



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

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

حاشية الشارح

جلد سوم

تأليف

المحقق القبيصة

الإمام العلامة والشيخ الميرزا محمد باقر

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

.....	فهرست	۵
.....	جامع شتات جلد ۳	۲۱
.....	مشخصات کتاب	۲۱
.....	اشاره	۲۱
.....	فهرست	۲۴
.....	کتاب الدین	۲۵
.....	کتاب الدین من المجلد الاول	۲۵
.....	۱ : سؤال:	۲۵
.....	جواب:	۲۵
.....	۲:سوال:	۲۷
.....	جواب:	۲۷
.....	۳ : سؤال:	۲۸
.....	جواب:	۲۸
.....	۴:سوال:	۲۸
.....	جواب:	۲۸
.....	۵:سوال:	۲۸
.....	جواب:	۲۹
.....	کتاب الدین من المجلد الثاني	۳۰
.....	۶:سوال:	۳۰
.....	جواب:	۳۰
.....	۷:سوال:	۳۸
.....	جواب:	۳۸
.....	۸:سوال:	۳۹
.....	جواب:	۳۹
.....	و همچنین است کلام هر گاه از طرف ایجاب، [ایجاب] لفظی باشد، واز طرف قبول، همان تصرف فعلی باشد، چنانکه از صورت سوال:	۴۰
.....	پنجم: از آنچه در مقدمه چهارم گفتیم ظاهر شد که عقد قرض از حیثی جایز است، واز حیثی لازم، پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن عقد قرض نباشد از حیثیت لزوم، لازم خواهد بود، چنانکه مقتضای عقود لازمه است و مؤید آن است عمومات (وقفا بالعقود) و (المومنون عند شروه این از باب (وعده) است، و تا نداده لزوم ندارد، واما بعد از آن که قروض ها را داد نظر به وعده [ای] که کرده بود، دین خود را وفا کرده است، دیگر نمی تواند رجوع کند، هر چند عین قروض ها باقی باشد، زیرا که به مجرد وفای دین، مال صاحب طلب می شود، و رجوع به آن محتاج به	
.....	۷ مکرر: سوال:	۵۵
.....	جواب:	۵۵
.....	۸ مکرر:سوال:	۵۵
.....	جواب:	۵۶
.....	۹:سوال:	۵۶
.....	جواب:	۵۶
.....	۱۰: سوال:	۵۷
.....	جواب:	۵۷
.....	۱۱ :سوال:	۵۷
.....	جواب:	۵۷
.....	۱۲:سوال:	۵۸
.....	جواب:	۵۸
.....	۱۳:سوال:	۵۸

- ۵۸ جواب: اما از سوال:
- ۶۰ کتاب الضمان من المجلد الثالث
- ۶۰ ۱۴ سوال:
- ۶۰ جواب:
- ۶۰ ۱۵ سوال:
- ۶۰ ۱۶ سوال:
- ۶۰ جواب:
- ۶۲ ۱۷ سوال:
- ۶۲ جواب:
- ۶۳ ۱۸ سوال:
- ۶۳ جواب:
- ۶۴ کتاب الضمان وتوابعه
- ۶۴ اشاره
- ۶۴ ۱۹ سوال:
- ۶۴ جواب:
- ۶۴ باشد از محتال. پس محال عليه که طلب را باید به محیل بدهد، هر گاه راضی نباشد که محتال - چون شدید العجل است - از او بگیرد می تواند قبول حواله نکند. ولکن در دلیل قول ایشان محل تامل است، زیرا که حواله در معنی توکیل است وموکل هرکی را خواهد می تواند وکیل باشد
- ۶۶ ۲۰ سوال:
- ۶۶ جواب:
- ۶۶ ۲۱ سوال:
- ۶۶ جواب:
- ۶۷ ۲۲ سوال:
- ۶۷ جواب:
- ۶۸ کتاب الضمان من المجلد الثالث
- ۶۸ ۲۳ سوال:
- ۶۸ جواب: این سوال:
- ۶۸ جواب:
- ۶۸ که ضمان عبارت است از تعهد مال از شخصی که بری الذمه است، از جانب شخصی که مشغول الذمه است. ودر اینجا تعهد مال نکرده است، بلکه تعهد طی مرافعه کرده، واین گاه است که موجب دادن مال می شود، وگاه است نمی شود. و هم چنین اندراج آن در تحت کفالت هم مشکل
- ۷۰ ۲۴ سوال:
- ۷۰ جواب:
- ۷۰ ۲۵ سوال:
- ۷۰ جواب:
- ۷۳ ۲۶ سوال:
- ۷۳ جواب:
- ۷۴ ۲۷ سوال:
- ۷۴ جواب:
- ۷۷ ۲۸ سوال:
- ۷۷ جواب:
- ۸۱ واما جواب از سوال:
- ۸۱ ۲۹ سوال:
- ۸۲ جواب:
- ۱۱۸ کتاب الصلح

۱۱۸ کتاب الصلح من المجلد الاول - - - - -

۱۱۸ اشاره - - - - -

۱۱۸ ۳۰:سوال - - - - -

۱۱۸ جواب: - - - - -

۱۱۸ ۳۱:سوال - - - - -

۱۱۸ جواب: - - - - -

۱۱۹ ۳۲:سوال - - - - -

۱۱۹ جواب: - - - - -

۱۱۹ ۳۳:سوال - - - - -

۱۱۹ جواب: - - - - -

۱۲۰ ۳۴:سوال - - - - -

۱۲۰ جواب: - - - - -

۱۲۰ ۳۵:سوال - - - - -

۱۲۱ جواب: - - - - -

۱۲۲ ۳۶:سوال - - - - -

۱۲۲ جواب: - - - - -

۱۲۷ ۳۷:سوال - - - - -

۱۲۷ جواب: - - - - -

۱۲۸ ۳۸:سوال - - - - -

۱۲۹ جواب: - - - - -

۱۳۰ ۳۹:سوال - - - - -

۱۳۰ جواب: - - - - -

۱۳۱ ۴۰:سوال - - - - -

۱۳۱ جواب: - - - - -

۱۳۱ مسأله نزاحم الحقیق: ۴۱:سوال - - - - -

۱۳۱ جواب: - - - - -

۱۳۲ کتاب الصلح من المجلد الثاني - - - - -

۱۳۲ ۴۲:سوال - - - - -

۱۳۲ جواب: - - - - -

۱۳۲ ۴۳:سوال - - - - -

۱۳۲ جواب: - - - - -

۱۳۹ ۴۴:سوال - - - - -

۱۳۹ جواب: - - - - -

۱۵۶ ۴۵ و ۴۶:سوال - - - - -

۱۵۶ جواب: - - - - -

۱۶۰ ۴۷:سوال - - - - -

۱۶۰ جواب: صورت سوال - - - - -

۱۶۰ جواب: - - - - -

کرده صلح کرده اند یا او به وجه مصالحه معینی، واین شخص هم - بر فرض صورت سوال: - محق است ومیطل نیست که حق ثابتی را در نفس الامر، منکر باشد ومشغول ذمه زاید بر وجه مصالحه باشد، واز صورت سوال: هم ظاهر می شود که خود این شخص که مال را از تصرف او در ر

۱۶۲ ۴۸:سوال - - - - -

۱۶۳ جواب: - - - - -

- ۱۶۶ سوال: ۴۹
- ۱۶۷ جواب:
- ۱۷۰ سوال: ۵۰
- ۱۷۰ جواب:
- ۱۷۰ سوال: ۵۱
- جواب: این محتاج به مراقبه است. ومجرد کاغذ حجت نیست هر چند (اقرت واعترفت) نوشته باشند در اینجا، چه جای تحقق وثیت. مگر این که آن کاغذ ونوشته کاغذی باشد که از برای حاکم (یعنی مجتهد عادل) مفید قطع باشد، واین بسیار نادر است. و هر گاه مفید علم نشود باید
- ۱۷۱ جواب:
- ۱۷۱ سوال: ۵۲
- ۱۷۲ جواب:
- ۱۷۵ سوال: ۵۳
- ۱۷۵ جواب:
- ۱۷۵ سوال: ۵۴
- ۱۷۶ جواب:
- ۱۷۶ سوال: ۵۵
- ۱۷۶ جواب:
- ۱۷۶ سوال: ۵۶
- ۱۷۷ جواب:
- ۱۷۸ سوال: ۵۷
- ۱۷۸ جواب:
- ۱۸۳ سوال: ۵۸
- ۱۸۳ جواب:
- ۱۸۳ سوال: ۵۹
- ۱۸۴ جواب:
- ۱۸۵ سوال: ۶۰
- ۱۸۵ جواب:
- ۱۸۶ سوال: ۶۱
- جواب: ظاهر این است که شرط صحیح باشد ووفای به آن لازم. واما سوال:
- ۱۸۶ جواب:
- ۱۸۶ سوال: ۶۲
- ۱۸۷ جواب:
- ۱۸۸ سوال: ۶۳
- ۱۸۸ جواب:
- ۱۹۰ سوال: ۶۴
- ۱۹۰ جواب:
- ۱۹۱ سوال: ۶۵
- ۱۹۱ جواب:
- ۱۹۵ سوال: ۶۶
- ۱۹۵ جواب:
- ۱۹۵ سوال: ۶۷
- ۱۹۵ جواب:
- ۱۹۶ سوال: ۶۸

- ۱۹۶ جواب: ..
- ۱۹۷ ۶۹سوال: ..
- ۱۹۷ جواب: ..
- ۱۹۷ ۷۰سوال: ..
- ۱۹۷ جواب: ..
- ۱۹۸ ۷۱سوال: ..
- ۱۹۹ جواب: ..
- ۲۰۰ ۷۲سوال: ..
- ۲۰۱ جواب: ..
- ۲۰۱ ۷۳سوال: ..
- ۲۰۲ جواب: ..
- ۲۰۲ ۷۴سوال: ..
- ۲۰۲ جواب: ..
- ۲۰۲ ۷۵سوال: ..
- ۲۰۲ جواب: ..
- ۲۰۲ ۷۶سوال: ..
- ۲۰۴ جواب: ..
- ۲۰۵ ۷۷سوال: ..
- ۲۰۵ جواب: ..
- ۲۰۶ ۷۸سوال: ..
- جواب: ملاکی که راضی نیستند که عمرو آب ببرد به خانه خود، پایاب خود، میتوانند مانع عمرو شوند از بردن آب. چون این معنی تصرفی است در اصل آب شرکاء بدون اذن ایشان. وایضا تصرفی است در خانه نهر مشترک که مجرای آب است به چاه زید. و جواز تصرف زید به سبب ا
- ۲۰۷ جواب: ..
- ۲۰۸ ۷۹سوال: ..
- ۲۰۸ جواب: ..
- آن معنی ندارد نه به عمرو و نه ولد او، چنین صلحی باطل است از اصل. بلی آنچه صحیح است صلح حق دعوی است. ودر این صورت هر گاه عمرو ولد خود را وکیل کرد در صلح دعوی به آن مبلغ معین. پس هر گاه ولد عمرو صلح کرد مبلغ معین را بازید در عوض آن دعوی که آن ما
- ۲۰۹ ۸۰سوال: ..
- ۲۱۰ جواب: ..
- ۲۱۱ ۸۱سوال: ..
- ۲۱۱ جواب: ..
- ۲۱۲ ۸۲سوال: ..
- ۲۱۲ جواب: ..
- ۲۱۲ ۸۳سوال: ..
- ۲۱۲ جواب: ..
- ۲۱۳ ۸۴سوال: ..
- ۲۱۳ جواب: ..
- ۲۱۳ جواب: ..
- ۲۱۳ ۸۵سوال: ..
- ۲۱۵ جواب: ..
- ۲۱۵ جواب: ..
- ۲۱۵ ۸۶سوال: ..
- ۲۱۵ جواب: ..

- ۲۱۶ :سوال ۸۷
- ۲۱۶ :جواب
- ۲۱۶ :سوال ۸۸
- ۲۱۶ :جواب
- ۲۲۰ :سوال ۸۹
- ۲۲۰ :جواب
- ۲۲۰ :سوال ۹۰
- ۲۲۱ :جواب
- ۲۲۱ :سوال ۹۱
- ۲۲۱ :جواب
- ۲۲۲ :سوال ۹۲
- ۲۲۲ :جواب
- ۲۲۲ :سوال ۹۳
- ۲۲۳ :جواب
- ۲۲۳ :سوال ۹۴
- ۲۲۳ :جواب
- ۲۲۳ :سوال ۹۵
- ۲۲۳ :جواب
- ۲۲۴ :سوال ۹۶
- ۲۲۴ :جواب
- ۲۲۷ :سوال ۹۷
- ۲۲۸ :جواب
- ۲۳۱ :سوال ۹۸:
- ۲۳۱ :جواب
- ۲۳۱ :سوال ۹۹
- ۲۳۱ :جواب
- ۲۳۶ :سوال ۱۰۰
- ۲۳۶ :جواب
- ۲۳۷ :سوال ۱۰۱
- ۲۳۷ :جواب
- ۲۳۷ :سوال ۱۰۲
- ۲۳۷ :جواب
- ۲۳۷ :سوال ۱۰۳:
- ۲۳۷ :جواب
- ۲۳۹ :سوال ۱۰۴
- ۲۳۹ :جواب
- ۲۴۱ :سوال ۱۰۵
- ۲۴۱ :جواب
- ۲۴۸ :سوال ۱۰۶
- ۲۴۸ :جواب
- ۲۵۷ :سوال ۱۰۷

٢٥٧ جواب:

٢٥٨ سؤال: ١٠٨

٢٥٨ جواب:

٢٦١ كتاب الشركة

٢٦١ كتاب الشركة من المجلد الاول

٢٦١ سؤال: ١٠٩

٢٦١ جواب:

٢٦٢ سؤال: ١١٠

٢٦٢ جواب:

٢٦٢ سؤال: ١١١

٢٦٢ جواب:

٢٦٣ سؤال: ١١٢

٢٦٤ جواب:

٢٦٤ سؤال: ١١٣

٢٦٥ جواب:

٢٦٥ سؤال: ١١٤

٢٦٥ جواب:

٢٦٦ سؤال: ١١٥

٢٦٦ جواب:

٢٦٦ سؤال: ١١٦

٢٦٧ جواب:

٢٦٧ كتاب الشركة من المجلد الثاني

٢٦٧ سؤال: ١١٧

٢٦٧ جواب:

٢٦٨ جاز است وبه هر حال، صورت سوال:

٢٦٨ سؤال: ١١٨

٢٦٨ جواب:

٢٦٩ سؤال: ١١٩

٢٦٩ جواب:

٢٧٠ سؤال: ١٢٠

٢٧٠ جواب:

٢٧٠ سؤال: ١٢١

٢٧١ جواب:

٢٧١ سؤال: ١٢٢

٢٧١ جواب:

٢٧١ سؤال: ١٢٣

٢٧٢ جواب:

٢٧٣ سؤال: ١٢٤

٢٧٣ جواب:

٢٧٤ سؤال: ١٢٥

٢٧٥ جواب:

٢٧٧ سؤال: ١٢٦

٢٧٧ جواب:

٢٧٧ جواب:

٢٨٩ سؤال: ١٢٧

٢٨٩ جواب:

٢٩٠ كتاب الشركة من المجلد الثالث

٢٩٠ سؤال: ١٢٨

٢٩٠ جواب:

٢٩٠ سؤال: ١٢٩

٢٩١ جواب:

٢٩١ سؤال: ١٣٠

٢٩١ جواب:

٢٩١ سؤال: ١٣١

٢٩١ جواب:

٣٠٢ سؤال: ١٣٢

٣٠٢ جواب:

٣٠٤ سؤال: ١٣٣

٣٠٤ جواب:

٣٠٥ سؤال: ١٣٤

٣٠٥ جواب:

٣٠٥ سؤال: ١٣٥

٣٠٦ جواب:

٣٠٧ كتاب القسمة

٣٠٧ كتاب القسمة من المجلد الاول

٣٠٧ سؤال: ١٣٦

٣٠٧ جواب:

٣٠٨ سؤال: ١٣٧

٣٠٨ جواب:

٣٠٨ سؤال: ١٣٨

٣٠٨ جواب:

٣٠٩ كتاب القسمة من المجلد الثاني

٣٠٩ سؤال: ١٣٩

٣٠٩ جواب:

٣١٢ سؤال: ١٤٠

٣١٢ جواب:

٣١٤ سؤال: ١٤١

٣١٤ جواب:

٣١٤ سؤال: ١٤٢

٣١٥ جواب:

٣١٥ سؤال: ١٤٣

٣١٥ جواب:

٣١٦ سؤال: ١٤٤

٣١٦ جواب:

٣١٦ سؤال: ١٤٥

٣١٦ جواب:

٣٢٢ سؤال: ١٤٦

٣٢٢ جواب:

٣٢٢ سؤال: ١٤٧

٣٢٢ جواب:

٣٢٢ سؤال: ١٤٨

٣٢٢ جواب:

٣٢٦ سؤال: ١٤٩

٣٢٧ جواب:

٣٣١ سؤال: ١٥٠

٣٣١ جواب:

٣٣١ سؤال: ١٥١

٣٣٢ جواب:

٣٣٢ سؤال: ١٥٢

٣٣٣ جواب:

٣٣٤ سؤال: ١٥٣

٣٣٤ جواب:

٣٣٤ كتاب القسمه من المجلد الثالث

٣٣٤ سؤال: ١٥٤

٣٣٤ جواب:

٣٣٥ سؤال: ١٥٥

٣٣٦ جواب:

٣٣٧ سؤال: ١٥٦

٣٣٧ جواب:

٣٣٩ سؤال: ١٥٧

٣٣٩ جواب:

٣٤٤ كتاب المضاربه

٣٤٤ كتاب المضاربه من المجلد الاول

٣٤٤ سؤال: ١٥٨

٣٤٤ جواب:

٣٤٤ جواب:

٣٤٧ كتاب المضاربه من المجلد الثاني

٣٤٧ سؤال: ١٥٩

٣٤٧ جواب:

٣٥٠ سؤال: ١٦٠

٣٥١ جواب: نظر به سوال:

٣٥١ جواب:

٣٥١ سؤال: ١٦١

- ٣٥١ جواب: -
- ٣٥٢ سؤال: ١٦٢
- ٣٥٣ جواب: -
- ٣٥٧ سؤال: ١٦٣
- ٣٥٩ جواب: -
- ٣٦٤ كتاب المضاربه من المجلد الثالث
- ٣٦٤ سؤال: ١٦٤
- ٣٦٤ جواب: -
- ٣٦٥ سؤال: ١٦٥
- ٣٦٥ جواب: در صورت سوال:
- ٣٦٥ جواب: -
- ٣٦٨ سؤال: ١٦٦
- ٣٧٢ جواب: -
- ٣٧٤ سؤال: ١٦٧
- ٣٧٤ جواب: -
- ٣٩٦ كتاب المزارعه والمسافات
- ٣٩٦ كتاب المزارعه والمسافات من المجلد الاول
- ٣٩٦ سؤال: ١٦٨
- ٣٩٦ جواب: -
- ٣٩٨ سؤال: ١٦٩
- ٣٩٨ جواب: -
- ٣٩٩ كتاب المزارعه من المجلد الثاني
- ٣٩٩ سؤال: ١٧٠
- ٣٩٩ جواب: از ظاهر سوال:
- ٣٩٩ جواب: -
- ٤٠٢ كتاب المزارعه من المجلد الثالث
- ٤٠٢ سؤال: ١٧١
- ٤٠٢ جواب: -
- ٤٠٧ سؤال: ١٧٢
- ٤٠٩ جواب: -
- ٤٠٩ سؤال: ١٧٣
- ٤١٠ جواب: -
- ٤١٠ سؤال: ١٧٤
- ٤١٠ جواب: -
- ٤١١ سؤال: ١٧٥
- ٤١١ جواب: -
- ٤١٤ سؤال: ١٧٦
- ٤١٤ جواب: -
- ٤٢١ كتاب الوديعه
- ٤٢١ كتاب الوديعه من المجلد الاول
- ٤٢١ سؤال: ١٧٧

- ٤٢١ جواب: -
- ٤٢١ سؤال: ١٧٨ -
- ٤٢١ جواب: -
- ٤٢٢ كتاب الوديعه من المجلد الثاني -
- ٤٢٢ سؤال: ١٧٩ -
- ٤٢٢ جواب: -
- ٤٢٤ سؤال: ١٨٠ -
- ٤٢٤ جواب: -
- ٤٢٤ سؤال: ١٨١ -
- ٤٢٤ جواب: -
- ٤٢٩ سؤال: ١٨٢ -
- ٤٢٩ جواب: -
- ٤٣٠ سؤال: ١٨٣ -
- ٤٣٠ جواب: -
- ٤٣٠ كتاب الوديعه من المجلد الثالث -
- ٤٣٠ سؤال: ١٨٤ -
- ٤٣١ جواب: -
- ٤٣٤ كتاب العاربه -
- ٤٣٤ كتاب العاربه من المجلد الاول -
- ٤٣٤ سؤال: ١٨٥ -
- ٤٣٤ جواب: -
- ٤٣٤ كتاب العاربه من المجلد الثاني -
- ٤٣٤ سؤال: ١٨٦ -
- ٤٣٧ جواب: -
- ٤٣٨ سؤال: ١٨٧ -
- ٤٣٨ جواب: -
- ٤٣٨ سؤال: ١٨٨ -
- ٤٣٨ جواب: -
- ٤٣٩ سؤال: ١٨٩ -
- ٤٤٠ جواب: -
- ٤٤٢ سؤال: ١٩٠ -
- ٤٤٢ جواب: -
- ٤٤٤ كتاب العاربه من المجلد الثالث -
- ٤٤٤ سؤال: ١٩١ -
- ٤٤٥ جواب: -
- ٤٥٦ كتاب الاجاره -
- ٤٥٦ كتاب الاجاره من المجلد الاول -
- ٤٥٦ سؤال: ١٩٢ -
- ٤٥٦ جواب: -
- ٤٦٢ سؤال: ١٩٣ -
- ٤٦٢ جواب: -

- ۴۶۲ سوال: ۱۹۴
- ۴۶۲ جواب:
- ۴۶۳ سوال: ۱۹۵
- ۴۶۳ جواب:
- ۴۶۳ سوال: ۱۹۶
- ۴۶۳ جواب:
- ۴۶۴ سوال: ۱۹۷
- ۴۶۴ جواب:
- ۴۶۶ سوال: ۱۹۸
- ۴۶۶ جواب:
- ۴۶۷ سوال: ۱۹۹
- ۴۶۷ جواب:
- ۴۶۷ سوال: ۲۰۰
- ۴۶۸ جواب:
- ۴۶۸ سوال: ۲۰۱
- ۴۶۸ جواب:
- ۴۶۹ سوال: ۲۰۲
- ۴۶۹ جواب:
- ۴۷۰ سوال: ۲۰۳
- ۴۷۰ جواب:
- ۴۷۲ سوال: ۲۰۴
- ۴۷۲ جواب:
- ۴۷۲ سوال: ۲۰۵
- ۴۷۲ جواب:
- ۴۷۳ سوال: ۲۰۶
- ۴۷۴ جواب:
- ۴۷۴ سوال: ۲۰۷
- ۴۷۵ جواب:
- ۴۷۵ سوال: ۲۰۸
- ۴۷۵ جواب:
- ۴۸۰ سوال: ۲۰۹
- ۴۸۰ جواب:
- ۴۸۰ سوال: ۲۱۰
- ۴۸۰ جواب:
- ۴۸۰ سوال: ۲۱۱
- ۴۸۱ جواب:
- ۴۸۲ سوال: ۲۱۲
- ۴۸۳ جواب:
- ۴۸۳ سوال: ۲۱۳
- ۴۸۳ جواب:
- ۴۸۳ سوال: ۲۱۴

- ٤٨٣ جواب: -
- ٤٨٤ سؤال: ٢١٥
- ٤٨٤ جواب: -
- ٤٨٤ سؤال: ٢١٦
- ٤٨٤ جواب: -
- ٤٨٤ سؤال: ٢١٧
- ٤٨٥ جواب: -
- ٤٨٥ سؤال: ٢١٨
- ٤٨٥ جواب: -
- ٤٨٥ سؤال: ٢١٩
- ٤٨٥ جواب: -
- ٤٨٥ سؤال: ٢٢٠
- ٤٨٥ جواب: -
- ٤٩١ سؤال: ٢٢١:
- ٤٩١ جواب: -
- ٤٩١ سؤال: ٢٢٢
- ٤٩١ جواب: -
- ٤٩١ سؤال: ٢٢٣
- ٤٩٢ جواب: -
- ٤٩٣ كتاب الاجاره من المجلد الثاني
- ٤٩٣ سؤال: ٢٢٤
- ٤٩٣ جواب: -
- ٤٩٥ سؤال: ٢٢٥
- ٤٩٥ جواب: -
- ٤٩٦ سؤال: ٢٢٦
- ٤٩٦ جواب: -
- ٤٩٦ سؤال: ٢٢٧
- ٤٩٦ جواب: -
- ٤٩٦ سؤال: ٢٢٨
- ٤٩٦ جواب: -
- ٤٩٨ سؤال: ٢٢٩
- ٤٩٨ جواب: -
- ٤٩٩ سؤال: ٢٣٠
- ٤٩٩ جواب: -
- ٥٠٣ سؤال: ٢٣١
- ٥٠٣ جواب: -
- ٥٠٤ سؤال: ٢٣٢
- ٥٠٤ جواب: -
- ٥٠٤ سؤال: ٢٣٣
- ٥٠٦ جواب: -
- ٥٠٦ سؤال: ٢٣٤

- ٥٠٦ جواب:
- ٥٠٦ سؤال: ٢٣٥
- ٥٠٧ جواب:
- ٥٠٧ سؤال: ٢٣٦
- ٥٠٨ جواب:
- ٥٠٩ سؤال: ٢٣٧
- ٥٠٩ جواب:
- ٥١٠ سؤال: ٢٣٨
- ٥١٠ جواب:
- ٥١٠ سؤال: ٢٣٩
- ٥١١ جواب:
- ٥١١ سؤال: ٢٤٠
- ٥١١ جواب:
- ٥١١ سؤال: ٢٤١
- ٥١١ جواب:
- ٥١١ سؤال: ٢٤٢
- ٥١٣ جواب:
- ٥١٤ سؤال: ٢٤٣
- ٥١٤ جواب:
- ٥١٩ سؤال: ٢٤٤
- ٥١٩ جواب:
- ٥٢٣ سؤال: ٢٤٥
- ٥٢٤ جواب:
- ٥٢٤ سؤال: ٢٤٦
- ٥٢٤ جواب:
- ٥٢٥ سؤال: ٢٤٧
- ٥٢٦ جواب:
- ٥٢٦ سؤال: ٢٤٨
- ٥٢٦ جواب: اين سوال:
- ٥٢٩ كتاب الاجاره من المجلد الثالث
- ٥٢٩ سؤال: ٢٤٩
- ٥٣٠ جواب:
- ٥٣٠ سؤال: ٢٥٠
- ٥٣٠ جواب:
- ٥٣١ سؤال: ٢٥١
- ٥٣١ جواب:
- ٥٣١ سؤال: ٢٥٢
- ٥٣١ جواب:
- ٥٣١ سؤال: ٢٥٣
- ٥٣١ جواب:
- ٥٣٣ سؤال: ٢٥٤

- ٥٣٣ جواب: -
- ٥٣٣ جواب: -
- ٥٣٥ سؤال: ٢٥٥
- ٥٣٥ جواب: -
- ٥٣٥ سؤال: ٢٥٦
- ٥٣٥ جواب: -
- ٥٣٦ سؤال: ٢٥٧
- ٥٣٧ جواب: -
- ٥٣٨ سؤال: ٢٥٨
- ٥٣٨ جواب: -
- ٥٤٠ سؤال: ٢٥٩
- ٥٤٠ جواب: -
- ٥٥٨ سؤال: ٢٦٠
- ٥٥٨ جواب: -
- ٥٥٨ سؤال: ٢٦١
- ٥٥٨ جواب: -
- ٥٥٩ سؤال: ٢٦٢
- ٥٥٩ جواب: -
- ٥٥٩ سؤال: ٢٦٣
- ٥٥٩ جواب: -
- ٥٦٠ كتاب الوكالة
- ٥٦٠ كتاب الوكالة من المجلد الاول
- ٥٦٠ سؤال: ٢٦٤
- ٥٦٠ جواب: -
- ٥٦٤ سؤال: ٢٦٥
- ٥٦٤ جواب: -
- ٥٦٤ سؤال: ٢٦٦
- ٥٦٥ جواب: -
- ٥٦٥ سؤال: ٢٦٧
- ٥٦٥ جواب: -
- ٥٦٥ سؤال: ٢٦٨
- ٥٦٧ جواب: -
- ٥٦٧ سؤال: ٢٦٩
- ٥٦٧ جواب: -
- ٥٧٠ سؤال: ٢٧٠
- ٥٧٠ جواب: -
- ٥٧١ سؤال: ٢٧١
- ٥٧١ جواب: -
- ٥٧٢ سؤال: ٢٧٢
- ٥٧٢ جواب: -
- ٥٧٢ سؤال: ٢٧٣

٥٧٣ جواب: -

٥٧٣ كتاب الوكالة من المجلد الثالث

٥٧٣ سؤال: ٢٧٤

٥٧٣ جواب: -

٥٧٤ سؤال: ٢٧٥

٥٧٤ جواب: -

٥٧٩ سؤال: ٢٧٦

٥٧٩ جواب: -

٥٨٠ سؤال: ٢٧٧

٥٨١ جواب: -

٥٨٤ سؤال: ٢٧٨

٥٨٤ جواب: -

٥٨٤ سؤال: ٢٧٩

٥٨٤ جواب: -

٥٨٤ سؤال: ٢٨٠

٥٨٥ جواب: -

٥٨٩ دربارہ مرکز

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 سوم) تألیف: میرزا ابو القاسم قمی با تصحیح واهتمام: مرتضی رضوی چاپ اول: بهار ۱۳۷۱ - پنج هزار
نسخه چاپ مؤسسه کیهان حق چاپ برای انتشارات کیهان محفوظ است خیابان انقلاب - مقابل پارک دانشجو - خیابان
انوشیروان شماره ۱۰ انتشارت کیهان

ص: ۲

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٣

فهرست

صفحه	عنوان
۱	كتاب الدين
۳۹	كتاب الضمان و توابعه
۹۱	كتاب الصلح
۲۲۹	كتاب الشركة
۲۷۵	كتاب القسمة
۳۱۱	كتاب المضاربة
۳۶۱	كتاب المزارعة و المساقات
۳۸۳	كتاب الوديعة
۳۹۵	كتاب العارية
۴۱۷	كتاب الاجارة
۵۱۳	كتاب الوكالة

۱ : سؤال:

۱ : سؤال: هر گاه کسی مشغول ذمه مال مردم بوده وفوت شده. و به اذن حاکم شرع (یا به غیر اذن حاکم شرع) مال او را تقسیم نموده اند، بعضی اعیان مغضوبه هم در بین ترکه بوده است. و بعضی از ورثه کبیر یا صغیر جاهل یا منکر به حقیقت حال. و اثبات هم متعذر. و بعضی کبیر عالم به حقیقت حال. آیا ادای دیون از اصل مال می شود و بالنسبه توزیع می شود؟ یا کبیر عالم باید ادا کند هر چند باید تمام حصه خود را بدهد، هر چند به نسبت به مجموع مال آن قدر حصه او نمی شود؟ و آیا کبیر می تواند با وجود علم و عدم مانع حسبتا از مجموع مال دین را ادا کند یا نه؟-؟. و اگر حاکم را مطلع کند چون بر حاکم ثابت نمی تواند شد حاکم مرخص نخواهد کرد که از جمیع مال بدهد. آیا بدون اذن حاکم با وجود امکان می تواند از مجموع مال ادا کند (هر چند تقسیم هم به اذن حاکم شده باشد) یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: اولاً- باید علم از برای وارث یا وصی ثابت باشد بر بقای شغل ذمه بعد موت. محض استصحاب شغل ذمه سابق با احتمال اداء یا ابراء ارباب طلب کافی نیست. و بر فرض ثبوت علم به بقاء ظاهر این است که بر کبیر عالم واجب است اداء و هر چند به دادن تمام حصه خود باشد. و با امکان اداء از جمیع مال و عدم مانع بالفعل هم ظاهر این

است که می تواند ادا کند، اما مہیای این باشد که اگر صغار بزرگ شوند و مطلع شوند یا کبیر جاهل و منکر، مطلع شود بر سر دعوی خود خواهند آمد. و با عجز از اثبات مطلب، باید این کبیر عالم غرامت حصه آنها را بکشد. و بدان که: فقہا ذکر کرده اند کہ ہر گاہ کسی ادعا کند دینی را بر میتی و بعض ورثہ اقرار کنند دین بعضی، واجب است بر مقرر کہ بہ قدر حصہ از عہدہ بر آید. مثلاً ہر گاہ وارث دو پسرند باید مقرر نصف دین را بدہد ہر چند حصہ او اضغاف مضاعف مجموع دین باشد. ودلالت میکند بر این روایت ابو البختری و ہب بن و ہب و روایت حکم بہ عینہ و ہر دو روایت در استبصار مذکورند و شیخ استدلال کردہ است بہ اجماع اصحاب و اخبار ایشان. و این قول شافعی است. و ابی حنیفہ قائل شدہ است بہ این کہ تمام دین را از نصف مقرر میگیرند. و ابن ادریس بعد از آن کہ نقل قول شیخ و قول ابی حنیفہ را کردہ و قدح در اخبار کردہ - بہ ضعف آنها چون راوی آنها از عامہ اند - گفتہ است کہ: دلیلی در مسألہ نیست بہ غیر اجماع اگر ثابت باشد، بلکہ دلیل اقتضا میکند قول ابی حنیفہ را. و گفتہ است: کہ اصول مذهب ما اقتضا میکند کہ ورثہ چیزی نمیرند مادامی کہ دیون میت اداء نشود آیہ ہم دلالت دارد بر این یعنی (من بعد وصیہ یوصی بہا او دین). و گفتہ است کہ: الحاق این بہ (اقرار بعض ورثہ بہ وارثی دیگر با انکار باقی) باطل است، زیرا کہ در آنجا مقرر مدعی حقی از برای خود است پس خود را محروم نکرده، بخلاف اقرار بر دین، چون دین مقدم است بر میراث. پس گویا اقرار کردہ بر عدم استحقاق خود. و در مقام منع اجماع، گفتہ است کہ: این سخن را کسی نگفتہ بہ غیر شیخ ابو جعفر و کسانی کہ متابعت او کردہ اند و تقلید او کردہ اند. و شیخ مفید و سید مرتضی قائل بہ این نیستند. و بہ ہر حال دور نیست ترجیح قول مشہور در خصوص اقرار، بہ سبب همان روایت ہا کہ ضعف آنها منجر باشد بہ عمل. و در غیر صورت اقرار مثل آن کہ بعضی از

وراث علم دارند به حق صاحب طلب وینه و بین الله تکلیف خود را میخواهد به جا آورد، پس اظهر همان است که گفتیم، نظر به دلالت آیه (۱) وعدم علم به نص اجماع، زیرا که غایت امر دعوی اجماع شیخ است و آنهم در مسأله اقرار است که نسبت حکم ظاهری است به نفس الامری. بلکه در صورت اقرار هم این قول خالی از قوت نیست. زیرا که مخالفت شیخ مفید وسید منشا وهن عظیم است در آن. و از ابن ادریس هم مثل آن ظاهر است.

۲:سوال:

۲:سوال:: هر گاه زوجه ادعای حق الصداق خود را بر زوج بکند. و زوج فی الجملة اسباب واثاث البیتی داشته باشد که هر گاه به او بدهد وفا به حق الصداق تماما نمی کند و خود هم معطل میماند. آیا باید بدهد شرعا یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مطلق ائاث البیت از جمله مستثنیات دین نیست به هر قدر که مقدر شود باید دین را ادا کرد. آنچه استثنا کرده اند خانه مسکونی لایق حال و رخت بدن و خادم ضرور [است]. و اما مطلق فروش و ظروف و چهار پای سواری ضرور و امثال اینها معلوم .

ص: ۳

۱- حد اکثر این است که حق طلبکار بر ترکه میت تعلق میگیرد و بیش از این نیست که فرض کنیم طلبکار و ورثه با هم وبه نسبت در ترکه شریک میشوند به طور مشاع. در این صورت اگر یکی از ورثه سهم خویش را (پس از کسر دین و سهم سایر وراث) بردارد آیا برخلاف دستور و پیام آیه عمل کرده است؟ آیا بر او صدق نمی کند که (من بعدالدین) سهم خود را برداشته است؟. مرحوم ابن ادریس و میرزا (ره) میخواهند بگویند که اساسا قبل از کسر وصیت و دین حقی و سهمی برای ورثه تعلق نمیگیرد و تحقق مالکیت ورثه منوط به کسر وصیت و دین است. و مخالفین آنان میگویند که آنچه منوط به کسر وصیت و دین است تقسیم ترکه است نه اصل تحقق مالکیت ورثه بر ترکه. پس اختلاف در چگونگی دلالت آیه است. و احتمال وجود اجماع و نیز وجود دو حدیث (ولو ضعیف) تایید دیگری است بر نظریه مخالفین ابن ادریس و میرزا. از بیان میرزا بر می آید که شیخ و طرفدارانش آیه را به وسیله اجماع و دو حدیث مذکور تاویل میکنند در حالی که آنان دلالت آیه را کاملا مطابق نظریه خود در میابند، و می گویند پس از آن که به محض وفات میت مالکیت مقر یا عالم بر سهم واقعی خودش محقق میگردد، کدام ناقل شرعی مال او را از مالکیت او خارج کرده و او را دچار حرمان میکنند؟. و حقیقت این است که قید (من بعد) برای تحدید میزان (ثلث)، (نصف)، (سدس) است که در آیه آمده اند. نه در مقام منوط کردن اصل تحقق مالکیت وراث سهم واقعی خودشان از ترکه.

نیست. (۱) بلی نمد کهنه و بور یای کهنه و امثال آنها را مسامحه میکنند والله العالم.

۳: سؤال:

۳: سؤال: هر گاه زید فوت شود و دین چند داشته باشد و از او به غیر مستثنیات دین مثل خانه چیز دیگر مخلف نشده باشند. و از او صغاری چند مانده. آیا مستثنیات در این صورت نیز مستثنی است و به صغار منتقل می شود؟ یا به مصرف دین صرف می شود هر چند صغار بی خانه و سکنی بمانند؟.

جواب:

جواب: به مصرف دین میرسد. یعنی سوای تجهیز میت از کفن و سدر و کافور چیزی مقدم بردین نیست والله العالم (۲).

۴: سؤال:

۴: سؤال: زید مثلاً بیست تومان از عمرو طلب دارد او را نمیدهد و می گوید که از تنخواه بیست تومان بیست جریب زمین بردارد. و زمین به تصدیق اهل خبره ده تومان گنجایش دارد. و زید لابد آن ملک را تصرف میکند. آیا عمرو در این باب بریء الذمه می شود از بیست تومان یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه از راه عدوان میخواهد که طلب او را به این نحو ادا کند و به نحو دیگر مقدور نیست گرفتن از او، این معنی برائت ذمه عمرو نمی شود. و این ملک منتقل می شود به زید از باب تقاص نه از باب مبیعه، و به همان قدر که گنجایش دارد محسوب می شود. و باقی در ذمه عمرو است.

۵: سؤال:

۵: سؤال: هر گاه گماشتگان سلطان عصر به امر سلطان جنسی را که از بعض بلاد شیعیان به عوض مالیه گرفته اند به زید - مثلاً - بفروشد به امر سلطان و قیمت عالی ثمن جنس مذکور را بستانند. و به این طریق بازید مذکور چند سال سلوک نمایند. و بعد ذلک داعی حق را لبیک اجابت گوید حال آن که قیمت جنس مذکور مستوعب تر که .

ص: ۴

-
- ۱- یعنی مسأله مورد اختلاف است خصوصاً نسبت به مرکب ضروری که اکثر فقها به مستثنی بودن آن نظر داده اند.
 - ۲- این فتوای اکثریت قریب به اجماع است لیکن مرحوم میرزا و نیز ابن ادریس (ره) علاوه بر ادله ای که دیگران در نظر دارند به مبنای خودشان - که در یک مسأله بالاتر بیان گردید - نیز تکیه دارند، با این همه از جمله (والله العالم) بوی تردید می آید.

باشد. آیا در این حال ورثه زید مزبور را در متروکات زید مذکور حقی هست یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر هر گاه ورثه زید مذکور گویند که متروکات [را] متصرف می‌شویم و قیمت متروکات را رد مظالم اخراج می‌کنیم، با وجود علم به عدم وفا به این کلام آیا متروکات را به تصرف ورثه باید داد یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه ادعا نمایند که زید مذکور در ایام حیات خود اخراج رد مظالم مینمود جنس مذکور را. وینه بر صدق کلام ایشان نباشد، آیا متروکات را به ایشان میتوان داد یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه غلاب (1) باشند و متروکات را به جبر متصرف شوند. آیا در بیع وشرای متروکات زید مذکور شاهد میتوان شد؟ ووکالت اجرای صیغه میتوان نمود یا نه؟ -؟. وکتابت مبیعه نامچه جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بعد از آن که به ثبوت شرعی برسد که مال مذکور که گماشتگان سلطان فروخته اند بعینه همان مالیات است که حرام است بر غیر امام یا قائم مقام امام که اخذ کند و معلوم شد که سلطان همین مال معین را به عنوان مالیات تغلیبا گرفته است، اگر چه اظهر حرمت آن است لکن حمل این بر مال مجهول المالک و جاری کردن حکم آن در آن، چنانکه از صورت استفتاء معلوم می شود مطلقا مشکل است. بلکه هر گاه معلوم شود که مالیات است (یعنی خراج سلطان که از اراضی خراجیه میگیرد) و استرضای صاحب آن به هیچ وجه ممکن نباشد، میتوان به اذن حاکم شرعی فقیه عادل آن را به مصالح عامه مسلمین صرف کرد، مثلا طلبه علوم دینیه وائمه جماعات و موزنین و پل و رباط و امثال اینها. و اگر این معلوم نباشد و همین قدر دانیم که مال مردم است و سلطان عدوانا و تغلیبا آن را گرفته و مایوس باشیم از جستن صاحب آن، در این صورت در حکم مال مجهول المالک است، که باید تصدق کرد به فقرا. و هر گاه آن شخص تصدق نکرد تا مرد، در این صورت هر گاه وصیای از برای میت نباشد حاکم شرع می تواند آن مال را تصدق کند. و اگر حاکم میسر نشود عدول مومنین هم میتوانند کرد. لکن این معانی موقوف .

ص: ۵

۱- در نسخه: غلام. - یاد آوری: غلاب - یعنی غالب ها، افراد غیر مطیع و گردن کش.

است بر علم به بقاء آن حق در ذمه آن شخص. ومجرد ثبوت در ایام حیات و استصحاب آن کافی نیست. حاصل آن که باید یا علم یقین به بقای آن باشد یا ظن شرعی - مثل ثبوت اقرار در حین قریب به موت که احتمال ادای بعد از آن نباشد. وامثال آن - وادعای علم بخصوص با انکار ورثه وادعای او در حال حیات مشکل است. به هر حال، علم به بقای حق ضرور است در جواز تصرف حاکم یا مومنین. واز جمله احتمالات که مزاحم اقرار قبل از موت می تواند شد. که از فقیری طلبی داشته باشد مساوی آن، واحتمال برود که در عوض این فقیر را ابراء کرده باشد. وبه هر حال: با فرض علم به بقاء حاکم می تواند مساوی وجه را از مال او برداشته تصدق کند. و هر گاه میسر نشود حاکم، عدول مومنین. وبر فرض ممانعت ورثه و تغلب ایشان وعدم قصد اداء و عجز از مزاحمت ایشان، وکیل بر تصرفات ایشان در حال مذکور مسول عنه (۱) نمیتوان (۲) شد. وشاهد از برای ایشان در آن، نباید شد. وکاغذ از برای ایشان در معاملات همین مال نباید نوشت. والله العالم باحکامه.

کتاب الدین من المجلد الثانی

۶:سوال:

۶:سوال: هر گاه کسی در دفتر حساب خود نوشته باشد اسم دو نفر را که از او مبلغ معینی طلب دارند. و هر چند فکر میکند آن دو نفر را به هیچ وجه به خاطرش نمی آید که کی استند (۳). واگر مسمی به آن اسم ها را بیند هم جزم دارد که نخواهد شناخت. او را چه باید کرد که بری الذمه شود -؟.

جواب:

جواب: بدان که: فقها گفته اند که هر گاه غایب شود صاحب دین غیبت منقطعه که .

ص: ۶

-
- ۱- توضیح: یعنی در این صورت که سوال شده.
 - ۲- در نسخه: نمی تواند.
 - ۳- کذا - توضیح: نظر به این که در اصل قواعد زبان شناسی غلط نیست لذا تغییری داده نشد زیرا ممکن است که خود نویسنده عمدا چنین نوشته، وشاید در آن زمان رواج هم داشته است. ونمی توان آن را یک غلط چاپی تلقی کرد.

خبری او از نباشد، واجب است که نیت کند ادای آن دین را. و در اخبار وارد شده که کسی که صاحب دینی شود نیت ادای آن نداشته باشد به منزله دزد است (۱). و هم چنین هر دینی را باید نیت ادای آن داشت. خواه مستحق آن حاضر باشد یا غایب و در مسالک گفته است که: ظاهر می شود از کلام اصحاب - خصوصا چنانکه از علامه در مختلف ظاهر می شود - این که خلافتی نیست در این که در صورت غیبت صاحب طلب به عنوان غیبت منقطعه، واجب است جدا کردن آن دین از مال خود هر گاه مرگ او را رسد. و اگر این نبود قول به وجوب مشکل بود (۲) چون نصی بر آن نیست. و خوب گفته. خصوصا به ملاحظه این که ابن ادریس ادعا کرده است که (خلافتی بین مسلمین نیست در عدم وجوب چه جای طایفه ما) و اصل براءت هم مقتضی آن است. و واجب است وصیت کردن به ادای دین. و ظاهر این است که در این خلافتی نباشد. و اخبار هم بر آن دلالت دارد عموما و خصوصا. و گفته اند که هر گاه نشناسد آن صاحب طلب را اجتهاد کند و سعی کند در طلب او و تفحص کند از او در هر جایی که احتمال باشد که در آنجا باشد، به حدی که اگر میبود پیدا میشد. و ظاهرا خلافتی در این هم نباشد. و صحیحه معاویه بن وهب دلالت بر آن دارد (عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی رجل کان له علی رجل حق، فقد ولا یدری احی هو ام میت، ولا یعرف له وارث ولا نسب ولا بلد. (۳) قال: اطلبه. قال: ان ذلک قد طال، فاصدق به؟ قال: اطلبه) (۴). و روایت خطاب اعور (۴) و روایت حفص اعور (۵) نیز دلالت بر وجوب طلب و وجوب وصیت دارند. .

ص: ۷

- ۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۵ ح ۵.
- ۲- عبارت نسخه: و اگر داین بود قول به وجوب مشکل بود. - و اصل عبارت مسالک چنین است: و اما العزل عند الوفاء فظاهر کلامهم خصوصا علی ما یظهر من المختلف انه لاخلاف فیه والا لا ممکن تطرق القول بعدم الوجوب لا صاله البرائه وعدم النص.
- ۳- وسائل: ج ۱۷ کتاب الارث، باب میراث المفقود ح ۲ - توضیح: حدیث دیگری از وی با تفاوتی در سند وارد شده (ابواب الدین باب ۲۲ ح ۲).
- ۴- وسائل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ح ۱.
- ۵- وسائل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ح ۱۰ - توضیح: از حفص نیز حدیث دیگری وارده شده (ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۳) با تفاوتی در سند که در سطرهای بعدی خواهد آمد. حدیث اول از فقیه و دوم از تهذیب است.

وبعد از آن که سعی کرد و بذل جهد کرد و مایوس شد به نحوی که در عادت محتمل نیست که مطلع شود بر او پس خلاف کرده اند در این. مذهب شیخ در نهاییه و جمعی از اصحاب (چنانکه در مسالک نقل کرده است) قول به وجوب تصدق است. و در شرح لمعه نسبت این قول را به مشهور داده. و محقق و علامه توقف کرده اند. و ابن ادریس گفته است: (کسی که واجب شد بر او دینی و صاحب آن غایب شد به نحوی که نتوان به او رسید واجب است که نیت قضا بکند. و هر گاه مرگ رسید او را به امین ثقه بدهد و او را وصی کند در تسلیم. و هر گاه طلبکار بمیرد به وارث او بدهد. و هر گاه وارثی از برای او نداند اجتهاد کند در طلب، پس اگر نیابد تسلیم کند به حاکم. و هر گاه جزم کرد که وارثی ندارد پس آن مال امام مسلمین است. و روایت شده است که هر گاه بر نخورد به وارث تصدق کند آن را از جانب او. و این دلیلی ندارد و این خیر واحدی است که شیخ آن را ذکر کرده است در نهاییه و معتقد آن نیست (۱) و نه آیه و نه حدیث قطعی و نه اجماعی بر آن دلالت دارد بلکه اجماع و اصول مقرر در مذهب ما شهادت میدهند به این که امام مستحق میراث کسی است که وارثی ندارد) و این آخر کلام ابن ادریس است. و تو میدانی که شیخ این سخن را در (میراث) من لا وارث له) نگفته است. بلکه سخن او در جائی است که به وارث بر نخورده است. و عدم وجدان دلالت بر عدم وجود ندارد. پس این اشتباهی است از ابن ادریس. و اگر مراد او در اینجا که گفته است تسلیم به حاکم کند در این صورت (۲) است پس مخالف در مسأله نخواهد بود. و به هر حال کلام ابن ادریس خالی از تنافر نیست. و (۳) بسیاری از متاخرین مثل شهیدین در دروس و مسالک و مقدمات در تنقیح و ابن فهد در مذهب و فخر المحققین و غیر ایشان نسبت این قول یعنی (دادن به حاکم در حال عدم معرفت به مالک) را به ابن ادریس داده اند.

ص: ۸

-
- ۱- در ضمن چند حدیث لفظ صدقه راجع به مال غایب یا مجهول المالک آمده است که عبارتند از: باب ۲ ح ۲، و با ۵ ح ۳ و باب ۷ ح ۳ لقطه و نیز باب میراث المفقود ح ۳ و ۱۱
 - ۲- یعنی در صورت (میراث من لا وارث له).
 - ۳- و در نسخه: ولکن بسیاری از...

و ممکن است توجیه کلام ابن ادریس به این که کلام شیخ در صورت عدم ظفر به وارث است و آن اعم است از جزم به عدم وارث. پس بحث ابن ادریس بر عموم کلام شیخ است. ولکن این خلاف ظاهر کلام شیخ است. و به هر حال مذهب شیخ در (دین مجهول المالک) و جوب صدقه است. و مذهب ابن ادریس در اول کلام ظاهر در منع تصدق است و لزوم رد به حاکم، چنانکه جماعت متاخرین نیز چنین فهمیده اند. و از فخر المحققین نیز ظاهر می شود متابعت ابن ادریس، و اینکه وجه دادن به حاکم این است که آن شخص غایب است و ولی غایب حاکم است. و دلیل قول شیخ تتبع نظایر این مسأله است از مسایل مجهول المالک، و اخباری که در تصدق قیمت طلا و نقره (۱) که از خاک دکان زرگران حاصل می شود و ظاهراً خلافی نیست در این که با عدم علم به صاحب، تصدق می شود به فقرا و امثال آن. و خصوص روایتی که ابن بابویه نقل کرده بعد از آن که روایت معاویه بن وهب سابقه را ذکر کرده است گفته است (وقد روی فی خبر آخر ان لم تجد له وارثا و عرف الله عزوجل منك الجهد فتصدق بها). (۲) و دلالت میکند بر آن روایت حفص اعور چنانکه در تهذیب است، (۳) و روایت نصر بن حبيب صاحب الخان، (۴) و ضعف سند آنها (با عمل جماعه) شاید مضر نباشد. و از اینجا ظاهر شد که قول مقداد و شهید ثانی به این که نصی در مسأله نیست، خوب نیست. و شهید (ره) در دروس در اول کلام حکم به تصدق کرده و در آخر گفته است که حق (تخیر) است میان دادن به حاکم و میان باقی گذاشتن در نزد خود و میان تصدق با ضمان. و شهید ثانی در شرح لمعه نیز به این قول قائل شده و لکن قید ضمان نکرده. و مقداد در تنقیح گفته است که اولی نگاه داشتن آن است تا ظاهر شود خبر او یا خبر.

ص: ۹

۱- وسایل: ابواب الصرف، باب ۱۶.

۲- فقیه ج ۴ ص ۲۴۱ ح ۵ - وسایل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ح ۱۱.

۳- وسایل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۳.

۴- وسایل: ج ۱۷، ابواب الارث، باب میراث المفقود ح ۳.

وارث او. و شهید ثانی در مسالک گفته است شبهه در جواز دادن به حاکم نیست ولکن کلام در تعیین آن است. (۱) و گفته است که بهتر عمل به قول شیخ است (خصوصاً با تعذر وصول به حاکم) ولکن با ضمان آن هر گاه ظاهر شود صاحب آن. به جهت آن که هر گاه ظاهر شود عوض را بگیرد، و اگر نشود صدقه انفع است برای او از باقی ماندن مالی که در معرض تلف است. وبدون تفریط ضمانی هم بر او نیست و منشأ سقوط حق طلبکار می شود. (۲) پس این احسان محض است و بر محسن اعتراضی نیست. و اما با وجود حاکم پس احوط دادن به او است. چون او بینا تر است به مواقع صدقه. و صاحب کفایه هم میل به آن کرده. و علامه در مختلف نیز در او میل به لزوم تصدق با ضمان کرده و بعد از آن ذکر کرده صحیحه معاویه بن وهب را که گذشت و صحیحه زراره را که می آید. و گفته که آنها اشعار دارند بر وجوب حفظ. و بعد از آن گفته است که ممکن است که فرق کنیم میان این که جهل به حیات مالک باشد و میان این که جهل به وجود وارث باشد. و گویا مراد او این باشد که چون در صورت اولی (اصل) حیات مالک است پس باید مال او را نگاه داشت. و در صورت دوم اصل عدم وارث است پس باید تصدق کرد. و حمل کرده باشد این دو حدیث صحیح را بر صورت اولی. و این فهد در مهذب نیز میل به تصدق کرده با ضمان. چنانکه علامه در اول میل به آن کرده.

پس باقی ماند کلام در ترجیح اقوال ثلاثه:

اما دلیل شیخ (و ظاهر این است که قول مشهور اصحاب [همین است]): روایاتی است که پیش مذکور شد و صحیحه یونس که در کافی روایت کرده است از حضرت کاظم (علیه السلام) پرسید که با جمعی رفیق شدیم از مکه تا کوفه، و متاعی از ایشان بدون علم با ما باقی ماند و ایشان رفتند. و نمی شناسم نه ایشان را و نه بلد ایشان را (؟). آن حضرت .

ص: ۱۰

۱- در نسخه: در تعیین آن است.

۲- توضیح: یعنی اگر مال او را تصدق نکند و هم چنان نگاه دارد اگر تلف شود ضمانی بر نگاهدارنده نیست اگر تفریط نکرده باشد.

فرمود که: بفروش و قیمت آن را بده به شیعیان. (۱) و نزدیک به این نیز شیخ روایت کرده است به سند صحیح از امام رضا (علیه السلام) (۲). و ظاهر شهرت و اطلاق کلام اصحاب در مال مجهول المالک، و تتبع نظایر، مرجح این قول است. و اما مثل صحیحه معاویه به وهب که سوال از تصدق کرد و امام فرمود که (طلب کن). پس آن منافات با لزوم تصدق ندارد. زیرا که امر به طلب کاشف از این است که هنوز یاس حاصل نشده و الا طلب عبث [خواهد] بود. و سخن در ما بعد یاس است. و همچنین صحیحه زراره از حضرت باقر - (علیه السلام) (قال: سئلت عن الرجل یكون علیه الدین لا یقدر علی صاحبه ولا علی ولی له، ولا یدری بای ارض هو. قال: لا جناح علیه بعد ان یعلم الله منه ان نیته الاداء). (۳) ظاهر این است که مراد ما قبل حال یاس است. و منافات با تصدق بعد یاس ندارد. و هم چنین روایات دیگر که امر به طلب شده است. و اما دلیل ابن ادریس: پس اندراج ما نحن فیه است در حکم مال غایب که ولی او امام است. و تو میدانی که اندراج مطلق اقسام ما نحن فیه (حتی مثل جائی که صاحب طلب مرده باشد و ندانیم وارث دارد یا نه) در تحت حکم مال غایب خفائی دارد. و بر فرض ظهور آن، این ادله اظهر واقوی و ارجحند. و اما دلیل باقی گذاشتن در نزد خود: پس شاید همان امانت بودن و لزوم محافظت امانت است. و مثل روایت هیثم بن ابی روح صاحب الخان (قال: کتبت الی عبد ساحل (علیه السلام): انی اتقبل الفنادق فینزل عندی الرجل فیموت فجأه ولا اعرفه ولا اعرف بلاده ولا ورثته، فیقی المال عندی. کیف اصنع به؟ ولمن ذلک المال؟. قال: اترکه علی حاله). (۴) شاید مراد این باشد که بگذار به حال خود و طلب کن تا یاس حاصل شود. و این نفی تصدق نمی کند بعد یاس. و هم چنین ظاهر این است که مراد از قول امام (علیه السلام) در .

ص: ۱۱

۱- کافی: فروع، ج ۵ ص ۱۸۳

۲- وسائل: ج ۱۷، ابواب اللقطه، باب ۷ ح ۲. - تهذیب ج ۶ ص ۳۹۵ ح ۲۹.

۳- وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۱.

۴- وسائل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ح ۴.

روایت خطاب اعور که فرموده است (اطلب واجهد فان قدرت علیه والا فهو كسبيل مالک حتی یجئنی له طالب) (۱) [نیز همین باشد] و هم چنین روایت حفص اعور (۲) والحاصل این احادیث (علاوه بر ضعف سند) دلالت آنها واضح نیست، و تأویل آنها واضح است. بلکه احتیاج به تأویل ندارد و ظاهر آنها همان است که گفتیم. و بدان که کلام در مال غایب منقطع الخبر، در آن چهار قول ذکر کرده اند که یکی تفحص چهار سال است، مثل حکم زوجه او. و یکی صبر تا انقضای عمر طبیعی. و دو قول دیگر هم هست. و اخباری که وارد شده، در آنجا مفروض (بیان حکم میراث است با وجود وارث و اراده معرفت وقت انتقال مال به وارث). و در ما نحن فیه و سایر افراد مجهول المالک بیان حال نفس مال مجهول المالک است. و گاه است مطلقاً وارثی در میان نیست. و اما فرق ما بین مال مجهول المالک (عینی) و (دینی) و فرق گذاشتن ما بین آنها، پس بسیار مشکل است. بلکه ظاهر آن است که حکم همه یکی است. و این اقوال که در اینجا ذکر شد باید در جاهای دیگر هم باشد و حال آن که چنین نیست. بلکه در (تراب صیاغه) دعوی اجماع کرده اند بر تصدیق بر فقرا. و علی ای تقدیر اظهر در ما نحن فیه لزوم تصدق است، هر چند رجوع به حاکم از تصدق هم افضل باشد. پس باید اصل در مال غایب را این قرارداد که به صاحبش برسد با امکان، و باید تفحص کرد از صاحب آن. و در هر جایی که دستوری از شارع رسیده به آن نهج عمل کرد. چنانکه در (لقطه) حدی قرار داده. و در (ارض خراب) حکمی. و در آنچه (تراب صیاغت) است حکمی. و در (مال ربا که صاحب آن نباشد) حکمی. و در (مال حلال مخلوط به حرام) حکمی. و در (مال غضبی که به ودیعه در نزد کسی باشد و صاحب آن را نداند) حکمی - و مشهور در آن نیز تصدق است با ضمان - و در (مانحن فیه) حکمی. و آنچه غیر موارد خاصه است حکم آن این است که بعد حصول یاس از صاحب آن،

ص: ۱۲

۱- وسائل: کتاب الارث، باب میراث المفقود، ح ۱.

۲- وسایل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۳. توضیح: با حدیث دیگر حفص که قبلاً بیان گردید اشتباه نشود.

تصدق کند بر فقراء. وبدان که: در ما نحن فيه خلاف است در این که آیا در صورت تصدق، ضمان ثابت است؟ به این معنی که اگر مالک پیدا شود وراضی نباشد به ثواب صدقه وطلب غرامت مال خود کند، می تواند یا نه؟-؟. ظاهر مذهب شیخ واتباع او عدم ضمان است. چنانکه علامه در مختلف اولاً نقل قول به تصدق را علی الاطلاق از شیخ واین براج کرده وبعده از آن نقل قول ابن ادریس را کرده، وبعده از آن معتمد خود را ذکر کرده، وفرق آن با قول شیخ در همان ضمان است. پس ظاهر می شود که شیخ واتباع او قایل به ضمان نبوده اند. وشهید ثانی هم در شرح لمعه ضمان را ذکر نکرده ودر مسالک اختیار ضمان کرده هر گاه خود صدقه کند. وگفته است که (هر گاه به حاکم بدهد دیگر بر او ضمانی نیست هر چند تلف شود در دست حاکم بدون تفریط ومالک هم راضی نباشد. واما هر گاه بنا بر این باشد که مال را جدا کند ودر نزد خود نگاه دارد یا در دست وارث او باشد، پس حکم آن هم حکم حاکم باشد. چون اذن شارع در جدا کردن مال، آن مال [را] از باب امانت میکند در دست او. پس ضمانی در آن نیست بدون تفریط). بعد از آن احتمال ضمان داده در این صورت. به جهت آن که این امانت شرعیه است نه امانت مالکیه. وگاه هست که در امانت شرعیه ضمان بهم میرسد. واطهر در نظر حقیر عدم ضمان است نیز. به جهت این که این شخص محسن است و (وما علی المحسنین من سیل) ودر ضمان او بدون تفریط ضرر وخرج است با رخصت شارع بالخصوص. وظاهر این است که اذن شارع در اینجا بر سیل استمرار محافظت این را از قاعده امانت شرعیه بیرون میکند. چون ظاهر این است که شارع از باب ولایت مال غایب این اذن را داده. واز امثله امانات شرعیه این است که جامعه را باد از خانه غیر بیاورد به خانه او. واینکه حسبتا مال مغصوب را از ید غاصب انتزاع کند. واینکه صندوقی از غیر عاریه کند ودر آن متاعی بیابد. واینکه مال امانتی یا غیر این را ببیند در دست طفلی یا دیوانه [ای] وبه جهت خوف تلف از او بگیرد که در این صورت اذن شرعی هست در گرفتن مال، واذن مالک

در هیچ کدام نیست. و در مسالک گفته است که: از جمله احکام امانات شریعه این است که همینکه به دست او آمد واجب است که فوراً آن را به صاحب آن یا نایب یا ولی او برساند، و اگر ممکن نشود به حاکم بدهد. و اگر نه ضامن می شود به تلف آن هر چند تفریط نکرده باشد. و در امانات شرعیه هر گاه منازعه شود در رد به صاحب، قول صاحب مال را مقدم میدارند با یمین. بخلاف امانات مالکیه که قول امین را مقدم میدارند. بلی در اینجا میتوان گفت که چون ثواب صدقه از برای او خواهد بود پس ضرری بر او لازم نیست، و این ضمان شرعاً و عقلاً قبیحی ندارد. چنانکه نظیر آن در روایات هم مذکور است. مثل اخبار لقطه که در آنها مذکور است تخیر مالک ما بین ثواب و غرامت. که اگر مال را خواهد ثواب صدقه از ملتقط باشد.

۷:سوال:

۷:سوال: هر گاه شخصی بمیرد و صد تومان رقبات (۱) زمین از او باقی بماند. و صد تومان هم از بابت نقد و حیوان و غیره. و زوجه دارد و پسری. و زوجه چهل تومان صدق بر ذمه زوج دارد. و صدق را از جمله نقد و حیوان به او داده اند. و بعد از آن ثمن او را [از] باقی مانده منقولات داده اند. آیا زوجه را دیگر حقی مییابد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی زوجه ثمن هشتاد تومان را میطلبد نه شصت تومان را. چون دین متعلق به جمیع مال است نه منقولات تنها. پس دین توزیع می شود بر مجموع اراضی و غیر اراضی و به هر یک بیست تومان میرسد. و وارث مخیرند در ادای دین که دین را از هر جا خواهند بدهند، هر چند از غیر میراث باشد. و همچنین است کلام در وصیت و اعتبار ثلث، که ملاحظه ثلث از مجموع مال می شود، و بعد از آن میراث قسمت می شود، و به زوجه و غیر او هر یک آنچه حق او است میدهند. بلکه هر گاه وصیت کند به عین بخصوص از منقولات باید ملاحظه اراضی کرد در این که زاید بر ثلث نباشد. پس هر چند زاید بر ثلث منقولات باشد ولیکن با ضمیمه اراضی زیاد نباشد، زوجه نمی تواند منع کند از راه آن که زاید بر ثلث است نسبت به منقولات که میراث او متعلق به آنها است. و هم چنین هر گاه عین معینی از اراضی را وصیت کند و آن زاید بر ثلث اراضی باشد غیر.

ص: ۱۴

زوجه از وراثت نمیتوانند منع کرد. (۱)

۸:سوال:

۸:سوال: هر گاه زید صد توپ کرباس در نزد عمر و به امانت گذاشته باشد، بعد از آن بگوید کرباس های مرا خود به مصرف برسان و بعد کرباس را عوض به من بده. در آن وقت قیمت کرباس هر توپی یک ریال سفید بوده. و عمر و کرباس ها را بالتمام به مصرف رسانید. بعد چند وقت کرباس ترقی کرد و توپی به نهصد دینار رسید. زید آمد و از عمر و مطالبه کرباس ها را کرد و گفت (اگر کرباس نداری هر کرباسی را دو فروش بعد از چند وقت دیگر بده) و عمر و چون کرباس نداشته قبول قیمت کرد. و بعد از چند وقت پول کرباس را از قرار یکی دو فروش داد. آیا در این صورت که عمر و را کرباس موجود نبوده و قبول قیمت کرده، این قیمت بر او لازم بوده؟ یا این که این معامله فاسد بوده است؟.

جواب:

جواب: این مسأله محتاج است به تمهید چند مقدمه:

اول آنکه: ظاهر این است که سخن اول زید که (کرباس ها را به مصرف برسان و در عوض کرباس بده) این از باب قرض است و کرباس را به قرض دادن صحیح است. و هر چند در قرض ایجاب و قبول شرط است لکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن کافی است. و هر چند در قرض ایجاب و قبول شرط است لکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن کافی است. و همین که گفت که (به مصرف برسان و عوض بده) این ایجاب است. و همین که او بگوید (خوب است) این قبول است. و هر گاه بگوید (اقرضتک) به لفظ عربی، و او بگوید (قبلت) کافی است، دیگر ضرور نیست که به آن ضم کند که عوض را بده. و هم چنین هر گاه به فارسی بگوید (اینها را به تو قرض دادم) و او هم قبول کند. و اما هر گاه بگوید (به مصرف برسان) یا (اینها مال تو باشد) و امثال آن، به لفظ عربی و فارسی، باید ضم کند به او این که (عوض را بده). و اما هر گاه صیغه از طرفین جاری نشود و همان دادن و گرفتن باشد که آن را معاطات میگویند پس آن قرض حقیقی نیست. هر چند حلال است و منشاء جواز تصرف هست، بلکه منشأ حصول ملک هم هست، والا جایز نبودى جماع کردن [با] کنیزی که به این وجه منتقل شود. [زیرا] حلیت فرج منحصر است در امور معهوده، و این از باب تحلیل نیست. .

ص: ۱۵

۱- نه زوجه و نه غیر زوجه هیچ کدام نمیتوانند مانع باشند و مراد میرزا (ره) این است که وراثت دیگر غیر از زوجه به بهانه این که اراضی مختص آنها است پس نباید وصیت بیش از ثلث آنها باشد، نمیتوانند مانع باشند.

و همچنین است کلام هر گاه از طرف ایجاب، [ایجاب] لفظی باشد، و از طرف قبول، همان تصرف فعلی باشد. چنانکه از صورت سوال:

و همچنین است کلام هر گاه از طرف ایجاب، [ایجاب] لفظی باشد، و از طرف قبول، همان تصرف فعلی باشد. چنانکه از صورت سوال: ظاهر می شود. و شهید در دروس در جانب قبول اکتفا به قبض کرده. و شهید ثانی گفته است که (اگر مجرد حصول اذن و اباحه را می خواهد خوب است. و اگر مراد او حصول تملک است که مترتب بر قرض می شود، پس در آن شامل است). و گویا مراد شهید ثانی حصول تملک به صیغه قرض باشد و اگر مراد او منع مطلق حصول ملک باشد پس آن مشکل است. و به هر حال بعد از تصرف عمرو و تلف کردن کرباس ها ظاهر این است که تملک ثابت و لازم است.

دوم: بدان که: آن مالی که به قرض داده می شود [یا] (مثلی) است یعنی از باب گندم و جو و روغن [است] که قیمت اجزاء آن مساوی است و در صفات متقارب است بنا بر مشهور یا (قیمی) است که از این قبیل نیست، مثل حیوان و جامه و امثال آن. پس اما مثلی پس قرض دادن آن موجب اشتغال ذمه مقترض می شود به مثل آن، که باید مثل آن را رد کند. و جمعی از علما دعوی اجماع کرده اند بر این، که از جمله ایشان است صاحب مسالک، بلکه بعضی گفته اند که اگر عین همان را هم رد کند واجب است قبول آن. و هر گاه عوض دادن مثل، متعذر باشد و مقروض صبر نمی کند منتقل می شود حق او به قیمت. و آیا معتبر قیمت روز مطالبه است؟ یا روز تعذر مثل؟ یا روز قرض دادن؟ در آن سه قول است. اظهر آنها قول اول است، به جهت آن که مقروض مستحق مثل آن است [در] روز مطالبه. و در این وقت چون متعذر است مثل، رجوع به قیمت می شود. و دلیل قول دوم این است که وقت تعذر وقت انتقال به بدل است که قیمت باشد. و بر این وارد است که مجرد تعذر منشأ انتقال نمی شود. بلکه مستصحب است حکم تا صاحب مال مطالبه کند. و دلیل قول سوم این است که چون حق تعالی عالم است به این که در وقت مطالبه و اداء، این شخص متعذر خواهد شد از اداء، پس در همان حین قرض کردن مشغول ذمه قیمت آن وقت خواهد بود. و این نیز مدفوع است به این که منافاتی نیست ما بین وجوب مثل در حین عقد - چون دعوی اجماع شده است بر این که در مثلی اصل اشتغال ذمه به مثل است و ظاهراً خلافتی در آن نیست پس مخالفت این قاعده راهی ندارد - [و] ما بین انتقال به قیمت در نزد مطالبه به جهت تعذر.

واما قیمی: پس مشهور این است که قرض موجب اشتغال ذمه است به قیمت آن. نه مثل آن. به جهت این که صفات مختلف می شود و ضبط آن مشکل است. پس رجوع به قیمت اعدل است و از غرر و جهالت ابعداست. و محقق در شرایع گفته است که (اگر بگوئیم در اینجا هم مثل ثابت باشد در ذمه، خوب خواهد بود). و چنین ظاهر می شود از این کلام و از شهید ثانی ره - که قایل به این قول معلوم نبوده است. (۱) و قول دیگر در مسأله هست به (تفصیل) که اگر از بابت اموری است که به وصف ضبط میتوان کرد و مورد عقد سلف می تواند شد (مثل کرباس و گوسفند و امثال آنها) مشغول ذمه مثل است. و اگر چنین باشد (مثل جواهر و کان [ی] ها و امثال آن) مشغول ذمه قیمت خواهد بود. و گمان حقیر این است که مراد محقق هم چنین جایی باشد. و بنا بر این قول، پس هر گاه کسی جاریه [ای] قرض کرده باشد و خواهد جاریه [ای] در عوض بدهد که در همه اوصاف متفق باشند، مقرض نمی تواند رد کند. و اظهر قول مشهور است، چون دلیل خاصی از اجماع و سنت در این نیست. و بعضی احادیث نبویه که استدلال کرده اند به آنها دلالت واضحه ندارند. و هر گاه عرف ظاهری نباشد رجوع به لغت می شود. و جوهری در صحاح میگوید (القرض ما تعطیه من المال لتقضاه) یعنی قرض آن چیزی است که میدهی از مال از برای این که باز آن را به تو بدهند. و چون غالب این است که آن عین رد نمی شود بلکه آن را میگیرند که به مصرف برسانند پس مراد اقرب مجازات آن خواهد بود. و اقرب مجازات آن، آن چیزی است که مساوی آن باشد در نظر اهل عرف و عادت. بلکه میگوئیم چنانکه در قیمیات دقت در تفاوت اوصاف می شود در مثلیات نیز دقت می شود و گندمها و روغن ها گاه هست که با لذات تفاوت بسیار دارند، قطع نظر از عیوب حادثه. و اگر اجماع نبود در مثلی، در آن هم اشکال میکردیم. پس معیار مساوات عرفیه است در گنجایش، و معیار آن همان قیمت سوقیه خواهد.

ص: ۱۷

۱- یعنی شهید ثانی نیز در شرح این جمله محقق به قایل دیگری اشاره نکرده است. پس محقق در این انتخاب ترجیحی، منفرد است. رجوع کنید به: شهید ثانی، مسالک الافهام: ج ۱ ص ۱۷۵ چاپ دارالهدی.

بود. پس فرض مساوات دو گوسفند یا دو کبوتر با هم در همه چیز چون از فروض نادره است، آن معیار نمیتوان کرد. و ظاهر این است که معیار در قیمت، طلا و نقره باشد. چون غالب این است که معامله به آنها می شود مگر این که در آن بلد متعارف باشد که در قیمت اجناس به غیر غله یا پنبه چیز دیگر نمیدهند. پس معیار عرف و عادت است نه خواهش مقرض و نه مقترض. و هم چنین در تعیین اعیان و اشخاص (مثل این قروش یا آن قروش، و این اشرفی یا آن اشرفی) که هر گاه در عرف و عادت فرقی نمیگذارند، مقرض الزام نمی تواند کرد که این را میخواهم نه غیر. و اما دلیل رجوع به مثل در قیمی (۱): پس همان قربیت مجاز است. و آن محل اشکال است. چنانکه گفتیم. و دلیل دیگر روایتی است که عامله روایت کرده اند که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) کاسه زنی را گرفت و در عوض کاسه [ای] که از زن دیگر شکسته بود داد (۲). و در روایت دیگر حکم کرد به ضمان عایشه در وقتی که کاسه حفصه را شکسته بود و طعام او را ریخته بود که مثل او را رد کند. (۳) و این دو حدیث با وجودی که ضعیف اند در خصوص قرض نیست بلکه [در] مطلق ضمان است، و معارض است با روایتی که از آن جناب وارد شده که حکم به ضمان قیمت فرمود در کسی که جزء غلام مشترک را آزاد کرده [بود] که آن را رد کند به شریک خود که آزاد شود (۴). [علاوه بر این محتوای این دو حدیث] حکایت فعلی است و در آن عمومی نیست. شاید این معنی را بوجه تراضی به عمل آورده باشد. و از اینجا ظاهر می شود ضعف دلیل تفصیل چنانکه در تذکره قایل به آن شده و استدلال کرده است به آن حدیثی که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) شتر بیچه [ای] قرض کرد و (بازل) ی رد کرد. (۵) و بازل نه ساله است یا هشت ساله، و قیمت آن بیشتر است از شتر.

ص: ۱۸

۱- یاد آوری: یعنی دلیل رجوع به مثل مطلقا اعم از آن که جنس مورد قرض قابل ضبط صفات در سلف باشد یا نه. این قول با قول به تفصیل که در بالا گذشت اشتباه نشود.

۲- سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

۳- سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

۴- مستدرک: ج ۳ ص ۳۹ مکرر باب ۱۶ ح ۶ و ۷ و ۸.

۵- سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

بچه. و این نیز بعد تسلیم سند دلالت بر وجوب هم ندارد. و حکایت فعل است و عمومی ندارد. هر گاه این را دانستی پس میگوئیم: بر فرض رجوع به قیمت (خواه مطلقا و خواه به تفصیل مذکور) آیا معتبر قیمت روز قرض است؟ یا روز قبض و تسلیم؟ یا روز تصرف؟ و دلیل این دو قول آخر این است که در قرض، ملک حاصل نمی شود از برای مقترض به مجرد صیغه. بلکه به قبض حاصل می شود بنابر قولی و به تصرف، بنابر قولی دیگر. پس چون ملک در آن وقت حاصل می شود قیمت هم در آن روز در ذمه مستقر می شود. و اما دلیل قول اول: پس آن را فخر المحققین نیز تعلیل به همین کرده. که آن، وقت ثبوت بر ذمه است. با وجود آن که رای ایشان اشتراط قبض است در ملک، و شاید مسامحه شده باشد. و مراد ایشان نیز بعد قبض باشد. چون غالب این است که تحقق قرض و قبول آن به قبض حاصل می شود. چنانکه در مسالک اشاره به آن کرده. و اما قیمت روز: پس معلوم نیست که احدی به آن قائل باشد. مگر بنا بر قولی که محقق آن را نقل کرده بود که قیمی هم مثل مثلی است. و در صورت تعذر مثل در مثلی رجوع به قیمت یوم مطالبه می شود بنابر اصح اقوال. بلکه در مسالک دعوی اجماع ظاهر می شود بر این که رجوع به قیمت روز مطالبه، نمی شود مگر بنا بر این قول در صورت مزبور.

سوم: خلاف کرده اند در قرض که آیا ملک از برای مقترض به مجرد قبض حاصل می شود؟ یا بعد تصرف؟. مشهور این است که به مجرد قبض، ملک مقترض می شود. بلکه در مسالک گفته است که نزدیک نیست که خلافتی در آن ظاهر شود. و گفته است که قول دیگر را شهید در بعضی حواشی خود نسبت به شیخ داده. و شهید در دروس گفته است که این قایل، تصرف را (کاشف) میداند از ملک سابق. و دلیل واضحی از برای این قول نیست به غیر اصل بقای ملک، و اصل معارض دلیل نمی شود، چنانکه بیان میکنیم. و این قول بنابر این که مطلق تصرف را کافی دانیم در حصول ملک - چنانکه از شهید ظاهر می شود - خالی از وجه نیست در صورتی که تصرف از جمله امور ناقله ملک

نباشد. واما هر گاه تصرف از بابت بیع وامثال آن باشد، پس باید قائل شویم که آن مفید ملک است قبل از تصرف به لمحہ کمی، چنانکه در عبدی که آزاد کند او را مالک به امر دیگری. والا پس حصول ملک معنی ندارد چون آن تصرف، نفس اخراج آن ملک است. و به هر حال مختار قول مشهور است. ودلالت میکنند بر آن طایفه [ای] از اخبار، از جمله آنها حسنه عبدالله بن سنان است که در مسأله (زکات قرض) مذکور است که مال قرض بعینه باقی بماند تا سال بر او بگذرد زکات آن بر مقترض است (۱). به جهت آن که مال او است. ودلالت میکند بر این نیز آن که هر گاه حصول ملک مشروط به تصرف باشد، دور لازم می آید. به جهت آن که جواز تصرف موقوف است بر ملک و هر گاه حصول ملک موقوف باشد بر تصرف، لازم می آید تقدم شیء بر نفس. و این محال است. و بعضی بر این ذکر کرده اند که جواز تصرف موقوف است بر رضای مالک و اذن او، و مفروض حصول آن است. پس دوری نیست. و بر این وارد است که مراد مستدل مطلق تصرفات است حتی جماع کردن با کنیز - که ظاهر خلافی ندارد در جواز آن به مجرد قبض - و اگر ملک حاصل نبود به سبب قبض، وجهی باقی نبود از برای جواز. به جهت آن که مفروض این است که صیغه (تحلیل) در میان نیست، و کنیز حلال نمی شود مگر به (ملک یمین یا (تحلیل)). و هم چنین: بیع این مال جایز است به اتفاق. و بیع صحیح نیست الا از برای مالک یا وکیل و یا ولی او و یا به عنوان فضولی به شرط لحوق اجازه. و مفروض این است که هیچ یک در اینجا نیست. با وجود این که میتوانیم گفت که اذنی که از مقترض حاصل.

ص: ۲۰

۱- راجع به زکات دین دو روایت از عبدالله بن سنان - وسایل: ابواب الزکاه، باب ۵ ح ۶ و باب ۶ ح ۲ - وارد شده لیکن محتوای آنها با آنچه در متن بالا آمده مطابق نیست بل تنها بر این که (در دین زکات نیست) کفایت شده است. البته این دو حدیث، حدیث واحد هستند. به نظر میرسد حدیثی که مورد نظر میرزا (ره) است حدیث زراره است: ابواب الزکاه، باب ۷ ح ۱.

است این نیست الا بر این وجه که عین، ملک مقترض بشود و عوض در ذمه او ثابت باشد. نه مطلق اذن. و ثمرات خلافی که در اینجا ذکر کرده اند یکی این است هر گاه ملک به مجرد قبض حاصل نشود مقروض می تواند رجوع کند به عین، مادامی که باقی است. و واجب است بر مقترض دادن هر گاه مطالبه کند. و یکی دیگر این که نمائی که از آن عین حاصل می شود قبل از تصرف، از مال مقروض است - بنابر این که تصرف ناقل ملک باشد حقیقتاً یا ضمناً یعنی یک لمحّه قبل از تصرف، ملک حاصل شود، چنانکه هر گاه کسی به دیگری بگوید که غلامت را از جانب من آزاد کن، که این متضمن این است که او را ملک من کن و آزاد کن. که آزاد کردن دلالت دارد بر حصول ملک از برای مالک قبل از عتق ضمناً - و از مال مقترض است، بنا بر مشهور. و محتمل الوجهین است، بنابر قول به کشف از ملک سابق، که تصرف کاشف است از حصول ملک از حین قبض، نه مجرد آن لحمه سیره که پیش گفتیم. و یکی دیگر در مثل این که آن عین عبدی باشد و منتقل شود به کسی که به سبب انتقال به او آزاد می شود، مثل پدر نسبت به فرزند. پس بنا بر مشهور قبل از تصرف آزاد می شود. بخلاف قول دیگر. و یکی دیگر در دخول به کنیز [است] هر گاه صیغه تحلیلی در میان نباشد. و در مسالک احتمال جواز داده بر هر دو قول، مثل معاطات در بیع. و این بنابر این است که معاطات در بیع افاده ملک نکند و محض اباحه باشد. و آن خلاف تحقیق است، به جهت همین که اگر افاده ملک نکند لازم می آید جواز وطی امه از غیر جهت ملک و تحلیل. چنانکه پیش اعاده کردیم.

چهارم: پیش دانستی که بنا بر قول به عدم حصول ملک الا- به تصرف، جایز است رجوع به عین. و اما بنا بر قول به حصول ملک به مجرد قبض پس آیا جایز است رجوع به عین یا نه؟ -؟ مشهور عدم جواز رجوع است، بلکه از بعضی عبارات اشعار به اجماع نقل شده، و به هر حال مسأله خلافی است. چنانکه در مسالک نقل قول به جواز از شیخ کرده و استدلال بر آن را، به این که عقدی است که جایز است رجوع در آن مثل هبه در بسیاری از مواضع. و آن مردود است به این که هبه به دلیل خارج، بیرون رفته. والا میگوئیم که

قرض اقتضا نمی کند بعد حصول تملیک از برای مقترض الا وجوب رد عوض را. و آن مختار است که هر چه را خواهد بدهد. بلی: در این مقام اشکالی هست که اتفاق کرده اند بر این که قرض از عقود جایزه است، پس چگونه جمع می شود باقول به عدم وجوب ردعین در حین مطالبه؟! بر این وارد است اولاً- که نباید مراد از اجماع اتفاق بر معنی مذکور باشد. و [این] چگونه اجماعی است که جل اصحاب - بلکه نزدیک است که کل باشد - قایل شده اند به عدم وجوب رد؟! و شهید ثانی (ره) توجیه کرده است این دعوی اجماع را به این که (مراد این است که هر وقت خواهد می تواند مطالبه عوض را کرد، هر چند موافق جوازی که در سایر عقود گفته اند نیست. زیرا که عدم لزوم در آنها به این معنی است که هر یک رجوع به عین المال خود می تواند کرد، و مشاحت در اصطلاح نیست). و این مشکل است، به جهت این که همین معنی اصل عقد است و امری نیست که از عوارض باشد. و جواز و لزوم از عوارض است. و از کلام شهید (ره) در دروس ظاهر می شود این که جایز است رجوع در مجلس. و عبارت او این است (وهو عقد جایز من الطرفين. فلکل منهما الرجوع فی الجمیع و البعض فی المجلس و غیره) پس مراد این باشد که قبل از حصول انتفاع مقصود به آن، میتوان بر هم زد. و هم چنین قبل از انقضاء زمان تمکن از انتفاع. و در آخر مبحث قرض گفته است (لایجب علی المقرض امهال المقرض الی انقضاء وطره وان کان قضیه العرف ذلک) که حاصل مطلب این باشد که هر چند مقتضای عرف و عادت در این صیغه این است که این مال قرض داده به آن قدر در نزد او باشد که ممکن باشد رفع حاجت، لکن بر سیل جواز است، و جواز آن عبارت است از جواز تخلف از مقتضای آن. هر چند لزوم از حیثیت عدم جواز رجوع به عین بر حال خود باقی است. و بدان که: چنانکه در قرض این دو معنی ملاحظه می شود که از حیثیتی افاده لزوم میکند و از حیثیتی جواز. باز دو معنی دیگر میتوان ملاحظه کرد که چنین باشد. و آن این است که قرض از جانب مقرض لازم است، به این معنی که رجوع به عین نمی تواند

کرد. واز جانب مقترض جایز است، یعنی می تواند عین را رد کند، چنانکه علامه در تحریر تصریح کرده و گفته است (القرض هو عقد لازم من جهة المقرض وجایز من جهة المقترض. علی معنی ان للمقترض رد العین او المثل. ولو طلب المقرض العین لم یجبر المقترض علی دفعها وقول الشیخ بالخلاف ضعیف). وبعد از آن اشکال کرده است در مثلی که اگر مقترض رد همان عین را بکند آیا واجب است قبول یا نه؟ -؟ وبنابر آنچه پیش گفتیم، اظهر عدم وجوب قبول است، چون مشغول ذمه قیمت است. بلکه میتوانیم گفت که در مثلی هم که قایل شده است به جواز در جانب مقترض، نه به معنی این است که فسخ قرض کرده باشد، بلکه به این معنی است که همان رد عین را میکند از باب وفای به عوض. پس آن عین را در عوض مثل میدهد که در ذمه او است. همچنانکه هر گاه کسی به بیع خیار ملکی را بفروشد و شرط کند که هر گاه بعد از انقضای مدت خیار رد مثل ثمن کند مسلط باشد بر فسخ بیع. ومفروض این است که بایع وجهی از مشتری گرفت به دیگری داد در عوض طلب. وثانیا متاعی به آن شخص فروخت. وآن شخص همان وجه را بعینه در عوض داد، و او آورد ودر انقضای مدت خیار مشتری داد. صادق است که رد مثل ثمن کرده، و حال آن که بعینه همان عین ثمن مشتری است. واین منافاتی بالزوم از جانب مقترض هم ندارد.

پنجم: از آنچه در مقدمه چهارم گفتیم ظاهر شد که عقد قرض از حیثی جایز است، واز حیثی لازم. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن عقد قرض بشود از حیث لزوم، لازم خواهد بود، چنانکه مقتضای عقود لازمه است ومؤید آن است عمومات (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم). واز جمله شروط جایزه است این که در قرض غیر قیمی شرط کند عوض دادن مثل آن را در صفات. و صورت سوال:

پنجم: از آنچه در مقدمه چهارم گفتیم ظاهر شد که عقد قرض از حیثی جایز است، واز حیثی لازم. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن عقد قرض بشود از حیث لزوم، لازم خواهد بود، چنانکه مقتضای عقود لازمه است ومؤید آن است عمومات (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم). واز جمله شروط جایزه است این که در قرض غیر قیمی شرط کند عوض دادن مثل آن را در صفات. و صورت سوال: از این قبیل است که شرط کرده است که در عوض باز کرباس بدهد. وظاهرا اشکالی در جواز شرط کردن امور مشروعه در ضمن قرض نباشد. ودر تحریر تصریح کرده است که (اگر در قرض شرط کند که اجاره بدهد خانه اش

را به او، یا بفروشد به او چیزی را، یا قرض بدهد به او یک بار دیگر جایز است، اما اگر شرط کند که اجاره بدهد به کمتر از اجرت المثل، یا از او اجاره بگیرد بیشتر از اجرت المثل، یا هدیه بفرستد، یا کاری برای او بکند، جایز نیست). و متعرض بیان لزوم وعدم لزوم نشده. بلی در آخر گفته است (ولو شرط ان یقرضه شیئا آخر صح ولم یلزم الوعد). و وجه منع در این صورت اخیره لزوم ریاست. اما اگر بدون شرط باشد یعنی این به کمتر از اجرت المثل یا بیشتر، یا فرستادن هدیه را به عمل آورد بدون شرط باشد یعنی این به کمتر از اجرت المثل یا بیشتر، یا فرستادن هدیه را به عمل نیورد مسلط بر فسخ قرض می شود و مطالبه عین مال را می تواند کرد هر گاه باقی است، پس نمی تواند گفت که شرط لازم نیت چون در ضمن عقد لازم نیست و عین را هم رد نمیکنم (۱) چون عین ملک من شده است به عنوان لزوم و تو مستحق عوض آنی لاغیر. زیرا که مقتضای قاعده شرط همین است که هر گاه وفا به آن نشود تسلط بر فسخ عقد بهم رسد و استرداد عین شود. هر چند عقد از اصل لازم باشد. و این را (خیار اشراط) مینامند. ولکن از جمله شروط، شرط تاجیل است. و مشهور میان علما این است که هر گاه شرط کند در قرض اجل را، یعنی قرض بدهد دو درهم را (مثلا) و شرط کند در ضمن عقد جایز باشد، لازم نیست. پس در اینجا هم لازم نخواهد بود. و این مشکل می شود نظر به آنچه بیان کردیم در معنی لزوم عقد قرض. و بیان کردیم مراد از جواز را بر قول هر یک از شهیدین. پس میگوئیم: که مقتضای عقد قرض بعد حصول قبض انتقال عین است به سوی مقترض به عنوان لزوم. و انتقال عوض آن است از برای مقترض در ذمه مقترض. و شرطی که در ضمن این عقد لازم شده جزء احد عوضین می شود و [لکن] حق ثابت مشروط [له] نمی شود. بیش از این نیست که مقترض می تواند مطالبه حق خود را بکند در هر وقت که .

ص: ۲۴

۱- در نسخه: اما عین را هم رد نمیکنم.

خواهد، هر چند قبل از انقضای زمان تمکن از قضای حاجت به آن عین باشد. زیرا که این منافات ندارد با لزوم اصل معامله هر چند در یک لمحہ باشد. مثلاً هر گاه کسی نذر کند که مصحفی را داخل ملک خود کند، هر گاه مصحفی را به عنوان قرض بگیرد و یک لمحہ بعد از آن، مقرض مصحف را پس گیرد، نذر به عمل آمده است. یا نذر کند که عبدی [را] منتقل سازد به خود از برای خدمت مسجد، و قرض کند عبدی را به این جهت و هنوز زمانی که توان خدمت کرد نگذشته مقرض استرداد کند. پس در این صورتها مصحف و عبد مال او شده به عنوان لزوم، و استرداد عین آنها نمیتوان کرد گو استرداد عوض تواند کرد. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن این عقدها بشود لازم خواهد بود و به سبب استرداد عوض هم از مرتبه لزوم اصل انتقال عین بیرون نمیروند. و مؤید این است عمومات ادله و جوب وفای به عقود و شروط. و غرض ما از مثالهای نذر این بود که استبعاد نکنی از صحت چنین عقدی که [گمان نکنی] هیچ ثمره بر آن مترتب نمی شود به تقریب این که مقصود از قرض کردن منتفع شدن از آن است و آن منتفی است در صورت استرداد قبل از انقضای زمان تمکن. و وجه رفع استبعاد این است که گاه هست که مجرد دخول در ملک هر چند یک لمحہ باشد منظور نظر عقلاً باشد. و در مثالهای مزبوره، نذر به عمل می آید به سبب دخول در ملک. هر چند ثمرات ملک بر آن مترتب نشود. و بدان که: چنانچه شرط اجل از برای قرض جایز است و به آن سبب لازم می شود، همچنین لازم می شود هر گاه شرط کند اجل قرض را در ضمن عقد لازمی، مثل بیع. چنانکه مقتضای قواعد ایشان است. و بعضی گفته اند لازم نمی شود بلکه این شرط در ضمن عقد لازم منقلب میکند لزوم آن عقد را به جواز. به این معنی که مشروط علیه هر گاه اخلال کند به شرط، مشروط له مسلط می شود بر فسخ آن عقدی که این شرط اجل در آن شده. و این را قاعده کلیه کرده اند که (شرط جایز در عقد لازم، میگرداند لازم را جایز) و هم چنین (شرط لازم در عقد لازم). و تو میدانی که این معنی از احکام و لوازم شرط ضمن العقد است و دخلی به لازم و جایز بودن شرط ندارد،

وماهم به این معنی قایلیم و می گوئیم که هر گاه وفای به شرط اجل به عمل نیاید مشروط له مسلط است بر فسخ قرض. و ثمره آن جواز رجوع به عین است. و این منافات ندارد بالزوم اصل عقد و عدم جواز رجوع. و یکی دیگر از فواید صحت شرط مزبور و لزوم آن، این است که واجب می شود بر مشروط علیه وفای به آن، و جواز اجبار مشروط له او را بر وفا هر گاه ممانعت کند و هر چند به اعانت حاکم باشد. پس اگر مراد مشهور، از عدم لزوم این شرط، منع لزوم است از اصل، سخن ایشان تمام نیست. و اگر مراد ایشان تسلط بر فسخ است نزد انعدام شرط همچنانکه در صورتی که شرط اجل قرض را در ضمن عقد بیع و امثال آن کرده باشد - پس ما هم قبول داریم، ولیکن سخن در این نیست. به هر حال اقوی لزوم این شرط است. چنانکه در مسالك میل به آن کرده (و هم چنین صاحب کفایه) نظر به عمومات لزوم وفای به عقود و شروط، و قاعده (شرط در ضمن عقد لازم داخل احد عوضین است). (۱) و مؤید این است روایت حسین بن سعید (قال سئلته عن رجل اقرض رجلا - دراهم الی اجل مسمی، ثم مات المستقرض، ایحل مال القارض عند موت المستقرض منه؟ او للورثه من الاجل مثل ما للمستقرض فی حیاته؟ فقال: اذا مات فقد حل مال القارض). (۲) و گاه هست که در این مقام تو هم بشود که شرط اجل مخالف مقتضای عقد قرض است، به جهت آن که مقتضای آن عدم اجل است، و اینکه هر وقت مطالبه کند مسلط باشد بر اخذ عوض. و شرط مخالف مقتضای عقد، فاسد است. و این تو هم فاسد است. به جهت آن که مقتضای عقد این است که اجلی از برای او نیست نه این که باید اجلی نباشد. و (عدم اعتبار تاجیل) در مفهوم غیر از (اعتبار عدم تاجیل) است. و میانه اینها فرق واضح است. .

ص: ۲۶

- ۱- و در نسخه: شرط در ضمن عقد لازم که شرط داخل احد عوضین است.
- ۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲. - توضیح: این حدیث صحت شرط را ضمنا تأیید میکند لیکن با قاعده (شرط در ضمن عقد لازم داخل احد عوضین است) در صورت قول به لزوم ولو از جانب مقرض، منافات دارد. پس یا تمسک به این حدیث به نفع میرزا (ره) نمی باشد و یا تمسک به قاعده.

ششم: جایز است بیع دین بعد حلول اجل بر همان شخص که از او طلب دارد، و بر غیر او علی الاظهر الاظهر - وابن ادریس منع کرده است در صورتی که بیع به غیر مدیون باشد، و ادعای اجماع کرده، و با وجود شهرت عظیمه و عمومات اعتنائی به این [ادعای] اجماع نیست - و هم چنین قبل از حلول، علی الاقرب. به جهت عمومات ادله. و در خصوص سلف چون ظاهرا اجماعی بود - چنانکه از بعضی ظاهر می شود مثل آخوند ملا احمد (ره) و نقل شده است از ابن زهره نیز. - قایل بودیم به عدم جواز. در اینجا اجماعی نقل نشده بلکه شهرتی هم نیست بلکه میتوان گفت که قول به جواز اشهر است. و لکن مطالبه نمیتوان کرد الا بعد حلول اجل. پس اگر دین را بفروشد به عین صحیح است بلا اشکال. و هم چنین به مضمون حال، یعنی به قیمتی در ذمه که حال بدهد. بلکه هر گاه دین سابق بوده که اجل آن تمام شده، آنهم چنین است، زیرا که الحال اطلاق دین حقیقی بر آن مشکل است. و منع بیع (دین بدین) بر خلاف اصل و قاعده است. پس شمول عمومات صحت بیع از برای ما نحن فیه، اقوی است از شمول بیع دین به دین. و به هر حال احوط ترک آن است، لکن بطلان آن معلوم نیست. و اما در صورتی که به ذمه میخرد بدون سبق اجلی، پس ظاهرا اشکالی نیست، و این داخل بدین به دین و (کالی بکالی) نیست. و اما بیع به مضمون مؤجل پس در آن اشکال و خلاف است. و اظهر در آن نیز جواز است، و صدق بیع دین به دین بر آن ممنوع است. زیرا که متبادر از (بیع دین بدین صورتی است که در حین عقد صادق باشد که دین است، و این باید قبل از عقد متحقق شده باشد. نه این که عقد، دین شود. بلی آنچه چنین است در مثل جائی است که زید بگوید: ده تومانی که از تو طلب دارم به تو فروختم به هزار من گندمی که تو از عمرو طلب داری. (۱).

ص: ۲۷

۱- مطابق نظر مصنف (ره) هر گونه معامله دین صحیح است مگر همین صورت اخیر. و جالب این است که دو حدیث بر صحت همین صورت اخیر وارد شده است: (محمد بن یعقوب، عن احمد بن محمد، عن الحسن بن علی، عن محمد بن الفضیل، عن ابی حمزه قال: سئلت ابا جعفر (علیه السلام) عن رجل كان له على رجل دين، فجاءه رجل فاشتره منه بعرض، ثم انطلق الى الذي عليه الدين فقال: اعطني مالفلان عليك فاني قد اشترته منه. كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال: ابو جعفر (علیه السلام): يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل له الدين). و (عن محمد بن يحيى وغيره، عن محمد بن احمد، عن محمد بن عيسى، عن محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا (عليه السلام): رجل اشترى دينا على رجل، ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له: ادفع الى ما لفلان عليك فقد اشترته منه. قال: يدفع اليه قيمه ما دفع الى صاحب الدين، وبراء الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه). و سایل ابواب الدين، باب ۱۵. توضیحات: ۱) عدم صحت معامله تحت عنوان (کالی بکالی) در احادیث شیعه به میان نیامده. آنچه هست نهی از معامله (دین بدین) است که آنهم تنها یک حدیث راجع به آن وارد شده که باز در سندش شخصیت سنی حضور دارد. (۲) عدم صحت دین به دین بر خلاف اصل و عمومات است و پیام دو حدیث فوق مطابق اصل و عمومات است. پس به دلیل همین مطابقت از مباحثه در چون و چراى سند آنها بی نیاز می‌شویم که چندان جای بحث هم نیست. (۳) دود حدیث فوق اصل معامله را باطل اعلام نمیکنند بل بدهکار را مخیر مینمایند که یا معامله را امضا کند و یا تنها همان مقدار را به خریدار دین، بدهد که به طلبکار داده است. با قطع نظر از این که خریدار، طلب مذکور را به نقد خریده و عوض را نقداً به طلبکار پرداخته یا به نسیه و ذمه خریده، زیرا هر دو حدیث نسبت به این موضوع اطلاق دارند. بنا بر این میتوان گفت: مطابق اصل و عمومات و قواعد حکم بر صحت هر گونه معامله دین - به هر صورت - آسانتر از حکم به

صحت آن منهای (صورت اخیر) است. البته بر طبق احادیث شیعه. لیکن نظر به این که عدم صحت (دین بدین) اجماعی است پس باید تنها مورد ما مواردی که مشمول بودن آنها بر (دین بدین) مشکوک باشد محکوم به صحت و بقیه موارد محکوم به عدم صحت باشد. وجود دو حدیث فوق اگر اصل صحت را در (صورت اخیر) اثبات نکند دستکم موجب می‌گردد که (صورت اخیر) از موارد مشکوک باشد و در تحت اصل وعمومات قرار گیرد نه در شمول دین به دین. پس باید مصداق دین به دین را در صورت های دیگر جستجو کرد نه در صورت اخیر. و در هر حال منحصر کردن مصداق دین به دین بر صورت اخیر سخت مشکل است.

هفتم: این معامله کرباس که در آخر شده می تواند شد که از باب بیع باشد که آنچه در ذمه عمرو طلب دارد از کرباس، آن دین را بفروشد به او از قرار عددی به دو فروش. و می تواند شد که از باب قضای دین باشد. یعنی بگوید کرباس ها که از تو طلب دارم، تأخیر میکنم به شرطی که وفای به آن دین را به این عنوان بکنی که در عوض هر کرباسی دو فروش بدهی. پس اگر از باب قضای دین است و در آن حال مساومه، مدیون زاید بر مستثنیات دین به قدر طلب او داشته و قبول این معنی کرده

این از باب (وعده) است، و تا نداده لزوم ندارد. و اما بعد از آن که فروش ها را داد نظر به وعده [ای] که کرده بود، دین خود را وفا کرده است، دیگر نمی تواند رجوع کند. هر چند عین فروش ها باقی باشد. زیرا که به مجرد وفای دین، مال صاحب طلب می شود. و رجوع به آن محتاج به دلیل است. و اما اگر از باب بیع است پس اگر جامع شرایط صحت و لزوم است (مثل ایجاب و قبول و تعیین اجل اگر بیع نسبی باشد و امثال آن) باز بیع صحیح است - علی الاظهر و لازم است. و رجوع نمی تواند کرد. و اما اگر شرایط صحت یا لزوم، موجود نباشد، پس اگر شرط صحت مفقود است (مثل این که بیع نسبی است و اجل معین نیست) پس اصل بیع صحیح نیست. و اگر صیغه نخوانده (گو سایر شرایط موجود باشد) پس آن محتمل است که از قبیل معاطات باشد - هر چند معنی لفظ معاطات در اینجا موجود نیست. یعنی (تقابض از طرفین در حین انشاء عقد). چون ظاهر این است که مجرد انشاء نقل کافی باشد در لحوق به معاطات - در این هنگام هر گاه فروش ها باقی است، ظاهر این است که صاحب فروش می تواند رجوع کند به فروش خود و صاحب کرباس رجوع کند به قیمت کرباس ها. این در وقتی است که معاطات مفید اباحه محضه باشد. و اما اگر مفید ملکیت متزلزله باشد (چنانکه اظهر است) پس صاحب فروش نمی تواند رجوع کرد. زیرا که لازم می آید جمع ما بین عوض و معوض. به جهت آن که کرباس ها ملک او شده بود به سبب قرض، پس اگر فروش ها هم ملک او باشد لازم می آید که هر دو ملک او شود. و اینکه در هر حال باید که قیمت عین تالفه را رد کند منشأ زوال ملک او از عین تالفه نمی شود. بلکه آن از برای رفع ضرر است از صاحب عین تالفه. و این رفع ناخوشی اجتماع ما بین عوضین را نمی کند. و اگر فروش ها تلف شده، ظاهر این است که هیچ یک به دیگری نتواند رجوع کند. هر گاه این مقدمات را دانستی، پس حاصل جواب از سوال: این است که آنچه ظاهر می شود از صورت سوال:

این از باب (وعده) است، و تا نداده لزوم ندارد. و اما بعد از آن که فروش ها را داد نظر به وعده [ای] که کرده بود، دین خود را وفا کرده است، دیگر نمی تواند رجوع کند. هر چند عین فروش ها باقی باشد. زیرا که به مجرد وفای دین، مال صاحب طلب می شود. و رجوع به آن محتاج به دلیل است. و اما اگر از باب بیع است پس اگر جامع شرایط صحت و لزوم است (مثل ایجاب و قبول و تعیین اجل اگر بیع نسبی باشد و امثال آن) باز بیع صحیح است - علی الاظهر و لازم است. و رجوع نمی تواند کرد. و اما اگر شرایط صحت یا لزوم، موجود نباشد، پس اگر شرط صحت مفقود است (مثل این که بیع نسبی است و اجل معین نیست) پس اصل بیع صحیح نیست. و اگر صیغه نخوانده (گو سایر شرایط موجود باشد) پس آن محتمل است که از قبیل معاطات باشد - هر چند معنی لفظ معاطات در اینجا موجود نیست. یعنی (تقابض از طرفین در حین انشاء عقد). چون ظاهر این است که مجرد انشاء نقل کافی باشد در لحوق به معاطات - در این هنگام هر گاه فروش ها باقی است، ظاهر این است که صاحب فروش می تواند رجوع کند به فروش خود و صاحب کرباس رجوع کند به قیمت کرباس ها. این در وقتی است که معاطات مفید اباحه محضه باشد. و اما اگر مفید ملکیت متزلزله باشد (چنانکه اظهر است) پس صاحب فروش نمی تواند رجوع کرد. زیرا که لازم می آید جمع ما بین عوض و معوض. به جهت آن که کرباس ها ملک او شده بود به سبب قرض، پس اگر فروش ها هم ملک او باشد لازم می آید که هر دو ملک او شود. و اینکه در هر حال باید که قیمت عین تالفه را رد کند منشأ زوال ملک او از عین تالفه نمی شود. بلکه آن از برای رفع ضرر است از صاحب عین تالفه. و این رفع ناخوشی اجتماع ما بین عوضین را نمی کند. و اگر فروش ها تلف شده، ظاهر این است که هیچ یک به دیگری نتواند رجوع کند. هر گاه این مقدمات را دانستی، پس حاصل جواب از سوال: این است که آنچه ظاهر می شود از صورت سوال: کرباس ها که نزد عمرو به امانت بوده آنها را زید به او به

قرض داده و شرط کرده که کرباس به همان صفت بدهد. و اظهر این است که این شرط لازم است. پس همان کرباس ها در ذمه او قرار گرفت. و در ثانی که آمد مطالبه کرباس خود کرد (در صورتی که قادر باشد عمرو به ادای آن بعد از وضع مستثنیات دین) مطالبه جایز است. پس هر گاه او را مخبر کرد ما بین این که یا (کرباس ها را بده) یا (در عوض هر کرباسی دو قروش بده بعد از چند وقت دیگر) هم این سخن جایز است. پس هر گاه عمرو اختیار دو قروش را کرد، پس یا این است که آن کرباس هائی که در ذمه او است به او میفروشد با شرایط بیع - از صیغه بیع و تعیین مدت اگر نسیه باشد، و مطلقا هر گاه نسیه نباشد. گو ذکر مهلت شده باشد - پس آن بیع نیز صحیح است، و بیع دین به دین نیست. و اگر بیع فاسدی باشد مثل این که نسیه باشد و تعیین مدت نکند، پس آن مستحق قیمت کرباس ها است در روز مطالبه. و هر گاه بدون صیغه باشد ظاهر این است که از اقسام معاطات می شود. پس دور نیست که باز اظهر لزوم معاطات است در اینجا. و نمی تواند رجوع کند به قروش های خود هر چند موجود باشد. چون کرباس ها تلف شده است. و اگر نه به عنوان بیع صحیح لازم شده و نه به عنوان بیع فاسد و نه به عنوان بیع معاطات، بلکه مقصود همان وفای عوض دین بوده، پس آن از باب وعده است و لزوم ندارد. و لکن بعد از آن که وفا کرد ظاهر این است که بعد دادن، قروش ها ملک صاحب طلب می شود. و رجوع به آن جایز نیست، هر چند قروش ها باقی باشد.

۷ مکرر: سوال:

۷ مکرر: سوال: هر گاه کسی از کسی طلبی داشته باشد و عاجز باشد از گرفتن آن و تواند از مال او تقاص حق خود کند جایز است یا نه؟ -؟ و شرایط تقاص حق چه چیز است.

جواب:

جواب: این مسأله را در کتاب قضا و شهادات در همین مجموعه بیان کرده ایم به آنها رجوع کنند.

۸ مکرر: سوال:

۸ مکرر: سوال: دو نفر به سفر مکه رفته اند. یکی از آنها پول خود را در کربلائی معلی در نزد امینی میسپرد، و در وقت روانه شدن به مکه آن رفیق دیگر هم خواسته بود قدری

پول خود را نزد کسی بسپرد. آن رفیق به او میگوید که تو پول خود را به من بده که در راه خرج کنم و مساوی آن از آنچه من در نزد امین گذاشته ام مال تو باشد. و در وقت معاودت امین را کشته بودند و پول تلف شده بود. والحال آن شخص که پول را گرفته به مجرد همین که گفته است مساوی آن از پول من مال تو باشد، بری الذمه هست یا باید پول او را بدهد؟ -؟.

جواب:

جواب: اگر مقصود بیع و شراء بوده که این پول را فروخت به آن پول (با قطع نظر از جهالت و عدم وصف رافع جهالت)، در معامله نقدین به عنوان بیع قبض مجلس که شرط است و آن خود به عمل نیامده، پس فاسد خواهد بود. و هر گاه مدعی میگوید که پول را قرض کردم که از این وجه عوض بدهم، بر فرض صحت چنین قرضی و شرطی، تلف شدن مال منشأ براءت ذمه او نمی شود. بلکه اگر مدعی بگوید که من به صیغه مصالحه آن ده تومان نزد امین را مثلاً داده ام به این ده تومان، شاید دعوی او مسموع باشد و بری الذمه باشد چون قبض مجلس در صلح شرط نیست. ولکن این موقوف است به اثبات.

۹:سوال:

۹:سوال: هر گاه کسی طلب از کسی دارد و بفروشد به دیگری قبل از حلول اجل یا بعد به کمتر از آن، جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اشهر واقوی جواز است. (۱) به سبب عمومات ادله از کتاب و سنت. و شیخ و ابن براج قایل شده اند به این که بر مدیون لازم نیست که بیش از آن قیمتی که مشتری داده بدهد به مشتری، و بری می شود از حق صاحب طلب نیز. نظر به ورود بعضی روایات (۲) به این مضمون. و آن روایت ها با ضعف سند مقاومت نمی کند با قواعد مسلمة و آیات و اخبار. خصوصاً بری شدن ذمه او از آن قدر زاید که نه به صاحب طلب بدهد و نه .

ص: ۳۱

۱- البته در صورتی که دین را به نقد بفروشد. و گرنه مصداق (دین بدین) میشود، و خود میرزا در مسأله بالاتر، آن را به عنوان (صورت اخیر) باطل دانست.

۲- مراد همان دو روایت است که ذیل مقدمه ششم از مسأله هفتم مورد بحث قرار گرفتند (وسایل: ابواب الدین، باب ۱۵).

به مشتری که وجهی ندارد. بلی در اینجا باید ملاحظه دو چیز را بکند: اول این که ربا به عمل نیاید. مثل این که ده تومان طلب پول نقره را به هشت تومان نقره بفروشد. و همچنین طلا به طلا. بلی معامله را به غیر جنس بکند. دوم این که هر گاه عوضین از باب نقدین باشد مراعات قبض مجلس در معامله صرف هم باید در نظر باشد. و چون قبض مجلس در اینجا نیست به صیغه مصالحه بکند. چون قبض در مجلس در غیر بیع دلیلی ندارد. و اما هر گاه به پول سیاه معامله کند رفع اشکال می شود.

۱۰: سوال:

۱۰: سوال: هر گاه کسی طلبی دارد از کسی، (مثلا ده تومان میخواهد) و لکن مدتی از برای او معین شده. آیا جایز است که بگوید (دو تومان آن را دست بر میدارم که طلب مرا به من بدهی) که دو ماه دیگر مانده است. یا بگوید (پنج تومان را حالا بده و من چهار ماه مهلت میدهم در باقیمانده که پنج هزار تومان دیگر است) -؟.

جواب:

جواب: بلی، جایز است. چنانکه شیخ در تهذیب به سند صحیح روایت کرده در باب صلح از ابان محمد بن مسلم از حضرت باقر (علیه السلام). و به سند صحیح از حلبی از صادق (علیه السلام) (انهما قالوا فی الرجل یکون علیه الدین الی اجل مسمی، فیاتیه غریمه فیقول: انقذنی من الذی لی کذا و کذا واضح لک بقیته. او یقول: انقذلی بعضا، و امسک فی الاجل فی ما بقی علیک (؟) قال: لا اری به باسا مالم یزدد علی رأس ماله شیئا، یقول الله: لکم رؤس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون). (۱) و دور نیست که به هر لفظی که افاده مطلب کند توان اکتفا کرد، و لکن بهتر این است که به لفظ ابراء یا عفو یا صلح و امثال آنها اسقاط کند.

۱۱: سوال:

۱۱: سوال: آیا جایز است که طلبی که کسی از کسی میخواهد و مدتی از برای آن معین شده، بگوید که دو ماه دیگر علاوه بر مدت صبر میکنم که فلان قدر زیاده از طلبم به من بدهی -؟.

جواب:

جواب: جایز نیست، و لزوم ندارد. و بیش از طلب نمی تواند گرفت. هر چند مهلت را.

ص: ۳۲

هم داده باشد. وگویا خلافتی هم در این نیست و از اقسام ربا می شود. و گمانم این است که حدیثی که در شأن نزول (احل الله البیع و حرم الربا) وارد شده (۱) دلالت دارد بر این که از برای منع این معامله نازل شده. و صحیحه محمد بن مسلم و حلبی سابقه، نیز دلالت بر آن دارد.

۱۲:سوال:

۱۲:سوال: آیا جایز است که کسی گندم سرخ به کسی قرض بدهد و شرط کند گندم سفید عوض بدهد؟ یا گندم آبی بدهد و دیمی بگیرد؟

جواب:

جواب: اظهر و اشهر - خصوصا بین متأخرین - عدم جواز است در هر صورتی که شرط زیادتی وصف بشود. و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد. (۲) و اما هر گاه بدون شرط، بهتر را بدهد در عوض زبون، ضرر ندارد. و جمعی قایل به جواز شرط زیادتی در وصف شده اند، و دلیل ایشان تمام نیست.

۱۳:سوال:

۱۳:سوال: آیا دیون مؤجله به سبب حجر معجل می شود؟ یا این که این معنی مختص موت است؟ و بر فرض اختصاص به موت، آیا به موت، طلبکار هم معجل می شود - یعنی وراثت به مجرد موت او مستحق مطالبه میشوند -؟ یا مختص موت مدیون است؟ که به موت مدیون آنچه بر ذمه او است الحال از مال او میگیرند و انتظار انقضای مدت نمیکشند. و آیا دیتی که در شرع مدتی از برای او هست (مثل دیه شبه عمد یا خطا که در مدت دو سال یا سه سال میگیرند) آنهم معجل می شود یا نه؟ -؟ و آیا بیع سلم به موت بایع قبل از انقضای مدت حال می شود یا نه؟ -؟ و هم چنین هر گاه مدتی در بعضی معاملات شرط شود در حیل ربویه، مثل این که هشت تومان اشرفی را به ده تومان پول سفید مصالحه کند که بعد از شش ماه بدهد و آن شخص که پول سفید را باید بدهد قبل از انقضای مدت بمیرد (؟).

جواب: اما از سوال:

جواب:

جواب: اما از سوال: اول این است که اشهر و اظهر این است که به حجر، موجل معجل .

ص: ۳۳

۱- به محور این آیه حدیث های متعددی وارد شده لیکن حدیثی که در مقام بیان شأن نزول این آیه باشد، برای من شناخته نشد.

۲- وسائل: ابواب الربا، باب ۱۲ ح ۱. و نیز: ابواب الصرف، باب ۱۲ ح ۳ و ۷ و ۱۰.

نمی شود. وقول ابن جنید به الحاق آن به موت، ضعیف است. زیرا که اصل بقای حکم سابق است و دلیلی بر الحاق نیست الا قیاس و آن مع الفارق است. واما از سوال: دوم این است که کسی که مرد، آنچه را بعد از انقضای مدتی بایست بدهد معجل می شود، واین [قول] مشهور علما است، ومدلول چند روایت است مثل صحیحہ حسین بن سعید (۱) وروایت سکونی (۲) وروایت ابی بصیر (۳). وقول دیگر این است که در هر دو معجل می شود، چنانکه مدلول روایت ابی بصیر است، (۴) واین ضعیف است. واما از سوال:

نمی شود. وقول ابن جنید به الحاق آن به موت، ضعیف است. زیرا که اصل بقای حکم سابق است و دلیلی بر الحاق نیست الا قیاس و آن مع الفارق است. واما از سوال: دوم این است که کسی که مرد، آنچه را بعد از انقضای مدتی بایست بدهد معجل می شود، واین [قول] مشهور علما است، ومدلول چند روایت است مثل صحیحہ حسین بن سعید (۵) وروایت سکونی (۶) وروایت ابی بصیر (۷). وقول دیگر این است که در هر دو معجل می شود، چنانکه مدلول روایت ابی بصیر است، (۸) واین ضعیف است. واما از سوال: سوم: یعنی الحاق دیه مؤجله در شرع و بیع سلم و امثال آن: پس این است که در همه آنها به موت مدیون حال می شود، به جهت این که بر همه آنها صادق است که دین است، و داخل در عموم اخباری است که (دین به موت مدیون حال می شود). واین قول را علامه در قواعد اختیار کرده و اقرب شمرده. و آنچه در قواعد مذکور است مال سلم و جنایت است. وقول به (عدم الحاق) را فخر المحققین در شرح آن، احتمال قرار داده، و هم چنین شهید ثانی در مسالك، ولكن فخر المحققین در آخر گفته است که (اصح این است که مال السلم حال نمی شود). و دلیلی که از برای این احتمال گفته اند این است که اجل در سلم جزئی است از عوض. پس اگر مال السلم حال شود لازم می آید نقصان عوض. واما در دیه جنایت پس این است که اجل جنایت تعیین شارع است، وبدون آن دیه شرعی شمرده نمی شود. وفخر المحققین علاوه بر این متمسک به تعارض عمومین شده. یعنی (عموم ادله حلول دین) و (عموم مقتضای بیع سلم و دیه) و گفته است که مراد از جنایت در اینجا آن چیزی است که واجب است بر جانی، مثل شبه عمد یا خطای محض که عاقله در میان نباشد و قایل شویم که دیه متعلق به جانی می شود. و اما در صورتی که متعلق به عاقله .

ص: ۳۴

- ۱- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲ و ۳.
- ۲- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲ و ۳.
- ۳- این جمله زاید است که گویا از اشتباه نسخه برداران است.
- ۴- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۱.
- ۵- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲ و ۳.
- ۶- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲ و ۳.
- ۷- این جمله زاید است که گویا از اشتباه نسخه برداران است.
- ۸- وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۱.

می شود، پس آن حال نمی شود. به سبب این که گذشتن سال به سبب وجوب بر عاقله است و قبل از آن وجوبی تعلق نگرفته. و از این جهت است که هر گاه بمیرد قبل از انقضای سال، وجوب تعلق نمیگیرد.

کتاب الدین من المجلد الثالث

۱۴:سوال:

۱۴:سوال: زید مبلغی از عمرو طلب دارد. آیا زید می تواند که تنخواه خود را به اعانت ظالمی از عمرو بگیرد خواه عمرو اضافه بر مستثنیات دین، مالک چیزی باشد یا نه -؟ یا باید که زید علاوه بر مستثنیات اثبات نماید که عمرو مالک شیئی هست و از او بگیرد -؟.

جواب:

جواب: چنانچه عمرو مالک فاضل مستثنیات دین نیست زید نمی تواند در این وقت مطالبه طلب خود را از او نماید. و اگر علاوه بر مستثنیات دین، چیزی دارد پس اگر ممکن است که به مرافعه در نزد حاکم شرع زید طلب خود را بگیرد جایز نیست که به ظالم رجوع کند. و اگر بدون رجوع به ظالمی ممکن نیست، در این صورت مضایقه ندارم. به شرطی که تحمیل دیگری به عمرو نشود سوای اخذ طلب زید.

۱۵:سوال:

۱۵:سوال: هر گاه تعلق بگیرد خمس وزکات به عین مال کسی که طلبی داشته باشد از شخصی که مانع حقوق واجبه است، و مدیون از مالی که در آن حقوق واجبه است پول بدهد اما نه به قدری که مستوعب جمیع مال باشد. بلکه به قدر حصه فقراء یا زیادتیر هنوز در دست صاحب مال باقی است. آیا آن وجه به تمامی از برای طلبکار حلال است یا نه؟ -؟. جواب: هر گاه علم دارد که آن مانع زکات و خمس قصد دادن ندارد، و قصد در ذمه گرفتن و عوض دادن هم ندارد. هر قدری که به طلبکار میدهد فقرا به قدر الحصة در آن شریکند، و مجموع آنچه میگیرد بر او حلال نیست.

۱۶:سوال:

۱۶:سوال: اذا كان لزيد دين على عمرو من سلم او غيره، فاعطاه عمرو امتعه ودابه وضيعه وكتابا مسعره او غير مسعره، والضيعه مجهوله الحدود. فكيف حال الوفاء؟.

جواب:

جواب: ان كان عمرو يعطيه الامتعه المذكوره بنيه الوفاء غير مسعره، فيصح الوفاء بالنسبه الى المعلومات و يحسب بقيمتها حين الدفع. كما صرحوا به في مسئله وفاء الدين

(ان المعتبر فى مثل ذلك، القيمه يوم الدفع) فان كان الدين من النقود فالامر واضح. وان كان جنسا من الاجناس فيلاحظ قيمه الجنس الذى هو فى ذمه المديون والامتعته التى يؤخذ منه وفاء معا. وكذلك لو كان الدين دراهم والوفاء دنانير. والظاهر انه لا خلاف بينهم فى احتساب القيمه يوم الدفع. وذلك لان قصد وفاء الدين مع مخالفه الدين مع الامتعته لا يصح الا بملاحظه القيمه، فينزل عليها. ويدل عليه ايضا اخبار معتبره. والظاهر جهاله الحد غير مضر، ح. لان تحقيق الحال موقوف على التقويم، ويظهر الحال بعد تعيين الحدود، ويحتسب على مقدار ما يظهر كونه قيمته يوم الدفع، كقيمه الامتعته الغير المسعره المعلومه الحال. وبالجملة: ليس هنا بيع لتلك الامتعته بقيمتها، ولا بتلك القيمه بالدين. بل هو اعطاء من باب الوفاء مراعاة باحتساب القيمه وظهور [ال] زياده [و] النقصان. فان ظهر التساوى، فهو. والا- فمرجع كل منهما الى الزيادة والنقصان. وان كان عمرو يعطيها مسعره، فالظاهر انه بيع، ويحصل الوفاء بقيمتها. فكانه بالمسعره باع ملك الاعيان بما حصل التقويم عليها واحتسبها القيمه وفاء ح. فيصح البيع فى المعلومات دون مجهول الحد. لاشتراط التعيين فى المبيع. فيحصل الوفاء بمقدار قيمه المعلومات ويبقى الباقي. ولا يضر جهاله احدها فى صحه الباقي. والفرق بين هذا القسم ان القيمه الواقعيه فى القسم السابق بعد الرضا بكونه وفاء يحسب قسرا لاستحاله كونه من باب الوفاء الا بملاحظه القيمه الواقعيه. وفى هذا القسم انما يستقر القيمه بالتراضى، فيكون بيعا، ووفائه انما يحصل بالقيمه لا بنفس الاعيان. فانتقال الاعيان يكون بالبيع ويترتب عليه ثمراته من خيار المجلس والحيوان وغير ذلك. وكثيرا ما يشبه الوفاء بالبيع حتى انهم استشكلوا فى ما (لو احوال من له عليه طعام من سلم يقبضه على من له عليه مثله من سلم) قال فى القواعد (فالاقوى الكراهه). وقال ولده فى الايضاح (يبنى على ان الحواله معاوضه او استيفاء. فان قلنا بالاول فهل المعاوضه على مال السلم حرام او مكروه) انتهى. ثم: من بعضهم ان وجه الكراهه انه كالمبيع قبل القبض. ومن بعضهم انه للخروج عن مخالفه الشيخ فى احد اقواله بالحرمه.

ولا يخفى ان جعل ذلك من باب البيع قبل القبض، في غاية البعد، بل هو وكاله في القبض، او حواله لغريمه في القبض. والظاهر صحته. بل وعن الشيخ في الخلاف ظهور الاجماع على الاعم من ذلك، حيث قال (يجوز الاحاله سواء كان الطعامان قرضين، او احدهما قرضا والاخر سلما بلا خلاف، او كانا سلمين عندنا. لان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل). وان كان عمرو يعطيها غير مسعره قرضا ثم اراد الوفاء بما اعطاه: فيحتسب بقيمتها يوم التسليم وقبض المقترض (على الاقوى في قرض القيمي) فيصح في المعلومات لصحة القرض. ويبطل في المجهول لاشتراط المعلوميه في القرض.

۱۷:سوال:

۱۷:سوال: عمرو يک روز آب از نهري دارد. زيد ميگويد که يک روز آب خود به من بده به قرض، در عوض من فلانقطعه زمين تو را در روز آب خود شرب ميکنم. وزيد تخلف کرد. والحال موسم احتياج به آن هم گذشته. زيد مستحق چه چيز است؟.

جواب:

جواب: اين معامله داخل قرض نيست. زيرا که در قرض تعيين شرط [است] ومقرض در مثلي مستحق مثل است ودر قيمي مستحق قيمت يوم القبض است على الاظهر. وچون قرض باطل شد به سبب جهالت، عمرو مستحق قيمت آن است يوم القبض که يوم تلف است. وداخل بيع هم نيست. به جهت بطلان بيع آب در مجرا وچاه به سبب جهالت، على الاشهر الاظهر. واخبار وارده (۱) در بيع آن محمول است بر صلح يا اجاره، چنانکه علامه در تحرير تصريح به آن کرده است. وداخل اجاره هم نيست، به سبب جهالت عوض. مي تواند شد که بر طريق صلح تصحيح شود، به جهت عدم مضرت جهالت در آن غالبا، خصوصا در صورت عدم تمکن استعمال. پس اگر در وجه صلح شده باشد مستحق قيمت مساوي شرب آن يک قطعه زمين است در روز استحقاق آن. واگر هيچ يک نشده، ظاهرا معامله فاسد است وعمرو مستحق قيمت يک روز آب خود است. .

ص: ۳۷

۱۸:سوال: مستثنی در دین آیا خانه است یا کرایه آن؟-؟ و هر گاه کسی خانه [ای] داشته باشد و بیع شرط کرده باشد و دیون دیگر داشته باشد، باید برای او وضع قیمت آن کرد؟ یا کرایه آن؟ و هم چنین سایر مستثنیات.

جواب:

جواب: الحال در نظرم دلیلی بر جواز وضع قیمت خانه از برای کسی که خانه ندارد، و یا کرایه خانه، نیست. زیرا که از ادله بیش از (عدم اجبار بر بیع مسکن محتاج الیه لایق به حال او) مستفاد نمی شود. اما در صورتی که مسکن خود را بیع کرده باشد به شرط خیار فسخ، و بقدر آن داشته باشد که خانه را از بیع مستخلص کند، پس در استثناء آن، تامل دارم. و حال فرصت تامل تمام، نیست، و رافع هم مستعجل است. تا حق تعالی از فضل و رحمت خود فرصتی بدهد و افاضه رفع اشکال بکند. و از آنچه گفتیم سایر مستثنیات ظاهر می شود. هر چند دور نیست که در مسأله بیع شرط بگوئیم که به سبب خیار هنوز علاقه ملکیت او باقی است، و از این جهت جایز نمیدانیم از برای مشتری بیع آن را مادامی که ایام خیار منقضی نشده. و علتی هم که از احادیث مستفاد می شود مؤید این است. چنانکه در حسنه حلبی فرموده اند (لاتباع الدار ولا الجاریه فی الدین، وذلک لانه لا بد للرجل من ظل یسکنه و خادم یخدمه) (۱).

ص: ۳۸

۱۹:سوال:

۱۹:سوال: هر گاه زید ده تومان سفید طلبی از عمرو داشته باشد و عمرو غایب باشد، و تمسکی از او به دست زید باشد. و بکر ده تومان را به زید بدهد که رفع حاجت او بشود. و زید همان تمسک [را] به بکر بدهد که هر وقت عمرو بیاید از او بگیرد، ولکن نه به این معنی که بکر راضی شده باشد که ذمه زید بری شده باشد از طلب بکر و منتقل شده باشد به ذمه عمرو. بلکه منظور او این باشد که اگر از عمرو بگیرد آن را در عوض طلب خود محسوب دارد. و صیغه هم مابین محیل و محتال جاری نشود. و غیبت عمرو به طول انجامد، و خالد که پدر عمرو باشد در مقام ادای دین عمرو بر آید و مبلغ دوازده تومان پول سیاه به بکر بفروشد به صیغه سلف با شرایط آن، به مبلغ ده تومان سفید. و مبلغ مزبور را قبض نماید، و بعد در عوض دین عمرو به بکر بدهد. و خالد (که پدر عمرو است) هم غایب شود و وجه سلف را ندهد. آیا این حواله - با وجود آن که محال علیه حاضر نبوده و رضای او معلوم نبوده و ثبوت اشتغال ذمه او هم به طلب زید ثابت نبوده - صحیح است و لازم؟ یا نه؟ و آیا بکر به زید رجوع میکند در اخذ حق خود یا به عمرو؟ -؟.

جواب:

جواب: در حواله رضای محیل و محتال شرط است بالاجماع. و اما رضای محال علیه پس مشهور در آن نیز اشترای رضای محیل و بعضی نقل اجماع هم بر آن کرده اند، و نیز تعلیل کرده اند به این که مردم در گرفتن طلب متفاوت میباشند و محیل گاه است خوشرفتارتر

باشد از محتال. پس محال علیه که طلب را باید به محیل بدهد، هر گاه راضی نباشد که محتال - چون شدید العجل است - از او بگیرد می تواند قبول حواله نکند. ولکن در دلیل قول ایشان محل تامل است، زیرا که حواله در معنی توکیل است و موکل هر کی را خواهد می تواند وکیل کرد در اخذ حق خود. بلی هر گاه طلب او از جنسی باشد و محیل جنسی دیگر حواله کند، در آنجا اشراط رضا خوب است، چون این معاوضه جدید است و محتاج است به رضای طرفین. و در اجماع منقول هم اشکال هست، به جهت عدم صراحت نقل در اجماع و ورود خدشه بر آن از جهات دیگر نیز. پس بنا بر مشهور این حواله صحیح نیست. خصوصا با ملاحظه عدم قصد نقل از ذمه او، و عدم اجرای صیغه. و بنا بر خلاف مشهور هم صحیح نیست، چون صیغه خوانده نشده، و مقصود هم نقل حق از ذمه خود به ذمه دیگری نبوده. چنانکه مفروض سوال: است. و دیگر این که اشتغال ذمه محال علیه ثابت نیست و حواله بر شخصی که بریء الذمه باشد صحیح نیست در نزد بعضی. و بعضی که صحیح میدانند هم کلام ایشان راجع می شود به ضمان، و مفروض این است که عمرو حاضر نبوده که ضامن شود.

لکن سوال:

باشد از محتال. پس محال علیه که طلب را باید به محیل بدهد، هر گاه راضی نباشد که محتال - چون شدید العجل است - از او بگیرد می تواند قبول حواله نکند. ولکن در دلیل قول ایشان محل تامل است، زیرا که حواله در معنی توکیل است و موکل هر کی را خواهد می تواند وکیل کرد در اخذ حق خود. بلی هر گاه طلب او از جنسی باشد و محیل جنسی دیگر حواله کند، در آنجا اشراط رضا خوب است، چون این معاوضه جدید است و محتاج است به رضای طرفین. و در اجماع منقول هم اشکال هست، به جهت عدم صراحت نقل در اجماع و ورود خدشه بر آن از جهات دیگر نیز. پس بنا بر مشهور این حواله صحیح نیست. خصوصا با ملاحظه عدم قصد نقل از ذمه او، و عدم اجرای صیغه. و بنا بر خلاف مشهور هم صحیح نیست، چون صیغه خوانده نشده، و مقصود هم نقل حق از ذمه خود به ذمه دیگری نبوده. چنانکه مفروض سوال: است. و دیگر این که اشتغال ذمه محال علیه ثابت نیست و حواله بر شخصی که بریء الذمه باشد صحیح نیست در نزد بعضی. و بعضی که صحیح میدانند هم کلام ایشان راجع می شود به ضمان، و مفروض این است که عمرو حاضر نبوده که ضامن شود. لکن سوال: سائل این است که بکر علم به شغل ذمه عمرو نداشته، و می خواهد به این سبب این را داخل (حواله بربریء الذمه) کند. و در این اشکال است چونکه ظاهر قول مسلم صدق است، و او خیر داده به این که از او طلب دارد، و طلب خود را حواله کرده که بکر بگیرد. پس این که ظاهر شود که طلب نداشته، منافات ندارد با حکم به صحت حواله در اول امر، و مراعی باشد تا زمان ظهور بطلان. چنانکه جایز است خریدن مال غیر از دست وکیل به محض ادعای وکالت. و به هر حال، در این مقام سخن دیگر هست و آن این است که خالد پدر عمرو ادای دین عمرو کرده و در ادای دین رضای مدیون شرط نیست. پس ذمه عمرو از وجه طلب بکر بری شده. و خالد پدر او مشغول ذمه دوازده تومان پول سیاه هست که به بکر بدهد. و چون خالد که ادای دین و ولد خود (عمرو) را کرده معترف است که زید از او طلب داشته و محول به عمرو کرده، این ادای دین عمرو بر میگردد دین زید، به جهت این که

این را از جانب عمرو می‌دهد تا این که آنچه بکر از او می‌خواسته ساقط شود. پس زید هم بریء الذمه می‌شود، چون خالد ادای دین او کرده. پس باقی نماند چیزی الا مطالبه پول سیاه از خالد که بکر از او بگیرد.

۲۰:سوال:

۲۰:سوال: زید به وکالت عمرو ملکی را فروخت به بکر، و در ضمن عقد شرط کرده ضمان درک مبیع را، که هر گاه عینا یا منفعتا مستحق غیر بر آید از عهده بر آید. و بعد از سه سال ادعا کرد بر بکر که این ملک را من از زید اجاره کرده بودم و منافع این سه سال مال من است باید رد کنی. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: بعد از اثبات اجاره هم او را سخنی نیست چه جای آن که اجاره به ثبوت نرسد. و هر گاه زید منافع را تصرف کرده است باید از [عاهده] غرامت بر آید، هر چند اجاره را به ثبوت برساند. به علت آن که بکر را مغرور کرده است و او عالم به حال نبوده است. و ضمان ثابت است هر چند در ضمن عقد شرط نکرده باشد. و هر چند قایل باشیم که این عقد ضمان صحیح نیست. به جهت آن که (ضمان مالم یجب) است. بلکه دور نیست که اصل عقد ضمان هم صحیح باشد هر چند ضمان مالم یجب باشد. به جهت آن که گاه هست که ضرورت داعی می‌شود به ضمان، چنانکه در آنجا که احدی در کشتی بگوید به دیگری در حال خوف غرق که (التق متاعک فی البحر و ضمانه علی).

۲۱:سوال:

۲۱:سوال: زید طلبی از عمرو دارد. و عمرو ملکی را بیع شرط می‌کند از برای زید. و در ثانی زید ملک را به عمرو به اجاره می‌دهد. و قبل از انقضای مدت خیار عمرو ملک را به خالد می‌فروشد. و در حین انقضای مدت، زید مطالبه تنخواه خود از عمرو می‌کند. و عمرو او را حواله می‌کند به خالد و زید هم قبول می‌کند. و بعد از چند روز معلوم می‌شود که خالد معسر و پریشان بوده است در حین حواله. آیا زید تنخواه خود را باید از عمرو بگیرد یا خالد؟ - یا رجوع کند به بیع شرط؟

جواب:

جواب: اولاً- بیع عمرو آن ملک را بدون اجازه و رضای زید باطل است. و ملک مال زید است. و دیگر احتیاج به رجوع ندارد مال او هست. بلی هر گاه قبل از انقضای موعده، وجه را حواله کرد به زید بوجه صحیح و قبول کرد، و عمرو هم فسخ بیع کرد، مال او می‌شود. و چون بیع اول باطل است پس انتقال آن به خالد ثانیا محتاج می‌شود به بیع

جدیدی - یا اجازه و امضای بیع سابق بنا بر قول به صحت اجازه در فضولی در مثل چنین جائی (۱) وزید را در آن حقی نیست و هر گاه بطلان حواله معلوم شود مستحق تنخواه خود است از عمرو. و اگر زید اذن داده به بیع به خالد، یا اجازه کرده، صحیح است بیع و ملک مال خالد است. و در صورت بطلان حواله رجوع به ملک نمی تواند کرد و همان تنخواه خود را از عمرو میطلبد. باقی مانند سخن در صحت حواله: و ظاهرا اشکالی نیست در این که شرط است در حواله (ملی) بودن محال علیه، یا عالم بودن محتال بر پریشانی و اعسار او در حین حواله. و اما هر گاه جاهل بوده به پریشانی او و قبول حواله کرده، بعد که معلوم شد، می تواند رجوع کند به محیل. و ظاهر این است که در صحت ضمان شرط نیست ملائت، و با جهل به اعسار، مضمون له بعد اطلاع می تواند فسخ کرد. پس در لزوم ضمان شرط است ملائت یا علم به اعسار.

۲۲:سوال:

۲۲:سوال: هر گاه زید از عمرو ده تومان طلب دارد و از او مطالبه میکند. عمرو او را حواله به بکر و بکر قبول میکند. بعد عمرو فوت می شود و زید مطالبه وجه از بکر میکند. بکر میگوید ذمه من بری بود از حق عمرو و او از من طلب نداشت، من نمیدهم. آیا بر فرض ثبوت براءت ذمه بکر، حواله لازم است و زید می تواند حق خود را از بکر بگیرد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر عدم اشتراط اشتغال ذمه محال علیه است، و از ابن ادریس دعوی اجماع ظاهر می شود که در سرائر گفته است (و اذا احوال بدینه علی من له علیه دین، فلا خلاف فی صحه الحواله. فاما اذا احواله علی من لیس له علیه دین، فان ذلک لایصح عند المخالف، ولا خلاف فی صحه ذلک عند اصحابنا معشر الامامیه. و اذا ثبت ذلک یحول الحق من ذمه المحیل الی ذمه المحال علیه اجماعا) و عمومات (اوفوا بالعقود) و اطلاق بعض اخبار هم دلالت دارد بر آن. و از شیخ در مبسوط نقل شده است .

ص: ۴۲

۱- توضیح: بنا بر بیع به شرط، ملک مال زید است که عمرو آن را فضولا فروخته است. اینک قبل از موعد یا در سر موعد، مثل ثمن به خالد حواله شده و زید این حواله را پذیرفته. اکنون لازم است بیع فضولی امضا شود. و از متن سوال پیداست که زید امضا نکرده آیا عمرو فضولی که پس از حواله، مالک ملک شده می تواند فروشی را که خودش فضولی کرده بود امضا نماید؟ این همان مسأله مورد اختلاف است. رجوع کنید به مسأله فضولی در اواخر جلد دوم.

قول به اشتراط اشتغال ذمه. و ظاهر عبارت محقق هم در نافع این است. و دلیل واضحی از برای آن نیست، و هر چند شبیه می شود به (ضمان) (۱) پس لازم است بر محیل که آن مال را به محال علیه برساند. چنانکه در ضمان لازم است در صورتی که ضامن شده باشد به اذن مضمون عنه، هر چند ادای مال به اذن مضمون عنه نباشد - ولکن ظاهر این است که سایر احکام حواله در آن جاری است. (۲) و به هر حال، به مجرد حصول حواله منتقل می شود مال از ذمه محیل به ذمه محال علیه، و محیل بری الذمه می شود از حق محتال. هر چند محتال او را بری الذمه نکند - علی الاظهر الاظهر - به جهت اطلاق اجماعیات که نقل شده است بر انتقال حق از ذمه محیل به ذمه محال علیه، و اطلاقات اخبار. (۳) و بعضی قایل شده اند به این که محتال می تواند رجوع کند به محیل هر گاه او را بری نکرده باشد، نظر به بعضی روایات ضعیفه که قابل تاویل نیستند و حمل بر تقیه هستند. (۴)

کتاب الضمان من المجلد الثالث

۲۳: سوال:

۲۳: سوال: زید نامی مسافر. در حین ورود به منزلی از منازل، عمرو نامی ادعای طلبی از او کرد. و بکر نامی آمده و گفت الحال او مسافر است بگذار که او برگردد و اگر در مراجعت دعوای تو را طی نکرد، یا خود را به تو ننمود، من ضامن که از عهده جواب مرافعه مزبوره بر آیم. آیا بکر ضامن است یا نه؟ -؟.

جواب: این سوال:

جواب:

جواب: این سوال: مجمل و مغشوش، و اندراج آن در تحت ضمان مشکل است. زیرا.

ص: ۴۳

- ۱- یعنی چنین حواله ای در حقیقت (ضمان) است نه حواله. و بعضیها در صحت چنین حواله ای گفته اند: اگر حواله را نوعی (استیفاء) بدانیم. صحیح است. و اگر آن را (اعتیاض) بدانیم، صحیح نیست چون عوضی در مقابل آن وجود ندارد.
- ۲- بنابر این چنین معامله ای ماهیت حواله دارد نه ضمان.
- ۳- وسائل: ج ۱۳، کتاب الضمان، باب ۱۱ ح ۱ و ۳ و ۴
- ۴- وسائل: ج ۱۳، کتاب الضمان، باب ۱۱ ح ۲ - صاحب وسائل میگوید (بعضی علمای ما این حدیث را حمل کرده اند بر این که مراد از ابراء همان قبول است) و میرزا این تاویل را رد میکنند و حق با میرزا است.

که ضمان عبارت است از تعهد مال از شخصی که بری الذمه است، از جانب شخصی که مشغول الذمه است. و در اینجا تعهد مال نکرده است، بلکه تعهد طی مرافعه کرده، و این گاه است که موجب دادن مال می شود، و گاه است نمی شود. و هم چنین اندراج آن در تحت کفالت هم مشکل است، زیرا که کفالت عبارت است از تعهد نفس با صیغه مشتمله بر ایجاب و قبول. مثل این که کسی طلب مالی از کسی دارد، یا دعوائی بر کسی دارد و گریبان او را بگیرد که بیا وفا کن به حق من. و دیگری بیاید و کفیل او شود و بگوید او را مرخص کن برو و تو هر وقت که او را بخواهی من او را حاضر میکنم - یا بعد از فلان مدت هر گاه او را خواهی حاضر میکنم - و تو حق خود را از او بگیر (یا دعوی خود را با او طی کن). و عبارت سوال:

که ضمان عبارت است از تعهد مال از شخصی که بری الذمه است، از جانب شخصی که مشغول الذمه است. و در اینجا تعهد مال نکرده است، بلکه تعهد طی مرافعه کرده، و این گاه است که موجب دادن مال می شود، و گاه است نمی شود. و هم چنین اندراج آن در تحت کفالت هم مشکل است، زیرا که کفالت عبارت است از تعهد نفس با صیغه مشتمله بر ایجاب و قبول. مثل این که کسی طلب مالی از کسی دارد، یا دعوائی بر کسی دارد و گریبان او را بگیرد که بیا وفا کن به حق من. و دیگری بیاید و کفیل او شود و بگوید او را مرخص کن برو و تو هر وقت که او را بخواهی من او را حاضر میکنم - یا بعد از فلان مدت هر گاه او را خواهی حاضر میکنم - و تو حق خود را از او بگیر (یا دعوی خود را با او طی کن). و عبارت سوال: افاده این معنی راهم نمی کند. بلی، اگر چنین گفته باشد که (بگذار این شخص برود و من کفیل او میشوم که هر گاه خود نیامد من او را حاضر کنم و اگر حاضر نکنم ملتزم مرافعه او باشم) این داخل کفالت می شود. و حکم کفالت این است که هر گاه اجل و مدت برای او قرار دهد و بعد از اجل مکفول له مطالبه کند احضار او را، واجب است بر کفیل احضار او. بلکه اقوی این است که بدون تعیین مدت هم می تواند شد که بگوید (هر وقت که مطالبه کنی من او را حاضر میکنم). و بعد از مطالبه هر گاه احضار تام کرد که مکفول له قادر بر اخذ او شد بری می شود، و بر او چیزی لازم نیست. و هر گاه کوتاهی کند حاکم شرع او را اجبار میکند بر احضار، یا بر ادای آنچه بر او است. و بنا بر قول جماعتی دور نیست که بدون رضای مکفول نمیتوان او را مخیر کرد میانه آن دو امر، گاه هست که مکفول له خود مکفول را میخواهد برای غرضی. پس باید اول او را حاضر کند. و هر گاه ممکن شود باید از عهده مال، یا از عهده دعوی بر آید. مگر این که آن حق حقی باشد که کفیل را ممکن نباشد از عهده آن بر آید، مثل آن که حق قصاص، داشته باشد بر کسی و کفیل او را مرخص کرد [ه باشد]، کفیل را نمیتوان قصاص کرد. چون قصاص بر غیر مباشر، نمی باشد. یا آن که مکفول زنی بود که مکفول له ادعای زوجیت آن، میکرد. در اینجا زوجیت [را] نمیتوان از کفیل استیفاء کرد. پس در

این صورت اگر آن حق را بدلی هست رجوع به آن بدل می شود. مثل دیه که بدل قصاص می تواند شد، هر چند در قتل عمد باشد. و مثل مهر المثل در عوض زوجیت. (۱) بخلاف مثل اجرای حد و تعزیر که بدلی ندارد از او توان استیفاء کرد. و هر گاه آن حق، حق دعوی مال باشد که باید به مرافعه طی کند، پس هر گاه مکفول له اقامه بینه کند بر حق خود، باید کفیل وفا کند به حق او، و هم چنین هر چه را مرافعه شرعیه اقتضا کند باید آن را معمول دارد.

۲۴:سوال:

۲۴:سوال: کسی که مال غصبی را به دست دیگری می‌دهد، و این شخص ثانی علم به غصبیت ندارد، بعد عالم می‌شود. آیا شغل ذمه می‌باشد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: عموم (علی الید ما اخذت) شامل همه احوال است و در هیچ صورت فارغ نیست.

۲۵:سوال:

۲۵:سوال: زید اراده کند که با عمرو معامله کند. و به سبب جهالت حال عمرو از خالد پرسد که آیا عمرو محل اعتماد است یا نه. خالد بگوید بلی او امین است معامله بکن. و بعد از معامله معلوم شد که عمرو معسرو بی اعتبار بوده، و زید به خسارت افتاده، آیا ضمان بر خالد هست یا نه؟ -؟ و فرقی هست ما بین حصول اعسار بعد از معامله و قبل از آن یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً این که هر گاه فقر و بی چیزی عمرو بعد از معامله واقع شده به هیچ وجه زید را بر خالد سخنی نیست. و اگر معلوم شود که پیش از معامله بی چیز بوده و خالد چنان میدانسته که محل اعتبار است و خلاف آن ظاهر شود، باز معلوم نیست که بر خالد چیزی باشد. بلی هر گاه زید مدعی این باشد که خالد تقصیر کرده و تلبیس کرده و سبب خسارت او شده و به ثبوت هم برسد، فی الجمله اشکالی بهم میرسد. و لکن در .

ص: ۴۵

۱- این در صورتی که مکفول مرد باشد و مکفول له زن، درست (و به اصطلاح تمام) است. لیکن در صورت عکس قابل بحث است زیرا مهر المثل قیمت زوجیت زن نسبت به مرد نیست. پس بعید نیست که گفته شود (لاکفاله فی الزوجیه) در صورتی که مدعی مرد باشد. همان طور که (لاکفاله الحد). همان طور که دیه زن بی شوهر وزن شوهر دار مساوی است و چیزی از قاتل به عنوان قیمت یا حق زوجیت برای شوهر نمیگیرند.

اینجا خود در حکم مباشر یا سبب اقوی است، و خود تقصیر کرده که به قول یک نفر اعتماد کرده. معلوم نیست که تواند غرامتی از خالد بگیرد. و این از باب آن نیست که کسی بند از پای حیوانی بگشاید و حیوان بگریزد، یا در قفس مرغی را بگشاید و آن مرغ ببرد، و یا کسی را در محل سباع بیندازد و او را بدرند، یا قیدی از پای غلام دیوانه بردارد و او بگریزد. بلکه از باب آن است که کسی بند از پای غلام عاقلی بردارد و او بگریزد. و در اینجا ضمانی بر (سبب) نیست. بلی اشکال کرده اند در غلام عاقلی که گریزپا باشد. و این را داخل مغرور کردن - مثل این که کسی دیگری را ضیافت کند و مال مهمان را بیاورد و در نزد او بگذارد که بخورد، که گفته اند صاحب خانه ضامن است نه مهمان - بسیار مشکل است. چون مهمان هیچ به فکر این نیست که این بلکه مال خودم باشد و بالمره مغرور است. و در اینجا به محض سخن یک نفر چنان حالتی حاصل شود که احتمال خلاف نرود، بسیار بعید است. نهایت امر این است که این از باب آن باشد که کسی در قفس مرغی را باز کند، یا بند پای حیوانی [را] باز کند و آن مرغ و حیوان بر حال خود باشند دیگری بیاید و آنها را رم بدهد و آنها بگریزند، که تصریح کرده اند که ضمان بر این شخص ثانی است. چون ثانی اخص واقوی است، زیرا که با سبب اول محتمل بود که نگریزند، و در ثانی دیگر احتمال خلاف ندارد، چنانکه کسی چاهی عدوانا بکند، و دیگری او را در آن بیندازد. و به هر حال در اینجا بایع یا مباشر است یا (سبب اقوی). و علامه در تحریر اشکال کرده است در این که هر گاه کسی دزدان را دلالت کند بر مالی و بدزدند، آیا ضامن است یا نه. و [عمل] خالد در اینجا اقوی از آن راهنمایی دزدان نیست. پس چگونه در این هیچ اشکالی نباشد. و [باز] (۱) علامه در تذکره گفته است - در کتاب اجاره - (ولو دفع الی خیاط ثوبا وقال له ان کان یکفینی قمیصا فاقطعه. فقال الخياط: فهو کاف. وقطعه فلم یکفه، فعليه ارش القطع، ولو قال: انظر الی هذا الثوب هل یکفینی .

ص: ۴۶

قمیصا؟ فقال الخياط نعم. قال اقطعه. فلم يكفه. لم يلزمه شیئی وبه قال الشافعی و اصحاب الراى. لانه انما اذن له فى الاولى بشرط كفايته فاذا قطعه بدون شرطه كان ضامنا. وفى المسئلة الثانيه اذن له فى القطع ولم يشترط. بشیئی، فلا يجب عليه الضمان. اقصى ما فى الباب انه غشه وكذب عليه، وذلك لا يوجب الضمان. ولم يجب عليه الضمان فى الاولى باعتبار غروره. بل باعتبار عدم الاذن فى قطعه. لان اذنه مفيد بشرط كفايته، فلا يكون اذنا فى غير ما وجد الشرط فيه، بخلاف الثانيه. وقال ابو نور لا ضمان عليه فى المسئلتين لانه قد غره فى الثانيه كما غره فى الاولى فتساويا فى الضمان. والجواب ما بينا من ان العله فى الاول ليست الغرور بل عدم الاذن). وبعد از تسليم اين كه مغرور باشد واز باب اكل طعام مذکور باشد، ولكن ميگوئيم كه مباشر تلف در اينجا عمرو است. وخالد اگر چه سبب باشد لكن عمرو مباشر است. و در اينجا اقوى بودن سبب از مباشر ممنوع است، بلکه مباشر اقوى است. مثل آن كه كسى چاهى عدوانا كنده باشد وديگرى در آن بيفتد وهنوز به قعر چاه نرسیده در كمر چاه كسى باشد و او را با شمشير دو پاره كند. آرى در (1) اين سخن اشكالى هست. وآن اين است كه عمرو در اينجا ضامن قيمتى است كه از زيد بايع خريده نه ضامن مال است و نه ضامن قيمه المثل آن در حال استيفاء. و اين دخلى به قاعده اتلاف و سببیت ندارد. واحتمل فى التذكرة ايضا عدم ضمان المستأجر لهلاك الدابة اذا استأجر ليحمل كيلا معلوما وزاد عليه شيئا آخر عمدا. والموَجَر جاهل به وكذب المستأجر وصدقه فكان التفريط منه. والاحتمال الاخر الذى استظهره هو ضمان المستأجر لتغييره و تلييس الامر عليه بالكذب، فكان المستأجر كشاهد الزور عند الحاكم فكما انه يلجاء الحاكم شرعا بالحكم وسقط الضمان عنه فكذلك ما نحن فيه، فان عقد الاجاره يوجب الوفاء به، واعداد المحمول للحمل بعد عقد الاجاره مما يوجب العمل على مقتضاه شرعا. واما لو حمل المستأجر عليها بنفسه، او امر اجنبا بالحمل، فلا اشكال فى ان الضمان عليه. ومما ذكر يظهر ان الاحتمال التى ذكره فى ما نحن فيه اظهر. .

ص: ٤٧

اذ غايه الامر اشتراك المسئلتين فى لزوم حمل اقوال المسلمين على الصديق شرعا، ولكن ليس فى ما نحن فيه ما يوجب البيع شرعا. بخلاف ما فرضه فى التذكرة. اذ هناك الوفاء بمقتضى عقد الاجاره واجب، فكانه الجأه الى الحمل وليس فى ما نحن فيه الجائه. فاذا كان سقوط ضمان الغار ثمة لاجل تقصيره فى الاخلاص اليه احتمالا، فينبغى ان يكون سقوط الضمان عنه فى ما نحن فيه متعينا، او احتمالا اظهر من الاحتمال الاخر. قال فى التذكرة - فى آخر كتاب الاجاره - (يجوز شرط الخيار فى الاجاره سواء كانت وارده على العين او الذمه وبه قال ابو حنيفه ومالك، لعموم قوله تعالى: او فوا بالعقود. و بقوله (عليه السلام) المؤمنون عند شروطهم). وفى شرح النافع فى كتاب الوكاله فى مسئله (اقرار الوكيل) ما يناسب المقام. وقال فى الكفايه فى كتاب الدين (المشهور انه لو شرط التاجيل فى القرض لم يلزم، واحتمل بعضهم لزوم هذا الشرط. ويدل عليه عموم مادد على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود. وبه هر حال، چون اين مرحله منتهى به دعوى ومرافعه مى شود، ودر حين مرافعه حكم بر حاكمى كه اهل مرافعه است ظاهر خواهد شد وبدون مرافعه طى نخواهد شد.

٢٦:سوال:

٢٦:سوال: ذكر الفقهاء انه يجوز الترامى والدور فى الضمان والحواله. وقالوا انه يصح الترامى فى الكفاله دون الدور. ماوجهه؟

جواب:

جواب: نعم يجوز الترامى فى الكفاله ولا يجوز [فيها] الدور. اما الترامى فكما اذا كفل بكر عمرو لاجل زيد بان يحضره عنده. وكفل خالد بكرا لاجل زيد لان يحضر بكرا عنده حتى يحضر بكر عمرو عند زيد. او كفل وليد خالدا لاجل زيد لان يحضر وليد خالدا عنده حتى يحضر خالد بكرا عنده حتى يحضر بكر عمرو. وهذا صحيح. واما الدور: فكما كفل عمرو ايضا فى المثال المذكور بكرا لاجل زيد لان يحضره عنده حتى يحضر بكر عمرا. او كفل بكر خالدا لاجل زيد لان يحضره عنده حتى يحضر هو بكرا ليحضر هو عمرو عند زيد وهكذا. وهو باطل. وجه البطلان انه مع حضور عمرو لا معنى لان يحضر عمرو بكرا لان يحضره عند زيد. لانه بنفسه حاضر فلاحاجه الى واسطه يحضره، وهكذا باقى الامثله. والسرفى ذلك ان الكفيل هو الذى فى حكم الحاضر الموثق به عند المكفول له

ابداً، والمكفول هو الذى فى حكم الفسار الغير الموثق به وهو الذى صار سبباً للاحتياج الى الكفيل. ففى صورته الترامى يستقر وصف الموثوق به فى الكفيل الاخير ويصير البواقى الى الاول فيحكم الفسار الغير الموثوق به فالمكفول له اولاً- يطالب الكفيل الاخير وهو يرجع قهقهري ويأتى بالفار المتلوله، ثم يأتى بتملوه الى الاول. واما مع الدور: فيعود الموثوق به الى الاول ويستقر فيه فلا يبقى حاجه الى الكفيل له، فيبطل كفاله من تاخر لعدم الحاجه اليه. اذا للاحتياج الى المتاخر انما كان لاجل احضاره واذا صار هو موثوقاً به وفى حكم الحاضر، فلا معنى لكفاله من تاخر عنه لاجل احضاره.

٢٧:سوال:

٢٧:سوال: اذا ارسل زيد بهيمه فى النهار فافسدت زرع عمرو. فهل على زيد الضمان ام لا؟-؟.

جواب:

جواب: قال اكثر الاصحاب (على ما فى التنقيح، والمشهور بينهم كما صرح به جماعه منهم المحقق فى النافع والشهيد الثانى فى الروضه. بل اجماعهم كما عن ابن زهره و الشهيد فى شرح الارشاد) ان ما يفسده البهايم فى الليل فهى مضمونه على صاحبها بخلاف ما افسدت فى النهار. وذهب ابن ادريس وسائر المتاخرين الى التفصيل بالتفريط فى حفظ البهيمه فيضمن فيه ان كان فى النهار. وعدمه فلا يضمن وان كان فى الليل نظراً الى اصل البرائه فى صورته عدم التفريط. وكونه سبباً عادياً فى صورته التفريط. احتج الاولون بما روى عن النبى (صلى الله عليه و آله) (على اهل الاموال حفظها نهاراً وعلى اهل الماشيه ما افسدت مواشيهم بالليل) (١). وحكم به فى قضيه ناقه البراء بن عازب لما دخلت حايطاً فافسدته (٢) وبالروايات الكثيره التى روتها الخاصه عن ائمتهم (عليه السلام) منها ما رواه الشيخ والكلينى عن السكونى عن جعفر عن ابيه (عليه السلام) قال: كان على (عليه السلام) لا يضمن ما افسدت البهايم نهاراً فيقول: على صاحب الزرع حفظه. وكان يضمن ما افسدته ليلاً. (٣) ١

ص: ٤٩

١- الروايه عاميه ما ساعدتني التوفيق على وجدان مصدرها.

٢- المستدرک: ج ٣ كتاب الديات ابواب موجبات الضمان، الباب ٢٩

٣- الوسائل ج ١٩، كتاب الديات، الباب ٤٠ ح ١

واجاب الاخرون بعد الاعتراف بشهرتها ان فى السكونى ضعفا، ومن جملتهم المحقق فى النافع. وفيه ان المحقق صرح فى المعتبر فى باب النفاس بانها عامى ثقته و هو متاخر عن النافع والموثق حجه سيما مع انجباره بعمل جل القدماء بل لايعرف خلاف منهم. مع ان الراوى عنه فى سند آخر فى التهذيب عبدالله بن المغيرة وهو من اصحاب الاجماع. مع ما نقل عن الشيخ فى العده فى شانها. وكذا غيره من المقويات. وسيما مع الانجبار بالشهره والاجماعين المنقولين. والروايات الكثيره الاخر المرويه فى التهذيب والكافى. منها (صحيح على الظاهر وهو ما رواه الشيخ والكلينى عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن يزيد بن اسحاق شعر وصحح العلامة حديثه وعن الشهيد الثانى توثيقه، نقله العلامة المجلسى فى رساله وقال: ان فيه مدحا عظيما) عن هارون بن حمزه (وهو ثقته) قال (سئلت ابا عبدالله (عليه السلام) عن البقر والغنم والابل يكون فى المرعى فيفسد شيئا هل عليها ضمان؟ فقال: ان افسدت نهارا فليس عليها ضمان، من اجل ان اصحابه يحفظونه. وان افسدت ليلا فانه عليها ضمان) (1) ورويا ايضا عن ابي بصير (قال: سئلت ابا عبدالله (عليه السلام) عن قول الله عزوجل: وداود و سليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم. فقال لا يكون النفس الا- بالليل، ان على صاحب الحرث ان يحفظ الحرث بالنهار، وليس على صاحب الماشيه حفظها بالنهار انما رعيها بالنهار وارزاقها، فما افسدت فليس عليها. وعلى اصحاب الماشيه حفظ الماشيه بالليل عن حرث الناس، فما افسدت بالليل فقد ضمنوا، وهو النفس، وان داود (عليه السلام) حكم للذى اصاب زرعه رقاب الغنم، وحكم سليمان (عليه السلام) الرسل والثله وهو اللين و الصوف فى ذلك العام) (2) الحديث. الى غير ذلك من الاخبار لا حاجه الى ذكرها. وقال الشهيد فى شرح الارشاد بعد ذكر روايه السكونى (الحق ان العمل ليس على هذه الروايه بل اجماع الاصحاب. ولما كان الغالب حفظ الدابه ليلا وحفظ الزرع نهارا خرج الحكم عليه. وليس فى حكم المتاخرين رد لقول القدماء، فلا ينبغى ان يكون ٤

ص: ٥٠

١- الوسائل: الباب المذكور، ح ٣

٢- المرجع: ح ٤

الاختلاف هنا الا فى مجرد العبارة عن الضابط، اما المعنى فلاخلاف فيه). انتهى، و حاصله ان الروايه وارده فى مورد الغالب فيه تمثيل للتفريط، فالمعيار انما هو التفريط، وفيه نظر ظاهر، اذا التمثيل انما يصح اذا كان كلما وقع من اتلاف البهائم فى الليل تفريطا من المالك، فقد يخرج الدابه من الاصطبل بسبب نقب (١) اللص للجدار بدون تقصير من المالك، وقد يقع مع عدم المسامحه فى النهار من مالك الحرث فى الحفظ لكونه محبوسا او غير ذلك. والتحقيق ان يقال: انه لاينبغى الاشكال فى ضمان صاحب البهيمة لو ارسله عمدا فى الحرث. وليس ذلك داخلا فى محل النزاع (وكذلك لو ادخلها مالك الزرع فى زرعه و يدعها حتى يفسد. وفي مالورها دخلت فيه ويفسدها ولم يمنعها مع القدره اشكال) بل الكلام انما هو فى صورته المسامحه وترتب الفساد على المسامحه، فح نقول: ظاهر الروايات هو ترتب الضمان بملاحظه الوقوع فى الليل والنهار. وما ذكر فى الروايات (من لزوم الحفظ فى الليل والنهار ويستحق الرعى فى النهار (٢) وعلى مالك الزرع حفظه فيه) ليس من باب العله، لما هو مشاهد من التخلف. بل ذلك من باب الحكمه الداعيه على الحكم، ولا يلزم اطراد الحكمه كما فى كون رفع ارياح الاباط داعيا فى تشريع غسل الجمعه واطراد استحابه فى مالم يكن هناك ريح. وكذلك تشريع العده لاجل عدم اختلاط الانساب، مع انه لازم فى مالم يحتمل وجود ماء من الزوج الاول فى رحمها ايضا وهكذا. (٣) فالعمل على الاخبار لامانع منها، فيجب الحكم بالضمنان اذا افسدت بالليل وان لم يفطر [وبعدم الضمان اذا افسدت بالنهار] لاجل حمايه الحمى واقدام الناس على حفظ زراعتهم فى النهار. (٤) فظهر ان الاقوى قول قدماء الاصحاب. .

ص: ٥١

١- نسخه بدل: نقص اللص

٢- وفى العبارة سقط وتعقيد كما ان اكثر الضماير فى هذه السطور غير مراعيه تذكيرا وتانيثا. ولكن المراد معلوم.

٣- وفى كلامه قدس سره ما اسلفناه فى مسله (الحيل الربويه) فراجع المجلد الثانى.

٤- نسخه بدل: لاجل حمايه الحمى بهائمهم فى الليل واقدام الزارع على حفظ...

۲۸:سوال: هر گاه زید بیست من پنبه بفروشد به عمرو و بکر به شراکت. و هر یک از مشتریها ضامن یکدیگر شوند. والحال عمرو مبلغ خطیری مدیون است که از جمله آنها قیمت همین پنبه است، و مال [او] وفایه همه دیون او نمی کند. و قلیلی پنبه مانده، آیا این پنبه مختص زید است و در باقی اموال، غرما هر یک نسبت به طلب خود میبرند -؟. یا این که پنبه هم مثل سایر اموال باید بالسویه [مال] غرما شود؟.

جواب:

جواب: بدان که: هر گاه کسی طلب از دو نفر داشته باشد و هر یک از آنها ضامن حصه دیگری شود، این ضامن صحیح است، هر گاه نقصی دیگر نداشته باشد، و جامع شرایط ضامن باشد. پس میگوئیم که در این صورت [آیا] طلبها (۱) هر دو مساویند در مقدار و در وقت؟ و در این که هر دو به اذن مضمون عنه شده؟ یعنی هر یک از آنها به دیگری گفته که تو ضامن من شو؟. یا مختلفند در این امور؟ یا در بعض آنها؟ پس اگر مساویند، مثل این که هر یک از آنها ده تومان است و حال است. یا موجد است و اجل آنها تفاوت ندارد مثل آن که هر یک وعده یک ماه بدهند و هر یک به اذن دیگری ضامن شده. پس چنین مینماید که فایده بر این عقد ضامن مترتب شود. چون هر یک باید ده تومان را بدهند و تا ندهد فارغ نیست. خواه نامش این باشد که این طلبی است که از خود او داشت یا از رفیق او داشت. و لکن چنین نیست. بلکه فایده آن این است که در اصالت و فرعی متعکس میشوند. یعنی آن که چون مضمون عنه اصل است و ضامن فرع، پس عمرو نسبت به طلبی که زید از او دارد اصل است و بکر که ضامن او شده فرع است. و اما نسبت [به] طلبی که زید از بکر دارد بکر اصل است و عمرو فرع. پس هر گاه عمرو طلبی که زید از بکر داشت داد، از دست زید فارغ است. و دیگر زید از او مطالبه نمی تواند کرد. و لکن بکر مشغول ذمه حصه عمرو هست و تا ندهد از دست زید فارغ نیست. و فایده اصالت و فرعی این است که هر گاه زید عمرو را بریء الذمه بکند، عمرو بریء الذمه می شود. زیرا که به سبب ضامن بکر حصه او ساقط شده بود و حصه بکر را که ضامن بود که بدهد به سبب ابراء زید بری .

ص: ۵۲

شد. واما بکر: پس باید آنچه را که ضامن شده بود از جانب عمرو به زید بدهد. واما آنچه طلب زید بود از او پس آن به سبب ضمان عمرو ساقط شده بود، واز آن باب به عمرو هم چیزی نمی باشد بدهد. چون عمرو به زید چیز [ی] نداده در عوض آن، که از او مطالبه کند، و هر گاه عمرو بعض طلب خود را داده باشد و زید او را بری کند از باقی، در همان قدری که به زید داده می تواند از بکر مطالبه کند نه در باقی. و یکی دیگر از ثمرات این ضمان این است که هر گاه در وقتی که دین به ذمه این دو نفر قرار گرفت، رهنی بر این دین ها (هر دو) گرفته باشد، یعنی عمرو و بکر رهنی داده باشند به زید از برای دین، یا یکی از آنها داده باشد. پس به سبب ضمان، عقد رهن منفسخ می شود و رهن خلاص می شود. زیرا همینکه بعد از استقرار طلب و رهن، ضمان به عمل آید، آن به منزله ادای دین است، چون مفروض آن است که بر وجه صحیح که آن رضای مضمون له باشد واقع شده و منتقل شده طلب از ذمه [ای] به ذمه دیگری. پس گویا دین او ادا شده، و رهن از برای ادای دین بود. واما هر گاه طلبها مختلف باشند به یکی از وجوه مذکوره: پس فواید مترتبه بر این ضمان بسیار است. زیرا که در صورتی که طلبها متفاوت باشند و یکی کمتر [و دیگری زیادتر باشد]، این ضمان منشأ این می شود که آن که بار او سبک است سنگین می شود، و به عکس. یا [اگر] یکی تبرعا ضامن دیگری (به خواهش آن (۱)) شده، و آن دیگری به خواهش آن (۲) شده، در اینجا ثمره ضمان این است که متبرع رجوع نمی تواند کرد به مضمون عنه. بخلاف آن که به خواهش مضمون عنه ضامن شده باشد. و هم چنین هر گاه طلبها یکی معجل باشد و دیگری موجل. آن [یکی] که بایست معجل بدهد، مهلت برای او بهم میرسد. و آن [دیگری] که مهلت داشت [و] موجل بود، باید معجلا ادا کند، و ثمرات .

ص: ۵۳

۱- یاد آوری: مراد از ضمیر (آن) طلبکار است.

۲- یاد آوری: مراد از ضمیر (آن) طلبکار است.

دیگر هم برای این ضمان است که ضرور به ذکر آنها نیست. وبدان که: آنچه مذکور شد (که هر گاه یکی از مدیون ها ضامن دیگری شوند و مضمون له هم راضی باشد - چنانکه شرط است رضای او علی الاظهر - منتقل می شود دین هر یک به ذمه دیگری) این (۱) در وقتی است که در دفعه واحده ضامن شوند و مضمون له راضی شود ورد نکند. واما هر گاه احدهما را رد کند و ضمان او را قبول نکند، پس هر دو حق جمع می شود در ذمه آن که قبول کرده. بلی بعد از آن که هر دو حق را داد به مضمون له، رجوع میکند به مضمون عنه در مقدار حق او، هر گاه به اذن او ضامن شده. واما هر گاه ضمان به تعاقب باشد و مضمون له راضی باشد به هر دو و رد نکند، پس هر دو جمع می شود در ذمه آن که آخر ضامن شده، زیرا که مفروض این است که اخیری ضامن شده آنچه [را] که در ذمه اولی باشد. واز آنجمله آنچه در ذمه اولی باشد حق آخری است که او ضامن شده بود و ثانیاً به ذمه او منتقل شده. و مفروض این است که حق اولی را هم ضامن شده، و هر گاه فرض کنیم که دومی ضامن مجموع ما فی الذمه اولی نشده، بلکه ضامن خصوص دین اولی شده، پس اینجا هم مثل آن است که هر دو به یک دفعه ضامن دین هر یک شوند، که هر گاه مضمون له اجازه هر دو را رد کرد، دین هر یک منتقل می شود به ذمه دیگری. و اگر یکی از آنها را رد کرد هر دو می شود به ذمه آن دیگری. و به هر حال، بعد از آن که هر دو حق مستقر شد به ذمه یک شخص، پس هر گاه مجموع را به مضمون له داد بالمره بری می شود از حق مضمون له و اشکالی نیست. واما هر گاه بعضی مجموع را بدهد خواه به مقدار دین دیگری باشد یا کمتر، پس آیا آن منصرف می شود به ادای دین خودش یا رفیقش یا مجموع؟ -؟ -؟، پس اگر قصد دارد، به یکی از آنها منصرف می شود به قصد او. پس اگر قصد کرده که از جانب خودش داده باشد، رجوع به مضمون له (۲) نمی تواند کرد، و اگر به قصد رفیقش داده رجوع به رفیقش .

ص: ۵۴

۱- در نسخه: واین....

۲- (مضمون عنه) صحیح است که همان رفیقش باشد.

می تواند کرد. و هر گاه نزاع شود میان ضامن ومضمون عنه در قصد، قول ضامن مقدم است بایمین. چون امر با او است و او اعرف است به حال خود، و اگر قصد معینی نکرده پس در آن دو وجه محتمل است: یکی این که توزیع می شود بالنسبه، چنانکه مختار علامه است در قواعد. دوم این که الحال قصد میکند ضامن، هر کدام را که خواهد. وتعیین به دست او باشد. چنانکه مختار ایضاح است. یا رجوع به قرعه کند وبنابر آن بگذارد. ودلیل اول (چنانکه مختار ایضاح گفته است) این است که: منصرف شدن مجموع آن به هر یک از دین ها محال است. و هم چنین عدم صرف آن به هیچ یک از آنها محال است. و صرف آن به یکی معین از اینها، ترجیح بلا مرجح است. ودلیل قول دوم را گفته است (لتساویه بالنسبه الیهما). و گویا مراد او این است که آن مال که ضامن داده نسبت آن به هر دو دین مساوی است. یعنی ضامن مختار بود آن مال را در عوض هر یک که خواهد بدهد. پس الحال که بدون قصد داده همان اختیار مستصحب است که در عوض هر یک که خواهد حساب کند. وتملک قابض به سبب مجرد قبض ممنوع است ومراعی است به لحوق قصد. با آن که تملکی است از ما فی الذمه ضامن بدون تعیین. وتعیین در کار نیست. واطهر در نظر حقیر قول اول است. چون به قصد ما فی الذمه داده است وتملک هم حاصل می شود. و گویا دو طلبکارند که مشتری را گرفته اند وحق هر دو بر مال مساوی است (۱) وترجیح بلا مرجح محال است. ونظیر این است آنچه که تحقیق کرده ایم در کتاب زکات، که هر گاه کسی نصاب اول گوسفند ونصاب اول شتر را مالک باشد وباید دو گوسفند بدهد، هر گاه یکی را داد به قصد (زکات ما فی الذمه) نصف گوسفند محسوب می شود از برای زکات گوسفند، ونصفی برای زکات شتر. وثمره در جائی ظاهر می شود که اگر بدون تفریط وتقصیر در ایصال آن دیگری به مستحق هر دو نصاب ها تلف شوند، مالک بریء الذمه است از زکات. و هر گاه یکی از نصاب ها تلف شود وبیکی باقی باشد نصف گوسفند دیگر باید بدهد از برای همین نصاب باقی. ونصف دیگر که از برای آن نصاب تالف است از او ساقط است. .

ص: ۵۵

۱- عبارت نسخه: وآن مصرف گویا دو طلبکارند که حق مشتری را گرفته اند وهر دو بر مال مساوی است.

واما جواب از سوال: از حال پنبه [ای] که باقی مانده است: پس بدان که زید از باب طلبی که از عمرو داشت رجوع به مال عمرو نمی تواند کرد، حتی به عین موجود پنبه. چون به سبب ضمان بکر منتقل شده به ذمه او. بلکه رجوع به بکر میکند. و بکر بعد از ادای قیمت مستحق رجوع میکند به مال عمرو، و هر گاه شرط رجوع متحقق باشد (که از جمله این است که به اذن مضمون عنه ضامن شده باشد) به حسب غرما حق خود را میگیرد. و در خصوص پنبه موجود هم حق رجوعی ندارد. چون مال او نبود که در تحت قاعده (رجوع غریم بعین المال خود) مندرج باشد. بلی زید از باب طلبی که از بکر داشت از باب قیمت پنبه و به سبب ضمان عمرو منتقل شده بود به ذمه عمرو و آن را از مال عمرو مطالبه میکند، به موافق آنچه برسد نسبت به سایر غرما [می تواند بردارد]. و باز در عین پنبه موجود در نزد عمرو حقی ندارد، چون این دینی است که از بکر طلب داشت. در ازای پنبه حصه عمرو نبود بلکه در ازای پنبه حصه خودش بود. و بعد از این، ورثه عمرو از باب ضمان عمرو از برای حصه بکر بر سبیل غرما داده اند به زید، مستحق میشوند که از بکر بگیرند. و لکن چون مفروض این است که زید حصه عمرو را که بکر ضامن شده بود، از بکر گرفته یا میگیرد، دیگر مستحق نمی شود که از مال عمرو عوض را بگیرد، و مال او وفا به تمام نمی کند بلکه به قدری که غرما اقتصاد کرده اند میگیرد. و از همان قدر که زید گرفته بیشتر نمی شود. پس در این صورت به تقاض و تهاجر رجوع می شود. یعنی حق یکی از ذمه دیگری ساقط می شود. و حاصل کلام این است که: زید تمام حصه عمرو را از بکر میگیرد. و ضامن ها - چون ورثه عمرو به قدر سهم غرمائی که داده اند، از بکر صاحب طلبند. و بکر هم به قدر حصه غرما باید رجوع کند به ورثه عمرو و این دو نفر - تقاض میکنند و از هم در میروند.

۲۹: سوال:

۲۹: سوال: زید ملکی را به عمرو فروخت. و بکر ضامن زید شد که اگر ملک مستحقا للغير بر آید، از عهده بر آید یا مثنی را مستخلص نموده به او رد کند. و ضامن شود که هر گاه خسارتی به مشتری برسد بعد از بیع (به سبب احداث بنا و غرس اشجار در صورتی که مالک اصلی از آنها کند و مستحق ارش شود) از عهده بر آید. و بعضی از آن ملک

مستحق غیر بر آید و ضامن مرده باشد، آیا صحیح است یا نه؟ -؟. و آیا شرط است در صحت زمان رضای مضمون له و مضمون عنه و قبول مضمون له یا نه؟ -؟. و آیا در صورت وجود ثمن که هنوز دین نشده، ضمان صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر صحت این ضمان است. ولکن در همان رد ثمن، نه تخلص مثن. و اظهر صحت ضمان است در درک حاصل از آنچه بعد از بیع حادث می شود، از بنای عمارت و غرس اشجار هر گاه مالک اصلی آنها را ازاله کند. و ضامن ارش آن را باید بدهد، و هم چنین اظهر این است که در صورتی که بعضی از آن مستحق غیر بر آید ضامن باید از عهده ثمن همان بعض بر آید، نه تمام آن. و در همه رجوع به بایع میکند. مگر این که تصریح کند ضامن به ضمان تمام ثمن، که اظهر در این صورت نیز صحت است. و اظهر این است که رضای مضمون له شرط است در مطلق ضمان. ولکن اظهر عدم اشتراط قبول است. یعنی ضرور نیست تلفظ به قبول، همان راضی شدن کافی است. و رضای مضمون عنه شرط نیست. و اظهر این است که وجود ثمن در حین ضمان منافی صحت ضمان نیست. و تحقیق این مسائل موقوف است به بیان چند مطلب:

مطلب اول: در بیان اشتراط رضای مضمون له و مضمون عنه است: فاعلم ان فی اعتبار رضا المضمون له، قولان. المشهور بین الاصحاب (کما نسبه الهیثم جماعه) الاول. وعن ابن زهره والتحریر الاجماع علیه. وعن الشیخ فی احد قولیه الثانی. والاول اظهر. لنا: مضافا الی الاصل والاجماع المنقول، ان الناس مختلفون فی سهوله القضاء و عدمها، وبالضمان ینتقل الحق من ذمه الی اخری فلولم یتبر لزم الغرر والضرر. و لمفهوم صحیحہ عبدالله بن سنان عن الصادق (علیه السلام) (فی الرجل یموت وعلیه دین فیضمنه ضامن للغرماء. فقال: اذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمه المیت). (۱) وعبارة فقه الرضا (علیه السلام) المعتضده بالعمل (وان کان لک علی رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه، قد برء وقد لزم الضامن رده علیک) ویؤیده ما رواه الشیخ بسنده الی عیسی بن عبدالله. .

ص: ۵۷

۱- الوسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، الباب ۱۴ ح ۱. و الباب ۲ من ابواب الضمان ح ۱.

[رواه] الصدوق مرسلًا (ان عبد الله بن الحسن احتضر فاجتمع عليه غرمائه فطالبوه بدين لهم. فقال: ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبنى عمى على بن الحسين او عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: اما عبد الله بن جعفر فملى مطول، واما على بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو احبهما لينا. فارسل اليه فاخبره الخبر. فقال (عليه السلام): اضمن لكم المال الى غله. ولم يكن له غله. فقال القوم: قد رضينا فضمنه. فلما اتت الغله اتاح الله تعالى له المال فاداه) (١). فقد استدل به فى المختلف، و [لكن] فيه اشكال مع قطع النظر عن السند بعدم استناده الى معصوم. و [الجواب:] لعله اخذه من ابائه عليهم السلام. ووجه الاستدلال انه خير الغرماء فى اختيار ايهما، ولو لم يكن رضاهم معتبرا لما خيروهم. حجه الشيخ حكاية على (عليه السلام) وأبى قتاده [وضمانيهما] للميت. فقد روى انه (حضر عند النبي جنازه. فقال (صلى الله عليه وآله): هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم در همان. فقال: صلوا على صاحبكم. فقال على (عليه السلام): هما على يا رسول الله وانا لهما ضامن. فصلى عليه النبي (صلى الله عليه وآله) ثم اقبل على على فقال: جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك) (٢). فقد حكم (صلى الله عليه وآله) باللزوم مع عدم سبقه بالسؤال:

[رواه] الصدوق مرسلًا (ان عبد الله بن الحسن احتضر فاجتمع عليه غرمائه فطالبوه بدين لهم. فقال: ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبنى عمى على بن الحسين او عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: اما عبد الله بن جعفر فملى مطول، واما على بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو احبهما لينا. فارسل اليه فاخبره الخبر. فقال (عليه السلام): اضمن لكم المال الى غله. ولم يكن له غله. فقال القوم: قد رضينا فضمنه. فلما اتت الغله اتاح الله تعالى له المال فاداه) (٣). فقد استدل به فى المختلف، و [لكن] فيه اشكال مع قطع النظر عن السند بعدم استناده الى معصوم. و [الجواب:] لعله اخذه من ابائه عليهم السلام. ووجه الاستدلال انه خير الغرماء فى اختيار ايهما، ولو لم يكن رضاهم معتبرا لما خيروهم. حجه الشيخ حكاية على (عليه السلام) وأبى قتاده [وضمانيهما] للميت. فقد روى انه (حضر عند النبي جنازه. فقال (صلى الله عليه وآله): هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم در همان. فقال: صلوا على صاحبكم. فقال على (عليه السلام): هما على يا رسول الله وانا لهما ضامن. فصلى عليه النبي (صلى الله عليه وآله) ثم اقبل على على فقال: جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك) (٤). فقد حكم (صلى الله عليه وآله) باللزوم مع عدم سبقه بالسؤال: عن رضاء المضمون له. بضميمه اصاله عدم رضاه. وفيه: مع الاغماض عن السند، (٥) انه معارض بما هو اقوى منه سندًا ودلاله (٦)، لانه غاية التمسك بالاصل وهو لا يعارض الدليل. وقد يجاب با نه واقعه فلا تعم. وفيه: ما لا يخفى، اذا واقعه الخاصه تكفى لنفى شرطيه الرضاء، اذ لو كان وجوده شرطًا لصحته لما حكم بها مع عدمه. نعم يتم فى مثل ما لو وقع واقعه من الرضاء، فلم يمكن الاستدلال باشتراطه. وبان شاهد الحال يقضى بحصول العلم بالرضاء لضمان مثل على (عليه السلام).

ص: ٥٨

١- الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٥ ح ١

٢- الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٣ ح ٢ - وحكاية ابى قتاده: الباب ح ٣.

٣- الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٥ ح ١

٤- الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٣ ح ٢ - وحكاية ابى قتاده: الباب ح ٣.

٥- ولكن روى فى الكافى (ج ١ ص ٣٥٣ وروى فى التهذيب (ج ٢ ص ٥٩) نحو هذا الحديث عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن يحيى الحلبي، عن معاوية بن وهب، عن الصادق (عليه السلام) ودلالته اوضح.

٦- ولكن روى فى الكافى (ج ١ ص ٣٥٣ وروى فى التهذيب (ج ٢ ص ٥٩) نحو هذا الحديث عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن يحيى الحلبي، عن معاوية بن وهب، عن الصادق (عليه السلام) ودلالته اوضح.

مع ان الظاهر ان الميت لم يخلف شيئاً. وفيه: ان الرضا المعتبر هنا المقرون بالانشاء المحمول على الاراده، لا مجرد موافقه الطبع الذى هو معنى الشهوه. فلا- معنى للاستدلال بشاهد الحال على الرضا بالمعنى الثانى على المعنى الاول الذى هو المعتبر فى المقام. واستدل الشيخ فى النهايه بموثقه اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله (عليه السلام) (فى الرجل يكون عليه دين يحضره الموت. فيقول وليه: على دينك. قال: يبرئه ذلك وان لم يقضه وليه من بعده. وقال: ارجو ان لا- يآثم وانما اثمه على الذى يحبسه) (١) وفيه: مضافا الى عدم مقاومته من حيث النسد والاعتضاد، لادله المشهور، ان فيه اطلاقا بالنسبه الى حصول رضا المضمون له وعدمه. ومقتضى الجمع حمله على ما دل على اعتباره بالنصويه. وربما يستدل له بصحيحه حبيب الخنعمى (٢) وموثقه الحسن ابن جهم (٣). وهما مع خروجهما عن محل النزاع مخالفان للاجماع والاصول الشرعيه. ولهذا تركنا ذكرهما وذكر ما فيهما. واما رضاء المضمون عنه: فلايعتبر، بلا خلاف صريح. بل ادعى عليه الاجماع جماعه من الاصحاب ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر الاخبار الداله على كفايه رضا المضمون له كما مرت. ومنها حكايه ضمان على (عليه السلام) عن الميت، مع ان العلامه ادعى الاجماع على جواز الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه، ويؤيده (٤) صحه اداء دين المديون بدون رضاه. نعم اختلفوا فى ما علم المضمون عنه بالضمان فانكره. والاشهر الاظهر فيه ايضا انه غير مضر، خلافا لما نقل عن الشيخين وابن ابى حمزه وابن البراج، حيث نفوا الصحه بالانكار. ولكن يظهر من الفقهاء خلاف فى فهم مرادهم، فبعضهم فهم ان قولهم بالبطلان لاجل اعتبارهم الرضاء فى الصحه والاستقرار فى اول الامر، فمرادهم ان الانكار لما كان كاشفا عن عدم الرضا اولاً، فيبطل. وآخرون فهموا ان الانكار مانع. يعنى انه يصح مع عدم معلوميه الرضاء وعدم الرضاء ويستقر، لكن يحكم بالبطلان اذا انكر. وعلى هذا فاصل مسئله .

ص: ٥٩

- ١- الوسائل: ابواب الدين، الباب ١٤ ح ٢.
- ٢- لم اعثر على هذا الحديث.
- ٣- الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٤ ح ١.
- ٤- وفى النسخه: ولا يؤده...

اشترط الرضاء خلافه ولذلك قلنا (بلا خلاف صريح). وكيف كان فالأظهر قول المشهور. لعدم وضوح دليل للقول الآخر. وان اشعرت عباره السرائر بوجود روايه تدل عليه. ودلاله ما مر من الأدله، عليه. مضافا الى الاستصحاب واولويته بالنسبه الى الدين حيث حكموا بسقوطه بالاداء وان كره المديون. ثم: انهم اختلفوا (على القول باشترط رضا المضمون له) في اشترط القبول اللفظي الجامع للشرايط، او انه يكفى مجرد الرضاء؟. والظاهر فيه عدم الاشترط، وفاقا لفخر المحققين والمحقق الاردبيلي. بل لم يظهر تصريح ممن تقدم على العلامه به، وجعله فى القواعد احتمالا. ولكنه رجح اشترطه فى التذكره والتحرير. وكذلك المحقق الثانى والشهيد الثانى. لنا: عموم (اوفوا بالعقود) وغيره، نظر الى ان المراد بالعقود هو العهود الموثقه الشامله لمثل النذر والعهد واليمين، والشرايط المذكوره فى ضمن العقود. بل مطلق الالتزام، كما هو المعنى الظاهر من معانى الشرط. فيندرج تحت قولهم (عليه السلام) (المؤمنون عند شروطهم). وتفسير العقود بما ذكر للمطابقه باللغه والعرف. ولما ذكره المحققون من مفسرى العامه والخاصه. ويظهر ذلك من جمهور الفقهاء الا من شذ. وانما خرج العقود الجائزه بدليل. ويدل عليه ايضا صحيحه عبدالله بن سنان المتقدمه، فان اطلاق الجواب فى مقابل السؤال:

اشترط الرضاء خلافه ولذلك قلنا (بلا خلاف صريح). وكيف كان فالأظهر قول المشهور. لعدم وضوح دليل للقول الآخر. وان اشعرت عباره السرائر بوجود روايه تدل عليه. ودلاله ما مر من الأدله، عليه. مضافا الى الاستصحاب واولويته بالنسبه الى الدين حيث حكموا بسقوطه بالاداء وان كره المديون. ثم: انهم اختلفوا (على القول باشترط رضا المضمون له) في اشترط القبول اللفظي الجامع للشرايط، او انه يكفى مجرد الرضاء؟. والظاهر فيه عدم الاشترط، وفاقا لفخر المحققين والمحقق الاردبيلي. بل لم يظهر تصريح ممن تقدم على العلامه به، وجعله فى القواعد احتمالا. ولكنه رجح اشترطه فى التذكره والتحرير. وكذلك المحقق الثانى والشهيد الثانى. لنا: عموم (اوفوا بالعقود) وغيره، نظر الى ان المراد بالعقود هو العهود الموثقه الشامله لمثل النذر والعهد واليمين، والشرايط المذكوره فى ضمن العقود. بل مطلق الالتزام، كما هو المعنى الظاهر من معانى الشرط. فيندرج تحت قولهم (عليه السلام) (المؤمنون عند شروطهم). وتفسير العقود بما ذكر للمطابقه باللغه والعرف. ولما ذكره المحققون من مفسرى العامه والخاصه. ويظهر ذلك من جمهور الفقهاء الا من شذ. وانما خرج العقود الجائزه بدليل. ويدل عليه ايضا صحيحه عبدالله بن سنان المتقدمه، فان اطلاق الجواب فى مقابل السؤال: وجعل شرط الصحه هو رضا الغرماء، يقتضى عدم اشترط شىء آخر، والالزم (تاخير البيان عن وقت الحاجه)، كما هو ظاهر المقام. فهو فى قوه ان يقال (رضاء الغرما وضمان الضامن مبرء لذمه الميت) فلا كراهه فى المناقشه بان المطلق انما يحمل على العموم اذا سبق الكلام لبيان حكم المطلق لا اذا ذكر المطلق لبيان حكم شىء آخر. وقد استدلل على ذلك ايضا بقوله تعالى (وانا به زعيم) (1). وهو مشكل. لان حججه شرع من قبلنا انما يثبت فى ما لو ظهر من الشارع حكايته على سبيل المدح. لا مطلق .

ص: ٦٠

الحكاية. والاستناد الى استصحاب ما لم يثبت الناسخ (1)، مشكل. لان الحسن والقبح العقليين بالوجوه والاعتبارات. على الاصح. وكذلك حكاية ضمان على (عليه السلام) وأبى قتاده المتقدمه. لان عدم نقل القبول لا يدل على عدمه، الا انه خلاف الظاهر. وقد يستدل ايضا بوجوه آخر يمكن القدح فيها اعرضنا عنها. واحتج من قال بالاشتراط، بالاستصحاب، وبانه من العقود اللازمه، مدعيا عليه الاجماع لا بد فيها من القبول، والاصل لا يعارض الدليل. ولا نسلم ان كل عقد لا بد فيه من القبول، اذ قد عرفت ان العقد اعم من ذلك. بل [اعم] مما يشترط فيه الرضا [فقط] من طرف آخر، اذ قد لا يكون هناك الا التزام او عهد مع الله. انما صدر هذه الغفله من ملاحظه اصطلاح الفقهاء حيث يقتسمون الفقه الى العبادات والعقود والايقاعات والاحكام. واين هذا من المعانى اللغويه والعرفيه التى عليها المدار فى فهم كلام الشارع. والحقيقه الشرعيه ايضا غير تامه فى ذلك. واحتجوا ايضا بما روى فى فقه الرضا وقد مر. وفيه مع الاغماض عن السند وفقد الجابر، ان لفظ (قبلت) لا يدل على اعتبار القبول اللفظى الجامع للشرايط المعبره عندهم. لان من معانيه المناسبه للمقام المذكوره فى كتب اللغه اما هو الرضا كما ذكره فى تفسير قوله تعالى (فتقبلها ربها بقبول حسن) يعنى رضى بها مكان النذر. او من الاخذ ومنه (القابله) التى تاخذ الولد. وهو ايضا يرجع هنا الى التلقى والرضا. يعنى لم يعرض عن الضمان واخذه. وقبول العذر ايضا بمعنى الرضا. ويقال بالفارسيه (پذيرفتن) واما القول بان المراد من كلمه (قبلت) التكلم بلفظ (قبلت) من حيث ماده والهيئه، فليس من معانيه اللغويه، ولم يثبت فيه حقيقه شرعيه، ولو سلم ثبوت الحقيقه الفقهيّه، فهو لا ينفع فى فهم الالفاظ كما مر، فهذا خلط فى الاصطلاح. فلا تغفل.

مطلب دوم: در بيان مسأله (ضمان عهده) است. بدان كه (عهده) در اصل اسم وثيقه است واسم كاغذش، كه نوشته مى شود در آن وثيقه بيع وشراء، يعنى محكم كارى آن..

ص: ۶۱

ونوشته می شود در آن مقدار ثمن واوصاف آن، و معجل بودن یا موجل بودن آن، چنانکه علما ذکر کرده اند. و در کتب لغت هم این را یکی از معانی عهده ذکر کرده اند. و علامه و غیر او گفته اند که از آنجا نقل شده، و غالباً استعمال می شود در اصل ثمن. یعنی هر گاه کسی بگوید (ضامن عهده شدم) معنی آن این است که (ضامن ثمن شدم). و در صحاح مذکور است (العهد: الذکر). و گفته است که معنی (عهده علی) این است که (ما ادرك من درك فاصلاحه علی) و گفته است که (درك) به معنی (تبعه) است و تبعه به معنی (مظلومه) است. و الحاصل: هر گاه ضامن بگوید از برای مشتری (که مشوش است از ناخوشی که رو دهد در آنچه میخرد) که عهده آن بر من است. یعنی اگر مظلومه بهم رسد و به تو ظلمی و نقصانی برسد از جهت این مبیع - مثل این که مبیع مال غیر بر آید یا فساد آن بیع ظاهر شود - اصلاح امر تو و نقصانی که عاید بشود به تو از باب قیمتی که داده ای بر ذمه من باشد. و عهده در لغت به معنی ضعف و سست [ی] هم آمده. چنانکه میگویند (فی هذا الامر عهده) و (فی عقله عهده) یعنی امر هنوز محکم نشده (۱) و در عقل فلانی ضعیفی هست. پس معنی ضمان عهده این است که (من تدارك ضعف و سستی و ناتمامی این معامله را میکنم و آن در ذمه من است). و تعهد به معنی التزام هم هست و عهده به معنی ذمه هم هست. و از این جهت است که علامه در تذکره گفته است که این ضمان را (ضمان عهده) میگویند به سبب این که ضامن ملتزم می شود آنچه را که در عهده بایع است که رد کند. به هر حال اصل ضمان عهده ثمن در صورتی که مشتری ثمن را تسلیم بایع کرده باشد - به این معنی که کسی ضامن شود از برای مشتری از جانب بایع که اگر مبیع مال غیر بر آید و آن غیر هم اجازه بیع نکند او از عهده غرامت بر آید و به مشتری رد نماید - صحیح است. و ظاهراً خلافتی در آن نیست. و از جمعی ظاهر می شود که اجماع است، مثل علامه در تذکره، و صاحب مسالك و اخوند.

ص: ۶۲

۱- نیاز به زمان نیز مورد نظر است یعنی (این امر نیازمند زمان است) و در موضوع بحث ما نیز آنچه در زمان آینده رخ میدهد مورد نظر است.

ملا احمد اردبیلی (ره). ودلالت میکند بر آن عموم (اوفوا بالعقود) وامثال آن. و هم چنین ضرورت و عسر بدون آن. زیرا که بسیار است که احتیاج می شود به معامله و اعتمادی به بایع نیست، گاه است مال غیر را میفروشد و فرار میکند و دست به او نمیرسد. و این مسأله در صورتی که عین ثمن موجود باشد در حین ضمان از باب (ضمان اعیان مضمونه) می شود که در آن خلاف است. و بعد از این حکم آن مذکور می شود، ولکن گویا که اطلاق ایشان در اینجا مبتنی باشد بر اجماع در این صورت، با حصول ضرورت. والا قول به آن از برای قائل به منع در اعیان مضمونه صورت نداشتی. و اما در صورت تلف ثمن پس اشکال به هیچ یک از دو قول نیست. و به هر حال چون شرط است در صحت ضمان، اشتغال ذمه مضمون عنه پس قبل از تسلیم ثمن به بایع ضمان آن بی صورت است. و به این سبب قید کرده اند صحت ضمان را به این که مشتری ثمن را تسلیم کرده باشد. بلکه تصریح کرده اند به عدم صحت در صورت عدم تسلیم. و ظاهر این است که مراد آنهایی که ترک قید کرده اند همین باشد. چون قبل از تسلیم از باب (ضمان مالم یجب) است. ولکن گاه است ضرورت داعی بر صحت آن هم بشود، بلکه احتیاط و قصد وثیقه قبل از دادن مال از دست اهم است در نظر عقلا و عموم منع از (ضمان ما لم یجب) هم ممنوع است، چنانکه در مواضع بسیار واقع شده، مثل (اللق متاعک فی البحر و انا ضامن) و مثل ضمان اعیان مضمونه بنا بر قول به آن، و غیر اینها، و عموماً هم شامل آن است. و بدان که هر گاه ضامن شود ثمن را قبل از تسلیم، و آن ثمن دین باشد بر ذمه مشتری، در آن اشکال نیست. چون دینی است از دیون و ضمان آن صحیح است. و این ضمان ثمن است نه عهده ثمن. و اما اگر آن ثمن عینی باشد و هنوز تسلیم نشده و ضامن می شود، پس اظهر صحت آن است نیز چنانکه محقق ثانی تصریح به آن کرده است. و اینهم داخل ضمان اعیان مضمونه می شود، و دلیل آن همان [است] که مذکور شد و بعد هم خواهد آمد. و بدان که ظاهر مشهور و (مصرح به) در کلام جمعی، این است که ظهور فساد بیع به سبب وقوع

خللی در ارکان و شرایط آن - یا به سبب اقتران به شرط فاسدی که منشأ فساد بیع می شود - نیز مثل ظهور استحقاق غیر است، و در آن ضمان صحیح است. چون رد ثمن در این صورت واجب است و حق مشتری در حین ضمان باقی است در واقع. و در حکم این است که مستحق غیر بر آید. و بعضی در این تأمل کرده اند به سبب این که احتراز از این که مبیع مال غیر نباشد غالباً ممکن نیست یا متعسر است، و اما احتراز از خلل در ارکان بیع، آسان است. و ترک آن مبتنی بر تقصیر مشتری است. و این مرفوع است به (اصل عدم لزوم تفحص) در جائی که فساد ظاهر نباشد. و اینکه بسیار می شود که خلل در ارکان و شرایط مخفی میماند به سبب جهل یا نسیان. و به هر حال، عموماً ضمان مصحح آن است. به هر حال باید در حین ضمان حقی در ذمه مضمون عنه ثابت باشد، هر چند آن حق استحقاق مطالبه و وجوب ردعین باشد. چنانکه در مسأله ضمان اعیان مضمونه، بنا بر قول به آن، چنانکه خواهد آمد. و در صورتی که به هیچ نحو حقی در ذمه او نباشد، ضمان صحیح نیست، بدون خلاف ظاهری. پس هر گاه متجدد شود بطلان بیع به سببی که متأخر باشد از ضمان، بر ضامن چیزی نیست. مثل این که فسخ کند به سبب تقایل. یعنی هر دو راضی شوند به فسخ کردن بیع و فسخ کنند. یا به سبب خیار که داشته اند فسخ کنند، یا به سبب اخذ به شفع آن بیع بر هم خورد. یعنی هر گاه بایع ملک خود را فروخت به شخصی و دیگری ضامن شد از جانب بایع از برای مشتری که اگر فساد بیع بر خورد غرامت قیمت را بکشد از برای مشتری. و بعد از بیع و ضمان، شخصی که شریک بایع بود در آن ملک مطلع شد و گفت (اخذت بالشفعه). که در این صورت باید شفیع ثمن را به مشتری مالک ملک می شود و بیع باطل می شود (و تا ثمن را ندهد به مشتری مالک نمی شود). پس در اینجا بر ضامن چیزی نیست. چنانکه بر بایع هم چیزی لازم نیست، بلکه غرامت ثمنی که مشتری داده است به بایع همان است که شفیع به او میدهد. بلی اشکال در چند جا هست: اول: در صورتی که فسخ کند مشتری بیع را به سبب علتی که در حین بیع موجود بوده، و خلاف کرده اند که آیا ضمان لازم می شود یا نه (؟ - ؟) جمعی قائل شده اند به

عدم لزوم، واین را در کفایه اشهر نامیده است. و علامه در قواعد اشکال کرده و عبارت آن این است (وللمشتری عن البایع، یعنی یصح ضمان مشتری عنه بان یضمن عن البایع الثمن بعد قبضه متی خرج المبیع مستحقا او رد بعیب علی اشکال). ولکن بعد از قلیلی فاصله گفته است که (الاقرب انه لا یصح ضمان عهده الثمن لو خرج المبیع معیبا ورده، والصحه لو بان فسادہ بغیر الاستحقاق کفوات شرط معتبر فی البیع او اقتران شرط فاسد به) (۱). وبعد از فاصله بسیاری گفته است (ویرجع علی ضامن عهده الثمن فی کل موضع یبطل فیہ البیع من راس، لامایتجدد له الفسخ بالتقایل او البیع السابق...) ووجه اشکال - چنانچه فخر المحققین وشیخ علی گفته اند - این است که چون ثمن به سبب فسخ لازم شده است بر بایع ودر حین ضمان چیزی بر او نبود پس از باب (ضمان مالیم یجب) است، پس ضمانی لازم نیست. وچون سبب فسخ که عیب است موجود بود در آن حال وحاجت وضرورت داعی است بر این ضمان، پس ضمان صحیح است ولایم است. وفخر المحققین بعد از آن که وجه اشکال را چنین ذکر کرده گفته است که حق صحت است، به جهت این که عذر غالب اولی است به تجویز رخصت، از عذر نادر. و هر گاه در مثل (التق متاعک فی البحر وعلی ضمانه) قائل به صحت باشیم با وجود ندرت وقوع آن، پس در ما نحن فیہ اولی خواهد بود چون غالب الوقوع است. و هر چند در استدلال به اولویت اشکال است، ولکن اظهر صحت است به سبب ضرورت ورفع حاجت ولزوم عسر، وبه جهت آن که پیش گفتیم که دلیلی بر اشتراط (وجوب حق در ذمه مضمون عنه در حین ضمان) ثابت نیست. وعمومات (اوفو بالعقود) واطلاقات ضمان، همه شامل اینجا هست. وعجب از آخوند ملا احمد (ره) [است] که در مسأله ضمان اعیان مضمونه میل به این نوع استدلال کرده، ودر اینجا فتوی به عدم لزوم داده، واشکال را از علامه در تذکره نقل کرده، ووجه اشکال که در تذکره مذکور است این است که چون بایع تفریط کرده وبا وجود امکان، اعلام نکرده، پس گویا استحقاق مشتری مطالبه ثمن را در حین ضمان، ثابت بوده، پس الحال که عیب ظاهر شد [و] فسخ کرد، ضامن باید از عهده بر آید، و .

ص: ۶۵

چون آن فسخ بعد از ضمان حاصل شده و مانند تقابیل است که به رضای یکدیگر معامله را فسخ کنند، پس بر او چیزی نیست. وبعد از نقل اشکال تذکره و (تایید عدم صحت به (اصل) وعدم تحقق استحقاق در حین ضمان) گفته است که: تفریط مستلزم ضمان نیست. و بدان که: در این مقام سخن دقیقی هست که باید متنبه آن شد. و آن این است که فرق است ما بین این که ضامن بگوید به مشتری (ضمنت لک عهده الثمن) یا (ضمنت لک در که) و امثال این، و بعد از آن ظاهر بشود که مبیع در حین بیع معیب بوده. و ما بین این که بگوید (ضمنت لک عهده الثمن لو ظهر لک کون المبیع معیبا وردده). و در صورت اول که تصریح نمی کند به سببی از اسباب و مطلق میگوید که (ضامن شدم عهده ثمن را) شکی نیست که صورت ظهور مبیع مستحقا للغیر یا ظهور فساد بیع به جهت عدم تحقق شرطی از شرایط آن، داخل است. و اشکال در این، این است که آیا آن اطلاق شامل ظهور آن عیب در مبیع و امثال آن هست یا نه؟ -؟. و در صورت دوم پس باید نظر در دلیل اصل مسأله ضمان مقید به صورت ظهور عیب کرد، خواه داخل افراد (ضمان عهده مبیع مطلق) باشد یا نه. و هر گاه این را دانستی بدان که عبارت علامه در قواعد در ظاهر تناقصی از آن مستفاد می شود که در اول اشکال کرده در ضمان به سبب رد به عیب، و در ثانی گفته است که اقرب این است که صحیح نیست ضمان عهده ثمن هر گاه مبیع مغضوب بر آید. و در ثالث جزم کرده است که رجوع نمی شود به ضامن در صورتی که رد کند مشتری مبیع را به عیب سابق. و بعضی رفع تناقض را به این کرده اند که مراد او در آنجا که اشکال کرده این است که آیا در صورت اطلاق ضمان عهده این قسم هم داخل ضمان است که عیب ظاهر شود و رد کند. یا نه. و در ما بعد مراد او این است که در صورت تصریح به ضمان، صحیح نیست. [و] استشهاد کرده اند به عبارات فقها در مقامات چند که ذکر کرده اند: در صورت اطلاق ضمان عهده آیا فلان درک داخل است یا نه. و تو میدانی که عبارت علامه تاب این عمل را ندارد و لفظ (متی خرج المبیع معیبا) و (متی رد بعیب) و لفظ (لو خرج المبیع معیبا و رده) همه قید ضمان است و ضمان معلق

بر آن است، نه قید صحت و عدم صحت، یعنی ضامن شود از جانب بایع به این نحو که اگر رد شود به سبب عیب، ضامن باشد و یا اگر مبیع معیب بیرون آید ورد کند، ضامن باشد. و هکذا کلام فخر المحققین هم ظاهر در این است، نظر به مثالی که آورده در مثل (الق متاعک فی البحر) که تصریح به ضمان خاص، است. و اما عبارت سوم علامه پس آن قابل صورت اطلاق و تقیید (همه) هست، و با وجود این همه میگوئیم که تناقضی در کلام نیست، چون متعارف است که در مسأله اشکال میکنند و بعد از آن که اختیار احد طرفین میکنند. (۱) پس بدان که: ثمره فرق مابین اطلاق و تقیید (که مذکور شد) این است که در کیفیت استدلال بر مطلب و اتمام، این تفاوت بهم رسد. پس هر گاه تقیید کند ضامن را و تصریح کند که ضامنم هر گاه مبیع معیب بر آید و مشتری رد کند، قیمت را به او میرسانم. پس میتوان گفت که این عقدی است و داخل (اوفوا بالعقود) است و وفای آن، به آن لازم است، و علامه بر ادعای (۲) دخول آن در تحت اطلاقات ضمان و هر گاه مقید نکند و مطلق بگوید که ضامن شدم درک بیع را و تبعه [ای] که بر آن مترتب می شود. آیا شامل صورتی که [مبیع] معیوب ظاهر می شود و مشتری رد کند، [است؟] تا استدلال به آن عمومات توان کرد. یا نه؟. و این معنی در مقامات بعد از این واضح می شود. مثل ثبوت ارش، و تلف مبیع قبل از اقباض، و هم چنین در اخذ به شفع که پیش گذشت. و به هر حال، اگر نگوئیم که اطلاق ضمان عهده شامل این نیست لا اقل توقف باید کرد، خصوصا به ملاحظه (اصل) و عدم تبا در این از مطلق ضمان عهده. و بدان که: مراد از (فسخ به سبب عیب) در اینجا، فسخ به عیبی است که در حین بیع بوده است. و اما عیبی که بعد از بیع حاصل شود، هر چند هر گاه قبل از اقباض مبیع باشد آن هم موجب خیار فسخ باشد و لکن در اینجا کسی قایل نشده است به ضمان.

ص: ۶۷

۱- باید صورت صحیح این عبارت یکی از دو صورت زیر باشد: الف: در مسأله اشکال میکنند و بعد از آن اختیار احد طرفین میکنند. ب: در مسأله اشکال میکنند بعد از آن که اختیار احد طرفین میکنند. مطابق سلیقه علامه (خصوصا در قواعد) عبارت دوم مناسبتر است.

۲- صحیح: علاوه بر ادعای دخول...

ضامن. چون در حال ضمان موجود نبوده و از باب اسباب متجدده است. مثل تقایل و غیر آن. بلکه ظاهر مسالک و غیره دعوی اجماع است بر عدم ضمان.

دوم: (۱) در جایی است که باطل شود بیع به سبب تلف مبیع قبل از اقباض مبیع و بعد از قبض ثمن، که در اینجا نیز مطالبه نمی تواند کرد مشتری قیمت را از ضامن، بکله رجوع میکند به بایع، چون ظاهراً خلافی نیست در این که تلف مبیع قبل از اقباض از مال بایع است. و معنی آن این است که قبل از تلف به لمحّه [ای] مال بر میگردد به بایع و از کیسه او می رود. بلی علامه احتمالی داده که از مال مشتری باشد. و آن ضعیف است. و ثمره این خلاف در این ظاهر می شود که نماء مبیع تا حین تلف از مال مشتری است، بنا بر مشهور، و از مال بایع است بنا بر احتمال علامه. و هم چنین سایر ثمرات ملک پس بنا بر این چون در حالت ضمان تلفی واقع [ن] شده بود و بایع مشغول الذمه ثمن نبوده که ضمان بر آن واقع شده باشد. پس از ضامن مطالبه نمیتوان کرد، پس [نه] در مطلق ضمان عهده داخل می شود هر گاه به عنوان اطلاق ضامن شده باشد، و نه صحیح است تصریح بر این که من ضامنم اگر فسادی رود به سبب تلف قبل از قبض. و لکن اشکالی که سابق کردیم، در اینجا هم وارد است، که در صورت تصریح چرا صحیح نباشد؟ و حال آن که عموماً شامل آن هست، و عموماً دلیل بطلان ضمان مالیم، مسلم نیست. و خلافی در اصل مسأله در نظر نیست الا اشکالی که علامه در تذکره گفته است که اگر قایل باشیم به این که بیع به سبب تلف مبیع قبل از قبض منفسخ می شود از حین تلف، پس رجوع به ضامن نمیتوان کرد. و اگر قایل باشیم که از اصل باطل می شود، رجوع توان کرد. و عبارت منقوله از تذکره این است (فلو تلف المبیع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد، فیطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البيع ینفسخ من اصله فهو کظهور الفساد بغیر الاستحقاق، وان قلنا ینفسخ من حینه، فکالرد بالعیب). یعنی اگر قایل باشیم که بیع از اصل بر هم می خورد، پس آن مانند جایی است که ظاهر بشود از غیر جهت ظهور این که مبیع مال غیر بوده است، بلکه مثل این باشد که به سبب .

ص: ۶۸

۱- این دومین (جای) است از جاهائی که قبلاً فرمود: بلی اشکال در چند جاهست، اول:....

اختلال شرطی از شروط میباید فاسد باشد، که اظهر در آن رجوع به ضامن است نه بایع . و اگر قایل باشیم که بیع باطل می شود. در حین تلف و قبل از آن مال مشتری بود، پس از قبیل رد به عیب است، که در رجوع به ضامن اشکال کرده بود در آن. و ذکر این تشبیه ها در کلام علامه از برای تحقیق مقام تشبیه و مشابهت است و کیفیت این که حکم به عنوان جزم است یا اظهر است یا محل اشکال است. نه این که از باب قید احترازی باشد. این محتاج است به دقت نظر و تأمل. و صاحب مسالك بحث کرده است بر علامه و گفته است که هر چند ما حکم کنیم به بطلان بیع از اصل، اما این حکمی است که لاحق ضمان شده و بعد از آن حاصل شده، و چون میباید در حال ضمان مال مشتری بود در ظاهر شرع، و در نفس الامر ثمن مال بایع بود و مال مشتری به ذمه او متعلق نشده بود و این تلقی که طاری شده به سببی شد که خدا حکم کرد به عود ملک بر مالک اولی از اصل، پس ضمان متعلق به ثمن نمی شود. و آخوند ملا احمد (ره) بر او ایراد کرده به آنچه حاصل آن این است که بودن میباید مال مشتری تا حین تلف در نفس الامر و در حکم خدا در جمیع زمان (۱) بعد وقوع بیع تا حین تلف [بر عود آن به بایع، مردود است. زیرا [آنچه ما میفهمیم از بطلان بیع از اصل، این است که بیع مطلق است و بقاء میباید تا زمان قبض از شروط صحت آن است و عدم بقاء مانع از صحت آن است، چنانکه در امثال آن گفته اند. تمام شد کلام آخوند (ره). و آنچه به فهم قاصر میرسد این است که مراد شهید ثانی (ره) این است که تلف میباید سبب نقل است از مشتری به بایع، نه کاشف از نقل. و این از باب اجازه فضولی نیست بنا بر قول به کشف که ثمرات ملک بر آن مترتب شود از حین صیغه تا حین اجازه. و از باب فضولی بنا بر قول به نقل هم نیست که اجازه جزء سبب باشد و نقل به سبب اجازه حاصل شود از حین اجازه و ثمرات اجازه از برای مجیز حاصل شود نه قبل آن. بلکه به سبب بیع، ملک مال مشتری است و ثمرات آن از برای مشتری حاصل است الی حین .

ص: ۶۹

التلف. وتلف سبب انتقال ملك است از ما بعد عقد مسلوب المنافع. وسر این کلام این است که نظر به حدیثی که وارد شده که (تلف المبیع قبل القبض من مال البایع) (۱) فهمیدن معنی (من مال البایع) مشکل می شود. چون به سبب عقد، مبیع مال مشتری شده. و به این جهت توجیه کرده اند و گفته اند که این حدیث (بدلالت تبعیه) دلالت دارد بر این که به سبب تلف، مبیع مال بایع می شود به لمحّه [ای] قبل از تلف. و هر گاه دست از قول مشهور علما برداریم (که مراد بطلان بیع است از حین تلف) و قائل شویم به این احتمالی که علامه در تذکره داده است که باطل می شود بیع از اصل، پس باز محتاجیم در صادق آمدن مدلول حدیث به این که مبیع را مال بایع کنیم و بگوئیم که تلف از مال بایع شده. پس میگوئیم باید به سبب تلف بگوئیم که بعد از جریان صیغه بیع مبیع مال بایع شد و تلف در مال او شده هر چند مال بایع شدن با سلب منافع و سایر ثمرات باشد. پس جریان صیغه باعث صحت بیع است و جمیع آثار آن بر آن مترتب می شود که از جمله آنها این است که ثمن حق و مال بایع است و بر ذمه او چیزی از حق غیر نیست، و ضمان بر آن مترتب نمی شود، و نمائی که حاصل می شود مال مشتری است. و تلف همین قدر کار میکند که مبیع مسلوب المنافع و الاثار مال بایع می شود که صادق آید (التلف من مال البایع). پس با این جمع می شود ما بین حدیث (التلف من مال البایع) و میان اصل و قاعده صحت بین و ترتب آثار بر آن. که از جمله آنها عدم صحت ضمان است. و از آنچه گفتیم فرق ما بین ما نحن فیه و عقد فضولی ظاهر می شود بنا بر قول به کشف. که در فضولی اجازه کاشف است از این که اصل عقد در ملک مالک اصلی واقع شده، نه این که بعد جریان عقد مال منتقل می شود به مالک اصلی، یا از مالک اصلی [به مشتری]. و در ما نحن فیه عقد در مال خود بایع واقع شده و تلف سبب ناقل بیع است از مشتری به بایع بعد از وقوع عقد. و مؤید این .

ص: ۷۰

۱- این جمله پیام و ما حصل چندین حدیث است. رجوع کنید: وسایل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع: باب ۴ و ۸ و ۱۹ و ۲۶. و ابواب الخيار، باب ۱۰، ح ۱. - البته آنچه بیشتر مورد نظر است همین حدیث است.

مطلب است آنچه در مسأله غصب گفته اند که هر گاه غاصب نتواند رد عین کند و مالک عوض آن را از غاصب بگیرد بدون عقد معاوضه، این که جایز است از برای مالک انواع تصرفات در آن عوض حتی بیع و هبه و سایر تصرفات متلفه. و بعد از آن هر گاه غاصب قادر شود بر تسلیم مال مغضوب، مالک اصلی رجوع میکند به مال خود. اما غاصب پس آن رجوع به مالک نمی تواند کرد در آنچه تصرف کرده و تلف کرده. هر چند با بقای عین رجوع به مال خود می تواند کرد. چون دادن آن از برای حیلوله او بود میانه مالک اصلی و مال او. و اینهم نوعی است از انواع تملک که رقبه عوض، ملک مالک می شود و انواع تصرفات مالکانه می تواند کرد، و لکن مراعی است تا پیدا شدن مال مالک اصلی با بقای عوض. نه در صورت تلف. و غرض تأیید این است که در اینجا هم مانعی ندارد که ملک به سبب تلف منتقل شود به بایع، و لکن منافع او از آن نباشد همان عین فقط مال او می شود تا صدق کند که تلف از مال بایع شده. و حاصل مختار در مسأله این است که در صورت اطلاق ضمان عهده، ما نحن فیه داخل ضمان نیست. هر چند قائل باشیم که تلف سبب باطل شدن بیع باشد از اصل. و در صورت تصریح به ضمان اگر تلف شود، اظهر صحت ضمان است.

سوم: (۱) هر گاه کسی مالی فروخت به شخصی و دیگری ضامن عهده ثمن شد. و بعد از آن مال معیب بر آید و مشتری مطالبه ارش کند. آیا این ضمان نسبت به دعوی ارش، صحیح است و مشتری می تواند از ضامن مطالبه ارش کند یا نه؟ -؟. جماعتی تصریح به صحت کرده اند. و علامه در تحریر قائل به عدم صحت شده و جمعی توقف کرده اند. دلیل قول به صحت این است که: ارش در وقت ضمان در ذمه بایع ثابت بود، پس از (ضمان مالم یجب) نیست. و جهالت مقدار ضرر ندارد به سبب آن که [در] اصل ضمان .

ص: ۷۱

۱- معلوم نیست که مراد از (سوم) سومین جا از جاهائی است که فرمود (بلی اشکال در چند جاهست). یا مراد از آن (مطلب سوم) است. محتوای این بخش با احتمال اول تناسب دارد. لیکن نظر به این که پس از این بخش بلافاصله (مطلب چهارم) می آید، احتمال دوم قوی میشود.

جهالتی را که ممکن باشد استعمال آن، مضر نمیدانیم. یا آن که در خصوص ضمان عفو جهالت ثابت باشد. چنانکه بنابر قول به عدم صحت [ضمان] اعیان مضمونه، ضمان عهده ثمن مستثنی است و صحیح است. و به این سبب که ارش جزء ثمن است و در ذمه بایع ثابت است در حین ضمان، حکم آن مخالف [ن] می شود که با ضمان اصل ثمن. (چنانکه در مسأله اول گذشت). چون ضمان بایع در اینجا موقوف بود به فسخی که لاحق ضمان شده بود. و دلیل عدم صحت این است که: استحقاق ارش بعد از حصول علم به عیب و اختیار ارش، حاصل می شود. پس در حال ضمان خصوص ارش در ذمه بایع متعین نشده (۱)، بلکه همان (سبب) حاصل شده بود که آن عیب است، و آن مستلزم اشتغال ذمه به ارش نیست، بلکه سبب است از برای مختار بودن مشتری میان فسخ و رجوع به تمام ثمن، یا رضای به بقای بیع و اخذ ارش. پس خصوص ارش در حین ضمان مستقر نیست. و اگر بگوئی که آن مانند احد فردین واجب تخییری است که قبل از اختیار احدهما متصف به وجوب هست پس در اینجا هم اشتغال ذمه به احد فردین است که در ذمه بایع ثابت است. میگوئیم که هر گاه چنین باشد پس این کلام در مسأله اولی که ضمان اصل ثمن است هم جاری می شود. و حال آن که در اینجا قایل نیستند. و در مسالک گفته است که: حق این است که فرق است ما بین ارش و ثمن. چون ثمن واجب نمی شود الا به فسخ. و اما ارش پس آن بالاصاله واجب است. چون جزء ثمن است که عوض جزئی است که فوت شده از مال المعاوضه. یعنی مشتری ثمن را داده در عوض میباید و سلامت میباید بدون نقص. پس هر جزئی از ثمن مقابل همان مقدار است از میباید، و به سبب نقصی که در بیع حاصل شده بایع مستحق مساوی آن نیست. پس ارش که عوض آن نقص است از اصل مال مشتری است و همین که باقی ماند بر حال خود و فسخ نکرد آن ارش هم ثابت است در ذمه بایع. و اما این که می تواند فسخ کند و تمام ثمن را بگیرد پس آن تسهیل، امری است علی حده، که شارع برای او قرار داده، از راه این که .

ص: ۷۲

مقصود مشتری این بود که تمام مبیع از او باشد، والحال رضای به بعض ضرر او است. پس می تواند فسخ کند و رجوع کند به ثمن. وبعد از آن (۱) گفته است که حاصل اشکال این است که آیا ارش ثابت است به عقد و زوال آن به فسخ بیع و رجوع به ثمن، می شود؟ یا این که هر چند سبب اخذ ارش حاصل است در حال عقد که عیب باشد ولکن ثابت نمی شود مگر با اختیار کردن. و گفته است که: ظاهر می شود فایده و ثمره این اشکال نیز در جائی که مشتری عالم به عیب نبود و خرید و علم بهم نرسانید یا علم بهم رسانید اما مطالبه ارش نکرد. که آیا اشتغال ذمه بائع به ارش، باقی میماند به حال خود یا نه؟ -؟. پس بنا بر اولی که ارش به سبب عقد حاصل می شود، باقی میماند. و بنا بر ثانی باقی نمیماند. و مقتضای این کلام این است که: بنا بر شق دوم اشکال است که هر گاه علم به عیب بهم رسد از برای مشتری، بر بائع چیزی لازم نباشد رأساً. چون مخیر بودن مشتری ما بین اخذ ارش و ما بین فسخ و اخذ ثمن، متصور نمی شود الا- با حصول علم. پس بنا بر شق ثانی (۲) مال مشتری می رود بدون عوض. و اما [بنا] بر شق اول پس هر چند علم بهم رسد برای مشتری به عیب. بر بائع لازم است رساندن ارش به او چون مشغول الذمه آن است به سبب عقد. پس معلوم شد که ثمره این اشکال در صورت جهل مشتری است به عیب یا حصول علم و عدم مطالبه ارش. و آخوند ملا احمد (ره) بعد از آن که ترجیح داده شق اول را - و گفته است بعید است عدم ثبوت چیزی بر ذمه بائع زیرا که لازم می آید که مال مشتری از میان برود بدون عوضی خصوصاً با علم بائع به عیب و پنهان کردن آن - اشکالی که کرده در اطلاق کلام مسالک در بیان ثمره [است]. و آن این است که اشتغال ذمه بائع به ارش بنا بر شق اول اشکال، تمام نیست. زیرا که مقتضای اطلاق این است که هر چند مشتری بعد از جهالت علم حاصل کند به عیب (هر چند آن علم به سبب این باشد که بائع میخواهد که خود را .

ص: ۷۳

۱- در نسخه: وبعد از آن که...

۲- در نسخه: بنا بر شق ثانی اشتغال مال مشتری...

بریء الذمه کند وارش بدهد پس) او مستحق همان ارش است لاغیر. و بر بایع هم غیر از آن لازم نیست. اما این کلام اطلافا تمام نیست. به جهت آن که بعد از حصول علم اخذ ارش موقوف است بر این که فسخ نکند بیع را وراضی شود به عیب. و هم چنین در صورت حصول علم مشتری به عیب با عدم مطالبه که اطلاق قول به عدم سقوط ارش خوب نیست، بلکه محتمل است که همان عدم مطالبه ارش با علم به عیب کافی باشد در سقوط ارش. و ظاهر این است که مراد صاحب مسالك همان بیان شغل ذمه باشد و لزوم ایصال. حق در مقابل شق ثانی اشکال، که لازم آن این است که بر او هیچ نیست. نه این که در صورت مطلع شدن مشتری به عیب باز منحصر باشد حق، در اخذ ارش. و عمده مراد او بیان بقاء شغل ذمه است، هر چند به تلافی در روز قیامت باشد. یا اتصال به صغار ورثه در صورتی که فسخ ورد هم ممکن نباشد. و هم چنین احتمالی که آخوند ملا احمد (ره) داده در سقوط ارش به سبب عدم مطالبه بعد حصول علم، آنهم ضعیف است. چون سکوت دلالتی بر اسقاط ندارد. و آنچه به خاطر قاصر میرسد این است که بایع (به سبب بیع معیب و اخذ ثمن) سبب منقصتی (۱) از برای مشتری شده پس اگر بایع و مشتری هر دو در حال بیع عالمند به عیب، پس در آن سخنی نیست و مشتری را حقی نیست. و هر گاه هیچ کدام عالم به عیب نبوده اند و عالم هم نشوند تا به قیامت تبعه و مواخذه بر بایع نیست نه در دنیا و نه در آخرت. و هر گاه بایع عالم باشد یا عالم شود به عیب، و مشتری جاهل باشد (هر چند ذکر عیب در حین عیب واجب نیست بلکه افضل است و بیع بدون آن صحیح است و فعل حرامی نشده مگر در صورت تدلیس که عیب را بپوشاند و لکن) ظاهر این است که مشغول ذمه مشتری هست فی الجمله به جهت آن که تراضی بر وجه سلامت مبیع واقع شده، و بدون آن تصرف در ثمن (که مال مشتری است) بلا عوض ظلم است بر مشتری، و اکل او است بر غیر وجه تراضی. .

ص: ۷۴

واستیفای این نقصان را که مشتری باید بکند، شارع مقدس به اختیار مشتری قرار داده که فسخ کند و ثمن را استرداد کند یا فسخ نکند وارش بگیرد. پس بایع مشغول ذمه قدر مشترک است و به هر نحو مشتری خواهد استیفای حق خود میکند. پس بر بایع لازم است که در صورت جهل مشتری او را اعلام کند و کتمان نکند امری را که بر او ظاهر نمی شود، تا او به هر نحو که خواهد استیفا کند. و اما رضا شدن مشتری به عیب بعد از اعلام پس داخل اقسام استیفاء نیست. بلکه از باب عفو است. هر گاه این را دانستی بر میگردیم به مسأله ضمان و می گوئیم که هر گاه ضامن بر ذمه گرفت درک و تبعه ثمن را که مشتری داده به بایع، پس ظاهر این است که همین قدر مشترک که بیرون آمدن از غرامت مشتری (به هر یک از دو قسم که خواهد) بر ذمه ضامن قرار میگیرد نظر به اطلاقات ضمان، و عموم اوفوا بالعقود. و مثال آن چنانکه پیش گفتیم. و دلیلی بر خصوص تعیین ارش در حین ضمان نیست که [باید] ضامن متوجه آن باشد لاغیر. و در صورت تصریح به آن که (ضامن ارش میثوم اگر مشتری مطالبه کند) صحت ضمان اوضح و اظهر است. پس اظهر این است که استیفای ارش داخل اطلاق ضمان عهده ثمن باشد در صورت اختیار مشتری آن را. و می تواند مشتری که مطالبه از ضامن کند. و هم چنین هر گاه در عقد ضمان تصریح شود به این که: من ضامنم که اگر معیب بر آید و مشتری مطالبه ارش کند بدهم.

مطلب چهارم: مسأله (ضمان صنجه) است، که جمعی از علما تصریح به صحت آن کرده اند. و لفظ (صنجه) ظاهر این است که معرب (سنگ) باشد (۱) و مراد از آن سنگ ترازو است که به آن مبیع را وزن میکنند یا ثمن را. پس هر گاه بایع سنگی (۲).

ص: ۷۵

۱- پیشتر نیز (در مجلد دوم) با این لغت سر و کار داشتیم و از منابع لغت نقل شد که مراد از آن (ظرف کیل) و پیمانانه است و معرب (سینی) و (سینیچه) است که در مقام کاربرد می تواند در مورد سنگ ترازو هم به کار رود. البته عکس این نیز ممکن است زیرا منابع لغت بیشتر به کار برد روزمره توجه دارند تا به ریشه اصلی.

۲- و هم چنین اگر پیمانانه ای بیاورد.

بیاورد که مبیع را وضع کند. یا مشتری سنگی بیاورد که ثمن را وضع (۱) کند. ویکی از آنها متهم داند دیگری را در کم بودن سنگ، صحیح است که ثالثی ضامن شود که اگر ناقص بر آید از عهده نقصان بر آید. وظاهرا اشکالی در صحت آن نیست. وبعد از ظهور نقصان باید ضامن از عهده بر آید. وظاهرا این است که هر گاه به این [نحو] نشود (۲) و ضامن مطلق عهده ثمن شود، باز این داخل اطلاق ضمان عهده هست.

مطلب پنجم: هر گاه بعض مبیع مستحق غیر بر آید، پس ظاهرا خلافی نیست که رجوع می شود به ضامن در غرامت آن مقدار از ثمن که مقابل حق غیر است هر چند ضامن عهده مطلق باشد. واما آنچه در مقابل مال مالک است پس در آن خلاف است. ظاهر این است که مشهور علما قایلند به این که رجوع به بایع می شود نه به ضامن. چنانکه در کفایه نسبت به مشهور داده. وظاهر عبارت منقوله از تذکره اتفاق است. چون گفته است (عندنا)، و خلاف را در اینجا همین از شیخ نقل کرده در مبسوط که تجویز کرده است رجوع به ضامن را در جمیع، به جهت وجود اشتغال ذمه بایع به جمیع ثمن در حال بیع. یعنی (تبعض صفقه) که سبب تسلط بر فسخ و رجوع به ثمن در حال بیع موجود بود. و بر او ایراد کرده اند که سبب اشتغال ذمه [بر] آن، فسخ است. و آن بعد حاصل می شود. و بنا بر این که تبعض صفقه از جمله عیوب باشد، فرق گذاشتن ما بین این مسأله و مسئله ظهور عیب که پیش گذشت مشکل است. پسر هر کی در آنجا ترجیح داد رجوع به ضامن را (مثل فخر المحققین) باید در اینجا هم قائل باشد. و هم چنین هر کی در آنجا اشکال کرده (مثل علامه در تذکره) باید در اینجا هم اشکال کند. و به هر حال در صورت اطلاق ضمان عهده، دخول این در ضمان ضامن دلیل واضحی ندارد. واصل برائت ذمه ضامن رافعی ندارد. واما ضمان خود بایع، پس آن ثابت بود از اصل و رافعی برای آن ثابت نیست. واما در صورت تصریح به ضمان پس اظهر صحت ضمان است. چنانکه در مسأله عیب .

ص: ۷۶

-
- ۱- مثلا: مقدار گندم را از توده گندم وضع کند، جدا کند. - و شاید در اصل (وزن) بوده است که دچار اشتباه شده است.
 - ۲- و در نسخه، هر گاه باین شود.

اشاره به آن شد و گفتیم که ترجیح فخر المحققین هم در اینجا در این صورت بود.

مطلب ششم: در بیان صیغه ضمان عهده است. و علامه در تحریر (در سه نسخه که در نزد ما حاضر است) گفته است (ضمان العهده ان يقول ضمانت عهده، او ضمانت منه، او ضمانت در که، او يقول للمشتري ضمانت خلاصك منه). و ظاهر این است که مراد این است که ضامن بگوید به مشتری که من ضامنم عهده ثمن تو را هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید، یا بیع باطل شود من ضامنم که از عهده قیمتی که بایع داده [ای] بر آیم. یا بگوید (ضمانت عنه) یعنی ضامن به مشتری بگوید که من ضامنم از جانب بایع از برای تو، باز مراد ضمان ثمن یا عهده ثمن باشد. یا بگوید (ضمانت در که) یعنی ضامن شدم از برای تو درک ثمن و تبعه و مظلومه که از جهت خسارت ثمن به تو برسد. و این سه صیغه از برای ضمان ضامن است از برای مشتری از جانب بایع. و اما صیغه آخری: یعنی این که ضامن بگوید به مشتری (ضمانت خلاصك منه) پس این از برای ضامن شدن ضامن است از جانب مشتری از برای بایع. و این در صورتی است که مشتری تسلیم ثمن نکرده و ضامن از برای بایع ضامن می شود به مشتری میگوید که من ضامنم که هر گاه تو قیمت را نرسانی به بایع من برسانم و تو را از دست بایع خلاص کنم. یا اگر قیمتی که [مشتری] داد مال غیر بر آید، یا ناقص دیگر داشته باشد، من از عهده بر آیم. و ممکن است که این هم از نوع مثال های قبل باشد. یعنی ضامنم که اگر در مبیع عیبی و نقصی بهم رسد تو را خلاص کنم از نقصان که از جهت قیمتی که داده [ای] به بایع به تو برسد. و عبارتی که از تذکره نقل شده این است که ضامن به مشتری بگوید (ضمانت لك عهده، او ثمنه، او در که، او خلصتك منه). و معنی این عبارت هم از ملاحظه آنچه گذشت معلوم می شود. و علامه در تحریر - بعد از عبارتی که از او نقل کردیم - گفته است که (ولو ضمن خلاص المبيع لم يصح. لانه اذا خرج حرا لم يحل تخليصه، وان خرج مستحقا لم يستطع الا بالبيع. وذلك ضمان ما لم يجب فلم يصح. فان ضمن عهده المبيع و خلاصه بطل في الخلاص و صح في العهده).

یعنی هر گاه کسی ضامن شود از برای مشتری از جانب بايع که اگر مبيع مستحق غير بر آيد، يا بيع فاسد بر آيد، ضامن مبيع را خلاص کند و از برای مشتری مسلم دارد، این صحیح نیست. از برای این که اگر فساد بيع از راه این است که مبيع غلامی بوده و الحال معلوم شد که آزاده بوده و تدلیس کرده، تلخیص در اینجا ممکن نیست، چنانکه واضح است. و اگر فساد بيع از این راه باشد که مال غير بوده و فروخته و مالک هم اجازه نکرده، پس باز ضمان خلاص کردن، صحیح نیست. زیرا که ضمان مشروط است به این که در حین ضمان، آن حق مضمون، در ذمه مضمون عنه ثابت باشد، و خلاص کردن مبيع بر بايع واجب نبود بلکه بر او واجب بود رد مبيع به مالک یا قیمت آن. پس از باب ضمان مالم یجب، است و صحیح نیست. و وجه بهتر از این هم میتوان گفت و آن این است که هر چند منع کنیم عموم (عدم صحت ضمان مالم یجب) را، باز در اینجا ضمان صحیح نیست. چون تخلیص مبيع و ایصال به مشتری علی الاطلاق مقدر نیست. بلکه مشروط است به رضای مالک مبيع، و گاه هست که راضی شود. پس غایت آنچه در تحت قدرت او است سعی کردن در تحصیل مطلب و راضی کردن مالک است. و این معنی هر چند ممکن است و لکن مطلق سعی کردن مستلزم حصول و ایصال به مشتری نیست. و وظیفه ضمان و تحقق ماهیت آن، این است که ضامن ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس این از حقیقت ضمان ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس این از حقیقت ضمان خارج می شود. هر چند مضمون له به همین قدر اکتفا کند. و به هر حال، ضمان خلاص کردن مبيع صحیح نیست چنانکه جماعتی تصریح کرده اند. و در عبارت آخری که گفته است (فان ضمن عهده المبيع و خلاصه...) پس آن چندین احتمال دارد. یکی آن که مراد این باشد که بگوید (ضمنت عهده المبيع و ضمانت خلاص المبيع) که دو جمله مستقله باشد خواه متعاقب بگوید و خواه به فاصله. پس باز در حکم سابق است. یعنی ضمان اول صحیح است و ضمان دوم باطل. و اما هر گاه به یک جمله ادا کند و بگوید (ضمنت عهده المبيع و خلاصه) یعنی هم ضامنم که از غرامت ثمن بر آیم و هم مبيع را خلاص کنم و به مشتری برسانم، پس (قطع نظر از

این که بر او لازم نیست الا یک چیز و چنین سخنی داخل ضمان نیست و وجهی ندارد) ضمان در آن جزء آخری باطل است و در اول صحیح است. بلی، اگر مراد این است که چون اگر مشتری (۱) خواهان میبعت است و مشتاق آن است، و ضامن میگوید که من ضامن عهده میبعت می‌شوم. و ضامن سعی در تحصیل میبعت و تخلیص آن هم می‌شوم. که حاصل معنی او این باشد که به قدر مقدور سعی در تحصیل ضمان میبعت بر جا است که عبارت از رد ثمن باشد. پس مستلزم این معنی امری نیست که عقلا وعاده و شرطا استحاله داشته باشد. بیش از این نیست که در جزء آخر لزومی نیست و تخلف جایز است. و هر گاه نخواهد سعی کند، به همان عهده میبعت اکتفا کند، پس این [نه] از باب عطف تفسیری است که مراد از ضمان عهده میبعت، ثمن میبعت، ثمن میبعت باشد، که ضمان از اصل باطل باشد. و نه از باب اراده جمع هر دو با هم باشد تا وارد آید که بر بائع بیش از یک چیز واجب نیست. بلکه مراد این است که من ضامن رفع نقصان و خسارتم از تو سعی هم در تحصیل میبعت می‌کنم. پس هر گاه این ممکن نباشد (یا مندرج [در] تحت ضمان مالیم یجب است) آن دیگری بر حال خود باقی است. پس این از باب ذکر (خاص بعد العام) است نه به این معنی که ذکر خاص مخصص عام باشد. بلکه به این معنی که من ضامنم خروج از غرامت و رفع نقصان تو را هر چند به این باشد که تحصیل عین میبعت را بکنم. و بطلان ضمان نسبت به خصوص خاص، مستلزم بطلان اصل عام نمی‌شود و در حال خود باقی است. باقی ماند کلام در این که (و) به معنی (او) باشد: و از کلام در آن ظاهر می‌شود کلام در اصل صورت سوال:

این که بر او لازم نیست الا یک چیز و چنین سخنی داخل ضمان نیست و وجهی ندارد) ضمان در آن جزء آخری باطل است و در اول صحیح است. بلی، اگر مراد این است که چون اگر مشتری (۲) خواهان میبعت است و مشتاق آن است، و ضامن میگوید که من ضامن عهده میبعت می‌شوم. و ضامن سعی در تحصیل میبعت و تخلیص آن هم می‌شوم. که حاصل معنی او این باشد که به قدر مقدور سعی در تحصیل ضمان میبعت بر جا است که عبارت از رد ثمن باشد. پس مستلزم این معنی امری نیست که عقلا وعاده و شرطا استحاله داشته باشد. بیش از این نیست که در جزء آخر لزومی نیست و تخلف جایز است. و هر گاه نخواهد سعی کند، به همان عهده میبعت اکتفا کند، پس این [نه] از باب عطف تفسیری است که مراد از ضمان عهده میبعت، ثمن میبعت، ثمن میبعت باشد، که ضمان از اصل باطل باشد. و نه از باب اراده جمع هر دو با هم باشد تا وارد آید که بر بائع بیش از یک چیز واجب نیست. بلکه مراد این است که من ضامن رفع نقصان و خسارتم از تو سعی هم در تحصیل میبعت می‌کنم. پس هر گاه این ممکن نباشد (یا مندرج [در] تحت ضمان مالیم یجب است) آن دیگری بر حال خود باقی است. پس این از باب ذکر (خاص بعد العام) است نه به این معنی که ذکر خاص مخصص عام باشد. بلکه به این معنی که من ضامنم خروج از غرامت و رفع نقصان تو را هر چند به این باشد که تحصیل عین میبعت را بکنم. و بطلان ضمان نسبت به خصوص خاص، مستلزم بطلان اصل عام نمی‌شود و در حال خود باقی است. باقی ماند کلام در این که (و) به معنی (او) باشد: و از کلام در آن ظاهر می‌شود کلام در اصل صورت سوال:، که بگوید ضامن صریحا که من ضامن می‌شوم بر عهده ثمن و خلاص میبعت را. پس آیا اصل ضمان باطل می‌شود در هر دو؟ یا صحیح است در ضمان عهده ثمن و باطل است در تخلیص میبعت؟. اظهر در نظر حقیر این است که صحت ضمان .

۱- در نسخه: به جای (اگر)، (میمانند) آمده است.

۲- در نسخه: به جای (اگر)، (میمانند) آمده است.

است در عهده ثمن. هر چند قایل باشیم به بطلان آن در تخلیص مبیع. پس اگر بگوئی که متعلق ضمان در این صورت امر کلی است که مفهوم احد امرین است، و مقصود در عقد ضمان احد امرین است به این نحو که مخیر باشد بین آن دو امر و صحیح باشد از برای او به آوردن هر یک از اینها. پس هر گاه احد امرین باطل باشد باقی نماند آن امر مضمون که قصد به آن متعلق شده. و عقود تابع قصوداند. پس آنچه به عمل آید مقصود نیست و آنچه مقصود است به عمل نیامده.

گوئیم که کافی است در انتزاع امر کلی جعلی که احد امرین است، محض تصور امرین. و موقوف نیست بر وجود امرین در خارج، چه جای آن که شرط باشد صحت هر دو. پس معنی ضمان احد امرین این است این است که من مخیرم به اتیان یکی از آنها. و جایز نیست از برای من ترک هر دو. و از برای مضمون عنه هست که او را الزام کند به عمل آوردن یکی از آنها و منع کردن از ترک هر دو. پس هر گاه مانع خارجی بهم رسد از عمل آوردن یکی پس ساقط نمی شود آن دیگری. زیرا که آن فردی که مانعی از برای آن نیست (به سبب امتناع آن دیگری به سبب امر خارجی) بیرون نمی رود از مفهوم این که احد امرین است. به جهت این که التزام ضامن احد امرین و انشاء ضمانت او احد امرین را، به عنوان (تخیر لا- بشرط) است، و به شرط صحت اتیان به هر یک از آنها نیست. و ضامن در عقد شر نکرده است که ضامنم احد امرین را به شرط صحت هر دو. تا گفته شود که با بطلان احد فردین باقی نماند امر مضمون به عقد. و این نظیر آن است که نذر کند یا قسم یاد کند که من زکات مالم را به زید بدهم یا عمرو. و بعد از نذر و یمین اتفاق افتد که عمرو غنی شود. پس چرا واجب نباشد دادن زکات به زید. و هم چنین هر گاه نذر کند که درهمی از نصاب دراهم یا گوسفندی از نصاب گوسفندم به زید بدهم. و اتفاق افتد که قبل از ادای زکات بدون تقصیری احد نصابین تلف شود. و هم چنین است کلام در صورت سوال:

گوئیم که کافی است در انتزاع امر کلی جعلی که احد امرین است، محض تصور امرین. و موقوف نیست بر وجود امرین در خارج، چه جای آن که شرط باشد صحت هر دو. پس معنی ضمان احد امرین این است این است که من مخیرم به اتیان یکی از آنها. و جایز نیست از برای من ترک هر دو. و از برای مضمون عنه هست که او را الزام کند به عمل آوردن یکی از آنها و منع کردن از ترک هر دو. پس هر گاه مانع خارجی بهم رسد از عمل آوردن یکی پس ساقط نمی شود آن دیگری. زیرا که آن فردی که مانعی از برای آن نیست (به سبب امتناع آن دیگری به سبب امر خارجی) بیرون نمی رود از مفهوم این که احد امرین است. به جهت این که التزام ضامن احد امرین و انشاء ضمانت او احد امرین را، به عنوان (تخیر لا- بشرط) است، و به شرط صحت اتیان به هر یک از آنها نیست. و ضامن در عقد شر نکرده است که ضامنم احد امرین را به شرط صحت هر دو. تا گفته شود که با بطلان احد فردین باقی نماند امر مضمون به عقد. و این نظیر آن است که نذر کند یا قسم یاد کند که من زکات مالم را به زید بدهم یا عمرو. و بعد از نذر و یمین اتفاق افتد که عمرو غنی شود. پس چرا واجب نباشد دادن زکات به زید. و هم چنین هر گاه نذر کند که درهمی از نصاب دراهم یا گوسفندی از نصاب گوسفندم به زید بدهم. و اتفاق افتد که قبل از ادای زکات بدون تقصیری احد نصابین تلف شود. و هم چنین است کلام در صورت سوال: که میگوید (ضامن شدم از برای زید که اگر مبیع مال غیر بر آید یا قیمت را به او برسانم یا مبیع را از برای او خلاص

کنم). خصوصاً هر گاه جاهل مسأله باشد. وظاهراً مجهول است (۱) بر او بطلان در ثانی. پس صحیح خواهد بود در اول. و از آنچه ما بیان کردیم در وجه تردید در ضمان و معنی آن، ظاهر می شود فساد آن. (۲) گناه است در این مقام تو هم شود که بطلان این نوع ضمان از راه ابهام است و جهالت مورد ضمان و ابهام در متعلق عقود مبطل آن است، و اگر نه لازم می آید که صحیح باشد که بگویند که (من ضامن شدم یکی از دو مال را) و یا (ضامن شدم برای یکی از دو شخص). زیرا که ابهام هر چند یکی از معانی کلمه (او) است چنانکه در قول حق تعالی (انا او آیا کم لعلی هدی او فی ضلال مبین). (۳) و لکن این معنی در اینجا مراد نیست جز ما، بلکه از باب تخییر است بر وجهی که ذکر کردیم. و آن دو مثال که متوهم میگویند، از قبیل مانحن فیه نیست. و ملازمه [ای] که ذکر کرده است ممنوع است.

مطلب هفتم: خلاف کرده اند در صحت ضمان اعیان مضمونه. و ضمان این اعیان به این معنی این است که متعهد می شود آنها را رد کند به صاحب آنها، یا این که اگر تلف شوند، قیمت آنها را به مالک آنها بدهد. فخر المحققین و شهید ثانی و محقق ثانی ترجیح عدم جواز داده اند. و علامه در تذکره ترجیح جواز داده، و هم چنین در تحریر و ارشاد، و این قول منقول است از مبسوط. و محقق هم میل به جواز کرده. و هم چنین محقق اردبیلی (ره) و بعضی در آن اشکال کرده اند مثل علامه در قواعد. و دلیل قول اول، عدم صحت است با بطلان دلیل مجوز. و دلیل قول دوم این است که ضمان عبارت است از این که در عهده گیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است. و آن در اینجا محقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن می شود اگر تلف شود، هم چون قیمت در ذمه غاصب و اشباه آن ثابت است. و در صورت تلف ضامن آن را در عهده میگیرد. و این سخن بسیار دور است، و اولی این است که گفته شود که سبب تعلق قیمت در .

ص: ۸۱

۱- لفظ (مجهول است) در نسخه قابل خواندن نیست مطابق تشخیص اصلاح گردید.

۲- توضیح: یعنی حتی تو هم بطلان در ثانی، هم یک تو هم فاسد است.

۳- سبأ ۲۴.

صورت تلف در حین عقد ضمان متحقق است. (۱) و این دلیل ها را که ذکر کرده اند [ناتمام هستند] به [جهت] این که در صورت اول آنچه را ضامن در عهده گرفته مال نیست بلکه رد مال است. آنچه در ماهیت ضمان معتبر است به ذمه گرفتن مال است. و به جهت آن که از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن. و در اینجا غاصب بری نمی شود به سبب ضمان. بلکه مکلف است بر [رد] آن اجماعاً، چنانکه در مسالک تصریح کرده به آن. و این با قواعد شیعه هم نمیسازد (۲) که ضمان را مشتق از (ضمن) گرفته اند. یعنی مال از ذمه مضمون عنه منتقل می شود به ذمه ضامن. نه از (ضم)، چنانکه عامه کرده اند که ضم می شود ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه و هر دو ضامن اند، و مضمون له مخیر است در رجوع به هر یک. و اما در صورت ثانیه، یعنی ضمان قیمت اگر تلف شود. پس آن نیز تمام نیست، چون 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 که خود ضمان متحقق نشود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان مال تلف نشده که قیمت آن منتقل شود به ذمه ضامن. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آن که گفته است که (صحت ضمان ظاهر نیست به سبب این که ضمان خلاف اصل است و اقتضای می شود در آن به محل وفاق و تحقق شرایط صحت که معنی (۳) و مراد شارع [است] (۴). و اینها در اینجا معلوم نیست. به جهت این که ضمان در نزد اصحاب، ناقل است. و وجوب رد منتقل نمی شود. بلکه بر غاصب هم واجب است ظاهراً. و قیمت هم با وجود بقای عین ثابت نیست. و ضمان عین بدون این دو وجه معنی دیگر ندارد) گفته است که محتمل است ثبوت صحت ضمان به سبب صدق ضمان عرفاً و ثبوت.

ص: ۸۲

- ۱- پس از چند سطر بر همین سخن نیز ایراد خواهد گرفت. و توجه به این نکته مطلب را روشنتر میکند.
- ۲- اصل این جمله در نسخه چنین است: و اینهم با قواعد شیعه نمیسازد.
- ۳- معنی: یعنی مورد عنایت شارع - مقصود شارع
- ۴- اصل این جمله در نسخه چنین است: و معنی که مراد شارع.

ضمان شرعا علی الاطلاق. ومعلوم نیست که مذکورات، از لوازم شرایط ضمان باشد. بلی، غالباً چنین است و به این جهت است که علامه در تذکره بعد از آن که اختیار کرده است جواز ضمان اعیان مضمونه و ضمان عهده را، گفته است که (ضمان المال عندنا ناقل و فی ضمان الاعیان المضمونه، والعهد اشکال، اقویه عندی جواز مطالبه کل من الضامن والمضمون عنه. اما الضامن فللضامن. واما المضمون عنه فلو جود العین فی یده او تلفها فیها. و فی العهده ان شاء المشتري طالب البایع، وان شاء طالب الضامن. لان القصد هنا بالضامن، التوثیق لا غیر). و آخوند (ره) بعد از این کلام باز گفته است که: استبعاد نمیکنم در ضمان اعیان به معنی جواز طلب عین از آن که در دست او است و از ضامن. یعنی مضمون له مخیر است ما بین رجوع به هر یک، و اینکه واجب باشد رد عین [بر] هر یک از آنها با بقای آن. و رد قیمت آن بعد از تلف بعد از ضمان، بلکه دور نیست که ضمان در اینجا ناقل هم باشد به معنی وجوب رد. پس طلب میکند مضمون له عین را از ضامن و او میگیرد از مضمون عنه و رد میکند به صاحبش، اگر قائل باشیم که نقل با دلیل ثابت است مطلقاً، و اگر قائل نباشیم به ثبوت نقل از ذمه مضمون عنه علی الاطلاق پس میگوئیم که منتقل شدن مخصوص است به جائی که ممکن باشد از اموالی که در ذمه است. و بعد از آن گفته است سخنی [را] که حاصل آن این است که: ممکن است قول به انتقال به ذمه ضامن. هر چند عین موجود باشد و هر چند مضمون عنه هم مکلف باشد به رد. به تقریب اختلاف حیثیات. یعنی از حیثیت ضمان، منتقل می شود وجوب رد به ضامن، و بر مضمون عنه چیزی نیست. و لکن از حیثیت (ید) و غاصب بودن، بر مضمون عنه لازم است رد چنانکه در ایدی متعاقبه بر عین مغصوبه. پس گویا الحال مضمون عنه آن را از دست ضامن گرفته و باید به صاحبش برساند. بعد از آن گفته: حاصل این است که دلیلی نیست بر این که ضمان مطلقاً ناقل است. زیرا که اجماع و روایت در عین اعیان نیست (۱). و اعیان در تحت عمومات ادله ضمان باقی .

است. وعمومات شامل آنها هست. پس قول به صحت ضمان در اعیان بعید نیست. و آنچه پیش گفتیم از دلیل منع، تمام نیست. این آخر کلمات محقق اردبیلی است. وحاصل کلام در این مقام این که: فقها از جمله شرایط حق مضمون گفته اند که باید مال باشد و ظاهر بعضی دعوی اجماع است بر آن. و بر آن متفرع می شود عدم صحت ضمان بر شیئی که مملوک مسلم نمی شود، یا حرام باشد بر او تملک آن. مثل مال ربا و غیر آن. و هم چنین شرط کرده اند که در ذمه باشد. و بر آن نقل اجماع شده. و همچنین ذکر کرده اند که ضمان موجب نقل مال است از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن. و بعد از آن در مواضع بسیار مخالفت کرده اند، مثل اعیان مغضوبه در صورت بقای عین در حین ضمان که آنچه ثابت است بر ذمه رد مال است نه نفس مال، و (ضمان مالیس فی الذمه) است در صورت تلف. و مثل ضمان عهده در کی که حادث شود از تصرفات مشتری [که] در حین ضمان در ذمه مضمون عنه نیست. و مثل ضمان عهده ثمن با وجود عین و غیر اینها. و مثل (الق متاعک فی البحر وانا ضامن) که مالی در ذمه مضمون عنه نیست. پس جمع ما بین اینها به این می شود که حمل کنیم دعوی اجماع بر (اشترط مال بودن) را بر این که ضمان نفس نیست - - تا کفالت بیرون رود - و ضمان مالا یملک، یا حرام التملک صحیح نیست. و مجرد (تعلق به مال) فی الجمله اجماعی است، هر چند به قیمت آن باشد به شرط تلف، یا به وجوب رد و تسلیم [به] صاحب باشد در صورت بقاء. و هم چنین اجماع در (اشترط در ذمه بودن) ناظر به این باشد که هر گاه بگوید که زید هر چه خواهد به او بده من ضامن او هستم. که در حین ضمان مطلقا شغل ذمه حاصل نیست. و بالجمله: اجماع [ی] بودن بطلان مالم یجب، در جایی است که نه اشتغال ذمه باشد و نه سبب آن حاصل شده باشد و نه ضرورتی بر آن داعی باشد. و خصوص مثل الق متاعک فی البحر، و امثال آن به سبب اجماع و ضرورت ثابت باشد که آن نوع رابعی باشد از ضمان به معنای اعم. و از این باب است این که ظالمی از کسی خواهد چیزی بگیرد و دیگری ضامن او شود، که ظاهرا صحیح است و لازم است اداء. پس اجماعات

اول بر شرایط ولوازم، اغلبی باشد. یعنی اغلب این است که این امور معتبر است در ضمان. یا این که (۱) اصل مراعات آن شرایط ولوازم است الا ماخرج بالدلیل. پس بنا بر این دور نیست که بنا را در اعیان مضمونه و ضمان عهده بر آن گذاریم که محقق اردبیلی (ره) قائل به آن شده در تعمیم، نظر به عمومات ادله، وعدم ثبوت شرایط ولوازم مذکوره در این موارد خاصه. علاوه بر تحقق اجماع بر صحت بعض آنها، واقتضای ضرورت در بعض. پس حکم به این که ضمان مالیم یجب مطلقاً باطل است، یا ضمان آنچه در ذمه تعلق نگرفته مطلقاً باطل است، یا عدم انتقال از ذمه مضمون عنه باطل است، صورتی ندارد. پس اگر خواهی قائل شو که ضمان به معنی اعم بیش از سه قسمت است تا (۲) بعض امور مذکوره داخل آن باشد، و خواهی بگو آن شرایط ولوازم، اغلبی هستند، و در این موارد به اطلاقات و عمومات، حکم ثابت است. یا آن که [بگو] شرایط ولوازم از برای اصل ضمان به معنی اخص ثابت است. و در این مواقع تخصیص (۳) به دلیل است از اجماع یا ضرورت. و نظیر این گفتار است سخن در اشتراط قبول در ضمان وعدم اکتفا به مجرد رضای مضمون له. که فقها در اول میگویند که (ضمان عقدی است از عقود) بالاجماع. وبعد از آن خلاف کرده اند در این که [همه] شرایط [عقد در اینجا ضرور] است یا نه؟-؟. و حال آن که معنی عقد را گفته اند که مشتمل بر ایجاب و قبول است. هر چند میتوانیم خدشه کرد در موقوف بودن عقد بر قبول. بلکه عقد در لغت عبارت است از عهده موثق. و گاه است که انشاء عهده به ایجاب و رضای قابل بدون لفظ دال بر قبول.

ص: ۸۵

۱- در نسخه: با این که

۲- در نسخه: یا.

۳- در نسخه: تخصص. البته کلمه (تخصیص) هم در اینجا کافی نیست زیرا (ضرورت) بر ادله دیگر (ورود) دارد و تخصص آنها نیست. از این دیدگاه کلمه (تخصص) هم قابل توجیه است. به هر حال باید بگویم اصلاح و تصحیح این بخش از کتاب بیش از حد دشوار و وقتگیر بود.

تمام شود. چنانکه در فضولی که احد طرفین مباشر باشد و دیگری فضولی. که جانب مباشر موثق بالفعل است و لازم است و ايثاق از جانب ديگر به اجازه حاصل می شود. و هم چنین است کلام در این که: مشهور وقف را از باب عقود گرفته اند. و در اشتراط قبول خلاف کرده اند در لزوم آن و عدم آن، و تفصیل ما بین این که در جهت خاصه باشد، پس اول. یا در جهت عامه باشد، پس ثانی.

مطلب هشتم: در این که چنانکه صحیح است ضمان عهده ثمن از برای مشتری از جانب بایع که اگر در مبيع خللی واقع شود از عهده ثمن بر آید، همچنین صحیح است که شخصی ضامن شود از بایع از جانب مشتری که اگر خللی در مبيع ظاهر شود از عهده بر آید. و دلیل آن همان است که در آنجا مذکور شد از عمومات و ضرورت. و ظاهراً هم خلافی در این نباشد. و در اینجا نیز لزوم خروج از عهده ثمن مشروط است به عدم اجازه صاحب ثمن. والا مبيع مال او می شود و بر ضامن چیزی نیست.

مطلب نهم: پیش دانستی که شرط کرده اند در صحت ضمان، ثبوت مال را در ذمه. و آن فی الجمله اجماعی است. پس بدان که گفته اند نیز این که ثبوت در ذمه اعم است از این که بر سبیل استقرار باشد یا متزلزل، مثل ثمن در مدت خیار، و مهر قبل از دخول. و از شیخ در مبسوط حکایت شده نفی خلاف در صحت [ضمان] آن. و اطلاق کلام ایشان در مسأله ضمان ثمن در (بیع به شرط خیار) شامل ثبوت خیار از برای متبایعین هر دو، یا احد هما، هست. و این می تواند شد که ضمان نفس ثمنه باشد یا ضمان عهده ثمن. اما اول، پس مثل [این که] زید ملکی به عمرو میفروشد به ثمن معینی در ذمه مشتری (نه به عین مشخص) و خیار فسخ شرط می شود در مدت معینه از برای هر دو یا احد هما، و بکر ضامن نفس ثمن می شود از جانب مشتری از برای بایع قبل از قبض ثمن. و ضمان در اینجا صحیح است. بی اشکال. و اما ثانی: یعنی ضمان عهده، پس آن اقسام بسیار دارد، پس اگر در صورت مذکوره بکر ضامن شود از جانب بایع برای مشتری که اگر مبيع مستحق غیر بر آید، ضامن ثمن باشد برای مشتری، پس این صحیح نیست. چون ثمن به بایع نرسیده و از باب ضمان مالم یجب

است. و هر گاه در صورت مزبوره ضامن شود عهده ثمن را از برای بائع از جانب مشتری که اگر ثمن مستحق غیر بر آید بعد از اداء، از عهده بر آید، پس این صحیح است. زیرا که بیع باطل نمی شود و بر مشتری لازم است تبدیل به ثمنی دیگر. بخلاف آنکه بیع بر ثمن مشخص معین واقع شود، که منشأ بطلان بیع است اگر صاحب ثمن اجازه نکند. و ضمان در این صورت باطل است. اینها همه در صورتی بود که قبض ثمن به عمل نیامده باشد. و اما در صورت قبض ثمن، پس می شود که ضامن شود از برای بائع که اگر ثمن مستحق غیر بر آید، از عهده بر آید (در صورتی که معامله بر ثمن مشخص معین واقع نشده باشد که منشأ بطلان بیع بشود) و می شود از برای مشتری از جانب بائع که اگر مستحق غیر بر آید و آن غیر اجازه نکند، از عهده ثمن بر آید. اینها همه در صورتی بود که مضمون ثابت در ذمه باشد و اما مستقر نباشد. و اما هر گاه مطلقاً لزوم ندارد (نه مستقراً و نه مترزلاً) و لکن مثال آن به لزوم منجر می شود مثل مال الجعالة [که] قبل از عمل لزوم ندارد و به سبب عقد مستحق چیزی نمی شود، بلکه به کردن بعض عمل هم مستحق نمی شود تا تمام نکند. بخلاف اجاره که به مجرد عقد، لازم است. و به هر جزئی که از عمل میکند مستحق مقداری از اجرت است. پس هر گاه در جعالة عمل تمام شد پس شکی در صحت ضمان مال الجعالة نیست. چون دینی است از دیون و ثابت است در ذمه. اما قبل از اتمام عمل، در آن خلاف است. جمعی از اصحاب قائل به صحت اند. و از محقق ثانی حکایت بطلان شده. و از علامه در تذکره این که اگر شروع کرده است در عمل، صحیح است. والا فلا. دلیل قول اول عمومات است. و خصوص آیه (لمن جاء به حمل بعیر و انابه زعیم). که دلالت دارد بر صحت ضمان بر جعالة که در باب آوردن صواع یوسف است (۱) که در رحل ابن یامین گذاشته بودند و منادی ندا کرد که هر کس صواع را بیاورد یک بار شتر از برای او است و من ضمامنم که بر او برسانم.

ص: ۸۷

۱- مطابق آیه، صواع مال ملک بود نه مال یوسف. و حضرت یوسف تنها به سمت خزانه داری یا وزارت دارائی رسیده بود.

بنابر این آنچه در شرع انبیاء سلف (۱) صحیح بود در شرع ما ثابت است مگر نسخ آن ثابت شود. هر چند استدلال خالی از اشکال نیست در اینجا. ودلالت میکند بر آن نیز آنچه از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) روایت شده که فرمود (الامانه مؤداه والزعیم غارم) (۲) که فقها در کتب استدلالیه ذکر کرده اند و در مختلف استدلال کرده به ضرورت، ومس حاجت. چنانکه در (الق متاعک فی البحر وانا ضامن) جایز است. و از این باب است ضمانی که میکند از برای گرفتاری در دست ظالمی که از او مطالبه میکند عدوانا، وبر ذمه ان مظلوم چیزی نیست. و بعضی استدلال کرده اند به این که هر چند در حین ضمان مال لازم نیست لکن چون سبب آن موجود است که عقد جعاله و مال [باشد]، کار منجر می شود به لزوم، بعد از عمل. پس ضمان صحیح است، و این از باب ضمان ثمن میباید است در ایام خیار. و این مستحق تمام نیست به جهت آن که عقد جعاله سبب لزوم نیست، بلکه عقد جزء سبب است و با اتمام عمل، سبب تمام می شود. بخلاف غصب که سبب تام است در ضمان قیمت عین مغصوبه بعد تلف. و قیاس به ضمان ثمن بیع در ایام خیار هم باطل است. زیرا که در اینجا ثمن لازم است در ذمه به سبب بیع، هر چند متزلزل باشد، پس ثبوت آن موقوف به فعل چیز دیگر نیست، بلکه عدم حصول فسخ کافی است. و از اینجا دلیل قول تذکره و جواب آن ظاهر می شود بنابر این که مراد او از سبب، لزوم شروع در عمل باشد، نه عقد تنها. زیرا که مجرد شروع، سبب نیست. و هم چنین ظاهر می شود از آنچه گفتیم دلیل قول به عدم صحت مطلقا، و جواب آن. پس قوی قول جماعت است.

مطلب دهم: خلاف کرده اند در این که جایز است که ضامن شود در کی را که بعد از بیع حاصل می شود یا نه؟ -؟. مثل این که مال غیر را میفروشد به کسی، و آن مشتری .

ص: ۸۸

-
- ۱- باز مطابق آیه، هیچ جای ماجرای مذکور ربطی به شریعت یوسف (علیه السلام) نداشته و مسلم است که حضرت یوسف آئین خویش را نتوانسته بود به اجرا بگذارد.
 - ۲- مستدرک: ج ۲ ص ۴۹۷، کتاب الضمان، باب ۱. توضیح: حدیث بالا از احادیث شیعه نمی باشد. بل پیام آن توسط حدیث حسین بن خالد رد شده است که فرمود (لیس علی الضامن غرم). و سائل اولین حدیث کتاب الضمان.

در آنجا عمارت میسازد و غرس اشجار می‌کند. و مالک اصلی می‌آید و ملک خود را می‌گیرد و عمارت او را خراب می‌کند و اشجار او را می‌کند، آن نقصانی که به سبب اینها به مشتری میرسد آیا جایز است که کسی ضامن آنها بشود از برای مشتری که هر گاه چنین امور رود همد ضامن غرامت باشد؟. ظاهر اکثر، عدم جواز است. و در مسالک خلاف را نسبت به ابو حنیفه داده. و لکن شهید (ره) در لمعه اختیار صحت کرده. و هم چنین شهید ثانی در شرح آن، میل به آن کرده. و دلیل مانعین همان است که این ضامن مالم یجب است، چون در حین ضمان، ذمه بایع مشغول به چیزی از آن جهت نبوده که کسی ضامن آن شود، و اصل عدم صحت است. و دلیل جواز این است که هر چند اشتغال ذمه در آن وقت برای بایع حاصل نیست، و لکن سبب آن که بودن آن مال غیر است در حین ضمان حاصل بود. و اولی این است که استدلال به عمومات ضمان و عموم (افوا بالعقود) و امثال آن، بشود، چنانکه پیش گذشت، و ضرورت و حاجت و رفع ضرر هم موید آن است، و دعوی عدم صحت ضمان مالم یجب هم عموماً در محل منع است. و آیا جایز است که خود بایع ضامن درک شود یا نه؟ -؟. محقق در شرایط تجویز آن کرده. و ظاهر علامه در تذکره هم این است. و محقق هم استدلال [کرده] به این که ضمان لازم نفس عقد است. ظاهر این است که مراد او این است که بایع ضامن است اگر نشود هم. پس این ضمان تأکیدی خواهد بود. بر او وارد است که این ضمان لازم بیع، غیر این ضمانی است که به عقد ضمان متحقق می‌شود (چنانکه در مسالک هم اشاره به این شده) و این ضمان شرایط و ثمرات دارد و از جمله شرایط آن ثبوت آن حق است در ذمه مضمون عنه در حین عقد ضمان. بخلاف ضمانی که از بیع حاصل می‌شود. پس ثبوت ضمان در صورتی که ملک مال غیر بر آید، در آن هیچ اشکالی نیست. و اشکال در این است که هر گاه عقد ضمان هم واقع شود، آیا صحیح است یا نه. و ثمره آن ظاهر می‌شود که در دینی که مشتری حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق الرجوع به سبب عقد ضمان باقی میماند. چنانکه هر گاه در بیع و شری چند خیار جمع بشود، به

اسقاط بعضی آنها بعضی دیگر ساقط نمی شود. و هم چنین در وقتی که شرط کند در ضمن عقد بیع، آن که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود به وجه صحیحی. پس هر گاه بعد بیع ضامن او شود به همین نحو، به شرط وفا کرده خواهد بود. و جمعی حکم به عدم صحت کرده اند. که از جمله آنها است شیخ در مبسوط، حتی این که گفته است که اگر شرط این ضامن را در ضمن عقد بیع بکنند، آن بیع هم باطل است. چون این ضامن مجهول، است، و ضامن مالم یجب است. و علامه در قواعد اشکال کرده در صحت. و فخر المحققین در وجه اشکال گفته: از جهت ضرورت و حاجت باید صحیح باشد. مثل الق متاعک فی البحر وانا ضامن). و از جهت این که ضامن مالم یجب است صحیح نخواهد بود. و بعد از آن گفته که (اصح عدم جواز است). و گویا نظر او به این است که در اینجا ضرورتی نیست. چون بایع ضامن هست، هر چند ضامن نشود. و اما استدلال بر منع به جهالت مضمون، پس آن تمام نیست. و مشهور علما - [وحتی] بعضی دعوی اجماع کرده اند - [قایل به] صحت ضامن مجهول [هستند]. و عقد ضامن از جمله عقود است که غالباً مبنی بر غرر است مثل جعاله. و مراد از جهالت در اینجا جهالت بالفعل (۱) است نه مطلقاً، یعنی ممکن باشد حصول (۲) علم به آن بعد از این، و جهالت (۳) از اصل مثل این که بگوید (ضمنت لک شیئا مما فی ذمه فلان))، پس آن جزما باطل است. و ظاهر می شود دعوی اجماع بر آن از جمعی. و به هر حال اظهار قول به صحت است در ضامن اجنبی، به سبب عمومات و قضای ضرورت و عدم دلیل بر بطلان (ضامن مالم یجب) عموماً و خصوصاً، با وجود سبب ضامن. و هم چنین دور نیست صحت ضامن خود بایع هر چند ثمره آن نادر است. [و آخرین مسأله در این باب] این است که به سبب موت ضامن ضامن باطل [ن] می شود، و ضامن در مال او ثابت است، و اشکالی و خلاف [ی] در آن نیست. .

ص: ۹۰

۱- اصل لفظ در نسخه غیر خوانا می باشد.

۲- و در نسخه: دستور علم،

۳- در نسخه: و آیا جهالت...

اشاره

کتاب الصلح (۱)

من المجلد الاول

۳۰:سوال:

۳۰:سوال: هر گاه زوج و زوجه با هم مصالحه کرده باشند اموال خود را به این نحو که هر کدام زودتر بمیرد، اموال او مال آن دیگری که در حیات است بوده باشد، آیا این مصالحه صورت دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: این نوع مصالحه صورتی ندارد. والله العالم.

۳۱:سوال:

۳۱:سوال: هر گاه (به عنوان مصالحه) شخصی مثلاً معامله کرده باشد که غبن فاحش داشته باشد، و مشتری مال او را ندهد. تا ملجاء شود که نیم دانگ ملک را به عنوان مصالحه به او واگذارد تا فسخ معامله را بکنند. آیا این صلح صحیح است و ملک مال مشتری می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه مقدر میشود که به مرافعه حاکم شرعی طی دعوی بکنند و نکرده باشند و به جهت سهولت امر مصالحه کرده باشند، ظاهر این است که صحیح باشد. و هم چنین هر گاه مدعی علیه گردنکشی آن مرافعه نداشته است و کوتاهی از مدعی شده باشد. اما اگر فرض صورتی بشود که مدعی بر این معنی مجبور شده باشد، .

ص: ۹۱

۱- محقق قمی (ره) مباحث (حقوق) را نیز در همین باب مطرح کرده است و مراد از حقوق در اینجا اصطلاح خاص فقهی است که در مقابل (اموال) به کار میرود.

پس در صحت آن اشکال است. باید مرافعه بشود تا معلوم شود. والله العالم.

سوال: ۳۲:

سوال: ۳۲: زوجه با زوج حقوق صداقش را مصالحه نموده به مال المصالحه مشخص معینی. وبعد از مدت دیگر، هر یک به رضامندی فسخ مصالحه اول، نموده و ثانیاً زوجه حقوق صداق خود را مصالحه نموده با زوج به مال المصالحه معینی اضافه از اول. وصیغه جاری شده و حجت معتبری در دست دارند، حال گفتگویی میان ایشان اتفاق افتاده در صحت و سقم مصالحتین. آیا مصالحه اول باطل است و ثانی صحیح؟ یا بالعکس؟

جواب:

جواب: هر چند صلح عقد لازمی است. لکن به تقایل و فسخ به رضای طرفین، منفسخ می شود. و در صورت مفروضه صلح اول باطل و صلح ثانی صحیح است. و اگر سخنی دیگر داشته باشند محتاج به مرافعه خواهد بود. والله العالم.

سوال: ۳۳:

سوال: ۳۳: اذا سال ماء سطح احد على سطح جاره او ساحه داره، ونازعه الجار، فهل على الجار اثبات عدوان صاحب الماء؟ او على صاحب الماء اثبات الحق؟

جواب:

جواب: الظاهر ان على الجار اثبات العدوان، وصاحب الماء اذا تمسك باليد والاستمرار فلا يجوز مزاحمته. الامع اثبات العدوان. وما يخيل ان ملكيه سطح الجار و ساحتها متفق عليه بينهما ومنافع الملك تابع لرقبته فعلى غير المالك اثبات الاستحقاق، فهو مدفوع بان العين كما يصير موردا لليد فكذلك المنفعه والحق. فلامتافات بين الملك و ثبوت الحق فيه للغير. ونظيره فى المسائل الفقهيه لا يعدو لا يحصى، ومنها وضع الجدوع على جدار الجار. وهذا من الوضوح بحيث استشكلوا فى جواز كونه سببا لتحمل الشهاده ام لا. فكان كونه موجبا لثبوت اليد وكون المنازع مدعيا محتاجا الى الاثبات، مفروغا عنه. فقال الشهيد فى اواسط القواعد (مسئله: لو شاهد ماء الغير يجرى على سطح آخر، او فى ساحتها، مده طويله بغير منازعه. فهل للشاهد الشهاده بالاستحقاق الظاهر ولا يصرح بذلك؟ اولاً؟) الى آخر ما ذكره. وهو نظير ما ذكره فى كتاب الشهاده (ان اليد فى الملك هل يصير سببا لتحمل الشهاده ام لا؟ -؟) ولا ريب ان اليد فى الملك مما يجعل الحق لصاحب اليد ان يثبت المدعى خلافه. فافهم ذلك.

۳۴:سوال:

۳۴:سوال: هر گاه رودخانه [ای] بوده باشد - ونه دریاچه ده - از قدیم الایام قرار داد آن را به این نوع نموده اند که هر یک از قرای مذکوره بندی بسته اند که سد آب و حد ایشان بوده. (۱) وبندهای مذکوره فوق و تحت یکدیگر واقع شده اند. فاصله کلی از بندی تا بند دیگر باشد که ریزش بند اول از ثانی، و ثانی از ثالث و هم چنین تا آخر. و هر یک از بند خود نهری منشق و زراعت مینمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرار داد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگابی، اهل یک مزرعه دست از استمرار آباء واجداد برداشته بندی که سد ایشان بوده آن بند را موقوف و واگذاشته، [و] به فاصله کلی از بند خود که محل و مجرای آب و بند آخر است میخواهد احداث قناتی کرده باشد. که هر گاه این قنات کننده شود آب مزرعه آخری بالمره خشک می شود، و اهل آن مزرعه متضرر میشوند. آیا میرسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: طریقه مستمره را نمیتوانند بر هم زد. و حفر قنات یا امری که باعث نقص قریه پائینتر می شود جایز نیست. (۲)

۳۵:سوال:

۳۵:سوال: شخصی حصاری داشته مشتمل بر دو دست عمارت یکی بیرونی و دیگری اندرونی. و اندرونی دو ثلث مجموع است و بیرونی یک ثلث. و از برای آن حصار کوچه [ای] هست که معبر آن دو عمارت است. و دروازه در اول منصوب است. (۳) و قدری از آن کوچه مختص عبور عمارت اندرونی است که در آن آخر کوچه است. (۴) و باقی آن مشاع است در عبور هر دو عمارت، و صاحب عمارت، اولی بیرونی را به شخصی هبه .

ص: ۹۳

۱- در نسخه: سد آب وجد ایشان بوده.

۲- مطابق روال مباحث فقهی، این مسأله از مسائل باب (احیاء الموات و حیازه المباحات) میباشد. آنچه باعث شده که مرحوم میرزا این مسأله را در کتاب صلح جای بدهد موضوع قرارداد است که در متن سوال آمده است.

۳- یعنی: دروازه ای در اول و سر کوچه منصوب است.

۴- مطابق فتوای میرزا که عین کوچه را به مقتضای اصل وقاعده ملک بالنسبه آن دومیداند، صاحب اندرونی که در بخش آخر کوچه قرار دارد می تواند هر تصرفی در بخش آخر کوچه بنماید زیرا مال مختص او میباشد. رجوع کنید به مسأله (تراحم حقوق) - ۴۱ همین مجلد.

میکند، و در هبه نامچه مینویسد که (هبه کردم این عمارت را به فلان به شرط این که صاحب عمارت اندرونی آن قدر مشاع [را [داشته باشد). وبعد عمارت اندرونی را به شخص دیگر هبه میکند و همان شرط را از برای صاحب عمارت در هبه نامچه درج میکند. ومعلوم نیست که مراد از شرط، استحقاق عین کوچه وملکیت آن است؟ یا همان استحقاق حق العبور است؟. الحال عین کوچه مال هر دو است علی السویه؟ یا بالنسبه؟ یا عین از احدهما است و دیگری حق العبور دارد؟ واحد هما بدون اذن دیگری میتوانند کوچه را مسقف کنند یا نه؟ -؟ خواه منشأ آن ضرر دیگری بشود یا نه؟ -؟. و هر گاه جایز باشد خراب کردن. بر کی است.؟.

جواب:

جواب: چون ظاهر این است که در همه عمارت مرافق عمارت - که معبر از آن جمله است - داخل است بعینه نه محض استحقاق انتفاع در عبور. پس در صورت جهالت حال، به حکم اصل حکم می شود به استحقاق عین. و چون معبر و مرافق تابع مجموع حصار است پس بیع بعض حصار یا هبه آن مستلزم انتقال عین مرافق و معبر است به مشتری یا متهب بقدر الحصه. آنچه از نوشته ظاهر می شود (قطع نظر از این که آن نوشته حجت شرعی است یا نه (۱)) شک در انتقال عین باشد بالسویه یا بالنسبه. پس به مقتضای اصل و قاعده باید رجوع کرد به استحقاق از برای هر یک بالنسبه. پس بنابر این کوچه مشترک است بینهما، و تصرف احدهما بدون اذن دیگری جایز نیست. و دیگری را میرسد که او را امر کند به خراب کردن. خواه به سبب آن سقف ضرری عاید شده باشد یا نه. و اجرت خراب کردن بر غاصب است. و ظاهر این است که در صورت اختصاص عین به اولی و استحقاق دیگری حق العبور را، فقط در صورت تضییع صاحب حق، [صاحب حق] صاحب عین را تواند الزام کرد در خراب کردن. (۲) و جهل به مسأله منشأ سقوط حق غیر نمی شود. و از آنچه گفتیم حکم حق دروازه هم ظاهر می شود که مشترک است بینهما بالنسبه. والله العالم. .

ص: ۹۴

۱- در این مورد توجه به عبارت مرحوم شهید در لمعه که شهید ثانی هم آن را تایید کرده است جالب است که میگوید: لانعتبر بالقرطاس.

۲- عبارت نسخه: در صورت اختصاص عین به بالای سقف و استحقاق دیگری... و شاید صحیحتر این باشد: در صورت اختصاص عین به اولیای سقف و استحقاق دیگری...

۳۶:سوال: هر گاه کسی چند بیت الخلا و دریاچه [ای] در کنار مسجدی ساخته و نهری. و قدری از آب نهر را وقف کرده از برای همین کار که [در] حقیقت مجموع وقف مسجد است. و بعد از مدتی شخص دیگری آمده حوضخانه و بیت الخلاهای متعدد در جنب مسجد ساخته در کنار همان نهر. و از آن نهر شق جدولی از فوق آن نموده از برای همین امور و همان قدر آب که شخص اول وقف کرده همین شخص هم کرده. و چون بنای آخر مشتمل است بر جویهای بسیار که در اولی نیست، الحال این وقف ثانی دایر شده و وقف او معوق و بی کار مانده. آیا وقف ثانی (با وجود این که منشأ تعطیل امر اول است) جایز است یا نه؟ -؟ و تصرف مردم در آن جایز است یا نه؟ -؟ و وضو در آن آب ساختن صحیح است یا نه؟ -؟ چون در این وقت بعضی طلبه در این تشکیک کرده اند، میخواهند اذن و رخصت از جانب شما داشته باشند تا رفع اشکال بشود.

جواب:

جواب: وقف ثانی اگر مشتمل بر شق النهر از فوق این وقف اول نبود، و آب آن از نهر دیگر یا جای دیگر بود باکی نبود. هر چند باعث تعطیل وقف اول باشد. لکن چون الحال مفروض مسأله این است که از همان مجری شق النهر شده، بی صورت است. وجه ثانی این است که اصل مجری که این جدول از او شق شده مشترک بود ما بین واقف اول و سایر ملاک که از جمله آنها واقف ثانی است. و واقف اول جزئی از آن آب را وقف مسجد کرده و وقف جزئی از آب حقیقتاً وقف مجری است، به جهت عدم بقای عین درمأ که مورد وقف نتواند شد. و وقف جزء مجری مستلزم وقف مرافق و توابع آن است که از جمله آن حافه نهر است. و شق النهر که واقف ثانی میکند تصرف در حافه است و بدون اذن شریک جایز نیست. و شریک در اینجا موقوف علیه است که مسجد است. و اذن و رضای مسجد در تصرف و در شق النهر معنی ندارد. اگر بگوئی که: وقف بر مسجد حقیقتاً وقف بر مسلمین است والا وقف صحیح نخواستی بود به جهت آن که در موقوف علیه اهلیت تملک شرط است. و بنا بر این مفروض این است که مسلمین راضیاند به این شق النهر. گوئیم بلی خوب است این سخن. اما این که اولاً

میگوییم که در اینجا مسلمین نه مراد احاد و اشخاص میباشند - چنانکه در هر طبقه [ای] از بطون اولاد، در وقف اولاد احاد است - بلکه مراد از مسلمین در اینجا جهت و مصلحت است. مثل وقف بر کتب فقه و حدیث نوشتن پس حقیقتاً از راه عدم تعیین مستحقین، اجازه از ایشان متصور نیست، بلکه بعد بیان میکنیم که بر فرض تمکن از اذن و رضا، برای ایشان جایز نیست اذن. و اگر بگوئی سلماً که جهت و مصلحت قابل اذن و اجازه نباشد. لکن حاکم شرع که متولی این امور است، اهل آن است. گوئیم حاکم تولیت به امثال این امور ندارد که شق نهر و امثال این امور باشد به جهت آن که متولی باید خیر خواه واقف و موقوف علیهم (همه) باشد و صلاح همه را ملاحظه کند. (خصوصاً بنا بر قولی که عین موقوف از مالک منتقل نمی شود. و موید این است که حقتعالی امر تولیت را هم به او وا گذاشته که هر کی را خواهد متولی کند). و اما خیرخواهی مسلمین پس آن نیز در اینجا متحقق نیست. به جهت آن که مراد از خیرخواهی و صلاح بینی متولی، مکلف بودن آن در صلاح بینی ایشان است از راه آن وقفی که او متولی آن است (۱) نه صلاح بینی از راه دیگر. و صلاح بینی ایشان در انجام وقف اخیر نه معنی صلاح بینی ایشان است در وقف اول که او متولی آن است بالفرض و از آنچه بیان کردیم معلوم شد که این کلام مختص به مسجد و مصلحت عامه مسلمین و حاکم شرعی هم نیست بلکه در سایر موقوف علیهم معینین موجودین، هم جایز نیست. بلکه هر چند متولی و ناظر بر سایر بطون هم باشد. به جهت این که [این] معنی مخالف مصلحت این وقف است. و مقتضای قاعده کلیه صحیحه (الوقف علی ما وقفه الواقف) (۲) این است که موقوف علیهم و متولی تصرف در عین موقوفه نکنند که مخالف طریقه و منظور واقف باشد. و عمده منظور واقف آن است که از عین موقوفه منفعت به موقوف علیه برسد. .

ص: ۹۶

۱- عبارت نسخه: مراد از خیرخواهی و صلاح بینی متولی و مکلف بودن آن در آن صلاح بینی ایشان است و رای آن وقفی که او متولی آن است. نه صلاح بینی از راه دیگر.

۲- وسائل: ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

پس تصرف در عین موقوفه کردن که بالمره قطع ریشه غرض واقف را بکند چگونه جایز خواهد بود. به هر حال منظور متولی باید صلاح حال موقوف علیهم باشد در تصرفات در عین موقوفه از آن حیثیت که موقوف علیهم میباشند نسبت به وقف خاص نه مطلقاً. بلکه در اینجا محض در حافه نهر نیست که استبعاد شود که این امر جزئی است که اینقدر تشدید در کار ندارد، به جهت آن که اولاً- در حرمت تصرف در مال غیر کلی و جزئی فرقی ندارد. وثانیاً چون این جزئی تصرف، مثمر ثمره عظیمه است که معطل ماندن وقف است برای او پس چگونه آن را جزئی میگوئیم. وثالثاً بیان خواهیم کرد که تصرف منحصر در آن نیست بلکه تصرف دیگر هم هست. تا اینجا گفتار در جواز وعدم جواز وقف ثانی و شق النهر جدید، بود. الحال عمده تر این است که بیان کنیم که آیا مسلمین هر گاه در آب آن تصرف کنند معصیت کرده اند یا نه. وعبادت ایشان صحیح است یا باطل. پس میگوئیم که ظاهر این است که از برای مسلمین هم تصرف در آب جایز نباشد. هر چند که در روز نوبت واقف ثانی، آب به آنجا می‌رود. به جهت آن که اصل مجرا که مشاع و مشترک است و تقسیم آب نهر مشاع یا به عنوان این است که در موضعی از مواضع نهر که از آنجا آب جدا می شود به جداول که به جانب املاک شرکاء می‌رود، به مثل لوحی قرار میدهند از چوب یا غیر آن که در آن سوراخ ها قرار میدهند و نصب میکنند. و به عنوان تعدیل و تسویه آب را از آن سوراخ ها به جانب زمین هر یک از شرکاء روان میکنند هر یک به قدر حصه. گاه است یکی، از دو سوراخ آب می‌برد. و یکی، از سه سوراخ. و یکی، از یک سوراخ. و هم چنین.... یا بر ساعات ایام. یا امثال آن قسمت میکنند که آن را مهایات و نوبت میگویند. و در حال ظاهر این است که تقسیم آب متحقق می شود در همان موضعی که قرار داده اند از برای تقسیم در صورت اولی، و در مواضع معهوده که هر یک از آنجا جدول خود را از نهر جدا کرده اند، در صورت اخیر. پس ما فوق آن باز بر اشاعه خود قار است و تصرف در آن بدون رضای شرکاء جایز نیست. پس گاه است که شق النهر فوق آنچه متعارف بوده است قبل از این، [باشد که این] باعث تصرف است در مال شرکاء، یعنی آب آنها که یکی از

آن شرکا دریاچه و بیت الخلائی اول است (وبه عبارت اخری: مسجد است) و اذن از جانب آن ثابت نیست. کسی نگوید که: مفروض این است که صاحب حوضخانه ثانی در روز نوبت خود، آب را از آن نهر که تازه شق کرده میبرد، و آب مال او است. بیش از این نیست که معصیتی کرده به سبب تصرف در حافه نهر. به جهت آن که میگوئیم که: آب گاه است که در فوق مقسم، اجتماعی، دارد، که نفع آن به همه شرکا میرسد، و به سبب شق النهر آن آب مجتمع، روان می شود. و بعد (۱) سد این اول ساقیه جدیده باید مدتی معطل شود و بعد از آن به جانب مقسم یا به جانب جدول سایر شرکا جاری شود. و این اذیت و نقصانی است که غالباً شرکا به آن راضی نیستند. به هر حال این معنی در کمال وضوح است که گفتیم آب از موضع خاص مستلزم تقسیم [از] مافوق آن نیست. و اگر نه چنین باشد لازم می آید که در روز نوبت کمی از آب قنات مغنی (۲)، تواند به دولاب از چاههای قنات آب بکشد و به زرع خود که قریب به آنجا باشد بدهد. به این معنی که آب مال او است و به او غرامتی نیست بیش از این نیست که معصیتی کرده در تصرف در کنار چاه مشترک. و هم چنین هر گاه در دریاچه [ای] جمع کند، وضو و غسل [در آن] صحیح باشد. و البته چنین نیست. بلکه ظاهراً آب مغضوب است. و بنا بر اشراط اباحه آب در طهارت - چنانکه مشهور است - باید وضو و غسل در آن باطل باشد. و از جمیع آنچه گفته شد ظاهر می شود که فرقی نیست مابین این که مجرای آب متساوی السطوح باشد یا مختلف. به جهت آن که گاه است که تمام مجری متساوی السطوح است و لکن بعد از قطع کردن آب در ته نهر آبی میماند. پس هر گاه فرض کنیم که کسی که در روز نوبت خود آبی [را] که در فوق جدول او.

ص: ۹۸

۱- به کارگیری لفظ (بعد) در فارسی در اینگونه موارد همیشه با (از) همراه میشود، این سلیقه میرزا یک رونده عربی است و بر اساس قواعد عربی باید با (فتحه) نوشته شود لیکن آنچه در فارسی مناسبتر است (کسره) است.

۲- قنات مقنی.

است بالمره بردارد - به اعانت دولابی یا آلاتی - که در آخر زمان نوبت آب را تسلیم شریک کند. و لکن در آن حال قطره [ای] از آن آب باقی نمانده باشد. جایز نیست. به اعتبار این که در قسمت آب همان تراضی معتبر است. چون غیر موجوده مستقره نیست و متجدد الحصول است. و تراضی در تصرف همان در ماتحت جدول، شده. و در مافوق جدول همان استحقاق آمدن آب را دارد لا-غیر، که کسی مانع آن [ن] می تواند شد. و زیاده بر آن مشاع است. و این ثمره وقتی ظاهر می شود که منبع آب کم قوت باشد، و آن آلتی که آب را از فوق جدول خاص، بر میدارند بسیار بزرگ باشد که آمدن آب از منبع تدارک برداشتن آن را نمی کند.

خلاصه آن که: نهر مشترک مشاع است میان شرکا. و تقسیم به مہایات هم نشده الا در ماتحت جداول. و آن قدر که به مہایات مفروض شده همان ماتحت جدول شرکا است. و تصرف مافوق - به غیر همان جریان آب به مقداری که از جدول به عنوان تعارف می رود بیشتر - نمی تواند کرد، الا- به اذن شریک. و چون مفروض این است که حوضخانه اولی شریک بود با واقف ثانی، و به سبب این که واقف حوضخانه اول حقی قرار داده از برای آن حوضخانه به اذن شرکا در تصرف در نهر و در حق مشاع - چنانکه مقتضای حمل فعل مسلم است بر صحت - پس الحال حوضخانه اول و صاحب حوضخانه دومی شریک اند در مجرای آب مافوق حوضخانه ثانی پس تصرف در این مشاع بدون اذن و رضای اهل حوضخانه اول، جایز نیست. و شکی نیست که اذن و رضا حاصل نیست نه صریحا و نه [به] شاهد حال. اگر بگوئی که: صاحب حوضخانه اول با صاحب حوضخانه ثانی در اول شریک بودند با یکدیگر آب را بر سیل مہایات قسمت می کرده بودند، و آن در روز نوبت خود جزئی از آب خود را از برای حوضخانه خود وقف کرده بود. و این هم در روز نوبت خود به جهت حوضخانه خود، پس چرا آن صحیح است و این صحیح نیست؟ -؟. گوئیم: که اولاً مہایات لزوم ندارد و از عقود جایزه است. (۱) و ثانیاً مفروض این است که واقف او جزء .

ص: ۹۹

۱- و همین نکته موجب گشته که این مسأله در باب (صلح) قرار گیرد نه در باب (وقف).

معینی را از آب وقف کرده و خصوصیت مہایات در آن دخلی ندارد. و بعد از ثبوت وقف واستحقاق حوضخانه اول آب را، الحال مہایات باید میانه حوضخانه اول و صاحب حوضخانه ثانی بشود. و این بدون تراضی نمی شود. و این مقام محتاج است به تامل تمام بسیار. چون دقیق است. (۱)

۳۷:سوال:

۳۷:سوال: هر گاه نہری کہ بعض مشاع آن وقف مسجد و حمام است، عبور میکند در میان قریہ [ای]. و در کنار آن در وسط قریہ مسجدی هست و حوضخانه و خلائی در سر آن نہر در محاذی این مسجد ساخته شده است. و معلوم نیست کہ جزئی از آن آب وقف آنها باشد. و الحال کسی آمدہ و از فوق این [حوض] خانہ و بیت الخلا مجری را تغییر دادہ قدری راہ بردہ و بعد [از آن داخل مجرای قدیم نمودہ (۲) کہ ہر دو بہ جانب آن حمام و مسجد کہ قدری از آن آب وقف آنها است] میروند. و بر سر این مجرای جدید حوضخانہ و خلائی مضبوط ساختہ با رضای ہمہ ملاک و شرکای آب. و چون آن حوضخانہ و خلائی قدیم خراب و کثیف و غیر مضبوط بود، و مجرای قدیم ہم معیوب بود، و بہ سبب آنها ضرری بہ آب انبار وقفی کہ در جنب آن بود میرسید، و بہ سبب کثافت آن خلائی قدیم مظنہ این بود کہ عوام الناس مسجد را ہم نجس کنند، بنای این مجری و حوضخانہ و خلائی جدید شدہ. و بہ این سبب حوضخانہ و خلائی قدیم معوق و متروک شدہ. آیا این تغییر مجرای آب جایز است یا نہ؟ -؟. و تصرف در آبی کہ در این مجرا جدید می شود جایز است یا نہ؟ -؟.

جواب:

جواب: چون معلوم نیست کہ قدری از آن آب وقف خلا- و حوضخانہ قدیم باشد، پس اشتراک او در آب معلوم نیست. و اما شریک بودن حمام و مسجد دیگر در آن آب - ہر چند موجب اشتراک می شود بہ جهت لزوم تصرف در جزئی از حافہ نہر و تغییر ہ.

ص: ۱۰۰

۱- با اینہمہ تفصیل - کہ برآستی در پاسخ یک مسألہ چندین مسألہ بررسی گردید - عدم امکان اذن از ناحیہ مسلمین یا از ناحیہ (جہت مسلمین) آن طور کہ میرزا (رہ) در اینجا مطرح کردہ بہ مبنای او در مورد ولایت حاکم شرع کہ تا اینجا کتاب مکررا بیان داشتہ، سازگار نیست.

۲- عبارت نسخہ: قدری راہ بودہ و بہ آن داخل مجرای قدیم نمودہ.

مجرای وقف، بلکه تصرف در آب مشاع بر وجهی که در مسأله سابقه بیان کردیم لکن - چون متولی این وقف ها بالفرض حاکم شرع است، و موقوف علیهم حقیقت مسلمین میباشند، ظاهر این است که حاکم تواند این تصرف را بکند به جهت عدم حصول ضرر، و تحصیل نفع از برای مسلمین. و شاهد حال واقف آب بر مسجد و حمام هم رضای بر آن است. و مفروض این آن است که حوضخانه قدیم شرکته در آب ندارد که اشکالی که در مسأله سابقه کردیم وارد آید. خصوصاً با ملاحظه عسر و حرج، و ضرر به آب انبار وقفی، و مظنه تلوث مسجد. بلی، در اینجا اشکال هست که حوضخانه و خلای قدیم هر چند شرکت مالکیت نداشته باشند لکن از برای آن حقی باشد. و ثبوت حقی در مال غیر منافات با مالکیت غیر ندارد. خصوصاً با ملاحظه حدیث صحیحی که در باب آسیابی وارد شده که بر سر نهر غیری ساخته بودند. و صاحب آب میخواست آب را از نهر دیگر برد. امام (علیه السلام) منع فرمود، و فرمود که از خدا بترسد و ضرر به برادرش نرساند و به طریق معروف رفتار کند. (۱) و محقق (ره) در نافع در خصوص مورد حدیث عمل کرده. و صاحب کفایه هم میل به آن کرده. و می توان گفت که در آنجا چون مدعی حقی موجود نیست، و محتمل است که از باب اباحه رخصتی داده بوده اند در ساختن خلا. و حوضخانه، نه بر وجه لازمی. پس در آنجا ثبوت حق، ظهوری ندارد. و اما حدیث مذکور: پس با وجود آن که عامل به آن ندیدم - غیر از اینها که گفتیم - در موضع خاصی است و تعدی از آن محتاج به دلیل است. و اما تعلیلی که [در آن] شده به نفی ضرر (چنانکه در اخبار کثیره نیز مستفاد می شود) پس آن معارض است با عمومات (الناس مسلطون علی اموالهم). و هم چنین معارض است به تضرر آب انبار و مسجد و غیره، و عسر و حرج. و به هر حال اظهر جواز تصرف و صحت عبادات است در آن.

۳۸:سوال:

۳۸:سوال: هر گاه زینب عمارتی را که مشتمل است بر بیوتات متعدد، ببخشد به .

ص: ۱۰۱

۱- و سایل: ج ۱۷: ابواب احیاء الموات، باب ۱۵ ح ۱.

پسر خود زید نام، به سوای یک خانه. (۱) واز برای عمارت دو راه باشد که از هر دو به آن عمارت تردد می شود. ویک خانه از جمله آن عمارت از برای خود گذاشته باشد که آن نزدیک به یکی از آن دو معبر باشد. وبعد از آن این یک خانه را هم ببخشد به پسر دیگر خود عمرو نام. و عمر مذکور چند وقتی از هر دو معبر تردد کند. وبعد از آن زید او را منع کند و بگوید از همان معبر تردد کن که نزدیک خانه تو است. وزینب هم بگوید که من همان معبر را به تو داده ام و در معبر دیگر حقی نداری. در این صورت حق باکی است؟

جواب:

جواب: ظاهراً حق با زید است. به جهت آن که آنچه در عرف و عادت از مرافق و توابع دار محسوب می شود - که بسبب آن حکم می شود به دخول در بیع و هبه و امثال آن - در صورت عدم تصریح در حال عقد، همان حق العبور فی الجملة است. و مفروض این است که زینب خانه را با توابع آن که عرفاً از آن محسوب می شود به زید بخشیده، و به اعتراف او زید در هر دو معبر صاحب حق است. و آنچه از برای خود باقی گذاشته بود یک (یورد) (۲) بود. و آنچه از توابع آن یک یورد محسوب می شود حق معبر فی الجملة است، نه معبر خاصی. خصوصاً در صورتی که آن حق را در اقرب معبرها از برای آن قرار بدهند. پس در این صورت ادعای عمرو به معبر دیگر صورتی ندارد، خصوصاً با انکار زینب انتقال معبر دیگر را به او. و هر گاه کسی بگوید که معبرها هر دو از مرافق و توابع آن خانه است بالفرض. و هر یورد که در آن خانه است در این شریک است. آن مدفوع است به این که ملازمه نیست ما بین حق کل و حق جزء. بلکه می تواند شد که جزئی از جمله مرافق که محسوب باشد در عرف، واز مرافق جزء محسوب نباشد. مثل خاکروبه و برف انداز (و امثال آن) که از مرافق خانه است واز مرافق چاه نیست. پس اگر کسی چاهی از خانه خود بفروشد معبر .

ص: ۱۰۲

۱- مراد یک اطاق و یک سلول است.

۲- یورد یک واژه ترکی است که در اصل معنای مجموعه سلولی گفته میشود و گاهی به معنای بوم و وطن هم به کار میرود. لیکن مراد میرزا (ره) در اینجا همان یک سلول واحد است.

از توابع آن هست اما محل خاکروبه و برف انداز داخل نیست.

۳۹:سوال:

۳۹:سوال: تصرفات قدیمه در ملک غیر مثل عبور و نصب میزاب و اجراء آب و انداختن برف (غیر معلوم الوجه لزوما واذنا). آیا محمول است بر لزوم؟ و جایز نیست مالک را الیوم منع آنها؟ یا محمول است بر عدم لزوم و جایز است مالک را منع آنها؟

جواب:

جواب: اظهار در نظر حقیر آن است که هر گاه صاحب ملک منع استحقاق صاحب میزاب و امثال آن نماید، و صاحب میزاب و امثال آن متشبث به استحقاق سابقه باشد، (۱) قول قول صاحب میزاب و امثال آن است. به جهت آن که ذالید است. و چنانکه ید در اعیان موجب ملکیت است (هر چند احتمال اجاره و عاریه ثابت باشد) همچنین در حقوق و منافع. به جهت آن که حق نصب میزاب و امثال آن در ملک غیر، از اموری است که صلح ابدی در آن جاری می شود [و] موجب تملک حقوق مزبوره می شود. و تقارن ملکیت عین از برای مالک و حق از برای صاحب میزاب هم ممکن الحصول است. پس اصل تاخر حق میزاب هم معنی ندارد، که صاحب ملک به او بگوید که تو اثبات حق خود بکن. پس (ید علی الاستمرار) ظاهر در [ت] ملک علی الاستمرار) است. و علامه (ره) در قواعد و ولدش حکم بر [تقدیم] قول صاحب ملک کرده اند، به جهت اصاله عدم استحقاق غیر در ملک ایشان. و آن معارض است به ظاهر ید. و این (ظاهر) بر (اصل) مقدم است. و حال اصل را هم دانستی. و دانستی که ثبوت ملکیت صاحب زمین منافات با ثبوت حق غیر در آن ندارد. و مثل این است کلام در این که چوب های سقف همسایه بر سر دیوار خانه او باشد. و گویا از این جهت علامه در تحریر توقف در تقدیم قول احدی کرده است. و در صورتی که هیچ یک علم به سبب گذاشتن درخت همسایه بر دیوار نداشته .

ص: ۱۰۳

۱- توضیح: تشبث به استحقاق سابقه، تفاوت دارد با (ادعای جازمانه بر حق لزوما). معنای اولی این است که صاحب میزاب جزم بر حق خود ندارد و تنها با تمسک بر (اصاله اللزوم) اجتهاد میکند که صاحب حق است. و چنین فتوایی خصوصا در میان متأخرین از شیخ، کمتر طرفدار دارد رجوع کنید به ذیل مسأله ۴۳، از همین مجلد. و نیز به مسأله ۴۸.

باشد، و ادعای قطع به استحقاق و عدم استحقاق از هیچ کدام سر نزنند، شیخ طوسی (ره) دعوی عدم خلاف کرده است که نمی تواند او را مطالبه کرد که درخت را بر دارد، یا اگر خراب شود او را منع کند از تجدید. (۱) چنانکه شهید (ره) در دروس نقل کرده. پس در صورت ادعای استحقاق به عنوان جزم، امر ظاهر تر است. و فرقی ما بین درخت و دیوار و صب میزاب در خانه جار، نیست. و هکذا غیره من الامثله.

۴۰:سوال:

۴۰:سوال: هر گاه زید (بوم کند) ی یعنی سردابه [ای] داشته باشد. و عمرو اطاق بر فوق آن ساخته باشد، که عمرو مالک اطاق فوقانی مزبور بوده باشد. و اطاق منهدم گردد به حدی که نصف بلکه کمتر آن بوم کند را نیز خراب کند و بقیه که از بوم کند باقی مانده باشد. باز عمرو بر بالای همان بوم کنده اطاق جدیدی بسازد یا نه؟ - و با وجود این که ظن کلی بوده باشد که اگر یک پایه بر فوق بوم کنده گذارند باز منهدم میگردد. [و در] انهدام اول آیا زید را میرسد غرامت از عمرو بگیرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه صاحب خانه استحقاق بودن خانه را بر سرداب داشته باشد به عنوان دوام (خواه به ارث خواه به صلح و غیر آن) و تقصیری هم نکرده در خراب شدن خانه، بر او غرامتی نیست و ثانیاً می تواند خانه را بنا کند و لکن مهماً ممکن اضرار به صاحب سردابه نکند اولی است. والله یعلم.

مسأله نزاحم الحقوق: ۴۱:سوال:

مسأله نزاحم الحقوق: ۴۱:سوال: هر گاه کوچه [ای] سر بسته باشد، و در خانه زید در ابتدای کوچه باشد، و در خانه عمرو در وسط کوچه. آیا عمرو می تواند بدون اذن زید خاشاک و خاکروبه خود را در محاذی در خانه خود و پائینتر یا بالاتر بریزد و بردارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: احوط بلکه اظهر این است که بدون اذن صریح زید یا شاهد حال به رضای او، نکند. و در این مسأله اشکال بسیار است و مشهور علمای ما این است که اول کوچه که داخل میشوند مال زید و عمرو است بالمشارکه تا به در خانه زید. و از در خانه زید.

ص: ۱۰۴

۱- اگر از نظر ثابت شود خانه ای که میزاب بر آن میریزد قبل از خانه صاحب میزاب احداث (ویا احیاء و تملک) شده صورت دیگری از مسأله پیش می آید که اطلاق فتوای میرزا را با مشکل دیگر مواجه میکند.

مختص عمرو است تا به در خانه عمرو. واز در خانه عمرو که گذشت آن زیادتی که در سر کوچه است مشترک است میان هر دو. وقول دیگر این است که هر دو در مجموع کوچه شریکند، واین قول با قواعد موافقت است. وبر قول مشهور اشکالات وارد است. به جهت آن که مقتضای کلمات ایشان در لزوم رضای جمیع در اخراج ناودان و بنا گذاردن جناح ورواشن، وامثال آنها، دلالت دارد. والله العالم.

کتاب الصلح من المجلد الثانی

سوال: ۴۲

سوال: ۴۲: آیا جایز است تصرف کردن در دیوار مشترک (به این نحو که احد شریکین در خانه خود بنای عمارتی بگذارد و دیوار آن را متصل کند به دیوار مشترک. وبعد از آن که مرتفع شد و مساوی دیوار مشترک شد بر سر هر دو با هم دیواری بگذارد) یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: جایز نیست [به] هیچ وجه تصرف در دیوار مشترک، الا به اذن شریک، هر چند به مقدار یک مثقال خاک آن باشد که از آن دیوار جدا کند. و جایز نیست که میخی در آن بکوبد. چه جای آن که بر سر آن عمارتی بکند. و اما هر گاه دیوار را از زمین خود بر میدارد به نحوی که متصل به دیوار مشترک باشد بدون آن که میخی در آن بکوبد از برای وصل کردن دیوار به دیوار، و یا طاقی در آن بکند، یا امثال آن. پس اگر سنگینی این دیوار نو بر آن واقع نمی شود و همان محض اتصال است، باکی نیست.

سوال: ۴۳

سوال: ۴۳: این که علما گفته اند که (صلح صحیح است با اقرار و انکار) چه معنی دارد؟ پس هر گاه کسی از کسی صد تومان طلب داشته باشد، و آن شخص انکار کند، و مدعی از اثبات عاجز باشد و صلح کند به ده تومان، وبعد از آن مدعی شاهد بهم رساند بر استحقاق صد تومان، یا منکر اقرار کند به طلب او. پس صلح بر هم نخواهد خورد و نود تومن مال او از میان برود بی عوض، چگونه خواهد بود؟.

جواب:

جواب: بدان که مراد علما در اینجا صحت در ظاهر است، نه نفس الامر. و ظاهرا خلافتی در مسأله نیست که صلح در صوت اقرار مدعی علیه به طلب او و صورت انکار آن، هر دو صحیح است علی الظاهر. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. پس هر گاه مدعی محق باشد

آنچه از منکر میگیرد وجه صلح بر او حلال است. و هر گاه محق نباشد، آنچه میگیرد بر او حرام است در نفس الامر. هر چند در ظاهر حکم می شود به این که مال او است، مال او نمی شود در نفس الامر. چنانکه تصریح به آن واقع است در کلام علما. بلکه در مسالك تصریح کرده که هر گاه احدی دعوی کند که عینی که در دست دیگری [است] از او است. و دعوی او باطل شد و وجهی بدهد و صلح کند که آن عین را بگیرد. پس آن عین بتمامها در دست او غصب و به قدر آن وجهی که داده است هم مالک نمی شود. به جهت این که محق صلح کرده است با مبطل که رفع دعوی دروغ او را بکند. و گاه است که آنچه کرده است از برای رفع ضرر از جان یا مال یا عرض خود کرده باشد. و این را تراضی نمیگویند بلکه اکل مال است به باطل. و هم چنین است صورت عکس. یعنی مدعی محق باشد و منکر مبطل، و منکر تنخواهی بدهد و صلح کند که آن عین از او باشد، هیچ از آن عین مال او نمی شود، چنانکه گفتیم. و به هر حال هر گاه به بینة یا اقرار ثابت کند مدعی خود را بعد از صلح بر هم [می] خورد و به مال خود رجوع میکند. و این از باب (قسم خوردن منکر) نیست که هر گاه بعد از قسم، مدعی مطلب خود را ثابت کند نمی تواند رجوع کرد، بنا بر اشهر واقوی. به دلیل خاصی که در محل خود بیان کرده ایم. هر چند منکر به آن، مشغول الذمه مدعی هست و در قیامت مطالبه حق خود میکند. و اما در صلح دلیلی نیست بخصوص، بر عدم رجوع مدعی به مال خود در صورت ثبوت حق. و منتهای آنچه از صلح ثابت شده این است که مادامی که خلاف آن ثابت نشده در ظاهر حکم می شود بر لزوم صلح، نه این که صلح مبطل دعوی او باشد در دنیا مطلقا حتی بعد ثبوت حق به بینة یا یمین. و می توان استدلال کرد بر این مطلب به عموم حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) که فرموده اند (البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه، والصلح جائز بین المسلمین، الا صلحا احل حراما او حرم حلالا) (۱) و وجه استدلال این است که این حدیث شریف دو احتمال دارد و دو تفسیر در آن ذکر کرده اند از برای استثناء، ظاهر اکثر علما آن است که .

ص: ۱۰۶

مراد از (ما احل حراما) این است که صلح کنند مثلاً بر این که احدی شراب بخورد، یا گوشت خوک. واز (ما حرم حلالاً) مثل این که صلح کنند بر این که با زن حلال خود جماع نکند. وجمع دیگر مثل ابن مفلح و مقداد تفسیر کرده اند استثناء را به این که صلح کند با منکر به بعضی آنچه ادعا میکند، یا به منفعت آن، یا بدل آن. واین عبارت ابن مفلح است در شرح شرایع (ولا یصلح مع جهل احدهما و علم الاخر، کما علم زیدان فی ذمته مأه لعمره، ولم یعلم عمره، فصالحه زید علی اقل من المأه. لم یجز، لانه یلزم منه تحلیل الحرام، لاین منع الحق حرام، وهذا الصلح یقتضیه، فیکون باطلاً). واز برای لفظ (جایز) هم دو احتمال هست. یکی آن که مراد از ان اباحه و رخصت باشد. پس مستثنی در آن باید محکوم به حرمة باشد. هر چند که بگوئیم حرمة مستلزم فساد نیست در معاملات. و باید فساد از دلیل خارج معلوم شود، و لکن قرینه مقام در اینجا افاده میکند اراده فساد را، چون بعد ذکر بینه و یمین است، و چنانکه آنها مثبت حق و مسقط دعوی میباشند و صلح هم در عداد آنها مذکور است، به همان معنی خواهد بود. و در مستثنی باید مراد عدم تأثیر باشد نه محض حرمة و عدم جواز. و لازم عدم تأثیر اثر، بطلان است. بلکه بطلان عبارت از همان عدم ترتب اثر است. و دوم این که به معنی صحت و امضا باشد. چنانکه در (اقرار العقلاء علی انفسهم جایز). و بنا بر این استثناء در معنی بطلان خواهد بود. و در جمله الصلح جایز بین المسلمین) هم دو احتمال هست. یکی آن که مباشر شدن هر یک از طرفین صلح را، جایز است. و دوم این که مباشر شدن ثالثی - مثل حاکم یا مؤمنین - جایز است. و بنا بر اول، کلمه (بین المسلمین) ظرف مستقر، خواهد بود. یعنی مصالحه [ای] که واقع شود بین مسلمین جایز است. و بنا بر ثانی ظرف لغو است و متعلق است به صلح. و مراد از صلح ابقاع مصالحه است که ثالثی مباشر آن شود، و هر چند در این صورت حمل کلمه (جایز) بر رخصت انساب است از صحت، لکن چنانکه بینه و یمین شان، حاکم و مسقط دعوی است، به همین قرینه میتوان فهمید که اصلاح هم

حاکم [و] مسقط دعوی باشد. (۱) و بدان که خواه بنا را بر احتمال اراده جواز به معنی اباحه و رخصت بگذاریم - که استدلال به [این] حدیث بر صحت و فساد، تمام نمی شود الا - به قرینه مقام چنانکه گفتیم - خواه جایز را به معنی صحیح و ممضی بگیریم چنانکه ظاهر اکثر این است، پس چون صحت و فساد در احکام شرعی تابع ظاهر است خواه نفس الامر هم موافق باشد یا نه، پس بنا بر تفسیر اول از دو تفسیر، استثناء (مستثنای متصل) می شود. به جهت آن که صلح در آن صورت نه در ظاهر صحیح است و نه در نفس الامر و بنا بر تفسیر دوم استثناء (منقطع) می شود، چنانکه در مسالک تصریح به آن کرده، به جهت آن که مستثنی منه، صحت علی الظاهر است. چنانکه استعمال صحت و بطلان در فقه بر آن است. و مستثنی بطلان نفس الامر است. و می توانیم گفت: چون اطلاق صحت و بطلان بر صحت و بطلان ظاهری [یا] (لا بشرط) است یا (بشرط لا)، پس قابل این هست که صحت نفس الامر باشد. پس باز استثناء متصل می شود. یعنی صلح صحیح است بین مسلمین مطلقا الا در چیزی که محرم حلال یا محلل حرام باشد. که در بعض افراد آن (مثل مثال شرب خمر و ترک و طی که در اینها) مطلقا صحیح نیست ظاهرا و باطنا. و [در بعض دیگر] مثل دعوی کاذب که هر چند ظاهرا صحیح است و لکن باطنا صحیح نیست. چنانکه در مسالک نیز به آن اشاره کرده. و مثال (صلح بر دعوی مبطل) مثال تحریم حلال و تحلیل حرام هر دو می تواند شد. از حیثیت این که آن، قدری از حق محق را بر او حرام کرده است (۲) و قدری از مال محق را بر خود حرام کرده است. .

ص: ۱۰۸

-
- ۱- عبارات نسخه: که اصلاح حاکم لم مسقط دعوی باشد. - گویا یکی از نسخه برداران جمله (ویمین شان، حاکم) را (ویمین، شأن حاکم) خوانده و بدین سبب در جمله بعدی هم اشتباه کرده است. و ممکن است اساس جمله اول (شأن بینه ویمین، شأن حاکم) باشد که باز مراد از آن حاکم شرع نیست.
 - ۲- عبارت نسخه: آن قدری که از حق محق...

و آنچه در تحقق مقام به نظر حقیر ظاهر می شود، این است که این حدیث در مقام بیان حقیقت و ماهیت صلح باشد و بیان شرط صحت آن در نفس الامر. نه بیان این که (صلحی که واقع می شود محکوم است به صحت). پس مراد این است که صلح جایز است و صحیح است و شرط صحت آن این است که محلل حرام و محرم حلال نباشد. خواه از بابت تحلیل شرب خمر و تحریم وطی حلیله. یا از باب انکار مبطل، حق محق را. و ادای محق چیزی را که اصل ندارد. که هر گاه چنین باشد، در نفس الامر صحیح نیست. و جواز تصرف محق در آنچه میگیرد (با علم به این که مبطل حق او را دانسته انکار میکند) از راه استیفای حق است به قدر مقدور، و اینکه از کلام... یرو (۱) غیره ظاهر می شود که صحت و فساد اطلاق می شود در اصطلاح بر ظاهر حال نه نفس الامر - چنانکه پیش گفته [شد] گویا غفلت باشد، و مقام مشتبه شده است. چون قاعده این است که (افعال مسلمین محمول بر صحت است. و عقودی که قابل صحت و فساد، هر دو باشد، محمول بر صحت است، تا بطلان معلوم شود). از اینجا غافل شده پنداشته اند که هر جا که شرع حکم به صحت و فساد معامله میکند مراد او بیان صحت و فساد ظاهری است. مثلاً در صلح دانستیم از این حدیث و غیر آن که شرط است در صحت نفس الامری آن، این که محلل حرام و محرم حلال نباشد. پس هر گاه بینیم کسی دعوی صد تومان به کسی میکند و او انکار میکند. و بعد بنا را به صلح گذاشته به مبلغ پنجاه تومان. که در ظاهر محکوم به صحت است. یعنی مدعی و منکر هیچ کدام (منکر مبطل) نبوده اند. زیرا که ممکن است که مدعی جزم دارد که صد تومان مال پدر او در ذمه زید بود، و به استصحاب او را مشغول ذمه میداند. و منکر هم معترف است و لکن در واقع ادا کرده است دین را و از اثبات آن عاجز است، و می خواهد قسم هم نخورد، الجائنا انکار میکند. در این صورت تحلیل حرام و عکس آن نشده. پس در هر صلحی حکم به صحت و لزوم می شود تا معلوم شود فساد آن. مثل جائی که دانسته حق مدعی را انکار کرده و صلح.

ص: ۱۰۹

۱- این کلمه در نسخه قابل خواندن نیست و از قراین حال و مقام نیز چیزی دستگیرم نشد. شاید مراد (صاحب مسالک) باشد آنجا که میگوید (استعمال صحت و بطلان در فقه مبتنی بر آن است) لیکن دو حرف آخر کلمه در نسخه آمده است و با این احتمال نمیسازد.

کرد. در آنجا صلح در اول امر که معلوم نشده، محکوم به صحت است از طرفین. وبعد از آن که معلوم شد، محکوم به بطلان است. واما چنانکه در نفس الامر هم باطل بود و جایز نبود از برای منکر تصرف در آن، و آن زیادتی منتقل نشده بود به آن، در ظاهر شرع متعرض او نمیشوند. چون مبطل بودن او ثابت نشده بود. واما طرف دیگر که محق بود، صلح نسبت به او در نفس الامر نیز باطل بود، و اعتماد در جواز تصرف در آنچه گرفته است بر استنقاذ حق خود بود نه بر صلح. پس بنا بر این استثناء در دو حال متصل است، و مجال استثناء منقطع نیست. پس هر گاه این را دانستی، بدان که بعد از تحقق مصالحه هر گاه مدعی به بینه اثبات کند حق خود را، یا مبطل اقرار کند بر صدق او و عدوان خود، کاشف به عمل می آید که صلح جامع شرایط صحت نبوده، و در نفس الامر باطل بوده، پس مدعی تتمه حق خود را میطلبد، و آنچه گرفته است یا از باب عوض و تقاص حق خود است، یا از راه حیلولة. چنانکه آخوند ملا احمد نیز اشاره به آن کرده. مراد از حیلولة آن است که چون غاصب حایل شده مابین او و حق او و تصرف در آن نمی تواند کرد، این در عوض آن است، نه عوض مال مغضوب. چنانکه در کتاب غصب گفته اند که (هر گاه غاصب قادر بر رد عین مغضوبه نباشد، و مساوی آن را به صاحب مال بدهد، و بعد از آن غاصب قادر شود بر رد آن، باز ملک در ملک صاحب خود باقی است. و آنچه گرفته است هم مال او است. مگر این که به صیغه معاوضه بر وجه صحیح به او منتقل شده باشد، که عین مغضوبه مال غاصب شده باشد). و مال آن را در کتاب غصب در (جواب مسایل) تحقیق کرده ایم، و الحاق ما نحن فیه به آن مشکل است. و به هر حال، ظاهر این است که اشکالی در بطلان بعد از ثبوت حق، نباشد. و دلالت دارد بر این صحیحه عمر بن یزید از حضرت صادق (علیه السلام) (قال: اذا كان للرجل علی الرجل دین فمطله حتی مات ثم صالح ورثته علی شیء حتی مات ولم یقبض منه،

فهو للمیت یاخذه به). (۱) بلی هر گاه مدعی جاهل باشد به استحقاق، لکن راه دعوی داشته باشد - مثل این که به خط مورث خود مکتوبی بیند که از فلان این قدر طلب دارد یا کسی شهادت بدهد از برای او که مقبول الشهاده نباشد، که تواند قسم متوجه مدعی علیه کند - در اینجا جایز است که دعوی خود را صلح کند به چیزی. به جهت آن که قسم دادن از حقوقی است که صحیح است صلح بر اسقاط آن. و هم چنین است هر گاه دعوی بر سبیل مظنه کند - خصوصا در صورت تهمه و خفاء آن امر مدعی به، که رد قسم در آنجا ممکن نیست - بنابر قول به سماع آن دعوی، (۲) چنانکه اظهر است. و در مسالک نیز اشاره به این کرده. (۳).

ص: ۱۱۱

۱- وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۵ ح ۴. توضیح: در بعضی از چاپ ها یک صفحه تمام که این حدیث نیز از محتویات همان صفحه است اشتباهی و عوضی چاپ شده است.

۲- قول مشهور این است: وقتی ادعائی در محکمه قابل سماع است که مدعی به صورت جزم خودش را صاحب حق بداند و اگر ادعایش بر ظن و گمان استوار باشد شکایت او را نمیشنوند. لیکن میرزا به این شرط قائل نیست. و در همین مسأله است که جان کلام میرزا در مسأله شماره ۳۹ روشن میشود. و نیز رجوع کنید به مسأله ۴۸ که بیشتر به (جزم) تکیه شده است.

۳- خود محقق قمی در حاشیه این مسأله یادداشتی داشته که در حاشیه متن نسخه نیز آمده است به شرح زیر: فی (جواب المسایل) لفخر المحققین - وکان السایل مهنا بن سنان: السؤال اذا كان فی ذمه زید مال لعمرو، ومات عمرو وخلف وارثا ولم یوصل زید ما فی ذمته الی وارث عمرو. ثم مات الوارث. فلمن یکون هذا المال؟ هل یکون لعمرو؟ ام لوارثه؟ وکذا لو کان وارث بعد وارث؟. الجواب: اذا مات المالک ولم یؤد الیه مع وجوب الاداء، فیکون مستحقا له. وفيه حقوق: احدها لله تعالی، لمخالفته للامر. الثاني للمیت وفيه حقان: احدهما تاخیر الاداء والثانی عدم الدفع. فاذا مات المالک صار من المالک الی الوارث وبقی علی المانع حقان: احدهما لله تعالی، والثانی للمالک. ثم صار الملک حقا للوارث، فیجب علیه ادائه الیه. فان لم یعلم الوارث وجب اعلامه. فان منعه صار علیه ثلاث حقوق حق لله تعالی، وحقان للوارث. کما تقدم، وعلی هذا لو تعدد الوارث. انتهى کلامه (ره). اقول: ما ذکره (ره) موافق للقواعد ولكنه ینافی ظاهر صحیحه عمر بن یزید. ویمکن ان یحمل الروایه علی المصالحه علی الاقل مع جهل الوارث بالمقدار وعدم ابرائه المدیون. وح، فوجه قوله (للمیت یوم القیامه) مع انتقال المال الی الوارث، غیر ظاهر. الا- ان یقال: الاصل بقاء حق المیت الا- بادائه تماما الی الوارث، فلا- مانع للقول ببقاء حق المیت والوارث کلیمهما، اما للمیت فلانه لم یؤده الی وارثه، واما للوارث، فلذک ایضا، لبقاء حقه وعدم ابرائه اياه. ولكن ینی الاشکال فی الاستدلال بالصحیحه علی ما نحن فیہ. اذ بقاء الحق فی الباقی للمیت فی الاخره لا ینافی سقوط دعوی الوارث عنه فی الدنيا وان بقی له حق فی الاخره ایضا. فلیتدبر. - منه (ره).

۴۴:سوال: هر گاه زید مالی به عمرو بفروشد به مبلغ معینی به اجل معلومی. و آن مبلغ معین را متبایعین مصالحه نمایند به مال مصالحه رایج رأس میعاد. و رایج حال حلول اجل، با رایج حین معامله تفاوت کرده. در این صورت زید بایع مستحق آن ثمن به عنوان رایج راس میعاد است؟ یا رایج حین معامله؟.

جواب:

جواب: در جواب این مسأله محتاج به تمهید سه مقدمه است: مقدمه اول: در بیان حقیقت این که جهالت در صلح، مضر هست یا نه؟ -؟. و بیان آن موقوف است به تمهید مقدمه، و آن این است که صلح در اصل عقدی است که وضع شده از برای قطع منازعه. و خلافی و اشکالی در شرعیت آن نیست، و اطلاقات کلمات علما و اجماعات منقوله، و اطلاقات آیات و اخبار، بلکه خصوص آیه (و ان امرئ خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحا). این است که فرقی نیست ما بین رفع نزاعی که واقع شده باشد با نزاعی که مظنه وقوع آن هست. و اما صلح ابتدائی - بدون تحقق و ترقب نزاع و توقع آن - پس ظاهر آن است که در میان اصحاب، نیز خلافی در آن نباشد. هر چند لفظ (صلح) اشعاری به مدخلیت نزاع در آن دارد. و ظاهر عبارت مسالک و غیر آن دعوی اجماع است. و علاوه بر عدم ظهور خلاف و ظاهر اجماع، عمومات سایر ادله مثل (افوا بالعقود) و غیر آن دلالت بر آن دارد. و بنا بر این شاید منظور [از] بودن رفع نزاع، از باب حکمت باشد نه از باب علت. مثل مشقت در سفر به جهت قصر، و رفع بوی بد در غسل جمعه. پس لازم نیست اطراد آن. هر گاه این را دانستی، پس بدان که ظاهر این است که خلافی نیست بلکه اجماعی است که صلح صحیح است ظاهر و باطنا هر گاه هر دو طرف عالم باشند به آن چیزی که در آن دعوی دارند، و [نیز] در مقدار آن، هر گاه مدعی محق باشد. خواه دعوی بر سر عینی باشد یا دین میراث باشد یا غیر میراث. و در صورتی که مبطل باشد، باطنا، در نفس الامر صحیح

نیست. چنانکه در مسأله سابقه گفتیم. پس مراد علما در عنوان این مسأله که گفته اند (صحیح است صلح با علم به مصطلحین)، این است که هر دو می دانند که دعوی در سر چه چیز است و مقدار آن چقدر است. نه این که هر دو علم دارند به واقع بودن مطلب و مقدار ماده دعوی هر دو. خلاصه این که در صورت علم به حقیقت داشتن دعوی با علم به مقدار آن از هر دو جانب اشکالی [نیست] و خلافی در صحت آن ظاهرا و باطنا نیست. و در صورت تعیین مقدار و علم به قدر آنچه در آن دعوی دارند، با باطل بودن دعوی در نفس الامر، صلح صحیح است در ظاهر، و افاده اباحه نفس الامر نمی کند. و اما هر گاه هر دو طرف جاهل باشند به عین مدعی به، یا مقدار آن (مثل این که دعوی میکند بر عمرو که مالی از پدر تو بود و پدر تو مشغول ذمه پدر من بود که مرده اما نمیدانم که آن مال چه چیز است عین است یا دین درهم است یا دینار یا غیر اینها. و عمرو بگوید راست میگوئی و لکن من هم نمیدانم مثل تو). در اینجا نیز ظاهرا خلافی نیست در صحت صلح. خواه دعوی بر عین باشد یا دین، و خواه میراث باشد یا غیر آن. و علامه صریحا دعوی اجماع کرده. و دعوی اجماع از مسالک و غیره نیز ظاهر می شود. و احادیث معتبره هم دلالت دارد و عبارت بعضی آنها این است (فی الرجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه. فقال کل واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی (؟) فقال: لا باس بذلک اذا تراضیا وطابت به انفسهما). (۱) و این در صورتی که به هیچ وجه ممکن نباشد علم به مقدار، بیاشکال است. و اما هر گاه ممکن باشد، پس اگر موقوف است بر امری که در آن حال ممکن نیست - مثل این که ثالثی هست که بر حقیقت حال مطلع است و لکن غایب است، و الحال محتاجند به طی دعوی و به سبب انتظار ضرری یا عسری حاصل می شود - در اینجا نیز اظهر جواز است. چنانکه صریح شهیدین در مسالک و دروس و ظاهر اطلاق دیگران است. و دلیل آن اطلاقات و عمومات و نفی ضرر و عسر و حرج، است. و اما هر گاه بالفعل ممکن باشد .

ص: ۱۱۳

معرفت آن بدون عسری و حرجی، پس در آن اشکالی هست. نظر به اطلاق کلام جمعی از علما و اطلاق ادله که مقتضی صحت است، و نظر به لزوم غرر. و دور نیست ترجیح صحت به جهت اعتضاد ادله آن به اصل براءت و تنبیه اخبار بر این که در صلح آن گرفت و گیر نیست، و همین که تراضی و طیب نفس هست کافی است. چنانکه روایت سابقه و امثال آن اشعار به آن دارند. و از آن جمله است مسأله صلح دو شریکی که خواهند جدا شوند و از یکی نفع و نقصان باشد و از دیگری سرمایه (۱) و حدیثی که در آن وارد شده. (۲) و اما هر گاه یکی از طرفین عالم و دیگری جاهل باشد، پس اگر آن که مستحق است جاهل است و مبطل عالم است، پس واجب است بر مبطل که اعلام کند جاهل را به حقیقت حال. و هر گاه بدون اعلام صلح کردند، صلح در ظاهر صحیح است، و لکن در نفس الامر صحیح نیست. چون تراضی حقیقی واقع نشده، و روایت علی بن [ابی] حمزه که سند آن قوی است - به جهت آن که راوی از او ابن ابی عمیر است و خود او هم قوی است - دلالت دارد بر آن. و در جمله آن مذکور است که (رجل یهودی او نصرانی کانت له عندی اربعه الاف درهم فمات ایجوز لی ان اصالح ورثته ولا اعلمهم کم کان (۴) قال: لایجوز حتی تخبرهم) (۳). و شهید ثانی در مسالک گفته است که واجب است در این صورت که اعلام کند جاهل را به قدر آن، یا این که (مصالح به) را به قدر حق او بدهد در صورتی که آن حق متعین نباشد. با وجود این باز عبرت و اعتبار به این است که حق به صاحب حق رسیده است، نه به صلح، و شهید در دروس گفته است که یا باید اعلام کند یا برساند حق او را به او، و اگر به کمتر صلح کند باقی ساقط نمی شود الا با علم او و رضای او و روایت ابن ابی حمزه نص است در آن.

ص: ۱۱۴

۱- یعنی یکی از دو شریک میگوید اصل سرمایه من را بده و سود و زیان مال تو. و دیگری راضی میشود. رجوع کنید به مسأله شماره ۵۹، از همین مجلد.

۲- وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۴ ح ۱.

۳- وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۵ ح ۲.

و تو میدانی که روایت دلالت ندارد الا بر لزوم اعلام وعدم جواز در غیر آن. پس کلام ایشان در ایصال به قدر حق خالی از اشکال نیست. خصوصا کلام دروس که شرط عدم تعیین راهم ندارد. به جهت آن که اعیان اموال متفاوتند و اغراض متعلق به آنها مختلف است. و ممکن است حمل کلام شهید نیز بر صورت عدم تعیین. پس هر گاه عین موجودی باشد باید همان را بدهد خواه مثلی باشد یا قیمی. و هر گاه دین باشد هم مثل آن را بدهد. پس اگر مثلی است که تلف شده قیمت آن را نمیتوان داد، بلکه باید مثل آن را بدهد، و هم چنین.. و به هر حال تکیه بر ایصال حق است. چنانکه در مسالک گفته، نه بر صلح. باقی ماند کلام در این که روایت مذکوره صریح است در این که جایز نیست مگر با اعلام. و استدلال شهیدین به آن بر تمام مطلب، تمام نیست سهل است که روایت دلالت دارد بر این که هر گاه بدون اعلام ایصال حق بکنند، کافی نیست. و ممکن است که گفته شود که آن وارد است مورد غالب، که در مصالحه غالبا کمتر از حق را میدهند پس محمول است بر غالب. و دلالت آن بر عدم جواز در صورت ایصال حق، معتبر نیست. و تکیه در جواز آن به سایر عمومات و اطلاقات و ادله صلح است. و به هر حال هر گاه بعد از صلح معلوم شود که وجه صلح کمتر از حق بوده است، صلح باطل می شود ظاهرا و باطنا. مگر آن که صاحب حق راضی شده باشد به آن وجه باطنا. یعنی در وقت صلح به آن نحو راضی شود که اگر بعد معلوم شود قدر حق و اینکه بیشتر بوده باشد هم راضی باشد. که در این وقت صلح صحیح است ظاهرا و باطنا، چنانکه در مسالک اختیار کرده. و در تذکره هم تصریح به آن شده. و صحیحه حلبی و جمعی دیگر از حضرت صادق (علیه السلام) (فی الرجل یكون علیه الشیء فیصالح (؟) فقال اذا كان بطیبه نفس من صاحبه فلا باس) (۱). دلالت دارد بر آن. و هر گاه مستحق عالم باشد و آن دیگری جاهل: پس واجب است که اعلام کند عالم جاهل را. و هر گاه خواهد آن جاهل که خلاص شود، پس هر گاه صلح واقع شود به .

ص: ۱۱۵

قدر حق یا کمتر از آن جایز است بی اشکال. و هر گاه زاید بر آن باشد، صلح در ظاهر صحیح است اما باطنا صحیح نیست. مگر این که جاهل باطنا راضی باشد به آن صلح، هر چند ظاهر شود که مستحق زیادتز گرفته است. و بعضی گمان کرده اند که در اینجا و در سابق، عبرت به رضای باطنی است نه به صلح. و این سخن خالی از اشکال نیست. به جهت آن که هر گاه قطع نظر از صلح بکنیم و بعد معلوم شود که جاهل مثلا زیادتز از حق او داده است و پشیمان شود و همان عین زاید هم موجود باشد، پس جایز خواهد بود رجوع به آن. زیرا که دلیلی بر لزوم آن نیست، هر چند به طیب خاطر داده بوده است. و این منافی کلمات ایشان است. پس باز تکیه بر صلح در لزوم و آنچه شهید ثانی (ره) پیش گفته که تکیه بر ایصال حق است، آن معنی دیگر است و در آن ظاهر اشکالی نیست. تا اینجا سخن در (مصالح عنه) بود. یعنی آن چیزی که بر سر آن دعوی دارند، و از آن دعوی صلح میکنند. و اما حکم عوض و (وجه المصالحه) که آن را (مصالح به) میگویند، پس علامه در ارشاد گفته است (ویصح علی الاقرار والانکار، مالم یغیر المشروع. ومع علم المصطلحین وجهلهمما بقدر المال المتنازع علیه دینا کان او عینا. لا ماوقع علیه الصلح ویکفی المشاهده فی الموزون). و این کلام ظاهر است در این که جایز نمیداند جهالت را در وجه مصالحه. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) در شرح آن گفته است که: اما معلومیه آنچه صلح بر آن واقع می شود پس ظاهر این است که نزاعی در آن نیست به شرطی که آنهم چیزی نباشد که صلح از آن می شود. یعنی از بابت دو حق مجهول نباشد که احدهما را به دیگری صلح میتوان کرد با جهالت هر دو. و استدلال کرده است به رفع غرر، چنانکه در سایر عقود گفته اند. و لکن بعد فرموده است که علم فی الجمله کافی است یا به وصف یا به مشاهده، و احتیاج نیست به کیل و زن، و ملاحظه اجزای کرباس و قماش آن، و پوشیدن آنچه طعم در آن معتبر است. و مثل بیع نیست. و این دقت ها در این نمی شود، به جهت عدم دلیل واضحی بر آن. و به جهت آن که صلح مبتنی است بر ارفاق و تسهیل و مسامحه. و شهید در دروس گفته که اصح این است که شرط است علم در عوض هر گاه ممکن باشد. و در جای دیگر گفته است که هر گاه متعذر باشد علم به آن وجه مصالحه، جایز است. تا اینجا

حاصل کلام آخوند ملا احمد است. و علامه (ره) در تحریر گفته است که هر گاه عوض محتاج تسلیم نیست و راهی به معرفت آن نیست - مثل دو نفر که نزاع در میراث مجهول القدری داشته باشند، یا در حقوق قدیمه، یا عین مالی که هیچ یک نمیدانند که حق او چه چیز است - در اینجا جایز است صلح از طرفین. و هر گاه چیزی است که محتاج است به تسلیم، واجب است که معلوم باشد. و مثل همین عبارت [را] در تذکره گفته است. و در مسأله قبل از این باز در تذکره گفته است که هر گاه شاخه های درخت کسی داخل هوای زمین همسایه او بشود پس هر گاه صلح کند با همسایه که شاخه ها در هوای او باشد به وجه مصالحه معینی، صلح صحیح است. خواه شاخه ها تر باشند یا خشک. به جهت آن که جهالت در (مصالح عنه) مانع صحت نیست، به جهت آن که جهالت مانع از تسلیم نیست. بخلاف عوض که آن محتاج است به علم. به علت این که واجب است تسلیم آن. و مراد او از جهالت مصالح عنه در اینجا این است که شاخه های تر نشو و نما، میکند. و گاه است زیادتر هوا را احاطه میکند و مقدار آن معلوم نیست. و هم چنین بقای آن معلوم نیست. و مؤید این است که جهالت در سکنای خانه نسبت به زیاد شدن اولاد و مهمان و غیر آن، مضر نیست. و بعد از آن در تذکره گفته است که هر گاه صلح کند بر این که آن شاخه های درخت در هوای همسایه باشد به جزء معلومی از میوه آن - مثل ثلث یا ربع آن - جایز نیست. و آن را از شافعی و اکثر عامه نقل کرده. به جهت آن که عوض مجهول است و از شر صلح معلوم بودن عوض است. و مصالح عنه هم مجهول است. به جهت آن که متغیر می شود به زیاد شدن و کم شدن. و بعد از آن گفته است که بلی هر گاه هر یک حق خود را مباح کنند برای دیگری، جایز است، بدو لزوم. همچنانکه هر گاه در اجاره بگوید (که من به خانه تو بنشینم و تو به خانه من بنشینی) بدون ذکر مدت. و لکن از کلام شهید در دروس مستفاد می شود که شرط است در صحت مصالحه بر باقی گذاشتن شاخه و ریشه در هوا و زمین همسایه، تعیین مدت، و رجوع به اهل خبره در این که شاخه و ریشه تا چه حد خواهد رسید. تا تقدیر زیادتی نکند. یعنی تقدیر کند و فرض

کند که تا کجا می‌رود و آن را مصالحه کند. و گویا نظر او به همان است که پیش گفتیم که تا ممکن باشد معرفت به حال مجهول، باید معلوم و معین کرد هر چند در مصالح عنه باشد. و در کتاب (احیاء موات) تحریر نیز به همین نحو گفته است. و بدان که: مراد علامه از احتیاج به تسلیم و عدم احتیاج به تسلیم، مشتبه است. و استدلال به آن خالی از اشکال نیست، به جهت آن که مراد او از عدم احتیاج به تسلیم این است که در هر جا که از باب ابراء باشد که تسلیم در آنجا معنی ندارد بلکه او را بری می‌کند از چیزی که در ذمه او بوده است، پس در آن، معلومیت، شرط نیست. و اما در جائی که از باب هبه باشد که تازه منتقل به غیر خواهد بکند، در آن تعیین شرط است. بر این وارد است که هر گاه مراد از اشتراط تعیین در هبه، تعیین شخص و قدر است - [که] اگر قبه طعام مجهول القدری را مثلاً هبه کند جایز نباشد - پس آن در محل منع است. و شهید (ره) در قواعد تصریح کرده به جواز آن. و هر گاه مراد اشتراط تعیین فی الجملة است به جهت آن که تملیک مجهول مطلق صحیح نیست، پس آن در ابراء هم شرط است. به جهت آن که هر گاه کسی بگوید که (من یکی از دو حقی را که از تو دارم ترا بریء الذمه کردم) معلوم نیست که نفعی داشته باشد در ابراء. و اما هر گاه بگوید که (من تو را بریء الذمه کردم از هر حقی که بر تو داشته باشم) هر چند نداند که حق دارد یا نه، و در صورت داشتن هم نه جنس آن را داند و نه قدر آن را. پس در آنجا تعیین فی الجملة ثابت است. و اگر مراد او از (عدم احتیاج به تسلیم) این است که در دست او است. پس نزاع در استحقاق و عدم استحقاق است. مثل آن که میراث شخص در دست احد وارث بوده واقعا، یا مدعی بر او دعوای آن را میکند، در این صورت نزاع در استحقاق و عدم استحقاق است که هر گاه مدعی علیه دعوای او را به وجهی مصالحه کرد دیگر محتاج به تسلیم و تسلیم میراث نیست. و هم چنین هر گاه هر یک دعوای میراثی بر دیگری داشته باشند، و هر یک صلح کنند دعوای او را بر آنچه از او ادعا می‌شود. و از این باب است که کسی قبه طعام مجهول القدری را از کسی تلف کرده باشد و صلح کند به وجه معینی. در اینجا نیز قبه

محتاج به تسلیم نیست، چون آن حق سابق ثابت شده در ذمه متلف [است] . و هم چنین زمینی یا عین مالی را که هیچ کدام نمیدانند که حق او در آن چه چیز است. مثل آن که به ثبوت شرعی رسیده است که پدر ایشان در حال صغر آن زمین را به ایشان بخشیده علی التفاوت، اما مقدار حصه را نمیدانند. یا در حال کبر بوده و فراموش کرده اند. در اینجا احتیاج به تسلیم نیست، و دعوائی هم در آن ندارند. بلکه هر گاه مقدار حق محقق می شود، به همان تسلیم قبل اکتفا می شود. و از این باب است مصالحه [ای] که امام با اهل حرب بکند از اموال ایشان، به شیئی معینی. زیرا که اموال اهل حرب از حقوق سابقه بر صلح است و در دست آنها است. پس بر این وارد می آید که تجویز کرده اند جهالت را در بسیاری از صلح های ابتدائی که محتاج به تسلیم است. چنانکه در مسأله (مقاطععه گوسفند) که شیخ فتوی داده است به جواز مقاطعه کردن شیر گوسفند در مدت معلومی به عوض معلومی به غیر شیر و روغن. و شهید در دروس بعد از آن که این را از شیخ نقل کرده است گفته است که: در صحیحہ (۱) عبدالله بن سنان دلالت هست بر جواز مقاطعه به روغن، هر گاه گوسفندها دوشیدنی باشند. و در لزوم این معامله نظر هست. و جزم کرده است این ادریس به منع از آن. و اگر گفته شود که جایز است صلح بر آن، خوب خواهد بود، و در این وقت لازم می شود. و روایت هم بر این حمل می شود. تا اینجا است کلام شهید. و تو میدانی که شیر گوسفند از امور مجهوله است. خصوصاً در مدت مدید. و این معامله هم ابتدائی است و از حقوق سابقه هم نیست و محتاج است به تسلیم. به جهت آن که شیر هر گوسفندی [را] تا تسلیم نکند مطلب به عمل نمی آید. و با وجود این شهید تصریح کرده به جواز مصالحه کردن بر آن. و هم چنین تصریح کرده است در دروس به جواز صلح کردن چیزی که عوض او این باشد که از آب خود، زرع او یا درخت او را در مدت معلومه آبیاری کند. و هم چنین صحیح است هر گاه آب دادن مذکوره را به عوض قرار بدهد. با وجود آن که آب مجهول و محتاج است به تسلیم. و هم چنین جواز صلح بر باقی گذاشتن .

ص: ۱۱۹

شاخه های درخت و ریشه های آن در زمین و هوای غیر. که علامه تصریح به جواز آن کرده هر گاه به عوضی معین، باشد. به جهت آن که جهالت در مصالح عنه، ضرر ندارد. با وجود این که این نیز حق سابق نیست. و محتاج است به تسلیم در قدری که بعد از این شاخه ها و ریشه ها بلند می شود. و از این جهت [است] که شهید در دروس شرط کرده است تعیین قدر و اعتبار ظن اهل خبره را. و ممکن است که نظر علامه (ره) به همان قدر معلوم معین باشد. و مراد وقتی باشد که آن درخت به حسب عرف و عادت به سر حد کمال رسیده باشد، نه این که در او نشو نما باشد. و آن قلیل تفاوتی که در کامل بهم میرسد معفو باشد. او قبیل چاق شدن اسب یا الاغ که منشأ تفاوت حال آن می شود در سواری و استراحت سواری حیوان چاق و تفاوت آن بالاخر. و هم چنین زیاد شدن اولاد آن کسی که حجره را اجاره کرده از برای مسکن. هر چند در وقت اجاره، اینها مجهول بوده. و تفصیل کلام در این مقام این است که مصالح عنه و مصالح به، یا هر دو، از حقوق قدیمه اند که محل تنازع و تجاذب است. یا هر دو از امور ابتدائیه [اند] و مسبوق به حق سابقی نیستند. یا مصالح عنه از قسم اول است و مصالح به از قسم ثانی. یا به عکس است. و در هر یک از این چهار صورت: یا هر دو معلوم الطرفین است، یا مجهول الطرفین، یا مصالح عنه مجهول و مصالح به معلوم، یا بالعکس. و حاصل ضرب این، شانزده قسم می شود. مثال اول: زید و عمرو و هر یک از دیگری طلب معلوم معینی داشته باشند، و هر یک دعوی حق خود را صلح کنند به دیگری. دوم: زید بر عمرو دعوی میراث پدر خود را کند، و عمرو بر زید دعوی میراث مادر خود را. و هر دو مجهول باشند. و هر یک دعوی خود را صلح کنند به دعوی دیگری، در این دو صورت صلح صحیح است. اجماعاً و بی اشکال. سوم: زید دعوی میراث مجهولی بر عمرو دارد و عمرو دعوی ده تومان معین معلوم دارد. و زید صلح کند حق مجهول را به عمرو به حق معلوم او. در این نیز اشکالی نیست. چهارم: عکس این. و در این صورت معوض معلوم است و عوض مجهول. و نظر به آنچه از تذکره نقل کردیم محل اشکال می شود. این

امثله قسم اول بود که هر دو از حقوق قدیمه باشند. و اما امثله قسم دوم: پس آن نیز چهار است: اول: این که زید منتقل میکند به صیغه مصالحه اسب معین خود را به ولد خود عمرو بازای ده تومان. و ظاهرا در نزد شیعه اشکالی در صحت این، نیست. دوم: این که زید قبه گندم مجهول الکیل والوزن حاضر خود را صلح کند به قبه برنج مجهول الکیل والوزن عمرو. سوم: این که زید قبه گندم معلوم الوزن را صلح میکنند با عمرو به قبه برنج مجهول. چهارم: عکس این است. و در دوم و سوم همان اشکال سابق هست. و اما امثله سوم: پس آن نیز چهار است: اول: این که زید ده تومان طلب سابق از عمرو دارد و صلح میکند به اسب معین عمرو که الحال دارد. و در این نیز اشکالی نیست. دوم: این که میراث مجهول پدرش را زید صلح میکند با عمرو به قبه گندم مجهول موجود عمرو. و در آن اشکال سابق موجود است. سوم: این که میراث مجهول را با اسب موجود معین. و در این نیز اشکال نیست. چهارم: ده تومان طلب معین سابق را صلح میکند به قبه مجهوله. و در آن نیز اشکال سابق هست. و اما امثله قسم چهارم: پس آن نیز چهار است، و به ملاحظه این اقسام، امثله و احکام ان نیز ظاهر می شود. و تحقیق مقام، این است که: ادله صلح بر چند قسم است. بعضی از آنها صریح است در طی دعاوی قدیمه، و [در] موارد منازعه و تجاذب است. مثل بعضی آیات و اکثر اخبار. و بعضی از آنها اطلاق لفظ صلح است مثل آیه (الصلح خیر) (۱) و حدیث (الصلح جایز الا ما احل حراما او حرم حلالا). (۲) و انصاف این است که لفظ صلح ظاهر است در (قطع شقاق و نفاق). خصوصا به ملاحظه ضمیمه تتمه آیه به لفظ (الصلح خیر) (۳) و بقیه حدیث (۴) که حکایت بین ویمین مدعی و منکر است. .

ص: ۱۲۱

۱- ۱۲۸ نساء.

۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۳ ح ۲.

۳- که (واحضرت الانفس الشح) است.

۴- در نسخه: تتمه حدیث.

وبعضی از آنها عموماً سایر ادله است. مثل (اوفوا بالعقود) و (الا ان تكون تجاره عن تراض منكم) وامثال آن. و بعضی از آن اجماع است، که در بعضی مواقع یقینی است و در بعضی اجماع منقول. و چیزی که دلیل تواند شد بر صلح ابتدائی، همین عموماً اخیر است و اجماع منقول. اما اجماع منقول پس آن در صورت جهالت عوض، مشکل است. چنانکه از خود مدعی اجماع که علامه است در تذکره ظاهر می شود. و اما در معوض پس آن در دعوی سابقه و مطالبه قدیمه آن قدری که مسلم است صورت تعذر مطلق حصول علم است. و صورت امکان علم محل خلاف و اشکال بود، چنانکه دانستی، چه جای صلح ابتدائی. و در کلمات ایشان بسیار مذکور است که شرط کرده اند در صلح ابتدائی تعیین را در معوض. مثل جائی که صلح کند کسی نهر آب خود را در زمین غیر ببرد، یا آب باران او بر پشت بام دیگری جاری شود، و یا قناتی در زمین غیر احداث کند، یا بنائی در آنجا بسازد، و امثال آن. خصوصاً در عبارت دروس که صلح هوای همسایه و زمین او از برای شاخه و ریشه درخت مذکور شد. مگر این که بگوئیم که اینها همه در صورت امکان استعمال است با عدم لزوم عسر و حرج. و ظاهر هم این است. پس حاصل دلیل در صحت صلح ابتدائی در صورت جهالت، همان عموماً است با شهرت بین الاصحاب، و تنبیه بعض اخبار، و علتی که در بعضی از آنها مذکور است که تراضی و طیب نفس است. و هم چنین عموم نفی عسر و حرج و ضرر. و ظاهر اجماع منقول و ظهور عدم قول به فصل ما بین صلح ابتدائی و صلح حقوق قدیمه. و ظاهر این است که فرقی ما بین عوض و معوض نباشد. و فرقی ما بین عوض و معوض - چنانکه از عبارت علامه ظاهر می شود اگر مراد او جواز جهالت عوض است علی الاطلاق - دلیل آن وضوحی ندارد. و به سبب ظهور مخالفت او دست از سایر ادله بر نمیداریم، و در برابر آنها چیزی نیست الا - ادله نفی غرر و حرمة معامله غرر. و هر چند نسبت آنها و سایر ادله عموم من وجه است لکن بنا بر ادله، اولی است به متابعت، به سبب اصل برائت و اعتضاد به شهرت و نفی عسر و حرج و غیر ذلک. خصوصاً این که هر گاه عیبی حاصل شود به سبب جهالت، منجر می شود به خیار. چنانکه اظهر و اشهر

ثبوت خیار غبن است در صلح، بلکه سایر عقود. پس معیار (۱) جواز است مطلقاً در صورت تعذر استعلام بالفعل یا تعسر آن. به جهت ضرورت و احتیاج به آن. و از فروع این مسأله است جواز مصالحه میوه باغ و بیستان قبل از (بدو صلاح) چنانکه تصریح به آن در دروس و غیره شده. بلکه بعد از ظهور بعضی از میوه آن و عدم ظهور بعضی دیگر ماقبل از ظهور مطلق آن، به حدی که هیچ منفعت ظاهر در آن نباشد. پس در آن اشکال است، به جهت آن که در این وقت، مصالحه عنه مطلقاً تحقیقی ندارد. و این از باب اجاره حیوان است از برای سواری و بار کردن و صلح کردن منفعت آن در مدت معینی. به جهت آن که مفروض آن است که صلح را بر محض قوه درخت از برای عمل آوردن میوه نمی کند. بلکه مراد نفس میوه باقوه تنمیه نیز با نفس میوه و حصول آن به هیچ وجه معلوم نیست. مگر این که بگوئیم که غلبه حصول میوه قائم مقام حصول آن است، و این منافاتی با طریقه معامله عقلاً هم نداشته باشد. همچنانکه صحیح است اجاره دکان به امید کسب کردن در آن و منتفع شدن به آن. و باطل نمی شود اجاره به سبب این که دزد متاع دکان را ببرد، یا آتش بیفتد و بسوزد، و به هیچ نحو دیگر هم منتفع نتواند شد. و موید این، حکایت صحت صلح در گوسفند است به روغن. چنانکه پیش گفتیم زیرا که در کلام فقها تصریحی ندیدم به اشتراط وجود شیر بالفعل. و صحیحه عبدالله بن سنان که شهید (ره) آن را حمل بر این کرده هم اعم است مثل سایر احادیث آن باب. و روایت عبدالله بن سنان این است (قال: سئلت ابا عبدالله (علیه السلام) عن رجل دفع الی رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه، لکل شاه کذا و کذا فی کل شهر. قال: لا باس بالدراهم، فاما السمن فما احسب ذلک الا ان یکون حوالب فلا باس بذلک). (۲) و ظاهر این است که فرقی ما بین گوسفند حامله و درخت در فصل بهار نباشد، که هر دو مظنه ثمر و منفعت اند. و تعیین در هیچ کدام حاصل نیست. و به هر حال، اظهر صحت مصالحه است. بلی ظاهر این است که هر گاه اتفاق افتد که در آن سال اشجار هیچ ثمر نداشته باشد مسلط بر فسخ باشد، بلکه عقد منفسخ .

ص: ۱۲۳

۱- ممکن است کلمه (مختار) صحیح باشد.

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۹ ح ۴.

می شود. مثل تعذر انتفاع از عین مستأجره به سبب منع عامی. بخلاف آن که میوه را تگرگ بزند یا به غارت برود، که در این صورت خلل به عقد نمیرسد. و هم چنین از فروع مسأله است مصالحه قبه مجهول الوزن به مثل آن از غیر آن جنس. مقدمه دوم این که: آیا ربا در صلح جاری است یا نه؟ -؟. اشهر و اظهر این است که بلی ربا در جمیع عقود ثابت است. و تحقیق آن را در رساله علی حده کرده ام. و اما آنچه ظاهر می شود از کلام علامه در تذکره و غیره - که تجویز کرده است که صلح کند پانصد درهم طلب معجل را به هزار درهم طلب مؤجل، یا به عکس. بلکه مطلق صلح متمثلان را با تفاضل. هر چند ربوی باشد - مبتنی است بر این که ربا را مختص بیع میدانند، یا بیع و قرض، دون سایر معاملات. و هم چنین شهید در دروس گفته است (ولو صالح علی الموجل باسقاط بعضه حالا، صح اذا كان بغیر جنسه. و اطلق الاصحاب الجواز اذ الصلح هنا لیس معاوضه. اولان الربا یختص بالبیع. اولان النقیصه فی مقابله الحلول). و تحقیق این است که ربا مخصوص بیع نیست. و کلام تذکره هر چند در اینجا موهم دعوی اجماع است بر صحت آن مطلقا چون گفته است (یصح الصلح علی الاعیان المتماثله جنسا ووصفا. سواء كانت ربویه اولاً. و سواء تفاوتت فی المقدار و الحلول و التأجیل اولاً، عندنا. لما تقدم من كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه، لیس یجب ان یتبعه توابع البیع، فلو كان له الف موجله علی غیره فصالحه منها علی الف حال، او بالعکس، صح، لما مهدناه من القاعدة. و قالت الشافعیه لو صالح عن الف حال علی الف موجل، او عن الف موجل الف حال، كان لغوا. لان الاول وعدم من صاحب الدین بالحق الاجل. و الثانی وعد من المدیون باسقاط الاجل، و الاجل لا یلحق ولا یسقط. و هو ممنوع لانه مبنی علی عدم استقلال عقد الصلح بنفسه). و لکن چنین نیست (1)، به جهت آن که مراد او از لفظ (عندنا) این است که صلح، عقد مستقلی است در نزد ما و تابع سایر عقود نیست. چنانکه مذهب شافعیه است که تابع میدانند، و چون در مسأله دین الحاق اجل و اسقاط اجل لزوم ندارد، و صلح هم .

ص: ۱۲۴

۱- توضیح: یعنی دعوی اجماع بر صحت نیست بلکه دعوی اجماع بر مستقل بودن عقد صلح است.

در اینجا از باب الحاق واسقاط اجل است، پس لغو خواهد بود. و علامه در مقام رد برایشان میگوید که مذهب ما استقلال است نه تبعیت. پس مراد او دعوی اجماع بر استقلال عقد صلح است نه غیر آن، پس قطع نظر از مسأله الحاق اجل واسقاط اجل در دین کرده [و گفته] صلح را عقد مستقل میدانیم. و اثر او این است که در اینجا اسقاط اجل ولحق آن را لازم میکند، هر چند در مسأله دین لزومی ندارد، و چنان است که شافعیه گفته اند، و مذهب جمهور علمای ما هم این است چون وفای به وعده را واجب میدانند و دلیلی هم از برای لزوم از راه دیگر هم نیست. پس اگر مدیون دین مؤجل را زود خواهد بدهد و مالک راضی نباشد واجب نیست بر او قبول. بلی هر گاه هر دو راضی شوند و مالک قبول کند و بگیرد، اجل و حق هر دو ساقط میشوند. و خلافی در آن نمیدانم و دعوی اجماع بر آن در تذکره کرده است. به جهت صدق وفا و استیفاء. و همچنین هر گاه در عوض درهم شکسته بگیرد. و هر گاه مدیون به دین موجل قدری علاوه بدهد که مدت اجل را زیاد کند، جایز نیست. و نه زیادتی در حق ثابت می شود و نه در اجل. و صحیح است تعجیل مؤجل به اسقاط بعض دین با رضای هر دو. و هم چنین تعجیل بعض دین به این که اجل باقی را زیاد کند، و چند حدیث معتبر دلالت بر این سه مسأله دارد که از جمله آنها صحیح محمد بن مسلم است از حضرت امام باقر (علیه السلام) (فی الرجل یكون علیه الدین الی اجل مسمی، فیاتیه غریمه فیقول: انقدنی من الذی لی کذا و کذا، واضع لک بقیته، او یقول: انقدنی بعضاً و امدلک فی الاجل فی مابقی. فقال: لا اری به باسا ما لم یزد علی راس ما له شیء، یقول الله عزوجل: فلکم روس اموالکم لا- تظلمون ولا- تظلمون) (۱). و اشکالی در این مسائل نیست به جهت دلالت احادیث معتبره و عدم ظهور خلاف. و لکن منشأ لزوم نمی شود، چنانکه گفتیم. و علامه (ره) در تذکره بعد از عبارت سابقه گفته است که (هر گاه صلح کند از هزار درهم موجل به پانصد درهم حال، صحیح است در نزد ما، به جهت همانچه گفتیم که .

ص: ۱۲۵

صلح اصلی است مستقل). وبعد از آن استدلال کرده است به این احادیث. و گویا وجه استدلال این است که به این احادیث حلیت وجواز این معاملات ظاهر می شود، و هر گاه عقد صلح بر آن وارد شد لازم می شود، و مؤید این است که مراد از دعوی اجماع بر جواز ربا در صلح نیست، این که در تحریر کلام او ظاهر در خلاف است و در قواعد توقف کرده است، و این است عبارت او (ولو صالح علی عین باخری فی الربویات ففی الحاقه بالبیع نظر، و کذا فی الدین بمثله. فان الحقناه فسد له صالح من الف مؤجل بخمس مأه حال، ولو صالح من الف حال، بخمس مأه مؤجل فهو ابراء علی اشکال). و وجه نظر در اول این است که هر گاه صلح را عقد مستقلی دانیم و فرع بیع ندانیم و قایل نباشیم به این که حرمة ربا در همه عقود جاری می شود، پس ملحق نمی شود به بیع در همه احکام. پس احکام بیع را در آن جاری نمیکنیم و هر گاه عقد مستقلی ندانیم یا ربا را در همه معاملات جاری کنیم، پس احکام بیع را در آن جاری میکنیم از منع تفاضل در مثلین و اعتبار قبض مجلس در صرف و غیره، و هم چنین در صلح دین. پس اگر ملحق به بیع کنیم پس جایز نخواهد بود. چون بیع دین به دین جایز نیست (۱)، و هم چنین هر گاه ربا را در همه عقود حرام دانیم مصالحه هزار درهم مؤجل به پانصد درهم حال، جایز نخواهد بود. چون مستلزم ربا است. و اما وجه اشکال در مسأله آخری (یعنی مصالحه کردن آن هزار درهم حال به پانصد درهم مؤجل)، این است که از این حیثیت که عقد معاوضه است و حال و مؤجل متغایران اند، و هم چنین زاید و ناقص [اند]، پس عقد معاوضه حاصل می شود و حرمة ربا هم در همه عقود جاری نیست، پس صلح صحیح است، و از این حیثیت که مالی که در آخر اجل میدهند. بعض همان مال است که حال بایست بدهد، پس در اینجا چیزی نیست به غیر اسقاط بعض ما فی الذمه و اجل قرار دادن از برای باقی. پس این ابرائی است و .

ص: ۱۲۶

۱- در ضمن مسائل جلد دوم در این که آیا (دین بدین) چیست بحث ها داشتیم. میرزا (ره) معتقد بود که فرض بالا از مصادیق دین به دین نیست و حدیث منصور بن حازم را تأویل میفرمود، لیکن ظاهر سخنش در اینجا خلاف آن است. و نیز راجع به (معامله دین بدین) رجوع کنید به مسأله شماره ۸ همین مجلد.

وعده. پس نصف از جهت ابراء ساقط شد، و وعده اجلی در باقی آن قرار داده شده، و آن لازم نیست. و فخر المحققین بعد از آن که این دو وجه را ذکر کرده است گفته است که (اول اصح است یعنی عقد معاوضه بودن. به جهت ثبوت مغایرت ما بین زاید و ناقص، و حال و موجد) و لکن رای او شمول حرمة ربا است در جمیع معاملات. و شهید (ره) در دروس بعد از آن که میل کرده به بطلان صلح از هزار موجد به هزار حال، و هم چنین از حال به موجد خواه زیاد کند عوض را یا نه به علت این که اول در معنی اسقاط اجل است و اجل با اسقاط ساقط نمی شود. و ثانی تاجیل حال است و آن جایز نیست. گفته است که (علامه حکم کرده است به سقوط اجل در اول و ثبوت اجل در ثانی، از جهت عمل به مقتضای صلح لازم) و بعد از آن گفته است که (هر گاه صلح کند از هزار حال به پانصد موجد، پس آن ابراء است از پانصد و لازم نیست اجل. بلکه مستحب است وفا) و تحقیق این است که زاید و ناقص و حال و موجد هر یک ماهیت علی حده اند و متغایرنند بالشخص، چنانکه در تذکره هم اشاره به آن کرده، و قطع نظر از این که کل و جزء در اعیان موجوده خارجیه نیز متغایرنند بلکه متباینند چون دین امر کلی است و مشخص نمی شود الا به اداء و وفاء، و کلی چنانکه به سبب اشخاص متغیر و متغایر می شود، به سبب اوقات و امکانه هم متغایر و متمایز می شود. مثل افراد واجب موسع به وقت، مثل نماز ظهر، و افراد موسع به مکان، مثل وقوف بعرفات، پس همچنین است ادای دین در حال و در میعاد، و در این بلد و در آن بلد، و در ضمن این مبلغ زیاده و آن مبلغ کم، و هکذا، پس انکار مغایرت طرفین در ما نحن فیه بعید از صواب است. و انکار عقد معاوضه کردن بی وجه است. و لکن اقوی عدم جواز ربا است در کل عقود. پس در هر جا که ربا لازم نیاید، صلح صحیح است و لازم است و در هر جا که لازم آید از آن جهت فاسد است نه از جهت آنکه تعجیل موجد است یا تاجیل معجل، و هیچ یک لزوم ندارد و یا مجرد اسقاط و ابراء، یا آن که وعده است و وفا به آن مستحب است نه واجب. چنانکه شهید اشاره به آن کرده. و از جمیع آنچه گفتیم ظاهر شد که مشارکت صلح با بیع در حرمة

ربا ثابت است. و هر فرد آن که مستلزم ربا باشد باطل است. ولکن در سایر احکام مشارک بودن آن بر وجه عموم ثابت نیست. پس احکام صرف و اشتراط قبض مجلس در آن جاری نیست. پس هر گاه کسی صلح کند دراهم را به دینار و قبض مجلس واقع نشود، باکی نیست. و این از جمله حیل ربا می تواند شد. مثلاً هر گاه کسی یک اشرفی که قیمت آن الحال شش فروش باشد به کسی صلح کند که در یک ماه دیگر هشت فروش بدهد در عوض آن، جایز است. و هم چنین الحال چهار فروش را صلح کند به یک اشرفی که در یک ماه دیگر بدهد. و هم چنین در سایر معاملات صرف، و هم چنین در صلح مشابه سلف، قبض مجلس شرط نیست، چنانکه در بیع شرط هست.

مقدمه سوم: بدان که معنی ربا (معامله مثلین است در مکیل و موزون با تفاضل). و این اسم این معامله است در نفس الامر. و علم و جهل در تحقق آن مدخلیت ندارد. پس چنانکه کسی عامداً عالمداً ده دینار به کسی قرض بدهد که دوازده دینار بگیرد، حرام است و فاسد است. همچنین بنا بر مختار ما که صلح هم ربا در آن متحقق می شود، و ربا اختصاص به بیع و قرض ندارد. پس هر گاه کسی صلح کند میراث خود را که از پدر به او رسیده است (ونمی داند که چه چیز است) به ده دینار و بعد از آن معلوم شود که آن میراث دوازده دینار بوده است لاغیر (هر چند جهالت در صلح مضر نیست ولکن چون در نفس الامر مشتمل است بر معامله ربویه) حرام است و باطل است. و هم چنین است حرمة و بطلان، در هر جا که معامله بر شیئی واقع شود که قابل حرام و حلال باشد و این شخص معامله را با توطین نفس بر اخذ هر یک که باشد بکند، مثل این که بازار معینی که در آن ذبیحه اهل اسلام و اهل کتاب هر دو باشد، شخص ده من گوشت از شخص بخرد که از گوشت آن بازار باشد، به این نحو که مضایقه نداشته باشد که از هر یک از ذبایح باشد، بلکه غرض او همین است که از غیر این سوق نباشد، و تعیین حلال و حرام (هیچ کدام) نمی کند و مضایقه از هیچ کدام هم ندارد، با علم طرفین به این معنی. پس در این وقت معامله فاسد است. هر چند در حین دادن، از ذبایح مسلمین بدهد. مگر این که آن وقت

تجدید معامله بکنند.

هر گاه این مقدمات را دانستی بر میگردیم بر سر اصل مسأله و میگوئیم: هر چند جهالت (رایج راس میعاد) مضر به معامله صلح نباشد - چنانکه تحقیق کردیم در مقدمه اول که در صلح ابتدائی هم جهالت مضر نیست، هر چند در عوض. باشد خصوصاً در جائی که استعمال ممکن نیست، و غرری که منشأ سفه باشد در نزد عقلا، هم لازم نیاید - لکن نظر به آنچه در مقدمه ثانیه تحقیق کردیم که صلح ربوی هم حرام است، و ربا در صلح هم جاری می شود، و در مقدمه ثالثه تحقیق کردیم که ربای نفس الامری حرام است و مشروط به علم بالفعل نیست، و چنانکه با علم بالفعل به ربا با تعیین حرام است، با توطین نفس بر قدر مشترک ما بین ربا و غیر ربا هر چند نه علم به حصول آن باشد و نه تعیین آن کند، نیز حرام است. پس در اینجا چنانکه اگر کاشف به عمل آید که (رایج راس میعاد) فاضل یا ناقص است از (رایج حین معامله)، ربا و فاسد است. و هم چنین از راه این که در اول توطین نفس کرده بر اخذ قدر مشترک ما بین زاید و ناقص مساوی هم حرام و فاسد است، هر چند کاشف به عمل آید که در حین راس میعاد، هیچ تفاوت نکرده باشد. والله العالم بحقایق احکامه.

۴۵ و ۴۶ سوال:

۴۵ و ۴۶ سوال: هر گاه زید صلح کند مالی را بر ولد خود عمرو، که بعد از مردن او از برای او یک سال نماز یا روزه (مثلاً) به عمل آورد. آیا این صلح صحیح است یا نه؟ -؟. و بر فرض صحت، آیا اطلاق منصرف به فور می شود یا نه؟ -؟. و آیا جایز است تصرف در آن مال قبل از اتیان به آن عمل یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه آن (عبادت بعد از مردن) را احد عوضین قرار دهد، ظاهر این است که صحیح نباشد. به جهت آن که شرط است در عوضین ملکیت و تسلط، و اینکه در تحت ید و قدرت او باشد. و چون موت و حیات در دست جناب اقدس الهی است و معلوم نیست که پدر پیش از پسر بمیرد، پس تسلط آن ولد بر این عمل بعد موت پدر مقصود است. و این از باب بیع سلف نیست. به جهت آن که در اینجا معلق نیست به ملک به امر غیر مقدور و در همان حال عقد، میبایع منتقل می شود به مشتری و ثمن بایع. بیش از این نیست که مدتی از برای

ص: ۱۲۹

تسلیم مبیع قرار میدهند. و هم چنین از باب وصی قرار دادن، نیست که بگوئیم در آنجا هم حیات وصی بعد از موصی نیست به جهت آن که در آنجا اصل عقد، تعلیقی است. یعنی اگر من بمیرم و او بماند وصی من باشد. و هم چنین در وصیت به مال از برای شخصی. و در اینجا مفروض این است که صلح منجز است و معلق نیست. و معنی ندارد که بگوید که صلح کردم این مال را به عمرو که اگر من پیش از او بمیرم من این عمل را بکنم. به جهت آن که وجه مصالحه در میان نیست الا با این شرط. پس اصل عقد (ایجاب مشروط) است و در صحت آن اشکال است. چنانکه تصریح کرده اند به آن در بیع و غیر آن، که جایز نیست که بگوید (من فروختم این را به تو به این مبلغ اگر زید فردا از سفر بیاید). و این از باب توکیل نیست که احتمال صحت در صورت تعلیق در آن هست، نظر به اذن عام در تصرف که در ضمن اذن خاص فهمیده می شود، چنانکه علامه در تذکره و آخوند ملا احمد (ره) و غیر آن تجویز کرده اند. که از فروع این مسأله است که بگوید که: اگر من بعد یک سال از سفر برنگردم تو و کیلی که زن مرا طلاق بگوئی (۱). و هم چنین است کلام هر گاه مصالحه به چیز دیگر باشد، غیر عبادت بعد موت، و لکن این عبادت کردن را از باب شرط ضمن عقد قرار بدهد. مثل این که بگوید که فلان مال را صلح کردم به عمرو به مبلغ ده دینار فلوس و شرط کردم با او که فلان عبادت را بعد موت من از برای من بکند. و او هم قبول کند صلح و شرط را. به جهت آن که شرط ضمن العقد داخل احد عوضین است و آن هم باید امر مقدوری باشد. و اما اگر بگوید که (صلح کردم این مال را به فلان مبلغ و شرط کردم با او که اگر من پیش از او بمیرم او این عمل را از برای من بکند). این صحیح است و لازم است. و ممکن است که بگوئیم که تنجز عقد در اینجا ممکن است، و این عقد منجز است. بلکه عقد وصیت هم منجز است و تعلیق در عمل آوردن (موصی به) است نه در ایجاب عقد. پس نظر به استصحاب حیات و سلامتی آن فرزند، جایز است که عوض را عمل آوردن صوم و صلوات کند، گو فعل آنها معلق باشد در نفس الامر به موت پدر قبل از فرزند.

ص: ۱۳۰

پس میگوئیم که یا این است که صلح را بلا عوض میکند و عمل صوم و صلوات را شرط ضمن العقد قرار میدهد و یا این است که نفس عمل را عوض قرار میدهد. پس اگر نفس عمل را عوض قرار میدهد پس یا این است که شرط مباشرت خود صوم و صلوات را میکند یا منظور او مطلق مشغول الذمه شدن به عمل است. پس اگر عمل را نفس عوض قرار میدهد و شرط مباشرت نمی کند، صحیح است. و هر گاه پسر قبل از پدر فوت شود باید از مال پسر بعد از فوت پدر به عمل آورد، و هکذا وارث او. و هر گاه شرط مباشرت خود ولد، کرده باشد، به موت ولد مسلط بر فسخ می شود. و هر گاه عقد مصالحه بی عوض است و عمل از باب شرط ضمن العقد است، باز صحیح است. چون در تحقق صلح عوض شرط نیست. بلکه هر گاه عوض قرار داده شود از عقود معاوضات می شود والا- فلا- و ظاهرا اخلاقی در آن نباشد. و باز تفصیل سابق در اینجا جاری است، یعنی شرط مباشرت بنفسه و عدم آن. و حکم همان است که گفتیم. و لکن در این مقام سخن دیگر هست (بعد از معارضه با استصحاب حیات پدر او) و آن این است که در عقود منجزه شرط است امکان تملک عوضین از برای هر یک از صاحب های آنها، هر چند بالفعل متمکن از او نباشند. و چون عبادت از برای کسی کردن (از قبیل صوم و صلوات) موقوف است صحت آن بر فوت منوب عنه، و دلیلی بر جواز نیابت از حی نیست (به غیر مثل حج و زیارت) پس بالفعل عبادت ولد به نیابت پدر ممکن بالذات نیست در حال عقد که آن را مورد صیغه صلح کند به عنوان عوض یا شرط ضمن العقد. و این مثل عقد سلفی نیست که بایع آن در حین عقد قادر بر مبیع نباشد. زیرا که تملک مبیع ممکن بالذات است. گو تسلیم آن از برای او ممکن نباشد. و این از قبیل آن است که پدرش زنده است صلح کند میراث خود را (که از پدر به او خواهد رسید بعد از موت او) به دیگری، و همچنین استحقاق پدر در حین عقد هر عبادتی را که ولد به نیابت او بکند، آن هم ممکن بالذات نیست. چون در آن حین، حیات دارد. و بنا بر این پس این توجیه که (تعلیق از برای ایقاع آن فعل است نه از برای عقد) نفعی نخواهد داشت. پس حاصل جواب آن مسأله این است که هر گاه آن مال را صلح میکند در عوض یک

سال نماز و روزه، یا صلح کند به عوض معینی، یا بدون عوض شرط کند در ضمن عقد کردن آن یک سال نماز و روزه را، این صلح صحیح نیست. و هر گاه صلح کند آن مال را و شرط کند در ضمن عقد که اگر او بمیرد و ولد زنده باشد، آن یک سال را به عمل آورد، صلح صحیح است و شرط لازم است هر گاه زنده باشد بعد پدر. و هر گاه به عمل نیاورد شرط را وراثت مسقطند بر فسخ مصالحه. و هر گاه وارث منحصر است در خودش، حاکم شرع را میرسد الزام او بر عمل. و خود به ترک آن معاقب خواهد بود در میان خود و خدا هر گاه به جا نیاورد شرط را. بلکه دور نیست که بگوئیم در این صورت حاکم شرع می تواند فسخ مصالحه بکند، یا خود به خود منفسخ شود و مال برگردد به میت. و ثمره آن در وقتی ظاهر می شود که میت دینی داشته باشد یا وصیتی. چون آنها مقدمند بر میراث. و آن مال را صرف آنها بکنند. خصوصاً در وقتی که مال او منحصر باشد در آن. و اینکه گفته اند میت مالک مال نمی شود ممنوع است. پس حقوق ثابت در ذمه میت به منزله مستحق ناطقی خواهد بود و حاکم نایب آن خواهد بود، چون او (ولی من لا- ولی له) است. و دور نیست که همان شرط میت کافی باشد در انفساخ و ضرور به حاکم هم نباشد. بنابر این آن عمل یک سال که شرط شده به منزله وصیتی خواهد بود که قبل از میراث ملاحظه آن را باید کرد. و اما هر گاه صلح کند به وجه معینی و بگوید در عوض آن وجه آن یک سال را به عمل بیاورد بعد مردن من. پس آن داخل وصیت است، و از ثلث اعتبار می شود. و هم چنین است کلام هر گاه مصالحه به چیز دیگر باشد غیر عبادت بعد موت، لکن این عبادت کردن را از باب شرط ضمن العقد قرار بدهد. مثل این که بگوید (فلان مال را صلح کردم به عمرو و لدم به مبلغ ده دینار فلوس و شرط کردم با او که فلان عبادت را بعد موت من از برای من بکند). و او هم قبول کند صلح و شرط را. به جهت آن که شرط ضمن العقد داخل احد عوضین است و آن هم باید امر مقدوری باشد. و اما اگر بگوید (صلح کردم این مال را به فلان مبلغ و شرط کردم با او که اگر من پیش از او بمیرم او این عمل را از برای من بکند) این صحیح است و لازم است. و بر فرض صحت ظاهر این است که مقتضای آن

فور نباشد مگر با قرینه. وجایز است تصرف در آن مال قبل از عمل. واین از باب میراث و دین نیست که تا دین ادا نشود تصرف در میراث جایز نباشد. چنانکه اظهر واقوی است.

۴۷:سوال:

۴۷:سوال: زید تنخواهی به رسم مضاربه در نزد دو نفر داشته، یکی از آن دو نفر تنخواه مذکور را از تصرف عامل دیگر بیرون آورده باشد. - بدون این که تفریطی از این عامل دیگر در باب بیرون شدن مال از تصرف او شده باشد - وبعد از فوت صاحب مال ورثه او گریبان این عامل را گرفته که مال از دست او بیرون رفته، و مطالبه مال مضاربه را مینماید. و عامل مذکور آنچه متن واقع بوده بیان کرده که در اول امر آن مال در دست من و شریک من بود، و الحال در تصرف من نیست. و به علت همین اعتراف، حکام شرع حکمی نوشته اند که باید عامل معترف یا مال را به ورثه برساند یا ثابت کند که به رخصت و امضاء صاحب مال این کار را کرده که مال را به نزد شریک خود فرستاده. و عامل مذکور از اثبات این مطلب عاجز است. بالاخره به اصلاح مصلحین - بلکه اجبارا - بنا را به مصالحه گذارده با شخص عامل [ی] که مال از تصرف او در رفته، به این نحو که وجه مضاربه را با او صلح کرده اند (در نزد هر کس که خواهد باشد) به وجه مصالحه معینی. و اخذ به مصالحه نموده اند. الحال هر گاه مال المضاربه زاید بر مال المصالحه باشد - چنانکه ازاله و اسقاط حق دنیوی خود بالمره از متصرفین تنخواه، نموده اند - آیا در نشأه آخرت صاحب مال یا ورثه او را حقی باقی خواهد بود؟ و مطالبه میتوانند نمود یا نه؟ -؟.

جواب: صورت سوال:

جواب:

جواب: صورت سوال: مغشوش و متشابه است. و از مجموع عبارت - اولی که یک نفر از عامل ها مال را از تصرف عامل دیگر بیرون آورده بدون این که تفریطی از این عامل دیگر شده باشد. و عبارت بعد از آن که عامل عاجز است که رضا و امضای صاحب مال را در فرستادن مال به نزد شریک خود، ثابت کند. و عبارت ثالثه که اجبارا بنا را به مصالحه گذاشته - مستفاد می شود که عامل دیگر که مال از تصرف او بیرون رفته، در واقع شغل ذمه بوده (۱). و مستفاد می شود که الحال آن مقدار وجه مضاربه را که این شخص اعتراف به آن .

ص: ۱۳۳

۱- و در نسخه: شغل ذمه نبوده، - توضیح: ممکن است عبارت نسخه صحیح باشد. یعنی چون به صرف اعتراف این شریک چیزی به گردن شریک دیگر ثابت نمیشود، پس او مشغول ذمه نیست. لیکن این توجیه با قید (در واقع) سازگار نیست.

کرده صلح کرده اند با او به وجه مصالحه معینی. و این شخص هم - بر فرض صورت سوال: - محق است و مبطل نیست که حق ثابتی را در نفس الامر، منکر باشد و مشغول ذمه زاید بر وجه مصالحه باشد. و از صورت سوال: هم ظاهر می شود که خود این شخص که مال را از تصرف او در رفته، اقدام به مصالحه ننموده تا لازم آید که زیادت را گرفته و کمتر را داده، بلکه مجبور بوده به مصالحه. و با وجود این دیگر نمیفهمم بقای حقی از برای صاحب مال وورثه او در نشأه آخرت. بلی هر گاه این شخص عامل تن به مرافعه شرعیه ندهد وورثه زید هم نتوانند به مرافعه شرعیه امر خود را به انجام بیاورند واضطراراً راضی شوند به این که مال بسیار خود را صلح کنند به مال کم، که این شخص برود و از شریک خود بگیرد بنا بر اعتراف خود که در نزد شریک او است. در این صورت تو هم اجحاف می شود. و لکن در صورت مفروضه این تو هم مدفوع است، اولاً به این که ظاهر اجبار بر صلح - که در صورت سوال: [است] - منافی سوء عصیان و طغیان، است. و ثانیاً ورتنه زید را حقی ثابت در نزد آن شریک دیگر نیست که آن را معامله کرده باشند و مصالحه کرده باشند به این وجه کمتر. بلکه این معنی را از اعتراف این عامل اخذ کرده اند. و اعتراف او حقی بر گردن خودش ثابت میکند از برای غیر، و حقی از برای غیر ثابت نمی کند بر گردن آن شریک. و اعتراف خودش میان خود و خدا چیزی بر او ثابت نمی کند (بنا بر مفروض سوال):

کرده صلح کرده اند با او به وجه مصالحه معینی. و این شخص هم - بر فرض صورت سوال: - محق است و مبطل نیست که حق ثابتی را در نفس الامر، منکر باشد و مشغول ذمه زاید بر وجه مصالحه باشد. و از صورت سوال: هم ظاهر می شود که خود این شخص که مال را از تصرف او در رفته، اقدام به مصالحه ننموده تا لازم آید که زیادت را گرفته و کمتر را داده، بلکه مجبور بوده به مصالحه. و با وجود این دیگر نمیفهمم بقای حقی از برای صاحب مال وورثه او در نشأه آخرت. بلی هر گاه این شخص عامل تن به مرافعه شرعیه ندهد وورثه زید هم نتوانند به مرافعه شرعیه امر خود را به انجام بیاورند واضطراراً راضی شوند به این که مال بسیار خود را صلح کنند به مال کم، که این شخص برود و از شریک خود بگیرد بنا بر اعتراف خود که در نزد شریک او است. در این صورت تو هم اجحاف می شود. و لکن در صورت مفروضه این تو هم مدفوع است، اولاً به این که ظاهر اجبار بر صلح - که در صورت سوال: [است] - منافی سوء عصیان و طغیان، است. و ثانیاً ورتنه زید را حقی ثابت در نزد آن شریک دیگر نیست که آن را معامله کرده باشند و مصالحه کرده باشند به این وجه کمتر. بلکه این معنی را از اعتراف این عامل اخذ کرده اند. و اعتراف او حقی بر گردن خودش ثابت میکند از برای غیر، و حقی از برای غیر ثابت نمی کند بر گردن آن شریک. و اعتراف خودش میان خود و خدا چیزی بر او ثابت نمی کند (بنا بر مفروض سوال): هر چند در ظاهر شرع ماخوذ باشد به آن. و مفروض این است که سائل، سوال از برائت ذمه و شغل ذمه خود در نفس الامر در نزد خدا کرده، نه در ظاهر شرع. و اما بیان حال برائت ذمه از شریک دیگر: پس در صورتی که او هم منکر حق ثابتی نباشد و در غیاب او (۱) طلبی که متصور بوده در ذمه او - به اعتراف این عامل. - آن را با آن عامل صلح کرده اند به وجهی، هر گاه آن شریک واقعا شغل ذمه این مال بوده، الحال

باید به این شخص بدهد. (۱) [زیرا] این شخص واقعا شغل ذمه این مال بوده (۲) و حال (۳) همچنین است هر گاه مجموع مال المضاربه که در نزد هر دو بوده صلح کند به این شخص به مبلغ معینی. باز در صورت مفروضه شغل ذمه نه از برای او [میماند] و نه از برای شریک آن باقی میماند. و باید تمام را به این شخص بدهد هر گاه شغل ذمه او به مال صاحب مال و وارث، ثابت باشد. و حقی از برای صاحب مال و وارث او در ذمه این شریک باقی نمیماند. باقی ماند کلام در این که: هر گاه مصالحه اجباری باشد چگونه حلال می شود تصرف در مال المضاربه که بگیرد و صرف کند، و حال این که عقد مصالحه فاسد است. پس بنابر این شغل ذمه آخرتی به جا میماند. و جواب آن این است که آنچه در برابر مالی است که در ذمه او دعوی میکنند و او خود را مشغول ذمه نمیداند، از باب تقاص حق خود میخورد. و آنچه در ازای آن چیزی است که از شریک میگیرد به سبب اذن عامی است که در ضمن عقد مصالحه مندرج است. به جهت آن که عدم رضائی که متصور است نسبت به آن چیز است که این شخص خورده باشد به زعم ورثه. و آن منتفی است. چنانکه در بیع معاطات بنابر این که بیع فاسد باشد - چنانکه رای علامه است در نهاییه - که آن مانع جواز تصرف نیست. به جهت این که بیع بودن در آنجا (جهت تقییدیه) است نه (تعلیلیه) و جواز تصرف به جهت محض تراضی است که در آن بیع فاسد، [هست. نه] به علت این که بیع است. و در اینجا هم تصرف جایز است به محض همان تراضی نه به علت این که از راه صلح به او منتقل شده.

سوال: ۴۸

سوال: ۴۸: شخصی والد او در طفولیت فوت شده و یک باب خانه به او به میراث رسیده. و چهل سال قبل از این والد او در آن خانه حوضی ساخته، و از نهری که خود .

ص: ۱۳۵

۱- و در نسخه: ندهد.

۲- بر اساس قاعده (ید) و سایر ادله. و اینک صلح کرده و مالک آن شده است.

۳- عبارت نسخه: شغل ذمه این مال بوده الحال.

والد در آن شرکتی داشته جدولی جدا کرده و قدری آب به آن حوض میآورده، واز آن حوض بیرون میرفته و باز داخل همان نهر مشترک میشده. و به این استمرار هست و ضرری هم به ارباب آن نهر نمیرسد. و این شخص علم ندارد که والد او به رضای شرکاء به عنوان عقد لازمی - مثل صلح - یا به عنوان غصب و عدم رضا آورده. آیا جایز است تصرف در آن آب؟. و وضو و غسل در آن صحیح است یا نه؟ -؟. و الحال چه کند که از تشویش فارغ شود -؟.

جواب:

جواب: نظیر این مسأله است همان که علامه در قواعد و تحریر ذکر کرده است در مسأله این که هر گاه کسی ببیند بنائی را از خود، یا مجرای آب خود را در ملک غیر، یا درخت خود را که بر سر دیوار غیر گذاشته اند، یا ناودان بام خود را ببیند که آب آن در ملک غیر میریزد، یا راه آمد و شد خود را در ملک غیر ببیند، و سبب آن بر او معلوم نباشد. و گفته است که در استحقاق استمرار آن اشکال هست. و هم چنین هر گاه خراب شود آن بنا، یا دیوار، یا پشت بام و ثانیاً مالک آن را بسازد، آیا این شخص باز مستحق همان حق سابق هست یا نه. و بعد از آن گفته است که (هر گاه اختلاف کنند در استحقاق، محتمل است که قول صاحب بنا و درخت و ناودان و مجرای آب مقدم باشد. به جهت آن که ظاهر این است که تصرف به حق است، چون ید مسلم بر آن است. و محتمل است که جایز نباشد چون اصل این است که کسی را حقی در ملک غیر نباشد). و در قواعد ترجیح احتمال دوم را داده. و هم چنین فخر المحققین در شرح آن. و از شیخ نقل شده است قول به ترجیح احتمال اول. و اظهر در نظر حقیر در صورت دعوی حقیقت به عنوان جزم (۱) تقدم قول مدعی حق، است. چون ذوالید است، و ید چنانکه بر عین واقع می شود، بر حق هم واقع می شود. و قوت ید و رجحان او به سر حدی است که فقها خلاف کرده اند که آیا به مجرد .

ص: ۱۳۶

۱- میرزا (ره) در اینجا تقدم قول مدعی حق، را مشروط میداند به (جزم). در صورتی که در مسأله شماره ۳۹ (جزم) را شرط (سماع دعوی)، قرار نداد. و می دانیم که میان (سماع دعوی) و (تقدم قول مدعی حق) در این مسأله ملازمه هست، بل هر دو یک چیز هستند.

رؤیدت ید شهادت بر ملکیت میتوان داد یا نه. واز کلمات ایشان ظاهر می شود که در ذوالید بدون این اشخاص حرفی نیست. بلی اشکال در این است که آیا به مجرد رؤیت این ید میتوان شهادت داد که حق او است یا نه. چنانکه از قواعد شهید ظاهر می شود که در همین مسأله گفته است که (هر گاه کسی مدتی بیند که مجرای آب کسی در ملک غیر است آیا می تواند شهادت داد که حق او است یا نه). ونظیر این مسأله است آنچه در دروس گفته است (ولو ملکا دارین ملاصقین. فلیس لاحدهما مطالبه الاخر برفع جذوعه عنه. ولا منعه من التجدید لو انهدم السقف. وان لم یعلما علی ای وجه وضع. لجواز کونه بعوض. ونقل الشیخ فیه عدم الخلاف. نعم لو ادعی احدهما الاستحقاق ونفاه الاخر جزما، احتمال حلف المنکر، وعلیه الفاضل. وظاهر الشیخ ان علی مدعی العاریه البینه والیمین علی الاخر). وحاصل این کلام این است که: هر گاه دو نفر بخرند (۱) دو خانه را که به هم چسبیده باشند، ودرختی که سقف خانه را با آن پوشیده اند بر روی دیواری باشد که مشترک است میان هر دو خانه ها، صاحب هیچ یک از این دو خانه نمیتوانند به آن دیگری بگویند که دیوار مشترک ومشاع است میان ما هر دو پس تو درخت سقف خود را از سر دیوار که من در آن شریکم بردار. و هم چنین هر گاه سقف خراب شود وخواهد تجدید کند هم منع نمی تواند کرد، واین در وقتی است که هر دو ساکنند از ادعای بطلان حق دیگری، و هر دو [ی] ایشان همین قدر میدانند که این دو خانه [به] همین وضع به آنها منتقل شده. وشیخ (ره) نقل کرده است که در این مسأله خلافتی نیست. بلی هر گاه دعوی واقع شود میان اینها ویکی از آنها ادعا کند که من خود را مستحق میدانم که درختم به روی دیوار مشترک باشد، وآن دیگری به عنوان جزم بگوید که تو حقی در اینجا نداری. در اینجا محتمل است که قول منکر مقدم باشد. چون ثبوت حق در ملک غیر خلاف اصل [است]. وفاضل یعنی علامه این را اختیار کرده است. وظاهر شیخ این است که بر مدعی علیه بینه است. یعنی آن که میگوید که .

ص: ۱۳۷

۱- البته شهید میگوید (اگر مالک شوند دو نفر دو خانه چسبیده به هم را) خواه از راه خرید یا از هر راه دیگر.

تو مستحق نیستی. به سبب آن که این تصرف، تصرفی است در ملک غیر و به عنوان عاریه بوده و لزومی ندارد. و مدعی است چون ادعای خلاف ظاهر میکند. چون ظاهر ید، استحقاق است. و باید شاهد بیاورد بر عاریه بودن و اینکه ید او ید عدوان است. پس قول صاحب سقف که درخت او بر سر دیوار است، مقدم است با یمین. این است حاصل مراد شهید (ره) در دروس. و این سخن بعینه جاری است در همه مثال ها. یعنی ناودان و مجرای آب و راه آمد و شد و غیر آن. که قول مدعی استحقاق این امور مقدم است. چون ذوالید است بر آن منفعت خاصه ملک. و چنانکه ید بر اعیان، معتبر است، بر منافع هم معتبر است، و چون ممکن است که به وجه صحیحی مثل صلح یا غیر [آن]. این حق به او منتقل شده باشد و ید بر آن دارد. تا عدوان آن ثابت نشده نمیتوان مانع او شد. و از اینجا ظاهر می شود حکم صورت جهل طرفین به حال، و ندانند که وجه تصرف، چه بوده است. چون ید مسلمی به همین نحو بر این بوده به این نهج، و اصل صحت آن است. و بدون دلیلی منع آن نمیتوان کرد. پس هم میانه خود و خدا جایز است تصرف در آن. و هم در ظاهر حکم هیچ یک بر دیگری راهی ندارد. و بعد از ظهور دعوی، حکم آن چیز دیگر است که به مرافعه طی می شود. و حکم آن همان است که گفتیم. و هر گاه این را دانستی، میرویم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که این هم از باب همان مسائل سابقه است که این شخص را یدی بر انتفاع آن مال غیر که آن آب مشترک است هست و نمی داند که این ید او ناشی از ارث پدر او است، از کجا است. و به عبارت اخری: میبند که حوضی که از پدر به او منتقل شده حق الشربی (به این نحو که آب از نهر مشترک داخل آن بشود و بیرون رود و به همان نهر داخل شود) داشته و نمیداند که سبب و جهت این استحقاق از مال غیر چه بوده. پس میگوئیم که مادامی که کسی با این شخص سخنی نمیگوید و او را منع نمی کند، جایز است از برای او تصرف. و فعل والد او محمول بر صحت است. و مادامی که - شرکا - ظاهر نشده عدوان والد این شخص، ایشان هم مزاحم او نمیتوانند شد. و اما هر گاه شرکا ادعا کنند که

والد او عدوان کرده، و این شخص جاهل به حال باشد و بگوید من نمیدانم. پس ظاهر این است که قول شرکا مقدم است با یمین. چنانکه ظاهر فتاوی. جمهور علمای ما است در جایی که مدعی بر کسی دعوی حقی کند و او بگوید که من نمیدانم. که یمین متوجه مدعی می شود. و دلیل مطلب را به بسط تمام در کتاب قضای مناهج الاحکام و در بعضی از رسائل خود، ذکر کرده ام. و اما اگر این شخص ادعای حقیقت کند و بگوید (به حق مستحکم) و شرکا بگویند که (تو غاصبی، یا پدر تو غصب کرده یا ما به او به عاریه چنین قرار داد کردیم که به این نحو منتفع شود نه به عنوان عقد لازمی). دعوی به همان نحو طی می شود که سابق گفتیم و نقل خلاف در آن کردیم، و دور نیست ترجیح قول مدعی حق انتفاع به آب، با یمین. چون ظاهراً ذوالید است. (۱) بلی این مسأله فرقی با سابق دارد در این که در اینجا قدری از عین آب در حوض محبوس می شود و قدری هم تلف می شود، و ممکن است رفع حبس به حبس دیوار (۲) (برگذاشتن درخت ها) نیز. و هم چنین ممنوع بودن صاحب آن راه آمد و شد، و در اغلب منافع. و اما اتلاف بعض پس آن نیز ضرر ندارد به جهت این که ممکن است انتقال به صلح و جهالت در صلح به این قدر معفو است. و علاوه بر این، محتمل است (به احتمال ضعیفی) آن که این هم نوعی از (حق الشرب والاستعمالات) باشد در میاه مملوکه، و به هر حال هر گاه خواهد مطمئن باشد، الحال به صیغه صلح حق الشرب آن آب را در آن حوض، با شرکا به وجه معینی مصالحه کند که (لازم) شود و از شبهه بر آید.

سوال: ۴۹

سوال: ۴۹: هر گاه قیم صغیر با شخصی که ادعای طلبی مینموده، از جانب صغیر مصالحه نموده به مال المصالحه مبلغ چهار تومان، و کفالت مؤنه مدت پنج سال صغیر مذکور.

ص: ۱۳۹

۱- تفاوت این صورت با صورت بالا در این است که در اینجا (نمیدانم) نمیگوید بلکه میگوید (من مستحق این حق ام) خواه دلیل استحقاق خویش را بیان کند و خواه صرفاً با تشبث به (ید) و استصحاب چنین اظهاری را بکند. آنچه مهم است جا زمانه بودن ادعای او است. لیکن با توجه به مبنی و نظر میرزا (ره) در مسأله ۳۹ و ۴۳ گویا وی صرف تشبث را بدون جزم نیز کافی میدانند. اما در اینجا تصریح بدان نکرده است.

۲- و در نسخه: رفع جنس به جنس دیوار...

را، به شرط آن که صغیر مذکور در مدت مذکوره در دکان آن شخص شاگردی نماید. و مبلغ چهار تومان را بازیافت نموده. و مدت پنج سال که تعهد کفالت نمود صغیر مذکور اطاعت و وفاء به شرطی که شاگردی باشد ننموده و از دکان آن شخص بیرون رفته. حال که کبیر شده مطالبه وجه اخراجات ایام کفالت را مینماید.

جواب:

جواب: تحقیق در این مسأله موقوف است به بیان چند مقدمه:

اول: این که جایز است از برای قیم شرعی صغیر، اجیر کردن صغیر از برای مصلحت او.

دوم: این که تفریط صغیر و اتلاف حق غیر منشأ ضمان او می شود در مال خود یا نه؟ -؟.

سوم: در تحریر گفته است - در کتاب اجاره - (لو استاجر بطعامه و شرابه و کسوته، او با حد هما لم یجز. سواء كان ضمرا او غيرها (1)). ولو عين الطعام والشراب والكسوه بما يرفع الجهالة، جاز. بشرط تعیین وقت الدفع. ولو استأجره بعوض و شرط الاطعام والكسوه عليه، ففی الجواز نظر). و مختار او مقتضای اصول و قواعد است.

چهارم: آن که جبر خاص، یعنی آن که شرط کرده است که به خودی خود در مدت معینی عملی را بکنند، هر گاه در آن مدت عمل را به جا نیاورد، مستأجر مخیر است ما بین این که اجرت المثل را بگیرد یا فسخ کند. چنانکه از کلام شهید ثانی (ره) در شرح لمعه مستفاد می شود، و موافق قواعد و اصول است. و مقتضای قول شیخ بطلان و انفساخ اجاره است. چنانکه هر گاه بایع مبیع را تلف کند قبل از قبض.

پنجم: اظهر این است که شرط فاسد در ضمن عقد، منشأ فساد است. و اما شرط صحیح پس اگر به عمل آمد پس در آن اشکالی نیست. و هر گاه به عمل نیامد مشروط له مسلط است بر فسخ. مگر در بعضی مسائل نکاح. و خلاف کرده اند در وجوب عمل به شرط.

ص: ۱۴۰

۱- ضمیر - با کسر اول و سکون دوم -: مادر خوانده، و نیز به معنای (فرزند خوانده). در اصل به شتر و گوسفندی گفته میشد که بچه دیگری را بپذیرد و نسبت به آن عاطفه نشان دهد. گاهی صاحب دام در مورد دامی که بچه اش مرده با اعمال برنامه خاصی بچه دام دیگر را به عنوان بچه او به حسابش میگذارد. این کلمه در اصطلاح به شخصی که کودکی را بر اساس عواطف (نه بر اساس محاسبات اقتصادی) در داخل زندگی و خانواده خود بپذیرد، گفته میشود.

بر چهار قول: اول این است که: واجب است بر مشروط علیه وفای به آن. واز برای مشروط به خیار فسخ نیست مگر با تعذر تحصیل شرط. پس هر گاه مشروط علیه امتناع کند و نتوان او را اجبار کرد بر شرط، مرافعه کنند به حاکم شرع تا او را اجبار کند اگر برای او جواز اجبار باشد. و اگر آن هم متعذر باشد، از برای مشروط له خیار فسخ هست.

دوم: این که واجب نیست بر مشروط علیه وفای به شرط. وفایده شرط همین است که عقد لازم را از لزوم بیرون کند و متزلزل کند و در عرصه زوال در آورد، که اگر وفا کند به شرط، لازم باشد و اگر وفا نکند زایل شود.

سوم: تفصیلی است که از شهید (ره) نقل شده. و آن این است که اگر عقد کافی است در تحقق شرط و بعد از آن احتیاج به صیغه علی حده ندارد (مثل شرط وکالت در بیع مرهون در ضمن عقد رهن) پس وفا به آن لازم است. و هر گاه محتاج است به عقد جدیدی (مثل شرط عتق عبد در ضمن عقد بیع او) پس وفای به آن لازم نیست. چهارم این است که: واجب است بر مشروط علیه وفای به شرط، واز برای مشروطه له است الزام و اجبار او. هر چند به مرافعه حاکم باشد، و اما الزام و اجبار او مشروط علیه را در صورت ابا کردن او از شرط، پس دلیلی بر [خلاف] آن نیست، بلکه بسیاری از عبارتهای اصحاب منافاتی ندارد با این قول. و مثل شرح لمعه و کفایه و مفاتیح و عبارت دروس کالصریح است در این که مذکور شد، واقوی در نظر حقیر همین قول است. و تصریحی در کلام دیگران در این ندیده ام. و اقوال را با ادله در رساله (شرط ضمن العقد) بیان کرده ام. هر گاه دانستی این مقدمات را، بر میگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: اگر صورت واقعه به آن نحو بوده است که مصالح عنه حق طلب صغیر است با عمل مدت پنج سال او در دکان، به مصالحه به چهار تومان و مقدار نفقه پنج سال صغیر، ظاهر صحت مصالحه است. هر چند تعیین و تقدیر کسوه و نفقه نشده باشد. چون اظهار در نظر حقیر این است که جهالت وجه مصالحه به این مقدار از جهالت، مضر نباشد. خصوصا با وجود ضمیمه. پس در این صورت لازم است بر صغیر که غرامت ترک عمل را بکشد، و تمام وجه مصالحه را باز یافت کند. و هر گاه به مرافعه حاکم اجبار میسر نشود، به قدر عمل

پنج سال می تواند مدعی علیه تقاص حق خود را از اجرت بکند وفاضل را بدهد، و اگر کسر دارد، از صغیر صاحب طلب خواهد بود. و هر گاه عقد مصالحه بر همان چهار توما واقع شده ودر ضمن آن عقد مصالحه، شرط عقد اجاره شده و اجاره صغیر را، ولی در عوض نفقه پنج سال قرار داده، - هر چند صلح به شرط اجاره صحیح است و لکن - باید تفصیل داد که هر گاه نفقه را تعیین کرده به قدر ووصف، اجاره که شرط ضمن العقد است صحیح خواهد بود. و جواز جهالت در صلح نفعی به تصحیح عقد اجاره ندارد. و چون (۱) شرط در معنی جزء احد عوضین عقد مصالحه است، پس در صورت بطلان اجاره به جهالت مقدار نفقه، شرط باطل و عقد مصالحه هم باطل خواهد بود. و در صورت صحت اجاره مصالحه هم صحیح است، و لکن مستأجر مخیر است ما بین فسخ اجاره و اخذ اجرت المثل از صغیر. و در صورت فسخ اجاره، شرط متقدم می شود و به انعدام شرط، خیار فسخ در اصل مصالحه هم حاصل می شود باز برای مدعی علیه مستأجر. چنانکه مقتضای (خیار اشتراط) آن است. و بنابر قول شیخ - به انفساخ عقد اجاره به سبب تخلف اجیر خاص از عمل در وقت معین - که امر اظهر است. و هر گاه قسم ثالثی باشد که عقد مصالحه باشد و دو شرط در ضمن العقد، یکی عمل کردن صغیر از برای مدعی علیه. و دوم نفقه به مقدار پنج ساله دادن مدعی علیه به صغیر، که عقد اجاره در میان نباشد. در اینجا رجوع به قاعده (انتفاء الشرط الصحیح) باید کرد. و اظهر در نزد حقیر این است که هر گاه مشروط علیه، مشروط را به عمل نیاورد، مشروط له مسلط است بر فسخ، چنانکه قاعده (خیار اشتراط) است. پس هر کدام که قبول دارند شرط را وفا میکنند و لکن میگویند که تو وفا کن با شرط تا من وفا کنم، خیار از برای او ثابت می شود. و آن دیگری که میگوید که تو وفا کن اما من وفا نمیکنم. در این صورت به ترک وفای خصم خیاری برای او نخواهد بود. و از آنچه گفته شد ظاهر می شود حال احتمال رابع - که اظهر احتمالات صورت .

ص: ۱۴۲

سؤال است - که وجه مصالحه چهار تومان با نفقه پنج ساله است، و خدمت صغیر در مدت معلومه شرط ضمن العقد است. پس اگر مدعی علیه از صغیر استیفای عمل پنج سال را میکند (بیدله) یا (باجرته)، خود غرامت نفقه پنج ساله را میکشد. و میخواهد مصالحه را فسخ میکند و هر یک بر سر حق سابق میروند.

۵۰:سوال:

۵۰:سوال: هر گاه مال ضعیفه در دست برادرش باشد و او متوفی گردد. و بعد فوته که ضعیفه مطالبه مال از ورثه او بکند صلحنامه ابراز کنند و ادعا کنند که ضعیفه اموال خود را به برادرش که مورث ایشان باشد صلح نموده است. و ضعیفه مزبوره را سخن این که: من از این مصالحه مطلقا اطلاعی ندارم. لکن قدرت بر هم زدن صلحنامه را (نظر به این که مهر بعضی اشخاص را دارند) نداشته باشد. آیا در این صورت می تواند از باب تقاص دعوی غبن بکند؟ و دعوی غبن در مصالحه جاری می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی اظهر این است که خیار غبن در مصالحه هم ثابت است، چنانکه در بیع ثابت است. و اما جواب مسأله اولی پس این است که هر چند در واقع مصالحه واقع نشده (بنا بر فرض سؤال) که ضعیفه دعوی غبن آن را بکند، لکن ظاهر این است که از باب (توصل به حق) و تقاص حق خود، بر فرض تسلیم و ماماشات معترف به صلح شود و دعوی غبن بکند، جایز باشد. لکن مقارن اراده این اعتراف و ادعا شاهد بگیرد بر این که اعتراف من به صلح بعد انکار، مبتنی بر آن است که به قدر مقدر استیفای حق خود کرده باشم. تا آنکه هر گاه من بعد قادر شود بر استیفای حق خود، این اعتراف او مبطل دعوی او نباشد. والله العالم.

۵۱:سوال:

۵۱:سوال: هر گاه برادری حصه ارثیه همشیره اش را متصرف بود، و در دادن به همشیره ملاحظه مینموده تا این که فوت شده. بعد وفاته ورثه او صلحنامه ابراز نموده که همشیره حصه ارثیه اش را به برادر خود صلح نموده، و در آن صلحنامه بعضی از علما به شهادت معدودی از شهود غیر عدول تحقق و ثبت نوشته اند. و شهود اصل الحال از شهادت خود رجوع نموده اند. و همشیره منکر مصالحه است. آیا در این صورت آن تحقق و ثبت بعضی از علما اعتبار دارد یا نه؟ -؟. و در صورت عدم اعتبار آیا ضعیفه

ص: ۱۴۳

مستحق اجرت المثل هست یا نه؟ -؟.

جواب: این محتاج به مرافعه است. ومجرد کاغذ حجت نیست هر چند (اقرت واعترفت) نوشته باشند در اینجا، چه جای تحقق وثبت. مگر این که آن کاغذ ونوشته کاغذی باشد که از برای حاکم (یعنی مجتهد عادل) مفید قطع باشد، واین بسیار نادر است. و هر گاه مفید علم نشود باید رجوع کرد به بینه. واز صورت سوال:

جواب:

جواب: این محتاج به مرافعه است. ومجرد کاغذ حجت نیست هر چند (اقرت واعترفت) نوشته باشند در اینجا، چه جای تحقق وثبت. مگر این که آن کاغذ ونوشته کاغذی باشد که از برای حاکم (یعنی مجتهد عادل) مفید قطع باشد، واین بسیار نادر است. و هر گاه مفید علم نشود باید رجوع کرد به بینه. واز صورت سوال: ظاهر می شود که شهادت آن علما (شهادت فرع) بوده، یعنی چون جمعی شهادت داده بوده اند بر اقرار ضعیفه بر مصالحه، آنها شاهد شده اند و نوشته اند که بر ما ثابت شد ومحقق شد. پس اگر آن علما زنده نیستند وشهادت نمیدهند همان است که گفتم که مجرد کاغذ اعتبار ندارد. و هر گاه زنده باشند والحال شهادت بدهند در نزد حاکم به عنوان شهادت فرع پس اگر شهود اصل عادل نیستند ودر حین شاهد شدن شهود فرع، هم عادل نبوده اند، شهادت باطل می شود. وشهادت آن علما که شهود فرزند (بر فرض عدالت ایشان) هم مسموع نیست. واگر اصل وفرع عادلند ولکن الحال شهود اصل منکر شهادتند - وهنوز مرافعه نشده است وحاکم حکمی نکرده است به آن شهادت علما که شاهد فرزند - ساقط می شود واعتبار ندارد. واگر وراثت را سخن دیگر باشد باید معلوم شود که جواب آن هم معلوم شود. وبه هر حال چون این مطلب بدون مرافعه طی نمی شود، ومرافعه شأن مجتهد عادل است او خود میداند که چه کم خواهد کرد. این به استفتاء تمام نمی شود. و هر گاه مصالحه به ثبوت شرعی نرسیده ضعیفه مستحق اجرت المثل ایام تصرف هست. و گاه است که آن علما که این مطلب را نوشته اند هر گاه در نزد حاکم حاضر شوند وسخن دیگر وتقریر دیگر (که نه به عنوان شهادت فرع باشند) بکنند در آن وقت حکم متغیر می شود. به هر حال این امر بدون حضور طرفین وشهود به انجام نمیرسد. والله الهادی الی سبیل الرشاد.

۵۲:سوال:

۵۲:سوال: هر گاه زید منافع اراضی واشجار باغی را با عمرو صلح کند به مبلغ ده

ص: ۱۴۴

تومان در مدت چهار سال، ووجه مصالحه را هم قبض کند، ودر بین مدت درختی از آن باغ از ریشه کنده شود و بیفتد که در هر سال منافع آن پنجاه دینار می شود. آیا عمرو می تواند مساوی آن را از وجه مصالحه استرداد کند یا نه؟-؟

جواب:

جواب: هر چند در کلام فقها خصوص این مسأله در نظر حقیر نیست به غیر عبارت علامه در تذکره آنجا که گفته است (و؟) صالح علی سکنی دار او خدمه عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالاعیان، صح بشرط ضبط المده. ولا یکون ذلک اجاره بل عقدا مستقلا بنفسه. خلافا للشافعی. فان تلف الدار اوالعبد قبل استیفاء شیء من المنفعه، انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه. وان تلفت بعد استیفاء بعض انفسخ فی مابقی من المده ورجع بقسط ما بقی) که فی الجملة مناسبتی با اینجا دارد. ولکن نظیر این در مسائل اجاره در کلام ایشان مذکور است و بنا بر قول شیخ که صلح تابع سایر عقود است که ما نحن فیه از باب اجاره می شود. وچون صلح منفعت است در حکم آن اشکال نیست. وبنابر مشهور اقوی که صلح عقدی است مستقل، میتوانیم از باب اتحاد طریق مثلتین حکم آن را در اینجا جاری کنیم. بلکه احتیاج به اتحاد طریق نیست. بلکه همان دلیل که در اجاره جاری است در همینجا جاری است. وآنچه در اجاره در کلمات ایشان مذکور است این است که: هر گاه عین مستأجره تلف شد قبل از قبض یا بعد از قبض و قبل از آن که بگذرد زمانی که توان از آن نفعی برد، باطل می شود اجاره. چنانکه در بیع قبل از قبض. وظاهر این است که دلیل در مسأله اجماع ایشان باشد. چون خلافی در مسأله نقل نکرده اند، بلکه مقدمات تصریح کرده است به عدم خلاف، ودر مسالک گفته است که بطلان اجاره واضح است، ولکن تکیه کرده است به این که آن عین احد عوضین است و هر گاه تلف شود باطل می شود، مثل بیع. واستیفاء منفعت در اینجا قائم مقام قبض است در بیع. وگویا این مطلب از مسلمات ایشان است نه این که قیاس کرده باشند به بیع. و به هر حال مناص از قول به بطلان نیست. و هر گاه تلف نشده باشد لکن موجر منع کند از تسلیم، در اینجا نیز بعضی قائل به بطلان شده اند نظر به این که آن به منزله تلف عین است. وجمعی دیگر از علما قایل شده اند

که مختار است مستأجر ما بین فسخ (و در این وقت اجرت ساقط می شود و هر گاه داده است به موجر پس میگیرد) و میان باقی گذاشتن اجاره به حال خود، و در این وقت مطالبه میکند از موجر عوض آن منفعت را، چون حق او را غصب کرده، و عوض آن اجرت المثل است. پس اگر اتفاق افتاد که اجرت المثل بیش از اجرت مسمی فی العقد شد، مستأجر آن تفاوت را میگیرد. و دلیل این قول همان استصحاب صحت عقد و استحقاق منفعت است، و [نیز] لزوم ضرر و حرج هر گاه خیار نباشد. و هر گاه تلف عین در اثنای مدت باشد یعنی فی الجمله زمانی که توان منتفع شد گذشته باشد پس اجاره در تتمه زمان باطل می شود، و تقسیم میکنند اجرت مسمی فی العقد را بر تمام زمان، و موجر به قدر زمان گذشته را مستحق اجرت هست و باقی را رد میکنند. و طریق تقسیط و تقسیم هر گاه اجزاء زمان در اجرت متساوی باشد، واضح است. و اما هر گاه مختلف باشند پس طریق آن این است که قیمت میکنند اجرت المثل جمیع اجزای زمان را، و بعد از آن قیمت میکنند اجزاء ماقبل زمان تلف را، و بعد از آن ملاحظه میکنند نسبت ما بین اجرت المثل تمام زمان را با اجرت المثل زمان گذشته و به همان نسبت از مسمی استرداد میکنند. و اما هر گاه موجر منع کند از عین مستأجره در اثنا: پس اقوی همان است که از جماعت علما نقل کردیم از تخییر. لکن مقدار در تنقیح نقل کرده است از ابن براج قول به این که هر گاه موجر منع کند او را از بعض مدت و بعد از آن تسلیم او کند در باقی، خیاری نیست و عقد لازم است. و بعد از آن رد کرده است این قول را، به جهت لزوم (تبعض صفقه)، بلکه خیار از برای او باقی است. تا اینجا سخن در تلف تمام عین مستأجره بود. و اما هر گاه بعض از عین تلف شود، مثل این که بعضی از زمینی که اجاره کرده بالمره غرق شود که به هیچ وجه منتفع نتوان شد، یا قطعه ای از آن را سیلاب ببرد، یا بعضی از حجرات خانه خراب شود و ممکن نشود ساختن آن فوراً از برای صاحب. پس حکم در آن بعض که تلف شده مثل حکم تلف خود عین است، و در باقیمانده عین مختار است ما بین فسخ به جهت تبعض صفقه، و ما بین نگاه داشتن آن

باقیمانده در برابر نقصان از اجرت. چنانکه در مسالک تصریح به آن کرده. وطریق در آنجا از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود و فرق این است که در آنجا تقسیط نسبت به اجزای زمان میشد و در اینجا نسبت به اجزای عین می شود، پس ملاحظه میکنیم اجره المثل مجموع عین را و اجرت المثل آن بعض تالف را و به همان نسبتی که ما بین اجرت المثل آن بعض است با اجرت المثل کل، از اجرت مسمی وضع میکنیم. و اگر داده باشد استرداد میکنیم. و صاحب مسالک بعد کلام سابق گفته است که هر گاه چیزی از عین تلف نشده باشد لکن منفعت آن ناقص شده باشد (مثل این که آب زمین یا آسیا کم شود، یا حیوانی که اجاره کرده لنگ شود، یا اجیر مریض شود) خیار فسخ از برای مستأجر ثابت می شود. هر گاه اینها را دانستی بر میگرددیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: ظاهر این است که عقد مصالحه نسبت به این درخت خاص که کنده شده در باقیمانده زمان باطل است، و عمرو مختار است که مصالحه را در تتمه باغ بر جا بگذارد، و تفاوت اجرت را استرداد کند. یا فسخ کند مصالحه را. و زید به قدر زمان گذشته از اجرت مسمی را نگاه میدارد و تتمه را رد میکند و طریق تقسیط همان است که پیش گفتیم. و در اینجا اشکال دیگر هست که آیا در صورت اختیار مستأجر بقای اجاره را در باقی ایام، موجد را نیز خیاری میباشد نظر به لزوم تبعض صفقه، یا نه؟ -؟. و همچنین در مسأله صلح، و همچنین این اشکال در مسأله بیع هم هست. چون فقها در مسایل خیار متعرض خیار مشتری به جهت تبعض صفقه شده اند و از حال بایع ساکت اند. و گویا این نظر به غلبه باشد. چون غالب این است که بایع عالم به حال مبیع است و عیب مبیع و مستحق غیر بودن آن، بیشتر است. والا دلیلی که موجب تبعض صفقه است در جانب بایع هم جاری می شود. چنانکه اشاره به این شده در مسالک و شرح لمعه در مسأله بیع صرف و بیع درهم به درهم در صورتی که مخالف جنس ظاهر شود. مثل این که مس بودن یا سرب بودن.

پس هر گاه زید دو غلام بخرد و بفروشد به عمرو به صفت واحد و یکی از آنها مستحق غیر بر آید بدون تقصیری از بائع و بدون معرفت بائع به این معنی. پس چنانکه از برای مشتری خیار فسخ هست به جهت تبعض صفت، باید از برای بائع هم باشد. و لازم این کلام این است که هر گاه بعضی مبیع تلف شود قبل از قبض به آفتی از جانب خدا بائع را هم خیار فسخ در باقیمانده بوده باشد. و هر گاه خیار تبعض را عام دانیم پس در اجاره و صلح هم چنین خواهد بود. در این وقت در مسأله ما نحن فیه مالک باغ هم خیار فسخ خواهد داشت. والله العالم.

سوال: ۵۳

سوال: ۵۳: شخصی زنی تزویج کرده است، و مدتی هم این زن را داشته است و [لی] دخول نکرده است، و زوج فوت شده است. و بعد از وفا زوج وراثت او نصف مهر زوجه را داده اند به تصدیق ملائی، از این راه که چون غیر مدخوله است نصف مهر به او میرسد. و حال فتوائی در دست دارد که تمام مهر به او میرسد و ادعای نصفه باقی را میکند. بیان فرمایند که چه کند؟

جواب:

جواب: این مسأله از مشکلات است. و تا به حال بنای حقیر بر این بود که مصالحه به نصف مهر بشود. و شاید در آن اوقات گفته باشم (اگر ممکن نشود مصالحه، بهتر آن است که تمام داده شود). و لکن باز الحال میگویم که مردم غم دین را نمیخورند و احتیاط را نمیفهمند و نمیدانند که علمای سابقین و لاحقین مکرر در بسیاری از مسائل حیران بوده اند. چه می شود که در اینجا از حقیر حکم صریح نطلبند؟ تا ممکن شود باید مصالحه کردن را اولی دانست. و حق تعالی فرموده است (الصلح خیر) اما مردم میگویند: خیر خیر. (۱)

سوال: ۵۴

سوال: ۵۴: شخصی خانه دارد در میان حصار برادرش، و راهی دارد که از این حصار به خانه خود عبور نماید. و حال قطعه [ای] باغچه در جنب خانه خود خریده است و میخواهد عمارت نماید و در آن را از خانه خود وا کند. و این صاحب حصار مانع است و .

ص: ۱۴۸

۱- ممکن است مراد از این کلمه مکرر همان نفی ورد باشد به معنای نه، نه، و ممکن است معنای مجازی لفظ (خیر) در کار برد عربیاش باشد. یعنی مردم میگویند مال مال. - پول پول.

میگوید تو راه یک خانه بیشتر از من طلب نداری.

جواب:

جواب: ظاهر این است که مانع از راه گذاشتن او در ملک خود نمی تواند شد و لکن می تواند که مانع شود از ترددی که زاید بر تردد یک خانه باشد. به این معنی که هر گاه خواهد در عمارت جدی کس دیگر را ساکن کند که او هم از همین راه تردد کند، می تواند مانع شود. چون او استحقاق بیش از شارع همین یک خانه بر سبیل عرف و عادت ندارد. و اما زیاد شدن اولاد و اتباع اهل همان خانه که در عرف و عادت لازم این کس است - که در اول یک زن و یک مرداند و به تدریج ده نفر اولاد بهم میرسد، یا کنیز و غلام میخرند، یا مهمان به خانه او می آید - پس آن مضر نیست.

۵۵:سوال:

۵۵:سوال: زید خانه و باغچه متصل بهم دارد، و معبر آن باغچه از میان خانه زید است و دیگر راهی ندارد و اطراف باغچه ملک غیر است. هر گاه زید خانه را فروخت به غیر و در حال عقد طرفین ملتفت حال ممر و مدخل باغچه نشدند. آیا حق العبور از برای زید باقی است در خانه؟ یا مشتری می تواند مانع شد؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که حق العبور باقی است. چنانکه عرف شاهد آن است. و حق العبور از اجزاء خانه نیست که داخل مبیع باشد. و منافاتی ما بین خروج عین از ملک و بقای حق غیر در آن، نیست. چنانکه هر گاه میزاب غیر در آن خانه بریزد، یا حق العبور آبی غیر در آن خانه دارد فروختن خانه مستلزم سقوط آن حقوق نمی شود.

۵۶:سوال:

۵۶:سوال: زید و عمرو و بکر شریکند در چهار مزرعه که یکی مسمی است به (احمد آباد) و دیگری به (محمد آباد) و دیگری به (علی آباد) و دیگری به (نصر آباد). و چون تعیین وقت و تعدیل سهام و قسمت صعوبت داشت بنا را به مصالحه گذاردند به این نحو که صلح کرد بکر هر حقی که در قریه احمد آباد و علی آباد داشت با زید و عمرو به هر حقی که ایشان در قریه نصر آباد و محمد آباد داشتند. و قریه نصر آباد و محمد آباد را تسلیم بکر کردند. و در ضمن عقد مصالحه شرط کرد بکر با ایشان که هر گاه قریه احمد آباد مستحق غیر بر آید شرعا یا عرفا، صلح بر هم نخورد و لازم باشد به حال خود. و اما اگر قریه علی آباد مستحق غیر بر آید شرعا یا عرفا، قریه محمد آباد رهن آن باشد به این معنی که تمام

قریه محمد آباد در عوض قریه علی آباد مال زید وعمرو باشد. و مراد از این شرط در قریه علی آباد این بوده است که چون قریه علی آباد را سابق بر این به اسم (خالصه) و (شاهی) در دفتر خانه شاه ثبت کرده بوده اند، و از ثبت بیرون آورده بودند. ولیکن زید وعمرو تشویق این داشتند که باز اهل غرض آن را داخل ثبت دفتر خانه کنند و ضبط سرکار دیوان کنند، یا جمع و مال دیوان آن را زیاد کنند. به این سبب شرط کردند که هر گاه چنین شود تمام قریه محمد آباد در عوض قریه علی آباد مال زید وعمرو [باشد و بکر علی آباد را قبول کند] (۱). و الحال به شاه عرض شده و شاه فرموده که یا وجه جمع را زیاد کنند یا به تصرف دیوان بدهند. آیا الحال به مجرد همین، محمد آباد را باید بکر تسلیم زید وعمرو نماید و علی آباد را قبول کند یا نه؟ -؟. و آیا اصل این معامله صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که اصل معامله فاسد باشد به سبب فساد هر دو شرط. اما فساد شرط اول: به جهت آن که در عقد مصالحه هر گاه احد عوضین مستحق غیر بر آید مصالحه باطل می شود. به جهت آن که تراضی بر ملک غیر واقع شده. هر چند گوئیم که به اجازه مالک در بعض اوقات صحیح می شود و اثری بر آن مترتب شود. ولیکن مراد ما در اینجا صحت صلح ما بین متصالحین است نه غیر ایشان. و ظاهر این است که در مسأله هم خلافی نباشد. پس این شرط خلاف آن چیز است که از شریعت مقدسه ثابت شده، چون صلح عقدی است که به ظهور استحقاق غیر احد عوضین را، باطل می شود. پس شرط عدم بطلان با ظهور استحقاق غیر، مخالف آن است، و شرط مخالف شرع، فاسد است. و به فساد شرط هم عقد فاسد می شود. هر چند استحقاق غیر هم ظاهر نشود. و اما فساد شرط دوم، یعنی حکایت رهن قریه محمد آباد: هر چند قائل شویم به جواز رهن در اعیان ----- چنانکه اظهر است در غیر امانات مثل ودیعه و عاریه غیر مضمونه. و قائل شویم به جواز رهن بر درک مبیع و ثمن چنانکه اظهر است نیز، و ظاهر این است که مانحن فیه هم مثل آن باشد. و قائل شویم به جواز مقارنه رهن با عقد.

ص: ۱۵۰

۱- عبارت نسخه قابل خواندن نیست، بر اساس قراین تصحیح گردید.

بیع یا صلح، و لازم نیست تقدم تحقق آن معامله بر رهن، چنانکه آن نیز اظهر است. و حکایت رهن بر درک میباید یا ثمن هم از آن قبیل است هر گاه بگوید (بعثک هذه الضیعه و جعلت هذا العبد رهنا لدرکه) (۱) - - - - - لکن چون ما نحن فیه به منزله (شرط میباید بودن رهن است در انقضای اجل) که هم رهن باطل است و هم میباید بودن آن، به جهت آن که شرط کرده است در ضمن عقد مصالحه که محمد آباد رهن علی آباد باشد به این شرط که همینکه علی آباد مستحق غیر بر آید شرعا یا عرفا، محمد آباد در عوض آن باشد. و همین معنی میباید بودن رهن است، و این خود صحیح نیست. چنانکه در مسأله سابقه (۲) بیان کردیم. پس به این جهت این شرط نیز فاسد می شود. و به فساد آن اصل عقد صلح هم فاسد می شود. چنانکه در مسأله سابقه بیان آن شد. (۳)

۵۷:سوال:

۵۷:سوال: در طلاق رجعی اگر زوج حق الرجوع را صلح کند به مهر زوجه و نفقه ایام عده و امثال آن. جایز است یا نه؟. و آیا این مطلب در کلام فقها مذکور است یا نه؟ -؟. و هر گاه جایز است دلیل آن چه چیز است؟. بیان فرمایند.

جواب:

جواب: الحال در نظر نیست که در کتب فقهیه مذکور باشد، و لکن عدم ذکر آن بخصوص، دلیل عدم جواز آن نیست. به جهت آن که شأن فقها بیان امهات مسائل است و گاهی متوجه فروع میشوند. و هر گاه فرعی مذکور نباشد دلیل عدم جواز آن نیست. مثلا در کتاب اجاره احکام اجیر خاص و عام را ذکر میکنند و شرایط و مبطلات را ذکر میکنند و لکن اکثر مسائل استیجار عبادات را بخصوص متوجه نمیشوند. و از آنچه در کتاب اجاره مذکور است احکام آن مستفاد می شود. و هم چنین در کتاب صلح متوجه قواعد کلیه صلح شده و شرایط آن را منقح کرده اند، هر گاه بخصوص در احکام رجعت و کتاب طلاق هم متوجه این نباشند که آیا این صلح خاص صحیح است یا نه، ضرر ندارد.

ص: ۱۵۱

- ۱- و هم چنین با قطع نظر از مسأله (قبض در رهن) که شرط است یا نه.
- ۲- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۳ مجلد دوم. توضیح: گویا این مسأله چهارمین مسأله از کتاب رهن بوده و به دنبال مسأله سوم (که ما آن را تحت شماره ۱۸۳، آورده ایم) قرار داشته و در چاپ سنگی یا هنگام ترکیب سه مجلد (السؤال والجواب) به کتاب صلح منتقل شده است.
- ۳- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۳ مجلد دوم. توضیح: گویا این مسأله چهارمین مسأله از کتاب رهن بوده و به دنبال مسأله سوم (که ما آن را تحت شماره ۱۸۳، آورده ایم) قرار داشته و در چاپ سنگی یا هنگام ترکیب سه مجلد (السؤال والجواب) به کتاب صلح منتقل شده است.

واما دلیل در این مسأله: همان عمومات صلح است. مثل قولهم علیهم السلام (الصلح جایز بین المسلمین الا صلحا احل حراما او حرم حلالا) (۱) و شکی نیست که این صلح نه محلل حرام است و نه محرم حلال. پس جایز خواهد بود. بلی در اینجا سخنی میتوان گفت که متبا درازا (صلح) قطع نزاع است. و ظاهر آیات و اخبار هم این است. و علامه نیز در تذکره گفته است که (صلح عقدی است که مشروع شده از برای قطع نزاع). و لکن این مندفع است به این که ظهور بعضی آیات و اخبار نیست مگر از جهت وقوع لفظ (صلح) در مقام رفع نزاع، مثل آیه (اصلاح بین الزوجین) و ذکر (الصلح جایز بین المسلمین) بعد از ذکر حکایت (بینه بر مدعی و یمین بر منکر). و این افاده تخصیص میکند. با وجود این که علما تصریح کرده اند به این که خلافی نیست در عدم اشتراط به سبق نزاع. و آنچه علامه گفته است ظاهرا بیان حکمت است در اصل وضع. و حکمت ضرور نیست که مطرد باشد (مانند عده و غسل جمعه و قصر و غیر آن) با وجود این که در ما نحن فیه هم قطع نزاع متصور است هر چند نزاع سابق نباشد. بلی میتوان گفت که لفظ صلح ظاهر است در حقوق سابقه نه در انشاء حق جدید - مثل این که دینی در ذمه کسی باشد و مقر به آن باشد و نزاعی هم نباشد، نه مثل این که شخصی خواهد که مال خود را منتقل کند به فرزند خود، یا به مرد صالحی به عنوان صلح. و ما نحن فیه از باب (ابتدا به صلح) است از غیر سابقه حقی. و بر این هم وارد است:

اولا: (بر فرض تسلیم تبادر) این که ظاهرا خلافی ندارند در صحت صلح ابتدائی و اینکه این هم عقدی است مستقل که منشأ نقل ملک و ثبوت حق می تواند شد. بلکه اجماع بر آن نقل کرده اند. و عمومات (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم) شامل آن است.

وثانیا: این که از تعلیلات که در اخبار وارد شده ظاهر می شود که صلح منوط به تراضی است و طیب نفس. و ثالثا: از اخباری که در احکام ارضین وارد شده (خصوصا اراضی خراجیه و اینکه والی صلح بکند اراضی را به کسانی که در دست آنهاست به قدری که خواهد) این ظاهر.

ص: ۱۵۲

ورابعا: میگوئیم که در صلح های ابتدائی هم منفک نیست از رفع نزاع، گو نزاع سابق نباشد بلکه خوف وقوع آن باشد. چنانکه در صورت عدول از عقد بیع به عقد مصالحه از برای گریز از دعوی شفیع، یا از بیع مجهول الحدود به مصالحه از برای رفع فساد و حصول نزاع که به سبب جهالت حاصل می شود. و هم چنین در صلح به فرزند یا مرد صالح تا پدر، دیگران را بعد از خود از آن ساقط کند.

وخامسا: در بسیاری از اخبار وارد شده که ضامن هر گاه صلح کند با مضمون له به چیزی همان را مستحق است که از مضمون عنه بگیرد. و این دلیل است بر جواز صلح ابتدائی. پس رجوع کن به آن اخبار و تأمل کن. (۱)

وسادسا: میگوئیم که در ما نحن فیه مقصود رفع نزاع و شقاق است و کوتاه کردن دست زوج از زوجه. و هم چنین فقها گفته اند (یصح الصلح عن کل مایجوز اخذ العوض عنه، عینا کان کالدار والعبید او دینا او حقا کالشفعه والقصاص. ولا یجوز علی ما لیس بمال مما لایصح اخذ العوض عنه. فلو صالحت المرثه ان تقر له بالزوجیه لم یصح. لانه لو ارادت بذل نفسها بعوض لم یجز) و این عبارت تذکره است، و مثل این در تحریر ذکر کرده است. و همچنین در دروس و غیره. [که همه] دلالت بر این مطلب دارند و ظاهر این است که در این مطلب خلافی ندارند. و از اینجا معلوم شد اندفاع تو هم این که آنچه از کلام ایشان بر می آید این است که صلح ابتدائی مخصوص حقوق مالیه است. و شبهه نیست که قصاص از حقوق مالیه نیست. و عموماً سایر ادله سابقه صلح ابتدائی را ثابت میکند خواه مال باشد و خواه غیر آن. (۲) پس هر گاه این را دانستی ظاهر می شود بر تو وجه جواز صلح حق الرجوع. زیرا که جایز است از برای مطلقه رجعیه که چیزی بدهد به شوهرش که در عده به او رجوع نکند و او را بگذارد تا عده او منقضی شود و از شر او خلاص شود، یا به مقصد خود برسد که مطلق.

ص: ۱۵۳

۱- وسایل: ج ۱۳: کتاب الضمان: باب ۶.

۲- راجع به مسأله صلح ابتدائی و لزوم سابقه و عدم آن، در مسأله شماره ۴۴ همین مجلد بحث مستدل دیگری نیز شده است.

العنان شود. و هیچ فرقی ما بین حق الرجوع و حق الشفع نیست. و چون این معنی در ضمن سایر عقود لازمه متحقق نمی شود - چون شرایط بیع و غیره در آن موجود نیست - و زوجه می خواهد که این معاوضه در ضمن عقد لازمی باشد رجوع به صلح میکند. و الحاصل: رجوع به زوجه حقی است از برای زوج و اختیار به دست او است می خواهد رجوع میکند و می خواهد نمی کند. و مهر و نفقه و غیره حقوق چندند از زوجه و اختیار به دست او است می خواهد به زوج می دهد در برابر رجوع یا عدم رجوع، و می خواهد نمی دهد. و جواز اصل معاوضه دلیل نمی خواهد، چون اصل برائت ذمه و اباحه است، و عدم ورود منع، کافی است در جواز آن. آنچه احتیاج به دلیل دارد، لزوم آن است. و هر گاه آن را در ضمن عقد مصالحه به عمل آوریم به مقتضای عموماً صلح، دیگر اشکالی باقی نمی ماند. و در این اوقات مذکور شد که از بعضی افاضل اهل عصر نقل کرده اند که با وجود تسلیم صحت مصالحه گفته است که (بعد مصالحه هر گاه زوج رجوع کند، رجوع او صحیح است و منشا عود زوجیت می شود. هر چند فعل حرام کرده است) و حاصل این که هر چند از باب حکم طلبی حرام است رجوع، ولیکن از باب حکم وضعی که ترتب اثر بر مجرد رجوع است، اثر مترتب می شود. و حقیر این را مستبعد شمردم (و شاید ناقل سهو کرده باشد) به جهت آن که صلح ساقط می کند حق رجوع را. و به سبب بودن کلمه (رجعت الی زوجتی) و امثال آن در عود مطلقه رجعیه وقتی مسلم است که از برای زوج حق رجوع ثابت باشد نه مطلقاً. و مفروض این است که به سبب صلح آن حق ساقط شده، پس دیگر چگونه کسی که حق رجوع ندارد و اهل آن نیست که بگوید (رجعت الیها) از برای او رجوع ثابت می شود؟! (۱)

و توهم این که سایر احکام زوجیت (مثلاً میراث بردن و جواز غسل و امثال آن که به عنوان عموم ثابت است) دال بر بقای علاقه زوجیت است پس رجوع جایز است. در غایت فساد است، زیرا که ارتفاع بعضی حقوق منشاء ارتفاع جمیع نمی شود. و هم چنین توهم.

ص: ۱۵۴

۱- در مسأله شماره ۸۴ خواهیم دید که میرزا (ره) مراد و منظور این (بعض افاضل) را تأیید خواهد کرد. مراجعه کنید.

این که در صورت تقابل وفسخ صلح از طرفین، که حق رجوع عود میکند، دلیل است بر بقای حق. فاسدتر از تو هم اول است. زیرا که تقابل در حکم عقد جدید است آیا نمیینی که بایع و مشتری بعد لزوم عقد هیچ یک از اینها بدون رضای دیگری رجوع به آنچه در دست آن دیگری است نمی تواند کرد. وبعد از تقابل جایز می شود، و بسا هست که تو هم شود که بنابر این هر گاه زوجه حق مضاجعه و مواقعه را در مدت صلح کند با زوج، پس اگر زوج در این بین جماع کند بدون رضای زوجه، زنا کرده خواهد بود. واین [تو هم] نیز در کمال سقوط است. زیرا که احکام زنا مشروط است که آن فعل به غیر زوجه واقع شود، وآن از باب جماع در حال حیض است و آن منافات با ترتب آثار ندارد. ودر ما نحن فیه هم ما منع نمیکنیم بودن زوجه را در حکم زوجه در غیر حق استمتاع، و رجوع منشأ عود زوجیت مطلقه نمی شود، وثمر ثمرات رجوع که حلیت وقاع وغیر آن باشد نیست. چنانکه تصریح کرده اند که هر گاه جماع کند بدون نیت رجوع منشأ [تحقق] (۱) رجوع نمی شود. پس چنانکه رجوع مشروط است به نیت، رجوع مشروط است به استحقاق واهلیت رجوع. و بدان که این مثل (خلع) نیست که هر گاه زوجه رجوع کند به آنچه داده و زوج مطلع نشود به رجوع او، تا عده منقضی شود حق زوجه ثابت باشد. بلکه تا طرفین اقاله صلح نکنند زوجه مستحق چیزی نیست. هر چند در خلع هر گاه زوج مطلع شود به رجوع زوجه به بذل، او هم می تواند رجوع کرد. وچون در طلاق رجعی شرط صلح مهر با حق الرجوع در ضمن عقد صورتی ندارد - وبعد طلاق زوج می تواند بگوید که من صلح نمیکنم حق الرجوع را، و قبل از وقوع طلاق که حق الرجوعی هنوز ثابت نشده که صلح بر آن وارد شود - پس چاره نیست مگر که طرفین ثالثی را وکیل کنند که در غایبانه ایشان اول طلاق را بگوید و بعد از آن حق الرجوع را صلح کند. بلی در اینجا اشکال دیگری رو میدهد که فقها دعوی اجماع کرده اند بر این که شرط است که موکل در حین توکیل مالک امری که در آن وکیل کرده، باشد و مسلط .

ص: ۱۵۵

۱- اصل این لفظ در نسخه خوانا نبود بدین صورت اصلاح گردید.

بر آن باشد تا حین وقوع آن امری که در آن وکیل کرده است. و مفروض این است که زوج قبل از ایقاع طلاق مالک رجعت نیست که کسی را در آن وکیل کند. پس توکیل صحیح نخواهد بود. و این اشکال را در جواب بعضی از سوالات که در مجموعه مسایل سابقه نوشته ام دفع کرده اند. و حاصل این است که این از باب این است که کسی ده تومان به کسی بدهد و او را وکیل کند که از برای من غلامی بخر و آزاد کن، یا زنی بگیر و طلاق بگو، و امثال آن. چون فعل ثانی از فروع و توابع فعل اول است و در حکم فعل واحد است، و از باب آن نیست که کسی را وکیل کند که زینب را که من اراده دارم که او را نکاح کنم تو وکیلی که او را طلاق بدهی، یا غلامی که میخوام بخرم تو وکیلی که او را آزاد کنی یا بفروشی.

سوال: ۵۸

سوال: ۵۸: زید و عمرو شریکند، و مال شرکت بعضی مطالبات نقدی است و بعضی جنس است، و متفرق است در میان مردم و تقسیم آن صعوبتی دارد. آیا جایز است که زید مصالحه کند با عمرو حق خود را در آن اموال به مبلغ معینی که حالا بدهد یا مؤجلا، یا بعضی حالا و بعضی را مؤجلا -؟.

جواب:

جواب: مانعی از برای او نمیدانم. و عموماً ادله صلح شامل آن هست. و لکن باید ملاحظه کند که ربا به عمل نیاید. چون اظهر این است که ربا در عقد صلح هم جاری می شود و اختصاص به بیع و قرض ندارد. مثلاً هر گاه مال المشار که الحال ده تومان پول نقد است که در ذمه شخصی است و ده تومان پارچه است. هر گاه این را صلح کند به ده تومان نقد حال، ربا می شود. و لکن هر گاه ضمیمه [ای] به آن ده تومان ضم کند مثل این که صلح کنند به ده تومان و ده من گندم خوب است. (۱)

سوال: ۵۹

سوال: ۵۹: زید و عمرو با هم شریکند، آیا جایز است که صلح کنند به این نحو که زید راس المال خود را بالتمام از میان بردارد و نفع معامله و نقصان آن از برای عمرو باشد -؟.

ص: ۱۵۶

۱- راجع به (فرار از ربا به وسیله ضمیمه) رجوع کنید به مسأله شماره ۶ و ۷۴ مجلد دوم، که نظریه میرزا و امام خمینی در تقابل با هم بررسی شده است.

جواب: ظاهراً خلافی در صحت این مصالحه نیست و اخبار معتبره هم دلالت دارد، از جمله آنها صحیح‌ه حلبی است (عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی رجلین اشترکافی مال فربحاه فیه ربحا، وکان من المال دین وعین، فقال احدهما لصاحبه اعطني راس مالی والربح لك و عليك التوی، (؟)، فقال: لا باس اذا اشترطا، فاذا كان شرط یخالف كتاب الله فهو رد الی كتاب الله عزوجل) (۱). ولكن باید تقیید کرد مسأله را به این که این امر بعد انقضای شرکت و اراده قسمت باشد که قرار داد زیادتی به منزله هبه باشد و قرار داد نقصان به منزله ابراء چنانکه شهید ثانی در مسالک تقیید کرده. و ظاهر این است که مراد دیگران هم این باشد. و مراد از کلمه (اشترطا) در روایت شرط در ضمن عقد شراکت نیست. زیرا این شرط منافی مقتضای عقد شراکت است، چون مقتضای آن تبعیت ربح است از برای راس المال، و هر گاه مفهوم این جمله شرطیه را اعتبار کنیم لازم می آید که بدون آن ناخوشی داشته باشد، و کسی به آن قایل نشده. بلکه ظاهر این است که مراد از (اشترطا)، (التزما) باشد. یعنی محض قول آن یک شریک نباشد که این را میگوید، بلکه آن دیگری هم راضی شود، که به عنوان التزام باشد که در قالب عقد لازمی باشد مثل صلح. و از کلام آخوند ملا-احمد (ره) ظاهر می شود صحت این شرط در ضمن عقد نیز، به جهت آن که مخالفت مقتضای عقد شرکت منشأ بطلان شرکت می شود اما منشأ بطلان شرط نمی شود. بلکه آن بر میگردد به قرض. پس صلح به این نهج واقع می شود که راس المال تو در نزد من قرض است و شرط میکنم که ربح و نقصان آن با من باشد و راس المال تو را به تو رد کنم. و این بسیار دور است. زیرا که کمال مباینت است میان عقد شرکت و قرض در مفهوم و خواص. و ظاهر عبارت حدیث، شرکت است بلکه صریح است. و هم چنین کلمه (ف) در (فربحا) [و نیز در] (فقال احدهما) و غیر اینها همه دلالت دارد بر آنچه گفتیم از وقوع این معامله و اشتراط در حین اراده قسمت، خواه در انقضای مدت شرکت باشد یا بعد حصول معامله به آن مال. و اما آنچه حدیث مشتمل است بر آن که (بعضی عین .

ص: ۱۵۷

باشد و بعضی دین) پس ظاهر این است که خلافتی در عدم اشتراط آن نباشد - چنانکه از آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود.

۶۰:سوال:

۶۰:سوال: زینب به مواکلت ثابته بعضی از اولاد خود، به ادعای قیمومیت از جانب صغیر، وفضولا از جانب بعض دیگر از اولاد خود، ملکی را صلح کند با زید در عوض صد دینار فلوس ویک من تبریز گندم. وضامن درک شود که هر گاه صغیر کبیر شود، یا غایب حاضر شود واجازه نکند، از عهده بر آید. آیا این مصالحه صحیح است یا فاسد؟ -؟. واین ضامن صحیح است یا نه؟ -؟. ودعوی غبن در این مرحله جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: آنچه را به عنوان فضولی مصالحه کرده لزومی ندارد. ومالک قادر بر فسخ است وزید مصالح له در آن تصرف نمی تواند کرد ومالک مسلط است بر فسخ در حین حضور. وبه تصرف دادن ملک به مجرد همین صلح فضولی، حرام است وغصب است. و اما ضامن مسماه زینب در آن ماده پس ظاهر این است که صحیح است، چون غاصب است ومشغول الذمه است. پس هر گاه عجزی از استرداد عین برای مالک حاصل شود غرامت را از او میگیرد. و آنچه (۱) به سبب قیمومت شرعیه باشد - از جهت مجتهد عادل یا بر نحوی از انحاء مجوزه شرعیه حسبتا که تصرف صحیح باشد - پس آن صلح صحیح است وضمان صورتی ندارد. چون (ضمان ما لم یجب) است. بلی گاه باشد که ضرورت داعی بر این باشد. مثل این که صلاح صغیر در این باشد که صلح شود ومصالح له راضی نشود الا به ضامن، از خوف این که مبادا صغیر که کبیر شود وادعا کند، نتواند اثبات کند که صلح بوجه صحیح است. که از باب آن باشد که کسی به غیری در میان کشتی بگوید (متاع خود را بینداز در دریا من ضامنم) که در این صورت ضامن هم صحیح است. به این معنی که .

ص: ۱۵۸

۱- ودر نسخه: به جای (وآنچه) لفظ (پس اگر) آمده است، بی تردید یکی از نسخه برداران با توجه به بحث ضامن که در جملات بعدی آمده گمان کرده است که محور بحث عوض نشده ولذا با آوردن (پس اگر) میان دو محور ایجاد پیوند کرده است. در حالی که مراد از ضامن در محور بالا (ضمان در مقابل مالک) است ودر این محور (ضمان در مقابل مصالح) میباشد.

هر گاه صغیر بزرگ شود و ادعای ملک خود کند و آن ضعیفه نتواند صحت تصرف خود را اثبات کند، باید از عهده عین یا ثمن آن، بر آید. و اما آنچه از جانب موکل از بابت وکالت کرده است: پس در آن اشکالی نیست که لازم است و فسخ نمیتوان کرد الا به رضای طرفین. مگر این که عیب تبعض صفقه در میان آید، که هر کدام را مجال تمسک به آن باشد به آن سبب مسلط میشوند بر فسخ. و اما دعوی غبن پس با وجود شرایط آن در عقد مصالحه جاری می شود.

۶۱: سوال:

۶۱: سوال: هر گاه زید مالی از پدرش که به میراث دارد، با عمرو صلح کند. و در ضمن عقد صلح شرط نماید که بعد از مدت ده روز که این مال را اخذ نماید، همان مال یا نصفش را بازید صلح نماید به ده دینار. آیا صلح صحیح است یا نه؟ -؟. و هر گاه این صلح را واقع سازند و از خارج قسم یاد نمایند که عمرو بعد از اخذ مال تمامی آن را به زید فروشد یا صلح نماید به ده دینار. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که شرط صحیح باشد و وفای به آن لازم. و اما سوال:

جواب:

جواب: ظاهر این است که شرط صحیح باشد و وفای به آن لازم. و اما سوال: از قسم: پس چون باید متعلق قسم راجح باشد به حسب دین و دنیا هر دو. یا را حج باشد به حسب دنیا و مساوی باشد نظر به دین. و یا راجح باشد به حسب دین و مساوی باشد به حسب دنیا. یا متساوی الطرفین باشد به حسب دین و دنیا هر دو. و ظاهر این است که هر گاه راجح باشد به حسب دین اما نه به حد و جوب، و مرجوح باشد به حسب دنیا، اما نه به حدی که مستلزم حرج یا عسر و ضرر باشد. در اینجا یمین منعقد می شود. (۱) و اما هر گاه مرجوح باشد به حسب دین و دنیا هر دو، یا مرجوح باشد به حسب دین و راجح باشد به حسب دنیا، پس در عدم انعقاد آن، اشکالی وجود ندارد. (۲)

۶۲: سؤال:

۶۲: سؤال: زید آب خود را از باغ عمرو به باغ خود میبرد و شرب میگرد. و .

ص: ۱۵۹

-
- ۱- و در نسخه: نمیشود. - رجوع کنید در همین جامع الشتات به دوازدهمین مسأله از (کتاب النذر) که اولین مسأله از (کتاب النذر والعهد والیمین والایلاء) میباشد. که هنوز به آنجا نرسیده ایم و شماره جلد و صفحه و مسأله آن فعلا قابل تعیین نیست، ولی در صفحه ۵۳۸ چاپ سنگی میتوان مطالعه کرد. لیکن همراه با دقت.
- ۲- عبارت نسخه: پس در عدم انعقاد آن اشکال وجهی ندارد.

حال زید آب خود را از باغ عمرو که استمرار داشت بیرون برده و از نهر و باغ خالد می خواهد ببرد. آیا می تواند زید آب خود را از باغ عمرو بگرداند یا نه؟ -؟. دیگر آن که هر گاه زید اختیار داشته باشد که از باغ و نهر خالد آب خود را به باغ خود ببرد، در ثانی آیا زید می تواند که آب خود را از همان استمرار باغ عمرو به زمین خود بیاورد که زراعت کند، یا نه؟ -؟. و بعد از آن که زید آب خود را از نهر دیگر ببرد استمرار قدیم موقوف می شود یا نه؟ -؟. در این صورت زید حقی دارد که از آن استمرار قدیم که از باغ عمرو داشت در هر پانزده روزی یک دفعه به زراعت خود ببرد یا نه؟ -؟. و عمرو را سخن این است که آب را که زید از جای دیگر برد استمرار قدیم موقوف شد و دیگر نمی گذارم که آب را از زمین من به زراعتش ببرد. بیان فرمایند.

جواب:

جواب: هر گاه عمرو مدعی این باشد که مرا حق انتفاعی از عبور آب تو در باغ من هست و من متصرف این حق ام، و نمی گذارم که تو این حق را ضایع کنی. و زید میگوید که آب مال من است و از هر جا خواهم میبرم. و ید تصرف انتفاع عمرو در عبور آن آب ثابت باشد. اظهر تقدیم قول عمرو است با یمین، در صورتی که بینه از برای زید نباشد که این بر سییل عاریه بوده است یا بر سییل عدوان. و اما هر گاه عمرو علم به وجه استحقاق خود نداشته باشد مثل این که به این نحو میراث به او رسیده است باغ، که این آب در آنجا عبور میکرده اما نمیداند که به چه کیفیت بوده. در اینجا زید هر گاه مدعی عاریه یا عدوان باشد و شاهدی نباشد، قول او مقدم است با یمین. و اما این که در ثانی زید خواهد آب خود را از باغ عمرو ببرد و عمرو مانع شود. در اینجا نیز میگوئیم که اگر زید مدعی این است که مرا در باغ تو حق العبور آب من هست و من متصرف این حق بودم و اینکه چند روزی که از راه دیگر برده ام منشأ سقوط حق من نمی شود. و عمرو منکر استحقاق او باشد و بینه هم در میان نباشد. اظهر تقدیم قول زید است با یمین. و هر گاه زید مدعی استحقاق نباشد بلکه جاهل به وجه عبور باشد، و همین بر او واضح است که این آب در اینجا همیشه عبور میکرد. و عمرو مدعی عاریه یا غصب باشد و بینه نباشد. قول عمرو مقدم است با یمین. و هر گاه هیچ یک عالم به

کیفیت استحقاق نباشند هیچ یک مانع دیگری نمیتوانند شد، به طریق مستمره عمل میکنند. و تعطیل طریقه مستمره بدون وجه لازمی، منشا سقوط اثر آن نمی شود، مگر آن که تفاوتی در کیفیت به عمل آید، مثل این که قبل از این آنچه مستمر بود، آن بود که به باغ برود و الحال به زرع میروود و در آن تفاوتی حاصل شود.

۶۳:سوال:

۶۳:سوال: شخصی طاحونه دارد. و آب اهل آن قریه که طاحونه در آن واقع است آن طاحونه را میگرداند، و از طاحونه که بیرون میروود ملاک آب اراضی خود را به آن شرب میکنند. و در این اوقات شخصی قطعه زمینی [را] که واقع است در تحت طاحونه خریده است با جمیع آنچه در آن است. و در آن زمین علامت طاحونه مخروبه دیگر هست و استفاضه هم هست که در این زمین طاحونه بوده، و مشتری این زمین همین طاحونه خراب را تعمیر کرده و بعد خروج آب از تحت طاحونه اول این طاحونه را میگرداند، و از آنجا که بیرون میروود همگی مالک [این] آب، اراضی خود را به آن شرب میکنند، و ظاهراً مجرای آب هم به همین نحو مستمر بوده، و معبری دیگر هم از برای آب اهل قریه نبوده الا- به این نحو. الحال صاحبان طاحونه اول مانعند از این که این طاحونه جدید به این آب بگردد، و حال آن که به هیچ نحو ضرری به طاحونه ایشان نمیرسد، بلکه از راه لجاج، یا این که چون مردم به آنجا رفع حاجت میکنند منافع این طاحونه کم می شود، آیا میتوانند مانع شده یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: مالکان طاحونه اول از حیثیت این که مالک طاحونه اند به هیچ وجه مانع طاحونه جدید نمیتوانند شد، هر گاه ایشان را حقی در مجرائی که تحت طاحونه ایشان است و به طاحونه جدید میروود، نباشد. و اما هر گاه در آن مجرا حق ملکیت داشته باشند، یا در آب شریک باشند، یا به سبب شرکت یا استحقاق در مجرای فوق سخن داشته باشند و بگویند که نمیگذاریم که طاحونه ثانیه به مجرای ما، یا به آب ما منتفع شود. پس دور نیست که بعد از ثبوت این که در آنجا طاحونه قدیمی بوده که از این

آب میگردیده، نتوانند مانع شد. زیرا که نهایت امر این است که صاحب طاحونه جدیده مطلع نباشد بر حقیقت امر که جریان طاحونه مخروبه به این آب به چه نحو بوده آیا به استحقاق بوده یا به عاریه بوده. و این داخل آن مسأله می شود که احدی ببیند مجرای ناودان خود را در ملک غیر، یا عبور آب خود را در ملک غیر و نداند که از چه راه بوده است، که در آنجا حق این است که هر گاه مالک ملک هم ادعای غصب او را نمی کند جایز است از برای این شخص انتفاع به مال غیر، و او هم مانعی این نمی تواند شد. و هر گاه دعوی کنند و مالک ملک بگوید تو غاصبی. متصرف منفعت بگوید که من به استحقاق در آن متصرفم. در آن خلاف است و اظهر در نزد حقیر تقدیم قول متصرف در منفعت، است بایمین. و ظاهر این است که فرقی نیست ما بین این که خراب شده باشد محل انتفاع یا دایر باشد. پس ما در مانحن فیه میگوئیم که: صاحب آسیای مخروبه استمرار انتفاعی از این آب داشته است، و آن استمرار مستصحب است از برای مشتری، و چون مالک این [آسیاب] مسلمی بوده و فعل او محمول بر صحت است مادامی که مدعی غاصبیت او را اثبات نکند از او انتزاع نمیتوان کرد. بلی هر گاه مدعی یعنی صاحبان طاحونه قدیم به سبب مالکیت در آب یا مجرا متمسک باشند به ملکیت، و منع کنند از انتفاع به آن و ادعای غصب بودن تصرف، یا عاریه بودن کنند. و صاحب طاعونه مخروبه بگوید که معلوم نیست غصبت. در اینجا قول مالک آب و مجرا مقدم است یا بایمین. و از اینجا ظاهر می شود حکم آن که ملاک آب که غیر صاحب طاحونه معموره اند گفتگو بکنند با صاحب آسیای خرابه. و به هر حال هر گاه صاحبان آب و مجرا متعرض مشتری نمیشوند، یا بگویند که ما نمیدانیم که تصرف صاحب آن آسیای خرابه چه نحو بوده، کسی مزاحم مشتری نمی تواند شد، و هم چنین هر گاه صاحب آسیای سابق هم از راه مالکیت آب و مجرا سخن نمیگوید، او هم هیچ نحو مزاحم نمی تواند شد. و هم چنین هر گاه حقیقت امر در این باب بر همه مشتبه است، هم هیچ یک مزاحم او نمیتواند شد. و هر گاه پای دعوی در میان آید و ادعای غصب و عدوان در میان باشد حکم او همان است که گفتیم.

۶۴:سوال: هر گاه سه نفر سه خانه دارند که متصلند به یکدیگر، ولکن دیوار خانه های طرفین به قدر معتد به از خانه وسط پیش آمده اند به نحوی که کوچه عریضی بن بست حادث گردیده که طرفین کوچه دیوارهای آن دو خانه طرفین است و منتهای کوچه دیوار خانه وسطی. و در خانه وسطی در همین منتهای کوچه است. و صاحب خانه وسطی خانه خود را فروخت به دیگری. و این مشتری دیوار کشیده است ما بین منتهای دیوارهای خانه های طرفین و آن کوچه را محوطه کرده، و دری از برای آن قرار داده. و الحال صاحبان خانه های طرفین میگویند که حریم دیوار عمارت ما از تو در میان محوطه گرفته ای. و ما باید تردد کنیم در آنجا از برای ازاله برف و باران از پای دیوار خود و ما دیوار را خراب میکنیم و به حال سابق بر میگردانیم. و این مشتری ثانی که دیوار را تازه کشیده میگوید من خریده ام این زمین را، و اگر مال شما بود چرا در وقت دیوار کشیدن مانع من نشدید و الحال مدت بیست سال است که من دیوار کشیده ام. و ایشان میگویند که ما در آن وقت حاضر نبودیم که تو دیوار کشیدی، و بعد حضور هم خواستیم خراب کنیم مردم به ما گفتند که این به شما ضرر ندارد و خراب نکنید، و الحال میبینیم ضرر دارد راضی نیستیم و خراب میکنیم، آیا تسلط دارند بر خراب کردن یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: از مجموع گفتار طرفین بیش از این معلوم نمی شود که این زمین مباح الاصل بوده چون صاحب خانه های طرفین ادعای حریم میکنند و مشتری هم حجتی بر مالکیت ندارد الا محض دعوی خریدن و اینکه آنها در وقت دیوار کشیدن مانع نشده اند، و متمسک به (ید) تصرف نیست که بر دیگران اثبات ید عدوان لازم باشد. و چون مفروض این است که نه خریدن ثابت است و نه مالکیت بایع، پس باید بنا بر این گذاشت که این زمین مباح الاصل است، چون اصل عدم ملکیت است. و در زمین مباح حق حریم ثابت است. پس هر یک از صاحب خانه های طرفین حق حریم دیوار را دارند در آن زمین. و صاحب خانه وسطی [نیز] حق حریم خانه [دارد]. و حریم دیوار به قدر حاجت دیوار است در فرو ریختن خاک دیوار به سبب خراب شدن و گل ساختن از برای

تعمیر و مثل آن. و حریم آن خانه وسط هم راه آمد و شد است و محل ریختن خاکروبه و سماد و امثال آن. و خواه قایل باشیم به این که اصل در حریم ملک ملکیت است - چنان که اظهر است - و یا به مجرد اولویت، صاحبان حریم منع از تصرف غیر میتوانند کرد و چون مفروض این است که منتهای دیوار جدید در محل حریم دیوار خانه های طرفین واقع شده پس صاحبان خانه های طرفین را میرسد ازاله دیوار خانه از آن محل حریم. و اما تمسک صاحب خانه وسط به مانع نشدن آنها از دیوار کشیدن پس آن نه دلیل عدم استحقاق آنها است و نه دلیل رضا شدن به عنوان عاریه، و بر فرضی که ثابت شود که به عنوان عاریه راضی شده اند که دیوار بکشد، [باز] هم از برای آنها است این که بگویند دیوار را ازاله کن. اما باید غرامت ارش را بکشند.

۶۵:سوال:

۶۵:سوال: هر گاه کسی آسیائی دارد که به نهر شخص دیگر دایر است. و الحال آن شخص میگوید من آب خود را از نهر دیگر میبرم به مزارع خود. و به این سبب آسیا معطل می شود. آیا می تواند ببرد یا نه؟ -؟. و بر فرضی که نتواند ببرد، آیا در صورتی که اطفال و غیر اطفال در زیر آسیا سنگ میریزند و موجب بیرون رفتن [آب] می شود و مالک آب متضرر می شود، مالک آب می تواند الزام کند صاحب آسیا را که ممر اطفال را سد کن و رفع ضرر از من بکن یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اما از مسأله اولی: پس هر گاه صاحب آسیا معلوم است که بر غیر وجه لازمی ساخته باشد - مثل این که به عنوان عاریه ساخته است، و ماذون شده از مالک آب که در آنجا آسائی بسازد و بر وجه لازمی مثل صلح یا غیر آن مستحق این معنی نشده - پس ظاهر جواز بردن آب است. و لکن در صورت عاریه غرامت ارش و نقصان آسیا را باید بکشد و هر گاه معلوم باشد که بوجه لازمی مستحق آن شده مثل صلح و غیره تمی تواند آب را بگرداند. و هر گاه حال مجهول باشد پس در این صورت یا این است که هیچ کدام ادعای حق و بطلان آسیا را نمیکند - مثل این که صاحب آسیا میگوید که من این آسیا را از میراث پدر دارم و وقتی به من رسیده به این آب دایر بوده و نمیدانم که علت استحقاق چه چیز است.

و هم چنین مالک آب به ادعای بطلان یا عدم لزوم حقی از برای او نمی کند - پس ظاهر این است که در اینجا از باب آن مسئله ای است که کسی مجرای آب خود را در ملک غیر میبندد، یا عبور خود را در ملک غیر میبندد، یا سر درختان سقف خانه خود را بر دیوار غیر میبندد، ووجه این را نه آن میداند و نه غیر. و ظاهر در اینجا این است که نمی تواند غیر، مانع او شود. و هر گاه نزاع کنند و صاحب آسیا بگوید که من به حق متصرفم. و مالک آب منکر باشد، پس در اینجا خلاف است. و اظهر در نظر حقیر ترجیح قول ذی الید است که صاحب آسیا باشد. ووجه این را در جواب مسائل دیگر ذکر کرده ام و حاصل آن (۱) این است که: ملکیت غیر منافات با ثبوت حقی در آن ملک ندارد. و جمع بین الحقیین مهما ممکن لازم است. و ید تصرف چنان که در اعیان معتبر است در حقوق هم معتبر است. و مفروض ثبوت ید صاحب آسیا است بر این حق. و علاوه بر اینها، عمومات نفی ضرر و حرج هم دلالت دارد خصوصا در وقتی مالک آب بهیچ نحو متضرر نمی شود. و خصوصا در وقتی که غرض او اضرار و لجاج باشد. و هم چنین دلالت دارد بر آن، خصوص صحیح محمد بن علی بن محبوب (قال کتب رجل الی الفقیه (علیه السلام) فی رجل کانت له رحی علی نهر قریه، و القریه لرجل او رجلین، فاراد صاحب القریه ان یسوق الماء الی قریته فی غیر هذا النهر الذی علیه هذه الرحی و یعطل هذه الرحی. الہ ذلک ام لا؟ -؟. فوق: یتقی الله و یعمل فی ذلک بالمعروف و لا یضار اخواه المومن). (۲) و کلینی نیز همین حدیث را به ادنی تفاوتی در سندی صحیح روایت کرده است. (۳).

ص: ۱۶۵

۱- آنچه مصنف (ره) در اینجا تحت عنوان (حاصل) آورده مشروحترا از آن است که در جواب مسایل دیگر (در سه مسأله از مسائل همین باب صلح که ملاحظه کردید) بیان کرده است.

۲- وسائل: ج ۱۷، ابواب احیاء، باب ۱۵ ح ۱ - توضیح: این حدیث در: فروع: ج ۵ ص ۲۹۳ ح ۵ و تهذیب ج ۷ ص ۱۶۴ ح ۳۲ و فقیه ج ۳ ص ۱۵۰ ح ۱۰، آمده و آنچه در متن بالا آمده مطابق روایت من لا یحضره الفقیه است و در فروع کافی به جای (الی الفقیه)، (ابی محمد (علیه السلام)) آمده و نیز جمله (الذی علیه هذه الرحی) در آن نیست. و نیز به جای (ولا یضار)، (لا یضر) است. و در هر صورت این حدیث بر (عمل به معروف) امر میکند و اصل انتقال مجرای آب را تحریم نمی کند. خصوصا در صورتی که اگر صاحب آب در صورت ممنوع شدن از تغییر مسیر آب، متضرر شود.

۳- وسائل: ج ۱۷، ابواب احیاء، باب ۱۵ ح ۱ - توضیح: این حدیث در: فروع: ج ۵ ص ۲۹۳ ح ۵ و تهذیب ج ۷ ص ۱۶۴ ح ۳۲ و فقیه ج ۳ ص ۱۵۰ ح ۱۰، آمده و آنچه در متن بالا آمده مطابق روایت من لا یحضره الفقیه است و در فروع کافی به جای (الی الفقیه)، (ابی محمد (علیه السلام)) آمده و نیز جمله (الذی علیه هذه الرحی) در آن نیست. و نیز به جای (ولا یضار)، (لا یضر) است. و در هر صورت این حدیث بر (عمل به معروف) امر میکند و اصل انتقال مجرای آب را تحریم نمی کند. خصوصا در صورتی که اگر صاحب آب در صورت ممنوع شدن از تغییر مسیر آب، متضرر شود.

و محقق در نافع به این عبارت فتوا داده (ولو كان له رحي على نهر لغيره لم يجز له ان يعدل بالماء ويصرفه عنها الا- برضاء صاحبها). و ظاهر این عبارت مثل ظاهر روایت شامل صورتی که معلوم باشد استحقاق صاحب آسیا، و صورتی که معلوم نباشد. خواه دعوی استحقاق بکند و خواه نکند، همه هست. و مقتضای سایر ادله هم این است. چنان که گفتیم. و لکن ابن ادریس در سرایر به این عبارت گفته است (واذا كان لانسان رحي بامر حق واجب على نهر لغيره،، و اراد صاحب النهران يسوق الماء في نهر آخر الى القرية، لم يكن له ذلك الا- برضاء صاحب الرحي موافقة). و این عبارت موهم این است که شرط است در این معنی که معلوم باشد که صاحب آسیا حق واجبی بر صاحب نهر و آب دارد که آسیای او به آب او بگردد. و این بسیار بعید است، زیرا که در چنین صورتی حاجتی به سوال نبود و سوق جواب هم بایست به نحوی دیگر باشد، و بایست بفرماید که (چگونه حق واجب او را میبرد). و ممکن است که کلمه (بامر حق واجب) از متعلقات ماقبل باشد، یعنی (حصول رحي از برای آن انسان به امر حق واجبی، ثابتی، لازمی شده نه محض غضب و عدوان و نه بر فرض لغوی یا به مظنه رضای صاحب نهر و شاهد حال رضای او ساخته شده باشد در زمین صاحب نهر، یا غیر آن. یا این که قبیل عرق ظالم باشد که او را به هیچ وجه حقی نباشد. نه این که مراد این باشد که وصول آن بر آن نهر و دایر شدن آن به آن نهر به امر حق لازمی باشد. پس مطابق اطلاق روایت خواهد بود. و ظاهر این است که مراد علامه در تذکره نیز همین است، و عبارت او اوضح است در آنچه ما تأویل کردیم کلام ابن ادریس را به آن، زیرا که گفته است (النهر المملوك اذا كان عليه رحي بحق ملك، لم يكن لارباب النهر طم هذه النهر ولاصرف الماء عنه الى املاكهم بنهر غيره، الا باذن صاحب الرحي). و در تذکره خلافی هم در مسأله نقل نکرده

نه از خاصه ونه از عامه. ولکن چون در اصل مسأله (جواز تصرف در مال خود در صورت اضرار به غیر) خلاف است (۱)، پس میتوان این را از جزئیات آن مسأله قرار داد. پس این فتوی خلاف مشهور خواهد بود. پس اعتمادی به عدم نقل خلاف علامه، نخواهد بود. ولکن بر این وارد می آید: اما اولاً: این که ما در آن مسأله مطلقاً تابع مشهور نیستیم، بلکه تفصیل میدهیم چنانکه در چند موضع بیان آن کرده ایم. و اما ثانیاً: پس میگوئیم که این محض تصرف در مال خود و تضرر همسایه نیست. بلکه داخل تصرف در مال همسایه و حق او است و اضرار به او. به سبب آن که ظاهر حال ید و استمرار انتفاع، استحقاق است. و ید چنانکه در اعیان میباشد در منافع هم میباشد. و اما ثالثاً: بر فرض تسلیم، میگوئیم که این حدیث صحیح مخصص آن قاعده است. و ظاهر این است که مشهور هم عمل به آن کرده اند. پس مخالفت مشهور هم نکرده خواهیم بود. و اما سوال از حال سنگ ریختن اطفال و غیر اینها در ممر آب: پس ظاهر این است که هر گاه صاحب آسیا تقصیری ندارد، و خرابی به سبب او نشده، بر او لازم نباشد تنقیه ممر و نه سد کردن ممبر اطفال. همچنانکه بر صاحب آن هم لازم نیست تنقیه نهر فوق آسیا و تعمیر آن (هر گاه خراب شود) از برای دوران آسیا. مگر این که مالک نهر خود خراب کرده باشد. چون مفروض این است که تفویض حق صاحب آسیا کرده. همچنانکه در عکس هم چنین است. و اما در صورتی که خرابی از هیچ کدام آنها نباشد بلکه از خود آب یا از خارج باشد، هیچ کدام دیگری را الزام نمیتوانند کرد. و مناسب این مقام است عبارتی که در قواعد مذکور است - در کتاب صلح - (ولا- یجب علی مستحق اجراء الماء فی ملک غیره مشارکه المالك فی عماره سقف المجری وان خربت من الماء ولا علی المالك اصلاح القناه لو خربت بغیر سببه). و مثل این است عبارت تذکره و [در] دروس هم عبارتی هست چون نسخه بسیار .

ص: ۱۶۷

۱- و به همین دلیل فتوای میرزا (ره) در (تقابل ملک و حق) در مسایل و موارد متعدد یک فتوای نادر است. عمده تکیه میرزا به (ید) است در مقابل مسلم ملکی، و نتیجه این از کار انداختن قاعده ید به وسیله قاعده ید است.

مغلوب است نقل نکردیم.

۶۶:سوال:

۶۶:سوال: هر گاه دیواری مشترک میان دو نفر، خراب شود. واحد شریکین خواهد دیوار بکشد و دیگری شراکت نکند. میتوان او را الزام کرد یا نه؟ -؟. و هم چنین قنات مشترک را.

جواب:

جواب: ظاهراً خلافتی در میان شیعه نیست که نمیتوان او را الزام کرد. و اکثر عامه هم بر این مذهب اند. و هر گاه یکی عمارت کند مطالبه اجرت از دیگری نمی تواند کرد. و اگر خاک و سنگ آن تلف شده باشد هم نمیتوان خاک و سنگ از شریک گرفت. و هم چنین است قنات. و ظاهر این است که در آن نیز خلافتی در میان شیعه نباشد. چنانکه از تذکره ظاهر می شود. بلی بعض عامه که در آنجا موافق شیعه بودند در اینجا فرق گذاشته اند نظر به این که در دیوار قسمت ممکن است و در اینجا ممکن نیست. پس به عدم شرکت لازم می آید ضرر. و این ضعیف است و ظاهر عدم فرق است. و گاه است از هر دو طرف ضرر متصور است.

۶۷:سوال:

۶۷:سوال: هر گاه زینب صدق مادر خود را با پدرش صلح کند به ملک یا باغ معینی و شرط کند که منافع آن ملک یا باغ مادام الحیوه با پدر او باشد. این صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که اصل عقد صلح باطل می شود. به جهت این که این شرط منافی مقتضای عقد است. زیرا که مقتضای آن حصول ملک است. و شرط عدم انتفاع مالک از ملک خود منافات با ملکیت دارد. و اگر خواهیم این را تصحیح کنیم از باب اشتراط سکنا یک سال مثلاً از برای بایع در ضمن عقد بیع، پس در وقتی خوب است که جهالتی در آن نباشد، و مدت حیات پدر مجهول است. و هر چند عقد صلح جهالت بردار نیست، لکن معلوم نیست که چنین جهالتی که در قرارداد احد عوضین است مضر نباشد. و این از باب این است که بگوئیم صلح کردم یک سال منافع آن را، یا دو سال یا ده سال.. به عنوان تردید، نه تخیر. و از باب صلح حق معینی به منافع یک سال باغ معینی، نیست. که معلوم نباشد مقدار آن منافع.

ص: ۱۶۸

واین نظیر آن است که در هبه جایز می دانیم بخشیدن قبه غله مجهول الوزن را ولکن صحیح نمیدانیم که هبه کند یکی از دو غلام را لاعلی التعمین، یا گوسفندی را از گله - بنا بر قولی - به جهت این که در آنجا قبه موجود هست و زن آن مجهول است و وجود عمر در اینجا معلوم نیست، مگر این که به ظن استصحابی اکتفا کنیم و فی الجمله عمری از برای او فرض کنیم، و بنا بر این از قبیل صلح منافع یک سال یا دو سال یا ده سال، نخواهد بود. چون در اینجا صلح بر شیئی واحد واقع شده. و چون عمده دلیل بطلان معامله غرر، راجع به سفاهت می شود. یا اجماع [است] که در بیع نقل کرده اند. و در اینجا مفروض این است که در عرف سفاهتی نیست. و اجماع هم در صلح معلوم نیست. پس دور نیست صحت آن. و بدان که چنین جهالتی در معاملات محاباتی که نازل منزله تبرع است ضرر ندارد چون سفته و غرری لازم نمی آید. مثل این که کسی صلح کند ملکی را که به صد تومان میارزد، به صغیر خود به یک من گندم و شرط کند که مادام الحیوه منافع آن را خود برده باشد. و تحقیق معنی (جهالت مضره) در کتاب هبات از همین مجموعه منقح شده.

۶۸:سوال:

۶۸:سوال: زید اموالی که داشته صلح کرده است به دو نفر از اولاد خود که یکی حاضر بود و دیگری غایب. و حاضر قبول میکند از جانب خود اصالتا و از جانب غایب فضولا. و بعد از فوت والد، غایب حاضر می شود و اجازه قبول حاضر را میکند. آیا این صحیح و لازم است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که صحیح و لازم است. چون عقد فضولی هر گاه یک طرف آن فضولی نباشد از جانب او لازم است مگر این که از طرف فضولی امضا و اجازه حاصل نشود آن وقت بر هم میخورد. و از طرف آن که فضولی است متزلزل است تا اجازه حاصل شود آن وقت لزوم نسبت به هر دو حاصل می شود. و این نه از باب حصول قبول است بعد از فوت طرف ایجاب، که گفته اند که هر گاه طرف ایجاب عقد واقع شود و موجب بمیرد، قبول آن طرف بعد موت موجب کافی نیست و عقد باطل است. چنانکه علامه در اوائل کتاب نکاح تحریر تصریح به آن کرده در نکاح و بیع، و هم چنین هر گاه طرف قبول بمیرد قبل از قبول. و در

کتاب وصایای مسالک دعوی اجماع بر آن کرده. به غیر وصیت که مشهور در آن این است که حق قبول منتقل شود به وارث موصی له، به سبب دلیل خاصی.

سوال: ۶۹

سوال: ۶۹: زید با عمرو ادعائی داشت و صلح کرد به وجه المصالحه مشخصی. بعد زید ادعا کرد که این مالک المصالحه مال غیر است. و ثانیاً به تکلیف مصلحین، قبل از فسخ مصالحه اول بنای صلح جدیدی گذاردند. در این صورت زید مستحق مال المصالحه اول است یا دوم یا هیچ کدام؟ -؟ -؟.

جواب:

جواب: زید به اعتراف خود مستحق مال المصالحه اول نیست. و عمرو در ظاهر شرع هر چند دعوی از او ساقط شد - به سبب مصالحه اول و تا ثابت نشود که مال المصالحه مال غیر است بر او چیزی نیست - لکن چون پای دعوی جدید در میان آمد که اگر به انجام برسد باز دعوی اول عود میکند بر حال اول، پس صلح ثانی هر چند از برای رفع دعوی ثانی نباشد باز صحیح خواهد بود. و عدم فسخ و تقایل از طرفین، منشأ عدم صحت آن نمی شود. پس زید مستحق وجه مصالحه ثانی خواهد بود، لاغیر.

سوال: ۷۰

سوال: ۷۰: هر گاه مجرای قناتی مشترک باشد ما بین شخص مالک معلوم الملکیه و وقف معلوم المصروف و غیر معلوم المصروف و مجهول المالک. و غیر از آنچه معلوم الملکیه است مغضوب سلطان عصر باشد. آیا تصرف مالک در مال خود به چه نحو می شود که شغل ذمه از برای او نباشد. و هم چنین از برای مردم، یعنی رعایائی که سلطان مجرا را به آنها به مقاطعه داده. و هم چنین سایر مردم. (؟ -؟ -؟).

جواب:

جواب: متولی شرعی وقف (هر گاه باشد، و حاکم شرع در جائی که متولی شرعی نباشد) حق وقف یا فقرا را با متصرفین - به وجهی که گنجایش دارد - منتقل کند. هر چند اجرت المثل آن بعد از مقاطعه سلطان به جا نماند و گنجایش اجرت المثل نداشته باشد، بلکه به هر قدری که گنجایش داشته باشد. هر چند بسیار کم باشد. و بعد از آن متصرفین مغضوب با مالک واقعی مهایات و نوبه نموده قرعه کنند. و هر یک نوبه خود را ببرند، که بر هر یک آنها تصرف حلال باشد. و هر گاه متصرفین مغضوب هم غاصب باشند و از متولی و حاکم به نحو شرعی به خود منتقل

نسازند، در آن صورت تصرف آنها حرام است. و هر گاه مالک واقعی خواهد تصرف در مال خود کند موقوف می شود بر مہایات ونوبه کردن با غاصبین. در اینجا امر مشکل می شود. ودور نیست که متولی یا حاکم شرعی در اینجا نیز از جانب صاحبان مغضوب یا مالک واقعی مہایات نموده وبه قرعه حصه مالک واقعی موجود را تعیین نماید که از برای آن مالک حلال باشد. واختلافی که به سبب سوانح ایام وساعات و غیره روی میدهد که باعث تغییر نوبه ومہایات می شود، مضر نیست. مثلا بنابر این بود که روز شنبه نوبه مالک موجود واقعی بود وچند روز به سبب هوا ویرف وباران، آب را هرز کردند والحال که بنای آب گرفتن شد مالک واقعی سر نوبه بود او روز شنبه بود الحال که باز سر نوبه می شود روز یک شنبه یا دوشنبه می شود. این ضرر ندارد. وچون معیار در نوبه تقدم وتاخر روز نوبه بود، نه خصوص روز شنبه بودن ویک شنبه بودن. و هم چنین تفاوتی که به سبب کوتاه شدن وبلند شدن روزها بهم میرسد ضرر ندارد. چون اهل عرف در آن مسامحه میکنند. و هم چنین هر گاه یک روز آن را از میان بیندازند به جهت تنقیه نهر وباز صاحب نوبه، نوبه خود را بگیرد. بلی تعویض وتبدیل روز مالک حقیقی با غاصبین صورتی ندارد.

۷۱:سوال:

۷۱:سوال: زید وعمرو هر دو وارث شرعی بکر میباشند. ومخلفات ومتروکات مورث در تصرف زید بوده است. وعمرو مطالبه حق خود را از زید مینموده زید مماطله در ادای حصه عمرو کرده. بالاخره عمرو حقوق ارثیه خود را با زید به عوض معینی مصالحه نموده است. بعد از وقوع مصالحه عمرو دعوی غبن کرده وغبن را هم مصالحه ثانویه نموده است. وبعد از مدتی عمرو مدعی است که من معنی غبن را در عالم نفهمیده ام وبالفرض که فهمیده باشم صیغه مصالحه ثانویه جاری نشده است. ودر صورتی که مصالحه واقع شده باشد، به علت آن است که متروکات را در اول امر پانزده تومان (مثلا) به قلم داده است و بعد معلوم شده است که متروکات (مثلا) چهل تومان بوده است، وصلحی که نموده است به اعتبار مبلغ بیست تومان بوده است. آیا دعوی غبن بعد از اطلاع بر قدر متروکات (که چهل تومان بوده است) عمرو می تواند ادعا نمود یا نه؟-؟.

جواب: هر گاه زید عالم بوده است به مقدار حصه عمرو، و عمرو جاهل و عاجز از اثبات مقدار حصه خود، و به سبب ملاحظه زید با او صلح کرده است - هر چند در ظاهر شرع صلح اسقاط دعوی میکند و لکن - زید میانه خود و خدا آثم است. و ظاهر این است که هر گاه بعد از صلح، عمرو ثابت کرد به بینه (یا به اقرار زید) که او دانسته حق او را نگاه داشته، صلح فاسد می شود و مسقط حق او نیست. مگر این که در وقت صلح به طیب نفس راضی شده باشد که صلح کردم حق خود را هر چند اضعاف مضاعف آنچه تو میگوئی بوده باشد مثلاً - در چنین صورتی که چهل تومان بوده بگوید صلح کردم هر چند هزار تومان باشد. و اما هر گاه زید هم جاهل بوده به مقدار و صلح کرده اند، در این صورت صلح صحیح است ظاهراً و باطناً، و لکن امکان دعوی غبن در اینجا جاری می شود. پس هر گاه زید بگوید با من صلح کردی دعوی غبن مصلحه را. و عمرو منکر باشد. و شاهی در میان نباشد، قسمی متوجه عمرو می شود. و بعد از قسم بر سر دعوی غبن می آیند و به مقتضای آن عمل می شود. و هر گاه عمرو منکر (مصلحه غبن مصلحه) نباشد، و لکن بگوید که چون تو متروکات را پانزده تومان قلم دادی و من حصه خود را که همان قدر است صلح کرده بودم که چهار تومان میارزیده من غبن آن را صلح کردم. و لکن غبن این که بر فرضی که چهل تومان متروکات بوده، آن را صلح نکرده ام. پس در این وقت باید دانست اولاً که (۱) بر فرضی که به عنوان اطلاق گفته باشد که (غبن مصلحه را صلح کردم) باید منصرف شود به عرف و عادت که در صلح از چه قدر غبن مسامحه میکنند. و در عرف و عادت بیست تومان را به چهار تومان اسقاط نمیکنند. و الا دعوی غبن در صلح و در (صلح صلح) و غبن صلح الی غیر النهایه جاری می شود. زیرا بر همه آنها صادق است که صلح اند، و در صلح دعوی غبن جاری می شود. پس یا باید بنا را به متعارف زمان گذاشت و آنچه مطابق است و به آن ممضی داشت، یا آن که در حین مصلحه غبن صلح، یا (صلح غبن مصلحه صلح غبن) تصریح .

ص: ۱۷۲

۱- یعنی در مرحله اول و قبل از هر چیز باد دانست که....

کرد به این که صلح کردم حق خود را هر چند مساوی تمام دنیا باشد، وامثال آن. پس اگر از بابت صورت اول است از برای عمرو عود دعوی غبن هست. و اگر از باب صورت دوم است نمی تواند دعوی کند. و اینکه گفته است که معنی را نفهمیده بودم، مسموع نیست.

۷۲:سوال:

۷۲:سوال: شخصی هست نه سال قبل از این، خانه وحصاری داشته. قدر معینی از خانه و حیاط خود را از یک طرف مفروزا و مقسوما، به کمترین فروخته. و در ضمن عقد مبایعه با کمترین شرط نمود که ممر مستمر بقیه خانه های او - که یک اطاق فوقانی است وطاقی تحت آن - علی الاستمرار (بر سبیل حق المرور بدون تملک عین) از محوطه [ای] که به کمترین فروخته، باشد. و مادامی که آن بقیه در ملک او بوده خود و متعلقانش (که قلیلی بوده اند) و عمله یک دستگاه نساجی که در اطاق مزبور داشته از محوطه مبتاعه کمترین آمد و شد مینموده اند. بعد از مدتی همان اطاق وطاق مزبور را نیز (مع ما حاذاها من المحوطه ومع حق المرور) ی که از محوطه مبیعه به کمترین داشته با ممر از محوطه به شخص نساج همسایه - که خانه های او متصل به طاق مزبور و بقیه محوطه است و دکان نساجی او و ممر عمله نساجی همیشه از دروازه و ممر و محوطه سابق خودش بوده - فروخته، و نساج مزبور بعد از ابتیاع طاق وطاق مزبور پنج شش دستگاه نساجی خود را که در خانه های سابق خود داشته و راه عمله آنها از دروازه و محوطه سابق خودش بوده نقل به طاق مبتاعه مزبوره نموده، و آمد و رفت بسیاری از عمله پنج شش دستگاه نساجی خود و دیگران را (۱) به محوطه کمترین انداخته. و این معنی موجب اضرار بسیار مالی و عرضی به کمترین میباشد. و سخن شخص نساج مزبور این است که راه اطاق وطاق ابتیاعی مزبوره موافق مضمون قبالچه (قباله چه) که در دست دارم، و [موافق] شرط ضمن العقد، از حیاط تو است، هر کسی را شغلی با من باشد از عمله و غیرهم هر قدر باشند باید از اینجا آمد و شد نمایند. استدعا آن است که حکم شرعی آن را موافق رای صواب نمای عالی در فوق .

ص: ۱۷۳

۱- ودر نسخه: آمد و رفت بسیاری از عمله داشته و راه عجله پنج شش....

عریضه مرقوم وبه خاتم شریف مزین ومختوم فرمایند که آن شخص نساج را شرعا میرسد که راه آمد وشد عمله پنج شش دستگاه نساجی خود را (که نیز قبل از خریدن طاق مزبور از دروازه ومحوطه سابق خودش بوده) به مجرد این که او را حق المروری در حیاط حقیر میباشد به حیاط حقیر بیندازد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که هر گاه عمارت را با حق العبور آن بفروشد واستثنا کند از این یک خانه مخصوص را با حق العبور، آن خانه به قدر همانچه در متعارف آن خانه محتاج است به معبر همان قدر را مستحق است. وزاید بر آن را مستحق نیست. مثلا- حق العبور خانه مسکن، در متعارف مقصدار خاصی است که ساکنین آن خانه ومهمان ایشان واقربای ایشان که به عبادت ودیدن میآیند، وخدمت ضروریه اهل آن تردد کنند. وحق العبور دکان عطاری ومطب طبیب وامثال اینها، عبور اهل بلد است در آن. پس هر گاه در حین بیع آنچه را استثناء از مال خود کرده حق العبور مسکن یا بعلاوه یک دستگاه جولائی باشد والحال دستگاه های متعدده واشود که موجب زیادتی آن بر متعارد شود، صاحب خانه می تواند منع کرد. واین معنی منافات ندارد با این که نمی تواند مانع تصرف صاحب خانه بشود در ملک خود به هر نحو که خواهد. زیرا که آن منع از عبور است نه از دستگاه متعدد کردن.

۷۳:سوال:

۷۳:سوال: مسأله دیگر آن که: هفت هشت سال قبل از این که شخص بایع طاق و اطاق مزبور را - مع ما حاذها من المحوطه - به شخص نساج مزبور فروخته هر چند مفروز بوده لکن چون متصل به خانه کمترین، وراه آن (چنانکه عرض شد) بر سیبل حق المرور از حیاط کمترین بود. حقیر ادعای اخذ به شفعه نمودم. چون مشتری مزبور متوسل به جایری شد حقیر را اخذ به شفعه از پیش نرفت سکوت کردم. ولکن اسقاط شفعه نکردم وجاهل به مسأله (فوریت شفعه) هم بودم. آیا حال که چندین سال است که از آن گذشته وبایع وفات یافته ومشتری هم تصرفات چند در آن نموده است حقیر را حق شفعه بوده است یا نه؟-؟. و هر گاه بوده الحال با وصف وفات بایع وتصرفات مشتری، باقی است یا نه؟-؟. بینوا توجروا.

ص: ۱۷۴

جواب:

جواب: در صورت عذر تاخیر اخذ به شفع وعدم قدرت بر آن: ظاهر این است که در صورت جهل به فوریت حق اخذ به شفع وعدم تقصیر در اخذ مسأله، تواند اخذ به شفع کرد. هر چند مدت متمادی شده باشد و بایع فوت شده باشد. ولکن گاه است که امر منجر به مرافعه شود، و به مقتضای آن باید معمول داشت.

۷۴:سوال:

۷۴:سوال: هر گاه زید در زمین سراشیب حصاری داشته و عمرو نیز در مافوق حصار مزبور یک قطعه زمین داشته. و از قدیم الایام آب برف و باران زمین مزبور مع مافوق آن از ساحت در گشا و راه حصار مزبور میگذشته و به دره میرسید. حال زید صاحب حصار را میرسد که در ساحت مزبور احداث عمارت نموده مانع از مرور آبهای مزبوره بشود یا نه؟ -؟. و هم چنین عمر و صاحب زمین را میرسد که بعد از تعمیر زمین مزبور ساحت مذکور را مصب ماء المیزاب و مطرح الثلج قرار دهد به قوت حق الممر قدیم یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: طریقه مستمر قدیم که بلا منازع بوده نمیتوان بر هم زد بدون حجت شرعیه. و زید را نمیرسد که مانع جریان آب زمین عمرو شود. ولیکن عمرو هم به قدر حاجت همان مجرا استحقاق دارد و علاوه بر آن تصرف نمی تواند کرد. و شکی نیست که مصرف جریان آب باران از پشت بام و انداختن برف در زمین، بیشتر است از تصرف سابق. چون در آن وقت که زمین عمرو عمارت نبود قدری آب باران و برف به تدریج بر زمین فرو میرفت و قدری جاری میشد به ساحت زید، و الحال اکثر آن برف و باران ها به ساحت زید می آید. پس زید مانع آن زیادتی تصرف، می تواند شد.

۷۵:سوال:

۷۵:سوال: هر گاه ریشه درخت باغ زید از زیر زمین به زمین عمرو بروز نموده در زمین عمرو نهالی از آن ریشه سبز شود. آیا نهال مزبور از زید است یا عمرو؟ -؟. و عمر را میرسد که ریشه مزبوره را قطع کند مثل شاخ یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: نهال مال زید است و لکن عمرو را میرسد که بگوید که نهال را ازاله کن. بلکه می تواند بگوید این ریشه را هم قطع کن. و اگر او نکند، خود هم می تواند کرد.

۷۶:سوال:

۷۶:سوال: آب انباری که وقف عام است کسی در وقت تنگابی از قناتی - که بعض آن وقف، و بعض آن خالصه، و مالک قدری از آن صغیر، و بعضی کبیر، و بعضی غایب [اند] -

حسب الحکم حاکم پر نموده. وبعد از رفع حاجت، قدری آب در ته آن مانده بعد از آن در فصل زمستان آب میاح بسیاری داخل آن شده. و بیرون ریختن آب متعسر است، و بر فرض امکان آیا کی می تواند در آن تصرف نماید؟. و هر گاه خواسته باشد نقل کند به مکان اصلی (یعنی قنات) تعسر و تعذر آن بیشتر است. و بر فرض امکان، چون آب به روز وساعت قسمت می شود و در باغات شرب می شود محال است که تخمین سی هزار کر آب را به کاسه و کوزه در میان ایشان تقسیم کرد، و هر یک از ملاک در وقت شرب باغ او حصه او را تسلیم او نمود. و بر فرض محال هیچ فائده معتد به از این از برای ایشان حاصل نمی شود. و علی ای حال، هر گاه این آب در این آب انبار. بماند گاه هست که سی سال هم باقی بماند و وقف از مصرف خود که منفعت مسلمین است (در وضو و غسل و غیره) معطل است. و موقوف علیهم از حق خود محروم. آیا چاره این در (دین سمحه سهله) چه خواهد بود؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که این آب در حکم تالف باشد که مالک از آن اعراض کرده باشد. مثل خرمن گندمی که باد آن را متفرق کرده باشد و هر دانه از آن در گوشه [ای] افتاده باشد. خصوصاً در وقتی که وقت زمستان بر آن داخل شده که هیچ حاجتی بر آن از برای ملاک باقی نمیماند. ولیکن اهل آب انبار در آن وقت محتاجند که آب در آن جمع کنند از برای تابستان. پس در آن وقت حرمتی از برای این سال باقی نمیماند. و بهتر این است که در این وقت به صاحبان آب موجود بگویند که یا آب خود را ببرید یا حلال کنید والا ما آب انبار را معطل نخواهیم گذاشت. و هر گاه نکنند حجت ایشان ساقط می شود. و بهتر این است که در این وقت به عرض حاکم شرع هم برسانند که یا آنها را الزام کند یا خود آنچه داند بکند. و از برای غایب و صغیر حاکم شرع یا عدول مومنین - اگر حاکم شرع نباشد - به گنجایش وقت تصرف اهل آب انبار (نه وقت تصرف غاصب) قیمتی ملاحظه کنند. و ظاهر این است که به هر چه اهل خبره قیمتی از برای آن بگویند [همان خواهد بود] (۱). خلاصه .

ص: ۱۷۶

۱- عبارت نسخه: ... قیمتی ملاحظه کنند و به هر چه اهل خبره گویند و ظاهر این است که قیمتی از برای آن بگویند.

اگر فرض شود قیمتی از برای آن به این نحو که قدری از آن آب اجرت بیرون آوردن آن و به مصرف مالک رساندن آن محسوب شود، و تتمه اگر چیزی بماند (به فرض محال) از برای صغیر و غایب و موقوف علیه، منظور دارند، و در باقی تصرف کنند، و آب انبار و اهل آن را معطل نگذارند و عین موقوفه را ضایع نگذارند. و اگر چنین نکنیم عسر عظیم و حرج شدید لازم می آید، و در شریعت سمحه سهله عسر و حرج منتفی است:

۷۷:سوال:

۷۷:سوال: هر گاه آب شخصی دیگر بی خبر و خود سر بیاید و داخل حوض شخصی بشود. آیا جایز است تصرف در این حوض یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: اصل عدم جواز تصرف است در مال غیر، مگر به رضا و اذن او صریحا یا فحوی، یا شاهد حال او. باید به مصالحه تراضی حاصل شود به وجهی، در صورت عدم رضا. (۱) زیرا که در اینجا شرکت متحقق شده است به سبب امتزاج مالین. واحد شریکین جایز نیست تصرف او در ملک مشترک، و مؤید این است که فقها در مسأله (اجتماع آب مباح الاصل در ارض غیر) متعرض شده اند و گفته اند که مال صاحب زمین نمی شود الا به حیازت. و هر گاه دیگری حیازت کند ملک او می شود، و جایز نیست استرداد از او. هر چند فعل حرامی کرده است که داخل ملک غیر شده است بدون اذن. پس هر گاه مباح الاصل به سبب دخول در ملک غیر مال او نمی شود، مملوک به طریق اولی، این که معلوم است. ولکن اشکال در این است که بر صاحب حوض بیش از این نیست که با صاحب آب بگوید که بیا آب خود را ببر. و هر گاه نیاید برد و نه هم صاحب حوض راضی شود به قیمت دادن، بلکه بگوید. بیا عین آب خود را ببر هر گاه مقدار را میدانی، و به عنوان مصالحه هر چه رضای طرفین شود. ببر هر گاه نمیدانی، یا مرا بری الذمه کن، و بر من واجب نیست نقل آب به سوی قنات تو یا نهر تو. ظاهر این است در این صورت - هر گاه مالک هیچ کدام را نکند - می تواند صاحب حوض که بری الذمه باشد، و آن مال در حکم مالی است که از آن اعراض شده باشد، یا در حکم تالف است بدون تفریطی از .

ص: ۱۷۷

۱- عبارت نسخه: باید به مصالحه تراضی حاصل شود به وجهی که در صورت عدم رضا است.

صاحب حوض. چون متمیز نیست. و اجبار صاحب حوض بر دادن قیمت هم راهی ندارد. و در صورت ممانعت صاحب آب و مساهله او، دور نیست که بهتر این است که به حاکم شرع عرض حال کند. و حاکم او را الزام به قیمت نمی تواند کرد. و هر گاه مالک غایب باشد، یا صغیر باشد، در آنجا رجوع به ولی شرعی یا حاکم شرعی می شود و ایشان نیز او را الزام به قیمت نمیتواند کرد. و هر گاه ولی شرعی یا حاکم شرعی هم ممکن نشود، دور نیست که این گفتگو را با عدول مومنین کند به نهجی که گفتیم در حاکم، و هر گاه آنهم میسر نمی شود خود اگر تواند و امکان داشته باشد که قدری از آن آب را به مصرف رساند [و باقی را] به مصرف صاحبش [رساند] که کرده باشد. و الا بر او چیزی نیست. و احتیاط در چنین صورتی این است که به تصدیق اهل خبره تنخواه او را در ذمه بگیرد و به او برساند. چنانکه جمعی از فقها در صورت (امتناع صاحب طلب از حق خود در حلول اجل) قایل شده اند که هر گاه صاحب طلب امتناع کند، به حاکم شرع بدهد. هر چند وجوب آن معلوم نیست. خصوصاً در اینجا که موضوع مسأله، عین است نه دین، که امر او مشککتر است. به جهت این که دین امر کلی است و متمیز نمی شود الا به اقباض صاحب طلب یا کسی که قائم مقام او باشد، مثل حاکم.

سوال: ۷۸

سوال: ۷۸: مجرای قناتی از قریه خارج می شود. و مصب آن و مزرع آن در خارج قریه است. و از قدیم الایام الی الان قلیلی از این آب داخل چاهی که زید در خانه خود دارد می شود که به آن رفع حاجت زید می شود. و عمرو هم که یکی از مالکان آب است در خانه خود پایابی (۱) حفر نموده که عبارت است از چاهی که پهلوی آن شکافته و پله های چند دارد که از آن پله ها میروند تا به ته آن چاه میرسند و از آنجا آب بر میدارند. الحال عمرو از آن چاه خانه زید نقبی کننده تا این چاه پایاب، که آب جاری شود به آن چاه، و از آنجا هم نقبی کننده تا به خانه خالد، که در آنجا هم قلیلی از آن آب نهر جاری است که این آب بر سر آن آب افتد. و مجموع میرود به داخل اصل نهر.

ص: ۱۷۸

۱- پای آب. پایگاه آب. جایگاه آب.

بزرگ، می شود و بیرون می رود به مزرع. و در نهر مشترک تصرفی نکرده. الحال بعضی از ملاک نهر راضی و بعضی مانعند از آب بردن عمرو. آیا جایز است عمرو را این تصرف یا نه؟-؟. و آیا مانعین را میرسد منع یا نه؟-؟. و آیا هر گاه عمرو آب مذکور را در روز نوبه احد ملاک آب که راضی هستند ببرد سایر ملاک میتوانند مانع شد یا نه؟-؟. و آیا این نوبت و مهاریات لزوم دارد یا نه؟-؟. و بر فرضی که لزوم ندارد آیا عمرو می تواند که مانع تصرف سایر شرکاء شد یا نه؟-؟. و آیا هر کس که صاحب نوبه سابق است بر او لازم است که آب را از ملک خود قطع کند؟ یا این که بر صاحب نوبه لاحق است که آب را سد نماید و آب را ببرد به مزرع خود؟.

جواب: ملاکی که راضی نیستند که عمرو آب ببرد به خانه خود به پایاب خود، میتوانند مانع عمرو شوند از بردن آب. چون این معنی تصرفی است در اصل آب شرکاء بدون اذن ایشان. و ایضا تصرفی است در خانه نهر مشترک که مجرای آب است به چاه زید. و جواز تصرف زید به سبب استمرار از استحقاق قدیم منشأ جواز تصرف عمرو نمی شود. هر چند عمرو شق نهری تازه به آن خانه نهر نکرده است. و از اینجا معلوم شد که در درون نوبه خود یا نوبه سایر شرکاء که راضی هستند هم نمی تواند آب از آن مجرا ببرد، هر چند آب مال خود او یا مال شرکائی است که راضیاند. و اما سوال از لزوم نوبت و مهاریات: پس آن عقد لازمی نیست. و هر وقت بخواهند بر هم میزنند. و وقتی که بر هم زدند آن شخصی که نوبت خود را برده باید اجرت المثل مجرا را به قدر حصه شرکاء به آنها رساند. و اما سوال: از مانع شدن عمرو و سایر شرکاء از تصرف در آن: پس اگر مراد منع مطلق است پس آن بی وجه است. و اگر مراد عدم رضای تصرف بر نوبه قدیم [است] و [می] خواهد تجدید بنای نوبه و مهاریات گذارد، یا هر گاه که ممکن شود خواهد قسمت آب بکند، می تواند که چنین کند. اما ایشان را معطل نمی تواند گذاشت که انتقام بکشد و آب شرکا از میان برود. بلکه باید فوراً بنای درستی بگذارد به رضای شرکا. و اما سوال:

جواب:

جواب: ملاکی که راضی نیستند که عمرو آب ببرد به خانه خود به پایاب خود، میتوانند مانع عمرو شوند از بردن آب. چون این معنی تصرفی است در اصل آب شرکاء بدون اذن ایشان. و ایضا تصرفی است در خانه نهر مشترک که مجرای آب است به چاه زید. و جواز تصرف زید به سبب استمرار از استحقاق قدیم منشأ جواز تصرف عمرو نمی شود. هر چند عمرو شق نهری تازه به آن خانه نهر نکرده است. و از اینجا معلوم شد که در درون نوبه خود یا نوبه سایر شرکاء که راضی هستند هم نمی تواند آب از آن مجرا ببرد، هر چند آب مال خود او یا مال شرکائی است که راضیاند. و اما سوال از لزوم نوبت و مهاریات: پس آن عقد لازمی نیست. و هر وقت بخواهند بر هم میزنند. و وقتی که بر هم زدند آن شخصی که نوبت خود را برده باید اجرت المثل مجرا را به قدر حصه شرکاء به آنها رساند. و اما سوال: از مانع شدن عمرو و سایر شرکاء از تصرف در آن: پس اگر مراد منع مطلق است پس آن بی وجه است. و اگر مراد عدم رضای تصرف بر نوبه قدیم [است] و [می] خواهد تجدید بنای نوبه و مهاریات گذارد، یا هر گاه که ممکن شود خواهد قسمت آب بکند، می تواند که چنین کند. اما ایشان را معطل نمی تواند گذاشت که انتقام بکشد و آب شرکا از میان برود. بلکه باید فوراً بنای درستی بگذارد به رضای شرکا. و اما سوال: از سد آب بعد از انقطاع: پس ظاهر این است که بر صاحب نوبه اول

بیش از این نباشد که دست از آب بردارد و مانع صاحب نوبه لاحق نشود. و اما دلیلی بر لزوم سد آب از ملک خود و رسانیدن آب به دست صاحب نوبه لاحق یا به مجرای مزرع او نیست. و گاه است مجرای مزرع او فوق مجرای مزرع این است و آب رساندن به او موقوف است که برود به بالا- و میان نهر را ببندد و حافه نهر را که مجرای مزرع صاحب نوبه لاحق است بشکافد و به مزرع برساند، و وجوب اینها بر او راهی ندارد. بلکه معلوم نیست که بر صاحب نوبه اول لازم باشد که سد آب از مزرع خود کند. بلی باید که نیت تصرف و استمرار [نداشته باشد] و امری که دلالت بر تصرف داشته باشد به عمل نیاورد. و هر گاه آب به او ضرر رساند می تواند آب را از ملک خود سد کند و به نهر سر دهد. هر چند به هرز رود و تلف شود. بلکه اگر ضرر نرساند هم می تواند که سد آب از ملک خود کند. هر چند به هرز رود و تلف شود. همچنانکه جایز است که هر گاه حیوانی داخل خانه کسی شود می تواند آن را بیرون کند بدون این که آن را تلف کند. و اگر تلف شود بر او چیزی نیست. زیرا که لازم نیست جا دادن مال غیر را در ملک خود. همچنانکه در شاخه های درخت غیر که به ملک او داخل شود هر گاه ازاله آن ممکن نشود الا- به اتلاف آن، جایز است. چنانکه در کتاب صلح تذکره اشاره به آنها کرده. و اینها از باب امانت نیست که لازم باشد در آن به صاحب آن [رسانیدن]. زیرا که مفروض این است که آبی که الحال می آید که داخل نوبه غیر است یدی از صاحب نوبه اول بر آن واقع نشده، و قطع نظر از آن کرده و اعراض از آن شده. و یدی که ثابت بود بر آب خودش بود.

۷۹: سوال:

۷۹: سوال: زید با عمرو ادعائی میکرد. عمرو فلان مبلغ را داد به ولد خود که برود به زید بدهد که ادعائی که به عمرو میکرد صلح کند. و ولد عمرو رفته تنخواه را به زید داده و صیغه صلح به اسم خود جاری کرده است و صلحنامه چه به اسم خود گرفته. آیا در این صورت این صیغه صحیح است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: هر گاه زید با عمرو دعوی دارند بر سر عینی - مثل ملکی یا خانه [ای] - مادامی که دعوی طی نشده آن ملک یا خانه محکوم است به ملکیت عمرو، و صلح غیر

آن معنی ندارد نه به عمرو و نه ولد او، چنین صلحی باطل است از اصل. بلی آنچه صحیح است صلح حق دعوی است. و در این صورت هر گاه عمرو ولد خود را وکیل کرد در صلح دعوی به آن مبلغ معین. پس هر گاه ولد عمرو صلح کرد مبلغ معین را بازید در عوض آن دعوی که آن مبلغ در ذمه او باشد، و بعد همان مبلغ معین عمرو را بعینه داد به زید، در این صورت صلح صحیح است و حق دعوی زید منتقل می شود به ولد عمرو. و تا ولد عمرو اثبات نکند حقیقت زید را ملک مال او نمی شود. و در این صورت ولد عمرو آن مبلغ معین مال عمرو را به او رد کند، و آنچه از برای او باقی ماند همان استحقاق دعوی است. و اما هر گاه ولد عمرو صلح کرده باشد با زید آن دعوی را به همان مبلغ معین که مال عمرو است، پس اگر عمرو اجازه نکند آن مصالحه باطل می شود. و باید مال عمرو را به او رد کند، و باز دعوی بر حال خود باقی است. و هر گاه اجازه کند آن صلح را پس حق دعوی منتقل می شود به عمرو، و چون دعوی کسی با خود آن معنی ندارد، پس معنی آن اسقاط دعوی زید می شود و ملکیت عمرو مستقر می شود بلا تنازع. و چون راه شبهه صحت صلح در دعوی عین واضع بود - و ظاهر این است که سوال:

آن معنی ندارد نه به عمرو و نه ولد او، چنین صلحی باطل است از اصل. بلی آنچه صحیح است صلح حق دعوی است. و در این صورت هر گاه عمرو ولد خود را وکیل کرد در صلح دعوی به آن مبلغ معین. پس هر گاه ولد عمرو صلح کرد مبلغ معین را بازید در عوض آن دعوی که آن مبلغ در ذمه او باشد، و بعد همان مبلغ معین عمرو را بعینه داد به زید، در این صورت صلح صحیح است و حق دعوی زید منتقل می شود به ولد عمرو. و تا ولد عمرو اثبات نکند حقیقت زید را ملک مال او نمی شود. و در این صورت ولد عمرو آن مبلغ معین مال عمرو را به او رد کند، و آنچه از برای او باقی ماند همان استحقاق دعوی است. و اما هر گاه ولد عمرو صلح کرده باشد با زید آن دعوی را به همان مبلغ معین که مال عمرو است، پس اگر عمرو اجازه نکند آن مصالحه باطل می شود. و باید مال عمرو را به او رد کند، و باز دعوی بر حال خود باقی است. و هر گاه اجازه کند آن صلح را پس حق دعوی منتقل می شود به عمرو، و چون دعوی کسی با خود آن معنی ندارد، پس معنی آن اسقاط دعوی زید می شود و صلح مضمّن سقوط حق دعوی زید می شود و ملکیت عمرو مستقر می شود بلا تنازع. و چون راه شبهه صحت صلح در دعوی عین واضع بود - و ظاهر این است که سوال: سائل هم مبتنی بر آن است که عین معینی را به خود منتقل کرده - ما متعرض دعوی بر عین شدیم. والا گفتار در دعوی دین و حق هم جاری است و سخن در آن هم بر نهج دعوی بر عین است. زیرا که در هر دو صورت مادامی که بر عمرو اثبات نشود عدم استحقاق (مدعی فیها) نه آن عین را میتوان صلح کرد و نه دین حق را. بلکه آنچه که میتوان صلح کرد نفس حق دعوی است، و با سقوط حق دعوی مدعی را حقی در مال مدعی فیها. در ظاهر شرع باقی نمیماند.

۸۰:سوال:

۸۰:سوال: شخصی یخچال خرای از پدر به او منتقل شده، و در اطراف آن یخچال املاک مردم است. و آن یخچال ممر آبی داشته و الحال منطمس شده و محل آن معلوم نیست. و یک نفر شهادت میدهد که ممر آب آن از زمین زید بوده و زید منکر است. حکم این مسأله چه چیز است؟.

جواب: اولاً- این که ملکیت یخچال مستلزم ثبوت ملکیت مجرا از برای آن، نیست. زیرا که ممکن است که صاحب یخچال به عنوان اجاره یا عاریه، آب از زمین های مردمی میآورده. و بر فرضی که مستلزم باشد، یا از خارج ثابت باشد که این یخچال ممر ملکیت داشته، ولکن معلوم نباشد که در کدام زمین است و هر یک از زمین ها محتمل است که ممر در آن بوده، در این وقت محتمل است که عمل به قرعه شود. و محتمل است که بگوئیم که بر هیچ یک از ملاک چیزی لازم نیست. مانند جامه [ای] مشترک میان چند نفر که متروک منی در آن یافت شود و بر هیچ یک معلوم نباشد که از او است، که غسل بر هیچ یک واجب نیست. به جهت اصل براءت. و این مانند آن نیست که کسی مشغول ذمه مالی هست که منحصر است در جماعت معینه و نمی داند که حق کدام است، و هیچ یک از ایشان هم نمیدانند، که در اینجا گفته اند که باید با همه صلح کرد. چون در اینجا شغل ذمه آن شخص ثابت است. و در اینجا شغل ذمه هیچ یک از ملاک ثابت نیست. هر چند در نظر حقیر دور نیست که در این صورت هم این از باب مجهول المالک باشد و به مصرف مجهول المالک باید رساند، و مصالحه با آنها لازم نباشد. و احتمال دوم اظهر است از احتمال قرعه. اینها در صورتی است که شاهدی در میان نباشد و هیچ یک از صاحب یخچال و صاحب زمین های حوالی آن، عالم به حال نباشند، و دعوی قطعی و انکار قطعی در میان نباشد. و هم چنین هر گاه همین یک نفر شاهد باشد خواه عادل باشد و خواه عادل نباشد، و جهالت ملاک املاک و یخچال هم بر صورت سابق باشد، هم مثل سابق است، و هیچ نفعی ندارد. و اما هر گاه پیا مرافعه به میان آید و صاحب یخچال ادعای جزم کند که ممر آب او در زمین زید است و یک نفر شاهد هم مطابق آن دارد، پس اگر آن شاهد عادل است و صاحب یخچال هم (قسم جزء بنیه) یاد کند، حق ممر او در زمین زید ثابت می شود، و هر گاه عادل نباشد آن شاهد، و مدعی دعوی جزم کند بر استحقاق ممر در زمین زید، پس اگر زید منکر است به عنوان جزم و میگوید تو را حقی نیست، در این زمین، در اینجا صاحب یخچال تسلط قسمی دارد بر

زید، و هر گاه نکول کرد و قسم را رد نکرد بر مدعی ممر آب را تسلیم او کند. و هر گاه رد کرد و مدعی قسم خورد باز ممر را میگیرد، و اگر نکول کرد حق او ساقط می شود. و هر گاه صاحب یخچال دعوی ظنی کند هم اظهر این است که تسلط قسم دارد. و در اینجا رد قسم نمی باشد، به محض نکول حق ممر ثابت می شود. و هر گاه زید منکر به عنوان جزم نباشد بلکه بگوید که من علم ندارم که تو را حقی در اینجا هست. در این صورت اشکال عظیم بهم میرسد. و هر چند ظاهر علما آن است که قسم متوجه او می شود و چون نمی تواند قسم یاد کرد به عنوان جزم و دلیلی هم نیست بر جواز قسم نفی العلم، قسم را رد میکند به مدعی، هر گاه قسم خورد میگیرد، والا حق او ساقط می شود و لکن اظهر در نظر حقیر این است که این قسم مردود نیست. بلکه رجوع قسم به مدعی می شود نظر (۱) به عموماتی که یمین از جمله اموری است که رفع نزاع به آن می شود [در جایی که] طریق دیگر برای رفع دعوی نیست (و تحقیق این مطلب را در کتاب قضای مناهج کرده ام) و اما هر گاه (۲) مدعی دعوی ظنی کند و زید بگوید نمیدانم، در اینجا دعوی از اصل ساقط است. (۳)

۸۱: سوال:

۸۱: سوال: زید مصالحه میکند یک خروار پوست همدانی را به عمرو - بدون این که وزن کند و مشاهده پوست ها بشود - به شرط این که اگر از پانصد ر عدد بالاتر باشد زیادی مال صاحب پوست باشد، به مبلغ معینی. آیا صحیح است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: اظهر این است که جهالت در صلح مغتفر است به شرط این که استعلام حال در وقت صلح متعذر باشد، یا متعسر. بدون فرقی ما بین عوض و معوض، و صلح بر حقوق قدیمه و صلح ابتدائی. و هر گاه استعلام متعذر با متعسر نباشد بالفعل، صحیح نیست. و

ص: ۱۸۳

۱- یعنی دلیل رجوع قسم، عموماتی هستند که...

۲- یعنی اینجا از مصادیق مدلول عمومات نیست.

۳- این کلام میرزا (ره) از (بلکه رجوع قسم...) تا (از اصل ساقط است) نیازمند توضیح است: میگوید: قسم وقتی متوجه مدعی میشود و به او رجوع میکند که راه دیگری برای قطع دعوی نباشد. و در اینجا راه دیگری هست و آن سقوط اصل دعوی است. پس قسم به مدعی رجوع نمی کند.

ماخذ مسأله در اوایل همین کتاب صلح مذکور شد. (۱)

۸۲:سوال:

۸۲:سوال: شخصی دعوای شراکت ملکی با خالوی خود دارد از باب حق مادر که از جد مادری منتقل شده. و خالو اقرار به حق او کرد، و بعد صلح کرد دعوی او را به قدر معینی از همان ملک. بعد خالو دعوی غبن مینماید. آیا هر گاه آن شخص مدعی تفاوت قیمت را به خالو بدهد باز خالو اختیار فسخ مصالحه را دارد یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: دور نیست که با وجود بذل تفاوت باز خالو مسلط بر فسخ باشد، به جهت استصحاب خیار چنانکه اشهر و اظهر در خیار غبن هم همین است. هر چند مجال این سخن هست که دلیل ظاهری بر ثبوت اصل (خیار غبن در صلح) به غیر قاعده ضرر نیست. بخلاف بیع که در آنجا اجماع منقول و بعضی اشارات از اخبار هست. وقاعده ضرر در مانحن فیه جاری نیست، به سبب این که مفروض این است که غابن رفع ضرر از مغبون میکنند به دادن تفاوت قیمت. پس باید صلح بر لزوم باقی بماند. و هر چند فی الجمله رجحانی در نظر هست از برای آنچه اول گفتیم، به سبب استصحاب، چون خیار در اول اطلاع بر غبن حاصل نشد و ارتفاع آن به دادن تفاوت معلوم نیست، و به سبب شهرت حکم در مسأله بیع و ظاهر عدم فرق است. ولکن احوط این است که بنا را در این مقام نیز بر صلح گذارند.

۸۳:سوال:

۸۳:سوال: زید و عمرو با یکدیگر محاسبه داشتند. در سر مبلغی اختلاف کرده اند. عمرو میگوید به تو دادم. و زید میگوید نگرفتم. بالاخره صلح کردند به نصف ما به الاختلاف. آیا هر گاه عمرو دروغ گفته [باشد] مشغول ذمه زید هست در آن نصف که نداده؟ و زید هر گاه گرفته باشد مشغول ذمه آن نصف هست که گرفته یا نه؟ و در دنیا حکم ایشان چه چیز است؟

جواب:

جواب: صلح در ظاهر شرع دعوی را ساقط میکند. ولکن هر کدام بیاطل باشند مشغول الذمه دیگری هستند در آخرت. و هر گاه بعد از صلح به اقرار یا بینه ثابت شود بطلان قول آن که بر باطل بوده، حق خود را در دنیا هم می تواند مطالبه کرد. مگر این که در .

ص: ۱۸۴

حین مصالحه ابراء ذمه کرده باشند به طیب خاطر هر چند بر باطل گرفته شده باشد.

۸۴:سوال:

۸۴:سوال: چه میفرمایند در خصوص این که صلح مهری واقع بشود به وجه معینی. مشروط به طلاق و عدم رجوع، نماید. می تواند یا نه - بعد از جاری شدن صیغه طلاق و قبل از انقضای عده؟ -؟. و دیگر بفرمایند که شرط مابین ایجاب و قبول هر گاه اتفاق نیفتد و قبل از ایجاب و قبول باشد، و بعد از ایجاب و قبول اعاده شرط نشده. آیا این شرط لازم است یا نه؟ -؟.

جواب:

نظر به شرط، ظاهر این است که طلاق گفتن واجب می شود. و هم چنین رجوع کردن حرام می شود. و لکن هر گاه طلاق ندهد باز زوجه زوجه او است. چون مقتضای عقد نکاح دوام است. و ازاله آن نمی شود الا- به طلاق و امثال آن. و مقتضای طلاق رجعی صحت رجوع است و مترتب شدن ثمره رجوع به آن. و حرام بودن رجوع منافات ندارد با ترتب ثمره رجوع که عود زوجیت است. هر چند فعل حرام کرده باشد. (۱) بلی در این صورت زوجه به سبب رجوع زوج به او مسلط می شود بر فسخ مصالحه مهر و باز مهر خود را میطلبد. و وجه مصالحه را رد میکند. و اگر نخواهد فسخ کند صلح بر حال خود باقی است. و اما سوال:

جواب:

جواب: نظر به شرط، ظاهر این است که طلاق گفتن واجب می شود. و هم چنین رجوع کردن حرام می شود. و لکن هر گاه طلاق ندهد باز زوجه زوجه او است. چون مقتضای عقد نکاح دوام است. و ازاله آن نمی شود الا- به طلاق و امثال آن. و مقتضای طلاق رجعی صحت رجوع است و مترتب شدن ثمره رجوع به آن. و حرام بودن رجوع منافات ندارد با ترتب ثمره رجوع که عود زوجیت است. هر چند فعل حرام کرده باشد. (۲) بلی در این صورت زوجه به سبب رجوع زوج به او مسلط می شود بر فسخ مصالحه مهر و باز مهر خود را میطلبد. و وجه مصالحه را رد میکند. و اگر نخواهد فسخ کند صلح بر حال خود باقی است. و اما سوال: از حال ذکر شرط قبل از عقد: پس اظهر این است که شرط اعتبار ندارد مگر این که ذکر شود ما بین ایجاب و قبول. و اعاده آن بعد از ایجاب و قبول نفعی ندارد.

۸۵:سوال:

۸۵:سوال: شخصی دو باب خانه داشته و یک باب را به کمترین فروخته و یک باب را جهت خود نگاه داشته در آن سکنی مینموده. و ممر (راه روش) خانه بایع از خانه مبتاعه به کمترین بوده. و همان خانه مسکونه خود را بایع مزبور به شخصی که همسایه آن بود در معرض بیع در آورده. کمترین به محض اطلاع [از] مبیاعه، اظهار حق الشفع خود را نموده ام. و به علت این که مبدا کمترین بعد از وقوع مبیاعه، خانه بایع را به شفعه اخذ نمایم، معامله را به صورت مصالحه نموده اند. آیا در چنین صورتی که قصد .

-
- ۱- روح فتوای میرزا (ره) در این مسأله با جریان استدلالی که در مسأله ۵۷ بیان کرد سازگار نیست.
- ۲- روح فتوای میرزا (ره) در این مسأله با جریان استدلالی که در مسأله ۵۷ بیان کرد سازگار نیست.

مبايعه بوده و به جهت سقوط شفعه کمترین به صورت مصالحه نموده اند، آیا شفعه در آن جاری است یا خیر؟ -؟. و دیگر این که مشتری که خانه ها را ابتیاع نموده خانه های قدیم او متصل به همین خانه میباشد، اکثر عبور ممر خانه های قدیمی را از خانه های جدید وا گذاشته، که حال عبور شخص مذکور و عمه دکاکین نساجی او اشخاص دیگر در محوطه حقیر میباشد. و بسیار بر عیال و کسان حقیر دشوار است. استدعا آن که صورت مسأله را در فوق عریضه قلمی فرمایند که آیا در صورت اول شفعه حقیر میرسد و می توانم به شفعه اخذ نمایم یا خیر؟ -؟. و دیگر آن که ممر و عبور حال را که علاوه بر ایام قدیم است میتوانم منع نمایم یا خیر؟ -؟.

جواب:

اظهر و اشهر این است که در عقد صلح حق الشفعه نمی باشد، و ظاهر این است که هر چند عدول از صیغه بیع به صیغه صلح از برای حيله اسقاط شفعه باشد باز چنین است، یعنی حق شفعه ساقط است. و اما حکایت سوال:

جواب:

جواب: اظهر و اشهر این است که در عقد صلح حق الشفعه نمی باشد، و ظاهر این است که هر چند عدول از صیغه بیع به صیغه صلح از برای حيله اسقاط شفعه باشد باز چنین است، یعنی حق شفعه ساقط است. و اما حکایت سوال: از معبر و مانع شدن مترددین: بلی می تواند مانع تردد زاید بر مقدار حاجت یک خانه بشود. چون بایع استحقاق تردد زیاده بر حاجت تعارفی یک خانه، نداشته، الحال مشتری هم نمی تواند زیاده از آن مقدار تردد کند. والله العالم.

۸۶:سوال:

۸۶:سوال: هر گاه مجرای آب زید در خانه عمرو باشد، و در مجرا خرابی بهم رسیده که عبور آب منشأ تضرر خانه عمرو می شود. آیا عمرو را میرسد که منع کند زید را از بردن آب، تا این که رفع ضرر کند از خانه او -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که نمی تواند او را الزام کند به تعمیر مجرا و رفع ضرر. بلکه عمرو باید خود رفع ضرر از خانه خود بکند. چنانکه هر گاه خرابی در مجرا بهم رسد که مانع عبور آب باشد، بر عمرو لازم نیست که مجرا را درست کند تا او آب ببرد. بلکه هر گاه خواهد آب ببرد خود رفع مانع کند و آب ببرد، آنچه بر عمرو لازم است همین تمکین زید است از آب بردن.

۸۷:سوال:

۸۷:سوال: زینب املاک چند را در حین سفر مکه معظمه مصالحه کرد به زید به یک من گندم و صد دینار نقد، و املاک را به تصرف زید نداد و شرط کرد در ضمن عقد که زید وصایای چند به عمل آورد. و بعد از مراجعت از مکه اموال خود را متصرف شد. بعد از چندی زید مرد و زینب خانه خود را که از جمله املاک مزبوره بود فروخت به عمرو. و بعد زینب فوت شد. الحال وارث زید میگوید خانه مال من است. آیا آن صلح صحیح است؟ و این بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که صلح صحیح است. و عدم اقباض ضرر ندارد. لکن چون وصایا متحقق نشده به سبب فوت زید قبل از زینب پس زینب مسلط است بر فسخ مصالحه. پس اگر فسخ کرده و بیع کرده، بیع صحیح است. و هر گاه فسخ نکرده، بیع صحیح نیست. و در صورت جهالت حال دور نیست ترجیح صحت بیع به جهت حمل فعل مسلم بر صحت، و ظهور بیع در فسخ، و چون خیار فسخ از اموری است که به میراث میرسد، وارث زینب الحال می تواند فسخ کرد. چون دلیلی بر فوریت آن خیار نیست، و استصحاب مؤید آن است، و لکن این فسخ وارث نفع ظاهری در تصحیح بیع کردن، محل اشکال است و محتاج به تأمل.

۸۸:سوال:

۸۸:سوال: زید مجموع اموال خود را مصالحه نمود به بعضی از اولاد خود - یکی کبیر و باقی صغار - به موجب صلحنامه صحیح معتبر. و بعد از هفت ماه به جهت طفلی که جنین بوده در هاشم صلحنامه قلمی نموده به این عبارت که: (چون جناب مصالح اشیاء مفصله متن ار منتقل نموده بود و قبل از اجرای صیغه آثار حمل ظاهر شد پس بنابر این، طفل در رحم را با مصالح الیهم شریک نموده که بعد از ولادت به مضمون - للذکر مثل حظ الانثیین - اموال مذکور را قسمت نمایند و عذری و بهانه ای [نجویند) الحال اولاد کبار که داخل در مصالح لهم نیستند میگویند که این صلح صحیح نیست به سبب این که از متن میرسد که صیغه جاری شده و از حاشیه عدم اجرای آن میرسد. آیا باعث بطلان صلح می شود یا آن که صلح صحیح است؟ -؟.

جواب:

جواب: کاغذ و صلحنامه من حیث هو اعتباری ندارد، خواه متن او باشد یا

حاشیه. مگر آن که به قراین از برای حاکم شرع علم به مضمون آن حاصل شود و آن بسیار بعید است. خصوصا در صورت سوال که کمال اجمال دارد، و بسیار نامربوط است. پس باید اصل مسأله را از خارج معلوم کرد و به مقتضای آن عمل کرد. پس میگوئیم که: هر گاه به ثبوت برسد که آن ملک را صلح کرده به جماعتی از اولاد خود از صغار و کبار و صیغه مصالحه - اصالتا و ولایتا - جاری شده. در این صورت عقد مصالحه از عقود لازمه است. و دیگر آن طفل که در رحم است به هیچ وجه با آنها شریک نمی تواند شد. و هر گاه صیغه جاری نشده و هنوز ملک در ملکیت مصالح باقی است و الحال که اثر حمل ظاهر شد، صیغه مصالحه را با همان اولاد اصالتا و ولایتا و با این حمل هم ولایتا جاری میکند، باز صلح نسبت به حمل صحیح نیست، چون حمل قابل تملک نیست. و این که در بعض صور ممکن است از برای او تملک - مثل وصیت و میراث - به دلیل خارج است، و آنهم مشروط است به این که آن حمل زنده متولد شود. پس ملکیت او در این صورت هم ملکیت متزلزل است، و مراعی است تا وقت ولایت. و در کلمات علما در (کتاب اقرار) تصریح است به این که هر گاه کسی اقرار کند به چیزی از برای حمل، سه صورت دارد: یکی آن که اقرار کند با ذکر سبب تملکی که شرعا مجوز تملک هست - مثل آن که بگوید که این مال از حمل است که به میراث به او رسیده، یا از برای او وصیت شده - دوم این که با ذکر سببی باشد که شرعا مجوز تملک نباشد مثل این که بگوید که به سبب این که جنایتی به او رسیده و مستحق غرامت آن شده، یا معامله [ای] برای آن شده که مال او شده. و سوم آن که مطلق اقرار کند و ذکر سبب نکند. در صورت اولی بی اشکال اقرار صحیح است، و لکن باید منتظر ولادت او حیا بود. پس اگر حیا متولد شد به او منتقل می شود. والا فلا - و در صورت دوم خلاف کرده اند، و اکثر صحیح دانسته اند. چون [با] اول کلام، اقرار تمام است، و منزل می شود بر وجه صحیح که یکی از آن دو صورت باشد (که وصیت و میراث است) و [به منزله] ذکر سبب ملقی می شود. و در صورت سوم نیز اظهر حمل بر وجه صحیح است. پس از اینجا معلوم

شد که انتقال بوجه معامله را محال میدانند. و از این جهت است که وقف ابتدائی بر حمل را هم صحیح نمیدانند، چون وقف تملیک عین است در حین اجرای صیغه، و حمل قابل ملک نیست، بخلاف وصیت که آن تملیک است بعد از موت موصی. و هر گاه مراد او در حاشیه، صلح نباشد. بلکه مراد او وصیت باشد. و از حکایت صلحی که در متن شده اعراض کرده، و الحال وصیت میکند از برای آن جماعت اولاد با این حمل. پس در این صورت، وصیت صحیح است. و لکن باید ملاحظه کرد که از ثلث مال او بر می آید یا نه. پس اگر زاید بر ثلث نباشد یا باشد و [لکن] ورثه امضا کنند، صحیح است. و به مقتضای وصیت (لذکر مثل حظ الاثین) قسمت می شود، و لکن به شرط تولد او حیا. و اگر از ثلث بر نیاید یا وراثت امضا نکنند، اکتفا می شود به مقدار ثلث. و بدان که: بعد از این که بنا را گذاشتیم به این که تصرف ثانی از باب وصیت بوده و حمل هم متولد شد حیا، باید دانست که چنانکه قابلیت ملک شرط است در (موصی له)، وجود او هم شرط است در حال وصیت، هر چند به عنوان نطفه و علقه باشد. پس اگر از وقت وصیت تا حین ولادت ششماه کمتر گذشته، وصیت صحیح است. زیرا که جزم به وجود او در رحم در حین وصیت حاصل می شود. و اما هر گاه زاید بر اقصی مدت حمل گذشته باشد و متولد شود، پس معلوم است که در آن وقت موجود نبوده، و صحیح نیست. و هر گاه به قدر اقصی مدت حمل گذشته باشد با مقدار زمان امکان جماع کردن، یا کمتر از اقصی یعنی ما بین اقصی مدت حمل و اقل مدت حمل. پس اگر ان حامل شوهری دارد، یا مولائی دارد (اگر کنیز باشد)، پس حکم به صحت نمی شود زیرا که احتمال دارد که بعد از وصیت بهم رسیده باشد. و علم به وجود او در حین وصیت حاصل نمی شود. و اما هر گاه شوهری یا مولائی ندارد، پس حکم می شود به وجود آن در حال وصیت. و هر چند در اینجا هم محتمل است که به سبب زنا یا وطی به شبهه، بعد از وصیت بهم رسیده باشد. لکن در اینجا (ظاهر) را بر (اصل) مقدم داشته اند چون افعال مسلمین

محمول بر صحت است، و این قاعده مقتضی عدم زنا است. و وطی به شبهه هم از امور نادر الوقوع است. و غالب این است که حمل به انقضای اقصی مدت حمل یا [نزدیک] به آن متولد می شود. و بر این ایراد شده که این در حمل کافره تمام نمی شود. و ایضا آن زنی که فراشی دارد (یعنی شوهری یا مولائی) هم که غالب این است که ولد به نه ماه متولد می شود که اقصای حمل است (بنا بر اشهر و اظهر) یا نزدیک به آن. و چنانکه در آنجا (ظاهر) را مقدم میدارند، در اینجا هم میداریم. و اگر گوئی: که در صاحب فراش به سبب اصل تاخر انعقاد نطفه حکم به وجود حمل نمیکنیم. میگوئیم: که با وجود این که معارض است با اصل تاخر وصیت، این سخن در زن خالی از فراش هم جاری است. و هم چنین اگر بگوئی: که اصل عدم انتقال مال از موصی به غیر، به سبب آن است. [گوئیم:] در اینجا هم جاری است. بلی میتوان گفت که این سخن در خالی از فراش، محض از راه تقدیم ظاهر بر اصل نیست تا قابل معارضه با [اصل تاخر وصیت] باشد، بلکه به سبب متابعت دلیل وقاعده است. زیرا که حکم به عدم زنا خالی از فراش به سبب حمل فعل مسلم است بر صحت، که از جمله قواعد و ادله است. و عدم حصول وطی به شبهه هم از راه اصل عدم حصول شبهه است در خارج، نه محض ندرت. پس در خالی از فراش (حسب الامکان) نفی علوق نطفه میکنیم تا این که اقصی مدت حمل بگذرد. و در این وقت چون نفی علوق امکان ندارد، پس ملتزم میشویم علوق را مرددا ما بین زنا و شبهه. و اما در زن صاحب فراش پس در آنجا چون فراش از ادله شرعی است و به سبب آن لحوق ولد ممکن است و موقوف نیست بر علم به تحقق جماع بلکه امکان آن کافی، پس در اینجا چیزی نیست که مارا مضطر کند به این که تاخر امکان انعقاد نطفه را اعتبار کنیم (۱). پس تکیه در مسأله به محض تقدم اصل بر ظاهر یا ظاهر بر اصل، نیست. تا مورد معارضات شود..

ص: ۱۹۰

۱- عبارت نسخه: ... به این که اخر او ان امکان انعقاد...

وحاصل کلام این که: در زن بی شوهر حکم به صحت وصیت است (۱) به سبب احتراز نسبت زنا یا التزام شبهه، به جهت بری کردن مسلم خواهد بود از فجور، واصل عدم تحقق شبهه. وبعد از حصول یقین به احدهما مانعی از برای عمل کردن به مقتضای ظهور و غلبه که دلیل شرعی است، نیست. ولیکن در زن شوهر دار، تاخیر انعقاد نطفه و نسبت علوق آن به جماع متاخر مانعی از برای آن نیست تا بنا را بر غلبه و ظاهر گذاریم. زیرا که فراش دلیل شرعی است و معاضد اصل تاخر است. و غلبه دلیل شرعی و معارض اصل تاخر است و دلیل بر اصل مقدم است.

۸۹:سوال:

۸۹:سوال: زید مجموع اموال خود را مصالحه نماید به بعضی از اولاد خود، یکی کبیر و تتمه صغیر. و مصالح مذکور در مواضع متعدده اعتراف نماید و بگوید که ای جماعت مستمعین صلحنامه را مهر کنید و هر یک شاهد مصالحه باشید. لکن بر شهود اجرای صیغه معلوم نباشد. آیا از صلحنامه اجرای صیغه و اخذ و قبض مصالح به، میرسد یا نه؟ -؟. و اولاد کبار که داخل در مصالح لهم نیستند میگویند که شهود شاهد بر اجرای صیغه نیستند. و به این جهت صلح ثابت نیست و ما حق خود را میخواهیم. آیا سخن ایشان مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که به اقرار به صلح ثابت می شود صلح، و شاهد بر اقرار، ضرور نیست که شاهد بر اجرای صیغه باشد. و احتمال این که مقرب به صلح، مراد او محض مساومه باشد یا معاطات، خلاف ظاهر است. خصوصاً در صورتی که مصالحه نامه به عنوان اجرای صیغه نوشته شده باشد. و مصالح میگوید شاهد باشید که من صلح کردم و کاغذ را مهر کنید و هر گاه آن اولاد کبار که مدعیانند، قبول اقرار بکنند لکن بگویند که اقرار مبتنی بر معاطات و مساومه بود. و مصالح لهم بگویند که به عنوان صیغه بوده، قول ایشان مقدم است با یمین. والله العالم بحقایق الامور.

۹۰:سوال:

۹۰:سوال: زید از عمرو مبلغ صد تومان طلب داشت، و عمرو منکر بود. و زید مزبور پنجاه تومان آن را صلح نمود به مبلغ معینی. و از پنجاه تومان دیگر ساکت بود نظر به .

ص: ۱۹۱

۱- و در نسخه: عدم حکم به صحت وصیت است.

مصحلت. حال زید میگوید به عمرو که پنجاه تومان دیگر مرا بده. عمرو میگوید که دعوی تو بر من همین پنجاه تومان بود که صلح نمودی و ادعای دیگر نداری. آیا سخن زید مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند که سماع دعوی پنجاه تومان تازه، محل اشکال نیست. ولکن چون ظاهر این است که طرفین معترفند که دعوی یک دعوی بود، و هر دو معترفند که پنجاه تومان دعوی صلح شده به وجه معین، لکن نزاع در سر این دارند که (مدعی به) در حال مصالحه، صد تومان بود و صلح از نصف آن شده یا مدعی به همان پنجاه تومان بود و صلح از مجموع مدعی به شده و دیگر از آن باب حقی بر ذمه عمرو باقی نمانده. پس [زید] مدعی این است که مدعی به در آن حال صد تومان بود و صلح از پنجاه تومان شده و تتمه دعوی باقی است. و عمرو مدعی این است که مدعی به پنجاه تومان بود لاغیر، و دیگر حقی باقی نیست. پس ظاهر این است که بافقد بینه، قول عمرو مقدم است با یمین. به جهت اصل برائت و عدم زیادتى. هر چند از حیثیت این که دعوی فعل زید است و او اعرف است به فعل خود، ولکن این معنی مقاومت با اصل نمی کند. بلکه ادعای عمرو مطابق ظاهر هم هست، چون این سخن زید که برای مصلحتی از پنجاه تومان ساکت شده، خلاف ظاهر است.

۹۱: سوال:

۹۱: سوال: در صورت مزبوره عمرو در وقت مطالبه پنجاه تومان ثانی به زید گفت که (هر گاه راضی نیستی مصالحه [را] فسخ کن). و زید هم (فسخت) گفت. و بعد عمرو میگوید که تو (فسخت) گفתי و من (قبلت) نگفتم. و زید گفت که تو گفתי (فسخ کن) من (فسخت) گفتم به رضای تو. آیا به همین لفظ، فسخ حاصل می شود یا نه؟ -؟. و سخن کدامیک مسموع است؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که در تقایل و تفاسخ عقود لازم، از طرفین شرط است تلفظ به لفظی که دلالت کند بر (انشاء فسخ). مثل این که هر دو دفعتاً بگویند (تفاسخنا - او - تقایلنا)، یا به فاصله قلیلی. یا آن که یکی بگوید (فسخت) و دیگری بگوید

(قبلت) وبدون این، عقد منفسخ نمی شود. و سوال: فسخ از احدهما قائم مقام قبول، نمی شود و نفعی ندارد. چنانکه سوال:

(قبلت) وبدون این، عقد منفسخ نمی شود. و سوال: فسخ از احدهما قائم مقام قبول، نمی شود و نفعی ندارد. چنانکه سوال: (اقاله) قبل از اجراء صیغه آن، هم ضرور نیست. بلکه مجرد همین که احدهما بگوید (فسخت) و دیگری بگوید (قبلت) کافی است. و این بخلاف فسخی است که خیار آن در ضمن عقد لازم شرط می شود و از برای احدهما یا کلاهما، که در آنجا قبول از طرف دیگر ضرور نیست. بلکه همان لفظ (فسخت) کافی است.

سوال: ۹۲

سوال: ۹۲: مصالحه احد نقدین به جنس خود با زیادتی نسبتاً چه صورت دارد - یعنی مصالحه به نسیه باشد -؟

جواب:

جواب: حرام است از حیثیت این که ربا است، نه از راه عدم حصول (قبض مجلس) در مصالحه. زیرا که قبض مجلس در مصالحه نقدین شرط نیست. آن در (بیع صرف) است. بلی هر گاه احد نقدین را به جنس متغایر متفاضلاً معامله کند نسبتاً بر وجه مصالحه جایز است. چون ربا نیست، و بیع هم نیست که قبض مجلس شرط باشد.

سوال: ۹۳

سوال: ۹۳: هر گاه زید با سه نفر از خواهر [ان] خود مجاری معینه را به برادر خود عمرو به عقد مصالحه منتقل نمایند و به تصرف او دهند، تا سه سال و کسری در تصرف مصالح له باشد... (۱) و قدری از آن که نیم طاق باشد به شخصی به مبیعه منتقل نموده باشد، و هیچ از آن مجاری در ید مصالح له باقی نمانده باشد (۲). بعد تلک المراتب زید مزبور و همشیره هایش نزد حاکمی رفته مدعی غبن شوند و حکم بر ثبوت صادر نمایند و فسخ مصالحه کنند. آیا در این صورت تسلط گرفتن تفاوت قیمت را دارند که به تصدیق ارباب خبره از مصالح له بگیرند؟ یا این که عین مجاری را میتوانند پس گیرند؟. و مبیعه که مصالح له به آن دو شخص نموده باطل می شود یا نه؟ -؟. و در صورت فسخ مطالبه اجرت المثل مدت تصرف .

ص: ۱۹۳

- ۱- در جای نقطه چین جمله ای بوده که در چاپ سنگی ساقط شده است. یعنی بخشی از آن مجاری را فروخته و بخش دیگر را نیز به نحوی منتقل کرده که اکنون برای ما معلوم نیست. پاسخ مسأله نیز بر همین مبنا آمده است.
- ۲- در جای نقطه چین جمله ای بوده که در چاپ سنگی ساقط شده است. یعنی بخشی از آن مجاری را فروخته و بخش دیگر را نیز به نحوی منتقل کرده که اکنون برای ما معلوم نیست. پاسخ مسأله نیز بر همین مبنا آمده است.

که ما بین زمان صلح و زمان فسخ بوده از مصالح له می تواند نمود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: چون اظهر این است که دعوی غبن در مصالحه مسموع است، و آن موقوف به وقتی نیست بلکه هر وقت که غبن ظاهر می شود دعوی آن میتوان کرد. هر چند بر وارث ظاهر شود، چون دعوی غبن مانند سایر حقوق به میراث میرسد الا آنچه به دلیل ثابت شود خلاف آن. پس مصالحان مزبوران، بر دعوی خود باقیانند. و بعد از اثبات غبن در نزد حاکم شرع تسلط دارند و لکن چون مفروض این است که به سبب بیع از ملک آنها به در رفته و تسلطی بر مشتری نیست اظهر این است که دعوی بر عین ملک نمیتواند کرد، بلکه قیمت آن را میگیرند و آنچه گرفته اند رد میکنند. چنانچه اظهر در بیع هم این است. و لکن ادعای اجرت المثل هم نمیتواند کرد، چون قبل از فسخ مال مصالح له بود و مبیع را منتقل کرده به غیر. والله العالم باحکامه.

۹۴:سوال:

۹۴:سوال: مجرد صیغه در صلح موجب لزوم می شود - پیش از قبض مال المصالحه - یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در صحت و لزوم صلح، قبض و عوض شرط نیست. بلی واجب است ادای عین در صورت صلح به عوض.

۹۵:سوال:

۹۵:سوال: زید به عمرو ادعائی داشته، چون منجر به (احلاف و تحلیف) میشد بنا را به مصالحه گذاشتند به مبلغ معینی. و بعد از چند یوم مال المصالحه مستحقا للغير بر آمده. آیا مصالحه باطل می شود - خواه مال المصالحه کلا و خواه جزئا مستحقا للغير بر آید -؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: اگر مراد این است که مثلا- زید ادعای صد ریال به عمرو داشت، و مصالحه کردند دعوی را به ده عدد اشرفی یک تومانی در ذمه عمرو. و بعد از آن که عمرو ده اشرفی را داد ظاهر شد که آن اشرفیها، یا بعضی آنها مال بکر بوده. در این صورت مصالحه بر هم نمیخورد. و عمرو باید مال بکر را رد کند (۱)، و ده اشرفی از مال خود بدهد. و اگر مراد این .

ص: ۱۹۴

۱- یعنی عین ده اشرفی بکر را به خود او برگردانده و ده اشرفی دیگر از مال خودش به عنوان وجه المصالحه به زید بدهد.

است که صلح کرد زید آن دعوی را به ده اشرفی موجود، و ظاهر شد که اشرفیها مال بکر بوده. پس اگر [بکر] اجازه نکرد مصالحه بر هم میخورد و دعوی عود میکند. و هم چنین هر گاه ظاهر شود که بعضی آنها مال بکر بوده و اجازه نکرد. باز مصالحه باطل می شود، چنان نیست که بعض مصالحه صحیح باشد (نسبت به آنچه مال عمرو بوده) و بعضی باطل شود. زیرا که دعوی یک چیز است و جزئی ندارد که یک جزء آن صحیح باشد و یک جزء باطل. و اما هر گاه بکر اجازه کند مصالحه را به این معنی که تمام اشرفیها یا بعض آنها که مال او بود در عوض اسقاط حق زید از عمرو باشد. در این صورت اجازه صحیح است و بکر مستحق چیزی نیست الا- ثوابی که بر آن عمل است. و اگر اجازه کند به این معنی که من استرداد نمیکنم عین آن اشرفیها را که مصالحه تو بر هم خورد و لکن عوض آنها را تو به من بده. در این صورت هر گاه عمرو راضی شد به این معنی پس الحال اشرفیها منتقل به عمرو شده. و ظاهر این است که صحت معامله موقوف است به اجازه عمرو مصالحه را، و هر گاه اجازه نکند باز صلح باطل می شود. و این از باب آن مسأله می شود که کسی مال کسی را فضولا بفروشد و بعد از آن، [آن] مال را از صاحبش بخرد، یا به وجه دیگر به او منتقل شود.

۹۶:سوال:

۹۶:سوال: اذا ادعى زيد على عمرو مالا، ولم يمكنه الاثبات وبنى على المصالحة بمال معين. وبعد المصالحة ظهر مال المصالحة او بعضه مستحقا للغير. فهل يبطل المصالحة ام لا؟ -؟. وعلى فرض الصحة فهل يجرى خيار (تبعض الصفقة) في ما ظهر بعضه مستحقا للغير ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: نفرض الكلام اولاً في البيع ليحصل البصيره في المسئله. ثم نتعرض لمسئله الصلح ونقول: اذا باع زيد متاعاً او متاعين من عمرو بعشره دراهم. فظهر مجموع المبيع مستحقاً لبكر. فان اجاز بکر صح، ويصير الدرهم ماله ومجموع المبيع مالا لعمرو. وان لم يجز بطل. ولو ظهر نصف المتاع او احد المتاعين مستحقاً لبكر، فان اجاز بکر صح البيع في النصف له ويملك نصف القيمه، والنصف الاخر للبايع، ومجموع المتاع لعمرو. وان لم يجز بطل بيع نصف بکر، ويتخير عمرو في الفسخ لتبعض الصفقة. هذا حال ظهور المبيع مستحقاً للغير.

واما لو ظهر الثمن مستحقا للغير: كما لو باع زيد فرسه من عمرو بدينارين معينين فظهر مجموع الثمن مستحقا للغير. فاذا اجاز ماله صح، والا بطل. ولو ظهر احدهما مستحقا للغير فان اجاز صاحب هذا الدينار شراء نصف الفرس به صح البيع ويصير شريكا للمشتري فى النصف. وان لم يجز فيسترد صاحب الدينار ويتسلط البايع على الفسخ لتبعض الصفة عليه. ولا فرق فى الصورتين بين ما كان البايع فى الصورة الاولى عالما بالحال او غاصبا او جاهلا بان ما فى يده مال الغير. وكذا المشتري فى الصورة الثانية. ثم: هل يحصل خيار الفسخ للبايع فى الصورة الاولى وللمشتري فى الثانية بسبب التبعض -؟. يحتفل ان يقال بثبوت الخيار فى صورة الجهالة بالحال، لان البايع لما كان يعتقد ملكه جميع المال فقط يحتاج الى مجموع ثمن المجموع وبين المال لاخذ مجموع الثمن، ولا يرفع حاجته بنصف الثمن، فلو كان بحيث لو ظهر انه لا يستحق الانصف الثمن لمن يبعه. فبهذا يحصل الضرر له، فيندفع بالخيار. وكذا فى جانب المشتري فى الصورة الثانية فانه يعتقد انه يشتري مجموع المبيع ولو علم انه لا يملك الا النصف لم يشتره. مع انا اذا قطعنا النظر عن الضرر فيرد عليه الاشكال من جهة ان المقصود كان بيع المجموع وشراء المجموع، والبعض غير المجموع والعقود تابع للقصود. ولذلك حكم بعضهم بطلان اصل البيع اذا ظهر المبيع مستحقا للغير، او باع ما يملك وما لا يملك فى صفقه، مستندا بان العقد شئى واحد ولا يتبعض. ولكن غير تام كما يظهر من جمهور الفقهاء. فلم يبق الا التمسك بالضرر. ويمكن القدح فيه ايضا بان عمده المناط فى خيار التبعض هو انه عيب فى المبيع او الثمن. والعيب هنا يظهر فى مال نفسه لا فى المال الذى انتقل اليه من الاخر. ويندفع با نه لا ينفى ظهور العيب فى ما انتقل اليه من الاخر ايضا وان كان مسببا عن ظهوره فى ماله. اذا عرفت هذا فلنفرض المسله فى الصلح: فاذا ادعى احد على زيد مائة دينار ولم يتم وصالحها بفرسين معينين. ثم ظهر الفرسان مستحقين لعمرو. فان لم يجز فيبطل الصلح. ثم هل يصح باجازه عمرو بمعنى ان يكون له حق دعوى المائة دينار فى عوض الفرسين، ام لا؟ -؟. الظاهر العدم لان عوض الفرسين هو اسقاط حق الدعوى عن زيد، لانفس

حق الدعوى. فان قلت: يجيزه بان يكون ثواب الاسقاط له فيصح الانتقال. قلت: مع ان هذا موقوف على جواز نقل العمل بعد الفعل او ثوابه فيه، ان المجاز، ح، غير ما وقع عليه المعامله، فان معاوضه الفرسين انما وقعت على نفس الدعوى واسقاطها، لاعلى ثوابها. فهذه معامله جديده، لا اجازة لما وقعت. نعم، يمكن توجيهه فى الصلح بان يجيز كون فرسه عوضا لاسقاط الحق. لا ان ينتقل اليه فى عوض الفرس دعوى مأه دينار، ولا ثوابه. فان مأه دينار لم يقع عوضا فى اصل الصلح بل اسقاط هو العوض. فح معنى اجازة الصلح الرضا، بان يسقط دعوى المدعى من زيد بفرسه، وليس له شىء. واما توقع الثواب على هذا الامضاء والاجازة، فهو شىء آخر لا دخل له بما نحن فيه كامالا يخفى. اذ ذلك ليس بمعاوضه بالثواب واجازة لها. بل هو ادامة واثبات لامر فيه ثواب، اى فى ذلك الاثبات الادامه. هذا لو لم يطالب صاحب الفرس قيمته بل اجازة مجانا. واما لو اجاز بمعنى (انى رضيت بكون فرسى عوضا عن اسقاط الحق بشرط ان يعطى قيمتها) فهذه ليست من باب الاجازة المصطلحه، اى معناه (لا اطالبك العين و استرداده بل اطالبك قيمه عينى). فح يرجع الى مسئله (من باع مالا فضولا ثم ملكه) و التحقيق فيها انه لا يصح الا مع اجازته بعد الشراء فاذا دفع المدعى عليه الفرسين الى المدعى ولو من باب الغصب ثم اشتراه من صاحبه او انتقل اليه با عطاء قيمتها وغرامتها، فان اجاز المعامله الاولى صحت، والا، فله الرجوع عن المصالحه. هذا كله اذا ظهر الفرسان مستحقين للغير. واما لو ظهر احد احد الفرسين مستحقا لعمرو ولم يجز: فالظاهر بطلان المصالحه رأسا. لان الدعوى امر بسيط لا يتبعض حتى يبطل نصفها بسبب ظهور استحقاق نصف العوض للغير ويبقى الباقي. وكذا اسقاطها وتبعض المدعى به، لا يستلزم جواز تبعض الدعوى. واما لو اجاز: فالظاهر الصحه. بمعنى اسقاط المصالح للفرسين واسقاط اصل الدعوى عن زيد، على التفصيل المتقدم، اى اجازة محانا او مع مطالبه القيمه. ولا منافاه بين بساطه احد طرفى المصالحه وبين تركب الطرف الاخر، سواء كان المركب من شخص او شخصين اذا

وقع الامضاء. والتحقيق ان يقال: الحكم في الصلح يختلف باختلاف اقسامه في الاجازه والتبعض. فلو كان صلحا ابتدائيا بين عينين فهو مثل البيع في احكام الاجازه والتبعض. وكذا ان كان بين مالين مجهول المقدار مع عدم امكان الاستعلام مع تحقق الاصل، مثل مصالحه احد الميراثين المجهولين بالآخر وظهور احد هما (بتمامه او بعضه) مستحقا للغير، فيجوز الاجازه والتبعض ايضا. وكذا لو كان احد هما مجهولا والاخر معلوما، وان كان مجهول المقدار. وبعد التامل في ما ذكر تعرف احكام ساير الاقسام. فالعمده هو بيان صحه الفضولي ومعنى الاجازه. واذا جعلت الاصل في تصحيح الفضولي هو مثل (اوفوا العقود) فيطرد الكلام في كل ما يصدق عليه انه عهد موثق و لحقه الرضا. فيحكم بصحه الجميع سواء كان الحق استقاطا او تملكا. ولكنهم ادعوا الاجماع على عدم جريانه في الايقاعات مثل العتق والطلاق فيبقى الباقي تحت العموم على تفاوت بين موارد.

۹۷:سوال:

۹۷:سوال: کسی ادعای طلبی مر میتی مینمود واقامه بینه دعوی خود در نزد حاکم شرع نمود. وقبل از یاد نمودن قسم استظهاری صلح نمود به دیگری حق ثابت خود را به مبلغ معینی. به زعم این که به محض اقامه بینه (مدعی به) او ثابت شده. بعد به فتوای بندگان عالی آن مصالحه بر هم خورد. وبعد مدعی رفت در نزد ملائی که نه مجتهد و نه ماذون از مجتهدی بود قسم استظهاری یاد نمود. و طرفین مصالحه غافل از این که قسم دادن وظیفه این شخص نیست باز مصالحه جدیده نمودند همان حقوق - ثابت به زعم خود - را به مال المصالحه معینی. بعد ذلک بعضی از علما فرمودند که این مصالحه باز صحتی ندارد، چون چنین قسمی مثر ثمر نیست. و بعضی بر آنند که حکم به فساد صلح نمی تواند نمود و آن صلح مراعی است تا مدعی قسم استظهاری به وجه صحیح یاد نماید. و حال احد طرفین مصالحه طالب فساد و دیگری طالب صحه مصالحه است. و هر یک متمسک به رایي هستند که به جهت او مفید است. فلهدا مدتی است که

منازعه بینهما به طول انجامیده. حال بنا به آن شده است که آنچه رای ملازمان سامی است در مسأله معمول داشته شود.

جواب:

جواب: اولاً: این که قسم غیر حاکم شرع واقعی مناط اعتبار نیست (و هم چنین قسم حاکم شرع واقعی که غیر آن حاکم شرع واقعی اول باشد که اقامه بینه در نزد او شده و هنوز قسم نداده و حکم نکرده. زیرا که اقامه بینه و قسم دادن هر دو باید در نزد یک نفر باشد که بعد از این هر [چه خواهد] حکم کند). (۱) ولکن سخن در کردار حاکم (شرع واقعی بعد از تنفیذ و امضای او) بی وجه است. زیرا که شاید در نظر او اکتفا به اقامه بینه سابقه بوده. و اما هر گاه قسم را همان حاکم بدهد که اقامه بینه نزد او شده، پس دور نیست که صحیح باشد هر گاه (مفارقت مجلس) را مضر ندانیم، خصوصاً با فاصله بسیار. و به هر تقدیر این هم مثل سابق است در اینکه امری (۲) که حاکم شرع واقعی بکن نقض آن جایز نیست مادامی که بطلان آن در واقع ثابت نشود. و ثانیاً: در باب فتوی (۳)، من در خاطر من نیست صورت استفتا و فتوی، اگر واقعا چنین بوده مراد من از بطلان مصالحه این بوده که به مجرد همان اقامه بینه، حق ثابت نمی شود و به آن مصالحه اکتفا نمیتوان کرد از حیثیت این که همان مصالحه است. بلکه [این سخن که] اگر بعد از آن، قسم استظهاری بر وجه صحیح، به این معنی که اگر قسم صحیح به عمل آید به مجرد همین، صلح صحیح می شود بعد از حکم حاکم، پس خالی از اشکال نیست. بلی اگر میگفت مراعی است به اجازه بعد از قسم استظهاری باحکم، وجهی داشت. پس ما میگوئیم که: هر گاه طرفین عالم باشند به ثبوت حق در ذمه میت.

ص: ۱۹۹

۱- ودر نسخه: ... که بعد از این هر دو حکم هم بکنند.

۲- هر اظهار نظری که یک فقیه جامع الشرایط بنماید بر دو نوع است: الف: فتوی: هر فتوایی قابل نقض و نقد و انتقاد و بررسی و تحلیل و تایید و ابرام است. ب: حکم: حکم قابل نقض به وسیله فقیه دیگر نیست و مخالفت با آن جائز نیست هر چند بطلان آن در نظر فقیه دیگر مسلم باشد. مگر این که خلاف آن و بطلان آن در واقع ثابت شود. مثلاً فقیهی بر اساس شهادت افراد عادل حکمی را صادر نماید سپس روشن شود که آنان عادل نبوده اند.

۳- هر اظهار نظری که یک فقیه جامع الشرایط بنماید بر دو نوع است: الف: فتوی: هر فتوایی قابل نقض و نقد و انتقاد و بررسی و تحلیل و تایید و ابرام است. ب: حکم: حکم قابل نقض به وسیله فقیه دیگر نیست و مخالفت با آن جائز نیست هر چند بطلان آن در نظر فقیه دیگر مسلم باشد. مگر این که خلاف آن و بطلان آن در واقع ثابت شود. مثلاً فقیهی بر اساس شهادت افراد عادل حکمی را صادر نماید سپس روشن شود که آنان عادل نبوده اند.

در نفس الامر، و صلح واقعی شود قبل از قسم صحیح و حکم حاکم، پس ظاهر این است که صلح صحیح باشد. هر چند در ظاهر شرع به ثبوت نرسیده باشد. و هم چنین در صورتی که صلح حق دعوی خود را کرده باشد نه نفس (مدعی به) را، هر چند علم به استحقاق نفس الامری از برای مصالح له حاصل نباشد. و اما در صورت جهل مصالح له به استحقاق نفس الامری [اگر] به گمان فاسد خود چنین داند که به محض اقامه بینه، حق او در ظاهر شرع ثابت است و با او مصالحه کند، و بعد متنبه شود که این گمان فاسد بوده، پس آن نقل و انتقال به عنوان بت و تنجیر که حاصل شده، مناط لزوم صلح نمی شود، و از برای مصالح له جایز است که امضا کند و جایز است که فسخ کند. پس اگر اجازه کند صحیح می شود و اگر اجازه نکند منفسخ می شود. و اشکال در این است که آیا در این صورت از جانب مصالح لازم است - چون علم واقعی داشت به استحقاق خود، گو علم به استحقاق او در ظاهر شرع به گمان فاسد منشأ لزوم نشود -؟ یا آنکه او هم می تواند فسخ کند و هم می تواند امضا کند؟ و دور نیست که بگوئیم از جانب او لازم باشد. یعنی در صورتی که مصالح له بعد از قسم و حکم اجازه کرد، او دیگر فسخ نمی تواند کرد. و به هر حال، چون مطلب سائل (چنانکه از صورت این استفتاء ظاهر می شود) سوال: از حال مصالح له است - که آیا می تواند فسخ کند یا نه؟ -؟ - - پس میگوئیم که: اظهر این است که بلی می تواند، و به هر حال ظاهر این است که اشکالی نیست در این که هر گاه مصالح له فسخ کند می تواند کرد. و اما این که اصل صحت است و بطلان آن موقوف است بر فسخ (مثل خیاراتی که در بیع معیّب و امثال آن حاصل می شود)؟ یا از قبیل فضولی است که عقد مراعی است به اجازه و اجازه متمم عقد است؟ این محتاج به تامل، ولکن در صورت سوال:

در نفس الامر، و صلح واقعی شود قبل از قسم صحیح و حکم حاکم، پس ظاهر این است که صلح صحیح باشد. هر چند در ظاهر شرع به ثبوت نرسیده باشد. و هم چنین در صورتی که صلح حق دعوی خود را کرده باشد نه نفس (مدعی به) را، هر چند علم به استحقاق نفس الامری از برای مصالح له حاصل نباشد. و اما در صورت جهل مصالح له به استحقاق نفس الامری [اگر] به گمان فاسد خود چنین داند که به محض اقامه بینه، حق او در ظاهر شرع ثابت است و با او مصالحه کند، و بعد متنبه شود که این گمان فاسد بوده، پس آن نقل و انتقال به عنوان بت و تنجیر که حاصل شده، مناط لزوم صلح نمی شود، و از برای مصالح له جایز است که امضا کند و جایز است که فسخ کند. پس اگر اجازه کند صحیح می شود و اگر اجازه نکند منفسخ می شود. و اشکال در این است که آیا در این صورت از جانب مصالح لازم است - چون علم واقعی داشت به استحقاق خود، گو علم به استحقاق او در ظاهر شرع به گمان فاسد منشأ لزوم نشود -؟ یا آنکه او هم می تواند فسخ کند و هم می تواند امضا کند؟ و دور نیست که بگوئیم از جانب او لازم باشد. یعنی در صورتی که مصالح له بعد از قسم و حکم اجازه کرد، او دیگر فسخ نمی تواند کرد. و به هر حال، چون مطلب سائل (چنانکه از صورت این استفتاء ظاهر می شود) سوال: از حال مصالح له است - که آیا می تواند فسخ کند یا نه؟ -؟ - - پس میگوئیم که: اظهر این است که بلی می تواند، و به هر حال ظاهر این است که اشکالی نیست در این که هر گاه مصالح له فسخ کند می تواند کرد. و اما این که اصل صحت است و بطلان آن موقوف است بر فسخ (مثل خیاراتی که در بیع معیّب و امثال آن حاصل می شود)؟ یا از قبیل فضولی است که عقد مراعی است به اجازه و اجازه متمم عقد است؟ این محتاج به تامل، ولکن در صورت سوال: همینکه مصالح له صلح کرد باطل می شود (۱).

۱- یعنی همینکه پس از صلح اول برای بار دوم صلح کرد، صلح اول باطل میشود، و ممکن است مراد تکرار حکم صلح اول باشد.

۹۸: سوال:

۹۸: سوال: فی المصالحة التي تقطع النزاع يمكن خيار الغبن ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: الظاهر ثبوته في الصلح وسائر عقود المعاوضات كما صرح به جماعة من الاصحاب، لدفع الضرر المنفي الذي هو العمده في ذلك.

۹۹: سوال:

۹۹: سوال: زينب در حال صحت يا مرض الموت، قدر معيني از اموال خود که زايد بر ثلث اموالش ميباشد مصالحة کند با زيد برادر خود به ثمن المثل. ودر ضمن العقد شرط کند که قدری از آن مالی که داخل مصالحة است زيد به بکر بدهد بعد از وفات زينب. وتتمه را بعد از وفات او به قيمت عادله مقوم کرد وقيمت آن را صرف صوم وصلوه وسائر مبرات به تفصيل معين نمايد. ومنظور در اين عمل حيله به جهت فرار از عدم امضای وصيت در زايد بر ثلث بدون اجازه ورثه، بود. آیا چنین مصالحة [ای] صحيح است؟ يا به جهت اشتغال بر شرط اعطاء قدری از آن مال به بکر، فاسد است؟ و بر تقدير صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه به جهت اشتغال بر شرط صرف قيمت به مبرات يا نه؟ -؟. وعلی تقدير عدم التوقف او التوقف مع الاجازه، آیا هر گاه آن قدر مالی که شرط شده که به بکر داده شود (ذو افراد) باشد، مثل آن که چند دست رختخواب داشته و چند من مس داشته و گفته یک دست رختخواب ودومن مس و تعيين عين نکرده باشد، چه بايد کرد؟. و بر تقدير فساد مصالحة مزبوره آیا راجع به وصيت می شود (و در مقدار ثلث ممضی است)؟ يا نه؟. وچنانکه در مرض [موت] وصيت نموده که نعش مرا به نجف اشرف از جمله قيمت آن تتمه بفرستيد، چه بايد کرد؟.

جواب:

جواب: ولا- يحق المكر السيئ الا- باهله. ظاهر این است که این شرط مخالف مقتضای عقد است. زیرا که مقتضای عقد سلطنت مالک است بر ملک خودش. واز باب شرط بيع مشتری به بايع هم نیست که لا اقل مشتری مالک قيمت آن می شود. بلکه شرط اخراج مالک است ملک خود را از تملک خود مجانا. واز باب شرط عتق عبد هم نیست، زیرا که در اینجا نیز عوض از برای مشتری هست که مقصود می تواند بود که آن محض ثواب باشد يا ادای حقی از حقوق الهی مثل كفارة واجبه وامثال آن. خصوصا در وقتی که مشتری چند کنیز ميخواهد بخرد بعضی را از برای خدمت و بعضیها را از

برای عتق، و بایع شرط کند که این را اختیار کن برای عتق و آن را برای خدمت. به جهت غرضی از اغراض. با وجود این که ظاهر این شرط عتق، اجماعی است، و به دلیل خارج است. و در مانحن فیه آنچه مقصود با لذات است از شرط این است که استیجار صوم و صلوات بشود. و مقصود از شرط همان انتفاع مصالح است هر چند بالعرض نفعی هم عاید مصالح له بشود. هر چند در اینجا اشکال دیگر در نظر می آید به سبب جهالت مدت حیات و تقدم و تأخر موت هر یک. و به سبب آن، جهالت در منافع مصالح علیه هم حاصل می شود. و این که تمسک به استصحاب حیات مصالح له معارض است با استصحاب حیات مصالح. و لکن دفع آن ممکن است، به این که این جهالت در صلح محاباتی ضرر نداشته باشد. با وجود این که شرطی که در ضمن عقد می شود. معلق است و منجز نیست که مورد این اباحت بشود. به این معنی که مراد این است که: من صلح کردم این اموال را مثلا به یک من گندم و شرط کردم با تو که بعد از موت من با این اموال استیجار صوم و صلوات بکنی برای من. یعنی که شرط کردم با تو لازم باشد این امر که بعد از حیات من به عمل آید. که اگر او بمیرد آن حق در مال ثابت باشد و وارث به عمل آورد. پس عقد صلح منجز است و شرط هم منجز است، لکن شرط معلقی است که منجز شده. و دو احتمال که گفتیم ناظر است به این که (فعل استیجار از خود مصالح له بنفسه مطلوب باشد مباشرتا) یا این که (حصول آن عمل مطلوب باشد مطلقا) و در صورت اول هر گاه مصالح له اول بمیرد، خیار فسخ برای مصالح حاصل می شود. بخلاف صورت ثانی که وارث او باید به عمل بیاورد. و به هر حال، عمده در بطلان صلح همان مخالفت شرط است با مقتضای عقد، و این که به بطلان شرط مشروط باطل می شود. علی الاقوی. و بدان که عقودی که وضع شده اند. برای نقل اعیان و رقبات (مثل بیع و صلح اعیان و امثال آنها) مقتضی نقل ملک اند از مالک اول ابداء، لا الی غایه. چنانکه پوشیده نیست. اما در صورت خیار که عود میکند به مالک بعد انفساخ پس آن تجدید ملک

است - علی التحقیق - نه این که (نقل ملک الی غایه) بوده. و هم چنین در شرط هبه به غیر (بنائاً بر صحت آن) منافاتی با انقطاع ملک مالک اول ابداء، نیست. بیش از این نیست که تملک مالک ثانی الی غایه است. پس شرط هبه در بیع یا صلح، یا شرط بیع به غیر، منافاتی با آنچه گفتیم ندارد. زیرا که اینگونه تصرفات از مالک ثانی صحیح است. چنانکه اینگونه شروط از مالک اول هم صحیح است. زیرا که در اینها هیچ یک منافاتی با خروج رقبه و عین از ید مالک نیست. ولکن هر گاه شرط کند عود ملک را به مالک اول بدون [ناقل] - مثل فسخی که در خیار حاصل می شود یا انتقالی که به سبب بیع حاصل می شود. مشروطاً او غیر مشروط و امثال آن - پس آن شرط فاسد است. چون مستلزم محدود بودن خروج از ملک مالک اول است. پس عمده اعتراض این است که این عقود محدوداً بر رقبات و اعیان واقع نمی شود. چنانکه مقتضای همه آنهاست. و در ما نحن فیه مراد زینب عود ملک است به او و صرف در مبرات. پس شرط منافی مقتضای عقد است. اگر گفته شود که: ظاهر سوال:

است - علی التحقیق - نه این که (نقل ملک الی غایه) بوده. و هم چنین در شرط هبه به غیر (بنائاً بر صحت آن) منافاتی با انقطاع ملک مالک اول ابداء، نیست. بیش از این نیست که تملک مالک ثانی الی غایه است. پس شرط هبه در بیع یا صلح، یا شرط بیع به غیر، منافاتی با آنچه گفتیم ندارد. زیرا که اینگونه تصرفات از مالک ثانی صحیح است. چنانکه اینگونه شروط از مالک اول هم صحیح است. زیرا که در اینها هیچ یک منافاتی با خروج رقبه و عین از ید مالک نیست. ولکن هر گاه شرط کند عود ملک را به مالک اول بدون [ناقل] - مثل فسخی که در خیار حاصل می شود یا انتقالی که به سبب بیع حاصل می شود. مشروطاً او غیر مشروط و امثال آن - پس آن شرط فاسد است. چون مستلزم محدود بودن خروج از ملک مالک اول است. پس عمده اعتراض این است که این عقود محدوداً بر رقبات و اعیان واقع نمی شود. چنانکه مقتضای همه آنهاست. و در ما نحن فیه مراد زینب عود ملک است به او و صرف در مبرات. پس شرط منافی مقتضای عقد است. اگر گفته شود که: ظاهر سوال: این است که مساوی قیمت آن را از مال خود صرف مبرات کند. نه این که ملک ثانیاً عود کند به زینب و صرف مبرات شود، تا لازم آید عدم انقطاع ابدی ملک، که منافی مقتضای عقد است. گوئیم: که اولاً: ظاهر از این لفظ که (مقوم کند قیمت را) و [صرف مبرات کند] این است که قیمت را من حیث انه قیمه صرف کند. خواه قیمت کند بر نفس خود با بیع یا بیع کند به دیگری و قیمت را گرفته صرف مبرات کند. نه مساوی قیمت را. سلمنا که مراد این باشد که مساوی قیمت را به مصرف مبرات برساند. ولکن این قدری که مسلم است رخصت رسانیدن مساوی قیمت است به آن مصرف، نه عزیمت به این معنی که لازم باشد که عین آنها [را] نگاه دارد و قیمت آنها را به مصرف برساند و والا لازم می آید که هر گاه آن مصالح له قادر بر قیمت نباشد و کسی هم نباشد که آن املاک را بخرد و قیمت را بدهد، اما کسی باشد که به عین همان اعیان مبرات را به عمل آورد، لازم نباشد بر مصالح له استیجار به آنها. و این

معنی با وجود اهتمام زینب در این امر که مرتکب آن تدبیرات شده (۱) بسیار بعید است. بلکه مراد او این است که به واسطه این اموال، مبرات برای او به عمل آید. خواه بعینها باشد یا بقیمتها. سلمنا که مراد عزیمت باشد و اینکه مراد زینب این است که املاک بعینها در ملک مصالح له باقی ماند و در چنین صورتی صرف در مبرات، ساقط باشد. ولکن بنا بر این، جهالت در شرط لازم می آید. چون قیمت ما بعد موت، در حال عقد معلوم نیست. اگر گفته شود که: جهالت در صلح مغتفر است خصوصا در وقتی که محاباتی باشد. گوئیم: اولاً منع میکنیم مغتفر بودن را در عوض وجه مصالحه. وثانیا منع میکنیم محاباتی بودن را چون شرط قسطی از ثمن است. بلکه گاه است امروز عقد مصالحه میکند به وجه قلیل، و پنج روز دیگر زینب میمیرد و قیمت اعیان مضاعف می شود. وبالجمله قدری که مسلم است از صحت شرط، این است که شرط هبه کند یا شرط (منتقل کردن به غیر) که عوض آن به مشتری یا مصالح له عاید شود. نه در صورتی که عاید مالک اول شود. چنانکه در ما نحن فیه است. واما سوال:

معنی با وجود اهتمام زینب در این امر که مرتکب آن تدبیرات شده (۲) بسیار بعید است. بلکه مراد او این است که به واسطه این اموال، مبرات برای او به عمل آید. خواه بعینها باشد یا بقیمتها. سلمنا که مراد عزیمت باشد و اینکه مراد زینب این است که املاک بعینها در ملک مصالح له باقی ماند و در چنین صورتی صرف در مبرات، ساقط باشد. ولکن بنا بر این، جهالت در شرط لازم می آید. چون قیمت ما بعد موت، در حال عقد معلوم نیست. اگر گفته شود که: جهالت در صلح مغتفر است خصوصا در وقتی که محاباتی باشد. گوئیم: اولاً منع میکنیم مغتفر بودن را در عوض وجه مصالحه. وثانیا منع میکنیم محاباتی بودن را چون شرط قسطی از ثمن است. بلکه گاه است امروز عقد مصالحه میکند به وجه قلیل، و پنج روز دیگر زینب میمیرد و قیمت اعیان مضاعف می شود. وبالجمله قدری که مسلم است از صحت شرط، این است که شرط هبه کند یا شرط (منتقل کردن به غیر) که عوض آن به مشتری یا مصالح له عاید شود. نه در صورتی که عاید مالک اول شود. چنانکه در ما نحن فیه است. واما سوال: از این که (بر فرض بطلان آیا راجع به وصیت می شود که در ثلث معتبر شود؟ یا بالمره بی ثمر خواهد بود؟). پس جواب آن این است که اظهر این است که راجع می شود به وصیت. زیرا که آن اذن خاص در فروختن آن املاک معینه از برای استیجار صوم و صلوات، در بردارد اذن عام را. و به بطلان خصوصیت، عموم باطل نمی شود. نه از این راه که قایل باشیم که (فصل علت وجود نیست. و جنس منتفی نمی شود به انتفاء فصل) تا مورد منع باشد. بلکه از این راه که عام مدلول التزامی خاص هست به (دلالت اشاره). بلکه (دلالت تنبیه) که مقصود است، چنانکه در بسیاری از مسایل وصایا گفته اند. و اخبار هم در بعضی آنها هست. مثل جائی که وصی فراموش کند مصرف را، که گفته اند به وجوه بر میرساند. و مثل وصیت به خریدن عبدی به قیمت خاصی و آزاد کردن [آن]. که هر گاه یافت نشود الا به اقل از آن قیمت. و امثال اینها در کتاب وصایا مذکور است. و چنانکه در (وکالت) گفته اند که در عقد وکالت تنجیز شرط است، و تعلیق به شرط ه

ص: ۲۰۴

۱- ودر نسخه: نشده

۲- ودر نسخه: نشده

مبطل آن است، ولکن جایز است از برای وکیل تصرفی در موکل فیه به سبب اذن عامی که از توکیل فهمیده می شود. و چنانکه در (وقف) گفته اند در صورت انطماس موقوف علیه وعدم تمکن از رساندن به آن مصرف. الی غیر ذلک از مواضع. بلکه علاوه بر این میگوئیم که در اینجا مقصود بالذات وصیت است در مال خاص به جهت مصرف خاصی و این تدبیرات را به جهت استحکام آن کرده. پس مصالحه مقصود بالعرض است و وصیت مقصود بالذات. پس در ثلث مال معتبر است، مگر این که وارث اجازه کند زاید بر آن را. تا اینجا کلام در شرط ثانی بود که (صرف قیمت املاک است در میراث).

و اما شرط اول: پس ظاهر آن - بنا بر تقریر سائل - باطل است. نه از راه این که متضمن قطع تسلط مالک ثانی و محدود بودن قطع تسلط [مالک] اول. بلکه از راه جهالت. چون رختخواب ها متفاوت میباشند در قیمت. و هم چنین مس ها. و گویا به همین سبب است که سائل راه بطلان را همان شرط اول فرض کرده. و هم چنین جهالت از وجه دیگر (که پیش اشاره به آن شد) هم هست. و گویا مراد سائل از آن کلام که گفته است که (بر تقدیر صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه، به جهت اشتغال بر شرط صرف قیمت در میراث... تا آخر) این است که اولاً اشکال کرده در صحت آن به سبب اشتغال شرط اول بر جهالت، و چون چنین یافته بود که در شرط ثانی جهالت نیست - چون منوط است به تقویم - و متفطن مخالفت آن از برای مقتضای عقد نشده بود، اشکال از راه دیگر کرده که: عقد مصالحه به فرض صحت، محاباتی است و از جمله منجزات مریض است، و چون خلاف است در آن که آیا از اصل است یا از ثلث. پس چون شرط اول مقدم است در ذکر - بلکه بالذات، چون گفته است: تتمه را صرف میراث کند - و ظاهر این است که در صورت واقعه آن شرط جزماً از ثلث بر می آید، اشکال را در تتمه کرده که آیا در زاید بر ثلث موقوف است بر اجازه مثل وصیت؟ یا نه بلکه اصل است؟ چنانکه اقوی در نظر حقیر هم این است. و بعد از آن که دانستی که مصالحه از جهات دیگر باطل است، پس فایده در این سوال: و جواب نیست. خصوصاً در وقتی که معامله در حال صحت باشد، چنانکه احد شقین است در سوال:

و اما شرط اول: پس ظاهر آن - بنا بر تقریر سائل - باطل است. نه از راه این که متضمن قطع تسلط مالک ثانی و محدود بودن قطع تسلط [مالک] اول. بلکه از راه جهالت. چون رختخواب ها متفاوت میباشند در قیمت. و هم چنین مس ها. و گویا به همین سبب است که سائل راه بطلان را همان شرط اول فرض کرده. و هم چنین جهالت از وجه دیگر (که پیش اشاره به آن شد) هم هست. و گویا مراد سائل از آن کلام که گفته است که (بر تقدیر صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه، به جهت اشتغال بر شرط صرف قیمت در میراث... تا آخر) این است که اولاً اشکال کرده در صحت آن به سبب اشتغال شرط اول بر جهالت، و چون چنین یافته بود که در شرط ثانی جهالت نیست - چون منوط است به تقویم - و متفطن مخالفت آن از برای مقتضای عقد نشده بود، اشکال از راه دیگر کرده که: عقد مصالحه به فرض صحت، محاباتی است و از جمله منجزات مریض است، و چون خلاف است در آن که آیا از اصل است یا از ثلث. پس چون شرط اول مقدم است در ذکر - بلکه بالذات، چون گفته است: تتمه را صرف میراث کند - و ظاهر این است که در صورت واقعه آن شرط جزماً از ثلث بر می آید، اشکال را در تتمه کرده که آیا در زاید بر ثلث موقوف است بر اجازه مثل وصیت؟ یا نه بلکه اصل است؟ چنانکه اقوی در نظر حقیر هم این است. و بعد از آن که دانستی که مصالحه از جهات دیگر باطل است، پس فایده در این سوال: و جواب نیست. خصوصاً در وقتی که معامله در حال صحت باشد، چنانکه احد شقین است در سوال:.

۱۰۰:سوال: هر گاه املاک و اموال خود را فی مابین اولاد تقسیم نماید وصیغه صلح جاری نماید و حصه هر یک را مشخص کند. و در ضمن العقد شرط کند که مادام الحیوه اختیار فسخ مصالحه داشته باشد. و چون مظنه حمل فرزندی هم از برای او باشد. و شرط کند که اگر ولدی بهم رسد حصه او هم به او بدهند کما فرض الله. آیا این معامله صحیح است و لازم است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: تصحیح این معامله در کمال اشکال است. به جهت این که اموال اعم است از اموری که از شأن آنها اتلاف اعیان آنها است مثل نقد و غله و غیر آن، و شرط خیار فسخ در آنها مستلزم عدم جواز اتلاف آنها است. چنانکه در رساله مفرده بیان کرده ایم که بیع مبیع در صورت خیار شرط جایز نیست، چون مبیع طلق نیست و حق بایع به آن تعلق دارد. و قید این نشده که: مادامی که اعیان باقی است تسلط فسخ داشته باشد. و همچنین تصرف در اتلاف املاک و نقل آنها به دیگری جایز نیست. و در استرداد متلفات غالباً حرج و ضرر رو میدهد. پس این معامله داخل در معامله غرور و ضرر می شود، علاوه بر این که جهالت در مدت شرط [هم] هست. چون مدت حیات مجهول است. و اما هر گاه خیار فسخ را مختص املاک کند، گاه است که در آن املاک بنای خانه میگذارد و مبلغی خسارت میکشد، و بعد فسخ اعیان خانه که از گل و خشت او بنا شده باید رد شود، و این همه ضرر است. و ظاهر حال این معامله عدم ملاحظه این تفصیلات است و جهالت اینها باعث ضرر است. و هم چنین عدم تعیین حصه آن ولد، که هر یک از موجودین چه قدر بدهند، در صورتی که صلح محاباتی باشد، هر چند غرر فی الجمله زایل می شود و سفاهتی از آن معامله لازم نمی آید لکن چون متضمن بعضی خسارات می شود باز خالی از غرر نیست، علاوه بر این که عموم جهالت که ممنوع است شامل این نیز هست. و به هر حال لا اقل شک در صحت این معامله حاصل است و اصل عدم صحت است. و اگر مراد زید این باشد که (این اشیاء مال آن اولاد باشد [و] جایز باشد برای آنها تصرف [و] هر وقت که خواسته باشد استرداد کند اختیار داشته باشد که در قدری که باقی مانده در دست آنها

استرداد کند). این نیز موجب جهالت است. چون معلوم نیست که چه چیز باقی میماند پس احد عوضین که وجه مصالحه است مجهول است، به جهت آن که وجه مصالحه در این وقت مجموع آن وجهی است که میگیرد (هر چند بسیار قلیل باشد) به ضمیمه آن تسلطی که بر آن مال دارد که معلوم نیست که آن تسلط در چه چیز است و چه قدر است. پس ظاهر این معامله فساد است. و حقیقت این جهالتها غالبا راجع می شود به جهالت اصل عوض نه مقدار آن. و آنچه در صلح مسامحه می شود از جهالت غالبا از مقدار است نه اصل عوض. والله العالم.

۱۰۱: سوال:

۱۰۱: سوال: هل يصح الصلح من دون العوض؟ ام لا بل لا بد من وجه المصالحة -؟.

جواب:

جواب: لا يشترط في تحقق الصلح المعاوضه، لان معنى الصلح الرضا والاتفاق، ولا ينافي ذلك كونه عقدا من العقود كالهبة بلا عوض، ويصح ذلك مع الاقرار والانكار. فلو كان على احد دين ل احد واقرب به ثم صالحه على نصفه، صح. وكذلك في العين. وسمى (صلح الحظيظه) فيقول (صالحتك نصف ديني على ان تعطيني نصفها) او (صالحتك داري على نصفها). ويشترط القبول وان كان في الدين. فان كونه بمنزله البراء عن النصف لا يوجب عدم اشتراط القبول. كما في البراء - على اظهر القولين واشهر هما - والظاهر ان المسئله اجماعيه قال في التذكرة (ولو قال صالحني بنصف دينك على - او - بنصف دارك هذه. فيقول صالحتك بذلك. صح عندنا. وهو قول اكثر الشافعيه). ثم قال (وانما يقتضى لفظ الصلح المعاوضه اذا كان هناك عوض. واما مع عدمه فلا. وانما معنى الصلح الرضا والاتفاق وقد يحصل من غير عوض).

۱۰۲: سوال:

۱۰۲: سوال: زيد خانه خود را صلح کرده به زوجه خود به مبلغ يك صد دينار نقد و يك من گندم موصوف. وبعد ذلك زوجه زيد همان خانه را به عقد عمری واگذاشت به زوج خود به مبلغ مزبور. آیا این عمری صحیح است یا باطل؟ -؟.

جواب:

جواب: این عقد عمری باطل است. در عمری عوضی نمی باشد.

۱۰۳: سوال:

۱۰۳: سوال: هل يصح الصلح على جزء المدعى به ام لا؟ -؟. وما دليل المانع؟.

جواب:

جواب: يصح الصلح [و] هو المسمى ب (صلح الحظيظه) ودليله العمومات والاطلاقات و ظاهر الاجماع المستفاد من التذكرة. ولعل المانع يتمسك با نه لا يجوز معاوضه احد بعض

ماله بيعض اخر من ماله، بل لابد في المعاوضه ان يكون العوض من الاخر. وفيه ان الصلح لا ينحصر في المعاوضه. بل الاصل فيه انما هو الرضا والاتفاق، واما على قول الشيخ بعدم كون الصلح عقدا مستقلا فالامر اظهر لانه، ح، هبه لبعض ماله ولا يشترط في الهبه العوض. (١)

١٠٤:سوال:

١٠٤:سوال: شخصی صلح میکند ملکی را به دیگری و شرط میکند اختیار فسخ را مادام العمر. آیا این صلح صحیح است؟ و حال آن که صلح از عقود لازمه است و باید نسبت به متعاقدين (هر دو) لازم باشد و مفروض این است که از برای مصالح لازم نیست مادام العمر، پس چگونه صادق است که مال خود را به عنوان لزوم منتقل کرد به غیر؟!

جواب:

جواب: در این مسأله دو مقام است از سخن: یکی بطلان صلح بجهه جهالت شرط، چون معلوم نیست مقدار عمر، هر چند دایره صلح اوسع است از سایر عقود در قبول جهالت و لکن معلوم نیست که در چنین صورتی جایز باشد، نظر به عمومات منع از غرر. و آنچه مسلم است جواز آن در صلح در صورت جهالتی است که استعلام آن متعذر یا متعسر باشد و نتوان قرار دادی به عمل آورد. پس در اینجا تخمین عمر میتوان کرد و به همان مقدار زمان را معین کرد. و هر گاه قبل از آن فوت شود خیار برای وارث خواهد بود. بلی میتوانیم تصحیح آن بکنیم در صورتی که صلح محاباتی باشد. مثل این که ملکی [را] که به صد تومان میارزد صلح کند به یک من گندم، که در اینجا جهالت و غرر و سفاهتی نیست.

و مقام دوم: گفتار در لزوم صلح است و اشکال آن در صورت عدم لزوم از جانب مصالح، چنانکه سائل گفته است. و جواب آن این است که عقود لازمه از قبیل اسباب اند از برای ترتب ثمرات، و از برای لزوم. و سبب به معنی علت تامه نیست بلکه تاثیر آن در سبب موقوف به وجود شرط و انتفای [مانع است، و انتفای] موانع اقسام دارد بعضی بالذات مانع می شود مثل ارتداد و رضاع لاحق در فسخ نکاح گو به حکم شارع باشد، بلکه .

ص: ٢٠٨

١- وفيه (عنایتا علی ما فی متن السؤال) ان المفروض وقوع صلح الجزء فی مقابل الجزء الاخر، و این هذا من الهبه؟ فیبطل علی قول الشيخ ایضا.

این [از] موانع لزوم نیست (۱) و رافع اصل عقد است مثل طلاق. و بعضی به جعل احد متعاقدين است مثل شرط خيار، و بعضی از لوازم شرط ضمن العقد است از باب (خيار اشتراط). و عدم لزوم، مقدر است به مقدار حصول مانع. گاهی مانع امری است که بالمره لزوم را از طرفین بر میدارد، پس لزوم نسبت به آن عقد (مالم يطرء المانع) است. و گاه است که لزوم را از یک طرف بر میدارد و لکن باز حقیقت لزوم باقی است فی الجملة، مثل ما نحن فيه که هر چند لزوم از جانباً مصالح در التزام بوده [آن را از طرف] مصالح بر میدارد. و لکن هر گاه نخواهد فسخ کند پس از نگاه داشتن وجه مصالحه از برای او لازم است، یعنی مصالح نمی تواند استرداد وجه مصالحه کند و مصالح عنه را رد کند. و ایضا ثمره لزوم از برای مصالح بسیار است. مثلاً هر گاه فرض کنیم در مصالحه مزبوره، مصالح اسقاط حق خيار کند (هر چند به سبب شرط اسقاط آن حق در ضمن عقد لازمی باشد بعد از آن. یا به سبب نذر باشد) باز صلح رجوع میکند به حال اول از لزوم نسبت به مصالح نیز. و این نیست مگر به مقتضای عقد اول. زیرا که بعد از اسقاط حق خيار، صلح تازه نمی شود و عقد دیگر هم احداث نمی شود. و دیگر آن که گاه است در عقدی خیاراتی متعدد میباشد مثل خيار غبن و خيار شرط و خيار تاخیر و غیر ذلک که در بیع میباشد و جواز فسخ به احد خیارات منافات ندارد با عدم اراده فسخ به جهت دیگر، مثلاً گاه است که نمیخواهد به خيار شرط فسخ کند به جهتی از جهات، و خيار غبن را وسیله فسخ میکند. پس در مانحن فيه (بنابر قول به عدم جریان دعوی غبن در عقد مصالحه) هر گاه به جهتی از جهات مصالح نمیخواهد فسخ مصالحه را به سبب خيار شرط بکند - و دعوی غبن هم که جایز نباشد - بر لزوم باقی است.

والحاصل: مراد از (لازم بودن عقد) آن لزوم فی الجملة است و منافات ندارد با عدم لزوم نسبت به طرفین فی الجملة چه جای یک طرف. و گاه است مسبوق است به عدم.

ص: ۲۰۹

۱- عبارت نسخه: بلکه این مواضع لزوم نیست.

لزوم اصلا، مثل بيع نسبت به خيار مجلس. و گاه است ملحوق است نسبت به هر دو ودر مدت العمر. و گاه است عدم لزوم نسبت به احدهما است و با وجود اين صادق است كه اين عقد لازم است فى الجملة. و گاه است كه ثمره لزوم نسبت به وارث ظاهر مى شود.

۱۰۵:سوال:

۱۰۵:سوال: اذا ادعى زيد على ميت عينا او ديناً، واقام البينه عند الحاكم. ثم صالحه مع عمرو بوجه معين قبل اليمين الاستظهارى وحكم الحاكم. فهل يكون الصلح مراعى الى ان يتحقق اليمين، ويصح الصلح بعد كون اليمين والحكم عند الحاكم الاول او غيره -؟ او يبطل راسا ويتوقف على الاجازه؟.

جواب:

جواب: الظاهر بطلان الصلح الا ان يلحقه الاجازه والامضاء من الطرفين بعد اليمين والحكم. لان اليمين جزء المثبت، فلم يثبت الملكيه فى ظاهر الشرع لزيد بمجرد اقامه البينه، فكانه مما باع مال غيره ثم ظهر انه ملكه، كما لو باع ملك ابيه بظن حيوته ثم ظهر موته حين البيع وانتقاله اليه ح. واما تفاوت المستلثين - فى انه فى ما نحن فيه عالم با نه ملكه فى نفس الامر دون مسئله بيع مال الاب - فلا يوجب الفرق. لان المعتبر مالكيته فى الظاهر ولا يكفى مجرد نفس الامر. سيما بالنسبه الى المصالح له الجاهل بالحال. فلما كان يحكم بكون المدعى به ملكا للميت ما لم يتم الحكم باليمين فهو محكوم با نه مال الميت فى ظاهر الشرع، وهو لا يجمع كونه ملك المدعى فى ظاهر الشرع. فثبوت كونه فى ظاهر الشرع انما هو باليمين وما لم يحصل فلم يحصل الحكم بالملكيه له فى ظاهر الشرع، وما لم يحصل له الملكيه فى ظاهر الشرع لم يصح نقله الى غيره. فلا يصح الصلح بمجرد ذلك. نعم لو اجاز بعد ذلك امكن الصحه على الاقوى من الاقوال الثلاثه فى ما لو باع مال ابيه ثم ظهر موته حين البيع. وتوضيح المقام: ان كل من له دعوى على الغير و اراد المصالحه فاما ان يصالح مع المدعى عليه فهو اما يتحقق باسقاط الدعوى والتجاذب. بشيئى مما يدعيه، او شيئى خارج منه، او بمعاوضه ما يدعيه (بعد ثبوته فى الجملة) بشيئى. واما ان يصالح مع الغير و هو ايضا اما بمصالحه الدعوى بان ينتقل الدعوى الى الغير بشيئى فذلك الغير يصير مدعيا

ويتم مدعاه بالمرافعه او المصالحة او بمصالحة المدعى به بشيئى. وفي هذه الصورة و ما شابهها من الصور السابقه لابد من تحقق مورد المصالحة وتملكه له فى ظاهر الشرع، و بدونه لا يصح المصالحة الا بلحوق الاجازة بعد ثبوت الملك باليمين والحكم. وبالجملة: كون شىء [له] (سواء كان عينا او دينا) يحتمل وجوها. لانه يحتمل كونه له فى ظاهر الشرع وكونه له فى نفس الامر. وكل منهما ايضا يحتمل كونه فى الظاهر او فى نفس الامر. اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى نفس الامر فهو مثل ما ثبت استحقاؤه بيد التصرف او البيئه وامثالهما، فهو الحكم الظاهرى النفس الامرى. و اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى الظاهر لانفس الامر مثل ما نحن فيه فان زيدا ظن انه ثبت فى حقه حكم الله الظاهرى بمحض البيئه، بسبب جهله بالحكم. و جهل من يصلح معه ايضا. وبعد العلم بالمسئله ينكشف له انه لم يثبت له الملك بالحكم الظاهرى. و اما كونه له فى نفس الامر بالنسبة الى نفس الامر دون الحكم الظاهرى. فهو مثل انهما عالمان با نه حق زيد فى نفس الامر مع كونه فى يد الغير، وحصل العجز عن الاثبات فى ظاهر الشرع. و اما كونه كذلك مع الحكم الظاهرى فمثاله ما تقدم مع حصول الاثبات الظاهرى ايضا. هذا اذا كان المصالح عليه مالا. و اما اذا كان حقا: فهو ايضا اما من الحقوق الشبيهه بالمال كحق الشفع والخيار وامثال ذلك، او حق الدعوى. اما الاول فيجرى فيه الاحتمالات المتقدمه. و اما الثانى فهو ايضا [كذلك] وان كان قد يجرى فيه بالنظر الى التنازع فى كون الدعوى مسموعه ام لا- لىترتب عليها النقل بالمصالحة، وعدمه. لكن العمده فى ذلك معرفه انه قد يقع المصالحة فيه باسقاط الدعوى باداء شىء اذا كان المصالحة مع المدعى عليه، فيسقط حق التجاذب والتنازع باداء شىء. او ينقل الدعوى الى الغير باداء شىء بان يحتمل ذلك الغير الدعوى ليحصل منها شيئا بالبيئه واليمين وغيرهما. اذا عرفت هذا فنقول: ان نقل الدعوى بعد كونها مسموعه وان كان لا يتوقف على ثبوت الحق المدعى به بالنظر الى الحكم الظاهرى او النفس الامرى (بل يكفى فى ذلك كون الدعوى مسموعه) لكن المفروض فى صورته السؤال:

ويتم مدعاه بالمرافعه او المصالحة او بمصالحة المدعى به بشيئى. وفي هذه الصورة و ما شابهها من الصور السابقه لابد من تحقق مورد المصالحة وتملكه له فى ظاهر الشرع، و بدونه لا يصح المصالحة الا بلحوق الاجازة بعد ثبوت الملك باليمين والحكم. وبالجملة: كون شىء [له] (سواء كان عينا او دينا) يحتمل وجوها. لانه يحتمل كونه له فى ظاهر الشرع وكونه له فى نفس الامر. وكل منهما ايضا يحتمل كونه فى الظاهر او فى نفس الامر. اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى نفس الامر فهو مثل ما ثبت استحقاؤه بيد التصرف او البيئه وامثالهما، فهو الحكم الظاهرى النفس الامرى. و اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى الظاهر لانفس الامر مثل ما نحن فيه فان زيدا ظن انه ثبت فى حقه حكم الله الظاهرى بمحض البيئه، بسبب جهله بالحكم. و جهل من يصلح معه ايضا. وبعد العلم بالمسئله ينكشف له انه لم يثبت له الملك بالحكم الظاهرى. و اما كونه له فى نفس الامر بالنسبة الى نفس الامر دون الحكم الظاهرى. فهو مثل انهما عالمان با نه حق زيد فى نفس الامر مع كونه فى يد الغير، وحصل العجز عن الاثبات فى ظاهر الشرع. و اما كونه كذلك مع الحكم الظاهرى فمثاله ما تقدم مع حصول الاثبات الظاهرى ايضا. هذا اذا كان المصالح عليه مالا. و اما اذا كان حقا: فهو ايضا اما من الحقوق الشبيهه بالمال كحق الشفع والخيار وامثال ذلك، او حق الدعوى. اما الاول فيجرى فيه الاحتمالات المتقدمه. و اما الثانى فهو ايضا [كذلك] وان كان قد يجرى فيه بالنظر الى التنازع فى كون الدعوى مسموعه ام لا- لىترتب عليها النقل بالمصالحة، وعدمه. لكن العمده فى ذلك معرفه انه قد يقع المصالحة فيه باسقاط الدعوى باداء شىء اذا كان المصالحة مع المدعى عليه، فيسقط حق التجاذب والتنازع باداء شىء. او ينقل الدعوى الى الغير باداء شىء بان يحتمل ذلك الغير الدعوى ليحصل منها شيئا بالبيئه واليمين وغيرهما. اذا عرفت هذا فنقول: ان نقل الدعوى بعد كونها مسموعه وان كان لا يتوقف على ثبوت الحق المدعى به بالنظر الى الحكم الظاهرى او النفس الامرى (بل يكفى فى ذلك

كون الدعوى مسموعه) لكن المفروض فى صوره السؤال: انه ليس من باب اسقاط الدعوى الذى لا يتحقق الا مع المدعى عليه.
بل انما هو من باب مصالحه المال العينى او الدينى لغير المدعى

ص: ٢١١

عليه، ولا بد فيه ان يكون موردها ثابتا معلوما معينا، سواء كان معلوم المقدار او مجهوله، وباقسامها على اختلاف في بعضها. فالقول بصحة المصالحة مراعا بتتميم الحكم الظاهري باليمين والحكم، لاعمى له. اذ لا بد من كون المصالحة مسبوقه بالملك الظاهري (شرعا او النفس الامرى) المعلوم للطرفين، المفروض خلافه، لعدم الحكم الشرعى الظاهري قبل اليمين وعدم العلم بنفس الامر لذلك الغير وليس هناك صلح على اسقاط حق الدعوى، ولا نقل الدعوى الى الغير حتى لا يحتاج الى ذلك. فان قلت: اليمين الصحيحه بعد اقامه البيئه كاشفه عن مالكيه المصالح حين العقد، فيصح الصلح ويلزم بوقوعه فى ملكه. كما ما لو اجاز المالك البيع الفضولى المترتب عليه العقود المتعلقة اذا كان المجاز هو البيع، على القول بالكشف. قلت: فرق بينهما. لان ما نحن فيه بعد تنبه المصالح له لعدم الملكيه فى ظاهر الشرع يفسخ عقده، لكونه فى مال الغير مع علمه به بسبب تصرف المدعى عليه او برائه ذمته بالاصل. وله الفسخ بعد التنبه بظهور هذا العيب وهو توقف ثبوت الملكيه فى الظاهر باليمين. فاذا انفسخ او فسخ فعوده يحتاج الى دليل. والقول بوجود ترتب الثبوت باليمين بمجرد احتمال الاثبات، لادليل عليه. بخلاف العقود اللاحقه فى الفضولى، لعدم فسخ المشتري فيها ولا انفساخها. ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل اليمين الصحيحه استظهارا، فالظاهر، بقاء خيار الفسخ بالاستصحاب (1). كما فى خيار العيب والغبن اذا ارتفعا قبل الفسخ والامضاء، على الاظهر. فان قلت: نعم، ولكن الانفساخ او البناء على الفسخ انما هو ما لم ينكشف المالكيه باليمين لامطلقا، فيعود حكم الصلحه بعد الانكشاف باليمين. وبعبارة اخرى نقول ان هذا العيب انما ظهر على ظاهر الشرع، فالانفساخ او الفسخ ايضا انما هو على ظاهر الشرع، فيبقى العقد (2) على ما هو عليه فى نفس الامر مراعى بظهور عدم العيب فى نفس الامر. وح .

ص: ٢١٢

١- عبارات النسخه: لعدم فسخ المشتري فيها ولا انفساخها ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل اليمين الصحيحه استظهارا. والظاهر...

٢- وفى النسخه: فيبنى العقد.

يدل على الصحة عمومات الصلح. قلت: سلمنا عدم الانفساخ في نفس الامر ولكن الظاهر من ثبوت خيار الفسخ (بسبب طرو العيب الذي هو ممنوعيته من التصرف في ظاهر الشرع) انما هو الفسخ بالنسبه الى نفس الامر. مع انا نقول ان هذا لا يتم اذا قصد الفسخ في نفس الامر. اذ لا مانع له منه اصلا بعد ظهور العيب. هذا، واما الاستدلال بالعمومات: ففيه ان كلما ورد لفظ الصلح في الايات والاحبار، ظاهره في صورته النزاع والشقاق، لا الصلح الابتدائي، حتى قوله (عليه السلام) (الصلح جازي بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا). فانه وقع بعد قوله (عليه السلام) (البينه على المدعى واليمين على المدعى عليه) (١) فهو ظاهر في الصلح بين المتداعيين. سلمنا، ولكن المتبادر منه الصلح البات، يعنى صيغه الصلح انما هي الناقله للحق الى المصالح له من دون حاجه الى شيئى آخر كاليمين. حتى انا نقول ان العمده في تصحيح الصلح [في] العقود الفضوليه كلها، هي عمومات (اوفوا بالعقود) كما (٢) ورد الاخبار في بعضها. لا بعمومات البيع والصلح والاجاره مثلا. فنقول: ان قولهم عليهم السلام (الصلح جازي بين المسلمين) له احتمالان: احدهما: الرخصه والجواز. والثاني: انه مضمي و لازم. كما في قوله (اقرار العقلاء على انفسهم جازي) و (نكاح الوعى على الصغير جازي). وعلى الاول لا يثبت اللزوم، ومع تنبه المصالح له على ان المصالح لم يكن مالكا في ظاهر الشرع ولا عالما بكونه له في نفس الامر لا يلزم حتى لا يقدر على الفسخ وعدم الامضاء. وعلى الثاني فلا معنى لكون العقد بعد التنبه المذكور مضمي لازما. غايه الامر جواز ان يمضى بعد اليمين الاستظهارى فيصير مضمي، وهذا ليس معنى كون الصلح ماضيا في اول الحال من حيث انه صلح، بل هو امضا له بالاجازه. كما انا نعتمد في لزوم الفضولى. فلم يبق الا الاجماع المنقول وعمومات (اوفوا بالعقود) ونحوه)..

ص: ٢١٣

١- وسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، باب ٣ ح ٢.

٢- وفي النسخه: وانما ورد الاخبار...

والاجماع فى موضع النزاع، والعمومات لها شرايط فما كان من العقود من باب نقل ملك الى آخر مشروط بثبوت الملكيه للعاقده، او ولايه العاقده، او اجازته العاقده واجازته المالك. والمفروض عدم الاولين، لان المعبر من الملكيه هو ما يحكم بها فى ظاهر الشرع، فيبقى الاشكال على الاجازة والامضاء. نعم يكفى الملكيه فى نفس الامر اذا علم بها المصطلحان فى نفس الامر، ان لم نقل باشرط تمكن التسليم فيه، كما هو الظاهر. بخلاف مثل البيع والاجازة. فلو علم المصطلحان بالملكيه الواقعيه فنقول بصحتها وان توقف تمامها على شىء آخر من اليمين وغيرها. واما لو علم بها المصالح وجهل بها المصالح له وظنا كفايه الثبوت بالبينه فقط، فهو نقل لملك الغير فى ظاهر الشرع وقبول النقل كذلك. وان ظنا الملكيه فى الواقع بسبب البينه. فهما ممنوعان من النقل والانتقال فى ظاهر الشرع الذى هو المعيار فى صحه النقل بعنوان البت واللزوم. ولا يحصل به النقل الا بالاجازة بعد اليمين. فهما كالغاصبين من الطرفين فى النقل والانتقال ولا ينفعهما ظنهما الغلط بثبوت الملك فى ظاهر الشرع. بل ويشكل المقام فى ما لو كان المصالح غير عالم بنفس الامر الا من جهه البينه، ان قلنا بصحه اليمين ح. لان فيها اشكال، للزوم اليقين فى اليمين. الا ان يقال انه يحلف على عدم الابراء وعدم الوفاء، لا- بخصوص يقين البقاء، وقلنا بكفايه ذلك. كما هو الظاهر. والحاصل: ان اذعانهما الفاسد لا يكفى فى تصحيح النقل. والمعيار هو ثبوت الملك فى ظاهر الشرع، وهو لا يجتمع مع ثبوت يد الوارث على المال وبرائه ذمه الميت على الاشتغال بحق الغير، ولا ينفع الثبوت النفس الامرى فى تصحيح العقد الا فى ما علماه كما قلنا (وان لم نقل بصحته فى مثل البيع لتعذر التسليم لكونه محكوما با نه ما الغير فى ظاهر الشرع). على انا نقول: ان الايجاب والقبول ح وان كانا فى صورته التنجيز والبت بالنظر الى اذعانهما الفاسد بحصول الملك فى ظاهر الشرع، ولكنهما معلقان فى الواقع. اذ لو قال لهما احد انه (لم يثبت بمجرد البينه الملك فى ظاهر الشرع فكيف تنجزان العقد؟) يتفطنان. لان العقد معلق بحصول الملك، والانشاء المعلق لابعره

به وان كان التعليق تقديريا. كما ذكره بعضهم في بيع الولد ملك ابيه بظن موته. (١) فهما عالمان بالتعليق وان لم يعلما بكونهما عالمين. و (العلم بالشيء لا يستلزم العلم بالعلم) كما ان (الجهل بالشيء لا يستلزم كونه عالما بالجهل) كما في الجهل المركب. والحاصل: ان قبول النقل وحصول اثر الانتقال موقوف على قابلية المنقول للانتقال بالفعل في الواقع. وهو ليس بقابل له لعدم ثبوت الملكيه في ظاهر الشرع. لامتناع احتمال ملكيه الناقل والمنقول اليه مع ملكيه ذى اليد في ظاهر الشرع. فغايه الامر كونه مراعى بالاجازة ثانيا من الجانبين، لا- انه مراعى بحصول اليمين الناقله بعد ذلك، اذا لمفروض عدم تاثير الانشاء قبل ثبوت الملك في ظاهر الشرع وعدم نقل اخر بعد اليمين، فغايه الامر حصول ايجاب وقبول على ملك بدون ثبوت الملكيه فهو عقد فضولى. وبالجمله: انا نقول ان معنى قوله تعالى (اوفوا بالعقود) - على ما يظهر من المفسرين من الخاصه والعامه واهل اللغه - الوفاء بالعهود الموثقه، والعهود الموثقه المأمور بايفائها اما عهود موثقه غير ممنوعه من الشارح، او ممنوعه ملحقة بها الاجازة (مثل اجازة المالك لبيع المغصوب، فان الامر بالوفاء انما هو بعد الاجازة) او غير ممنوعه غير لازمه - مثل الفضولى المصطلح بعد لحوق الاجازة - ونحن وان سلمنا ان المصالح لامنح له في نفس الامر ولم يكن ممنوعا في الظاهر ايضا بسبب زعمه الفاسد فارتفع الاشكال من قبله، و لكن لم يكن عهد موثق من جانب المصالح له في نفس الامر ولا في ظاهر الشرع بعد التنبه لفساد زعمه. فليس له عهد موثق الامع الاجازة بعده، ان قلنا بعدم الانفساخ رأسا حتى يجب الوفاء له. وهذا كله في صورته نقل المدعى لا الدعوى، وفي صورته التنجيز لا التعليق، لبطلان التعليق، وصحة صورته [نقل] الدعوى بدون الاجازة (٢). نعم يصح الصلح في صورته علم الطرفين بنفس الامر بلا اشكال، بناء على عدم اشراط التمكّن من التسليم في الصلح اذا .

ص: ٢١٥

١- وفي النسخه: في بيع مال الولد ملك ابيه بظن حيوته.

٢- وفي الكلام لف ونشر مشوش. ولو قال (لصحة صورته نقل الدعوى بدون الاجازة، ولبطلان التعليق) كان مرتبا.

بنيا الصلح على نفس الامر. واما الكلام في لحوق اليمين والحكم: فان كان من حاكم آخر (سواء مات الاول او لم يتمكن من الوصول اليه او امكن الوصول اليه) فالظاهر عدم الكفايه، بل لا بد من الرجوع الى الاول او تجديد المرافعه عند الثاني، وان كان من الحاكم الاول فهل يكتفى باليمين ولو بعد مده مديده، ففيه اشكال، لظهور الاقوال والادله في لزوم كون اليمين في مجلس الحاكم الا في بعض الصور كتحليف المخدرات اللاتي لا يحضرن المجالس او المعذور من الحضور

١٠٦:سؤال:

١٠٦:سؤال: اذا صالح زيد بعض املاكه مع بعض ولده الكبار وولده الصغير، و جعل لنفسه خيار الفسخ في مده سنه، ثم مات قبل انقضاء السنه. فهل لسائر الورثه الفسخ مع عدم الرضا من المصالح له -؟.

جواب:

جواب: لم اقف على تصريح بالمسئله في كلماتهم في باب الصلح، ولكنهم ذكروه في باب البيع. والظاهر ان الحكم لا يتفاوت لاتحاد الماخذ. وسيما مع تصريحهم. بجواز شرط الخيار في الصلح. قال العلامة (ره) في القواعد (والخيار موروث بالحصص كالمال من اى انواعه كان). الى ان قال (وهل للورثه التفريق؟ نظر. اقربه المنع وان جوزناه مع تعدد المشتري). وتبعه هنا في المنع ولده في الايضاح، وهو المحكى عن غيره ايضا، وما ذكره في الايضاح من وجه الاشكال في المسئله: اما من جانب عدم الجواز: فهو (ان التفريق يستلزم تعيب السلع ومقتضى الخيار ردها بلا عيب كما باعها، فان العقد انما وقع لو احد فليس فيه تفريق حقيقه ولا- حكما) واما من جانب الجواز: (فانه حق لكل واحد في الجميع). ثم قال في وجه ترجيح المنع (انه لا ينتقل اليهم الا ما كان لمورثهم ولم يكن الا- خيارا واحدا في الجميع ولا- له التفريق) ثم قال (ولا- وجه عندى لاحتمال التفريق). وقال في المسالك (لو تعدد الوارث واختلفا في الفسخ والاجازه، قيل قدم الفسخ. وفيه نظر. وعلى تقديره ففي انفساخ الجميع اوفى حصه خاصه ثم يتخير الاخر لتبعض

الصفقه، وجهان). وتبعه بعبارة بعض افاضل المعاصرين. وهو المحكى عن المحقق الثانى فى شرح القواعد ايضا. اقول: والقول بتقديم الفسخ فى صورته الاختلاف ايضا منقول عن التذكرة والدروس. وعن المحقق الثانى فى شرح القواعد تعليقه بان المجيز لا يملك لابطال حق غيره انما يملك ابطال حق نفسه. اقول: وتحقيق المقام ان معنى شرط المشتري لنفسه خيار الفسخ الى سنه (مثلا) ان له ان يبقى البيع على لزومه او يفسخه الى آخر السنه. وهذا المعنى امر ممكن الحصول فى نظر المتبايعين حين العقد ولكن قد يحصل الكاشف عن عدم الامكان فى نفس الامر كما لو نذر احد ان يذبح كبشا معنا مشخصا يوم النحر والمفروض فى نفس الامر ان الكبش يموت يوم عرفه. فثبوت مقتضى مثل هذه الامور بتمامه مراعى الى آخر الامر. فلا يجوز لذلك النادر ان يذبح الكبش قبل يوم عرفه ولا ان يبيعه او يخرج عن ملكه. ولكن بعد ما ظهر موته فى يوم عرفه انكشف بطلان النذر من الاصل لعدم تكليف به فى نفس الامروان كان مامورا بمقتضاه وتوطين النفس عليه فى بادى الامر. فنقول فى مانحن فيه: انه لا بد فى بادى النظر من توطين الطرفين نفسيهما على خيار الفسخ الى آخر المده، فان بقى المشتري الى آخر المده واختار اما الفسخ واما الالتزام، فحصل الكاشف عن الصحه فى تمام المده. ولو مات فى وسط المده ظهر بطلانه بالنسبه الى ما بعد الموت لعدم الامكان منه ولا- من الوارث لو لم نقل بانتقال الحق الى الوارث، واما على القول بالانتقال الى الوارث (كما هو الحق) فالحكم بالنسبه الى الوارث مختلف. فان اتحد الوارث او اجتمعوا فى الراى ان تعددوا، صاروا كنفس واحده فيمكن تحقق الخيار بالنسبه اليهم ايضا. وان اختلفوا فبعضهم يريد الفسخ وبعضهم الامضاء فيكشف ذلك عن بطلان شرط الخيار بالنسبه اليهم. لعدم امكان اعمال اراده الطرفين لاجتماع النقيضين. فالقول بالزام الطرفين على الموافقه خروج عن معنى الخيار فتحقق الخيار محال بالنسبه اليهم. والقول بالتبعيض والتقسيم واعتبار مقتضى اراده كل واحد منهما بالنسبه الى حصته من الميراث ايضا فاسد، لان الخيار فى شىء واحد بالالزام فى الجميع او الفسخ

فى الجمىع. والتبعض المذكور لىس فى معنى الخيار المشرط فتحقق الخيار المشرط فى هذه الصورة اىضا غير ممكن. والقول بتقديم قول الفاسخ لا- وجه له لعدم الامكان. اذ لا وجه الا شرط الخيار وهو انما وقع على الجمىع، فىبقى العقد على لزومه لا بمعنى تقديم المجرى على الفاسخ حتى يعارض بما ذكرنا، بل لان الشرط لم ىشمل هذه الصورة فىبقى العقد على حاله. ومما ذكرنا ىظهر ضعف الوجهين معا مع فرض تقديم الفاسخ. اذ لو بنىنا على هذا الفرض المحال فلا معنى لانفساخ الجمىع قسرا بفسخ بعض الورثة، بل لادلىل. مع ان القسرىه منافىه لمفهوم الخيار، والمفروض ان المتمسك فى المسئلة لىس الا هو. ولا لقبول قول الفاسخ فى حصته وثبوت خيار التبعض للباىع، (1) فانه مستلزم لاضرار الوارث المجرى. مع ان متمسكه نفس العقد لا محض الاجازة، على ما بىناه. فلا ىجدى رفع الضر عن الباىع (2). تضرر شرىك الوارث. والحاصل ان: فى صورة الاختلاف لا ىمكن تصحىح العمل بمقتضى الخيار المشرط. ولا وجه للتفرىق كما صرح به فخر المحققىن اخىرا، والظاهر انه اىضا اراد ما اردنا، لانه ىصح ولو بالاجتماع قسرا لو قد منا الفاسخ، فلا بد ان ىبقى العقد على اللزوم [او ىحصل] رضاء الجمىع بالفسخ. فان قلت: اذا لم ىكن الشرط ممكن الوقوع، فىكون فاسدا، وبانتفائه ىنتفى العقد. فلىس هذا من باب تقديم الفسخ، بل لاجل انتفاء العقد. والحاصل: ان العقد انما وقع بهذا الشرط ومع انتفائه ىنتفى المشروط، فىرجع الى اصل عدم العقد. وهذا ىفید فائده الفسخ وان لم ىكن فسحا. قلت: ان القدر المسلم انما هو عدم تحقق الوقوع بالنسبه الى الوارث، لاعدم امكان الوقوع. فهو باع بشرط الخيار الممكن الوقوع، فى حال انه ىعتقد وقوعه، لا بشرط .

ص: 218

- 1- والاصح (المشرى). لانه المناسب فى فرض المسئلة وتصوىرها، كما فى سوال السائل. ولعله اختار لفظ (الباىع) هنا لمراعات التمشى مع العلامه فى القواعد حىث فرض اشتراط خيار الفسخ من جانب المشرى، كما ىاتى بعد سطور.
- 2- والاصح (المشرى). لانه المناسب فى فرض المسئلة وتصوىرها، كما فى سوال السائل. ولعله اختار لفظ (الباىع) هنا لمراعات التمشى مع العلامه فى القواعد حىث فرض اشتراط خيار الفسخ من جانب المشرى، كما ىاتى بعد سطور.

ان يقع ايجاب عقد و شرط صحيح فى الظاهر. فيستصحب صحته. وعدم تحققه من الوارث او عدم الامكان منه بسبب امر خارجى لا يوجب امتناعه بالذات ليكون فاسدا. فيبقى على الزوم من جهة اصل العقد، لامن جهة الاجازه. ولا يستلزم ذلك تبعض الصفقه ولا تفريق الورثه. بل انما هو تفريق فى اوقات الشرط بسبب الوقوع وعدم الوقوع، فيحكم بمقتضاه فى حيوة المورث وفى صورته اتفاق الوارث او وحدته. بخلاف مالو تعدد واختلفوا. واما ما توهم فى وجه تقديم الفاسخ - با نه مقتضى الشرط واعتباره عند الشارع ثابت، وهو يقتضى اعماله فى الجميع، فلا بد ان يعم الجميع - فقد عرفت اندفاعه بمنع ثبوته عن الشارع فى مثل ذلك لعدم الامكان. مع انه معارض بان مقتضاه ايضا جواز اجازته للجميع. والقول بان الاجازه انما هو مقتضى العقد (ولا حاجه فى تحققها الى شىء زائد على العقد بخلاف الفسخ، فليس للمعارض ان يقول ان الاجازه ايضا حق للمجيز ولا يجوز ابطاله ايضا)، فاسد. اذ بعد اشتراط الخيار يصير العقد متزلزلا والفسخ والاجازه فى ذلك سيان. فاذن اتضح ان الحق هو مختار العلامه فى القواعد وولده فى الشرح ومن وافقهما، ولكن للوجه الذى حققناه، لا لما ذكرناه فى وجهه. ثم: بعد ما عرفت ما ذكرناه [يظهر] لك ان مراده (ره) فى القواعد حيث قال - قبل العبارة التى نقلناها هنا - (والخيار موروث بالحصص كالمال فى اى انواعه كان، الا الزوجه غير ذات الولد فى الارض، على اشكال، اقربه ذلك ان اشترى (١) بخيار فترث من الثمن... انتهى) بيان حكم (٢) مالو اتفق الورثه كلهم فى الفسخ او الامضاء. والعبارة السابقه (التي ذكرناها) فى بيان حكم مالو اختلفوا فى ذلك. ولا- باس من التعرض لشرح هذه العبارة ايضا لما فيه من الفائدة. فنقول: مراده (ره) ان الخيار من اى نوع كان (خيار الشرط او غيره من الخيارات) موروث بالحصص، كالمال. يعنى ما اقتضاه الخيار من استقرار ما كان متزلزلا للمورث بسبب الخيار ان اختاروا الامضاء جميعا، او رجوع العوض اليهم بسبب الفسخ ان فسخوا جميعا. فهو موروث .

ص: ٢١٩

١- هذا ما اشرنا اليه من (فرض صورته اشتراط الخيار للمشتري) ووافقه المصنف قبيل سطور.

٢- اى: مراده بيان حكم...

بالحصص كالمال الثابت بالأصل الذي لم يسنحه سانحه من موجبات الخيار. فيرثون ما يستقر لهم ح بالخيار على ما فرض الله لهم من الحصص الا الزوجه - غير ذات الولد - في الارض، على مختاره من اختصاص المنع بغير ذات الولد. فان عملها بمقتضى الخيار وموافقتها لسائر الوراث فيه لا ينفذ لها في شئى لحرمانها عن الارض، فلا حق لها في الخيار على اشكال اقربه المنع في الارض من الخيار في الارض ان اشترىه، بخلاف ما لو باعه. وحاصل ما فهمه جماعه من الشراح على ما حكى عنهم (ومنهم ولده (ره)) ان الزوجه غير ذات الولد لا ترث من الخيار المتعلق بالارض على اشكال. والاقرب من هذا الاشكال ارثها ان كان الميت اشترىها بخيار، لانها تفسخ ح فترث من الثمن. لانها ترث من كل ما عدا الارض ومن جملتها الخيار المتعلق بالارض. فانه من جمله المورثات [و] ليس [فيه] نص حتى تمنع عنها (1)، الا- ان يكون العوض ارضا، فلا خيار لها. بخلاف ما لو باع بخيار لانها اذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئا. والذي يحضرني من عباره الشراح هي عباره الايضاح فقال في وجه الاشكال (لانه ينشأ من عدم ارثها منها فلا- يتعلق بها، فلا ترث من خيارها. ومن ان الخيار لا يتوقف على الملك كالا جنبي). ثم قال (ثم فرع المصنف دام ظله انه لو كان المورث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار لان لها حقا في الثمن، ويحتمل عدمه لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ فلو علل بارثها دار. والاصح اختيار المصنف فان الشراء يستلزم منعها من شئى نزله الشارع منزله جزء من التركة وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه). اقول: مبنى ما ذكره من وجهى الاشكال على انه هل تعتبر موافقه الزوجه المذكوره لهم حتى يدخل في مسله اجتماع الوراث (وان لم يستحق شيئا بالموافقه) ويضر مخالفتها لدخولها في مسله التفريق كذلك؟ -؟. فوجه الاعتبار ان الخيار غير المال وارثه لا يتوقف على حصول المال، كما قد يثبت الخيار للاجنبي ولا حظ له في المال. ووجه عدم الاعتبار ان الزوجه لما انقطعت حقا عن الارض فلا بد من ان ينقطع حقا عما يتعلق بها من الخيار. وعلى هذا فما استقر به العلامة وصححه هو القول بالتفصيل والفرق بين ما اشترى المورث ارضا [وبين ما] لو باع ارضا، فيثبت الخيار لها في الاول دون الثانى..

ص: ٢٢٠

١- عباره النسخه: فانه من جمله المورثات ليس نصا حتى تمنع عنها.

اما ثبوت الخيار فى الاول: فلان بالفسخ وموافقته لهم فى ذلك يرجع اليهم الثمن وهو مما يتعلق به حق الزوجه وترث منها، لان لها حقا فى الثمن. واما ما ذكره من احتمال عدم الخيار معللا بلزوم الدور، ففيه ان طرفى الدور مختلفان. لان معنى قوله (لا ترث من الثمن الا- بعد الفسخ) ان استحقاق الارث موقوف على فعلية الفسخ وتحققه. ومعنى قوله (ولو علل بارثها دار) انه لو علل استحقاق الفسخ وجوازه لها باستحقاقها للارث من الثمن دار. وانت خير بان هذا ليس دو را ويصح ان يقال: ارثها من الثمن موقوف على حصول الفسخ ممن يصح عنه الفسخ وجواز فسخها للبيع ايضا موقوف على جواز ارثها من الثمن ولا- دور. بل يمكن منع مقدمه الثانيه ايضا. واما قوله (فان الشراء يستلزم منعها من شئى...) فالظاهر ان مراده دفع الدور. و مرجع كلمه (شئى) يعنى ان الشراء منع الزوجه عن الثمن الذى نزله الشارع بسبب حكم خيار الشرط منزله جزء من التركة. يعنى انه وان خرج من ماله بسبب الشراء وصار ملكا لصاحب الارض، ولكنه بسبب الخيار نازل منزله جزء التركة، فكانه مما بقى فى ماله بعد الموت، فصدق ان الخيار تعلق بما ترث منه ولو بالقوه، فيجوز الفسخ من الزوجه لترث من الثمن. اقول: وتحقيق المقام ان طرح مسئله الزوجه فى حكم الارض انما يرجع حقيقه الى انه هل يعتبر موافقتها للورثه فى الارض فسخا ام لا؟-؟. فبعضهم نظر الى عدم تعلق حقها بالارض فلم يعتبره. فكانه خارج عن الوارث ولا مدخل لها فى مسئله التفريق. وبعضهم نظر الى انه حق موروث والكل فيه سواء فيعتبر موافقتها لهم وان لم ترث شيئا. والصواب ان يقال: حق الخيار مما ينتقل الى الورثه بموت المورث. وظاهر كثير منهم يعم هذا الخيار (١)، بل ظاهر بعضهم (الاجماع بجميع انواعه عد اخيار المجلس ففيه اشكال). و يدل عليه الحديث النبوى - المشهور المنجبر ضعفه بالعمل - (ما ترك به الميث من حق فهو لوارثه (٢)) مويدا لسائر العمومات. ولا ملازمه بين ثبوت الحق واستفاده المال..

ص: ٢٢١

١- وفى النسخه: عدم الخيار.

٢- الحديث مشهور فى السن الفقهاء ولكن ما عثرت به فى منابع الحديث من العامه والخاصه، كما اسلفنا الكلام فيه كتاب البيع من المجلد الثانى.

وح نقول: ان الزوجه من الوارث جزما، يصدق عليه عنوان الوارث وترث سائر الحقوق، ولا دليل على اخراج هذا الحق من البين. وقد عرفت عدم الملازمه بين الخيار و حصول المال، كما فى خيار الاجنبى. وكون وضع اصل الخيار للارفاق والمصلحه، لا ينافى طرو عدم المصلحه. اذ الارث معنى ثبت قسرا ولا- اختيار فيه للمكلف. والخيار للمورث وان كان منبعثا عن داعى ارفاق الحال ومصلحته وقد انتقل قسرا بالادله السابقه الى وارثه، فهو ثابت له سواء نفعه ام لا- فربما كان مال الشخص تقربه عينه ويطيب معه معيشته وهو سم لوارثه (١) كما لو كان لاحد متسلط غالب قاهر جاريه تسوى الف دينار وانتقلت الى وارث ضعيف عاجز، وارخت الظلمه بعد فوته عنان التغلب واذوه بانواع الايذاء. او كان لمورث ضيعه يطيب العيش بها ولا يقدر احد على ان يظلمه وانتقلت الى وارثه الضعيف الفقير العاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم وانتقلت الى وارثه الضعيف الفقير العاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم واتباع السلطان فى اخذ المتوجهات الغير المحصوره، ولا مشترى لها ولا يمكنه التخلص عنها. والحاصل: ان الدليل يقتضى ان الزوجه مثل سائر الورثه فى هذا الحق، سواء وصل بها شىء ام لا. ويظهر الثمره فى دخوله فى مسئله تفريق الورثه وعدمه، ويتفرع عليه احكامه. وقد عرفت التحقيق فى صورته التفريق. فالمستشككين فى المسئله والمفصلين انما نظروا الى ملاحظه المصلحه واستحقاق الزوجه من المال، ونحن انما نظرنا الى ما ثبت من عموم الارث فى الحقوق. وظنى انه لا- مناص من اعتبار الموافقه والمخالفه فيها ايضا. ثم: ان المحقق الثانى اورد على شرح الكتاب (٢) (على ماحكى عنه) اولا: بان هذا الحكم غير مستقيم لان الارض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت. فكيف ابطال استحقاقهم لها واخراجها عن ملكهم. وثانيا: بانها اذا ورثت فى هذه الصوره وجب ان .

ص: ٢٢٢

- ١- كذا. ويمكن ان يكون (مسم لوارثه). او الصحيح لفظ آخر فى الاصل و غيره الناسخون.
- ٢- ولعل الصحيح: ان المحقق الثانى اورد (فى الشرح) على الكتاب. اى اورد فى (جامع المقاصد) على قول العلامه فى القواعد.

ترث فيه اذا باع الميت ارضا بطريق اولى. لانها ترث ح من الثمن. وحاصل البحثين ان الموت سبب لانتقال الارض الى غير الزوجه من الورثه وليست الزوجه بوارثه بالنسبه اليها، فلا تملك ابطال استحقاقهم بالفسخ. ولو فرض امكان تسلطها على ذلك فى مال الغير فاثبات تسلطها فى مال نفسها اولى، كما اذا كان باعها بخيار. اذ ثمن الارض ح ملك للزوجه بقدر حصتها، ففسخها للبيح بقدر حصتها انما يوجب تصرفها فى مال نفسها، لانها ترث من الثمن بقدر حصتها. وقدر يعترض عليه: اما على الاول: فبالنقض بما لو كان المال غير الارض والفسخ هو الزوجه او غير الزوجه، كما لو اشترى الميت فرسا بالخيار فبفسخ الزوجه يلزم انفساخ سبعة اثمان الفرس، ولا- حق لها فيه. فلا- وجه لتخصيص الكلام بالارض، وهو باطل. واما على الثانى: فبمنع الاولويه، وحاصله ان وضع الخيار انما هو لاجل الارفاق والمصلحه لمن له الخيار والمفروض ان الفسخ مخالف لمصلحتها لو كان الارض مما باعها الميت. بخلاف مالو اشترىها. لانها ترث من القيمه. فالاولويه ممنوعه. اقول: لم احصل من الاعتراض الاول شيئا. اذ مراد هؤلاء ان جميع الارض انتقل الى الوارث غيرها وتصرفها فى فسخ الشراء - ولو بالنسبه الى قدر حصتها وهى الثمن - اتلاف وابطال لحق الغير. يعنى ان مقدار حصتها ايضا من حق الغير ولا يجوز ابطاله. لان فسخها فى البعض يوجب ابطال حق غيرها فى قدر حصتهم، ولان فسخ الكل يوجب ابطال حق غيرها. واما فى مثال الفرس فلا ريب انها مالكة لثمنها، ففسخها بقدر حصتها لا يوجب ابطال حق غيرها لا فى الجزء - لانه لاحق لهم فيه حتى يلزم بطلانه - ولا فى الجميع وهو ظاهر. واما الاعتراض الثانى: فنظر المحقق الثانى الى ان فى صورته الا-شراء انقطع حق الزوجه عن الارض، لانها لا ترث منها وعن ثمنها لانه خرج عن ملك الميت قبل موته فلا مورد لتعلق خيارها به. بخلاف مالو باع الميت ارضا واخذ ثمنها فالثمن من الثمن مال الزوجه و الخيار المتعلق به ارث لها، فيصح فسخها فيه. واما ذكره من كونه خلاف موضع الخيار لعدم المصلحه: ففيه ان كون الحكمة فى

ذلك الارفاق ومصالحه ذى الخيار، فهو مسلم. ولكن لاينافى ذلك تبدل الحال بعد موت ذى الخيار وانتقال حق الارث قسرى. مع ان فرض حصول المصلحه مع عدم الانتقال غير عزيز. كما لو فرض ان الميت باع الارض بثمان. بخص لكونها كاسده حين البيع والابن ارتفعت، وتريد الزوجه ان تزوج باخ الميت والمفروض ان الوارث هو الاخ وهذه الزوجه، فهى باعتقاد ان ما كان للزوج فهو لها ولولدها الذى يتولد منها، فلاريب ان المصلحه لها، ح قطع النظر عن ذلك الثمن القليل ورده واسترجاع الارض، وان لم ترث منها بنفسها. و تبدل الاحوال فى الحكم والمصالح فى غايه الكثره، فقد ترى ان الذين يقفون ضياعهم و املاكهم على اولادهم غرضم غالبا ان لا- تخرج من ايديهم ولا- يطمع فيها احد ويبقى لهم يستغلون بها ويتعيشون ويلاحظون مصلحه اولادهم. مع انا نرى الامر بالعكس فى الاغلب فكثيرا ما يعجز الاولاد عن تنسيق امرها وعمارتها بعد خرابها ويهلكون من الجوع او العرى ولا يقدرن على الانتفاع. ولو لم يكن وقفا لباعوها وانتفعوا بقيمتها. ثم ان المحقق الثانى (ره) قرب عدم الارث ان كان الميت اشترى الارض بالخيار فارادت الفسخ لترث من الثمن. وابقى الاشكال على حاله فى مالو كان باعها. لانها اذا فسخت لم ترث شيئا. اقول: وتحقيق المقام (بعد ما حققنا لك سابقا انه لا يصح التفريق فى الخيار ولا بد من التوافق) هو ان الزوجه اذا وافقت الورثه فى الفسخ او الامضاء، جاز فى الارض ايضا، وان كان تختلف الحال بان ذلك يوجب فى بعض الصور استحقاقها عن الثمن بقدر حصتها (كما لو كان الميت اشتراها) و فى بعضها لا يستحق شيئا (كما لو باعها). وفائدته حصول الموافقه ليصح العمل بمقتضى الخيار ولينتقل اليها شئى فى بعض الصور، او ينتفع به الغير سيما اذا ترقت وصول نفعه اليها فى آخر ايضا. بقى الكلام فى ما ذكره العلامة (ره) فى آخر العبارة الاولى، حيث قال (وان جوزناه مع تعدد المشتري...) يعنى لو باع عمرو ضيعته بزيد وبكر بصفقه واحده و شرط الخيار لهما الى امد، فيجوز التفريق بان يختار احدهما الفسخ والاخر الامضاء. والفرق بينه وبين تعدد الوراث ان العقد هنا متبعض بنفس العقد وهو فى قوه عقدين، ولم ينتقل الى كل من المشتريين الا بعض المبيع، بخلاف صورته تعدد الوراث فانه انما انتقل الجميع

بالعقد الی واحد. ویلزم من ذلك انه لو عكس الامر وباع اثنان من واحد بصفقه واحده و جعل الخيار لهما، فيجوز التفريق ايضا. لان التبعض انما حصل بنفس العقد. واعلم: ان العلامه (ره) بعد ما ذكر الاشكال في المسئله ورجح المنع، قال في احكام العيب (و ليس للمشتريين صفقه، الاختلاف. فيطلب احد هما الارش والاخر الرد. بل يتفقان، على اشكال. اما لو ورثا خيار عيب فلا اشكال في وجوب التوافق) وهذا ينافي ما تقدم منه من ثبوت الاشكال وان رجح المنع.

۱۰۷:سوال:

۱۰۷:سوال: هر گاه کسی بعضی املاک خود را صلح کند به بعض وراث صغیر و کبیر، و خيار فسخ از برای خود قرار دهد تا مدت یک سال. و قبل از انقضای مدت بمیرد. بعض وراث امضا کنند، و سایر وراث گویند که ما فسخ میکنیم مصالحه را. آیا سخن ایشان مسموع است در کل؟ یا در حصه خود؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: هر چند این مسأله را در نظرم نیست که در صلح متوجه باشند. ولیکن در بیع متوجه شده اند. و ظاهرا فرقی نیست، بسبب اتحاد ماخذ. پس ما متوجه بیع میشویم و میگوئیم که: ظاهر اکثر، بلکه خلاف واضحی نیست در این که خيار موروث است (بجمیع اقسامه) به غیر خيار مجلس که در آن خلاف و اشکال است. پس هر گاه موروث بمیرد قبل از انقضای وقت خيار، پس اگر همه اتفاق کنند در فسخ یا امضا، اشکال نیست که به مقتضای آن عمل می شود. و اگر خلاف کنند و بعضی خواهند فسخ کنند و بعضی امضا، اظهر در نظر حقیر این است که امضا مقدم است، و به مقتضای بیع باید عمل کرد. و جایز نیست تفریق [تا این که گفته شود] آن که راضی به امضا باشد در قدر حصه او ممضی باشد و آنکه راضی نیست و فسخ میکند در قدر حصه او فسخ می شود. بخلاف آن که هر گاه دو مشتری ملکی را به شراکت صفتا واحده بخرند از یک نفر و خيار از برای آنها شرط شود که در این صورت تفریق جایز است. چون در حکم دو عقد است. و هم چنین هر گاه دو بایع بفروشند ملک مشترکی را به یک نفر و خيار از برای آن بایع ها قرار دهند، که در آنجا هم تفریق جایز است. به همان جهت که گفتیم.

ویدان که: خلاف کرده اند در این که هر گاه خیار از برای مورث باشد در زمین که آیا خیار به میراث میرسد از برای زوجه که ممنوع است از زمین مطلقا (بنابر قولی که مختار ما است) یا غیر ذات الولد باشد (بنابر قول دیگر) -؟. و اظهر در نظر حقیر این است که خیار به ارث میرسد به او. یعنی می تواند فسخ کند و امضا کند، خواه مورث آن زمین را خریده باشد (که بسبب فسخ، قیمت برگردد و از آن به قدر حصه خود میراث برد) و خواه زمین را فروخته باشد که بسبب فسخ زمین برگردد و چیزی از زمین عاید آن نشود. و بعضی تجویز نکرده اند. و بعضی تفصیل داده اند که اگر زمین را مورث خریده فسخ به او میرسد. و اگر فروخته نمیرسد. و بعضی در صورت خریدن منع کرده اند و در صورت فروختن اشکال کرده اند. (۱)

سوال: ۱۰۸:

سوال: ۱۰۸: هر گاه کسی ملکی موقوف بر فقرا را از متولی آن - به صیغه مصالحه، منافع آن را در مدت معینه - به خود منتقل کرده باشد. و بعد از آن به عقد مزارعه به زید بدهد، در مدت پنج سال (مثلا) و بعد از آن قبل از حصول محصول، مصالحه کند حق المزارعه خود را به مبلغ پنج تومان که در هر سال از زید بگیرد. آیا این مصالحه حق المزارعه، صحیح است یا نه؟ -؟. و بر فرض صحت، آیا آن شخص دعوی غبن آن مصالحه را می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی مصالحه - نظر به عمومات ادله - صحیح است. و ظاهر این است که حصول محصول شرط صحت مصالحه نیست. و آنچه گوشزد سائل شده در مسأله (تقبل و مقاطعه) [است] که فقها ذکر کرده اند که جایز است که مزارع خرص کند غله را بعد از بلوغ آن و انعقاد حب، یا سنبل شدن آن (علی اختلاف عباراتهم) و مقداری معین کند و بگوید که (این قدر را به من بده و باقی از تو). صحیح است، و در این مسأله بلوغ حاصل، شرط است. و مسئله ما از این باب نیست. و اینجا هم مقام تحقیق این مسأله نیست. و اصل سؤال متضمن چند مطلب است: اول: منتقل ساختن منافع عین موقوفه .

ص: ۲۲۶

۱- یاد آوری: در مسأله بالا که متن آن عربی بود فروعات این مسأله بیشتر شرح داده شده.

بروجه صلح، وجواب آن این است که صحیح است نظر به عمومات ادله. بلکه بوجه مزارعه هم صحیح است. دوم: به مزارعه دادن به غیر، وجواب آن نیز این است که صحیح است در صورت صلح و هم چنین در صورت مزارعه دیگر با استیفای منافع بنفسه. سوم: به مزارعه دادن بیش از یک سال، وجواب آن هم صحت است. زیرا که حدی در جانب کثرت از برای مزارعه نیست. چنانکه از اخبار مستفاد می شود. و در جانب قلت خلاف است. و اظهر این است که کمتر از زمان ادراک محصول نباشد. چهارم: مصالحه کردن حق المزارعه به غیر، وجواب آن مذکور شد. و اما سؤال از جواز ادعای غبن در مصالحه حق المزارعه، پس جواب آن این است که اظهر این است که دعوی غبن در صلح هم جاری است، بلکه در اکثر عقود و اختصاصی به بیع ندارد. ولیکن با تحقق شرایط غبن که آن بدون مرافعه طی نمی شود.

۱۰۹:سوال:

۱۰۹:سوال: هر گاه دو نفر شریک شوند و سرمایه ایشان مساوی باشد، و شرط کنند که نفع را به تفاوت ببرند. یا سرمایه متفاوت باشد و شرط کنند که نفع را مساوی ببرند. آیا صحیح است و عمل به مقتضای او لازم است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در این مسأله سه قول است: اول صحت است، به مقتضای (اوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) و امثال آن. و این منافاتی ندارد با آن که شرکت از عقود جایزه است. به جهت آن که ظاهر این است که مراد از آن وجوب وفا به مقتضای عقد باشد، اگر جایز است به عنوان جواز و اگر لازم است به عنوان لزوم. و این مذهب جمعی است، و از سید مرتضی (ره) نقل اجماع بر آن شده. دوم: عدم لزوم است و این مذهب جمعی است که از جمله آنها ابن زهره است و آن نیز دعوی اجماع کرده. و استدلال کرده اند بر این به این که اصل عدم صحت شرط است و این اکل مال است به باطل. به جهت آن که عوضی در مقابل آن زیادتی او نیست، و عقد معاوضه در میان نیست که این شرط جزء احد عوضین باشد. و اجماع معارض است به اجماع، و اصل مقاوم دلیل نمی شود. و منع عموم عقود و شروط از جهت جایز بودن عقد شرکت بی وجه است. به جهت آن که مراد از (جایز بودن) آن است که فسخ و قسمت جایز است هر وقت که بخواهند، نه این که جایز است که

آنچه شده است آن را بر هم زنند و رجوع کنند به اجرت عمل. و فرض معاوضه هم ظاهر است، به جهت آن که حصه ربح از برای هر یک در ازای عمل است. و چون ربح بالفرض مشاع است به جهت اشاعه راس المال، فی الجمله صادق است که هر یک به قدر عمل از مال دیگری میبرند. و در مسأله قول ثالثی هست که از ابو الصلاح نقل شده، و آن بطلان شرط است با صحت عقد شرکت. پس باید ربح را نسبت به مالها قسمت کرد. چنانکه مقتضای اصل شرکت است، و بنا بر قول دیگران (که با بطلان شرط حکم به بطلان عقد مشروط میکنند) پس ربح را تابع مال میکنند و هر یک اجرت المثل عمل خود را بر میدارند. اینها (همه که مذکور شد) در وقتی است که عمل مختص احدهما نباشد یا احدهما از دیگری بیشتر عمل نکند. [زیرا] که هر گاه چنین باشد، ظاهراً خلاف نیست که جایز است که عامل یا آن که عمل بیشتر میکند ربح را بیشتر بردارد. و لکن صورت اول داخل (مضاربه) می شود، به جهت آن که در شرکت شرط کرده اند که عمل از هر دو باشد. و جواز زیادتی در این صورت هم موید قول به صحت، است در اصل مسأله. و به هر حال، اظهر قول سید و تابعین او است. هر چند ابن ادریس قول دوم را نسبت به اکثر اصحاب داده است. و هر گاه شرط کنند که خسارت و نقصان هم علی السویه باشد با تفاوت مالین، یا بالعکس (۱)، ظاهر صحت این شرط است. به جهت عموم وفا به عقود و شروط.

۱۱۰:سوال:

۱۱۰:سوال: هر گاه زید و عمرو به عقد شراکت عمل کنند در مال مشترک تا سه سال. بعد از سه سال زید ترک عمل کند و به عمر بگوید (تو عمل کن). و عمرو هم تا سه سال دیگر عمل کند، آیا منافع بوجه مقرر بینهما اولاً، قسمت می شود بدون اجرتی -؟ یا آن که عمرو مستحق اجرت المثل عمل سه ساله است؟..

ص: ۲۳۰

۱- شرط کنند که خسارت و نقصان به طور متفاوت توزیع شود با مساوی بودن سرمایه ها.

جواب:

جواب: در صورت مفروضه هر گاه عمرو تبرعا عمل نکرده، او را میرسد که اجرت المثل عمل سه ساله را اخذ کند.

۱۱۱:سوال:

۱۱۱:سوال: دو شخص بنای شرکت میگذارند، و هر دو جنس دارند. یا یکی دارد و یکی نقد. یا هر دو نقد. شریک میشوند و معامله میکنند که هر چه انتفاع باشد نصف کنند. آیا این شراکت صورت شرعی دارد یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: در عقد شرکت ممزوج شدن مالها شرط است. پس هر گاه نقد باشد هر دو، باید بر سر هم بریزند که دیگر معلوم نباشد که کدام از کدام است، و هر گاه ممزوج [کردن] ممکن نباشد - مثل آن که یکی جنس دارد و یکی نقد. و یا این که یکی طلا- دارد و دیگری نقره - حيله بکنند تا مزج حاصل شود (مثل آن که هر یک نصف مشاع مال خود را به نصف مشاع شریک خود بفروشد) بعد از آن معامله کنند. و هر گاه مالها مساوی باشند ربح مناصفه است، مگر این که شرط تفاوت بکنند که در آنجا اظهر جواز عمل به مقتضای شرط است.

۱۱۲:سوال:

۱۱۲:سوال: هر گاه زید و عمرو مالی به شراکت تجارت نمایند، و بکر و خالد نیز در مال دیگر به شراکت تجارت نمایند. بعد ذلک عمرو و خالد که هر یک مال مشترک زید و بکر در دست ایشان است مخلوط نموده در مالین مشار الیها به شراکت مدتی تجارت نمایند. بعد ذلک خالد مال مشار الیه مشترک را قدری به ولید به عنوان شراکت داده مدتی تجارت نمایند، که در این اثنا عمرو که شریک اصلی زید بوده متوفی گردد، و وکیل بکر آمده به وکالت ثابتة مطالبه سرمایه و ارباح تجارت از خالد مینماید. خالد قدری از مال مشار الیه را به وکیل بکر تسلیم نموده. و وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ مال از ولید. وکیل قدری مال را از ولید نیز اخذ نموده که خالد نیز متوفی گردد. آیا در این صورت زید را - که شریک عمرو بوده و عمرو شریک خالد و ولید - میرسد که تتمه مالی [را] که در تصرف ولید بوده اخذ نماید؟ و آیا زید را میرسد که مال را که وکیل بکر از ولید و خالد گرفته و به تصرف بکر داده از وکیل یا موکل اخذ

جواب:

زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر و خالد و ولید و وکیل است از بابت مال مشترک ما بین زید و بکر به قدر الحصه شریک است، و باید این جماعت هر یک به قدر شغل ذمه از عهده حق زید بر آیند. یعنی همان حصه را به او برسانند هر چند بعضی به بعضی دیگر رجوع کنند در غرامت. چنانکه طریقه (ایدی متعاقبه) است در غضب. و در خصوص تتمه مال که نزد ولید مانده زید مستحق بیش از حصه خود نسبت به آن مال نیست، مگر در صورت عجز از استرداد حق خود از بکر (به خودی خود یا به واسطه دیگران) و امکان تقاضا از آنچه در نزد ولید است از مال بکر.

والحاصل: زید و بکر در مجموع مال مشترک شریک اند، و آنچه موجود است بینهما - بقدر الحصه (۱) اصلاً و ربحاً - قسمت می شود. و آنچه تلف شده به (قاعدۀ اتلاف) رجوع می شود و غاصب مثل یا قیمت را باید بدهد. و در صورت تعاقب ایدی به قاعده او عمل می شود والله العالم باحکامه. (۲)

۱۱۳:سوال:

۱۱۳:سوال: زید از عمرو طلب دارد مبلغ صد تومان در موعد معینی. در انقضای موعد میگوید که آن صد تومان که از تو میخواهم پنجاه تومان قرض باشد در نزد تو، تتمه مال من است و تو در مجموع آن معامله کن هر چه نفع حاصل شود در میان .

ص: ۲۳۲

۱- عبارت این سوال و جواب در نسخه به صورت زیر است: سوال:.... بعد ذلک عمرو و خالد که هر یک مال مشترک زید و بکر در ذرت ایشان است مخلوط نموده در مالین نرمی الیها به شراکت مدتی تجارت نمایند بعد ذلک خالد مال مشار الیه مشترک را قدری به ولید به عنوان شراکت داده مدتی نمایند که در این اثنا عمرو که شریک اصلی زید بوده متوفی گردد و وکیل دیگر آمده به وکالت ثابته مطالبه سرمایه و ارباح تجارت از خالد مینماید خالد قدری از مال مشار الیه را به بکر وکیل و تسلیم نموده و وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ حال از وکیل بگیرد وکیل قدری مال را او ولید نیز اخذ نموده اند که خالد نیز متوفی گردد آیا... جواب: زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر وکیل او خالد آمده است از بابت..... دخل ذمه از عهده حق زاید بر آیند یعنی همان حصه در اباو برسانند.... از استرداد حق خود که بکر نبرده..... بقدر الحسنه.....

۲- این مسأله در تحت شماره ۱۱۵ مجدداً عنوان شده، رجوع شود.

بالمناصفه باشد. آیا این معامله صحیح است یا فاسد؟ - در فرض تلف این مال، ضمان او با کی است؟.

جواب:

جواب: در دین، هیچ یک از شرکت و مضاربه را قرض دادن صحیح نیست (۱)، و مادامی که مشخص و معین نشود مال صاحب طلب نمی شود. هر گاه تلف شود از کیسه عمرو رفته است. چنانکه اگر زید ربح هم بگیرد مال عمرو بوده [و به] زید دخل نداشت. والله العالم.

۱۱۴:سوال:

۱۱۴:سوال: زید ده تومان می‌دهد به عمرو به این عنوان که پنج تومان مشاع آن قرض باشد در نزد عمرو و پنج تومان دیگر مال او باشد، و عمرو بینهما (۲) در آن عمل کند که نصف ربح از زید و نصف از عمرو. و جعاله از برای عمرو قرار بدهد در ازای عمل به پنج هزار دینار. آیا این صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: این داخل شرکت نیست، به جهت آن که در شرکت باید عمل از هر دو باشد. و مضاربه هم نیست به جهت آن که در مضاربه شرط است که جزء مشاعی از ربح را برای عامل قرار بدهند، مثل نصف و ثلث، در اینجا وجه معینی از خارج قرار داده. و لکن دور نیست که از باب جعاله توان قرار داد، به جهت آن که در جعاله جهالت عمل ضرر ندارد، به این معنی که معلوم طرفین نباشد که آن عمل چه قدر خواهد بود، مثل آن که می‌گویند که (گمشده را بجوید و بیاورد این قدر به او می‌دهم). و معلوم نیست که آیا ده روز باید بگردد تا بجوید یا یک روز. در اینجا هم اصل عمل که معامله در پنج تومان است معلوم است هر چند مقدار [آن] معلوم نیست. و اینکه گفتیم در وقتی است که قرض پنج تومان را به شرط این معامله نداده باشد، والا داخل ربای حکمی است و حرام است. و هر گاه معامله را به لفظ شرکت یا مضاربه کرده.

ص: ۲۳۳

۱- باید اصل این عبارت و یا منظور از این عبارت چنین باشد: دین را در هیچ یک از شرکت و مضاربه سرمایه قرار دادن صحیح نیست.

۲- و در نسخه: وزید بینها.

باشد معامله باطل است و عامل مستحق اجره المثل است و ربح تابع راس المال است. و هر گاه مقصود همان عقد جعاله است، ظاهراً صحیح است.

۱۱۵:سوال:

۱۱۵:سوال: هر گاه زید [را] شریک التجارتی بوده و عمرو را نیز شریک التجارتی بوده، و این دو شریک اموال مشترکی فی ایدیهما را مزج نموده مدتی به شرکت تجارت نمایند، منافع چند حاصل آمده بود. بعد ذلک شریک عمرو بنای شرکت با خالد نهاده [و] بعضی از اموال شرکت [را] به خالد داده مدتی تجارت نمایند که در این اوان بدون آن که محاسبه مفروق و اموال مشترکه مفروز شده شریک زید متوفی گردد، و عمرو خود و وکیلش هر یک مطالبه و منافع حسابیه نمایند از شریک خویش. شریک مؤمی الیه قدری مال را به تصرف عمرو و قدری را به تصرف وکیل او داده و وکیل مشار الیه را وکیل نموه که اموال مشترکه که در ید تصرف خالد بود اخذ و انتزاع نماید، عمرو و وکیل او هر یک بعضی از مال را از خالد اخذ نموده [اند] و ما بقی در تصرف خالد مانده که شریک عمرو نیز وفات نموده. آیا در این صورت (والحاله هذه) زید را میرسد که ادعا و اخذ حق خود از عمرو یا از وکیل وی یا از خالد، نماید؟ یا این که او را بر ایشان تسلطی نبوده و نیست؟.

جواب:

جواب: بلی در صورت مزبور زید به قدر حصه خود از مال و ربح شریک است در آنچه عمرو یا وکیل او گرفته یا در نزد خالد باقی مانده، و می تواند گرفت. چنانکه عمرو هم شریک است در آنچه که در نزد شریک زید بوده به قدر الحصه خود از اصل مال و ربح آن. والله العالم. (۱)

۱۱۶:سوال:

۱۱۶:سوال: هر گاه کسی صد تومان (مثلاً) به زید بدهد که پنجاه تومان بر ذمه زید باشد و پنجاه تومان از خودش باشد و شریک باشد و هر دو معامله کنند. و زید مذکور راضی به این شراکت نمی شود و می گوید که هر گاه سه تومان در عرض (۲) سال از کیسه خودت به من میدهی این شراکت را میکنم. و سه تومان را با یک چهار گندم (۳) مصلحه میکند .

ص: ۲۳۴

۱- این سوال و جواب خلاصه ای از مسأله شماره ۱۱۲ همین مجلد است، رجوع شود.

۲- و در نسخه: عوض. و شاید عبارت (در عوض هر سال) باشد.

۳- یک چارک گندم.

(مثلاً) بازید به عوض دو سال (۱). آیا صورتی دارد یا نه؟ -؟. و هر گاه صورت ندارد به هر طریق که صورت دارد بیان فرمایند.

جواب:

جواب: (قطع نظر از این که شراکت، عقد جایز است و شرط در ضمن او لزومی بهم نمیرساند) جواز این شرط محل اشکال است. (۲) و چاره این مطلب ممکن است به این که در اول صلح کند سه تومان مال خود را به آن شخص، و در ضمن عقد صلح شرط کند که با او شراکت کند بر نهج مزبور (۳). ولیکن در این صورت شراکت لازم می شود و فسخ نمیتوان کرد مگر به رضای طرفین (۴). والله العالم.

کتاب الشریکه من المجلد الثانی

۱۱۷:سوال:

۱۱۷:سوال: در کو [ه] پایه ها متعارف است که در مگسی (۵) یا گاوی شرکت میکنند، به این نحو که زید مگسی به عمرو قیمت مینماید و نصفه آن را پول میگیرد و مگس در نزد عمرو به شراکت میباشد آنچه نفع داشته باشد فی مابین ایشان بالمناصفه قسمت شود. و هم چنین گاوی قیمت مینماید و یک پای آن را به شریک میفروشند و یک پای دیگر را به او در عوض خدمت و آخور داری و امی گذارند که گاو مذکور فی مابین ایشان به شراکت بوده باشد و آنچه نفع (از شیر و نتایج) به عمل آید بالمناصفه تقسیم شود. آیا این شرکت صحیح است یا نه؟ -؟. و آیا احتیاج به مزج دارد؟ و خرج از چه نحو می شود؟.

جواب:

جواب: حکایت معامله مگس از باب شراکت نیست، چون عمل مختص به یکی از آنها است. و هر گاه خواهند از باب شرکت باشد باید نصف مگس ها را مشاعاً بفروشد به آن شخص، و هر دو متوجه عمل آنها شوند و منافع مابین آنها مناصفه باشد. و اظهر این است که هر گاه شرط زیادتى نفع برای یکی از آنها بشود هر چند مگس ها بالمناصفه باشد هم .

ص: ۲۳۵

۱- در نسخه: به عوض دو غاز.

۲- وجه اشکال: از طرفی نظر به عموماً میتوان گفت چنین شرطی جایز است. و از طرف دیگر نظر به این که در شرکت هر دو شریک عمل و کار میکنند گرفتن سه تومان مشمول (اکل بیاطل) میشود.

۳- در این صورت اصل معامله (صلح) است و شرط شرکت تابع آن است و اشکالی ندارد

۴- زیرا اصل معامله (صلح) است و شرکت فرع آن است. و در مسأله لزوم و جواز، فرع تابع اصل است.

۵- زنبور عسل، که (مگس انگبین) هم گفته شده.

جایز است وبه هر حال، صورت سوال:

جایز است وبه هر حال، صورت سوال: داخل مسأله شرکت نیست بلکه از باب (بضاعت) است (۱) و آنهم جایز است و صحیح است و لکن لزومی ندارد (یعنی حکایت مختص بودن عمل به یکی و تنصیف ربح [لزوم ندارد] بلکه هر وقت خواهند بر هم میزنند و خواهند شریک میشوند و خواهند تقسیم میکنند. و اما مسأله گاو: پس آن نیز اگر مثل مسأله مگس باشد حکم آن همان است که در مگس مذکور شد. و آن صورتی که در آخر تفصیل داده شده است - و حاصل آن این است که سه حصه گاو که مال او است او را میدهد به دیگری که در آن عمل کند و محافظت کند از آن که یک حصه منافع از عامل باشد و دو حصه از مالک - این از باب شراکت نیست. چون مال مختص به یکی از اینها است. و از باب مضاربه هم نیست چون در مضاربه شرط است که مال المضاربه نقد باشد [از قبیل طلا - و نقره. و از باب اجاره هم نمی تواند شود، چون وجه اجازه و مدت، هر دو مجهول است، و هم چنین شرط ضمن العقد که نفقه حیوان باشد غالباً مجهول است. و اگر خواهند این معامله را به صیغه مصالحه بکنند. یعنی صلح کنند که یک ثلث منافع گاو را از جمله سه ربعی که مالک است در مدت معینی در ازای این که او را نگاهداری و پرستاری کند و منافع آن را به عمل بیاورد که نصف مجموع منافع گاو مال مالک گاو باشد و نصف منافع مال آن شخص که به او داده با تعیین مدت.

۱۱۸:سوال:

۱۱۸:سوال: زید و عمرو شریک بودند و طلبی از بکر داشتند زید نصف حصه خود را حواله کرد که بکر به عمرو بدهد. و مواجهه ثلاثه شد و بکر تمام طلب زید را داد و به عمرو هیچ نداد. آیا عمرو به قدر حصه می تواند از زید مطالبه بکند از آنچه گرفته است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که اشهر و اظهر این است که هر گاه دو نفر یا بیشتر شریک باشند در مالی - خواه قیمت مبیع باشد یا میراث و خواه مال الشرکه - واحدی از شرکا استیفای مساوی مجموع حق خود را (یا بعض آن را) بکند، مختص او نخواهد بود، و آن شریک دیگر را .

ص: ۲۳۶

۱- صحیح: مصالحه است. - و در صورت صحت کلمه (بضاعت) هر چه مراد مصنف باشد باز با مسأله (گاو) که در زیر می آید تفاوتی ندارد.

میرسد که به قدر الحصه مطالبه حق خود را بکند از آن مال. وادله بسیار از اخبار و اجماع منقول و دلیل عقلی دلالت بر آن دارد. بلی اگر احد شریکها حصه خود را صلح کند با این شخص که طلب از او دارند (یا بفروشد، در جایی که بیع صحیح باشد به وجهی) این معامله صحیح است و دیگر شریک حقی در آن وجه ندارد. و هم چنین هر گاه حصه خود را حواله کند به غیر یا به شریک خود، که در این صورتهای شریک دیگر نمی تواند از وجه مصالحه یا ثمن مبیع یا غیر آن، مطالبه کند. و هم چنین میتوان حيله کرد به این که آن شخص مدیون را بری الذمه کند از طلب خود و از او خواهش کند که مساوی آن را ببخشد و او [نیز] ببخشد، دیگر شریک در مال موهوب حقی ندارد. پس در صورت سوال:

میرسد که به قدر الحصه مطالبه حق خود را بکند از آن مال. وادله بسیار از اخبار و اجماع منقول و دلیل عقلی دلالت بر آن دارد. بلی اگر احد شریکها حصه خود را صلح کند با این شخص که طلب از او دارند (یا بفروشد، در جایی که بیع صحیح باشد به وجهی) این معامله صحیح است و دیگر شریک حقی در آن وجه ندارد. و هم چنین هر گاه حصه خود را حواله کند به غیر یا به شریک خود، که در این صورتهای شریک دیگر نمی تواند از وجه مصالحه یا ثمن مبیع یا غیر آن، مطالبه کند. و هم چنین میتوان حيله کرد به این که آن شخص مدیون را بری الذمه کند از طلب خود و از او خواهش کند که مساوی آن را ببخشد و او [نیز] ببخشد، دیگر شریک در مال موهوب حقی ندارد. پس در صورت سوال: که زید بعد از حواله نصف طلب به عمرو باقی طلب خود را میگیرد عمرو به قدر الحصه در آن شریک است. پس هر گاه شراکت زید و عمرو بالمناصفه بوده در این صورت دو حصه آنچه زید گرفته از عمرو است و یک حصه از زید. و آنچه را عمرو مستحق است به حسب حواله زید هر گاه عمرو گرفت زید در آن حقی ندارد.

۱۱۹:سوال:

۱۱۹:سوال: زید و عمرو شریک اند در وجه نقدی، و آن در میان ظرفی است. و زید مبلغ ده تومان از خارج بر سر آن میریزد که هر وقت خواهد بردارد، نه به عنوان شراکت. و فراموش میکند تا آن که تمام آن وجه به مصرف عمل شرکت میرسد. و بعد از آن که متذکر می شود نمیدانند که آیا آن وجه را برداشته و به مصرف دیگر رسانیده یا آن که آن را هم داخل مال الشریکه عمل، کرده. و ظن قوی دارد که بر نداشته، و احتمال ضعیفی میدهد که برداشته باشد. آیا این را داخل مال الشریکه محسوب میدارد و در ربح آن شریک است یا نه ؟- ؟.

جواب:

جواب: ممکن است که بگوئیم اصل بقای آن مال است بر حال خود، و تواند آن ده تومان را از میان بردارد. و به ملاحظه تعارض (اصل عدم از مال در معامله شرکت) با (اصل عدم خرج کردن به مصرف دیگر) و تساقط آنها، حکم می شود به بقای مال به حال خود بدون نفع. به جهت استصحاب بقای آن به معنی این که مستحق آن وجه هست و لکن بدون

۱۲۰:سوال:

۱۲۰:سوال: چند نفر شریک میشوند و در عقد شراکت شرط میکنند که هر کدام که به نسیه معامله کند و در هر ولایتی نسیه به احدی بدهد به پای او باشد. و اگر تلف شود از کیسه او رفته باشد. و اتفاق افتد که یکی از آنها معامله با احدی بکند به عنوان نسیه بدون اذن شریک دیگر. و آن نسیه به قدر نصف سرمایه او بوده و به قبض شریک هم نداده. و الحال این شخص فرار کرده و این نسیه به سوخت افتاده. آیا این سوخت ما بین شرکا مشترک است یا مختص همان شریک است که نسیه داده؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً- آن که اگر مراد از آن که (به قبض شریک نداده) این است که سرمایه را ممزوج نکرده اند، پس اصل عقد شرکت منعقد نشده، چون شرط است در آن ممزوج کردن به نحوی که تمیزی نباشد. و بر فرض ممزوج بودن هم ظاهر این است که این عقد باطل است. به جهت آن که این شرط منافی مقتضای عقد شراکت است و جهالت هم دارد. و در صورت بطلان، هر یک مستحق سرمایه اند و ربح تابع سرمایه او است، و از برای هر یک اجرت المثل عمل در مال دیگری میباشد. و این در صورتی که مراد سائل آنجا که گفته است (بی اذن شریک این معامله را کرده) اذن خاص باشد هر چند اذن عام داشته. و الا ضمان تلف بر آن کسی است که بدون اذن تصرف کرده و مستحق اجرتی هم نیست.

۱۲۱:سوال:

۱۲۱:سوال: مسکنی مشترک میباشد میان چند نفر و یکی از آنها فوت می شود و منتقل می شود به اولاد صغار او. آیا شرکا میتوانند تصرف نمایند نظر به شرکتی که .

ص: ۲۳۸

۱- با این که نتیجه سخن و فتوای میرزا (ره) در این مسأله درست است لیکن اساس استدلال و مستمسک وی قابل نقد است زیرا در اینجا تعارضی بین دو اصل وجود ندارد. چون اصل (عدم خرج کردن به مصرف دیگر) یا (اصل بقای آن ده تومان به حال خود و عدم برداشتن آن از آن ظرف) تنها می تواند استحقاق زید را نسبت به خود ده تومان، ثابت کند. و نسبت به ربح آن کاربردی ندارد و به اصطلاح (اصل مثبت) است و اصل مثبت حجیت ندارد. پس چنین اصلی نسبت به ربح، هیچ ارزشی ندارد تا بتواند در قبال (اصل عدم حضور ده تومان در معامله شرکت) عنوان شود و معارض آن باشد. پس هیچ نیازی به استمداد از (اصل عدم حضور ده تومان در معامله شرکت) که میرزا (ره) با عبارت (اصل عدم از مال در معامله شرکت) تعبیر کرده، نیست.

جواب:

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شرکا جایز نیست.

۱۲۲: سوال:

۱۲۲: سوال: هر گاه مالی از چند نفر - که به میراث به ایشان منتقل شده باشد - مشترک باشد. ویکی از ایشان خواهد که حصه خود را به غیر بفروشد یا صلح نماید، عوضی که می گیرد از خودش میباشد یا باید به شرکا حصه ها را برساند؟ -؟. و هر گاه مال معروض درید ظالم غاصبی باشد، می تواند که حصه مختصه خود را به غیر منتقل نماید و عوض را به هیچ یک از شرکاء نرساند؟ یا باید که عوض را به نحو حصص قسمت نماید؟. و هر گاه باید قسمت شود، مشتری آن عین را خریدن یا قبول نمودن آن حصه - با عدم علم به ایصال حصص شرکا - جایز است قبول آن حصه یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در صورت اول بیع صحیح است و مشاع بودن میراث مضر به صحت بیع نیست. و هم چنین صلح و عوضی که میگیرد مال او است و دیگری در آن حقی ندارد. و همچنین در صورت ثانیه که مال مشترک در دست غاصبی باشد، هر چند بیع آن به غیر غاصب در صورت عدم قدرت بر تسلیم جایز نیست و لکن صلح صحیح است. و مفروض این است که آن مال مشاع است و صلح حصه آن مشاع جایز است، و عوض هم مال او می شود. بلی هر گاه وراثت معترف باشند به شرکت و غاصب اعتراف کند به حق یکی از آنها و با او صلح کند در همان قدر، عوضی که به او بدهد آن را باید با شرکا حصه کند علی السهام هر گاه آن شرکا امضا و اجازه صلح بکنند. و هر گاه اجازه نکنند، صلح صحیح است در قدر حصه آن که صلح کرده در آن مقداری که غاصب معترف شود که از او است. مثلا هر گاه وارث دو پسر باشد و غاصب اقرار کند در نصف آن مال مغضوب از برای یکی از آنها و آن دیگری اجازه نکند، صلح در ربع آن صحیح است، و هکذا....

۱۲۳: سوال:

۱۲۳: سوال: چه می فرمایند در این مسأله شرعیه که زید و عمرو در وجه معین مشخص، شریک و سهیم شده اند و در ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم و متحتم کرده اند که نما و منفعت او را به ده سهم متسهیم نمایند شش سهم از زید و چهار سهم از عمرو. و هم چنین در ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم و متحتم نموده اند که نما و

منفعت از هر جا و هر کس و هر ممر که از جای دیگر (غیر نماء وجه الشرکه) تحصیل نمایند باز به طریق مسطور معمول دارند. همچنین شرطی شرعی است یا نه؟ -؟.

جواب:

آنچه از صورت سوال: ظاهر می شود این است که عقد شرکت واقع شده در میان زید و عمرو و دو شرط در ضمن عقد شده: یکی از آنها تفاوت قسمت ربح است بینهما هر چند راس المال مساوی باشد. و دوم آنها (شرکت ابدان) است. بلکه، بیش از آن است که مطلق مافع را هم شرط کرده اند که بینهما باشد بوجه مزبور در ربح اصل مال الشرکه و تخصیص نداده اند به منافع اعمال بدنیه چنانکه معنی شرکت ابدان آن است. و ظاهر می شود از صورت سوال:

جواب: آنچه از صورت سوال: ظاهر می شود این است که عقد شرکت واقع شده در میان زید و عمرو و دو شرط در ضمن عقد شده: یکی از آنها تفاوت قسمت ربح است بینهما هر چند راس المال مساوی باشد. و دوم آنها (شرکت ابدان) است. بلکه، بیش از آن است که مطلق مافع را هم شرط کرده اند که بینهما باشد بوجه مزبور در ربح اصل مال الشرکه و تخصیص نداده اند به منافع اعمال بدنیه چنانکه معنی شرکت ابدان آن است. و ظاهر می شود از صورت سوال: که چون شنیده اند که عقد شرکت از عقود جایزه است و گاه است بر هم خورد و آن شرط لزوم نداشته باشد - به جهت خلافی بودن شرط اول در نزد علمای ما و باطل بودن شراکت بوجه ثانی به اتفاق علمای ماهر گاه مستقل باشند - پس گمان کرده اند که هر گاه این دو شرط در ضمن عقد لازمی در آید که مجموع آن دو شرط در ضمن عقد لازم شرطی باشند در ضمن این عقد جایز، تا هم صحت بیابند دو شرط، هم لازم شوند، چنین قرار داده اند و تدبیری در استحکام کار خود کرده اند. و جواب از این سوال این است که عقد شراکت که عبارت است از ماذون کردن هر یک از شریکین دیگری را در تصرف در مال مشترک بعد از مخلوط کردن مالها به حیثیتی که امتیازی به جا نماند. هر گاه در ضمن این، دو شرط [مزبور] واقع شده [اند] به این معنی که اذن بدون آنها حاصل نیست، پس - هر چند که شرط اول (که تفاوت ربحین باشد) صحیح است علی الاظهر خصوصاً هر گاه احدهما عمل کند و شرط زیادتی از برای او باشد، یا عمل او بیشتر باشد. لکن شرط دوم فاسد است و به سبب آن - عقد شراکت فاسد می شود و هر یک مستحق راس المال و مستحق اجرت المثل عمل میباشند و ربح نسبت به راس المال قسمت می شود. و ذکر این شرطها در ضمن عقد لازم خارج، در شرط اول نفعی ندارد. چون آن صحیح است هر چند در ضمن عقد لازم گفته نشود و افاده لزوم اصل عقد شراکت را

نمی کند، و هر وقت خواهند بر هم میزنند و ربح را به همان وجهی که قرار داده اند قسمت میکنند. و اما شرط دوم: پس آن فاسد است. و به فساد آن، عقد لازمی که در ضمن آن شده هم فاسد می شود علی الاظهر. و به هیچ وجه نفعی نخواهد داشت. بلکه منشاء بطلان اصل عقد شرکت می شود چنانکه گفتیم. و هر گاه این شرط در ضمن عقد شراکت نبوده و التزامی است که در خارج عقد شراکت شده، پس در این صورت عقد شراکت صحیح است. و لکن این عقد لازم و شرط ضمن آن هر دو باطلند.

۱۲۴: سوال:

۱۲۴: سوال: دو برادر بودند، یکی ملازم سلطان و او با برادر خود همسهم و شریک و سهم بوده به این نحو که آن برادر ملازم به این یکی گفته که (توشبانی مراهم کرده باش و متوجه امورات من باش و آنچه مداخل که نفع ما شود برادرانه قسمت میکنیم). و الحال آن برادر ملازم متوفی و اموال حرامی را که تحصیل کرده از او مانده، و صغیر هم دارد. آیا برادری که شبانی کرده مستحق اجرت عمل هست یا نه؟ -؟. و چگونه باید معمول داشت؟.

جواب:

جواب: اصل این معامله از مقوله (شرکت ابدان) است که بالاتفاق باطل است. و در مانحن فیه که احدهما ملازم دیوان بوده و مقصود ایشان اعم از تحصیل حلال و حرام بوده، بطلان او واضح است. و با حرام باید معامله حرام کرد که هر کدام دست گذاشتند باید به صاحبش برسانند، و با یاس از آن، تصدق کنند برای او. و هر یک آنچه تحصیل کرده اند از حلال مال او است. اشکال در شرط شبانی است در اینجا، که آیا آن هم یکی از منافی است که باید به زعم ایشان قسمت شود؟ به این معنی که آن برادر ملازم مستحق نصف اجرت المثل باشد و نصف دیگر حق برادر او باشد ولیکن در حین قسمت منافع طرفین آن نصف هم از سهم آن ملازم باشد و عوض آن از سایر منافع شبان وضع شود برای شبان که نصف مجموع منافع شبان مال ملازم باشد و نصف مال خودش و لیکن به این شرط که حصه منافع شبان تمام از ملازم باشد و مساوی آن از سایر منافع دست بردارد که دیگر او اجرت نطلبد. و هم چنین زعم آنها این است که هر چه ملازم تحصیل کند (خواه حلال و خواه حرام و خواه مساوی منافع شبان و خواه اقل و خواه اضعاف مضاعف) باید تنصیف شود.

پس هر گاه حکم شد به بطلان اصل معامله - خصوصا در تحصیل حرام - هر کدام هر چه [تحصیل] کرده مال او است واجرت المثل شبان بالتمام مال او است و باید از مال برادر بگیرد. و هم چنین است حال [اگر] شرط ضمن العقد در سایر منافع باشد. زیرا که فساد عقد مستلزم فساد شرط است. بلی اشکال در جایی است که احد متشارکین به شرکت ابدان مالی از جمله منافع دیگری تلف کرده باشد. پس میگوئیم که هر گاه بدون اذن شریک است، جزما ضامن آن است. چون تصرف در مشاع کرده، بلکه در مال غیر بدون اذن. و ظاهر سوال:

پس هر گاه حکم شد به بطلان اصل معامله - خصوصا در تحصیل حرام - هر کدام هر چه [تحصیل] کرده مال او است واجرت المثل شبان بالتمام مال او است و باید از مال برادر بگیرد. و هم چنین است حال [اگر] شرط ضمن العقد در سایر منافع باشد. زیرا که فساد عقد مستلزم فساد شرط است. بلی اشکال در جایی است که احد متشارکین به شرکت ابدان مالی از جمله منافع دیگری تلف کرده باشد. پس میگوئیم که هر گاه بدون اذن شریک است، جزما ضامن آن است. چون تصرف در مشاع کرده، بلکه در مال غیر بدون اذن. و ظاهر سوال: هم این است. چون ذکر شده است که هر چه از منافع بهم رسد قسمت میکنیم و مال قسمت نکرده مال غیر است و تصرف در آن موجب ضمان. و هر گاه اذن داده باشند هر یک از آنها دیگری را در تصرف در نصف، ظاهر این است که باز ضامن است. چون اذن منوط است به آن معامله فاسده، نه مطلقا. و ظاهر این است که در صورت علم به فساد هم از طرفین، باز ضمان باقی باشد. چون اذن مجانا واقع نشده هر چند در اینجا اشکالی هست که در کتاب بیع مذکور است، و ارجح در نظر در اینجا نیز ضمان است و هر گاه مالی که تلف کرده اند مجهول باشد چاره به جز مصالحه نیست. و از آنچه گفتیم به طریق اولی ظاهر می شود حکم آن که یکی از متشارکین به شرکت ابدان کسب او نفع بسیار کند و دیگری کسب کند و هیچ نفع نکند. و هم چنین حکم آن که بعلاوه شرکت ابدان شرط کند شرکت در هر چه عاید آنها شود از غیر کسب مثل هبه و میراث. و هم چنین هر گاه بنای ایشان به این شود که هر چه دارند از اموال بالفعل مشترک باشد و هر یک از آنها به قدر حاجت صرف کنند به قصد آن که آن دیگری هم مثل او بردارد - مثل این که املاکی که از پدر به آنها رسیده و یکی از آنها قدری را بفروشد به جهت تزویج یا خانه ساختن (وامثال این) که آن دیگری هم مثل آن بردارد - که امر (۱) بطلان و لزوم غرامت اوضح می شود هر گاه این تتمه املاک قبل از استیفای دیگری مثل خود، را تلف شود. و اما رضای احدهما به تصرف دیگری کیف ما کان، پس آن داخل اباحه است، و احکام آن بر آن مترتب می شود.

۱۲۵:سوال:

۱۲۵:سوال: به شرف عرض عالی میرساند که: زید و عمرو و بکر و خالد برادر هستند. و بعد از فوت پدر، زید ارث پدر خود را موافق قانون شرع متصرف شده است، و .

ص: ۲۴۲

آن سه نفر دیگر در ارث پدر (جمع المال) شده اند و مدت چند سال با هم بوده اند و در این مدت نیز با هم کار کرده اند و قدری املاک و باغات را نیز با هم خریده اند. و دو نفر از ایشان در این میانه - از کار کردن هر سه با هم و از نفع املاک ارثی و املاک ایتاعی - اخراجات عروسی خود را از میانه برداشته اند و متاهل شده اند. و الحال نیز آن دو نفر دیگر اراده دارند که یک نفر را رد کنند و آن یک نفر میگوید که (آنچه از اخراجات عروسی شده است من هم به قدر یک نفر باید از اخراجات عروسی بردارم، و آنچه املاکاتی را واجناسی را که در این چند سال با هم خریده ایم آنهم موافق یک رسیدی خودم، باید وضع بکنید. و بعد آنچه هست موافق شرع تقسیم نمائیم). و ایشان را سخن این که (تو کاری نکرده [ای] و آن چه پیدا شده است و نفع شده است و خریده ایم از خودمان خریده ایم، رسد تو به غیر از بابت ارث پدری به تو نمیرسد). و مطلب دیگر این که قدری قرض هم دارند. آن دو نفر میگویند قرض را نیز به قدر رسد خود شریک باش و بده اما در املاکات ایتاعی رسد نداری به غیر ارث پدری. بینوا توجروا.

جواب:

جواب: شرکت ابدان باطل است. و اموال پدر به قدر الحصة هر یک مال او است. و همچنین منافع متصله و منفصله مثل پشم و مو و شیر و ولد حیوانات را هر یک به قدر الحصة مستحقند. و هم چنین اجرت حیوان و خانه و زمین و غیرها. و هر گاه یکی از آنها زرعی در آن املاک کرده، زرع مال او است و آنها به قدر الحصة مستحق اجرت المثل اند. و در مدتی که با هم کار کرده اند هر کس هر کاری کرده منافع آن مال او است، و املاک و باغاتی که خریده اند هر گاه همه با هم خریده اند علی السواء به ذمه، مال همه است علی السواء، خواه قیمت را از مال مشترک داده اند یا مختص بعضی. و هر گاه به عین خریده اند پس اگر به عین مشترک میان همه است علی السواء، مال همه است علی السواء. و هر گاه به عین مختص بعضی باشد پس هر گاه صاحب عین مختص اجازه بیع کرده از برای آن دیگری که از مال آنها عوض بردارد، باز مشترک اند علی السواء. و لکن صاحب مختص مستحق مقدار حصه آنها است از قیمت که از مال آنها بردارد. و هم چنین در صورت اولی که به ذمه خریده بودند و از مختص، قیمت داده بودند.

و آنچه آن دو نفر برداشته اند و خرج عروسی کرده اند هر گاه بدون اذن ثالث است، ضامن مال برادر هستند. که اگر باقی مال تلف شود باید حصه او را از کیسه بدهند. و همچنین هر گاه به اذن او باشد لکن چنین اذنی که منوط به همین شرکت ابدان فاسده باشد که منظور این باشد که او هم به قدر آنها بردارد. و اما هر گاه تصرف به غیر این دو وجه باشد بلکه اذن تصرف داده (کیف ما کان) یعنی خواه او هم عوض بردارد یا نه و خواه مال باقی بماند یا تلف شود، پس آن در معنی اباحه تصرف در مال است مطلقاً و در صورت تلف دیگر مطالبه نمی تواند کرد. اینها در وقتی است که مقدار مال و کسب منافع هر یک معلوم باشد و مقدار تصرف و اتلاف متصرفین معلوم باشد. و هر گاه مجهول باشد چاره به جز مصالحه نیست، خواه در مال تلفشده و خواه در موجود. به هر حال، چون این عقد (همبهری) و (جمع المال) که آن را (شرکت ابدان) میگویند - که بنای آن بر این است که هر یک هر چه پیدا کنند با هم شریک باشند، بلکه هر چه اموال سابقه هم داشته باشند هم در آن شریک و سهم باشند، بلکه بعضی افراط میکنند و علاوه بر این قرار میدهند که هر چه به هر یک عاید شود از باب هبه یا میراث یا غیره در آن هم شریک باشند، بلکه از این بالاتر که هر چند یکی پنج تومان کسب کند و دیگری هزار تومان باز مساوی باشند - این باطل است. و هر کس مالک مال خود است از اعیان، و مالک منافع خود است از کسب. و گاه است برای یکی هیچ نیماند و برای دیگری هزار تومان نیماند. پس باقیمانده را بر نهج مالکیت و کسب قسمت میکنند، و تلف شده که مبنی بر همین عقد است - نه بر اباحه محضه - موافق حصه متلف محسوب میدارند، و در مجهول الحال صلح میکنند. و در صورت دعوی که یکی ادعای مساوات کند در کسب و مداخل، و دیگری انکار کند، محتاج به مرافعه و بینه و یمین است. و آن بدون حضور طرفین در نزد حاکم شرع صورت نمییذیرد. و اما قرضی که دارند: پس آن در ذمه کسی است که قرض کرده. مگر این که به اذن دیگری برای او هم قرض کرده باشد. و اگر

یکی از آنها قرض کرده و به مقتضای شرکت باطله و (جمع مالی) همه به مصرف رسانیده اند، حکم آن از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. چون این مال مختص آن بود که قرض کرده بود و همه صرف کردند. پس دیگران به قدر تصرف ضامنند. و هر گاه در اصل قرض یا شرکت و اختصاص آن اختلاف و نزاع کنند باز محتاج به مرافعه خواهد بود.

۱۲۶:سوال:

۱۲۶:سوال: هر گاه دو نفر شریک شوند و سرمایه را معین کنند، و بنا بگذارند که یکی سفر کند و معامله کند و دیگری در حضر باشد. و در ضمن عقد شرط کنند که آن که به سفر می رود نفقه خود را از اصل مال بردارد. و آن مسافر نفقه را از مال خود صرف کرده باشد، و پس از چند وقت طریق محاسبه نموده و حقوق را صلح کنند، و آن مسافر متذکر امر نفقه نبوده و بعد از مصالحه بگوید: من متذکر نفقه نبودم در حین صلح و آن مبلغی می شود و من به این صلح راضی نیستم. آیا می تواند فسخ صلح کند و ادعای نفقه کند یا نه؟ -؟.

جواب:

ظاهر این است که شرط در ضمن عقد شراکت صحیح باشد و مادامی که عقد را فسخ نکرده اند عمل به مقتضای آن لازم باشد. و در این صورت که شرط نفقه از برای مسافر شده و مسافر انفاق نکرده از آن مال، باید ملاحظه گردد [که] هر گاه شرط انفاق بر نهجی است که در عقد مضاربه ثابت است بالذات (علی الاظهر) هر چند شرط نشده باشد. یعنی این که چون اظهر این است که نفقه ثابته در عقد مضاربه از باب ارفاق و مواسات است مثل نفقه اقارب. نه از باب تملیک چون نفقه زوجه. که از جمله ثمرات آن این است که هر گاه مضارب در سفر از آن مال انفاق نکرده باشد، در حضر قضای آن را نمی تواند کرد و مطالبه از صاحب مال نمی کند. پس هر گاه شرط انفاق از برای شریک مسافر بر نهج همان انفاقی است که از برای مضارب بالذات ثابت است، پس در صورت سوال:

جواب:

جواب: ظاهر این است که شرط در ضمن عقد شراکت صحیح باشد و مادامی که عقد را فسخ نکرده اند عمل به مقتضای آن لازم باشد. و در این صورت که شرط نفقه از برای مسافر شده و مسافر انفاق نکرده از آن مال، باید ملاحظه گردد [که] هر گاه شرط انفاق بر نهجی است که در عقد مضاربه ثابت است بالذات (علی الاظهر) هر چند شرط نشده باشد. یعنی این که چون اظهر این است که نفقه ثابته در عقد مضاربه از باب ارفاق و مواسات است مثل نفقه اقارب. نه از باب تملیک چون نفقه زوجه. که از جمله ثمرات آن این است که هر گاه مضارب در سفر از آن مال انفاق نکرده باشد، در حضر قضای آن را نمی تواند کرد و مطالبه از صاحب مال نمی کند. پس هر گاه شرط انفاق از برای شریک مسافر بر نهج همان انفاقی است که از برای مضارب بالذات ثابت است، پس در صورت سوال: حقی از برای آن شریک مسافر باقی نیست از این باب، که صلح کند. پس خواه متذکر باشد و خواه نباشد صلح صحیح است. و هر گاه شرط انفاق بر نهج تملیک باشد که شریک مسافر مستحق آن باشد در ذمه این شریک،

و یا متعلق باشد به عین المال، پس حق او در ذمه او باقی است در صورت اول، و در مال باقی است (مادامی که مال باقی است) در صورت دوم. و در صورت عدم تذکر، صلح مسقط آن حق نیست. و هر گاه نزاع واقع شود در این که اشتراط بر نهج تملیک بوده یا بر سیل مواسات، اظهر تقدیم قول مدعی ثانی است با یمین. و هر گاه نزاع واقع شود - در صورت مسلم بودن شرط بر سیل تملیک - در تذکر و عدم تذکر، اظهر تقدیم قول مدعی صحت صلح، است با یمین. چون نسیان و عدم تذکر خلاف اصل است، و اصل لزوم صلح و حمل فعل مسلم (۱) بر صحت هم موید آن است با اصل براءت. پس آن در حکم منکر می شود و قول او مقدم می شود. و لکن این مطالب در مرافعه مختلف می شود به سبب اختلاف مواضع در قوت و ضعف ظهور. و تمیز آن به دست حاکم است. و اما مانند مسأله [مورد بحث]: پس تحقیق این مسأله موقوف است به بیان چند چیز: اول: این که مقتضای عقد شرکت صحیحه - که آن را (شرکه عنانیه) میگویند - این است که همین که دو نفر مال های خود را ممزوج کردند به حیثیتی که متمیز از یکدیگر نباشند، به قصد تجارت، و اذن بدهند هر یک از آنها دیگری را در عمل. به همین، عقد شرکت منعقد می شود. و علامه در تذکره تجویز کرده به این که هر یک بگویند (تشارکنا) و بهتر این است که به لفظی بگویند که صریح در اذن باشد. و هر چه از معامله حاصل شود بینهما قسمت می شود علی السویه، هر گاه مال ها مساوی باشند. و نسبت به حصه، هر گاه متفاوت باشد. و هم چنین نقصان هم به همین نحو ملاحظه می شود. و فرقی نیست در صورت تفاوت مال ها ما بین این که عمل هر دو مساوی باشد یا متفاوت، و ظاهراً خلافتی در این نباشد میان شیعه. و اما اگر شرط کنند از برای یکی از آنها زیاده از آنچه حصه او می شود با تساوی مال ها، و یا تساوی در ربح و نقصان با تفاوت آنها پس در آن خلاف است. جمعی قایل .

ص: ۲۴۶

۱- در نسخه: و حمل قول مسلم بر صحت.

شده اند به صحت و لزوم. و از جمله ایشان سید مرتضی است. و دلیل این قول اجماعی است که سید مرتضی دعوی کرده، با عموم (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم) و (الا ان تکون تجاره عن تراض). و جمعی دیگر قایل شده اند به عدم لزوم. و ابن ادریس این را نسبت به اکثر داده، و از این زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و دلیل ایشان این است که آن زیادتی ربحی، که از برای آن یکی شرط شده در مقابل آن عوضی نیست. و در ضمن عقد معاوضه هم شرط نشده تا ضم کنیم این را به احد عوضین. و عقد هبه هم در میان نیست که مقتضی تملک باشد. و این هیچ یک از اسبابی که موجب نقل ملک باشد نیست. پس از باب این است که شرط کند که شخصی مالک مال غیر شود بدون سببی. مثل این که کسی الاغی دارد که هر گاه آن را به کسی دهد که یک روز آن شخص با آن بار بکشد دو من گندم اجرت آن است، شرط کند که نصف اجرت از تو باشد و نصف از من. و اینکه دلالت عمومات آیات و اخبار ممنوع است به جهت این که عقد شرکت از عقود جایز است و حکم به وجوب وفای به آن معنی ندارد. و هم چنین لزوم شرطی که در ضمن آن است و بر این شرط هم صادق نیست که تجاره است. به سبب این که متضمن معاوضه نیست و مجرد تراضی مبیح تصرف بودن، دخیلی به مانحن فیه ندارد. و چون قطع نظر از عقد شرکت می شود خصوصا هر گاه جاهل باشند به فساد شرط، و تراضی به اعتقاد صحت شرط به عمل آمده باشد. و اجماع منقول از سید معارض است با آنچه از ابن زهره نقل شده با وجود اعتضاد آن به این که موافق اکثر است، چنانکه ابن ادریس گفت. و گمان حقیر این است که قول اول اقوی باشد، به سبب همان عمومات. و مراد از امر به وفای به عقود و شروط، عمل به مقتضای آن است. و آن منافات با جواز عقد (وقابل فسخ بودن آن هر وقت بخواهند) ندارد. پس مراد این است که مادامی که فسخ نکرده اند شرکت را، باید به مقتضای آن عمل کنند. و مؤید این است آنچه بعد خواهیم گفت که (هر گاه عمل زایدی باشد از برای آن که زیادتی برای او شرط شده یا تمام عمل

از او باشد، صحیح است) و این جماعت در آن خلافی ندارند. و دلیل آن همین عمومات است. و اینکه گفته شد که (این از باب قرار دادن مال شخصی است از برای غیر بدون عوض، و این داخل تجارت نیست) هم ممنوع است. به جهت آن که می تواند شد که همان رضا شدن آن شخص به این که او عمل کند در مال مشترک، عوض باشد. که مقصود همان محض تعاون باشد. یا به سبب این که چون مرد زیرکی است مردم از او تشویش دارند و فریب به آن شریک دیگر هم نمیدهند، هر چند در عمل مطلقاً زیادتی نباشد. و نه از باب (شرکت وجوه) باشد و نه از غیر آن از اقسام شرکت منهی. و این امری است که عقلاء مرتکب میشوند و در آن سفاهتی نیست. و مفروض این باشد که داخل استثنائی باشد که بعد مذکور می شود. با وجود این که میتوانیم گفت که اجماع سید اقوی باشد از اجماع ابن زهره به ملاحظه اقدمیت و بصیرت و اقریبیت او به زمان ائمه (علیه السلام) و کثرت قایل، به نحوی که این طرف خلاف مشهور باشد هم معلوم نیست. بلکه علامه در تذکره در چندین جا به لفظ (عندنا) این مذهب را ادا کرده که لا اقل افاده شهرت میکند. و در بعضی جاها نسبت خلاف را به شافعی داده و در بعضی جا به شیخ. با وجود این که شرکت مبتنی بر ارفاق و تسهیل است. و اصل، و نفی عسر و حرج و ضرر، هم معاضد این می شود. و بدان که: بنا بر قول به عدم لزوم، ظاهر اکثر این است که چنانکه شرط باطل می شود اصل عقد شرکت هم باطل می شود. یعنی دیگر اذن در تصرف از برای هیچ یک باقی نمیماند. به جهت آن که اذن در تصرف به ملاحظه این شرط بوده و به اعتقاد صحت این بود، و بدون آن اذنی نیست. پس اگر در این صورت عملی بکنند ربح تابع راس المال خواهد بود، و مستحق اجرت المثل عمل می شود بعد از وضع آنچه مقابل عمل او است در مال خودش. و هر گاه صلح کند بعد از ظهور ربح به همان نحوی که شرط کرده بودند (یا غیر آن) جایز خواهد بود. و از ابو الصلاح نقل شده است قول به بطلان شرط دون شرکت.

واما آنچه وعده کردیم که خواهیم گفت: پس این [است] که این سخنها همه در وقتی است که در عمل مساوی باشند. واما اگر عمل مخصوص یکی باشد و زیادتی را از برای او قرار داده باشند، یا آن که زیادتی را برای آن قرار دادند که [عمل] آن بیشتر باشد، پس ظاهرا خلافی در صحت و لزوم آن نیست. چنانکه از کلام جمعی ظاهر می شود. هر چند اطلاق کلام محقق اقتضای منع میکند مطلقا، و فخر المحققین در ایضاح گفته است که (هر گاه عمل از برای یکی از آنها باشد یا زیادتی در عمل، و شرط شود از برای آن، زیادتی ربح، مرکب می شود عقد از شرکت و مضاربه. و اینکه در مضاربه گفته اند که عمل مختص عامل است در ملک مالک، آن در مضاربه ای است که منقطع باشد از شرکت. نه آن که مشترک باشد با شرکت). و محقق گفته است که (این معامله به مضاربه شبیهتر است). و علامه در تحریر گفته است که (هر گاه مال یکی از آنها دو برابر دیگری باشد پس اذن دهد به آن دیگری در عمل به شرط تساوی در ربح، شیخ گفته است که اگر آن دیگری هم شرط کند که آن صاحب مال هم با آن عمل کند، شرکت صحیح نیست. و هر گاه شرط نکند عمل را شرکت صحیح است. و این (شرکت قرین) است. یعنی شرکت و مضاربه [است] پس عامل مستحق ثلث ربح می شود به سبب مال خود، و سدس ربح به سبب عمل خود. واما بنا بر مختار ما هر گاه شرط کند با او عمل را، جایز خواهد بود). تمام شد ترجمه کلام علامه. به هر حال، این معامله هر چند شبیه است به مضاربه (اما مضاربه حقیقه نیست. خصوصا هر گاه مال از طلا و نقره نباشد) و لکن حکم همان است که گفتیم. و شهرت این حکم، با عمومات ادله و فاء به عقود و شروط، کافی است در مسئله. دوم: آیا این که شرط نفقه از برای احد شریکین، یا خصوص آنکه سفر میکند، صحیح است یا نه؟ -؟. الحال در کلام فقہائی که کتب ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده ام. و اینکه گفته اند که (مقتضای عقد شرکت این است که شریکین در نفع و نقصان شریک اند، چنانکه ربح به ملاحظه سرمایه قسمت می شود خسارت و نقصان هم چنین

است) دخلی به مقصود ما ندارد. پس نمیتوان گفت که بنابر این نفقه سفر از بابت خسارتی است که در این معامله بهم رسیده پس باید بر سرمایه قسمت شود و شرط کردن در آن بیش از تاکید، افاده نمی کند - چنانکه در مضاربه بنابر قول به ثبوت نفقه از برای مسافر در اصل شرع گفته اند. چنانکه خواهیم گفت - به علت این که مراد ایشان از تقسیم نفع و نقصان بر سرمایه نفع و نقصانی است که به سبب معامله حاصل شود نه مطلقاً. والا لازم می آید که هر گاه احد شریکین که در خانه مانده هر گاه اخراجات او بیشتر باشد او هم زیادتی از مال بردارد. زیرا که می تواند شد که آن شریک مسافر از شهر... می رود... (۱) و رساتیق که ماکول و مشروب در آن [جاها] ارزانتر [است] و حیوان آن هم به صحرا میچرد و احتیاج به قیمت علف ندارد، بخلاف آن شریک که در شهر مانده. و این تو هم را هرگز کسی نکرد [ه] که آن که در بلد مانده زیادتی نفقه را از اصل مال محسوب دارد. و هم چنین گاه است که در سفر آن مسافر مالی دارد خارج از مال الشركه (و قیمت بسیار دارد) گم می شود یا دزد میبرد. پس نمیتوان گفت که (آن شریک سفر را برای معامله اختیار کرده و این شریک از برای معامله نمانده بلکه در خانه خود است پس نقصان سفر را باید محسوب داشت چون سفر از برای معامله است هر چند به تلف شدن مالی باشد که داخل مال الشركه نیست. بخلاف نقصان در خانه). و اگر در خصوص مضاربه دلیل نبود و حدیث وارد نشده بود (۲) ما در آنجا هم قایل به ثبوت نفقه نمیشدیم. و مفروض این است که در اینجا دلیلی نیست و نصی وارد نشده. و تصریحی در کلام علما هم نیست، بلی در مضاربه متوجه شده اند. واقوی و اشهر این .

ص: ۲۵۰

- ۱- کلمه ها در جای نقطه چین قابل خواندن نیست. گویا اولی (بیرون) و دومی (به دهات) است.
- ۲- وسائل: ج ۱۳ ص: ۱۸۷ و ۱۸۸ باب ۶. توضیح: گویا قول به (ثبوت نفقه عامل) در مضاربه تنها به دلیل حدیث نیست، بل مقتضای عقل و تعارف عرف است. همان طور که خود مصنف در سطرهای بعدی به تعارف تکیه خواهد کرد. در این مسأله تنها دو حدیث وارد شده که در سند یکی (عمرکی) و در سند دیگری (سکونی) هست. و فقها با تکیه بر اینگونه روایات اقدام به تأسیس اصلی مانند (اصل ثبوت نفقه در مضاربه) نمیکنند. بلی اینگونه احادیث می توانند تأییدی بر اقتضاهای عقلی و عرفی باشند.

است که تمام نفقه سفر را می تواند بردارد. وقول دیگر این است که تفاوت زیادتی نفقه سفر از حضر، را می تواند بردارد. وقول دیگر منع است مطلقا. وقول اول مقتضای صحیحه علی بن جعفر (۱) وروایت سکونی است، واز شیخ نقل اجماع بر آن شده. این در صورتی است که شرطی نباشد. پس اگر شرط کند نفقه را تأکیدی خواهد بود بنا بر مختار ما. و بنا بر آن دو قول هم جایز و صحیح است به سبب ادله وفای به شروط و عقود. و بنا بر مختار ما در صورت شرط، بعضی گفته اند که باید تعیین کند تا شرط مجهول نباشد، خصوصا بنا بر قول به عدم ثبوت نفقه. و دور نیست اکتفا به تعارف، چنانکه رجوع میکنیم به آن در صورت عدم شرط، زیرا که شرط هم راجع به همان اطلاق می شود. پس فرق مابین آنچه به اصل شرع ثابت یا به سبب شرط، بعید است. و هر گاه عدم نفقه کند هم ساقط می شود بنا بر مختار ما نیز. و ظاهر حدیث و اطلاق فتاوی این است که موقوف نیست جواز انفاق بر ظهور ربح. پس می تواند انفاق کند هر چند از اصل مال باشد. بلکه ظاهر این است که در صورت ظهور ربح هم از مجموع مال، انفاق میکنند نه خصوص ربح، ولکن آن را قبل از (حق عامل) بر میدارد. هر گاه این را دانستی، پس چنانکه در ضمن عقد مضاربه شرط نفقه جایز است (هر چند قایل باشیم به عدم ثبوت آن به اصل شرع) به سبب عمومات ادله، پس چرا در عقد شرکت جایز نباشد. ووجه تصحیح آن را پیش بیان کردیم. والحال سخن در این است که آیا شرط نفقه از برای شریک، از باب زیاد کردن حصه او است که پیش گذشت، یا مسئله ای است جدا؟-؟. ظاهر این است که مسئله ای است جدا. وعدم تصریح به آن مضر نیست هر گاه عمومات اقتضای جواز آن، کنند. بلی، هر گاه از برای آن مسافر ربحی زیادتر قرار داده شده باشد که احتمال دخول در مضاربه و ترکب با شرکت باشد، از حیثیتی داخل مضاربه می شود که شرط نفقه از آن حیثیت باشد. .

ص: ۲۵۱

۱- همان طور که بیان گردید این حدیث نمی تواند (صحیح) باشد به دلیل حضور (عمر کی) در سند آن. و به همین دلیل اقوال فقها در این مسأله مختلف است.

سوم: این که کلام (در نفقه مسافر در مضاربه محضه) در آنجا باید منقح شود (۱) که آیا این نفقه از باب ارفاق و مواسات است مثل نفقه اقارب؟ یا از باب استحقاق تملک است مانند استحقاق زوجه نفقه را - که هر گاه انفاق به عمل نیاید قضا باید کرد بخلاف اقارب؟. و پیش گفتیم که مسأله نفقه را در کتاب شرکت بر نخوردم [به] تصریحی به آن در کلام علما. اما در مضاربه محضه: پس از کلام علامه در تحریر توقف ظاهر می شود. چونکه گفته است که (هر گاه ثابت دانیم نفقه را در سفر، یعنی قایل باشیم که نفقه به اصل شرع ثابت است از برای عامل مضاربه در سفر، هر گاه عامل نفقه را از غیر مال مضاربه کرده باشد - خواه از مال خود یا به عنوان قرض - به قصد این که رجوع کند به مالک، پس در جواز رجوع اشکال است. و هر گاه شرط کرده باشد نفقه را، بعد از آن که ادعا کند که من نفقه را از مال خود کرده ام و الحال میخوام، قول، قول او است با قسم. خواه مال در دست او باشد یا رد کرده باشد به صاحب مال). و در قواعد گفته است که (هر گاه شرط کند عامل نفقه را یا ثابت دانیم نفقه را از برای او از اصل، و او ادعا کند که من از مال خود انفاق کرده ام و عوض را میخوام، جایز است از برای او رجوع به مالک). و از کلام هر دو کتاب بر می آید که در صورت شرط لازم می شود و از باب استحقاق تملکی، است. و اما در صورت عدم شرط (هر چند قایل باشیم به استحقاق برداشتن نفقه): از تحریر ظاهر می شود توقف در جواز رجوع. و این در معنی توقف است در استحقاق تملکی. (۲) و اما از عبارت قواعد بر می آید که در صورت عدم شرط هم استحقاق تملکی دارد. و اما در تذکره: پس بعد از آن که اختیار کرده ثبوت نفقه را در سفر بدون شرط نیز - چنانکه مشهور واقوی است - در آخر مبحث میگوید (ولو اقرت علی نفسه فی الانفاق لم یکن له اخذ الفاضل مما لا یزید علی المعروف. لان هذه النفقه مواساه. و کذا لو اسرف فی النفقه، حسب علیه الزاید علی قدر المعروف). .

ص: ۲۵۲

- ۱- و به عبارت دیگر: اصل کلام در مسأله نفقه مسافر در شرکت، منوط است به روشن شدن کلام در نفقه مسافر در مضاربه محضه.
- ۲- و این نیز در معنی این است که علامه (در تحریر) در اصل (ثبوت نفقه در اصل شرع) توقف میکنند. و همان طور که پیشتر بیان گردید آن دو حدیث را برای ثبوت این اصل کافی نمیدانند.

و حاصل کلام او این است که چون نفقه موکول است به عرف و عادت پس هر گاه بر خود تنگ بگیرد و کمتر از متعارف خرج کند نمی تواند تفاوت متعارف را از صاحب مال مطالبه کند. چون این نفقه از باب مواسات است. یعنی مثل نفقه اقارب است نه مثل نفقه زوجه. پس قضا ندارد. و هر گاه اسراف کرده است و زیاده تر از متعارف خرج کرده، باید به صاحب مال رد کند، یا در کم ربح محسوب دارد. و این کلام منافات ندارد با آنچه ظاهر می شود از کلام او سابق بر این، در آنجا که گفته است که (هر گاه شرط کند نفقه را در حضر لازم می شود شرط اجماعاً و هم چنین در سفر بنا بر قول به عدم ثبوت نفقه در سفر بدون شرط. و واجب می شود از برای او آنچه محتاج است به آن از ماکول و مشروب و ملبوس و مرکوب. و در صورت تعیین نفقه تعدی از آن جایز نیست. و در صورت اطلاق رجوع می شود به عادت و صحیح، و تعیین بهتر است. و بعضی شافعیه شرط کرده اند تعیین را. و این قول خوب نیست.). و بعد از آن از احمد نقل کرده است که در صورت شرط نفقه علی الاطلاق، کسوه داخل نیست. و بعد از آن گفته است (اذا عرفت هذا فان الكسوه يستحقها للاستمتاع بها لا على وجه الملك الصريح، فلو رجع الى البلد من سفره و عليه كسوه او دابة ركوب، كانت مردوده الى مال القراض). و حاصل آن این است که کسوه را عامل مالک نمی شود، استحقاق او محض از برای منتفع شدن به آن لباس است. و وقتی که برگشت از سفر آن لباس را باید به صاحب رد کرد، یا داخل مال مضاربه کرد. و هم چنین چاروای سواری. پس کسی تو هم نکند از این کلام علامه (که تخصیص داده کلام را به کسوه) که [کسوه] از باب استمتاع است [نه] انتفاع از باب تملک، چنانکه در زوجه همچنین است علی الاقوی. بخلاف ماکول که از باب تملک است در زوجه. [تا] مذهب او این باشد که در اینجا هم ماکول از باب تملک است مثل زوجه که هر گاه از مال خود خرج کرده باشد تواند به مالک رجوع کرد. زیرا که کلام او در اینجا مبتنی بر غالب است که نفقه را در سفر خرج کرده است با آن که خود عنوان را از برای شرط نفقه کرده و شرط باعث لزوم و تملک می شود در هر حال. پس حکایت کسوه محتاج بود به بیان، نه ماکول و مشروب. و اما تحقیق حال: پس میگوئیم که اصل در این، حدیث صحیحه علی بن

جعفر است از حضرت کاظم (علیه السلام) (قال فی المضاربه ما انفق فی سفره فهو من جمیع المال. و اذا قدم بلده فما انفق فمن نصیبه) (۱) و ظاهر حدیث این است که عامل هر گاه در سفر از مال مضاربه نفقه کرده باشد آن را از جمیع مال حساب میکنند، نه از حصه ربح عامل. و هر گاه به خانه اش آمده و از آن مال نفقه کرده پس آن را از حصه خودش محسوب میدارند. پس حکم این که هر گاه از مال خودش علی حده خرج کرده باشد (خواه به قصد قرض که بعد بردارد از آن مال، یا با غفلت از حقیقت حال) مستفاد نمی شود از حدیث. (۲) و شهید ثانی و دیگران گفته اند که (مراعات میکند در نفقه آنچه لایق به حال او است بر سیل میانه روی پس اگر اسراف کند بر او محسوب میدارند. و اگر بر خود تنگ بگیرد از برای او حساب نمیکند به جهت این که آن را انفاق نکرده است). و از این عبارت بر می آید که هر گاه نفقه نکرده باشد از آن مال، نتواند مطالبه کند (۳). و این عبارت هم مطابق حدیث است که ثبوت اصل نفقه در ذمه مالک معلوم نمی شود که گفته اند چون انفاق نکرده است محسوب نمی شود. و اصل وقاعده هم مقتضی این است. پس هر گاه به نیت قرض هم از مال دیگر خرج کرده باشد که بعد از آن مال بردارد، معلوم نیست که تواند، مگر این که وکیل باشد در این معنی، یا مأذون شود از حاکم. پس آن قدری که از حدیث و کلام علما ظاهر می شود همین قدر است که جایز است از برای عامل این که از اصل مال انفاق کند و این استحقاق از برای او هست. و بیش از این بر نمی آید. هر گاه این را دانستی پس میگوئیم: هر گاه لزوم نفقه به شرط ثابت شود (خواه در

ص: ۲۵۴

۱- همان حدیث - (ابواب مضاربه، باب ۶ ح ۱) همان طور که گفته شد این حدیث (صحیح) نیست.

۲- با یک دقت روشن میشود که اساساً حدیث در مقام بیان این حکم است، نه در مقام تاسیس اصل و نه در مقام توضیح واضح.

۳- چنین نتیجه گیری از سخن شهید قابل نقد است زیرا مراد او جایی است که بر خود تنگ گرفته و انفاق نکرده، و این فرق دارد با جایی که انفاق کرده لکن از جیب خودش.

سفر و خواه در حضر) به این معنی که شرط کند که نفقه سفر از کیسه مالک باشد، مطلقا مستحق می شود. و هم چنین هر گاه شرط کند که از مال مضاربه خرج کند هم مستحق است مطلقا. مادامی که آن مال باقی است. و در این صورتها فرقی نیست ما بین این که نفقه را برداشته باشد یا نه، [زیرا] که استحقاق تملکی حاصل است و میگیرد. اما در صورت عدم شرط پس اگر نفقه را به مصرف رساند از آن مال، محسوب می شود از اصل مال. و اگر از عین المال خود کرده تا آمده به خانه، معلوم نیست که تواند عوض آن را مطالبه کند. پس معنی وجوب نفقه در مضاربه (بنابر مختار) این است که واجب است بر صاحب مال که هر گاه عامل از آن مال خرج کرده باشد در نفقه، با او محسوب ندارد در حصه خودش، بلکه از مجموع مال باید محسوب دارد. و اما از برای عامل پس جایز است که بردارد از مال برای نفقه [و] جایز است که بر ندارد. و در صورت شرط باید ملاحظه کرد که [آیا] شرط کرده است که او مرخص باشد در نفقه کردن از اصل مال؟ یا شرط کرده است که عامل مستحق مقدار نفقه باشد از اصل مال؟ یا در ذمه مالک اعم از آن مال و اموال دیگر او؟. پس در صورت اول واجب می شود بر صاحب مال که هر گاه نفقه کرده باشد عامل از اصل مال، از مجموع مال حساب کند. نه این که واجب باشد بر او وفا حتی این که اگر عامل از مال خود خرج کرده باشد واجب باشد که صاحب مال عوض را بدهد. و در صورت ثانیه واجب می شود بر او وفای به شرط، خواه عامل از اصل مال خرج کرده باشد، یا نه. پس هر گاه دانستی معنی وجوب را در این دو صورت (۱)

پس بدان که: منافاتی نیست ما بین وجوب شرط و لزوم آن، و آنکه عقدی که این شرط در ضمن آن شده از عقود جایزه است. بلی هر گاه فسخ کند عقد را لزوم این شرط هم بر هم می خورد. پس لزوم آن مادامی است که آن عقد بر حال خود باشد. پس هر گاه در اول سفر بر هم زنند عقد را، شرط هم بر هم می خورد. و هر گاه بین سفر فسخ کند به مقداری که از سفر مانده لزوم شرط زایل .

ص: ۲۵۵

۱- توضیح: نظر به این که صورت دوم و سوم در حکم مساوی هستند لذا سه صورت را دو صورت مینامد.

می شود، و در آنچه گذشته لازم است. (۱) و فرقی دیگر هم هست مابین شرط در ضمن عقد لازم و جایز. که در اولی جایز است از برای مشروط الزام مشروط علیه بر وفای به شرط. هر چند به عرض حاکم باشد. و هر گاه ممکن نشود، یا خود راضی شود به ترک آن. مسلط بر فسخ می شود. و در ثانی جایز نیست. و هر چند در اینجا هم میتوان گفت که با استمرار عقد می تواند الزام کند، لکن فرق این است که در اینجا سلب استمرار به فعل احدهما حاصل می شود و در آنجا حاصل نمی شود الا به تراضی طرفین. پس عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن در ماده عقد مضاربه و شرکت، معنی آن این است که واجب است که به مقتضای آن عمل کنند. یعنی مادامی که فسخ نکرده اند باید احکام و آثار آن را مترتب کنند بر آن، و هر گاه فسخ کنند دیگر بر آنها حرجی نباشد. و عموم (المومنون عند شروطهم) در ماده چنین عقود، لزوم وفای به شرط است مادامی که عقد را فسخ نکرده [اند و یا] مدت آن منقضی نشده است. هر گاه این مقدمات دانسته شد میرویم بر سر صورت سوال:

می شود، و در آنچه گذشته لازم است. (۲) و فرقی دیگر هم هست مابین شرط در ضمن عقد لازم و جایز. که در اولی جایز است از برای مشروط الزام مشروط علیه بر وفای به شرط. هر چند به عرض حاکم باشد. و هر گاه ممکن نشود، یا خود راضی شود به ترک آن. مسلط بر فسخ می شود. و در ثانی جایز نیست. و هر چند در اینجا هم میتوان گفت که با استمرار عقد می تواند الزام کند، لکن فرق این است که در اینجا سلب استمرار به فعل احدهما حاصل می شود و در آنجا حاصل نمی شود الا به تراضی طرفین. پس عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن در ماده عقد مضاربه و شرکت، معنی آن این است که واجب است که به مقتضای آن عمل کنند. یعنی مادامی که فسخ نکرده اند باید احکام و آثار آن را مترتب کنند بر آن، و هر گاه فسخ کنند دیگر بر آنها حرجی نباشد. و عموم (المومنون عند شروطهم) در ماده چنین عقود، لزوم وفای به شرط است مادامی که عقد را فسخ نکرده [اند و یا] مدت آن منقضی نشده است. هر گاه این مقدمات دانسته شد میرویم بر سر صورت سوال: از مسأله شرکت و میگوئیم که: شرکت از عقود جایزه است اتفاقاً. و اظهر این است که شرط نفقه از برای احد شریکین در آن صحیح باشد. چنانکه در مضاربه صحیح است هر چند قایل نباشیم به ثبوت نفقه در اصل از برای عامل. پس هر گاه شرط کرده باشد که از برای او جایز باشد انفاق (چنانکه در اصل مضاربه بدون شرط ثابت بود، بنا بر مشهور اقوی) پس، از این شرط چیزی لازم نمی شود الا جواز انفاق و وجوب محسوب داشتن از جمیع مال بر مالک هر گاه شریک انفاق کرده باشد از اصل مال. نه این که هر گاه شریک انفاق از عین المال خود کرده باشد بعد از تفریق محاسبه تواند مطالبه عوض را از شریک بکند. و هر گاه شرط کرده باشند مقدار نفقه را از مجموع مال یا در ذمه آن شریک از برای شریک مسافر، و او از مال خود نفقه کرده باشد، در این صورت لازم است بر آن شریک که .

ص: ۲۵۶

۱- اگر چنین فسخی از ناحیه مالک باشد و موجب ضرر عامل در هزینه بقیه سفر (مثل هزینه برگشت) باشد، لزوم شرط زایل نمیشود.

۲- اگر چنین فسخی از ناحیه مالک باشد و موجب ضرر عامل در هزینه بقیه سفر (مثل هزینه برگشت) باشد، لزوم شرط زایل نمیشود.

عوض را به آن مسافر برساند. پس هر گاه از باب صورت اول باشد و در حین تفریق محاسبه حقوق را صلح کرده باشند، صلح صحیح است و متذکر نبودن امر نفقه مضر به صحت صلح نیست. زیرا که مفروض این است که در این صورت از باب نفقه حقی ندارد که صلح کند یا نکند. و عموم (صلح حقوق) برجا است و لازم است. و هر گاه از باب صورت ثانیه باشد، دعوی مسموعه است. و لکن اظهر این است که قول مدعی صحت صلح مقدم باشد با یمین. چون عدم تذکر و فراموشی خلاف ظاهر و خلاف اصل است. و ظاهر (عموم حقوق) بر حال خود است. پس سخن مدعی صحت موافق اصل و ظاهر و [نیز موافق] اصل براءت و اصالت حمل فعل مسلم بر صحت است.

۱۲۷:سوال:

۱۲۷:سوال: چند نفر در ملکی شریک بودند، و آن ملک را شخصی غصب کرده. و یکی از شرکا بدون اذن و اطلاع باقی رفته و آن ملک را با اجرت المثل از آن غاصب گرفته. و شخصی را همین شریک که ملک را گرفته نزد سایر شرکا فرستاده که آن ملک را به اسم خود از آن شرک بگیرد. و این شخص رافع رفته و به اسم خود آن ملک را از سایر شرکا گرفته به قیمت کمی، به جهت آن که مذکور ساخته آن شخص رافع که (از آن ملک چیزی عاید شما نمی شود به سبب این که در دست غاصب است پس فروختن بهتر است از برای شما هر چند به قیمت پستی بوده باشد). و باقی شرکا هم به این سبب آن ملک را به آن شخص فروخته اند. به قیمت کمی. و الحال مطلع شده اند که آن ملک در وقت بیع مغضوب نبوده و آن شریک تدلیس کرده. آیا سایر شرکا را میرسد (و الحال هذه) که ادعای غبن نمایند یا نه؟ -؟. و دیگر این که: اگر آن شریک آن ملک را از سایر [شرکا] خریده باشد به همان پولی که به عوض اجرت المثل از غاصب گرفته بدون اطلاع سایر شرکا. آیا این بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بعد از ثبوت مراتب مزبوره و تحقق شرایط غبن، خیار فسخ به جهت غبن - بل که خیار تدلیس هم - از برای مالکان ثابت است. و اما جواب از مسأله دوم: پس بدان که آن اجرت المثل که آن یک نفر گرفته به مجرد اخذ او بدون توکیل و اجازه، به قدر الحصه ملک شرکا نمی شود، تا این معنی را به نظر بیاورند که به پول خود [شان] ملک خود [شان] را فروخته [اند] تا [به این جهت] باطل باشد. بلکه به قدر الحصه شرکا از آن

اجره المثل باز در ملکیت غاصب باقی است. واجرت المثل به قدر الحصة آنها در ذمه او باقی است. پس اجازه این بیع شرکا، نسبت به غاصب باید ملاحظه شود. چون به مال او خریده شده بدون اطلاع او. پس میگوئیم که: این شرکا اخذ اجرت المثل را از غاصب اجازه میکنند یا نه؟ -؟. و بر فرضی که اجازه کنند یا این است که بیع ثانی را بعد از اطلاع به حقیقت حال اجازه میکنند (یعنی راضی میشوند که ملک در عوض آن اجرت المثل ماخوذه باشد) یا نمیکنند. و در هر دو صورت بیع باطل می شود. زیرا که در صورت اول (تحصیل حاصل) لازم می آید. به سبب این که حصول بیعی که به سبب اجازه منشأ نقل ملک می شود به شرکاء، همان در حالی واقع است که آن ملک مال شرکا هست (۱). و در صورت ثانی که بطلان واضح است. اینها همه با قطع نظر از آن است که مفروض این است که شرکا در حین بیع، ملک خود را در ید غاصب میدانند و مقدور التسليم نمیدانند، بلکه غیر مقدور التسليم میدانند. هر چند در نفس الامر مقدور التسليم است. و این خالی از اشکال نیست که آیا شرط صحت بیع قدرت تسلیم در نفس الامر است یا باید در نظر متبایعین مقدور التسليم باشد؟ -؟. و اظهر ثانی است. پس این هم راهی است از برای بطلان.

کتاب الشركة من المجلد الثالث

۱۲۸:سوال:

۱۲۸:سوال: مسکنی مشترک میباشد میان چند نفر. یکی از آنها فوت می شود و منتقل می شود به اولاد صغار او. آیا شرکا میتوانند تصرف نمایند نظر به شرکتی که دارند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شرکا جایز نیست. (۲)

۱۲۹:سوال:

۱۲۹:سوال: خانه [ای] مشترک است فی مابین چند نفر و بعضی از آنها غایب. و حاضر محتاج به سکنی. آیا حاضر محتاج می تواند در خانه ساکن شود بالاشاعه؟ یا نه بلکه .

ص: ۲۵۸

۱- این فتوی با مختار مصنف (ره) در بیع فضولی - در صورت تعاقب ایدی در فضولی - سازگار نیست. رجوع کنید به مسأله مشروح بیع فضولی در اواخر جلد دوم همین کتاب.

۲- این سوال و جواب آن تحت شماره ۱۲۱ گذشت و در اینجا که آغاز دفتر سوم بوده تکرار شده است. برای حفظ امانت حذف نگردید.

باید حصه غایب را از حاکم شرع اجاره کند؟ و هر گاه اجاره لازم باشد ضرر به او میرسد به جهت آن که قدر الحصه کفایت او را میکنند. و به قسمت هم راضی نیست. در این صورت می تواند تصرف نمود در مال مشترک به قصد استیفای حق خود؟ (۱) یا: باید اجاره کند از حاکم شرع؟ و یا باید او را اجبار کرد بر تقسیم؟-؟.

جواب:

جواب: تصرف در مال مشترک بدون اذن شریک جایز نیست. در صورت امکان تقسیم خانه بدون احتیاج به رد - یعنی به (سر بود) دادن از خارج - (۲) و تعدیل سهام ممکن باشد، حاکم اجبار میکند ممتنع را. و ظاهر این است که در حال غیبت شریک، حاکم ولی غایب ممتنع است و از جانب او قسمت میکند یا اجاره میدهد به این شریک.

۱۳۰: سوال:

۱۳۰: سوال: هر گاه کسی با دیگری شریک باشد در شارع. مثلاً دو نفر باشند هر یک باغی دارند که آن شارع مشترک است میان آنها. الحال احدی در میان باغ میخواهد عمارتی یا خلائی بسازد که این امر باعث زیادتی تردد و تطرق و آمد و شد اجانب می شود. آیا بدون رضای شریک جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر عدم جواز است. چنانکه در کوچه های سر بسته مشترک میان دو نفر یا بیشتر که در خانه آنها به آنجا باز است احدی نمی تواند بدون اذن دیگری در تازه احداث کند.

۱۳۱: سوال:

۱۳۱: سوال: اذا اشترك الطريق المرفوعه بين جماعه هل يجوز لاحد منهم احداث مستراح او حفر كنيف في جنب داره ام لا؟ -؟. وهل يجوز منعه لجميع اهل الزقاق، (۳) او يختص بمن تاخر داره عنه الى اخر الزقاق؟ -؟. او لا يجوز منعه لواحد منهم؟ -؟.

جواب:

جواب: لا يجوز احداث الكنيف والبالوعه في الطريق المرفوعه. وكذا لا يجوز اخراج الاجنحه والرواشن والميازيب. الا باذن جميع اربابها. وان لم يكن مضرا. والمراد بالمرفوعه، التي لا ينتهي الى طريق او مكان مباح يجوز استطراره، بل اما يكون را سه مسدودا بجدار او .

ص: ۲۵۹

۱- عبارت نسخه: ... به قصد استیفای حق خود خورد و مانع شدن شریک نزد حضور یا باید اجاره...

۲- سر بود: مبلغ یا مالی که هنگام تقسیم یک چیز، برای تعدیل سهام، از خارج بر سر سهم ناقص میافزایند.

۳- الزقاق: الطريق الضيق.

نحوه او يكون منتهيا الى سد لايجوز استطراره. والمراد باربابها، كل من [له] اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى. لا مجرد اتصال حايط داره بها. فلو اتفق زقاق كان فى احد جانبيها ابواب متعلقه ولم يكن فى الجانب الاخر الاباب واحد، فلا مشاركة لارباب الجانب الاخر فى الطريق اصلا، ولا يجوز التصرف فى ارضها ولاهوائها ولا جدرانها، الا باذن جميع اربابها. نعم: لكل صاحب جدار ان يتصرف فيه من حيث انه ملكه، باحداث روزن او شباك وان استلزم الاستعلام والتمكن من الاطلاع على مالا يجوز له. فان المحرم انما هو الاطلاع. فجعل مجرى ماء السطح فى الجدار لا يحتاج الى اذن ارباب الزقاق وان كان لهم منع جريان الماء فى زقاقهم. واستدلوا على ذلك بان الزقاق ملك لاربابه فلايجوز التصرف فيه الا باذنه، واستشكل فيه المحقق الاردبيلي ومنع الا ان يثبت الملكيه بوجه شرعى ولو بادعائهم الملكيه مع عدم العلم بفساد الدعوى. ولكن يشترط ان لايعتمدوا فى دعويهم ذلك باستمرار الاستطراق. فان الذى علم من التصرف بالاستطراق، استحقاقهم ذلك، لا [مالكيتهم به]، وكما كان اكثر الطرق و الاستطراق يحصل فى غير الملك مايعلم منه الملكيه التى هى منفيه بالاصل. اذ لا فرق بين المسلوك والمرفوع فى الحصول الا- ان المترددين فى الاول اكثر. ثم نقل عن التذكرة عبارات لتأييد مدعاه، منها: انه قال (انها محدوده بسبع او خمس (1) ولو كان ملكا لجاز لهم الاتفاق بما ارادوا بعد البناء) ومنها: انه قال (انهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه، ولو وضعوه على اوسع من السبع فالاقرب ان لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه). اقول: ويمكن ان يقال: مراد العلامة انه لايجوز النقص عن السبع والخمس الا برضا الجميع، لانه لايجوز مع رضاء الكل. واما الزائد عليها فيجوز المناقشه فيه بمعنى اخراجه من الطريق (2) مع كونهم مشتركين وبقاء حق الجميع فيه. لا بمعنى جواز اختصاص كل .

ص: ٢٦٠

- ١- اى ان عرض الطريق محدود شرعا. بسبع او خمس. - تقدم فى مسایل البيع والتجاره. راجع المجلد الثانى.
- ٢- راجع المجلد الثانى ايضا. - وراجع ايضا: وسايل: ج ١٣ ص ١٧٣، كتاب الصلح، باب ١٥ ح ١ و ٢.

منهم به مجاناً. وهذا لا ينافي الملكية. وكذلك المراد من قوله (ره) (إذا وضوعوه على السبع...) عدم الجواز بدون رضا الجميع. وأما قوله (ولو وضوعوه على أوسع من السبع...) فالظاهر أن المراد به جواز الاختصاص لهم وغيرهم إذا تراضوا على ذلك. فالمراد أنه ليس مما لا يمكن الانتفاع به على سبيل الاستطراق، والألصار كلامه فاسداً جداً، وحمله على الطرق النافذة مع ظاهر ما نقله عنه في المرفوعه تهافت. وذكر بعض العبارات في مقام التأييد يطول المقام بذكرها وذكر ما فيها. ثم أيده بعمل الناس عن دخولهم في هذه السكك ووقوفهم وجلوسهم بدون إذن أربابها من دون نكير وهو دليل عدم الملكية لعدم جواز دخول ملك الغير بغير إذنه. بل لو كان ملكاً لم يجز لأحد من الشركاء الدخول بدون إذن الباقيين. ولو توقف على الإذن لزم الغرور والجرح. أقول: أما دخول الناس فالظاهر أنه لأجل شاهد الحال، وهو لا ينافي الملكية، كما يجوز الصلوه في الصحارى المملوكة بدون إذن أربابها الأما مع ظهور الكراهه. وكذا التوضي من المياه المملوكة ونحوهما. وأما عدم توقف تصرف أحد الشركاء بدون إذن الباقيين: (فمع أنه يجري فيه ما ذكرنا) فنقول: الظاهر أنه لا يجوز لأحد منهم المنع، وليس هذا من سائر الأعيان المشتركة التي لا يجوز التصرف فيها إلا بأذن الشركاء بل يجوز مع المنع أيضاً. إذ كون كل مشترك مما يكون لا يجوز له التصرف فيه إلا بأذن الشركاء، ممنوع. إذ قد يكون أصل التملك ماخوذاً فيه كل ما (1) أراد. وإن كان في نوع خاص من التصرف. فالاستطراق وجعل الأرض طريقاً للدار معناه (أنى جعلته موضوعاً للعبور متى أردت الدخول). فلو اجتمع جماعة على تملك أرض على هذا الوجه فكل منهم يستحق التصرف على هذا الوجه الخاص كلما أراد. مثل أن جماعة من الجيران إذا أراد كل منهم وضع محل للعبور ثم اتفقوا على إحياء أرض موات للطريق بان يمر كل منهم متى أراد. ثم أحيوها على التساوي أو على الحصص. فيستحق كل منهم الانتفاع به على هذا الوجه بدون .

ص: ٢٤١

١- كذا في نسخه. ولكن يمكن أن يكون الصحيح (كلما) زمانية. أي كل وقت من الأوقات، ويؤيده لفظ (متى أردت) في مايلي.

اذن الباقيين، وليس لاحدهم منع الاخر. والظاهر ان هذا المعنى مأخوذ في انشاء الطريق، والمفروض ان كلهم متساوون لهذا العرض، بل هذا المعنى مأخوذ في وضع الطريق والسييل كما انه (١) على لفظ السييل في الاخبار وكلام الفقهاء في الوقف وغيره. فان المراد منه الاطلاق والخلاص عن الحبس. وبالجملة: انواع التملك للمشاع مختلف، فقد يكون المنظور فيه الانتفاع به على التعاور والتبادل، وقد يكون بدون ذلك. مع ان نفي العسر والخرج والضرر من الادله المستقلة، فقد يصير منشأ لنوع خاص من التصرفات في الملك. نعم لو اراد التصرف على غير هذا الوجه مثل تقسيمه عرضا او طولاً (بحيث لا يمكن الانتفاع به)، او زرع، او بناء مسكن فيه، فلا يجوز. بل وكذلك لو زاد احدهم المحل المحتاج الى الطريق، بان يشتري دارا اخرى فوق داره، او ارضا او بستاناً، لا يجوز له العبور منه اليه بدون اذن الشركاء، اذ هو تصرف زايد على حصته، مع انه رد على المحقق الاردبيلي انه لا يجوز التصرف في الحقوق ايضا بدون اذن اربابها كالاراضي المحجره للاحياء، فلا ينفعه نفي المليك في ما ذكر، الا انه يظهر [من قوله] نفي الاحقيه ايضا. ومراده من الاستحقاق الذي ذكره ان الاستطراق لا يفيد الا الاستحقاق، وهو مجرد استحقاق التصرف، لا الاحقيه. فلا تغفل. وكيف كان فلم اقف في كلامهم مصرحا بجواز منع بعض الشركاء بعضا عن هذا التصرف. نعم تعرضوا بعبور غير الارباب، وذكروا فيه وجهين. فقد ذكر العلامة (ره) - بعد ذكر جواز الاستطراق لكل احد في النافذه مسلما كان او كافرا على اى نحو اراد - ان الطرق المقطوعه كذلك مع اذن اربابها، ولو منع واحد منهم، او منعوا باسرها، فالاقرب عدم المنع. لان لكل، دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ. ثم قال (فيه اشكال. الاقرب ان جواز دخولها، من قبل الايات المستنده الى قرائن الاحوال، فاذا عارضه نص المنع عمل به. واما الجلوس وادخال الدرب اليها، فالاقوى المنع. الا مع اذن الجميع فيه). اقول: والاقرب ما اختاره اخيرا، واختار المحقق الاردبيلي (ره) الاول وجعل .

ص: ٢٤٢

المرفوعه كالنافذه. وقال انه (يبعد ملكيه كل احد فيها حتى الكفار فى اقصى بلاد الهند (1) فيكون فى المرفوعه ايضا كذلك). وانت خبير با نه قياس مع الفارق، وما ذكره هو الفارق. و اما ما ذكره سابقا من انه (لا فرق بين المسلوك وغيره فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر) وحاصله ان حصول الاستطراق فى المسلوك والمرفوع مساو فى عدم افاده الملك الا اقله المترددين وهو لا يوجب ذلك مع ان الاصل عدم الملك. فلا شئى يوجب تخصيص المرفوع بافاده الملك. ففيه: (مع ما فى التعبير من المناقشه لتطرق المنع الى اكثره المترددين فى النافذه على الاطلاق) اولاً: ان عدم تحقق المنفذ يوجب افاده الملك فى المرفوعه، (2) ان اريد كثره الاستطراق الى الامكنه الخارجه عن الزقاق. وثانياً: ان حمل على اراده اكثره الامكنه المستطرق اليها فالامر فى ذلك هين. لانه يرد عليه ان الفرق واضح فان الطرق المرفوعه مع قطع النظر عن اختصاص يد اربابها عليها (سواء كانت انفسهم او ما يستتبع ايدهم من الايدي الذين لهم حاجه الى الارباب وللارباب حاجه اليهم) حریم لدورهم. والاطهر الاظهر (كما فى المسالك) ملكيه الحریم. كما سنشير اليه. وللارباب منع حریمهم من التصرفات وان لم تكن مضره، وجاز تصرفهم فيه كيف ارادوا. وليس هذا الحریم من باب حریم العين والبئر المحدد فى الاول بالف ذراع او خمسماه وفى الثانيه باربعين او خمسين. لان للحریم اعتبارين: احدهما حریم عين المال كحریم الدار وحریم الجدار وحریم نفس القنوات، مع قطع النظر من منفعتها. والثانى حریم المنفعه كحریم القنوات والبئر باعتبار ملاحظه المنفعه المطلوبه وهو استيفاء الشرب منها والانتفاع بما فيها. فلا يجوز .

ص: ٢٦٣

١- تا اوایل خلافت عباسی کفار ترک و دیلم در زبانها معروف بود و مورد مثال قرار میگرفت. با این که بخش عمده ای از ترک ها و همه دیلمیان تا آن وقت مسلمان شده بودند. و پس از آن کفار (اقصای هند) که تا اقیانوس آرام شامل میشد، معروف و مصطلح گردید.

٢- عبارت النسخه: اولاً الى عدم تحقق المنفذ ولا شئى يوجب تخصيص المرفوع بافاده الملك عليه فى المرفوعه...

حفر البئر والقنات لشخص آخر في جنبها لثلا- ينتفى منفعتها او يقل مما كان قبل ذلك، و ان جاز احياء ما بينهما والتصرفات بالزرع والبناء وغير ذلك. فالحریم لشخص القنات والبئر هو ما يحتاج اليه في زح الماء ومحط الحمام المستخرجه منها للتنقيه والتردد اليها و بينها. ومرجعها الى العرف والعادة. بخلاف حریم المنفعه. وفي بعض اقسام الحریم اشكال، مثل حریم المسجد. لو قلنا به كما روى انه اربعون ذراع. وظاهر الصدوق العمل به في ان ذلك هل هو لعدم احداث مسجد آخر في جنبه لثلا يقل المترددون فيه فيقل ثواب بانيه، او انه لحوائج المسجد في التردد وطرح الالات للعماره وغيرها. والروايه وان كانت شاذه الا انها محموله على الاستحباب كحریم المؤمن في الصيف فقد ورد انه باع. (١) وقد صرح جماعه بان الاصل في حریم القرية وامثالها الملك وكذلك حكم الدور، والطريق من جمله الحریم المذكور. فالتحقيق انه ليست المرفوعه كالنافذه، بل هي اما ملك لاربابها او انهم اولى واحق بها. وعلى اى التقديرين لايجوز التصرف الا باذنتهم. بقى الكلام في تحقيق الحال ودليل الملكيه، او الاحقيه: فنقول: ان الاصل في الارض هو الا باحه، واليد ظاهره في الملك. وثبوت يدهم عليها يقتضى اشتراكهم في الملك على حسبها. وان تترنا من ذلك فلا اقل من كون الطريق حریمًا. واطهر الوجهين في الحریم الملكيه، لانه مدلول تبعي للملك من باب دلالة الاشارة. فان قولهم (عليه السلام) (من احيا ارضا مواتا فهي له) (٢) المفيد للملك المستلزم لكون الحریم له يقتضى ملكيه الحریم بالتبع. ولو سلمنا كفايه استحقاق الانتفاع في تحقق ذلك فهو لا يستلزم الملك بل الاولويه. فيكفى في ما نحن فيه من سقوط حق الغير عنه وعدم جواز التصرف الا باذن الارباب. واذ قد عرفت ثبوت الملك لهم او الاستحقاق، فلايجوز لاحد الشركاء تصرفات اخر غير الاستطراق (الا باذن الجميع)، فلو احدث احدهم شيئًا من الاجنحه والرواشن .

ص: ٢٦٤

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٠، ابواب احياء الموات، الباب ١١ ح ١٠. و ورد ايضا في ج ٣ ص ٤٨٤ الباب ٦ من ابواب احكام المسجد، مستندا، وكذا تكرر الحديث في ج ٨ ص ٤٩٢، باب ٩٠ ح ٤.
- ٢- الوسائل: ج ١٧، ابواب احياء الموات، الباب ١ ح ٥ و ٦.

والكنيف وغيرها، جاز لكل واحد منهم ازالته. وما وجوبه عليه: ففيه اشكال. ولا يبعد وجوب الزام الغير اياه بذلك، سيما الحاكم من باب النهى عن المنكر. واما وجوبه عليه بنفسه سيما اذا استلزم مصرف المال، فلا دليل عليه، وقال المحقق الاردبيلي (ره) (ولا يبعد وجوب الازاله من بيت المال المعد للمصالح العامه لمن له التصرف، ان لم يكن الا بالمال). ثم: انهم ذكروا انه يمنع من فتح الباب لغير الاستحقاق ايضا، وتوهم جواز ذلك - با نه تصرف فى مال نفسه وهو جاز، مع انه يجوز له رفع الحاجه بالمره فجواز رفعه بمقدار الباب اولى، - باطل. ووجه ذلك انه موجب لحصول الشبهه والريبه ومظنه استحقاق الاستطراق. اذ قد يتردد منه ويشتهب الحال بكونه بابا مستحقا. سيما اذا تمادى المده ولم يكن شاهد على انه لغير الاستطراق. فيمنع عن ذلك دفعا لهذه المفسده. وما ذكر من الاولويه ممنوع اذ ليس فى رفع الجدار بالمره مظنه استحقاق العبور. بخلاف الباب. وتامل المحقق الاردبيلي (ره) فى جواز منع احد عن التصرف فى ملكه بمثل ذلك. وهو فى موقعه. واما المسئله الثانيه: يعنى ان جواز المنع هل يختص بمن تاخر عن هذا التصرف، او لجميع اهل الزقاق: فاعلم: انهم ذكروا انها (اذا كان فى السكه المرفوعه ابواب لدور فالادخل ينفرد بما بين البابين ويتشاركان فى الطرفين. ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه. فان سده فله العود اليه مع الثانى وليس لاحدهما الدخول ببابه). هكذا ذكر فى فى التذكره ونسبه الى المشهور عندنا. ثم قال (ويحتمله لانه قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع ويستصحب، وله دفع جميع الحائط، فالباب اولى). ومراده من قوله (ويحتمله): يحتمل جواز دخول كل منهما ببابه. ويظهر من المسالك وغيره، ان المشهور هو ما نسب اليهم فى التذكره. ونقل فيه عن الدروس انه قوى اشتراك الجميع فى الجميع. واختاره المحقق الاردبيلي (ره) وقال (ان دليل المشهور مدخول. والاصل دليل قوى. وليس هنا ما يدل على اختصاص احد للاستطراق. وعدم مرور الغير اليه ليس بدليل لاامر. ولانه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل فى اخر المرفوعه ملكا للاخير. ولانه قد يكون المرفوعه واسعه ولا يمر الادخل الا

فى بعضها. ولانه قد يكون فى مقابله ايضا باب، فى شكل الاختصاص. وىحتمل الاشتراك بينهما واختصاص كل بما يحدى من بابه، وهو بعيد. لعدم الامتياز وعدم الدليل. فالظاهر قول الدروس وان كان خلاف المشهور). ثم: انه (ره) اخذ عليهم التناقض بين كلامهم [هذا] وبين ما ذكره (ان المرفوعه لكل من فيها ارضها وهوائها. ولا- يجوز لاحد منهم اخراج الرواش والا- جنحه والسباط والميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون اذن الجميع. ويجوز مع اذنه). فان هذه الاحكام يدل على عدم الاختصاص لاحد. فقولهم باختصاص الا- دخل بما بين البابين يناقضه. وايضا: حكمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه فى المشترك يقتضى جواز ادخال الادخل ببابه فى الفاضل. لانه ايضا مشترك وهم قد منعوا عنه. واستشكل هو (ره) ايضا (تبعاً لغيره) فى اشتراك الفاضل فى الصدر مع اختصاص الادخل بما بين البابين، من جهة عدم التمكن من الانتفاع بالفاضل بدون الا دخل. وظاهر قولهم بالاشتراك يفيد جواز الانتفاع مطلقا، الا ان يقال: ان الملك للادخل ولكن الاقدم يستحق المرور، او: ان الاشتراك والملك يستلزم الانتفاع بغير اذن الادخل. وهما بعيدان. اقول: اما ما ذكره من كون المرفوعه ملكا لاربابها: فمرادهم انه ليس من باب النافذه التى ليس ملكا لاحد بل لكل واحد من الناس حق العبور فيها. والمراد بلفظ (اربابها) فى قولهم (المرفوعه ملك لاربابها) جنس الجميع، لا العموم الافرادى. فلا ينافى كونه ملكا لبعضهم فى بعض اجزائها وللكل فى آخر. فلا تناقض بين كلماتهم. ويظهر من ذلك المراد من قولهم (يجوز لاحد منهم اخراج الرواشن وامثالها) مع عدم الضرر لكل احد. ولا يجوز فى المرفوعه لبعض وهو من سوى اربابها. والحاصل: ان هذه الاحكام كلها فى المرفوعه لرفع الحكم الكلى فى النافذه، ايجابيا كان الكلى، او سلبيا. فلا ينافى ذلك اختصاص احدهم فى المرفوعه ببعضها كالادخل فى ما بين البابين. واما قوله (ره) (ان حكمهم بجواز اخراج الاقدم...) ففيه منع الملازمه، ومنه كون العله فى الاصل مجرد الاشتراك، حتى يتم فى الفرع. بل لانه اسقاط لبعض حقه السابق الثابت

من دون تصرف جديد في مال الشريك، فهو تصرف في بعض حقه المشترك الجائز التصرف فيه، الغير المحتاج الى الاذن. بخلاف ادخال الباب في الفاضل. فان الاشتراك في الفاضل لم يكن من حيث استحقاق العبور. بل من جهة كونه من المرافق المحتاج اليه احيانا لحط الاثقال ونحوه. والتصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء، تصرف في المشترك بدون الاذن، واسقاط لبعض حق الشركاء. واما الاشكال في الاشتراك [في] الفاضل بين الجميع مع اختصاص الادخل في مابين البابين، القاطع لاستحقاق العبور فيه: ففيه: آن المتبادر من قولهم باختصاص الادخل في مابين البابين، هو الاختصاص لاجل حق العبور الى اول الدرب. لا- مطلق الاختصاص، حتى يمنع من مطلق التردد فيه. اذ مجموع السكه من مرافق مجموع الدور. وكما يكون موضع العبور للخروج والدخول في الدور حريما ومرافقا، فموضع اجتماع الدواب وحط الاحمال والاثقال ايضا من المرافق. فان اختصاص الادخل من جهة المرفق الذهائيه والايائيه. بموضع، لا-يمنع من تردد الشركاء في ذلك المختص لا-جل الانتفاع من جهة ساير المرافق. وهذا مما اختلج بالبال. واما ذكره في المسالك وغيره واستبعده المحقق الاردبيلي (ره): فهو ايضا لا يخل من وجه. وعلى هذا فان كان مراد الشهيد (ره) ايضا اشتراك الجميع في الجميع في الجملة، فنعم الوفاق. وهذا لا ينافي المشهور على ما حققناه. وان [كان] مراده الاشتراك في كل الاجزاء على السواء فهو في محل المنع. اذ لا دليل في المسئله ظاهرا الا- الاعتماد على الحریم وهو تابع لمقتضاه، وهو ما ذكرنا. واما الوجوه التي ذكرها المحقق الاردبيلي (ره) في الايراد على دليل المشهور: ففيه: ان اليد وكونها حريما، قاطع للاصل. ولم افهم معنى قوله (لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل ملكا للاخير) اذ لا ملازمه. لان الفاضل لا يستلزم الاستطراق، ولم يقل احد بان مجرد عدم مرور الغير دليل [لعدم] كونه من المرافق المشترك. واما قوله (ولا- نه قد يكون المرفوعه واسعه...)، فيه: انك قد عرفت ان مرادهم اختصاص الادخل من حيث الاستطراق، لا من جميع حيثيات المرافق. واما قوله (ولا نه قد يكون في مقابله ايضا باب)، ففيه: ان الظاهر ان مرادهم بالادخل اعم من الجانبين، وذكر (مايين البابين) - الظاهر في وقوع البابين من جانب واحد - انما هو من باب المثال. وهو واضح. فمرادهم

بالاقدام والادخل مطلق التقدم والتأخر. لا-خصوص مالوكان البابان فى سمت واحد. فظهر ان قول المشهور اظهر، لما ذكرنا وللشهره بين الاصحاب. وحاصل المقام: ان الطريق المنسده اذا علمت حالها وكيفيه وضع اربابها من الاستحقاق والملكيه بعنوان الاشتراك فى الكل او البعض وغير ذلك، فهو المتبع، وان جهل الحال فهو المبحوث عنه. فهناك ارض غير معلومه الحال، والاصل فى الارض الاباحه. ولم يعلم فى حقها شيى الا انه بنى حولها دور ابوابها فى تلك الارض. وتملك الارض من مرافق هذا الدور اما من جهه الاستطراق اليها، او من جهه جريان مياهها اليها من الميازيب. واما من جهه ساير الحوائج كاجتماع دوابها وحط ائقالها وقمامتها، او غير ذلك. فمرادهم من (اشتراك الكل فى راس السكه واختصاص الادخل بما بين البابين) استحقاق الاستطراق والمرور لاجل دخول الدار. لا-مطلق المشى والمرور لساير التصرفات. و [مرادهم من] (اشتراكهم لاجل الامور) الانتفاع به لاجل الامور، من جمع الدواب وحط الاثقال ونحوه. وذلك ايضا يستدعى استطرادا من اول السكه الى آخرها لاجل ذلك، فالحيثيات مختلفه ولامانع من استحقاق الاقدم العبور فى ما بين البابين لاجل الانتفاع بالفاضل، وعدم استحقاقه للعبور بغير ذلك. ويظهر الثمره فى ما لو القى فى ما بين البابين معاثر (1) ومر عليها الاقدم لاجل دخول دارالادخل بغير اذنه وعثر ووقع وحصل الجنايه، فلا ضمان على الملقى لتقدم الاقدم فى التسبب العادى الذى هو بمنزله المباشره. بخلاف مالو عبر لاجل جمع دوابه فى الفاضل، ونحو ذلك. فالضامن هو الملقى لانه ليس عاديا فى هذا العبور. لايقال: ان تحريم العبور ح انما هو لحرمة دخول دار الغير بغير اذنه. لانا نقول: استحقاق العبور لاجل دخول الدار من مرافق الدار. فهو من هذه الحيثيه محرم على غير صاحبه الا باذنه. والمفروض انه لا يعبر الا لذلك، وكذلك اذا وقع العبور الى الفاضل من احد الشركاء لاجل امر لم يتعارف الانتفاع به فى الفاضل. مثل ان يسكن احدهم اجنيا فى الفاضل وجعله مضربا .

ص: ٢٤٨

١- وفى النسخه: معابر. - كما ان هذه الاوراق من النسخه مملوئه من الاغلاط.

لخيمته ومسكنه بدون اذن الباقيين. فالعبور الى الفاضل لاجل ذلك عدوان. ثم: ان ما ذكرناه من كون اجتماع الدواب وحط الاثقال سببا لكون الفاضل فى الصدر مشتركا بين الكل، لا اختصاص له بالفاضل. بل قد يحصل ذلك فى ما بين البابين ايضا. اذ قد يريد صاحب الباب الاقدم ادخال دواب كثير فى بابه، (١) فيجتمع الدواب فوق الباب الذى فوقه باب آخر. او [يريد] حط اوقاد (٢) فى باب الدار ليدخلها بالتدرج لعدم امكان دخولها دفعه محاذات الباب. سيما اذا كانت الاوقاد (٣) حضايا وسيما اذ كانت شوكا يستدعى مكانا واسعا. وسيما اذا كانت كثيره اشترىها دفعه ولا يتيسر ادخالها فى الزقات [الا] بالتدرج (٤). فهذا ايضا من مرافق الدار، ولم يدل دليل على جواز منع الا دخل لذلك. والذى سلمناه من الاختصاص هو محض استحقاق العبور لاجل الدخول فى داره و استحقاق منع الغير عن هذا الاستطراق الخاص، لامطلق الانتفاع المحتاج اليه. ولا بد من ملاحظه جميع ذلك. واعلم: انه يتفرع فى ملاحظه ساير المرافق مالمو كانت السكه المرفوعه فوق عشر اذرع او اربعة عشر اذرع، وكان فى كل من جانب [ي] الزقاق ابواب. فلا يجوز لاحد من الشركاء ولا لغيرهم فى الوسط بعد وضع الخمسه او السبعه لكل من الجانبين (٥)، اذ هو مما يختلف فيه الدواب اذا تكثرت. وكذلك فى مازاد على الخمس والسبع فى الجانب الذى ليس فيه باب. ثم اناقد اشرا سابقا الى ان الطريق المشترك ليس كساير الاموال المشتركة التى يجوز للشركاء المنع عن التصرف بدون الاذن. ووضع الطريق للانتفاع به على التعاور، مع انه غير قابل للقسمة غالبا. ولا معنى لاجازتها بثالث يشتركون فى وجه الاجازة، لاستلزامه بطلان الانتفاع بالدار. وايقافه على الاذن حرج عظيم. فيجوز لكل منهم التردد بمقدار الحاجة. ومن بادر اليه فيقدم مع عدم امكان الاجتماع. وان وردوا دفعه و .

ص: ٢٦٩

- ١- عبارات النسخه من موضع رقم ١ الى موضع رقم ٤، مخلوطه ومغلوطه، ولا حاجه لاتيانها هنا طويله.
- ٢- وفى النسخه: اوقار. اى احمال ثقيله. واللفظ المناسب للمقام هو (اوقاد) من (الوقود) وان لم يساعده منابع اللغه. ويويده لفظ (حضايا) وكذا لفظ (شوكا).
- ٣- وفى النسخه: اوقار. اى احمال ثقيله. واللفظ المناسب للمقام هو (اوقاد) من (الوقود) وان لم يساعده منابع اللغه. ويويده لفظ (حضايا) وكذا لفظ (شوكا).
- ٤- عبارات النسخه من موضع رقم ١ الى موضع رقم ٤، مخلوطه ومغلوطه، ولا حاجه لاتيانها هنا طويله.
- ٥- كذا فى النسخه. بحذف فاعل فعل (لايجوز).

وقع التشاح فيرجع الى القرعه. واما ساير افراد الحريم - لمن اراد منهم التصرف فيه من غير جهة انه مرفق وحريم، كما لو اراد احد غرس الاشجار في حريم الدار او الجدار - فلا يجوز الا باذن الشركاء او يمكن القسمة هنا. وكذلك حريم القرى من المراتع والمعالف والمحاطب، فيجوز المنع الا بالتقسيم. يجوز الاحياء والبناء فيها باذن الشركاء ولا يجوز بدونه. واما عدم استيذان كل منهم عن الباقيين في الرعى والا- حطاب المعهود في الاعصار فلعله من جهة المسامحة لشاهد الحال، (1) اذا تحقق هذا فلنرجع الى المسئلة المسئول عنها. فنقول: من حفر حفرة للخلاء في جنب داره فان وقعت في مرافق الكل، فلهم المنع جميعا سواء كانت المرفقيه لاجل الاستطراق الخاص بدخول الدار، او الاستطراق الى ماهو مرفق كالفاضل في صدر السكه. اولاجل كون ذلك الموضوع يصير مرفقا احيانا لاجتماع الدواب والاحمال. فلهم المنع من ذلك سواء كان لاجل مزاحمه ذلك لانتفاعهم اولتاذيهم [من] نته، ونحو ذلك مثل احتياجه الى التخليه واخراج قازوراتها الملوثة للزقاق، ونحو ذلك. فان فرض اختصاص مرفقيتها بالبعض فيختص المنع به.

١٣٢:سوال:

١٣٢:سوال: اذا اشترك زيد وعمرو في مال، وعملا فيه، وصار بعضها نسيئه و بعضها موجودا. ثم ارادا تفريق المحاسبه، فقال زيد وعمرو (انى آخذ راس مالى من الموجود والباقي من الاجناس والمطالبات لك). ثم اتفق خساره لعمرو بسبب عدم الوصول. فهل له فسخ ما بنيا عليه ام لا؟-؟.

جواب:

جواب: ان وقع تلك المعامله والبناء على وجه المصالحه ونحوها من العقود اللازمه، فلا تسلط له على الفسخ. والا فيعامل بها معامله المعاطات فلا يرجع مع تلف احد العوضين او كليهما ويرجع بدونه. ولا يكفى فى تحقق المصالحه ان يقول (لى راس المال والربح لك والخساره عليك. وفى صحيحه الحلبي والكناني (فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه. و .

ص: ٢٧٠

١- قال (ره) بعدم لزوم استيذان اهل السكه المرفوعه بعضهم من بعض فى الانتفاع بالدار، وهنا يقول بلزومه فى الرعى والاحتطاب. والفرق بينهما ان الرعى والاحتطاب، حيازه تنجر الى الملكيه كالاحياء.

كان من المال دين وعليهما دين. فقال احدهما لصاحبه: اعطني راس المال ولك الربح و عليك التوى. فقال: لا باس اذا اشترطا، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عزوجل). (١) اقول: لا يخفى ان المراد بقوله (عليه السلام) (اذا اشترطا) الالتزام بعقد لازم كالصلح او البيع او غيره. لانه لا معنى لاشتراط هذا الشرط فى اصل عقد الصلح. لانه لم يقل احد. بمضمونه، ولانه مخالف لمقتضى العقد. والظاهر انه يلزم فى الصلح لفظ خاص، كما يظهر من فخر المحققين فى الايضاح فى شرح قول والده (ولو صالح على عين باخرى فى الربويات فى الحاقه بالبيع نظر) انتهى. حيث قال (الحقه الشيخ بالربويات وهو اختيار ابن البراج و هو مبنى على احدى قاعدتين: الاولى: انه هل الصلح فرع البيع ام لا؟ -؟. قيل: نعم. لان البيع انتقال عين مملوكه من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهه التراضى، والصلح كذلك. وقيل: لا. لانه عقد منفرد براسه وله صيغه بخصوصه. الثانيه: هل الربا يشتمل جميع المعاوز؟ ام هو مختص بالبيع؟ وقد مضى ذلك. فعلى القول باحديهما لا يصح. والاصح عندى شمول الربا لكل المعاوزات). وقال فى التذكرة (لو قال احد الوارثين لصاحبه: نصيبى من التركة اليك. فقال: قبلت. لم يصح ذلك، لانه ذلك ليس من الفاظ العقود الناقله. ويبقى حقه كما كان لازما ان كان عينا. فلا بد فيها من الايجاب والقبول مقتضيان للتملك. وان كان دينا فلا بد من ابراء. ولو قال صالحتك نصيبى على هذا الثوب. فقال قبلت. صح العقد. واما صحيحه محمد بن مسلم وصحيحه منصور القائلين فى (رجلين كان لك واحد منهما طعام عند صاحبه، لا يدري كل واحد منهما كم عند صاحبه، فقال كل واحد منها لصاحبه: لك ما عند ولى ما عندى. (٢) فقال: لا باس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما) (٢) فلا تدل على عدم الحاجه الى صيغه اخرى. بل الظاهر منه بيان صحه الصلح مع الجهاله. وهذا من باب المساومه. وان ذلك ١

ص: ٢٧١

١- الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٤ ح ١. والمراد من الكنانى هو ابو الصباح.

٢- الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٥ ح ١

اللفظ ليس بصريح في الصلح بل يحتمل البيع والهبة أيضا. ولا بد في صيغ العقود من التمييز ليرتب عليها احكامها. بل هو ظاهر في الهبة المشروطة بالعوض لظهور اللام في ذلك. يعنى وهبتك ما في ذمتك على ان تهينى ما في ذمتى. ولو كان صلحا لكفى قول احدهما ذلك مع قبول الاخر بان يقول (قبلت). واما الهبة المشروطة لهبه اخرى فلا بد فيها من صيغه اخرى. ومما يويد ما ذكرنا ان المراد المساومه، استدلالهم بصحيحه الحلبي لصحه الصلح في مال الشركه، حيث انه في معنى ان راس المال لى والربح والتوى لك. ولم يكتف فيها بذلك وقال (لا باس اذا اشتركا). ثم يظهر من تتبع كلماتهم اعتبار لفظ الصلح في الصيغه لىتميز عن البيع وغيره. فان قلت: ان البيع مما يعتبر فيه التعيين ويضره الجهاله. فهو كاشف عن ان ما ذكر في الصحيحه لىس بيع، بل هو صلح. قلت: مع انه لا يتم في الهبه المعوضه على بعض الوجوه فيه، ان مانحن فيه لا جهاله فيه بالفرض (1) فان الشريكين عالمان بمقدار العين والدين وراس المال والربح. فكيف يكتفى فيه بهذا اللفظ المجمل. مع انا نقول ما نحن فيه اشبه بالقسمه، وما ورد في صحيحه الحفص الكنانى، من باب المعاوضه. فلو سلمنا كون ما في الصحيحه لىس في باب الصلح، لا يستلزم كون ما نحن فيه من قبيله. نعم لو قلنا بان مطلق التراضى بعد تعديل السهام والتراضى يكتفى ويصير لازما، فيكون ح من باب القسمه لا الصلح.

۱۳۳:سوال:

۱۳۳:سوال: هر گاه دو نفر شريك باشند در مالى معين. ودر دكان معينى عمل ميكنند. يكي از آنها مدتى به عمل ديگر مشغول از براى خود، ودر مال الشركه عمل نكرد. آيا مستحق منافع به قدر الحصه هست از آنچه اين شريك عامل به عمل آورده، يا نه؟ - و آيا عامل مستحق اجرت العمل نسبت به حصه شريك هست يا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر اين است كه هر گاه اين عامل به مقتضاي روز اول عمل كرده و متعرض اين شريك نشده و مضايقه نكرده و بر حال خود باقى است، مستحق اجرت العمل نيست. و منافع تابع راس المال است به قدر حصه هر يك. بلى اگر مضايقه از آن فرد در عمل داشته .

ص: ۲۷۲

۱- وهذا عجيب منه (ره) لان الكلام فى ماتوديه الصحيحه، وانه هل هى فى مقام بيان حكم من احكام البيع او الصلح. وكون ما نحن فيه شاملا على الجهاله او، لا، لادخل فى الكلام.

ولكن آن شريك ديگر، او را امر کرده به عمل که من هم به قدر الحصة عمل خواهم کرد، يا اجرت المثل تو را به قدر الحصة خوهم داد، ظاهر اين است که مستحق اجرت المثل هست. به هر حال آنچه از قواعد شرکت بر می آید اين است که در شرکت عنانیه شرط است مزج مالین واذن شریکین هر یک ديگر [ی] را در عمل. اما اين که باید عملها مساوی باشند، يا در بين فتوری از احدهما حاصل نشود، (۱) و [يا] اين که هر گاه احدهما بیشتر عمل کند مستحق اجرتی علی حده باشد، پس آن از قواعد ایشان بر نمی آید. بلی، هر گاه مضایقه دارند از تفاوت عمل، ایشان را هست فسخ عقد یا تراضی [به] اجرتی، وموید اين است اين که گفته اند که هر گاه احدهما عزل کند ديگری را، از تصرف معزول می شود. ولكن به همین شرکت باطل نمی شود، وعازل بر جواز تصرف باقی است قال العلامة فی التحریر (ولو عزل احدهما صابه انعزل المعزول خاصة. فلا يتصرف فی مازاد علی نصيبه. ويبقى المال علی الشركة، وللعازل التصرف فی الجميع مالم يعزله المعزول. سواء كان المال فاضلا او به عروض). زیرا که ظاهر این عبارت این است که عازل را اجرتی از برای عمل به قدر حصه معزول نیست.

۱۳۴:سوال:

۱۳۴:سوال: اذا كان مال مشتركا بين اثنين. واشتري احدهما ملكا ودفع ثمنه من المال المشترك. فهل يشتركان في الملك ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: ان اشترى المشتري لنفسه في ذمته ثم دفع القيمة من المشترك، فالملك مختص به، وعليه دفع مثل حصه الشريك او قيمة اليه. وان اشترى لنفسه بعين المال المشترك، فيصح بقدر حصته. واما حصه الشريك فان اجاز البيع والشري فيشتركان في الملك بقدر الحصه، وان لم يجز، فالبيع فاسد بالنسبه الى حصه الشريك، وعليه دفع حصته اليه بمثلها او قيمتها. والظاهر انه يحصل للبايع مع جهله بالحال خيار تبعض الصفقه.

۱۳۵:سوال:

۱۳۵:سوال: اين ضعیفه پسری داشتیم، در حال حیات نصف اموال خود را با من مصالحه کرد به مبلغ یکصد دینار وصیغه هم جاری شده ومن هم متصرف شدم. وبعد .

ص: ۲۷۳

۱- عبارت نسخه: اما باید این که عملها یا مساوی باشند یا در بین فتوری از احدهما حاصل نشود واینکه هر گاه...

ذلك پسر این حقیره فوت شده. و وارث او منحصر است به زوجه و یک دختر و به این حقیره. بعد از فوت پسر، حاجی علی اکبر نام که پدر زن او میباشد ترکه را بالتمام تصرف کرده که (مال صغیر است و من ولی میباشم). در این صورت نصف مال پسر که به صیغه مصالحه به من منتقل شده است حاجی علی اکبر را میرسد که از من پس بگیرد یا نه؟ -؟. و از نصف مال پسر چه چیز و چه قدر به من میرسد؟

جواب:

جواب: در صورت ثبوت مصالحه کسی را حقی در آن نصف نیست. و در نصف باقی هم بعد از اداء دین و وصیت (اگر باشد)، دختر مستحق نصف است بالفرض، و مادر مستحق سدس است بالفرض، و زوجه مستحق ثمن. و زیادتى که باقى میماند - اگر اخوه از برای او نباشد که حاجب مادر بشوند از زاید بر سدس - آن زیادتى [را] به عنوان (رد) ارباعاً قسمت میکنند میان مادر و دختر، یک حصه به مادر میدهند و یک حصه به دختر. و بقیه را قسمت میکنند به نود و شش حصه، شصت و سه حصه مال دختر است و بیست و یک حصه مال مادر است و دوازده حصه مال زوجه است. و باید دانست که: زوجه از زمین و آب تابع زمین، میراث نمیرد. خواه زمین ساده باشد یا محل باغ و عمارات و امثال اینها. و از اصل بناء و اشجار مستحق قیمت آنها است به قدر حصه. و لکن وارث را میرسد که بگوید قیمت را نمیدهم از اصل بنای عمارات و اشجار حصه خود را بگیرد. و از غیر اینها از منقولات و حیوان (همگی) حصه خود را میگیرد. و هر گاه متوفی اخوه دارد که حاجب شوند، پس آن باقی [را] به دختر میدهند و مادر همان سدس خود را میگیرد. و مراد از اخوه دو برادر است یا بیشتر، یا یک برادر و دو خواهر یا بیشتر. و باید که اخوه پدر و مادری باشند یا پدری تنها. و اخوه مادری حاجب نمیشوند.

۱۳۶:سوال:

۱۳۶:سوال: چهار قطعه زمین مشجر و معنب، مشترک میباشد میان زید و عمرو. و شراکت زید سه ربع است و از عمرو یک ربع است. آب همان باغ به همین نهج مشترک دو نفر است. و الحال زید و عمرو اراده دارند که مفروز نمایند. زید را سخن این که (هر قطعه را فردا چهار سهم میکنیم به جهت این که هر قطعه نوعی از میوه دارد من از همه میخواهم و نه سر بود میدهم و نه میگیرم). و عمرو را سخن این که (من به جهت قلت آب متضرر میشوم، پس قرعه قسمت را دفعتا چهار میکنیم که یک قطعه از چهار قطعه از من باشد).؟

جواب:

جواب: در (قسمه رد) یعنی آن که باید سر بود داد رضا شرط است از طرفین و اجبار نمیتوان کرد. و اما باغی که اشجار مختلفه دارد، بدون سر بود توان قسمت کرد. به این نحو که به قیمت در آورند و مساوی حصه هر یک از مجموع باغ آنچه بیزد قرار بدهند به رضا یا [به] قرعه تقسیم نمایند. مشهور علما آن است که میتوان اجبار کرد بر قسمت. و زید منع عمرو نمی تواند (از قسمت) بکند. خصوصا هر گاه ضرر بسیار به عمرو میرسد. بلکه باغ را چهار حصه بکنند و یک حصه را به عمرو بدهند به رضا یا [به] قرعه. و هر گاه به هر دو ضرر میرسد به هر کدام که به او ضرر بیشتر میرسد، ملاحظه جانب او را باید کرد. و بهتر آن است که به مصالحه به نحو خوشی از یکدیگر راضی

۱۳۷:سوال:

۱۳۷:سوال: خانه [ای] مشترک است میان دو نفر، قسمت آن مشکل است. و یکی از آنها به دیگری میگوید یا حصه خود را به من بفروش یا حصه مرا بخر. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: هر گاه خانه را توان تعدیل و تسویه کرد - یعنی [بتوانند] قسمت کنند به نهجی که ضرری در تقسیم لازم نیاید و محتاج به رد نباشد. یعنی موقوف نباشد به این که یکی از شرکا چیزی به دیگری بدهد - در این صورت اظهر جواز اجبار است بر قسمت. و اما هر گاه محتاج به رد باشد، بر قسمت اجبار نمیتوان کرد، و نه بر بیع و شری، والله العالم.

۱۳۸: سوال:

۱۳۸: سوال: جمعی مالی به ایشان به ارث رسیده از ملک و باغ و اجناس دیگر. در میان خود تعدیل سهام نموده اند و هر یک حصه خود را متصرف شده اند (یا به قرعه یا به تراضی). بعد از آن یکی از آنها دعوی غبن میکند با وجود آن که از اهل خبره و دانش است. آیا به مجرد همین، قسمت را بر هم میتوان زد یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: دعوی (غلط در قسمت) و یا آن که (من مغبون هستم) بمجردها مسموع نیست. به جهت آن که اصل صحت است. مگر این که بینه عادل بیآورد. مثل این که دو قاسم صاحب وقوف عادل، ببینند و بگویند که غلط شده و حق او به او نرسیده. در این وقت می تواند بر هم زد. و هر گاه بینه نباشد و ادعای علم کند بر شریک به غلط شدن، می تواند او را قسم بدهد. و اظهر آن است که اگر دعوی علم هم نکند می تواند قسم داد. و بعد از رجوع قسم به مقتضای حکم قسم باید عمل کرد. و اینکه گفتیم مبنی بر آن است که اظهر در نظر حقیر لزوم قسمت است به محض تراضی به تخصیص بعد تعدیل سهام (۲)، هر چند قرعه هم نشده.

ص: ۲۷۶

-
- ۱- یکی از نکات اساسی این سوال بی پاسخ مانده و میرزا توجهی بدان نکرده است و آن (تعدد قطعات) و چهار قطعه بودن مال مشترک است برای تکمیل پاسخ رجوع کنید به مسأله شماره ۱۳۹ که پس از دو مسأله می آید.
 - ۲- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۴۰، از همین مجلد.

باشد. ودر جائی که تعیین سهام به قرعه باشد دیگر تراضی بعد از آن هم ضرور نیست. و اگر بنا بر این نباشد قسمت لزوم نخواهد داشت و دیگر این سخن ها نمی شود علی الاطلاق.

کتاب القسمة من المجلد الثانی

۱۳۹:سوال:

۱۳۹:سوال: مال مشترک قابل قسمت اجباریه، تعریف آن چیست؟.

جواب:

جواب: باید دانست که اصل در مسأله قسمت در اغلب مواضع، حدیث (نفی ضرر) (۱) است. و بسبب آن در بعضی مواضع اجبار بر قسمت می شود، و آن را (قسمت اجباریه) مینامند. و در بعضی موقوف است به رضای شریک که آن را (قسمت تراضی) میگویند. پس به این سبب مقسوم منقسم می شود به اقسام بسیار: قسم اول: آن است که مقسوم (مثلی) باشد، از قبیل حبوب و ادهان، و خلافی نیست در این که هر گاه احد شرکا طلب قسمت کند ممتنع را اجبار میکنند بر تقسیم از برای رفع ضرر که ناشی از منع تسلط بر مال است بالاستقلال. و هم چنین قیمی متساوی الاجزاء که توان آن را تعدیل کرد بدون حاجتی به زیاد و کم کردن حصص و رد کردن چیزی خارج از مقسوم. مثل زمین متساوی الاجزاء و خانه متساوی البناء. قسم دوم: آن است که (قیمی) باشد و لکن در قسمت آن ضرر به همه شرکا میرسد. مثل دانه یا قوت یا الماس مشترک، که هر گاه بشکند به همه ضرر میرسد. و یا ضرر به بعضی میرسد مثل خانه [ای] که مشترک میان دو نفر باشد و یکی از آنها مالک عشر آن باشد که هر گاه قسمت کنند صاحب عشر منتفع به آن نمی تواند شد. پس آن که متضرر می شود اجبار نمی شود بر قسمت. و هر گاه متضرر طالب قسمت باشد اجابت او باید کرد، و اجبار ممتنع باید کرد. مگر آن که مستلزم سفه باشد. و در حد ضرری که مانع از قسمت است خلاف کرده اند. واقوی این است که صادق آید در عرف که ضرر است. و هر گاه در اصل حصول ضرر خارجی همه شریک باشند - یعنی طالب قسمت به ترک قسمت متضرر می شود از حیثیت خارجه غیر عدم استقلال. و نیز ممتنع هم متضرر.

ص: ۲۷۷

می شود بسبب قسمت - پس در اینجا رجوع به قرعه است. قسم سوم: آن است که اجزای مقسوم متساوی نباشد. مثل زمین متفاوت الاجزاء، و باغ مختلف الاشجاری که ضرر در قسمت آن حاصل نشود و لکن ممکن نمی شود تسویه و تعدیل سهام الا به (سر بود) از غیر آن. پس آنچه از شهید ثانی (ره) ظاهر می شود این است که خلافی نیست در عدم اجبار. و وجه آن این است که [این] معامله معوضه [ای] است و محتاج است به تراضی. هر چند اصل قسمت هم چنین است لکن به دلیل ثابت شده در مواضع مجوزه. و صاحب کفایه (ره) در بعضی صور که ترک تقسیم موجب ضرر باشد، اشکال کرده. و آن بموقع است اگر اجماع نباشد. قسم چهارم: آن است که به همین نحو باشد و لکن ممکن باشد تعدیل سهام بدون احتیاج [به] سر بود دادن از خارج. مثل آن که زمینی باشد که بعض آن بد، و بعض آن خوب [باشد]. و دو ثلث آن که بد است مساوی یک ثلث است که خوب است در قیمت، و مشترک باشد میان دو نفر. و قسمت کنیم آن را به ثلث و ثلثین. و اشهر و اظهر در این نیز اجبار ممتنع، است بر قسمت. قسم پنجم: آن است که مقسوم اشیاء متعدده باشد. مثل مزرعه چند و دکان چند یا غلام و کنیز و حیوانات متعدده و امثال آن. پس کلام فقها در آن مختلف است. اما در مزارع و دکان ها و خانه ها: پس مشهور این است که نمیتوان اجبار کرد در ضم بعض آنها را در بعض به این که یک دکان را مثلاً تعدیل و تسویه کنند با دکان دیگر یا در دکان دیگر، و هکذا... و هر یک را به قدر نصیب بدهند. به جهت این که حال مزارع و دکانین مختلف است در مرغوبیت و عدم مرغوبیت، و چنانکه استقلال در تصرف، نفع است و ترک استقلال ضرر است و باعث اجبار در قسمت می شود، همچنین حرمان از بعضی دکانین و بعضی مزارع با تعلق خاطر شریک به آن، ضرر است. و این سخن خوب است در وقتی که مختلف باشد احوال آنها در رغبت به آن و عدم رغبت. اما هر گاه در این معنی مساوی باشند، پس اظهر جواز اجبار است. چنانکه مذهب ابن براج است و گفته است که

و هم چنین هر گاه متضرر شود بعضی از آنها به قسمت هر یک علی حده، حق او را باید در یک ناحیه قرار داد). والحاصل: معیار در قول ابن براج ملاحظه ضرر است از هر حیثیت، و این اقوی است. و اما فرقی که علامه در مابین دکاکین متجاوره و بین خانه های متجاوره و مزارع متجاوره گذاشته، وقایل به اجبار شده در دکاکین، دون خانه و مزرعه، پس وجه آن ظاهر نیست. و اما سخن در غلام ها و کنیزها و حیوان ها و درختان و جامه ها و امثال آن: پس اگر در جنس مختلف باشند (مثل این که مال مشترک غلام باشد و جامه باشد و گندم باشد) پس ظاهر علما - چنانکه صاحب کفایه نسبت به ایشان داده به عنوان قطع - این است که اجبار نمیتوان کرد در قسمت اعیان بعضی آنها در بعض. هر چند قیمت آنها متساوی باشند. و اما هر گاه در نوع متحد باشند مثل چند غلام یا چند اسب یا چند درخت. پس هر گاه توان تسویه و تعدیل کرد در عدد و قیمت (هر دو)، پس نقل کرده است از اکثر که اجبار میکنند در تقسیم اعیان اینها. و از شیخ در مبسوط نقل کرده که او از بعض اصحاب نقل کرده است قول به عدم اجبار را. و اما هر گاه تسویه در قیمت ممکن باشد و در عدد ممکن نباشد، مثل سه غلام در میان دو شریک، که دوتای آنها در قیمت مساوی یکی از آنها باشد، پس در آن اشکال کرده، و هم چنین هر گاه در وصف مختلف باشند (مثل غلام ترکی و غلام هندی) با تساوی آنها در قیمت. و هم چنین در مثل بار ابریشم و کتان. و هم چنین هر گاه قیمت آنها مختلف باشد. و از جمعی نقل کرده است عدم اعتبار اختلاف در نوع را، با تساوی قیمت. و گمان حقیر این است که این سخن ها و اختلافات و اشکالات همه ناشی از تفاوت افهام است در معنی (ضرر). و اگر نه، نصی و اجماعی و دلیلی بر خصوص این مسایل نیست. و چون اصل در این مسأله و دلیل در آن همان (نفی ضرر) است پس باید آن را معیار کرد. پس میگوئیم که: یا این است که ضرر متصور در مقام، همان بقای بر اشاعه و عدم استقلال هر یک، است در تصرف در مال خود. و در نفس قسمت ضرری

متصور نیست. پس در اینجا باید طالب قسمت را اجابت کرد و ممتنع را اجبار کرد. و اگر ضرر در نفس قسمت باشد، پس یا این است که در قسمت به هر دو میرسد، یا به یکی. پس اگر ضرر به یکی میرسد دون دیگری متضرر را نمیتوان اجبار کرد. و آن ضرر اشاعه در جنب ضرر قسمت، مضمحل می شود. به جهت آن که درد را هر دو دارند و در صورت تقسیم منحصر می شود ضرر در متضرر به قسمت. و اگر در قسمت کردن، ضرر به هر دو میرسد لکن احدهما طالب استقلال می شود و ضرر قسمت را بر خود قرار میدهد. پس اگر این، سفه و تضييع مال می شود، اجابت او نباید کرد. و عدم اجابت آن طالب، از دو راه است هم از راه اضرار به غیر وهم از راه تضييع مال. و از اینجا ظاهر می شود که در صورت سابقه که احدهما به قسمت متضرر می شود هم اگر متضرر طالب قسمت شود و موجب سفه و تضييع باشد، اجابت آن نمی شود. و هر گاه در قسمت کردن ضرر به یکی میرسد و در قسمت نکردن به دیگری از راه دیگر (قطع نظر از بقاء بر اشاعه و عدم استقلال، مثل این که اگر بر اشاعه باقی بماند مشتری ندارد و می خواهد حصه خود را بفروشد و برود به جای دیگر که دیگر از این منتفع نمی تواند شد. و آن دیگری حصه قلیلی دارد که اگر تقسیم شود از آن منتفع نمی تواند شد). پس در اینجا ضررها متعارض میشوند، و گویا چاره آن منحصر به قرعه باشد که از برای هر امر مشکلی است. پس قرعه ضرر به نام هر یک بر آمد او متضرر می شود. یا قرعه را بر قسمت و اشاعه بزنند. و بدان که اجبار در این باب وظیفه حاکم شرع است. [و] محتمل است که شریک نیز تواند.

۱۴۰:سوال:

۱۴۰:سوال: دو نفر با هم شریک میشوند، و بذر مشترک مشاع را زرع میکنند در دو مزرعه. بعد از آن احدهما بر دیگری ادعا میکند که (ما قسمت کردیم و این مزرعه از من شد و آن مزرعه از تو). و آن دیگری منکر قسمت است. آیا این قسمت صحیح است یا نه؟ -؟. و آیا این دعوی ملزمه و مسموعه است که بر فرض عدم بینة، یمین متوجه مدعی علیه شود -؟ یا مسموعه نیست به جهت آن که ملزمه نیست -؟.

جواب:

جواب: قسمت زرع صحیح است. بلکه ظاهر این است که این قسمت، قسمت

اجباری است، یعنی میتوان اجبار کرد شریک را بر قسمت. به جهت آن که مستلزم رد نیست. و در باب سماع دعوی: ظاهر این است که استفسار کنیم که آیا قرعه به عمل آمده است یا نه؟؟- و هر گاه مدعی اقرار کند به عدم قرعه، دعوی ملزم نیست و مسموعه نیست. به جهت آن که انکار آن قسمت در معنی فسخ است و بدون قرعه قسمت لزوم ندارد. و دیگر محتاج به قسم نیست مگر این که ثمره [ای] بر آن مترتب شود (مثل آن که تصرفی در آن شده باشد که مطلق قسمت مجوز آن باشد. و در صورت عدم ثبوت قسمت غرامتی بر مدعی علیه لازم آید) در این صورت دعوی مسموعه است، و قسم متوجه می شود بر مدعی. و اما در صورت ادعای قرعه: پس اظهر آن است که دعوی ملزمه و مسموعه است. به جهت آن که اظهر این است که قرعه کافی است در لزوم قسمت مطلقاً (در غیر قسمت رد) و دعوی ضرر هم در کار نیست. بلکه اظهر آن است که در قسمت رد هم چنین است. و در صورت ثبوت رضای بعد قرعه نیز در آن هیچ اشکال نیست. و حاصل اقوال در مسأله این است که اگر قاسم از جانب امام یا حاکم نصب شده است و قرعه هم زده است رضای شریکین بعد از قرعه در کار نیست. هر چند قسمت رد باشد. و ظاهر این است که خلاف در آن نباشد. بلکه ظاهر آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) این است که اجماعی است. هر چند صاحب کفایه در قسمت رد اشکال کرده است. و اظهر قول مشهور است. و اگر قاسم از جانب حاکم نباشد بلکه شرکا خود قسمت کرده باشند، یا خود قاسم تعیین کرده باشند، پس بعضی گفته اند ضرور است تراضی بعد قرعه، که هر گاه تراضی نشود لزوم ندارد. و بعضی گفته اند در قسمت رد، ضرور است. و در غیر آن ضرور نیست. و این مختار شهیدین است. اینها همه در صورتی است که تراضی در اول بر حصص به عمل نیامده باشد و اتفاق بر امری نکرده باشند. و اما هر گاه بعد تعدیل سهام، اتفاق کنند که هر یک حصه معینی را بردارند: پس تصریح شهید در لمعه و شارح آن در شرح و علامه در قواعد این است که لازم می شود. و این دور نیست. به جهت آن که قسمت که وضع شده به جهت تمیز حقوق،

متحقق شده، و ثمره آن استحقاق هر یک است ملک خاص را، و بعد تحقق آن دیگر امری که باعث زوال حق شود، نیست. مگر این که دعوی غبن یا (غلط) در میان آید که به مقتضای آن عمل باید کرد. و هم چنین است دلیل بعد از بنای بر قرعه. به جهت آن که قرعه منشأ تعیین حق است و بعد از تعیین، راهی از برای زوال حق نیست.

۱۴۱: سوال:

۱۴۱: سوال: هر گاه کسی ملکی را وقف بر اولاد کرده، و به جهت شیاع خراب شده و از حیز انتفاع افتاده. آیا تقسیم آن، یا بیع آن جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: تقسیم وقف جایز نیست، مگر در صورت نادری، مثل این که ملکی مشترک باشد میان دو نفر و یکی از آنها حصه خود را بر شخصی و ذریه او وقف کرده باشد، و دیگری حصه خود را بر شخصی دیگر و ذریه او وقف کرده باشد. که در این صورت تقسیم کردن جایز است میان آن دو شخص و دو ذریه. (۱) و لکن هر یک از ذریتین در میان خود تقسیم نمیتوانند کرد. به جهت آن که حق منحصر نیست در آنها که قسمت میکنند، و حصه بطون گاه که متفاوت می شود. و اما بیع وقف در صورت مزبوره: پس اظهر جواز آن است. و اما اگر مالی مشترک باشد ما بین وقف و طلق: پس قسمت آن جایز است، به شرطی که به عنوان رد بعضی از آن را از وقف بیرون نکنند و داخل طلق [ن] کنند.

۱۴۲: سوال:

۱۴۲: سوال: هر گاه پنج جریب زمین در میان دو نفر مشاع باشد، و یکی مالک دو جریب باشد و دیگری مالک سه جریب، یا بالمناصفه باشد. و خواهند قسمت کنند به این نحو که بنا را به این نحو بگذارند که مساوی حصه یکی از آنها در سمت جنوب باشد و از دیگری در سمت شمال که بعد از این مساحت کنند. آیا این قسمت صحیح است و لازم یا نه؟ -؟.

ص: ۲۸۲

۱- در اینجا حاشیه ای از خود میرزا (ره) هست بدین شرح: و از جمله صوری که تقسیم وقف جایز است آن است که مثلاً نصف مشاع ملکی وقف مسجدی باشد و نصف دیگری وقف مشهدی. بنا بر این، صور قسمت وقف، بسیار است. پس آنچه ما گفتیم که (الا در صورت نادری) آن در قسمت وقف اولاد و امثال آن است که در طبقات متغایر می شود.

جواب: هر چند قایل بشویم به این که تراضی بینهما بعد تعدیل سهام کافی است در صحت ولزوم قسمت، وبگوئیم که احتیاج به قرعه نیست - چنانکه اظهر این است - لکن قسمت عبارت از تمیز حقوق وحصص است، و در اینجا حصه ها از یکدیگر ممتاز نشده اند. بجمع اجزائها. خصوصا در وقتی که زمین متساوی الاضلاع نباشد. پس این قسمت، صحیح نخواهد بود.

۱۴۳:سوال:

۱۴۳:سوال: هر گاه مال مشترک تقسیم شود، وبعد از آن ظاهر شود که بعضی از آن مال غیر است. چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: هر گاه ظاهر شود که قدر مشاعی از آن مال حق غیر است (مثل ثلث مجموع، یا ربع مجموع) بعضی گفته اند که قسمت بر هم نمیخورد و آن شخص به قدر ثلث یا ربع در حصه هر یک شریک می شود. به جهت آن که تعدیل سهام بر حال خود باقی است. وبعضی گفته اند باطل می شود قسمت. به جهت آن که تعدیل سهام بر حال خود باقی نیست. (۱) [زیرا] مقصود از قسمت تمیز حقوق است والحال باز هر یک حق او ممزوج است به حق دیگری که آن غیر باشد که الحال استحقاق او ثابت شده است. و دیگر این که: این شخص که درواقع شریک بوده در وقت تقسیم حاضر نبوده، و تقسیم بعض شرکا منفردا صورتی ندارد. [پس] آن قول صورتی ندارد، واین قول اظهر است. و هر گاه استحقاق در جزء معینی ظاهر شود: پس اگر در هر حصه جزء معینی مال غیر شود، پس اگر متمایزند (۲) - مثل این که مال میان دو نفر بود وبالمناصفه قسمت شد. و بعد از آن، نصف معین از حصه هر یک مال غیر بر آمد - در اینجا قسمت بر هم نمیخورد. بیش از این نیست که از حصه هر یک چیزی کم می شود، و زیاد [ی] و کمی در حصه ها نسبت به یکدیگر حاصل نمی شود. واما هر گاه تمام حصه یکی مال غیر بر آید، یا از حصه هر یک جزئی مال غیر بر آید لکن در مال یکی آن جزء بیشتر باشد ودر مال دیگری کمتر. در اینجا قسمت باطل می شود. به جهت آن که آن شریکی که تمام حصه او مال غیر .

ص: ۲۸۳

۱- در نسخه: است.

۲- در نسخه: متمایزند.

بر آید باید رجوع کند به آن دیگری به قدر حصه خود. و هم چنین آن که از حصه او زیادتر مال غیر بر آمده از آن دیگری، به قدر الحصه باید از دیگری پس بگیرد. پس باز اشاعه عود میکند. (۱)

سوال: ۱۴۴:

سوال: ۱۴۴: مالی را شرکا قسمت کنند که به میراث به آنها رسیده باشد. بعد از آن ظاهر شود دینی از برای میت. آیا قسمت بر هم میخورد یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: چون مذهب شیعه این است که (قسمت)، (بیع) نیست، و مجرد تمیز کردن حق است. پس اصل قسمت، صحیح است. گو ملک واقعی حاصل نشود در میراث الا بعد از ادای دین. (۲) و اظهار در نزد حقیر این است که در عدم حصول ملک قبل از ادای دین، فرقی نیست ما بین دین مستوعب ترکه، و غیر مستوعب. و با وجود این، باز تقسیم را صحیح میدانیم قبل از صحیح ملک. و در این صورت هر گاه وراث همگی به قدر الحصه دین میت را ادا کردند، قسمت بر حال خود باقی میماند. و هر گاه هیچ کدام قیام به ادای دین نکنند حصه همه فروخته می شود - یعنی به قدر دین از اصل مال فروخته می شود - و اگر چیزی بر جا بماند ثانیاً قسمت باید کرد. و هر گاه بعضی از آنها به قدر الحصه ادای دین میت بکنند و بعضی نکنند، قسمت در حق آن که ادا کرده صحیح است. و حصه او از برای او باقی است. و حصه او [را] که امتناع میکند میفروشند و به دین میدهند.

سوال: ۱۴۵:

سوال: ۱۴۵: هر گاه چهار قطعه باغ مشترک باشد میان دو برادر، و دو قطعه آن را قسمت کرده باشند و شرط کرده باشند که (هر وقت که آن دو قطعه دیگر را خواسته باشیم قسمت کنیم، آن قطعه [ای] که به سمت باغ برادر بزرگ است از او باشد و آن قطعه دیگر از برادر کوچک). آیا این قسمت صحیح است؟ و این شرط لازم است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: بدان که دلیلی بر لزوم (شرط در ضمن قسمت) ندیده ام. و عموم (المومنون عند شروطهم).

ص: ۲۸۴

- ۱- این سوال و جواب آن، در مسأله شماره ۱۵۶ با بیان دیگری شرح داده شده. رجوع کنید.
- ۲- در این صورت خیلی بهتر بود اگر دلیل فتوایش را توضیح میداد. و این مسأله بیانگر مرجوحیت این قول است.

دلالتی بر لزوم او در اینجا ندارد. و آنچه در بعض فوائد خود تحقیق کرده ام این است که هر گاه التزامی که مکلف بکند واجب است وفای به آن. والتزام مکلف یا به نذر وعهد و یمین است، یا آن که شرط را در ضمن عقد لازمی بکند (۱) به تقریبی که در رساله (شرط ضمن العقد) بیان کرده ام. و هر گاه غیر این صورتها باشد، داخل مطلق وعده، می شود. ومشهور علما وفای به وعده را واجب نمیدانند. ووجه دیگر از برای لزوم آن نمیدانم. ونمی توان گفت که (عموم حدیث شامل وعده مجرد ووعده هائی که در ضمن عقود جایزه واکثر ایقاعات باشد، همه هست لکن اینها خارج است به دلیل). به جهت این که عدم وجوب وفای به وعده دلیلی به غیر اصل ندارد. واصل چگونه مقاومت میکند با حدیث صحیح، هر گاه منظور شمول آن [بر] مطلق وعده باشد (۲) بلکه بعض احادیث صحیح دلالت دارد بر وجوب وفای به وعده. و هم چنین وعده های خاصی که در ضمن غیر عقود لازمه یا سایر ایقاعات باشد دلیلی نیست که آن [ها] را از وعده بودن بیرون کند. واینکه در ضمن عقد شرط را لازم دانسته اند آن به دلیل خارج است که اجماع و اخبار است: نه عموم این حدیث. والحاصل: اگر عموم حدیث شامل است وعده مجرد و .

ص: ۲۸۵

۱- میرزا (ره) وقتی به لزوم شرط قایل میشود که در ضمن (عقد) آنها عقد (لازم) شرط شود. یعنی هر شرطی با دو شرط لازم میشود: الف: لازم بودن معامله ای که این شرط در ضمن آن مقرر شده. که البته (تقسیم) یک معامله لازم است. ب: مبتنی بودن آن معامله بر (عقد). وبعدها خواهیم دید که او هر شرطی را که همراه عقد نباشد وعده میدانند. بل اساسا تصریح میکند که شرط کردن در (قسمت) جایز نیست. اما مخالفین میرزا تنها لازم بودن معامله ای را که شرط در ضمن آن مقرر میشود، کافی میدانند. وهر شرطی را که بر یک معامله لازم وابسته میشود، لازم میدانند. وآن را صرف وعده نمیدانند. زیرا چنین شرطی بدون مقابل وبدون عوض نیست ونقشی در تعدیل سهام دارد، وبه منزله جزء احد سهمین است.

۲- مخالفین میرزا حدیث را شامل مطلق وعده نمیدانند. زیرا آنان وعده وشرط را عام وخاص مطلق میدانند. هر شرطی وعده است ولی هر وعده ای شرط نیست. شرط آن وعده ای است که در مقابل وعوض آن، مالی، حقی، عملی و (به اصطلاح امروزی) امتیازی باشد. ولغت و عرف نیز همین معنی را تایید میکنند. پس هر شرطی مشمول حدیث (المومنون عند شروطهم) است مگر آنچه به وسیله دلیل خارج شود. مانند شرط در ضمن عقود غیر لازمه که لزوم چنین شرطی به دلیل این که اصل معامله لازم نیست، منتفی میگردد.

سایر وعده های مذکور را، باید وعده در ضمن سایر ایقاعات و عقود جایزه هم لازم باشد، و وفا به مطلق وعده هم واجب باشد. و مفروض این است که قسمت از جمله عقود هم نیست، و محتاج به صیغه هم نیست. و [این که در] مذهب عامه آن را بیع میدانند، هم باطل است. و در کلام فقها تصریحی به ذکر جواز (۱) شرط در ضمن قسمت، هم الحال در نظر نیست که کسی کرده باشد. بلی شهید در دروس از شیخ در خلاف نقل کرده است جواز شرط خیار را در قسمت. و بر فرض تسلیم جواز آن، شرط خیار اشتراط، است. و دلالت بر مطلق لزوم شرط ندارد. و بر فرض تسلیم آن، این شرط مخصوص - یعنی این که قطعه مجاور حصه برادر بزرگ از او باشد - شرط فاسدی است. به جهت آن که قسمت به این نحو بدون تعدیل سهام و تمیز حقوق [است و] صحت ندارد. و اگر بگوئی که: از کلام علامه در تحریر ظاهر می شود صحت شرط در قسمت، در آنجا که گفته که (هر گاه در حصاری دو خانه باشد که آب باران بام یکی از آنها بر پشت بام دیگری جاری می شود، و قسمت کنند آنها را، و خواهد صاحب آن خانه که آب از پشت آن نبرد و اینکه منع کنند رفتن آب را). گفته است که (هر گاه در وقت قسمت شرط کرده اند منع آب .

ص: ۲۸۶

۱- و در نسخه: جواز و لزوم... توضیح: نسخه بردار گمان کرده که کلام میرزا در این است که یا شرط ضمن قسمت از نظر عمل به آن (لازم العمل) است یا (جایز العمل). که در اصطلاح از آن به (جایز، لازم) تعبیر میکنند در حالیکه منظور میرزا معنای لغوی (جواز) است. زیرا وی اساسا جایز نمیداند که شرطی در ضمن قسمت مقرر گردد. او شرط را تنها به همراه عقود، صحیح میدانند. و کلام میرزا در اینجا سخت مضطرب است. گاهی اصل جواز شرط در ضمن قسمت را ممنوع میکند و گاهی تنها در اثر آن از نظر لزوم اشکال کرده و آن را در حد صرفا وعده تنزل میدهد. گاه شرط در قسمت را مانند (شرط ضمن عقد - غیر لازم) میدانند و گاهی اساس چنین شرطی را ممنوع میدانند. عموماً و اطلاقات و (اصاله الاباحه) و (اصاله الجواز) همه و همه دلیل صحت شرط در قسمت، هستند. خواه تصریحی از علما بر آن شده باشد یا نه. و اگر میرزا تنها در (لزوم و عدم لزوم) بحث میکرد برایش راحتتر بود. گو این که در همین محور نیز ادله او از قوت کافی برخوردار نیست و در حد تکلف است. همان طور که خودش در پایان خواهد فرمود.

را، می تواند مانع شود. والا-فلا، به جهت آن که حقوق خانه داخل خانه است. چنانکه هر گاه خانه را بخرد و شرطی نکرده باشد مستحق حقوق آن، هست). میگوئیم: مراد از این کلام تحقیق معنی قسمت و تعدیل سهام است. یعنی هر گاه در وقت تعدیل سهام این قید شده، می تواند مانع شود. و هر گاه نشده، اطلاق اقتضا میکند بقای حق را، و رضای ایشان بر این قسمت کاشف از ملا-حظه این معنی هست در حین قسمت، نه این که این از باب (شرط ضمن العقد) باشد. و اما اگر دعوی غلط و غفلت و جهالت بکند، آن مرحله دیگر است و مسئله جدائی است. بلی: در اینجا اشکال باقی میماند در بطلان اصل قسمت. و هر چند تحقیق این است که هر گاه شرطی که در ضمن عقد می شود فاسد باشد عقد هم فاسد می شود. (چون شرط به منزله جزء احد عوضین است، و تراضی بر مجموع من حیث المجموع شده، و هر گاه جزء آن منتفی شد کل منتفی می شود) و لکن این سخن در قسمت تمام نیست، خصوصا در قسمت اجباری که رضای طرفین در آن شرط نیست (۱) و اجبار میتوان کرد ممتنع را بر قسمت (۲) مگر این که بنای ایشان به قرعه نبوده و به همان تعدیل و تراضی اکتفا کرده باشد. (۳) و گویا [در اصل سوال:

را، می تواند مانع شود. والا-فلا، به جهت آن که حقوق خانه داخل خانه است. چنانکه هر گاه خانه را بخرد و شرطی نکرده باشد مستحق حقوق آن، هست). میگوئیم: مراد از این کلام تحقیق معنی قسمت و تعدیل سهام است. یعنی هر گاه در وقت تعدیل سهام این قید شده، می تواند مانع شود. و هر گاه نشده، اطلاق اقتضا میکند بقای حق را، و رضای ایشان بر این قسمت کاشف از ملا-حظه این معنی هست در حین قسمت، نه این که این از باب (شرط ضمن العقد) باشد. و اما اگر دعوی غلط و غفلت و جهالت بکند، آن مرحله دیگر است و مسئله جدائی است. بلی: در اینجا اشکال باقی میماند در بطلان اصل قسمت. و هر چند تحقیق این است که هر گاه شرطی که در ضمن عقد می شود فاسد باشد عقد هم فاسد می شود. (چون شرط به منزله جزء احد عوضین است، و تراضی بر مجموع من حیث المجموع شده، و هر گاه جزء آن منتفی شد کل منتفی می شود) و لکن این سخن در قسمت تمام نیست، خصوصا در قسمت اجباری که رضای طرفین در آن شرط نیست (۴) و اجبار میتوان کرد ممتنع را بر قسمت (۵) مگر این که بنای ایشان به قرعه نبوده و به همان تعدیل و تراضی اکتفا کرده باشد. (۶) و گویا [در اصل سوال:] آن شرط را آن کسی کرده که بدون آن شرط راضی به قسمت نمیشده. که در آنجا میتوان گفت که تراضی به همین نحو واقع شده که این شرط به عمل آید و بدون آن تراضی نبوده، پس اصل قسمت هم صحیح نخواهد بود. مگر این که بگوئیم که مراد از آن شرط هم این است که بعد تعدیل سهام، این جانب از برادر بزرگ باشد و جانب دیگر از کوچک (۷) نه این که همین محض تعیین جانب، نفس قسمت باشد، تا فاسد باشد. (۸) پس باید تفصیل داد در حین دعوی و مرافعه، تا معلوم

ص: ۲۸۷

۱- اجبار در اصل قسمت است نه در پذیرفتن سهم خاص. بل در اینجا پس از تعدیل سهام قرعه جانشین تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمیماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید.

۲- اجبار در اصل قسمت است نه در پذیرفتن سهم خاص. بل در اینجا پس از تعدیل سهام قرعه جانشین تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمیماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید.

۳- عبارت (مگر این که بنای... اکتفا کرده باشند) در اصل نسخه جا به جا و پس از چند جمله آمده است.

۴- اجبار در اصل قسمت است نه در پذیرفتن سهم خاص. بل در اینجا پس از تعدیل سهام قرعه جانشین تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمیماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید.

۵- اجبار در اصل قسمت است نه در پذیرفتن سهم خاص. بل در اینجا پس از تعدیل سهام قرعه جانشین تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمیماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید.

۶- عبارت (مگر این که بنای... اکتفا کرده باشند) در اصل نسخه جا به جا و پس از چند جمله آمده است.

۷- بنا بر این: میرزا (ره) هم اصل جواز و امکان شرط در قسمت را پذیرفت و هم لزوم آن را. چنانکه در سطرهای بعدی تصریح خواهد کرد.

۸- بنا بر این: میرزا (ره) هم اصل جواز و امکان شرط در قسمت را پذیرفت و هم لزوم آن را. چنانکه در سطرهای بعدی تصریح خواهد کرد.

شود که چه نحو قسمت شده؟ آیا با اجبار بوده یا با تراضی؟ -؟ و آیا با قرعه تعیین شده یا به اختیار؟ -؟، تا حکم هر یک معلوم شود. تا اینجا بنای کلام در این بود که شرط در ضمن قسمت از قبیل وعده باشد، و به عموم (المومنون عند شروطهم) استدلال نتوان کرد. و در این اوقات فکری تازه به خاطر قاصر میرسد. و آن این است که عموم (المومنون عند شروطهم) را بر حال خود گذاریم و گوئیم که آن عموم مؤسس احکام است فی نفسه. چنانکه علما به این عموم استدلال کرده اند در اثبات اصل عقود و لزوم آنها. چنانکه علامه در کتاب مزارعه و مساقات تذکره استدلال کرده بر لزوم عقد. بلکه بر صحت آن به همین حدیث. پس عمده این است که معنی شرط را که (الزام والتزام) است بیان کنیم و تخصیص ندهیم آن را به مثل نذر و عهد، یا حصول آن در ضمن عقد لازمه، والا لازم می آید که ایجاب وفای شروط از باب اوامر و اعراض و آمرین به معروف باشد نسبت به عالمین به واجبات، که این محض تاکید و تذکر می شود. نه تاسیس و اعلام نفس احکام. (۱) و توجیه آن به این نحو می شود که: در هر جا که شبیه معاوضه باشد پای الزام والتزام در میان می آید، حتی در مثل (عتق با شرط دادن عبد چیزی به مولی) زیرا که او اخراج منافع عبد که مال او است از خود میکند در مقابل این عوض. بخلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام والتزامی متصور نیست که داخل عموم این حدیث باشد. پس فرق ظاهر شد میان وعده و شرط در ضمن عقود جایزه. و معنی التزام در عقود جایزه همان التزامی است که در مقابل احد عوضین باشد. و آن منافات با جایز بودن عقد ندارد. چنانکه در کتاب شرکت بیان کردیم. پس بنابر این شرط در ضمن قسمت هم لازم می شود نظر به عموم همین حدیث. چون قسمت هم شبیه معاوضه است. و دیگر حاجتی به تکلفات سابقه نیست، که از جمله آنها فرق ما بین خیار شرط و اشتراط بود. زیرا که دلیل شرط خیار هم عموم .

ص: ۲۸۸

۱- که در اصطلاح باید اینگونه اوامر را (اوامر ارشادی تاکیدی) نامید.

این حدیث است. لا غیر. (۱)

۱۴۶:سوال:

۱۴۶:سوال: ملک مشاعی ما بین زید و عمرو و خالد است، و در دست آنها است. و خالد عمرو را و کیل میکند که قسمت کنند آن ملک را. و عمرو به اصالت [از طرف] خود و وکالت خالد بازید قسمت میکند. و بعد سکینه زوجه خالد میگوید که ملک از خالد نبوده و از من بوده است. و من خالد را ماذون نکرده ام در قسمت و توکیل غیر. و مفروض این است که بعد از قسمت، زید تصرفات در حصه خود کرده (از تعمیر و بنا و غیره). آیا بر فرض ثبوت ملکیت سکینه و عدم ثبوت اذن، و اجازه او بعد قسمت، آیا قسمت صحیح است یا باطل؟ - و بر فرض بطلان، غرامت آنچه زید نقصان کرده در تعمیر و غیره باکی است؟.

جواب:

جواب: در صورت مزبوره قسمت باطل است. و غرامت بر عمرو است هر گاه در حین قسمت زید جاهل بوده به مالکیت سکینه و عمرو عالم بوده. چون عمرو او را مغرور نموده و [زید] به سبب قسمت این نقصان را کشیده. و ظاهر این است که در این صورت عمرو در غرامت رجوع به خالد نمی تواند کرد. و هر گاه عمرو جاهل بوده، غرامت متوجه به خالد می شود. و هر گاه زید خود عالم بوده به مطالب، در این صورت غرامتی از کسی نمی تواند گرفت.

۱۴۷:سوال:

۱۴۷:سوال: هر گاه زید و عمرو مالی مشترک را قسمت کنند. و بعد زید بگوید که من مغبونم. آیا تسلط بر فسخ قسمت هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: دعوی غبن در قسمت بر میگردد به (دعوی غلط در قسمت). به این معنی که تعدیل سهام نشده است. و در این صورت به مجرد دعوی سخن او مسموع نیست و قول منکر غلط، مقدم است با یمین. مگر این که مدعی به اثبات برساند غلط را. به این معنی که دو نفر عادل صاحب و قوف بگویند که در حین قسمت تعدیل سهام نشده بوده است. و ثابت شود که مدعی هم در آن وقت عالم به این معنی نبوده و رضا نشده بوده.

ص: ۲۸۹

۱- بدیهی است با وجود عمومات و اطلاقات و (اصاله الاباحه) و (اصاله الجواز) و (اصاله الصحه) و... و... علاوه بر این که بیانات سابقه تکلف بود همین قسمت اخیر هم محض تکلف است. اعلی الله مقامه و رزقنا شفاعته.

۱۴۸:سوال:

۱۴۸:سوال: فقها گفته اند که قسمت بیع نیست. بلکه آن مجرد تمیز در احد نصیبین یا بیشتر، است. هر چند مشتمل بوده باشد [بر نقل وانتقال مال]. و گفته اند که ثمره در چند چیز ظاهر می شود از جمله آنها این است که (حق شفع) از برای شریک ثابت نمی شود و اگر بیع بوده باشد شفع ثابت باشد. معنی شفع در قسمت چه چیز است، و تصویر آن چگونه می شود؟.

جواب:

جواب: ممکن است تصویر آن، بنا بر قول ابن جنید و مذهب عامه که حق شفع را در سه شریک و بیشتر، جاری میدانند. هر گاه فرض کنیم که سه نفر شریک باشند در ملکی و قسمت در میان دو نفر از آنها واقع شود، هر چند [باید] به رضای سومی باشد لکن آن سومی می تواند اخذ به شفع بکند. و توضیح این مطلب موقوف است به بیان دو مقدمه: اول این که: اولاً تصویر مسأله را در بیع بکنیم تا آسان بشود فهمیدن آن در قسمت. و بیان آن این است که: هر گاه سه نفر شریک باشند در ملکی و یکی از آن سه شریک حصه خود را بفروشد به یکی دیگر از آن دوتای دیگر. پس آن یکی که مشتری نیست می تواند اخذ به شفع کند و آن قیمتی که به بایع داده است به مشتری بدهد و آن حصه را مالک شود به تمامی، و مشتری اخذ به شفع نمی تواند کرد. از برای آن که لازم می آید که آن مستحق باشد حقی را بر نفس خود. و محتمل است که بگوئیم که او هم مستحق اخذ به شفع هست. به جهت این که او هم شریک است. نه به این معنی که از خودش استیفای حق بکند. بلکه به این معنی که مانع شریک است از اخذ حق او. پس آن که نه بایع است و نه مشتری یا به قدر نصیب خود اخذ به شفع میکند یا عفو میکند. .

ص: ۲۹۰

۱- یعنی: علاوه بر ثبوت غلط، باید ثابت شود که مدعی غلط یا جاهل به غلط بوده و یا عالم به غلط لیکن اعلام رضایت به قسمت، نکرده است.

و این مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج، است. (۱) و بر این قول متفرع می شود این که: هر گاه مشتری بگوید (بعد از آن که آن شخص سوم اخذ به شفعه کر به قدر نصیب خود) که من اسقاط کردم شفع خود را پس تو یا همه را بگیر یا همه را بگذار، صحیح نیست. به سبب آن که ملک مشتری مستقر شده است بر قدر حق خود دیگر شفعی باقی نیست از برای او که اسقاط کند. پس گویا اخذ به شفع کرده است و ملکیت او مستقر شده است. مثل آن که هر گاه دو شفیع باشند در بیعی و هر دو اخذ به شفع بکنند و بعد از آن یکی از آنها بگوید که من از حق شفع خود گذشتم. دوم این که: خلاف کرده اند در این که آیا اخذ به شفع مختص است به جائی که ثمن مثلی باشد؟ یا در قیمی هم جاری است. اظهر و اظهر، قول ثانی است. به دلیل عمومات و اطلاقات معتضده به شهرت عظیمه. و قول دیگر منقول است از ابن حمزه و علامه در مختلف و شیخ در خلاف با دعوی اجماع. و مستند ایشان موثقه علی بن رئاب است (عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی رجل اشتری دارا برقیق و متاع و بز و جوهر، قال: لیس لاحد .

ص: ۲۹۱

۱- گویا مراد مصنف (ره) این است که (این احتمال مطابق مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج نیز هست). و گرنه، نیازی به استصحاب نیست زیرا او شریک است و اخذ به شفع، حق او است. بلی اگر در خود همین (احتمال) هم شک کنیم، یعنی احتمال در احتمال پیش آید، نیاز به استصحاب به نوعی حاصل میشود. و با بیان دیگر: دلیل احتمال، همان ادله شفعه است نه استصحاب. زیرا مسأله از سه صورت خارج نیست: یا به خاطر (لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) دست از ادله شفعه میکشیم، در این صورت حکم قطعی به عدم حق شفعه خواهیم کرد. و یا ادله شفعه را ادله (مؤسسه) دانسته و آن را بر سایر ادله نقلی و عقلی (حاکم) بل (وارد) خواهیم دانست، در این صورت حکم قطعی به حق شفعه او خواهیم داد. و یا در حکومت و ورود ادله شفعه بر سایر ادله از جمله بر (لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) شک خواهیم کرد. در این صورت نیاز به استصحاب نفی ضرر و حرج حاصل میشود. و چون مصنف در مقابل احتمال استحقاق شفعه است به دلیل این که (او هم شریک است) دیگر نیازی به استصحاب نیست بلکه اساسا جائی برای استصحاب نمیماند. چون استصحاب دلیل است در جائی که دلیلی وجود نداشته باشد. ولیکن در اصل دلیل این قول اشکال است زیرا شفعه تنها در جائی هست که تعداد شرکا از دو نفر تجاوز نکند. رجوع کنید: وسایل، ابواب الشفعه، باب ۷.

فیهما شفعه) (۱). وبعض اخبار دیگر هم ذکر کرده اند که دلالت آنها وضوحی ندارد. ودر دلالت موثقه هم قدح کرده اند که شاید مراد صورت عدم اجتماع شرایط شفعه باشد، و تصریحی نیست در روایت به این که سبب نفی شفعه این است که ثمن قیمی است نه مثلی. واین بعید است به ملاحظه سیاق روایت. بلی میتوان گفت که لفظ دار حقیقت در مجموع دار است و هر گاه مجموع دار فروخته شد، مجالی از برای اخذ به شفیع نمی ماند (مگر به سبب اشتراک در طریق (۲) و امثال آن) و اراده بعض از [لفظ] دار مجاز است. و اولی در رد حدیث همان عدم مقاومت [آن] است با ادله مشهور، و هجر جمهور از اصحاب عمل به آن را. و اما اجماع منقول پس آن ضعیف است. به جهت مخالفت اصحاب، خصوصاً این که شیخ در خلاف در موضع دیگر موافق مشهور است. و بدان که: خلاف کرده اند - بنابر قول به ثبوت شفیع در صورتی که ثمن قیمی باشد - در این که آیا قیمت روز بیع معتبر است یا قیمت روز اخذ به شفیع یا اعلی القیم؟ -؟-؟. اشهر و اظهر قول اول است. چون اخذ به شفیع کاشف از انتقال است در آن وقت، و اخذ عین آن متعذر است. پس رجوع به قیمت آن می شود. و دلیل قول دوم این است که وجوب رد ثمن در حین اخذ به شفیع ثابت می شود. پس قیمت آن وقت معتبر است. و هر گاه این را دانستی بر میگردیم به اصل مسأله و می گوئیم که: آن شخص ثالث که حق او مشاع باقی است و مباشر قسمت نشده (گو قسمت به رضای او شده باشد) هر گاه قسمت را بیع دانیم، صادق است که شریک او حق مشترک خود را که این شخص ثالث در آن شریک است به آن شریک دیگر که حق او مفروز شده منتقل کرده و ثمن آن را.

ص: ۲۹۲

- ۱- وسایل: ج ۱۷، ابواب الشفعه، باب ۱۱ ح ۱.
- ۲- توضیح: اشتراک در طریق وقتی موجب شفعه میشود که قبلاً خانه ای مشترک باشد سپس تقسیم شود و راه آنها در حالت اشتراک (به صورت باقیمانده ای از اشتراک قبلی) باقی بماند. و گرنه همه خانه های یک کوچه بن بست در آن کوچه شریک هستند. و به عبارت دیگر: مراد از اشتراک در طریق، شرکت ملکی است نه حقی.

مساوی آن از اجزاء این مشاع قرار داده که نصیب او است. و چون ملک مثلی نیست، پس مساوی قیمت آن جزء را می‌دهد به آن شخص که با او قسمت کرده است. چون ملکی قیمی است و ملک را متصرف می‌شود. و در اینجا وجوه دیگر هم هست در بیان شفع. مثل آن که شرکا دو نفر باشند و ثالثی در راه یا نهر شرکت داشته باشد. پس بعد از تقسیم دو شریک در ملک، این سومی که شریک در راه یا نهر است می‌تواند اخذ شفع بکند و قیمت را بالمناصفه به آنها بدهد، و تمام را صاحب شود. و مثل این که شرکا سه نفر باشند و یکی از آنها حصه خود را جدا کرده باشد و باقی مشاع مانده. پس بعد از تقسیم این دو نفر، آن شریک که حصه او مفروز بود می‌تواند اخذ به شفع بکند در حصه هر دو، بنا بر قول ابن ابی عقیل که شفع را در مقسوم جاری میدانند (۱). و گاهی تصویر می‌شود اخذ به شفع در (قسمت ردی)، بنا بر قول به [ثبوت حق الشفع در ثمن]. مثل این که زید و عمرو شریکند در خانه متخالف الاینه که تعدیل سهام در آن نمیتوان کرد الا به رد چیزی از خارج، و همان زید با بکر شریک است در قطعه زمینی. پس هر گاه زید و عمرو قسمت کنند خانه را، و چنین اتفاق شود که زید حصه [خود از] آن زمینی که با بکر شریک است در آن، به عنوان (سر بود) به عمرو بدهد. پس در این وقت هر گاه قسمت را بیع دانیم بکر می‌تواند اخذ به شفع کند در آن حصه که زید به عمرو داده. (۲)

۱۴۹:سوال:

۱۴۹:سوال: هر گاه املاکی به ارث برسد به جمعی از وراث بعضی صغیر و بعضی کبیر. و آن را قسمت کرده باشند. و به شهادت شش هفت نفری - که فی الجمله وثوق در دیانت و شهادت ایشان هست - اصل وقوع قسمت در زمان صغر دو نفر از ورثه، [به] ثبوت و تحقق پیوسته. لکن کیفیت آن به این نحو است که کبار ورثه در میان خود بدون .

ص: ۲۹۳

- ۱- البته ابن ابی عقیل نه قسمت را بیع میدانند و نه شفعه را در آن میپذیرد.
- ۲- عبارت نسخه: بنا بر قول به دین به بیع بودن قسمت. توضیح: حق الشفع در مبیع ثابت است اجماعاً. ولی اگر یکی از شرکا سهم خودش را ثمن قرار دهد، ثبوت شفعه در آن، مورد اختلاف است.

آن که از جانب صغار ولی ای یا مجتهدی یا عدول المومنین (که خود را قائم مقام صغار نموده باشند و از جانب ایشان متصدی قسمت و مدعی شده باشند) املاک موروثی را که در مزارع متعدده داشته [اند] قسمت نموده واقسام را به قرعه مشخص ساخته [اند]. نیم دانگ ملکی که مزرعه مسمی... (۱) بوده، (۲) از همه املاک شان (علی مافرروا و صدقهم الشهود المطلاعون) به قرعه حصه ورسد چهار پسر و دو دختر که دو پسر از آنها صغیر بوده اند شده. که حال نصف آن نیم دانگ (علی تقدیر الصحه) مختص دو صغیر و یک همشیره شان، بوده است. وبعد از وقوع قسمت مزبوره، کبار ورثه حصه مزبوره صغیرین را - لا حسبه عنهما بل به علت ضرورت واضطراری که خود داشته اند - فروخته اند. وصغیرها بعد از بلوغ ورشد، اجازه قسمت را نموده [اند] ولکن اجازه (ما یترتب علیها من المعاملات) [را] نموده اند. آیا در صورت معروضه، اصل قسمت که صغار را قائم مقامی سوای همان کبار که خود ارباب سهام اند - لکن علی ما قررنا بل وضح عندنا [که] حصه صغار در ملک مرغوبتر از سایر املاک شان نبوده است - صحیح است و لازم؟ یا نه؟. ودر صورت صحت وعدم لزوم (که از قبیل عقود فضولیه بوده باشد) اجازه صغار بعد از بلوغ ورشد، با وصف مبیعات واقعه غیر مجازه که در بین واقع شده، مثر لزوم قسمت می شود یا نه؟ -؟. و صغار را میرسد که حال یک طسوج (۳) ملک مقسوم به نحو مرقوم را از مشتری انتزاع نمایند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که: قسمت عبارت است از تمیز حقوق در صورت اشتراک. و آن حاصل می شود به تعدیل سهام اولاً و بعد از آن به قرعه زدن فقط در قسمت [ی که] قاسم حاکم باشد. یا با تراضی بعد قرعه در [قسمتی که] قاسم غیر حاکم [باشد] .

ص: ۲۹۴

- ۱- کویا مزرعه مورد نظر اسم و نامی داشته که در نسخه برداری تحریف شده است.
- ۲- عبارت نسخه:.. که مزرعه مسمی هر یک داشته اند که از همه املاک شان...
- ۳- یک دانگ یعنی ۱ / ۶ مجموع، ویک طسوج مساوی است با ۴ / ۱ دانگ که در بعضی مناطق (چارک) نیز گفته میشود. و فرض این است که سهم دو صغیر نصف نیم دانگ (مساوی یک طسوج) بوده است.

بنابر قول مشهور مطلقاً. یا در قسمت رد بنا بر قولی (۱) یا بدون احتیاج به تراضی بعد از آن بنا بر قولی. و ظاهر عدم احتیاج به تراضی است بعد قرعه، مطلقاً. و دور نیست که هر گاه بعد تعدیل سهام [اگر] تراضی حاصل شود، همان کافی باشد در تعیین سهام و قسمت لازم شود. چنانکه مختار شهیدین است در لمعه و شرح آن. هر گاه این را دانستی پس بدان که: باید مباشر این امر خود ملاک باشند، یا وکیل آنها، یا ولی آنها. پس در صورتی که غیر مالک و غیر قائم مقام او تقسیم کند، لزومی نخواهد داشت. و اشکال در این است که آیا با اجازه مالک لازم می شود یا نه؟-؟. و این موقوف است بر (قول به تصحیح فضولی مطلقاً حتی در قسمت). پس اگر قایل شویم به صحت آن، پس اجازه در صورت قرعه واضح است. چون قرعه هم به منزله صیغ عقود می شود. اما هر گاه اتمام قسمت به تراضی باشد مطلقاً، یا به تراضی بعد قرعه، پس اجازه متعلق به تراضی می شود و حاصل آن این است که (راضی شدم به رضای فلانی که از جانب من راضی شده بود). پس در صورت مسأله میگوئیم که: اولاً دلیلی بر صحت فضولی به عنوان عموم که شامل (قسمت) باشد در نظر نیست، و در کلام فقہائی که الحال کلام ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده ام و متعرض آن نشده اند. و رضای بعد از بلوغ بیش از حصول قسمت و تحقق آن، الحال، نمی کند. (۲) و بنابر [قول به صحت] فضولی [در] قسمت، از اول امر محقق می شود. خصوصاً بنابر آن که اجازه کاشف باشد. سلمنا که ادله فضولی شامل اینجا هست و کاشف از صحت از اول امر، هست که آن دانگ ملک در حین قسمت، ملک صغیر بوده الی الاین. و نمای آن مدت هم مال او شود. لکن [این سخن] در وقتی خوب است که آن بیع کبیر در میان نیاید. و با وجود آن بیع، تصحیح قسمت به .

ص: ۲۹۵

- ۱- عبارت نسخه: در قسمت قاسم امام یا با تراضی بعد قرعه در غیر قاسم اما بنا بر قول مطلقاً تا در قسمت رد بنابر قولی.
- ۲- یعنی اگر اجازه و اعلام رضایت موثر هم باشد تنها در حین اعلام می تواند قسمت را محقق نماید، و تأثیری در زمان گذشته ندارد.

اجازه که کاشف از ملکیت صغیر شود در حین قسمت، مشکل است. به جهت آن که قبل از اجازه، صغیر لزوم قسمت ثابت نبود و ملکیت صغیر به عنوان تعیین متزلزل بود. چون موقوف بود بر اجازه، و بی نصیب [ن] بود کبیر، وعدم جواز تصرف [کبیر] در آن هم قبل از اجازه ثابت نبود، و تصرف کردن او به سبب بیع در معنی فسخ قسمت است. پس بیع او در این نیم دانگ به قدر الحصه او نسبت به جمیع ترکه، صحیح خواهد بود، و در باقی موقوف به اجازه. پس دیگر تمیز و تعیین در این ملک از برای صغیر باقی نمیماند. و آن ملک به شیاع خود راجع می شود. و وجه صحت بیع این است که بیع جزء مقسوم به قسمت فاسده، یا قسمت غیر لازمه، واقع شده است. چنانکه این قول اظهر اقوال فقها است در بیع موهوب به هبه فاسده، و در بیع مال مورث به مظنه حیات او و انکشاف موت او قبل از بیع، و امثال اینها، که همان مصادفه ملک را در تصحیح بیع کافی دانسته اند. هر چند بایع جاهل به آن باشد. بلکه علامه در قواعد دعوی اجماع بر این کرده، یعنی در صحت بیع موهوب به هبه فاسده. و بعد گفته است (و هم چنین هر گاه بفروشد مال مورث خود را به اعتقاد حیات او، یا وصیت کند به غلامی که آزاد کرده او است و بعد ظاهر شود فساد عتق او). اگر چه در این مقام اشکالی وارد می آید که در صورت اعتقاد به صحت هبه و جهل به فساد آن - خصوصا در هبه لازمه - مقصود او بیع مال غیر است نه مال خود. و عقود تابع مقصود است. پس چگونه بیع او از برای خود او صحیح خواهد بود به مجرد این که در نفس الامر مال او است -؟ لکن چون اطلاق عقود تنزیل می شود بر بیع مال خود، حکم می شود بر صحت آن. مگر در جائی که قرینه بر خلاف آن باشد، مثل مکره و هازل. در مانحن فیه قرینه بر قصد او هر چند ممکن است که تقسیم خود او باشد. و لکن چون ممکن است که از باب رجوع از تقسیم باشد - چون [آن تقسیم] لازم نبود - پس اعتماد بر آن قرینه مشکل است. چنانکه بعضی در تصحیح بیع موهوب به هبه غیر لازمه گفته اند (بعد از آن که در صحت وعدم صحت آن، دو قول نقل کرده اند) این که: ظاهر این است که اجزاء صیغه بیع مسبوق است به فسخ هبه. پس بیع بر ملک

خود [او] وارد شده. نه این که فسخ به لفظ بیع حاصل شده باشد تا بر آن وارد آید که (بیع واقع شده است بر مال غیر چون فسخ بعد از تکلم به آن حاصل می شود و ثانیاً صیغه جاری نشده). (۱) ولکن در اینجا بحثی دیگر هست و آن این است که: در عقد فضولی تزلزل در جانب فضولی است و بس. و در جانب مالک لازم است. و آنچه مذکور شد که (بی نصیب نبوده کبیر، وعدم جواز او در آن قبل از اجازه، ثابت نیست) ممنوع است. بلکه او ممنوع است از تصرف در حصه خود نیز. پس آن تصرف کاشف نیست از رجوع به شیاع. بلکه قسمت از جانب صغیر نسبت به کبیر لازم است، و تزلزل نسبت به صغیر است، و بعد از اجازه صغیر نسبت به هر دو لازم می شود. پس [بنا بر] فرض تسلیم جواز فضولی در قسمت، بیع کبیر مضر نیست به صحت و لزوم قسمت بعد از اجازه صغیر. پس در اینجا یک مرتبه سخن ما بین صغیر و کبیر است و یک مرتبه ما بین صغیر و مشتری، و یک مرتبه ما بین بایع و مشتری. اما دعوی صغیر با کبیر (پس [بر] فرض تصحیح اجازه چنانکه دور نیست ترجیح آن هر چند محل اشکال هست): پس به سبب اجازه او و اعتراف کبیر - به این که مال تو را فروختم - باید از غرامت مال صغیر بر آید. هر گاه نتواند عین را استیعاد کند باید غرامت قیمت و سایر خسارات را بکشد. و اما دعوی بایع و مشتری: پس قول مشتری که مدعی صحت است مقدم است. (۲) مگر این که بایع به اثبات برساند فساد را به این که ثابت کند بعد قسمت فروخته است هر چند فضولاً باشد بالحق اجازه صغیر. زیرا که چنین بیعی لزوم ندارد و فاسد می شود هر گاه صغیر اجازه آن نکند چنانکه دانستی. و اما دعوی صغیر با مشتری: پس در اینجا قول مشتری مقدم است که مدعی صحت است. (۳) مگر این که صغیر اثبات کند که قسمت شده بود و او اجازه کرده بوده.

ص: ۲۹۷

۱- یعنی صیغه بیع تنها این تأثیر را دارد که هبه را فسخ میکند و بیع محقق نمیشود. چون بر مال غیر بوده. و پس از آن صیغه هم صیغه دیگری برای بیع جاری نشده است. - مراد از این توضیح، معنای لفظ (ثانیاً) بود که باید به جای آن لفظ (پس از آن) را بگذارید.

۲- و معامله صحیح میشود نسبت به سهم و نصیب خود بایع.

۳- و معامله صحیح میشود نسبت به سهم و نصیب خود بایع.

۱۵۰:سوال:

۱۵۰:سوال: زید فوت شد از سر پسری و دو صبیبه و زوجه. و بعد از آن که یکی از آن صبیبه [ها] هم فوت شده از سر ولدی و زوجی و والده. و بعد از آن مخلفات زید را قسمت کردند. و یک قطعه باغ که موازی شش جریب است حصه صبیبه متوفیه شد. و مادر صبیبه (که مادر دیگران هم هست) سدس خود را از میراث صبیبه از آن باغ فروخته به صبیبه موجوده. و بعد از آن بنا را بر فسخ قسمت گذاشتند به تراضی کل که در مخلفات مشترک باشند. آیا الحال سدس مال آن صبیبه است و بیع صحیح و لازم و غیر منفسخ است؟؟؟ یا باطل می شود؟ یا صبیبه مستحق سدس ربع آن قطعه باغ است - یعنی سدس یک جزء ونیم -؟.

جواب:

جواب: قسمت موجب تمیز حقوق است و بیع نیست و عقدی نیست. و ظاهر این است که اقاله و فسخ مختص عقود است. و بعد تصحیح قسمت و لزوم آن به قرعه یا تراضی، قسمت هر یک مختص او می شود. و رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در او بدون ناقلی از نواقل شرعی، وجهی ندارد. و به هر حال بعد از قسمت صحیح که آن باغ حصه آن صبیبه شده و بر وجه میراث، سدس آن به مادر او رسیده و او به خواهر فروخته، دیگر وجهی از برای فساد بیع یا ناقص شدن بیع نیست. و مجموع سدس باغ مشاعا مال همان صبیبه است که به او فروخته است.

۱۵۱:سوال:

۱۵۱:سوال: زید فوت شده. [و] عمرو را وصی خود کرد [ه بود] و بعد فوت او عمرو مزبور تفریق محاسبات او را با خالد (شریک زید) کرد. و خالد گفت به عمرو که (تقسیم ترکه را موقوف دار تا من اعلام کنم) و رفت. و بعد از رفتن او ورثه گفتند که قسمت امول پدر ما را بکن و حصه ما را بده و ما صبر نمیکنیم. عمرو تقسیم ترکه کرد و حقوق هر یک را داد. و بعد از چند وقت خالد آمد و گفت (مبلغ یکصد تومان ولید از من وزید که شریک من بود طلب داشت). و این مطلب به ثبوت شرعی رسید و خالد حصه خود را به ولید داد. الحال ولید پنجاه تومان حصه زید را از عمرو مطالبه میکند، یا از وراثت به

قدر الحصة. و هر گاه وراثت فقیر شده اند و چیزی ندارند آیا بر عمرو لازم است ادای طلب و لید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند اظهر در نظر حقیر این است که مال به سبب موت ملک وارث نمی شود (هر گاه دین یا وصیتی داشته باشد) تا اداء دین و وصیت نشود. خواه دین مستوعب تر که باشد یا نه. و مقتضای این، موهم این است که چون ید عمرو وصی، بر مال وارد شده - که حق دین متعلق به او است - ضمان متعلق به او شود. لکن چنین نیست زیرا که ید عمرو (ید امانت) است و مادامی که تقصیر نکرده بر او ضمانی نیست. و مادامی که دین ثابت نشده بود تکلیف او اداء به ورثه بود. با وجود این که ضمانی که ثابت است در صورتی است که ید غاصبه باشد، یا تصرف در [مال] به غیر حق کرده باشد هر چند عادی نباشد. و در اینجا تصرف به غیر حق نشده. چون تصرف وارث در مال قبل از ادای دین در این صورت جایز است. و اما بنا بر قول ثبوت ملک از برای وراثت: پس اشکالی نیست در عدم ضمان عمرو. پس ولید باید حق خود را از هر یک از ورثه به قدر الحصة بگیرد، و در صورت فقر و اعسار جمیع، مهلت دهد تا خدا وسعت دهد. و در صورت قدرت بعضی دین بعضی پس هر گاه عین مال باقی نیست، بر او هم لازم نیست الا - به قدر حصه او. و اما اگر عین باقی است و حصه او وفا به همه پنجاه تومان میکند یا زاید بر قدر حصه او [است]، در اینجا اشکال است: از این جهت که دین متعلق بر عین میراث است و مادامی که ادای دین نشده از مال میت بیرون نرفته است بنا بر اظهر. و از این جهت که تعلق دین به مجموع میراث است پس موزع است به جمیع حصص، و زیاده از حصه به آن شخص قادر نمیرسد. و دور نیست ترجیح ثانی.

۱۵۲:سوال:

۱۵۲:سوال: زید با عمرو در یک باب حمام بالمناصفه شریک. و عمرو حمام را مهمل گذاشته. زید به او میگوید که (حمام را اجاره بکن یا اجاره بده). عمرو به هیچ یک راضی نمی شود. در این صورت زید می تواند با عمرو نوبه بکند؟ و حد مناوبه چه نحو است؟ و چنانکه زید ایام نوبه خود را تمام کند و عمرو در نوبه خود حمام را

بخواباند و در آن اوقات در حمام خرابی بهم رسد، موافق شریعت مقدسه عمرو ضامن خرابی است - از قراری که اهل خبره و ارباب وقوف تصدیق نمایند که خرابی به تقریب خوابانیدن عمرو مزبور حاصل شده - [و] باید از عهده غرامت بیرون بیاید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: چون حمام از جمله اشیائی است که قابل قسمت نیست، پس انتفاع بردن از آن موقوف به رضای آنهاست بر این که هر یک به قدر الحصة خرج کنند در آن و نفعی که حاصل شود قسمت کنند با هم به قدر الحصة. یا آن که احدهما به دیگری اجاره بدهد حصه مشاع خود را. یا به ثالثی اجاره بدهند و وجه اجاره را قسمت کنند. و اما (مناوبه) که آن را (مهایات) میگویند پس آن نیز جایز است. به این نحو که یک ماه او منتفع شود از حمام و یک ماه شریک او. و در این صورت حمام در دست هر یک از آنها امانت است. و هر گاه امین تفریط و تعدی کند ضامن غرامت است. پس خوابانیدن حمام هر گاه منشأ این می شود که ساروج (۱) آن عیب کند و سست شود، یا تیان (۲) حمام جدا شود و آب از آن برود و امثال آن، آن شخص ضامن غرامت می شود. و اما هر گاه از این جهات عیب نمی کند به جهت آن که آب سردی در حمام نگاه میدارد و محافظت از این ناخوشیها میکند لکن به سبب سرد ماندن در این مدت نوبه شریک [اگر خراب] شود، که باید بسیار هیزم بسوزاند تا گرم شود، یا به سبب خوابانیدن مشتریهای حمام و مترددین آن حمام به حمام دیگر میروند و در نوبه شریک دیگر نمیآیند، پس غرامت به این نقصان، معلوم نیست که لازم باشد، چون این نقصان به خود حمام نرسیده. همچنانکه هر گاه عوامل یا چاروای بار کش به سبب خوابانیدن حمام چند روز (به اصطلاح عوام) حمام (۳) می شود و هر گاه نوبه کنند در عمل، و شریک خود آن را در نوبه بخواباند، نوبه شریک [دیگر] که رسید باید با آن مدارا کند و عمل کامل نمی تواند کرد. به هر حال مهایات نه از امور لازمه است که تخلف از آن نتوان کرد، و نه هم بعد از .

ص: ۳۰۰

۱- در نسخه: صاروج. - عربی: صهروج.

۲- دیک بزرگ هزینه حمام.

۳- کذا. - (خام) نیز گفته میشود.

تراضی بر مہایات لزوم دارد. وبلکہ بر ہم میتوانند زد. پس نگذارند کہ کار بہ اینجا برسد کہ دعوی کنند.

۱۵۳:سوال:

۱۵۳:سوال: ہر گاہ شرکا ملکی را قسمت کنند و تعدیل سهام در آن نشدہ باشد و زیاد و کم داشتہ باشد و تراضی واقع شود خواہ با قرعہ یا بدون آن. و بعد از [آن] آن کہ مغبون است بگوید من راضی نیستم. و چند سال بگذرد و شرکا بر ہم نزنند قسمت را، و مغبون ہم تصرف در آن میکرده باشد، ولکن مکرر اظہار عدم رضا میکرده. آیا این قسمت لازم است یا نہ؟-؟.

جواب:

جواب: ظاہر این است کہ قسمت صحیح نیست. و محض تراضی منشأ لزوم نمی شود ہر چند بعد قرعہ باشد. و مغبون ہم عالم بہ غبن بودہ باشد. زیرا کہ حقیقت تقسیم متحقق نمی شود الا بہ تعدیل سهام و مفروض این است کہ آن بہ عمل نیامدہ و محض تراضی منشأ لزوم نمی شود. و عقد دیگر ہم وقوع نیافتہ کہ بہ این سبب لازم شود. [و] مفروض این است کہ از بابت (قسمت رد) ہم نیست کہ معاوضہ بر آن صادق آید بر فرضی کہ نفعی ہم بر آن مترتب شود.

کتاب القسمة من المجلد الثالث

۱۵۴:سوال:

۱۵۴:سوال: زید و عمرو شریکند در عمارتی کہ مشتمل است بر بیوتات و فضا و حوض و چاہ با نہر آبی کہ در آن عمارت عبور میکند. و بعد از قسمت و تعدیل سهام، حوض و چاہ در حصہ زید واقع شدہ، و ہم چنین آن فضا و نہری کہ در آن عمارت عبور میکند ولکن از برای عمرو حق الشرب ہمین است کہ از آن حوض و چاہ و نہر آب دارد و بیاید در خانہ و فضای حصہ خود استعمال کند. آیا می تواند در لب نہر و حوض و کنار چاہ بنشیند و استعمالاتی کہ متعارف است و غسل ثیاب و وضو و غیرہم بکند؟

جواب:

جواب: قسمت عبارت است از تمیز حقوق. پس باید معلوم باشد کہ چہ حقی را از برای این حصہ قرار دادہ اند. پس اگر تعیین شدہ حقوقی کہ برای عمرو باقی مانده بہ همان اقتصار میکند. و اگر مجهول است، قسمت باطل است. و ہر گاہ مدت متمادی

شده باشد و شهود شهادت بر همین لفظ میدهند، باید رجوع کرد به عرف زمان قسمت که معنی آن چه چیز بوده است. و هر گاه عرف آن زمان مجهول است برای ایشان پس اصل مقتضی آن است که صاحب این سمت که عمر و دارد، مستحق باشد انتفاع از حوض و چاه و نهر را بر وفق حالت سابقه که مشترک بودند در آن. زیرا که مجموع بیوتات مشترک بودند در این حق. به این معنی که هر کس در هر یک از آنها ساکن بود در حین شرکت مستحق آن انتفاعات بود و الحال که بیوتات و فضاهای تابع آنها مفروز شد، هر سمتی چنان که اعیان مال او شده حقوق هم تابع اعیان است. چنانچه علامه در تحریر تصریح کرده به این که (هر گاه یکی از دو خانه که حصه احد شرکا شده و لکن آب باران خانه شریک بر بام خانه او جاری می شود، نمی تواند بعد قسمت منع کند. مگر این که در حین قسمت شرط کرده باشند منع آن را). و این نیست مگر به سبب این که نقل اعیان مستلزم نقل حقوق هم هست. و آن شرط داخل تعدیل سهام است هر گاه تعدیل به این نحو کرده باشند که حق شریک ساقط باشد. و در صورت سوال:

شده باشد و شهود شهادت بر همین لفظ میدهند، باید رجوع کرد به عرف زمان قسمت که معنی آن چه چیز بوده است. و هر گاه عرف آن زمان مجهول است برای ایشان پس اصل مقتضی آن است که صاحب این سمت که عمر و دارد، مستحق باشد انتفاع از حوض و چاه و نهر را بر وفق حالت سابقه که مشترک بودند در آن. زیرا که مجموع بیوتات مشترک بودند در این حق. به این معنی که هر کس در هر یک از آنها ساکن بود در حین شرکت مستحق آن انتفاعات بود و الحال که بیوتات و فضاهای تابع آنها مفروز شد، هر سمتی چنان که اعیان مال او شده حقوق هم تابع اعیان است. چنانچه علامه در تحریر تصریح کرده به این که (هر گاه یکی از دو خانه که حصه احد شرکا شده و لکن آب باران خانه شریک بر بام خانه او جاری می شود، نمی تواند بعد قسمت منع کند. مگر این که در حین قسمت شرط کرده باشند منع آن را). و این نیست مگر به سبب این که نقل اعیان مستلزم نقل حقوق هم هست. و آن شرط داخل تعدیل سهام است هر گاه تعدیل به این نحو کرده باشند که حق شریک ساقط باشد. و در صورت سوال: زید و عمرو متفق اند بر بقای حق انتفاع فی الجملة، و نزاع دارند در کیفیت آن، قول عمرو مقدم است با یمین. چون موافق اصل و ظاهر (هر دو) است. و بهتر این است که لجاج نکنند و بنا را بر صلح گذارند. و الله العالم.

۱۵۵:سوال:

۱۵۵:سوال: به عرض عالی میرساند که: هر گاه ملکی مشترک و مشاع باشد فی مابین شش نفر شریک. و دو نفر از شرکا و کاله عن قبل الكل ملک مزبور را منقسم به دو قسم متساوی نموده [اند] که نصف، مشاع باشد فی مابین سه نفر و نصف دیگر [مشاع باشد میان سه نفر دیگر]. (۱) بعد از قسمت و تصرف هر یک در حق خود، بعضی از شرکا منکر توکیل گردیده. به جهت عجز از اثبات، بر طبق انکار یکی از منکرین اتیان به قسم نموده. فلهدا بعضی حکم کرده اند که به مجرد اثبات بعضی از شرکا به قسم، مجموع قسمت باطل، و احتیاج به قسم خوردن سایر منکرین نیست. زیرا فایده قسمت امتیاز سهم است. و چون سهم آن یکی که قسم خورده به اشاعه مشترک می شود میان کل .

ص: ۳۰۲

شرکا، سهم سایر شرکا نیز به اشاعه بر میگردد، وفایده که از قسمت مطلوب است مفقود می شود. پس قسمت باطل خواهد بود، چنانکه بعضی از علما تصریح به این نموده اند در صورتی که قسمت اتفاق افتد و مستحقی دیگر در آن ملک ظاهر بشود، اعم از این که متقاسمین چنین تقسیم، عالم به استحقاق او یا جاهل باشند. و بعضی دیگر از شرکا میگویند که: مقصود از قسمت مزبوره امتیاز تام نبود. بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود که بعضی از شرکا لجاجت مینمایند و نمی گذارند که امر از پیش برود [ومی خواهند که] سهم آنها مفروز باشد، والان نیز سهم آنها مفروز است. آن یکی که قسم خورده مضایقه در اشاعه سهم آن نیست، نصف سدس از سهم ما بگیرد و نصف سدس از آن سه نفر دیگر، که اولاً نیز سهم آن بالتام فی مابین ایشان بالاشاعه بود. مجعلاً امتیاز اجمالی که مطلوب طرفین باشد الان باقی است. آیا با وجود فایده تامه مطلوبه، قسمت بالمره باطل است؟ یا آن که بر صحت خود باقی است؟ یا سایر منکرین قسم بخورند؟ و تصریحی از احادیث، یا اجماع محققى بر بطلان قسمت مزبوره هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که: قسمت مابین شرکا [را] میتوان فرض کرد به عنوان تعدیل سهام [به عدد] اشخاص، و می توان فرض کرد به تعدیل سهام جماعتی از آنها با جماعتی دیگر. پس هر گاه قسم خوردن آن بعض شرکا در نزد حاکم شرع واقعی واقع شده بعد از مرافعه، همانچه بعضی حکم کرده اند به بطلان قسمت، صحیح است. چون به منزله این می شود که بدون حضور بعض شرکا [قسمت انجام یافته است]. [واینکه] بعض شرکای دیگر به این متمسک شده اند که (مقصود ما از قسمت امتیاز تام نبوده بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود) نامربوط است و تشریح است. زیرا که مفهوم و ماهیت قسمت، امتیاز حقوق است بر وجهی که اشاعه بین السهام المفروض باقی نماند. (۱) هر چند در نفس سهام مفروزه (بین الشركاء فیها) اشاعه باقی بماند. (۲) پس قسمت و تعدیل .

ص: ۳۰۳

-
- ۱- در نسخه: بین السهام المفروز - توضیح: یعنی اگر فرض بر این است که قسمت در بین احاد مشترکین باشد، و یا در بین دو گروه از شرکا (و یا در بین چند گروه) در هر صورت باید کاملاً افزای به عمل آید و اشاعه نماند.
 - ۲- و در نسخه: نمانده.

سهام یا بین احاد و اشخاص شرکا واقع می شود یا مابین [حصه] دو نفر (مثلا) و حصه دو نفر دیگر. گو حصه هر یک از آن دو نفر باز بر اشاعه باقی مانده [باشد] و در ما نحن فیه [نه] تمیز مابین سهام کل واحد از اشخاص به جا مانده، و نه تمیز ما بین این جماعت و آن جماعت. و این که میگویند (ما راضی هستیم که آن که قسم خورده نصف حصه خود را که نصف سدس است از این نصف بگیرد و نصف [دیگر] سدس را از آن نصف دیگر). به اشتهای آنها نیست. گاه است که آن که قسم خورده راضی به آن نباشد. [واگر راضی شود] این محض تراضی است. هر گاه همه راضی باشند به این نحو که او حصه خود را نصف از اینجا بگیرد و نصف از آنجا، این محتاج است به معامله جدید. زیرا که این شخص داخل یک طرف است بالفرض. پس هر گاه قسمت نسبت به او باطل شده و او خواهد که نصف سدس را از طرف دیگر بگیرد، باید آن طرف هم نصف سدسی از آن طرف در عوض آن بگیرد. تا آن که مساوات میان شش نفر حاصل شود. و این معنی قسمت، نیست. و چنانکه این نصف سدس که صاحب قسم از آن طرف میگیرد شایع می شود در (۱) جزء لایتجز [ا] ی، این نصف که شرکای این طرف میگیرند هم شایع می شود در جز لایتجز [ا] ی این طرف، و تمایز حقوق به هیچ یک از آن دو معنی سابق متحقق نمی شود. بلی هر گاه مجددا تراضی واقع شود که مجموع شش دانگ به این نحو قسمت شود که دو دانگ و نیم ما بین آن دو نفر و نصف حصه صاحب قسم باشد، و سه دانگ و نیم ما بین آن سه نفر دیگر و نصف حصه صاحب قسم. و به قرعه یا تراضی راضی شوند. آن قسمت جدیدی است و صحیح است. و به هر حال آنچه بعض شرکا به آن متمسک شده، بی وجه است.

۱۵۶:سوال:

۱۵۶:سوال: لو ظهر بعض المقسم [مستحقا للغير] فهل تبطل القسمة ام لا؟ -؟.

جواب:

جواب: ان كان [حصه] المستحق معينا و كان كله او اكثره في نصيب احدهما، بطلت القسمة. ووجه ظاهر. لفوات حق من اتفق المستحق في نصيبه. وان كان في .

ص: ۳۰۴

نصيبهما على السويه، لم تبطل القسمة، وياخذ المستحق نصيبه. سواء اتحدت الجهه (كما كان حصته ثلث المجموع المتعين بشخصه قد اتفق وقوعه بين الثلثين الذين حصل للمتقاسمين المتساويين) او تعددت - كما لو كان سدسان متمايزان احدهما فى اول حصه احدهما والثانى فى آخر حصه الاخر. وذلك اذا لم يجب نقصا فى حصه احدهما، كلزوم سد الطريق او مجرى الماء. اذ حصول الظلم لاحدهما بسبب اخذ المستحق حصته يبطل القسمة ح. لانكشاف عدم تعديل السهام فى نفس الامر. وان كان المستحق مشاعا، فالاقرب البطلان. كما اختاره العلامة فى القواعد و المحقق فى الشرايع والشهيد الثانى فى المسالك وجعله فى النهايه احد قولى الشيخ. وجعله فى الايضاح اصح القولين. ووجه ايضا ظاهر. لان القسمة هو تميز الحقوق برضاء الشركاء. والمفروض عدم رضاء المستحق حين القسمة، فلا يتعين للمتقاسمين بقدر حصتهم ايضا. اذ قد يقول المستحق انى لا ارضى بوقوع حصه هذا الشريك فى سمت المشرق الذى وقع حصته فيه (مثلا) بجهه من الجهات الا ان تقتضيه القسمة الصحيحه برضائى. وما قد قرع سمعك انه يجوز اجتماع [حصه] فى حصه (1) واخرى فى اخرى ولا- يجب تميز جميع حقوق احاد الشركاء فى صحه القسمة، فانما هو مع رضاء الكل، لامطلقا والقول بالصحة: نقله فى الايضاح عن المبسوط. ولكنه وان اختار اولا الصحه ولكن يظهر منه اخيرا ترجيح البطلان. وهذه عبارته (وان كان مشاعا بطلت فى قدر المستحق ولم يبطل فى ما بقى). ثم قال (وقال قوم يبطل ايضا. والاول مذهبنا و الثانى ايضا قوى لان القسمة تميز حق كل منهما عن صاحبه وقد بان انه على الاشاعه). وقال ايضا (العله الجيده فى ذلك انهما قسماها نصفين وثلثها لغيرهما، ومن قسم ما هو شركه بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطله). فهذه العله ذكرها اخيرا فلا اشكال فى [انها] ظاهره فى رجوعه عن القول الاول، ومبطله لتوهم ادعائه الاجماع.

ص: ٣٠٥

١- وفى النسخه: انه لا يجوز اجتماع فى حصته واخرى فى اخرى...

۱۵۷:سوال:

۱۵۷:سوال: آیا قسمت دیوار صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه احد شریکین امتناع کند اجبار می شود بر تقسیم یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر آن است که: جایز است تقسیم دیوار طولاً و عرضاً با تراضی طرفین. و در صورت عدم رضا اجبار جایز است در تقسیم طول. به این معنی که نصف مجموع دیوار عرضاً و طولاً و عمقاً از یکی باشد و نصف دیگر از دیگری. تفصیل مقام این است که اولاً باید دانست که معنی قسمت دیوار به چند نحو ممکن است؟ و کدامیک از اقسام موضوع مسأله هست؟ تا حکم مسأله معلوم شود: بدان که هر جسمی قابل ابعاد ثلثه است یعنی طول و عرض و عمق. و مراد از طول و عرض در اینجا آن دو مسافتی است که در سطح جسم مشاهده می شود. خواه مساوی باشند در مقدار مثل خشت مربع متساوی الاضلاع، و خواه یکی از آنها درازتر باشد از دیگری. ولیکن غالب استعمال در طول و عرض این است که یکی از آنها در مسافت درازتر [از] دیگری باشد، و آن درازا را طول میگویند و کوتاهتر را عرض. و بدان نیز که: هر جسمی را شش جهت است فوق و تحت و یسار و یمین و قدام و خلف. و ملاحظه طول و عرض و عمق به حسب اختلاف جهت مختلف می شود. مگر در جسم مربعی که جمیع اطراف آن در مسافت متساوی باشند که در آنجا اختلافی نیست. پس هر گاه دیواری باشد که ارتفاع آن از زمین تا به جانب آسمان بیست ذراع باشد، و امتداد آن از جنوب به شمال [ده] ذراع، و ثخن و کندی آن دو ذراع باشد. هر گاه سطح [فوقانی] را در نظر آوریم میگوئیم عرض آن دو ذراع است و عمق آن بیست ذراع. و همچنین است سطح تحتانی. و اگر سطح غربی را به نظر در آوریم که همین قسم است عرض او در دو ذراع و طول آن بیست ذراع و عمق آن ده ذراع. و هم چنین سطح شمالی، و چون تقسیم دیوار نسبت به غیر ملاحظه سطح فوقانی یا بی فایده است یا ممتنع. زیرا که .

ص: ۳۰۶

۱- این سوال و جواب آن، در مسأله شماره ۱۴۳ با بیان دیگر بحث شده. رجوع شود.

غرض تقسیم دیوار است با بقابر و صف دیوار بودن. نه از برای جدا کردن سنگ و خاک و آجر و غیر آن. پس کلام را مختص تقسیم آن نسبت به ملاحظه سطح فوقانی کرده اند. و تقسیم آن در این هنگام یا نسبت به عرض است یا نسبت به طول. و کلام فقها در تقریر قسمت طولی و عرضی، مختلف است. آنچه از جمعی نقل شده - که از جمله آنها علامه است در تذکره و شهید در دروس - این است که مراد از قسمت طولی، آن قسمت کردن است در کل طول و نصف عرض. به این نحو که خطی در میان سطح فوقانی بکشند که یک سر آن (مثلا) از جانب جنوب باشد و سر دیگر به شمال منتهی شود که هر یک از دو شریک نصف عرض را دارند که یک ذراع است. و کل طول دیوار را. مثل این شکل (؟؟؟؟؟؟). و مراد از قسمت عرضی این است که قسمت شود در نصف طول و کل عرض. مثل این شکل (؟؟؟؟؟؟). و از بعضی به عکس این حکایت شده، که از جمله ایشان است شیخ در مبسوط و علامه در تحریر. و اظهر قول ثانی است. زیرا که مراد از قسمت تمیز حقوق است و جدا کردن آنها از یکدیگر. و قسمت از جانب طول [در] معنی این است که طول را پاره پاره کنیم و عرض به حال خود باقی باشد، چنانکه در شکل دوم تصویر کردیم. (۱) و هم چنین در قسمت عرض، عرض را پاره میکنیم و طول به حال خود باشد. چنانکه در شکل اول است. و به هر حال، مشاحه در (اصطلاح) خوب نیست، باید ملاحظه دلیل را کرد که کدام قسم صحیح است و کدام فاسد. پس میگوئیم که ظاهر اکثر جواز قسمت است طولاً و عرضاً. و بعضی استدلال کرده اند به این که هر گاه هر دو راضی شوند به خراب کردن دیوار، جایز است، پس قسمت به طریق اولی جایز خواهد بود. (۲) و این سخن تمام نیست، بلکه قیاس مع الفارق است. زیرا مراد ما ترتب حکم قسمت است از لزوم و عدم جواز رجوع، و غیر آن. و سخن در جواز مطلق تراضی بر امری نیست.

ص: ۳۰۷

۱- در نسخه: ... چنانکه در شکل دوم تصویر را نکردیم.

۲- و در نسخه: به طریق اولی جایز خواهد بود.

واولی استدلال به حدیث (نفی ضرر) (۱) است که در اکثر مسایل قسمت همان معیار است (۲). پس به جهت آن که شیاع و منع از تسلط تصرف در مال به هر نحو باشد، موجب ضرر است، پس آن مجوز قسمت است. و بعد از قسمت و تمیز حق، ثانیاً عود به آن، محتاج به دلیل است. چنانکه در محل خود بیان کرده ایم. (۳) و از بعضی ظاهر می شود منع از این قسمت در قسم اول - که جماعتی آن را قسمت طولی نامیده اند و ما قسمت عرضی نامیدیم - و وجه منع این است که تمیز حق یا به این است که حصه ها [را] از یکدیگر قطع کنند (مثل این که چیزی را دو نیم میکنند). یا آن که همان خطی که در فوق سطح در میان اصل سطح بکشند که هر گاه هر یک خواهد سر درختی بر سر دیوار گذارد از برای سقف کردن، از آن خط تجاوز نکند. بنا بر اول دیوار ضعیف می شود و تاب تحمل بار ندارد و منتفع نمی تواند شد. و بنا بر ثانی باز لازم می آید که حصه شریک متحمل ثقل حصه شریک دیگر باشد. پس لازم می آید تعدی و ظلم بر شریک. خصوصاً هر گاه آن شریک درختی در مقابل آن نگذارد. و با وجود همه آنها میگوئیم که یکی از احکام قسمت قرعه است که بعد از تعدیل سهام قرعه میکنند. و در اینجا قرعه متصور نیست. زیرا گاه است که قرعه اسم این شریک به طرف شریک [دیگر] در می آید و برای هیچ کدام نفعی ندارد، و مال از مالیت بیرون می رود. و دفع این کلمات به همین می شود که گفتیم که دفع ضرر است، و ملتزم نمیشویم که قرعه از داخل مهیت قسمت باشد، یا از لوازم آن باشد. بلکه هر گاه تعدیل سهام شود [و] تراضی واقع شود و تصرف کنند بدون قرعه، در قسمت واقعی لازم میدانیم (چنانکه از شهید (ره) ظاهر می شود (۴)) پس در اینجا که [قرعه] ممکن نیست، به .

ص: ۳۰۸

۱- وسایل: ج ۱۷، ابواب احیاء الموات، باب ۱۲ ح ۳ و ۴ و ۵.

۲- مشروح این موضوع در مسأله شماره ۱۳۹ گذشت.

۳- مراد مصنف (ره) در اینجا بیان چگونگی (لزوم) در معامله قسمت است، که این لزوم منشائی غیر از حدیث (نفی ضرر) ندارد.

۴- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۴۰ همین مجلد، که نظریه های دیگران نیز بحث شده است.

طریق اولی صحیح و لازم می شود. و از اینجا معلوم می شود که تحمل ثقل درختهای شریک هم [به] تراضی و تمیز حقوق که بر این نحو معهود باشد ضرر ندارد. پس این قسمت به همین نحو می شود که خطی بکشند در وسط سطح که احدهما تجاوز از آن نکنند در فوق سطح. گو باقی دیوار بر شراکت فی الجمله باقی باشد. و هم چنین تصرفات دیگر از هر یک در سمت خود که مضر به دیگری نباشد، جایز باشد. و هر گاه ممکن باشد بریدن حصه هر یک از دیگری که ضرر به هیچ کدام لازم نیاید، که دیگر اشکال کمتر است. و به هر حال سخن در این مقام در جواز تراضی طرفین است بر امری. و اما هر گاه یکی از آنها امتناع کنند. آیا اجبار میتوان کرد یا نه؟ -؟: پس علامه منع کرده است در قواعد در هر دو صورت. و از تذکره حکایت شده جزم به عدم جواز اجبار در صورت تقسیم عرضی - یعنی آن که ما او را تقسیم عرضی نامیدیم - و در صورت دیگر گفته است که اگر آن شخص که امتناع میکند متضرر نمی شود به قسمت اجبار میکنند، والا، فلا. و از شهید و محقق ثانی هم موافق او ظاهر است. و از بعضی توقف ظاهر می شود. و دلیل منع در صورت اول، از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. زیرا که اصل وضع [قسمت] در شرع مبتنی بر (رفع ضرر) است که به سبب شیاع و عدم تسلط مالک بر تصرف است. پس هر گاه در تقسیم ضرری اعظم از ضرر شیاع، حاصل شود چگونه جایز باشد. خصوصا با ملاحظه وجوه دیگر که مذکور شد: از عدم تمیز حق بدون جدا کردن و عدم تمکن از قرعه (۱) هر گاه آن را لازم دانیم. و اما راه منع در صورت ثانیه - با وجود این که اکثر آن مفاسد در اینجا نیست - این است که در اینجا هم میتوان که تکیه هر یک از آن دو نصف دیوار (از جانب طول) (۲) به آن نصف دیگر است. و هر گاه جدا کنیم ضعیف می شود. و هر گاه جدا نکنیم ثقل هر یک به دیگری میافتد و همان تعدی لازم می آید. و هم چنین به سبب برید [ن] آنها از یکدیگر قدری از اجزاء تلف می شود. و دفع این کلام به این می شود که این ضررها در .

ص: ۳۰۹

۱- عبارت نسخه: ... وجوه دیگر که مذکور شد آن عدم تمیز حق بدون جدا کردن از تمیز و عدم تمکن از قرعه...

۲- در نسخه: آن جانب طول.

برابر ضرر شرکت واقعی ندارد، و باید رفع ضرر زاید را کرد. و بدان که: در عبارت قواعد در این مقام خلافی هست. چون گفته است (ولو طلبا قسمته طولاً او عرضاً جاز، ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمه في كل الطول و نصف العرض. وكذا في نصف الطول و كل العرض. ويصح القرع في الثانية دون الاولى، بل يختص كل وجه بصاحبه). و از این عبارت معلوم می شود که (قسمت در كل طول و نصف عرض، و نصف طول و كل عرض) صورت دیگر باشد غیر از (قسمت طولی و عرضی) که در اول گفت. و حال آن که مراد از این دو عبارت همان (طولی و عرضی) است که در اول کلام [بود که] سخن در جواز تراضی بود در هر یک از قسمت طولی و عرضی. و در آخر کلام سخن در جواز امتناع و عدم آن است. پس اگر میگفت (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمه في كل منهما) کافی بود. منتهای امر نظر به این که منع از اجبار، در تقسیم عرض اظهر بود، [لازم بود] بگوید (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمه في العرض. وكذا في الطول). چنانکه به همین کلمه (وكذا) در کلام او اشعار به این معنی هست. پس ذکر (كل العرض و كل الطول) بی فایده است. و کافی بود این که بگوید (في تنصيف العرض و تنصيف الطول). (۱) و اما آن عبارت آخری که صحیح گفته است ([صحت] قرعه در ثانی دون اول) اشاره است به این که یکی از ناخوشیها که در اجبار بر تقسیم لازم می آید، عدم امکان قسمت بود از راه عدم امکان تحقق لزوم که آن [به دلیل عدم] قرعه است. و آن در صورت ثانی وارد نیست، چون ممکن است قرعه (بخلاف صورت اولی که ممکن نیست قرعه. زیرا گاه است که قرعه او به طرف شریک میافتد و منتفع نمی تواند شد به آن) پس منع از اجبار در این صورت اضعف است، هر چند مختار او منع در هر دو صورت است. .

ص: ۳۱۰

۱۵۸:سوال:

۱۵۸:سوال: آیا جایز است که شخصی متاعی به شخصی بدهد که معامله کند و [بخرد و] بفروشد. و شرط کند که اخراجات ماکول و ملبوس و مرکوب در آن سفر [از] میان باشد، و آنچه ربح حاصل شود به طریق حق السعی یک ثلث آن را بردارد. و هر گاه این جایز باشد آیا می تواند نصف متاع را به او بفروشد به ذمه و با او شریک باشد و به عقد شراکت این معامله را به نهج مزبور کرده باشند یا نه؟ -؟.

جواب:

این معامله مضاربه نیست. به جهت آن که شرط است در مضاربه که آن مال عین موجود باشد و درهم و دینار باشد. و متاع دیگر قابل مضاربه نیست. حتی در پول سیاه هم مضاربه نمیتوان کرد. (۱) و خلاف در مسأله هم ندیده ام، و اجماع هم بر آن نقل نشده. و در مضاربه اخراجات سفر (از ماکول و ملبوس و مرکب) از آن مال جایز است. خواه شرط شود و خواه نشود. و اگر خواهیم این را از باب (جعل) بکنیم - چنانکه صورت سوال:

جواب:

جواب: این معامله مضاربه نیست. به جهت آن که شرط است در مضاربه که آن مال عین موجود باشد و درهم و دینار باشد. و متاع دیگر قابل مضاربه نیست. حتی در پول سیاه هم مضاربه نمیتوان کرد. (۲) و خلاف در مسأله هم ندیده ام، و اجماع هم بر آن نقل نشده. و در مضاربه اخراجات سفر (از ماکول و ملبوس و مرکب) از آن مال جایز است. خواه شرط شود و خواه نشود. و اگر خواهیم این را از باب (جعل) بکنیم - چنانکه صورت سوال: دلالت بر آن دارد - دور نیست که صحیح باشد. هر چند مشهور علما شرط .

ص: ۳۱۱

۱- مراد از (پول سیاه) سکه های مسی میباشد (یا از هر چیزی غیر از طلا و نقره). و بنابر این مطابق این فتوای میرزا مضاربه در اسکناس هم نمیشود. لیکن متاخرین (معاصرین) عموما بل اجماعا مضاربه را در پول سیاه و اسکناس، صحیح میدانند. و این موضوع نیازمند بحث طولانی است خصوصا از نظر (اعتبار با پشتوانه) و (بدون پشتوانه) یا مطلقا ...

۲- مراد از (پول سیاه) سکه های مسی میباشد (یا از هر چیزی غیر از طلا و نقره). و بنابر این مطابق این فتوای میرزا مضاربه در اسکناس هم نمیشود. لیکن متاخرین (معاصرین) عموما بل اجماعا مضاربه را در پول سیاه و اسکناس، صحیح میدانند. و این موضوع نیازمند بحث طولانی است خصوصا از نظر (اعتبار با پشتوانه) و (بدون پشتوانه) یا مطلقا ...

کرده اند در جعاله که باید عوض معلوم باشد، [و] در اینجا مجهول است. وقول دیگر این است که هر گاه وجه جعاله بذاته معین باشد و منجر به دعوی و نزاع نمی شود، جایز است. مثل آن که بگوید هر گاه غلام گریخته مرا بیاوری نصف آن از تو باشد. یا جامه که من گم کرده ام هر گاه پیدا کنی ثلث قیمت آن از تو. و از این باب است حدیث شریف (من قتل قتیلا فله سلبه) (۱). و ظاهر این است که مانحن فیه از این قبیل باشد و غرر و سفاهتی در این لازم نمی آید. بلی اگر بگوید: هر که گمشده مرا بیاورد من به او احسان خواهم کرد، یا چیزی یا حیوانی به او خواهم داد، و امثال اینها. باطل خواهد بود. و هر چند این سخن هم خالی از اشکال نیست علی الاطلاق. و بر هر تقدیر در صورت فساد عقد رجوع به اجرت المثل عمل می شود. و عمل عبارت است از تمام کردن، و تمام شدن نمی شود مگر به رد گریخته و تسلیم به صاحب و امثال آن. و اما سوال: از شرکت: پس هر چند در شراکت شرط نیست که مال درهم و دینار باشد، و [لکن] ممالک با مالها به هم شرط است. پس باید نصف متاع را بفروشد. و اگر نصف معین را بفروشد. حیلہ کند در امتزاج به این که در ثانی احدهما نصف متاع خود را بفروشد به نصف متاع دیگری، و بعد از آن عمل کنند. ولیکن در شراکت ربح تابع مال است، پس در صورت مزبوره ربح هم نصف می شود. هر چند در صورت (شرط تفاوت حصه با وجود تساوی مالها) یا (تساوی حصه با تفاوت مالها) خلاف است (۲) و جمعی تجویز کرده اند. و دور نیست که جایز باشد. و بعضی باطل دانسته اند. و بعضی شراکت را صحیح میدانند و شرط را باطل میدانند. و لکن این خلاف در صورتی است که هر دو شریک ها عمل کنند. و اما در صورتی که یکی عمل بکند (مثل صورت سوال): پس آن که فقها تجویز کرده اند این است که حصه عامل را میتوان زیاد کرد. و در صورت سوال:

کرده اند در جعاله که باید عوض معلوم باشد، [و] در اینجا مجهول است. وقول دیگر این است که هر گاه وجه جعاله بذاته معین باشد و منجر به دعوی و نزاع نمی شود، جایز است. مثل آن که بگوید هر گاه غلام گریخته مرا بیاوری نصف آن از تو باشد. یا جامه که من گم کرده ام هر گاه پیدا کنی ثلث قیمت آن از تو. و از این باب است حدیث شریف (من قتل قتیلا فله سلبه) (۳). و ظاهر این است که مانحن فیه از این قبیل باشد و غرر و سفاهتی در این لازم نمی آید. بلی اگر بگوید: هر که گمشده مرا بیاورد من به او احسان خواهم کرد، یا چیزی یا حیوانی به او خواهم داد، و امثال اینها. باطل خواهد بود. و هر چند این سخن هم خالی از اشکال نیست علی الاطلاق. و بر هر تقدیر در صورت فساد عقد رجوع به اجرت المثل عمل می شود. و عمل عبارت است از تمام کردن، و تمام شدن نمی شود مگر به رد گریخته و تسلیم به صاحب و امثال آن. و اما سوال: از شرکت: پس هر چند در شراکت شرط نیست که مال درهم و دینار باشد، و [لکن] ممالک با مالها به هم شرط است. پس باید نصف متاع را بفروشد. و اگر نصف معین را بفروشد. حیلہ کند در امتزاج به این که در ثانی احدهما نصف متاع خود را بفروشد به نصف متاع دیگری، و بعد از آن عمل کنند. ولیکن در شراکت ربح تابع مال است، پس در صورت مزبوره ربح هم نصف می شود. هر چند در صورت (شرط تفاوت حصه با وجود تساوی مالها) یا (تساوی حصه با تفاوت مالها) خلاف است (۴) و جمعی تجویز کرده اند. و دور نیست که جایز باشد. و بعضی باطل دانسته اند. و بعضی شراکت را صحیح میدانند و شرط را باطل میدانند. و لکن این خلاف در صورتی است که هر دو شریک ها عمل کنند. و اما در صورتی که یکی عمل بکند (مثل صورت سوال): پس آن که فقها تجویز کرده اند این است که حصه عامل را میتوان زیاد کرد. و در صورت سوال: حصه عامل را کمتر قرار داده اند. (۵) و بدان که: تجویز فقها شرط زیادتی را از برای عامل مبتنی بر آن است که این معامله .

- ۱- سنن بیهقی: ج ۶ ص ۳۰۷ و ۳۰۹
- ۲- رجوع کنید به مسایل کتاب شرکت خصوصا به مسأله شماره ۱۲۶، همین مجلد.
- ۳- سنن بیهقی: ج ۶ ص ۳۰۷ و ۳۰۹
- ۴- رجوع کنید به مسایل کتاب شرکت خصوصا به مسأله شماره ۱۲۶، همین مجلد.
- ۵- رجوع کنید به مسایل کتاب شرکت خصوصا به مسأله شماره ۱۲۶، همین مجلد.

مرکب می شود از شرکت و مضاربه، و آن زیادتی در ازای عمل خواهد بود. و در این صورت اشکالی بهم میرسد در صورت سوال:

مرکب می شود از شرکت و مضاربه، و آن زیادتی در ازای عمل خواهد بود. و در این صورت اشکالی بهم میرسد در صورت سوال: که مال درهم و دینار نبوده است، علاوه بر آن ناخوشی دیگر که حصه او را کمتر کرده اند نه زیادتر. پس ما هر گاه خواهیم تصحیح عقد مرکب از شرکت و مضاربه بکنیم باید مال درهم و دینار باشد، و عمل هر گاه از هر دو نباشد زیادتی ربح را از برای عامل قرار بدهیم، یا از برای کسی که عمل او بیشتر باشد هر چند هر دو عمل بکنند.

کتاب المضاربه من المجلد الثانی

سوال: ۱۵۹

سوال: ۱۵۹ [اگر] زید مبلغ صد تومان به عمرو بدهد به عنوان مضاربه که ثلث ربح از عمرو باشد. و اذن بدهد که به سفر برود. و اتفاق افتد که پنجاه تومان آن در راه تلف شود بدون تقصیری از عامل. و با پنجاه تومان دیگر معامله کند و صد و پنجاه تومان ربح به عمل آید. آیا پنجاه تومان از ربح مال عمرو است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه آن پنجاه تومان بعد از دوران در تجارت، یعنی شروع در بیع و شرا تلف شده، نه به مجرد دخول در سفر، باید جبر کسر مایه را از ربح، کرد. یعنی پنجاه تومان از ربح را باید از برای مالک قرار داد که راس المال او به جا بماند. و صد تومان دیگر را قسمت کنند، دو حصه را مالک بردارد و یک حصه را عامل. و ظاهر این است که مسأله اجماعی باشد چنانکه از محقق اردبیلی (ره) ظاهر می شود. و دلالت میکند بر او این که گفته اند که (ربح وقایه راس المال) چنانکه مشهور است. بلکه خلافتی در آن نیست چنانکه از تذکره ظاهر می شود. بلکه از مسالک ظاهر می شود که این اتفاقی است. و دلالت دارد بر آن اخبار بسیار نیز. مثل صحیح محمد بن مسلم (عن احدهما - - ع قال سلته عن الرجل يعطى المال مضاربه، وینهی ان یخرج به فخرج. قال یضمن المال، والربح بینهما). (۱) و غیر آن. به تقریب آن که متبادر از ربح، آن چیزی است که زاید بر رأس المال باشد، چنانکه محقق اردبیلی اشاره به آن کرده. پس باید مال را از برای مالک مسلم داشت از ربح، و آنچه زاید بر آن باشد قسمت شود. و در تذکره نیز تصریح شده به این که .

ص: ۳۱۳

معنی ربح فاضل از راس المال است و هر گاه چیزی فاضل نیاید پس ربحی نیست. و گفته است که ما در این خلافی نمیدانیم. و این سخن را بعد از آن گفته است که ذکر کرده است که (مالک و عامل استحقاق ایشان در ربح متزلزل است تا این که مالک استیفای جمیع راس المال بکنند، و هر گاه در مال نفعی و نقصانی بهم رسد نقصان را باید تمام کرد به نفع و بعد از آن ملاحظه نفع را کرد.) و بدان که حکم همین است در صورتی که تمام مال مضاربه تلف شود. و مشهور این است که فرقی نیست ما بین این که تلف شود به آفت سماوی (مثل سوختن یا برف و باران و صاعقه) یا به سرقت و غصب [تلف] شود. و در مسالک و غیره نقل شده است قولی به فرق، و این که این حکم در وقتی است که تلف به آفت سماوی باشد. و اما هر گاه به فعل کسی باشد که ضمان به او متعلق می شود، چنین نیست. به سبب این که ضمان به سارق و غاصب می شود و همین جبر نقص را میکند. پس حاجتی نیست به این که جبر نقص از ربح بشود. و به جهت این که این نقصان متعلق به عمل عامل و تجارت او نیست، بخلاف نقصانی که حاصل شود از تفاوت قیمت بازار و نقصانی که ناشی از خود مال باشد، مثل مریض شدن و معیوب شدن. که در این جاها تدارک نقص از ربح می شود. و [لکن] قایل به این قول معلوم نیست که کیست. و در تذکره آن را از بعض شافعیه نقل کرده. و به هر حال، اظهر قول مشهور است. چنانکه ظاهر اخبار هم این است. یعنی اخباری که ظاهر آنها این است که مراد از ربح، زاید بر راس المال است. پس ربحی از برای عامل نیست تا مالک استیفای راس المال کند. و اینها در وقتی است که از غاصب عوضی حاصل شود. و الا عوض از جمله مال خواهد بود و اشکال رفع می شود. اینها در وقتی بود که تلف مال بعد از دوران در تجارت و شروع در بیع شری باشد. و اما هر گاه تلف قبل از شروع در تجارت پس آن اشکال است: وجه اخراج راس المال مثل سابق همان دلیل سابق است. یعنی این که غرض از مضاربه این است که راس المال باقی بماند از برای مالک و ربح قسمت شود. پس باید راس المال را باقی گذاشت بعد

از آن ربح را قسمت کرد. ووجه عدم اخراج - چنانکه محقق اردبیلی (ره) اشاره به آن کرده است - چند چیز است: اول (اصل) است و (عدم دلیل). بیرون رفت صورت تلف بعد از دوران به اجماع و باقی ماند باقی. (۱) دوم: این که مراد از ربیحی که مقصود است در عقد مضاربه به نص، ربیحی است که حاصل شود از مالی که به آن معامله می شود و استعمال می شود و (مال التجاره) است. و مال التجاره حقیقت است در بعد از استعمال و دوران. پس باید که راس المال که وضع می شود همان مالی باشد که به آن معامله می شود. از جمله اخبار موثقه اسحاق بن عمار (عن ابی الحسن (علیه السلام) قال: سئلته عن مال المضاربه. قال: الربح بینهما والوضیغه علی المال.) (۲) وجه دلالت این است که در حدیث سوال:

از آن ربح را قسمت کرد. ووجه عدم اخراج - چنانکه محقق اردبیلی (ره) اشاره به آن کرده است - چند چیز است: اول (اصل) است و (عدم دلیل). بیرون رفت صورت تلف بعد از دوران به اجماع و باقی ماند باقی. (۳) دوم: این که مراد از ربیحی که مقصود است در عقد مضاربه به نص، ربیحی است که حاصل شود از مالی که به آن معامله می شود و استعمال می شود و (مال التجاره) است. و مال التجاره حقیقت است در بعد از استعمال و دوران. پس باید که راس المال که وضع می شود همان مالی باشد که به آن معامله می شود. از جمله اخبار موثقه اسحاق بن عمار (عن ابی الحسن (علیه السلام) قال: سئلته عن مال المضاربه. قال: الربح بینهما والوضیغه علی المال.) (۴) وجه دلالت این است که در حدیث سوال: از حکم مال المضاربه شده و آن حکم در جواب ربح و وضعه مذکور شده، و مراد از ربح نماند مال است در معامله و وضعه نقصان مال است در معامله. پس مال مضاربه حقیقت خواهد بود در مالی که به آن عمل می شود بالفعل و نسبت ربح و نقصان به آن داده می شود. پس مالی که تا به حال نه ربح از آن حاصل شده و نه نقصان (به سبب عدم معامله)، دخل مال المضاربه نیست تا باید تلافی تلف آن، از ربح شود. بلکه اگر اجماع نبود نسبت ربح را به همان معامله ماضیه میدادیم که ربح در آن شده، و قسمت آن را ما بین مالک و عامل، مختص میکردیم. هر چند تصرف در همه مال شده باشد. چون حقیقتاً ربح از همان معامله حاصل شده. مثلاً صد تومان پول، زید به عمرو میدهد که مضاربه کند. و عمرو به آن پول اسب میخرد و گاو میخرد. و در اسب و گاو نقصان میکند و در پارچه انتفاع میکند. و مفروض این است که ثلث پول را جدا به اسب داده و ثلثی را به گاو. و در اینجا به سبب اجماع است که تدارک نقصان آن دو ثلث، به ربح این ثلث میکنیم. و اگر ملاحظه ربح هر معامله [را] جدا بکنیم تدارک نقصان آنها را نباید کرد. پس بنابر این، صحیحه محمد بن مسلم و غیر آن (از اخبار بسیار که در آنها مذکور .

ص: ۳۱۵

-
- ۱- الاصل عدم الاخراج، وخرج ما خرج بالدلیل (وهو الاجماع بالنسبه الی صورہ التلف بعد الدوران) وبقی الباقی.
 - ۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۳ ح ۵.
 - ۳- الاصل عدم الاخراج، وخرج ما خرج بالدلیل (وهو الاجماع بالنسبه الی صورہ التلف بعد الدوران) وبقی الباقی.
 - ۴- وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۳ ح ۵.

است که: الربح بینهما) دلالت میکند که ربح مجموع مال التجاره - که معامله در آن شده - تقسیم می شود بینهما، و آنچه تلف شده قبل از شروع در معامله، از آن وضع نمی شود. والا بایست بفرمایند (والربح بینهما بعد آن یخرج ما تلف قبل المعامله). وشکی نیست که این زاید بر راس المال معامله را ربح میگویند. هر چند اضعاف مضاعف آن قبل از استعمال و تصرف در مال، تلف شده [باشد]. و آن مال تلفشده مثل مالی است که در خانه مالک تلف شده باشد. پس عموم این روایات بسیار، دلالت میکند که ربح یعنی آنچه زاید بر راس المال معامله است. یعنی از مالی که در آن تصرف شده قسمت می شود ما بین مالک و عامل. و تدارک آن تلفشده از آن نمی شود. سوم این که: عامل مالک ربح می شود به ظهور ربح، و توقیفی ندارد به نقد شدن مال یا قسمت کردن. چنانکه مشهور است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. بیش از این نیست که متزلزل باشد تا مالک استیفای راس المال بکند. پس ملک او مستصحب است، و اصل برائت ذمه او است از ضمان تالف. و اظهر در نظر حقیق همین وجه دوم است، به ملاحظه این ادله که مذکور شد. و ظاهر محقق اردبیلی (ره) نیز اختیار این، است. و ظاهر علامه در تذکره اختیار اول، است. و بدان که: کلام بعضی عام است در این مقام، که شامل تلف جمیع هم هست. و تصویر مسأله در صورت تلف بعضی، ظاهر است. و اما در صورت تلف کل: پس فرض آن به این نحو می شود که مالک او را ماذون کرده باشد که به ذمه بخرد، و او مالی به ذمه بخرد به قصد مضاربه، و قبل از تصرف در این مال، همه آن تلف شود. و به مجرد تلف مال، مضاربه باطل می شود و محل اشکال نخواهد بود. و خلاف سابق در فرق ما بین این که تلف به آفت سماوی باشد یا به غیر آن در اینجا نیز جاری است.

۱۶۰:سوال:

۱۶۰:سوال: زید مبلغ صد تومان به عمرو میدهد به عنوان مضاربه در اصفهان که برود به بلد یزد خرید بکند و بیاورد. و [عمرو [در یزد مال را میگذارد و میرود به مشهد مقدس زیارت میکند. و در معاودت خرید میکند و می آید. و در عرض راه مال تلف می شود. زید میگوید: چرا مال مرا گذاشتی و به زیارت رفتی. آیا عمرو ضامن

است یا نه؟ -؟.

جواب: نظر به سوال:

جواب:

جواب: نظر به سوال: وطریقه عرف و عادت که منظور اهل معامله تحصیل ربح است و تعجیل در خرید کردن و برگشتن مدخلیت تمام دارد در این معنی، و تاخیر آن در ظاهر منشأ نقصان و کم شدن منفعت است، و گاه است که هر گاه زود خرید میکرد بر میگشت دزد مال را نمیرد، و این خسارت به سبب تاخیر حاصل شده. بعلاوه این که مال را مالک به مضاربه داده که از خود جدا نکند و او را ماذون نکرده که آن را از خود جدا کند و بگذارد و به سفر طولانی برود. پس از این جهت هم یک نوع تفریطی شده. هر چند در نظر ظاهر، تلف مستند به جدا کردن از خود نشده مستند به تاخیر شده. و به هر حال ظاهر ضمان است. مگر این که مضارب عذری داشته باشد که شرعا مسموع باشد. و آن محتاج است به مرافعه. (۱)

۱۶۱: سوال:

۱۶۱: سوال: هر گاه کسی مال به مضاربه گرفته است و به سفر میرود از برای معامله، نفقه او از مال مضاربه جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی جایز است که عامل در آن سفر که عمل تجارت میکنند در آن تمام نفقه خود را بردارد از جمیع مال. از ماکول و مشروب و ملبوس و اجرت مرکوب و آنچه محتاج شود به آن خیک و مطاره و جوال و کرایه مسکن و غیر ذلک، بنا بر مشهور، بلکه شیخ نقل اجماع بر آن کرده. و صحیحه علی بن جعفر عن اخیه ابی الحسن (علیه السلام) (قال فی المضارب (۲): ما انفق فی سفره فهو من. جمیع المال، و اذا قدم بلده فما انفق ضمن نصیبه) (۳) دلالت بر آن دارد. و روایتی دیگر هم هست. و بعضی گفته اند که تمام نفقه بر خود او است مثل حضر. و بعضی گفته اند.

ص: ۳۱۷

۱- بدیهی است که مضارب با اجیر فرق دارد. و این اجیر است که باید در وقت معین کارش را انجام دهد. میرزا (ره) با تکیه بر عرف در صدد است که عامل را نیز موظف به وقت معین بنماید. به هر صورت اثبات استناد تلف به تقصیر عامل، جای بحث است.

۲- نسخه بدل: قال: فی المضاربه...

۳- وسائل: ابواب المضاربه، باب ۶ ح ۱.

زاید بر نفقه حضر را بر میدارد، و این دو قول دلیلی که مقاومت کند با دلیل مشهور، ندارند. و باید در آن موافق عادت و شأن (۱) امثال خود را ملاحظه کند. و اگر اسراف کند بر او محسوب باید داشت. و اگر بر خود تنگ بگیرد از برای او محسوب نمی شود. یعنی عوض آن را مطالبه نمی تواند بکند. و بعد از عود از سفر باقی مانده [از] نفقه و کسوه و اسباب، را داخل مال التجاره میکند، یا نگاه میدارد از برای سفر دیگر. اینها در وقتی است که شرط نشده باشد اسقاط نفقه. و هر گاه شرط شده باشد لازم است وفای به آن. و هر گاه بعد شرط اذن بدهد، آن تبرع محض است، و استحقاقی ثابت نمی شود، و شرط در اینجا هر گاه بر انفاق باشد، فایده ندارد، الا تاکید. مگر این که شرط نفقه زاید بر متعارف باشد با تعیین آن. و مقتضای اطلاق نص و فتوی این است که انفاق مشروط به حصول ربح نیست. بلکه هر گاه ربحی نباشد، از راس المال نفقه میکند. و بعضی میگویند که نفقه از ربح برداشته می شود. و مراد از سفر در اینجا سفر عرفی است نه سفر شرعی. پس اگر قصد اقامه کند در جائی از برای تجارت، نفقه ساقط نمی شود. و هم چنین هر گاه به قدر مسافت قصر نرود. و لکن باید سفر مازوق فیه، باشد. پس اگر به جائی رود که ماذون نباشد، نفقه ندارد. و هر گاه به غیر مال مضاربه مال دیگر هم در دست داشته باشد که معامله میکند، نفقه را تقسیم میکند نسبت به آن دو مال. و لکن اشکال در این است که آیا ملاحظه عمل می شود یا ملاحظه مال؟ -؟.

۱۶۲:سوال:

۱۶۲:سوال: زید چند سال بوده که تنخواه به عمرو داده که در سفر متوجه تجارت باشد. و بعد از چند سال که از سفر آمده و مدت چهار پنج ماه گذشته، عمرو نزد جمعی از عدول رفته و اقرار نموده که مقدار نهصد تومان از مال زید بر ذمه من ثابت و لازم است که بعد از یک سال به او رسانم. و بر این مضمون تمسکی نوشته و جمعی از عدول مهر کرده [اند]. و بعد از انقضای مدت یک سال که زید مطالبه وجه حجت، میکنند، عمرو میگوید که چهار صد و پنجاه تومان از وجه حجت، تنخواهی است که از .

ص: ۳۱۸

مال زید نزد جمعی بوده، و در این عرض سال سیصد و شصت تومان آن را وصول نموده ام، تتمه لاوصول مانده. والحال زید میگوید: نهصد تومان ربط به تنخواهی که نزد مردم بود، ندارد. والحال نهصد تومان را به انضمام آنچه از مال من وصول نموده، میخواهم. والحاله هذه، قول کدامیک مقدم است؟ وبعد از عجز از اثبات، قسم متوجه کی است؟

جواب:

جواب: اقرار به مبلغ نهصد تومان در ذمه عمرو، محتمل است که در نفس الامر از مال مالک به غیر عنوان مضاربه در ذمه عامل قرار گرفته باشد و دخلی به مضاربه نداشته باشد. و محتمل است که از بابت وجه مضاربه باشد. یا به این نحو که بعد از مراجعه از سفر و تخمین محاسبه یا تحقیق آن، مالک اصل مایه و ارباح خود را مصالحه کرده باشد با عامل که مجموع به ذمه عامل باشد که در مدت یک سال کارسازی نماید. و [محتمل است] این که راس المال و ربح حصه مالک نهصد تومان شده باشد و عامل در سفر فسخ مضاربه کرده باشد به اذن حاکم شرع (که ولی غایب است) بر وجه مصلحت در مدت یک سال در ذمه عامل. و [محتمل است] این که به جهت تعدی عامل به ذمه او قرار گرفته باشد، و بعد به نحو مصلحت تا یک سال معامله شده باشد. و به هر تقدیر به مجرد اقرار اول که گفته است (نهصد تومان از مال زید در ذمه من است) آن مبلغ را باید بدهد. دیگر هر گاه نزاع شود که مالک بگوید (این غیر وجه مضاربه است) و عامل بگوید (همان است و به سبب احد امور ثلاثه به ذمه من قرار گرفته. و مراد همین بود). این از باب این است که کسی اقرار کند که ده تومان از مال زید به ذمه من است و به فاصله بگوید (این قیمت اسبی است که به من فروخته و قبل از قبض من تلف شده). که در اینجا باید ده تومان را بدهد. و باقی محض دعوی است. پس قول مالک مقدم [است] با یمن. .

اگر گفته شود که: [در] مثال مذکور - که اقرار کند که ده تومان از مال زید به ذمه من است و به فاصله بگوید که آن را بابت قیمت اسبی است که به من فروخته - مقرر له بر دو قسم است: اول آن که مقرر له منکر بیع شود. دوم آن که بگوید قیمت اسب من، طلب جدائی است که از تو دارم. و صورت سوال:

اگر گفته شود که: [در] مثال مذکور - که اقرار کند که ده تومان از مال زید به ذمه من است و به فاصله بگوید که آن را بابت قیمت اسبی است که به من فروخته - مقرر له بر دو قسم است: اول آن که مقرر له منکر بیع شود. دوم آن که بگوید قیمت اسب من، طلب جدائی است که از تو دارم. و صورت سوال: از قسم دوم است چون گفته آنچه از مال مضاربه وصول شده طلب جدائی است. و تقدیم قول مالک در صورت اول، خوب است. بخلاف صورت دوم. بلکه در صورت دوم ادعای مقرر له مخالف اصل است و (لو ترک ترک) بر او صادق است. و ظاهری هم در اینجا نیست که معارض اصل باشد. پس در اینجا قول عامل مقدم است. جواب آن این است که: در اینجا دو مقام است از کلام: اول آن که اقرار کردن عامل به نهصد تومان [اگر] به عقب آن، اقرار به خلاف آن شود و آن را از (ظاهر) بیرون کند، حکم آن چیست؟. دوم آن که حکم بعضی از منازعات و مخالفات که از مقرر له و مقرر صادر می شود، چیست؟. و حالا کلام در مقام اول است. نظیر آن مسئله ای است که فقها عنوان کرده اند که هر گاه بگوید (له علی مأه) و بعد از قطع کلام بگوید (من باب قیمه لم یقبضه). یجب علیه المأه والثانی محض دعوی. پس باید دید که مراد فقها چه چیز است؟ آیا (۱) مراد این است که این کلام مبین اقرار نمی تواند شد و اقرار بر حال خود باقی است و لکن این دعوی جدید است و مدعی مقرر است که شان او بینه است و بعد عجز قسم متوجه مقرر له می شود -؟. و یا مراد ایشان آن است که این دعوی غیر مسموعه است، و غیر ملتفت الیه است -؟. و ظاهر این است که مراد معنی اول باشد. پس بنابر این، ادعای عامل (بعد اقرار به اشتغال ذمه به نهصد تومان) به این که آن از باب وجه مضاربه است که به سبب یکی از وجوه محتمله ثلاثه متقدمه به ذمه عامل منتقل شده، محض دعوی خواهد بود در بیان اقرار. [پس] هر چند [این دعوی جدید] مسموعه باشد و یمین متوجه مالک تواند شد. [لکن] این منافات ندارد با آن که در طی دعوی ثانیه، این سخن کشد به جائی که مدعی .

ص: ۳۲۰

ومنکر منقلب شوند به یکدیگر، وتوجه یمین مختلف شود. پس حاصل سخن در این مقام در تفسیر اقرار است وانکار آن. وآن تفصیلات که در آن میان می شود، مقام دیگر است. واما این دعوی عامل - که چهار صد و پنجاه تومان از مال مزبور که من اقرار کردم، از باب حصه مالک از مال المضاربه وریح آن بود - پس این دعوی مکذب اقرار او است و مسموعه نیست. زیرا که مال المضاربه وریح آن متعلق به ذمه عامل نمی شود مگر در صورت تلف به تفریط عامل. پس آن، انکار چیزی است که اقرار به آن کرده بود، وانکار بعد از اقرار مسموع نیست. بلی اگر عامل بگوید که مراد من از اقرار (که به ذمه من است) این بود که در ذمه من واجب بود جمع آن و تسلیم آن. یا آن که [بگوید]: (گمان می کردم که همین که مال به مردم دادم من مشغول ذمه اصل مال می شوم به مجرد جمع آوری). و در شان او محتمل باشد اشتباه و غفلت و جهالت. دور نیست که بگوئیم دعوی او مسموعه است. ولکن در این صورت عامل مدعی است و مالک مدعی علیه. و با عجز از بینه، قول مالک مقدم است با یمین بر نفی جهالت هر گاه انکار قطعی کند جهالت را. [و] بر نفی علم به جهالت هر گاه ادعای علم کند بر او که تو میدانی که من از راه جهالت این اقرار را کردم. وبدون یمین هر گاه هیچ یک از این دو نباشد. و در اینجا دو سخن وارد می آید: یکی آن که قول عامل در جهل، موافق اصل است که عدم علم باشد. پس منکر خواهد بود دوم آن که در صورت [ی] که مالک (۱) در جواب بگوید که (من نمیدانم که تو صادقی در دعوی جهل یا کاذب) (۲). قول عامل را باید قبول کرد، نه قول مالک را. چون دعوی آن معارضی ندارد. خصوصاً بر مختار که در جواب (لا اعلم)، مدعی قسم یاد میکند و دعوی او ثابت می شود. و جواب از اول این است که: هر چند علم خلاف اصل است، لکن جهل هم در اینجا .

ص: ۳۲۱

-
- ۱- عبارت نسخه: در صورت که عامل در جواب بگوید که تو نمیدانی که تو صادقی...
 - ۲- عبارت نسخه: در صورت که عامل در جواب بگوید که تو نمیدانی که تو صادقی...

خلاف ظاهر است. و ظاهر کذب است و غالب علم است، و این ظاهر، مقدم است بر اصل. خصوصاً که این دعوی از اقرار متولد شده و اصل در اقرار اخذ مدلول آن است، پس آن که دعوی خلاف مدلول، میکند، مدعی است. و (لو ترک ترک) در ماده این دعوی جدید هم بر او صادق است برای ادعای خلاف ظاهر. و فیه تامل. [زیرا] علاوه بر این که میگوئیم در صورتی که عامل مدعی جهالت شود (وبگوید که من نمیدانستم که مال المضاربه در ذمه قرار نمیگیرد) ظاهر این است که این جهالت منشأ بطلان عقد مضاربه می شود و ماخوذ است که در ذمه او است و فرض همین است. (۱) پس عامل در این صورت مدعی فساد است. و مدعی صحت بر او مقدم است. و جواب از دوم آن است که: فرق (۲) است مابین دعوی بعد از اقرار و بدون اقرار. و ظاهر آن است که در صورت اقرار با ادعای جهل مزبور و قول مالک (لا- علم)، لازم است حکم به مقتضای اقرار (۳) تا خلاف آن به ثبوت برسد. و جهالت حال مضر نیست به مقتضای اقرار، چنانکه در سایر عقود دعوی اتفاق کرده اند بر این که (دعوی عدم قصد به مدلول، مسموع، نیست). و چنانکه بین ویمین احد اطراف اثبات است، اقرار هم احد اطراف است. و محض ادعای جهالت به معنی اقرار و کیفیت مقربه، مخل به آن نیست. و در اینجا ما مدعی جهالت را قسم میدهیم با وجود قول مدعی علیه (لا- اعلم). به سبب آن که محض دعوی مثبت امری نیست. و آن شخص مدعی خلاف اصلی است بر مدعی علیه. و در اینجا مدعی علیه در میان نیست، بلکه بیان مدلول کلام خود را میکند و میگوید مراد من این بود. و مالک میگوید من نمیدانم و اقرار کردی و مدلول اقرار این است و (اقرار العقلای علی انفسهم جایز ما لم یعلم کذب و خلافه). پس قسمی هم متوجه مالک نمی شود، و به مقتضای اقرار عمل می شود. بلی، اگر ادعا کند عامل که تو هم علم داری که اقرار من از راه جهل بود، قسم .

ص: ۳۲۲

۱- در نسخه: ماخوذ است که در ضمه نیست او فرق ما فرض همین است.

۲- در نسخه: دو فرق است

۳- عبارت نسخه: لا اعلم آن که عالم ام لا اجر تا حاکم است در حکم...

متوجه می شود به مالک در (نفی علم به این که از راه جهل بوده). و چنانکه در مسأله (تداعی در متاع بیت الزوجین او المرأتین) هر گاه صغیر یا غائب در میان باشد که قسم ممکن نباشد، و حاکم خواهد مال را قسمت کند همچنانکه [اختصاص] علامت تعیین است - مثل این که مختصات رجال از رجال و مختصات نساء از نساء و آنچه قابل هر دو است بینهما - حاکم به آن نحو قسمت میکند بدون دعوی و قسم. پس اقرار مجهول الحال در نفس الامر کمتر از اختصاص و اشتراک، نیست. پس اثر خود را میکند در جائی که تراضی نباشد. پس در اینجا قول مالک مقدم است بدون احتیاج به یمین، در صورت عدم ادعای علم بر او. زیرا که مثبت حق، اقرار است لاغیر، و معارضی ندارد. و از این باب است که (هر گاه وکیل کسی ملکی بخرد، و بایع در نزد حاکم اقرار کند به اخذ ثمن، و بعد از آن مطالبه کند قیمت را از موکل. و موکل بگوید: تو اقرار کردی بر اخذ ثمن. او در جواب بگوید: اقرار من از باب مواطات بود. موکل بگوید: من علم ندارم به مواطات و توبه اقرار خود ماخوذی). خصوصاً در وقتی که وکیل هم فوت شده باشد. بلی اگر ادعای علم کند بر موکل به مواطات، قول قول موکل است بایمین. و اما کلام در مقام دوم (۱) - که فی مابین مالک و عامل دعوی شود به این نحو که عامل بگوید که مایه و کل حصه ریح را منتقل نمودی به من به مبلغ نهصد تومان که من اقرار کردم. و به غیر نهصد تومان از من چیزی نمیخواهی. و مالک بگوید که سیصد و شصت تومان که اقرار کردی که از مطالبه من وصول کرده [ای] هم میخواهم - : پس در صورت اول ظاهراً قول مالک مقدم است با یمین. و اما در صورت ثانیه باز قول مالک مقدم است با یمین.

۱۶۳:سوال:

۱۶۳:سوال: هر گاه زید تنخواهی به عنوان مضاربه به عمرو می دهد، و عمرو به بلاد بعیده میرود. و بعد از مدتی متمادی زید و عمرو هر دو متوفی شده اند. الحال وارث زید ادعا مینماید که (مافی الید عمرو از بابت مضاربه بهم رسیده). و وارث عمرو ادعا مینماید که (بر من معلوم نیست که مال المضاربه باقی بوده و این مال مخلف از .

ص: ۳۲۳

۱- مراد از مقام دوم همان مطلب است که گفت: جواب آن این است که در اینجا دو مقام است...

نماء و منافع مال المضاربه بهم رسیده باشد). و وارث زید میگوید که: مال المضاربه در دست او بوده و از بلد بیرون رفته و به قصد تحصیل منفعت و داد و ستد بیرون رفت، و مال و نماء از مایه بر میخیزد. و اصل عدم وجدان [از] خارج است. و استصحاب مقتضی حکم به بقای مافی الذمه، است. (۱) و بدون آن حرج لازم می آید. بلکه سد طرق مضاربات می شود. زیرا که رب المال مال را میدهد و عامل به بلاد بعیده میرود و فوت می شود. کجا ممکن است رب المال را که اقامه شاهد نماید که مال مخلف عامل از رب المال است. پس رب المال بلامال میماند و وارث مضارب بی مال صاحب مال می شود. و احتمال این که ح؟ بتا باشد یا دیگری بخشش کرده باشد، احتمال نادر است. و نادر کالمعدوم. حق ثابت و مضاربه ثابت را با این قبیل احتمالات آیا میتوان باطل کرد؟ و باید حکم نموده شود به آن که کل ترکه از وارث عمرو است؟. و وارث زید باید به ثبوت رساند که مخلف عمرو الیوم از مال المضاربه میباشد، یا آن که وارث عمرو باید به ثبوت رساند که مورث من این مخلف را از خارج بهم رسانیده؟-؟. و حال آن که شارع [فقط] ترکه ای [را] که مال میت است حکم به ارث نموده. و [در اینجا] ید مضارب بر او صدق میکند (۲) با وجود تحقق عنوان مضاربه چگونه وارث عمرو مخلف را مال خود داند؟ حجت او نیست چیزی مگر آن که درید او بوده. و ید او (ید مضارب) (۳) است. پس باید (وصف عنوانی) به استصحاب باقی باشد تا خلاف آن به ظهور رسد. اگر بنا را به این بگذاریم مخالفت قواعد شریعت نشده. و عموم آیات ارث، بعد از تحقق ملکیت مورث است، و در صورت مفروضه ملکیت بالاستقلال تحقق نیافته است. پس [یا باید بنا را بر این گذاشت تا] ضرر و حرج لازم نیاید و سد طرق معروف و تضييع .

ص: ۳۲۴

۱- عبارت نسخه: به بقای مافی الید است. توضیح: دلیل این اصلاح (علاوه بر هر چیز) پس از حدود دو صفحه خواهد آمد.

۲-؟؟ ید او مضارب است نه ید مالک.

۳-؟؟ ید او مضارب است نه ید مالک.

مال واکل به باطل نشده باشد. یا آن که باید بالمره چشم پوشانید از کل این مراتب (که همگی موافق اصل واستصحاب و ظاهر [و] ید است) و متمسک شد که در ید مورث، اصل، ملکیت است تا خلاف آن به ظهور رسد. توقع آن که بیان شافی (با اشاره به ادله اجتهادیه) بفرمایند.

جواب:

جواب: این مسأله را محقق و علامه و دیگران به عنوان جزم بدون ذکر خلاف، نقل کرده اند. و نظیر آن را در کتاب رهن گفته اند. و حاصل آن این است که هر گاه مضارب بمیرد و مال در دست او باشد و معلوم نباشد که مال مضاربه است، حکم می شود به این که میراث است. بلی بعضی اشکال کرده اند در ضمان مضارب و تعلق حق به ذمه او. یعنی هر چند علم بهم نمیرسد که آنچه به جا مانده مال المضاربه است که مالک مستحق آن باشد از حیثیت این که عین المال او است. ولکن از راه این که (۱) آن مال متعلق به ذمه او شده، الحال باید از ترکه او برداشت. و وجه این اشکال، این است که: بالیقین مال المضاربه در دست مضارب بود و بقای آن مال با وجود بودنش در دست مضارب مستصحب است تا خلافش ثابت شود. و این استصحاب اقتضا میکند که مساوی مال المضاربه از ترکه جدا شود. زیرا که به سبب استصحاب، در حکم معلوم البقاء است - هر چند علم حاصل نشود به عین مال المضاربه مشخصا و نه در جمله آنچه در میان است از ترکه. زیرا گاه است که مال المضاربه باقی باشد و در جای دیگر باشد - و بر مضارب لازم است وفای به آن و تخلص از آن. و چون مال متعین و مشخص نیست پس مضمون خواهد بود در ذمه او، و از ترکه او باید ادا شود. و هم چنین دلالت دارد بر آن عموم (قوله (علیه السلام): علی الید ما اخذت حتی تودی). (۲) و این اشکال مندرج می شود به این که: اصل برائت ذمه مضارب است از ضمان چیزی در ذمه اش. زیرا که مال المضاربه منتقل به ذمه نمی شود، مگر در صورت تعدی و تفریط. زیرا که ید او ید امانت است، و ضمانی به آن متعلق نمی شود، مگر با تعدی و .

ص: ۳۲۵

۱- عبارت نسخه: ولکن چه میشود که از راه این که...

۲- مستدرک: ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲.

تفریط. و ممکن است که تلف شده باشد بدون تعدی و تفریط. پس ذمه او بری خواهد بود. و مفروض عدم ثبوت تعدی و تفریط است. و اما استصحاب بقای مال المضاربه در حالی که ید مضارب بر آن ثابت بود، پس آن معارض با این که اصل عدم تعلق حق و تسلط آن صاحب مال است در این مال حاضر که الحال موجود است. پس چنانکه اصل بقای آن مال است، همچنین عدم بودن این مال است او. و اگر بگوئی: چنانکه اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال خاص که باقی مانده، اصل هم عدم تعلق حق مضارب است به آن. زیرا که تعلق او در وقتی است که این مال [از] صاحب آن مال نباشد. گوئیم: بلی چنین است. و لکن ید فعلیه، مرجح این است که مال مضارب باشد. و استصحاب معارض ید جاری نمی شود. با وجود این میگوئیم که استصحاب بقای ید مضاربه مستلزم این نیست که آن ید بر این مال موجود، باشد. زیرا که گاه است که مال مضاربه را به کسی فروخته به اجلی معین، و در نزد آن شخص بوده که مضارب مرد. پس چون ید مضارب ید امانت است ضمانتی به ذمه او متوجه نمی شود. و چون ید او اعم است - از این که بالفعل در کف او باشد یا به سبب تصرف او در عمل، در دست دیگری باشد، و استصحاب اعم مستلزم استصحاب اخص نیست، و بقای قدر مشترک موجب بقای فرد خاصی از آن نیست - پس استصحاب بقای مال و بقای ید مستلزم بقای ید مضاربه بر این مال خاص، نیست. و اما عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودی): پس آن مخصص است جز ما به (ید امانتی) که در آن ضمانتی نیست، الا به تعدی و تفریط. بلی اگر علم بهم رسد به وجود مال در ترکیه به سبب اعتراف مضارب (در وقتی که بعد از آن تلفی عارض [ن] شده باشد) یا به سبب شهادت عدلین، پس در این صورت صاحب مال در آن مال شریک است. و هم چنین هر گاه علم بهم رسد که تلف شده به سبب تقصیر او. یا این که باقی مانده و لکن مضارب تقصیر کرده است در ترک وصیت به این که این مال مضاربه است، و بعد از موت او تلف شود. در اینجا بر ذمه او قرار میگیرد و مثل دین می شود، و او با سایر دیان مساویاند در اخذ حق.

واز آنچه بیان کردیم جواب از اکثر سخن های سائل، معلوم شد. اما این که گفته است که (اصل عدم وجدان مال [از] خارج است)، آن معارض است به این که اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال معین مجهول الحال. و این هر چند معارض است به (اصل عدم تعلق حق مضارب به آن) نیز. ولکن ید حالیه، مرجح اول است. و اما این که گفته است که (استصحاب مقتضی حکم [به] بقای مافی الذمه است)، مندفع است به این که کی آن مال متعلق به ذمه مضارب شد تا بقای آن مستصحب باشد؟! مگر ید مضارب ید امانتی نیست؟! بر ذمه امین چیزی متعلق نمی شود مگر با تفریط. و اما استصحاب بقای مال، هر چند راهی دارد (۱) ولکن این مستلزم اشتغال ذمه نیست تا این که (۲) از این مال وضع شود. زیرا که گاه است که همان مال بر سیل معامله صحیحه در نزد دیگری باشد و آنهم مرده باشد. یا باشد و کسی نداند. و مضارب هم تقصیری نکرده باشد. بلکه گاه است شاهد گرفته باشد و وصیت هم کرده باشد، لکن شهود مرده باشند، یا غایب باشند. و اما این که گفته است که (این معنی موجب حرج و سد باب مضاربات می شود. چون رب المال، مال را به مضارب می دهد و او به بلاد بعیده میرود، و رب المال را ممکن نیست اشهاد بر این که آن مال از او است)، مندفع است به این که اما فرموده است (الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر) (۳) با آن تاکید و اهتمام هر گاه رب المال اعتنا به کلام امام خود نمی کند و مسائل تجارت را فرا نمیگیرد و معامله میکند و به سبب جهل به مسأله به نقصان عظیم میافتد، تقصیر بر خود او است و بر خدا و حجج او بحثی نیست. هر گاه این مسأله را ندانسته که مال مجهول در ید مضارب در حکم میراث است - چنانکه اکثر علما تصریح کرده اند - پس خود مقصر است. و هر گاه دانسته است سد و بندی بکند که به چنین بلائی نیفتد. یا [با] .

ص: ۳۲۷

۱- در نسخه: ندارد.

۲- و در نسخه: که باید.

۳- وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۲، ابواب آداب التجاره، باب ۱ ح ۱.

مضارب خود شرط کند که به غیر فلان شهر مرو، وبه آن شهر اعلام کن به آشنایان من که این مال مضاربه است. یا به رفقای مضارب بگویند که باخبر باشند تا شاهد باشند. یا او را وادارد که اقرار کند در نزد رفقا ودر آن شهر به این معنی. وامثال این امور. به همین رفع حرج می شود. زیرا که اگر مضارب مخالفت شریک کند وبه شهر دیگر برود، ضامن مال هست. خواه باقی ماند وخواه نماند. ووقتی که ترک وصیت کرد، تقصیر کرده وهکذا... واینکه گفته است که (احتمال این که حسبتا باشد یا دیگری به او بخشیده باشد نادر است والنادر کالمعدوم)، هر چند احتمال، بسیار ضعیف باشد ولکن شارع مقدس هر گاه فرموده باشد (اصل براءت ذمه است، ورفع آن محتاج به یقین بر اشتغال ذمه است، ومطلق ظن کافی نیست در رفع آن هر چند قوی باشد)، تا با او چه بحثی داری؟. پس در اینجا هر چند ظن قوی حاصل باشد که این مال مضاربه است، یا ظن حاصل باشد به شغل ذمه مضارب، [لکن] رافع اصل براءت نمی شود. زیرا که حجتهائی که اثبات دعوی میکنند محصور است در یقین یا ظنون معینه مثل بینه و اقرار وامثال آن. با وجود این که در اینجا میگوئیم: تو باید مسأله را به عنوان کلیه اثبات کنی تا مطلب تمام شود. تو فرض مسأله را در جائی کرده ای که مضارب مرد فقیری باشد، ومنحصر باشد بضاعت در همین که از رب المال گرفته باشد. ما فرض میکنیم مسأله را در مضاربهی که ده هزار تومان اوضاع دارد وصد تومان هم از دیگری به عنوان مضاربه میبرد وهمه را معامله میکنند در این بین میمیرد ومعلوم نیست که مال مضاربه در میان این مال باشد. واینکه گفته است که (شارع ترک ای [را] که مال میت است حکم به ارث کرده. تا به آخر...)، نمیدانم از کدام کلام شارع این را فهمیده است که در میراث بودن شرط است که علم حاصل باشد به این که آن مال در نفس الامر مال مورث است -؟ بلکه در آیات قرآنی همه جا به عموم (ماترک) ادا فرموده. و هر چه ید میت بر آن بوده وگذاشته واز دنیا رفته (ماترک) بر آن صادق است. وهمه جا شارع ید حکمیه را اعتبار کرده. چنانکه ملاحظه می شود در مسأله (تداعی زوجین و وراثت طرفین در متاع بیت). ودر حکم فقها به (آنچه بالقیط یافت شود مال لقیط است هر چند خیمه وفرشی باشد وآن لقیط طفل وضعی باشد

که در بیابانی در خیمه ای او را بیابند)، با وجود کمال استبعاد در این که آن طفل صاحب مالی باشد. و اینکه گفته است که (ید مضارب بر او صدق میکرد. تا به آخر...)، سخن عجیبی است. اگر میگوئی ید مضارب بر همین معین صدق میکرد، اگر این معلوم است پس این همان مال است. دیگر این دعویها چه چیز است؟ و استصحاب را چه میکنی؟. و این دست و پاها چه چیز است؟. و اگر نمیدانی که آن است یا نه، چگونه حکم میکنی به صدق ید مضارب بر او؟. و از آنچه گفته شد جواب از سایر کلمات ظاهر می شود، و احتیاج به تطویل بلاطائل نیست. بلی در این مقام سخنی هست. و آن این است که مقتضای آیات و اخبار، و جوب رد امانات است به اهل آنها. و هم چنین ظاهر (علی الید ماخذت) این است که واجب است بر (ید) رد آنچه اخذ کرده از مال غیر. و جوب رد ساقط نمی شود مگر با رسانیدن مال به صاحب. و آنچه مستثنی شده است امانتی است که تلف شده باشد بدون تفریط، یا امین ادعای رد کند با یمین. و تکلیف به جوب رد مستصحب [است] تا علم به مسقط بهم رسد. و بعد از موت، تکلیفات مالیه (خواه از باب خمس و زکات باشد، با از باب ودیعه و عاریه، یا از باب غصب) متعلق می شود به ولی میت که از مال او ادا کند. و اصل هم بقای مال است در جمله اموال. یعنی در جمله آنچه در دست او بود، و همان معنی مستصحب است. و هر چند ظاهر ید ملکیت است در آنچه باقی مانده، و اینکه حکم نشود (۱) به چیزی از آن از برای صاحب مال. و لکن چون ید او [بر] مجموع اموال سابقه، مرکب بود در عین المال خود و مال غیر، پس ید او بر مجموع اموال ید ملکی خالصه (۲)، نبود، و همان حالت مستصحب است. پس جمع بین ادله مقتضی این است که صاحب مال را با مضارب شریک کنیم. و لکن نه به عنوان سایر شراکات که حق او متعلق به عین شود و با غرما .

ص: ۳۲۹

۱- در نسخه: شود.

۲- عبار نسخه: ید او بر مجموع اموال را ید ملکی (بر ملکی - خ دل) خالصه نبود.

مخاصه نشود. بکله هر گاه غريمی ديگر باشد با او محاصه کند بالنسبه. خواه او هم مثل اين باشد يا (دين ذمه خالص) داشته باشد. وروايت سکونی (عن جعفر، عن آبائه، عن علی عليهم السلام) هم دلالت دارد بر اين، وضعف آن منجبر است به شهره بين الاصحاب. چنانکه در ايضاح وتذکره نسبت به ايشان داده اند. و روايت اين است (عن علی عليه السلام) انه کان يقول: من يموت وعنده مال مضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوه الغرماء (۱).

کتاب المضاربه من المجلد الثالث

۱۶۴:سوال:

۱۶۴:سوال: هر گاه زید وجهی به عمرو بدهد که به جهت او مضاربه نماید. و عمرو رفته کنیزی از آن وجه به جهت خود خریداری نموده و متصرف شده الحال صاحب ولد است عمرو از همین کنیز، ووجهی هم در دست عمرو نیست الا کنیز مرقوم. آیا در این صورت عمرو را چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: در صورت مزبوره، عامل غاصب است. پس هر گاه کنیز را به عین مال مضاربه خریده، مال او نمی شود. بلکه [اگر] مالک پول اجازه بیع کند (وقایل به صحت فضولی باشیم در چنین جایی) مال صاحب پول است و اگر اجازه نکند - یا فضولی را [در چنین جایی] صحیح ندانیم - کنیز مال مالک کنیز است و پول باید به صاحبش رد شود. و در این صورتها هیچ کدام، کنیز (ام ولد) نمی شود. زیرا شرط است در ام ولد شدن کنیز، این که کنیز در حین انعقاد نطفه، مال او باشد. و اما حکم ولد: پس هر گاه عالما بالحرمة دخول کرده و فرزند بهم رسیده، آن فرزند هم مملوک صاحب کنیز می شود. پس در صورت عدم اجازه، فرزند مملوک صاحب اول کنیز است. و هم چنین در صورت اجازه - وصحت فضولی باقول به بودن اجازه جزء سبب نقل، وکاشف از نقل ملک در حین عقد. چنانکه اشهر واطهر است (۲) - آن ولد .

ص: ۳۳۰

۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۱۳، ح ۱.

۲- رجوع کنید به اواخر (متاخر؟) از جلد دوم.

مملوک صاحب پول می شود که الحال کنیز مال او شده به سبب اجازة. و هر گاه عالما بالحرمة دخول نکرده بلکه شبیه او را عارض شده. پس آن ولد از او است. ولکن باید پدر قیمت او را (در روزی که زنده متولد شده) به مالک کنیز بدهد. باقی ماند سخن در عوض دخول کردن به کنیز غیر که عوض آن چه چیز است؟. اظهر واشهر این است که عشر قیمت او است، اگر باکره بوده. و نصف عشر، اگر ثیب بوده. و هر گاه کنیز را به ذمه خریده و بعد از آن، قیمت را از مال مضاربه داده، در این صورت کنیز مال او می شود و ام ولد می شود. و باید مال مضاربه را به صاحبش برساند. و در صورت عجز ظاهر این است که در اینجا ام ولد را توان فروخت به جهت ادای ثمن رقبه او.

۱۶۵:سوال:

۱۶۵:سوال: زید تنخواهی به (حق السعی) یا به عنوان مضاربه، به عمرو داد که معامله شرعیه نماید. تنخواه مزبور را نیز عامل علی حده جنسی خرید نمود [و] ارسال به ولایت دیگر نموده در نزد شخصی به اطلاع زید. و شخص عامل متوفی گردیده. و حال تنخواه مزبور معلوم نیست که چه شده؟ آیا مراجعه از ولایات بعیده نموده یا نه؟ -؟ و بر تقدیر معاودت آیا بعد از فروش وجه آن مخلوط به مال عامل شده یا به صاحبش رد شده؟ -؟ و احتمال این نیز - نظر به بعضی قراین - می رود که مدفون بوده سرقت شده باشد. آیا از مال عامل با وجود صغار، وصی می تواند تنخواه امانت را رد نماید یا نه؟ -؟. و عدم وصیت تفریط است یا نه؟ -؟. و بر تقدیر تفریط بودن عدم وصیت، آیا عدم فرصت بعد از شدت مرض و ظن به موت، عذر هست یا نه؟ -؟. جواب را مفصلاً به وجه اوضح قلمی فرموده باشند.

جواب: در صورت سوال:

جواب:

جواب: در صورت سوال: اشکال در عدم دخول مال المضاربه در ترکه نیست، از حیث این که مال المضاربه است. و اما حکایت تعلق ضمان: پس اظهر عدم آن است. به سبب اصل براءت ذمه. و تمسک به (اصل بقای مال در خارج) منشأ ضمان نمی شود مادامی که تقصیر در رد آن نکرده است، و اصل عدم تقصیر است. گاه است که مصلحت اقتضا کرده که او را دفن کرده باشد در جائی، به سبب مانعی رد آن ممکن نشده تا

فوت شده. یا در نزد اهل معامله مانده است بدون تقصیری از او. و هم چنین استصحاب ثبوت ید، و صدق این که در تحت الید او است هر چند در دست دیگری باشد بالفعل، منشأ ضمان و ثبوت در ذمه او نمی شود که متعلق به مال او باشد. وعموم (علی الید ما اخذت) مخصص است به (ید امانت)، وشکی نیست که ید او ید امانت است و ضمانی بر ید امانت نیست مگر با تفریط. ومفروض عدم ثبوت تفریط است. واگر کسی بگوید: که رد کردن مال غیر واجب است، واین وجوب قاطع اصل برائت است ومستصحب است ومحتاج است به رافع. پس دیگر برائت چه معنی دارد؟. گوئیم: که اصل برائت سابقه که (عدم اولی) است در دست است. و آنچه متقین است در دفع آن، همان صورتی است که مالک مطالبه کند به سبب فسخ مضاربه یا غیر آن، با تمکن از رد. یا آن که عامل تفریط کرده باشد در رساندن با تلف، یا بدون تلف. پس چون تحقق این صور معلوم نیست - زیرا که گاه است که خواهش مالک باز بر بقای معامله بوده، تا تلف شده بدون تفریط وعامل فوت شده پس - برائت ذمه از وجوب رد و ضمان بر حال خود باقی است. وفقها در چند موضع تصریح به این مسأله کرده اند در کتاب رهن و کتاب مضاربه و ودیعه و غیر آن. و به هر حال ید فعلیه در اموال میت موجب حکم بر مالکیت او است. واصل عدم تعلق حق غیر است در آن. واصل برائت ذمه عامل است. واما سوال: از ترک وصیت: پس ظاهر این است که ترک وصیت در حین ظن به موت، تفریط است نه مطلقاً. و هر گاه نیز در آن تقصیر نکرده واز برای او دفعی مرض بهم رسیده که موجب فوات فرصت شده، یا فراموش کرده، یا کسی نبوده که وصیت کند وشاهد بگیرد، تفریط نیست. و تا تفریط به اثبات نرسد ضمان بر آن مترتب نیست. اینها همه در صورتی است که علم به وجود مال المضاربه در جمله ترک نباشد. خواه علم به عدم آن باشد، یا محتمل هر دو باشد چنانکه صورت سوال:

فوت شده. یا در نزد اهل معامله مانده است بدون تقصیری از او. و هم چنین استصحاب ثبوت ید، و صدق این که در تحت الید او است هر چند در دست دیگری باشد بالفعل، منشأ ضمان و ثبوت در ذمه او نمی شود که متعلق به مال او باشد. وعموم (علی الید ما اخذت) مخصص است به (ید امانت)، وشکی نیست که ید او ید امانت است و ضمانی بر ید امانت نیست مگر با تفریط. ومفروض عدم ثبوت تفریط است. واگر کسی بگوید: که رد کردن مال غیر واجب است، واین وجوب قاطع اصل برائت است ومستصحب است ومحتاج است به رافع. پس دیگر برائت چه معنی دارد؟. گوئیم: که اصل برائت سابقه که (عدم اولی) است در دست است. و آنچه متقین است در دفع آن، همان صورتی است که مالک مطالبه کند به سبب فسخ مضاربه یا غیر آن، با تمکن از رد. یا آن که عامل تفریط کرده باشد در رساندن با تلف، یا بدون تلف. پس چون تحقق این صور معلوم نیست - زیرا که گاه است که خواهش مالک باز بر بقای معامله بوده، تا تلف شده بدون تفریط وعامل فوت شده پس - برائت ذمه از وجوب رد و ضمان بر حال خود باقی است. وفقها در چند موضع تصریح به این مسأله کرده اند در کتاب رهن و کتاب مضاربه و ودیعه و غیر آن. و به هر حال ید فعلیه در اموال میت موجب حکم بر مالکیت او است. واصل عدم تعلق حق غیر است در آن. واصل برائت ذمه عامل است. واما سوال: از ترک وصیت: پس ظاهر این است که ترک وصیت در حین ظن به موت، تفریط است نه مطلقاً. و هر گاه نیز در آن تقصیر نکرده واز برای او دفعی مرض بهم رسیده که موجب فوات فرصت شده، یا فراموش کرده، یا کسی نبوده که وصیت کند وشاهد بگیرد، تفریط نیست. و تا تفریط به اثبات نرسد ضمان بر آن مترتب نیست. اینها همه در صورتی است که علم به وجود مال المضاربه در جمله ترک نباشد. خواه علم به عدم آن باشد، یا محتمل هر دو باشد چنانکه صورت سوال: واما در صورت علم به وجود آن در جمله ترک: پس واجب است رد آن. خواه.

بشخصه معلوم باشد یا نباشد. و ظاهر این است که وارث و مالک و مال المضاربه در آن مساویاند. یعنی هر یک به قدر الحصه میرد. خواه ترکه محیط به همه باشد یا نه. و کلام صاحب المسالك در این مقام خالی از مسامحه نیست. چون موهم این است که (هر گاه مال المضاربه از جماعتی باشد و ممزوج باشد با مال میت، و مال قاصر باشد از حق آنها، غرما [تقسیم] میکنند. و هر یک نسبت به حصه خود میبرند و به وارث چیزی نمیدهند.) و این بی وجه است بلکه وارث هم نسبت به حصه خود میرد. و کلام او را باید توجیه کرد که منافی این نباشد که ما گفتیم.

۱۶۶:سوال:

۱۶۶:سوال: زید در وصیتنامه اول مرقوم نموده که پانزده هزار رویه و خانه و اثاث البیت (مجموع) مال دو صبی (۱) او است بی شرکت گیری. و در وصیتنامه دوم مرقوم نموده که موازی پنجاه هزار رویه به اولاد خود هبه نمودم به تفصیل معین. و اقرار نموده که موهب را ولایتا [در] تصرف گرفتم. و ما بقی مخلفات را مع مایملک خود - آنچه باشد از نقد و جنس و خانه و غیره - به دو پسرهای خود عبد الکریم و عبد الرحیم هبه نمودم و ولایتا تصرف نمودم. در وصیتنامه سوم مرقوم است که: بنابر آن که سابق به موجب هبه علی حده بعضی از مایعرف به هر دو طفل خود عبد الکریم و محمد جعفر بخشیده بودم و ولایتا متصرف بودم، آن در تجارت شامل اموال خودم بود. و در این وقت به تفریق محاسبه طولی داشت و از من نمیشد، لهذا در این وقت بنابر قیاس و تخمین به قدر شصت هزار رویه به جهت خود منظور داشتم و ما بقی - از جنس و نقد و مطالبات و امانات که در اینجا و در بلاد بعیده مثل بندر ابو شهر و بصره و بنگاله و باقی بلدان قریبه و بعیده به موجب دفتر و تمسکات میباشد - جمله از مال فرزندان مذکور است. و خانه ها و املاک مع اثاث البیت و کتب و غیره و آنچه را که من مالک هستم تمام و کمال به میرزا عبد الکریم و محمد جعفر که نور الدین محمد باشد بخشیدم و هبه شرعیه بالمعاوضه، نمودم. دیگر .

ص: ۳۳۳

۱- در نسخه: دو صبی. - توضیح: راجع به چگونگی این لفظ که (صبی) صحیح است یا (صبیه)، در پی نویسنده صفحات بعد توضیح داده شده.

این بنده را مالی و ملکی باقی نیست. واحدی را در آن حقی و دعوائی نیست. و سواى شصت هزار روپيه که در صدر ذکر شد ديگر دينارى وجه (۱) براى خود نگذارده ام. و بعضى از فضلاى عصر فتوى به صحت وصيت اخير داده. متمسک شده به اين که قول و تصرف (ذى اليد) در (مافى اليد) خود، ممضى و نافذ است، و اين منافات ندارد با اين که سابق بر اين مال اولادش را ولايتا در تصرف داشته. چون علم به بقاى عين مال آنها در اين حال نيست. و به جهات مختلفه اين فتوى را صحيح نميدانيم. چون ظاهر بلکه صريح عبارت (جمله مال از فرزندان مذکور است) اين است (۲) که على سبيل التخمين شراکتى که داشته است با آن دو طفل (۳) در مال موهوب به ايشان و ما يملک خود، [را] به اين نهج تفریق نموده که اصل مال خود را شصت هزار روپيه قرار داده و تعيين کرده، و اصل وجه موهوب [را] به ايشان داده با منافع ايام شراکت [و با] ما بقى از جنس و نقد و مطالبات وغيره. پس چنانکه بعد از اين اقرار - به اين که مجموع ما بقى مال ايشان است از باب اصل و منافع مال شراکت، و مرا مالی نيست سواى شصت هزار روپيه - [اگر] ذکر .

ص: ۳۳۴

۱- اين جمله در متن پاسخ ميرزا (ره) به صورت (جبه و دينارى براى خود نگذاشته ام) تکرار شده.
۲- عبارت نسخه: ... صريح عبارت بنا بر اين که سابق به موجب هبه نامه جمله مال از فرزندان است مذکور اين است.
۳- نسخه: بدل: با آن دو صبيه. - توضيح: گویا يکى از نسخه برداران نتوانسته مسأله را به طور صحيح در ذهن خود تصوير کند و چنين پنداشته که تفاوت وصيت اخير با وصيت هاى قبلى اين است که ابتدا پانزده هزار روپيه به دو دختر وصيت کرده بوده. سپس در وصيت اخير همه چيز را به دو پسر داده. و هم چنين ابتدا اثاث البیت را به دخترها داده بوده که بعدا پشيمان شده و به پسرها داده است. در حالى که موضوع فقط میان دو پسر (دو صبی) و خود پدر است. و سخن در اين است که اگر وصيت اخير صحيح باشد همه چيز غير از شصت هزار روپيه مال دو پسر ميشود. و اگر وصيت اخير باطل باشد حق دو پسر همان پانزده هزار روپيه و منافع آن (به قدر الحصة از مال الشركه يا مال المضاربه) می شود. و بقيه به عنوان مال ميراث میان دو پسر مذکور و ساير ورثه (که احتمالا نامادری بوده) تقسيم ميشود. نسخه بردار مذکور هر کسى بوده خدایش بيامرزد، بر اساس تصور خودش چنان بلائى بر سر مسأله آورده و جملاى بدان افزوده که موجب گردید زمان مدیدی براى اصلاح آن صرف شود.

کند که (مابقی و جمیع ما يعرف را بخشیدم و هبه بالمعاوضه کردم) فاسد و عاطل خواهد بود. زیرا که هبه باید از مال خود باشد و خود در وهله اول اعتراف نموده که چیزی ندارم و مالک نیستم سوای شصت هزار روپیه و بقیه همگی مال خودشان است از بابت مال موهوب و منافع آن. و از آن شصت هزار روپیه مال خود چیزی نبخشیده. بلکه همان چیزی که اقرار کرده که مال ایشان است به ایشان بخشیده. و آن باطل است. علاوه بر این، ظاهر عبارت این است که آنچه را هبه بالمعاوضه نموده خانه و اثاث الیبت و کتب است که اعیان موجوده است و متعلق هبه باید عین موجود باشد نه دیون و مطالبات و تنخواه متفرقه در بلاد بعیده در نزد مردم، که خودش هم نمی داند که چه چیز و چه قدر است، و قبض و تصرف هم در آنها به عمل نیامده. و اگر لفظ هبه، متعلق به جمیع گرفته شود (به علاوه این که خلاف ظاهر عبارت است چنانکه مذکور شد) فساد هبه او لازم می آید به دو وجه. بلکه [به] سه جهت: اول: آنچه مذکور شد که هبه [را از] مال ایشان قرار داده بعد از اقرار به این که مال ایشان است از بابت اصل و منافع. [و این] معنی ندارد. دوم آن که: متعلق هبه باید عین مشخص موجود و حاضر عند وقوع الهبه باشد، و قبض و تصرف نیز به عمل آید. نه دیون و مطالبات و تمسکات از مردم و وجوهی که معلوم نیست سوخته و لا- وصول و تعویقی آن چقدر، و وصولی آن و قریب الوصولی آن چقدر [است]. بلکه اصل مبلغ آنها معلوم خودش نبوده چه جای موهوب [له]. به علت آن که جنسی در سنوات سابقه به نزد اشخاص متعدده در بلاد بعیده متعدده فرستاده و آنها بعضی فروخته اند به وعده های بعید، و بعضی نافرورش، که اصل فروش و قیمت او هنوز مشخص او نشده. و تنخواه او بعضی لاوصول و بعضی وصول و بعضی تلف و غرق و قدری به سلامت رسیده. و محاسبه اینها هیچ یک به او نرسیده و اطلاع نداشته. چنین تنخواهی یقیناً هبه آن باطل است. و هم چنین: اعیانی را که در وصایای سابقه بر وصیت لاحق، هبه نموده، (۱) و حال ه

ص: ۳۳۵

۱- عبارت نسخه: ... بر وصیت لاحق به بعضی دیگر هبه نموده

داخل در این هبه کرده، نیز باطل است. بلی هبه عین مشخص موجود از آنها، صحیح است در صورتی که مشخص شود که چه بود، و مشخص شود که مال خودش بود. و حال آن که از اول اقرار در صدر عبارت ظاهر شده که سوای شصت هزار رویه مالی نداشته. پس متعلق هبه نظر بر اشتغال بر فاسد و غیر فاسد [با] عدم تعیین، و هر یک [به طور] مجمل و مبهم و غیر معین [مشمول هبه میشوند] از این راه نیز فاسد می شود. هذا کله بعلاوه آن که از شهود و قراین خارجه علم قطعی حاصل است که وجوه موهوب در وصایای سابقه تلف نشده (۱) و داخل در همین جمیع [است] که اقرار نموده است. و قصد آن از این اقرار تضييع حق [ورثه] (۲) و حرمان ایشان بوده. با وجود این مراتب چگونه حکم به صحت این هبه و لزوم آن میتوان نمود؟. و اگر از همه چشم پوشیده [و] (۳) همان اقرار که (آن مال الشراکه اصلا و نفعاً، جمیع مال ایشان است) را مناط اعتبار نمایند، اولاً مجملی [را که] مصالحه نشده داخل اقرار نمیتوان کرد. و ثانیاً بعد از اقرارهای اول به جهت غیر، (۴) و حصول علم از قراین و شهادات شهود متکثره به این که وجه اقرار و موهوب سابق، داخل در این جمیع می شود. چگونه این اقرار اعتباری دارد؟. و بر فرض عدم علم، ید در این مقام چه اعتباری دارد که تخصیص اصل و استصحاب به آن داده شود؟. به علت این که ایشان یعنی مقر لهما (۵) نیز صاحب یداند (۶) در این مال. چون صغیر بوده اند. و خود ولایتاً تحت ید و تصرف خود در آورده و به طریق تجارت مخلوط به مال خود نموده و تجارت کرده. پس اصل (بقای یدولایتی) است بر .

ص: ۳۳۶

- ۱- عبارت نسخه: ... در وصایای سابقه به سایر وراثت تلف شده. - توضیح: لفظ (سایر وراثت) از افزوده های نسخه بردار است که قبلاً توضیح داده شد. و همین طور لفظ (به بعض دیگر) در اصلاحیه قبلی.
- ۲- در نسخه: به جای (ورثه) لفظ (ایشان) آمده.
- ۳- در نسخه: به جای (و)، (شود).
- ۴- یعنی: بعد از اقرارهای اول که به نام دو پسر بوده.
- ۵- عبارت نسخه: یعنی سایر موروث لهم و مقر لهم. - توضیح: این هم از افزوده هاست.
- ۶- کذا.

مال مقر لهما، (۱) وبقای شراکت واختلاط ماله به مالهما (۲) ووجود ماله فی جمله اموالهما. (۳)

جواب:

جواب: اصل در ید (یعنی قاعده [ید] یا ظاهر، اقتضا میکند که (ید اصالتی) باشد، مگر در جائی که ثابت باشد که این [ید] (ید ولایتی) است، یا مشترک ما بین اصالتی وولایتی است. واین باید در مال مخصوص باشد. بشخصه، [لا] (۴) بعوضه المبدل منه بمثل المضاربه. پس در صورت فرض (عدم العلم بكون ذلك المال المبحوث عنه، عين المال الذي حصل فيه الید الولایتی او المشترك بينها وبين الاصلتی)، تمسک به استصحاب بی صورت است. زیرا که اگر استصحاب را نسبت به ملاحظه بقای مال کذائی اعتبار میکنیم، معلوم نیست که آن مال موجود همان مال باشد که ید ولایتی بر آن عارض شده و منافاتی ندارد با استصحاب بقای آن مال در جای دیگر در نزد کسی دیگر، یا مدفون باشد، یا بر سیل مضاربه در نزد دیگری باشد. و اگر استصحاب را به ملاحظه [بقاء عوضه المبدل منه، اعتبار کنیم، چنین استصحابی فاقد آن سابقه یقینی است که در (مستصحب) لازم است]. و اگر متمسک شوید به استصحاب عدم تعدد مال که به ضمیمه استصحاب ید، حکم شود که مال همان مال است و این ید همان ید - چنانکه متمسک میشوید به استصحاب طهارت در اثبات (ناقض نبودن). با وجود این که در صحت آن اشکال است و ثبوت حکم شرعی با این استصحاب محل کلام است زیرا که غایت امر (عدم ثبوت ناقضیت) است نه (ثبوت عدم ناقضیت). و بر این، فروعی متفرع می شود در مسائل فقهیه - معارض است با استصحاب عدم ورود (ید ولایتیه) بر این مال خاص. و با تعارض استصحابین رجوع میکنیم به اصل در ید که مقتضی (ید اصالتی) است. چنانکه بیان کردیم. و اما اباحت سابقه: پس آنچه ذکر فرموده اند در ابطال هبه تا جائی که فرموده اند .

ص: ۳۳۷

۱- در نسخه: لهم.

۲- در نسخه: لهم.

۳- در نسخه: لهم.

۴- در نسخه: بشخصه یا بعوضه المبدل منه...

(بعلاوه این که خلاف ظاهر...). که حاصل آن این است که: مراد موصی تفریق محاسبه شراکت است که به حسب تخمین، شصت هزار روپیه اصل مال و منافع موصی بوده، و تتمه، مال و منافع صغار. پس چیزی باقی نمیماند که متعلق هبه باشد. و هبه مال غیر بی معنی است. پس میگوئیم که: آنچه به فهم حقیر میرسد این است که غرض موصی این نباشد که تعیین مال طرفین با منافع، شده باشد باجمعها. بلکه مراد این است که حصه مال المشار که صغار را تخمینا در ضمن باقی اموال منظور داشتیم و زیادتی را به آنها هبه کردم، و شصت هزار روپیه هم از برای خود قرار دادم و به آن اکتفا کردم. هر چند حصه من بیش از این میشد. و شاهد بر این همان عبارت آخر موصی است که گفته است (دیگر هبه و دیناری برای خود نگذاشته ام). زیرا که اگر مراد تفریق مال المشار که بود علی سبیل التخمین، جمیع ما يعرف او [همان] شصت هزار روپیه از مال المشار که بود (۱) و دیگر چیزی باقی نمیماند که برای خود واگذارد. یا وانگذارد. و قسرا این شصت هزار و آن باقی اموال از باب حصه مال المشار که (که حق هر یک [بود]) میشد. و شاهد دیگر (چنان که فرموده اند) [این است] که اموال مذکوره غیر معلوم المقدار است و هبه آن صحیح نیست پس چگونه می تواند شد که اموال مجهوله [را] در عوض مال المشار که قرار دهد و از حصه خود تعبیر به شصت هزار کند و از ایشان را در عهده جهالت بالمره گذارد. و شاهد دیگر این که: این مجموع از باب المشار که صغار نیست که در اول گفته (بعض ما يعرف خود را هبه کردم و به شراکت خود در آنها تجارت کردم) چگونه باشد که حصه خود از مال المشار که و منافع، آن قلیل وجه شد که شصت هزار است، و حصه صغار که بعض ما يعرف بود با منافع، چندین مضاعف است. اینها همه مبتنی است بر .

ص: ۳۳۸

۱- عبارت نسخه: زیرا اگر مراد تفریق مال المشار که بود علی سبیل التخمین و جمیع ما يعرف او بعد از وضع شصت هزار روپیه از مال المشار که بود....

این که (بخشیدم) را راجع به مجموع مذکور قبل (بخشیدم) بگیریم. و هر گاه راجع به املاک بندر و کتب و غیره بگیریم - چنانکه بعد از ذکر (علاوه) فرموده اند - پس هر چند فی الجمله مناسبتی دارد به سبب این که همه باید در اعیان باشد، ولکن گمان حقیر این است که بخشیدم راجع به همه است. و در اول اموال معاملات را ذکر کرده از نقد و جنس و مطالبات، و در ثانی عقارات و اراضی و اثاث البیت و کتب (از اموال ساکنه که منتقل نمی شود از جائی به جائی دیگر) را ذکر کرده. و همان کلمه (چیزی برای خود نگذارده ام) در آخر کلام، هم شاهد است. بلی اشکالی که در صحت هبه نموده اند در بسیاری از اموال وارد است، بعضی از حیثیت مورد، و بعضی از حیثیت تحقق قبض و عدم آن. و تفصیل آنها محتاج به بسطی [است] که نه حال وفا به آن میکند و نه فرصت. و اما حکایت مسبوقیت این وصیت و هبه، به هبات و اقرارات دیگر: (۱) پس آن بر فرض ثبوت آنها، منافی صحت هبه دیگر نمی باشد. (۲) و حق این است که این امور محتاج است به مرافعه. و استفتا و فتوی در اینها بی فایده و مورت فساد و فتنه است. خصوصا با اجمال و اهمال آن کاغذها.

۱۶۷:سوال:

۱۶۷:سوال: من مات و كان عنده مال مضاربه - بالاقرار او بالبينه - ولم يعلم وجود مال المضاربه في تركته ولا عدمه (بعد الموت) بوجه من الوجوه. فما حكم مال المضاربه؟. و ما تكليف الوارث في التركة؟.

جواب:

جواب: صرح المحقق في الشرايع والعلامه في بعض كتبه وغيرهما، با نه يحكم بكونه ميراثا. ولكن استشكلوا في ضمان المضارب وتعلق المال بذمته فيخرج من تركته. فالنظر (۳) الى عموم قوله (صلى الله عليه و آله) (على اليد ما اخذت حتى تودي)، (۴) والى دخوله تحت يده باليقين، .

ص: ۳۳۹

۱- عبارت نسخه: واما حکایت مسبوقیت این وصیت و هبه به هبات و اقرارات برای دیگران پس فرض ثبوت آنها معنی از برای صحت هبه به دیگران نمی باشد. - توضیح: گفته شد که افزوده هائی در این سوال و جواب رخ داده است.

۲- عبارت نسخه: واما حکایت مسبوقیت این وصیت و هبه به هبات و اقرارات برای دیگران پس فرض ثبوت آنها معنی از برای صحت هبه به دیگران نمی باشد. - توضیح: گفته شد که افزوده هائی در این سوال و جواب رخ داده است.

۳- در نسخه: نظرا.

۴- مستدرک، ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲.

و استصحاب حال كونه تحت يده، يقتضى اخراجه من ماله. (١) لان الثابت بالاستصحاب فى حكم البقاء ولما لم يتشخص المال فينتقل الى ذمته ويتعلق بماله ويخرج منه. فيكون رب المال اسوه الغرماء. وهو مختار العلامه فى القواعد على اشكال. وذهب جماعه من المتأخرين الى عدم الضمان اصلا. والقول الثانى اقرب. وغايه توجيه الاستدلال للقول الاول انه لما دلت الايه (٢) والاخبار المتواتره على وجوب اداء الامانات وردها الى اهلها، او الى من ائتمن عليها. وورد كثير منها فى (الامانه المالكيه)، كما هى الظاهره عن غيرها ايضا. ودلت الروايه المجمع عليها من ان على اليد ما اخذت حتى تودى، وخرج من عمومها او اطلاقها ما اذا ثبت التلف بلا- تفريط فى الامانه. او ادعى من هى عنده ذلك. او ادعى الرد، مع يمينه، فى بعض الصور. وبقى الباقي - كما نحن فيه - داخلا فيها. وكان الاصل بقاء التكليف بالرد والاداء الى ان يعلم المسقط، ولم يعلم هنا. وكان كل تكليف ما لى تعلق بالانسان - سواء كان اصليا باحد اسبابه المعلومه، او عارضا باحد العقود والايقاعات والغصب وغيرها من الاسباب - ولم يكن بقاءه مشروطا بحياته (كالا نفاق الواجب ونحوه) يتعلق بعد موته بمن يقوم مقامه من وارث او وصى او ولى او قيم ونحوه. بمعنى انه يجب عليه اخراج ذلك المال من تركته وصرفه فى مصرفه. وكان الاصل مع ذلك بقاء المال، حيث لم يعلم تلفه. وكونه فى جملة امواله التى بقيت بعده، حيث كان سابقا كذلك. ولما كانت تلك الاموال فى يده او يد امثاله، ولم يكن يده ح يد ملك على مجموعها وكان ظاهر اليد مع اشتباه الحال هو الملك لما وجد فى تركته وعدم الحكم بكون شىء منها معينا او غير معين لصاحب الامانه، ف (لجميع ذلك) جمع بين الحقين، واقتصر على المتيقن من حق ذى الامانه بعد الحكم بشوته فى الجملة ونحكم بالضمان لجملة مما ذكر، وبالمحاصه وعدم كون الامانه موجوده بتمامها فى جملة تركه الميت .

ص: ٣٤٠

١- در نسخه: وهو يقتضى اخراجه من ماله.

٢- ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها - نساء ٥٨.

حتى يقدم صاحبها على الغرماء. لاحتمال تلفها بتفريطه كلا او بعضا. فليس ذلك جمعا بين المتناقضين (١) كما قد يتوهم. فظهر قوه القول بالضممان والمحاصه معا، مع الاحتياط بيمين الاستظهارى. وربما يستدل له بما رواه الشيخ باسناده (عن محمد بن على بن محبوب، عن احمد، عن البرقى، عن النوفلى، عن السكونى، عن جعفر، عن ابيه، عن آباءه، عن على - عليهم السلام - انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوه الغرماء). (٢) ورواها الصدوق فى الفقيه مرسلا عن على (عليه السلام). (٣) بتقريب ان صدر الروايه خارج عما نحن فيه، والمراد من آخرها انه ان مات ولم يذكر مال المضاربه ولم يعلم رده او بقاءه بعينه واحتمل اتلافه او تلفه بتفريطه فصاحبه اسوه الغرماء الذين لهم دين فى ذمته. وضعف الروايه منجبر بالشهره وبورودها فى الفقيه وبما ذكره الشيخ وغيره فى السكونى والنوفلى. اقول: وفى هذا التوجيه والاستدلال مواقع للتأمل: اما اولاً: فان الايه واكثر الاخبار [غير] ظاهره فى الامانات المالكيه. (٤) ومن الظاهر ان المراد بالرد فيها ليس وجوبه فوراً مطلقاً. اذ هو مناف لوضع الامانه والايداع. بل الظاهر ان المراد منها عدم الخيانه. وانما يسلم وجوب الرد فوراً، مع المطالبه وبقائها فى يده، او بدونها مع قصد الغصب، او تلفه بالتفريط. لا بدون المطالبه وعدم قصد الغصب وتلفه بدون التفريط. وان شئت قلت (يجب عليه الرد عند المطالبه، الا ان يثبت التلف من غير تفريط، او يدعى ذلك. او الرد مع اليمين). واما الوجوب على الوارث: فهو انما يسلم اذا كان المال باقياً بعينه، او فى جمله .

ص: ٣٤١

- ١- وفى النسخه: المتنافيين - وجه الاصلاح ياتى بعد صفحات عند نقل قول فخر المحققين.
- ٢- الوسائل: ج ١٣، ابواب المضاربه، الباب ١٣ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٧٠.
- ٣- الفقيه: ج ٢ ص ٧٥.
- ٤- كما روى فى تفسير الايه عن الباقر والصادق عليهما السلام ان المراد من الامانات فى الايه، هو الامامه واحكام الله تعالى من الحلال والحرام... وكذا اكثر الاخبار. فالايه ظاهره فى الاعم من الامانه الملكيه وغيرها.

ما ترك، او انتقل (١) الى ذمه المورث باتلافه مفرطاً حتى ينتقل الى تركته. واما مع عدم ثبوت شيء من ذلك: فالاصل براءة ذمه الوارث. فالوجوب على الوارث بدون شرايطه ممنوع. واستصحاب بقاء المال لا ينافي عدم وجوب الرد. اذ قد يكون باقياً عند غيره وفي غير ماله على وجه صحيح لا يترتب عليه الضمان. واستصحاب بقائه في يده بالفعل - مع كمال بعده في مال المضاربه بعد دوران المال في التجاره، الذي هو مقتضى نسبتته بمال المضاربه. كما اشار اليه المحقق الاردبيلي (ره) - معارض باصالة عدم وجوب الرد: سيما مع كون التركة عين ماله مشخصاً. والسرف في ذلك انه فرق بين البقاء الحقيقي والبقاء الاستصحابي. والمسلم في وجوب الرد عند المطالبه، هو اذا كان باقياً قطعاً لا استصحاباً. وهكذا كلام جار في كل استصحابين متعارضين. الاترى؟ انا لانحكّم بوجوب تطهير الموضع الذي القى عليه ثوب الاحتلام بعد تطهيره اذا شك في زوال عين المني. وكذلك تطهير الموضع الذي وقع عليه الذبابه بعدما وقع على النجاسه الرطبه اذا شك في بقاء رطوبه رجل الذبابه. فوجوب الرد عند المطالبه انما يسلم مع البقاء العيني عنده. لامع البقاء الاستصحابي. (٢) والقول بان (الاصل اشتغال ذمه الميت. حتى يتعلق بالتركة). ايضاً فاسد. وكذلك القول بان الامر مردد بين الامرين، (٣) اعني بقاء المال في التركة او انتقاله الى ذمته فيتعلق بتركته. لاحتمال الشق الثالث (٤) بان يكون تالفاً من دون تفريط او باقياً عند امينه على وجه صحيح لا يترتب عليه الضمان. والوارث قبل موت مورثه لم يكن مكلفاً برد المال ولا عوضه حتى يستصحب. ولم يكن الطلب متعلقاً بذمه المضارب، لعدم العلم بتلفه. ولا بماله، لعدم العلم بانتقاله الى ذمته حتى ينتقل بعد الموت الى ماله. فكيف ينفع هذا الاستصحاب في حق الوارث؟ واين الدليل على ان كل تكليف كان ثابتاً في حال الحيوه فهو متعلق.

ص: ٣٤٢

١- وفي النسخه: اذا انتقل.

٢- لانه ح يكون اصلاً مثبتاً، وهو ليس بحجه

٣- عباره النسخه: وكذلك القول بان الاصل في الامر المردد بين الامرين...

٤- وفي النسخه: واحتمال الشق الثالث...

بالولى عموماً، الا- ما ثبت كونه فى ذمه المیت -؟. والحاصل: ان المیت لم یثبت كونه مكلفاً برء المال مادام باقياً. والانتقال الى ذمته لم یكن بقول مطلق، حتى یثبت بقاءه بعد الموت ویتعلق التکلیف بالولى. لاحتمال عدم كونه مكلفاً بشیء منهما فى حال حیوته. فكیف یحكم بوجوب الرء عن التركه مطلقاً بالاستصحاب؟. فلم یبق شیء الا- التمسك باستصحاب بقاء المال، وهو لا یستلزم وجوب الرء ولا اشتغال الذمه ایضاً. [اذ] لادلیل علیه الا مع ثبوت التفريط، والاصل عدمه. مع ان الاصل عدم تعلق حق بذلك المال الموجود. سیمما مع العلم بانیه غیر مال المضاربه. واما ثانياً: ففى الاستدلال بالروایه. اذ لا بد فیها من تقدیر (مضاف) للموصول. لعدم تعلق التكاليف بالاعیان. بل انما یتعلق بافعال المكلفین، والظاهر انه الضمان، لا الرء. لانه لامعنى محصلاً لوجوب الرء والاداء حتى یحصل الرء والاداء. ولاریب ان الضمان لا یتعلق بالامانات حین الایمان والایداء. بل انما یتعلق بها بالشرايط المتقدمه. والاصل عدمها. كما بیناه. فالمسلم فى دلالتها على الوجوب انما هو مع المطالبه ح مع بقاء المال و قصد الغصب، او التلف بتفريط، الى آخر ما ذكرنا فى الكلام على العمومات. والحاصل: انا نقول: المراد اما الضمان فى نفس الامر، فالید الاخذة خائنه فى نفس الامر من حین الاخذ الى حین التأدیة. واما الضمان فى ظاهر الحكم حتى یثبت الاداء فى ظاهر الحكم. وكلاهما فى محل المنع. وان قیل: المراد المعنى الاعم من ذلك وهو مطلق الضمان. (1) كما هو احد معانى كلمه (على). یعنى على الید ضمانه ما اخذت (2) حتى تودیها، فان كان ودیعه فعلیها حفظها وعدم الخیانه حتى تودیها، وان كان غصباً فعلیها ضمانه ووجوب المبادره الى رده. وكذلك المبیع الذى ظهر استحقاقه للغير، فیکون من الامانات الشرعیة التى تضمن بتأخیرها.. وهكذا.. [قلنا:] وهذا ایضاً لا یثبت الضمان. فلم یبق هنا الا اراده ما ارید فى عمومات .

ص: ۳۴۳

۱- وفى النسخه: مطلق الضرر.

۲- فى النسخه: بنكایه ما اخذت.

رد الامانات الى اهلها. وقد عرفت ان معناها عدم الخيانه ووجوب ردها مع المطالبه وبقاء العين مع امكان ردها. فلم يثبت فى مال المضاربه - بعد دوران المال فى المضاربه الذى هو معيار صدق (مال المضاربه) - تحقق البقاء مع امكان الرد مهما طلبه على الاطلاق فى اول الامر، حتى يستصحب. واما ثالثا: فما ذكر (ان الاصل بقاء التكليف)، ففيه انه مسلم عند بقاء المال و المطالبه. والتمسك باستصحاب البقاء، فيه ما عرفت. هذا فى العمومات. واما الروايه فقد عرفت الحال فيها ايضا. واما رابعا: ففى التعليل بان (تلك الاموال كانت فى يده او يد امثاله.. الى آخره)، ان ثبوت هذا لقدر المشترك لا يوجب استصحاب القدر المشترك فيحكم الان ايضا بكون المال فى يده او يد امثاله. وثبوت المال فى يد الامين لا يوجب ثبوته فى تركته و لا الانتقال الى ذمته وامكان رده مطلقا. اذ لعله كان باقيا عند امينه ولم يقصر فيه ولم يمكن استرداده ولم ينتقل الى ذمته حيث يستوفى من تركته. فالقول بان (الاصل بقاء المال وكونه فى جملة امواله التى بقيت)، ان اريد منه ما بقيت فى يده مباشره، فهو ممنوع. وان اريد الاعم من المباشره ويد الامين مطلقا، فلا ينفع فى شىء. كما لا يخفى. مع ان هذا لا يتم فى ما علم بان الباقي فى يده الان هو عين ما له. فان قلت: ما ذكرت يبطل التمسك بالاستصحاب فى ثبوت مال المضاربه وبقائه. و كما لا يثبت الاستصحاب بقاء مال المضاربه وكون ما تركه المضارب هو مال المضاربه، فكذا لا يثبت الاستصحاب كون ما تركه مال نفس المضارب (1). لامتراجها سابقا حينما. قلت: لا يتمسك فى ذلك بالاستصحاب. بل يتمسك بان ظاهر اليد (الملك) وان كان فى المشتبه. وان حكم اليد عدم تسلط غيره على ما فى يده، الا بجهه شرعيه. واما جواز التصرف لصاحب اليد مع جهاله الحال بينه وبين الله، فهو مسئله اخرى، ومقتضى الاصل والاخبار الداله على ان (كل شىء فيه حلال وحرام، فهو حلال حتى تعرف الحرام).

ص: ٣٤٤

١- عباره النسخه: كون ماترك نفس مال المضاربه.

بعينه) يقتضى حليته. وكذا حليته للغير اذا اعطاه اليد. الا ترى؟ انا لا نمنع السارق والغاصب (الذى نعلم بوجود مال الغير تحت يده) عن التصرف فى امواله. بل نطالبه بالمغصوب والمسروق. فان الاصل هو ملكيه صاحب اليد. والغصب والاتلاف ونحوهما من الطوارى يحتاج الى الدليل. اذا الاصل عدم تسلط الغير على الاخذ منه. مع ان المال لا يبقى بلا مالك فاذا بطل استحقاق صاحب مال التجاره فينحصر فى مال المضارب. واما خامسا: ففى [ما ذكر با نه] (نحكم بالضمان لجمله مما ذكر.. الى آخره) فانك قد عرفت انه لا دليل على الضمان ولا على بقاء المال فى التركة. فلا وجه للمحاصه ولا لتقديم حق المالك على غيره. واما سادسا: ففى ما ذكر من ان (ذلك ليس جمعا بين المتناقضين)، يعنى ان الحكم بالمحاصه لا يوجب الجمع بين المتنافيين. [وهذا [اجمال وابهام واهمال. و لعله اشار الى ما ذكره فخر المحققين فى وجه المقول بالضمان، وابطله. وهو كلام واه جدا لا ينبغى ان يلتفت اليه. ولكن لما كان كلام فخر المحققين فى دفعه ايضا لا يخلو من اضطراب، فلا بأس بايراد كلامه والتعرض لما فيه. لكمال مدخليته فى تحقيق حل المقام: قال العلامة فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوه الغرماء. على اشكال. وان عرف، قدم وان جهلت عينه). اقول: الظاهر فى وجه الاشكال ان يقال: ان وجوب الرد واستصحابه يقتضى ضمانه و تحاصه مع الغرماء. وكون المضارب امينا (لا يثبت فى ذمته شىء الا مع العلم ببقاء المال او تلفه مع التفريط) يقتضى [عدم] اشتغال ذمته للمالك بشىء حتى ياخذ المالك منه شيئا، اصلا. لاحتمال تلفه من دون تفريط. ولكن قال فخر المحققين فى وجه الاشكال ما هذا لفظه (ينشأ من اصاله البقاء. و عدم الوجدان لا يدل على العدم. وقوله عليه السلام: على اليد ما اخذت حتى تودى. ومن انه امانه والاصل عدم التفريط ولم يجده بعينه. ولان الضرب مع الغرماء يستلزم الحكم

ببقاء المال. اذ لولاه لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وتعديده (١). والا- لما ضرب. لانه حكم العدم مع ظهور (٢) التفريط فيكون مبنيا على النقيضين. والثاني ممنوع، فانا نمنع ان سبب الضمان العدم مع التفريط. بل سببه اما هذا او اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه). انتهى كلامه (ره). وفيه: ان مبنى قول القائل (ولان الضرب مع الغرماء...) ابطال ما ذكره والده من الحكم بانتقال مال المضاربه الى ذمه المضارب ولزوم تحاصه مع الغرماء الذين لهم في ذمته شىء. بتقريب انه مستلزم للمحال. ومبنى ما ذكره فخر المحققين في دفعه حيث قال (والثاني ممنوع...) تصحيح كلام والده، ودفع لزوم التناقض، والتزام صحه الضرب مع الغرماء في صورته اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه. وهذا ليس موافقا لمفروض كلام والده. اذا المفروض فيه انتقاله الى الذمه والتحاص مع الديان. لامع الذين وجد مالهم في ماله مشتبهها. كما يشعر به قوله بعد ذلك (وان عرف، قدم وان جهلت عينه). فمقتضى اول وجهى الاشكال، البناء على وجود المال بالاستصحاب وتقديم صاحب مال المضاربه على غيره من الديان - وان وجد مثله (مثل ان يتعدد ارباب مال المضاربه) فيتحصون ايضا، ولكن هذا التحاص ليس من باب التحاص السابق، وهذا غير المذكور في كلام العلامة وان كان من لوازم استشكاله، اذا بنى على بقاء المال - ومقتضى الوجه الثانى عدم اشتغال ذمته لرب المال بشىء، وعدم تعلق حق له في ماله ايضا. ومقتضى ما ذكره ثالثا (فى الرد على من ادعى التناقض فى القول بالضرب مع الغرماء) الحكم بوجود المال مشتبهها والتحاص. وح فان حملنا التحاص على التحاص مع الغرماء المطالبين فى الذمه، فهو لا يتم مع الحكم بوجود المال مشتبهها. اذ مقتضاه تقديم رب المال. لا التحاص مع ساير الغرماء. مع انه خارج عن موضوع المسئلة. اذ هو مالم يعرف .

ص: ٣٤٦

١- فى الايضاح المطبوع بنفقه كوشانپور - ١٣٨٧ هـ ق، ج ٢ ص ٣٢٩

٢- (بعدمه) بدل (تعديده). وكذا (عدم التفريط) بدل (ظهور التفريط). لكن الصحيح ماجاء به المصنف قدس سره.

بقاء مال المضاربه. (١) وان حملنا على التحاص مع امثاله ممن وجد ماله مشتبه في امواله، فهو وان كان صحيحا لكنه ايضا خارج عن موضوع المسئله. فلا يحسن تنزيل كلام المتخاصمين فيه على غيره. ويمكن ان يقال: قوله (ولان الضرب مع الغرماء... الى آخره) اشكال مستقل يرد على كلام العلامه. لا- انه من تتمه الوجه الثاني من الاشكال. يعنى لا بد ان يكون الحق مع احد الامرين: اما الاستصحاب وتقديم صاحب المال على غيره. واما برأته الذمه راسا. فلا وجه لقول المصنف باشتغال الذمه والتحص مع الغرماء. لاستلزامه المتناقضين. اذ لا يجوز الحكم بالتحاص على تقدير عدم المال. اذ على هذا الفرض يحكم بان مال المضارب، لاصاله عدم التفريط. فلا بد ان يكون الحكم بالتحاص على فرض عدمه. ولازم ذلك، الحكم بوجود المال وعدمه. وهو الجمع بين النقيضين. ودفعه فخر المحققين بمنع الثاني (اعنى استلزام التحاص بالحكم بعدم المال معللا- بان هذا الحكم مختص به مع التفريط). ووجه الدفع منع اختصاص ذلك. اذ قد يكون معه وقد يكون مع وجود المال مع اشتباهه بين امواله. ولازم ذلك دفع الاشكال عن مختار والده بحمل كلامه على الحكم ببقاء المال مشتبه. وهو خلاف ظاهر كلام والده. اذ ظاهر الانتقال الى الذمه وعدم الحكم بوجوده مشتبه والتحص مع مطلق الغرماء. كما عرفت. وقد عرفت ما فيه. ففي المسئله وجوه اربعة: احدها: انتقاله الى ذمه المضارب ويتحص رب المال مع مطلق الديان. وهو ظاهر عباره القواعد. والثاني: الحكم ببقائه في المال مشتبه وتقديمه على الديان. ويلزمه انه لو وجد مثله فيحص معه، وهو الوجه الاول الذي ذكره فخر المحققين للاشكال. والثالث: الحكم بكونه ميراثا وعدم استحقاق رب المال شيئا، لا في المال ولا في الذمه. وهو الوجه الثاني الذي ذكره. والرابع: الحكم ببقائه مشتبه والتحص مع جميع الغرماء. وهو مقتضى احد الاحتمالين الذين ذكرنا هما في ما ذكره في دفع التناقض في رفع البحث عن والده في حكمه بالتحاص..

ص: ٣٤٧

١- اى: اذا لموضوع هو مالم يعرف بقاء مال المضاربه.

وجعل ذلك من محتملات عبارته والديه بعيد. مع انه بعيد في نفسه. وان اراد التحاص بين امثاله لامطلق الديان، فهو لا يناسب فتوى والده. بل هو مناسب لاول وجوه الاشكال الذى ذكره. فهو غير ملائم لدفع الاشكال عن كلام والده حيث قال (انه اسوه الغرماء). اللهم الا ان يقال ان مراده من (اشتباهاه في ماله بحيث يتعذر تسليمه) الاشتباه في انه في ماله ام لا. لوجوده في المال مشتباها. ليتمكن تطبيقه على كلام والده. والحاصل: ان القائل قال: ان القول بالتحاص يستلزم وجود المال. لان مع العدم، الاصل عدم التفريط. فلاضمان فلاتحاص. ويستلزم عدم المال. لان التحاص انما هو حكم العدم مع التفريط لاغير. وقال فخر المحققين بمنع اختصاص التحاص بالعدم مع التفريط، بل يمكن ثبوت التحاص اما مع العدم مع التفريط، او مع احتمال الوجود والعدم واشتباها الامر في ذلك. فبذلك يحصل توجيه لكلام والده، ولكنه يرد عليه ان الاصل البرائه بنفى الضمان ولزوم التحاص. لانه امين كما بينه في الوجه الثانى من الاشكال. وبالجملة كلامه هنا كلام مظلم غايته لايتهدى الى مرامه. واما سابعا: فى الاستدلال بروايه السكونى: فتفكيك آخرها عن صدرها يوجب تشويه الكلام واخراجه عن النظام. اذ مفهوم الشرطيه الاولى (ح) لايفيد فائده يعتدبها. اذ فيه سكوت عن حكم ما علم وجود مال المضاربه بشخصه مع عدم تسميه مجموعته لاحد معين. (1) بخلاف ما لو جعلنا الشرطيه الثانيه بيانا لمفهوم الشرطيه الاولى، وان اريد جعل الثانيه بيانا لمفهوم الاولى، فيبقى ضمير المحذوف فى قوله (لم يذكر) بلا- مرجع. اذ المفروض ان مال المضاربه المتقدم ذكره هو ما علم بقائه بعينه، ليتمكن صيرورته مشارا اليه لكلمه (هذا)، والمفروض ان المستدل ارجعه الى مال المضاربه [الذى] يعلم بقائه بعينه، وهو غير مذكور سابقا ولا- مدلول عليه، بالمقام. وان سلمنا ارجاعه الى مطلق مال المضاربه، لخصوص المعين المشخص. فهو ايضا شامل للمعين المشخص، فكيف يختص (2) بمالم يعلم بقائه بعينه؟ مع ان ما علم بقائه بعينه الذى هو داخل فى المطلق ليس .

ص: ٣٤٨

- ١- لا بد هنا من ملاحظه الحديث مره اخرى: عن على (عليه السلام) انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوه الغرماء.
- ٢- وفى النسخه: مختصه.

حكمه ما ذكره من تسويه جميع الغرماء بل هو مختص بصاحبه. وبالجملة: هذا الحمل مستبعد جدا من وجوه شتى. والروايه ظاهره فى حكم ما علم بقاء مال المضاربه بعينه. لذلك لم يستدل احد به فى هذا المقام، على ما احاط به خبرنا. وفهم الاصحاب لهذه الروايه ايضا شاهد على ذلك فلاحظ التذكرة قال فيها (اذا مات العامل وعنده مال مضاربه لجماعه متعددين، فان علم مال احدهم بعينه كان احق به. وان جهل كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربه، قضى به ميراثا. ولو سمي الميت واحدا بعينه، قضى له به. وان لم يذكر، كان اسوه الغرماء. لما رواه السكونى عن الصادق (عليه السلام) عن آباءه عن على (عليه السلام) انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربه، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا للفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوه الغرماء.). انتهى كلامه (ره). فان ظاهر كلامه ان قوله (ولو سمي الميت واحدا بعينه) معطوف على اول الكلام المفروض [فيه] وجود مال المضاربه. ولما كان الحكم فى مسئلة غرماء الميت تقديم من وجد ماله فى التركة فذكر هنا حكمين من هذه المسئلة: احدهما: انه لو علم بقاء مال المضاربه عن جماعه متعددين، وكان مفروزا من ماله وعلم بالبينه او الاقرار بكون مال معين من جملة تلك الاموال من احدهم، فهو مقدم على غيره. وان جهل، كان الجماعه فى ذلك المال سواء. وثانيهما: انه لو كان عنده مال مضاربه مفروز من ماله واقرب فى حيوته ان مجموع ذلك المال من احد من الجماعه، فهو له. وان لم يقر بذلك واحتمل كونه لواحد آخر منهم او لا-كثر من الواحد، فالجميع سواء. والحاصل: ان موضع المسئلتين العلم ببقاء مال المضاربه مفروزه قابله لجماعه معينين غير معلوم حالها باشتراك الجميع فيه او اختصاص بعضهم بجميعه او اختصاص بعضهم ببعضه. فان علم بالبينه او الاقرار بكون بعض معين من الجميع، من واحد معين، فيختص به ويعمل بالباقي معامله الغرماء. سواء شارك معهم لو لم يف ما علم باختصاصه به. او وفى وبقي معامله الغرماء فى غيره. وان اقر بان الجميع مال واحد من الجماعه، فهو له ويبقى ساير الجماعه داخلين فى مسئلة (من مات وجعل كونه ما ترك من مال المضاربه) فيحكم بكونه ميراثا، المعبر عنها بقوله (وان جهل كونه مضاربه قضى به ميراثا). والروايه وارده فى بيان

حكم المسئلة الثانيه من المسئلتيں المتقدمتيں، كما فهمه واستدل بها لها. فتتزيل الروايه على صورته العلم ببقاء المضاربه، فى غايه البعد. اذ الظاهر منها ان قوله (عليه السلام) (وان مات ولم يذكر) معطوف على قوله (ان سماه.. الى آخره). وتوضيح الروايه ان لفظ (عنده مال مضاربه) ظاهر فى ماتعين وتشخص انه مال مضاربه موجوده متعينه. ويويده ما بعده ايضا فان قوله (عليه السلام) (ان سماه بعينه) كان قابلا (١) لتسميته [المال] بمال المضاربه باحتمال كون [مال] المضاربه غير متشخص وغير متميز فى الخارج. يعنى قال (ان هذا المال مال المضاربه) لا- (ان مال المضاربه حاصل فى جمله اموالى) و [كان قابلا] لتسميته بمال المضاربه مع تسميه صاحبه وتعيينه. لكن الظاهر ان المراد تسميه صاحبه مع تعيين مال المضاربه. بقرينه تفسيره (عليه السلام) بقوله (فقال هذا لفلان) من جمله من يحتمل كونه له من ارباب مال المضاربه. فاسم الاشاره حقيقه فى الموجود المتميز المتشخص الحاضر فى الخارج. فلا بد ان يكون المشار اليه هو مال المضاربه المتقدم ذكره فى كلامه (عليه السلام) وضمير المفعول فى كلمه (سماه) ايضا راجع الى ذلك المال. فهذه قرائن متعدده لوجود المال وبقائه وتشخصه وتميزه. وحكم (عليه السلام) فى هذه الصوره بان له، اعنى هذا المال المتشخص المتميز لمن سماه وعينه. ثم بين (عليه السلام) مفهوم هذه الشرطيه على سبيل المنطوق وقال (وان مات) يعنى هذا الرجل الذى عنده مال مضاربه موجوده متميزه، (ولم يذكر) يعنى لم يسمه لاحد ممن يحتمل كونه له من ارباب مال المضاربه، (فهو اسوه الغرماء) يعنى ذلك الرجل الذى فرض كون المال له من جمله المحتملين لكونه لهم فى الشرطيه السابقه، اسوه الغرماء. يعنى هو تابع لساير المحتملين لكونهم من ارباب هذا المال. ويحتمل رجوع كلمه (هو) الى المال المذكور. قال فى مجمع البحرين: المال اسوه بين الغرماء: اى شركه ومساهمه بين غرماء المفلس، لاينفرد به احدهم دون الاخر. والحاصل: ان الروايه ظاهره فى صورته وجود مال المضاربه واريد بالغماء فيها .

ص: ٣٥٠

الذين هم مشتركون في مال المضاربه على فرض عدم تسميه الميت اياه لاحدهم، و متساوون في الاستحقاق على قدر نصيبهم. فلا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه. يعنى فى مالم يعلم بقاء مال المضاربه، وان علم بكونه فى يده سابقا. واما ذكره من اعتضاد الروايه بالشهره: فلم نقف على هذه الشهره فى ما نحن فيه، ولا على من نقلها. بل ظاهر عبارته التذكرة، عدم الخلاف فى ما نحن فيه. اعنى فى كون المال ميراثا اذا لم يعلم بقاء مال المضاربه. وسكت عن الضمان. (1) كما فى الشرايع قال (اذا مات وفى يده اموال مضاربه، فان علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل، كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربه، قضى به ميراثا). وذكر فى المسالك بعد ذلك، الاشكال فى ضمانه لمال المضاربه وعدمه، ورجح الثانى. وفى التحرير قال (اذا مات وفى يده اموال مضاربه، فان علم مال احدهم بعينه، كان اولى به. فان جهل، تساوا فيه. و ان جهل كونه مضاربا، قضى به ميراثا. ولو مات وعلم ان بيده مال مضاربه ولم يوجد، ففى اخذها من التركة اشكال). وقال فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربه، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوه الغرماء، على اشكال. وان عرف، قدم و ان جهلت عينه). والحاصل: ان اكثر عبارات الاصحاب (الموجوده عندي) حاكم بصيروره المال ح ميراثا. انما الاشكال فى الانتقال الى ذمته. ورجح جماعه من محققى المتأخرين العدم، و يظهر وجهه مما تقدم. ولم نقف على هذه الشهره التى ذكره. نعم ذكرنا نظير هذه المسئله فى الوديعه. ونسبه جماعه الى الاكثر. وذلك لا يوجب كون الروايه (على فرض دلالتها) موافقه للاكثر فى مانحن فيه حتى يعتضد به. مع ان الاشكال فى الوديعه ايضا حاصل. و يمكن ان يكون وجه الفرق بين الوديعه وبين ما نحن فيه ان الوديعه مبنيه على محافظه العين من دون تصرف فيه، بخلاف المضاربه. فان الغالب فيه الدوران والانتقال من يد الى اخرى. وظهور البقاء عنده فى الوديعه اكثر. ولكن الدليل الذى ذكرناه فى المضاربه جار فيها ايضا. على انا نقول: ان كلامهم فى الوديعه مبني على التفريط من جهه .

ص: ٣٥١

١- فى النسخه: ولكنه سكت عن الضمان.

ترك الوصيه. كما يظهر من استدلالهم في هذا المقام. وكذا استشكل هؤلاء في الضمان اذا مات فجأه ولم يجد فرصه للايصاء. قال العلامة في القواعد في باب الوديعه في الفصل الثاني المعقود لذكر موجبات الضمان (ولو اراد السفر فدفنها، ضمن. الا ان يخاف المعاجله). اى معاجله الاخذ والتلف فى اخذها، او معاجله رفق السفر. وهكذا فسر فى غير واحد من عبارته. [ثم قال] (ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصيه بما عنده من الوديعه فان اهمل، ضمن. الا ان يموت فجأه على اشكال). قال فخر المحققين: ينشأ من التفريط بترك الاشهاد، لانه نوع حفظ من الوارث لو مات ولم يعلم وهو معرض للموت. ومن الاصل وان مبنى الوديعه على الاخفاء. والاقوى الضمان، لان الوصيه بها والاشهاد سبب فى منع الوارث من جحودها، وفى وجوب ادائها ظاهرا ان علم بها، وفى نفس الامران لم يعلم. وذلك كله سبب للحفظ فتركه سبب لترك الحفظ. ولا معنى للتفريط الا ذلك). ثم قال العلامة (ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندى ثوب وله اثواب، ضمن. اما لو قال عندى ثوب ولم يوجد فى التركة ثوب، لم يضمن. تنزيلا على التلف قبل الموت، على اشكال). قال فخر المحققين: قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله (صلى الله عليه وآله) على اليد ما اخذت حتى تودى. (1) وانما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم. فلا يسقط الضمان بالشك. ولعلمنا الوديعه وجهل عينها، فيكون كما لو كان عنده وديعه فدفنها و سافر ولم يطلع عليها احد فانه يضمنها فى ماله، فكذا هنا. لان السفر والموت فى هذا المعنى واحد. وهذا قول الشيخ فى المبسوط واستدل بهذين. ويحتمل العدم لان الوديعه ليست سببا للضمان. بل سببه التفريط ولم يعلم. والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه محال. ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد. والاصح الثانى. انتهى كلامه. .

ص: ٣٥٢

اقول: ولعله فرق (1) بين ترك الوصيه مطلقا، والوصيه بثوب مع وجدانه في التركه. كما ذكره. وليس هنا تقصير لكفايه الوصيه بثوب اذا لم يكن عنده اثواب. بخلاف ما لو كان عنده اثواب، للزوم الاجمال في الثاني دون الاول. وموضع الاستشهاد في كلامه هو ما ذكره من الدليل لكثر العلماء بما ذكره من كونه كالدفن في المسافر. فاعتماد الاكثر في الضمان على التفريط. وان جمع بينه وبين الاستدلال بالروايه الاعم من صورته التفريط. واصرح من ذلك عبارته التذكرة حيث انه (بعد ما ذكر حكم السفر والموت) قال (اذا اوصى بالوديعة وجب عليه تعيينها وتمييزها من غيرها بالاشارة الى عينها او بيان جنسها ووصفها. فلو لم يبين الجنس ولا اشار اليها بل قال عندي وديعه، فهو كما لم يوص. ولو ذكر الجنس فقال عندي ثوب لفلان، ولم يصفه، فان لم يوجد في تركته جنس الثوب، فاكثر علمائنا على ان المالك يضارب الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة. لتقصيره بترك البيان). ثم ذكر باختياره عدم الضمان. ثم قال بعد ذلك (قد بينا الخلاف في ما اذا كان عنده وديعه ثم مات ولم يوجد في تركته، وان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان. والذي عليه اكثر العلماء منا ومن الشافعيه وجوب الضمان). وقال في الشرايع: اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل يخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاق التركه حاصهم المستودع وفيه تردد. قال في المسالك: وهذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة اوجب بثبوت يده عليها والتزامه بها الى ان يرده الى مالكها. فادا لم يعلم كان ضامنا لها، لعموم (على اليد ما اخذت حتى تودي)، ولانه بترك تعيينها مفطر فيها فيضمن، ولان الاصل بقائها في يده الى الموت، وبعده يكون في جملة التركه. فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل. فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء. ثم ذكر لتردد المصنف وجهين: احدهما: ان يكون ناظرا الى الاصل الضمان. لاصاله البرائه وعدم التفريط. ولا ينافيها اصاله بقاء المال. لعدم استلزامه تعلقه بالذمه. و ثانيهما: ان يكون ناظرا الى كيفية الضمان. فان اصاله البقاء يقتضى كونها في جملة .

ص: ٣٥٣

١- عبارته النسخه: ولعل الفارق....

التركة وان كان عينها مجهوله. وهو يستلزم تقديم مالكها على الغرماء، لامحاصته معهم. ثم قال: والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم يتميز، قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزله الشريك. وان علم تلفها بتفريط فهو اسوه الغرماء. والا فلا ضمان اصلا. لاصاله براهه الذمه. وقد عرفت مما قدمناه ان ماقويه فى المسالك قوى متين. وظهر ايضا مما ذكرنا ان فتوى اكثر علمائنا بالضمان فى الوديعة، ان كانت مبتنية على التفريط فى الوصيه، فالضمان حق. لكن على تفصيل فى تركها راسا او اجمالها بحيث يعلم بقائها فى المال مجهولا. فيضمن فى الاول مع تحاص الغرماء، ويقدم على الغرماء فى الثانى. و لكن الاشكال بعد باق فى ان مطلق عدم معلوميه الوصيه تفريط، او اذا علم انه شارف الموت ولم يوص؟ -؟. والمسلم انما هو الثانى. لامطلقا. وحاصل الغرض من نقل هذه الكلمات بيان الفرق بين الوديعة والمضاربه. حيث ان الاكثرين ذهبوا الى الضمان فى الوديعة دون المضاربه. فالتمسك بالروايه فى المضاربه لاعتضادها بعمل الاكثرين وهن فى وهن. (1) مع انهم ذكروا مثل هذه الكلمات فى الرهن ايضا. والظاهر ان الاكثرين مختارهم فى الرهن موافق لما اخترناه فى المضاربه. فتوهم (اعتضاد الروايه هنا بعمل الاكثر سبب فتوى الاكثر فى الوديعة بالضمان)، معارض بانها - على فرض مطابقتها لما قال المستدل - مخالفه لفتوى الاكثر فى الرهن. حيث قالوا (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له). كما هو مصرح به فى القواعد و التحرير والشرايع وغيرها، من دون نقل خلاف واشكال. وقال فى المسالك (ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئله جازمين بحكمها على الوجه المذكور) الى اخر ما ذكره من وجهى الاشكال. ورايت فى بعض الحواشى المنسوبه الى فخر المحققين - وكانه. بخط بعضى الفضلاء - مكتوبا على عباره القواعد هذه (2) (هكذا قال بعض الاصحاب)..

ص: ٣٥٤

١- ولعل الاصل: وهم فى وهم.

٢- اى تعليقا على هذه العبارة (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له) فى القواعد.

والحاصل: ان ظاهرهم ان فتوى الاكثر هو ذلك. ولا باس ان يشير الى وجهى الاشكال وان كان يستفاد مما تقدم، ولنقتصر بما ذكره فى المسالك، فانه بعد ما ذكر عبارته المحقق حيث قال (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه) قال: المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجودا فى التركة ولا معدوما، فح يكون كسبيل مال المرتهن. اى بحكم ماله. بمعنى انه لا يحكم للرهن فى التركة بشيىء، عملا- بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، واصاله برائه ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق بذمته لانه امانه، ولا بماله لاصاله بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا. هذا بحسب الظاهر وان كان فى نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة. وقوله (حتى يعلم بعينه) المراد به ان الحكم المذكور ثابت الى ان يعلم وجود الرهن فى التركة يقينا. سواء علم معينا او مشتبهها فى جملة التركة، وان كان العبارة تؤذن بخلاف ذلك وان الرهن اذا لم يعلم فى التركة متعينا متميزا فهو كسبيل ماله، (1) وليس بمراد قطعا. اذ لا- فرق فى ثبوت حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا فى مال آخر، ومتيقنا وان كان مجهول العين. وطريق التلخص ح الصلح. واعلم ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا جا زمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارته متقاربه او متحدة. وذكروا نظيرها فى باب الوديعه وباب القراض واستشكلوا حكمها. والامر فيه كذلك، فان اصاله برائه ذمه المرتهن معارضه باصاله بقاء المال والحال انه فى يد المرتهن وقد قال صلى الله عليه وآله: على اليد ما اخذت حتى تودى. فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصاله بقاءه وثبوت يده يقتضى كونه فى يده. فاذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاءه وان لم يتحقق كونه من جملة التركة لاحتمال كونه فى محل آخر. الا ان على المرتهن التلخص منه. وحيث لم يتعين يكون مضمونا. خصوصا اذا امكنه الوصيه والاشهاد فلم يفعل. وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود، فيقدم بقدره على غيره من الديان. لانه بمنزله الشريك حيث حكم ببقاء ماله. ويحتمل كونه بمنزله الديان، لعدم العلم ببقاء عين المال واصاله بقاءه .

ص: ٣٥٥

١- وفى بعض نسخه المسالك (وان الرهن اذا لم يعلم فى التركة متعينا متميزا والا- فهو كسبيل ماله). ولكن الصحيح ماجاع به المصنف هنا.

بحسب الظاهر، فيكون بمنزلة الدين. ويمكن ان يقال - على اصل هذا الاشكال - لا تعارض بين الاصلين السابقين. فان اصاله بقاء المال يمكن ان يجمع اصاله البرائه. لان المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانه، ثم يمكن تلفه بغير تفريط. فلا يكون مضمونا. و حديث (على اليد ما اخذت حتى تودي) لا بد من تخصيصه بالامانات. ولم يعلم هنا ما يزيل الامانه. فيبقى اصاله برائه الذمه رافعه لاستحقاق الراهن عن المال والذمه. لعدم التعارض. فيتم ما اطلقوه حيث يشتهه الحال. وهذا البحث جار في كل امانه يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط. انتهى كلامه قدس سره. وينبغي هنا التنبيه لامور: الاول: ان الجمع في الاستدلال للضمان - في الوديعة بين قوله ص (على اليد ما اخذت) وبين قولهم بان ترك تعيينها تفريط، وانه من باب دفن الوديعة لمن اراد السفر - غير جيد. لانهم ان ارادوا انه لم يوص ولم يشهد وقصر في التعيين فهو ضامن، فهو وجيه. ولكنه لا يصح الاستدلال به في المسئله على الاطلاق. وان ارادوا ان مطلق اختفاء امر الوديعة وصيرورته مجهولا - كاشف عن التقصير، فهو في محل المنع. اذ لعله لم يقصر و لم يفرط واوصى واشهد، لكنه خفى الامر بعد ذلك لموت الموصى او الشاهد او غير ذلك. الثاني: ان وجه الفرق بين المضاربه وبين الوديعة غير واضح حيث اتي الاكثر في الوديعة بالضمان دون المضاربه. ولعل وجه الفرق ما اشرنا سابقا من ان مقتضى المضاربه التقلب في الايدي وعدم لزوم استمرار يد المضارب عليه مباشره. بخلاف الوديعة للزوم استمرار اليد المباشره عليه لاجل الحفظ، بل وستره عن الغير واخفاء امره. فالظاهر بقاء اليد المباشره على الوديعة واستصحابها. بخلافها في المضاربه. لكن ذلك لا ينفع في اثبات التفريط على الامين. ولا ينافى ذلك اصاله برائه الودعي عن الضمان حتى يثبت التفريط. الثالث: ان وجه الفرق بين الرهن والوديعة غير واضح. فما وجه فتوى الاكثرين في الوديعة بالضمان وفتويهم بعدمه في الرهن مع كون الرهن ايضا وديعه -؟ ويمكن ان يقال: الفرق هو ان الرهن في موضع الاتلاف من المرتهن غالبا لكونه وكيلا في بيعه و

استيفاء حقه، بخلاف الوديعة فانه مأمور بحفظه من دون تصرف فيه اصلا. ولكن هذا ايضا ممالا يصلح لرفع اصاله البرائه وعدم الضمان في الوديعة كما مر. الرابع: انه (١) في شرح قول المحقق في المضاربه (اذا مات وفي يده اموال مضاربه فان علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل، كانوا فيه سواء) قال: (٢) ضمير (فيه) يعود الى المال المجتمع من اموال المضاربه. ومعنى استوائهم في ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبه اموالهم بالسويه، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا اذا كان اموالهم مجتمعهم في يده على حده. واما اذا كان ممتزجا مع جمله ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبه الى جميع التركة كالشريك. ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا. [انتهى كلامه ره]. واورد عليه بان الوجه في حرمان الورثه مع قصور تركته عن مالهم او مساواتها مع فرض وجود مال [الغير] غير واضح الامع ثبوت موجب ضمان التالف من اموالهم من تعد او تفريط. فيثبت امانته وعدم ضمانه للتالف الامع احد الامرين. والاكتفاء في الضمان باحتمال احدهما، مرفوع بالاصل. وعموم (على اليد ما اخذت حتى تودي) مخصص بمادل على امانته. فالوجه ضرب الورثه مع الغرماء في التحاص، واخذهم جميع مال مورثهم مع العلم بعدم تلف شىء منه. ومع احتمالهم يتحاصون معهم بنسبه مالهم. ويمكن حمل كلامه عليه بتعميم (الغرماء) في كلامه للورثه بضرب من التغليب. ولكن يشكل بتوقف ذلك على معرفه مقدار مال الميت ومعلوميه نسبه بالاضافه الى اموالهم. ولو جهل اشكل الحكم في ضربهم معهم في التحاص. اقول: ولعل مراده من قوله (ممتزجا مع جمله ما له) عدم كون مال المضاربه مفروزا من ماله بل داخلا في ماله وممزوجا فيه بحيث اشتبه عينه مع العلم ببقائه وعدم تلفه، على وجه لم يكن مكلفا برده. فصاحب مال المضاربه ح كالشريك للورثه، وليس (٣) كالصوره .

ص: ٣٥٧

١- اى: ان الشهيد (في المسالك) قال.....

٢- اى: ان الشهيد (في المسالك) قال.....

٣- عبارته النسخه: ... كالشريك للورثه نمناه انه ليس ...

الاولى حيث يتعلق الحكم بالرد الى صاحب مال المضاربه بالمفروز فقط فيبقى الباقي (1) في حكم الميراث لاصاله البرائه. بل يتعلق الحكم بالرد هنا الى مجموع الملك لكونه فيه ولو مشتبهها. ولا- ريب في تقديم رب مال المضاربه ح على ساير الغرماء المطالبين منه في ذمته فضلا على الورثه. فلا معنى لتحاص الورثه معهم. والحاصل: ان الغريم الذى ماله موجود فى التركه مقدم على من لم يوجد ماله فى التركه. سواء كان وجوده معلوما بعينه وشخصه او مشتبهها فى جملة امواله. فح يصح قوله (ره) (ان وسعت التركه اموالهم اخذوها. وان قصرت تحاصوا). وقوله (ره) (كالشريك) دون ان يقول (شريك) اشاره الى ان حق الغرماء فى ذلك المال مقدم على رب المال. و لو كان شريكا حقيقيا لم يقدم على شريكه. ولما كان حساب اموال الغرماء غالبا مضبوطا و حساب مال المضارب غير منضبط - لانه يتصرف منه تدريجا ولا يمنع من التصرف - فهم شركاء فى المال، حيث ان مالهم مخلوط بماله. وليسو بشركاء حيث ان حقهم مقدم على التركه وقد يبقى للوارث شىء وقد لا يبقى. فلذلك قال (كالشريك). فقد لا يبقى مجال لتحاص الورثه معهم، حيث لم يبق الا المساوى لما لهم اواقل. وقد يبقى لكن بمعنى انه ياخذ الغرماء مالهم بحساب اموالهم ويبقى للورثه ايضا حصه. لكن حصتهم غير مبتنيه على حساب ما يبقى. فلو فرض انه اعترف ان (جميع اموال ارباب المضاربه موجوده عندى [و] لم يتلف، ولكن دراهمهم فى الكيس الذى فيه دراهمى، وغلتهم فى الانبار الذى فيه غلتي مخلوطا). واتفق انه صرف منهما تدريجا بظن انه لم يصرف بقدر لم يبق حصتهم او بقى اقل منها. وعلم باقراره عدم تلف مالهم على وجه لا يضمنها، فحقهم متعلق بذلك المال ما بقى شىء منه. ويظهر الثمره فى عدم تحاصهم مع الغرماء المطالبين عنه فى ذمته لافى ما له. فعلم مما ذكرنا انه لامنافات بين كون مال المضاربه مع جملة الاموال وبين قصور التركه عن مال المضاربه عنده وكونه ممتزجا بماله. ومع هذا ليس هناك شىء يبقى لنفسه حتى يتحصص معهم. فيؤخذ مثل مال المضاربه ان بقى بمقداره، او الاقل ان .

ص: ٣٥٨

١- وفى النسخه: فيبقى الثانى...

بقى الاقل، فيتحصون. ثم ان وجد له مال آخر، يستوفى منه. والا فيدخل في مسئله (عدم مال المضاربه). وقد عرفت ان الاقرب فيه عدم الضمان، لاصل البرائه وكونه امينا. نعم: يرد كلام المورد اذا ثبت امتزاج مال المضاربه بمال من امواله (او في جميع امواله) من دون العلم ببقاء جميع مال المضاربه في ماله. فح يشترك المضارب ورب المال في هذا القدر او في جميع التركه. ولا يحكم ح بقاء جميع مال المضاربه، لان القدر المعلوم هو بقاءه في الجمله لا با جمعه. فيحتمل تلف مقدار ما لا يعلم بقاءه فيه من غير تفريط. فح لا بد من التخاص بين المضارب ورب المال. ولما لم يعلم مقدار مال المضارب ولا مال رب المال، فيمكن التخاص. وطريق التخاص هو الصلح. فيصح ح ايضا تقديم رب المال على ساير الغرماء، لوجود ماله في الجمله. وبعد الصلح وتعيين حصه المضارب يستوفى ساير الغرماء الذين لهم حق في ذمته من حصته بالتخاص بينهم على مقدار حقهم. واما لو علم بقاء تمام حق المضارب في التركه وجهل عينه فيستوفى تمام حصته من ماله. وان بقى شىء فيكون للمضارب ويتعلق حق الغرماء الذين يستحقون في ذمته به. فمراد صاحب المسالك من قوله في مسئله الرهن ان (طريق التخلص الصلح في مثله) انما هو الصلح في جعل بعض الاموال بدلا عن عين ماله المشتبه في مال المرتهن. لا الصلح في مقدار المال. للزوم الوفاء بتمامه، للعلم ببقائه فيه. فالصلح قد يحتاج اليه في التخلص عن تعيين عين مال رب مال المضاربه او الرهن. وقد لا يحتاج في التخلص عن اشتباه مقداره. والاول في صوره العلم بوجود تمام المال مع اشتباهه. والثانى في صوره العلم بوجوده في الجمله مع جهاله مقداره. والاول لا يستلزم بقاء شىء لرب المال. والثانى يستلزم بقاء شىء له. ومما حققناه يتضح لك ما اشرنا اليه من وقوع الخلط في كلام فخر المحققين. كما اشرنا اليه سابقا. وحاصل المختار في هذا المضمار انه لو لم يعلم بقاء الرهن في المال ولا عدمه (و كذا الوديعه ومال المضاربه) فالتركه محكوم به بكونها ميراثا، والاصل برائه ذمه المرتهن

والمستودع والمضارب. وفي ما علم وجوده باجمعه فيه مع اشتباهه يقدم الراهن والمودع والمضارب على رب المال وسائر الغرماء المطالبين في ذمته. ولا دليل (١) عليه في ما علم وجوده في الجملة مع اشتباهه. فالمصالحة اولا بين الامين ورب المال و [لا-] يتعلق حق الغرماء الطالبين في ذمته، بحصه الامين. واما في صورته تعيين مال رب المال فلا اشكال في تقديمه على الامين وعلى الغرماء المذكورين. هذا ولكن الاحوط البناء على المصالحة في صورته الجهالة مطلقا. سيما في الوديعة..

ص: ٣٦٠

١- وفي النسخة: ولا ضمان عليه.

۱۶۸:سوال:

۱۶۸:سوال: هر گاه زید قطعه ملکی بعمرو داده که باغ نماید. تا سه سال منافع زمین مختص عمرو باشد وبعد از سه سال باغ مزبور بالمناصفه بوده باشد. بکر آمده ادعا مینماید که زمین مزبور مال من بود وزید غصب کرده. وادعای بکر هر گاه بثبوت برسد عمرو می تواند که اخراجات باغ را از متروکات زید اخذ نماید یا نه؟ -؟ و هر گاه بکر محصول باغ مزبور را عنفا برده باشد، باید عمرو رد نماید یا نه؟ -؟ و محصول تابع اشجار است یا تابع زمین؟ -؟ و آیا عمرو تسلط بر قلع اشجار مغروسه خود دارد یا نه؟ -؟. و آیا می تواند غرامت محصول را از بکر اخذ نماید یا نه؟ -؟. واجره الارض چقدر میباشد؟.

جواب:

جواب: اصل معامله مغارسه باطل است. (۱) و هر گاه کسی این معامله را کرده باشد .

ص: ۳۶۱

۱- این همان مبحث (توقیف) و (امضا) است که در جلد اول و دوم نیز با آن سر و کار داشتیم. و گفته شد که اکثر متقدمین در این مسأله طرفدار توقیف هستند. یعنی معتقدند تنها آن تعداد معاملات صحیح و مشروع است که از ناحیه شارع به نام اعلام شده باشند مانند بیع، اجاره، رهن، مضاربه و... و... و چون معامله ای بنام (مغارسه) از طرف شارع و در زبان شارع نبوده و اعلام نشده پس چنین معامله ای باطل است. و بر این متفرع میشود بطلان (سرقفلی) و (بیمه) و امثال آن. مرحوم صاحب جواهر بر بطلان مغارسه ادعای اجماع کرده است میگوید (... المغارسه باطله عندنا، لان الاصل الفساد... هذا العقد علی نحو عقد المزارعه فان الاجماع بقسمیه علی بطلانه) - جواهر، ج ۲۷ ص ۹۳ و صاحب مسالك میگوید (المغارسه معامله خاصه علی الارض لیغرسها العامل علی ان یكون الغرس بینهما وهی مفاعله منه وباطله عندنا وعند اکثر العامه. ولان عقود المعاوضات موقوفه علی اذن الشارع وهی منفیة هنا) - مسالك ج ۱ ص ۳۲۹، شهید در لمعه میفرماید (والمغارسه باطله ولصاحب الارض قلعها وله الاجره، لطول بقاءه). پس مشاهده میکنیم که صاحب جواهر اصل در معاوضات را فساد میدانند مگر در جائی که شارع اذن داده باشد. و این نظریه را اجماعی میدانند. و از بیان شهیدین نیز دستکم (عدم الخلاف) ظاهر میشود. اما گویا شهید اول در لمعه به دلیل دیگر غیر از توقیف تکیه میکند و آن (طول بقای مغارسه) است نسبت به مدت بقای مزارعه. و این در صورتی است که (جارو مجرور) را به (باطله) متعلق بدانیم که ظاهرا هم چنین است. زیرا اجرت زمین منوط به طول بقاء و عدم آن نیست همان طور که قبلا نیز یاد آوری شده فقهای متاخر در مورد (معاملات) اجماعا به (امضا) معتقدند و مشروعیت معامله را منوط به اعلام عنوان آن از ناحیه شارع، نمیدانند و بدین ترتیب معاملاتی از قبیل بیمه و سرقفلی را صحیح میدانند، با این که این بینش با صریح اجماعی که صاحب جواهر ادعا کرده مخالفت دارد. و این بحث طولانی است و دستکم به ده ها صفحه نیاز دارد.

و حکم ببطالان شود، زمین مال صاحب زمین و اشجار مال صاحب اشجار است که غرس کرده است. و منافع اشجار مال صاحب اشجار است، و صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است. و هر گاه نهال هم مال صاحب زمین باشد عامل مستحق اجرت عمل خود است. و صاحب زمین می تواند که به صاحب درخت بگوید که درخت خود را بکن. و در صورتی که او را امر کرد به کندن درخت باید ارزش درخت [را] به او بدهد. یعنی درخت را قیمت میکنند در حالتی که درخت بر پا باشد بر زمین اجاره دار، و در حالتی که کنده شود و افتاده شود. و تفاوت میان این دو قیمت را به صاحب درخت میدهند. مثل این که درخت در زمین اجاره دار اگر بر پا باشد به یک تومان میارزد، و هر گاه کنده شود و افتاده شود پنج هزار دینار میارزد. باید مالک زمین پنج هزار دینار به صاحب درخت بدهد. و به هر حال اختیار کندن با مالک زمین است. و صاحب درخت هم اختیار کندن درخت خود را دارد هر چند صاحب زمین راضی نباشد، و بعد از کندن درخت باید زمین را هموار کند و ریشه ها را بر آورد و تدارک شکستگی و نقص زمین را نموده و به اصلاح آورده به او رد نماید.

واما مسأله دعوی بکر: اگر دعوی او به ثبوت شرعی برسد زمین خود را صاحب می شود. ولکن درختها مال عمرو است بکر را به درخت رجوعی نیست. و بکر اجرت المثل زمین خود را که در این مدت در تصرف عمرو بوده از عمرو مطالبه میکند. و عمرو منافع اشجار خود را که بکر عدوانا تصرف کرده، از بکر مطالبه میکند. و عمرو درختهای خود را می تواند بکند و زمین را هموار کرده از عیب بر آورده تسلیم بکر نماید. و اما مسأله رجوع عمرو به متروکات زید به جهت استیفای غرامت و نقصان: پس آن تفصیلی میخواهد و محتاج به تأمل. و الحال فرصت نیست. و اما مسأله اجرت المثل: [اجرت المثل] هر زمینی را اهل خیره آن بلد بهتر میدانند، به آنها باید رجوع کرد. بهتر آن است که اهل خیره دو نفر مرد عادل باشند. و شاید به یک نفر عادل هم توان اکتفا کرد. و اگر آنها میسر نشود به قول جماعتی که مظنه به صدق آنها حاصل شود هم میتوان اکتفا نمود. والله العالم.

۱۶۹:سوال:

۱۶۹:سوال: هر گاه زید ملکی را بفروشد به عمرو به بیع خیار شرط، و بیع لازم شود. و بعد از لزوم، زید بدون اذن عمرو در آن زرع کند. و در حال شغل زمین به آن زرع اجاره کند آن را از عمرو در مدت معینه. و آن مدت تمام شود قبل از کمال زرع و رسیدن هنگام حصاد. عمرو چه تسلطی دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه میدانند که مدت مزبوره در عادت آن قدر نیست که زرع مذکور در آن زمان برسد، و مقصود او هم قصیل (۱) نیست که هر گاه عمرو راضی نشود به ماندن زرع آن را در حال قصیل بریده به مصرف برسانند. اظهر بطلان اجاره است، و عمرو مستحق اجرت المثل زمان اجاره است. و از برای او اختیار هست که در انقضای مدت، ازاله زرع را بلا عوض بکند، و اینکه باقی بگذارد و اجرت باقی زمان را بگیرد تا زمان حصاد. و هر گاه قصور زمان مدت اجاره به جهت سانحه خارجی باشد (مثل سردی هوا) پس باید عمرو بگذارد تا زرع حصاد شود. و اجرت المثل این مدت زمان آخری را بگیرد. .

ص: ۳۶۳

۱- قصیل: بوته های گندم و جو که قبل از دانه بستن به عنوان علوفه درو شود.

کتاب المزارعه من المجلد الثانی

۱۷۰:سوال:

۱۷۰:سوال: زید از عمرو بذری گرفته که زراعت نماید و به طریق متعارف اربابی ورعیتی معمول دارد. وزراع بذر را کاشته و در عمل آوردن آن تفریط کرده. آیا صاحب بذر را میرسد که مطالبه بذر و منافع آن را از قرار بازدید اهل خبره نماید یا نه؟ -؟. و حقیقت مزارعه و بعضی از شرایط آن را بیان کنند.

جواب: از ظاهر سوال:

جواب:

جواب: از ظاهر سوال: چنین فهمیده می شود که این معامله به عنوان مزارعه بوده است. و شرط شده بذر را به صاحب بذر رد کند. و اظهر بطلان این عقد است. و اصل مزارعه این است که معامله واقع شود بر زمین به حصه معینه از حاصل آن. خواه هر یک از بذر و عوامل هم مال صاحب زمین باشد و همان عمل از غیر باشد، و خواه بذر و عوامل یا احدهما از عامل باشد، و خواه مشترک باشد بینهما. و هم چنین خواه زمین و عمل مختص احدهما باشد یا مشترک باشد بینهما، و خواه آن زمین بعینها ملک ایشان باشد، یا منافع آن ملک از ایشان باشد. مثل این که به اجاره گرفته باشند زمین را. و مشهور این است که شرط است تعیین مدت در آن به روز و ماه. و جمعی در این شرط کرده اند که مدت باید به مقداری باشد که علم یا ظن حاصل باشد به این که آن زرع در آن زمان میرسد. و بعضی اکتفا کرده اند به ذکر تعیین مدت هر چند کمتر باشد از زمان رسیدن حاصل جزما. نظر به این که ممکن است که بعد راضی شوند که زرع باقی بماند. و این ضعیف است. چونکه منشا تقویت غرض است و ظاهرا سفته است. مگر این که به قصیل هم توان منتفع شد، و مقصود آن باشد که اگر مالک راضی بشود قصیل را قسمت کنند. و در اکتفا به تعیین مزروع از ذکر مدت، دو وجه ذکر کرده اند. و اگر اجماع در اشتراط تعیین مدت نباشد قول به کفایت آن قوت دارد. چون تعیین مزروع به منزله تعیین مدت است نظر به عادت. و اختلاف جزئی که در بعضی سالها به حسب اختلاف هوا بهم میرسد مغتفر باشد. و لکن مخالفت ظاهر اصحاب مشکل است. و آن از عقود لازمه است، و ظاهرا، خلافتی در این نیست، بلکه اجماع بر آن نقل شده.

و عبارتی که در عقد بگوید (زارعتک هذه الارض فی هذه المده بهذه الحصة المعینه من حاصلها) است. و به فارسی هم میتوان گفت که (به مزارعه دادم این زمین را به تو در مدت شش ماه - مثلاً - که ثلث حاصل آن از من باشد) و هم چنین ذکر بذر و عمل را میکنند. و ظاهر این است که هر لفظی که افاده آن بکند کافی باشد. لکن احوط این است که ترک ایجاب و قبول (بروجه متعارف در سایر عقود) نکنند. و به تقایل فسخ می شود. یعنی به رضای طرفین بر هم میتوان زد، بی اشکال. و به موت احد طرفین هم باطل نمی شود. مگر این که شرط شده باشد مباشرت به نفس عامل، و بمیرد عامل قبل از ظهور ثمره. و اما بعد از ظهور ثمره پس در آن اشکال است. نظر به استصحاب ملک. و نظ به عقد شرط دور نیست که این نیز چنین باشد. و نظر به این که استقرار ملک معلوم نیست بلکه مسلم همان ملکیت متزلزله است. و بدان که نماء و حاصل این معامله مشاع است ما بین مالک و عامل و تابع شرط ایشان است به نصف یا ثلث یا غیر آن. و نمی توان تعیین حصه کرد به کیل و زن. و اما هر گاه در ضمن عقد شرط کنند حصه معینی [را] علاوه بر آن نماء مشترک از برای مالک یا عامل، مثل این که مالک به عامل بگوید که صد من گندم از میان بر میدارم که مال من باشد و باقی در میان من و تو ارباعاً قسمت شود یک ربع از تو و باقی از من - پس اظهر عدم جواز آن است. چون منافی مقتضای عقد مزارعه است. و فرقی نیست ما بین آن که غالباً از مثل آن زمین زاید بر مقدار آنچه شرط شده به عمل بیاید یا نه. و بعضی تجویز کرده اند این شرط را. و بعضی تخصیص داده اند جواز را به استثنای بذر. یعنی صاحب بذر بگوید بذر را از میان حاصل بر میدارم و تتمه را ارباعاً (چنانکه گفتیم) قسمت میکنیم. و عدم جواز اظهر و اشهر است. اینها در وقتی است که شرط قدری معین از آن زرع باشد. اما هر گاه شرط کنند در ذمه - مثلاً مالک به عامل بگوید که ده درهم تو به من بده و حاصل زرع هم ارباعاً قسمت شود، یا صد من گندم در ذمه تو باشد که علاوه بر حصه من به من بدهی - پس اشهر و اظهر جواز آن است به مقتضای عمومات و روایت محمد بن سهل هم دلالت بر

آن دارد. و در این صورت هر گاه آن زرع از آفات سالم مانند به مقتضای آن شرط عمل میکنند. و هر گاه تلفی به آن برسد، از شرط به حساب آن کم می شود. همچنانکه گفته اند در بیع میوه باغ در صورتی که استثنا شود قدر معینی از آن. مثل این که بگوید (میوه این باغ را به تو فروختم الا صد من آن را به این مبلغ) که در آنجا هم مشهور جواز است به مقتضای حدیث صحیح (۱). و در آنجا هم گفته اند هر گاه تلفی برسد در میوه آن باغ، مالک هم به قدر صد من در آن شریک خواهد بود. و شهید ثانی (ره) احتمال عدم شراکت آن را در مقدار شرط، داده، به جهت اطلاق شرط. بعد از آن که فتوی داده است به این که قرار آن مشروط است به سلامت. چنانکه گفتیم. و احتمال ثانی در نظر حقیر اقوی است و قیاس به میوه باغ نمیتوان کرد، چون در آنجا ظاهراً شرکت مالک باقی است و تلف از مال مشترک شده، و در اینجا شرط مختص مشروط له است و به آن تلفی نرسیده است. و بدان که: در جائی که مزارعه فاسد باشد به جهتی از جهات و حکم شود شرعاً به فساد آن، پس حاصل از صاحب بذر است و بر او است که اجرت المثل زمین و عمل را و عوامل را بدهد. و هر گاه از صاحب زمین و عوامل هر دو است هر یک به مقدار بذر از حاصل میبرند و نسبت به حصه مالک از اجرت المثل زمین او ساقط می شود، و نسبت به حصه زارع از اجرت المثل عمل و عوامل ساقط می شود. و هر گاه بذر از ثالثی باشد تمام حاصل از او است، و بر او لازم است اجرت المثل زمین و عمل و عوامل، و اطلاق کلمات ایشان اقتضا میکند که اجرت المثل لازم است هر چند حاصل به عمل نیاید. هر گاه این مقدمات معلوم شد پس اگر مراد صاحب مسأله این است که بر عامل شرط (رد کردن بذر) را هم کرده علاوه بر حصه ای که معین کرده از حاصل آن، پس آن معامله فاسد است (علی الاقوی) و مجموع حاصل از صاحب بذر است و مستحق اجرت المثل زمین هم هست هر گاه زمین از او است. و باید اجرت المثل عمل و عوامل را.

ص: ۳۶۶

هم بدهد. و هر گاه در عمل تقصیر شده اجرت عمل بر مقتضای آن معمول می شود. گاه است در عرف اهل خیره چنان عملی بی اجرت میماند، چون بر غیر وجه متعارف و معتبر منظور عقلا شده. و گاه است اجرت از متعارف کمتر می شود. و هر گاه مراد تو این است که مزارعه بوجه صحیح شده و شرط بذر نشده و لکن عامل در تربیت آن تفریط و تقصیر کرده، پس در آنجا بعد اثبات تفریط باید عامل از عهده آن خسارات بر آید و تفاوت حصه او را از حاصل - ما بین صورت تفریط و عدم تفریط به بازدید اهل خیره آن را - به او رد کند (۱). مثلاً هر گاه اهل خیره بگویند که هر گاه این شخص متوجه شده بود و عمل بر وجه متعارف کرده بود هزار من گندم عاید صاحب بذر میشد، الحال که تقصیر کرده پانصد من شده. باید از عهده پانصد من بر آید، و همچنین... والله العالم.

کتاب المزارعه من المجلد الثالث

۱۷۱: سوال:

۱۷۱: سوال: اذا زارع بطن (من بطون الموقوف عليهم) الارض الموقوفه ومات قبل انقضاء المده. فهل يبطل المزارعه ام لا؟ -؟.. و کذا بموت العامل؟ -؟.

جواب:

جواب: الظاهر عدم البطلان في ظاهر فتاويهم في كتاب المزارعه. واطلاق كلماتهم يقتضي عدم البطلان. فانهم صرحوا بان المزارعه لا يبطل بالموت. بل لم نقف على مخالف فيه على الاطلاق. ويظهر عدم الخلاف من جماعه من الاصحاب منهم المحقق الثاني في شرح القواعد (۲) وكذلك الكلام في المساقات. ولم اقف في كلامهم على تصريح باستثناء الوقف، بل انما ذكروا حكم عدم بطلان المزارعه ولم يستثنوا ذلك. كما استثنى جماعه ممن قال بعدم بطلان الاجاره بموت الموجد او المستاجر اذا كان العين المستاجر وقفا فأجره الموقوف عليه. نعم استثنوا ما لو اشترط على العامل ان يعمل بنفسه ومات العامل قبل ظهور الثمره، فيبطل بموته. مع خلاف في ما لو مات بعد ظهور الثمره. .

ص: ۳۶۷

۱- در نسخه: از او بگیرد.

۲- المسمى بجامع المقاصد.

ودليل عدم البطلان: (١) انها من العقود اللازمه، والاصل بقائها. فان مات المالك اتم العامل العمل. وان مات العامل قام وارثه مقامه. والا- استاجر الحاكم (من ماله او مما يخرج من حصته) من يقوم مقامه واما دليل البطلان اذا مات العامل مع الشرط المذكور: فهو مقتضى الشرط. واما دليل عدم البطلان ح اذا مات بعد ظهور الثمره: هو سبق ملكه فيستصحب. ويشكل بان الملكيه مراعى بتمام العمل فهى متزلزله ولا يستقر الابيه. ويشكل المقام بفرقهم ما بين مسئله المزارعه والاجاره. فانهم ذكروا فى الاجاره اقوالا- ثلاثه: احدها بطلانها بموت كل من الموجر والمستأجر. والثانى بطلانها بموت المستأجر (٢). [والثالث عدم بطلانها بموت احدهما]. ونسب فى الشرايع الاول الى المشهور بين الاصحاب. وعن ابن زهره انه ادعى الاجماع عليه وفاقا للخلاف. والثانى محكى عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط. والثالث هو المشهور بين المتأخرين، وفى المسالك انه قولهم اجمع. والاقوى هو هذا القول واسنده ابن ادريس الى المحصلين المحققين من اصحابنا. ويدل عليه عمومات الكتاب والسنة فى العقود والشروط. و عموم مثل صحيحه على بن يقطين (٣) فى الاجاره. والاصل، والاستصحاب، وان المنفعه صارت ملكا للمستاجر والاجره للموجر وينتقل الى الوارث كسائر الحقوق والاموال. وربما استدل بروايات قاصره عن المطلوب سندا ودلاله، ويمكن جعل بعضها دليلا على التفصيل مع اشكال ايضا. اذا السؤال:

ودليل عدم البطلان: (٤) انها من العقود اللازمه، والاصل بقائها. فان مات المالك اتم العامل العمل. وان مات العامل قام وارثه مقامه. والا- استاجر الحاكم (من ماله او مما يخرج من حصته) من يقوم مقامه واما دليل البطلان اذا مات العامل مع الشرط المذكور: فهو مقتضى الشرط. واما دليل عدم البطلان ح اذا مات بعد ظهور الثمره: هو سبق ملكه فيستصحب. ويشكل بان الملكيه مراعى بتمام العمل فهى متزلزله ولا يستقر الابيه. ويشكل المقام بفرقهم ما بين مسئله المزارعه والاجاره. فانهم ذكروا فى الاجاره اقوالا- ثلاثه: احدها بطلانها بموت كل من الموجر والمستأجر. والثانى بطلانها بموت المستأجر (٥). [والثالث عدم بطلانها بموت احدهما]. ونسب فى الشرايع الاول الى المشهور بين الاصحاب. وعن ابن زهره انه ادعى الاجماع عليه وفاقا للخلاف. والثانى محكى عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط. والثالث هو المشهور بين المتأخرين، وفى المسالك انه قولهم اجمع. والاقوى هو هذا القول واسنده ابن ادريس الى المحصلين المحققين من اصحابنا. ويدل عليه عمومات الكتاب والسنة فى العقود والشروط. و عموم مثل صحيحه على بن يقطين (٦) فى الاجاره. والاصل، والاستصحاب، وان المنفعه صارت ملكا للمستاجر والاجره للموجر وينتقل الى الوارث كسائر الحقوق والاموال. وربما استدل بروايات قاصره عن المطلوب سندا ودلاله، ويمكن جعل بعضها دليلا على التفصيل مع اشكال ايضا. اذا السؤال: فيها عن حال الموجر (٧) ولا- عموم فى الجواب. بل انما دلت على ان موت الموجر غير مضر. وليس المقصود هنا البسط فى هذا المقام. بل الغرض شىء آخر. وهو ان جماعه (من القائلين بعدم بطلان الاجاره بموت احدهما) استثنى مواضع من ذلك. احدها صورته اشتراط انتفاع المستاجر بنفسه مع موته، لفقد الشرط. والثانى اذا كان الموجر هو الموصى له بمنفعه .

ص: ٣٦٨

١- اى دليل عدم البطلان اذا مات العامل من دون شرط بينهما.

٢- وفى النسخه: احدهما.

٣- الوسائل: ج ١٣، ابواب الاجاره الباب ٧ ح ١.

٤- اى دليل عدم البطلان اذا مات العامل من دون شرط بينهما.

٥- وفى النسخه: احدهما.

٦- الوسائل: ج ١٣، ابواب الاجاره الباب ٧ ح ١.

٧- المرجع: باب ٢٥.

مدته الحيوة، لو آجرها ومات قبل انقضاء المده. لانقضاء مدته الاستحقاق. والثالث ما اذا كان العين وقفًا وآجرها الموقوف عليه ومات قبل انقضاء المده، الا اذا كان ناظرًا على الوقف وآجره لمصلحة الوقف او البطون. فلا يبطل من حيث انه ناظر، لامن حيث انه موقوف عليه. واستدلوا عليه بانه كاشف عن تصرفه في حق الغير لانتقاله الى البطن الثاني حين الموت. ولان البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقف لا- البطن الاول. فان الواقف جعله للبطن الثاني بالاصاله. بخلاف الوارث [فانه] يتلقى الملك عن الميت. واما القائلون بعدم بطلان المزارعه بالموت، فلم اقف في كلماتهم الا استثناء اشتراط العمل للعامل بنفسه. وسكتوا عن حال الوقف. بل ظاهرهم انه ليس مستثنى عندهم والا ذكروه كما هو ديدنهم في امثال ذلك، والفرق بينهما في غاية الاشكال. اذ كما ان انتقال منفعة العين في الاجاره الى البطن الثاني يوجب بطلان الاجاره، فهو بعينه جار في المزارعه. فاما لايد من الحكم بعدم البطلان في كليهما واما بالبطلان فيهما. واني كلما امعنت النظر فلم اجد فرقًا. فالاولى ان يقدر في مسئلة الاجاره. اذ القائلون ببطلانه في الوقف ليس جميع القائلين بعدم بطلان الاجاره بموت احدهما، بل جماعه منهم. فلا بد للباقيين من اصحاب هذا القول ذكر المناس عن دليل الجماعه في استثناء الوقف. فما هو دليلهم ومناصهم في ابطال متمسك الجماعه المستثنى، فهو دليل جميع الفقهاء الساكتين عن حكم الوقف في المزارعه. والذي يختلج بالبال انهم يجعلون المناس تسليم (تلقى البطن الثاني عن الواقف دون الاول) ولكنهم يعمون التلقى. فان جواز اجاره الوقف في مدته يموت الموجد قبل انقضائها مبني على الاعتماد على استصحاب البقاء. فكان الواقف رخص في هذا العقد بناء على الاستصحاب. حيث جعل الوقف اولًا- للطبقه الاولى - المستلزم ذلك انواعا من التصرفات من قبيل الاجاره والمزارعه والقباله ومصالحه المنافع في مدته معينه - فكانه رخصهم في جميع ذلك. فالرخصه فيها (مع انه لا- يعلم غايه عمرهم) مستلزم لرخصه الطبقة الاولى في جعل المنفعه في مقابل الاجره في زمان يمكن بقائهم الى آخره مع احتمال موتهم قبل انقضائه ومصادمه تتمه الزمان لانتقال الحق الى الطبقة الثانيه. فكانه قال: وقفت هذا الملك على

هؤلاء بان يكون الطبقة الاولى مستحقه للانتفاع بالعين ومنافعها والطبقة الثانية مستحقه للانتفاع بعينها او بالاجره التي جعلت في ادائها. فلذلك نقول بجواز اجاره الوقف للطبقة الاولى في مدة تزيد على العمر العادى. فذلك من تصرفات الواقف. وداخل في عمومات الكتاب والسنة. فيصدق ان استحقاق الاجره - دون اخذ العين - للطبقة الثانية متلقى من الواقف. وهذا الكلام يجرى في المالك والوارث ايضا. اذ استحقاق المالك لاجرا المالك لا يخرج المال عن ملكه راسا لا يستلزم صحه اجارته للعين في مدة يحصل العلم العادى بعدم بقائه الى ذلك الحين كالف سنة في امثال زماننا. لانه بعد العمر العادى هو مال الوارث فكيف ينتقل منفعتة في حال حيوته الى الغير. وقد استدرك ذلك الشهيد الثانى فى الروضه فى مسئلة الوقف. حيث لم يجوز اجاره البطن الاول باكثر من مدة العمر العادى. والحق انه يجرى فى المالك والوارث ايضا، وان لم يحضرنى الان تصريح فى كلماتهم. بل صرح جماعة بان لا يتقدر مدة اجاره الارض بقدر بل حكي الاجماع عليه عن الخلاف والتذكرة. حتى انه قال بجوازه الى ماة الف سنة، قال (وهو قول علمائنا اجمع). ولعل ما ذكرنا هو السر فى تداول العلماء فى الاعصار والامصار من دون نكير انهم يجعلون منتهى مدة الاجارات وعقد التمتع وغيرهما تسعين سنة بملاحظه او ايل البلوغ للمكلفين فى المعاملات لثلا يزيد على العمر العادى. وان كان يمكن الفرض فى مالو وقع العقد للصغير بمأه سنة وازيد. ولا يرد النقض بالوقف لانه اخراج عن الملك تبرعا ابداء مع خروج العين عن الملك، على الاصح. نعم: يشكل ذلك على القول بعدم خروجه عن ملك الواقف، بالحبس اذا حبس العين على مصرف فى مدة تزيد على العمر الطبيعى، وبالوقف على مصرف لم ينقض غالبا (بناء على صحته بارجاعه الى الحبس او غيره). [و] بالحبس على رجل واعقابه اذا لم ينقضوا فوق العمر الطبيعى. وبالرقبى مدة معينه تزيد عليه. ويمكن دفعه بان كل ذلك تبرعات لا يوجب نقل عوض الى المالك كالاجاره. فلا يضر بقاء الملك على ملكيه مالكة ورجوعه اليه او الى وارثه بعد انقضاء المده، مع ان المذكورات ثابتة بالنص. بخلاف الاجاره فوق زمان العمر الطبيعى، فان مقتضاه انتقال الاجره الى الموجر

بمجرد العقد، وانتقال المنفعة الى المستاجر. والمفروض عدم مالكيته ح لمنفعته ما بعد العمر الطبيعي. ومالكيته في الوقف لطرائه تبعيه العين. اذ اخراج المنفعة يتبعه اخراج العين اما دائما او بمدته محدوده. وعلى هذا فالاولى ان يقال بعدم بطلان الاجاره في الوقف ايضا اذا مات كل منهما اذا جعل مقدار المدته مالا يزيد على العمر العادي. اعتمادا على استصحاب البقاء. فيصح عقد الاجاره التي مقتضاه اللزوم، ويتلقى البطن الثاني وجه الاجاره عن الوقف بواسطة جعل البطن الاول وتصرفه. ويتم الكلام في اطلاقهم في المزارعه وعدم استثنائهم. وظهر من جميع ذلك ان المصحح لاجاره المالك - في مدته لا يفي عمره بها في علم الله وانتقال العين قبل انتهائها الى الوارث في نفس الامر - انما هو الاستصحاب. مثل اجاره الوقف بعينها. لا لانه ملكه بعد فوته ايضا. كما هو واضح. فكان ينبغي ان يكون حكم الثلاثه واحدا وهو جواز الاجاره والمزارعه في مادون العمر العادي. ويكتفى في الصحه بصحه تملك العوض (1) الحاصل بالمعامله اعتمادا على الاستصحاب. لكن سوال:

بمجرد العقد، وانتقال المنفعة الى المستاجر. والمفروض عدم مالكيته ح لمنفعته ما بعد العمر الطبيعي. ومالكيته في الوقف لطرائه تبعيه العين. اذ اخراج المنفعة يتبعه اخراج العين اما دائما او بمدته محدوده. وعلى هذا فالاولى ان يقال بعدم بطلان الاجاره في الوقف ايضا اذا مات كل منهما اذا جعل مقدار المدته مالا يزيد على العمر العادي. اعتمادا على استصحاب البقاء. فيصح عقد الاجاره التي مقتضاه اللزوم، ويتلقى البطن الثاني وجه الاجاره عن الوقف بواسطة جعل البطن الاول وتصرفه. ويتم الكلام في اطلاقهم في المزارعه وعدم استثنائهم. وظهر من جميع ذلك ان المصحح لاجاره المالك - في مدته لا يفي عمره بها في علم الله وانتقال العين قبل انتهائها الى الوارث في نفس الامر - انما هو الاستصحاب. مثل اجاره الوقف بعينها. لا لانه ملكه بعد فوته ايضا. كما هو واضح. فكان ينبغي ان يكون حكم الثلاثه واحدا وهو جواز الاجاره والمزارعه في مادون العمر العادي. ويكتفى في الصحه بصحه تملك العوض (2) الحاصل بالمعامله اعتمادا على الاستصحاب. لكن سوال: الفرق بين المزارعه والاجاره في الوقف بعد باق. ومن ذلك يظهر حكم المصالحه ايضا. وقد يخلج في بادى النظر فرق بين الاجاره والمزارعه بان المنفعه بمجرد العقد يصير ملكا للمستاجر والاجره للموَجِر، ولكن لا يجب عليه اداء الاجره الا بعد استيفاء المنفعه. بخلاف المزارعه، فان حصه الزرع الحاصله بعد عشرين سنه لا ينتقل الى صاحب الارض في ابتداء عقد المزارعه يوم معلوميتها اصلا فيصح في اجاره الوقف انه نقل المنفعه المملوكه للبطن الثاني بعد مدته الى الغير. بخلاف المزارعه، فانه لا ينتقل الحصة حين العقد. ولا يخفى وهنه. اذ استحقاق الحصة للبطن الثاني هو بجعل البطن الاول (3) ولا فرق بين تعيين الحق ومعلوميته وبين اطلاقه وجهالته.

١٧٢:سوال:

١٧٢:سوال: زيد قدر معينى از ملكك وقفى را باذن امنای شرع به يك عشر به مزارعه داده. وبعد مال المزارعه را مصالحه به مقدار معينى نموده. الحال از جهت شخص مذکور علم بهم رسیده که قدر ملكك وقف مزبور سه مساوى مقدار مزبور در حين مزارعه ومصالحه .

ص: ٣٧١

١- عباره نسخه: ويكتفى بالصحه تملك صحه العوض...

٢- عباره نسخه: ويكتفى بالصحه تملك صحه العوض...

٣- وفي النسخه: اذ استحقاق الحصه هو للبطن الثاني ويجعله البطن الاول.

گنجایش داشته. وزید مزبور هم از اهل خبره ووقوف نبوده. آیا در این صورت غبن فاحش به جهت زید میباشد؟. ودر صورت بودن غبن فاحش اختیار دارد که عقدین را فسخ نماید و با عمرو (مثلا) بنای عقد جدیدی بگذارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه مزارعه و مصالحه بر وجه صحیح شده (یعنی متولی و ناظر خاص یا عام آن وقف را به مزارعه داده و بعد مصالحه کرد) هر گاه غبنی از هر یک از آن دو عقد ظاهر شود اظهر این است که دعوی غبن در آنها مسموع است. و با جامعیت شرایط غبن تسلط بر فسخ حاصل می شود. و شرایط آن این است که آن شخص مزارع و مصالح از اهل وقوف و خبره نبوده باشد. و آن تفاوت هم در حال عقد حاصل بوده، نه این که بعد عقد ترقی کرده باشد. و اینکه آن تفاوت هم به قدری باشد که عقلا در عرف و عادت در آن قدر مسامحه نمیکنند.

۱۷۳:سوال:

۱۷۳:سوال: شخصی مزارعه شرعیه نموده محل وقفی را به مدت معینی. و متولی شرط کرده که اگر آبادی محل شود، و حساب اخراجات نگاه داشته [شود]، بعد از مدت محاسبه نمایند چنانچه نیم عشری که به جهت حق المزارعه قرار داد شده تاب طلب مزارع نمود (۱)، فبها المطلوب. والا مباشر وقف آنچه مزارع طلب داشته باشد ادا نموده، محل را متصرف شود. و شخصی که محل وقف را آباد نموده میگوید که محاسبه ندارم. و ادعا میکند که اهل خبره بیاید هر قدر مشخص که نمود اخراجات شده به من بدهید و به کنار میروم. و نظر به این که خرابی و آبادی این محل، معلوم اهل خبره نبوده نمی تواند مشخص نمود قدر اخراجات این شخص [را]. آیا در این صورت قدر معین را به او باید داد و زاید را اثبات نماید -؟ و بعد از عجز هر گاه متولی قسم نفی العلم بخورد قطع نزاع می شود؟. و هر گاه این شخص ادعای قدر معینی کند و بگوید (من امین بودم و نیست بر من مگر قسمی)، این سخن از او مسموع است؟ یا این که مزارعه مشروط به نگاه داشتن محاسبه بود و عمل نکردن به شرط، مستلزم انتفاء مشروط، می شود؟. و هر گاه در اینجا انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط نباشد، لا اقل تفریط کرده. و قسم وقتی متوجه امین می شود که خیانت از او ظاهر نشود. و حال آن که او بیرون رفته از .

ص: ۳۷۲

جواب:

جواب: ظاهر این است که این نوع معامله منوط به شرط بوده. به این معنی که جواز تصرف و عمل در آن که به مقتضای شرط ضمن العقد است مشروط و مقید به این نحو از عمل بوده لاغیر. پس تصرف و عمل بدون آن، تصرف ماذون و عمل مامور به نبوده، و از باب عمارت فضولی بلکه غصبی می شود و مستحق اجرتی بر آن عمل نمی شود. و این از باب عدم عمل به شرط ضمن العقد نیست که خلاف دارند علما در آن که آیا به فساد شرط، عقد باطل می شود یا نه، یا بسبب عدم عمل به شرط مسلط بر فسخ می شود یا نه.

۱۷۴:سوال:

۱۷۴:سوال: شخصی چند پارچه املاک داشت که آنها را وقف کرده و تولیت آن را به ارشد اولاد خود قرار داد کرده، و بعد از فوت واقف به تقریب انقلابات زمان پاره [ای] از آنها بالمره خراب و منطمس و لم یزرع افتاده بود. ارشد اولاد که متولی بود یکی از آن املاک مخروبه را به چند نفر به مزارعه نود ساله داده، و آن اشخاص مبالغی خطیر در قنات آن خرج کرده [اند] که آب آن را جاری کرده اند و تخمیناً پنجاه سال هم در تصرف داشتند. و آن شخص متولی در مزارعه نامچه قید کرده است که بعد از آبادی محل آنچه منافع به علم بیاید صد یک آن را به موقوف علیه تسلیم نماید. بعد از چند مدت دیگر متولی نیز فوت شده. در این صورت متولی ثانی مدعی میباید که متولی اول ترضیع اموال بطون لاحق را کرده است، و این عقد صحیح نیست، و مزارعه باطل است. در صورتی که - دیناری عاید موقوف علیه نمیشد - بعد از آبادی صد یک منافع و مداخل عاید موقوف علیه شده باشد، می تواند شد که این مزارعه باطل باشد؟.

جواب:

جواب: بدان که شرط است در صحت مزارعه وجود آبی که به آن توان زرع کرد، هر چند به آب باران باشد، یا توان از خارج آب به آنجا آورد. و اما هر گاه آن زمین به آب باران زراعت به عمل نمیآورد و آب از جای دیگر هم نمی تواند آورد، عقد مزارعه فاسد می شود. و بعد از اجتماع شرایط مزارعه جایز است مزارعه زمین وقف با تعیین مدت. و ظاهر این است که طولانی کردن مدت ضرر ندارد، مگر این که واقف شرط کرده باشد که از مدت خاصی تجاوز نکند و او تجاوز کرده باشد. بلی هر گاه منتفع نشد از آن الا به

مزارعه به مدت زاید بر شرط واقف، ظاهر این است که توان مخالفت شرط کرد. و مزارعه به موت متولی باطل نمی شود مانند اجاره، خصوصا هر گاه آن متولی مزارع، ناظر باشد بر بطون و به جهت مصلحت وقف یا مصلحت وقف و بطون کرده باشد. چنانچه در اجاره وقف هم چنین است، به جهت اتحاد طریق مسئلتین، و کلام علما در این که مزارعه به موت باطل نمی شود، مطلق است و استثنای وقف نشده. و هر چند دور نیست که هر گاه مزارع ناظر وقف و بطون نباشد، و موقوف نباشد انتفاع مزارعه به این مدت طولانی، آن هم باطل شود. چنانکه در اجاره، اما در صورت سوال:

مزارعه به مدت زاید بر شرط واقف، ظاهر این است که توان مخالفت شرط کرد. و مزارعه به موت متولی باطل نمی شود مانند اجاره، خصوصا هر گاه آن متولی مزارع، ناظر باشد بر بطون و به جهت مصلحت وقف یا مصلحت وقف و بطون کرده باشد. چنانچه در اجاره وقف هم چنین است، به جهت اتحاد طریق مسئلتین، و کلام علما در این که مزارعه به موت باطل نمی شود، مطلق است و استثنای وقف نشده. و هر چند دور نیست که هر گاه مزارع ناظر وقف و بطون نباشد، و موقوف نباشد انتفاع مزارعه به این مدت طولانی، آن هم باطل شود. چنانکه در اجاره، اما در صورت سوال: که انتفاع ممکن نباشد به غیر آن، پس اظهر لزوم است هر چند متولی مزارع ناظر بر بطون نباشد. به دلیل عمومات (وجوب وفا به عقود) و ظاهر این است که آن شرط دادن صد یک بعد از آباد شدن هم مضر نباشد هر چند فی الجمله جهالتی در آن هست. (۱)

۱۷۵:سوال:

۱۷۵:سوال: زید محل خراب خالی از سکنه و بنیان و قنوات که از جمله بایر از قدیم [و معروف] به وقفیت بوده است [را] از مجتهد جامع شرایط (۲) مزارعه نموده به شرایط این که یک عشر بازای حق الارض مهم سازی مباشر وقف نماید که به مصرف موقوف علیهم رسانند. در ضمن مزارعه نامچه شرط نموده اند که هر گاه اشجار ثماری و غیر ثماری در محل مزبور به عمل آورند، از منافع آن نیز یک عشر بازای حق الارض تسلیم مباشر وقف نماید بعد از مدت مزارعه. آیا اصول اشجار معنب و مشجر که مزارع غرس نموده عین مال مزارع میباشد یا متعلق به وقف است؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه شرط نموده (۳) در ضمن عقد مزارعه که عامل غرس اشجار از برای .

ص: ۳۷۴

۱- مراد از جهالت آن مقدار از حصه موقوف علیه است از حاصل زراعت که در قبال آباد کردن زمین قرار میگیرد. نه جهالت در (صد یک). زیرا صد یک عبارت است از مابقی حصه موقوف علیه. و دلیل این که چنین جهالتی مضر نیست این است که در حقیقت تنها یک معامله انجام یافته و آن به مزارعه دادن زمین است به حصه مقرر صد یک. و آباد بودن زمین قبل از عقد، شرط صحت عقد مزارعه نیست. بیش از این نیست که تحت عنوان (قباله) قرار میگیرد. که در اصطلاح قسمی از مزارعه است.

۲- عبارت نسخه: از مجتهد جامع شرایط بوقفیت مزارعه نموده.

۳- این سوال تنها یک پاسخ دو جمله ای دارد (عمل مجتهد جامع شرایط صحیح است و باید بر طبق قراری که او گذاشته

رفتار شود). زیرا هر فتوایی که میرزا (ره) بر خلاف عمل و قرار داد آن مجتهد بدهد بلا اثر و غیر قابل عمل خواهد بود. زیرا هر مطلبی که فقیه به عنوان فقیه ابراز دارد یا (فتوا) است و یا (حکم). فتوای یک مجتهد قابل نقض است. ولی حکم قابل نقض نیست. در این مسأله نیز سوال کننده از یک (عمل) و (کار) مجتهدی که جامع شرایط است، سوال میکند. و میدانیم که آن مجتهد در این مسأله شخصا اقدام کرده و مطابق نظریه خودش اصول و فروع معامله را انجام داده است، و به اصطلاح نظر فقهی خودش را در (مورد جزئی) عملاً پیاده کرده. و این حکم است نه فتوا اساساً ممکن است آن مجتهد اصل مغارسه را باطل نمیدانسته. همان طور که فقهای امروزی نمیدانند. شاید میرزا (ره) همان پاسخ دو جمله ای را به سوال کننده داده است سپس برای این که بحثی را باز کرده و روی آن به شرح و استدلال بپردازد مسأله را بدین صورت در کتاب آورده است. لیکن جملات بعدی با این توجیه، سازگار نیست. گویا آنچه باعث شده که میرزا حکم یک مجتهد جامع شرایط را بدین گونه مورد نقد قرار دهد اعتقاد میرزا به (اجماعی بودن بطلان مغارسه) است که محققین متاخر عدم ثبوت اجماع را اثبات کردند. میرزا برای شرح و تحقیق بیشتر، همین مسأله را بلا فاصله در مسأله ما بعد با زبان عربی به طور مشروح آورده است.

خود بکند، شرط صحیح است با تعیین، که چقدر زمین را زرع کند و چقدر را غرس کند. و اما شرط شراکت آنها در اشجار پس آن داخل (مغارشه باطله) (۱) است، و شرط آن صحیح نیست. و هم چنین شرط شرکت در ثمار، که وجه صحیح از برای آن ظاهر نیست. و به هر حال جهالت شرط از برای بطلان آن کافی است. و به بطلان شرط هم عقد باطل می شود، علی الاظهر. اما اگر مجتهد جامع الشرائط متوجه [این شرط] شده البته بر وجه صحیح کرده. (۲) و از صورت سوال:

خود بکند، شرط صحیح است با تعیین، که چقدر زمین را زرع کند و چقدر را غرس کند. و اما شرط شراکت آنها در اشجار پس آن داخل (مغارشه باطله) (۳) است، و شرط آن صحیح نیست. و هم چنین شرط شرکت در ثمار، که وجه صحیح از برای آن ظاهر نیست. و به هر حال جهالت شرط از برای بطلان آن کافی است. و به بطلان شرط هم عقد باطل می شود، علی الاظهر. اما اگر مجتهد جامع الشرائط متوجه [این شرط] شده البته بر وجه صحیح کرده. (۴) و از صورت سوال: معلوم نیست که او باشد. و به هر حال بر فرض صحت شرط، اشجاری که مال عامل بوده و غرس کرده مال او است. و لکن بعد از انقضای مدت مزارعه اظهر این است که مالک (یا متولی و مباشر وقف) می خواهد اشجار را به حال خود میگذارد و اجرت آن را میگیرد، و می خواهد میکند و تسلیم صاحب آن میکند و ارش درخت او را به او میدهد. د.

ص: ۳۷۵

-
- ۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۶۸، از همین مجلد.
 - ۲- اشاره به تفاوت حکم بافتوی در نقض پذیری و عدم نقض پذیری است که قبلا توضیح داده شد.
 - ۳- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۶۸، از همین مجلد.
 - ۴- اشاره به تفاوت حکم بافتوی در نقض پذیری و عدم نقض پذیری است که قبلا توضیح داده شد.

١٧٦:سؤال: اذا زارع زيد ارضا باثرة (معروفه) بالوقفه مع الحاكم بعشر نمائها. و وقع الشرط على انه لو غرس فيها اشجارا مثمره او غير مثمره، عشر منافعتها لارباب الوقف. فهل يصح هذه المزارعه ام لا؟-؟. وعلى فرض الصحه فلن يكون اصول الاشجار بعد انقضاء المده؟.

جواب:

جواب: اما المزارعه فان اجمعت شرايط المزارعه فيها فلا اشكال فيه. اما الشرط المذكور ففيه اجمال ككثير من كلام الفقهاء. فلا بد اولا من بيان مهيه المزارعه، والاجاره للزراع، والمساقات، والمغارسه. حتى يظهر الحال. فنقول: المزارعه: هي معامله على الارض بحصه مشاعه معلومه مما يخرج منها من حاصلها (مثل النصف او الثلث او العشر) في مده معينه. سواء كان البذر من مالك الارض او العامل او منهما او من ثالث. ومن افراد القباله وهو ان يتقبل الارض ليعمرها ويؤدى خراجها و يكون الباقي من النماء بينهما. والاجاره للمزارعه: هي فرد من افراد الاجاره. ولا بد فيها من تشخيص وجه الاجاره من غير منافع الارض، وتعيينه من دون اشاعه. والمساقات: وهي ان يعامل الانسان غيره على الاصول الثابته من نخل او شجر، ليعملها بالسقى والتريه، على ان يكون الثمره بينهما على ما يشترطانه من نصف او ثلث او عشر او غير ذلك. والحاصل: انها معامله على اصول ثابتة بحصه من ثمرها. والظاهر ان الشجر الذى لا ثمر له ولكن ينتفع بورقه كالتوت، او زهره كشجره الورد الاحمر، او باغصانه كشجره الخلاف (١)، يصح مساقاته. واما شرط كون ثمره الاشجار اليسيره الواقعه فى ارض المزارعه للعامل: فهو ليس من باب المساقات حتى يقال انه ينافى مهيتها من اشتراط تمام الثمره للعامل. بل هذه مزارعه شرط فيها شىء للعامل من خارج النماء وخالف فى ذلك لمنافاته المساقاه، وليس بشىء.

ص: ٣٧٦

١- ويسمى ايضا (صفصاف)، نوع منه تستعمل اغصانه الطريه المرنه فى صنع السلال. ونوع آخر يصلح للتزين.

واما المغارسة: فهي ان يدفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان يكون الغرس بينهما على ما يشترطانه. او يكون الارض والغرس بينهما. والظاهر ان بطلانه اجماعى، كما يظهر من جماعه من الاصحاب. (١) اذا عرفت هذا فنقول: المرادى المقلوع (٢) والغصن اللذان يغرسان ليستا بمنزله البذر المعتبر فى المزارعه. فلا يصح المزارعه بالغرس ولا المساقات. لان كون المعاملات على الاصول الثابته داخل فى ماهيتها. فالشرط المذكور فى السؤال:

واما المغارسة: فهي ان يدفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان يكون الغرس بينهما على ما يشترطانه. او يكون الارض والغرس بينهما. والظاهر ان بطلانه اجماعى، كما يظهر من جماعه من الاصحاب. (٣) اذا عرفت هذا فنقول: المرادى المقلوع (٤) والغصن اللذان يغرسان ليستا بمنزله البذر المعتبر فى المزارعه. فلا يصح المزارعه بالغرس ولا المساقات. لان كون المعاملات على الاصول الثابته داخل فى ماهيتها. فالشرط المذكور فى السؤال: يشبه ان يكون مغارسه، وليس بها. لاشتراط عشر المنفعه عنه دون نفس الاشجار. فكيف كان فالمغارسه هذا فاسد بالذات ومن جهه الجهاله لان المفروض عدم تعيين الاشجار ومقدارها. نعم هنا كلام آخر وهو شرط الغرس المذكور فى كلام الفقهاء فى باب المزارعه. فلا يخل بعض عباراتهم عن الاجمال.. قال العلامة فى الارشاد فى باب المزارعه (وله زرع ماشاء مع الاطلاق. فلو عين فزرع الاخر تخير المالك فى الفسخ فياخذ اجره المثل، والامضاء فياخذ المسمى مع الارش. ولو شرط الزرع والغرس افتقر الى تعيين كل منهما. وكذا الزرعين متفاوتى الضرر). ثم قال بعد ذلك بسطرات (ولو كان الغرس يبقى بعد المده، فعلى المالك الابقاء، والارش لو ازاله). فان الظاهر ان هاتين المسئلتين انما هما فى اجاره الارض. وتكلف المحقق الاردبيلي (ره) تبعا للمحقق الثانى فى تعميم المقام الاجاره والمزارعه، وقال فى شرح قوله (ولو شرط الزرع والغرس): وجه لزوم الشرط عموم الادله. ووجه الاحتياج الى تعيين الزرع والغرس هو اشتراط العلم وعدم الجهل والغرر، فلا بد من تعيينها. واشتراطهما فى الاجاره ظاهر وهو ان يواجر ارضا للزراع والغرس. واما فى المزارعه فاشتراط الغرس بان يكون شرط مع المزارعه غرس اشجار له، قال المحقق الشيخ على (٥) (وكذا لا بد من تعيين كل واحد من الزرعين المتفاوتين فى الضرر فى الاجاره والمزارعه كالحنطه والشعير. بل غير المتفاوتين فى الضرر ايضا، خصوصا فى المزارعه. لما تقدم من ان الحصه هى الغرض الاصلى) ويحتمل الصحه مع .

ص: ٣٧٧

- ١- رجوع كنيد به ذيل مسأله شماره ١٦٨، از همين مجلد.
- ٢- ويحتمل: الودى المقلوع، وهو الاصح.
- ٣- رجوع كنيد به ذيل مسأله شماره ١٦٨، از همين مجلد.
- ٤- ويحتمل: الودى المقلوع، وهو الاصح.
- ٥- تذكار: يقول المحقق الاردبيلي: قال الشيخ على...

الاطلاق ويحكم على النصف. فحاصله تجويز انتفاع شخص بارض آخر بنوعين. فيحمل على الشركه والمناصفه. كما يحكم فى مثلها لعدم الترجيح وجواز المسامحه فى المزارعه حيث جوزت بالحصه الغير المعلومه فى الجمله. لاحتمال عدم حصول شىء اصلا. وعلى تقدير الحصول، الحاصل غير معلوم. فالاحتياط واضح. انتهى كلامه. وقال فى شرح عبارته الثانيه: يعنى اذا استاجر ارضا للغرس مده معلومه مع العلم ببقاء الغرس بعد تلك المده، فيجب على مالك الارض ابقاء الغرس باجرته مادام باقيا، او الارش لو قلعه. فليس له القلع مجانا. وكذا الكلام فى الاجاره للزارعه والمساقات ايضا.. وكان ينبغى ذكرها فى الاجاره. ثم ذكر دليل المسئله. وليت شعرى من يقلد كتب الفقهاء وليس له ماده التمييز كيف يفهم المدعى من عبارته الارشاد؟. وعبارته المحقق فى الشرايع اوضح من ذلك حيث صرح بكون الكلام فى الاجاره. ووجه الالغاز والاشكال فى كلامه (ره) لو اريد به حكم المزارعه، ان الظاهر عطف (الغرس) على (الزرع). فان قلنا ان المراد منه بيان حكم المزارعه يكون الزرع والغرس كلاهما مشتركان بين المالك والعامل، والحال ان المراد كون الغرس للعامل. (1) ومثل عبارته الارشاد فى الاغلاق عبارته التذكره. حيث قال فى باب المزارعه (ولو شرط الزرع والغرس فى الاجاره افتقر الى تعيين كل واحد منهما. لتفاوت ضرريهما. وكذا لو شرطهما فى المزارعه. وكذا لو استجار لزرعين وغرسين متفاوتى الضرر) انتهى كلامه (ره). وكان ينبغى ان يقول بعد ذلك (وكذا لو زارعه بزرعين وشرط غرسين متفاوتى الضرر). ووجه الاغلاق والالغاز ان الشرط فى الاجاره مغاير للشرط فى المزارعه. لان الزرع والغرس فى الاجاره كلاهما للمستاجر. وفى المزارعه الغرس للعامل والزرع بينه وبين المالك. ثم قال فى التذكره بحذاء عبارته الثانيه فى الارشاد (فو استاجر ارضا مده معينه ليغرس فيها مايبقى بعد المده غالبا، لم يجب على المالك ابقائه ولا الارش مع ازالته. وقيل يجب. وفيه اشكال. لان له ازالته لو غرس بعد المده فكذا له الازاله بعد انقضائها) انتهى. و [فى] تعليله .

ص: ٣٧٨

١- ولقائل ان يقول: ليس المراد كون الغرس للعامل. بل المراد ان الغرس للعامل ولو كان قصدهما حين العقد الاشتراك فى الغرس. لبطلان المغارسه. والعطف لا يمنع من هذا. فالعباره تشتمل الاجاره والمزارعه.

نظر. وكان ينبغي ايضا الحاق حكم المزارعه مع شرط الغرس. ولعله اعتمد على ما ذكره اولاً. وتوضيح الاستدلال فى هذه المسئله - يعنى فى ما غرس فى الارض المستاجر او زرع فيها مع كون مده الاجاره مما يعلم بقاء الغرس او الزرع بعد انقضائها. وكذلك الزرع والغرس الذى غرسه العامل لنفسه مع شرط الغرس لنفسه فى المزارعه - والكلام فيها اما فى جواز ذلك اولاً. واما فى وجوب التقيه حتى يدرك على فرض الجواز. وفى كليهما اشكال. اما فى الاول: فيحتمل [الصحه] مطلقاً وعدمها كذلك. والصحه مع امكان الانتفاع. اما وجه الاول فهو السبب من العقد الجامع للشرايط مع ضبط المده وامكان الانتفاع وانتفاء المانع. اذ لا يتصور هناك مانع. [لان] جواز القلع بعد انقضاء المده، [الذى] لا يحصل الانتفاع معه، لا يصلح للمانع. اذ ليس القلع بمتيقن، لجواز الابقاء بالاجره [او] تبرعا او صلحا. والعلم بحصول استمرار الانتفاع الى آخر المده، ليس بشرط (بل هو شرط فى انتفاء الخيار، وهو خارج المبحث). والا لم يصح اجاره اصلاً. ووجه البطلان: انه لو لم يمكن الانتفاع فقد استاجر عينا خاليا عن الانتفاع، فيبطل. لانه اولى من بطلان مع عين لا ينتفع بها. لان الاجاره تملك المنافع واذا لم يمكن منفعه لم تصح. ووجه الثالث: حصول الانتفاع فى الجملة. كما لو امكن الانتفاع بالتفصيل، او بالجدع. واثار الى الوجوه الثلاثه فى القواعد، وبين وجهها فى الايضاح كذلك. ولا يبعد ترجيح الاول، للعمومات وعدم لزوم السفه. نعم لو لم يكن هناك انتفاع اصلاً ولا ترقب لامكان الابقاء بالاجره او بالصلح، فيبطل. لدخوله فى معامله السفهاء. وهو فرض نادر غير ملتفت اليه. واما فى الثانى: ففيه اشكال وخلاف. قال فى الشرايع (اذا استاجر ارضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالباً، قيل يجب على المالك ابقائه او ازالته مع الارش. وقيل له ازالته، كما لو غرسه بعد المده. والاول اشبه). وما اختاره (ره) هو مختار فخر المحققين. ويظهر من المسالك اختيار القول الثانى، ومال اليه المحقق الاردبيلي (ره) وقال (انه لا يخل عن قوه الا ان الاول احوط وبالنصف اقرب). وقد عرفت مختار العلامة فى التذكرة والارشاد. ويظهر منه التردد فى القواعد. ويظهر من فخر المحققين احتمال وجوب الابقاء مجاناً، وذكر فى وجهه (انه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه، ولان عدم وجوبه يستلزم

عدم ملكيه المستاجر منفعه متقومه مطلوبه بالاجاره. فلا- يصح). ثم قال (والا- صح وجوب الابقاء باجره المثل. لانه جمع بين الحقين لقوله (عليه السلام): ليس لعرق ظالم حق. (١) واتفق الاصوليون على جحيه دلالة المفهوم فى هذا الحديث). واحتج فى المسالك على القول الثانى - اعنى ان المالك الازاله مجاناً - (لان المستاجر دخل على انه (٢) لاحق له بعد المده. لان منفعه المده هى المبدوله فى مقابله العوض، فلايستحق بالاجاره شيئاً آخر. فللموَجِر قلعه مجاناً، كما لو غرس المستاجر بعد المده. وهذا هو الاقوى. وعدم تعدى المستاجر بزراعته فى المده لا يوجب له حقاً بعدها مع استناد التقصير اليه. والمفهوم ضعيف، ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت. وعلى تقدير صحته، يمنع من كونه بعد المده غير ظالم. لانه واضح عرقه فى ارض لاحق له فيها. والزمام المالك باخذ الاجره على الابقاء او تكليفه الارش، على خلاف الاصل. فلايصار اليه بمثل ذلك. ومثله مالو استاجر للزرع مده يدرك غالباً لكن قصر الزارع فى الزرع الى ان انقضت المده. اما لو كان التاخير لا بتقصير بل لكثرة الامطار او تغيير الاهويه او شده البرد ونحوها، توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجره. فانهما وان اشتركا فى عدم استحقاق ما بعد المده الا انه حيث لم يقصر وقد زرع بحق، يجمع بين الحقين بالاجره. بخلاف ما اذا قصر او قدم على ذلك كالسابق، فانه يسقط حقه اذ لا معارض له) انتهى كلامه (ره). (٣) اقول: ما ذكره فخر المحققين من اتفاق الاصوليين على جحيه المفهوم فى هذا الحديث، كلام مظلم لا يتضح معناه بظاهره. لان الاصول من حيث انه اصول لا حظ له فى المسئلة الفقهييه الجزئيه. انما حظه بيان القواعد الكليه، وهو لا يناسب قولهم بجحيه المفهوم فى هذا الحديث الخاص. نعم لو كان المراد ان الاصوليين اتفقوا على جحيه مفهوم الوصف اذا قارن قرينه كما فى الحديث الصحيح القائل بان (البيعان بالخيار ما لم يفترقا وللمشترى الخيار فى ثلاثه ايام) فله وجه. اذ ح يصير قاعده كليه يكون هذا الحديث من افرادها لو سلم .

ص: ٣٨٠

- ١- الوسائل: ج ١٧، ابواب الغصب، الباب ٣ ح ١. وج ١٣، ابواب الاجاره، الباب ٣٣ ح ٣.
- ٢- وفى المسالك (نسخه دار الهدى. قم): دخل على ان لاحق له بعد المده وهو الصحيح، خصوصاً لو جعلنا لفظه (آن) زمانيه. اى دخل على آن من الاوان بعد المده المقرره.
- ٣- الا انه قال عقيب الكلام: واعلم ان هذه المسائل كلها استطراديه، كان تاخيرها الى باب الاجاره انسب.

كونه كذلك. وهو لا يناسب تخصيصه بالحديث المذكور. وان كان مراده من الاصوليين الفقهاء المجتهدين المباحثين عن الفقه على مقتضى قواعد الاصول، فلا معنى لاتفاقهم من حيث انهم فقهاء الا على ثبوت الحكم تعبدا بالدليل الشرعى من عقل او نقل. ولا- حاجه الى التمسك بالاتفاق على حججه المفهوم. بل ينبغى لهم ان يقولوا (ان العرق الغير الظالم له حق) بالاتفاق الكاشف عن قول الحجه. ثم اذا بنينا على الاستدلال بالمفهوم وقلنا با نه حجه، توجه الاستدلال به فى وجوب الابقاء او قلعه مع الارش، هو ان مفهوم قوله (عليه السلام) (ليس لعرق ظالم حق) ان العرق الغير الظالم له حق. والكلام فيه فى مقامات: الاول: ان الالفاظ وان كانت اسامى للامور النفس الامريه ولكن الاظهر ان المراد بها فى التكاليف الشرعيه هو ما علم كونه ذلك. كما حققنا فى مواضع من تاليفاتنا فعلى هذا معنى (ليس لعرق ظالم حق) ليس لعرق ما علم انه ظالم حق. ومفهومها (ان كل عرق علم انه ليس بظالم [له] حق) وح فيمكن ثبوت الواسطه بين الامرين، وهو ما لم يعلم فيه اتصافه باحدهما. وحكمه مسكوت عنه. ولا بد فيه من الرجوع الى الادله الخارجيه. الثانى: مقتضى قولنا (ليس له حق) نفى جميع الحقوق كما هو مقتضى النكره فى سياق النفى. ونقيضه ثبوت جميع الحقوق، فقد ثبت جميع الحقوق كالمحق المحض الذى علم كونه محقا وقد يثبت بعض الحقوق بمقتضى الدليل الخارجى. كما هو مقتضى الجمع بين الحقين فى ما نحن فيه كما سنبينه. الثالث: المشتقات (بل الجوامد ايضا) حقايق فى التلبس بالمبدأ والوصف العوانى. فلايكفى فى صدقهما تحققهما فى الزمان السابق على النسبه الحكميه. ومقتضى ذلك عدم كفايه كونه محقا فى الان الاول فى كونه محقا بعد انقضاء المده فى ما نحن فيه. فنقول هنا: قد تعارضت الامارات من الجانبين. اما من جانب المالك فلما اقدم على الاذن فى الغرس والزرع مع علمه بالاحتياج الى البقاء بعد المده - سيما اذا كانت المده قليله لا يعود نفعها الى المزارع والمستأجر، سيما فى مثل رضا المستاجر والمزارع بالقلع بعد المده يلزم سفه

لا يرضى به غالبا - فان اقدامه مع ذلك كاشف عن اذنه بالبقاء (وان لم يكن مجانا) او استحقيقه للارش لو قلعه. ولا ينافى ذلك تعيين المده. اذ لعلها لاجل القطع بتسلط المستاجر والمزارع لالزام التبقية بلا- اجره سوى الا-جره او الحصه الاوليين، والاباحه السابقه مستصحبه ولا يعلم كونه ظالما محضا. ح. واما من جانب المزارع والمستأجر: فلما اقدم المستاجر والمزارع على المعامله مغيبى بمدته معينه فكانه رضى بقلعها بعد المده مجانا، مضافا الى عموم (الناس مسلطون على اموالهم) و (لا يحل مال امرء مسلم الا- من طيب نفسه) واستصحاب عدم بطلان التسلط السابق. فاذا تعارضت الامارات من الجانبين فغايه الامر عدم ظهور كون العامل بعد المده ظالما ولا غير ظالم. وح نقول انا نعلم بثبوت حق ما لواحد منهما ولا نعرف الحق معينا. فمقتضى ملاحظه عدم جواز الترجيح بلامرجح اثباته لكليهما فى الجملة. ولا- يمكن الا- بالتبقية بالاجره او القلع مع الارش. ومن جميع ذلك ظهر ان دعوى اجماع فخر المحققين لا ينفذ فى ثبوت الحق مجانا، ولو قلنا بثبوتها. اذ هو انما ينفذ اذا سلم انه محق محض. وكذا لا يصح منع الاجماع من المسالك مع تسليم كونه محقا ولا لمنع كونه محقا مستندا با نه ظالم ح. لان كونه ظالما اول الكلام.

۱۷۷:سوال:

۱۷۷:سوال: هر گاه کسی قرآنی به نزد کسی به امانت بگذارد و ماذون کند به قرائت آن. و وکیل کند او را در بیع آن. و قرآن تلف شود. غرامت بر آن شخص لازم است یا نه؟ -؟ و بر فرض ثبوت، در مقدار قیمت قول مالک مقدم است یا غارم؟ -؟.

جواب:

جواب: بر مستودع و وکیل غرامتی نمی باشد، و قول ایشان در تلف مسموع است. و هر گاه ادعای تعدی و تفریط بر ایشان بشود و ایشان منکر باشند هم قول ایشان مقدم است بایمین، و بر فرض اثبات تعدی و تفریط و اختلاف در قیمت، قول منکر زیادتی، مقدم است بایمین.

۱۷۸:سوال:

۱۷۸:سوال: زید امانتی در نزد عمرو گذارده و از عمرو قدری تنخواه به عنوان قرض الحسنه گرفته. و نیز زید مذکور از بکر هم قدر دیگر تنخواه قرض کرده، و الحال زید مذکور مفقود الخبر میباشد. آیا عمرو می تواند تقاص حق خود را از امانت زید بکند یا نه؟ -؟ و بکر نیز می تواند به قدر تنخواه خود از عمرو بگیرد از مال زید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: صاحب اختیار مال غایب حاکم شرع است، یعنی مجتهد عادل، و هر گاه این مطلب را به حاکم شرع بگویند باید مدعیان طلب در نزد حاکم طلب خود را به ثبوت شرعی برسانند، بلکه احتیاطاً قسم هم بر بقای حق خود یاد نمایند. و هر یک به قدر حصه خود از آن مال استیفای حق خود بکنند. و هر گاه به ثبوت نرسانند حاکم به ایشان

چیزی نمیدهد. و هر گاه از اثبات عاجز باشند و حاکم شرع مطلع نباشد، آیا میانه خود و خدا میتوانند [به عنوان] تقاص به قدر حق خود بردارند یا نه؟ -؟ آن شخص که امانت در نزد او است نمی تواند سر خود از آن مال به صاحب طلب دیگر، چیزی بدهد. و خود صاحب امانت هم تصرف در امانت کردن او مشکل است. مگر این که آن امانت به عنوان رهن بوده باشد که در آن وقت تقاص جایز است هر گاه ممکن نباشد اثبات حق در نزد حاکم. حاصل این که تقاص از مال امانت خصوصا بدون اذن حاکم خالی از اشکال نیست. خصوصا در مال غایب. والحال در آن تامل دارم.

کتاب الودیعه من المجلد الثانی

۱۷۹:سوال:

۱۷۹:سوال: هر گاه زید بر عمرو مکاری امین ادعا کند که فلان مبلغ به تو امانت دادم که ببری به فلان ولایت تسلیم بکر نمائی و تو تسلیم او نکرده ای، عمرو در جواب انکار امانت دادن، کند. وزید بینه عادل اقامه کند بر دادن امانت، و عمرو تصدیق کند و بگوید غرض من از انکار این بود که مال ترا دزد برده و من مشغول الذمه تو نیستم شرعا. آیا تسلط زید بر عمرو چه خواهد بود؟.

جواب:

جواب: در این مسأله چند قول است:

اول اینکه: دعوی او را نمیشنوند، چون انکار سابق او مکذب دعوی لاحق او است. و بینه او را قبول نمیکنند. چون انکار او در معنی اقرار به غصب است، چون انکار امانت هم از اسباب ضمان است. و این قول شیخ است، چنانکه فخر المحققین ذکر کرده. و قول علامه است در قواعد، و فخر المحققین در شرح آن. و هم چنین علامه در تحریر و شهید در لمعه، و لکن فخر المحققین حکم را به عنوان جزم کرده در صورت بینه و عدم بینه. و کلام قواعد هم مثل آن است در کتاب و کالت در نظیر این مسأله. و اطلاق کلام شهید در لمعه هم این است، و کلام دیگران به عنوان جزم است در صورت عدم بینه، و علی الاقوی و الاقرب است در صورت وجود بینه. و در کلام ایشان تصریح هست به این که این در صورتی است که انکار امانت به لفظ صریح در آن باشد، مثل این که بگوید (توبه من امانتی ندادی و من هم از تو نگرفتم) اما اگر بگوید (تو مستحق چیزی نیستی در نزد

من) ویا (من مشغول الذمه تو نیستم) پس دعوی او مسموع است.

دوم: دعوی او مسموع است. هر چند بینه بر تلف نداشته باشد. و این قول ابن جنید است چنانکه در ایضاح نقل کرده، و [قول] علامه [است] در تذکره، چنانکه در کفایه نقل کرده. پس ساقط می شود از او ضمان بایمین. و وجه این قول عموم حدیث (البینه علی المدعی والیمین علی من انکر) [\(۱\)](#) است، و اینکه شاید انکار او از راه سهوی و نسیانی یا عذر دیگر باشد. و استدلال به حدیث علی الاطلاق بی صورت است.

سوم اینکه: اگر تاویلی از برای انکار خود بگوید (مثل این که بگوید: مرادم این بود که امانتی که لازم باشد بر من رد آن، یا ضمان آن بر من باشد، به من ندادی. یا در نزد من نیست) در این صورت دعوی او مسموع است. و این را شهید ثانی (ره) در شرح لمعه اقوی شمرده. و گفته است که این مختار مصنف است در بعضی تحقیقات خود. و صاحب کفایه هم این را پسندیده است. و در مسالك هم میل به آن کرده در صورت عدم تصدیق مالک او را در آن عذر. و جزم به سماع آن هم کرده در صورت تصدیق. و از علامه در تذکره نقل کرده است که قریب شمرده ضمان را در صورت عدم تصدیق. و این منافی نقلی است که از کفایه کردیم در نقل قول او در تذکره و الحال تذکره حاضر نیست که رجوع کنم.

چهارم: در کفایه از مختلف نقل کرده است منع از سماع دعوی او، و از قبول بینه او. یعنی قول مستودع را مقدم نمیدارند با قسم، و لکن مستودع را میرسد که قسم بدهد مودع را، و اظهر در نظر حقیر قول شهیدین و صاحب کفایه است، به جهت استصحاب حکم امانت، و اینکه مستودع امین بود و محسن بود و احسان کرده بود به مودع در قبول مال او به جهت او، و به مجرد انکار - در صورتی که عذری ظاهر و غالب اظهار کند خصوصا در وقتی که بینه هم به آن ضم شود - جایز نیست رفع یقین سابق به .

ص: ۳۸۵

۱- این حدیث به همین لفظ در میان مسلمین مشهور است. و در حقیقت با این لفظ بیشتر چهره یک (قاعدہ) را دارد تا حدیث. در منابع حدیثی شیعه بالفظ (والیمین علی من ادعی علیه) یا (علی المدعی علیه) آمده است، رجوع کنید: وسائل: ج ۱۸، ابواب کیفیت الحکم، باب ۳ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶.

عدم ضمان. و این هم از قبیل دعوی بایع است که (من اقرار به اخذ ثمن را علی رسم القباله کرده بودم). پس مقدم می‌داریم قول او را با یمین، هر چند بینه اقامه نکند بر تلف. و بدان که: این مسأله در جایی است که مودع مطالبه کند امانت [را] و مستودع انکار کند. چون انکار را از موجبات ضمان شمرده اند، چون انکار او در معنی این است که (دست من در مال دست امانت نیست و از جانب صاحب مال بر او دستی نداشتم) و این در معنی غصب است و غاصب ضامن است. و اما هر گاه قبل از مطالبه خود سر این سخن را بگویند، یا دیگری غیر از مالک از او سوال: کند و او انکار کند، این معنی موجب ضمان نیست. بلکه گاه است که مصلحت و دیعه در پنهان داشتن است. و در صورتی که مالک سوال: کند از حال آن مال بدون این که مطالبه آن کند، هر گاه انکار کند، علامه در قواعد در این اشکال کرده. و فخر المحققین حکم به ضمان کرده. و در مسالک این را از تذکره و از محقق شیخ علی نقل کرده و پسندیده است آن را. و وجه عدم ضمان این [است] که دست خود را بر آن بدون رضای مالک نگهداشته، چون مالک مطالبه آن نکرده، و آن را از برای خود نگاه نداشته و مجرد سوال:

عدم ضمان. و این هم از قبیل دعوی بایع است که (من اقرار به اخذ ثمن را علی رسم القباله کرده بودم). پس مقدم می‌داریم قول او را با یمین، هر چند بینه اقامه نکند بر تلف. و بدان که: این مسأله در جایی است که مودع مطالبه کند امانت [را] و مستودع انکار کند. چون انکار را از موجبات ضمان شمرده اند، چون انکار او در معنی این است که (دست من در مال دست امانت نیست و از جانب صاحب مال بر او دستی نداشتم) و این در معنی غصب است و غاصب ضامن است. و اما هر گاه قبل از مطالبه خود سر این سخن را بگویند، یا دیگری غیر از مالک از او سوال: کند و او انکار کند، این معنی موجب ضمان نیست. بلکه گاه است که مصلحت و دیعه در پنهان داشتن است. و در صورتی که مالک سوال: کند از حال آن مال بدون این که مطالبه آن کند، هر گاه انکار کند، علامه در قواعد در این اشکال کرده. و فخر المحققین حکم به ضمان کرده. و در مسالک این را از تذکره و از محقق شیخ علی نقل کرده و پسندیده است آن را. و وجه عدم ضمان این [است] که دست خود را بر آن بدون رضای مالک نگهداشته، چون مالک مطالبه آن نکرده، و آن را از برای خود نگاه نداشته و مجرد سوال: امانت را باطل نمی‌کند. بخلاف طلب. و مآل این کلام تمسک به استصحاب حال سابق است. و وجه قول به ضمان این است: که انکار آن اقتضا میکند که او اخبار میکند از این که دست او بر آن از جانب مالک و به نیابت آن نیست، به جهت آن که نفی ملزوم، نفی لازم است از این حیثیت که لازم او است. پس او امین نخواهد بود از جانب او. پس در معنای غصب است و ضامن است. و این قول در نظر حقیر اقرب است.

۱۸۰:سوال:

۱۸۰:سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد و او اعتراف کند و لکن ادعا کند تلف را، یا ادعا کند که رد کردم به تو. قول او مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه اعتراف کند و ادعای تلف کند و شاهدهی نباشد، مشهور این است که قول او مسموع است و قبول می‌شود با قسم. و این از مواضعی است که (ظاهر) مقدم است بر (اصل)، و در مسأله دو قول دیگر هست: یکی قول شیخ است در مبسوط که گفته است:

اگر دعوی کند تلف [را] به نحو پوشیده و پنهان - مثل این که بگوید دزدیدند - که غالب مردم مطلع نمیشوند، در اینجا میشنویم قول او را. واگر دعوی تلف به مثل غرق شدن و سوختن بکند، که غالب مردم مطلع میشوند، پس آن را نمیشنوند بدون بینة. مگر این که به مشاهده یا استفاضه معلوم شود به نحوی که ممکن باشد که آن مال را غرق کرده است. و اظهر قول مشهور است. و این در صورتی است که ذکر سبب تلف بشود، و اما هر گاه مطلق بگوید هم اظهر این است که مثل سابق است. و دوم: قول صدوق است در مقنع. و آن این است که قبول می شود قول او بدون یمین. و این قول نیز ضعیف است. و اما هر گاه ادعای رد کند: پس اگر دعوی کند که به همان صاحب مال رد کرده، پس مشهور واقوی قبول قول او است با یمین. چونکه امین است و ادعای امر ظاهر میکند. پس در معنی مدعی علیه خواهد بود، نه مدعی. و اصل عدم، معارض آنها نمی شود. و ظاهر این است که ادعای رد بر وکیل مودع، هم چنین است. و اما هر گاه ادعا کند که رد کردم به وارث مودع و امثال آن، پس در آنها محتاج است به بینة. چون وارث او را امین نکرده که مکلف باشد به تصدیق او. پس به مقتضای اصل باید عمل کرد.

۱۸۱: سوال:

۱۸۱: سوال: زید امانتی نزد عمرو داشته، و در حین مطالبه چون عمرو طلبی از زید داشته بگوید که من امانت را به عنوان تقاص خود برداشته ام. و بعد از آن در ثانی زید مطالبه امانت را میکند، عمرو میگوید که من امانت را به تو رد کرده ام، و از اثبات هم عاجز است. آیا در این صورت عمرو بر امانت باقی است؟ و تسلط قسم بر او هست؟ یا باید بعد از عجز از اثبات قسم به زید داد، و عمرو از عهده بر آید؟.

جواب:

جواب: ادعای رد کردن بعد از اعتراف به تقاص کردن، مسموع نیست. و عمرو هم به سبب ادعای تقاص از امانت بیرون نمی رود و باز امین است. چون اقوی جواز تقاص است از ودیعه با اجتماع شرایط. و فعل مسلم محمول بر صحت است، نه به این معنی که به مجرد همین قول او را قبول کنند و حق مالک ساقط شود. بلکه به این معنی که ادعای او محمول است بر ادعای تصرف صحیح، و ادعای تصرف صحیح مستلزم حکم به صحت

تصرف نیست. وفایده در این ظاهر می شود که این از باب انکار اصل امانت نیست در حین مطالبه که آن مستلزم اقرار به غصب است. چون انکار امانت مستلزم این است که ید آن بر آن مال به اذن مالک واقع شده. و این در معنی غصب است و موجب ضمان است، پس در این صورت دعوی متوجه تقاص می شود. پس یا این است که زید منکر طلب عمرو می شود، یا مقر. و هر گاه منکر است بینه بر عمرو است و قسم با زید. و هر گاه مقر باشد و ادعای رد کند بینه بر زید است و قسم بر عمرو. و هر گاه مقر باشد به طلب عمرو و معترف باشد که شرایط صحت تقاص هم موجود بوده، ولیکن منکر تحقق تقاص باشد (یعنی بگوید که تقاص نکرده. و فرض این ممکن است مثل این که امانت در نزد عمرو بوده و عمرو هم طلبی از زید داشت و زید ملاحظه میکرد در ادای آن تا روز مطالبه پس چون زید مطالبه امانت کرد عمرو گفت من تقاص کردم. زید بگوید دروغ میگوئی تقاص نکرده ای و تو هرگز این امانت را راغب نیستی و به مصرف هم نمیتوانی رساند بلکه در گرو خود نگاه داشته ای و من الحال طلب تو را میدهم تو امانت مراد کن. و عمرو بگوید من تقاص کرده ام و به من منتقل شده و دیگر رد نمیکنم) در اینجا نیز قول عمرو مقدم است با یمین. زیرا که این هم از قبیل (دعوی رد به مالک) می شود. که اقوی قبول قول او است با یمین. چون تقاص از قبیل ید مالک است در ادای حق، به حکم شارع بر جواز آن. و اما هر گاه مقر باشد به طلب عمرو، ولیکن منکر تحقق شرایط تقاص باشد در تمام مدت. (مثل این که بگوید: من هرگز ملاحظه نکرده ام در اداء یا این که: تو هیچ بار مطالبه نکرده ای). یا در بعض مدت - مثل این که بگوید: هر چند من تا امروز ملاحظه میکردم و شرایط تقاص موجود بود، ولیکن امروز که من طلب تو را فرستادم الحال به فکر این افتاده ای که این امانت را تصرف کنی به دعوی تقاص قبل - و در اینجا ظاهر این است که قول و دعوی مقدم است با یمین. و فرق ما بین این صورت و صورت قبل، این است که در صورت قبل، زید قبول دارد که در صورت وقوع تقاص آن تقاص صحیح است و به اذن شرع است و آن در معنی اذن مالک است و در معنی رد است و قول امین در رد مسموع

است. لکن منکر وقوع آن، است. و در صورت ثانی قبول ندارد که در صورت وقوع صحیح باشد، و به اذن شارع باشد. و این تصرفی است در مال مالک بدون اذن او، و محتاج است به اثبات اذن. و اثبات اذن شارع در محافظت مال امانت و رد مال امانت، مستلزم اذن در تبدیل مال مالک به طلب امین، نیست که از توابع امانت باشد. و خلاصه کلام این که: در صورت اول قبول هر دو طرف هست که تقاص در معنی رد است. ولیکن نزاع در وقوع و عدم وقوع آن است. و در صورت ثانی نزاع در این است که آیا آنچه واقع شده در معنی رد است یا نه. و مالک مدعی آن است که این رد نیست، چون شرایط آن متحقق نیست و اصل عدم تحقق آن است، پس قول مالک موافق اصل است. [و] در تقدیم قول امین در رد (ظاهر) را بر (اصل) مقدم می‌داریم، ولیکن در این ماده آن ظهور ثابت نیست. و اما در صورت تحقق شرایط تا زمان مطالبه امانت هر گاه امین ادعای حصول آن کند، ظاهر صدق او است. چنانکه در صورت ادعای رد حقیقی ظاهر صدق او است. و هم چنین در صورت ادعای تلف، خصوصاً هر گاه مستند نکند آن را به امر ظاهری مثل غرق و حرق که اغلب مردم بر آن مطلع میشوند. بلی در اینجا میتوان گفت که هر چند ظاهر قول مدعی تقاص است. ولیکن به سبب قول دوم او که (رد کرده ام به مالک) آن ظهور زایل می‌شود و قول مالک مقدم می‌شود به سبب اصل. مگر این که عذر مسموعی بگوید، مثل این که (قول دوم من به جهت این بود که از قائله دعوی تقاص فارغ شوم، چون شنیده ام که قول امین در رد مسموع است با یمین، این را گفتم والا حقیقت همان بود که تقاص کردم). ولیکن این خود نفعی ندارد چون در این صورت هر گاه تقاص موافق صورت اول است که مالک قبول دارد شرایط تحقق آن را تا زمان مطالبه، باز بدون قسم فارغ نیست. و هر گاه مالک قبول ندارد، که امر شدیدتر خواهد بود. و گرفتار اثبات صحت تقاص هم می‌شود. پس کلام دوم از درجه اعتبار ساقط است به اعتبار اقرار اول با این که مؤل است به همان اقرار اول، یعنی مراد او از (رد کردم به زید) این باشد که تقاص در حکم رد

است. و چون ید مقاص مقاص مثل ید مالک است در اداء دین او، پس گویا به مالک رسیده چون دین او ادا شده. و باز رجوع می شود به همان تفصیلی که در تقاص دادیم. والله العالم.

۱۸۲:سوال:

۱۸۲:سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد، و مالک بمیرد و وارث او مطالبه امانت را بکند، و آن کس بگوید امانت را رد کرده ام به مالک. آیا قول او مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مشهور این است که قول او مسموع است با یمین. بلکه ظاهراً خلافی نیست مگر از علامه در مختلف در کتاب و کالت، که اشکال کرده در آن بعد از آن که تقویت [و] قبول کرده و دعوی اجماع از ابن ادریس بر آن، نقل کرده. و از ابن فهد در مهذب نیز دعوی اجماع ظاهر می شود چونکه گفته است در کتاب و کالت (الامناء علی ثلاثه اقسام: الاول من یقبل قوله فی الرد اجماعاً: وضابطه من قبض العین لنفع المالك، فهو محسن محض. فیقبل قوله فی ردها، حذراً من مقابله الاحسان بالاسائه. کالمستودع. واستشکله العلامة من حیث ان الاصل عدم الرد وهو قادر علی الاشهاد. وجزم فی کتاب فتواه بموافقه الاصحاب. و الثانی: مقابله. وضابطه من قبض العین لنفعه ومصلحته. کالمستعیر والمسترهن والمستأجر. الثالث: من قبض العین ونفعها مشترک بین المالك والقابض، کالمضارب والوکیل بجعل. فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك. ومن غلب جانب الامانه اعتبر قول العامل). و از ابن مفلح نیز دعوی اجماع نقل شده. و به هر حال مقتضای اجماعات منقولہ، و قول حق تعالی (وما علی المحسنین من سبیل) و (هل جزاء الاحسان الا الاحسان) و غیر آن، قول مشهور است. و یمین هر چند سبیلی است ولیکن به دلیل خارج شده. و ظاهراً خلافی نیست در این که دعوی رد بر وکیل مودع، نیز مثل دعوی رد بر موکل است. چون ید وکیل در معنی ید موکل است. بلی هر گاه مستودع دعوی کند (رد بر وارث مودع را) در آنجا محتاج است به یمین. چون [وارث] او را امین نکرده که مکلف باشد به تصدیق او. و [هر گاه وارث امانت را مطالبه کند و مستودع ادعا کند که به خود مالک قبلارد

کرده است، قول مستودع مسموع است. [ومدعی بودن وارث در اینجا منافات ندارد با قبول قول مستودع. چون مستودع ادعای رد بر خود مالک کرده، واطلاق اجماعات منقوله وادله سابقه شامل این صورت نیز هست.

۱۸۳:سوال:

۱۸۳:سوال: هر گاه جمعی از مؤمنین قدری مال اطفال صغار را بسپارند نزد ظاهر الصلاحی، وبعد از آن اراده کنند که تقسیم اموال را بر وفق فتوای مجتهدی به عمل آورند، به آن مرد بگویند: مال را بیاور تقسیم کنیم با سایر اموال میان ورثه. و آن شخص می رود آن وجه امانت را بیاورد. ووقتی که داخل مجمع آنها می شود فراموش میکند و به خانه معاودت میکند در آنجا به خاطرش می آید میگوید الحال کار ضروری دارم بعد از این، تنخواه را به صاحبش خواهم رسانید. و چون زوجه خود را امین میدانسته به او میسپارد و می رود به دهی که در آنجا سنبلی داشته. زوجه آن وجه را در میان اسباب خود میگذارد. دزد آن را میبرد. آیا آن مرد ضامن است یا نه؟ -؟.

جواب:

هر گاه مؤمنین عدول بوده اند، یا عادللی در میان آنها بوده، وحبسبتا آن مال صغار را به او میسپارند در وقتی که اذن حاکم شرع یعنی مجتهد عادل میسر نبوده، آن ودیعه محکوم به صحت است. ولکن در نزد مطالبه واجب بود که فوراً تسلیم آنها نماید، و هر گاه بدون عذر تأخیر کرده ضامن است. و هر گاه معذور بوده (چنانکه در صورت سوال:

جواب: هر گاه مؤمنین عدول بوده اند، یا عادللی در میان آنها بوده، وحبسبتا آن مال صغار را به او میسپارند در وقتی که اذن حاکم شرع یعنی مجتهد عادل میسر نبوده، آن ودیعه محکوم به صحت است. ولکن در نزد مطالبه واجب بود که فوراً تسلیم آنها نماید، و هر گاه بدون عذر تأخیر کرده ضامن است. و هر گاه معذور بوده (چنانکه در صورت سوال: عذر او نسیان (۱) بوده) از آن جهت ضمان دفع می شود. ولکن بعد از تذکر باز بایست فوراً رد کند و تأخیر بدون عذر موجب ضمان است. و با وجود این ودیعه گذاشتن نزد زوجه - هر چند ثقه باشد - هم داخل تفریط است و موجب ضمان است. چون ماذون نبود در تودیع نزد غیر.

کتاب الودیعه من المجلد الثالث

۱۸۴:سوال:

۱۸۴:سوال: هر گاه زید تنخواهی به عمرو به رسم امانت داده است، و عمرو تنخواه مزبور .

ص: ۳۹۱

را در میان خورجین گذارده و خورجین را در محل عبور مردم و به دست امینی نسپرده و رفته است در بازار از پی شغل و بعد از دو یوم که به زید رسیده است مذکور مینماید که تنخواه مزبور را سرقت نمودند. آیا در این صورت عمر و تقصیر کرده است یا نه؟ -؟ و هر گاه تقصیر کرده است حکم آن را بیان فرمایند.

جواب:

در امانتداری واجب است که امانت را در حرزی که مناسب آن است محافظت کنند. و هر گاه تفریط کرد و در غیر حرز گذاشت - مثل صورت سوال: - ضامن است. و ظاهر این است که هر گاه تفریط کرد در محافظت (مثل صورت سوال:

جواب: در امانتداری واجب است که امانت را در حرزی که مناسب آن است محافظت کنند. و هر گاه تفریط کرد و در غیر حرز گذاشت - مثل صورت سوال: - ضامن است. و ظاهر این است که هر گاه تفریط کرد در محافظت (مثل صورت سوال: بعد از این تفریط باز [اگر] خورجین را در جای مضبوطی بگذارد و در آنجا تلف شود هر چند به سبب آن تقصیر، نشده، باز ضامن است. و ظاهراً خلافی در آن نباشد. بلی هر گاه رد کند به مالک و ثانیاً او را امین کند و به او رد کند و بدون تقصیر تلف شود، ضامن نیست. و هر گاه رد نکند به مالک و لکن بعد از اطلاع مالک به آن تفریط و تقصیر، بدون این که ثانیاً بگوید که (در نزد تو امانت باشد) و بدون تقصیر تلف شود، در اینجا اشکال و خلاف است که آیا ضامن هست به تلف یا نه؟ -؟. و اظهر در اینجا نیز عدم ضمان است. و آن اشکال و خلاف، ضعیف است و راهی ندارد. (۱) و عموم (علی الید ما اخذت حتی تودی) مدفوع است به این که آن مخصص است به (ید امانت) (۲). و مفروض این است که به سبب اذن ثانی به آن، ید او ید امانت است و به منزله ید مالک است. بلکه جمع کثیری از علما قایلند که امین کردن (در نزد) غاصب هم او را از ضمان بیرون میآورد. و به هر حال: هر گاه ثابت باشد که به سبب تفریط تلف شده ضامن است. و هر گاه نزاع کنند در این که رد حال امانت تلف شده یا در حال ضمان - مثل این که آن خورجین در اول بار در محل مضبوط بوده و بعد تفریط کرده، یا در اول تفریط کرده بود و بعد به اذن مالک ثانیاً در جای مضبوط گذاشت - و مالک بگوید: در حال تفریط تلف شده. و .

ص: ۳۹۲

۱- عبارت نسخه: راهی ندارد بعد عموم علی الید ما اخذت حتی تودی و آن مدفوع است به این که مختص است به ید امانت...

۲- عبارت نسخه: راهی ندارد بعد عموم علی الید ما اخذت حتی تودی و آن مدفوع است به این که مختص است به ید امانت...

مستودع بگوید: در حال امانت. پس آن محتاج به مرافعه و هر چه رای حاکم شرع اقتضا کند به آن عمل خواهد شد. و دور نیست که در صورت عدم بینه قول مستودع مقدم باشد با یمین، نظر به اصل براءت واستصحاب امین بودن، در صورتی که تفریط بعد از ضبط در حرز نباشد (۱) به جهت آن که او اعرف است به آنچه کرده. هر چند استصحاب بقای مال هم مرجح قول مالک است در صورت تاخر تفریط. بلکه میگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده و مستودع بگوید قبل از تفریط تلف شده، آن در معنی انکار تفریط است و قول او مقدم است در تلف بعد از استیمان ثانی. واستصحاب هم موید آن است علاوه بر آنچه مذکور شد. خلاصه جواب استفتا این است که: هر گاه ثابت باشد که امانت را به همین نحو که .

ص: ۳۹۳

۱- و در نسخه: باشد. شاید تصویر صورت های مختلف مسأله ضرورت داشته باشد خصوصا برای توضیح اصلاح لفظ (باشد) به (نباشد). مسأله چهار صورت دارد: الف: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و امانت تلف شده. در این صورت ضامن است. ب: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس امانت را در جای مضبوط قرار داده، و امانت تلف شده. باز ضامن است. ج: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و آنگاه با اذن جدید استیمان کرده، امانت تلف شده. اینک مالک میگوید پس از تفریط و قبل از استیمان مجدد، تلف شده (یعنی همان صورت الف) پس ضامن است. و امین میگوید پس از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستم. در این صورت نظر به این که مرحله ماقبل تلف، تفریط است زمینه برای اصالت براءت مساعد نیست. پس قول مالک مقدم است. د: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس آن را در جای مضبوط قرار داده، آنگاه مجددا استیمان کرده. امانت تلف شده. اینک مالک میگوید قبل از استیمان مجدد تلف شده (یعنی همان صورت ب) پس ضامن است. و امین میگوید بعد از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستم. در این صورت چون مرحله ماقبل تلف، حالت ضبط است زمینه برای اصالت براءت مساعد است و نیز برای استصحاب. پس قول امین مقدم است. میرزا (ره) با جمله (بکله میگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده...) استدراک میکند و در صورت (ج) نیز قول امین را مقدم میدارد.

تصرف کرده که در خورجین گذاشته در سر راه بدون این که به امینی سپرد، و به سبب همین تلف شده، یا این که بعد از آن تقصیر به جای محفوظ ضبط کرده در آنجا تلف شده بدون اذن جدیدی از مالک، ضامن است در هر دو صورت. و اگر نزاع باشد در این معنی، ها محتاج است به مرافعه.

ص: ۳۹۴

سوال: ۱۸۵:

سوال: ۱۸۵: هر گاه شخصی قدری زیور زنانه از طلا و نقره عاریه نماید بدون تفريط و تعدی تلف شود. ضمان بر مستعیر متوجه می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهار در نزد حقیر آن است که ضمان متوجه نمی شود. مگر این که شرط ضمان کرده باشد. فان شئت توضیح المقال علی سبیل الاستدلال، فاعلم: ان الاخبار الوارده فی العاریه منها علی اقسام: منها: ما يدل علی عدم الضمان فی العاریه مطلقا. مثل صحیحه الحلبي عن الصادق (علیه السلام) (قال: لیس علی مستعیر عاریه ضمان. وصاحب العاریه والودیعه مؤتمن) (۱) وحسنه عنه (علیه السلام) (قال اذا هلکت العاریه عند المستعیر لم یضمنه. الا ان یكون اشترط علیه) (۲) وصحیحه عبدالله بن سنان (قال سئلت ابا عبدالله (علیه السلام) عن العاریه. فقال: لا غرم علی مستعیر عاریه اذا هلکت، اذا کان مامونا) (۳) وفی معناها صحیحه محمد بن مسلم. (۴) ومنها: ما يدل علی اخراج الذهب والفضه من هذا الحکم. مثل صحیحه زرارہ (قال: قلت لابی عبدالله (علیه السلام): العاریه مضمونه؟ فقال: جمیع ما استعرتہ فتوی فلا یلزمک تواه، الا .

ص: ۳۹۵

۱- الوسائل ج ۱۳، ابواب العاریه، الباب ۱ ح ۶.

۲- المرجع: ح ۱ و ۳ و ۷. وكذا فی معناها روایه مسعده بن زیاد: ح ۱۰.

۳- المرجع: ح ۱ و ۳ و ۷. وكذا فی معناها روایه مسعده بن زیاد: ح ۱۰.

۴- المرجع: ح ۱ و ۳ و ۷. وكذا فی معناها روایه مسعده بن زیاد: ح ۱۰.

الذهب والفضه، فانهما يلزمان. الا- ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك، لزمك. والذهب والفضه لازم لك وان لم يشترط عليك (١) وموثقه اسحاق بن عمار عن الصادق (عليه السلام) والكاظم (عليه السلام) (قال العاربه ليس على مستعيرها ضمان. الا ما كان من ذهب او فضه فانهما مضمونان، اشترط او لم يشترط) (٢). ومنها: ما يدل على استثناء الدراهم وما يدل (٣) على استثناء الدنانير (مع عدم القائل بالفصل بجعل كل منهما صنفا واحدا) (٤). مثل حسنه عبدالله بن سنان (قال: قال ابو عبد الله: لا يضمن العاربه، الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان. الا الدنانير فانها مضمونه وان لم يشترط فيها ضمان) (٥) ورواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان. (٦) وحسنه عبد الملك بن عمر عنه (عليه السلام) (قال: ليس على صاحب العاربه ضمان، الا ان يشترط صاحبها. الا الدراهم فانها مضمونه، اشترط صاحبها او لم يشترط) (٧). اذا عرفت هذا، فقيل بتخصيص العمومات بالذهب والفضه. لان المخصص منحصر في الدرهم والدينار والذهب والفضه في الاخبار. ولا منافات بين [هذه] المخصصات، فليبق على حالها. مع ان ما دل على اخراج الدرهم والدينار قاصره، لانفراد كل منهما في الذكر في الروايه. ولم يقل به احد. وايضا فابقاء الذهب والفضه في ما دل عليهما على حقيقتهما او لى من ابقاء العام المخصص بالدينار والدرهم جزما على الباقي بعد التخصيص. وقيل بان بين المخصصات تعارضا بالعموم والخصوص. فيخصص مطلق الذهب والفضه بالدرهم والدينار. وانت خير بضعف القولين. والتحقيق ان يقال: عمومات العاربه وما دل على عدم الضمان مطلقا، قد خص بتلك .

ص: ٣٩٦

- ١- المرجع: الباب ٣ ح ٢ و ٤.
- ٢- المرجع: الباب ٣ ح ٢ و ٤.
- ٣- وفي النسخه: ومنها ما يدل:...
- ٤- عباره النسخه وعدم القائل بالفصل بجعلها صنفا واحدا.
- ٥- المرجع: الباب ٣ ح ١. توضيح: كان ينبغي هنا ان ياتي بحديث الدراهم اولا، ثم حديث الدنانير. قد عكس المصنف على اللف والنشر المشوش.
- ٦- التهذيب، ج ٢ ص ١٦٧، ولكن ترك فيها (الا الدنانير... الى الاخر) فلا ربط له بما نحن فيه.
- ٧- الوسائل: ج ١٣، ابواب العاربه، الباب ٣ ح ٣.

الاجبار في الجملة. والنسبه بين مادل على اخراج الذهب والفضه وما دل على اخراج الدرهم والدينار، عموم من وجه. لان للحصر بكلمه (ما) و (الا) جزئان: ثبوتى وسلبى. فالجزء الثبوتى من خبر الذهب والفضه يدل على الضمان فيهما سواء كان درهما ودينارا او غيرهما. والجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار يدل على انه لا ضمان فى غيرهما سواء كان فضه وذهبا او غيرهما. فبطل القول بعدم تحقق التعارض بين المخصصين. وح فلا بد من الترجيح. وبعد ملاحظه تكافؤها فى السند فالترجيح للجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار. لموافقته للاصل واعتضاده بساير العمومات الكثيره النافيه للضمان الا مع الشرط. والقدرح فى ضعف الدلاله بعد ملاحظه عدم القول بالفصل، لاوجه له. مع انه يمكن ان يقال ان الجزء السلبى منطوق والجزء الايجابى مفهوم - ان قلنا بان مفهوم الحصر فى (ما) و (الا) من جمله المفهومات - واين يمكن ان يقال دلالة الجزء الايجابى فى خبر الذهب والفضه اظهر دلالة على مطلق الذهب والفضه، من الجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار على غيرهما من افراد الذهب والفضه. ولكن مثل هذا المرجح لايمكن ان يعتمد عليه. وبالجملة: فالاقوى عدم الضمان للعمومات فى العاريه وغيرها المعتضده بنفى العسر والخرج. مضافا الى اعتضاد خبر الدرهم والدينار باصل البرائه واصل العدم. والله العالم. ثم ان الصدوق (ره) بعد ما روى حسنه الحلبي المتقدمه قال (وفى حديث آخر: اذا كان مسلما عدلا فليس عليه ضمان). وهو يشعر بان عدم الضمان مشروط بالعداله. وكذلك صحيحه عبدالله بن سنان المتقدمه دلت على اشتراط كونه مامونا. وفى صحيحه محمد بن مسلم (اذا كان امينا فلا غرم عليه) وهذا القيد فى غيرها ايضا موجود. وهو بظاهره مشكل ولا يحضرنى مصرح باشتراط ذلك الان. ويمكن ان يكون المراد: مالم يظهر منه خيانه فاذا ظهر التعدى والتفريط فيلزم الغرم. او ليس عليه شىء مادام هو مامون ولم يتهم، ومع الاتهام فيلزمه شىء. ولو كان ذلك الشىء هو الاحلاف.

كتاب العاريه من المجلد الثانى

١٨٦:سوال:

١٨٦:سوال: هر گاه زيد عمارتى دارد. وآن عمارت درى دارد که از آنجا تردد در آن مى شود. زيد آن را در را سد کند. وبه اذن عمرو درى از براى عمارت بگشايد که عبور به آن از

ملک عمر می شود. بعد از آن عمر و فوت شود و وارث او همان ملک را به بکر بفروشد در حالی که طرفین خالی الذهن باشند از این که معبر زید در آنجا هست. آیا بکر می تواند مانع زید شود از عبور یا نه؟ -؟. و بر فرضی که نتواند آیا این معنی منشأ جهالت مبیع و تسلط بکر بر فسخ بیع می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

این فعل عمر و از بابت عاریه است. و عاریه از عقود جایزه است. و هر یک از طرفین میتوانند فسخ کنند، مگر در مواضع چند که استثنا شده که از جمله آنها عاریه دادن زمین است برای زرع غرس یا عمارت ساختن و بنا نهادن. که بعضی علما گفته اند که رجوع نمی تواند کرد مادامی که آنها در محل خود هستند. و مشهور جواز رجوع است در اینها نیز ولکن با ارش، یعنی تفاوت قیمت آنها در حالی که بر جای خود باشند و در حالی که کنده شوند از جای خود. یعنی معبر باید تفاوت قیمت را بدهد و رفع نقصان مستعیر را بکند و ازاله کند، بلکه خود معبر بدون اذن او مباشر ازاله شود و بلکه او را امر کند یا ازاله کند یا مخیر کند که معبر ازاله کند. و به این جمع بین حق معبر و مستعیر می شود، و مقتضای جواز عقد و عدم لزوم وقاعده نفی ضرر (هر دو) به عمل می آید. و ظاهر این است که مورد سوال:

جواب: این فعل عمر و از بابت عاریه است. و عاریه از عقود جایزه است. و هر یک از طرفین میتوانند فسخ کنند، مگر در مواضع چند که استثنا شده که از جمله آنها عاریه دادن زمین است برای زرع غرس یا عمارت ساختن و بنا نهادن. که بعضی علما گفته اند که رجوع نمی تواند کرد مادامی که آنها در محل خود هستند. و مشهور جواز رجوع است در اینها نیز ولکن با ارش، یعنی تفاوت قیمت آنها در حالی که بر جای خود باشند و در حالی که کنده شوند از جای خود. یعنی معبر باید تفاوت قیمت را بدهد و رفع نقصان مستعیر را بکند و ازاله کند، بلکه خود معبر بدون اذن او مباشر ازاله شود و بلکه او را امر کند یا ازاله کند یا مخیر کند که معبر ازاله کند. و به این جمع بین حق معبر و مستعیر می شود، و مقتضای جواز عقد و عدم لزوم وقاعده نفی ضرر (هر دو) به عمل می آید. و ظاهر این است که مورد سوال: از این باب نیست و ملک مال معبر است که عمر و است. و مادام الحیوه اختیار دارد که رجوع کند. و بعد از عمر و مال وارث است و او نیز اختیار دارد که رجوع کند. و وارث که فروخت به بکر آن نیز اختیار دارد. به هر حال حق لازمی به جهت زید که مستعیر است حاصل نشده. و کسی که خواهد لزوم بهم رسد در چنین مواضع، به عقد مصالحه یا وجهی دیگر از وجوه لازمه به خود منتقل کند. و بدون آن زید نمی تواند متصرف شود. بلی این هر گاه از باب عاریه زمین از برای غرس و بنا و امثال آن باشد و مالک آن را فروخته و مشتری جاهل آن بوده، بعد از حصول علم از برای مشتری خیار فسخ بیع حاصل می شود از راه خیار عیبی (1) که به جهت شرکت غیر حاصل می شود، هر چند به .

ص: ۳۹۸

همین قدر باشد که مستعیر مانع از تصرف می شود و تمکین نمیدهد الا بعد از گرفتن ارش. و مفروض این است که این مورد سوال:

همین قدر باشد که مستعیر مانع از تصرف می شود و تمکین نمیدهد الا بعد از گرفتن ارش. و مفروض این است که این مورد سوال: ما از این باب نیست. پس خیار فسخ (۱) هم در اینجا به جهت بکر حاصل نمی شود.

سوال: ۱۸۷:

سوال: ۱۸۷: زید زمینی را به عمرو میدهد که در آنجا خانه بسازد و ساکن شود. بعد از مدتی عمرو از آنجا می رود و خانه را به دیگری می فروشد. الحال زید میگوید به آن دیگری که بیرون رو از خانه، و ملک از من است، آیا تسلط دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه به عنوان صلح یا بیع یا نحو آن منتقل نکرده به او، این ارباب عاریه است، و هر وقت میخواهد بر هم میزند. و او را می تواند امر کند به ازاله بنا و عمارتی که از مال خود در آنجا ساخته. و تفاوت قیمت را باید به مستعیر بدهد. و مستعیر نمی تواند آن خانه را به غیر بفروشد یا عاریه بدهد. بلی جایز است بیع چوب و سنگ و آجری که از خارج آورده، و ظاهر این است که حکم وارث مستعیر حکم خود او است در استحقاق انتفاع و عدم تسلط معیر بر ازاله الا به ارش.

سوال: ۱۸۸:

سوال: ۱۸۸: مستعیر چگونه انتفاعی می تواند از عاریه ببرد؟ و تا کی می تواند انتفاع ببرد در وقتی که مدتی معین قرار داده نشده باشد -؟.

جواب:

جواب: هر گاه در عاریه تعیین مدت نشده و به عنوان اطلاق رخصت در منتفع شدن داده، رجوع می شود به عرف و عادت. پس هر گاه گلیمی یا نمدی و امثال آن به عاریه بدهد، در عرف و عادت فرش کردن و نشستن بر آن، فهمیده می شود. و هر گاه لحاف بدهند، پوشیدن فهمیده می شود، پس جایز نیست فرش کردن آن، و در الاغ و قاطر بار کردن، و در اسب نجیب سواری. پس جایز نیست اسب نجیب را بار کردن، و به الاغ و قاطر شیار کردن زمین مگر در جائی که متعارف باشد. و هر گاه راه انتفاع در عرف و عادت متعدد باشد - مثل قاطر که بار میکنند و سوار هم میشوند و در بعضی بلاد چرخ خرمن کوبی را هم به آن میگردانند - پس در صورت تعدد انتفاع و عدم تقیید، اگر به عنوان عموم گفته است که هر نفعی که خواهی .

ص: ۳۹۹

بیر، اشکالی در جواز همه نیست. و هم چنین در صورت اطلاق - مثل این که بگوید در نزد تو باشد و از آن نفع ببر - ولکن در اینجا اکتفا کنند به افراد شایعه. و هر گاه معیر معین کند نفع خاصی را، جایز نیست تعدی از آن. هر چند تصریح نهی از غیر نکند علی الاظهر، خصوصاً هر گاه ضرر آن بیشتر باشد. و بعضی تجویز کرده اند. تعدی به مساوی و به آنچه ضرر آن کمتر باشد، خصوصاً در اقل ضرر، از راه (قیاس بطریق اولی). و این ضعیف است. بلی هر گاه از قراین معلوم شود رضای به اقل یا مساوی، جایز است. و هم چنین در مقدار انتفاع، رجوع به عرف و عادت می شود، مثل این که متعارف بار الاغ سی من تبریز است. پس جایز نیست بیشتر بار کند. و بدان که: بعد از آن که بنا به عدم جواز تعدی شد - یا به سبب نهی معیر، یا به سبب تعیین معیر نوع خاصی از منفعت، یا به سبب اقتضای عرف و عادت مقدار خاصی را - پس هر گاه تعدی کند، ضامن عین معاره می شود. و اظهر این است که باید تمام اجرت عمل را بدهد، نه این که مساوی اجرت آن عمل ماذون فیه را ساقط کند و تتمه را بدهد. به جهت این که مجموع این عمل غضب است و تصرفی است در مال غیر بدون اذن. و ثمره این خلاف ظاهر می شود در صورت تعدی به (اقل ضرراً) یا مساوی. که بنابر قول به ملاحظه نسبت و اسقاط مساوی اجرت، در اینجا به غیر معصیت ضرری حاصل نیست. بلی هر گاه ماذون فیه داخل منهی عنه باشد - مثل این که شرط کرده بود که حیوان را بیست من بار کند او سی من بار کرده، یا خود تنها سوار شود او شخص دیگر را به ردیف خود کرده، یا زمین را گندم زرع کند او جو و گندم هر دو را زرع کند - در اینجا به قدر اجرت ماذوق فیه را اسقاط میکند. بخلاف آن که نوع منفعت مختلف باشد مثل سواری و بار کردن و زرع و غرس اشجار، چنانکه در مسالک و غیر آن تصریح به آن شده.

۱۸۹:سوال:

۱۸۹:سوال: هر گاه عین معاره تلف شود یا نقصان بهم رساند در نزد مستعیر، ضامن تلف هست یا نه؟ -؟.

جواب: مشهور علما این است که ضامن نیست، مگر در صورت تفریط و تعدی با شرط ضمان. و در خصوص طلا و نقره. و ابن جنید عاریه حیوان را نیز استثناء کرده. پس هر گاه جامه کهنه شود به استعمال، یا حیوان ضعیف شود یا تلف شود، بر او ضمانی نیست. و قولی هست به این که هر گاه به سر حدی برسد استعمال که از آن نازلتر قیمتی برای آن باقی نماند و باز استعمال کند، در این صورت هر گاه تلف شود ضامن است. به جهت آن که از اذن مالک این فرد استعمال فهمیده نمی شود بلکه ظاهر عاریه آن است که باز عین باقی بماند به نحوی که از برای آن مالیتی باشد هر چند قلیل باشد. اما عدم ضمان در غیر صورت استثناء: پس ظاهر این است که اجماعی است، چون از باب امانت است و در کفایه و غیر آن تصریح به عدم خلاف شده، و در مسالک تصریح به اجماع علمای ما و اکثر عامه شده، و اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن (۱). و خلاف ابن جنید هم ضعیف است و روایتی که در آن متمسک شده شاذ است و مستند آن هم قاصر است. (۲) و اما صورت استثناء: پس در صورت تعدی و تفریط نیز ظاهراً خلافی نیست، و دلالت دارد بر آن مفهوم اخباری که نفی غرامت در آنها مشروط است به امین بودن مستعیر و مؤتمن بودن [او]. و متعدی و مفراط نیست. پس باید غرامت بر آنها باشد. و عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودیة) هم شامل آن است. بلکه خصوص بعض اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن. و هم چنین در صورت شرط ضمان هم خلافی نیست که ضمان ثابت است. و در مسالک و غیر آن تصریح به اجماع شده، و اخبار صحیحه و غیر صحیحه هم دلالت دارد بر آن. و اما استثنای طلا و نقره: پس آن نیز فی الجمله اجماعی است. و لکن خلاف است.

ص: ۴۰۱

-
- ۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۵ (اولین مسأله باب عاریه) که اخبار باب به طور مشروح و تحقیقی بررسی شده است.
 - ۲- به نظر میرسد مراد روایت ۱۱، از باب ۱، ابواب عاریه است.

در این که مطلق طلا- و نقره حکم او این است؟ یا مخصوص درهم و دینار است؟ و جمع مابین اخبار در این مسأله خالی از صعوبتی نیست. و حقیر این مسأله را در جواب مسائل سابقه که در مجموعه علی حده است (۱) تحقیق کرده ام، و جمع اخبار به قدر طاقت خود کرده ام. (۲) و حاصل مختار (تفصیل) است که: در درهم و دینار ضمان هست، هر چند شرط ضمان نکرده باشند. و در سایر افراد طلا و نقره مثل زینت زنان و غیر آن ضمانی نیست (مثل سایر افراد عاریه) مگر با تفریط یا تعدی یا شرط ضمان. و [در] درهم و دینار هر گاه شرط عدم ضمان کنند هم ضمان ساقط نیست. و ظاهراً خلافی در آن هم نیست. و حسنه زراره یا صحیحه او (۳) هم دلالت بر آن دارد. بدان که: در عاریه [ای] که شرط ضمان در آن می شود ضمان تنها [عین] می شود، یا شرط نقصان تنها، یا شرط ضمان هر دو، یا اطلاق شرط ضمان می شود. و در سه صورت اول باید تابع شرط بود، و اما در صورت اطلاق: پس بعضی گفته اند تنزیل می شود بر ضمان عین. پس بر مستعیر لازم می شود قیمت عین در روز تلف آن. به جهت آن که نقص حاصل به سبب استعمال ماذون فیه است، و بر آن غرامتی نیست. و بعضی فرق گذاشته اند ما بین نقصی که در اجزاء عین به سبب استعمال حاصل شود - مثل سائیده شدن جامه به سبب پوشیدن، و کوتاه شدن گواهن به سبب شیار کردن و امثال آن - و ما بین نقصی که از غیر جهت استعمال باشد مثل جدا شدن قطعه [ای] از جامه به سبب آن که به درختی بند شود. و قطعه ای از گوآهن که بر پشته علف بند شود.

ص: ۴۰۲

- ۱- مراد اولین مسأله از کتاب عاریه است که در اصطلاح تنظیم کننده جامع الشتات اولین مسأله از کتاب عاریه مجلد اول، میباشد، و ما آن را تحت شماره ۱۸۵ قرار دادیم.
- ۲- مراد اولین مسأله از کتاب عاریه است که در اصطلاح تنظیم کننده جامع الشتات اولین مسأله از کتاب عاریه مجلد اول، میباشد، و ما آن را تحت شماره ۱۸۵ قرار دادیم.
- ۳- وسائل: ابواب العاریه، باب ۳ ح ۲ - توضیح: تا اینجا بحث از مجلدات جامع الشتات به طور مکرر راجع به بر خورد میرزا (ره) با احادیث (ابراهیم بن هاشم) سخن داشتیم و دیدیم که میرزا احادیث او را به عنوان (حسنه) میپذیرد، این اولین بار است که مشاهده میکنیم میرزا از حدیث او با (حسنه یا صحیحه) تعبیر میکند. والحمد لله. واینک سند حدیث: محمد بن یعقوب، عن علی، عن ابیه (ابراهیم بن هاشم)، عن ابن ابی عمیر، عن جمیل، عن زراره.

بدون تقصیر و تفریطی. پس ضمان در دومی ثابت است نه در اولی. و این دور نیست. و بعضی قایل شده به ضمان مطلقا. خواه تلف شود اصل عین و خواه رد نکنند به مالک و خواه نقص به سبب استعمال باشد یا غیر آن. به جهت آن که تضمین عین مستلزم تضمین اجزا است، چون عین مرکب است از آنها. و اذن در اصل منافی ضمان نیست، و حال آن که شرط ضمان هم شده و نقص از لوازم استعمال نیست. پس جایز است که استعمال ماذون فیه باشد و نقص هم مضمون علیه باشد. و این قول را در مسالک تقویت کرده، و اظهر در نظر حقیر این است که نقصی [که] به سبب استعمال باشد مضمون نیست. چنانکه مختار محقق است در شرایع. و منقول است از تذکره. و بنا بر قول به ضمان نقص، هر گاه ناقص شود و تلف شود اعتبار می شود اعلائی قیمت‌های عین از روز قبض تا روز تلف، هر گاه تفاوت قیمت به سبب نقص اجزا باشد نه به سبب قیمت سوقی. به جهت این که این مدلول ضمان عین نیست. و بنا بر قول به عدم ضمان نقص، هر گاه تلف شود ضامن است قیمتی را که در آخر حالات تقویم است.

۱۹۰: سوال:

۱۹۰: سوال: هر گاه کسی مالی عاریه بگیرد از غاصب. حکم آن چه چیز است؟ و ضمان بر کی قرار می‌گیرد؟.

جواب:

جواب: مستعیر یا عالم است به این که مال غیر است و عاریه میکند، یا جاهل است. پس اگر مستعیر عالم است، خود، غاصب است و ضامن عین و منفعت و نقصان (همه) هست. هر چند عاریه مضمونه نباشد. و مالک می تواند به هر یک از معیر و مستعیر رجوع کند به عین و منفعت. و هر گاه رجوع کرد به مستعیر دیگر مستعیر رجوع نمی تواند کرد به معیر در آنچه مالک از او گرفته. چون تلف در دست او شده و ضمان بر او قرار گرفته. چنانکه در مسأله ایدی متعاقبه در غصب محقق شده، و خلافی در آن ندارند. و هر گاه رجوع کند به معیر، پس او می تواند رجوع کند بر مستعیر، چون مستعیر به منزله غاصب است از معیر به سبب علم به حال، و ضمان هم بر مستعیر قرار گرفته چون تلف در دست او شده.

ص: ۴۰۳

و هر گاه قبل از عاریه زیادتی در دست معیر حاصل شده باشد و از دست رفته باشد. مالک در آن رجوع نمی تواند کرد به مستعیر. چون غصب در آن زیادتی مختص معیر است، مثل این که قیمت سوقی آن در نزد معیر ترقی کرد و بعد تنزل کرده بنا بر قول به ضمان اعلی القیم در غصب. یا نقصانی در عین بهم رسیده در نزد معیر که منشأ نقصان آن شده، و اگر مالک از معیر غرامت آن را گرفته دیگر او نمی تواند رجوع کند به مستعیر. و اما اگر مستعیر جاهل باشد به حال: پس باز او ضامن عین و منفعتی که بعد از عاریه به دست آمده، است. چنانکه قاعده است در ایدی متعاقبه بر مغضوب. و اظهر و اشهر این است که مالک به هر یک از اینها می تواند رجوع کرد در عین و منفعت. پس هر گاه رجوع کرد بر مستعیر، رجوع میکند مستعیر به آنچه غرامت کشیده بر معیر. چون معیر او را ماذون کرده بود در استیفای منفعت بدون عوضی از برای منفعت، و بدون ضمانی از برای عین اگر تلف شود. مگر این که عاریه مضمونه باشد که در این وقت رجوع نمی تواند کرد در قیمت عین، بلکه رجوع میکند به اجرت منفعتی که مالک از او گرفته. به جهت آن که ضمان در عاریه مضمونه متعلق به عین است و وضع عاریه برای منفعت بودن است، پس مضمون بودن منفعت معنی ندارد. بلکه اظهر این است که رجوع میکند به غرامتی که مالک گرفته از جهت نقصان عین هم که به سبب استعمال حاصل شده. مگر آن که شرط کرده باشد ضمان آن را، چنانکه در مسأله سابقه بیان کردیم. و وجه استثنای عاریه مضمونه این است که مستعیر بر خود قرار داده ضمان را که عاریه مضمونه کرده. و انکشاف فساد عاریه ضرر ندارد نظر به قاعده مسلمة [ای] که فقها دارند که (کلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) و چون در صورت صحت عاریه هر گاه شرط ضمان بشود ضامن است. پس باید در صورت فساد آن هم ضامن باشد. و آنکه در صورت علم مستعیر گفتیم (ضامن است هر چند مضمونه نباشد) مسامحه است در عبارت، والا حقیقتاً مستعیر در صورت علم غاصب است، و مستعیر بر او صدق نمی کند، هر چند در صورت عاریه بدهد.

واینکه گفتیم (اظهر واشهر این است که مالک به هر یک می تواند رجوع کند) اشاره است به خلاف محقق که اختیار کرده است عدم جواز رجوع به مستعیر را، مگر در صورت جهل، و مگر در صورتی که عاریه مضمونه باشد. و این استثنا از اطلاق کلام او در مسأله (۱) (عدم ضمان در عاریه در غیر صورت مستثنیات) ظاهر می شود. هر چند کلام او در اینجا مطلق است و استثنای عاریه مضمونه نکرده. و وجه آن (چنانکه در مسالک اشاره کرده) این است که مستعیر مغرور است، و غاصب هر چند سبب است و مستعیر مباشر. لکن سبب غار اقوی است از مباشر مغرور. و دلیل مشهور همان قاعده ضمان است که در ایدی متعاقبه گفته اند علی الاطلاق. به دلیل حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) مشهور (علی الید ما اخذت حتی تودی) که اصحاب به آن عمل کرده اند. و این اقوی است. و در مسالک احتمال ضعیفی نقل کرده که مطلقا رجوع نمی کند به معیر هر چند عاریه مضمونه باشد. نظر به این که فساد عاریه ظاهر شد. پس وجهی از برای ضمان آن نیست، به سبب این که مغرور است در غضب. پس رجوع میکند. به غار. و جواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر شد که تکیه در این مسأله به قاعده مسلمه است که فرقی ما بین صحیح و فاسد نیست. و غضب را در این مسأله دخلیتی نیست. و هر گاه مالک رجوع کند بر معیر غاصب، او رجوع نمی تواند کرد بر مستعیر. مگر این که عاریه مضمونه باشد. اما اول: پس به سبب آن که مغرور است و غاصب او را واداشته بر منتفع شدن بدون عوضی. و اما ثانی: پس به جهت مقتضای ضمان که خود مستلزم شده و فساد عاریه در نفس الامر ضرر ندارد. چنانکه دانستی. و فرق مابین تلف عین و منفعت و نقصان عین نیست. والله العالم.

کتاب العاریه من المجلد الثالث

۱۹۱: سوال:

۱۹۱: سوال: اذا مات زید عن بنت وبنین وله دور. فسئلت البنت اخوانها ان یسکنوها فی دار معینه من تلک الدور. فاجابوها وقالوا انه من مال ابینا واییک فاسکنی فیها. وقالت البنت لزوجها: عمر هذه الدار لیسکن فیها فان اخوانی اجازوا لی سکونتها. فعمرها الزوج و صرف فی عمارتها مالا کثیرا. فلما عمرت الدار ندم الاخوان ومنعوها عن السکنی. ولم .

ص: ۴۰۵

۱- عبارت نسخه: از اطلاق کلام او بعد از این در مسأله...

يزاحمهم اختهم في ذلك. فكيف حال الزوج والمال الذي صرف فيها والعمل الذي عمل فيها؟ -؟-؟.

جواب:

جواب: الظاهر ان هذه الاجازه من الاخوان لاختهم من باب العاربه في قدر حصتهم، لجواز اعاره المشاع وكفايه مطلق اللفظ الدال على العاربه، لكونها من العقود الجايزه. فيكفي فيها لفظ (اسكني فيها) بل وقد يكفي الفعل الدال على الايجاب. بل ربما قيل بكفايه حسن الظن بالصديق بالانتفاع بماله في تحقق العاربه، كما ذهب اليه علامه في التذكره وجماعه، والظاهر ان مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال في تحققها. يعنى ان هذا اذن في الانتفاع. واما المعبر في (شاهد الحال) هل هو القطع او يكفي الظن، فهو كلام آخر والاحوط فيه القطع. وليس المراد ان آيه سوره النور (1) تدل على ذلك (بمفهوم الموافقه اذ الانتفاع ب [مال] الغير مع بقائها بحالها اسهل من اكلها واتلافها. وعلى هذا فلا يتعدى مما ذكر في الايه من الارحام وغيرهم) كما ظنه الشهيد الثاني (ره) في الروضه. وذكروا من جمله ما دل على [كفايه] شاهد الحال، جواز الاكل من الهدايا في ظروفها. فكان ذلك من باب المعاطات في العاربه. وبالجملة: لا ينبغي الاشكال في كون قول الاخوان لاختهم (اسكني في الدار) من باب العاربه وتحققها به. ثم ان العاربه لاحد تدل على جواز انتفاع اهله وعياله والضييف ونحو ذلك. فالعاربه لاختهم تدل على اباحه انتفاع زوجها ايضا بالسكني. ولكن الظاهر ان المستعير انما هو الاخت، لا الزوج. حتى يتفرع عليه احكام العاربه في حقه اذا تفرد. فنقول ان الدار المذكوره اما هي قابله للسكني او مخروبه لا تقبل السكني الا بالعماره. فعلى الاول: لو صرح بالاذن في العماره والبناء او اطلق في الاذن اطلاقا ينصرف اليه، فلو رجع في العاربه يتفرع عليه ضمان الغرامه والارش. بخلاف ما لو منعها عن ذلك، فانها .

ص: ٤٠٦

١- ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم ليس عليكم جناح ان تاكلوا جميعا او اشتاتا: ٦١ نور.

عماره فضوليّه. وعلى الثاني: فالظاهر ان اطلاق الرخصه فى السكنى متضمن للاذن فى البناء والعماره. ثم: على فرض ثبوت الاذن صريحا او ضمنا، فلكل منهما الرجوع. لكونها من العقود الجايزه. ولكن التحقيق هو ان كل واحد منهما ان اردا الفسخ فيدخل الضرر على نفسه، كما يظهر من التذكرة. مثلا اذا اعار الارض للغرس، فغرس المستعير ثم ندم المعير وامره بالازاله. فيلزم المستعير القبول. ولكن يلزم المعير الارش، يعنى تفاوت قيمه الشجره قائما ومقلوعا. وليس على المستعير طم الحفر وتسويه الارض، وله ان يمنع حتى يقبض الارش (لاحتمال طرو عجز للمعير عن الارش او فلس او نحو ذلك) دفعا للضرر. ولو ندم المستعير فيجوز له القلع وليس للمعير منعه ولكن عليه طم الحفر وتسويه الارض، وكل ذلك للجمع بين الحقين وعملا بمقتضى جواز العقد وعدم لزومه. وعساک ان تتوهم انه لامجال لايجاب الارش، اذ المستعير هو الذى ادخل النقصان على نفسه لاقدامه على العقد الجايز الذى يترتب عليه ذلك. ويندفع هذا التوهم بان المسلم من جواز العقد وعدم لزومه انما هو جواز الرجوع فى الجملة، لامجانا مطلقا. فان السكون على فعل المسلم وقوله ووعدده والاطمينان والاخلاد اليه انما صار سببا لاقدامه على غرس الشجر الذى جرى العاده بان يفعل لاجل الانتفاع بثمره. فمن البعيد من حكمه الله تعالى تسويغ هذا العقد وتجويزه ان يترخص احد فى بناء دار فى ارضه او غرس شجر، مع تحمل المشقه والغرامه وصرف الاموال الكثيره، واذا تم البناء وبلغ الغرس بالثمر، جاز للمعير الرجوع مجاناً فى ما كان البناء مجموعه من طين ذلك الارض ولم يكن شىء عن مال المستعير فيه حتى يستردها. فالقدر المسلم من كون العقد جايزا انما هو مع ملاحظه حق المستعير ايضا. وكذا من جانب المستعير اذا اراد الرجوع واضرار المعير بذلك. والحاصل - كما عليه معظم المتأخرين، بل [لم] نقف على مخالف فيهم - ثبوت الارش ح. ثم: ان فى مانحن فيه لما لم يزاحمهم لاخت فى الاسترداد ورجعوا عن عقد هم فى السكنى، فسقط دعوى الاخت فى العماره، ويبقى الاشكال فى حق الزوج. فهل هو يرجع

اليهم فى ما اخرجه من العماره؟ او الى الزوجه؟. الظاهر انه لا كلام [له] مع الاخوه، وانما هو مع زوجته. وذلك لانهم لم يعيروه الدار ولم ياذنوه فى العماره. ورضاهم بسكناه مع اختهم فيها انما كان من باب دلالة الاشاره التبعيه فى نفس الانتفاع، وهو غير اذنبهم فى البناء والعماره. وح نقول: ان الزوجه امرت زوجها بعمل له اجره عرفا وعاده، فيجب عليها اجره ما عمله. وتحقيق ذلك يتوقف على بيان ان الامر بالعمل يقتضى وجوب الاجره ام لا؟ -؟. ثم لتعرض لبيان ما نحن فيه. فنقول: قال المحقق فى الشرايع (اذا دفع سلعه الى غيره ليعمل فيها عملا فان كان من عادته ان يستاجر لذلك العمل (كالغسال والقصار) فله اجره مثل عمله. وان لم يكن له عادته وكان العمل مما له اجره، فله المطالبه، لانه ابصر بنيته، وان لم يكن مما له اجره عادته لم يلتفت الى مدعيها). وقال فى المسالك (لما كان الامر بالعمل يقتضى استيفاء منفعه مملوكه للمامور متقومه بالمال، وجب ثبوت عوضها على الامر كالاتيجار معاطاه. وقد شرط المصنف فى لزوم الاجره احد الامرين: اما كون العامل من عادته ان يستاجر بمثل ذلك العمل، او كون العمل له اجره فى العاده. والعلامه - ره - اعتبر فى لزومها كون العمل ذا اجره عادته خاصه، ويتخرج على ذلك صور اربع: الاولى: ان يكون العمل مما له اجره عادته والعامل مما يستاجر لذلك كذلك. كما لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره، او جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق له، فله الاجره على القولين. الثانيه: انتفائهما معا، فلا اجره عليهما، ولا فرق بين كون العمل ح متقوما باجره وعدمه، اذا لم يكن له فى العاده اجره ولا اعد العامل نفسه لها. الثالثه: ان يكون العمل مما له اجره فى العاده ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له، فتثبت على القولين ايضا. لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامه، واحد الشرطين عند المصنف. الرابعه: عكسه. فتثبت له الاجره عند المصنف دون العلامه. ومختار المصنف اوضح، لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر، فلا يحل بدون العوض الا باباحه مالكه، ولم يتحقق) انتهى كلامه (ره). وقال فى الكفايه (ولا ريب فى لزوم الاجره عند اجتماع الامرين، وعدمه عند

عدمهما). وقال في الثالث من الاقسام الابعه (ان مقتضى القولين لزوم الاجره وللتامل فيه مجال) و [قال] في الرابع (ثبت فيه الاجره عند غير علامه). اقول: وتحقيق المقام ان عمل شخص لآخر من دون مطالبه العمل والامر به، لا يقتضى عوضا. لاصاله برائه ذمه الطالب. وذلك كالهبة المطلقة. فانها يقتضى الثواب مطلقا على الاصح. وكذلك ان طلب منه طالب ولم يشترط المطلوب منه العوض (كمن التمس من غيره ان يهب له شيئا ووهبه) الا اذا فهم من المقام رضا الطالب بذلك وحصل التراضى. فالعمده بيان موضع التراضى: فمن مواضعه التصريح بذلك، ولا اشكال فيه. ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عاداته اخذ الاجره على ذلك العمل. سواء كان نفس العمل مما يوخذ عليه الاجره (كالغسال والغسل) والحلاق في امثله (الشارع) او لم يكن كذلك ولكن اعد نفسه لذلك - مثل ان يحتاج رجل اعمى في معرفه زوال النجاسه من بدنه حين غسلها، او المبصر في الموضوع الذى لا يراه من بدنه فيقول للاخر انظر الى هذا الموضوع هل زال النجاسه لا - فان مجرد هذا النظر لا يعد في العرف مما يكون له اجره. بخلاف مالو اعد شخص نفسه لذلك وجلس مياضاه الناس لياخذ الاجره على ذلك لو اتفق اليه حاجه. فيظهر الثمره ويصح القول بان له اجرا مع انه ليس مما يوخذ عليه الاجر عادة. نعم يصح ان يجعل ذلك من قبيل ما له اجر فى مالو آجره غسال اعمى ليراقبه فى ذلك. وذلك لان العمل ح مجموع النظرات التى اعطى الغسال فى ظرف يوجه لذلك. (1) فهو خارج عما نحن فيه. ومقصودنا بيان ان كل نظر منه لكل شخص يحتاج اليه، هل هو مما يوخذ عليه الاجرام لا. فنحن نقول بكفايه اعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين ايضا ويكفى فى لزوم الاجره. بخلاف مختار علامه. والظاهر ان من اعد نفسه لاخذ الاجره على عمل يراد منه ايضا من قبيل اعداده نفسه لعمل خاص. ثم: ان ذلك يشمل مالو طلب لفظا وقال (اغسل ثوبى او قصر كرباسى) او (انظر الى موضع النجاسه). او بغير اللفظ مثل ان يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع

كشفت راسه له وهذا يكون من باب المعاطات، فانه لا يجوز في المعاطات ايضا تصرف احدهما في مال الاخر بلا عوض. والكلام في اللزوم وعدم اللزوم، شىء آخر لا دخل له في لزوم العوض. واما كون العمل مما يوخذ عليه الاجر مع عدم كون العامل ممن يستاجر لذلك، فلايكفى في ذلك. ولعل تأمل صاحب الكفايه انما هو لذلك. وما ذكره المحقق في وجهه من انه ابصر بنيته، لايكفى في دفع برائه ذمه الطالب. اذ الطالب لم يلزم المطلوب بشىء ولم يقهره ولم يساوم معه على اجره، ولم يفهم [من] المقام التراضى على العوض. نعم ما ذكره انما يناسب صورته الدعوى بان يدعى المامور بناء العمل على الاجره والتراضى على ذلك وانكره السائل. فالقول قوله مع يمينه، لانه فعل وهو ابصر بنيته. ولكن لا يتم توجيه كلامه بذلك. لمنافاته لما قبله وما بعده. لان الدعوى والنزاع يمكن تطرقه اليهما ايضا، والحق في الاول تقديم قول المامور وفي الثانى تقديم قول الامر. ولكن قوله (لم يلتفت الى مدعيها... الى الاخر) يابى عن ذلك. كما ان قوله (فله اجره مثل عمله) فى الاول ياباه. فظهر ان سبب الكلام ليس لبيان الدعوى والنزاع. فتوجيه كلام المحقق - حيث غير العبارة فى تاديه المقام - ان مراده فى الاول ان مجرد كون المامور ممن ياخذ الاجر على العمل يكفى فى ثبوت الاجره على الامر بينه وبين الله، وبذلك يرتفع اصل البرائه لظهور ذلك فى المعاوضه كالمعاطات، ومراده فى الثانى انه وان كان المقام محتملا لفعله مجانا (ك... التى اخذها منه طلب احد) (١) ولا يرفع اصل البرائه (٢) اذا لم يطالب المامور العوض. ولكن اذا طالبه فيجب عليه، لانه ابصر بنيته والمسلم مصدق على قوله وفعله فلذلك غير العبارة وقال فى الاول (له اجره مثل عمله). يعنى فى نفس الامر بلا توقف على شىء. وفى الثانى (له المطالبه فانه ابصر .

ص: ٤١٠

١- كذا. وما فهمت المراد من العبارة وما قدرت على اصلاحها.

٢- وفى النسخه: لاصل البرائه.

بنيته). ومراده في الثالث انه لاشيء هنا يوجب رفع اصل (١) البرائه لاشيء [ولا] بمطالبته ولا يلتفت الى مدعيها. فان المفروض عدم المساومه والمعاوضه (٢) [لانه] لاعقد ولا معاطاه، ولا قرينه (٣) في المقام ايضا. فلا شيء يقاوم (٤) اصل البرائه ولا ينفع هنا كونه ابصر بنيته. اذا لنيه لا يوجب شيئا مع عدم شيء [يدل] على التراضى على الاجره. واما ما ذكره الشارح (ره) من التعليل بان (عمل محترم بالامر فلا يحل بدون العوض): فهو انما يتم في مالو كان العامل ممن يستاجر للعمل، ولا يتم في غيره. سيما اذا لم يكن للعمل اجره عاده، لان غايه الامر ان يكون هذا الامر سببا والمباشر مقدم على السبب. وليس هذا من مواضع تقديم السبب على المباشر. ثم ان مافهمه الشارع من مختار المصنف (٥) - حيث قال (ان مذهبه لزوم الاجره مع وجود احد الامرين) - فهو صحيح. لان مقتضى اطلاق كلامه في الاول هو الامر الاول، فهو يقول بثبوت الاجره مع كون المامور ممن يستاجر للعمل وان لم يكن العمل ممن يستاجر عليه. وذكر الغسال والقصار (من باب المثال والتمثيل) غير مخصص للعلم على التحقيق. واما الامر الاخر (٦) فاستند حكمه من قوله (وان لم يكن له عاده وكان العمل مما له اجره) [عليه]. واما قوله (وان لم يكن مما له اجره بالعهاده فلم يثبت.. الى الاخر (٧)) فهو معطوف على قوله (كان العمل مما له اجره) من اقسام من لم يكن له عاده. ثم اني بعدما كتبت ذلك لاقيت (٨) عبارته المحقق الاردبيلي (ره) في شرح الارشاد حيث قال بعد قول العلامة (٩) (ره) (ولو امره بعمل له اجره (١٠) بالعهاده فعليه الاجره. والا، فلا) ما هذا .

ص: ٤١١

- ١- وفي النسخه: فعل البرائه
- ٢- في النسخه: المعادله.
- ٣- وفي النسخه: وعدم قرينه. - ويناسبه لفظه (ايضا) ولكن يشكل في العطف.
- ٤- وفي النسخه: بقاؤه.
- ٥- في النسخه: لمن مختار المصنف.
- ٦- في النسخه: وما الا الامر...
- ٧- وفي النسخه: الى من يوم.
- ٨- وفي النسخه: (في عمل عبارته المحقق الاردبيلي...)
- ٩- في النسخه: حيث يوم لا بد قول العلامة..
- ١٠- وفي النسخه: ولو امره بعمل خعصير وبالعهاده.

لفظه (١) (هذا الحكم مشهور ويحتمل ان يكون مجمعا عليه ولعل سنده العرف انه يقتضى ان يكون مثل هذا العمل باجره. فالعرف مع الامر بمنزله قوله: افعل هذا ولك على الاجره. فيكون جعله او اجاره بطريق المعاطات مع العلم بالاجره، ولو كان بالعادة مثل اجر الحمالين. ويبعد كونه اجاره باطله. وينبغى تقييده بان المامور ايضا ممن ياخذ الاجره. ويمكن ادخاله فى العمل. فتامل. ولو لم يكن العرف يقتضى الاجره، لا اجره له. وهو ظاهر. ولا ينظر الى ان الاصل عدم الاجره، والمراء من كونه بالاجره ام لا. لما تقدم والاحتياط ايضا يقتضيها). انتهى كلامه ره. اقول: مراده (ره) من هذا الحكم هو لزوم الاجره. اى (امره بعمل له اجره فى العاده) لا مجموع ما ذكره المصنف الى قوله (والا فلا). اذ قد عرفت ان المحقق لا يرضى باطلاق قوله (والا فلا) بل يقول بلزوم الاجره ان كان المامور ممن ياخذ الاجره وان لم يكن العمل مما يوخذ عليه الاجره عاده. بل غير العلامه يقولون بذلك، كما يظهر من الشهيد الثانى (ره) فكيف يدعى الشهره بل الاجماع. وايضا مرادنا من قولنا (ان مراده (٢)..) (٣) انما هو فى الجمله لا مطلقا. والا فكيف يقول (ينبغى تقييده بان المامور... الخ) مع ادعائه الشهره او الاجماع على الاطلاق. فقد وافقنا (ره) فى قوله (وينبغى تقييده) خلافا للمحقق. وخالفنا فى قوله (ولم يكن العرف يقتضى الاجره، لا اجره له) باطلاقه. اذ نحن نقول بثبوتها اذا كان المامور ممن اعد نفسه لاخذ الاجره على هذا العمل وفاقا للمحقق. وظاهر الكفايه موافقته لما اخترناه. وحاصل ما اخترناه: انه اذا امر الامر بفعل وكان المامور ممن اعد نفسه لاخذ الاجره على ذلك الفعل، فهو يستحق (٤) الاجره. سواء كان الفعل مما له اجره فى العاده ام لا. و [لا] يستحق فى غيره وان كان الفعل مما يكون له اجره فى العاده. وليس لاحد ان يقول .

ص: ٤١٢

١- فى النسخه حظه...

٢- وفى النسخه: وايضا مراده ره قلنا ان مراده انا هو فى الجمله...

٣- اى مرادنا من قولنا: اقول مراده ره من هذا الحكم هو لزوم الاجره.

٤- فى النسخه: لا يستحق.

هذا قول جديد وخرق للاجماع المركب. اذ الاجماع المركب فى امثال هذه المسائل مما لاينبغى دعويه. مع انه يلزم ذلك على العلامه بالنسبه الى من تقدمه. بل على المحقق الاردبيلى (ره) ايضا. واعلم: ان فى كلماته (ره) مواضع اشتباه لاينبغى الغفله منها. فمراده من (اقتضاء العرف) فى اول كلامه، اقتضائه ان ذلك معاوضه. ومراده من قوله (فانه يقتضى... الخ) بيان فهم المعاوضه عرفا. وتوضيحه ان اقتضاء العرف فى نفس العمل انه مما يوخذ عليه الاجره بانضمام امر الامر مقتضاه حصول المعاوضه. فهو بمنزله (افعل ذلك وعلى الاجر). فمعنى لفظ (العرف) ومورده مختلف فى كلامه. ففى قوله (فانه يقتضى) نوع استخدام. وقوله (مع العلم بالاجره) قيد للاجاره لا للجعله. لان معلوميتها شرط فى صحتها ولو كان المعلوميه بسبب العاده لا بنفسها. واما قوله (فيمكن ادخاله فى العمل) لعله اراد به ان العمل بمعنى الشغل والحرفه والكسب المتضمن لاعداد نفسه لذلك وصيرورته ملكه. لامجرد الفعل فيكون المراد (امر بفعل من عامل وكاسب وذى حرفه) ليدل على اشتراط كون المامور ممن اعد نفسه لذلك العمل، وهو كما ذكره بعيد. وقوله (ولا ينظر الى الاصل... الخ) كلام على اصل المسئله. يعنى ان العرف الدال على انه معاوضه وموجب لثبوت الاجره يرفع اصاله البرائه، فلايمكن التمسك بها ويقال الامر بالفعل وطلبه اعم من وقوع التراضى على وجه المعاوضه فلا يلزم اجره لا- صاله البرائه. اذ الاصل لايعارض الدليل. اذ عرفت هذا فرجع الى اصل المسئله اعنى امر الزوجه زوجها بعمارته الدار ونقول: ان الظاهر انها داخله فى هذا الاصل من باب الفحوى. فانه طلب العمل مع ذكر الاجره فى الجمله. فانها جعل سكنى الزوج وسائر اهله وسكناها الواجبه عليه فى مقابل العمل. سيما اذا كان الزوج ممن اعد نفسه لاخذ الاجره على العمل، وان كان لمطلق الاعمال لا- لخصوص عماره الدار (كما اشرنا اليه سابقا) فيجب على الزوجه اجرته. فانه اما من باب الجعله او الاجاره المعلومه اجرته بالعاده، كما اشار اليه المحقق الاردبيلى. او

الاجاره الفاسده المستلزمه لثبوت اجره المثل. ولا- يضر في ذلك كون الزوج عالما بكون استحقاق الزوجه لذلك من باب العاريه الجايزه (١) حتى يقال انه اقدم على تفويت ماله لعلمه بان للاخوه الرجوع. لانه لم يقدم ح على تفويت ماله مجانا. بل انما اقدم عليه لعوض هو اما سكناه فيه، او ذلك مع الاسكان الواجب عليه [اعنى اسكان] الزوجه. واما الغرامه التي تاخذها الزوجه - على فرض رجوع الاخوه الى العاريه (٢) - من البناء والعماره المستلزمه لخرج المال فيه وتستحقها على الاخوه. فان ماياخذها الزوجه منهم في عوض العمل. والمفروض ان العمل من الزوج بامرهما المبتنى على العوض، لامجانا. فابراء الزوجه اخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج، فعليها الغرامه. لا يقال: ان الزوجه انما تستحق من اخوتها احد الامرين اما السكنى والاسكان، او اخذ العوض على العماره على فرض رجوعهم. وانما امر الزوجه الزوج بالعمل في الاول للامر الاول، لا الثاني. فما الذى اوجب الامر الاخر اذا فات الاول برجوع الاخوه. لانا نقول: على فرض التسليم انما يتم على فرض العلم بالحال والمسئله، [و] لا يتم في صورته الغفله. اذ غايه الامر فساد هذه الاجاره او الجهاله من جهة استقرار استحقاقه (٣) للزوجه وامكان عدم استقرار استحقاقه للزوجه وامكان عدم قدرتها على تسليمها لعدم تمكين الاخوه. والمفروض غفله الزوج عن ذلك وجهالته بمآل الامر ولم يعمل في الدار مجاناً، والمفروض ان الزوجه ايضا لم يطلب منه العمل مجاناً، بل انما حصل التراضى على العمل في اداء شىء يزعمانه مملوكا مستقرا. فيأتى على ذلك، الكلام الذى ذكرها الشهيد الثانى (ره) من انها فوتت مالا محترما، ويزيد عليه هنا انه يقصد ان يكون له عوض. والظاهر ان اجره البناء والعمله والطين والجص والاشباب الداخله، كلها داخله في (امر احد ببناء دار له او عمارتها فعلى الامر غرامتها). ولو فرض عدم دلالة العرف والعادة .

ص: ٤١٤

١- وفي النسخه: الاجاره الجايزه.

٢- وفي النسخه: الى الاعاده.

٣- فى النسخه: من جهة عدم استقرار استحقاقه...

فى بعضها فهو المتبع. ويظهر الثمره فى رجوع المعير ولزوم غرامه ما اخرجته المستعير فى مالهم يعلم استيفائه. والا- غلب ان المذكورات مما يتوقف عليه العمل، كالمداد للكاتب والخيط للخياط. وكلما لم يدل العرف فى دخولها فاعيانها ملك لملكها و يستوفياها، وليس عليه غرامه النقص الحاصله بسببها. اذ المفروض ان المستاجر والمستعير لم يقدم على ذلك، بل حصل ذلك من جهه المعير الذى منع عن انتفائه بها. والامر الذى اوجب لذلك (ولا مسرح) منع مالك الاعيان عن الانتفاع بها مع عدم ظلمه فى ذلك.

ص: ٤١٥

۱۹۲:سوال:

۱۹۲:سوال: هر گاه در عقد اجاره تعیین شود عمل معینی در مدت معینه، مثل خیاطت ثوبی در روز معینی، یا در دو روز معین. ومدت تمام شود وهنوز در آن هم شروع نکرده باشد. اجاره باطل است؟ یا آن که خیار فسخ ثابت می شود؟ و هر گاه بعضی آن عمل شده باشد ومدت تمام شود، آیا چه حکم خواهد داشت؟.

جواب:

جواب: هر گاه معلوم باشد که مراد عمل معین در مدت معینه است - مثل این که اجاره کند از برای یک ختم کردن قرآن در ماه مبارک رمضان، یا روزه گرفتن تمام ده روز از ماه رجب یا شعبان - پس در صورت اولی (یعنی صورت خروج مدت قبل از شروع در عمل اجاره) باطل است. و هر گاه بعد از مدت، عمل را بکند مستحق اجرت نخواهد بود. و در صورتی که بعض عمل را کرده است، اظهار در نظر حقیر آن است که هر گاه عمدا ترک کند تا زمانی که جزم حاصل باشد به این که آن زمان دیگر ظرفیت آن فعل را ندارد، باز هم باطل خواهد بود. و به آن عمل مستحق مزدی نخواهد بود. و هم چنین هر گاه تقصیر نکرد ولکن عذری پیش آید تا آن که وقت آن قدر باقی نماند که تمام عمل را توان کرد، باز مستحق چیزی نخواهد بود به آن قدری که کرده. و اما هر گاه تقصیری نکرد و در اول وقت شروع کرد، یا در وقتی که مظنه داشت که تمام می شود، ولکن عایقی رو داد که مانع از اتمام شد، یا کاشف به عمل آمد که ظن او به

بقای آن قدر وقت خطا بوده است، در این دو صورت به قدر عمل از اجرت (المسمى فی العقد) مستحق می شود و در باقی نیز باطل است. و هر گاه مقصود اصل تعیین عمل باشد، اما تعیین زمان به جهت تعجیل باشد و از باب شرط ضمن عقد باشد، پس مقتضای آن تسلط بر فسخ است به جهت مستأجر هر گاه شرط به عمل نیاید. و در آنچه کرده است از عمل مستحق اجرت المثل است. مگر این که شرط شده باشد عدم استحقاق اجرت هر گاه به شرط عمل نکرده باشد. و اینها در صورتی است که عمل تطبیق به مدت نکرده باشد. مثل این که بگوید (این کار را در ظرف این مدت بکن). و آن مدت یقیناً ضایع بر گنجایش آن عمل وسعت دارد. و اما اگر شرط تطبیق کرده باشد به این که بگوید که (باید ابتدای عمل در ابتدای مدت باشد و به انتهای مدت، عمل تمام شود). پس اصل آن اجازه باطل است. و هر گاه چنین کاری کرده باشد مستحق اجرت المثل خواهد بود چنانکه حکم اجازه فاسده است. والذی یحضرنی من کلمات الاصحاح یوافق ما اخترته من التفصیل، ولکن اجد مخالفتی (۱) لما ذکرته (۲) فی هذا المقام. قال الشہید الثانی فی شرح اللمعہ - بعد ان ابطال اشتراط تطبیق العمل علی المدہ - (ولو قصد مجرد وقوع الفعل فی ذلك الزمان صح مع امکان وقوعه فیہ. ثم اوقع فیہ، ملک الاجرہ، لحصول الغرض. وان خرجت المدہ قبلہ فان کان قبل الشروع فیہ، بطلت. وان خرجت فی اثنائہ، استحق المسمى لما فعل، وفي بطلانہا فی الباقی او تخیر المستاجر بین الفسخ فی الباقی او الاجازہ (فیکمل خارجه ويستحق المسمى) وجہان. وقیل يستحق مع الفسخ اجرہ مثل ما عمل، لا المسمى. والاوسط اجود) انتهى. ولعل هذا القول الاخير هو الذی نقله فی المسالك قال فیہ (واختار فی المختلف الصحہ. محتجا بان الغرض انما يتعلق فی ذلك غالباً بفراغ العمل، ولا ثمرہ مهمہ فی تطبیقہ .

ص: ۴۱۸

۱- وفي النسخه: ولن اجد موافقا لما ذکرته.

۲- ای: ولکن اجد فی نفسی مخالفه لما ذکرته.

على الزمان. والفراغ امر ممكن لاغرر فيه. (١) فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان، ملك الاجره. لحصول الغرض. وان خرجت المده قبله فللمستاجر الفسخ. فان فسخ قبل عمى شىء، فلا شىء. او بعد شىء فاجره مثل ما عمل - يحتمل ان يكون مراده اجره مثل ما عمل من جمله المسمى ولكنه بعيد - (٢) وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المده وليس له الفسخ). انتهى ما اوردناه من عباره المسالك. وقال العلامة فى التحرير (وهل يجوز تقييد المنفعه بالمده والعمل معا، كما لو استاجر ليخيط له هذا الثوب فى هذا اليوم -؟. قال الشيخ: لايجوز لامكان الفعل فى اقل من ذلك او اكثر. ويحتمل الجواز لان الاجاره وقعت على العمل، والمده ذكرت للتعجيل. فح ان فرغ قبل المده لم يكن له الزامه بالعمل فى باقيها. وان خرجت المده قبله فللمستاجر فسخ العقد. فان فسخ قبل عمل شىء، فلا اجره. وان كان بعده، كان عليه اجره مثل ما عمل. وان اختار الامضاء لزمه باقى العمل خارج المده، لاغير. وليس للاجير الفسخ). وقال فى المسالك - بعد ذكر عباره المتقدمه - (والحق ان ما ذكره انما يتم لو لم يقصد المطابقه، وهو خلاف موضع النزاع. فلو قصدها بطل كما قالوه. ومع ذلك يشكل لزوم اجره المثل مع زيادتها على المسمى. فان الاجير ربما يجعل التوانى فى العمل وسيله الى الزايد، فينبغى ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان اتم العمل، وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم. ومن اجره مثل ذلك العمل. والاقوى البطلان، الامع اراده الظرفيه المطلقه وامكان وقوع الفعل فيها). انتهى. اقول: ولى فى ما ذكره محل تامل. فانهم ذكروا فى تحقيق اركان الاجاره وشرايط الاركان، امورا. مثل كون المتعاقدين بالغين عاقلين رشيدين، والاجره معلومه ومباحه ومقدوره تسليمه وهكذا.. وهذه الامور من مقومات العقد ومصمماته. فاذا تخلف احد هذه الشرايط يصير الاجاره باطله. وليس هذه الامور من باب الشروط التى تذكر فى ضمن العقد الموجب فقدانها لثبوت خيار الاشرط. وقد تريهم يذكرون فى شرايط المنفعه ان تكون .

ص: ٤١٩

١- فى النسخه: لاغدر فيه.

٢- العبارة الواقعه بين العلامتين، من كلام ميرزا (ره). وليست فى المسالك ولا فى المختلف، فراجعهما.

معلومه معينه، وذكروا ان التعيين اما بالزمان او بالعمل. والظاهر ان الحصر على سبيل منع الخلو. فقد يكون التعيين بكليهما. واشكالهم فى هذه الصورة انما هو من اجل ملاحظه التطبيق. والا فلا ريب ان التعيين بهما معا اكمل، وهذا هو الذى نتكلم فيه. فاذا كان التعيين حاصلًا بالامرین معا فالمنفعه التى ورد عليها عقد الاجاره، وهو العمل الخاص فى العين الخاصه فى الوقت الخاص، لا- انه عمل معين اشترط فى ضمن العقد ان يوقع فى وقت معين. ولا- ريب ان تعيينهما معا كثيرا ما يكون منظور نظر العقلاء بحيث يعلم ان لهما مدخلية فى التعيين. لابان يكون ذكر الزمان من باب الشرط فى ضمن العقد مثل الاجاره لتلاوه القرآن فى شهر رمضان، او للصوم فى رجب او شعبان، ومثل ان يستاجر لاثاره الارض وتعميرها لاجل زرع مخصوص لايمكن زرعه الا فى زمان خاص. فتعيين العمل والمده معا، لهما مدخلية فى تعيين المنفعه. فمقتضى ذلك بطلان العقد بانتفاء المنفعه الخاصه. فلا- معنى للفسخ ولا- للامضاء والاجازة فى الصور المذكوره. وانما اخترنا ثبوت المسمى بالنسبه فى بعض الصور المتقدمه - وهو مثل ما لو شرع فى العمل حين حصول العلم بالتمكن عنه فيها او الظن به، ومنع مانع بدون تقصيره، مع اشتراكه للباقي فى عدم تحقق المنفعه الخاصه فى الخارج - لان عقد الاجاره لازمه يستقر الاجره بالعمل شيئًا فشيئًا. بخلاف الجعالة، فانه لا يستقر الا بعد تمام العمل، الا فى بعض الصور كما احتمال الشهيد فى الدروس مثل ما لو كان الجعل على خياطه ثوب مما لبعضه ايضا اجره فخاط بعضه. ويقوى الاحتمال لو مات او شغله ظالم عن ذلك. بخلاف ما لو كان الجعل على رد الضاله. فان المطلوب هنا نفس رد الضاله. والحاصل: ان عقد الاجاره يوجب تملك المنفعه و الاجره للطرفين بمجرد العقد. ويستقر الملك على حسب ما يتحقق من العمل شيئًا فشيئًا. والمفروض ان هذا الموجر آت بالعمل فى اول زمانه الممكن، كما لو استاجره لمطلق العمل فى مدته السنه، فانه يستحق به بالنسبه الى المسمى وان لم يتم العمل ولو بالتقصير، الا ان يشترط العدم عند عدم الاتمام. والمفروض فى ما نحن فيه عدم هذا الشرط ايضا. فان الاجاره على العمل المعين فى

اليوم المعين، غير عدم استحقاقه بشيء إذا انقص شيئاً من العمل. والمفروض هو الأول ولم يحصل الشرط الثاني في ضمن العقد. فما دام الموجر يعتقد باتيان الفعل واتمامه، يستحق الاجره ويستقر له وعمله محترم. بخلاف ما لو جزم بعد [م] الاتيان. فانه لاظن له باتيان المنفعة المسماة في العقد، بل يجزم بعدمه. فلا حرمه لعمله. ويحتمل ثبوت اجره المثل في الصورة الاولى ايضاً. فلا بد ان ينزل اطلاق كلامهم على جعل اعتبار الزمان، الشرط الخارج عن العقد المذكور في ضمنه. ومقتضى انتفائه (١) ثبوت الخيار في الفسخ. لعل السرفيه ان ما ذكرناه من الفروض التي جعلنا الزمان فيها مقوما للمهيه هو ما لو كان تقييد العمل بالزمان قبل الاجاره. وكلامهم في هذا المقام في ما كان التقييد به عند الاجاره. ففي ما ذكرناه من الامثله مورد الاجاره هو العمل الحاصل في الزمان بان يكون الظرف مستقراً. ومرادهم في موضوع المسئله هو الاجاره على العمل في ذلك الزمان، بان يكون الظرف لغواً. والا- فلا- اظنهم يقولون بالصحة او بثبوت الخيار في ما لم يتحقق مورد الاجاره. واذا بنينا الكلام على جعله من باب كون الزمان من جمله الشروط في ضمن العقد فمقتضاه ثبوت الخيار. فح يتفرع الاختلافات المذكوره في كلماتهم على ان فقدان الشرط هل يستلزم بطلان العقد (لان العقود تابعه للقصد والعقد لم يقع الا على الشرط المذكور)؟. ام لا (٢) (لتحقق وجه ذلك في الشروط السائغه. فان طريقتهم فيها ثبوت الخيار بانتفاء الشرط. لا البطلان)؟. او ان الشرط امر والعقد امر آخر - وانتفاء الشرط لا يستلزم بطلان العقد. غايته ثبوت خيار الفسخ -؟. او ان البطلان لا يستلزم تفويت العمل مطلقاً (فيجب اجره المثل لثلا يخلو العمل المحترم من اجر)؟. ثم: ان الشرط في ضمن العقد يتصور على وجهين: احدهما: التزام هذا الشرط والسكوت عن النفي والاثبات في صوره الفقدان. والثاني: ان يتعرض لانتفاء استحقاق الاجره على تقدير انتفاء العمل في الزمان المعين. وما ذكرنا من التوجيه انما يتم على الاول..

ص: ٤٢١

١- في النسخه: مقتضى انتفاء ثبوت الخيار..

٢- وفي النسخه: (لم) بدل (ام لا).

والثاني يقتضى عدم الاستحقاق اصلا، تبعا للشرط. فح الاولى التفصيل، بان يقال: ان كان المراد فى تعيين العمل والمده معا، هو ما ذكرنا من كونهما من مقومات الاجاره ومعينات المنفعه، فالحق بطلان الاجاره بانقضاء المده قبل الشروع فيه، بل وبعد فعل بعض منه ايضا، ولكنه يستحق فى بعض اقسام الصوره الثانيه بشيىء. مثل ما لو شرع فيه حين العلم بالتمكن من اتيان الجميع فى المده او الظن به، ثم منع مانع عن التمام من دون تقصير وتفريط، فيستحق من المسمى بقدره، لما مر. ويحتمل اجره مثله ايضا. بخلاف ما لو شرع فيه حين حصول العلم بعدم التمكن من الاتمام فيها، فلا يستحق شيئا. وان كان المراد تعيين العمل وكان هو المقصود بالذات ولكن الزمان انما ذكر لاجل التعجيل من باب الشرط فى ضمن العقد. فيعمل على مقتضى باب الشروط. فان شرط عدم الاجره ان لم يفعله فى المده، فيعمل على مقتضاه وليس له شيىء. وان ذكر الشرط فى ضمن العقد و لم يشترط العدم عند العدم فيعمل على مقتضى الشرط من ثبوت خيار الاشتراط عند انتفاء الشرط. فاما البطلان كما ظهر من الشهيد الثانى فى الروضه - حيث ذكر البطلان فى جملة الاحتمالات على فرض خروج المده قبل العمل او فى الاثناء - فلم اعرف وجهه على طريقتهم. بقى الكلام فى انه (هل يجب عليه اذا فعل منه شيئا. اجره المثل او المسمى؟). والظاهر لزوم اجره المثل. فان لزوم المسمى الذى هو من ثمرات عقد الاجاره اما لموافقته لمقتضى العقد والشرط باجمعها وذلك اذا فعل الجميع فى المده. او بسبب موافقه فى البعض مثل ما لو لم يقصر وشرع فى العمل فى المده وعاقه عائق عن الاتمام، بالتقريب الذى ذكرنا من استقرار الاجره شيئا فشيئا بحسب حصول العمل. واما العمل الذى هو خلاف مقتضى الشرط (مثل ما لو شرع فى العمل فى زمان يعلم انه لا ينفى باتمامه فيه) فلا يجب المسمى بمقدار العمل. لانتفاء مقتضى عقد الاجاره وعدم دخوله فى العمل على مقتضاه. واما لزوم اجره المثل: فلان المفروض ان الرخصه كانت حاصله من جانب المستاجر فى تفويت المنفعه للموَجِر، غايه الامر كونه مراعى بالفسخ وعدمه. فالعمل ح محترم ولم يفعله الموَجِر مجانا بالفرض، فلا يبقى الا الزام اجره المثل. ومن ذلك يظهر انه لو فعل بعد انقضاء

المده قبل فسخ المستاجر ايضا يكون له اجره المثل. ولا اختصاص لذلك بما لو فعل بعض العمل في المده، كما اختاره في المختلف. ويمكن ان يقال: ان استقرار الاجره شيئاً فشيئاً على حسب العمل اذا عمل على وفق مقتضى العقد والشرط، ايضا مراعاة بملاحظه الاتمام. فاذا لم يتم (ولو من غير جهه تقصيره) فيرجع ايضا الى اجره المثل، ويعطى من اجره مثل مجموع العمل بمقدار ما عمل. فالاولى القول باجره المثل مطلقاً. واما ما ذكره آخراً في المسالك من اعتبار اول الامرين: فهو ممالاً يمكن ان يعتمد عليه وتخص به القاعده. والله العالم بحقايق احكامه.

سوال: ۱۹۳:

سوال: ۱۹۳: هر گاه زید اشجار موقوفه را استیجار نماید. و در زمان اجاره اشجار مذکوره را قطع نماید. آیا باید قیمت اشجار مزبوره را ثابتاً بدهد یا مقطوعاً؟ -؟. مع وجه اجاره یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اجاره اشجار به جهت انتفاع به ثمار، باطل است. و اگر به جهت دیگر باشد - مثل آن که خواهد ریسمانی به آنها به بنسبت به جهت معلق کردن رختی یا انداختن جامه بر آن از برای سایه کردن و امثال آن - صحیح است. و هر گاه مستأجر قطع اشجار کرده باشد، عین درخت مقطوعه در ملک موقوف علیهم باقی است، و موقوف علیه مستحق ارش نیز هست. یعنی تفاوت قیمت درخت ثابتاً و مقطوعاً. [و] در صورت صحت اجاره اجرت المثل را نیز مستحق است، بلکه مسمی را. (۱) [و] در صورت اتلاف ثمار غرامت آن را هم مستحق است.

سوال: ۱۹۴:

سوال: ۱۹۴: آیا در صورت مزبوره بعد از اخذ قیمت، آیا باید اشجار دیگر ابتیاع نموده و غرس شود، یا صرف موقوف علیهم شود؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر آن است که قیمت را صرف غرس درخت کنند که انبب به غرض واقف باشد. .

ص: ۴۲۳

۱- بدیهی است در صورت صحت اجاره، مستحق اجرت مسمی است و سخن مصنف که میگوید (اجرت المثل را نیز مستحق است بلکه مسمی را) مبنی بر این تصویر است که مستأجر قبل از بهره برداری از رخت آویزی یا سایه و میوه، درختها را قطع کرده باشد. و گرنه، در تعیین اجرت مسمی تردیدی نیست.

سوال: ۱۹۵:

سوال: ۱۹۵: هر گاه زینب باغی را به عمرو اجاره بدهد در مدت ده سال به مبلغ مشخص. وبعد زینب مذکوره مریضه وصاحب فراش گردد. در حال مرض موت بکر را وصی شرعی خود گرداند و وصیت به او نماید که من مشغول ذمه به صوم و صلوات میباشم، وما یعرفی - ما سوای باغ که در اجاره عمرو مستأجر است - ندارم. البته بعد از فوت من باغ موجریه را در معرض بیع در آورده و از ثمن او به قدر پنج سال از برای من صوم و صلوات استیجار نما که شاید مرا برائتی از این شغل ذمه حاصل شود. والحال زینب مذکوره متوفی، و هنوز مدتی به انقضای اجل مانده و عمرو مستأجر نیز راضی به فسخ نمی شود. و کسی هم باغ مذکوره را حال، ابتیاع نمی نماید که بعد از انقضای مدت مذکور متصرف شود. و بکر وصی هم مظنه بقائیه در خود تا انقضای مدت مذکوره نمی بیند. آیا - والحاله هده - چه باید کرد؟ وصی می تواند باغ موجریه را به معرض بیع در آورد و صوم و صلوات از برای زینب موجره متوفیه بدهد با وجود آن که عمرو مستأجر راضی نباشد، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر آن است که اجاره به موت موجر و مستأجر بر هم نمی خورد. و هر گاه کسی در این حال باغ را نمی خورد، صبر کند تا بعد از انقضای مدت. و هر گاه مظنه موت داشته باشد، اشهاد و اعلام کند نفس وصیت را. و هر گاه ماذون هست در وصیت کردن، غیر را وصی کند. و هر گاه ماذون نیست، حاکم شرع بعد از موت او بعد از انقضای مدت می فروشد و از برای او استیجار صوم و صلوات می کند. و هر گاه دسترس به حاکم نداشته باشد عدول مؤمنین وصیت را به عمل آورند - والله العالم. و آن ضعیفه اختیار بیشتر از ثلث مال خود ندارد. و در بیش از ثلث موقوف به رضای وارث است. والله العالم.

سوال: ۱۹۶:

سوال: ۱۹۶: هر گاه زینب و جهمی به عمرو می دهد بر سیل استیجار که نماز به جهت زینب بکند. عمرو را گمان این که به جهت هند بوده به نیت او به جای آورد. مستحق اجرت هست یا نه؟ -؟ و این نماز مجزی است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه اشتباه در محض اسم شده و مفروض انحصار آن شخص متوفی است در

واحد، نماز صحیح است. به جهت آن که در حکم (سهو اللسان) است در اسم. و از بابت (تقدیم اشاره) خواهد بود در عبارت یا نظر. و اما هر گاه اشتباه در شخص باشد و اجاره از برای شخص شده و او از برای شخص دیگر کرده، صحیح نیست. و مستحق وجه اجاره هم نیست.

۱۹۷:سوال:

۱۹۷:سوال: هر گاه زید شخصی اجیری بگیرد که متوجه خدمات مرجوعه او بشود. و آن اجیر قدری از مدت را خدمت بکند و بعد برود از برای خود کار کند. هر چند مستأجر به او بگوید که بیا به سر کار خود، آن شخص نیاید. و در آن مدت آن قدر منافع تحصیل کند که مساوی تمام اجرت مدت معینه مسمی فی العقد خود باشد یا بیشتر. آیا می تواند مطالبه وجه اجرت ایامی که برای مستأجر [کار] کرده مطالبه کند یا نه؟ - (۱) و حکم تتمه مدت که برای خود عمل کرده چه چیز است؟.

جواب:

جواب: عقد اجاره از عقود لازمه است. و اجیر خاص (یعنی آن که خود را به اجاره داده که به خودی خود خدمت کند در هر عملی که پیش آید در مدت معین) جایز نیست که بدون اذن مستأجر، کار برای دیگری بکند در آن مدت. و هر گاه کار برای غیر مستأجر بکند، پس اگر خواهد مساجر می تواند فسخ اجاره بکند و می تواند که فسخ نکند. و در صورتیکه فسخ کرد اجیر به قدر ایام گذشته از وجه اجاره میگیرد. به این نحو که به او رد (۲) میکند اجرت المثل مجموع مدت اجاره را، و اجرت المثل آن قدر از زمان را که از برای مستأجر کار کرده ملاحظه کنند که اجرت المثل آن جزء زمان که برای مستأجر عمل کرده چند یک اجرت المثل مجموع است، و به همان نسبت از وجه مسمی فی العقد به اجیر میدهند و تتمه را نمیدهند. و اگر پیش داده باشد استرداد میکند. و آیا در این صورت که فسخ کرد مستأجر (۳) و تقسیط مسمی شد، هر گاه آن شخص اجیر .

ص: ۴۲۵

-
- ۱- آنچه در مقدمه جلد اول راجع به ابعاد جامعه شناسی و روان شناسی اجتماعی این کتاب گفته شد، مجددا یاد آوری میشود.
 - ۲- البته لفظ (بر آورد) صحیح است.
 - ۳- لازمه تقسیط اجرت بین مدتی که کار کرده و مدتی که کار نکرده، فسخ است. یعنی تقسیط مبتنی بر فسخ است.

دیگری شده باشد، آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟. بعضی در اینجا دو وجه ذکر کرده اند و استخراج کرده اند آن دو وجه را از این که (هر گاه کسی مال غیر را بفروشد وبعد از آن خود مالک آن شود و اجازه کند آیا صحیح است؟). پس اگر بگوئیم صحیح است بعد از اجازه، اشکالی نخواهد بود. و اگر نه، پس باید رجوع کرد به اجرت المثل، مثل جائی که عقدی نباشد. و حقیر در مسأله اجازه بعد حصول ملک، تأمل دارم، تا به حال بطلان آن ظاهر نشده است. و در صورتی که فسخ نکند باید تمام وجه اجازه تمام مدت را به اجیر بدهد. و اما استیفای حق مستأجر به سبب ترک عمل در تتمه مدت از اجیر، پس آن تفصیلی دارد. و آن این است که میگوئیم که: یا این است که این تتمه مدت عمل برای غیر کرده به عنوان عقدی از عقود - مثل این که اجیر شده برای دیگری - یا نه. و در صورت اول مستأجر اختیار دارد اگر خواهد اجازه میکند آن عقد را و ممضی میدارد. و اگر خواهد فسخ میکند. و در صورتی که اجازه کند مستحق وجه اجازه ثانیه می شود و اگر خواهد وجه اجازه را از اجیر بگیرد، و اگر خواهد از مستأجر دوم بگیرد. به جهت آن که منافع اجیر در مجموع مدت مال او است، و مفروض این است که هر دو اینها در آن تصرف کرده اند. و در این جا احتمال تفصیل دیگر داده اند. و آن این است که: یا اجیر قبض وجه اجازه از مستأجر دوم کرده است، یا نه. پس اگر قبض کرده است پس مستأجر اول مختار است در این که اجازه کند قبض را و ممضی دارد یا نه. پس اگر ممضی دارد قبض را، در این وقت نمی تواند مطالبه کند وجه اجازه را الا- از اجیر. و اگر (۱) ممضی ندارد پس می تواند مطالبه کند از مستأجر دوم. و بعد از آن رجوع میکند مستأجر دوم و آنچه به اجیر داده میگیرد با جهل به حال مطلقا. و با علم به حال هر گاه عین باقی باشد (۲).

ص: ۴۲۶

۱- در نسخه: والا.

۲- این بر خلاف فتوای میرزا است در مسأله (بیع مغضوب). رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم.

و هر گاه در صورت علم به حال عین تلف شده باشد، پس مشهور عدم رجوع است. و اگر قبض نکرده است اجیر: پس اقرب این است که مطالبه نمی تواند کرد الا- از مستأجر دوم. چنانکه هر گاه فضولی ملک غیر را بفروشد و مالک اجازه کند نمی تواند قیمت را از فضولی مطالبه کند. اینها همه در صورتی بود که اجیر در تتمه مدت کار کرده باشد برای غیر به عقدی از عقود. و هر گاه کار کرده باشد بدون عقدی از عقود، پس مستأجر اول مستحق اجرت المثل عمل اجیر می شود در آن تتمه زمان. و به هر یک از اجیر و آن شخصی که برای او عمل کرده، می تواند رجوع کند و مطالبه کند. به جهت آن که هر یک از آنها در حق او تصرف کرده اند.

سوال: ۱۹۸

سوال: ۱۹۸: هر گاه کسی اجیر شود که از برای میتی نماز یا روزه بکند. آیا می تواند آن شخص دیگری را اجیر کند که او نماز و روزه را به جا آورد، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه در ضمن عقد شرط شده باشد که خود آن شخص بکند نمی تواند دیگری را اجیر کرد. و هم چنین هر گاه از قراین حال این معنی [را] بفهمد که به دیگری راضی نیست. و هم چنین هر گاه مرخص کند که به دیگری بدهد در جواز آن هم اشکال نیست. و هر گاه اجیر مطلق کند و شرطی مذکور نشود، و از قراین هم چیزی معلوم نشود. پس هر گاه به همان مقدار که خود گرفته به دیگری بدهد یا بیشتر از آن هم بدهد جایز است که بدهد. و اما هر گاه به کمتر از آن اجاره کند، پس در آن خلاف است. اشهر حرمه است. مگر آن که عملی در آن کرده باشد - مثل آن که یک سال نماز و یک ماه روزه گرفته باشد به مبلغ معینی و نماز را خود کرده باشد و روزه را به اجیر بدهد و اجیر شخصی باشد که نماز بر او دشوار باشد و روزه آسان باشد و مفروض این باشد که کسی نباشد که روزه تنها خواسته باشد - پس در این حال اجیر اول عملی کرده است که منفعت آن به اجیر دوم میرسد. و هم چنین هر گاه یک سال نماز گرفته باشد و قدری از آن را خود کرده باشد، و اجیر دوم به غیر مقداری که باقی مانده است فرصتی ندارد و محتاج است به وجه اجاره،

جمعی از اصحاب ما قایل به کراهت شده اند. و این دور نیست.

۱۹۹:سوال:

۱۹۹:سوال: چه میفرمایند به این که حقیر آبی واملا-کی اجاره کرده. به اعتبار خشکی سال آبی که منظور بوده که به آن زرع شود کم آمده و به جایی نمیرسید. فسخ اجاره کردم. آیا اختیار فسخ با حقیر بود - در صورت مفروضه - یا نه؟ -؟. و اگر بالمره خشک شود، آیا اجاره مذکوره منفسخ می شود یا نه؟ -؟. و اگر بالفرض کسی فسخ کرد و بعد از فسخ زمین مفروض را به آب دیگر غیر از آب عین مستأجره زراعت کند، چه صورت دارد؟. و هر گاه زمینی را کسی اجاره کند برای زراعت و به سبب وزیدن باد خاک رمل بسیار در آن جمع شود که مانع از انتفاع از بسیاری از آن می شود، چه حکم دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه زمین را از برای زراعت اجاره کرده است و آب آن قطع شود، یا بسیار کم شود، مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره. و بر او لازم است از وجه اجاره به مقدار زمان گذشته. و هم چنین هر گاه زرع کرده باشد و در بین ایامی که زرع محتاج به آب است این قطع یا نقص عارض شود. لکن در این صورت بعد از فسخ، موجر اختیار قلع زرع ندارد، باید بگذارد تا ایام حصاد. و باید در این وقت مستأجر اجرت المثل چنین زمین کم آب یا بی آب را از حین فسخ الی اوان حصاد به موجر بدهد. و هر گاه در صورت اولی بعد از فسخ بدون اذن موجر زرع کرده باشد باز باید اجره المثل چنان زمین را به موجر بدهد.. و هم چنین ظاهر این است که مسأله دوم نیز همین حکم [را] دارد. و این نظیر خانه است که اجاره کرده باشد و در بین مدت قدری از آن خراب شود که موجب نقص انتفاع شود. (۱)

۲۰۰:سوال:

۲۰۰:سوال: هر گاه قصابی اجیر شود که گوسفندی را ذبح کند. و در حین ذبح حلقوم را قطع کند و چیزی از حلقوم متصل به سر باقی نماند. آیا ذبیحه در این صورت حلال است یا حرام؟ -؟. و غرامتی متوجه قصاب می شود یا نه؟ -؟.

ص: ۴۲۸

۱- این مسأله در مسأله شماره ۲۲۴ نیز شرح داده شده. و همین طور در مسأله ۲۴۲.

جواب: ذبیحه در صورت مزبوره حرام است. و غرامت بر قصاب لازم است. (۱)

۲۰۱: سوال:

۲۰۱: سوال: هر گاه زنی در خانه شوهر (نقش زنانه) یا (سوزنی) و امثال اینها دوخته باشد. و ابریشم و ریشمانی و پارچه که بر آن دوخته تمام از مال شوهر باشد. و زن بمیرد و وارث او بگوید که این مال زوجه است. و زوج بگوید که چون زوجه در نفقه و کسوه من است مداخل او مال من است. چه باید کرد؟. و هم چنین یک رأس گوسفند هست که از والد زوجه به خانه زوج آمده، والد زوجه مدعی آن که من او را به صبیبه خود بخشیده بودم. و زوج مدعی آن که من از والد زوجه خریده ام. چه باید کرد؟..

جواب:

جواب: نفقه و کسوه دادن زوج منشأ این نمی شود که زوج مالک منافع زوجه شود. و از برای زوجه هست که خود را به اجاره بدهد در امری که منافات با حقوق زوج نداشته باشد، یا داشته باشد و زوج اذن بدهد در آن. [و] وجه اجاره مال زوجه (۲) می شود. و لکن نقش و سوزنی، در صورت مزبوره مال زوج است، و زوجه را در آن حقی نیست، مگر آن که ثابت شود که زوج او را امر کرده به دوختن آن. و به امر زوج دوخته باشد. پس اگر با وجود ثبوت نیز ثابت شود که اجرت معینه یا جعاله معینی از برای زوجه قرار داده، به مقتضای آن عمل باید کرد. و اگر همین امر به دوختن به تنهایی ثابت شود، ظاهر این است که زوجه مستحق اجرت المثل عمل هست. و در اصل مسأله دو قول است: یکی آن که هر گاه کسی دیگری را امر کند به عمل و آن شخص به جا آورد. هر گاه مامور شخصی است که عادت دارد که در ازای آن عمل اجرت میگیرد - مثل گازر و دلاک در جامه سفید کردن و سر تراشیدن - یا آن که آن عمل عملی است که عادت جاری شده به این که در ازای آن اجرت میگیرند (گو عادت آن شخص مامور، به گرفتن اجرت نباشد. در هر یک از این دو صورت مامور مستحق اجرت است.

ص: ۴۲۹

۱- رجوع کنید به مسأله شماره، ۲۲۰، از همین مجلد که توضیح بیشتری داده شده.

۲- و در نسخه: مال زوج میشود.

وقول دیگر این است که هر گاه آن عملی است که در عادت بر آن اجرت گرفته می شود، باید اجرت را داد. و هر گاه عرف و عادت بر گرفتن اجرت بر آن عمل جاری نشده، لازم نیست دادن. و فرق میان این دو قول ظاهر می شود در مثل عملی که در عرف و عادت بر آن اجرت نمیگیرند ولیکن این شخص مامور بر آن اجرت میگیرد. در این صورت بنا بر قول دوم مستحق اجرت نیست. و بنا بر قول او [ل] مستحق اجرت هست و محل اشکال همین صورت است و گویا در باقی صور خلافی نباشد. و دور نیست که اقوی در این صورت هم لزوم اجرت باشد. (۱) اما دعوی گوسفند: پس ظاهر آن است که بر زوج است که اثبات کند خریدن را. و با عجز از اثبات، قسم متوجه والد زوجه می شود.

۲۰۲:سوال:

۲۰۲:سوال: کمترین (۲) کاروانسرائی [را] از صاحبش اجاره کرده. و تاجر میآیند و در آنجا نزول میکنند و جنس میفروشند. و کمترین به هر کس که تاجر جنس میفروشند، به یک تومان جنس صد دینار میگیرم. آیا این حلال است یا حرام؟ -؟ با وجود که تاجر خودش (۳) میداند (۴) که اگر در کاروانسرا یا بازار کمترین بیفتد این وجه را میگیرم. چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: ظاهر آن است که اجاره دادن کاروانسرا و دکان به تاجر صحیح است در صورت علم ایشان به این شرط. که در معنی این است که من این حجره را در فلان مدت به فلان مقدار به تو به اجاره میدهم به جهت سکنی و معامله کردن در آن، به شرط آن که این تسلط را داشته باشم که هر کس از مشتریان (۵) که در یک تومان معامله صد دینار به من ندهند مانع آن شوم از معامله، پس مطلق منفعت را در عوض وجه اجاره معین قرار نداده است. بلکه منفعت خاصه را قرار داده، و این صحیح است. .

ص: ۴۳۰

۱- برای شرح و توضیحات مستدل مشروح، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۱، از همین مجلد.

۲- و در نسخه: شخصی.

۳- کذا.

۴- کذا.

۵- مراد از (مشتریان) تاجر هستند که مشتری اجاره کردن حجره در کاروانسرا هستند.

واما حلیت اخذ صد دینار از مشتری: پس هر گاه در صورت مزبوره مشتری نیز علم به شرط مزبور دارد وراضی می شود به این که صد دینار را بدهد ومتاع را بخرد، ظاهر حلیت است، به جهت این که این نوعی است از تراضی، اما لزوم آن معلوم نیست. زیرا که این داخل هیچ یک از عقود لازمه نیست. پس اگر خواهد لازم شود در اول به صیغه صلح یا نحو آن، لازم کند. تا من بعد مشتری نتواند پشیمان شد. و بر فرض عدم لزوم ظاهر این است که صاحب کاروانسرا از او نمی تواند بگیرد. غایت امر آن است که در ازای حق کاروانسرا که در شرط ضمن عقد اجاره به جهت خود استثنا کرده بود، عوض المثل آن را از او بگیرد. واما هر گاه مشتری به مقدمات مزبور جاهل بوده، پس هر گاه بعد از علم به تراضی از همدیگر گذشت کنند، فبها. والا باز صاحب کاروانسرا مستحق عوض المثل حق مزبور خواهد بود.

۲۰۳:سوال:

۲۰۳:سوال: این که مبیع را در مدت خیار مشروط که متعارف است که بعد از جریان صیغه مبیعه شرطیه، به اجاره میدهند در مدت خیار به فلان مبلغ. آیا چه صورت دارد؟ و در صورت مفروضه چون مدت اجاره معین شده است و ممکن است که در این بین موجب فسخ مبیعه و انتقال ملک به بایع بهم رسد. (بعینه همین حال دارد املاکی که وقف اولاد است. و حال آن که تصریح به صحت اجاره دادن نود ساله یا کمتر از [آن را] فرموده اند). و آیا می تواند شد هر گاه آن اصل اجاره صحیح باشد و عیوبی دیگر از برای آن نباشد، مال الاجاره تقسیط شود در مدت گذشته و باقیه، و مشتری آن قدر از مال الاجاره [را] مالک باشد -؟ یا آن که مشتری مالک مال الاجاره کلا باشد و بایع ملک را مسلوبه المنافع در آن مدت مالک شود، به جهت آن که خودش منافع [را] مختص او قرار داده -؟ و هم چنین هر گاه نما مال بایع باشد آن وقت که خودش قبول اجاره را نموده اذن در تصرف و تملک نما باشد. و هم چنین بیان فرمایند که هر گاه منافع مبیع در مدت خیار مشروط حسب المصلحه مختص بایع شده باشد.

جواب:

جواب: اظهر در نظر حقیر جواز است. خصوصا هر گاه زمان متأخر از مدت

مشروطه باشد. مثل این که بفروشد میباید را و شرط کند که بعد از شش ماه دیگر در ظرف پنج روز هر گاه بایع (۱) رد مثل ثمن کند مسلط بر فسخ بایع باشد. که در این هیچ اشکالی نیست. و هم چنین اظهر جواز است هر گاه خیار در مجموع مدت باشد، یعنی شرط کرده باشد که در بین شش ماه هر وقت رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ باشد. و دلیل این مطالب در رساله مبسوطه نوشته شده (۲). و هر گاه خیار در ظرف تمام مدت باشد، به رد ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت بایع مسلط بر فسخ بایع می شود. و با فسخ [بایع] اجاره هم منفسخ می شود. به جهت آن که به سبب فسخ معلوم می شود که مشتری مالک منافع تتمه نبوده است. و اصل اجاره هم متزلزل می شود، و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب رد ثمن. و هر گاه اجاره منفسخ شد، باید تقسیط اجرت کرد بر تمام مدت، و به قدر آنچه از مدت باقی مانده استرداد نمود. و طریق تقسیط این است که بر آورد میکنند اجرت المثل آن میباید را در مجموع مدت زمان اجاره، و هم چنین بر آورد میکنند اجرت المثل آن جزء زمان گذشته را و ملاحظه میکنند که اجرت آن جزء چند یکم مجموع است و به همان نسبت از وجه اجاره مسمی فی العقد، بایع به مشتری میدهد، و تتمه را نمیدهد. و اما هر گاه خیار بعد انقضاء مدت بوده و اجاره در مجموع آن مدت بوده، و اتفاق شود که طرفین راضی به فسخ بایع شوند قبل از انقضای مدت اجاره، پس در اینجا اجاره منفسخ نمی شود، الا به رضای مستأجر (۳) به جهت این که منافع مجموع مدت مال مستأجر (۴) است و می تواند استیفای تمام منافع مال الاجاره را بکند (۵). و اگر خواهند که فسخ اجاره بکنند، باز باید تقسیط وجه اجاره گردد بر تمام مدت، و چنانکه گفتیم معمول دارند. و اما هر گاه منافع میباید به عنوان مصالحه منتقل به بایع شده باشد، پس آن صحیح .

ص: ۴۳۲

- ۱- در نسخه: مشتری.
- ۲- و نیز رجوع کنید به مسایل ((بیع شرط)) در مجلد دوم از همین مجلدات.
- ۳- و در نسخه: مشتری.
- ۴- و در نسخه: مشتری.
- ۵- در نسخه: و می تواند استیفای تمام وجه اجاره را بکند.

است و لازم است در صورت ثانیه بی اشکال. مگر باتقایل و تفاسخ به رضای طرفین. و اما در صورت اولی، یعنی در وقتی که خیار در ظرف تمام مدت باشد. پس آن نیز چنین است هر گاه همان حقی که فی الجمله دارد (که مردد است ما بین منافع جمیع مدت و منافع بعضی مدت باشد) صلح کرده باشد. و هر گاه صلح بر مجموع کرده باشد، پس ظاهر آن است که در اینجا نیز وجه مصالحه تقسیط می شود. به جهت این که صلح کرده است ملک متزلزل را که محتمل است که مال غیر بشود. پس بعد از انتقال به غیر، منافع آن هم منتقل به غیر می شود. والله العالم.

۲۰۴:سوال:

۲۰۴:سوال: زید خود را به عمرو به اجاره بدهد به مدت معینی، که در عرض مدت عمل خاصی بکند به مال الاجاره معینی، مشروط به این که اجیر در خانه مستأجر در عرض مدت، سکنی داشته باشد. و هم شرط شود در ضمن العقد که بدل وجه اجاره را در عرض مدت، اخراجات ماکول و ملبوس و ما یحتاج اجیر نماید، و علاوه از اخراجات را در آخر مدت از اجیر مطالبه نماید. و نیز شرط شود که چنانچه اجیر قبل از مدت اجاره خواسته باشد از پیش مستأجر برود اخراجات ایام ماضیه را به تصدیق امنای اهل خبره و وقوف تسلیم مستأجر نماید، چه صورت دارد؟

جواب:

چون شرط مذکور جهالت دارد (چنانکه آخر صورت سوال:

جواب: چون شرط مذکور جهالت دارد (چنانکه آخر صورت سوال: هم به آن دلالت دارد) منشا فساد عقد اجاره می شود. و بنا بر این شرط دوم هم لزومی ندارد، چون در ضمن عقد فاسد است. خصوصاً با وجود جهالت آن نیز. و ظاهر این است که اجیر در این وقت مستحق اجرت المثل عمل است. و ثمن المثل اخراجات هم باید رد شود. هر گاه معلوم نباشد به مصالحه طی شود. والله العالم.

۲۰۵:سوال:

۲۰۵:سوال: زید متولی، ملک وقفی را به عمرو تا مدت بیست و پنج سال به اجاره داده است، و زمان اجاره منقضی نشده که موجر و مستأجر فوت شده اند، یا آن که احدهما متوفی گردیده است، چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه متولی وقف صلاح وقف و اهل وقف را در سایر طبقات، در آن دیده که به آن مدت به آن وجه معین اجاره بدهد، به موت هیچ یک از موجر و مستأجر فسخ

۲۰۶:سوال:

۲۰۶:سوال: بفرمایند که مثلاً زید ملکی را - که به قول عمرو وقف [بوده] و ادعای تولیت آن [را] میکرد - از عمرو مزبور تا مدت بیست و پنج سال اجاره نموده به مبلغ بیست توما تبریزی. از قراری که در اجاره نامچه شرط شده، به این مضمون که موجر مزبور واگذاشت مبلغ مزبور فوق را به مستأجر که او رفته و از مال خود کل شش دانگ ملک بایره [ای] به حلیه آبادی بر آورد به این شرط که: هر گاه اضافه از این مبلغ اخراجات بشود، دیناری وجهه ای از موجر مطالبه ننماید، و هر گاه کمتر از این مبلغ خرج بشود، دیناری وجهه ای از مستأجر مطالبه ننماید. و مستأجر به امر خود قیام نموده ملک را به حلیه آبادی بر آورده، واحدی ادعای یک دانگ و نیم ملک وقف را به مستأجر نموده و ادعای خود را به ثبوت شرعی رسانیده که یک دانگ و نیم مزبور ملک طلق او میباشد. و بعد از اثبات شرعی یک دانگ و نیم را به ملکیت متصرف گردیده و به اجاره زید مستأجر داده و هر سال وجه اجاره را گرفته است. و چهار دانگ و نیم دیگر [را] زید مستأجر تصرف نموده. و در اجاره نامچه شروط دیگر هم نموده اند به این مضمون که: در این مدت اجاره هر سالی مقدار دو خروار تبریزی گندم از مال موجر، مستأجر به دواب خود بار نموده به طاحونه برده آورد نموده و اجرت مطالبه ننماید. و موجر و مستأجر هر دو فوت شده اند. و ورثه موجر الحال از دو سه بابت ادعا بر ورثه مستأجر مینماید. اولاً این که: به فوت موجر و مستأجر فسخ اجاره می شود. ثانیاً این که: تخلل در وجه اجاره مسطوره بهم رسیده. و حال آن که در اجاره نامچه شرط نشده که هر گاه تخلل در اجاره بهم رسد فسخ اجاره با موجر بوده باشد. آیا ورثه موجر را حقی میباشد بدون اثبات شرعی این که (ملک مزبور وقف میباشد و تولیت با والد آنها بوده)؟ و در خصوص وجه اجاره مدت مسطوره مادام حیات موجر و مستأجر الله اعلم که وجه اجاره داده (۱) یا این که باقی است. و از تاریخ اجاره متن مدت پنج سال باقی است که هنوز.

ص: ۴۳۴

منقضی نشده است. میرسد ورثه موجر را که وجه اجاره مدت مسطوره تمام و کمال از ورثه مستأجر بگیرند؟. بینوا.

جواب:

جواب: هر گاه عمرو به عنوان تولیت در آن وقف تصرف میکرده بلا منازع، تصرف او محمول بر صحت است تا بطلان آن ثابت شود. و اظهر این است که اجاره به موت موجر و مستأجر هیچ کدام باطل نمی شود. و مواضعی که استثناء شده. یکی جائی است که موجر شرط کرده باشد که مستأجر به خودی خود استیفای منافع بکند نه غیر آن. دوم جائی است که وقف باشد بر بطون چند که هر یک از آنها اختیار تصرف ایام حیات خود را دارد. مگر این که موقوف علیه متولی و ناظر وقف باشد و مصلحت وقف را مطلقاً یا در آن مدت در آن اجاره دانسته باشد. که در اینجا نیز منفسخ نمی شود. سوم جائی است که وصیت کرده باشد کسی از برای شخصی که مادام الحیات از ملک او به علتی منتفع شود، و آن شخص به اجاره بدهد ملک را. و این دخلی به مانحن فیه ندارد. پس هر گاه عمرو متولی صلاح وقف را در آن دیده، اجاره بر حال خود باقی است. و ادعای تخلل در وجه اجاره را نفهمیدم. اگر مراد این است که به سبب دعوی یک دانگ و نیم مقدار اجاره متبعض شده و به این سبب خواهد فسخ کند، این منشأ خیار فسخ نمی شود. بلکه این اگر منشأ خیار شود از برای مستأجر می شود نه موجر. و اما دعوی این که وجه اجاره داده شده است یا باقی است، پس آن محتاج است، به مرافعه اینها همه در وقتی است که اصل عقد اجاره صحیح واقع شده باشد، و جهالتی در شرط آن نباشد. مثل این که معلوم باشد که خرج تعمیر ملک چه قدر می شود. و هر گاه جهالت باشد اصل عقد باطل می شود و مستأجر مستحق اجرت المثل عمل است. و موجر مستحق اجرت المثل ایام تصرف ملک. و این نیز محتاج به مرافعه خواهد بود. والله العالم باحکامه.

۲۰۷: سوال:

۲۰۷: سوال: کسی زمینی به کسی اجاره بدهد به وجه معینی در مدت ده سال به مبلغ معینی. و بعد از آن ظاهر شود که مغبون است. در سال اول در حین اطلاع بر غبن ادعای غبن کرده. و مستأجر به قدر نقص وجه اجاره را هم علاوه بر مسمی فی العقد

ص: ۴۳۵

به موجر داده و موجر ساکت از فسخ شده تا سال آینده. الحال مستأجر میگوید که من به موافق مسمی فی العقد وجه اجاره را میدهم. و موجر میگوید من مغبونم و تمام اجرت را میخواهم. آیا خیار فسخ باقی است یا نه؟ -؟ و موجر مستحق چه چیز است؟.

جواب:

جواب: هر گاه موجر فسخ معامله نکرده باشد، ظاهراً خیار فسخ ساقط می شود. به جهت آن که خیار غبن فوری است. و در این صورت مستحق اجرت المثل سال دوم است، مگر این که موجر جاهل به فوریت خیار باشد و به آن سبب تأخیر کرده، که باز بر خیار خود باقی است و مستحق اجرت المثل است در آن سال گذشته.

۲۰۸:سوال:

۲۰۸:سوال: هر گاه زید باغ مشجری به اجاره بدهد به عمرو، به این نحو که اراضی داخله و خارجه باغ را با مجرای حقابه آن اجاره دهد (۱) و شرط نماید در ضمن عقد اجاره که منافع اشجار مال مستأجر باشد. (۲) و بعد از تصرف مستأجر در باغ مذکور ظالمی متغلبی اشجار را قطع نماید. آیا در این صورت مستأجر اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟. و در نظر مستأجر منافع اشجار بوده، که اگر او نمیبود به این مبلغ اجاره نمیکرد. و چنانچه اختیار فسخ نداشته باشد آیا در مقابل فوت منفعت اشجار، از بابت وجه اجاره چیزی کم می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بیان این مسأله موقوف است به ذکر چند مقدمه:

اول اینکه: مورد اجاره باید عینی باشد که صحیح باشد انتفاع به او به ابقاء آن عین. و هر چیزی که چنین نباشد صحیح نیست اجاره آن، مثل نان و میوه و امثال آن. و اگر آن منفعت، عینی دیگر باشد، صحیح نیست اجاره، مثل این که گوسفند را به اجاره بدهد از برای آن که شیر او را بخورد. یا باغ و بستان را اجاره بدهد که میوه او را بخورند. و حال آن که ماهیت وقف (حس عین است و تسبیل منفعت). بلکه از جهت آن است که در اجاره دعوی اجماع کرده اند بر این که آن منفعت تالفه، عین نباشد. - چنانکه علامه در .

ص: ۴۳۶

۱- عبارت نسخه: ... که اراضی داخله و خارجه باغ را یا مجرای حق آبه تا بعد از آن اجاره دهد

۲- توضیح: برای گریز از بطلان اجاره میوه اشجار، موضوع اجاره را زمین و حقابه قرار داده اند و درختان را تابع آنها کرده اند.

تذکره دعوی کرده. و غیر او نیز دعوی کرده - وعاریه هم مثل اجاره است در این معنی. و گوسفند به دلیل خارج استثنا شده در عاریه که جایز است آن را به عاریه بدهند از برای خوردن شیر آن. بلی اشکال در چند چیز وارد می آید که تجویز اجاره آنها شده با وجود آن که منافع آنها عین تالفه است. مثل اجاره زن از برای شیر دادن طفل، و چاه از برای کشیدن آب، و قنوات و نهر از برای آب دادن زرع و غیر آن، و صباغ از برای رنگ کردن با وجود تلف رنگ، و حمام با وجود آن که آب او تلف می شود، و فحل از برای جهانیدن بر ماده با وجود آن که منی عین تالفه است، و امثال اینها. و بعضی از اینها اجماعی است و منصوص علیه است. مثل رضاع. و بعضی مختلف فیه، مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن. و قطع نظر از اجماع و نص، فقها در اینها توجیحات کرده اند. مثل این که در رضاع اجاره را بر سایر افعال مرضعه وارد کرده اند، از حمل و نقل و گذاردن پستان در دهن رضیع و نحو آن. و شیر را تابع بالقصد گرفته اند، هر چند از وجهی دیگر مقصود بالذات شیر باشد. و از اینجا حال فحل هم معلوم می شود، با وجود آن که منی را قیمتی نمی باشد. و همچنین انتفاع به مجرای آب و اصل چاه را اصل قرار داده اند و آب را تابع. و معنی تابعیت در این مقام دو احتمال دارد: یکی آن که: عرف و عادت دلالت میکند به رضای صاحب این اعیان در تصرف آنها. در این، اشکال وارد می آید، و آن این است که محض رضا به تصرف، از وجوه ملزومه نیست (۱) پس باید که صاحب عین قبل از تلف عین تواند رجوع به آن نمود، و آن خلاف فرض است. بلی اگر این معنی را در ضمن عقد اجاره شرط کند و جهالتی در آن نباشد، خوب است، و شرط محتاج به ایجاب و قبول است. و محض رضا به سبب عادت مستلزم ایجاب شرط نیست. و احتمال دوم این که: مراد از تبعیت این است که اجاره آن عین مستلزم ممنوعیت .

ص: ۴۳۷

۱- از جانب دیگر: تمسک به (تراضی در این مسأله، مصادره به مطلوب است. زیرا ادله منع اجاره اشیائی که منفعت آنها عین تالفه است، بر (الا ان تکون تجاره عن تراض) حکومت و بلکه (ورود) دارد. بنابر این اگر تراضی از وجوه ملزومه هم باشد، در اینجا نمی تواند نقشی داشته باشد.

صاحب از تصرف در آن عین که منفعت می شود. و چون این ممنوعیت به اختیار خود مالک است، پس در آن، حکم این است که کسی قطع نظر از مال خود بکند و در صحرا بیندازد [که] داخل مباحات می شود و به حيازت، مملوک مستأجر می شود. و گویا کلام ابن ادریس در سرایر در تقسیم آبار، اشاره به این دو وجه باشد. و آنچه در نظر حقیر معتمد است در دلیل استثنای مذکورات، این است که اشتراط (بودن منفعت عین مستأجره) (۱)، مقتضای مفهوم لفظ اجاره نیست لغتاً و عرفاً. پس اعتبار این شرط محتاج به دلیل است. و آن اجماع است. و صور مذکوره داخل اجماع نیست. بلکه اجماع در اکثر آنها بر صحت است. و بعضی که مختلف فیه است مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن - چنانکه در قواعد در آن اشکال کرده و در تذکره منع از آن کرده. و شیخ علی نیز اختیار این کرده - پس در آن نیز همین سخن را میگوئیم. و اما استیجار خانه که در او چاهی باشد به جهت آب خوردن: پس آن بالتبع داخل اجاره خانه است. و اگر چاه هم ضمیمه خانه باشد دو تبعیت بهم میرسد.

مقدمه دوم: آن که باید که آن منفعت که مورد اجاره می شود مستقلاً قابل قیمت باشد. پس آنچه تو هم می شود که رسانیدن میوه یا به عمل آوردن شیر مدتی می خواهد که در آن مدت درخت و گوسفند مشغول به عمل آوردن میوه و شیراند، پس اجاره بر آن نفع وارد می شود نه بر عین. این باطل است به جهت این که این معنی را منفرداً قیمت و مالیتی نمی باشد، و چیزی را که در عادت قیمتی نباشد اجرت در عوض آن دادن سفته است و باطل است، و اعیانی که از اینها بهم میرسد خود مورد اجاره نمی تواند شد. بلکه هر گاه منفعت، صاحب قیمت و مالیت هم باد شد هر گاه او را ضم کنیم با آنچه جایز نیست اجاره آن - خواه به سبب عدم قیمت و قابلیت باشد، یا به سبب حرمة اجاره آن مثل خنزیر و میته و نحو آن، و از آن قبیل .

ص: ۴۳۸

۱- عبارت نسخه: که اشتراط بودن منفعت مستأجره عین مقتضای ... - و بهتر از هر دو این است: (که اشتراط مستأجره بودن منفعتی که عین تالفه است) مقتضای ...

است اجاره به جهت انتفاع به عین مثل میوه و لبن - آن نیز مفید اباحه اجاره آن چیز (۱) علی الاطلاق نخواهد بود. واما در قدری که متعلق به منفعت صحیح الاجاره، می شود، محل اشکال است. واز فروع مسأله آن است که زمین را به اجاره میدهند به ضمیمه باغی که مشتمل بر اشجار است، یا زمین همان باغ را اجاره بدهد به جهت قصیل کردن وامثال آن، با اشجار آن به جهت میوه آن، به مبلغی. پس ظاهر این است که اجاره نسبت به اشجار باطل است. ودلیلی بر صحت آن نیست. واما در زمین: پس احتمال بطلان هست بالمره. به جهت آن که تراضی در عقد بر مجموع شده، وجزء غیر از کل است. پس گویا عقد به آن جزء وارد نشده است. چنانکه اخوند ملا احمد این احتمال را در (بیع ما یملک و مالا یملک) داده. و احتمال دارد که بر فرض جهالت وجه (۲) اجاره باغ، مسلط بر فسخ اجاره باشد، به جهت تبعض صفت. و ظهور نقص و عیب در عین مستأجره با قبول در منفعت محلله و استرداد مساوی وجه اجاره منفعت غیر محلله به هر نحو که تقسیط وجه اجاره اقتضای آن کند. و با علم به حرمة، اجاره [در] محلله صحیح باشد ودر غیر [محلله] فاسد. ولکن استرداد وجه اجاره با وجود تسلط غیر در مال خود با علم به عدم استحقاق شرعا در اینجا، محل اشکال است. واما هر گاه تلف نشده باشد و منفعت نیز استیفا شده باشد، پس ظاهر این است که استرداد بی وجه است. واما هر گاه باقی باشد یا آن که هنوز اقباض وجه اجاره به عمل نیامده است، پس ظاهر جواز استرداد است، هر چند منفعت را تلف کرده باشد. و محتمل است که در صورت تلف منفعت، بر مستأجر باشد رد مساوی منفعت. هر چند از برای موجد جایز نباشد مطالبه آن. و احتمال می رود که در صورت علم به بطلان اجاره در بعض غیر محلله، اصل اجاره باطل باشد. به جهت جهالت وجه اجاره در صورت عدم توزیع با عدم علم به مقدار آنچه در برابر منفعت محلله است. و این سخنها در باب اجاره در کلام فقها محرر نیست.

مقدمه سوم: جایز است شرط مشروع در ضمن عقد اجاره و لازم است. مثل سایر .

ص: ۴۳۹

۱- در نسخه: آن خواه علی الاطلاق...

۲- در نسخه: به جهت.

عقود لازمه. و هر چند کلام فقها در تحدید شروط جایزه و غیر جایزه، محرر نیست. و نهایت آنچه محقق می شود از دلیل، آن است که (هر شرطی که معصیت نباشد یا موجب جهالت در احد عوضین نباشد صحیح است). پس اگر در اجاره شرط کند چیزی را که موجب جهالت احد عوضین باشد، آن شرط باطل است. بلکه ظاهر این است که اصل عقد هم باطل می شود. خصوصاً هر گاه عمده مقصود آن شرط باشد، و از جمله، اشتراط میوه باغ است در ضمن عقد اجاره زمین در وقتی که هنوز [میوه] ظاهر نشده باشد، یا بدو صلاح آن نشده باشد. اما هر گاه میوه از آفت ایمن شده باشد، یا هنوز ایمن نشده باشد اما شرط کند چیدن آن را، پس ظاهر آن است که توان شرط کرد با خرص و تخمین. و این به جهت آن است که در صورت اولی معوض مجهول می شود، و در ثانی معلوم است، و جهالت منشأ غرور و سفته است. و معامله غرور و سفته مطلقاً منهی عنها است. و در صورت بطلان عقد یعنی صورت اولی، صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است و مساوی منافع که از اشجار به او عاید شده. و این در صورت جهل به بطلان است. و اما در صورت علم، پس آن مشکل است. و از تامل از آنچه پیش گذشت حال او معلوم می شود. و در صورت صحت عقد (یعنی صورت ثانیه بعد تصرف مستأجر) موجر مستحق تمام اجرت است، هر چند ظالم متغلبی آن میوه را، یا آن درخت را با میوه قطع کند. هر گاه این مقدمات را دانستی، پس بر میگردیم به اصل مسأله. پس میگوئیم: اگر شرط منافع اشجار را قبل از ظهور میوه کرده، پس ظاهر این است که شرط باطل است. بلکه اصل اجاره هم باطل است. و در صورت جهل به بطلان عقد، اجرت المثل زمین و منافع اشجار را مستأجر باید به موجر بدهد. و موجر مستحق وجه اجاره نیست. و در صورت علم به بطلان و تلف وجه اجاره و منافع یا احدهما، صاحب مال تالف (ظاهراً) رجوع نتواند کرد. به جهت آن که خود مسلط کرده غیر را بر تلف مال با علم به عدم استحقاق. و با بقای مال رجوع می تواند کند. و دور نیست که در صورت تلف، بر متلف، رد لازم باشد و بر صاحب مال تالف

مطالبه جایز نباشد. و بر فرض تقدیر ورود عقد اجاره بر اراضی و اشجار، و اینکه قایل شویم به صحت این عقد - چون اشجار را قبل از استیفای منافع، ظالم تلف کرده - در قدر عین تالفه اجاره باطل است و در باقی خیار فسخ دارد. به جهت آن که تبعض صفت، عیب است. خصوصاً هر گاه عمده مقصود، عین تالفه باشد. و بر تقدیری که اختیار فسخ هم نداشته باشد، آنچه در مقابل اشجار بوده از ذمه او ساقط است، و اگر داده باشد پس میگیرد. [و] اگر شرط دخول اشجار بعد ظهور میوه یا بدو صلاح آن شده باشد و به قبض مستأجر داده [باشد]، پس اجاره صحیح و لازم است. و بر موجد چیزی لازم نیست و مستحق تمام وجه اجاره است. هر چند ظالم اتلاف ثمار و اشجار کرده باشد.

سوال: ۲۰۹:

سوال: ۲۰۹: هر گاه شخصی حجره [ای] از کاروانسرا به کرایه گرفته، و به خاطر جمعی حراست او مال خود را در آنجا گذارده. شب دزد آمده و پشت بام حجره را سوراخ کرده اموال او را برده است. آیا ضمانتی بر کاروانسرا دار هست یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: دلیلی بر ضمان نیست. بلی هر گاه او را خبر کند که محافظت و پاسبانی کند، و تفریط او را ثابت کند، ضامن است. والله العالم.

سوال: ۲۱۰:

سوال: ۲۱۰: هر گاه موقوف علیه ملک موقوف را به اجاره بدهد در مدتی، و قبل از انقضای مدت، موجد بمیرد. اجاره منفسخ می شود یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: مشهور میان علما آن است که منفسخ می شود. و ظاهر هم همین است. لکن استثنا کرده اند از این، صورتی [را] که موقوف علیه ناظر بر وقف باشد و به جهت مصلحت بطون، یا مصلحت کل، اجاره داده باشد. که در آنجا فسخ نمی شود.

سوال: ۲۱۱:

سوال: ۲۱۱: هر گاه کسی نصف نفس خود را به اجاره بدهد در مدت یک سال به مبلغ یک تومان به جهت عمل در تجارت مشترک مابین موجد و مستأجر. و بعد از آن موجد پنج تومان از مستأجر قرض کند و ده تومان هم از خود علاوه کند و ضم کند به مبلغ پانزده تومان از مال مستأجر. و عقد مشارکت در میانه بسته شود، و به مقتضای آن عمل شود. صحیح است یا نه؟ -؟

اجاره نصف نفس معنی ندارد. مگر به اراده این که نصف جمیع منافع در عرض آن مدت از مستأجر باشد. به این نحو که قرار بدهند که نصف روز از برای مستأجر عمل کند و نصف برای خود. یا نصف سال برای او عمل کند و نصف برای خود. خواه تعیین شود حصه هر یک یا مشاع باشد. مثل این که شخصی اجیر شخصی شده و آن شخص عمل مخصوصه نداشت که بکند، او را ماذون کرده که در تمام سال مشغول عمل مردم باشد. و او هم تمام سال عمل به جا آورده. این وقت نصف منافع او از مستأجر است و نصف از خودش. ولکن این معنی در صورت سوال:

جواب: اجاره نصف نفس معنی ندارد. مگر به اراده این که نصف جمیع منافع در عرض آن مدت از مستأجر باشد. به این نحو که قرار بدهند که نصف روز از برای مستأجر عمل کند و نصف برای خود. یا نصف سال برای او عمل کند و نصف برای خود. خواه تعیین شود حصه هر یک یا مشاع باشد. مثل این که شخصی اجیر شخصی شده و آن شخص عمل مخصوصه نداشت که بکند، او را ماذون کرده که در تمام سال مشغول عمل مردم باشد. و او هم تمام سال عمل به جا آورده. این وقت نصف منافع او از مستأجر است و نصف از خودش. ولکن این معنی در صورت سوال: تحقق نمیپذیرد. به جهت جهالت مقدار عمل او، از راه این که محتمل است که نصف منافع این شخص وقوت عمل او بیش از عمل، در نصف مال المشارکه، باشد، و در آن می تواند عمل دیگر بکند. پس احاطه به نصف منافع او نمی شود. پس بنابر این، اجاره صحیح نیست. بلی هر گاه اجاره کند او را از برای این که در مدت یک سال عمل خاصی را بکند، صحیح است. و هر وقت که ضرور است از وقت خود مصروف آن میدارد، و باقی وقت عمل دیگر میکند. به جهت آن که آن عمل منافی عملی که از برای آن اجیر شده است، نیست. [لکن] به نهایت در مانحن فیه اشکال بهم میرسد به جهت آن که اجاره از عقود لازمه است و شرکت از عقود جایزه. و تعیین مدت و شرط در ضمن عقد شرکت لزومی ندارد. بلکه فایده هم ندارد. به غیر آن که بعد از مدت مزبوره تصرف در مال المشارکه، جایز نیست (۱). و ایجاب عقد لازم در ضمن عقد متزلزل، محل اشکال است. ولکن اظهر در نظر حقیر جواز آن است. و بیان آن را در رساله [ای] که در مسأله (قرض بشرط نفع) نوشته ام، کرده ام. و .

ص: ۴۴۲

۱- یعنی تعیین مدت (مثلاً یک سال) برای اجاره، موجب نمیشود که حتماً شرکت هم باید به مدت یک سال ادامه داشته باشد. و اثری در دوام شرکت ندارد. اما برای از هم پاشیدن شرکت، مؤثر است. زیرا اگر بر اساس چنین قرار دادی یک سال به شرکت شان ادامه دهند در پایان سال، شرکت هم محکوم به پایان یافتن است. و همین طور است تعیین مدت در مضاربه. زیرا مضاربه (جایز) است از هر دو جانب. و هر کدام از آنها در هر وقتی که بخواهند میتوانند مضاربه را فسخ کنند. و تعیین مدت در آن صحیح نیست. لیکن اگر مدتی را تعیین کنند تنها تأثیری که دارد این است که با فرا رسیدن همان مدت، مضاربه هم محکوم به پایان است. مگر مجدداً مضاربه جدیدی را بنا گذارند.

حاصل این که اجاره لازم است مادامی که شرکت بر هم نخورده است. و اگر خواهیم در اینجا عقد اجاره را مستقل کنیم - به این معنی که او را اجیر کند به یک تومان که در عرض سال مبلغ پانزده تومان از برای او عمل کند - پس در صورت (۱) بودن انتفاع پانزده تومان او، تملک ربح آن از برای مستأجر ثابت است بدون شرکت. و شرکت را در این مدخلیتی نمی باشد. هر چند بعد از ده روز شرکت را فسخ کنند که اجیر در تمام سال در ازای آن یک تومان از برای مستأجر عمل کند. و در صورت سوال:

حاصل این که اجاره لازم است مادامی که شرکت بر هم نخورده است. و اگر خواهیم در اینجا عقد اجاره را مستقل کنیم - به این معنی که او را اجیر کند به یک تومان که در عرض سال مبلغ پانزده تومان از برای او عمل کند - پس در صورت (۲) بودن انتفاع پانزده تومان او، تملک ربح آن از برای مستأجر ثابت است بدون شرکت. و شرکت را در این مدخلیتی نمی باشد. هر چند بعد از ده روز شرکت را فسخ کنند که اجیر در تمام سال در ازای آن یک تومان از برای مستأجر عمل کند. و در صورت سوال: اشکال دیگر هم دارد. و آن این است که اگر این اجاره محاباتیه را از برای خاطر آن قرض، کرده است (۳) - یعنی آن پنج تومان را قرض داده باشد به شرط این اجاره - از این جهت هم حرام و باطل است. و اگر شرط نکرده باشد، باکی نیست. و همچنین هر گاه اجاره محاباتیه را کرده باشد به شرط قرض (یعنی موجر بگوید خودم را اجاره دادم به این مبلغ در این مدت به شرط این که پنج تومان به من قرض دهی) هم ظاهر صحت است. و هم چنین هر گاه در ضمن عقد اجاره شرط کند که با او یک سال شرکت کند، ظاهر آن است که صحیح است، و شرکت مزبور لازم می شود. والله العالم.

سوال: ۲۱۲

سوال: ۲۱۲: هر گاه پدر، طفل صغیر خود را اجاره بدهد به چیت سازی. و بگوید (عمل او باید همین رنگ مالیدن باشد). و آن صانع او را امر کند که سنگ... (۴) را بردارد و به فلان موضع بگذارد. و در حین برداشتن سنگ بغلطد بر دست او و انگشت او را ضایع کند. آیا صانع ضامن غرامت این جنایت است یا نه؟ -؟. و بر فرض عجز از اثبات وانکار صانع، آیا میتوان او را قسم داد یا نه؟ -؟. .

ص: ۴۴۳

- ۱- در نسخه: پس در این صورت.
- ۲- در نسخه: پس در این صورت.
- ۳- عبارت نسخه: اگر این اجاره محاباتیه را کرده از برای خاطر آن قرض است.
- ۴- کلمه جای نقطه چین، خوانده نشد. چیزی شبیه (قلبا) یا (قلبات) آمده است. به گمانم (قلیمیا) باشد. همان طور که ظرفی که در آن طلا ذوب کنند (ظرف قیلیمیا) نامیده میشود، ممکن است ظرف سنگ رنگرزی هم (سنگ قیلیمیا) نامیده شود.

جواب:

جواب: بلی در صورت مزبوره صانع ضامن است. به جهت آن که سبب جنایت شده و او را به فعل غیر ماذون فیه، واداشته. و مباشر بودن طفل با وجود اقوی بودن سبب، باعث ابطال حکم سبب، نمی شود. و موید این است که آن که فقها در (معلم شناوری) گفته اند. که هر گاه طفل در شناوری هلاک شود، دیه او بر معلم است. و بعضی مطلقاً ضامن داسته اند. و بعضی گفته [اند] به شرط تفریط. و بعضی در این اشتراط توقف کرده اند. و اینهمه در وقتی است که ولی طفل او را به معلم داده باشد، و اگر نه، اشکالی در ضمان نکرده اند خواه تفریط باشد یا نه. و موید اطلاق ضمان است حکم ایشان در غرامت در صنعتگران، هر چند جد و جهد کرده باشند در محافظت مال. و در صورت دعوی محتاج است به مرافعه. و با عجز از اثبات، ولی قسم می تواند داد. والله العالم.

۲۱۳:سوال:

۲۱۳:سوال: شخصی ملکی از شخصی اجاره نموده. و ملک مزبور مشتمل است بر دو رشته قنات که آب هر دو قنات با هم به یک نهر جاری و زراعت می شود. در اثنای سنوات اجاره آب یک قنات بالمره خشک. و آب دیگر قنات نیز بسیار کم. و بعضی از مالکین مزرعه مزبوره ترک زراعت نموده. آیا در این صورت مستأجر را تسلط فسخ اجاره هست یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بلی تسلط بر فسخ اجاره هست. (۱)

۲۱۴:سوال:

۲۱۴:سوال: در صورت تسلط بر فسخ، هر گاه موجر قبول فسخ ننماید و دو سال بر این نهج بگذرد، آیا باعث تقلیل وجه اجاره می شود؟ یا این که باید تمام وجه اجاره را از مستأجر بگیرد -؟.

جواب:

جواب: فسخ احتیاج به قبول موجر ندارد. و به مجرد فسخ مستأجر، اجاره باطل می شود. هر گاه حقیقتاً مستأجر فسخ اجاره کرده و به سبب جهالت و گمان این که رضای طرفین شرط است باز در ملک تصرف کرده، در این صورت ظاهراً موجر مستحق .

ص: ۴۴۴

۱- برای توضیحات بیشتر، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و نیز ۲۲۴ و نیز به مسأله ۲۱۴ (ما بعد همین مسأله) و نیز به مسأله ۲۴۲.

اجرت المثل بعد زمان فسخ است. و هر گاه در اول گمان میکرده که فسخ ممکن نیست مگر با تقایل و رضای طرفین بر اقاله، واجاره را بر حال خود گذاشته، پس ظاهراً موجر مستحق وجه اجاره هست. و احتیاط در صلح است به اجرت المثل. به جهت آن که هر چند تصرف مسقط خیار عیب باشد (۱) نسبت به رد عین، لیکن اختیار ارش معلوم نیست ساقط باشد. و به هر حال احوط صلح است به اجرت المثل.

سوال: ۲۱۵

سوال: ۲۱۵: زید قدری ملک از نایب عمرو اجاره چند ساله نموده. در سال اول اجاره، آب به قدر کفاف بوده، و در سال دیگر بسیار کم شده. آیا مستأجر را در این صورت تسلطی بر فسخ اجاره هست یا نه؟ -؟. و هر گاه موجر اصل حاضر نباشد همان نایب اختیار فسخ را دارد یا نه؟ -؟. و در صورتی که نایب قبول ننماید چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: بلی مستأجر را اختیار فسخ هست. و حضور و رضای آن (۲) در فسخ شرط نیست. و هر گاه آن نایب، نایب در جمیع تصرفات نباشد و موجر حاضر نباشد که ملک را به تصرف او بدهد، به حاکم شرع رجوع کند و به او واگذارد. والله العالم.

سوال: ۲۱۶

سوال: ۲۱۶: شخصی قدری ملک از دو مزرعه علی حده به وجهی اجاره نموده. و در اثنای مدت اجاره، آب یکی از مزرعتین خشک شده. آیا مستأجر تسلط بر فسخ دارد یا نه؟ -؟. و در صورت مذکوره فسخ کل باید بکنند؟ یا همان مزرعه که آبش خشک شده؟ و اختیار فسخ مزرعه دیگر با موجر است یا با مستأجر؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه اجاره مزرعتین به صیغه واحده و در یک معامله شده، ظاهراً مستأجر تسلط بر فسخ جمیع دارد. و هر گاه خواهد فسخ مزرعه خشک شده تنها را بکند، ظاهراً نمی تواند الا به رضای موجر. والله العالم. (۳)

سوال: ۲۱۷

سوال: ۲۱۷: هر گاه شخصی ملکی به احدی به اجاره داده باشد و حین الاجاره بنابر آن شده باشد که مالیات ملک مزبور در عهده موجر باشد. و چند گاه بعد از اجاره .

ص: ۴۴۵

۱- در نسخه: هر چند تسلط تصرف مسقط...

۲- مراد موجر است.

۳- در این موضوع، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۴ و ۲۲۴.

ممیز آمده ومالیات ملک مزبور زیاد شده. آیا آن زیادتی را باید موجد از عهده بیرون آید یا مستأجر؟-؟.

جواب:

جواب: خراج زمین بر صاحب زمین است. خواه سلطان زیاد کند یا کم کند. مگر این که بر مستأجر شرط کند که او بدهد. ودر صورتی که بر مستأجر شرط کند، بر او واجب می شود. واینکه در این بین سلطان زیاد کند وجهی [را] که متعارف نبود قبل از این، ظاهر این است که زیادتی بر صاحب زمین باشد.

۲۱۸:سوال:

۲۱۸:سوال: هر گاه شخصی ملکی اجاره نموده باشد. وبدون اذن مالک قلعه [ای] بنا کرده باشد. آیا مالک می تواند که قلعه را خراب کند وزراعت نماید؟ یا آن که باید بعد از دادن اجرت المثل قلعه را خراب کند؟

جواب:

جواب: هر گاه در اجاره این معنی در نظر نبوده، می تواند قلعه را خراب کند وبر او چیزی نیست در عوض خرابی قلعه. بلکه باید آن شخص که آن قلعه را ساخته خود خراب کند وزمین را هموار نماید وبه دست صاحب بدهد. و هر گاه در میان ایشان سخنی مذکور شده باشد [و] بنا بر آن قلعه را ساخته، باید به مرافعه شرعی حاضر شوند.

۲۱۹:سوال:

۲۱۹:سوال: هر گاه شخصی نمازی یا روزه ای به جهت میتی قبول کرده. آیا به اذن وارث می تواند که روزه اش را به دیگری بدهد یا نه؟-؟. وبر فرض جواز، دو نفر با هم میتوانند گرفت یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بلی میتوانند. واطهر عدم وجوب ترتیب است در روزه، ودو نفر میتوانند بگیرند. والله اعلم.

۲۲۰:سوال:

۲۲۰:سوال: هر گاه کسی جامه ای بدهد به صباغ که رنگ کند. ودر وقت گرفتن، صباغ جامه دیگر به او بدهد. وآن جامه در دکان صباغ عوض شده است، آیا صاحب جامه را میرسد که آن جامه را بگیرد؟ یا آن که نمیرسد ولیکن می تواند قیمت جامه خود را از او بگیرد؟ و یا آن که قیمت را هم نمی تواند بگیرد؟ وحکم آن چه چیز است؟.

جواب:

جواب: ظاهراً خلافی در این نیست - ودر مسالک دعوی اجماع کرده - افسادی که اهل صنعت به دست خود بکنند در آن عینی که به آنها میدهند از برای اصلاح، موجب

ضمان است مطلقا. خواه حاذق باشند و خواه نه. و خواه امین باشند و خواه نه. و خواه تفریط و تعدی کرده باشند یا نه. مثل آن که جامه را به گازر بدهی که گازی کند، آن را پاره کند یا بسوزاند. یا به خیاط بدهی که بدوزد، ضایع کند. و هم چنین نجار تخته را ضایع کند و رنگرز رنگ را معیوب کند. و هم چنین ختان و حجام و قصاب و غیر ذلک. و احادیث صحیحه (۱) و غیر صحیحه (۲) بسیار دلالت بر آن دارد. و [در] بسیاری [از] آنها تعلیل فرموده اند ضمان را به این که آن شیء را داده اند به آنها از برای آن که اصلاح کنند، نه از برای آن که فساد کنند. (۳) و از بسیاری از آنها بر می آید که این از برای احتیاط در اموال مردم است. یعنی این که این بنا اگر نباشد اهل صنعت بی پروائی میکنند و مال مردم را ضایع میکنند. (۴) و در پاره ای از این اخبار این قید مذکور است که هر کس مزد میگیرد بر عملی و فساد میکند ضمان است. (۵) که از مفهوم این بر می آید (۶) که هر گاه کسی تبرعا عمل را بکند، ضمان نیست. و لکن متبرع هم هر گاه تقصیری بکند، باید ضمان باشد. و علامه در قواعد استثنا کرده صورتی را که طیب و کحال اخذ برائت ذمه بکند از بالغ عاقل، یا ولی صبی و مجنون. و هم چنین شهید در لمعه. و روایت سکونی هم دلالت بر آن دارد. (۷) و هم چنین نفی عسر و حرج، و لزوم سد باب معالجه هر گاه چنین نباشد. و شهید ثانی اشکال کرده به جهت ضعف روایت، و اینکه اخذ برائت قبل از اشتغال ذمه معنی ندارد. و این هر دو سخن ضعیف است. به جهت اعتضاد روایت به عقل و اعتبار با وجود این که سکونی موثق است. و نفی عسر و حرج دلیل قوی است. و دلیل بر عدم صحت اخذ برائت قبل از اشتغال) از عقل و نقل قائم نشده و جماعی که از محقق.

ص: ۴۴۷

- ۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۲۹ احادیث ۱ تا ۲۳.
- ۲- وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۲۹ احادیث ۱ تا ۲۳.
- ۳- همان باب، احادیث: ۱، ۸، ۱۳، ۱۹، و ۲۲.
- ۴- همان باب، احادیث: ۴، ۶، و ۷.
- ۵- همان باب، احادیث: ۱، ۲ و ۱۹.
- ۶- عبارت نسخه: که از این مفهوم بر می آید.
- ۷- وسائل: ج ۱۹، ابواب موجبات الضمان، باب ۲۴ ح ۱.

و این زهره نقل شده بر ضمان طیب، معلوم نیست که در صورت اخذ براءت هم باشد. و همچنین روایتی که در (ختان) وارد شده که ضامن است محمول است بر صورت تفریط. با وجود آن که [در] اصل مسأله ضمان خلاف است، و مخالف، این ادیس است در وقتی که طیب ماذون باشد و عالم باشد و اجتهاد خود را بکند، و روایت سکونی را هم بر این حمل کرده. و علامه هم در تحریر گفته (هر گاه ختان حاذق باشد و از محل قطع حشفه تجاوز نکرده باشد، ضامن نیست. و آخوند ملا احمد (ره) نیز میل کرده است به سخن علامه در هر دو جا. بلکه در صباغ و قصاب هم بعید شمرده است ضمان را در صورتی که تقصیر و تفریط نکرده باشد. شاید (۱) جامه خود مهبای این نوع فساد به مجرد گازی و صباغی، بوده و همین قدر بوده باشد که اگر گازی و صباغی نبود فساد نبود. و صاحب کفایه هم در هر دو جا متابعت او کرده. و آخوند ملا احمد (ره) وجه جمعی قرار داده که اگر حمل کنیم اخبار ضمان را بر غیر صورتی که به اقرار مالک یا بینه، علم بهم رسد به این که پاره شدن یا عیب کردن نه از خصوصیت عمل ایشان بوده، بلکه جامه مستعد این بوده که مطلق عمل در آن، [آن] تأثیر را بکند. پس هر گاه علم بهم رسد که فساد مستند به خصوصیت فعل ایشان است یا مجهول الحال باشد، ضامن اند. و هر گاه غیر این باشد، ضامن نیست. و این سخن آخوند (ره) بد نیست و لکن تعمیم اظهر است از جهة ملاحظه حکمت و سد باب فساد و تنبیه اهل صنعت که دقت تمام بکنند. چنانکه از تعلیل سابق که ذکر کردیم مستفاد می شود. و اطراد در حکمت ضرور نیست. و بدان: که در ضمان طیب در صورتی که دوا را به دست خود به مریض بیاشاماند، اشکال نیست. و هم چنین اظهر آن است که امر او به خوردن هم چنین باشد. و اما اگر .

ص: ۴۴۸

۱- در نسخه: بلکه. - توضیح: گویا اصل کلمه در نسخه های قبلی مسقوط یا ناخوانا بوده، نسخه بردار بعدی اصلاح کرده ولی معنای عامیانه لفظ (بلکه) را در نظر داشته است. که در اصطلاحات فقهی (خصوصاً در ادبیات میرزا) جایی ندارد و غلط است.

بگویند که فلان دوا از برای این مرض خوب است، یا فلان دوا از برای فلان مرض خوب است، اشکال است. خصوصاً صورت اخیر، واصل عدم ضمان است. و آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه اشکال کرده اند در صورت وجوب عمل نیز، به این که منافات دارد با وجوب، تضمین. اینها همه در وقتی بود که صباغ خود مباشر اتلاف شود. و اما مالی که در دست اهل صنعت باشد و تلف شود به غیر فعل ایشان، پس آنچه از اکثر نقل شده این است که (اگر تقصیر و تعدی و تفریط از صباغ باشد، ضامن است. والا فلا). و دلیل ایشان (اصل) است و اینکه صباغ امین است و تصرف ایشان به اذن مالک است و بدون تفریط، بر آنها چیزی نیست. و صحیح (۱) معاویه بن عمار (و غیر آن) [دلالت بر این دارد] که مضمون آن این است که (قصار و صباغ ضامن نیستند) و شیخ او را حمل کرده بر صورتی که مامون باشند، نه متهم. چنانکه از اخبار بسیار (۲) مستفاد می شود که معصومین (علیه السلام) مامون را تفضیلاً تضمین نمی کردند (۳) که از آنها ظاهر می شود که عدم تضمین مامون مستحب باشد. و اینکه مقتضای حکمت تضمین است مطلقاً، به جهت احتیاط در حفظ مال مردم، و لکن چون اخبار [ی] که مقید شده ضمان در آن [ها] به عدم امانت و ثقه بودن، بسیار است، حمل بر استحباب مشکل است. و بعضی گفته اند که آنها را تکلیف میکنند به بینه، هر گاه بینه آوردند که تقصیری نکرده اند، ضمانتی نیست. و صحیح (۴) ابی بصیر و صحیح (۵) حلبی هم دلالت بر آن دارند. و سید مرتضی (ره) در انتصار قایل به ضمان شده مطلقاً، و دعوی اجماع بر آن کرده، مگر در صورتی که ظاهر شود و مشهود شود که هلاک آن مال به سبب امری که ممکن نبوده رفع آن، (۶) [بوده است]. و ظاهراً مراد آن مثل این است که به سیلاب یا نهب و غارت .

ص: ۴۴۹

-
- ۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۱۴.
 - ۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۷، ۱۱، ۱۶ و ۱۸.
 - ۳- و در بعضی از آنها قید (تفضیل) هم نیست.
 - ۴- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۵ (با حدیث ۱۱، اشتباه نشود)، ۳.
 - ۵- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۵ (با حدیث ۱۱، اشتباه نشود)، ۳.
 - ۶- عبارت نسخه: مگر در صورتی که ظاهر شود هلاک آن مال و مشهور شود به سبب امری که ممکن نبود نیست رفع آن. توضیح: و ممکن است کلمه های (مشهود) و (دفع) صحیح باشند.

عسگری برود، وامثال آن، در صورتی که بینه بر آن قائم شود. ودلالیت میکند بر مذهب او روایت سکونی (۱) و آنچه ابن ادریس از کتاب احمد بن ابی نصر بزنطی روایت کرده. (۲) در خصوص بینه هم صحیحه حلبی و صحیحه ابی بصیر دلالیت دارند. پس اظهار اقوال آن است که تضمین صباغ بکنیم در غیر صورت ثقه بودن وامین بودن، و غیر صورت بینه بر عدم تفصیر و اینکه اتلاف ایشان نشده. ولکن در صورت سؤال ظاهر این است که تضمین میکنیم. به جهت آن که عوض شدن جامه، ظاهرا از فعل صباغ است. بلکه ظاهر است که مسامحه کرده و تفریط کرده، پس قیمت جامه [را] از او میگیرد. باقی ماند کلام در حکم این جامه موجود: و در آن تفصیلی است. و آن این است که اگر از قراین معلوم شود که صاحب این جامه عمدا این را در عوض آن به جا گذاشته، و این جامه هم از او پستتر است، در اینجا جایز است تصرف در این، از باب تقاص. و تعریف هم ضرور نیست. و هر گاه حال مشتبه باشد (۳) - مثل این که ندانیم که این مال همان شخص است که جامه را برده، هر چند پستتر باشد، یا آن که مال او است ولکن اشتباه گذاشته است، خواه بهتر باشد و خواه پستتر باشد. وغالب این است که جامه بهتر را هم در غیر حال اشتباه کسی به جا نمیگذارد در این صورتها - در حکم لقطه است. و باید یک سال تعریف کند و بعد یک سال هر گاه این جامه بهتر است و معلوم است که مال آن صاحب جامه است، مساوی قیمت جامه خود را از آن بر میدارد، و باقی را حکم لقطه در آن جاری میکند. یعنی مالک می شود، یا تصدق میکند از برای صاحبش. یا به امانت نگاه میدارد. و هر گاه معلوم نباشد که مال او است، در همه آن حکم لقطه جاری میکنند. و از اینجا ظاهر می شود حکم آن که دانیم که مال آن شخص است که برده است، لکن معلوم نباشد که عمدا برده هر چند بهتر از آن نباشد. که بعد تعریف، آن را عوض مال خود میدارد. و از اینجا ظاهر می شود حکم جامه ای که در حمام عوض می شود. و در تذکره و تحریر اشاره به آن شده، و هم چنین ظاهر می شود حکم عوض شدن کفش در مساجد و غیر آن. .

ص: ۴۵۰

۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۶.

۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۶.

۳- عبارت نسخه: و هر گاه مال مشتبه باشد.

سوال: ۲۲۱:

سوال: ۲۲۱: هر گاه کسی ملکی را اجاره کرده به یک سال. و در سال دیگر شخصی دیگر اجاره کرد. و در محل زرع مستأجر اول بذری از زرع او در زمین مانده و زرعی خودرو به عمل آمده. مستأجر اول میگوید این نمای بذر من است. و ثانی میگوید این نمای ملکی است که در اجاره من است. این نما از کدام است؟

جواب:

جواب: هر گاه صاحب بذر اعراض کرده بوده است از آن، و مستأجر ثانی آن را حیازت کرده و تربیت کرده، اظهر این است که ملکیت او از بذر منقطع می شود، و نما مال صاحب زمین، است، یعنی آن که مستحق منافع زمین است که الحال مستأجر ثانی است (۱). و هر گاه اعراض نکرده است، زرع مال صاحب بذر است. و هر گاه نزاع شود، در اعراض و عدم اعراض، قول، قول منکر اعراض است با یمین. والله العالم.

سوال: ۲۲۲:

سوال: ۲۲۲: هر گاه کسی ملکی را اجاره کند به وجه معینی و زراعت کند. و زرع آن به آفت سماوی مثل تگرگ و سرما، و یا زنگ، و یا به آفت ارضی مثل سوختن و چرانیدن غاصبی تلف شود. حکم آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: ضمانتی بر موجر نیست. و خيار فسخ هم برای مستأجر نیست. بلکه اگر آب زمین کم شود (۲) یا نقصی به زمین برسد که منشأ تلف زرع یا کم شدن آن شود، خيار فسخ ثابت می شود.

سوال: ۲۲۳:

سوال: ۲۲۳: هر گاه شخصی کسی را اجیر کند به مبلغ معینی که در ظرف ده روز مکتوب او را ببرد به بلدی و جواب بیاورد. و آن اجیر در بین راه بیمار شود و یکی از خویشان او مکتوب او را ببرد و بعد از بیست روز جواب بیاورد. آیا اجیر مستحق چه چیز است؟ و آن شخص خویش، مستحق چه چیز است؟

ص: ۴۵۱

-
- ۱- تعبیر با (صاحب زمین) یا (آن که مستحق منافع زمین)، خالی از اشکال نیست. زیرا آن زرع مال حیازت کننده و تربیت کننده است و لو نه مالک زمین باشد و نه مستأجر زمین. بل ولو کان غاصبا. رجوع کنید به مسأله ۲۲ - از مجلد دوم،
 - ۲- در مورد کم شدن آب زمین مورد اجاره، رجوع کنید به مسئله های ۱۹۹، ۲۲۴، و ۲۴۲.

جواب: اولاً بدان که آن شخص خویش اجیر مستحق چیزی نیست که از مستأجر بگیرد. بلی هر گاه آن اجیر او را اجاره کرده، مستحق اجرتی از او می شود. خواه اصل اجاره باشد خواه مشروط به این که اجیر بنفسه این عمل را بکند. و اما حکم خود آن اجیر: پس ظاهر این است که طی مسافت داخل عمل است و جزء آن است، به قرینه مقام. مثل کسی که اجیر شود که حج بلدی از برای میت بکند (نه از برای حج تنها) که هر گاه نایب بدون تقصیری ممنوع از حج شود. مثل این که. بمیرد قبل از احرام، مستحق می شود از اجرت به قدر طی مسافت تا آنجا. (۱) پس در ما نحن فیه میگوئیم که: یا این است که خصوصیت زمان مداخلیتی در حقیقت اجاره دارد - به این معنی که عقد اجاره بر طی مسافت و رفتن و آمدن و آوردن جواب در خصوص این ده روز، متصل به قصد اجاره شده، مثل این که کسی شخصی را اجیر کند که ایام البیض ماه رجب را روزه بگیرد و بدون عذر (۲) به جهت بیماری نتوانست که تمام کند مسافت و عمل را. چنانکه مفروض این است - پس ظاهر آن است که مستحق اجرت است به قدر آن که طی مسافت کرده. و در باقی باطل است. و اما هر گاه خصوصیت زمان داخل حقیقت اجاره نبوده، بلکه مقصود مطلق جواب کاغذ آوردن است و لکن این شرط را از برای تعجیل و اتمام در عمل کرده، پس تعیین این مدت از باب شرط ضمن العقد می شود، نه جزء حقیقت اجاره. و در این وقت میگوئیم: یا این است که شرط میکند عدم استحقاق چیزی را، هر گاه در این مدت جواب را نیاورد. یا این است که شرط را مطلق ذکر میکند و عدم استحقاق را با عدم تحقق شرط، ذکر نمی کند، پس اگر صورت اولی است، پس به مقتضای آن مستحق چیزی نیست. و بر وفق آن عمل میکنند. خواه شرط کند عدم استحقاق را با تقصیر اجیر، یا بی تقصیر. و اما صورت ثانی که همان طریقه معهوده است که شرط ضمن العقد میکند، پس .

ص: ۴۵۲

۱- رجوع کنید به (کتاب الحج) از جلد اول.

۲- ظاهراً در اصل (بدون تقصیر) بوده.

بنابر مشهور واقوی در طریق (مخالفت شروط جایزه) این است که عقد اجاره باطل نمی شود. ولکن مستأجر مسلط بر فسخ عقد اجاره می شود. پس اگر فسخ اجاره کرد، اجیر مستحق اجرت المثل قدر عمل می شود که کرده است. و هر گاه تمام نکرده، مستحق مساوی همان قدر عمل که کرده است، می شود از اجرت مسمی فی العقد. والحاصل این که: در این مسأله که اجاره کنند کسی را که عمل را در مدت معینی بکند و مدت تمام شود پیش از تمام شدن عمل و بعض آن عمل را کرده باشد، سه قول نقل کرده اند: اول این است که مستحق مسمی می شود بالنسبه در آنچه کرده است. و مستأجر اختیار دارد در میان این که فسخ کند اجاره را، و میان این که اجازه کند باقی را و اجیر مستحق تمام مسمی فی العقد بشود. سوم این است که مستأجر اختیار دارد میان فسخ اجاره و دادن اجرت المثل در عوض آنچه کرده است، و میان آن که اجازه کند در باقی مدت و تمام مسمی فی العقد را بدهد. و اظهر در نزد حقیر این قول آخر است والله العالم.

کتاب الاجاره من المجلد الثاني

۲۲۴:سوال:

۲۲۴:سوال: هر گاه کسی زمینی را اجاره کند. و قنات آن خراب شود. و به آن زمین و آب، منتفع نتواند شد. آیا موجب فسخ اجاره می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی هر گاه قنات خراب شود و آب منقطع شود، مسلط بر فسخ می شود. بلکه ظاهر کلام ایشان در اجاره خانه و مسکن این است که هر گاه خرابی به نحوی باشد که به هیچ وجه نتوان منتفع شد، اجاره باطل می شود. و ظاهر این است که فرقی ما بین خراب شدن خانه و غیر آن نباشد، بلکه معیار همان تعذر انتفاع از آن است. چنانکه علامه در تذکره تصریح کرده که (هر گاه خراب شود خانه یا منقطع شود آب زمینی که اجاره شده از برای زراعت که به هیچ وجه منتفع نتوان شد، در حکم تلف عین مستأجره است) که اجاره باطل می شود. و اما هر گاه منتفع نتوان شد به بعض وجوه از آن خانه یا زمین، پس خیار فسخ حاصل می شود از برای مستأجر، هر چند به قدری از آن عین مستأجره منتفع شده باشد. پس بعد از

ص: ۴۵۳

فسخ، موجد مستحق اجرت به آن مقدار هست. و این تصرف منشأ خیار نیست. به جهت آن که آنچه موجب سقوط خیار است تصرف در آن چیز است که معاوضه بر آن واقع شده. و آن در اینجا منفعت است، نه عین خانه و زمین. و منفعت کم کم پیدا می شود. و این خیار فسخ در منافع بعد زمان ظهور عیب است. و مفروض این است که در آن تصرف نشده است. و اما هر گاه موجد خانه را به زودی تعمیر کند یا آب را به زودی جاری کند که منفعت معتد بها از مستأجر فوت نشود، پس در آن خلاف است. و شاید اقوی سقوط خیار باشد. چون دلیل معتمد در این مسأله لزوم ضرر است، و آن خود منافع است بالفرض. پس عقد بر اصل لزوم باقی خواهد بود. و دلیل قایل [به] بقای خیار این است که به مجرد خراب شدن خانه و انقطاع آب، خیار ثابت شده و آن مستصحب است. و این ممنوع است. و بعضی قایل شده اند به این که مستأجر می تواند الزام کند موجد را به تعمیر خانه. و اظهر این است که نتواند الزام کند. به جهت عدم دلیل. بلکه آنچه بر او واجب بود تسلیم عین مستأجره بود با آنچه موقوف علیه انتفاع به آن باشد. مثل کلید در خانه و گشادن راه او که بسته بوده است و برداشتن خاکی که مانع از سکنی باشد، و امثال آن. و عقد بر تعمیر خانه واقع نشده. و لزوم ضرر به همان ثبوت خیار منافع می شود. و بدان که: بسیار کم شدن آب در بین سال هم از موجبات خیار فسخ است. هر چند به خرابی قنات نباشد. و هم چنین خرابیهای دیگر که به زمین برسد. مثل این که باد خاک و رمل در آن جمع کند که انتفاع کامل حاصل نشود، یا آفتی به اصل زمین برسد که باعث ضعف آن بشود، از روئیدن گیاه. و یا بعضی جاهای آن آب بر آورد، و هم چنین.... و اما هر گاه باعث سلب انتفاع از همه آن زمین بشود، پس اصل اجاره باطل می شود. و اما آفتهای بیرونی مثل ملخ و زنگ و تگرگ و امثال آنها، نه منشأ بطلان اجاره و نه موجب خیار فسخ است. و چیزی هم از اجرت زمین کم نمی شود. و از قبیل این است که دکانی اجاره کند به جهت بزازی و دزد متاع او را بدزد، یا آتش بسوزاند. و اما زیاد شدن منفعت عین مستأجره، مثل این که آب مزرعه بسیار زیاد شود و امثال آن: پس باعث خیار از برای موجد نمی شود. چون منافع مال مستأجر است و نماء در مال

۲۲۵:سوال:

۲۲۵:سوال: آیا طبیب اجرت می تواند گرفت بر معالجه مریض یا نه؟-؟. و بر فرض جواز، کیفیت آن به چه نحو است که حلال باشد -؟. و آیا مقاطعه میتوان کرد به این نحو که (پنج تومان میخواهم که تو را چاق کنم) و حال آن که علم ندارد به این که چاق می شود یا نه -؟. و آیا جایز است نظر کردن به عضو مریض از برای کسی که حرام است بر او نظر در غیر معالجه یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: اجاره طبیب از برای معالجه جایز است. و اجرت آن حلال است. و این از جمله صناعاتی است که نظام عالم مبتنی بر آن است. و هر چند از واجبات کفائیه است و لکن وجوب آن منافات با جواز اخذ اجرت ندارد، مثل خیاطی و نجاری و حدادی. و در کیفیت آن باید مدت عمل را معین کرد که چند روز متوجه معالجه باشد و در روزی چند مرتبه، یا در چند روز یکمرتبه بیاید و مریض را ببیند و معالجه کند. و هر گاه در بین حاجت افتد به زیادت از آنچه شرط کرده در آن، نیز بخصوص علی حده اجیر شود. و ظاهر این است که جایز است که شرط کند که دوا با طبیب باشد، لکن باید معلوم باشد که دوا چه چیز است و قیمت آن چند است. و اما مقاطعه بر چاق کردن: پس آن جایز نیست جزما. و اگر خواهد مقاطعه کند بر طریق (جعاله) بکند، نه (اجاره). پس میگوید (اگر بیمار مرا چاق کردی این قدر میدهم). و در این صورت تا چاق نشده مستحق چیزی نیست. بخلاف صورت اجاره که به قدر عمل مستحق وجه اجاره می شود. پس اگر مدت تمام شود و مریض چاق شود، مستحق تمام وجه اجاره هست. و اگر در بین مدت چاق شود یا بمیرد، در قدر باقیمانده از زمان اجاره باطل می شود. و نسبت به گذشته از زمان، مستحق اجرت خود هست. و هر گاه مریض مانع شود که مدت را تمام کند، باز مستحق اجرت هست. و هر گاه در بین مدت اطبا بگویند که معالجه او ضرر دارد، در اینجا نیز منفسخ می شود. چنانکه در صورتی که در بین مدت چاق شود. و حکم کحال هم حکم طبیب .

ص: ۴۵۵

است، به تفصیلی که مذکور شد. واما نظر کردن به اعضای مریض: پس آن در صورت اضطرار جایز است ولکن به قدر حاجت نظر کند، واز روی شهوت ولذت نباشد. و هم چنین دست گذاشتن به بدن او.

سوال: ۲۲۶:

سوال: ۲۲۶: هر گاه رخت کسی را در حمام برده باشند. و حمامی هم تقصیر کرده باشد. باید حمامی غرامت بکشد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه به حمامی سپرده باشد، و حمامی هم قبول کرده باشد که محافظت کند و ثابت کند که تقصیر کرده است، ضامن است. و هر گاه عاجز باشد از اثبات، قسم متوجه حمامی می شود. واما اگر در نزد او کننده باشد و به او نسپرد، یا گفته باشد به او که ضبط کن، و او قبول نکرده باشد ورد کرده باشد، بر او ضمانتی نیست. هر چند تقصیر کرده باشد، به این معنی که در را باز گذاشته باشد و بیرون رفته باشد (وامثال آن) که موجب تلف شود. بلکه هر چند به او گفته باشد که ضبط کن و او ساکت باشد از رد و قبول هر دو، باضمانی نیست. و الحال خلافی هم در این مسائل در نظر نیست. و اخبار هم دلالت بر او دارند. (۱)

سوال: ۲۲۷:

سوال: ۲۲۷: آیا اجرت گرفتن بر خواندن مراثنی سید الشهداء علیه السلام جایز است (باش شرط یا بدون شرط) یا نه؟.

جواب:

جواب: اظهر جواز است مطلقا.

سوال: ۲۲۸:

سوال: ۲۲۸: هر گاه زید دکانی به اجاره بدهد به عمرو به مدت شش ماه و تسلیم او کند. و بعد از دو ماه دکان را عدوانا از او بگیرد. آیا عمرو مستحق این هست که در عوض باقی مدت [اجرت آن دو ماه را] به مثل مدت آن، نگاه دارد یا نه؟ -؟ و آیا اجاره باطل می شود یا صحیح است؟ -؟.

جواب:

جواب: موجر مستحق اجرت آن مدتی است که مستأجر در تصرف داشته است. و در بطلان اجاره در زمان غضب موجر، دو قول است. اظهر عدم بطلان است با ثبوت .

ص: ۴۵۶

خيار فسخ [مستأجر]. و مستأجر مستحق اجرت المثل آن زمان است هر گاه اجرت المثل بيش از وجه اجاره باشد. و اگر اجرت المثل کمتر از وجه اجاره باشد، اقرب این است که موجر ضامن زاید بر اجرت المثل نیست. چنانکه مختار علامه است در تحریر و ظاهر قواعد و ایضاح. و قول دیگر قول شیخ است به بطلان. چون این بمنزله اتلاف عین مستأجره است که آن مستلزم بطلان اجاره است. خواه قبل از قبض باشد یا بعد از قبض - [چنانکه اگر] قبل از زمان تمکن از تصرف [باشد، باطل است] بلا- خلاف ظاهری - و با صحت اجاره لازمی می آید جمع ما بین عوض و معوض، که منفعت عین مستأجره است با اجرت مسمی فی العقد. و گویا نظر او به صورت (کمتر بود اجره المثل است از مسمی فی العقد). و این مدفوع است به این که معوض که منفعت است و مال مستأجر است، موجر آن را غصب کرده. و الحال لازم است بر او قیمت آن که اجرت المثل است. هر چند کمتر باشد. پس جمع ما بین عوض و معوض نشده. و این ضروری که متصور است، به خيار فسخ منجر می شود. و الحاصل: هر گاه موجر منع کند از عین مستأجره، در آن دو قول است. و اظهر و اشهر ثبوت خيار است مابین فسخ و سقوط اجرت. و ما بین الترام اجاره و رجوع به تفاوت اجرت المثل، اگر اجرت المثل زاید باشد. و ظاهرا فرقی نباشد ما بین منع از تمام مدت یا بعض آن، بنا بر هر دو قول. و دلیل قول به بطلان (که تنزیل به منزله اتلاف است) ضعیف است. زیرا که آن قیاس است. بلکه اگر ظاهر اجماع نبود، در صورت اتلاف نیز اشکال بود. زیرا که به سبب عقد، منفعت مال مستأجر شده و تلف از مال او شده، دیگر چرا غرامت بر دیگری باشد؟. بلی اگر تلف به فعل موجر باشد، بر او ضمان لازم است. و در حکم تلف جمیع است تلف بعض. و لکن بطلان در اینجا نسبت به همان تالف است لا-غیر. در غیر تالف مخیر است ما بین فسخ و امضا. به جهت تبعض صفت. و رجوع میکند از اجرت به آنچه بعض ممنوع است از مسمی. و قول دیگر در اصل مسأله هست، که اجرت مسمی مطلقا ساقط می شود. یعنی

خواه فسخ بکند و خواه نکند. ولکن علامه در تذکره مقید کرده است این قول را به صورتی که (موجر منع کرده باشد مستأجر را بدون این که خود استیفای منافع آن، کرده باشد). و در صورت استیفای منافع حکم (۱) به ثبوت خیار کرده، چنانکه مذکور شد.

۲۲۹:سوال:

۲۲۹:سوال: هر گاه عین مستأجره را ظالمی (غیر موجر) غصب کند، چه حکم دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه غصب ظالم قبل از قبض عین مستأجره است، مشهور این است که مستأجر مختار است ما بین این که فسخ اجاره کند و وجه اجاره را از موجر پس بگیرد. و این که اجاره را بر حال خود گذارد و اجرت المثل را از ظالم بگیرد. و بنای ایشان بر این است که موجر ضامن عین مستأجره است قبل از قبض. پس منفعت از کیسه او رفته است. پس مستأجر می تواند آنچه داده است پس بگیرد، و می تواند که راضی شود به اجاره، و اجرت المثل را از غاصب بگیرد. چون او مباشر اتلاف است عدوانا. و در مسالک احتمال ضعیفی داده است که مستأجر تواند رجوع کند به موجر به اجرت المثل. چون او ضامن عین مستأجره است. و تضعیف این احتمال کرده به این که بر تقدیر ضمان، ضامن سومی است، نه اجرت المثل. بعد از آن گفته است که (ساقط نمی شود این خیار به سبب عود عین به مستأجر در اثنای مدت، بلکه می تواند فسخ کند در جمیع اجرت مسمی را پس بگیرد، به جهت استصحاب بقای خیار، و می تواند امضا کند و باقی منفعت را ببرد، و اجرت المثل گذشته را از غاصب بگیرد، و از برای او نیست فسخ در زمان گذشته به تنهایی چون مقتضی (تبعض صفت است). و هر گاه غصب ظالم بعد از قبض باشد، پس ظاهراً خلافی نیست که اجاره باطل نمی شود، و از برای مستأجر خیار فسخی نیست. به جهت استقرار عقد به سبب قبض و براءت ذمه موجر. و رجوع میکند مستأجر به ظالم به اجرت المثل. و فرقی نیست ما بین این که غصب در ابتدای مدت باشد یا در اثناء. و مستأجر را نمیرسد.

ص: ۴۵۸

که الزام کند موجر را که عین مستأجره را از دست غاصب بگیرد و تسلیم نماید هر گاه قادر باشد بر آن. به جهت این که خیار فسخ دفع ضرر از او میکند. چنانکه علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و هم چنین ظاهر کلام او است در ارشاد. و آخوند ملا احمد (ره) احتمال جواز الترام داده به جهت آن که تسلیم واجب است. و مفروض این است که موجر قادر بر تسلیم هست. و این ضعیف است به جهت این که قدر مسلم از وجوب تسلیم، رفع ید خود است از عین. نه رفع ید غاصب، و ضرری هم بر مستأجر لازم نمی آید، به جهت خیار فسخ.

۲۳۰:سوال:

۲۳۰:سوال: هر گاه شخصی وجهی به کسی داد که چند سال صوم و صلوات به جهت زید بکند. هر گاه صیغه اجاره به عربی و فارسی هیچ کدام خوانده نشود. آیا این جایز است یا نه؟ -؟ و هر گاه جایز باشد، آیا بر موجر واجب است که فوراً به عمل بیاورد در صورت اطلاق، یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب شد، آیا متحقق می شود فوریت به این که هر روز، یک روز یا دو روز آن را بکند یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب باشد موجر تاخیر کرد تا سه چهار سال، هر گاه بعد بکند ذمه اش بری می شود یا نه؟ -؟ و هر گاه در این ایام که ترک کرده لباسی به آن وجه بخرد و به آن لباس نماز خود را کرده باشد، آن نماز صحیح است یا نه و غافل بالمره نبوده -؟ -؟. و آیا موجر در صورتی که صیغه نخوانده می تواند کسی دیگری را استیجار کند به جهت صوم و صلوات مستأجر؟ یا باید اذن بگیرد؟ و هر گاه خودش قدری را بکند جایز است که غیر را استیجار کند هر چند به کمتر از آن اجرت باشد که مستأجر به او داده -؟ آیا هر گاه روزه را گرفته و از نماز هیچ نکرده می تواند نمازش را به کمتر اجاره بدهد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مشهور علما - بلکه ظاهراً خلافی نیست. چنانکه از بعضی ظاهر می شود - اشتراط ایجاب و قبول در عقد اجاره، [است [و دور نیست معاطات در آن جاری باشد. چنانکه بعضی اصحاب به آن قایل شده اند. پس به سبب آن اباحه تصرف می تواند شد هر چند لزوم نداشته باشد. و اظهر آن است که در معاطات فعلیت اقباض از جانبین شرط نباشد. پس چنانکه در بیع معاطات هر گاه کسی متاعی را مساومه کند و به قیمت

معینی قرار گیرد، وبعد از آن متاع را تسلیم کند و قیمت را بالفعل نگیرد، باز حکم معاطات در آن جاری است. و هم چنین بالعکس. بعینه همین کلام در اجاره و غیر آن جاری است و ما نحن فیه از این قبیل است. چون وجه معین موجود را میدهد در ازای منفعت غیر مستوفات و غیر مقبوضه. پس به محض حصول تراضی از طرفین این نوع معامله منعقد می شود، ولکن لزوم ندارد. و بنابر هر یک از دو قول - که آیا معاطات موجب حصول ملک متزلزل است (چنانکه اظهر است)، یا افاده نمی کند الا اباحه تصرف را - تصرف در آن وجه قبل از اتیان عمل، جایز خواهد بود. و نماز در آن صحیح خواهد بود. مگر در صورتی که قصد کردن نماز نداشته باشد و در مسأله معاطات هم بنا را بر افاده اباحه گذاریم. (۱) چون در این صورت، اباحه معلوم نیست (۲) و نماز صورتی نخواهد داشت. و هم چنین در صورت تفتن به مسأله وشک در این که آیا میتوان در این وجه قبل از عمل تصرف کرد یا نه، و مسامحه در سؤال، باز صحت نماز در آن جامه مشکل است. نه از راه این که نماز در جامه مغضوب کرده. بلکه از این جهت که در این مسأله [باید به چیزی] اعتماد شود، و این چیزی نکرده نه اجتهاد و نه تقلید. هر چند در نفس الامر تصرف جایز بوده باشد. سخن تا اینجا با قطع نظر است از تعیین مدت و اطلاق و تقیید. و اما کلام در این مسأله: پس باید دانست که در اجاره تعیین منفعت شرط است یا به زمان یا به عمل. پس .

ص: ۴۶۰

۱- بنابر (افاده ملک در معاطات)، اگر در حین معامله قصد انجام عمل را داشته و پس از معامله تصمیم بر عدم انجام آن گرفته، نمازش صحیح است. زیرا آن وجهی که گرفته مال او است و او تنها مشغول ذمه عمل است. و اگر از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته اصل معامله در نفس الامر نسبت به او باطل است و آن نماز در آن لباس باطل است. و بنابر (افاده اباحه در معاطات)، خواه از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته باشد و خواه در مراحل بعدی، در هر دو صورت تصرف در آن وجه و مال که گرفته برایش جایز نیست. زیرا این اباحه (اباحه مشروط) است، اگر قصد انجام عمل داشته باشد برایش مباح است و گرنه مباح نیست.

۲- بل عدم اباحه معلوم است.

اگر اجیر خاص است - به این معنی که اجیر می شود که از حین عقد اجاره الی انقضای یک سال تمام که هر عملی که از او خواهد واز او بر آید (از نماز وروزه و غیر آنها) بکند تا آخر سال. یا اجیر او شد که در این مدت از برای او نماز کند به نحوی که در آن عمل سستی نکند و بر وفق عادت عمل کند. یعنی در خورد و خواب و قضای حوائج ضروریه ملاحظه عرف و عادت را بکند. یا آن که اجیر شود که یک سال نماز کند که ابتدای شروع در آن، حین عقد اجاره باشد تا وقتی که یک سال نماز تمام شود، بدون تهاون و سستی، بر وفق عادت. همه اینها - صحیح است. و در بین این مدت برای دیگری کار نمی تواند کرد. و اگر اجیر مطلق باشد (وما اقسام آن را در کتاب حج بیان کردیم) و صورت سؤال از این قسم است، که اجیر می شود از برای عمل معینی با مباشرت، بدون تعیین مدت. پس اگر اجیر می شود که یک سال نماز در ظرف یک سال به عمل آورد. و شرط فور و تراخی نکند. اظهر در نزد حقیر عدم وجوب فور، است. و در ظرف یک سال هر وقت خواهد می تواند کرد. و اگر تعیین نکند که در ظرف یک سال باشد یا دو سال، پس موافق قاعده ایشان این است که صحیح باشد. زیرا که مجرد عقد، منفعت که آن عبادت است، مال مستأجر می شود و اجرت مال موجر. و مستأجر مسلط است که فوراً مطالبه عمل کند. چنانکه موجر هم مسلط است که به مجرد کردن عمل، اجرت را بگیرد. و بدون مطالبه واجب فوری نیست. علی الاقوی. ولکن این سخن علی الاطلاق صحیح نیست. زیرا که گاه است که مساومه میکنند و موجر نمیخواهد که زمان بر او تنگ شود و رازی به تسلیم (۱) نیست فوراً، یا آن که مستأجر اجرت را تمام نداده و می خواهد به دفعات بدهد. در این صورت هر گاه بدون تعیین مدت صیغه بخوانند، در صحت آن اشکال است. زیرا که به استحقاق فوری راضی نیستند و تعیین وقت رخصت را هم نکرده اند و این مستلزم غرر و جهالت است. این در .

ص: ۴۶۱

صورتی است که در اول متفطن هستند ولکن در وقت عقد غافل میشوند از تعیین مدت. مثل این که بنای متبایعین بر بیع نسبه باشد و در حین عقد فراموش کنند تعیین مدت را. همان اشکالی که در (تعیین منفعت به مدت با عدم تعیین اول آن) کرده اند (۱)، بر این هم وارد است. ومشهور در اینجا انصراف به فور است از حین عقد. وبعضی قایل به بطلان شده اند به سبب جهالت. مثل آن که بگویند (اجاره دادم خود را برای خیاطی در مدت سه روز) وتعیین ابتدای آن نکند. واطهر در نزد حقیر این است که هر گاه عهدی وقرینه [ای] میان موجر ومستاجر باشد که از زمان معینی تا خیر نشود که رفع غرر و جهالت بشود، صحیح است وباز فوری نیست، ودر مجموع آن زمان میتوان به عمل آورد. وظاهرا این است که در عرف وعادت هم در این معنی کافی باشد. مثل این که متعارف است در آن بلد که هر گاه کسی چهار پنج سال نماز وروزه میگیرد، آن را در ظرف دو سال یا کمتر به مقدار متعارفی، به عمل میآورد. و همین قدر موجب رفع غرر می شود، وفوریت لازم نیست. واما هر گاه موجر با وجود این از آن مدت معهوده یا مدت متعارفه، تاخیر کند، مستأجر مسلط بر فسخ خواهد بود چنانکه در جائی که تعیین کند مدت را و غرض او از تعیین مدت تعجیل عمل باشد، نه خصوص ایقاع در مدت معینه، مادامی که فسخ نکرده هر وقت بکند ذمه او بری می شود. و هر گاه معلوم باشد که مقصود او ایقاع در آن مدت معینه یا معهوده یا متعارفه است، و از آن تاخیر کند، اصل اجاره باطل می شود. واما جواز استیجار غیر: پس اگر تصریح کرده باشد مستأجر که (هر گاه خواهی به غیر بدهی ماذونی) یا گفته باشد که (این وجه را میدهم که تو تحصیل این نماز بکنی برای میت من)، می تواند به غیر بدهد. و هر گاه بگوید که (این وجه را میدهم که نماز بکنی یا روزه بگیری) یا تصریح کند که (به خودی خود بکنی)، نمی تواند به غیر بدهد ودر صورت اولی جایز است اجاره دادن به غیر به مساوی .

ص: ۴۶۲

۱- عبارت نسخه: همان اشکالی که در تعیین منفعت به مدت کرده اند با عدم تعیین اول آن...

وجه اجاره یا بیشتر از آن. واما اگر خواهد به کمتر بدهد، جایز نیست، الا در صورتی که خود قدری از را کرده باشد. (۱)

وظاهر این است که کردن روزه کافی باشد در صورتی که اجیر شده به عقد واحد از برای نماز و روزه هر دو.

۲۳۱: سوال:

۲۳۱: سوال: هر گاه حمامی مشترک باشد میان ده نفر. و شخصی می آید از جمعی از آن شرکا که شریک عمده اند حمام را اجاره میکند از قرار سالی بیست تومان به شرط این که خود و عیال ایشان هر گاه به حمام آیند اجرت حمام را ندهند. و هر دو سه نفر از آنها که هر یک قلیلی دارند به این معنی راضی نمی شوند و می گویند (ما به قدر الحصة مثلا ده تومان میخواهیم و اجرت حمام هم نمی دهیم). و حال آن که نظر به وجه اجاره که با آنها بنا گذارده حصه اینها در بیست تومان یک تومان می شود. و وجه اجرت حمام آمدن خود و عیال آنها هم یک تومان می شود. و مستاجر میگوید که یا شما هم مثل شرکا قبول کنید. یا حصه خود را به دیگری اجاره بدهید که در پهلوی من بنشینید و اجرت حصه شما را به شما بدهد، یا خود تمام حمام را قبول کنید، یا آن که در عرض سال هر فصلی که مرغوبتر است به شما وا میگذارم که استیفای حصه خود را بکنید. و این شرکای جزئی، از باب لجاج به هیچ یک از اینها راضی نمیشوند. میگویند [یا] این که ما میگوئیم قبول کن، یا در حمام ببند، والا غضب خواهد بود و ما راضی نیستیم. آیا این سخن آنها مسموع است؟ یا اجاره سایر شرکا صحیح است؟.

جواب:

جواب: اجاره عین مشاع به قدر حصه موجرین صحیح است. و به سبب عدم رضای آنها باطل نمی شود. و در اجاره هم حق شفعی نمی باشد. خصوصا با این کثرت شرکا. خصوصا .

ص: ۴۶۳

۱- و مساوات نسبت در تفسیط وجه میان آنچه خودش انجام داده با آنچه به دیگری واگذار کرده، ضرورت ندارد. یعنی می تواند بقیه عبادت را طوری اجیر دیگر واگذار کند که وجه اجاره آن کمتر از آنچه باشد که خودش از موجر اول، گرفته است. زیرا آنچه در این مسأله باید مراعات شود این است که آن وجه در مقابل عبادت قرار گیرد. و اگر چیزی از آن عبادت را خودش انجام نداد و در عین حال مقداری از وجه را به عنوان سود (یا هر چیز دیگر) بردارد، صحیح نیست.

در صورتی که مستأجر اقاله میکند و همه را به آنها وا میگذارد. و چون تقسیم حمام غالباً ممکن نیست به جهت لزوم ضرر، و با وجود رضای مستأجر به همه این شقوق، غصبی و عداوتی و منع حقی هم لازم نمی آید. و تعطیل حق سایر شرکا هم صورتی ندارد. پس باید حاکم شرع الزام و اجبار کند آن شرکای ممتنعین را به احد شقوق مذکوره. و هر گاه آنها (۱) خود اختیار هیچ کدام از شقوق را نکنند، حاکم آنچه صلاح داند چنان میکند. و هر گاه دسترس به حاکم شرع نباشد ظاهر این است که عدول مومنین حسبتاً میتوانند آنها را اجبار کنند بر احد امور. و به هر حال افراد شرکا به سبب لجاج اینها صورتی ندارد.

۲۳۲: سوال:

۲۳۲: سوال: هر گاه کسی ملک خود را وقف اولاد کرده باشد. و شرط کرده باشد که بیش از سه سال اجاره ندهند، و تا مدت اجاره منقضی نشود دیگر به اجاره ندهند. آیا جایز است که موقوف علیهم آن ملک را اجاره بدهند به شخصی در مدت سه سال و در ضمن عقد اجاره شرط کنند که بعد از انقضای مدت سه سال، باز به آن شخص اجاره بدهند در مدت سه سال دیگر. و هم چنین بعد از انقضای این، سه سال دیگر به اجاره بدهند؟ یا نه؟

جواب:

بلی هر گاه از حال واقف معلوم نباشد که غرض آن تبدیل مستأجر، نیست - چنانکه ظاهر اطلاق سوال:

جواب: بلی هر گاه از حال واقف معلوم نباشد که غرض آن تبدیل مستأجر، نیست - چنانکه ظاهر اطلاق سوال: این است - جایز است، و وجهی از برای منع او نیست. (۲)

۲۳۳: سوال:

۲۳۳: سوال: آیا در صورت مذکور هر گاه شرط نکنند این معنی را ولکن و کیل کنند مستأجر را که بعد از انقضای مدت سه سال تجدید صیغه اجاره کند از برای خود.

ص: ۴۶۴

۱- در نسخه: او.

۲- فتوای میرزا (ره) در این مسأله خالی از اشکال نیست. زیرا بالاخره واقف غرضی از قید سه سال داشته. اگر غرضش تبدیل مستأجر نبوده لا- اقل چیز دیگری بوده است. همان طور که پس از بررسی دریافتم که خودش در (کتاب وقف) همین جامع الشئات در خلاف این فتوای داده است. رجوع کنید به سیزدهمین مسأله از مسائل کتاب وقف در چاپ سنگی که مطابق تقطیع ما (ان شاء الله) در مجلد چهارم قرار خواهد گرفت. توضیح: لازم است نظر خواننده محترم را به این موضوع جلب کنند که فتوای میرزا در اینجا از نظر زمانی موخر است از فتوایی که در کتاب وقف داده است. زیرا در اینجا در ضمن و محتوای (دفتر دوم) چنین فتوایی را داده است. اما فتوایی که در کتاب وقف داده از مسائل (دفتر اول) است. بنابر این، فتوایش در اینجا ناسخ آن فتوای کتاب وقف میشود. با این همه بدیهی است فتوای اول قویتر است که در کتاب وقف آمده است. راجع به توضیح

دفتر اول، دفتر دوم و دفتر سوم، رجوع کنید به مقدمه جلد اول.

تا سه سال دیگر، و هکذا.. جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت مذکوره وکالت صحیح نباشد. چون موکل در حین عقد وکالت مالک موکل فیه نیست. چون واقف شرط کرده است که تا مدت منقضی نشود به اجاره ندهند. و فقها شرط کرده اند در صحت وکالت، تسلط موکل را در امر موکل فیه. بلی در اینجا سخنی هست که هر چند وکالت باطل باشد باز آن تصرف جایز خواهد بود، نظر به عموم اذن که در ضمن وکالت فهمیده می شود. هر چند وکالت صحیح بر آن صدق نکند. و ثمره نزاع در صورت نادره ظاهر می شود، و این در وقتی است که عزل موکل یا عدم رضای او بعد ظاهر نشود. بلی هر گاه واقف شرط نکرده باشد که تا مدت منقضی نشود اجاره جدیده نکنند، ممکن است که وکالت صحیح باشد بنابر این که اقرب این است که شرط نیست در صحت عقد اجاره، اتصال مدت اجاره به عقد اجاره. و جایز است عقد اجرات متعاقبه بر عین واحده در مدتهای متعینه متعاقبه. و در این صورت صادق است که موکل مالک آنها همه، هست. (۱)

۲۳۴:سوال:

۲۳۴:سوال: هر گاه کسی را اجیر کند که ده خروار هیزم از صحرا از برای او بیاورد. و بعد از آن که پنج خروار آورد. اجیر مرد. آیا مستأجر مستحق پنج خروار هیزم است که از ترکه اجیر بگیرد؟ یا مستحق وجه اجاره است که پس گیرد به قدر عمل پنج خروار هیزم -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که از باب تلف عین مستأجره باشد بعد گذشتن بعض مدت عمل، که اجاره نسبت به ماضی صحیح است و در باقی باطل می شود، و مستحق استرداد وجه اجاره می شود نسبت به باقیمانده عمل.

۲۳۵:سوال:

۲۳۵:سوال: هر گاه کسی زمینی اجاره کند، و شرط کند که خراج سلطان آن، بر مستأجر باشد. و اتفاق افتد که سلطان زیادتر از وجه خراج بگیرد. آیا اصل اجاره صحیح است یا فاسد؟ -؟. و زیادتی بر موجر است یا مستأجر؟ -؟ و هر گاه شرط کند زیادتی را بر مستأجر، حکم آن چه خواهد بود؟ .

ص: ۴۶۵

جواب: ظاهر این است که همچنانکه در مزارعه خراج با صاحب زمین است، در اجاره هم خراج بر صاحب زمین باشد. به جهت این که خراج بر زمین وضع شده. و در مسالک در مسأله مزارعه گفته است که (این مطلب در روایت هست) و گفته است که (در روایتی هست که: هر گاه سلطان زیاد کند زیادتی و بطلبد آن را از زارع، واجب است که صاحب زمین آن را بدهد. بعد از آن سائل پرسید و گفت: من ظلم نکرده ام و زیاد نکردم بر آنها. امام (علیه السلام) فرمود که: ایشان زیاد نکرده اند این را مگر بر زمین تو. و هر گاه شرط کند صاحب زمین که خراج بر زارع باشد، لازم می شود، هر گاه قدر خراج معلوم باشد. و هم چنین هر گاه بعض معینی را از خراج شرط کند یا بعض مشاعی را. مثل ثلث یا ربع با مضبوط بودن مقدار. و بعد از آن گفته است که (هر گاه شرط کند خراج را بر زارع، و سلطان چیزی زیاد کند، پس آن بر صاحب زمین است. به جهت آن که داخل شرط نیست. و به جهت آن که ممکن نیست شرط آن به سبب جهالت). و صاحب کفایه در این اشکال کرده است نظر به صحیحه داود به سرحان (۱) و روایت یعقوب بن شعیب (۲) که دلالت دارند بر آن که این جهالت مضر نیست. پس بنا بر این، شرط زیادتی بر زارع جایز خواهد بود هر چند مجهول باشد. و موافق قواعد باید فرقی ما بین مزارعه و اجاره نباشد. و در صورت شرط بر زارع یا مستأجر، شرط لازم خواهد بود و این جهالت مضر نخواهد بود. بلکه صحیحه داود بن سرحان ظاهر در اجاره است، و این است عبارت حدیث (عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی الرجل یكون له الارض علیها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص. فیدفعها الی رجل علی ان یکفیه خراجها و یعطیه مأتی درهم فی السنه. قال: لا باس). و مثل آن است روایت یعقوب بن شعیب. و چون عمده دلیل در بطلان به سبب جهالت، اجماع است یا غرری که منشأ لحوق معامله شود به اعمال سفها، و مفروض این است که در مانحن فیه هیچ کدام ظاهر نیست. پس اظهر جواز خواهد بود.

۲۳۶:سوال:

۲۳۶:سوال: هر گاه کسی اجاره بدهد خانه را، یا اجیری [خود] را، هر ماهی به پنج .

ص: ۴۶۶

- ۱- وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ ح ۱ (هر دو حدیث تحت یک شماره هستند).
- ۲- وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ ح ۱ (هر دو حدیث تحت یک شماره هستند).

دینار مثلا. و تعیین نکند که چند ماه باشد یا بگوید (به اجاره دادم این خانه را، یا اجیر شدم، به مدت یک ماه به پنج دینار و هر چه بعد منتفع شوی به همان حساب باشد). آیا صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اما مسأله اول، پس در آن سه قول است. اول بطلان است. به جهت جهالت مدت، که لزوم تعیین آن اتفاقی است. و تعیین بعض مدت که یک ماه است مستلزم تعیین مجموع نیست. و این مختار ابن ادریس و قواعد و ایضاح است. و [نیز] مسالک و محقق ثانی در شرح قواعد علی الظاهر. و قول دوم این است که صحیح است در یک ماه و باطل است در باقی. نظر به این که این کلام، یعنی (آجرتک کل شهر بدرهم) در قوه این است که بگوید (آجرتک هذا الشهر بدرهم و کذا مابعدہ دائما). و این قول مفید و شیخ است در نهاییه و محقق در شرایع. و وجه این قول این است که شهر معین است و اجرت آن هم معین. و از عدم تعیین غیر، بطلان آن لازم نمی آید. و جواب گفته اند از این، به منع این که این در قوه آن باشد. بلکه مدت، مجموع من حیث المجموع است، و آن مجهول است. و آنچه به گمان حقیر میرسد این است که نظر این جماعت به این است که چون اصل عقد اجاره مشروط است به تعیین مدت و اجرت، و لفظ (شهر) هم مذکور است، پس ناچار باید - بنابر لزوم حمل قول مسلم بر صحت - حسب المقدور در یک ماه مورد اجاره بودن جزما مطلوب باشد. و به این سبب لازم است. و چون در باقی مشکوک فیه است، مراد آنها این است که آنها متعلق اجاره باشد که باطل باشد، یا از باب (مراضات) باشد. یعنی ما بعد آن را به اختیار مستأجر گذارده که هر قدر که منتفع شود به همان نسبت از اجاره معینه یک ماه از همان وجه مسمی بدهد، و در این صورت این تراضی موجب حلیت می شود و لکن لزوم ندارد. و چون مراضات بر همین وجه واقع شده مستأجر نمی تواند بگوید که هر گاه لازم نیست [پس] من اجرت المثل میدهم در زاید بر یک ماه و تصرف میکنم. زیرا که این غصب است، بلکه هر گاه تصرف هم کرده باشد و بگوید چون عقد لازم نبود، بر من بیش از اجرت المثل لازم نیست، از او نمیشوند.

و در ایضاح از ابن جنید نقل کرده است این عبارت را (ولا باس ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا يذكر نهايه الاجاره). و دور نیست که مراد ابن جنید هم همین قول شیخ باشد. و از این جهت است که محقق اکتفا کرده است به نقل همان دو قول. و اما مسأله دوم: پس مختار علامه در قواعد صحت آن است در یک ماه، و بطلان در باقی. و وجه آن از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. و فخر المحققین و محقق ثانی اختیار بطلان کرده اند در مجموع، نظر به این که عوضین عبارت از مجموع است و مجموع مشتمل بر جهالت است. و اگر زاید بر یک ماه را از باب شرط دانیم هم جهالت شرط منشأ بطلان آن است، و بطلان شرط مستلزم بطلان عقد است. و اظهر در نظر حقیر در عبارت (آجرتك الدار شهرا بكذا وان زدت فبحسابه) این است که مورد عقد اجاره همان یک ماه است، و تتمه از باب تراضی بر تصرف است به حساب مسمی فی العقد، و لزومی ندارد. و لکن تصرف حلال است و اجرت حلال است و وفا به دادن این اجرت نسبت به مسمی در شهر به قدر تصرف لازم می شود. و بقیای بر مقتضای اجاره ما بعد یک ماه لزومی ندارد.

۲۳۷:سوال:

۲۳۷:سوال: هر گاه کسی اجیر شود که خاکی را از زمینی نقل کند خرواری به یک درهم. یا خرمن گندم مشاهده مجهول المقدراری را به خانه او بیاورد از قرار معینی به یک درهم. صحیح است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: علامه و ولد او در قواعد و شرح آن، اختیار بطلان اجاره کرده اند. به سبب جهالت عمل و اجرت. و لازم قول شیخ در نهاییه - در مسأله اجاره خانه هر ماهی به درهمی که میگفتند: در یک ماه لازم است دون باقی - این است که اجاره در یک خروار صحیح باشد دون باقی. و به هر حال شکی در بطلان زاید بر یک خروار نیست. (۱) بلی فخر المحققین از مبسوط نقل کرده که هر گاه اجاره کند کسی را برای حمل ده قفیز از خرمن مشاهده هر قفیزی به یک درهم، صحیح است، و هم چنین هر گاه بگوید (فروختم).

ص: ۴۶۸

۱- آیا مراد از بطلان: عدم الزوم است؟ یا حرمت اجرت؟ با توجه به بیان مصنف در مسأله پیش، مراد صورت اول است. و سیره عملی مسلمین هم بر این جاری در همه اعصار و امصار.

ده قفیز از آن را هر قفیزی به یک درهم) صحیح است. و فرق گذاشته است ما بین این و ما بین (آجرتک کل شهر بدرهم). چون در اینجا مدت مجهول است و در آنجا قبه گندم مجهول نیست. (۱) چون مشاهد است.

سوال: ۲۳۸:

سوال: ۲۳۸: زید کاروانسرائی به اجاره میدهد به عمرو در مدت معینه، به وجه معینی. و شرط میکند که آنچه متاعی که عمر در آنجا بفروشد در هر بیست من یک (چهارک یک) آن را به صاحب کاروانسرا بدهد که زید است. به این نحو که اگر تواند به طیب نفس به گردن مشتری بگذارد. و اگر نه، خود بدهد. آیا این شرط صحیح و لازم است یا فاسد است؟ -؟. و گرفتن آن حرام است یا حلال؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که صحیح باشد و حلال باشد. و امری که منشأ فساد باشد - به غیر این تو هم که جهالت آن شرط منشأ جهالت وجه اجاره می شود، چون شرط به منزله جزء احد عوضین است - در نظر نیست. و ظاهر این است که این تو هم فاسد باشد. چون فی الحقیقه شرط راجع می شود به تسلط زید بر اخذ آن مقدار از مال هر گاه اتفاق افتد. و این امر جهالت ندارد، و مقدار آنچه از مقتضای آن حاصل می شود هر گاه معلوم نباشد ضرر ندارد و غرری در عرف و عادت لازم نمی آید. و عقلاً آن معامله را معامله سفها نمیگویند. بلکه از باب فطانت و عقل این معامله را (رشد) میدانند (۲).

سوال: ۲۳۹:

سوال: ۲۳۹: زید الاغی به کرایه میدهد به عمرو تا منزل معینی. و آن شخص بیمار می شود و رفقا او را بر آن الاغ بسته و از آن منزل تجاوز میکنند تا منزل دیگر که داخل اجاره نبوده. و در معاودت بعد از تجاوز از منزلی که انتهای کرایه بوده، الاغ تلف شده. آیا ضامن الاغ هست یا نه؟ -؟.

ص: ۴۶۹

۱- بدیهی است که قبه گندم مشاهد است ولی مجهول الوزن هم هست. پس بهتر بود با جمله (ده قفیز گندم مجهول نیست) تعبیر میشد. اساساً انگیزه نقل کلام فخر المحققین در اینجا از نظر ارتباط با اصل مسأله، ابهام آمیز است.

۲- رجوع کنید به مسأله شماره ۲۰۲، از همین مجلد.

جواب:

جواب: بلی از همان روزی که از منزل معین تجاوز کردند الاغ مغضوب شد. و بر غاصب غرامت لازم است در هر جا که تلف شود مادامی که به دست صاحب نرسیده. و هر گاه مستأجر بی اختیار بود، غرامت بر رفیقی است که آن را برده. و اظهر این است که ضامن قیمت روز تلف است نه روز غصب و نه غیر آن. (۱)

۲۴۰:سوال:

۲۴۰:سوال: اجاره دادن زمین و مجاری میاه به نحوی که هر چه عارضه دیوانی شاه شود با مستأجر باشد. با این که عوارض مجهول است، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهر جواز است. و این جهالت مضر نیست. چنانکه از بعضی اخبار ظاهر می شود. (۲)

۲۴۱:سوال:

۲۴۱:سوال: هر گاه در ضمن عقد اجاره قرار دهند که حادثات ارضی و سماوی به دستور متداول آن سال باشد. چه حکم دارد؟

جواب:

جواب: اگر مراد این است که شرط کند در ضمن عقد اجاره که هر گاه آفت ارضی و سماوی به آن زمین برسد، اجرت آن به موافق اجرت المثل آن سال باشد، ظاهر این است که این شرط جایز باشد. هر چند بدون این شرط بر موجر غرامتی نیست. (۳)

۲۴۲:سوال:

۲۴۲:سوال: زید قناتی را به عمرو به اجاره میدهد در مدت معینی. و در بین مدت اجاره، قنات خشک شود. آیا در این صورت اجاره به خودی خود منفسخ می شود یا نه؟ -؟ و آیا عمرو اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه در ضمن عقد شرط کرده باشند که اگر در بین مدت قنات خشک شود اختیار فسخ از برای عمرو نباشد، این شرط صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه عمرو با وجود خشکیدن قنات راضی باشد به اجاره، به جهت آن که بعد از این که آب بیرون آید منفعت بسیار از برای او دارد. آیا زید می تواند فسخ اجاره بکند - در صورتی که در ضمن عقد شرط فسخ از برای خود نکرده باشد - یا نه؟ -؟ .

ص: ۴۷۰

۱- برای توضیحات بیشتر رجوع کنید به مسائل کتاب الضمان) از همین مجلد.

۲- وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ و ۱۰.

۳- واگر مراد این باشد که اگر آفت های سال آینده بیش از امسال باشد مقدار اضافی آن بر عهده موجر است. و یا مراد این باشد که به همان میزانی که امسال به عهده موجر بوده، سال آینده نیز همان طور باشد، در همه این صورت ها صحیح است.

جواب: در کلام فقها مثل محقق و علامه و شیخ علی و شهید ثانی و غیرهم، حکم زمینی که اجاره شود از برای زراعت و در بین مدت آب آن خشک شود، مذکور است. و دور نیست که حکم قنات هم حکم زمین باشد. و آنچه در زمین گفته اند این است که مستأجر به سبب کم شدن آن یا قطع شدن آن، مسلط بر فسخ هست. چنانکه در مزارعه هم چنین است. هر چند شهید ثانی در این اشکال کرده به جهت آن که شرط مزارعه وجود آب است و همچنین اجاره [ای] که از برای زراعت باشد. و به انتفای شرط مشروط فاسد می شود. پس عقد منفسخ می شود، دیگر مجالی از برای خیار فسخ نیست. و لکن علامه و محقق حکم به خیار فسخ کرده اند. و شاید نظر ایشان به این است که عقد صحیح بود و مستصحب است، و ضرری که حاصل می شود منافع می شود به خیار فسخ. و در مسالک تأمل کرده است و اشکال کرده است. و شیخ علی گفته است که (خیار در وقتی خوب است که ممکن باشد از ازاله مانع، یا اصل انتفاع ممکن باشد و بدون اینها باطل می شود اجاره. به جهت تعذر انتفاع). و گویا این را از باب (تلف عین مستأجره در بین مدت) گرفته اند، که منشأ بطلان می شود. و در صورت اجاره، موجر مستحق اجرت زمین است به قدر زمان گذشته. و در مزارعه چیزی نیست. چون حق زمین همان حصه [ای] از زرع است، و مفروض این است که تلف شده است. اینها در وقتی است که اجاره زمین از برای زراعت باشد. و اما هر گاه مطلق باشد و منفعت دیگر در آن متصور باشد، پس در آنجا به غیر خیار فسخ چیزی نیست. و این خیار ناشی از حصول عیب است در عین مستأجره و نقص در منفعت آن و وجه ثبوت خیار لزوم ضرر است و تصرف در اینجا مسقط خیار نیست، به جهت لزوم ضرر در صبر بر معیب، و به جهت آن که فی الحقیقه معاوضه متعلق به منفعت است و منفعت متجدد می شود یوما فیوما. پس هنوز در منفعت آینده تصرفی نشده. و هر گاه زمین را اجاره کرده باشد و شرط کرده باشد منفعت خاصه را، مثل زراعت. و آن زمین غرق آب شود، یا بالمره آب آن قطع شود به نحوی که به هیچ وجه نتوان از زراعت آن منتفع شد، هر چند انتفاع دیگر توان برد. در این صورت اجاره باطل می شود. و این مثل

تلف عین مستأجره است. و شیخ علی در مسأله، قول به خیار فسخ را از بعض شافعیه نقل کرده است که در آنجا شرط زراعت نشده بود، و فرق واضح است میان اجاره از برای زراعت، و اجاره به شرط زراعت. چون نفی غیر در اینجا منظور است، بخلاف اول. و هم چنین فرق ظاهر است ما بین این دو صورت و صورت اطلاق اجاره زمین بدون ذکر منفعتی (۱). و اما مسأله قنات: پس میگوئی که ظاهر این است که با وجود رجای رفع مانع و توقع بیرون آمدن آب در مدت اجاره و منتفع از آن، به غیر حصول خیار فسخ، چیزی نباشد. به جهت آن که شرط صحت اجاره قنات، وجود آب [به طور] دائم، نیست. بلکه مطلق انتفاع به مجرا است، هر چند که غالباً منظور انتفاع [از] آب دائمی باشد. به جهت آن که انتفاع متفرق هم انتفاع است. بیش از این نیست که این عیبی است که در عین مستأجره (ونقصی است که در منفعت آن) حاصل شده، و منجر می شود به خیار فسخ. و موجر مستحق وجه اجاره به قدر زمان گذشته است. لا غیر. و اما سوال:

تلف عین مستأجره است. و شیخ علی در مسأله، قول به خیار فسخ را از بعض شافعیه نقل کرده است که در آنجا شرط زراعت نشده بود، و فرق واضح است میان اجاره از برای زراعت، و اجاره به شرط زراعت. چون نفی غیر در اینجا منظور است، بخلاف اول. و هم چنین فرق ظاهر است ما بین این دو صورت و صورت اطلاق اجاره زمین بدون ذکر منفعتی (۲). و اما مسأله قنات: پس میگوئی که ظاهر این است که با وجود رجای رفع مانع و توقع بیرون آمدن آب در مدت اجاره و منتفع از آن، به غیر حصول خیار فسخ، چیزی نباشد. به جهت آن که شرط صحت اجاره قنات، وجود آب [به طور] دائم، نیست. بلکه مطلق انتفاع به مجرا است، هر چند که غالباً منظور انتفاع [از] آب دائمی باشد. به جهت آن که انتفاع متفرق هم انتفاع است. بیش از این نیست که این عیبی است که در عین مستأجره (ونقصی است که در منفعت آن) حاصل شده، و منجر می شود به خیار فسخ. و موجر مستحق وجه اجاره به قدر زمان گذشته است. لا غیر. و اما سوال: از صحت شرط در ضمن عقد: پس ظاهر این است که این شرط صحیح و لازم است. زیرا که این شرط منعی از آن در سنت و کتاب نرسیده، و منافاتی هم با مقتضای عقد ندارد. چنانکه در بیع جایز است شرط عدم انتفاع مشتری در مدت معینی با اسقاط خیارات، و از آنچه گفتیم ظاهر شد که زید را در هیچ وقت خیار فسخ نمی باشد. مگر این که شرط کرده باشد خیار را از برای او در ضمن عقد.

۲۴۳: سوال:

۲۴۳: سوال: هر گاه کسی یک راس عوامل (۳) و ده راس گوسفند به اجاره بدهد به شخصی به ده تومان در مدت ده سال. و در حین انقضای مدت که موجر مطالبه وجه اجاره میکند مستأجر میگوید که من این مبلغ را در نفقه حیوانات خرج کرده ام. آیا نفقه حیوانات بر مالک است یا بر مستأجر؟ -؟. و مفروض این است که شرط نفقه نشده است.

جواب:

جواب: در مسأله اجاره حیوان دو قول است. اقوی این است که بدون شرط .

ص: ۴۷۲

۲- در مورد مسأله (خشکیدن آب زمین مورد اجاره) رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۳ و ۲۱۴ و ۲۲۴.

۳- گاو نر: گاوی است که از نیروی کاری او استفاده میشود، نه از شیر او.

بر مستأجر لازم نیست که از مال خود نفقه بدهد. به دلیل (اصل) و اینکه اجاره عقد معاوضه است که شرط است در آن معلومیت عوضین. پس هر گاه نفقه داخل عوض باشد، مستلزم جهالت می شود. واصل، وجوب نفقه مملوک است بر مالک. ودلیلی بر تخصیص آن ثابت نیست، واستصحاب موجب بقای حکم است. واین مذهب ابن ادریس وجمعی از محققین است. وقول دیگر وجوب آن است بر مستأجر. واین قول را در مسالک نسبت به جماعتی داده. وفخر المحققین نیز نسبت به شیخ داده. عبارات بعضی از این جماعت منافات با قول اول ندارد. مثل عبارت شرایع که گفته است (یجب علی المستأجر سقی الدابه وعلفها. ولو اهل ضمن). ودور نیست که مراد او این باشد که هر گاه مستأجر متکفل حیوان است و مالک حاضر نباشد، واجب است بر او آب وعلف دادن حیوان. واگر کوتاهی کند، ضامن است. واین دلالت ندارد بر این که علف باید از مال مستأجر باشد. وعلامه در قواعد بعد از آن که به مثل این، گفته است، گفته است (ولو قیل بوجوب العلف علی المالك والنفقه علی الاجیر، کان وجیها). واین اشعار دارد بر این که مراد محقق هم همان باشد که در مسالک نسبت به جماعت داده وتفسیر کلام محقق را هم به همین کرده. وعلی ای تقدیر دلیلی بر این قول، واضح نیست. وآنچه استدلال کرده اند از برای این قول، این است که مستأجر مستحق منافع است در آن مدت ونفقه از برای این است که حیوان زنده بماند از برای این که استیفای منفعت از آن بشود. پس واجب نیست بر مالک که مال خود را خرج کند از برای تحصیل حق غیر. وبر این وارد است منع این که نفقه دادن از برای باقی ماندن حیوان است محض از برای استیفای مستأجر منفعت آن را. بلکه از برای این است که بر مالک واجب است محافظت مال خود وانفاق بر آن. ودلیل دیگر ایشان این است که چون مستأجر مالک منافع شد باقی نماند از برای او عوضی در گردن مالک از برای تحصیل منفعت. یعنی این که کسی نمی تواند گفت که بر مالک واجب است دو چیز یکی خود منفعت که آن را منتقل کند به مستأجر. دوم تحصیل آن منفعت ورسانیدن آن به مستأجر. که وجه اجاره عوض اصل منفعت

باشد و نفقه در عوض تحصیل منفعت و رساندن به مستأجر باشد. به جهت آن که حصول ملک از برای او مستلزم سقوط توابع آن است از مالک اول. و بر این وارد است که این منافات ندارد با آن که واجب باشد بر مالک نفقه. چون واجب است بر مالک انفاق مال، و دلیلی بر سقوط آن نیست. و لازم نیست که ما این را عوض تحصیل منافع بگیریم تا این که این سخن بر آن وارد آید. و مع هذا میگوئیم که منفعت احد عوضین است و تدریجی الحصول است، و تسلیم عین مستأجره هر چند از برای استحقاق اجرت و تملک آن کافی است، و لکن این تسلیم عین بمجرده کافی نیست. بلکه باید منافع متجدده را مستمر دارد از برای مستأجر که متمکن باشد از تحصیل آن. پس عوض همان نفس منفعت است با حصول آن. (۱) نه منفعت و تحصیل آن، که گفته شود تحصیل آن واجب نیست. و گاه است که استدلال شود در این مقام به روایت سلیمان بن سالم (عن الرضا علیه السلام) عن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماه و لم یفسر شیئاً علی ان یبعثه الی ارض اخری فما کان من مؤنه الاجیر من غسل الثیاب و الحمام، فعلی من؟ قال: علی المستأجر. (۲) و بر آن وارد است که این حدیث در حیوان نیست، بلکه آن در اجیری است که آن را اجیر کرده که بفرستد از برای قضای بعضی از حوائج خود. و در این مسأله هم دو قول است هر گاه شرط نفقه نشده باشد. و اظهر در اینجا نیز قول به عدم وجوب است. و روایت ضعیف است (۳) و در دلالت آن هم تأمل است. و مشتمل است بر مطالب چند که مخالف اصحاب است. (۴) و به هر حال بنا بر قول مختار در مسأله، هر گاه مستأجر تبرعا نفقه بدهد به حیوان.

ص: ۴۷۴

- ۱- و در نسخه: یا حصول آن.
- ۲- وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۱۰ بخش آخر حدیث ۱.
- ۳- به دلیل خود سلیمان بن سالم. و بقیه سلسله سند افراد قوی و موثق هستند.
- ۴- مخالف اصل و قواعد است.

نمی تواند استرداد کرد. و هر گاه تبرعا نمی کند باید به اذن مالک باشد. و اگر مالک حاضر نباشد به اذن حاکم شرع باشد. و اگر آن هم ممکن نباشد به نیت استرداد بدهد و شاهد بگیرد. و در صورت عدم اشهاد هم میان خود و خدا مستحقق هست. و هر گاه نزاع کنند و مستأجر ادعا کند که به نیت استرداد دادم نه تبرعا، و شاهدهی نباشد، ظاهر این است که قول او مقدم است با یمین. و به هر حال در صورت عدم حضور مالک، هر گاه کوتاهی کند در انفاق و به آن سبب حیوان هلاک شود یا نقصی بهم رساند، ضامن است. مگر این که مالک او را منع کند از انفاق. باقی ماند کلام در اجاره گوسفندها. و آن محکوم به فساد است. زیرا که اجاره گوسفند از برای شیر آن، باطل است، و اجاره که باطل شد مالک مستحقق منافع آنها است که مستأجر تلف کرده، که عوض المثل را باید به مالک بدهد. و هر گاه مجهول باشد به غیر مصالحه چاره ندارد. و کلام در تقسیط اجرت بر گاو و گوسفندها: هر گاه به صفقه واحده باشد، ظاهر این است که مثل بیع مملوک و غیر مملوک باشد با هم، مثل بیع حر با عبد (۱) و بدان که: آنچه ذکر کردیم که نفقه لازم نمی شود بر مستأجر مگر با شرط خواه در حیوان و خواه در انسان، در این صورت هر گاه خواهند شرط نفقه بکنند باید تعیین نفقه بکنند از حیثیت مقدار و وصف، تا رفع جهالت بشود. و اما بنا بر قول به لزوم بر مستأجر بدون شرط، پس در آنجا رجوع به عرف و عادت و امثال او می شود در تعیین نفقه. و بدان که نیز که در مسأله اجیر هر چند روایت (۲) در خصوص اجیری است که او را اجیر کنند که از برای قضای بعض حوائج روانه کنند، و فتاوی علما هم در ذکر این مسأله مطابق روایت است، و لکن ظاهر این است که فرقی نیست ما بین اجیر مطلق (یعنی کسی را اجاره کنند از برای متوجه شدن جمیع امور مستأجر)، و ما بین این صورت .

ص: ۴۷۵

۱- در نسخه: مثل بیع حر یا خمر یا عبد و گوسفند.

۲- مراد روایت سلیمان بن سالم است.

خاصه. ودر آنجا هم اظهر این است که نفقه بر اجیر است، مگر شرط کند که بر مستأجر باشد. وظاهر اختیار علامه در تذکره همین است بلکه ظاهر او این است که در غیر این صورت (۱)، خلافی نیست که بدون شرط نفقه بر مستأجر نیست. و هم چنین ظاهر دیگران هم این است (۲). وچون عنوان مسأله را در (استیجار اجیری که او را بفرستند در قضای حوائج) کرده اند وروایت سلیمان را نقل کرده اند وگفته اند که این محمول است بر صورت شرط، و بدون شرط لازم نیست، مثل غیر او از اجیرها. واین مقتضای اصل وقواعد ایشان است. مگر این که عرف وعادتی باشد که اقتضا کند لزوم نفقه را بر مستأجر که منصرف شود اطلاق اجاره به آن. وکلام در اشتراط تعیین قدر ووصف: بنا بر مختار رجوع به عرف [است]. و بنا بر قول آخر همان است که مذکور شد.

سوال: ۲۴۴:

سوال: ۲۴۴: شخصی دکانی به اجاره بدهد به دیگری در مدت یک سال به اجرت معین، و تعیین وقت ادای اجرت نکند. آیا به مجرد اجرای صیغه، موجر می تواند وجه اجاره را مطالبه کند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: شکی نیست که به مجرد اجرای صیغه، وجه اجاره ملک موجر می شود چنانکه منفعت ملک مستأجر می شود. حتی این که هر گاه وجه اجاره عینی باشد واز آن نمائی حاصل شود، ملک موجر است و هم چنین سایر ثمرات ملک بر آن مترتب می شود. ولکن واجب نیست تسلیم اجرت مادامی که عین موجه را موجر تسلیم نکنند. و هم چنین واجب نیست تسلیم عین موجه تا اجرت را نگیرد، وظاهر این است که هر یک از آنها میتوانند منع از تسلیم کنند تا آن دیگری تسلیم کند، همچنانکه در بیع وشری گفته اند. وآخوند ملا احمد (ره) اشاره به این کرده، و تسلیم در اجاره اعیان مملوکه مثل دکان و حیوان وغیره، به این است که آن اعیان را تسلیم کند..

ص: ۴۷۶

- ۱- یعنی در غیر صورت خاصه ای که در روایت آمده، خلافی نیست بلکه خلاف تنها در همین صورت است.
- ۲- یعنی نفقه را بر عهده اجیر میدانند. - توضیح: لفظ (این) اشاره به بخش اول کلام علامه در تذکره است، نه به بخش دوم. وعدم توجه به این نکته سیمای کلام میرزا را متناقض نشان میدهد.

و در اجاره انسان نفس خود را، به این است که آن عمل را تمام کند. و ظاهر این است که در مسأله خلافی نباشد. چنانکه از آخوند مرحوم ظاهر می شود، واصل، و لزوم ضرر و غیر آن، نیز معارضد آن است. بلی خلاف کرده اند در این که هر گاه در عمل انسان، باشد آیا همان اتمام عمل کافی است؟ یا شرط است تسلیم آن؟ مثل این که خیاط اجیر شد که جامه شخصی را بدوزد و دوخت و تمام کرد. آیا همین کافی است در وجوب تسلیم اجرت؟ یا باید جامه را تسلیم کند و اجرت بگیرد؟ بعضی واجب دانسته اند تسلیم را به جهت این که این عقد معاوضه است و واجب نیست تسلیم عوض بدون معوض. و این مختار علامه است در قواعد و ولد او در شرح آن، و این را از شیخ در مبسوط نقل کرده. و شهید ثانی (ره) نیز این را اختیار کرده. و قول دوم عدم لزوم تسلیم است، به جهت آن که مالک اجرت شده است به عقد، و مانعی از طلب اجرت نیست به غیر اكمال عمل. و مفروض این است که [اكمال] حاصل شد [ه]. واصل، عدم مانع دیگر است. و این مختار آخوند ملا احمد (ره) است. و بعضی گفته اند که هر گاه عمل در ملک مستأجر است، احتیاج به تسلیم نیست. چون در تحت ید او است. بخلاف آن که در ملک او باشد. مثل این که اجیر شود شخصی که از خاک زمین خود یا ارض مباح خشت بمالد، یا کوزه بسازد از برای دیگری. و اظهر در نظر حقیر قول اول است. که تسلیم واجب است. و اما تسلیم در مواضع مختلف، [مختلف] است. پس در بعضی از مواضع به همان اتمام عمل حاصل می شود، مثل عبادت کردن به نیت مستأجر. و در بعضی جا موقوف است بر تسلیم محل عمل. یعنی تخلیه ید و عدم منع موجر عدوانا. گویا این معنی سبب اختلاف شده که بعضی نظر به مثل عبادت کرده اند و تسلیم را شرط ندانسته اند، و بعضی نظر به خیاطی و خشمالی کرده اند و شرط کرده اند. و اما قول به تفصیل: پس (با وجود آن که حصر این قایل فاسد است، چون میتواند شد که عمل نه در ملک موجر باشد و نه مستأجر، مثل عبادت) تمام نیست. زیرا که انتقال خاک و گل از ملک موجر باید به عقد دیگر باشد. و آن دخلی به اجاره ندارد.

پس باید عمل به مقتضای آن عقد کرد. و هم چنین حیازت مباح هم چون به نیت ملکیت مستأجره شده هم مال او می شود. چون اقوی این است که نیت شرط است در حیازت مباحات. و به این سبب توکیل در حیازت آنها جایز است، علی الاظهر. و این عقد اجاره مشتمل بر عقد وکالت هم هست. پس کسی که اجیر شود که هیزم از صحرای مباح بیاورد یا خشت در زمین مباح بمالد، بعد از حیازت، خشت و هیزم ملک مستأجر می شود. و او به مجرد عمل مستحق اجرت می شود. پس هر گاه مانع خارجی از تسلیم بهم رسد - مثل این که هیزم را غاصب ببرد یا خشت را باران ضایع کند - موجر مستحق اجرت خود هست. و هر گاه موجر خود منع کند مستأجر مطالبه عین خود را میکند، و آن دخلی به اجرت ندارد. بلی هر گاه ممکن نشود، از باب تقاص عوض عین می تواند اجرت را نگاه دارد، و این [نیز] دخلی به عدم وجوب تسلیم اجرت ندارد. و در این معنی فرقی مابین حکم جامه که ملک مستأجر بوده (هر گاه غاصب مانع شود) و غیر آن نیست. باقی ماند کلام در این که در صورت عدوان موجر آیا چنانکه غرامت عین را باید بدهد، غرامت عمل را هم باید بدهد یا نه؟ -؟ محتمل است که بگوئیم: بلی غرامت عمل را هم میکشد، و لکن اجرت را میگیرد. و ممکن است که بگوئیم: غرامت عمل را نمیکشد و اجرت را هم نمی تواند بگیرد. و اول اظهر است. چون عمل و منفعت ملک مستأجر شده. و ثمره ظاهر می شود در صورت تفاوت عوض المثل عمل، با اجرت مسمی. هر گاه این را دانستی باز میگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: شرط است در وجوب تسلیم اجرت، تسلیم عین یا اتمام عمل. و خلافی ظاهراً در آن نیست. حتی این که هر گاه مستأجر وصی یا وکیل باشد در مثل استیجار عبادات یا غیر آن، جایز نیست از برای او تسلیم اجرت قبل از قبض عین یا اتمام عمل. مگر با اذن صریح یا شاهد حال. و هر گاه این عمل موقوف باشد به اخذ اجرت قبل از عمل (مثل حج) و امتناع کند مستأجر از تسلیم اجرت به موجر: شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه گفته است که

(موجر مسلط است بر فسخ اجاره) (۱). و شاید دلیل آن این باشد که غالب این است که در اجاره حج (۲) وجه اجاره را بالتمام یا بعض آن را قبل از عمل میگیرند. و اجیر هم به همان اعتقاد اجیر شده. و هر گاه خیار فسخ نباشد ضرر و حرج لازم می آید. بلی هر گاه در ضمن عقد شرط کند تسلیم اجرت را قبل از عمل یا قبل از تسلیم عین، عمل به مقتضای آن لازم است. هر گاه این را دانستی بدان که: بعد از آن که موجر تسلیم عین را کرد یا عمل را تمام کرد. یا این است که در حال عقد اجاره اطلاق کرده اند و شرط تعجیل و تاخیل نکرده اند. یا شرط کرده اند یکی از اینها را. اما صورت اول که اطلاق است، پس ظاهراً خلافتی ندارند در لزوم تعجیل، و دلالت دارد بر آن این که به مجرد عقد اجرت ملک موجر بود و نهایت آنچه باعث ممنوع بودن از اخذ و تصرف بود عدم تسلیم عوض بود، یا خصوص اجماع [بود]. و در اینجا که تسلیم به عمل آمده مانعی باقی نمی ماند و (الناس مسلطون علی اموالهم) و وقت معینی در شرع از برای تصرف در مال قرار نداده اند. پس واجب می شود اداء در اول وقت تعلق و جوب اداء، و اخبار هم دلالت دارند مثل آنچه فرموده اند که (اجرت اجیر را باید داد پیش از آن که عرق او بخشکد). (۳) و صاحب کفایه گفته است که این سخن فقها خوب است در جائی که عرف و عادت حکم به آن کنند. یعنی هر گاه در عرف و عادت اجرت را فوراً مطالبه نمیکنند واجب نیست تعجیل. و این سخن تمام نیست، به جهت آن که ظاهر این است که مراد فقها این باشد که هر گاه موجر مطالبه کند به لسان یا شاهد حال، واجب است تعجیل، نه این که هر گاه مجهول باشد حال، هم واجب باشد اداء فوراً، تا محتاج این تقیید باشد. والحاصل: مراد ایشان این نیست که وفای به اجرت از باب وجوب حج است، نه از باب [وجوب] نماز ظهر. بلکه مراد ایشان این است که این از باب دین است که هر گاه .

ص: ۴۷۹

- ۱- در نسخه: مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره.
- ۲- و در نسخه: اجراء حج.
- ۳- وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۴ ح ۱ و ۲.

مطالبه میکند صاحب طلب به زبان یا شاهد حال (مثل فقرا و محتاجین در زکات و خمس و امثال اینها) واجب است [اداء] فوراً. والا- موسع است. و سخن صاحبه کفایه در فرض اول خوب است نه فرض ثانی. و ظاهر این است که مراد ایشان هم فرض ثانی باشد. و ظاهر این است که آن اخباری که دلالت دارند بر ادای اجرت پیش از خشکیدن عرق، محمول بر استحباب باشند، یا بر صورت مطالبه اجیر به زبان یا به شاهد. حال. و اما آ صورت ثانی یعنی شرط تعجیل: پس در آن نیز واجب است تعجیل. و فقها گفته اند که فایده شرط در اینجا تاکید است. والا- اطلاق هم این افاده را میکرد. و بعضی زیاد کرده اند این که فایده آن تسلیط بر فسخ است در صورت تخلف از شرط، چنانکه مقتضای قاعده اشتراط است. همچنانکه در صورت شرط تقدیر اجرت بر تسلیم هم چنین است. و در اینجا در معنی تعجیل باید تفصیل داد که: اگر مراد (شرط استحقاق طلب است فوراً و اینکه مستأجر در اول زمان وجوب بیاورد و تسلیم کند، واجب است اداء فوراً، مگر این که به اذن صریح یا شاهد حال معلوم شود رضا به تاخیر) پس اصل فوراً است تا ثابت شود خلاف آن. و اگر مراد (شرط تسلط بر اخذ اجرت باشد فوراً)، پس آن منافاتی ندارد با عدم وجوب فوراً در مجهول الحال. و بنابر این این مشکل می شود بحث سابق که بر صاحب کفایه کردیم. چون فقها در این مقام علی الاطلاق گفته اند که (شرط تعجیل مفید تاکید است). و این تمام نمی شود مگر این که شرط تعجیل را به معنی استحقاق اخذ فوراً، بگیریم. نه وجوب اداء فوراً علی الاطلاق. و لکن شرط کردن در هر دو صورت ممکن است. و دور نیست که مراد ایشان هم در شرط، شرط تعجیل به همان معنی استحقاق باشد، و از آن قسم دیگر ساکت باشند. و اما صورت ثالث، یعنی شرط تاجیل: پس آن نیز صحیح است با تعیین مدت به نحوی که جهالت نباشد، هر چند به عنوان تقسیم به شهور باشد. مثل این که بگوید که: در مدت پنج ماه هر ماه قسط معینی بدهد.

سوال: ۲۴۵:

سوال: ۲۴۵: هر گاه موجر قدرت بر تسلیم عین موجره نداشته باشد، به این معنی

ص: ۴۸۰

که تسلیم آن موجب فتنه و فساد شود. آیا صحیح است اجاره، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: از شروط صحت اجاره، قدرت بر تسلیم است. بلا خلاف ظاهری. و از این زهره و شرح ارشاد آخوند ملا احمد (ره) نقل اجماع بر این شده. ولزوم غرر و سفاهت نیز دلالت بر آن دارد. و ظاهر این است که عدم قدرت شرعا، هم در معنی عدم قدرت عقلا، باشد. و در صورت لزوم فساد ممنوع است شرعا، هر چند امکان عقلی باشد. و در صحت آن با ضمیمه اشکال است. و تحقیق حال در مسایل (بیع غیر مقدر التسلیم) در کتاب بیع گذشت. (۱)

۲۴۶:سوال:

۲۴۶:سوال: زید مبلغ معینی از عمرو قرض میکند و ملکی را رهن آن میکند. و مدتی از برای آن دین معین میکند. و بکر در آن ملک شراکت دارد و از او ماذون نشده در رهن. و منافع مرهون را با مرتهن صلح میکنند به مبلغ یکصد دینار فلوس و یک من گندم. و بعد از مصالحه، رهن همان ملک را از مرتهن اجاره میکند به مبلغ معین (۲) و مفروض این است که عین مرهونه را به قبض مرتهن نداده. آیا این اجاره صحیح است یا باطل؟ -؟. و در صورت بطلان آیا سبب بطلان شراکت بکر است؟ یا به جهت آن که عین مرهونه مال مرتهن نیست؟ یا به سبب هر دو؟.

جواب:

جواب: هر گاه ملک مزبور را رهن کرده و در ضمن عقد رهن شرط کرده مصالحه مزبوره را، ظاهر این است که مصالحه مزبوره فاسد باشد، چون در صحت رهن قبض شرط است، علی الاظهر. و مفروض این است که قبض به عمل نیامده به جهت این که بر فرضی که همین مصالحه را کافی دانیم در عوض قبض لکن معلوم نیست که بدون تخلیه ید کافی باشد. و اینکه بعضی معاملات را کافی دانسته اند در قبض، به شرط تخلیه ید است. و این معامله ها قائم مقام گذشتن آن زمانی است که ممکن باشد در آن حصول قبض با دست .

ص: ۴۸۱

۱- رجوع کنید به جلد دوم: مسایل فروش ماهی نیزار، عبد آبق و مسئله ۷۴.

۲- این همه خم و پیچ به خاطر حلال کردن ربای آن قرض است و به اصطلاح حیل هائی برای ربا گرفتن است. که در جلد دوم در این مورد بحث ها داشتیم. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۵۴ همین مجلد. و ۶ و ۷۴، از مجلد دوم.

گذاشتن بر آن (۱)، یا پا در آن نهادن. پس بنابر این چون مصالحه قبل از تخلیه واقع شده و قبض در رهن متحقق نشده، پس رهن فاسد می شود. و شرط ضمن عقد رهن هم جزء عقد رهن است، آن هم فاسد می شود. بلی ممکن است که گفته شود که هر چند از آن حیثیت فاسد باشد. لکن چون مصالحه امری است مستقل و از آن جهت که جزء رهن است فاسد باشد، لکن از این جهت که عقدی است علیحده، از باب فضولی باشد، و هر گاه رهن ثانیاً اجازه و امضا کند، صحیح شود. ولیکن در مسأله (کفایت اجازه خود مالک عقد فضولی را بعد از آن که خود عقد کرده باشد) اشکال است. بلی بکر که شریک است ظاهر این است که هر گاه به قدر حصه خود اجازه کند، در در قدر حصه خود او لازم می شود. و اما هر گاه عقد مصالحه را از باب شرط ضمن العقد نکرده، بلکه رهن را علی حده کرده و مصالحه را علی حده (چنانکه ظاهر سوال:

گذاشتن بر آن (۲)، یا پا در آن نهادن. پس بنابر این چون مصالحه قبل از تخلیه واقع شده و قبض در رهن متحقق نشده، پس رهن فاسد می شود. و شرط ضمن عقد رهن هم جزء عقد رهن است، آن هم فاسد می شود. بلی ممکن است که گفته شود که هر چند از آن حیثیت فاسد باشد. لکن چون مصالحه امری است مستقل و از آن جهت که جزء رهن است فاسد باشد، لکن از این جهت که عقدی است علیحده، از باب فضولی باشد، و هر گاه رهن ثانیاً اجازه و امضا کند، صحیح شود. ولیکن در مسأله (کفایت اجازه خود مالک عقد فضولی را بعد از آن که خود عقد کرده باشد) اشکال است. بلی بکر که شریک است ظاهر این است که هر گاه به قدر حصه خود اجازه کند، در در قدر حصه خود او لازم می شود. و اما هر گاه عقد مصالحه را از باب شرط ضمن العقد نکرده، بلکه رهن را علی حده کرده و مصالحه را علی حده (چنانکه ظاهر سوال: این است. و متعارف در حیل ربویه هم این است) در این صورت هر چند عقد باطل باشد به جهت عدم حصول اقباض و تخلیه، لکن عقد صلح صحیح است و منافع که منتقل شد به مرتهن از جهت صلح جایز است اجاره دادن آن هر چند به خود مالک رهن باشد. به جهت آن که در عقد اجاره مطلق مملوکیت، منفعت، کافی است تابع ملک باشد و خواه منفرداً مملوک او شده باشد. و از این جهت است که جایز است از برای مستأجر اجاره دادن عین مستأجره به دیگری. به سبب مملوکیت منفعت. گو عین آن، ملک او نباشد. پس هر گاه اجاره صحیح شد الحال حکایت شراکت بکر به میان می آید. پس اگر بکر هم اجازه و امضای آن کرد به قدر حصه، اجاره بتمامها لازم می شود. و هر گاه اجازه نکرد، به قدر حصه او باطل می شود، و به قدر حصه رهن لازم می شود.

۲۴۷:سوال:

۲۴۷:سوال: زید وجهی از عمر و میگیرد که از برای پدر متوفای وی یک سال نماز بگذارد. و زمان اشتغال را نیز معین میکند. اما صیغه جاری نمیسازد. بلکه منحصرأ به دادن وجه و متعهد شدن مصلی. و بعد از این زید هر وقت که مشغول می شود به نماز به قصد .

ص: ۴۸۲

۱- عبارت نسخه: ممکن باشد وصول با تعیین و دست بر آن گذاشتن.

۲- عبارت نسخه: ممکن باشد وصول با تعیین و دست بر آن گذاشتن.

و جوب نماز را میکند. چون صیغه اجاره جاری نشده، آیا به مجرد گرفتن وجه و تعیین زمان، گذاردن نماز بر او واجب شده؟ یا آن که تا صیغه عربی جاری نشود و جوب بهم نمیرساند؟ و در صورت مفروضه، این عمل که اتفاق افتاده ممضی است؟ یا آن که باید نوبتی دیگر به جا آورد؟. [و] مراد از صیغه فارسیه چه چیز میباشد آیا باید مطابق ترجمه صیغه عربیه باشد؟ یا آن که آنچه مفاد و لازم صیغه عربیه است کافی است؟

جواب:

جواب: اجاره بدون صیغه لزوم ندارد و از باب معاطات است. ولکن چون اجرت را اجیر میگیرد که عمل را بکند پس بر او لازم است که یا عمل را به جا آورد یا اجرت را رد کند. پس بعد از اخذ اجرت احد امرین بر او لازم است. و هر یک از اینها احد فردین واجب تخییری میباشد، نه واجب عینی. پس هر گاه قصد و جوب را به این معنی کرده ظاهر صحت آن است. و اما هر گاه قصد و جوب عینی کند صحت آن مشکل است، مگر این که وجه اجاره را تلف کرده باشد. که در این صورت قصد و جوب عینی کردن هم ظاهراً جایز است. بلی. بی اشکال در صورتی است که جاهل به مسأله بوده و تقصیر در اخذ مسأله کرده از اهل آن، و علی العمیاء کرده باشد. که در آن صورت معلوم نیست که صحیح باشد. و صیغه عربیه را در عقد اجاره لازم نمیدانیم. بلکه به فارسی و سایر لغات هم جایز است. و مراد از صیغه انشاء نقل و انتقال است. هر گاه لفظی بگوید که مفهم این معنی باشد، کافی است. مثلاً در صیغه اجاره اجیر بگوید که: من خود را مزدور تو کردم که در فلان مدت فلان عمل را بکنم در ازای فلان قدر معین از طلا یا نقره یا غیر آن یا پنجهزار دینار تبریزی (در وقتی که منصرف شود به شیئی معین هر چند به سبب غلبه در معاملات باشد). و مستاجر بگوید: خوب است. یا قبول کردم. همین کافی است.

۲۴۸:سوال:

۲۴۸:سوال: هر گاه زید ملکی را به اجاره بدهد به عمرو در مدت یک سال، و شرط کند در ضمن عقد که در سر هر سه ماهی خیار فسخ از برای او باشد. و بعد عمرو به اجاره بدهد آن ملک را به بکر بدون شرط خیار. و زید خواهد فسخ کند در وقت خیار و بکر راضی نمی شود و می گوید من شرط خیار با عمرو نکرد [۱۵] م. (۹).

جواب: این سوال:

جواب: این سوال: مشتمل است بر سه مطلب:

ص: ۴۸۳

اول اینکه: آیا جایز است که مستأجر عین مستأجره را اجاره بدهد به غیر بدون اذن موجر یا نه؟-؟. و ظاهر این است که خلافی در جواز آن نباشد. و از صریح تذکره نقل اجماع حکایت شده. و هم چنین از ظاهر ابن زهره. و اخبار بسیار هم دلالت دارد بر آن. (۱) بلی استثنا شده از این، صورتی که موجر شرط کند بر مستأجر که خود استیفای منفعت کند، که در این صورت ظاهراً خلافی نیست در عدم جواز. و از بعضی نقل اجماع حکایت شده. و دلالت دارد بر آن صحیحه علی بن جعفر در دابه (عن اخیه ابی الحسن (علیه السلام) قال: سئلته عن رجل استاجر دابه واعطاها بغیره فتلفت. فما علیه؟. قال: ان كان شرط ان لا یرکبها غیره فهو ضامن لها. وان لم یسم فلیس علیه شیئی) (۲). و صحیحه محمد بن مسلم در زمین. (۳) بلی هر گاه در این صورت مستأجر اول شرط کند با مستأجر دوم که خود استیفای منفعت کند، از برای مستأجر دوم صحیح باشد اجاره. چون این منافات ندارد با شرط موجر اول. و اما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول که اجاره ندهد به دیگری، این صورت هم صحیح نخواهد بود. (۴) و خلاف کرده اند در جائی که جایز است از برای مستأجر اجاره دادن به غیر، که آیا اذن مالک شرط است در تسلیم به مستأجر ثانی یا نه. بعضی گفته اند: بلی. زیرا که استحقاق منفعت بردن و ماذون بودن در گرفتن عین، مستلزم جواز تسلیم به غیر نیست. پس اگر تسلیم کند ضامن است. و بعضی گفته اند که .

ص: ۴۸۴

-
- ۱- علاوه بر عمومات و اطلاقات، دلالت میکند بر آن حدیث ۱، از باب ۱۹، احکام الاجاره، وسایل، ج ۱۳ و همچنین احادیث ابواب ۲۰، ۲۱، ۲۲.
 - ۲- همان مرجع باب ۱۶ ح ۱.
 - ۳- همان مرجع، باب ۱۹ ح ۱.
 - ۴- ظاهر عبارت مصنف (ره) در اینجا مجمل است به طوری که خواننده گمان میکند که تکرار مطلب سابق و توضیح واضح است. در حقیقت مراد میرزا بدین شرح است: و اما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول که اجاره ندهد به کسی که او مجدداً به شخص دیگری اجاره دهد. یا:... که اجاره ندهد مستأجر دوم به دیگری. یعنی در ابتدای معامله شرط میکند که مورد اجاره به مستأجر سوم، اجاره داده نشود.

محتاج نیست به اذن و جایز است تسلیم بدون ضمان. زیرا که هر گاه از شرع رسید جواز اجاره به غیر، قبض از لوازم ضروریه اجاره است، و اذن در شیئی اذن در لوازم آن است. و این قول اظهر است. چنانکه مختار جمعی از محققین است. و صحیحه (۱) علی بن جعفر دلالت بر آن دارد. بلکه صحیحه (۲) محمد بن مسلم نیز. و صاحب کفایه گفته است که دور نیست که شرط کنیم در جواز اجاره دادن به غیر بدون اذن مالک، این که مستأجر ثقه و امین باشد. و شاید نظر او این باشد که مستأجر امین باشد و اجاره دادن به غیر امین ثقه، تفریط است و منهی عنه است، پس فاسد خواهد بود. با این که انتقال منفعت از موجر به مستأجر به سبب صیغه اجاره در اموری است که مقصود عقلا باشد غالباً در عقود و [لکن] ظاهر این است که مالک در عقد اجاره قصد نقل این نوع انتفاع را نکرده. و اطلاق صحیحه علی بن جعفر که فرموده اند (وان لم یسم فلیس علیه شیء) محمول است بر ظاهر افعال مسلمین که صحت است و غیر صورت خیانت و تفریط است. خصوصاً به ملاحظه (نکرده در سیاق نفی) که افاده میکند که معصیت هم ندارد. و شکی نیست که تفریط در امانت، معصیت است. غایت امر این است که صحیح باشد و موقوف باشد بر اجازه مالک. پس به این نمیتوان استدلال بر لزوم کرد.

مطلب دوم: این که چنین شرطی در اجاره صحیح است یا نه. حق این است که صحیح است. نظر به عموم ادله، و عدم مخالفت آن از برای کتاب و سنت، و عدم منافات، با مقتضای عقد. چنانکه در بیع جایز است.

مطلب سوم: این که در صورت چنین شرطی، آیا جایز است که مستأجر بدون شرط خیار مذکور به اجاره بدهد به غیر؟. اظهر عدم جواز است. زیرا حق موجر متعلق است به عین در این وقت به سبب خیار. پس نقل منفعت عین به عنوان بت و قطع به مستأجر ثانی، جایز نیست. چنانکه تحقیق این در (بیع بخیار شرط) کرده ایم در رساله علی حده. (۳) و این که جایز نیست از برای مشتری فروختن مبیع به عنوان بت و لزوم، هر چند جایز باشد.

ص: ۴۸۵

۱- همان دو حدیث مذکور در بالا.

۲- همان دو حدیث مذکور در بالا.

۳- و نیز در مسائل (بیع بشرط) کتاب تجارت از همین مجلدات. رجوع کنید به جلد دوم.

به عنوان تزلزل و توقیف بر اجازه بایع، یا لازم شدن بیع به سبب عدم رد [مثل] ثمن و انقضای خیار. پس هر گاه چنین اجاره [ای را] داد و مالک اجازه نکرد، فسخ میکند اجاره را. و هر گاه مستأجر، مستأجر ثانی عالم بوده به حال و وجه اجاره تلف شده، از کیسه او رفته (۱) و هر گاه باقی باشد رجوع میکند به مقدار حق ثابت. و هر گاه جاهل بوده، رجوع میکند به عمرو به غرامتی که به او رسیده، مثل آن که اجرت المثل خانه بیش از اجرت مسمی فی العقد باشد. آن تفاوت را از او مطالبه میکند. (۲)

کتاب الاجاره من المجلد الثالث

سوال: ۲۴۹:

سوال: ۲۴۹: هر گاه زید کاروانسرائی از عمرو اجاره نموده. و سالهای قبل از اجاره طایفه [ای] از مترددین بلاد دیگر (از مکاری و تاجر) عادت داشته اند که به آن کاروانسرا وارد، و در آنجا ساکن. و برخی از منفعت کاروانسرا مستأجره از ایشان عاید مستأجر. و حین عقد اجاره همان طایفه و تاجر به عادت سابق بوده. و شخصی دیگر از ارباب مناصب کاروانسرای جدیدی در آن ولایت بنا نموده و همان طایفه از مکاری و تاجر را که قبل از اجاره و در حین الاجاره به عادت سابق در کاروانسرای قدیم منزل مینمودند و از ایشان منفعت عاید مستأجر میشد، کوچانیده به کاروانسرای خود برده. و هم چنین تجاری را که ساکن کاروانسرای قدیم بوده اند کوچانیده و به کاروانسرای خود برده. به این جهت نقصانی در منفعت عین مستأجره کلا او بعضا حاصل شده و می شود. بیان فرمایند که زید مستأجر در بین مدت اجاره اختیار فسخ اجاره دارد به جهت ضرر منفی؟ یا این که در صورت معروضه فسخ نمی تواند نمود و باید مال الاجاره را به ماجر کارسازی نماید و متحمل ضرر شود؟. و دیگر این که بیان فرمایند که در صورت مزبوره آیا غبن در اجاره ثابت می شود در بین مدت به سبب تدریجی بودن منفعت مقصوده از اجاره -؟ یا این که با وجود این نقصان باید وجه اجاره بالتمام کارسازی ماجر نماید و متحمل این ضرر شود، و عموم ضرر منفی شامل چنین مستأجری نیست -؟ جواب .

ص: ۴۸۶

- ۱- برای توضیح و شرح بیشتر رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم.
- ۲- برای توضیح و شرح بیشتر رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم.

مراتب مذکور را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: دلیلی از برای خیار فسخ در اینجا نیست. وعموم نفی ضرر در اینجا کار نمی کند. وتقصیری نه از ماجر حاصل شده و نه علتی در عین مستأجره حاصل شده که منشأ قلت انتفاع شود. واین از آن قبیل است که دکانی اجاره کند از برای بزازی و متاع او را دزد ببرد، یا زمینی را اجاره کند از برای زرع و زراعت و به سبب تگرگ یا زنگ یا چرانیدن قشون بر تلف رود. بلکه هر گاه عین مستأجره را بعد از قبض، غاصبی غصب کند (۱) نیز موجب خیار فسخ نمی شود. اما سؤال از خیار غبن: پس بدان که در اینجا نه خیار عیب هست و نه خیار غبن. اما خیار عیب پس وجه آن سابقاً مذکور شد. و اما خیار غبن پس آن نیز در اینجا جاری نمی شود. زیرا که مفروض این است که حین العقد گنجایش اجرت مسمات را داشته. و تدرج حصول منفعت منشأ تدرج انعقاد عقد نمی شود.

۲۵۰:سوال:

۲۵۰:سوال: شخصی خانه خود را به بیع فروخته و ثانیاً در ید مشتری اجاره نموده و در نصف زمان اجاره خانه مزبوره سکنی، بعد وفات نموده. و مدیون هم بوده و ترکه وی هم قاصر از دیون. آیا مشتری می تواند که کل مال الاجاره را با سایر دیون ضم نموده از ترکه قاصر، به قدر حصه بردارد؟ یا مال الاجاره زمان سکنی را مستحق است که از ترکه به قدر حصه بردارد؟ -

جواب:

جواب: چون وجه اجازه ملک ماجر می شود به محض صیغه بالتمام - خصوصاً بعد از اقباض عین مستأجره - پس تمام مال ماجر است. و اجاره به سبب موت باطل نمی شود. پس با غرما نسبت به تمام وجه اجاره شریک است. نه به خصوص قدر حصه سکنی (۲). و هم چنین منافع خانه در بقیه مدت اجاره داخل ترکه است و غرما در آن شریک اند.

ص: ۴۸۷

۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۲۲۹، از همین مجلد.

۲- در نسخه: نه بخصوص قدر حصه التام سکنی.

۲۵۱:سوال:

۲۵۱:سوال: اشجار مثمره را اجاره نمودن صحیح است ولزوم دارد؟؟ یعنی اجاره نماید که ثمر او را استیفا نماید. یا صحیح نیست؟

جواب:

جواب: این اجاره باطل است وظاهرا خلافی در آن نیست. (۱)

۲۵۲:سوال:

۲۵۲:سوال: هر گاه کسی وجهی بگیرد که نماز ليله الدفن، یا ختم قرآن، یا صوم و صلوات به جا بیاورد. وصیغه نخوانده. هر گاه به جا آورد صحیح است یا نه؟-؟ و در صورت عدم صحت، وجه را میتوان از ماجر استرداد کرد یا نه؟-؟

جواب:

جواب: در صورتی که به جا آورد صحیح است. و در صورتی که هنوز به عمل نیامده و همان وجه موجود است، میتوان استرداد کرد و فسخ معامله کرد. و هم چنین هر گاه تلف کرده باشد وجه را بدون اذن مستأجر قبل از عمل. و اما هر گاه ماذون بوده در تصرف در آن قبل از عمل، پس در این صورت مستأجر نمی تواند (۲) او را الزام کند به رد. و لکن ماجر هم نمی تواند ترک عمل و [ترک] رد عوض هر دو را بکند. بلکه باید یا عمل را بکند یا [عوض] وجه را رد کن.

۲۵۳:سوال:

۲۵۳:سوال: زید ملکی به عمرو به مبیعه خیاریه به مدت معینه به مبلغ مشخص مبیعه نموده که مدت [خیار] مبیعه مزبوره یک سال بوده. و مدت شش ماه دیگر مانده از مبیعه خیاریه زدید که منقضی شود زید مزبور همین ملک را بدون اذن عمرو مشتری به مدت شش سال به اجاره داده است. به خالد. آیا در صورت مفروضه این اجاره نافذ و ممضی می باشد؟ یا خلاف شرع است؟

جواب:

جواب: سائل گویا فرق مابین خرو گاو نکرده (۳) و گمانم این است که مراد او این است که زید با بیع شارط قبل از انقضای اجل شش ماه، آن مبیع را به اجاره داده است به خالد در .

ص: ۴۸۸

۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۳ و ۲۰۸، از همین مجلد.

۲- در نسخه: می تواند.

۳- از آغاز این کتاب (جامع الشتات) تا اینجا این سومین مورد است که میرزا (ره) در مقابل (به اصطلاح) فضل فروشی سوال کننده عکس العمل نشان می‌دهد. شاید برای بعضیها عجیب بیاید لیکن کسی که این کتاب را به طور مرتب مطالعه کند از بردباری میرزا شگفت زده میشود.

مدت شش سال. این اجاره بدون اذن و اجازه عمر و مشتری، صحیح نیست.

۲۵۴: سوال:

۲۵۴: سوال: بلادی که [در آنها] ضابطه شده است که اشخاصی چند معین باشند از برای تغسیل موتی، و حاکم هم از ایشان چیزی میگیرد. و اجرت مرده شستن متعارف شده. و اگر نصف اجرت متعارفه بدهند غسل نمیدهند. و بعضی حيله میکنند که ما برای مستحبات اجرت میگیریم. آیا این حيله صحیح است یا نه؟ -؟. و اجرت گرفتن حرام است یا نه؟ -؟. و مردم آن بلد بالتمام فاسق اند یا نه؟ -؟.

جواب:

اجرت گرفتن در ازای تغسیل موتی حرام است. و ظاهر این است که مستحبات توقیفیه آن (مثل وضو دادن و امثال آن) نیز چنین است. اما مستحباتی که از این باب نباشد (مثل شستن فرج به اشنان (۱) و امثال آن) پس ظاهر جواز آن است. و حيله کردن در این امور هر گاه از راه دینداری باشد و مقصود واقعی همان باشد، باکی نیست. و اگر مقصود خدعه باشد، خدا فریب نمیخورد (۲). و اما سوال:

جواب:

جواب: اجرت گرفتن در ازای تغسیل موتی حرام است. و ظاهر این است که مستحبات توقیفیه آن (مثل وضو دادن و امثال آن) نیز چنین است. اما مستحباتی که از این باب نباشد (مثل شستن فرج به اشنان (۳) و امثال آن) پس ظاهر جواز آن است. و حيله کردن در این امور هر گاه از راه دینداری باشد و مقصود واقعی همان باشد، باکی نیست. و اگر مقصود خدعه باشد، خدا فریب نمیخورد (۴). و اما سوال: از فاسق بودن اهل آن بلد: پس هر گاه معلوم باشد که غسل بوجه صحیح غسل نمیدهد، هر کس که قادر .

ص: ۴۸۹

۱- گیاهی (بوته: درختچه) دارای ریشه های کلفت و ترد. ریشه آن را میخشانیدند که خود به خود حالت پودر پیدا میکرد، با آن لباسشویی و تنشوئی میکردند. هنوز هم در بعضی مناطق کویری کاملاً متروک نشده است.

۲- چرا مصنف بزرگوار در مورد (حیل ربوی) هرگز چنین جمله ای را نیاورده است؟! این همه معاملات که در صورت بیع (به شرط) در عصر میرزا رواج داشت و تا این اواخر هم ادامه داشت که اکثر قریب به اتفاق آنها به خاطر انجام معامله ربوی در قالب بیع هائی به شرط خیار، انجام مییافت. عملاً و علناً تاثیری برای (تحریم ربا) در جامعه باقی نمیگذاشت. ماجرای ماهیگیران (اصحاب السبت) بنی اسرائیل نه در یک قریه بل در سرتا سر جامعه به اجرا گذاشته میشد، که ده ها مسأله مربوط به آن را در همین جامع الشات مشاهده کردیم از جمله همین مسأله ۲ ۵۳ و ۲۴۶. ای کاش در این مورد هم با چنین جمله ای رو به رو میشدیم چه فرقی میان فریب خوردن از مرده شوران و فریب خوردن از تاجران است؟!؟! میرزا در این موضوع هم به دست اندرکاران چنین معاملات تذکر داده که به نیت فرار از ربا این حيله ها را انجام دهند و در نیت شان صادق باشند و نیز ادله

خودش را در مورد این روند توضیح داده. ما نیز در مقابل آن نظر محققینی دیگر از جمله نظریه امام خمینی (ره) را قرار دادیم و توضیح لازم نیز داده شد. رجوع کنید به ذیل مسأله شماره ۶، از جلد دوم و مسئله هائی که در همانجا به شماره آنها اشاره شده است.

۳- گیاهی (بوته: درختچه) دارای ریشه های کلفت و ترد. ریشه آن را میخشانیدند که خود به خود حالت پودر پیدا میکرد، با آن لباسشوئی و تنشوئی میکردند. هنوز هم در بعضی مناطق کویری کاملاً متروک نشده است.

۴- چرا مصنف بزرگوار در مورد (حیل ربوی) هرگز چنین جمله ای را نیاورده است؟! این همه معاملات که در صورت (بیع به شرط) در عصر میرزا رواج داشت و تا این اواخر هم ادامه داشت که اکثر قریب به اتفاق آنها به خاطر انجام معامله ربوی در قالب بیع هائی به شرط خیار، انجام مییافت. عملاً و علناً تاثیری برای (تحریم ربا) در جامعه باقی نمیگذاشت. ماجرای ماهیگیران (اصحاب السبت) بنی اسرائیل نه در یک قریه بل در سر تا سر جامعه به اجرا گذاشته میشد، که ده ها مسأله مربوط به آن را در همین جامع الشات مشاهده کردیم از جمله همین مسأله ۲ ۵۳ و ۲۴۶. ای کاش در این مورد هم با چنین جمله ای رو به رو میشدیم چه فرقی میان فریب خوردن از مرده شوران و فریب خوردن از تاجران است؟! میرزا در این موضوع هم به دست اندرکاران چنین معاملات تذکر داده که به نیت فرار از ربا این حيله ها را انجام دهند و در نیت شان صادق باشند و نیز ادله خودش را در مورد این روند توضیح داده. ما نیز در مقابل آن نظر محققینی دیگر از جمله نظریه امام خمینی (ره) را قرار دادیم و توضیح لازم نیز داده شد. رجوع کنید به ذیل مسأله شماره ۶، از جلد دوم و مسئله هائی که در همانجا به شماره آنها اشاره شده است.

است بر غسل دادن و ترک آن میکند فاسق می شود.

سوال: ۲۵۵:

سوال: ۲۵۵: قیم یا وصی شرعی یا احدی از عدول المومنین - که حسبنا متوجه اموال صغیر باشند از معامله و غیره - بدون تعیین اجرت، از [ناحیه] موصی یا حاکم شرع میتوانند اجرت المثل برداشت [کنند] یا نه (؟ - ؟) با وجود احتیاج این جماعت. و آن معامله نیز به حسب تعارف اجرت از برای او باشد -؟ یا باید اکتفا به اقل از اجرت المثل و ما یعیش، نمایند؟.

جواب:

جواب: هر گاه وصیت شده باشد و زاید بر ثلث نباشد، اشکالی در جواز نیست. و بدون وصیت هم در نظر حقیر این است که جایز باشد از برای قیم صغیر - خواه وصی باشد یا حاکم یا ولی شرعی از باب جد و پدر، و خواه از عدول مومنین باشد که حسبنا متوجه شده باشد در نزد فقد حاکم - این که اجرت المثل بردارد. مگر آن که به قصد تبرع کرده باشد، و احوط اخذ اقل امرین است از اجرت و ما یعیش. و هم چنین احوط در غنی ترک اخذ اجرت است، هر چند اظهر جواز [اخذ] است. و این مسأله را در کمال استقصای ادله و فروع آن در (جواب مسائل ثانیه) نوشته ام. (۱)

سوال: ۲۵۶:

سوال: ۲۵۶: شخصی ملکی را وقف نموده و شرط کرده که متولی به اجاره طویله ندهد. آیا مدت طویله چه قدر است؟ هفت سال طویل است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که مراد واقف در منع اجاره در مدت طویله مراعات مصلحت وقف است.، که طول زمان گاه است که موجب تناسی وقف و انکار مستأجر و قفیت را به سبب استمرار، می شود. و فهم مقدار آن موکول به فهم عرف است در ماده اجاره مطلقه یا اجاره وقف. و تحدید آن در عرف به ملاحظه مضاف الیه، می شود. پس طول و .

ص: ۴۹۰

۱- فراموش نشود که اینجا از (مسائل باب اجاره از دفتر سوم) است. و همان طور که دیدیم مسأله مورد اشاره در میان مسائل باب اجاره از دفتر دوم نیز نبود. مراد میرزا (ره) مسئله ای از مسائل مجلد دوم است که در باب (حجر) دفتر دوم قرار داشته و دارد. در آنجا نظریه و ادله مخالفین میرزا نیز بیان شده است. رجوع فرمائید.

قعر در هر چیزی از ملاحظه (متعارف الاوساط) مستفاد می شود چنانکه انسان طویل و انسان قصیر، و درخت طویل و درخت قصیر، و چون طول عبارت است از ابعاد ابعاد و اکثر آنها به حسب کم در جسم و اجسام به حسب انواع در این معنی مختلف اند، پس، از آن متعارفی که اغلب افراد آن به آن به آن اندازه میباشند مقداری از برای ابعاد ثلاثه آن هست، پس هر گاه زاید بر آن مقدار شد آن را طویل میگویند. و اگر قصر باشد آن را قصیر میگویند. پس مبدأ اشتقاق در (زمان طویل) (۱) غیر [از] اصل معنی طول، است که در مطلق جسم ملاحظه می شود. پس طویل و قصیر را در زمان که (کم غیر قار) است (۲) نیز به ملاحظه اوساط از منه ملاحظه میکنند. پس باید ملاحظه (ایام متعارفه مطلق اجاره با اجاره اعیان موقوفه) را اعتبار کرد که غالباً مطلق املاک یا املاک موقوفه را بیش از آن اجاره نمیدهند، زاید بر آن را طویل مینامند. و هر گاه تحدید آن اضطرابی داشته باشد علاج آن همان است که در سایر امور موکوله به عرف منصرف میکنند، که متقین المصداق بی اشکال را، در طرفین نفی و اثبات وضع میکنند. چون معلوم الحکم است. و در مشکوک فیه رجوع به اصل میکنند. مثلاً غالب این است که از سه سال بیشتر اجاره نمیدهند. پس اجاره بیست سال و سی سال خارج است از متعارف جزماً. و اجاره یک سال و دو سال داخل است جزماً. و اجاره هفت سال و هشت سال و ده سال مشکوک فیه است، و اصل اقتضای جواز میکند، مگر این که بالخصوص خلاف مصلحت باشد. و در آن نه از راه این است که قید (طویل) مانع است، بلکه به جهت عدم مصلحت است.

۲۵۷:سوال:

۲۵۷:سوال: زید در مرض الموت به اجاره صحیحه شرعیه بداد همگی شش دانگ مزرعه (ارشت) (۳) و چند مزرعه و خانه دیگر را به اولاد ذکور خود صغیرا و کبیرا در مدت ل.

ص: ۴۹۱

۱- در نسخه: در آن سال طویل.

۲- و در نسخه: زمان کم که غیر قار است.

۳- نام دهکده ای است. توضیح: نظر به قراین و خصوصیات سوال و جواب، گویا خود میرزا (ره) با نام (ارشت) آشنائی کامل داشته. و سوال کننده عطف به ذهن مخاطب و حواله به (عهد ذهنی) کرده است. در نزدیکی (شفق) محل زندگی پدر میرزا آبادی بنام (ارشت) وجود دارد که شفت در پهلوی شمالی ارتفاعات و ارشت در پهلوی جنوبی آن قرار دارد. رجوع کنید به مقدمه جلد اول.

پنجاه سال - که عبارت از (پنجاه رفع محصول) شتوی وصیفی، بوده باشد - در عوض مبلغ معین. و در ضمن عقد اجاره شرط نمود که تعمیرات خانه ها و مزارع جزئا و کلا، و تحمیلات دیوانی مزارع کلا و جزئا در عهده مستأجرین باشد. وصیغه مواجره اصالتا و ولایتا بینهم جاری شده. چون سه دانگ از مزرعه (ارشت) را موجر به جهت ترکه خود به موجب وصیت نامچه علی حده موضوع داشته، لهذا در ضمن عقد مواجره شرط شده که بعد از آن که موجر قبل از انقضای مدت اجاره فوت شود اختیار فسخ اجاره سه دانگ مزرعه ارشت، با وصی باشد که فسخ اجاره را نموده و به وصیت عمل نماید. و هم چنین: اجاره داد زید مزبور کل شش دانگ یک حجر طاحونه خود را با اولاد ذکور خود به مدت معین و مبلغ معین. وصیغه مواجره اصالتا و ولایتا جاری. حال سایر ورثه زید، اجاره را قابل (۱) نمیشوند. دعوی ایشان مسموع است یا نه؟ - و اگر اجاره مزبوره مبنی بر محاببات باشد، داخل منجزات مریض می شود؟ آیا منجزات مریض اصل مال محسوب است یا از ثلث؟ -.

جواب:

جواب: اولاً - تفسیر (پنجاه سال) مدت اجاره به (پنجاه رفع محصول)، موجب جهالت مدت اجاره است. و به سبب آن عیب میکند اجاره. چون رفع محصول در سنوات مختلف می شود. و هم چنین شرط تعمیر خانه و دهکده و مزرعه، هم شرط مجهولی است. چون مقدار آن معلوم نیست. و جهالت شرط موجب فساد عقد می شود. و هم چنین شرط تحمیلات دیوانی، هر گاه معین نباشد مشکل است به همین جهت. و اما حکایت سه دانگ قریه ارشت: پس اصل مطلب در آن واضح نیست. اگر مراد این است که وصیت کرده است که به مجرد فوت او وصی او [ثلث] آن قریه را با منافع آن، به مصرف صوم و صلوات و مبرات و سایر حقوق برساند، و به جهت استصحاب حیات و امید بقا.

ص: ۴۹۲

به اجاره پنجاه ساله داده. نه به این معنی که عین از برای او ثابت باشد و منافع برای مستأجرین اگر موت حلول کند قبل از انقضای مدت اجاره. پس در این صورت نظر به مقتضای وصیت به مجرد موت، آن ملک با منافع باید به مصرف وصیت او برسد. دیگر شرط فسخ معنی ندارد. بلکه خود اجاره در تتمه مدت منفسخ می شود. و هم چنین هر گاه غرض موصی این باشد که منافع آن ملک را از روز موت ابد الدهر، یا در مدت مدید، از برای وصیای او باشد و عین مسلوب المنفعه از برای وارث باشد. در این صورت باز به سبب اجاره منافع آن ملک بعد از موت موصی، حق مستأجرین نمی تواند شد. پس داخل مدت اجاره نمی تواند شد. بلکه هر قدر از زمان که قبل از موت گذشته اجاره در همان صحیح است و در باقی باطل. بلی اگر غرض از وصیت همان عین مسلوب المنفعه باشد - هر گاه زمان اجاره تمام نشود قبل از موت و آن عین مسلوب المنفعه قیمت قلیلی داشته باشد که موصی در وصیت خود به آن اکتفا کند با منافع بعد از انقضای مدت اجاره و بقای آن به حال خود تا انقضای مدت - صورت ندارد. اما ظاهر صورت سؤال همان احتمال اولی است از احتمالات مذکوره. و حکم آن مذکور شد. و اما اجاره آسیا: پس در ظاهر صورت سوال:

به اجاره پنجاه ساله داده. نه به این معنی که عین از برای او ثابت باشد و منافع برای مستأجرین اگر موت حلول کند قبل از انقضای مدت اجاره. پس در این صورت نظر به مقتضای وصیت به مجرد موت، آن ملک با منافع باید به مصرف وصیت او برسد. دیگر شرط فسخ معنی ندارد. بلکه خود اجاره در تتمه مدت منفسخ می شود. و هم چنین هر گاه غرض موصی این باشد که منافع آن ملک را از روز موت ابد الدهر، یا در مدت مدید، از برای وصیای او باشد و عین مسلوب المنفعه از برای وارث باشد. در این صورت باز به سبب اجاره منافع آن ملک بعد از موت موصی، حق مستأجرین نمی تواند شد. پس داخل مدت اجاره نمی تواند شد. بلکه هر قدر از زمان که قبل از موت گذشته اجاره در همان صحیح است و در باقی باطل. بلی اگر غرض از وصیت همان عین مسلوب المنفعه باشد - هر گاه زمان اجاره تمام نشود قبل از موت و آن عین مسلوب المنفعه قیمت قلیلی داشته باشد که موصی در وصیت خود به آن اکتفا کند با منافع بعد از انقضای مدت اجاره و بقای آن به حال خود تا انقضای مدت - صورت ندارد. اما ظاهر صورت سؤال همان احتمال اولی است از احتمالات مذکوره. و حکم آن مذکور شد. و اما اجاره آسیا: پس در ظاهر صورت سوال:، عیبی از برای آن نمیدانم. و معامله محاباتی و سایر منجزات مریض در مرض موت در نظر احقر) از اصل مال وضع می شود به غیر (اقرار در صورت اتهام به قصد حرمان وارث)، که آن را از ثلث اعتبار میکنیم.

۲۵۸:سوال:

۲۵۸:سوال: هر گاه زید صلوات یک ساله استیجار نماید به عنوان اطلاق. آیا منصرف به سال شمسی می شود یا قمری؟ -؟ و بر فرض انصراف به شمسی، آیا خمرسه مسترقه (۱) جزء سال خواهد بود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: باید دانست که در عقد اجاره تعیین منفعت شرط است. و آن یا به تعیین زمان .

۱- پنجه مسترقه: پنج روز دزدیده شده: سال شمسی قبل از عصر ملک شاه سلجوقی دوازده ماه و پنج روز بود. یعنی دوازده ماه هر کدام سی روز که مجموعاً ۳۶۰ روز میگردید و پنج روز تا آخر سال میماند که به پنجه مسترقه معروف بود. به دستور ملک شاه و مباشرت عمر خیام تعداد ایام ماه ها به صورت امروزی تنظیم گردید. سوال کننده هفتصد سال پس از آن، از پنجه مسترقه میپرسد.

است یا به تعیین عمل. تعیین زمان مثل این که کسی اجیر میکند کسی را به این که یک سال از برای او خیاطی کند یا کتابت کند یا نماز کند. در این صورت باید آن شخص در یک سال مشغول آن عمل باشد. واستثنا می شود از آن، زمان اکل و شرب و خواب و سایر ضروریات به عنوان متعارف، و باقی زمان را باید مشغول باشد. و در این صورت سال و ماه منصرف می شود به قمری در صورت اطلاق، مگر این که شرط کند سال شمسی را. و ظاهر این است که معتبر در آن نزول شمس است در برجی تا این که باز نازل شود در آن برج. پس در این صورت که اجیر شود از برای یک سال نماز، معنی آن این است که از غره این ماه مثلاً مشغول شود به عمل تا غره آینده همین ماه. هر چند عدد ایام نسبت به سال شمسی کمتر باشد. و اما تعیین عمل: پس باید مقدار عمل معین باشد و آن نمی شود الا به تعیین عدد نماز. به جهت آن که عدد نماز در شمسی و قمری مختلف می شود و مقدار آن عمل مجهول میماند. و متعارف در زمان ما این است که آن که اجیر می شود برای نماز کردن، به حسب صلوات خمس اجیر می شود که دوازده روز (۱) سی مرتبه نماز یومیه بکند. و اگر این متعارف نباشد اجاره باطل می شود به سبب جهالت مقدار عمل. پس سوال:

است یا به تعیین عمل. تعیین زمان مثل این که کسی اجیر میکند کسی را به این که یک سال از برای او خیاطی کند یا کتابت کند یا نماز کند. در این صورت باید آن شخص در یک سال مشغول آن عمل باشد. واستثنا می شود از آن، زمان اکل و شرب و خواب و سایر ضروریات به عنوان متعارف، و باقی زمان را باید مشغول باشد. و در این صورت سال و ماه منصرف می شود به قمری در صورت اطلاق، مگر این که شرط کند سال شمسی را. و ظاهر این است که معتبر در آن نزول شمس است در برجی تا این که باز نازل شود در آن برج. پس در این صورت که اجیر شود از برای یک سال نماز، معنی آن این است که از غره این ماه مثلاً مشغول شود به عمل تا غره آینده همین ماه. هر چند عدد ایام نسبت به سال شمسی کمتر باشد. و اما تعیین عمل: پس باید مقدار عمل معین باشد و آن نمی شود الا به تعیین عدد نماز. به جهت آن که عدد نماز در شمسی و قمری مختلف می شود و مقدار آن عمل مجهول میماند. و متعارف در زمان ما این است که آن که اجیر می شود برای نماز کردن، به حسب صلوات خمس اجیر می شود که دوازده روز (۲) سی مرتبه نماز یومیه بکند. و اگر این متعارف نباشد اجاره باطل می شود به سبب جهالت مقدار عمل. پس سوال: از اعتبار سال شمسی و قمری بی وجه است. زیرا که مقدار عمل سال قمری مختلف می شود و ضابطه معینی ندارد.

۲۵۹: سوال:

۲۵۹: سوال: اذا استاجر زید عمرا لان يحج لوالده بمبلغ معين. وظهر للموخر في الطريق او قبل اتمام الحج او بعده غبن فاحش. فكيف الحال؟

جواب:

جواب: هذه المسئلة مما لم يحضرني فيها من كلام الفقهاء شيئي، وتحقيق الكلام فيها يستدعي رسم مقدمات:

الاولى: ان استحقاق الاجره متوقف على قصد العمل للمستاجر، سواء كان من الاعمال التوقيفيه فعلها نيابه عن المنوب عنه - كالعادات الواجبه، او من الاعمال المندوبه المقصود حصول ثوابها للمستاجر، والا لم يقصد النياه في اصل الفعل..

۱- یا سی مرتبه نماز یومیة را دوازده بار به جای آورد.

۲- یا سی مرتبه نماز یومیة را دوازده بار به جای آورد.

كالاستيجار لقراءته القرآن والصلوه المندوبه التي يجعل ثوابها للمستاجر، لافعلها نيابه عنه - او من الاعمال التوصليه. (1)

كالخياطه وعمل اللين وغيرهما. حتى لو استاجره لخياطه ثوب معين وقصد الموجر الغصب، ثم راه مخيطا، فان خاطه بعد الغصب فلا- اجره له، انما قصد الخياطه لنفسه. واما جواز نقل ثواب العباده المندوبه والقراءه بعد اتمامهما الى الغير واخذ العوض على ذلك: فهو خارج عما نحن فيه، وموقوف على صحه مثل هذه المعاوضه. والظاهر الصحه، للعمومات.

الثانيه: ان الاعمال بعضها مما يكون المقصود منها نفس العمل كالاستيجار للحج والصوم والصلوه وبعضها مما يكون المقصود منها [اما] حصول اثرها في عين خارجي، كالخياطه وعمل اللين ونحوهما. او اهداء ثوابها واجرها الى المستاجر بعد تمامها، كالعبادات المندوبه وقراءه القرآن.

الثالثه: ان الاجره في الاجاره تصير ملكا للموجر وكذلك المنفعه تصير ملكا للمستاجر، بمجرد الصيغه. ولكن لا يجب تسليم احدهما لامع تسليم الاخر. فان كان المنفعه هي منفعه الاعيان كالدابه والعبد والدار والد كان، فيكفي في تسليمها تسليم العين المستاجر، ويستحق الموجر بتسليمها تسلم الاجره. واما اذا كان عمل الانسان: فقيل انه يحصل باتمام العمل. وقيل انه لا بد معه من شيى آخر، ومثلوا له بتسليم الثوب بعد اتمام الخياطه، فلا يستحق الاخذ قبل تسليم الثوب. وقيل بالتفصيل بان العمل ان كان في ملك المستاجر، فيكفي اتمام العمل، كما لو استاجره لعمل اللين في ارضه. وان كان في ملك الموجر او في ارض مباحه، لا بد من التسليم. والاوسط عندى القول الاوسط. ولعله مختار الاكثر. وظنى ان القائل بالقولين الاخرين غفل عن معنى التسليم، واشتبه عليه الامر. وهذا هو السر في الاختلاف. ووجهه ان التسليم يختلف باختلاف المواضع. فكانهم ذكروا في كتاب البيع اقوالا في معنى القبض، واختلفوا في معناه. وفرقوا بين المنقول وغير المنقول. فينبغى .

ص: ٤٩٥

١- براى توضيح اصطلاحات وتقسيمات: توقيفيه، توصليه - معاملات، عبادات، عقود، ايقاعات - رجوع كنيده به مسئله هاى
٣٤٢، ٣٤٤ ج اول و ٢٩ ج ٣ و ٤١، ٨٢ ج ٤.

التعرض لمعنى التسليم هنا ايضا. والحق ان التسليم موكول الى العرف. وفي كل موضع يتحقق [بنحو]، فقد يحصل فى المنفعه باتمام العمل. وقد يحتاج الى شىء آخر. فالموضع الذى يحصل باتمام العمل، تسليمه انما هو ذلك. لانه لا يحتاج الى التسليم. فغفل القائل بعدم الاحتياج [الى التسليم] عن كون ذلك تسليمًا فى هذا الموضع، وقال بان لا يحتاج الى التسليم اليه. فمن (١) لاحظ موضعا يحتاج الى شىء آخر غير اتمام العمل شرطا للتسليم، فصل. ومن غفل عن حصوله باتمام العمل فى موضع، حسب انه لا يحتاج الى التسليم. فالتحقيق هو القول بالاحتياج الى التسليم لكنه يختلف فى المواضع. وتوضيحه يحتاج الى تمهيد مقدمه. وهو ان الاجاره لعمل الانسان يمكن ان يقع على وجوه: الاول: ان يكون المقصود ان يقع فى ملك المستاجر، كخياطه ثوبه او عمل اللين فى ارضه. والثانى: ان يقع فى ملك المجر او الارض المباحه. والثالث: ان يوجد نفس العمل بان لا يحتاج العمل الى قيامه بشىء آخر كالصوم والصلوه والحج وتلاوه القرآن. فالمقصود بالذات هنا حصول نفس العمل بخلاف القسمين الاولين، فان المقصود فيها بقاء الاثر فى عين موجود خارجى كالثوب والطين. ولما كان (٢) الاعراض لا بد لها من القيام بمحل فالعبادات لا ينفك عن القيام بيد المجر او بمحل يودى فيه. فهو من لوازم العرض من حيث هو، لامن حيث انه مقصود المستاجر. والا فهو موجود فى القسمين الاولين ايضا. ومن جمله امثلتها فى غير العبادات حراسه الزرع والبستان من الطيور والموديات بتصفيق والتصويت وغيرهما من خارج الزرع والبستان وحريمهما ايضا. ومن جملتها تنقيه النهر الذى ليس للمجر ولا للمستاجر بل انما كان لوقف على مصلحه عامه وغرض المستاجر حصول نفس ذلك العمل. [او] (٣) السلطان الجائر الزم الرعايا بالتنقيه وهم يستاجرون لرفع النكايه عن انفسهم. م

ص: ٤٩٦

١- وفى النسخه: ومن. توضيح: على كونه (ومن) ينقلب المطلب والكلام.

٢- فى النسخه: واما ان...

٣- وفى النسخه: نفس ذلك العمل اذا السلطان الجائر الزم

فيصير حصر القول بالتفصيل غير حاصر. ويمكن ان يتكلف في المثالين الاخيرين بتعميم ملك المستاجر بحيث يشمل مثلهما. اما المثال الاول: فكان الحفظ الذى حصل بالتصفيق والتصويت، قام بالزرع والبستان، لحصول اثرهما فيهما بصيرورتها محفوظا. واما المثال الاخر: فكانه بقصد الخير او الشر، صار قائما مقام المالك. فالمراد بالمالك من يريد وقوع المنفعة فى ملك له علقه بامر. فيصير نائبا عن المالك او المتصرف. ويقدم بالقول بالتفصيل ايضا ان الامثلة التى ذكرها من عمل اللبن فى ملك الموجر او فى الارض المباحه، ليس على ماينبغى. فان الاجاره ح مسبوقة بنوع من التمليك يجعل عين ارض الموجر اولا منتقلا الى المستاجر ولو بالاباحه، ثم يعمل فيه باللبن. وكذلك فى المباح مسبوقة بالتوكيل فى حيازه المباح فيصير بذلك للمستاجر ولو بالاولويه ثم يقع العمل عليه. فهذه من امثله وقوع العمل على ملك المستاجر. سيما مع ملاحظه التوسع الذى قدمناه فى المثالين المتقدمين. وايضا تسليم ثوب المستاجر بعد الخياطه وتسليم اللبن الذى عمله فى ارضه امر لازم مع قطع النظر عن العمل. غايه الامر انه يمكنه الحبس من جهه التقاص لو امتنع عن الاجره. وهو امر آخر غير تسليم العمل. ولعلمهم لما لم يتفطنوا المثال من امكان (1) تحقق العمل بدون ان يكون المعمول فيه فى ملك الموجر او المستاجر، فمثلوا بتسليم الثوب بعد الخياطه وتسليم اللبن. والحق انه لا بد من تحقيق امكان تسليم العمل بدون ملاحظه المحل، والقول به. مع قطع النظر عن المحل سواء وقع فى ملك الموجر او المستاجر فذلك قد خفى عليهم فلا بد من تصوير التسليم فى مالم يكن قائما بملك احدهما، وفى ما يكون قائما بملك احدهما مع قطع النظر عن المحل. وقد ظهر مما ذكرنا فى المقدمه الثانيه ان العمل اذا كان من التوقيفيات التى قصد بها النياحه وتم بنيه كونه للمستاجر فلا يبقى معنى لعدم التسليم، بل يصير ذلك بمنزله (التلف بعد الاجل) فلا يبقى شىء حتى يصير مورد التسليم. بل انا تسلم بالاتمام واما اذا كان من غيرهما مما يكون المقصود منها حصول الاثر فى شىء خارجى فلا يتم التسليم الا بتسليم العين التى اقام بها الاثر، او بعدم رجوع الموجر عن الاهداء بجهه من الجهات. فهذا يصير قولا.

ص: ٤٩٧

١- فى النسخه: (يمكن) بدل (من امكان).

بالتفصيل فى معنى التسليم. لا التفصيل فى اشتراط التسليم وعدمه. وح فنقول: بعدما عرفت فى المقدمه الاولى ان استحقاق اخذ الاجره موقوف على كون العمل بقصد يكون للمستاجر، ان استحقاقه ايضا موقوف على التسليم. وتسليم المنفعه فى العرف انما هو كونها فى محل للمستاجر بلا مانع. وهو قد يكون بنفس اتمام العمل كالعبادات الواجبه التى فعلها نيابه عنه، فان اتمام العمل على هذا الوجه لا يبقى معه وجه لاشتراط شىء آخر فى حصول التسليم، ولا يتصور مانع عن التسليم يحتاج الى دفعه، كتحصيل التخليه. بل نفس اتمام العمل نيابه عنه تسليم له. واما ما يتصور فيه مانع آخر عن كونه مخلى (كالاعمال الواقعه على الاعيان الخارجيه): فما ما كان من التخليه من جانب الموجر عدوانا - مع عدم منعه من اعطاء الاجره او لبنة المضروب فى ارضه او ارض الموجر او المباح بعد انتقال الطين الى المستاجر بتمليكه اياه او [ب] حيازه المباح وكاله عنه - فح يضمن [اما] العين لو تلفت، واما العمل. فان شئت قلت: انه لا يستحق اخذ الاجره عليه لعدم التسليم، ولا يضمن العمل. وان شئت قلت: انه يضمنه ايضا لانه صار بالعمل بنيته ملكا للمستاجر وفوته، ولكنه يستحق الاجره عليه. ويظهر الثمره فى ما لو تفاوت عوض المثل مع المسمى فى العقد ولعل الترجيح للثانى والقول بان يرد بنفى لزوم الاجره ايضا هو اذا لم يعزم العمل. واما ما لم يكن المنع عن التخليه من جانب الموجر عدوانا - كما لو خاط الثوب وتممه ويريد التسليم على الصباح، وسرقه سارق فى الليل بدون تفريط منه - فالقول بعدم لزوم الاجره وصيروره العمل لغو (لاجل عدم الاقباض)، فى غايه البعد. فانه فعل فعلا محترما بعقد لازم ولم يحصل منه تفريط. فهو ظلم صريح واجحاف فضيح. فالصواب ان يقال: ان استحقاق الاجره يتوقف على تسليم العمل ولكن بمعنى ان يتم العمل بقصد كونه للمستاجر مع التخليه وعدم الموانع العدوانيه من قبل الموجر. سواء كان عدم المانع باعتبار عدم امكان تحقق المانع (كالعبادات المذكوره) او باعتبار عدم حصوله من الموجر ان امكن تحقيقه. فيبقى صورته عدم التسليم الموجب لعدم استحقاق الاجره فى ما امكن وجود المانع من قبل الموجر عدوانا. وانما قيدنا بكونه عدوانا، احترازا عما حبس لاجل مماطله المستاجر فى

الوفاء بالاجره. فظهر ان قول المفصل لا يصح على الاطلاق حيث قال (ان كان فى ملك المستاجر فلاحاجه الى شىء آخر غير اتمام العمل، بخلاف ما لو كان فى ملك الموجر) اذ قد عرفت انه لا يتم فى الثوب المخيط اذا حبسه عدوانا. نعم يتم فى مثل تطيين سطح بيته الساكن فيه. وكذا لا يتم اذا كان فى ملك المستاجر وتحت يده ولكن منعه الموجر عن التصرف فيه، كاللبطن المضروب فى ارض المستاجر. مضافا الى كون حصره غير حاصر للعبادات الواقعه نيابه عن المستاجر. وكذلك القول الاخر (اعنى اشتراط شىء وجودى آخر غير اتمام العمل) لا يصح مطلقا. لتخلفه فى العبادات المذكوره.

الرابعه: ان دعوى الغبن تجرى فى الاجاره. بل فى ساير العقود كالصلح والمزارعه وغيرهما، ولا يختص بالبيع. ممن صرح به المقداد فى التنقيح، قال (هذا الخيار ثابت فى كل معاوضه ماليه محضه. كالبيع والمزارعه والمساقات والصلح وغيرها من المعاوضات الماليه عوضا). فالعلقه هو اشتراك الكل فى نفى الضرر. وفى الدروس ايضا تصريح بثبوتها فى الصلح. وفى آخر كتاب الوقف منه ايضا بثبوتها فى الاجاره وفى اواخر قواعد الشهيد قال (اما خيار الغبن: فيمكن الحاقه بالصلح والاجاره، وكذا خيار الرؤيه. بل وبالمزارعه والمساقات. وخيار العيب يدخل فى الجميع. اما الارش فيختص بالبيع، ويحتمل دخوله فى الصلح والاجاره).. وقال الشهيد الثانى (ره) فى الروضه فى كتاب الصلح (فى ثبوتها وجه قوى لدفع الضرر المنفى الذى يثبت بمثله الخيار فى البيع) واختار اجرائه فى الصلح فى المسالك ايضا.

الخامسه: المشهور عندهم - على ما نسبه فى الروضه اليهم فى كتاب البيع - ان خيار الغبن لا يسقط، سواء كان من الغابن او المغبون، وسواء كان مخرجا عن الملك كالبيع والعتق، واما مانعا عن الرد، كالاستيلاذ فى الامه. الا ان يكون المغبون هو المشتري واخرجه عن ملكه او فعل ما يمنع من الرد كالاستيلاذ، لعدم امكان الرد. واورد عليهم الشهيد (ره) فى اللمعه فى هذا الاستثناء، للزوم الضرر على المشتري ح فى صورته الجهل بالغبن او بخياره، مع ان الحكمه فى الكل رفع الضرر. فيمكن ان يكون له الفسخ مع رد المثل او قيمه. للجمع بين الحقيين. وكذا فى صورته التلف كما لو كان المتصرف هو المشتري والمغبون هو

البائع. فاذا فسخ البائع يرجع الى المثل او قيمه. وقويه فى الروضه وقال (لكنى لم اجد به قائلًا) يعنى غير الشهيد، ثم قال (نعم لو رجع اليه بفسخ او اقاله او بموت الولد، جاز الفسخ ان لم يناف الفور). اقول: ويرد عليهم مضافا الى ما اورده الشهيد (ره) ان هذا الكلام لا- اختصاص له بما كان المغبون هو المشتري. بل يجرى فى ما كان المغبون هو البائع وتصرف فى الثمن كذلك. لان العله هو عدم التمكن من الرد، موجوده فيه ايضا. ولهذا [قال] فى المسالك - بعد ما ذكر كلام المحقق حيث قال: لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك او لم يمنع مانع من الرد كالاستيلاء فى الامه والعتق - (وهو يتم اذا كان التصرف المخرج من ذى الخيار، فانه لا- يمكنه رد العين المنقله عنه. واما الاخر فيمكنه الفسخ ح والرجوع بالمثل او قيمه على من نقل العين) وبهذا صرح جمع من الاصحاب ولكن يرد على هذا ايضا ما اورده الشهيد عليهم، فان فى صورته جهل المغبون يلزم الضرر عليه. سواء كان بايعا او مشتريا. فالتحقيق ان يقال: اذا بنينا على ان التصرف بعد العلم بالغبن دال على الرضا ومسقط للخيار وهذا الكلام (١) انما هو فى صورته [العلم فقط] فيدخل جميع الاقسام تحت لزوم الضرر ولا مسقط له. فيسلط على الفسخ بقاعده الضرر على اخذ المثل، او قيمه بقاعده الاتلاف.

السادسه: هل يمكن نقل العمل الذى فعله المكلف لنفسه او لغيره الى شخص آخر؟. الظاهر نعم فى الجملة. اما جوازه فى غير العبادات: فيمكن فرضه فى مثل ما قدمناه من حكاية تنقيه النهر. فان من آجر نفسه لشخص يوما باجره معينه واتم العمل، ثم جائه آخر واراد منه استيجاره لتنقيه ذلك النهر يوما، وله (٢) فى ذمه الموجر دين يساوى اجره يوم لهذا الطالب، وهو يريد الخلاص من دينه فيجيبه عند المستاجر الاول ويستقبله مما عمل له الاجاره، ويقلبه (٣) ايضا، ويجعله فى عوض دينه. ولكن هذا ليس من باب الاجاره بل هو معامله .

ص: ٥٠٠

١- وفى النسخه: وان الكلام...

٢- وفى النسخه:.... ذلك النهر يوما. وكذلك فى ذمه الموجر...

٣- فى النسخه: ويقبله.

اخرى ومعاوضه بنقل شىء (١). بل هذا ليس من باب نقل العمل، لعدم امكانه، لانه عرض زال. بل انما هو نقل لاثره. وهو الكيفيه الحاصله منه فى الجسم، التى تنتقل بتبعيه ذلك الجسم. كاللبن المسطوح فى ارض الموجر. لعدم انتقاله الا- بذلك. فانتقال الجسم بتبعيه نقل الاثر، لانه المقصود بالذات، وان كان الجسم هو الاصل فى قوام ذلك الاثر. وفى مثل تنقيه النهر انما ينتقل الاثر وهو كون قطعه من النهر منتقى بعمله. اى الكيفيه الحاصله للنهر بسبب عمله. اذ قد حصل له بايجاد هذه الكيفيه حق الانتفاع بها لحصولها على وجه قدم (٢). فيصح نقله الى الغير، ولا دليل على بطلانه. لعمومات الادله. ويظهر من ذلك جوازه اذا فعل هذا العمل لنفسه، بطريق اولى. واما فى العبادات: فهى اما مما فعله لنفسه او لغيره. وما فعله لغيره اما وقع على وجه النيايه تبرعا او بالاجاره.. او فعله واهدى ثوابه اليه. وكذلك ما فعله لنفسه اما ان يكون من باب قضاء ما تركه او من الاعمال الابتدائيه، كالنوافل وقراءه القرآن.. فاما ما كان من قبيل ما فعله بقصد الاجاره نيايه عن الغير كقضاء الصلوه والصوم والحج، المحتاج الى نيه النيايه: فلا يجوز النقل. لانه بمنزله اداء دين الميت، او الحى فى ما امكن كالحج عن العاجز، وصلوه الزياره التى وجب عليه. فلا معنى لاستقاله المستاجر فى ذلك، ويكون العمل وادائه للمنوب عنه نيايه، وان لم يود اليه الاجره. بل انما يستحق الاجره، والحى يتبدل حق الله عليه بحق الناس. وحق يواخذ الله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجره (٣). وكذلك ما فعله قضاء عن نفسه. فانه ايضا وفى به دين الله، فلا رجوع و [لا] نقل فيه. (٤) واما ما فعله واهدى ثوابه الى الغير: فلا يخل اما ان يكون على وجه الاجاره، او بدونها. اما الاول: فكما لو استاجر لاجل ان يقرأ القرآن على راس قبر ميت المستاجر، فان هذا .

ص: ٥٠١

- ١- عباره النسخه: بل هو معامله اخرى ذات معاوضه باقل شىء.
- ٢- كذا.
- ٣- عباره النسخه: وحق آخر الله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجره.
- ٤- وفى النسخه: ولا الرجوع والنقل فيه.

ليس من باب الاستيجار لفوايت صلوات الميت. بل هو استيجار لعمل مباح له ثواب ويريد المستاجر ان يفعله الاجير بنيه ان يكون ثوابه لميته ويهدى ثوابه اليه. فان هذا جائز، والظاهر انه لاخلاف فيه كما يظهر من التذكرة قال فيها: يجوز ان يستاجر الانسان غيره لقراءه القرآن على رأس القبر مده. كما يجوز الاستيجار للاداب او تعليم القران. وقد سبق انه يجب عود المنفعه الى المستاجر. فان ذلك شرط فى صحه الاجاره. وهنا يجب عود المنفعه الى المستاجر او ميته. فعندنا ان ثواب ذلك يصل الى الميت اذا نوى الاجير ذلك. خلافا للشافعيه، فانهم قالوا (المستاجر لاينتفع بان يقرء الغير) ومشهور عندهم ان الميت لا يلحقه ثواب القرائه المجرده. فقالوا لما قرروا جواز الاستيجار: لايد من انتفاع الميت بالقرائه وفيه طريقان: احدهما ان يعقب القرائه بالدعاء للميت، فان الدعاء يلحقه. والدعاء بعد القرائه اقرب الى الاجابه واكثر بركه. والثانى انه لو نوى القارئ بقرائته ان يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن لو قرأ ثم جعل ما حصل من الاجر له، فهذا دعاء بحصول الاجر للميت، فينتفع الميت. انتهى كلامه ره. فهذا ايضا يوجب ثبوت الثواب للميت، ولا يمكن الاقاله ولا يمكن الرجوع. وان لم يود الاجره. بل وانما يثبت له استيفاء الاجره، كما تقدم. واما الثانى يعنى مالم يكن على وجه الاجاره: فان كان تكليفه ذلك العمل كصدقه مجهول المالك او اللقطه مع الضمان، فيمكن فيه النقل. كما ورد فى الاخبار. (١) لكن الظاهر انه ايضا ليس من باب نقل العمل. بل انما هو نقل لاثره وهو الثواب، فكانه عاوض الثواب الذى قصده للمالك بتصدق ماله، بما يغرمة للمالك، وان لم يكن تكليفه ذلك. واما فعله تبرعا: (٢) فالظاهر عدم جواز النقل لا لنفس العمل ولا لثوابه. اما الاول فظاهر لعدم امكانه بالذات وعدم حصول النيه فى العمل. واما الثانى فلانه بمنزله تلف الهديه. واما ما فعله من الاعمال المندوبه الابتدائيه لنفسه كقراءه القرآن والصلوه والصوم: فالظاهر جواز النقل فيه بعد العمل. ولكنه ايضا نقل الثواب لا العمل فهو يدعو ويسأل الله ان .

ص: ٥٠٢

-
- ١- وسايل: ابواب اللقطه، الباب ٢ ح ١، ٥، ١٤. والباب ١٨ ح ١.
 - ٢- عبارته النسخه:.... وان لم يكن تكليفه ذلك ولكن فعله تبرعا...

يجعل ثواب ما فعله للغير. ثم ان الاشكال باق فى جواز اخذ العوض فى صورته (١) امكان النقل بعد العمل. اذ غايه ما ثبت من ادله اخذ الاجره انما هو فى صورته الاستيجار اما فى خصوص النيايه فى الفعل كالحج والصوم والصلوه، او فى مثل قراءه القرآن للميت بقصد ان يكون الثواب للميت وان لم يقصد النيايه. كما يشعر عبارته التذكرة بان مذهبنا. ويمكن الاستدلال على جواز التعويض فى الثواب ونقله بعد العمل فى ما جوزنا فيه ذلك بعنوان المعاوضه، بعمومات (اوفوا بالعقود) وغيره. ويستأنس له بالروايات الوارده فى اللقطه (٢) وغيرها مما دل على انه لو تصدق بها مع الضمان ثم جاء صاحبها وطالب المال فيعطيه وينتقل الثواب اليه.

السابعه: اذا اجرينا الغبن فى الاجاره وفسخ الاجاره، ففى معنى الرجوع الى المنفعه خفاء. لكون العمل من الاعراض التالفه. فيمكن فرضه فى ما قام بعين فالرجوع الى الاثر الحاصل منه فى الخارج، كالهيهه الحاصله من الخياطه فى الثوب ومن عمل اللبن فى الطين. واما فى مثل العبادات فلا يمكن الا بالرجوع الى الاثر المترتب عليه من الثواب وهو ليس فى يد المستاجر حتى يرجع اليه. فالرجوع فيه انما هو الى الله تعالى وسواله بان ينتقل مقرر للعمل من الثواب الى الموجد. بل ويشكل فى الصوره الاولى اذا كان العين التى قام بها الاثر، ملك المستاجر. او صار ملكا له بتبعيه نقل العين من ملكه اليه، او حيازه المباح بنيتة. ويمكن ان يقال: ان المنفعه فى معنى التالف فى البيع ولا يمكن الرجوع اليها بعينها. فيرجع الى المثل او قيمه. والاقرب المثل..

الثامنه: اختلفوا فى فوريه خيار الغبن. نظر الى الاستصحاب واصاله عدم الفوريه، والى ان الاصل فى العقود اللزوم خرج عنه موضع الوفاق وهو الفور، وبقي الباقي (٣). وان وضع هذا الخيار لدفع الضرر وهو يحصل بالفور. ولا يبعد ترجيح الاخير. نعم لو جهل بالخيار او بفوريته فلا يسقط بالتاخير، كما كان له عذرا آخر فى الاظهار (مثل كونه محبوسا او خائفا او لغيبه الغابن وعدم امكان الوصول اليه والى ولى وكيله او وليه. او تعسره) من الاعذار. وكذلك اذا .

ص: ٥٠٣

١- وفى النسخه: فى شؤب..

٢- المرجع، الاحاديث.

٣- عبارته النسخه:... الاصل فى العقود اللزوم خرجنا عنه فى وضع الوفاق وهو الفور وبقي الباقي.

اختلفا فيه ولم يمكن الرجوع الى الحاكم.

التاسعه: قد اشرنا سابقا الى ان عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف. انما هو اذا كان جاهلا به. واما اذا علم به وتصرف فيسقط الخيار. ولكن لا بد ان ينه على ان التصرف الحاصل بعدم العلم بالغبن، هو التصرف الذى ذكره فى مسقطات الخيارات. والتحقيق فيه انه هو التصرف الدال على التزام العقد وايجاب له لا مطلق التصرف. والمعيار فيه اما حصول القطع باراده الالتزام، او صدور فعل منه لا يصدر فى العرف والعادة الا ممن يلتزم الملك. كتقبيل المسلم للامه او وطبها، ونعل الفرس، وامثال ذلك. وان لم يوجب العلم بذلك فى نفس الامر. فلو ادعى السهو او الخطأ فلا يسمع الا بالبينه او ما يقوم مقامها. وكذلك لو ادعى الجهل بان مثل هذا التصرف موجب للالتزام ومناف لدعوى الغبن. مضافا الى الاشكال فى معذوريه الجاهل فى مثل ذلك. اذا تمهد لك هذه المقدمات فنرجع الى المسئله ونقول: اذا ظهر للاجير غبن بعد عقد الاجاره، فاما ان يكون الاطلاع بعد اتمام الحج او قبله. فان كان بعد اتمام العمل. فالظاهر ان له ان يفسخ الاجاره ويرجع الى العمل. ولما حصل فيه التسليم يقتضى ما ذكرناه فى المقدمه الثالثه، من ان التسليم فى مثل ذلك هو اتمامها بنيه المستاجر. فلا تقصير من جانب الموجر. ولما كان العمل تالفا ليس له وجود فى الخارج ولم يبق منه اثر فى الخارج (كالعمل المتعلق بالاعيان كالخياطه و علم اللبن) فيرجع الى المثل او قيمه. كما مر فى المقدمه الخامسه من اقتضاء عله الضرر ذلك. وان كان مامر فى المقدمه هو العجز عن الرد وهذا من باب العجز عن الاسترداد. فلو فرضنا كون العمل مثليا - فلا - يمكن تحصيله فى هذه السنه بان يجعله الموجر لميته ولو فرضنا كونه بعنوان الاطلاق لا المباشره بنفسه. لانقضاء ايام الحج - فالحكم فى المثلى حين عدم التمكن منه، الرجوع الى قيمته يوم اعواز المثل. لا يقال (انه يمكن الغرامه بحج مثله فى السنه الاقيه). لانا نقول: كيف يمكن استحقاق المستاجر لاجره من الموجر و ابقاء عوضه عنده الى السنه الاقيه والمفروض ان المعامله حاله لا - موجه. فيؤل الكلام الى اعواز المثل. والظاهر ان يقال: ان العمل ليس بمثلى. سيما الحج لتفاوت الاعمال بالنسبه

الى الاشخاص والاوقات والسنوات، فربما يصير الحج في القابل من باب الاضطرار، او الفاقد لكثير من افعال الحج. او يصير احسن من هذه السنه. فهو من القيميات. فلانما عن الرجوع الى قيمه. وليس قيمته الا اجره مثله.. ثم ان هنا دقيقه لا بد ان ينه عليه: وهو ان المعترف في قيمه القيمي يوم التلف، و [في] قيمه المثلى يوم اعواز المثل، هو قيمه قبل التلف والاعواز. والا- فقد يتفاوتت قيمه في الانين. ويظهر الثمره في مانحن فيه. اذا لو اعتبرنا قيمه العمل حين التلف وهو آن الاثمام، فلا قيمه للحج. سواء كان قيميا او مثليا. فلا بد من اعتبار قيمته قبل انقضاء ايامه وقيمه مثله كذلك. فحصل من جميع ذلك ان المعيار هو قيمه مثل الحج الذى فعل، او هو اجره مثله. هذا كله اذا كان المستاجر حاضرا وتوافقا على الغبن او ترافعا عند الحاكم وحكم به. وان كان المستاجر غائبا، فان رضى الموجر بالغبن فلا كلام. وان لم يرض به فيرجع الى الحاكم ويصح حكمه على الغائب ان ثبت عنده. والغائب على حجته. فيحكم الحاكم بعد ثبوت الغبن وفسخه باستحقاق اجره المثل حتى يحضر الغائب ويأتى بحجته. وان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهذا من الاعذار فى تاخير دعوى الغبن. كما مر فى المقدمه الثامنه. (1) فيبقى على دعويه حتى يمكن حضور المستاجر او يتمكن من الحاكم. ثم: بعد ثبوت الغبن والحكم بجواز الفسخ، فاذا فسخ المغبون فيستحق المستاجر الاجره المسماة و الموجر اجره مثل الحج. فاذا ترادا فيرجع الاجره المسماة واجر المثل التى هو عوض العمل الى الموجر. ويقاص الموجر (2) الاجره المسماة (ان اخذها قبل الحج) عن بعض اجره المثل وياخذ الباقي. فيقع الاشكال فى برائه ذمه المستاجر وميته عن الحج. فمن حيث ان العمل رجع الى الموجر بالفسخ (وانما اخذ اجره المثل لعدم تمكنه من رد العمل) فيشكل وقوعه عن المستاجر والميت. ومن حيث انه صار معاوضه ثانيه [و] اعواض العمل بعد الفسخ باجره المثل، يمكن القول بوقوعه عنه. لانه عقد معاوضه ولا دليل على بطلانه، لعموم (اوفوا بالعقود) و (الا ان تكون تجاره عن تراض منكم)..

ص: ٥٠٥

١- وفى النسخه: الثانيه.

٢- وفى النسخه: او يقاص الموجر...

سيما والمفروض وقوعه بينه المستاجر في ظاهر الشرع. بمقتضى العقد اللازم. فهو محكوم في ظاهر الشرع بكونه للمستاجر ولميته. بل ولو كان مغبونا في نفس الامر و عجز عن الاثبات وكان المستاجر جاهلا بغيبه. فقد عمل بتكليفه ووفى بما امره الله فيجزى عنه وعن ميته. نعم ان كان المستاجر عالما بالغبن ح (اي حين العمل بالتكليف وهو زمان الاستيجار) [و] منعه حقه فلايجزى عنه في نفس الامر ولا- عن ميته. لانه كان ح مع العلم [بالغبن] (١) يقصد ان يرضى الموجر بعد اطلاعه على الغبن وعدم رضاه به وقيمه على العمل على هذا الوجه. فلو اقامه على العمل بقصد ان لايرد عليه عوض عمله لو اطع واراد الفسخ، فهو غاصب للعمل. ولا يحصل الامتثال بمثل ذلك. نعم لو كان في الاول قاصدا لذلك (٢) وطء خيال المنع بعد تمام العمل، لكان للاجزاء عن المستاجر وميته، وجه. لانه كان ذمته مشغوله باجره المثل. وكذا لو جهل حين الاجاره وحصل له العلم بعد اتمام العمل ومنع عن حقه. بل وكذا لو كان عالما وقاصدا للمنع حين الاستيجار وطء له الرضا بتسليم اجره المثل بعد التمام. وحاصل الكلام: [ان] ثبوت الحج للمستاجر (٣) وانتقاله اليه، اما يرجع الى اتمام نقص ما حصل من العقد الاول، او الى معاوضه جديده. ولما كان الغالب (في الفسخ بسبب الغبن) هو الرجوع الى عوض الحج، يرجع الى اخذ الارش، حيث كان العوض من النقود. فيرجع الى رضاء الموجر باخذ التفاوت وان يكون العمل للمستاجر، وان لم يكن اخذ الارش من مقتضيات الغبن. وح فيبقى العمل بما له للمستاجر بالعقد الاول. اما لو كانت الاجره المسماة لها خصوصيه، مثل ان يكون ضيعه او عبيدا ويكون مطلوبا للمستاجر، فينحصر المناص في الرجوع الى المعاوضه الحاصله بعد العمل. بان يعطيه اجره المثل بتمامه من الخارج ويتملك الحج. وقد ذكرنا ان الاظهر اجزائه عنه وعن ميته. .

ص: ٥٠٦

- ١- وفي النسخه: مع العلم مطلقا، توضيح: لعل احد النساخين غيره نظر الى الصوره الاتيه بقوله (نعم لو كان قاصدا في الاول لذلك) ولكن ليس في محله.
- ٢- اي قاصدا ان يرد عليه عوض عمله.
- ٣- في النسخه: في ثبوت الحج للمستاجر.

بخلاف ما لو كان احد حج لنفسه ندبا، ثم اراد نقله الى الغير. فانه لا دليل على كفايه ذلك عن الحج الذى وجب على الميت. اذا لدليل انما دل على وجوب الاستيجار عنه واتيان الفعل نيابه عنه، الا- ان يتبرع. نعم يمكن نقل الثواب كما دل عليه اخبار التصديق فى اللقطه وغيرها. كما اشرنا اليه فى المقدمه السادسه. وربما توهم ان اخبار اللقطه لايناسب المقام حتى يستدل به على جواز معاوضه ثواب العمل. لانه المالك لم يعمل مايجب الثواب حتى ينقله الى الملتقط ولكنه مراعى بعدم رضا المالك. فاذا رضى به فى عوض ماله، فيكون الثواب له. وايضا يمكن الاشكال فى (نقل الثواب بعوض) من الاصل. لعدم العلم بحصوله ولا مقداره. لامكان عدم تحقق شرايطه ووقوعه على الوجه المطلوب، او خبطه بعصيانه، او نقصه بسبب نقص بعض شرايطه. فيكون من باب معامله السفهاء. لاستلزامه الغرر والجهاله. وفيه: ان المقصود من الاستشهاد باخبار اللقطه، هى مجرد جواز نقل الثواب بعد العمل. ولا يمكن انكار دلالتها عليه. اذ لا يخفى ان الملتقط انما تصدق نيابه عن المالك وفعل فعلا يوجب فى ماله. لانه بقصد تملك المال لنفسه ثم يتصدق. والا لم يتبين وجه لجعل التصديق قسما ثالثا من الاقسام المذكوره فى اللقطه بعد التعريف. اعنى تملك الملتقط لنفسه، او ضبطه المال امانه لصاحبه، او التصديق عن المالك مع الضمان. اذ يندرج التصديق اذا كان من الملتقط لنفسه مراعى بعدم رضا المالك به فى القسم الاول. اذ من يملك مالا فهو مختار فى وجوه التصرف. فالمغايره انما يحصل بان ينوى التصديق به عن مالكة بدون قصد تملكه لنفسه. ففاعل الثواب وان كان هو نفسه، لكن لا لنفسه بل للمالك مراعى بعدم ظهور عدم الرضا من المالك ومطالبته للمال. لانه فعله لنفسه مراعى رضا المالك بان يكون الثواب له. فح يصير الثواب للمالك. وهو واضح. نعم للملتقط ثواب لنفسه من جهت ارتكاب هذه النيابه. كما فى استيجار العبادات فان من فعل العباده نيابه عن ضامن الاجره [قد] عمل [عملا] يمكن رجحانه، يترتب الثواب عليه. ولذلك يصححه. ولكن لادخل له فى ما نحن فيه وهو ترتب الثواب على نفس العمل من حيث هو. لالفعله نيابه عن غيره. وهو نظير الزراعه والتجاره والخياطه ونحوها. فالاستشهاد بتلك

الاجبار انما هو لبيان امكان نقل الثواب بعد العمل. ولا فرق في ذلك من كون الثواب لصاحبه مستقرا او متزلزلا. واما توهم لزوم الغرر والسفاهه في نقل الثواب: فهو اوضح فسادا. لاستلزامه بطلان الاستيجار للحج المندوب (والزيارات وتلاوه القرآن وامثالها، وهو واضح البطلان) لكون حصول الثواب فيها مجهولا، وكذا مقداره مع الحصول، ولا ريب ان مراد المستاجر من هذه الاعمال انما هو الثواب، لانفس العمل من حيث هو، كما قد يكون مطلوبات في الواجبات لترتب الثمره عليها باسقاط القضاء ورفع العقاب وان لم يوجب الثواب. فح يكون الاستيجار في المستحبات سفاهه ومتضمنا للغرر. وهو باطل جدا. والاصل في ذلك ان الشارع سن افعالا - حسنه وجعل لماهياتها من حيث هي ثوابا ووعد ايصاله الى فاعلها، وهو لا يخلف وعده، وافعال المسلمين محموله على الصحه، فهو يستاجر الاجير لذلك العمل على الوجه الصحيح المستلزم لذلك الثواب، وهو لا ينافى عدم حصول الثواب او نقصانه عن القدر المقرر للمهيه، وهو بمنزله ظهور العيب في المبيع، فاذا ظهر العيب في الدنيا فيعامل به معامله العيب ولا سفاهه فيه، وان لم يظهر الا في الاخره فعلى الاجير ايضا غرامه العيب اما باستيفائه عن الاجير من ساير اعماله ان كان له عمل. او بتحملة او زار المستاجر ان لم يكن. وبالجملة: اشتراط معلوميه الثواب في المعاملات، مفايده اكثر من ان يحصى، منها لزوم كون التصديق سفاهه، لعدم حصول العلم بالعوض، ومقداره، وقدر رأيت في كلماتهم الاستدلال على لزوم عقد الصدقه بانها هبه عوض عنها، فالمعيار هو ظاهر الحال، والله اعلم بحقايق الاحوال. هذا كله اذا كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان قبله فان كان قبل الشروع في العمل، فان حضر المستاجر وتوافقا على الغبن والفسخ او على الرضا بالغبن، فلا كلام. والا فيرجع الى الحاكم فان ثبت عنده يحكم بالخيار، والغايب على حجته. فان حضر الغايب واقام الحجه عليه - مثل جرح الشهود على الغبن، او اثبات شرط اسقاط الخيار، او صلحه - فان كان

ذلك قبل الحج فيلزمه بالحج ويسترد منه عوض ما بنى (١) من العمل لنفسه وان كان من باب قطع المسافه. وان كان بعده، فان كان الحج مشروطا بتلك السنه، او مطلقا ينصرف اليه، (٢) فيبطل الاجاره ويرجع [المستاجر] الى اجره مثل الحج في تلك السنه، ويبقى ذمه المستاجر او ميته مشغوله. لعدم امكان نقل ما عمله لنفسه او لغيره، الى المستاجر، كما مر، وان كان مطلقا (٣) فعليه ان ياتي به في القابل. فان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهو مأمور بالانتماء له في ظاهر الشرع لاصاله لزوم العقد، فلا يمكنه الفسخ في ظاهر الشرع وترك الحج، وهذا من الاعذار في تاخير دعوى الغبن، ثم هو باق على دعويه بعد التمكن من الوارث او الوصى او الحاكم. وما قد يتوهم من (عدم صحه التمسك باصاله اللزوم لانه انما يتم في ما شك في ثبوت خيار الغبن وعدمه واما اذا بنى على ثبوت خيار الغبن في الاجاره فلا معنى لاصاله اللزوم) فهو فاسد، اذ مرادنا ان [اصاله اللزوم] بعد قبول دعوى الغبن جاريه في الاجاره. [لانا] نقول ان مجرد ظهور الغبن للاجير لا يضر باصاله اللزوم، لان الاصل عدم ثبوت خيار الغبن، لان الاصل في العقود اللزوم، فان الحكم بالخيار موقوف على اثبات سببه في الخارج، وان سلمنا ثبوت الخيار في اصل العقد، فاذا باع زيد فرسه بعمره، ووقع التسليم من الطرفين، فيحكم بمالكيه زيد للثمن وعمره للفرس، ولا يجوز لزيد بمجرد حصول العلم له بالغبن ياخذ الفرس، حتى لو كان عمرو غائبا والفرس في داره، جاز له اخذ الفرس ولو كلائه ونوابه المنع عن ذلك حتى يثبت ذلك عند الحاكم، وما ذكره من عيوب الرجل والمرأه انه لا يحتاج الى المرافعه الى الحاكم الا في دعوى الغبن، معناه انه لا يكفي اتفاق الزوجين في ثبوت الغبن في التسلط على الفسخ بدون المرافعه. بخلاف ما لو اتفقا في سائر العيوب فان الفسخ لا يحتاج هنا الى المرافعه. وفي صورته اختلافهما في ساير .

ص: ٥٠٩

١- ما بنى - انه ما ياتي - : لا يكاد يقرء في النسخه.

٢- اى ان كان الحج مشروطا بتلك السنه او غير مشروط بها ومطلقا، ولكن ينصرف اطلاقها بتلك السنه، - والاصح في ضمير (اليه) تانيته، اى: اليها.

٣- اى مطلقا لا ينصرف بتلك السنه.

العيوب ايضاً يحتاج الى المرافعه، والمحتاج الى المرافعه فى ما نحن فيه انما هو اثبات الغبن لا التسلط على الفسخ فان اتفاق الطرفين فيه كاف من الخيار. و الحاصل: ان فى صورته ظهور الغبن قبل تمام العمل وبعد العجز عن الاثبات لعدم حضور الوارث او الوصى او الحاكم، فهو معذور ومأمور بالاتمام. فيفعله للمستاجر مراعاة باثبات الغبن وعدمه، ثم يحكم على مقتضاه بعد التمكن. وهل يجوز للحاكم فى غيبه المستاجر ان يصلح عن الغائب فى دعوى الغبن بعد ثبوته، بشيء ولو بقرض فى ذمه الغائب، - يجعله فى ذمته ليكون الحج له فى تلك السنه اذا رآى المصلحه فى ذلك، نظر الى ان ذلك الحج حق من حقوق الغائب وفى معرض الزوال، فكما انه ولى الغائب فى حفظ ماله فهو ولىه فى حفظ حقوقه. فيجوز صرف بعض امواله لمحافظة بعض اخر اذا رآى المصلحه فيه، فكذا فى محافظه حقه -؟. الاظهر ذلك، وهل يجب ام لا؟ -؟ الاظهر العدم. نظرا الى عدم وجوب الاصلح، ثم: هل يجوز ذلك لعدول المومنين مع تعذر الحاكم؟ الاظهر ذلك، لانه احسان و (ما على المحسنين من سييل) ومعاونه على البر والتقوى. والاظهر ان هذا الكلام يجرى فى صورته الاولى ايضاً، اعنى ما كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان الاطلاع بعد الشروع فى العمل والاتيان. بشيء منه، فالكلام فى الرضا بالغبن او الفسخ مع حضور المستاجر او مع المرافعه الى الحاكم فى غيبته وغير ذلك، مثل ما مر، ولكن الاشكال العظيم فى استرداد العمل، والامر فى ما بقى فى زمان يمكنه الاتيان بالحج بعد الفسخ، اسهل، كما لو اطلع على الغبن فى اثناء طى المسافه مع دخوله فى الاحرام، او بعد شيء من اعمال الحج، يمكن بعد الفسخ استيناف حج بتمكنه (1) من الرجوع الى الميقات. فيفسخ ويرجع بعوض مافعل (لعدم امكان استرداد عين العمل او مثله، لما مر) ويستأنف الحج لنفسه او ينوب عن غيره، ويبقى ذمه المستاجر مشغوله بالحج. واما لو ظهر الغبن بعد ما اتى بمعظم افعال الحج ولم يبق الباقي الاعمال قابليه الانتفاع لاحد منهما، فالقاعده تقتضى استحقاقه لاجره مثل ما عمل، ويبقى الاشكال فى الباقي، .

ص: ٥١٠

١- وفى النسخه: تمكنه.

ويمكن القول بانها بمنزلة اتمام العمل، لانه يجب عليه اتمامه، اذ ليس باقل من الحج المندوب الذي يجب بالدخول فيكون بمنزلة ما اتم العمل وسلمه ولا يمكن استيفائه الا باجره المثل، وح فيصير الحج كله للمستاجر ويبرء ذمته ويستحق الاجير اجره مثل الجميع. وذلك لان مقتضى وجوب الاتمام ان يكون للمستاجر بملاحظه اول الدخول في الحج. ويمكن القول بانها يجب عليه الاتمام لنفسه حيث فسخه. يعني يكون الباقي لنفسه والماضي يكون للمستاجر. لان الموجه اخذ عوضه فيستحق من اجره المثل ما قابل الذي فعله قبل الفسخ. ويبقى ذمه المستاجر مشغوله لعدم حصول اتمام الحج له، وانما يكون للموجه ثواب الاتمام، لانفس الحج، لان الماضي منه انتقل الى المستاجر بالعوض. ولعل الثاني اوفق بالقواعد.

سوال: ۲۶۰:

سوال: ۲۶۰: هر گاه کسی چاروائی کرایه کند برای سفری، و آن شخص بیمار شود، تسلط فسخ دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: عذر مستأجر به تنها منشأ تسلط بر فسخ نمی شود، چنانکه تصریح کرده اند در اجاره دکان در وقتی که متاع و مایه مستأجر تلف شود و نتواند در آن دکان عمل نماید، بل هر گاه عذر عام باشد، مثل خوف راه از برای هر دو یا برف مانع شود، در آن وقت هر یک مسلط بر فسخ هستند.

سوال: ۲۶۱:

سوال: ۲۶۱: هر گاه کسی مسکنی را اجاره کند، یا کاروانسرای، یا اجیری را، جایز است که به غیر اجاره دهد [به] زیاده بر آنچه اجاره کرده است -؟، و آیا فرق مابین اینها و غیر اینها از اعیان مستأجره است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر چند علما فرق نگذاشته اند در همه اینها، و جمعی قایل به حرمه شده اند و جمعی قایل به کراهت شده اند به شرط این که وجه اجاره از همان جنسی باشد که به آن اجاره کرده، یا در آن تصرف واحداث حدی و اصلاحی نکرده باشد که در برابر آن، زیادتی باشد. والا ضرری ندارد. (۱) و لکن اظهر این است که فرق باشد، چون (اجماع مرکب).

ص: ۵۱۱

۱- یعنی اگر وجه اجاره از همان جنس نباشد، و یا کاری و اصلاحی در آن کرده باشد، اشکالی و کراهتی نمی ماند.

معلوم نیست. و محقق قایل به فرق است. چون در کتاب مزارعه تصریح به کراهت اجاره زمین کرده و در کتاب اجاره به حرمه مسکن و خان و اجیر، کرده. و احادیث دال بر فرق صریحا موجود است. (۱)

سوال: ۲۶۲:

سوال: ۲۶۲: اذا آجر زید دابه بعمرو الی موضع خاص ولم یصاحبه، فمرض الدابه ومات. و ادعی المالک علیه التقصیر فی المعالجه، فهل یضمن المستاجر اذا ادعی الجهل بالمرض و کیفیه العلاج -؟.

جواب:

جواب: الظاهر عدم الضمان، الا مع اثبات التفريط، لانه امین، فغایه الامر تسلطه علی الیمین فی عدم التفريط.

سوال: ۲۶۳:

سوال: ۲۶۳: شخصی زمینی را اجاره کرده به مبلغ معینی، و آب آن زمین بسیار کم شده است و نقصان بسیار به مستأجر میرسد، مسلط بر فسخ هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر ادله و فتاوی علما و صریح جمعی این است که بلی. و خلافی در نظر نیست، و این مقتضای نفی ضرر و حرج است. (۲).

ص: ۵۱۲

۱- وسایل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۱۹ و ۲۰.

۲- برای پاسخ مشروح و مستدل رجوع کنید به مسئله های شماره ۱۱۹، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۲۴، از همین مجلد.

سوال: ۲۶۴:

سوال: ۲۶۴: هر گاه کسی شخصی را وکیل کند که زن او را طلاق بگوید، و وکیل هم قبول کند، بعد از آن غایبانه به زوج بگوید که من نمیگویم این طلاق را، و خود را عزل کند، آیا بعد از آن می تواند بدون اذن جدید آن زن را طلاق بگوید؟.

جواب:

جواب: هر چند اشهر آن است که عزل وکیل خود را، موجب بطلان وکالت است، اما اظهر در نزد حقیر جواز است، نه به جهت این که گفته اند که (توکیل از باب اباحه است یا از قبیل رخصت در اکل طعام است که به مجرد رضای موکل میتوان آن امر را به عمل آورد). به علت این که در اکل طعام ونحو آن مطلق رضا کافی است وانشائی در کار نیست، چنانکه در تصرفات به شاهد حال در اراضی ومیاه، و توکیل غالباً در بیوع وانکحه وغیر آن از اموری است که محتاج است به انشائی، و اگر وکالت از جمله عقود است (چنانکه ظاهر آن است) پس آن به بطلان احد جزئین که (قبول) است باطل می شود، و اباحتی که مستفاد از عقد بر طرف می شود. و اگر گوئی: اباحه مطلق که در ضمن این اباحه خاص مستفاد می شود، باقی است. گوئیم: که جنس را بدون فصل بقائی نیست، و زوال فصل منشأ زوال جنس است، چنانکه در اصول تحقیق کرده ایم. و اگر گوئی: که قطع نظر از اباحه موجوده در ضمن وکالت، از توکیل، اباحه مطلق [را] نیز میفهمیم، و آن باقی است بعد از زوال خصوصیت. گوئیم: که

دعوی فهم این معنی از عقد وکالت، مکابره است، با آن که اذن غیر در تصرف، خود معنی وکالت است، پس اگر اذن حاصل شود در بیع یا در نکاح یا طلاق، پس نفس توکیل حاصل است. به جهت این که ظاهراً اشکالی نیست در این که توکیل به مثل (بع فرسی) و (طلق زوجتی) حاصل می شود، و احتیاج به گفتن (وکلتک) یا (انت وکیلی) نیست. بلی دعوی فهم رضا صحیح است و اما آن نه از بابت (انشاء) است، بلکه از قبیل شاهد حال است، چنانکه گفتیم، مگر این که بگوئیم: منافاتی ما بین فساد وکالت و صحت تصرف در موکل فیه نیست هر چند نه از حیثیت وکالت باشد، بنابر آن که رضا واذنی که در ایجاب وکالت معلوم می شود اعتبار دارد، گو در رضا واذن نباشد، که رفتن یکی باعث دیگری نباشد. زیرا (۱) دو حیثیت دارند و رفتن اذن از حیثیت وکالت و به علت آن که وکالت است، مستلزم رفتن از حیثیت آن که مجوز تصرف است، نیست. وبالجملة: تصرف در موکل فیه معلل نیست به قید (رضای و کالتی)، بلکه از حیثیت آن که وکالت است مقید است به رضا از حیثیت آن که رضا است، چنانکه در مسأله سابقه گفتیم، و بیان ثمرات وکالت [را] گفتیم به حیثیتی که منافات با ترتب اثرهم فی الجملة نداشته باشد که مقتضای صحت است. و به هر تقدیر: اختیار جواز نه همین (۲) از این راه است، بلکه از جهت استصحاب حکم (ایجاب) است. و بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست. و دلیلی بر لزوم مقارنه (قبول) از برای (ایجاب) نیست. و همچنین رد بعد قبول، موجب حکم [به] بطلان آن نیست. چنانکه (رد اولاً ثم القبول) نیز مانعی ندارد. پس گویا بعد از رجوع، عقد وکالت مجدداً منعقد می شود. و موبد این مطلب است آنچه مکرر در کلام علامه ذکر شده که (وکالت مثل امر است خصوصاً بنابر قول به عدم دلالت بر فور) (۳) و این کلام نیز منطبق بر اعتماد بر ایجاب است. نه بر مطلق عقد. و بعضی استشهد به عمومات اخبار نیز کرده اند. اما دلالت آن خالی از خفائی نیست. .

ص: ۵۱۴

۱- در نسخه: ولکن.

۲- تذکر: یعنی نه فقط...

۳- یعنی خصوصاً بنابر این که (امر) دلالت بر فور ندارد.

مثل صحیح هاشم بن سالم که میفرماید (الوکاله ثابتة حتی یعلم بالخروج منها، كما اعلمه بالدخول) (۱) بلکه مطلقا دلالت ندارد. به جهت آن که ظاهرا روایت بلکه صریح آن حکم عزل موکل اسات وکیل را، نه عزل وکیل خود را. به اعتبار این که اگر اراده شود از لفظ وکالت مجموع عقد، پس بلا شبهه بعد از رد وکیل و عزل او خود را، عقد منفسخ می شود بالاجماع، و تا رجوع نکند اتفاقی است که وکالت منفسخ است. پس دیگر چگونه امام علیه السلام می فرماید که (الوکاله ثابتة حتی یعلم). بلی این در صورت عدم علم وکیل به عزل موکل او را، خوب است. به این که اراده کنیم حکم عقد را واستصحاب حکم عقد را. و اگر مراد از وکالت ایجاب است مطلقا، پس آن نیز خوب است و مطابق است با آنچه گفتیم نهایت آن نیز خلاف ظاهر حدیث است. چنانکه پوشیده نیست. بلکه ظاهر حدیث بقاوی وکیل بودن وثبوت وکالت است در صورت عدم عزل او خود را (هر چند در نفس الامر موکل او را عزل کرده باشد) مادامی که عزل به او نرسیده است. نه مطلقا. و به هر تقدیر: اظهر جواز طلاق مزبور است خصوصا با موافقت نفی عسر و حرج، و سماحه مله حنیفه بیضاء والله العالم. (۲).

ص: ۵۱۵

۱- وسائل: ابواب الوکاله، باب ۱ - توضیح: این روایت از معاویه بن وهب و جابر بن یزید است. نه از هاشم بن سالم، و حدیث هاشم نیز دلالت به مطلب دارد: باب ۲ ح ۱.

۲- بیان میرزا (ره) در این مسأله به توضیحات بیشتری نیازمند است: اولاً: این همه بحث و نظریه های مختلف در صورتی است که یقین داشته باشیم مقصود موکل صرفا انجام طلاق بوده خواه مجری صیغه طلاق به عنوان (وکیل) اجرا کند یا به عنوان (مادون). و در صورت شک در چگونگی مقصود او زمینه ای بر ای جواز نمیماند. ثانياً: میرزا ادله دیگران را (که بر جواز اقامه کرده اند) رد میکنند و خود به استصحاب ایجاب) تمسک میکنند و می گوید (بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست) و می گوید (گویا بعد از رجوع، عقد وکالت مجددا منعقد میشود) که نه دلیل دارد و نه میتوان با تکیه به (گویا) حکمی داد. و استصحاب (ایجاب مردود) معنی ندارد مگر با تمسک به (اذنی) که در درون آن بوده. و این نیز مورد قبول خود میرزا نیست آنجا که میگوید (نه به جهت این که گفته اند: که توکیل از باب اباحه است یا از قبیل...). بنابر این، ایجاب خصوصیتی دارد که آن خصوصیت نیز به وسیله (رد) منتفی میشود. پس چیزی باقی نمیماند تا استصحاب شود. و به همین جهت فقهای دیگر به استصحاب ایجاب) تمسک نکرده اند. و اصل در عقود، فساد است تا صحت آنها ثابت شود. ثالثاً: بی تردید اقدام به طلاق با چنین کیفیتی با (سماحت) و (حنیفت) سازگار نیست. هر چند در موارد دیگر سازگار باشد. رابعاً: اگر مراد از (عسر و حرج) این است که در صورت منع از این فعل مردم در کارهای مختلف شان - اعم از هر معامله ای - دچار تنگنا میشوند. باید گفت اگر چنین توسعه ای به کاربرد عسر و حرج بدهیم دیگر حکمی روی موضوعی قرار نمیگیرد. و اگر مراد تنها در (خصوص طلاق زنی که شوهرش زمان مدیدی است او را ترک کرده)، در این صورت طلاق چنین زنی حکم خودش را همراه با ادله خود دارد، و نیازی به تمسک به (استصحاب ایجاب) یا به تمسک بقایای اذنی که در محتوای توکیل بوده، نیست. و نباید دو موضوع را که دو حکم جدا و ادله جدا دارند، با هم خلط کنیم. اذن عام تنها در یک صورت مفید است که در پایان مسأله شماره ۲۵۱ خواهد آمد. و آن صورتی است که وکیل با اعلام عزل خود اساس اذن را از بین نبرده باشد. علامه در قواعد حکم به صحت و جواز کرده. و در تذکره احتمال صحت داده. و در تحریر وارشاد باقول مطلق، آن را باطل دانسته. یعنی اطلاق کلامش شامل بطلان مانحن فیه نیز شده است. خامساً: در مرحله دیگر و نهائی، اصل عدم تاثیر صیغه طلاق، و نیز اصل بقای

زوجیت است. و در مرحله ماقبل این، اصالت عدم جواز قرار دارد. و قبل از آن نیز با اصالت (قصد توکیل) و (قصد خصوص توکیل در وکالت) - نه اذن و اباحه مطلق - حضور دارد. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۵۱ همین مجلد.

۲۶۵: سوال:

۲۶۵: سوال: هر گاه زید هدیه به دست عمرو بدهد که به خالد برادر او برساند. و بکر را وکیل کند که هدیه را از عمرو گرفته به قبض خالد بدهد. و قبل از ایصال و قباض هدیه، زید بمیرد و بکر هم بمیرد، آیا خالد می تواند هدایا را از ورثه بکر بگیرد؟ و آن هدایا مال خالد است؟ یا به وارث زید منتقل می شود؟

جواب:

جواب: وکالت بکر در قباض هدایا به خالد به موت زید موکل باطل می شود، و هم چنین هبه و هدیه به موت مهدی و واهب قبل از قبض، باطل می شود. و بنا بر قول به عدم بطلان هم موقوف است لزوم آن به امضا و اجازه وارث مهدی یعنی زید. و بعد از امضا و تنفیذ ورثه هبه را، باید قبض کردن خالد هم به اذن وارث باشد. و به هر حال با وجود وارث اقرب به زید از خالد، خالد را نصیبی در آنچه در نزد ورثه بکر است نمی باشد. و اگر خالد از جمله وارث باشد و در طبقه ایشان باشد، به قدر الحصه مستحق اخذ مال از ورثه بکر از باب میراث (نه از باب هبه) میباشد. والله العالم.

۲۶۶: سوال:

۲۶۶: سوال: شخصی ذمی کشتی را میفرستد نزد مسلمانی. و در هر باب او را

ص: ۵۱۶

مختار میکند. و مسلمان صرفه او را در این میداند که کشتی را به اجاره بدهد. و بعد از این که به اجاره بدهد دو حصه را آن شخص و یک حصه را خود بردارد، یا به آن که اجاره داده است خودش به یک حصه باشد (۴).

جواب:

صورت سوال: مغشوش است. اگر مراد این است که ذمی مسلمان را وکیل و صاحب اختیار کرده در امر کشتی، و مسلمان صلاح را در این دانست که کشتی را به اجاره بدهد، و بنا را به اجاره گذاشته. لکن یک حصه را خود به اجاره برداشته و دو حصه را به دیگری به اجاره داده. صحیح است یا نه؟ -؟. جواب آن این است که اظهر جواز است مگر این که در برداشتن از برای خود تهمت و ردالتی برای او حاصل شود، یا اینکه از جانب نفس خود مطمئن نباشد. یعنی هر گاه خوف این باشد که نفس او را فریب دهد که اجرت را کم قرار بدهد. [در این صورت] این کار را نکند بلکه به دیگری به اجاره بدهد. و مراد از سوال:

جواب: صورت سوال: مغشوش است. اگر مراد این است که ذمی مسلمان را وکیل و صاحب اختیار کرده در امر کشتی، و مسلمان صلاح را در این دانست که کشتی را به اجاره بدهد، و بنا را به اجاره گذاشته. لکن یک حصه را خود به اجاره برداشته و دو حصه را به دیگری به اجاره داده. صحیح است یا نه؟ -؟. جواب آن این است که اظهر جواز است مگر این که در برداشتن از برای خود تهمت و ردالتی برای او حاصل شود، یا اینکه از جانب نفس خود مطمئن نباشد. یعنی هر گاه خوف این باشد که نفس او را فریب دهد که اجرت را کم قرار بدهد. [در این صورت] این کار را نکند بلکه به دیگری به اجاره بدهد. و مراد از سوال: دوم اگر این است که بعد از آن که صلاح دانست اجاره دادن کشتی را، و اجاره را هم به غیر داد، لکن بعد خود با او شریک شد. و این معنی صورت نمیپذیرد مگر این که ثانیاً از مستأجر یک حصه را برای خود اجاره کند، یا به غیر اجاره مثل صلح کردن آن یک حصه با او از برای خود. پس جواب آن این است که هر گاه در اجاره شرط نکرده است که او به خودی خود منتفع شود، جایز است اجاره هر گاه به همان قدری که اجاره کرده است مستأجر، ثانیاً به همان [قدر به] وکیل اجاره بدهد. و هر گاه بیشتر بگیرد تفصیل دارد. (۱) و دور نیست که مکروه باشد.

۲۶۷:سوال:

۲۶۷:سوال: مسلمان می تواند وکیل شود از جانب کافر به ضرر مسلمان دیگر، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اشهر و اظهر جواز است با کراهت. (۲)

۲۶۸:سوال:

۲۶۸:سوال: هر گاه زید به عمرو بگوید که تو وکیل منی در هر چیز، صحیح است یا نه؟ -؟.

- ۱- تفصیل همان است که در مسأله ۲۶۱ بیان گردید که اگر حادثی، کاری و تغییری روی مال مورد اجاره انجام داده، می تواند به بیش از وجه الاجاره ای که خود پرداخت کرده، اجاره بدهد. وگرنه، نه.
- ۲- برای توضیح بیشتر رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۳ همین مجلد.

جواب:

جواب: هر گاه بگوید (تو وکیل منی در اموال من در خرید و فروش و هر چیز پیش آید)، صحیح است. و باید بر وفق مصلحت موکل باشد. و هر گاه بگوید (تو وکیل منی در هر امری که از برای من باشد از قلیل و کثیر)، بعضی میگویند صحیح نیست. به جهت آن که مستلزم غرر و ضرر می شود در نکاح های متعدد و طلاق های متعدد عقیب آن، و نکاح های دیگر بعد از آن و طلاق های بعد از این، بدون حاجت و هکذا... و بعضی میگویند صحیح است. به جهت آن که چون امر وکیل باید که منوط به مصلحت باشد اتفاقاً، دیگر این ناخوشیها لازم نمی آید. (۱)

۲۶۹:سوال:

۲۶۹:سوال: هر گاه کسی به سفر برود و بگوید که زید وکیل من است که هر گاه من بعد از دو سال نیامد زن مرا طلاق بگوید. و یک مرد وزن شاهد بر این هستند. و الحال ده سال است که آن کس مفقود الخیر است. و آن زن نفقه ندارد و صبر نمی تواند کرد، و خوف وقوع زنا هم هست. چه کند؟.

جواب:

جواب: اولاً باید دانست که در ثبوت وکالت شرط است که دو مرد عادل شهادت بدهند. و شهادت زنان اعتبار ندارد. بلی اگر یقین حاصل شود از [شهادت] زن بر وکیل کردن، (۲) جایز است عمل به آن. و لکن اشکال در صورت سوال در چیز دیگر است. و آن معلق کردن وکالت است به شرط نیامدن بعد از دو سال و ظاهر علما اجماع است بر بطلان توکیل در صورت تعلیق به شرط. چنانکه در تذکره و مسالک دعوی کرده اند. و مخالفی هم در آن ندیده ام به غیر از آخوند ملا احمد ره و صاحب کفایه که در این اشکال کرده اند. و اگر دعوی اجماع نبود سخن ایشان متین بود. به جهت این که انشاء منافاتی با تعلیق ندارد. چنانکه در نذر زجری و غیر آن. و موید آن است این که تجویز کرده اند تعلیق در تصرف را باتنجز (۳) توکیل. مثل این که بگوید که (تو وکیل منی در طلاق دادن زن من، لکن دو ماه دیگر طلاق بده). و چنانکه بگوید (انت).

ص: ۵۱۸

۱- این مسأله در آینده (تحت شماره ۲۵۴) تکرار شده است.

۲- عبارت نسخه: اگر یقین حاصل شود از زن برای وکیل نفر این جایز است عمل به آن.

۳- در نسخه: تخمین.

وکیلی فی بیع عبدی اذا قدم الحاج). به جهت آن که مآل آنها یکی می شود و مغایرت در لفظ است. وصحت اینها اجماعی است. چنانکه در تذکره دعوی کرده. و در اینجا کلام دیگر هست. و آن این است که علما بعد از آن که اتفاق کرده اند ظاهرا بر این که (تعلیق به شرط، مبطل و کالت است)، اختلاف کرده اند در این که آیا تصرف در موکل فیه با وجود بطلان توکیل، صحیح است یا نه. و شهید ثانی رحمه الله در شرح لمعه گفته است (در این دو قول است). و علامه در تذکره گفته است (اقرب صحت است). و محقق شیخ علی در شرح قواعد توقف کرده. و فخر المحققین اختیار عدم صحت کرده است. و بنا بر سخن آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه به طریق اولی صحیح خواهد بود. (۱) و به هر حال، چون دلیل بطلان تصرف، اجماع بر (بطلان توکیل معلق) است، و آن خود در اینجا منعقد نیست، پس قول به صحت موکل فیه - مثل طلاق در ما نحن فیه - دور نیست. بلی در اینجا اشکالی هست که بنا بر بطلان توکیل معلق، چه معنی دارد صحت موکل فیه؟ و وجه اشکال این است که فرق مابین صحیح و باطل، ترتب اثر و عدم ترتب اثر است. و در اینجا فرقی باقی نمی ماند. و کلام شیخ علی و شهید ثانی در شرح کلام علامه در بیان فارق، خالی از اغلاق و اشکال نیست. و حاصل آنچه در توجیه صحت گفته اند این است که رضای ضمنی بعد بطلان توکیل، باقی است و همان قدر در تصحیح موکل فیه کافی است. و در وجه بطلان گفته اند که اذن و وکالت شیء واحداند در وجود، و جنس را بعد از زوال فصل بقائی نیست. و تحقیق آن است که آنچه زایل شده است (جهت تعلیلیه) است. نه (جهت تقییدیه). پس میگوئیم جایز نیست تصرف در موکل فیه بعد از بطلان وکالت، از جهت آن که اذن و رضای حاصل از راه وکالت است. و اما از حیثیت مطلق رضا، پس مانعی از برای آن نیست چنانکه در بیع معاطات بنا بر قول به این که بیع فاسد است - چنانکه علامه در نهاییه قایل شده - میگوئیم که تصرف جایز است. به جهت این که گاه است که مطلقا طرفین متفطن این .

ص: ۵۱۹

۱- صاحب جواهر (ره) میگوید: علامه در قواعد احتمال صحت داده، و در تذکره صحت را قریب دانسته، و در تحریر وارشاد با اطلاق کلامش حکم به بطلان کرده - رجوع کنید: جواهر، ج ۲۷ ص ۳۵۶ ط دار احیاء.

نیستند که این نوع تصرف از راه بیع بودن است. بلکه از راه تراضی است که از طرفین مستفاد شده. بلی هر گاه تصرف کنند به علت این که بیع است لا-غیر، جایز نخواهد بود. پس میتوان گفت که آن صورتی که تعلیق مستلزم بطلان موکل فیه است صورتی است که معلوم شود از موکل که اذن او منحصر است در آنچه حاصل شده به توکیل معلق. (۱) یعنی مراد او این باشد که راضی نیستیم به فعل وکیل الا- از راه توکیل مشروط، و به شرط این که تصرف از این راه باشد. و در این صورت ظاهراً اشکالی در بطلان نباشد. و دیگر آن که بطلان حاصل می شود به سبب عدم ترتب بعض آثار. پس (صحیح آن است که همه آثار بر آن مترتب شود) و (باطل آن آن است که همه آثار بر آن مترتب نشود. گو بعض آثار که جواز تصرف است بر آن مترتب شود). مثلاً میگوئیم: از آثار وکالت صحیح این است که هر گاه شرط شود در ضمن لازمی، لازم می شود. یا هر گاه کسی جعاله قرار بدهد برای دو نفر که ایجاب و قبول توکیل صحیح [را] بکنند. یا نذر کند که [به] کسی که چنین توکیلی را به جا آورد، چیزی بدهد، یا [به] کسی که بر وجه صحیح وکیل کند در ادای دیون خود. پس در مانحن فیه اگر چه بگوئیم که توکیل باطل است و هیچ یک از این آثار و ثمرات (که نذر و لزوم جعاله و نحو آن باشد) بر او مترتب نشود، لکن صحت فعل موکل فیه بر او مترتب [می] شود. پس کافی خواهد بود استمرار رضای موکل و متصل شدن آن رضا به فعل موکل فیه (۲) از طلاق و بیع و امثال اینها. .

ص: ۵۲۰

- ۱- پس در هر جا که علم به انحصار نداشته باشیم، صحیح خواهد بود. لیکن باز با اصل عدم جواز رو بر و می شویم. شاید بهتر این باشد که گفته شود: در هر جا که علم به عدم انحصار داشته باشیم، صحیح میشود. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۴۶ همین مجلد و نیز مراجعه کنید به پی نویس بعدی که خود میرزا به اصل نکته توجه خواهد کرد.
- ۲- بنا بر این (علم به رضا) شرط است در صحت فعل موکل فیه. و در صورت عدم علم به رضا، صحیح نمیشود. این سخن میرزا (ره) با سخنی که در چند سطر پیشتر فرمود و ما تعلیقه بر آن زدیم منافات دارد. در آنجا فرمود (علم به انحصار، دلیل بطلان است). و در اینجا میفرماید (علم به بقا و استمرار رضا دلیل صحت است) و این دو منافی همدیگرند.. اشکال کلام وی در مسأله ۲۴۶ نیز در همین نکته است.

بلی در اینجا اشکالی که هست در این است که بیع و نکاح و طلاق و سایر امور موکل فیها از اموری هستند که محتاج است صحت آنها به دلیل قوی، واصل عدم [صحت] آنها است، آیا محض همین رضا و استمرار آن و اتصال به عقد کافی است در تحقق آنها یا نه؟ - با منع انصراف ادله اذن و رضا و کفایت مطلق آنها در این افراد. و ممکن است دفع آن به این که نظیر آن در شرع موجود است. چنانکه در بیع مکره و فضولی و غیر آن. خصوصا در مثل صورت سوال که لزوم عسر و حرج و ضرر عظیم معاضد آن می شود. پس اگر گفته شود که طلاق مزبور که از آن سوال شده صحیح باشد، دور نخواهد بود. (۱) پس هر گاه کسی خواهد که بی اشکال باشد در چنین جاها، میگوید (فلان را وکیل کردم که بعد دو سال زن مرا طلاق بگوید) و نگویید که (اگر من نیایم وکیل باشد که طلاق بگوید). و بدان که بعضی از اصحاب قایل شده اند به جواز تصرف وکیل هر گاه خود را عزل کند و موکل نداند، و بعد از آن پشیمان شود و آن کار را بکند، هر چند وکالت باطل شده است. نظر به اذن عام. و آن نیز موید مطلب است. (۲)

۲۷۰:سوال:

۲۷۰:سوال: هر گاه شخصی جنسی بفرستد به نزد شخصی دیگر، او را وکیل کند که بفروشد. آیا می تواند به قیمتی که سایر مردم میخرند وکیل به جهت خود بردارد - یا نه؟.

جواب:

جواب: هر گاه داند که موکل به این معنی راضی است، صحیح است. چنانکه هر گاه .

ص: ۵۲۱

۱- طلاق دادن زوجه مردی که به مدت طولانی غایب است با تمسک به عسر و حرج، یک موضوع خاص است، و امری است که توسط حاکم شرع یا عدول مومنین انجام مییابد.. و موضوع توکیل و تمسک به اذن عامی که در ضمن توکیل بوده، امر دیگر است. این دو موضوع جدا با دو حکم جدا و با دو نوع ادله جدا، هستند.

۲- در این صورت وکیل عزل و انصراف خودش را اعلام نکرده، یعنی آن اذن عام را از بین نبرده و به بقای آن یقین دارد. و دیدیم که خود میرزا (ره)) (علم به رضا) را شرط دانست. پس وکیل می تواند بر اساس آن اذن عمل کند. اما در جایی که خود وکیل به وسیله اعلام عزل خود، اساس اذن را نیز از بین برده است (و شاید موکل پس از آن از طلاق دادن همسرش منصرف شده است) نمی تواند عمل کند. پس در صورت مورد بحث نه تاییدی برای صحت اقدام وکیل در موضوع مسأله شماره ۲۴۶ هست، و نه تاییدی بر مانحن فیه میباشد.

داند راضی نیست، صحیح نیست. ودر ثانی اشکال این است. ودر اول اشکالی نیست الا از جهت اتحاد موجب وقابل. وظاهر این است که ضرر ندارد. ودر خصوص نکاح از طبرسی (ره) نقل اجماع شده بر کفایت تغایر اعتباری. ودر غیر آن به طریق اولی ثابت می شود وبعضی اخبارهم دلالت بر جواز دارد. واما هر گاه رضا وعدم رضا هیچ کدام معلوم نباشد: پس خلاف است. وظاهر جواز است هر چند از اطلاق کلام موکل، عمومی نفهمیم که وکیل داخل آن باشد. و اخبار منع (۱) را حمل میکنیم بر کراهت، یا بر صورتی که از تلیس نفس خود و حصول خیانت در صلاح موکل مطمئن نباشد. یا منشأ اتهام و ردالت وپستی او شود. چنانچه بعضی احادیث دلالت بر آن دارد. (۲):

۲۷۱ سوال:

۲۷۱ سوال: آیا جایز است که ذمی وکیل کند مسلم را بر ضرر مسلمی دیگر؟ یا مسلم وکیل کند ذمی را بر ضرر مسلمی؟ یا نه؟

جواب:

جواب: بدان که جایز است که مسلمان وکیل شود از برای استیفای حق مسلمانان از مسلمان ذمی، بی اشکال و خلاف. و هم چنین جایز است که وکیل شود از برای مسلم و ذمی بر ضرر ذمی. بلکه جمعی دعوی اجماع بر جواز کرده اند. واما وکیل شدن مسلمان از برای ذمی بر ضرر مسلمان: پس در آن خلاف است. و مشهور میان متأخرین جواز است با کراهت. و از اکثر قدما قول به منع نقل شده. و از هر دو طرف دعوی اجماع نقل شده است. و شاید اقوی و ارجح جواز باشد. به جهت اصل، وعموم، و منع شمول آیه داله بر (نفی سبیل بر مومنین) (۳) ما نحن فیه را. به جهت آن که ذمی را جایز است مطالبه حق خود به دست خود، و دست مسلم اولی است از او. واما وکیل شدن ذمی از برای مسلمان یا ذمی بر ضرر مسلمان: پس جایز نیست. و از جمعی اصحاب نیز نقل دعوی اجماع بر آن شده. و ظاهر این است که در این مسائل فرقی مابین ذمی و سایر کفار نباشد. هر چند در عبارت فقها لفظ (ذمی) مذکور است غالباً. و بعضی به لفظ (کافر) ادا کرده اند. و (اولویت) هم موید این است. و جمعی از متأخرین مثل آخوند .

ص: ۵۲۲

۱- وسایل: ج ۱۲: ابواب آداب التجاره، باب ۶.

۲- وسایل: ج ۱۲: ابواب آداب التجاره، باب ۶.

۳- ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً. - نساء ۱۴۱.

ملا احمد (ره) و صاحب کفایه (ره) منع را مختص جائی کرده اند که در تصرف کافر نوعی از قهر و غلبه و تسلط باشد. چنانکه در کلمات ایشان به لفظ (علی) ادا شده که افاده ضرر میکنند. پس ظاهر این است که مثل وکالت در (ایصال حق) یا اجرای صیغه) داخل نباشد. بلی از این زهره حکایت شده دعوی اجماع بر عدم جواز وکیل شدن آن در تزویج مسلم به مسلمه. مثل وکیل شدن مسلم در تزویج مشرکه به کافر.

۲۷۲:سوال:

۲۷۲:سوال: در وکالت تعمیم جایز است - که بگوید تو وکیل منی در جمیع اموری که متعلق به من است از قلیل و کثیر - یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه تعمیم در جهت خاصه باشد (مثل این که او را وکیل کند در امر املاک و اموال خود) ظاهراً خلافتی در صحت نیست. و باید به مقتضای مصلحت عمل کند. و هر گاه تعمیم در جمیع امور باشد مثل آن که بگوید (تو وکیل منی در هر امری که تعلق به من دارد از قلیل و کثیر)، در این خلاف است. بعضی گفته اند جایز نیست. به جهت این که مستلزم غرر و ضرر می شود. و گاه است چهار زن از برای او عقد کند و قبل از دخول یا بعد از دخول همه را طلاق بگوید و باز چهار زن دیگر از برای او عقد کند و باز طلاق بگوید بدون احتیاجی به اینها. و اینها همه ضرر است. و بعضی میگویند: صحیح است. به جهت عموم ادله، و چون تصرفات وکیل منوط به مصلحت باید باشد، دیگر لزوم غرر و ضرر مرتفع می شود. و این قول اظهر است. (۱)

۲۷۳:سوال:

۲۷۳:سوال: هر گاه زید ادعا کند که من از جانب عمرو وکیلیم. و خواهد که ملکی را از عمرو بفروشد، یا زنی از برای او نکاح کند. و وکالت آن ثابت نباشد. و خواهد اجرای صیغه نماید. باید او را تکلیف نمود که وکالت خود را ثابت کند (۲)، و بعد الثبوت اجرای صیغه نماید؟ و یا آن که به مجرد ادعای آن، کفایت می شود، و اجرای صیغه بشود -؟.

ص: ۵۲۳

- ۱- این مسأله قبلاً (تحت شماره ۲۵۰) آمده بود. در اینجا با مختصر تفاوتی در لفظ، تکرار شده است.
- ۲- مگر در صورتی که تصرف مدعی وکالت با وظیفه شرعی او تعارض داشته باشد مانند امین. که می تواند از تصرف در مال جلوگیری کند تا مدعی وکالت، وکالتش را اثبات کند.

جواب: هر گاه مسلمی ادعای وکالت کند از جانب احدی در باب ملک او یا عقد کردن به زنی و غیر ذلک، کسی مزاحم او نمی تواند شد. و معامله او صحیح است مادامی که بطلان او ثابت نشود و کذب او معلوم نشود. و آن شخص که وکیل ادعای وکالت او را میکند، بر حجت خود باقی است. و هر گاه حاضر شود وانکار توکیل کند و بینه بر آن نباشد، قول، قول او است با یمین. و به هر حال کسی نمی تواند به مدعی وکالت بگوید که تصرف مکن تا وکالت خود را ثابت کنی. (۱) والله العالم.

کتاب الوکاله من المجلد الثالث

۲۷۴:سوال:

۲۷۴:سوال: زینب زید را در حضور جمعی عدول وکیل کرد که او را نکاح کند از برای عمرو. و بعد از چند روز هند آمد در نزد زید و گفت که زینب میگوید که هر گاه صیغه را نخوانده ای دیگر نخوان که من راضی نیستم. آیا به مجرد این، وکالت باطل می شود؟ یا جایز است عقد کردن؟

جواب:

جواب: هر چند اشهر و اظهر این است که به مجرد عزل موکل، وکیل معزول نمی شود، هر چند جمعی را شاهد بگیرد بر عزل. بلکه وکالت ثابت است تا وکیل علم بهم رساند به عزل قبل از فعل موکل فیه. لکن جمعی تصریح کرده اند به جواز عمل به قول ثقه واحد. نظر به صحیح هاشم بن سالم که در آخر آن فرموده است (والوکاله ثابته حتی یبلغه العزل عن الوکاله بثقه یبلغه، او یشافهه بالعزل عن الوکاله). (۲) و اطلاق (ثقه) شامل مرد وزن هست. و عمل به این قول دور نیست. و ظاهر این است که مجرد معتمد بودن در صدق کافی است و عدالت شرط نیست. و به هر حال، با وجودی که وکالت از عقود جایزه است و جایز است که وکیل خود را معزول کند، در چنین صورتی که امر فروج در میان است، هر چند آن مخبر ثقه هم نباشد احتیاط را از دست ندهد. و در صورت وثوق و اعتماد که اظهر این است که نمی تواند به.

ص: ۵۲۴

۱- گویا نسخه بردار چاپ سنگی مسایل مجلد اول و دوم را یکجا آورده و نامی از مجلد ثانی به میان نیاورده. و تکرار مسئله ها هم شاهد این است.

۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب الوکاله، باب ۲ ح ۱.

۲۷۵:سوال:

۲۷۵:سوال: زید عمرو را وکیل کرد که زینب را برای من تزویج کن، ومهر او را ده تومان کن. عمرو رفت وبا او گفتگو کرد. زینب قبول نکرد که به ده تومان مهر راضی شود. عمرو فضولتا مهر او را بیست تومان کرد. آیا عقد صحیح است یا باطل؟ -؟ یا موقوف است بر اجازه؟ وبر فرض صحت آیا زیادتى مهر را کی باید بدهد؟ و هر گاه او را قبل از دخول طلاق گفته، چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: الحال از کلام فقها در نظر نیست که کسی متعرض این مسأله شده باشد (حتی علامه در تذکره وقواعد، که کتاب وکالت آنها را مرور کرده ام واین مسأله را ندیدم) به غیر علامه در تحریر که در کتاب وکالت متعرض آن شده - وبسیاری از کتب فقه فقها در نزد حقیر موجود نیست - وعبارت تحریر این است که (ولو وکله فی تزویج امرأه وعین المهر، لم یجز له التجاوز. فان زوجه باکثر، لم یلزم الموکل. ووقف علی الاجازه. فان لم یرض، ففی الرجوع الی مهر المثل او الزام الوکیل بالزاید، اشکال. ولو اختلفا فی الاذن فالقول، قول الموکل مع یمینه، ثم ان صدقت المرئیه الوکیل، لم ترجع علیه، بشیء والا لکان الحکم ما تقدم من التردد). وحاصل عبارت اول این است که در صورت مذکوره عقد صحیح است ولازم است، ولکن زیادتى که مهر کرده، بر موکل لازم نیست وموقوف است بر اجازه، یعنی اجازه مهر نه اجازه عقد. پس اگر اجازه نکند وراضی نشود، پس در آن اشکال است واحتمال دارد که زوجه مستحق مهر المثل باشد از زوج، وممکن است که آن زیادتى مهر را از وکیل بگیرد. و گمان حقیر این است که وجه صحت عقد این است که مهر در عقد دائم از ارکان نکاح نیست وبه فساد آن، نکاح فاسد نمی شود. چنانچه از کلمات علما در مواضع بسیار ظاهر می شود. واخبارهم دلالت بر آن دارد. از آن جمله آن مواضعی است که شرط مخالف شرعی در ضمن عقد شده باشد (۱)، یا .

ص: ۵۲۵

شیء محرمی در صداق کرده باشد (۱)، یا بالمره ذکر مهر نشده باشد (۲). پس گویا او را در دو چیز وکیل کرده و به بطلان احدهما دیگری باطل نمی شود. بلی اگر تصریح کند که (تو وکیل منی در تزویج به این شرط که مهر ده تومان باشد و اگر راضی نشود عقد مکن و وکیل نیستی در عقد)، پس در این صورت عقد لازم نیست، مگر به اجازه. و اما حکایت مهر پس راه رجوع به مهر المثل این است که آن در حکم (مفوضه البضع) می شود چون ذکر این مهر در حکم عدم ذکر است، و لکن در این اشکال است، چنانکه خواهیم گفت، با وجود این که حکم مفوضه البضع (که رجوع به مهر المثل می شود) بعد دخول است، نه مطلقا. و اما راه رجوع در زاید به وکیل: پس گویا این مستخرج باشد از مسأله مشهوره که در کتب فقها مذکور است، و آن این است که: هر گاه شخصی زنی را تزویج کند از برای شخص دیگر به ادعای وکالت از جانب او پس انکار کند آن شخص توکیل او را. قول منکر را مقدم میدارند با یمین و بعد از این خلاف است در مهر که در ذمه کیست و چه قدر است؟ -؟. و در آن سه قول است: قول اول آن که: بر وکیل لازم است که تمام مهر او را بدهد. و این مذهب شیخ است در نهایه، و ابن براج، به جهت این که مهر واجب می شود به عقد بالتام و اگر طلاق بگوید قبل از دخول، تنصیف می شود، و اینجا که طلاق نیست، و چون وکیل تقصیر کرده و شاهدهی نگرفته بر توکیل، پس حق زوجه را به تلف آورده، پس باید غرامت بکشد. و قول دوم این است که بر وکیل نصف مهر لازم است، چنانکه صحیحه ابو عبیده دلالت بر آن دارد (رواها الشیخ فی کتاب النکاح فی باب الزیادات، عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی رجل امر رجلا ان یزوجه امرأه من اهل البصره من بنی تمیم. فزوجه امرأه من اهل الکوفه من بنی تمیم؟، قال: خالف امره، علی المامور نصف الصداق لاهل المرأه، ولا عدہ علیها، ولا میراث بینهما. قال: فقال له بعض من حضر: فان امره ان یزوجه امرأه ولم یسم ارضا .

ص: ۵۲۶

۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الوکاله، باب ۳.

۲- وسائل: ج ۱۳، ابواب الوکاله، باب ۱۲.

ولا- قبيله، ثم جحد الامر ان يكون امره بذلك بعد ما زوجه.؟. فقال ان كان للمامور بينه انه كان امره ان يزوجه، كان الصداق على الامر، وان لم يكن له بينه كان الصداق على المامور لاهل المرثه ولا ميراث بينهما ولا عدّه عليها. ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا. وان لم يكن سمى لها صداقا، فلا شىء لها). (۱) و (روى فى باب الوكالات عن عمر بن حنظله عنه عليه السلام، فى رجل قال الاخر: اخطب لى فلانہ فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق، او ضمننت من شىء، او شرطت، فذلك رضائى وهو لازم لى. ولم يشهد على ذلك. فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسئلوه. فلما رجع اليه انكر ذلك كله.؟ لا قال: يغرم لها نصف الصداق عنه. وذلك انه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قاله حل لها ان تتزوج، ولا- يحل للاول فيما بينه وبين الله عزوجل الا ان يطلقها - لان الله تعالى يقول: فامساک بمعروف او تسريح باحسان - فان لم يفعل فانه ماثوم فى ما بينه وبين الله عزوجل. وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام. وقد اباح الله عزوجل لها ان تتزوج). (۲) وضعف سند منجبر است به عمل مشهور. واين قول مشهور علما است واقوى است. به جهت آن که وجوب تمام مهر به عقد، در صورتی که عقد صحیحی باشد و زوجیت ثابت باشد، در اینجا که حکم به زوجیت نمی شود. و بر فرض صحت هم مهر بر کسی است که عقد برای او شده باشد. و تعلیل به این که (تفویت حق زوجه کرده) هم مطلقا صحیح نیست، زیرا که گاه است که شهود گرفته بوده لکن مرده اند، یا مانعی از برای اقامه ایشان حاصل شده باشد. با وجود آن که اشهاد شرعا بر او لازم نبود که تقصیری کرده باشد. هر چند در روایت عمر بن حنظله تعلیل به آن واقع شده. و این اشکالات هر چند بر قول مشهور نیز وارد است لکن به جهت اخبار معمول بها تعبدا بنا را به آن میگذاریم. و در آن قول دیگر، نصی موجود نیست. .

ص: ۵۲۷

-
- ۱- وسایل: ابواب عقد النکاح - باب ۲۶، ح ۱. توضیح: جمله (وان لم یکن سمى لها صداقا، فلا شىء لها) در روایت شیخ نیست، و در روایت صدوق هست. رجوع کنید: تهذیب ج ۲ ص ۲۴۸ و فقیه ج ۲ ص ۱۳۴.
 - ۲- وسایل: ج ۱۳، ابواب الوكاله، باب ۴ ح ۱. تهذیب ج ۲ ص ۶۷.

وقول سوم آن که نکاح در ظاهر باطل است ومهری نیست. واین قول را محقق در شرایع نقل کرده وقائل آن، معلوم نیست. وجمعی از متأخرین که از جمله ایشان صاحب کفایه است تقویت آن کرده اند. واگر آن احادیث نمیبود معین بود عمل به آن. ویدان که: به هر حال لزوم طلاق در نفس الامر در صورت توکیل، و [نیز] رساندن نصف مهر لازم است. چنانچه در روایت عمر بن حنظله مذکور است. ولکن زوجه بدون طلاق می تواند شوهر کرد. چنانکه در آن روایت نیز مذکور است. بلی جمعی از علما گفته اند که هر گاه زوجه تصدیق وکیل کرده باشد در توکیل، نمی تواند شوهر کند. زیرا که ماخوذ است به اقرار خود. واینکه در روایت مذکور است که می تواند شوهر کرد، محمول است بر این که تصدیق نکرده باشد. ودر این صورت کار آن زن صعب می شود. زوج به سبب انکار توکیل، نمی تواند طلاق داد در ظاهر، وزوجه به سبب اقرار خودش، شوهر نمی تواند کرد. ودور نیست که اگر زوج طلاقی به این نحو بگوید که (اگر زن من است طالق است) بد نباشد تا از غائله اقرار به زوجیت فارغ باشد. وتعلیق در طلاق هم لازم نیامده. چون این از باب (تعلیق بر امر واقعی) است که آن را (وصف) میگویند. نه بر غیر واقع که آن را (شرط) میگویند. اما اگر حال بر او مشتبه باشد - مثل این که انکار او از راه نسیان توکیل باشد، پس تعلیق مشکل است. هر گاه این را دانستی، پس شاید وجه قول به رجوع به وکیل در زیادتی مهر، همان اعتماد به دلالت تنبیه روایت عمر بن حنظله باشد. بلکه علت منصوصه بر آن دلالت دارد. لکن اشکال بر آن وارد می آید بنا بر رجوع به مهر مثل (که ظاهر عبارت تحریر این است) که مجموع مهر المثل از زوج گرفته شود. ودور نیست که بگوئیم که ملاحظه مهر المثل را با مجموع بیست تومان (مثلا) بکنیم و در ده تومان، مسمی را صحیح دانیم، و مهر المثل را بالنسبه ملاحظه کنیم با ده تومان دیگر. مثلا- هر گاه در مانحن فیه که مهر بیست تومان شده هر گاه مهر المثل پانزده تومان باشد باید هفت تومان ونیم علاوه کنیم برده تومان که نصف مسمی را بدل کنیم به نصف مهر المثل، چون نصف آن صحیح است واین از باب این مسأله می شود که کسی دو عبد را مهر کند واحد هما مستحق

غیر بر آید. و می توان گفت که باید دست از مجموع مسمی بردارد و تمام مهر المثل را بگیرد. چون نکاح بر مجموع من حیث المجموع وارد شده، و مجموع من حیث المجموع فاسد شده. چنانکه ظاهر تحریر است. لکن این سخن در وقتی خوب است که قبل از دخول طلاق نگویید. اما اگر قبل از دخول طلاق بگویید، پس باید که اکتفا کند به نصف مسمی و نصف مهر المثل ساقط می شود بنابر تنصیف. یا تمام [مهر المثل] ساقط می شود بنابر مجموع من حیث المجموع، و رجوع به (متعه) (۱) می شود، یعنی زوج چیزی ببخشد به زوجه در خور و سع او. و لکن اشکال باز باقی است در این که از باب (مفوضه البضع) باشد. چون مسمی فی الجمله مذکور است. پس شاید اظهر این باشد که رجوع شود به تمام مهر المثل بعد از دخول و طلاق و قبل از هر دو. و به نصف مهر المثل قبل از دخول و بعد طلاق. و محتمل است که توزیع کنیم بر نصف مسمی و نصف مهر المثل. و مبنای این مسأله بر این می شود که (مهر المثل عوض مهر فاسد است علی الاطلاق) و از باب مفوضه البضع نیست که (دخول) در ثبوت آن مدخلیت داشته باشد. و ظاهر عبارت تحریر هم همین است. و این منافات ندارد با آیه (۲) و اخبار [ی] (۳) که تفصیل داده اند به حکم به تنصیف مهر به طلاق در زنی که فریضه و مسمی از برای او باشد، و متعه از برای آن که فریضه از برای او نباشد (۴) زیرا که مهر فاسد هم داخل فریضه .

ص: ۵۲۹

۱- اصطلاحاً به (مهر المتعه) معروف است. و آن در جائی است که عقد نکاح جاری شده و نامی از مهر به میان نیامده و اینک قبل از دخول طلاق می دهد. در این صورت به میزان در خور حال خود، مهر می پردازد. رجوع کنید به پی نویس های بعدی که آیه مربوطه آمده است.

۲- لا- جناح علیکم ان تطلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فریضه و متعهن علی الموسع قدره و علی المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً علی المحسنین - وان تطلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم... - ۲۳۶ و ۲۳۷ سوره بقره.

۳- وسایل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۸ ح ۷، ۸، ۱۰ و ۱۲. و نیز باب ۴۹، ح ۸.

۴- توضیح: یعنی تفصیل داده اند که اگر مهر فریضه (مسمی) معین شده، پس باید نصف آن را بدهد و اگر نامی از مهر به میان نیامده، پس باید (مهر المتعه) بپردازد.

است و لکن متبذل می شود به مهر المثل و نصف آن اعتبار می شود. و اما وجه دوم: پس اشکال آن بیشتر است. چون اصل نکاح در اینجا ثابت است و (ترك اشهاد) ضرری ندارد، به جهت آن که در اینجا اشهاد معنی ندارد. چون مفروض این است که زوج همان ده تومان را گفته است مگر همین معنی ملاحظه شود که استهانت به بضع زوجه شده از جانب وکیل در ازای مجموع مهر، پس باید از عهده آنچه خود باعث شده بر آید و این (علت استهانت) از حدیث مستفاد می شود. (۱) و لکن این معنی افاده بیش از این نمی کند که بر او لازم باشد که مهر المثل را تمام کند هر گاه آنچه زوج گفته است کمتر از مهر المثل باشد. زیرا که استهانت به بضع، افاده [ای] بیش از استحقاق عوض المثل آن، نمی کند. و اینها همه در وقتی است که بر زوجه ظاهر شود که در آن مقدار فضولی کرده. والا- بر او چیزی نیست. چنانکه از عبارت آخری تحریم هم ظاهر می شود. و به هر حال وجه اول اظهر است از وجه دوم.

سوال: ۲۷۶:

سوال: ۲۷۶: شخصی غایبی کسی را وکیل میکند که زوجه او را طلاق بگوید. و از قرائن احوال و اقوال علم حاصل می شود از برای وکیل که غایب او را وکیل کرده است. لیکن آن شخص که کاغذ و کالت را آورده است [پس از] مدت چند سال که از ما بین گذشته است کاغذ را به وکیل داده است. الحال وکیل چه باید بکند؟ طلاق را بگوید؟ یا احتیاج به وکالت جدید دارد؟.

جواب:

جواب: اگر چه ظاهراً خلاقی نیست در این که توکیل به غیر شهادت عدلین ثابت نمی شود، ولیکن دور نیست که هر گاه علم حاصل شود از برای وکیل از قرائن کافی باشد در ثبوت توکیل از برای وکیل. لکن شوهر کردن زوجه به محض همین بدون این که از برای زوجه نیز علم به توکیل، حاصل شود، مشکل است. بلی اگر علم از برای حاکم شرع حاصل شود و حکم کند به وکالت، کافی است از برای زوجه. و اما طول مدت و تمادی زمان: پس آن مضر به وکالت نیست هر گاه اصل وکالت ثابت باشد. .

ص: ۵۳۰

۱- مراد حدیث عمر بن حنظله است.

سوال: ۲۷۷: به عرض اقدس عالی میرساند که کمترین صبیبه خود را به پسر همشیره خود تزویج کردم. و گویا قبل از زفاف، ملاقات فی مابینهما افتاده. یا به جهت صدور حرکت ناخوش، یا به جهت عدم ملایمت اخلاق، دختر اظهار کراهت شدید نمود. و کمترین نیز بعد از مواعظ او را ساکت نمودم. و بعد از آن که دختر را به تصرف او دادم و زفاف اتفاق افتاد، کراهت شدیدتر شد از سابق. ولیکن از راه حیاء و مراعات احترام جانب پدر، تفضیح حال خود ننمیدم. و در اغلب اوقات آثار حزن و اندوه و گریه از وجنات احوال او ظاهر بود. و ناملایمی که زوج نسبت به او به عمل میآورد دیگران در بعض اوقات مطلع میشدند. ولیکن از کمترین مخفی میداشتند. و کمترین به مراتب مرقومه مطلع بود و در مراتب مرفوعه هم خفائی نیست. و سه چهار سال بر این مقدمه گذشت و پسر را قدرت بر مباشرت بهم نرسید. و اول وهله ادعا مینمود که دختر تمکین تام نمی کند. و کسان دختر، دختر را نصیحت کردند. و دختر ایمان مغلظه یاد نموده که من تقصیر ندارم و پسر مکره است و می خواهد که بدون حق، تقصیر را بر من قرار دهد. و این معنی موجب زیادتی حزن و اندوه و کراهت او شد. آخر الامر پسر اعتراف کرد به عجز، و مشغول معالجه شد. و در این اوقات بعضی از عوام مذکور نموده که آن پسر (مربوط) است و در حال اجرای صیغه او را بسته اند. باید زوجه را طلاق دهد و ثانیاً او را نکاح کند تا ناخوشی از او رفع شود. و زوج خوف داشت که بعد از طلاق زوجه راضی به نکاح نشود، بلکه یقین بود. لهذا شخصی به نزد دختر آمد که (تو مرا وکیل کن که بعد از طلاق تو را تزویج کنم به زوج به مبلغ قلیل که عبارت از یک تومان یا کمتر به قلیلی یا بیشتر). و زوجه جاهله به این که طلاق غیر مدخوله موجب استرداد نصف صداق است، بلکه چنین میدانست که صداق ثانی علاوه بر صداق اول است. و چون مظنه استخلاص از برای خود نداشت و این وکیل را جالب نفع مینداشت، لهذا او را وکیل نمود که او را بعد از تطلیق دوباره نکاح کند. و چنانچه به مراتب مشروحه علم میداشت البته او را وکیل، ننمیدم. یا آن که بعد از تطلیق مزبور تحصیل اذن

میکردند با علم او به حصول طلاق، البته اذن نمیداد. در صورت مذکور، آیا این توکیل صحیح است یا نه؟ -؟ و عقد نکاح مزبور باطل است یا صحیح و لازم؟ -؟ و یا در حکم فضولی و موقوف است بر اجازه -؟ و حال آن که عاقد در حین اجرای صیغه تکیه او بر همان توکیل بوده و آن توکیل را صحیح دانسته و صیغه را مقید به قید وکالت نموده و مطلقاً استفاده [از] (اذن عام) بر خاطرش خطوط نکرده. بل ظن غالب این بود که تحصیل اذن بعد از طلاق ممکن نیست. و بر تقدیر فضولی: هر گاه زوجه علم به خیار نداشته باشد، بلکه یقین داند که وکالت صحیح، و عقد مذکور لازم، و بر او اطاعت زوج واجب، و حتی احدی از او طلب اجازه ننموده و اصل اجازه گوشزد او نشده، ولیکن از جهت امثال امر شارع اطاعت زوج نموده. آیا در این صورت این اطاعت به منزله [اجازه عقد فضولی] است؟ یا نه؟ و بعد از اطلاع، استنکاف و استنکار او مفید ثمره هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله تعالى. چون از شروط صحت توکیل این است که موکل آنچه [که] (۱) در آن وکیل میکند، امری باشد که محال عقلی نباشد، و شرعاً هم ممنوع نباشد (مثل قتل، و زوری، و امثال آن). بلکه جمعی شرط کرده اند که باید از حین توکیل تا حین وقوع موکل فیه، موکل تواند آن را شرعاً به عمل آورد. و محقق ثانی ظاهراً دعوی اجماع بر آن کرده. و هم چنین از عبارت علامه در تذکره ظاهر می شود. پس جایز نیست که وکیل کند شخصی را در طلاق زنی که بعد از این میخواهد بگیرد. و [در] آزاد کردن بنده [ای] که بعداً میخواهد بخرد. و اشکالی که بعضی متأخرین بر این کرده اند، بی وجه است. چنانکه در محل جدائی بیان کرده ایم. و بناء علی هذه توکیل زوجه شخصی را که (تو و کیلی که مرا از برای شوهرم عقد کنی بعد از آن که او مرا طلاق بگوید) توکیل است در امری که از برای او جایز نیست مباشرت آن بالفعل. پس صادق است که موکل از حال توکیل تا وقت اجرای صیغه عقد .

ص: ۵۳۲

در مجموع آن زمان مالک این امر و متمکن از این عمل نیست. گو بعد از اجرای صیغه طلاق متمکن باشد از شوهر کردن با او ثانیاً. و در این حال مورد دو اجماع منقول می شود. پس چنین توکیلی فاسد است. اگر بگوئی: که این توکیل منجر نیست. بلکه معلق است به شرط طلاق دادن زوج، و آن متمکن الحصول است. گوئیم: چنانکه تملک و تمکن مذکور شرط است، تنجیز توکیل هم شرط صحت نکاح است. و خلافی نکرده اند در این که تعلیق توکیل به شرطی یا وصفی (۱) منشأ بطلان توکیل است، و ظاهراً خلافی هم در آن نیست. بلکه ظاهر جمعی - مثل شهید ثانی و ابن مفلح، بلکه صریح علامه در تذکره - دعوای اجماع است بر آن. و اشکالی که بعض متأخرین مثل آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه کرده اند و نقضهائی که بر آن کرده اند، را در موضع دیگر جواب گفته ام. بلی در این مقام سخنی هست که فقها بعد از آن که اتفاق کرده اند بر بطلان توکیل، خلاف کرده اند در این که (با وجود بطلان توکیل آیا آن تصرف صحیح است یا نه؟ -؟). بعضی قایل اند به صحت تصرف وکیل در آن امر. به جهت عموم اذنی که از نفس توکیل مستفاد می شود. و مثال زده اند از برای آن به آن که کسی دیگری را وکیل کند در بیع متاعی و شرط کند که عشر ثمنی که می فروشد حق السعی او باشد و جعله او باشد. پس چون جعله مجهول است، شرط مجهول می شود و به جهالت شرط، عقد وکالت فاسد می شود. لکن چون معلوم است که صاحب مال راضی هست که این تصرف را بکند و عشر قیمت را بردارد، به همان اذن عام این تصرف را جایز میدانیم. هر چند وکالت باطل باشد..

ص: ۵۳۳

۱- یاد آوری. تعلیق طلاق بر شرط، منشأ بطلان است ولی تعلیق طلاق بر وصف موجب بطلان نیست. لیکن تعلیق توکیل طلاق (یا هر توکیل دیگر) بر شرط و بر وصف (هر دو) موجب بطلان توکیل است و در نتیجه موجب بطلان طلاق میگردد. این توضیح به خاطر آن داده شد که با کلام میرزا (ره) در ضمن مسأله شماره ۲۵۷ مشتبه نشود.

وبعضی دیگر قایل اند به بطلان تصرف بعد از فساد توکیل، نظر به این که اذن حاصل نشده الا در ضمن توکیل و به انتفای فصل، منتفی می شود. خصوصا که اصل در عقود فساد است. و غیر اینها نیز دلیل گفته اند. و هر چند در محل خود در بعضی از این سخنها نیز خدشه کرده ام (۱) که اینجا مقام ذکر آن نیست. و به هر حال غرض این است که هر گاه زوج متمسک شود به این که بطلان توکیل مستلزم بطلان تصرف و کیل نیست در امر موکل فیه، نظر به قول اول از این دو قول، جواب او این است که (بر فرض این که قبول کنیم صحت قول اول را و گوئیم که حاصل (۲) قول اول این است که از حال زوجه معلوم است که اذن عام داده و در ضمن توکیل رضا هم از او فهمیده می شود که تکیه عاقد بر آن رضا است) با وجود این همه قراین (۳) که در سوال درج است و مذکور شده است که مسلم الثبوت است، دیگر مطلق رضا و اذن عام از کجا معلوم می شود. بلکه ظاهرا از آنچه در سوال مندرج است معلوم می شود که عاقد و کیل است هم جزما می دانسته که اگر بعد از طلاق او را مطلع میساخت و اعلام میکرد که هنوز صیغه نکاح خوانده نشده، اذن نخواستی داد. یا متردد بود در اذن و رضا که آیا حاضر هست یا نه. و با وجود این چگونه اعتماد بر اذن سابق کرده صیغه میخواند؟ خصوصا به قید توکیل و به قید و کالت. پس ظاهر بطلان نکاح است راسا. و احتمال این که فضولی باشد و تمکین زوجه ثانیاً، در معنی اجازه باشد، آن نیز بی وجه است. به جهت آن که اجازه در صورتی تحقق میپذیرد که زوجه دانسته باشد که آن عقد متزلزل است و اختیار در اجازه و عدم اجازه دارد. و حال آن که مفروض این است که زوجه جاهله است به این معنی و گمان او این است که این عقد لازم است و بر او تمکین واجب است شرعا. و مفروض هم این است که مطلقا کلامی دال بر اجازه باشد از او صادر نشده. و با وجود این که زوج سعی او در این بود که زوجه مطلع نشود که کی صیغه خوانده می شود - و به این .

ص: ۵۳۴

۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۷، از همین مجلد.

۲- عبارت نسخه: ... قول او را میگوئیم که حاصل...

۳- عبارت نسخه: ... عاقد بر آن رضا است جواب او این است که با وجود...

جهت قبل از اطلاق، او را گفته است که وکیل کن که بعد از طلاق گفتن من صیغه تو را بخوانم - نمی تواند ادعا بکند بر زوجه [که] تو اذن مطلق داده ائی و به هر حال رضا بوده [ای] که صیغه تو را بعد از طلاق بخوانند. و بر آن مترب کند این معنی را که هر چند توکیل باطل باشد عقد صحیح است به جهت رضای مطلق و اذن عام. و اگر فرض کنیم که بالمره چشم از حق بیوشد و این دعوی را بر زوجه کند بیش از تسلط قسمی بر او ندارد. والله العالم باحکامه.

سوال: ۲۷۸:

سوال: ۲۷۸: زید عمرو را وصی کند که ده تومان مال مرا به وجوه برورد مظالم برسان. و بعد از فوت موصی، وصی دیگری را وکیل کند که آن وجه را آن وکیل اخذ نموده به مصارف مزبوره برساند. و آن دیگری وجه را بالتام از ورثه گرفت و لکن رسانیدن به مصارف معلوم نیست. آیا ورثه میتوانند استرداد وجه نمایند و خود به مصارف مزبور برسانند؟

جواب:

جواب: هر گاه وصیت به این نحو شده که عمرو خود مباشر امر باشد، یا از قراین چنین فهمیده شود، جایز نیست توکیل دیگری، و وصی ضامن وجه است. و هر گاه بر صفت عدالت باقی است ثانیاً باید خود وصیت را به عمل آورد. والا حاکم شرع باید از او بگیرد به مصرف برساند. و هر گاه وصیت مطلق باشد یا عام باشد (یعنی راضی باشد به توکیل غیرهم)، دور نیست که توکیل صحیح باشد. مانند توکیل در ادای زکات. اما باید وکیل امین باشد. و در این صورت ظاهر این است که علم به وصول به مصرف، شرط نباشد.

سوال: ۲۷۹:

سوال: ۲۷۹: وکالت به استفاضه ثابت می شود یا نه؟ اگر منحصر در شهادت عدلین باشد کار تنگ می شود. آیا علم کافی است؟ یا بدون شهادت عدلین نمی شود؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که هر گاه حاصل شود از راه استفاضه یا غیر آن کافی باشد. (۱)

سوال: ۲۸۰:

سوال: ۲۸۰: هر گاه زید ملکی را در نزد عمرو مرهون نماید که بعد از انقضای .

ص: ۵۳۵

۱- توضیح: البته کافی است ثبوتاً. اما اثباتاً تنها شهادت عدلین می تواند کافی باشد. همان طور که در مسئله های گذشته (مثل انکار موکل، اصل وکالت را) بیان گردید.

مدت معین وکیل باشد در بیع آن به قیمت عادله. و عمرو آن ملک را در آن وقت به کمتر از قیمت عادله بفروشد. آیا زید بعد از اثبات این مطلب مستحق تمام قیمت عادله هست که از عمرو بگیرد یا نه؟ -؟ و در صورتی که مشتری شخص متغلبی است که زید ملک خود را از او نمی تواند استرداد کند، چه کند؟ -؟. و در حین مباحه، وکیل شرط کرده است با بیع که هر وقت تمسکی و حجتی از جانب موکل (۱) بیاید که او مشغول الذمه ثمن است، وکیل بری باشد. آیا شرط جایز است یا باطل؟ -؟

جواب:

جواب: هر گاه ثابت شود که عمرو با وجود علم به قیمت عادله به کمتر فروخته، در این صورت به مقتضای وکالت عمل نکرده، و بیع وکالتی به عمل نیامده. بلکه چنین است حکم هر گاه تصریح به قیمت [عادله] نکرده باشد، و او را وکیل مطلق کرده باشد. زیرا که آنها منصرف می شود به قیمت عادله. زیرا که مراد از قیمت عادله همان (ثمن المثل) است که در کلام فقها مذکور است. بلی، اگر زید اجازه کند او را از باب بیع فضولی، صحیح می شود، دیگر ادعائی بر او نمی کند، علی الاظهر. و هر گاه اجازه نکند بیع فاسد است. و می خواهد زید رجوع میکند بر مشتری و مال خود را میگیرد، و می خواهد رجوع میکند به وکیل که اگر تواند عین را رد کند والا قیمت عادله آن را غرامت بکشد. و کیفیت رجوع وکیل و مشتری به یکدیگر در کتاب متاجر گذشت، به آنجا رجوع کن (۲). و اما هر گاه عمرو جاهل بوده به قیمت، و به سبب جهالت به کمتر از قیمت عادله فروخته، پس اگر تقصیر کرده از تفحص و از اهل وقوف نبوده، باز حکم آن مثل سابق است. و اگر تقصیر نکرده و امر بر او مشتبه شده و به نادانی به کمتر از ثمن العقل فروخته، پس در این صورت وکیل مغبون است، و بیع از برای موکل واقع شده و از برای او خیار فسخ هست. چنانکه هر گاه او را وکیل کرده باشد در خریدن مبیع به قید سلامت (یا به سبب انصراف اطلاق به سالم)، و آن مبیع معیب بر آید که باز بیع صحیح است از برای موکل، در .

ص: ۵۳۶

۱- در نسخه: وکیل.

۲- رجوع کنید به مسأله طولانی و مشروح (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم از همین مجلدات.

صورت جهل وکیل به عیب با عدم تقصیر. و خيار عیب از برای موکل ثابت است. بلی، از علامه در قواعد ظاهر می شود فرق میان عیب و غبن. و در غبن علم و جهل وکیل را مساوی کرده و در هر دو صورت بیع را از برای موکل ثابت میدانند، بلکه موقوف بر اجازه میدانند. و گفته است که: این در صورتی است که وکیل شراء را نسبت به موکل بدهد، یعنی با نام او بخرد. و اما هرگاه عقد خالی باشد از (نسبت به موکل) و بایع هم تصدیق وکیل نکند در نسبت دادن به موکل، حکم می شود بر وکیل به شراء، و مطالبه قیمت از او میکند. بخلاف معیب که در صورت جهل، بیع را از برای موکل میدانند و خيار فسخ دارد. و اما در صورت علم، پس حکم آن همان است که مذکور شد که اگر اجازه کند، صحیح می شود، والا فلا. به همان نحوی که گفتیم و شاید وجه فرق چنانکه شیخ علی (ره) در شرح گفته است و از مسالک [نیز] ظاهر می شود، این است که عیب گاه است که مخفی میماند. پس ممکن نیست تکلیف به شرای صحیح. بخلاف غبن که ممکن است اطلاع بر آن به ادنی ملاحظه [ای] به سبب اشتهاار قیمت نزد ارباب معرفت. و بعد از آن شیخ علی (ره) از حواشی شهید (ره) نقل کرده که گفته است که (این فرق - یعنی فرق ما بین غبن و عیب در صورت جهل - از جمله فرق هائی است که منسوب به مصنف است). و [شیخ علی] گفته که این کلام مشعر به این است که سایر فقها قبل از علامه قایل به این نیستند، و گویا صاحب مسالک هم که گفته است (کذا قرروه) یعنی بیان فرق را چنین کرده اند، هر چند فرق مختص علامه باشد. نه این که سایر فقها هم به این فرق قایل باشند. به قرینه کلام شهید. یا این که علامه و کسانی که بعد از او تابع شده اند چنین تقریر کرده اند. و بعد از آن باز از شهید (ره) نقل کرده که بعد از آن کلام گفته است که (در این فرق علامه اعتراف است به این که عیب هر گاه عیبی است که مثل آن عیب مخفی نمیماند بر مثل این وکیل، آنهم مثل غبن است. و هم چنین هر گاه مثل آن غبن مخفی میماند بر مثل این وکیل، آنهم مثل عیب خواهد بود). و شیخ علی گفته است که در این مناقشه هست. زیرا که خفا بر مثل وکیل هر گاه از اهل معرفت نیست، اثری ندارد، زیرا که واجب

است بر او تفحص از اهل معرفت. بلی ممکن است که بعضی غبن‌ها البته چنان است که مخفی میماند. همچنانکه در قیمت جواهر، و آنچه از آن قبیل باشد. و بعضی عیوب گناه است که سهل است اطلاع بر آن، و اهل خبره به سهولت مطلع بر آن میشوند. پس مقتضای فرق مذکور لزوم است در هر چه غالباً مخفی میماند در عیب و غبن هر دو. نه آنچه مخفی نمیماند از هر دو. (۱) و شهید ثانی (ره) هم تابع او شده (۲) در این کلام، و این کلام متین است. و اطلاق علامه راهی ندارد. (۳) و در حاشیه بعضی نسخ ایضاً به خط بعضی از فضلا نوشته شده است و در آخر حاشیه کلمه (منه) و علامت (ظ) بر سر آن نوشته که ظاهر این است که از فخر المحققین است. و مضمون آن بحثی است بر مصنف (۴) که در صورت جهالت غبن گفته است موقوف است بر اجازه. [در آن حاشیه] گفته است که بلکه از برای او خیار فسخ است به جهت غبن. و اصل بیع واقع شده است از برای موکل، و لکن (موقوف الحل) است. نه این که واقع نشده باشد از برای او مگر با اجازه، که (موقوف العقد) باشد. و الحاصل: بنا بر وقوع بیع از موکل، بیع صحیح است. و خیار فسخ در آن هست. و بنا بر عدم وقوع از آن، بیع صورتی ندارد و بیع شدن آن موقوف است بر اجازه. و ثمره فرق این دو کلام در جایی ظاهر می شود، که چنین بیعی واقع شده باشد، و معلوم نباشد که آیا اجازه شده است یا رد شده؟ -؟. بنا بر قول علامه حکم به بطلان می شود، و بنا بر قول .

ص: ۵۳۸

۱- پایان کلام شیخ علی (کرکی: محقق ثانی) ره.

۲- میرزا (ره) میگوید که شهید ثانی هم از کلام شهید اول تبعیت کرده.

۳- شاید بتوان گفت: مراد علامه تعیین (اصل) است و می گوید: اصل در عیب، وقوع شراء برای موکل، است. و بیش از این نیست که (موقوف الحل) به وسیله خیار باشد. و اصل در غبن عدم وقوع شراء برای موکل، است. و (موقوف العقد) به وسیله اجازه است. پس اطلاق علامه ناظر به این نکته است، و تفریع فروع را به مسائل و ادله دیگر وا میگذارد. و از اینجا روشن میشود که مناقشه مرحوم کرکی نیز خالی از بحث نیست.

۴- یعنی بر علیه نظریه علامه.

دیگر حکم به صحت. و به هر حال، اظهر از ادله وعمومات و فتاوی اصحاب، ثبوت خیار غبن است لاغیر. و اطلاقات عبارات ایشان که (در صورت بیع به اقل از ثمن المثل، موقوف است. بر اجازه). و اینکه (در صورتی که معیب بخرد موقوف است بر اجازه) و غیر اینها، ظاهر این است که مراد صورت عمد است. خصوصاً در معیب که تصریح کرده اند که جاهل، بیع او صحیح است از برای موکل، و از برای او خیار است. و در خصوص غبن علامه چنان گفته است. پس خوب تامل باید کرد تا امر واضح شود. اما سوال از حال شرط مذکور: پس بدان که هر گاه بخرد مال را از برای موکل، پس اگر علم دارد بایع به وکالت و وکیل هم به ذمه میخرد، پس آن قیمت در ذمه موکل است، و بایع از او مطالبه میکند. و هر گاه جاهل باشد به وکالت، از وکیل مطالبه میکند. و اگر وکیل را بری کند، موکل بری نمی شود. چون در نفس الامر ثمن در ذمه او هست و در ذمه وکیل نیست. و اما هر گاه در دست وکیل باشد ثمن، پس بایع از او هم مطالبه می تواند کرد. خواه آن چیز را بعینه در عقد بیع قرار بدهند به ازای ثمن یا نه. به این معنی که موکل داده است. که به مصرف ثمن برساند و وکیل در ذمه بخرد. و در صورتی که بایع به همان عین بفروشد، در جواز مطالبه از موکل، اشکال هست. چون حق بایع منحصر شده در آن. هر گاه این را دانستی میگوئیم: که این شرط صحیح است. و مقتضای عقد وکالت هم این است. نهاییه امر این است که این وکیل ضامن شده باشد که اگر تمسکی از جانب موکل نیاید خود بدهد. پس هر گاه قبول شرط کرد، هر وقت تمسک آید او بری می شود.

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

