضا " قال: قلت لابي جعفر (عليه السلام): الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها. ثم يجيئني الرجل فيقيم البيئه على انها جاريتها لم تبع ولم تهب (١). فقال: يرد اليه جاريتها ويعوضه بما انتفع. قال: كان معناه قيمه الولد " (١). و منها روايه الاخرى في التهذيب: قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى جاربه من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا، ثم ان اباهما يزعم انها له، واقام على ذلك البيئه (٢) قال: يقبض ولده ويدفع اليه الجاربه ويعوضه في قيمه ما اصاب من لبنها وخدمتها (٢) وفي بعض النسخ " ثم ان اتاها من يزعم انها له " (٣) ولا يظهر وجهه. وقال الشيخ: " يقبض ولدها " يعنى بالقيمه. وعن المفيد انه قال برقيه الولد لمالكها، لما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن قيس، عن ابي جعفر (عليه السلام) قال " قضى امير المؤمنين (عليه السلام) في وليده باعها ابن سيدها و ابوه غائب، و استولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاما. ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها. فنا شده المشتري. فقال: خذ ابنه - يعنى الذي باع الوليده - حتى ينفذلك ما باعك. فلما اخذ البيع الابن قال ابوه: ارسل ابني، فقال: لا ارسل ابنيك حتى ترسل ابني، فلما راى ذلك سيد الوليده الاول، اجاز بيع ابنه " (٤). و اجيب عنه بان المراد باخذ " ابنها " قيمه ابنها، جمعا بين الاخبار، و كيف كان فالروايه لا يخل من شئى فلا يعارض بمثلها الاخبار الكثيره المعمول بها عند المعظم عموما و خصوصا، كما عرفت. ثم ان المشتري يرجع الى البايع الغار له بثمانها، و كل ما اغترمه و ان استوفى مقابله شيئا، على الاظهر. و اما عوض البضع، فالاشهر الاقوى، انه يرجع على المشتري بعشر ثمنها ان كانت بكرة، و نصف العشر ان كانت ثيبا. و عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه، و استدلوا عليه بصحيحه وليد بن صبيح في الكافي و التهذيب: عن الصادق (عليه السلام) " في رجل ١

ص: ٢٠٩

١- المرجع، ج ٢، ٤.

٢- المرجع، ج ٢، ٤.

٣- و في بعضها " ثم اتاها... بحذف " ان " .

٤- المرجع، ح ١

تزوج امراه حره، فوجدها امه قد دلست نفسها له (؟) قال:... الى ان قال: و لمو اليها عليه عشر ثمنها ان كانت بkra، و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، بما استحل من فرجها " (١). و صحيحه الفضيل بن يسار فى الكافى و الفقيه " قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): جعلت فداك ان بعض اصحابنا قد روى عنك انك قلت: اذا احل الرجل لا خيه جاريتيه فهى له حلال. قال: نعم يا فضيل. قلت له: فما تقول فى رجل عنده جاريه له نفيسه و هى بكر، احل لا خيه مادون فرجها، اله ان يقتضها؟ قال: لا، ليس له الا- ما احل له منها، ولو احل له قبله منها لم يحل له ما سوا ذلك. قلت: أرايت ان احل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقتضها (!) قال: لا- ينبعى له ذلك. قلت: فان فعل ايكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها " (٢) و زاد فى الكافى " ان كانت بkra، و ان لم تكن بkra فنصف عشر قيمتها " (٣) و قال الحسن بن محبوب: و حدثنى رفاعه، عن ابي عبد الله (عليه السلام) مثله الا ان رفاعه قال " الجاريه النفيسه تكون عندى " (٤) و الاخبار الوارده فى من اشترى الجاريه فظهر بها الحبل، منها صحيحه الحسن بن محبوب عن ابن سنان " قال: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه حبلى ولم يعلم بحبلها فوطاها (؟) قال: يردها على الذى ابتاعها منه و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها " (٥) و قد قال على (عليه السلام): لا- يرد التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها (٦)، الحديث. و وجه الاستدلال، ملاحظه العله المستفاده عن قوله (عليه السلام) " بما استحل من فرجها " و ٣

ص: ٢١٠

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٧، ابواب نكاح العبيد...، الباب ٦٧ ح ١.
- ٢- المرجع، ص ٥٣٧، الباب ٣٥ ح ١.
- 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 عن الصادق (عليه السلام) ايضا: الباب ٥، ح ٣

ربما قيل انهما تدلان بالفحوى على ما نحن فيه. و كيف كان والظاهر ان الشهره والاجماع المنقول مع ذلك كاف فى اثبات الحكم. و عن الشيخ و ابن ادريس، انه يلزمه مهر امثالها. لانه القاعده فى عوض البضع، و انه بمنزله ثمن المثل فى غيره. ثم ان الظاهر عدم الفرق بين علم الامه بالحريه و عدمه. و عن الدروس تخصيص ذلك بصورة الاكراه، لانه لا مهر لبغى، و فيه ان ذلك حق الموالى و لا- يعتبر رضاها فى دفعه، و اما انتفاء المهر للبغى فالمتبادر هو الحره، سيما مع ملاحظه لفظه " المهر " و اطلاق المهر للحره فى مقابل الامه شاهد عليه، و خصوصا من جهه افاده اللام الاستحقاق الملكى، و هو مفقود فى الامه. و اختلفوا فى جواز رجوع المشتري على البايع بما اغترم من حق عقر الامه و اجرتها، على قولين. اقويهما الجواز. لانه دخل فى البيع على ان ينتفع بها مجانا فاذا اغترم فى عوضها يرجع به على من غره، و ربما يستدل بفحوى ما دل على رجوعه اليه بقيمه الولد، التى اخذه المالك. و لا باس به، اذ قد يكون وطيبها مره ليس مما يقابل بها عقرها اذا كان كثيرا، سيما مع كونها غير نفيسه. و مع ذلك فقد يكون قيمه الولد التى غرمها فى غايه الحقاره فى جنب الولد الذى استفاد منها. فهو مختار المحقق فى النافع و الشهيد الثانى فى المسالك،، و قد بينا ذلك فى اوائل كتاب التجاره من هذه المجموعه و غيرها. و يظهر من الشرايع التردد. و وجه القول الاخر ان المغرور انما يرجع على من غر [ه-] اذا لم يحصل له نفع فى مقابله. و هو اماره للمدعى (1) الا ان يراد منع كونه مغرورا ح، و هذا المنع فى اكثر المواضع مكابره. هذا كله اذا كان المشتري جاهلا بانها للغير، والظاهر ان حكم ما لو علم و لكن البايع ادعى الاذن فيه، ايضا كذلك. و اما لو كان المشتري عالما بانها لغير البايع ولم يدع الاذن "

ص: ٢١١

١- اى علمها بان ولدها المستولد يكون حرا، او علمها بان استيلاذها ينجر احيانا بحريتها، هذا اذا قلنا بصحة لفظه " بالحريه "، و لعلها غلط والصحيح " بالفريه " او " بالفضوليه " و ما يؤدى معنى بيع مال الغائب من دون اذنه.

ولم يجز المالك (ولا- من يقوم مقامه) فليلع باطل. وينتزعها المالك او من يقوم مقامه. و كذا العقر و اجره المنافع المستوفات وغير المستوفات، ولا يرجع المشتري في شئ من ذلك الى البايع. لانه غاصب محض. ويدل عليه فحوى مادله في صوره الجهل. ولو كان جاهلا- في اول الامر ثم علم فيرجع بما غرم حال الجهل، لا غيره. واما حكم الولد: فان كان حين الوطى عالما بالحرمة في الوطى ايضا، فهو زان، والولد لا يلحق به بل هو رق للمالك. لانه نماء ملكه، تابع له.

۱۲۵-سوال:

۱۲۵-سوال: شخص تاجری صاحب مبلغی قرض بوده، و اوضاع و ممتلكات او منحصر و موقوف در يك باب خانه كه محل سكنای او بوده. بعد از ابراز اوضاع شخص تاجر، مطالبين قروض او، به حاكم عرف، عرض نموده، و خانه كه محل سكنای او بوده بفروش رسانيده و وجه آن را به قروض مذکور داده. اما فروختن او از خوف حاكم جور و هتك آبروی خود، و خواهش اشخاص مشتري بوده، نه به مظنه وقت و قيمت اهل خبره. و در معامله هم، صلح از غبن و غبن در غبن، نموده اند. و بايع مديون، معنای صلح از غبن و غبن غبن را فهميده. وليكن در اجرای صيغه و تلفظ به آن، نيت و قصد معامله و صلح از غبن نبوده. و در همان حين اجرای صيغه، اشخاص ديگر خانه مسكونه مديون مذکور را، مبلغ بيست تومان فضی، علاوه از قيمتی كه مشتريين كه حال متصرفند ميخریده. آیا می تواند شخص مديون، بعد از وسع و استطاعه، خانه خود را از مشتريين پس بگيرد يا نه؟- و می تواند ادعای غبن معامله را، يا فساد معامله را، بطريق معروض نمايد يا نه؟-؟

جواب:

جواب: مديون را نمی توانند اجبار کنند به فروختن خانه محل سكنی كه محتاج است به آن، و در خور زی اوست، وليكن هر گاه خود بفروشد و به ارباب طلب بدهد، بيع صحيح است. و باقی مطالب كه بيع جبری بوده و از خوف بوده، و اينكه به صيغه صلح قصد نداشته، و اينكه مغبون بوده، اينها هم محتاج است به مرافعه و ثبوت. و

هر کس اهل مرافعه است میدانند چه حکم کند.

۱۲۶- سوال:

۱۲۶- سوال: 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 ادعا بر آمده که آنچه زمین، مشتری از شارع داخل حصار نموده حریم حصار است تعلق به من دارد. آیا در این صورت ادعای بایع به جائی می رسد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر کس ملکی را فروخت حریم ملک داخل بیع است و حق بایع از آن ساقط می شود. مگر اینکه استثنا کرده باشند. و تصرف در شارع جایز نیست. و شارع دخلی به حریم ندارد. هر چند که حریم دیوار آن، در شارع باشد، که از حیثیت اینکه شارع است نمی توان آن را داخل حصار کرد.

۱۲۷- سوال:

۱۲۷- سوال: دو نفر با هم 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 خط و مهر خود به شخص بایع داده که ملک حق اوست و به زید بر وجه 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 طی نموده باشد و حجت به خط و مهر خود در اثبات حقیقت زید داده باشد، ثانیاً می تواند به ادعای وراثت ملک را به دیگری بیع نماید؟ و آن صورت، عدم حقیقت او را ثابت مینماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مجرد کاغذ و خط حجت شرعی نمی شود. هر گاه 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 طی نمی شود باید بایع با

عمرو به مرافعه بروند. و هر کس اهل مرافعه است میدانند که چه بگویند و چه حکم بکنند.

۱۲۸- سوال:

۱۲۸- سوال: زید ملکی که به مبلغ دویست تومان (بلکه متجاوز) قیمت واقعی آن بوده باشد - از راه آنکه از اهل خبره و وقوف نبوده - به مبلغ بیست تومان و چیز سهلی به عنوان بیع شرط شرعی، به مدت یک سال و خیار ده یوم، داده باشد. و بیع لازم و خیار ساقط شده، با بیع مزبور رد مثل ثمن، به سوی مشتری مشار الیه ننموده. مشتری، ملک مزبور را میخواهد تصرف ملکی نماید. با بیع مزبور می گویند که من اهل وقوف و خبره نبوده ام و از راه نادانی ملکی که قیمت آن دویست تومان و متجاوز بوده به مبلغ بیست تومان به عنوان بیع شرط داده ام. و در این مبیعهء مشروط، مغبون و غبن فاحش بل افحش دارم. آیا در مبیعهء مزبوره، با بیع را می رسد که دعوی غبن نموده ملک را از مشتری به قانون شرع مطاع، انتزاع نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند غالب این است که در بیع شرط خیار، ملک گران را به قیمت نازل، بیع می کنند، لکن این منشاء سقوط دعوی غبن نمی شود و دعوی غبن مسموعه است. و با وجود تحقق شرایط آن، به طریق مقرر در شریعت معمول داشته می شود.

۱۲۹- سوال:

۱۲۹- سوال: در مبیعهء مشروطه، تا آنکه با بیع در ضمن عقد و جریان صیغه اسقاط دعوی غبن مبیعهء مشروطه را به قانون شرع انور نکند و ابراز اسقاط از ضمیر خود ننماید، صورتی دارد؟ [و] به محض مبیعهء مشروطه دعوی غبن اسقاط می شود؟ یا آنکه محتاج به احضار است؟ هر چند از اهل خبره و وقوف باشد.

جواب:

جواب: هر گاه با بیع 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 با بیع به ثمن در حال بیع، و ثبوت اینکه واقعا در وقت بیع شرط، بیشتر گنجایش داشته. و در این معنی فرقی ما بین بیع شرط و غیره نیست. و هر گاه نزاع در جهل و عدم جهل داشته باشند، محتاج به مرافعه خواهد بود.

ص: ۲۱۴

کتاب التجاره من المجلد الثالث (۱)

۱۳۰- سوال:

۱۳۰- سوال: زید به عمرو، مالی فروخته به زر معین " باجاقلی " (۲) پنج هزار و هفتصد و پنجاه دینار. و وعده ای مشخص و اخذ " تمسک " (۳) نموده، و بعد باجاقلی ترقی نموده و عددی شش هزار شده، عمرو مشتری جواب می گوید که من در حین معامله، زر را معین ننمودم. و از برای آنکه در میان مردم زر باجاقلی داد و ستد میشد، محرر " تمسک " را چنان نوشته. من حال یا زر دیگر میخواهم بدهم یا باجاقلی عددی شش هزار، در اینجا آیا معامله صحیح است یا فاسد؟ - در صورت فساد و بطلان معامله آیا مشتری باید عین المال 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 عهدهء قیمت فروش مال بر آید و اجرت المثل خود را بگیرد؟ -

جواب:

جواب: در صحت معامله شرط است تعیین ثمن. پس هر گاه معین شده زر باجاقلی بدهد، باید همان را بدهد به همان قیمت روز معامله. و همچنین هر گاه مطلق گفته باشند و زری غالب باشد در معاملات آن بلد، اطلاق منصرف به آن می شود، و هر گاه زر غالب در معاملات متعدد شده و در قیمت و مرغوبیت هر دو مساوی باشند، باز صحیح است و مختار است در دادن هر کدام که خواهد.

ص: ۲۱۵

- ۱- مراد از مجلد ثالث دفتر سوم است همان طور که قبلا توضیح داده شد جامع الشتات از مجموع سه دفتر تشکیل یافته که دو بار در عصر مرحوم میرزا (توسط نسخه برداران) منتشر شده ابتدا دفتر اول و دوم با هم، سپس هر سه دفتر در کنار هم.
- ۲- باجاقلی: باجی اوقلی: باجی اوغلو: باجی اوغلی: لفظ مرکب ترکی به معنای " خواهر زاده - پسر خواهر - می باشد. همان طور که در فارسی کلمات مرکب علی زاده، بابا زاده عنوان (یا نام) فامیلی می شود، در ترکی علاوه بر آن (علی اوغلو، بابا اوغلو)، خواهر زاده، عمه زاده نیز در قالب باجی اوغلو و عمه اوغلو، نام فامیلی قرار میگیرد. سکه باجی اوغلو در کشور عثمانی به مباشرت شخصی به نام باجی اوغلو ضرب میگردید.
- ۳- تمسک: حجت، سند مکتوب

اما هر گاه غالبی نباشد. یا متعدد باشد غالب، و مختلف باشند در قیمت و مرغوبیت، معامله باطل است. و در صورت نزاع در صحت و فساد، قول مدعی صحت مقدم است با یمین. و در صورت فساد باید مشتری عین متاع را رد کند. و هر گاه تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت روز تلف آن، را بدهد، و ربیحه که کرده باشد تابع عین است و باید غرامت آن را بدهد. و اگر نقصانی کرده باشد هم از کیسه او رفته و متوجه صاحب متاع نیست. و مشتری مستحق اجره المثل عمل هم نیست. والله العالم باحکامه.

۱۳۱- سوال:

۱۳۱- سوال: هر گاه شخصی ملکی را در نزد شخصی دیگر بیع شرط کرد، و ضامن فساد هم گردید. و بعد بیع شرط کردن، مشتری آن ملک را به بایع به صیغهء مصالحهء شرعیه منتقل نموده به مبلغ معینی. و بعد کاشف فساد برآمد که آن ملک مال غیر است. و آن غیر ملک مزبور را متصرف، و الحال مشتری مطالبهء اصل ثمن بیع شرط را مع مال المصالحه از بایع غاصب، مینماید. و بایع در جواب [می گوید] که تو مستحق اصل مال المبیعه میباشی و استحقاق مال المصالحه را نداری. آیا در چنین صورتی مشتری مستحق مال المصالحه هم می باشد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که مراد از "ضمان کاشف فساد" این است که ضامن عهدهء ثمن باشد، که اگر مبیع مستحق غیر بر آید بایع از عهدهء ثمن بر آید. و هر چند این ضمان لازم اصل مبیع هست (خواه شرط ضمان بکند یا نه) لیکن چون عقد ضمان شرایط و ثمرات علی حده دارد، تصریح به آن کرده اند که عقد ضمان هم صحیح است. بخلاف آن که ضامن خسرانی شود که بعد حادث می شود به سبب غرس اشجار و بناء عمارت و امثال آن. که در آنها نیز هر چند ضمانی که لازم اصل بیع است، بیاشکال است. و لکن اشکال در صحت عقد ضمان است در آنها علی حده. و به هر حال ظاهر این است که پس دادن وجه مصالحه داخل آنها باشد، و مشتری مطالبهء وجه مصالحه نمی تواند کرد. و اما صحت و جواز مصالحه در زمان خیار، هر چند مستحق غیر هم بر نیاید. پس ما هر چند آن را تجویز نمیکنیم نسبت به غیر بایع، و لکن نسبت به بایع مضایقه نداریم، و

ص: ۲۱۶

به هر حال در صورت سخن (۱)، وجه مصالحه نیست.

۱۳۲- سوال:

۱۳۲- سوال: زید ملکی به عمرو، فروخت به صد تومان. و وکیل کرد عمرو را در اینکه سی تومان آن را در عوض زکات به فقرا برساند. و سی تومان آن را بعد موت او برای او صوم و صلوه استیجار نماید، و شرط کند در ضمن عقد که مادام الحیوه زید، عمرو متکفل مؤنه او باشد. و بعد زید پشیمان شود و اراده فسخ کند و عمرو راضی نباشد. و زید او را تخویف کند. و در این بین بعضی از طلبه به عمرو بگویند که زکات الحال به ذمه تو متعلق شده، و فسخ به سبب آن نفعی ندارد. و عمرو از خوف تلفظ کند به فسخ، و لکن قصد نداشته باشد و در خصوص زکات که به هیچ نحو قصد نکند به سبب سخن آن ملا. آیا الحال ملک از کی است؟ و عمرو مشغول ذمه چه چیز است؟ و آیا اصل بیع صحیح است یا باطل است به سبب جهالت شروط؟-؟ و آیا هر گاه در اول تقایل از طرفین واقع شد الحال عمرو می تواند فسخ کند یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که اصل بیع فاسد است به سبب جهالت شرط. چون مدت حیات زید معلوم نیست. و بر فرض صحت بیع، هر گاه تقایل حقیقی وقوع بیابد از روی رضا، ظاهر این است که تقایل صحیح است. و سخن آن ملا غلط است، زیرا که توکیل در ادای زکات و وصیت در استیجار صوم و صلوه، فرع تحقق بیع و اشتغال ذمه به قیمت بود. و هر گاه اصل بیع به تقایل باطل شد توکیل و وصیت هم باطل می شود و باز زکات متعلق به زید می شود. و هر گاه 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 (فی الحقیقه 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 ذمه صد تومان است نه صوم و صلوه و ادای

ص: ۲۱۷

زکات. پس الحال ملک عمرو در دست زید مغضوب است، و زید مستحق صد تومان است. ولکن عمرو در صورت عجز از استرداد ملک، می تواند از باب تقاص، قیمت را ندهد. یا از راه عدم تسلیم مبیع، اگر مبیع را تسلیم نکرده بوده است. بلی، اشکال به هم می رسد در صورتی که بعد تسلیم، در لباس فسخ ملک را از عمرو، غصب کرده و عمرو هم از باب تقاص، قیمت را نگاه داشته و به مصرف زید نرساند. و اما اگر بعد تسلطی بر ملک به هم رساند آیا باید قیمت او را به زید یا وارث او رد کند یا نه؟ -؟، ظاهر کلام مشهور (در مسئله مال مغضوب که غاصب قادر بر رد آن نباشد) [این است] که گفته اند که هر گاه مثل یا قیمت را بگیرد - اما نه بر وجه معاوضه و مصالحه - باز مالک مستحق عین مغضوبه است، و آن قیمت یا مثل، به جهت حیلولة غاصب است از حق مالک، نه عوض ملک، پس "لازم" نباشد در قیمت. و [این] موهم این است که لازم نباشد رد 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: پس جواب آن این است که معنی ندارد. و در تقایل باید در حال واحد فسخ از طرفین واقع شود. به اینکه بگویند "تقایلنا - او - تفاسخنا" یا احدهما بگوید "فسخت" یا "اقلت" و دیگری بلافاصله معتد به بگوید "قبلت". و اما در صورت فاصله معتد به، پس آن را اقاله و تقایل نمی گویند، و ملک هر یک بر حال خود باقی است.

۱۳۳- سوال:

۱۳۳- سوال: زید بفروخت به عمرو تمامی یک دانگ مشاع از جمله شش دانگ باغ معین به حدود اربعه، مثلاً به مبلغ صد دینار، و در ضمن العقد شرط شد که هر گاه بعد از انقضای مدت سه ماه رد مثل ثمن، نماید مسلط بر فسخ بیع باشد، والا، فلا. و مصالحه شد فی ما بینهما منافع مبیع به مبلغ معینی در ظرف مدت خیار.

و در ضمن العقد شرط شد که عند لزوم المبیع (۱)، اختیار فسخ و مطالبه ثمن با مشتری بوده باشد، و خالد ضامن شد که عند المطالبه للثمن، از عهده بر آید آن ثمن و مال المصالحه را، حکم مراتب مزبوره را بیان فرمایند.

جواب:

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، رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع باشد والا 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. و الا 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 ثمن کند، که ثمن را به مشتری برساند. پس آن صحیح نیست. چون ضمان "مالم یجب" است. و اما ضامن شده وجه مصالحه را: اگر مراد این است که آن وجه مصالحه است که از منافع ایام سه ماه، است (که باید بایع به مشتری بدهد، و بایع نقد ندارد و در ذمه 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 (۲) خیار را بعد از انقضای سه ماه قرار داده باشند. و اما هر گاه زمان خیار هم همان مدت سه ماه باشد که هر وقت بایع در ظرف سه ماه رد ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد، پس در آنجا دیگر ضرور نیست که ظرف زمان خیار را علی حده قرار بدهند. بلکه همان تعیین سه ماه کافی است.

ص: ۲۱۹

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 هر وقت بایع رد مثل ثمن، و فسخ کرد، ظاهر این است که مشتری زیاده بر ضمان ما قبل فسخ، از وجه مصالحه مستحق نیست.

۱۳۴- سوال:

۱۳۴- سوال: هر گاه زید قطعه زمینی ابتیاع کرده باشد از عمرو، و این قطعه زمین در آب بکر باشد، یعنی از آب بکر حق الشرب داشته باشد. و بر بکر لازم باشد شرعا 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 بر آمده به خالد، و بکر مدعی این باشد که آنچه حق تو است بر من شرب این قطعه زمین است. لا غیر. و اگر این آب را به خالد بفروشی من متضرر 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 بنیچه متعارفی، هم دارد. هر گاه نفروشد، آن آب از برای آن، فایده ندارد، و به اعتبار آن بنیچه (۱) متضرر می‌شود. آیا بر این تقادیر، زید تسلط دارد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر گاه 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 حافیء نهر در فوق زمین زید و بکر. به هر حال هر گاه به هیچ نحو منشأ تصرفی در مال بکر نمی‌شود در همان مجرا می‌آید تا داخل ملک خالد شود، مانع او نمی‌تواند شد. و در صورت تضرر هم مانع بیع نمی‌تواند شد بلکه مانع اضرار می‌تواند شد. پس اصل بیع صحیح است. مگر اینکه مانع خارجی به هم رسد، مثل لزوم سفته و غرر، هر گاه بی حاصل باشد در صورت منع از آن اضرار. ق

ص: ۲۲۰

۱- بنیچه: با ضم اول: بن + ی + چه: مقرری: مالیات: مالیات ثابت. و از همین ریشه است اصطلاح "بنچاق" که به نوعی سند ملک گفته می‌شود: بنچه - بنچق - بنچاق

و هر گاه استحقاق زید از 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 بنا بر مشهور که انتقال [ملکیت] آب نهر را به صیغهء بیع جایز نمیدانند - به همین قدر که این زمین خاص، از آن شرب کند، در این صورت نمی تواند به دیگری منتقل کند. همچنانکه هر گاه کسی حق العبوری به خانهء خود داشته باشد در خانهء دیگری. هر گاه خانهء خود را کاروانسرا کند، یا دکان خبازی یا امثال آن کند، آن حق العبور باقی نمیماند. و در این صورت که حق الشرب زید ممنوع باشد بر میگردد به حق تملک بکر و ضرر بنیچه و خراج هم منافع می شود از زید. چون خراج تابع ملک است.

۱۳۵-سوال:

۱۳۵-سوال: شخصی پنجاه سال قبل از این به رحمت ایزدی پیوسته. و وارث او منحصر به دو نفر پسر و سه نفر دختر و یک زوجه بوده. و قدری ملک و آب و عمارت از او باقی مانده که ورثه فی ما بین خود تقسیم و هر یک "رسد" خود را متصرف، و بعد از پنج شش سال دیگر، دو نفر پسر نیز امر لیبیک را اجابت، و "رسد" آنها به والده ایشان رسیده، و مدت بیست سال در تصرف والده آنها بوده. در سنهء هزار و دویست آن ضعیفه ملک و آب مزبور را به تصدیق صبایای خود به شخصی به مبلغ ده تومان فروخته، و در حین بیع قرار داد شده که مشتری ده تومان وجه ثمن را اخراجات نفقه و کسوه او نماید (یعنی زندگانی او را موافق معمول ولایت گذرانیده) و هر گاه آن ضعیفه محرم شرعی داشته و راه امن باشد خرجی رفتن و آمدن کربلای او را مهم سازی نماید. مدت سه سال در حیات بوده و در سال چهارم فوت شده. دو نفر صبایای او مدعی [این] که قرار داد و شرطی که در وقت بیع شده، به عمل نیامده، یعنی والده ما به کربلا نرفته. و مشتری [مدعی] اینکه مرگ او را امان [ن-] داد و محرم نداشت و راه هم امن نبود.

گفتگوی آنها به خدمت اهالی شرع کشیده بالاخره جمعی از مسلمین بنای صلح گذاشته مبلغ چهار تومان از مشتری گرفته و تسلیم دو صبیبه نموده اند. و یک صبیبه 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 صبیبه ادعا مینمایند که والدهء ما صلح نکرده و حق او باقی است. آیا مشتری می تواند به وراث بگوید که شما قسم یاد نمائید (که جدء شما محرم داشته و راه امن بوده که او را به کربلا نفرستاده ام، ثلث اخراجات راه کربلا را بگیرید) یا نه؟ -؟ و بیع مذکور صحیح است یا باطل؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه در ضمن عقد بیع، شرط نکرده است (یعنی ما بین 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 ده تومان چه چیز 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 می شود. سوم آنکه: او را مشروط کرده به وجود محرم و امنیت راه، و در اینجا هر چند جهالت دیگر هم متصور می شود که آن عدم تعیین زمان است که تا چند وقت باید به این شرط عمل کند. و آیا مادام الحیوه طرفین است که هر وقت میسر شد به عمل آورد یا نه (؟-؟) و مدت حیات هم معلوم نیست. ولکن دفع این را می توان کرد به اینکه به مجرد شرط در ضمن عقد، لازم می شود. و مقتضای اطلاق عقد و شرط، این است که به مجرد عقد و شرط، لازم می شود حالا، با حصول آن دو شرط که وجود محرم و امنیت راه باشد. هر گاه احد هما بمیرد قبل از

وفای به شرط، آن مقدار خرجی لازم می شود در مال مشتری، از برای ضعیفه در صورت فوت مشتری، و لازم می شود از برای وراث ضعیفه در ذمه مشتری در صورت فوت ضعیفه. و جهالت اول را هم می توان دفع کرد در صورتی که مراد ضعیفه این بوده است که مشتری امین و وکیل او باشد در خرج کردن ده تومان که در ذمه او هست، از برای نفقه و کسوه 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 می شود. و بایع و وارث او رجوع می کنند به مبیع و منافع. و مشتری به ثمن. و چون مفروض این است که دو صبیبه حق خود را صلح کرده اند، پس دعوی این صبیبه دیگر یا وارث او، بر جا میماند. و این هم موقوف است بر اینکه معلوم شود که صلح آن دو صبیبه مطلق بوده یا مقید بوده به نحو خاصی (؟-؟). ولکن با سکوت آنها از دعوی، اشکالی نیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که ادعای صبایا بر همان ترک شرط، است. که خرجی کربلا دادن است به او، و متعرض فساد بیع نیستند. پس می گوئیم 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، هر چند بیع صحیح بوده باشد. پس این سخن هم علی الاطلاق نمی شود، بلکه این در وقتی خوب است که اجلی و مدتی 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. و اما اگر هیچیک از اینها نباشد، همان تسلط بر مطالبه وفای به شرط، را دارد که خرجی راه کربلا باشد از برای مثل آن ضعیفه، هر گاه 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، هر گاه 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 می تواند ادعای خرجی را بکند، و اگر ندهد، مسلط باشد بر فسخ معامله. و هر گاه هیچیک ثابت نباشد، و وارث ادعا کند بر مشتری که شروط شرط، به عمل آمده و تو وفا نکردی. و مشتری 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. و اگر 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 جایز الحکم میسر نباشد.

۱۳۶- سوال:

۱۳۶- سوال: زید خانه و باغچه متعلقه متصله به خانه داشته، الحال باغچه را فروخته، یا بخشیده. و زوجه زید می گوید که من از تو که زیدی طلب داشتم، و باغچه را من تقاص حق خود کرده ام، اختیار نداشتی که بفروشی یا ببخشی. آیا چنین سخنی از زوجه زید مسموع است یا نه؟ -؟ و حال آنکه زید علم به تقاص زوجه اش نداشته. و زوجه می گوید که شاهد نیز دارم که باغچه را تقاص کرده ام.

جواب:

جواب: بدان که تقاص متحقق نمی شود 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 بر دارد و زیادتی اگر باشد به صاحب برساند. پس اگر باغچه در تصرف مالک بوده، و قبل از بیع بایع، در تصرف زوجه در نیامده و اخذ به عمل نیامده. پس دعوی زوجه مسموع نیست. و اما هر گاه 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، می شود نه متزلزل. به جهت آنکه چنانکه هر گاه مالک ملک خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد. ملک مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر می شود. 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 ثابۀ از جانب شارع از جانب مالک به غیر می فروشد، یا به خود منتقل می کند 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 افادهء ملک متزلزل، باشد و مالک بعد از اطلاع تواند او را بر هم زد، هر چند قبول داشته باشد که تقاص بر وجه صحیح شده. تا اینجا سخن در مسموع بودن و ملتزم بودن دعوی بود. پس الحال باید دید که مشتری چه می گوید. پس اگر مشتری قبول دارد طلب داشتن زوجه را و ممالهء زوج و وقوع تقاص را، پس باید باغچه را رد کند به زوجه. و همچنین هر گاه این مراحل به بینۀ ثابت شود. و اما هر گاه منکر باشد این مراحل را، یا بعض آنها را، بر زوجه 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 سؤال 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 بر فرضی قایل باشیم که تقاص افادهء ملکیت لازمهء مستقره نمی کند هم، چون مفروض این است که زوج بیع را در حال جهالت تقاص، کرده، پس فسخ تقاص نکرده ملک را فروخته، پس در این صورت هر گاه مشتری اقرار به مراحل داشته باشد، یا به بینۀ 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، وایجاب بیع ثانیاً. (۱) بلی، هر گاه بعد از اطلاع بعد از بیع، بگوید که الحال فسخ تقاص، کردم و طلب زوجه را از مال خود میدهم و بیعی که کرده ام 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 ضعیفی است در ضعف.

۱۳۷- سوال:

۱۳۷- سوال: هر گاه کسی مبیعه کرده باشد با کسی. و از مشتری مطالبه ثمن مبیع کند، مشتری می تواند در جواب به عنوان عموم بگوید که تو " از من چیزی نمیخواهی - یا - من مشغول ذمهء تو نیستم " یا اینکه جواب باید مطابق سؤال باشد و باید بگوید که " از باب ثمن مبیع از من چیزی نمیخواهی " و همچنین هر گاه جواب را مطابق بگوید آیا جایز است قسم را به عنوان عموم یاد کند که " تو حقی بر من نداری " یا نه؟ -؟.

جواب:

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 داده ام بینه ندارد که اثبات کند. پس جایز فرار از جواب خاص، به اعم. به جهت اینکه آن هم افادهء مطلوب می کند. بلی، هر گاه جواب اعم، نفع نکند در آنجا اکتفا نمی توان 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 نمی شود زیرا که ثمرات زوجیت نفقه و مهر تنها نیست. و از جمله ثمرات آن میراث بردن است، و آن به جواب اعم، تمام نمی شود. و در صورتی که جواب را مطابق بگوید و قسم را بر اعم بخورد. اظهر در آن نیز جواز است. چون افادهء مطلب می کند. و در اینجا هم باید ملاحظه آن معنی را کرد که از بابت دعوی زوجیت نباشد.

ص: ۲۲۶

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 سلطه ای برای " مقاص " نمیماند تا معارض " الناس مسلطون " باشد

۱۳۸- سوال: معامله نمودن از برای صغیر بر قیم و وصی شرعی، لازم است؟ یا نه هر چند 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 ما بین [قبول] وصیت و عدم آن است؟.

جواب:

جواب: اظهر در نظر حقیر عدم وجوب استنما است در مال صغیر (و این مسئله در جواب مسائل [حجر در کتاب الحجر] مذکور است) خصوصا با عدم حاجت به آن. بلی هر گاه وصیت کرده باشد و وصی هم قبول کرده باشد، لازم است.

۱۳۹- سوال:

۱۳۹- سوال: کسی سلف گندم یا روغن یا مویز، به وعده معین بخرد. [بایع] قدری از ملک و خانه در عوض همان سلف، بیع شرط، نهاده. و در سر موعد سلف را رد نماید بیع لازم شود. می توان چنین بیع لازم را تصرف نموده یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: مشهور میان علما [این است] (بلکه جمعی دعوی اجماع کرده اند) 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 صحیحه منصور بن حازم دلالت بر [عدم] جواز آن، ندارد: (۱) قال سئلت ابا عبد الله - ع - : عن الرجل یكون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلك. فاتی المطلوب الطالب لیتاع منه شیئا (؟) قال: لا بیعه نسیا، فاما نقدا فلیعه بما شاء (۲) زیرا که دلالت آن در وقتی تمام است که مراد این باشد که طلبکار میخواهد چیزی از آن وجه را عوض مبیع حساب کند (۳) و مراد از " نسیا " هم سلف باشد. یعنی

ص: ۲۲۷

۱- یعنی دلیل حرمة و عدم جواز، اجماع یا هر چند باشد به جای خود، ولی حدیث منصور نمی تواند دلیل آن باشد.

۲- وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ۶ ح ۸.

۳- این فرمایش میرزا (ره) عجیب است، زیرا حدیث غیر از این پیامی ندارد

وقتی صحیح است که آن چیزی که می خرد بالفعل بگیرد نه اینکه به عنوان سلف باشد. زیرا که مبیع مؤجل را نسیه نمی گویند و این هر دو خلاف ظاهر حدیث است. بلکه ظاهر این است که حدیث در معامله نسیه است که هر گاه کسی چیزی به نسیه بفروشد، جایز است آن را به نقد بخرد. و مکروه (۱) است که به نسیه بخرد (در غیر صورتی که شرط کرده باشد بیع آن را، در ضمن عقد (۲)) چنانکه صحیحاً دیگر (۳) منصور دلالت بر آن دارد. (۴)

۱۴۰- سوال:

۱۴۰- سوال: مال حرام مجهول المالک که به فقرا بدهند، او را از فقرا می توان خرید یا نه؟-؟.

ص: ۲۲۸

۱- میرزا (ره) پیام حدیث را در بیع نسیه نیز به "کراهت" حمل می کند. زیرا در بیع نسیه غیر از این راهی نیست لیکن در ذیل مسئله شماره ۱۰۱، از مجمع البحرین نقل کردیم که به بیع سلف نیز نسیه می گویند. و پیام حدیث به سلف مربوط است. ۲- زیرا در این صورت، شرط ناقض اصل عقد میگردد و باطل می شود.

۳- وسائل: ج ۱۳ ص ۷۴، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ۴.

۴- بالاخره فتوای میرزا در این مسئله چنین می شود "فروختن چیزی که به عنوان سلف خریده شده قبل از حلول مدت، جایز نیست. و همچنین نمی توان آن چیز را به عنوان قیمت یک مبیع قرار داد". و قول مشهور را میپذیرد. این همان مسئله شماره ۱۰۱، است که میرزا در تضعیف قول مشهور سخت کوشید و در تایید قول غیر مشهور استدلال ها 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 مجدداً بصورت نسیه (سلف) بخرد. ولذا نیاز بود که کلمه "مطلوب" در متن حدیث "مفعول مقدم بر فاعل" فرض شود. که این 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 می کند و لفظ "مطلوب" فاعل می شود. و روشن می شود که حدیث از چنین وضعی منزّه است. این نکته که در متن سؤال هست و پیام حدیث را مجسم می کند موجب تغییر رای میرزا نشده است زیرا میبینیم که باز حدیث را به بیع نسیه حواله می کند. و در مسئله شماره ۱۵۱ خواهیم دید که باز بر سر نظریه خویش هست

جواب:

جواب: بلی می توان خرید. چون الحال مال فقر است.

۱۴۱- سوال:

۱۴۱- سوال: زید خانه داشته و منافع آن را به صیغه " عمری " به ضعیفه - مادام حیاتها - و گذاشته. بعد از آن زید اراده فروختن خانه 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 مبیعه خانه مزبوره نموده. زید نیز خانه را به شخصی دیگر مبیعه نموده. در صورت مسطوره، مبیعه زید با شخص مشتری صورت صحت دارد یا نه؟ -؟ و مصالحه ای که ضعیفه با زید نموده در منافع مدت عمری - نظر به عدم علم به مدت عمری - صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بیع چیزی را که کسی به صیغه 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. خصوصاً 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. و جهالت منافع به سبب جهالت مدت عمر، مضر به صلح نیست. خصوصاً با وجود عدم امکان از تحصیل علم. پس بنا بر این، هم مصالحه ضعیفه صحیح است و هم بیع زید.

۱۴۲- سوال:

۱۴۲- سوال: زید مبلغ چهار تومان به عمرو، داده. از قرار " ده دو " و نقد به نقد بدون بیع شرط، و اجاره شرعیه. و مدت چند سال 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 یا نه؟ -؟ و عمرو مشغول ذمه زید هست یا نه؟ -؟.

جواب:

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 معاملهء بیع شرط در چهار تومان راس المال: پس اگر این هشت تومان که عمرو به زید داده با آن چهار تومان راس المال که زید به عمرو داده مساویانند در جنس و وصف (مثل اینکه هر دو اشرفی معلوم الصفه باشند، یا هر دو ریال معلوم الصفه 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 چهار تومانی 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 هر گاه جنس های 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 اجل ها، یا اینکه نه پول نقد باشد و نه متاع مثلی بلکه هر دو قیمی باشند (مثل اینکه هر دو 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 می شود. و همچنین اجارهء مترتب بر آن (۱). 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 کرده اند.

۱۴۳- سوال:

۱۴۳- سوال: الاقباض فی غیر المنقول هو التخلیه و ان کان فی غیر البلد: ام

ص: ۲۳۰

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 منزلهء سود اصل پول قرار میگرفت. و از متن سؤال پیداست که در عصر میرزا اینگونه معاملات سخت رواج داشته است. و سؤال کننده عبارت زیبای " بیع شرط و اجاره شرعیه " را به کار میبرد

يعتبر فيه مضى زمان يمكن الوصول فيه اليه -؟-؟.

جواب:

جواب: الاظهر عندى فى تحقق القبض فى غير المنقول بعد التخليه، اما الوصول بالمبيع (او الموهوب و نحو هما) بالفعل. او مضى زمان يمكن فيه من الوصول اليه. فان الظاهر ان الحكمه فى اشتراط القبض هو ظهور مبدأ آثار التملك، الذى هو وجه من وجوه التصرف. و ان كان بوضع اليد او الرجل والدخول فيه. و هذا لا بد ان يحصل اما بالفعل او بتمكن منه، و ان سامح فى ذلك. و لا ريب انه لا يحصل التمكن الا بمضى زمان يسعه. فقد يحصل بعد التخليه مانع من قبل الله تعالى فى هذا الزمان يمنع عن الوصول (كما لو باع ارضا و خليها و جاء السيل و ذهب بهذه الارض) فلا يصدق عرفا ان البايع اقبضها او قبض المشتري ثم تلف. حتى ينتقل الضمان الى المشتري مثلا. لان هذه التخليه وجودها و عدمها سيان. فلا فرق بين البلد البعيد و القريب، فالعمده فى القبض هو تمكن الوصول الحاصل من رفع المانع من جانب البايع مع تمكن المشتري. [و] منه التوقف على عدم حصول مانع خارجى حتى يصدق القبض عرفا. نعم، لو مضى زمان يمكنه ذلك و سامح المشتري و نحوه، ثم حصل مانع خارجى فهذا لا ينافى الصديق العرفى. و اعلم انه: كما يحصل القبض بوضع اليد او الرجل فقد يحصل بالبيع والاجاره بعد العقد فورا. و هذا و ان كان يمكن الاشكال فيه، بان البيع والاجاره فاسد ان، لانهما مشروطان بالقبض السابق عليهما، و المفروض ان القبض انما وقع بهما، و يترتب عليهما، لا انهما مترتبان عليه. ولا ينفع حصول القبض. فالبيع مثلا يجعل واحد و لا تقدم هذا للقبض لا وضعها ولا طبعا. و [لكن] يمكن دفعه بانهما يثمران فى التصرفات التى بعدهما، و ان بطلا بانفسهما. والقول بان " القبض الفاسد لا يمكن ان يكون منشأ لتصحیح ما بعده من التصرفات ". ضعيف. لان القبض من الاحكام الوضعيه. غايه الامر كونه حراما، و عدم صيروره الحرام منشأ لترتب الاثار فى الاحكام الوضعيه ممنوع. كما ترى فى لزوم المهر و لحوق الولد فى وطى الحايض، و نحو ذلك.

۱۴۴- سوال:

۱۴۴- سوال: تخم در زمین، مثلا پیاز و گندم ناروئیده، بیع و شرای آن صحیح است یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: صورتی ندارد مگر با ضم ضمیمه. که آن ضمیمه مقصود بالذات باشد در بیع.

۱۴۵- سوال:

۱۴۵- سوال: زعفران غش دار را بیع نمایند، بلکه مصالحه و مواهبه نمایند. صورت دارد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: در صورت جهالت مشتری، معامله غش حرام است (خواه به عنوان بیع باشد و خواه مصالحه و خواه هبهء معوضه) و لکن معامله باطل نیست. بعد از اطلاع، تسلط بر قسم دارد.

۱۴۶- سوال:

۱۴۶- سوال: هر گاه 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 ریشه آن درخت بروید. [و شخص دیگری] مثلا او را تربیت نموده به عمل بیاورد. آیا در این صورت صاحبان آن ملک مشاع می توانند ادعای حصه بر او یا وارث او بکنند؟

جواب:

جواب: شرکا (در آن ارض مشاع) را حقی در آن نیست. و همچنین بایع را. چون درخت را به توابع آن منتقل کرده به مشتری. و اشکال میماند ما بین مشتری و این شخصی که درخت را به عمل آورده. پس اگر آن مشتری از آن ریشه اعراض نکرده، نهال مال اوست. و هر گاه اعراض کرده است (مثل اینکه ریشه را هم کنده و بعضی ریشه های جزئی مانده که مالیتی نداشته)، پس اگر قبل از سبز شدن 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 سبز شدن و قابلیت ملکیت، حیازت کرده و تربیت کرده، ظاهر این است که مال مشتری می باشد.

۱۴۷- سوال:

۱۴۷- سوال: زید و عمرو، هر دو اهل یک ولایت و با هم (فی الجمله) در بعضی اوقات معامله داد و ستد میکردند. عمرو به رحمت خدا رفته. بعد از سه سال زید هم فوت شده. و مدت دو سال هم از فوت زید گذشته. ورثه عمرو آمده کاغذی آورده اند نزد

ورثه زید که پدر شما فلان ملک را بیع شرط پدر ما کرده به مبلغ سی تومان و رد ثمن نکرده، و بیع آن لازم شده. ورثه زید (از اینکه جاهل به سن و جاهل به مسئله بوده) سخن ایشان را قبول نموده و بنا به فسخ معامله سابقه شده و معامله فسخ شده. ورثه عمرو، با ورثه زید محاسبه نموده که سی تومان در عوض پنج سال منفعت آن، از قرار " ده دو ونیم " چند است، و بعد از محاسبه، ورثه زید در عوض مجموع سی تومان و نفع آن (از قرار ده دو ونیم "، قدری [ملک] دیگر [به آن] ملک علاوه نموده. بدون اینکه صیغه جاری شود به نزد شرع رفته اقرار رسم القبالة، نموده. که ملک را فروخته ایم و تنخواه را گرفته ایم. و شرع هم به اقرار آنها مهر نموده است. تا مدت سه سال به این طریق رفتار نموده اند. حال به ورثه زید یقین حاصل شده که پدر ایشان، ثمن را در مدت خیار به عمرو مشتری، رد نموده است، و حجت ورثه عمرو، خالی از وجه بوده است. ورثه زید ملک را به تصرف [ورثه] عمرو نداده اند و نمیدهند. دو سال است بدون معامله شرعیه جدید در تصرف ایشان است. و سخن ورثه عمرو آن است که پدر شما رد مثل ثمن، را به پدر ما نموده است، و بیع لازم شده و معاملات بعد از آن هم صحیح است، ملک را میخواستیم با اجرت المثل دو ساله. استدعا آن است که چگونگی را، قلمی، و به مهر شریف مزین فرمایند.

جواب:

جواب: هر گاه ورثه زید اثبات کرده اند که زید ثمن را به عمرو رد کرده بوده و حجت خالی از وجه بوده و اقاله بیع لغو بوده، پس بیع ثانی که در ازای آن سی تومان با منافع ربویه غیر مشروع، بوده، باطل است. خصوصاً با ملاحظه اینکه این بیع مبتنی بر فاسد، است که ناشی از اعتقاد مالک بودن ورثه عمرو است. که اگر آن ادعای ورثه عمرو و اعتقاد فاسده ورثه زید به صحت آن، نبود این بیع واقع نمیشد. پس بطلان بیع هم از راه فساد ثمن است و هم از راه عدم قصد به بیع در نفس الامر منجزاً. و هر گاه ورثه 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 می شود در ظاهر شرع. و اقاله صحیح می شود. و بیع ثانی هم در مقابل ثمن مقربه، صحیح است، و ثمرات ملک بر آن مترتب می شود. و اما آنچه در مقابل ربیحه 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 ورثه زید در نزد حاکم شرع قباله برده اند که مهر کند و حاکم مهر کرده و الحال ادعا می کنند که اقرار ما علی رسم القباله بود. و ظاهر این است که مراد ایشان از " اقرار علی رسم القباله " اقرار به بیع و قبض ثمن بوده چنانکه از صورت سؤال ظاهر می شود. پس اگر مراد ایشان این است که مطلقاً بیع به عمل نیامده بوده، نه به عنوان معاطات و نه به عنوان صیغه بیع. پس آن مسموع نیست. چون ظاهر این است که معاطات به قبض احد متبایعین، حاصل می شود، و به همان اقرار به اشتغال ذمه به وصف ثمن بودن، تمام می شود. هر چند مبیع را به قبض ورثه عمرو نداده باشند. به این معنی که مساومه بیع شده و قیمتی را که اقرار کرده اند به اشتغال ذمه به آن، ثمن حساب کرده اند. و به این سبب اقرار به بیع کرده اند. و اما صیغه نخوانده اند. پس دیگر چه معنی خواهد داشت که بیع بهیچ نحو واقع نشده و اقرار ما علی رسم القباله بوده. و حاصل این شق این است که تکیه بر عدم تقابض از طرفین است. و اگر مراد ایشان این است که نه ملاحظه ثمن بودن آن وجه، به عمل آمده، و نه تسلیم مبیع. و با وجود این اقرار به بیع کرده اند. پس چنین دعوائی از باب ادعای اقرار به رسم القباله که غالب الوقوع، باشد و مسموع باشد، نیست. بلکه این بسیار دورتر است از شق اول. پس باقی میماند همین که مراد از " اقرار علی رسم القباله " این باشد که صیغه نخوانده ایم، و انشاء نقل به معاطات [هم] به عمل نیامده. و [با اینکه] آن وجه، به وجه " ثمن مبیع بودن " متصف شده و آن ملک هم متصف به اسم " مبیع " شده،

لکن صیغه

نخوانده ایم. پس در این صورت ظاهر این است که دعوی مسموع باشد. و مدعی آن، باید اثبات کند. یعنی اینکه می گوید " بیع معاطات نیست و صیغه [هم] نخوانده ایم " اثبات کند و با عجز از اثبات، قسم متوجه ورثه عمر و، می شود که صیغه خوانده شده. و لکن ثمرات معاطات مترتب می شود، پس نمای ملک مال مشتری می شود، 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. خصوصا در صورتی که ورثه زید اقرار به جریان صیغه هم کرده باشند و بعد بگویند اقرار ما به صیغه " علی رسم القبالة " بود. پس با وجود این مخالفت دعوی، با قواعد (خصوصا با آنکه مسبوق است به اقرار مخالف آن) مستحق اسم مدعی علیه و " منکر " است تا قسم متوجه او شود. و اینکه این دعوی را می کند که رسم القبالة بود، مدعی است. - چنانکه فقها ذکر کرده اند - و مجرد اینکه وقوع صیغه خلاف " اصل است، مقابله با این ظواهر نمی کند. آیا نمیینی که در اقرار به قبض ثمن، (یا ادعای اینکه اقرار [به] رسم القبالة بود) قسم متوجه مدعی اقباض است (-؟). با وجود اینکه قبض، خلاف اصل است.

۱۴۸-سوال:

۱۴۸-سوال: محسوب داشتن ثمن بیع سلف از " ما فی الذمه " بدون شرط یا قصد به آن. چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهر، صحت است. بلکه اظهر جواز اقرار دادن ثمن است از ما فی الذمه نیز. ولیکن احوط این است که بیع را مطلق به عمل بیاورد، بعد ثمن را از ما فی الذمه محسوب دارد. و احوط از همه حاضر کردن ثمن است (۱).

۱۴۹-سوال:

۱۴۹-سوال: زید می فروشد چیزی را به عمرو، به شرط اینکه ثانیاً، به او بفروشد به همان قیمت به مبیعه شرطیه، یا به قیمت نازل. چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهراً خلافاً در بطلان آن نیست.

ص: ۲۳۵

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- سوال:

۱۵۰- سوال: متعارف در این بلاد، این است که ملکی را بیع شرط می کنند، و بعد از آن بایع اجاره می کند. آیا در صورتی که بایع در ایام خیار، رد ثمن، نماید به سوی مشتری و فسخ نماید، وجه اجاره را توزیع بر مدت، باید کرد یا نه؟-؟ و در صورتی که توزیع بر مدت کند، آیا هر گاه از برای بعض مزیتی بوده باشد (یعنی منافع مبیع در آن مدت بیشتر بوده باشد) ملاحظه آن را باید کرد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: هر گاه 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 رد 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 نمی شود. مگر اینکه علی حده در آن هم تقایل کنند. و بعد از تقایل در اجاره، مشتری از وجه اجاره به قدر زمان گذشته مطالبه می کند، و ملاحظه از منته در مقدار وجه اجاره می شود. هر گاه زمان خیار فسخ بیع را در مجموع مدت قرار داده اند (هر چند در صحت اجاره اشکالی کرده اند و لیکن اظهر جواز آن است) در صورت فسخ بیع به رد مثل ثمن، مستحق وجه اجاره نسبت به زمان ما قبل فسخ می شود به نحوی که گفتیم.

۱۵۱- سوال:

۱۵۱- سوال: زید مقدار معینی ابریشم به صیغهء سلف از عمرو، می خرد، در گیلان. به مدت معینی، به قیمت معینی. و در سر موعد، عمرو تعلل می کند در دادن ابریشم. و میآید به قزوین. و زید هم میآید به قزوین و از او مطالبهء ابریشم می کند. عمرو را ممکن نمی شود دادن ابریشم. بنا به این می شود که اجناسی چند، زید از عمرو میگیرد به قیمت معینی. الحال آیا ملاحظهء قیمت این اجناس را نسبت به قیمت ابریشم در گیلان، باید حساب کرد؟ یا قیمت آن در قزوین؟

جواب:

جواب: شکی نیست در اینکه در بیع سلم (هر گاه بایع قادر است) در سر موعد در ادای مبیع، واجب است ادای همان جنس خاص، در بلدی که شرط کرده اند تسلیم را در آن بلد. یا در بلد عقد بیع، هر گاه مطلقاً شرطی نشده. بنابر مشهور اقوی.

و هر گاه عاجز باشد، یا به سبب یافت نشدن آن در آن وقت (بعد از آنکه غالب الحصول و مترقب الوصول بوده)، یا به سبب عجز او از تحصیل آن. پس مشهور و اقوی این است که از برای مشتری خیار فسخ حاصل می شود. یعنی رجوع کند به قیمتی که داده یا اینکه صبر کند تا بایع قادر شود بر تحصیل آن جنس. و اما هر گاه بایع قادر بود در سر موعد، و تعلل کرد و نداد تا عجز حاصل شد. پس می تواند مشتری، که قیمت آن جنس را بگیرد. پس در صورت سؤال که زید تعلل کرده و در گیلان که بلد عقد بوده تسلیم نکرده الحال که در قروین ممکن نیست او را تسلیم عین آن جنس، پس مشتری مسلط است بر اخذ قیمت آن. و هر گاه 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 ذمهء تسلیم عین در گیلان بود. و بعد از عجز از عین، که رجوع به قیمت می شود، این قیمت بدل آن عین است. و چنانکه قیمت به حسب ازمان، تفاوت می کند، به حسب امکان هم تفاوت می کند. و وجه عدول از مثل به قیمت (در مقامی که مبیع مثلی باشد، و مثل متعذر نباشد) 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 مغضوب (در مثلی)، رجوع به مثل است. و در صورت تعذر مثل به قیمت. و در ملاحظهء قیمت چند قول است، و اقوی قیمت روز دفع قیمت، است. پس باید در ما نحن فیه قیمت گیلان در روز دفع، اعتبار شود. پس در ما نحن فیه می گوئیم که: هر گاه قطع نظر - از ملاحظهء گنجایش هر یک از ابریشم و اجناسی که در عوض آن [قرار] میدهند - می کنند و راضی میشوند به اینکه این اجناس در عوض ابریشم باشد، و مشتری هم قبول می کند بازاء همین اجناس. پس

دیگر ملاحظه قیمت قزوین و گیلان ضرور نیست. و این عقد و معامله مستقلی است که تراضی طرفین به آن واقع شده. و اما هر گاه مذاقه می کنند، و ملاحظه قیمت عوض و معوض می کنند، و منظور این است که آنچه مشتری در نفس الامر مستحق آن است گرفته باشد، و آنچه بایع از اجناس قیمت کرده و داده، علی الحساب است، تا اینکه معلوم شود که در نفس الامر مستحق چه چیز است. پس این از باب وفای دین است به هر قدر که در مقابل آن در آید، 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 نمی تواند داد. پس بعد از معلوم شدن قیمت گیلان، اگر مساوی آن را داده است، برئ الذمه است. و اگر کمتر داده، باید کسر آن را تمام کند. و اگر زیادتر داده، زیادتی را پس میگیرد. و بالجمله: معنی اینکه "مشتری در نزد تعذر 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 می شود، و عین از ملکیت او خارج می شود، و مستحق ثمن است، لا-غیر. پس می گوئیم که هر گاه چنین نمی کند و بنا را به اخذ ثمن میگذارد که مستحق آن است. و نمی تواند زیاده از آن بگیرد، و بایع هم نمی تواند کمتر بدهد. پس در صورت سؤال 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 می کنند. و اما هر گاه 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 معامله جدید به میان میآید. و آن مبیعه عین است به آن اجناس. و در اینجا ملاحظه قیمت گیلان و قزوین معتبر نیست. بلکه به هر چه تراضی واقع شود. زیرا که جایز است بیع مبیع سلفی، بعد از حلول، هر چند قبل از قبض باشد. خصوصا در غیر طعام. علی الاظهر. پس در این صورت می فروشد مشتری ابریشمی [را] که در ذمه بایع دارد (که باید آن را در گیلان تسلیم کند) به بایع، به هر قیمتی که تراضی واقع شود. خواه کمتر باشد از قیمت

ابریشم در گیلان، یا بیشتر باشد. و این خود معنی معاملهء 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 نمی تواند مطالبه کند و بگوید من راضی نمیشوم. به همان قیمتی که در نفس الامر مستحقم. چون بنا به همان شده و قسرا، لازم آن میافتد، که به همان اکتفا کند. و در آن صورت دیگر (۱)، می تواند بگوید که آن عین که در ذمهء تو است که باید در گیلان تسلیم کنی، به تو وا میگذارم در عوض این مبلغ. که در این صورت هر چند ظاهر شود که این قیمت مضاعف قیمت گیلان است، دیگر نمی تواند با بیع استرداد کند. چون این معامله جدیدی است و بر وجه تراضی واقع شده، و آن بیع است و احکام بیع بر آن مترتب می شود. خواه احکام معاطاتی باشد، اگر صیغه خوانده نشده. و خواه بیع لزومی، هر گاه صیغه جاری شده. و جهالت قیمت گیلان، در اینجا مضر نیست. چون میبایع معین است. بلی، [باید] قیمت جهالت نداشته باشد.

۱۵۲- سوال:

۱۵۲- سوال: زید متاعی می فروشد به عمرو، به مبلغ ده تومان، از قرار عباسی شماخی به یک عباسی، به موعده معینی. و بعد از آن در حین نوشتن "تمسک" به او می گوید 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:

جواب: تعیین ثمن و مثن، در بیع، شرط صحت آن است. و به هر چه 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 نمی شود. بلی اگر بگوید که عباسیها که من از تو طلب دارم بدل کن به اشرفی (یعنی در ذمهء خود قبول کن که هر نرخ که عباسی را بر میدارند الحال به آن نرخ که اشرفی را بر میدارند به .

ص: ۲۳۹

۱- یعنی در صورت دوم. توضیح: عبارت نسخه چنین است: و در آن صورت، دیگر نمی تواند بگوید...

من در سر موعد بدهی) و او هم قبول کند، اظهر و اشهر صحت لزوم این معامله است. هر چند قبض به عمل نیاید. و این مستثنی خواهد بود از معامله صرف که در آن قبض مجلس شرط است. و خلافی که نقل شده از ابن ادریس است که باطل میدانند و شهید حکم به ندرت این قول کرده. و اما اشکال در سر این است که آیا این معامله 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 جمله لوازم آن در معامله 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 ذمه بگیرد. یا اینکه در این مقام، بودن مال در ذمه به منزله قبض است، و مفروض این است که ثمن و مثن هر دو در ذمه شخص واحد است که زید است. و همین قدر در تحقیق قبض کافی است. و بسیار از این مقدمات محل اشکال و خلاف است. و لکن چون دو روایت معتبر که موثق کالصحیح اند، دلالت دارند بر آن (۱). و اکثر متأخرین عمل به آنها کرده اند. و عمل به آنها از شیخ و ابن جنید هم منقول است. پس تخصیص قاعده معامله صرف به آنها، ضرر ندارد. و عبارات فقها در این مقام اختلافی دارد. جمعی به این نحو تعبیر کرده اند که گفتیم یعنی توکیل است در بیع و قبض. و جمعی مطابق روایت گفته اند. و دور نیست که مراد از " تحویل " که در روایت وارد شده همان بیع باشد، و روایت مخصص قاعده صرف باشد. پس هر گاه مدیون قبول تحویل، کند و بگوید " حولت ما فی ذمتی من الدرهم لعمرو، الی دنانیر کذا " کافی باشد در انعقاد صیغه بیع. و ضرور نیست که به لفظ " بعث " و اشتریت " باشد. زیرا که وسعی در الفاظ بیع، هست. حتی اینکه تشریک را. از جمله اقسام بیع شمرده اند. و آن این است که کسی متاعی خریده به قیمت معینی، دیگری ۲

ص: ۲۴۰

می گوید مرا شریک کن در نصف این متاع. پس هر گاه این مشتری اول، بگوید " شرکتک بنصفه بنسبه ما اشتریت به "، در نصف شریک او می شود. و نصف قیمتی که داده به او می دهد. به شرطی که هر دو عالم به قیمت باشند. و آن فی الحقیقه بیع جزء مشاع، است به راس المال. و این بیع منعقد می شود به لفظ تشریک. پس چه مانع دارد که به لفظ " حولت " هم متحقق شود. خصوصا با ورود دو روایات معتبره. و اگر خواهی که آن را داخل بیع نکنی هم ضرر ندارد، بنا بر 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 جمله آن قبض است. و اکتفا نمودن در ذمهء 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 حدیث ها: پس یکی آن است که شیخ در تهذیب روایت کرده است از حسن بن محبوب، از اسحاق بن عمار " قال: قلت لابی عبد الله (علیه السلام): تکون للرجل عندی الدرهم الوضح، فیلقانی فیقول: کیف سعر الوضح الیوم؟ فاقول کذا و کذا. فیقول: الیس لی عندک کذا و کذا الف درهم وضحا؟ فاقول: نعم، فیقول: حولها لی دنانیر بهذا السعر واثبتها لی عندک. فما تری فی هذا -؟. فقال لی: اذا کنت قد استقصیت له السعر یومئذ فلا باس بذلك. فقلت؟ انی لم اوازنه و لم اناقده، انما کان کلام منی و منه. فقال: الیس الدرهم من عندک والدنانیر من عندک؟. قلت: بلی. قال: فلا باس (۱) 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. (۲) ولکن [این] تعلیل در آن مذکور نیست. و هر چند در لفظ حدیث " قبول " مذکور نیست صریحا، ولکن ظاهر این

ص: ۲۴۱

۱- تهذیب ج ۲ ص ۱۴۶. وسایل باب ۴، ابواب صرف ح ۱. در وسائل متن حدیث از کافی آمده که با متن تهذیب مختصر تفاوتی دارد مثلا 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- سوال:

۱۵۳- سوال: هر گاه جنس، غش و قلبی داشته باشد. و بایع و مشتری هر دو عالم باشند و معامله کنند. این معامله چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: این سؤال 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 نمی شود. پس آن عمل حرام است. خصوصاً هر گاه بایع خود عمداً کرده باشد به قصد فروختن. و اما هر گاه مخفی نباشد (مثل اینکه خاک داخل گندم کرده)، پس آن مکروه است. و باطل نیست. هر چند فعل حرام کرده باشد. و تدارک نقصان به خیار غبن و خیار تدلیس می شود هر گاه مطلع شود. و رهبر گاه مطلع نشود. بایع مشغول الذمه است در دنیا و آخرت در صورت مخفی بودن غش. و اگر مراد این است که به پول هائی که در آنها غش هست (مثل اینکه سرب یا مس داخل آن باشد) معامله کند و خرج کند. پس اگر از پول هائی است که در میان مردم رواج دارد، و میشناسند، و معامله می کنند، پس باکی نیست. هر چند 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 هر گاه از پول های متعارف (که رواج دارد و به آن معامله می کنند) نباشد. بلکه زر کهنه 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 نمی کنند، و مسامحه می کنند 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 می کنند و مضایقه نمی کنند. پس باکی نیست.

ص: ۲۴۲

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 (۱) هم دلالت بر اصل تفصیل مسئله می کند. یعنی آنکه هر گاه از زر مغشوش رایج است در میان مردم، جایز است خرج کردن آن. و هر گاه رواج نیست جایز نیست. مگر بعد از بیان اینکه مغشوش است. و همین وجه جمع است ما بین احادیثی که از طرفین وارد شده، که بعضی بر منع از خرج کردن مغشوش است مطلقاً (۲)، و بعضی بر جواز مطلقاً (۳). و اگر مراد (۴) معامله کردن زر مغشوش است و دیگری خالص. پس اگر با غیر جنس خود معامله می کند (مثل طلای مغشوش با نقره یا خالص یا به عکس). پس آن جایز است بی اشکال. چون در تحقق ربا تماثل شرط است. و اگر با جنس خود معامله می کند (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 کرده اند بر آن. و این مقتضای ادله حرمة ربا است چون اجتناب از آن واجب است و در صورت جهالت ایمن از ربا نیست. و هر گاه مقدار طلا یا نقره که در مغشوش است معلوم باشد، پس جایز است معامله، هر گاه 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 "ما یتمول" گویند. که قدری از زر خالص از آن طرف خالص، در برابر این طرف مغشوش، باشد، و زاید بر آن [در برابر] مس یا سرب باشد، صحیح است معامله. و ربا حاصل نمی شود. و همچنین است کلام، هر گاه مقدار خالص که در آن مغشوش است، معلوم نباشد، و لکن زر مغشوش و زر خالص به یک وزن و یک قیمت باشند هر چند این فرض نادری.

ص: ۲۴۳

-
- ۱- حدیث های مورد نظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ۴۷۶ - ۴۷۴.
 - ۲- حدیث های مورد نظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ۴۷۶ - ۴۷۴.
 - ۳- حدیث های مورد نظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ۴۷۶ - ۴۷۴.
 - ۴- عطف است به "اگر مرا این است که غش در متاع بایع است" و به "و اگر 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، هر چند مقدار آن معلوم نباشد، و همین قدر از برای خلاص از ربا، کافی است. و هر گاه متماثلان که از یک جنس اند، هر دو مغشوش باشند، پس معامله صحیح است مطلقاً، یعنی هر چند مقدار خالص در هر دو طرف مجهول باشد. بلکه هر چند معلوم باشد که خالص یک طرف بیش از خالص طرف دیگر باشد. و این بنا بر این است که ضمیمه با احد متماثلین چنانکه موجب [عدم] تحقق ربا می شود، [همین طور است] هر گاه در هر دو طرف باشد. به جهت آنکه (۱) خالص احد طرفین را، در برابر خلیط آن طرف قرار میدهیم و خلیط آن طرف را در برابر خالص این طرف. (همچنانکه هر گاه خلیط در یک طرف باشد و معلوم باشد زیادتی خالص آن طرف خالص، بر خالص مغشوش، به قدری که توان قیمت خلیط این طرف کرد. چنانکه گذشت). و این خلیط داخل " ضمیمه " است که از جملهء حیل ربا است. و در حدیث صحیح وارد شده است، که جایز است فروختن دو هزار درهم به یک هزار درهم به ضمیمهء دیناری. که هزار در برابر هزار است، و هزار دیگر در برابر دینار (۲) و پیش دانستی که جهالت مقدار در پول های رایج ضرر ندارد. پس اشکالی که در اینجا متصور است، همان ربا است و آن مندرج می شود به تراضی آنها بر اینکه خلیط یک طرف قیمت صافی آن طرف باشد. و صافی آن طرف قیمت خلیط این طرف. پس معاملهء مثلین با تفاضل نشده (۳) که ربا حاصل شود. و در آن ۶

ص: ۲۴۴

۱- و در نسخه: به جهت آنکه اگر خالص احد طرفین...

۲- رجوع کنید به مسئله شماره ۶ (همین مجلد) و به ذیل آنکه نظریه ابتکاری امام خمینی (ره) در این مسئله بیان شده است. و حدیث در: وسائل: ج ۱۲، ابواب الصرف، باب ۶ ح ۱، و نیز باب ۲۱ ح ۴.

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 وسیلهء ضمیمه در چنین مواردی است بشرط عدم قصد ربا واقعا نه در ضمیمه کردن یک قوطی کبریت به یک هزار تومان در مقابل دو هزار تومان. یعنی ضمیمه فقط مماثلت را توجیه می کند. نه ربا گرفتن را. رجوع کنید به مسئله شماره ۶

حدیث صحیح شده به اینکه " نعم الفرار من الحرام الى الحلال ". و بدان که: آنچه مذکور شد، نظر به ملاحظهء تحقق ربا و عدم تحقق آن است. و لکن باید مراعات قبض مجلس در همه جا شود. چون معاملهء 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 ما بین مسکوک [و غیر مسکوک] نیست. و لکن باید صدق عرفی طلا و نقره متحقق باشد. و مجرد وجود طلای مخلوط مستهلک در غیر، کافی نیست. و از این جهت است که گفته اند که هر گاه مس یا سرب را بفروشد و در آنها قلیلی از طلا یا نقره باشد، می توان به طلا- و نقره فروخت. هر چند معلوم نباشد زیادتى 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 ظاهرا خلافتی هم در آن نیست و اخبار معتبره هم دلالت می کند. 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 نمی شود، به طلا یا نقره. زیرا که در آنجا هم نمی گویند که طلا فروخت.

۱۵۴- سوال:

۱۵۴- سوال: زید از عمرو ده درهم طلب دارد، که در انقضای مدت یک ماه بدهد. میآید در نزد عمرو و می گوید: مصالحه کردم ده درهم را با تو به یک دینار که در ذمهء 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 ذمهء تو باشد، تا راس موعد که بدهی. -؟

جواب:

جواب: اما مصالحهء مزبوره، پس ظاهرا در آن اشکالی نیست. و اما بیع مزبور، پس اظهر نیز صحت آن است. و ان شئت بیان الماخذ، فلنذكر الروایات الواردة فی هذا الباب: فمنها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق بن عمار - والسند الى اسحاق صحیح، فی

غير الكافي. وفي الكافي فيه "سهل" وهو ايضا سهل. فالحديث اما موثق باسحق، او صحيح - قال: قلت لابي عبد الله (عليه السلام): تكون للرجل عندى الدراهم الوضح. فيلقانى فيقول لى: كيف سعر الوضح اليوم؟ فاقول له: كذا و كذا. فيقول لى: اليس عندك كذا و كذا الف درهم وضحا؟ فاقول: نعم. فيقول: حولها الى دنا نير بهذا السعر و اثبتها لى عندك. فما ترى فى هذا؟. فقال: اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ، فلا باس بذلك. فقلت: انى لم او ازنه، و لم اناقده، انما كان كلاما منى و منه. فقال: اليس الدراهم من عندك؟. فقلت: بلى. قال: لا باس بذلك. (١) و روى الكليني، عن عبيد بن زرارہ و فى سنده روح - قال: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لى عنده دراهم، فآتية فاقول: حولها الى دراهم و اثبتها عندك. ولم اقبض منه شيئا. (٢) قال: [لا] باس (٢) و روى الشيخ فى الصحيح، عن صفوان، عن اسحاق بن عمار، عن عبيد بن زرارہ: قال: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون عنده الدراهم، فآتية فاقول: خذها و اثبتها عندك و لم اقبض شيئا (٣) قال: لا باس (٣) و هذا الحديث، يحتمل ان يكون المراد منه ما افاده السابقان، يعنى "خذها بعد التحويل" و يحتمل ان يكون "خذها" مصحف "حولها". كما ذكره فى "الوافى". و كيف كان، فالمشهور صحه المعامله بدون القبض. و يكون الروايات مخصصه لقاعده اشتراط القبض فى بيع الصرف. و خالفهم ابن ادريس فحكم بالبطلان. و لكن المشهور اختلفوا فى تنزيل الاخبار. فجماعه منهم عبروا بما هو ظاهر ٦

ص: ٢٤٦

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، الباب ٤ ح ١، الكافي: فروع: ج ١ ص ٣٩٩، الفقيه: ج ٢ ص ٩٥، تهذيب: ج ٢ ص ١٤٦.

٢- الوسائل: الباب المذكور: ح ٢. الكافي: فروع: ج ١ ص ١٠٠. و تمام الحديث: سئلت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لى عنده دراهم، فآتية فاقول: حولها دنانير. من غير ان اقبض شيئا. قال: لا باس، قلت: يكون لى عنده دنانير، فآتية فاقول: حولها دراهم و...

٣- التهذيب: ج ٢ ص ١٤٦

الاخبار، بان یامر بالتحويل، و یقبل المديون. فلیکفی ذلک. و قالوا ذلک اذا وقع البیع (۱) ما بین المدين و المديون بهذه العبارة. یعنی (۲) بان یقول " حول ما فی ذمتک من الدراهم بالدنانیر و یكون الدنانیر عندک حتی آخذها " و یقبل المديون. و بذلک یتم البیع و یصح، و ان لم یحصل القبض و الاقباض. لظاهر هذه الاخبار. و ینزلها جماعه علی ان المراد ان یقول " انت و کیلی فی بیع مالی عندک من الدراهم بالدنیا نیرو یكون الدنانیر عندک " حتی یوافق قاعده البیع.

۱۵۵- سوال:

۱۵۵- سوال: شخصی باغی خریده. و میخواهد در آن خانه بسازد. و الحال که زمین را حفر می کند برای بنای خانه، آثار قبل از آن ظاهر می شود. و آن زمین هم نزدیک به قبرستان است. و آن قبرها که ظاهر می شود رو به قبله نیست. و در تحت آن قبرها علامت نهر آب و سنگ بند و آجر و امثال آن ظاهر می شود. آیا این زمین محکوم به وقفیت می شود یا نه؟ -؟. و بر فرض عدم، سنگ و آجرها مال کی است؟ و استخوانها که ظاهر می شود چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: ظهور اثر قبر بطلان ملکیت نمی شود. و آن بیع صحیح است. و بنای خانه و مسکن در آن جایز است. خصوصاً هر گاه قبور رو به قبله نیست. و اما سنگ و آجر که در آن زمین ظاهر می شود، پس هر گاه 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 هر گاه معلوم نباشد، ظاهراً رجوع به عرف عام، می شود. و هر گاه اینها معلوم نباشد آنها مال بایع است. و به هر حال، هر گاه در ضمن عقد شرط دخول آنها در مبیع شده باشد، اشکال نیست. و استخوانها که از امثال این قبور پیدا می شود، هر چند لزوم احترام آنها معلوم نیست لکن احوط و اولی این است که در همان جای خود دفن کنند. .

ص: ۲۴۷

۱- و عبارة النسخه: و قال ذلک الی وقوع البیع...

۲- والصحیح: اعنی - او - ای. و کذا ما سبق قبیل هذا عند قوله: ما افاده السابقان، یعنی...

۱۵۶- سوال: هر گاه شخصی متاعی بفروشد به يك تومان، به وعده يك ماه، و در حين بيع اشرفی را به يك تومان بر میداشتند. و روپيه هم یکی هزار دینار بوده، که يك دانه اشرفی يك تومان بوده، و ده عدد روپيه هم يك تومان بوده. و در انقضای بوعده روپيه ترقی کرده مثلاً نه دانه آن را به يك تومان بر میدارند. بايع الحال می تواند مطالبه ده عدد روپيه را بکند؟ يا اختيار با مشتری است که يك دانه اشرفی را بدهد -؟.

جواب:

جواب: بدان که هر گاه ثمن نقد را مطلق بگویند - مثلاً بگویند " يك تومان " و نگویند " يك تومان پول اشرفی " یا روپيه یا غیر آن - منصرف می شود به آنچه در بلد مباحه، آن را " يك تومان " می گویند. پس اگر اطلاق به يك چیز می کنند و تعددی در عرف نیست، همان متعین است. و هر گاه عرف بلد و اطلاق بلد متعدد باشد، پس اگر احدی از آنها غالب است بر دیگری باز حمل بر غالب می شود زیرا که غلبه به منزله قرینه است بر احد معانی مشترک. و هر گاه 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 يك تومان فروش و يك تومان روپيه، هر گاه تفاوت در رواج داشته باشد. و اما هر گاه در این امور مساوی باشند (مثل يك تومان روپيه به سكهء فلان، یا يك تومان روپيه به سكهء بهمان، هر گاه در وزن و قیمت و مالیت در حين بيع مساوی باشند) پس هر گاه در مرغوب بودن هم مساوی باشند. پس صحیح است بيع، و مشتری مختار است. و اما هر گاه در مرغوبیت مختلف باشند، پس اظهر این است که باز فاسد باشد. به جهت لزوم غرر و تطرق نزاع و دعوی و اما هر گاه 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 غلبه احد استعمالات، یا این است که آن غالب بالاستعمال "موضوع له حقیقی" آن لفظ هم هست، یا نه. پس اگر هست، پس آن مقدم است جز ما بر افراد دیگر که نادرند. و اگر موضوع له حقیقی نیست و لکن استعمال در آن بیشتر می شود، پس آیا حمل باید کرد مطلق را بر معنی حقیقی یا بر آن معنی که حقیقی نیست و استعمال در آن بیشتر است (؟-؟). در این همان خلاف است که هر گاه امر دایر شود ما بین حقیقت و مجاز مشهور، کدام مقدم است (؟-؟). از مسالک ظاهر می شود میل به آخری. و دور نیست که قائل به تساقط احد احتمالی شویم. پس به منزله متساویین می شود. 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 آقا محمد خانی" 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. و هر جا این باشد، فاسد است. هر گاه این را دانستی، بدان که: در صورت سؤال، 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 سخن ها که مذکور شد در اطلاق کیل و وزن هم جاری است. و سخن در همه یکی است. والله العالم.

۱۵۷- سوال:

۱۵۷- سوال: هر گاه 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، می تواند مالک را منع کند از جریان آب و انداختن برف در آن حصار یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که نمی تواند 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 می شود. و منافع تابع اعیان است. پس انتقال عین مستلزم انتقال جمیع منافع است. به جهت اینکه: عین را حالات و حیثیات و صفات می باشد. و در اینجا نقل عین حصار موصوف به اینکه مجرای میزاب و مطرح ثلوج خانه دیگر باشد، می کنند به غیر، نه مطلقا. و امثله انفکاک منافع از عین بسیار است. مثلا هر گاه کسی غلامی دارد و وصیت می کند که عین او از زید باشد و خدمت منافع او مادام الحیوه از عمرو. صحیح است. و ثمره در جواز عتق در کفارات ظاهر می شود. پس هر گاه صاحب عین او را آزاد کند، آزاد می شود لکن باید مادام الحیوه خدمت آن دیگری را بکند. و دیگری آنکه: هر گاه کسی صلح کند مجرای باران و مطرح برف را با دیگری. صلح صحیح است علی الاقوی. و مستحق آن حق می شود. پس اگر بعد از آن مالک آن زمین که باران و برف بر آن میریزد، آن را بفروشد به غیر، حق، سابق بر جا است. و مشتری نمی تواند او را منع کند. پس معلوم می شود 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 خانه دیگر او منحصر باشد در وسط همین خانه. که نمی تواند مانع شد از عبور. بلی، هر گاه 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 می کند. 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 هر گاه به این سبب در قیمت تفاوت فاحشی باشد. دعوی غبن می تواند کرد. و اجتماع اختیارات از جهات متعدده، ممکن است.

۱۵۸- سوال:

۱۵۸- سوال: اذا باع ضیعه بشرط خيار الفسخ حين رد مثل الثمن فی زمن الخيار، ولم یمكنه الرد. و صار البیع لازما. ثم ظهر للمشتري الغبن فی المبیع، و رده الی البایع و

اخذ الثمن. فلو فرض ان المشتري آجرها في المده المشترطه بالبائع، فهل له المطالبه بالاجر، ام لا.؟-؟.

جواب:

جواب: الظاهر، نعم. لانه نماء ملكه، والمبيع يملك بالعقد على المشهور الاقوى.

۱۵۹- سوال:

۱۵۹- سوال: هر گاه زید جزء مشاعی از ملک، 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 یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: اظهر صحت است. به شرطی که زمان آن را معین کنند. زیرا جهالت شرط مستلزم فساد بیع، است.

۱۶۰- سوال:

۱۶۰- سوال: زید ملک می فروشد. به عمرو، و صیغه میخواند، و قباله مینویسد. و نگاه میدارد که عمرو، قیمت را بیاورد و بگیرد. عمرو قیمت را نمیرد تا مدت یک سال، و زید همان ملک را به بکر می فروشد. و الحال عمرو مدعی است که ملک مال من است. ملک مال کیست؟.

جواب:

جواب: بدان که: هر گاه بیع واقع شود و اقباض تمام مبیع و تمام ثمن به عمل نیاید (هر چند اقباض بعض آنها به عمل آمده باشد، و شرط تاخیر تسلیم هم نشود، نه در مبیع و نه در ثمن. هر چند به یک ساعت باشد) تا سه روز، بیع لازم است. و بعد از سه روز خیار از برای بایع حاصل می شود، در فسخ. و مطالبه بایع ثمن را بعد از سه روز، یا آوردن مشتری ثمن را، هیچکدام منشاء سقوط خیار نمی شود. 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 مثن بتمامه، نکنند. و سوم: اینکه شرط تاخیر تسلیم از هیچیک از طرفین نشده باشد. و هر گاه 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. علی الاظهر. و بدان که: شیخ قولی دارد به اینکه در هر جا که متعذر شود از برای بایع اخذ

ص: ۲۵۱

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 می شود که تقاص حق خود را از مبیع بکند. و [تقاص] منحصر در فسخ نیست. و هر گاه تقاص آن ممکن نشود، فسخ هم فائده ای نخواهد داشت. و بدان که: ظاهر این است که ثبوت خیار تاخیر، در صورتی [است] که [عدم] اقباض بایع، از راه عدوان (۱) نباشد، بلکه از باب اتفاق باشد به جهت اینکه مشتری قیمت را بیاورد. و اما در صورتی که عادی باشد، و تاخیر مشتری هم سبب عدم اقباض بایع باشد. معلوم نیست که در آنجا خیاری باشد. و اخبار هم منصرف به غیر صورت عدوان می شود. و لکن تصریحی به این، در کلام فقها در نظر نیست.

۱۶۱- سوال:

۱۶۱- سوال: آیا بیع اطفال صحیح است یا فاسد؟ -؟ جایز است تصرف در آنچه از ایشان بگیری در عوض مبیع یا نه؟ -؟. و جایز است تسلیم مبیع به ایشان یا نه؟ -؟ و فرقی هست ما بین ممیز و غیر ممیز یا نه؟ -؟ و همچنین ما بین اینکه به اطلاع ولی شرعی و اذن او باشد یا نه؟ -؟ و همچنین ما بین اینکه صغیر به مال خود معامله کند یا به مال ولی، یا به مال غیر ولی -؟. و فرقی هست ما بین اینکه حال معلوم باشد یا مجهول، یا نه؟ -؟.

جواب:

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 جانی رساندن او، و اذن در دخول خانه، و وصیت، و تدبیر او بنابر قول بعضی علما (۲)) و آیات قرآنی و احادیث اهل بیت علیهم السلام در دلالت بر منع تصرفات آنها (۳) بسیار است و اصل عدم صحت آن

ص: ۲۵۲

- ۱- و عبارت نسخه: ثبوت خیار تاخیر در صورتی را که اقباض بایع از راه عدوان نباشد.
- ۲- بررسی اقوال علما ایجاب می کند که قید "بنابر قول بعضی 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 کرده اند 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 بوده اند، و علما انکار نکرده اند، 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 میفروشد، متعارف بوده و علما منع نمی کرده اند. این بیش از اباحهء تصرف را نمیرساند. و اما اینکه به عنوان بیع بوده، پس آن معلوم نیست. پس تحقیق این است که ظاهراً اباحهء تصرف است در امثال این امور. به جهت ظهور تداول در اعصار. و " اصل عدم تغییر "، خصوصاً در اموری که می توان جزم کرد که در همهء اعصار چنین بوده. خلاصه: اصل برائت و [اصل] اباحه دلیلی است قوی، و ادلهء منع منصرف به آنها نمی شود. خصوصاً اینکه شاهد حال مسلمین، این است که راضیانند به تصرف در امر ایشان بر این نهج هر گاه مال از غیر صغیر باشد. و همچنین اولیا راضیانند هر گاه مال از خود صغار باشد. و در مجهول الحال باید حمل کرد به یکی از این دو وجه، نظر به تداول در اعصار. پس هر گاه کسی در بین راه یک پول سیاه به صغیری بدهد که برای خود میوه بگیرد، جایز است از او گرفتن و میوه دادن. چون شاهد حال واهب، اباحهء آن است، هر گاه 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 هر چند که ندانیم که ما در، قیم شرعی اوست. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. و حمل میکنیم بر اینکه حاکم شرع مادر را قیم او کرده، یا عدول مؤمنین (بر فرض عدم تمکن از حاکم). اما اگر دانیم که آن مال از خود صغیر است. و غیر ولی شرعی به او داده، و بر غیر جهت شرعیه آورده است، یا از غیر اوست و رخصتی از جانب غیر نباشد، جایز نیست تصرف در آن. و در مجهول الحال تفحص ضرور نیست.

بلی، در بعضی صور می توان قائل شد به جواز تصرف بر سیل بیع، مثل آن جائی که بیع به اطلاع ولی باشد و صغیر به منزله 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 منزله ید ولی شرعی دانیم. و اما با اشتراط صیغه (چنانچه مشهور است)، پس این تمام نیست. چون عبرت به کلمات صغیر نیست. و به هر حال، 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- سوال:

۱۶۲- سوال: آیا بیع جواهر کبار (مثل دانه های مروارید بزرگ یا قطعه کبیره از الماس و یاقوت و زبرجد و امثال آن) به مجرد مشاهده بدون وزن، صحیح است یا نه؟ -؟ و فرقی هست ما بین آنکه نصب باشد بر زمینا [ها] ی مثل تاج و بازو بند و امثال آن، یا نه؟ -؟ و حکم در جواهر صغار چه چیز است؟.

جواب:

جواب: اظهر جواز معامله است با مشاهده، و فرقی ما بین منصوب و غیر منصوب نیست هر گاه در عرف و عادت، غری و سفهی لازم نیاید، و اما طلا و نقره که بر آن منصوب است، بیع آن بدون وزن صحیح نیست - علی الاظهر - و رفع اشکال و رفع ضرر به مصالحه حاصل می شود. و بیع صغار [آنها] بدون کیل و وزن، صحیح نیست.

۱۶۳- سوال:

۱۶۳- سوال: هل - يجوز بيع الجواهر الكبار المنصوبه على الحلی (مثل التاج والدملج و نحوهما) و غیر المنصوبه، بدون الوزن ام لا؟ -؟. فقد اختلف جماعه من اهل العصر فيه، فمنهم من يقول بجوازه، و منهم من يقول بعدمه، تمسكا ببعض عبارات الفقهاء الموهمه لكونها من الامور المعتره فيها الوزن. مثل ما ذكره في التذکره فی مباحث السلف حيث قال: ولو افضى الاطناب الى عزه الوجود كاللثالی الكبار و الزبرجد و المرجان، التي يفتقر الى الحجم و الوزن و الشكل

ص: ۲۵۴

والصفا، لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف، و اجتماعها نادر جدا. فيكون بمنزله السلف في ما يتعذر حصوله في الاجل. و اما اللثالي الصغار، التي يعم وجودها و يمكن ضبطها بالوزن والكيل، و ضبط اوصافها التي تختلف القيمة باختلافها. فانه يصح السلم فيها، على الاقوى. و في القواعد: فلو افضى الاطناب الى عزه الوجود، كاللثالي الكبار، التي يفتقر التعرض فيها للحجم و الشكل والوزن والضبط، واليواقيت و الجارية الحسنة مع ولدها، الى ما اشبهه، لم يصح. - الى ان قال - والا قرب جوازه في اللثالي الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها انتهى. و بان ثقات اهل الخبره يحكمون بان طريقه مبايعه الجواهر الكبار، مراعات الوزن، حتى انهم وصغوا لذلك ميزانا يفصح عن جزء من الف واربعماء و ثمانية اجزاء من المثقال الصيرفي. و يعاملون فيها بالوزن.

جواب:

جواب: الظاهر جواز بيع الجواهر الكبار مع المشاهده. بل الوصف الراجع للجهاله. لان دليل اشتراط المعلومه في العوضين، هو الاجماع المنقول و لزوم الغرر. و انما اشترطوا في المكيل و الموزون، الكيل والوزن (و مثلها المعدود و المزروع) بدليل خاص فلا يجوز فيها بدون الكيل والوزن والعدو الزرع. و المخالف في الصبره هو ابن الجنيد. ربما نقل عن غيره كفايه المشاهده في غيرها ايضا. و كيف كان، فالاقوى و الأشهر اعتبار الكيل والوزن والعدو والزرع، في ما كان من هذا الباب. و يدل عليه الاخبار الكثيره. انما الاشكال، في ان الجواهر الكبار، هل هي مما يعتبر فيها الوزن ام لا (؟-؟) و لم نقف على دليل يدل على اعتبارهما، فيها. و لا تصريح من فقيه. و لا دلالة في عباره التذكرة والقواعد على كونها من هذا الباب. و لا فيهما نقل من اهل الخبره من اعتبارهم الوزن فيها. و تحقيق المقام ان لفظ " المكيل " و " الموزون " في الاخبار و كلام العلماء في مسئلة لزوم تعيين المبيع في مسئلة الرباء و السلم و غيرها، معناه ما يتوقف تعيين المبيع عليه، و تحقيق في مقداره بعد تعيين اصل المبيع و ماهيته و قيمته. فمرادهم ان اهل العرف اذا

اصطلاحاً في بيع الحنطه (مثلاً) على ان يكون قيمه كل قدر (يملاء كيلا معيناً، اويواري صنجه (1) معروفه) درهماً، فاذا ارادوا بيع ما يساوي ذلك بالمبلغ المذكور، لابد ان يشخصوه بالكيل والصنجه المعلومين. فالكيل والوزن انما هو لتعيين المبيع و تشخيصه، من دون ان يكون لهما مدخلية في مقدار القيمة و زيادته و نقيصته. واما ما ذكره في الاحتياج الى الوزن في الجواهر، فهو معنى آخر، اعتبر لمعرفة قيمتها، لا- لمحض تعيين المبيع. بل ولا- مدخلية لتعيين المبيع فيه. فالكيل الواحد من الحنطه اذا كان قيمته درهماً، فقيمته درهم، سواء كان المكيل مساوياً لكيل واحد، او الف كيل. بخلاف قيراط من الجواهر، فانه اذا انضم الى عشيرين، قيراطاً في قطعه واحده، فربما ساوى ماه تومان. و اذا انفرد (ولو بابانته من القطعه الكبيره) فلا يساوى توماناً. مثلاً اذا كان قطعه كبيره من الياقوت، بمقدار خمسه مثاقيل، يكون قيمته الفاً، و اذا كسر و جزى خمسه اجزاء، فلا يساوى كل جزء من الاجزاء الا عشره، فوزن الياقوت الكبير المتصل الاجزاء، انما هو لمعرفة قيمتها، اذ يتفاوت قيمه الجواهر بسبب الكسر. مع كونه على وصف الصحه والاجتماع. فالحاجه الى الوزن بهذا المعنى، لا يستلزم الحاجه اليه في تعيين المبيع، بل الغالب ان المطلوب فيه، هو وسعه العرض و الطول، او هما مع الحجم في الجملة. لا- الثقل، بل ربما يكون الحجم الكروي الذي هو اثقل وزناً، اقل قيمه من الوسع الذي هو اخف. نعم، قد ينفع فيه زياده الوزن ايضاً، كما لو اتفق ذلك مع الوسع. و لانه ربما يتفق كسر الجواهر بحيث لا- يصلح الا لاجل الدواء، او المنافع الاخرى، الغير المهمه، فح، ينفع اعتبار الثقل ايضاً. فظهر من ذلك ما ذكره في باب السلم، انما هو من باب المعنى الاخير، فانهم

ص: ٢٥٦

١- الصنجه: صنجه الميزان: ما يوزن به كالأوقيه والرطل. معرب " سنكه " بالفارسيه. اورده اقرب الموارد في " سنجه " و قال: يقال " صنجه " و بالسین افصح. و لعل " السنكه " مخفف " سينيکه: سينيجه ". و بزعمى انها معرب " گنجه " لان ضبطه بفتح السين او الصاد، كما في اقرب الموارد. و فيها ايضاً: الصنوج، ما يجعل في اطار الدف من الهنات المدوره. والصنح: صحيفه مدوره من الصفر يضرب بها على اخرى مثلها

ذكره في اوصاف المبيع، يعنى ان تعيين المبيع، المعبر في السلم الحاصل بالتوصيف، قد يكون للوزن مدخله في مقدار قيمتها كالصفاة والسعه والحجم ونحوها، لا لان الافتقار الى الوزن، لا جل تشخيص مقدار المبيع. كما في الحنطه المتعارفه والسمن المتعارف. وهذا بخلاف اللئالى الصغار، فانها كالحنطه يحتاج تعيين المبيع فيها الى الكيل و الوزن. نعم، لما كانت في الظاهر مما يتفاوت قيمتها بسبب اختلاف بعض الاوصاف، كاليابض والصفاة في الجملة، فنلتزمه (١)، كما نلتزم مثله في الحنطه والسمن، ايضا. و يويد ما ذكرنا، انهم ذكروا في تعريف المثلى، تفسيرات متعدده، منها " انه ما يكون مكيلا او موزونا ". و منها " انه ما يكون اجزائه متساويه في الحقيقه النوعيه مع كونه مما يجوز فيه السلم ". فملاحظه هذين التفسيرين، مع قولهم بعدم جواز السلف في الجواهر (٢) الكبار، شاهد قوى على ان مراد هم من الوزن الذى ذكره في سلف الجواهر، غير الوزن الذى اعتبروه في صحه البيع، و اشتراطه بالكيل والوزن فى المكيل و الموزون. و حاصل المقام: انا لو سلمنا انه اذا قال: " بعتك يا قوته وزنه عشره مثاقيل بمبلغ كذا " لا يتم الا بالوزن و هو مستلزم للوزن. ولكنه لا يلزم من ذلك عدم جواز شراء مثل هذا الياقوت بالمشاهده بدون الوزن. و المعهود فى مسئلة المكيل و الموزون، و اشتراط الكيل والوزن فى صحته، هو ملاحظه نسبه الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى (٣) الافرادى " لا بشرط الاجتماع و لا بشرط الافتراق. و لا بشرط الوحده و لا بشرط الكثره. و المعبر فى ما نحن؟ فيه، ملاحظه نسبه الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى المجموعى "، فمجموع القيمه فيه فى مقابل مجموع الزنات، لو وزعت عليها فى مقابل ذلك الفرد. فهذا الوزن المعبر فى السلف، انما هو لانه احد اوصاف المبيع المميز له غالبا، كالصفاة والسعه، لا لانه شرط فى صحه البيع من حيث انه وزن للمبيع. ي

ص: ٢٥٧

١- و فى النسخه: فتلتزمه.

٢- و فى النسخه: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى

٣- و فى النسخه: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى

ولذلك لم يذكروا الجواهر فى مسئلة اشتراط الكيل والوزن فى المكيل والموزون. وذكروه فى السلم. و لم يقل احدهم (فى ما اعلم) ان الجواهر الكبار مثلى، بل انما هو قيمى. فعلم من جميع ذلك، ان اشترط الكيل والوزن فى صحه البيع، انما هو لكون الثمن موزعا على الزنات والا- كيال، لا على ما كان الثمن فى مقابل مجموع الزنات. فلا دليل على (١) اعتبارهما فيها فى البيع الحال. و اعتباره فى السلم، انما هو لاجل التوصيف، لرفع الغرر، لتعذر المشاهده. بخلاف الحال، لا مكان المشاهده الرافعه للغرر. و اما الكلام فى ما نقل من اهل الخبره: ففيه انه قد يكون فى ما يحصل التفاوت فيه، فى تشخيص الجوهر باعتبار الوزن، لا مطلقا. والمعتبر فى المكيل والموزون جعل الكيل والوزن معيار القيمه فى الجنس. فان قلت: اذا كان المعيار فى معرفه القيمه بالوزن، و دفع الجهاله انما يحصل به، فلا فرق بين احتياج الشخص والجنس. قلت: مقصودنا ان قولهم " لا بد فى المكيل والموزون، من الكيل والوزن "، و كذا الاخبار الداله عليه، انما ينصرف الى ما كان المعيار فى تحديد القيمه، [و] هو الكيل والوزن بالنسبه الى الجنس، او الشخص باعتبار جنسه. لا- الى الشخص من حيث هو شخص. فاذا فرض رفع الضرر بالمشاهده والتوصيف فى الشخص، فلا- يحتاج الى الكيل والوزن. بخلاف المكيل والموزون الذى اعتبر فيها ملاحظه الجنس. فانه لا بد فيه من الكيل والوزن. على الاشهر الاقوى. فالذى ذكروه ان طريقه اهل الخبره الحين، هو انهم يزنون الجواهر، ثم يقومونه. و القاعده فى المكيل والموزون المعهودين، انهم يقومون المبيع على معيار الزنه والكيل، ثم يزنون. فظهر ان الوزن فى الجواهر، من معرفات القيمه. و فى المكيل والموزون المعهودين، من محددات (٢) المبيع بعد تعيين القيمه.

ص: ٢٥٨

١- و فى النسخه: مع.

٢- و فى النسخه: محدود است

فلاحتياج الى الوزن فى التقويم ليس بكلى. بخلاف بيع المكيل والموزن. و قواعد الفقه لا بد ان تكون كليه. والفارق الجلى، الذى لا يخفى بعده الامر، هو ان الرجوع الى اهل الخبره كاف فى القيمه، و لا يجب على المتبايعين الوزن فى تصحيح البيع. و ان كان اهل الخبره محتاجين فى التقويم الى الوزن. والمعهود فى المكيل و الموزون، ضروره معرفه الوزن بين المتبايعين جزما، و ظنى ان ذلك يرفع الحجاب عن وجه المسئله. و من جميع ما ذكرنا ظهر ان الجواهر المنصوبه على الحليه المصوغه من الذهب والفضه، لا- يجب نزعها و وزنها. بل يكتفى فيها بالاعتبار بنظر اهل الخبره. سيما مع لزوم الضرر و الحرج بنزعها (1) واما نفس الذهب والفضه المنصوبه عليها، فهى من الامور الموزونه. و التخلص من الاشكال فيها، بالمصالحه. هذا الكلام فى الجواهر الكبار. و اما الصغار: فالأظهر الأقوى اعتبار الوزن و الكيل فيها كما هو المعهود.

١٦٤- سؤال:

١٦٤- سؤال: باع زيد ملكا من عمرو، بمبلغ معين. و قال له اصرف هذا المبلغ منه فى الزكوه عنى، و هذا المبلغ منه فى استيجار الصوم والصلوه بعدى، ثم ندم بعد البيع، و هدد العمرو، و خوفه على التقايل، و اخذ منه الملك. فقال عمرو، فى اللفظ "فسخت"، بلا عقد من القلب. و قال له بعض الطلبة "ان الزكوه انما تعلقت بدمتك ولا ينفع الفسخ". و لذلك لم يفسخ عمرو، بالنسبه الى الزكوه خاصه. فما يجب على عمرو؟ و ما حكم الملك؟ و هل ينفع الفسخ ح فى اسقاط الزكوه من ذمته؟ و الذى يوجب الفسخ والانفساخ ما هو؟.

جواب:

جواب: الملك باق على ملكيه عمرو. و كلام بعض الطلبة فاسد. بل لو فرض وقوع التقايل، لرجع الملك الى المالك، و سقط القيمه عن ذمه عمرو. اذ تعلق وجوب اداء الزكوه، واستيجار الصم والصلوه، انما هو تابع للبيع فاذا انفسخ، فيبطل التوكيل والوصيه. و لا بد

ص: ٢٥٩

فى تحقق التقايل، من اتحاد الزمان، بان يقولا " تقايلنا " او " تفاسخنا " او قال احدهما " فسخت " او " اقلت " و قبل الاخر بلافاصله معتد بها. بل الظاهر ان غضب زيد و فسخه يكفى فى ابطال التوكيل والوصيه. فعمرو، انما يشتغل ذمته بنفس الثمن المسمى فى العقد. والملك مال مغضوب فى يد زيد. والقيمه فى ذمه العمرو، و لكن يمكنه الحبس لا جل التمانع فى تسليم المبيع، ان لم يسلمه، اولا جل ان زيدا اعرض عنه باعتقاده ان فسخه وحده يفيد الانفساخ. و لكن اعراضه ليس بمعنى الاعراض المفيد لسلب الملك، بل بمعنى تسليطه عليه. كما لو اشترى مالا مغضوبا مع علمه بالغصب، بثمان. فلا يجوز له استرداد الثمن، و ان اخذ عنه المال على المشهور، مطلقا، و فى ما لو تلف، على الاقوى. و اما حبسه (١) من جهه التقاص: فلا يصح. لان التقاص فى العين الموجوده، انما هو باخذه ان امكن بلا- مفسده، و لا- وجه لاخذ البديل مثلا او قيمه، نعم لو تعذر رد العين للغاصب، فيجب عليه رد البديل مثلا او قيمه، و هو المسئله المشهوره فى كتبهم حيث قالوا: ان البديل يصير ملكا محضا للمغضوب منه، بلا خلاف. و العين المغضوبه ايضا باق فى ملك المغضوب منه، بلا خلاف بينهم ظاهرا. فاذا تمكن الغاصب من العين بعد التعذر، فقالوا انه لو كان اعطى البديل على وجه المعاوضه، فيسقط حق المغضوب منه، عنها، بعد المعاوضه عينا و منفعه. و الكلام فى اجره ما قبل المعاوضه. و الاقوى فيه الرجوع ان لم يسقطها فى المعاوضه. و ان لم يعطها على وجه المعاوضه، فيتردان، حتى انه يجبر المغضوب منه، على رد البديل، على الاظهر. و قيل لا يجيز، اخذا للغاصب على اشق الاحوال، فلا (٢) يجبر على رد شىء اصلا، و هو بعيد، ولا دليل على اخذ الغاصب على اشق الاحوال، و لا يمكن توجيه عدم الاجبار،

ص: ٢٦٠

- ١- و فى النسخه: و اما غضبه.
- ٢- فى عبارته المتن سقط و اصلها فى النسخه " .. اشق الاحوال ظاهر انه لا يجبر على رد شىء اصلا " . و يحتمل ان يكون الاصل " .. اشق الاحوال، و آخر - اى و هنا قول آخر - انه لا يجبر على... " . قد صححنا على ما رجحناه فى المتن

بانه يجوز له رد المثل، او البديل، مما اخذه بدلا (كما ذكره بعض الشافعيه). و استشكل عليهم فى المسالك بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. فقال: لا- بد اما من القول بتزلزل الملكين الى زمان التمكن من العين فيترادان (يعنى ان ملكيه الغاصب للعين المغضوبه و ملكيه المالك البديل كلاهما مستزلزل الى ظهور العين) او ان تملك المالك للبديل موقوف على الياس من العين المغضوبه، و ان جاز له التصرفات فيه. و انت خير بان مخالفه الاصحاب مشكل. و يمكن دفع الاشكال بان اخذ البديل ح، انما كان لا جل حيلوله الغاصب بينه و بين عين ماله. فلا مانع من ان يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله ان للمالك التصرف فى البديل حتى بالاتلاف، و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعى الى حين ظهور العين المغضوبه: فان ظهر العين و البديل باق، فللغاصب استرداد ماله، اذا كان باقيا. بخلاف ما لو ا تلفه. و بالجمله: لا ريب فى بقاء العين المغضوبه فى ملك المالك الى ان يتحقق البديل بعنوان المعاوضه، فح، يرتفع ملكيته عنه. و اما ملكيه البديل للمالك فهو ثابت، سواء حصل المعاوضه، ام لا. ولكنه مراعى بعدم ظهور العين المغضوبه مع بقاء عين البديل فى يد المالك، و بعد الظهور فيترادان. ولو تركا التراد فبمحض ذلك لا يحصل الملك الجديد. بل يحتاج الى عقد جديد. والذى ذكرنا (ان البديل انما يصير ملكا له، على وجه الحيلوله لا العوض) هو الظاهر من التذكرة و غيره. و لا- ينافى ذلك اعتبار المثل و قيمه، بان يقال انه مناسب للعوضيه، والا، فالحيلوله قد يختلف زمانه. فكيف يجعل المعيار، المثل او قيمه مطلقا سواء كان الحيلوله يوما او عشرين سنين. لان المغضوب منه، قد تضرر بسبب حرمانه عن تصرفه فى ماله على اى وجه اراد واحتاج اليه. و يندفع ضرر [ه-] بان يكون فى يده ما يساوى ماله، يفعل به ما يشاء كما كان يفعل بماله. و لازم ذلك جواز بيعه و اتلافه و غير ذلك. كما كان يفعل بماله. و ان يكون ملكا مستقرا ظاهرا الى زمان تلفه. او ما يقوم مقامه من بيعه بغيره. حتى لا ينافى رغبه الراغبين

فى شرائه. ولو كان مترلزلا مطلقا، لم يرغب فى احد، فبضرر المغصوب منه. و اما ضرر الغاصب فلا يلتفت الیه. اذ هو صار بنفسه سببا للضرر على نفسه، والسبب هنا اقوى من المباشر. واعلم: ان ظاهر كلامهم فى هذه المسئلة، فى صورته تعذر رد العين المغصوبه على الغاصب. اما لو حبسه الغاصب و اخفى على المالك و ادعى التعذر، فالظاهر ان حكمه غير ما نحن فىه. و الاشكال فىه اقل. فانه سلط المغصوب منه ح، على البذل. فلا- حرج عليه بوجه. و يصير من باب من اشترى مال الغير مع علمه بذلك. فلا شىء عليه لو ا تلفه. بل ظاهر المشهور عدم جواز الرجوع مع بقاءه ايضا، و ان كان الاقوى خلافه. و التفصيل الى هذا الكلام فى المسئلة المعترضه فى البين (1) فنرجع الى السؤال و نقول: اذا لم يفسخ عمرو و حين استدعاء زيد، فهو باق على ملكه، و لحوق الفسخ من عمرو بعد حين، لا ينفذ، فزيد غاصب لمال عمرو، و يجب عليه ما يجب على الغاصب. و بعد تسلط العمرو على الملك، يسترده، و يجب عليه اىصال ما فى ذمته من الثمن الیه، و اما التوكيل و الوصيه، فقد ذهبنا لظاهر عزل زيدا ياه. و اما توهم التقاص: فلا- مسرح له هنا مع بقاء الملك على ملكيته. و المفروض انه لم يحصل عقد جديد. و تقاص البذل من باب الحيلولة ايضا لا- معنى له، اذ ليس هنا شىء الا- ما هو ثابت فى ذمته، و تفسير التقاص بمعنى عدم ادائه الیه، غير مانوس. اذ التقاص، اما بنیه التملك عوضا عما فى ذمه المقاص منه، و اما باخذ شىء لبيعه و ياخذ حقه منه عما فى ذمته. و المفروض انه ليس فى ذمه المقاص منه، شىء بل انما الموجود عنده هو العين. و لا يتعلق شىء بذمه الغاصب مادام العين باقيا. و لا دليل على انتقال العين الى البذل، الا- مع عدم العين، او ما هو بمنزله العدم فى نفس الامر عند المغصوب منه. و على فرض اسقاط المغصوب منه، للقيمه عن ذمته فبم يرجع الغاصب اذا تمكن المغصوب منه من العين. فالرجوع الى العين مع [عدم]

ص: ٢٦٢

١- و لعل اصل هذه العبارة: هذا تفصيل الكلام فى المسئلة المعترضه فى البين

اداء القيمه، جمع بين العوض و المعوض. فغايه الامر ان هذا التقاص المتوهم، اسقاط البدل المتوهم من باب الحيلوله، فما الذى اسقاط الثمن الذى استحقه الغاصب من جهة البيع، و قد ذكرنا ان فسخه للبيع منفردا، لا يوجب اسقاط الثمن فى نفس الامر، و ان توهمه الغاصب.

۱۶۵- سوال:

۱۶۵- سوال: هر گاه كسى معامله لازمه (مثل بيع يا صلح) کرده باشد. و در ضمن عقد، شرط خيار فسخ در مدت معينه به جهت احدهما شده باشد. و بينهء عادلہ شهادت بدهند که در عرض مدت مذکورہ، صاحب خيار گفته است که من آن معامله را فسخ کردم. آیا اين قول موجب فسخ است يا نه؟-؟.

جواب:

جواب: هر گاه عبارت "فسخ کردم" به قرينهء مقام معلوم شود که انشای فسخ است، و بينه هم بر اين معنى شهادت بدهند. اشکالی ندارد، و فسخ ثابت است. و هر گاه شهادت بدهند به لفظ خبر، يعنى آن شخص خبر داده است که فسخ کرده ام، و بينه اين اخبار و اقرار را شهادت ميدهند، ظاهر اين است که اين نيز شهادت بر فسخ هست. و همين قدر كافي است در فسخ. به اعتبار آنکه اخبار از آن با وجود استلزام حصول آن در خارج بقای آن را، بالفعل دلالت دارد بر اخبار او از حال، به اين معنى که الحال مال سابق من، مال من است. نظير اين است رجوع در طلاق. چنانکه اتفاق علما است که اگر زوج در حال عده انکار طلاق بکند، می گویند اين رجوع است، و اين نيست الا به جهت اينکه انکار طلاق مستلزم اقرار به زوجيت است. و همچنين احاديثی که دلالت دارد بر اينکه در حين رجوع شاهد نگرفته باشد بعد از آنکه به خاطرش آيد، شاهد بگيرد، و ظاهر اين اخبار اين است که در نزد شهود اقرار کند که من رجوع کرده ام. هر چند به عنوان اخبار از گذشته باشد. و مطلقا دلالتی بر اين ندارند که ثانيا انشای رجوع بکند. و ايضا: هر گاه شهود ميپيوند که شخصی با زن مطلقهء خود ملاعبه می کند به قصد اينکه زن اوست، نه به نيت حرام، و لکن معلوم ايشان نباشد که انشای رجوع، قبل از اين شده

و این مرتب بر آن است، یا همین اول انشاء است. کافی است در شهادت. پس معلوم شد که علم شهود به حصول ثمری که مرتب 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 مطالبه "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 می شود.

۱۶۶- سوال:

۱۶۶- سوال: زید ملکی از عمرو، خرید و در آن جنس مدفونی یافت. آن مال زید است یا عمرو؟ -؟.

جواب:

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 مطالبهء بینه هم از آن نمی کنند. چنانکه جمعی از اصحاب ذکر کرده اند بدون نقل خلافی. و دلالت می کند بر آن حدیث صحیح از محمد بن مسلم "عن احدهما - ع - قال: سئلته عن الورق يوجد في الدار. فقال: ان كانت الدار معموره فهي لاهلها، و ان كانت. خربه فانت احق بما وجدت" (۱) و صحیحهء دیگر [او] "عن ابي جعفر - ع - قال: سئلته عن الدار يوجد فيها الورق. فقال: ان كانت معموره، فيها اهلها، فهو لهم. و ان كانت. خربه قد جلا عنها اهلها، فالذی وجد المال احق به." (۲). 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 ظاهرا خلافی ندارد. چنانکه از بعضی اصحاب ظاهر می شود. و موید آن است موثقهء اسحاق بن عمار - کالصحیح - "قال: سئل ابا ابراهیم - عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيها نحوًا من سبعين درهما ۱

ص: ۲۶۴

۱- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۵۵ - ۳۵۴، ابواب اللقطه، باب ۵ ح ۲ و ۱

۲- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۵۵ - ۳۵۴، ابواب اللقطه، باب ۵ ح ۲ و ۱

مدفونه، فلم یزل معه ولم یذکرها حتی قدم الکوفه. کیف یصنع؟. قال: فاسئل عنها اهل المنزل لعلهم یعرفونها. قلت: فان لم یعرفوها. قال یتصدق بها " (۱). با حمل تصدق بر استحباب. و همچنین صحیحہ حمیری " قال کتبت الی الرجل اسئله عن رجل اشتری جزورا او بقره للاضحی. فلما ذبحها، وجدفی جوفها صره فیها دراهم، او دنانیر، او جوهره، لمن یکون ذلک؟ فوقع: عرفها البایع، فان لم یعرفها، فالشیئی لک، رزقک الله ایاه " (۲). و ظاهر اطلاق دو حدیث و فتاوی جماعه، عدم فرق است ما بین آنکه اثر اسلام بر آن باشد یا نباشد. ولکن بعضی گفته اند که هر گاه مالک ادعای ملکیت نکند و اثر اسلام بر آن ظاهر باشد در حکم لقطه است. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده [اند]. اجماعی بودن مشکل است. پس اطلاق نص بر حال خود خواهد بود. و ظاهر اطلاق نص شامل قلیل و کثیر هست، یعنی در صورت انکار مالک اول، که مال واجد است. مختص صورتی نیست که اقل از درهم باشد بلکه شامل اکثر هم هست. و بر فرضی که قائل شویم به آنکه باید فرق گذاشته شود. ولکن می توان گفت که آنچه از ادله رسیده که " کمتر از درهم را تعریف ضرور نیست " در غیر صورت مسئله ما است. و بدان که: هر چند صحیح های محمد بن مسلم در حکم " ورق " - که نقره مسکوک یا اعم از مسکوک باشد - در خصوص " دار " است. ولکن ظاهرا قائل به فرقی در مسئله نیست. و حکم شامل مطلق مال و مطلق ارض است.

۱۶۷-سوال:

۱۶۷-سوال: چه می فرمایند در خصوص اینکه خانه ای هست که مشاع است ما بین وراث حاضر و غائب میت. وراث حاضر می توانند عدول مؤمنین را آورده آن را مفروز نمایند؟. و هر گاه مؤمنین حسبنا حصه هر یک را مشخص کردند، بعد آن غایب و ۱

ص: ۲۶۵

۱- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۵۵ - ۳۵۴، ابواب اللقطه، باب ۵ ح ۳،

۲- وسائل: ج ۱۷ ص ۳۵۵ - ۳۵۴، ابواب اللقطه، باب ۹ ح ۱

وراث غایب آن میت، حصه خود را به اجنبی مشاعاً فروخته اند. آیا مشتری می تواند (حال که استحضار به هم رسانیده که مفروز شده) قبول نکند؟ - و بگوید من حال میخوام حصه را موافق بازدید اهل خبره مفروز نمایم - یا نه؟. و هر گاه مشخص شود که حصه بعضی کمتر و حصه بعضی زیاد شده است، باز مشتری را نمی رسد که قبول نکند آنچه مؤمنین حسبتاً کرده اند، یا نه؟ -؟.

جواب:

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 (۱) که وصول به حاکم شرع متعذر یا متعسر باشد. به جهت آنکه عمده دلیل در اصل "قسمت" نفی ضرر است و همان دلیل در اینجا جاری است. دوم: آنکه بعد از قسمت، هر گاه غایب حاضر شود قسمت را نمی تواند بر هم زند. چون قسمت عبارت است از تمیز 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 هر گاه غایب بعد قسمت، حصه خود را مشاعاً فروخته باشد. این بیع صحیح نیست، و اجازه شریک هم نفعی ندارد، که از باب فضولی باشد. زیرا که نه او مالک نصف مشاع است نسبت به جمیع مال. و نه شریک او، که اجازه تواند کرد. بلکه هر یک مالک نصف معین اند. و مفروض این است که "نصف مشاع در جمیع" را فروخته. و هم نمی توان 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 کرده ام (۲) و بعد از آنکه حکم به بطلان بیع کردیم، دیگر معنی ندارد سخن مشتری

ص: ۲۶۶

۱- در نسخه: "اما در صورتی که... و می تواند در صورتی که" اما "قید باشد صحیح شود لیکن با سلیقه میرزا (ره) در سر تا سر 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 (و الحال مشتری می گوید که من به آن قسمت راضی نیستم، و مجددا قسمت میکنم) هم ظاهر این است که قسمت، صحیح است، و نمی تواند این سخن را، گفت. زیرا که تقسیم حاکم یا عدول مومنین، از برای رفع ضرر است از طالب قسمت. غائب هر کس میخواهد بوده باشد. پنجم: اینکه، بر فرض صحت قسمت و صحت بیع، هر گاه مشتری مدعی شود که در کیفیت 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 بر هم میزنند.

۱۶۸- سوال:

۱۶۸- سوال: هل یصح بیع الفضولی، ام لا؟ -؟ و هل یختص صحه الفضولی - علی تقدیرها - بالبیع، او یعم سایر العقود؟ -؟ و هل یشرط وجود المجیز حین العقد، ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: استقصاء الکلام فی هذا المرام، لا یسعه المجال. لکن نذکر كثيرا من احکام الفضولی هنا، بقدر الوسع. فلنقدم الکلام فی البیع. و نقول: ان بیع مال الغیر من دون ولا-یه او وکاله، اما ان یکون مع العلم با نه مال ذلك الغیر، اوبدونه. کمن بیع ماله الذی اشتری من مسلم، او وصل الیه بمیراث، او هبه، او غیر ذلك. ثم ظهر مستحقا للغیر. و علی الاول، فاما ان یبیعه للغیرنا به عنه له. او لنفسه، و علی الاول فاما ان یبیعه متزلزا، بمعنی انه ان رضی لزم والا- فیکون باقیا علی حاله. و هو الاصل فی اطلاق البیع الفضولی. او یبیعه له باتا، و یسلمه المشتري، او یرخصه فی الاخذ كذلك. و علی الثانی - ای ما یبیعه لنفسه - فاما ان یبیع لنفسه غصبا من دون قصد ان ینقله من المالك الی نفسه. او یبیعه و یذهب یشریه لیتم البیع لنفسه. و علی الاول فهو غصب. فاما ان ینتقل بعد ذلك الیه بوجه من الوجوه الشرعیه، اولاً- و علی الاول - ای ما ینتقل الیه بعد ذلك - فاما ان یجیز ثانیاً، ام لا. و سیجی الکلام فی

تصحیحہ بالاجازہ، و عدمہ. و علی الثانی - ای ما بیعہ و یدہب یشترہ لنفسہ - فاما ان یکتفی بالاشراء عن المالك، او یجیزہ بعد الشراء ایضا. ثم فی ہذہ الصور کلہا، اما ان یلحق بہ الاجازہ من المالك (او من قام مقامہ) ام لا و علی الثانی، فاما ان یکتفی بعدم الاجازہ بان یقول "لم ارض فی البطلان"، او لابد من التصریح بالفسخ. فہنہا مقامات: الاول: الکلام فی الفضولی المصطلح: والمشہور من الاصحاب، صحته. و توقفہ علی اجازہ المالك. بل و عن التذکرہ فی موضع منہا، انه جائز عندنا لکن یكون موقوفا علی الاجازہ. و ذهب الشیخ فی الخلاف الی البطلان و مدعیاً علیہ الاجماع. و عن الغنیہ، مثلہ، و هو قول ابن ادریس و فخر المحققین فی الايضاح. و ربما نسب الی غیرہم ایضا. والعمدہ فی الدلیل علی الجواز عموم "اوفوا بالعقود" و امثالہ. و استدل جماعہ بفحوی ما دل علیہ فی النکاح، لان الامر فیہ اشد، و یدل علیہ ایضا روایہ عروہ بن جعد البارقی، ان النبی (صلی اللہ علیہ و آلہ) اعطاه دینارا لیشتري به شاه فاشتری به شاتین ثم باع احدهما بدینار فی الطریق. قال "فاتیت النبی (صلی اللہ علیہ و آلہ) بالدينار فاخبرته. فقال، بارك الله فی صفقہ یمینک". و کذا حکایہ اجازتہ (صلی اللہ علیہ و آلہ) بیع عقیل دارہ بمکہ. و وجہ الاستدلال بعموم الایہ، ان المراد من "العقود"، العہود الموثقہ. و لا- ریب انه بالاجازہ یصیر من جملتہا. واضطرب کلام القوم فی طریق الاستدلال بالایہ فبعضہم جعلہ الاصل، نظرا الی العموم الا ما خرج بالدلیل، و بعضہم جعل العقود توقيفیه علی ما ورد بہ الشرع، و حمل العقود علی العہود فی زمن الشارع. والظاهر عندی الان، هو الاول، و توضیح ذلك یحتاج الی زیادہ بسط اوردناھا فی الرسالہ الی کتبناھا فی مسئلہ "الطلاق بعوض" فلیراجع هناک، و یدل علیہ ایضا ما رواہ المشایخ الثلاثہ فی بیع الولیدہ و اجازہ سیدھا، و فی متنها اختلافات و اوضحھا متنا ما رواہ الشیخ فی التهذیب فی الحسن لابراہیم بن ہاشم "عن محمد بن قیس، عن ابی جعفر - ع - قال: قضی امیر المؤمنین - ع - فی ولیدہ باعھا ابن سیدھا و ابوہ غائب، فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سیدھا الاول، فخاصم سیدھا الاخر.

فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني. فقال: الحكم ان ياخذ وليدته وابنها. فناشده الذي اشتراها. فقال: له خذ ابنه الذي باع الوليده حتى ينفذ لك البيع. فلما اخذه قال ابوه: ارسل ابني، فقال لا والله لا ارسل اليك ابنيك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليده اجاز بيع ابنه " (١). قوله (عليه السلام) " خذ ابنه الذي باعك " الظاهر ان المراد اخذه لاجل اخذ الثمن والغرامه، وربما نوقش في الروايه بانها تدل على ان المولى رد البيع اولاً، والقائل بالفضولي لا يقول بالصحة بعد الرد ولا تنفع الاجازه بعد الرد، ويمكن دفعه بانها ليست بصريحه في الرد ولا ظاهره، بل غايته الظهور في عدم الرضا بالاقباض ومطالبه رد الجاريه. فلعله كان متردداً في الفسخ والامضاء. والتردد لا يستلزم الفسخ، والمعتبر انما هو الفسخ كما سنشير اليه. ووجه المانعين الاصل و الاجماع المنقول، و انه تصرف في ملك الغير، و انه غير قادر على التسليم. و الاخبار الناهيه عن بيع ما ليس عنده، و الناهيه للبيع عما لا يملك من طريق العامه والخاصه، مثل " قوله - ص - لحكم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك " (٢) و ما رواه

ص: ٢٦٩

١- التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ وايضا ١٣٨ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء 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 محققى المتأخرين قالوا ان جمله ممن ضعفهم اصحابنا القميين (كسهل بن زياد والبرقي ومحمد بن سنان) كانوا ثقات، مؤمنين، عالمين، وان ابراهيم بن هاشم ثقه عين و ما روى عنه، صحيح، و حكايته كحكاية الصدوق (ره). (٢): قد نقل المصنف (ره) الروايه من " التهذيب " و السند هناك كذا " بالاسناد - عن على بن الحسن بن فضال، عن سندی بن محمد، و عبد الرحمن؟ بن ابى نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس " . و قال الشيخ في آخر التهذيب: و ما ذكرته في هذا الكتاب عن على بن الحسن بن فضال، فقد اخبرني به احمد بن عبدون - المعروف بابن الحاشر - سماعاً منه و اجازته، عن على بن محمد بن الزبير، عن على بن الحسن بن فضال. فليس اسم و لا ذكر و لا اثر من ابراهيم بن هاشم، في سند هذا الروايه في التهذيب حتى تكون الروايه " حسنه " لذلك. (٣): متن الحديث في ما نقله المصنف (ره) اشبه بما في الفقيه والاستبصار، و يفارق ما في التهذيب في بعض الالفاظ.

٢- صحيح الترمذی: باب ما جاء في كراهه بيع ما ليس عنده - سنن ابى داود: باب في الرجل يبيع ما ليس عنده

عمرو بن شعيب، عن ابيه، عن جده " عنه (صلى الله عليه و آله) انه قال: لا طلاق الا فى ما يملك، و لا عتق الا فى ما يملك، و لا- بيع الا فى ما يملك " (١). و ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح، عن الصفار، انه كتب الى ابي محمد (عليه السلام): رجل له قطاع من الارضين فحضره الخروج الى مكه، و القرية على منازل من منزله، و لم يوت بحدود ارضه، فعرف حدود القرية الاربعه، فقال: للشهود اشهدوا ان قد بعث من فلان جميع القرية التى حد منها كذا، والثانى والثالث والرابع. وانما له بعض هذه القرية وقد اقر له ملكها. فوقع (عليه السلام): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على البايع على ما يملك (٢) و ما رواه الشيخ فى الصحيح، عن ابن اسباط، عن سليمان بن صالح، عن الصادق (عليه السلام)، قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك، و عن ربح مالا يضمن. (٣) الى غير ذلك من الاخبار. و بقوله تعالى " الا ان تكون تجاره عن تراض "، فان ذلك غير ناش عن التراضى، وان لحقه بعد ذلك. ٤

ص: ٢٧٠

١- المستدرک: ج ٢، ابواب عقد البيع، الباب ١، و لكن فيها " لا- طلاق الا- فى ما تملكه و لا بيع الا فى ما تملكه ". و ايضا المستدرک: ج ٣، ابواب مقدمات الطلاق، الباب ١٢: " عن رسول الله - ص - قال: لا- طلاق فى ما لا تملك، لا عتق فى ما لا تملك، و لا بيع فى ما لا تملك ". مرسلا.

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٥٢، ابواب عقد البيع، الباب ٢ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٥٩. - و بعض الفاظ الحديث تختلف فى التهذيب والوسائل و ما اورده المصنف هنا. والتمتن فى الوسائل كما يلى: كتب الى ابي محمد الحسن بن على العسكري عليهما السلام: فى رجل له قطاع ارضين - ارض، خ - فيحضره الخروج الى مكه، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه، و عرف حدود القرية الاربعه، فقال للشهود: اشهدوا انى قد بعث فلانا، (يعنى المشتري) جميع القرية التى حد منها كذا، والثانى و الثالث و الرابع. و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين، فهل يصلح للمشتري ذلك - و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها -؟. فوقع (عليه السلام): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك.

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٦٨، ابواب احكام العقود، الباب ٢ ح ٤

و حاصل الجواب عن جميع ذلك: ان الاصل يخرج عنه بالدليل كما عرفت. والاجماع مقدوح بانحصار القول فى مدعيه و من شذمن تاخر عنه. مع وجود القائل فى من تقدم عليه. و قد نسب المدعى خلافه الى قوم من اصحابنا. و اما التصرف: فمع انه ممنوع بمجرد الصيغه، فغايتة النهى و القول بالحرمة - كما يظهر من بعض الاصحاب - فهو لا يدل على الفساد. و اما الاخبار: فلا دلاله فيها. اذ الظهور منها المنع من بيع مال الغير لنفسه عدوانا، بان ياخذ الثمن لنفسه، او [يحمل] على ما [لا] يقدر على تسليمه، و يحمل بعضها (مثل قوله - ص - و لا بيع الا فى ما يملك) [على] المنع من بيع الحر، والخزير، والخمر. او على نفى اللزوم، لا نفى الصحة. مع ان؟ حرمة بيع ما ليس يملكه لا يدل على فساده مع الاجاره. لان النهى لا يدل على الفساد. و لذلك ذهب الاكثر الى صحة بيع الغاصب بعد اجازة المالك. و ربما حملت على ما اذا باعه ثم ذهب يشتره، كما فى روايه حكيم بن حزام انه (صلى الله عليه و آله) قال فى جوابه (حين سئله عن بيع مال غيره ثم ذهب يشتره) لا تبع ما ليس عندك. وهو بعيد، فى مطلق الاخبار، سيما ما رواه اصحابنا. مع ان السؤال غير مخصص للجواب فيعمل على عموم الجواب. و ربما حمل على ما اذا علم المشتري بالغصبيه، كما تضمنه سؤالاتها نظرا الى انه مع علم المشتري قد سلط البايع الغاصب على الثمن، ولم يكن له الرجوع لو تلف. بل مع بقاءه ايضا - على اشكال و خلاف - فلا يدخل فى ملك صاحب المال. و يتفرع عليه ان البايع اذا اشترى به متاعا، فقد اشترىه لنفسه و يصير ملكا له. فلا يجدى فيه اجازة المالك الاصلى. و عن حواشى الشهيد (ره) على القواعد: انه راى بخط المصنف ان الفرق بين علم المشتري و جهله ان البيع انما يتحقق مع الجهل بالغصبيه ليقع العقد شبيها بالصحيح و يقع فى ملك البايع، فينقل منه الى المالك. اما مع علمه، فلا يقع العقد صحيحا بوجه، فلا يستحق البايع الثمن حتى يستحقه المالك. و اما الجواب بمعارضتها بالاخبار المجوزه لبيع ما ليس عنده المشعره بعضها بان القول بعدم الجواز مذهب العامه (كما سنشير اليها) ولا كراهه فيه. اذ المراد من تلك

الاخبار انه لا يشترط وجود المبيع حال البيع، كما فى السلف. الا انه يجوز بيع مال الغير المعين المشخص فضولا. مع انها معارضه بمثل صحيحه محمد بن القاسم بن الفضل " عن رجل اشترى من امرئه من آل فلان بعض قطايعهم، و كتب عليه كتابا بانها قد قبضت المال ولم يقبضه. فيعطيها المال ام يمنعه؟ - قال: قل له ليمنعها اشد المنع، فانها باعته ما لم تملكه (١). " و مثل صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام): " قال: سئله رجل من اهل النيل عن ارض اشترها بفم النيل. و هل الارض يقولون: هي ارضهم. و اهل الاسنان يقولون: هي من ارضنا، فقال: لا تشتريها الا برضا اهلها (٢). " والجواب عن هذه الاخبار، بحملها على البيع لنفسه من غير قصد ان يكون لمالكها. بل هو الظاهر منها. و مثله الجواب، عن الاخبار الواردة فى المنع عن شراء السرقة والخيانة. فعلم ان الاخبار المانعه - على فرض تسليم دلالتها على الحرمة - لا يدل على عدم الصحة بعد الاجازه و سيجبى تمام الكلام. و اما عدم القدره على التسليم: ففيه منع واضح. اذ هو موجود مع الاجازه. و ثبوت الاشتراط مطلقا، ممنوع والقدره فى الجملة ثابتة. فهو كبيع الطاير المعتاد عوده. و اما الاستدلال بالايه: ففيه ان الاستثناء منقطع. و حليه التجاره عن تراض، لا ينافى حليه ما يلحقه التراضى. اذا دل الدليل عليه من عموم الايه والاخبار. و يتم المقام بذكر امور: الاول: انهم قالوا: لا يكفى فى الاجازه الحضور مع السكوت، و حكمه ح، حكم الغايب. قال فى التذكرة " قاله علمائنا و اكثر اهل العلم و انما نقل الخلاف عن ابن ابى ليلى قياسا على البكر، و كذلك لو لم يكن حاضرا، او حصل العلم له به وسكت ". و قال المحقق الاردبيلي - ره - " و مما تقدم يعلم انه لو علم الرضا يكفى لصحة البيع، و لا يحتاج الى ٣

ص: ٢٧٢

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٤٩، ابواب عقد البيع، الباب ١ ح ٢.

٢- المرجع: ح ٣

التصريح " و الظاهر انه اراد ب - " ما تقدم " هو ما ذكره في الاستدلال على كفايه المعاطاه في البيع، بان الظاهر ان الغرض حصول العلم بالرضا، و هو حاصل. اقول: و كلامه مبني على القول بصحة الفضولي، والا فهو لا يقول بصحته من الاصل و هو بعيد. و اتفاق الاصحاب هنا ظاهرا على لزوم اللفظ، مما يؤيده اشتراط الصيغه في اصل البيع. و انه لا يكفي مطلق الرضا. و اما قولهم بجواز الاكتفاء بسكوت البكر في اجازة النكاح الفضولي، فهو لا يضر لثبوته كاذنها في اصله بالدليل. و بعض الاخبار الداله بكفايه السكوت في نكاح العبد (١) ايضا مهجور و مؤول. الثاني: انه كما يشترط اللفظ في الرضا، يشترط في الفسخ ايضا. و عن الشهيد (ره) في حواشي القواعد - في باب النكاح - انه قال: لو قال لم اجز كان له الاجازة بعد ذلك. فالرد هو ان يقول " فسخت " او ما في معناه. و يؤيده صحيحه محمد بن القيس المتقدمه (٢) و ينقذح عما ذكرنا ان الاجازة والفسخ من باب الارادة والكراهه، لا- الشهوه والنفره، فلا- يكفي محبويه البيع في الاجازة، و لا- مبغوضيته في الفسخ. الثالث: انه يظهر مما ذكرنا انه لا يكفي في صحة الفضولي العلم برضا المالك قبل العقد، بايجاب العقد، فلو علم بشاهد الحال انه راض ببيع ملكه، و باعه، فلا يخرج بذلك عن بيع الفضولي، و لا- يدخل في التوكيل. اذ التوكيل يحتاج الى انشاء مفهوم له، فمحض الرضاء الباطني لا يكفي في ذلك، وان اوجب جوازه. و ليس معناه الرخصه في الفعل بالخصوص. الرابع: ان الفسخ لا بد ان يكون من المالك او من قام مقامه. فلا ينفع فسخ الفضولي كما لا ينفع رضاه. سيما اذا كان احد الطرفين لنفسه. حتى انه لو فرض كون الطرفين فضولين و حصل التقايل بينهما، لا يوجب بطلان العقد. اذ بمجرد حصول العقد فضولا، تعلق الاجازة للمالك بذلك العقد. و لا يرتفع بتقايل العاقدين. فان المالكين لهما اجازة مضمون العقد. سواء بقى رضا العاقدين بحاله، ام لا. و لم نقف في كلامهم على تصريح بكثير مما ذكرنا. ١

ص: ٢٧٣

١- كذا. و يحتمل: " في عقد النكاح " ايضا.

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١

الخامس: ان الاجازة ليست بفوريه. كما صرح به جماعه. للاصل، والاستصحاب، والعمومات. فيندفع ما يتوهم ان " الفضولي خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن " لان الاصل لا يعارض الدليل. و يستفاد ذلك - مضافا الى العمومات - من خصوص الاخبار منها صحيحه محمد بن قيس المتقدمه. (١) السادس: اذا ابى المعقود له فضولا، و اظهر الكراهه، يبطل العقد. ولا ينفع اجازته بعد ذلك. و الظاهر انه لا خلاف فيه (٢)، فلا حظ كلامهم في مسايل النكاح الفضولى. و لان الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن. المقام الثانى (٣) فى بيع الغاصب: و الاكثر على انه يصح بالاجازة. كما فى الايضاح. و اختلفوا فى اطراد الحكم (للجاهل والعالم) و عدمه. فعن العلامة فى المختلف، و ولده فى الايضاح، والشهيد فى حواشى القواعد، والعلامة الرازى، اختصاص الصحة بالمشتري الجاهل، و عن الدروس، والمحقق الثانى فى شرح القواعد، تعميمها للعالم. و يظهر من العلامة، الاشكال و التردد فى العالم فى التذكرة [و] فى القواعد. بل وعن التذكرة الاشكال فى الجاهل اذا كان البايع فضوليا ايضا، قال " لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الاخر، فاشكال، ينشأ من الاخر انما قصد تملك العاقد. اما مع العلم، فالاقوى ما تقدم. و فى الغاصب مع علم المشتري اشكل. حجه الاولين، الاخبار المانعه عن بيع " ما لا يملك " و " ما ليس عنده " . - و فيه: انه انما تدل على حرمة البيع لنفسه، بان يسلم المبيع وياخذ الثمن لنفسه. و ليس فيها ما يدل على البطلان بعد لحوق الاجازة - و ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى اتلافه. فلا يكون ثمنا. فلا تؤثر الاجازة فى جعله ثمنا " . و يدل على الصحة، عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الظاهر ان بيع الغاصب مع علم المشتري بعد لحوق الاجازة، من العقود الموثقه. و يصدق على الثمن انه عوض عن المبيع .

ص: ٢٧٤

١- المرجع المذكور، والحديث المذكور قبيل هذا.

٢- لعل مراده من اظهار الكراهه، الفسخ الصريح. لان ما نقله آنفا من الشهيد (ره) من قوله " لو قال لم اجز، كان له الاجازة بعد ذلك " يخالف ذلك.

٣- قال فى اوائل الجواب: فنهى مقامات: المقام الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح:....

عرفا (وان لم يكن التعويض مجزيا شرعا ولم يخرج عن ملك المشتري مادام باقيا) ويجوز استعارته. على الاصح. و جواز التصرف فيه بتسليط المشتري، لا- ينافي كونه عوضا عن المبيع بمقتضى عقد البيع. كما انه لا يضر بتجوز التصرف في ثمن الفضولي المصطلح بالاجازه بعده. و يشكل المقام بما ذكره الشهيد في وجه اشكال علامه في تتبع العقود الواقعه على ثمن المغصوب، من انه مع علمه يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن. فلا يدخل في ملك رب العين. فح، اذا اشترى به البايع متاعا فقد اشترىه لنفسه، و اتلفه عند الدفع الى البايع، فيتحقق ملكه للمبيع. فلا- يتصور نفوذ الاجازه هنا لصيرورته ملكا للبايع. (و ان امكن اجازته للمبيع. مع احتمال عدم نفوذه ايضا) لان ما دفعه الى الغاصب كما لما ذون له في اتلافه. فلا يكون ثمنا ولا تؤثر الاجازة في جعله ثمنا. ثم قال: انه يلزم من القول ببطان التتبع، بطلان اجازته البيع في المبيع. لاستحاله كون البيع بلا ثمن. اقول: و يمكن دفعه بامكان التزام بطلان التتبع مع صحه اجازته البيع. بان يجوز له التصرف في الثمن و التسليم الى الغاصب مع التزامه للغرامه لو اجاز المالك. و بهذا يحصل الجمع بين جواز تسليط الغاصب على الثمن، و جواز تصرفه فيه مع صحه اجازته البيع. فياخذ عوضه عن المشتري مثلا او قيمه. فكما يمكن ان يستدل بجواز تصرف الغاصب - كما نص عليه الاصحاب على ان الثمن لم يكن عوضا بل سلمه المشتري مجانا، فلا تصح الاجازة (في البيع ولا [في] التتبع) للمالك - فيمكن ان يستدل به على ان للمشتري ان يعاوض الثمن و يلتزم عوضه في ذمته، مثلا او قيمه، و تسليمه الى الغاصب. فتصح الاجازة للبيع، واخذ العوض. و ان لم يجز المالك التتبع. فلا- ملازمه بينهما. و ذلك كما قيل في جواز بيع المشتري للمبيع في [زمن] خيار البايع و لزوم رد المثل او قيمه، لورد البايع مثل الثمن الى المشتري و فسخ البيع. (وان كان ضعيفا عند لعدم استقرار الملك و تماميه المتفرعات في صحه البيع) مع ان التزلزل هنا اقوى. لان الملك

هنا مرجو بحصول الاجابه بعد ذلك. و ثمة شائبه لبقاء الملك السابق. و يتضح ما ذكرنا غايه الوضوح، فى ما لو باعه الغاصب فى ذمه المشتري، [و] سلمه فى ضمن فرد من الكلى. فلا- يصح البيع لان المشتري ليس مستقلا فى تعيين ما فى الذمه فكانه سلطه عليه مجانه، و تصح الاجازه لوردها على ما فى ذمه المشتري. لا يقال: ان فى صوره اباحه المشتري، فالتصرف غير مترتب للاجازه ولا محتمل لها، [و] منافاته للعوضيه ظاهره. و مع ترقبها، فالاباحه على القول بان الاجازه كاشفه - كما هو الاصح - فاسد لا تؤثر فى تصحيح التصرف. فتجوزهم التصرف للغاصب، انما هو لعدم كون العقد صحيحا. لانا نقول: - مع انه لا يتم فى الفضولى ايضا على القول بالكشف. لانه اباحه فى التصرف فى مال الغير - يرد عليه ان المراد بالعوضيه، هو العوضيه بمقتضى ظاهر العقد. لا المعاوضه مع المالك. و ايضا عدم ترتب الاجازه (بل و عدم احتمالها) لا يضر بتاثير الاجازه بعد حصولها من باب الاتفاق. وان كان ولا بد، فالذى يضر هو قصد الانتقال الى الغاصب مطلقا. اى سواء اجاز المالك، او لم يجز. لا مطلق قصد انتقال. والحاصل: ان التحقيق و ان كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل، و انه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل، و ان عقد الغالب لنفسه حرام و فاسد بالنسبه الى نفسه. لكنه عقد البيع عرفا. و فائده ملاحظه الجنس هنا الاشاره الى الصيغه. يعنى " ان العقد الذى وقع بضم الصيغه الى قصد كونها واقعه على المال المعين لنفس البايح الغاصب والمشتري العالم، قد بدلته بجريانها على ذلك الملك بعينه لنفسى " فيكون عقدا جديدا. كما هو احد الاقوال فى الاجازه، كما سنشير اليه. و معنى ضم فصل آخر الى الجنس، كون العقد السابق مذكرا للجنس ليضم اليه فصل آخر، حتى يتحقق نوع. لا- ان يضم ذلك الفصل الى الحصه من الجنس الموجوده مع الفصل السابق. كما انه كذلك فى المالك الجاهل بان الملك لغيره، اذا باعه و اجازه المالك الواقعى. فالمعيار هو وقوع الايجاب والقبول على ملك معين. فانه يطلق

عليه البيع عرفا، و ان كان فاسدا، و لا- ريب ان قصد هما، ح ايقاع البيع، و ان كان فاسدا. فيبدل المالك الحقيقي، هذا العقد الفاسد بالعقد الصحيح. بل هذا الكلام يجرى في المشتري الجاهل بالغصب مع علم البائع بانه مال الغير و يبيعه عدوانا. فان معنى ايجاب الغاصب، نقل الملك عن نفسه و اخذ العوض لنفسه، والذي حصل من اجازة المالك هو بيعه لنفسه، و هما نوعان متباينان. و اما الفضولي، المصطلح: فهو و ان كان اجراء هذا الكلام فيه. لان المانع من الفضولي، هو الايجاب المشروط المطلق على شرطه ضمنا. والذي اجازة المالك و رضى به هو وقوعه بتا، فليس ما اجازة نفس ما وقع من الفضولي بل هما نوعان متباينان. و هذا اما مبنى على " عدم جواز التعليق في العقود الا ما خرج بالدليل " و اما مبنى على " جوازه الا ما اخرج الدليل - كما هو الا- قوى - و هذا مما لم يخرج " . و لكن يمكن ان يقال: ان ما اوقعه الفضولي، هو الايجاب البات مشروطا بشرط. و هذه الاجازة، هو شرط وقوعه بتا. و المفروض وجود الشرط. فيوجد المشروط بوجوده. فليس عقدا جديدا. بل هو بعينه ما اوجده الفضولي مع تحقق شرطه. و تاخر الشرط عن المشروط في الاحكام الشرعية غير عزيز. كتأثير غسل الاستحاضة الفجرى المتاخر عن اول الفجر، في تصحيح جزء من الصوم المتقدم عليه. و بعبارة اخرى: نقول: ان هذا الشرط الضمني هو شرط في التصرف. نظير ما نقوله في قول القائل " انت و كيلي في بيع عبدى اذا قدم الحاج " حيث جوزة العلامة و ادعى عليه الاجماع. مع انه ادعى الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة و بطلان التعليق. فالتعليق انما هو في الموكل فيه، لا في التوكيل. و لك ان تجعله هنا، من باب الشرط في ضمن العقد، لا الشرط بمعنى التعليق، كما فعله العلامة في الوكالة في كتاب الوقف. حيث قال: في التذكرة في الفرق بين قول الواقف " وقفت هذا على فلان ان جاء زيد " و بين قوله " وقفت هذا على فلان " و شرط انه ان خرج عن مذهبه الى مذهب اخر، فلا نصيب له. ثم قال: و هذا مثل الوكالة، لو علقها بشرط لم يصح. و ان اطلق الوكالة و

علق التصرف فيها بشرط جاز والحاصل: ان المعتمد هو " عموم اوفوا بالعقود " سواء اتحد مورد العقد والاجازه، او تباينا، ولا يذهب عليك، ان ما اخترنا. من كون ذلك عقدا جديدا لا ينافى القول بالكشف، اذ معناه، ح، انى جعلت هذا العقد فى موضع ما اوقعه الفضولى. لا انى جعلته ناقلا من الحين. كما هو الظاهر من لفظ " العقد الجديد ". فان المراد من الجديد بيان المغايره. يعنى انه هذا عقد مغاير لما اوقعه الفضولى، و ان اعتبرنا حصوله فى موقعه. لا انه اثر له قبل الاجازه، و يبطل الاثر بمجرد ذلك، فافهم. على انا نقول: يمكن دعوى الاتحاد ايضا، و ان الاجازه قد وقعت على ما اوجبه الغاصب. فان الغاصب انما قصد الايجاب فى حال اعتقاده بكون الملك له، و ان ينقله الى المشتري لنفسه لا بشرط ذلك. فحيث الاعتقاد تقييده. لا تعليبه. فكانه قال " نقلت هذا الملك الى المشتري مطلقا " و كان هذا القول فى حال ذلك الاعتقاد. فلا يصير قصد النقل لنفسه فضلا له بحيث لا يتخلف منه. و ذلك نظير ما ذكره العلامة و غيره فى صحه تصرف الوكيل فى صورته التعليق، مع بطلان التعليق، اعتمادا على الاذن العام الحاصل من التوكيل، و ان لم يكن ذلك التصرف من باب التوكيل. و نظير جواز التصرف فى مبيع بيع المعاطاه. على القول بكونها بيعا فاسدا، اعتمادا على الرضاء الحاصل من البايع. اذ رضاه غير معلل بكونه بيعا، بل فى حال اعتقاد كونه بيعا. فالغاصب فى ما نحن فيه ينقل المبيع الى المشتري على الاطلاق فى حال معين، و يجيز المالك النقل المذكور المطلق، فيصلير مورد البيع و الاجازه متحدين. و من ذلك يظهر دفع ما يتوهم ان صحه الاجازه فى المشتري العالم باطل، لان المقصود فى بيع الغاصب انما هو لنفسه، و العقود تابع للقصود. و الاولى بالاندفاع ما نقلناه من الاشكال عن التذكرة فى الفضولى اذا كان احدهما جاهلا. و كذا فى الغاصب. تتمه: قال العلامة فى المختلف: قال الشيخ فى النهايه: 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. فان امضاء البيع لا يوجب الاجازه فى قبض الثمن. فح، للمالك مطالبه

المشتري بالثمن. سواء كان قد دفعه الى الغاصب اولا. نعم، لو اجاز القبض، كان ما قاله الشيخ جيدا. اقول: ما ذكره جيد، والظاهر عدم الفرق بين ما كان البيع بالعين او بالذمه، فى عدم استلزام اجازة البيع اجازة القبض. و عن الشهيد والمقداد ان اجازة البيع الواقع بالعين اجازة للقبض. و هو ممنوع. و تحقيق المقام ان يقال: ان اجازة المالك للبيع مقتضاه " انى رضيت بان يكون المبيع مال المشتري والثمن مالى " واما الرضا بان يكون ما اخذه الغاصب نائبا عن اخذ المالك، فيحتاج الى اجازة جديدة و رضا مستقل. و مالم يحصل القبض فليس له المطالبة عن الغاصب. سواء كان الثمن عينا او دينا. و ان قبضه، فما لم يحصل الاجازة والرضا بالقبض لم يبرى المشتري عن حق المالك. و له مطالبه اياه. و ليس له مطالبه الغاصب، الا ان يكون عينا. فانه يجوز له مطالبه الغاصب، ح، ايضا. و ان لم يبرى المشتري و جاز مواخذته بالعين او عوضها. والظاهر انه لا فرق فى المسئلة بين الغاصب والفضولى. واعلم: ان البايح اذا باع مال الغير فى الذمه، و كان للمشتري فى ذمه البايح مثله. و تباريهما واسقاط المشتري ما فى ذمه البايح عوضا عن الثمن، بمنزله الاقباض. فلا دلالة فى اجازة البيع على اجازة ذلك الاسقاط، الذى هو بمنزله القبض، و اما لو جعل البايح الثمن ما [فى] ذمته من مال المشتري، فالظاهر ان اجازة البيع بعينه، هى الاجازة للاقباض ايضا، فلا- يجوز له المطالبة، الا- عن البايح. المقام الثالث: اختلفوا فى ان الاجازة كاشفه عن الانتقال من حين العقد، او ناقله من حين الاجازة؟ -؟. الاشهر الاقوى الاول. لانها رضا و امضاء للعقد. و مقتضى العقد هو النقل و الانتقال بمجرد الصيغه. و هو مدلول الايجاب و القبول و مقتضى الانشاء. والمجيز انما اجاز مقتضى العقد. و هو ما قصده الفضولى من النقل حين العقد. و لو كان النقل انما يحصل بالاجازة فلا يكون امضاء للعقد. و المفروض خلافه. ولو كان المراد من الصيغه، النقل من حين الاجازة، فهو ليس امضاء للنقل السابق المستفاد من العقد. و يتضح ذلك - غاية الوضوح - فى الغاصب والجاهل بكونه مال الغير، اذا باعه معتقدا للملكية ثم ظهر استحقاؤه للغير. فانهما يريدان النقل حين العقد جزما. و يدل

عليه في النكاح خصوص صحيحه ابي عبيده (1)، في تزويج صغيرين. الداله على انه لو بلغ احدهما و اجاز و مات، ثم بلغ الاخر و اجاز، ورث منه. و عمل بها الاصحاب. فانه لا- يتم الا- على القول بالكشف. اذ لا- يمكن حصول الزوجيه الابتدائيه للميت. بخلاف الرضا بزوجيته. و ذهب الا-خرون الى الثاني. و منهم المحقق الاردبيلي مع اصراره فيه، محتجا بان الظاهر - من الايات و الاخبار، سيما قوله تعالى " الا- ان تكون تجاره عن تراض " و كذلك الظاهر من العقل والاجماع - ان رضاء صاحب المال جزء، او سبب، او شرط، دخل في صحه العقد. فكيف يصح العقد بدونه. وانه ان لم يكن الرضاء جزء (والمفروض عدم جزء آخر بالاتفاق فيلزم الحكم بالصحه بمجرد الايجاب والقبول من دون الرضاء. و ايضا: اذا لم يجزه المالك و فسخه و ظهر كون العقد غير صحيح حين الوقوع، فيلزم الحكم بفساد العقد، مع وجود جميع ما يتوقف على بحكم الفرض. و ايضا: ان توقف العقد على امر آخر الى حين الاجازه، يلزم صحه العقد قبله. فلا- يكون الرضا كاشفا عن الصحه بالفعل قبل لحوق الرضا. اقول: اما الجواب عن الاول: فان الظاهر ان مراده من المذكورات، ما ذكره في بطلان اصل الفضولي انه ليس بتجاره عن تراض، و انه بيع لما لا- يملك، المنهى عنه في الاخبار. وانه تصرف في مال الغير، المحرم بالعقل والنقل والاجماع. و قد عرفت الجواب عنها مفصلا. و نزيد هنا: انا نمنع دلالتها على مدخيله الرضاء في الصحه مطلقا، بل القدر المسلم هو البطلان بعد الفسخ. و قد عرفت انه لا يكفي عدم الاجازه، بل يعتبر الفسخ، و هو في معنى الصحه. اذ لا معنى لفسخ ما ليس له تحقق. و عدم ترتب الاثر الذي هو معنى الصحه، انما هو بحصول الفسخ. و يكفي في الصحه ترتب الا-ثر في الجملة واثر البيع انما هو الانتقال في الجملة و هو متحقق في ضمن النقل المترلزل، و هو حاصل قبل الاجازه. ١

ص: ٢٨٠

فهى شرط لاستقرار الانتقال. نظير انقضاء ايام الخيار فى البيع اللازم. فكما ان توقف الاستقرار فيه على انقضاء ايام، لا ينافى ترتب الاثر قبله، فكذا فى ما نحن فيه. وكذا الكلام فى عدم جواز تصرف المشتري اذا علم بكون الباع غاصبا مثلا. و توقف جوازه على الاجازة، لا ينافى حصول الانتقال المترلز. و هو يكفى فى الصحة. مع انه على القول بكونها شرطا لا جزء، لا استبعاد فى تاثير الشرط المتاخر. كما اشرنا سابقا، و اتينا بمثاله. فان علل الشرع "معرفات". و يظهر بالتامل فى ما ذكرنا، الجواب عن البواقى. و حاصله: ان الاجازة شرط للزوم، لا- سبب للصحة. و جزئه. ولا- يضر تاخره عن المشروط فى تاثيره. كانقضاء ايام الخيار، و لغسل المستحاضه الصبح بعيد طلوع الفجر لتصحيح الصوم مع تقدم قطعه من النهار بلا غسل. و ان الصحة و ترتب الاثر، اعم من الانتقال المستقر. كما اشرنا، و ان عدم ترتب الاثار انما هو من جهه الفسخ. لا لانه كان يباعا فاسدا. الى غير ذلك مما يظهر بالتامل فى ما ذكرنا سابقا. و يظهر ثمره هذا النزاع، فى النماء المتخلل بين العقد والاجازة، و غيره مما يترتب على البيع من الثمرات. فالنماء للمشتري فى المبيع و لمالك العين فى الثمن، اذا باعها بعين معينه. على المختار. و لمالك المبيع فى المبيع، و للمشتري فى الثمن. على الاخر. و قال فى الروضه: انه على الاخر، للمالك المجيز فى الثمن والمثمن كليهما. و ربما علل بان المشتري له التصرف فى ماله، و قد نقله الى الباع الفضولى بقبوله للعقد. فلا وجه لتوقفه على اجازة غيره. و فيه: اولا انه لا يتم فى ما اذا كان المشتري ايضا فضوليا و اجاز المالك. و ثانيا ان ما ذكر له وجه فى ما لو كان المشتري عالما بان المبيع مال الغير، فضوليا كان او غاصبا. مع الاشكال فى غير الغاصب ايضا، فانه كان بقبوله نقل الثمن اليه مجانا. و اما لو كان جاهلا، فلم ينقله الا-على وجه المعوضه، فاذا لم يتحقق فماله ونمائه باق على ماليته. و على القول بكونها ناقله، لا- يحصل النقل الحقيقى الا بالاجازة. فهذا ليس من باب

ما يفيد الملكيه الثابته فى نفس الامر المترزله بالخيار. بل من باب جزء السبب الصالح لان يتم بلحوق الاجازه. و يفيد الملك ح. والحاصل: انه يحكم بقبوله بالملكه الظاهره، حتى يتحقق سبب الملكيه الواقعيه فيحكم بها. لا بالملكه الحقيقيه المترزله، حتى يستقر تزلزلها. و سيجيى بعض الثمرات فى تعاقب العقود. و ربما يقال: ان من ثمره النزاع، انه لا يجوز للمشتري الفسخ قبل الاجازه، على القول بالكشف. و يجوز على القول الاخر. و لعل المراد، ان الاجازه لما كانت كاشفه، اى كاشفه عن بطلان الفسخ لعدم اختياره للفسخ، ح، لثبوت لزوم البيع، ح، فى الواقع. فلا خيره فيها، الا بالتقاويل. و اما على القول الاخر، فيمكن لعدم تحقق البيع. و فيه: انه لا معنى لتسميته فسخا للبيع. بل غايه [ما] توجبه، ابطال تاثير جزء السبب. اذ جواز الابطال ممنوع. لان ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الاخر، من احكام الوضع. لا مدخله لاختيار المشتري فيه. فالقولان مشتركان فى عدم جواز الفسخ بمعنى القدر المشترك بين فسخ البيع و فسخ تاثير جزء السبب. فيرجع مثال كلام القائل بامكان تصور فسخ البيع، على القول بالكشف. دون القول بالنقل. و هو مسئله علميه لا تدخل لها فى الفروع. والبحث فى الجواز و عدم الجواز، فرع امكان تحقق الموضوع. و قد عرفت عدمه. المقام الرابع: قد ظهر مما مر، حكم الاجازه و عدمها اذا كان العقد واحدا. و اما لو تعاقبت العقود على المثلن، او الثمن، او كليهما، فلا اشكال لو اجاز الجميع. و اما لو اجازوا حدا منها، فان كان هو العقد الواقع على المثلن، صح فى المجاز و ما بعده. و يبطل ما قبله. كما لو باع زيد ارض عمرو بيكر بفرس. ثم باع بكر الارض بخالد ببقر. ثم باع خالد الارض بوليد بدرهم. فان اجاز عمرو بيع خالد بدرهم، فيصح بيع الارض بالدراهم. و يبطل ما قبله سواء قلنا ان الاجازه كاشفه، او ناقله. لان اجازته لبيعها بالدراهم، انما يتم مع بقاء ملكيته عليها. و بقاء ملكه لا يجمع صحه ما قبلها. اذ لو كان ما قبلها صحيحا، لما كان ملكا. بل كان ملكا

للبيع. فلم يصح اجازته في بيعها بالدراهم. وان اجاز احد البيوع السابقه، كما اجاز بيعها بالبقر، فيبطل بيعها بالفرس، كما مر. و يصح ما بعده. يعنى بيع خالد بالدراهم، ان قلنا بان الاجازه كاشفه - كما هو المختار - لتبين وقوع بيع خالد في ماله عند العقد. واما ان قلنا بانها ناقله، فليس كذلك. لان المالك اذا اجاز البيع الفضولى المتقدم - وهو بيع بكر فى المثال - فقد صار الان ملكا للمشتري عنه، وهو خالد. وح، فلا يمكن للمالك الاصلى اجازته العقود اللاحقه، لخروجه عن ملكه. فيبقى الامر فى يد المشتري الاول، وهو خالد فانه هو المالك ح. ففى المثال المذكور احتمالات: احدهما: 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 بكفايه مطلق الملك، سواء كان فى حال العقد، او بعده. والثالث: الصحة وان لم يجز، بناء على ان التملك ابلغ من الاجازة. و الاظهر عندى، الصحة، ان اجاز بعد حصول الملك (كما لو باع احد مال الغير فضولا، ثم اشتره منه، او انتقل اليه بنحو آخر. سواء قيل بان الاجازة كاشفه، او ناقله. (وستحقق هذا المطلب فى ما بعد). واما ان كان المجاز هو العقد الاول على الثمن. فهو يحتمل وجهين: الاول: ان يجيز العقد على الثمن، ثم على الثمن، ثم على الثمن. و هكذا. والثانى: ان يجيز العقود المتعاقبه على اصل الثمن. مثال الاول، ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو. ثم يبيع الفرس من بكر ببيعير. 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 الفرس من بكر ببيعير، فيعلم منها اجازته لما قبله، حملا لقول المسلم و فعله على الصحة. اذ لا يمكن صحة الاجازة الا مع كونه للفرس. ولا يتحقق ذلك الا

باجازة بيع داره بالفرس. و اما الثانى - اعنى وقوف ما بعده على الاجازة فلان اجازة بيع الفرس الذى كان ثمن ملكه بالبيع لا يفيد نقل البيع الى خالد، وليس له آخر. فيصدق ان البيع، ملك زيد. وان بيع البيع بالدرهم كان فضوليا، فاذا اجازة، صح البيع. و اما الثانى: - اعلى 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 الثمن. و اما بعده، ففيه الوجوه الثلاثة المتقدمه، فاذا اجاز المالك بيع بكر الفرس من خالد بيقر، فيصح بيع الفرس بالبقر و بيع الدار بالفرس، و يبطل بيعه ببيع، و فى بيع الفرس بالدرهم الوجوه الثلاثة. اما صحه بيع الفرس بالبقر: فلان اجازته دليل على انه رضى بان يكون الفرس ماله، حتى يصح منه اجازته، و لا يتم ذلك الا باجازه بيع داره بالفرس، ليقع فعل المسلم على الوجه الصحيح. و اما بطلان ما قبله: فلعدم وقوع الاجازة عليه. اذ لا يستلزم اجازة بيع الفرس بالبقر، اجازته بيعه بالبيع، و لا يتوقف صحته عليه. و لكن لا مناص عن كونه مجيزا لبيع الدار بالفرس، ليصح فعل السلم. و اما جريان الوجوه الثلاثة فى ما بعده - اعنى فى بيع الفرس بالدرهم - فلان خالد باع الفرس بالدرهم فضولا. لانه باع مالا يملكه، والحال صار مالكا له باجازه المالك الاصلى فدخل فى مسئله " من باع شيئا فضولا او اشترى بثمان فضولا " فان فيه الاوجه الثلاثة، والا ظهر احتياجه الى اجازة خالد لبيعه الفرس من وليد، كما اشرنا سابقا. هذا حاصل ما ذكره المحقق الشيخ على (ره) فى هذا المقام. و يمكن ان يقال: ان هذا انما يتم على القول كونها كاشفه 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: صيروره الفرس مال زيد، انما هو بهذه الاجازة، فالفرس (حين بيع بكر من خالد) لم يكن مالا لزيد و لا لبكر. فلم يقع اجازة زيد على ماله. قلت: مرادنا من حمل فعل المسلم على الصحه، انه وقع من زيد اجازة لبيع

الدار بالفرس. غير هذه الاجازة حتى يرد الاجازة على الملك. سلمنا عدم لزوم حمل فعل المسلم على الاجازة السابقه المنفردة، و اكتفينا بهذه الاجازة، لكن نقول: ان صيروره الفرس مال زيد و انتقاله الى خالد باجازته بيع بكر من خالد، حصل بجعل واحد. فيصدق ان زيدا اجاز بيع ماله من خالد، و على القول بالكشف، انتقل الفرس الى خالد ببيع بكر، فبيع خالد من وليد انما هو في ماله. فان قلت: الفرق بين القول بالكشف والنقل، مع كون الاجازة من المالك حين العقد، هو ان النقل عباره عن انتقال مال المجيز الثابت المالىه الى المشتري حين الاجازة، والكشف عباره عن انتقاله منه اليه بعد العقد و بسبب العقد، ففي كلا الصورتين يعتبر تقدم المالىه على الاجازة. و المفروض حصول المالىه بالااجازة قبل الاجازة، فالاجازة لم ترد على ماله، بل حصل المالىه بسببها، فلا مناص الا عن اجراء الوجوه الثلاثة بالنسبه الى اجازة خالد ببيعه من وليد. قلت: لا ينافى حصولهما بجعل واحد، تقدم مالىته لزيد. اذا لمدلول التبعي قد يكون متقدما بالطبع، كمقدمه الواجب (كما قد يكون متاخرا) فلسبب دلالة اجازة بيع بكر من خالد بالبقر على اجازته البيع الفضولى داره من عمرو بفرس تبعا، ثبت مالىه الفرس لزيدا ولا ثم ثبت صحه مالىه الفرس لخالد. لدلالته عليه ثانيا اصاله بتلك الاجازة. فعلى القول بالكشف يقع بيع خالد عن وليد فى ماله، فيصح. و على القول بالنقل يجيى الا وجه الثلاثة. لكن يرد، ح، ان التفصيل يجيى فى نفس المجاز ايضا، فنقول، فى تفصيل المقام، ان اجازة المالك الاصلى و هو زيد، اما ان يتعدد - بان يجيز مره بيع الدار بالفرس، و اخرى بيع الفرس بالبقر - او يتحد. و فى صورته التعدد: اما يتقدم الاجازة الاولى على بيع بكر: فعلى القول بالكشف، يصح الجميع باجازته الثانيه. اذ بيع بكر، ح، وقع على مال زيد، و صار باجازته الثانيه مال خالد. و وقع بيع خالد من وليد فى ماله. و على القول بالنقل وقع بيع بكر الفرس بالبقر ايضا فى مال زيد، و اجازة باجازته الثانيه. فصار البقر ماله حين الاجازة، و الفرس مال خالد، ح، فيجىى فى بيع خالد من وليد بالدارهم، الا وجه الثلاثة، لانه يدخل تحت مسئله " من باع مال الغير فضولا او اشترى مالا بثمان هو مال غيره

فضولا- ثم [ملك] تلك المبيع او الثمن ". و [اما] ان يتاخر الاجازة الاولى من بيع بكر من خالد: فعلى القول بالكشف، يصح الجميع باجازته الثانية كما تقدم، و يظهر وجهه مما تقدم. و على القول بالنقل يصير الفرس مال زيد بعد بيع بكر. فيجيبى - فى انتقال البقر اليه باجازته بيع بكر من خالد - و جهان. الصحة بالاجازة. و البطلان نظرا الى عدم اشتراط وجود المالك المجيز، حين العقد. و انى اشتراطه و هو منفرد بالفرض. فان بكرا باع الفرس حين لم يكن ماله. ولا- مال زيد، فاذا اجاز زيد بيع داره بالفرس بعد بيع بكر، فالحين صار صاحب الفرس. و ح، فان قلنا بالبطلان، فيبطل بيع خالد من وليد بطريق اولى. و ان قلنا بالصحة مع اجازته ثانيا، فيجيبى الوجوه الثلاثة، فى بيع خالد من وليد. فانه من فروع " من باع مال الغير او اشترى فضولا ثم ملك المبيع او الثمن ". و ان اتحد الاجازة بان يجيز زيد بيع بكر الفرس من خالد بالبقر - واكتفينا بالدلالة التبعية على اجازة بيع الدار بالفرس - فهو مثل ما لو تعدد الاجازة، مع تقدم اجازة بيع الدار بالفرس. فان المدلول التبعى هنا متقدم بالطبع. و مما ذكرنا من التفصيل، ظهر انه لا يتم اطلاق الشهيد (ره) تبعا لفخر المحققين، حيث قال " ولو ترتبت العقود على العين والثلث فللمالك اجازة ماشاء. و مهما [اجاز] عقدا على المبيع، صح، و ما بعد خاصه. و فى الثمن ينعكس ". حيث اهملا بيان حال ما بعد المجاز فى مسئله التعاقب على الثمن. ولم يذكر الفرق بين القولين بالكشف والنقل. ولعل بنائهما على القول بالكشف. و لكنه خلاف مختار فخر المحققين. و كذلك يظهر منها عدم صحة الاجازة فى ما بعد المجاز، فى سلسله التعاقب على الثمن. و لم يذكر توقفه على الاجازة، و كذلك لم يتعرض للفرق بين القسمين، فى هذه السلسله. وقد نبه على ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى. المقام الخامس: قد ظهر مما ذكرنا، حكم الاجازة للفضولى، و اما لو لم يجز: فله ان يرجع الى المشتري، و ينتزع منه العين، و نمائه المتصل و المنفصل، و عوض منافعه المستوفاه

و غير المستوفاه، و قيمه الهالك من ذلك، ان كان قيميا. و مثله، ان كان مثليا، او قيمه المثل، اذا اعوز المثل، والحق بقيمه العين الهالك (اذا كانت قيمه) قيمه ما نقص من العين عنده، فيرد العين مع قيمه نقصها. و ربما خص الحكم بالمشتري. مع ان القاعده تقتضى رجوع المالك بالعين في يد اى شخص كان. ولعله ناظر الى كون الكلام فى الفضولى المصطلح. وهو الذى لا يصدر منه الا- الصيغه للمالك متوقفا للاجازه من دون تسليم او تصرف لم يكن باذن المالك. فبناء على ان اجراء الصيغه فضولا لا يسمى تصرفا و ليس بحرام، فيختص الرجوع بالمشتري المتصرف فيه، وليس على الفضولى شىء. و اما لو كان الفضولى غاصبا فى اول الامر. (او سلمه العين بعد اجراء الصيغه فيكون غاصبا) فيجوز الرجوع اليه. و كيف كان فلا خلاف فى جواز الرجوع الى [البايع الفضولى] اذا سلم (١) العين. سواء كانت باقيه او تلفه. عالما بكون العين مال الغير، او جاهلا. مدعيا للاذن عن المالك فى صورته العلم، او غيره. و اما جواز الرجوع الى المشتري المتصرف فى جميع ما ذكر، فلا اشكال فيه. بلا خلاف. و يدل عليه عموم قوله " على اليد ما اخذت " و خصوص الاخبار. فاذا كانت العين باقيه فيرجع فيها، و نمائها، و منافعها، و قيمه التالف منها. انما الكلام فى رجوع المشتري الى البايع: فنقول: ان كان المشتري جاهلا بانه مال الغير، او عالما ولكن البايع كان مدعيا للاذن عن المالك. فقالوا: ان للمشتري الرجوع الى البايع بالثمن، و بما اغترم من قيمه العين التالفه - وان زاد عما دفعه الى البايع - و من كل اغترم ولم يحصل له فى مقابله نفع، حتى بنقص (٢) القيمه الحاصل من الهزال، و قيمه الولد الذى حصل من الامه المشتره (فانه حر يجب على والده فكاهه باعطاء قيمته الى المالك) لكونه غارما له. و عن جماعه من الاصحاب، دعوى الاجماع. كالعلامه فى المختلف و فخر المحققين فى شرح الارشاد و يظهر نسبه الى الاصحاب من ص

ص: ٢٨٧

١- وفى النسخه: فى جواز الرجوع الى المشتري اذا تسلم العين

٢- وفى النسخه: ينقص

غيرهما. ولكن العلامه ادعاه فى صورته الجهل. ويدل على بعض ما ذكر، الاخبار. مثل ما رواه الشيخ فى الموثق، عن جميل بن دراج عن الصادق (عليه السلام)، " الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيئ مستحق الجارية.؟. قال: ياخذ الجارية المستحق. ويدفع اليه المبتاع قيمه الولد. و يرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمه الولد، التي اخذت منه (١). " وفى القوى، عن زراره " قال: قلت لابي عبد الله - ع - : رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين، فخرج بها الى ارضه، فولدت منه اولادا، ثم اتاها من يزعم انها له، واقام على ذلك البينه (- م.). فقال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية، ويعوضه فى قيمه ما اصاب من لبنها و خدمتها " (٢). الى غير ذلك من الاخبار. و اما ما اغترمه فى عوض المنافع المستوفاه (مثل اللبن وسكنى الدار): ففيه قولان: احدهما الرجوع - كما هو الظاهر من الاكثر - لانه غره بتسليطه عليه مجانا. و لعله لو كان عالما بانه مال الغير ويلزمه العوض، لم يتصرف فيه. كما لو قدم اليه طعام الغير واكله. او غضب طعاما فاطعمه المالك. و يويده موثقه جميل ايضا. ان لم يجعل الولد من المنافع لانه حر لا يملك. ووجه القول الاخر: الاصل. وانه غرم فى مقابله نفع. فلا عوض له و لا يرجع به الى احد. وان المباشر اولى بالضمان لو وقع التلف فى يده. وفيه: منع كليه الكبرى. و ان المباشر اضعف بالغرور من السبب. و الاصل يخرج عنه ما ذكرنا. و الا حوط ترك الرجوع. و ان كان القول الاول اظهر. سيما اذا اخذ المالك فى العوض ما يزيد على قيمه الملك [زياده] يمكن الانتفاء [بها] مثل المبيع. كما لو كان المبيع نقره جلابه (٣) و اخذ المالك منه عشره دنانير فى قيمتها و قيمه منافعها، و يمكن الان ان يشتري بها نقرتين جلابيتين، او

ص: ٢٨٨

- ١- التهذيب: ج ٢ ص ١٤٠ و ١٤١ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢، ابواب نكاح العبيد..، باب ٨٨ ح ٥ و ٤. وفيه " ثم ان اباهما يزعم انها له " بدل " ثم اتاها من يزعم انها له " .
- ٢- التهذيب: ج ٢ ص ١٤٠ و ١٤١ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢، ابواب نكاح العبيد..، باب ٨٨ ح ٥ و ٤. وفيه " ثم ان اباهما يزعم انها له " بدل " ثم اتاها من يزعم انها له " .
- ٣- الجلاب و الجلابيه: معرب " گلاب " و " گلابه " . و الظاهر ان " النقره " هى ظرف الجلاب. سميت بها لانها من الظروف المنقوره فيها النقوش

نحو ذلك بما يستلزم ذلك الضرر. و اما اذا كان المشتري عالما بانه مال الغير: فقال فى المختلف: قال علمائنا لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البايع. لانه عالم بالغصب فيكون دافعا للمال بغير عوض. و اطلقوا القول فى ذلك. والوجه عندى التفصيل. وهو ان الثمن ان كان موجودا قائما بعينه، كان للمشتري الرجوع به. وان كان تالفا، فالحق ما قاله علمائنا. وقال فى التذكرة: " و لو كان عالما لم يرجع بما اغترم، ولا- بالثمن، مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا. و الاقوى ان له الرجوع مع بقاء الثمن. لعدم الانتقال ". وعن جماعه من الاصحاب نسبه عدم جواز الرجوع الى الاصحاب على الاطلاق من دون التفصيل. واختار جماعه منهم التفصيل الذى اختاره العلامة، منهم الشهيدان والمحقق الثانى. وقال الشهيد الثانى " ان العلامة ادعى الاجماع فى التذكرة على عدم الرجوع مع التلف ". ولعله مبنى على انه فهم من نسبه الى علمائنا الاجماع مع اختياره التفصيل، ان ذلك فى صورته التلف. فنسب دعوى الاجماع عليه فى صورته التلف. و كيف كان، فالظاهر الرجوع، مع بقاء العين. وعدمه، مع التلف. اما الاول: فلان المفروض بطلان البيع لعدم اجازته المالك. والاصل عدم الانتقال. واستصحاب الملكيه. و قولهم عليه السلام " الناس مسلطون على اموالهم "، و لانه دفعه اليه عوض شئ لا يسلم له مجانا، والمفروض عدم ناقل شرعى اخر يوجب الاباحه [او] اللزوم. ونظر الجماعه فى عدم الرجوع بما اغترم للمالك، الى استقرار الضمان عليه. لان التلف وقع فى يده فهو غاصب محض. واما فى الثمن الذى اداه الى البايع، فلتسليطه اياه على ماله، مع انه ما ياخذ منه لا يصير عوضا له. فهو تسليط مجانا. فهو بمنزله الاباحه وقد اتلفه. ولعل نظرهم فى الا- طلاق فى صورته بقاء الثمن. الى انه من باب الاعراض عن ماله. فيكون موجبا لزوال الملك. و كون الاعراض موجبا لزوال الملك وان كان لا يخلو من قوه - نظرا الى صحبته عبد الله بن سنان، فى حكاية الابل الكال فى الصحراء (1) ٢

ص: ٢٨٩

وغيرها من الاخبار. و التنيهات التي اشرنا اليها في محله (١) - ولكن كونه منه محل نظر حتى ان يكون منظوره الاعراض ان اخذه منه مالكه. نعم، قد يمكن في مثل ما لو اشتره بطعام من الغاصب الجائع المضطر الذي يعلم انه يا كله فورا، او يفارقه مفارقا لا- يرجي لقائه، مع ان غايه الامر، عدم جواز الرجوع الى البايع. واما حليه اكله للبايع، فمحل اشكال. كما سنشير اليه من عدم المنافاه بين الحرمة و عدم جواز الرجوع. و كيف كان، فالظاهر جواز الرجوع مع البقاء. لما ذكرنا، و لعدم ثبوت الاعراض. بل وقد يستشكل في صورته التلف ايضا، لو لم يكن اجماعا. لان اكل ذلك الثمن مع العلم بانه يعطيه بازاء المغصوب، حرام. واكل مال للغير. كالرشوه و عوض الخمر. بل وقد يستشكل في كونه اجماعيا. مع ان المحقق ذهب في بعض تحقيقاته الى الرجوع مع التلف. كما نقل عنه و نسب في الشرايع قول المشهور الى " قيل " فقال " و قيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب " واطلق. وقال في اللمعه " و يرجع المشتري على البايع بالثمن ان كان باقيا. عالما كان او جاهلا. وان تلف قيل لا رجوع به مع العلم. وهو بعيد مع توقع الاجازه ". وقوى الرجوع به في الروضه ايضا، معللا بما سيجيى من انه يتجه مطلقا. وبان تصرف البايع محرم، واكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه. واما مع بقاء العين، فالامر اوضح. لان مع فرض تسليم الاباحه ايضا، لم يثبت موجب للملك. و قال " فيكون القول بجواز الرجوع مطلقا قويا، و ان كان نادرا. ان لم يثبت الاجماع على خلافه، والواقع خلافه. فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقا. " اقول: ما ذكره في اللمعه من قوله " مع توقع اجازته المالك " فلم يتجه مطلقا ولم يعرض عنه. بل اباحه لتوقع ان يجيز المالك [او] يرجع الى البايع بالثمن. و هذا مبنى على

ص: ٢٩٠

ان اجازته البيع، اجازته لقبض الثمن اذا كان عينا. كما هو مختاره، او مطلقا كما هو مختار الشيخ وقد مر الكلام فيه. نعم يمكن ان يكون المراد توقع الاجازة في قبض الثمن ايضا، فيتم الكلام مطلقا. وفي المسالك: بعد نقل ما ذهب اليه المحقق (معللا بتحريم تصرف البايع فيه، حيث انه اكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه) قال: ولو ادعى العلامة في التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف، لكان في غايه القوه. و حيث لا اجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعينا. فان قيل: كيف يجمع تحريم التصرف للبايع في الثمن و عدم رجوع المشتري به في حال. فانه ح غاصب، آكل للمال بالباطل. فالأزم اما جواز تصرفه، او جواز الرجوع، مطلقا. قلنا: هذا الالتزام في محله. ومن ثم قلنا ان القول بالرجوع مطلقا متجه. لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف، كان هو الحجة. وح، نقول ان تحقق الاجماع، فالامر واضح. والا فمن الجائز ان يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم، عقوبه له. حيث دفع ماله معاوضا به على محرم. و على هذا يكون البايع مخاطبا برده، او رد عوضه مع التلف. فان بذله، اخذه المشتري. وان امتنع فيه، بقي للمشتري في ذمته. وان لم يجز له مطالبته. نظير ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال في ذمته. فانه لا يجوز، ح، للمدعى مطالبته. ولا مقاصته. وان كان الحق مستقرا في ذمه المنكر في نفس الامر. وذلك لا يمنع من تكليفه برده. و عقوبته عليه لو لم يرد. " اقول: وهذا يصلح نكته وسرا للاجماع. لانه ليس دليلا مستقلا، و الاظهر في الاستدلال بعد الاجماع، منع ثبوت الدليل على جواز الرجوع في صورة التلف، والاصل عدمه. و قواعد الاتلاف ليس فيها ما يقتضى الضمان في ما نحن فيه بعد التلف. وان حرمة تصرف البايع لا ينافي عدم جواز رجوع المشتري. وقوله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " لا تدل على الضمان. اذ ظاهره حرمة الاكل من جهة بطلان المعامله. لا من جهة انه مال الغير. فلا تدل على انه من اقسام الغصب حتى يعقب الضمان. وما ذكرناه يحتاج الى تأمل و لطف قريحه، حتى يظهر لك انه يمكن أن يكون أكل المال بالباطل و لا يكون ضمان. و كذلك قوله (عليه السلام) " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " فأنها لا تدل

على اداء العين. ولا- دليل هنا على وجوب العوض. غايه ما يمكن أن يوجه من جانب المعترض، ان المشتري اذن في التصرف بشرط عدم تحقق اخذ العوض منه فى آن من الاوان. وقد انتفى الشرط فينتفى المشروط. وقد يقال: ان هذا الشرط لم يظهر من المشتري. بل ظهر منه مجرد كونه ثمنا للمبيع، بأن يكون ماله فى اذائه، مع انه لا يصير ماله ابدا وباق فى ملك صاحبه. مع انه ظهر منه الاذن جزما فى التصرف، من غير تعليق على ما ذكر. ويشكل فى صورته تحقق ذلك القصد فى نفس الامر، و دعويه ذلك. الا ان يقال لا يلتفت الى دعويه. وفيه اشكال هذا، ولكن قد يفترق بين التصرف والتلف فى يد البايع. انه لا ضمان جزما فى الصورة الثانيه. اذا المشتري سلمه برضاء نفسه، والغاصب لم يتصرف فيه، فيكون مثل الامانه كالمقبوض بالبائع الفاسد عند بعضهم. وربما حمل دعوى الاجماع على مثل هذه الصوره. وهو مشكل. ثم قال فى المسالك فى اجزاء الكلام: ولا فرق فى هذا الحكم بين كون البايع غاصبا صرفا مع علم المشتري به، او فضوليا ولم يجر المالك، كما هو مقتضى الفرض. انتهى. و تلخيص المقام: انه لا اشكال فى حرمه تصرف المشتري و ضمانه، مع العلم، ولا فى حرمه تصرف البايع و ضمانه. ولا فى ضمان المشتري مع الجهل. انما الكلام فى مقامين: الاول: فى حرمه تصرف البايع فى الثمن و ضمانه له: و يظهر من الاصحاب اختلاف فيه. فيظهر من بعضهم. الحرمة مع عدم الضمان وعدم وجوب الرد مطلقا، كما ظهر من المسالك. كما نقل عن المحقق، و منهم من فصل فى الضمان ووجوب الرد بين صور [تى] البقاء والتلف، فقال بوجوبه فى الاول دون الثانى. وهو مختار العلامة وجماعه من المتأخرين. و يظهر من بعضهم الضمان و جواز رجوع المشتري فى صورته التلف ايضا، توقع الاجازه. كما يظهر من اللعمه. و يلزمه عدم جواز الرجوع مع عدم التوقع. و كلام المفصلين غير مصرح بحكم جواز التصرف و عدمه. و الاقوى فى الضمان ووجوب الرد هو قول العلامة و من تبعه. واما جواز التصرف و عدمه: فما يظهر مما حكى عن المحقق الثانى، حيث قال (فى مقام تصحيح عقد الغاصب بالاجازه): ان الاصح عدم الفرق بين علمه بالغصب و عدمه. لان المعتمد

ان للمشتري استعادته الثمن مع بقاء عينه. لعدم خروجه عن ملكه الى الغاصب. لعدم المقتضى. و تجوز تصرفه عند الاصحاب لتسليطه عليه، لا- ينافى كونه عوضا. بمقتضى عقد البيع. اذ لو وقع التصريح بمثل ذلك في عوض العقد الفضولي لمن اوقعه فضولا، لم يكن قادحا في ثبوت الاجازة للمالك. انتهى. و [ملخص] كلامه: انهم يقولون بالجواز. [و] توجيهه ان فساد عقد الغاصب بالنسبة الى المشتري بدون اجازة المالك و حرمة، لا يستلزم حرمة تصرف البايع في الثمن. بسبب تسليطه عليه (في حال ايقاع البيع الفاسد) لا بشرط. فلا ينافى حرمة بيع البايع و تسليمه المبيع و حرمة تصرف المشتري فيه، جواز تصرف البايع في الثمن. بسبب الرضاء المستفاد من المشتري لا بشرط. كما ذهب اليه العلامة في النهاية عن جواز التصرف في المعاطاه مع قوله بكونه بيعا فاسدا. نعم اذا ظهر للمشتري انه لا يبيحه الا مع توقع الاجازة، و بشرط ان لا يؤخذ منه المبيع. فهو لا ترفع الضمان. و جواز التصرف مراعى بحصول ذلك. فهو ايضا لا ينافى جواز التصرف بالفعل. غاية الامر طريان حرمة التصرف بعد ظهور ذلك، مع بقاء العين ح. المقام الثاني: جواز اجراء الصيغه: والظاهر انه ليس بمحرم. لانه ليس بتصرف. الا ان يكون مستلزما لتصرف المشتري وقلنا بكون مستلزم المحرم حراما. وهو ممنوع و هذا في ما قصد به الفضولي. واما الغاصب الصرف: فيمكن ان يقال ايضا، ان حرمة الصيغه - من حيث انه صيغه - غير معلوم. بل المحرم انما هو التسليم. الا على القول بكون مستلزم الحرام حراما. هذا كله، كلام في الرجوع الى المشتري، ورجوع المشتري الى البايع. واما لو رجع المالك الى البايع الغاصب واخذ [الثمن] منه، فان كان المشتري عالما بالحال، رجع البايع عليه بالعين ان كانت باقيه، او بعوضها ان كانت تالفه، و بمنافعها التي استوفى منها. لاستقرار الضمان عليه. لكون التلف في يده. فكان العوض الذي اغترم البايع للمالك، نقل به العين المضمونه الى نفسه، و صار قائم مقام المالك. ولما كان التلف في يد المشتري، رجع البايع عليه. فان المشتري بسبب علمه كان غاصبا محضا، و غصب المال من

البايع. واما الثمن الذى اخذه البايع عنه: فقد تقدم حكمه من ان المشهور عدم الرجوع مطلقا. والاقوى التفصيل بالباقي والتالف. نعم، لو استوفى البايع منها منفعه قبل البيع، او مضى زمان يمكن الاستيفاء منها، او وصل اليها نقص يترتب عليه ضمان فهو على البايع. ولا- يرجع على المشتري، لا- فى اول الامر ولا بعد الاخذ من البايع. ولو كان المشتري جاهلا بالحال، كان الغاصب فيما يترتب على يده. فيرجع البايع ايضا على المشتري فى ما اغترم. وهل يرجع عليه بالزيادة عن الثمن، ان اخذ المالك عنه -؟. ففيه وجهان. بل قولان. اظهرهما عدم الرجوع. لان المشتري كان مغرورا، و توجه الزيادة على البايع انما نشأ من فعله، وهو الغصب، وليس غرامته على غيره. كما ان فى الصوره السابقه التى كان يرجع المالك على المشتري 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 الغرامه و مقدار قيمه و زمان اعتبارها: فنقول: ان كان التالف مثليا، فظاهر فتاويهم، تعيينه عليه. بمعنى انه لا يجوز للغاصب التخلف عنه ان اراده المالك. و للمالك مطالبه قيمه لو لم يردھا الغاصب. وان اعوز المثل فقيمته يوم الدفع - على اشهر الاقوال واطهرها - لانه بسبب الاعواز لا يبرء ذمته عنه. فهو فى ذمته حين الدفع. فيدفع قيمته. وقيل: يعتبر قيمته يوم الاعواز. لانه وقت العدول الى قيمه. 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 و نسبه الى الاكثر. كما ان المحقق نسب اعتبار يوم الغصب الى الاكثر. وذهب جماعه الى اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف. و عن المحقق فى احد قوليه، الى حين الرد. لنا: انه مكلف برد العين مادام باقيا. ولا ينتقل الى قيمه الا مع تعذره، وهو يوم التلف،

فيستصحب الى زمان الرد. واستدل على القول الثاني، بان اول وقت دخول [مال] الغير في ضمان الغاصب [هو حين الغصب].
والضمان انما (١) هو بقيمتها. فيضمن بها حاله ابتداءه. وفيه: منع تعلق الضمان بالقيمه في اول الامر. بل انما هو اذا تلفت. وقد
يستدل عليه بصحيحه ابى ولاد، في حكاية البغل وفي جملتها ان ابولاد بعد تعيين كرى البغل وضمانه، خالف صحابه وجاوز
الحد. وسئل الصادق "ع" عن حكمه. فقال (عليه السلام) انه ضامن للكرى. فقال ابو ولاد: فقلت: ارايت لو عطب البغل او انفق،
اليس كان يلزمني؟. قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته. قلت: فان اصاب البغل كسر، او دبر، او عقر؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصحه
والعيب يوم ترده عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: انت وهو اما ان يحلف هو على القيمه فتلزمك، فان رد اليمين عليك
فحلفت على القيمه لزمك ذلك. او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا او كذا، فيلزمك (٢)
الحديث. واستشكل فيه بان ذلك انما يتم ان كاد المراد القيمه الثابته يوم المخالفه. واما اذا جعلنا الظرف لغوا متعلقا بقوله "
يلزمك "المستفاد من قوله "نعم"، يعني ان اللزوم في يوم المخالفه. فح، فرد القيمه غير معين، يرجع فيه الى مقتضى الدليل.
وان لم نقل بكون الثاني اظهر فلا- نسلم الظهور في مطلب المستدل. مع منافاته لقوله -ع- "يوم ترده عليه" بعد ذلك. بل
اقول: يمكن دعوى ظهور الحديث في ما اخترنا، فان سؤال الراوى عن الضمان بسبب التلف. لا بسبب المخالفه. فمطابقه الجواب
للسؤال ١

ص: ٢٩٥

١- لا قائل به بلفظ "انما" بل قالوا بانه اول وقت حدوث الضمان. اى مطلق الضمان. ومرادهم ان الضمان حقيقه واحده حدثت
حين الغصب و استقرت في ذمه الغاصب حين الغصب. من دون تقييده بالعين او القيمه. بل قال في الروضه "نقل المحقق في
الشرايع عن الا-كثر، ان المعتبر القيمه يوم الغصب. بناء على انه اول وقت ضمان العين" فمراهم ان القيمه بدل عن العين و ما
حدث في اصل الضمان حادث، ولا في وقتها. و عباره المصنف (ره) هنا تشبه عباره النجفى (ره) في الجواهر، بل هي عينها. و
لعله اخذها من المصنف لتاخره منه، او كلاهما من ثالث. و على اى حال، التعبير بلفظ "والضمان انما هو بقيمته" تفسير لقول
الغير بما لا يرضى.

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣، ابواب الغصب، الباب ٧ ح ١

يقتضى ان يكون المراد " نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم " يعنى يصير حكمك فى هذا اليوم لزوم قيمه البغل ان هلك. [و المتبادر منه - بعد معلومته انه ليس المراد قيمته ميتا - هو اقرب زمان حيوته الى الموت. وهو قبيل التلف. و هذا معنى قيمته يوم التلف. و اما تنكير " البغل ": فلعله للاشاره الى انه بفرض الميت حيا. والا فلا ريب انه لا يكفى قيمه اى بغل يكون. فيكون اراده ما ذكرنا اوضح. وهذا ايضا يؤيد كون الظرف لغوا متعلقا ب " يلزمك ". والا فلا يناسب التنكير. اذ البغل يوم المخالفه حى بالفرض والاستصحاب. فالاولى تعريفه. والظاهر ان المراد من قوله - ع - " حين اكرى " حين الصحه. والا فلم يقل احد بمضمونه. وذلك للمسامحه من جهه ان الغالب عدم تفاوت قيمه فى هذا المده القليله، مع التاييد بالاستصحاب. و اختفاء البغل عن مالكة فى ايام الغصب، فيصعب معرفه قيمه ح. فان قلت: كيف يجتمع ما ذكرت مع قوله - ع - " يوم ترده عليه (١) ". فانه يقتضى ان يكون تعلق الضمان المعلق بالتلف، او بحصول العيب، يوم المخالفه: فان جعلت الظرف مستقرا بين متعلقات القيمه فهو ينافى مختارك. فينا فى الاسلوب السابق. مع انه لم يقل به احد على الاطلاق. فلا يلايم احد الاقوال. وان جعلته لغوا متعلقا بقوله " عليك " فهذا ايضا لا يتم. اذ الضمان المعلق انما يثبت لمجرد المخالفه. والضمان المحقق يثبت بمجرد حصول العيب (٢) كما [هو] معنى ذلك. و كيف يلايم ما ذكرت. قلت: هنا معنى ثالث. وهو ان المراد بقوله - ع - " عليك يلزم رد الارش مع رد البغل " من باب الارشاد، والورود مورد الغالب. يعنى رد عليه الارش حين ترد البغل. لا انه يتعلق الضمان بالارش عليك حين رد البغل. و توضيحه: ان ابا ولاد سئل عنه " ع " حكم البغل حين المخالفه من حيث الاجره. فقال - ع - يلزمه كراه. فقال ابو ولاد متعجبا عن ذلك حيث كان يعتقد ضمان قيمته ان تلف. و كان يعتقد انه ان بقى البغل و سلمه فهو لوجوب رد العين، اذا كانت سالمه.

ص: ٢٩٦

١- وفى النسخه: يوم ترده بعد ذلك.

٢- وفى النسخه: العين

والا- فتجب عليه غرامه قيمته، و اذا كان عليه غرامه القيمه بالتلف مكان البغل صار من ماله. لان هذا مقتضى رد القيمه كالبيع، فكيف يجب مع ذلك الكرى ايضا. وقال (١): اليس كان يلزمنى الغرامه ان تلف (؟) فقال (عليه السلام): نعم يلزمك القيمه ان تلف و مع ذلك يجب عليك الكرى فى ايام المخالفه ايضا ولا- يتداخل الكرى والقيمه. فالمراد انه بسبب المخالفه يلزمك القيمه مطلقا وان لم يتلف. واما الكرى، فيجب سواء تلف ام لا (٢) فبيان وقت القيمه مسكوت عنه، الا على الوجه الذى بيناه من ان المراد وجوب قيمه التالف الذى تعلق بك يوم المخالفه بشرط التلف. وقيمه التالف لما لم يكن له معنى حالكونه تالفا، فالمراد اقرب زمانه بالموت. وهو المراد بـ "يوم التلف" الذى اخترناه. فكان قوله - ع - "يوم خالفته" بمنزله التعليل لوجوب القيمه ان تلف. يعنى ان هذا الحكم انما هو بسبب المخالفه، لان مجرد المخالفه سبب لتعلق القيمه به مطلقا وان لم يتلف. ثم استشكل ابو ولاد فى حكم ما اصاب البغل نقص ولم يتلف. هل حكمه حكم التالف بالمره من وجوب رد القيمه و تملك البغل لنفسه. او له حكم آخر. فقال (عليه السلام) حكمه لزوم الارش مع البغل المعيوب، لا قيمه تامه. فان البغل لم يخرج عن ملكيته. فقال (عليه السلام) عليك تفاوت القيمه مع رد البغل المعيوب. فمعنى قوله (عليه السلام): يوم ترده عليه: "ادالارش حين ترد البغل. لان الارش يتعلق وجوبه بك يوم رد البغل". ولا "ان ما يجب عليك هو الارش الثابت عند الرد لا عند حصول النقص". فحكمه ايضا [حكم] يوم المخالفه. فاما رده مع الكرى، ان كان سالما. او رد قيمته [و] كراه ان تلف. او رد نفسه و كراه وارشه يوم حصول النقص، ان حصل النقص. و على الوجه الذى بيناه، يلزم اعتبار الارش يوم حصول النقص، كاعتبار القيمه يوم التلف. و معنى تتمه الحديث واضح مما ذكرنا. و كيف كان، فلا يتم الاستدلال بهذا الحديث على هذا القول. ولذلك لم يستدل

ص: ٢٩٧

١- قد كرر المصنف (ره) لفظ " قال " قبل الجملات المعترضات و بعدها. ولا " مقول " للاول منهما.

٢- اى يلزم القيمه سواء تلف ام لا ولكن وجوب القيمه معلق على التلف. واما الكرى فوجوبها فعلى، سواء تلف ام لا

المتقدمون به واكتفوا بالوجه الضعيف الذى ذكرناه. (١) دليل القول الثالث: (٢) انه مضمون فى جميع حالاته التى من جملتها حاله اعلى القيم. ولو تلف فيها لزم ضمانه - و كذا بعده - . ويظهر ضعفه مما مر من [عدم] تعلق الضمان بالقيمة مادام العين باقيه. مع ان مقتضى ذلك رد زياده القيمة السوقيه مضافا الى العين عند بقائها و تنزيلها و نقصان قيمتها حين الرد عن بعض القيم السابقه. وهو خلاف المعهود منهم. بل يظهر من بعضهم عدم الخلاف بينهم فى عدمه. بل ادعى بعضهم الاجماع عليه. واما التمسك بالاضرار: فهو ايضا لا يتم سيما بملاحظه النظائر. واخذ الغاصب على اشق الاحوال، ايضا لا يساعده دليل. و اما القول الرابع: (٣) فلعل دليله الرجوع فى القيمى الى المثل ايضا، والانتقال الى القيمة عند تعذره. و لا يخفى ضعفه. هذا كله فى ما كان النقصان بسبب القيمة السوقيه. 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 بلا خلاف ظاهر. بل ادعى الشهيد الثانى الاجماع. واما عدم استيفاء الزيادة السوقيه من بقاء العين و ردها، فلا اشكال فيه. كما مر. وعن المختلف و ظاهر التذكرة، الاجماع عليه. و كذلك المسالك. و عن الشيخ، عدم الخلاف. و فى الكفايه، انه المعروف من الاصحاب. بقى الكلام فى تحقيق معنى المثلى والقيمى و مأخذ الحكم فى الفرق بينهما: والمشهور بين الاصحاب - كما فى المسالك - هو ان المثلى ما يتساوى قيمه اجزائه. اى اجزاء النوع الواحد منه كالحبوب والادهان. فان المقدار من النوع الواحد منها يساوى مثله فى القيمة. و نصفه يساوى قيمته، و هكذا.. اقول: و لعل مرادهم، اعتبار ان يكون تساوى قيمه الاجزاء ناشيا عن كونه مقتضى

ص: ٢٩٨

١- وهو قيمه 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 والحقيقه. لا- الامور الخارجيه. والا- فقد ينسج نساء مآه كرباس متساويه فى العرض والطول والغزل والقماش، بحيث لا يفرق فى المرغوبيه والقيمه. وذلك لان ذلك ليس مقتضى حقيقه الثوب و ذاته. بل هو مقتضى تصنع النساج (بخلاف القطن والصوف) مع انه لا- يتم فيه القيد الاخر، يعنى تساوى نصفه لنصف القيمه، و هكذا... اذ قد يكون الثوب له قيمه معينه و اذا نصف فلا- يساوى نصفه بنصف القيمه و لاربعه. بل قد يصير القطنه من الثوب مما لا قيمه له اصلا. بخلاف الحنطه والشعير و نحوهما. فان المن من الحنطه اذا ساوى درهما فنصف من منه يساوى نصف درهم. و هكذا... و بنائهم فى ذلك على المسامحه الغالبه فى العرف. كما فى حنطتين و شعيرين، مع تفاوتهما فى الجوده والردائه. 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 و لا- يكتفون بالحقيقه النوعيه، فانا نرى اهل العرف يفرقون بين التمر الزاهدى والخساوى. مع كون الحقيقه النوعيه متحده فيهما. و كذا بين حليت البقر والغنم. فيعتبر المثلثه فى كل صنف. بخلاف افراد الزاهدى و الخساوى، و كذا للالبان. فانهم يسامحون فيها. والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الاشخاص التى يصدق عليها النوع. لا ما هى مركبه منها مثل القشرو العجم والنوى فى الحبوب والثمار. فلا يرد ان قيمه العجم والنوى متفاوتة مع الالباب، فلا نقض بذلك. و كذا لا- يرد النقض بالدرهم والدينار. فان عشره من الدينار اذا كانت يسوى مآه من الدراهم، فخمسه منها يسوى خمسين منها، و لا- يلزم ان يسوى نصف دينار (اذا شق بنصفين) خمسه دراهم صحاحا. و لا يرد ح، ان يكون الثوب مثليا. لما ذكرنا من اعتبار الحقيقه النوعيه فى المماثله لا- الامور الخارجيه. و اما السكه على الذهب والفضه فهو لا ينافى اعتبار الذات والحقيقه. نعم، ان كان باختلاف السكك يختلف الصنف، فيعتبر الصنف الواحد فى المماثله. كما فى التمر. و تحقق ذلك فى الثوب مشكل. و بالجمله: لا يخل المقام بعد، من شوب الاشكال. وقد عرفوه بتعريفات اخر. اسلمها

- كما ذكره في المسالك - ما نقله عن الدروس و تبعه في الروضه، بانه المتساوى الاجزاء والمنفعه المتقارب الصفات. و لعل " المنفعه " فى كلامه معطوفه على " القيمه " المقدره يعنى " متساوى الاجزاء فى القيمه والمنفعه ". و يمكن ان يكون نظره فى زياده المنفعه الى اخراج مثل الحنطه و الحمص معا اذا تساويا فى القيمه. و قيل " النوع الواحد " فى تعريف المشهور، يكفى عن ذلك. و فى زياده تقارب الصفات الى ملاحظه الاصناف. كما ذكرنا. والحاصل: ان التعريفات - مع الاشكال فى تميمها - ليس لها ماخذ واضح. اذ ليس فى الاخبار، ان المثلئ حكمه كذا، والقيمي حكمه كذا، و لا ان المراد بها ماذا؟. فتفريع الحكم انما يتم مع ورود اللفظ فى الدليل والرجوع فيه الى ما بينه العرف واللغه. وهو مفقود. وقد يستدل فى المقام بقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " و جزاء سيئه سيئه مثلها " . ولا يخل من اشكال. لان المراد من الايه اما بيان التشبيه الخاص. يعنى لا تتجاوزوا فى مقدار الاعتداء عما اعتديتم به. [و] ان يكون المراد المشابهه فى المقدار. فلا يمكن التعميم، و لا يفيد تعيين المماثله بمعنى المماثله المصطلحه. بل المراد التساوى فى مقدار الاعتداء من القتل والجرح واخذ المال. فلا التفات، فى الايه الى كون الاعتداء والمعتدى بعنوان المثل، او القيمه فيتخير بينهما. فيكون الامر للتخير بين الاخذ والعفو، و بين الاخذ باى نحو كان. ففي الايه حكم واحد و هو الرخصه فى الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدى، و ان لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار هو المنزله والمقبوليه. بمعنى ان يحكم اهل العرف بانهما سياتى فى المنفعه والفائده و يرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الاخر. لا المساوات فى الكم والكيف والوزن والكيل. و، ح، فالحكم بكونه مثلا مصطلحا او قيمه، مسكوت عنه. سواء كان المعتدى به، مثليا او قيميا. وان كان المراد التشبيه المطلق. يعنى يجوز لكم الاعتداء على نحو مماثل لاعتداء المعتدى فى الاعتداء والمعتدى به. فهذا الاطلاق ينصرف الى العموم فى كلام الحكيم. و ح، فهو يشتمل حكيمين: الاول: الرخصه فى الاعتداء والثانى: ان ذلك يكون على سبيل المثليه فى كل

شئى. و هذا ايضا يشمل المثلى والقيمى. ففى كل منهما يجب اعتبار المماثله فى الاعتداء والمعتدى به، فى كل شئى الامع التعذر. وهو يناسب مذهب ابن جنيد بلزوم المثل فى القيمى ايضا الامع التعذر. فلا تدل الايه على التفصيل المشهور. فالمناص بان يبنى تفسير الايه على الوجه الثانى، و يخصص عمومه بدليل خارجى مثل صحيحه ابى ولاد (١) و يقال ان حكم القيمى ليس داخلا فى الايه. او يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسئله الرجوع الى المثل فى المثلى تحت عموم الايه - لا لان لفظ المثل فيها (٢) بمعنى المثلى المصطلح. بل لان المماثل المصطلح من الافراد المماثله المعتبره فى الايه بالمعنى الاعم - و يخرج القيمى بالصحيحه المذكوره. و بالجملة: الظاهر عدم الخلاف فى الرجوع الى المثل فى المثلى. كما لا خلاف فى الرجوع الى القيمه فى القيمى، الا- عن ابن الجنيد والمحقق فى بعض اقواله ظاهرا. فالدليل فى المثلى هو عموم الايه على التفسير الثانى، و عدم ظهور الخلاف. و فى القيمى، على المشهور هو الصحيحه مويدا بندره المماثله العامه فى القيميّات، المخالفه للاطراد المطلق فى الاحكام الشرعيه المربوطه بالقواعد الكليه. نعم، لما كان فى تحقق المثلى والقيمى خفاء و لا يظهر تفسيرها من الايات والاخبار، و قد وقع الاختلاف فى تفسيرها، فما وقع الاتفاق على كونه مثليا كالجوب والادهان، يثبت حكمه بلا اشكال. و ما اختلف فيه، فيرجع فى حكمه الى عموم الايه. والمتفق عليه من القيمى مثل الدار والبستان. واما مثل الثوب و نحوه، فان رجحنا احد الاقوال فى المثلى فيبنى عليه. والا- فيرجع الى التخيير والبناء على احد الاقوال. و قد عرفت ترجيح المشهور. ولكن على وجه حققناه اذا لمصالحه بما يرضى الطرفان (٣) ثم: ان الظاهر من الايه [فى] رخصه المالك باخذ المثل بالمماثله التامه ارفاق بالمالك. فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضه ذلك. الا انه لا يجوز للمالك مطالبه

ص: ٣٠١

١- مر متن الحديث فى هذا المبحث و هو فى الوسائل: ج ١٧ ص ٢١٣، ابواب الغصب، ب ٧ ح ١.

٢- وفى النسخه: " فيهما " بدل " فيها " .

٣- كذا

الغاصب بالقيمة. فان الظاهر ان التالف في حكم المثلن والعوض في حكم الثمن، والخيره بيد البايع في تعيين الثمن. فيجوز للمالك مطالبه القيمة ايضا، اذا كان لا- يرضى الا- بذلك في عوض ماله. ولا يمكن التمسك باصالة برائه الغاصب عن لزوم القيمة لاستصحاب شغل الذمه الموقوف. برائتها باداء حق المالك وارضائه. لكونه مظلوما. ولكن ظاهر فتاويهم تعيين المثل في المثلى والقيمة في القيمي. بمعنى عدم جواز مطالبه المالك قيمه المثلى بدون رضاء الغاصب. ولا مطالبه المثل في القيمي، ان لم يرضى الغاصب بالمثل. وعدم منع الغاصب المالك عن المثل، الا برضاه ولا امتناع المالك عن القيمة لو بذلها الغاصب في القيمي الا- برضاه. فلعل دليلهم انما هو عدم الخلاف في المثلى و صحیحه ابن ولاد في القيمي. ثم: ان ههنا احتمالا آخر في تفسير الايه، وهو ان يكون وجه الشبه نفس الاعتداء و ايجاد ماهيته. من دون التفات الى المقدار او المماثله. نظير الصلوه في قولنا " اللهم صل على محمد وآل محمد كما صليت على ابراهيم و آل ابراهيم " على احد الوجوه فيه. و هو بعيد. سيما بملاحظه الحكمه و ظهور كلمه " ما " في الموصوليه لا- المصدريه. و من جميع ما ذكرنا يظهر الكلام في قوله تعالى " جزاء سيئه سيئه مثلها " ولعلها اظهر في اراده العموم. المقام السادس: الكلام في شراء الفضولي: [فهو] مثل البيع. على ما صرح به جماعه، منهم العلامة في التذکره، قال: لو اشترى فضوليا، فان كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان و الوقف على الاجازه. الا ان ابا حنيفه قال يقع للمشتري بكل حال. وان كان في الذمه لغيره و اطلق اللفظ، قال علمائنا يقف على الاجازه، فان اجازته صح و لزمه اداء الثمن. وان رد نفذ عن المباشر. وبه قال الشافعي في القديم. واجد انما يصح الشراء. لانه تصرف في ذمته لا في مال غيره. وانما وقف على الاجازه، لانه عقد الشراء له، فان اجازته لزمه وان رده لزم من اشتراه.

اقول: قوله " فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازه " خبره محذوف، يعنى الخلاف المعهود فى البيع موجود فيه. وقوله " الا ان ابا حنيفه.... " [يعنى انه] يقول بصحة البيع ولزومه للمشتري سواء قلنا ببطلان العقد لمالك الثمن و عدم الانتقال اليه راسا. او قلنا بوقفه على الاجازه. فيكون مذهبه ان المبيع ينتقل الى المشتري الفضولى بمجرد البيع. فان اجاز مالك الثمن فينتقل المبيع اليه و يستقر الثمن فى ملك مالك المبيع. و الا فهو لازم للمشتري. و عليه غرامه الثمن لمالكة. كما ان مذهبه فى الوكالة ايضا ان الوكيل اذا اشترى فينتقل اليه اولا- ثم منه الى الموكل ثانيا. و ظاهر الاصحاب الاتفاق على خلافه. و الزمونه بانه يلزم اعتناق اب الوكيل و مثله من ينعق على ملك احد بمجرد شراء الوكيل. وهو لا يقول به. و عارضوه ببيع الولي والوصى عن الصغير. ثم لا ادري ما يقول ابو حنيفه فى صورته العكس. والذى نقلوا عنه فى المبيع هو المذهب المشهور عندنا، بتوقفه على الاجازه، لا البطلان. الا انه ينافى هذا التفصيل الذى ذكرنا فى مراده، ويلزمه على هذا ان البايع فضولا اذا باع فرس انسان بقر فضولا ينتقل اليه البقر بمجرد العقد، فان اجاز مالك الفرس انتقل البقر اليه واستقر الفرس فى مال المشتري. وان لم يجز ياخذ فرسه و كان البقر مال الفضولى ويلزمه غرامه قيمه البقر لمالكة. و كيف كان، فالاقوى الصحة فى الشراء (ايضا) والوقوف على الاجازه. للعمومات التى ذكرناها فى البيع (١) و لخصوص روايه البارقي (٢) ، فانها مشتمله عن الحكمين (٣) و كذلك حكمه حكم البيع فى جميع ما تقدم من الاحكام فى الفضولى المصطلح، والغاصب، واحكام الرجوع والرد و قوله " وان كان فى الذمه لغيره. واطلق اللفظ "، فى هذا الكلام قيود اربعة: الاول: ان يكون الشراء فى الذمه. يعنى لا بعين. الثانى: ان يكون فى ذمه نفسه، لا فى ذمه الغير. كما يدل عليه قوله بعد ذلك " لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره ". فلا يرد ان ي

ص: ٣٠٣

١- اى فى البيع الفضولى. و ذكرها فى اوائل هذه المسئلة المبحوث عنها.

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٦٢، الباب الاخر من ابواب عقد البيع.

٣- اى على حكم البيع الفضولى و حكم الشراء الفضولى

يقال كلمه " لغيره " ظرف مستقر صفه للذمه. والثالث: ان يكون الشراء فى ذمته لغيره لافنفسه. والرابع: ان يكون قد اطلق. يعنى لم يقل اشترى لفلان. بل قال اشترى. واطلق وانت خبير بان الشراء فى ذمه نفسه لغيره معناه " انى اشترى فى ذمى ولكن لو اراد ذلك الغير هذا البيع جعلته له " و معنى " الجعل " هنا انشاء المعامله. فلا يدخل ذلك فى باب اجازة الفضولى. فان مصداق اجازة الفضولى اما بيع مال الغير فضولا، او الشراء به كذلك، او الشراء فى ذمه الغير. بل قد يتحقق فى البيع فى ذمه الغير ايضا. واما فى مثل ما لو كان للمجيز نوع ولايه، كبيع المفلس و نكاح بنت الاخ او الاخت على العمه والخاله، او الامه على الحره. وهذا ليس بواحد منها. والمناسب فى هذا المقام، ان يقال: اذا اشترى فى ذمه الغير واطلق اللفظ - يعنى اكتفى بنيه ان يكون الشراء للغير و فى ذمه الغير من دون ان يذكره - فذلك نظير ما ذكره فى باب الوكاله ان الوكيل اذا اشترى بنيه ان يكون للموكل بدون تسميته الموكل. ثم انكر الموكل الوكاله ولم يثبت. فقد ذكروا انه يقع عن الوكيل ظاهرا و باطنا. (وان كان فى كونه له باطنا ايضا اشكال). واستندوا فى ذلك بان الخطاب معه والبايع غير مكلف بالباطن - فاذا لم يثبت الوكاله لا بالبينه ولا بعلم البايع - فيلزمه البيع و يلزم بالثمن. لان المفروض ان المخاطبه على سبيل الاطلاق. فينصرف الى ذمه المشتري. فالفرق بين الشراء فى ذمه الغير فضولا مع السكوت عن ذكره، و بين الشراء بعين مال الغير، ان فى الثانى اذا لم يجز بطل راسا - عند غير ابى حنيفه - وفى الاول يبطل بالنسبه الى الغير، و يلزم المشتري، وان كان فى نيته الشراء فى ذمه الغير. واما اذا ذكر فى اللفظ انه يشترى للغير، فمع عدم الاجازة يبطل راسا. لان العقد تابع للقصده. وانه للغير، علم انه لم يقصده لنفسه فكيف يلزم به. بخلاف ما لو لم يذكره - فانه يلزم فى ظاهر الشرع. كما هو مقتضى اطلاق الخطاب. و عدم التكليف بالباطن. ثم: انه يظهر من كلامه (ره) هنا، ان اصحابنا مختلفون فى البطلان والوقف على الاجازة، اذا كان الشراء بعين مال الغير، كالباع. ولا يختلفون فى عدم البطلان و كونه موقوفا على الاجازة، اذا كان فى الذمه للغير (او فى ذمه الغير على ما حققنا). والانصراف الى

المشترى مع الاطلاق. و يختلفون فى ما لو اشترى فى ذمه الغير مع ذكره الغير. وبالجملة: كلامه هنا لا يخل من تعقيد واضطراب. والتحقيق ان الاظهر صحه البيع والوقوف على الاجازه اذا اشترى بعين مال الغير، والبطلان راسا ان لم يجز. وهكذا اذا اشترى فى ذمه الغير مع تسميته. واما اذا اشترى فى الذمه لمرافقه الغير فى النيه وسكت عن التسميه، ولم يجز، فيقع عنه ظاهرا. لا باطنا. بل هو مال البايع فى الباطن. فيعمل بالتقاص. و من جميع ما ذكر يظهر ان قوله - ره - " وان كان فى الذمه لغيره " يمكن ان يريد به ما يشمل البيع بالذمه ايضا. وان كان بعيدا عن اللفظ. و كيف كان، فيدل بالفحوى على اتحاد حكم الذمه مع حكم العين عنده، يعنى انه يصح بسبب الاجازه اذا اشترى فى ذمه نفسه لغيره (كما هو ظاهر عبارته) فيصح اذا اشترى فى ذمه غيره باجازه بالطريق الاولى. المقام السابع: هل يختص جريان الفضولى بالبيع والشراء [والنكاح]؟ او [يختص [النكاح] فقط؟] او يعم جميع العقود؟ او يبطل راسا (١). المشهور جريانه فى جميع العقود. للعمومات المتقدمه. ولخصوص روايه البارقى. و غيرها مما مر فى البيع. واما النكاح: فعن المرتضى الاجماع عليه مطلقا، فى الحر والعبد. و عن ابن ادريس فى الحر. وعن الشيخ فى الخلاف فى العبد. ويدل على جريان الفضولى فيه، اخبار كثيره جدا. حتى قيل كاد يبلغ حد التواتر من طريق العامه والخاصه. منها صحيحه ابى عبيده الحذاء، فى نكاح الصغيرين (٢) و منها روايه محمد بن مسلم عن الباقر - ع - " عن رجل زوجته امه وهو غايب (؟) قال: النكاح جايز، ان شاء الزوج قبل. وان شاء ترك " (٣). وحسنه زراره - لابراهيم بن هاشم - عن ابى جعفر - ع - " قال: سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده (؟) فقال: ذلك الى سيده، ان شاء اجازه. وان شاء فرق بينهما. فقلت: اصلحك الله ان الحسن بن عينيه و ابراهيم

ص: ٣٠٥

١- فهؤلاء صور اربعة يفصلها المصنف (ره) فى مايلى.

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١.

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢١١، ابواب عقد النكاح، الباب ٧ ح ٣.

النخعي واصحابهم يقولون: ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازته السيد له. فقال له ابو جعفر - ع -: اذ لم يعص الله. انما عصى سيده. اذا اجازته فهو له جاز " (١) وفي حديث آخر عنه ايضا. " فقلت لابي جعفر - ع -: فان اصل النكاح كان عصيانا. فقال ابو جعفر - ع -: انما اتى شيئا حلالا- وليس بعاص لله، وانما عصى سيده ولم يعص الله. ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عده واشباهه " (٢). و توجيه هذه الروايه ان المراد من المعصيه فيها لا بد ان يكون هو مجرد عدم الاذن والرخصه من الشارع. والا فمخالفه السيد ايضا معصيه. والحاصل انه لما كان في مثل هذا العقد اذن من الله تعالى من جهة العمومات و غيرها مما يدل على صحه الفضولي بعد الاجازه، فيصح. و عدم اذن السيد غير مضر. وبالجملة: ان المراد ان العقد ليس خاليا عن مقتضى الصحه و ان كان معلقا على اذن المولى ايضا. و يمكن ان يقال: المراد من توجيه الامام (عليه السلام) ان النهى هناورد بامر خارج عن المعامله اجتمع معها في الوجود. كالمعامله مع الاجنبيه، واجراء الصيغه معها. الى غير ذلك من الاخبار. و يويدها ايضا ما ورد في اجازته العمه والخاله نكاح بنت الاخ والاخت. والحره لنكاح الامه. و غير ذلك. وبالجملة: الاظهر صحه النكاح الفضولي مطلقا. للعمومات والاخبار الكثيره في موارد الخاصه. و قد تقدم الكلام في البيع والشراء، ادلتها. و قد يستدل بثبوتها في النكاح على ثبوتها في جميع العقود بطريق الاولى، ليطابق الفتاوى والاخبار. على ان الامر في النكاح اشد، ولا يجوز التسامح فيه بما يتسامح في غيره. ثم: بعد ما ثبت الحكم في البيع والشراء والنكاح، فالظاهر ثبوتها في ساير العقود، كما يظهر من الروضه، حيث قال " ولا- قائل باختصاص الحكم بهما. فاذا ثبت فيهما، ثبت في ساير العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح. وله وجه لونه في حديث عروه ". انتهى. و قد عرفت الحال و وجود ساير الادله. مع انها لا مجال للمناقشه فيه ايضا. واما حجه ٢

ص: ٣٠٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٢٣، ابواب نكاح العبيد... الباب ٢٤ ح ١ و ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٢٣، ابواب نكاح العبيد... الباب ٢٤ ح ١ و ٢

سائر الاقوال: فحجه القائل باختصاصه بالنكاح، هو الاخبار و تضعيف روايه البارقي (١) ولا يحضرني القائل. و نقله في الروضه. و نقل القول بالبطلان في النكاح في المسالك عن الشيخ في الخلاف. ولم يظهر منه التحقيق. وقد عرفت الدليل في غيره ايضا. و اما القول بالبطلان في جميع العقود، فهو من الشيخ في المبسوط. و فخر المحققين، و قد مر الاشاره الى ادلتهم. و استدلووا في خصوص النكاح ايضا، بالاصل. و توقيفيه العقود الناقله - فلا يصح الابدليل - و ببعض الاخبار العاميه، مثل ما روته عايشه عنه (صلى الله عليه و آله) انه قال " ايما امرئه انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ". و ما رواه ابو موسى الاشعري عنه (صلى الله عليه و آله) انه قال " لا- نكاح الا بولي ". و ما رواه جابر عنه (صلى الله عليه و آله) انه قال " ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ". و في روايه ابن عمر " فنكاحه باطل ". و روايه بقباق قال " قلت لابي عبد الله - ع -: الرجل يتزوج الامه بغير اذن اهلها.؟. قال: هو زنى. ان الله تعالى يقول فانكحوهن باذن اهلهن " (٢) والجواب: - بعد القدح في سند الروايات - بانها محموله على ما لم يلحقه الاذن. و ان لحفته الاجازه فليس نكاحا بدون الاذن. مع انها معارضه باقوى منها سندا ودلاله و اعتضادا. والاصل مخرج عنه بالدليل عموما و خصوصا. و اما الكلام في توقيفيه العقود: فقد مر الكلام فيه. من ان الدليل موجود عموما و خصوصا. كما عرفت. و اما الاجماع المحكى 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 و المقداد و المحقق الثاني رحمهم الله، عدمه. و رجح العلامة في القواعد، الاشتراط. و يظهر من بعضهم، التوقف. ولا- اشكال. و ربما نسب الى العلامة في القواعد ايضا. ونحن ننقل عبارته و نذكر ما يظهر لنا منها ثم نتعرض لما في الايضاح و غيره. "

ص: ٣٠٧

١- وفي النسخه روايه الثانى.

٢- ج ١٤ ص ٥٢٧، ابواب نكاح العبيد، الباب ٢٩ ح ١، وفيها " بغير علم اهلها "

قال فى القواعد: والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال. فلو باع [مال] الطفل فبلغ و اجاز لم ينفذ. على اشكال. و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و اجاز. اقول: الظاهر انه اراد صحه عقد الفضولى، بعد كون اشتراط صحته و لزومه و ترتب ثمره البيع عليه بحصول الاجازة من المالك او وليه، مفروغا عنه فى الجملة. قد اختلف فى اشتراطه بوجود المجيز حال العقد و عدمه. فاختر هو الاول و قال " الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز... " يعنى ان صحه الفضولى مضافا الى لزوم حصول اجازة من حيث انه مجيز و من شأنه الاجازة حال العقد. فلفظ " مجيز " مشتمل على ذات وصفه، والصفه يمكن ان يكون المراد منها " ما من شأنه الاجازة بالاستعداد " بمعنى احتفافه بوجود الشرايط و عدم الموانع بالفعل. او بمعنى احتفافه به بالقوه مطلقا. او بالقوه القريبه من الفعل. و لما كان المتبادر من الاخبار الواردة فى الفضولى فى البيع والنكاح مغايره للعقد والمجيز، و ان المجيز هو المالك حين العقد، والعقد هو غير المالك. فمراد العلامة انه لا بد ان يكون المجيز (الذى هو غير العقد، و يتم ثمره العقد باجازه) موجودا حال العقد. اذ هو مستفاد من الادله، و ليس فى الادله غيره. والمستفاد انه لا بد ان يكون الذات متصفا بوصف كونه مجيزا الى حين الاجازة بالفعل او بالقوه القريبه منه. بان يكون مالكا او وليا له حين العقد و انسحب هذا الوصف له الى حين الاجازة. وانتفاء هذا الشرط - اى [شرط] تحقق المجيز المنسحب له الوصف الى حين الاجازة - او انتفاء وصف المالك له حين العقد، كالفرع الثانى. اى " لو باع مال الغير ثم ملكه و اجاز.... " فان الملك لم يكن حين العقد ملكا للبايع. فلو اجاز بعد تملكه فهو ليس باجازه صادرة عن المالك حين العقد. فينتفى المجيز حين العقد. و لا يكفى مجرد وجود ذاته حين العقد. و لا مجرد حصول مالكيته بعد العقد. اما بانتفاء وصف مجيزته حين العقد (مثل الفرع الاول): فان الطفل و ان كان مالكا و قابلا للاجازة ولو بالقوه، لكنه غير متصف بوصف المجيزه بالفعل او بالقوه القريبه من الفعل. لكنه استشكل فى ذلك بسبب امكان الاكتفاء بمطلق القوه، و عدم مانعيه طول المده بعد كونه مترقب الحصول. فعلى هذا كان الاصول تقديم الفرع الثانى على الاول حتى لا يتوهم

رجوع الاشكال على الفرع الثانى ايضا. لوضوح عدم كون المجيز بوصف المجيزيه المستلزم للماليكه بالفعل او بالقوه فيه اصلا. بخلاف الفرع الاول. و اما الامكان الذاتى - اعنى قابليه البايع - فهى الفرع بذاته للمجيزيه. فلا ينفع فى شىء مع وجود المانع عن الاتصاف بالاجازه المبتنيه على كونه مالكا. لكونه متصفا بضده الحقيقى حين العقد. وهو عدم المالكيه. فالمعيار فى الحكم بالصحه، هو الامكان الاستعدادى وهو مفقود فى الفرع الثانى. بخلاف الفرع الاول، لحصوله فيه. ووجه اشكال العلامه (ره): ان المعتبر هل هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادى، فلا- يصح اجازته الصبى بعد البلوغ. او المعتبر مطلقه، فيصح.؟-؟. والاقوى صحته لما يستفاد من صحيحه ابى عبيده فى نكاح الصغيرين (1)، و عمومات العقود. فظهر مما ذكرنا ان فى كلام العلامه مسئله و فرعين. اما المسئله، فهو اشتراط وجود المجيز و عدمه 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 المسئله، ولا بالفرع الثانى. وليس فيه حرازه الا تقديم الفرع الاول على الثانى، الموجب لابهام اشتراك الفرع الثانى مع الاول فى الاشكال. وقد وقع فى كلام الايضاح هنا مسامحه. حيث قال - بعد ذكر مجموع العبارة التى نقلناها هنا -: مسئلتان: المسئله الاولى: هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولى فى الحال؟ يحتمل ذلك. و يبتنى على مقدمات: الاولى: معنى صحه بيع الفضولى قبل امكان الاجازه، ترتب اثره عليه، امكانا قريبا، بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى. لانه عباره عن اجتماع الشرايط. فاذا بقى من شرايط بيع الفضولى شرط واحد وهو اجازته المالك او وليه، و كان حصولها ممكنا امكانا قريبا ايضا، حكم بصحه بيع الفضولى و صلاحيته لان يترتب عليه حال وقوعه. ١

ص: ٣٠٩

الثانيه: كل ما يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط. الثالثه: البيع اذا بطل فى وقت بطل دائما، فحال عدم المجيز يمتنع ترتب اثره ولا يصلح لترتب الاثر عليه، فلا يحصل معنى الصحه. بل معنى البطلان. واذا بطل لم يمكن ان يترتب صحته. و يحتمل عدم الاشتراط. لانه لا يشترط اقتران الاجازه بالعقد. بل يجوز تاخيرها زمانا طويلا. فلا نسلم اشتراط الاستعداد القريب. واعلم: ان هذا الفرع يتأتى على مذهب الا شاعره. (1) واما على قولنا ففى صورته واحده، وهى بيع مال الطفل على خلاف المصلحه. او الشراء له. المسئله الثانيه: اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحه. لان اجازته المالك موجب له لصحه فعل المباشر، فملكه ابلغ. وهل يتوقف على اجازته اشكال، من حيث ان الرضاء الاول لم يكن معتبرا. لانه لم يكن مالكا. ومن حيث تحقق شرط اعتباره. و يحتمل البطلان لتضاد ملكى شخصين بشئ واحد بعينه، وقد تحقق احد الضدين فينتفى الاخر. والتحقق انه ان قلنا بصحه بيع الفضولى، صح البيع هنا، من غير توقف على اجازته البايع. انتهى كلامه (ره). و يمكن 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 نيابه عنه مترلزلا، ثم يجيزه المالك للمبيع" فهو اسم لمجموع العقد والاجازه. والثانى اعنى "بيع غير المالك ملك غيره مع قطع النظر عن حصول الاجازه من ذلك المالك او غيره" فلفظ الفضولى فى هذا الاطلاق صفة للبايع. لا للمبيع. والمبحوث عنه فى هذا الباب هو المعنى الاول. فالمسئله الاولى فى كلام المصنف هو انه "هل يكفى الاجازه من المالك وان كان غير مستعد حين العقد للاجازه، ام لا" فاختر عدمه. فكلامه حيث قال "فان الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال" فى قوه [ان] ي

ص: ٣١٠

١- المصنف يتعرض بهذا المطلب و توضيحه فى ما يلى

الاقرب عدم صحه العقد الفضولى المعهود المصطلح اذا لم يكن مجير حال العقد متمكنا للاجازه بالامكان الاستعدادى. وهو ما كان وجود شرايطه وانتفاء موانعه على وجه اقرب المراتب من الاستعداد. و يتفرع عليه بطلان اجازته الصبى لبيع ملكه. وح، فيصح جعل بيع الغير مال المالك - ثم تملكه عنه بالاشراء ونحوه - مسئله اخرى، معطوفه على مسئله 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 ذلك. فالمعطوف ليس بداخل فى المعنى المصطلح. بل هو مسئله اخرى. و لذلك فكك (ره) قول المصنف و جاز عنه وساق الكلام فيه على حده. و هو مستلزم لا مكان تحقق فرض هذه المسئله بدون الاجازه. فاتضح كمال المغايره بين المعطوف والمعطوف عليه. و مما يوضحه غايه الايضاح، استدلاله فى المسئله الثانیه بابلغيه الملك. عن الاجازه و كذا اشكاله فى الاحتياج الى الاجازه ح. و يظهر مما ذكر، ان مذهب المصنف، البطلان فى المسئله الثانیه فى صورته عدم الاجازه بطريق الاولى. فمذهب (1) المصنف على هذا، صحه البيع الفضولى مع امكان اجازته المجيز على اقرب مراتب الامكان الاستعدادى. كما لو كان المالك بالغا، عاقلا، حاضرا يسهل اجازته بدون الاشكال. و صحته فى غير اقرب المراتب كالطفل مع الاشكال. وعدم الصحه فى المسئله المعطوفه بقوله " و كذا " سواء اجاز ام لا. و لنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات فى كلام الايضاح: قوله " فى الحال " يعنى فى حال العقد. قوله " معنى صحه بيع الفضولى قبل الاجازه " مراده الصحه المترتبه على نفس العقد مع قطع النظر عن الاجازه. و يوضحه تفسيره الصحه بصلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه. قوله " بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى... " : اعلم ان لا مكان الخاص ثلثه اقسام: ف

ص: ٣١١

الاول: الامكان الذاتى. و هو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات. سواء كان محفوفاً بالموانع ام لا. وسواء كان المانع مستمرا ام لا. وسواء كان المستمر مرجو الزوال ام لا. ففى كل هذه الامكان بحاله بالنظر الى الذات. والثانى: الامكان الوقوعى. وهو ما لم يكن محفوفاً. بمانع مستمر الوجود. كتلبسه بضده الحقيقى او احد اضداده المشهوريه. فان كام محفوفاً به، فهو وان كان ممكناً بالذات لكنه ممتنع بسبب ما وقع فى الخارج من المانع المستمر. والثالث: الامكان الاستعدادى. وهو الامكان الذاتى بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوه القريبه معه. ويسمى الاول استعداد اتماما، والثانى غير تام. والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعى والاستعدادى. بل ادرجوا الاول فى الثانى. قوله " او صلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه " عطف على " صحه البيع الفضولى " بكلمه " او " دون الواو، نظرا الى ان الصحه انما هو ترتب الاثر. والاثر هنا اما يتصور بالنسبه الى ماهيه 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 بالنسبه الى الانتقال هو بعنوان الصلاحيه. واما يتصور بالنسبه الى هذا العقد الخاص، وهو نفس صلاحيته لترتب اثر ماهيه البيع الذى هو نفس الانتقال. فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق، لانه ترتب الاثر حاصل بالفعل. وهو الصلاحيه. فالمعطوف عليه ناظر الى الثانى، والمعطوف الى الاول. فقوله " حال وقوعه " يتعلق بالصلاحيه، لا بالترتب. ولك ان تجعله عطفا على " امكان ترتب اثره عليه " والمراد ان الصحه عبارته 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 الذاتى. لا الاستعدادى وان كان مقارنا للبلوغ. وهو مشكل، لعدم التفرقه بين فعل الكامل الغائب

الممكن اجازته (١) والطفل المراهق فى الامكان الذاتى. الا ان يقال انه جعل المحال الشرعى بمنزله المحال العقلى. كما يشعر به قوله فى المقدمه الثانيه والمقدمه الثالثه، و من قوله " فلا- نسلم اشتراط الاستعداد القريب " مع ملاحظه تفريع حكم الصبى المشعر بانه ليس من باب الامكان الاستعدادى. ثم قوله " واعلم ان هذا الفرع يتاتى على مذهب الا شاعره... " الظاهر انه اراد بالفرع ما ذكره المصنف من قوله " فلو باع مال الطفل... " ولعله اراد من مذهب الا شاعره هو انكار هم الحسن والقبح العقليين، وان العقل ليس بحاكم فى شىء، واما قولنا من استقلال العقل بادراكهما فى الجملة، فلا مانع من تجويز بيع مال الصغير و شرائه فضولا، اذا اقتضت المصلحه ذلك. مع ان قوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى اسحن " يقتضى متابعه الحسن العقلى. اذا الخطاب عام ولا- يختص بالاولياء، بقريته قوله تعالى قبل ذلك " ولا- تقتلوا النفس التى حرم الله الا- بالحق " فاذا اجاز للمكلفين القرب على وجه الا- حسن - و منه البيع والشراء على وجه المصلحه - ف يتم الجواز و بطل قول الا شاعره. اذ من الظاهر ان المراد هنا ليس من الحسن ما ورد به الشرع بالخصوص. و كذلك فى قوله تعالى " ما على المحسنين من سبيل " ولذلك استدلوا به على صحه تصرف ثقات المؤمنين فى اموال اليتامى و غيرهم على وجه المصلحه. و اما الا شاعره فيقولون لا ندرى معنى الحسن والا حسن والا حسان الا ما امر به الشارع. وعلى هذا فيمكن ادراجه تحت [عدم] وجود المجيز ايضا اذ لهم ان [لا] يجيزوه مع المصلحه ايضا (٢) فبيع مال الصبى فضولا مع المصلحه، ليس من فروع عدم المجيز حال العقد، الا على مذهب الا شاعره. و يمكن ان يكون نظره مع هذا الى انه لو كان فى بيع مال الصغير فضولا مصلحه وفى تركه ايضا مصلحه لكن كان البيع اصلح، فهل يجب العمل بالا صلح ام لا، فذهب الا شاعره الى العدم. لتجويزهم الترجيح بلا مرجح. بخلاف مذهبنا، لقبحه. والى هذا ينظر كلامه (ره) فى " كتاب الحجر " حيث استشكل العلامه فى القواعد وجوب الاستثناء فى مال .

ص: ٣١٣

١- وفى النسخه: لا جازته.

٢- وفى النسخه: فجعل بيع مال الصبى فضولا مع المصلحه ليس من فروع...

الطفل على الولي بعد ما حكم بوجوب حفظ ما له فقال (١) في وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب ومن انه منصوب للمصلحه وهذه من اتم المصالحح. ولانه مفسده و ضرر عظيم على الطفل و نصب الولي لدفعها وبهذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحه او اصلح. وعلى الثانى هل يجب ام لا. وقد حقق ذلك في علم الكلام " انتهى كلامه (ره). وحاصل المراد ان فى صوره عدم المصلحه لا يمكن الاجازه لا من الطفل ولا من وليه. اما من الطفل فلعدم الامكان. واما من الولي فلعدم المصلحه. فيصح ان يقال ليس هنا مجيز فى حال العقد، فلا- يصح الفضولى الا- على القول بكفايه المجيز بالقوه البعيده.. واما فى صوره وجود المصلحه فى البيع، فمع وجود الولي " ولو كان هو الحاكم " فيجب عليه الاجازه، لوجوب العمل بالاصلح، لثلا- يلزم ترجيح المرجوح. وان لم يكن ولي، او كان و ترك العمل بالاصلح و صار معروفًا، فيصح من الفضولى. فانه الاحسن، و يجوز العمل به لقوله تعالى " الا- بالتى هى احسن " اذ المخاطبون قاطبه المكلفين، لا- خصوص الاولياء. فلا يتصور هنا عدم المجيز. واما الا شاعره، فلما قالوا بجواز ترجيح المرجوح وعدم وجوب الا صلح. فيتصور عدم وجود المجيز، على مذهبهم فى صوره المصلحه وعدم المصلحه. والمقام بعد، لا يخل عن الاجمال والاعلاق. وقد نقل عن الشهيد " ره " انه قال " اعترض بعض العامه على العلامة (ره) لسقوط هذه المسئله - اعنى اشتراط وجود المجيز - على مذهب الاماميه، لانهم يعتقدون وجود الامام فى كل زمان، وانه ولي من لا- ولي له. واجاب العلامة بان المراد مجيز فى الحال و يمكن الاطلاع على اجازته، و هى متعذره فى هذا الزمان لاستتاره - ع - . اقول: و يمكن ان يقال من جانب المعترض انكم تقولون الحاكم الشرعى نائب عنه ولا تعذر فيه. فالاولى فى الجواب ان يقال: المراد اشتراط التمكّن من الاطلاع على اجازته المجيز وفرض التعذر ممكن ولو انحصر الولاية فى عدول المومنين ايضا. ولعل هذا هو

ص: ٣١٤

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. و تحقيق المقام والتكلم فى الادله التى ذكرها لهما. فنقول: اما المسئله الاولى، فالتحقيق فيه ان معنى صحه الفضولى هو ترتب اثر نفس العقد وهو صلاحيته لان يترتب عليه اثر البيع، وهو الانتقال بعد الاجازه. فانه يحصل بمجرد العقد و يترتب الانتقال ايضا بعد الاجازه. وانتقال النماء قبل الاجازه على القول بالكشف. واما اشتراط ذلك بكون المجيز فى اقرب مراتب الاستعداد فممنوع، لما نذكره فى الاحتمال الثانى من منع الاشتراط، و سنده الاخبار الوراده فى النكاح مثل صحيحه ابى عبيده فى نكاح الصغيرين (1)، و يدل فى الفحوى على غير النكاح، لكون امره اشد. و يدل عليه عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الاصل فيها العموم خرج ما خرج بالدليل وبقي الباقي. والقول بان ذلك مستلزم لكون الباقي من العام اقل من المخرج، وهو خلاف التحقيق، فلا بد ان يقال بكون اللام الراجع الى العقود المعهوده فى اوائل الخطاب. فهو مدفوع بان الجمع المحلى حقيقه فى العموم، وليس الفضولى من الافراد النادره. مع ان العموم افرادى لا- نوعى. ولا ريب ان اشخاص العقود المعهوده اكثر من اشخاص لغير المعهوده. وقد حققنا هذا المقام فى مواضع من تاليفاتنا سيما فى الرساله التى كتبناها فى مسئله الطلاق بعوض. و اما ما ذكره فى المسئله الثانيه، فلا يخفى ما فى تقريره من الحزازه التامه اذ بنى كلامه فى المسئله على احتمالين احدهما البطالان رأسا، اى سواء اجاز المالك الاخر الذى هو البايع او لم 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 بالنسبه الى لحوق الاجازه من المالك الاخير و عدمه. و مقتضى تقريره ان يكون اول كلامه فى الاحتمال الاول ناظرا الى وجود الاجازه. و آخر كلامه، يعنى ما ذكره فى ذيل قوله " و هل يتوقف على اجازته " ناظرا الى عدم ١

ص: ٣١٥

لحوق الاجازه، (١) لا يخفى ما فيه اذا الاستدلال بابلغيه المالك من الاجازه يقتضى ان مراده صوره عدم الاجازه. فاذا تم كلامه بالابلغيه و ما ذكره بعدها، فلا معنى لقوله " فهل يتوقف... " وان اراد باول كلامه صوره لحوق الاجازه ايضا، بان يكون المراد من الاول حصول الملك ولحوق الاجازه معا بتقدير ان الملك مع الاجازه ابلغ، فيحتاج الى تقدير الاجازه، فكان ينبغي ان يقول فى اول الكلام " ثم ملكه واجاز ". وفى موضع قوله " فملكه ابلغ "، " فملكه مع الاجازه ابلغ ". الى غير ذلك من الحزازات. و كيف كان، فالامر فى ذلك سهل. والعمده بيان صحه المأخذ. فنقول: اما قوله " لان اجازه المالك موجب لصحه فعل المباشر فملكه ابلغ " ان اراد ان اجازه المالك الذى هو مالك حين العقد موجب لصحه فعل المباشر، فملك ذلك المالك ابلغ. فلا معنى له اصلا. اذا المفروض ان الملك ح لغيره. ولو فرض كونه له، فهو خارج عن الفرض. وان اراد اجازه مطلق المالك و كل من صدق عليه وصف المالكه حتى يشمل من حصل له الملك فى ثانى الحال، فهو اول الدعوى. اذ كون اجازه من هو مالك حين العقد كافيا لا يدل على كون اجازه من ملك بعده كافيا، فضلا عن كونه ابلغ، وان اجازه معه ايضا فضلا عن عدم الاجازه. مع ان الحاق الملك الاخير بالرضا السابق حتى يحصل من ضم هذا المالك بالرضا السابق مفهوم رضاء المالك فى صوره عدم الاجازه من المالك الاخير، ليس له معنى معقول. لان الجنس لا بقاء له مع انتفاء الفصل. فكيف يضم اليه فصل آخر بعد انعدامه حتى يحصل نوع آخر لو اكتفينا به ايضا. ففى الكلام خلط. وان قيل العله فى تاثير اجازه المالك هو المالكه وهو موجود هنا. ففيه منع ظاهر. اذا المسلم من العليه هو عليه المالك حين العقد لا مطلق المالكه. ومن ذلك ظهر ان انضمام الاجازه ايضا لا ينفع. اذا المسلم من اعتباره هو اجازه المالك حين العقد، لا مطلقا. ومن ذلك ظهر بطلان مفهوم الحثيه الاولى من الحثيتين

ص: ٣١٦

اللتين ذكرهما في ذيل قوله " وهل يتوقف على اجازته ". و منطوق الحثيه الثانيه ايضا. و مما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله " ولان عقد الفضولى.... " لمنع وجود الشرط و زوال المانع. واما ما ذكره من الدليل على احتمال البطلان، فهو مبين على ما ذكره سابقا، من اشتراط وجود المجيز حين العقد و تمكنه من الاجازه باقرب مراتب الامكان الاستعدادى. وهو منتف هنا. لان المراد بالمجيز فى هذا الباب هو المالك حين العقد، الذى من شأنه الاجازه و يمكن الحصول منه بالا مكان الاستعدادى، و المفروض عدمه. لا حتفان العاقد حين العقد بصد كونه مالكا وهو كونه غير مالك. وهو ضد حقيقى لكونه مالكا فضلا عن كونه مالكا مجيزا بالامكان الاستعدادى. وهذا صحيح لكن لمحض عدم تحقق المجيز على اقرب مراتب الاستعداد. لما منعناه فى الصبى. بل لانه ليس هنا امكان الاجازه من المالك حين العقد. لانه ليس بمالك حين العقد حتى يمكن ان يقال يتحقق الامكان الذاتى ايضا. اذ لا رابطه بين امكان تحقق الاجازه من المالك حين العقد و بين امكان تحققه من غيره الذى ملك بعد العقد، و شرط الصحه شرعا هو الاول، لا الثانى. واما امكان ان يصير هذا العاقد فى وقت من الاوقات مجيزا شرعا فى غير هذا العقد، فهو لا دخل له فيما نحن فيه. واما ما جعله التحقيق فى المسئله اخيرا، فهو مبنى على التخييج من الفضولى، و جعل التملك نازلا منزله الاجازه فيما لو كان المال ملكا للمجيز حين العقد. وقد يتوهم انه مبنى على اللاحاق به بناء على مختاره فى الاجازه انه من باب النقل. ولعله مبنى على انه لا- يصح على القول بالكشف. للزوم الضدين (كما بيناه) بخلاف ما لو بنى على النقل. وفيه ان موضوع المسئله فى الكشف والنقل شىء واحد وهو انتقال مال المجيز حين العقد الى المشتري فى حال العقد او فى حال الاجازه. ولما كان المفروض ان هذا المال لم يكن مالا للمجيز حين العقد فيلزم اجتماع الضدين على القولين. بقى الكلام فى ساير الادله فى هذا المقام مثل " اوفوا بالعقود " و غيره مما ذكره

فى اصل صحه الفضولى. و ربما يقدر فى العمومات بان المراد بالعقود فى قوله تعالى " ووفوا بالعقود " العهد الموثقه مطلقا سواء كان بين الله و عباده، او بين العباد بعضهم مع بعض، او بين العبد و نفسه. و كون الفضولى من العهد الموثقه انما يتم بالاجازه سواء كان من الطرفين كما لو كان فضولين او من طرف من كان له فضوليا. وقد يطلق عليه العهد الموثق قبل الاجازه ايضا. كما لو كان احد الطرفين فضوليا والاخر لنفسه. فانه موثق فى جانب الآخر بالنسبه الى نفسه وان كان مترلزلا وغير موثق بالنسبه الى الفضولى. فهو يلتزم للعقد ما لم يظهر [من] (١) الطرف الفضولى عدم الاجازه، فلا اشكال فى اندراج الفضولى تحت عموم " ووفوا بالعقود " مع الاجازه فى الجملة. ومعنى ايثاق العهد بالاجازه فى الفضولى المعهود هو رضاء المالك الاصلى بالعهد الذى وقع من البايع الفضولى. فبالترامه البيع الذى وقع على ملكه صار عهدا موثقا منه. سواء قلنا بان الاجازه كاشفه، او ناقله. واما فى ما نحن فيه اعنى اجازه من ملك العين بعد العقد الفضولى فيشكل تحقق اثبات العهد فيه. اذ العهد المتقدم هو نقل ملك المالك الاول فضولا، ولا يصدق على اجازه المالك ثانيا انه ايثاق للعهد المتعلق بذلك الملك حين كونه ملكا للمالك الاول. و يمكن دفعه و جعله من باب ايثاق العهد، لو جعلنا الاجازه عقدا جديدا. كما هو احد المحتملات فى الفضولى المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز، وفاقا لشيخه المحقق، حيث قال فى رد الاخبار الناهيه عن بيع ما ليس عنده ومالا يملك، بان النهى فى المعامله لا يقتضى الفساد. وان ليس للبيع لفظ مخصوص. فان مقتضاه ان الاجازه بيع بغير لفظ البيع. فيكون فى الاجازه ثلاثه اقوال: الاول: كونها كاشفه عن النقل من حين البيع. والثانى: كونها ناقله، بان يكون جزء السبب فالناقل هو الصيغه السابقه مع الاجازه. والثالث: كونها عقدا جديدا مستقلا لا مدخله للعقد السابق فيه. ى

ص: ٣١٨

١- و يمكن ان لا- يحتاج الى [من] بجعل " يظهر " من باب الافعال لكنه بعيد لان المظهر لعدم الاجازه هو المالك لا الطرف الفضولى

وهذا لا ينافي ما اخترناه من ترجيح القول بالشكف كما هو مذهب الاكثر. و عدم تفصيلهم فى المقام انما هو لعدم التفاتهم الى هذا الفرد وانما كان نظرهم الى الفضولى المعهود، او مطلق ما كان المجيز هو من كان مالكا للعين حين العقد. فهذا القول ليس خرقا للاجماع المركب. مع ما عرفت من نقل القول الثالث فى الفضولى المعهود، او فى ما هو اعم منه ايضا. على انا نقول انه لا مناص لهم ايضا عن ذلك، اى التزام العقد الجديد فى بعض الصور، وتطبيقه على الاجازه، و توجيه صدقها عليه بملاحظه ما يشبه نوعا من الاستخدام. فمعنى " اجزت البيع "، " رضيت بالانتقال اليه من باب البيع ". فاللازم فى " البيع " او الضمير لو قال " اجزتها " راجع الى الاثر المترتب على مطلق البيع، لا- البيع الخاص الواقع فى الخارج، حتى يقال انه ليس الرضاء به. و يكفى هذا فى صدق معنى الاجازه. توضيحه: ان الاجازه فى صورته كون البايغ غاصبا وقاصدا لبيع الملك لنفسه، مصححه للبيع - على الاصح. كما ذهب اليه الاكثر - وهو ليس فى معنى لحقوق الاجازه بالعقد كما هو كذلك فى الفضولى المعهود، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه وقصده لوقوع البيع لنفسه، برضا المالك ووقوع البيع عنه. والفرق واضح بين لحقوق رضا المالك بمقتضى العقد ووقوعه من قبله بالعقد، و بين تبديل الرضا والايقاع من الغاصب بالرضا والايقاع عن المالك. لا يقال: ان ايجاب البايغ الغاصب لنفسه مركب من امرين: الايجاب. و كونه لنفسه. فاذا بطل كونه لنفسه، فيبقى الايجاب، و بسبب اجازته المالك يتحقق لحقوق الرضا من المالك بالعقد. فهو من باب لحقوق الرضا بعقد الفضولى. لانا نقول: ان الفصل عله لوجود الجنس - على التحقيق - فبانتفاءه ينتفى الجنس. فيرجع الكلام الى تبديل نوع بنوع آخر. لا- من باب لحقوق الفصل بالجنس، لعدم وجود الجنس بعد انتفاء فصله. و كذلك الكلام فى بيع المكروه ولحقوق الاجازه به فان الايجاب على سبيل الاكراه نوع مغاير للايجاب على سبيل الرضا. فتصححه بالاجازه ليس الا من باب تبديل نوع بنوع آخر، لا من باب لحقوق الرضا بالايجاب.

و كذلك الكلام فى الاجازة بعد ما باعه باعتقاد انه ملكه ثم ظهر مستحقا للغير. ولا يخفى انهم استدلوا فى تصحيح بيع الغاصب بعد الاجازة، و كذلك المكره والجاهل بكون الملك مستحقا للغير، بعموم " اوفوا بالعقود ". وجعل المذكورات من باب العقود الموثقه. ولا يخفى انها لا تصير من العقود الموثقه الا بجعل المالك واعتباره ايجابا موضع ايجاب. اذا عرفت هذا [فيبقى الكلام فى ما لو باع مال الغير فضولا او غصبا او جاهلا باستحقاقه للغير. ثم اشتره او انتقل اليه بناقل لشرعى واجاز فنقول: اذا كان تصحيح العقد باعتبار المعتبر و يحصل به العهد الموثق، فكما يمكن اعتبار تحقق الايجاب عن المالك فى تمام الزمان الذى بعد العقد الفضولى (واخواته) الى زمان الاجازة و يتحصل به البيع من المالك و يصير بذلك من العقود الموثقه. فكذلك يمكن اعتبار تحققه بالنسبه الى ما بعد زمان اشترائه (او الانتقال اليه بنحو آخر) بسبب الاجازة فيكون عهدا موثقا من حين اشترائه الى زمان الاجازة و ما بعده. ولا يلزم ان يكون من حين الايجاب الفضولى حتى يرد ان يقال انه يلزم على القول بكون الاجازة كاشفه خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه. [وهو] محال. اذا المفروض ان اعتبار المعتبر انما هو بالنسبه الى زمان امكان اعتباره و هو ما بعد الانتقال اليه. فعلى القول بالكشف انما يلزم خروجه عن ملكه بعد الانتقال اليه. والمفروض انه داخل فى ملكه، ح. لا- يقال: ان القائلين بالكشف لم يفرقوا بين انواع الفضولى. فهذا خرق للاجماع المركب. لانا ذكرنا سابقا انهم لم يلتفتوا فى مقام بيان الكشف والنقل الى مثل ذلك. بل انما كلامهم فى الفضولى المصطلح، او ما يقوم مقامه مما مر. والحاصل: ان الاجازة فى بيع الغاصب انما هو فى معنى التزام ورود معاملته جديده على مال المغصوب منه، لا امضاء للعقد السابق. فان العقد السابق انما كان تبعا لنفس الغاصب. وهو مبين لكونه تبعا لنفس المغصوب منه. [و] يصححها " اوفوا بالعقود " لانه يصدق عليه انه عهد موثق. فكذلك التزام البيع بعد مضى قطعه من الزمان و هو اول زمان الانتقال الى الغاصب [و] ما بعده وانتقاله منه الى المشتري الاول من حين الانتقال اليه عهد

موثق دخل في ذلك العموم. فالاجازة اما يصدر من المالك حين العقد او من غيره. فعلى الاول فاما ان يكون ما وقع من العقد في مال الغير من باب الفضولي المصطلح، او البيع لنفسه غصبا او جهلا بانه مال الغير، فعلى الاول، الاجازة بمعنى لحوق الرضا بالعقد السابق. وعلى الثانيين بمعنى تبديل عقد بعقد بانشاء جديد. (1) وعلى الثاني - اى ما يصدر من غيره - فذلك الغير اما هو وارث المالك الاصلى، او غيره. وعلى الاول فان كان العقد من باب الفضولي المصطلح، فهو من معنى المورث لانه حق انتقل اليه بالميراث. فهو ايضا من باب لحوق الرضا بالعقد السابق. وان كان من القسمين الاخرين. فهو ايضا تبديل عقد بعقد انتقل اليه ذلك الحق بالميراث. وعلى الثاني - اعنى غير الوارث - فهو من باب تبديل عقد بعقد. لانه معنى لحوق الرضا بالعقد السابق. لان العقد السابق انما تعلق بملك الغير بقصد ان يكون للمشتري في جميع زمان ما بعد العقد، والمفروض انه ليس ملكا له في اول زمان العقد حتى يمضيه. ولا فرق في ذلك بين ما كان المجيز هو البايع، او الذى انتقل اليه الملك ثانيا، او كان غيره، مثل ان يبيع احد مال زيد فضولا او غصبا او جهلا، من بكر. ثم باع زيد ذلك المال بعينه من عمرو. ثم اجاز عمرو ذلك البيع. و بالجملة: العمدة في الباب عموم الاية و ما في معناه سواء سميت ببيعا او غيره. لكونه من العهود الموثقة. و لكن الظاهر انه من اقسام البيع. و يظهر الثمرة في ترتب احكام البيع عليه. و مما ذكرناه يظهر انه لا يرد ايضا ان يقال في ابطال هذا العقد على القول بالكشف ان العقد الاول الواقع فضولا انما صح و ترتب الثمرة عليه باجازه ذلك البايع الفضولى و هى متوقفه على صحة العقد. الثانى - اعنى اشتراء البايع الفضولى من المالك الاصلى. و هى متوقفه على كون المال باقيا على ملك مالكة الاصلى. فيكون صحة الاول مستلزمه لكون المال المعين ملك المالك الاصلى و ملك المشتري الاول معا في زمان واحد. و هو زمان ما بعد عقد الفضولى، وهو

ص: ٣٢١

محال. فوجود ملكيه المشتري الاول فى ذلك الزمان تقتضى عدم ملكيه المالك الاصلى و عدم ملكيه المالك الاصلى موجب لعدم ملكيه المشتري الاولى ايضا. لان مالكيته موقوفه على اجازته المشتري الثانى الذى هو البايع الفضولى. التى تتوقف صحتها على صحه اشتراؤه الموقوفه على ملكيه المالك الاصلى حين الاشتراء. فيلزم وجود ملكيه المشتري الاول و عدمها معا فى آن واحد. و هو محال. و ذلك لما عرفت ان اجازته البايع الفضولى بعد الاشتراء عن المالك الاصلى، انما يكشف عن الانتقال الى المشتري الاول من حين انتقال الملك اليه من مالكة الاصلى لا- من حين عقد البيع الاول. و فى هذا الحين لا- حق للمالك الاصلى فيه. واعلم: ان ههنا مجالا لتوهم ان يقال ببطلان الفضولى مطلقا (على القول بالكشف) و ان اجاز المالك. لان صحته موقوفه على الاجازة المتاخره الموقوفه على بقاء ملك المالك بعد العقد، والمستلزمه لملك المشتري كذلك. فيلزم كون الملك بعد العقد للمالك الاصلى والمشتري معا فى آن واحد. فاما لا بد من بطلان الفضولى مطلقا، او بطلان القول بالكشف. و يندفع بان صحه الاجازة انما تتوقف على الملكيه الظاهرية المستصحبه، و بعد الاجازة ينكشف مالكيه المشتري فى الواقع، فلا منافاه بين الحكم بمالكيه المالك الاصلى فى ظاهر الشرع الى حين الاجازة و كشف الاجازة عن مالكيه المشتري بعد العقد فى نفس الامر. و يبقى الاشكال فى ترتب ثمرات الملك. فنقول: ان الثمرات ايضا تابعه لما هو الظاهر. فلا يمنع المالك الاصلى عن انواع التصرفات والتمتع بنماء الملك و بيعها و شرائها الى ان ينكشف حقيقه الحال. فيسترد لظهور كونها مال الغير. فنفس ملكيه العين والنماء تابعه لنفس الامر و ان كان الحكم بكونها ملكا تابعه للظاهر. فهو ثابت على الظاهر ما لم ينكشف الواقع على خلافه. نعم، قد يختلف الحال بالنسبه 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 عمرو باع مال زيد فضولا بخالد، ثم اجاز زيد. فاذا تصرف الحالف قبل الاجازة فى هذا المال فيحث على الاول.

بخلاف الثاني. و ان حلف الحالف على ان لا- يتصرف في مال عمرو، فيحنث على الثاني دون الاول. والتحقيق عندي ان التكاليف متعلقه بما يكون موضوعا للحكم في نظر المكلف. لا في نفس الامر وان كان الالفاظ موضوعه لما هو في نفس الامر. فقول الشارع " يجب على من خالف اليمين الكفاره " لايد ان ينزل على من خالفها عالما بانها مخالفه لليمين، لا بما كان مخالفه في نفس الامر. فكذلك قوله بان " اجازته المالك يصح الفضولي " ينزل على ان اجازته من يعلم انه مالك في ظاهر الحال يصح العقد، و كون المال للمجاز له في نفس الامر. و لا- يضر كون الامر الظاهر مثبتا للامر النفس الامرى. فان اثبات هذا النفس الامرى ايضا اثبات ظاهرى. فالمراد انه يحكم عليه بحكم النفس الامرى في ظاهر الشرع. والا فقد يكون المالك في نفس الامر غير مالك. و اذا ظهر ذلك بعد الاجازه، فلا- ينفع اجازته في اثبات الانتقال الى المشتري في نفس الامر. و كذلك قوله " ان نماء المال تابع للملك " فيحكم ظاهرا بكون النماء لمن هو مالك ظاهرا. و لكن هنا بعد ظهور كونه ملكا للغير يسترد منه. لانه تابع لما هو في نفس الامر ملك له، و انما حكم كونه للمالك الظاهرى في ظاهر الشرع. والسرف في الفرق بينه و بين الكفاره، لعله ان الكفاره انما هو لاجل المعصيه غالبا، و لذلك يحكم بوجوب الكفاره على الظاهر في اول النهار في شهر رمضان و ان حاضرت في آخره. و من هذا الباب الكلام في اجراء الحد لو وطى المنكوحه فضولا. او الامه المشتريه كذلك. قبل الاجازه. نعم، الحكم بلزوم الا- اجراء اذا تاخر (1) الحد لمانع الى ان يجيز ففيه اشكال. و اما لحوق الولد و صيروره الامه ام ولد. ففيه اشكال، سيما مع [عدم] جهاله المشتري بوقوع العقد فضولا. ففيه اشكال نظرا الى انه زان على الظاهر. و الى ان اعتقاده الزناء غير مضر بكون الوطى في نفس الامر مع الزوجه او المملوكه، كما يكشف عنه الاجازه. ولعل الترجيح للثاني. فيكشف ان ولد المملوكه نماء ملكه و هي نمائها له بعد الاجازه. (2) هذا الكلام في صورته صحه الاجازه.

ص: ٣٢٣

- ١- و في النسخه: تراخى الحد.
- ٢- و عبارته النسخه كذا " و كيف كان قوله المملوكه نماء ملكه و هي نمائها له بعد الاجازه ". و في عبارته سقط و تصحيف و بزعمى لا سبيل فى الاصلاح الا ما اصلحناه

و اما انه هل يصح الاجازه مطلقا، او يتفاوت الحال فى المقامات؟ -؟ فيحتاج الى تفصيل. فنقول: اذا نكح الفضولى الهند لزيد والهند تزوجت بعمره وقبل علمها بنكاح الفضولى، مثلا. فهل لها الاجازه بعد الاطلاع؟ و اذا اجازت فيفسخ نكاحها بعمره، او لا يجوز لها الاجازه؟ و كذلك لو نكح الفضولى زيدا بامرئه و تزوج زيد قبل الاطلاع بنتها او امها. والظاهر انه ليس لهما الاجازه فانهما قبل الاطلاع عقدا على انفسهما عقدا صحيحا، والفضولى بنفسه لا- يؤثر اثره بلحوق الاجازه، و ان قلنا بكونها كاشفه. فالمرئه فى المثال الاول مزوجه بعقد صحيح ولا يجوز تزوج ذات البعل بغيره. والرجل [فى المثال الثانى] متزوج بالام او البنت بعقد صحيح، و لا- يجوز له التزوج ببنتها او امها. و ذلك لان الاجازه بمنزله عقد مستقل و ان قلنا بكونها كاشفه. و لا يمكن جمعها مع ما يحرم الاجتماع معه. بخلاف ما يمكن الاجتماع، كما لو عقد الفضولى لزيد بامرئه و تزوج هو قبل الاطلاع بامرئه اخرى، لا- مانع منها. و من جمله الموانع فى جانب الرجل ان يتزوج برابعه قبل اطلاعه على نكاح الفضولى له برابعه. و من ذلك يظهر الكلام فى البيع ايضا. فالقول باسترداد العين والمنافع لا يتم على الاطلاق فلا تغفل عن ذلك، فانى لا يحضرنى تصريح بذلك فى كلاماتهم. و كذلك يظهر مما ذكرنا، انه لا يرد على القول بالكشف، ان الاجازه المتاخره لما كشفت عن صحة العقد الاول الفضولى و عن كون المال ملك المشتري الاول، فقد وقع العقد الثانى على ما له. فلا بد من اجازته له كما لو باع المالك الاصلى المال من شخص اخر غير ذلك البايع الفضولى، فاجاز ذلك الشخص البيع الاول، فلا بد من اجازته من اشترى عن البايع الفضولى للبيع الثانى، حتى يصح و يلزم. و على هذا فيلزم توقف اجازته كل من الشخصين اى المشتري من البايع الفضولى، والبايع الفضولى الذى اشترى المال عن المالك الاصلى على اجازته الاخر. و توقف صحة كل من العقدين على اجازته المشتري الغير الفضولى، و هو من الاعاجيب. بل هو مستحيل.

لا ستلزامه عدم [استحقاق] المالك الاصلى شيئاً من الثمن و المثمن و تملك المشتري الاول للمبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان. و بدون تمامه ان زاد الاول. و مع زيادته ان زاد الثانى. و ذلك لان المالك لم يجز البيع الاول. بل اجاز الفضولى بعد تملكه و خسرانه لثمن البيع الثانى. فثمن الاول له. والعقد الثانى يفتقر الى اجازة المشتري الاول. لا نكشاف وقوعه فى ملكه فالثمن له و قد كان المبيع له ايضا. بما بذله من الثمن و هو ظاهر. اقول: و تصويره: ان زيدا باع كتاب عمرو من بكر بدينار فضولا ولم يجره عمرو. ثم باع عمرو ذلك الكتاب بزيد بدينار. فان اجازة زيد، ح، بيعه الفضولى مع بكر فى كتاب عمرو، فيستحق ثمن ذلك البيع و هو الدينار. و ح لما كان البيع الثانى - اعنى بيع عمرو كتابه من زيد - واقعا على مال بكر (لانه صار ماله باجازه زيد بناء على القول بالكشف) فيحتاج العقد الى اجازة بكر، فان اجاز فيستحق ثمن البيع الثانى. و هو دينار ايضا، فيتهاثران. فظهر ان عمرو لا يستحق الكتاب ولا الدينار اصلا. و زيد يستحق الدينار الذى هو الثمن فى البيع الاول، و لكنه يسقط بالتهاثر. و بكر يستحق عين الكتاب مع الدينار و يسقط بالتهاثر هذا اذا وافق الثمنان. و اما لو كان الثمن فى البيع الاول دينارا و فى الثانى دينارين فللبكر الكتاب و الدينار والزائد بعد التهاثر فى القدر المساوى. ولو كان الثمن فى البيع الاول دينارين و فى الثانى دينار، فله الكتاب و عليه الدينار لزيد، بعد التهاثر فى القدر المساوى. و وجه دفع هذا الاستدلال: ان الاجازة المتاخره انما يكشف عن كون المال ملكا للمشتري الاول من حين انتقال الملك الى المجيز، لا من حين العقد الاول. كما مر. فالمبيع ملك المالك الاصلى الى حين البيع الثانى و لا يتوقف صحه بيعه من الفضولى على اجازة المشتري الاول. فيملك المالك الاصلى ثمن البيع الثانى. و البائع الفضولى ثمن البيع الاول. و المشتري الاول عين المبيع. و قوله "وقد كان المبيع له بما بذله من الثمن" يعنى للمشتري الاول، ان كان مراده ان المبيع له قبل الاجازة من المالك و من البائع

الفضولى، ولا ريب فى عدم صحته. و ان كان مراده بعد اجازته البايع الذى اشتراه من المالك الاصلى. ففيه ان المفروض ان هذه الاجازة لا تصح الا باعتبار تملكه بسبب بيع المالك الاصلى منه. وقد فرضت ان يبيعه كان فى مال الغير لان الاجازة كاشفه عن كون المال عند بيع المالك الاصلى ملكا للمشتري الاول. والمفروض ان صحه بيع المالك الاصلى موقوف على اجازة المشتري الاول، ومع اجازته لذلك البيع يصير ثمن البيع الثانى له، و عين المبيع للفضولى. فكيف يقال ان المبيع للمشتري الاول بما بذل من الثمن. و كيف يمكن الجمع بين القول بان ثمن البيع الثانى يصير ملكا للمشتري الاول باجازه لبيعه. و بين القول بان المبيع للمشتري الاول بما بذله من الثمن، و ان اعتمدت على ظاهر الحال -؟! حيث ان المالك الاصلى باق على مالكيته. بسبب عدم اجازته للبيع الاول. فبيعه لازم للبايع الفضولى. واجازة الفضولى مصححة لمالكيه المشتري الاول. فقد تركت بذلك قولك " بانه مال المشتري الاول حيث ان الاجازة كاشفه عن وقوع البيع فى ماله " مع ان هذا يناهى ما سبق منك من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر. و ذلك لان المالك الاصلى حيث لم يجر البيع الاول، فهو باق على مالكيته. و يبيعه لازم، واجازته صحيحة مبتنية على ملك لازم. فلم يصر اجازته للبيع الاول مسبوقة باجازه المشتري الاول للبيع الثانى، حتى يتوقف اجازته على اجازته. غاية الامر توقف استمرار حكمها عليها. لا توقف نفسها عليها. نعم، يمكن تسليم توقف اجازة المشتري الاول على اجازة الفضولى. مع انا اذا اعتبرنا عود البايع الفضولى الى اجازة البيع الاول ثانيا، فيعود الاحتياج الى اجازة المشتري لبيع المالك الاصلى، وهلم جرا. والذى يمكن ان يقال (بناء على ما ذكره): انه يلزم ان يكون ثمن البيع الاول للفضولى و ثمن البيع الثانى للمشتري الاول [و] نفس المبيع للفضولى فعلى هذا لا يتم صحه الاجازة

من البايع الفضولي بعد ما انتقل اليه المال. والجواب هو ما ذكرنا اولاً ان مراده (١) من توقف اجازته كل من الشخصين على اجازته الاخر، لزوم الدور الواقعي، الذي معناه كون كل واحد منهما عله للاخر. ففيه ان عليه اجازته البايع الفضولي لما باعه فضولاً لتحقق اجازته المشتري الاول، ان سلمناه فلا نسلم العكس. اذ البايع الفضولي اذا اشترى المال من المالك الاصلى فقبل اجازته لذلك البيع، لم يحصل استحقاق ملكيته للمشتري الاول. ولا يمكن حصول اجازته منه فقد تحقق اجازته البايع الفضولي من دون اجازته المشتري الاول. فلو كان الثاني عله للاول لما تخلف عنه فقد يجيز البايع الفضولي البيع الذي صدر عنه اولاً ويستحق المشتري الاول للمال، ولا يجيز للمشتري الاول بيع المالك الاصلى. وان كان المراد انه على تقدير اجازته المشتري الاول ايضاً كل منهما يتوقف على الاخر [فقيه انه] لا- استحاله فيه. اذ هو دور معى وعليته من احد الجانبين واستلزام من الاخر. فلا يلزم اعجوبه ولا محال. وقد يستدل على البطلان: بان المعلوم انه يكفى فى اجازته المالك وفسخه، فعل ما هو من لو ازمهما. ولما باع ماله على الفضولى بالعقد الثانى، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. وهو لا يجمع صحه العقد الاول. فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول - حيث وقع العقد فى ملكه - و تملك المشتري الاول للثمن الثانى، و يبقى المبيع ملكاً للفضولى بما بذل من الثمن. فلا يخرج عن ملكه الا بعقد جديد. واذ تبين عدم مجامعه العقد الثانى مع صحه العقد الاول لزم ان يكون فسخاً له، وان لم يعلم بوقوعه. فلا يجدى الاجازة المتأخره عنه. وبالجملة: حكم عقد الفضولى قبل الاجازة كسائر العقود الجائزه، بل اولى منها. فكما ان التصرف المنافى مبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولى. اقول: ولعل مراده من " اللوازم "، اللوازم المختصة. والا فقد يكون اللوازم اعم. [و] قوله " وهو لا يجمع صحه العقد الاول " ان اراد الصحه الحاصله بسبب اجازته المالك، فهو كما ذكره. لكن المفروض خلافه. فان الكلام فى تصحيحه باجازته البايع الفضولى بالاشترى عن

ص: ٣٢٧

المالك. لا باجازه المالك. وان اراد مطلق الصحه، حتى ما حصلت باجازه البايع الفضولى بعد تملكه، فهو اول الدعوى. و يظهر من ذلك ما فى قوله " فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول " يعنى ان صحه العقد الاول يقتضى ذلك، فان اقتضائه ذلك انما هو اذا حصل الصحه باجازه المالك. وهو خلاف الفرض. والتعليل بأنه وقع العقد فى ملكه ايضا غير تمام. لما عرفت سابقا من امكان وقوع العقد فى ملك شخص، والاجازه المصححه فى ملك المالك المتأخر. وقوله " وتملك المشتري الاول للثمن الثانى " : لا يخفى أن مقتضى صحه العقد الاول (على ما ذكره) تملك المشتري الاول للمبيع. لا للثمن الثانى. الا أن يكون مراده اذا اجاز المشتري الاول البيع الثانى. فكان عليه ذكر " الاجازه " ولعله من سهو القلم. قوله " واذتبيين... " يعنى اذتبيين - أن مقتضى عقد المالك الثابت القاطع على الفضولى، مالكيه المالك للثمن الثانى و مالكيه الفضولى للمبيع جزما. وهو لا يجمع الثمن الاول للمالك والمبيع للمشتري الاول لتضادهما - لزم أن يكون البيع على الفضولى فسخا للبيع الاول وان لم يعلم بوقوعه. [و] فيه أن كون ذلك فسخا مع عدم العلم محل نظر. بل نقول كونه فسخا مع العلم مطلقا، ايضا ممنوع. فلا مانع من أن يجرى الفضولى عقد البيع و يجيى عند المالك و يقول " أنا أجريت الصيغه فضولا لأشترى منك و أجزه لنفسى " فيقول " نعم بعتكها وامض وأجز البيع لنفسك. والقول بأشترط أن يكون البيع الفضولى نيابه عن المالك، ممنوع. لما بيناه فى الغاصب والجاهل. فهذا ايضا عهد من العهود الموثقه وداخل فى عموم " او فوا بالعقود " كما بينا. والحاصل: ان المسلم فى البطلان، هو ما صرح المالك بالفسخ. و بدونه يحكم بالصحه. ولا منافات بين الحكم بالصحه بسبب الاجازه المتأخره، و عدم حصول الصحه فى العقد الاول لعدم اجازته المالك. قوله " فكما أن التصرف المنافى مبطل.... " فيه أن المسلم من الابطال هو مع صورته العلم. فان وهب احد شيئا لغير ذوى رحمه بلا عوض و نسي ذلك. ثم وهبه لغيره ففى الحكم

البطلان، نظر. فلا يتم فى الفضولى فى صوره عدم العلم ايضا. فأن قلت: هذا يستلزم بقاء حكم الفضولى ولو حصل الفسخ الف مره من الملاك المتعاقبه على المبيع. لصحه أن يقال انه انما الفسخ بالنسبه الى المتقدم و يبقى حكمه بالنسبه الى المتأخر. وهو اجنبى بالنسبه الى الاحكام الشرعيه. 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 و يكون الثمن الذى عقد عليه مالى " ويصير بذلك من العهود الموثقه و يدخل تحت عموم " اوفوا بالعقود ". وقد يستدل ايضا: (1) بأنا حيث جوزنا بيع غير المملوك (مع انتفاء الملك ورضاء المالك والقدره على التسليم) اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز. لأنه البايح حقيقه. و الفرض 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 الاجازه بوقوع العقد السابق، فى زمان وقوعه. لأقامه الشارع ذلك مقام رضاه حين العقد، حيث كان الامر اليه فى الحالين. واما تجدد الملك والقدره على التسليم بعد العقد، فلا يكون محدثا. كما لو باع مباح الاصل، او ما لا يصح تملكه، او الابق. ثم تجدد الملك والقدره، لم يصح اجماعا. و كذلك صدور الرضا بالعقد السابق فى زمانه، ممن لم يكن له تسلط على المال فى ذلك الزمان اصلا، لا يجدى. اقول: غايه ما يثبت من ذلك - على فرض التسليم - هو عدم كون ذلك من الفضولى المعروف. و غرضنا اثبات صحه العقد وان لم يكن من باب الفضولى المعروف، كبيع الغاصب والجاهل. للعمومات و ساير الادله مع ان اشتراط قدره التسليم للمالك حين العقد الفضولى المعروف ايضا ممنوع. اذ قد يبيع المغصوب بعنوان الفضولى المعروف و يجيز المالك بعده و الاجازه فى معنى القدره على التسليم. كما ان البيع على الغاصب بما فى يده بالبيع اللازم

ص: ٣٢٩

١- أى وقد يستدل على البطلان ايضا

صحيح. فأن البيع عليه بمنزله القدره على التسليم، وان كان غير قادر عليه بدونه. و من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام، ظهر ما فى الاستدلال على بطلان ما لو باع مال الغير فضولا ثم ذهب يشتره، بأنه بيع مال الغير لنفسه. وهو باطل. اذ عرفت انه لا دليل على بطلانه لصدق البيع عليه عرفا، سيما بملاحظه حكم الغاصب واخواته، و عرفت توجيه معنى الاجازه و تطبيقه على ما نحن فيه. وقد يستدل عليه بالروايات: (١) مثل ما رواه الكليني والشيخ فى الصحيح عن يحيى بن الحجاج " قال: سئلت عن أبى عبد الله - ع - عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب وهذه الدابه و بعنيها اربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه قبل ان يستوجبها، او تشتريها " (٢) و ما رواه عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع -: الرجل يجينى فيقول اشتر لى هذا الثوب اربحك كذا و كذا. قال: اليس ان شاء ترك وان شاء أخذ (٣). قلت: بلى. قال: لا بأس، انما يحلل الكلام و يحرم الكلام " (٤) والمراد بالكلام عقد البيع فإنه يحل نفيا و يحرم اثباتا، أو يحل ثانيا و يحرم اولاً. اذ المراد أن الكلام الذى جرى بينهما قد يحلل وقد يحرم بحسب اختلافه. فان كانت بطريق الالتزام، حرمت المعامله بذلك. وان كنت بطريق المراضات من دون الزام (وانما يحصل الالتزام بعد شراء البايع بعقد مستأنف) كانت حلالا. و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم، عن ابى جعفر - ع - " قال سئلت عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى اشتره منك بنقد أو بنسيئه. فأبتاعه الرجل من اجله. قال ليس به بأس، انما يشتره منه بعد ما يملكه " (٤) و ما رواه فى الصحيح عن منصور بن حازم عن ابى عبد الله " فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتره منه. قال: لا بأس بذلك. انما البيع بعد ما يشتره " (٥) ٦

ص: ٣٣٠

١- اى ويستدل على البطلان بالروايات.

٢- الوسائل: ج ١٢، ابواب احكام العقود، ب ٨ ج ١٣ و ١٤.

٣- الوسائل: ج ١٢، ابواب احكام العقود، ب ٨ ج ١٣ و ١٤.

٤- المرجع، ح ٨ و ٦

٥- المرجع، ح ٨ و ٦

اقول: فلنذكر هنا روايه يستعان بها على الجواب عن تلك الاخبار. وهى ما رواه الكليني فى الحسن كالصحيحه عن عبد الرحمن بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع - : الرجل يجيئنى يطلب المطاع فأقوله على الربح، ثم اشتره فأبيه منه. فقال: اليس ان شاء أخذ وان شاء ترك (؟). قلت: بلى. قال: لا بأس به. فقلت: ان من عندنا يفسده. قال: ولم (؟). قلت: قد باع ما ليس عنده. قال: فما يقول فى السلف قد باعه صاحبه ما ليس 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 " تقدر عليه وان لم يكن عندك. وهذا القيد انما هو فى " الحال " لعدم اشتراط ذلك فى " السلم ". قال فى الوافى: و يستفاد منه و مما فى معناه جواز بيع ما ليس عنده اذا كان مما يقدر عليه عند البيع حالا كان او سلما. فما يوهم صدر الخبر (وما فى معناه) من تقييد الجواز بما اذا لم يوجب البيع، ينبغى حمله على التقيه، أو الاولويه، أو تخصيصه بالمراجه. ويؤيد الاول نقل صريح الحكم به عن ابيه (عليه السلام) وشهره خلافه عن العامه ح. انتهى كلامه، و لا بأس به. و على هذا فنقول: اما الروايه الاولى: فان كان المراد من اسم الاشاره الشخص المعين، كما هو الظاهر. فوجهه انه لا يجوز بيع مال الغير مع المواجه والالتزام، مع العلم بأنه مال الغير، وان جاز البيع فضولا - مترقبا للاجازه. واما انه لا يصح البيع فضولا مع لحوق الاجازه، فلا دلالة عليه اصلا. غايه الامر كونه منهيًا عنه. وهو لا - يدل عل الفساد. وان كان المراد النوع من الثوب والدابه، فالجواب هو ما نقلنا عن الوافى. ومنه يظهر الجواب عن ساير الاخبار، فلاحاجه الى الاعاده. مع ان تلك الاخبار لا - دخل لها فى ما نحن فيه. اذ كلامنا فى الفضولى وهو لا يتحقق الا فى الشخص المعين من المال. والمراد من تلك الاخبار البيع فى الذمه، وهو كلى. وهذا كله اذا اجاز المالك. واما كفايه الشراء فقط من دون الاجازه بعده فالظاهر انه ٣

ص: ٣٣١

لا اشكال فى عدم الكفايه. وقد بينا سابقا أن كون الشراء ابلغ من الاجازة عن المالك، ممنوع. بل مساواته ايضا. فأن قلت: ان هذا ايضا عهد موثق، حيث انه باعه بعنوان الالتزام. غايه الامر انتفاء الملكيه وقد حصلت بشرائه من المالك، فيدخل تحت العموم. قلت: ان باعه للمالك، فهو متزلزل وموقوف على اجازته. والمفروض عدم الاجازة منه، فأين الايثاق. وان باعه لنفسه، فلا دليل على صحه بيع مال الغير لنفسه. و انما صححنا بيع الغاصب بسبب اجازة المالك لا لمجرد انه باع مال الغير. و ان كان بعنوان الايثاق والمفروض فى ما نحن فيه عدمها، لا من المالك الاصلى و لا من البايع بعد الاثراء. والاخبار المانعه عن بيع مالا يملك منزله على ذلك. و كذلك الكلام، ان باعه غير قاصد لمالكة و لا لنفسه، بل يريد صورته ايقاع البيع فى غير ملكه، ليضمنه بحصول الملكيه لنفسه بالاشراء بعد ذلك. وأما ما يظهر من كلام العلامة فى التذكرة من الاجماع على البطلان حيث حمل الاخبار المانعه على ما اذا باع عن نفسه و يمضى و يشتريه من مالكة. لانه (صلى الله عليه و آله) ذكره جوابا لحكيم بن حزام حين سئله عن بيع الشئ فيمضى فيشتريه ويسلمه. قال (صلى الله عليه و آله) ان هذا البيع غير جائز (1) و لا نعلم فيه خلافا. و لعل مراده ايضا ما لو لم يلحقه الاجازة بل اكتفى بمحض الاثراء. والظاهر وجود المخالف والقول بالصحة مع الاجازة، كما حكى عن ظاهر الدروس والصميرى والمقداد. وقد اشرنا من استشكال بعضهم ايضا. بل احتمال الصحة بمجرد الاثراء بعد البيع فضولا. كما جعله التحقيق فى الايضاح. على القول بصحة الفضولى. فالظاهر الصحة مع الاجازة بعد الاثراء. و عدمها بدونها. تذييل: اذا عرفت ان الاقوى فى صورته تملك الفضولى للمبيع بعد العقد، احتياجه الى الاجازة. فأعلم: ان الاقوى ايضا، ان ظهور الملك بعد العقد، ايضا حكمه ذلك، وله فروع كثيرة: منها: ما لو باع مال ابيه بظن الحيوة، فظهر انه كان ميتا و كان ملكه ح. فقيل بالصحة، بمعنى كونه لازما غير محتاج الى الاجازة. وقيل انه صحيح، بمعنى كونه فضوليا محتاجا الى

ص: ٣٣٢

١- صحيح الترمذى: باب ما جاء فى كراهيه ما ليس عندك. - سنن ابى داود: باب: فى الرجل يبيع ما ليس عنده

الاجازه. وقيل بالبطلان. والاول هو مختار المحقق فى الشرايع والعلامه فى جمله من كتبه. وربما يظهر منه فى - كتاب الهبه من - القواعد انه اجماعى. حيث قال " واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبه، و صح لا معه، على رأى. ولو كانت فاسده صح اجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه، او اوصى بمن (1) اعتقه وظهر بطلان عتقه، فكذلك ". و مثله عبارته الارشاد الا فى ذكر الوصيه. ولكن يظهر من كلامه فى مسائل البيع ان فيه خلافا. حيث قال " فالوجه الصحه ". و كيف كان فدعوى الاجماع مشكله، سيما اذا اراد بها اللزوم. كما فسرهما ولده و المحقق الثانى و غيرهما. فالعمده بيان المأخذ والدليل. والقول الثانى للمحقق الثانى والشهيد الثانى. و عن الشهيد انه مختار ابن المتوج، وهو الاقوى. والقول الثالث، لم أقف على قائل به. نعم جعله فى الايضاح احتمالا، ونقل الأحمال عن نهايه العلامه ايضا. حجه الاول: حصول الشرط المعبر فى اللزوم. وهو انه عقد وقع من اهله فى محله. وان المعبر هو قصد المالك للبيع فى ماله، وقد حصل. فالبيع مقصود على ماله، فيصح. وفيه انه لم يقصد البيع اللازم، بل انما قصد بيع مال غيره فضولا. فلا يتم الاجازه و نحن لا ننكره. و بالجمله: " العقود تابع للقصد ". والذى قصده هو كونه بيع مال الغير موقوفا على الاجازه. واما بيعه عن نفسه، فلم يقصده. و مطلق قصد البيع لا ينفع فى قصد نوع منه. سيما اذا قال " انى لم اقصد بيع مالى " بل لو قصد احد انواعه لا يكفى فى قصد نوع آخر. لتباينها. و لعله نظر فى الايضاح الى هذا، حيث قال " ولما اعتبر القصد فى اصل المبيع ففى احواله اولى " و توضيحه ان البيع اذا كان مدلوله معلوما معينا ولم يلحقه القصد الى المدلول كأنها زل. والمكره لا يكفى مع عدم الاشتباه فى المدلول. وفى ما اشتبه المدلول ايضا، بسبب تعدد الانواع، والقصد هنا أولى بالاعتبار لكون المدلول والمقصود كليهما مجهولا. فمراده بالاحوال، الانواع.

ص: ٣٣٣

١- وفى النسخه: من اعتقه

وحجه الثانى: هو ما ذكرنا فى رد حجه الاول. مضافا الى ما بيناه سابقا من كفايه الاجازة فيما لو ملك الفضولى المبيع بعد العقد. بل هنا اولى بالصحة لتحقق الملك حال العقد. مع انه ليس بأقل من بيع الغاصب، وقد بينا صحته بالاجازة. وحجه الاحتمال الثالث: انه انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه. ولأنه وان كان منجزا فى الصورة، فهو فى المعنى معلق. والتقدير " ان مات مورثى فقد بعتهك ". ولأنه كالعابث عند مباشره 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 ابطالنا مطلق التعليق فى العقود. واما الثالث، ففيه مع ورود المنع الواضح، انه مناقض للأولين. ومنها: ما لو باع الواهب الموهوب فى الهبة الجايزه، كالهبة الغير المعوضه للأجنبى. ففيه قولان: البطلان، بمعنى عدم اللزوم، لا عدم قابليته للاجازة ايضا، وهو مختار الشرايع، و دليله انه بيع وقع فى ملك الغير. وليس مسبوqa بالفسخ حتى يرد البيع على ملكه وان قلنا ان البيع فسخ كما نقل الاتفاق عليه، فغايه الامر ان البيع سبب لفسخ الهبة، فقبله لا فسخ و بعده لا بيع. فالبيع سابق على الملك ولم يقع فى الملك. والصحة. وهو مختار العلامة فى القواعد و ولد فى الايضاح والشهيد الثانى. وقد يستدل عليه بوقوع الفسخ والبيع بتحقيق واحد. والمفروض ان الفسخ يحصل بالعقد اتفقا، فلو كان فاسدا لم يؤثر فى الفسخ. وهو فى غايه الضعف اذ الدلالة على الفسخ لا يستلزم الصحة. بل كل ما دل 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. ولا منافاه 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، و كان العقد بمنزله 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، فإنه قاصد للبيع مطلقا. اقول: قد عرفت انه لا يصح، الا بالاجازة. و نقل فى الايضاح عن المبسوط بطلان البيع. و كأنه ناظر الى بطلان الفضولى مطلقا. هذا كله اذا كانت الهبة جازية و اما ان كانت لازمة، فلا يصح بعنوان اللزوم جزما. نعم يقف على الاجازة، على الاصح. و اما ان كانت الهبة فاسده، فقد عرفت دعوى اجماع العلامة على الصحة، وهو على الاطلاق، مشكل، بل لا بد من التفصيل بصورة العلم بالفساد، و عدمه. فيحكم بالصحة فى صورة العلم. و بعدمها بعنوان اللزوم فى صورة الجهل. و نسب 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 والجائزة و مع العلم بالفساد و عدمه - وقوع العقد من مالك جائزة التصرف. فيكون صحيحا. ثم قال " و يحتمل العدم - أى عدم الصحة - على تقدير عدم علمه بالفساد. لأنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصد ". 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 اللانزم من قبل نفسه بل يكون مقصوده بيع ما هو مال الغير بزعم ذلك الغير - وهو المتهم - لغرض من الأغراض. و يمكن أن يكون الضمير المجرور فى " زعمه " راجعا الى البائع. يعنى يجوز مع العلم بأنه ماله أن لا يبيع العين الموهوبه عالما بانها هى، بل اشتبهت عليه و زعم أنها مال غيره، و باعها ثم ظهر انها هى. ثم قال " فمجرد ايقاعه البيع أعم من قصده اليه على تقدير علمه بملكه و عدمه. والعام لا يدل على الخاص. فالقصد الى البيع على تقدير كونه مالكا مشكوك فيه. فلا يكون العقد معلوم الصحة ". اقول: يعنى ان على فرض العلم بملكه يحتمل ان يكون اقدامه على البيع، على وجه

مال غيره بزعمه. و على فرض الجهل فلم يبع مال نفسه. لبنائه على انه مال غيره. ثم اجاب عن ذلك بما حاصله ان اللفظ الصريح كاف في حمله على القصد في العقود الشرعيه، الا مع القرينه على خلافه، كما في المكره والهازل. فيصح البيع في صورته العلم بالفساد، وهو جيد. واما في صورته الجهل بالفساد، فلا يدفع لما ذكره من عدم الصحة. الا ان يجيز بعد ظهور الفساد، على ما حققناه سابقا، الا ان يكون الصحة اجماعيه كما يظهر من القواعد. ومنها: ما لو 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 اجماعيه. وافتي به المحقق في الشرايع بدون اشكال. واستشكل في المسالك بما مر، وزاد عليه ان في ما نحن فيه - وهو الوصيه - كالهازل والعاث، حيث انه يعتقد العتق ومع ذلك يوصى به للغير. ولا ريب انه في ظاهر الشرع اتى بما هو غير صحيح في الظاهر. بخلاف بيع مال الغير، فانه في الظاهر بيع صحيح، غايه الامر كونه مترلزلا بالنسبه الى المالك. وقال: ان القول بتوقفها على تجديد اللفظ يدل على [ان] امضائها متعين، وهو في الحقيقه في قوه وصيه جديده، و يكفي فيها كل لفظ دل عليه، والامضاء من جملتها، ولا ينحصر في لفظ مخصوص، وهو كما ذكره. والله العالم باحكامه.

١٦٩- سؤال:

١٦٩- سؤال: هل يجوز لمن باع سلعته من غيره، ان يشتري منه؟ وان جاز فهل يجوز مع شرط ذلك في ضمن العقد؟ وهل في ذلك فرق بين ما كان بيع المتاع حالا، او مؤجلا -؟ و بين كون البيع الثاني حالا، او مؤجلا -؟. وفي خصوص بيع النسيئه، بين كون البيع الثاني قبل انقضاء الاجل وبعده بجنس الثمن و غيره بزياده او نقصان، اولا -؟ -؟.

جواب:

جواب: الظاهر انه لا خلاف بينهم في بطلان البيع مع الشرط مطلقا. و يظهر من الشهيد الثاني، التردد فيه. حيث قال " مستنده غير واضح ". واما بدون الشرط، فالظاهر ايضا عدم الخلاف من جوازه في الحال. وانما الخلاف في النسيئه. فالمشهور فيه ايضا الجواز، وقيل لا يجوز بيعه بعد حلول الاجل بزياده عن ثمنه الاول. او نقصان عنه. مع اتفاقهما في الجنس، فهنا مقامات:

الاول: بطلانه مع الشرط. (ومرادهم هنا اعم من الحال والنسيئه. كما صرح به في الروضه والمسالك وان كان عنوان المسئله و بعض كلماتهم مختصا بالنسيئه. ووجه التخصيص، ان مراد المخصص بيان الخلاف الواقع في النسيئه فعقد المبحث له). واحتجوا عليه بوجوه: منها: استلزامه للدور، كما حكى عن التذكرة ولا يحضرنى التذكرة. و تقريره في ما حضر عندنا من الكتب لا يخل عن اغلاق واجمال او في العبارات ببيانه والرد عليه، ما ذكره في الروضه فلنقصر عليها. قال: لان بيعه له يتوقف على ملكيته المتوقفه على بيعه. قال: وفيه ان المتوقف على حصول الشرط، هو لزوم البيع. لا انتقاله الى ملكه. كيف لا واشترط نقله الى ملك البايع من المشتري مستلزم لانتقاله اليه. غايته ان تملك البايع موقوف على تملك المشتري. واما ان تملك المشتري موقوف على تملك البايع فلا، ولانه وارد في باقى الشروط. خصوصا لو شرط بيعه للغير، مع صحته اجماعا، و اوضح لملك المشتري ما لو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل. لتخلل ملك المشتري 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 المشتري له يتوقف على ملكيه المشتري للمبيع. و ملكيه المشتري 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 المشتري للمبيع موقوف على ملكيه المبيع له. و ملكيته له موقوفه على بيع البايع. لانها انما تحصل من جهة بيع البايع. و تتمه بيان الدور مطويه، وهى ان يقال: فاذا كان بيع البايع مشروطا بان يبيعه المشتري ثانيا - كما هو مفروض المسئله - فيلزم الدور. والحاصل: ان بيع المشتري معلول لبيع البايع ولولاه لم يصح بيعه ولم يتحقق حقيقته. فاذا كان بيع البايع مشروطا ببيع المشتري، فيلزم ان يكون معلولا- له فبيع المشتري معلول لبيع البايع و بيع البايع ايضا معلول لبيع المشتري. وهذا هو الدور. و يمكن ان يرجع الضمير فى " بيعه " الثانى ايضا للمشتري. لانه ما لم يقبل البيع، لا يبيع، فبيع المشتري موقوف على ملكيته الموقوفه على بيعه الذى صار سببا لبيع البايع. ولا يخل عن بعد.

و كيف كان فمثال الجميع الى امر واحد. واما مراده من قوله - ره - " وفيه ان المتوقف... " في تقرير الرد، فهو ان بيع المشتري من البايع من جمله الشروط المذكوره في ضمن العقد. وليس معناه الشرط التعليقي المناسب للعليه. فهو بيع و شرط. لا بيع بشرط، وغايه الامر في الشروط المذكوره في ضمن العقد حصول الخيار للمشروط له، اذا لم يتحقق الشرط. فلزومه مشروط. بحصوله. لا- تحققه. فنقول ان توقف وجود بيع المشتري على بيع البايع مسلم. ولكن توقف وجود بيع البايع و صحته على بيع المشتري، ممنوع. بل المتوقف عليه انما هو لزومه. فلا- دور. وانما يلزم الدور لو اريد بالشرط، التعليقي. وهو في معنى السبب المصطلح. وتوضيحه: ان صحه بيع المشتري لهذا المبيع معلق وموقوف على تحقق بيع البايع، فاذا جعل بيع البايع ايضا معلقا على بيع المشتري فهذا هو الدور. وقوله " كيف لا.... " يعنى كيف لا يكون المتوقف على حصول الشرط، لزومه. والحال ان الانتقال الى المشتري مفروغ عنه. لأن معنى اشتراط بيع المشتري منه، ان ينقل المشتري المبيع اليه، وهو لا- يصح الا بعد تحقق الانتقال اليه. اذ لا معنى لنقل ما ليس بملكه الى البايع. فهذا قرينه على ان مراد البايع الشارط من قوله " بعثك هذا بشرط ان تبيعني اياه "، ان تنقله الى بعد ما بعته منك و نقلته اليك. لا، ان تنقله و ان لم ينتقل اليك. فلا مجال لحمل كلامه على الشرط التعليقي المستلزم للمحال، بل يجب حمله على الشرط الذى يذكر في ضمن العقد. فلا- وجه لما قد يورد على الشارع بان الاشتراط المذكور باطل عند المستدل الذى اورد الدور. لانه عند اشتراط [النقل ممنوع] (1). فلا- وجه 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

ص: ٣٣٨

والانتقال في هذا البيع المشروط، على شرط - بل المسلم هو توقيف لزومه على شرط تعلقي - تفتن لا حتمال ان يورد الدور ويثبت التوقيف في النقل والانتقال بوجه آخر. وهو انه على فرض كونه من باب الشرط في ضمن العقد، لا التعليق، وان دفاع الدور من جهة التعليق في العقد الاول. لكنه يمكن ان يقال ان تملك البايع ثانيا، بعد حصول النقل منه اولاً، متوقف على تملك المشتري و تملك المشتري ايضاً موقوف على تملك البايع. اذ لولاه، لما حصل الملك للمشتري، فلا ينفك هذا البيع عن الدور، وان كان ذلك من جهة ملاحظه الشرط في ضمن العقد، فيثبت البطلان. واجاب عنه بان غايه الامر ثبوت توقف تملك البايع بالبيع الثاني على تملك المشتري، ولكن تملك المشتري لا يتوقف على تملك البايع. بل انما هو متوقف على مالكيه البايع و بيعه في اول الامر فلادور اصلاً. قوله - ره - " ولانه وارد في باقى الشروط " عطف على قوله " ان المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع " والاولى حذف كلمه " اللام " ليصير مدخولاً لكلمه " فيه " (1). وهذا جواب عن الدور على سبيل النقض. وبيانه ان هذا الكلام وارد على ساير الشروط [ايضاً]. خصوصاً في شرط بيعه للغير، مع انه اجماعى، اذ صحه بيعه للغير متوقف على تملك المشتري، وتملكه موقوف على بيع البايع. فاذا كان بيع البايع ايضاً موقوفاً على بيع المشتري المتوقف على تملكه جاء الدور. والجواب ما مر. قوله - ره - " واوضح لملك المشتري.... " توضيح لكل ما ذكر في رد الدور من الحل والنقض، الذى مرجعه الى شئ واحد. وهو ان شرط بيع المشتري انما هو من باب الالتزام والالتزام لفعل يفعله المشتري في ماله بعد انعقاد البيع و ترتب ثمرته. وليس بتعليق شئ على شئ. وقال اوضح الامثله في ذلك بعد ثبوت الملك للمشتري هو ما لو جعل الشرط بيع المشتري من البايع بعد الاجل. فانه يظهر منه انه قبل حلول الاجل مال

ص: ٣٣٩

١- و كان الاولى للمصنف (قدس سره) ان يعبر بلفظ " داخلا " بدل " مدخولا ". ويبدل كلمه " اللام " فى " الكلمه " بكلمه " فى ". لانه ان كان مراده منه الاصطلاح الادبى، فليس لكلمه " فيه " مدخول. و ان كان مراده انه فقره من الفقرات المذكوره بلفظه " فيه "، فهو داخل فى فقراتها لا مدخول لها

المشترى، سواء كان المراد من الاجل، اجل النسيئه، كما هو مفروض المسئله فى عبارته اللغه. 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 افاده وقوع البيع الثانى بعد حصول الملك، مما اطلق الشرط ولم يقيد به بما بعد الاجل. واما لو شرط بيع المشترى (من البايع بعد البيع الاول) بلا فصل. فيبطل، سواء قلنا بلزوم الدور، او لم نقل. وقد صرح بالبطالان فى هذه الصوره فى المسالك فى احكام بيع المراهجه. فان المحقق (ره) بعد ما ذكر بطلان شرط بيع المشترى من البايع فى مبحث " بيع النسيئه " قال فى مسائل احكام بيع المراهجه " ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز " وقال فى المسالك " قد تقدم الكلام فى ذلك وفى علله، وانها كلها مدخوله ". ومراده ما ذكر 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 بلا فصل. فلو شرط يبيعه بعد مده، او اقالته فيه بعدها. صح ". اقول: انه - رحمه الله - لما استفاد من كلام المصنف والجماعه بطلان البيع بهذا الشرط، قال فينبغى ان يعود الضمير الى البيع ليوافق مطلبه. واما لو عاد الضمير الى الشرط، فهو فى قوه كبرى كليه. وهى ان كل شرط غير جازى فهو مبطل للعقد. وليس كذلك اذ قد يبطل الشرط ولا يبطل العقد، كما فى كثير من مسائل النكاح. فلا يمكن الاستدلال بعدم جواز الشرط على بطلان المشروط. الذى هو مراده بعنوان الكليه، نعم، اذا شرط ان يبيعه بلا فصل، فهو مستلزم لبطلان العقد. لانه شرط مخالف لمتقضى العقد. لانه مفوت للقدره على التسليم، بل التمكن من التصرف منه والانتفاع من المبيع، فالشرط من حيث هو موجب لبطلان العقد. مع قطع النظر عن كونه منقيا عنه ام لا،

ص: ٣٤٠

بخلاف ما لو شرط البيع بعد المده، او اقالته فيه بعدها، فانهما لا ينافيان صحه العقد، وان فرض كونهما غير جازين. فبطلان العقد، ح يحتاج الى دليل خارجي و من جميع ما مر يظهر ان مراده من قوله " فلو شرط بيعه بعد مده، او بيعه لغير البايع " ليكون بيان الشرط الصحيح - مطلقا او بيعه من البايع - بناء على هذا. (حيث ابطال دليل البطلان من الدور و غيره) لا على مذاق المحقق والجماعه. ثم انه قد يعترض على ابطال الاستدلال بالدور - بان هذا الشرط، شرط اللزوم لا الصحه حتى يلزم الدور - بان الظاهر من الشرط هو شرط الصحه 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 في ما نحن فيه اذا شرط البيع والنقل الى البايع بعد انتقاله الى المشتري انما هو للاجماع لا- للزوم الدور. وكذلك على لزوم عدم القصد الى الاخراج، بانه انما يتم في صورته التعليق الذي هو الظاهر من مرادهم، لا من صورته شرط اللزوم. وحاصل كلام المعترض يرجع الى المستدلين بالدور و بعدم حصول القصد الى الاخراج، انما ارادوا في صورته التعليق. وان كانوا قائلين بالبطلان في صورته اشتراط البيع ثانيا، بعد الانتقال من باب شرط اللزوم ايضا بدليل آخر من اجماع وغيره. وانت خبير بانه ينافي اطلاق كلامهم، والدليل ح اخص من المدعى. مع ان الهم بيان دليل بطلان شرط اللزوم، وليس مذكورا في كلامهم. ومنها: (1) عدم حصول القصد الى نقله عن البايع. وتوجيهه ان البيع عبارته عن نقل الملك الى آخر بعوض معلوم. وهذا النقل المشروط بنقل المشتري اليه ثانيا، ليس بنقل حقيقي. و رد بان المفروض حصول القصد الى نقله الى المشتري وانما عرض القصد الى نقله الى البايع بعد النقل الاول، بل شرط الى البايع مستلزم لقصد النقل الاول (نظير ما مر في الوجه الاول) والا لم يتحقق النقل الثاني، لتوقفه عليه. ومثال الكلام في هذا الوجه .

ص: ٣٤١

١- عطف على اوائل المسئلة المبحوث عنها، حيث قال: فهينها مقامات: الاول: بطلانه مع الشرط.... واحتجوا عليه بوجه: منها...

وجوابه، الى ما حققناه في الوجه الاول، وهو ان هذا من باب اشتباه الشرط المذكور في ضمن العقد، بالشرط بمعنى التعليق، والمفروض في ما نحن فيه، هو الاول. لا الثانى. ويزيد عليه النقص بانهم اتفقوا على انهما لو لم يشترط ذلك في العقد، صح. وان كان من قصدهما اعاده المبيع الى البائع. والحال ان العقد تابع للقصده. فظهر ان قصده الاعاده الى البائع لا ينافى قصد النقل منه الى المشتري، والذي يضر بالمبيع انما هو عدم القصد الى نقل الملك اصلا. بحيث لا يترتب عليه حكم الملك. ومنها: ما رواه الحميرى في "قرب الاسناد" - على ما نقله في الكفايه [و] قال ولا يبعد الحكم بصحة اسناده - عن على بن جعفر عن اخيه - ع - "قال: سئلته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم، ثم اشترىه بخمسه دراهم، ايحل؟ قال: اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس" (١) قال: الا- انه في كتاب على بن جعفر انه قال "بعشره دراهم الى اجل، ثم اشترىه بخمسه دراهم بنقده" (٢). اقول: الظاهر ان حجه الاصحاب انما هو ذلك، مع عدم ظهور الخلاف بينهم. وان امكن المناقشه في الدلاله بان مفهوم الروايه ثبوت البأس في صورته الا-شترط. وهو اعم من الحرمة فضلا عن البطلان. الا- ان يضم اليه قرينه السؤال، فيكون المراد في المفهوم، نفى الحليه. والا- لثبت الاهمال في الجواب، وهو ينافى الحكمه. واما على ما قيل "ان [ما] يقال فيه لا بأس ففيه بأس" فالامر اوضح. فان المفهوم ح انتفاء الرخصه الموصوفه بان فيها باسا، ولا- يمكن تحققها الا- بانتفاء الرخصه مطلقا (٣) والا- لزم ان يكون ما لم يشترط فيه اسوء حالا- مما اشترط فيه. وهو كما ترى. ولا- يذهب عليك انه لا يجرى هنا القاعده المقرره من "ان السؤال غير مخصص للجواب" فانها انما يتم في ما اذا كان الجواب عاما يشمل السؤال. لا في ما يحتمل السؤال وغيره، وسيجى من الاخبار ما يؤيد المقام ايضا. ثم، انك قد عرفت ان المراد من

ص: ٣٤٢

-
- ١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧١، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٦.
 - ٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧١، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٦.
 - ٣- اى تكليفيا كان او وضيعا. فعدم الرخصه يشمل الحرمة و البطلان معا. و توضيحه: ان "لا" نافية للجنس فالمراد من "لا بأس" انه لا- حرمة ولا- بطلان. فيكون المفهوم ان المشترط فيه باس مطلقا، اى هو حرام و باطل. والا فيكون المشترط حراما ولكن صحيحا. والغير المشترط حراما وباطلا ايضا

الشرط المبطل للبيع، هو ما يذكر في بين العقد. مثل ان يقول البايح " بعتك هذا الفرس بالمبلغ الفلاني و شرطت ان تبينه " لا بمعنى التعليق. فاعلم: انه مع حصول الشرط وذكر ذلك فالامر واضح. واما لو شرطاه قبل العقد ونسيا ذكره حال العقد، مع علمهما بانه لا- عبره بما ذكر قبل العقد. او توهما انه يلزم بمجرد ذلك (اذا جهلا بانه لا عبره به) مع قصدهما له في صورتين: فالظاهر فيهما البطلان. لانهما انما اقدا على البيع بالشرط المذكور. فهو كما لو ذكر الشرط في بين العقد. واما لو كان الشرط من قصدهما حال العقد بدون ذكره اصلا، ففيه اشكال. ويظهر عن المحقق الصحة مع الكراهه. حيث قال " ولو كان شرط في حال البيع ان يبيعه، لم يجز. وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره ". واورد عليه بانه ظاهر اللفظ اطلاق النقل ومقتضى القصد تقييده بنقل المشتري اليه ثانيا، والعقد انما يتبع القصد، ومقتضى ذلك البطلان. واجيب: بان القصد وان كان معتبرا في الصحة، فلا- يعتبر في البطلان. لتوقف البطلان على اللفظ والقصد. وكذلك الصحة. وفي عباره المجيب اغلاق و تفكيك. ولكل من الاعتبارين في كلامه معنى آخر. ففي الاول معناه ان القصد الى المدلول مما لا بد منه في الصحة، ويعتبر حصوله. وفي الثاني معناه ان القصد الحاصل لا- عبره به، ولا- يعتنى به بدون اللفظ. لتوقف البطلان على انضمام اللفظ اليه. وكذلك في الصحة لا بد من انضمام القصد الى اللفظ. والظاهر ان مراد المجيب المعارضه. يعنى انه اذا كان مطابقه اللفظ والقصد معتبره، كما انك تقول ان صحه العقد متوقفه على القصد الى مدلوله. والمفروض عدمه. اذ المدلول مطلق والمقصود مقيد. فنقول ان البطلان انما هو بشرط الاعاده على البايح ونقل المبيع اليه. فكما ان اللفظ بدون القصد (١) [لا يكفى] في الصحة، فالقصد (٢) الى الشرط بدون اللفظ ايضا لا- يكفى في البطلان. واعترض على هذا الجواب بان عدم الصحة الحاصل بانتفاء القصد الى المدلول، يكفى في

ص: ٣٤٣

١- وفي النسخه: العقد

٢- وفي النسخه: العقد

اثبات البطلان. فلا يكفي مجرد العقد. كما لا يكفي في الساهي والهازل والغالط والمكره. فلا يحتاج في اثبات البطلان الى ذكر اللفظ. والتحقيق: - كما يستفاد من المسالك ايضا - ان يقال لا بد في العقد من القصد الى المدلول بعنوان البت المترتب عليه اثر الملك للمشتري، واذعان الطرفين بان المشتري لا يلزمه الاعاده. ولا ينافي ذلك وعد المشتري للاعاده ولا رجاء البائع لذلك. فلو تواطئا على ذلك قبل العقد، مع اعتقادهما بان الملك يصير ملكا للمشتري، ولا يلزمه الاعاده. ولكن اقدم البائع على ذلك بحسن ظنه بالمشتري انه يفي لوعده ويعيد المبيع الى البائع بحسن طويته. مع كونه مختارا في الاعاده وعدمه. فلا يضر كونه مقصوده في العقد الاعاده. نظرا الى اطمينانه بالمشتري. فظهر من هذا ان كلمه " ذلك " في قول المحقق " وان كان ذلك من قصدهما " اشاره الى اعاده المبيع الى البائع. لا الى شرط ذلك. وحاصل المقام: ان ما قالوا - في مسئلة الشرط في ضمن العقد - انه لا عبره به اذا تقدم ذكره على العقد، مع قطع النظر في صحه 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 الاعاده في ما نحن فيه. فهل يؤثر في 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 في حكم ما لو ذكرا في بين العقد في البطلان. لان القصد الى البيع انما هو على هذا الشرط الفاسد. واقدا على البيع على الوجه الفاسد. والعقد تابع للقصد. واما لو لم يذكر الشرط اصلا. ولكن كان من قصدهما ايقاعه على هذا الشرط، فان فرض تحقق مثل هذه الصوره، فانه ايضا باطل. مثل ما ذكر فيه. لان العقد تابع للقصد والتراضى بما وقع كذلك. واما اذا قصدا الى البيع كذلك من دون ذكر الشرط ولا قصد الشرط. مثل ان يجيئ المشتري الى البائع ويقول " انا محتاج الى الدراهم فهلتم اشترى منك متاعا نسيته بماتين

ثم ابايعك نقدا بماء، حتى تنتفع انت وتقضى حاجتي " فتراضيا من دون شرط ذلك بل بنيا الامر على الاختيار والموده بعد لزوم البيع. وعدم التسلط على الاعاده لزومها لواحد منهما. فهو صحيح، غير مضر. (١) وللمحقق الاردبيلي (ره) هنا كلام يشبه ان يكون مراده ما ذكرنا من التفصيل. ولكن فيه اجمال لا يفى بذكر المطلب. ثم قال ويؤيد ما قلنا صحيحه يعقوب بن شعيب الثقه " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - قلت: اعطى الرجل له التمره عشرين ديناراً، واقول له اذا قامت تمرتك بشيء فهى لى بذلك الثمن، ان رضيت اخذت وان كرهت تركت. فقال: انا نستطيع ان نعطيه ولا نشترط شيئاً. قلت: جعلت فداك، لا يسمى شيئاً، الله يعلم من نيته ذلك. قال: لا يصلح اذا كان من نيته. " فافهم. انتهى كلامه (ره). ولعل (ره). ولعل مراده من التأييد ان النيه كافيه فى البطلان، مع عدم اللفظ (٢) كما ذكره فى صورته ايقاع العقد مع القصد الى الشرط من دون ذكره. المقام الثانى: جواز اشتراء البايع من المشتري بدون الشرط. ولا خلاف فيه فى الحال، ولا اشكال، وكذلك الظاهر من عدم الخلاف والاشكال فى النسيئه، اذا كان قبل حلول الاجل بزياده على الثمن او نقصان، بجنس الثمن او غيره، حالاً- و موجلاً- للعمومات والخصوصات مثل صحيحه بشار بن يسار " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يبيع المتاع بنساء و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه (؟). قال: نعم لا باس به. فقلت: اشترى متاعى. فقال: ليس هو متاعك، ولا بقرتك، ولا غنمك. " (٣) ٣

ص: ٣٤٥

١- ليت شعري ما مراد المصنف (ره) من عبارته قبيل هذا " لان القصد الى البيع انما هو على هذا.... والعقد تابع للقصد " وما الفرق بين هذه الصوره والصوره الاولى الا- توهم اللزوم هناك والتواطى على اللزوم هنا، نعم، لو صرحا بعدم اللزوم فله وجه. ولكنه خارج عن الفرض. لا ريب فى البطلان فى هذه الصوره كسابقته. لكن المصنف (ره) افتى بالصحه على مبناه فى مسئله " الفرار من الربا " راجع المسئله ٦ من هذا المجلد.

٢- ولقائل ان يقول: بل هنا النيه واللفظ كلاهما موجود معا اذ الصيغه فى الواقع قول المشتري " هلم اشترى منك بماتين ثم ابايعك بماء " و قبول البايع - على ما قرر فى محله من جواز الايجاب من قبل المشتري والقبول من قبل البايع. ثم، لنا ان نفرض المسئله بالعكس، ان يقول البايع للمشتري كذا... و ما يتكلمون به بعد هذه التوطئه بعنوان الصيغه فهو هذل، و محض لفظ لا قصد فيه اصلاً.

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧٠، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٣

و صحیحہ منصور بن حازم " قال: قلت لابی عبد الله - ع -: رجل كان له على رجل درهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب يتقاضاه، فقال المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التي لك عندي. فرضى. (؟). قال: لا بأس بذلك " (١). فان الظاهر ان المراد بهذا الغنم، التي اشتراها منه. وروايه الحسين بن منذر - ولا يخل عن مدح و من جملة الروايات عنه ابن ابي عمير فالسند معتبر - " قال: قلت لابی عبد الله - ع -: يجيء الرجل فيطلب العينه، فاشترى له المتاع مرابحه، ثم ابيعه اياه، ثم اشترىه منه ثم اشترىه منه مكاني (؟). [قال: اذا كان بالخيار ان شاء باع، وان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشترت، وان شئت لم تشتري. فلا بأس. فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون: ان جاء به بعد اشهر، صلح. قال: انما هذا تقديم و تاخير، فلا بأس.] " (٢). و [غيرها] من الاخبار. و اما صحیحہ منصور بن حازم " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يكون له على الرجل طعام، او بقر، او غنم، او غير ذلك. فأتى المطلوب الطالب، ليبتاع منه شيئاً (؟). قال: لا [يبيعه نسيأ. فاما نقدا فليبعه بما شاء]. " (٣) المشعره بانه لا يجوز بيعه نسيئه، ففيها اولاً انها مجمله يحتاج تنزيلها على ما نحن فيه الى تقدير مضاف. يعنى " قيمه طعام او بقر ". وان يكون " الطالب " فاعلا لكلمه " اتى "، و " المطلوب " مفعوله. وان يكون المراد من كلمه شيئاً هو شيئ من البقر والغنم التي اشترىه منه نسيئه. ولذلك ظن بعضهم انها تدل على انه لا يجوز [كون] قيمه السلف ديناً في ذمه البايع. مع انه ايضا خلاف الظاهر. لانه ليس فى الروايه انه يريد ان يشتري منه بان يجعل قيمته مما فى ذمه البايع. و كذلك اراده السلف من النسيئه خلاف الظاهر. و كيف كان فلا يعارض بها الاخبار الصحیحه عموماً و خصوصاً. و ربما يحمل على الكراهه، يعنى كراهه اشتراء ما باعه نسيئه (٤)

ص: ٣٤٦

- ١- المرجع، الحديث: ١ و ٤.
- ٢- المرجع، الحديث: ١ و ٤.
- ٣- المرجع، الباب ٦ ح ٨.
- ٤- لكنه من اليبين ان هذه الصحیحه لا ربط ولا اشعار ولا دخل لها فى ما نحن فيه، اى " اشتراء البايع من المشتري المبيع الذى باعه منه ". لكن المصنف (ره) نظر الى مبناه فى السلف " يكرر البحث عن هذا الحديث، راجع المسئله ١٠١ و ١٣٩ من هذا المجلد

المقام الثالث: [فى] جواز ان يشتري البايع منه بعد حلول الاجل، اذا باعه نسيئه. و لا خلاف فى جوازه ايضا ظاهرا، اذا ابتاعه من المشتري بجنس الثمن، او بغير جنسه من غير زياده ولا- نقصان. و اما لو زاد عن الثمن او نقص، مع كونه من جنسه ففيه قولان. اشهرهما و اظهرهما الجواز. للعمومات والخصوصات المتقدمه. وقد يستدل بصحيحه ابان بن عثمان عن يعقوب بن شعيب و عبيد بن زراره: "قالا- سئلنا ابا عبد الله - ع - عن رجل باع طعاما بماء درهم الى اجل، فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه. فقال ليس لى درهم خذ منى طعاما. (؟). فقال: لا باس انما له دراهمه ياخذ بها ماشاء. " (١) و فيه اشكال لعدم ظهور كون الطعام الثانى هو الطعام الاول. مع ان الظاهر ان المراد من الروايه، الاخذ من باب وفاء الدين. لا الاشتراء. الا ان يتمسك بترك الاستفصال فى الجواب، ويق: ان المراد باخذ الدراهم كيف شاء، ما يشمل اشتراء عين المبيع بزياده على الثمن الاول، او نقص. وفيه تكلف. واما القول الثانى: فدليله روايه خالد بن الحجاج: " قال سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل بعته طعاما بتاخير الى اجل مسمى، فلما جاء الاجل اخذته بدراهمى، فقال ليس عندى دراهم ولكن عندى طعام فاشتره منى (؟). فقال: لا تشتريه منه فانه لا خير فيه " (٢) و عمل بها الشيخ حملا لها على ما ذكر. وهى مع ضعفها، لا دلالة فيها على مطلوبه، من وجوه. و ربما يويد بما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن قيس صحيحا، عن ابي عبد الله - ع -: " قال سئله محمد بن القاسم الخياط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من الرجل الى اجل فاجيئ وقد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندى دراهم (؟) قال: خذ منه بسعر يومه. قال: افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى. قال: لا تاخذ منه حتى يبيعه و يعطيك. قال: ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على " (٣) و فى دلالتها ايضا تأمل. بل ربما يكون على خلاف المطلوب ادل، بملاحظه سعر يومه. "

ص: ٣٤٧

١- الوسائل: ج ١٣، ص ٧١، ابواب السلف، الباب ١١ ح ١٠.

٢- المرجع، الباب ١٢ ح ٣.

٣- الوسائل: ج ١٣، ص ٧٥، ابواب السلف، الباب ١٢ ح ٥ - وفيه " الحنط "

و كيف كان فلا- يعارض بها ما مر من الادله. وربما نقل القول بتخصيص ذلك بالطعام لوروده فى الروايه، وهو ايضا ضعيف. وربما حمل على الكراهه، قال فى الدروس " ولو كان المبيع طعاما ثم اشترىه البايع بعد الاجل، صح، على كراهه لروايه الخياط " ولا- باس به للمسامحه فى دليلها. واعلم: ان فى كلام الاصحاب هنا اشتباها. فالذى يظهر من كلام الفاضلين وغيرهما نقل الخلاف فى جواز اشترى البايع ما باعه نسيئه بعد الاجل. بجنس الثمن مع الزيادة والنقصان. ونقلوا القول بالمنع عن الشيخ فى النهايه و كتابى الحديث. والذى نشاهده فى النهايه و كتابى الاخبار (1) هو المنع عن اخذ المبيع عوضا عن الثمن بنقصان او زياده، لا مطلق الاشترى. وعلة فى الاستبصار بلزوم الربا. وتوجيهه انه اذا باعه مثلا كرا من الطعام بعشرين درهما الى سنه وتغيرا لسعر بعد السنه وصار قيمه الكر عشره، فاذا لم يكن عند المشتري دراهم ويريد اعطاء الطعام فى عوضها فيلزمه كرا من الطعام وهو ربا. لانه اعطى كرا واخذ كرين. وهذا (كما ترى) مختص بما اخذ الطعام فى عوض الثمن ولا يدل على ما نسبوه 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 و الاستبصار والنهايه، واخصها عبارته النهايه وهى انه قال " ومن باع الشئ باجل ثم حضر الاجل ولم يكن مع المشتري ما يعطيه اياه جاز له ان ياخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه فان اخذه بنقصان مما باع لم يكن بذلك بأس ". و عبارته الكتابين اوضح من النهايه. وحمل كلمات الجماعه على ذلك تكلف فلنذكر عبارته واحده منها: قال فى الدروس: " ويجوز شراء ما باعه نسيئه قبل الاجل مطلقا، وبعده بغير جنس

ص: ٣٤٨

١- المراد من كتابى الحديث و كتابى الاخبار هما التهذيب والاستبصار

المثمن مطلقا، و بجنسه مع التساوى. ومع الزيادة والنقصان الاقرب الجواز، وفي النهايه لا يجوز شرائه بنقصان عما باع به " و على هذا فيجوز اشتراء البايع المبيع ثانيا مع التفاوت بجنس الدراهم اذا اخذ الثمن، بلا خلاف من احد. فلتنبه ذلك فان كلماتهم محل شبهه. واما ما ذكره الشيخ فى لزوم الربا فى الاستبصار - ونقل عن الخلاف - ففیه ان المعامله انما وقعت على الدراهم، لا على الطعام. فلا معنى للزوم الرباء.

١٧٠- سؤال:

١٧٠- سؤال: اذا عاوض زيد فرسه ببغل عمرو، بدون صيغه البيع وغيره. فهل هذا عقد لازم؟ وهل لها صيغه خاصه ام لا؟ -؟ وهل يجرى فيه خيار الغبن وغيره من الخيار ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: اعلم ان المعاوضه من باب المفاعله وهو موضوع للمشاركه بين اثنين فى مبدأ الاشتقاق. والفرق بينه وبين باب التفاعل ان الفعل ينسب الى احدهما صريحا والى الاخر ضمنا فى المفاعله. واليهما صريحا فى باب التفاعل. واعلم ايضا: ان موارد المفاعله مختلفه باختلاف اصل المبدأ، فقد لا يتحقق المشاركه الا مع تقدم صدوره من احدهما وتاخر الاخر. وقد يتحقق مع اتفاقهما فى الوجود. فمن الاول المكاتبه والمراسله ونحوهما، فان احد الصديقين يكتب كتابا للاخر، ثم يرسل الاخر جوابه. و من الثانى المضاجعه والمواقعه ونحوهما. وقد يكون قابلا- للامرین كالمضاربه والمنافره. وكثيرا ما يستعمل فى ما لا يتحقق المبدأ الا- من اثنين بمهيته كالمبايعه، فان البيع لا- يتحقق الا- بالايجاب والقبول من شخصين متغايرين حقيقه او حكما، شأن احدهما الايجاب والاخر القبول. فلما كان فعل كل منهما له مدخله 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 المشار كين فيه قد يكون فردا شخصا كالبيع، وقد يكون فردين من نوع كالضرب. و من هذا الباب المضاربه بمعنى القراض، والمزارعه، والمساقات وامثالها. اذا عرفت هذا فاعلم: ان ما يمكن ان يقال فى بيان عدم كونها عقدا مستقلا ان المعاوضه من قبيل المبايعه، فانها عباره عن تعويض الشئ بشئ آخر. فكما يتحقق المبايعه بايجاب

احد المتعاقدين وايجاب الاخر وقبول الاول ثانيا، فكذا المعاوضه يحصل، بجعل احدهما ماله معوضا ومال الاخر عوضا مع قبول الاخر. ولا يحتاج الى جعل الاخر ما له معوضا و مال الاخر عوضا مع قبول الاخر. فمجرد امكان ان يجعل كل واحد من العوضين عوضا و معوضا - كما فى صورته السؤال - لا يستلزم ان يعتبر فى كل منهما العوضيه والمعوضيه. بل يكفى اعتبار كون احدهما معوضا والاخر عوضا. غايه الامر كون الطرفين مخيرين فى الابتداء بالتعويض، فيصير ماله معوضا والاخر عوضا. فلو بادر احدهما بالتعويض وقبل الاخر فماله معوض و مال الاخر عوض. وبه يتحقق المعاوضه، ولا حاجه 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 المشتري، ولا حاجه الى جعل صاحب البغل مبيعا والفرس ثمنا ليتحقق مفهوم المبيعه. بل لا- يصح ذلك، اذ بعدما جعل احدهما ماله معوضا و مال الاخر عوضا، فاما ان يقبل الاخر ذلك ثم يجعل ماله معوضا و مال 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 ليتعكس العوض والمعوض. فيبقى العقدان خاليين عن القبول. و مما يمكن ان يقال فى بيان المغايره: انه اذا فرض ان زيادا و عمروا يريدان معاوضه الفرس والبغل، وقال احدهما للاخر "تعاوضنا" يعنى " جعلت مالى وهو الفرس مبدلا عن مالك وهو البغل على ان يجعل مالك مبدلا عن مالى " و بالجمله " نقلت فرسى اليك بعوض بغلك " وقال الاخر ايضا "تعاوضنا" بهذا المعنى. فلا- يبقى العقد خاليا عن القبول. وذلك كما ذكروا فى عقد الشركه. قال فى التذكره " والاظهر ان يكتفى فى عقد الشركه بان يقول كل منهما اشتركا " والظاهر ان مبدأ الاشتقاق بمعنى العقد. وهو اذن كل واحد منهما للاخر فى التصرف فى المال المشترك بينهما بمعنى المخلوط. و كذلك

نقل عن ابي حنيفه الكفايه ب " تعاوضنا " او " اشترکنا شرکه المعاوضه " و مبدأ الاشتقاق في " تعاوضنا " العقد الخاص المسمى بالمعاوضه. ثم: ان الظاهر ان الشرکه اسم المصدر والمصدر هو الاشتراك، كالغسل والاعتسال. فقول القائل " اشترکنا " معناه اذنت للشريك في العمل في هذا المال الممزج، بان يأذن هو ايضا في ذلك. ويقول الاخر ايضا " اشترکنا " بهذا المعنى، والحاصل من المجموع هو الشرکه التي هو اسم المصدر. وعلى هذا فلا بد من ذكر المتعلق في " اشترکنا " مثل ان يقول " في هذا المال ". بخلاف " تعاوضنا " لان نفس المعاوضه مبدأ مستقل. يعنى " بيننا على ان يكون كل غنم وغرم لنا و علينا بيننا " واما " تعاوضنا " بمعنى المبحوث عنه فلا بد فيه ايضا من ذكر المتعلق، ولا بد ان يكون مبدأ المعاوضه والتعويض بمعنى " جعلنا مالنا هذين كل واحد منهما عوضا عن الاخر ومعوذا " على الوجه الذى تقدم الاشاره اليه. والحاصل: انه يمكن قصد المعوضيه والعوضيه في كل من المالىن مقصودا. وح نقول: ان عقود المعاوضات التى ذكرها الفقهاء جنس لم يتحقق فيه المعاوضه. سواء كان احدهما عوضا والاخر معوضا كالبيع، والصلح الذى فيه عوض، والهبة المشروط فيها العوض، و ما كان كل من الطرفين عوضا ومعوذا. فالمعاطات ان وقعت غير مسبوقة بمساومه بل انما حصلت بمحض الاعطاء والاخذ فهو نوع تراض و اباحه. ولا يدخل في العقود بمعنى العهود الموثقه. وان وقعت بعد المساومه على قسم من اقسام المعاوضات، فهى تابعه لها، لكنها ليست لازمه. لعدم الاتيان [بالصيغه]، ولا يدخل في عموم " اوفوا بالعقود ". و كذلك اذا وقعت بعد المساومه على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا. واما بعد اجراء الصيغه فيصير عهدا موثقا و يجب الوفاء به ويصبر لازما. والمعاوضه المبحوث عنها اذا خلت عن العقد بعد المساومه على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا، فهى معاطاه في المعاوضه - بالمعنى المبحوث عنها - . و اذا جرى الصيغه بان يقول " تعاوضنا " فيصير معاوضه لازمه بمعنى المبحوث عنها اذا عرفت هذا، ظهر لك انها ليست يباعا حتى يترتب عليها احكامه من الخيارات و غيرها.

نعم، يمكن اجراء كل ما كان الدليل فيه لزوم الضرر، كالغبن وظهور العيب ونحو ذلك. فهو تابع للدله العامه، لا لخصوص ما ورد في البيع، فلا- يقال بثبوت الخيار الثلاثه في الحيوان للمشتري، ولاخيار المجلس و غير ذلك من الاحكام. بل الاصل فيه اللزوم الا- ما ثبت التخلف بالادله العامه. و توهم ان العوضيه والمعوضيه امران اعتباريان و تفاوتهما انما هو بمحض الاعتبار، فاسد. بل انما هو مثل الثمن والمثمن، وهما يختلفان في الاحكام مثل ثبوت الخيار في الحيوان للمشتري اذا كان المبيع هو الحيوان، او نحو ذلك. فلايد من تعيينهما حتى يترتب عليهما احكامها. وتعيينهما انما هو بدخول الباء على الثمن. ويلزمه (على القول باختصاص خيار الحيوان للمشتري) ان يكون لمن يبيع ضيعته بفرس و يشتري ذلك الفرس ايضا بضيعته ثبوت خيار الفسخ له في الثلاثه وعدمه. وهو محال. فكذلك العوض والمعوض ليس بمحض الاعتبار، و يتميز العوض بدخول الباء عليه. و من هذا يظهر ضعف ما نقل عن الشهيد الاعتراض على من استدل بلزوم تقديم الايجاب على القبول في البيع، بان مورد لفظ "بعتك" معوض و مورد "اشترت" عوض، والعوض فرع المعوض طبعاً فينبغي تقديمه وضعاً. وتقرير الاعتراض ان العوضيه من الامور الاضافيه المتعاكسه، فلا مزيه لاحدهما بالاخصاص. وفي كل من الاستدلال والاعتراض، نظر. اذ غايه توجيه كلام المستدل ان كلمه "بع" مشتمله على نقل المعوض الى المشتري بعوض. و كلمه "اشترت" على نقل العوض الى البايع. والتحقيق في جوابه منع لزوم تقديم ما هو مشتمل على الموخر الطبعي. و غايه توجيه الاعتراض، ان كل واحد من الثمن والمثمن قابل لان يسمى عوضاً فيمكن تسميه العوض معوضاً وبالعكس. اذ كل منهما بدل من الاخر وليس هناك تقدم طبعي، وفيه ان غايه الامر امكان تحقق صورته في المعاوضه وان يطلق على كل واحد من العوضين اسم العوض والمعوض. لا طراد ذلك في جميع الصور. ولا ريب ان اعتبار العوضيه والمعوضيه في البيع حقيقي، لا اضافي. والا لزم ان يكون الثمن مثمناً 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 بالعرض المعلوم و بعث بعد قبول له " لعدم استحاله ذلك عقلا والا لم يتخلف فى عقد النكاح مع انه جازى فيه، والتعليل بخيار المرئه لا يرفع الاستحاله العقليه، كما هو واضح. او نقول انه قبول ولا استحاله فى تقديمه. والفرعيه والتبعيه انما يسلم فى مثال " قبلت " لا-غير. فالثواب فى تقرير مراد المستدل ان يقال: ان مورد " بعث " هو نقل عين آخر بعوض، ومورد " اشتريت " قبول ذلك النقل بذلك العوض بعينه. ولا ريب ان الانتقال مطاوع للنقل ومتاخر عنه بالطبع، فلا بد ان يكون اللفظ الداله عليه متاخرا. وفى تقرير الاعتراض ان يقال: ان النقل كما يمكن تصويره فى المعوض يمكن تصويره فى العوض، فلا تقدم لاحد العوضين بالطبع فى صيرورتهما منقولاً او منتقلاً. ويظهر الكلام فيهما بعد تامل ما ذكرنا بادنى تصرف. فيمنع تقديم مادل على المتقدم بالطبع فى الذكر، ويمنع اعتباريه المنقول والعوض وجواز جعل كل من العوضين منقولاً و منتقلاً، وعوضاً و معوضاً. فنقول فى المعاوضه المبحوث عنها، ان كانت بمحض التقابض (من دون قصد الى شىء من العقود المعهوده [و] اعتبار شرايطها) فهى معاطاه محضه. وان كانت بعد المساومه باحد العقود المعهوده فهى المعاطات التابعه لتلك العقد. وان لم يكن بمحض التقابض بل ذكر له صيغه بمثل " عاوضت " او " تعاوضت " او " باذلت " ونحو ذلك، ووقع القبول، فلا- محاله ينفك عن جعل احدهما عوضاً والاخر معوضاً. ولا يتصور جعل كل منهما عوضاً و معوضاً، كما ذكرنا. وح، فبعد ملاحظه ان لفظ " عاوضه " و " اعاضه " و " عوضه " فى اللغه بمعنى اعطاه العوض. كما ان لفظ " اعتاض " و " تعوض " بمعنى اخذ العوض. فلا بد ان يجعل ايجاب المعاوضه المبحوث عنها بلفظ " عاوضت " منقولاً بمعنى نقلته فيصير معناه نقلته نقلاً بعوض داخل فى ماهيته، كالبيع والاجاره. فلا يشمل الصلح والهبه المعوضه. فان كان مفعوله عينا فيصير بيعاً. او منفعه فيصير اجاره او مزارعه او نحو ذلك. وح، فلا بد من تعيين المقصود

وملاحظه تحقق شرايط كل منهما. وان جعلت معامله براسها، فلا يمكن الا بسبب التسميه لا باعتبار تمايز الماهيات. وهو مشكل. وبالجملة لم اقف على شئ يدل على كونها عقدا براسها. وللشهيد الثاني (ره) فى المسالك هنا كلام ينبغى التعرض له: قال المحقق " وكذا ان عوض عنها و لو كان العوض يسيرا " قال [فى شرحه] " هذا ايضا من المواضع الموجهه للزومها من الجنبى " يعنى كما ان صورته تلف العين فى هبه الاجنبى موجب لسقوط الرجوع فكذلك تعويض الاجنبى عن الهبه موجب للزومها و سقوط الرجوع فيها. قال " وهو موضع وفاق من جميع الاصحاب حتى من المرتضى (١) - ره - كما قد عرفت و مسنده مع (٢) الادله العامه خصوص قوله الصادق - ع - فى حسنه عبد الله بن سنان، قال: اذا عوض صاحب الهبه فليس له ان يرجع (٣) وغيرها. ولا- فرق فى العوض بين القليل والكثير من تراضيهما عليه لا- طلاق النص والفتوى. ولانها يصير بالتعويض معاوضه مختصه، فيلزم للعلوم، ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد، لم يوثر بذل الموهوب له. كما سيأتى - ان شاء الله - تحريره. ولا- فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا- بالا- طلاق. ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن (٤) الجملة ". اقول: وفى هذا الكلام تعقيد واشكال. اذ لو كان مراده من " الادله العامه " مثل " اوفوا بالعقود " و " المؤمنون عند شروطهم " الشامل لعقود المعوضات كالبيع والاجاره، وغيرها كهبه ذى الرحم بدون عوض، والصلح الخالى عن العوض، والنذر، واليمين. بتقريب ان يقال خرج هبه الاجنبى الخاليه عن العوض بالدليل وبقي الباقي تحت العموم. فما معنى قوله " ولانها يصير بالتعويض معاوضه محضه فيلزم للعموم " وما هذا العموم غير العموم المتقدم. فان قلت: المراد منه مثل قوله تعالى " الا ان يكون تجاره عن تراض " فان تجاره هو عقد المعاوضه لا جل التكسب. "

ص: ٣٥٤

١- وفى النسخه: المعترض. و كذا " من " بدل " مع " .

٢- وفى النسخه: المعترض. و كذا " من " بدل " مع " .

٣- : الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤١، احكام الهبات، الباب ٩ ح ١.

٤- وفى النسخه: "؟ فى " بدل " عن "

ففيه: ان منتهى دلالتة حليه الاكل لاقتضاء الاستثناء ذلك، وان كان منقطعاً. فمعناه. يجوز الاكل بعنوان التجاره عن تراض، وهو لا يستلزم اللزوم. فليس ههنا عمومات يفيد احدها لزوم كل عقد من العقود، سواء كان فيه معاوضه ام لا، والاخر لزوم كل عقد فيه معاوضه. فان قلت: انه (ره) فرض الكلام في التعويض الغير المسبوق بشرط العوض. فانه يمكن ان يقال الهبه للاجنى مع الاطلاق قد خرج من عموم " اوفوا بالعقود " وامثاله، فما الذى اوجب لزومه بعد طرو التعويض. فقال الهبه المطلقه صار بسبب التعويض بعدها معاوضه محضه وليس بالهبه المطلقه المخرجه بالدليل عن العموم، فيدخل تحت تلك الادله العامه التى خرجت منها اولاً. فالعمومات فى الموضوعين امر واحد. و الحاصل ان [اعتراض] المعترض فى الاستدلال الاول، [اى] ان هبه الاجنى بملاحظه كونها معاوضه يدخل تحت عموم اوفو بالعقود، بالاستقلال فيلزم. [لا-] فى الاستدلال الثانى، [اى] ان خروج هبه الاجنبى المطلقه بسبب الدليل عن تلك العمومات، قد ثبت، ولكن ثبت لزومها ثانياً، بسبب دخولها ثانياً، تحت العموم بسبب التعويض الطارى عليه. والحاصل: ان الهبه المعاوضه داخله فى العام بالا صاله فى الاول. فصارت منه بعد ما لم يكن، فى الثانى. وبيان ذلك ان فى التعويض ايضاً لا بد من القبول، حتى فى الهبه المشروطه بالعوض. فلو منع الواهب من قبول العوض لثلا يلزم هبته جاز له. فلا بد التعويض من قبول الواهب لما يعطيه المتهم بقصد العوضيه حتى يلزم. فحق الواهب باق فى العين حتى يحصل اللزوم سواء شرط العوض فى العقد ام لا. فبعد التعويض يعنى اعطاء المتهم العوض واخذ الواهب، يصير لازماً لان الهبه المطلقه السابقه معاوضه محضه، فكانه كان ينقل ما له المترزلاً بالنسبه اليه بازاء هذا العوض. فيقطع يده عنه فيشمله العمومات الداله على وجوب الوفاء. فكانه حصل المعاوضه ح، ويدخل بسببه تحت العموم. قلت: الظاهر ان موضوع المسئله اعم من الهبه المشروط فيها العوض او المطلقه التى لحق بها التعويض. كما يظهر من الاستدلال ومن قوله " ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد " واما جعل ذلك الكلام عطفاً على اطلاق النص والفتوى ليكون دليلاً لعدم الفرق

بين اليسير والكثير، فلا- كراهه فيه. ثم، ان مقصودنا من طرح هذا المقال استيناس الى اثبات معنى مستقل للمعاوضه غير العقود المعهوده. فان مراد الشارح من قوله " فيصير بالتعويض معاوضه محضه " لو كان صيرورتها هبه معاوضه فيدخل تحت العموم، فيرد عليه ان الاستدلال بالعموم لا يحتاج الى جعلها هبه معاوضه. بل يكفي كونه مصداق لفظ " العقد ". مع ثبوت الاشكال في صيرورتها هبه معاوضه ايضا. ولو كان مراده انه ح، يصير واحدا من العقود المعهوده، فالمفروض عدمها. مع انه لا يصح فرض كونها منها. فبقي ان يكون المراد بالمعاوضه المحضه اما نوع معاوضه خاصه لم يكن احد المذكورات. او معنى عام يشملها و يشمل غيرها. فظهر من ذلك امكان تحقق المعاوضه في غير العقود، المعهوده، ويكون مندرجا تحت عموم الايه، فيكون لازما. ومما ذكرنا في تقرير الاستدلال من ان الغرض محض اخراجها من الهبه المطلقه المستثناه بسبب طرو التعويض، يظهر ضعف الاستيناس. اذا عرفت هذا، فالمعاوضه التي لم يقصد كون احد العوضين معاوضا والاخر عوضا، فاما ان يكون بدون لفظ وصيغه، فهو معاطاه. ويجرى عليها احكامها. وان كان مع لفظ فان كان " با ذلت " 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 و اراده ثبوت العوض في مهيه، فينزل على البيع قسرا. وان صدر من صاحب المنفعه، فينزل على الاجازه قسرا. ولا يضر عدم القصد، ح. فانه اذا قال احد ل احد (1) " بع فرسى 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 بالشيء لا- يستلزم العلم بالعلم. وح، فيبقى الكلام في اجتماعها بشرايطها مثل معلوميه العوض والمعوض في البيع والاجازه وغيرهما، والتمكن من التسليم و غير ذلك. ومن جمله ذلك، الكلام في صحه الصيغه

ص: ٣٥٦

١- وفي النسخه: فانك اذا قلت لاحد

والايجاب بهذا اللفظ. وانه [هل] يكفى الكنايات، ام لا. وفى ان الصيغه هل هى شرط الصحة او اللزوم. فلا بد فيه من الرجوع الى ما ذكره فى محالها. واما مع عدم الصيغه: فهو معاطاه - كما ذكره - ولا يفيد اللزوم على الاقوى. وح، فاما ان يتحقق فى الخارج محض التقابض ولم يعلم كونه تابعا لاحد من العقود المعهودة، فهو معاطاه بالمعنى الاول. ولا يفيد الا اباحه التصرف. واما لو علم التبعية مثل حصول المساومه والعقد الى احد العقود ثم وقع التقابض من الطرفين بناء على تلك المساومه. فهذه معاطاه تابعه للعقود. فيكون معاطاتا فى البيع او فى الاجازه. وهكذا انما وقع الاختلاف فى ان المعاطاه هل هو بيع، ام لا، انما هو فى المعاطات البيعيه لا. مطلق المعاطاه. ولما كان ذكر مسئلة المعاطاه فى كتاب البيع وذكر الخلاف هنا [ك]، يترأى فى بادى النظر انهم اختلفوا فى انه بيع ام لا مطلقا. وليس كذلك. بل تكلموا فى مسئلة البيع ثم ذكروا انه يجرى فى الاجاره وغيرها ايضا. فتزاعهم فى انها هل يفيد الملك او محض الاباحه، ينبغى ان يكون فى المعنى الاعم. ونزاعهم فى انه على القول بالملكه هل هو بيع ام لا، انما هو بالمعنى الاخص. والظاهر انها ليس محض الاباحه. بل هو تمليك والا لم (١) يجز وطى الامه بسبب المعاطاه، وهو خلاف اتفقهم. و محللات الفرج منحصر فى التزويج و ملك اليمين. وان كان بتمليك المنفعه لا يشمل (٢) التحليل. والقول بان اذن المالك واباحته فى التصرف تحليل، ضعيف. لان المراد بالتحليل تحليل الوطى مع بقائها على ملك المالك. ولا ريب ان المالك ههنا لم يقصد الا وطى المشتري فى ملك نفسه. وايضا لا عوض فى عقد التحليل. و [العوض] فى المعاطاه موجود. بل الاظهر [ان] ما يكون تابعها للبيع فهو بيع. وقد ادعى المحقق الثانى عليه الاجماع، ويمكن تنزيل عبارات ساير الاصحاب ايضا على ذلك، بان يكون مرادهم من معنى الملكيه او التبعية، هى نفى اللزوم.

١٧٤- سوال:

١٧٤- سوال: معاوضه چیزی به چیزی دیگر، لزوم دارد یا ندارد؟ - وبما وجود لزوم، ظاهر این است که صیغه ولفظ خاصی ندارد. چنانچه داشته باشد، بیان فرمایند. و غبن در

ص: ٣٥٧

١- وفى النسخه: وان لم يجز...

٢- وفى النسخه: ليشمل التحليل

آن با وجود لزوم آن، جاری است؟ و دعوی غبن را احد طرفین می تواند نمود؟

جواب:

جواب: اظهر در نظر حقیر این است که معاوضه به این معنی که هر یک عوض و معوض باشند، عقدی است مغایر سایر عقود معاوضات. و هر گاه صیغه صریحه بگویند مثل اینکه بعد از مساومه معاوضه الاغ و گاو با هم، بدون ملاحظه اینکه احدهما ثمن باشد و دیگری مثن، هر یک بگویند "تعاوضنا"، عقد لازم است و داخل عموم "اوفوا بالعقود" است. و هر گاه صیغه نگویند، معاطاه است، و لزوم ندارد. و در صورت لزوم هم احکام بیع در آن جاری نمی شود، مثل خیار مجلس و خیار حیوان. بلی، دعوی غبن و امثال آن که بدلیل "نفی ضرر" ثابت است، در آن جاری می شود. بسبب عموم. نه غیر اینها.

۱۷۲- سوال:

۱۷۲- سوال: هر گاه کسی محصول باغ کسی را یا خود خرص مینماید یا خراص میآورد و میبیند، یا صاحب باغ می گوید که من خود خرص نموده ام یا خراص آورده ام و دیده است و فلان مقدار انگور (مثلا) دارد. آن مشتری اکتفا مینماید و راضی می شود و محصول را به قیمت مشخص و مدت مشخص (یا مدت غیر مشخص مثل رفع محصول مثلا) قرار داد مینماید. و لکن صیغه نمیخوانند، بلکه محض تراضی است. من بعد آن مشتری تمامی محصول [را] میبرد - چه می فروشد و چه میخسکاند - و هنوز هیچ قدر از قیمت را نداده، می گوید من مغبون میباشم. و گاه باشد که قدری از قیمت را داده است و تلف شده است. یا هنوز تلف نشده است. استدعا آنکه شفقت کرده بیان فرمایند که این چه معامله [ای] است؟ و یا معامله نیست -؟ و محصول باغ حقیقتا مال کی بوده است؟ و دعوی غبن در صورتهای مذکوره جاری می شود یا نمی شود؟ -؟

جواب:

جواب: اولاً باید دانست که در بیع ثمار بر اشجار، خرص شرط نیست. بلکه مشاهده کافی است. بلی، هر گاه ثمن از جنس آن ثمر باشد که آن را "مزابنه" می گویند، حرام است اجماعاً، هر گاه به ثمن آن درخت باشد. و علی الاظهر المدعی علیه الاجماع من بعضهم هر گاه از غیر آن درخت باشد. و بعضی از علما از جمله ادله حرمه، احتمال تحقق ربا در آن کرده اند، و گفته اند که شرط است در صحت معامله ربوی علم به مساوات آنها، در اینجا چون محتمل است تفاوت، صحیح نیست. پس بنابر این باید که قایل قول به جواز

بیع ثمره غیر آن شجر، تجویز نکند بدون خرص، تا آنکه تفاضل لازم نیاید. ولکن این قول ضعیف است. و همچنین استدلال قائلین به حرمة اصل "مزانبه" بسبب احتمال ربا. زیرا که ثمره بر شجره از باب مکیل و موزون بالفعل نیست. و آنچه شرط است در تحقق ربا تفاضل در مکیل و موزون بالفعل است. و ایضا معلوم نیست که قایل به جواز در غیر ثمره شجره، این دلیل را قبول داشته باشد. تا تکیه او در اشتراط خرص بر این باشد که اجتناب از ربا کرده باشد. با وجودی که در بعضی اخباری که استدلال کرده اند 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 "مزانبه"، خرص شرط است (۱) و آن عبارت است از اینکه کسی یک درخت خرما در خانه دیگری یا در باغ دیگری داشته باشد. و خواهد آن را بفروشد به صاحب خانه یا باغ که آن صحیح است اجماعاً. و در اینجا شرط کرده اند خرص کردن را. به این معنی که تخمین می کنند که آن درخت هر گاه رطب آن خشک شود و خرما شود خرمای آن چیز قفیز است. و به همان قدر که تخمین کرده بفروشد به صاحب خانه. و این معنی در غیر درخت خرما جایز نیست، و در درخت خرما هم صحیح است بشرط اینکه به خرمای غیر آن درخت بفروشد نه به خرمای آن درخت. تا لازم نیاید اتحاد ثمن و مثنی. و اینکه آن درخت یکی باشد. و اینکه تفاضل در حین عقد حاصل نباشد میان خرمایی که خرص کرده و قیمت آن. هر چند بعد از آن ظاهر شود زیاد و کم، که آن ضرر ندارد. و اینکه بیع حال باشد نه مؤجل. و اما تعیین قیمت به وصف یا مشاهده، پس آن مثل سایر بیوع است. و استقصای مباحث "عریه" مجال آن در اینجا نیست. غرض همان حاجت به خرص است. و اما آنچه گفته اند در کتاب زکات از لزوم خرص، هر گاه خواهد انگور یا رطب را به

ص: ۳۵۹

مصرف برساند یا بفروشد. پس آن از برای تحدید حصه فقیر است. نه اینکه شرط صحت بیع من حیث هو باشد. پس هر گاه کسی داند که انگور باغ او اگر خشک کنی سیصد من مویز بالاتر دارد، و قدر آن معلوم نیست، و خواهد انگور باغ را بفروشد، خرص می کند باغ را که چه قدر مویز از آن به عمل می آید. و ضامن حصه فقرا شود. پس انگور را می فروشد و مشتری هم می خرد به مجرد مشاهده، و دیگر احتیاجی به خرص نیست. و هر گاه این را دانستیم بر میگردیم بر سر مطلب و می گوئیم: که بایع و مشتری یا این است که هر دو باغ را دیده اند و انگور مجموع باغ را مشاهده کرده اند، پس آن کافی است در صحت بیع. خواه خرص کرده باشند هر دو، یا احدهما، یا اعتماد به خرص ثالثی کرده باشند. و مفروض سوال هم این است که از بابت " مزابنه " نیست که قیمت، انگور باشد یا مویز باشد. پس هر گاه خرص شده باشد و نقص ظاهر شود، این از باب ظهور غبن خواهد بود، و دعوی غبن مسموع است، با شرایط آن. و هر گاه هیچکدام مشاهده نکرده اند. یا احدهما مشاهده نکرده و به خرص ثالثی هم نشده، بیع باطل است. بسبب جهالت بیع و اینکه گفتیم که در صورت عدم مشاهده هر دو و اکتفا به خرص ثالث، هر گاه نقص ظاهر شود داخل غبن است، و همچنین در صورت اکتفای احدهما به قول آن دیگری در خرص بدون مشاهده دیگری، این از باب خیار رؤیت و خیار عیب نیست. وجه آن این است که وصف در اینجا خرص است نه بیان مقدار. و گویا گفته است که " باغی که موصوف است به اینکه خرص او این قدر است فروختم به تو به این مبلغ " و ظهور نقص در خرص [به] معنی خروج مبیع بخلاف وصف نیست. زیرا که او در وصف صادق است. و تخلفی که شده در مقدار موصوف است بسبب خطای در وصف. نه بسبب ظهور کذب در وصف. پس بر میگردد به ظهور غبن. و در دعوی غبن سه چیز معتبر است: یکی اینکه: در حال 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، هر چند از اهل وقوف باشد، و همان امکان جهل معتبر است هر چند از اهل خبره باشد. بلی، هر گاه جهل در حق او ممکن نباشد دعوی مسموعه نیست. و هر گاه

نزاع شود در صورت امکان جهل، اظهر این است که هر گاه غابن می گوید که تو عالم بودی به قیمت. و مغبون بگوید جاهل بودم. اظهر تقدیم قول مغبون است با یمین. بجهت اصله عدم علم. خصوصا هر گاه عالم بودن اظهر نباشد که باعث تعارض اصل و ظاهر شود. و هر گاه مغبون بگوید من جاهل بودم به قیمت. و غابن بگوید نمیدانم که تو عالم بودی یا جاهل. پس ظاهر این است که قول مغبون است با یمین. نه از راه اینکه منکر است، تا کسی ایراد کند که او مدعی است نه منکر. بلکه از جهت اینکه مدعی جهل است و اثبات حق به بینة ممکن نیست، و خصم هم چون عالم به حال نیست قسم نمی تواند یاد کند. و نظر 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 فرموده اند "البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه" خالی از اجمال نیست. و عبارت "علی المنکر" که در بعضی دیگر از اخبار هست مبین مدعی علیه است. و این شخص جاهل را "منکر" نمی گویند. و بسیار دور نیست که بگوئیم ضرورت داعی بر یمین نیست. چون مسلمی سخنی می گوید و معارضی ندارد. چنانکه شهید در قواعد احتمال داده در صورتی که زوجه مدعیه تسمیه معینه در صداق باشد، زوج بگوید که من نمیدانم، یا خاطر من نیست، زوجه مستحق آن هست. چون مسلمی است بلا- مزاحم، و قول او محمول بر صدق است. و اما 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 و صیغه جاری نشده - این داخل معاطات است. و چون معاطات عبارت است از دادن و گرفتن بدون صیغه، پس آن اقسام بسیار می تواند داشت. و عمده کلام فقها در مسئله بیع است. و ظاهر کلام ایشان این است که هر گاه همه ارکان و شرایط بیع موجود است به غیر صیغه، آیا این هم بیع است یا نه (؟-؟) و هر گاه بیع باشد آیا صحیح است یا فاسد (؟-؟) و هر گاه صحیح باشد آیا مفید محض اباحه تصرف، یا مفید ملک است (؟-؟) و بر فرض افاده ملک آیا ملکیت لازم است یا متزلزل است (؟-؟) و بر فرض افاده اباحه یا ملکیت متزلزه آیا به تلف عینین، یا احدهما، یا بعض کلیهما لازم

می شود یا نه (؟-؟). واقوی در نظر حقیر این است که مفید ملکیت متزلزله است. بلکه دور نیست که بیع غیر لازمی باشد در جایی که همهء شرایط بیع باشد به غیر صیغه. و ظاهر این است که کلام جمع کثیری از علما (که گفته اند مفید اباحه است نه ملک، بلکه از بعضی ظاهر می شود دعوی اجماع بر عدم افادهء ملکیت) محمول است بر اباحه به معنی اعم از اباحهء محضه یا ملکیت متزلزله که معلق بر تصرف است. و مراد آنهایی که نفی ملکیت کرده اند ملکیت لازمه است. چنانکه محقق ثانی فهمیده است در شرح قواعد و در شرح حاشیه ارشاد. بلکه در شرح قواعد گفته است که "معروف بین الاصحاب این است که آن بیع است. ولکن لازم نیست. و اینکه 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 می شود؟ و چه دلیلی دلالت بر آن دارد؟ و همچنین اگر ملکیت ثابت نباشد اباحهء تصرف ثابت نمی شود. زیرا که مراد طرفین در معاطات اباحهء تصرفی است که مشتری در ملک خود بکند، و مستند باشد آن تصرف به ملکیت رقبه. پس اگر چنین شده مطلب حاصل است. والا- اباحه حاصل نمی شود رأساً. چون مقصود ایشان نیست. و بر این متفرع می شود جواز بیع آن، و آزاد کردن، و وطی کردن. زیرا اینها نمی باشد مگر در ملک. و ظاهراً خلافی ندارند در جواز بیع آنچه به معاطات منتقل شده، و همچنین عتق و وطی. و آنچه بعضی توهم کرده اند - که اباحهء مطلق تصرفات، منشأ اباحهء بیع و عتق و وطی هست پس کافی است در جواز تصرفات اذن مالک، و موقوف نیست بر ملکیت، پس جواز تصرف موقوف است بر اذن نه ملکیت، و تملک به تصرف حاصل می شود - خالی از تحقیق است. زیرا که اذنی که در اینجا متصور است، اذنی است در تصرفی که مبتنی باشد بر ملک و رقبه. و این 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. با وجود اینکه اندراج عوض در تحلیل فرج بر میگردد به اجازه فرج و آن بیشبیه حرام است. و مفروض این است که عقد تحلیل هم واقع نشده. و اینکه گفته اند که "تصرف متمم ملک است". بر آن وارد است که در این وقت وطی در غیر ملک واقع شده. و همچنین است کلام در عتق و بیع. و به هر حال معلق ساختن ملک بر تصرف - و حال آنکه تصرف موقوف است بر ملک - مستلزم دور است. و دفع آن به اینکه تصرف موقوف است بر اذن، نه بر ملک. تمام نیست. چنانکه دانستی که اذن مطلق مجوز اینگونه تصرفات نیست تا منضم به تملیک نباشد. و توهم اینکه ملک حاصل می شود به لمحعه یسیری قبل از تصرف. و تصرف مبتنی بر آن است - چنانکه در "اعتق عبدک عنی" که این را تملیک ضمنی می گویند - بیوجه است. چون در آنجا اعتق عبدک عنی به منزلهء توکیل است. یعنی تو و کیلی که غلام خود را مال من کنی و از جانب من آزاد کنی. پس هر گاه صاحب غلام آزاد کرد غلام را از برای آمر بسبب امر، ظاهر می شود که او را ملک آمر کرده هر چند به لمحعه [ای] یسیر باشد. و اما در اینجا نمیدانم که هر گاه معاطات افادهء تملیک نکرد از کجا ملک از برای مشتری حاصل شد که با او وطی کند -؟. اگر بگوئی: که چون اجماع است که بیع و عتق و وطی جایز است در اینجا، و چون آنها نمی باشد مگر در ملک پس معلوم شد که ملک فی الجمله به لمحعه کمی حاصل می شود، و این امور بر آن مترتب می شود. می گوئیم: که آیا این ملک تعبداً به جعل الهی حاصل می شود در صورتی که ارادهء این تصرفات کند -؟. پس چرا گفتی که جواز آن ناشی از اذن مالک است؟ و اگر از اذن مالک حاصل می شود، پس چرا تخصیص میدهی آن را به این امور خاص؟ پس اذن او در همه جا کار می کند. و اما آنچه کلام ملا احمد (ره) موهوم آن است - که [گفته است] نزاعی نیست در اینکه معاطات در قرض مبیح تصرف است بلکه موجب ثواب است ولکن ملک حاصل نمی شود مگر

به تصرف - که کسی گمان کند که از [کلام] آخوند اجماع ظاهر می شود بر اینکه تصرف منشأ حصول ملک می شود. پس اعتماد به آن بیوجه است. زیرا که عبارت ایشان (بنا بر نسخه [ای] که در نزد حقیر است) این است "والظاهر انه لا نزاع فی المعاطات هنا علی تقدیر عدم کونها من العقود اللایزمه فیصح التصرف و علیه العوض، بل یحصل الثواب ایضا، الا انه لا یحصل الملک ولا یلزم العوض الا بعد الاتلاف، و قبله یكون ماذونا فیہ فی التصرف مع العوض. فلا یكون عقدا باطلا مثل ما قیل فی البیع". و ظاهر این است که مراد آن مرحوم در اینجا بیان این است که هر چند قائل نباشیم به معاطات در بیع و سایر معاملات، و باطل و فاسد دانیم آن را (چنانکه مذهب علامه است در نهایه) در قرض نزاعی نیست. و کسی قائل به حرمة و فساد آن نشده. بلکه موجب اباحه تصرف است. و اما اینکه گفته است که ملک حاصل نمی شود به تصرف (۱) بلکه حاصل می شود به تلف (۲). ظاهر این است که مراد او در مثل تصرف در اموال باشد به عنوان اکل و لبس و غیر اینها، که بسبب تلف، ملک حاصل می شود نه قبل از آن. از قبیل طعامی که در نزد مهمان می آورند. [نه] مثل بیع و عتق و وطی. بقرینه کلام او بعد از آن که صریح است که امثال این تصرفات بدون حصول تملک قبل از آن وجهی ندارد. و اما معاطات در بیع و امثال آن، پس آن از اصل در نزد آخوند لازم است و موجب تملیک. تا اینجا کلام در این بود که معاطات در بیع و امثال آن عبارت باشد از اجتماع ارکان به غیر صیغه. باقی ماند کلام در معاطات در این معاملات بافقد شرایط آن. مثل جهالت میب و ثمن و غیر ذلک. پس می گوئیم که کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است: اول: در کتاب بیع بعد از آن که تعریف بیع را می کنند به "انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری به عوض مقداری بر وجه تراضی" چنانکه جمعی کرده اند. یا به "عقدی بر انتقال مذکور" چنانکه علامه در مختلف اختیار کرده. یا به "عقدی که مقتضی استحقاق تصرف است در میب و ثمن و تسلیم آنها" چنانکه جمعی دیگر کرده اند. یا به "نقل ملک از رد

ص: ۳۶۴

۱- این سخن بر اساس نسخهء میرزا (ره) است و با ابتدای سخن از کلام اردبیلی (ره) تعارض ندارد

۲- این سخن بر اساس نسخهء میرزا (ره) است و با ابتدای سخن از کلام اردبیلی (ره) تعارض ندارد

مالکی به غیر او به صیغهء مخصوصی " چنانکه جمعی کرده اند. بعد از آن می گویند " لابد است در بیع از ایجاب و قبول " و بعد از آن می گویند " ولا یکفی المعاطات " و بعد از آن متوجه احکام معاطات میشوند و قول مفید را در برابر آن نقل می کنند. و عبارت مفید این است که " البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فی ما یملکان التباع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افترقا بالابدان " و ظاهر این عبارت این است که بیع منعقد و لازم می شود 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، یا وکیل مالک اینمال باشند. بشرط اینکه آن عوض ها معلوم باشند، و هر دو عارف به حال آنها باشند، و راضی شوند به بیع، و قبض از هر دو طرف به عمل بیاید، و از هم جدا شوند که اشاره است به تفرق مجلس که مادامی که مفارقت نکرده اند (بابدانها) لزوم به عمل نیامده. و فقها از این کلام فهمیده اند که مفید شرط ندانسته در صحت و لزوم بیع لفظ و صیغه را. بلکه به مجرد تقابض اکتفا کرده. در برابر این سخن، مشهور علما می گویند که این افادهء لزوم نمی کند، هر چند افادهء اباحهء تصرف بکند. و از علامه در نهایه نقل شده که این افادهء اباحه [نیز] نمی کند چون این بیع فاسدی است و میبایح تصرف نیست. و سایر علما نیز خلاف کرده اند که آیا این اباحه همان محض رخصت در تصرف بدون حصول ملکیت است، یا مفید ملکیت متزلزل است و به تلف، لازم می شود. یا بیع است اما بیع لازم نیست، بلکه بیع متزلزل است. و از این سخن ها (که مذکور شد که در مسئله بیع می گویند) بعضی چنین فهمیده اند که این سخن ها در وقتی است که سایر شرایط بیع متحقق باشد و نزاع در سر همان صیغه با تنهایی باشد. و لازم این سخن این است که هر گاه اختلال در سایر شرایط باشد، اباحه به هیچ نحو حاصل نمی شود. چنانکه [در] مسالک به آن اشاره دارد. و در کلام دیگری ندیدیم. و عبارت او این است که " لو وقع الاتفاق بینهما علی البیع، و عرف کل منهما رضا الاخر بما یصیر الیه من العوض المعین، الجامع لشرایط البیع غیر اللفظ المخصوص، لم

يفد اللزوم. ولكن يفيد اباحه تصرف كل منهما في ما صار اليه من العوض. نظرا الى اذن كل منهما للاخر في التصرف. ام يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال الشرط و هو الصيغه الخاصه. المشهور الاول... " الى آخر ما ذكره. و ظاهر اين عبارت اين است كه خلاف در اباحه تصرف و عدم اباحه، همين در صورت اختلال شرط صيغه است. و در صورت اختلال ساير شروط اباحه حاصل نمى شود. و ديگران هم تابع آن شد [ه-ا] نند. و همچنين از ذكر كلام در معاطات در عقب ذكر اشتراط صيغه چنين فهميده اند كه اين اباحه مخصوص صورت فقدان شرط صيغه است. نه ساير شروط و دلالت اين بر مطلب ايشان نيز ممنوع است. و ساير فقها در اين مقام تعلقيل مى كنند اباحه را به حصول تراضى و مسلط كردن هر يك ديگرى را بر مال خود. و در اين معنى فرقى نيست ما بين اينكه ساير شرايط متحقق باشد يا نباشد. و مقتضاي اين تعلقيل عدم فرق است ما بين وجود شرايط و عدم آنها. و از شهيد (ره) در حواشى قواعد حكايه شده كه تجويز كرده است جهالت ثمن و مثنى و اجل را. و همچنين مقتضاي آنچه ذكر كرده اند كه در معامله نقدين در صورت معاطات، قبض مجلس شرط نيست. و مؤيد اين است جواز خريدن نان و غير آن، از اطفال در بازار، در بعضى صور (چنانكه در محل خود تحقيق آن كرده ايم). و از شيخ در مبسوط نقل شده كه گفته است - بعد از گفتار در صيغه بيع -: " اذا ثبت ذلك فكلما جرى بين الناس انما هي استباحات و تراض دون ان يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل ان يعطى درهما للخبز فيعطيه الخبز، او يعطيه للبقلى فيبادل به البقل، و ما اشبه ذلك. ولو ان كل واحد منهما يرجع في ما اعطاه كان له ذلك. لانه ليس بعقد صحيح هو بيع ". و مثل اين از خلاف هم نقل شده. و به هر حال ظاهر اين است كه تراضى در جواز تصرف كافى است هر چند جامع شرايط صحت بيع نباشد. و اينكه از علامه در نهايه نقل شده قول به اينكه معاطات بيع فاسد است، كه مبيع تصرف نباشد، ممنوع است. و معلوم نيست كه مراد علامه هم عدم جواز تصرف باشد. و بر فرضى كه مراد او اين باشد، در وقتى تمام است كه تصرف را به علت اينكه بيع است بكنند، و به اعتقاد اينكه بسبب

بیع بودن است. و اما اگر بسبب همان تراضی باشد که در ضمن بیع فاسد باشد، بکند، دلیلی بر حرمة آن نیست. و در مسایل فقهیه جواز تصرف بسبب محض تراضی، بسیار است. و از آن جمله تراضی است که در حیوانات شیرده می کنند به روغن، یا به دراهم، یا غیر آن، با وجود جهالت شیر. هر چند لزوم ندارد. و گفته اند که این معاوضه است. و شبیه به این است که ادای دین طلبکار بدون صیغه. شهید (ره) در دروس گفته است "ومن المعاطات ان يدفع الیه سلعه بثمان یوافقه علیه من غیر عقد، ثم هلک عند القابض. فیلزمه الثمن المسمی. و یشبهها قضاء المدین العوض عن النقد، او عوض آخر. فان ساعره فذاک. والا فله بسعر یوم القبض. ولا یتحتاج 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 بر وجه تراضی می شود مندرج کنیم در تحت عقود متعارفه تا اینکه ملاحظه اجتماع شرایط آنها را بکنیم. و از این جمله معاوضه ای است که مقصود در آن تعیین عوض و معوض نباشد. مثل اینکه حیوانی را با حیوانی، یا ملکی را با ملکی معاوضه می کنند بدون قصد اینکه یکی از اینها عوض باشد و ثانی معوض. بلکه هر یک از اینها عوض است و معوض است. و در جای دیگر در همین کتاب [به طور] مستقصی بیان آن کردیم (۱) و بیان کردیم که اگر صیغه در آن گفته شود، هر چند به این نحو باشد که هر یک از طرفین بگویند "تعاوضنا" معاوضه لازم می شود، و داخل بیع و سایر عقود نیست. بلکه عقدی است مستقل که در تحت عموم "اوفوا بالعقود" و امثال آن مندرج است. چون عقد عبارت است از عهد موثق. و هر گاه بدون صیغه باشد میباید تصرف است اما لازم نیست. پس در سایر عقود هم هر گاه مساومه بر آنها واقع شود و صیغه خوانده نشود، اگر جامع شرایط دیگر غیر صیغه هست [از] معاطات در آن، معاوضه را خواسته اند. و میباید تصرف

ص: ۳۶۷

است، اما لازم نیست. و همچنین هر گاه سایر شرایط هم نباشد. پس خواهی آن را بیع غیر لازم (مثلاً) یا صلح غیر لازم، بگو، و خواهی معاوضه دیگر بگو. چنانکه. بسیاری از فقها در مطلق معاطات می گویند معاوضه ای است برأسه. و مخالف در اینجا شیخ مفید است. و بعض متاخرین از اتباع او که با وجود عدم صیغه آن را بیع لازم میدانند (۱) مثلاً. و به هر حال: معاطات معامله [ای] است مبیح تصرف. خواه بگوئیم افاده ملکیت مترزله

ص: ۳۶۸

۱- عامل تعیین کننده در این مسئله، موضوع معروف " امضائیه و توقیفیه " بودن احکام است. در اینکه احکام عبادات توفیقی هستند و نمی توان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی در آنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند. سخن در این است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟ - اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان متقدم به توقیف معتقد بوده اند 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 صورت های معامله باطل می باشند. در این میان با انواع معاطات ها رو برو میشدند و چون عمل و سیرهء مسلمین بر معاطات ها جاری بوده (از عصر رسول الله صلی الله علیه و آله) آن ها 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 در تاریخ خود دارد. که در این سیر زمانی، بتدریج رو به تکامل رفته و در نتیجه دانشمندان متاخر به " امضائی " بودن احکام در معاطات معتقد شده اند. یعنی به هر نسبتی که گذشت زمان 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 اهل بیت " ع " زیست فردی و اجتماعی مردم را متن قرار میدادند و خود بر آن حاشیه میزدند. هر جا که میدیدند این رفتار، یا این معامله، یا فلان سنت و یا... مردم صحیح نیست، تذکر داده و آن را اصلاح میکردند، بنابر این هر معامله ای که از زبان شرع منفی؟ برای آن وارد نشده مشروع است و رسمیت دارد. بدیهی است که معاطات در صدر این معاملات قرار دارد. و عدم ورود منع دلیل این است که شرع آن را امضا کرده است. و شرایط چنین معامله ای همان شرایط عامه است. و شرایط خاصه هر معامله خاص - از قبیل 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 می شود که این جریان فکری در عصر او به فرار قابل توجهی رسیده بوده، که با پیدایش معاملات جدید مانند سر قفلی و بیمه، به کمال خود می رسد. تأثیر مسئله تاریخی توقیف و امضا در این مسئله نقش زیادی دارد همانطور که در سطرهای بعدی کلمه " محصور " که جز " توقیف " معنی ندارد، در بیان شهید ثانی (ره) خواهد آمد

هم می کند و به تلف عوضین لازم می شود. یا قایل به محض اباحه باشیم. و دانستی قبل از این که اقوی افادهء ملکیت متزلزله است، و ضمانی در تلف آن لازم نیست به غیر همان عوضی که قرار داده شده هر گاه تلف شود عوضین یا احدهما، علی الاقوی. و فرقی نیست در تراضی بر معاوضه، ما بین آنکه اگر آن را درج کنیم در ضمن احدی از عقود معهوده فاسد نباشد، و ما بین آنکه برأسه فاسد باشد (۱) و اینکه گفته اند که هر گاه مشتری قبض کند به عقد فاسد، مالک نمی شود و ضامن آن عین است بلا- اشکال و خلافی. آن هم منافاتی با ما نحن 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. هر چند در ضمن عقد فاسد باشد. و تفصیل مقام این است که هر گاه شروط صحت بیع از آن مقوله است که در صحت معاطات هم شرط است (مثل بلوغ و عقل و تملک مال و قصد به اخراج) پس آن بیع فاسد است رأساً. و موجب اباحهء تصرف نمی شود. خواه قصد بیع کند در معامله، یا قصد معاطات. و اما اگر از باب صیغه و معلومیت کیل و وزن یا حصول مشاهده، یا وصف و امثال آن باشد، پس هر گاه به قصد بیع نباشد و به محض تراضی معامله کنند، پس آن داخل معاطات است. و موجب جواز تصرف است. و داخل بیع فاسد نیست، که منشأ ضمان باشد، و عدم جواز تصرف. و الحاصل: در صورت ثانیه، هر چند عالم به فساد بیع باشد ولیکن قصد اینکه بیع صحیح است نکند و به همان تراضی اکتفا کند، ضمانی نیست و تصرف جایز است. و در صورتی که به قصد اینکه بیع صحیح است می کند، در هر دو صورت باطل است. و دلیل آن اجماعات منقول است که نقل کرده اند. و عموم " علی الید ما اخذت حتی تودی " وقاعدهء " ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده " است. و همچنین دلالت دارد بر آن آنچه اشاره به آن شده که مفروض این است در صورتی که مقصود دارد در

ص: ۳۶۹

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 نمی شود و گرنه فاسد خواهد شد

تصرف باشد بزعم اینکه عقد بیع صحیحی واقع شده، و حال اینکه در نفس الامر صحیح نیست. پس اذن بر آن واقع نشده. و از آنچه گفتیم ظاهر شده که هر گاه طرفین جاهل به فساد باشند، و ظاهر شود. اشکالی نیست در ضمان. چون تصرف بر غیر وجه ماذون فیه، واقع شده. و همچنین هر گاه هر دو عالم به فساد باشند و به قصد معاطات و تراضی شده باشد، اشکالی نیست در جواز تصرف و عدم ضمان. و مراد از ضمان در اینجا این است که هر گاه مال باقی است باید رد کند. و هر گاه مال تلف شده باید مثل یا قیمت را رد کند. و الزام نمی توانند کرد بر همانچه به آن معاوضه واقع شده. و مراد از عدم ضمان، آن است که هر گاه هر دو مال ها (مثلا) تلف شوند، هر یک به حق خود رسیده اند. و چنان نیست که باید از عهدهء تالف مثلا یا قیمتا بر آیند. و تفصیل این مقام در مسئله معاطات بعد می آید. و اما هر گاه یکی از آنها عالم به فساد بوده و دیگری جاهل، پس نیز اشکالی نیست در اینکه عالم از آنها، ضامن مال جاهل هست. و صاحب مسالک گفته است که در صورتی که مشتری جاهل باشد و بایع 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. و همچنین گفته است که هر گاه مشتری عالم باشد و بایع جاهل، ضمان بر مشتری ثابت است به طریق اولی. بعد از آن گفته است که در جمیع صور، اقوی ثبوت ضمان است. پس رجوع می کنند هر یک به مال خود اگر موجود باشد. و به عوض آن، هر گاه تلف شده باشد. و ظاهر این است که مراد او در غیر صورتی است که تراضی واقع شده باشد به عنوان عموم. یعنی خواه عقد صحیح شده باشد، و خواه فاسد. پس در چنین صورتی داخل معاطات می شود، و به مقتضای آن عمل می شود. پس حاصل مقام در "مقبوض به معاملهء فاسده" این شد که هر گاه قصد آنها تجویز تصرف به شرط اینکه آن مبیعهء فاسده است (یعنی بدانیم که بدون این که مبتنی بر آن باشد راضی نیستند) پس ضمان ثابت است. و تصرف جایز نیست. و هر گاه مقصود رخصت

تصرف است مطلقاً (یعنی هر چند با علم بر فساد باشد) پس آن داخل معاطات است. و منافاتی نیست ما بین قول به اینکه معاطات افادهء تملیک متزلزل می کند، و ما بین اینکه این معامله بخصوص من حیث هی مفید تملیک نیست. زیرا که وجوه تملیک مختلف است. پس هر گاه مبیع کنیزی باشد، به مجرد همین، وطی جایز است. و اگر مقید تملیک نبودی [دلیلی بر جواز نمیماند و حال آنکه بر جواز آن اتفاق نظر دارند] چنانکه [قبلاً] دانستی. و عبارت علامه در تذکره منافاتی با آنچه ما گفتیم ندارد، آنجا که گفته است "اذا كان المبيع بالبيع الفاسد جاریه، فوطئها عالماً بالفساد انه يجب علیه المهر" بعد از آن بر خود اعتراض کرده و جوابی گفته است، و آن اعتراض این است که "کیف يجب المهر مع ان السيد اذن فی الوطی و معلوم لو ان السيد اذن فی وطی جاریته لم يجب المهر". و جوابی که گفته است این است که حصول اذن از سید ممنوع است، و در سند منع گفته "لانه انما ملكه الجاریه و التملیک اذا كان صحیحاً يتضمن اباحه الوطی. و اذا كان فاسداً لم یبحه. فلم یسقط بذلك ضمانه". و حاصل کلام او این است که هر گاه به بیع فاسد جاریه را بگیرد و وطی کند، مهر بر او واجب است. و اگر کسی بگوید که چگونه مهر واجب می شود و حال آنکه به اذن مالک و وطی کرده، و معلوم است که هر گاه وطی به اذن مالک باشد، مهر واجب نیست. می گوئیم که منع میکنیم اذن مالک را در وطی.. یعنی این نه از باب "تحلیل" است که هر گاه مولی اذن بدهد در وطی و حلال کند، جایز است وطی، و مهر لازم نیست. بلکه این از باب تملیک است نه تحلیل، و اباحه. و تملیک هر گاه صحیح باشد متضمن اباحه وطی است. و هر گاه فاسد باشد، اباحهء وطی نمی کند. و ضمان ساقط نمی شود. و ظاهر این کلام این است که هر گاه منظور ایشان تملیک به بیع فاسد باشد، مبیح وطی نیست. و موجب ضمان است. نه اینکه هر گاه با وجود علم به فساد (و عدم ترتب اثر بر نفس عقد بیع من حیث هو) قصد تملیک کند اثری نمیبخشد و ملک متزلزل هم حاصل نمی شود. و استبعادی نیست در حصول ملک به مجرد تراضی. و این کمتر از هدایا نیست که مطلقاً لفظی در آن نیست، و مفید جواز وطی است در کنیز، چنانکه در هدایای پادشاهان از برای رسول خدا (صلی الله علیه و آله) گفته اند و ماریهء قبطیه از جملهء آنها بود.

پس استدلال می توان کرد در حصول ملک به معاطات به اباحهء وطی کنیز از باب "لم" وهم به عموم "الا ان تکون تجاره عن تراض" از باب "ان" هر چند مندرج در تحت عموم "اوفوا بالعقود" نباشد - به تقریبی که سابق اشاره به آن کردیم که از عهود موثقه نیست - و موید آنچه پیش گفتیم (از امکان تحقق معاطات در ضمن بیع فاسد) این است که شهید (ره) در دروس گفته است "وقال الحلبي: اذا كان البيع فاسدا مما يصح فيه التصرف للتراضي، وهلكت العين في يد احدهما، فلا رجوع له". وبعد از آن گفته است شهید که "ولعله اراد المعاطات". دوم: (۱) در اینکه آیا معاطات مخصوص بیع است؟ یا در همهء انواع عقود هم جاری است؟. ظاهر این است که معاطات در مثل اجاره وهبه و مزارعه و مضاربه و قرض و غیر آنها جاری است. بخلاف مثل نکاح و طلاق وامثال آنها. که تحقق اباحه به تراضی در آنها معنی ندارد، بخلاف نقل اموال و منافع مالیه که همهء آنها داخل عموم "الا ان تکون تجاره عن تراض" و "الناس مسلطون علی اموالهم" هستند. سوم: در معاطات چون معیار صحت، تراضی است فرقی نیست ما بین اینکه تقابض بالفعل [به] عمل آید، یا آنکه امروز مال [را] بدهد و ده روز دیگر عوض آن را بگیرد. چنانکه در مثالی که از شهید نقل کردیم. و بعضی در مثال اجاره گفته اند "اینکه کسی امر کند دیگری را به عملی بر عوض معینی، و آن شخص به جا آورد، بدون صیغه. که او مستحق اجرت می شود". و ظاهر این است که مراد او این باشد که این معاطاتی است که احد عوضین تلف شده، و به سبب تلف لازم می شود. چنانکه در مثال شهید در دروس مذکور شد سابقا. و مثال واضحتر اینکه: مثلا شخصی جمعی عمه گرفته از برای کار گل، و شخص دیگری میآید و میایستد و کار می کند مثل آنها، و صاحب کار به او اجرت میدهد، و او هم راضی می شود. که این از باب تقابض بالفعل است در اعیان، که اقباض منفعت به عمل آید با اقباض اجرت."

ص: ۳۷۲

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 و از شأن آن شخص و شأن عمل، اخذ اجرت باشد، مستحق اجرت المثل عمل می شود. پس آن را داخل ما نحن فیه کردن خالی از اشکال نیست. و بعضی را گمان این است که در معاطات تقابض بالفعل شرط است. چون از باب مفاعله است. و این ضعیف است. زیرا که لفظ معاطات در کلمات شارع مذکور نیست، که ما معنی آن را از عرف و لغت پیدا کنیم. و اما ذکر آن در کلام علما، پس تو دانستی که معیار در معاطات همان تراضی است. با وجود اینکه در صیغه مفاعله مشارکت فی الجملة کافی است، و ضرور نیست که مبدأ اشتقاق از هر یک مستقلاً به عمل آید. چنانکه در لفظ مبیعه که بیع از مجموع فعل دو نفر به عمل آمده. نه اینکه هر یک علی حده، بیع کرده اند. بخلاف مثل مضاربه و مقاتله. و از این جمله است بیع مرابحه که ربح را یک نفر میبرد و اما چون حصول آن از اجتماع دو نفر حاصل شده آن را مرابحه می گویند. چهارم: پیش دانستی که اظهر این است که معاطات مفید ملکیت است هر چند متزلزله باشد. نه اباحهء محضه. پس بدان که مادامی که عوضین باقیاند هر یک رجوع می توانند کرد به مال خود به سبب عموم "الناس مسلطون علی اموالهم" و قدری از ملکیت آن دیگری که ثابت شد همان قدر ملکیت متزلزله است. پس حکم تسلط سابق مستصحب است و رافعی ندارد. و هر گاه هر دو تلف شوند، لازم می شود، و رجوع نمی توانند کرد. زیرا که استصحاب منقطع شد به سبب تلف موضوع، و اصل برائت ذمه است از وجوب رد. و اصل عدم جواز رجوع است. و اما هر گاه احدهما تلف شود، پس در جواز رجوع صاحب آن عین باقیه، خلاف است. و اظهر - بنا بر حصول ملکیت متزلزله - عدم جواز رجوع است. چون مستلزم جمع ما بین عوض و معوض است در ملک شخص واحد. چون آنچه را که مال او شد تلف کرد پس اگر این هم مال او شود لازم می آید که دو مال را داشته باشد. و حال آنکه یک مال بیش نداشت. و اگر بگوئی که چه می شود که رجوع کند به عین موجود که مال او بود قبل از این و عوض عین تالفه را رد کند به مالک اول آن. گوئیم که عین تالفه از ملکیت مالک او بیرون رفت بالمره به سبب تلف. و ملک متلف شد دیگر چه معنی دارد که عوض مال تالف خود را بدهد به عوض

مال موجود خود. و اگر بگوئی چه می شود که عوض مال موجود را بدهد به صاحب عین تالفه که الحال مالک مال موجود است، و آن را بگیرد. گوئیم که او را چه تسلط بر مال غیر؟! و این محتاج است به بیع و معامله جدید. و آن موقوف است بر تراضی. و به هر حال جمع ما بین عوض و معوض لازمه قول به رجوع است. و آن صورتی ندارد. بلی، بنا بر قول به اینکه معاطات افاده بیش از اباحه نمی کند، جایز است رجوع به عین موجود، از برای صاحب اول. بیش از این نیست که چون صاحب عین تالفه اباحه آن را بدون عوض نکرده، باید عوض تالف را به او رد کند. و در اینجا جمع ما بین عوض و معوض در ملک واحد نمی شود. زیرا که در اینجا قبل از تلف ملک او نشده بود و بعد از تلف چیزی باقی نمانده که ملک او باشد. یا لازم آید جمع ما بین عوضین در ملک شخص واحد. و این منافی استحقاق عوض نیست. به جهت آنکه اباحه بی عوض نکرده بود، و مستلزم بقاء ملکیت نیست که بگوئی شیئی تالف قابل ملکیت نیست پس ملک مالک اول هم نیست. و اما هر گاه بعض احد عین ها تلف شود، یا بعض هر یک، پس باز کلام همان است که مذکور شد نسبت به مقابل تالف. که بنا بر قول به افاده ملکیت رجوع نمی تواند کرد. چون لازم می آید جمع ما بین عوض و معوض. و در صورت تلف بعض هر یک هم فرقی نیست ما بین آنکه آنچه تلف شده از هر یک متساوی باشند یا متفاوت. پس در متساوی اشکالی نیست. و در متفاوت در قدر زاید تالف، باز حکم لزوم است. چنانکه گفتیم. و بعضی گمان کرده اند که جایز نیست رجوع مطلقاً، مثل تلف جمیع. چون رجوع کردن هر یک به حق خود ممتنع است. زیرا که موجب "تبعض صفقه" و ضرر می شود. و آن مندفع می شود به اینکه لزوم تبعض صفقه منشأ امتناع رجوع کردن نمی شود، بیش از این نیست که به سبب تبعض صفقه خیار فسخ از برای طرف دیگر حاصل می شود، و در قدر فایت رجوع به مثل یا قیمت می شود. و اما ضرر، پس آن مستند است به تفسیر خود که به عنوان صیغه معامله نکرده که لازم شود. پنجم: منتقل شدن از ملک در معنی تلف است. خواه به عنوان عقد لازمی مثل بیع

ووقف، یا مثل بیع در زمان خیار و هبه غیر لازمه بعد از قبض. چون اینها هم باعث خروج از ملک است. و اما تصرف به غیر این وجوه، مثل پوشیدن جامه، و عمل فرمودن عبد و حیوان، و آرد کردن گندم و امثال آن. پس آن مانع از رجوع نیست. و ظاهر این است که رجوع به اجرت آنها و نمائی که تلف شده نمی کند. چون به اذن مالک شده، و او را مسلط کرده بر انتفاع بدون عوض. و در صورتی که عین مشتبه شود. یا ممزوج شود به غیر. به حیثیتی که تمیزی نباشد. پس مسالک گفته است که امتزاج به بهتر از آن در حکم تلف است. و اما به مساوی یا پستتر، محتمل است که آن هم چنین باشد. به جهت امتناع رجوع هر یک به مال خود بر حال سابق، و این مختار جماعتی است. و محتمل است که چنین نباشد و جایز باشد رجوع در همهء صورتها. به جهت بقاء حق. و ظاهر 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 می شود که مساومه بر آن شده هر چند قایل نباشیم که در اول وهله آن معامله است؟- مثل اینکه معاطات در بیع شد و بعد از قبض، تلف شد. آیا الحال بیع می شود؟ که ثمرات بر آن مترتب می شود، یا نه؟. مثل ثبوت خیاراتی که در بیع ثابت است و بر فرضی که داخل بیع شود آیا آن احکام از حین تلف و لزوم ثابت می شود، یا از روز اول معامله؟- ظاهر کلام اکثر علما این است که معاطات معاوضهء علی حده ای است. و از بعضی تصریح به آن نقل شده و ظاهر این است که شهید (ره) باشد در حاشیه قواعد (۱) و محقق 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، و جامع شرایط بیع هم باشد به غیر صیغه. و شهید ثانی در مسالک گفته است که " بر تقدیر لزوم معاطات به احد وجوه مذکوره یعنی به سبب تلف عینین، یا سایر آنچه موجب لزوم می شود، آیا در این وقت بیع می شود؟ یا

ص: ۳۷۵

۱- یعنی مراد از آن بعض که تصریح کرده شهید (ره) است

معاوضه ای است برآسه؟. محتمل است که بیع شود. چون معاوضات محصورند و این هیچیک از آنها نیست. و معاوضه علی حده بودن محتاج است به دلیل. و محتمل است که بیع نباشد به سبب اتفاق علما بر اینکه در حال وقوع معامله، بیع نبود پس چگونه بعد تلف، بیع شد؟! و ظاهر می شود ثمره این نزاع در ترتب احکام مختصه بیع بر آن، مثل خیار حیوان هر گاه آنچه تلف شده ثمن باشد، یا بعض ثمن. و حیوان باقی باشد. و بر تقدیر ثبوت خیار آیا اعتبار سه روز از حین معاطات است؟ یا از روز لزوم؟ و همه اینها محتمل است. و مشکل است احتمال اول به قول ایشان که معاطات بیع نیست. و احتمال دوم به اینکه تصرف معاوضه نیست بنفسه. مگر اینکه بگوئیم معاطات جزء سبب است و به تصرف، تمام می شود. یعنی بیع شدن به مجموع معاطات و تصرف، حاصل می شود. و اقوی عدم ثبوت خیار حیوان است در اینجا، بنابر اینکه معاطات لازم نیست. و تمام نمی شود لزوم مگر به قول مفید و اتباع او. و اما خیار عیب و غبن، پس آن ثابت است بر هر دو تقدیر. همچنانکه خیار مجلس منتفی است. " تمام شد ترجمه کلام مسالک. و اظهر در نزد حقیر این است که (هر چند قایل شویم که معاطات در بیع که جامع همه شرایط باشد به غیر صیغه، بیع است و لکن بیع غیر لازم - چنانکه دور نیست - یا قایل شویم که بعد از تلف، بیع می شود - هر چند ضعیف است - هم) خیار حیوان در معاطات ثابت نباشد. هر چند بعد لزوم آن باشد. چون ادله خیار حیوان اقتضای بیش از ثبوت آن در بیع لازم در حین عقد، را نمی کند. چنانکه در اخبار صحیحه وارد شده به این مضمون که " الیبعان بالخیار ما لم یفترقا " و " الخیار فی الحیوان ثلاثه ایام للمشتري " چنانکه مخفی نیست بر متأمل. و اگر قایل نشویم که بیع است - چنانکه ظاهر اکثر است - که اشکالی نیست. و همچنین خیار مجلس هم در معاطات معنی ندارد. چون ثابت است بعد از افتراق نیز. و اما خیار عیب و غبن، پس چون آن مبتنی است بر نفی ضرر و خصوصیتی به بیع ندارد، پس، از قول به ثبوت آنها مضایقه نداریم. و همچنین خیار شرط و خیار رؤیت و خیار تدلیس و امثال آنها هم ثابت است. چون تراضی بر نهج خاص واقع شده و ظهور خلاف آن کاشف از عدم حصول

تراضى است بر آن. پس هر يك رجوع به مال موجود عوض تالف مى كنند.

۱۷۳-سوال:

۱۷۳-سوال: ما معنى الغناء المحرم؟ وهل يعم حرمة؟ او لها مخصص؟.

جواب:

جواب: ذكر جماعه انه " مد الصوت المشتمل على الترجيح المطرب " و نسبه المحقق الاردبيلي (ره) الى الاشهر. وقيل بذلك مع اسقاط الاطراب. وقيل به مع اسقاط الترجيح. وقيل " من رفع صوتا ووالاه فهو غنا ". وقيل " هو تحسين الصوت ". وقيل " ما هو يسمى فى العرف غناء " وهو اظهر الاقوال. واختاره الشهيد الثانى (ره) ومعناه بالفارسيه " سرود " كما صرح به فى المصباح، وقال: اغنيه: بالضم والتشديد: سرود. والجمع اغانى. والتغنيه: سرود گفتن. ولما كان العرف قد يحصل فيه اضطراب بحسب متفاهم اهله، فما يتفق منه انه هو، فهو حرام جزما. وما يتفق منه عدمه، فهو مباح. وما بقى فى مرحله الشك، فيلحق بالمباح. للاصل. و حرمة فى الجملة اجماعيه. بل قيل هو باجماع المسلمين. بل الضرورى من الدين. ويدل عليه الايات والاخبار المستفيضة التى لا- يبعد ادعاء تواترها، ولا- حاجه الى ذكرها. واما انه عام او يختص ببعض الافراد دون بعض؟ -؟ فالظاهر المشهور التعميم. بل يظهر من المفيد دعوى الاجماع على المطلب. بل ربما نقل دعوى الاجماع من العلماء من بعضهم. ويدل عليه (مضافا الى ذلك) من الاخبار المطلقة و خصوصا ما ورد فى تفسير قوله تعالى " والذين لا يشهدون الزور " وقوله تعالى " واجتنبوا قول الزور " وقوله تعالى " ومن الناس من يشتري لهو الحديث " (۱). واستثنى الشيخ فى النهايه المغنيه فى الاعراس، و حلل اجرتها، اذا لم تقرب بالباطل ولا يدخلن على الرجال ولا يدخل الرجال عليهن. واختاره العلامة فى المختلف. و كرهه ابن البراج. وقال ابن ادريس " لا باس باجر المغنيات فى الاعراس اذا لم يغنين بالباطل على ما روى ". ولا يخل مختار الشيخ من قوه لصحيحه ابى بصير وروايتين اخريين. (۲) ولكنها ه

ص: ۳۷۷

۱- الوسائل: ج ۱۲ ص ۲۲۹ - ۲۲۷، ب ۹۹ من ابواب ما يكتسب به، ح ۹ - ۱۱ - ۱۹ - ۲۰ - ۲۱.

۲- الوسائل: ج ۱۲ ص ۸۵ - ۸۴، ب ۱۵ من ابواب ما يكتسب به. واورد فيها حديث ابى بصير من ثلاثه طرق ثم اورد الروايتين. و كذا المرسل من الباب ۱۶، ح ۲. هذا فى الا-صوات الانسانيه، واما الاستثناء فى المزامير والدف فقال فى الجواهر " ويكره الدف فى الاملاك واختان خاصه لقول النبى (صلى الله عليه و آله) " اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال " يعنى الدف. وقوله - ص - ايضا " فصل ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح " - الجواهر: ج ۴۱، كتاب الشهادات، ص ۵۲ - ۵۱، المسئله السادسه

معارضه بروايات اخر وسائر العمومات و ظاهر دعوى الاجماع. و سبيل الاحتياط واضح. و مما استثنى منه الحداء (بالممد) وهو سوق الابل بالغناء لها. واعترف جماعه من الاصحاب بعدم الوقوف على دليل عليه. ولعله ورد فيه الخبر من طريق العامه. قال فى مجمع البحرين " وفى حديث السفر: زاد المسافر الحداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء - قال: اى بعد من آداب الشرع - ". و ربما نقل قول باستثناء مراثى الحسين عليه السلام. ولا نعرف قائله. وربما يوجه ببعض الاخبار التى لا دلالة فيها. و بانه من باب النوحه المجوزه. وفيه منع دلالة جواز النياحه على جواز الغناء. و بان النسبه بين مادل على حرمه الغناء و [مادل على] رجحان الالبكاء عموم من وجه. والرجحان للاخير. وفيه منع كون الغناء مبكيا على الحسين عليه السلام. بل انما هو مقتضى طبيعته فى بعض الاحيان، وان كان فى الاشعار الباطله. غايه الامر حصول بكاء مركب من الحلال والحرام. مع انا نمنع ترجيح هذا المقام مع قوه دلالة العام المشتمل على " النهى " المستلزم لطلب انتفاء الطبيعه راسا. بخلاف " الامر " الذى لا يقتضى الا الامتثال الحاصل بوجود بعض الافراد. واستثنى صاحب الكفايه الغناء بالقرآن. واسنده الى ظاهر كلام الطبرسى (ره). وفيه انه لم يذكر الا تحسين اللفظ، و تزيين الصوت، و تحزينه. ولا يخفى الفرق بين تحسين الصوت والغناء. واستدل (ره) باخبار قاصره سندا و دلالة لا حاجه الى ذكرها و ذكر ما فيها فلا وجه له اصلا. وقد اطنبنا الكلام بذكر الادله والاخبار، والجرح والتعديل فى هذه المقامات فى كتاب مناهج الاحكام. و عمدته المقصود هنا التنبيه على ما ذهب الى بعض الاوهام ان " من يقرء القرآن او المراثيه لا يقال انه يغنى. بل يقال انه يقرء القرآن، او يقرء المراثيه " فيجعل الغناء صفه اللفظ والمقروء، لا للصوت والقرائه. وهو توهم فاسد. كما دل عليه كلام العلماء واهل

اللغة في عدم ادراجهم المقروء في تعريف الغناء بل انما جعلوه تعريفا للصوت. وان فرض اصطلاح جديد وعرف خاص، فهو مما لا يعتنى به. مثل ما شاع في العربي الجديد تسميه " الماست " باللبن مع انه موضوع للحليب. واما ما سبق الى بعض الاوهام " من ان الحداء والرجز والنياحة والرتاء والغناء، انما هي الفاظ في كلام العرب مستعمله في معان مقصوده لهم مشتركه الكيفيه في القواعد الموسيقيه خارجه على قوانين النسب الصوتيه. فالحداء. لتهييج القوه الطبيعيه في المشى والسير، ولها منفعه و مصلحه كانت شايعه في الجاهليه والاسلام. والرجز لتهييج القوه الغضبيه المطلوب في الجهاد والدفاع، وقد استعمله النبي " ص " وعلى والحسين " ع " وهو من السنن الجهاديه. والنياحة وقد ورد الاخبار في جوازها ان خلت عن الكذب. والرتاء قد ورد الحدث بها في الاحاديث و كانوا يأمرن الرائيين بالرتاء على الحسين عليه السلام. والغناء الذي هو في اللغة مد الصوت، وزاد بعضهم فيه الترجيح، وبعضهم الطرب - وقد ورد فيه المدح والذم باعتبارين في الاخبار، فمنها: الغناء نوح ابليس على الجنه (١). ومنها في الرخصه: ان ذكرتك الجنه فلا- بأس (٢) ومنها: ان الله يحب الصوت الحسن يرجع به ترجيعا (٣) ومنها: من لم يتغن بالقرآن فليس منا (٤) - واولها جماعه. بخلاف الظاهر، و حملها آخرون على التقية - . والتحقق ما فسر به الائمة (عليه السلام) تاره في تفسير قوله تعالى - ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله - واخرى في تفسير قوله تعالى - واجتنبوا قول الزور - فظهر ان كل كلام مرجع مطرب ممدود به الصوت خارج مخرج الزور، اعنى مالا حقيقه له، او خارج مخرج اللهو وهو ما يلهى عن الاخره فهو الغناء المنهى عنه. واما ما خلا عن اللهو والزور، كالقرآن والرتاء على الحسين " ع " وما فيه اعلام الناس بمناقب المعصومين " ع " و فضائلهم. فهو الغناء المرخص ٥

ص: ٣٧٩

- ١- ما نلت على وجدانها في المتون الحديثيه.
- ٢- الوسائل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، باب ١٦ ح ٢.
- ٣- الوسائل: ج ٤، ابواب قرائه القرآن، ب ٢٤ ح ٥.
- ٤- البحار: ج ٩٢ ص ١٩١، باب قرائه القرآن بالصوت الحسن، ح ٢ و ٥

فيه. و يحمل مجملات الاخبار على المفصلات. " فهو كلام (1) متساقط لا يرجع الى محصل. فان قوله " مشتركة الكيفيه... " صفة ل " معان مقصوده " فلا بد ان يكون المراد من المعانى المقصوده هو كيفيات الاصوات الخاصة. فان ما هو من جمله موضوع علم الموسيقى انما هو الصوت من حيث هو. وان كان تحقق الصوت غالبا فى قالب الكلام. لا- الكلام من حيث انه كلام، ولا من حيث انه مهمل، او موضوع، او نظم، او نثر، او مدح، او ذم، او مفاخره و ذكر نسب، او حكاية رزيه و تلهف على نازله. فلا يعتبر فى اتصاف الصوت. بمصطلحات اصحاب الموسيقى ملاحظه المقروئات، و معانيها. كما لا يخفى. بل الملحوظ انما هو نفس الصوت والنغمه. وذلك انما يتم فى الغناء فقط. اذ ليس مدلول ساير الالفاظ المذكوره كيفيه من الصوت بدون اعتبار المقروء والمدلول. فان الحداء فى اللغه هو سوق الابل و زجرها فى السير مع الغناء لها ليحث على السير. فالحداء ليس موضوعا لكيفيه اخرى من كيفيات الصوت غير الغناء، ولا- هو نفس الغناء وان استعين به فيه. فلا يصح جعله قسيما للغناء فى الكيفيات الموسيقية. ولا ينافى ذلك استعمال لفظ الحداء فى مقام من مقامات الموسيقى ايضا. كالحسينى والمنصورى والرها. ولا- تباين بينها و بين الغناء ايضا. ولا مدخلية لنفس المقروء من حيث هو مدلوله، لان الابل لا يميز بين المقروئات والمدلول، ولكنها يميز الصوت الحسن عن غيره، فيستريح بالصوت الملايمه طبعها، و يسهل عليها مشقه السير. ولا ينافى ما ذكرنا ايضا التزام هذا المقام الخاص فى التغنى للابل ايضا، كما لا يخفى. و كيف كان فلا وجه لجعل الحداء قسيما للغناء. اذ ليس هو من اقسام كيفيات الصوت كما عرفت. وان لو حظ كونه على مقام خاص من المقامات الموسيقية، فان سلم ذلك فيكون اخص من الغناء مطلقا. لا مباينا. ولا قسيما له. وان فرض ح تحققه بغير الغناء، فهو اعم منه من وجه.

ص: ٣٨٠

١- هذه جواب " اما " فى قوله: واما ما سبق الى بعض الاوهام

فلا- وجه لتخصيصه بالذكر. اذ ساير المقامات ايضا اخص من وجه. ولكل منها مصلحه خاصه، و تاثير خاص. كما قرر في الموسيقى. مع انا لم نقف في كلام اهل اللغه في تفسير ما يسوق الابل بالغناء، و لم يقل احد انه سوقها بهذا المقام الخاص. مع انه خلاف المشاهد في الغالب في التغنى للابل. واما الرجز: - بالفتحتين - فهو بحر من بحور العروض. وقد يطلق على نوع من انواع الشعر يكون كل مصراع منه منفردا و يسمى قصائده اراجيز. جمع ارجوزه. وهذا ايضا لا دخل له في كفيات الصوت بل هو من صفات المقروء او النظم. فلا يصح جعله قسيما للغناء و من جمله كفيات الصوت التي لها تاثير من حيث انه صوت. بل تاثيره انما هو لاشتماله على المفاخره بالنسب والتهديد في الحرب و اظهار التجلد التي كلها من لوزام المقروء والمدلول. واما النياحه: فهي ايضا يعتبر فيها ملاحظه المقروء والمدلول. ولكن لا نضايق فيها من القول باعتبار الكيفيه الخاصه الحاصله في الصوت ايضا، ليكون قسيما للغناء من هذه الحثيه. فهي كيفيه خاصه من الصوت في نوع من المقروء. وهو ما يشتمل على اظهار الويل والعيول على الميت. بان يقول واويلاه، يا ويلاه، واى واى، و ما فى معناها. او بعد بعض محاسنه، و ذكر سوانحه و مصايبه. ومع ذلك يظهر الالام والوجع عليه. و كثيرا ما يحصل فيه التقابل من جماعه والتجاذب فيقال " تناوحوا ". وهي ايضا مما لا باس به، اذا لم يكن بالكذب والباطل. واما الرثاء والمرثيه: فهو ايضا من صفات المقروء واللفظ. لا الصوت. ويعتبر فيه كونه شعرا. بخلاف النوحه. فالفرق بينه و بين النوحه من وجهين: اعتبار كيفيه الصوت فى النوحه دون المرثيه، واعتبار كونه شعرا فى المرثيه دون النوحه. واما الغناء: فهو من كفيات الصوت. ولا- يعتبر فيه المقروء والمدلول جزما. والكلام فى حرمة بالعموم او فى بعض المقروئات قد مر. والتحقيق فيه العموم - لما اشرنا اليه - الا ما استثنى منه. (على خلاف فيه). واما الصوت الحسن: فالنسبه بينه و بين الغناء والنياحه عموم من وجه. واما ما ذكر من جعل قول الصادق (عليه السلام) - فى صحيحه محمد بن مسلم و ابي الصباح الكنانى عن قول الله عز وجل " والذين لا يشهدون الزور " هو الغناء. وفى روايه ابي بصير حين سئل عن قول الله عز

وجل " واجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور " قال: هو الغناء. - ان الغناء المنهى عنه هو الغناء الذى وقع فى كلام خرج مخرج الزور، وهو مالا- حقيقه له. لا الغناء فى مثل القرآن والمراثى المامور بها و نحوهما. فهو كما ترى. غايه الامر ان يقال فى تاويل الخبر، ان الغناء مثل قول الزور فى كونه منهيا عنه. لا ان الغناء المحرم هو الذى يكون فى كلام هو من قول الزور. و كذلك معنى قول الباقر " ع " - فى حسنه محمد بن مسلم " قال سمعته يقول: الغناء مما قال الله تعالى، ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم ويتخذها هزوا - ان الغناء المنهى عنه هو الذى وقع فى كلام خرج مخرج اللهو، وهو مايلهى عن الاخره. فالمرخص فيه هو ما ليس فى كلام لهو او زور كالقرآن والمراثى المامور بهما والقصايد فى مدح المعصومين. ثم انك بعد الاحاطه بما ذكرنا تعرف وجه التساقت والخلط بين صفات الصوت والمقروء سيما مما يظهر من آخر الكلام حيث جعل المراثيه محل الغناء. وقد ظهر من اول الكلام انه قسيم له. الى غير ذلك من الاختلاطات التى لا يخفى على من تأمل فيه. مثل انه جعل ما فى الاخبار من تفسير الايه تفسير الغناء، ثم قال المراد منها ان الغناء الذى فى قول الزور، حرام. وهذا ليس تفسيراً له بل تفصيل لحكمه. ومنها ذكر الروايه بان الغناء نوح ابليس على الجنه، مثل انه جعل النوح قسيماً للغناء. (1)

١٧٤- سؤال:

١٧٤- سؤال: زيد فوت شده وقدرى املاك از او مخلف شده، از قبيل خانه و باغ و دكان. ووارث او منحصر به سه پسر و سه دختر. و سه پسر قرار دادند كه املاك را قسمت کنند فى ما بين خود بدون اذن همشيره ها. وليكن قرار دادند فى ما بين، كه آنها را راضى کنند. و آن املاك را فى ما بين خود قسمت کردند. يك خانه را يك از برادرها برداشت. و خانه ديگر را برادر ديگر. و باغ و دكان را برادر ديگر. و حال يكي از برادرها حصه خود را فروخته به برادر ديگر، و چون شرط کرده بودند كه هر يك همشيره ها را راضى کنند،

ص: ٣٨٢

وراضی نکرده اند، آیا این قسمت و مبیعه صحیح است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: قسمت بدون حضور جمیع شرکاء و اذن آنها - یا وکیل یا ولی آنها - صحیح نیست. پس مال در صورت سؤال، بر اشاعه باقی است. و اما بیعی که احدی از آن برادرها به دیگری کرده، در حصه خودش از آن مال خاص نسبت به مجموع ترکه، صحیح است. و در حصه همشیره ها و برادر دیگر، موقوف است به اجازه و امضای آنها. پس اگر اجازه کردند، مشتری مالک می شود. و آنها قیمت را از بایع میگیرند هر گاه اجازه قبض ثمن را هم کرده باشند. والا از مشتری میگیرند. مگر اینکه به عینی فروخته باشند و عین را تسلیم بایع کرده باشند؟ که در این صورت می توانند از بایع مطالبه کنند و می توانند از مشتری. هر گاه عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن را میگیرند. و حاصل اینکه: هر گاه قبض ثمن نشده، رجوع به بایع نمی توانند کرد. خواه ثمن عین باشد یا دین. و هر گاه قبض حاصل شده، پس مادامی که اجازه قبض ثمن نکرده اند، مشتری بری الذمه نیست از حق مالک. و می تواند از او مطالبه کند، نه از غاصب که بایع است. مگر اینکه ثمن عین باشد، که در این وقت از هر یک از آنها مطالبه می توانند کرد. و در صورت تلف عین، رجوع به مثل یا قیمت می کنند. بلی، هر گاه بایع فروخته باشد مال را به عوض طلبی که در ذمه او مشتری دارد، در این صورت اجازه بیع مستلزم اجازه قبض است. پس مطالبه نمی تواند کرد، الا از بایع.

۱۷۵- سوال:

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. و در 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، و ادعای کرایه ننماید. آیا این شرط صحیح است یا نه؟ -؟ و اگر شرط فاسد باشد، بیع صحیح است یا نه؟ -؟ و سید مزبور در این خانه حال مدت ده سال می شود که تصرف دارد و ساکن می باشد. و در این مدت تخمیناً سی تومان اخراجات نموده است. الان خانه هشتاد تومان، بلکه بیشتر قابلیت به هم رسانیده، و هر گاه شرط و بیع فاسد بشود اخراجات را سید می تواند گرفت یا نه؟ -؟.

ص: ۳۸۳

جواب:

جواب: اظهر بطلان بیع است. چون شرط فاسد است به سبب جهالت مدت سکناى خود و ومنسوبان و اولاد او الی آخر الابد. و خمس دادن او هم باطل شده. و این خانه داخل مقبوض به بیع فاسد می شود که ضمان بر مشتری مترتب می شود در صورت تصلف؟ و نقض آن. و اما هر گاه در خانه زیادتی و منفعتی حاصل شده (به سبب تعمیری که مشتری کرده) و قیمت آن زیاد شده، پس ظاهر این است که - در صورت جهل مشتری به فساد بیع - هر گاه عینی از خارج آورده و در آنجا داخل کرده (مثل چوب و آجر و امثال آن) مستحق بردن آنها هست. و هر گاه منفعت [ان عین] عین نیست، یا عینی است که جدا نمی توان کرد و به سبب آن، قیمت زیاد شده پس بایع غرامت آن را میکشد، و به نسبت به تفاوت در قیمت، شریک میشوند.

۱۷۶- سوال:

۱۷۶- سوال: زید ملک خود را به عمرو، می فروشد در حالتی که آن ملک در دست بکر است عدوانا، و قیمت را میگیرد. و زید. بهیچوجه قادر نیست که ملک را از بکر بگیرد و تسلیم عمرو نماید. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟ -؟ و عمرو رجوع می کند به قیمتی که داده؟. و آیا قدرت عمرو بر اخذ ملک کافی است در صحت عقد یا نه؟ -؟ و آیا تجدد عجز از برای قادر موجب بطلان است یا موجب خیار؟ -؟

جواب:

جواب: هر گاه نه بایع قدرت دارد بر تسلیم مبیع، و نه مشتری بر تسلیم آن، و هر دو عالمنند به این معنی. آن بیع باطل است جزما. چنانکه هر گاه بایع قادر باشد بر استرداد و تسلیم آن نیز، صحیح است جزما. همچنانکه صحیح است هر گاه امانت باشد در نزد غیر. و حکایت اجماع بر این هم از تذکره شده. و اما هر گاه مشتری قادر باشد بر انتزاع ملک، و بایع قادر نباشد، پس اظهر در آن نیز صحت است. چنانکه جماعتی از اصحاب قایلند. به دلیل عمومات، و عدم لزوم غرر و سفه. و انتفای قدرت بایع مضر نیست. چون غرض و مطلوب از شرط قدرت بر تسلیم، همان تمکن مشتری است از اخذ و تصرف. پس فی الحقیقه مراد از شرط قدرت بر تسلیم احد امرین است از امکان تسلیم بایع، یا تسلیم مشتری. والا معنی نخواهد داشت اجماع علما

بر اشتراط قدرت بر تسلیم، با وجود جماعت (۱) بلکه مخالفی نقل نشده الا از ظاهر کلام شیخ در مبسوط که بیع مغضوب صحیح نیست. و لازم این میافتد که مالک نتواند به غاصب هم فروخت. و به هر حال این قول ضعیف است. و اما هر گاه مشتری بعد از آنکه قادر بود بر تسلیم، عجزی بر او عارض شود، پس باز بیع باطل نمی شود. بلکه خیار فسخ از برای او حاصل می شود. و ظاهر این است که این هم داخل در همان قسم دوازدهم از خیارات است که شهید [ین] در لمعه ذکر کرده اند، که آن را "خیار تعذر تسلیم" نامیده اند. و شارح آن، تعلیل کرده آن را به اینکه بایع قبل از قبض ضامن بیع است. یعنی هر گاه تلف شود قبل از قبض، از کیسهء بایع رفته. و چون عجز از تسلیم نازل منزلهء 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 می شود. پس هر گاه ملتزم شود، بیع را صحیح خواهد. و آیا [در] این صورت، رجوع به ارش می شود یا نه؟ - شارح احتمال از برای آن داده. و بعد از این تضعیف آن کرده به اصل برائت، و به اینکه ارش در مقابل مطلق نقص نیست بلکه در مقابل عیب است و این را عیب نگویند. و این قول [به] ثبوت خیار، مختار جماعتی است، که از جمله علامه است در قواعد. و قول دیگر قول به لزوم عقد است. چون در حین عقد، خیاری نبود، به جهت تحقق شرط. و موجبی از برای ثبوت آن نیست. و این قول منقول است از علامه در تذکره ولکن عبارتی که از تذکره نقل شده مقتضی آن است که [در صورتی که] مشتری قادر بر تسلیم است [و] عالم است به اینکه بایع قادر بر تسلیم نیست، بیع لازم است و خیاری از برای او نیست. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. و هر گاه جاهل باشد به عدم قدرت بایع، از برای او خیار ثابت است. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. زیرا که لازم نیست بر او تحمل کلفت انتزاع. و آنچه از تذکره حکایت شده، از ابن متوج نیز حکایت شده.

ص: ۳۸۵

۱- زیرا جماعتی معتقدند که در صورت قدرت مشتری بر تسلیم، قدرت بایع بر تسلیم شرط نیست. پس اجماع به احد امرین قائم است والا جماعت مذکور در طرف مخالف قرار میگیرند و اجماع محقق نمی شود

واز آنچه گفتیم ظاهر می شود حکم آنکه بایع در حین عقد قادر بر تسلیم بود و بعد از آن عجز طاری شود قبل از قبض. که در اینجا نیز خیاری از برای مشتری ثابت می شود. و هر چند در مسئله "خیار تعذر تسلیم" اکتفا کرده اند به ذکر مظنه قدرت بر تسلیم - که گفته اند هر گاه بخرد چیزی را به مظنه امکان تسلیم مثل طایری که عادت دارد بر عود، یا غلام مطیعی بخرد. و آن مرغ بر نگردد و آن غلام بگریزد - ولکن ظاهر این است که فرقی نباشد. چون ماخذ یکی است. بلکه ظاهر این است که اکثر افراد قدرت بر تسلیم، از باب ظن است و آنها را در عرف "قدرت بر تسلیم" می گویند. و از این جهت است که علمائی که تجویز کرده اند بیع طایر معتاد العود را، بنای آنها بر این است که آن مقدور التسلیم است عادتاً. والا گاه هست که بایع هر گاه اسبی [را] که در اصطبل اوست می فروشد به کسی، و بعد از عقد بیع که مشتری میخواهد او را ببرد، فی الحال او را دزد برده است. پس در اینجا هم بیع صحیح است و خیار 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:

۱۷۷-سوال: آیا جایز است بیع چیزی که قدرت بر تسلیم آن موقوف است بر انقضای مدتی، یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهر صحت بیع است. بدلیل عمومات، و عدم مانع از آن. بلی اگر مشتری جاهل به حال باشد، خیار فسخ از برای او حاصل می شود. و محقق در شرایع گفته است که "لو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مده، فیه تردد. ولو قیل بالجواز مع ثبوت خیار للمشتري، كان قویاً" و اگر 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 الجملة، افاده نمی کند. واجماعی در اینکه باید قدرت بالفعل باشد، نیست. و در صورت علم به حال، مظنه غرر و سفاهت هم نیست.

۱۷۸-سوال:

۱۷۸-سوال: آیا جایز است بیع مغضوب غیر مقدور التسلیم - که نه بایع قادر باشد و نه مشتری - با ضم ضمیمه یا نه؟-؟.

ص: ۳۸۶

جواب: بیان این مطلب موقوف است به ذکر چند مبحث: مبحث اول: اینکه از جملهء شرایط صحت بیع، قدرت بر تسلیم مبیع است. ودلالت می کند بر آن اینکه بدون قدرت بر تسلیم داخل غرر و سفاهت است. و جمع کثیری هم دعوی اجماع و نفی خلاف کرده اند. و بخصوص عدم جواز بیع مرغ در هوا و ماهی در آب و عبد آبق نیز دعوی اجماع کرده اند (هر چند از علامه در تذکره ظاهر می شود وجود قول به جواز بیع آبق بدون ضمیمه، بعد از آنکه خلاف آن را نسبت به مشهور داده. و آن قول مهجور است، وقایل آن معلوم نیست) واستثنا کرده اند بیع مرغی را که عادت به عود دارد، و ماهی را که در آب صاف، باشد و راه آن مسدود باشد، و آبقی را که در دست مشتری باشد. پس ما اولاً معنی مرغ در هوا و ماهی در آب را بیان [می] کنیم، بعد از متعرض میشویم از برای حکم در اعتبار عود و محصور بودن ماهی. ظاهر این است که مراد از مرغ در هوا مثل این باشد که چند جفت کبوتر می خرد و میآورد 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. و اما مثل کبوتر مباحی که آن را حیازت کرده و به سبب حیازت مالک شده و عادت نداده به پریدن، و مالک از آن اعراض کند - پس هر چند خلاف است که آیا مجرد اعراض باعث خروج از ملک می شود تا جایز باشد تملک آن از برای دیگری به صید، یا نه. دور نیست ترجیح خروج از ملک. چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده ایم - پس در این صورت، عدم صحت بیع از جهت عدم تملک است. نه مجرد تعذر تسلیم. و هر گاه اعراض نکرده پس آن هم مثل آن است که خریده. و از آنچه گفتیم معنی ماهی مملوک هم ظاهر می شود. و اما استثنای مرغی که عادت به عود دارد، پس در آن خلاف است. جمع کثیری از علما تجویز آن را کرده اند، بدلیل عمومات کتاب و سنت. و عدم لزوم غرر و سفه. و این عادت به منزلهء قدرت بر تسلیم حقیقی است. و آن به منزله غلامی است که از پی حوائج رفته. و [به منزلهء] حیوانی [است] که به صحرا فرستاده اند برای چریدن. و علامه در نهاییه توقف کرده است. به جهت آنکه اعتمادی به عود آن نیست. چون عقلی ندارد. و از شیخ در مبسوط نقل مخالفت شده، و اینکه جایز نیست مگر در وقتی که در

برجی باشد و در آن بسته باشد. و به هر حال هر گاه در برج بسته باشد، بیاشکال صحیح است. و اما ماهی در آب، پس ظاهرا خلافتی در عدم جواز بیع آن نیست. و نقل اجماع و نفی خلاف در آن متعدد است. مگر به چند شرط: یکی آنکه ماهی مملوک باشد، و این شرط دخلی به ما نحن فیه ندارد. دوم آنکه آب صاف باشد و ماهی مشاهده باشد. و آن نیز از راه جهالت مقدار است که از فروع اشتراط معلومیت مبیع است که از آن جهت صحیح نیست، مگر با ضم ضمیمه که در محل خود بیان کردیم (۱) سوم اینکه ممکن باشد گرفتن آن، مثل اینکه در حوضی یا برکهء محصوری باشد. و بعضی شرط دیگر هم گفته اند و آن این است که آن جوهره (۲) ماهی را به عدد بفروشند. و ظاهر این است که این هم راجع می شود به معلومیت مبیع. و به هر حال عمدۀ در مقام، امکان صید است. و مختلف می شود به اختلاف آب از حیثیت صافی و تیرگی، و از حیثیت وسعت برکه و تنگی آن. و با مشاهدهء حال رفع ناخوشی قلت مؤنه و کثرت مؤنه در صید می شود، هر گاه صید در عهده مشتری باشد. و الا اشکال کمتر می شود. و گویا که 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 و راه 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 هر چند ممکن نباشد صید آن، یا هر چند شاهد هم نباشد و مجهول باشد. چنانکه گاه هست که توهم می شود. و همچنین عبارتی که از شیخ در خلاف نقل شده، که گفته است "اذا کان الماء کثیرا صافیا و السمک مشاهدا، الا انه لا یمکن اخذه، فعندنا انه لا یصح بیعه. الا ان ینضم الیه شیء. و اذا انضم الیه شیء آخر، صح اجماعا" این نیز اشاره به شرط قدرت تسلیم است. چون فرض مقام را به نحوی کرده که جهالت نباشد.

ص: ۳۸۸

۱- رجوع کنید به مسئله های: ۶، ۷۴، ۱۵۶، از همین مجلد.

۲- و ممکن است به صورت " [در] آن حوزه " قابل اصلاح باشد، و مراد از حوزه منطقه، و باصطلاح رسم بلد، باشد

واما بیع عبد آبق منفردا: پس بطلان آن نیز مشهور علما است، و مقتضی (۱) بطلان بیع، غرر و سفه است - و دعوی اجماع بر آن از جماعتی شده - مگر اینکه مشتری قادر باشد بر تسلیم آن، که در آن خلاف است. و جمع کثیری هم قایل به صحت اند. و از انتصار سید (ره) ظاهر می شود که از متفردات امامیه است. و اطلاق 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. و از این جهت است که نقل مخالفت در مسئله نشده از آنها، و همچنین کلام بعض آنها که گفته اند که صحیح نیست بیع آبق الا به ضم ضمیمه. و حدیثی که در مسئله وارد شده است هم دلالت ندارد بر اینکه قدرت مشتری بر تسلیم صحیح نیست، چنانکه ذکر خواهیم کرد. و اما هر گاه بفروشد آبق را با ضم ضمیمه، پس بیع صحیح است اجماعا. چنانکه جمعی از علما دعوی کرده اند، و به مخالفی بر نخوریده ایم. و دلالت بر آن [دارد] صحیحه رفاعهء نحاس: " قال سئلت ابا الحسن یعنی موسی بن جعفر - ع - قلت له ایصلح لی ان اشتری من القوم الجاریه الایقه واعطیهم الثمن واطلبها انا؟ فقال: لا یصلح شرائها الا ان تشری معها منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانه و هذا المتاع، بكذا و كذا درهما. فان ذلک جائز " (۲) و موثقهء سماعه عن ابی عبد الله - ع -: " فی الرجل قد یشری العبد و هو آبق عن اهله (۳) قال: لا یصلح الا ان تشری معه شیئا و تقول اشتری منک هذا الشیء و عبدک، بكذا و كذا، فان لم یقدر علی العبد کان الذی فقهه فی ما اشتری منه معه. " (۴) - و مثله روایتان اخیران فی الفقیه و الکافی (۴) پس اگر آن گریخته پیدا شد که سخنی نیست. و غلام و ضمیمه هر دو مال مشتری است. و هر گاه پیدا نشد پس مشتری را حقی بر بایع نیست. و قیمتی که داده در برابر همان ضمیمه خواهد بود. و در این هم خلافتی ظاهر نیست از احدی از اصحاب. و مراد ایشان آن نیست که آن غلام از مبیع بودن بیرون رفت، و مبیع منحصر است در ضمیمه. تا لازم آید

خروج ۸

ص: ۳۸۹

۱- و در نسخه: و مقتضای بطلان بیع غرر و سفه است.

۲- وسایل: ج ۱۲ ص ۲۶۳ - ۲۶۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۱ ح ۱ و ۲.

۳- وسایل: ج ۱۲ ص ۲۶۳ - ۲۶۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۱ ح ۱ و ۲.

۴- فقیه: ج ۲ ص ۷۴ - کافی (فروع) ج ۱ ص ۳۸۸

او از ملکیت مشتری. بلکه مراد این است که توزیع نمی شود ثمن بر مجموع عبد و ضمیمه، که مشتری تواند به قدر عبد را پس بگیرد از بایع. و ثمره آن در این ظاهر می شود که در این وقت می تواند آن غلام را آزاد کند از برای کفاره و امثال آن. و چون مقتضای عقد بیع این است - که توزیع شود تمام قیمت به تمام مبیع، و تو هم می شود که در اینجا هم باید توزیع کند. و آنچه در مقابل عبد است پس بگیرد - فقها تنبیه کرده اند بر این معنی که در اینجا چنین نیست. و تمام ثمن مقابل ضمیمه است. پس منافاتی نیست ما بین اینکه جزء مبیع باشد و ثمنی در برابر آن نباشد. و جمعی از علما تصریح کرده اند به اینکه آن جزء مبیع است. و بعضی از علما به سبب منافات جزء مبیع بودن با عدم قیمت در برابر آن، قایل شده اند به اینکه آن آبق جزء مبیع نیست، بلکه از قبیل شرطی است در ضمن عقد معلقا. یعنی "فروختم من این ضمیمه را و شرط کردم که اگر آن غلام پیدا شود هم ملک تو باشد" و بر این مترتب می شود اینکه بخصوص قیمتی در برابر آن نباشد. و اگر معیوب بر آید خیار فسخی نباشد، خیار ارشی نباشد. و این بعید است، و بنا بر این 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 و شرط کردم که این غلام هم از تو باشد". و نظیر آن در احکام شرعیه نادر است. چون غالبا شروط از باب "افعال" است نه "انفعال" و در بعضی موارد که انفعال است موقوف به مستقبل است نه حال. مثل شرط رقیق ولد هر گاه احد ابوین حر باشد. یا شرط میراث در عقد متعه، که [از] شروط استحقاق میراث است که از شروط قسریه است. و محقق ثانی (ره) گفته است که شاید مراد اصحاب - که گفته اند که ثمن مقابل ضمیمه است - مسامحه و مجاز است. و مراد ایشان این است که آنچه در مقابل ثمن برای مشتری میماند همان ضمیمه است. و همچنین مراد از روایتی که در مسئله وارد شده است. زیرا که بیع بر مجموع واقع شده و صحت وقوع معاوضه بر شیئی مستلزم ترتب اثر است بر آن معامله. پس چگونه می شود که در برابر مبیع ثمنی نباشد، و مبیع ملک مشتری بشود. و فساد مقتضی آن است که تواند رجوع کند به حصه ای از ثمن. پس عدم جواز رجوع به

حصه ای از ثمن مستلزم صحت است. و گفته است که قول به حصول ملکیت، متعین است. و خوب گفته است. و مثال این سخن به این بر میگردد که احکام بیع همه در اینجا جاری است، و این جزء مبیع است، و ثمن هم در برابر آن هست. و لکن استثنا شده از آن احکام، خصوص صورتی که آبق پیدا نشود، و علتی دیگر هم در آن نباشد. که تمام قیمت مال بایع است در مقابل ضمیمه تعبد، به سبب اجماع و اخبار. و معنی این استثنا عدم رجوع است به مساوی قیمت آبق " مادام آبقا و من حیث انه آبق. لا- غیر. ". و بعد از آن اشکال کرده است در صورتی که ضمیمه مال مالک آبق نباشد. زیرا که اگر بگوئیم صاحب ضمیمه مالک تمام ثمن می شود، آن خلاف مقتضای معاوضه است. چون بیع بر مجموع وارد شده و آبق بیعوض میماند. و هر گاه بگوئیم مستحق بعض ثمن است نسبت به ضمیمه، پس باید بیع آبق باطل باشد. و این خلاف اطلاق اخبار است. و گویا مراد او این است که در صورت توزیع ثمن جزئی از ثمن مقابل ضمیمه می شود و جزء دیگر مقابل آبق. پس گویا این را مستقلا فروخته به قیمت معین، و بیع آبق به استقلال، باطل است. و حال آنکه اخبار در صحت بیع آبق با ضمیمه مطلقند. و جواب گفته از این اشکال که این معامله از اصل صحیح نیست. به جهت آنکه اعتبار ضمیمه، به جهت مالک شدن ثمن است بالتمام. و چون آن در اینجا ممتنع است، پس صحت هم ممتنع است، و در مسالک هم گفته است که " و یعتبر کونها من مالک العبد، و یستحق جمیع الثمن، اذ لو کانت من غیره لم یستحق شیئا، فیمتنع صحه بیعه " یعنی باید ضمیمه از مال صاحب آبق باشد تا تواند که مستحق همه ثمن باشد. چنانکه مدلول موثقهء سماعه است. و آنچه موافق آن است که دلیل صحت بیع آبق است. و در صورتی که ضمیمه مال غیر باشد، ثمن مال صاحب عبد نمی تواند شد، پس داخل این اخبار نیست. و مندرج می شود در تحت ادلهء منع از بیع آبق، پس صحیح نخواهد بود.

و کلام صاحب مسالک اوضح واسلم است از کلام شیخ علی (۱). چون راه منع در بطلان بیع آبق - در صورت استحقاق بعض ثمن - مسدود نیست. ولکن ظاهرا جوابی [را] که [او] از اشکال گفته می توان راجع کرد به آنچه در مسالک گفته. و حاصل آن این است که این اخبار، ظاهر آنها، صورت مملو کیت ضمیمه است از برای مولای آبق. و ما تعدی از [ظهور] آنها نمیکنیم. و بدان که کلام فقها در این مقام غیر محرر است. و تحقیق و گفتن آن در نهایت اشکال است. زیرا که اولاً: در مقام ذکر ضمیمه، جمع کثیری گفته اند که باید ضمیمه، چیزی باشد که صحیح باشد بیع آن منفردا. یعنی مثل آبق دیگری نباشد. یا مثل یک جبه گندم نباشد که آن را مال نمی گویند. و در بعضی عبارات، تعمیم داده اند در قلت و کثرت، یعنی خواه ضمیمه قلیل باشد و خواه کثیر. و ثانیاً: بعد از آنکه گفته اند که بیع این جایز نیست بدون ضمیمه و جایز است با ضمیمه. اشکال کرده اند که آیا این مختص بیع عبد آبق است که ضمیمه مجوز آن است؟ یا شامل عبد " ضال " - یعنی گم شده بدون گریختن - و " مجحود " - یعنی غلامی را می فروشد که در نزد کسی است و او دانسته انکار می کند که در نزد من نیست و یا اینکه در نزد من است و غلام بایع نیست - هم [می شود]؟. و همچنین اشکال کرده اند که آیا حکم شتر گریخته و اسب گریخته، مثل غلام گریخته است یا نه؟ -؟ و همچنین گم شده و مجحود آنها. یعنی جایز نیست بیع آنها منفردا و جایز است با ضمیمه -؟. و در الحال مذکورات خلاف کرده اند. و بعضی در الحاق متمسک شده اند به اشتراک، جمیع در علت. و دیگران در عدم الحاق، به عدم تعدی از نص، چون در آبق وارد شده. و [به] عموم دلیل اشتراط قدرت بر تسلیم. و بعضی جایز دانسته اند بیع مال (۲) را بدون ضمیمه. و بعضی غیر اینها هم گفته اند. و وجه اشکال این قاصر، این است که دلیلی که در مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم گفته اند، هم اجماعی است که بر آن ادعا شده است، و هم نص است در بعضی اقسام مثل عبد

ص: ۳۹۲

۱- محقق ثانی شیخ علی بن العال الکرکی. که کلامش در بالا مورد بحث بود.

۲- و در نسخه: مثل

آبق و جاریه آبقه. و هم لزوم سفه است. و مقتضای این ادله همه جا یکی نیست. پس اگر دلیل را "لزوم غرر و سفه" گیریم، پس باید تابع آن باشیم وجودا وعدما. پس گاه است که غلام گریخته که صد تومان میارزد، شخص می خرد پنج تومان به مظنه اینکه پیدا شود. و این منافی "رشد" نیست و مستلزم سفه نیست. چنانکه کسی هزار تومان مال را به دریا میفرستد به امید نفع، با احتمال غرق. یا مال بسیاری بر وجه محاببات به قیمت قلیلی می فروشد، چون الحال می تواند به آن قیمت قلیل جنسی را بگیرد که مظنه نفع به اضعاف آن جنس خودش، دارد. وهكذا.. پس بنا بر این حکم به بطلان بیع بلا ضمیمه در صورت لزوم سفه است. و در ضم ضمیمه هم باید اعتبار کرد [کرد که ضمیمه] چیزی باشد که سفه به آن زایل شود. و در این معنی فرقی ما بین عبد آبق و حیوان گریخته و ضال و مجحود نیست. و اخباری که در ضم ضمیمه وارد شده هم باید حمل بر چنین صورتی کرد. و ورود اخبار در خصوص مورد خاص، منشأ تخصیص دلیل، نمی شود. چون منافاتی ما بین عام و خاص نیست. زیرا که هر گاه دلیل در اصل مسئله، "لزوم سفه" است پس منع در بیع آبق هم به سبب لزوم سفه است. و استثنای جواز با ضمیمه هم نظر به ملاحظه رفع سفه باید باشد. و اگر دلیل در اصل مسئله، "اجماع" است، پس بیع غیر مقدور التسلیم صحیح نیست تعبدا، هر چند مستلزم سفه نباشد. پس بنا بر این، استثنای بیع آبق به ضمیمه، نیز تعبدی خواهد بود. یعنی هر چند سفه لازم نیاید بدون ضمیمه، که باید ضمیمه باشد. و این تابع مورد نص است، و عدول از مورد نص نمی توان کرد. پس عموم "اوفوا بالعقود" مخصص است به "اجماع"، در غیر مقدور التسلیم. و اجماع در غیر مقدور التسلیم مخصص است به آنچه وارد شده نص بر صحت آن با ضمیمه. پس عدول از مورد نص محتاج است به دلیل. پس راهی از برای الحاق غیر منصوص، نیست. و آنچه به گمان این قاصر می رسد که اعتبار ضمیمه در این مقام از باب حیل شرعی مجوزه باشد. و نظر ایشان در این مقام بر ملاحظه بطلان بیع غیر مقدور التسلیم است تعبدا. و اجماعی که بر آن دعوی شده افاده بیش از "غیر مقدور التسلیم محض" را نمی کند، پس

ما حيله ميکنيم که آن را از تمحض عدم مقدوريت بر آوريم ضم ضميمه ميکنيم که نگوئيم بيع غير مقدور التسليم محض شده. چنانچه در حيل ربويه که فرار از ربا ميکنيم با اشتراک حيله در حصول ربح با ربا. و چنانکه در آنجا علتی که در حرمه ربا وارد شده - که اتلاف اموال وسد معروف و غيره است - آن علت را حمل بر حکمت داعيه بر حرمه قرار ميدهيم - مثل رفع ارياح آباط در غسل جمعه واختلاط مياہ در عده - نه علت واقعيه. واطراد در آن شرط نيست. پس معلوم می شود که نفس ربا تعبدا ممنوع است، و به اخراج آن به صورت بيع رفع ناخوشي می شود. (۱) و همچنين در اینجا هر چند حکمت در بطلان بيع غير مقدور التسليم، لزوم غرر و سفه، باشد. لکن از اجماع معلوم شد که نفس عدم قدرت منشاء بطلان است هر چند سفه لازم نياید.

ص: ۳۹۴

۱- ای کاش ميرزا (قدس سره) همین استدلال را ميکرد بدون اینکه آن را " حيله شرعی " نام گذارد و بدون اینکه موضوع را به ضميمه ربوی ربط دهد. و نیازی به این نام گذاری و ربط دادن نبود. خواننده محترم توجه دارد، این همان مسئله شماره ۶، از همین مجلد است که مصنف (ره) در مسئله های مکرر بر مبنای خود در ضميمه ربوی اصرار دارد. و ما هم بر مبنائی که از امام خمینی (ره) در این مسئله نقل کردیم اصرار داریم. موضوع بحث در اینجا با مسئله ربا فرق بنيادين دارد. زیرا در اینجا پایگاه ديگری داریم به نام " جواز فروش چیزی به اضعاف مضاعف قیمت " که در فقه و منابع حدیثی معروف است. و می توانیم ضميمه را به اضعاف مضاعف قیمت، فروش و خرید کنیم و (هر چه باشد) ربائی پیش نمی آید. اما در ربا، قرار دادن ضميمه در مقابل بخشی از وجه به عنوان اضعاف مضاعف قیمت ضميمه، باز نمی تواند ماهیت ربا را از بین ببرد و عقل با کمال بداهت حکم می کند که ماهیت معامله یک ماهیت ربوی است و طرفین قصد ربا داشته و دارند. اما در اینجا آنچه هست این است که طرفین قصد بيع غير مقدور التسليم را دارند و به هر صورت " بيع " است که " احل الله البيع و حرم الربا ". به عبارت ديگر: اصل طبعی در ما نحن فيه " بيع بودن " است ولی اصل طبعی در آنجا " ربا " است. باز با بیان ديگر: در اینجا ميخواهيم يك " حلال الاصلی " را که فاقد یکی از شروط شده و دچار حرمه گشته، بوسيله ضميمه، به حليت اصليش بر گردانيم، ولی در ضميمه ربوی ميخواهيم يك " حرام الاصلی " را به حلال مبدل کنیم، در حالی که قصد خروج از ماهیت حرام آن، نداريم. پس قياس این دو با هم، قياس مع الفارق در طبيعت، و هم قياس باطل در شريعت است. و اساسا حيله شرعی و يا چاره جوئی شرعی برای تبديل ماهیت حرام به ماهیت حلال در شرع نداريم. رجوع کنید به مسئله شماره ۶ و مسئله شماره ۷۴ از همین مجلد

و چون اجماع بیش از عدم قدرت محض را نمیرساند، پس ما حيله ميکنیم به ضم ضميمه تا از غير مقدور التسليم بودن محض، فارغ شويم. واكتفا كنيم به مقدور التسليم بودن في الجملة. اگر کسی بگوید: هر گاه في الجملة مقدور التسليم بودن کافی است پس باید در مبيع معين که يك جزء آن مقدور التسليم نباشد هم بيع صحيح باشد. و منحصر نيست در ضم ضميمه. گوئيم: که مراد ما از اکتفا به قدرت في الجملة، در جائي است که يك جزء از آن را مقصود بالذات کنيم و ديگری را بالتبع. مثل مثال های ضم ضميمه، که ضميمه را اصل ميکنيم (هر چند با اراده منفرد باشد) به جعل جاعل نه به موافقت طبيعت. و در مثال مفروض معترض جزئين مساويانند در قصد طبيعي. و به هر حال، آنچه ما اختيار کرديم در دفع اشکال منافات ندارد با آنکه باز ملاحظه عدم لزوم سفه را بکنيم با ضم ضميمه هم. غایت امر اين است که نسبت ما بين دليل حرمه بيع سفه، و دليل بيع غير مقدور التسليم با ضميمه، عموم من وجه باشد. و راهی از برای ترجيح ثاني نيست. پس باید ما دليل جواز با ضم ضميمه را حمل کنيم بر صورتی که سفه لازم نياید، که اخص مطلق شود از دليل حرمه غير مقدور التسليم، و منافی حرمه بيع سفه هم نباشد. و کلام در اینجا بعينه مثل کلام است در بيع مجهول واشترط ضميمه [در آن]، و مادر جلد دوم " جواب مسائل " تحقيق آن را مبسوط کرده ايم. و حاصل کلام اين است که بيع مجهول و بيع غير مقدور التسليم باطل است تعبدًا. هر چند سفه در آن لازم نياید. بدون فرقی ما بين اقسام آن. و با ضم ضميمه صحيح می شود در همه جا به شرطی که سفه لازم نياید. و بدان که شهيدين در لمعه و شرح آن، در مسئله ضال و مجعود، گفته اند صحيح است بيع آنها و مراعی است به امکان تسليم. پس اگر ممکن شود تسليم در وقت نزديکی به سبب

آن فوت نشود چیزی معتد به، از منافع، یا راضی شود مشتری به صبر تا وقتی که تسلیم او بشود. لازم می شود. و اگر متعذر شود تسلیم، مشتری خیار فسخ دارد، اگر خواهد فسخ می کند، و اگر خواهد ملترم می شود به آن، به مثل عتق در کفاره و امثال آن. و بعد از آن، شارح گفته است که احتمال قوی است اینکه باطل باشد به سبب فقد شرط، که امکان تسلیم است. و ظاهر این است که مراد ایشان در صورت عدم ضم ضمیمه باشد. و همچنین آنچه در مسالک گفته است - در شتر و اسب گریخته - که "محمتم است صحت بامراعی بودن به تسلیم". بعد از آن که گفته است که "اقوی عدم صحت است. و بعضی گفته اند که عدم صحت اشهر است". و بنابر تحقیقی که ما کردیم باید بدون ضم ضمیمه باطل باشد. و باضم ضمیمه صحیح باشد. هر گاه 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، و موجود بودن مبیع در حین بیع، و ثابت است برای او جمیع احکام بیع به غیر از قدرت بر تسلیم. پس هر گاه ظاهر شود که مبیع در وقت بیع تلف شده بوده است، یا مال غیر بوده، یا مخالف وصفی بر آید که به آن وصف خریده. شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که ظاهر این است که باطل می شود بیع نسبت به آنچه مقابل مبیع است در دو صورت اول. و خیار فسخ دارد مشتری در صورت آخری. و در مسالک اشکال کرده است و توقف کرده در اینکه آیا سایر شروط هم ملحق به تعذر تسلیم است یا نه؟ -؟. و اظهر در نظر احقر عدم الحاق است، و مختار شرح لمعه خوب است. و لکن اظهر این است که در صورت ثانیه باطل نباشد بلکه موقوف باشد به اجازه مالک و شاید مراد او هم بطلان باشد در صورت عدم اجازه و از آنچه گفتیم ظاهر می شود هر گاه 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. و اما هر گاه ضمیمه رد شود به سبب عیبی، یا خیاری، آبق تابع آن خواهد بود. و حکم علی حده ندارد. و از حاشیه شهید بر قواعد نقل شده که ابن متوج گفته است که اگر ظاهر شود موت ضال یا آبق پیش از بیع، پس باطل نمی شود بیع. و بعد از آن شهید گفته که اولی این است که از برای مشتری خیار فسخ و اجازه ثابت باشد. این آخر کلام شهید است. و ظاهر کلام ابن متوج این است که بیع باطل نمی شود در خصوص ضمیمه. و محتمل است که مراد این باشد که باز بایع مستحق تمام ثمن باشد، یا به نسبت به آنچه حصه ضمیمه، می شود. چنانکه شهید ثانی اختیار کرده. و اولی این است که حمل کنیم بر معنی دوم، نظر به قواعد کلیه بیع. و بنابر این، مراد شهید "ره" نیز این است که در صورت صحت بیع نسبت به ضمیمه، اولی ثبوت خیار فسخ است از برای مشتری، و گویا وجه این، تبعض صفت است. که موجب خیار است. و حاصل در این مقام این است که آبق - بلکه مطلق غیر مقدور التسلیم - جزء مبیع است. و احکام بیع همه در اینجا جاری است، از بطلان و خیار عیب و خیار تبعض صفت و غیر آنها. مخالفتی که در اینجا هست، این است که آن شیئی غیر مقدور التسلیم مادامی که متصف است به همین معنی، - یعنی اباق و ضلال و جحود - به سبب همین معنی از قیمت چیزی کم نمی شود، به سبب عدم وصول به آن. هر چند [اگر] به سبب دیگر مثل تلف یا غیر آن [باشد] باید آن را هم منظور داشت. و دانستی که معنی احادیث و کلام فقها هم همین است که گفته اند که قیمت از برای بایع در برابر همان ضمیمه است، نه اینکه آن داخل مبیع نیست. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود که هر گاه بعد از بیع، غاصبی آبق را غصب کند، یا جنایتی بر آن برساند. قیمت وارث مال مشتری است. و هر گاه نتواند مشتری که استیفای حق خود کند، از قیمت چیزی کم نمی شود. چنانکه از تنقیح حکایت تصریح به آن شده. و اما هر گاه تلف شود بعد از بیع و قبل 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 ناقض شود. و از جهت

اینکه در اینجا اقباض واجب نیست، پس ضمان هم بر بایع نیست. [واقوی] ترجیح ثانی [است بر اول]. زیرا که اظهر ادله آن در این مقام حدیث نبوی است که فرموده است "ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه" و در تبادل "غیر مقدور التسلیم" از این حدیث، تأمل است. خصوصا که جابری از برای ضعف سند آن نیست. مبحث سوم: هر گاه ثمن، غیر مقدور التسلیم باشد، آیا حکم آن حکم مثنی است یا نه؟ -؟. پس بدان که تصریحی در کلام اصحاب به آن، در نظر نیست - به غیر عبارت شهیدین در لمعه و شرح آن - و مقتضای کلام ایشان در نظایر آن، عدم فرق است. چنانکه میبینی که علامه در قواعد می گوید "الفصل الثالث: العوضان. و شرط المعقود علیه الطهاره فعلا او قوه" و معقود علیه اعم است از ثمن و مثنی. بعد از آن می گوید "و صلاحیته للمملک. فلا یصح العقد علی جبه حنطه لقلته" [و بعد گفته است] "والقدره علی التسلیم" هر چند بعد گفته است "فلا یصح بیع الطیر فی الهواء اذا لم تقض عادته بعوده ولا السمک فی الماء الا ان یکون محصورا". و ظاهر این است که تفریح از باب مثال است. بعد از آن می گوید "والعلم فلا یصح بیع المجهول ولا الشراء به ولا یکفی المشاهده فی المکیل والموزون والمعدود. سواء کان عوضا او ثمنا". و در تذکره و غیر آن دعوی اجماع بر اشتراط معلومیت عوضین شده است. و همچنین ظاهر این است که مراد ایشان در عنوان کردن مبیع مثال است با نظر به اطلاق مبیع بر ثمن و مثنی باشد. چنانکه شهید در لمعه می گوید "بشرط کون المبیع مما یملک، فلا یصح بیع الحر، و ما 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 الطائر لم یصح الا ان یقضى العاده بعوده. ولو باع الابق صح مع الضمیمه". و بعد از آن گفته است "وفی احتیاج العبد الابق المجهول ثمنا الی الضمیمه، احتمال. ولعله الاقرب" و از این کلام ظاهر می شود که مسئله، خلافی است در ثمن. بلکه احتیاج به ضمیمه را احتمالی، قرار داده. و ممکن است که خلاف، بخصوص این، باشد. نه مطلق تعذر التسلیم. و در خصوص ثمن باشد. نه در مثنی. و لکن از علامه در تذکره ظاهر می شود که

در صورت بودن آبق مثنی، هم خلاف است در اشتراط ضمیمه. چون نسبت آن را به مشهور داده. و نقل قولی به جواز بدون ضمیمه کرده. و از بعض متاخرین هم نقل قول به جواز شده با علم مشتری به آباق. و شهید ثانی در شرح آن (۱)، گفته است که "چنانکه جایز است گردانیدن آبق مثنی، جایز است گردانیدن آن مثنی. خواه در برابر آبق دیگر باشد یا غیر آن. به جهت حصول معنی بیع در مثنی و مثنی". یعنی عموم "احل الله البیع" شامل آن است. و بعد از آن در وجه احتمال شهید در احتیاج به ضمیمه واقرب بودن آن گفته است که "این از جهت صدق آباق است" یعنی علتی که در مثنی هست، در مثنی هم هست، که آن آباق است. و به هر حال، ظاهر این است که در اصل مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم، فرقی ما بین مثنی و مثنی نباشد. و همچنین در خصوص بیع آبق اظهار عدم فرق است، و اظهار جواز است در مثنی نیز با ضمیمه. نه بدون آن. و اظهار این است که جایز است [با] ضمیمه، هر چند مثنی هم آبق باشد با ضمیمه. و کافی نیست در ضمیمه، اینکه آبقی دیگر باشد نه در مثنی و نه در مثنی. چنانکه شهیدین تصریح به آن کرده اند. و الحاصل: نظر به اطلاقات کلمات فقها و ظاهر احادیثی که وارد شده در بیع آبق با ضمیمه، فهمیده می شود که علت عدم جواز تعذر تسلیم است رأساً. و جواز با ضمیمه به سبب خروج از عنوان "تعذر تسلیم" است رأساً، با ملاحظه احتراز از لزوم سفته. و در این معانی فرقی ما بین مثنی و مثنی نیست. و اینکه این را شهید احتمالی قرار داده خالی از غرابتی نیست. و ظاهر این است که سایر فقها مفروضه عنده دانسته اند اتحاد حکم مثنی و مثنی را که متعرض آن نشده اند. و شهید ثانی گفته است "این فرع و آنچه بعد می آید، از مختصات این کتاب است" یعنی در جای مذکور نیست. مبحث چهارم: شهید در لمعه گفت است "ولو تعدد العبد، کفت ضمیمه واحده" یعنی هر گاه چند غلام گریخته را بفروشد و یک ضمیمه قرار بدهد، کافی است. و شهید ثانی

ص: ۳۹۹

۱- مرجع ضمیر "آن" کلام شهید اول است که در بالا آمده

در شرح آن گفته که در ثمن هم، چنین است. و گفته است که معتبر نیست در این ضمیمه که هر گاه تقسیم کنی آن را بر عیب، هر یک از حصه ها متمول باشد. یعنی چیزی باشد که قابل بیع باشد. زیرا که مفروض این است که یک ضمیمه کافی است، و آن خود متمول است بالفرض. و در صورت تقسیم، یک ضمیمه نیست. بلکه ضمایم متعدده است. و آنچه گفته اند خوب است. مبحث پنجم: از تنقیح حکایت شده که هر گاه در ضمیمه عیبی ظاهر شود، پس آنچه اسقاط می شود به سبب ارش، از کل ثمن اسقاط می شود. یعنی آبق را اعتبار نمی کنند و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه در مقابل ضمیمه است اعتبار نمی کنند (۱) و از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود که این سخن خالی از اشکال نیست. زیرا که استفاد از اخبار و کلام فقها این است که آبق جزء مبیع است. واحکام بیع همگی بر آن جاری است به غیر آنکه هر گاه آبق "مادام آبقا ولم يظهر تلفه عند البیع" به دست نیاید بایع مستحق ثمن است، و حصه از برای آبق نیست. پس این حکم خاص، تعدی است. و تعدی از آن نمیکنیم. پس دور نیست که در ارش بر قاعده بیع عمل شود، و تفاوت قیمت را نسبت به حصه ضمیمه، استرداد کند. به این معنی که هر گاه آبق به دست آید و ضمیمه معیب بر آید و بالفرض قیمت ضمیمه و آبق مساوی باشند و تفاوت قیمت ضمیمه صحیحا و معیبا نصف باشد، مشتری ربع مجموع را استرداد می کند، در صورتی اخذ ارش.

۱۷۹- سوال:

۱۷۹- سوال: هل يصلح العبد لتملك شیء ام لا؟ -؟ و علی فرض التملك هل هو محجور علیه ام لا؟ -؟ ثم ان اذن المولی اياه فی التصرف فی شیء من ماله فهل یفید مجرد الاباحه او یملك التصرف؟ -؟ ثم ان مات المولی قبل تصرفه، فهل یبقی جواز تصرفه ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: اختلف العلماء فی ان العبد هل یصلح للتملك اولاً. بل هو كالدابة بالنسبة الى جله او عليه. وفيه اقوال: نسب الاول الى الاكثر الشهيد الثاني، و جعله فی الدروسد

ص: ۴۰۰

۱- عبارت نسخه چنین است: و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه مقابل ضمیمه است و پس اعتبار کنند

ظاهر الاكثر. ولكن نسب جماعه من الاصحاب الثانى [الى] المشهور والاكثر. و عن التذكرة انه مذهب الاكثر. و عن كتاب نهج الحق انه مذهب الاماميه و عن الشيخ فى الخلاف فى باب الزكوه " لا زكوه عليه لانه لا يملك اجماعا " و عن السرائر " اجماع اصحابنا ان جميع ما بيد العبد فهو مال لسيدته " و عن نهايه الاحكام و موضع آخر من السرائر " انه غير مالك عندنا " و عن المنتهى نسبتته الى اصحابنا. و مثله عن المبسوط فى كتاب الكفارات. و من الصدوق وابن الجنيد " ان العبد يملك " . و قيل كلامه فى المقنع كالصريح فى انه يملك فاضل الضريبه - هو ما يقاطعه عليه مولاه بان يعطيه كل شهر، او كل سنه، و يكون الزائد له - و عن جماعه انهم حملوا كلامهم على انه يملك ملكا غير مستقر. و عن المقداد انه يملك ملكا غير تام. و فى الشرايع " العبد لا يملك، و قيل يملك فاضل الضريبه، وهو المروى، و ارش الجنايه، على قول. و لو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى ياذن المولى، كان حسنا. و فى النافع " المملوك يملك فاضل الضريبه. و قيل لا يملك شيئا " . و عن الشيخ فى النهايه " العبد المملوك لا يملك شيئا من الاموال مادام رقا. فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريد و كذلك اذا فرض عليه ضريبه يؤديها اليه، و ما يفضل بعد كذلك يكون له، جاز. فاذا ادى مولاه ضريبته كان له التصرف فى ما بقى من المال. و كذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش، كان له ذلك. و حل له التصرف فيه. و ليس له رقبه المال على وجه من الوجوه. فان تزوج فى هذا المال او يشتري كان ذلك جايزا. و كذلك ان اشترى مملوكا، فان اعتقه كان العتق ماضيا " . و عن ابن البراج موافقته لذلك. و عن المهذب البارع و فخر المحققين فى شرح الارشاد ان فى المسئله اقوالا ثلثه: الاول: يملك المال لا- مستقرا و هو ظاهر الصدوق وابن الجنيد. الثانى: انه يملك التصرف خاصه، و عليه الشيخ فى النهايه. و الثالث: اباحه التصرف خاصه، لا- ملك التصرف. و قالا- ان الثالث لم يمنع منه احد، بل هو اجماعى. و فرق فى المهذب بين الثانى والثالث بوجهين: الاول: ملك التصرف اقوى من اباحته، فان فى الاباحه لو ظهر له شاهد حال من المالك بکراهه لم يجز ان يتصرف. الثانى: ان فى

ذلك التصرف، له ان يتصدق منه ويطعم غيره. وليس له ذلك في الاباحه. هذا حاصل ما نقله بعض الاصحاب من الاقوال. والعمده بيان الدليل في المسئله. فنقول: الاظهر القول بعدم ملكه مطلقا. كما ان الاظهر انه قول الاكثر. والدليل عليه (مضافا الى الاصل) من وجوه: الاول: قوله تعالى في سورة النحل "ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئى و من رزقنا منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا و جهرا هل يستون" (١) والظاهر ان المثال للفرق بينه تعالى وبين الاصنام التى يعبدها الكفار، كما يظهر من ملاحظه ما قبلها. وجه الاستدلال انه قد اوغل في بيان المباينه بين الفريقين في غايه الغايه كما هو مناسب المقام و شبه الاصنام العبيد و نفسه تعالى بالاحرار. فقال "عبدا" يعنى من ليس بحر. فان المتبادر من العبد عند الاطلاق هو مقابل الحر، وان كان قد يستعمل في عباد الله كقوله تعالى "قال انى عبد الله" والغالب فيه الاستعمال مع الاضافه. وكذا المتبادر منه عند الاطلاق القن (لا المبعض) والعبد بالفعل لكون المشتق مجازا في ما انقضى عنه المبدأ. فح، يكون كلمه "مملوكا" قيذا توضيحيا بيانيا. لا تقييدا. لعدم انفكاك العبوديه بالمعنى المذكور عن المملوكيه. وفائدته اظهار كمال مهانتة لا طلاق التملك عليه كالدواب والجمادات. لا يقال: ان العبد نكره مثبته لا يفيد العموم حتى يثبت الحكم في كل عبد. اذ - مع تسليم انه ليس من باب "تمره خير من جواده" - نقول: ان توصيفه بالمملوكيه التى هى ثابتة لجنس العبد، بل والعبوديه ايضا. يشعر بالاطراد لثبوت العله في جميع افرادة والمقام قرينه على اعتبار مفهوم الوصف هنا، وان لم نقل بحجتيه. ثم قال "لا يقدر على شئى" والظاهر انه ايضا للتوضيح والبيان. كما هو مستفاد من الروايات، مثل ما رواه في التهذيب عن سعيد بن يسار: "قال سئلت ابا عبد الله - ع - عن امرئه حره تكون تحت"

ص: ٤٠٢

١- الايه ليست في مقام التشريع. وليست من آيات الاحكام. بل في مقام تمثيل مثال مما كانت تجرى في نظام الاجتماعيه الجاريه في القريش و معيشتة، و غيرهم من الاجتماعات في ذلك الزمان. ثم: هذه الايه مكيه ولو كانت في مقام التشريع لا وجبت للعبيد طاعه مواليتهم من المشركين كابوجهل والعتبه و غيرهم. وقد نعلم تجرى العبيد و عصيانهم على مواليتهم بتشويق من ناحيه الرسول "ص". و يجيئ الكلام في الجملة "ورزقناه منا..."

المملوك، فتشتريه. هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه بعد مملوك لا يقدر على شيء" (١) وهو مناسب للمقام فان نفى القدره على نوع الشيء ادخل في المقصود من نفيها من شخصه، والنكره فى سياق النفي يفيد العموم. غايه الامر خروج بعض الافراد بالدليل، فيبقى الباقي. بيان ذلك: ان قدره العبد اما يتعلق بما هو لازم خلقته و طبيعته، كالاكل والشرب والجماع والنوم و غير ذلك. واما يتعلق بغير ذلك من الافعال، كالمسافره والسير فى الاسواق والصحارى للتنزه والتفرج والاستحمام. و بالجمله ما يتعلق بتحصيل المال بمثل الاتهاب والاحتطاب و نحو ذلك. واما ما يتعلق بالتصرف فى مال المولى بالبيع والشراء و غير ذلك، او فى ما اتهبه واحتطبه، هذا كله مما لا معنى لنفى القدره العقليه راسا منها. بل الواقع الغالب هو القدره فيها. فعلى جعل القيد توضيحيا فالعموم مخصص بغير ما هو ثابت عقلا، وما لم يمنعه الشرع. فالمراد من " لا يقدر " كونه ممنوعا عنه شرعا. يعنى: عبدا مملوكا ممنوعا من كل شيء عدا ما استثنى و منه تصرفاته باذن المولى. فالمستثنى محتاج الى الدليل فكما ان التصرف فى المال فى الاغلب يحتاج الى الدليل، فكذلك جواز التملك بمعنى الاتهاب والاحتطاب ايضا يحتاج الى الدليل. واما التملكات القسريه كالميراث والديه، فلا معنى للقدره فيها لا عقلا و لا شرعا. اذ هو بجعل الشارع و لا مدخله فيها للعبد. وانما اخترنا كون هذا القيد توضيحيا لا دخليته فى المقصود، كما اشرنا سابقا. واورد عليه المحقق الاردبيلي (ره) بانه على تقدير تسليم كون القيد للبيان و شاملا للتصرف فى الاموال، فيدل على كون العبد محجورا عليه ليس له التصرف من دون "

ص: ٤٠٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٥٧، ابواب نكاح العبيد، ب ٤٩ ح ٢ - التهذيب: ج ٢ ص ٣٠٦. وفى سنده ابو العباس محمد بن جعفر الرازى وكان يقول بالجبر والتشبيه و يروى عن الضعفاء وله كتاب فى " الجبر والاستطاعه " وقال العلامة فى " الخلاصه ": انا فى روايته من المتوقفين. فالاعتماد بهذا الحديث فى تفسير الايه وجعلها من آيات الاحكام، مشكل. ولا اقل من احتمال كون جملة " لا يقدر على شيء " فى الحديث ناشئه من مسامحات ابى العباس، لا من كلام الامام " ع "

اذن المولى، على ان الظاهره انه للتقييد، وانه ليس له شىء من التصرف فى نفسه او ماله ايضا، الا باذن سيده. بل ليس له شىء الا من عند مولاه. فيما لم يملكه المولى او ياذن فى ملك شىء والتصرف فى شىء، ليس له ذلك. والقائل بالتملك يقول به. وقال فى آخر كلامه: دلالتها على التملك اوضح من دلالتها على عدم التملك (١). اقول: انه (ره) منع اولا كون القيد توضيحيا. بل هو تقييدى. (٢) يعنى ان الاصنام كالعبد الذى لا يقدر على شىء، لا كالعبد القادر على كل شىء. و منه يظهر وجود عبد قادر على التملك. فلا يمكن الاستدال بها على عدم تملكه مطلقا. ثم منع على تقدير كونه بيانيا، شمول الشىء المنفى المنصرف فى الاموال. بل المراد انه غير قادر على التصرف فى نفسه. ثم قال وعلى فرض تسليم كونه بيانيا و شاملا لنفى التصرف فى المال. يعنى ان العبد مطلقا لا يقدر على شىء لا على التصرف فى نفسه ولا فى المال، فهو معنى كونه محجورا عليه. وهو لا ينفى تملك المال. بل يثبته. اقول: معنى شموله للتصرف فى الاموال، ان عدم قدره، اعم من عدم قدره على التصرف فى نفسه وفى المال على تملك المال. ولا يخفى ان ما ذكره لا يجتمع مع القول؟

ص: ٤٠٤

١- الايه لا- تدل على الجواز ولا- على عدمه. لانها ليست فى مقام التشريع ولا من آيات الاحكام. و هى فى مقام تمثيل مثال محض. و ليس فى الايه حكم تأسيسى ولا حكم امضائى. سواء كان القيد توضيحيا او تقيديا. لانه فرق بين توضيح ما وقع و ما كان - بل، ما يكون - و بين امضائه و تثبيته بعنوان حكم من الاحكام.

٢- والانصاف ان القيد تقييدى. اذ من العبيد من لا يقدر على شىء و منهم من يقدر على اعظم الاشياء من قياده الجيوش و فتح البلاد كجوهر عبد الفاطميين الذى فتح مصر و شيد حكمه الفاطميين و سلطانهم. وامثاله فى التاريخ كثير جدا. و من هنا يظهر ان المراد فى الايه هو القدره النفسانيه والروحيه قبالا لضعف الروحي والنفساني والخصوصيات التكوينييه فى نفس الانسان. و اين الايه من بيان التشريعات والاجتماعيات؟! و العبد المملوك الذى لا يقدر على شىء مصداق تام للانسان الضعيف نفسا والرذيل طبعا والعاجز تكوينا و تخصيص جملة " لا يقدر على شىء " بامور المالىه والمالكيه ابعده شىء الى دليل. بل لا ربط للايه اجتماعيه اصلا. و اى ربط بين معنى " القدره " و بين المالكيه؟ ربما ضعيف لا يقدر على شىء مع انه مالك للالوف والالاف. فليس بين القدره والمالكيه ملازمه حتى تنتفى المالكيه بانتفاء القدره. ثم: هل المراد فى الايه، هو قدره الاصنام و عدمها فى الامور الاجتماعيه؟ ام فى الامور التكوينييه؟

بالتملك، فان القائل بالتملك لا يقول انه محجور عليه من التملك. بل يقول انه محجور عليه في ملكه بعد التملك. ولذلك قال في الشرايع " المحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف في ماله " وقال في المسالك " ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان محجورا عليه. وح فيدخل في التعريف. وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه " وعد في الارشاد من جمله اسباب الحجر الملك، يعنى المملوكيه. قال " فالعبد والامه محجور عليهما لا يملكان شيئا، ولو ملكهما مولاهما " . و من ذلك يظهر الاختلاف في تعريف الحجر على المذهبين. اذ ظاهرهم الاجماع على كون العبد محجورا عليه. ولكن لا يصدق الحجر - بالمعنى الذى عرفه في الشرايع - على حجر العبد، على القول بعدم تملكه. كما يظهر في الارشاد. فان المحجور على ما في الشرايع، هو الممنوع عن التصرف في ماله. و على ما في الارشاد، الممنوع عن التصرف لانه ليس بماله. و الحاصل: ان البحث في مسئلة الحجر مسبق بالبحث عن معرفه المالكيه و عدمها. ولما كان من جمله المحجورين العبد، و في تملكه و عدمه خلاف، فيختلف بذلك مفهوم الحجر. فمن قال بتملكه، فيعرف الحجر بانه " المنع الشرعى عن تصرف المالك في ملكه بدون اذن وليه " و من لم يقل بتملكه فيعرفه بانه " المنع الشرعى عن تصرف من بيده مال، فيه بدون اذن وليه " سواء اكان ما في يده مالا له كغير العبد من المحجورين، او لم يكن مال له كالعبد، فانه ممنوع عنه، لانه ليس بمال له الا باذن الولي. هذا بالنظر الى مفهوم الحجر في عنوان " كتاب الحجر " بملاحظه جميع اقسامه. و اما اذا استعمل الحجر في العبد منفردا فعند القائل بالملك معناه انه محجور عن التصرف في ملكه. بخلاف القائل بعدمه. فان معناه انه محجور عن التصرف في ملك غيره. فما ذكره المحقق الاردبيلي (ره) من ان المراد من قوله تعالى " لا يقدر على شئ " الحجر. فيلزم ان يكون من باب استعمال لفظ الحجر في العبد فقط. فاذا لم يعلم ان دين الله تعالى هو مالكيه العبد او عدمه، فلا يمكننا ان نقول انه محجور عن ماله، او نقول انه محجور عن مال غيره. و نفى 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 شيء " الذى هو عبارة عن الحجر، حتى استفاد منه جواز التملك باذن المولى. فيبطل الاستدلال بالايه على نفى التملك راسا. مع ان تقدير الاستثناء خلاف الاصل و محتاج الى الدليل. و ما دعاه الى ذلك الى جعله لفظ " لا يقدر على شيء " بمعنى الحجر. وقد عرفت ما فيه. نعم، نحن نسلم المقدمه القائله بانه اذا اذن له المولى فيجوز له التصرف. و هو لا يستلزم التملك. بل المسلم انما هو جواز التصرف. و هذه المقدمه فى حكم استثناء منقطع منفصل، و ليس من باب الاستثناء المتصل الذى قدره فى الكلام، حتى يلزم ثبوت ما منع القدره عليه على سبيل العموم. مع انه يمكن القدح فيه - على فرض التسليم - بان رفع السلب الكلى لا يستلزم الايجاب الكلى. بل يرتفع بالايجاب الجزئى. فلا يدل على المقصود. ولكن يمكن دفعه بان المفهوم ليس من باب التناقض، بل السلب والايجاب فيه متطابقان عموما و خصوصا. كما حققناه فى محله. فالاولى الاقتصار على منع تقدير الاستثناء. فلم يبق الا ان يكون الايه مسبوقة لبيان اصل قصور العبد و عدم قابليته لشيء من جملة ذلك التملك للمال. و هذا هو معنى السابق على الحجر الذى يترتب الحجر و عدمه عليه. والنكره المنفيه تفيد العموم، خرج ما خرج بالدليل، و بقى الباقي، و يشيده مقابله القرينه الاخرى، اعنى " و من رزقناه رزقا حسنا " (1) يعنى " من رزقناه " فانه تدل على ان الرزق له من جانب الله، بخلاف العبد، فانه ا.

ص: ٤٠٦

١- الرزق: هو ما اعطاه الله تعالى عبده، من المال والعقل والايمان والتوفيق والصفات الجميله و الشجاعه والسماحه و.... حتى النبوه. قال تعالى " قال يا قوم ارأيتم ان كنت على بينه من ربي و رزقنى رزقنا حسنا.... " اتفق المفسرون على ان المراد من الرزق فيها، النبوه. والانفاق: هو الصرف والبذل، من المال والجهد والتفكير والقدره البدنيه، حتى من الشجاعه و بذل النفس فى الجهاد و كذا العفو. قال تعالى " وانفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكه " فسروه بالجهاد والشهاده و بذل النفس فى سبيل الله. فالانسان القوى ينفق و يبذل و ينتفع سرا و علانيه مما آتاه الله من قدره الجسم والفكر والعقل والشجاعه و قوه النفس و سلامتها و.... ولعل كلمه " رزق " فى الايه دعى بعضهم (قدس سرهم) الى استفاده الحكم من الايه التى لا حكم فيها تاسيسيا كان او امضائيا.

بواسطة المولى، و على انه حسن وسيع و لا ضيق عليه فهو ينفق سرا وجهرا، يعنى ليس بمحجور عليه فى شىء. فيلاحظ نفى تلك المعانى فى جانب العبد ليتم المقابله. فرزقه بواسطة مولاه وليس بمالك شىء، بل هو مملوك. لا شعار الوصف بذلك. ولا يقدر على شىء لا بان يكتسب فيملك، ولا بان يتصرف فى نفسه بشىء. و بالجمله جعل الممثل له هو الله سبحانه والاصنام يقتضى بيان المباينه غايه الغايه، و لا يتم الا بما ذكرنا. 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 بماليكه العبد و عدمه. وان لا خلاف فيهم فى المحجوريه، الا- فى الطلاق. فانه بيد من بيده الساق. قال " لعل دليلهم الاجماع ولا نعلمه ". ثم اشار الى ما هو الظاهر عنه. الثانى: قوله تعالى فى سوره الروم " ضرب مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فى ما رزقناكم 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 (١) حتى تكون سواء او تخافون منهم كما تخافون من تغلب بعضكم على بعض فى ما تشتركون فيه كالميراث و غيره (٢) فالمراد بضمير المخاطبين جنس الحرار و من كلمه الموصول فى " ما ملكت " جنس العبيد (٣) و فى " ما رزقناكم " جنس ما يملك. ولم

ص: ٤٠٧

١- الايه ايضا، ليست من آيات الاحكام. اذ لا ريب ان المخاطبين هم المشركون - وان قلنا بان المورد ليس. بمخصص - فهل بيان حال المشركين و شرح آدابهم و سننهم، دليل على انه تعالى يمضى فعالهم و سننهم و يجعل المشركين اسوه لنا؟ هل التمثيل حكم؟ وله شأن تشريعى؟ ما الدليل عليه؟ ثم: لقائل ان يقول: المراد من " ما " فى " ما ملكت " هو الاشياء و الاموال المملوكه غير العبيد، بدليل " ما " لان الاصل فى استعماله غير ذوى العقول. وح، يكون التمثيل فى مصداقه الاتم لان الاصنام جماد لا شعور لها كالالات المملوكه التى لا شركه لها مع مالكها.

٢- لقائل ان يقول: نعم. نخاف من العبيد، ربما عبد عصى مولاه وقتله. و ربما عبد سلطان قهره و عزله و جلس فى مجلسه و صار سلطانا، فظهر ان العبيد ليس مرادا فى التمثيل.

٣- ما الدليل؟ وهو خلاف الاصل

يلاحظ نسبه كل عبد الى مولاه بل المراد العموم لا دخليته في مقام المبايه بين الفريقين، ليقاس عليهما الخالق والمخلوق. مع انه لا- معنى للمشاركة في ما رزق به شخص خاص. اذ هو مختص به في الاحرار ايضا. فالمقصود نفى الشركه كليه في العبيد. فان الاستفهام الانكارى في معنى النفى. و بذلك ثبت مقايسه الخالق والمخلوق. فلا شركه معه تعالى في العباده. فما ذكره المحقق الاردبيلي " ره " من ان الكلام فيها مثل الايه السابقه، يعنى ليس لهم شركه الا- ان يملكهم المولى. خروج عن السياق، و تخصيص للعبيد بمواليهم الخاصه، و موجب للحذف والتقدير. الذى هو خلاف الاصل، يعنى تقدير " الا ان يملكهم المولى او يشركهم ". الثالث: الاخبار المستفيضه. فمنها ما رواه الشيخ في التهذيب فى باب وصيه الانسان لعبده، فى الصحيح، عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - انه " قال فى المملوك مادام عبدا فانه و ماله لا هله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيه الا ان يشاء سيده " (١) و الاستثناء اما يرجع الى الجميع، فالمراد " الا- ان ياذن المولى فى تلك التصرفات فى ماله " وهو لا يستلزم تملك العبد. بل هو اذن فى التصرف فى مال مولاه. و اما يرجع الى الاخير - كما هو الاصل - فيحتمل ذلك. كما هو ظاهر السياق. و يحتمل اراده الايضاء له بشيىء. فلا يجوز الا ان يكون الموصى هو المولى. فانه يجوز ان يوصى لعبده على الوجه المقرر فى محله. و يحتمل الوجهين ما رواه ايضا، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن احدهما - ع - " قال لا وصيه للملوك " (٢) فيحتمل ان يكون المراد لا- يجوز ان يوصى لانه لا يملك شيئا. او لا يجوز ان يوصى له غير مولاه، وان جاز للمولى على الوجه المقرر فى محله. ووجه الاستدلال بالصحيحه على المختار ان اللام حقيقه فى الملك. واورد عليه ان اضافه المال الى العبد ايضا ظاهره فى الملكيه، واجتماع الملكين محال. فلا بد من التاويل فى احدهما باراده ما يجوز له التصرف فيه. يعنى ان ما يجوز للعبد التصرف فيه فهو ملك لا هله او ما هو ملك للعبد يجوز التصرف لمواليه فيه، حيث لا مرجح. فيحصل الاحتمال و يبطل الاستدلال. ٢

ص: ٤٠٨

١- التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٣ - الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، ابواب الوصايا: ب ٧٨ ح ١.

٢- المرجح: ح ٢

واجب عنه بوجود المرجح لقيام القرينه على صرف التوجيه الى اضافته المال الى العبد. لان اللام فى الروايه مفيده للملك بداهه. نظرا الى سياق الروايه. حيث تضمنت العبد وضمه الى ماله اولاً، وصرفت الحكم المستفاد من اللام اليهما. ولا ريب انه بالاضافه الى العبد معناه الحقيقى وهو المليك او الاختصاص. فلو حمل على المعنى المجازى او حقيقى آخر غيرهما، لكان لزم استعمال اللفظ فى معنيه الحقيقين، او الحقيقى والمجازى، وهو خلاف التحقيق. اقول: وفيه ان قوله " اللام فى الروايه مفيده للملك " اول الكلام. و كذا قوله " ولا- ريب انه بالاضافه الى العبد معناه الحقيقى ". فان مفاد العبارتين انه " ع " اراد من اللام الملك. وهو ممنوع. بل المسلم انما هو ثبوت الملك بالنسبه الى رقبه العبد فى نفس الامر. لا اراده ذلك من اللفظ. والمورد يمتنع من ذلك. و توضيح الايراد: ان تصوير المفردات فى الكلام مقدم على تصوير النسب. فلفظ " ماله " ظاهر فى الملك، و لفظ " لمواليه " ايضا ظاهر فى الملك. فاذا ركبا و قيل " مال العبد لمواليه " يلزم اجتماع المتنافيين لو استعمل المفردان فى المعنى الحقيقى و اريد الحقيقه فيهما. فهو لا يسلم استعمال كلمه اللام فى المعنى الحقيقى حتى يقال انه ثابت بالبداهه. ولو اريد معه معنى آخر لزم استعماله فى المعنيين المرجوح عند التحقيق. فلا بد من التجوز باراده التصرف فى كليهما، او اختياره فى احديهما، او ابقائهما على الحقيقه. والاول لا يفيد المقصود من عدم مالكيه العبد، والثانى موقوف على ثبوت المرجح فى تاويل الاول وهو مفقود، فلا يمكن الاستدلال. والثالث مستلزم للمحال. فظهر ان غايه ما يسلم المورد فى التجوز فى جانب اللام هو عموم المجاز الشامل للملك وجواز التصرف، و نقول ان المجاز فى كلمه " ماله " هو جواز تصرفه. وفى كلمه " لمواليه " معنى عام شامل للملك و جواز التصرف. و لا مرجح لاحد التجوزين على الاخر. و الاولى فى الجواب: ان يقال: ان الاضافه فى لفظه " ماله " و ان كانت لاميه ولكنها ليست كاللام المصرحه، فانهم اكتفوا فى الاضافه اللاميه بادننى ملابسه، كما فى قول الاعشى " الواهب المائه الهجان و عبدها " ان اريد بالعبد العبد الحقيقى فانه عبد للواهب و اضيف الى

الهبجان بادنى ملايسه. و هذا مرجح لاراده التجوز فى كلمه " ماله ". لان كون (١) العبد ملكا لمواليه جزما دون المال للعبد يرجح التجوز فى كلمه " ماله ". هذا كله، اذا كان اللازم فى " ماله " مضمومه. وان كانت مفتوحه، فيضعف هذا المرجح ايضا. لكن الارجح هو الضم. و يؤيده الكلام المشهور فى السننهم ان " العبد و ما فى يده كان لمولاه " و كذلك يويد الاخبار التى ذكر فيه المال للعبد بدون الاضافه، كما سيجئ الاشاره الى بعضها. مع ان لنا هنا كلاما لم نقف على من نبه عليه، وهو ان قولهم " اللازم للملكيه " لا يتم على اطلاقه. بل هو انما يتم بملاحظه مدخولها و قابليته للتملك فلا بد ان يقال ان اللازم الداخلة على العقلاء، لنسبه مال اليهم حقيقه فى افاده الملك. لا مثل الفرس والدار و غيرهما فى المنسوب اليه. و الوقت والزمان فى المنسوب كيوم الجمع و زمن الشتاء. اذ لا- يفيد ح، الا- نوعا آخر من الاختصاص. فليس الملكيه معنى اللام فقط. بل هو معنى الهيئه التركيبيه. او هى معناها بملاحظه متعلقها. و ايضا لابد ان يكون هذه معناها بحسب اللغه والعرف، لانها حقيقه شرعيه فى ذلك. وايضا لابد ان يعتبر فى ذلك معنى الملكيه عرفا، لا الملكيه شرعا. اذ قد يطلق التملك عرفا - مع قطع النظر عن الشرع - على شئ ليس بملك شرعى. اذ من الواضح ان فى ايام الجاهليه قبل ورود الشرع، كانوا يفرقون بين انحاء التسلط على التصرف، و يطلقون الملك على بعض انحاء التسلط دون بعض. و كانوا يريدون من الملك التسلط التام والاختصاص التام، الذى لا يزاحمهم 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 التوبه - على ظاهر المشهور - و مثل ذلك كثير. اذا عرفت هذا، فنقول: المقصود بالذات من قوله - ع - " العبد و ماله لا هله " انشاء حكم للعبد و ماله، بالنسبه الى مواليه. و هذا الحكم توقيفى لا يصح الا من الشارع. و اما موضوعاته

ص: ٤١٠

١- و فى النسخه... التجوز فى كلمه لمواليه فهذا او كون العبد... - ولعل فيها سقطا

و متعلقاته (اي لفظ العبد والمال و اضافته المال الى العبد و لفظ المولى) ليست بتوقيفيه. والمرجح فيها اللغه والعرف. الا ما ثبت من الشارع فيه شرط. فالعبد الذى يطلق عليه العبد عرفا، والمال الذى يطلق عليه المال كذلك، و يطلق 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 و ان ثبت اختصاصه التام بالعبد عرفا لكن للغير حق فيه شرعا. او ان الموالى ليس بموالى شرعا. فانشاء الحكم بكون مال العبد عرفا للموالى شرعا (ما لم يثبت استحقاق الغير فيها) لا- يستلزم اجتماع المليك الحقيقين شرعا لشخصين فى شىء واحد. اذ قد عرفت ان اضافته المال عرفيه، والمقصود بالذات فى الحديث ليس انشاء حكم الملكيه للعبد و كون المال مالا- له. مع انه يلزم تحصيل الحاصل فى جانب العبد ان اردنا منه العبد الشرعى. لان مملوكيته لمولاه داخل فى مفهوم العبد. و مما ذكر يظهر ارتفاع الضعف على المرجح على تقدير فتح اللام فى " ماله " ايضا، وقوه الاستدلال بالحديث للمختار. و كيف كان فلا ينبغى الاشكال فى ظهور الحديث فى ما اخترناه. و منها: ما رواه ايضا بعد الحديث السابق فى الصحيح عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق " ع " فى حكاية اختلاف ابن ابي ليلى وابن شبرمه. وهو طويل و فى جملته بعد ان قال الراوى " قلت: اليس اوصى للعبد بثلث ماله؟ قال: ان العبد لا وصيه له. انما ماله لمواليه " ويظهر وجه الدلاله مما مر. و منها: ما رواه ايضا فى الحسن (لابراهيم بن هاشم) عن محمد بن قيس، عن ابي جعفر - ع - " فى مكاتب كانت تحته امرئه حره، فاوصت له عند موتها بوصيه. فقال: اهل الميراث لا يجيز وصيتها. انه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه، و يجوز له الوصيه بحساب ما اعتق منه. وقضى فى مكاتب اوصى له بوصيه وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصيه... " ثم ساق مثل هذا فى الربع والسدس. وهو المذكور فى الكافى ٣

الى قوله " بحساب ما اعتق منه " (١) و تؤدى مؤداه روايات آخر معتبره لا حاجة الى ذكرها. و دلالتها واضحة من وجوه متعدده، منها تقريره " ع " معتقدتهم ان غير المعتق لا يملك الوصيه و لا يرث. وان هذا الحكم كان ظاهرا عند اصحابهم، و يؤيده ما ذكره الاصحاب فى مقام المنع عن الوصيه لمملوك غير الموصى، من التعليل بعدم المالكه. بل وعن ظاهر التذكرة اجماعهم على ان العله فيه انما هو ذلك. و لا يمكن ان يقال ان عدم تملكه للوصيه، لعله كان تعديا. و لا يلزم منه عدم تملكه اصلا. اذ لا قائل بالفصل بين الوصيه و غيره. و ان سلم ذلك فى الميراث لا تفاهم على عدم الارث، واختلافهم فى غيره. مع ان بعضهم علل عدم التملك مطلقا بمادل على منعه من الميراث ايضا، و جعل الاخبار - المستفيضه بل البالغه فوق الاستفاضه الداله على عدم التوارث بين الحر و العبد - دليلا على عدم التملك. اذ لا وجه للمنع الا ذلك. وان اجاب بعضهم انه لعل من باب التعبد، كالقاتل الممنوع من الارث. و ضعف بان الحكمه فى القاتل واضحه، فلا يقاس عليه. و كيف كان، فلا يخل ادله منع التوارث من تايد عدم المالكه راسا. (٢) و يؤيده ايضا ما ورد فى وصيه المولى لمملوكه بثلث ماله وانه يعتق بحسابه، و عمل به الاصحاب بلا خلاف بينهم " الا فى ما لو كان قيمته ضعف الوصيه، ففيه خلاف. وان كان الا شهر عدم الفرق " لظهورها فى ان عدم اعطائها الثلث لعدم تملكه. مثل ما رواه الشيخ فى الصحيح عن الحسن بن محبوب، عن الحسن بن صالح عن ابي عبد الله - ع - " فى رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما ثلث الميت. فان كان الثلث اقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه، استسعى العبد فى ربع قيمه، و ان كان الثلث اكثر من قيمه العبد و دفع اليه ما فضل من الثلث بعد قيمه " (٣) الى غير ذلك من المؤيدات التى يظهر من تتبع الاخبار المرويه فى العتق و الوصيه للمملوك. ٢

ص: ٤١٢

- ١- المرجع: ب ٨٠ ح ١. - وللحديث ثلاثه متن فى الكافى والفقيه والتهديب وجمله " لا يرث " ليست فى بعضها - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٥ - الفقيه: ج ٢٢ ص ٢٨٠ - فروع الكافى: ج ٢ ب: المكاتبه.
- ٢- و فى نسخه... من تايد لعدم المالكه راسا.
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٧، احكام الوصايا باب ٧٩ ح ٢

و مما يمكن ان يستدل به فى المقام، الاخبار الداله على ان من اشترى مملوكا و له مال فيكون للبايع الا- مع الشرط فيكون للمشتري. و عمل به الاكثر كما نسب اليهم جماعه و لا وجه فيها ظاهرا الا عدم ماليكه العبد. مثل صحيحه 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] ما كان له من مال او متاع فهو له " (١) و فى معناه خيران آخر آن سنذكر احدهما. وجه الدلاله: ان المال لو لم يكن للبايع فكيف يجعله للمشتري بالشرط. و هذا اظهر فى الاستدلال، عن الاستدلال للمالكيه بسبب اضافته المال الى العبد، لوضوح التاويل فى اللام باراده كونه فى تصرفه. ثم ان هنا اخبارا تدل على انه لو اعتق عبدا وله مال، فان علم به فهو للعبد. والا فهو للمالك. و جعله بعضهم دليلا على ماليكه العبد من حيث اضافته المال اليه، و هى كثيره، منها ما رواه الكليني فى الحسن (بابراهيم بن هاشم) (٢) عن زراره عن احدهما - ع - " فى رجل اعتق عبدا له و له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا تبعه. و الا فهو للمعتق ". و ما رواه الصدوق فى الصحيح عن جميل بن دراج، عن زراره، عن ابى جعفر و ابى عبد الله - ع - " فى رجل اعتق عبدا له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا، تبعه. و الا فهو للمعتق " (٣) و " فى رجل باع مملوكا و له مال. قال: ان [كان] علم مولاه الذى باعه ان له مالا، فالمال للمشتري. وان لم يعلم [به] للبايع، فالمال للبايع " (٤) و فيه، انه وان كان الاخبار فيه كثيره معتبر الاسناد. ولكنهما مخالفه لما دل على عدم المالكيه [و] غير مقاومه لها. و مخالفه للاعتبار. اذ كيف يصير علم المعتق بمجرد سببا لثبوت ٨

ص: ٤١٣

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٢، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ١ - والحديث يدل على صحه تملك العبد باذن من مولاه. والا لكان مال المذكور فى يد العبد غصبا او سرقه، و ظاهر الحديث على خلاف ذلك. و يرد عليه انه لو كان مالكا لما انتقل ملكه عند بيعه، الى البايع او المشتري، الا ان يقال ان بيع العبد من نواقل ملكه، او مسقط لمالكيته، والمورد تعبدى. و ليس ببعيد بدليل قوله - ع - " ان ما كان 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. فلا بد من تاويل اللام باراده كونه فى تصرفه من مال المولى، و تاويله بانه يصير للعبد بعد العتق بسبب الشرط، او ما فى معناه من دلالة الفحوى والقرائن برضاء المولى بكونه له. كما هو الحال فى صحيحه محمد بن مسلم السابقه فى بيعه. اذ من الظاهر ان المال لا- يدخل فى المبيع لغه و عرفا، الا- مع الشرط، او فى ماجرى العاده بدخوله كثياب بدنه. و كذلك على القول بماليكه العبد، لابد ان يؤول الاخبار بما ذكر. يعنى ان ذلك كان للمولى المعتق و كان معه و يصير له بالشرط، او ما فى معناه. لا بمحض العلم. فيصلير تلك الاخبار اظهر دلالة المذهب المختار من عدم المالكه. احتج القائل: بانه يملك فاضل الضريبه، بصحيحه عمر بن يزيد: " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه ياخذ منه ضريبه فرضها عليه فى كل سنه. ورضى بها المولى ورضى بها المملوك. فاصاب المملوك فى تجارته مالا- سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبه. قال: فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه، ما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوك. ثم قال ابو عبد الله - ع - اليس قد فرض الله عز وجل على العباد فريضه فاذا ادوها اليه لم يسئلهم عما سواها. قلت له: ما للمملوك ان يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التى كان يوديها الى سيده؟ قال: نعم، واجز ذلك له. قلت: فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضه، 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 سائبه لا يكون ولايه لعبد مثله. قلت: وان ضمن العبد الذى اعتقه جريرته وحدثه، ايلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال: فقال: لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا " (١) [والجواب عنه: ان الروايه وان كانت صحيحه \(٢\) لكنها لا يقاوم ما ذكرنا من الادله، وان](#)

ص: ٤١٤

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٥٤٥، ابواب ولاء، ضمان الجريره، ب ١ ج ١ - فروع: ج ٧ ص ٧٤.
- ٢- ويويده ما ورد فى " دين العبد " وفى ما " لو قال العبد للمولى: بعنى بسبعماه وانا اعطيك ثلاث ماه " وفى " من دفع اليه مملوك، ما لا- ليشتريه من مولاه " و ما ورد فى " عدم وجوب الزكاه فى مال العبد ولو بلغ الف درهم " والاخبار كثيره جدا

كانت مطلقة او عامه. لا-شترط التكافؤ فى التخصيص و هو مفقود. لا-عترضها بعمل الا-كثر والكتاب والسنة والاجتماعات المتعدده المعترضه باصل. وهو عدم الملكيه فلايد من تاويلها باراده جواز التصرف بسبب اباحه المولى، وان كان بعيدا من ظاهر الروايه للجمع (١) بين الادله. مع انها مشتمله باطلاقه على جواز عتقه و صدقته. وهو مخالف لا جماعهم على كونه محجورا عليه لا يقدر على شىء، كما نص به الكتاب العزيز (٢) وقد يجمع بين تلك الصحيحه ما قدمنا 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 ما قدمناه من الروايات عليه، ومنع العمل بالصحيحه لعدم تكافؤها لما قدمناه من الروايات الداله، على عدم مالكيه العبد. و اما حجه القول بتملكه لارش الجنايه - كما يظهر من الروضه ان به قولاً - وقد نقلناه عن الشيخ فى التهذيب و ابن البراج، و لكنهما ذكراه مع فاضل الضريبه و ما يملكه مولاه. ولكن فى دلالتة على ملك رقبه المال اشكال حيث صرح بعدم ملكه لرقبه المال. بل انما جوز التصرف. ولكنه صرح بصحة العتق مع انه ليس الا فى ملك. فلم نقف على ما يدل عليه صريحا. و يمكن ان يكون دليله ما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار " قال: قلت لابي عبد الله - ع - ما تقول فى رجل يهب لعبد الف درهم او اقل او اكثر، فيقول حللنى من ضربى اياك و من كل ما كان منى اليك مما اخفتك وارهبتك. فيحلله و يجعله فى حل رغبه فى ما اعطاه. ثم ان المولى بعد، اصاب الدراهم التى اعطاه، فى موضع قد وضعها فيه العبد. فاخذها المولى. احلال هى له؟ قال: فقال: لا يحل له لانه افتدى بها على نفسه من العبد مخافه العقوبه، والقصاص يوم القيامة. قال: فقلت له: فعلى العبد ان يزكيها اذا حال عليها الحول؟

ص: ٤١٥

- ١- و يمكن الجمع (كما اشرنا اليه قبيل هذا) بان العبد يملك ملكا تاما باذن المولى الى ان يباع او يعتق، و ان باعه او اعتقه يحتاج مالكيه باذن مجدد من مالكة، اتكائا على التعبد للنصوص.
- ٢- قد ظهر سابقا ان الايتين ليستا من آيات الاحكام ولا ربط لهما بما نحن فيه فضلا عن كونهما نصا

قال: لا. الا ان يعمل له به ولا يعطى العبد من الزكوه شيئاً " (١). ففيه: مع القدح فى السند، اذ فيه موسى بن عمر، والظاهر انه موسى بن عمر بن يزيد بن ذبيان (بقرينه روايته عن ابن محبوب) وهو مجهول. لكن المحقق الاردبيلي وصفها بالصحة. ولعله وجد لها سندا آخر فى موضع آخر. (٢) ولا يحضرنى الان غير ما ذكرته نقلا عن التهذيب فى اوائل كتاب العتق. فلا يعارض بها ما تقدم من الادله انها مشتمله 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 " لو فرضنا ان العبد يملك، فانه لا يملك ملكا تاما. اذ لمولاه انتزاعه منع اجماعا " وقد يحتمل حملها على التقيه ايضا. فكيف كان فلا يقاوم لادله المختار. حجه القول بالمالكيه مطلقا: امور: الاول: عمومات ما يدل على تملك الانسان للاموال، وفيها انها مخصصه بما ذكرنا من الادله. والثانى: انه يملك البضع بالتحليل، مع انهم يقولون ان التحليل اما عقد منقطع، او تملك منفعه. والاول يحتاج الى عوض و هو فرع تملكه و الثانى تملك منفعه. وفيه انا نقول اولاً: ان المسئله خلافيه وان كان الاظهر جواز تملكه البضع بالتحليل، ولكن نقول اولاً نمنع ان المراد من قوله تعالى " او ما ملكت ايمانهم " (٣) ملك الرقبه او ملك المنفعه الحقيقه، لم لا يكون المراد الاستحقاق؟ كما يقال " زيد يملك احضار مجلس الحكم " كما ذكره الشهيد الثانى فى الروضه. ١

ص: ٤١٦

١- التهذيب: ج ٢ ص ٣١١.

٢- اورد العاملى (ره) فى الوسائل - فى كتاب الزكاه ابواب من تجب عليه الزكاه، ب ٤ ح ٦ - الحديث نقلا عن الصدوق. ولكن ما وجدته فى الفقيه. ولو فرض كونه فيها كما هو المحتمل فيكون سنده " محمد بن موسى بن المتوكل، سعد بن عبد الله و عبد الله بن جعفر الحميرى، احمد بن عيسى، الحسن بن محبوب " كما نص عليه الصدوق. وسمى البحرانى فى " حقائق الناظره " الحديث موثقاً. وكذا صاحب الجواهر. راجع باب الزكاه فى كلا الكتابين.

٣- النحل: ٧١

وثانيا: على فرض تسليم ذلك، انها تخصصه بالاخبار المعتمده الداله على جواز التحليل للعبء، المعمول بها عند جماعه، ولا يقاومها صحيحه (١) على بن يقطين المانع عنها سيما مع موافقتها للعامه و كون الراوى هو وزير الخليفه المتعصب. والمروى عنه هو الكاظم "ع" الذى كان التقيه فى زمانه اشد. وقال ابن ادريس "لا مانع منه من كتاب ولا سنه ولا اجماع، و الاصل الا باحه، و يؤيده قوله تعالى: فانكحوهن باذن اهلهن". وثالثا: لم لا يكون نوعا من العقد المنقطع؟. و دعوى استلزامه تملك العوض ممنوع. بل المسلم انما هو العوض، و لا 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. فلا ينحصر صحته على القول بالمالكيه. 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 للحاجه اليه والضروره. لانه لا يستباح فى غير ملك" وقال "ولانه لما ملكه لم يملك السيد ازاله يده عنه بخلاف المال. فافترقا". اقول: دليله الاول تسليم لملك خاص للضروره، و لا يثبت بذلك تملكه مطلقا. ودليله الثانى منع القياس وابداء الفارق، فان المستدل تمسك بانه يملك المال كما يملك البضع و لا فارق. فاجاب بالفارق بين تملك البضع و تملك المال، بتامل. الثالث: الروايات: مثل روايه 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-) و عن جماعه عدوا الروايه 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" (٢) و ليس فى التهذيب قوله "فان ذلك احب الى" وفى الفقيه موضع "لا يبدء بالحرية قبل العتق"، يبدء ٥

ص: ٤١٧

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 الروايه بعد سلامه السند لا تقاوم ادله المختار، مع امكان القدح فى الدلاله بان الظاهر ان نظر المستدل بهذه الروايه ان الامام " ع " نهى عن تقديم الحريه لانه اذا قدم التحرير، فلا تسلط للمالك على اخذ مال العبد ح، لصيرورته حرا ولا يجوز اخذ ماله. فيعلم من ذلك ان الملك كان ثابتا له حين الرقيه. و يمكن 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. و ان لم يفكك واريد المعاوضه و تعليق الروايه على اخذ المال، فلا يتفاوت التقديم والتاخير ايضا. الا ان يقال ان ذلك مبنى على الاجماع الذى ادعاه فى المختلف على جواز اخذه المولى المال من العبد وان قيل بتملكه. فان تاخر ذكر المال لما كان عنده اشبه بالعوضيه الظاهره فى ملك العبد. عدل عنها الى التقديم لانه قبل الحريه - يجوز اخذ المال من يده اجماعا. سواء قيل بالملك ام لا فيشبه التفكيك و عدم التعليق. و كونهما انشائين اولهما تملك ما فى يد العبد واخذه منه بقوله " مالك لى " يعنى عزلتك عن تصرفك فيه. وثانيهما تحريره. و هذا اوفق برفع الشبهه. وان كان المراد فى الحقيقه التعليق، ولذلك قال - ع - " احب الى " والا فالمعنى واحد. و كيف كان فلا- يقاوم ما تقدم من الادله. والعجب من المحقق الاردبيلي (ره) حيث استدل على مختاره (من مالكيه العبد مطلقا) بصحيحه عمر بن يزيد المتقدمه و بروايه [ابى] جرير، و لا يتم الا بعدم القول بالفصل و هو موجود. وروايه اسحاق بن عمار: " عن ابى جعفر، عن ابيه، ان عليا - ع - اعتق عبدا له فقال: ان ملكك لى ولك، وقد تركته لك " (١). وفيه - مع القدح فى السند - انه بظواهره تدل على التثريب (٢) و لم يقل به احد. وان ارتكب المجاز فى احد اللامات او اكثر فلا يدل على خلاف "

ص: ٤١٨

- ١- الوسائل. ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٧.
- ٢- وهذا الكلام عجيب منه قدس سره لانه " ع " لا يقول " ملكنا لى ولك " بل يقول " ملكك لى ولك " اى الملك لك ولكن من شأنه ان يكون لى، لاني ان شئت اخذته منك وان شئت انفذت. والروايه نص فى صحه الجمع بين الادله على نحو اشرنا اليه سابقا. اى " العبد يملك ملكا تاما باذن المولى ولكن لو عرضه العتق او البيع فلى المولى فك الملك عنه ان شاء "

المختار. و يمكن ان يراد ان ما فى تصرفك كان ملكى كالرقبه، و كنت متصرفا فيه باذنى والان جعلت رقبته لك ملكا و تصرفا. واحتج المحقق الاردبيلي (ره) بصحيحه الفضيل بن يسار المرويه فى التهذيب " قال: قال لى عبد مسلم عارف اعتقه رجل فدخل به على ابي عبد الله - ع - قال: يا هذا من هذا السندى؟ قال الرجل: عارف و اعتقه فلان. فقال ابو عبد الله - ع -: ليت انى كنت اعتقه. فقال السندى لابي عبد الله - ع -: انى قلت لمولاي: بعنى بسبعمائه درهم وانى اعطيك ثلاثمائه درهم. فقال له ابو عبد الله - ع - ان كان يوم شرطت لك مال فعليك ان تعطيه. و ان لم يكن لك مال يومئذ، فليس عليك شئ " (١) فاعل كلمه " قال " الاولى الفضيل. والثانيه عبد مسلم. و ما بعده صفه لذلك العبد المسلم الى قوله " قال يا هذا ". والظاهر ان كلمه " دخل " مبنى للمفعول. و فاعل كلمه " قال " الثالثه ابو عبد الله " ع ". وهى و ما بعدها مقول لكلمه " قال " الثانيه. والمشار اليه ب " هذا " اما الفاعل المحذوف عن كلمه " دخل " الذى ناب عنه كلمه " به ". او اشاره الى رجل آخر كان حاضرا عنده " ع ". والرجل المعروف بعد كلمه " قال " الرابعه هو المشار اليه بكلمه " هذا " كائنا من كان. و كلمه " عارف " خير مبتدأ محذوف مضمرة يعود الى السندى. وقوله " فقال السندى " عطف على كلمه " قال " الثانيه. و يكون مقول قول الفضيل. و حاصله: ان ذلك السندى سئل الامام " ع " عن مسئله وقعت له حين كونه عبدا، فيكون المسئله علميه لا عمليه. لان المولى اعتقه ولم يبعه. لو كان مراده السؤال عما وقع له حين كان مملوكا للمولى الذى كان له قبل العتق، فيكون عمليه. وهذه المسئله لم يعنونها الاصحاب فى ما يحضرنى الان من كلماتهم. بل انما عنوانوا المسئله ب " ما لو قال العبد للمشتري اشترنى ولك على كذا " (٢) فالظاهر ان الاكثر قالوا بانه لا يلزمه شئ بناء "

ص: ٤١٩

١- المرجع، الباب ٥١، ح ١.

٢- و بين البابين فرق. عنوان العاملى " ره " فى الوسائل بابا مستقلا وهو " اذا قال لمولاه بعنى بسبعمائه و انا اعطيك... "

على ان العبد لا يملك. ولا يلزم لمن اشتره عن مولاه الاول شئ. وعن الشيخ فى النهايه وابن البراج، انه اذا قال مملوك انسان، لغيره " اشترنى فانك اذا اشتريتنى كان لك على شئ معلوم " فاشتره. 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 شئ. وعن التذكره انه جعل هذه الروايه دليلا للشيخ حيث ذكرها بعد نقل قول الشيخ بلا-فصل. مع ان الروايه بلفظ " بعنى بسبعمائه درهم وعلى ثلاثمائه درهم " [لا] تحريص العبد للمشتري بانى اعطيك بعض الثمن (1). و يمكن المعارضه بان يكون مراده " بعنى بهذا الثمن وانما از يدك ثلاثمائه، فلا باس على انك بعنتى رخيصا ". الا- ان يقال - كما يظهر من بعض نسخ كتابه المغلوط - ان سوال العبد قرينه لكون المسئول هو المشتري. فان البايع اذا استمع هذا فله ان ياخذ عنه المال ولا يبيعه، و كون الظاهر من المولى هو المولى بالفعل. لا من كان له مولى قبل. و احتمال ايضا ان يكون مراد العلامه الاستدلال من باب الشبهه يعنى ان جوازه فى صوره السؤال عن البيع يدل على جوازه فى صوره السؤال عن الشراء. ولعله فهم العليه. يعنى انه من باب الشرط فى ضمن العقد. فلا فرق. و يلزمه القول بان الكلام فى صوره السؤال عن البيع كان مسلما، و لكن لم ار مصرحا به. ثم قال " وهى تفيد ان العبد يملك وان ماله له، فلو بيع و كان له مال يثبت ذلك المال له. وح يمكن اشتراطه للبايع و للمشتري، بل لغيرهما ايضا. ولكن باذن المولى، لو ثبت كونه محجورا عليه فى مثله " قال " و يمكن ثبوت المال للمولى فى ذمته على هذا الوجه. فانه يملكه. ولانه يثبت فى ذمه المكاتب فكذا فى ذمته. و ايضا قد يكون ذلك مسلما على القول بعدم التملك. لانه لا معنى لذلك ح ". اقول: اولاً: عظم الله اجورنا بالابتلاء بفهم كلماته قدس الله روحه، مع الاختلاف ق

ص: ٤٢٠

١- وله روايتان آخران، فراجع: المرجع، الباب ٢٦ ح ١ و ٢.

الشديد في نسخ كتابه المغلوطه. والتعقيد البين في جميعها. و ثانيا: ان الظاهر ان مراده " ره " انه على هذا الوجه. يعنى كونه محجورا عليه مع القول بمالكيتته. يمكن القول بثبوت المال لمولاه المشتري له في ذمه العبد. فان العبد مالك لذمته. اذ قد يعتق و يتمكن من الادلاء، ولان المكاتب عبد، و يثبت المال في ذمته بعقد المكاتبه، فكذا هذا العبد، فيصير معنى الحديث ح، انه اذا كان للعبد مال حين الشرط وقلنا بمالكيتته وعدم الحجر عليه، فيجب الوفاء. وان قلنا مع ذلك بالحجر عليه فيثبت ذلك في ذمته. قوله " وايضا قد يكون ذلك مسلما.... " يعنى انا ان قلنا بعدم مالكيه العبد، و شرط للمشتري فينتقل الى ذمته، و يصح القول بانه كان مالكا لشيئ وهو اخذ المال في ذمته. لانه لا معنى لان يقال لما كان العبد لا يملك فلا يصح اشتغال ذمته. بشيئ. لعدم المنافع. اقول: ويشكل اذا كان الشرط في خصوص شخص معين من المال. مع ان فخر المحققين ادعى الاجماع على ان المولى لا يستحق في ذمه العبد شيئا. فانه استدل للمشهور بانه يلزم من اثبات المال نفيه. لان المجعول له لا يستحق المجعول الا بالعمل. فلا يستحق الا بالشراء. والشراء يقتضى عدمه. لان المولى لا يستحق على عبده [بعد بيعه] شيئا. و لتوقف الجعل على ملك العبد له مع انتفائه عنه. لانه اما ان يستحق في ذمه العبد او في ماله الموجود، والاول باطل اجماعا. والثاني يملكه بالشرط اللازم بالعقد، فلا يتصور استحقاقه بسبب جعل العبد. و حاصل الكلام في هذا المقام، ان الحديث - بعد الاغماض عن عدم العمل به ظاهرا الا- ما احتمله المحقق الاردبيلي (ره) او قلنا ان المراد من البيع الشراء كما هو ظاهر التذكرة حيث جعله دليلا للشيخ - لا بد من تاويله. لعدم مقاومته لا دله المختار. فنحمله على ان المراد انه اذا كان معه مال من مولاه و شرط لمولاه. يعنى شرط تسليمه اليه فيلزمه رده اليه. و يشمله عموم " المسلمون عند شروطهم " وهذا يتم على القول بعدم مالكيه العبد. و على القول بمالكيتته، فيشترط ماله لمولاه لان يبيعه. و حيث ضعفنا المالكه فيبقى اراده شرطه تسليم مال المولى (الذى هو البايع) اليه. فلا يصح الاستدلال به للشيخ. و تتميم المقام برسم مباحث: الاول: انا قد اشرنا سابقا الى ان الاشهر بل المشهور -

كما فى الكفايه - ان من اشترى مملوكا له مال، فهو للبايع، الا ان يشترط المشتري. و عن ابن البراج انه ان لم يعلم به البايع فهو له، و ان علم فهو للمشتري. وهو المنقول عن الشيخ فى النهايه، ولكنه قبل ذلك افتى بالتفصيل الاول. و ربما جمع بينهما بحمل كلامه الثانى على الاول، بان يكون المراد منه اذا اشترط للمشتري، او قضى العاده بدخوله و علم بان البايع ادخله فى المبيع. و كيف كان، الاظهر القول الاول. لصحيحه محمد بن مسلم المتقدمه. و ما رواه فى الفقيه عن يحيى بن ابى العلاء - و صحح العلامه طريقه اليه فى الخلاصه و فيها ابان بن عثمان (١) و يحتمل كون هذا هو ابن العلاء الثقه. و كيف كان فالسند قوى لكون ابان من اهل الاجماع :- " عن ابى عبد الله - ع - عن ابيه، قال: من باع عبدا و كان للعبد مال، فالمال للبايع. الا ان يشترط المبتاع، امر رسول الله " ص " بذلك " (٢) و نقل عن امالى ابن الشيخ ايضا مثلها. و دليل الثانى: صحيحه زراره المتقدمه. و قد اشرنا سابقا الى ان التفصيل الاول انما يناسب القول بعدم ماليكه العبد. و انه لا يدخل المال فى المبيع الا مع الشرط. و كذا صحيحه زراره، اظهر توجيهاتها على هذا القول، حملها على صورته الشرط. او حصول العلم بنقل البايع الى المشتري بالعاده. لانه لا وجه لانتقال مال العبد الى الغير بمجرد علم البايع بالمال من دون ناقل شرعى. و نسبه المال الى العبد فى المسئله على القول بملكيتها ظاهر. و اما على القول الاخر، فلا بد ان يراد به ما سلطه عليه المولى و اباحه له و نسبه اليه، من كسوه و فراش و مركوب و نحوها. و يشكل المقام بان هذه المسئله ذكرها القائل بماليكه العبد - كالمحقق فى الشرايع - و من لم يقل بها. و لقد احسن فى القواعد. حيث عبر عن المسئله بقوله " ولو كان بيده مال فهو للبايع، ٤

ص: ٤٢٢

١- هذا بخلاف ما سبق من المصنف قدس سره لان حديث ابان بن عثمان صحيح عنده، و قد نبهنا به سابقا خصوصا عند المقايسه بينه و بين ابراهيم بن هاشم. و يمكن ان يكون مراد المصنف هنا تعريضا للعلامه 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 ". و قد نقلنا عن العلامه و ابنه الفخر انهما لا يعملان بحديثه. راجع " جامع الروات. الاردبيلي ".

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٤

وان علم به. وان شرطه المشتري، 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 المشتري " فان الاشكال فيه واضح. اذ لا معنى للجمع ما بين كون العبد مالكا و بين صيرورته للمشتري بسبب شرط البايع (١). وقال في المسالك " ولا يندفع الاشكال، الا اذا قلنا بان المراد بملكه تسلم على الانتفاع بما قيل تملكه له. لا ملك الرقبه - كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك - فيكون الملك على هذا الوجه، غير مناف لملك البايع لرقبته. على وجه يتوجه به نقله الى المشتري، 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 الرقبه بطريق الحقيقه، وان حجر عليه في الانتفاع به. فلا يناسب ما نقله في الدروس. ولا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشتري بمجرد بيعه. اللهم الا ان يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم. فيرد - ح - بانه دال على عدم ملك العبد لثلا يناقض الحكم المتفق عليه، من عدم ملكه شخص مال غيره الا برضاه ". انتهى. وقد يتمسك في دفع الاشكال بما ذكره في المختلف من الاجماع من القائلين بالملك و غيرهم على ان لمولاه انتزاعه منه. و غايه توجيهه انه اذا ثبت اجماع الفريقين على جواز الانتزاع، فلا اشكال على القول بعدم تملك العبد. اذ لا ينتقل المال ح، الى المشتري. الا بالشرط، او ما يقوم مقامه من حكم العاده. واما على القول بالتملك، فلما كان حق الانتزاع ثابتا للبايع في ذلك المال فيستصحب حيث يثبت خلافه. فالمراد من الاشتراط للمشتري اسقاط حق الانتزاع. ولم يخرج بذلك مال العبد من ملكه، وان ثبت للمولى الثاني ايضا حق الانتزاع. فمعنى كون المال للمشتري، كون حق الانتزاع له (٢). واما لو لم يشترط المال ي

ص: ٤٢٣

- ١- لا يرد هذا الاشكال على " الجمع بين الادله " الذي 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 و يجعله جزء لمبيع، فينتقل اصل المال و رقبته الى المشتري

للمشترى، يعنى مسلما بدون بقاء حقه فى الانتزاع - فالمال وان لم يخرج عن ملك العبد ولكن حق الانتزاع باق للبايع بالاستصحاب. و مجرد نقل العبد الى المشترى لا- يزيله. ثم لا يخفى: ان ما ذكرنا، انما هو لتقرير التفصيل على المذهبين. واما تطبيق الاخبار على المدعى، فهو لا يمكن الا باختيار ان الاخبار مبنيه على القول بالتملك. او بعدمه. اذ غاية الامر ان نقول: لو قلنا بالتملك يصير المعنى حصول حق الانتزاع للمشترى بالشرط. ولو قلنا بعدمه يصير المعنى حصول الرقبه له بالشرط. (١) اذ لا يصح ان يقال ان الامام "ع" قال ان كان العبد - يملك فمقصودى كذا، وان كان لا يملك فيمقصودى كذا. فلا بد من اختيار احد المعنيين فى الاخبار. فاضافه المال الى العبد يرجح الاول. و ظهور الاشرط والانتقال الى المشترى او البقاء للبايع فى اصل الرقبه، يرجح الثانى. كما اشرنا اليه سابقا. الثانى: انه يعتبر فى هذا الشرط، ما يعتبر فى اصل المبيع. من كونه معلوما لهما بالمشاهده او الوصف الرافع للجهاله، والسلامه عن الربا، بان يكون الثمن مخالفا لجنس ما مع العبد اذا كان ربويا. او زائدا عليه، فاذا كان معه مائه دينار مثلا وباعه بمائه دينار، لم يصح. ولو باعه بمائه دينار و دينار صح. وعن السرائر انه لا خلاف فيه. و كذا يعتبر قبض المجلس ان كان المعامله بالصرف. هذا قول الاكثر. و عن ظاهر الشيخين فى المقنعه والنهائيه انه اذا شرط المبتاع ماله، كان له دون البايع سواء كان معه اكثر من ثمنه او اقل. و كذا عن المراسم ولعل دليلهم ما رواه الصدوق فى الصحيح عن زراره " قال: قلت لابي عبد الله - ع - الرجل يشتري المملوك وماله (؟) فقال: لا باس. قلت: فيكون مال المملوك اكثر مما اشتراه به. فقال: لا باس به. " (٢) وهو محمول على صورته عدم كون المال ربويا، او مخالفتها 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 ملاحظه شرايط صحه البيع فى هذا الشرط على القول بعدم مالكيه العبد واضح، فان المال الذى مع العبد هو مال المالك، و يكون مع الشرط من اجزاء ٣

ص: ٤٢٤

١- بل لو قلنا بالمكيه ايضا قد ينتقل الرقبه، كما اشرنا بانه معلق على كيفيه الشرط.

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤، ابواب بيع الحيوان، ب ٨ ح ١. - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣

المبيع. واما على القول بالمالكيه فمشكل. لظهور ان مال العبد هو ماله. و لا- يجوز نقله الى الغير بالشرط. فلا يصير جزء من المبيع، حتى يلزم اعتبار شرايط البيع، والتحرز عن الربا. اذ الربا هو مقابله المتجانسين الربويين متفاضلا. بان يحصل انتقال مال كل منهما الى الاخر. غايه ما في الباب جواز انتزاع المولى مال عبده منه، كما ادعى عليه الاجماع في المختلف. فما لم ينتزع لم يخرج المال عن ملكيه العبد. و غايه توجيه الشرط هنا ان يكون المراد من اشتراطه للمشتري ابقاء المال للعبد وعدم انتزاع البايع اياه منه. وان جاز ايضا للمشتري بعد انتقال العبد اليه انتزاعه منه. كما مر. و اشار اليه العلامة " ره " في القواعد في باب " ما يدخل في المبيع وما لا يدخل ". فمن باع عبدا كان له مائه دينار بمائه دينار واشترط المشتري ان لا ينتزعا البايع عنه و يبقيها للعبد، لا- يصدق عليه انه باع مائه دينار و عبدا بمائه دينار، حتى يحصل الربا. بل اشترى عبدا له مائه دينار بمائه دينار. لا انه اشترى مائه دينار و عبدا بمائه دينار. و بالجمله: الربا هو معامله المتجانسين قصدا و بالذات مع فضل في احد الطرفين، سواء كان الفضل من جنسها او من شئى آخر. و المفروض في ما نحن فيه، تعلق معامله بالعبد مع احتمال حصول ما يساوى الثمن له ايضا بانتزاعه من العبد. فاطلاق الاكثر اعتبار شرايط البيع في هذا الشرط، مبنى على قولهم بعدم مالكيه العبد، الموجب لصيرورته جزء المبيع. و مراد من قال بالملكيه هو شرط بقاء المال للعبد وعدم انتزاعه منه. و بذلك لا يصير جزء. فما حكى عن المحقق الثانى - انه قال في شرح القواعد في باب ما يدخل في المبيع، انه " يشترط في مال العبد حيث ينتقل مع الشرط، شرايط البيع، كالعلم به والتحرز عن الربا، وان قلنا بانه يملك " و عن التذكرة ايضا مثله - في محل تأمل. ولا يحضرني كلامهما لا حظ مرادهما. ولعله الى ما ذكرنا، من عدم تحقق حقيقه الربا في هذه الصورة. نظير (1) كلام العلامة في القواعد، حيث اقتصر على تجويزه جهاله المال "

ص: ٤٢٥

١- وفي النسخه: " ينظر " لعل الناسخ جعله خبر " لعله "

و غيبته، ولم يتعرض للتحرز عن الربا، بالظهور (١) وهذه عبارته القواعد في باب ما يدخل في المبيع " السادس: العبد ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري - ان قلنا بان العبد يملك - وينتقل الى المشتري مع العبد، و كان جعله للمشتري ابقاء له على العبد. فيجوز ان يكون مجهولا- و غائبا. اما اذا احلنا تملكه، وباعه و ما معه، صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرايط البيع. " انتهى. وفي كلامه مسامحات و تعقيدات لا- يخفى. فان الاولى ان يقال " وان قلنا " ب " ان الوصلية. و ينقل مقام " و ينتقل.... " . و ايضا، هذا الحكم لا يختص بما ملكه مولاه بل يجرى فى ما ملكه غيره ايضا. و حاصل كلامه انه على القول بعدم المالكه لابد ان يكون فى الشرط شرايط البيع موجوده، من المعلوميه والتحرز عن الربا او غير ذلك. واما على القول بالمالكه، فيصح الشرط، بمعنى ابقاء [المال] للعبد لا الانتقال الواقعي الى المشتري. فلا يشترط فيه شرايط البيع. اما مثل التحرز عن الربا، فظاهر، لما ذكرنا. واما المعلوميه، او الحضور، فلا يعتبر ايضا. لعدم لزوم غرر فى ذلك. اذا المقصود انه كل ما ملكه لا يؤخذ منه قليلا كان او كثيرا. و لا مدخلية لعلم المشتري بذلك. بل امر هذا موكول الى العبد والمولى الاول. و كذلك استحقاق المولى الثانى للانتزاع امر تابع لا ثبوت بينهما. فكلما ثبت انه عنده، له انتزاعه. وما، لا، فلا. وقد صرح بعدم اشتراط التفصى من الربا ايضا الشهيد فى الدروس. قال " ولو اشتراه و ماله، صح، ولم يشترط علمه ولا- التفصى من الربا، ان قلنا بملكه. وان احلناه اشترطا. وروايه زراره مصرحه باطلاق جواز زياده ماله على ثمنه. " انتهى كلامه (ره). وهو ظاهر اللمعه و شرحها. [و] صرح به فى المسالك حيث قال " اما لو قلنا بملكه حقيقه لم يشترط فى الثمن ما ذكره. لان ماله ح، جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن " . و على هذا فاطلاق الروايه من مؤيدات القول بالمالكه. وقد مر تاويلها على المختار. الثالث: فى بيان ما نسبه الشهيدان، الى الاكثر من القول بالمالكه. اما نسبه الشهيد،

ص: ٤٢٦

١- و فى النسخه: جمله " انه ليس فى محله " بعد كلمه " بالظهور " لعل الناسخ فهم من قوله " هذه عبارته القواعد " ان المصنف فى مقام التعريض والرد

فظاهره. حيث قال " واختلف فى كون العبد يملك. ظاهر الاكثر ذلك. وفى النهايه يملك ما ملكه مولاه و فاضل الضريبه وارث الجنايه، بمعنى جواز التصرف و جواز تزويجه منه و تسريه وعتقه. لا- بمعنى ملك رقبه المال ". انتهى. و يظهر منه ان الا- كثر قائلون بملك الرقبه و لا ينافى كونه محجورا عليه. واما الشهيد [الثانى]، فقال فى المسالك " القول بالملك فى الجمله للاكثر، و مستنده الاخبار. و ذهب جماعه الى عدم ملكه مطلقا. و استدلوا عليه بادلله كلها مدخوله. و المسئله موضع اشكال. ولعل القول بعدم الملك مطلقا، متجه. و يمكن حمل الاخبار على اباحه تصرفه فى ما ذكر لا بمعنى ملك رقبه المال. فيكون وجها للجمع ". واما فى الروضه، فقال " والا- كثر على ان يملك فى الجمله، فليل فاضل الضريبه وهو مروى. و قيل ارش الجنايه. و قيل يملكه مولاه معهما. و قيل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق. استنادا الى اخبار يمكن حملها على اباحه تصرفه فى ذلك بالاذن. جمعا ". اذا عرفت هذا ظهر لك ان الشهيد الثانى لم ينسب الملك الى الا- كثر. بل [قال] " فى الجمله " بمعنى ان الاكثر لم ينفوا ملكه رأسا. فهم متفقون فى عدم القول بنفى الملك رأسا. وان كانوا مختلفين فى الملك. فبعضهم اثبته مطلقا وان كان محجورا عليه، كالمحقق. و بعضهم يكتفى بملكه فاضل الضريبه، و هكذا.. و من المواضع التى يظهر المليكه ايضا، انهم ذكروا انه لا زكوه فى مال العبد. وما، ذكروا انه لا ربا بين المالك و مملوكه. فانه ظاهره انه يجوز الربا بينهما. لا انه لا يتحقق ماهيه الربا لعدم مالكيه العبد. كما انه كذلك بين الزوجين والوالد والولد، والسياق واحد. لكن ذلك لا يناسب ما اراده من قوله " فى الجمله " لان ذلك اتفاقى بينهم، ولا- يختص بالا- كثر. فلا بد اما من القول بالمالكيه، او ارتكاب تفكيك القرائن فى الروايه بحملها على نفي الحقيقه من جهه عدم الملك. ومنها ما ذكروه فى نكاح المولى امته لعبده واعطائها شيئا من قبله، او من قبل عبده، ان قلنا بوجوبه و صيرورته ملكا لها. ولكنهما غيروا ضحين. و منها غير ذلك و باب التاويل والقده فيها مفتوح.

وقد ظهر من جميع ذلك ان نسبه القول بعدم الملك الى الاكثر، اظهر واوضح و ادلتهم اقوى. و كذلك الظاهر ان القائلين بالملك مطلقا، متفقون على ان للمولى انتزاعه عنه متى اراد (1) للاجماع الذى ادعاه فى المختلف، فيكون ملكا مترلزلا غير مستقر. و هذا معنى آخر، غير المحجور به. نعم يظهر من المحقق الاردبيلي القول باستقلاله بالملك مطلقا و عدم الحجر عليه. لتامله فى الاجماع. مع انه معترف بعدم ظهور الخلاف. والحاصل: المختار فى المسئلة انه لا يملك رقبه المال مطلقا. بل انما يستباح له التصرف باذن المولى. فلو مات المولى قبل التصرف، فلا يجوز التصرف الا باذن الوراثة. و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن جميع ما اشتمل عليه السؤال وحاصله انه لا يملك رقبه المال اصلا. و محجور عليه بالمعنى الاعم من الحجر المصطلح. يعنى ممنوع من التصرفات الا باذن المولى. وان لم [يكن] له مال، حتى يتحقق الحجر المصطلح (2) و متى اذن المولى فيباح له التصرف، ما لم يظهر من المولى كراهته بعد ذلك. و لم يمت. والله العالم باحكامه.

١٨٠- سؤال:

١٨٠- سؤال: هر گاه زید ادعا کند که من پنج تومان (مثلا) از بکر - پدر هند زوجهء عمرو - طلب دارم. و عمرو، مذکور، بدون مطالبهء ثبوت شرعى باعتقاد صدق زید (يعنى به مجرد حمل قول او بر صدق) ملک خود را بهمان مبلغ بين شرط مى کند برای زید. و بعد همان ملک را از زید اجاره مى کند، ووجه اجاره را هم مى دهد. و بعد از آنکه از هند زوجهء خود، استفسار مى کند، زوجه منکر طلب زید مى شود. مى گوید که عبث کردى که چنین کارى کردى. آیا این مبیعه صحیح است یا فاسد؟ -؟ ووجه اجاره که زید گرفته، بر او حلال است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: بر فرضى که صورت واقعه همین باشد. این از فروع مسئله ضمان خواهد بود. يعنى زوج ضامن زوجه شده، و حقی که این شخص بر زوجه دارد، به ذمهء خود گرفته، و ملک خود را در عوض آن به او فروخته با شرط خیار. و بعد از او اجاره کرده. و چنان ضمانتى ع

ص: ٤٢٨

١- و على ما بيناه من "الجمع بين الادله" ليس له الانتزاع متى اراد، بل له الانتزاع عند بيع العبد او عتقه فقط. وهو ليس محجورا عليه (بعد اذن المولى تملكه) الا بهذا المعنى.

٢- نعم، الحجر اذا سأل به بانتفاء الموضوع

نیست. چون شرط است در ضمان، که آن حق مضمون، ثابت باشد در ذمهء مضمون عنه. و ضامن هم بداند ثبوت آن را در ذمهء او. و مفروض خلاف آن است. خصوصا اینکه اگر واقعا آن شخص طلبی از پدر زوجه داشته، آن حق متعلق به ذمهء پدر است. و بعد از آن تعلق به مال او میگردد، اگر مالی داشته باشد. نه به ذمهء دختر او. مگر اینکه مالی داشته و آن دختر آن را تلف کرده. و به هر حال، در حین ضمان ثبوت حق در ذمهء دختر معلوم زوج نیست که ضمان صحیح باشد. پس بیع ملک در عوض آن، صحیح نیست. پس زید مستحق ملک و منافع ایام تصرف آن شخص خواهد بود. و محض خیال صادق بودن آن شخص، موجب ثبوت حق در ذمهء زوجه، در نزد زوج او نمی شود. و مرافعه با زوجه و اثبات حق در ذمهء او - بعد از این ضمان و معامله - نفعی از برای صحت ضمان و معامله ندارد. و آنچه را [که] از باب وجه اجاره داده است، ظاهر این است که استرداد می تواند کرد. با بقای آن مطلقا، و با تلف آن نیز در صورت جهل به فساد اجاره. چنانکه مفروض سؤال است. و ممکن است که این مسئله از فروع " بیع دین " باشد. زیرا که چنانکه اشکال است در جواز بیع دینی را (که از غیر می خواهد) به عوض معینی، هم [چنین] اشکال است در بیع عین معینی را به دینی که مشتری از دیگری طلب دارد. چون ظاهرا فرقی ما بین ثمن و مثن نیست. و بنا بر 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 می شود در جهالت عین طلب که چه چیز است. آیا غله است یا نقد یا غیر آن. و [نیز] در جهالت مقدار. همچنین متصور می شود در جهالت اصل طلب داشتن. و ثبوت طلب در ذمهء مدیون و احتمال دیگر، بعید است که عمرو ملک خود را به مساوی آن وجه در ذمهء زید فروخته، و بعد از آن قبول کرده که آن را از ترکهء بکر یا وارث او بگیرد. و در این صورت این از باب حواله می شود. و آن هم فاقد شرایط [است] گو اصل بیع صحیح باشد؟ تا متفرع باشد بر آن احکام آن.

۱۸۱- سوال:

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 زوجهء دیگری را و همان ملک را رهن زوجهء جدیده کند. و بعد از آن زوج بمیرد، و صغیر کبیر شده و با زوجهء ثانیه دعوی دارد؟-

جواب:

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 ملاحظهء مصلحت طفل ملک را ثانیاً به خود منتقل کرده باشد و رهن کرده باشد.

۱۸۲- سوال:

۱۸۲- سوال: هر گاه کسی ملکی بخرد، به جهت خوف خروج ملک مستحقاً للغير ملک دیگری را از بایع به رهن بگیرد که در اصطلاح "ضامن درک مبیع" بشود. و همچنین مشتری هر گاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درک. که هر گاه مستحق غیر بر آید مشتری ملک مرهون را در عوض بر دارد و همچنین بایع نسبت به ثمن صحیح است؟ و لازم است؟ یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر صحت و جواز است، به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار که حکمت در رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال.

۱۸۳- سوال:

۱۸۳- سوال: زید ملکی از مال صغیر فروخته و یک قطعه زمین خود که در جنب آن

ملک است رهن آن کرده و ضامن درک 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 می کند. و ورثه زید می گویند ما ملک را وا نمیگذاریم. آیا مشتری مستحق ملک صغیر است یا ملک زید؟ - یا هیچکدام؟

جواب:

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به بیان چند مقدمه: اول آنکه: اظهر و اشهر این است که قبض در رهن شرط است. و ظاهر این است که شرط صحت، است. نه محض لزوم. و این مطلب را در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده ام. (۱) دوم: حقی که رهن [را] از برای او قرار میدهند مشروط است به اینکه ثابت در ذمه باشد. به معنی اینکه مرتهن مستحق آن باشد هر چند مستقر نشده باشد، مثل قیمت مبیع در زمان خیار، خواه مال باشد مثل قرضی که در ذمه مقترض است و [مثل] قیمت مبیع. و خواه منفعتی باشد مثل آنکه اجیر شده باشد که عملی را بکند، و رهن بدهد که هر گاه آن کار را نکند اجرت عمل را از آن رهن استیفا کند. پس هر چیزی که هنوز استحقاق در آن حاصل نشده، صحیح نیست رهن بر آن. مثل اینکه رهن بدهد در ازای دینی که بعد از آن، قرض خواهد کرد. یا عملی که بعد از این، اجیر می شود در آن. و کافی نیست حصول سبب، مادامی که ثابت نشود در ذمه، 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 جراح " موضعه " یا " متلاحمه " مثلا چون فی نفسه دینی دارد، اگر به همان حال چاق شود. و هر گاه به هلاک منجر شود

ص: ۴۳۲

۱- هنگامی که مجموعه جامع الشتات را از تلیق سه دفتر به وجود آورده اند مسئله مورد نظر میرزا را که می گوید " در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده ام " موخر و مسئله بالا را مقدم کرده اند بنابر این رجوع کنید به مسئله شماره ۱۸۶، از همین مجلد

تمام دیه را باید بدهد. پس تا امر جراحی 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 ذمه جانی است، مثل شبه عمد. و بعضی متعلق به "عاقله" است. و از برای بعضی مدتی در شرع قرار داده شده مثل دیه 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 ذمه او تعلق گرفته که رهن از او گرفته شود. و همچنین بعضی گفته اند که هر گاه جنایت از بابت قطع زبان یا ذکر باشد در آنجا جایز است رهن. از برای آنکه نهایت این مرگ است و در مرگ دیه کامله است، و بدون مرگ هم دیه آن عضو دیه کامل است. پس در اینجا هر چند هنوز جنایت مستقر نشده. و لیکن موجب آن مستقر شده که تمام دیه. 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 هر گاه عین از بابت امانت باشد مثل ودیعه و عاریه غیر مضمونه، صحیح نیست رهن بر آن، و ظاهراً خلافی در آن نیست، و در مسالک تصریح کرده است به اینکه اتفافی است. هر چند ممکن است که تعدی و تفریط رو بدهد که موجب ضمان باشد. و ظاهر این است که علامه در تذکره دعوی اجماع کرده باشد، یا از کلام او ظاهر می‌شود عدم خلاف. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) اشاره به آن کرده. و همچنین نسبت اجماع به تذکره از کلام غیر او هم ظاهر می‌شود. و همین دعوی اجماع به ضمیمه "اصل عدم" کافی است در اثبات مطلب و احتیاج به تکلفاتی که کرده اند در اثبات مطلب، نیست. و اما عین مضمونه مثل عاریه 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 کرده اند منع از آن را و بعضی استدلال کرده اند 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 نمی تواند شد. به جهت آنکه مقصود بیان حکم مطلق بنفسه نیست. و در جائی که ذکر مطلق از برای مطلق دیگری باشد، حمل بر عموم نمی شود. چنانکه در اصول محقق است - و به [جهت] منع شمول سایر عمومات، مثل " اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم ". و علامه در تذکره و شهیدین و آخوند ملا احمد (ره) هم اختیار جواز آن، کرده اند در اعیان مضمونه بلکه شهید (ره) گفته است که " فی جوازه و جهان و الجواز اقوی " و از این کلام ظاهر می شود که قول اول مشهور نباشد. و به هر حال، اظهر در نظر حقیر نیز جواز است. به جهت عموم ادله عامه مثل: اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم " و علتی که مستفاد می شود از اخبار مستفیضه مثل صحیحهء محمد بن مسلم " عن احدهما (علیه السلام) قال: سئلته عن السلم فی الحيوان والطعام و یؤخذ الرهن -؟. فقال: نعم، استوثق ما استطعت " (۱) و نزدیک به این مضمون است موثقهء (۲) سماعه و صحیحهء صفوان " عن یعقوب بن شعیب، قال: سئلته عن الرجل یكون له علی الرجل تمر او حنطه او رمان. وله ارض فیها شیء من ذلك فیرتھنها حتی یتوفی الذی له (۴) قال: یتوثق من ماله. " (۳) و روایه معاویه بن عمار که سند آن قوی است به سبب اسماعیل بن مرار " قال: سئل ابا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یسلم فی الحيوان والطعام و یرتھن الرهن (۴). قال: لا بأس تستوثق من مالک " (۴) که از علت منصوصه در این احادیث مستفاد می شود که محافظت کردن مال و وثیقه قرار دادن که اعتماد انسان در محافظت مالش به آن وثیقه باشد، خوب است. و این در عین .

ص: ۴۳۴

۱- وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۱ ح ۵.

۲- وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۱ ح ۴.

۳- وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۱ ح ۶.

۴- وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۱ ح ۹.

و دین همه جاری است. و اگر دعوی اجماع نبود، در امانت هم قایل میشدیم، یعنی رهن بگیرد که اگر تعدی و تفریط کند تدارک آن از این رهن کرده شود. و فرقی علی الظاهر میان " رهن بر ودیعه " و " امانت به شرط تفریط " و مثل " عاریه مضمونه " و امثال آن، نیست. و توهم فرق به اینکه " در اعیان مضمونه، ضمان مقارن رهن است و در امانات غیر مضمونه هنوز حاصل نشده " ضعیف است. به جهت آنکه در عاریه مضمونه تا تلف حاصل نشود ضمانتی نیست. و حق 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 هر جا که در عرف و عادت حبس مال را باعث حفظ مال دانند، مستحسن خواهد بود. و توهم اینکه " این در سلم وارد شده و افاده عموم نمی کند " این همان سخن منکر " حجیت علت منصوصه " است و بنای ما بر حجیت آن است. و همچنین منع حصول استیثاق در ما نحن فیه (به جهت آنکه آن تابع صحت این رهن است و صحت آن اول کلام است) وجهی ندارد. به علت آنکه ما از همین کلام امام (علیه السلام) میفهمیم عموم نفع حبس مال غیر از برای حفظ مال خود خرج ما خرج بالدلیل و بقی الباقی. و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر می شود که جایز است در رهن بر درک میب و ثمن، چنانکه جمعی از اصحاب به آن قایل شده اند، و در مسالک نسبت آن را به شهید (ره) و جماعتی داده و خود نیز اختیار آن کرده، و از عبارات آخوند ملا احمد (ره) هم ظاهر می شود که این مشهور باشد، چون گفته است " ولهذا نجد تجویز هم فی الدرک علی الثمن والبیع و غیر ذلک " و همان عمومات و علت منصوصه شامل این هم هست. و مراد از درک میب و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر میب مستحق غیر بر آید، مشتری استیفای حق خود را از رهن کند. یا اگر ثمن مستحق غیر بر آید (یا کیل و وزن آن کم بر آید، و امثال آن) بایع از رهن مشتری استیفای حق خود نماید. و دلیلی که از برای قول به منع، نقل کرده اند " عدم وجود مقتضی ضمان " است در حال رهن. و اینکه بعدا ظاهر می شود، مثل تفریطی است که بعد در امانات غیر مضمونه ظاهر شود. و آن اعتبار ندارد به اجماع، پس این هم اعتبار ندارد. و در مسالک تکلف کرده است در

جواب. و آن تکلف این است که در اینجا اسباب موجبات ضمان که ظاهر می شود (مثل مال غیر بودن مبیع، یا ثمن. یا کم بودن کیل و وزن و مقدار) کاشف می شود که در حین عقد رهن این سبب حاصل بوده. بخلاف امانات غیر مضمونه. و این سخن تمام نیست به جهت آنکه در عاریه مضمونه هم در حین عقد رهن اسباب ضمان حاصل نبود و بعد از اتلاف ضمان حاصل می شود و حال آنکه در آن تجویز کرده اند رهن را، بکله فارق در مسئله همان اجماع است در عدم جواز. و بدان که: خلاف کرده اند در اینکه "مقارنه 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 ملا احمد (ره) نیز میل به آن کرده، به جهت عمومات و اطلاقات و عدم مانع. و بعد از آن گفته است "ولهذا نجد تجویزهم فی الدرک علی الثمن و المبیع و غیر ذلک". و متفرع می شود بر این اینکه بگوید "بعثک هذا العبد و ارتهنت هذا الدار به: فقال المشتري: اشتریت و رهنتم". پس بنا بر اول صحیح نیست. و بنا بر ثانی صحیح است. سوم اینکه: هر گاه کسی رهن کند عینی را بر دین مؤجلی، 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. اما 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 اما بطلان رهن پس به جهت آنکه رهن عبارت است از محبوس ساختن عینی از برای محافظت دین که تا مادامی که وفا نکند رهن 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 می شود به فساد شرط. چنانکه در رساله "شرط در ضمن العقد" بیان آن را کرده ایم. 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 می کند بر آن " اصله عدم صحه " و ظاهر اجماع. چنانکه از مسالک ظاهر می شود. و بدان که: هر گاه راهن بر غیر دین مؤجل رهن کند و بگوید که اگر وفا نکردم این حق را، این رهن میباید 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 میباید نشده است و اینهم باطل است به جهت بطلان تعلیق. و بدان که هر گاه چنین رهنی به عمل آید و مرتهن به همین نهج قبض کرده [باشد] هر گاه تلفی بر رهن رو دهد، هر گاه بعد مدت اجل دین، است، مرتهن ضامن است. و هر گاه قبل از انقضای اجل دین، است، ضامن نیست، نظر به قاعدهء کلیهء " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " یعنی هر معامله که صحیح آن افادهء ضمان می کند فاسد آن نیز افادهء ضمان می کند، و آنچه صحیح آن افادهء ضمان نمی کند فاسد آن نیز افادهء ضمان نمی کند. و چون قبل از انقضای اجل، رهن فاسد است پس بر آن ضمان نیست. به جهت آنکه در صحیح رهن هم ضمان نیست و به منزلهء امانت است هر گاه بدون تفریط تلف شود از کیسهء مالک رفته است. و هر گاه بعد از انقضای اجل تلف شود از کیسهء مرتهن رفته، چون میباید است به بیع فاسد. و چنانکه به مجرد بیع صحیح میباید مال مشتری است و آنچه رو میدهد به میباید از مال او تلف شده، همچنین در فاسد آن. و این قاعده از جملهء مسلمات فقها است و در آن خلافی نکرده اند و در مسالک گفته است که: سر این قاعده این است که طرفین معامله با هم راضی شده اند به مقتضای عقد و تن در داده اند به لوازم آن. پس در هر جا که بر عقدی ضمان مترتب است مالک به عنوان ضمان تسلیم کرده و قابض هم به عنوان ضمان اخذ کرده. بعلاوه عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " و در جائی که عقد [ی واقع شده که] ضمانی بر آن مترتب نیست مثل رهن، پس تسلیم واقع شده است به اعتقاد صحت، پس آن شخص که تسلیم

می کند قصد ضمان نکرده است بلکه قصد عدم ضمان کرده است، و آن شخص که قبض می کند هم ملزم ضمان نشده است. پس مقتضی ضمان منتفی می شود. و این قسم دوم تمام می شود هر گاه هر دو جاهل باشند به فساد یا هر دو عالم باشند. به جهت آنکه قبض به اذن آن شخص است که می دهد، پس از بابت امانت می شود که ضمانی بر آن مترتب نیست. و همچنین هر گاه آنکه می دهد عالم به فساد باشد و آنکه می گیرد جاهل باشد، و اما صورت عکس (یعنی آنکه می دهد جاهل باشد و آنکه می گیرد عالم باشد) پس حکم آن مشکل می شود. چون قبض به غیر حق شده و آنکه داده است به اعتقاد صحت لزوم داده است، و اگر میدانست که فاسد است مال خود را نمیداد. پس باید آنکه می گیرد ضامن باشد به سبب عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " و لکن اصحاب ما مطلقاً حکم کرده اند به قاعده " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " واحدی در آن، خلاف نکرده است. و بعد از آن گفته است که: ممکن است که توجیه کنیم صحت را در این قسم آخری نیز (یعنی صورت جهل دهنده و علم گیرنده) به اینکه مالک اذن داده است در قبض بر وجهی که ضمانی در آن نیست، و گیرنده هم بر این وجه گرفته است. و اینکه اگر دهنده علم می داشت به عدم صحت و لزوم به او نمیداد و راضی نمیشد، معلوم نیست. پس اذن حاصل است و مانع معلوم نیست - تمام شد ترجمه کلام مسالک -. و گاه است که در اینجا توهم شود که: اشکالی که صاحب مسالک در قسم آخر کرده بر قسم اول هم وارد می آید (یعنی صورت جهل هر دو به فساد) که در آنجا هم مالک اگر علم می داشت به فساد راضی به دادن نمیشد. و لکن این [توهم] مدفوع است به اینکه: عمده اشکال از جهت تصرف عالم به فساد است که در حکم غصب است. و در قسم اول این معنی نبود. پس توجیه صاحب مسالک بد نیست. و عمده تکیه بر ظاهر اجماع ایشان است بر مطلق (۱) این قاعده که شامل همه

ص: ۴۳۸

۱- صحیح: " اطلاق این قاعده " است. گویا اشتباه از نسخه برداران است

اقسام است. و اطلاق در اجتماعات منقوله نازل منزله اطلاق اخبار است، و عمل به آن باید کرد. و دعوی اینکه " این قسم اخیر با قسم اول نیز هر دو از افراد نادره اند که اطلاق منصرف به آن نمی شود و اطلاق حدیث - علی الید ما اخذت - هم منصرف به آن نمی شود " بعید است. خصوصاً قسم اول که غالب عوام الناس این است که طرفین جاهل به حکم اند. و اندراج این حکم در تحت عموم " علی الید ما اخذت " ابعده نیست از اندراج سایر " ید " های غیر عاریه که ضمان بر آنها مترتب است. چهارم: ظاهر این است که جایز است که بایع خود ضامن عهدهء ثمن شود. یعنی هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید از عهدهء ثمن بر آید. ولکن اشکال است در اینکه آیا می تواند که ضامن عهدهء درک 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 بر آید، مالک اصلی مسلط است بر ازاله آن بناها و درخت ها، و در کی که حاصل می شود (یعنی تفاوت قیمت درخت و بنادر حالی که بر پا باشد یا کنده شده باشد) آیا بایع می تواند ضامن آن شد یا نه؟ - و معنی صحت و جواز ضمان در اینجا این است که اموری که مترتب بر عقد ضمان می شود بر آن جاری شود والا بایع ضامن همهء این غرامت ها هست خواه ضامن بشود و خواه نشود. و ظاهراً اشکالی در ضمان درک اصل ثمن نباشد. و اما درک آنچه بعد حادث می شود پس چون ظاهر این است که داخل " ضمان ما لم یجب " است، صحیح نیست این ضمان از برای غیر بایع، و در آن خلافتی نقل نکرده اند. و اما خود بایع پس ظاهر این است که از برای او هم صحیح نباشد. هر چند 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 جمله شرایط آن همین است که گفتیم که باید آن ثبوت در ذمه در حال عقد ضمان حاصل باشد. و ضمانی که لازم اصل بیع است این معنی در آن شرط نیست. پس ثبوت ضمان با بیع در صورت استحقاق ملک از برای غیر در همه صورتهای بیاشکال است. و اشکال در این است که هر گاه علی حده ضمان هم ببندند ایضا صحیح است یا نه؟ -؟ و ثمره آن وقتی ظاهر می شود که مشتری حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق الرجوع به سبب ضمان باقی میماند. چنانکه هر گاه دو خیار یا بیشتر، از انواع خیار در بیع و شراء حاصل باشد به اسقاط بعضی از آنها بعض دیگر ساقط نمی شود. و همچنین ثمره ظاهر می شود در اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند که با بیع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود بوجه صحیحی. پس هر گاه 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 با بیع، درک آنچه را که مشتری احداث می کند از بنایا غرس. و فخر المحققین (ره) وجه اشکال را گفته است که "از این جهت که ضرورت داعی بر آن است پس جایز خواهد بود چنانکه هر گاه احدی از اهل کشتی در حین خوف غرق کشتی بگوید به دیگری که متاع خود را به دریا ببنداز و ضمان آن بر من باشد. و از این جهت که - ضمان ما لم یجب - است صحیح نخواهد بود". بعد از این گفته است که "اصح عدم جواز است" و گویا نظر او به این باشد که در اینجا ضرورتی نیست چون با بیع ضامن غرامت است هر چند ضامن نشود پنجم: هر گاه 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 می شود 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 ذمه ضامن باقی میماند. چنانکه در مال مرهون هم، چنین بود. و مقتضای دوم این است که همینکه مال تلف شود ذمه ضامن بری می شود. و مضمون له رجوع می کند به مضمون عنه. چنانکه هر گاه غلام کسی جنایت خطائی کرده باشد و زخمی به کسی زده باشد یا قتل کرده باشد، آقای غلام اختیار دارد میخواید اقل امرین از دیه جنایت و قیمت عبد را بدهد، و میخواید خود غلام را تسلیم ایشان می کند (که غلام خود کنند) به تمامی یا به نسبت جنایتی (۱) که کرده. پس اگر غلام بمیرد پیش از استیفاء حق، دیگر چیزی به ذمه مولی متعلق نیست. و اظهر این است که ما نحن (۲) فیه از قبیل اول باشد. پس هر گاه آن مال تلف شود رجوع می کند مضمون له به ضامن. ششم: خلاف کرده اند در صحت ضمان اعیان مضمونه، مثل عین مغصوبه و عین "مبیع مقبوضه بیع فاسد" یا "مقبوضه بسوم". علامه (ره) در قواعد در آن اشکال کرده. و ضمان این اعیان یا به این معنی است که در عهده 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 فخر المحققین و شهید ثانی (ره) ترجیح عدم جواز داده اند. 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 ما نحن فیه متحقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن می شود اگر تلف شود هم (چون قیمت در ذمه غاصب و اشباه آن ثابت است در صورت تلف) ضامن آن را در عهده 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. (۳)

ص: ۴۴۱

۱- در نسخه: یا به نسبت به جنایتی که کرده.

۲- در نسخه: که در ما نحن فیه.

۳- در نسخه: که سبب تعلق قیمت در صورت تلف در عین عقد ضمان متحقق است

و اما دلیل قول به عدم جواز، " اصل " است و [نیز] بطلان دلیل جواز [است] به جهت آنکه در صورت اولی (یعنی صورت ضمان رد عین) مفروض این است که مال [را] در عهده نگرفته است. بلکه آنچه در عهده او هست وجوب رد 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 بری الذمه نیست، بلکه مکلف است به رد اجماعاً. چنانکه در مسالک تصریح به آن کرده. و اینهم با قواعد شیعه نمیسازد که " ضمان " را مشتق از " ضمن " کرده اند نه " ضم ". یعنی این مال از ضمن و ذمهء مضمون عنه بیرون می‌رود و به ضمن و ذمهء ضامن قرار می‌گیرد. نه چنانکه عامه گفته اند که ضم می شود ذمهء ضامن و ذمهء مضمون و هر دو ضامن هستند و مضمون له مخیر است که از هر کدام خواهد بگیرد. و اما در صورت ثانیه که ضامن می شود که اگر آن اعیان تلف شوند قیمت آنها را به مضمون له بدهد. پس به جهت اینکه این از باب " ضمان ما لم یجب " 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 ذمهء مضمون عنه. پس اقوی قول به عدم جواز است. و از آنچه اینجا گفتیم ظاهر می شود که اگر بایع خود ضامن عین مغصوبه ای شود که فروخته است به غیر، اولی است به عدم جواز. چون بیان کردیم در مقدمهء چهارم که در جواز ضامن شدن بایع درک میباید، خلاف است هر چند اظهر صحت آن بود. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر می شود که ضمان در اعیان مضمونه نیز صحیح نیست (مثل مال مضاربه و ودیعه و امثال آن) به جهت آنکه ذمهء امین بریء است و بر او چیزی لازم نیست در حین عقد ضمان. و این از باب " ضمان ما لم یجب " می شود. بلی اگر امین تعدی و تفریط در آن عین بکند، ضامن می شود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان تعدی به عمل نیامده و سبب آن هم موجود نیست. بخلاف

ید غاصبه (۱) و

ص: ۴۴۲

۱- یعنی چون ضمان غاصب در اینجا نیز با وجود عین در وجوب رد، است نه در اصل مال و در صورت تلف هنوز سبب ضمان (که اشتغال ذمه به قیمت باشد) به عمل نیامده - و معنی ضمان این است که مضمون عنه فارغ شود به سبب ضمان و اینجا مضمون عنه خود غاصب است و به ضمان خود فارغ نمی کند خود را - پس ضمان صحیح نیست. و وجه اولویت عدم صحت ضمان در اینجا این است که با وجود اینکه در مقدمه چهارم سبب ضمان موجود بود در حین عقد ضمان، خلاف داشتند در صحت. پس در اینجا باید هیچ خلاف در عدم صحت نباشد. این پاورقی (حاشیه) از خود مرحوم محقق قمی است

مثل آن، چنانکه در امثلهء سابقه بود. هر گاه دانستی این مقدمات را میرویم بر سر اصل مسئله و می گوئیم: صورت سؤال قابلیت ارادهء رهن و ضمان (هر دو) 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 حسبتا فروخته بیع صحیح است و ضمان در هیچیک از صورتها صحیح نیست. زیرا که هر چند قائل باشیم به جواز ضمان خود بایع درک مبیع را، (خصوصا در مال معین) لکن چون در حین عقد ضمان، شغل ذمه از برای او ثابت نیست ضمان " ما لم یجب " خواهد بود و باطل است، مگر آنکه بگوئیم که گاه هست که ضرورت داعی می شود بر صحت چنین ضمان، مثل اینکه بایع از عدول مؤمنین است و تکلیف او فروختن مال صغیر است از برای نفقهء صغیر، و لکن مشتری خوف می کند که هر گاه صغیر بزرگ شود و دعوی بکند و این بایع ثابت نتواند بکند که " من بر وجه صحیح فروخته ام " و [لذا] از او ضمان میطلبد و او هم ضامن می شود در آن ملک معین. و این از باب " الق متاعک فی البحر و انا ضامن " باشد که فقها تجویز آن کرده اند به جهت رفع ضرورت. چنانکه علامه (ره) در تذکره و تحریر و قواعد تصریح به آن کرده (در کتاب کفاله) و نقل خلافی هم نکرده است. و در تذکره تصریح کرده به اینکه هر چند این از باب " ضمان ما لم 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

جعله کنیم خلاص می‌شویم از التزام ضمان ما لم یجب " بعد از آن گفته است که " اگر خوفی در کشتی نباشد ضمان صحیح نیست، به سبب عدم حاجت. و جعله هم صحیح نیست، چون این عمل از اعمال مقصوده عقلاء نیست ". و به هر حال، اظهر در نظر حقیر این است که ضمان در ما نحن فیه صحیح باشد. پس این مخصص قاعده " بطلان ضمان ما لم یجب " است. یا اینکه اینهم قسم علی حده است از ضمان مطلق که فقها آن را تقسیم کرده اند به ضمان خاص و حواله و کفاله. پس باید گفت که مطلق ضمان منقسم می شود. به: ضمان نفسی، که کفالت است. و ضمان مالی که از شخصی حاصل شود که ذمه او بری باشد از کسی که ذمه او مشغول باشد. و ضمان مال به همین نحو از کسی که ذمه او مشغول نباشد. و ضمان مال از کسی که ذمه او مشغول باشد از برای کسی که ذمه او مشغول باشد که این را حواله می گویند. که این چهار قسم است و ما نحن فیه از قسم سوم است. والحاصل: دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیه، مستقل است در اثبات احکام. و متفرع می شود بر این نیز که هر گاه ظالمی تعدی کند به کسی و از او وجهی بطلبد او را زجر بکند، دیگری ضامن او شود. هر چند شرعا بر مضمون عنه چیزی واجب نیست. هر چند در اینجا می توانیم 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 همین قدر اکتفا کنیم در اجرای قاعده. و هر گاه بگوئیم مراد در صورت 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 ذمه ثابت باشد و مفروض براءت ذمه است، پس باید که صحیح نباشد رهن. و این از جمله اعیان مضمونه هم نیست که رهن بر آن صحیح باشد (بنابر مختار) بعلاوه اینکه ظاهر سؤال (اگر مراد رهن باشد) همین است که آن مرهون مبیع باشد در حین ظهور فسادی در مبیع و در مقدمات دانستی که آن نیز باطل است، و نه رهن صحیح است و نه بیع.

و ایضا 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 در این باب (الحال) چیزی در نظر نیست. و اما اگر بیع بر وجه صحیح نبوده و تصرف در مال صغیر کرده و فروخته به خلاف شرع، پس این شرط یا بر وجه ضمان است یا بر وجه رهن. و چون در مقدمات بیان کردیم جواز رهن بر اعیان مضمونه و ضمان بر آنها را (هر چند از خود بایع باشد) پس رهن و ضمان هر دو صحیح خواهد بود. و اما چون (بر فرض تقدیر رهن) در صورت سؤال ظاهر این است که میباید بودن مرهون را شرط کرده است، از این جهت باطل است. پس اگر به عقد ضمان در عهده گرفته و مراد او استفیای ضمان است در مال معین، بیان کردیم جواز آن را و باید از عهده بر آید در همان ملک خاص. پس به مقدار ضمان (۱) از همان ملک میگیرد (هر گاه خصوصیت رقبه عین را کرده است) و هر گاه اضافه باشد، زیادتی از برای ضامن خواهد بود. و هر گاه به عنوان رهن باشد اگر شرط نکرده میباید بودن را، صحیح است (هر گاه به قبض واقع شده است). و از آن قیمت استیفا می شود حق صغیر. و هر گاه شرط کرده است میباید بودن را، رهن باطل می شود و ضمان متعلق به مال میت است، از هر جا که میسر شود از اموال او خواه از همین مرهون باشد یا غیر آن. اینها در وقتی است که معلوم باشد که آیا بیع مال صغیر، بر وجه صحیح واقع شده یا فاسد. و اما هر گاه مجهول الحال باشد، حسب الممكن فعل مسلم حمل بر صحت است. و هر گاه طرفین مختلف باشند در صحت و فساد باید به مرافعه حاضر شوند. تا معلوم شود که سخن هر یک در صحت و فساد نسبت به اصل بیع چه چیز است، و نسبت به ضمان و رهن چه چیز است. و به مقتضای آن حکم شود.

ص: ۴۴۵

۱۸۴- سوال: هر گاه کسی قرض بسیاری دارد که فاضل از اموال او است. و بعضی از اموال او مرهون است در نزد بعضی از دیان. آیا مرتهن با سایر غرما شریک است و باید هر یک را به نسبت به طلب او چیزی داد؟ یا آنکه عین مرهون مختص به مرتهن است؟.

جواب:

جواب: اگر قرض را نداده است ظاهراً خلافی نیست در اینکه مرتهن اولی است به استیفای حق خود از عین مرهونه. به جهت آنکه فائده رهن همین است، و حق مرتهن که متعلق شده است به عین مرهونه، از برای همین است که استیفای حق خود را از او بکند. و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) دعوی اجماع است بر آن. و همچنین ظاهر مسالک این است که خلاف در میت است و در حی خلاف نیست. لکن گفته است که "گفتار در زنده در وقتی است که مفلس و محجور علیه باشد، و اگر چنین نباشد خود مختار است در ادای دین از هر جا که خواهد". و این سخن حق است. و اما قرضدار مرده باشد پس باز مشهور این است که مرتهن اولی است، به همان دلیلی که گذشت، که مقتضای قاعده 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) داده اند چونکه در کتاب خود روایتی که دلالت دارد بر خلاف این، ذکر کرده است. و روایتی که وارد شده بر خلاف مشهور (که صریح است در اینکه او هم مثل سایر غرما است) دو روایت است. و هر دو اینها با وجود ضعف سند، شاذ [هست] ند. (۱) و شهید (ره) در دروس فرموده "والروایه مهجوره". و به هر حال، این دو روایت معارضه نمی کنند با آن دو قاعده و عمل جمهور اصحاب. بلکه بعضی ذکر خلاف نکرده اند. پس هر گاه عین مرهونه وفا کرد به دین فیها المطلوب، و اگر نقص شده با سایر غرما در باقی بالنسبه شریک است. و اگر فاضل

ص: ۴۴۶

۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۱۹ ح ۱ و ۲. - حدیث اول به دلیل حضور محمد بن حسان، ابو عمران ارمنی و عبد الله بن حکم در سند آن، و حدیث دوم به دلیل محمد بن عیسی بن عبید (یا: عبید بن سلمان - در نسخه بدل) و نیز سلیمان بن حفص مروزی، دچار ضعف سند میشوند

شد، زیادتی ما بین کل غرما مشترک است. و هر گاه به غیر عین مرهونه چیزی نباشد باز مختص مرتهن خواهد بود.

۱۸۵- سوال:

۱۸۵- سوال: رهن ملک وقف، صحیح است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: شرط صحت رهن قابلیت مرهون است. و آن در وقف مفقود است.

۱۸۶- سوال:

۱۸۶- سوال: در رهن صیغه شرط هست یا نه؟-؟ و همچنین عین مملو که بودن شرط است یا نه؟-؟

جواب:

جواب: بلی رهن از جمله عقود است و در آن ایجاب و قبول ضرور است. و ظاهرا در آن خلافی نیست. ولکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن، می توان اکتفا کرد. و باید مدلول لفظ این باشد که " این را به نزد تو مایه اعتماد و وثوق قرار دادم که هر وقت که عاجز شوم از ادای دین تو استیفای حق خود را از عین این مال یا قیمت آن بکنی " و لفظ " رهن تک " و " ارتهنتک " و " هذا رهن عندک " و " نقتک " - به تشدید ثاء سه نقطه دار - و امثال اینها همه خوب است. و قبول هم به هر لفظی باشد که دلالت کند به رضاء به آن، کافی است. و ظاهرا لفظ فارسی در صیغه کافی است. و اما اقباض: پس اظهر و اشهر این است که شرط است. و اجماع منقول و آیه قرآن و بعض اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و اظهر این است که شرط صحت است. چنانکه مستفاد از موثقه محمد بن قیس است که " لا- رهن الا- مقبوضا " (۱) و هم ظاهر غیر آن. که اینها مخصوص اطلاعات اخبارند (اگر اطلاق مسلم باشد) بلکه ظاهر بعضی دعوی اجماع است بر آن. و لکن در قبض، استدامه شرط نیست. پس اگر بعد از قبض بگیرد، رهن صحیح است بدون خلاف ظاهرا. بلکه از جمعی دعوی اجماع بر آن شده. و همچنین شرط است که عین باشد و منفعت را نمی شود رهن کرد. بنابر مشهور بلکه در مسالک دعوی اتفاق بر آن کرده. و وجه آن این است که منفعت را قبض نمی توان کرد و " شیئا فشیئا " فانی ۱

ص: ۴۴۷

می شود. و رهن باید چیزی باشد که در حین انقضای مدت دین توان استیفای حق خود را از آن کرد پس نمی توان گفت که منافع خانه، رهن دینی باشد که از من میخواهی و خانه در نزد تو باشد که از منافع آن استیفای حق خود بکنی در حین انقضای مدت دین. به جهت آنکه منافع، تا وقت حلول اجل منعدم شده، و در آنوقت در مقابل، چیز موجودی نیست که از آن استیفا کند. بلی هر گاه بگوید که وجه اجاره این خانه از حال تا انقضای مدت، رهن باشد خوب است. و همچنین، دین را نمی توان رهن کرد به جهت [عدم] تحقق قبض. و آنچه [که] (۱) صاحب طلب مستحق است امر کلی است. و قبض در فردی از افراد آن بعد از تعیین مدیون، نه قبض عین مرهون است. و ظاهراً فرقی نیست ما بین اینکه این دین بر خود مرتهن باشد یا غیر آن. و قیاس آن به هبهء ما فی الذمه دلیلی ندارد با وجود آنکه اظهر و اشهر در هبهء ما فی الذمه، عدم صحت است. و هبه در "ما فی ذمه المتهب" که صحیحهء معاویه بن عمار دلالت بر آن دارد (۲) هم منصرف به "ابراء" می شود. و بهر؟ هر حال دلیل واضحی بر جواز رهن دین نیست مطلقاً. و اما مملوک بودن عین پس آن نیز شرط است. کتاب الرهن. (۳)

۱۸۷- سوال:

۱۸۷- سوال: زید قدری پول از عمرو، گرفته، و قدری 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 می تواند مطالبهء اجرت المثل ایام تصرف عمرو را کرده باشد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر گاه 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 و منافع آن آب هم از او باشد تا وقت

ص: ۴۴۸

۱- در نسخه: به جای " که "، " را " آمده.

۲- وسایل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱ ح ۱.

۳- مجدداً توضیح داده می شود تکرار جمله " کتاب الرهن " به دلیل تلفیق سه دفتر است که در مقدمه بیان گردید

استرداد وجه. این داخل ربای صریح است و حرام است. و لازم است که عوض آب را رد کند به صاحب آب. و همچنین هر گاه مجرای آب را رهن کرده است که وثیقه دین باشد بر وجه صحیحی، باز منافع رهن مال رهن است. و مرتهن ضامن آن است هر گاه در آن تصرف کرده بدون اذن رهن. کتاب الرهن.

۱۸۸- سوال:

۱۸۸- سوال: من استدان من احد ورهن عنده شیئا من دون اشتراط مده للرهن الا للدين. و غاب عنه و لا يعرفه المرتهن. ایجوز له بیعه واستيفاء دینه ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: لا یشرط فی صحه الرهن كون الدين مؤجلا، بل یصح فی الحال ایضا، كالقرض الغير المؤجل. و لا یصح اشتراط المده للرهن فضلا عن اشتراطه [بها]. بل مده الرهن انما هو عدم الوفاء بالدين. ثم ان المرتهن فی الصورة المفروضه ان كان وکیلا فی البیع للاستيفاء فلا اشکال. و الا فان امکن مراجعه الحاکم والاثبات فیراجعه و یستأذنه فی البیع والاستيفاء. و الا فیجوز له البیع والاستيفاء، للضرر والخرج لو لم یجز. و یدل علیه موثقه اسحاق بن عمار او صحیحته قال " سئلت ابا ابراهیم - ع - عن الرجل یكون عنده الرهن فلا یدری لمن هو من الناس (؟) فقال: لا- احب ان یبیعه حتی یجیئی صاحبه. قلت: لا- یدری لمن هو من الناس. فقال: فیہ فضل او نقصان؟ قلت: فان كان فیہ فضل او نقصان. قال: ان كان فیہ نقصان فهو اهون، یبیعه فیو جر فی ما نقض من ماله، وان كان فیہ فضل فهو اشد هما علیه، یبیعه و یمسك فضله حتی یجیئی حتی صاحبه ". (۱) والروایه مذکوره فی الکتب الثلاثه. (۲) واما موثقه عیید بن زرارہ " عن ابی عبد الله - ع - فی رجل رهن رهنا الی غیر وقت ثم غاب. هل له وقت یباع فیہ رهنه؟ قال: لا حتی یجیئی ". (۳) و موثقه ابن بکیر " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل رهن رهنا ثم انطلق فلا یقدر علیه. ایباع الرهن؟ قال: لا حتی یجیئی (۴) ۳

ص: ۴۴۹

۱- وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۴ ح ۲.

۲- ای. الکافی: الفروع ج ۱ ص ۳۹۵. والتهذیب: ج ۲ ص ۱۶۴. والفقیه: ج ۲ ص ۱۰۱

۳- المرجع، الباب، ح ۱ و ۳

۴- المرجع، الباب، ح ۱ و ۳

صاحبه ". فلا يقاومان الموثقه السابقه لا اعتضادها بعمل الجماعه ونفى العسر والحر ج.

۱۸۹- سوال:

۱۸۹- سوال: هر گاه کسی ملکی بخرد و به جهت خروج ملک مستحقا للغير، ملک دیگری از بايع را به رهن بگيرد، که در اصطلاح "ضامن درك مبيع" بشود. و همچنين مشتری هر گاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درك. که هر گاه ملک مستحق غير بر آيد مشتری ملک مرهون را در عوض بر دارد و همچنين بايع نسبت به ثمن. صحيح است؟ و لازم است يا نه؟ -

جواب:

جواب: اظهار جواز است به جهت عمومات و اطلاقات و علت استفاده از اخبار که حکمت در رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال. (۱)

۱۹۰- سوال:

۱۹۰- سوال: چه می فرمایند که هر گاه رهن ملک مرهون را به زيد منتقل نمود قبل الفک. وبعد الفک به عمرو منتقل نمود، و امضاء و اجازه مرتهن قبل الفک و فسخ او هیچیک به جهت زيد مذکور نرسید مگر اینکه بعد الفک اظهار رضامندی و خوشنودی مبیعهه زيد را نمود. آیا در چنین صورتی ملک مذکور مال زيد مزبور است یا عمر؟ و مذکور می باشد؟ -

جواب:

جواب: هر چند رهن ممنوع است از تصرف در عين 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 می شود. و اگر فسخ کرد باطل می شود. اما اگر نه اجازه کرد و نه فسخ تا اینکه رهن ادای دین کرد و فک رهن کرد پس اظهار لزوم بیع است. زیرا که مقتضی لزوم که بیع مال مملوک است با سایر شرایط، موجود است. و آنچه متصور است در این مقام از باب منافیات، آن وجود مانع است که حق مرتهن است. و آن بالفرض به سبب فک مرتفع شد. و این از قبیل آن نیست که بايع مال غير را بفروشد و بعد منتقل شود به او به ارث. یا وکیل او آن را بخرد برای او که بعضی باطل میدانند و بعضی صحيح، و بعضی موقوف میدانند به اجازه بايع چون در آن حال مال غير را فروخته و در اینجا مال خود را.

ص: ۴۵۰

۱- این سوال و جوابش 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 اجازه مرتهن

واما دلیل قول به عدم لزوم: پس آن استصحاب جواز (۱) است. چون قبل از فک، آن بیع متزلزل و جایز بود، و موقوف بود لزوم آن به اجازه مرتهن، پس به مقتضای استصحاب، بعد از فک هم باید جایز باشد نه لازم. و این دلیل مندفع است به اینکه جوازی که ثابت بود قبل از فک، نسبت به اجازه مرتهن و ثبوت حق او بود. اما نسبت به راهن پس جوازی و تزلزل [ی] نبود. چنانکه در بیع فضولی هر گاه احد طرفین فضولی باشد و دیگری از برای خود باشد یا مولی علیه که از طرف خود و مولی علیه لازم است و از طرف فضولی جایز. و این معنی بنا بر قول به کاشف بودن اجازه در فضولی، واضح است. و اما 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. و لکن در اینجا می گوئیم که این معامله در اینجا از جانب بایع و مشتری هیچکدام فضولی نیست و فضولی بودن 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 نمی ماند. خلاصه آنکه: مقتضای عمومات و سایر ادله فضولی، بیع زید لازم است. و بیع ثانی که به عمر و کرده بدون اجازه زید صورتی ندارد. و رضا و عدم رضای مرتهن بعد از فک هیچکدام مناط اعتبار نیست. چون حق او بالمره ساقط شده. و باید دانست که هر چند اکثر علما مسئله موقوف بودن صحت بیع راهن را به اجازه مرتهن، ذکر کرده اند و تصریح کرده اند، و لکن مسئله لزوم به سبب فک راهن را بدون اجازه مرتهن متوجه نشده اند. بلی علامه در قواعد لزوم آن را اقرب شمرده و فخر المحققین و محقق ثانی نیز اختیار آن کرده اند. و دلیل و قاعده مقتضی است که این هم کافی باشد. (۲) چنانکه بیان کردیم.

ص: ۴۵۱

۱- مراد از " جواز " معنای مقابل " لزوم " است.

۲- در نسخه " و دلیل و قاعده مقتضای آن است که این هم کافی باشد ". به هر صورت عبارت خالی از اضطراب نیست

و در مسئله عفو (۱) راهن جنایتی را که به عید مرهون، رسیده باشد، و لزوم عفو [قبل] از فک - هر چند مرتهن مستحق غرامت جنایت است که قبل از فک بگیرد و داخل رهن کند - هم تاییدی از برای ما نحن فیه است. .

ص: ۴۵۲

۱- و در نسخه: عقود راهن.

۱۹۱- سوال:

۱۹۱- سوال: زید صدیقی باید به زوجه خود بدهد. زوجه فوت شده و صداق او مانده، و زید مال او بیش از آن نیست که ادای آن صداق را بکند. با وجود آن زن دیگر بگیرد و این مال را به آن زن یا به اولاد خود میبخشد. این هبه صحیح است یا نه؟
-۴.

جواب:

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- سوال:

۱۹۲- سوال: زید متوفی و زوجه و سه صغیر از او ماند، و برادر زید مزبور یک سال متجاوز بدون اذن حاکم شرع نفقه آنها را داده. حال از مال صغار می تواند اخذ کند یا نه؟ -۴.

جواب:

جواب: هر گاه اذن حاکم شرعی ممکن نبوده و به صلاح [دید] جمعی از عدول مؤمنین، این کار را کرده و به نیت قرض نفقه کرده است، می تواند بردارد. و [در] برداشتن قرض با وجود امکان اذن حاکم شرع بدون اذن بردارد. 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- سوال:

۱۹۳- سوال: عالمی غیر حاکم شرع جامع شرایط، نصب قیم از برای ایتام و غیر ایتام

ص: ۴۵۳

می تواند نمود؟ و یا خود حسبتا متوجه رتق و فتق ایشان باید بشود - با مراعات صلاح بدون تعیین قیم و ناظر -؟.

جواب:

جواب: بعد از اینکه بنا را بر این گذاشتیم که با وجود تعذر تولی 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 این کار را می تواند کرد و اجتماع ضرور نیست، هر چند احوط باشد. پس گاه چنین باشد یک نفر ثقه عدل قیم امر صغیر بنفسه می تواند شد چه جای آنکه ضم شود با آن استصواب عالم صالح ثقه دیگر، یا به استصواب جمعی دیگر از ثقات متوجه رتق و فتق امور او بشود.

۱۹۴-سوال:

۱۹۴-سوال: هر گاه زید متوفی و سه اولاد از دو زوجه دارد. و در حین خرج تعزیه و صوم و صلوه رسد (۱) صغیر را منظور نکرده اند و از کل مال بر داشته اند. شرعا چه باید کرد؟ در صورتی که توان از مال بر داشت - قیمی ندارد که محافظت مال صغیر تواند کرد - جد مادری صغیر می تواند که رسد صغیر را مطالبه و بازیافت نماید یا نه؟ -؟ و چه می فرمایند از باب حق الثمن زوجه از مخلفات زید مزبور، از منقول و غیر منقول باید بگیرد یا نه؟ -؟ و حضانت صغیر به غیر از والده به غیر می رسد که اولاد پدری باشد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه متوفی وصیت خرج صوم و صلوه نکرده از مال یتیم نمی توان صرف کرد. و هر کی صرف کرده باید غرامت بکشد. و جد مادری در مال طفل اختیاری ندارد. و هر گاه جد پدری و وصیی هم نیست ولایت و اختیار با حاکم شرع است هر کی را او قیم می کند مختار است. و اگر اذن حاکم شرع میسر نشود عدول مؤمنین می توانند متوجه ضبط اموال او بشود، بلکه باید متوجه بشوند. و حق الثمن زوجه: از منقولات (همه چیز) میبرد. و از زمین چیزی نمیبرد. و از

ص: ۴۵۴

۱- منظور از "رسد" در این اصطلاح "سهم" است

خانه و باغ و آسیا و عصار (۱) 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 سؤال. والله یعلم.

۱۹۵- سوال:

۱۹۵- سوال: زید فوت شده و چند زوجه دارد که هر یک صدق خود را از ورثه زید میطلبند. و ورثه زید بعضی صغیر می باشند. و این اجناسی که از زید مانده بعضی از برای صغیر نفع دارند و بعضی نفع ندارند. آیا صدق زوجه های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارند باید داد؟ یا از هر یک زوجه ها خود خواسته باشند؟.

جواب:

جواب: اختیار مال با وارث است. صاحبان صدق حق خود را میطلبند اگر عینی در صدق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است هر مالی را که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد طلب دارند نمی توانند که آنها را الزام کنند که جنسی را که نمیخواهند بر دارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می شود و صلاح او را ملاحظه می کند. و بعد فقد جد و وصی، حاکم شرع - به تفصیلی که در سؤال پیش مذکور شد - عمل می کند. والله العالم.

۱۹۶- سوال:

۱۹۶- سوال: در تصرف ولی مصلحت ضرور است یا عدم فساد کافی است؟ -؟.

جواب:

جواب: قال الله تعالی " ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن " ای بالطریقه التی هی احسن. وقد یتوهم ان هذه الایه تدل علی وجوب ابتغاء الطریقه الاحسن والانفع من جمیع الطرائق، و لا یکفی مجرد حصول المصلحه فی التصرف. و اقول: لا دلالة فی الایه علی ذلک. اذ مفهوم الاستثناء هو جواز التصرف علی الطریقه التی هی احسن، فان الکلام فی قوه ان یقال " یحرم قرب مال الیتیم والتصرف فیہ الا علی الطریقه الاحسن. فانه لیس بحرام " و کون الولی مکلفا باصلاح ماله امر آخر، لادخل له فی الایه. والخطاب فی الایه عام لا یختص بالاولیاء کقوله تعالی " ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق " قبیل هذه الایه. فاذا جاز ابقائه علی حاله

ص: ۴۵۵

۱- و در نسخه: آسیا و عصار. - در حالی که عصا از منقولات است و حکمش قبلا بیان شده، و مراد از عصار آسیاب مخصوص روغن کشی از حبوبات است

من دون تصرف اصلا، فالتصرف فيه مع حصول النفع له - وان لم يكن اقصى ما يتصور من النفع فيه - اولى بالجواز. فلا بد ان يراد من الا-حسن، الا-حسن، من تركه على حاله. وان لم يكن احسن الصور. او يكون المراد ملاحظه الامرين و هو اتلافه واكله مجاناً و ضبطه عليه. او المراد لا-تقربوا بالاتلاف بل اقربوا بالحفظ عليه، كما يستفاد ذلك من بعض المفسرين. و على هذا فتكليف الولى بملاحظه المصلحه لا يقتضى الا مطلق المصلحه، لا الفرد الا كمل منها. مع ان ملاحظه المصلحه. بمعنى " لزوم اعتبار حصول الربح والنفع له اذا امكن " لم نقف على دليله. غايه ما يستفاد من الادله 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 ومحافظه المال. واما وجوب صرفه (2) فيما يجوز صرفه للمولى عليه (من جهه الانفاق والكساء وغيرهما) على اصلح الاحوال، فلا- دليل عليه. قال الشهيد (ره) فى القواعد هل يجب على الولى مراعات المصلحه فى مال المولى عليه؟ او يكتفى بنفى المفسده؟ يحتمل الاول لانه منصوب لها و لاصاله بقاء الملك على حاله و لان النقل والانتقال لا بد لهما من غايه والعدميات لا تكاد تقع غايه. و على هذا هل يتحرى الاصلح؟ او يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان. نعم الامثل (3) ما قلناه اولاً، لان ذلك لا يتناهى. و على كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلح والمصلحه، لم يجز العدول عن الا-صلح. و يترتب على ذلك اخذ الولى بالشفعه للمولى عليه حيث لا- مصلحه و لا- مفسده، و تزويج المجنون حيث لا مفسده، و غير ذلك. اقول: اراد بقوله " بنفى المفسده " عدمها لا- رفعها. والا- فهو ايضا مصلحه جزما. و قوله - ره - " لانه منصوب لها "، فيه انه اول المسئله ولو سلم ذلك فلا- مجال للنزاع و لا معنى للاحتمال. بل المسلم انه انما نصب لاجل حفظ المال، لا لتحصيل المنفعه. ولما كان المولى .

ص: ٤٥٦

١- لو كانت الجملة فعليه لكانت جواب " لما " ولكن اسقط قدس سره الجواب.

٢- وفى النسخه: واما وجوب انما المال و صرفه..

٣- وفى النسخه: نعم لمثل ما قلناه..

عليه لا- يتمكن من صرف المال فيما يحتاج اليه غالبا الا على سبيل الاتلاف او الافساد، فنصب (1) الولي انما هو لحفظ المال و صرفه لهم على وجهه وعلى قدر الاحتياج. قوله - ره - " ولا صاله بقاء الملك على حاله ". فيه انه يخرج عنه بدليل العمومات. نعم لا دلالة في العمومات على ما لو باع بدون حاجه المولى عليه، لانه تصرف لم يؤذن فيه. فان ما علم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لا احتياج المولى عليه او لتحصيل نفع له. اما الاول فلوجوبه على اولي لكونه منصوبا لذلك. واما الثاني فلكونه احسانا وان لم يثبت وجوبه من دليل. قوله - ره - " و لادن النقل والانتقال.. الخ "، الظاهر ان مراده من العدمى هو نفى المفسده بمعنى عدمها، كما ذكرنا سابقا. اذ هو الذى لا يكاد يقع غايه، لارفع الفساد فانه غايه عظيمه. وفيه انه ان اراد انه يلزم اللغو، ح، لانه فعل بدون حكمه و مصلحه و هو قبيح والقبيح منهى عنه. ففيه (بعد تسليم القبح) ان عدم الحكمه ممنوع. اذ قد يكون حكمه لغير المولى عليه، وان لم يثبت له فيه حكمه. وان اراد انه لا بد ان يكون له غايه يعود نفعا الى المولى عليه، فح نقول: ان اراد غايه زائده على رفع احتياجه فى مصارفه المحتاج اليه، فهو ممنوع، كما بينا. وان اراد ما هو اعم من ذلك بحيث يكتفى بما ذكر. ففيه انه مسلم كما بينا. ولكنه يرجع الى عدم الرخصه فى التصرف الا على هذا الوجه. او لتحصيل النفع الزائد و نحن نسلم انه لا بد ان يكون التصرف على احد الوجهين لا- غير. قوله - ره - " وعلى هذا هل يتحرى "، اقول: هذا التفريع يشهد بان مراده من المصلحه، المصلحه الزائده على ما ذكرنا من رفع الاحتياج. فلو فرض احتياجه الى بيع ماله لاجل انفاقه وامكن ذلك بان يبيع غنمه بالدراهم و يشتري بها الخبز، او بان يشتري بالدراهم الحنطه و يطحن و يخبز، و كان الثانى اصلح له. فعلى ما ذكرنا يكفى الاول. و على ما ذكره يلزم الثانى. وقد عرفت منع الدليل على لزوم. و لانه مما لا يتناهى فى بعض الاوقات.

ص: ٤٥٧

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 - " وعلى كل تقدير.. الخ " فيه ما مر من المنع و عدم الدليل. ولا دلالة في الايه عليه. قوله - ره - " و يترتب على ذلك... "، اقول: نعم ولكن ذلك لعدم احتياجه اليه و عدم ثبوت الاذن في هذا التصرف. فكيف كان فالظاهر جواز اقتراض الولي اذا كان مليا بدون ملاحظه النفع، لدلاله الاخبار عليه. و في خصوص الاب والجد دائره الرخصه اوسع.. اذ لم يشترط فيه الملائنه ايضا، كما بيناه في المناهج في كتاب المكاسب. وفي الغنايم في كتاب الزكوه. و قال العلامة (ره) في القواعد " و يجب حفظ مال الطفل واستثنائه قدرا لا تاكل النفقه على اشكال " وقال المحقق الشيخ علي - ره - " ان الاشكال نشأ من ان ذلك اكتساب مال للطفل ولا يجب. و من ان ذهاب ماله في النفقه ضرر عظيم. وفائده نصب الولي رفع الضرر. والاصح عدم الوجوب. وربما بنى الحكم على ان الواجب الاصلح؟ ام يكفي المصلحه؟ " و قال فخر المحققين (ره) في وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا- يجب. و من انه منصوب للمصلحه و هذه من اتم المصالح ولانه مفسده و ضرر عظيم على الطفل، و نصب الولي لدفعها. وهذا مبني على ان هذا هل هو مصلحه؟ او اصلح؟ و على الثاني هل يجب ام لا؟ -؟ وقد حقق ذلك في علم الكلام. " انتهى. وانت بعد التامل فيما مر تعرف ما فيه. والله العالم.

۱۹۷- سوال:

۱۹۷- سوال: آنکه: شخصی صدقاً زوجه بر ذمه او ثابت است. و آن شخص مزبور در مکانی است که دست به او نمی رسد. و صدقاً زوجه مزبوره بعضی عیناً باقی است و بعضی دیگر بر ذمه زوج است. آیا موافق قانون شرع متروکاتی که از زوج مزبور در این ولایت باقی مانده است - زوجه مزبوره خود یا شخصی که به او هبه نموده، بدون حضور زوج مزبور - به قدر بقیه صدقاً خود می تواند که تصرف نماید یا نه؟ -

جواب:

جواب: بعد مرافعه شرعیه و ثبوت صدقاً مزبور، حاکم شرع از مال زوج صدقاً 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 می تواند تصرف کند. و اگر حاکم شرع مطلع شود یا مدعی در برابر باشد، باید آن را هم به ثبوت برساند که مال اوست و بر دارد. و در صورت عدم امکان رجوع به زوج و حاکم شرع و عدم مدعی، میان خود و خدا

هم می تواند تقاص حق خود را (به حسب مصلحت غایب) بکند، (۱) بر وجه صحیح. والله العالم.

۱۹۸- سوال:

۱۹۸- سوال: والدهه صغار که حضانت صغار را مینماید. و یکی را شیر میدهد، می تواند که یومیه خود را از مال صغار بگذراند یا نه؟ -

جواب:

جواب: بلی می تواند، اما به اذن حاکم شرع. و اگر ممکن نباشد، به صلاح [دید] عدول. والله العالم.

۱۹۹- سوال:

۱۹۹- سوال: اینکه: از مال یتیم صغیر به والدهه صغیر (۲) می توان داد که متوجه احوال صغیر (۳) بوده باشد یا نه؟ -

جواب:

جواب: هر گاه مادر، فقیره باشد، از مال صغیر به او می توان نفقه داد. و هر گاه فقیره نباشد، ولكن صغیر را شیر میدهد، اجرت رضاع را (۴) می تواند بگیرد. و اما اجرت پرستاری طفل را نمی تواند بگیرد، بلکه قیمت مثل صابون و دوا و امثال آن، که به مصرف طفل برساند می تواند گرفت. والله العالم.

۲۰۰- سوال:

۲۰۰- سوال: هر گاه مادر طفل صغیر در حال صغر ملک او را فروخته باشد، طفل بعد از بلوغ می تواند استرداد کند یا نه؟

- جواب: هر گاه معلوم نباشد که حاکم شرع او را قیم طفل کرده است و به جهت مصلحت طفل فروخته است، می تواند استرداد بکند. و هر گاه مادر ادعای آن بکند که من قیم بودم، یا آنکه دسترس به حاکم نبود و به استصواب ثقات مؤمنین حسبتا کرده ام، باید به اثبات برسد. و هر گاه مادر فوت شده است و ملک در دست مشتری است همچنین می تواند استرداد کرد. و قول بر اینکه "فعل مسلم محمول بر صحت است پس باید حمل کنیم بیع مادر را بر وجه صحیح" بی وجه است. بلی، هر گاه ولی شرعی طفل فروخته باشد دیگر بعد از بلوغ نمی تواند ادعائی بکند. مگر آنکه دعوی کند که بر غیر وجه مصلحت

ص: ۴۵۹

۱- منظور تقاص در مقابل آن قسمت از صداق است که در ذمهء زوج است. و این کلام استدراک از کلام بالاتر است.

۲- و در نسخه: صغیره.

۳- و در نسخه: صغیره.

۴- در نسخه: رضاع را هم می تواند بگیرد

فروخته است. و در این صورت هر گاه ولی، پدر و جد بوده و بینه در میان نباشد قول پدر و جد مقدم است. و هر گاه 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 بینه بر مصلحت بیاورد.

۲۰۱- سوال:

۲۰۱- سوال: هر گاه 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 می کند، و صداق او هم معین و ثابت است. و صداق ضعیفه که فوت شده هم معین و ثابت است. آیا صداق ضعیفه موجوده را به نصف یا بیشتر می توان صلح نمود که قسم نخورد یا نه؟ -؟ و مهر ضعیفه سابقه را چه باید کرد؟

جواب:

جواب: ثمن ضعیفه موجوده را باید داد. و اما مهر او هر گاه ثابت است شرعا و ضعیفه هم قسم بر بقای آن میخورد و از حال او می توان دانست که هر گاه قسم بدهید قسم میخورد، بلی صلح خوب است. و صلاح حال صغار هم در آن است. و اگر قسم نمیخورد، مستحق مهر نیست. و اما حکم مهر ضعیفه که قبل از خودش فوت شده، پس این است که نمی توان مهری از برای او وضع کرد. به جهت آنکه نه مدعی موجود است و نه وارث اهل دعوی کردن و قسم خوردنی است. و هم دلیلی بر این نیست که به قدر مهر او، را جدا کنیم و بگذاریم که صغیر بزرگ شود تا به بینیم که قسم نفی العلم متوجه او می شود و میخورد یا نه. پس ثمن آن ضعیفه از مجموع مال (بعد از ادای مهر او) داده می شود. و هر وقت صغیر بزرگ شود و دعوی کند، به مقتضای آن عمل خواهد شد. و اگر ضعیفه الحال به قدر مهر آن ضعیفه میته از ثمن خود به جهت صغیر واگذار احسانی کرده در حق صغیر.

۲۰۲- سوال:

۲۰۲- سوال: هر گاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی کمتر از " ثمن المثل " بفروشد. و حال آنکه صرفه و غبطه صغار هم در فروختن املاک مزبوره نبوده. آیا در صورت مزبوره مبیعه [ای] که قیم مزبوره کرده صورت شرعی دارد؟ یا آنکه مبیعه مزبوره باطل [است] و صحیح نیست و صغار مزبوره را می رسد که بعد از بلوغ و رشد، املاک

مزبوره خود را تصرف نمایند، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: آنچه از دلیل ظاهر می شود این است که جایز نیست بیع مال صغیر مگر در صورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا در صورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولی مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن، [فروختن] آن به "ثمن المثل" هم معلوم نیست که جایز باشد، چه جای کمتر از ثمن المثل. 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 ثمن المثل. و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذرد، باز صحیح است و بر ولی چیزی نیست. و هر گاه از راه نادانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز صحیح است. و لکن دعوی غبن در میان می آید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه.

۲۰۳-سوال:

۲۰۳-سوال: هر گاه قیم شرعی صغار، در صورت عدم صرفه و غبطه، املاک صغار را [به] کمتر از ثمن المثل بفروشد (چنانکه در سؤال سابق مذکور شد) چنین میدانسته (۱) که ثمن المثل است و فروخته اما تفحص و تجسس نکرده باشد بعد از مبیعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاک مزبوره کمتر از ثمن المثل است. چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه ولی بدون احتیاج صغیر به بیع ملک، آن ملک را فروخته و مصلحت هم در آن بیع نبوده، بیع جایز نیست. و هر گاه با احتیاج صغیر به بیع، ملک را فروخته یا آنکه فروختن به جهت ایشان اصلح بوه از نگاه داشتن، و لیکن مغبون شده باشد در قیمت، و از راه نادانی به قیمت کمتر از ثمن المثل فروخته باشد، بیع صحیح است. و لیکن پای دعوی غبن در میان می آید و به مقتضای آن عمل باید کرد. و اینکه در سوال نوشته شده است که "تفحص و تجسس از قیمت نکرده و فروخته است"، هر گاه این معنی در ماده ولی در عرف و عادت تقصیر محسوب نمی شود - مثل .

ص: ۴۶۱

اینکه ولی شخصی باشد که رای او صحیح است و غالب معاملات او بر وفق استقامت است و در اینجا غافل شده به جهتی مثل آنکه در آن وقت ترقی در قیمت شده بوده است که او مطلع نبوده و به این فکر نیفتاده که گاه هست تفاوت کرده باشد تا تفحص کرده باشد - بیع صحیح است و بر او غرامتی نیست. و به مقتضای دعوی غبن باید عمل کرد. و هر گاه ولی عادی از طریق و رفتار در معامله باشد (و بلدیت از قیمت ملک نداشته باشد و با وجود این از روی بیپروائی به این قیمت فروخته و بعد معلوم شد که کمتر از ثمن المثل بوده) آن بیع نیز صورتی ندارد. و به هر حال این امور محتاج است به مرافعه، و در مرافعه حاکم شرع آنچه باید، خواهد کرد.

۲۰۴- سوال:

۲۰۴- سوال: هر گاه کسی زمین شاهی، را باغ کند و اشجار در آن غرس کند و فوت شود و از او صغیری بماند. و از راه بیصاحبی آن باغ خراب و ضایع شود. و مسلمین حسبنا متوجه شده آن باغ را قیمت کنند و نصف آن را به احدی در عوض اجرت بدهند که نصف دیگر را سقی نموده و اشجار آن را آبیاری کند و به عمل بیاورد. آیا این مبیعه و مغارسه صحیح است یا فاسد؟ - و صغیر بعد از کبر می تواند آن معامله را بر هم زند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهراً مراد از "ملک شاهی" در سوال، ملک مجهول المالک محیاتی است که در تصرف شاه است. و حکم مجهول المالک آن است که تصدق به فقرا شود. و چون مقدر نیست به سبب تسلط شاه، پس فروختن آن صحیح نیست. به جهت عدم قدرت بر تسلیم. و ممکن است که به اذن مجتهد عادل هر گاه قیمت یا اجرت آن را به فقرا بدهد جایز باشد تصرف در آن، و غرس کردن اشجار در آن. و آن اشجار ملک غارس می شود و می تواند بیع و شرای آنها را کرد. و اما تصرف در مال صغیر: پس آن موقوف است به اذن ولی شرعی، هر گاه صغیر جد پدری و وصی پدر یا جد ندارد، مجتهد عادل ولی او است. و هر گاه ممکن نشود رجوع به او، ثقات مؤمنین حسبنا می توانند بر وفق مصلحت او تصرف کنند در آن. پس بنا بر این، نصف باغ و اشجار را در عوض اجرت دادن از برای تعمیر ما بقی، جایز است با

شرایط. یعنی اینکه عمل معلوم باشد که چه چیز است، و جهالتی در آن نباشد. و این از باب "مغارسه" نیست، (۱) 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 بی زمین. و خواه آن نهالی که غرس می کند مال صاحب زمین باشد یا مال عامل. (۲) و این معامله فاسد است. و حکم آن این است که درخت مال صاحب درخت است. پس اگر مال صاحب زمین است عامل مستحق اجرت المثل عمل است. و اگر مال عامل است پس بر عامل اجره المثل زمین است در زمانی که درخت [در] زمین بوده و می باشد. و صاحب زمین می تواند 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 می کنند درخت را در حالتی که این صفت داشته باشد که "در زمین ایستاده باشد با اجرت و صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش" (۳)، و قیمت می کنند درخت را "در حالتی که کنده شود" و.

ص: ۴۶۳

۱- در حواشی جلد اول توضیح داده شد که محقق قمی از طرفداران نظریه "توقیف" است اینان معتقدند که احکام شرع اعم از "عبادات" و "معاملات" کلا و عموما "توقیفیه" هستند. یعنی فقط همان عقودی که نام شان رسماً در شرع آمده صحیح و قابل عمل هستند و ایجاد هر گونه عقد جدیدی ممنوع و باطل است. مطابق نظر اینان چیزی به نام "سر قفلی" 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 طرفدار این نظریه هستند و اکثریت قریب به اتفاق متأخرین از متأخرین به صحت و جواز آن فتوی می دهند و تنها "عبادات" را محکوم به "توقیف" میدانند.

۲- بعضی از آنانکه مغارسه را باطل میدانند تکیه شان بر توقیفی بودن در معاملات نیست بل به دلیل اینکه درخت ریشه دار است - به خلاف زرع در مزارعه - و نیازمند زمان طولانی است و تعیین اجل تقسیم و شرایط دیگر دچار مشکلات می شود، 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 می گوید "والمغارسه باطله لطول مدتها" بر این استدلال تکیه دارد. میرزا با عبارت فوق می خواهد بگوید که از طرفداران بطلان اصل مغارسه است به دلیل توقیف.

۳- و در نسخه: این صفت داشته باشد که در زمین ایستاده باشد با اجرت تفاوت و این صفت داشته باشد که صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش و همچنین قیمت می کند درخت را در حالتی که...

تفاوت ما بین 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 در حالی که کنده شود" [است]. و در اینجا چند وجه دیگر در طریق بیان اخذ ارش کرده اند. 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 هر گاه نقضی در آن بهم رسد و همچنین بر کردن گودال [ها] ئی که بهم برسد، بر او است." و بعد از آن گفته که "اصحاب حکم را مطلق گفته اند و فرق ما بین عالم و جاهل نگذاشته [اند]." (۱) و بعد از آن گفته است که "دور نیست که فرق باشد" و باز رد کرده. و به هر حال نه صاحب زمین را جبر می‌توان کرد که درخت را مکن واجرت را بگیر. و نه صاحب درخت را می‌توان جبر کرد که درخت را بکن و از او قیمت را بگیر.

۲۰۵- سوال:

۲۰۵- سوال: غیر رشیدهء بالغه، ولایت آن با کی است؟ و همچنین طفل و مجنون، ولایت ایشان با کی است؟.

جواب:

جواب: بالغهء غیر رشیده هر گاه 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 ضم شود. و همچنین بالغ غیر رشید. و هر گاه پدر و جد نباشد وصی پدر یا جد پدری. و هر گاه اینها نباشند، با حاکم شرع است. و هر گاه سفه او عارضی باشد بعد بلوغ، ولایت آن با حاکم است. و اما طفل و مجنون پس ولایت آنها با پدر و جد پدری است، هر گاه جنون متصل به صغر باشد. و هر گاه ایشان نباشند، با وصی. و هر گاه نباشد، با حاکم. چنانکه مذکور شد. و هر گاه 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 هر گاه 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 واضیح ندارد.

ص: ۴۶۴

۱- یکی از آثار علم این است که چون دانسته به یک معامله باطل اقدام کرده اند لذا دادگاه اسلامی می‌تواند به اختلاف آنها رسیدگی نکند

و چون از ظاهر تذکره نقل اجماعی بر آن شده، احوط تشریک حاکم است با جد و پدر. و اما هر گاه 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 غیر رشید: پس هر گاه سفه و عدم رشد آن متصل به صغر باشد، پس در آن 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 هر گاه سفه عارض شود بعد از بلوغ، پس مشهور اقوی آن است که ولایت با حاکم است. و هر گاه پدر و جد نباشند، مطلقاً ولایت با حاکم است. و در احکام نکاح که مذکور شد، فرقی ما بین ذکر و انثی نیست.

۲۰۶- سوال:

۲۰۶- سوال: در وقتی که مجتهد نباشد امور حسبیه با عدول مومنین است؟. و اعلمیت مدخلیت دارد یا نه؟ -

جواب:

جواب: امور حسبیه بسیار است - مثل جهاد و امر بمعروف و نهی از منکر و فتوی و قضا و اجرای حدود و اعانت بر طاعت و اخذ لقیط و غیر اینها - و شکی نیست که در بسیار آنها " از جملهء 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 جد یا وصی پدر یا جد نداشته باشد. و همچنین سفیه و مجنون هر گاه طاری شده باشد جنون و سفه بعد از بلوغ و رشد (یا مطلقاً، بنا بر قولی). 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. و گرفتن خمس و زکات از کسی که ممانعت کند. و گرفتن حصهء امام از خمس و به نیابت او از باب تتمه به فقرای سادات دادن. و امثال اینها. و دلیل ولایت حاکم منقول است و عموم نیابتی که از روایات مثل " مقبولهء

ص: ۴۶۵

عمر بن حنظله " (۱) و غیر آن فهمیده می شود. و همچنین عموم " العلماء ورثه الانبياء " (۲) و " علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل " (۳) و شکی نیست که از برای انبیاء این نوع ولایت ثابت بود. و در نهج البلاغه از کلام امیر المومنین (علیه السلام) که " ان اولی الناس بالانبياء اعلمهم بما جاوا به. ثم تلی علیه السلام قوله تعالی: ان اولی الناس بابراهیم الذین اتبعوه و هذا النبی و الذین امنوا، ثم قال: ان ولی محمد - ص - من اطاع الله و ان بعدت لحمته، و ان عدو محمد - ص - من عصی الله و ان قربت قرابته " (۴) و ایضا دلالت می کند بر این عقل و اعتبار. 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. و هر گاه حاکم شرعی نباشد، پس ظاهر این است که ولایت ثابت از برای کسی که اعتماد به دین و امانت او باشد، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده اند. و دلالت می کند بر آن آیات و اخبار مثل قوله تعالی " ولا تقریبا مال الیتیم الا بالتی هی احسن و ما علی المحسنین من سبیل " و شکی نیست که این احسانی است به این اشخاص. و بعضی استدلال کرده اند 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 (۵) که " خضر (علیه السلام) پیغمبر بود و کاری که برای او جایز باشد لازم نیست که از برای ما جایز باشد " به جهت آنکه تکیه در (۶) استدلال به ملاحظه علت است که آن احسان به مساکین .

ص: ۴۶۶

-
- ۱- وسائل ج ۱۸، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱ ح ۱ - کافی - اصول: ج ۱ ص ۶۷ - فروغ: ج ۷ ص ۴۱۲ - تهذیب: ج ۶ ص ۳۰۱ - ففیه: ج ۳ ص ۵.
 - ۲- اصول کافی: ج ۱ کتاب فضل العالم باب صفه العلم و فضل العلماء، ح ۲، و باب ثواب العالم ح ۱.
 - ۳- بحار: ج ۲ ص ۲۲ ح ۶۷.
 - ۴- نهج البلاغه: قصار الحکم: حکمت ۹۲، ابن ابن؟ الحدید - ۹۱ خوئی - ۹۲ فیض ۹۲ صبحی.
 - ۵- در نسخه: از برای کسی که نگوید که خضر...
 - ۶- در نسخ: بر استدلال...

است. پس هر جا که علت باشد، حکم ثابت می شود (۱). و دلالت می کند بر این نیز بعض اخبار صحیحیه مثل روایت محمد بن اسمعیل بن بزیع که دلالت دارد بر اینکه تصرف کردن مثل او و مثل عبد الحمید بن سالم از ثقات در اموال یتیم جایز است. بدون رخصت امام. (۲) و همچنین غیر آن از اخبار. و تصریح کرده اند - به قیام عدول مومنین مقام مجتهد در تصرف در اموال ایتام و غیب و غیر آنها - جماعتی از علما. و در خصوص گرفتن خمس و زکات به زور از مانع آنها شهید اول (ره) در قواعد، و همچنین به نیابت امام (علیه السلام) گرفتن خمس از برای طلبه علوم دینی. و آخوند ملا احمد (ره) گفته که بعد از عجز از آن نیز خود مالک می دهد. هر گاه این را دانستی معلوم می شود که مطلق مومن ثقه عدل، کافی است، ولکن اولی آن است که عالم مقدم بر غیر عالم باشد. و همچنین اعلم، هر گاه آن اعلم با زیادتی علم مناسبت به مدعای ما داشته باشد که به سبب آن اعرف باشد به مصارف. خصوصاً به ملاحظه مثل "العلما ورثه الانبیاء". اما وجوب ملاحظه اعلمیت محل اشکال است، هر چند از ظاهر کلام آخوند ملا احمد (ره) در باب حصه امام تقدیم طلبه و عالم بودن ظاهر می شود. و بهر حال البته احوط است. کتاب

الحجر و التفلیس من مجلد الثانی

۲۰۷- سوال:

۲۰۷- سوال: هر گاه کسی ملکی را بیع کرده به بیع شرط خیار. و در انقضای اجل که وقت رد ثمن است، مشتری پنهان شود که بایع نتواند رد مثل ثمن نماید و فک عین بیع نموده و ملک خود را متصرف شود. و حال آنکه بایع تنخواه را موجود کرده و می خواهد رد کند (۴). "

ص: ۴۶۷

۱- لیکن در ماجرای خضر قتل غلام نیز مبتنی بر علت مبین است، بنابراین بهتر است در احکام به ماجرای خضر تمسک نشود. و آن را به مباحث علم کلام وا گذاشت.

۲- وسایل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۶ ح ۲ در متن حدیث آمده "قاضی کوفه عبد الحمید را قیم کرده است" و امام فرموده "اگر قیم مثل تو و عبد الحمید باشد اشکالی ندارد"

جواب: در این صورت مثل ثمن را ببرد به نزد مجتهد عادل که ولی غایب است در اموال او، و تسلیم کند و فسخ کند. و باید دانست که مطلق رد مال کافی نیست هر چند به خود مشتری بدهد. بلکه باید انشاء فسخ بکند و بگوید بیع را فسخ کردم. و هر گاه دسترس به مجتهد عادل نباشد، ظاهر این است که می تواند 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 هر گاه ولی شرعی نباشد و دست به حاکم شرع نرسد ثقات مومنین تصرف در مال یتیم بر وجه مصلحت می توانند کرد. و ظاهر این است که بر ایشان لازم هم باشد. کسی نگوید که "صلاح غایب هر گاه در لزوم بیع باشد و عدم فسخ، پس این تصرف در مال غایب بر وجه مصلحت نیست". به جهت اینکه می گوئیم که مقتضای شرط خیار این است که مشتری در سر موعد با وجود تمکن بایع از رد مثل ثمن و اراده رد و عدم تجافی از آن، دیگر تسلطی بر منع بایع از تملک ملک ندارد. و تسلط به همین قدر بود که اگر ممانعت از رد ثمن کند لزوم بیع مستمر باشد. و هر گاه بایع خواهان رد است و بالفعل می دهد مال را، غایب مستحق همان ثمن است و ولی غایب باید مال او را که ثمن است ضبط کند. علی الخصوص در صورتی که پنهان شده به همین علت. و این تفاوت ندارد با آن صورتی که رد مثل ثمن به خود مشتری بکند و او قبول نکند که در امثال این حکم کرده اند که جایز است که تنخواه را در نزد طلبکار بیندازد و بگوید "بر دار و برو" و در این صورت هر گاه بر ندارد تا آن تلف شود از کیسه طلب خواه، رفته. و بر آن شخص غرامتی نیست. پس در اینجا هم دادن به دست عدول مومنین مثل انداختن در نزد او است. و هر گاه 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 می شود. و ظاهر این است که هر گاه مشتری عمدا پنهان نشده باشد و اتفاق افتاده است که

حاضر نیست، و [بایع] نمی تواند به او برساند. یا حاضر است و محبوس است و دست به او نمی رسد، 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 شده اند که هر گاه 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. (۱) و گفته اند که در این صورت خیار ساقط می شود. 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:

۲۰۸- سوال: زید اموال بسیار از جمعی گرفته و الحال پریشان، و قلیل مالی دارد و از؟ باب میخواهد آن مال قلیل را میان خود تقسیم کنند، و لکن بعضی از آنها غایب اند و بعضی هنوز موعد طلب ایشان نشده چه باید کرد.

جواب:

جواب: این شخص را در اصطلاح شرع "مفلس" می گویند. و او را حاکم شرع منع می کند از اموال او و تقسیم می کند 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 نمی شود که او

ص: ۴۶۹

را به سبب آن حجر کنند. و منع کنند از مال او. و به مجرد حجر دین مؤجل حال نمی شود. چنانکه در میت می شود. سوم: اینکه اموال او قاصر باشد از وفای به دیون. چهارم: آنکه صاحب طلب ها برونند به نزد حاکم و از او التماس کنند که او را حجر کند، و حاکم سر خود نمی تواند حجر کند. مگر آنکه صاحب طلب یتیمی باشد یا مجنونی یا سفیهی که حاکم ولی ایشان باشد که ولایت می تواند حجر کند. و همچنین هر گاه بعضی از آن قبیل باشند و بعضی دیگر از سایر ناس باشند و التماس حجر هم نکنند. و اما هر گاه دیون از غایبی باشد حجر نمی تواند کرد. چون ولایت او بر غایب در حفظ مال او است نه آنچه را غایب در ذمه مردم دارد. بلکه همان حفظ مال غایب را می کند. چنانکه در مسالک تصریح به اینها کرده. و ظاهر این کلام این است که در صورتی که بعضی دیون از مولی علیهم باشد و بعضی از دیگران و لکن آنها التماس نکنند، حجر نتواند کرد. و این مشکل است در صورتی که طلب یتیم و سایر مولی علیهم زاید بر مال مفلس باشد (۱) و تا حاکم حکم نکند به حجر بعد التماس آنها، او را منع از مال نمی توان کرد. و بدان که: هر گاه 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 هر گاه ثابت باشد که در حین حجر دین او هم حال بوده و موعد آن رسیده بوده است. و اما هر گاه در حین حجر بعضی از دیون مفلس حال نبوده و لکن بعد از حجر حاکم، و قبل از تقسیم، موعد آن رسیده او را هم باید شریک کرد. و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) این است که در آن خلافی نباشد. و هر گاه بعد از قسمت طلبکاری پیدا شود که در حین حجر طلب او حال بوده و موعد او رسیده بود، او را هم باید شریک کرد.

ص: ۴۷۰

۱- قول دیگر تفصیل است ما بین غایب و سایر مولی علیهم زیرا ممکن است غایب قصد دارد به مدیون مهلت دهد یا ذمه او را ابراء کند ولی چنین احتمالی در مورد سایر مولی 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 بر هم میزنند و از نو قسمت می کنند؟ یا آنکه حصه او را سر شکن می کنند بر غرما و بقدر الحصه از هر کدام پس میگیرد؟ علامه 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 فخر المحققین هم ترجیح آن را داده و این منقول است از شیخ علی در حواشی ارشاد. و فخر المحققین بنای این خلاف را بر این گذاشته که: تعلق حق غرما بر ترکه از باب تعلق دین است به رهن؟ یا از باب تعلق جنایت به رقبه عبد؟. بنابر ثانی قسمت " حقیقه؟ " می شود. 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 هر گاه از باب قسمت حقیقه باشد، باطل است. چون قسمت کل واقع شده است ما بین بعضی مستحقین. و بر این متفرع می شود 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 هر گاه بعد از قسمت پیدا شود باز همین دو قول در این جاری باشد. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) احتمال آن را داده. و بدان که: آنچه مذکور شد که " باید حجر حاکم به التماس غرما باشد نه سر خود " شرط نیست که به التماس هم باشد. بلکه هر گاه بعضی از ایشان التماس کنند هم جایز است حجر کند. اما به شرطی که مال مفلس کمتر از طلب همان شخص باشد. و هر گاه کمتر نباشد حجر نمی کنند. و در صورتی که کمتر باشد و حجر کند نفع حجر به دیگران هم می رسد. و میان همه ارباب طلب که موعدشان رسیده قسمت می شود. و در مسالک و تذکره نقل کرده که نزدیک شمرده است جواز حجر به التماس بعض، را. هر چند دین او زاید بر مال مفلس نباشد. هر گاه این را دانستی پس در جواب سؤال می گوئیم که: آنهایی که موعد طلب ایشان نرسیده حقی ندارند. و آنهایی که غایب اند و موعد طلب ایشان رسیده باشد (هر گاه مال مفلس کمتر از طلب اینهایی است که حاضرند و التماس حجر می کنند)

جایز است حجر. و بعد حجر حصه غایب را هم باید بر آورد کرد، و حاکم نگاه میدارد از برای او تا بیاید.

۲۰۹- سوال:

۲۰۹- سوال: هر گاه چند نفر صغیر باشند که اموال آنها مخلوط است، و ولی متوجه انفاق آنها است از مال خودشان. آیا تکلیف ولی در نفقه و کسوه ایشان چه چیز است؟ حساب نان آنها و خرج آنها را چگونه نگاه دارد که زیاد و کم نشود؟

جواب:

جواب: لباس آنها تفاوت دارد. باید بزرگی و کوچکی [را] منظور داشت. و همچنین در نوع لباس از ابریشم و پنبه و کتان تا مال کوچک ضایع نشود. و در خوراک جایز است تسویه آنها در حساب نفقه. چنانکه علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و ظاهر تذکره هم این است. و دلیل مسئله در ملاحظه مدارک، معلوم است. چون گاه است که مثلاً رخت صغیر بزرگ چهار زرع کرباس میخوهد و از کوچک دو زرع. و همچنین بعضی ابریشمی میپوشند و بعضی ریسمانی. و اما در خوراک پس ظاهر این است که دلیل آن خصوص روایت ابی الصباح کنانی است که در آخر آن مذکور است " قلت: ارایت ان کانونا یتامی صغاراً و کباراً و بعضهم اعلی کسوه من بعض و بعضهم آکل من بعض، و مالهم جمیعا (۱) فقال: اما الکسوه فعلی کل انسان منهم ثمن کسوته. و اما الطعام فاجعلوه، جمیعا. فان الصغیر یوشک ان یا کل مثل الکبیر " (۱) و علاوه در تذکره به این جهت استدلال کرده و هر چند در سند آن محمد بن فضیل (۲) هست و لکن علامه در مختلف مکرر تصریح کرده " حدیثی را که محمد بن فضیل از ابی الصباح روایت کرده و مضمون آن هم موافق نفی عسر و حرج است ". و در تذکره که کتاب " نقل خلاف " است خلافتی هم نقل نکرده. و ابن ادریس نیز در سرایر تصریح کرده است به

ص: ۴۷۲

- ۱- وسائل: ابواب ما یکتسب به، باب ۷۳ ح ۱. توضیح: صدر حدیث مذکور تحت شماره ۳ باب ۷۲ وارد شده است.
- ۲- حدود هشت نفر به نام " محمد بن فضیل " در منابع رجالی یاد شده اند که تنها " محمد بن فضیل بن غزوان الضبیبی " توثیق شده است که از اصحاب امام صادق (علیه السلام) است و آنکه در حدیث ما اسمش آمده از متأخرین اصحاب است که مرحوم کلینی تنها با دو واسطه از او روایت می کند

آنچه در تحریر مذکور است و نسبت داده است آن را به روایت اصحاب ما. و تعلیل کرده است به اینکه اکل آنها متقارب است و متفاوت نیست. ولکن ظاهر علتی که در روایت مذکور است درست نمی آید در صورتی که یکی از طفل ها سه سال داشته باشد و یکی سیزده سال و چهارده ساله است، که غالب این است که تفاوت بسیار است میان آنها. پس روایت را باید حمل کرد به صورتی که تفاوت، قلیل باشد. و همچنین گاه است که اطفال مختلف اند در ماکولات، بعضی اطفال گوشت نمیخورند و بعضی پنیر نمیخورند و دیگرها میخورند. مسامحه در اینها کردن بسیار مشکل است، بلکه صورتی ندارد. و چون تضييع مال صغير است پس ولی باید حساب اینها را نگاه دارد. و در امر نان چون غالب این است که یکجا میگیرند و یکجا میبرند و در سر یک سفره میخورند، حساب کم و زیاد آن غالباً مستلزم حرج و عسر است. و همچنین مثل برنج مطبوخ و هریسه و امثال آن. و آن را هم در صورتی می توان مسامحه کرد که تفاوت کم باشد. چنانکه گفتیم.

۲۱۰- سوال:

۲۱۰- سوال: آیا جائز است که ولی مال صغير را مخلوط به مال خود کند در انفاق، و او را داخل عیال خود کند و به یکی از آنها حساب کند؟ یا واجب است که او را جدا کند و مال او را صرف او کند؟

جواب:

جواب: بلی جایز است مخلوط کردن با ملاحظه مصلحت و عدم اضرار. چنانکه آیات قرآنی و اخبار (۱) دلالت بر آن دارد. مثل قوله حق تعالی " وان تخالطوهم فاخوانکم والله يعلم المفسد من المصلح ". بلکه گاه است که مستحب است چون اصلح است، مثل اینکه آرد او را با آرد خود خمیر می کند که خرج علی حده در طبخ آن نباشد، هر چند نمک و هیزم را با او محسوب دارد، لکن فرق است ما بین اینکه جدا خمیر کنند و جدا تنور بسوزاند از برای طبخ. و همچنین بلکه بهتر این است که در این امور هم مسامحه کند و احتیاطاً خوراک ۲

ص: ۴۷۳

۱- رجوع کنید به روایات باب ۷۲، از ابواب " ما یکتسب به "، وسایل: ج ۱۲

صغیر را کمتر از یکی از عیال های خود که بر وزن او باشد حساب کند. و به هر حال با وجود ملاحظهء مصلحت هر گاه مخلوط کردن اصلح است، مخلوط کند. و هر گاه جدا کردن اصلح است جدا کند. و در صورتی که مخلوط کرد و ضبط تفاوت خوراک را نتواند کرد و فرق واضحی ما بین او و عیال او نباشد، جایز است که او را مثل یکی از عیال خود محسوب دارد. اگر چه 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:

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:

جواب: در این مسئله خلاف است. بعضی گفته اند که مستحق اجره المثل است مطلقاً، و این مذهب شیخ است در موضعی از نهاییه، و علامه در قواعد و همچنین در مختلف و در تذکره و ارشاد و محقق در شرایع و نافع و فخر المحققین 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 گفته اند مستحق قدر کفایت و حاجت او است هر گاه فقیر باشد، و غنی چیزی مستحق نیست. و این مذهب شیخ است در موضعی از نهاییه، و ابن ادریس. و بعضی گفته اند مستحق اقل امرین است از اجره المثل و مقدار کفایت، و این قول شیخ است در مبسوط و خلاف و تبیان. و از فخر المحققین ظاهر می شود که احد قولین شیخ در نهاییه که عمل به کفایت است مقید به فقر نیست. و همچنین از شهید در شرح ظاهر می شود که قولی هست به اختیار کفایت مطلقاً، و خود اختیار قول دیگر کرده و آن این است که اقل امرین را میگیرد، به شرط فقر لا- غیر. و این کلام مقدار است در کثر العرفان. و اختلاف در مسئله به خاطر اختلاف اخبار و فهم آیات قرآنی است. و ارجح در

نظر قول به ثبوت اجره المثل است مطلقاً، و دلیل آن این است که عمل غیر محرم است و محترم است که ماذون فیه. بل مطلوب و مأمور به است. پس مستحق اجرت می شود، چون مفروض این است که تبرعا نکرده، و هر گاه قایل به اجرت نشویم لازم می آید اضرار ولی که اوقات خود را بلا عوض صرف یتیم کند. خصوصاً هر گاه شغل بسیار داشته باشد و مستحق چیزی نباشد. و اگر ترک عمل لازم می آید 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 می آید. و خصوصاً (۱) 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: سری) باشد. چنانکه استاد ما (ره) رد "تعلیقہ رجال" تحقیق کرده و او ثقة است. و همچنین ظاهر منقول از ذخیره این است که "حسن کالصحیح" باشد (۲) "قال سئل ابا عبد الله - ع - فی من تولی مال الیتیم، ما له ان د.

ص: ۴۷۵

۱- عطف است به "عمل غیر محرم است و محترم..." یعنی دلیل قول به "ثبوت اجره المثل" غیر محرم بودن و محترم بودن عمل و خصوصاً روایت هشام است.

۲- علی بن السری کرخی از اصحاب امام صادق (علیه السلام) می باشد و توثیق شده است مشروط بر اینکه در سند روایت به لفظ "کرخی" تصریح شده باشد. زیرا دو شخص دیگر به نام "علی بن سری کوفی" و "علی بن سری عبدی کوفی" هستند که مجهول می باشند و ممکن است افراد ناشناخته ای باشند و ممکن است مراد از هر سه عنوان، یک شخصیت واحد باشد. و علی بن سندی از اصحاب امام رضا (علیه السلام) است که خالی از توثیق نیست. و نظر به اینکه روایت از امام صادق (علیه السلام) است پس شخصیت مورد نظر یا "ابن سندی" است و ربطی به ابن سری کرخی ندارد که در این صورت کاملاً مجهول می باشد. و اگر او همان ابن سری کرخی است در این صورت موثق می شود با دو شرط بالا که هیچکدام از آن دو مسلم نیست. و علاوه بر این، خیلی بعید است که یک فرد هم از اصحاب امام صادق باشد و هم آنقدر عمر کند که از جمله اصحاب امام رضا هم باشد. و اگر فرض شود که این "علی ابن سندی، سری" غیر از سری فوق است در اینصورت آن توثیقی که (تنها توسط نصر بن الصباح) از وی شده کمی دچار تردید میگردد زیرا متون رجال در عصر امام رضا (علیه السلام) چنین شخصی را تحت عنوان "سری" یا "ابن سری" یاد نکرده اند. لیکن تحقیقی که مرحوم میرزا از آن یاد می کند که توسط مرحوم بهبهانی استاد او انجام یافته و نیز مطلب ذخیره در دسترس ما نیست تا چگونگی آن روشن شود. و در هر صورت بدیهی است که نمی توان این حدیث را تحت عنوان "ظاهر آن صحت" است قرار داد و حتی دشوار است که "حسن کالصحیح" نامیده شود. اما پیام حدیث با اصول مسلم عقلی و واقعیات عینی تایید می شود.

یا کل منه؟ فقال: ينظر الی ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم، فلیا کل بقدر ذلك " (۱). و در مجمع البیان گفته است که " والظاهر فی روایات اصحابنا ان له اجره المثل، سواء كان قدر كفايته او لم یكن " (۲) و اطلاق موثقهء حنان بن سدير نیز دلالت دارد " قال: قال ابو عبد الله - ع - سئلنى عيسى بن موسى عن القیم للایتام فی الابل، ما یحل له منها (؟) قلت: اذا لاط حوضها و طلب ضالتها و هنا جرباها، فله ان یصیب من لبنها فی غیر نهك لضرع، و لا فساد نسل " (۳) و به این مضمون روایات دیگر هم هست، و ظاهر آیه موهم اشتراط فقر است چون فرموده است " ومن كان غنيا فلیستعفف " (۴) [و آن] مدفوع است به منع دلالت آن نیز به وجوب، بلکه علامه در مختلف گفته است که اشعاری در آن 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 باز داشتن نفس است، یا نفس را مهبیای ترک شیی کردن. و شکی نیست که آنچه واجب است بر آدمی ترک حرام است. و اما نفس را مهبیا و مستعد کردن از برای ترک حرام پس آن مستحب است. پس همچنانکه چیزی که از وسایل محرم است - مثل صرافی و کفن فروشی - مکروه است (چون منتهی می شود گاهی به حرام که ربا و حب موت خلایق است) [همچنین] فرصت ندادن [به] نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب از شهوات (۵) و قلع مادهء آنها که وسیلهء ترک حرام است، .

ص: ۴۷۶

-
- ۱- وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به باب ۷۲ ح ۵.
 - ۲- مجمع البیان ذیل آیه ۶ سوره نساء.
 - ۳- وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به باب ۷۲ ح ۲.
 - ۴- مجمع البیان ذیل آیه ۶ سوره نساء.
 - ۵- در نسخه: ویا فرصت دادن نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب به شهوات و...

هم مستحب است. و توضیح آن این است که در آنجا آمر به طلب عفاف حق تعالی است. و فاعل طلب، ولی است. پس مطلوب ولی، عفاف می شود. و "مطلوب منه" نفس ولی، یعنی باید طلب کند ولی عفاف را از نفس خود. پس هر گاه مامور به، جناب اقدس الهی، نفس ترک اکل بود بایست بفرماید "فلا تاکل" پس معلوم شد که "مامور به" این است که ولی از نفس خود عفاف را بطلبد. و ظاهراً عفاف ملکه امتناع از محرّمات است. و وجوب تحصیل ملکه معلوم نیست. بلکه معلوم است که مستحب است. پس در اینجا مدلول ماده صیغه با هیئت آن، تنافی دارند و تقدیم ماده اولی است بر هیئت. پس اختیار تجوز را در هیئت باید کرد. غایت امر تعارض و تساقط است و اصل "عدم وجوب" است، چنانکه در "فاستبقوا الخیرات" (۱) همین را می توان گفت. و مؤید آن است آیه "ولیستعفف الذین لا یجدون نکاحاً" (۲) زمخشری در کشاف گفته است "ولیجهد فی العفه وظلف النفس، کان المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها علیه". و همچنین مقدار در کنز العرفان و غیر او. و اینکه اهل لغت گفته اند "معنی عف: کف و امتنع عمالاً یحل، کاستعفف و تعفف" منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. چون اغلب این است که در لغت تفسیر حالات را می کنند نه ملکات. خصوصاً در اینجا که وقوع فعل بر مفعول خاص شده، چون متعدی به کلمه مجاوزه (۳) شده. پس ناچار "استعفف" هم هر گاه متعدی شده با آن و گفته شود که "فلان استعفف عن الزنا" معنی آن ترک زنا خواهد بود. بخلاف "رجل عف" و "عفیف" و "مستعفف". و شکی نیست که معنی حقیقی باب "استفعال" طلب فعل است. و هر گاه استعفف "به معنی" عف "شد دیگر معنی از برای" سین "باقی نمی ماند. و اینکه صاحب "

ص: ۴۷۷

۱- آیه ۱۴۸ بقره.

۲- آیه ۳۳ نور.

۳- مراد لفظ مقدر "عن" می باشد که تقدیر آیه چنین باشد "ومن کان غنیا فلیستعفف عن اکل مال الیتیم"

کشاف گفته در ما نحن فيه که "سین از برای طلب زیادتی عفت است" مراد او مبالغه در "امر به عفت" [است]. چون زیادتی لفظ دلالت بر زیادتی معنی می کند مانند "قر و استقر". 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 شده اند از نکته "مأمور شدن شخص به طلب فعل از خودش" و تفسیر کرده اند این را به حاصل مراد که "طلب ترک اکل" است خصوصا به ملاحظه اینکه اهل لغت هم گفته اند "یستعفف" به معنی "یعف" 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 اراده مجاز است. پس نکته خواسته (۱) از برای ذکر لفظ مجازی با تمکن از حقیقی، با وجودیکه مراد از هر دو یکی باشد [و به همین جهت] گفته است که برای مبالغه است چون زیادتی مبانی دلالت بر زیادتی معانی دارد. با وجود اینکه می توانیم گفت که هر چند ماده "عف" در لغت "امتنع" و "کف" باشد لکن در عرف از آن، ملکه کف 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 فرمود "لا یاکل" و در اینجا فرمود "فلیاکل". و ایضا امر در "فلیاکل" در حقیقت خود مستعمل نیست بلکه رخصت است که "عقیب حذر" واقع شده. چون قبل از این "ولا تاكلوها اسرافا و بدارا 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) (۲) حق تعالی منع کرد

ص: ۴۷۸

- ۱- یعنی: پس زمخشری در صدد یافتن نکته و قرینه ای است از برای ذکر لفظ در معنای مجازی...
- ۲- به نظر می رسد مراد از "اکل بدارا" و "اکل اسراف" در اینجا به معنی خوردن بدون ملاحظه و بدون حساب و کتاب باشد. و مراد از "اکل بمعروف" آن نوع رفتار در برخورد با مال یتیم باشد که وجدان عرف آن را امضاء نماید. در این 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 هر چند 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 کلمه "اشهدوا" بعد از آن نیز باید حمل بر ارشاد یا استحباب کرد. و به هر حال 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. هر گاه این را دانستی، پس بدان که: معروف در لغت ضد منکر است. و شکی نیست در اینکه اخذ اجره المثل از جمله قیاح شمرده نمی شود، پس داخل مدلول آیه است. و هر گاه معروف را به معنی "معهود" بگیریم همانچه معهود و متعارف است در عمل اجره المثل است. و اما تفسیر آن به "قوت" چنانکه در اخبار وارد شده مثل صحیحہ عبد الله بن سنان "عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل: فلیا کل بالمعروف. قال: المعروف هو القوت و انما عنی الوصی او القیم فی اموالهم و ما یصلحهم" (۱) و صحیحہ دیگر او (۲) 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 آیهء سورهء نور) یا مطلق تصرف [است] چنانکه غالباً در آن استعمال می شود. و ظاهر این است که مراد از آن در آیات و اخبار اکل مال یتیم و اکل ربا [به] معنی دوم باشد. و به هر یک از دو معنی آیا مراد خوردن ولی است؟ یا نفقهء عیال واجب النفقهء [او]؟ یا اعم از آن هم مراد است؟ و به هر یک از این تقدیرات، آیا مختص است به صورتی که عمل او مساوی آن مقدار از قوت باشد؟ یا اعم است از آن؟ و گاه هست که قوت او یا ۱

ص: ۴۷۹

۱- وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۱.

۲- تهذیب ج ۲، باب "الزیادات من الوصایا" ص ۴۰۱

قوت او و عیال 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 مؤنه آن است، نه خصوص خوردنی (چنانکه در لفظ اکل گفتیم). و تخصیص بدهیم قدر آن را به اجرت المثل 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 آیه شریفه اقوی است از اخبار، و اکثر افراد اخذ قوت خلاف " معروف " است، و اخذ اجرت المثل مطلقا معروف است. و تخصیص آیه به سبب این اخبار با وجود آنکه نسبت ما بین معروف و قوت عموم من وجه است و محتاج است به مرجع. و تخصیص اخبار اولی است از تخصیص آیه، چون آیه معارضه 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 که در نظر عرف " منکر " نباشد. و تحدید آن به اقل اجرت المثل 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 و به سبب متوجه شدن [به] مال صغیر از عمل خود باز میماند و اخذ اجرت المثل اضرار است به ولی. خصوصا هر گاه بگوئیم مراد از قوت، قوت خود ولی است نه عیال او. و خصوصا هر گاه مراد " خوردن و بس " (۱) باشد. اما بعضی بیانات جزئی که در قوت وارد شده مثل روایت حسان بن سدید (۲) (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 اجره المثل باشد " روایت ابو الصباح کنانی است ۲

ص: ۴۸۰

۱- یعنی مراد تنها خوردن باشد.

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۲

" عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: ذلک رجل یحبس نفسه عن المعیشه، فلا یاس ان یاکل بالمعروف اذا کان یصلح لهم اموالهم، فان کان المال قلیلا فلا یاکل منه شیئا " الحدیث. (۱) وجه تأیید این است که کسب مردم به قدر معاش ایشان است پس به قدری که منع از کسب معیشت می کند از مال صغیر بر میدارد. و لازم آن غالباً اجرت المثل است که مساوی عمل اوست از برای معیشت. یعنی آنچه کسب میکرد از برای معیشت که غالباً مساوی اجرت عمل اوست بردارد. پس اگر مال کم باشد (یعنی مانع او نمی شود از کسب معیشت) پس بر ندارد. چون غالب این است که محتاج به عمل نیست. و یا در صورتی که محتاج به عمل قلیلی باشد که مانع از کسب معیشت او نیست بر ندارد. و در این وقت محمول باشد منع بر کراهت. و به آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف احد قولین شیخ و ابن ادریس 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 ابن ادریس گفته) و اخباری که وارد شده در تفسیر آیه به قوت. و موید آن است موثقه سماعه " عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: من كان یلی شیئا للیتامی و هو محتاج لیس له ما یقیمه فهو یتقاضی اموالهم و یقوم فی ضیعتهم فلیاکل بقدر و لا یسرف. و ان کانت ضیعتهم لا تشغله عما یعالج بنفسه فلا یزیران من اموالهم شیئا " (۲) چون ظاهر این است که کفایت و نفقه را از اکل استفاده کرده اند، و اینکه بر سبیل معروف باشد یعنی بر سبیل اسراف نباشد، از لفظ معروف. و این مناسب کفایت است نه اجرت المثل. و می توانیم گفت که مراد از " قدر " اجرت المثل باشد. چون آن است اندازه در اعمال. و اسراف عبارت باشد از زیادتی بر آن. و اگر تسلیم کنیم ظهور در کفایت را سخن های سابق نیز بر حال 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 و کثرت. و همچنین ظاهر شد ضعف قول دیگر شیخ در نهاییه که ۴

ص: ۴۸۱

۱- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۳.

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۴

همین قول باشد بدون شرط فقر. و دلیل آن نیز همین دلیل است یا حمل آن به استحباب استعفاف (۱) و همچنین ضعف قول به " اخذ اقل الامرین به شرط فقر. و دلیل آن این است که کفایت اقل است از اجرت. پس همین که کفایت را اخذ کرد غنی می شود و واجب می شود بر او استعفاف به مقتضای ظاهر آیه که امر به استعفاف است. پس همه اجرت را که زاید بر کفایت است نمی تواند گرفت. و اگر اجرت المثل 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 هر گاه از برای یتیم باشد چنان خواهد بود. و این دلیل ضعیف است. اما اولاً: پس به جهت اینکه این سخن مبتنی است بر اینکه این بنای رخصت و معامله شارع با ولی از باب " جعله " باشد که مستحق اجرت نشود مگر به اتمام عمل، نه از باب " اجاره " که به مجرد عقد اجرت ملک موجد شود. و هر گاه از باب اجاره باشد پس این قرار داد از برای فقیر منافات ندارد باغناهی او بعد از عقد این معامله و شروع در عملی که از جانب شارع مامور به، است (۲) و پس از احتیاج مال یتیم به عمل هر گاه 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 نمی شود. و این شبیه است به اینکه شارع تجویز کرده که به فقیر زکات دهند به قدر غنی بالغاً ما بلغ. و اظهر 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. و کسی که خود را آلوده به آن می کند بنا میگذارد که آن عمل متمادی که در عادت به یک روز و دو روز نمی شود قبول کند. و چنین نیست که کسی که متوجه امر زراعت صغیر می شود امروز که گاو می خرد مستحق عوض آن بشود، و ساعت دیگر که بیل می خرد مستحق عوض آن شود، و هکذا تا آخر سال. و ملاحظه این، معنی عسرو

ص: ۴۸۲

۱- و در نسخه: یا حمل آن باستعفاف بر استحباب.

۲- عبارت نسخه: و شروع در عمل و از جانب شارع مامور به است

خرج عظیم است. با وجود اینکه فرض مستدل که " هر گاه کفاف را گرفت غنی می شود " اگر مراد در آخر کار است، قبل از گرفتن بر او صادق است که فقیر است. و غنای بعد منافات با فقر قبل ندارد، و اگر مراد او این است که هر گاه یوما فیوما نان خورد غنی می شود، 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. و اگر گفته شود که: مراد مستدل این است که این از باب جعله نیست و از باب اجره است لکن مراد از غنی اعم از غنی بالقوه، چنانکه در زکات شرط است که مستحق آن، کسی باشد که مونهء سال نداشته باشد، یا قادر بر کسبی 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 اجرت المثل 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 متبادر از آیه فقر و غنای بالفعل است [با] قطع نظر کردن از مال صغیر، نه غنای بالقوه. خصوصاً غنائی که از مال یتیم حاصل شود. و با تسلیم این (با وجود کمال بعد بلکه وضوح فساد) دلالت آیه بر وجوب استعفاف، ممنوع است، چنانکه گذشت. و اما ثانیاً: پس می گوئیم: که مراد از اکل اگر خوردن متعارف است که خائیدن و فرو بردن است و بس. و رخت پوشیدن و مسکن داشتن و غیر آن داخل نیست. پس اگر روال فقر از خوراک منشأ غنای از لباس و غیره نمی شود و تا داخل " من کان غنیا فلیسعفف " باشد. خصوصاً با احتیاج عیال او در خوراک. و اگر 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؟ -؟ و گاه هست ولی خرج بسیار دارد و عیال بیشمار و مال یتیم کم. و اخراج کفایت، منشأ اضرار. و در این معنی تحدیدی از شارع معلوم نمی شود.

بلی در اینجا می توان گفت که تحدید حاصل است به ملاحظه اجره المثل. یعنی جایز است تصرف مادامی که زاید بر اجرت المثل نشود. پس تکیه عمدۀ 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 در آیه ممکن است که مراد از آن غنی عرفی باشد. و محتمل است که غنی شرعی باشد، یعنی کسی که مؤنث سال خود و عیال خود را داشته باشد. و دور نیست که مراد کسی باشد که محتاج به اخذ مالی یتیم نباشد در گذران خود و معیشت سال خود که مناسب معنی شرعی باشد و روایت ابی الصباح به آن اشاره دارد. دوم اینکه: آیا فقیر آنچه بر میدارد (بنابر قول به استحقاق کفایت) آیا از باب "امتاع" است؟ یا از باب تملیک؟ و دور نیست که اظهر امتاع باشد، پس هر گاه در اول بر ندارد، یا روز به روز بر ندارد، و به قرض و امثال آن مدار کند، در آخر نمی تواند بردارد. مگر اینکه قرض کند به نیت اینکه از آن مال بدهد. و اما بنابر قول "به استحقاق اجرت المثل" پس ظاهر آن، تملیک است و تفاوت نمی کند تقدیم و تاخیر. سوم اینکه: استحقاق اجرت و عوض در صورتی است که عمل را تبرعا نکرده باشد، پس هر گاه تبرعا کرده مستحق چیزی نیست. اما هر گاه غافل شود از قصد اخذ و عدم 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 هر گاه مکلفی او را امر کند به عملی که در آن اجرتی باشد چنانکه در باب خود ذکر کرده اند خصوصا بنابر قول "به کفایت"، که حق تعالی اذن داده برای بر داشتن بدون تقیید به قصد عوض برداشتن. و این استدلال در نظر 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 بر بندگان واجب کرده انفاق واجب النفقه را بلا عوض، چه مانعی دارد که امر کرده باشد به حفظ مال اینها بلا عوض. غایه امر این است که امر به عمل مستلزم ترک

اخذ نباشد لکن منافات با جواز اخذ نداشته باشد. چنانکه در صناعات کفائیه. اما ثبوت استحقاق اخذ، پس آن محتاج است به دلیل. و از اینجا است که در بعضی صور تکلیف مکلفین همدیگر را، نیز خلاف دارند. مثل جائی که عمل از [اعمالی] نباشد که در عرف و عادت بر آن اجرت گیرند لکن آن شخص مامور از آن اشخاص است که بر آن عمل اجرت میگیرد. زیرا که دلیل مسئله " امر مکلفین " همان است که امر به استیفای منفعت محترمه کرده که قیمتی دارد در عرف، و تضييع آن جایز نیست. چنانکه در اجارهء معاطاتیه است. و از اینجا ظاهر شد که در اصل دلیل اول که بر " مذهب مختار " اقامه کردیم محل اشکال هست. و تتمیم آن به دلیل نفی ضرر به ولی و یتیم، محتاج الیه نیست. زیرا که نفی ضرر خود دلیلی است مستقل. پس اولی تمسک به اطلاق آیه و اخبار است که شامل [و غیر] ذاهل هستند. ولکن این سخن مشکل است در صورتی که عمل تمام شده باشد، یا شبانه روز منقضی شده باشد و او قوت مدت را یا شبانه روز را از جای دیگر خورده باشد. چنانکه گفتیم که از باب امتناع باشد نه تملیک. چهارم اینکه: مراد از ولی در اینجا کسی است که قسرا ولایت به او رسیده باشد مانند جد یا به اختیار قبول ولایت کرده باشد مانند وصی. اما هر گاه متبرعی نباشد و حاکم کسی را خواهد تعیین کند و بدون اجرت راضی نشود پس گویا اشکالی در جواز اخذ اجرت نباشد (هر گاه نیت تبرع نکرده باشد) هر چند غنی باشد. و آخوند ملا احمد (ره) در آیات احکام جواز این را بر سیل امکان و احتمال قرار داده در صورتی که متبرعی نباشد و [گفته است] بلکه از کلام ایشان ظاهر می شود که جواز اخذ اجرت اولیا نیز در وقتی است که متبرعی نباشد. ولکن این را بعد اختیار قول به استحقاق اجرت المثل، گفته. و اطلاق آیه مقتضی جواز است مطلقا خصوصا بنا بر قول به " کفایت ". و احوط اجتناب است در صورت وجود متبرع مطلقا. پنجم اینکه: آیا کسانی که مال ایتام در دست 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 ادله شامل اینها همه هست، و همچنین عموم اخبار بسیار. و آنچه در

صحيحهء عبد الله بن سنان و غيره وارد شده كه مراد وصى وقيم است هم منافات با آن ندارد. چون ايشان را عرفا نيز قيم مى گويند و حقيقت شرعيه در آن ثابت نيست كه بايد به اذن حاكم باشد، خصوصا هر گاه عدول مؤمنين باشند يا عدول مؤمنين ايشان را نصب کرده باشند در صورت تعذر حاكم. پس ظاهر اين است كه در صورت تعذر حاكم عدول مؤمنين توانند حسبتا شخصى را قيم كنند و اجرتى از براى او از آن مال قرار دهند. و همچنين از براى حفظ مال غايب، هر گاه متبرعى نباشد. ششم: اين خلافات و اشكالات در صورتى است كه اجرتى از براى ولى وصيت نشده باشد. اما هر گاه موصى اجرتى از براى او قرار داده باشد پس ظاهر اين است كه اشكال در جواز نباشد، هر گاه به قدر اجرت المثل باشد. و از تنقيح نقل شده است كه خلافي در اين نيست. و همچنين هر گاه زايد بر اجرت المثل باشد و از ثلث مال، بر آيد. و يا ورثه در قدر زايد اجازه كنند. و همچنين هر گاه تعيين مقدار را نكرده باشد كه در اين حال نيز اعتبار ثلث و اجازه در زايد را بايد كرد. هفتم: آيا اين احكام مختص مال يتيم است؟ يا در مطلق صغير هم، چنين است؟ هر چند الحال از كتب اصحاب تصريحى به آن در نظر نمى آيد، وليكن عبارت مسالك دال بر عموم است. چون در عنوان مسئله گفته است " المراد بالمتولى لمال اليتيم من له عليه ولايه شرعيه، سواء كانت بالاصاله له كالاب والجد، ام لا كالوصى " بعد از آن نقل اقوال در مسئله کرده است. پس گويامراد ايشان از يتيم در اینجا صغير باشد. و اين دور نيست، و تعليلات در اخبار هم اشاره به آن دارد. هشتم: بنا بر قول به جواز اخذ اجره المثل، از براى غنى مكروه است اخذ. زيرا كه اقل مراتب امر استحباب است، و استحباب ترك فعل، مستلزم كراهت آن است. نهم: هر چند اطلاق كلام فقها عدم فرق است ميان اينكه مال كم باشد يا زياد. لكن بعضى اخبار دلالت بر اشتراط كثر مال دارد. مثل روايت ابى الصباح كناني كه پيش گذشت، و غير آن. و احوط اجتناب است. دهم: ظاهر اين است كه اين استحقاق در وقتى است كه عملى بكنند كه مستحق

عوض باشد، مثل زراعت و تجارت و غیر آن. و اما ضبط مال و محافظت آن مثل اینکه دراهم و دانیر او در صندوق او باشد که حاجتی به آن ندارد، یا ظروف او در گوشه خانه او باشد، پس اکل از آن مال صورتی ندارد، و اشاره به آن در اخبار متقدمه شده، و دلالت می کند بر آن خصوص آنچه در مجمع البیان و تفسیر عیاشی از حضرت صادق (علیه السلام) روایت شده در تفسیر آیه فرموده " هذا رجل تحبس نفسه للیتیم علی حرث و ماشیه و یشغل فیها نفسه، فالی کل بالمعروف و لیس له ذلک فی الدنانیر والدارهم التی عنده موضوعه ". (۱) یازدهم: در بعضی اخبار از حضرت باقر (علیه السلام) روایت شده که این آیه منسوخ است (۲) و در مجمع البیان روایتی نقل کرده از آن جناب که فرموده " من کان فقیراً فلیأخذ من مال الیتیم قدر الحاجه والکفایه علی وجه القرض ثم یرد علیه ما اخذ اذا وجد ". (۳) و به قائلی از اصحاب به مضمون آنها بر نخوردم. و شاید مراد روایت دوم جواز قرض بر داشتن ولی باشد از مال صغیر، قطع نظر از اجرت عمل. چنانکه در محل خود مذکور است. (۴)

ص: ۴۸۷

۱- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۹ - تفسیر عیاشی: ج ۱ ص ۲۲۲.

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۱۱.

۳- وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۷ - مجمع البیان: ج ۳ ص ۹.

۴- شاید پس از اینهمه بحث مفصل که مرحوم میرزا در این مسئله بیان فرموده ابراز یک نقد اساسی بر آن جای شگفت باشد لیکن با تکیه بر اصل " ما طلبه ایم و کار طلبه بحث است " میگوییم: اساساً موضوع بحث آیه " ولی " به عنوان ولی نیست. خطاباتاتی از قبیل " لا تقریبا " و " لا تاکلوا " عام هستند. و همینطور اخبار و حدیث مربوطه. برای روشن شدن این مطلب ابتدا باید به نکات زیر توجه کرد: (۱): ولایت ولی عنوانی است که کاملاً با کارگزاری یک کار گزار و مباشر و نوکر و یا عملکرد یک کارگر تفاوت بل غیریت تام دارد یک ولی به عنوان " ولی " مستحق هیچ چیزی نیست همانطور که " عدول مومنین " نمی توانند برای انجام وظیفه و ولایتشان اجرتی بگیرند خواه در مورد یتیم و خواه 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 و مزد بر صغیر بگمارند چنین شخصی ولی نمی شود بل یک کار گزار است که استخدام شده و ولایت صغیر مسئولیتی است که در گردن عدول میماند. (۴): در مورد ردیف ۲ و ۳ اگر حاکم شرع نیز اقدام کرده باشد، همینطور است. (۵): اگر موصی شخصی را بر صغار خود قیم کند و برای او اجر و مزدی تعیین کند قیمومت و ولایت آن شخص صحیح است لیکن اجر و مزد او ربطی به ما نحن فیه ندارد. زیرا اجر و مزد او از مال صغیر پرداخت نمی شود بلکه از " ثلث " است که مال خود میت می باشد و ربطی به بحث ما ندارد. موصی می تواند مقدار ثلث مالش را به هر کسی ببخشد. (۶): همانطور که هر شخص می تواند تحت نظر ولی مال خود را با مال صغیر مبادله و معامله کند، یا اجیر و مزدور و کار گزار صغیر باشد همینطور هم خود ولی می تواند مبادله و معامله کند و یا اجیر و کار گزار حقوق بگیر صغیر باشد. اما در امور و کارهایی که خارج از مسئولیت مشخص ولی باشد. یعنی در این صورت او علاوه بر سمت ولایت که صرفاً مجانی و تبرعاً باید انجام بدهد با عنوان دیگر برای امور دیگر نیز میبازد. (۷): امور مربوط به ولایت چیست که ولی نمی تواند برای انجام آن مزد بگیرد -؟ و امور دیگر چیست که اگر ولی آنها را انجام دهد مثل سایر اجیرها و مباشرها و کار گزارها و کارگرها می تواند در قبال آن مزد بگیرد -؟ پاسخ این سؤال معیارهای عرف است و عرف دقیقاً میداند که ولی نه نوکر است و نه مباشر و نه

کارگر. ۸): اگر کسی که بر اساس وصیت یا تبرعا از جانب حاکم و عدول مؤمنین به ولایت انتخاب شده حاضر به انجام وظایف ولایت بطور مجانی نباشد، می تواند استعفا بدهد و مسئولیت ولایت مجانی، مجدداً به عهده عدول یا حاکم بر میگردد. البته در صورت پذیرفتن وصیت صحت استعفا مورد بحث است مگر اینکه واقعا ناتوان باشد. اینک بر میگردیم به اصل مطلب: محور سخن آیه "اکل" است. نه اجر و مزد. نه از باب "جعاله" و نه از باب "اجاره". همانطور که گفته شد تکلیف صغیر و اموال صغیر در باب جعاله و اجاره با همه کس روشن است حتی اگر اجیر یا طرف جعاله خود ولی باشد. چگونه ممکن است شرایط جعاله و اجاره میان مردم بالغ دقیقاً واجب الرعايه باشد لیکن میان ولی و صغیر مورد ولایتش، اینهمه نامشخص و "مجمل" و درهم و برهم باشد؟! آیه میفرماید هیچ کس حق خوردن مال یتیم را ندارد. شاید اموال همدیگر را تحت عناوین ظلم یا میهمانی و یا تعارفات معمول بخورید اما مال یتیم را نباید تحت هر نام و عنوانی بخورید. لفظ "بدار" در آیه یعنی هر نوع خوردنی غیر از طریق معاملات تحت نظر ولی. سپس میفرماید "کسی که فقیر است می تواند بخورد" و حدیث هم این جمله را تفسیر می کند و می گوید: مقصود کسی است که یا کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی برای فقیر مجاناً کار می کند چنین شخص خواه ولی باشد یا دیگری می تواند مثلاً نان چاشتی یا نهار را از مال صغیر بخورد. و یا کسی که خودش را وقف (حبس) برای فقیر کرده که نه اهل و عیال دارد و نه خانه و کاشانه ای و نه در فکر داشتن مال است... چنین کسانی پیدا میشوند و میشوند که من همین امروز شخصی را سراغ دارم که در خانه و املاک چند صغیر مشغول به کار است و با جان و دل برای صغار کار می کند و در خانه آنها همراه آنها میخورد و همه مخارجش از جیب صغیرهاست که پائینتر از حد "معروف" هم هست. و عملاً و علناً مصداق "من کان فقیراً" هم می باشد. اکنون ببینید کدام آیه و کدام حدیث با جزء، جزء مطالب بالا سازگار است. بحث مفصل میرزا (قدس سره) وقتی قابل عنوان کردن است که "رابطه ولی با صغیر" را یک عنوان و معامله 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 و احادیث 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 کار پرداز یا کار گزار از جانب حاکم و عدول مومنین برای اداره امور ایتم 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 می تواند موثرتر از دو عامل بالا باشد این است که موردی، مصداقی و مثال مشخصی برای عنوان "فقیری که خودش را وقف صغار کند به نظر بعضی از بزرگان نرسیده باشد و لذا بحث را بر روال دیگر انداخته اند... و با مثالی که در بالا بیان گردید این مشکل حل می شود. شخصی کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی بطور مجانی برای صغیر کار می کند خواه ولی باشد یا شخص دیگر نان 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 می کند نه به صورت تملیک. او "فقیر" به معنای اتم کلمه است و مالی در دنیا ندارد

۲۱۲-سوال: هر گاه صغیر بعد از بلوغ ادعا کند که پدرم یا جدم که مال مرا فروخته اند به زید به عنوان غصب بوده، نه از باب ولایت. و پدر یا جد در حیات نباشند. یا باشند و تصدیق او کنند و بینه در میان نباشد. قول صغیر مقدم است یا مشتری؟

ص: ۴۸۸

وهر گاه قبول دارد که [فروشنده با] ولایت فروخته، لکن مدعی خلاف مصلحت، باشد. و بینه در میان نباشد. قول کدام مقدم است؟. و هر گاه این دعوی به سبب بیع کردن کسی باشد که نه ولی بوده و نه وصی و نه حاکم شرع و دعوی کند بر او که بر وجه غیر شرعی فروخته. و از باب تصرف عدول مؤمنین در حین تعذر حاکم شرع، نبوده (۱). و مشتری گوید که حسبتا بوده بر وجه صحیح. یا [صغیر] قبول داشته باشد که از آن باب بوده و لکن ادعا کند که بر وجه غیر مصلحت بوده. احکام آنها چه

ص: ۴۸۹

۱- و در نسخه:... و از باب تصرف عدول مؤمنین در حین تعذر که حاکم شرع نبوده

چیز است؟

جواب:

جواب: در مسئله اولی ظاهر این است که قول صغیر مقدم است با یمین. و در مسئله ثانیه قول مشتری مقدم است با یمین. و در مسئله ثالثه نیز قول صغیر مقدم است با یمین. و هر گاه 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 "نفی العلم" خواهد بود. و در مسئله رابعه قول مشتری مقدم است با یمین، علی الاظهر. و در کتاب قضای همین مجموعه اشاره به این مسئله شده با مأخذ.

۲۱۳- سوال:

۲۱۳- سوال: والد صغیر مال صغیر را می تواند مصالحه نماید یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه مصلحت صغیر را در آن داند، بلی می تواند.

۲۱۴- سوال:

۲۱۴- سوال: از زید سه نفر اولاد مانده که یکی از آن سه نفر ذکور می باشد و دو نفر دیگر اناث. و یکی از آن دو اناث مدت پنجاه سال است که مفقود الخبر می باشد. و حال قدری مال از او به جا مانده و بر سبیل اجرت در تصرف برادرزاده او می باشد. و حال بفرمایند که مال آن دختر را می توانند تقسیم نمایند یا خیر؟ و بر فرض اینکه تقسیم توانند کرد، آیا برادر آن دختر مفقود الخبر از برادرزاده اش ادعای اجرت مدت مذکوره را می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: مفقود الخبر را باید به اطلاع مجتهد عادل چهار سال در چهار جانب تفحص از او کرد. هر گاه هیچ خبری نشد اموال او را میانه و ورثه قسمت می کنند. 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 در عادت آن زمان غالباً کسی بیش از آن عمر نمی کند. آنوقت ما بین وراثت قست می کنند. و عمر عادی را بعضی تحدید کرده اند 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

ص: ۴۹۰

۲۱۵- سوال:

۲۱۵- سوال: شخصی آبی از چند نفر خریداری نمود که صغیر هم شرکت در آن آب داشته، و مشتری گفتگوی رسد صغیر را نموده که بدون اذن ولی صغیر، است. و اشخاص بایعین چیزی که گنجایش [آن در] قیمت وقت اضافه بر قیمت آب رسد صغیر است تنخواه قرار داده که به او رد نمایند. آن بیع صحت دارد؟ و غسل کردن و وضو ساختن به آن به جهت مشتری صحیح است یا نه؟ و بر فرض صحت، الحال چه باید کرد؟

جواب:

جواب: تصرف در مال صغیر بدون اذن ولی شرعی جایز نیست. و هر گاه ولی شرعی نباشد حاکم شرع ولی اوست یعنی مجتهد عادل. و هر گاه دسترس نباشد عدول مومنین بر وجه مصلحت می توانند تصرف در مال او کرد. هر گاه به یکی از این وجوه معامله واقع شده معامله صحیح است، و وضو و غسل به آن آب، صحیح. والا باطل. و وضو و غسل صورتی ندارد مگر بر نهج معتاد از سر نهر، یا به قدر حاجت در این امور برداشتن. چنانکه در سایر آبهای غصبی، و آنهم برای غیر غاصب. و از برای غاصب صورتی ندارد.

۲۱۶- سوال:

۲۱۶- سوال: هر گاه صبی بگوید که برای من انزال اتفاق میافتد، و بلوغ او از غیر جهت انزال معلوم نباشد، به محض ادعای انزال، قول او مسموع است و عقد او ممضی است؟ یا باید به ثبوت شرعی برسد؟

جواب:

جواب: مادامی که نزاعی در میان نباشد ظاهر این است که قول او مسموع است در حق خودش و در حق کسی که تصدیق او کند. اما هر گاه نزاع در میان باشد و خصم او منکر باشد اظهر این است که قول او مسموع نیست.

۲۱۷- سوال:

۲۱۷- سوال: هر گاه بلوغ صبی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد واحدی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند. آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه عدم رشدش ثابت باشد [چطور؟]. بیان فرمایند.

جواب:

جواب: در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد اگر اختیار تصرف با او باشد ترضیع مال می کند. از برای ولی هم امضای توکیل و عقد او جایز نیست. و عقدی که بشود آن عقد از اصل باطل است. و ظاهر این است که در صورت تشکیک در حصول رشد و عدم رشد، هم در

حکم غیر رشید است. بلی استثنا کرده اند صورتی را که غیر رشید مضطر (۱) و محتاج باشد به عقد نکاح، پس در این صورت جایز است که ولی او را تزویج کند و اذن بدهد در نکاح بر وفق مصلحت. و بعضی شرط کرده اند تعیین زوجه را. و بعضی شرط نکرده اند و گفته اند که هر گاه بدون اذن ولی بکند هم عقد صحیح است ولیکن در مهر رجوع می شود به مهر المثل و آنچه زیاده آن زیادتر کرده آن زیادتی باطل است.

۲۱۸-سوال:

۲۱۸-سوال: هر گاه عاقدی فهمیده باشد که صبی مادامی که بلوغ و رشدش به ثبوت شرعی نرسیده باشد نمی توان عقد و کالتی جهت او کرد. و صبی که ولی شرعی ندارد و شخصی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند (با وجودی که به حسب انبات و سن بالغ نیست، و از او سوال شود که انزال شده بگوید بلی) وزنی را برای او عقد کند. و بعد از مقاربت بگوید انزال نشده بود و دروغ گفتم. و احتمال می رود که فرق میان انزال و تغوط نکرده باشد. آیا این عقد صحیح است یا باطل؟ -؟. و بر هر تقدیر مهر زوجه می رسد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: چون قول او در اول مسموع است (چون مدعی در مقابل ندارد) و توکیل و عقد او محکوم به صحت است - در صورتی که رشید باشد - پس بر او لازم است که حقوق زوجیت را به عمل آورد. و اینکه الحال می گوید دروغ گفتم، رفع حقوق زوجیت نمی کند. هر چند مؤاخذ باشد بر آنچه بر خودش لازم می آید.

۲۱۹-سوال:

۲۱۹-سوال: در صورت مزبوره، بعد از عقد وزفاف معلوم شده که داخل در سال چهارده شده بوده و عاقد مقلد آن قبله گاه باشد آیا این عقد صحیح است یا نه؟ -؟. هر چند رای عالی در بلوغ (در مرشد العوام اشاره شده است که اقوی) تمام شدن پانزده سال است.

جواب:

جواب: در اینجا اعتقاد بر ادعای انزال بود نه بر سن. و ظهور خلاف نظر به سن، مضر نیست.

ص: ۴۹۲

۱- بعضیها لفظ " مضطر " را نیاورده اند و به عبارت " احتیاج و مصلحت " بسنده کرده اند

۲۲۰- سوال: اذا اراد ولي الصغير والصغيره الجمع بين اموالهما ليسهل عليه الامر في المعامله لهما. و كان لهما مال مشترك بينهما مجهول القدر في كيس، و مال مختص بكل واحد منهما في كيسين لا يعلم مقدارهما ايضا. فاراد ان ياخذ من الكيسين اثلاثا و يصب على الكيس المشترك. و بنى على ان ياخذ على التدريج، فاخذ من الكيس المختص بالصغيره عشره دراهم باراده ان ياخذ بعده من المختص بالصغير عشريين و صب على المشترك. واتفق حين الصب انه كان تسعه و لا يدري ان الاشتباه هل وقع حين الاخذ او حين الصب (؟-؟) فما تكليفه؟ و ما وجه الاستخلاص؟.

جواب:

جواب: مقتضى اصل العدم كون ما اخذ [ها] تسعه. ولكن اذا كان مقصرا او اراد الاحتياط يدخل درهما في المشترك (لتم العشره) من مال نفسه. و ياخذ العشرين من المختص بالصغير و ينقله الى مجموع الصغيرين حسبنا بعنوان الهبه او المصالحه على سبيل التردد بان يقصد في النقل نقله الى الصغيره - لو كان الدراهم تسعه في نفس الامر - لتحصيل المثلثه بينهما. او اليهما معا اثلاثا لو كان الدراهم عشره. والظاهر ان مثل هذا التردد غير مضر في الانشاء (۱).

۲۲۱- سوال: چه می فرمایند در اینکه کسی غایبی قدری قرض داشته. و خانه و باغچه دارد که در آن خانه شخص حاضری شریک است. و طلبکار غایب به خدمت ملازمان عالی عرض نموده و ملازمان سر کار فرموده بودند که عالیجناب مقدس القاب آقا سید مهدی مبیعه خانه نموده دین او را بعد از ثبوت و قسم ادا نماید. و شرکای خانه که حاضرند مدتی است که احتیاج به قیمت خانه دارند و میخواهند که بفروشند و به علت آنکه مبادا ضرر به مال غایب برسد به علت شراکت شخص خارج، فروخته اند. و در این اوقات شرکای حاضر نیز کمال احتیاج به مبیعه دارند. و خانه غایب هر گاه کلا فروخته شود علاوه بر دینی است که دارد. و آقا سید مهدی از علاوه احتیاط می کند که بفروشد و قدر دین را نیز به این علت

ص: ۴۹۳

۱- ولعله " غیر مضر ان شاء الله ". لان عمله قد یصح من دون انشاء ایضا

احتیاط می کند که هر گاه فروخته شود ضرر به آن باقی خواهد رسید یعنی موجب تلف مال غایب که باقی میماند می شود. هر گاه کالا فروخته شود مال غایب می توان عوض آن خانه ابتیاع نموده در مکان مناسبی که علی الظاهر مال غایب تلف نشود. به اینخصوص واجب بود که عرض شود که به هر نحو خدام عالی صلاح دانند مقرر فرمایند که مبیعه را نموده باشند که حق هیچیک از میان نرود.

جواب:

جواب: اما حکایت بیع شرکاء حصه خود را به جهت احتیاج و ضرورت: 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، هر گاه 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 هر گاه مصلحت داند به همان نحو شراکت بر حال 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 هر چند که اصل مسئله فی الجمله محل اشکال نیست و لیکن آنچه مستفاد می شود از اکثر احادیث و ظاهر فتاوی این است که محل سکنی و مسقط راس و ظل راس را استثنا کرده اند، چون مدیون محتاج است به آن. و اخبار منصرف نمی شود به خانه [ای] که بهیچوجه منتفع از [آن] خانه از برای سکنی بالفعل نمی شود. خصوصاً در مفقود الخبری که قریب به یاس باشد. با وجود اینکه از فتاوی علما و بعض اخبار ظاهر می شود که خانه [ای] که از آن باب باشد که به بعض آن رفع حاجت می شود - یا هر گاه 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 می شود که باغچه هم دارد، و این محل سکنی که داخل

مستثنیات دین باشد هر گاه سکنی به وقتی بر آن نداشته باشد. (۱) و ایضا: در صورتی که بعد از بیع سایر شرکا، بقای حصه غایب در مال مشترک منشاء ضرر می شود به غایب، و گفتیم حاکم شرع می تواند 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 هر گاه توان اقل ما یقنع 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 ما بین حقوق ثلاثه هر گاه بشود فنعیم الاتفاق. و هر گاه 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.

ص: ۴۹۵

۱- اگر مراد از "خانه و باغچه" همان "خانه باغچه" - بدون حرف واو - باشد معنای باغچه، آن یکی رو کورت است که در حیاط خانه می باشد بی تردید برداشت میرزا از متن سوال غیر از این است.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفا ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می
نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آواده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه
اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

