www.IrPDF.com

جامع الشتات جلد دوم

تاليف: الميرزا القمي

تصحيح: مرتضى رضوى

---

[١]

جامع الشتات (جلد دوم)

---

[٣]

جامع الشتات (جلد دوم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمى با تصحيح واهتمام :مرتضى رضوى انتشارات كيهان

---

[٤]

جامع الشتات (جلد دوم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمى با تصحيح واهتمام :مرتضى رضوى چاپ اول: بهار ١٣٧١ - پنج هزار نسخه چاپ مؤسسه كيهان حق چاپ براى انتشارات كيهان محفوظ است خيابان انقلاب - مقابل پارك دانشجو - خيابان انوشيروان شماره ١٠ انتشارت كيهان

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

[٥]

---

[٦]

قفسه كتابخانه مجازى سايت بينش نو

http://www.binesheno.com/Files/books.php

بنام خداوند كريم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

استدراك

در آغاز جلد دوم لازم است نكاتی را - نه به عنوان مقدمه بل به عنوان استدراك از مقدمه جلد اول - به استحضار خوانندگان محترم برسانم: ۱: در آنجا گفته شد كه " هيچگونه ويرايشی در مطالبی كه از قلم محقق تراوش كرده، انجام نخواهيم داد. " منظور از اين سخن دخل و تصرف و ايجاد تغيير در كلمات و الفاظ و لغات است نه ويرايش در علائم نگارش ويا تفكيك مطالب ويا... و اينهمه كاری كه در احيای اين متن پر ارزش انجام يافته همه را می توان ويرايش ناميد. ۲: در يك مورد در خود لفظ متن، تغيير داده شده كه عبارت است از كلمه‌های " دويم " و " سيم " كه به " دوم " و " سوم " تبديل شده‌اند. البته اين تغيير هم از ناحيه من نيست. ۳: شايد روند تصحيح در جلد دوم مطلوبتر از جلد اول باشد زيرا مواردی كه در پاورقی معين شده ونيز مواردی كه در ميان علامت [ ] قرار داده شده در جلد دوم بيش از جلد اول است. دليل اين تفاوت و نيز دليل مورد بالا (دويم، سيم) اين است كه جلد اول را وقتی به من ارجاع كردند كه آماده چاپ بود واز بيخ گوش ماشين فيلم و زينگ برگردانده بودند. پس از چهار بار بررسی و تطبيق در اختيار چاپ قرار داده شد. معنی اين سخن اين نيست كه در تصحيح جلد اول كوتاهی شده يا نقصی هست. منظور

اين است كه به نظر من توضيحات زيادی درباره موارد تصحيح در جلد دوم داده شده. و نيز معنای اين كلام چنين نيست كه تصحيح كننده قبلی (هر شخص محترم و بزرگوار كه بوده) كوتاهی فرموده است. بل سخن از دو سليقه است واز نكات ضعف انسان اين است كه هر كسی سليقه خودش را بهتر از سليقه ديگران ميداند و من نيز از اين نكته ضعف بری نيستم.

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

مرتضی رضوی

كتاب التجارة. من المجلد الاول

۱- سوال: چه می فرمايند در خصوص زوجهء زيد، قطعه ملكی داشته و زوج خود را وكيل نموده در فروختن ملك مزبور و زوجهء مسطوره از قيمت آن ملك، بلديت نداشته و زوج او هم نامقيدی نموده و ملك را به قيمت وقت نفروخته و زوجه متوفی شده و ورثهء او عالم به مراتب مرقومه شده كه غبن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فاحش داشته و به ثبوت هم میرسانند که در وقت فروختن، مغبون بوده‌اند. آیا می رسد ورثهء او را که انتزاع ملك از ید مشتری نمایند؟ و منافع این سنوات گذشته را هم می توانند نمود یا نه؟

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

کرده بود، اما در صلح، وکیل نکرده بود. مدعی باید وکالت در صلح را هم اثبات کند. خلاصه اینکه این مسئله‌ها بدون مرافعهء حاکم طی نمی شود ودعوی اجرت المثل در صورت مرقومه ظاهرا صورتی ندارد. والله اعلم.

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

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

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

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

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

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

جواب: هر گاه شخصی به کسی پنج تومان قرض الحسنه بدهد و اجلی و مدتی از برای آن شرط کند، خلافی واشکالی در جواز آن نیست. بلی خلاف در لزوم آن است و شبههء ربا در اینجا راه ندارد، بلی در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت کردن ضرر دارد، چون اجل را قسطی از ثمن می باشد و ظاهرا در این هم خلافی نیست (آنچه نسبت به شیخ دادهاند در خلاف، در آن هم تأمل است) و اما گرفتن یك من برنج یا یك توپ کرباس که در ازای آن، یك تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط این معاملهء محاباتیه، پس آن حرام است و قرض و معامله هر دو حرام است و هر گاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علیحده داده، و این معامله را علیحده کرده و قصد در معاملهء واقعه کرده باشند ظاهرا جایز است، هر چند داعی بر معامله در نفس الامر جلب نفع باشد، لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام است به ارتکاب بیع صحیح. ولکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا، بهتر از این، و از جملهء آنها معاملهء محاباتیه به شرط قرض است که عکس صورت مسئله است واز جملهء آنها این

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که پنج تومان پول طلا و نقره بدهد به شش تومان پول سیاه، و همچنین ظاهرا جایز است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس این ۱ .

۱: اصل این " چاره جوئی " و اینکه چنین چیزی در فقه ما هست مسلم است و از نظر حدیثی یك امر ثابت و بی تردید می باشد، زیرا در عصر امام باقر (ع) طرفداران مالك - رئیس یکی از مذاهب چهار گانه فقهی اهل تسنن - به عنوان انتقاد، از آن حضرت میپرسیدند " آیا این فرار از ربا نیست؟! " امام (ع) در پاسخ آنان میفرمود " نعم الفرار من الحرام الی الحلال ": چه زیباست فرار از حرام بر حلال؟!. پس اصل " حکم " - حکم بر جواز - فی الجمله برای همگان ثابت است. لیکن هر کسی در نحوه عملی آن، برداشت خاصی دارد و معمولا در اجرای حکم بر " موضوع " دچار (باصطلاح فقهی) تفصیل شده‌اند و بعضیها نیز بطور مطلقا بر هر نوع فرار بوسیله ضمیمه حکم صحت را جاری می کنند. مرحوم میرزا در اینجا با یك نوع حساسیت دو راه را نشان میدهد: ۱) باید ضمیمه در مقابل مبلغ اضافی به عنوان اصل معامله تلقی گردد و در ضمن معامله شرط شود که خریدار باید مبلغ پنج تومان به فروشنده قرض بدهد. ۲): پول سیاه در قبال پول سفید یا بر عکس. در طول تاریخ فقه ما، همیشه یك اضطراب روحی و عدم اطمینان نفسی راجع به راه‌های تعیین شده و ارائه شده، بود. با اینکه نسبت به اصل حکم فی الجمله اطمینان قطعی داشته‌اند. امام خمینی (ره) با ارائه یك نظریه ابتکاری مسئله را بشکل خاصی حل می کند که بیگمان مبنای یك " اجماع " خواهد شد. بدینشرح: اگر کشاورزی گندم مرغوب و کشاورز دیگری گندم نا مرغوب دارد فرد دوم میخواهد از امسال بذر زراعتش را از گندم مرغوب فرد اول تامین کند بدیهی است قیمت دو گندم در بازار متفاوت است اگر گفته شود که طرفین با وزن مساوی گندمها را مبادله کنند فرد اول مغبون می شود و اگر فرد دوم مقداری گندم اضافه دهد ربا می شود (فرضا امکان راه دیگر هم غیر از مبادله نیست - در قدیم میان کشاورزان چنین اتفاقاتی بیشتر پیش میآمد) در این صورت صاحب گندم نامرغوب می تواند نقدی یا چیزی را بر گندم خویش ضمیمه کند تا تعادل قیمت دو کالا حاصل گردد. رای ایشان بر این است که " فرار از ربا " تنها در این قبیل مورد است که بوسیله ضمیمه تعادل قیمت حاصل شود نه ربح ربوی، و این مطلب گشودن راه ربا نیست که باصطلاح، فلسفه احکام مخدوش گردد، و ایشان تصریح می کنند که این، در حقیقت فرار از ربا نیست بلکه فرار از " مماثلث " است - رجوع کنید به " تحریر الوسیله " باب ربا مسئله شماره ۷، و نیز: امام خمینی: کتاب البیع: ج ۲ ص ٤٠٤ و ٤٠٥. مسئله دیگری که در اینجا قابل ذکر است این است: من در یکی از مقالات اقتصادیم در یکی از مطبوعات دست اندر کاران فقه را دعوت کرده بودم بر اینکه " آیا نمی توان میان گرفتن وام ربوی از بانك دولتی و میان معامله ربوی بخش خصوصی با بخش خصوصی تفاوت قائل شد؟ " و باصطلاح نمی توان میان این دو به تفصیل قائل شد؟. یکی از آقایان که اخیرا رساله‌اش را چاپ کرده نوشته است: اگر اجماع، نباشد:.... خلاصه‌اش این می شود که معامله ربوی افراد با بانك دولتی حلال و با بانك بخش خصوصی یا هر فرد دیگر حرام است. زیرا: خطابات این چنینی شامل " دولت " نمی شود یعنی همان طور که خطاب " خمس بدهید " متوجه دولت نیست همان طور هم خطاب " ربا نگیرید " متوجه دولت نیست. و نیز همین خطاب به مردم می گوید که به همدیگر ربا و ربح اضافی ندهید و معلوم نیست که آنان را از ربح ربوی دادن به دولت نیز منع کرده باشد

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: 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. و اما هر گاه بدون شرط، بهتر را بدهد در عوض زبون‌تر، ضرر ندارد و جمعی قایل به جواز شرط زیادتی در وصف شده‌اند و دلیل ایشان تمام نیست .

---

۸ - سوال: هر گاه شخصی سلف فروخت، در وقت حلول اجل، جنسی را که سلف فروخته ندارد، همان قدر وجه را که از مشتری گرفته باید بدهد یا به قیمت حال، قیمت را بدهد و هر گاه صیغه به بیع سلف جاری نشود منعقد می شود یا نه؟

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

فروختم فلان قدر غله را به فلان قدر پول در فلان مدت .و مشتری بگوید :قبول کردم. و احوط آن است که صیغه را ترك نكنند. والله العالم.

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

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

۱۰- سوال: منافع " بیع شرطی " را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل می توان ساخت (بدون آنکه شرط اسقاط خیار بشود در تمام مدت، الا روز آخر مثلا)، آیا به این شرط انتقال بالاجاره یا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ و این شرط با اصل بیع، منافی و مخل و مفسد هست یا منافی و مخل و مفسد نیست؟

جواب: هر گاه در بیع، شرط خیار را چنان قرار داده باشد که زمان خیار منفصل باشد از عقد، مثل آنکه بگوید: این زمین را به تو فروختم به بیع یك تومان و شرط کردم با تو که بعد از انقضای یك سال هر گاه رد مثل ثمن را در ظرف پنج روز به سوی تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع و شرط کردم با تو که این خیار، بعد از انقضای این مدت در ظرف این پنج روز، از برای من باشد و مشتری قبول کند پس اظهر جواز آن است و اشکالی ظاهرا در جواز اجاره دادن مبیع در ظرف یك سال و مصالحهء منافع در این صورت، نیست و این شرط هم منافاتی با بیع ندارد و مخل و مفسد نیست. و اما هر گاه زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید :فروختم این زمین را به یك تومان و شرط کردم با تو که از حال، الی انقضای یك سال تمام، خیار از برای من باشد که هر وقت در ظرف این سال، رد مثل به تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در اینجا در صحت اجاره، بلکه مصالحه اشکال هست و چنانکه صحت آن بر حقیر، ظاهر نیست، بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن، خالی از قوت نیست. اما تفصیل میخواهد که وقت، اقتضای بیان آن را نمی کند .لهذا در این صورت، الحال توقف دارم.

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

نهضت ترجمه
Tarjomeh Movement
IMS

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

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

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

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

جواب: در این مسئله خلاف است و اکثر علما بر بطلان این معامله‌اند و از جملهء ایشان است شیخ در مبسوط .و اقوی و اظهر در نزد حقیر هم این است. و جمعی بر جواز و صحتند، و لکن می گویند آنچه بر مشتری لازم است اقل ثمنین است در انقضای اجل، و این مذهب شیخ است در نهایه، و یحیی بن سعید در نزهة الالفاظ. و بعض متاخرین نسبت آن را به مفید (ره) و مرتضی (ره) نیز داده‌اند و کلام مفید، صریح در حرمت است. لکن گفته است که هر گاه چنین کاری را بکند بر او لازم می شود اقل

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ثمنین در منتهای اجل، و عبارت سید (ره) در مسائل ناصریه دلالت بر کراهت دارد، و لکن دور نیست که او نیز حرمت را خواسته باشد، به جهت آنکه در کلام او و امثال او استعمال می شود کراهت در حرمت. واما دلالت کلام او بر صحت، پس آن واضح نیست و عبارت او این است که بعد از آنکه عبارت ناصریه را نقل می کند که گفته است: " من باع باکثر سعر یومه مؤجلا فقدار بی " فرموده است: " هذا غیر صحیح و ما اظن ان بین الفقهاء خلافا في جواز ذلك و انما المكروه ان يبيع الشئ بثمنين بقليل ان كان الثمن نقدا و باكثر منه نسية " بلکه این عبارت ظاهر در حرمت است، بلکه دور نیست که دعوی ظهور در بطلان کنیم به ملاحظهء مقابله با بیع ربوی. و این بنابر این است که بیع ربوی را باطل دانیم. چنانکه مشهور علما بلکه اجماع است، چنانکه آخوند ملا احمد (ره) در احکام آیات نقل کرده و چنان نیست که ابو حنیفه گفته که همان زیادتی اسقاط می شود و در باقی صحیح است. و بیان ربوی این است که بگوییم که تراضی به اقل ثمنین واقع شده در اول، پس هر گاه قیمت زیادت را بدهد بعد از انقضای مدت ربا می شود، به جهت آنکه طلب او را زیاد داده از برابر آن زمان .

---

[۱۰]

ولکن از شهید در دروس ظاهر می شود که صحیح است این معامله و اینکه نهی از این معامله وارد شده، به سبب حصول ربا است، ولکن گفته است که نهی دلالت بر فساد نمی کند. و قول رابع هم در مسئله هست که قول " ابن براج " است وآن این است که بیع، باطل است. ولکن هر گاه متبایعین امضای آن بکنند در میان خود، از برای بایع اقل ثمنین خواهد بود در انقضای اجل، بلکه ظاهر عبارت شیخ همین است و ابن فهد در مهذب این قول را نسبت به هر دو داده است. ودلیل ما بر مسئله اصل عدم صحت، است و منع انصراف عمومات به این نوع از بیع، و عدم حلیت مال مسلم مگر از طیت نفس و اینکه تراضی واقع نشده است، بلکه قصد بیع هم نشده است و عقود تابع قصود است و قصد بیع به این نهج خاص هم نشده که اقل ثمنین در ابعد اجلین باشد و بیع مثل نکاح نیست که بدون ذکر مهر، صحیح باشد و در اینجا فی الحقیقه ثمن مذکور نیست، یا اگر مذکور است مجهول است و جهالت ثمن مبطل است و توضیح آن، اینکه این عقد در معنی این است که این متاع را فروختم به تو، به یك قیمتی غیر معین بالذات، و شرط کردم با تو که اگر نقد بیاوری آن قیمت غیر معین، این قدر باشد و اگر تا فلان مدت تأخیر کنی اینقدر باشد، یا در این معنی است که به نقد می فروشم اگر اینقدر بدهی و به نسیهء فلان مدت می فروشم اگر نقد به این قدر ندهی و این نیز باطل است، به جهت آنکه تعلیق در انشاء عقد است و آن مبطل عقد است جزما. پس حکم به صحت آن مخالف عقل و نقل است. و علاوه بر همهء اینها از رسول خدا (ص) روایت شده از طریق خاصه و عامه " لا یحل صفقتان ۱ فی واحدة "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

چنانکه ابن جنید نقل کرده و به همین معنی تفسیر کرده، و همچنین موثقه عمار عن ابی عبد الله (ع) قال: بعث (ص) رجلا من اصحابه والیا فقال له :انی بعثتك الی اهل الله یعنی اهل مکة فانههم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ربح مالم ۲ یضمن. و روایت سلیمان بن صالح عن ابیعبد الله (ع) قال :نهی رسول الله (ص) عن

۱: مستدرك: ج ۲ ص ٤٧٥، ابواب احکام العقود، باب ۲. (چاپ اسماعیلیان) ۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام العقود باب ۱۰ ح ٦

سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و عن بیع ما لیس عندك و عن ربح ما لم ۱ یضمن. و اصحاب تفسیر کرده‌اند موثقه را به آنچه تفسیر کرده‌اند به او روایت سلیمان بن صالح را و تفسیر ایشان همین معنی هست که نزاع در او است. و استدلال کرده‌اند قائلین به جواز و صحت، به روایت سکونی عن ابی جعفر عن ابیه عن ابائه (ع) ان علیا (ع) قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذا و بالنسیة کذا فاخذ المتاع علی ذلك الشرط. فقال هو باقل الثمنین وابعد الاجلین یقول لیس له الا اقل النقدین الی الاجل الذی اجله ۲ نسیة. و حسنة محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال: قال امیر المؤمنین (ع): من باع سلعة فقال ان ثمنها کذا و کذا یدا بید او ثمنها کذا و کذا نظرة فخذها بای ثمن شئت، و جعل صفقتهما واحدة، فلیس له الا اقلهما و ان ۳ کانت نظرة. و این حدیث در تهذیب و کافی وفقیه روایت شده ودر کافی بعد از آن مذکور است که: قال: قال: من ساوم بثمنین احدهما عاجلا والاخر نظرة فلیسم احدهما قبل ٤ الصفقة، و حسنهء دیگر محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی رجل امره نفر لیبتاع لهم بعیرا بنقد و یزیدونه فوق ذلك نظرة فابتاع لهم بعیرا و معه بعضهم فمنعه این یاخذ منهم فوق ٥ ورقه نظرة. و جواب از این روایت بعد از تضعیف اول و اغماض از بعضی اشکالات که در سند دو تای دیگر هست، هر چند اظهر عدم اشکال است به جهت آنکه ظاهر آن است که محمد بن قیس، (خصوصاً هر گاه عاصم بن حمید، از او روایت کند و او از حضرت باقر (ع)) خصوصاً قضایای امیر المؤمنین (ع) همان بجلی ثقه، است و ابراهیم بن هاشم ممدوح ٦ است به مدحی

۱: همان مرجع باب ۷ ح ۲ ۲: همان مرجع باب ۲ ح ۲. ۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦۷، ابواب احکام العقود باب ۲ ح ۱. ٤: فروع کافی: ج ۱ ص ۳۸۷، من لا یحضر: ج ۲ ص ۹۲، تهذیب: ج ۲ ص ۱۳۱. ٥: وسائل: ابواب احکام العقود، باب ۳ ح ۱. ٦: ابراهیم بن هاشم پدر علی بن ابراهیم: مرحوم میرزا (مانند گروهی از دانشمندان) در اینجا یك برخورد کاملا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فنی خشك با چگونگی شخصیت ابراهیم بن هاشم مینماید. یعنی تنها سخنانی را که اهل رجال در مورد او گفته‌اند معیار قرار میدهد و نتیجه میگیرد که او توثیق نشده تنها مدح شده است. بطوری که گروهی از دانشمندان همین روش را در مورد صدوق به کار میگیرند و طوری سخن می گویند که گویا مثلا وی هم توثیق نشده است اما حقیقت این است که بزرگان رجال شخصیت‌هائی مانند صدوق و ابراهیم بن هاشم را بینیازتر از آن میدانند که در مقام شرح جزئیات و ثاقت آنها بیایند. سلسله " کلینی، علی بن ابراهیم، ابراهیم بن هاشم " از سرمایه‌های مهم و پر ارج و یکی از پایه‌های حیاتی منابع حدیثی ماست... و همینطور نام این پدر و پسر در سلسله‌های دیگر. در مورد ابراهیم همین قدر کافی است که از اصحاب کوفیین بوده و به قم آمده و از غربال سختگیر قمیین سالم در آمده است

---

[۱۲]

که کمتر از توثیق نیست. و لکن مضمون روایات مخالف قواعد و عمومات ادله عقلیه و نقلیه است، چنانکه گفتیم. و نمی توان عمومات قواعد را به آن تخصیص داد، با وجودی که اخبار آن طرف هم موجود است و بعضی از اینها موثقند و موثق حجت است و اگر نباشد هم، ضعف آن منجبر به عمل اصحاب و موافق کتاب است به جهت اینکه ظاهر این است که این اکل مالی است به باطل، و تجارت ناشی از رضای طرفین، نیست، بلکه موافق عقل و نقل. و حسنهء دوم محمد بن قیس نیز دلالت واضحی بر مطلب ندارد، بلکه ظاهر این است که مراد این باشد که هر گاه جمعی بگویند به شخصی که تو شتری از برای ما بخر، به نقد و ما، در عوض آن نقد تو، در مهلت فلان به تو بیشتر میدهیم و جناب امیر المؤمنین (ع) منع فرموده آن شخص را از گرفتن زیادتی به جهت آنکه محض رباست و اگر چنین نباشد حمل حدیث بر معنی مقصود، محتاج به تکلفات بسیار و تقدیر و حذف است و مرجع ضمیر منصوب در " معه " هم در این صورت مذکور نیست و ارجاع آن به صاحب شتری که این مرد از او می خرد و در کلام نیست، بعید است. و اما دلیل مفید و امثال او که قائل به حرمتند، و لکن هر گاه بکند صحیح است و رجوع به اقل ثمنین می شود در ابعد اجلین. پس ممکن است که آن آخر حسنه محمد بن قیس باشد که در کافی مذکور است که امر شده است به تسمیهء ثمن و تعیین آن و امر از برای وجوب است، پس ترك آن حرام است، ولکن حرمت افادهء بطلان نمی کند و از اینجا دلیل ابن براج نیز ظاهر می شود، بنابر آنکه حرمت را دلیل بطلال داند. و تو میدانی که همه اینها تکلف

---

[۱۳]

است. بدان که در کلام بعضی از فقها ذکر شده است با این مسئله، مسئله دیگر و آن این است که بفروشد متاعی را به اقل قیمتین در مدت کمی و به اکثر قیمتین در مدت زیادتر و حکم آن را هم، مثل این قرار داده‌اند و این صریح کلام مفید، است و شاید تکیهء ایشان به فهم علتی، باشد از روایات والقاء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فارق. و اما لفظ " ابعد الاجلين " در روايت سكونى، پس آن، محمول بر تغليب است و بر حال اطلاق شده است لفظ " اجل " تغليبا، مثل شمسين و قمرين، چنانكه در خود روايت نيز توضيح آن شده است. وبه هر حال، اظهر در اين نيز بطلان است، چنانكه مذهب اكثر اصحاب است، بلكه به طريق اولى. والله اعلم بالصواب.

١٤- سوال: در بيع فضولى، خيار فسخ، مخصوص مالك است يا مشترى را هم مى باشد؟

جواب: مشترى را خيار نمى باشد، بلكه از جانب او، بيع لازم است.

١٥- سوال: معامله‌اى كه به اسم معاوضه شده باشد، لازم است يا جايز؟

جواب: هر گاه به رسم و اسم هبهء معوضه باشد لازم است واگر نه آن باشد ونه ديگرى از عقود لازمه، پس در لزوم آن اشكالى هست و تا حال لزوم آن بر حقير معلوم نشده.

١٦- سوال: گرفتن وظايف كه مال شاه مى باشد و به رعيت حواله مى كنند و قدرى از او را كم مى كنند، آيا بر آخذ آن، حلال است يا نه؟

جواب: خراج اراضى خراجيه مال مصالح عامهء مسلمانان است، مثل طلبهء علوم و ائمه صلوة و مؤذنين و پل و حمام و مسجد، وليكن به اذن امام عادل. و دور نيست كه اگر مجتهد جامع الشرايط اذن بدهد و آن شخص گيرنده از مصالح عامهء مسلمين باشد، مثل طلبهء علوم و ائمة صلوة، تواند گرفت.

١٧- سوال: از وجه بيع شرط چون بايع مسلط بر فسخ است، هر گاه از ده تومان مثلا يك تومان بدهد قبل از انقضاى مدت، بيع فسخ مى شود يا اينكه موقوف است به دادن تمام؟

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

شرط كرده باشد كه اگر كمتر را هم بدهد مسلط باشد بر فسخ بيع بعض، بالنسبة. والله العالم.

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

جواب: اجرت در ازاى تلاوت قرآن به جهت موتى، مشهور جواز آن است.

١٩- سوال: هر گاه زيد، در حين حيات والد خود از پول والد، ملكى به جهت خود گرفته و والد، متوفى شده، آيا ورثه به قدر سهم خود، مستحق تنخواه مى باشند يا مستحق ملك؟

جواب: در صورت سئوال، ورثه به قدر سهم خود مستحق تنخواهند؟ نه ملك، مگر آنكه اجازه كنند بيع را، پس شريك ميشوند به قدر حصه.

٢٠- سوال: معامله‌ء اطفال، كه در بازار مى كنند چه صورت دارد؟

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۲۱- سوال: خیار غبن در همهء عقود هست حتی در هبه واجاره وصلح، یا منحصر است در بیع؟ و ایا شرط سقوط خیار غبن و غیره در ضمن عقد، باعث سقوط می شود یا نه؟ هر گاه زید، ملکی به عمرو، که از اهل خبره نبوده فروخته و قبل از مبایعه چنان نموده که مبایعهء مزبوره غبطه است و بکر و خالد را آورده که به این قیمت میخرند و آنها هم گفته‌اند که به این قیمت میخریم و در عین مبایعه در ضمن عقد شرط اسقاط جمیع دعاوی و خیارات خصوصا دعوی غبن از جانب عمرو مشتری، نموده و بعد از مبایعه غبن فاحش به ظهور رسیده، آیا در صورت مزبوره مشتری را خیار غبن باقی است یا شرط

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

جواب: بلی غبن در سایر عقودی که از معاملات محضه است جاری می شود، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده‌اند که از جمله آنها مقداد است که تصریح به آن کرده، و عمده دلیل خیار غبن که نفی ضرر و عسر و حرج است در همه عقود مذکوره جاری است، اما، در مطلق هبه، غبن نمی باشد مگر هبهء معوضه. و به هر حال نسبت ما بین ادله لزوم عقود و اخبار ضرر و عسر و حرج، عموم من وجه است، لکن اعتضاد به عقل و عمل به اصل و کتاب و سنت مرجح نفی ضرر است، بلکه بعد تأمل تام، اکثر اخبار ضرر، در قوت خاص مطلق، است و علت منصوصه در آنها هم مطرد است. واما سئوال از اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد، پس اظهر این است که منشأ سقوط بشود با اشکال در خیار رؤیت. و توضیح این مطلب این است: اصل در بیع لزوم است واخبار غبن از جانب شارع مقدس از برای رفع ضرر است و بالغ عاقل رشید که معامله کرد و معنی غبن و خیار غبن را فهمید و دانسته شرط اسقاط آن را در ضمن عقد کرد ظاهرا ساقط می شود و معامله لازم است. و اینکه بایع چنان وانموده که مبایعه خوب است و مشتری دو برابر آورده هر چند این نوعی است از تدلیس و تغریر و فریب دادن، لکن بطلان معامله به سبب آن معلوم نیست، هر چند معصیت کرده باشد و این، از قبیل بخس و غش خواهد بود و اظهر آن است که در صورت بخس و غش معامله باطل نباشد و غایب امر، آن است که خیار ثابت باشد،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

در صورت غبن. والحاصل بعد از ملاحظهء عمومات لزوم عقود و شروط، وجهی از برای بطلان ظاهر نیست آنچه شهید (ره) در دروس به آن متمسك شده در شرط اسقاط خیار رؤیت، است و اسقاط خیار غبن را هم به آن ملحق کرده‌اند، و بعد از آن، بیان فرق کرده. و عبارت دروس این است که در مسئله خیار رؤیت گفته است " ولو شرطا رفعه فالظاهر بطلان العقد للغرر و کذا خیار الغبن و یحتمل الفرق بینهما لان الغرر فی الغبن سهل الازالة بخلاف الرؤیة فیصح اشتراط رفع خیار الغبن " و مراد شهید از لفظ " غرر " آن چیزی است که

شامل جهالت طرفین باشد به احد عوضین یا هر دو، بدون حصول تغریری و فریبی از احدهما. مثل اینکه طرفین معامله بکنند به وصف ثالثی که نه بایع خود دیده باشد مبیع را، و نه مشتری. و نه هم احدهما قصد فریبی داشته باشد و مانع در اینجا همان جهالت محض است. و بالجمله نسبت ما بین غرر و جهالت، عموم من وجه است. پس غبن از بابت غرر است. و گاه است از راه فریب دادن است، مثل ما نحن فیه. و گاه است که مطلقا قصد فریب ندارد و بایع هم قیمت آن را نمیداند، اما قدر عوضین و وصف آنها در حال بیع معلوم است و کسی نگفته است که خیار غبن منحصر است در صورتی که بایع، عالم نباشد به غبن و فریب نداده باشد و با وجود این، مطلق گفته‌اند که خیار غبن ثابت است، بلکه در غار عالم، اظهر است .واحادیثی که وارد شده در غبن، مثل غبن المؤمنین حرام و غبن المسترسلین حرام و امثال آنها، ظاهر در صورت عمل فریب است و کسی قائل به بطلان نشده است و به جهت رفع آن قائل به خیار غبن شده‌اند. و بعضی در اصل خیار غبن هم تأمل دارند .باقی میماند کلام در جهالت عوضین یا احدهما که ظاهر فقها، اجماع بر بطلان است. و تحقیق در این مسئله نیز این است که هر گاه جهالت راجع به بیع سفه شود باطل می شود، بخصوص دلیلی در آن یا به جهت اجماع که در خصوص جهالت دارند یا به سبب بعضی از اخبار که در آن مسئله مذکور است والا نهی در معاملات مستلزم فساد نیست و قول شهید (ره) در نفی اسقاط خیار رؤیت، راجع به این است نه مطلق فریب دادن، به جهت آنکه هر گاه تعیین مبیع به مجرد وصف باشد و وصف محتمل است که کذب باشد و خلاف باشد، خیار فسخ جبر کسر آن را می کند، وهر گاه در همان عقد، شرط اسقاط خیار بشود آن عقد در جهالت عوض، باقی است، پس فاسد خواهد بود. به خلاف شرط اسقاط خیار غبن، به جهت آنکه مبیع و ثمن هیچیك در حال بیع جهالتی نداشته‌اند واگر جهالتی فرض شود در گنجایش و قیمت مبیع خواهد بود و آن نیز به اثبات خیار غبن در شریعت، مرفوع است .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عاقل بالغ رشید، خود از حق گذشته و اسقاط کرده و فریب دادن بایع، او را، همین معنی است که اصل وضع خیار به جهت احتمال آن بوده، بایست خود اسقاط نکند و غالب این است که بالغ عاقل رشید که معامله کرد و تصور غبن فاحشیت آن را کرد و مع هذا تن در داد که به آن قیمت بر دارد، به جهت آنکه صلاح او هست در آن وقت و شرط اسقاط خیار کرد، در این معنی غرری نیست و اگر فرض شود در صورت تدلیس بایع وبخس، مشتری مغرور شود به آن، خیار را دارد و به همین ازالهء غرور از او آسان است، چنانکه در همان عبارت دروس به آن اشاره شده. پس خود مقصر خواهد بود به سبب اسقاط خیار و " مباشر " در اتلاف، مقدم است بر " سبب " و همچنین سبب اقوی بر اضعف. و در اینجا نمی توان گفت که سبب اقوی است به سبب غرور، مثل آن جایی که غاصب، مالك را ضیافت کند و مال خودش را که از او غصب کرده به او بخوراند، به جهت آنکه بعد از این به آزار تابانی به او می گوید که در ضمن عقد، شرط کن که اگر غبنی باشد ساقط باشد، هر گاه واقعا جازم شده بود مشتری به اینکه غبنی نیست و قیمت همین است و باز از راه این سد و بند بایع، و شرط کردن، بیدار می شود و راه اختیار غبن را میداند که شرط می کند، والاسفه و غبث خواهد بود شرط کردن، و لغو خواهد بود. و اصل در فعل مسلم عاقل رشید، آن است که کارش مبتنی بر لغو و سفه و عبث نباشد. پس در حقیقت متنبه احتمال غبن شده و بنابر اسقاط آن گذارده به جهت مصلحتی و اگر فرض عدم تنبه بشود با وجود این معنی، پس آن از فروض نادره است که در احکام شرعیه و قواعد کلیه، التفاتی به آن نیست. پس عمدهء مؤثر در نقصان، فعل خود او است نه فعل بایع. و اما در اسقاط خیار رؤیت، چون معنی غرر، و اسقاط خیار باعث عود جهالت است، پس رفع غرر، به معنی جهالت به وسیله اسقاط خیار نشده است. به خلاف غبن، که تحویل تأثیر تغریر به خود مشتری، منشا ازالهء غرر به معنی فریب است به آسانی. و از اینکه گفتیم معلوم شد که مراد شهید (ره) از لفظ " غرر " در دروس اعم از جهالت و فریب است تا در اسقاط خیارین هر دو صحیح باشد. بلی در این مقام، سخنی دیگر هست و آن بودن این شرط است مخالف مقتضای

عقد. و شرط مخالف مقتضای عقد، منشأ بطلان عقد است، چنانکه فقها به آن تصریح کرده‌اند. و جواب این را حقیر در رساله مفرده که در " شرط ضمن العقد " نوشته‌ام بیان کرده‌ام و حق این است که امثال این شروط مخالف مقتضای عقد نیست و به این جهت، شهید (ره) در قواعد نیز در بطلان عقد به امثال این شرط تردد کرده است. و حق این است که تردد نباید کرد به جهت آنکه این نه به معنی مخالف

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مقتضای عقد است. و حاصل آنچه تحقیق کرده‌ام در آنجا، همان است که شهید (ره) به آن اشاره کرده در قواعد که هر گاه شرط منشأ اخلال به بعض ارکان معامله شود فاسد است، مثل شرط عدم تسلیم مبیع یا ثمن یا عدم تصرف در مبین یا در ثمن، و اما هر گاه باعث اخلال به بعضی از احکام و لوازم و توابع بشود ضرر ندارد، مثل شرط اسقاط خیار مجلس و خیار حیوان. و خیار غبن هم از آن بابت است، و همچنین خیار تأخیر. اما در خیار رؤیت، اشکال سابق هست و از این جهت، منشأ بطلان می شود و توضیح این مطلب موکول است به مطالعهء آن رساله، والحال، حال بیان بیش از این نیست. عافانا الله عن الامراض الجسمیة والالام النفسیة بمحمد واله خیر البریة صلی الله علیهم اجمعین. و اما سئوال از ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، پس بدان که کسی شرط مخالف شرعی در ضمن عقد بکند، شکی در فساد شرط نیست ودر فاسد شدن عقد به فساد شرط، قول اصح بطلان است به جهت آنکه عقد، تابع قصد است و قصد به انشاء عقد نشده است الا به این شرط، پس قصد به انشاء معامله بدون شرط نشده و قصد که واقع نشده، عقد واقع نشده و به جهت آنکه شرط را قسطی از قیمت می باشد، پس هر گاه باطل شود، قیمت مجهول می شود، پس عقد باطل می شود و در رسالهء شرط، مطلب را مبسوط نوشته‌ام. ولکن این قاعده در مسائل نکاح، تخلف کرده است، پس حکم کرده‌اند اصحاب هر دو قول به صحت عقد نکاح با اشتمال بر شرط فاسد. و در مسالك، دعوی اجماع بر آن کرده و این مشکل است، مگر اینکه اجماع ثابت باشد ودر ثبوت آن نیز اشکال است به جهت آنکه خلاف کرده‌اند در شروطی که خلاف مقتضای عقد است. بلکه در بعضی

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

۲۲- سوال: در وقت چیدن گندم و جو، بعضی خوشه‌ها به زمین میافتد و میریزد و مالك خود یا وکیل او به قدر مقدور، سعی و اهتمام در جمع و ضبط واخذ آنها می کنند و بعد از عجز از ما بقی اعراض وقطع نظر می کنند. آیا بر چیدن آنها جایز است یا نه؟ و بر فرض جواز، هر گاه کسی بر چیند به قصد تملك و عین آن حاضر و باقی باشد مالك می تواند از او بگیرد یا نه؟ و هر گاه بعضی از آن خوشه‌ها که بر زمین افتاده است بعد از اعراض مالك، دانه دانه شود و در خاك پنهان شود و شخصی آنها را حیازت کند و آب بدهد تا سبز شود و یا در زمستان به سبب آب باران سبز شود و شخصی به قصد تملك، متوجه آب دادن و حفاظت آن بشود و حاصلی از آن به عمل آید، آن حاصل، مال این شخص می باشد یا مال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صاحب آن خوشه‌ها و دانه‌ها و مملوك بودن زمین از برای صاحب بذر یا مغصوب بودن آن در این حکم تفاوت دارد یا نه؟ و هر گاه اشاره به مأخذ و دلیل مسئله، بفرمایند بهتر است.

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

از سبز شدن، مال صاحب بذر است مگر اینکه بعد سبز شدن باز اعراض کند و بعد از اعراض مال هر کس است که آن را حیازت کرده و احوط آن است که بنا را بر مصالحه گذارند. و ان شئت ماخذ المسئلة فاعلم ان المالك اذا لم یعرض عن الحبوب فالزرع مال صاحب البذر واما لو اعرض فلیس لصاحب البذر بل هو خارج عن ملکه، ح، ولم اعتمد فیما اخترته من خروجه عن ملکه علی ان مجرد الاعراض یدل علی الخروج عن الملکیة (حتی یقابل بالمنع و ان الملك کما یحتاج فی ثبوته الی سبب شرعی، فالخروج عنه ایضا محتاج الی ناقل شرعی و لم یثبت من الشرع کون نیة الخروج، من موجبات نقل الملك فان ذلك لا یتم فی کثیر من المواضع التی یکون المعرض عنه شیئا خطیرا و ان کان القول به موجودا مطلقا و فی خصوص بعض المسائل کما لو اطلق الصید بعد التملك و قصد الخروج عن التملك. فانهم اختلفوا فیه. فالاکثر علی عدم الخروج، کما فی المسالك و ذهب بعضهم الی الخروج ونسبه فی الکفایة الی الاکثر. و یتفرع علیه جواز اصطیاده للغیر بقصد التملك و عدمه. ثم علی القول بعدم الخروج، اختلفوا فی انه مباح التصرف فیه علی غیر جهة التملك ام لا ایضا) بل اعتمادی فی المسئلة علی انه ثبت من الشارع الرخصة فی مثل ما نحن فیه و هذه الرخصة یمکن ان یکون من باب شاهد الحال عن المالك و یمکن ان یکون من جانب الله بالاستقلال کاثبات سایر حقوق المالیة فی اموال الناس و تردد الامر بین ذینك الامرین فی المسائل الشرعیة غیر عزیز. فمنها اثبات حق الشرب والتوضی فی المیاه المملوکة فانه یظهر من بعض الاصحاب انه من باب شاهد الحال و من بعضهم انه حق اثبت الله تعالی لعباده فی مال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عباده فاذا تردد الامر بينهما فالاصل يقتضى الحمل على الاخير. اما ثبوت الرخصة عن الشارع فلثبوت الاجماع عليه بملاحظة عمل الناس فى كل عصر ومصر من التقاط السنابل بعد الاعراض من الصلحاء المتدينين و غيرهم ولم ينكر عليهم احد من العلماء فى جميع الاعصار والامصار و كك التقاط جلات البعير والاغنام فى المفاوز والصحارى. و اما اصل حمل ذلك على انه اباحة من الله فى مال عباده فالظاهر الاجماع عليه ايضا اذ الملتقطون للسنابل و جلات الحيوانات فى كل عصر و مصر يبيعون هذه الاشياء ويشترى المسلمون منهم من العلماء والصالحين و غيرهم ويجرون فيها احكام

البيع والشراء ولو لم يصر تلك الاشياء ملكا لملتقطها لم يصح البيع. اذ لا بيع الا فى ملك. سواء كان بالاصالة او بالنيابة عنه او بالاجازة عنه. فاذا كان الاعراض عن المالك بمنزلة الاباحة المحضة لا يفيد ذلك الا من المالك الرخصة فى التصرف ولا يفيد التمليك كما صرحوا به فى نثار العرس وصحة البيع مشروط بالتمليك او بالاجازة عن المالك والمفروض عدم التمليك. والنيابة ايضا غير متحققة بالفرض اذهم يبيعون لا نفسهم. واما الاجازة فهو موقوف على اطلاع المالك على البيع وامضائه وهو لا يمكن الا بعد اطلاعه على وقت البيع لتعقبه بالاجازة ومجرد المعرفة من حاله بشهادة الحال انه لو اطلع على البيع لا مضاه، لا يكفى فى الامضاء. لان الاجازة والامضاء يحتاج الى انشاء ولا يكفى فيه مجرد الرضاء. اذا لو كان محض الرضاء كافيا فى انعقاد العقود، لتحقق عقد النكاح فيما بين رجل وامرئة يحب كل منهما الاخر ويتمنى كل منهما ان يكون زوجا للاخر .و كك البيع و غيره من المعاملات. و لم يقل به احد من القائلون بصحة المعاطاة بل القائلون بلزومها. و ايضا لا يقولون بعدم الاحتياج الى الانشاء. غاية الامرانهم لا يقولون بلزوم الانشاء الخاص بالصيغة المخصوصة او بمطلق اللفظ .مع ان الاجازة انما ينفع فى نقل الملك عن البايع وانتقال الثمن اليه و فيما نحن فيه ليس كك لان معنى شاهد الحال والا باحة انما هو الرضا بمعاملة الملتقط لنفسه. فان قلت: هذا ليس ببيع بل هو نوع اباحة فى صورة المبايعة فالمالك يرضى بان يعطى المذكورات للمشترى ١ و ياخذ الثمن و يصرفه. ولو اطلع وقت البيع و اراد ان ياخذ الثمن من الملتقط جاز له اخذه. قلت: هذا انكار لما استمر عليه الاعصار والامصار فانهم يعاملون معاملة البيع الصحيح مع الملتقطين مع علمهم بانهم ليسوا بمالك الانعام بل انما يلتقطون الجلات الملقاط من اموال الناس فى الصحارى وهكذا يلتقطون السنابل وامثالها. فعلم من جميع ذلك ان الله تعالى اباح المذكورات لعباده بعد اعراض اصحابها عنها. فعلى هذا يكون سبيلها سبيل ساير المباحات التى يحصل الملك فيها بالحيازة بقصد التملك .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

(١): اى يرضى المالك بان يعطى الملتقط المذكورات للمشترى

وان قلت: نعم ولكن استصحاب الملك يقتضى بقاء حق المالك فيه مادام باقيا .قلت: بعد ما ذكرته من الدليل لا يبقى معنى للاستصحاب اذ الاستصحاب لا يعارض الدليل. مع انه يمكن ان يق ان مناط حجية الاستصحاب انما هو الحاق الظن بالاعم الاغلب ولما كان الموضوعات مختلفة فى قابلية البقاء على مجرى عادة الله فيختلف زمان استصحابها بمقتضى استعداد موادها فيجرى حكم الاستصحاب فى كل فرد من افراد الموضوع على وفق ما ثبت استعداد هذا النوع للقدر المعين من البقاء واستدامة ملكية مثل هذا المال لم يثبت فى الشرع فى مورد حتى يتعين عليه ما نحن فيه، الحاقا بالاغلب. مع انه يمكن ان يق: ان فى مثل الحبوب التى دخل من باب الاتفاق بسبب تصاكك السنابل والا طلاق فى شقوق الارض وثقبها، انها ليست بمال حتى يق ان ملكية هذا المال مستصحب. و يدل على ما ذكرنا ايضا ان من البعيد من حكمة الله ورافته ترخيص عبده الضعيف فى جمع السنابل والحبوب فى غاية المحنة واللغوب من الصبح الى الليل و كك جلات الحيوانات، ثم تسليط المالك على ان ياخذ منه مجانا. على ان لنا ان نعتمد على ان الاعراض عن الملك يفيد الخروج عنه ايضا. سيما اذا كان الاعراض من جهة الياس لا عدم المالية. بل مع الثبوت فى صورة اليأس مع تحقق المالية العظيمة، يثبت فى صورة الاعراض لا جل الحقارة، بطريق الاولى. و وجه الاستدلال ان الاصحاب ذكروا فى مسئلة البعير التى بقيت فى فلات لا جل كلاله انه تملكه الاخذ واستدلوا عليه بصحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال: من اصاب مالا او بعيرا فى فلات من الارض قد كلت و قامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليه فانفق نفقته حتى احياها من الكلال ومن الموت، فهى له ولا سبيل له عليها وانما هى مثل ١ الشئى المباح. و يقرب منها غيرها من الاخبار. فان هذه الصحيحة وما فى معناها تدل على ان اعراض المالك وتركه ويأسه عن الانتفاع يجعل المال كالمباح فهو يجرى فيما نحن فيه بل وعلى سبيل الاولوية. و صرح الاصحاب بكون الاعراض منشأ للخروج عن الملك فى غير موضع، منها مسئلة .

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

بيع تراب الصياغة قال فى المسالك: ولو دلت القرائن على اعراض مالكه عنه جاز للصايغ تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها. اقول: فالروايتان الدالتان على التصدق بثمنه محمولتان على مالو لم يعلم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اعراض صاحبه عنه قال فى الكفاية :تراب الصياغة ان علم بالقرائن المفيدة للعلم ان صاحبه اعرض عنه جاز للصائغ تملكه كساير الاموال المعرض عنها خصوصا اذا كانت مما يسامح فيها عادة ولا يبعد الاكتفاء بالظن مع عدم قضاء العادات على خلافه. والا فان كان اربابها معلومين استحلهم اورده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلابد من الاستحلال والا فالظاهر جواز بيعه والصدقة به لما رواه الكلينى (ره) عن على بن ميمون الصايغ قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عما يكسر من التراب فابيعه فما اصنع به؟ قال :تصدق به فامالك واما لا هله. قال: قلت: فان فيه ذهبا وفضة وحديدا فباى شيئ ابيعه؟ قال: بعه بطعام. قلت: فان كان لى قرابة محتاج اعطه منه؟ قال: نعم ١ .وروى الشيخ فى الصحيح عن على بن الصايغ (وهو غير ممدوح و لا مجروح) قال :سالته عن تراب الصواغين وانا نبيعه. قال (عليه السلام): اما تستطيع ان تحله من صاحبه؟ قال: قلت: لا اذا اخبربه اتهمنى. قال: بعه. قلت: باى شئ نبيعه؟ قال: بطعام. قلت: فاى شئ اصنع به؟ قال: تصدق به امالك واما لا هله. قلت: ان كان ذا قرابة محتاجا فاصله. ٢ قال: نعم الى آخر ما ذكره (ره). و قالوا فى مسئلة السفينة المتكسرة فى البحر ايضا: ان ما يخرج بالغوص فهو لمن اخرجه وما اخرجه البحر فهو لصاحبه. وهذا هو المشهور بينهم واستدلوا عليه برواية الشعيرى، قال: سئل ابو عبد الله (ع) عن سفينة انكسرت فى البحر فاخرج بعضه بالغوص واخرج البحر بعض ما غرق فيها. فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لا هله، الله اخرجه. واما ما اخرج بالغوص فهو لهم ٣ وهو احق. قال ابن ادريس فى السرائر (بعد نقل هذه الرواية فى اواخر كتاب القضاء) قال محمد بن ادريس وجه الفقه فى هذا الحديثان ما اخرجه البحر فهو لا صحابه و ما تركه اصحابه ايسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لانه صار بمنزلة المباح ومثله من ترك بعيره

١و ٢: وسايل: ج ١٢ ص ٤٨٥، ابواب الصرف باب ١٦ ح ١ و ٢. (٣): وسايل: ج ١٧ ص٣٦٢ ، ابواب اللقطه باب ١١ ح ٢

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

من جهد فى غير كلاء ولا ماء فهو لمن اخذه لانه خلاه ايسامنه و رفع يده عنه فصار مباحا، فليس هذا قياسا لان مذهبنا ترك القياس وانما هذا على جهة وانما هذا على جهة الثانى هكذا والمرجع فيه الى الاجماع و تواتر النصوص دون القياس والاجتهاد. و على الخبرين اجماع اصحابنا منعقد. انتهى. اقول: ظاهر كلام ابن ادريس دعوى الاجماع على ان المال المأيوس منه والمعرض عنه كالمباح ويمكن ان يكون نظره فى الخبرين الذين ادعى الاجماع عليهما هو رواية الشعيرى والروايات الدالة على حكم البعير مثل صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة و ذكروا فى مسئلة حفر البئر فى الاراضى المباحة لا بنية التملك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بل لينتفع به انه لو عاد اليها بعد الاعراض انه يساوى غيره على المشهور. فمع ملاحظة هذه المقامات فى كلمات العلماء و ملاحظة خصوص الاخبار والعلة المستفادة من صحيحة عبد الله بن سنان والاجماع المستفاد من كلام ابن ادريس لا يبقى مجال للتأمل فى ترجيح الخروج عن الملك بسبب الاعراض و سيما فى الشئى الدون. والاستصحاب المذكور لو سلم صحة اجرائه فيه لا يقاوم ما ذكر سيما مع ما عرفت ان الظاهر ان جواز التصرف اجماعى وادعاء كون ذلك من باب اباحة المالك لا من باب حيازة المباح مما ياباه العقول السليمة والاحلام المستقيمة فانا كثيرا ما يحصل لنا العلم ان المالك لا يخطر بباله تصرف الغير فضلا عن اباحته له بل انما يحصل منه نفس الاعراض فكيف يعتمد فى التصرف فى مال الغير على ما ليس من باب الاذن الصريح ولا الفحوى ولا شاهد الحال. فان معنى شاهد الحال ان يشهد الحال برضاء المالك بتصرفه مع بقائه فى ملك المالك ولا ريب انه مفقود فى اغلب موارد هذه المسئلة. فلو فرض ان احدا جمع السنابل فى مزرعة احد بعد الاعراض عنه راسا على سبيل التدريج حتى يبلغ ثلثمائة من من الحنطة فالان علم المالك ان ملكه باق على تلك الحنطة فكيف يحصل العلم برضاه بتصرف الملتقط فى هذا المجموع سيما اذا اعتبر فى شاهد الحال العلم كما هو ظاهر الاكثر. نعم شاهد الحال يشهد برضاه فى الالتقاط و محض الرضاء بالالتقاط لا يوجب الرضاء بالتصرف فى هذا المبلغ الخطير وهذا كله شاهد على انه خرج عن

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

غیر صاحب الارض. و کك عبارة القواعد. و بیان ذلك یعلم من کلامه (ره) فی التذکرة: فرع لو باع احد شجرة واقعة فی ارض مشاع بینه و بین غیره فقطع المشتری الشجرة وقطع اصوله وعروقه و بقی منها بعض العروق الصغار الغیر المعتنی به ونبت منها دوی وجاء آخر فرباه حتی صارت شجرة فهل هو للمشتری؟ حیث انه نماء عروق شجرته. او من المحیز؟ او من جمیع الشرکاء فی الملك؟ او من البایع الاول؟ الاظهر ان کان المحیز تسقی تلك العروق ورباها قبل نبات الدوی منها فهو مال المحیز اذا علم اعراض المشتری، کما هو ظاهر الحال فی امثال ذلك .وان رباها بعد نباته وصیرورته شیأ له مالیة فهو مال المشتری الا اذا علم منه الاعراض بعد النبات ایضا فیکون مال المحیز، ح، و اما الشرکاء فی الارض فلا حق لهم فی اصل الشجرة النابتة جدیدا و کذا البایع الاول لانقطاع حقه عنه .

قال فی کتاب المزراعة: ولو زارع رجلا علی ارض او اجره ایاها فسقط من الحب الحاصل من الزرع فی تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر لا لصاحب الارض الا ان یکون صاحب البذر اسقط منه حقه. انتهی. والنسخة التی نقلته منها مغلوطة والظاهر انها نسبت الیه. وقال فی القواعد فی باب المزارعة: ولو تناشر من الحاصل حب فنبت فی العام الثانی فهو لصاحب البذر و لو کان من مال المزارعة فهو لهما. والله العالم باحکامه.

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

جواب: بیع کنیز حامله در غیر ام ولد، اشکال ندارد و اشکال در بیع ام ولد است و مراد از ام ولد آن است که نطفه منعقد شود در رحم او از مولای او، در حالی که در ملك مولی است، پس اگر نطفه قبل از دخول در ملك منعقد شده باشد به سبب عقدی یا وطی شبهه و بعد از آن کنیز را بخرد، ام ولد نمی شود، علی الاشهر الاظهر. و مشهور آن است که باید آن در حین انعقاد آزاد باشد، پس هر گاه صاحب نطفه در حین انعقاد نطفه مملوك شخصی بوده است و بعد از آن آزاد شده باشد هم ام ولد نمی شود. و همچنین هر گاه آزاد بوده، ولکن شرط کرده باشد که ولد رق باشد. بنا بر مشهور. هر چند در نظر حقیر، این قول ضعیف است. و به هر حال بیع ام ولد جایز نیست هر چند مملوکهء مولی است و می تواند او را به اجاره بدهد وشوهر بدهد و تحلیل کند وآزاد کند، حتی از برای کفاره علی المشهور الاقوی. بلی جایز نیست بیع او مادامی که فرزند او زنده است یا در حکم زنده است، مثل آنکه در رحم باشد وهنوز روح به او داخل نشده باشد، مگر اینکه قیمت او در گردن مولی باقی مانده باشد وبه هیچوجه ادای او را نمی تواند بکند و بعضی شرط کرده‌اند در این شرط مولی را و دیگران اطلاق کرده‌اند، واین اظهر است وآنچه مشهور میان علما (وظاهر حدیثی که در آن وارد شده است، یعنی صحیحهء عمر بن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

یزید) تجویز همین صورت است لا غیر، لکن شهیدین (ره) صور دیگر هم نقل کرده‌اند، حتی اینکه در شرح لمعه بیست موضع نقل کرده.

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

نه؟

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

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

جواب: اصل در تعیین بعض زمین مشاع و امثال آن، به این است که به لفظ نصف و ثلث و ربع، یا به جریب و قفیز و ذرع و امثال آن بشود. واما سه دانگ، پس اصل در " حقیقت " بودن آن، مطلقا، در نصف، در " عرف عام " ثابت نیست، ۱ به جهت اختلاف شدید در زمینها و بلاد. پس به این سبب، جهالت در بیع به هم می رسد. خصوصا در وقتی که در خصوص مزرعهء مذکوره، اصطلاح تقسیم به هفت دانگ باشد. بلی هر گاه مصطلح اهل آن قریه در آن مزرعه بالخصوص تقسیم به شش دانگ باشد و بایع که از جملهء اهل آن قریه است، سه دانگ را بفروشد و مشتری هم همان اصطلاح را داند، یا

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

جواب: همهء اینها در صورت مذکوره حلال و طاهرند.

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

جواب: شکی نیست در اینکه حمل، از جملهء عیوب است و خلافی در آن در نظر نیست و اجماع هم بر آن نقل شده، به جهت آنکه در معرض خطر و هلاکت است به سبب وضع حمل. پس اگر حمل از مولی بوده است، بیع فاسد است، چون بیع ام ولد است .مگر اینکه از مواضعی باشد که بیع ام ولد، جایز باشد و هر گاه از غیر مولی باشد یا از مولی باشد در جایی که جایز باشد، پس خیار عیب، حاصل می شود و حکم آن، این است که مشتری مخیر است میان فسخ بیع و رد ثمن و میان آنکه دارد وارش بگیرد. مگر در چند صورت که از جملهء آنها تصرف در مبیع است و اسقاط خیار و تبری از عیوب وغیر اینها که اینجا جای ذکر آنها نیست که در همه آنها رد، ساقط می شود ودر اکثر آنها ارش. و دلیل تسلط بر فسخ واضح است. و اما دلیل نگاهداشتن و ارش گرفتن خفائی دارد، ولکن چون ظاهرا خلافی در مسئله در نظر نیست بلکه فی الجمله اجماع بر آن نقل شده و عبارت فقه الرضا هم دلالت بر تخییر میان آن دو امر دارد و همین قدر، در اثبات آن دو امر کافی است. و استثناء شده است از عموم در سقوط خیار عیب به سبب تصرف جاییکه کنیزی بخرد و وطی کند

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

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

و معلوم شود که حامله بوده است که در اینجا گفته‌اند که مشتری می تواند رد کند به سبب عیب حمل، هر چند تصرف کرده است به وطی و نصف عشر قیمت آنرا هم میدهد بجهت احادیث معتبره بسیار که دلالت دارد بر آن و مخصوص قواعد ایشان است، و این مشهور میان علماست و دعوی اجماع بر آن شده، ولکن بعض اصحاب حمل کرده‌اند اینها را بر صورتیکه حمل از مولی باشد تا با قواعد ایشان منافات نداشته باشد. بجهت اینکه بیع ام ولد فاسد است و وطی به کنیز غیر، واقع شده است پس اقلا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

آنرا میدهد که در نصف عشر است و بعضی اخبار که عشر در آن وارد شده حمل کرده‌اند بر صورتیکه باکره بوده است هر چند بعید است که باکره حامله شود. چنانکه کلینی هم در کافی روایتی به مضمون آن ذکر کرده است، بعد از آنکه روایت عبد الملك بن عمرو ۱، را در لزوم به نصف عشر نقل کرده گفته است: و فی روایة اخری ان کانت بکرا فنصف عشر قیمتها. و بعضی تائید کرده‌اند این را باینکه در عبارت حدیث: " یردها علی الذی ابتاعها " است و این ظاهر در وجوب رد است و آن نمیشود الا در بیع او ولد و در این، منع ظاهر است. خصوصا اینکه بعضی صور بیع ام ولد که صحیح است در آنجا، وجوب، معنی ندارد، پس باید مراد قدر مشترك باشد یا آنکه مراد از آن، رخصت واختیار باشد. چون غالب این است که مولی ام ولد را نمی فروشد. پس روایات اظهر خواهد بود در غیر ام ولد. والحاصل این حمل بسیار بعید است و با این همه اخبار مطلقه معتبره تخصیص قواعد مانع ندارد و با وجود اینکه بطلان بیع ام ولد موقوف نیست بر اینکه تصرف بعنوان وطی باشد که استثناء را مخصوص گردانیده‌اند به آن در فتاوی و اخبار. و دعوی اینکه متبادر از حمل کنیز این است که حمل از مولی باشد، ممنوع است، بلکه در اعصار و امصار ما خلاف آن متبادر است و همچنین دعوی اینکه عمل وطی محمول بر غالب است (چون اغلب واظهر تصرفات مالك در کنیز، وطی است) بسیار بعید است، بلکه اغلب

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ٤١٦، ابواب احکام العیوب باب ٥ ح ۳ - فروع کافی ج ۱ ص ۳۸۹

نهضت ترجمه
Translation Movement

تصرفات، فرمان دادن و خدمت فرمودن است. وبهر تقدیر اظهر و اشهر واقوی، عمل بر اطلاق اخبار است والزام عشر و نصف عشر (با وجود آنکه در ملك خودش وطی واقع شده است علی الاشهر الاظهر فی زمان الخیار) تعبدی است. و شاید حکمت در آن تدارك استخفاف بعرض مالك کنیز باشد. و ذکر " عشر " محمول است بر سهو از نساخ که لفظ " نصف " ساقط شده باشد، چنانکه شیخ احتمال داده. یا محمول بر بکر باشد، هر چند بعید است، چنانکه از روایت کلینی (ره) مستفاد می شود.

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

جواب: اجاره اشجار و کروم بجهت منفعت میوه باطل است و ثمره مال مالك است، یعنی مشتری و عملی که مستأجر در آن کرده که موجر باعث آن شده باشد مثلا شرط کرده باشد که آبیاری را مستأجر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بکند ظاهر اینست که هر گاه مستأجر جاهل به فساد معامله بوده است تواند اجرت المثل عمل را از او بگیرد واگر عالم بوده نمی تواند.

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

جواب: حرام است.

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

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

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

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

جواب: تصرفات مشتری که منافی خیار بایع باشد، صورتی ندارد و جایز نیست مثل اینکه بفروشد به کسی که دیگر بایع نمی تواند از او استرداد نماید بالمره آن مبیع را باطل و عاطل کند. و بعضی آزاد کردن بنده را جایز دانسته‌اند، یعنی هر گاه غلامی را به بیع خیار شرط، خریده باشد و در ایام خیار آزاد کند، می گویند عتق صحیح است و هر گاه بایع، فسخ بیع کند به رد مثل ثمن، قیمت سوقیه غلام را میگیرد. واین قول مشکل است. بل هر گاه مشتری بفروشد ملکی را که خریده است بشرط خیار بایع، قبل از زمان فسخ بایع به رد مثل ثمن، واین مشتری جدید هم علم داشته باشد به این معنی، وبه این نیت بخرد که هر گاه بایع فسخ نکند لازم باشد و اگر فسخ کند به او رد کند و ثمن را از بایع ثانی استرداد کند، مانعی ندارد، بلکه ظاهر این است که به تصرف مشتری دادن در این ایام تا قبل رسیدن خیار، به نحوی که منافی خیار بایع اول نباشد هم مانعی ندارد، و به هر حال این بیع ثانی، لازم خواهد بود نسبت به مشتری اول و متزلزل خواهد بود نسبت به بایع اول، و هر گاه مشتری ثانی جاهل باشد به بیع شرط بودن مبیع، هر وقت که مطلع شود مسلط است بر فسخ بیع و هر گاه مطلع نشود تا ایام

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و پاورقی ذیل آن. ۲: نگاه کنید به مسئله شماره ٣٦

خیار منقضی شود و بایع اول هم فسخ نکند به رد مثل ثمن و مشتری ثانی راضی باشد به بیع ثانی صحیح است و لازم است. و هر گاه فسخ کند بایع اول به رد مثل ثمن، پس مسلط است که مبیع را از مشتری ثانی بگیرد. و مشتری ثانی رجوع می کند به مشتری اول و ثمن را میگیرد و منافع مبیع در این ایام، مال هر یك از مشتریان است که در تصرف او بوده است. پس حاصل جواب از صورت سئوال، این است که هر گاه مراد مشتری اول از بیع به عنوان قطع و لزوم آن باشد آن قطع ولزوم نسبت به خود او است نه نسبت به بایع صاحب خیار، و مشتری هم عالم است ومنشأ تضییع حق بایع نمی شود، پس حرمت این بیع مطلقا وجهی ندارد. واگر مراد او بیع قطعی نفس الامری است وچنین بفروشد به عنوان قطع که دست بایع را کوتاه کند، پس این بیع حرام است، ولکن بطلان او رأسا معلوم نیست، بلکه میگوییم که در این صورت هر گاه بایع رد مثل ثمن کرد و فسخ بیع کرد رجوع به مشتری ثانی و مبیع را استرداد می کند. و هر گاه نتواند استرداد کند غرامت آن را از مشتری اول یا مشتری ثانی میگیرد. وظاهر این است که مشتری اول نمی تواند رجوع کند به مشتری ثانی در منافع مبیع، به جهت آنکه نهی از آن بیع از برای حق بایع اول بوده، نه از جهت او و او مال خود را با منافع آن تسلیم مشتری کرده بود، پس بیع نسبت به او باطل نبوده و هر گاه بایع اول رد مثل ثمن نکند بیع بر حال خود خواهد بود وظاهر این است که محتاج به اجازهء تازه از مشتری اول نخواهد بود. والله العالم.

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

جواب: هر گاه کسی ملکی را بفروشد و شرط کند با مشتری که بعد از انقضای یك سال در ظرف ده یوم آخر مثلا اختیار از برای بایع باشد که هر گاه رد مثل ثمن به سوی مشتری نماید مسلط باشد بر فسخ بیع وهر گاه رد نکند بیع لازم باشد و خیار فسخ ساقط، و بعد از آن در مدت یك سال مزبور به اجاره بدهد مشتری، ملك مزبور را به بایع به مبلغ معینی، ظاهرا هم بیع صحیح است و هم شرط و هم اجاره. در صورت مسئوله که رد مثل ثمن نشده باشد، ملك مال مشتری است و بایع را در آن، حقی نیست و اجرت المثل سنواتی که بایع مستأجر عدوانا در تصرف داشته باشد باید به سوی مشتری رد نماید. و چون در صورت سئوال، مغشوش و غیر واضح بود مفصلا نوشته شد. و این همه مراحل بعد از ثبوت مراتب مذکوره است به مرافعهء شرعیه. والله العالم.

۳۵- سوال: در باب مبیع هر گاه ظاهر شود مستحقا للغیر و مدتها گذشته باشد و

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

جواب: هر گاه مبیع مستحقا للغیر بر آید و مالك اجازهء بیع نکند می تواند مالك که رجوع کند به مشتری و عین را از او بگیرد و همچنین نماء متصل و منفصل آن را، و عوض منافعی را که از آن عین حاصل شده خواه عاید مشتری شده باشد و استیفای آن کرده باشد یا نه، و قیمت آنچه بر طرف شده از عین و نماء اگر قیمتی باشد و مثل آن را اگر مثلی باشد و قیمت آن را اگر مثل به هم نرسد .واظهر این است که در قیمت مثلی قیمت آن روز را ملاحظه می کند که میدهد به مالك، به جهت آنکه تا آن روز مکلف است به رد مثل و چون در آن روز، متعذر است منتقل می شود حق او، به قیمت آن روز، به جهت دفع ضرر به رد کمتر از آن. و عدم دلیل بر لزوم اعلی القیم و همچنین سایر اقوال. و اما، در قیمی،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

پس اقوی (نظر به قواعد) اعتبار قیمت روز تلف، است، به جهت آنکه تا آن وقت مکلف بود به رد عین و در آن وقت که عین، تلف شد و متعذر شد رد آن، منتقل می شود به مساوی آن از قیمت، پس معتبر قیمت روز تلف، است. و این قول را شهید (ره) نسبت به اکثر اصحاب داده، هر چند مقتضای صحیحه ابی ولاد ۱ اعتبار روز قبض است، یعنی همان روز که به دست مشتری آمد است. و این قول را محقق (ره) نسبت به اکثر داده است و خود اختیار کرده است. و اینها در وقتی است که تفاوت قیمتها به تفاوت قیمت سوق باشد. واما هر گاه تفاوت به سبب زیادتی عینیه باشد مثل آنکه حیوان چاق شود و بعد از آن، لاغر شود به سبب لاغری قیمت آن کم شود، یا به سبب زیادتی صنعت باشد، مثلا آنکه غلام، صنعتی بیاموزد و بعد از آن فراموش کند، پس در آنجا اعتبار اعلی القیم می کنند و خلافی در آن نقل نکرده‌اند، بلکه ظاهرا در آن خلافی هم نیست .

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

و بعد از آنکه مالك رجوع کرد به مشتری به نهجی که مذکور شد پس مشتری رجوع می کند به بایع و آنچه به مالك داده از قیمت آن مبیع، از او پس میگیرد، هر چند بیش از آن قیمتی باشد که او را به بایع داده بود در حین خریدن مبیع، و همچنین رجوع کند به هر غرامتی که کشیده از برای مالك. بدون اشکال در آنچه منفعت عاید مشتری نشده و استیفای آن نکرده، مثل آنچه در عوض لاغر شدن حیوان به مالك داده و قیمت فرزند که از کنیز به هم رسانیده از جهت آنکه فرزند آزاد است و واجب است بر پدر، خلاص کردن آن به دادن قیمت آن وامثال آن. واما منفعتهائی که عاید مشتری شده و مشتری استیفای آنها کرده و مالك عوض آن را گرفته، پس در رجوع کردن مشتری به بایع در غرامت آن، دو قول است و اظهر، جواز رجوع است به جهت آنکه بایع، او را مغرور کرده و او را مسلط بر مبیع کرده بود که منتفع شود بدون عوض و مشتری هم به این اعتقاد خریده بود. پس الحال باید از عهدهء این نقصان بر آید. و این همه گفتیم در وقتی است که مشتری جاهل باشد به غصبیت مبیع و نداند که مال غیر است، و یا بایع ادعای اذن از جانب مالك کرده باشد در فروختن. واما هر گاه مشتری عالم بود به غصبیت و عدم اذن از مالك و با وجود این، خریده باشد، پس مشهور علما این است که مشتری رجوع نمی کند به بایع، در آنچه داده. به جهت آنکه خود، دانسته مال خود را بی عوض به بایع داده. وحق این است که این سخن، علی الاطلاق، خوب نیست. و حق، تفصیل است. چنانکه علامه در مختلف و تذکره ذکر کرده و آن تفصیل این است که: اگر آنچه داده موجود است و تلف نشده می تواند رجوع کرد و اگر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تلف شده نمی تواند. به جهت اینکه انتقال مال دیگری محتاج است به ناقل شرعی، و مفروض فساد بیع است و ناقلی دیگر در میان نیست و ملك سابق مستصحب است. بلکه بعضی در صورت تلف هم اشکال کرده‌اند. بلکه قولی در جواز استرداد در آن، هم نقل کرده‌اند، هر چند بعضی دعوای اجماع بر عدم جواز رجوع، کرده‌اند در صورت تلف .

و این مطلب را در کتاب مکاسب مناهج ١ فی الجمله بسطی داده‌ام و حاصل تحقیق در آن، این است که: تصرف بایع در آن ثمن حرام است، ولکن مشتری هم نمی تواند رجوع کند و بعضی گفته‌اند که بایع مخاطب است به رد ثمن و بر مشتری حرام است مطالبهء آن. و آن عقوبت است از برای متوجه شدن بر فعل حرام. اما هر گاه بایع رد کند می تواند که بگیرد. و فرق میان آن و میان آنکه ما گفتیم این است که در آنچه ما گفتیم ضمان مال غیر، ثابت نمی شود، گو حرام باشد تصرف در آن به جهت آنکه از بابت اکل میته می شود، به جهت معامله. نه از بابت غصب مال غیر و اتلاف آن. و فهمیدن این مطلب موقوف است به تأمل صادق. والله الموفق.

٣٦- سوال: در ولایت ما پول سیاه نمی باشد، اما ده تومان پول سفید میدهیم به دوازده تومان پول سیاه به وعده. آیا این معامله جایز است و در سر وعده پول سیاه را باز صلح میکنیم به پول سفید. این چه صورت دارد؟

جواب: هر گاه تحصیل پول سیاه از برای آن شخص ممکن باشد و به مصرف رساندن در آنجا یا در بلدی دیگر هم به جهت مشتری ممکن باشد و فی الحقیقه هم قصد خریدن پول سیاه را داشته باشد، گو در نظر نداشته باشد که در سر موعد هر گاه خواهد به پول سفید صلح کند، در این صورت، معامله صحیح ٢ است به شرط تعیین وزن و وصف آن پول سیاه.

٣٧- سوال: شخصی رفته است و از بلدی متاع بسیار آورده است از برای تجارت و در کاغذی " تفصیل " ٣ نوشته است از برای قیمت آنها و می گوید که رأس المال را نمیدانم یا نمیگویم، ولکن به این قیمتی که در این کاغذ نوشته‌ام از قرار ده یك یا ده دو به تو میدهم. آیا این معامله صحیح است یا نه؟ و بعضی از احکام این مسئله و اقسام ذکر رأس المال و نفع بردن را بیان فرمایند تا دانسته باشیم .

١: یعنی در بخش مکاسب، از کتاب مناهج. ٢: در ذیل مسئله شماره ٦، توضیح لازم داده شده ونیز نظریه ابتکاری امام خمینی را شرح دادیم. ٣: نوشته مشروحی که موارد مندرج در ان مورد به مورد جداگانه و بطور مشخص نوشته شود

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: بدان که بیع، منقسم می شود از جهت اخبار به رأس المال به چهار قسم .اول: اینکه هیچ ذکر رأس المال نمی کند و می گوید این جنس را می فروشم به این قیمت و مشتری هم می خرد و این را " مساومه " می گویند. دوم: اینکه: ذکر رأس المال می کند و به همان رأس المال می فروشد. این را " بیع تولیت " می گویند .سوم: اینکه ذکر رأس المال می کند و بر زیاده بر رأس المال می فروشد. این را "بیع مرابحه " می گویند. چهارم: اینکه ذکر رأس المال می کند و به کمتر از آن می فروشد. این را " بیع مواصفه " می گویند. وهمهء چهار قسم صحیح است به شرط آنکه در زیاد کردن و کم کردن از رأس المال، آنقدر افراط و تفریط نشود که اسراف و سفاهت لازم آید. بلکه باید غرض صحیح، در ضمن آن باشد. و بهترین بیعها، قسم اول است. وشرط است در این سه قسم آخر اینکه اگر به نسیه خریده باشد ذکر اجل و مدت را بکند به جهت آنکه اجل را هم قسطی از ثمن هست و بدون آن مشتری مغرور می شود و حدیث هم دلالت بر آن دارد. و هر گاه ذکر مدت نکند و بعد از آن مشتری مطلع شود، مقتضای قواعد ایشان و صریح فتوای بعضی، آن است که مشتری مختار است ما بین رد و فسخ معامله، ونگاه داشتن مبیع به تمام قیمت .همچنانکه هر گاه ظاهر شود که رأس المال را زیاد گفته بوده است که در آنجا نیز خیار هست و قول دیگر هم هست که مختار است ما بین فسخ و ما بین اخذ مبیع با اسقاط زیادتی و اول اقوی است به جهت آنکه تراضی و عقد بر مجموع واقع شده .احتمال بطلان هم هست به جهت آنکه تراضی واقع نشده، الا بر این نهج که رأس المال همین باشد که مذکور شده است. و قول اول اقوی است. و دو حدیث معتبر هست فیما نحن فیه (یعنی در صورت ترك ذکر مدت) که دلالت دارد بر اینکه مثل آن مدت، ثابت می شود از برای مشتری. و صاحب کفایه اختیار کرده است عمل به آن را. و این دور نیست .

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

و باید که در این اقسام رأس المال و ربح، معلوم طرفین باشد و ظاهر این است که معلوم بودن بالقوه قریبه، کافی باشد، مثل اینکه میدانند که قیمت متاع ده تومان بوده است و بنا هم، چنین گذارده که در هر تومانی، سی شاهی انتفاع بگیرد، و لکن جمع حساب را بالفعل نمیداند که چقدر می شود، ولکن هر گاه حساب کند معلومش می شود. و همچنین باید نقد معین باشد که چه پولی داده است در رأس المال، به جهت آنکه تفاوت میان پولها بسیار است. و همچنین وزن آن را معین کنند. و همچنین در صورتی که کمتر از رأس المال می فروشد. و هر گاه عملی در متاع کرده باشد، مثل اینکه کرباس

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ناشور خریده بود به رأس المالی و بعد از آن، خود گازری آن را کرد، یا اجرت داد دیگری کازری کرده، باید بگوید که به این قیمت خریده‌ام و این قدر، عمل در او کرده‌ام. یا اینکه این پارچه به این قدر به من تمام شده است (یعنی مجموع رأس المال با اجرت عمل) و به این قدر زیاده یا کمتر می فروشم. و هر گاه متاعی را به قیمتی خریده باشد و معیوب بر آمده باشد و ارش آن را پس گرفته باشد، باید در وقت ذکر رأس المال، آن باقیمانده قیمت را، بگوید نه قیمت اولی را. اما هر گاه بعد از بیع، بایع چیزی از قیمت را به او بخشیده باشد هر چند در زمان خیار باشد ضرور نیست که آن را کم بکند، بلکه جایز است که اصل رأس المال را بگوید. و هر گاه غلامی (که خریده، بعد از خریدن) جنایتی بکند و آقا تاوان آن را بدهد، جایز نیست که این وجه را به رأس المال ضم کند. و هر گاه کسی بر غلام، جنایتی بکند و مشتری ۱ تاوان بگیرد لازم نیست که از رأس المال چیزی کم بکند در برابر این، یعنی بگوید که چون این منفعت در برابر نفس این غلام حاصل شد، پس گویا قیمتی که من داده‌ام ما سوای مساوی این است و غلام به قدر ما بقی قیمت بعد وضع ارش، به من نشسته است، به جهت آنکه در حکم کاری است که غلام، کرده باشد و دخلی به قیمت ندارد .

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

بلی: هر گاه به سبب جنایتی که به او رسیده، قیمت او کم شده باشد باید اعلام کند که من در وقتی که این غلام صحیح بود به این قیمت خریدم. و هر گاه متاع بسیاری بر سر هم خریده باشد به قیمتی، جایز نیست که بعض آن را به بیع مرابحه بفروشد، هر چند قیمت کند در نزد خود، هر یك را جدا جدا، یا در خارج قیمت آن محقق شود منفردا. به جهت آنکه خریدن اجناس مجتمعا تفاوت دارد با خریدن آن منفردا، پس هر گاه هر یك را بگوید به این قیمت خریده‌ام دروغ گفته است. و ظاهر آن است که فرق ما بین متخالفه مثل جامه‌ها و متماثله مثل گندم و جو نباشد. و ابن جنید فرق گذاشته است. بلی هر گاه اعلام کند که من همه را یکجا خریده‌ام و بعد از آن قیمت کرده‌ام هر یك را به آنچه میارزد تا مطابق شود رأس المال بر جمیع، والحال هر یك را می فروشم و اینقدر زیاده‌تر میخواهم از آنچه قیمت کرده‌ام، در این صورت اشکالی نیست و احادیث متعدده دلالت دارد بر آن، ولیکن ظاهر این است که این، دیگر بیع مرابحه نیست. و مشهور این است که مکروه است که ربح را نسبت به مال ۱ بدهد (یعنی به قیمت ۲) به این معنی که بگوید که من این متاع را می فروشم به ربح ده یك یا ده دو، و یا بگوید که این متاع، این قدر به من تمام شده است، یا به این قدر خریده‌ام و در این متاع، یك درهم یا دو درهم ربح

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

میخواهم. و استدلال کرده‌اند با اینکه اول شبیه است به ربا. و اخبار بسیار هم هست که دلالت دارند بر منع از گفتن اینکه می فروشم ده - یازده ۳، یا، ده - دوازده که دلالت آنها بر حرمت، ظهوری ندارد، بلکه ظاهر در کراهتند، بلکه از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود منع دلالت بر کراهت نیز، به جهت آنکه مراد از آن اخبار ترغیب به بیع مساومه است و اعراض از بیع مرابحه. به جهت آنکه مساومه اسلم است از شبهات .

۱و ۲: مراد " پول " است. ۳: در متن این اخبار لفظ فارسی " ده - یازده. ده - دوازده " از زبان خود امام (ع) آمده است: وسایل، ج ۱۲ ص ۳۸٦ - ۳۵۸، ابواب احکام العقود باب ١٤ ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥. و ص ٣٧٨ باب ٨ ح ١٤

و حق این است که اخبار دلالت بر مذهب مشهور دارند، به جهت آنکه کسی ندیده‌ایم که قایل باشد به کراهت مطلق بیع مرابحه. پس اخبار محمول است بر این قسم مرابحه، چنانکه مشهور فهمیده‌اند. و شیخ (ره) قائل به حرمت شده و دلالت اخبار، بر حرمت، ممنوع است. وهر گاه دانستی این اشکالات را در غیر بیع مساومه، پس اولی آن است که اختیار بیع مساومه کند و ترك ذکر رأس المال کند و هر گاه خواهد رأس المال بگوید احتیاط تمام بکند که آنچه مدخلیت دارد در کم و زیاد بودن قیمت، آن را پنهان ندارد، مثل نسیه خریدن، چنانکه پیش گفتیم. و مثل آنکه معامله را با زن یا فرزند خود کرده باشد و امثال ایشان از کسانی که با ایشان مسامحه می شود در معامله. یا مثل آنکه میداند که در معامله مغبون بوده است، یا آنکه به جهت بی وقوفی یا دقت نکردن، گران خریده است و امثال اینها. و از این جمله است حیله‌ای که بعضی می کنند و چیزی را که خریده‌اند به قیمت کمتر، به نوکر یا فرزند خود یا زن خود میفروشند و بعد از آن، از او میخرند به قیمت بالاتر که در وقت گفتن رأس المال، این قیمت معامله دوم را بگویند و بر سر آن، ربح بگیرند و ظاهر این است که این، حرام است به جهت اینکه تدلیس است و گول زدن. و این در وقتی است که مقصود از معامله با آنها همین باشد. و اگر مقصود این نباشد و از راه دیگر هم کوتاهی نشده باشد ضرر ندارد. پس هر گاه این مقدمات را دانستی، بدان که در صورت سئوال، هر گاه رأس المال را میداند دروغ نگوید که نمیدانم و هر گاه واقعا نمیداند رأس المال را، یا نمیخواهد بگوید و سر مشقی از برای خود، در آن " تفصیل " ۱ قرار داده که از روی آن خواهد به ملاحظهء انتفاعی که ده یك، یا ده دو باشد بفروشد که حقیقت بر میگردد به بیع مساومه ضرر ندارد، ولکن بهتر این است که نگوید ده یك یا ده دو میخواهم، بلکه بگوید که در این متاعی که من قیمت آن را با نقد بر آورد کرده‌ام که در کاغذ نوشته‌ام،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

جواب: بدان که صحت در عقود و معاملات، عبارتست از ترتب آثار شرعیه بر آنها و اینکه می گویند که اصل در معاملات، صحت است، چند معنی احتمال دارد. یکی این است که :اصل، این است که هر عقدی بر او اثری مترتب می شود، هر چند بالخصوص در جواز آن و حکم به ترتب ثمره بر آن از شارع نرسیده باشد و این، غلط است جزما، به جهت آنکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع برسد. پس به مجرد جعل هر کسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد و آنکه در کلام بعض فقها در مقام استدلال بر جواز و صحت بعض معاملات مذکور است که اصل جواز است، سهو است. و ممکن است که مراد ایشان در آنجا از اصل، عمومی باشد که شامل آن معاملهء مخصوصه باشد. یا اصل برائت ذمه است از حرمت نقل احدهما مال خود را به دیگری، هر چند لزوم آن ثابت نباشد .یا اصل جواز تکلم به این کلمات است بدون آنکه حکمی بر آن مترتب شود، وهکذا. و عموم " اوفوا بالعقود " و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هر چه هر کس خواهد اختراع ۱ کند. و آنچه به فهم حقیر رسیده در معنی مثل " اوفوا بالعقود " و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی است، اگر وجوب و لزوم است بر سبیل وجوب، مثل بیع واجاره، و اگر نه بر سبیل جواز شرکت و مضاربه، نه آنکه واجب باشد وفا به هر عقدی الا ما اخرجه الدلیل وتحقیق آن را در بعضی رسایل کرده‌ام. و دوم این است که: الفاظ که در عقود، تلفظ به آن می شود، اصل این است که اعتنا به آنها بشود و از کلمات صبی و نائم و هاذل نیست. پس بنابر این، هر گاه عقدی

۱: بنابر این و مطابق این نظریهء مرحوم محقق قمی معاملاتی از قبیل بیمه و سر قفلی باطل است. این همان موضوع مهم " امضائی " و توقیفی " است که در ذیل مسأله‌ای از جلد اول بیان گردید

مردد باشد میان آنکه فضولی باشد یا متاصل، هر دو صحیح خواهد بود و نمی توان گفت که فضولی، صحیح نیست، به جهت آنکه فضولی معتنی به است ۱ و این احتمال بسیار دور است که اراده شود از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

این لفظ. احتمال سوم که دایر در السنهء فقهاست، این است که: اصل این است که هر عقدی از بالغ عاقل سر زند، بر او آثار آن عقد مترتب می شود و مراد از لفظ " اصل " در اینجا " ظاهر " است، یا قاعده، یا استصحاب بقا، یا استصحاب عدم طرو ناقض بر سبیل منع خلو. و گاه است که هر سه ۲ در یکجا جمع شوند. و گاه است یکی از آنها مراد باشد. و گاه است دو تا مراد باشد. و علی ای تقدیر، مراد این است که راجح در عقد، صحت است خواه رجحان از محض " ظهور " باشد، هر چند ظهور از غلبه و قراین حاصل باشد یا به سبب ظن استصحابی حکم به صحت شود، یا به سبب قاعده که از عقل و نقل مستفاد شده باشد .پس بنابر این، رجحان صحت در مقابل " اصل عدم ترتب آثار " است که بالذات مقدم است بر صحت و ترتب آثار. و رفع آن، محتاج به دلیل است. پس اصل در معاملات] در [حقیقت فساد است که مطابق " عدم ازلی " است و محض عدم دلیل بر صحت، دلیل است بر آن، و دیگر احتیاجی به دلیل ندارد، پس معارضه در این مقام ما بین اصل و ظاهر، است. و تحقیق کلام در ترجیح ما بین اصل و ظاهر، و تفصیل آن، و بیان مقامات آن، محتاج است به بسط زیادی که اینجا مقام آن نیست و در قوانین فی الجمله بسط داده‌ام، و همچنین در بعضی رسایل. و ظاهر این است که در کلام بسیاری، خلط واقع شده باشد .

۱: این جمله دلیل است که میرزا برای سخن خودش میآورد. و ممکن است لفظ " نیست " صحیح باشد در این صورت دلیل نظریه‌ای است که میرزا آن را رد می کند با اینکه سبك قلم میرزا با صورت دوم بیشتر سازگار است لیکن از نظر معنی، صورت اول صحیح به نظر می رسد. ۲: یعنی: ظهور، قاعده و استصحاب. استصحاب بقا، استصحاب عدم طروناقض را یکی حساب کرده است و گرنه رقم چهار صحیح می شود

نهضت ترجمه
Translation Movement

ومجمل تحقیق به مقتضای فهم قاصر این است که: در جاهایی که ادلهء خارجه قائم شده بر تقدیم اصل بر ظاهر، مثل مسائل طهارات حدثیه و خبثیه و نجاسات و احداث. یا بر تقدیم ظاهر، چنانکه در بینه و در ظن مصلی و عدم اعتنای به شك بعد از دخول در فعل دیگر، یا بعد از فراغ از نماز وامثال آن، اعتماد بر ادلهء خارجه است و ثمره در نزاع نیست. و اما در موارد مختلف فیه، مثل غسالهء حمام و طین طرق بعد سه روز و امثال آن. و همچنین در بسیاری از عقود و معاملات که اشاره به آن خواهیم کرد که بعضی ظاهر را مقدم داشته‌اند و بعضی اصل را (ونظر ایشان به دلیل خاصی که مطابق احد طرفین باشد دون دیگری، نیست) باید معیار در ترجیح، غلبهء ظن مجتهد باشد. پس ما چند مثال از برای تو میگوییم که بصیرت در مطلب حاصل کنی: یکی اینکه: فقها اختلاف کرده‌اند که هر گاه بایع و مشتری نزاع کنند و بایع بگوید که من وقتی که این عین را به تو فروختم صغیر بودم و مشتری بگوید که من

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وقتی که خریدم تو کبیر بودی. یا بالغ با جنون ادواری، بگوید که من در حال جنونم این را به تو فروختم و مشتری گوید که تو در حال افاقه فروختی. مشهور تقدیم قول مدعی صحت است و بعضی مقدم داشته‌اند مدعی فساد را .چنانکه ظاهر علامه در ارشاد است در کتاب حجر. و حقیر در اینجا تفصیلی داده‌ام و چون فهم این مطلب موقوف است به تمهید مقدمه، ما آن را مقدم داریم و میگوییم که معنی قول ایشان که ظاهر در عقود و راجح در عقود صحت است، چنانکه پیش اشاره کردیم، خالی از چند وجه نیست: یکی این است که عقدی که واقع شده در آن نزاع شود که آیا بر طریقهء مستمرهء بین مسلمین است تا خلاف آن ظاهر شود، مثل اینکه یکی بگوید که من مال خودم را فروختم به تو که قیمت آن، خمر بدهی و آن دیگری می گوید که من خریدم که در قیمت آن، سرکه بدهم. پس بایع میخواهد عقد را فاسد کند و ادعای او راجع می شود که دو مسلمان، هر دو معصیت کرده‌اند، یکی خودش در زمان سابق از حال تکلم و یکی مشتری. واجماع واخبار (که دلالت می کند بر اینکه اقوال وافعال مسلمین را باید

حمل بر صحت) اقتضای تقدیم قول مدعی صحت، می کند و این معنی، قاعدهء کلیه است مستنبط از ادلهء شرعیه. پس قاعده اقتضا می کند تقدیم قول مدعی صحت، را. و از این راه می تواند شد هم که بگوییم که نادر است که مسلم، خمر را خرید و فروش کند و غالب عدم آن است. پس ظن غلبه، ملحق می کند ما نحن فیه را به غالب. که رجحان در اینجا از غلبه حاصل می شود. و این مثال که ذکر کردیم از برای جایی است که مثل خمر، ملك مسلم نمی شود و گو، ملك کافر شود. و گاه است که دعوی از سر چیزی بشود که ملك تعلق به او نمیگیرد مطلقا. مثل اینکه بگوید فروختم این را به آزادی. و دیگری بگوید که خریدم به بنده. و کلام در این هم ظاهر است. و این مسئله نیز مختلف فیهاست، چنانکه از تمهید القواعد ظاهر می شود و اجماعی بودن حمل قول و فعل مسلم، بر صحت، منافات با خلافی بودن این مسئله ندارد، به جهت آنکه اجماع در وقتی است که قول مسلم دیگر، معارض آن نباشد و در ما نحن فیه چنین نیست. ولکن چنانکه اشاره کردیم چون یکی از آنها فعل دو مسلم را حکم به بطلان می کند و دیگری فعل یکی را، پس اولی تقدیم قول اخری است. دوم این است که: نزاع شود بر سر استمرار عقد، مثل اینکه هر دو متفقند بر عقد بیع، ولکن یکی مدعی است که بعد از عقد، قبل از تفرق مجلس فسخ کردیم و دیگری منکر باشد، که ظاهر (بسبب استصحاب حکم عقد و عدم فسخ) صحت عقد است. پس مدعی صحت را از این جهت مقدم میداریم و [در] حقیقت در اینجا اصل و ظاهر متطابقند، به جهت آنکه اصل چنانکه بر استصحاب عدم ترتب آثار، اطلاق می شود بر استصحاب بقای

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ما سبق هم، اطلاق می شود. پس هر گاه علاوه بر این هم ظن حاصل باشد به مقتضای آن، اصل و ظاهر، متطابق میشوند و خلافی در این مسئله در نظر نیست. سوم آنکه: بعد از وقوع عقد، احدهما بگوید که عقد در حال " کبر " بود و دیگری بگوید در حال " صغر " بود. و همچنین در جنون و افاقه در مجنون ادواری، پس مدعی کبر و افاقه را مقدم میدارند، به جهت آنکه ظاهر این است که معامله در آن حال واقع

شده، نه محض اینکه ظاهر حال مسلم عدم فسخ او است و با فقد آن، شرط صحت، که عقل و بلوغ است، معامله نکرده، به جهت آنکه گاه است که از روی سهو و غفلت شده، نه به قصد عصیان و مخالفت، بلکه از راه اینکه غالب الوقوع در میان مردم این است که معامله در حال کبر و افاقه است. و تو دانستی که در این مسئله نیز خلاف است. بعضی ظاهر را مقدم داشته، حمل بر صحت کرده است. و بعضی اصل را، یعنی اصل عدم تحقق عقد شرعی و عدم ترتب آثار، را، و تحقیق در نزد حقیر، در مثل اینجا تفصیل است که مآل آن به تفاوت مقتضای ظن مجتهد، است. و مقامات مختلفند. پس هر گاه تاریخ معامله معلوم نباشد و هر دو متفق باشند در اینکه اگر در حال کبر بوده، در حالی بوده که کبر اتفاقی طرفین باشد و همچنین اگر در حال صغر بوده، در وقتی بوده که هر دو متفق بوده باشند در صغر، و عدم بلوغ. پس حکم الحاق به غالب و حصول ظن، وجیه است. اما هر گاه تاریخ معلوم باشد و میدانند هر دو که در وقتی که معامله شده که بایع، مراهق مشکوك البلوغ بوده، لکن احدهما مدعی است که در آن وقت، بلوغ و رشد، حاصل شده بود و دیگری منکر است. الحال ادعای اینکه چون غالب صدور معاملات است از بالغ رشید، پس باید حکم کرد که این در آن حال، بالغ و رشید بوده، مشکل است. به اعتبار آنکه اگر ملاحظهء مثل معاملهء تخم و گردو و نان و امثال اینها را میکنیم غلبه در غیر صغیر معلوم نیست و اگر مثل باغ و ملك و امثال آنها را میکنیم در نوع مراهقین غلبه نیست که ظن، اینها را هم ملحق به آن کند، یعنی اصل معاملهء اینها در این نوع اعیان غلبه ندارد، چه جای آنکه غلبهء وقوع اینها را در حال کبر معلوم کرده باشیم، تا متنازع فیه را بر آن حمل کنیم. پس در اینجا فرق باید گذاشت و باید تابع ظن شد. و همچنین در مثال پیش. و از جمله مواردی که به سبب ملاحظهء مقام، ظن مختلف می شود، در مسئله " تعارض اصل و ظاهر " که باید ملاحظهء ظن را کرد، آن است که هر گاه کسی بیند مصلی را که واجبی از واجبات نماز را ترك کرد، یا لحنی در قرائت کرد، یا کلمهای را حذف کرد. در وجوب تنبیه او، حکم مختلف می شود به سبب اختلاف حال مصلی. پس

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هر گاه مصلی از اهل معرفت باشد، ظاهر این است که سهوا باشد، نه از راه جهل که واجب می شود نهی از منکر، هر چند اصل، عدم معرفت است. و هر گاه از اهل معرفت نباشد و ظاهر حال او، نادانی باشد، واجب می شود تنبیه، به جهت اینکه اصل و ظاهر، در آن متطابق است. و از جمله مواردی که به جهت ظن مجتهد اختلاف واقع می شود و مقام بر آن مختلف می شود در حکم، فرقی است که شهید ثانی (ره) در مسالك گذاشته در ما بین اینکه: بعد بیع سلف و تفرق مجلس اختلاف کنند مبتاعین در اینکه قبض ثمن، قبل از تفرق شده یا بعد. و اینکه اختلاف کنند در این صورت در اینکه: اصل ثمن قبض شده است یا نه. و در اول حکم به تقدیم قول مدعی صحت، کرده به جهت استمرار عقد و تعارض و تساقط اصلین، یعنی اصل عدم قبض قبل از تفرق واصل عدم تفرق قبل از قبض. در ثانی مدعی فساد را مقدم داشته به جهت آنکه اصل عدم قبض است. و آنچه به فهم حقیر می رسد این است که: هر گاه بنا را به ظهور صحت فعل مسلم بگذاریم بنا بر غلبه (هر چند از راه عصیان و فسوق نباشد، به جهت آنکه محتمل است که ترك شرط از راه سهو و نادانی باشد) پس در هر دو جا باید بنا را به صحت بگذاریم، به جهت آنکه چنانکه اصل " قبض " شرط صحت است، " قبل از تفرق " هم شرط صحت است. پس چنانکه حمل قبض را بر صحیح میکنیم تا حمل عقد بر صحیح شده باشد در اینجا هم اصل عقد را بر صحیح حمل میکنیم. و اصل عدم تحقق شرط نسبت به هر دو مساوی است، به جهت آنکه شرط صحت، قبض قبل از تفرق است، نه مطلق قبض. پس فرق گذاشتن ایشان در صورت نزاع در اصل قبضل، و نزاع در صورت اولی، راهی ندارد. و اینکه فرموده‌اند " که فی الحقیقه نزاع در صحت عقد نیست، بلکه نزاع در طاری شدن مفسد است و آن ثابت است در صورت ثانیه به مقتضای اصل، به خلاف صورت اولی به جهت تساقط اصلین " مشکل است، بلی صحت در صورت اولی اظهر است. پس مجتهد در هر مقام باید ملاحظه کند که ظاهر اقوی است یا اصل؟

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

گاه است که اصل، مقتضی استصحاب بقاست که مفید ظن است که راجح است بر این ظنی که از ظاهر به هم رسیده از راه قراین، به جهت ضعف آن قرینه که در ظهور به آن، اعتماد شده. و بدان که هر جا که عمل به قاعدهء یقینی اجماعی است، مثل طهارات و نجاسات، آنجا حکم الله تعالی ظاهر قطعی است که تعبدا مقدم داشته شده است. و هر جا که اجماع و دلیل قطعی در ظرف قاعدهء یقین که مطابق اصل است نباشد باید تحصیل ظن به حکم الله نفس الامری، کرد چنانکه مقتضای اجتهاد است پس (در) حقیقت نزاع مابین تقدیم دو شیء است که مفید ظن به نفس‌الامر، می توانند شد. باید دید

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

که کدامیك اقوی هستند، به او عمل باید کرد. و توضیح این مطلب، این است که قواعد اصولیین، قاعدهء یقین است. یعنی لزوم عمل به مقتضای آنچه یقینا ثابت شده است و عدم جواز نقض آن، مگر به یقین. و این مستفاد است از اخبار معتبرهء بسیار و فرق مابین این و استصحاب، این است که در استصحاب ظن به بقای حکم اول مأخوذ است، خواه به سبب محض ثبوت در اول باشد، یا به علت آنکه غالب در آنچه موجود شده، بقاست و ظن الحاق به اعلم اغلب می کند. و در این قاعده همان به عدم یقین به رافع اکتفا می کنند و دیگر ظن بقا را اعتبار نمی کنند، چنانکه در مسائل طهارت هویداست و اخبار هم در خصوص آنها وارد شده مثل " کل ماء طاهر حتی یعلم انه قذر " او " کل شیء نظیف حتی تعلم انه قذر " و چون مجتهد بنای او در احکام تحصیل ظن به حکمالله نفس الامری، است، پس تحصیل ظن به حکم نفسالامر، در صورت عمل به قاعدهء یقین، مشکل است. پس میگوییم شارع تعبدا چنین قرار داده که لازم باشد عمل به مقتضای یقین سابق تا یقین بر خلاف آن به هم رسد. و چون ظن مجتهد قائم مقام یقین است، پس در جایی که ظن او در برابر این قاعدهء یقین بیاید یقین را به ظن او میشکنیم، پس از این جهت، ظاهر را بر اصل مقدم میداریم. پس میگوییم که تعبدا عمل به مقتضای یقین سابق مقدم است بر عمل به مقتضای ظن، الا در ظنون مجتهد. و بعد از آن، تخصیص

میدهیم ظن مجتهد را در مسائل طهارات، مثلا از مواضعی که اجماع و اخبار دلالت بر عدم اعتبار ظن مجتهد به نفسالامر آنها دارد، هر چند ظن مجتهد به نجاست از راه غلبه و قراین به هم رسد که باز عمل به آن نمی کنند. پس ظن مجتهد را هم تخصیص میدهیم به غیر ظنی که در امثال طهارات و نجاسات باشد. و چون در مسائل تنازع در عقود، اجماع و دلیل قاطعی بر تقدیم قاعده یقین نیست (چنانکه در طهارات و نجاسات هست) آنها را بر حال خود گذاشته به مقتضای تخصیص اول در آنها عمل میکنیم و به هر حال، مجتهد باید هشیار و باخبر باشد و در مقامات تعارض صحت و فساد آنچه اقوی شد از حیثیت حصول ظن، آن را اعتبار کند. پس هر گاه به سبب قاعدهء یقین، ظنی از برای او از جهت استصحاب حاصل شد، اقوی از آن ظنی که از غلبه و قراین حاصل شده، آن را مقدم میدارد و اگر این طرف غالب باشد، این را اعتبار می کند و اگر اعتبار ظن مجتهد را قطع نظر از دلیل خاص کرده، از نظر نیندازیم، دیگر نزاع در مسئلهء تعارض اصل و ظاهر، باطل وعاطل خواهد بود، به جهت آنکه عمل به مقتضای ادلهء مطابق هر یك از طرفین، عمل به مقتضای جمع بین الادله و ترجیح بین آنهاست، نه از راه تقدیم ظاهر بنفسه بر اصل یا بالعکس. و مراد ایشان، اعتبار این دو چیز است بنفسه. و این از جملهء اموری است که دلالت دارد بر آنکه بعد از انسداد باب علم، اصل جواز عمل به ظن است از برای مجتهد،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الا ما اخرجه الدليل، چنانكه در قوانين، بسط زيادى در آن مسئله داده‌ام و هر گاه بصيرت بيشتر طلبى، رجوع به قوانين و ساير رسايل كن. و از مسائل آنها همه بهتر اين است كه به جانب اقدس الهى منقطع شده رفع اشكال بخواهى كه اين مسئله از مشكلات مسائل و مهمات فقه است و كلام فهول، در آن خالى از اجمال نيست. والله الموفق بحقايق احكامه.

٣٩- سوال: در صورتى كه بيع به عمل آمد، عدم قبض ثمن و اقباض مثمن و عدم تصرف مشترى، هر سه شرط، موجب خيار است (بعد از سه يوم) يا احدهما كافى است؟ مسئله را با مأخذ و دليل بيان كنند .

جواب: سئوال را خوب نفهميدم، ولكن بدان كه هر گاه كسى چيزى فروخت و تسليم مشترى نكرد و قيمت را هم نگرفت و شرط تأخر ثمن نكرد، پس آن بيع لازم است تا سه روز، پس اگر مشترى قيمت را آورد، مبيع ملك لازم او مى شود و اگر نياورد، بايع اختيار دارد كه فسخ بيع كند. پس هر گاه يكى از اين شروط، مفقود باشد خيارى نيست از براى بايع و لزوم بيع در سه روز اول ظاهرا اجماعى است، چنانكه تصريح به آن كرده‌اند. چنانكه عدم لزوم بعد از سه روز در صورت مذكور هم ظاهر اجماعى است و احاديث معتبره دلالت بر هر دو دارد. بلى خلاف دارند در اينكه آيا بيع، باطل مى شود بعد از سه در صورت مزبور، يا آنكه صحيح است و بايع، خيار فسخ دارد. مشهور، قول دوم است و قول اول را ابن جنيد (ره) و شيخ (ره) در مبسوط نقل كرده‌اند و ابن فهد (ره) و بعض ديگر از متأخرين، مثل آخوند ملا احمد (ره) و صاحب كفايه (ره) گفته‌اند كه ظاهر اخبار بطلان است، ولكن اصحاب حمل كرده‌اند روايات را بر نفى لزوم. و اظهر در نزد حقى اين است كه اخبار هم ظهورى در بطلان ندارند. پس ما، دو حديث را ذكر ميكنيم تا حقيقت حال، ظاهر شود. يكى صحيحه زراره از حضرت باقر (ع): قال قلت له: الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده يقول حتى آتيك بثمنه. قال: ان جاء بثمنه فيما بينه و بين ثلاثة ايام والا فلا بيع ١ له. دوم: صحيحه على بن يقطين، انه سئل اباالحسن (ع) عن الرجل يبيع المبيع ولا يقبضه صاحب ولا يقبض الثمن. قال: الاجل بينهما ثلثة ايام فان جاء قبض بيعه والا فلا بيع ٢ بينهما. و وجه ظهور اخبار در لزوم نه بطلان اين است كه بيشك و شبهه، بيع تا سه روز متحقق بود، يعنى اثر او، والا خود بيع همان نقل و انتقال ساعت اولى است و آنچه باقى است اثر اوست نه نفس او، واگر چه اقرب، مجازات ٣ بودن " نفى

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱و ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۷ - ۳۵٦، ابواب الخیار باب ۹ ح ۱ و ۳. ۳: اصطلاح " مجازات " در اینجا نوعی استخدام از مبحث ادبی " کلم مجازات " است

صحت " از برای " نفی حقیقت " بطلان را برساند، در مثل " لا صلوة الا بفاتحة الکتاب والا بطهور " به جهت آنکه مرا، بطلان در اول امر است، لکن قرینه مقام [دلالت دارد] که در اینجا مراد، نفی صحت از اول امر، نمی تواند بود. چنانکه گفتیم. پس باید حمل بر نفی اثر کرد و اگر چه نفی جمیع آثار انسب است به این عبارت، از نفی لزوم فقط، لکن استصحاب بقای اثر مرجح ارادهء نفی " اثر فی الجمله " است که نفی لزوم باشد. با وجود آنکه در احادیث بسیار مذکور است که " فلا بیع له " یعنی اثر از برای مشتری نیست، واین مثل صریح است در اینکه اثر بیع از برای بایع بر جاست. و اما صحیحهء علی بن یقطین که در آنجا که " فلا بیع لهما " فرموده، هر چند دلالت او بر اینکه ما گفتیم اخفی است لکن بعد از تأمل و ملاحظهء سیاق کلام که غرض بیان این است که آیا مشتری می تواند مبیع را گرفت یا نه /؟، دلالت می کند بر اینکه مراد این است که نفی بیع بینهما، از راه عدم لزوم است از جانب مشتری بقرینهء سایر اخبار - فان کلامهم یفسر بعضه بعضا - و بر فرضی که این معنی مسلم نباشد هم میگویئم که روایت علی بن یقطین مقاومت با اخبار کثیره، نمی کند. خصوصا با اتفاق اصحاب بر فهم نفی لزوم، دون بطلان. و این مطلب را به ظاهر کلام ابن جنید و شیخ نسبت دادهاند، نه به صریح آن. پس احتمال بطلان، باطل است. و تفصیل کلام در شروط این نوع خیار و احکام آن، این است که: در این نوع خیار چند شرط است: اول: آنکه مبیع عین باشد و چیزی نباشد که در ذمه باشد، چنانکه اخبار ظاهر در آن است و ابن فهد نیز تصریح به آن، کرده. دوم: اینکه بایع قیمت را نگرفته باشد. سوم: آنکه مبیع را تسلیم مشتری نکرده باشد. و مراد از قبض ثمن و اقباض مبیع، قبض و اقباض مجموع هر یك از آنها است، پس به قبض دادن بعض مبیع یا به قبض گرفتن بعض ثمن فایده ندارد. به جهت آنکه لفظ

ثمن و مثمن که در حدیث است حقیقت در مجموع آن است، نه در بعض. پس هر گاه جمیع مبیع را تسلیم کرد یا مجموع قیمت را گرفت، دیگر اختیاری نیست. و شرط است در مانع بودن قبض از خیار، اینکه قبض به اذن مالك باشد. پس هر گاه بدون اذن قبض کرده باشد به آن، خیار باقی است. و همچنین هر گاه ثمن مستحق غیر، (نیز) بر آید، آن هم در قبض کافی نیست ظاهرا، و همچنین بعض ثمن. و تصریح کرده است به این، شهید ثانی (ره). و بدان که بعد از گذشتن سه روز هر گاه بایع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مطالبهء ثمن كند، خيار او ساقط نمى شود. به جهت استصحاب و اطلاق اخبار. و هر گاه مشترى بعد سه روز قيمت را بدهد پيش از آنكه بايع فسخ كرده باشد، پس در آن، خلاف است. واظهر در اينجا نيز بقاء خيار است به جهت استصحاب. و علامه (ره) قايل شده به لزوم، به جهت ارتفاع ضرر و زوال سبب خيار، و آن ضعيف است. چهارم: آنكه بيع حال باشد يعنى شرط تاخير دادن مبيع به مشترى، يا گرفتن قيمت از او، به وقت معينى نشده باشد هر چند يك ساعت باشد. واين شرط نيز ظاهر روايات است. و اعتبار غير اين صورت خلاف اصل، است. و در حكم خلاف اصل، بايد اكتفاء كرد در آنچه نص در آن دلالت دارد. و بدان كه اكثر اصحاب فرق نگذاشته‌اند در اين مسئله ما بين حيوان و غير حيوان. ولكن شهيد (ره) و ابن فهد از صدوق (ره) نقل كرده‌اند كه در مقنع گفته است كه مدت تاخير در كنيز يك ماه است. چنانكه روايت على بن يقطين دلالت بر آن دارد. و شهيد حكم به ندرت روايت كرده است. و به هر حال، اقوى قول مشهور است به جهت عدم مقاومت اين روايت و همچنين مرسلهء على بن رباط، با احاديث معتبرهء معمول بها. هر چند اين خاص باشد و آنها عام. تتمه :هر گاه تلف شود مبيع بعد از انقضاى سه روز (در صورت مذكوره) از مال بايع تلف شده است. و ظاهرا خلافى در آن نيست. چنانكه از كلام جمعى از اصحاب ظاهر مى شود، و مقتضاى روايات نيز همين است .

و هر گاه در بين سه روز تلف شود، در آن سه قول است: مشهور اين است كه باز از مال بايع است، به جهت قاعده فقهاء كه " هر مبيعى كه تلف شود پيش از قبض، پس از مال بايع است ". و ظاهرا كه همين قاعده مروى است از رسول خدا (ص) و دلالت مى كند بر اين، صريح روايت ١ عقبه بن خالد و ظاهر صحيحهء زراره، و صحيحهء على بن يقطين و غير آنها. و مفيد و سيد مرتضى (رح) و جمعى ديگر قائل شده‌اند كه تلف، از مال مشترى است به جهت لزوم عقد در آن وقت، و انتقال به مشترى، بدون خيار. و ابو الصلاح و ابو حمزة تفصيل داده‌اند كه: اگر بايع عرض كرده است تسليم مبيع را به مشترى، از مال مشترى است و الا از مال بايع است. و علامه در مختلف ميل به اين كرده است و اقوى قول مشهور است. و بدان كه: شهيدين (رح) و غير ايشان نقل كرده‌اند قولى از شيخ به اينكه هر وقت كه متعذر شود قيمت، از براى بايع فسخ جايز است. و شهيد (ره) تقويت اين قول كرده و شهيد ثانى (ره) گفته است كه شايد مستند او " نفى ضرر " باشد به جهت آنكه نص بخصوص در آن نيست. و فرموده كه اين بعيد نيست ولكن تمسك به عموم لزوم عقد و وجوب وفاى آن، اقوى است. و رفع ضرر ممكن است به اينكه همان مبيع را از باب تقاص بگيرد هر گاه ممكن باشد گرفتن. و اگر ممكن نباشد، فسخ

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

کردن هم رفع ضرر نمی کند. و آنچه شهید ثانی (ره) فرموده خوب است. و عموم کلام شیخ شامل نقد و نسیه و صورت قبض مبیع همه، هست.

٤٠- سوال: هر گاه کسی چند رأس گوسفند به امینی بدهد که آنها را ذبح کند و گوشت آنها را به موعدی بفروشد. و آن امین هم، چنین کرد و گوشت را به گندم فروخت به جماعتی که در موعد بگیرد. بعضی از آن گندم را گرفته و بعضی در نزد مردم بود که مالك گوسفندها، فوت شد. وراث مالك بنا گذاشتند که آن امین قیمت مجموع گندم گرفته و نگرفته را، مبلغ معینی نقد بدهد. آیا این معامله صحیح است یا نه؟ -؟ و آیا امین می تواند بگوید که چون کیل و وزن گندم، نشده است معامله باطل

١: وسائل: ج ١٢ ص ٣٥٩، ابواب الخیار باب ١٠، ح ١. - توضیح: احادیث دیگر که در این سطرها مورد بحث هستند همان‌ها هستند که آدرس‌شان مشخص گشت ونیاز به تکرار نیست .

است، تو گندم خود را بگیر.؟.

جواب: ظاهر صحت معامله است به جهت آنکه بیع دین آنکه بیع دین (خصوصا به نقد) جایز است علی الخصوص بعد انقضای موعد دین. و در صحت بیع قبض شرط نیست ١. و منعی که وارد شده در بیع طعام قبل از قبض (بر فرض تسلیم حرمة)، آن در جائی است که مالك، آن طعام را خریده باشد نه در وقتی که به میراث یا غیر آن منتقل شده باشد .

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

جواب: بدان که در انعقاد بیع شرط نیست که ثمن از نقدین باشد بلکه هر چیز، قیمت می تواند شد . بلکه گاه هست که کسی اسبی را می فروشد به ده رأس میش، یا گاوی را می فروشد به الاغی، وامثال آن. چنانکه در مسئله خیار حیوان تصریح کرده‌اند به آن. و همچنین فروختن ملك به باغ. پس اگر اشکال در سوال این است که این را از بیع بیرون کنیم به این جهت، پس آن محض تو هم است. به جهت آنکه بیع، آن نقل ملك است به دیگری به عوض معین. و این تعریف شامل ما نحن فیه است. و اگر اشکال در این است که صیغه خوانده نشده است پس آن داخل بیع معاطات می شود. و معاطات هر چند ادله بسیار بر صحت و لزوم آن، هست و لکن چون از ابن زهره و شهید ثانی (ره) بر اشتراط لزوم بیع به صیغه، دعوی اجماع شده. و ظاهرا خلافی هم از اصحاب نقل نشده (از غیر ظاهر مفید - ره -) تا زمان آخوند ملا احمد (ره) و بعضی از تابعین او. و بعضی از مؤیدات هم از اخبار دلالت بر آن دارد. پس

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اولی این است که بنای عمل بر عدم لزوم آن باشد. هر چند اظهر این است که مبیح تصرف است بلکه مملك است، بلکه بیع است. ولکن عدم لزوم مادامی است که تصرف در طرفین یا احدهما نشده باشد. و بعد از

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

تصرف، لزوم حاصل می شود، در صورت اتلاف عینین جزما. و در غیر آن علی الخلاف والاشکال. و ظاهر این است که نقل از ملك به عنوان لزوم، (مثل بیع و صداق و مثل آنها) مثل تلف عین است ۱. و به هر حال، ظاهر این است که مادامی که عینین بتمامها باقی باشند، توان رجوع کرد ولکن رجوع به منافعی که هر یك برده‌اند (از زرع و میوه) نمی کنند. و اگر معامله مزبوره معاوضه محضه باشد، که احدی از عوضین را، ثمن نمی کنند و دیگری را مثمن، بلکه هر یك از آن‌ها عوض دیگری است، که گاه است در عرف عام سلب اسم بیع از آن، می کنند چنانکه میپرسند از زید که " ملك خود را فروختی؟ " می گوید " نفروختم و لکن معاوضه کردم با فلان شخص به فلان باغ، یا ملك. " پس در این صورت، عدم لزوم اظهر است. به جهت آنکه داخل در بیع معاطات، نیست. و نه در هبهء معوضه و نه غیر آن. و در صورتی که معامله را در صورت بیع، بکند. و صیغه را به لفظ معاوضه بخواند مثل اینکه بگوید " عاوضتك هذه الضیعة بهده الضیعة " و او هم بگوید " قبلت ". پس ظاهر این است که این را " بیع " دانیم چنانکه هر گاه بگوید " ملکتك هذه بهذه ."

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: يعنى اگر يكى از طرفين معامله مال مورد معامله را پس از معامله، بفروشد يا به عنوان صداق به ملك همسر منتقل كند، حكم تلف را دارد

است به مساحت. ولكن اين شرط از بابت شرط وكالت نيست در ضمن عقد رهن، كه محتاج به عقد تازه نباشد. بلكه محتاج است به انشاء عقد جديدى. و اما هر گاه متعلق به مجموع دايره و بايره شده باشد به ثمن معينى عليحده و در ضمن عقد شرط شده باشد كه علاوه بر آن ثمن معين، در ازاى هر جريبى از بايره هزار دينار بگيرد. ظاهر در اين جا جهالت در ثمن مى رسد و صحيح نخواهد بود. و پشيمانى اگر مبتنى بر دعوى غبن باشد، مسموع است با تحقق شرايط آن. والا فلا.

٤٣- سوال: هر گاه كسى ملكى به شخصى بفروشد به وجهى. و با توجه معامله كند و منافع به هم رساند و آن ملك مستحقا للغير بر آيد، و آن غير اجازه بيع نكند. آيا نماء آن پول، مال كى است؟

جواب: هر گاه به عين آن پول، چيزى، خريده و از آن نفعى به هم رسانيده، خواه به فروختن يا به سبب عمل كردن در آن چيز، مثل نساجى كردن به ريسمانى كه از آن پول، خريده. پس هر گاه صاحب پول امضاء و اجازهء آن خريد را كرده كه معامله بكند، مستحق پول و نماء آن هر دو مى شود. و هر گاه اجازه نكند، نماء مال صاحب متاع است. و صاحب پول همان پول خود را ميگيرد. و آن شخص بر عمل خود اجرتى مستحق نيست. و هر گاه آنچه خريده، در ذمه خريده، صاحب پول همان پول را مستحق است. و منافع مال آن شخصى است كه عمل كرده. و هر گاه آن شخص پول را به مضاربه داده باشد به ديگرى، و صاحب پول اجازه كند، صاحب پول، منافع را (على سبيل الشرط) مستحق است.

٤٤- سوال: شخصى ملكى را هبه كرد به فرزند صغير برادر خود، و پدر او ولايتا قبول كرد و قبض و تصرف نمود. و بعد ذلك، ملك را فروخت و به مصرف خود رساند و در ذمهء خود به قرض قرار داده مصلحت صغير و احتياج او به نفقه. بيع صحيح است يا نه؟ -؟.

جواب: حكم به بطلان بيع نمى توان كرد به جهت آنكه جايز است كه پدر مال فرزند

صغير خود را به قرض بر دارد. هر چند ملى ١ نباشد. و گاه هست كه از راه اضطرار مال او را فروخته و به مصرف خود رسانيده و در ذمه خود به قرض قرار داده. و فعل ولى، محمول بر صحت است تا فساد آن معلوم شود. و هر گاه ولى، مال را به جهت نفقهء خود بفروشد در صورتى كه صغير غنى باشد و او محتاج باشد، امر، اسهل و واضح است .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

۱: ملی: با تشدید آخر این لفظ در اصطلاحات فقهی سه کاربرد دارد:
الف) ملی :ثروتمند: غنی.
ب: ملی: کسی که عمر دراز کرده.
ج: ملی: کسی که امید است عمر دراز بکند: اوضاع و شرایط جسمی او نشان میدهد که زمان درازی خواهد زیست.
غیر ملی (در متن: ملی نباشد) کسی که امیدی به زندگی طولانی او، نیست. مانند کودکان استثنائی و معلول.
ظاهرا مراد میرزا (ره) در متن همین است. و ممکن است که " باشد " صحیح باشد. یعنی: هر چند که پدر ثروتمند باشد. و جمله بعدی گواه این است

جایز نیست که معامله کنی با نقره خالص، مگر اینکه وزن نقرهء خالص بیش از این مغشوش باشد. که در آنجا صحیح است. به جهت آنکه آنچه از این پول خالص، مساوی آن نقره است که در پول مغشوش است، معامله مثل به مثل است. و آن زیادتی که در خالص به جا میماند، آن در برابر مس یا قلعی است که در آن است. و همچنین است هر گاه بدانیم مقدار نقره خالصی را که در آن پول مغشوش، است و بدانیم که مقدار این پول نقره و خالص، از مقدار آن نقرهء خالصی که در آن پول مغشوش، است زیادتر است. هر چند بسیار کم باشد آن زیادتی، که در آنجا هم صحیح است بلا اشکال در اینها همه. و اما هر گاه پول مغشوش را به غیر جنس خود معامله کنند مثل اینکه پول نقرهء مغشوش را با طلای خالص معامله کنند یا به عکس، که در آنجا هم اشکال نیست که زیاد و کم ضرر ندارد. و هر گاه طلا یا نقره که معامله می کنند از هر دو طرف مغشوش باشد، پس ظاهر این است که در جواز آن، نیز اشکال نیست. هر چند از یك جنس باشند. به جهت آنکه در حکم ضمیمه می شود. مثل آنکه یك درهمی و پنجاه درم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

گندم را بدهد به دو درهم و پنجاه درم گندم، که یکی از حیله‌های ربا همین است. پس در اینجا هم در حکم ضمیمه ۱ آن جوهر خالصی که درون پول مغشوش، است برابر غش آن پول دیگر است، و جوهر خالص آن پول دیگر برابر غش این پول است. و ظاهرا در اینجا فرقی نیست که مقدار خالص و مغشوش معلوم باشد یا مجهول. بلکه هر چند بدانی که خالصی که در این است بیش از خالصی است که در آن، است .

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

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

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

اجماع ۱ بر آن نقل شده. واحادیث معتبره بسیار دلالت بر آن، دارد و در بعضی احادیث صحیحه، مذکور است که خوب چیزی است " فرار از حرام به حلال ". حتی در آن حدیث ۲ معامله هزار درهم و یك دینار به دو هزار درهم شده. و ضمیمه را می توان در طرف جنس ناقص گذاشت، مثل همین مثال پنبه و ریسمان. و همچنین در هر دو طرف ۳ هر گاه ناقص مشتبه باشد. چنانکه در دو درهم مغشوشی که هر یکی مخلوط به مس یا غیره باشد و مقدار نقره‌ء آنها معلوم نباشد، که همان غش قائم مقام ضمیمه است. و ظاهر این است که ضرور نیست قصد ٤ به اینکه ضمیمه مقابل زیادتی باشد. بلکه کافی است که مجموع مقابل باشد. و همچنین شرط نیست که آن ضمیمه گنجایش ٥ مقابله به آن زیادتی، داشته باشد چنانکه شهید (ره) در دروس گفته، و ظاهر اخبار و کلام فقها هم این است .

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: قبلا توضیح داده شد که اصل " فرار از حرام به حلال " اجماعی است لیکن چگونگی فرار و صورتهای مختلف آن، در صحت و عدم صحت مورد اختلاف است. ۲: وسائل: ج: ۱۲، ابواب الصرف، باب ٦ ح ۱. ۳: این صورت سخت مورد اختلاف است و حتی ظاهر بعضی از احادیث بر بطلان ان است (همان مرجع ۳. ٤ و ٥: مطابق نظری که قبلا از امام خمینی (ره) نقل کردیم هم قصد مذکور شرط است و هم " گنجایش " و اساسا روح این ابتکار در همین " گنجایش " است

واما پولهای مغشوش که مرکب است از نقره و مس و امثال آن پس اگر رواج است در میان مردم و حال آن معلوم است و گرفت و گیر ۱ نمی کنند، ضرر ندارد و هر چند مقدار غش مجهول باشد. و هر گاه رواج [نداشته] باشد و متروك باشد میان مردم، جایز نیست معامله به آن، مگر آنکه بیان کند غش آن را. و ظاهرا خلافی در هیچیك از این دو حکم نیست. واحادیث صریحه، و جمع بین اخبار منع و جواز، و اجماع منقول دلالت بر آنها دارد. و اما آنچه در این اوقات اختراع شده، حکم آن را، از آنچه گفتیم ظاهر می شود، و هر گاه مردم میدانند که از این قسم است و در معامله رواج دارد، جایز است صنعت آن و خرج کردن آن. و اگر حال آن بر مردم مشتبه است و نمیشناسند که این از آن بابت است و نقرهء آن هم کمتر است از قدری که مردم در آن بیمضایقه باشند. پس نه خرج کردن آن جایز است ونه صنعت آن، و غش است و حرام است و مورد احادیث منع، است .

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: "گرفت و گیر ": ممکن است به معنای مؤاخذه، درگیری و حتی شکایت و دستگیری باشد. وممکن است لفظ " می کنند " صحیح باشد در این صورت به معنای " داد و ستد " است. ۲: ملا احمد تونی فرزند محمد معروف به فاضل تونی. برادرش نیز ملا عبد الله تونی صاحب " شرح وافیه " است خود ملا احمد تالیفات متعدد دارد از آن جمله " حاشیه بر شرح لمعه " که در هامش آن، چاپ شده است. با بعضیها که در زمان رضا شاه در تهران به " فاضل تونی " معروف شدند، اشتباه نشود

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: این عبارت در مسالك هم مذکور است و آنچه الحال به خاطر حقیر می رسد در فرض، این است که مثلا بایع متاع خود را می فروشد به چهار تومان فلوسی، که هشت عدد اشرفی نو بگیرد در عوض، به اعتقاد اینکه هشت عدد اشرفی مساوی چهار تومان فلوس، است و بعد از آن معلوم می شود که متاع پنج تومان فلوس میارزیده، و هشت عدد اشرفی هم مساوی چهار تومان و هشت هزار دینار ۱ بوده، پس بایع می تواند ادعای غبن بکند در مطالبهء غبن دو هزار دینار نقصان. و مشتری می تواند که ادعای غبن بکند که من هشت عدد اشرفی را به اعتقاد اینکه چهار تومان است، در عوض چهار تومان فلوس، دادم. الحال که معلوم شد بیشتر است، اشرفیها را میخواهم، در معامله اشرفی مغبونم گو در اصل معامله مغبون نباشم. و ثمره این در وقتی ظاهر می شود که در این وقت از برای اشرفی خصوصیتی از برای او باشد که پول دیگر، آن خاصیت ندارد. پس مانعی ندارد که در اصل معامله دعوی غبن نتواند کرد، و در خصوص اشرفی تواند کرد .

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

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

۵۰- سوال: آیا ربا حرام است در ما بین پدر و مادر و فرزند، و مولی و مملوك. و زوج و زوجه، و کافر و مسلم، وشیعه و سنی، یا نه؟- ؟.

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

اما ما بین مسلم و کافر حربی (هر گاه زیادتی را مسلم بگیرد) ظاهرا خلافی در جواز آن نیست. و روایت عمرو بن جمیع ۱ که در کافی و تهذیب مذکور است دلالت بر آن دارد، و ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب. و در کتاب فقیه هم، مرسلا از رسول خدا (ص) روایت کرده است که فرموده " لیس بیننا و بین اهل حر بنا ۲ ربا ." و فحوای اجماع منقول از سید در ذمی ۳، هم دلالت بر آن دارد. و روایت زراره ٤ که بر خلاف آن دلالت دارد مهجور است. و شیخ در استبصار تاویل کرده است آن را به اینکه مراد از مشرکین که منع ربا در آنها شده است اهل ذمه است. یا آنکه مراد از منع ربا دادن به مشرکین است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نه گرفتن. و این تاویل بعید است. و ظاهر اطلاق روایت سابقه که مطابق اطلاق فتاوی جماعتی است مقتضی عموم است. و ظاهر کلام شیخ (ره) در استبصار این است که جواز گرفتن مختص به مسلم است. و ابن ادریس هم تصریح به این کرده بلکه ظاهر او دعوی اجماع است. و اما ما بین مسلم و ذمی، پس منقول از اکثر اصحاب حرمة است. و جمعی از اصحاب (که از جمله شیخ مفید و سید مرتضی است، و صدوق (ره) و والد او است) گفته‌اند جایز است و سید در انتصار دعوی اجماع بر آن کرده (بعد از آنکه در زمان سابق رأی او عدم جواز بود به جهت عمومات قرآن و کتاب) و در آن کتاب فرموده که " بعد تامل کردم دیدم که مسئله اجماعی اصحاب ما هست، عدول کردم از رأی سابق به جهت آنکه اجماع از ادله قطعیه است ". با وجود آنکه عموم حرمة ربا معارض است به عموم " حسن احسان " که در کتاب و سنت و عقل حکم به آن موجود است. به مثل " احسن کما احسن الله الیك " و " ان الله یامر بالعدل والاحسان " و چنانکه می توان این را به آن تخصیص

۱و ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ٤٣٦، ابواب الربا، باب ۷ ح بترتیب: ۱ و ۲ - کافی: فروع :ج ۱ ص ۳۷۰ - تهذیب: ج ۲ ص ۱۲۳. لیکن هر دو حدیث در کافی مستند به یك سند هستند و هیچ کدام از آنها مرسل نیست. ۳: یعنی ادعای اجماع بر اینکه گرفتن ربا از ذمی حلال است دلالت دارد بر اینکه در مورد حربی به طریق اولی حلال است ٤ :همان مرجع: ج ۳

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: کمتر کسی به این موضوع تصریح کرده، خصوصا مرحوم حاج آقا حسین بروجردی آن کاربرد زیاد را به اجماع منقول نمیداد. البته اهمیت اجماع (با انواع مختلفاش) در میان متقدمین بیش از متاخرین بوده است. لیکن تعداد موارد اجماع منقول در میان متاخرین بیش از متقدمین است و این یك امر طبیعی است زیرا هر چه زمان بگذرد کسانی بر اساس تحقیقات خودشان موارد اتفاقی واجماعی زیادتری را مشخص می کنند آنگاه در بستر " نقل " قرار میگیرد ۲: من لا یحضره الفقیه: ج ۲ ص - ۹۰ وسائل: ج ۱۲، ابواب الربا، باب ۷ ح ۵. ۳: سلسله سند حدیث این جمیع: محمد بن یعقوب عن حمید بن زیاد، عن الخشاب، عن ابن بقاح (ریاح)، عن معاذ بن ثابت، عن عمرو بن جمیع، عن ابی عبد الله (ع) قال: قال امیر المومنین:.. - همان مرجع: ۱ - ضعف سند: خود ابن جمیع توثیق نشده بل به ضعف او تصریح شده است، معاذ بن ثابت نیز توثیق نشده، بقیه افراد سلسله توثیق شده‌اند. حدیث دوم نیز در روایت صدوق مرسل (بدون سلسله) است و در روایت کافی و تهذیب همان سلسله حدیث ابن جمیع را دارد، لیکن اصحاب به پیام این دو حدیث عمل کرده‌اند شاید ادله دیگری نیز در اختیار آنان بوده است

و اما روایت زراره: مرحوم میرزا با اینکه آن را " مهجور " مینامد، به آن متمسك می شود. اگر اصحاب بدان عمل کرده‌اند پس نمی تواند مهجور باشد و اگر بدان عمل نکرده‌اند پس ضعفش با عمل اصحاب جبران نمی شود. ضعف این حدیث به دلیل " یاسین الضریر " است که توثیق نشده. و دلیل دیگر ضعف آن، معارض بودنش با ادله دیگر است. گویا میرزا (ره) بخش اول این حدیث را که ناظر به ربا در ما بین پدر و فرزند است میپذیرد همانطور که در چند سطر بعدی خواهد آمد و بخش دوم آن را که ناظر به حرمة ربا گرفتن، از ذمی است، نمیپذیرد. لیکن چنین رفتاری نیز با کلمه " مهجور نمیسازد. بنابراین تاویل شیخ (ره) بجا می باشد. ۱ و ۲: همان مرجع: ح ٦ و ۷

و ظاهر این است که جد حکم پدر، ندارد به جهت آنکه ظاهر " ولد " در حدیث، فرزند صلبی است. و فرزند رضاعی داخل نیست. به این جهت که گفتیم. و اما ما بین مولی و مملوك پس مشهور نیز در آن، جواز است. خواه قائل بشویم بر اینکه مملوك مالك چیزی می تواند شد یا نه. دلالت دارد بر این روایت عمرو بن جمیع و روایت زراره از حضرت امام محمد باقر (ع) که فرمود " لیس بین الرجل و بین ولده و بینه و بین مملو که و لا بینه و بین اهله ربا " و صحیحه علی بن جعفر از حضرت کاظم (ع) " عن رجل اعطی عبده عشرة دراهم علی ان یؤدی العبد کل شهر عشرة دراهم، ایحل ذلك؟ قال: لا بأس ۱. ". و این در کتاب فقیه مذکور است و در کتاب علی بن جعفر نیز مثل آن مذکور است با زیادتی ۲. و سید (رح) نیز در اینجا دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم. و ظاهر این است که حکم، مختص مرد، است و غلام او، و دلیل بر جواز در کنیز مرد، و غلام و کنیز زن، نیست. و اما ما بین زوج و زوجه، پس مشهور در آن نیز جواز است و دلیل بر آن بعد از اجماع منقول از سید (ره) به نهجی که گفتیم، روایت زراره است و مرسلهء صدوق، که پیش ذکر کردیم. و مشهور آن است که فرقی ما بین زن دائمی و متعه نیست. و علامه در تذکره در متعه خلاف کرده است و اظهر قول مشهور است.

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: خیار از جمله حقوقی است که به میراث می رسد. و چون بیع باز نسبت به وارث در عهده تزلزل است، پس لزوم که حاصل شد به سبب عجز وارث، این لزوم ما بین مشتری و وارث حاصل شده و اقالهء بیع الحال موجب رجوع مبیع می شود به وارث، به سبب عمومات اقاله. چنانکه در حدیث وارد شده که " ایما عبد اقال مسلما فی بیع اقال الله عسرته یوم القیامة " و اقاله فسخ بیع است. و بعد فسخ بیع، مالك منحصر است (بالفرض) در وارث، پس کسی را نمی رسد که بگوید که " حق موروث همان خیار بود و آن ساقط شده، پس دیگر انتقال ملك به وارث محتاج است به ناقل جدیدی " به جهت آنکه (قطع نظر از اینکه عمومات اقاله افادهء بیع می کند) توارث خیار مستلزم توارث توابع آن، نیز هست. زیرا که اگر بایع در حیات میبود و بعد از لزوم بیع استقاله میکرد، اقالهء ناقل ملك، از برای او بود. و همین حق مالی، به وارث او منتقل می شود به میراث. و دلیل انتقال " حقوق " مثل " اموال " - پس آن - فیالجمله اجماعی است. هر چند در بعضی از مواضع خلاف کردهاند، مثل " حق الشفع و " حق الرجوع در هبه ". و عموم " ما ترك " در آیهء شریفه، شامل است. و خصوص حدیث نبوی (ص) که " ما ترك المیت من حق فلوارثه ١ ". و اشکال در هبه (چنانکه علامه در قواعد کرده و اقرب عدم آن را قرار داده، و همچنین شهید (ره) در قواعد) پس شاید وجه آن این باشد که مالك به عقد هبه و اقباض، اعراض

Translation Movement
IMS

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

از مال کرده و حق از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع به جهت خود واهب خلاف اصل است و به دلیل ثابت شده. و قوهء دلیل اعراض با اصل، اقوی است از احتمال دخول در تحت ادلهء حقوق. بخلاف خیار حق الشفع و امثال آن. و از این جهت است که در صورت خیار، مشتری ممنوع است از اتلاف عین مال و اخراج از ملك خود بنحوی که ذوالخیار ممنوع از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

رجوع شود. و در هبه به هیچ نحو، منعی از تصرف متصور نیست. و حق رجوع در هبه، عارض می شود با ارادهء واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا، بخلاف حق الشفع و حق خیار که از اول امر ثابت است.

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

جواب: هر گاه بیع لازم شد وفسخ به عمل نیامد، بلا خلاف منافع متصله و منفصلهء ایام مدت خیار، مال مشتری است. و هر گاه فسخ به عمل آمد، اشهر واظهر آن است که نماء منفصله که در آن مدت خیار، حاصل شود، مال مشتری است و نماء متصله مال بایع می شود.

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

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

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

جواب: هر گاه آن وظیفه از غیر مال سلطان و خراج اراضی خراجیه است به هیچ نحو اخذ آن، صورتی ندارد و مشغول ذمهء صاحب مال، است و مأثوم و معاقب است. مگر اینکه صاحب مال باطوع و الرغبه آن مال را به گیرنده ببخشد و از طیب نفس به او حلال کند. و اگر از بابت خراج باشد پس هر چند از فتاوی جمعی از علما ظاهر می شود که از برای شیعیان حلال باشد، نهایت اظهر در نظر حقیر این است که حلال نیست. به جهت انکه این مال مختص مصالح عامهء مسلمین است و ولی امر آن امام زمان است. و ائمهء ما تصرفات خلفای جور را نیز قائم مقام تصرف خود، کرده‌اند در حلیت به جهت شیعیان. لکن متبادر از " خلفای جور " مخالفین است نه سلطان جایر شیعه. بلی چون از عمومات ادلهء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نیابت فقیه عادل از امام زمان، ثابت می شود، ممکن است هر گاه آن شخص آخذ از مصالح عامه باشد (مثل قضات بر حق، و غزات مجاهدین با دشمنان دین و مفسدین، و ائمه جماعت و طلبهء علوم و مؤذنین و غسالین و حفارین و امثال اینها) و به اذن فقیه عادل بگیرد جایز باشد. و با وجود این نیز احوط آن است که دهنده، او را به طیب خالص حلال کند .بلکه احوط، بلکه اظهر آن است که در صورت حلال کردن و به طیب خالص دادن هم بدون اذن فقیه عادل نگیرد هر گاه معلوم باشد که خراج اراضی خراجیه است. و اما محسوب داشتن عاملان، وجه را در عوض متوجهات دیوانی صاحب وظیفه، پس جواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. و احوط بلکه اظهر آن است که هر گاه معلوم باشد که آنچه متوجه آخذ است از خراج اراضی خراجیه است، به ندادن آن، اکتفاء

نکند ١ مگر آنکه آن شخص از مصالح عامه باشد و از فقیه ماذون شود. و از اینجا معلوم می شود حال آن صورت که عامل تنخواه از رعایا بگیرد و در عوض متوجهات او محسوب شود، که در این ضمن وظیفه هم داده شده باشد. و اما آنچه ظاهر می شود در صورت سئوال از فرق ما بین اینکه عامل به رعایا حواله کند یا غیر آن، پس اگر مراد فرق ما بین معلوم الحرمة است، این سخن در مطلق جایزهء سلطان، خوب است. که معلوم نباشد حرمة آن، ونه از وجه خراج بودن آن. و اما بعد از علم به خراج بودن، فرقی ما بین دادن آن از خزانه و حواله کردن، نیست. و اگر مراد فرق ما بین دادن چیز به صاحب وظیفه و چیز نگرفتن از متوجهات دیوانی از او، است به عوض وظیفه، پس جواب آن نیز از آنچه گفتیم معلوم می شود والله العالم .

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

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

٥٥- سوال: حاکم عرف ٢، شخص را جریمه کرده است [و] پول گرفته. یا مقاطعهء مسلمانان را کرده که مسلمانان سال به سال همان مقاطعه را به حاکم عرف بدهند. و شخص دیگر به حاکم عرف معامله کرده است. حاکم عرف به عوض معاملهء آن شخص، از مقاطعهء مسلمانان حواله کرده است. آیا می توان گرفت یا نه؟ -؟ یا از مقاطعهء نصاری بدهد بیان فرمایند ٣.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۲: حاکم عرف: اصطلاحی است در مقابل اصطلاح " حاکم شرع " و ناشی شده است از جهانبینی دو شریعتی، که در مقدمهء جلد اول شرح داده شد. ۳: صورت ساده و صحیح این سئوال به قرار زیر می باشد: شخصی با حاکم معامله کرده و حاکم وجه معامله را حواله می کند به کسی که محکوم به پرداخت جریمه شده تا وجه مذکور از محل همان جریمه پرداخت شود. و یا حواله می کند به مسلمانان که وجه مذکور را از محل مقاطعه پرداخت کنند. آیا شخص مزبور می تواند وجه را از محل‌های یاد شده در یافت نماید یا نه؟ -؟ و اگر پر داخت کننده مقاطعه کار، از نصاری باشد، چگونه است؟ ۱: این موضوع که در اینجا تکرار شده، در جلد اول (کتاب الجهاد) بطور مشروح و مستدل بحث شده است و فتوای میرزا (ره) در آنجا آمیزه‌ای از تردید، دارد لیکن در اینجا از قاطعین بیشتری بر خوردار شده است

جواب: هر گاه مقاطعه در غیر خراج اراضی خراجیه است، بیاشکال حرام است. و هر گاه مقاطعهء اراضی خراجیه باشد یا مقاطعهء جزیهء اهل ذمه باشد، این هر دو در نظر حقیر یك حکم دارند. پس حاکم مسلمین اگر از اهل سنت است حلال است. و اگر از شیعه ۱ باشد اظهر در نزد حقیر آن است که بدون اذن مجتهد عادل، تصرف در آن جایز نیست. خصوصا هر گاه آن شخصی که میگیرد از حاکم، از مصالح عامه مسلمین نباشد - مثل طلبه علوم یا ائمه جماعت یا مؤذنین وامثال آنها - پس امثال این معاملات، صورت ندارد.

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

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

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

---

[٦٩]

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

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

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

جواب: هر گاه گندم زمین معینی بخرد ظاهرا صحیح نیست. به جهت آنکه شرط سلف آن است که مبیع در ذمه باشد نه عین معین. و اگر مراد گندم آن مزرعه باشد خواه از زرع خود آن شخص یا از غیر او مثل اینکه صد من خرمای بصره به سلف می خرد . پس آن بیع صحیح است. وهر گاه در آن سال حاصل آن مزرعه تلف شود، مخیر است مشتری، میان آنکه فسخ کند و تنخواه خود را پس گیرد، و اینکه صبر کند تا سال آینده. و بعضی گفته‌اند که می تواند قیمت آن گندم در انقضای موعد بگیرد و لکن حقیر در این تأمل دارم. بعضی اخبار صحیحه دلالت بر عدم آن، دارد.

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

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

---

[۷۰]

"خوانندگی " ۱ می گویند حرام است. هر جا که یقین حاصل شد که آن را خوانندگی می گویند، حرام است خواندن و شنیدن آن. و هر جا که یقین است که خوانندگی نمی گویند حلال است. و در صورتی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

که مشکوك فیه، باشد اظهر حلیت است و احوط اجتناب است. و مجرد لرزیدن صدا معنی غناء نیست. و فرقی ما بین قرآن و مراثی و غیر آن نیست. والله العالم .

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

١: باید معنی کاربرد و اصطلاح " خوانندگی " در محاورات مردم عصر میرزا (ره) مورد توجه قرار گیرد از بیان متن، روشن است که منظور وی از لفظ " خوانندگی " همان است که فقها از آن با " ترجیح الصوت مع الطرب " تعبیر کرده‌اند. در اینجا توجه به چند موضوع ضرورت دارد: الف: پاسخ به این سؤال که " چه چیز غناء است و کدام چیز غناء نیست " از وظایف فقیه نیست. زیرا فقیه به عنوان متخصص در " احکام " سخن می گوید نه متخصص در " موضوعات " و همانطور که در متن آمده این وظیفه عرف است که موضوعات را مشخص کند. ب: حرام بودن غناء (فی الجمله) اجماعی است و هر اختلافی که هست در تعیین مصداق غناء است. یعنی اختلاف در بعضی احکام در مورد غناء از اختلاف در موضوع ناشی می شود. ج: ترجیح صوت: زیر و بم کردن صدا: آوا و آهنگ دادن به صدا. طرب: حالتی که در اثر احساسات شدید به فرد دست میدهد و موجب می شود حرکاتی (یا چگونگی خاص رفتار) از او بروز نماید که در حالت معمولی از آن حرکات بطور آگاهانه پرهیز می کند. یعنی آن حرکات را بر خود سزاوار نمیداند. و آنها را بر خلاف " وقار " خویش میداند. خواه این حالت و این حرکات در اثر غم و غصه و مصیبت باشد و خواه در اثر شادی و شعف. مثلا کسی که برادرش مرده است در اثر این مصیبت گریه می کند آب چشم و دماغش سیلان پیدا می کند از ته دل های های می کند به راست و چپ بیحالانه، میافتد. چنین شخص در اوقات دیگر این قبیل حرکات و حالات را نسبت به خویش ناپسند و ضد وقار میداند .و همینطور است کسی که تحت تاثیر موسیقی غنائی (خواه از حنجره انسان باشد و خواه از دستگاه بر خیزد) قرار میگیرد و حرکاتی از او صادر می شود که در اوقات دیگر از آنها پرهیز می کند، و آن حرکات را برای خود ناپسند و خلاف شخصیت میداند. پس طرب دو نوع است: طرب حاصل از مصیبت و طرب حاصل از شادی و شعف مصنوعی. نوع اول از موضوع بحث ما خارج است و نوع دوم حرام است. لیکن به دو مطلب در اینجا باید توجه کرد: اول: گفته شد " موسیقی غنائی " یعنی موسیقی غیر غنائی هم هست مانند آهنگ‌های رزمی. آنچه حرام است اجماعا " آهنگ‌های بزمی " است نه رزمی. البته افراد خیلی نادر پیدا میشوند که آهنگ های " رزمی " را نیز حرام میدانند. زیرا آن را نیز از نظر لغت مصداق " طرب " میدانند. و چنین هم هست لیکن سیاق بیان اخبار و احادیث روشن می کند که تنها آهنگ بزمی که هرگز از تماس با امور جنسی بر کنار نیست تحریم شده است، نه آهنگ های دیگر. دوم: از عبارت " شادی و شعف مصنوعی "، استفاده شد زیرا شادی و شعف طبیعی نه تنها حرام نیست بل مستحب هم هست. و منظور از " مصنوعی " روشن است و معیار آن چنین است :هر شادی و شعفی که غیر از آهنگ و موسیقی، عاملی ندارد. یعنی اگر آهنگی نبود، فرد، این شعف را نداشت. د: طرب غم و طرب از غصه نیز اگر از آهنگ ناشی شود باز حرام است. مثلا کسی هیچ غم و غصه‌ای ندارد آهنگی را گوش می کند و در اثر آن گریه می کند - غم مصنوعی - ه: آهنگی که شنونده را به فکر و اندیشه فرو میبرد، نه طرب شعف و نه طرب غم و نه احساسات نظامی، رزمی، هیچ کدام را ایجاد نمی کند .چه حکمی دارد؟. آنچه از سیاق کلام علما بر میآید حلیت آن است. زیرا همانطور که گفته شد هم توجه اخبار و هم توجه فقها، در این بحث به سوی غنائی است که به نوعی با امور جنسی ارتباط دارد. ز: در مواردی که مشتبه است و مسلم نیست که این آهنگ از مصادیق " ترجیع الصوت مع الطرب " است یا نه؟ -؟ و یا با وجود " ترجیح " در صورت و نیز با وجود طرب، آیا این طرب، طرب غم مصنوعی یا طرب شعف مصنوعی، است که حرام باشد یا از مصادیق غیر حرام آن (مانند آهنگ رزمی) است؟- ؟. در این قبیل موارد حکم به جواز کرده‌اند و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

احتیاط را در ترك، دانسته‌اند .البته بر اساس آن قول نادر كه در بالا یاد شد مسئله مشكلتر است، و آهنگ به هر شكل و با هر تاثیر، مورد اشكال می باشد. نتیجه: مكلف باید موارد مختلف این مسئله را تشخیص دهد و بر اساس آن عمل كند. و آن مكلف راحت است كه مقلد قول نادر شود و از هر نوع آهنگ پرهیز كند

---

[۷۱]

جواب: هر گاه جنس از باب وفای دین، به او داده (خواه قیمت را حساب كرده باشد در حین قبض، و مساعره كرده باشد، یا نه) آن جنس ملك صاحب طلب، می شود. و آن مدیون از حق او برئ می شود (در قدری كه مساوی قیمت آن است در روز وفا هر چند بعد ترقی كرده باشد هر گاه آن جنس كمتر است از دین. و برئ می شود از تمام آن دین هر گاه مساوی باشد) پس ظاهرا نمی تواند پس بدهد بعد از آنكه قبول كرد در عوض دین. و صاحب متاع هم نمی تواند استرداد كند .

---

[۷۲]

ظاهرا خلافی در مسئله نیست و اخبار هم موجود است. واما هر گاه قطع نظر از وفای دین، مبایعه شده است علیحده كه این متاع را خریده در عوض آنچه در ذمه آن شخص دارد و شرط بیع، از مساعره و غیر آن به عمل آمده الا صیغه كه جاری نشده، پس در این صورت اظهر این است كه مشتری می تواند متاع را رد كند (بنابر عدم لزوم معاطات) و هم صاحب متاع می تواند رجوع كند به عین. و این نه از باب آن است كه معاطات بر دو عین موجود، بشود و بعد از آن احدهما تلف بشود. زیرا كه اقوی در آنجا جواز رجوع است از برای صاحب عین باقیه (هر گاه معاطات را از باب اباحه دانیم نه تملیك) و بعد صاحب عین تالفه رجوع می كند و غرامت عین تالفه را میگیرد. و اما بنا بر قول به تملیك (چنانكه اظهر آن است) پس اقوی عدم جواز رجوع است زیرا كه مستلزم جمع ما بین عوض و معوض، است. چون آن متلف، مالك بیش از یك عین نبود. و مفروض آن است كه آن را تلف كرده است و استرداد آن هم ممكن نیست.

كتاب التجاره: مسائل التجارة من المجلد الثانی: ۱

۶۲ - سوال: مراد از قبض كه در بیع و هبه و امثال آن، معتبر است چه چیز است؟ جواب: بدان كه: چون لفظ قبض در كلمات الهی و معصومین (ع) در احكام شرعیه وارد شده (در بعض جاها به عنوان شرط صحت یا لزوم، مثل رهن و هبه. و در بعض دیگر

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

مترتب می شود بر آن، احکام دیگر، مثل اینکه در جواز بیع مبیع، قبل از قبض .که یا حرام است یا مکروه. و مثل اینکه ضمان مبیع، قبل از قبض متعلق به بایع و بعد از قبض متعلق به مشتری [است] در جائی که خیار از برای مشتری نباشد. و امثال اینها). و نص و حقیقة شرعیه در آن ثابت نشده، [پس] باید رجوع کرد به عرف. و عرف نسبت به مواضع مختلف، مختلف می شود لهذا در کلام اصحاب اختلاف در آن شده. و مشهور این است که قبض در غیر منقول، مثل ملك و باغ و امثال آن، تخلیه است. به این معنی که دست از تصرف بردارد و آن را واگذارد و بلا مانع کند آن را از برای مشتری یا متهب. و در منقولات، مثل قماش و طلا و نقره و امثال آن، که به دست میگیرند، آن است که به دست او بدهد. و در حیوان، نقل و انتقال یعنی از جائی به جائی بردن. و در مکیل و موزون، کیل کردن و وزن کردن و واگذاشتن به او. و دلیل در مسئله، فهم عرف است. و گویا که بعضی در حکم منقول دعوی اجماع کرده‌اند. و بعضی اخبار هم اشعاری به بعض مطلوب، دارد. مثل صحیحهء معاویه بن وهب " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل یبیع المبیع قبل آن یقبضه -؟. فقال: ما لم یکن کیل اووزن، فلا تبعه حتی تکیله او تزنه الا ان تولیه بالذی ۱ قام علیه ". و وجه دلالت آن است که چون بیع قبل از قبض، ممنوع است به عنوان حرمة یا کراهت اجماعا، پس حصر جواز آن در صورت کیل و وزن دلالت دارد بر اینکه کیل و وزن در معنی قبض است. و به این اشاره کرده است علامه در تذکره. و همچنین روایت عقبه بن خالد " عنه (ع) فی رجل اشتری متاعا من آخر و او جبه غیر انه ترك المتاع عنده و لم یقبضه، فسرق المتاع. من مال من یکون؟ قال: من مال صاحب المتاع حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد ماله ۲ الیه. " و توجیه استدلال این است که چون قبض منشأ نقل ضمان، است به سوی مشتری،

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۸۹، ابواب احکام العقود، باب ۱۶ ح ۱۱. ۲: وسائل ج ۱۲ ص۳۵۸ ، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱ - در متن حدیث پس از جمله " ولم یقبضه " جمله " قال آتیك غدا ان شاء الله " آمده است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بلا خلاف، و معلوم نیست که کسی قائل باشد که اخراج از بیت بایع به جای دیگر بخصوصه مدخلیت در نقل ضمان داشته باشد. بلکه کافی است نقل حیوان از مکان به مکانی در همان خانهء بایع. مثل اینکه از این اصطبل بایع بیرون آورد و در اصطبل دیگر جا کند. پس باید مراد از حدیث جائی باشد که موقوف باشد تحقیق نقل، به اینکه از خانهء بایع بیرون آورد و به جای دیگر ببرد که معنی قبض باشد. پس معلوم می شود که نقل از جائی به جائی فی الجمله معنی قبض هست. و مراد از استدلال هم بیش از این نیست. و اشاره کرده است ابن فهد (ره) در مهذب به بعض آنچه ذکر کردیم. و قول دیگر، قول علامه است در مختلف که گفته است که اگر منقول است، قبض در آن، نقل است. یا گرفتن به دست. و اگر مکیل و موزون است، گرفتن به دست است یا کیل و وزن کردن. و فرق این باقول مشهور این است که بنابر این قول در منقول، گرفتن به دست کافی است و احتیاج به نقل نیست. بخلاف مشهور که در حیوان نقل را ضرر میدانند. و همچنین بنا بر این قول، در مکیل و موزون گرفتن به دست کافی است بدون کیل و وزن. بخلاف مشهور. و این قول هر چند اوفق به عرف عام است ولکن ملاحظه حدیثهای سابق، تایید تعیین کیل و وزن را، می کند در مکیل و موزون. و قدح در آن، باینکه شاید که کیل و وزن از برای صحت بیع باشد، ضعیف است. به سبب آنچه گفتیم. و به جهت آنکه در روایت استثناء " بیع تولیة " شده. پس اگر اشتراط کیل از برای رفع جهالت مبیع بود، بایست " بیع تولیة " هم صحیح نباشد. پس معلوم شد که از راه اشتراط قبض است به آن. ولکن میماند اشکال در اینکه روایت دیگر، دلالت به خصوص حیوان، ندارد. ولکن قائلی صریحا ندیدیم که در غیر حیوان شرط نقل کرده باشد. و در اینجا چند قول دیگر است: یکی این است که قبض، مجرد تخلیه است در منقول و غیر منقول. و این قول محقق (ه) است در شرایع. و قول دیگر این است که در حیوان، نقل است از جائی به جائی. و در غیر حیوان (مثل آنچه محتاج است به اندازه از برای رفع جهالت) کیل و وزن و شماره آن [است] یا نقل آن. و در مثل ملك و باغ و غیر آن، مجرد تخلیه. و این قول شهید است در دروس .

نهضت ترجمه
Translation Movement
JMS

و قول دیگر این است که تخلیه در همه جا کافی است نسبت به نقل ضمان به مشتری. و اما زوال حرمت یا کراهت بیع قبل از قبض، رفع نمی شود به مجرد تخلیه بلکه محتاج است به کیل و وزن و غیر آن. و دلیل واضحی از برای این اقوال که وفا کند به تمام مطلب ندیدم و شهید ثانی (ره) در مسالك گفته که در قبض رجوع به عرف می شود. و در غیر منقول تخلیه و رفع ید بایع و عدم مانع از برای مشتری از آن، کافی است. و اما در منقول پس متحقق نمی شود الا به اینکه مشتری به دست بگیرد،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

خواه نقل بکند و خواه نقل نکند. و بعد از آن گفته است که آن در همه جا جاری است ولکن در مکیل و موزون به سبب نص صحیح قائل شدیم به کیل و وزن. و از آنچه گفتیم قوت این قول ظاهر است. لیکن موجب طرح آن روایت دیگر است، و آن خالی از اشکال نیست. و این نهایت گفتار است از برای قول مشهور. ولکن در اینجا سخن دیگر است و آن این است که: خلاف کرده‌اند در اینکه بنابر اعتبار کیل و وزن، هر گاه پیشتر بایع کیل و وزن کرده باشد، تصدیق مشتری، کافی است؟ یا ضرور است تجدید آن، به جهت قبض؟ جمعی تصریح کرده‌اند که ضرر است. نظر به حدیث صحیح. و خالی از قوتی نیست. ولکن می توانیم گفت، که روایت محمول بر غالب باشد که قبض به ید، حاصل نمی شود الا به کیل و وزن، در مکیل و موزون. پس توانیم گفت که در اینجا مجرد اخذ به ید، کافی است با اعتبار کیل و وزن سابق. ولکن این راجع نمی شود از وجهی به قول مختلف. و این بعید نیست. بلکه می گوئیم که تامل نباید کرد در اینکه هر گاه کسی حاضر بوده است که بایع گندم را از دیگری خریده وکیل کرده، بعد از آن این مشتری از او بخرد و بدون کیل جدید به دست بگیرد و ببرد، می گویند که قبض به عمل آمد و بسیار بعید است که آن کیل اول را بگویند که قبض مشتری دوم است. و به این سبب ضعیف می شود قول مشهور و دلالت آن حدیث بر مدعا، وظاهر می شود که مراد از آن حدیث بیان مثالی است از امثلهء قبض. چون غالب این است که قبض بدون کیل و وزن حاصل نمی شود. و دیگر آنکه بسیار بعید است که مجرد کیل و وزن که بیع در حضور مشتری

نهضت ترجمه
Translation Movement

بکند (به دست خود یا امینی) و لکن تخلیه نکند و به دست مشتری ندهد، این را قبض بگوئیم. پس به این سخن‌ها ظاهر شد قوت قول مختلف. اما باید گفت که مراد علامه در مختلف، از تخییر ما بین قبض ید و کیل و وزن، در وقتی است که در صورت کیل و وزن، تخلیه حاصل باشد. نه مطلقا. خلاصه اینکه چون اخبار بسیار وارده شده است در منع بیع طعام، یا مطلق مکیل و موزون قبل از قبض، و همچنین در بسیار وارد شده منع قبل از کیل و وزن، وظاهر این است که مراد از همه یکی باشد که همان منع از بیع است قبل از قبض، و ذکر کیل و وزن در بعضی اشاره به شرط قبض است به جهت آنکه غالب این است، پس نمی توان حکم کرد که مراد از اخبار این است که قبض در طعام (یا مطلقا) متحقق نمی شود الا به کیل و وزن. و از این جهت است که در مسئلهء بیع قبل از قبض (که خلاف کرده‌اند) متعرض اشتراط کیل و وزن نشده‌اند. و همینکه ۱ گفته‌اند که آیا جایز است بیع متاع قبل از قبض یا نه؟ -؟ جمعی گفته‌اند " بلی با کراهت مطلقا. " و بعضی به حرمة مطلقا. و بعضی در خصوص طعام. و به خصوص کیل و وزن خلافی نکرده‌اند. بلکه خلاف در آن به تبعیت این است که یا قبض در مکیل و موزون،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

کیل و وزن، است یا نه؟ -؟ و بالخصوص غرض ایشان متعلق به اشتراط کیل و وزن، نیست. و مجرد صحیحهء معاویه بن وهب (و آنچه نزدیك به آن باشد) دلالت بر اعتبار خصوصیت کیل و وزن ندارد .وبدان که شهید ثانی گفته است که مراد از تخلیه، رفع مانع است از برای مشتری از قبض اگر مانعی باشد، و اذن او بر قبض. و صاحب کفایه بر او ایراد کرده که این در هبه و وقف و امثال آن، راهی دارد. واما در بیع، بعید است. به جهت خروج از ملك او اتفاقا. و گمان حقیر این است که مراد شهید ثانی (ره) از اذن، یا اخبار و اعلام از رفع مانع (که در معنی عطف تفسیری باشد) اذن است در دخول، از باب منع عارضی مثل خانهء

۱: و در نسخه: و همچنین همینکه

مسکونه به عنوان عاریه یا اجاره که هنوز فارغ نشده باشد از متاع او. پس همچنانکه هر گاه کسی به عاریت به خانه کسی نشسته باشد و اهل و عیال و متاع او در خانه باشد و به او بگوید که بیرون برو می تواند گفت. اما مادامی که حریم او در خانه است و متاعهای او در آنجا متفرق است، جایز نیست دخول مالك الا به اذن مستعیر. که حقیقة باز اذن در اینجا هم راجع به اعلام به رفع مانع، می شود .و هر گاه مبیع در تصرف مشتری باشد به طریق صحیح. مثل عاریه و اجاره و امثال آن، پس ظاهر این است که محتاج به اذن جدیدی نیست. و بعضی از اخبار در باب وقف ولی بر صغیر، اشعاری از باب علت منصوصه، بر این دارد. و اما هر گاه پیش از بیع به عنوان غصب در تصرف او بوده است، پس در مسالك گفته است که از برای رفع حرمة یا کراهت بیع قبل از قبض، ناچار است از اذن جدید در تحقق قبض. و از برای نقل ضمان به مشتری احتمال قوی هست که ضرور نباشد و قبض بدون آن متحقق شود، چنانکه هر گاه بعد از بیع بدون اذن بایع تصرف کند. وبعد از آن، احتمال داده که رفع حرمة یا کراهت و نقل ضمان، هر دو موقوف باشد بر اذن جدید به جهت آنکه تصرف و قبض اول فاسد است شرعا، پس اثری بر آن مترتب نمی شود. و صاحب کفایه در اشتراط تجدید اذن بحث دارد، و آن بموقع است. و بدان که این سخن که " قبض اول فاسد است پس اثری بر آن مترتب نمی شود " در ظاهر موهم " دور است و گویا در لفظ مسامحه کرده است. و اولی این بود که بگوید " قبض اول حرام است و اثری بر آن مترتب نمی شود ". ولکن این سخن محل منع است، چنانکه میبینی که وطی در حال غصب ۱ موجب لزوم مهر و عده می شود. و آیا در مثل غیر منقول (که تخلیه در آن کافی است) شرط است در تحقق قبض،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

گذشتن زمانی که ممکن باشد در آن، وصول مشتری یا وکیل او به مبیع -؟ در مسالك نفی اعتبار آن، کرده مگر آنکه بسیار دور باشد .مثل اینکه در بلاد دیگر باشد که در

۱: و در نسخه: به جای " غصب " لفظ " قبض "

عرف صادق نیاید قبض به تخلیه. و صاحب کفایه گفته است که " این دور نیست ." و بعد از آن گفته است (در مسالك) که بنا بر قول به اکتفاء به تخلیه در منقول، محتمل است که مثل غیر منقول باشد. و محتمل است که در اینجا اعتبار کنیم گذشتن زمانی که متمکن شود در آن از قبض و نقل آن، از برای اینکه در منقول ممکن است قبض و نقل، ودر غیر منقول ممکن نیست. و صاحب کفایه گفته است که در اعتبار زمان، نظر است بلکه ظاهر، یا اعتبار وصول است به مبیع بالفعل .یا عدم اعتبار وصول ۱، و زمان، هیچکدام. و دومی را قریب شمرده. و گمان حقیر این است که شرط باشد در قبض، وصول به مبیع بالفعل؟. یا گذشتن زمانی که متمکن شود در آن از وصول. به جهت آنکه ظاهر این است که حکمت در اشتراط قبض ظهور مبدأ آثار تملك است، که وجهی از تصرف باشد. هر چند به دست گذاشتن، یا پا گذاشتن، یا داخل شدن در ملك، باشد. و این یا باید بالفعل حاصل باشد یا آنکه متمکن از آن باشد. گو خود در آن مسامحه بکند. وشکی نیست که این خود، متمکن نمی شود الا به انقضای زمانی که وسعت آن را داشته باشد. پس گاه هست مانعی از جانب خدا بعد از تخلیه ید بایع حاصل شود در همین ظرف زمان که مانع از وصول به آن باشد، و تلفی عارض شود مثل آنکه سیل بیاید و آن زمین یا باغ را ببرد. پس ظاهر این است که اهل عرف نمی گویند که در این صورت به قبض او داد و بعد از قبض تلف شد. تا ضمان نقل شود به مشتری. به جهت آنکه آن تخلیه، وجود و عدم او، یکسان است در این صورت. پس فرقی میان بلد بعید و قریب نیست، و عمده تمکن از وصول است که حاصل باشد از رفع موانع از جانب بایع به قدری که در تحت قدرت او باشد با تمکن مشتری از آن، که مانع خارجی رو ندهد تا قبض صدق کند عرفا، بلی هر گاه آنقدر زمان بگذرد و مشتری مسامحه کند و نرود و مانع خارجی بهم رسد، این منافات با قبض عرفی ندارد .

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و بدان که ظهور مبدأ آثار تملك چنانکه به وضع دست و پا می شود، به بیع واجاره هم می شود. پس اگر اتفاق شود در حین بیع و تخلیهء بایع کسی بهم رسد که فورا همان ملك را بخرد یا اجاره کند، می توان گفت که هر گاه بفروشد، بیع صحیح است. به جهت حصول قبض. ولکن بر این وارد میآید اینکه در اینجا قبض مترتب بر بیع شده، نه اینکه بیع مترتب بر قبض شده باشد. و اینکه کسی بگوید که " بیع و قبض در آن واحد حاصل شد " هم نفعی ندارد به جهت آنکه باید بیع، بعد از قبض باشد و در اینجا قبض نه تقدم طبیعی دارد و نه وضعی. بلی. می توان گفت که اینگونه تصرفات افادهء حصول قبض می کند ۱ نظر به تصرفات ما بعد آن. و همچنین همین قدر کافی باشد در لزوم هبه و وقف و امثال آن، گو اصل معامله صحیح نباشد .اشکال سابق شهید ثانی (ره) وارد میآید که " قبض فاسد منشأ اثر نتواند شد " و آن خالی از اشکال نیست چنانکه پیش گفتیم. پس اقباض عبارت است از تخلیهء بایع از برای مشتری با تمکن مشتری از مباشرت به نحوی از انحاء تصرف. و این مختلف می شود به اختلاف احوال و اوقات. پس هر گاه مشتری ملکی را بخرد و بایع بالمره تخلیه کرده باشد ولکن از حین بیع ظالمی او را محصور کند که نتواند برود و آن ملك را تصرف نماید، عرفا نمی گویند آن را به قبض او داد. این معنی در منقول اوضح است بنا بر کفایت تخلیه، در آن. و بدان که مشغول بودن مبیع به متاع بایع منافات با صحت قبض ندارد. پس هر گاه صندوقی را بفروشد که در آن بایع باشد و به قبض مشتری بدهد، قبض حاصل است و ضمان بایع ساقط است. (بلی ۲. در صورتی که مال بایع در آن باشد و بی اذن بایع قبض کند، شاید ضامن متاع باشد). و همچنین در غیر منقول مثل زمین هر گاه زراعت در ان باشد از عین مال بایع یا زارع دیگر، منافات با صحت تخلیه و اقباض ندارد، و واجب است که صبر کند تا زرع به عمل آید. بلی. هر گاه مشتری نمی دانست که زراعت در آن

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: در نسخه: نمی کند. ۲: استدراك با " بلی " بیمورد است و بهتر بود به جای آن حرف " و " میآمد

است و اگر صبر کند تا ازاله شود، منفعت معتد به، از او فوت می شود، در اینجا مشتری مخیر است بین فسخ و صبر و هر گاه در خانه (مثلا) چیزی باشد که مانع از تصرف و انتفاعات معتبره در بیع، باشد، پس در کفایه اشکال در این کرده که مجرد تخلیه کافی باشد. و از تذکره و مسالك نقل کرده است قول به آن را، و این اقرب است. و هر گاه در آن خانهای که فروخته، چیزی باشد که بیرون آوردن آن باعث خرابی بشود، ظاهرا بر بایع ارش آن، متعلق می شود. و به هر حال، بر بایع واجب است فارغ ساختن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مبیع و تسلیم کردن به مشتری فورا، در مثل غیر زرع، چنانکه گفتیم؟. و هر گاه مبیع مشترك باشد و منقول باشد، اذن شریك در قبض ضرور است. و در غیر منقول دو قول است، اظهر عدم لزوم است. و در صورت توقف بر اذن، هر گاه شریك حاضر نباشد یا باشد و اذن ندهد به حاکم رجوع می شود که او احدی را نصب کند که به قبض او بدهد. اگر چه به این نحو باشد که حصهء شریك امانت باشد در نزد او.

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

جواب: هر گاه مبیع چیزی است که مکیل و موزون نیست، ظاهرا خلافی نیست، در جواز بیع آن قبل از قبض. و اخبار مستفیضهء معتبره دلالت بر آن دارد. و اما در مکیل و موزون: پس آنچه از جمع کثیری از قدماء متأخرین نقل شده، کراهت است (با شدت کراهت) در خصوص طعام. و از ابن ابی عقیل قول به حرمة، نقل شده در طعام و غیر طعام، خواه بیع به عنوان " تولیه " باشد (یعنی رأس المال) یا غیر آن. و این ظاهر اختیار شهید ثانی است در شرح لمعه در دو موضع از کتاب. یکی در آداب بیع و دیگری در مسائل قبض و تسلیم. و از ابن بابویه و شیخ (در مبسوط) و ابن براج و ابن زهره در خصوص طعام. بلکه از شیخ و ابن زهره دعوی اجماع بر آن، نقل شده. و علامه در بعضی کتاب‌های خود، و شهید ثانی در مسالك تفصیل داده‌اند و قائل به تحریم شده‌اند در غیر بیع تولیه. و وجه خلاف در مسئله، اختلاف اخبار است. و

قول اول خالی از قوت نیست نظر به " جمع بین الاخبار " و هر چند اخبار مانعه از حیثیت سند اقوی است، لکن دلالت آنها ضعیف است. و اجماعات منقوله از ابن زهره و شیخ در مبسوط و بلکه علامه در تذکره (چنانکه از شرح ارشاد آخوند ملا احمد - ره - ظاهر می شود که از او نقل کرده ولکن به جهت سقم نسخه، اعتماد ندارم و تذکره هم حاضر نیست) اینها محل اعتماد تمام، نیستند با ملاحظهء مخالفت جمع کثیر از قدمای متأخرین. و به هر حال، اینها در خصوص طعام نقل کرده‌اند. (بلی، ظاهر شرح لمعه این است که اجماع مبسوط، در مطلق هست) پس در مطلق مکیل و موزون، دلیل، تمام نیست. و ۱ اخبار مانع در خصوص طعام، است. و بعض اخبار که عام است عامل به آن کم است. و حمل مطلق منع و خصوص طعام هم وجهی ندارد. به جهت عدم منافات میان " مطلق " و " مقید ". پس آنچه از اخبار منع، دلالت آن، واضح است عام است. و عامل به آن کم است. و آنچه مختص طعام است از حیثیت دلالت قاصر است. و در جانب اخبار اباحه بعضی اخبار معتبره است که به عنوان " علت منصوصه " دلالت دارد. خلاصه اینکه: با وجود اعتضاد ادله جواز به " اصل " و " عمومات " و " اطلاقات " و " اخبار "، منع مطلق، ضعیف است. و در خصوص طعام هم چون دلالت اخبار، ضعیف است، معتمدی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نیست، ۲ به غیر اجماعات منقوله در برابر ادله جواز، و ترجیح ۳ آنها بر اخبار جواز (با وجود آنکه جمع کثیری از قدمای متأخرین، عمل به آنها کرده‌اند) محل اشکال است. پس از این جهت محقق (ره) در مکیل و موزون به کراهت قایل شده و در خصوص طعام نشده. و این حمل، بد نیست. خصوصا با ملاحظه روایت ابی بصیر که حضرت فرموده است " ما یعجبنی ٤ " یعنی خوشم نمی آید. که ظاهر در کراهت، است .

۱: در نسخه: و اگر اخبار... ۲: یعنی: غیر از اجماعات... ۳: در نسخه: بترجیح - به ترجیح. ٤: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۹۰، ابواب احکام العقود، باب ۱٦ ح ۱٦

ولکن احتیاط این است که در خصوص طعام، اعتبار کیل و وزن بشود. و اما تفصیل به بیع تولیه و غیر آن. پس ظاهر این است که قبل از ۱ زمان علامه (ره) قائلی به آن نبوده، چنانکه از بعضی اصحاب تصریح به آن، نقل شده است. و از این جهت است که محقق در شرایع و نافع نسبت را به روایت داده است، و با وجود آنکه این مضمون در روایات معتبره متعدد، وارد شده است، هجر عمل به آن، شاهد ضعف آن است. و بدان که: ظاهر این است که مراد از طعام، گندم و جو است. چنانکه از اخبار و بعض اهل لغت ظاهر می شود. و اصل هم اقتضای اقتصار، بر آن می کند. و بدان نیز که این حکم مختص بیع است. پس هر گاه کسی به عنوان میراث و امثال آن، به او منتقل شود ضرر ندارد که قبل از قبض بفروشد .

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

جواب: در مسئله دو قول است. آنچه از اکثر نقل شده است، بطلان است، به جهت آنکه این " بیع دین به دین " است و اخبار در منع آن وارد شده است و قبض مجلس در ثمن سلف هم شرط است. و این را قبض نمی گویند. و جماعتی به جواز آن قائل شده‌اند، نظر به منع اشتراط مطلقا، چون دلیل آن اجماع است و در اینجا ثابت نیست. و " عمومات " و " اطلاقات " معتضده به " اصل " هم دلیل جواز است .و روایتی بخصوص نیز هست که دلالت به جواز آن دارد و اشعار دارد به اینکه عدم جواز از مذهب ۲ عامه است .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: در اصطلاح به فقهای قبل از علامه (حلی)، " قدماء " یا " متقدمین " می گویند و به فقهای بعد از او " متاخرین ". و احیانا " متجددین " نیز می گویند. و متاخرین نیز به " قدماء متاخرین " و " متأخری متأخرین " تقسیم می شوند. ۲: وسائل: ج ۱۳ ص ٦٤، ابواب السلف، باب ۸ ح ۱

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

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

۱: فتوای میرزا در این مسئله، در ضمن مسئله بعدی تکمیل خواهد شد.۲: بنابر این، نظریهء میرزا نه مطابق قول اکثر است و نه مطابق قول آن جمعی که در مسئله سابق بیان گردید، زیرا آنان (هر دو طرف) برای اثبات نظریه‌شان در " صورت مطلق " استدلال میکردند. و استدلال خود میرزا در مسئله سابق که می گوید " به نفس عقد سلف دین حاصل می شود " شامل همین صورت نیز می شود. پس دلیل میرزا بر فساد در " غیر حال " چیست؟ اگر سئوال کننده جمله‌ای را به متن سئوال بیفزاید و بگوید " زید و عمرو این معاملات مکرر را به فاصله هر سه ساعت انجام میدهند و موعد مقرر هر کدام از سلف‌ها سه ساعت است و در آخر ساعت سوم، حال، می شود " در این صورت پاسخ میرزا چیست؟ حقیقت این است که فتوای میرزا در دو مورد یك فتوای " نادر " است: الف: جواز فروش هزار تومان پول سفید به افزون بر آن از پول سیاه. که قبلا بحث گردید. ب: جواز معامله سلف بر اساس ما فی الذمه. یعنی همان مسئله فوق. ۳: در این باب چند روایت هست و معلوم نیست مراد میرزا کدام است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است و حال نیست، و عمرو بالفعل مستحق آن نیست، پس در حکم قبض مجلس نیست .و ظاهر این است که خلافی در این نباشد ۱. و روایت مذکوره هم ظاهر در دین حال است. با وجود آنکه مشهور در دین حال هم بطلان است. پس در اینجا به طریق اولی باید قائل باشند. هر چند در استدلال ایشان در بطلان، به اینکه این، دین به دین است، تأمل است ۲ .

٦٦ - سوال: هر گاه کسی ده قروش از کسی طلب دارد. در عوض آن (مثلا) یك اشرفی بدهد و تراضی واقع شود .و بعد از آن صاحب قروش بگوید که این معامله " لزوم " ندارد و من راضی نیستم .چه باید کرد؟

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

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

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

بهصفت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: آری بطلان این معامله مورد اتفاق است لیکن: ۲: اگر استدلال آنان بر بطلان جای تامل است، پس استدلال میرزا بر بطلان چیست؟

که تعریف عیب را به این کرده‌اند که ((امری باشد که زاید باشد بر اصل خلقت اکثر افراد آن نوعی که این عیب در او یافت می شود. یا ناقص باشد از آن)) .خواه عین باشد، مثل زیادتی یك انگشت یا کم بودن آن، یا صفت باشد مثل آنکه بعد از خریدن غلام، معلوم شود که تب داشته است هر چند در همان روز زایل شود. و همین حکم را دارد هر گاه تب عارض شود بعد عقد و قبل از قبض و ظاهر این است که

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

در این هم خلافی نباشد، چون نقل خلافی در آن نشده. و بعضی قید کرده‌اند تعریف عیب را به اینکه " باعث نقصان مالیت آن شود " و بنابراین، لازم میآید که " خواجه بودن " غلام، و " مو بر زهار نبودن " کنیز، عیب نباشد و حال آنکه (به اتفاق) آنها عیب‌اند. واخبار هم دلالت دارد. و ایضا هر گاه قائل شویم که عیب است منافات دارد با ثبوت ارش، چون در اینجا ارشی نیست بلکه قیمت گاه هست زیاد می شود. و شاید توان گفت که این زیادتی به سبب اموری است که غالبا مطلوب نیست بلکه خواجه سرایان مطلوب پادشاهان و امرا است نه اغلب مردم. یا آنکه فایده‌ای که در آنها هست که مخلوط شدن با زنان است، در نظر شرع ساقط است چون حرام است .و با قطع نظر از آن، قیمت آن کم می شود به سبب ضعف مزاج و عدم تحقق نسل و غیر آن. و دور نیست که بگوئیم که معتبر همان زیادتی و نقصان از اصل خلقت غالب نوع، باشد. و این معیار رد نمی تواند شد. و مراد از صحت ارش، و خیار ارش، در مقامی است که ارش متحقق شود. یعنی مختار است ما بین رد و ارش، اگر ارشی باشد، و اگر نه گاه هست که وقتی بشود که صحیح و معیوب هر دو یك قیمت داشته باشند به جهتی از جهات، و در سوق تفاوتی نگذارند. و به هر حال، چموشی مذکور در استر عیب است و غالبا موجب ارش عظیم است. و بعضی احتمال داده‌اند که در عیب، رجوع شود به عرف. و چاره اختلاف عرف، به همان می شود که در جایهای دیگر. و بنابراین، پس آنچه در روایات دلالت بر

خلاف آن، باشد، مثل " نبودن مو ۱ در زهار " مخصوص آن باشد. و این مشکل است به جهت آنکه در آن روایت که حکایت موی زهار مذکور است، بیان ماهیت عیب شده. پس شاید که حقیقة شرعیه باشد. و تعریف فقها هم منطبق بر آن است و روایت هم معتضد است به عمل اصحاب. پس اولی اعتماد است به همان سخنی که در آخر گفتیم که ارش در جائی اعتبار می شود که تفاوت در قیمت سوق باشد و نباید سوق را تقدیر کرد و اعتبار سوق دیگر، کرد ۲. و بیع معیوب هم، با علم به عیب جایز است و خلاف ظاهری، در آن نیست. و ذکر عیب افضل است. بلی. هر گاه تدلیس کند یعنی کاری کند که عیب را بپوشاند و بفروشد [مرتکب حرام شده] ولکن بیع باطل نیست .بلی بعضی اشکال کرده‌اند در مثل " آب در شیر داخل کردن " را، که باعث جهالت به قدر مبیع می شود. پس باید باطل باشد. ولکن اظهر در آن نیز صحت است به جهت معلومیت مجموع مبیع. و بدان که: خیار از برای مشتری ثابت است در مبیع معیب .هر گاه عیب قبل از بیع در آن ثابت بوده. [و] مختار است مشتری ما بین رد مبیع و اخذ ثمن، وما بین ممضی داشتن بیع و گرفتن ارش یعنی تفاوت قیمت. و خیاری از برای بایع نیست. بلی اگر در ثمن عیبی معلوم شود خیار از برای او هم ثابت است. و بدان که: خیار رد ساقط می شود به یکی از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

پنج چیز: اول: تبری از عیب است، هر چند به عنوان اجمال باشد. مثل اینکه بگوید " من آن را به کل عیب به تو فروختم " و او هم قبول کند. و ظاهرا فرقی نیست ما بین علم مشتری و بایع (هر دو) به عیب، و جهل هر دو، و علم احدهما و جهل آخر، و در حیوان و غیر حیوان، و در عیب موجود در حال بیع، و آنکه متجدد می شود بعد بیع (در جائی که

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ٤١٠، ابواب احکام العیوب، باب ۱ ح ۱. ۲: یعنی: خود " سوق " در ارش مقدر و مفروض است پس نیازی به تقدیر مجدد آن، یا به تصریح بر آن در تعریف نیست

ضمان آن بر بایع باشد) و دعوی اجماع بر این شده. و وجه آن این است که خیار در اینجا به اصل عقد ثابت شده. به این معنی که خیار ثابت است بر تقدیر حدوث عیب قبل از قبض، (یا در ایام ثلثه در حیوان از غیر جانب مشتری مثلا). پس این از باب تبری از " مالم یجب " نیست که جایز نباشد. پس در همهء این صورت‌ها، خیار ساقط می شود با تبری از عیب. دوم: جائی است که علم داشته باشد به عیب، قبل از عقد و با علم به آن بخرد. سوم: جائی است که بعد از علم به عیب بعد از عقد راضی شود به عیب. و ظاهرا خلافی در این دو امر نباشد. و خلاف است در اینکه آیا تاخیر رد بعد از علم به عیب، منشاء سقوط خیار می شود یا نه؟ -؟ .اظهر و اشهر آن است که خیار، فوری نیست به دلیل اطلاق اخبار، و استصحاب. و بعضی فوری دانسته‌اند و دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. چهارم: جائی است که عیبی حادث شود بعد از قبض در نزد او، در جائی که ضمان مبیع، بر او باشد. که این هم باعث سقوط خیار رد است از جهات عیب سابق بر عقد. و اما هر گاه ضمان بر بایع باشد (مثل حیوان که در ظرف سه روز اول، هر گاه عیبی در آن حاصل شود از غیر جانب مشتری، ضمان آن بر بایع است) در آنجا خیار مشتری ساقط نیست. پنجم: تصرف در مبیع (در غیر صورت مستثنی بعد حمل جاریه و تصریه شاة) است. و ظاهر این است که مراد از تصرف امری باشد که دال بر رضای ملزوم عقد باشد. و همچنین در سایر مواضع تصرف در خیارات. پس مثل سوار شدن حیوان از برای آزمایش یا از برای آب دادن (در وقتی که سر کش باشد و محتاج به سواری باشد، و امثال آنها) باعث لزوم نمی شود. و فرقی نیست در تصرف، ما بین تصرف ناقل ملك، مثل بیع و هبه (خواه بعد نقل به او عود کرده باشد و ثانیا مال او شده باشد، یا نه). یا غیر ناقل، مثل نقل کردن و بار کردن. و ما بین تصرفی که تغییر عین را بدهد یا ندهد. و همچنین فرقی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نیست ما بین اینکه تصرف قبل از علم به عیب باشد، یا بعد از آن. و بدان که: چنانکه خیار رد ساقط می شود به یکی از سه امر اول، خیار ارش نیز ساقط می شود. و ظاهرا خلافی در آن نیست و اما آن دو امر آخر، پس اظهر و اشهر این است که خیار ارش به اینها ساقط نمی شود. و از ابن حمزه نقل شده است قول به اینکه هر گاه تصرف بعد علم به عیب باشد، خیار ارش هم ساقط می شود. و گویا دلیل او این است که در تصرف، دلالت بر رضای به عیب است. و این ممنوع است و مخالف اطلاقات اخباری است که دلالت بر ارش دارد با تصرف.

۶۸- سوال: فروخت گلابتون طلا و نقره، و پارچه‌های زری و اسلحه‌ای که طلاکوب یا نقره کوب باشد، معاملهء اینها نقدا و نیسئة، هر دو جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: چون در معاملهء طلا و نقره، قبض مجلس، شرط است (علی الاشهر الاظهر) و بدون آن، باطل است (وفرقی ما بین مسکوك و غیر مسکوك و خالص و منضم به ضمیمه، نیست). پس هر گاه کسی معامله کند امثال این امور را به غیر جنس، یعنی مثلا آلات طلا کوب یا نقره کوب یا پارچهء زری و امثال آن را، به گندم و جو و حیوان و امثال آن بفروشد، پس در جواز آن اشکال نیست خواه نقد باشد یا نسیه. و هر گاه به جنس طلا و نقره می فروشد پس در آن، قبض مجلس شرط است و به نسیه نمی توان داد. و در اینجا تفاوت ندارد که طلا در قیمت نقره کوب یا طلا کوب بدهد یا نقره در قیمت آنها، بدهد . بلی. هر گاه به قدر آن طلا و نقره که در آن جامه، یا در آن اسلحه هست، نقد بدهد و تتمه نسیه بماند باکی نیست. و هر گاه داند که این قیمتی که حالا میدهد زیاده بر آن قدری است که در آن اسلحه یا جامه است، کافی است. هر چند علم به مقدار آن، نداشته باشد به تفصیل، و به خصوص. و بدان که در این معامله (قطع نظر از قبض مجلس) باید ملاحظهء ربا شدن را هم بکند. پس هر گاه علم دارد به مقدار طلا یا نقره که در آن جامه یا اسلحه هست باید آن قیمتی که میدهد، از طلا و نقره، بیشتر باشد از آنچه در اینها است تا آنکه آنچه مساوی

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

آن است، در برابر آن باشد. و زیادتی در برابر اصل پارچه و آهن و امثال آن باشد، تار با نشود. و هر گاه مقدار آن مجهول است، جایز نیست بیع به همان جنس، مگر با علم به زیادتی آن قیمت که میدهد، از آنچه در آنها است از طلا و نقره .و در اینجا ملاحظه مجانست طلا و نقره را باید کرد. چون طلا و نقره در مسئله ربا، دو جنس محسوب میشوند و زیادتی هر یك بر دیگری مضر نیست، پس هر گاه جامه‌ای نقره باف باشد، و آن طلائی که میدهد در قیمت به وزن کمتر از آن باشد، ضرر ندارد.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

٦٩- سوال: هر گاه کسی ملکی به او منتقل شده و رؤیت و مشاهده نکرد به دیگری فروخت به ده تومان، و غبن آن را صلح کرد. و بعد از آن، مشتری آن را فروخت به بیست تومان. آیا بایع را می رسد فسخ معامله یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه کسی ملك معین مشخص را بفروشد بدون وصف و تمیزی که رافع جهالت باشد، اصل بیع باطل است. و هر گاه به وصف بفروشد یعنی بایع از برای مشتری بگوید که فلان ملك را در فلان مزرعه دارم که مقدار آن این است و آب آن چنین است و حدود او این است، به تو فروختم. و مشتری به همان وصف بخرد و مشتری ندیده باشد و بعد که مشتری مشاهده کرد بر خلاف آن وصف بود و ناقص بود مشتری مسلط است بر فسخ بیع .و از برای بایع خیاری نیست. و همچنین هر گاه بایع ملك خود را ندیده باشد، و مشتری وصف کند از برای او که فلان ملك تو که با این صفت و به این حدود است، از تو میخرم. و بایع هم به او بفروشد. و بعد از مشاهده و ملاحظه، به خلاف آن بر آید و زاید باشد، بایع مسلط است بر فسخ بیع. و هر گاه بایع و مشتری هیچکدام ندیده باشند و به وصف ثالثی، معامله واقع شود، و از وجهی نقصی در آن باشد، و از وجهی زیادتی باشد، پس در اینجا هر دو مسلط بر فسخ هستند. و هر کدام پیشتر فسخ کرد، از برای دیگر خیاری نیست. یعنی نمی تواند بگوید " من راضیم به معامله و فسخ نمیکنم ". و همچنین: هر گاه بعض آن مشاهده شده و بعضی نشده، و به وصف و تعیین،

معامله شده باشد و بعد از رؤیت، آن بعض که مشاهده نشده بر خلاف ظاهر شود .باز خیار فسخ ثابت است در جمیع آن مبیع. و نمی توانند که در بعضی که موافق، است الزام کنند و در بعضی فسخ. چون مستلزم ضرر می شود از راه " تبعض صفقه ". و همچنین: ثابت است این خیار، در وقتی که قبل از این معامله مشاهده حاصل شده به مدتی. و بعد از معامله ظاهر شد خلاف آن. و خلاف کرده‌اند در فوری بودن این خیار. و هر چند اشهر فوریت است نظر به اینکه خیار خلاف " اصل " است و در بیش از فور، به ثبوت نرسیده. لکن مقتضای استصحاب و اطلاق حدیثی ١ که در آن وارد شده است، اطلاق خیار است. و این دور نیست. خصوصا با وجود جهالت به خیار و به فوریت آن. بلکه در این صورت بقای خیار متعین است. و اما صلح غبن، پس ظاهر این است که آن منشاء سقوط خیار رؤیت نمی شود به جهت عموم دلیل، و نفی ضرر .

٧٠- سوال: متعارف است که مردم معامله می کنند و ده رأس گوسفند (مثلا) میدهند که بعد از ده سال دیگر، ده عدد گوسفند به همان سن بگیرند که در متعارف " دندان به دندان " می گویند. و شرط

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

می کنند که سال به سال در هر سال ده من روغن بدهد. و هم شرط می کنند که هر گاه مجموع این گوسفندها [را] (که حال میدهند) به غارت ببرند دیگر صاحب گوسفند مطالبهء عوض نکند. و اما اگر بمیرند یا بعض آنها را دزد ببرد باز به عدد همهء گوسفندها، مستحق باشد که بگیرد. آیا این معامله صحیح است یا فاسد؟- ؟ و این چه عقدی است از عقود شرعیه -؟.

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

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۳٦۱، ابواب الخیار، باب ۱۵ ح ۱. ۲: و در نسخه: است

صیغهء سلف، ده رأس گوسفند بفروشد به این شخص که گوسفند را میدهد. و این گوسفندها را به قیمت آن حساب کند و قبض مجلس به عمل بیاید و شبهای نیست که گوسفند ثمن گوسفند می تواند شد. و همچنین سلف در حیوان هم جایز است، حتی در گوسفند لبون (یعنی از شأن او این باشد که شیر بدهد). و وصف رافع جهالت که شرط است در سلف به همین قدر که غرری حاصل نشود، کافی است. و استقصای جمیع اوصاف، ضرور نیست. واز این جهت است که مشهور علما تجویز کردهاند سلف گردو و تخم مرغ را به عدد. و خلاف شیخ، ضعیف است. پس همینکه بگویند که ده رأس گوسفند عربی یا ترکی یا گوسفندی که در این بلاد به عمل میآید که صحیح الاعضاء باشد. و به این دندان باشد. و بسیار کوچك نباشد. با بره متعارفی که بسیار کوچك نباشد و خواه ماده باشد و خواه نر، یا ماده باشد، کافی است در وصف. گو باز تفاوت در مقدار جثه، در میان آنها باشد. خصوصا در گوسفند شیرده که جثه مدخلیت بسیار در آن ندارد و اما شرط روغن: پس می توانیم که آن را نیز داخل بیع کنیم. که بگوید: ده راس گوسفند را به تو فروختم به عنوان سلف در مدت پنج سال با ده من روغن در مدت پنج سال و ده من دیگر در مدت چهار سال و ده من دیگر در مدت سه سال و ده من دیگر در مدت دو سال و ده من دیگر در مدت یك سال. و قیمت، آن ده راس گوسفند است که حال میگیرد. و تعیین وصف رافع جهالت در روغن هم آسان است بلکه آسانتر است. و می تواند شد که داخل مبیع نباشد، و از باب شرط ضمن العقد، باشد. و این شرط هم از شروط جایزه است و ادلهء شرط شامل آن هست. و توهم اینکه منافی مقتضای عقد سلف است که بر اصل مبیع وارد شده و شرط داخل احد طرفین است و زمان آن تفاوت دارد با زمان ادای مبیع. مندفع است. اولا به اینکه: بودن شرط داخل احد طرفین، نه باین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معنی است که باید در همهء امور حتی در " زمان وفا " موافق باشد با " مشروط فیه ". بلکه مراد همین است که بر مشروط علیه لازم می شود وفای به آن به مقتضای شرط، مثل اصل مشروط فیه .

وثانیا باینکه: چنانکه اصل بیع می تواند تقسیم شود به ازمنهء متعدده، شرط هم می تواند شد. پس عمومات ادلهء بیع و شرط، شامل آن خواهد بود. و از آنچه گفتیم وجه تصحیح بیع نسیه هم ظاهر می شود. بلی، اشکال در شرط عدم تسلیم مبیع است در وقتی که ثمن را به غارت ببرند. چون فقها از جمله شروط فاسدهء مخالف مقتضای عقد شمردهاند، اینکه بایع شرط کند عدم تسلیم مبیع را. یا مشتری شرط کند عدم تسلیم ثمن را. و آن نیز مندفع است به اینکه ما که میخواهیم تصحیح این معامله بکنیم. بنا را به این میگذاریم که بایع شرط می کند با مشتری که هر گاه ثمن را به غارت ببرند، تو مرا برئ الذمه کنی از مبیع که دینی است بر گردن من .نه اینکه تو مستحق مبیع نباشی. و دلیلی بر بطلان این نوع شرط، نیست. و تحقیق این معنی و فرق ما بین شروط صحیحه و فاسده را در رساله علی حده که در تحقیق مسئله " شرط ضمن العقد " نوشتهام، کردهام. و اما بر وجه مصالحه: پس اشکالی نیست. خصوصا با رفع جهالت به این نحو که ده رأس گوسفند موجود را صلح می کند به ده رأس گوسفند در ذمه آن شخص با روغن مذکور در مدت مذکور و به تفصیل مذکور. و شرط اینکه به غارت ببرند را، داخل شرط ضمن العقد میکنیم. به تقریبی که ذکر کردیم. والله العالم.

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

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: هر چند فقها ذکر کرده‌اند که هر گاه جزء مقدر و غیر معینی را بفروشد از شیئ معین معلومی مختلف الاجزاء (مثل ذراعی از کرباس معینی، یا گوسفندی از گله معینی، یا جریبی از زمین معینی) آن بیع باطل است. ولکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که بر سبیل اشاعه نباشد، و هر گاه بر سبیل اشاعه باشد جایز است. چنانکه هر گاه جزء مشاء معلوم النسبه را به شیئ معین بفروشد، خواه مختلف الاجزاء باشد یا متساوی الاجزاء، مثل ثلث این زمین معین، که اجزای آن مختلف باشد. یا ثلث این قبه گندم معین که مقدار آن معلوم است. در اینجا نیز صحیح است بی اشکال. و به آنچه ما گفتیم که مراد ایشان غیر صورت اشاعه است، در مسالك تصریح شده. پس هر گاه مراد بایع در صورت سؤال، این است که یك جریب مشاع از آن زمین خاص که آن را ده جریب میداند فروخته است، بیع صحیح و در یك جریب با او شریك است بالاشاعه. به جهت آنکه مطلقا جهالتی نیست، نه در اصل زمین و نه در اشتمال زمین بر آن مقدار. و نمی تواند به مشتری بگوید که عشر زمین مال تو است. بلکه دور نیست که بگوئیم هر گاه مشتری تمام زمین را دیده باشد، یا تمامی کرباس [را،] واجزاء آن هم مختلف باشد. و راضی شود به هر جزء از اجزاء آن، و بر غیر سبیل اشاعه هم بخرد دلیلی بر بطلانش نباشد. چون غرری و فسادی لازم نمی آید. و مختار است مشتری که از هر جا خواهد بگیرد. به هر حال، ظاهر در صورت سؤال این است که معامله بر جزء معلوم النسبه به کل نشده که مراد عشر زمین باشد، بلکه معامله بر یك جریب شده. و مفروض آن است که

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

آن زمین مشتمل بر یك جریب است. و هر گاه یك جریب را بر سبیل اشاعه بفروشد پس مشتری مستحق یك جریب است، و بایع نمی تواند او را الزام کند به عشر. بلکه مشتری شریك است یا بایع به مقدار یك جریب، به این معنی که هر گاه فرض شود که زمین ده جریب بوده او مستحق عشر منافع زمین است خواه وجه اجاره او باشد یا محصول مزارعه آن. هر چند در حین قسمت گاه هست به حسب مساحت بیش از یك جریب به او برسد یا کمتر به جهت تعدیل سهام. و هر گاه نزاع کنند در اینکه آیا بر سبیل اشاعه فروخته است یك جریب را، یا یك جریب مجملی، فروخته؟ -؟ و بایع ادعا کند عدم قصد اشاعه را، تا آنکه معامله فاسد شود، اظهر این است که قول مدعی اشاعه، مقدم است به

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جهت حمل فعل مسلم بر صحت. یعنی هر گاه بنا را بر مشهور گذاشتیم که بیع جزء معینی [و] مقدری (مثل جریب و قفیز نه مثل ثلث و ربع) از شیئ مختلف الاجزاء باطل باشد در غیر صورت اشاعه، در اینجا حمل به اشاعه میکنیم. و هر گاه بنا را بر این احتمال بگذاریم که خود دادیم که با وجود اطلاع بر جمیع اجزاء بدون قصد اشاعه هم صحیح باشد. در آنجا ظاهر این است که قول مدعی عدم اشاعه مقدم باشد. چنانکه در متفق الاجزاء، تصریح به آن کرده‌اند جمعی، و دعوی تبادر کرده‌اند در عدم اشاعه. و ثمرهء آن ظاهر می شود در جائی که بعض مبیع تلف شود. پس بنابر قول به حمل بر اشاعه بقدر الحصه، مشتری شریك است در نقصان. و بنابر عدم اشاعه، مشتری حصهء خود را میگیرد. هر چند همان بقدر الحصهء او، باقی مانده باشد. و حدیث ۱ صحیحی هم هست که دلالت بر این دارد. و خلاصه سخن در متفق الاجزاء: اینکه هر گاه بگوید که ده من از این جوال گندم که سی من در او هست، به تو فروختم و مشتری هم قبول کند. و قبل از آنکه مشتری تصرف کند و به تسلیم بگیرد، دزدی بیست من آن گندم را ببرد، باز مشتری مستحق

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۲۷۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۹ ح ۱ - تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۲

ده من خود هست. زیرا که او ده من گندم از این سی من خریده (علی الاطلاق) و هر ده منی را اختیار کرد، می تواند اختیار کرد. یعنی مختار است که در هر وقت که خواهد مطالبه ده من از آن مجموع را بکند. و بایع اختیار این ندارد که بگوید ده من تو در میان آن بیست من بود که دزد برد. الحال همین باقی مانده را اختیار می کند. و هر گاه علی سبیل الاشاعه خریده باشد (به این معنی که شریك بایع باشد در ده من از جمله سی من) پس در اینجا مستحق ثلث ده من خواهد بود. و اینکه فقها در مختلف الاجزاء متوجه این نشده‌اند بنای ایشان بر این است که بیع بر غیر سبیل الاشاعه در آن صحیح نیست. نه اینکه بر فرض صحت فرق است بین مختلف الاجزاء و متفق الاجزاء. پس بنابر این، در صورت سؤال، هر گاه بنابر قول به صحت (چنانکه احتمال دادیم) دعوی کنند که بر سبیل اشاعه [است] یا بدون اشاعه؟ -؟ باز قول مدعی اشاعه را مقدم میداریم، باز مشتری مستحق یك جریب زمین خواهد بود که از هر جا خواهد بگیرد. پس ثمرهء دعوای اشاعه و عدم اشاعه، در اینجا نیز در وقتی ظاهر می شود که سیلاب بیاید و قدری از آن زمین را ببرد. پس بنابر اشاعه، مشتری شریك می شود در نقصان. بخلاف صورت عدم اشاعه. و اما هر گاه تلفی رو ندهد، پس در هر حال مشتری مستحق یك جریب زمین است. نه عشر مجموع زمین. بلی، فرقی هست در اینکه بنابر اشاعه اختیار با مشتری نیست که هر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جریبی را که خواهد اختیار کند. بلکه باید تقسیم بر سبیل تراضی شود. بخلاف صورت عدم اشاعه که اختیار با او هست. و بدان که: منافاتی نیست ما بین دعوی " تبادر " در عدم اشاعه (در مقامی که هر دو صورت صحیح باشد) و ما بین حمل بر اشاعه در مختلف الاجزاء، بنابر مشهور که بطلان آن، است. که در آنجا " مقتضای حمل فعل مسلم را بر صحت " مقدم میداریم بر " تبادر " لفظی. پس فعل مسلم بودن قرینه بر مجاز می شود و [تعین] اراده خلاف متبادر از لفظ، می شود.

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

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

جواب: بدان که علما خلاف کرده‌اند در اینکه هر گاه زمین مشاهدی یا موصوفی را بخرد بنابر اینکه چند جریب معین است و بعد از آن معلوم شود که کمتر بوده. اشهر و اظهر این است که خیار از برای مشتری ثابت می شود در فسخ بیع و استرداد مجموع ثمن. یا آنکه بیع را ممضی دارد در آنچه حقیقا دارد از مبیع، و به قدر آنچه کم آمده است استرداد کند از قیمتی که داده. چنانکه در روایتی ۱ وارد شده که خالی از اعتبار نیست. و جمعی قائل شده‌اند به اینکه: اختیار دارد که فسخ کند یا راضی شود به بیع در مقابل تمام قیمت. و بدان که در آخر همان روایت مذکور است که هر گاه بایع در جنب همان زمین، زمینی داشته باشد که تواند نقص همین زمین را تمام کند، لازم است بر بایع که نقص آن را تمام کند. و شیخ در نهایه به مضمون آن فتوی داده و اسقاط خیار کرده در این صورت. و این حدیث چون به مرتبه صحت نرسید عمل به این جزء آن، مشکل است. چون مخالف قاعده است، چون عقد بیع شامل آن نبوده. ومشهور ترك کرده‌اند عمل به آن را. و جزء اول آن حدیث که " معمول به " ایشان است. منجبر است به عمل ایشان. احوط این است که مشتری در این صورت، فسخ نکند هر گاه بایع نقص را، تمام کند. چنانکه در مسئله سابقه هم، احوط این است که مشتری بنا را به قول دوم بگذارد، نه قول مشهور. و هر گاه این مسئله را دانستی، بدان که این کلام جاری می شود در صورت سوال. و اظهر این است که مشتری مسلط است بر فسخ بیع از اصل، یا استرداد مقابل نقص از

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦۱، ابواب الخیار، باب ۱٤ ح ۱

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

جواب: بدان که از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است. و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که بر آن نقل شده. چنانکه علامه در تذکره ادعا کرده و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و به سبب جهالت مبیع، " غرر " هم لازم میآید و داخل " بیع سفه " می شود، و از آن جهت نیز حرام و باطل است. و اما با وجود ضمیمه (یعنی بیع غیر معین به ضمیمه معین)، خلاف است. و اشهر در آن نیز بطلان است به جهت آنکه جهالت جزء، مستلزم جهالت کل است. و جمعی قائل شده‌اند به صحت آن، به سبب دلالت بعضی اخبار که به حسب سند و دلالت و اعتضاد، مقاومت با دلیل مشهور نمی کند. و جمعی تفصیل داده‌اند که اگر مقصود بالذات در بیع، آن شیئ معلوم باشد و مجهول تابع باشد، صحیح است. و اگر مقصود بالذات، آن شیئ مجهول باشد و آن معلوم تابع باشد. یا قصد، نسبت به هر دو مساوی باشد، باطل است. به جهت آنکه عمده در دلیل بطلان، لزوم غرر است و منجر شدن امر به فساد. و در صورت مفروضه، عرفا غرری لازم نمی آید. و از این باب است فروختن خانه و عمارت با جهالت اساس و بنا و پی و ریشه آنها. و اخبار را هم حمل بر این کرده‌اند. و این حمل در بعضی از اخبار، تمام نیست. مثل آن حدیثی ١ که دلالت دارد بر جواز فروختن نیزاری (که مجهول است) به واسطه آنکه یك کف ٢ ماهی، از آن را، شکار کند و بگوید این کف، ماهی را

بهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

١و ٢: وسائل: ج ١٢ ص ٢٦٤، ابواب عقد البیع، باب ١٢ ح ٦. توضیح: مراد از " کف " کف دست است. نه نوعی ماهی که اسمش " کف ماهی " است

می فروشم با آنچه در نیزار است، به این مبلغ. چون ظاهر است که عمده‌ء منظور مشتری، آن ماهی است که در نیزار است. و فقها در این مقام چند مثال را مطرح کرده‌اند که یکی مسئله بیع ماهی است و یکی مسئله بیع شیری است که در پستان حیوان است به ضمیمه آنچه دوشیده شده در ظرفی. و بیع " حمل " حیوان است به ضمیمه پشمی که در پشت آن است. و تحقیق این مسئله در نهایت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اشکال است و مقام، اقتضای بسط کلام در آنها نمی کند. ولکن عمده، تحقیق مقام است به نحوی که تواند " قاعده " شد، در مسئله ضمیمه. و آنچه به فکر فاتر این قاصر، می رسد، آن است که: مسئله ضمیمه در اینجا مبتنی است بر جواز حیلهء شرعیه. و تصحیح، بابی است معهود، و طریقهای است ثابت الاصل ۱، که انکار آن نمی توان کرد. بلکه از تتبع اخبار و طریقه علمای اخیار، قطع حاصل می شود به صحت آن، و از جملهء امثله آن احتراز از ربا است به ضم ضمیمه، چنانکه در خصوص این، حدیث صحیحی ۲ وارد شده در معامله هزار درهم به ضمیمه یك دینار، با دو هزار درهم. و علما به آن عمل کردهاند. و اجماع ۳ بر صحت آن، دعوی شده. و از جمله اینها گریز از " بیع " است به " صلح ٤ " به جهت دفع " حق الشفع " و شمس کردن ٥ طلا ونقره است در عرض

۱: بلی. " اصل " آن فی الجمله ثابت و اجماعی است ولی در چه صورتی؟ و در چه شرایطی؟ و با کدام شرایطی؟. به ذیل مسئله شماره ٦ همین مجلد رجوع فرمائید. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ٤٦٦، ابواب الصرف، باب ٦ ح ۱: در این حدیث موضوع کلام، مبادلهء درهمهای نامرغوب با درهمهای مرغوب است که مثلا دو هزار درهم نامرغوب معادل هزار درهم مرغوب بعلاوه یك دینار باشد، در رواج و جریان بازاری. ۳: صحت حدیث مورد اتفاق است. بحث در موضوع، و در چگونگی دلالت، و اطلاق و عدم اطلاق آن است. ٤ و ٥: مورد ربا را نباید به مورد صلح و شمش کردن طلا، " قیاس " کرد .وانگهی خود مرحوم میرزا بحث را به " حکمت احکام " میکشاند. و در زمینه حکمت احکام، خیلی روشن است که فرار از ربا بوسیله ضمیمه یعنی گرفتن ربای واقعی با استفاده از ضمیمه اگر جایز باشد لازم میآید " نقض غرض " در احکام الهی و این، اجماعا ممنوع است

سال، از برای گریز از زکات. و غیر اینها از حیل شرعیه که از برای گریز از ربا و غیر آن ذکر کردهاند و اخبار دلالت بر آنها دارد. پس می گوئیم چنانکه از کلام الهی و اخبار بسیار، مستفاد می شود که علت، در تحریم ربا، آن تلف اصول و ظلم کردن غریم است در طلب زیادتی. و باعث ترك قرض الحسنه و سد باب معروف شدن است. و با وجود این، به حیل شرعیه، معاملات چند تجویز شده که در این علت و ثمره با ربا شریكاند. پس معلوم می شود که خصوص مادهء " ربا بودن " مدخلیت دارد در علت، و آن علت مستقله نیست بلکه از باب حکمت است در اساس حکم تحریم ربا. مثل رفع بوی گندی که در تحت بغل اعراب بود که باعث مستحب شدن غسل ۲ جمعه شد. و عدم اختلاط میاه و انساب که باعث لزوم " عده " شد از برای زنان. پس ربا همیشه حرام است هر چند منشاء نقصان مال نباشد. مثل جائی که کسی مساوی ده تومان میگیرد که مساوی دوازده تومان بدهد، از برای اینکه متاعی بخرد که میداند که مساوی ده تومان انتفاع می کند. در اینجا تلف ۳ مالی لازم نمی آید بلکه جلب نفع می شود و با وجود این حرام است چنانکه غسل جمعه از برای کسی که بوی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: گریز از " بیع " به " صلح " یك انتخاب است میان دو معامله جایز و شرعی و بدیهی است آن فسادی که از ربا ناشی میگردد هرگز در صلح (به هر نوع و قسم و شکل) امکان ندارد. و تبدیل طلائی که مشمول زکات خواهد شد، به شمش، جهت جریان اقتصادی طلا را کاملا تغییر میدهد و آن فسادی که در رکود سرمایه جاری است در رکود شمش نیست. زیرا حجم پول جاری در بازار، همیشه نقش مهم دارد که با حجم طلاهای شمش شده در خانه‌ها فرق فاحش دارد. و در اینجا راز و رمز اقتصادی زیادی هست. مجددا خوانندگان محترم را به مطالعه ذیل مسئله شماره ٦ دعوت میکنیم. ۲: هنگامی که بحث از زمینه " تعبد " خارج می شود و در زمینه " حکمت احکام " جریان پیدا می کند، باید گفت: پس بنابر این، غسل جمعه بر مردمی که زیر بغل شان بو ندارد، مستحب نیست!؟! راستی میرزا (ره) چقدر روی این مسئله اصرار دارد که با وضوح تمام وارد مرحله " قیاس " می شود -!؟! ۳: گویا در نظر مصنف (ره) عیب ربا تنها در این است که به ضرر " ربح دهنده " است. و مسئله " اکل بباطل " و مفتخواری " گیرنده سود " که منشاء مفاسد اجتماعی و اقتصادی میگردد، مورد توجه او نیست

نا خوشی ندارد مستحب ۱ است. و عده از برای زنی که جزما آبی در رحم او نیست واجب است ۲. ولکن چون حق تعالی ربا را حرام کرده و بیع را حلال و مباح کرده است. که مردم بواسطهء داد و ستد از مال خود منتفع شوند لکن بواسطهء بیع، نه ربا، پس هر گاه ممکن شود که در غالب به بیع منتفع شود یا به سبب ضمیمه یا معاملهء محاباتیه، ترك ربا بکند و مرتکب بیع شود، بر او حرجی ۳ نیست، هر چند در حصول انتفاع، هر دو شریك‌اند. و عمده این است که آدمی غرض خود را صحیح کند، و نیت خود را خالص کند، و به عنوان معامله حلال، کسب نفع کند نه حرام .چنانکه در حدیث صحیح است که " نعم الشیئ الفرار من الحرام الی الحلال " ٤. پس ما در ما نحن فیه، نیز می گوئیم که خدا بیع مجهول را فاسد و حرام کرده به

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱: اولا: اساسا تشریع استحباب غسل جمعه منحصرا به علت بوی زیر بغل اعراب مربوط نیست. بل یك موضوع مهم نظافتی است که همیشه مستحب است. ثانیا: بر فرض تسلیم، باز برای کسانی که بغل‌شان بو ندارد بر اساس " حکمت مطلوبیت نظافت " مستحب است. نه به خاطر اینکه " ماده غسل جمعه مدخلیت دارد. ۲: عده در این مورد به خاطر حفظ قاطعیت قانون است تا حریم قانون با هر بهانه‌ای مورد تجاوز قرار نگیرد و انگهی، ممکن است حکمت دیگر عده، مهلت دادن به زوجین است که اگر بر اساس احساسات دچار طلاق شده‌اند بر گردند. و در مورد زنی که همسرش مرده است برای احترام به همسر متوفی باشد. و در مورد زنانی که سن‌شان بالا رفته و از سن " من تحیض " گذشته‌اند دیگر به مهلت مذکور، نیاز نیست. زیرا در مورد آدمی که در آن سن هم دچار احساسات این چنینی شود، اینگونه مهلت‌ها کار ساز نیست. و بالاخره صرفا " ماده عده " در محور حکمت قرار ندارد، و عجیب این است که میرزا از سخت گیری اسلام و توجهی که در اسلام به حفظ قانون و حفظ حریم قانون شده، بحث می کند لیکن نتیجه معکوس میگیرد. ۳: باید صورت صحیح این عبارت به شرح زیر باشد: پس هر گاه ممکن نشود که در غالب به بیع منتفع شود، به سبب ضمیمه یا معامله محاباتیه ترك ربا بکند و مرتکب بیع شود بر او حرجی نیست. ٤ :همان حدیث

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دلیل‌هائی که پیش گفتیم که از جملهء آنها لزوم غرر و سفه بود. و گاه هست که در عرف و عادت در بیع مجهول، غرر و سفهی نیست. چنانکه هر گاه پول قلیلی بدهد و ماهی نیزاری که مظنه هست که در آن، ماهی بسیار باشد و اضعاف مضاعف آن قیمت، به عمل بیاید. و چنانکه کسی پول خرج کند در کندن معدنی به امید تحصیل طلا و نقره بسیار، با جهالت حال. یعنی محتمل باشد که چیزی بیرون نیاید، لکن مظنهء حصول نفع بسیار هم باشد. عرفا در اینجا نمی گویند سفیه است یا مغرور است. خصوصا در وقتی که بایع محتاج است به آن پول قلیل و خود نمی تواند ماهی نیزار را صید کند یا به دیگری بدهد، که برای بایع هم غرری و سفهی نیست. پس اگر دعوی اجماع نبود در بیع مجهول، ما قائل میشدیم به جواز آن، در وقتی که غرر و سفهی لازم نیاید. پس چون حکم به حرمة بیع مجهول محض شده مطلقا خواه غرر و سفهی لازم آید یا نه، ما تجویز نمیکنیم. واما تجویز با ضمیمه پس آن محض از برای گریز از بیع مجهول محض، است، مثل بیع ضمیمه و معاملهء محاباتیه در ربا .پس چنانکه هزار درهم را به خود حلال میکنیم در ازای یك دینار، ۱ و می گوئیم آن هزار درهم در برابر آن یك دینار باشد. در اینجا هم می گوئیم که صد درهم که میدهیم که ماهی نیزار را بخریم به امید اینکه دویست درهم از آن حاصل شود، چنین قرار میدهیم که این کف ماهی را به صد درهم میخریم، هر چند هیچ عمل نیاید. به جهت آنکه مظنهء حصول دویست درهم است و خرج کردن صد درهم، در ازای تحصیل دویست درهم غرر و سفه نیست. چنانکه کسی در تجارت، مال بسیار را به سفر پر خطر بیابان یا دریا میبرد به امید نفع، و گاه هست همه سرمایهء او غرق شود یا دزد ۲ ببرد.

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱: در متن حدیث هزار درهم در مقابل یك دینار قرار نمیگیرد بل در مقابل نامرغوبی هزار درهم بعلاوه یك دینار. ۲: جان کلام در همین جا است. یکی از حکمت‌های تحریم ربا عدم " ریسك " در آن، است که سرمایه هرگز در معرض خطرهای طبیعی و معمولی که در هر معاملهء دیگر هست نمی باشد و لذا در " تعاطی " طبیعی صرفا گیرنده است و هرگز " دهنده " نیست. یعنی ربا خوار همه احتمالات مضر را) که وجودشان در طبیعت، و طبیعت اجتماع واقعیت‌های مسلم است) به سوی سایر اعضای جامعه میغلطاند این استدلال‌های میرزا (قدس سره) در مورد فرار از ربا آنطور که او معتقد است همه بر علیه خود او می باشد. و اگر او مسئله ضمیمه در معامله ماهی نیزار را با مسئله ضمیمه برای فرار از ربا (به شکلی که خودش معتقد است) گره نمیزد هم کلامش غیر قابل انتقاد میگشت. و همچنین است مسئله صلح. مخالفین نظر میرزا می گویند: اساسا تصحیح ربای واقعی با ضمیمه را " فرار از حرام به حلال " نمی گویند بل " فرار از حرام به حرام " یا " دست و پا زدن در درون حرام " است ولذا آن صورت از فرار که میرزا تجویز می کند اساسا مشمول روایت مزبور نیست. رجوع کنید به ذیل مسئله شماره ٦، از همین مجلد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

پس بهترین اقوال، قول وسط است و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد و سند بعضی از آنها معتبر است. و لکن به شرط عدم لزوم غرر و سفه که ظاهر آن اخبار هم این است. و ظاهر این است که مراد قائلین هم این باشد. و مراد آن جماعت که تفصیل داده‌اند (به این نحو که مقصود بالذات را آن شیئ معین قرار بدهد نه مجهول) اگر این است که ما گفتیم (که حیله گریز از جهالت باشد و قصد معامله را در این بکند تا حلال باشد) منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. و حاصل معنی مقصود بالذات، در این بیعها این است که مراد بالذات از بیع، تعلق انشاء عقد بیع، است بالذات به آن شیئ معین. به جهت گریز از حرام نه اینکه مطلوب و مشتهی و داعی در آن بیع این است. زیرا که خواهش و شهوت و موافق طبع او بر آن است که عوض در برابر آن مجهول باشد، در بیع مجهول. و در برابر آن وجه عمده باشد در مسئله ربا. مانند خوردن کاسهء دوا ارادهء خود را بالاختیار متعلق می کند به جانب خریدن آن جزء معین با آن وجه قلیل، پس کسی در این مقام گمان نکند که چگونه می شود که مقصود بالذات مشتری از خریدن یك كف ماهی به صد درهم همان حصول یك كف ماهی باشد. بلکه مقصود بالذات آن، حصول ماهی بسیار است که مظنون است که در نیزار باشد. و اگر مراد ایشان این است که باید از باب بیع خانه باشد با جهالت پی و ریشهء آن و جهالت آبی که در چاه آن خانه است، پس آن داخل ما نحن فیه نیست. و در آن اشکالی نیست به جهت آنکه تبعیت در آنجا در نفس مبیع است نه در مقصود به بیع. به جهت آنکه در آنجا (یعنی در بیع خانه) گاه هست که هیچ یك از بایع و مشتری متفطن پی و

ریشهء خانه و آب چاه نیستند و از باب " دلالت اشاره " به تبعیت غیر مقصوده از لفظ، داخل مبیع میشوند. و به تبعیت داخل بیع میشوند. و در اینجا بیشبهه هر دو، منظور نظر بایع و مشتری هستند. پس تبعیت در اینجا " به جعل جاعل " است و در آنجا قسری است و نفس الامری است. و از این باب است دخول احجار مخلوقه در زمین، دون مدفونه. و همچنین است کلام در بیع " آبق با ضمیمه " که در مسئله " اشتراط قدرت بر تسلیم " گفته‌اند. و اگر ما قطع نظر از این تحقیق بکنیم بر اینها هم وارد میآید که ادلهء حرمة غرر حاصل از بیع مجهول و غیر مقدور التسلیم، دلالت بر حرمة و بطلان دارد، خواه با ضمیمه باشد یا نه. و ادلهء جواز با ضمیمه دلالت بر جواز دارد خواه غرر لازم آید یا نه. و نسبت میان آنها عموم من وجه است، و ترجیح ثانی بر اول مشکل است پس ما باید ادلهء ضمیمه را بر وجهی حمل کنیم که غرری از راه جهالت در آن نباشد تا " اخص مطلق " شود و مقدم باشد بر " عام مطلق ". و به هر حال، ضم ضمیمه به سبب گریز از جهالت محض، است. که اجماع است بر اینکه باید در مبیع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نباشد. و ما حیله میکنیم و مبیع را آن شیئ معین قرار میدهیم تا از مورد اجماع فرار کرده باشیم. غایت امر این است که تملك مجهول، از باب شرط ضمن العقد باشد. و جهالت این شرط دلیلی بر بطلان آن نیست در صورتی که عرفا غرری بر آن مترتب نشود به جهت آنکه اجماع در خصوص ضمیمه نیست. جزما. بلکه بعضی دعوی اجماع (در بعضی صور ضمیمه) کرده‌اند بر صحت. و از اخباری که دلالت دارد بر " اشتراط معلومیت اشتراط" ، در ما نحن فیه بر نمی آید. مثل اخباری که منع شده از مکیل و موزون جزافا و امثال آن. و اگر از باب شرط هم نباشد، و جزء مبیع باشد هم، نه اجماع بر بطلان آن قائم است و نه اخبار دلالت بر آن دارد. و به تحقیقی که ما کردیم اشاره شده است در بعضی اخبار، که منظور از ضم ضمیمه همین است که قصد خود را در بیع متعلق به معین، کند از برای فرار از جهالت، مثل روایت ابراهیم کرخی که سند آن خالی از اعتبار نیست. قال: قلت لابی عبد الله (ع) :

---

[۱۰٤]

ما تقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مأة نعجة و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا در هما؟ فقال: لا باس بذلك ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف ۱. و به هر حال، در صورت ضم ضمیمه با قصد فرار از جهالت، (که ظاهر این است که مراد مفصلین آن باشد و کلام مجوزین را هم حمل بر آن، کردیم) با عدم لزوم غرر و سفاهت عرفا، اظهر صحت است. مگر در جائی که اجماعی بخصوص بر بطلان آن باشد والحال چنین جائی در نظر نیست. و دعوی اجماعی که علامه در تذکره بر بطلان " بیع حمل به ضمیمه مادرش " کرده در وقتی است که آن را جزء مبیع کند بالاستقلال. نه از راه فرار از جهالت. هر گاه این مطالب را دانستی، پس در صورت سؤال می گوئیم که: هر گاه قصد بایع، فرار از جهالت نبوده و هر یك از آن ملك معین، و میراث مجهول، جزء مبیع بوده‌اند بالاستقلال، چنانکه ظاهر سؤال آن است، بیع باطل است. و هر گاه ضم کردن معین به غیر معین، به قصد فرار از جهالت بوده و مجهول را کأن لم یکن شمرده‌اند و غرری و سفهی هم در آن نبوده، صحیح است. و بدان که در اخبار و احادیث نهی از غرر، و غش، و غبن، و جهالت، همه واقع شده و هر یك معنی علی حده دارند و غالب این است که غرر را در جهالت استعمال می کنند، و غش مخفی کردن عیب است خواه مثل آب در شیر کردن و خاك در گندم کردن باشد، یا در تاریکی فروختن باشد، یا غیر آن. و غبن متعارف گاهی استعمال می شود در فریب خوردن مشتری یا بایع در قیمت، هر چند عمدا فریب نداده باشند یکدیگر را. و بیع غش و فریب دادن عمدا حرام است. و اما باطل نیست بلکه بعد از اطلاع، خیار ثابت است. و اما جهالت منشأ بطلان هم هست، به تفصیلی که گفتیم .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲٦۱، ابواب عقد البیع، باب ۱۰ ح ۱

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

جواب: بلی، همشیرهء زید می تواند از هر یك از زید و عمرو، ادعای منافع ایام تصرف را بکند. و هر گاه رجوع به عمرو کرد، پس عین مال خود را میگیرد و نماء متصل و منفصل (مثل پشم و مو و شیر و ولد و میوه و غیر اینها، همه) را میگیرد و همچنین هر منفعتی که عمرو از آن استیفاء کرده مثل سکنای خانه و سواری چاروا. بلکه هر چند استیفای آن، نکرده باشد. یعنی باید اجرت خانه و چاروا بدهد، هر چند در آن سکنی و سواری نکرده باشد. و آنچه بر طرف شده از عین یا منافع و نماء، آنچه مثلی باشد (مثل شیر و پشم) مثل را باید رد کرد. و هر گاه نباشد، قیمت مثل را در همان وقتی که مثل، نایاب شده است [بدهد]. و آنچه قیمتی باشد مثل ولد، یا بعض عین که تلف شده باشد، قیمت آن را میدهد. واظهر در نظر حقیر این است که هر گاه قیمت سوقی آن (در ایام تصرف و بعد از آن) مختلف شده باشد، قیمت روز تلف را میدهد. هر گاه این را دانستی، بدان که: اگر عمرو، علم نداشته است که غیر در این شریك است، یا علم داشت ولیکن زید ادعا کرد که به من منتقل شده است، یا مأذونم از طرف همشیرهام که بفروشم. پس ظاهر علما این است که در هر دو صورت، عمرو مشتری، رجوع می کند به زید بایع، و آنچه داده است به همشیره از او میگیرد. و در جائی که قیمت روز تلف عین را میدهد، آنچه را که داده است میگیرد هر چند زیادتر باشد از آنچه به زید بایع، داده. مثلا هر گاه آن مال، اسبی بوده و زید آن را به ده تومان فروخت به عمرو، و بعد از آنکه قیمت آن به بیست تومان رسید اسب مرد، الحال که همشیره او غرامت میگیرد، نسبت به بیست تومان، حصهء خود را میگیرد و عمرو هم همان را از زید میگیرد گو زید کمتر داده باشد .چون زید او را مغرور کرده و فریب داده. و این نقصان به او رسیده .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

همچنین هر نقصانی که عمرو، کشیده از جهت این معامله و در عوض آن چیزی ندارد ۱، مثل آنکه آن مال، کنیزی بود و آن فرزندی بهم رساند، باید قیمت فرزند را به مالك اول رد کند تا فرزند آزاد بشود و در عوض این چیزی ۲ ندارد، می تواند این غرامت را هم از بایع بگیرد. و همچنین، تفاوت قیمتی که از راه لاغر شدن حیوان به مالك داده است، می تواند بگیرد. و اما غرامت‌هائی که در عوض آن نفع برده مثل آنچه در قیمت شیر حیوان که خورده است، داده. یا اجرت خانه که سکنی کرده است داده است، در آن دو قول است. شاید اظهر در این، جواز رجوع باشد به بایع. چون او را فریب داده است و او را مسلط کرده است بر اینکه منفعت ببرد بی عوض، والحال عوض از او گرفته‌اند، و متضرر شده. و اما هر گاه عمرو، عالم بوده است به اینکه مال غیر است و مغصوب است، و خریده است. پس او رجوع به غاصب نمی کند در غرامت آنچه به مالك داده است. چون تلف در دست او شده و ضمان مستقر بر او شده و او غاصب محض است. و اما ثمن مبیع که به غاصب داده، پس مشهور این است که رجوع نمی کند در آن به بایع به جهت آنکه خود مال خود را بلا عوض به او داده است. چون میدانست که مال غیر است و مال او نمی شود به این بیع. پس این به منزلهء اباحه است. و لکن علامه (ره) تفصیل داده که اگر آنچه در قیمت آن داده باقی است، رجوع می تواند کرد. و اگر تلف شده، رجوع نمی تواند کرد. و تفصیل علامهء خوب است. و جمعی از متأخرین نیز این را پسندیده‌اند چون در صورت تلف به مقتضای اذن، بر او چیزی نیست. چنانکه در اباحه هم چیزی نیست. و اما با بقای عین، پس به جهت بقای ملك و " الناس مسلطون علی اموالهم " ودلیل مشهور بر اطلاق فتوی ضعیف است. و شاید نظر ایشان (علاوه بر اینکه مذکور شد) بر این باشد که این از باب " اعراض از مال "

نهضت ترجمه
Translation Movement
IPS

۱و ۲: ممکن است کلمهء " نداده " صحیح باشد

است، بنابر اینکه اعراض منشاء زوال ملك شود. (و هر چند که این در نزد حقیر قوت دارد و چنانکه صحیحهء ۱ عبد الله بن سنان در حکایت شتر وامانده در صحرا، دلالت بر آن دارد و همچنین سایر ادله و تنبیهاتی که در رسالهء علی حده بیان کردیم) لکن معلوم نیست که اینجا از باب اعراض بالمره باشد. به این معنی که منظور مشتری این باشد که من از این قیمت که داده‌ام اعراض کرده‌ام هر چند این مال را از من، صاحبش بگیرد. خصوصا با بقای مال. بلی، هر گاه از آن باب باشد، چنانکه بعضی اوقات جزم به آن می توان کرد، خصوصا در بعض صور تلف، مثل اینکه متاعی که مال غیر است، از غاصب گرسنه در سال مجاعه بخری به طعامی که جزم داری که الحال آن را میخورد. یا بخری از غاصبی که مفارقت از تو

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

می کند مفارقتی که امید ملاقات بعد، در آن نباشد. به هر حال، دور نیست که نظر مشهور علما به " اعراض " باشد. و به هر حال، معلوم نیست که این اعراض منشاء حلال بودن ۲ آن شود از برای غاصب. و اظهر در صورت بقای ثمن جواز رجوع است. به جهت استصحاب، و عدم ثبوت ناقل شرعی، و اشکال در تحقق اعراض. و اما در صورت تلف، پس علامه در تذکره دعوی اجماع بر عدم رجوع، کرده است. پس اگر اجماع در خصوص صورت تلف ثابت باشد، پس دیگر ضرور به این تکلف نیست که اثبات اعراض بکنیم . ولکن اشکال در آن نیز هست به جهت آنکه از محقق نقل کرده‌اند قول به جواز رجوع را، در صورت تلف. و در شرایع هم قول مشهور را نسبت به " قیل " داده که مشعر به تعریض است. و شهید در لمعه نیز نسبت به " قیل " داده و گفته است که این قول، دور است. و شهید ثانی در شرح آن، تقویت رجوع، کرده است مطلقا، و اشکال در اجماعی بودن آن، کرده. بلکه نفی اجماع کرده. و حق این است که مخالفت مشهور در خصوص صورت تلف کمال صعوبت دارد. به جهت اجماع منقول در

۱: وسائل: ج ۱۷ ص ۳٦٤، ابواب اللقطة، باب ۱۳ ح ۲. ۲: و دستکم از مصادیق " اکل بباطل " است اگر محض اعراض نباشد و اعراض به خاطر تملك مال مغصوب باشد

تذکره وجود مخالف در آن عصر یا بعد آن، مضر نیست. و عمومات ادلهء ضمان و اتلاف هم شامل این نیست. حتی حدیث " علی الیدما اخذت حتی تؤدی " چون ظاهر آن، صورت بقای عین است. و وجوب مثل یا قیمت، از خارج باید برسد، و در ما نحن فیه مفقود است. و به هر حال، عدم جواز رجوع به بایع در صورت تلف دلیل حلال بودن، بر او (به این معنی که معصیت هم نباشد) نیست. و ظاهر این است که مشهور علما هم نفی حرمة تصرف را، نمی کند. غایت امر این است که ضمان نباشد. با وجود اینکه می توانیم گفت که منافاتی نیست ما بین عدم جواز رجوع مشتری و وجوب رد بایع و ضمان آن، پس بر مشتری حرام است گرفتن آن مگر اینکه بایع خود به او بدهد. و نظیر این در شرع بسیار است. و از این باب است که منکر به دروغ قسم بخورد بر عدم اشتغال ذمه، پس بر او واجب است دادن، واز برای مدعی جایز نیست مطالبه کردن. پس حاصل فتوی در مسئله این است که هر گاه آن قیمت باقی است، جایز است مشتری رجوع کند به آن، و بر بایع واجب است دادن. و در صورع تلف جایز نیست رجوع مشتری، و در وجوب رد، بر بایع اشکال است، و دور نیست که لازم باشد. و شاید که لازم نباشد. لکن فعل حرام کرده است. چون بر غیر وجه صحیح در آن مال تصرف کرده و " اکل مال بباطل " است. و آیهء شریفه دلالت بر ضمان نمی کند بلکه افادهء حرمت می کند. چون از راه معاملهء فاسده خورده

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است. پس خوب تأمل کن که بفهمی این معنی را که این اکل بباطل، باشد و ضمان نباشد. و بدان که: فرقی نیست در این حکم ما بین اینکه بایع غاصب صرف، باشد یا فضولی، باشد و مالك اجازه نکند. در مسالك تصریح به آن کرده. و اما هر گاه رجوع به ۱ زید که غاصب است و بایع است، و از او گرفت، پس

۱: یعنی اگر آن همشیره که مختار بود به هر کدام از بایع و مشتری رجوع کند اینك به زید که بایع است رجوع کرده و حقش را از او گرفته

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: یعنی همشیره رجوع کرده به زید (و بر اساس حقوقی که قبلا بیان گردید) چیزی را از زید دریافت کرده که بیشتر از آن است که زید به عنوان ثمن از عمرو، گرفته بود. ۲: نسخه بدل: " که غاصب است "

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

۷۶- سوال: هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را مع یك من برنج (مثلا) یا مع یك توپ کرباس، از شخصی گرفته است به عنوان قرض الحسنه. که بعد از انقضای شش ماه مبلغ شش تومان وجه، مهم سازی مقرض، نماید. که از جهت فرار از ربا مدت اجل را مع یك من برنج یا یك توپ کرباس، بازای یك تومان، انداخته است. آیا این صحیح است؟ و همچنین هر گاه شخصی قدر معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار " ده دو " منافع قرار دهند به این نحو که منافع را به مقرض مصالحه کند. چه صورت دارد؟.

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس. چون ظاهر این است که قبض مجلس در صلح شرط نیست و آن مخصوص بیع است. و سؤال از مصالحه را نفهمیدم. اگر مراد همان نظیر سؤال اول است، جواب آن همان است که هر گاه شرط کند در قرض که پنج تومان را قرض بدهد و یك من برنج را هم صلح کند به یك تومان، جایز نیست. و اگر شرط نکند جایز است به تفصیلی که گفتیم.

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

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

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

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

جواب: اما درخت خرما، پس هر گاه طلع آن نمایان شود و هنوز " تأبیر " نشده بفروشند، ثمر مال مشتری است. و گویا خلافی در آن نباشد. و اما هر گاه بعد " تأبیر " بفروشد ثمر مال بایع است. علی الاشهر الاظهر. مگر اینکه شرط کنند که از برای مشتری باشد. و تأبیر آن است که طلع نخل ماده را میشکافند و از طلع نخل نر، بر آن میپاشند، تا میوهء آن خوب شود، و ظاهر این است که این حکم مختص بیع، باشد. پس هر گاه درخت خرمائی را به " صداق " زوجهء خود کند یا در عوض " خلع " داده شود یا به " صلح " منتقل شود یا غیر آن، حکم آن حکم سایر درختها است. که مادامی که ظاهر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نشده، ثمر آن مال آن شخص است که به او منتقل می شود. و بعد از ظهور طلع آن (هر چند تأبیر نشده است) هر گاه نقل کنند به یکی از این عقود، مال ناقل است. علی الاظهر الاشهر. و اما حکم سایر درخت‌های میوه: پس هر گاه بیع قبل از ظهور میوه واقع شود، میوه مال مشتری است، و هر گاه بعد از ظهور است مال بایع است، مگر با شرط اینکه مال مشتری باشد، و ظاهر این است که مجرد شکوفه، کافی نیست، بلکه باید خود میوه ظاهر شود.. هر چند بسیار کوچك باشد. بلی، در مثل گل سرخ و امثال آن که ثمر آن که به آن منتفع میشوند، غالبا همان گل است. پس ظهور غنچه در آن، کافی است. هر چند هنوز وا نشده باشد. و در این صورت گل مال بایع است. مگر باشرط. و اما درخت پنبه: پس ظهور گل تنها کافی نیست بلکه باید خوب " جوزق " آن ظاهر شود. و همینکه جوزق آن ظاهر شد و فروخت، درخت آن جوزق مال مشتری است. هر چند جوزق آن شکفته باشد. علی الاشهر الاظهر .

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

را در معرض بیع در آورده و به ذرع پیموده‌اند، معلوم شده که عرض آنها کم است و مناسب پشتی نیست. و به این سبب نقصان بسیار در قیمت آن به هم رسیده، و چون پس آوردن آنها محتاج است به گمرك و خرج جدیدی، الجاء آن را به قیمت بسیار نازل فرخته. والحال به بایع ادعای غرامت نقصان خود می کند. بایع می گوید تو اهل خبره بودی و دیدی و خریدی. و مشتری می گوید که من ذرع نکردم و ندانستم که ناقص است، و صیغهء عربی هم نخواندم. معامله صحیح است یا فاسد؟ -؟ و بر فرض صحت، مشتری مستحق غرامت نقصان، هست یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر صحت معامله است و عربی نبودن صیغه مضر نیست. و ظاهر این است که ذرع نکردن در اینجا منشأ بطلان نمی شود. به جهت آنکه مشاهده و وصف در مثل این نوع از ثیاب، کافی است. چون در اینجا در عرف و عادت، قماش پارچه، و خوب و بد چیت است. چنانکه توپ تافته، و " الیجه " ۱ و قلمکار و امثال آنها در عرف و عادت به همان تابی که هست، میخرند، و غرری لازم نمی آید. و در مقابل آن اکتفاء به همان غلبه و عادت می کنند. و از این جهت است که در مکیل و موزون هم به اخبار بایع در

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

کیل اکتفاء می کنند. و احادیثی که در باب خیار رؤیت وارد شده که هر گاه بعضی از مبیع را دیده و بعضی را ندیده و به وصف بخرد، یا به اعتماد به عرف و عادت بخرد، بیع باطل نیست. و رفع ضرر و غرر و عیبی که در نفس الامر بوده، جبر کسر آن، به حصول خیار عیب و خیار رؤیت می شود. بخلاف آنچه که در عرف و عادت، مطلوب و منظور ذرع و پیمانه است. مثلا آسترو کرباس و کتان و امثال آنها را به ذرع میخرند و بدون ذرع، غرر و جهالت در عرف و عادت هست که مسامحه در آن نمی کنند. پس اصل بیع صحیح است. و اما نقصانی که در آنجا ظاهر شده: پس آن داخل عیب است و خیار از برای مشتری ثابت است و در خیار عیب مشتری مخیر است ما بین رضای به عیب، یا رد مبیع و اخذ

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

ثمن، یا اخذ ارش و تفاوت قیمت با الزام بیع. و چون تصرف از مسقطات خیار است خصوصا تصرف ناقل ملك، چون دال بر الزام بیع و رضای بر آن است. پس به آن تصرف خیار رد ساقط می شود، بدون خلافی ظاهرا لکن خیار ارش باقی است. علی الاشهر الاظهر ۱،

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

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

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

منصرف نمی شود. پس هر گاه صلح غبن. بیع مزرعه واقع شد و غبن هم موافق آن چیز است که غالبا مثل آن غبن را ساقط می کنند و صلح می کنند، دیگر ادعای غبن در آن نمی توان کرد. و هر گاه بیشتر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است، دعوی غبن، در صلح غبن هم ثابت است. و چارهء خلاصی از تسلسل و دعوی غبن صلح غبن، به این نحو می شود که تصریح کنند که صلح کردیم اگر چه مافوق آنچه متصور شود که بیرزد، اگر هزار برابر بالاتر هم باشد. چنانکه در مسائل صلح بیان کرده‌اند که هر گاه مبطل عالم باشد به مقدار حق، و محق جاهل باشد به حق و قلبا راضی شود به صلح و تصریح کند که اگر اضعاف مضاعف این باشد اگر عالم به ما فیها باشد که من راضیم. در آن صورت بری الذمه می شود. بخلاف آنکه بر محق مجهول باشد و صلح کند بدون این تصریح که صلح در نفس الامر صحیح نیست اگر چه در ظاهر به صحت آن حکم می شود.

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

جواب: بدان که: شرط صحت دعوی غبن این است که آن مغبون عالم به قیمت وقت نبوده باشد، و واقعا در آن وقت هم این تفاوت در قیمت بوده و بعد عارض نشده. و این ثابت نمی شود مگر به شاهد یا به اقرار و اعتراف غابن. و ظاهر این است که خلافی در این نباشد. و هر گاه بینه نباشد و اعتراف هم نکند، و] مدعی غبن] مدعی جهل باشد، پس اگر جهل در حق مثل او ممکن نیست، قول او را نمیشنوند. و هر چند قسم بخورد. و هر گاه ممکن باشد، در آن دو قول است: اول :سماع قول او است با یمین. به جهت آنکه قول او موافق " اصل " است (یعنی اصل عدم علم) و این امر هم از اموری است که غالبا کسی مطلع به آن نمی شود (و الا مانند احتلام در مدعی بلوغ است) پس او بمنزله منکر است و قول او مقدم است با یمین. دوم: عدم سماع است، به جهت استصحاب لزوم عقد و عمومات وجوب وفای به

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

ولیکن به این، اشکال می شود به اینکه این سخن در وقتی تمام است که دلیل اصل مسئله و اخبار غبن، منحصر باشد در نفی ضرر، که بگوئیم چون در ما نحن فیه ضرر نیست پس خیار ثابت نیست. و مفروض عدم انحصار دلیل است در آن، بلکه دلیل بر اصل مسئله، اجماع منقول نیز هست و بعضی اخبار هم اشاره به آن دارد. بلکه می توانیم گفت که هر گاه دلیل منحصر در نفی ضرر باشد هم، باز سخن علامه تمام نیست. چون به محض حصول ضرر در اصل معامله، خیار فسخ ثابت می شود و آن مستصحب است. و معلوم نیست که رفع آن ضرر و تدارك آن، به سبب دادن تفاوت قیمت، منشاء زوال خیار باشد. و این خلاف در اینجا هم منافات با آن اجماع در اصل مسئله ندارد، چون موضوع مختلف است. چون آن اجماع بر ثبوت خیار غبن است در ابتداء ظهور غبن، و حکم آن مستصحب است در حال بذل غابن تفاوت قیمت را.

۸۵- سوال: هر گاه کسی خانه را به بیع شرط، بفروشد. و در حین انقضای خیار به جهت عجز آن، از رد " مثل ثمن "، بیع لازم شود. و بعد مدتی مشتری نصف همان خانه را به بایع اول منتقل کند و نصف دیگر را به دیگری. و بعد از آن شریك‌ها اراده‌ء قسمت کنند، و در حین تقویم خانه ظاهر شود که بایع بیع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اول، غبن فاحش داشته و قیمت را نمی دانسته است. آیا در این صورت، خیار غبن از برای بایع اول هست و تسلط بر فسخ بیع شرط دارد یا نه؟ -؟

جواب: خیار غبن در بیع شرط هم جاری می شود، مثل سایر اقسام بیع. بل غالب این است که در بیع شرط، مسامحه می کنند، و قیمت المثل مبیع به بیع شرط، تفاوتی دارد با قیمت المثل بیعهای دیگر لازم این معنی را منظور داشته باشند. و بدان که: مشهور بین علما این است که خیار غبن به تصرف ساقط نمی شود. خواه تصرف از غابن باشد یا از مغبون. و خواه تصرف بر وجهی باشد که باعث خروج از ملك شود مثل بیع و عتق. یا مانعی به هم رسد مثل آنکه کنیز باشد و او را وطی کند و فرزندی به هم رسد که ام ولد شود، یا نه. مگر اینکه مغبون مشتری باشد و مبیع را از

ملك خود بیرون کرده باشد، پس ساقط می شود خیار او. چون ممکن نیست او را رد عینی که منتقل شده به او، تا قیمت را پس بگیرد. و همچنین در صورت حصول مانع از رد، مثل آنکه کنیز باشد و او را ام ولد کرده باشد، هر چند از ملك او بیرون نرفته باشد. و این فتوی را شهید ثانی در شرح لمعه و غیر او نسبت به مشهور داده‌اند. ولکن شهید در لمعه در این " استثناء " بحث کرده است. به جهت آنکه در صورت سقوط خیار، مشتری را در این صورت لازم میآید ضرر در صورت جهل به قیمت ۱ یا جهل به خیار. و اصل خیار غبن هم به جهت نفی ضرر است. پس چگونه در اینجا راضی به ضرر شویم؟ پس ممکن است که بگوئیم مشتری می تواند فسخ کند. و چون نمی تواند عین را رد کند، قیمت آن را یا مثل آن را، رد می کند تا جمع بین الحقین شده باشد. و همچنین در صورت تلف عین. همچنانکه هر گاه در تصرف مشتری باشد و مغبون بایع باشد که هر گاه بایع فسخ کرد و دست او به عین نرسید، رجوع می کند به مثل یا قیمت. و شهید ثانی بعد از آنکه این بحث را نقل کرده، گفته است " و این احتمال متوجه است. ولکن من بر نخوردم به قائل به آن " و مراد او از احتمال همان است که فسخ کند مشتری و قیمت یا مثل را بدهد به بایع و آنچه داده است پس گیرد. یعنی این احتمال که شهید داده، به قائلی به آن قبل از شهید بر نخورده‌ام. و بعد از آن گفته است که " آری اگر بر گردد آن ملکی که مشتری مغبون، فروخته به سوی او به سبب فسخی یا اقاله یا غیر آن، یا بمیرد ولد آن کنیزی که ام ولد شده - هر گاه از ملك خود بیرون نکرده بود - در آن وقت جایز خواهد بود فسخ، اگر با فوریت منافات نداشته باشد ". تمام شد کلام شهید ثانی .و بدان که: علاوه بر بحثی که شهید بر مشهور کرده در آن " استثناء "، بر ایشان وارد است که این سخن اختصاصی ندارد به مغبون بودن مشتری، بلکه در صورتی که

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: و در نسخه: در صورت جهل به یقین

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

مغبون، و بایع و مشتری. و آن اشکال بجا است. باقی ماند کلام در اینکه بعد تسلط بر فسخ، در صورت خروج از ملك به بیع و عتق و امثال آنها، و همچنین استیلاد، مقتضای خیار فسخ این است که آن بیع و عتق و استیلاد و امثال آنها، باطل شوند. چنانکه آخوند ملا احمد اشاره کرده است و بعد از آن گفته است که " بعضی گفتهاند که بر تقدیر فسخ در صورت خروج از ملك، از برای مغبون است مثل، یا قیمت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

آن عین. پس باطل نمی شود آن عقود بلکه به منزلهء تلف آن مال است ." بعد از آن امر به تأمل کرده است در این قول. و گفته است که " این در صورت تلف خوب است. اما در صورت عدم تلف، پس مقتضای خیار، آن است که پیش گفتیم، یعنی بطلان عقود ". و ظاهر قول به بطلان (چنانکه از آخوند ملا احمد (ره) نقل کردیم) این است که به اجازهء مالك صحیح نشود، و این مشکل است. و شاید غرض آخوند (ره) نیز قطع نظر از اجازه باشد. یا نظر او به بطلان فضولی باشد، چنانکه در محل خود، تضعیف آن، کرده‌اند ۱. و بنابر صحت فضولی، پس ظاهر این است که هر گاه مغبون فسخ معامله خود را کرده و اجازه معامله غابن را با دیگری بکند، صحیح و لازم باشد. و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکه خیار غبن فوری است یا نه؟ -؟ نظر به استصحاب و " اصل " که اقتضای عدم فوریت می کند، و نظر به اینکه " اصل " در عقود، لزوم است و خروج از آن، مسلم است در محل وفاق، که آن " فور " است. و وضع این خیار هم به جهت رفع ضرر است. و آن به همین قدر فور رفع می شود. و دور نیست ترجیح آخری، چنانکه صاحب مسالك و آخوند ملا احمد (ره) ترجیح داده‌اند. و به هر حال در صورت جهالت به خیار یا جهالت به فوریت آن، خیار ساقط نمی شود به تأخیر. و همچنین اعذاری که مانع از اظهار آن شود فورا. و بدان نیز که: ظاهر این است که موضع خلاف، در اینکه تصرف مسقط خیار است یا

۱: و در نسخه: تضعیف کرده و آیا بنا بر صحت ...

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

۸۶- سوال: زید قدری تخم پیاز از عمرو خریده و زرع کرده، و بعد معلوم شده که تخم کراس بوده. و به این سبب نقصان به زید می رسد. آیا این زرع مال کیست؟ و غرامت نقصان منافع پیاز بر کیست؟ و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عمرو می گوید که من از خالد به رسم تخم پیاز خریده بودم، و نمی دانستم. آیا حکم آن چه چیز است؟.

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

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

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

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

۸۸- سوال: زید ملك بلا مالکی را فروخت به عمرو، و در عوض الاغی گرفت. و بعد الاغ را فروخت به بکر و در عوض ملکی از بکر گرفت. بعد معلوم شد که بیع اول فاسد است. آیا بیع دوم نیز فاسد است؟ یا صحیح است و باید ملك عوض الاغ را با اجرت المثل به صاحب الاغ رد کند -؟.

جواب: ملك بلا مالك مال امام است. هر گاه مجتهد عادلی مصلحت داند که اجازه کند آن بیع را، و بیع ما بعد را هم، ملك قیمت الاغ هم باید به مصرف مال بلا مالك برسد. که اظهر وجوه در آن، تقسیم به فقر است. و احوط از آن تصدق به فقرای بلاد است. الاحوج فالا حوج. و اگر کسی اجازه نکرد، آن بیع اول باطل است. و بعد از بطلان آن، پس اگر عمرو جاهل بوده به اینکه مال غیر است، یا عالم بوده ولکن زید ادعا کرد که من به اذن مجتهد، یا بر وجه صحیح می فروشم، در این صورت رجوع می کند به الاغ خود، و چون الاغ را زید فروخته و در حکم تلف است، پس اگر خواهد اجازه کند بیع الاغ را و ملك قیمت الاغ را صاحب شود و اجرة المثل ایام تصرف را هم بگیرد. و اگر نخواهد، بیع الاغ باطل می شود و ملك به

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صاحب خود بر میگردد و الاغ [را [اگر باقی است به عمرو، میدهند، والا زید غرامت آن را و منافع آن را به عمرو میدهد. و اگر عمرو عالم بوده به اینکه زید غاصب است. و کسی هم اجازه نکند .بیع باطل است. و اظهر این است که در صورت بقای الاغ، رجوع به الاغ خود می کند .ولکن چون

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

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

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

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۱: یعنی: تصرفات ایشان را در اراضی خراجیه و بیت المال ممضی داشته‌اند تا شیعیان بتوانند سهم خویش را بگیرند و یا با آنان معامله کنند. ۲: نظر به اینکه مرحوم میرزا (قدس سره) در این مسئله لفظ " عظیم " را تکرار فرموده است لازم دانستم خوانندگان محترم را در جریان تاریخی این مسئله در طول تاریخ فقه شیعه قرار دهم. هم از دیدگاه سیرهء عملی فقها و هم از نظر فتواهای آنان: الف :سیرهء عملی: اولین حکومت شیعی در عصر فقها، دولت نسبتا مستعجل " صفاریان۲۹۰ - " ، ٢٥٤ها ق - است که اطلاع مشخصی از چگونگی بر خورد فقها، با آنان در دست نیست. دومین حکومت شیعی در دولت " بنی حمدان " - ٣٦٩، ٢٨١ ها ق - است که با همت حمدان بن حمدون در موصل تشکیل گردید و توسط ابو الهیجاء عبد الله بن حمدون، حسن ناصر الدوله، علی سیف الدوله، سعد الدوله تداوم پیدا کرد دانشمندان شیعه و سنی و حتی مسیحی بسیار در زیر حمایت و تشویق این خاندان پرورش یافتند و آثار فراوان علمی در رشته‌های مختلف از این نهضت فرهنگی به جای مانده. محدثین و فقهای شیعی از حمایت‌های سیاسی - اجتماعی این خاندان بر خوردار بودند لیکن از بر خورد فقهی فقهاء، با آنان اطلاع روشنی در دست نیست .ولی از نظر سیره و رفتار، همه علمای شیعه میانه خوبی با آنان داشتند. خلفای فاطمی مصر: خلافت فاطمی از ٢٩٧ تا ٥٦٧ در مصر تداوم داشت با اینکه شیعه اسماعیلی و هفت امامی بودند مرحوم سید رضی بر وجود آنها میبالد: احمل الضیم فی بلاد الا عادی - و بمصر الخلیفة العلوی من ابوه ابی و مولاه مولای - اذا ضامنی البعید القصی لف عرقی بعرقه سید الناس - جمیعا محمد و علی معروف است که وی هر گونه هبه و هدیه‌ای از جانب خلفای عباسی (جایر مخالف) را رد میکرد و خلفا فاطمی را به رخ آنان میکشید. دیلمیان: در عضو دیلمیان حوزه درس شیخ مفید در بغداد به رواج کامل رسید و شخصیت‌هائی مانند سید رضی و سید مرتضی و شیخ طوسی در مکتب او پرورش یافتند با اینکه عضد الدوله پدر سید رضی و سید مرتضی را در قلعه‌ای در فارس زندانی کرده بود باز سخن و کلامی که حاکی از تضعیف دولت آل بویه باشد از فقهای یاد شده در دست نیست. و بی تردید همه آنان از کمك‌های مالی آل بویه بر خوردار بودند. بطوری که به محض اینکه قدرت دیلمیان در بغداد با افول مواجه می شود کتابخانه مکتب مفید را آتش میزنند و شیخ طوسی بناچار به نجف اشرف منتقل می شود

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

سلطان محمد خدا بنده مغول: علامه حلی در دربار وی حاضر میشد و حوزه علمیه حله، از کمك‌های مالی او استفاده میکرد. سر به داران: مرحوم شهید اول نه تنها حکومت آنان را تجویز و تایید میکرد بل بوسیله کتاب " لمعه " که صرفا برای آنان نوشت، حکومت‌شان را تثبیت کرد و در حقیقت جان خود را نیز در راه این نهضت شیعی گذاشت. لمعه را در زندان و در عرض هفت شبانه روز نوشت و به سر به داران فرستاد. صفویه: با ظهور دولت صفویه، شهید ثانی در لبنان دستگیر شد و به شهادت رسید، بررسی تحقیق نشان میدهد که شهادت او ارتباطی با دولت جوان صفوی داشته است مانند شهادت شهید اول که در ارتباط با دولت سر به داران بود دولت صفوی در ٩٠٦ ها ق تاسیس شده و شهید ثانی در ٩١١ ها ق شهید شده است. محقق کرکی حکومت شاه طهماسب را رسما و با سند کتبی تنفیذ نمود. رضی الدین ابن جامع الحارثی الهمدانی العاملی النجفی با آن مقام علمی بالا،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

سمت قضاوت را در حکومت شاه عباس، داوطلبانه پذیرفت. علمای عصر صفوی از قبیل میر داماد، شیخ بهائی، و پدرش، علامه مجلسی و پدرش، شیخ حر عاملی و... و... همگی عملا با دولت همکاری میکردند. ب: از نظر فتوی: علمای متقدم در این مسئله معمولا به شکل " مطلق " فتوی داده‌اند و فرقی میان " جایر مخالف " و " جایر از شیعه " قائل نشده‌اند. مانند: شیخ در باب مکاسب از کتاب نهایه می گوید: و لا باس بشراء الاطعمة و سایر الحبوبات و الغلات علی اختلاف اجناسها من سلاطین الجور و ان علم من احوالهم انهم یاخذون مالا یستحقون و یغصبون ما لیس لهم ما لم یعلم شیئا من ذلك بعینه غصبا. و همچنین محقق در " شرایع " و علامه در " منتهی " و " قواعد ". و شهید در " حاشیه قواعد " و نیز در " شرح ارشاد ". و نیز در " دروس ". و فاضل مقداد در " تنقیح شرح نافع ". و سایرین مانند شیخ بطور مطلق و بدون تفصیل میان مخالف و شیعی، سخن گفته‌اند. گویا اولین شخصی که به این موضوع اشاره کرده شهید ثانی است که میرزا در مسائل گذشته جملهء " و کذالجایر منا " را از وی نقل کرد با اینکه در این جمله هر دو جایر مشمول یك حکم شده‌اند لیکن طرح مسئله راه را برای باصطلاح " ان قلت " باز کرده است. در حالی که خود شهید ثانی در موارد دیگر درست مانند فقهای نامبرده فوق، کلام را به طور مطلق آورده است. در مکاسب محرمهء شرح لمعه می گوید (و معونة الظالمین بالظلم کالکتابة لهم و احضار المظلوم و نحوه لا معونتهم بالاعمال المحللة کالخیاطة و ان کره التکسب بماله " و در مورد غنیمة در عصر غیبت می گوید ..." لکونه مغنوما بغیر اذنه الا انهم علیهم السلام اذنوا لنا فی تملکه کذلك - " شرح لمعه فصل

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

بیع الحیوان -. و در " احیاء الموات " می گوید " هذا مع حضوره و اما مع غیبته فما کان بید الجایر یجوز المضی معه " و مرحوم فاضل تونی فورا در حاشیه نوشته است: " ای المخالف ". اختلاف نظری که صورت مشخصی به خود بگیرد و مسئله " جایر مخالف و جایر شیعه " را تحت بحث مستقیم قرار دهد (به طوری که به عنوان یکی از مسائل شناخته شده مورد اختلاف فقها مطرح گردد و بدین شکل شناخته شود) تا زمان مرحوم محقق کرکی معروف به محقق ثانی، نبود. پس از آنکه وی با حکومت صفوی مرتبط گردید و در تثبیت آن دولت کوشید مرحوم فاضل قطیفی بر علیه او بر آشفت و رفتار محقق را سخت به زیر سئوال برد و رساله (یا رساله‌ها) بر علیه او نوشت که محقق نیز متقابلا پاسخ میداد تا منجر به تدوین رساله " قاطعة اللجاج فی حل الخراج " به قلم محقق گشت. مرحوم کرکی در این رساله مستقیما به فاضل قطیفی پاسخ میدهد و با اسلحه استدلال سخت به وی حمله می کند. روایات باب را بررسی می کند سنت و سیره علما را از سید رضی و سید مرتضی و شیخ و... شرح میدهد .فتواها را نقل می کند. چون این رساله در پاسخ مرحوم قطیفی نوشته شده بی تردید مطابق سخنان وی پاسخ داده شده و جالب این است که سیاق کلام در این رساله نیز همان سیاق " اطلاق " است و سخنی از جایر شیعه و جایر غیر شیعه به میان نیامده. این اصل، بیانگر این است که در این در گیری اجتهادی (که شدیدترین و بیمانندترین درگیری در میان دو مجتهد متقی و دانشمند است) نیز جریان استدلال در همان صورت " مطلق " بودن است. و جالبتر اینکه محقق کرکی در این پاسخها به همان روند عمومی و جریان شناخته شدهء بحث در طول تاریخ فقه، اکتفاء می کند .یعنی صورت خاصی به مسئله نمیدهد مثلا نمی گوید " من حکومت صفویه را تنفیذ میکنم بنابر این حاکمیت آنها مشروع می شود ". همانطور که سید رضی نسبت به فاطمیون. و علامه حلی نسبت به سلطان محمد خدابنده. و شهید اول نسبت به سر به داران. بدون اینکه تنفیذ کنند و حکومت آنان را از چهره " جایر " در بیاورند هم کمك‌شان میکردند و هم تصرفات آنان را در امور مالی بیت المال (دستکم) با تصرفات جایر غیر شیعی، یکی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

میدانستند. پس از دیگری مذکور، مذکور مسئله جایر شیعی و جایر غیر شیعی به عنوان یك موضوع شناخته شده مطرح گردید. و باصطلاح اثری از آثار دولت صفوی است. در هر صورت، اگر مرحوم میرزا تنها به جملهء " خلاف هست " اکتفاء میکرد جای سخنی نبود زیرا نمی توان در مسئله ادعای اجماع کرد لیکن لفظ " خلاف عظیم " باری از معنی دارد که بر تردید قابل اشکال است

کرمان و همدان و قزوین و حوالی آنها، همه مفتوح العنوه است. و تکیهء حقیر در تعیین اراضی مفتوح العنوه بر این است: اما اراضی کوفه که آن را " ارض سواد ۱ " می گویند. و مکهء مشرفه، پس به اخبار و فتاوی علما است و اشکال در آنها نیست. و اما در غیر اینها، پس عمل به ظن میکنیم. و هر جا ظن حاصل شود اکتفاء میکنیم. و ظن به یکی از چند چیز حاصل می شود: اول: یکی از کتب تواریخ و سیر معتمده، هر چند مؤلف آنها از اهل سنت باشد. دوم: به " اصل عدم تغییر ". یعنی هر زمینی را که امروز، مسلمین، اراضی خراج میدانند و معاملات مفتوح عنوه می کنند، به ضمیمهء اصل عدم تغییر، ظن حاصل می شود که مفتوح العنوه بوده یا از مطلق اراضی خراجیه بوده. اما کلام در شرط آن، که به اذن امام بوده [یا نه :] تکیه به صحیحهء محمد بن مسلم، و آنچه در معنی آن است می باشد. که حضرت باقر (ع) فرمود که " ارض سواد امام ۲ ارضین است و جناب امیر المؤمنین (ع) با آن معاملهء مفتوح العنوه میکردند. پس سایر زمین‌ها هم مثل آن خواهد بود ."

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱: ارض سواد: سر زمین پر: پر از آبادانی و عمران و کشاورزی: و پر جمعیت. طول این سرزمین را " از جنوب موصل تا عبادان - آبادان - " تعیین کرده‌اند و مرز شرقی آن کرکوك و عراق عجم، است، یعنی حدود شرقی آن، همان ارتفاعات زاگرس می باشد. و حد غربی آن یك خط (تقریبا) مستقیم، عمود قائم از موصل تا فرات است که قدری هم از فرات میگذرد. اگر با اصطلاح دقیق جغرافی سخن بگوئیم، ارض سواد، آن بخش سرزمین عراق و بین النهرین است که تنها از ۱۰۰ تا ۲۵۰ متر از سطح دریا بالاتر است و سایر قسمت‌های عراق ارض سواد نیست، همه شهرهای بزرگ عراق در ارض سواد قرار دارند غیر از کرکوك و موصل. طول این سرزمین حدود سه برابر ارض آن، می باشد. ۲: وسائل: ج ۱۱ ص ۱۱۷، ابواب جهاد العدو، باب ٦٩ ج ۲

و باغ، دیگری در آن می تواند تصرف کرد یا نه؟ -؟ و آیا اگر کسی خانه یا باغی در آنها ساخته باشد و وقف کرده باشد، بعد از آنکه خراب شد و قلیل آثاری باقی باشد، دیگری می تواند آباد کند و مالك شود یا نه؟ -؟،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: اولا بدان که :از اخبار بر میآید که ائمه ما (ع) رخصت دادهاند از برای شیعیان، خانه ساختن و زرع کردن و غرس کردن اشجار و امثال آنها را. و حکایت خراج دادن، غیر بنای این امور گذاردن است. و ظاهرا در بنای این امور اذن امام شرط نباشد در حال غیبت، اگر چه اولی اذن خواستن است از مجتهد عادل. اما خراج آن را: پس اگر در تصرف مخالفین است و ایشان به کسی بدهند کافی است. و در جواز تصرف اذن ایشان کافی است. و الا ۱، پس ظاهر این است که باید به اذن مجتهد عادل به مصرف آن برساند. مگر اینکه سلطان جایز ۲، آن را از او بگیرد. بلکه در صورت تغلیظ] - تسلط]، نسخه بدل - مخالفین هم، اگر تواند که از ایشان منع کند و به اذن مجتهد عادل به مصرف رساند، لازم باشد. چون او نایب امام عادل است در امور بزرگتر از این، چه جای مثل ۳ این. و آنچه مشهور است که بدون اذن جایر تصرف نمی توان کرد (بلکه بعضی دعوی اجماع بر آن، کردهاند) این، " علی الاطلاق " معتمد حقیر نیست. و اما اذن سلطان جور شیعه، پس در آن اشکال عظیم است. و ظاهر اکثرین، اطلاق سلطان جود است اگر سلطان جور شیعه هم باشد. و صاحب مسالك در آن اشکال کرده و آن اشکال در محل است. چون متبادر از اخبار مطلقه، و تصریح بعضی آنها، حکم مخالفین است. و اصل عدم جواز است. بلی، آن علتها و تنبیهات که از بعضی اخبار مثل صحیحه ٤ عبد الله بن سنان و روایت ابی بکر حضرمی (که سند آن معتبر است) بر میآید،

۱و ۲: یعنی: اگر در تصرف جایر مخالف نباشد و در تصرف جایر شیعی باشد. ۳: این جمله اساس اعتقاد میرزا به " ولایت فقیه " را، در حد گسترده و وسیع، به معنای حکومت کامل میرساند. ٤: وسائل: ج ۱۱ ص ۱۲۱، ابواب جهاد العدو، باب ۷۲ ج ۳

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

عموم است. و در اخبار مذکور است که اگر قائم ما بر خیزد حصهء شما بیش ۱ از این می شود که به شما میدهند. که فهمیده می شود که علت در حلیت آن، همین است که به حق خود رسیدهاند،. و همین اشکال در مسئله وضع خراج در زکات وارد است .و متبادر از اخبار نیز در آنجا از " وضع خراج سلطان "، سلطان عادل است یا مخالفین. و با وجود این باز مشهور فرقی نگذاشتهاند. پس با ملاحظهء فتوای مشهور علما، و اشاره و تنبیه این دو روایت، و امثال آنها، قوی است قول به تعمیم. خصوصا به ضمیمهء نفی عسر و حرج. و هر گاه ضمیمه شد به این، اذن مجتهد عادل، امر آسانتر می شود. و در مسئله " وضع مؤن " علاوه بر این، احتمال اینکه دادن خراج غالبا موقوف علیه زراعت است، پس آن، از وجهی مؤن است (مشهور علما تجویز وضع آن، کردهاند) در زکات هم هست. و اقوی نزد حقیر هم، آن است. و اما بیع و شری کردن این زمینها: پس آنچه اقوی است در نظر حقیر (و ظاهرا مشهور است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بین علما بلکه بعضی دعوی عدم خلاف کرده‌اند) این است که جایز است بیع آنها - ببعا لا ثار المتصف - هر چند آن اثر، محض عمارت و شیار کردن زمین باشد. پس جایز است خرید و فروش و اجاره و وقف کردن، مادامی که اثر تصرف باقی است. و این مقتضای جمع میان اخبار است که بعضی دلالت بر منع [این] تصرفات دارد، و بعضی دلالت بر جواز دارد، و بعضی دلالت دارد بر جواز با اشاره به علت آن، که فرموده‌اند جایز است به جهت اینکه حق خود را متصرف شده. و بعضی از آن فهمیده‌اند معنی " حصهء خود " را که مراد بیع رقبهء زمین باشد. و این ۲ دور است بلکه مراد این است که استحقاق منافع خود را (که از تصرف حاصل شده) می فروشد. و اطلاق بیع بر آن یا مجاز است و مراد صلح کردن باشد، یا بیع معنی عامی

۱: حدیث عبد الله بن سنان مذکور. ۲: این خود جای بحث و اختلاف است که آیا در صورت حضور امام (ع) زمین‌های خراجی بین مسلمین تقسیم می شود؟ تا کسی بتواند حصهء خویش را بفروشد یا نه؟ -؟ تا چه رسد بر عصر غیبت که فردی مثلا از باب " تقاص " حصه خود را بر دارد و رقبهء آن را بفروشد

دارد که شامل این هم باشد. و به هر حال، اینها در وقتی است که معلوم باشد که ارض مفتوح العنوهء محیاتی بوده که در آن تصرف شده. اما اگر محتمل باشد ملکیت واقعی، مثل اینکه میبینیم از آن املاك را در تصرف کسی، و محتمل باشد که موات بوده، و در غیبت امام آن را احیاء نموده باشند و دست به دست به او رسیده باشد. یا به عنوان خمس غنایم منتقل شده باشد به کسی و دست به دست به او رسیده باشد. پس ظاهرا در آن اشکال نباشد. غایت امر این است که داخل " شبهه " است. و حدیث صحیح ناطق است به اینکه " کل شیی فیه حلال و حرام فهو لك حلال حتی تعرف ۱ الحرام بعینه ". پس هر گاه آن عمارت خراب شود از ملك مالك بیرون نمیرود ۲ و کسی در آنها تصرف نمی تواند کرد. خواه وقف باشد و خواه غیر وقف. بلکه در قسم اخیر هر گاه موات هم شود مادامی که " معروف المالك " است احیای آن نمی توان کرد بدون اذن مالك. و بدان که: در حکم مفتوح العنوه است اراضی صلح. یعنی انکه کفار صلح کرده‌اند با مسلمین به این نحو که زمین از مسلمین باشد، آن نیز داخل اراضی خراجیه است و احکام آنها بر آن جاری است .

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

۱: وسایل: ج ۱۷ ص ۹۱ - ۹۰، ابواب الاطعمة المباحة، باب ٦١ ح ۱. ۲: این فتوی و همچنین فتوائی که در سه جمله بعد میآید، بر اساس این است که " ارض خربه " و " موات بالعرض " هرگز از ملك مالك خارج نمی شود. و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دلیل آن را " عدم ناقلی از نواقل ملك " ذکر کرده‌اند. لیکن، مسئله، مورد اختلاف است و دلیل مخالفین عبارت است از: الف: هنوز اول بحث است که آیا ملکی باقی مانده تا نیاز به ناقل باشد، یا با عروض خرابی، و موات، دیگر ملکیت مالك باقی نمانده؟ -؟ ب: حدیث ابو خالد کابلی و امثال آن تصریح دارند که با عروض خرابی و موات، ملکیت از بین میرود. و آنچه در حدیث سلیمان بن خالد آمده که " فلیؤد حقه "، مراد ابزار آلات یا مثلا یك درخت است که از مالك قبلی به جای مانده که باید احیاء کننده) مالك بعدی) به او تحویل بدهد. (وسائل: احیاء الموات، باب ۳ ح ۲ و ۳)، در جلد اول بطور مشروح بحث گردید

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

جواب: مشهور علما در صورت ثبوت دروغ یا غلط او در مقدار رأس المال، (و همچنین در جنس قیمت، یا وصف آن) این است که مشتری مختار است ما بین فسخ معامله و رد مبیع و اخذ ثمن، و ما بین امضای مبایعه به همان قیمت که گرفته است. به سبب غرر و تدلیس. و بعضی گفته‌اند که می تواند متاع را نگاه دارد و اسقاط زیادتی و ربح آن را بکند .مثلا گفته بود که متاع را به ده تومان خریده‌ام و به یازده تومان می فروشم و بعد معلوم شد که به نه تومان خریده بوده است، یازده هزار دینار پس میگیرد و نه تومان و نه هزار دینار را به بایع میگذارد. چون مقتضای بیع مرابحه این است. و این قول ضعیف است به جهت آنکه عقد به این قیمت واقع نشده. و بنابر این قول، آیا لازم است بر مشتری که قبول این معنی بکند -؟ یا اختیار دارد که فسخ کند -؟ در آن دو احتمال است. اول، لزوم است. زیرا که رضای او به قیمت کثیر، مستلزم رضای او است به قیمت اقل به طریق اولی، پس تراضی بر آن واقع شده و بیع لازم است. و [دوم] احتمال دارد که خیار از برای او ثابت باشد. و می تواند شد که غرض صحیحی داشته در قیمت اکثر، که در اقل یافت نمی شود. مثل آنکه موصی وصیت کرده بوده که غلامی بخرد به ده تومان و آزاد کند، به آن سبب راضی بود. الحال که قیمت آن، نه تومان شده مطلب او حاصل نمی شود و فسخ می کند. و بدان که: بنا بر قول اول (که اظهر و اشهر است) اظهر این است که شرط نیست در خیار فسخ بقای متاع در دست مشتری. پس هر گاه تلف شده باشد یا بر وجه لازمی به غیر منتقل شده باشد یا مانعی از او به هم رسیده باشد (مثل اینکه آن کنیزی بوده و از او فرزندی به هم رسانده باشد) باز اختیار فسخ باقی است. به استصحاب حالت سابقه .پس

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تالف یا قیمت آن را رد می کند، و [یا] غبن قیمت یا عوض آن را پس میگیرد .و اما ترك ذکر اجل (که بایع به نسیه خریده بود و [باید] به مشتری میگفت که نسیه خریده‌ام.): پس مشهور در آن نیز صحت بیع است. بلکه ظاهرا خلافی در صحت آن نیست. و بعد از حکم به صحت، خلاف کرده‌اند در ثبوت خیار. مشهور این است که خیار ثابت است از برای مشتری ما بین فسخ و قبول به همان قیمت. و از نهایهء شیخ، و ابن براج و ابن حمزه، حکایت شده است قول به اینکه از برای مشتری هست مثل آن مدت از اجل. و صاحب کفایه هم این را پسندیده به جهت دلالت چند روایت بر آن، که از جملهء آنها حسنهء ۱ هشام بن حکم است. به سبب ابراهیم ۲ بن هاشم " - عن ابی عبد الله - ع - فی الرجل یشتری المتاع الی اجل؟ فقال: لیس له ان یبیعه مرابحة الا الی الاجل الذی اشتراه الیه، فان باعه مرابحة و لم یخبره فکان للذی اشتراه من الاجل مثل ذلك ۳ ". ودر روایت دیگر هم هست که سند آنها هم خالی از قوت نیست اگر چه " صحیح " نیستند. و این روایات مخالف قاعدهء ایشان است و مخالف عموم کتاب و سنت. و تخصیص آن عمومات به مثل این اخبار مهجوره، کمال صعوبت دارد. و آخوند ملا

۱، ۲، ۳:محقق قمی این حدیث را از مقام " صحیحه " به مقام " حسنه " تنزل داده و دلیل آن را حضور " ابراهیم بن هاشم " در سند، دانسته است. قبلا نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه‌اش این است: معمولا اصحابی که از " کوفیین " بوده‌اند و به میان " قمیین " مهاجرت کرده‌اند تضعیف شده‌اند از آن جمله سهل بن زیاد و برقی و تعدادیگر. و ابراهیم بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین (رضوان الله علیهم) که رسما تضعیف نشده و لیکن رسما و تصریحا، توثیق هم نشده است. امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف‌های مذکرو؟ معیار ضعف نامبرگان نمی شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم. ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله " به سبب ابراهیم بن هاشم " در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق " محمد بن اسماعیل بندقی " نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می گوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، " حسن " می شود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمی شود و حدیث در :وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب ۲۵ ح ۲

Translation Bureau .IRS

احمد (ره) قولی به " تفصیل " نقل کرده که اگر در حین بیع ذکر نقد و نسیه هیچکدام نشده باشد، پس به مقتضای اخبار باید عمل کرد. و اگر قید نقد حال باشد عمل به قول مشهور باید کرد. و اخبار را حمل کرده‌اند بر صورت سکوت از نقد و نسیه. چنانکه ظاهر روایات است. و این تفصیل هم منافی قاعدهء مسئلهء ایشان است. که اطلاق در بیع منصرف می شود به حال. و اینکه ذکر حلول از باب تاکید است.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

جواب: این مسئله را در کتاب " حجر و تفلیس " بیان کرده‌ام در همین مجموعه، به آنجا رجوع کنند.

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

جواب: اما سئوال از حال جهالت مبیع، هر گاه ثابت باشد جهالت بایع یا مشتری یا هر دو. اظهر بطلان است. و ضمیمهء اراضی معلومه به آن، منشء صحت نمی شود. چنانکه در مسائل سابقه، تحقیق کردیم ۱ که بیع مجهول با ضم ضمیمه، وقتی صحیح است که مقصود از ضم ضمیمه، فرار از جهالت باشد، و حیله در تصحیح معاملهء مجهول، باشد و سفهی لازم نیاید، نه در صورتی که هر یك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بالاستقلال جزء مبیع، باشند. چنانکه در ما نحن فیه، چنین است. و اگر فرض شود در صورت سئوال هم (که قنات مجهول را فروخته) ضم اراضی معلومه به قصد فرار از جهالت قنات بوده) در نزد عقلاء هم سفاهتی از آن لازم نیاید) هم، صحیح است. و اما دعوی غبن: پس آن، بعد ثبوت شرایط آن (یعنی جهالت بایع به قیمت آن وقت، و ارزش داشتن مبیع در حین بیع، به زیاده از آنچه عرفا مسامحه می کنند) مسموع است .ولکن مفروض این است که صلح کرده‌اند و به سبب صلح ساقط می شود. و اگر دعوی در " غبن در صلح غبن " باشد، پس اگر غبن در صلح به حدی است که در متعارف صلح غبن، به آن منصرف نمی شود، دعوی مسموع است. و الا، فلا. و چاره در

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۷٤ همین مجلد

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

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

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

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

حال رقیت بوده است در این وقت دعوی او را میشنوند و به مقتضای بینه و یمین حمل می کنند، به هر نحو که مرافعه اقتضای آن کند) و اگر تکذیب مولی کند، پس قول مولی مسموع نیست. و حکم می شود به آزاد بودن آن مملوك. مگر اینکه مولی بینه بیاورد بر رقیت او. و هر گاه عاجز شود می تواند مملوك را قسم بدهد. و دلالت دارد بر آن صحیحه عبد الله بن سنان: " قال: سمعت ابا عبد الله (ع) یقول: کان امیر المومنین (ع) یقول: الناس کلهم احرار الا من اقر علی نفسه بالعبودیة و هو مدرك من عبد اوامة. و من شهد علیه بالرق صغیرا کان او کبیرا .۱ " و هر گاه ساکت باشد از تصدیق و تکذیب، پس علامه در تذکره گفته است که حکم آن حکم تکذیب است، یعنی قول مالك به رقیب مسموع نیست الا به بینه. و در مسالك از تحریر نقل کرده است قول به تقدیم ظاهر ید را. و آنچه در نظر حقیر آمد در تحریر در کتاب عتق گفته است " و لو کان العبد یباع فی اسواق المسلمین و ید المالك علیه جاز شرائه ولا یقبل، دعواه الحریة الا مع البینه ". و نسبت این قول به او در وقتی خوب است که حرف " واو " در " وید المالك " به معنی " او " باشد. و دلیل قول اول صحیحهء عبد الله ۲ بن سنان است که اصل در مردم حریت است مگر اینکه اقرار کند عبد به رقیت یا بینه باشد بر آن. و دلیل قول دوم این است که ذو الید است و دعوی امری می کند و در برابر، منازعی نیست. چنانکه کسی ادعای زوجیت زنی کند یا مالکیت مالی، و کسی مزاحم او نشود. و در مسالك ترجیح داده است این قول را، و این قول خالی از قوت نیست. به جهت آنکه ید علامت ۳ ملك است خصوصا با ادعای ملکیت .

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

و اما اصالت حریت (که از صحیحهء عبد الله بن سنان مستفاد می شود ۱) بلا شك مخصص ۲ است به اقرار و بینه چنانکه حدیث ناطق است به آن. و شبهه نیست که مخصص، منحصر در آن دو امر ۳ نیست زیرا که هر گاه از خارج علم ٤ به هم رسد به رقیت از غیر جهت اقرار و شاهد، یا آنکه مشاهده شود که مکرر در بازارها خرید و فروش می شود، حکم به رقیت می شود. و حال آنکه نه از باب شاهد است و نه اقرار .پس معلوم شد که مراد مجرد تمثیل است. یعنی اصل حریت است مگر به یکی از طرق مثبتهء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

خلاف آن. و یکی از آنها ید ٥ و تصرف است بـه ضـمیمهء دعـوی مـسلم و قـول او بـه رقیـت کـه محمـول است بر صدق مادامی که منازعی از برای آن نباشد. و هر گـاه کلمـهء " واو " در تحریـر بـه معنـی " او " نباشد هم، می توان گفت که تکیهء او به

١: اگر حدیثی هم وجود نداشت " اصالت حریت " مسلم بـود و هـست. ٢: ایـن بیـان شـگفت انگیـز اسـت زیـرا هـر اصالت " بدون استثناء همراه با " الا " و " مگر " است و ایـن را " تخـصیص " نمـی گوینـد. پـس نتیجـهای کـه از ایـن استدلال گرفته می شود قابل اشکال است. ٣: کسی که این حدیث را میپذیرد ناچار است که " انحصار در دو امر " را بپذیرد زیرا اصالت حریت، نیازی به حدیث و تشریع شرع ندارد. و اگر این حـدیث تنهـا در مقـام بیـان اصـالت حریـت باشد مشمول " توضیح واضحات " و (نعوذ باللّه(، "لغو " میگردد. پس لابد پیامی دارد و در مقام " جعل " یك حکـم و بیان یك امر لازم، است و اساسا این حدیث غیر از منحصر کردن به " دو امر " نقشی ندارد. ٤ :این صورت، از موضوع بحث خارج است زیرا " علم " بر " اصـالت "، " ورود " دارد .نـه اینکـه " مخـصوص آن " اسـت. و همچنـین مـشاهدهء خرید و فروش مکرر او، در بازارها. و مسئله " ورود " غیر از مسئله " تخصیص " است. ٥: و ید و تصرف در اینجا نمی تواند بر " اصالت حریت "، ورود، داشته باشد زیرا چنین چیزی نفی اصالت می شود. اگر ید و تصرف و ادعای مسلم کوچکترین تأثیری داشته باشد دیگر معنائی برای " اصالت حریت " نمیمانـد. یعنـی در هـیچ جـا و در هـیچ شـرایطی محلی برای این اصل نمیماند. و اگر گفته شود محل و کاربرد این اصل در جائی است که فردی که عبودیـت او مـورد ادعا است سکوت را بشکند و ادعا حریت بکند. می گـوئیم پـس در آن صـورت چـه تفـاوتی میـان انـسان کـه مـورد " اصالت حریت " یعنی " اصالت عدم ملکیت " است و میان اموال و اشیاء دیگر که مـورد " اصـالت ملکیـت " هـستند میماند؟ بلی در جائی که شخصی ادعای حیازت مباحی را بکند و شخص دیگـر بـا او نـزاع کنـد، یـد و تـصرف و قـول مسلمی که مدعی حیازت است، دلیل مالکیت او می شود زیرا در اینجا با " اصالت اباحـه " رو بـه رو هـستیم ولـی در مورد انسان با " اصالت حریت ". حقیقت این است که " سکوت " موجب سستی " اصالت حریـت " نمـی شـود زیرا ممکن است فرد مذکور یك طفل خرد سال، باشد

نهضت ترجمه
Translation Movement

ید، است. که آنچه در سوق فروخته می شود و امام (ع) حکم به رقیت به سبب ید مالك کرده است، با وجود اینکه روایت حمزه بن حمران که حکایت " شراء در سوق] " در ان] مذکور است و لفظ " یباع فـی الاسواق [در آن] موجود نیست که دلالت داشته باشد بر تحقق بیع بالفعل، خصوصا بـر سـبیل مکـرر و تعدد. چنانکه ظاهر لفظ " یباع " است. پس آن حدیث شریف هم دلیل بر این قول می تواند شـد.. و هـر گاه این معنی را اعتبار بکنیم، پس دلیل ان صورتی که بیع تحقق پذیرفته باشد هم، موجود نیست. چون حدیث، ناطق به آن نیست. و در آنجا هم می توان گفت که اصل حریت است، وید دلیل ملکیت نیـست. و بدان که: کلام فقها در اینجا مطلق است و تـصرح بـه حکـم در صـورتی اسـت کـه قبـل از بیـع، مملـوك ادعای حریت کرده بوده است و این معنی به ثبوت نرسیده است. ولکن [اگر] در حال بیع سـاکت بـوده است از تصدیق و تکذیب] علما تصریح به حکم آن نکردهاند.] دور نیست در اینجا ترجیح حریـت بـدهیم. چون ظاهر این است که صحیحه عبد اللّه بن سنان شامل آن باشد. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود کـه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هر گاه مملوك طفلی باشد و ید کسی بر آن نباشد، و کسی مدعی ملکیت آن باشد. جایز است خریدن آن. و در تذکره اشکال کرده است در آن و ترجیح حریت داده است. و آخوند ملا احمد (ره) میل به جواز کرده. و این مقتضای کلام تحریر است .و اما هر گاه آن طفل بالغ شود و ادعای حریت کند، پس آخوند ملا احمد (ره) گفته است که ظاهر این است که اشکالی نیست در قبول دعوی حریت، بدون بینه. و این سخن مشکل است با وجود تجویز خریدن طفل که در تحت ید متصرف باشد، و استصحاب صحت بیع، و شمول صحیح عبد الله بن سنان این صورت را هم، محل تامل ۱ است. و ظاهر عبارت تحریر در کتاب بیع که گفته است که " ولو اشتری عبدا فادعی الحریة لم یقبل الا بالبینه " شامل این صورت هم هست. و بنابر این، قوت آنچه

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

پیش گفتیم (که هر گاه قبل از بیع ادعای حریت کرده بود و در حین بیع ساکت بود، اظهر حریت است) ظاهر می شود. بلکه آن، اظهر از این خواهد بود. هر گاه دانستی این مقدمات را، پس بر میگردیم به صورت سئوال. و می گوئیم: در صورتی که کنیزی در دست مسلمی باشد و بفروشد. اقرار بایع به اینکه آن کنیز " مطیع الاسلام " بوده، مسموع نیست، بعد از اقرار به کنیز بودن آن. چون اقرار بر غیر ۱ است. و همچنین ساکت بودن کنیز ضرر ندارد به صحت بیع، علی الاظهر. و هر گاه بعد از انعقاد بیع با شرایط ادعا کند آن کنیز حریت را، اظهر عدم سماع قول او است. و اما هر گاه به ثبوت برسد که قبل از بیع ادعای حریت کرده بوده و در حین بیع ساکت باشد، اظهر حریت او است. خواه بعد از بیع ادعا بکند یا نه. و اگر در حالت بیع ادعا کند حریت را، حکم آن حریت کنیز است. و بدان که: مراد از " ادعای مملوك حریت را " این است که علی الاطلاق دعوی کند. و اما اگر بگوید که " مملوك مولائی بودم اما آزادم کرد. " در اینجا اشکالی نیست که محتاج است به بینه و اثبات .

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

۱۰۰- سوال: هر گاه کسی ملکی را که پادشاه غصب کرده است و در تصرف او است به عنوان بیع شرط، بفروشد به دیگری، و آن شخص هم می خرد به امید اینکه بلکه تواند به رشوه دادن و واسطه قرار دادن، استخلاص کند، و آن بیع لازم شود. بعد از آن مشتری سعی کند و به رشوه و خسارت، آن ملك را استخلاص کند. بعد بایع دعوی خیار غبن کند. آیا آن دعوی مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب: شرط است در صحت بیع، اینکه مبیع مقدور التسلیم باشد (و اجماع بر آن نقل کرده‌اند) مگر در بیع " آبق " با ضمیمه، و بعض مواضع. و علاوه بر اجماع، ظاهرا غرر و سفاهت هم لازم میآید. پس اصل بیع که صحیح نباشد دیگر دعوی غبن و غیر ذلك بر جا نمیماند. و شکی نیست که ملك شاهی، بالفعل مقدور التسلیم نیست .

۱۰۱- سوال: هر گاه زید قدری نیل دارد. و در قزوین موجود و در تصرف او باشد .و وزن آن معین و به وصف تام رافع جهالت، بفروشد به عمرو، در بلدهء رشت به قیمت معینه در مدت معینهء معلومه. و شرط کند که نیل مزبور را در بلدهء قزوین تسلیم مشتری نماید. آیا چنین بیعی داخل کدام یك از اقسام بیع است؟ آیا داخل نسیه است و صحیح است -؟ یا داخل بیع غیر موجودین، و باطل است -؟. اگر داخل " مؤجلین " است (چنانکه بعض معاصرین می گویند) پس چه معنی دارد کلام فقها (رضوان الله علیهم) که " اطلاق العقد یقتضی تسلیم المبیع و الثمن. و لو امتنعا اجبرا" ؟ و چند قسم بیع از " عدم اطلاق " منشعب می شود؟. و اگر داخل نسیه و صحیح است (چنانکه بعضی قائل به آنانند) پس بیع مؤجلین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

که آن را " کالی بکالی " می گویند، کدام است؟ شقوق مسئله را به نحوی که در نظر عالی محقق و مبرهن است با دلیل مشروحا لطف فرمائید.

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

کلی، نیست که در ذمه باشد. و قیمت آن در ذمه است که بعد مدت معینه بدهد .و قول بعضی معاصرین شما بی وجه، است. به جهت آنکه مراد از بیع مؤجلین که آن را کالی به کالی و دین به دین می گویند، آن است که ثمن و مثمن هر دو " کلی " باشند و در ذمه باشند. بلکه تحقیق این است که باید که قبل از وقوع عقد، ثابت در ذمه باشند. و از اینجا است که ما تقویت میکنیم قول کسی را که تجویز کرده است در بیع سلف اینکه قیمت مقبوض، دینی باشد که مشتری در ذمهء بایع ۱ داشته بوده است. به جهت آنکه مبیع بعد از عقد، دین می شود بر ذمهء بایع و قبل از آن دین نبود. و مفروض این است که در اینجا نیل مذکور نه دینی بوده قبل از عقد و نه بعد. اما قبل، که ظاهر است. واما بعد، به جهت آنکه نیل عین موجود است نه دین در ذمه. بیش از این نیست که حاضر نیست.. واحدی شرط نکرده است در صحت بیع حضور مبیع را. بلکه جایز است بیع مبیع غایب. و آنچه استثناء شده است در اینجا عدم قدرت بر تسلیم است بالفعل. و آن نیز مضر نیست علی الاظهر. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده‌اند، بلکه ضرورت. پس همینکه قدرت بر تسلیم هست فی الجمله کافی است. مثلا هر گاه بایع اسب معین معهود خود را که در خانه دارد هر گاه در محلی بفروشد به کسی که مسافت دو فرسخ ما بین باشد (و عدم قدرت بر تسلیم به همین جهت است که موقوف است بر اینکه برود و از آنجا ببرد و مانعی دیگر نیست) کسی نمی گوید که فاقد شرط است که قدرت تسلیم باشد، و باطل است. بلکه صحیح است و دو فرسخ و دو منزل فرقی ندارد. و شقوق اقسام بیع همان چهار قسم معهود است که در کتب فقها مذکور است یعنی اقسامی که به سبب ملاحظهء تعجیل ثمن و مثمن و اطلاق، حاصل می شود. و اگر تفصیل مقام خواهی، تفصیل این است که بیع به ملاحظه تعجیل ثمن و مثمن و تاخیر آنها چهار قسم است: بیع نقد که ثمن و مثمن هر دو معجل باشند. و بیع کالی به کالی

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ٦٥ همین مجلد

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱: نسخه بدل: حالی. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳٦٦، ابواب احکام البیع، باب ۱ ح ۲

هم، ثبوت خیار را واجب دانسته چنانکه مقتضای قاعده شروط است. و خوب گفته است. اما قسم دوم: که بیع کالی ۱ به کالی، است: پس آن باطل است بلا خلاف. و لکن اشکال در معنی آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می شود که فرمودهاند که " لا یباع الدین بالدین " این است که ثمن و مثمن هر دو در حال بیع، ۲ دین باشند. نه اینکه به سبب بیع دین بشوند. پس هر گاه زید بفروشد پنج تومان طلبی [را] که از عمرو دارد به عمرو، در عوض پنج تومان طلبی که عمرو از بکر دارد .این جزما ۳ بیع دین به دین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و کالی به کالی است. و اما هر گاه پنج تومان طلبی که از عمرو، دارد بفروشد به او به پانصد من گندم که

۱: اصطلاح " کالی بکالی " در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد و آنچه هست " دین بدین " است آنهم تنها یك حدیث در مورد آن آمده که باز در سلسلهء سند آن " طلحه بن زید " هست که از اهل سند است - وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۱۵ ح (۱.) بنا بر این اصل تحریم بیع کالی بکالی یا دین بدین، بر اساس یك سری احادیث نبوی (ص) است که از طریق غیر اهل بیت (ع) نقل شده‌اند و علمای شیعه هم پیام آنها را در قالب " کلی " پذیرفته‌اند و بدان عمل کرده‌اند. ۲: طریحی در " مجمع البحرین " کالی بکالی را چنین معنی کرده است: و معنا بیع النسیة بالنسیة، و بیع مضمون موجل بمثله. وذلك کان یسلم الرجل الدرهم فی طعام الی اجل فاذا حل الاجل، یقول الذی حل علیه الطعام، لیس عندی طعام ولکن بعنی اباه الی اجل. فهذه نسیئة انقلبت نسیئة. نعم او قبض الطعام وباعه اباه لم یکن کالیا بکالی. بنابر این، صورت مورد بحث، نه تنها مشمول بیع کالی بکالی است بل بارزترین مصداق آن است و طریحی ریشهء مردمی این اصطلاح در عصر قبل از تحریم، را بیان می کند. ۳: این " جزم " از نظر فرهنگ فقهی اهل سنت درست است لیکن اگر از دیدگاه تشیع نگریسته شود مشمول بودن چنین معامله‌ای بر تحریم " دین بدین " مورد تردید است زیرا دو حدیث از امام باقر - ع - و امام صادق - ع - وارد شده که بکر می تواند همان مالی را که عمرو، به زید، برای خرید این دین پرداخت کرده، به عمر بپردازد نه اصل دین را. واگر زیاده‌ای مانده باشد مال بکر است .این دو حدیث نه تنها حکم به بطلان نمی کنند بلکه برای آن ترتیب اثر هم میدهند و حکم خاصی برای آن تعیین می کنند. درست است که عمل به این دو حیث دشوار است لیکن وجودشان لا اقل موجب تردید واحتیاط می شود (وسائل: ابواب الدین، باب ۱۵ ح ۲ و ۳.) واین دو حدیث از احادیث نبوی ضعیفتر نیستند. و در نتیجه آن صورتی که میرزا تجویز می کند مصداق دین به دین است

بعد شش ماه دیگر بگیرد، این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد. چون در حال بیع آن گندم دین نبوده بلکه به سبب بیع، دین می شود به گردن او که بعد از بیع به ذمهء او قرار میگیرد و دین می شود. و حرمة آن معلوم نیست. و شاید در قسم چهارم توضیح این مطلب بشود. واما قسم سوم: که بیع نسیه است. که عبارت از این است که متاعی را بفروشد به قیمت معین که آن قیمت را بعد انقضای مدت بگیرد. و باید که مدت باشد. و قابل زیاد و کم نباشد. مثل روز تمام، و یك ماه، و یك سال. و اطلاق ماه و سال، به هلالی منصرف می شود. و تحدیدی از برای مدت در شرع نیست (علی الاشهر الاظهر) نه در جانب اقل و نه اکثر. پس جایز است نسیه فروختن به مدت هزار سال. هر چند " علم عادی " حاصل باشد که آن شخص هزار سال عمر نمی کند. و از ابن جنید قولی نقل شده به اینکه زیاده از سه سال جایز نیست .و آن قول ضعیف است، و مستندی که از برای آن ذکر کرده‌اند، دلالت بر مذهب او ندارد. وسند آن هم اعتباری ندارد. و مدلول آن این است که بیش از دو سال جایز نیست. و به هر حال بر [خلاف] اخبار و اقوال علما است و طرح آن لازم است. و بعضی احتمال حمل بر تقیه داده‌اند. و اما هر گاه مدت را معین نکنند، بیع باطل می شود. به سبب جهالت و غرر. و خصوصا که در

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جانب مبیع هم جهالت حاصل می شود .چون اجل [را] قسطی از ثمن می باشد. و در معنی عدم تعیین مدت است شرط کردن مدتی که قابل زیاد و کم است. مثلا آمدن حاج، یا رفع محصول. و همچنین، هر گاه لفظ مشترکی بگوید مثل ماه ربیع، یا جمادی، یا روز جمعه. و بعضی در این مثال‌های اخیر حمل بر ربیع اول، یا جمادی اول، یا جمعه اول، می کنند چون مسمی به آن حاصل می شود. و این در وقتی خوب است که این مسئله را بدانند که هر گاه اطلاق کنند منزل می شود بر اولین این ماه‌ها و روزها. هر گاه این معنی را ندانند و قصد معنی را نکنند

تصحیح آن بیصورت [می شود]. چون مستلزم جهالت مدت است در حین عقد. و بر فرضی که " حقیقت شرعیه " در آن حاصل باشد هم، کلام ایشان در صورت مجهول بودن واقعه، بر " حقیقت شرعیه " حمل نمی شود. بلی اگر اطلاق کرده باشند و در عرف بلد به آن اطلاق ایشان، منصرف به اول می شود، در صحت آن اشکال نیست. و اما قسم چهارم: و آن را بیع سلف و بیع سلم می گویند: و آن خریدن مال موصوفی است مضمون در ذمه، تا مدت معلومی، به مال موصوفی که حاضر باشد و در مجلس بیع قبض شود .یا در حکم حاضر مقبوض باشد. مثل اینکه حاضر نبود در مجلس بیع و بعد از بیع حاضر کرده به قبض داد پیش از تفرق. از این باب است هر گاه بخرد آن چیز را به دینی که از مشتری طلب ۱ دارد (بنابر قولی) و صیغهء آن که ذکر کرده‌اند این است که مشتری بگوید به بایع " اسلمت الیك - یا - اسلفت الیك هذه الدراهم فی عشرین منا من الحنطة الی انقضاء شهر " مثلا. و " سلفتك " به تشدید لام هم تجویز کرده‌اند. و بعد از آن مسلم الیه که بایع است بگوید " قبلت ". یا آنچه در معنی آن باشد. و هر گاه بایع " ایجاب " را می گوید " بعتك عشرین منا من الحنطة بعشر دراهم الی انقضاء شهر " و مشتری می گوید " قبلت ". یا [بایع [می گوید " اسلمت منك " یا اسلفت منك " یا " تسلفت منك عشرة دراهم فی عشرین منا من الحنطة الی انقضاء شهر " و مشتری می گوید " قبلت ". و از جملهء شروط صحت سلف، آن است که جنس آن متاع را ذکر کند که گندم است (مثلا) یا جو یا غیر آن .و وصف آن را هم ذکر کند به نحوی که رافع جهالت باشد به لفظی که متعاقدین معنی آن را بفهمند. یعنی اوصافی که منشأ تفاوت قیمت می شود. نه مطلق اوصاف مثل

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اینکه بگوید گندم آبی، یا دیمی ۱ یا گندم فلان محل. زیرا که غالب این است که گندمهای بلاد در قسمت مختلفاند. و همچنین گندم دیمی را بهتر از آبی، میخرند. والحاصل: اینکه وصفی که به سبب آن تفاوتی حاصل می شود که در عرف مسامحه در آن نمی کنند، باید مذکور شود. واما اوصافی که تفاوت ظاهری از آن به هم نمی رسد و اهل عرف مسامحه می کنند، ذکر آن ضرور نیست. بلکه گاه است که هر گاه بسیار دقت در وصف کند مثل اینکه " همه دانههای گندم مساوی باشد و گندم ضعیف در میان آن نباشد " و امثال اینها. که منشاء عزت وجود می شود، منشأ بطلان بیع، است. و هر چیزی که اوصاف آن را نمی توان مضبوط کرد سلف در آن صحیح نیست .و از این جهت است که گفتهاند که " سلف در گوشت و نان، جایز نیست " بلا خلاف ظاهری. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چون ضبط مقدار چاقی و فربهی و انواع نان در طبخ و کیفیت آن، متعذر یا متعسر است. و همچنین در پوست (بنابر مشهور) چون عمده در پوست ضخامت و چاقی است و آن به وزن معلوم و مظبوط نمی شود. و از آن باب است مطلق جواهر و مرواریدهای درشت که از برای زینت است. اما مروارید ریز .که از برای دوا است که در آن وصف فی الجمله با اعتبار وزن کافی است. و ظاهر این است که مثل یاقوتهای ریزه که از برای دوا میخواهند، همچنین باشد. بلکه اگر فرض شود در بعضی افراد جواهر که توان تحدید آن کرد، جایز باشد. هر چند درشت باشد. و بالجمله: معیار، همان امکان ضبط اوصاف است. پس در غیر متاع و حیوان و میوهها، در آنها که توان ضبط وصف آن کرد، صحیح خواهد بود. پس در حیوان سن آن، و بودن آن حیوان [از] کدام محل، مثل گوسفند ماده عربی یا ترکی چند ساله، کافی است.. و همچنین، کرباس هشت چلهء عمل قم، بیست ذرعی. و مثل اینها. و فرق میان افراد گوشت و پوست و افراد حیوان، خالی از اشکال نیست، که در آنجاها، تجویز نکردهاند و در حیوان

بهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

۱و ۲: و در نسخه: دهمی

کردهاند. بلی، عمدهء اعتماد، بر اخبار است که در تجویز آن، در حیوان وارد شده. و در منع در گوشت، روایت معللی ۱، هست که دلالت بر حکم پوست هم می کند. و مشهور هم فتوی به این دادهاند. و در خصوص پوست خلافی هست از شیخ که به جواز آن قائل شده نظر به امکان ضبط آن به مشاهده، و بعضی از روایات ضعیفه که در دلالت آنها اشکال هست. و دلیل اول هم ضعیف است. به جهت آنکه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

سلف، بیع در ذمه است و مشاهده در آنجا نیست. ولکن شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که : ممکن است جمع بین سلف و مشاهده به اینکه مشاهده کند جمله را که " مسلم فیه، "در میان آن باشد لا علی التعیین. چنانکه هر گاه بگوید که صد من از گندم این قریه می فروشم در این مدت به این مبلغ. و در عادت هم غلهء آن قریه عیب نمی کند .پس در اینجا هم ملاحظه گلهء گوسفندی که ده من پوست از آن میفروشند جایز خواهد بود. ولکن مشهور خلاف این است. و از جمله شروط، قبض ثمن است در مجلس قبل از مفارقت طرفین. و دعوی اجماع بر آن شده. و ظاهرا خلافی در آن نیست (الا از ابن جنید که جایز دانسته تاخیر تا سه روز را، و این قول مطروح است) پس هر گاه متبایعین مفارقت کنند قبل از قبض ثمن، بیع باطل می شود. و اگر بعض آن را قبض کرده باشند نسبت به آنچه قبض نشده، باطل است و در آن قدری که قبض شده صحیح است. لکن هر گاه به تقصیر بایع نشده، اختیار فسخ دارد. به جهت " تبعض " صفقه ." و خلاف کرده‌اند که آیا جایز است قیمت را از دینی قرار بدهند که از بایع طلب دارد یا نه -؟ مشهور این است که جایز نیست، چون بیع دین به دین است. و بعضی گمان کرده‌اند که صحیحه منصور بن حازم، دلالت دارد بر این. " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یکون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلك. فاتی

۱: وسائل: ج ۱۳ ص ۵۷، ابواب السلف، باب ۲ ح ۱ - تهذیب ج ۲ ص ۱۳۰

نهضت ترجمه
Translation Movement

المطلوب الطالب و ابتاع منه شیئا -؟ قال: لا یبیعه نسیا فاما نقدا فلیبعه " .۱ به تقریب اینکه کلمه " مطلوب " مفعول ۲ کلمهء " اتی " باشد و مراد این باشد که میخواهد در عوض همان طلب، چیزی از او بخرد، و آن حضرت فرمود نقد بفروشد نه نسیه. یعنی سلف نفروشد که قیمت آن را از آن طلب محسوب دارد. و بر این، وارد است که در حدیث، مذکور نیست که میخواهد از او چیزی بخرد که طلب او قصد آن ۳ باشد. و همچنین اطلاق نسیه ٤ بر سلف، غیر ظاهر است. و گمان حقیر این است که این حدیث در مسئله بیع نسیه، وارد است که فقها ذکر کرده‌اند که هر گاه کسی به نسیه چیزی بفروشد و قبل از انقضای اجل خواهد آن را بخرد، جایز است نقدا و نسیتا در غیر صورتی که در ضمن عقد شرط آن کرده باشند. چنانکه احادیث صحیحه دلالت بر آن دارد. و [شاید] قید نسیه در کلام فقها اشاره به همین حدیث باشد که منع نسیه در آن شده. و هر چند این هم خلاف ظاهر حدیث است و محتاج است به تقدیر مضافی یعنی " قیمة طعام او بقر... " ولکن به ملاحظهء حدیث صحیح دیگر که منصور بن حازم روایت کرده ظهور به هم میرساند: قال: قلت لابی عبد الله - ع -: رجل کان له علی رجل دراهم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

من غنم اشتراها منه فاتى الطالب يتقاضاه، قال المطلوب: ابيعك هذا الغنم بدر اهمك التى عندى. فرضى. -؟. قال :لا بأس ٥ بذلك. ". واز اين جهت است كه بعضى اين حديث را در اين مسئله، ذكر كرده‌اند و حمل به كراهت كرده‌اند. و على اى تقدير، حديث خالى از اجمال ٦ نيست. و به آن استدلال كرده در غايت

١: وسائل: ج ١٢ ص ٣٧٣، ابواب احكام العقود، باب ٦ ح ٨ ٢: ميرزا در مسئله ١٣٩ :با موضوعى روبرو خواهد شد كه نيازى به اين فرض ندارد و اگر كلمه " مطلوب " فاعل هم باشد، باز حديث دلالت خود را دارد. ٣: ميرزا كم لطفى ميفرمايد زيرا مطلب خيلى روشن است. ٤: معناى كالى بكالى را از " مجمع البحرين " نقل كرديم كه اطلاق نسيه بر آن عين حقيقت است. ٥: وسائل: ج ١٣ ص ٧٤، ابواب السلف، باب ١٢ ح ٤ ٦: اين حديث از اين جهت كه هم حكم صورت نسيه و هم حكم صورت نقد را بيان مى كند نه تنها مجمل نيست بل مبين و مفصل هم هست. موضوع تقدم و تأخر مفعول و فاعل يك چيز رايج در هر زبان است و كلمه " نسيه " را هم توضيح داديم .بل وسيله وجود اين حديث، حديث دوم مجمل مى شود كه صورت نسيه و نقد را توضيح نداده است .

اشكال است و محقق در شرايع و نافع و علامه در تحرير قائل به جواز شده‌اند. واز تنقيح نقل نسبت اين قول به شيخ شده و خود نيز آن را پسنديده و او هم به همين معنى تكيه كرده كه دين شدن آن، بعد معامله است ١ نه قبل .چنانكه خواهيم گفت. و عمومات هم دلالت بر آن دارد واجماعى كه ادعا شده در لزوم قبض مجلس در اينجا معلوم نيست. و مؤيد آن است روايت احمد بن محمد بن عيسى: " قال: حدثنى اسماعيل بن عمر، انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل انه يبيعه بها طعاما الى اجل. فامر اسمعيل من سئله فقال: لا بأس بذلك .قال: ثم عاد اسمعيل فسئله عن ذلك فقال: انى كنت امرت فلانا فسئلك عنها فقلت " لا بأس " فقال: ما يقول فيها من عندكم -؟. قلت: يقولون فاسد. قال: لا تفعله، فانى ٢ او همت. ". و اخر حديث محمول است بر تقيه. و استدلال مشهور به اينكه اين بيع دين به دين است، ممنوع است به جهت آنكه متبادر از بيع دين به دين، اين است كه قبل از وقوع عقد، عوضين هر دو دين باشند. و در اينجا مبيع قبل از بيع، دين نيست بلكه به سبب بيع، دين مى شود. و اما هر گاه معامله بر ذمه واقع شود و آن دين را ثمن قرار ندهند و لكن بعد از معامله در همان مجلس،، ثمن را از جملهء دين محسوب دارند، پس در اينجا مشهور جواز است. به سبب اينكه در اينجا دين، ثمن واقع نشده چون در عرف، ثمن آن را مى گويند

١: صاحب تنقيح نقل مى كند نقل نسبت اين قول به شيخ را، پس چنين چيزى مسلم نيست. علماى متقدم تا عصر مرحوم محقق (حدود اواخر قرن هفتم هجرى قمرى) همگى صورت مورد بحث را با اطلاق كلامشان حرام

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دانسته‌اند. و تنها محقق و علامه و صاحب تنقیح، این نظریه را داده‌اند که چهارمین آنها مرحوم میرزا است. ۲: وسائل: ج ۱۳ ص ٦٤ ابواب السلف باب ۸ ح ۱ توضیح: علاوه بر اضطراب‌های متعدد در متن حدیث، اسماعیل بن عمر هم واقفی مذهب است و هم توثیق نشده است .

که حرف " با " بر آن داخل شود. و مفروض این است که در اینجا چنین نشده بلکه بعد از وقوع معامله، استیفاء دین خود کرده، و در عوض ثمن محسوب داشته .بخلاف صورتی که حرف " با " بر سر دین در آید. و این از باب آن است که معامله به ذمه واقع شود و بعد از آن در همان مجلس وجه را حاضر کند. و شهید (ره) در دروس در صحت این ۱ هم اشکال کرده. چون این را هم از جملهء موارد بیع دین به دین کرده. و شهید ثانی (ره) بر این ایراد کرده است (بعد از منع صدق بیع دین به دین در اینجا) به اینکه اگر این تمام باشد پس باید در صورتی که بیع را به عنوان اطلاق واقع کند و بعد از آن وجه را در مجلس حاضر کند هم، جایز نباشد. و به هر حال احوط این است که بنا [را] بر مشهور بگذراند و بعد از معامله، محاسبه کنند. و احوط از این همه، حاضر کردن ثمن است در مجلس تا از اشکال دروس هم فارغ باشد. اما دلیلی بر وجوب آنها نیست. وشهید ثانی ودیگران گفته‌اند که محاسبه در جائی ضرور است که ثمن و دین مغایر باشند در جنس و وصف. و اما هر گاه متحد باشند مثل اینکه ده قروش عین، از او طلب دارد و صد من گندم از او می خرد به ده قروش عین، در مدت شش ماه، پس احتیاج به محاسبه نیست. بلکه اینها متساقط می شود قهرا. یعنی این از ذمهء او ساقط می شود و آن از ذمهء این. و ظاهر این است که مراد یا قصد " تقاص " باشد. چنانکه از ظاهر عبارت کفایه هم مستفاد می شود. یعنی در اینجا ضرور نیست قیمت کردن و حساب زیاد و کم، کردن. والا اکتفاء به مجرد مساوات طلب‌ها، در این معنی اشکال است.

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

۱: منظور، آن صورتی است که معامله بر دین، واقع نشده بلکه پس از معامله ثمن را از دین محسوب داشته‌اند. البته صاحب جواهر (ره) نیز همین اشکال را کرده است. رجوع کنید: جواهر: ج ٢٤ ص ٢٩٥ - حکم السلف فی الدین -

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: این معامله ربا است و صورتی ندارد. و تخلص از آن به یکی از حیل ربویه ممکن است. و از جملهء حل آن در اینجا، همین است که ابریشم نقادی نکرده را بفروشد به آن، به مبلغ معینی و آن مبلغ در ذمهء مشتری قرار گیرد. و یك من ابریشم نقادی کرده بخرد. به قیمتی بالاتر و بعد از آنکه دو بیع با اجتماع شرایط صحت به عمل آمد، و آن مال آن شد و این مال این، در آن وقت این ذمه او را بری کند از آنچه میطلبد، در برابر مساوی آنچه از او طلب دارد. و آن هم این را بری کند واین قدر زاید را بگیرد. وعمده در اینجا تصحیح نیت است که میانهء خود و خدا، مقصود فرار از حرام باشد به حلال، و واقع ساختن بیع به قصد اینکه بیع است نه اینکه محض تغییر لفظ باشد. ۱

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

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

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

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: در حقیقت راهی که مصنف نشان میدهد، راه فرار از ربا، نیست بل راه " صحیح انجام دادن معامله " است و با موضوع مسئله شماره ٦ که نظر ابتکاری امام خمینی (ره) در مقابل نظر مصنف شرح داده شد، اشتباه نشود

پنبهء آن. (و امتحان نشده باشد و غرر در آن راه دارد، حتی حلاجها هم نمی توانند بدون ریع نمودن، آن را بدانند) نقد و سلفاش، چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که همین که متعارف است بیع جوزق، و اهل عرف و عادت مسامحه می کنند در جهالت مقدار پنبه و تخم و پوست جوزق، بیع صحیح باشد. و دلیلی بر بطلان آن نیست. بلکه ظاهر این است که بیع شیئ واحد است که جوزق باشد نه پنبه یا پنبه و تحم منفردا، منفردا. از قبیل خربزه و هندوانه و نارو گردو و غیر آنها، است. که جهالت مغز و تخمه و پوست مضر به صحت بیع آنها نیست. و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بسا باشد که در خربزه تخمهء بسیار هست، و مغز نازکی دارد و پوست ضخیمی. و همچنین حال تخمهء نار و انگور و غیر اینها. و به هر حال، اشکال در صحت بیع آن نیست. بلی، اگر مقصود به بیع، پنبه به تنهائی باشد که تخمه و پوست مال بایع باشد، در آن صورت باطل است. و در آن وقت شاید تدبیر توان کرد به ضم ضمیمهء معلومه، در صورتی که غرری لازم نیاید. که آن ضم ضمیمه، محض از راه فرار از معاملهء مجهوله باشد. نه احتراز از غرر. مانند حیل شرعیه که در ربا می کنند. و تحقیق این مطلب گذشت.

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

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

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

باشد، و تلف شود چه صورت دارد -؟.

جواب: ضمان آن بر بایع نیست بلکه از کیسهء مشتری رفته است. و باید قیمت را به بایع بدهد. خواه تلف به فعل مشتری باشد یا از جانب خدا. یا از غیر بایع و مشتری.

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

جواب: هر گاه کسی که از جملهء مصالح عامه مسلمین، نباشد وظیفه گرفتن او (یعنی از باب خراج زمین‌های خراجیه) صورتی ندارد. خصوصا بدون اذن مجتهد عادل. و این فعل منافی عدالت است. و توبه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

او حاصل می شود به استغفار و ندامت بر سلف. و عزم بر ترك. و هر چه بـه مـصرف رسـانیده از آن، بـه مصرف خود، [صحیح می شود - یا - حلال می شود] به اذن مجتهد عادل.

۱۰۹- سوال: هر گاه شخص ظالم جایری، شخص دیگر را ترجمان کرده باشـد و محـصل بـر او گماشـته باشد که تنخواه از او بگیرد. و آن شخص مظلوم از راه اضطرار امـلاك خـود را در معـرض بیـع، در آورد و در عوض پول گرفته و به ظالم داده. آیا آن شخص مظلوم بعد از رفع ظلم می توانـد فـسخ مبایعـه بکنـد؟. و املاك خود را متصرف بشود؟. و ثمن را به مشتری رد نماید؟ یا نه؟.

جواب: مجبور بودن در ترجمان دادن، مستلزم مجبوریت در بیع نیست. گاه هست در آن حال کـه باشـد، به رضا می فروشد که جان خود را خلاص کند. پس هر گاه ثابت نشود که در اصل بیع، مجبور بـوده، بیـع صحیح است. و بایع را سخن در آن نیست.

۱۱۰- سوال: فقها گفته‌اند " اطلاق العقد یقتضی تسلیم العوضین " و مقتضای آن این است که واجـب است بر هر یك که آنچه در دست اوست بدهد. و هر یك می توانند منع از قبض کنند تا دیگری به قـبض بدهد. و قاعده ایشان این است که در عقود

معاوضات مثل اجاره و غیره بلکه در نکاح هم گفته‌اند که زوجه می تواند تمکین ندهد تا مهر را بگیرد هـر گاه مهر مؤجل نباشد. الا ابن ادریس که شرط کرده است در این حکم کـه زوج معـسر نباشـد. و صـاحب کفایه از مسالك نقل کرده که ایراد کرده است بر این کلام، که اگر اجماع ثابـت باشـد، خـوب اسـت و الا می تواند گفت که تکلیف اقتضاء می کند که هر یك آنچه واجب است بر او بـه جـا آورد. و شـهید (ره) در مسئله خیار تاخیر گفته است " لا خیار للمشتری بعد الثلاثة و لا فیها فـی ظـاهر کلامهـم مـع انـه یلـوح منه جواز تاخیر الثمن اذ لم یحکموا باجباره علی النقد ". تحقیق در این سـخن‌هـا چـه چیـز اسـت؟ بیـان فرمایند.

جواب: بدان که: در مسئله بیع، بعد از اتفاق ایشان ظاهرا بر وجوب تسلیم بر هر دو، خلاف کرده‌اند کـه هر گاه تمانع کنند (یعنی هر کدام بگوید نمیدهم تا نگیرم) آیا تقدیم و تاخیری در اینجا معتبر هست یا نه (؟ -؟). مشهور این است که دو طرف مساوی است .به جهت آنکه حق هر یك در نزد دیگری است و هر دو مساویاند در اشتغال ذمه به تسلیم. و هر گاه ممانعت کنند حاکم هر دو را اجبار می کند بـر تـسلیم. و از شیخ و ابن براج و ابن زهره و ابن ادریس نقل شده است قول بـه اینکـه در صـورت تمـانع، حـاکم اولا بایع را اجبار می کند بر تسلیم. زیرا که ثمن تابع مبیع است. واقوی قول مشهور است زیرا که عقـد بیـع که لازم شد، فرقی میان ثمن و مثمن باقی نمیماند. و اما در مسئله اجاره: پس صریح فتاوی ایشان این

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که اجرت به محض صیغه ملك موجر می شود. ولکن واجب نیست تسلیم آن الا بعد تسلیم عین مستأجره، یا به جا آوردن عمل. و ظاهر این است که این مبتنی است بر اینکه به جا آوردن عمل به منزلهء اقباض منفعت است. و همچنین تسلیم عین مستاجره. پس فرقی با بیع نخواهد داشت. و این بیع است زیرا که مقتضای فتوای ایشان وجود تقدیم اقباض موجر است. واما در نکاح: پس دلیل در عدم جواز تمکین زوجه، تا آنکه مهر را بگیرد، اجماع است که از جماعتی منقول منقول است که از جملهء آنها شهید ثانی است. و گفته است که مراد

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

۱: و در نسخه: و لم یقف. ۲: در نسخه: الزوجة لنفسها. ۳: و در نسخه: نوع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است در صورت خوف تلف حق. و اما کلام شهید در دروس: پس آن عبارت متشابهی است و گویا مراد او بحثی است بر قوم یعنی چون فتوای قوم جواز تمانع است از برای استنقاذ حق، پس ۱ در صورت تمانع حاکم اجبار می کند طرفین را بر ادای حق .و با وجود این ظاهر فتوای ایشان در اینجا این است که مشتری در مسئلهء خیار تاخیر، خیاری ندارد که فسخ کند. و نگفته‌اند که باید حاکم او را اجبار کند که ثمن [را] بدهد. پس گویا راضی شده‌اند به اینکه بیع لازم باشد با عدم ادای حق. و اجباری هم نمی کنند او را بر اداء. و این منافی فتوای ایشان است در عقود معاوضه. یعنی هر گاه بایع فسخ نکرد و مشتری هم خیار فسخ ندارد و قیمت را هم نمیدهد پس بیع لازم بر جا است با وجود منع. و اجباری در میان نیست. و آنچه به نظر حقیر می رسد در دفع اشکال ۲ شهید این است که: اعتماد ایشان در این مقام به آن چیزی است که در مطلق عقود معاوضه گفته‌اند. و منافاتی نیست ما بین لزوم عقد و حرمة تمانع. ولزوم اجبار در اینجا همین در خیار فسخ و عدم آن است. و تعرضی به حال اجبار بر تسلیم نیست. باقی ماند کلام در اینکه: هر گاه مراد شهید (ره) این است که تو گفتی پس چرا تخصیص داد بحث را به عدم اجبار مشتری بر ادای ثمن؟ بلکه این سخن در ماده بایع هم جاری است که ظاهر می شود از فتوای ایشان در اینجا که جایز است از برای او تاخیر تسلیم مبیع. چون گفته‌اند که هر گاه تسلیم حاصل نشود از طرفین، خیار فسخ از برای بایع ثابت می شود. و نگفته‌اند اجبار می کنند بایع را بر تسلیم خصوصا در ظرف سه روز. و ممکن است که بگوئیم که: نظر شهید به این است که فرض مسئله خیار تاخیر، در جائی است که تقصیر از مشتری اتفاق افتاده که قیمت را نبرده از برای بایع (چنانکه بعض احادیث این مسئله، دلالت بر آن دارد). و صورت منع بایع ابتداء داخل مسئله

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: در نسخه: و. ۲: نسخه بدل: گفتار شهید

نیست. بلکه مفروض این است که تسلیم نکردن بایع، یا از راه ممانعت مشتری است در دادن قیمت. یا از باب اتفاق [که] بایع تسلیم نکرده و مشتری هم از پی او نیامده. نه از باب تمانع و مناقشه. و این منافات با لزوم تسلیم ندارد، اگر مطالبه از طرفین واقع میشد. و از این جهت است که عنوان مسئله [را] از برای بایع، قرار داده‌اند و گفته‌اند " من باع ولم یقبض المبیع فهو لازم الی ثلاثة ایام ثم له الخیار " پس هر گاه بایع بفروشد مبیع را، و پشیمان شود و به قبض مشتری ندهد و مشتری هم از جهت منع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بایع قیمت را ندهد و مطالبهء مبیع، کند و بگوید " مبیع را تسلیم کن تا من ثمن را تسلیم کنم " و بایع قبول کند. معلوم نیست که فتوای ایشان در اینجا هم ثبوت خیار فسخ باشد از برای بایع. ولکن در کلام ایشان تصریحی به این مطلب ندیدم.

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

جواب: بیع غش (خواه از قبیل آب در شیر کردن باشد یا در تاریکی فروختن) حرام است. و همچنین عمدا فریب دادن و مغبون کردن حرام است. ولکن اصل بیع، فاسد نیست. و منافع آن حرام نیست. و نماز کردن در آن باطل نیست. بلی. خیار، از برای مغبون و مغرور، در فسخ معامله هست .و اما بیع مجهول: پس آن حرام و باطل است. مگر با ضم ضمیمه به تفصیلی که در اوایل کتاب ۱ بیان کردیم. و اما خریدن به واسطه ظالم: پس هر گاه جبر بکند مالك را بر بیع، و به اکراه بفروشد، و بعد از آن اجازه و امضا نکند، هم حرام است و هم باطل. و منافع این دو

۱: منظور از " کتاب " بخش تجارت (کتاب التجاره) است. رجوع کنید به مسئله شماره ۷٤ همین مجلد، که سخن از فروش " ماهی نیزار " است

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

۱۱۲- سوال: هر گاه زید، دو دانگ ملك مشاعی در جملهء شش دانگ ملکی متصرف باشد. و در آن اوقات تصرف، یك دانگ آن را به بیع خیار شرط، به عمرو، بفروشد و نیم دانگ آن را به خالد. و نیم دانگ دیگر، از برای او به جا بماند. و آن دو بیع شرط هر دو به سبب انقضای مدت خیار، و عدم رد ثمن، لازم شوند. و بعد از اینها بکر بیاید و مدعی شود که یك دانگ از جملهء دو دانگ مشاعا مال من است، و این تصرفات غصب بوده. و به ثبوت شرعی برساند حقیت خود را. و به این سبب ظاهر شود که زید در حین آن دو بیع شرط، در نفس الامر مالك یك دانگ بیش نبوده. الحال یك دانگ باقی مال کیست؟

جواب: بدان که :دانگ و نصف دانگ به منزلهء " نصف " و " ربع " است که در اینجا " حقیقت " در مشاع است، نه " معهود ۱ ". پس در صورت مفروضه هر گاه معلوم شود که زید در حین مبایعتن، آن ملك را بالتمام ملك خود میدانسته و جاهل بوده است به اینکه یك دانگ آن، از مال غیر است (مثل اینکه به میراث به او رسیده یا مجموع آن را از مسلمی خریده و نمی دانست که غیری در آن حقی دارد). در این

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صورت بیع حمل بر اشاعه می شود. پس هر گاه بیع یك دانگ، متقدم است، در نصف دانگ " لازم " است .که ربع مجموع است. و در نصف دیگر موقوف است به اجازهء این ثالث و بدون اجازهء[او] باطل می شود. و بیع نیم دانگ که به خالد کرده (بعد از آن) هم در ربع دانگ لازم است که ثمن ۲ مجموع است و در ربع دیگر موقوف است به اجازهء ثالث. و بالفعل ربع دانگ در ملك زید

۱: یاد آوری می شود منظور، دو اصطلاح اصولی (و نیز ادبی) حقیقت و عهد است. اگر معنی و کاربرد " دانگ " را در اینجا " عهد " بگیریم بیع اول که یك دانگ بوده صحیح می شود و چیزی برای معامله نمیماند. ۲: ثمن: یك هشتم. با ثمن به معنای قیمت اشتباه نشود

باقی است. و در این صورت، مشتریان را خیار " تبعض صفقه " حاصل می شود و به مقتضای آن عمل می شود. ظاهر این است که حکم ساهی و غافل هم، مثل جاهد باشد .بلکه حکم عالم غاصب بی پروا که فرق بین ملك خود و غیر نمی کند (و از حال او معلوم باشد که قصد اشاعه کرده است) هم، چنین است. در صورتی که معلوم شود که زید در حین بیع قصد بیع حصهء خود کرده (خواه با علم به استحقاق غیر در این، یا با فرض استحقاق آن) یعنی قصد کند که اگر بالفرض نصف این ملك از غیر باشد من قصد نصف خود دارم. در آن نیز اشکالی نیست. که بیع متعلق به حصهء خود او است و صحیح است. و به مقتضای آن، عمل می شود. و اما در صورت جهالت به حال، یعنی نمیدانیم که حال بایع در آن وقت چه بوده، جاهل بوده یا عالم، متذکر بوده یا غافل. در این صورت اظهر این است که منصرف می شود بیع به حصهء خود او، و بر اشاعه حمل نمی شود. و گمان حقیر این است که مراد اکثر فقها که تنزیل بیع را به حصهء مالك می کنند هم، در صورت جهل به حال واقعه است. نه اینکه در صورتی که معلوم باشد که مالك نمی دانسته که غیر در آن حقی دارد. یا امثال آن نیز حمل شود بر حصهء خود. و در صورتی که بنا به " تنزیل بیع به حصهء خود " شود. هر گاه دانگ مقدم است، تمام یك دانگ مال عمرو است، و مالك و خالد را در آن حقی باقی نمیداند. و هر گاه بیع نیم دانگ خالد مقدم است، نیم دانگ بالتمام مال او است. و عمرو، را خیار تبعض صفقه ثابت است. و از برای مالك چیزی باقی نمیماند . و تفصیل مقام با اشاره به مأخذ و اشکالات در مسئله، این است که: بدان که دانگ و دو دانگ از قبیل ثلث و ربع است. و وضع آن بالاشاعه است و عهدی در آن ملحوظ نیست. پس هر گاه بگویند که نصف خانه یا ثلث خانه، نصف معینی یا ثلث معینی مراد نخواهد بود. بلکه قابل هر یك از دو نصف و هر یك از سه ثلث، خواهد بود. و تا قرینه نباشد، حمل بر نصف یا ثلث معینی نمی شود. و اما هر گاه ضم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شود کلمهء نصف یا ثلث به مثل بیع یا صلح یا اجاره یا امثال آن، و گفته شود که " فروختم نصف این خانه - یا ثلث این خانه را ". پس شکی نیست که مقتضای حاضر لفظ نصف و ثلث، این است که نصف معینی که در جانب خاصی باشد یا ثلث معینی را نخواسته. بلی، اشکال کرده‌اند در جائی که اصل مال، مشترك باشد میان دو نفر (مثلا) بالمناصفه. واحدهما بگوید " بعتك نصف هذا الدار " منصرف می شود به نصف مختص خود بایع، یا به نصف مشاع؟ -؟ و بنابر آخری، در ربع " لازم " است و در ربع مال شریك، " فضولی " است، و محتاج است به اجازه. و از کلمات فقها در این مسئله، چیزی که الحال در نظر هست، یکی عبارت قواعد است. و آن این است که " :ولو باع ملکه و ملك غیره، صح فی ما یملك، و وقف الاخر علی اجازة المالك " تا آنجا که گفته است " ولو باع مالك النصف، النصف انصرف الی نصیبه، و یحتمل الاشاعه، فیقف فی نصف الاخر علی الاجازه ". مجمل استدلال فخر المحققین در شرح آن این است که: اصل در بیع لزوم است. و ظاهر این است که مراد او همان باشد که در مسالك نقل می کند. دوم عبارت مسالك است در کتاب صلح، که در آنجا - بعد از آنکه عبارت محقق را نقل کرده که " ولو ادعی اثنان دارا فی ید ثالث بسبب موجب للشرکة ۱ فصدق المدعی علیه احدهما و صالحه علی ذلك النصف بعوض، فان کان باذن صاحبه صح الصلح فی النصف اجمع، فکان العوض بینهما. و ان کان بغیر اذنه، صح فی حقه خاصه. اما لو ادعی کل واحد منهما النصف من غیر سبب موجب للشرکة لم یشترکا فی ما یقربه لاحدهما " - شرح این دو عبارت را و توضیح مطلب از آنها را کرده .و حاصل آن این است که: در صورت اول که اشتراك آن دو نفر در آن مال ثابت شده به اقرار خود ایشان (به

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: و در نسخه: الشرکة، ش

موجب شرکت که میراث است مثلا) و اینکه ذو الید اقرار را مختص یکی از آنها کرد، نفی حق دیگری را نمی کند. پس هر گاه " مقر له " صلح کند با ذی الید بر آن نصف " مقربه "، پس اگر به اذن شریك است، صلح صحیح است در تمام نصف به تمام عوض. و آن عوض مشترك است بینهما. والا، پس صحیح خواهد بود در حصه مقر له، به نسبت آن حصه از آن عوض. و تتمهء همین نصف مال آن شریك دیگر، خواهد بود. و در صورت دوم، یعنی اینکه یکی بگوید که نصف این، به میراث به من رسیده. و آن دیگری بگوید نصف این را من خریده‌ام. در اینجا اقرار ذی الید از برای یکی از آنها مستلزم اشتراك دیگری نیست

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

با او در آن نصف. و بعد از آن گفته است که " مصنف و جماعتی مطلب را چنین بیان کرده‌اند ". و گفته است: و فیه بحث، لان هذا، لا یتم الا علی القول بتنزیل البیع و الصلح علی الاشاعه، کالا قرار. و هم یقولون به، بل یحملون اطلاقه علی ملك البایع و المصالح. حتی لو باع ابتداء مالك النصف نصف العین مطلقا، انصرف الی نصیبه. و وجهه ان اللفظ من حیث هو و ان تساوت نسبته الی النصفین، الا انه من خارج قدیر جح انصرافه الی النصف المملوك للبایع. نظرا الی ان اطلاق البیع انما یحمل علی المتعارف فی الاستعمال، و هو البیع الذی یترتب علیه انتقال الملك بفعل المتعاقدین. و لا یجری ذلك الا فی المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغیر بشیئ، فیستوی فیه ما هو ملکه و ملك غیره. و ح، فا للازم هنا ان ینصرف الصلح الی نصیب المقرله، خاصه. فیصح فی جمیع الحصة بجمیع العوض. ویبقی المنازعة بین الاخر و المتشبث، ان وقع الصلح علی النصف مطلقا، او النصف الذی هو ملك المقر له. اما لو وقع علی النصف الذی اقربه المتشبث، توجه قول الجماعة. لان الاقرار منزل علی الاشاعة، والصلح وقع علی المقربه فیکون تبعا له فیها. و علی هذا ینبغی حمل کلامهم، لئلا ینافی ما ذکروه من القاعدة التی ذکرناها. وهذا توجیه حسن لم ینبهوا علیه. پس ما در این مقام متوجه مسئله بیع میشویم که مقصود سائل است .بعد از آن

متوجه گفتار در مسئله صلح، که محقق ذکر کرده میشویم. پس میگوییم که: قول بایع " بعت النصف من هذه الدار " با وجود آنکه مالك بیش از نصف نباشد، به چندین قسم فرض می شود: یکی اینکه: جاهلند بایع و مشتری هر دو به اینکه نصف خانه مال غیر است، و بیع واقع می شود. مثل اینکه خانه به میراث به او رسیده ومجموع آن را مال خود میداند، و نصف آن را می فروشد. و بعد از آن کاشف به عمل میآید که نصف [آن] مال غیر بوده. یا بایع فراموش کرده که غیر در آن شریك است و همه را مال خود میداند و می فروشد. یا آنکه میداند که غیر شریك است ولکن معتقد این است که مال غیر را می توان فروخت. مثل مال زن یا فرزند. یا آنکه غاصب بی دینی است که حلال و حرام را فرق نمی کند و دو را مال خود میداند و می فروشد. در این صورتها (خصوصا صورت اولی)، وارد میآید بر آن، دلیلی که در مسالك ذکر کرده که بیع منصرف می شود به مال خود، زیرا که اطلاق بیع حمل می شود بر آنچه متعارف است در استعمال آن، که بیع می گویند و چیزی را اراده می کنند که بالفعل مال به سبب آن منتقل می شود به غیر. و این ممکن نیست الا در مملوك. و ١ این سخن در این اقسام مذکوره جاری نیست به سبب اینکه در همهء آنها - خصوصا صورت اول - همهء ملك را مال خود میداند، و قصد او متعلق به نصف مجموع ملك خود شده و شرعا هم در آن حال بیع محکوم است به ملکیت او، واحدی را در آن شراکتی نیست، و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

پای غیری در میان نیست که قصد بیع مال او را بکند یا نکند. خلاصه :معیار آن دلیل، این است که معتبر قصد بایع است و ۲ ما آن را مسلم داریم و شکی نیست که در آن قصد جمیع نصف مشاع در ملك خود کرده. نه آن نصف معین در نفس الامر که مال خود او است در نفس الامر. قصد او نسبت به هر دو نصف

۱: و در نسخه: که این سخن. ۲: در نسخه: و اما

مساوی است. و خلاف شرعی هم نکرده است که بگوئیم فعل مسلم محمول بر صحت است. و مملوك بودن مبیع، جزء بیع نیست. چه جای علم به مملوك بودن نفس الامری .و از این جهت است که می گویند که " فلان کس مال غیر را فروخت " و سلب اسم بیع از بیع مال غیر، نمی توان کرد. و آن علامت حقیقت است. و عدول از اصل حقیقت صورتی ندارد در لفظ " نصف " و هم در لفظ " بیع ". بلی چون ظاهر و شایع و غالب این است که در استعمال آن را میخواهند که انتقال بالفعل حاصل شود، منصرف به فضولی نمی شود. و آن صورتی است که بایع عالم به حال و متذکر باشد که نصف، مال غیر است. در این صورت هر گاه بگوید " بعت النصف من هذه الدار " منصرف می شود به نصف مملوك. و ممکن است که صورت سهو و غفلت را هم به این نهج معمول داریم .چنانکه در نذور و اوقاف و امثال آن. مثل آنکه متعارف است در میان عوام که می گویند فلان چیز را نذر امام حسین (ع) کرده‌ام، یا نذر بیت الله کرده‌ام. که مطلقا و اصلا قصد امر معین ندارد. و با وجود این فقها برای آنها معانی قرار میدهند با آنکه لفظ مورد نذر را به خاطر دارد اما مقصود به آن را فراموش کرده. یا آنکه مورث او لفظی گفته و او معنی و مراد او را نمیداند. ولکن این در بیع صحیح نیست. چون تعیین مبیع شرط است و " العقود تابع للقصود ". اگر بگوئی که " متبادر از بیع نصف، نصف مملوك دار است ". گوئیم " بر فرض تسلیم آن ما هم می گوئیم متبادر از نصف مملوك دار، نصف دار مملوك است ". یعنی داری که تمام آن ملك او باشد. و این تبادر دار مشترك نفس الامری نیست. زیرا که در اینجا توصیف نصف مملوك لغو است. چون خود دار مملوك است. و ظاهر این است که مراد فقها هم در اینجا که می گویند " منصرف می شود به نصف مملوك " صورت علم به اشتراك و تذکر است. پس خوب تأمل کن عبارت علامه و فخر المحققین و مسالك را تا بفهمی که چنین است یا نه. و حکایت صلحی که این

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عبارت به طفیل آن مذکور است، شاهد بر این است. باقی ماند اشکال در جائی که قصد بایع معلوم نباشد، و حال او هم معلوم نباشد که عالم بوده یا جاهل، و متذکر بوده یا غافل. مثل اینکه حکایت بیع به این لفظ از مورث او به ثبوت برسد، و مقصود او و حال او معلوم نباشد. دور نیست که در چنین جائی باز گوئیم ظاهر غلبهء تعلق به مملوك است. به هر حال، در اینجا اصل حقیقت در لفظ بیع و نصف، هر دو منفردا مقتضی اشاعه است. و غلبه، شاهد تعیین مملوك است. و این در مواضع [مختلف] مختلف است. و شکی نیست که در صورتی که بایع متذکر نیست و همهء ملك را از خود میداند و نصف آن را می فروشد و در آخر کاشف به عمل میآید که نصف مجموع مال غیر بوده، غلبه و ظهوری نیست که رافع اصل حقیقت تواند شد .بلکه ظاهر مخالف در مسئله، این است که در صورت علم هم حمل به اشاعه می کند. به جهت اصل حقیقت. چنانکه از کلام مسالك و ایضاح مستفاد می شود. و در مسالك این را که گفتیم، توجیه کلام ایشان نامیده است. و در ایضاح در وجه حمل به اشاعه (که ظاهر این است که مراد او صورت علم به حال و تذکر است) گفته است که: وجه الاشاعه انه بیع صالح لملکه و ملك غیره. ولهذا یقبل بکل منهما. ولفظ النصف، اذا اطلق یحمل علی الاشاعة ولم یجعل الشارع صحة التصرف قرینة فی المجازات والمشترکات. این، گفتار بود در مسئله بیع و صلح که حمل بر اشاعه می شود یا به حصهء مختصی. و اما کلام محقق در مسئلهء " صلح مال مشترك، بعد از اقرار ذی الید از برای احدهما " و " بحث صاحب مسالك بر محقق و جماعت فقها ". پس گمان حقر این است که آن تمام نیست. زیرا که کلمهء " ذلك النصف " در عبارت محقق صریح است در نصفی که ذی الید اقرار به آن کرده. و ارادهء نصف مال مطلقا، یا نصف معینی که ملك " مقر له " است، از آن بی وجه است. و همچنین الف و لام در کلمهء " فی النصف اجمع " از برای " عهد " است و راجع است به همان نصف. و این ظاهر عبارت بلکه صریح آن است. و این را توجیه نامیدن و نفی تنبیه بر

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

آن را، از کلام قوم کردن، راهی ندارد. ومع هذا، وارد میآید بر شارح (چون وجه اشتراك شریك را در صلح این قرار داده که این نصف، به سبب اقرار ذی الید حاصل شده و اقرار منزل است بر اشاعه. و صلح بر مقربه واقع شده که مشاع است .پس وجه مصالحه مشترك خواهد بود بینهما) اینکه غایت آنچه مستفاد می شود از اقرار، این است که نصف این مال که در دست من است همچنین از کسی دیگر هم نیست به غیر مقر له، هر چند ید ظاهره بر آن داشته باشد. پس قابل این هست که نفی ظاهرهء خود را به تنهائی کرده باشد. یا حقیقت ظاهرهء غیر مقر له، را هم نفی کرده باشد. پس می تواند شد که دیگری هم در آن نصف ید ظاهره داشته باشد. و چون آنچه از اقرار حجت است، همان اسقاط ید ذی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الید است از آن نصف. و اما اثبات مالکیت مقر له، پس تمام نمی شود الا به عدم تکذیب او ذی الید را. یا [به] تصدیق او، یا عدم مزاحم. پس می تواند شد که به اقرار، تمام مقربه ثابت شود از برای مقر له. و می تواند شد که بعض ثابت شود. به جهت ثبوت ید ظاهرهء دیگر بر آن یا بر بعض آن. پس از اینجا قابلیت مقربه از برای اشاعه نسبت به مقر له، حاصل می شود که ممکن است که شریك داشته باشد در مقربه. پس هر گاه صلح یا بیع، بر آن وارد شود، باید ملاحظه حال بیع و صلح را کرد. نه ملاحظه حال اقرار را .پس ضرر نکرده است که هر چه به اقرار حاصل شود، باید همیشه بر اشاعهء خود باقی بماند. و همچنین قابلیت امر حاصل به اقرار از برای اشاعه، منافات با ثبوت و فعلیت اشاعهء قبل از اقرار ندارد. پس آنچه منشأ اشتراك [احد] شریکین است (در میراث مثلا) با دیگری در نصف مقربه، همان اعتراف ایشان است به اینکه ملکیت ایشان از جهت میراث است. که موجب تسویه است. نه از راه اینکه اقرار قابل اشاعهء مقربه است. پس در اینجا نیز همان تفصیل است که محقق و جماعت دادهاند. که اگر در صلح قصد حصهء خود کرده عوض مختص او است. والا مشترك است فی ما بینهما. بلکه هر گاه ذو الید نصف آنچه [را که] در دست او است هبه کند به احدهما در اول بار (یا صلح یا بیع کند به وجهی) و ثانیا آن را به صیغهء مصالحه به خود منتقل کند به عوضی. باز سخن همین

جماعت در آن جاری است و منشأ آن همان اعتراف ایشان است به اشتراك در مجموع. و به هر حال کلام محقق و جماعت را از فروع مسئلهء " صلح در مشترك " کردن و بحث بر آن کردن راهی ندارد. والحاصل: این " مال مشترك بین الوارثین، باقرارهما " به منزلهء دین است که از جهت سبب واحدی بر ذمهء غیر داشته باشند .و احدهما قدری از آن را بگیرد در ازای حق خودش که اشهر واقوی این است که هر دو در آن شریکند. و اقرار ذی الید بعد از انکار اصل دین به بعضی از آن، از برای احدهما به منزلهء گرفتن احدهما است آن بعض را. پس چون در اینجا هر دو متفقند بر اشتراك در آن مال که در دست ذی الید است از راه میراث (مثلا) و ذی الید مانع حق ایشان بود، وبه سبب اقرار به نصف از برای مقر له، رفع ید از نصف مشاع کرده، پس همین نصف مشاع به منزلهء همان قدر از دین است که احدهما میگرفت از برای خود. پس هر گاه صلحی یا بیعی واقع شود بر آن از مقر له، و شریك هم اجازهء آن بکند، هر دو آن شریك خواهند بود. و بنابر قول مشهور در حکم دین، اشکالی در این نخواهد بود. پس معیار مشارکت در آن حصه، همان خروج از دست ذی الید است. خواه به اقرار باشد یا غیر اقرار. واما قبل از خروج از دست او، هر گاه احدهما صلح کند یا بیع کند حصهء خود را به ذی الید، منشأ شراکت دیگری نمی شود. و همچنین هر گاه اطلاق کند صلح و بیع را نسبت به آن حصه، و اضافه به خود نکند.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بنابر مشهور. و بعضی گفته‌اند که: در صورتی که دو نفر معترف باشند به اینکه مالی که در دست غیر است مشترك است میان آن دو نفر به عنوان میراث. و صلح کند احدهما حصهء خود را در عوض چیزی با آن ذی الید، هر دو [ی] آنها شریکند در آن، هر گاه به اذن دیگری شده است. ولکن در وقتی که آن مقدار حصه به قبض او در آمده باشد. بخلاف آنکه هنوز به قبض نیامده باشد. به سبب اینکه آنچه حاصل می شود از برای آنها از قبیل قبض (یعنی از جانب قبض) و به قبض در میآید، به ترکه و میراث محسوب می شود که هر دو در آن شریك میشوند. و تا به قبض در نیامده است، هنوز به میراث

محسوب نیست، که مشترك ما بین آنها باشد. بلکه حقی است که آن را ادعا می کنند. و شهید ثانی بر این ایراد کرده است که اینکه تصرف احد شریکین (در آن مالی که هر دو معترفند که میراث است) در وقتی موجب اشتراك هر دو می شود که از عین آن مال به دست احدهما چیزی بیاید که هر دو در آن عین شریك میشوند. یا احدهما قدری از آن عین را بفروشد که هر دو شریك در عوض میشوند. اما هر گاه احد شریکین به قدر حصهء خود را صلح کند به ذی الید، پس در آنجا فرقی نیست ما بین اینکه قبض حاصل شده باشد، یا نه، و باید بنا را در اینجا بر مسئله گذاشت که هر گاه احد شریکین، در دینی مصالحه کند حق خود را به عوضی، آیا آن عوض مختص او می شود یا مشترك است میان هر دو؟ -؟ و چون مفروض این است که مصالحه بر مقدار حق مشاعا شده فرقی نیست ما بین مصالحه قبل از قبض و بعد از قبض. و چون آنچه به دست نیامده است قبل از قبض، از حقیقت او بیرون نرفته و بعد از قبض هم صلح را بر عین معینی نکرده بلکه به آن صلح را بر حق خود کرده. پس حکم هر دو یکی خواهد بود. و باید رجوع به آن مسئله کرد. و اظهر در آنجا اختصاص است به حق خود. پس اشتراك بینهما حاصل نمی شود در عوض، خواه قبل از قبض باشد یا بعد. بخلاف آن دو صورت سابقه، یعنی صورت قبض عین بدون مصالحه، که هر دو شریکند در عین به مقتضای اعتراف هر دو. و در صورت بیع احدهما بعضی از عین را که هر دو شریك [اند در آن] هر دو شریك میشوند در عوض، در صورت اجازه. و این سخنها که گفته است، در نظر حقیر خوب است. و از اینجا معلوم می شود حکم آنجا که آن دو نفر ادعای دینی بکنند بر آن ثالث، به عنوان اشتراك از باب میراث. که آنچه را به دست گرفته شود مشترك است ما بین هر دو. و آنچه صلح شود، عوض آن مختص آن است که صلح کرده است. و همچنین هر گاه بفروشد حصهء خود را از دین بر وجه صحیحی. و در این مقام عبارات مسالك در نهایت اغلاق واشکال است. و امید هست از تفضلات الهی که بعد از تأمل تام در آنچه ما ذکر کردیم مطالب او واضح

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شود. باقی مانده کلام، در مسئلهء ثانیهء صلح، که آن دو نفر ادعا کنند هر یك بـه موجـب علـی حـده. و گمان حقیر این است که در صورت اعتراف هر یك به حقیت دیگری در آنچه ادعا می کنند باز مثل صـورت اتحاد موجب، باشد. در اینکه حصول هر قدر از آن از برای هر یك، منشأ اشتراك دیگری باشد. و همچنین حکایت مصالحه بر آن. به علت اعتراف هر دو به اشاعهء ملکیت آن بینهما.

۱۱۳- سوال: شخصی قطعه زمینی را به حدود معینه، می فروشد به ثمن معین. و بعد بایع ادعـا مـی کند که من مبیع را قبل از بیع مشاهده نکرده بودم. ویا چنین میدانستم که این زمـین مبـذر چهـار خـروار بذر است، الحال معلوم شده که بیشتر است. آیا تعیین حدود اربعه رافع جهالـت هـست یـا نـه؟ -؟ و بـا وجود تعیین مذکور، بایع ادعای خیار رؤیت می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند فقها تجویز کرده‌اند بیع اراضی و ثیاب را به مشاهده بدون ذرع و مساحت. و مشاهده را رافع جهالت دانسته‌اند، ولکن این سخن بر " اطلاق " خود، باقی نیست. به جهت آنکـه منـاط در بطـلان بیع مجهول، غرر و سفاهت است در عرف و عادت. و آن متعارف است در مثل ثیاب. مثلا ثوب قلمکار ۱ و الیجه و تافته و دارائی ۲ را به همان نام خود میخرند بدون پیمودن به ذراع، و در آن غرری و سـفاهتی در عرف و عادت نیست. ولکن در کرباسهای هشت چله و تابدار و کتان و امثـال اینهـا، بـدون ذرع کـردن، در عرف و عادع منشأ غرر و سفاهت است. و بیع اولی بدون پیمودن صحیح اسـت. بخـلاف ثـانی. بـیش از این نیست که هر گاه در اولی ناقص بر آید، مشتری خیار فسخ دارد به جهت نقـصان. و امـا بیـع ثـانی از اصل باطل است، به سبب جهالت مبیع .

نهضت ترجمه
Translation Movement
IRS

۱و ۲: قلمکار: پارچه کتان و کرباس ساده‌ای که به وسیله مهر و قالب (یاسـمه) بـر آن نقوشـی را تصویر میکردنـد تافتـه: شـناخته نـشد - دارائـی پارچـه‌ای از ابریـشم، رنگارنـگ و مـوج دار. مـلاك در ایـن پارچـه‌هـا " تکقـواره " بـودن آنهاست که نیازی به متر کردن، نبوده والیجه نیز قبلا معنی شده است

پس می گوئیم که زمین هم متفاوت است بعضی مزارع عظیمه هست که در عرف نه ذکـر مـساحت آن می شود و نه " بذر افکن "، و نه وصف به مقدار، و نه مساحت [به [بـذر. بلکـه بـه مـشاهده یـا وصـف فی الجمله اکتفا می شود، و هیچ ناخوشی ندارد. و اما بعضی قطعات مفروزه که در بعضی بلاد اهتمام تمام دارند به عمارت آن، و شمار ۱ ریختن در آن. و بر سر یـك مـن مبـذر کمـال دقـت مـی کننـد. در آنجـا جهالت مقدار و مبذر جزما مضر اسـت. و مـشاهده و تحدیـد حـدود، و تعیـین آن بـدون مـساحت (یـا ذکـر مقدار آن، که بگویند چند جریب یا چند قفیز است) رافع جهالت نیست. پس هر گاه در صورت سـئوال، از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

این باب زمین بوده و بایع مساحت و مقدار را نمی دانسته (هر چند حدود اربعه داده‌اند) بیع صحیح نیست. و هر گاه خود نمی دانسته و لکن مشتری یا ثالثی وصف آن زمین را به مقدار کرده‌اند، و به این وصف فروخته و بعد رؤیت و تامل خلاف آن ظاهر شود، هر چند بیع صحیح است و لکن در اینجا خیار ثابت می شود از برای بایع. خواهی نام آن را خیار رؤیت بگذار و خواهی خیار غرر و تدلیس.

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

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

جواب: مشتری در اصفهان که مطلع شد بر تقلب، مسلط است بر فسخ. نه تخییر ما بین فسخ و ارش. زیرا که این داخل عیب نیست. و بعد از فسخ، روناس مال بایع می شود، و امانت شرعیه است در دست مشتری. زیرا که الحال اذن جدیدی از مالك در آن حاصل نیست، و به اذن شارع در دست او است. والحال آن در حکم مال جدیدی است که خدای تعالی به بایع عطاء کرده در اصفهان در دست مشتری. مثل اینکه مال بسیاری از تاجری در دست شخصی باشد در هندوستان، تاجر بمیرد و وارثی داشته باشد در عراق و آن منتقل شود به وارث. این مال از بابت امانت شرعیه است در دست تاجر. و هر چند از حکم امانت شرعیه این است که باید فورا آن را به صاحب داد، اگر تاخیر کند و تلف شود ضامن است. لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که باید فورا تخلیهء ید کند، و اگر ممکن باشد فورا به صاحب آن بدهد. و اگر ممکن نشود به وکیل خاص یا عام یا ولی او بدهد. و هر گاه هیچکدام نباشد به حاکم شرع، و اگر ممکن نشود به عدول مومنین بدهد که نگاه دارند. و هر گاه مؤمن عادلی نباشد، خود از باب " حسبه " نگاه دارد (و جواز تصرف حسبتا، منافات با عدم [وجوب] نگاه داشتن از غیر آن ندارد) و اعلام کند به صاحب تا آنچه ماذون کند، چنان کنند. اما اینکه واجب باشد بر او مجانا و بلا عوض مبلغی خطیر از مال خود خرج کند تا آن را به صاحب برساند، پس نه. و اما اگر امر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

منحصر شود در اینکه باید مال را برداشت و آورد، یا به اذن حاکم یا به مصلحت عدول، پس آن نیز مجانا لازم نیست. بلکه از همان مال خرج او می کنند تا به صاحب برسانند هر گاه مصلحت در این باشد. و هر گاه مصلحت در ضبط و تنمیهء مال باشد، از باب " ولایت در مال غایب " معمول دارد. و عموم " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " شامل اینجا نیست. با وجود ۱ اینکه مراد از " تأدیه " اعم است از تأدیه به صاحب یا هر کی قائم مقام او است. بلکه

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

هر گاه زید امر کند او را که برو و از مال من خرج کن و روناس را بیاور .عمرو تواند بگوید من نمیروم دیگری را بفرست. و به هر حال، غرامات و اخراجات و تحمل آوردن مال، همه متعلق به بایع است. و اما اخراجاتی که کشیده است مشتری در بردن مال، پس ظاهر این است که همه را از بایع می تواند گرفت. چون او را مغرور کرده است و فریب او باعث این خسارتها شده و به هر حال بعد از آنکه معلوم بایع شد که مشتری مال او را به امینی که تکلیف او بوده سپرده. باید قیمت مال را که مشتری به او داده بود به او رد کند. و نمی تواند بگوید تا روناس مرا نیاوری پول تو را نمیدهم. و زید هم قبل از مطالبهء قیمت از عمرو و مرافعه به شرع، و عدم امکان استخلاص حق، نمی تواند روناس را در آنجا به قیمت المثل بفروشد و تقاص حق خود بکند. زیرا که تقاص هم شرطی دارد و موضع خاصی دارد. و [نیز] عمرو نمی تواند بدون اعلام زید، روناس را حمل [و] نقل کند به کاشان و اگر بکند مستحق اجرت المثل نیست. و اگر تلف هم شود باید غرامت بدهد. مگر اینکه فرض شود که ممکن نباشد حفظ آن امانت شرعیه الا به آوردن با قافلهء مأمنی، واین فرض در اینجا در اینجا، بسیار نادر است. بلی، هر گاه زید امر کند او را که بیاورد و او هم قبول بکند، مستحق اجرت می شود. و غرامت هم متوجه بایع می شود. والا، فلا. ودر کلام شهید ثانی در شرح لمعه (در مسئلهء خربزه و تخمی که بعد از آنکه مشتری شکست آن را، ظاهر شد فساد آن. که مؤنهء نقل آن از موضع کسر تا نزد بایع، بر بایع است اگر امر کند او را به نقل (.اشاره هست به اینکه بدون امر، لازم نباشد بر او نقل. اینها همه در وقتی است که مشتری تکلیف خود را به جا آورده در حین فسخ و تسلیم کرده باشد به کسی که قائم مقام بایع است. والا غاصب خواهد بود. واحکام غاصب، از ضمان و ترتب غرامات، بر آن مترتب می شود. بلی، هر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

گاه مشتری جاهل باشد به تکلیف و مقصر نباشد، ممکن است سقوط غرامت، و اینکه بایع او را نتواند الزام کردن، به آوردن، بی عوض. چون مغرور است. و در اینجا " سبب " اقوی است از

"مباشر " و هر گاه دعوی دیگر پیش آید که عمرو، به زید بگوید که تو تکلیف خود را به عمل نیاورده‌ای. و او گوید آورده‌ام و به قائم مقام تو سپرده‌ام .ظاهر این است که قول بایع، مقدم باشد یا یمین. بخلاف امانت مالکیت، که در آنجا قول مدعی مقدم است با یمین.

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

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

۱: امروز قید موصوف، لازم نیست زیرا تنها یك نوع پول در جامعه رایج است مگر اینکه ثمن را از چیز دیگر قرار دهند

مذکور را ". و در صیغهء بیع سلف می گوید " به سلف دادم به تو مبلغ ده تومان را در ازای هزار من گندم موصوف، به وزن معین تا مدت شش ماه ". مثلا. و بایع می گوید " قبول کردم به همین نحو ". این در

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وقتی است که ایجاب را مشتری بگوید. و جایز است که بایع هم به صیغهء بیع بگوید که " فروختم این مقدار گندم موصوف، به وزن معین را به تو در ازای این ثمن معین موصوف، در این مدت معین " و مشتری بگوید " قبول کردم ".

۱۱٦- سوال: صیغهء اجارهء ملك مبیع به بیع شرط، را بعد از مبایعه جاری می توان ساخت؟ یا گذشتن مدتی که وسع تصرف، مشتری در مبیع داشته باشد، ضرور است -؟.

جواب: معنی این سئوال را نفهمیدم ۱. بلی اجاره دادن مشتری ملك " مبیع به بیع خیار " را به بایع در زمان شرط خیار، خصوصا در وقتی که خیار در آخر مدت باشد جایز است. و در صحت عقد اجاره، شرایط اجاره باید موجود باشد. یعنی تعین عین موجود و منفعت آن و مدت اجاره و وجه اجاره باید معلوم باشد. و تمکن انتفاع در آن مدت، و سایر شروط. و اگر مراد سائل این سه است که همچنانکه در مبیع، مکروه است یا حرام که مبیع را به دین بفروشند قبل از قبض. و در قبض معتبر است تخلیهء ید، یا گذشتن زمانی که مشتری را ممکن باشد وصول به مبیع. که آیا این قبض و گذشتن زمانی که مشتری را

۱: رسم آن زمان (که تا ۳۰ سال اخیر نیز نمونه‌هائی از آن پیدا میشد) این بود که برای فرار از ربا ملکی را موضوع معامله قرار میدادند. صاحب ملك در مقام بیع به شرط، میآمد و صاحب پول، آن ملك را (با شرط خیار فروشنده) میخرید و در همان مجلس همان ملك مورد معامله را به فروشنده اجاره میداد. یعنی در حقیقت ربای پولش را تحت نام بیع و اجاره، میگرفت. لحن سئوال از رواج این موضوع در جامعهء آن روزی حکایت می کند که به طور یك امر شناخته شده و بدون عیب و ایراد و بدون احساس قبح، سئوال می شود. گویا این گستاخی در شکل سئوال، از مسئلهء " فرار از ربا " که میرزا به آن رای میداد ناشی شده. رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و شماره ٧٤ و ١٠١ و توضیحات مربوطه

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

۱۱۷- سوال: هر گاه عمرو، ملکی را از بکر ابتیاع نماید .و زید وکیل بکر شده اجرای صیغه نموده. و عمرو قبول نموده و وجه را تمام و کمال تسلیم بایع نموده. و بعد عمرو سهمی از ملك مزبور را به عنوان مبایعه به زید که وکیل بکر بود منتقل ساخته. اما قباله را به این مضمون نوشته که ملك معهود که از بیع که ابتیاع شده مشترك است فیما بین من و زید، هر چند در قباله که از بکر گرفته‌ام اسم زید مذکور نشده. و بعد از آن زید مذکور، سهم معهود را به عمرو منتقل ساخته، و بعد از مضی مدتی مدید، زید معهود سهم مزبور را به خالد فروخته به ادعاء آنکه من سهم مذکور را به عنوان مبایعه به عمرو،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

منتقل ساخته‌ام و قدری از وجه مبایعه که معادل قیمتی بوده که از بکر اولا ابتیاع شده، چون عمرو داده بود و از من طلب داشت محسوب داشته و تتمهء وجه مبایعه در نزد عمرو باقی مانده و تاخیر شده و به من نرسیده و خیار فسخ از جهت تاخیر ثمن، از برای من بود، لهذا فسخ نموده به خالد فروختم. و عمرو، در جواب متلقی به اینکه: در مبایعهء اول که مجموع ملك از بکر ابتیاع شده، من اصالتا قبول نمودم، و قصد وکالت نداشتم از ۱ جهت آنکه زید مرا وکیل و اظهار خواهش نموده] بود]. و بعد از آن من سهم مزبور را به عنوان مبایعه مجددا به زید منتقل ساخته‌ام به همان قیمت که از بکر ابتیاع نمودم. و قباله را به عنوان مسامحه و خواهش زید نوشتم. و بعد از آن زید فسخ مبایعهء مزبوره نموده و سهم معهود را به من رد نموده و مبایعه‌ای که به خالد نموده باطل است .

۱: و در نسخه: به جای " از " حرف " به " آمده است

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

جواب: حاصل آنچه از این کلام دور و دراز مبتنی بر اعراض به ملاحظهء اول و آخر آن فهمیده می شود، این است که: ملکی [را] بکر به عمرو فروخته و زید وکیل در اجرای صیغه بوده. مسلم زید و عمرو هر دو هست که سهمی از آن، مال زید شده لکن " مرددا بین الامرین ". که زید مدعی است که عمرو مرا شریك کرده با خود به مقدار آن هم. و آن را به وکالت من خریده و آن سبب انتقال آن سهم است به من. و عمرو مدعی اینکه من وکیل او نبودم و برای خودم خریدم، لکن من بعد به مبایعهء جدیده آن سهم را به زید فروختم. و بعد از این هنگامه و آن " انتقال - به زید - مجمل و مردد "، هم مسلم طرفین هست که آن سهم ثانیا به عمرو منتقل شده. ولکن عمرو می گوید که سبب انتقال، این بود که نظر به اینکه انتقال به زید، از راه مبایعهء جدیده بود که من آن سهم را به زید فروختم بودم و و کالتی نبود و شراکتی نبود. و زید فسخ معامله کرد و من هم قبول کردم ثانیا ملك من شد. و زید می گوید سبب انتقال، آن بود که چون من به سبب وکالت عمرو، از جانب من و شراکت من با او مالك سهم بودم. و آن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

را به عمرو، فروختم. و مفروض این است که بعد از انتقال به عمرو (که مجمل و مردد است بین الامرین) زید همان سهم را به خالد فروخته. و الحال نزاع است فی ما بین زید و عمرو، در صحت

بیع خالد و فساد آن. عمرو می گوید که معاملهء خالد باطل است. چون در ملك من شده و من راضی نیستم. و زید می گوید معاملهء خالد صحیح است چون من مال خود را (که به سبب شراکت با عمرو، مالك بودم) فروختم به عمرو، و تمام قیمت آن را نگرفتم و سه روز گذشت و خیار فسخ به جهت تاخیر ثمن حاصل شد و فسخ کردم و مال خودم شد و به خالد فروختم. اما جواب از این سوال پر آشوب: باید اولا دانست که مجرد تاخیر بعض ثمن، منشأ خیار فسخ نمی شود بلکه آن مشروط است به اینکه مجموع ثمن تسلیم نشود و مجموع مبیع هم تسلیم نشود. و شرط تاخیر ثمن هم نشده باشد .پس اگر همهء آنها جمع باشد، خیار فسخ ثابت می شود. واما هر گاه در صورت مزبوره مبیع تسلیم شده باشد. یا شرط تاخیر ثمن شده باشد، خیار فسخی نمی باشد. و ثانیا اینکه: دعوی زید، انتقال ملك را به او از راه توکیل عمرو در خریدن برای او، و حصول شراکت به سبب آن، این دعوی خلاف " اصل " و " ظاهر "، است. و محض قباله که نوشته شده به آن روش، حجت شرعیه نیست (خصوصا با ادعای عمرو که من حسب الخواهش زید چنین نوشته‌ام) تا مترتب شود بر آن خیار تاخیر ثلثه. [و] راهی ندارد. و همچنین دعوای حصول، به سبب خیار و وقوع فسخ، همه خلاف " اصل " [است]. و اقرار عمرو که به زید فروختم و لکن زید فسخ معامله کرد، با انکار زید این معنی را (چون مدعی که سبب انتقال او، شرکت او است با عمرو، به سبب وکالت عمرو، نه خریدن از عمرو) نفعی به او نمیبخشد. اما خلاف اصل بودن: پس ظاهر است. و اما [عدم] حصول سبب خیار: پس به جهت آنکه اصل در بیع، لزوم است. و انفساخ آن محتاج است به حصول سبب. و همچنین تسلط بر فسخ آن، که ۱ اصل عدم

۱: و در نسخه: به جای " که " حرف عطف " و "

حصول سبب تسلط است. پس اگر بگوئی که " اصل عدم تسلیم عوضین است و همچنین اصل عدم اشتراط تاخیر ثمن است پس دعوی حصول سبب خیار، موافق اصل است ". گوئیم " بلی، ولکن اصل عدم اجتماع این سه شرط است نیز ". با وجود اینکه می گوئیم تمسك به اصل در اینجا بیمعنی است.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

از برای اینکه بیع در نفس الامر ممکن است که در قالب، نقد متحقق شود یا نسیه یا سلف (؟ -؟ -؟). و " اصل عدم " نسبت به همه مساوی است. پس بیع، یا مطلق است، یا مقید است به حال، یا به نسیه یا به سلف. و شرط نسیه که نشده باشد، پس بالضروره باید یا مطلق باشد، یا مقید به احد قیدین آخرین. و مطلق هم در معنی مقید است. چون اطلاق وجهی است از وجوه تلفظ متعاقدین. و احتمال تلفظ به عنوان اطلاق یا به عنوان تقیید، هر دو محتمل است و اصل عدم هر دو است. پس هیچیك موافق اصل نیستند. و با وجود اینکه مطلق هم حمل بر " حال " می شود، مقید بودن آن اوضح می شود. والحاصل: اصل، لزوم بیع است. به سبب قاعدهء ثانیه. پس، از احکام وضعیهء شارع است. و موافقت اصل و مخالفت اصل، در آن دخلی ندارد. و ثبوت خیار محتاج است به دلیل و حصول سبب . واصل عدم تحقق است. واصل " عدم تخصیص قاعدهء لزوم " است. و بدان که: آنچه فقها ذکر کردهاند که قول بایع مقدم است در تعجیل و تاخیر ثمن، منافات با مطلب ما ندارد. زیرا که نقد و نسیه هر دو از اقسام " بیع لازم " اند. و مخالفت ایشان در " لزوم " و " عدم لزوم " نیست. بلکه خلاف در محض نقد و نسیه است. و چون بایع موجب ۱ است و او اعرف است به قصد خود، قول او مقدم است. هر چند این سخن در مشتری هم جاری است که قابل ۲ است. ولکن چون ایجاب مقدم است طبعا و وضعا، او را مقدم میداریم. و دیگر تقدیم در مشتری ممکن نیست. و اما عمرو: پس هر چند اقرار او فروختن، قطع ملکیت او را می کند، و دعوی ۱ و ۲: یاد آوری موجب: گوینده بخش ایجاب صیغه. قابل: گوینده بخش قبول صیغه

نهضت ترجمه
Translation Movement

فسخ زید محتاج است به اثبات، ولیکن دعوی زید انتقال خود را ثانیا، (که مبتنی است بر فسخ او مبایعه را به سبب خیار تاخیر) ناشی شده از ملکیت غیر ثابته. که خلاف اصل و ظاهر، است. به جهت اینکه همان ملکیت غیر ثابته را مستند خود کرده و به عمرو فروخته و به سبب خیار تاخیر باز عود کرده به آن. و هر گاه اصل تملك ثابت نباشد و خلاف اصل و ظاهر، باشد. این تملك دوم که نتیجهء آن است، هم ثابت نخواهد شد. و دعوی آن، مخالف اصل و ظاهر، خواهد بود. واما دعوی انتقال دوم به عمرو، که مبتنی است بر فسخ مشتری، آن ناشی شده از ملکیت ظاهره که موافق اصل و ظاهر، است. به جهت آنکه ظاهر معاملهء اول (که بکر ملك را به عمرو فروخت، و زید وکیل بود در اجرای صیغه) دلیل ملکیت عمرو است در مجموع مبیع. و دعوی زید توکیل و تشریك را، خلاف ظاهر واصل، (هر دو) است. پس هر گاه شخصی که ملکیت ظاهرة التحقق در دست داشته باشد و اقرار کند به انقطاع آن و عود آن، سخن او اظهر و ارجح است از قول شخصی که ملکیت ظاهرة التحقق در دست نداشته باشد، و با

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وجود دعوی انقطاع، دعوی عود کند. با وجود اینکه احتمال جریان استصحاب هم از برای عمرو هست (بعد از ملاحظه ملکیت ثابته به ظاهر حال) به آنکه بگوئیم که اقرار او مرکب نیست و بعد از ثبوت ملك، اعتراف به قطع و رجوع، کرده نه اینکه قطع را بیع جداگانه گیریم و فسخ مشتری را جداگانه. پس بنابر این اگر حکم کنیم به بطلان سخن زید بالمره، لا اقل زید " مدعی " است و عمرو " مدعی علیه. پس قسمی متوجه عمرو می شود بر مجموع مطلبش. که اوفق به ظاهر واصل، است. و قطع دعوی شود. نه اینکه او را قسم دهیم که توکیل و تشریك نبوده و خود بالاصاله خریده. تا آنکه باز رشته به دست زید آید و بگوید تو معترفی که به من فروخته‌ای الحاصل اثبات کن که من فسخ کرده‌ام. به جهت آنکه با وجودی که زید خود معترف نیست به بیع بلکه متمسك به تشریك و توکیل است، این سخن از او بیوجه است. و محتمل است که در اصل مسئله، بگوئیم که از باب " تداعی " است و رجوع به

"تحالف " می شود. چون سخن هیچکدام خالی از مخالفت اصل، یا ظاهر، نیست. و این بعید است. به جهت آنکه ملاحظهء مجموع با مجموع کافی است در تعیین مدعی و مدعی علیه. و ترجیح در جانب عمرو است.

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

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به ذکر چند مقدمه: اول: اینکه: آیا انتقال ملك به محض خواندن صیغه حاصل می شود؟ یا انتقال موقوف است به انقضای ایام خیار؟ و اشهر واقوی قول اول است. و وجه آن را در محل خود بیان کرده‌ایم. دوم :این است که: هر گاه مبیع قبل از قبض تلف شود از مال بایع است. و این مسئله ظاهرا مخالفی ندارد. بلکه جمعی دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. و روایت عقبه بن خالد دلالت بر آن دارد: " عن ابی عبد الله - ع - فی رجل اشتری متاعا من رجل و اوجبه غیر انه ترك المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیك غدا انشاء الله. فسرق المتاع. من مال من یکون -؟. قال: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته. فاذا اخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله " ۱. و در حدیث نبوی (ص) نیز وارد شده: " ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه " ۲. و از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود که حکم ثمن هم مثل حکم مبیع است بدون فرقی. و بعد از آن گفته است که " دلیل اینکه تلف از مال مالك اول است با وجودی که الحال مال او نیست، گویا اجماعی است که مستند به این دو روایت است ". و بعد از آن اشاره به وجه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دلالت هر دو روایت کرده .ولکن ظاهر کلام دیگران (که عنوان مسئله را مبیع، قرار داده‌اند نه ثمن). و ظاهر بودن لفظ " بایع " در بایع، نه اعم از مشتری. و اینکه اصل این است که تلف مال از کیسه

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱. ۲: مستدرك: ج ۲ ص ٤٧٣

صاحب مال باشد. وظاهر است که ثمن بعد عقد، مال بایع می شود (هر چند در زمان خیار باشد، علی الاشهر الاقوی)، این است که حکم مختص به مبیع باشد. و اشعار " علت منصوصه " به مرتبه‌ای نیست که اعتماد به آن توان کرد. با وجود آنکه حدیث ضعیف ۱ است و انجبار ضعف آن به شهرت و عمل (در غیر مبیع) تابع آن است که عمل ایشان بر این هم ثابت بشود. و آن معلوم نیست. بلکه غیر کلام آخوند (ره) در کلام دیگران اشاره به آن ندیده‌ام. و ممکن است که بگوئیم: چون غالب این است که ثمن چیزی است که در ذمه است. و تعیین آن به تسلیم می شود، پس تلف ثمن قبل از قبض نادر است. مگر مثل جائی که مثلا حیوان معینی را به حیوان معینی بفروشد. یعنی بیع به غیر نقود باشد. [همچنین] به غیر مثل غلات داده باشد. و به همان اشعار روایت عقبه و ظاهر " دعوی اتفاق " آخوند اکتفاء کنیم .و این نیز خالی از اشکال نیست. و بدان که: جمعی از علما تصریح کرده‌اند که مراد در این مسئله این است که تلف از جانب خدا باشد. و ظاهر روایت نبوی (ص) هم این است. بلکه روایت عقبه هم. چون دزد بردن معلوم نیست که دزد کیست. و متبادر از سرقت، سرقت خفیه است. نه نهب و غارت. پس گویا این هم داخل تلف از جانب خدا باشد. به این معنی که متلف معلوم نیست، که ثمره داشته باشد و به او رجوع شود. و اما اگر شخص معینی آن را تلف کرده باشد، پس در مسالك گفته است " که هر گاه متلف بایع باشد یا اجنبی، مشتری اختیار دارد میخواهد فسخ می کند و رجوع می کند به ثمن. و میخواهد مطالبهء مثل یا قیمت آن را از متلف می کند. و هر گاه متلف مشتری باشد - هر چند به سبب تفریط او باشد ۲ - پس از کیسهء او رفته .و این به منزلهء قبض است ". و صاحب کفایه هم گفته است که این دور نیست .

۱: ضعف حدیث به دلیل مجهول بودن خود عقبه بن خالد و عبد الله بن هلال، است .این ضعف در مورد مبیع بوسیله عمل اصحاب منجبر (جبران) می شود ولی نسبت به ثمن، چنین جبرانی نیست. ۲: یعنی ولو قصد اتلاف نداشته و تنها در حفظ آن تفریط کرده است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وآنچه به خاطر قاصر می رسد این است که در صورت اخیر، سخن خوب است. چون مشتری مال خود را تلف کرده و غرامتی بر دیگری نیست. نظر به آنچه در مقدمهء اول گفتیم که مجرد عقد منشأ حصول ملك است. واما در دو صورت اول، پس باید رجوع به قاعدهء " غصب " و اتلاف " کرد، که رجوع به مثل یا قیمت آن است. و اما رجوع به " ثمن مسمی فی العقد "، پس آن دلیلی ندارد. مگر اینکه گوئیم که هر چند] اقتضای] قاعدهء اتلاف این است. ۱ چون بایع مالی مشتری را تلف کرده ۲. لکن قاعده خیار فسخ در ایام ثلاثه، مقتضی جواز رجوع مشتری است به قیمت مسمی و فسخ بیع. پس مخیر خواهد بود میان فسخ و رجوع به مسمی. و عدم فسخ ورجوع به ثمن المثل. و بدان نیز، اینکه: در مسالك گفته است که مراد از این کلام که گفته‌اند که " تلف " از مال بایع است " این است که عقد باطل می شود در حین تلف. نه اینکه از روز اول عقد باطل باشد. و در این وقت ثمن مال مشتری می شود و مشتری نمی تواند ۳ مطالبهء مثل مبیع، یا قیمت آن را بکند. و بنابر اول، نمائی که از مبیع حاصل شده باشد مال مشتری خواهد بود. و آخوند ملا احمد (ره) این کلام را نسبت به فقها داده است. چون گفته است " قالوا کذا ". و در تذکره حکایت کرده وجهی که فسخ در اینجا متوجه به اصل عقد می شود. پس نمای ما بین عقد و تلف، مال بایع خواهد بود. و اظهر قول اول است. چون موافق اصل و قاعده و استصحاب حال سابقه است که مالك بودن مشتری است. پس بنابر این ذکر " من مال البایع " به متابعت نص است. و در مسالك و شرح آخوند ملا احمد (ره) اشاره است به اینکه در این وقت محتاج میشویم به تقدیر دخول ملك در ملك بایع، به زمان بسیار قلیلی، تا آنکه صدق کند که تلف از مال بایع است. و تلف کاشف می شود از آن ملك. مثل دخول " دیه " در ملك میت. که به آن

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱و ۲: این دو جمله در نسخه بدین صورت است: هر چند قاعده اتلاف این است که چون بایع مال مشتری را تلف کرده. ۳: و در نسخه: می تواند

ادای دین می شود. یعنی داخل مال او می شود نه دیان یا وارث. و مثل " اعتق عبدك عنی " که تقدیر می شود دخول عبد در ملك آمر. و بعد از آن آزاد می شود .سوم: هر گاه تلف حاصل شود بعد از قبض و انقضای زمان خیار، از مال کسی خواهد بود که مال او است. یعنی مبیع از کیسهء مشتری رفته هر گاه تلف شده. و ثمن از کیسهء بایع، هر گاه تلف شده. خواه خیار از برای هر دو باشد یا از برای یکی از آنها. و در این اشکالی نیست. چهارم: هر گاه تلف شود مبیع یا ثمن، بعد از قبض و قبل از انقضای ایام

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

خیار، پس اگر تلف از جانب خدا است، مشهور این است که تلف از مال کسی است که خیاری از برای او نیست. خواه مبیع تلف شود و خیار از برای بایع باشد. یا ثمن تلف شود و خیار از برای مشتری باشد. که در اول، مبیع از کیسه مشتری رفته و در ثانی، ثمن از کیسهء بایع رفته. و دلالت می کند بر این (علاوه بر عدم ظهور خلافی در مسئله) روایات بسیار، مثل آنچه کلینی و شیخ روایت کردهاند به سند صحیح تا " صفوان " از " اسحاق بن عمار ": " قال اخبرنی من سمع ابا عبد الله - ع - و سئله رجل و انا عنده - فقال له: رجل مسلم احتاج الی بیع داره فمشی الی اخیه، قال له ابیعك داری هذه و تکون لك احب من ان تکون لغیرك علی ان تشترط لی انی اذا جئتك بثمنها الی سنة، تردها علی. (؟). قال: لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الی سنة، ردها علیه. قلت: فان کانت فیها غلة کثیرة، فاخذ الغلة لمن یکون -؟. فقال: الغلة للمشتری. الا تری انها لو احترقت لکانت من ماله " ۱. و صدوق نیز روایت کرده ۲ است این را به سند خود از اسحاق بن عمار. و شیخ روایت کرده است از معاویه بن میسره روایتی ۳ که مشتمل است بر این مضمون. و کلینی

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

و شیخ روایت کردهاند به سند صحیح، از عبد الله بن سنان: " قال سئلت ابا عبد الله - ع -: عن الرجل یشتری الدابة او العبد و یشترط الی یوم او یومین .فیموت العبد او الدابة او یحدث فیه حدث. علی من ضمان ذلك؟. فقال: علی البایع، حتی ینقضی الشرط ثلاثة ایام و تصیر المبیع للمشتری " ۱. و در تهذیب علاوه بر این دارد که " شرط له البایع او لم یشترط - قال: و ان کان بینهما شرط ایاما معدودة فهلك فی ید المشتری قبل ان یمضی الشرط فهو من مال البایع ". و کلینی و شیخ روایت کردهاند از عبد الرحمن بن ابی عبد الله به سند معتبر: " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اشتری. امة بشرط من رجل یوما او یومین، فماتت عنده و قد قطع الثمن. علی من یکون الضمان؟. فقال لیس علی الذی اشتری ضمان، حتی یمضی شرطه " ۲. و شیخ و صدوق روایت کرده از ابن رباط مرسلا: " عن ابی عبد الله - ع -: قال: ان حدث للحیوان حدث قبل ثلاثة ایام، فهو من مال البایع " ۳ .و این اخبار هر چند مختص خیار شرط و خیار حیواناند. لکن ظاهر این است که قایل به فرقی ما بین خیارات نباشد. چنانکه بعضی اصحاب تصریح به آن کردهاند .ولکن باید تخصیص داد این کلام را به خیار شرط و خیار مجلس و خیار حیوان .چنانکه در مسالك عنوان مسئله را، مختص آنها ساخته نه اینکه قایل به فصلی نیست ما بین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جمیع انواع خیار. و در شرح لمعه تصریح کرده است که " خیار ساقط نمی شود به تلف، در وقتی که مشتری مغبون باشد ٤ " و همچنین ظاهر این است که (در آن مسئله که در مقدمهء ثانیه ذکر کردیم) قول خلاف مشهور (که ملك حاصل نمی شود الا به انقضای خیار) هم در همین خیارات باشد .

۱و ۲: ج ۱۲ ص ۳۵۲ - ۳۵۱، ابواب الخیار، باب ٥ ح ۲ و ۱ ۳: همان مرجع: ح ٥. ٤ :یعنی اگر بایع مغبون باشد خیارش با تلف مبیع ساقط می شود. بنابر این وی به تفصیل قایل است

و وجه اطلاق سایر فقها، گویا همان است که اکتفا کرده‌اند به لفظ " انقضاء زمان خیار " از تصریح به این سه خیار. زیرا که در سایر خیارات، زمان محدود نمی باشد و زمان خاصی ندارد. پس تمسك به عدم قول به فرق در هر دو مسئله ثمره می کند در خیار مجلس. زیرا که احادیث مختص خیار شرط و خیار حیوان است. پس ظاهرا اشکالی در مسئله نیست. خصوصا در صورت اولی که موافق قاعده هم هست (بنا بر مشهور) که ملك به مجرد عقد حاصل می شود، و محتاج به انقضای خیار نیست. زیرا که تلف از مال مشتری شده در صورت تلف مبیع، و از مال بایع شده در صورت تلف ثمن. و بنابر قول خلاف مشهور، در مثال آخر موافق قاعدهء ایشان است. چون ملکیت آنکه خیار ندارد، بر حال خود باقی است و تلف از مال او شده است. و اخبار خیار حیوان هم مطابق همین اصل است، و دلالت بر عموم اینکه " تلف در ایام خیار از مال من لا خیار له است " نمی کند. پس دلیل ایشان در ما نحن فیه شاید همان " عدم خلاف " باشد و اخبار خیار شرط. که دلالت دارند بر اینکه تلف از مال مشتری است که خیاری ندارد. هر چند هنوز از ملك بایع در نرفته است. و به هر حال، اخبار، مخصص اصل و قاعده، می تواند شد. و آنچه مذکور شد در وقتی که خیار از برای یکی از آنها باشد. واما هر گاه خیار از برای بایع و مشتری هر دو باشد، پس اگر مبیع تلف شد. از مال مشتری خواهد بود. و اگر ثمن تلف شده، از مال بایع خواهد بود. و وجه آن بنابر قول مشهور اقوی (که حصول ملك به مجرد عقد می شود) ظاهر است. و اخبار متقدمه هم منافاتی با این ندارد. چون دلالتی بر حکم خیار مشتری ندارد. و اما بنا بر قول دیگر: پس قاعده اقتضا می کند که عکس این باشد، یعنی هر گاه مبیع تلف شود از مال بایع باشد، و هر گاه ثمن تلف شود از مال مشتری باشد. و ممکن است که استدلال کنیم بر این، به آخر صحیحهء عبد الله بن سنان، بنابر آنچه در تهذیب روایت شده به تقریب اینکه بگوئیم مراد از قول امام (ع): " و ان کان بینهما شرط ایاما معدوده " شرط خیار از طرفین باشد. نه از برای مشتری تنها. تا اینکه در کلام اعاده لازم نیاید چون " تاسیس " اولی است از " تاکید ."

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

پس ثبوت ضمان از برای بایع، در اینجا از همین جهت خواهد بود که قبل از انقضای خیار از مال بایع نرفته است، و تلف از مال او شده. که او هم از جملهء ادلهء خلاف مشهور باشد در اینکه انتقال ملك حاصل نمی شود الا به انقضای خیار .و مناسبتی با مشهور ندارد. نه از حیث ثبوت ملك، چون مذهب ایشان این است که به مجرد عقد، مال مشتری است نه بایع. و نه از حیثیت اینکه تلف در ایام خیار از مال کسی است که خیار ندارد، چون فرض کردیم که خیار از برای هر دو است نه احدهما. مگر اینکه بگوئیم که تأسیس قاعدهء تازه، در این عبارت حاصل می شود که ۱ مراد از " ایاما معدوده " زاید بر سه روز باشد. (نه آن سه روزی که خیار از برای مشتری هست، خواه شرط کنند یا نه) و مراد از این عبارت باز بیان حکم شرط مشتری باشد، نه شرط هر دو با هم. پس وجه اینکه تلف از مال بایع است، همان خیار نداشتن او است، نه مالك بودن او. پس این دلیل قول مشهور می شود. ۲ و بر فرضی که مسلم داریم که مراد آن باشد که شرط خیار از طرفین باشد، می گوئیم که این حدیث دلیلی می شود از جملهء ادله خلاف مشهور، بر عدم ثبوت ملك الا به انقضای ایام خیار. و هر گاه ما آن را باطل کردیم به سبب سایر ادله و عدم مقاومت این (یا عدم وضوح دلالت [ش] با آنها، پس ضرری به مشهور نخواهد داشت .و حکم همان خواهد بود که مذکور شد که تلف از مال مشتری است که مالك است. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود حکم آنکه خیار از برای اجنبی باشد، برای هیچیك از متبایعین نباشد. که در آنجا تلف از مال مشتری خواهد بود در تلف مبیع چون او مالك است بنابر مشهور، و از مال بایع [است] در تلف ثمن. و همچنین ظاهر می شود حکم آنکه خیار از برای احدهما باشد با اجنبی، و از برای هر دو [باشد]با اجنبی .

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: و متن نسخه چنین است: بگوئیم که تاسیس و فائده تازه در این عبارت حاصل می شود به اینکه با آنها پس بگوئیم که مراد... ۲: و در نسخه: نمی شود

والحاصل: معیار در این مقام یکی از دو چیز است: یا اندراج تحت قاعدهء اینکه " تلف از مال کسی است که خیار ندارد، از متبایعین ". و این در صورتهائی است که یکی از آنها خیار داشته باشد دون دیگری. خواه اجنبی با آنها باشد یا نه. یا اندراج تحت قاعدهء " تلف مال از کیسهء مالك [است] ". و آن در جائی است که چنین نباشد. مثل اینکه خیار از برای هر دو باشد. خواه اجنبی با آنها باشد یا نه. تا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اینجا، سخن در صورتی بود که تلف از جانب خدا باشد. و هر گاه از احد متبایعین باشد یا [از] اجنبی باشد. پس حکم آن از [این] اخبار، ظاهر نمی شود. چون ظاهر آنها تلف از جانب خدا است. پس باید رجوع به قواعد " اتلاف " کرد. و شهید ثانی در مسالك گفته است که " هر گاه متلف مشتری باشد، و خیار از برای بایع باشد، یا از برای اجنبی باشد، و اختیار فسخ کند. پس بایع رجوع می کند به مشتری به مثل یا قیمت ". و گویا وجه آن، این است که اتلاف مشتری در زمان خیار بایع، در حکم غصب است و این منافات ندارد با حصول ملك از برای مشتری. چنانکه مشهور و اقوی است. و از این جهت است [که] تجویز نمیکنیم بیع آن مبیع را در ایام خیار، از برای مشتری، به عنوان بت و قطع، چنانکه در رسالهء علی حده بیان کرده‌ایم. و هر گاه غاصب شد پس ضامن مثل یا قیمت هست. و این منافات ندارد با جواز انتفاع به آن ملك به غیر وجه اتلاف، و [با جواز [بیع به عنوان [غیر] قطع و لزوم، و امثال آن ۱. پس هر گاه فسخ کرد بایع، باید قیمت را رد کند به مشتری و مطالبهء مثل، یا قیمت را از مشتری بکند. و لکن: در هر یك از این مقدمات، می توان خدشه کرد در استحقاق مثل یا قیمت. به جهت آنکه این در وقتی مسلم است که تفویت مال حق غیر کرده باشد. و در اینجا تفویت مال خود کرده. غایت امر این است که تفویت حق غیر کرده، که آن رجوع به مال است، چون بعد تلف، ممکن نیست. و انحصار عوض از حق، در استیفای مثل یا قیمت، ممنوع

۱: اصل عبارت نسخه: و بیع به عنوان قطع و لزوم و امثال آن

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اجنبی. و بر این مقدمات همگی، منع راه دارد .پس شاید توان گفت که مبیع ملك مشتری بود نظر به قاعده انتقال ملك به صیغه. و بایع یا اجنبی غاصب‌اند و ضامن مثل، یا

۱: در انتقال ملکیت، قول مشهور این است که به محض وقوع عقد مبیع مال مشتری و ثمن مال بایع می شود. و نیز قول مشهور در مسئلهء " اگر متخلف مشتری باشد و صاحب خیار بایع باشد " این است که مشتری مخیر است یا به مثل رجوع می کند یا به قیمت. میرزا (ره) در مسئله اول همراه مشهور است و در مسئله دوم همراه غیر مشهور. و با استدلال فوق مشهور را به " نتیجه لازم " سخن‌شان الزام می کند. در اینجا توضیح این نکته لازم است: آنان که نام‌شان را در مسئله اول " مشهور " میگذاریم، عین همان اشخاص نیستند که در مسئله دوم به نام " مشهور " خوانده می شود. تا تصور شود که مشهور در دو مسئله دچار نوعی تناقض شده است. بل منظور " اکثریت " است. در مسئله اول، اکثریت آن نظریه را داده و در مسئله دوم اکثریت این نظریه را داده است. و این اکثریت در مسئله دوم تشکل یافته از تعدادی از اعضای اکثریت اول همراه با تعدادی از اقلیت اول

قیمت‌اند و مشتری مطالبه می کند از ایشان. و دیگر فسخ و رجوع مذکور دلیلی ندارد. و بعد از آن گفته است که " هر گاه خیار از برای بایع باشد و متلف اجنبی باشد، باز مختار است بایع به نحوی که گذشت در خیار مشتری ". یعنی اگر خواهد الزام بیع می کند و ثمن را نگاه میدارد و امر مبیع با مشتری خواهد بود، واو رجوع می کند به اجنبی به مثل، یا قیمت. واگر خواهد فسخ می کند و ثمن را رد می کند به مشتری، و مطالبهء ملك را می کند، و رجوع می کند به مشتری یا اجنبی. و گویا وجه آن در رجوع به مشتری با وجود آنکه اجنبی تلف کرده، این است که در وقت بیع، شرط کرده که وقتی که رد ثمن نماید (مثلا) فسخ بیع تواند کرد، واسترداد مبیع از مشتری کند. و آن مشروط نیست به اینکه باقی مانده باشد ملك در تحت ید او. ووجه رجوع به اجنبی این است که در صورت فسخ، مبیع عود می کند به بایع، و مفروض این است که خود مبیع اگر چه تلف شده لکن عوض آن در ذمه اجنبی مستقر شده به قاعدهء غصب واتلاف، پس می تواند به او رجوع کند. و این مقدمات نیز محل مناقشه است. زیرا که دلالت شرط تسلط بر فسخ بیع (و رجوع هر یك از عوضین به صاحبش) بر جواز تسلط بر رجوع به عوض آن عوضین، ممنوع است. و همچنین در رجوع به اجنبی اشکال است. زیرا که او در حین اتلاف، مال مشتری را تلف کرده، نه مال بایع را. پس تسلط رجوع به اجنبی مختص مشتری است، نه بایع. پس شاید توانیم گفت که چون محل فسخ و عود که نفس مبیع است منتفی شده، خیار فسخ منتفی بشود، و باید ملتزم بیع شود، و به همان ثمن که گرفته قانع باشد. چون اصل در بیع، لزوم است. و دلیل خیار در اینجا تمام نیست، و مشتری رجوع می کند به اجنبی، چون مال او را تلف کرده. یا بگوئیم که چون بیع در اول واقع شده به شرطی که آن شرط در نفس الامر تحقق نمیپذیرد، پس آن شرط هر چند

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مشروع باشد (و فاسد نباشد که به فساد آن لازم آید فساد مشروط چنانکه اقوی این است) و لکن انتفاء شرط مشروع، منشأ ثبوت

خیار می شود در اصل معامله که آن را " خیار اشتراط " می گویند. پس در این مورد خیار شرط، خیار اشتراط حاصل [می] شود، و خیار شرط، شرط خیار اشتراط، می شود. و لازم آن تسلط بر فسخ است و رجوع می کند به مشتری، نه به اجنبی، هر چند مشتری تواند به اجنبی رجوع کند. والحاصل: فروع این مسئله بسیار مشکل است و دلیل اکثر آنها واضح نیست. و آخوند ملا احمد (ره) در شرح ارشاد - هر چند از کلامش چیزی نفهمیدم. چون نسخه بسیار مغلوط بود لکن - در آخر کلام گفته است که " دلیل فروع این مسئله معلوم ما نیست، مگر بعضی اعتبارات عقلیه که معتمد نیست. حق تعالی توفیق فهم به ما عطا کند ". و همچنین صاحب کفایه هم، گفته است که " مستندی در این مسئله نمیدانم به غیر از آن روایات که مذکور شد و از مورد آنها نباید تعدی کرد ". ولکن بفضل الله تعالی، دلیل بسیاری از فروع مسئله را بیان کردیم. حق تعالی از فضل و رحمت خود ظهور صاحب الامر (ع) را با عافیت نزدیك کند

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

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

ثمن " را هم ۱ ذکر کرده. بلکه شهید ثانی گفته است که " در صورت اطلاق هم خیار ثابت است. مثل سایر شروط ". و ظاهرا مراد او این است که در صورت شرط تعجیل، [و] عدم تعیین زمانی که تاخیر از آن نکنند، هر گاه از اول وقت اداء تاخیر کند، مثل سایر شروط است. نه اینکه در مطلق بیع نقدی که یك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صورت آن اطلاق بیع است بدون قید نقد و نسیه. و بدون شرط تعجیل هم، به مجرد تاخیر از اول زمان، خیار فسخ باشد. به جهت آنکه در این صورت شرطی در ضمن عقد بیع نشده .و آنچه مقتضای ماهیت بیع مطلق، است که محمول بر نقد می شود، این است که می تواند فورا مطالبهء قیمت کند. و این داخل شرط نیست. بلکه این نفس مقتضای بیع، است والا در بیع نسیه هم بایست به مجرد تخلف از زمان نسیه، خیار ثابت شود، به سبب اینکه شرط شده که در آن وقت بدهد. پس جواز مطالبهء قیمت در بیع نقد در اول زمان، و در بیع نسیه در زمان انقضای اجل، و لزوم وفا بر مشتری، این هر دو از مقتضیات اصل بیع‌اند. نه شرط ضمن عقد. باقی ماند کلام در اینکه :هر چند سخن شهیدین (در ثبوت خیار در صورت تخلف از شرط) خوب است نظر به مقتضای قاعده خیار اشتراط. ولکن دو بحث [بر آن] وارد است: یکی آنکه: تخصیص کلام به ثبوت خیار از برای بایع در تاخیر ادای ثمن، وجهی ندارد. بلکه هر گاه شرط تعجیل تسلیم مبیع هم بشود و تاخیر در آن شود، خیار از برای مشتری هم خواهد بود. دوم اینکه: هر گاه شرط کند در بیع نسیه، که تاخیر ادای ثمن از حین انقضای اجل نکند. باز همین اقتضای شرط، جاری خواهد بود. پس تخصیص کلام به نقد خالی

۱: توضیح: یعنی شهید ثانی می گوید: خیار فسخ با دو شرط برای بایع حاصل می شود :الف: مشتری ثمن را در موقعش تسلیم نکند. ب: بایع نتواند مشتری را بر پرداخت ثمن مجبور کند. تذکر: توجه به توضیح بالا برای آسان شدن ادامه مطلب لازم است

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IHS

از وجه است. و سخن دیگر هم در این مقام هست. که " شرط ۱ عدم تمکن از اجبار مشتری بر ادای ثمن " که در کلام شهید ثانی است، محتاج است به دلیل. و آنچه در رسالهء " شرط ضمن العقد " تحقیق کرده‌ام این است که: در شرطی که در ضمن عقد می شود، بر " مشروط علیه " واجب است وفا. و از برای " مشروط له " نیست که اجبار او بر وفا، هر گاه امتناع کند. و اما وجوب اجبار مشروط له او را بر وفا، پس آن دلیلی ندارد. بلکه خیار از برای او ثابت است و تقصیر از جانب مشروط علیه شده. و این فکر هر چند در آن مسئله در اول از منفردات حقیر بود .ولکن در آخر موافقت کلام شهید (ره) در دروس با فکر خود دیدم، ودر این مقام هم، از شرط عدم امکان اجبار او بر وفا، ساکت است. هر گاه این دانسته شد، بر میگردیم بر سر " مطالبهء حیوان یا قیمت " در صورت سئوال. و جواب آن این است که هر گاه متضرر نمی شود، صبر کند تا غایب بیاید. و هر گاه متضرر می شود به سبب طول زمان غیبت. پس اولا باید رجوع کند به حاکم شرع و به اذن او استیفای طلب خود بکند. و هر گاه ممکن نباشد استیفای آن به اعانت حاکم به سبب نبودن حاکم .یا به سبب عجز از اثبات. در آن وقت می تواند تقاص

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

حق خود بکند از مال او. آن حیوان هم از جملهء مال او است. پس گمان نکند که مـی توانـد حیـوان را بـر دارد هر چند قیمت آن مضاعف شـده باشـد. بلکـه مـساوی طلـب خـود را بـر میـدارد. و کیفیـت تقـاص و شرایط آن را در کتاب قضای همین مجموعه، بیان کردهام.

۱۲۰- سوال: زید دختر عمرو را از برای پسر یا برادر خود نامزده کرده است. و در بعضی از ولایات، قانون چنین است که ابریشم و پشم و پنبه میدهند تا دختر در خانهء پدر خود نشسته است به عمل بیاورد. و حال پسر زید فوت شده و اجناس در خانه پدر دختر مانده. آیا چه چیز به پسر یا برادر زید می رسد -؟ .

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

جواب: اصل آن ابریشم و پشم و پنبه که دادهاند بریسند و ببافند و به خانهء شوهر بیاورد، مال صاحب آنها است و مال دختر نمی شود. ولکن هر گاه دختر را امر کردهاند به ریشتن و بافتن و امثال آن، دختر مستحق اجرت عمل خود هست .

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

جواب: هر چند شیر بهای متعارف این زمان که محض بـه جهـت استرضـای اولیـای دختـر در اجابـت او، میدهند، لزوم ندارد. و مادامی که عین باقی است، می توانند استرداد کنند. لکن نقل به ملك به غیر به منزلهء اتلاف است. و در صورت اتلاف، رجوع نمی تواند کرد .چون ظاهر این است که او را مسلط بر ملك خود کرده است به عنوان تملیك. نه مجرد اباحهء محضه و او ملك را از ملکیت خـود بیـرون کـرده. چنانکـه هر گاه مشتری علم دارد که بایع، مال غیر را بدون اذن او فروخته و اسبی را در قیمت آن ملـك بدهـد، و بایع آن اسب را بفروشد به غیر و مالك هم اجازهء بیع را بکند، ظاهر این است کـه مـشتری رجـوع نمـی تواند کرد نه به اسب و نه قیمت آن - نه به بایع و نه به مشتری.

۱۲۲- سوال: زید و عمرو شریکند در قطعه زمینی بالمناصفه. و زیـد بـدون اطـلاع عمـرو زمـین را قیمـت می کند. و بعد از تعیین حصهء خود، آن حصه را به بکر مـی فروشـد و عمـرو مـی گویـد بـه ایـن قـسمت راضی نیستم. آیا بیع صحیح است یا باطل؟- ؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: قسمت زمین با عدم رضای عمرو باطل است. و بیع هم باطل است. و بکر هیچ حقی در زمین ندارد. و اگر کسی بگوید چون زید مالك نصف زمین هست، پس چرا در قدر حصهء خود صحیح نباشد (؟) وحال آنکه فقها تصریح کرده‌اند به اینکه هر گاه کسی مملوك خود را با غیر مملوك به یك صیغه بفروشد به قدر حصهء خود صحیح است. و در باقی موقوف است بر اجازه مالك، پس باید نصف مشاع این نصف که ربع مجموع زمین است مال بکر باشد. بیش از این نیست که بکر هر گاه علم نداشت به حال، و بعد مطلع شد، مسلط بر

فسخ باشد. به جهت عیب به " تبعض صفقه ". گوئیم: حصول ملك از برای بکر مشتری، ممکن نیست. و این بیع منشأ تملك مشتری و حصول ملکیت نمی شود به جهت آنکه حصول ملکیت و صحت بیع باید مستلزم ترتب آثار ملکیت و بیع باشد. واز جملهء آثار ملکیت و خواص آن، این است که هر گاه ملك مشاع باشد میان دو نفر، و آن ملك قابل قسمت اجباریه باشد، توانند هر یك از آنها اجبار کنند شریك را (به خودی خود، یا به مباشرت حاکم) بر قسمت آن ملك در ما فیه الشیاع. و در ما نحن فیه بعد از آنکه حکم کردیم به بطلان قسمت زید می گوئیم مراد تو از شیاع در تصحیح بیع نصف آن نصف که ربع مجموع است (که بکر مالك آن می شود علی سبیل الشیاع) آیا اشاعه در همین نصف معین است یا اشاعه در ملك (؟ -؟). اگر مراد ثانی است پس آن خلاف مفروض است ۱. و اگر مراد، اول است ۲ می گوئیم که ترتب آثار ملك مشاع که یکی از آن آثار، جواز

نهضت ترجمه
Translation Movement

۱: می توان گفت خلاف مفروض نیست بل عین مفروض است. زیرا فرض این است که منصرف شود به اشاعه در مجموع همان طور که مسئله مورد تنظیر از کلام فقها نیز چنین است. و اگر منظور مصنف از " مفروض " چیزی است که در نظر بایع بوده، باید گفت در مسئله مورد تنظیر هم، همینطور است. پس نیاز به پاسخ دیگر است. و پاسخ قاطع همان است که مصنف (ره) در پاسخ ادعای انصراف این بیع به " نصف مشاع مجموع زمین " خواهند گفت - در آخر همین مسئله - که عقد بر نصف معین شده و تعیین باطل است. و جنس بدون فصل بقائی ندارد. ۲: صورت اول به شکل زیر تصویر می شود :از نصف دیگر زمین که مورد معامله قرار نگرفته، قطع نظر می شود. و میماند یك قطعه زمین (همان نصف مورد معامله) فروخته شده که نصف آن مستحق للغیر در آمده .در این صورت، بیع منصرف می شود بر مال بایع که نصف مبیع است و ربع کل زمین .لیکن (همانطور که مصنف (ره) در پاسخ گفته است) نمی توان از نصفی که مورد معامله قرار نگرفته صرفنظر کرد. زیرا مستلزم ضرر شریك است. اما اگر بایع همهء مجموع زمین را (جهلا او غصبا) میفروخت، در صورت جهل بر اینکه نصف زمین مال شخص دیگر است، قابل تصحیح میگردید و در صورت غصب، همان اختلاف جنجالی پیش میآمد که در مسئله شماره ۱۱۲ گذشت. و در هر دو صورت، حل مسئله آسانتر از فروش نصف مفروز یك جانبه، است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اجبار بر قسمت است در مافیه الشیاع. آیا در ما نحن فیه ثابت است که شریك تواند اجبار کند مشتری را، (یا به عکس) در قسمت کردن آن ربع در مجموع ملك، که هر جا به قرعه در آید بعد تعدیل سهام، مال مشتری باشد یا شریك. یا نه؟ -؟ اگر میگوئی بلی، گوئیم آن خلاف قاعده است که شریك تواند اجبار کند شریك را در قسمت مشاع در غیر ما فیه الشیاع، چون مفروض این است که نصف مشاع آن نصف معین را مالك است، و دخلی به نصف دیگر ندارد. و اگر میگوئی نمی تواند، به جهت اینکه مشتری مستحق ربع شایع در این نصف معین، است، و آنچه توان اجبار کرد در آن قسمت آن ربع است در همان نصف معین. چنانکه از جملهء آثار ملك مشاع این است .می گوئیم که وجه اجبار در قسمت ربع در این نصف معین، از برای مشتری چه چیز است؟ و استحقاق این اجبار به جهت مشتری از کجا به هم رسید؟ و حال آنکه آنچه به او رسیده همان حقی است که بایع داشت و بایع چنین حقی و تسلطی را نداشت که اجبار کند شریك را در تقسیم این ربع در همین نصف معین. بلکه آنچه تسلط داشت اجبار بر تقسیم و افراز نصف مشاع مجموع بود در مجموع. به جهت آنکه تقسیم کردن نصف گاه است مستلزم ضرر شریك می شود. زیرا که من بعد اگر خواهند نصف دیگر را قسمت کنند، گاه است که تفرقه حاصل شود ما بین اجزاء حصهء شریك، و آن مستلزم ضرر است. بخلاف قسمت. جمیع در وقت واحد. پس چون شرکت بایع در ربع مذکور به همین نحو بود که هر گاه خواهند قسمت کنند، توانند اجبار کنند در قسمت در نصف معین. پس از برای مشتری هم شرکت به همان نحو حاصل شده که بتواند اجبار کند شریك را در قسمت مذکوره. و جواز تراضی بر تقسیم نصف مستلزم جواز اجبار، نیست .پس باید این استحقاق مشتری، از راه قسمت بایع باشد و آن خود باطل بود

نهضت ترجمه
Translation Movement

(چنانکه دانستی). پس دیگر وجهی از برای تصحیح این معامله باقی نمیماند .چون تصحیح عبارت است از ترتب آثار، و دانستی عدم ترتب اثر را. پس هر گاه عدم ترتب اثر ثابت شد، عدم صحت بیع هم ثابت است. و به تقریر دیگر (که اوضح از این تقریر، است ولکن ادق از این است) می گوئیم که: معنی اشاعهء ملك ما بین شرکاء این است که هر یك به قدر الحصه، در جزء لا یتجزی از اجزاء آن مبیع، مستحق می باشند. و اما ملاحظه آن حصه مثل نصف یا ثلث یا ربع، نسبت به مجموع، من حیث المجموع (به این معنی که آن اجزاء را مرکب کنیم و منضم کنیم به قدر حصه از حصه‌ها، و جدا فرض کنیم. و همچنین منضم کنیم به قدر حصهء دیگر، و جدا فرض کنیم. که مناصفه نسبت به مجموع ملاحظه شود، نه هر جزئی از اجزای متجزی) پس آن را هیچیك مستحق نیستند بالفعل. بلکه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

استحقاق " بالامكان " است كه هر كاه خواهند قسمت كنند. شارع مقدس تجويز انضمام اجزاء به قدر حصهء هر يك كرده. كه بعد از انضام (و تعديل سهام به قدر حصهء هر يك نسبت به مجموع) به قرعه يا تراضى مالك شوند. پس نصف مجموع و ربع مجموع، تحقق نميپذيرد الا با تعديل سهام و تقسيم. و قبل از آن هيچيك را استحقاقى در نصف مجموع يا ربع مجموع، على سبيل التعيين، نمى باشد. پس بايع فروخته است چيزى را كه مالك آن نيست، نه نصف را و نه ربع. و اينكه ممكن است كه مالك آن، شود (بعد تعديل سهام و وقوع قرعه بر آن، يا تراضى بر آن)، نفعى به حصول مالكيت بالفعل ندارد. و گاه هست كه بعد تعديل و قرعه، همين نصف و ربع به حصهء آن شريك در آيد. و بيع به شرط، هم معنى ندارد، كه مراد اين باشد كه اين نصف معين نسبت به مجموع را فروختم به تو [به شرطى] كه بعد از اين به حصهء من در آيد. واگر فرض صحت آن كنيم، پس بايد در مجموع نصف، صحيح باشد. وبدان كه: در اين مقام، گاه هست در بعضى اوهام در آيد كه مى توان تصحيح اين بيع كرد در اصل نصف بر سبيل اشاعه، هر چند بر سبيل تعيين تمام نشود. به تقريب

اينكه بايع فروخته است نصف اين زمين معين را كه جزما مالك آن هست. بيش از اين نيست كه گفته است نصف اين زمين، كه آن نصف، همين نصف معين است، به تو فروختم. پس هر گاه تعيين باطل شد، منشأ بطلان مطلق بيع نصف، نمى شود. پس بيع منعقد مى شود بر نصف مشاعى كه جزما مالك آن هست. پس مشترى شريك مى شود با آن شريك ديگر در نصف مشاع در مجموع. و نظير اين است كه فقها گفتهاند كه هر گاه كسى ملكى در دست داشته باشد كه نصف آن مال غير باشد و نصف آن زمين را بفروشد منصرف مى شود به نصف مملوك او، و بيع صحيح است. در اينجا هم نصف مبيع است. هر چند مالك تعيين آن نيست لكن مالك خود نصف هست. پس بيع منصرف مى شود به اصل نصف بدون تعيين كه بر وصف اشاعه است. و ظاهر اين است كه اين تو هم فاسد است. زيرا كه قصد به بيع نصف متحقق در ضمن معين، شده و تعيين كه باطل شد، بيع نصف معين، باطل مى شود. و جنس بدون فصل بقائى ندارد. وآن تنظير غلط است. به اعتبار اينكه اين دو نصف در اينجا در حقيقت متمايزند هر چند صيغهء بيع بر لفظ " نصف " وارد شده كه قابل مشاع در مجموع است. و نظير ما نحن فيه، اين است كه كسى بيع نسيه بكند بدون تعيين مدت. كه در اينجا حكم مى شود به بطلان. نه اينكه هر گاه نسيه بودن باطل شد، منصرف مى شود به بيع حال و نقد. ۱

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: پس می توان ادلهء عدم انصراف این بیع، به یکی از صورتهای تصحیح، را به شرح زیر خلاصه کرد: الف: عدم انصراف به نصف مشاع در مجموع: چون عقد بر معین (که غیر مشاع در مجموع است) واقع شده و جنس بدون فصل بقائی ندارد. ب: عدم انصراف به نصف مشاع در نصف مورد معامله (ربع مجموع ولی مشاع در نصف): به همان دلیل بالا. و نیز به دلیل عدم ترتب اثری (اجبار به تقسیم) از آثار. بنا بر دلیل " عدم ترتب اثر "، اگر بایع نصف مشاع خود، را به صورت دو ربع مشاع در مجموع، در دو معامله جداگانه به دو نفر بفروشد. صحت این معاملهها منوط به اجازهء شریك است. زیرا همان " ضرر " در اینجا هم حضور دارد. و نیز: اگر بایع بمیرد و سهم او به دو وارث او منتقل شود، هر کدام از آنها به تنهائی نمی تواند شریك را اجبار به تقسیم نماید. چون باز همان " ضرر " حضور دارد. با اینکه انتقال ملکیت در اینجا قهری است. و صحیح است بلا خلاف و بلا شك. پس دلیل عمده در مورد ردیف " ب " همان است که در ردیف " الف " آمده " یعنی: عقد بر معین شده و جنس بدون فصل بقائی ندارد. زیرا تکیه بر " بطلان تقسیم " در این بحث، آن کاربرد قاطع را ندارد چون فراتر از " غصب " نیست. و بحث " انصراف " در مورد شریك غاصب هم هست

۱۲۳- سوال: زید خانه و محوطه به عمرو فروخته، به حدود معینی. و بعد از چند وقتی مشخص شده که زید بایع، (عمدا یا سهوا) طریق و معبر و شارع عام را داخل خانه و محوطهء خود نموده و به مشتری فروخته. و مشتری که عمرو است همان خانهء و محوطهء معروضه را (قبل از بروز دخول شارع در مبیع) به زید فروخته به بیع شرط. و قدر شارع بر مشتری، غیر معین [است]. بیان فرمایند که جهالت طاریه بعد از عقد موجب جهالت در مبیع و فساد بیع می شود؟. یا آنکه تعین به حدود حین العقد، کافی است در صحت بیع.؟. و در صورت صحت بیع اول، آیا بعد از انتقال عمرو مشتری، مزبور را به زید (بایع اول) به بیع شرط. قبل از انقضای مدت خیار، یا بعد از انقضاء و لزوم، فسخ بیع به خیار شرکت یا خیار تبعض صفقه یا خیار غبن، از برای عمرو مشتری شرعا جایز است یا نه؟ -؟ و هر گاه بایع خواسته باشد به احادیثی که در باب " احیاء الموات " به جهت تعیین طرق و شوارع وارد شده - به این مضمون که پنج ذرع یا هفت ذرع باشد - می تواند تعیین شارع، نماید به این نحو که نصف ذرع به قیاس احیاء موات از ملك خود به جهت معبر عام وضع نماید هر چند عمرو مشتری به این راضی نباشد -؟. یا آنکه باید مشخص شود که چقدر از ملك مزبور شارع و چقدر ملك است. و بعد از آنکه معین شود قدر شارع آیا معامله صحیح است در قدر ملك؟. و بعد از وضع شارع، باید از ثمن به قدر شارع وضع شود (یعنی زید بایع به قدر قیمت ملك خود بعد از وضع شارع، از ثمن اخذ و باقی را تسلیم عمرو مشتری نماید) -؟. یا قسمی دیگر است؟ .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

می توانست شد، پس هر گاه حکم به صحت بیع در آن بعض کنیم و آن را مستقر سازیم به سبب عدم فسخ، حکم به استقرار مجهول کرده‌ایم. با وجود اینکه همان حکمتی که باعث است بر حکم به بطلان بیع مجهول (یعنی لزوم غرر و سفه غالبا) بعینه در اینجا موجود است. و این سخن که مذکور شد در حکایت اعتبار جهالت حیت استقرار ملك، وضوح آن بنابر قول به عدم انتقال ملك به مجرد بیع (مطلقا، چنانکه مذهب ابن جنید است، و مقیدا به اینکه خیار از برای بایع باشد یا برای هر دو، چنانکه مذهب شیخ است) بیشتر است. خصوصا بنابر اینکه انقضای مدت خیار، " ناقل " شده نه " کاشف ". و مؤید این مطلب است (یعنی اینکه جهالت طاری هم در حکم جهالت اولی است) آنچه فقها ذکر کرده‌اند در

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مسئله منجزات مریض. که هر گاه بیع محاباتی در مرض موت بـه عمـل آیـد در جـنس ربـوی. مثـل اینکـه ترکه مریض منحصر باشد در یك کر گندم خوب، که قیمت آن، شش اشـرفی باشـد. و بفروشـد آن را بـه یك کر گندم، که قیمت آن سه اشرفی باشد. بنابر اینکه منجزات در ثلث معتبر باشد با عدم اجازه وارث. که محابات در نصف شده [نه] در مقدار ثلث. پس ۱ هر گاه سدس ۲ را رد کنیم بر ورثه، ربا خواهد بود. و وجه تصحیح رد را بیان کرده‌اند و آن طولی دارد که اینجا محل آن نیـست. و وجـه تاییـد، ایـن اسـت کـه اعتبار کرده‌اند ظهور ربا را بعد از معامله، هر چند در حین معاملـه بـر وجـه ربـا نبـوده. و شـاید در " کتـاب صلح " همین مجموعه هم اشاره به بعض مؤیدات این مطلب شده باشد. و بدان که: در اینجا دو حـدیث بلکه سه حدیث است که ظاهر آنها این است که هر گاه کسی خانه‌ای بخرد و قدری از راه در آن باشد، بیع آن صحیح است. و آن موثقه محمد بن مسلم است عن احـدهما: " قـال: سـئلته عـن رجـل اشـتری دارا، فیها زیادة

۱: در نسخه به جای " پس " حرف " که " آمده. ۲: مجموع شش اشرفی است ثلث آن دو اشرفی می شـود پـس باید یك اشرفی که سدس مجموع باشد به ورثه بر گردد تا وجه محابات دو اشرفی باشد

عن الطریق. قال: ان کان فی ما اشتری، فلا باس ". ۱ و شیخ به سند معتبر دیگر همین حدیث را روایت کرده، از محمد بن مسلم، از ابی حمزه، از باقر (ع)، و روایت کرده است ایضا از ابـی جمیلـه، از عبـد الله بن امیه، " انه سئل ابا عبد الله - ع - عن دار یشتریها، فیکون زیادة عن الطریق. قال: ان کـان ذلـك دخـل علیه فی ما حد له، فلا باس ۲. ". و شیخ و ابن ادریس و محقق چنین فهمیده‌اند حدیث را، که قـدری از شارع مسلمین داخل خانه بوده است. و توجیه آن به ایـن نحـو مـی شـود کـه فعـل مـسلم محمـول بـر صحت است. پس هر گاه قدری از راه داخل خانه بوده و آن را فروخته، محمول است بر اینکه زاید بـر حـد شرعی بوده است و آن زاید را احیـاء کـرده. و ممکـن اسـت کـه مـراد از طریـق در حـدیث طریـق مملـوك باشد، و این اظهر است، به قرنیهء آنکه فرموده که هر گـاه داخـل در حـدودی بـوده کـه بـایع آن را داخـل مبیع کرده، باکی نیست. و صاحب وافی هم این احادیث را در باب حدود مبیع ذکر کرده. و از نهایهء شیخ و ابن ادریس نقل شده که هر گاه آن زیادتی متمیز نیست، بر او چیزی نیست. و هـر گـاه متمیـز اسـت، باید آن را بر گرداند به طریق، و درك را از بـایع بگیـرد. و محقـق در نـافع بعـد از آنکـه تـضعیف روایـت کـرده است، و نقل این قول را از شیخ کرده، تفصیل شیخ را منع کرده و اختیار بطلان بیع کرده است از اصـل، در صورت عدم تمیز، و اختیار صحت در مملوك کرده با خیار فسخ به جهت تبعض صفقه، در صـورت امتیـاز

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

با جهل مشتری به حال. و وجه منع، این است که عدم تمیز منشاء مباح شدن آنچه از راه گرفته نمی شود. و

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البیع، باب ۲۷ ح ۳. تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البیع، باب ۲۷ ح ٤. - تهذیب: ج ۲ ص ۱۵۳. قابل ذکر است که حدیث دیگری (به طور مرسل) داریم که پیام این دو حدیث را تایید می کند. رجوع کنید: بحار: ج ۱۰٤ ص ۲۵۷ ح ۱۱، احیاء الموات

وجه اینکه اختیار کرده است بطلان بیع از اصل [را]، این است که مبیع مجهول است در صورت عدم تمیز. زیرا که آنچه ملك مالك است، معلوم نیست. بخلاف صورتی که متمیز باشد. زیرا که در آنجا مانعی از صحت بیع نیست. بلی چون صفقه متبعض می شود، خیار فسخ دارد، در صورتی که مشتری جاهل بوده باشد. چنانکه حقیر بیان آن را کردم. اطلاع بر کلام محقق بعد از آن بود که به فهم قاصر مطلب را یافته بودم. و بعد از این مطلع شدم بر کلام ابن فهد حلی در مهذب، و از کلام او بر میآید که در صورت عدم تمیز باز خیار فسخ از برای مشتری هست. به سبب اینکه عیب بزرگی است که مملوك مخلوط به غیر مملوك است. و گفته است که " هر گاه مشتری فسخ نکند و مبیع را نگاه دارد، ارش نمی تواند گرفت. به سبب عدم علم به قدر آن " و مطلقا متعرض دلیل محقق در حکم به بطلان نشده. و عجیبتر؟ اینکه آنچه را گفته، مقتضای قواعد دانسته. ۱ و اما کلام در اینکه: جایز است که کسی از شارع مسلمین احیا کند یا نه؟ -؟ و بر فرض جواز، حد آن چه چیز است؟. پس بعد از این مذکور می شود. و اما سوال از اینکه: بر فرض صحت بیع، آیا این تصرف مشتری که آن ملك را به بایع فروخته به شرط خیار، مسقط خیار فسخ هست یا نه؟- ؟. جواب آن را قبل از این نوشته‌ام. و حاصل آن اینکه تصرفی که مسقط خیار است تصرفی است که دلالت کند بر رضای به ملك با اسقاط خیارات. یعنی راضی باشد که آن ملك مال او باشد به عنوان " لزوم " بدون بقای خیاری. و بیع شرط مذکور مستلزم آن نیست، بلکه چون متفطن این احتمال نیست (که شاید بعض مبیع مال غیر باشد. خصوصا چنین غیری که شارع عام است و اجازهء بیع از جانب آن هم معنی ندارد ۲) احتمال آن گونه " الزام " قریب به محال عادی است .

۱: اگر جهالت مانع از ارش است، پس مانع از صحت اصل بیع نیز می باشد، و در اینجا به دلیل " وحدت دلیل " میان اصل بیع و ارش، ملازمه هست. ۲: مگر در زمان بسط ید حاکم عادل که در شرایطی معنی پیدا می کند، و حکومت اجازه مینماید

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

واما سوال از تمسك بايع در تصحيح، به احاديثى كه در تحديد طريق وارد شده :پس بدان كه در اين مقام چندين مرحله از كلام هست: اول اينكه آيا تحديد طريق، به چه، قدر، است؟. دوم آنكه آن تحديد مذكور در اخبار، از براى طريق مبتكر، است يا اعم؟ -؟. سوم آنكه آيا جايز است احياى زايد بر آن مطلقا يا نه؟ -؟ .چهارم اينكه آيا جايز است تبديل شارع به زمين ديگر يا نه؟ -؟. پنجم اينكه تبديل نفعى ميبخشد در رفع جهالت تا تصحيح بيع باشد يا نه؟ -؟ اما اول: پس اظهر اين است كه حد طريق هفت ذراع باشد چنانكه در موثقهء سكونى ۱ و روايت مسمع بن عبد الملك ۲. بلكه در بحار از " نوادر راوندى " هم حديثى ۳ نقل كرده كه اشعار به آن دارد. و اين قول، از اكثر اصحاب نقل شده. وقول ديگر پنج ذراع است. چنانكه موثقهء بقباق ٤، دلالت دارد بر آن. و هر چند كه محقق و علامه اين تحديد را در خصوص طريق مبتكر نقل كرده‌اند (يعنى هر گاه كسى خواهد زمين مواتى را احياء كند و محتاج به راه باشد و كسى ديگر هم خواهد در جنب آن احياى مواتى كند. در كمتر از اين مقدار نمى تواند تصرف كرد) ولكن ظاهر اين است كه اين تحديد از براى مطلق شارع است، چنانكه جمعى از محققين گفته‌اند. و روايات هم منافات با اين ندارد. زيرا كه هر چند سؤال از حال ٥ مبتكر است ولكن اعتبار ٦ به عموم جواب، است .

۱و ۲: وسائل: ج ۱۷ ص ۳۳۹، ابواب احياء الموات، باب ۱۱ ح ٥ و ٦. ۳: بحار: ج ۱۰٤ ص ۲٥٥، باب المشتركات و احياء الموات، ح ۱۲. توضيح: مطابق اين حديث عرض راه، ١٤ ذراع مى شود زيرا عبارت " ما بين العين الى العين خمس مأة ذراعا و الطريق الى الطريق اذا تضايق على اهله سبعة اذرع " آمده است. يعنى راه به طور دو طرفه در نظر گرفته شده. ٤: وسايل: ج ۱۲، باب ۱٥، كتاب الصلح، ح ۱. ٥ :علاوه بر اينكه سؤال از مبتكر است، ماهيت راه نيز طورى است كه غالبا عرض آن در حين ابتكار و تاسيس، عنوان مى شود. و روشن است كه نظريه محقق و علامه بر نظريه مصنف رجحان دارد. ٦: اصل در موات عدم مالكيت بخش خصوصى، است واحياء و تملك نيازمند اذن خاص يا اذن عام امام (ع) است. پس به هنگام تعارض " خصوص مورد " با " عموم اعتبار " در اينجا خصوص مورد، مقدم است. زيرا اصل عدم صحت تملك است در مورد شك، و در اينجا تعدى از مورد نص باطل است، پس نظريه مرحوم ميرزا، مرجوح مى باشد. اصل واساس اين بحث، به راه‌هاى مزارع مربوط است. و در ساير راه‌ها به طبيعت جامعه و عرف عملى مردم واگذار شده است. و مطلوبترين عرض براى راه در اسلام (حد اقل) شصت ذراع است. رجوع كنيد: بحار: ج ۱۰٤، ص ۲٥٤، احياء الموات، ح ٦. موثقهء على بن ابى حمزه

و از اينجا حال مرحله دوم، هم معلوم شد. و اما سوم: پس ظاهر ادله جواز احياى زايد بر اين مقدار است. و بعضى گفته‌اند كه هر گاه شارعى باشد كه محتاج به بيش از اين باشد مثل محل تردد حاج و زوار كه شتر يا كجاوه عبور مى كند هر قدر حاجت باشد بايد به جا گذاشت. واين هر چند خالى از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اشکال نیست (زیرا که غالب آن است که به هفت ذراع، رفع حاجت می شود و شتر هم به قطار می تواند رفت .والا گاه هست که هفتاد ذراع هم بس نیست) ولکن احوط این است که در چنین جائی ترك کند. و اما مرحلهء چهارم: پس هر چند در نظر حقیر قوت دارد جواز تبدیل شارع به زمینی که در جنب آن باشد، در صورتی که به هیچ وجه ضرر به ماره نرسد .وقرب وبعد تفاوت نکند. خصوصا هر گاه تبدیل، انفع به ماره باشد. واجماع واخباری که دلیل منع تصرف شارع است، شامل چنین جائی نیست. ولکن احوط عدم تبدیل است. واما مرحلهء پنجم: پس می گوئیم که این تبدیل، نفعی بر جهالت مبیع نمی کند، زیرا که این چارهای است در تعیین مبیع، بعد از آنکه بیع بر مجهول واقع شده، با وجود اینکه بر وجه تصحیح این مطلب هم، مبیع خالی از عیب نیست، و باز مورد خیار عیب هست، چون این مسئله از مسائل اجتهادیه است. بلکه خلاف ظاهر مشهور علما است، پس این بیع در معرض مناقشه ودعوی خواهد بود، و به سبب تجدد رأی مجتهد دیگر (بنابر اینکه نقض فتوی باشد چنانکه مشهور است) محل سنوح عوارض است. پس به این سبب باز خیار فسخ ثابت خواهد بود. و اما اگر مشتری به این معنی راضی نباشد (چنانکه مورد سؤال است) دیگر امر اوضح خواهد بود .

باقی ماند در این مقام سخنی که سائل از آن سؤال نکرده و آن این است که :هر گاه بایع بگوید که بلی از شارع داخل آن کردهام. ولکن هفت ذرع پا پنج ذرع وضع کردهام از برای شارع و اضافه را داخل کردهام، و مزاحمی در این دعوی نداشته باشد. ظاهر این است که مصدق است و بیع هم صحیح است. خصوصا هر گاه مقدار داخل کرده، را هم تعیین کنند که به هیچ وجه جهالتی باقی نمیماند. در اینصورت بیع صحیح است. ولکن همان شبههء خیار عیب باقی میماند که اشاره به آن کردیم. پس مخیر خواهد بود میان رد وارش. و اما سؤال از صحت معامله بعد از تعیین قدر شارع: پس آن از سخنهای پیش معلوم شد. که بیع صحیح است ولکن خیار تبعض صفقه (در صورتی که بر خلاف شرع داخل کرده باشد) و خیار عیب (در صورتی که بر وجه صحیح داخل کرده باشد) ثابت است. هر چند که عیب بودن در صورت حکم حاکم به ادخال (که نقض آن جایز نیست) معلوم نیست. و همچنین هر گاه به تقلید مجتهدی کرده باشد، که اظهر در نزد حقیر آن است که در اینصورت نقض فتوی هم جایز نیست .ولکن در صورت مسامحه و " رجما بالغیب " هر گاه کرده باشد، مظنهء دخول در عیب کمال وضوح [را] دارد. واما سوال از کیفیت استرداد قیمت در صورت التزام بیع، و عدم فسخ: پس چون ظاهر این است که این از باب یك جفت در، است که بفروشد و یك تای آن مال غیر بر آید. که هیئت مجموعیت دخل دارد در تفاوت قیمت و قیمت هر یك منفردا که ملاحظه کنیم مجموع این دو قیمت، کمتر است از قیمت مجموع. پس باید اولا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هر يك از مقدار زيادتى طريق و خانهء مملوكه را قيمت كرد جدا، جدا. و نسبت داد قيمت احدهما را به مجموع قيمتين (نه به مجموع قيمت آنها در حال اجتماع) و از ثمن اصل مجموع آن دو زمين كه معامله بر آن واقع شده، اخذ كرد به همان نسبت. مثلا خانه را به شصت ريال خريده است والحال زيادتى راه را كه قيمت ميكنيم سى ريال است، و خانه مملوك را كه قيمت ميكنيم شصت ريال است كه مجموع، نود ريال است. و سى نسبت به نود ثلث است. پس مشترى ثلث ثمنى كه در عوض مجموع داده - كه بيست ريال است - پس ميگيرد .

اين طريق را در تقسيم ثمن، بعض علما ذكر كرده‌اند. و هر چند بر اين وارد است كه در بعضى صور مستلزم ضرر مشترى مى شود - در صورت جهل به حال - چون او ثمن را در ازاى مجموع داده است. نه در ازاى هر يك. چنانكه در صورت سؤال است .ولكن اين ضرر مندفع مى شود به ثبوت خيار از او براى او. و بدان كه: بعد حصول بيع و قبض مشترى، بر بايع و مشترى (هر دو) لازم است رد شارع بر حال خود. و غرامتى كه به سبب خراب كردن خانه و تسويهء شارع حاصل مى شود، هر گاه مشترى متحمل آن شده، رجوع مى تواند كرد به بايع. چون جاهل و مغرور بوده. و هر گاه رد شارع به حال خود، مستلزم خراب شدن بعض خانه‌ها ١ بالتمام يا بعض آن بعض باشد، آن خسارت راجع به بايع مى شود. و اجرت عمل با اوست. ودر صورت امضاى بيع، آلات و ادوات از احجار و اخشاب و آجر، مال مشترى است. والحال كه خانهء مملوك قيمت مى شود منفردا نسبت به اين خانه‌هاى ٢ خراب، مخروبهء آنها قيمت مى شود. نه خانهء صحيح. و قيمت آلات و ادوات هم از براى بايع ملحوظ مى شود. يعنى آن خانهء مملوك را با اين آلات و ادوات منفردا قيمت مى كنند و زيادتى شارع را منفردا .بعد از آن ملاحظهء نسبت را مى كنند. چنانكه گفتيم. و اما سؤال از نقصى كه در ملك به هم مى رسد: اگر همين است كه مذكور شد، جواب همين است. والا، بايد سؤال واضحتر شود تا جواب گفته شود. باقى ماند كلام در طريقهء تخلص از شارع در صورت جهالت، هر چند در سؤال مذكور نيست لكن آنهم مهم است. پس مى گوئيم كه هر گاه معيار بنا را در طريق همان هفت ذراع يا پنج ذراع گذاريم و در آن طرف بيرون، طريق معين باشد و جهالت در جانب خانه باشد، پس تتميم ميكنيم نقص آن راه از مقدار مقرر [را]. و هر گاه بنا را بر اين نگذاريم، يا آنكه حد آن سمت بيرون، معلوم نباشد، در آن چند وجه معتبر است: يكى آنكه به قدرى داخل شارع كنيم كه يقين حاصل شود كه بيش از آن داخل

١و ٢: مراد " خانه‌ها " اطاق‌ها است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

خانه نشد. و دوم آنكه به ظن غالب اكتفا كنيم. سوم آنكه به مقتضاى اصل برائت، اقل متيقن را وضع كنيم. و شايد اظهر وجه اول باشد. وابن فهد حلى در مهذب اكتفا به دو وجه اول كرده. و در كلام ابن فهد اغتشاشى هست، كه فى الجمله اشاره به آن كردم كه غافل از تحقيق محقق (ره) شده. و مقام مقتضى بسط كلام در آن نيست.

١٢٤- السوال: لو باع احد اولاد الغائب، امته لضرورة المعاش او غيرها. و اشتراها احد عالما بانها مال الغائب، او جاهلا. ثم استولدها المشترى. فكيف حال البيع جوازا و حرمة و صحة و فسادا -؟ -؟ و كيف حال الولد فى الرقيه و الحرية؟ و اللحوق و عدمه؟. و كيف حال المهر و قدره؟

الجواب: لا يجوز بيع مال الغائب، [لا] لا ولاده ولا لغيرهم. ولا يصح ايضا الا اذا امضاه وليه و هو الحاكم (ان لم يكن مجنونا او سفيها اتصل سفهه بصغره). فان اشتراها احد وهو جاهل بانها مال الغير، فيجوز للمالك او وليه انتزاعها عنه - بلا خلاف و اشكال -. والاخبار بها مستفيضة وسياتى بعضها. و كذا اجرة ما استوفاه من منافعها، و قيمة الولد المستولد منها يوم السقط حيا. لانه نماء ملكه التابع له. و انما يعدل من الولد الى القيمة، الاخبار الدالة على ان الولد يتبع اشرف ابويه. فهى المخصصة لقاعدة تبعية النماء. و لخصوص الاخبار المستفيضة، منها موثقة جميل بن دراج فى التهذيب عن الصادق (ع) فى الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها. ثم يجيئى مستحق الجارية (؟). قال: ياخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التى اخذت منه " ١ و منها مرسلة جميل بر دراج و صحيحته عن الصادق (ع) فى الكافى والتهذيب " فى رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة (؟). قال: ياخذ الجارية صاحبها و ياخذ الرجل ولده بقيمته " ٢ .

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

١و ٢: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ - ٥٩١، ابواب نكاح العبيد،، الباب ٨٨ ح ٥، ٣

ومنها رواية زرارة فيهما ايضا " قال: قلت لابى جعفر (ع): الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها. ثم يجيئى الرجل فيقيم البينة على انها جاريته لم تبع و لم تهب (؟). فقال: يرد اليه جاريته و يعوضه بما انتفع. قال: كان معناه قيمة الولد ". ١ و منها رواية الاخرى فى التهذيب: قال: قلت لابى عبد الله (ع): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا، ثم ان اباها يزعم انها له، واقام على ذلك البينة (؟) قال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوضه فى قيمة ما اصاب من لبنها و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

خدمتها ٢. و فى بعض النسخ " ثم ان اتاها من يزعم انها له " ٣ و لا يظهر وجهه. و قال الشيخ: " يقبض ولدها " يعنى بالقيمة. وعن المفيد انه قال برقية الولد لمالكها، لما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر (ع) قال " قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب، و استولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما. ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى، فقال: خذ وليدتك و ابنها. فنا شده المشترى. فقال: خذابنه - يعنى الذى باع الوليدة - حتى ينفذلك ما باعك. فلما اخذ البيع الابن قال ابوه: ارسل ابنى، فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما راى ذلك سيد الوليدة الاول، اجاز بيع ابنه " ٤. و اجيب عنه بان المراد باخذ " ابنها " قيمة ابنها، جمعا بين الاخبار، و كيف كان فالرواية لا يخل من شيئى فلا يعارض بمثلها الاخبار الكثيرة المعمول بها عند المعظم عموما و خصوصا، كما عرفت. ثم ان المشترى يرجع الى البايع الغار له بثمنها، و كل ما اغترمه و ان استوفى مقابله شيئا، على الاظهر. و اما عوض البضع، فالاشهر الاقوى، انه يرجع على المشترى بعشر ثمنها ان كانت بكرا، و نصف العشر ان كانت ثيبا. و عن الشيخ فى الخلاف الاجماع عليه، و استدلوا عليه بصحيحة وليد بن صبيح فى الكافى و التهذيب: عن الصادق (ع) " فى رجل

١و ٢: المرجع، ج ٢، ٤. ٣: و فى بعضها " ثم اتاها... بحذف " ان ". ٤: المرجع، ح ١

تزوج امراة حرة، فوجدها امة قد دلست نفسها له (؟) قال:... الى ان قال: و لمو اليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرا، و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، بما استحل من فرجها " ١. و صحيحة الفضيل بن يسار فى الكافى و الفقيه " قال :قلت لابى عبد الله (ع): جعلت فداك ان بعض اصحابنا قد روى عنك انك قلت: اذا احل الرجل لا خيه جاريته فهى له حلال. قال: نعم يا فضيل. قلت له: فما تقول فى رجل عنده جارية له نفيسة و هى بكر، احل لا خيه مادون فرجها، اله ان يقتضها؟ قال: لا، ليس له الا ما احل له منها، ولو احل له قبلة منها لم يحل له ما سوا ذلك. قلت: أرايت ان احل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها (!) قال: لا ينبعى له ذلك. قلت: فان فعل ايكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها " ٢. و زاد فى الكافى " ان كانت بكرا، و ان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها " ٣. و قال الحسن بن محبوب: و حدثنى رفاعه، عن ابى عبد الله (ع) مثله الا ان رفاعه قال " الجارية النفيسة تكون عندى " ٤. والاخبار الواردة فى من اشترى الجارية فظهر بها الحبل، منها صحيحة الحسن بن محبوب عن ابن سنان " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطاها (؟) قال: يردها على الذى ابتاعها منه و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها " ٥. وقد قال على (ع): لا يرد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها ٦، الحديث. و وجه الاستدلال، ملاحظة العلة المستفادة عن قوله (ع) " بما استحل من فرجها ". و

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٧، ابواب نكاح العبيد،، الباب ٦٧ ح ١. ٢ و ٣: المرجع، ص ٥٣٧، الباب ٣٥ ح ١. ٤: المرجع: ح ٢. ٥: الوسائل: ج ١٢ ص ٤١٦، ابواب العيوب، باب ٥ ح ١. ٦: المرجع، الباب ٤ ح ١ - و عن الصادق (ع) ايضا: الباب ٥، ح ٣

ربما قيل انهما تدلان بالفحوى على ما نحن فيه. و كيف كان والظاهر ان الشهرة والاجماع المنقول مع ذلك كاف فى اثبات الحكم. و عن الشيخ و ابن ادريس، انه يلزمه مهر امثالها. لانه القاعدة فى عوض البضع، و انه بمنزلة ثمن المثل فى غيره. ثم ان الظاهر عدم الفرق بين علم الامة بالحرية و عدمه. و عن الدروس تخصيص ذلك بصورة الاكراه، لانه لا مهر لبغى، و فيه ان ذلك حق الموالى و لا يعتبر رضاها فى دفعه، واما انتفاء المهر للبغى فالمتبادر هو الحرة، سيما مع ملاحظة لفظة " المهر " و اطلاق المهر للحرة فى مقابل الامة شاهد عليه، و خصوصا من جهة افادة اللام الاستحقاق الملكى، و هو مفقود فى الامة. و اختلفوا فى جواز رجوع المشترى على البايع بما اغترم من حق عقر الامة و اجرتها، على قولين. اقويهما الجواز. لانه دخل فى البيع على ان ينتفع بها مجانا فاذا اغترم فى عوضها يرجع به على من غره، و ربما يستدل بفحوى ما دل على رجوعه اليه بقيمة الولد، التى اخذه المالك. و لا باس به، اذ قد يكون وطيها مرة ليس مما يقابل بها عقرها اذا كان كثيرا، سيما مع كونها غير نفيسة. و مع ذلك فقد يكون قيمة الولد التى غرمها فى غاية الحقارة فى جنب الولد الذى استفاد منها. فهو مختار المحقق فى النافع و الشهيد الثانى فى المسالك،، و قد بينا ذلك فى اوائل كتاب التجارة من هذه المجموعة و غيرها. و يظهر من الشرايع التردد. و وجه القول الاخر ان المغرور انما يرجع على من غر [٥] اذا لم يحصل له نفع فى مقابله .وهو امارة للمدعى ١ الا ان يراد منع كونه مغرورا ح، و هذا المنع فى اكثر المواضع مكابرة. هذا كله اذا كان المشترى جاهلا بانها للغير، والظاهر ان حكم ما لو علم و لكن البايع ادعى الاذن فيه، ايضا كذلك. و اما لو كان المشترى عالما بانها لغير البايع ولم يدع الاذن

١: اى علمها بان ولدها المستولد يكون حرا، او علمها بان استيلادها ينجر احيانا بحريتها، هذا اذا قلنا بصحة لفظة " بالحرية "، و لعلها غلط والصحيح " بالفريه " او " بالفضولية " و ما يؤدى معنى بيع مال الغائب من دون اذنه. ٢: اى امارة لمدعى الجواز. فى نسخة بدل " امارة " اغارة "

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۱۲۵- سوال: شخص تاجرى صاحب مبلغى قرض بوده، و اوضاع و متملكات او منحصر و موقوف در يك باب خانه كه محل سكناى او بوده. بعد از ابراز اوضاع شخص تاجر، مطالبين قروض او، به حاكم عرف، عرض نموده، و خانه كه محل سكناى او بوده بفروش رسانيده و وجه آن را به قروض مذكور داده. اما فروختن او از خوف حاكم جور و هتك آبروى خود، وخواهش اشخاص مشترى بوده، نه به مظنهء وقت و قيمت اهل خبره. و در معامله هم، صلح از غبن و غبن در غبن، نموده‌اند. و بايع مديون، معناى صلح از غبن و غبن غبن را فهميده. وليكن در اجراى صيغه و تلفظ به آن، نيت و قصد معامله و صلح از غبن نبوده. و در همان حين اجراى صيغه، اشخاص ديگر خانه مسكونهء مديون مذكور را، مبلغ بيست تومان فضى، علاوه از قيمتى كه مشتريين كه حال متصرفند ميخريده. آيا مى تواند شخص مديون، بعد از وسع و استطاعة، خانه خود را از مشتريين پس بگيرد يا نه؟ -؟ و مى تواند ادعاى غبن معامله را، يا فساد معامله را، بطريق معروض نمايد يا نه؟ -؟

جواب: مديون را نمى توانند اجبار كنند به فروختن خانه محل سكنى كه محتاج است به آن، و در خور زى اوست، وليكن هر گاه خود بفروشد و به ارباب طلب بدهد، بيع صحيح است. و باقى مطالب كه بيع جبرى بوده و از خوف بوده، و اينكه به صيغهء صلح قصد صلح نداشته، و اينكه مغبون بوده، اينها هم محتاج است به مرافعه و ثبوت. و

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

هر كس اهل مرافعه است ميداند چه حكم كند.

۱۲۶- سوال: زيد از عمرو يك باب حصار ابتياع نموده، مدتى در تصرف داشته، بعد همان حصار را فروخته. و مشترى بعد از تصرف از يك طرف حصار كه مشرف به شارع عام بوده مساوى سه چهار ذرع، داخل حصار ابتياعى خود نموده. حال بايع به مقام ادعا بر آمده كه آنچه زمين، مشترى از شارع داخل حصار نموده حريم حصار است تعلق به من دارد. آيا در اين صورت ادعاى بايع به جائى مى رسد يا نه؟ -؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۱۲۷- سوال: دو نفر با هم بر سر ملکی منازعه داشتند و یك نفر از ایشان ملك را (مثلا) به زید فروخته، و مرافعه را پیش عمرو بردند. بعد از ثبوت و وضوح، عمرو حجتی به خط و مهر خود به شخص بایع داده که ملك حق اوست و به زید بر وجه صحیح بیع نموده باید زید شرعا تصرف نماید. و بعد از مدتی عمرو همان ملك را بعینه به خالد بیع نموده که ملك موروثی من است. و زید همان حجت را به خط و مهر عمرو، ابراز داده او را مجاب میسازد. آیا در این صورت که عمرو مرافعه را طی نموده باشد و حجت به خط و مهر خود در اثبات حقیت زید داده باشد، ثانیا می تواند به ادعای وراثت ملك را به دیگری بیع نماید؟ و آن صورت، عدم حقیت او را ثابت مینماید یا نه؟ -؟

جواب: مجرد کاغذ و خط حجت شرعیه نمی شود. هر گاه به ثبوت شرعی برسد که عمرو اعتراف کرده بود به مالکیت بایع، و ادعای مالکیت او به سبب ارث، منافی اقرار سابق او باشد، مسموع نیست. و چون این امور بدون مرافعه طی نمی شود باید بایع با

عمرو به مرافعه بروند. و هر کس اهل مرافعه است میداند که چه بگوید و چه حکم بکند.

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: هر گاه بایع از اهل خبره و وقوف است و میدانسته که گنجایش بیشتر داشته و به کمتر فروخته، دعوی غبن ساقط است. خواه اظهار اسقاط بکند یا نه. صحت دعوی غبن مشروط است به جهل بایع به ثمن در حال بیع، و ثبوت اینکه واقعا در وقت بیع شرط، بیشتر گنجایش داشته. و در این معنی فرقی ما بین بیع شرط و غیره نیست. و هر گاه نزاع در جهل و عدم جهل داشته باشند، محتاج به مرافعه خواهد بود .

۱۳۰- سوال: زید به عمرو، مالی فروخته به زر معین " باجاقلی " ۲ پنج هزار و هفتصد و پنجاه دینار. و وعده‌ای مشخص و اخذ " تمسك ۳ " نموده، و بعد باجاقلی ترقی نموده و عددی شش هزار شده، عمرو مشتری جواب می گوید که من در حین معامله، زر را معین ننمودم. و از برای آنکه در میان مردم زر باجاقلی داد و ستد میشد، محرر " تمسك " را چنان نوشته. من حال یا زر دیگر میخواهم بدهم یا باجاقلی عددی شش هزار، در اینجا آیا معامله صحیح است یا فاسد؟ -؟ در صورت فساد و بطلان معامله آیا مشتری باید عین‌المال را رد نماید؟ یا قیمتی را که مال را فروخته باید به مالك برساند؟ و چنانچه سوخت نموده باشد باید صاحب مال متحمل سوخت شود؟ یا مشتری از عهدهء قیمت فروش مال بر آید و اجرت المثل خود را بگیرد -؟

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

۱: مراد از مجلد ثالث دفتر سوم است همان طور که قبلا توضیح داده شد جامع الشتات از مجموع سه دفتر تشکیل یافته که دو بار در عصر مرحوم میرزا (توسط نسخه برداران) منتشر شده ابتدا دفتر اول و دوم با هم، سپس هر سه دفتر در کنار هم. ۲: باجاقلی: باجی اوقلی: باجی اوغلو: باجی اوغلی: لفظ مرکب ترکی به معنای " خواهر زاده - پسر خواهر - می باشد. همان طور که در فارسی کلمات مرکب علی زاده، بابا زاده عنوان (یا نام) فامیلی می

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شود، در ترکی علاوه بر آن (علی اوغلو، بابا اوغلو)، خواهر زاده، عمه زاده نیز در قالب باجی اوغلو و عمه اوغلو، نام فامیلی قرار میگیرد. سکه باجی اوغلو در کشور عثمانی به مباشرت شخصی به نام باجی اوغلو ضرب میگردید. ۳: تمسك: حجت، سند مکتوب

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

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

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: ظاهر این است که اصل بیع فاسد است به سبب جهالت شرط. چون مدت حیات زید معلوم نیست. و بر فرض صحت بیع، هر گاه تقایل حقیقی وقوع بیابد از روی رضا، ظاهر این است که تقایل صحیح است. و سخن آن ملا غلط است، زیرا که توکیل در ادای زکات و وصیت در استیجار صوم و صلوة، فرع تحقق بیع و اشتغال ذمه به قیمت بود. و هر گاه اصل بیع به تقایل باطل شد توکیل و وصیت هم باطل می شود و باز زکات متعلق به زید می شود. و هر گاه تقایل صحیح تحقق نپذیرد، ملك مال عمرو است و قیمت مال زید است، و زید الحال غاصب ملك عمرو است. و چون پشیمانی زید از بیع واخذ او از عمرو (فی الحقیقه در اعتقاد او) رجوع به مال خود است، نه غصب مال عمرو. پس در بر دارد فسخ زید بیع را، فسخ توکیل و رجوع از وصیت را. پس عمرو الحال مشغول ذمهء صد تومان است نه صوم و صلوة واداى

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: نسخه بدل: سؤال

زکات. پس الحال ملك عمرو در دست زید مغصوب است، و زید مستحق صد تومان است. ولکن عمرو در صورت عجز از استرداد ملك، می تواند از باب تقاص، قیمت را ندهد. یا از راه عدم تسلیم مبیع، اگر مبیع را تسلیم نکرده بوده است. بلی، اشکال به هم می رسد در صورتی که بعد تسلیم، در لباس فسخ ملك را از عمرو، غصب کرده و عمرو هم از باب تقاص، قیمت را نگاه داشته و به مصرف زید نرساند. و اما اگر بعد تسلطی بر ملك به هم رساند آیا باید قیمت او را به زید یا وارث او رد کند یا نه؟ -؟، ظاهر کلام مشهور (در مسئلهء مال مغصوب که غاصب قادر بر رد آن نباشد) [این است] که گفته‌اند که هر گاه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مثل یا قیمت را بگیرد - اما نه بر وجه معاوضه و مصالحه - باز مالك مستحق عین مغصوبه است، و آن قیمت یا مثل، به جهت حیلوله غاصب است از حق مالك، نه عوض ملك، پس " لازم " نباشد در قیمت. و]این] موهم این است که لازم نباشد رد قیمت. ولکن این توهم فاسد است. بلکه باید قیمت را به زید یا وارث او برساند. واما سؤال از حال فسخ عمرو، بعد از گذشتن مدتی: پس جواب آن این است که معنی ندارد. و در تقایل باید در حال واحد فسخ از طرفین واقع شود. به اینکه بگویند " تقایلنا - او - تفاسخنا " یا احدهما بگوید " فسخت " یا " اقلت " و دیگری بلافاصلهء معتد به بگوید " قبلت ." و اما در صورت فاصلهء معتد به، پس آن را اقاله و تقایل نمی گویند، و ملك هر یك بر حال خود باقی است.

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

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

جواب: اگر مراد این است که زید باغ خود را فروخت به عمرو، و شرط کرد که بعد از انقضای مدت، خیار از برای بایع ثابت باشد اگر در آن ظرف معین، رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع باشد والا بیع لازم باشد. این بیع صحیح است. و اگر زمان خیار معین نیست، باطل است. و اما مصالحه کردن مشتری منافع مبیع را در مدت سه ماه به مبلغ معین، آن هم صحیح است. و اما شرط کردن اینکه بعد از لزوم بیع، خیار از برای مشتری باشد در فسخ بیع و استرداد ثمن، آن هم صحیح است، بشرطی که ظرف زمان خیار در آن معین باشد. و الا باطل است. و اما ضامن شدن خالد، که اگر مشتری بعد از لزوم بیع، فسخ کند بیع را به سبب خیاری که شرط شده از برای او و استرداد ثمن کند، که ثمن را به مشتری برساند. پس آن صحیح نیست. چون ضمان " مالم یجب " است. و اما ضامن شده وجه مصالحه را: اگر مراد این است که آن وجه مصالحه است که از منافع ایام سه ماه، است (که باید بایع به مشتری بدهد، و بایع نقد ندارد و در ذمهء او بود) خالد ضامن آن هم شد، این ضمان صحیح است. و اگر مراد چیز دیگر است که من نمیفهمم، تقصیر از سائل است که نامربوط نوشته، و آنچه در باب بیع شرط گفتیم، در صورتی است که زمان ۲ خیار را بعد از انقضای سه ماه قرار داده باشند. و اما هر گاه زمان خیار هم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

همان مدت سه ماه باشد که هر وقت بایع در ظرف سه ماه رد ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد، پس در آنجا دیگر ضرور نیست که ظرف زمان خیار را علی حده قرار بدهند. بلکه همان تعیین سه ماه کافی است .

۱: کذا، و لیکن به جای لفظ " مبیع " لفظ " بیع " باید باشد. ۲: در نسخه: ضمان

و دور نیست که عقد مصالحه هم در اینجا صحیح باشد. ولکن هر وقت بایع رد مثل ثمن، و فسخ کرد، ظاهر این است که مشتری زیاده بر ضمان ما قبل فسخ، از وجه مصالحه مستحق نیست.

۱۳٤- سوال: هر گاه زید قطعه زمینی ابتیاع کرده باشد از عمرو، و این قطعه زمین در آب بکر باشد، یعنی از آب بکر حق الشرب داشته باشد .و بر بکر لازم باشد شرعا که آب را در اوقات معینه ترك کند. و زید مرقوم، آن قطعه زمین را خانه کرده باشد، و الحال چون احتیاج به آن آب ندارد، در مقام بیع آن آب بر آمده به خالد، و بکر مدعی این باشد که آنچه حق تو است بر من شرب این قطعه زمین است. لا غیر. و اگر این آب را به خالد بفروشی من متضرر میشوم .آیا بکر در این صورت که مدعی ضرر است، تسلط بر منع زید از بیع آب، دارد یا نه زید می تواند آن آب را به خالد بفروشد -؟ -؟. و آن آب بنیچهء متعارفی، هم دارد. هر گاه نفروشد، آن آب از برای آن، فایده ندارد، و به اعتبار آن بنیچه ۱ متضرر می شود. آیا بر این تقادیر، زید تسلط دارد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه استحقاق زید آن آب را، به عنوان " ملك رقبه " است (یعنی شریك است با بکر در آن مقدار از آب که به قدر شرب آن زمین است)، بکر نمی تواند مانع بیع او بشود .مگر اینکه به کسی بیع کند که مستلزم تصرف در مال بکر باشد. مثل اینکه محتاج باشد به شق حافیهء نهر در فوق زمین زید و بکر. به هر حال هر گاه به هیچ نحو منشأ تصرفی در مال بکر نمی شود در همان مجرا میآید تا داخل ملك خالد شود، مانع او نمی تواند شد. و در صورت تضرر هم مانع بیع نمی تواند شد بلکه مانع اضرار می تواند شد. پس اصل بیع صحیح است. مگر اینکه مانع خارجی به هم رسد، مثل لزوم سفه و غرر، هر گاه بی حاصل باشد در صورت منع از آن اضرار .

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و هر گاه استحقاق زید از باب " ملك رقبه " نباشد بلكه از باب استحقاق حقی باشد، از قبیل شارع و مجرای میزاب و امثال آن (یعنی اینكه مثلا صلح كرده بوده باشد بكر با زید مجرای آب را یا [خود] آب را - خصوصا بنا بر مشهور كه انتقال [ملكیت] آب نهر را به صیغهء بیع جایز نمیدانند - به همین قدر كه این زمین خاص، از آن شرب كند، در این صورت نمی تواند به دیگری منتقل كند. همچنانكه هر گاه كسی حق العبوری به خانهء خود داشته باشد در خانهء دیگری. هر گاه خانهء خود را كاروانسرا كند، یا دكان خبازی یا امثال آن كند، آن حق العبور باقی نمیماند. و در این صورت كه حق الشرب زید ممنوع باشد بر میگردد به حق تملك بكر و ضرر بنیچه و خراج هم مندفع می شود از زید. چون خراج تابع ملك است.

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

گفتگوی آنها به خدمت اهالی شرع كشیده بالاخره جمعی از مسلمین بنای صلح گذاشته مبلغ چهار تومان از مشتری گرفته و تسلیم دو صبیه نموده‌اند. و یك صبیه دیگر كه گفته كه " من نه دعوی دارم و نه صلح " او هم فوت شده، و چند مدت ملك و آب در تصرف مشتری بوده. در این وقت وراث آن یك نفر صبیه ادعا مینمایند كه والدهء ما صلح نكرده و حق او باقی است. آیا مشتری می تواند به وراث بگوید كه شما قسم یاد نمائید (كه جدهء شما محرم داشته و راه امن بوده كه او را به كربلا نفرستاده‌ام، ثلث اخراجات راه كربلا را بگیرید) یا نه؟ -؟ و بیع مذكور صحیح است یا باطل؟ -؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: هر گاه در ضمن عقد بیع، شرط نکرده است (یعنی ما بین ایجاب و قبول) پس این شرط اعتبار ندارد. و آنچه در ما بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است، لکن صحت آن مشروط است به اینکه این شرط خلاف مشروع نباشد، و جهالت نداشته باشد. و در اینجا شرط، جهالت دارد از چند جهت: یکی اینکه :مقدار نفقه و کسوه و زمان آن معین، نیست که در عوض ده تومان چه چیز بدهد برای نفقه و کسوه و تا چند وقت بدهد. دوم اینکه. خرجی راه کربلا هم معین نیست و در سنوات و اوقات [مختلف] مختلف می شود. سوم آنکه: او را مشروط کرده به وجود محرم و امنیت راه، و در اینجا هر چند جهالت دیگر هم متصور می شود که آن عدم تعیین زمان است که تا چند وقت باید به این شرط عمل کند. و آیا مادام الحیوة طرفین است که هر وقت میسر شد به عمل آورد یا نه (؟ -؟) و مدت حیات هم معلوم نیست. ولکن دفع این را می توان کرد به اینکه به مجرد شرط در ضمن عقد، لازم می شود. و مقتضای اطلاق عقد و شرط، این است که به مجرد عقد و شرط، لازم می شود حالا، با حصول آن دو شرط که وجود محرم و امنیت راه باشد. هر گاه احد هما بمیرد قبل از

وفای به شرط، آن مقدار خرجی لازم می شود در مال مشتری، از برای ضعیفه در صورت فوت مشتری، و لازم می شود از برای وراث ضعیفه در ذمهء مشتری در صورت فوت ضعیفه. و جهالت اول را هم می توان دفع کرد در صورتی که مراد ضعیفه این بوده است که مشتری امین و وکیل او باشد در خرج کردن ده تومان که در ذمهء او هست، از برای نفقه و کسوهء او تا هر وقت که تمام شود. پس در این صورت هم جهالتی نیست. پس همان جهالت از راه مقدار خرجی، باقی میماند. و در صورت جهالت شرط، بیع فاسد می شود. و بایع و وارث او رجوع می کنند به مبیع و منافع و مشتری به ثمن. و چون مفروض این است که دو صبیه حق خود را صلح کرده‌اند، پس دعوی این صبیهء دیگر یا وارث او، بر جا میماند. و این هم موقوف است بر اینکه معلوم شود که صلح آن دو صبیه مطلق بوده یا مقید بوده به نحو خاصی (؟ -؟). ولکن با سکوت آنها از دعوی، اشکالی نیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که ادعای صبایا بر همان ترك شرط، است. که خرجی کربلا دادن است به او، و متعرض فساد بیع نیستند. پس می گوئیم که بر فرضی که بیع صحیح باشد و جهالتی در شرط نبوده، لکن نزاع در سر وفای به شرط و عدم آن است، که در صورت عدم وفا مسلط شود بر فسخ بیع، هر چند بیع صحیح بوده باشد. پس این سخن هم علی الاطلاق نمی شود، بلکه این در وقتی خوب است که اجلی و مدتی از برای شرط، قرار داده باشند، و آن مدت منقضی شده باشد و شرط به عمل نیامده باشد. یا اینکه مدتی تعیین نشده باشد و لکن شرط تعجیل شده باشد و تخلف شده باشد. و اما اگر هیچیك از اینها نباشد، همان تسلط

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بر مطالبهء وفای به شرط، را دارد که خرجی راه کربلا باشد از برای مثل آن ضعیفه، هر گاه از جهالت خارج شده باشد، یا مضایقه از چنین جهالتی نکنیم. و به هر حال این مطالب بدون حضور طرفین دعوی، در نزد حاکم شرع واقعی، صورت انجام نمیپذیرد .

پس اول باید دانست که چون شرط خرجی دادن، مشروط است به آن دو شرط، هر گاه ثابت باشد که آن دو شرط حاصل نشده بوده است، پس اصل خرجی دادن لزومی به هم نمیرساند که وارث آن، ادعای آن را بکند. بعد از آنکه ثابت باشد که آن [دو] شرط حاصل شده بود و مشتری خرجی را نداده، الحال وارث می تواند ادعای خرجی را بکند، و اگر ندهد، مسلط باشد بر فسخ معامله. و هر گاه هیچیك ثابت نباشد، و وارث ادعا کند بر مشتری که شروط شرط، به عمل آمده و تو وفا نکردی. و مشتری منکر باشد و بگوید آن دو شرط به عمل نیامده وشرط خرجی دادن، بر من لازم نشد .ظاهر این است که قول مشتری مقدم است با یمین. و اگر خواهد تردد قسم بکند و وارث قسم یاد کند که شروط به عمل آمده، ثلث خرجی را بگیرد. بهتر این است که مصالحه کنند خصوصا در صورتی که مرافعه در نزد حاکم شرع جایز الحکم میسر نباشد.

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

جواب: بدان که تقاص متحقق نمی شود الا به اخذ مال و تصرف در آن، یا به قیمت کردن، و برداشتن در عوض حق خود، یا برون کردن از برای آنکه بفروشد و مساوی حق خود را بر دارد و زیادتی اگر باشد به صاحب برساند. پس اگر باغچه در تصرف مالك بوده، و قبل از بیع بایع، در تصرف زوجه در نیامده واخذ به عمل نیامده. پس دعوی زوجه مسموع نیست. و اما هر گاه قبل از وقوع بیع، اخذ به عمل آمده یا در آن حال در تصرف زوجه بوده، و ادعا کند که من این را از باب تقاص اخذ کرده بودم. در این هنگام دعوی زوجه مسموع است. بلکه " ملتزم " هم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هست. به جهت اینکه تقاص منشأ تحقق ملك لازم، می شود نه متزلزل. به جهت آنکه چنانکه هر گاه مالك ملك خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد. ملك مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر می شود. همچنین تصرف به تقاص، چون به اذن شارع است و نایب مالك است در بیع کردن و در عوض طلب دادن. پس مقاص به نیابت ثابة از جانب شارع از جانب مالك به غیر می فروشد، یا به خود منتقل می کند از عوض طلب. پس گویا مالك خود آن مال را به او داده در عوض طلب. و چنین نیست که انتقال به او از باب اباحه یا افادهء ملك متزلزل، باشد و مالك بعد از اطلاع تواند او را بر هم زد، هر چند قبول داشته باشد که تقاص بر وجه صحیح شده. تا اینجا سخن در مسموع بودن و ملتزم بودن دعوی بود. پس الحال باید دید که مشتری چه می گوید. پس اگر مشتری قبول دارد طلب داشتن زوجه را و مماطلهء زوج و وقوع تقاص را، پس باید باغچه را رد کند به زوجه. و همچنین هر گاه این مراحل به بینه ثابت شود. و اما هر گاه منکر باشد این مراحل را، یا بعض آنها را، بر زوجه لازم است اثبات. زیرا که مشتری از مسلمی ملکی خریده و معارضی که مطلب را ثابت کند در برابر نیست. و در این صورت اگر زوج تصدیق زوجه کند در این مراحل، چنانکه ظاهر سئوال است (آنجا که گفته است که زوج عالم به تقاص زوجه نبوده) آن تصدیق و اقرار به صدق زوجه ضرری به مشتری ندارد. چون اقراری است بر غیر. بلی، نفع به زوجه دارد، به این معنی که زوجه مسلطه است که غرامت باغچه را از زوج بگیرد. و بر فرضی قایل باشیم که تقاص افادهء ملکیت لازمهء مستقره نمی کند هم، چون مفروض این است که زوج بیع را در حال جهالت تقاص، کرده، پس فسخ تقاص نکرده ملك را فروخته، پس در این صورت هر گاه مشتری اقرار به مراحل داشته باشد، یا به بینه ثابت بشود هم، بیع صحیح نیست. چون در حینی که زوج ملك را فروخت عالم به تقاص نبوده که بیع آن

نهضت ترجمه
Translation Movement

مبتنی باشد بر فسخ تقاص اولا، وایجاب بیع ثانیا. ۱ بلی، هر گاه بعد از اطلاع بعد از بیع، بگوید که الحال فسخ تقاص، کردم و طلب زوجه را از مال خود میدهم و بیعی که کرده‌ام الحال اجازه میکنم چون الحال مال من شده. گاه هست که باعث صحت بیع شود. لکن اظهر این است که چنین اجازه نفعی در تصحیح فضولی نداشته باشد. چون اصل متزلزل بودن ملکیت تقاص ضعیف است. پس این تفریع ضعفی است در ضعف.

۱۳۷- سوال: هر گاه کسی مبایعه کرده باشد با کسی. واز مشتری مطالبهء ثمن مبیع کند، مشتری می تواند در جواب به عنوان عموم بگوید که تو " از من چیزی نمیخواهی - یا - من مشغول ذمهء تو نیستم " یا اینکه جواب باید مطابق سئوال باشد و باید بگوید که " از باب ثمن مبیع از من چیزی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نمیخواهی " و همچنین هر گاه جواب را مطابق بگوید آیا جایز است قسم را به عنوان عموم یاد کند که " تو حقی بر من نداری " یا نه؟ -؟.

جواب: بلی، جایز است جواب منکر به عنوان عموم. زیرا که گاه هست که مبیع را خریده در عوض طلبی که از بایع داشت .یا آنکه ثمن را داده. و اگر بگوید دادهام بینه ندارد که اثبات کند. پس جایز فرار از جواب خاص، به اعم. به جهت اینکه آن هم افادهء مطلوب می کند. بلی، هر گاه جواب اعم، نفع نکند در آنجا اکتفا نمی توان کرد، مثل اینکه زوجه ادعای زوجیت کند و زوج بگوید که مستحق چیزی نیستی بر من. و خواهد اسقاط نفقه و مهر کند، در اینجا اکتفا نمی شود زیرا که ثمرات زوجیت نفقه و مهر تنها نیست. و از جمله ثمرات آن میراث بردن است، و آن به جواب اعم، تمام نمی شود. و در صورتی که جواب را مطابق بگوید و قسم را بر اعم بخورد. اظهر در آن نیز جواز است. چون افادهء مطلب می کند. و در اینجا هم باید ملاحظهء آن معنی را کرد که از بابت دعوی زوجیت نباشد .

آیا محقق قمی (ره) این حکم را در " بیع فضولی " هم میپذیرد؟ بنا بر قول به " عدم لزوم " و در صورت عدم اطلاع مالك، دیگر سلطهای برای " مقاص " نمیماند تا معارض " الناس مسلطون " باشد

۱۳۸- سوال: معامله نمودن از برای صغیر بر قیم و وصی شرعی، لازم است؟ یا نه هر چند محتاج به معامله باشد -؟. یا آنکه موقوف است به اینکه ولی او وصیت کرده باشد که " مال صغیر مرا، وصی معامله نماید و معاش او را به نفع مال بگذارند ". تا لازم باشد معامله -؟ یا حق، تفصیل فی ما بین [قبول] وصیت و عدم آن است؟.

نهضت ترجمه
Translation Movement

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

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

جواب: مشهور میان علما [این است] (بلکه جمعی دعوی اجماع کردهاند) که فروختن آن چیزی که به عنوان سلف خریده، قبل از حلول مدت، صحیح نیست. خواه بگوئیم که سبب این است که هنوز ملك مشتری نشده. و خواه بگوئیم که ملك شده و لکن ممنوع است از تصرف در آن. و ظاهر این است که

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فرقی نباشد میان فروختن آن در عوض قیمت. یا خریدن چیزی و آن را قیمت آن چیز قرار دادن. و صحیحهء منصور بن حازم دلالت بر [عدم [جواز آن، ندارد: ۱ قال سئلت ابا عبد الله - ع -: عن الرجل یکون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلك. فاتی المطلوب الطالب لیبتاع منه شیئا (؟) قال: لا یبیعه نسیا، فاما نقدا فلیبعه بما شاء ۲. زیرا که دلالت آن در وقتی تمام است که مراد این باشد که طلبکار میخواهد چیزی از آن وجه را عوض مبیع حساب کند ۳. و مراد از " نسیا " هم سلف باشد. یعنی

۱: یعنی دلیل حرمة و عدم جواز، اجماع یا هر چند باشد به جای خود، ولی حدیث منصور نمی تواند دلیل آن باشد. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ٦ ح ۸. ۳: این فرمایش میرزا (ره) عجیب است، زیرا حدیث غیر از این پیامی ندارد

وقتی صحیح است که آن چیزی که می خرد بالفعل بگیرد نه اینکه به عنوان سلف باشد. زیرا که مبیع مؤجل را نسیه نمی گویند و این هر دو خلاف ظاهر حدیث است .بلکه ظاهر این است که حدیث در معاملهء نسیه است که هر گاه کسی چیزی به نسیه بفروشد، جایز است آن را به نقد بخرد. و مکروه ۱ است که به نسیه بخرد (در غیر صورتی که شرط کرده باشد بیع آن را، در ضمن عقد ۲) چنانکه صحیحهء دیگر ۳ منصور دلالت بر آن دارد. ٤

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

۱: میرزا (ره) پیام حدیث را در بیع نسیه نیز به " کراهت " حمل می کند، زیرا در بیع نسیه غیر از این راهی نیست لیکن در ذیل مسئله شماره ۱۰۱، از مجمع البحرین نقل کردیم که به بیع سلف نیز نسیه می گویند. و پیام حدیث به سلف مربوط است. ۲: زیرا در این صورت، شرط ناقض اصل عقد میگردد و باطل می شود. ۳: وسائل: ج ۱۳ ص ۷٤، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ٤. ٤: بالاخره فتوای میرزا در این مسئله چنین می شود " فروختن چیزی که به عنوان سلف خریده شده قبل از حلول مدت، جایز نیست .و همچنین نمی توان آن چیز را به عنوان قیمت یك مبیع قرار داد ". و قول مشهور را میپذیرد. این همان مسئله شماره ۱۰۱، است که میرزا در تضعیف قول مشهور سخت کوشید و در تایید قول غیر مشهور استدلالها کرد. با این تفاوت که در اینجا به " عدم حلول " تصریح شده است. یك تفاوت دیگر میان این مسئله با مسئله شماره ۱۰۱ هست در آنجا کسی که سلف را خریده بود میخواست در مقابل طلبش جنسی را مجددا بصورت نسیه (سلف) بخرد. ولذا نیاز بود که کلمهء " مطلوب " در متن حدیث " مفعول مقدم بر فاعل " فرض شود. که این فرض دلالت حدیث را دچار ضعف میکرد .لیکن در اینجا کسی که سلف فروخته است داوطلب است که در مقابل جنسی که سلف فروخته ملکی را به بیع شرط، بگذارد. و دیگر نیازی به فرض مذکور نیست زیرا این مطلوب است که به طالب پیشنهاد معامله نسیه و سلف دیگر را می کند و لفظ " مطلوب " فاعل می شود. و روشن می شود که حدیث از چنین ضعفی منزه است. این نکته که در متن سئوال هست و پیام حدیث را مجسم می کند موجب تغییر رای میرزا نشده است زیرا میبینیم که باز حدیث را به بیع نسیه حواله می کند. و در مسئله شماره ۱۵۱ خواهیم دید که باز بر سر نظریه خویش هست

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

۱٤۱- سوال: زید خانه داشته و منافع آن را به صیغهء " عمری " به ضعیفه - مادام حیاتها - و اگذاشته . بعد از آن زید ارادهء فروختن خانهء مزبور را نموده. و آن ضعیفه منافع مدت عمری را با زید مزبور مصالحه نموده به وجه معینی. و وجه مصالحه را هم اخذ و قبض نموده. و زید را ماذون در مبایعهء خانهء مزبوره نموده. زید نیز خانه را به شخصی دیگر مبایعه نموده. در صورت مسطوره، مبایعهء زید با شخص مشتری صورت صحت دارد یا نه؟ -؟ و مصالحهای که ضعیفه با زید نموده در منافع مدت عمری - نظر به عدم علم به مدت عمری - صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: بیع چیزی را که کسی به صیغهء عمری به غیر داده باشد، صحیح است و لازم است. (علی الاظهر الاشهر) .مگر در صورت جهل مشتری به عمری که در آن صورت خیار فسخ از برای مشتری هست. و اما در صورت علم به حال پس بیع لازم است. خصوصا در وقتی که آن غیر، منافع را به مشتری مصالحه کند و بعد از آن مشتری بخرد آن عین را. یا مصالحه کند منافع را با مالك و بعد از آن مالك آن را بفروشد. و جهالت منافع به سبب جهالت مدت عمر، مضر به صلح نیست. خصوصا با وجود عدم امکان از تحصیل علم. پس بنا بر این، هم مصالحهء ضعیفه صحیح است و هم بیع زید.

۱٤۲- سوال: زید مبلغ چهار تومان به عمرو، داده. از قرار " ده دو " و نقد به نقد بدون بیع شرط، و اجارهء شرعیه. و مدت چند سال از قرار مرقوم بوده تا آنکه چهار تومان از " ده دو " عایدش شده، و چهار تومان اصل، باقی مانده. بعد از رسیدن به هشت تومان، زید چهار تومان اصل را بیع شرط و اجاره قرار داده و حال بیع لزوم یافته. آیا بیع شرط و اجاره صحیح است یا نه؟ -؟ و عمرو مشغول ذمهء زید هست یا نه؟ -؟.

جواب: اصل معامله چون ربای صریح است، باطل است. و زید همان مساوی چهار تومان را طلب دارد از عمرو. و عمرو هم مساوی هشت تومان را طلب دارد از زید. پس

عمرو، باید چهار تومان دستی از زید بگیرد. و اما معاملهء بیع شرط در چهار تومان راس المال: پس اگر این هشت تومان که عمرو به زید داده با آن چهار تومان راس المال که زید به عمرو داده مساویاند در جنس و وصف (مثل اینکه هر دو اشرفی معلوم الصفه باشند، یا هر دو ریال معلوم الصفه باشند) در این صورت قبض تازه در کار نیست، بلکه هر یك از کم یکدیگر در میروند. و چهار تومان طلب عمرو میماند از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

زید. پس دیگر چهار تومانی زید از عمرو طلب ندارد که به عوض آن ملك به بیع شرط بگیرد. و بیع باطل است. و ظاهر، این است که در صورتی که نقد نباشد آن تنخواه بلکه جنس باشد اما مثلی باشد (مثل گندم و جو و روغن) نیز همین حکم دارد. و اما هر گاه جنس‌های مختلف باشند (مثل اینکه یکی طلا است و دیگری نقره. یا یکی گندم است و یکی جو). یا در جنس متفق باشند اما در وصف مختلف، حتی به سبب تفاوت در حال و مؤجل، یا تفاوت اجل‌ها، یا اینکه نه پول نقد باشد و نه متاع مثلی بلکه هر دو قیمی باشند (مثل اینکه هر دو گوسفند باشند، یا گاو باشند) یا یکی مثلی و دیگری قیمی. در این صورت آنچه را عمرو داده به زید همان را میطلبد. و زید هم مساوی چهار تومان طلب او باقی میماند، و بیع صحیح می شود .و همچنین اجارهء مترتب بر آن ۱. و آنچه مذکور شد مطابق ظاهر مشهور، است و قول دیگر هم در مسئله هست. ولکن اظهر همان است که مذکور شد. وعلما این کلام را در " کتاب مکاتبه " ذکر کرده‌اند.

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

۱: برای فرار از ربا ملکی را در مقابل پول به بیع شرط، میگذاشتند و همان ملك را به اجاره صاحبش میدادند. یعنی در حقیقت وجه اجاره، به منزلهء سود اصل پول قرار میگرفت. و از متن سئوال پیداست که در عصر میرزا اینگونه معاملات سخت رواج داشته است. وسئوال کننده عبارت زیبای " بیع شرط و اجاره شرعیه " را به کار میبرد

یعتبر فیه مضی زمان یمکن الوصول فیه الیه -؟ -؟.

جواب: الاظهر عندی فی تحقق القبض فی غیر المنقول بعد التخلیة، اما الوصول بالمبیع (او الموهوب و نحو هما) بالفعل. او مضی زمان یمکن فیه من الوصول الیه. فان الظاهر ان الحکمة فی اشتراط القبض هو ظهور مبدأ آثار التملك، الذی هو وجه من وجوه التصرف. و ان کان بوضع الید او الرجل والدخول فیه. و هذا لابد ان یحصل اما بالفعل او بتمکن منه، و ان سامح فی ذلك. و لا ریب انه لا یحصل التمکن الا بمضی زمان یسعه. فقد یحصل بعد التخلیة مانع من قبل الله تعالی فی هذالزمان یمنع عن الوصول (کما لو باع ارضا و خلیها و جاء السیل و ذهب بهذه الارض) فلا یصدق عرفا ان البایع اقبضها او قبض المشتری ثم تلف. حتی ینتقل الضمان الی المشتری مثلا. لان هذه التخلیة وجودها وعدمها سیان. فلا فرق بین البلد البعید و القریب، فالعمدة فی القبض هو تمکن الوصول الحاصل من رفع المانع من جانب البایع مع تمکن المشتری] .و] منه التوقف علی عدم حصول مانع خارجی حتی یصدق القبض عرفا. نعم، لو مضی زمان یمکنه ذلك و سامح المشتری و نحوه، ثم حصل مانع خارجی فهذا لا ینافی الصدق العرفی. و اعلم انه: کما یحصل القبض بوضع الید او الرجل فقد یحصل بالبیع والاجارة بعد العقد فورا. و هذا و ان

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

كان يمكن الاشكال فيه، بان البيع والاجارة فاسد ان، لانهما مشروطان بالقبض السابق عليهما، و المفروض ان القبض انما وقع بهما، و يترتب عليهما، لا انهما مترتبان عليه. ولا ينفع حصول القبض .فالبيع مثلا يجعل واحد و لا تقدم هذا للقبض لا وضعا ولا طبعا. و [لكن] يمكن دفعة بانهما يثمران فى التصرفات التى بعدهما، و ان بطلا بانفسهما. والقول بان " القبض الفاسد لا يمكن ان يكون منشأ لتصحيح ما بعده من التصرفات ". ضعيف .لان القبض من الاحكام الوضعيه. غاية الامر كونه حراما، و عدم صيرورة الحرام منشأ لترتب الاثار فى الاحكام الوضعية ممنوع. كما ترى فى لزوم المهر و لحوق الولد فى وطى الحايض، و نحو ذلك .

١٤٤- سوال: تخم در زمين، مثلا پياز و گندم ناروئيده، بيع و شراى آن صحيح است يا نه؟ -؟.

جواب: صورتى ندارد مگر با ضم ضميمه. كه آن ضميمه مقصود بالذات باشد در بيع.

١٤٥- سوال: زعفران غش دار را بيع نمايند، بلكه مصالحه و مواهبه نمايند. صورت دارد يا نه؟ -؟.

جواب: در صورت جهالت مشترى، معامله غش حرام است (خواه به عنوان بيع باشد و خواه مصالحه و خواه هبهء معوضه) ولكن معامله باطل نيست. بعد از اطلاع، تسلط بر قسم دارد.

١٤٦- سوال: هر گاه كسى درختى در ملك مشاعى داشته باشد، و آن درخت را به ديگرى بفروشد، و مشترى درخت مذكور را قطع نموده، و بعد از آن نهالى از ريشهء آن درخت بروید. [و شخص ديگرى] مثلا او را تربيت نموده به عمل بياورد. آيا در اين صورت صاحبان آن ملك مشاع مى توانند ادعاى حصه بر او يا وارث او بكنند؟

جواب: شركا (در آن ارض مشاع) را حقى در آن نيست. و همچنين بايع را. چون درخت را به توابع آن منتقل كرده به مشترى. و اشكال ميماند ما بين مشترى و اين شخصى كه درخت را به عمل آورده. پس اگر آن مشترى از آن ريشه اعراض نكرده، نهال مال اوست. و هر گاه اعراض كرده است (مثل اينكه ريشه را هم كنده و بعضى ريشه‌هاى جزئى مانده كه مالیتى نداشته)، پس اگر قبل از سبز شدن نهال، آن شخص آبداده و سبز شده و تربيت كرده، ظاهر اين است كه مال او شده، و از باب حيازت مباح، باشد. و اگر بعد از سبز شدن و قابليت ملكيت، حيازت كرده و تربيت كرده، ظاهر اين است كه مال مشترى مى باشد.

١٤٧- سوال: زيد و عمرو، هر دو اهل يك ولايت و با هم (فى الجمله) در بعضى اوقات معامله داد و ستد ميكردند. عمرو به رحمت خدا رفته. بعد از سه سال زيد هم فوت شده. و مدت دو سال هم از فوت زيد گذشته. ورثه عمرو آمده كاغذى آورده‌اند نزد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

جواب: هر گاه ورثهء زید اثبات کرده‌اند که زید ثمن را به عمرو رد کرده بوده و حجت خالی از وجه بوده و اقالهء بیع لغو بوده، پس بیع ثانی که در ازای آن سی تومان با منافع ربویه غیر مشروعه، بوده، باطل است. خصوصا با ملاحظهء اینکه این بیع مبتنی بر فاسد، است که ناشی از اعتقاد مالك بودن ورثهء عمرو است. که اگر آن ادعای ورثهء عمرو و، اعتقاد فاسدهء ورثهء زید به صحت آن، نبود این بیع واقع نمیشد. پس بطلان بیع هم از راه فساد ثمن است و هم از راه عدم قصد به بیع در نفس الامر منجزا. و هر گاه ورثهء زید نتوانستند [اثبات] کرد خالی بودن حجت را از وجه، و اینکه

ملك مال خود ایشان است. پس به اقرار خود ماخوذند و ملك مال ورثه عمرو می شود در ظاهر شرع. و اقاله صحیح می شود. و بیع ثانی هم در مقابل ثمن مقربه، صحیح است، و ثمرات ملك بر آن مترتب می شود. و اما آنچه در مقابل ربحی است که بدون وجه شرعی قرار یافته: پس آن، صورتی ندارد، و بیع در مقابل آن باطل است .و بعد از بنای به صحت در اصل ثمن مقربه، باقی میماند کلام در دعوی صیغه نخواندن، و در اینکه ورثهء زید در نزد حاکم شرع قباله برده‌اند که مهر کند و حاکم مهر کرده و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الحال ادعا می کنند که اقرار ما علی رسم القباله بود. و ظاهر این است که مراد ایشان از " اقرار علی رسم القباله " اقرار به بیع و قبض ثمن بوده چنانکه از صورت سئوال ظاهر می شود. پس اگر مراد ایشان این است که مطلقا بیع به عمل نیامده بوده، نه به عنوان معاطات و نه به عنوان صیغهء بیع. پس آن مسموع نیست. چون ظاهر این است که معاطات به قبض احد متبایعین، حاصل می شود، و به همان اقرار به اشتغال ذمه به وصف ثمن بودن، تمام می شود. هر چند مبیع را به قبض ورثهء عمرو نداده باشند. به این معنی که مساومهء بیع شده و قیمتی را که اقرار کردهاند به اشتغال ذمه به آن، ثمن حساب کردهاند. و به این سبب اقرار به بیع کردهاند. و اما صیغه نخواندهاند. پس دیگر چه معنی خواهد داشت که بیع بهیچ نحو واقع نشده و اقرار ما علی رسم القباله بوده. و حاصل این شق این است که تکیه بر عدم تقابض از طرفین است. و اگر مراد ایشان این است که نه ملاحظهء ثمن بودن آن وجه، به عمل آمده، و نه تسلیم مبیع. و با وجود این اقرار به بیع کردهاند. پس چنین دعوائی از باب ادعای اقرار به رسم القباله که غالب الوقوع، باشد و مسموع باشد، نیست. بلکه این بسیار دورتر است از شق اول. پس باقی میماند همین که مراد از " اقرار علی رسم القباله " این باشد که صیغه نخواندهایم، و انشاء نقل به معاطات [هم] به عمل نیامده. و [با اینکه] آن وجه، به وجه " ثمن مبیع بودن " متصف شده و آن ملك هم متصف به اسم " مبیع " شده، لکن صیغه

نخواندهایم. پس در این صورت ظاهر این است که دعوی مسموع باشد. و مدعی آن، باید اثبات کند. یعنی اینکه می گوید " بیع معاطات نیست و صیغه [هم [نخواندهایم " اثبات کند و با عجز از اثبات، قسم متوجه ورثهء عمرو، می شود که صیغه خوانده شده. و لکن ثمرات معاطات مترتب می شود، پس نمای ملك مال مشتری می شود، مادامی که فسخ نشده. و این کلام مبتنی بر آن است که اصل، در بیع، لزوم است. و ظاهر غالب در استعمال آن، در مثل املاك، بیع با صیغه، است، نه معاطات .و بیع واقعی است نه فضولی. خصوصا در صورتی که ورثهء زید اقرار به جریان صیغه هم کرده باشند و بعد بگویند اقرار ما به صیغه " علی رسم القباله " بود. پس با وجود این مخالفات دعوی، با قواعد (خصوصا با آنکه مسبوق است به اقرار مخالف آن) مستحق اسم مدعی علیه و " منکر " است تا قسم متوجه او شود. و اینکه این دعوی را می کند که رسم القباله بود، مدعی است. - چنانکه فقها ذکر کردهاند - و مجرد اینکه وقوع صیغه خلاف " اصل است، مقابله با این ظواهر نمی کند. آیا نمیبینی که در اقرار به قبض ثمن، (یا ادعای اینکه اقرار [به] رسم القباله بود) قسم متوجه مدعی اقباض است (-؟.) با وجود اینکه قبض، خلاف اصل است.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

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

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

جواب: ظاهرا خلافی در بطلان آن نیست .

۱: این همان مسئله شماره ۱۰۱ است که مطابق فتوای مشهور باطل است و در مسئله شماره ۱۳۹ نیز راجع به آن بحث گردید

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

جواب: هر گاه مبیع مشروط به خیار، زمان خیار آن بعد از مدتی است، و خیار در آخر آن مدت است، و مشتری به اجاره داده است ملك را در مجموع آن مدت، و قبل از رسیدن زمان خیار که در آخر مدت است، اتفاق افتد که رد مثل ثمن، کند و مشتری هم قبول کند، و بایع فسخ کند. این از بابت " تقایل " خواهد بود، نه فسخ. و به سبب تقایل در بیع، تقایل در اجاره حاصل نمی شود. مگر اینکه علی حده در آن هم تقایل کنند. و بعد از تقایل در اجاره، مشتری از وجه اجاره به قدر زمان گذشته مطالبه می کند، و ملاحظهء ازمنه در مقدار وجه اجاره می شود. هر گاه زمان خیار فسخ بیع را در مجموع مدت قرار دادهاند (هر چند در صحت اجاره اشکالی کردهاند و لیکن اظهر جواز آن است) در صورت فسخ بیع به رد مثل ثمن، مستحق وجه اجاره نسبت به زمان ما قبل فسخ می شود به نحوی که گفتیم.

۱۵۱- سوال: زید مقدار معینی ابریشم به صیغهء سلف از عمرو، می خرد ، در گیلان. به مدت معینی، به قیمت معینی. و در سر موعد، عمرو تعلل می کند در دادن ابریشم. و میآید به قزوین. و زید هم میآید به قزوین و از او مطالبهء ابریشم می کند. عمرو را ممکن نمی شود دادن ابریشم. بنا به این می شود

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

که اجناسی چند، زید از عمرو میگیرد به قیمت معینی. الحال آیا ملاحظهء قیمت این اجناس را نسبت به قیمت ابریشم در گیلان، باید حساب کرد؟ یا قیمت آن در قزوین.؟

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

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

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دیگر ملاحظهء قیمت قزوین و گیلان ضرور نیست. و این عقد و معاملهء مستقلی است که تراضی طرفین به آن واقع شده. و اما هر گاه مداقه می کنند، و ملاحظهء قیمت عوض و معوض می کنند، و منظور این است که آنچه مشتری در نفس الامر مستحق آن است گرفته باشد، و آنچه بایع از اجناس قیمت کرده و داده، علی الحساب است، تا اینکه معلوم شود که در نفس الامر مستحق چه چیز است. پس این از باب وفای دین است به هر قدر که در مقابل آن در آید، و بعد از آن به زیاد و کم رجوع کنند. پس در این صورت چون گفتیم که مشتری مستحق بیش از قیمت گیلان نیست، و بایع هم کمتر از آن نمی تواند داد. پس بعد از معلوم شدن قیمت گیلان، اگر مساوی آن را داده است، بریٔ الذمه است. و اگر کمتر داده، باید کسر آن را تمام کند. و اگر زیادتر داده، زیادتی را پس میگیرد. و بالجمله: معنی اینکه " مشتری در نزد تعذر اخذ مبیع - بعد تقصیر بایع - مسلط است بر اخذ قیمت " این است که جایز است از برای او اخذ قیمت. نه اینکه او از مالکیت عین معزول می شود، و عین از ملکیت او خارج می شود، و مستحق ثمن است، لاغیر. پس می گوئیم که هر گاه چنین نمی کند و بنا را به اخذ ثمن میگذارد که مستحق آن است. و نمی تواند زیاده از آن بگیرد، و بایع هم نمی تواند کمتر بدهد. پس در صورت سئوال این معنی ممکن نیست الا به اینکه آنچه بایع میدهد از اجناس، بعد تقویم مراعی باشد به اینکه معلوم شود قیمت گیلان. و بعد از معلوم شدن، به زیاد و کم رجوع می کنند. و اما هر گاه بنا را بر این بگذارد که عین در مال او باقی باشد، ولکن خواهد آن عین را معاوضه کند به قیمت آن. پس در اینجا پای معاملهء جدیده به میان میآید. و آن مبایعهء عین است به آن اجناس. و در اینجا ملاحظهء قیمت گیلان و قزوین معتبر نیست. بلکه به هر چه تراضی واقع شود. زیرا که جایز است بیع مبیع سلفی، بعد از حلول، هر چند قبل از قبض باشد. خصوصا در غیر طعام. علی الاظهر. پس در این صورت می فروشد مشتری ابریشمی [را] که در ذمهء بایع دارد (که باید آن را در گیلان تسلیم کند) به بایع، به هر قیمتی که تراضی واقع شود. خواه کمتر باشد از قیمت

بهصورت ترجمه
Translation Movement
.IRS

ابریشم در گیلان، یا بیشتر باشد. و این خود معنی معاملهء جدیده است. زیرا که تراضی شرط است. و در صورت اول تراضی شرط نیست. یعنی بعد از آنکه بنا به این شد که قیمتی را که مستحق است بگیرد زیاده از آن را نمی تواند مطالبه کند و بگوید من راضی نمیشوم. به همان قیمتی که در نفس الامر مستحقم. چون بنا به همان شده و قسرا، لازم آن میافتد، که به همان اکتفا کند. و در آن صورت دیگر۱ ، می تواند بگوید که آن عین که در ذمهء تو است که باید در گیلان تسلیم کنی، به تو وا میگذارم در عوض این مبلغ. که در این صورت هر چند ظاهر شود که این قیمت مضاعف قیمت گیلان است، دیگر نمی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تواند بایع استرداد کند. چون این معامله جدیدی است و بر وجه تراضی واقع شده، و آن بیع است و احکام بیع بر آن مترتب می شود. خواه احکام معاطاتی باشد، اگر صیغه خوانده نشده. و خواه بیع لزومی، هر گاه صیغه جاری شده. و جهالت قیمت گیلان، در اینجا مضر نیست. چون مبیع معین است. بلی، [باید] قیمت جهالت نداشته باشد.

۱۵۲- سوال: زید متاعی می فروشد به عمرو، به مبلغ ده تومان، از قرار عباسی شماخی به یك عباسی، به موعد معینی .و بعد از آن در حین نوشتن " تمسك " به او می گوید که " بنویس از قرار اشرفی، یا با جاقلو عددی شش هزار دینار ". و تمسك نوشته شود از این قرار. آیا به مجرد همین، زید مستحق عباسی است از آن قرار؟ یا اشرفی از این قرار؟.

جواب: تعیین ثمن و مثمن، در بیع، شرط صحت آن است. و به هر چه معامله واقع شود مستحق همان است. و در اینجا مفروض این است که معامله بر عباسی واقع شده، و مجرد گفتن زید که چنین بنویس و نوشتن عمرو، موجب استحقاق اشرفی نمی شود. بلی اگر بگوید که عباسیها که من از تو طلب دارم بدل کن به اشرفی (یعنی در ذمهء خود قبول کن که هر نرخی که عباسی را بر میدارند الحال به آن نرخی که اشرفی را بر میدارند به

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

نهضت ترجمه
Translation Movement

من در سر موعد بدهی) و او هم قبول کند، اظهر و اشهر صحت لزوم این معامله است. هر چند قبض به عمل نیاید. و این مستثنی خواهد بود از معاملهء صرف که در آن قبض مجلس شرط است. و خلافی که نقل شده از ابن ادریس است که باطل میداند و شهید حکم به ندرت این قول کرده. و اما اشکال در سر این است که آیا این معاملهء مستقلی است و بیع نیست، یا اینکه توکیل در بیع، است که زید عمرو را وکیل کرده که از جانب او ایجاب بیع کند، و از جانب خود قبول. و توکیل در بیع، توکیل در لوازم آن هست، که از جملهء لوازم آن در معاملهء صرف قبض مجلس، است .پس وکیل در قبض هم هست و قبض هم ضرور است. به این معنی که دراهم را عمرو، موجود کند و قصد کند، و ثانیا در ذمه بگیرد. یا اینکه در این مقام، بودن مال در ذمه به منزلهء قبض است، و مفروض این است که ثمن و مثمن هر دو در ذمهء شخص واحد است که زید است. و همین قدر در تحقیق قبض کافی است. و بسیار از این مقدمات محل اشکال و خلاف است. ولکن چون دو روایت معتبر که موثق کالصحیحاند، دلالت دارند بر آن ۱. واکثر متأخرین عمل به آنها کرده‌اند. و عمل به آنها از شیخ و ابن جنید هم منقول است. پس تخصیص قاعدهء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معامله‌ء صرف به آنها، ضرر ندارد. و عبارات فقها در این مقام اختلافی دارد. جمعی به این نحو تعبیر کرده‌اند که گفتیم یعنی توکیل است در بیع و قبض. و جمعی مطابق روایت گفته‌اند. و دور نیست که مراد از " تحویل " که در روایت وارد شده همان بیع باشد، و روایت مخصص قاعده صرف باشد. پس هر گاه مدیون قبول تحویل، کند و بگوید " حولت ما فی ذمتی من الدراهم لعمرو، الی دنانیر کذا " کافی باشد در انعقاد صیغه‌ء بیع. و ضرور نیست که به لفظ " بعت " و اشتریت " باشد. زیرا که وسعی در الفاظ بیع، هست. حتی اینکه تشریك را. از جمله‌ء اقسام بیع شمرده‌اند. و آن این است که کسی متاعی خریده به قیمت معینی، دیگری

وسائل: ج ۱۲ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، باب ٤ ح ۱ و ۲:

می گوید مرا شریك کن در نصف این متاع. پس هر گاه این مشتری اول، بگوید " شر کتك بنصفه بنسبة ما اشتریت به "، در نصف شریك او می شود. و نصف قیمتی که داده به او میدهد. به شرطی که هر دو عالم به قیمت باشند. و آن فی الحقیقة بیع جزء مشاع، است به راس المال. و این بیع منعقد می شود به لفظ تشریك. پس چه مانع دارد که به لفظ " حولت " هم متحقق شود. خصوصا با ورود دو رویات معتبره. و اگر خواهی که آن را داخل بیع نکنی هم ضرر ندارد، بنا بر اینکه این دو روایت معتبر دلیل باشند بر این نوع [معامله] و صحت آن مشروط به قبض صریح نباشد. لکن اظهر این است که داخل بیع است. و صحت مباشرت طرفین عقد از برای یك نفر. و مستلزم بودن توکیل در آن، توکیل در لوازم را، که از جمله‌ء آن قبض است. و اکتفا نمودن در ذمه‌ء شخص واحد از قبض صریح، همه از این دو روایت ثابت شده باشد. با وجود اینکه بعضی از این مقدمات به دلیل دیگر هم ثابت است. واما حدیث‌ها: پس یکی آن است که شیخ در تهذیب روایت کرده است از حسن بن محبوب، از اسحاق بن عمار " قال: قلت لابی عبد الله (ع): تکون للرجل عندی الدراهم الوضح، فیلقانی فیقول: کیف سعر الوضح الیوم؟ فاقول کذا و کذا. فیقول: الیس لی عندك کذا و کذا الف درهم وضحا؟ فاقول: نعم، فیقول: حولها لی دنانیر بهذا السعر واثبتها لی عندك. فما تری فی هذا -؟. فقالی لی: اذا کنت قد استقصیت له السعر یومئذ فلا باس بذلك. فقلت؟ انی لم اوازنه و لم اناقده، انما کان کلام منی و منه. فقال: الیس الدراهم من عندك والدنانیر من عندك؟. قلت: بلی. قال: فلا باس .۱ و حاصل تعلیل که در آخر روایت است این است که چون نقدین از شخص واحدند ضرر ندارد. و حدیث دیگر هم باز [از] اسحاق بن عمار است. ۲ ولکن [این] تعلیل در آن مذکور نیست. و هر چند در لفظ حدیث " قبول " مذکور نیست صریحا، ولکن ظاهر این

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: تهذيب ج ٢ ص ١٤٦. وسايل باب ٤، ابواب صرف ح ١. در وسائل متن حديث از كافى آمده كه با متن تهذيب مختصر تفاوتى دارد مثلا به جاى " نعم "، " بلى " آمده٢ .: همان دو مرجع مذكور

است كه سائل قبول تحويل كرده و اشكال او در همان عدم تحقق وزن و قبض بوده.

١٥٣- سوال: هر گاه جنس، غش و قلبى داشته باشد. و بايع و مشترى هر دو عالم باشند و معامله كنند. اين معامله چه صورت دارد؟

جواب: اين سئوال خالى از غش و قلب، نيست. و محتاج است به تفصيل، و استيفاى شقوق و احتمالات. پس اگر مراد اين است كه در متاع، غشى هست (مثل اينكه آب در شير داخل است، يا ريسمان كرباس از پنبه كهنه است، و امثال اينها)، پس اگر مخفى است كه مشترى مطلع نمى شود. پس آن عمل حرام است. خصوصا هر گاه بايع خود عمدا كرده باشد به قصد فروختن. و اما هر گاه مخفى نباشد (مثل اينكه خاك داخل گندم كرده)، پس آن مكروه است. وباطل نيست. هر چند فعل حرام كرده باشد. و تدارك نقصان به خيار غبن و خيار تدليس مى شود هر گاه مطلع شود. و رهر گاه مطلع نشود. بايع مشغول الذمهء است در دنيا و آخرت در صورت مخفى بودن غش. و اگر مراد اين است كه به پولهائى كه در آنها غش هست (مثل اينكه سرب يا مس داخل آن باشد) معامله كند و خرج كند. پس اگر از پولهائى است كه در ميان مردم رواج دارد، وميشناسند، و معامله مى كنند، پس باكى نيست. هر چند مقدار غش مجهول باشد. و ظاهر اين است كه خلافى در آن نباشد. و مقتضاى " اصل " و " عمومات " است و نقل اجماع هم بر آن شده. و هر گاه از پولهاى متعارف (كه رواج دارد و به آن معامله مى كنند) نباشد. بلكه زر كهنه باشد كه در ميان مردم مهجور و متروك باشد. يا زر نوى باشد كه هنوز معروف و متداول نشده باشد. و آن غش به قدرى نباشد كه مردم مضايقه از آن نمى كنند، و مسامحه مى كنند در آن. پس جايز نيست خرج كردن آن. مگر بعد از بيان حال آن و اظهار غش آن. و اگر غش آن به آن قدرى [است] كه مردم به آن مسامحه مى كنند و مضايقه نمى كنند. پس باكى نيست .

و در اين مسئله هم گويا خلافى نباشد و نقل اجماع هم شده و " عمومات حرمة غش " هم دلالت دارد در صورت اول. و بعض اخبار صحيحه ١ هم دلالت بر اصل تفصيل مسئله مى كند. يعنى آنكه هر گاه از زر مغشوش رايج است در ميان مردم، جايز است خرج كردن آن. و هر گاه رواج نيست جايز نيست. مگر بعد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

از بیان اینکه مغشوش است. و همین وجه جمع است ما بین احادیثی که از طرفین وارد شده، که بعضی بر منع از خرج کردن مغشوش است مطلقا ۲، و بعضی بر جواز مطلقا ۳. و اگر مراد ٤ معامله کردن زر مغشوش است و دیگری خالص. پس اگر با غیر جنس خود معامله می کند (مثل طلای مغشوش با نقرهء خالص یا به عکس). پس آن جایز است بی اشکال. چون در تحقق ربا تماثل شرط است. و اگر با جنس خود معامله می کند (مثل نقره با نقره یا طلا با طلا) و مقدار غش در مغشوش مجهول است. پس جایز نیست آن معامله. وظاهرا خلافی در مسئله نباشد بلکه بعضی نقل اجماع کرده‌اند بر آن. و این مقتضای ادلهء حرمة ربا است چون اجتناب از آن واجب است و در صورت جهالت ایمن از ربا نیست. و هر گاه مقدار طلا یا نقره که در مغشوش است معلوم باشد، پس جایز است معامله، هر گاه در آن طرف که زر خالص است زیادتی باشد، که در برابر آن مس یا سربی که در مغشوش است، [باشد. و] تواند شد مساوی قیمت آنها نباشد و بسیار کمتر باشد اما به حدی که صدق مال بر آن بشود و " ما یتمول " گویند. که قدری از زر خالص از آن طرف خالص، در برابر این طرف مغشوش، باشد، و زاید بر آن [در برابر] مس یا سرب باشد، صحیح است معامله. و ربا حاصل نمی شود. و همچنین است کلام، هر گاه مقدار خالص که در آن مغشوش است، معلوم نباشد، ولکن زر مغشوش و زر خالص به یك وزن و یك قیمت باشند هر چند این فرض نادری

۱و ۲ و ۳: حدیث‌های مورد نظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ٤٧٦ - ٤٧٤. ٤: عطف است به " اگر مرا این است که غش در متاع بایع است " و به " واگر مراد این است که به پول... ". لیکن در نسخه: که اگر مراد ...

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

است. زیرا که در اینجا هم در طرف زر خالص به قدر آنچه در طرف مغشوش است،] هست] و زیادتی هم دارد که در برابر آن خلیط باشد، هر چند مقدار آن معلوم نباشد، و همین قدر از برای خلاص از ربا، کافی است. و هر گاه متماثلان که از یك جنس‌اند، هر دو مغشوش باشند، پس معامله صحیح است مطلقا، یعنی هر چند مقدار خالص در هر دو طرف مجهول باشد. بلکه هر چند معلوم باشد که خالص یك طرف بیش از خالص طرف دیگر باشد. و این بنابر این است که ضمیمه با احد متماثلین چنانکه موجب [عدم] تحقق ربا می شود، [همین طور است] هر گاه در هر دو طرف باشد. به جهت آنکه ۱ خالص احد طرفین را، در برابر خلیط آن طرف قرار میدهیم و خلیط آن طرف را در برابر خالص این طرف. (همچنانکه هر گاه خلیط در یك طرف باشد و معلوم باشد زیادتی خالص آن طرف خالص، بر خالص مغشوش، به قدری که توان قیمت خلیط این طرف کرد. چنانکه گذشت). و این خلیط داخل " ضمیمه "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که از جملهء حیل ربا است. و در حدیث صحیح وارد شده است، که جایز است فروختن دو هزار درهم به یك هزار درهم به ضمیمهء دیناری. که هزار در برابر هزار است، و هزار دیگر در برابر دینار ۲. و پیش دانستی که جهالت مقدار در پولهای رایج ضرر ندارد. پس اشکالی که در اینجا متصور است، همان ربا است و آن مندفع می شود به تراضی آنها بر اینکه خلیط یك طرف قیمت صافی آن طرف باشد. و صافی آن طرف قیمت خلیط این طرف. پس معاملهء مثلین با تفاضل نشده ۳ که ربا حاصل شود. و در آن

۱: و در نسخه: به جهت آنکه اگر خالص احد طرفین... ۲: رجوع کنید به مسئله شماره ٦ (همین مجلد) و به ذیل آنکه نظریه ابتکاری امام خمینی (ره) در این مسئله بیان شده است. و حدیث در: وسائل: ج ۱۲، ابواب الصرف، باب ٦ ح ۱، و نیز باب ۲۱ ح ٤، ۳: مثال و صورت مورد بحث، مثال خوبی است بر نظریه امام خمینی (ره) در موضوع فرار از ربا. به نظر ایشان صحت فرار از ربا به وسیلهء ضمیمه در چنین مواردی است بشرط عدم قصد ربا واقعا نه در ضمیمه کردن یك قوطی کبریت به یك هزار تومان در مقابل دو هزار تومان. یعنی ضمیمه فقط مماثلت را توجیه می کند. نه ربا گرفتن را. رجوع کنید به مسئله شماره ٦

حدیث صحیح شده به اینکه " نعم الفرار من الحرام الی الحلال ". و بدان که :آنچه مذکور شد، نظر به ملاحظهء تحقق ربا و عدم تحقق آن است. و لکن باید مراعات قبض مجلس در همه جا شود. چون معاملهء طلا و نقره، بیع آنها صحیح نیست الا به قبض مجلس. بلی، اگر به عنوان مصالحه باشد دلیلی بر اشتراط قبض مجلس] وجود] ندارد. و در طلا و نقره فرقی ما بین مسکوك [و غیر مسکوك] نیست. ولکن باید صدق عرفی طلا و نقره متحقق باشد. و مجرد وجود طلای مخلوط مستهلك در غیر، کافی نیست. و از این جهت است که گفتهاند که هر گاه مس یا سرب را بفروشد و در آنها قلیلی از طلا یا نقره باشد، می توان به طلا ونقره فروخت. هر چند معلوم نباشد زیادتی آن طلا و نقره که به قیمت میدهند، بر آن مقدار قلیلی که در اینها هست. چون حکم تابع اسم است. و آن قلیلی از طلا و نقره که در آنها است، مستهلك است و مقصود بالذات نیست در بیع. و ظاهرا خلافی هم در آن نیست و اخبار معتبره هم دلالت می کند. و از این باب است فروختن خانه که در سقف یا دیوار آن طلا یا نقره مالیده باشند. که اگر آنها را بکنی هم، چیزی عاید نمی شود، به طلا یا نقره. زیرا که در آنجا هم نمی گویند که طلا فروخت.

۱٥٤- سوال: زید از عمرو ده درهم طلب دارد، که در انقضای مدت یك ماه بدهد. میآید در نزد عمرو و می گوید: مصالحه کردم ده درهم را با تو به یك دینار که در ذمهء تو باشد در سر موعد مذکور بدهی. -

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

(؟) و آيا جايز است كه زيد عمرو را وكيل كند كه: ده درهمى كه از تو ميخواهم، تو وكيلى از جانب من، كه آن را بفروشى به يك دينار و در ذمهء تو باشد، تا راس موعد كه بدهى. -؟

جواب: اما مصالحهء مزبوره، پس ظاهرا در آن اشكالى نيست. و اما بيع مزبور، پس اظهر نيز صحت آن است. و ان شئت بيان الماخذ، فلنذكر الروايات الواردة فى هذا الباب: فمنها: ما رواه المشايخ الثلاثه عن اسحاق بن عمار - والسند الى اسحاق صحيح، فى

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

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، الباب ٤ ح ١، الكافى: فروع: ج ١ ص ٣٩٩، الفقيه: ج ٢ ص ٩٥، تهذيب: ج ٢ ص ١٤٦. ٢: الوسائل: الباب المذكور: ح ٢ .الكافى: فروع: ج ١ ص ١٠٠. و تمام الحديث: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يكون لى عنده دراهم، فآتيه فاقول: حولها دنانير. من غير ان اقبض شيئا. قال :لا باس، قلت: يكون لى عنده دنانير، فآتيه فاقول: حولها دراهم و... ٣ :التهذيب: ج ٢ ص ١٤٦

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الاخبار، بان يامر بالتحويل، و يقبل المديون. فليكفى ذلك. و قالوا ذلك اذا وقع البيع ١ ما بين المدين و المديون بهذه العبارة. يعنى ٢ بان يقول " حول ما فى ذمتك من الدراهم بالدنانير و يكون الدنانير عندك حتى آخذها " و يقبل المديون. وبذلك يتم البيع و يصح، و ان لم يحصل القبض و الاقباض. لظاهر هذه الاخبار. و ينزلها جماعة على ان المراد ان يقول " انت وكيلى فى بيع مالى عندك من الدراهم بالدنيا نيرو يكون الدنانير عندك " حتى يوافق قاعدة البيع .

١٥٥- سوال: شخصى باغى خريده. و ميخواهد در آن خانه بسازد. و الحال كه زمين را حفر مى كند براى بناى خانه، آثار قبل از آن ظاهر مى شود. و آن زمين هم نزديك به قبرستان است. و آن قبرها كه ظاهر مى شود رو به قبله نيست. و در تحت آن قبرها علامت نهر آب و سنگ بند و آجر و امثال آن ظاهر مى شود. آيا اين زمين محكوم به وقفيت مى شود يا نه؟ -؟. و بر فرض عدم، سنگ و آجرها مال كى است؟ و استخوانها كه ظاهر مى شود چه بايد كرد؟.

جواب: ظهور آثر قبر بطلان ملكيت نمى شود. و آن بيع صحيح است. و بناى خانه و مسكن در آن جايز است. خصوصا هر گاه قبور رو به قبله نيست. و اما سنگ و آجر كه در آن زمين ظاهر مى شود، پس هر گاه بايع و مشترى عرف و اصطلاح معلومى دارند، و معلوم است كه عرف آنها دخول امثال اين امور است در مبيع، يا عرف بلد آنها اين است، پس آن داخل مبيع است. و هر گاه معلوم نباشد، ظاهرا رجوع به عرف عام، مى شود. و هر گاه اينها معلوم نباشد آنها مال بايع است. و به هر حال، هر گاه در ضمن عقد شرط دخول آنها در مبيع شده باشد، اشكال نيست. و استخوانها كه از امثال اين قبور پيدا مى شود، هر چند لزوم احترام آنها معلوم نيست لكن احوط و اولى اين است كه در همان جاى خود دفن كنند .

نهضت ترجمه
Translation Movement

١: و عبارة النسخة: و قال ذلك الى وقوع البيع... ٢: والصحيح: اعنى - او - اى .و كذا ما سبق قبيل هذا عند قوله: ما افاده السابقان، يعنى ...

١٥٦- سوال: هر گاه شخصى متاعى بفروشد به يك تومان، به وعده يك ماه، و در حين بيع اشرفى را به يك تومان بر ميداشتند. و روپيه هم يكى هزار دينار بوده، كه يك دانه اشرفى يك تومان بوده، و ده عدد روپيه هم يك تومان بوده. و در انقضاى بوعد روپيه ترقى كرده مثلا نه دانهء آن را به يك تومان بر ميدارند .بايع الحال مى تواند مطالبهء ده عدد روپيه را بكند؟ يا اختيار با مشترى است كه يك دانه اشرفى را بدهد -؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: بدان که هر گاه ثمن نقد را مطلق بگویند - مثلا بگویند " یك تومان " و نگویند " یك تومان پول اشرفی " یا روپیه یا غیر آن - منصرف می شود به آنچه در بلد مبایعه، آن را " یك تومان " می گویند. پس اگر اطلاق به یك چیز می کنند و تعددی در عرف نیست، همان متعین است. و هر گاه عرف بلد و اطلاق بلد متعدد باشد، پس اگر احدی از آنها غالب است بر دیگری باز حمل بر غالب می شود زیرا که غلبه به منزلهء قرینه است بر احد معانی مشترك. و هر گاه متعدد باشد و در اطلاق استعمال اهل بلد در آن تفاوتی نباشد. پس اگر در قیمت و مقدار و مالیت، تفاوت دارند، پس باطل است جزما. به سبب غرر و جهالت، و عدم تعین. مثل یك تومان قروش و یك تومان روپیه، هر گاه تفاوت در رواج داشته باشد. و اما هر گاه در این امور مساوی باشند (مثل یك تومان روپیه به سکهء فلان، یا یك تومان روپیه به سکهء بهمان، هر گاه در وزن و قیمت و مالیت در حین بیع مساوی باشند) پس هر گاه در مرغوب بودن هم مساوی باشند. پس صحیح است بیع، و مشتری مختار است. و اما هر گاه در مرغوبیت مختلف باشند، پس اظهر این است که باز فاسد باشد. به جهت لزوم غرر و تطرق نزاع و دعوی و اما هر گاه عرف متعدد باشد، و تفاوت هم در قدر و قیمت مالیت باشد، پس آن معامله باطل است. چون مستلزم غرر و جهالت است نیز .

و بدان که: در صورت تعدد و غلبهء احد استعمالات، یا این است که آن غالب بالاستعمال " موضوع له حقیقی " آن لفظ هم هست، یا نه. پس اگر هست، پس آن مقدم است جزما بر افراد دیگر که نادرند. و اگر موضوع له حقیقی نیست و لکن استعمال در آن بیشتر می شود، پس آیا حمل باید کرد مطلق را بر معنی حقیقی یا بر آن معنی که حقیقی نیست و استعمال در آن بیشتر است (؟ -؟). در این همان خلاف است که هر گاه امر دایر شود ما بین حقیقت و مجاز مشهور، کدام مقدم است (؟ -؟). از مسالك ظاهر می شود میل به آخری. و دور نیست که قائل به تساقط احد احتمالین شویم. پس به منزلهء متساویین می شود. یعنی [مانند] دو استعمال مساوی که غلبه در هیچیك نباشد، و حکم آن، پیش گذشت. و مثل کلام در " تومان " است کلام در مثل " قروش رومی " و " قروش عجمی " و مثل " اشرفی محبوبی مصری " و اسلامبولی " و مثل " اشرفی پنجهزاری آقا محمد خانی " و فتحعلی شاهی " و مثل " عباسی علی شاهی " و " کریم خانی ". پس باید معیار را در تعیین نقد، جهالت و غرر، قرار داد و لزوم تشاجر و نزاع. و هر جا این باشد، فاسد است. هر گاه این را دانستی، بدان که :در صورت سئوال، اطلاق یك تومان و عدم تعیین اشرفی و روپیه، منشأ بطلان است .به جهت تفاوت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

رغبات، و امکان ترقی و تنزل، و ظهور احتمال آن. و این سخن‌ها که مذکور شد در اطلاق کیل و وزن هم جاری است. و سخن در همه یکی است. والله العالم.

۱۵۷- سوال: هر گاه کسی در جنب خانه حصاری دارد، که ناودان پشت بام آن و برف انداز آن در آن حصار باشد و آن حصار را بفروشد به غیر، بدون شرطی و قیدی. آیا مشتری حصار، می تواند مالك را منع کند از جریان آب و انداختن برف در آن حصار یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که نمی تواند مانع شد. به جهت آنکه ظاهر حال این است که زمین حصار را بدون این منفعت فروخته. یعنی گویا استثنا کرده است این منفعت را. چنانکه عرف و عادت دلالت بر آن دارد .

کسی نگوید که: بیع متعلق به اعیان می شود. و منافع تابع اعیان است. پس انتقال عین مستلزم انتقال جمیع منافع است. به جهت اینکه: عین را حالات و حیثیات و صفات می باشد. و در اینجا نقل عین حصار موصوف به اینکه مجرای میزاب و مطرح ثلوج خانهء دیگر باشد، می کنند به غیر، نه مطلقا. وامثلهء انفکاك منافع از عین بسیار است. مثلا هر گاه کسی غلامی دارد و وصیت می کند که عین او از زید باشد و خدمت منافع او مادام الحیوة از عمرو. صحیح است. و ثمره در جواز عتق در کفارات ظاهر می شود. پس هر گاه صاحب عین او را آزاد کند، آزاد می شود لکن باید مادام الحیوة خدمت آن دیگری را بکند. و دیگری آنکه: هر گاه کسی صلح کند مجرای باران و مطرح برف را با دیگری. صلح صحیح است علی الاقوی. و مستحق آن حق می شود. پس اگر بعد از آن مالك آن زمین که باران و برف بر آن میریزد، آن را بفروشد به غیر، حق، سابق بر جا است. و مشتری نمی تواند او را منع کند. پس معلوم می شود که انفکاك عین و منفعت در ملك، ممکن است. و از فروع این مسئله است که کسی خانه [ای] را بفروشد به غیر، که معبر خانهء دیگر او منحصر باشد در وسط همین خانه. که نمی تواند مانع شد از عبور. بلی، هر گاه مشتری جاهل بوده است به این معنیها، ظاهر این است که این عیب است. و خیار عیب از برای او ثابت است. که خواهد فسخ می کند. و خواهد ارش میگیرد. و همچنین اگر آن حصار را به وصف خریده بود بدون رؤیت، و بعد از رؤیت خلاف آن ظاهر شود، مسلط بر فسخ هست .و همچنین هر گاه به این سبب در قیمت تفاوت فاحشی باشد. دعوی غبن می تواند کرد .و اجتماع خیارات از جهات متعدده، ممکن است.

۱۵۸- سوال: اذا باع ضیعة بشرط خیار الفسخ حین رد مثل الثمن فی زمن الخیار، ولم یمکنه الرد. و صار البیع لازما. ثم ظهر للمشتری الغبن فی المبیع، و رده الی البایع و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اخذ الثمن. فلو فرض ان المشترى آجرها فى المدة المشترطة بالبايع، فهل له المطالبة بالاجرة، ام لا.؟ -؟.

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

۱۵۹- سوال: هر گاه زيد جزء مشاعى از ملكى، به عمرو بفروشد. و شرط كند در ضمن عقد كه مشترى ملك [را] مفروز نكند. و اگر خواهد قسمت كند، مسلط بر فسخ باشد. اين بيع و شرط، صحيح است يا نه؟ -؟.

جواب: اظهر صحت است. به شرطى كه زمان آن را معين كنند. زيرا جهالت شرط مستلزم فساد بيع، است.

۱۶۰- سوال: زيد ملكى مى فروشد. به عمرو، و صيغه ميخواند، و قباله مينويسد. و نگاه ميدارد كه عمرو، قيمت را بياورد و بگيرد. عمرو قيمت را نميبرد تا مدت يك سال، و زيد همان ملك را به بكر مى فروشد. و الحال عمرو مدعى است كه ملك مال من است. ملك مال كيست؟.

جواب: بدان كه: هر گاه بيع واقع شود و اقباض تمام مبيع و تمام ثمن به عمل نيايد (هر چند اقباض بعض آنها به عمل آمده باشد، و شرط تاخير تسليم هم نشود، نه در مبيع و نه در ثمن. هر چند به يك ساعت باشد) تا سه روز، بيع لازم است. و بعد از سه روز خيار از براى بايع حاصل مى شود، در فسخ. و مطالبه بايع ثمن را بعد از سه روز، يا آوردن مشترى ثمن را، هيچكدام منشاء سقوط خيار نمى شود. و شرط است در اين حكم كه مبيع، عين باشد نه چيزى كه در ذمه باشد. پس در اين مسئله چند شرط است: اول: اينكه مبيع عين باشد. دوم: اينكه هيچيك از بايع و مشترى قبض ثمن و مثمن بتمامه، نكنند. و سوم: اينكه شرط تاخير تسليم از هيچيك از طرفين نشده باشد. و هر گاه يكى از اين شروط مفقود باشد، بيع بر لزوم باقى است. و اظهر اين است كه تلف مبيع در ظرف سه روز از مال بايع است. على الاظهر. و بدان كه: شيخ قولى دارد به اينكه در هر جا كه متعذر شود از براى بايع اخذ

ثمن، مسلط بر فسخ هست. به جهت دفع ضرر. و اقوى اين است كه در غير صورت مذكوره، بيع بر لزوم خود باقى است. و دفع ضرر به اين مى شود كه تقاص حق خود را از مبيع بكند. و [تقاص] منحصر در فسخ نيست. و هر گاه تقاص آن ممكن نشود، فسخ هم فائده‌اى نخواهد داشت. و بدان كه: ظاهر اين است كه ثبوت خيار تاخير، در صورتى [است] كه [عدم] اقباض بايع، از راه عدوان ۱ نباشد، بلكه از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

باب اتفاق باشد به جهت اینکه مشتری قیمت را بیاورد. و اما در صورتی که عادی باشد، و تاخیر مشتری هم سبب عدم اقباض بایع باشد. معلوم نیست که در آنجا خیاری باشد. و اخبار هم منصرف به غیر صورت عدوان می شود. و لکن تصریحی به این، در کلام فقها در نظرم نیست.

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

جواب: بدان که، جایز نیست معامله صغیر. و صحیح نیست. و دعوی اجماع بر آن موجود است و همچنین در سایر تصرفات. چون " محجور " علیه " است. (به غیر اموری چند که استثنا شده، مثل عبادات او، و احرام او، و هدیه به جائی رساندن او، واذن در دخول خانه، و وصیت، و تدبیر او بنابر قول بعض علما ۲) و آیات قرآنی و احادیث اهل بیت علیهم السلام در دلالت بر منع تصرفات آنها ۳ بسیار است و اصل عدم صحت آن

۱: و عبارت نسخه: ثبوت خیار تاخیر در صورتی را که اقباض بایع از راه عدوان نباشد. ۲: بررسی اقوال علما ایجاب می کند که قید " بنابر قول بعض علما " تنها به دو مورد اخیر یعنی وصیت و تدبیر، مربوط شود. ۳: ظاهرا مراد از " آنها " صغار و صغیرها، باشد و لذا استثنائات را در میان دو هلال قرار دادیم. لیکن ممکن است مراد از آن، همان استثنائات، باشد. و نیز ممکن است تنها وصیت و تدبیر باشد

نهضت ترجمه
Translation Movement

است. و اما آنچه بعض علما استدلال کرده‌اند به آن، بر جواز در اشیاء کم قیمت (مثل نان و تخم و گردو و امثال آنها) به اینکه در جمیع اعصار و امصار، متداول بوده که اطفال متوجه [این] معاملات بوده‌اند، و علما انکار نکرده‌اند، پس صحت آن اجماعی خواهد بود. پس آن ضعیف است. به جهت آنکه بر فرض اینکه ثابت باشد که در هر زمانی همین اشیائی که در همین زمان میفروشند، متعارف بوده و علما منع نمی کرده‌اند . این بیش از اباحهء تصرف را نمیرساند. و اما اینکه به عنوان بیع بوده، پس آن معلوم نیست. پس تحقیق این است که ظاهرا اباحهء تصرف است در امثال این امور. به جهت ظهور تداول در اعصار. و " اصل عدم تغییر "، خصوصا در اموری که می توان جزم کرد که در همهء اعصار چنین بوده . خلاصه: اصل برائت و [اصل] اباحه دلیلی است قوی، و ادلهء منع منصرف به آنها نمی شود. خصوصا اینکه شاهد حال مسلمین، این است که راضیاند به تصرف در امر ایشان بر این نهج هر گاه مال از غیر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صغیر باشد. و همچنین اولیا راضیاند هر گاه مال از خود صغار باشد. و در مجهول الحال باید حمل کرد به یکی از این دو وجه، نظر به تداول در اعصار. پس هر گاه کسی در بین راه یك پول سیاه به صغیری بدهد که برای خود میوه بگیرد، جایز است از او گرفتن و میوه دادن. چون شاهد حال واهب، اباحهء آن است، هر گاه مساوی آن را به صغیر بدهد. و همچنین دانیم که ما در صغیر از مال خود، یا مال صغیر، به او داده است که چیزی بخرد، جایز است بیع با او. و هر چند که ندانیم که ما در، قیم شرعی اوست. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. و حمل میکنیم بر اینکه حاکم شرع مادر را قیم او کرده، یا عدول مؤمنین (بر فرض عدم تمکن از حاکم). اما اگر دانیم که آن مال از خود صغیر است. و غیر ولی شرعی به او داده، و بر غیر جهت شرعیه آورده است، یا از غیر اوست و رخصتی از جانب غیر نباشد، جایز نیست تصرف در آن. و در مجهول الحال تفحص ضرور نیست .

بلی، در بعضی صور می توان قائل شد به جواز تصرف بر سبیل بیع، مثل آن جائی که بیع به اطلاع ولی باشد و صغیر به منزلهء آلت باشد، و اعتماد بر همان حضور ولی یا اطلاع او باشد، ولکن این سخن در وقتی خوب است، که معاطات را بیع دانیم و ید صغیر را به منزلهء ید ولی شرعی دانیم. و اما با اشتراط صیغه (چنانچه مشهور است)، پس این تمام نیست. چون عبرت به کلمات صغیر نیست. و به هر حال، اعتماد بر همان مجرد اباحه است. و دلیل صحت بیع، در اینجا تمام نیست. پس ثمرات منع (مثل لزوم به مجرد تفارق مجلس، و لزوم شرایط ضمن عقد و امثال آن) در اینجا جاری نیست.

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

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

١٦٣- سوال: هل - یجوز بیع الجواهر الکبار المنصوبة علی الحلی (مثل التاج والدملج و نحوهما) و غیر المنصوبة، بدون الوزن ام لا؟ -؟. فقد اختلف جماعة من اهل العصر فیه، فمنهم من یقول بجوازه، و منهم من یقول بعدمه، تمسکا ببعض عبارات الفقهاء الموهمة لکونها من الامور المعتبرة فیها الوزن. مثل ما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ذكره فى التذكرة فى مباحث السلف حيث قال: ولو افضى الاطناب الى عزة الوجود كاللئالى الكبار و الزبرجد و المرجان، التى يفتقر الى الحجم و الوزن و الشكل

والصفا، لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف، و اجتماعها نادر جدا .فيكون بمنزلة السلف فى فى ما يتعذر حصوله فى الاجل. و اما اللئالى الصغار، التى يعم وجودها و يمكن ضبطها بالوزن والكيل، و ضبط اوصافها التى تختلف القيمة باختلافها. فانه يصح السلم فيها، على الاقوى. و فى القواعد: فلو افضى الاطناب الى عزة الوجود، كاللئالى الكبار، التى يفتقر التعرض فيها للحجم و الشكل والوزن والضبط، واليواقيت و الجارية الحسناء مع ولدها، الى ما اشبهه، لم يصح. - الى ان قال - والا قرب جوازه فى اللئالى الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها انتهى. و بان ثقات اهل الخبرة يحكمون بان طريقة مبايعة الجواهر الكبار، مراعات الوزن، حتى انهم وضعوا لذك ميزانا يفصح عن جزء من الف واربعمأة و ثمانية اجزاء من المثقال الصيرفى. و يعاملون فيها بالوزن.

جواب: الظاهر جواز بيع الجواهر الكبار مع المشاهدة. بل الوصف الرافع للجهالة. لان دليل اشتراط المعلومية فى العوضين، هو الاجماع المنقول و لزوم الغرر. و انما اشترطوا فى المكيل و الموزون، الكيل والوزن (و مثلها المعدود و المزروع) بدليل خاص فلا يجوز فيها بدون الكيل والوزن والعدو الزرع. و المخالف فى الصبرة هو ابن الجنيد. ربما نقل عن غيره كفاية المشاهدة فى غيرها ايضا. و كيف كان، فالا قوى و الاشهر اعتبار الكيل والوزن والعدو والزرع، فى ما كان من هذا الباب. و يدل عليه الاخبار الكثيرة. انما الاشكال، فى ان الجواهر الكبار، هل هى مما يعتبر فيها الوزن ام لا (؟ -؟) و لم نقف على دليل يدل على اعتبار هما، فيها. و لا تصريح من فقيه. ولا دلالة فى عبارة التذكرة والقواعد على كونها من هذا الباب. ولا فيهما نقل من اهل الخبرة من اعتبار هم الوزن فيها. و تحقيق المقام ان لفظ " المكيل " و " الموزون " فى الاخبار و كلام العلماء فى مسئلة لزوم تعيين المبيع فى مسئلة الرباء و السلم و غيرها، معناه ما يتوقف تعيين المبيع عليه، و تحقيق فى مقداره بعد تعيين اصل المبيع و ماهيته و قيمته . فمرادهم ان اهل العرف اذا

اصطلحوا فى بيع الحنطة (مثلا) على ان يكون قيمة كل قدر (يملاء كيلا معينا، اويوارى صنجة ١ معروفة) درهما، فاذا ارادوا بيع ما يساوى ذلك بالمبلغ المذكور، لابد ان يشخصوه بالكيل والصنجة المعلومين.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فالكيل والوزن انما هو لتعيين المبيع و تشخيصه، من دون ان يكون لهما مدخلية فى مقدار القيمة و زيادته و نقيصة. واما ما ذكره فى الاحتياج الى الوزن فى الجواهر، فهو معنى آخر، اعتبر لمعرفة قيمتها، لا لمحض تعيين المبيع. بل ولا مدخلية لتعيين المبيع فيه. فالكيل الواحد من الحنطة اذا كان قيمته درهما، فقيمته درهم، سواء كان المكيل مساويا لكيل واحد، او الف كيل. بخلاف قيراط من الجواهر، فانه اذا انضم الى عشيرين، قيراطا فى قطعة واحدة، فربما ساوى ماة تومان. و اذا انفرد (ولو بابانته من القطعة الكبيره) فلا يساوى تومانا. مثلا اذا كان قطعة كبيرة من الياقوت، بمقدار خمسة مثاقيل، يكون قيمته الفا، و اذا كسر و جزى خمسة اجزاء، فلا يساوى كل جزء من الاجزاء الا عشرة، فوزن الياقوت الكبير المتصل الاجزاء، انما هو لمعرفة قيمتها، اذ يتفاوت قيمة الجواهر بسبب الكسر. مع كونه على وصف الصحة والاجتماع. فالحاجة الى الوزن بهذا المعنى، لا يستلزم الحاجة اليه فى تعيين المبيع، بل الغالب ان المطلوب فيه، هو وسعة العرض و الطول، اوهما مع الحجم فى الجمله. لا الثقل، بل ربما يكون الحجم الكروى الذى هو اثقل وزنا، اقل قيمة من الوسع الذى هو اخف. نعم، قد ينفع فيه زيادة الوزن ايضا، كما لو اتفق ذلك مع الوسع. و لانه ربما يتفق كسر الجواهر بحيث لا يصلح الا لا جل الدواء، او المنافع الاخر، الغير المهمه، فح، ينفع اعتبار الثقل ايضا .فظهر من ذلك ما ذكروه فى باب السلم، انما هو من باب المعنى الاخير، فانهم

١: الصنجة: صنجة الميزان: ما يوزن به كالاوقية والرطل. معرب " سنكه " بالفارسية. اورده اقرب الموارد فى " سنجه " و قال: يقال " صنجة " و بالسين افصح. و لعل " السنكه " مخفف " سينيكه: سينيچه ". و بزعمى انها معرب " گنجه " لان ضبطه بفتحة السين او الصاد، كما فى اقرب الموارد. و فيها ايضا: الصنوج، ما يجعل فى اطار الدف من الهنات المدورة. والصنج: صحيفة مدورة من الصفر يضرب بها على اخرى مثلها

نهضت ترجمه
Translation Movement
MS

ذكروه فى اوصاف المبيع، يعنى ان تعيين المبيع، المعتبر فى السلم الحاصل بالتوصيف، قد يكون للوزن مدخلية فى مقدار قيمتها كالصفاء والسعة والحجم و نحوها، لا لان الافتقار الى الوزن، لا جل تشخيص مقدار المبيع. كما فى الحنطة المتعارفة والسمن المتعارف. و هذا بخلاف اللئالى الصغار، فانها كالحنطة يحتاج تعيين المبيع فيها الى الكيل و الوزن. نعم، لما كانت فى الظاهر مما يتفاوت قيمتها بسبب اختلاف بعض الاوصاف، كالبياض والصفاء فى الجملة، فنلتزمه ١، كما نلتزم مثله فى الحنطة والسمن، ايضا. و يويد ما ذكرنا، انهم ذكروا فى تعريف المثلى، تفسيرات متعددة، منها " انه ما يكون مكيلا او موزونا ". و منها " انه ما يكون اجزائه متساوية فى الحقيقة النوعية مع كونه مما يجوز فيه السلم ." فملاحظة هذين التفسيرين، مع قولهم بعدم جواز السلف فى الجواهر ٢ الكبار، شاهد قوى على ان مراد هم من الوزن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الذى ذكروه فى سلف الجواهر، غير الوزن الذى اعتبروه فى صحة البيع، و اشتراطه بالكيل والوزن فى المكيل و الموزون. و حاصل المقام: انا لو سلمنا انه اذا قال: " بعتك ياقوتة وزنه عشرة مثاقيل بمبلغ كذا "لا يتم الا بالوزن و هو مستلزم للوزن. ولكنه لا يلزم من ذلك عدم جواز شراء مثل هذا الياقوت بالمشاهدة بدون الوزن. و المعهود فى مسئلة المكيل و الموزون، و اشتراط الكيل والوزن فى صحته، هو ملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى ٣ الافرادى " لا بشرط الاجتماع و لا بشرط الافتراق. ولا بشرط الوحدة ولا بشرط الكثرة. والمعتبر فى ما نحن؟ فيه، ملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان " الكى المجموعى "، فمجموع القيمة فيه فى مقابل مجموع الزنات، لو وزعت عليها فى مقابل ذلك الفرد. فهذا الوزن المعتبر فى السلف، انما هو لانه احد اوصاف المبيع المميز له غالبا، كالصفاء والسعة، لا لانه شرط فى صحة البيع من حيث انه وزن للمبيع .

١: و فى النسخة: فتلتزمه. ٢ و ٣: و فى النسخة: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى

و لذلك لم يذكروا الجواهر فى مسئلة اشتراط الكيل والوزن فى المكيل والموزون. و ذكروه فى السلم. و لم يقل احدهم (فى ما اعلم) ان الجواهر الكبار مثلى، بل انما هو قيمى. فعلم من جميع ذلك، ان اشترط الكيل والوزن فى صحة البيع، انما هو لكون الثمن موزعا على الزنات والا كيال، لا على ما كان الثمن فى مقابل مجموع الزنات. فلا دليل على ١ اعتبار هما فيها فى البيع الحال. و اعتباره فى السلم، انما هو لاجل التوصيف، لرفع الغرر، لتعذر المشاهدة. بخلاف الحال، لا مكان المشاهدة الرافعة للغرر. و اما الكلام فى ما نقل من اهل الخبرة: ففيه انه قد يكون فى ما يحصل التفاوت فيه، فى تشخيص الجوهر باعتبار الوزن، لا مطلقا. والمعتبر فى المكيل والموزون جعل الكيل والوزن معيار القيمة فى الجنس. فان قلت: اذا كان المعيار فى معرفة القيمة بالوزن، و دفع الجهالة انما يحصل به، فلا فرق بين احتياج الشخص والجنس. قلت: مقصودنا ان قولهم " لابد فى المكيل والموزون، من الكيل والوزن "، و كذا الاخبار الدالة عليه، انما ينصرف الى ما كان المعيار فى تحديد القيمة، [و] هو الكيل والوزن بالنسبة الى الجنس، او الشخص باعتبار جنسه. لا الى الشخص من حيث هو شخص. فاذا فرض رفع الضرر بالمشاهدة والتوصيف فى الشخص، فلا يحتاج الى الكيل والوزن .بخلاف المكيل والموزون الذى اعتبر فيها ملاحظة الجنس. فانه لا بدفيه من الكيل والوزن. على الاشهر الاقوى. فالذى ذكروه ان طريقة اهل الخبرة الحين، هو انهم يزنون الجواهر، ثم يقومونه. و القاعدة فى المكيل والموزون المعهودين، انهم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يقومون المبيع على معيار الزنه والكيل، ثم يزنون. فظهر ان الوزن فى الجواهر، من معرفات القيمة. و فى المكيل والموزون المعهودين، من محددات ٢ المبيع بعد تعيين القيمة .

١: و فى النسخة: مع. ٢: و فى النسخة: محدود است

فالاحتياج الى الوزن فى التقويم ليس بكلى. بخلاف بيع المكيل والموزن. و قواعد الفقه لا بد ان تكون كليه. والفارق الجلى، الذى لا يخفى بعده الامر، هو ان الرجوع الى اهل الخبره كاف فى القيمة، و لا يجب على المتبايعين الوزن فى تصحيح البيع. و ان كان اهل الخبرة محتاجين فى التقويم الى الوزن. والمعهود فى المكيل و الموزون، ضرورة معرفة الوزن بين المتعبايعين جزما، و ظنى ان ذلك يرفع الحجاب عن وجه المسئلة. و من جميع ما ذكرنا ظهر ان الجواهر المنصوبة على الحلية المصوغة من الذهب والفضة، لا يجب نزعها و وزنها. بل يكتفى فيها بالاعتبار بنظر اهل الخبرة. سيما مع لزوم الضرر و الحرج بنزعها ١. واما نفس الذهب والفضة المنصوبة عليها، فهى من الامور الموزونة. و التخلص من الاشكال فيها، بالمصالحة. هذا الكلام فى الجواهر الكبار. و اما الصغار: فالاظهر الاقوى اعتبار الوزن و الكيل فيها كما هو المعهود.

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

جواب: الملك باق على ملكية عمرو. و كلام بعض الطلبة فاسد .بل لو فرض وقوع التقايل، لرجع الملك الى المالك، و سقط القيمة عن ذمة عمرو .اذ تعلق وجوب اداء الزكوة، واستيجار الصم والصلوة، انما هو تابع للبيع فاذا انفسخ، فيبطل التوكيل والوصية. و لابد

١: و فى النسخة: بنفسها

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فى تحقق التقايل، من اتحاد الزمان، بان يقولا " تقايلنا " او " تفاسخنا " او قال احدهما " فسخت " او " اقلت " و قبل الاخر بلافاصلة معتد بها. بل الظاهر ان غصب زيد و فسخه يكفى فى ابطال التوكيل والوصية. فعمرو، انما يشتغل ذمته بنفس الثمن المسمى فى العقد. والملك مال مغصوب فى يد زيد. والقيمة فى ذمة العمرو، و لكن يمكنه الحبس لا جل التمانع فى تسليم المبيع، ان لم يسلمه، اولا جل ان زيدا اعرض عنه باعتقاده ان فسخه وحده يفيد الانفساخ. و لكن اعراضه ليس بمعنى الاعراض المفيد لسلب الملك، بل بمعنى تسليطه عليه. كما لو اشترى مالا مغصوبا مع علمه بالغصب، بثمن. فلا يجوز له استرداد الثمن، و ان اخذ عنه المال على المشهور، مطلقا، و فى ما لو تلف، على الاقوى. و اما حبسه ١ من جهة التقاص: فلا يصح. لان التقاص فى العين الموجودة، انما هو باخذه ان امكن بلا مفسدة، و لا وجه لاخذ البدل مثلا او قيمة، نعم لو تعذر رد العين للغاصب، فيجب عليه رد البدل مثلا او قيمة، و هو المسئلة المشهورة فى كتبهم حيث قالوا: ان البدل يصير ملكا محضا للمغصوب منه، بلا خلاف. و العين المغصوبة ايضا باق فى ملك المغصوب منه، بلا خلاف بينهم ظاهرا. فاذا تمكن الغاصب من العين بعد التعذر، فقالوا انه لو كان اعطى البدل على وجه المعاوضة، فيسقط حق المغصوب منه، عنها، بعد المعاوضة عينا و منفعة. و الكلام فى اجرة ما قبل المعاوضة. و الاقوى فيه الرجوع ان لم يسقطها فى المعاوضة. و ان لم يعطها على وجه المعاوضة، فيتردان، حتى انه يجبر المغصوب منه، على رد البدل، على الاظهر. و قيل لا يجيز، اخذا للغاصب على اشق الاحوال، فلا ٢ يجبر على رد شىء اصلا، و هو بعيد، ولا دليل على اخذ الغاصب على اشق الاحوال، و لا يمكن توجيه عدم الاجبار،

نهضت ترجمه
Tarjomeh Nahzat
.Ms

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

بانه يجوز له رد المثل، او البدل، مما اخذه بدلا (كما ذكره بعض الشافعية). و استشكل عليهم فى المسالك بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. فقال :لا بد اما من القول بتزلزل الملكين الى زمان التمكن من العين فيترادان (يعنى ان ملكية الغاصب للعين المغصوبة و ملكية المالك البدل كلاهما متزلزل الى ظهور العين) او ان تملك المالك للبدل موقوف على الياس من العين المغضوبة، و ان جاز له التصرفات فيه. و انت خبير بان مخالفة الاصحاب مشكل. و يمكن دفع الاشكال بان اخذ البدل ح، انما كان لا جل حيلولة الغاصب بينه و بين عين ماله. فلا مانع من ان يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله ان للمالك التصرف فى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

البدل حتى بالاتلاف، و البيع و غير ذلك. و ذلك مراع الى حين ظهور العين المغصوبة: فان ظهر العين و البدل باق، فللغاصب استرداد ماله، اذا كان باقيا. بخلاف ما لو اتلفه. و بالجملة: لا ريب فى بقاء العين المغضوبة فى ملك المالك الى ان يتحقق البدل بعنوان المعاوضة، فخ، يرتفع ملكيته عنه. و اما ملكية البدل للمالك فهو ثابت، سواء حصل المعاوضة، ام لا. ولكنه مراع بعدم ظهور العين المغصوبة مع بقاء عين البدل فى يد المالك، و بعد الظهور فيترادان. ولو تركا التراد فبمحض ذلك لا يحصل الملك الجديد. بل يحتاج الى عقد جديد. والذى ذكرنا (ان البدل انما يصير ملكا له، على وجه الحيلولة لا العوض) هو الظاهر من التذكرة و غيره .و لا ينافى ذلك اعتبار المثل و القيمة، بان يقال انه مناسب للعوضية، والا، فالحيلولة قد يختلف زمانه. فكيف يجعل المعيار، المثل او القيمة مطلقا سواء كان الحيلولة يوما او عشيرين سنين. لان المغصوب منه، قد تضرر بسبب حرمانه عن تصرفه فى ماله على اى وجه اراد واحتاج اليه. و يندفع ضرر [ه] بان يكون فى يده ما يساوى ماله، يفعل به ما يشاء كما كان يفعل بماله. و لازم ذلك جواز بيعه و اتلافه و غير ذلك. كما كان يفعل بماله. و ان يكون ملكا مستقرا ظاهرا الى زمان تلفه. او ما يقوم مقامه من بيعه بغيره. حتى لا ينافى رغبة الراغبين

فى شرائه. ولو كان متزلزلا مطلقا، لم يرغب فيه احد، فيتضرر المغصوب منه .و اما ضرر الغاصب فلا يلتفت اليه. اذ هو صار بنفسه سببا للضرر على نفسه، والسبب هنا اقوى من المباشر. واعلم: ان ظاهر كلامهم فى هذه المسئلة، فى صورة تعذر رد العين المغصوبة على الغاصب. اما لو حبسه الغاصب و اخفى على المالك و ادعى التعذر، فالظاهر ان حكمه غير ما نحن فيه. و الاشكال فيه اقل. فانه سلط المغصوب منه ح، على البدل. فلا حرج عليه بوجه. و يصير من باب من اشترى مال الغير مع علمه بذلك. فلا شيئ عليه لو اتلفه. بل ظاهر المشهور عدم جواز الرجوع مع بقائه ايضا، و ان كان الاقوى خلافه. والتفصيل الى هذا الكلام فى المسئلة المعترضة فى البين ١. فنرجع الى السوال و نقول: اذا لم يفسخ عمرو حين استدعاء زيد، فهو باق على ملكه، ولحوق الفسخ من عمرو بعد حين، لا ينفع، فزيد غاصب لمال عمرو، و يجب عليه ما يجب على الغاصب. و بعد تسلط العمرو على الملك، يسترده، و يجب عليه ايصال ما فى ذمته من الثمن اليه، و اما التوكيل والوصية، فقد ذهبتا لظاهر عزل زيداياه. و اما تو هم التقاص: فلا مسرح له هنا مع بقاء الملك على ملكيته. والمفروض انه لم يحصل عقد جديد. و تقاص البدل من باب الحيلولة ايضا لا معنى له، اذ ليس هنا شيىء الا ما هو ثابت فى ذمته، و تفسير التقاص بمعنى عدم ادائه اليه، غير مانوس. اذالتقاص، اما بنية التملك عوضا عما فى ذمة المقاص منه، و اما باخذ شيىء ليبيعه و ياخذ حقه منه عما فى ذمته .والمفروض انه ليس فى ذمة المقاص منه، شيىء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بل انما الموجود عنده هو العين .ولا يتعلق شيىء بذمة الغاصب مادام العين باقيا. ولا دليل على انتقال العين الى البدل، الا مع عدم العين، او ما هو بمنزلة العدم فى نفس الامر عند المغصوب منه. و على فرض اسقاط المغصوب منه، للقيمة عن ذمته فبم يرجع الغاصب اذا تمكن المغصوب منه من العين. فالرجوع الى العين مع [عدم]

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

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

١٦٥- سوال: هر گاه كسى معامله‌ء لازمه (مثل بيع يا صلح) كرده باشد. و در ضمن عقد، شرط خيار فسخ در مدت معينه به جهت احدهما شده باشد. و بينه‌ء عادله شهادت بدهند كه در عرض مدت مذكوره، صاحب خيار گفته است كه من آن معامله را فسخ كردم. آيا اين قول موجب فسخ است يا نه؟ - ؟.

جواب: هر گاه عبارت " فسخ كردم " به قرنيه‌ء مقام معلوم شود كه انشاى فسخ است، و بينه هم بر اين معنى شهادت بدهند. اشكالى ندارد، و فسخ ثابت است. و هر گاه شهادت بدهند به لفظ خبر، يعنى آن شخص خبر داده است كه فسخ كرده‌ام، و بينه اين اخبار و اقرار را شهادت ميدهند، ظاهر اين است كه اين نيز شهادت بر فسخ هست. و همين قدر كافى است در فسخ. به اعتبار آنكه اخبار از آن با وجود استلزام حصول آن در خارج بقاى آن را، بالفعل دلالت دارد بر اخبار او از حال، به اين معنى كه الحال مال سابق من، مال من است. نظير اين است رجوع در طلاق. چنانكه اتفاق علما است كه اگر زوج در حال عده انكار طلاق بكند، مى گويند اين رجوع است، و اين نيست الا به جهت اينكه انكار طلاق مستلزم اقرار به زوجيت است. و همچنين احاديثى كه دلالت دارد بر اينكه در حين رجوع شاهد نگرفته باشد بعد از آنكه به خاطرش آيد، شاهد بگيرد، و ظاهر اين اخبار اين است كه در نزد شهود اقرار كند كه من رجوع كرده‌ام. هر چند به عنوان اخبار از گذشته باشد. و مطلقا دلالتى بر اين ندارند كه ثانيا انشاى رجوع بكند. و ايضا: هر گاه شهود ميبينند كه شخصى با زن مطلقه‌ء خود ملاعبه مى كند به قصد اينكه زن اوست، نه به نيت حرام، و لكن معلوم ايشان نباشد كه انشاى رجوع، قبل از اين شده

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و این مترتب بر آن است، یا همین اول انشاء است. کافی است در شهادت. پس معلوم شد که علم شهود به حصول ثمری که مترتب باشد بر انشاء از آن شخص، کافی است و باعث علم به حصول نفس انشاء است. گو انشاء به همین ثمر حاصل شده باشد .و همچنین است کلام در فسخ، پس شهادت شهود به عنوان قطع بر اینکه صاحب خیار مطالبهء " مصالحه نامچه " میکرده، و از حال او میفهمند که او الحال هنوز در بین مدت خیار است، ملك را از خود میداند به سبب فسخی که کرده، پس بالفعل علم از برای آنها به حصول انشاء حاصل می شود.

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

جواب: باید تعریف کند از برای عمرو که بایع است. بلکه در مطلق مالك هم، چنین است. مثل اینکه به غیر بیع منتقل شده باشد به او، پس اگر بایع (یا مطلق مالك) گفت از من است، به او و اگر گفت از من نیست. پس مال آن است که یافته است آن را. و مطالبهء بینه هم از آن نمی کنند. چنانکه جمعی از اصحاب ذکر کرده‌اند بدون نقل خلافی. و دلالت می کند بر آن حدیث صحیح از محمد بن مسلم " عن احدهما - ع - قال: سئلته عن الورق یوجد فی الدار. فقال: ان کانت الدار معمورة فهی لاهلها، و ان کانت .خربة فانت احق بما وجدت " ١. و صحیحهء دیگر [او] " عن ابی جعفر - ع - قال :سئلته عن الدار یوجد فیها الورق. فقال: ان کانت معمورة، فیها اهلها، فهو لهم .و ان کانت. خربة قد جلا عنها اهلها، فالذی وجد المال احق به. " ٢. و هر چند در آن دو حدیث حکم شده که به صاحب آن زمین بدهند، بدون اینکه تعریف کند از برای او بعد از ادعای او ملکیت را. و لکن ظاهرا خلافی ندارد. چنانکه از بعضی اصحاب ظاهر می شود. و موید آن است موثقهء اسحاق بن عمار - کالصحیح - " قال :سئلت ابا ابراهیم - عن رجل نزل فی بعض بیوت مکة، فوجد فیها نحوا من سبعین در هما

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

١و ٢: وسائل: ج ١٧ ص ٣٥٥ - ٣٥٤، ابواب اللقطة، باب ٥ ح ٢ و ١

مدفونة، فلم یزل معه ولم یذکرها حتی قدم الکوفة. کیف یصنع؟. قال: فاسئل عنها اهل المنزل لعلهم یعرفونها. قلت: فان لم یعرفوها. قال یتصدق بها " ١. با حمل تصدق بر استحباب. و همچنین صحیحه حمیری " قال کتبت الی الرجل اسئله عن رجل اشتری جزورا او بقرة للاضاحی. فلما ذبحها، وجدفی جوفها صرة فیها دراهم، او دنانیر، او جوهرة، لمن یکون ذلك؟ فوقع: عرفها البایع، فان لم یعرفها،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فالشيئى لك، رزقك الله اياه " ٢. و ظاهر اطلاق دو حديث و فتاوى جماعة، عدم فرق است ما بين آنكه اثر اسلام بر آن باشد يا نباشد. ولكن بعضى گفته‌اند كه هر گاه مالك ادعاى ملكيت نكند و اثر اسلام بر آن ظاهر باشد در حكم لقطه است .بلكه دعوى اجماع بر آن كرده [اند]. اجماعى بودن مشكل است. پس اطلاق نص بر حال خود خواهد بود. و ظاهر اطلاق نص شامل قليل و كثير هست، يعنى در صورت انكار مالك اول، كه مال واجد است. مختص صورتى نيست كه اقل از درهم باشد بلكه شامل اكثر هم هست. و بر فرضى كه قائل شويم به آنكه بايد فرق گذاشته شود. ولكن مى توان گفت كه آنچه از ادله رسيده كه " كمتر از درهم را تعريف ضرور نيست " در غير صورت مسئلهء ما است. و بدان كه: هر چند صحيح‌هاى محمد بن مسلم در حكم " ورق " - كه نقرهء مسكوك يا اعم از مسكوك باشد - در خصوص " دار " است. ولكن ظاهرا قائل به فرقى در مسئله نيست. و حكم شامل مطلق مال و مطلق ارض است.

١٦٧- سوال: چه مى فرمايند در خصوص اينكه خانه‌اى هست كه مشاع است ما بين وراث حاضر و غائب ميت. وراث حاضر مى توانند عدول مؤمنين را آورده آن را مفروز نمايند؟. و هر گاه مؤمنين حسبتا حصهء هر يك را مشخص كردند، بعد آن غايب و

١: همان مرجع: ح ٣، ٢: همان مرجع: باب ٩، ح ١

بهضت ترجمه
Translation Movement
ms

وراث غايب آن ميت، حصه خود را به اجنبى مشاعا فروخته‌اند. آيا مشترى مى تواند (حال كه استحضار به هم رسانيده كه مفروز شده) قبول نكند؟ - و بگويد من حال ميخواهم حصه را موافق بازديد اهل خبره مفروز نمايم - يا نه؟. و هر گاه مشخص شود كه حصهء بعضى كمتر و حصهء بعضى زياد شده است، باز مشترى را نمى رسد كه قبول نكند آنچه مؤمنين حسبتا كرده‌اند، يا نه؟ -؟.

جواب: اين سؤال مشتمل است بر چند مطلب: اول: اينكه آيا عدول مؤمنين را ولايتى در مال غايب است كه تقسيم آن كنند يا نه (؟ -؟). ظاهر اين است كه ولايت باشد، در صورتى ١ كه وصول به حاكم شرع متعذر يا متعسر باشد. به جهت آنكه عمده دليل در اصل " قسمت " نفى ضرر است و همان دليل در اينجا جارى است. دوم: آنكه بعد از قسمت، هر گاه غايب حاضر شود قسمت را نمى تواند بر هم زند. چون قسمت عبارت است از تمييز حقوق. و بعد از تميز حقوق خواه قايل باشيم به لزوم قرعه يا آنكه اكتفا كنيم به تراضى بعد قسمت - چنانكه اظهر است - ديگر احدى را رجوعى به حق ديگرى نيست. سوم :اينكه هر گاه غايب بعد قسمت، حصهء خود را مشاعا فروخته باشد. اين بيع صحيح نيست، و اجازهء شريك هم نفعى ندارد، كه از باب فضولى باشد. زيرا كه نه او مالك نصف مشاع است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نسبت به جميع مال. و نه شريك او، كه اجازه تواند كرد. بلكه هر يك مالك نصف معين‌اند. و مفروض اين است كه " نصف مشاع در جميع " را فروخته. و هم نمى توان گفت كه در " نصف مشاع در نصف خودش " صحيح است، كه ربع مجموع است. - و بيان اين مطلب را به بسط تمام در كتاب تجارت در جلد دوم " جواب مسائل " ذكر كرده‌ام ٢ و بعد از آنكه حكم به بطلان بيع كرديم، ديگر معنى ندارد سخن مشترى

١: در نسخه: " اما در صورتى كه... " و مى تواند در صورتى كه " اما " قيد باشد صحيح شود ليكن با سليقه ميرزا (ره) در سر تا سر كتاب، ناسازگار است. ٢: رجوع كنيد به مسئله شماره ١١٢، از همين مجلد

كه من به اين قسمت راضى نيستم و از نو قسمت ميكنم. چهارم: آنكه، بر فرضى كه بيع قبل از قسمت واقع شده باشد (و الحال مشترى مى گويد كه من به آن قسمت راضى نيستم، و مجددا قسمت ميكنم) هم ظاهر اين است كه قسمت، صحيح است، و نمى تواند اين سخن را، گفت. زيرا كه تقسيم حاكم يا عدول مومنين، از براى رفع ضرر است از طالب قسمت. غائب هر كس ميخواهد بوده باشد. پنجم: اينكه، بر فرض صحت قسمت و صحت بيع، هر گاه مشترى مدعى شود كه در كيفيت قسمت غلط شده و تعديل سهام شده. پس آن محتاج به مرافعه است، و بعد از اثبات غلط به بينه، يا به اقرار. قسمت را بر هم ميزنند.

١٦٨- سوال: هل يصح بيع الفضولى، ام لا؟ -؟ و هل يختص صحة الفضولى - على تقديرها - بالبيع، اويعم ساير العقود؟ -؟ و هل يشترط وجود المجيز حين العقد، ام لا؟ -؟.

جواب: استقصاء الكلام فى هذا المرام، لا يسعه المجال. لكن نذكر كثيرا من احكام الفضولى هنا، بقدر الوسع .فلنقدم الكلام فى البيع. و نقول: ان بيع مال الغير من دون ولاية او وكالة، اما ان يكون مع العلم با نه مال ذلك الغير، اوبدونه. كمن يبيع ماله الذى اشترى من مسلم، او وصل اليه بميراث، او هبة، او غير ذلك. ثم ظهر مستحقا للغير. و على الاول، فاما ان يبيعه للغيرنيا بة عنه له. او لنفسه، و على الاول فاما ان يبيعه متزلزا، بمعنى انه ان رضى لزم والا فيكون باقيا على حاله. و هو الاصل فى اطلاق البيع الفضولى. او يبيعه له باتا، و يسلمه المشترى، او يرخصه فى الاخذ كذلك. و على الثانى - اى ما يبيعه لنفسه - فاما ان يبيع لنفسه غصبا من دون قصد ان ينقله من المالك الى نفسه. او يبيعه و يذهب يشتريه ليتم البيع لنفسه. و على الاول فهو غصب. فاما ان ينتقل بعد ذلك اليه بوجه من الوجوه الشرعيه، اولا و على الاول - اى ما ينتقل اليه بعد ذلك - فاما ان يجيز ثانيا، ام لا. و سيجيى الكلام فى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تصحيحه بالاجازه، و عدمه. وعلى الثانى - اى ما يبيعه و يذهب يشتريه لنفسه - فاما ان يكتفى بالاشتراء عن المالك، او يجيزه بعد الشراء ايضا. ثم فى هذه الصور كلها، اما ان يلحق به الاجازة من المالك (او من قام مقامه) ام لا و على الثانى، فاما ان يكتفى بعدم الاجازة بان يقول " لم ارض فى البطلان "، او لابد من التصريح بالفسخ. فههنا مقامات: الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح :والمشهور من الاصحاب، صحته. و توقفه على اجازة المالك. بل و عن التذكرة فى موضع منها، انه جايز عندنا لكن يكون موقوفا على الاجازة. و ذهب الشيخ فى الخلاف الى البطلان و مدعيا عليه الاجماع. و عن الغنية، مثله، وهو قول ابن ادريس و فخر المحققين فى الايضاح. و ربما نسب الى غيرهم ايضا. والعمدة فى الدليل على الجواز عموم " اوفوا بالعقود " و امثاله. و استدل جماعة بفحوى مادل عليه فى النكاح، لان الامر فيه اشد، و يدل عليه ايضا رواية عروة بن جعد البارقى، ان النبى (ص) اعطاه دينارا ليشترى به شاة فاشترى به شاتين ثم باع احدهما بدينار فى الطريق. قال " فاتيت النبى (ص) بالدينار فاخبرته. فقال، بارك الله فى صفقة يمينك ". و كذا حكاية اجازته (ص) بيع عقيل داره بمكة. ووجه الا ستدلال بعموم الاية، ان المراد من " العقود "، العهود الموثقة. و لا ريب انه بالاجازة يصير من جملتها. واضطرب كلام القوم فى طريق الاستدلال بالاية فبعضهم جعله الاصل، نظرا الى العموم الا ما خرج بالدليل، و بعضهم جعل العقود توقيفية على ما ورد به الشرع، وحمل العقود على العهود فى زمن الشارع. والاظهر عندى الان، هو الاول، و توضيح ذلك يحتاج الى زيادة بسط اوردناها فى الرسالة التى كتبناها فى مسئلة " الطلاق بعوض " فليراجع هناك، ويدل عليه ايضا ما رواه المشايخ الثلاثة فى بيع الوليدة واجازة سيدها، وفى متنها اختلافات واوضحها متنا ما رواه الشيخ فى التهذيب فى الحسن لابراهيم بن هاشم " عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - قال: قضى امير المؤمنين - ع - فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سيدها الاول، فخاصم سيدها الاخر .

فقال: وليدتى باعها ابنى بغير اذنى. فقال: الحكم ان ياخذ وليدته وابنها .فناشده الذى اشتراها. فقال: له خذ ابنه الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك البيع .فلما اخذه قال ابوه: ارسل ابنى، فقال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه " ١. قوله (ع) " خذ ابنه الذى باعك " الظاهر ان المراد اخذه لاجل اخذ الثمن والغرامة، و ربما نوقش فى الرواية بانها تدل على ان المولى رد البيع اولا، والقائل بالفضولى لا يقول بالصحة بعد الرد ولا تنفع الاجازة بعد الرد، و يمكن دفعه بانها ليست

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بصريحة فى الرد ولا ظاهرة، بل غايته الظهور فى عدم الرضا بالاقباض ومطالبة رد الجارية. فلعله كان مترددا فى الفسخ والامضاء. والتردد لا يستلزم الفسخ، والمعتبر انما هو الفسخ كما سنشير اليه. و حجة المانعين الاصل و الاجماع المنقول، و انه تصرف فى ملك الغير، و انه غير قادر على التسليم. و الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، والناهية للبيع عما لا يملك من طريق العامة والخاصة، مثل " قوله - ص - لحكم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك " ٢. و ما رواه

١: التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ وايضا ١٣٨ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١. و فى كلامه (ره) محل للكلام من جهات: ١): قال قدسه سره " فى الحسن، لابراهيم بن هاشم " و فيه ما اسلفناه من ان محققى المتأخرين قالوا ان جملة ممن ضعفهم اصحابنا القميين (كسهل بن زياد والبرقى ومحمد بن سنان) كانوا ثقات، مؤمنين، عالمين، وان ابراهيم بن هاشم ثقة عين و ما روى عنه، صحيح، و حكايته كحكاية الصدوق (ره). ٢): قد نقل المصنف (ره) الرواية من " التهذيب ". و السند هناك كذا " بالاسناد - عن على بن الحسن بن فضال، عن سندى بن محمد، و عبد الرحمن؟ بن ابى نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس ." و قال الشيخ فى آخر التهذيب: و ما ذكرته فى هذا الكتاب عن على بن الحسن بن فضال، فقد اخبرنى به احمد بن عبدون - المعروف بابن الحاشر - سماعا منه و اجازة، عن على بن محمد بن الزبير، عن على بن الحسن بن فضال. فليس اسم و لا ذكر و لا اثر من ابراهيم بن هاشم، فى سند هذا الرواية فى التهذيب حتى تكون الرواية " حسنة " لذلك. ٣): متن الحديث فى ما نقله المصنف (ره) اشبه بما فى الفقيه والاستبصار، و يفارق ما فى التهذيب فى بعض الالفاظ. ٢: صحيح الترمذى :باب ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عنده - سنن ابى داود: باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده

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

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عتق فى ما لا تملك، و لا بيع فى ما لا تملك ". مرسلا. ٢: الوسايل: ج ١٢ ص ٢٥٢، ابواب عقد البيع، الباب ٢ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٥٩. - و بعض الفاظ الحديث تختلف فى التهذيب والوسايل و ما اورده المصنف هنا. والمتن فى الوسايل كما يلى: كتب الى ابى محمد الحسن بن على العسكرى عليهما السلام: فى رجل له قطاع ارضين - ارض، خ - فيحضره الخروج الى مكة، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه، و عرف حدود القرية الاربعة، فقال للشهود: اشهدوا انى قد بعث فلانا، (يعنى المشترى) جميع القرية التى حد منها كذا، والثانى و الثالث و الرابع. و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين، فهل يصلح للمشترى ذلك - و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها -؟. فوقع (ع): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك. ٣ : الوسايل: ج ١٢ ص ٣٦٨، ابواب احكام العقود، الباب ٢ ح ٤

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

١: الوسايل: ج ١٢ ص ٢٤٩، ابواب عقد البيع، الباب ١ ح ٢. ٢: المرجع: ج ٣

التصريح " و الظاهر انه اراد بـ - " ما تقدم " هو ما ذكره فى الاستدلال على كفاية المعاطاة فى البيع، بان الظاهر ان الغرض حصول العلم بالرضا، و هو حاصل. اقول: و كلامه مبنى على القول بصحة الفضولى، والا فهو لا يقول بصحته من الاصل و هو بعيد. و اتفاق الاصحاب هنا ظاهرا على لزوم اللفظ، مما يؤيده اشتراط الصيغة فى اصل البيع. و انه لا يكفى مطلق الرضا. و اما قولهم بجواز الاكتفاء بسكوت البكر فى اجازة النكاح الفضولى، فهو لا يضر لثبوته كاذنها فى اصله بالدليل. و بعض الاخبار الدالة بكفاية السكوت فى نكاح العبد ١ ايضا مهجور و مؤول. الثانى: انه كما يشترط اللفظ فى الرضا، يشترط فى الفسخ ايضا. و عن الشهيد (ره) فى حواشى القواعد - فى باب النكاح - انه قال: لو قال لم اجز كان له الاجازة بعد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ذلك. فالرد هو ان يقول " فسخت " او ما فى معناه. و يؤيده صحيحة محمد بن القيس المتقدمة ٢. و ينقدح عما ذكرنا ان الاجازة والفسخ من باب الارادة والكراهة، لا الشهوة والنفرة، فلا يكفى محبوبية البيع فى الاجازة، و لا مبغوضيته فى الفسخ. الثالث: انه يظهر مما ذكرنا انه لا يكفى فى صحة الفضولى العلم برضا المالك قبل العقد، بايجاب العقد، فلو علم بشاهد الحال انه راض ببيع ملكه، و باعه، فلا يخرج بذلك عن بيع الفضولى، و لا يدخل فى التوكيل .اذ التوكيل يحتاج الى انشاء مفهم له، فمحض الرضاء الباطنى لا يكفى فى ذلك، وان اوجب جوازه. و ليس معناه الرخصة فى الفعل بالخصوص. الرابع: ان الفسخ لابد ان يكون من المالك او من قام مقامه. فلا ينفع فسخ الفضولى كما لا ينفع رضاه .سيما اذا كان احد الطرفين لنفسه. حتى انه لو فرض كون الطرفين فضوليين و حصل التقايل بينهما، لا يوجب بطلان العقد. اذ بمجرد حصول العقد فضولا، تعلق الاجازة للمالك بذلك العقد. و لا يرتفع بتقايل العاقدين. فان المالكين لهما اجازة مضمون العقد. سواء بقى رضا العاقدين بحاله، ام لا. و لم نقف فى كلامهم على تصريح بكثير مما ذكرنا .

١: كذا. و يحتمل: " فى عقد النكاح " ايضا. ٢: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١

الخامس: ان الاجازة ليست بفورية. كما صرح به جماعة. للاصل، والاستصحاب، والعمومات. فيندفع ما يتوهم ان " الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن " لان الاصل لا يعارض الدليل. و يستفاد ذلك - مضافا الى العمومات - من خصوص الاخبار منها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة. ١ السادس: اذا ابى المعقود له فضولا، و اظهر الكراهة، يبطل العقد. ولا ينفع اجازته بعد ذلك. و الظاهر انه لا خلاف فيه ٢، فلا حظ كلامهم فى مسايل النكاح الفضولى. و لان الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن. المقام الثانى ٣: فى بيع الغاصب: و الاكثر على انه يصح بالاجازة. كما فى الايضاح. و اختلفوا فى اطراد الحكم (للجاهل والعالم) و عدمه. فعن العلامة فى المختلف، و ولده فى الايضاح، والشهيد فى حواشى القواعد، والعلامة الرازى، اختصاص الصحة بالمشترى الجاهل، و عن الدروس، والمحقق الثانى فى شرح القواعد، تعميمها للعالم. و يظهر من العلامة، الاشكال و التردد فى العالم فى التذكرة [و] فى القواعد. بل وعن التذكرة الاشكال فى الجاهل اذا كان البايع فضوليا ايضا، قال " لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الاخر، فاشكال، ينشأ من الاخر انما قصد تمليك العاقد. اما مع العلم، فالاقوى ما تقدم. و فى الغاصب مع علم المشترى اشكل. حجة الاولين، الاخبار المانعة عن بيع " ما لا يملك " و " ما ليس عنده ". - و فيه: انه انما تدل على حرمة البيع لنفسه، بان يسلم المبيع وياخذ الثمن لنفسه. و ليس فيها ما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يدل على البطلان بعد لحوق الاجازة - و ان ما دفعه الى الغاصب كالماذون له فى اتلافه. فلا يكون ثمنا. فلا تؤثر الاجازة فى جعله ثمنا ". و يدل على الصحة، عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الظاهر ان بيع الغاصب مع علم المشترى بعد لحوق الاجازة، من العهود الموثقة. و يصدق على الثمن انه عوض عن المبيع

١: المرجع المذكور، والحديث المذكور قبيل هذا. ٢: لعل مراده من اظهار الكراهة، الفسخ الصريح. لان ما نقله آنفا من الشهيد (ره) من قوله " لو قال لم اجز، كان له الاجازة بعد ذلك " يخالف ذلك. ٣: قال فى اوائل الجواب: فهنها مقامات: المقام الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح ....:

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هنا مرجو بحصول الاجابة بعد ذلك. و ثمة شائبة لبقاء الملك السابق. و يتضح ما ذكرنا غاية الوضوح، فى ما لو باعه الغاصب فى ذمة المشترى، [و] سلمه فى ضمن فرد من الكلى. فلا يصح البيع لان المشترى ليس مستقلا فى تعيين ما فى الذمة فكانه سلطه عليه مجانه، و تصح الاجازة لوردها على ما فى ذمة المشترى .لا يقال: ان فى صورة اباحة المشترى، فالتصرف غير مترتب للاجازة ولا محتمل لها، [و] منافاته للعوضية ظاهرة. و مع ترقبها، فالاباحة على القول بان الاجازة كاشفة - كما هو الا صح - فاسد لا تؤثر فى تصحيح التصرف. فتجويزهم التصرف للغاصب، انما هو لعدم كون العقد صحيحا. لانا نقول: - مع انه لا يتم فى الفضولى ايضا على القول بالكشف. لانه اباحة فى التصرف فى مال الغير - يرد عليه ان المراد بالعوضية، هو العوضية بمقتضى ظاهر العقد. لا المعاوضة مع المالك. و ايضا عدم ترتب الاجازة (بل و عدم احتمالها) لا يضر بتاثير الاجازة بعد حصولها من باب الاتفاق. وان كان ولا بد، فالذى يضر هو قصد الانتقال الى الغاصب مطلقا. اى سواء اجاز المالك، او لم يجز. لا مطلق قصد انتقال. والحاصل :ان التحقيق و ان كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل، و انه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل، و ان عقد الغالب لنفسه حرام و فاسد بالنسبة الى نفسه. لكنه عقد البيع عرفا. و فائدة ملاحظة الجنس هنا الاشارة الى الصيغة. يعنى " ان العقد الذى وقع بضم الصيغة الى قصد كونها واقعة على المال المعين لنفس البايع الغاصب والمشترى العالم، قد بدلته بجريانها على ذلك الملك بعينه لنفسى " فيكون عقدا جديدا. كما هو احد الاقوال فى الاجازة، كما سنشير اليه. و معنى ضم فصل آخر الى الجنس، كون العقد السابق مذكرا للجنس ليضم اليه فصل آخر، حتى يتحقق نوع. لا ان يضم ذلك الفصل الى الحصة من الجنس الموجودة مع الفصل السابق. كما انه كذلك فى المالك الجاهل بان الملك لغيره، اذا باعه و اجازة المالك الواقعى. فالمعيار هو وقوع الايجاب والقبول على ملك معين. فانه يطلق

عليه البيع عرفا، و ان كان فاسدا، و لا ريب ان قصد هما، ح ايقاع البيع، و ان كان فاسدا. فيبدل المالك الحقيقى، هذا العقد الفاسد بالعقد الصحيح. بل هذا الكلام يجرى فى المشترى الجاهل بالغصب مع علم البايع بانه مال الغير و يبيعه عدوانا. فان معنى ايجاب الغاصب، نقل الملك عن نفسه واخذ العوض لنفسه، والذى حصل من اجازة المالك هو بيعه لنفسه، وهما نوعان متبانيان. و اما الفضولى، المصطلح: فهو و ان كان اجراء هذا الكلام فيه. لان المانع من الفضولى، هو الايجاب المشروط المطلق على شرطه ضمنا. والذى اجازة المالك و رضى به هو وقوعه بتا، فليس ما اجازة نفس ما وقع من الفضولى بل هما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نوعان متباينان. و هذا اما مبنى على " عدم جواز التعليق فى العقود الا ما خرج بالدليل " و اما مبنى على " جوازه الا ما اخرجه الدليل - كما هو الا قوى - و هذا مما لم يخرجه ". و لكن يمكن ان يقال: ان ما اوقعه الفضولى، هو الايجاب البات مشروطا بشرط. و هذه الاجازة، هو شرط وقوعه بتا. والمفروض وجود الشرط. فيوجد المشروط بوجوده. فليس عقدا جديدا. بل هو بعينه ما اوجده الفضولى مع تحقق شرطه. و تاخر الشرط عن المشروط فى الاحكام الشرعية غير عزيز. كتأثير غسل الاستحاضة الفجرى المتاخر عن اول الفجر، فى تصحيح جزء من الصوم المتقدم عليه. و بعبارة اخرى: نقول: ان هذا الشرط الضمنى هو شرط فى التصرف. نظير ما نقوله فى قول القائل " انت وكيلى فى بيع عبدى اذا قدم الحاج " حيث جوزه العلامة وادعى عليه الاجماع. مع انه ادعى الاجماع فى اشتراط التنجيز فى الوكالة و بطلان التعليق. فالتعليق انما هو فى الموكل فيه، لا فى التوكيل. و لك ان تجعله هنا، من باب الشرط فى ضمن العقد، لا الشرط بمعنى التعليق، كما فعله العلامه فى الوكالة فى كتاب الوقف .حيث قال: فى التذكرة فى الفرق بين قول الواقف " وقفت هذا على فلان ان جاء زيد " و بين قوله " وقفت هذا على فلان " و شرط انه ان خرج عن مذهبه الى مذهب اخر، فلا نصيب له. ثم قال: و هذا مثل الوكالة، لو علقها بشرط لم يصح. و ان اطلق الوكالة و

علق التصرف فيها بشرط جاز والحاصل: ان المعتمد هو " عموم اوفوا بالعقود " سواء اتحد مورد العقد والاجازة، او تباينا، ولا يذهب عليك، ان ما اخترنا. من كون ذلك عقدا جديدا لا ينافى القول بالكشف، اذ معناه، ح، انى جعلت هذا العقد فى موضع ما اوقعه الفضولى. لا انى جعلته ناقلا من الحين. كما هو الظاهر من لفظ " العقد الجديد ". فان المراد من الجديد بيان المغايرة. يعنى انه هذا عقد مغاير لما اوقعه الفضولى، و ان اعتبرنا حصوله فى موقعه. لا انه اثر له قبل الاجازة، و يبطل الاثر بمجرد ذلك، فافهم. على انا نقول: يمكن دعوى الاتحاد ايضا، و ان الاجازة قد وقعت على ما اوجبه الغاصب. فان الغاصب انما قصد الايجاب فى حال اعتقاده بكون الملك له، وان ينقله الى المشترى لنفسه لا بشرط ذلك. فحيثية الاعتقاد تقييدية. لا تعليلية. فكانه قال " نقلت هذا الملك الى المشترى مطلقا " و كان هذا القول فى حال ذلك الاعتقاد. فلا يصير قصد النقل لنفسه فضلا له بحيث لا يتخلف منه. و ذلك نظير ما ذكره العلامة و غيره فى صحة تصرف الوكيل فى صورة التعليق، مع بطلان التعليق، اعتمادا على الاذن العام الحاصل من التوكيل، و ان لم يكن ذلك التصرف من باب التوكيل. و نظير جواز التصرف فى مبيع بيع المعاطاة. على القول بكونها بيعا فاسدا، اعتمادا على الرضاء الحاصل من البايع. اذرضاه غير معلل بكونه بيعا، بل فى حال اعتقاد كونه بيعا. فالغاصب فى ما نحن فيه ينقل المبيع الى المشترى على الاطلاق فى حال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معين، و يجيز المالك النقل المذكور المطلق، فيصير مورد البيع و الاجازة متحدين. و من ذلك يظهر دفع ما يتوهم ان صحة الاجازة فى المشترى العالم باطل، لان المقصود فى بيع الغاصب انما هو لنفسه، والعقود تابع للقصود. و الاولى بالاندفاع ما نقلناه من الاشكال عن التذكرة فى الفضولى اذا كان احدهما جاهلا .و كذا فى الغاصب. تتمة: قال العلامة فى المختلف: قال الشيخ فى النهاية: لو امضى المغصوب منه، البيع، لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن. و فيه نظر. فان امضاء البيع لا يوجب الاجازة فى قبض الثمن. فح، للمالك مطالبة

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

علیه فی النکاح خصوص صحیحة ابی عبیدة ١، فی تزویج صغیرین. الدالة علی انه لو بلغ احدهما و اجاز و مات، ثم بلغ الاخر و اجاز، ورث منه. و عمل بها الاصحاب. فانه لا یتم الا علی القول بالکشف. اذ لا یمکن حصول الزوجیة الابتدائیة للمیت. بخلاف الرضا بزوجیته. و ذهب الاخرون الی الثانی. و منهم المحقق الاردبیلی مع اصراره فیه، محتجا بان الظاهر - من الایات والاخبار، سیما قوله تعالی " الا ان تکون تجارة عن تراض ". و کذلک الظاهر من العقل والاجماع - ان رضاء صاحب المال جزء، او سبب، او شرط، دخل فی صحة العقد. فکیف یصح العقد بدونه. وانه ان لم یکن الرضاء جزء (والمفروض عدم جزء آخر بالاتفاق فیلزم الحکم بالصحة بمجرد الایجاب والقبول من دون الرضاء. و ایضا: اذا لم یجزه المالک و فسخه و ظهر کون العقد غیر صحیح حین الوقوع، فیلزم الحکم بفساد العقد، مع وجود جمیع ما یتوقف علی بحکم الفرض. و ایضا: ان توقف العقد علی امر آخر الی حین الاجازة، یلزم صحة العقد قبله. فلا یکون الرضا کاشفا عن الصحة بالفعل قبل لحوق الرضا. اقول: اما الجواب عن الاول: فان الظاهر ان مراده من المذکورات، ما ذکره فی بطلان اصل الفضولی انه لیس بتجارة عن تراض، و انه بیع لما لا یملک، المنهی عنه فی الاخبار. وانه تصرف فی مال الغیر، المحرم بالعقل والنقل والا جماع. و قد عرفت الجواب عنها مفصلا. و نزید هنا: انا نمنع دلالتها علی مدخیلة الرضاء فی الصحة مطلقا، بل القدر المسلم هو البطلان بعد الفسخ. وقد عرفت انه لا یکفی عدم الاجازة، بل یعتبر الفسخ، و هو فی معنی الصحة. اذ لا معنی لفسخ ما لیس له تحقق. و عدم ترتب الاثر الذی هو معنی الصحة، انما هو بحصول الفسخ. و یکفی فی الصحة ترتب الاثر فی الجملة واثر البیع انما هو الانتقال فی الجملة و هو متحقق فی ضمن النقل المتزلزل، و هو حاصل قبل الاجازة.

نهضت ترجمه
Translation Movement

١: الوسایل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب میراث الازواج، الباب ١٢ ح ١.

فهی شرط لاستقرار الانتقال. نظیر انقضاء ایام الخیار فی البیع اللازم .فکما ان توقف الاستقرار فیه علی انقضاء ایام، لا ینافی ترتب الاثر قبله، فکذا فی ما نحن فیه. و کذا الکلام فی عدم جواز تصرف المشتری اذا علم بکون البایع غاصبا مثلا. و توقف جوازه علی الاجازة، لا ینافی حصول الانتقال المتزلزل. و هو یکفی فی الصحة. مع انه علی القول بکونها شرطا لا جزء، لا استبعاد فی تاثیر الشرط المتاخر. کما اشرنا سابقا، و اتینا بمثاله. فان علل الشرع " معرفات ." و یظهر بالتامل فی ما ذکرنا، الجواب عن البواقی. و حاصله: ان الاجازه شرط اللزوم، لا سبب للصحة. و جزئه. ولا یضر تاخره عن المشروط فی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تاثيره. كانقضاء ايام الخيار، و لغسل المستحاضة الصبح بعيد طلوع الفجر لتصحيح الصوم مع تقدم قطعة من النهار بلا غسل. و ان الصحة و ترتب الاثر، اعم من الانتقال المستقر .كما اشرنا، و ان عدم ترتب الاثار انما هو من جهة الفسخ. لا لانه كان بيعا فاسدا. الى غير ذلك مما يظهر بالتامل فى ما ذكرنا سابقا. و يظهر ثمرة هذا النزاع، فى النماء المتخلل بين العقد والاجازة، و غيره مما يترتب على البيع من الثمرات. فالنماء للمشترى فى المبيع و لمالك العين فى الثمن، اذا باعها بعين معينة. على المختار. و لمالك المبيع فى المبيع، و للمشترى فى الثمن. على الاخر. و قال فى الروضة: انه على الاخر، للمالك المجيز فى الثمن والمثمن كليهما. و ربما علل بان المشترى له التصرف فى ماله، و قد نقله الى البايع الفضولى بقبوله للعقد. فلا وجه لتوقفه على اجازة غيره. و فيه: اولا انه لا يتم فى ما اذا كان المشترى ايضا فضوليا و اجاز المالكان. و ثانيا ان ما ذكر له وجه فى ما لو كان المشترى عالما بان المبيع مال الغير، فضوليا كان او غاصبا. مع الاشكال فى غير الغاصب ايضا، فانه كان بقبوله نقل الثمن اليه مجانا. و اما لو كان جاهلا، فلم ينقله الاعلى وجه المعوضة، فاذا لم يتحقق فماله ونمائه باق على ماليته. و على القول بكونها ناقلة، لا يحصل النقل الحقيقى الا بالاجازة. فهذا ليس من باب

ما يفيد الملكية الثابتة فى نفس الامر المتزلزلة بالخيار. بل من باب جزء السبب الصالح لان يتم بلحوق الاجازة. و يفيد الملك ح. و الحاصل: انه يحكم بقبوله بالملكية الظاهرة، حتى يتحقق سبب الملكية الواقعيه فيحكم بها. لا بالملكية الحقيقية المتزلزلة، حتى يستقر تزلزلها. و سيجيئ بعض الثمرات فى تعاقب العقود. و ربما يقال: ان من ثمرة النزاع، انه لا يجوز للمشترى الفسخ قبل الاجازة، على القول بالكشف. و يجوز على القول الاخر. و لعل المراد، ان الاجازة لما كانت كاشفة، اى كاشفة عن بطلان الفسخ لعدم اختياره للفسخ، ح، لثبوت لزوم البيع، ح، فى الواقع. فلا خيرة فيها، الا بالتقاويل. و اما على القول الاخر، فيمكن لعدم تحقق البيع. و فيه: انه لا معنى لتسميته فسخا للبيع .بل غاية [ما] توجبه، ابطال تاثير جزء السبب. اذ جواز الابطال ممنوع. لان ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الاخر، من احكام الوضع. لا مدخلية لاختيار المشترى فيه. فالقولان مشتركان فى عدم جواز الفسخ بمعنى القدر المشترك بين فسخ البيع و فسخ تاثير جزء السبب. فير جع مئال كلام القائل بامكان تصور فسخ البيع، على القول بالكشف. دون القول بالنقل. و هو مسئلة علمية لا دخل لها فى الفروع. والبحث فى الجواز و عدم الجواز، فرع امكان تحقق الموضوع. و قد عرفت عدمه. المقام الرابع: قد ظهر مما مر، حكم الاجازة و عدمها اذا كان العقد واحدا. و اما لو تعاقبت العقود على المثمن، او الثمن، او كليهما، فلا اشكال لو اجاز الجميع. و اما لو اجازوا حدا منها، فان كان هو العقد الواقع على المثمن، صح فى المجاز و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ما بعده. و يبطل ما قبله. كما لو باع زيد ارض عمرو ببكر بفرس. ثم باع بكر الارض بخالد ببقر. ثم باع خالد الارض بوليد بدراهم. فان اجاز عمرو بيع خالد بدارهم، فيصح بيع الارض بالدراهم. و يبطل ما قبله سواء قلنا ان الاجازة كاشفة، او ناقلة. لان اجازته لبيعها بالدراهم، انما يتم مع بقاء ملكيته عليها. و بقاء ملكه لا يجامع صحة ما قبلها. اذ لو كان ما قبلها صحيحا، لما كان ملكا. بل كان ملكا

للبايع. فلم يصح اجازته فى بيعها بالدراهم. وان اجاز احد البيوع السابقه، كما اجاز بيعها بالبقر، فيبطل بيعها بالفرس، كما مر. و يصح ما بعده. يعنى بيع خالد بالدراهم، ان قلنا بان الاجازة كاشفة - كما هو المختار - لتبين وقوع بيع خالد فى ماله عند العقد. واما ان قلنا بانها ناقلة، فليس كذلك. لان المالك اذا اجاز البيع الفضولى المتقدم - وهو بيع بكر فى المثال - فقد صار الان ملكا للمشترى عنه، وهو خالد. وح، فلا يمكن للمالك الاصلى اجازة العقود اللاحقة، لخروجه عن ملكه. فيبقى الامر فى يد المشترى الاول، وهو خالد فانه هو المالك ح. ففى المثال المذكور احتمالات: احدهما: البطلان. لانها لم يكن ملكا لخالد حين العقد ولا ينفع اجازته ايضا. بناء على ان الاجازة انما يصح من المالك حين العقد، والمفروض عدمه. والثانى: انه يصح بيع خالد من الوليد، ان اجاز البيع .بناء على القول بكفاية مطلق الملك، سواء كان فى حال العقد، او بعده. والثالث :الصحة وان لم يجز، بناء على ان التملك ابلغ من الاجازة. و الاظهر عندى، الصحة، ان اجاز بعد حصول الملك (كما لو باع احد مال الغير فضولا، ثم اشتريه منه، او انتقل اليه بنحو آخر. سواء قيل بان الاجازة كاشفة، او ناقلة. (وستحقق هذا المطلب فى ما بعد). و اما ان كان المجاز هو العقد الاول على الثمن. فهو يحتمل وجهين: الاول: ان يجيز العقد على الثمن، ثم على الثمن، ثم على الثمن. و هكذا. والثانى: ان يجيز العقود المتعاقبة على اصل الثمن. مثال الاول، ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو. ثم يبيع الفرس من بكر ببعير. ثم يبيع البعير من خالد بدراهم. ومثال الثانى، ان يقع البيع فضولا على الفرس مرارا، مثل ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو، ثم يبيع الفرس ببقر من بكر. ثم باع بكر الفرس من خالد ببقر. ثم باع خالد الفرس بدراهم من وليد. فاما الاول: فحكمه انه يصح المجاز و ما قبله. ويقف ما بعده على الاجازة. اما الاول، فلان زيدا لو اجاز الفرس من بكر ببعير، فيعلم منها اجازته لما قبله، حملا لقول المسلم و فعله على الصحة. اذ لا يمكن صحة الاجازة الا مع كونه للفرس. ولا يتحقق ذلك الا

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

باجازة بيع داره بالفرس. و اما الثانى - اعنى وقوف ما بعده على الاجازة فلان اجازة بيع الفرس الذى كان ثمن ملكه بالبعير لا يفيد نقل البعير الى خالد، وليس له آخر. فيصدق ان البيعر ح، ملك زيد. وان بيع البعير بالدراهم كان فضوليا، فاذا اجازه، صح البيع. و اما الثانى: - اعلى جريان العقود على اصل الثمن - فحكمه ان المجاز منها صحيح. و كذا ما قبله الا العقد الاول، الذى وقع على الثمن، الذى هو فى مقابل اصل المثمن. و اما بعده، ففيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، فاذا اجاز المالك بيع بكر الفرس من خالد بيقر، فيصح بيع الفرس بالبقر و بيع الدار بالفرس، و يبطل بيعه ببعير، وفى بيع الفرس بالدراهم الوجوه الثلاثة. اما صحة بيع الفرس بالبقر: فلان اجازته دليل على انه رضى بان يكون الفرس ماله، حتى يصح منه اجازته، و لا يتم ذلك الا باجازته بيع داره بالفرس، ليقع فعل المسلم على الوجه الصحيح. و اما بطلان ما قبله: فلعدم وقوع الاجازة عليه. اذ لا يستلزم اجازة بيع الفرس بالبقر، اجازته بيعه بالبعير، و لا يتوقف صحته عليه. و لكن لا مناص عن كونه مجيزا لبيع الدار بالفرس، ليصح فعل السلم. و اما جريان الوجوه الثلاثة فى ما بعده - اعنى فى بيع الفرس بالدراهم - فلان خالدا باع الفرس بالدراهم فضولا. لانه باع مالا يملكه، والحال صار مالكا له باجازة المالك الاصلى فدخل فى مسئلة " من باع شيئا فضولا او اشترى بثمن فضولا " فان فيه الا وجه الثلاثة، والا ظهر احتياجه الى اجازة خالد لبيعه الفرس من وليد، كما اشرنا سابقا. هذا حاصل ما ذكره المحقق الشيخ على (ره) فى هذا المقام. و يمكن ان يقال: ان هذا انما يتم على القول كونها كاشفة يظهر كونه حين بيع بكر من مال خالد. فوقع بيع خالد من وليد فى ماله، فيصح. و لا يحتاج الى الاجازة. ولا يجرى فيه الاوجه الثلاثة. فان قلت: صيرورة الفرس مال زيد، انما هو بهذه الاجازة، فالفرس (حين بيع بكر من خالد) لم يكن مالا لزيد و لالبكر. فلم يقع اجازة زيد على ماله. قلت: مرادنا من حمل فعل المسلم على الصحة، انه وقع من زيد اجازة لبيع

بهضت ترجمه
Translation Movement

الدار بالفرس. غير هذه الاجازة حتى يرد الاجازة على الملك. سلمنا عدم لزوم حمل فعل المسلم على الاجازة السابقة المنفردة، و اكتفينا بهذه الاجازة، لكن نقول: ان صيرورة الفرس مال زيد و انتقاله الى خالد باجازته بيع بكر من خالد، حصل بجعل واحد. فيصدق ان زيدا اجاز بيع ماله من خالد، و على القول بالكشف، انتقل الفرس الى خالد ببيع بكر، فبيع خالد من وليد انما هو فى ما له .فان قلت: الفرق بين القول بالكشف والنقل، مع كون الاجازة من المالك حين العقد، هو ان النقل عبارة عن انتقال مال المجيز الثابت المالية الى المشترى حين الاجازة، والكشف عبارة عن انتقاله منه اليه بعد العقد و بسبب العقد، ففى كلا الصورتين يعتبر تقدم المالية على الاجازة. و المفروض حصول المالية بالاجازة قبل الاجازة، فالاجازة لم ترد على ماله، بل حصل المالية بسببها، فلا مناص الا عن اجراء الوجوه الثلاثة بالنسبة الى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اجازة خالد بيعه من وليد. قلت :لا ينافى حصولهما بجعل واحد، تقدم ماليته لزيد. اذا لمدلول التبعى قد يكون متقدما بالطبع، كمقدمة الواجب (كما قد يكون متاخرا) فلسبب دلالة اجازة بيع بكر من خالد بالبقر على اجازته البيع الفضولى داره من عمرو بفرس تبعا، ثبت مالية الفرس لزيدا ولا ثم ثبت صحة مالية الفرس لخالد. لدلالته عليه ثانيا اصالة بتلك الاجازة. فعلى القول بالكشف يقع بيع خالد عن وليد فى ماله، فيصح .و على القول بالنقل يجيئ الا وجه الثلاثة. لكن يرد، ح، ان التفصيل يجيئ فى نفس المجاز ايضا، فنقول، فى تفصيل المقام، ان اجازة المالك الاصلى و هو زيد، اما ان يتعدد - بان يجيز مرة بيع الدار بالفرس، و اخرى بيع الفرس بالبقر - او يتحد. و فى صورة التعدد: اما يتقدم الاجازة الاولى على بيع بكر: فعلى القول بالكشف، يصح الجميع باجازته الثانية. اذ بيع بكر، ح، وقع على مال زيد، و صار باجازته الثانية مال خالد. و وقع بيع خالد من وليد فى ماله. و على القول بالنقل وقع بيع بكر الفرس بالبقر ايضا فى مال زيد، و اجازه باجازته الثانية .فصار البقر ماله حين الاجازة، و الفرس مال خالد، ح، فيجيئ فى بيع خالد من وليد بالدارهم، الا وجه الثلاثة، لانه يدخل تحت مسئلة " من باع مال الغير فضولا او اشترى مالا بثمن هو مال غيره

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بعد المجاز، فى سلسلة التعاقب على الثمن. و لم يذكرا توقفه على الاجازة، و كذلك لم يتعرضا للفرق بين القسمين، فى هذه السلسلة. وقد نبه على ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى. المقام الخامس: قد ظهر مما ذكرنا، حكم الاجازة للفضولى، و اما لو لم يجز: فله ان يرجع الى المشترى، و ينتزع منه العين، و نمائه المتصل و المنفصل، و عوض منافعه المستوفاة

و غير المستوفاة، و قيمة الهالك من ذلك، ان كان قيميا. و مثله، ان كان مثليا، او قيمة المثل، اذا اعوز المثل، والحق بقيمة العين الهالك (اذا كانت قيمية) قيمة ما نقص من العين عنده، فيرد العين مع قيمة نقصها. و ربما خص الحكم بالمشترى. مع ان القاعدة تقتضى رجوع المالك بالعين فى يد اى شخص كان . ولعله ناظر الى كون الكلام فى الفضولى المصطلح. وهو الذى لا يصدر منه الا الصيغة للمالك متوقفا للاجازة من دون تسليم او تصرف لم يكن باذن المالك .فبناء على ان اجراء الصيغة فضولا لا يسمى تصرفا و ليس بحرام، فيختص الرجوع بالمشترى المتصرف فيه، وليس على الفضولى شيئ. و اما لو كان الفضولى غاصبا فى اول الامر. (او سلمه العين بعد اجراء الصيغة فيكون غاصبا) فيجوز الرجوع اليه .و كيف كان فلا خلاف فى جواز الرجوع الى [البايع الفضولى] اذا سلم ١ العين .سواء كانت باقية او تالفة. عالما بكون العين مال الغير، او جاهلا. مدعيا للاذن عن المالك فى صورة العلم، او غيره. و اما جواز الرجوع الى المشترى المتصرف فى جميع ما ذكر، فلا اشكال فيه. بلا خلاف. و يدل عليه عموم قوله " على اليد ما اخذت " و خصوص الاخبار. فاذا كانت العين باقية فيرجع فيها، ونمائها، و منافعها، وقيمة التالف منها. انما الكلام فى رجوع المشترى الى البايع: فنقول: ان كان المشترى جاهلا بانه مال الغير، او عالما ولكن البايع كان مدعيا للاذن عن المالك. فقالوا: ان للمشترى الرجوع الى البايع بالثمن، و بما اغترم من قيمة العين التالفة - وان زاد عما دفعه الى البايع - ومن كل اغترم ولم يحصل له فى مقابله نفع، حتى بنقص ٢ القيمة الحاصل من الهزال، و قيمة الولد الذى حصل من الامة المشتراة (فانه حر يجب على والده فكاكه باعطاء قيمته الى المالك) لكونه غارما له. و عن جماعة من الاصحاب، دعوى الاجماع .كالعلامة فى المختلف و فخر المحققين فى شرح الارشاد و يظهر نسبته الى الاصحاب من

١: وفى النسخة: فى جواز الرجوع الى المشترى اذا تسلم العين ٢: وفى النسخة :ينقص

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

١و ٢: التهذيب: ج ٢ ص ١٤٠ و ١٤١ - الوسايل: ج ١٤ ص ٥٩٢، ابواب نكاح العبيد.، باب ٨٨ ح ٥ و ٤. وفيه " ثم ان اباها يزعم انها له " بدل " ثم اتاها من يزعم انها له ". ٣: الجلاب والجلابة: معرب " گلاب " و " گلابه ". والظاهر ان " النقرة " هى ظرف الجلاب. سميت بها لانها من الظروف المنقورة فيها النقوش

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

نحو ذلك بما يستلزم ذلك الضرر. و اما اذا كان المشترى عالما بانه مال الغير: فقال فى المختلف: قال علمائنا لم يكن للمشترى الرجوع على الغاصب البايع. لانه عالم بالغصب فيكون دافعا للمال بغير عوض. و اطلقوا القول فى ذلك. والوجه عندى التفصيل. وهو ان الثمن ان كان موجودا قائما بعينه، كان للمشترى الرجوع به. وان كان تالفا، فالحق ما قاله علمائنا. وقال فى التذكرة " :و لو كان عالما لم يرجع بما اغترم، ولا بالثمن، مع علم الغصب مطلقا عند علمائنا. و الاقوى ان له الرجوع مع بقاء الثمن. لعدم الانتقال ". وعن جماعة من الاصحاب نسبة عدم جواز الرجوع الى الاصحاب على الاطلاق من دون التفصيل .واختار جماعة منهم التفصيل الذى اختاره العلامة، منهم الشهيدان والمحقق الثانى. وقال الشهيد الثانى " ان

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

العلامة ادعى الاجماع فى التذكرة على عدم الرجوع مع التلف ". ولعله مبنى على انه فهم من نسبته الى علمائنا الاجماع مع اختياره التفصيل، ان ذلك فى صورة التلف. فنسب دعوى الاجماع عليه فى صورة التلف. و كيف كان، فالاظهر الرجوع، مع بقاء العين. وعدمه، مع التلف. اما الاول: فلان المفروض بطلان البيع لعدم اجازة المالك. والاصل عدم الانتقال .واستصحاب الملكية. و قولهم عليه السلام " الناس مسلطون على اموالهم "، و لانه دفعه اليه عوض شيئ لا يسلم له مجانا، والمفروض عدم ناقل شرعى اخر يوجب الاباحة [او] اللزوم. ونظر الجماعة فى عدم الرجوع بما اغترم للمالك، الى استقرار الضمان عليه. لان التلف وقع فى يده فهو غاصب محض. واما فى الثمن الذى اداه الى البايع، فلتسليطه اياه على ماله، مع انه ما ياخذه منه لا يصير عوضا له. فهو تسليط مجانا. فهو بمنزلة الاباحة وقد اتلفه. ولعل نظرهم فى الا طلاق فى صورة بقاء الثمن. الى انه من باب الاعراض عن ماله. فيكون موجبا لزوال الملك. و كون الاعراض موجبا لزوال الملك وان كان لا يخلو من قوة - نظرا الى صحيحة عبد الله بن سنان، فى حكاية الابل الكال فى الصحراء ١

١: الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤، ابواب اللقطة، باب ١٣ ح ٢

و غيرها من الاخبار. و التنبيهات التى اشرنا اليها فى محله ١ - ولكن كونه منه محل نظر حتى ان يكون منظوره الاعراض ان اخذه منه مالكه. نعم، قد يمكن فى مثل ما لو اشتريه بطعام من الغاصب الجائع المضطر الذى يعلم انه يا كله فورا، او يفارقه مفارقا لا يرجى لقائه، مع ان غاية الامر، عدم جواز الرجوع الى البايع. واما حلية اكله للبايع، فمحل اشكال. كما سنشير اليه من عدم المنافاة بين الحرمة و عدم جواز الرجوع. و كيف كان، فالاظهر جواز الرجوع مع البقاء .لما ذكرنا، و لعدم ثبوت الاعراض. بل وقد يستشكل فى صورة التلف ايضا،، لو لم يكن اجماعا. لان اكل ذلك الثمن مع العلم بانه يعطيه بازاء المغصوب، حرام .واكل مال للغير. كالرشوة و عوض الخمر. بل وقد يستشكل فى كونه اجماعيا. مع ان المحقق ذهب فى بعض تحقيقاته الى الرجوع مع التلف. كما نقل عنه و نسب فى الشرايع قول المشهور الى " قيل " فقال " و قيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب " واطلق. وقال فى اللمعة " و يرجع المشترى على البايع بالثمن ان كان باقيا. عالما كان او جاهلا. وان تلف قيل لا رجوع به مع العلم. وهو بعيد مع توقع الاجازة ". وقوى الرجوع به فى الروضة ايضا، معللا بما سيجيئ من انه يتجه مطلقا. وبان تصرف البايع محرم، واكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه. واما مع بقاء العين، فالامر اوضح. لان مع فرض تسليم الاباحة ايضا، لم يثبت موجب للملك. و قال " فيكون القول بجواز الرجوع مطلقا قويا، و ان

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

كان نادرا. ان لم يثبت الاجماع على خلافه، والواقع خلافه. فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقا " . اقول: ما ذكره فى اللمعة من قوله " مع توقع اجازة المالك " فلم يتجه مطلقا ولم يعرض عنه. بل اباحه لتوقع ان يجيز المالك [او] يرجع الى البايع بالثمن .و هذا مبنى على

١: راجع المسئلة الخامس والسبعين من هذا المجلد

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

ان للمشترى استعادة الثمن مع بقاء عينه. لعدم خروجه عن ملكه الى الغاصب .لعدم المقتضى. و تجويز تصرفه عند الاصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا .بمقتضى عقد البيع. اذ لو وقع التصريح بمثل ذلك فى عوض العقد الفضولى لمن اوقعه فضولا، لم يكن قادحا فى ثبوت الاجازة للمالك. انتهى. و [ملخص] كلامه :انهم يقولون بالجواز. [و] توجيهه ان فساد عقد الغاصب بالنسبة الى المشترى بدون

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اجازة المالك و حرمته، لا يستلزم حرمة تصرف البايع فى الثمن. بسبب تسليطه عليه (فى حال ايقاع البيع الفاسد) لا بشرط. فلا ينافى حرمة بيع البايع و تسليمه المبيع و حرمة تصرف المشترى فيه، جواز تصرف البايع فى الثمن. بسبب الرضاء المستفاد من المشترى لا بشرط. كما ذهب اليه العلامة فى النهاية عن جواز التصرف فى المعاطاة مع قوله بكونه بيعا فاسدا. نعم اذا ظهر للمشترى انه لا يبيحه الا مع توقع الاجازة، و بشرط ان لا يؤخذ منه المبيع. فهو لا ترفع الضمان. و جواز التصرف مراعى بحصول ذلك. فهو ايضا لا ينافى جواز التصرف بالفعل. غاية الامر طريان حرمة التصرف بعد ظهور ذلك، مع بقاء العين ح. المقام الثانى: جواز اجراء الصيغة: والظاهر انه ليس بمحرم. لانه ليس بتصرف. الا ان يكون مستلزما لتصرف المشترى وقلنا بكون مستلزم المحرم حراما. وهو ممنوع و هذا فى ما قصد به الفضولى. واما الغاصب الصرف: فيمكن ان يقال ايضا، ان حرمة الصيغة - من حيث انه صيغة - غير معلوم. بل المحرم انما هو التسليم. الا على القول بكون مستلزم الحرام حراما. هذا كله، كلام فى الرجوع الى المشترى، ورجوع المشترى الى البايع. واما لو رجع المالك الى البايع الغاصب واخذ [الثمن [منه، فان كان المشترى عالما بالحال، رجع البايع عليه بالعين ان كانت باقية، او بعوضها ان كانت تالفة، و بمنافعها التى استوفى منها. لاستقرار الضمان عليه. لكون التلف فى يده. فكان العوض الذى اغترم البايع للمالك، نقل به العين المضمونة الى نفسه، وصار قائم مقام المالك. ولما كان التلف فى يد المشترى، رجع البايع عليه. فان المشترى بسبب علمه كان غاصبا محضا، و غصب المال من

نهضت ترجمه
Translation Movement

البايع. واما الثمن الذى اخذه البايع عنه: فقد تقدم حكمه من ان المشهور عدم الرجوع مطلقا. والاقوى التفصيل بالباقى والتالف. نعم، لو استوفى البايع منها منفعة قبل البيع، او مضى زمان يمكن الاستيفاء منها، او وصل اليها نقص يترتب عليه ضمان فهو على البايع. ولا يرجع على المشترى، لا فى اول الامر ولا بعد الاخذ من البايع. ولو كان المشترى جاهلا بالحال، كان الغاصب فيما يترتب على يده. فيرجع البايع ايضا على المشترى فى ما اغترم. وهل يرجع عليه بالزيادة عن الثمن، ان اخذ المالك عنه -؟. ففيه وجهان. بل قولان. اظهرهما عدم الرجوع .لان المشترى كان مغرورا، و توجه الزيادة على البايع انما نشأ من فعله، وهو الغصب، وليس غرامته على غيره. كما ان فى الصورة السابقة التى كان يرجع المالك على المشترى الجاهل، اذا غرم فى عوض العين ازيد من الثمن، فى رجوعه على البايع بالزيادة قولان. والاظهر هنا الرجوع لما غره البايع فاوقعه فى هذا النقصان. بقى الكلام فى الغرامة و مقدار القيمة و زمان اعتبارها: فنقول: ان كان التالف مثليا، فظاهر فتاويهم، تعينه عليه. بمعنى انه لا يجوز للغاصب التخلف عنه ان اراده المالك. و للمالك مطالبة القيمة لو لم يردها الغاصب. وان اعوز المثل فقيمته يوم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الدفع - على اشهر الاقوال واظهرها - لانه بسبب الاعواز لايبرء ذمته عنه. فهو فى ذمته حين الدفع. فيدفع قيمته. وقيل: يعتبر قيمته يوم الاعواز. لانه وقت العدول الى القيمة. وهو ضعيف. لان العدول انما يتحقق، لو طلبه ح. قيل: باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين دفع العوض. وقيل عن حينه الى حين الاعواز. [وقيل من حين الاعواز] الى حين الدفع. والكل ضعيف .وان كان قيميا: ففيه اقوال. اقويها اعتبار يوم التلف. وهو مختار الدروس و نسبه الى الاكثر. كما ان المحقق نسب اعتبار يوم الغصب الى الاكثر. وذهب جماعة الى اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف. و عن المحقق فى احد قوليه، الى حين الرد. لنا: انه مكلف برد العين مادام باقيا. ولا ينتقل الى القيمة الا مع تعذره، وهو يوم التلف،

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

١: لا قائل به بلفظ " انما " بل قالوا بانه اول وقت حدوث الضمان. اى مطلق الضمان. ومرادهم ان الضمان حقيقة واحدة حدثت حين الغصب و استقرت فى ذمة الغاصب حين الغصب. من دون تقييده بالعين او القيمة. بل قال فى الروضة " نقل المحقق فى الشرايع عن الاكثر، ان المعتبر القيمة يوم الغصب. بناء على انه اول وقت ضمان العين " فمراهم ان القيمة بدل عن العين و ما حدث فى اصل الضمان حادث، ولا فى وقتها. و عبارة المصنف (ره) هنا تشبه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عبارة النجفى (ره) فى الجواهر، بل هى عينها. و لعله اخذها من المصنف لتاخره منه، او كلاهما من ثالث. و على اى حال، التعبير بلفظ " والضمان انما هو بقيمته " تفسير لقول الغير بما لا يرضى. ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣، ابواب الغصب، الباب ٧ ح ١

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

١: وفى النسخة: يوم ترده بعد ذلك. ٢: وفى النسخة: العين

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

١: قد كرر المصنف (ره) لفظ " قال " قبل الجملات المعترضات و بعدها، ولا " مقول " للاول منهما. ٢: اى يلزم القيمة سواء تلف ام لا ولكن وجوب القيمة معلق على التلف. واما الكرى فوجوبها فعلى، سواء تلف ام لا

المتقدمون به واكتفوا بالوجه الضعيف الذى ذكرناه. ١ دليل القول الثالث: ٢ انه مضمون فى جميع حالاته التى من جملتها حالة اعلى القيم. ولو تلف فيها لزم ضمانه - و كذا بعده -. ويظهر ضعفه مما مر من [عدم] تعلق الضمان بالقيمة مادام العين باقية. مع ان مقتضى ذلك رد زيادة القيمة السوقية مضافا الى العين عند بقائها و تنزلها و نقصان قيمتها حين الرد عن بعض القيم السابقة. وهو خلاف المعهود منهم. بل يظهر من بعضهم عدم الخلاف بينهم فى عدمه. بل ادعى بعضهم الاجماع عليه. واما التمسك بالاضرار: فهو ايضا لا يتم سيما بملاحظة النظاير .واخذ الغاصب على اشق الاحوال، ايضا لا يساعده

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

دليل. و اما القول الرابع: ٣ فلعل دليله الرجوع فى القيمى الى المثل ايضا، والانتقال الى القيمة عند تعذره. و لا يخفى ضعفه. هذا كله فى ما كان النقصان بسبب القيمة السوقية. فلو كان بسبب نقصان فى العين، كما [لو] حصل النقصان بسبب الهزال الحاصل عند الغاصب، او دبر، او عرج، او غير ذلك ثم تلف. فيضمن بلا خلاف ظاهر. بل ادعى الشهيد الثانى الاجماع. واما عدم استيفاء الزيادة السوقية من بقاء العين وردها، فلا اشكال فيه. كما مر. وعن المختلف و ظاهر التذكرة، الاجماع عليه. و كذلك المسالك. و عن الشيخ، عدم الخلاف. وفى الكفاية، انه المعروف من الاصحاب .بقى الكلام فى تحقيق معنى المثلى والقيمى و مأخذ الحكم فى الفرق بينهما :والمشهور بين الاصحاب - كما فى المسالك - هو ان المثلى ما يتساوى قيمة اجزائه. اى اجزاء النوع الواحد منه كالحبوب والادهان. فان المقدار من النوع الواحد منها يساوى مثله فى القيمة. ونصفه يساوى قيمته، و هكذا.. اقول: و لعل مرادهم، اعتبار ان يكون تساوى قيمة الاجزاء ناشيا عن كونه مقتضى

١: وهو قيمة يوم الاعواز. ٢: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين الاعواز. ٣: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الاعواز الى حين الرد

الذات والحقيقة. لا الامور الخارجية. والا فقد ينسج نساء مأة كرباس متساوية فى العرض والطول والغزل والقماش، بحيث لا يفرق فى المرغوبية والقيمة .وذلك لان ذلك ليس مقتضى حقيقة الثوب و ذاته. بل هو مقتضى تصنع النساج (بخلاف القطن والصوف) مع انه لا يتم فيه القيد الاخر، يعنى تساوى نصفه لنصف القيمة، و هكذا... اذ قد يكون الثوب له قيمة معينة و اذا نصف فلا يساوى نصفه بنصف القيمة و لاربعه. بل قد يصير القطنة من الثوب مما لا قيمة له اصلا. بخلاف الحنطة والشعير و نحوهما. فان المن من الحنطة اذا ساوى درهما فنصف من منه يساوى نصف درهم. و هكذا... و بنائهم فى ذلك على المسامحة الغالبة فى العرف .كما فى حنطتين و شعيرين، مع تفاوتهما فى الجودة والردائة. فان الغالب عدم الاعتناء بذلك فى المثلى. فلا يلتفت الى النادر. كما انهم قد يفرقون بين حنطتين و لا يفرقون بين ثوبين. و ايضا، الظاهر انهم يكلون الامر فى تعيين الانواع والاصناف الى العرف. و يعتبرون الاصناف ايضا ولا يكتفون بالحقيقة النوعية، فانا نرى اهل العرف يفرقون بين التمر الزاهدى والخساوى. مع كون الحقيقة النوعية متحدة فيهما. و كذا بين حليت البقر والغنم. فيعتبر المثلية فى كل صنف. بخلاف افراد الزاهدى و الخساوى، و كذا للالبان. فانهم يسامحون فيها. والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الاشخاص التى يصدق عليها النوع. لا ما هى مركبة منها مثل القشرو العجم والنوى فى الحبوب والثمار. فلا يرد ان قيمة العجم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

والنوى متفاوتة مع الالباب، فلا نقض بذلك. و كذا لا يرد النقض بالدرهم والدينار. فان عشرة من الدنانير اذا كانت يسوى ماة من الدراهم، فخمسة منها يسوى خمسين منها، و لا يلزم ان يسوى نصف دينار (اذا شق بنصفين) خمسة دراهم صحاحا. و لا يرد ح، ان يكون الثوب مثليا. لما ذكرنا من اعتبار الحقيقة النوعية فى المماثلة لا الامور الخارجيه. و اما السكة على الذهب والفضة فهو لا ينافى اعتبار الذات والحقيقة. نعم، ان كان باختلاف السكك يختلف الصنف، فيعتبر الصنف الواحد فى المماثلة. كما فى التمر. و تحقق ذلك فى الثوب مشكل. و بالجمله: لا يخل المقام بعد، من شوب الاشكال. وقد عرفوه بتعريفات اخر. اسلمها

-كما ذكره فى المسالك - ما نقله عن الدروس و تبعه فى الروضة، بانه المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات. و لعل " المنفعة " فى كلامه معطوفة على " القيمة " المقدرة يعنى " متساوى الاجزاء فى القيمة والمنفعة ." و يمكن ان يكون نظره فى زيادة المنفعة الى اخراج مثل الحنطة و الحمص معا اذا تساويا فى القيمة. و قيل " النوع الواحد " فى تعريف المشهور، يكفى عن ذالك. و فى زيادة تقارب الصفات الى ملاحظة الاصناف. كما ذكرنا. والحاصل: ان التعريفات - مع الاشكال فى تتميمها - ليس لها ماخذ واضح. اذ ليس فى الاخبار، ان المثلى حكمه كذا، والقيمى حكمه كذا، و لا ان المراد بها ماذا؟. فتفريع الحكم انما يتم مع ورود اللفظ فى الدليل والرجوع فيه الى ما يبينه العرف واللغة. وهو مفقود. وقد يستدل فى المقام بقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " و جزاء سيئة سيئة مثلها ". ولا يخل من اشكال. لان المراد من الاية اما بيان التشبيه الخاص. يعنى لا تجاوزوا فى مقدار الاعتداء عما اعتديتم به. [و] ان يكون المراد المشابهة فى المقدار. فلا يمكن التعميم، و لا يفيد تعيين المماثلة بمعنى المماثلة المصطلحة. بل المراد التساوى فى مقدار الاعتداء من القتل والجرح واخذ المال. فلا التفات، فى الاية الى كون الاعتداء والمعتدى بعنوان المثل، او القيمة فيتخير بينهما. فيكون الامر للتخيير بين الاخذ والعفو، و بين الاخذ باى نحو كان. ففى الاية حكم واحد و هو الرخصة فى الاعتداء بمقدار اعتداء المعتدى، و ان لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار هو المنزلة والمقبولية. بمعنى ان يحكم اهل العرف بانهما سيان فى المنفعة والفائدة و يرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الاخر. لا المساوات فى الكم والكيف والوزن والكيل. و، ح، فالحكم بكونه مثلا مصطلحا او قيمة، مسكوت عنه .سواء كان المعتدى به، مثليا او قيميا. وان كان المراد التشبيه المطلق. يعنى يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل لاعتداء المعتدى فى الاعتداء والمعتدى به .فهذا الاطلاق ينصرف الى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

العموم فى كلام الحكيم. و ح، فهو يشتمل حكمين: الاول :الرخصة فى الاعتداء والثانى: ان ذالك يكون على سبيل المثلية فى كل

[٣٠١]

شيى. و هذا ايضا يشمل المثلى والقيمى. ففى كل منهما يجب اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به، فى كل شيئ الا مع التعذر. وهو يناسب مذهب ابن جنيد بلزوم المثل فى القيمى ايضا الا مع التعذر. فلا تدل الاية على التفصيل المشهور. فالمناص بان يبنى تفسير الاية على الوجه الثانى، و يخصص عمومه بدليل خارجى مثل صحيحة ابى ولاد ١ و يقال ان حكم القيمى ليس داخلا فى الاية. او يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسئلة الرجوع الى المثل فى المثلى تحت عموم الاية - لا لان لفظ المثل فيها ٢ بمعنى المثلى المصطلح. بل لان المماثل المصطلح من الافراد المماثلة المعتبرة فى الاية بالمعنى الاعم - و يخرج القيمى بالصحيحة المذكورة. و بالجملة: الظاهر عدم الخلاف فى الرجوع الى المثل فى المثلى. كما لا خلاف فى الرجوع الى القيمة فى القيمى، الا عن ابن الجنيد والمحقق فى بعض اقواله ظاهرا. فالدليل فى المثلى هو عموم الاية على التفسير الثانى، و عدم ظهور الخلاف. و فى القيمى، على المشهور هو الصحيحة مويدا بندرة المماثلة العامة فى القيميات، المخالفة للاطراد المطلق فى الاحكام الشرعية المربوطة بالقواعد الكلية. نعم، لما كان فى تحقق المثلى والقيمى خفاء و لا يظهر تفسيرها من الايات والاخبار، و قد وقع الاختلاف فى تفسيرها، فما وقع الاتفاق على كونه مثليا كالحبوب والادهان، يثبت حكمه بلا اشكال. و ما اختلف فيه، فيرجع فى حكمه الى عموم الاية. والمتفق عليه من القيمى مثل الدار والبستان. واما مثل الثوب و نحوه، فان رجحنا احد الاقوال فى المثلى فيبنى عليه. والا فيرجع الى التخيير والبناء على احد الاقوال. وقد عرفت ترجيح المشهور. ولكن على وجه حققناه اذا لمصالحة بما يرضى الطرفان ٣. ثم: ان الظاهر من الاية [فى] رخصة المالك باخذ المثل بالمماثلة التامة ارفاق بالمالك. فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاصه ذلك. الا انه لا يجوز للمالك مطالبة

١: مر متن الحديث فى هذا المبحث و هو فى الوسائل: ج ١٧ ص ٢١٣، ابواب الغصب، ب ٧ ح ١. ٢: وفى النسخة: " فيهما " بدل " فيها ". ٣: كذا

[٣٠٢]

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الغاصب بالقيمة. فان الظاهر ان التالف فى حكم المثمن والعوض فى حكم الثمن، والخيرة بيد البايع فى تعيين الثمن. فيجوز للمالك مطالبة القيمة ايضا، اذا كان لا يرضى الا بذلك فى عوض ماله. ولا يمكن التمسك باصالة برائة الغاصب عن لزوم القيمة لاستصحاب شغل الذمة الموقوف. برائتها باداء حق المالك وارضائه. لكونه مظلوما. ولكن ظاهر فتاويهم تعيين المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى. بمعنى عدم جواز مطالبة المالك قيمة المثلى بدون رضاء الغاصب. ولا مطالبة المثل فى القيمى، ان لم يرضى الغاصب بالمثل. و عدم منع الغاصب المالك عن المثل، الا برضاه ولا امتناع المالك عن القيمة لو بذلها الغاصب فى القيمى الا برضاه. فلعل دليلهم انما هو عدم الخلاف فى المثلى و صحيحة ابن ولاد فى القيمى. ثم: ان ههنا احتمالا آخر فى تفسير الاية، وهو ان يكون وجه الشبه نفس الاعتداء و ايجاد ماهيته. من دون التفات الى المقدار او المماثلة. نظير الصلوة فى قولنا " اللهم صل على محمد وآل محمد كما صليت على ابراهيم و آل ابراهيم " على احد الوجوه فيه. و هو بعيد. سيما بملاحظة الحكمة و ظهور كلمة " ما " فى الموصولية لا المصدرية. و من جميع ما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله تعالى " جزاء سيئة سيئة مثلها " ولعلها اظهر فى ارادة العموم. المقام السادس :الكلام فى شراء الفضولى: [فهو] مثل البيع. على ما صرح به جماعة، منهم العلامة فى التذكرة، قال: لو اشترى فضوليا، فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازه. الا ان ابا حنيفة قال يقع للمشترى بكل حال .وان كان فى الذمة لغيره و اطلق اللفظ، قال علمائنا يقف على الاجازة، فان اجازه صح و لزمه اداء الثمن. وان رد نفذ عن المباشر. وبه قال الشافعى فى القديم. واجد انما يصح الشراء. لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره. وانما وقف على الاجازة، لانه عقد الشراء له، فان اجازة لزمه وان رده لزم من اشتراه .

نهضت ترجمه
Translation Movement

اقول: قوله " فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازه " خبره محذوف، يعنى الخلاف المعهود فى البيع موجود فيه. وقوله " الا ان ابا حنيفة.... " [يعنى انه] يقول بصحة البيع ولزومه للمشترى سواء قلنا ببطلان العقد لمالك الثمن و عدم الانتقال اليه راسا. او قلنا بوقوفه على الاجازة. فيكون مذهبه ان المبيع ينتقل الى المشترى الفضولى بمجرد البيع. فان اجاز مالك الثمن فينتقل المبيع اليه و يستقر الثمن فى ملك مالك المبيع. و الا فهو لازم للمشترى. و عليه غرامة الثمن لمالكه. كما ان مذهبه فى الوكالة ايضا ان الوكيل اذا اشترى فينتقل اليه اولا ثم منه الى الموكل ثانيا. و ظاهر الاصحاب الاتفاق على خلافه. والزموه بانه يلزم انعتاق اب الوكيل و مثله من ينعتق على ملك احد بمجرد شراء الوكيل. وهو لا يقول به. و عارضوه ببيع الولى والوصى عن الصغير .ثم لا ادرى ما يقول ابو حنيفة فى صورة العكس. والذى نقلوا عنه فى المبيع هو المذهب المشهور عندنا، بتوقفه على الاجازه، لا البطلان. الا انه ينافى هذا التفصيل

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الذى ذكرنا فى مراده، ويلزمه على هذا ان البايع فضولا اذا باع فرس انسان ببقر فضولا ينتقل اليه البقر بمجرد العقد، فان اجاز مالك الفرس انتقل البقر اليه واستقر الفرس فى مال المشترى. وان لم يجز ياخذ فرسه و كان البقر مال الفضولى ويلزمه غرامة قيمة البقر لمالكه. و كيف كان، فالاقوى الصحة فى الشراء (ايضا) والوقوف على الاجازة. للعمومات التى ذكرناها فى البيع ١. و لخصوص رواية البارقى ٢، فانها مشتملة عن الحكمين ٣. و كذلك حكمه حكم البيع فى جميع ما تقدم من الاحكام فى الفضولى المصطلح، والغاصب، واحكام الرجوع والرد و قوله " وان كان فى الذمة لغيره. واطلق اللفظ "، فى هذا الكلام قيود اربعة :الاول: ان يكون الشراء فى الذمة. يعنى لا بعين. الثانى: ان يكون فى ذمة نفسه، لا فى ذمة الغير. كما يدل عليه قوله بعد ذلك " لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره ". فلا يرد ان

١: اى فى البيع الفضولى. و ذكرها فى اوائل هذه المسئلة المبحوث عنها. ٢: المستدرك: ج ٢ ص ٤٦٢، الباب الاخر من ابواب عقد البيع. ٣: اى على حكم البيع الفضولى و حكم الشراء الفضولى

يقال كلمة " لغيره " ظرف مستقر صفة للذمة. والثالث: ان يكون الشراء فى ذمته لغيره لا لنفسه. والرابع: ان يكون قد اطلق. يعنى لم يقل اشتريت لفلان .بل قال اشتريت. واطلق وانت خبير بان الشراء فى ذمة نفسه لغيره معناه " انى اشتريت فى ذمتى ولكن لو اراد ذلك الغير هذا البيع جعلته له " و معنى " الجعل " هنا انشاء المعاملة. فلا يدخل ذلك فى باب اجازة الفضولى. فان مصداق اجازة الفضولى اما بيع مال الغير فضولا، او الشراء به كذلك، او الشراء فى ذمة الغير. بل قد يتحقق فى البيع فى ذمة الغير ايضا. واما فى مثل ما لو كان للمجيز نوع ولاية، كبيع المفلس و نكاح بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة، او الامة على الحرة. وهذا ليس بواحد منها. والمناسب فى هذا المقام، ان يقال :اذا اشترى فى ذمة الغير واطلق اللفظ - يعنى اكتفى بنية ان يكون الشراء للغير و فى ذمة الغير من دون ان يذكره - فذلك نظير ما ذكروه فى باب الوكالة ان الوكيل اذا اشترى بنية ان يكون للموكل بدون تسميته الموكل. ثم انكر الموكل الوكالة ولم يثبت. فقد ذكروا انه يقع عن الوكيل ظاهرا و باطنا. (وان كان فى كونه له باطنا ايضا اشكال). واستندوا فى ذلك بان الخطاب معه والبايع غير مكلف بالباطن - فاذا لم يثبت الوكالة لا بالبينة ولا بعلم البايع - فيلزمه البيع و يلزم بالثمن. لان المفروض ان المخاطبة على سبيل الاطلاق. فينصرف الى ذمة المشترى. فالفرق بين الشراء فى ذمة الغير فضولا مع السكوت عن ذكره، و بين الشراء بعين مال الغير، ان فى الثانى اذا لم يجز بطل راسا - عند غير ابى حنيفة -. وفى الاول يبطل بالنسبة الى الغير، و يلزم المشترى، وان كان فى نيته الشراء فى ذمة الغير. واما اذا ذكر فى اللفظ انه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يشتريه للغير، فمع عدم الاجازة يبطل راسا. لان العقد تابع للقصد. وانه للغير، علم انه لم يقصده لنفسه فكيف يلزم به. بخلاف ما لو لم يذكره - فانه يلزم فى ظاهر الشرع. كما هو مقتضى اطلاق الخطاب. و عدم التكليف بالباطن. ثم: انه يظهر من كلامه (ره) هنا، ان اصحابنا مختلفون فى البطلان والوقف على الاجازة، اذا كان الشراء بعين مال الغير، كالبيع. ولا يختلفون فى عدم البطلان و كونه موقوفا على الاجازة، اذا كان فى الذمة للغير (او فى ذمة الغير على ما حققنا.). والانصراف الى

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

١: فهؤلاء صور اربعة يفصلها المصنف (ره) فى مايلى. ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١. ٣: الوسائل: ج ١٤ ص ٢١١، ابواب عقد النكاح، الباب ٧ ح ٣. ٤: والعجب من المصنف (ره) حيث يجعل حديث ابراهيم بن هاشم " حسنا " و يجعل حديث " ابان بن عثمان "، " صحيحا ". راجع مسئلة ٤٠٤ من المجلد الاول من هذا الكتاب

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

النخعى واصحابهم يقولون: ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازة السيد له .فقال له ابو جعفر - ع -: اذ لم يعص الله. انما عصى سيده. اذا اجازه فهو له جايز " ١ وفى حديث آخر عنه ايضا. " فقلت لابى جعفر - ع -: فان اصل النكاح كان عصيانا. فقال ابو جعفر - ع -: انما اتى شيئا حلالا وليس بعاص لله، وانما عصى سيده ولم يعص الله. ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح فى عدة واشباهه " ٢. و توجيه هذه الرواية ان المراد من المعصية فيها لابد ان يكون هو مجرد عدم الاذن والرخصة من الشارع. والا فمخالفة السيد ايضا معصية. والحاصل انه لما كان فى مثل هذا العقد اذن من الله تعالى من جهة العمومات و غيرها مما يدل على صحة الفضولى بعد الاجازة، فيصح. و عدم اذن السيد غير مضر. وبالجملة :ان المراد ان العقد ليس خاليا عن مقتضى الصحة و ان كان معلقا على اذن المولى ايضا. و يمكن ان يقال: المراد من توجيه الامام (ع) ان النهى هناورد بامر خارج عن المعاملة اجتمع معها فى الوجود. كالمعاملاة مع الاجنبية، واجراء الصيغة معها. الى غير ذلك من الاخبار. و يويدها ايضا ما ورد فى اجازة العمة والخالة نكاح بنت الاخ والاخت. والحرة لنكاح الامة. و غير ذلك. وبالجملة: الاظهر صحة النكاح الفضولى مطلقا. للعمومات والاخبار الكثيرة فى موارد الخاصة. و قد تقدم الكلام فى البيع والشراء، ادلتها. و قد يستدل بثبوتها فى النكاح على ثبوتها فى جميع العقود بطريق الاولى، ليطابق الفتاوى والاخبار. على ان الامر فى النكاح اشد، ولا يجوز التسامح فيه بما يتسامح فى غيره. ثم: بعد ما ثبت الحكم فى البيع والشراء والنكاح، فالظاهر ثبوتها فى ساير العقود، كما يظهر من الروضة، حيث قال " ولا قائل باختصاص الحكم بهما. فاذا ثبت فيهما، ثبت فى ساير العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح. وله وجه لونوقش فى حديث عروة ". انتهى. و قد عرفت الحال و وجود ساير الادلة. مع انها لامجال للمناقشة فيه ايضا. واما حجة

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

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

ساير الاقول: فحجة القائل باختصاصه بالنكاح، هو الاخبار و تضعيف رواية البارقى ١. ولا يحضرنى القائل. و نقله فى الروضة. و نقل القول بالبطلان فى النكاح فى المسالك عن الشيخ فى الخلاف. ولم يظهر منه التحقيق. وقد عرفت الدليل فى غيره ايضا. و اما القول بالبطلان فى جميع العقود، فهو من الشيخ فى المبسوط. و فخر المحققين، و قد مر الاشاره الى ادلتهم. و استدلوا فى خصوص النكاح ايضا، بالاصل. و توقيفية العقود الناقلة - فلا يصح الا بدليل - و ببعض الاخبار العامية، مثل ماروته عايشة عنه (ص) انه قال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

" ايما امرئة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ". و ما رواه ابو موسى الاشعرى عنه (ص) انه قال " لا نكاح الا بولى ". و ما رواه جابر عنه (ص) انه قال " ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ". و فى رواية ابن عمر " فنكاحه باطل ". و رواية بقباق قال " قلت لابى عبد الله - ع -: الرجل يتزوج الامة بغير اذن اهلها.؟. قال: هو زنى. ان الله تعالى يقول فانكحوهن باذن اهلهن " ٢. وال**جواب:** - بعد القدح فى سند الروايات - بانها محمولة على ما لم يلحقه الاذن. و ان لحقته الاجازة فليس نكاحا بدون الاذن. مع انها معارضة باقوى منها سندا ودلالة و اعتضادا. والاصل مخرج عنه بالدليل عموما و خصوصا. و اما الكلام فى توقيفية العقود: فقد مر الكلام فيه. من ان الدليل موجود عموما و خصوصا. كما عرفت. و اما الاجماع المحكى عن الخلاف فى الفساد، فهو ضعيف غايته. لعدم ظهور موافق له عدا فخر المحققين. والمعظم على خلافه. المقام الثامن: اختلفوا فى اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال، ام لا. فعن الشهيد و ابن المتوج والمقداد والمحقق الثانى رحمهم الله، عدمه. و رجع العلامة فى القواعد، الاشتراط. و يظهر من بعضهم، التوقف. ولا اشكال. و ربما نسب الى العلامة فى القواعد ايضا. ونحن ننقل عبارته و نذكر ما يظهر لنا منها ثم نتعرض لما فى الايضاح و غيره .

١: وفى النسخة رواية الثانى. ٢: ج ١٤ ص ٥٢٧، ابواب نكاح العبيد، الباب ٢٩ ح ١ ، وفيها " بغير علم اهلها "

قال فى القواعد: والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال. فلو باع] مال] الطفل فبلغ و اجاز لم ينفد. على اشكال. و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و اجاز. اقول: الظاهر انه اراد صحة عقد الفضولى، بعد كون اشتراط صحته و لزومه و ترتب ثمرة البيع عليه بحصول الاجازة من المالك او وليه، مفروغا عنه فى الجمله. قد اختلف فى اشتراطه بوجود المجيز حال العقد و عدمه. فاختار هو الاول و قال " الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز... " يعنى ان صحة الفضولى مضافا الى لزوم حصول اجازة من حيث انه مجيز و من شانه الاجازه حال العقد. فلفظ " مجيز " مشتمل على ذات وصفة، والصفة يمكن ان يكون المراد منها " ما من شانه الاجازة بالاستعداد " بمعنى احتفافه بوجود الشرايط وعدم الموانع بالفعل. او بمعنى احتفافه به بالقوة مطلقا. او بالقوة القريبة من الفعل. و لما كان المتبادر من الاخبار الواردة فى الفضولى فى البيع والنكاح مغايرة العاقد والمجيز، و ان المجيز هو المالك حين العقد، والعاقد هو غير المالك. فمراد العلامة انه لابد ان يكون المجيز (الذى هو غير العاقد، و يتم ثمرة العقد باجازته) موجودا حال العقد. اذ هو مستفاد من الادلة، و ليس فى الادلة غيرة. والمستفاد انه لابد ان يكون الذات متصفا بوصف كونه مجيزا الى حين الاجازة بالفعل او بالقوة القريبة منه. بان يكون مالكا او وليا له حين العقد و انسحب هذا الوصف

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

له الى حين الاجازة. وانتفاء هذا الشرط - اى [شرط] تحقق المجيز المنسحب له الوصف الى حين الاجازة - او انتفاء وصف المالكية له حين العقد، كالفرع الثانى. اى " لو باع مال الغير ثم ملكه و اجاز.... " فان الملك لم يكن حين العقد ملكا للبايع .فلو اجاز بعد تملكه فهو ليس باجازة صادرة عن المالك حين العقد. فينتفى المجيز حين العقد. و لا يكفى مجرد وجود ذاته حين العقد. و لا مجرد حصول مالكيته بعد العقد. اما بانتفاء وصف مجيزيته حين العقد (مثل الفرع الاول): فان الطفل و ان كان مالكا و قابلا للاجازة ولو بالقوة، لكنه غير متصف بوصف المجيزية بالفعل او بالقوة القريبة من الفعل. لكنه استشكل فى ذلك بسبب امكان الاكتفاء بمطلق القوة، و عدم مانعية طول المدة بعد كونه مترقب الحصول. فعلى هذا كان الاصوب تقديم الفرع الثانى على الاول حتى لا يتوهم

رجوع الاشكال على الفرع الثانى ايضا. لوضوح عدم كون المجيز بوصف المجيزية المستلزم للماليكة بالفعل او بالقوة فيه اصلا. بخلاف الفرع الاول. و اما الامكان الذاتى - اعنى قابلية البايع - فهى الفرع بذاته للمجيزية. فلا ينفع فى شيى مع وجود المانع عن الاتصاف بالاجازة المبتنية على كونه مالكا. لكونه متصفا بضده الحقيقى حين العقد. وهو عدم المالكية. فالمعيار فى الحكم بالصحة، هو الامكان الاستعدادى وهو مفقود فى الفرع الثانى. بخلاف الفرع الاول، لحصوله فيه. ووجه اشكال العلامة (ره): ان المعتبر هل هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادى، فلا يصح اجازة الصبى بعد البلوغ. او المعتبر مطلقة، فيصح.؟ -؟ .والاقوى صحته لما يستفاد من صحيحة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و عمومات العقود. فظهر مما ذكرنا ان فى كلام العلامة مسئلة و فرعين. اما المسئلة، فهو اشتراط وجود المجيز و عدمه حين العقد. واما الفرعان فهو قوله " فلو باع مال الطفل " وقوله " وكذا لو باع [مال غيره ثم ملكه واجاز] ". والاشكال متعلق بالفرع الاول. لا باصل المسئلة، ولا بالفرع الثانى. وليس فيه حزازة الا تقديم الفرع الاول على الثانى، الموجب لابهام اشتراك الفرع الثانى مع الاول فى الاشكال. وقد وقع فى كلام الايضاح هنا مسامحة. حيث قال - بعد ذكر مجموع العبارة التى نقلناها هنا -: مسئلتان: المسئلة الاولى: هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولى فى الحال؟ يحتمل ذلك. و يبتنى على مقدمات: الاولى: معنى صحة بيع الفضولى قبل امكان الاجازة، ترتب اثره عليه، امكانا قريبا، بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى. لانه عبارة عن اجتماع الشرايط. فاذا بقى من شرايط بيع الفضولى شرط واحد وهو اجازة المالك او وليه، و كان حصولها ممكنا امكانا قريبا ايضا، حكم بصحة بيع الفضولى و صلاحيته لان يترتب عليه حال وقوعه .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: الوسائل: ج ١٧ ابواب ميراث الازواج، ب ١١ ح ١

الثانية: كل ما يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط. الثالثة: البيع اذا بطل فى وقت بطل دائما، فحال عدم المجيز يمتنع ترتب اثره و لا يصلح لترتب الاثر عليه، فلا يحصل معنى الصحة. بل معنى البطلان. واذا بطل لم يمكن ان يترتب صحته. و يحتمل عدم الاشتراط. لانه لا يشترط اقتران الاجازة بالعقد. بل يجوز تاخيرها زمانا طويلا. فلا نسلم اشتراط الاستعداد القريب. واعلم: ان هذا الفرع يتاتى على مذهب الا شاعرة. ١ و اما على قولنا ففى صورة واحدة، و هى بيع مال الطفل على خلاف المصلحة. او الشراء له. المسئلة الثانية: اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة. لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر، فملكه ابلغ. وهل يتوقف على اجازته اشكال، من حيث ان الرضاء الاول لم يكن معتبرا .لانه لم يكن مالكا. ومن حيث تحقق شرط اعتباره. و يحتمل البطلان لتضاد ملكى شخصين بشئ واحد بعينه، وقد تحقق احد الضدين فينتفى الاخر. والتحقيق انه ان قلنا بصحة بيع الفضولى، صح البيع هنا، من غير توقف على اجازة البايع. انتهى كلامه (ره). و يمكن توجيه كلامه (ره) حيث جعل كلام المصنف (ره) مسئلتين، بان عقد الفضولى له اطلاقان احدهما توصيفى وهو " العقد الفضولى المعهود المصطلح الذى يبيع البايع مال غيره نيابة عنه متزلزلا، ثم يجيزه المالك للمبيع " فهو اسم لمجموع العقد والاجازة. والثانى اعنى " بيع غير المالك ملك غيره مع قطع النظر عن حصول الاجازة من ذلك المالك او غيره " فلفظ الفضولى فى هذا الاطلاق صفة للبايع. لا للمبيع. والمبحوث عنه فى هذا الباب هو المعنى الاول. فالمسئلة الاولى فى كلام المصنف هو انه " هل يكفى الاجازة من المالك وان كان غير مستعد حين العقد للاجازة، ام لا " فاختار عدمه. فكلامه حيث قال " فان الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال " فى قوة [ان]

Translation Movement .INS

١: المصنف يتعرض بهذا المطلب و توضيحه فى مايلى

الاقرب عدم صحة العقد الفضولى المعهود المصطلح اذا لم يكن مجير حال العقد متمكنا للاجازة بالامكان الاستعدادى. وهو ما كان وجود شرايطه وانتفاء موانعه على وجه اقرب المراتب من الاستعداد. و يتفرع عليه بطلان اجازة الصبى لبيع ملكه. وح، فيصح جعل بيع الغير مال المالك - ثم تملكه عنه بالاشتراء و نحوه - مسئلة اخرى، معطوفة على مسئلة بيع الفضولى التوصيفى المعهود. يعنى كما لا يصح البيع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الفضولى المصطلح الذى من فروعه بيع مال الصبى اذا لحق اجازته بعد البلوغ فكذا لا يصح بيع الشخص الفضولى مال غيره وان ملكه بعد ذلك. فالمعطوف ليس بداخل فى المعنى المصطلح. بل هو مسئلة اخرى. و لذلك فكك (ره) قول المصنف و جاز عنه وساق الكلام فيه على حده. و هو مستلزم لا مكان تحقق فرض هذه المسئلة بدون الاجازة. فاتضح كمال المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. و مما يوضحه غاية الايضاح، استدلاله فى المسئلة الثانية بابلغية الملك. عن الاجازة و كذا اشكاله فى الاحتياج الى الاجازة ح. و يظهر مما ذكر، ان مذهب المصنف، البطلان فى المسئلة الثانية فى صورة عدم الاجازة بطريق الاولى. فمذهب ١ المصنف على هذا، صحة البيع الفضولى مع امكان اجازة المجيز على اقرب مراتب الامكان الاستعدادى. كما لو كان المالك بالغا، عاقلا، حاضرا يسهل اجازته بدون الاشكال. و صحته فى غير اقرب المراتب كالطفل مع الاشكال. وعدم الصحة فى المسئلة المعطوفة بقوله " و كذا " سواء اجاز ام لا. و لنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات فى كلام الايضاح: قوله " فى الحال " يعنى فى حال العقد. قوله " معنى صحة بيع الفضولى قبل الاجازة " مراده الصحة المترتبة على نفس العقد مع قطع النظر عن الاجازة. و يوضحه تفسيره الصحة بصلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه. قوله " بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى ": "...اعلم ان لا مكان الخاص ثلثة اقسام :

١: وفى النسخة: فذهب المصنف

نهضت ترجمه
Translation Movement
IPS

الاول: الامكان الذاتى. و هو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات .سواء كان محفوفا بالموانع ام لا. وسواء كان المانع مستمرا ام لا. وسواء كان المستمر مرجو الزوال ام لا. ففى كل هذه الامكان بحاله بالنظر الى الذات .والثانى: الامكان الوقوعى. وهو ما لم يكن محفوفا. بمانع مستمر الوجود. كتلبسه بضده الحقيقى او احد اضداده المشهورية. فان كام محفوفا به، فهو وان كان ممكنا بالذات لكنه ممتنع بسبب ما وقع فى الخارج من المانع المستمر. والثالث :الامكان الاستعدادى. وهو الامكان الذاتى بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوة القريبة معه. و يسمى الاول استعداد اتاما، والثانى غير تام . والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعى والاستعدادى. بل ادرجوا الاول فى الثانى .قوله " او صلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه " عطف على " صحة البيع الفضولى " بكلمة " او " دون الواو، نظرا الى ان الصحة انما هو ترتب الاثر .والاثر هنا اما يتصور بالنسبة الى ماهية البيع وهو انتقال الملك. فهو لا يحصل جزما حال العقد. فلا يمكن ان يقال العقد صحيح، بقول مطلق. انما بمعنى ترتب اثر البيع، اى الانتقال، بل صحته بالنسبة الى الانتقال هو بعنوان الصلاحية .واما يتصور بالنسبة الى هذا العقد الخاص، وهو نفس

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صلاحيته لترتب اثر ماهية البيع الذى هو نفس الانتقال. فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق، لان ترتب الاثر حاصل بالفعل. وهو الصلاحية. فالمعطوف عليه ناظر الى الثانى، والمعطوف الى الاول. فقوله " حال وقوعه " يتعلق بالصلاحية، لا بالترتب. ولك ان تجعله عطفا على " امكان ترتب اثره عليه " والمراد ان الصحة عبارة عن ترتب الاثر فان جعل الاثر هو الانتقال، فهو حاصل بالامكان. وان جعل هو صلاحيته لترتب الاثر، فهو حاصل بالفعل. و هذا اظهر. ثم الظاهر من كلام الشارح انه جعل اجازة الصبى بعد البلوغ من باب الامكان الذاتى. لا الاستعدادى وان كان مقارنا للبلوغ. وهو مشكل، لعدم التفرقة بين فعل الكامل الغايب

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: وفى النسخة: لا جازته. ٢: وفى النسخة: فجعل بيع مال الصبى فضولا مع المصلحة ليس من فروع ...

الطفل على الولى بعد ما حكم بوجوب حفظ ما له فقال ١ فى وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح. ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل و نصب الولى لدفعها وبهذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح. وعلى الثانى هل يجب ام لا. وقد حقق ذلك فى علم الكلام " انتهى كلامه (ره). وحاصل المراد ان فى صورة عدم المصلحة لا يمكن الاجازة لا من الطفل ولا من وليه. اما من الطفل فلعدم الامكان. واما من الولى فلعدم المصلحة. فيصح ان يقال ليس هنا مجيز فى حال العقد، فلا يصح الفضولى الا على القول بكفاية المجيز بالقوة البعيدة.. واما فى صورة وجود المصلحة فى البيع، فمع وجود الولى " ولو كان هو الحاكم " فيجب عليه الاجازة، لوجوب العمل بالاصلح، لئلا يلزم ترجيح المرجوح. وان لم يكن ولى، او كان و ترك العمل بالاصلح و صار معروفا، فيصح من الفضولى. فانه الا حسن، و يجوز العمل به لقوله تعالى " الا بالتى هى احسن " اذ المخاطبون قاطبة المكلفين، لا خصوص الاولياء .فلا يتصور هنا عدم المجيز. واما الا شاعرة، فلما قالوا بجواز ترجيع المرجوح وعدم وجوب الا صلح. فيتصور عدم وجود المجيز، على مذهبهم فى صورة المصلحة وعدم المصلحة. والمقام بعد، لا يخل عن الاجمال والاغلاق. وقد نقل عن الشهيد " ره " انه قال " اعترض بعض العامة على العلامة (ره) لسقوط هذه المسئلة - اعنى اشتراط وجود المجيز - على مذهب الامامية، لانهم يعتقدون وجود الامام فى كل زمان، وانه ولى من لا ولى له. واجاب العلامة بان المراد مجيز فى الحال و يمكن الاطلاع عل اجازته، و هى متعذرة فى هذا الزمان لاستتاره - ع -. اقول: و يمكن ان يقال من جانب المعترض انكم تقولون الحاكم الشرعى نائب عنه ولا تعذر فيه .فالاولى فى الجواب ان يقال: المراد اشتراط التمكن من الاطلاع على اجازة المجيز وفرض التعذر ممكن ولو انحصر الولاية فى عدول المومنين ايضا. ولعل هذا هو

١: اى قال فخر المحققين فى الايضاح، فى وجه اشكال العلامة فى القواعد. راجع :الايضاح كتاب الحجر. ص ٥٣ من المجلد الثانى من طبع اسماعيليان

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مراد العلامة. بقى الكلام فى مأخذ المسئلتين. و تحقيق المقام والتكلم فى الادلة التى ذكرها لهما. فنقول: اما المسئلة الاولى، فالتحقيق فيه ان معنى صحة الفضولى هو ترتب اثر نفس العقد وهو صلاحيته لان يترتب عليه اثر البيع، وهو الانتقال بعد الاجازة. فانه يحصل بمجرد العقد و يترتب الانتقال ايضا بعد الاجازة. وانتقال النماء قبل الاجازة على القول بالكشف. واما اشتراط ذلك بكون المجيز فى اقرب مراتب الاستعداد فممنوع، لما نذكره فى الاحتمال الثانى من منع الاشتراط، و سنده الاخبار الواردة فى النكاح مثل صحيحة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و يدل فى الفحوى على غير النكاح، لكون امره اشد. و يدل عليه عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الاصل فيها العموم خرج ما خرج بالدليل وبقى الباقى. والقول بان ذلك مستلزم لكون الباقى من العام اقل من المخرج، وهو خلاف التحقيق، فلابد ان يقال بكون اللام الراجع الى العقود المعهودة فى اوايل الخطاب. فهو مدفوع بان الجمع المحلى حقيقة فى العموم، وليس الفضولى من الافراد النادرة. مع ان العموم افرادى لا نوعى. ولا ريب ان اشخاص العقود المعهودة اكثر من اشخاص لغير المعهودة. وقد حققنا هذا المقام فى مواضع من تاليفاتنا سيما فى الرسالة التى كتبناها فى مسئلة الطلاق بعوض. و اما ما ذكره فى المسئلة الثانية، فلا يخفى ما فى تقريره من الحزازه التامة اذ بنى كلامه فى المسئلة على احتمالين احدهما البطلان رأسا، اى سواء اجاز المالك الاخر الذى هو البايع او لم يجز، هو مختار المصنف، وهو الاحتمال الاخير فى كلامه .والثانى صحته فى الجملة. وهو الاحتمال الذى ذكره اولا. ثم انه فصل الكلام فى الاحتمال الاول بالنسبة الى لحوق الاجازة من المالك الاخير و عدمه. و مقتضى تقريره ان يكون اول كلامه فى الاحتمال الاول ناظرا الى وجود الاجازة. وآخر كلامه، يعنى ما ذكره فى ذيل قوله " و هل يتوقف على اجازته " ناظرا الى عدم

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

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

لحوق الاجازة، ١ لا يخفى ما فيه اذا الاستدلال بابلغية المالك من الاجازة يقتضى ان مراده صورة عدم الاجازة. فاذا تم كلامه بالابلغية و ما ذكره بعدها، فلا معنى لقوله " فهل يتوقف... " وان اراد باول كلامه صورة لحوق الاجازة ايضا، بان يكون المراد من الاول حصول الملك ولحوق الاجازة معا بتقدير ان الملك مع الاجازة ابلغ، فيحتاج الى تقدير الاجازة، فكان ينبغى ان يقول فى اول الكلام " ثم ملكه واجاز ". وفى موضع قوله " فملكه ابلغ "، " فملكه مع الاجازة ابلغ ". الى غير ذلك من الحزازات. و كيف كان، فالامر فى ذلك سهل. والعمدة بيان صحة المأخذ. فنقول: اما قوله " لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فملكه ابلغ " ان اراد ان اجازة المالك الذى هو مالك حين العقد موجبة لحصة فعل المباشر، فملك ذلك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

المالك ابلغ. فلا معنى له اصلا. اذا المفروض ان الملك ح لغيره. ولو فرض كونه له، فهو خارج عن الفرض. وان اراد اجازة مطلق المالك و كل من صدق عليه وصف المالكية حتى يشمل من حصل له الملك فى ثانى الحال، فهو اول الدعوى. اذ كون اجازة من هو مالك حين العقد كافيا لا يدل على كون اجازة من ملك بعده كافيا، فضلا عن كونه ابلغ، وان اجازه معه ايضا فضلا عن عدم الاجازة .مع ان الحاق الملك الاخير بالرضا السابق حتى يحصل من ضم هذا المالك بالرضا السابق مفهوم رضاء المالك فى صورة عدم الاجازة من المالك الاخير، ليس له معنى معقول. لان الجنس لا بقاء له مع انتفاء الفصل. فكيف يضم اليه فصل آخر بعد انعدامه حتى يحصل نوع آخر لو اكتفينا به ايضا. ففى الكلام خلط. وان قيل العلة فى تاثير اجازة المالك هو المالكية وهو موجود هنا. ففيه منع ظاهر. اذا المسلم من العلية هو علية المالك حين العقد لا مطلق المالكية. ومن ذلك ظهر ان انضمام الاجازة ايضا لا ينفع. اذا المسلم من اعتباره هو اجازة المالك حين العقد، لا مطلقا. ومن ذلك ظهر بطلان مفهوم الحيثية الاولى من الحيثيتين

١: وفى النسخة: ولا يخفى

اللتين ذكرهما فى ذيل قوله " وهل يتوقف على اجازته ". و منطوق الحيثية الثانية ايضا. و مما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله " ولان عقد الفضولى " ....لمنع وجود الشرط و زوال المانع. واما ما ذكره من الدليل على احتمال البطلان، فهو مبنى على ما ذكره سابقا، من اشتراط وجود المجيز حين العقد و تمكنه من الاجازة باقرب مراتب الامكان الاستعدادى. وهو منتف هنا. لان المراد بالمجيز فى هذا الباب هو المالك حين العقد، الذى من شأنه الاجازة و يمكن الحصول منه بالا مكان الاستعدادى، و المفروض عدمه. لا حتفاف العاقد حين العقد بضد كونه مالكا وهو كونه غير مالك. وهو ضد حقيقى لكونه مالكا فضلا عن كونه مالكا مجيزا بالامكان الاستعدادى. وهذا صحيح لكن لمحض عدم تحقق المجيز على اقرب مراتب الاستعداد. لما منعناه فى الصبى. بل لانه ليس هنا امكان الاجازة من المالك حين العقد. لانه ليس بمالك حين العقد حتى يمكن ان يقال يتحقق الامكان الذاتى ايضا. اذ لا رابطة بين امكان تحقق الاجازة من المالك حين العقد و بين امكان تحققه من غيره الذى ملك بعد العقد، و شرط الصحة شرعا هو الاول، لا الثانى .واما امكان ان يصير هذا العاقد فى وقت من الاوقات مجيزا شرعا فى غير هذا العقد، فهو لا دخل له فيما نحن فيه. واما ما جعله التحقيق فى المسئلة اخيرا، فهو مبنى على التخريج من الفضولى، وجعل التملك نازلا منزلة الاجازة فيما لو كان المال ملكا للمجيز حين العقد. وقد يتوهم انه مبنى على الالحاق به بناء على مختاره فى الاجازة انه من باب النقل. ولعله مبنى على انه لا يصح على القول

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بالكشف. للزوم الضدين (كما بيناه) بخلاف ما لو بنى على النقل. وفيه ان موضوع المسئلة فى الكشف والنقل شيئ واحد وهو انتقال مال المجيز حين العقد الى المشترى فى حال العقد او فى حال الاجازة. ولما كان المفروض ان هذا المال لم يكن مالا للمجيز حين العقد فيلزم اجتماع الضدين على القولين. بقى الكلام فى ساير الادلة فى هذا المقام مثل " اوفوا بالعقود " و غيره مما ذكروه

فى اصل صحة الفضولى. و ربما يقدح فى العمومات بان المراد بالعقود فى قوله تعالى " واوفوا بالعقود " العهود الموثقة مطلقا سواء كان بين الله و عباده، او بين العباد بعضهم مع بعض، او بين العبد و نفسه. و كون الفضولى من العهود الموثقة انما يتم بالاجازة سواء كان من الطرفين كما لو كان فضوليين او من طرف من كان له فضوليا. وقد يطلق عليه العهد الموثق قبل الاجازة ايضا. كما لو كان احد الطرفين فضوليا والاخر لنفسه. فانه موثق فى جانب الآخر بالنسبة الى نفسه وان كان متزلزلا وغير موثق بالنسبة الى الفضولى. فهو يلتزم للعقد ما لم يظهر] من] ١ الطرف الفضولى عدم الاجازة، فلا اشكال فى اندراج الفضولى تحت عموم " اوفوا بالعقود " مع الاجازة فى الجملة. ومعنى ايثاق العهد بالاجازة فى الفضولى المعهود هو رضاء المالك الاصلى بالعهد الذى وقع من البايع الفضولى .فبالتزامه البيع الذى وقع على ملكة صار عهدا موثقا منه. سواء قلنا بان الاجازة كاشفة، او ناقلة. واما فى ما نحن فيه اعنى اجازة من ملك العين بعد العقد الفضولى فيشكل تحقق اثبات العهد فيه. اذ العهد المتقدم هو نقل ملك المالك الاول فضولا، ولا يصدق على اجازة المالك ثانيا انه ايثاق للعهد المتعلق بذلك الملك حين كونه ملكا للمالك الاول. و يمكن دفعه و جعله من باب ايثاق العهد، لو جعلنا الاجازة عقدا جديدا. كما هو احد المحتملات فى الفضولى المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز، وفاقا لشيخه المحقق، حيث قال فى رد الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده ومالا يملك، بان النهى فى المعاملة لا يقتضى الفساد. وان ليس للبيع لفظ مخصوص. فان مقتضاه ان الاجازة بيع بغير لفظ البيع. فيكون فى الاجازة ثلاثة اقوال: الاول: كونها كاشفة عن النقل من حين البيع. والثانى: كونها ناقلة، بان يكون جزء السبب فالناقل هو الصيغة السابقة مع الاجازة. والثالث: كونها عقدا جديدا مستقلا لا مدخلية للعقد السابق فيه .

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

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

بهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

و كذلك الكلام فى الاجازة بعد ما باعه باعتقاد انه ملكه ثم ظهر مستحقا للغير. ولا يخفى انهم استدلوا فى تصحيح بيع الغاصب بعد الاجازة، و كذلك المكره والجاهل بكون الملك مستحقا للغير، بعموم " اوفوا بالعقود ". وجعل المذكورات من باب العهود الموثقة. ولا يخفى انها لا تصير من العهود الموثقة الا بجعل المالك واعتباره ايجابا موضع ايجاب. اذا عرفت هذا [فيبقى] الكلام فى ما لو باع مال الغير فضولا او غصبا او جاهلا باستحقاقه للغير. ثم اشتريه او انتقل اليه بناقل لشرعى واجاز فنقول: اذا كان تصحيح العقد باعتبار المعتبر و يحصل به العهد الموثق، فكما يمكن اعتبار تحقق الايجاب عن المالك فى تمام الزمان الذى بعد العقد الفضولى (واخواته) الى زمان الاجازة و يتحصل به البيع من المالك و يصير بذلك من

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

العهود الموثقة. فكذلك يمكن اعتبار تحققه بالنسبة الى ما بعد زمان اشترائه (او الانتقال اليه بنحو آخر) بسبب الاجازة فيكون عهدا موثقا من حين اشترائه الى زمان الاجازة و ما بعده. ولا يلزم ان يكون من حين الايجاب الفضولى حتى يرد ان يقال انه يلزم على القول بكون الاجازة كاشفة خروج المال عن ملك مالكه قبل دخوله فيه. [وهو] محال. اذا المفروض ان اعتبار المعتبر انما هو بالنسبة الى زمان امكان اعتباره و هو ما بعد الانتقال اليه .فعلى القول بالكشف انما يلزم خروجه عن ملكه بعد الانتقال اليه. والمفروض انه داخل فى ملكه، ح. لا يقال: ان القائلين بالكشف لم يفرقوا بين انواع الفضولى .فهذا خرق للاجماع المركب. لانا ذكرنا سابقا انهم لم يلتفتوا فى مقام بيان الكشف والنقل الى مثل ذلك. بل انما كلامهم فى الفضولى المصطلح، او ما يقوم مقامه مما مر. والحاصل: ان الاجازة فى بيع الغاصب انما هو فى معنى التزام ورود معاملاة جديدة على مال المغصوب منه، لا امضاء للعقد السابق. فان العقد السابق انما كان تبعا لنفس الغاصب. وهو مباين لكونه تبعا لنفس المغصوب منه] .و] يصححها " اوفوا بالعقود " لانه يصدق عليه انه عهد موثق. فكذلك التزام البيع بعد مضى قطعة من الزمان و هو اول زمان الانتقال الى الغاصب [و] ما بعده وانتقاله منه الى المشترى الاول من حين الانتقال اليه عهد

موثق دخل فى ذلك العموم. فالاجازة اما يصدر من المالك حين العقد او من غيره. فعلى الاول فاما ان يكون ما وقع من العقد فى مال الغير من باب الفضولى المصطلح، او البيع لنفسه غصبا او جهلا بانه مال الغير، فعلى الاول، الاجازة بمعنى لحوق الرضا بالعقد السابق. وعلى الثانيين بمعنى تبديل عقد بعقد بانشاء جديد. ١ و على الثانى - اى ما يصدر من غيره - فذلك الغير اما هو وارث المالك الاصلى، او غيره. و على الاول فان كان العقد من باب الفضولى المصطلح، فهو من معنى المورث لانه حق انتقل اليه بالميراث. فهو ايضا من باب لحوق الرضا بالعقد السابق. و ان كان من القسمين الاخرين. فهو ايضا تبديل عقد بعقد انتقل اليه ذلك الحق بالميراث. و على الثانى - اعنى غير الوارث - فهو من باب تبديل عقد بعقد. لانه معنى لحوق الرضا بالعقد السابق. لان العقد السابق انما تعلق بملك الغير بقصد ان يكون للمشترى فى جميع زمان ما بعد العقد، والمفروض انه ليس ملكا له فى اول زمان العقد حتى يمضيه. ولا فرق فى ذلك بين ما كان المجيز هو البايع، او الذى انتقل اليه الملك ثانيا، او كان غيره، مثل ان يبيع احد مال زيد فضولا او غصبا او جهلا، من بكر. ثم باع زيد ذلك المال بعينه من عمرو. ثم اجاز عمرو ذلك البيع. و بالجملة: العمدة فى الباب عموم الاية و ما فى معناه سواء سميته بيعا او غيره. لكونه من العهود الموثقة. و لكن الظاهر انه من اقسام البيع. و يظهر الثمرة فى ترتب احكام البيع عليه. و مما ذكرناه يظهر انه لا يرد ايضا ان يقال فى ابطال هذا العقد على القول بالكشف ان العقد الاول الواقع فضولا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

انما صح و ترتب الثمرة عليه باجازة ذلك البايع الفضولى و هى متوقفة على صحة العقد. الثانى - اعنى اشتراء البايع الفضولى من المالك الاصلى. و هى متوقفة على كون المال باقيا على ملك مالكه الاصلى. فيكون صحة الاول مستلزمة لكون المال المعين ملك المالك الاصلى و ملك المشترى الاول معا فى زمان واحد. و هو زمان ما بعد عقد الفضولى، وهو

١: و فى النسخة: تبديل عقد بعقد انشاء عقد

محال. فوجود ملكية المشترى الاول فى ذلك الزمان تقتضى عدم ملكية المالك الاصلى و عدم ملكية المالك الاصلى موجب لعدم ملكية المشترى الاولى ايضا. لان مالكيته موقوفة على اجازة المشترى الثانى الذى هو البايع الفضولى. التى تتوقف صحتها على صحة اشترائه الموقوفة على ملكية المالك الاصلى حين الاشتراء. فيلزم وجود ملكية المشترى الاول و عدمها معا فى آن واحد. و هو محال. و ذلك لما عرفت ان اجازة البايع الفضولى بعد الاشتراء عن المالك الاصلى، انما يكشف عن الانتقال الى المشترى الاول من حين انتقال الملك اليه من مالكه الاصلى لا من حين عقد البيع الاول. و فى هذا الحين لا حق للمالك الاصلى فيه. واعلم: ان هيهنا مجالا لتوهم ان يقال ببطلان الفضولى مطلقا (على القول بالكشف) و ان اجاز المالك. لان صحته موقوفة على الاجازة المتاخرة الموقوفة على بقاء ملك المالك بعد العقد، والمستلزمة لملك المشترى كذلك. فيلزم كون الملك بعد العقد للمالك الاصلى والمشترى معا فى آن واحد. فاما لابد من بطلان الفضولى مطلقا، او بطلان القول بالكشف. و يندفع بان صحة الاجازة انما تتوقف على الملكية الظاهرية المستصحبة، و بعد الاجازة ينكشف مالكية المشترى فى الواقع، فلا منافاة بين الحكم بمالكية المالك الاصلى فى ظاهر الشرع الى حين الاجازة و كشف الاجازة عن مالكية المشترى بعد العقد فى نفس الامر. و يبقى الاشكال فى ترتب ثمرات الملك. فنقول: ان الثمرات ايضا تابعة لما هو الظاهر. فلا يمنع المالك الاصلى عن انواع التصرفات والتمتع بنماء الملك و بيعها و شرائها الى ان ينكشف حقيقة الحال. فيسترد لظهور كونها مال الغير. فنفس ملكية العين والنماء تابعة لنفس الامر و ان كان الحكم بكونها ملكا تابعة للظاهر. فهو ثابت على الظاهر ما لم ينكشف الواقع على خلافه. نعم، قد يختلف الحال بالنسبة الى التكاليف المتعلقة بالموضوع مثل ان يتعلق حكم بمال زيد من حيث انه مال زيد. فهو يتعلق بما علم المكلف انه ماله، او بما كان مالا له فى نفس الامر. مثلا اذا حلف ان لا يتصرف فى مال زيد، والمفروض ان عمروا باع مال زيد فضولا بخالد، ثم اجاز زيد. فاذا تصرف الحالف قبل الاجازة فى هذا المال فيحنث على الاول .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بخلاف الثانى. و ان حلف الحالف على ان لا يتصرف فى مال عمرو، فيحنث على الثانى دون الاول. والتحقيق عندى ان التكاليف متعلقة بما يكون موضوعا للحكم فى نظر المكلف. لا فى نفس الامر وان كان الالفاظ موضوعة لما هو فى نفس الامر .فقول الشارع " يجب على من خالف اليمين الكفارة " لابد ان ينزل على من خالفها عالما بانها مخالفة لليمين، لا بما كان مخالفة فى نفس الامر. فكذلك قوله بان "اجازة المالك يصح الفضولى " ينزل على ان اجازة من يعلم انه مالك فى ظاهر الحال يصح العقد، و كون المال للمجاز له فى نفس الامر. و لا يضر كون الامر الظاهر مثبتا للامر النفس الامرى. فان اثبات هذا النفس الامرى ايضا اثبات ظاهرى. فالمراد انه يحكم عليه بحكم النفس الامرى فى ظاهر الشرع. والا فقد يكون المالك فى نفس الامر غير مالك. و اذا ظهر ذلك بعد الاجازة، فلا ينفع اجازته فى اثبات الانتقال الى المشترى فى نفس الامر. و كذلك قوله " ان نماء المال تابع للملك " فيحكم ظاهرا بكون النماء لمن هو مالك ظاهرا. و لكن هنا بعد ظهور كونه ملكا للغير يسترد منه. لانه تابع لما هو فى نفس الامر ملك له، و انما حكم كونه للمالك الظاهرى فى ظاهر الشرع. والسر فى الفرق بينه و بين الكفارة، لعله ان الكفارة انما هو لاجل المعصية غالبا، و لذلك يحكم بوجوب الكفارة على الظاهر فى اول النهار فى شهر رمضان و ان حاضت فى آخره. و من هذا الباب الكلام فى اجراء الحد لو وطى المنكوحة فضولا. او الامة المشترية كذلك .قبل الاجازة. نعم، الحكم بلزوم الاجراء اذا تاخر ١ الحد لمانع الى ان يجيز ففيه اشكال. و اما لحوق الولد و صيرورة الامة ام ولد. ففيه اشكال، سيما مع] عدم] جهالة المشترى بوقوع العقد فضولا. ففيه اشكال نظرا الى انه زان على الظاهر. و الى ان اعتقاده الزناء غير مضر بكون الوطى فى نفس الامر مع الزوجة او المملوكة، كما يكشف عنه الاجازة. ولعل الترجيح للثانى. فيكشف ان ولد المملوكة نماء ملكه و هى نمائها له بعد الاجازه. ٢ هذا الكلام فى صورة صحة الجازة .

Translation Movement .IRS

١: و فى النسخة: تراخى الحد. ٢: و عبارة النسخة كذا " و كيف كان قوله المملوكة نماء ملكه و هى نمائها له بعد الاجازة ". و فى العبارة سقط و

و اما انه هل يصح الاجازة مطلقا، او يتفاوت الحال فى المقامات؟ -؟ فيحتاج الى تفصيل. فنقول: اذا نكح الفضولى الهند لزيد والهند تزوجت بعمرو قبل علمها بنكاح الفضولى، مثلا. فهل لها الاجازة بعد الاطلاع؟ و اذا اجازت فينفسخ نكاحها بعمرو، او لا يجوز لها الاجازة؟ و كذلك لو نكح الفضولى زيدا بامرئة و تزوج زيد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

قبل الاطلاع بنتها او امها. والظاهر انه ليس لهما الاجازة فانهما قبل الاطلاع عقدا على انفسهما عقدا صحيحا، والفضولى بنفسه لا يؤثر اثرا بلحوق الاجازة، و ان قلنا بكونها كاشفة. فالمرئة فى المثال الاول مزوجة بعقد صحيح ولا يجوز تزوج ذات البعل بغيره. والرجل [فى المثال الثانى] متزوج بالام او البنت بعقد صحيح، و لا يجوز له التزوج ببنتها او امها. و ذلك لان الاجازة بمنزلة عقد مستقل و ان قلنا بكونها كاشفة. و لا يمكن جمعها مع ما يحرم الاجتماع معه. بخلاف ما يمكن الاجتماع، كما لو عقد الفضولى لزيد بامرئة و تزوج هو قبل الاطلاع بامرئة اخرى، لا مانع منها. ومن جملة الموانع فى جانب الرجل ان يتزوج برابعة قبل اطلاعه على نكاح الفضولى له برابعة. و من ذلك يظهر الكلام فى البيع ايضا. فالقول باسترداد العين والمنافع لا يتم على الاطلاق فلا تغفل عن ذلك، فانى لا يحضرنى تصريح بذلك فى كلاماتهم. و كذلك يظهر مما ذكرنا، انه لا يرد على القول بالكشف، ان الاجازة المتاخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول الفضولى و عن كون المال ملك المشترى الاول، فقد وقع العقد الثانى على ما له. فلابد من اجازته له كما لو باع المالك الاصلى المال من شخص اخر غير ذالك البايع الفضولى، فاجاز ذلك الشخص البيع الاول، فلابد من اجازة من اشترى عن البايع الفضولى للبيع الثانى، حتى يصح و يلزم. و على هذا فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين اى المشترى من البايع الفضولى، والبايع الفضولى الذى اشترى المال عن المالك الاصلى على اجازة الاخر. و توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشترى الغير الفضولى، و هو من الاعاجيب .بل هو مستحيل .

تصحيف و بزعمى لا سبيل فى الاصلاح الا ما اصلحناه

نهضت ترجمه
Translation Movement

لا ستلزامه عدم [استحقاق] المالك الاصلى شيئا من الثمن و المثمن و تملك المشترى الاول للمبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان. و بدون تمامه ان زاد الاول. و مع زيادته ان زاد الثانى. و ذلك لان المالك لم يجز البيع الاول. بل اجاز الفضولى بعد تملكه و خسرانه لثمن البيع الثانى. فثمن الاول له. والعقد الثانى يفتقر الى اجازة المشترى الاول. لا نكشاف وقوعه فى ملكه فالثمن له و قد كان المبيع له ايضا. بما بذله من الثمن و هو ظاهر. اقول: و تصويره: ان زيدا باع كتاب عمرو من بكر بدينار فضولا ولم يجزه عمرو. ثم باع عمرو ذلك الكتاب بزيد بدينار. فان اجازة زيد، ح، بيعه الفضولى مع بكر فى كتاب عمرو، فيستحق ثمن ذلك البيع و هو الدينار. و ح لما كان البيع الثانى - اعنى بيع عمرو كتابه من زيد - واقعا على مال بكر (لانه صار ماله باجازة زيد بناء على القول بالكشف) فيحتاج العقد الى اجازة بكر، فان اجاز فيستحق ثمن البيع الثانى. و هو دينار ايضا، فيتهاتران. فظهر ان عمرو لا يستحق الكتاب ولا الدينار اصلا. و زيد يستحق

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الدينار الذى هو الثمن فى البيع الاول، و لكنه يسقط بالتهاتر. و بكر يستحق عين الكتاب مع الدينار و يسقط بالتهاتر هذا اذا وافق الثمنان. و اما لو كان الثمن فى البيع الاول دينارا و فى الثانى دينارين فللبكر الكتاب و الدينار والزايد بعد التهاتر فى القدر المساوى. ولو كان الثمن فى البيع الاول دينارين وفى الثانى دينار، فله الكتاب و عليه الدينار لزيد، بعد التهاتر فى القدر المساوى. و وجه دفع هذا الاستدلال: ان الاجازة المتاخرة انما يكشف عن كون المال ملكا للمشترى الاول من حين انتقال الملك الى المجيز، لا من حين العقد الاول. كما مر. فالمبيع ملك المالك الاصلى الى حين البيع الثانى و لا يتوقف صحة بيعه من الفضولى على اجازة المشترى الاول. فيملك المالك الاصلى ثمن البيع الثانى. والبايع الفضولى ثمن البيع الاول. و المشترى الاول عين المبيع .و قوله " وقد كان المبيع له بما بذله من الثمن " يعنى للمشترى الاول، ان كان مراده ان المبيع له قبل الاجازة من المالك و من البايع

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

من البايع الفضولى بعد ما انتقل اليه المال. والجواب هو ما ذكرنا اولا ان مراده ١ من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر، لزوم الدور الواقعى، الذى معناه كون كل واحد منهما علة للاخر. ففيه ان علية اجازة البايع الفضولى لما باعه فضولا لتحقق اجازة المشترى الاول، ان سلمناه فلا نسلم العكس. اذ البايع الفضولى اذا اشترى المال من المالك الاصلى فقبل اجازته لذلك البيع، لم يحصل استحقاق ملكيته للمشترى الاول. ولا يمكن حصول اجازة منه فقد تحقق اجازة البايع الفضولى من دون اجازة المشترى الاول. فلو كان الثانى علة للاول لما تخلف عنه فقد يجيز البايع الفضولى البيع الذى صدر عنه اولا ويستحق المشترى الاول للمال، ولا يجيز للمشترى الاول بيع المالك الاصلى. وان كان المراد انه على تقدير اجازة المشترى الاول ايضا كل منهما يتوقف على الاخر [فقيه انه [لا استحالة فيه. اذ هو دور معى وعليته من احد الجانبين واستلزام من الاخر .فلا يلزم اعجوبة ولا محال. وقد يستدل على البطلان: بان المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه، فعل ما هو من لو ازمهما. ولما باع ماله على الفضولى بالعقد الثانى، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. وهو لا يجامع صحة العقد الاول. فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول - حيث وقع العقد فى ملكه - و تملك المشترى الاول للثمن الثانى، و يبقى المبيع ملكا للفضولى بما بذل من الثمن. فلا يخرج عن ملكه الا بعقد جديد. واذ تبين عدم مجامعة العقد الثانى مع صحة العقد الاول لزم ان يكون فسخا له، وان لم يعلم بوقوعه. فلا يجدى الاجازة المتاخرة عنه. وبالجملة: حكم عقد الفضولى قبل الاجازة كساير العقود الجايزة، بل اولى منها. فكما ان التصرف المنافى مبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولى .اقول: ولعل مراده من " اللوازم "، اللوازم المختصة. والا فقد يكون اللازم اعم. [و] قوله " وهو لا يجامع صحة العقد الاول " ان اراد الصحة الحاصلة بسبب اجازة المالك، فهو كما ذكره. لكن المفروض خلافه. فان الكلام فى تصحيحه باجازة البايع الفضولى بالاشتراء عن

١: وفى النسخة: ان المراد

المالك. لا باجازة المالك. وان اراد مطلق الصحة، حتى ما حصلت باجازة البايع الفضولى بعد تملكه، فهو اول الدعوى. و يظهر من ذلك ما فى قوله " فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول " يعنى ان صحة العقد الاول يقتضى ذلك، فان اقتضائه ذلك انما هو اذا حصل الصحة باجازة المالك. وهو خلاف الفرض. والتعليل

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بأنه وقع العقد فى ملكه ايضا غير تمام. لما عرفت سابقا من امكان وقوع العقد فى ملك شخص، والاجازة المصححة فى ملك المالك المتأخر. وقوله " وتملك المشترى الاول للثمن الثانى ": لا يخفى أن مقتضى صحة العقد الاول (على ما ذكره) تملك المشترى الاول للمبيع. لا للثمن الثانى. الا أن يكون مراده اذا اجاز المشترى الاول البيع الثانى. فكان عليه ذكر " الاجازة " ولعله من سهو القلم. قوله " واذتبين... " يعنى اذتبين - أن مقتضى عقد المالك الثابت القاطع على الفضولى، مالكية المالك للثمن الثانى و مالكية الفضولى للمبيع جزما. وهو لا يجامع الثمن الاول للمالك والمبيع للمشترى الاول لتضادهما - لزم أن يكون البيع على الفضولى فسخا للبيع الاول وان لم يعلم بوقوعه. [و] فيه أن كون ذلك فسخا مع عدم العلم محل نظر. بل نقول كونه فسخا مع العلم مطلقا، ايضا ممنوع. فلا مانع من أن يجرى الفضولى عقد البيع و يجيئ عند المالك و يقول " أنا أجريت الصيغة فضولا لأشترى منك و أجيزه لنفسى " فيقول " نعم بعتكها وامض وأجز البيع لنفسك .والقول بأشتراط أن يكون البيع الفضولى نيابة عن المالك، ممنوع. لما بيناه فى الغاصب والجاهل. فهذا ايضا عهد من العهود الموثقة وداخل فى عموم " او فوا بالعقود " كما بينا. والحاصل: ان المسلم فى البطلان، هو ما صرح المالك بالفسخ. و بدونه يحكم بالصحة. ولا منافات بين الحكم بالصحة بسبب الاجازة المتأخرة، و عدم حصول الصحة فى العقد الاول لعدم اجازة المالك. قوله " فكما أن التصرف المنافى مبطل.... " فيه أن المسلم من الابطال هو مع صورة العلم .فان وهب احد شيئا لغير ذوى رحمه بلا عوض و نسى ذلك. ثم وهبه لغيره ففى الحكم

بالبطلان، نظر. فلا يتم فى الفضولى فى صورة عدم العلم ايضا. فأن قلت: هذا يستلزم بقاء حكم الفضولى ولو حصل الفسخ الف مرة من الملاك المتعاقبة على المبيع. لصحة أن يقال انه انما الفسخ بالنسبة الى المتقدم و يبقى حكمه بالنسبة الى المتاخر. وهو اجنبى بالنسبة الى الاحكام الشرعية. قلت: هذا محض الاستبعاد. ولا يلزم منه محال عقلى ولا شرعى. مع انا ذكرنا أن ذلك فى حكم عقد جديد. فهو فى معنى أن يقول المالك الذى جاء بعد الف مالك " انى رضيت أن يكون هذا المبيع لمن عقد له الفضولى و يكون الثمن الذى عقد عليه مالى " ويصير بذلك من العهود الموثقة و يدخل تحت عموم " اوفوا بالعقود ". وقد يستدل ايضا: ١ بأنا حيث جوزنا بيع غير المملوك (مع انتفاء الملك ورضاء المالك والقدرة على التسليم) اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز. لأنه البايع حقيقة. و الفرض هنا عدم اجازته. وتوجيهه ان فى الفضولى المعروف لابد أن يكون من وقع عنه العقد مالكا وقادرا على التسليم حين العقد و راضيا حين الاجازة بوقوع العقد السابق، فى زمان وقوعه. لأقامة الشارع ذلك مقام رضاه حين العقد، حيث كان الامر اليه فى الحالين. واما تجدد الملك والقدرة على التسليم بعد العقد، فلا يكون محدثا .كما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

لو باع مباح الاصل، او ما لا يصح تملكه، او الابق. ثم تجدد الملك والقدرة، لم يصح اجماعا. و كذلك صدور الرضا بالعقد السابق فى زمانه، ممن لم يكن له تسلط على المال فى ذلك الزمان اصلا، لا يجدى. اقول: غاية ما يثبت من ذلك - على فرض التسليم - هو عدم كون ذلك من الفضولى المعروف. و غرضنا اثبات صحة العقد وان لم يكن من باب الفضولى المعروف، كبيع الغاصب والجاهل. للعمومات و ساير الادلة مع ان اشتراط قدرة التسليم للمالك حين العقد الفضولى المعروف ايضا ممنوع. اذ قد يبيع المغصوب بعنوان الفضولى المعروف و يجيز المالك بعده و الاجازة فى معنى القدرة على التسليم. كما ان البيع على الغاصب بما فى يده بالبيع اللازم

١: أى وقد يستدل على البطلان ايضا

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

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: اى ويستدل على البطلان بالروايات. ٢ و ٣: الوسائل: ج ١٢، ابواب احكام العقود، ب ٨ ج ١٣ و ١٤. ٤ و ٥: المرجع، ح ٨ و ٦

اقول: فلنذكر هنا رواية يستعان بها على الجواب عن تلك الاخبار. وهى ما رواه الكلينى فى الحسن كالصحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع -: الرجل يجيئنى يطلب المطاع فأقاوله على الربح، ثم اشتريه فأبيه منه. فقال: اليس ان شاء أخذ وان شاء ترك (؟). قلت: بلى. قال: لا بأس به .فقلت: ان من عندنا يفسده. قال: ولم (؟). قلت: قد باع ما ليس عنده. قال: فما يقول فى السلف قد باعه صاحبه ما ليس عنده (؟). قلت بلى. قال فانما صلح من أجل انهم يسمونه سلما. ان أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه " ١. والظاهر أن المراد من قوله - ع - " تجده " تقدر عليه وان لم يكن عندك. وهذا القيد انما هو فى " الحال " لعدم اشتراط ذلك فى " السلم ." قال فى الوافى: و يستفاد منه و مما فى معناه جواز بيع ما ليس عنده اذا كان مما يقدر عليه عند البيع حالا كان او سلما. فما يوهم صدر الخبر (وما فى معناه) من تقييد الجواز بما اذا لم يوجب البيع، ينبغى حمله على التقية، أو الاولوية، أو تخصيصه بالمرابحة. ويؤيد الاول نقل صريح الحكم به عن ابيه (ع) وشهرة خلافه عن العامة ح. انتهى كلامه، و لا بأس به. و على هذا فنقول: اما الرواية الاولى: فان كان المراد من اسم الاشارة الشخص المعين، كما هو الظاهر .فوجهه انه لا يجوز بيع مال الغير مع المواجبة والالتزام، مع العلم بأنه مال الغير، وان جاز البيع فضولا مترقبا للاجازة. واما انه لا يصح البيع فضولا مع لحوق الاجازة، فلا دلالة عليه اصلا. غاية الامر كونه منهيا عنه. وهو لا يدل عل الفساد. وان كان المراد النوع من الثوب والدابة، فالجواب هو ما نقلنا عن الوافى. ومنه يظهر الجواب عن سائر الاخبار.، فلاحاجة الى الاعادة. مع ان تلك الاخبار لا دخل لها فى ما نحن فيه. اذ كلامنا فى الفضولى وهو لا يتحقق الا فى الشخص المعين من المال. والمراد من تلك الاخبار البيع فى الذمة، وهو كلى .وهذا كله اذا اجاز المالك. واما كفاية الشراء فقط من دون الاجازة بعده فالظاهر انه

١: المرجع، الباب ٧ ح ٣

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

لا اشكال فى عدم الكفاية. وقد بينا سابقا أن كون الشراء ابلغ من الاجازة عن المالك، ممنوع. بل مساواته ايضا. فأن قلت: ان هذا ايضا عهد موثق، حيث انه باعه بعنوان الالتزام. غاية الامر انتفاء الملكية وقد حصلت بشرائه من المالك، فيدخل تحت العموم. قلت: ان باعه للمالك، فهو متزلزل وموقوف على اجازته .والمفروض عدم الاجازة منه، فأين الايثاق. وان باعه لنفسه، فلا دليل على صحة بيع مال الغير لنفسه. و انما صححنا بيع الغاصب بسبب اجازة المالك لا لمجرد انه باع مال الغير. و ان كان بعنوان الايثاق والمفروض فى ما نحن فيه عدمها، لا من المالك الاصلى و لا من البايع بعد الاشتراء. والاخبار المانعة عن بيع مالا يملك منزلة على ذلك. و كذلك الكلام، ان باعه غير قاصد لمالكه و لا لنفسه، بل يريد صورة ايقاع البيع فى غير ملكه، ليثمنه بحصول الملكية لنفسه بالاشتراء بعد ذلك. وأما ما يظهر من كلام العلامة فى التذكرة من الاجماع على البطلان حيث حمل الاخبار المانعة على ما اذا باع عن نفسه و يمضى و يشتريه من مالكه. لانه (ص) ذكره جوابا لحكيم بن حزام حين سئله عمن يبيع الشئ فيمضى فيشتريه ويسلمه. قال (ص) ان هذا البيع غير جايز ١ و لا نعلم فيه خلافا. و لعل مراده ايضا ما لو لم يلحقه الاجازة بل اكتفى بمحض الاشتراء. والظاهر وجود المخالف والقول بالصحة مع الاجازة، كما حكى عن ظاهر الدروس والصميرى والمقداد. وقد اشرنا من استشكال بعضهم ايضا. بل احتمال الصحة بمجرد الاشتراء بعد البيع فضولا. كما جعله التحقيق فى الايضاح. على القول بصحة الفضولى .فالاظهر الصحة مع الاجازة بعد الاشتراء. و عدمها بدونها. تذييل: اذا عرفت ان الاقوى فى صورة تملك الفضولى للمبيع بعد العقد، احتياجه الى الاجازة. فأعلم :ان الاقوى ايضا، ان ظهور الملك بعد العقد، ايضا حكمه ذلك، وله فروع كثيرة :منها: ما لو باع مال ابيه بظن الحيوة، فظهر انه كان ميتا و كان ملكه ح. فقيل بالصحة، بمعنى كونه لازما غير محتاج الى الاجازة. و قيل انه صحيح، بمعنى كونه فضوليا محتاجا الى

بقصد ترجمه
Translation Movement

١: صحيح الترمذى: باب ما جاء فى كراهية ما ليس عندك، سنن ابى داود: باب: فى الرجل يبيع ما ليس عنده

الاجازة. وقيل بالبطلان. والاول هو مختار المحقق فى الشرايع والعلامة فى جملة من كتبه. و ربما يظهر منه فى - كتاب الهبة من - القواعد انه اجماعى. حيث قال " واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة، و صح لا معه، على رأى .ولو كانت فاسدة صح اجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه، او اوصى بمن ١ اعتقه وظهر بطلان عتقه، فكذلك ". و مثله عبارة الارشاد الا فى ذكر الوصية .ولكن يظهر من كلامه فى مسائل البيع ان فيه خلافا. حيث قال " فالوجه الصحة ." و كيف كان فدعوى الاجماع مشكلة، سيما اذا أراد بها اللزوم. كما فسرها ولده و المحقق الثانى و غيرهما. فالعمدة بيان المأخذ والدليل.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

والقول الثانى للمحقق الثانى والشهيد الثانى. و عن الشهيد انه مختار ابن المتوج، وهو الاقوى .والقول الثالث، لم أقف على قائل به. نعم جعله فى الايضاح احتمالا، ونقل الأحتمال عن نهاية العلامة ايضا. حجة الاول: حصول الشرط المعتبر فى اللزوم .وهو انه عقد وقع من اهله فى محله. وان المعتبر هو قصد المالك للبيع فى ماله، وقد حصل. فالبيع مقصود على ماله، فيصح. وفيه انه لم يقصد البيع اللازم، بل انما قصد بيع مال غيره فضولا. فلايتم الاجازة و نحن لا ننكره. و بالجملة " :العقود تابع للقصود ". والذى قصده هو كونه بيع مال الغير موقوفا على الاجازة .واما بيعه عن نفسه، فلم يقصده. و مطلق قصد البيع لا ينفع فى قصد نوع منه .سيما اذا قال " انى لم اقصد بيع مالى " بل لو قصد احد انواعه لا يكفى فى قصد نوع آخر. لتباينها. و لعله نظر فى الايضاح الى هذا، حيث قال " و لما اعتبر القصد فى اصل المبيع ففى احواله اولى " و توضيحه ان البيع اذا كان مدلوله معلوما معينا ولم يلحقه القصد الى المدلول كأنها زل. والمكره لا يكفى مع عدم الاشتباه فى المدلول. وفى ما اشتبه المدلول ايضا، بسبب تعدد الانواع، والقصد هنا أولى بالاعتبار لكون المدلول والمقصود كليهما مجهولا. فمراده بالاحوال، الانواع .

١: وفى النسخة: من اعتقه

وحجة الثانى: هو ما ذكرنا فى رد حجة الاول. مضافا الى ما بيناه سابقا من كفاية الاجازة فيما لو ملك الفضولى المبيع بعد العقد. بل هنا اولى بالصحة لتحقق الملك حال العقد. مع انه ليس بأقل من بيع الغاصب، وقد بينا صحته بالاجازة. وحجة الاحتمال الثالث: انه انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه .ولأنه وان كان منجزا فى الصورة، فهو فى المعنى معلق. والتقدير " ان مات مورثى فقد بعتك ". و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لأعتقاد ان المبيع لغيره. هكذا ذكر فى الايضاح. وفيه ما فى الاول، فأن ذلك هو معنى الفضولى، وقد اثبتنا صحته موقوفا. واما الثانى، ففيه انه خلاف المفروض، و مناقض للأول. نعم ان فرض هكذا فله وجه اذا ابطلنا مطلق التعليق فى العقود. واما الثالث، ففيه مع ورود المنع الواضح، انه مناقض للأولين. ومنها: ما لو باع الواهب الموهوب فى الهبة الجايزة، كالهبة الغير المعوضة للأجنبى. ففيه قولان: البطلان، بمعنى عدم اللزوم، لا عدم قابليته للاجازة ايضا، وهو مختار الشرايع، و دليله انه بيع وقع فى ملك الغير. وليس مسبوقا بالفسخ حتى يرد البيع على ملكه وان قلنا ان البيع فسخ كما نقل الاتفاق عليه، فغاية الامر ان البيع سبب لفسخ الهبة، فقبله لا فسخ و بعده لا بيع. فالبيع سابق على الملك ولم يقع فى الملك. والصحة. وهو مختار العلامة فى القواعد و ولد فى الايضاح والشهيد الثانى. وقد يستدل عليه بوقوع الفسخ والبيع بتحقق واحد. والمفروض ان الفسخ يحصل بالعقد اتفاقا، فلو كان فاسدا لم يؤثر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فى الفسخ. وهو فى غاية الضعف اذ الدلالة على الفسخ لا يستلزم الصحة. بل كل ما دل على الفسخ يكفى. وقد توجه الصحة بأن العقد كاشف عن سبق الفسخ، لأن المعتبر فيه هو الرضا الباطنى، واللفظ دال عليه، فوقع البيع بعد الفسخ. ولا منافاة بين كونه بيعا و دالا على الفسخ السابق. وله وجه. وذكر فى الايضاح وجها آخر، وهو انه يؤول جزء منه بتفسخ الهبة فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد. ولعله مبنى على المسامحة فى الفاظ البيع. او مراده ايضا هو التوجيه السابق. وقد ذكر فى المسالك وجها آخر للصحة. وهو انه اذا تحقق الفسخ بهذا العقد

انتقل العين الى ملك الواهب، و كان العقد بمنزلة الفضولى وقد ملكها من اليه الاجازة فلزم من قبله، كما لو باع ملكه غيره ثم ملكه، او باع فأرهنه ثم فكه ونحو ذلك. واولى بالجواز هنا. لأن بايع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له. بخلاف هذا، فأنه قاصد للبيع مطلقا. اقول: قد عرفت انه لا يصح، الا بالاجازة. و نقل فى الايضاح عن المبسوط بطلان البيع. و كأنه ناظر الى بطلان الفضولى مطلقا. هذا كله اذا كانت الهبة جايزة و اما ان كانت لازمة، فلا يصح بعنوان اللزوم جزما. نعم يقف على الاجازة، على الاصح. و اما ان كانت الهبة فاسدة، فقد عرفت دعوى اجماع العلامة على الصحة، وهو على الاطلاق، مشكل، بل لا بد من التفصيل بصورة العلم بالفساد، و عدمه. فيحكم بالصحة فى صورة العلم. و بعدمها بعنوان اللزوم فى صورة الجهل. ونسب فى الكفاية الصحة فى صورة الجهل الى المشهور ولم ينقل خلافا فى صورة العلم. قال فى المسالك: وجه الصحة فى الجميع - أى فى الهبة اللازمة والجايزة و مع العلم بالفساد و عدمه - وقوع العقد من مالك جايزة التصرف. فيكون صحيحا. ثم قال " و يحتمل العدم - أى عدم الصحة - على تقدير عدم علمه بالفساد. لأنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصود ". بل ويظهر منه احتمال عدم الصحة فى صورة العلم بالفساد ايضا حيث قال " ويجوز على تقدير علمه بالفساد ان لا يبيع وانما اقدم على بيع مال غيره بزعمه " يعنى يجوز أن لا يكون مقصوده البيع اللازم من قبل نفسه بل يكون مقصوده بيع ما هو مال الغير بزعم ذلك الغير - وهو المتهب - لغرض من الأغراض. و يمكن أن يكون الضمير المجرور فى " زعمه " راجعا الى البايع. يعنى يجوز مع العلم بأنه ماله أن لا يبيع العين الموهوبه عالما بانها هى، بل اشتبهت عليه و زعم أنها مال غيره، و باعها ثم ظهر انها هى. ثم قال " فمجرد ايقاعه البيع أعم من قصده اليه على تقدير علمه بملكه و عدمه .والعام لا يدل على الخاص. فالقصد الى البيع على تقدير كونه مالكا مشكوك فيه .فلا يكون العقد معلوم الصحة ". اقول: يعنى ان على فرض العلم بملكه يحتمل ان يكون اقدامه على البيع، على وجه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مال غيره بزعمه. و على فرض الجهل فلم يبع مال نفسه. لبنائه على انه مال غيره. ثم اجاب عن ذلك بما حاصله ان اللفظ الصريح كاف فى حمله على القصد فى العقود الشرعية، الا مع القرينة على خلافه، كما فى المكره والهازل. فيصح البيع فى صورة العلم بالفساد، وهو جيد. واما فى صورة الجهل بالفساد، فلا يدفع لما ذكره من عدم الصحة. الا ان يجيز بعد ظهور الفساد، على ما حققناه سابقا، الا ان يكون الصحة اجماعية كما يظهر من القواعد. ومنها: ما لو باع مال الغير، ثم ظهر ان وكيله اشتراه له قبل البيع، والكلام فيه كما تقدم، واما لو اوصى بعبد - اعتقه - لاحد ثم ظهر فساد العتق، فيظهر مما نقلنا عن القواعد سابقا كونها اجماعية. وافتى به المحقق فى الشرايع بدون اشكال. واستشكل فى المسالك بما مر، وزاد عليه ان فى ما نحن فيه - وهو الوصية - كالهازل والعابث، حيث انه يعتقد العتق ومع ذلك يوصى به للغير. و لا ريب انه فى ظاهر الشرع اتى بما هو غير صحيح فى الظاهر. بخلاف بيع مال الغير، فانه فى الظاهر بيع صحيح، غاية الامر كونه متزلزلا بالنسبة الى المالك. وقال: ان القول بتوقفها على تجديد اللفظ يدل على [ان] امضائها متعين، وهو فى الحقيقة فى قوة وصية جديدة، و يكفى فيها كل لفظ دل عليه، والامضاء من جملتها، ولا ينحصر فى لفظ مخصوص، وهو كما ذكره. والله العالم باحكامه.

١٦٩- سوال: هل يجوز لمن باع سلعته من غيره، ان يشترى منه؟ وان جاز فهل يجوز مع شرط ذلك فى ضمن العقد؟ وهل فى ذلك فرق بين ما كان بيع المتاع حالا، او مؤجلا -؟ و بين كون البيع الثانى حالا، او موجلا- ؟. وفى خصوص بيع النسيئة، بين كون البيع الثانى قبل انقضاء الاجل وبعده بجنس الثمن و غيره بزيادة او نقصان، اولا -؟ -؟.

جواب: الظاهر انه لا خلاف بينهم فى بطلان البيع مع الشرط مطلقا. و يظهر من الشهيد الثانى، التردد فيه. حيث قال " مستنده غير واضح ". واما بدون الشرط، فالظاهر ايضا عدم الخلاف من جوازه فى الحال. وانما الخلاف فى النسيئة. فالمشهور فيه ايضا الجواز، وقيل لا يجوز بيعه بعد حلول الاجل بزيادة عن ثمنه الاول. او نقصان عنه. مع اتفاقهما فى الجنس، فههنا مقامات :

الاول: بطلانه مع الشرط. (ومرادهم هنا اعم من الحال والنسيئة. كما صرح به فى الروضة والمسالك وان كان عنوان المسئلة و بعض كلماتهم مختصا بالنسيئة .ووجه التخصيص، ان مراد المخصص بيان الخلاف الواقع فى النسيئة فعقد المبحث له). واحتجوا عليه بوجوه: منها: استلزامه للدور، كما حكى عن التذكرة ولا يحضرنى التذكرة. و تقريره فى ما حضر عندنا من الكتب لا يخل عن اغلاق واجمال او فى العبارات ببيانه والرد عليه، ما ذكره فى الروضة فلنقصر عليها. قال: لان بيعه له يتوقف على ملكيته المتوقفة على

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بيعه. قال: وفيه ان المتوقف على حصول الشرط، هو لزوم البيع. لا انتقاله الى ملكه. كيف لا واشتراط نقله الى ملك البايع من المشترى مستلزم لانتقاله اليه .غايته ان تملك البايع موقوف على تملك المشترى. واما ان تملك المشترى موقوف على تملك البايع فلا، ولانه وارد فى باقى الشروط. خصوصا لو شرط بيعه للغير، مع صحته اجماعا، و اوضح لملك المشترى ما لو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل. لتخلل ملك المشترى فيه .اقول: الظاهر ان مراده من تقدير الدور (بالنظر الى سياق كلامه - ره - حيث جعل لزوم الدور دليلا على بطلان البيع الاول) ان بيع البايع بسبب اشتراطه ببيع المشترى له يتوقف على ملكية المشترى للمبيع. و ملكية المشترى له موقوف على بيع البايع. اذ لم يكن ملكا له قبل البيع فيصير بيع البايع موقوفا على بيع البايع. ويمكن ان يكون مراده ان بيع المشترى للمبيع موقوف على ملكية المبيع له. و مكيته له موقوفة على بيع البايع. لانها انما تحصل من جهة بيع البايع. و تتمة بيان الدور مطوية، وهى ان يقال: فاذا كان بيع البايع مشروطا بان يبيعه المشترى ثانيا - كما هو مفروض المسئلة - فيلزم الدور. والحاصل: ان بيع المشترى معلول لبيع البايع ولولاه لم يصح بيعه ولم يتحقق حقيقته. فاذا كان بيع البايع مشروطا ببيع المشترى، فيلزم ان يكون معلولا له فبيع المشترى معلول لبيع البايع و بيع البايع ايضا معلول لبيع المشترى. وهذا هو الدور. و يمكن ان يرجع الضمير فى " بيعه " الثانى ايضا للمشترى. لانه ما لم يقبل البيع، لا يبيع، فبيع المشترى موقوف على ملكيته الموقوفة على بيعه الذى صار سببا لبيع البايع. ولا يخل عن بعد .

زهرت ترجمه
Translation Mohammad
Me

و كيف كان فمثال الجميع الى امر واحد. واما مراده من قوله - ره - " وفيه ان المتوقف... " فى تقرير الرد، فهو ان بيع المشترى من البايع من جملة الشروط المذكورة فى ضمن العقد. وليس معناه الشرط التعليقى المناسب للعلية. فهو بيع و شرط. لا بيع بشرط. وغاية الامر فى الشروط المذكورة فى ضمن العقد حصول الخيار للمشروط له، اذا لم يتحقق الشرط. فلزومه مشروط. بحصوله. لا تحققه. فنقول ان توقف وجود بيع المشترى على بيع البايع مسلم. ولكن توقف وجود بيع البايع و صحته على بيع المشترى، ممنوع. بل المتوقف عليه انما هو لزومه. فلا دور. وانما يلزم الدور لو اريد بالشرط، التعليقى. وهو فى معنى السبب المصطلح. وتوضيحه :ان صحة بيع المشترى لهذا المبيع معلق وموقوف على تحقق بيع البايع، فاذا جعل بيع البايع ايضا معلقا على بيع المشترى فهذا هو الدور. وقوله " كيف لا " .... يعنى كيف لا يكون المتوقف على حصول الشرط، لزومه. والحال ان الانتقال الى المشترى مفروغ عنه. لأن معنى اشتراط بيع المشترى منه، ان ينقل المشترى المبيع اليه، وهو لا يصح الا بعد تحقق الانتقال اليه. اذ لا معنى لنقل ما ليس بملكه الى البايع. فهذا قرينة على ان مراد البايع الشارط من قوله " بعتك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هذا بشرط ان تبيعنى اياه "، ان تنقله الى بعد ما بعته منك و نقلته اليك. لا، ان تنقله و ان لم ينتقل اليك. فلا مجال لحمل كلامه على الشرط التعليقى المستلزم للمحال، بل يجب حمله على الشرط الذى يذكر فى ضمن العقد. فلا وجه لما قد يورد على الشارع بان الاشتراط المذكور باطل عند المستدل الذى اورد الدور. لانه عند اشتراط [النقل ممنوع] ١. فلا وجه للاستناد اليه. لان البطلان عند المستدل مبنى على فهمه من الاشتراط الصادر عن البايع، من حمله على التعليق. ومراد الشارح التنبيه على ان هذا الفهم غلط. قوله - ره - " غايته ان تملك البايع موقوف... ". توضيحه: انه لما منع توقيف النقل

١: و عبارة النسخة: عند اشتراط الحمل محال

والانتقال فى هذا البيع المشروط، على شرط - بل المسلم هو توقيف لزومه على شرط تعليقى - تفطن لا حتمال ان يورد الدور ويثبت التوقيف فى النقل والانتقال بوجه آخر. وهو انه على فرض كونه من باب الشرط فى ضمن العقد، لا التعليق، واندفاع الدور من جهة التعليق فى العقد الاول. لكنه يمكن ان يقال ان تملك البايع ثانيا، بعد حصول النقل منه اولا، متوقف على تملك المشترى و تملك المشترى ايضا موقوف على تملك البايع. اذ لولاه، لما حصل الملك للمشترى، فلا ينفك هذا البيع عن الدور، وان كان ذلك من جهة ملاحظة الشرط فى ضمن العقد، فيثبت البطلان. واجاب عنه بان غاية الامر ثبوت توقف تملك البايع بالبيع الثانى على تملك المشترى، ولكن تملك المشترى لا يتوقف على تملك البايع. بل انما هو متوقف على مالكية البايع و بيعه فى اول الامر فلادور اصلا. قوله - ره " - ولانه وارد فى باقى الشروط " عطف على قوله " ان المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع " والاولى حذف كلمة " اللام " ليصير مدخولا لكلمة " فيه " ١ .وهذا جواب عن الدور على سبيل النقض. وبيانه ان هذا الكلام وارد على ساير الشروط [ايضا]. خصوصا فى شرط بيعه للغير، مع انه اجماعى، اذ صحة بيعه للغير متوقف على تملك المشترى، وتملكه موقوف على بيع البايع. فاذا كان بيع البايع ايضا موقوفا على بيع المشترى المتوقف على تملكه جاء الدور. والجواب ما مر .قوله - ره - " واوضح لملك المشترى.... " توضيح لكل ما ذكر فى رد الدور من الحل والنقض، الذى مرجعه الى شئ واحد. وهو ان شرط بيع المشترى انما هو من باب الالزام والالتزام لفعل يفعله المشترى فى ماله بعد انعقاد البيع و ترتب ثمرته. وليس بتعليق شئ على شئ. وقال اوضح الامثلة فى ذلك بعد ثبوت الملك للمشترى هو ما لو جعل الشرط بيع المشترى من البايع بعد الاجل. فانه يظهر منه انه قبل حلول الاجل مال

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: و كان الاولى للمصنف (قدس سره) ان يعبر بلفظ " داخلا " بدل " مد خولا ." ويبدل كلمة " اللام " فى " الكلمة " بكلمة " فى ". لانه ان كان مراده منه الاصطلاح الادبى، فليس لكلمة " فيه " مدخول. و ان كان مراده انه فقرة من الفقرات المذكورة بلفظة " فيه "، فهو داخل فى فقراتها لا مدخول لها

المشترى، سواء كان المراد من الاجل، اجل النسيئة، كما هو مفروض المسئلة فى عبارة اللمعة. او [كان] المراد ١ اجل ما، ولو كان فى البيع الحال. فان ذلك كاشف عن تخلل ملك المشترى بين البيع الاول والثانى. فانه اوضح فى افادة وقوع البيع الثانى بعد حصول الملك، مما اطلق الشرط ولم يقيده بما بعد الاجل .واما لو شرط بيع المشترى (من البايع بعد البيع الاول) بلا فصل. فيبطل، سواء قلنا بلزوم الدور، او لم نقل. وقد صرح بالبطلان فى هذه الصورة فى المسالك فى احكام بيع المرابحة. فان المحقق (ره) بعد ما ذكر بطلان شرط بيع المشترى من البايع فى مبحث " بيع النسيئة " قال فى مسائل احكام بيع المرابحة " ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز " وقال فى المسالك " قد تقدم الكلام فى ذلك وفى علله، وانها كلها مدخولة ". ومراده ما ذكر من ابطال الدور وغيره. ثم قال " وضمير - لم يجز - ينبغى عوده الى البيع ليقع باطلا، كما هو الواقع، لا الى الشرط، فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد. وانما يبطل لو كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بلا فصل. فلو شرط بيعه بعد مدة، او اقالته فيه بعدها. صح ." اقول: انه - رحمه الله - لما استفاد من كلام المصنف والجماعة بطلان البيع بهذا الشرط، قال فينبغى ان يعود الضمير الى البيع ليوافق مطلبه. واما لو عاد الضمير الى الشرط، فهو فى قوة كبرى كلية. وهى ان كل شرط غير جايز فهو مبطل للعقد. وليس كذلك اذ قد يبطل الشرط ولا يبطل العقد، كما فى كثير من مسائل النكاح. فلا يمكن الاستدلال بعدم جواز الشرط على بطلان المشروط. الذى هو مراده بعنوان الكلية، نعم، اذا شرط ان يبيعه بلا فصل، فهو مستلزم لبطلان العقد. لانه شرط مخالف لمتقضى العقد. لانه مفوت للقدرة على التسليم، بل التمكن من التصرف منه والانتفاع من المبيع، فالشرط من حيث هو موجب لبطلان العقد. مع قطع النظر عن كونه منفيا عنه ام لا،

١: وفى النسخة: اذ المراد

بخلاف ما لو شرط البيع بعد المدة، او اقالته فيه بعدها، فانهما لا ينافيان صحة العقد، وان فرض كونهما غير جايزين. فبطلان العقد، ح يحتاج الى دليل خارجى و من جميع ما مر يظهر ان مراده من قوله " فلو

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شرط بيعه بعد مدة، او بيعه لغير البايع " ليكون بيان الشرط الصحيح - مطلقا او بيعه من البايع - بناء على هذا. (حيث ابطل دليل البطلان من الدور و غيره) لا على مذاق المحقق والجماعة. ثم انه قد يعترض على ابطال الاستدلال بالدور - بان هذا الشرط، شرط اللزوم لا الصحة حتى يلزم الدور - بان الظاهر من الشرط هو شرط الصحة واصل تحقق العقد. واما النقض بشرط العتق ونحوه، فانما خرج بالاجماع على صحته. لا انه من باب شرط اللزوم. كما انه يمكن ان يقال البطلان فى ما نحن فيه اذا شرط البيع والنقل الى البايع بعد انتقاله الى المشترى انما هو للاجماع لا للزوم الدور. و كذلك على لزوم عدم القصد الى الاخراج، بانه انما يتم فى صورة التعليق الذى هو الظاهر من مرادهم، لا من صورة شرط اللزوم. وحاصل كلام المعترض يرجع الى المستدلين بالدور و بعدم حصول القصد الى الاخراج، انما ارادوا فى صورة التعليق. وان كانوا قائلين بالبطلان فى صورة اشتراط البيع ثانيا، بعد الانتقال من باب شرط اللزوم ايضا بدليل آخر من اجماع وغيره. وانت خبير بانه ينافى اطلاق كلامهم، والدليل ح اخص من المدعى. مع ان الاهم بيان دليل بطلان شرط اللزوم، وليس مذكورا فى كلامهم. ومنها: ١ عدم حصول القصد الى نقله عن البايع. وتوجيهه ان البيع عبارة عن نقل الملك الى آخر بعوض معلوم .وهذا النقل المشروط بنقل المشترى اليه ثانيا، ليس بنقل حقيقى. و رد بان المفروض حصول القصد الى نقله الى المشترى وانما عرض القصد الى نقله الى البايع بعد النقل الاول، بل شرط الى البايع مستلزم لقصد النقل الاول (نظير ما مر فى الوجه الاول) والا لم يتحقق النقل الثانى، لتوقفه عليه. ومثال الكلام فى هذا الوجه

١: عطف على اوائل المسئلة المبحوث عنها، حيث قال: فهيهنا مقامات: الاول :بطلانه مع الشرط.... واحتجوا عليه بوجوه: منها ...

نهضت ترجمه
Translation Movement

وجوابه، الى ما حققناه فى الوجه الاول، وهو ان هذا من باب اشتباه الشرط المذكور فى ضمن العقد، بالشرط بمعنى التعليق، والمفروض فى ما نحن فيه، هو الاول. لا الثانى. و يزيد عليه النقض بانهم اتفقوا على انهما لو لم يشترطا ذلك فى العقد، صح. وان كان من قصدهما اعادة المبيع الى البايع. والحال ان العقد تابع للقصد. فظهر ان قصد الاعادة الى البايع لا ينافى قصد النقل منه الى المشترى، والذى يضر بالبيع انما هو عدم القصد الى نقل الملك اصلا. بحيث لا يترتب عليه حكم الملك. ومنها: ما رواه الحميرى فى " قرب الاسناد " - على ما نقله فى الكفاية [و] قال ولا يبعد الحكم بصحة اسناده - عن على بن جعفر عن اخيه - ع - " قال: سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم، ثم اشتريه بخمسة دراهم، ايحل؟ قال: اذا لم يشترط و رضيا فلا بأس " ١ قال: الا انه فى كتاب على بن جعفر انه قال ".. بعشرة دراهم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الى اجل، ثم اشتريه بخمسة دراهم بنقد " ٢ .اقول: الظاهر ان حجة الاصحاب انما هو ذلك، مع عدم ظهور الخلاف بينهم. وان امكن المناقشة فى الدلالة بان مفهوم الرواية ثبوت البأس فى صورة الاشتراط . وهو اعم من الحرمة فضلا عن البطلان. الا ان يضم اليه قرينة السوال، فيكون المراد فى المفهوم، نفى الحلية. والا لثبت الاهمال فى الجواب، وهو ينافى الحكمة. واما على ما قيل " ان [ما] يقال فيه لا بأس ففيه بأس " فالامر اوضح. فان المفهوم ح انتفاء الرخصة الموصوفة بان فيها باسا، و لا يمكن تحققها الا بانتفاء الرخصة مطلقا ٣. والا لزم ان يكون ما لم يشترط فيه اسوء حالا مما اشترط فيه. وهو كما ترى. ولا يذهب عليك انه لا يجرى هنا القاعدة المقررة من " ان السؤال غير مخصص للجواب " فانها انما يتم فى ما اذا كان الجواب عاما يشمل السؤال. لا فى ما يحتمل السؤال و غيره، وسيجئ من الاخبار ما يؤيد المقام ايضا. ثم، انك قد عرفت ان المراد من

١و ٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧١، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٦. ٣: اى تكليفيا كان او وضيعا. فعدم الرخصة يشمل الحرمة و البطلان معا. و توضيحه: ان " لا " نافية للجنس فالمراد من " لا بأس " انه لا حرمة ولا بطلان. فيكون المفهوم ان المشترط فيه باس مطلقا، اى هو حرام و باطل. والا فيكون المشترط حراما ولكن صحيحا. والغير المشترط حراما وباطلا ايضا

الشرط المبطل للبيع، هو ما يذكر فى بين العقد. مثل ان يقول البايع " بعتك هذا الفرس بالمبلغ الفلانى و شرطت ان تبيعنيه " لا بمعنى التعليق. فاعلم: انه مع حصول الشرط وذكر ذلك فالامر واضح. واما لو شرطاه قبل العقد ونسيا ذكره حال العقد، مع علمهما بانه لا عبرة بما ذكر قبل العقد. او توهما انه يلزم بمجرد ذلك (اذا جهلا بانه لا عبرة به) مع قصدهما له فى الصورتين: فالظاهر فيهما البطلان. لانهما انما اقدما على البيع بالشرط المذكور. فهو كما لو ذكر الشرط فى بين العقد. واما لو كان الشرط من قصدهما حال العقد بدون ذكره اصلا، ففيه اشكال. ويظهر عن المحقق الصحة مع الكراهة. حيث قال " ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز. وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره ." واورد عليه بانه ظاهر اللفظ اطلاق النقل ومقتضى القصد تقييده بنقل المشترى اليه ثانيا، والعقد انما يتبع القصد، و مقتضى ذلك البطلان. واجيب: بان القصد وان كان معتبرا فى الصحة، فلا يعتبر فى البطلان. لتوقف البطلان على اللفظ والقصد. و كذلك الصحة. وفى عبارة المجيب اغلاق و تفكيك. ولكل من الاعتبارين فى كلامه معنى آخر. ففى الاول معناه ان القصد الى المدلول مما لابد منه فى الصحة، ويعتبر حصوله. وفى الثانى معناه ان القصد الحاصل لا عبرة به، ولا يعتنى به بدون اللفظ. لتوقف البطلان على انضمام اللفظ اليه. و كذلك فى الصحة لابد من انضمام القصد الى اللفظ. والظاهر ان مراد المجيب المعارضة. يعنى انه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اذا كان مطابقة اللفظ والقصد معتبرة، كما انك تقول ان صحة العقد متوقفة على القصد الى مدلوله. والمفروض عدمه. اذ المدلول مطلق والمقصود مقيد. فنقول ان البطلان انما هو بشرط الاعادة على البايع ونقل المبيع اليه. فكما ان اللفظ بدون القصد ١ [لا يكفى] فى الصحة، فالقصد ٢ الى الشرط بدون اللفظ ايضا لا يكفى فى البطلان. واعترض على هذا الجواب بان عدم الصحة الحاصل بانتفاء القصد الى المدلول، يكفى فى

١و ٢: وفى النسخة: العقد

اثبات البطلان. فلا يكفى مجرد العقد. كما لا يكفى فى الساهى والهازل والغالط والمكره. فلا يحتاج فى اثبات البطلان الى ذكر اللفظ. والتحقيق: - كما يستفاد من المسالك ايضا - ان يقال لابد فى العقد من القصد الى المدلول بعنوان البت المترتب عليه اثر الملك للمشترى، واذعان الطرفين بان المشترى لا يلزمه الاعادة. ولا ينافى ذلك وعد المشترى للاعادة ولا رجاء البايع لذلك. فلو تواطئا على ذلك قبل العقد، مع اعتقادهما بان الملك يصير ملكا للمشترى، ولا يلزمه الاعادة. ولكن اقدم البايع على ذلك بحسن ظنه بالمشترى انه يفى لوعده ويعيد المبيع الى البايع بحسن طويته. مع كونه مختارا فى الاعادة وعدمه. فلا يضر كونه مقصودة فى العقد الاعادة. نظرا الى اطمينانه بالمشترى. فظهر من هذا ان كلمة " ذلك " فى قول المحقق " وان كان ذلك من قصدهما " اشارة الى اعادة المبيع الى البايع. لا الى شرط ذلك. وحاصل المقام: ان ما قالوا - فى مسئلة الشرط فى ضمن العقد - انه لا عبرة به اذا تقدم ذكره على العقد، مع قطع النظر فى صحة الشرط وفساده. وانه لا يفيد اللزوم ووجوب الوفاء به، اذا تقدم. بل لابد من تخلله بين الايجاب والقبول. واما حال نفس العقد، اذا كان شرطا فاسدا، مثل شرط الاعادة فى ما نحن فيه. فهل يؤثر فى بطلان العقد بناء على ان بطلان الشرط مستلزم لبطلان العقد -؟ ففيه تفصيل: فان كانا عالمين بعدم العبارة بما يذكر قبل العقد، ولكن نسيا ذكره حال العقد، مع قصدهما له حال العقد. او كانا جاهلين بذلك وتوهما اللزوم بمجرد ذلك وعقدا بهذا القصد. فالظاهر انهما فى حكم ما لو ذكرا فى بين العقد فى البطلان. لان القصد الى البيع انما هو على هذا الشرط الفاسد. واقدما على البيع على الوجه الفاسد. والعقد تابع للقصد. واما لو لم يذكرا الشرط اصلا. ولكن كان من قصدهما ايقاعه على هذا الشرط، فان فرض تحقق مثل هذه الصورة، فانه ايضا باطل. مثل ما ذكر فيه. لان العقد تابع للقصد والتراضى بما وقع كذلك. واما اذا قصدا الى البيع كذلك من دون ذكر الشرط ولا قصد الشرط. مثل ان يجيئ المشترى الى البايع ويقول " انا محتاج الى الدراهم فهلم اشترى منك متاعا نسيئة بماتين

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ثم ابايعك نقدا بماة، حتى تنتفع انت وتقضى حاجتى " فتراضيا من دون شرط ذلك بل بنيا الامر على الاختيار والمودة بعد لزوم البيع. وعدم التسلط على الاعادة لزومها لواحد منهما. فهو صحيح، غير مضر. ١ وللمحقق الاردبيلى (ره) هنا كلام يشبه ان يكون مراده ما ذكرنا من التفصيل. ولكن فيه اجمال لا يفى بذكر المطلب. ثم قال ويؤيد ما قلنا صحيحة يعقوب بى شعيب الثقة " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - قلت: اعطى الرجل له التمرة عشرين دينارا، واقول له اذا قامت تمرتك بشيئ فهى لى بذلك الثمن، ان رضيت اخذت وان كرهت تركت. فقال: انا نستطيع ان نعطيه ولا نشترط شيئا. قلت: جعلت فداك، لا يسمى شيئا، الله يعلم من نيته ذلك. قال: لا يصلح اذا كان من نيته. " فافهم. انتهى كلامه (ره). ولعل (ره). ولعل مراده من التأييد ان النية كافية فى البطلان، مع عدم اللفظ ٢. كما ذكره فى صورة ايقاع العقد مع القصد الى الشرط من دون ذكره .المقام الثانى :جواز اشتراء البايع من المشترى بدون الشرط. ولا خلاف فيه فى الحال، ولا اشكال، و كذلك الظاهر من عدم الخلاف والاشكال فى النسيئة، اذا كان قبل حلول الاجل بزيادة على الثمن او نقصان، بجنس الثمن او غيره، حالا و موجلا .للعمومات والخصوصات مثل صحيحة بشار بن يسار " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يبيع المتاع بنساء و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه (؟). قال: نعم لا باس به. فقلت: اشترى متاعى. فقال: ليس هو متاعك، ولا بقرك، ولا غنمك. ". ٣

١: ليت شعرى ما مراد المصنف (ره) من عبارته قبيل هذا " لان القصد الى البيع انما هو على هذا.... والعقد تابع للقصد " وما الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى الا توهم اللزوم هناك والتواطى على اللزوم هنا، نعم، لو صرحا بعدم اللزوم فله وجه. ولكنه خارج عن الفرض. لا ريب فى البطلان فى هذه الصورة كسابقتيه. لكن المصنف (ره) افتى بالصحة على مبناه فى مسئلة " الفرار من الربا " راجع المسئلة ٦ من هذا المجلد. ٢: ولقائل ان يقول: بل هنا النية واللفظ كلاهما موجود معا اذ الصيغة فى الواقع قول المشترى " هلم اشترى منك بماتين ثم ابايعك بماة " و قبول البايع - على ما قرر فى محله من جواز الايجاب من قبل المشترى والقبول من قبل البايع. ثم، لنا ان نفرض المسئلة بالعكس، ان يقول البايع للمشترى كذا... و ما يتكلمون به بعد هذه التوطئة بعنوان الصيغة فهو هذل، و محض لفظ لا قصد فيه اصلا. ٣: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧٠، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٣

و صحيحة منصور بن حازم " قال: قلت لابى عبد الله - ع -: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فاتى الطالب يتقاضاه، فقال المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى. فرضى. (؟). قال: لا باس بذلك " ١. فان الظاهر ان المراد بهذا الغنم، التى اشتراها منه. ورواية الحسين بن منذر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

- ولا يخل عن مدح و من جملة الروات عنه ابن ابى عمير فالسند معتبر -: " قال: قلت لابى عبد الله - ع -: يجيىء الرجل فيطلب العينة، فاشترى له المتاع مرابحة، ثم ابيعه اياه، ثم اشتريه منه ثم اشتريه منه مكانى (؟). [قال: اذا كان بالخيار ان شاء باع، وان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت، وان شئت لم تشتر. فلا باس. فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون: ان جاء به بعد اشهر، صلح. قال: انما هذا تقديم و تاخير، فلا باس.] " ٢. و [غيرها] من الاخبار. و اما صحيحة منصور بن حازم " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يكون له على الرجل طعام، او بقر، او غنم، او غير ذلك. فاتى المطلوب الطالب، ليبتاع منه شيئا (؟). قال: لا [يبيعه نسيا. فاما نقدا فليبعه بما شاء .٣ " .] المشعرة بانه لا يجوز بيعه نسيئة، ففيها اولا انها مجملة يحتاج تنزيلها على ما نحن فيه الى تقدير مضاف. يعنى " قيمة طعام او بقر ". وان يكون " الطالب " فاعلا لكلمة " اتى "، و " المطلوب " مفعوله. وان يكون المراد من كلمة شيئا هو شيئ من البقر والغنم التى اشتريه منه نسيئة. ولذلك ظن بعضهم انها تدل على انه لا يجوز [كون] قيمة السلف دينا فى ذمة البايع. مع انه ايضا خلاف الظاهر. لانه ليس فى الرواية انه يريد ان يشترى منه بان يجعل قيمته مما فى ذمة البايع. و كذلك ارادة السلف من النسيئة خلاف الظاهر. و كيف كان فلا يعارض بها الاخبار الصحيحة عموما و خصوصا. و ربما يحمل على الكراهة، يعنى كراهة اشتراء ما باعه نسيئة ٤ .

١و ٢: المرجع، الحديث: ١ و ٤. ٣: المرجع، الباب ٦ ح ٨. ٤: لكنه من البين ان هذه الصحيحة لا ربط ولا اشعار ولا دخل لها فى ما نحن فيه، اى " اشتراء البايع من المشترى المبيع الذى باعه منه ". لكن المصنف (ره) نظر الى مبناه فى السلف " يكرر البحث عن هذا الحديث، راجع المسئلة ١٠١ و ١٣٩ من هذا المجلد

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

المقام الثالث: [فى] جواز ان يشترى البايع منه بعد حلول الاجل، اذا باعه نسيئة. و لا خلاف فى جوازه ايضا ظاهرا، اذا ابتاعه من المشترى بجنس الثمن، او بغير جنسه من غير زيادة ولا نقصان. و اما لو زاد عن الثمن او نقص، مع كونه من جنسه ففيه قولان. اشهرهما و اظهرهما الجواز. للعمومات والخصوصات المتقدمة. وقد يستدل بصحيحة ابان بن عثمان عن يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة " :قالا سئلنا ابا عبد الله - ع - عن رجل باع طعاما بماة درهم الى اجل، فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه. فقال ليس لى درهم خذ منى طعاما. (؟). فقال: لا باس انما له دراهمه ياخذ بها ماشاء. " ١ و فيه اشكال لعدم ظهور كون الطعام الثانى هو الطعام الاول. مع ان الظاهر ان المراد من الرواية، الاخذ من باب وفاء الدين. لا الاشتراء. الا ان يتمسك بترك الاستفصال فى الجواب، ويق: ان المراد باخذ الدراهم كيف شاء، ما يشمل اشتراء عين المبيع بزيادة على الثمن الاول، او نقص. وفيه تكلف. واما القول الثانى: فدليله رواية خالد بن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الحجاج: " قال سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل بعته طعاما بتاخير الى اجل مسمى، فلما جاء الاجل اخذ ته بدراهمى، فقال ليس عندى دراهم ولكن عندى طعام فاشتره منى (؟). فقال :لا تشتر منه فانه لا خير فيه " ٢ و عمل بها الشيخ حملا لها على ما ذكر. وهى مع ضعفها، لا دلالة فيها على مطلوبه، من وجوه. و ربما يويد بما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن قيس صحيحا، عن ابى عبد الله - ع -: " قال سئله محمد بن القاسم الخياط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من الرجل الى اجل فاجيئ وقد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندى دراهم (؟) قال: خذ منه بسعر يومه. قال: افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى. قال: لا تاخذ منه حتى يبيعه و يعطيك .قال: ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على " ٣. وفى دلالتها ايضا تامل .بل ربما يكون على خلاف المطلوب ادل، بملاحظة سعر يومه .

١: الوسائل: ج ١٣، ص ٧١، ابواب السلف، الباب ١١ ح ١٠. ٢: المرجع، الباب ١٢ ح ٣: ٣. الوسائل: ج ١٣، ص ٧٥، ابواب السلف، الباب ١٢ ح ٥ - وفيه " الحناط "

و كيف كان فلا يعارض بها ما مر من الادلة. وربما نقل القول بتخصيص ذلك بالطعام لوروده فى الرواية، وهو ايضا ضعيف. وربما حمل على الكراهة، قال فى الدروس " ولو كان المبيع طعاما ثم اشتريه البايع بعد الاجل، صح، على كراهة لرواية الخياط " ولا باس به للمسامحة فى دليلها. واعلم: ان فى كلام الاصحاب هنا اشتباها. فالذى يظهر من كلام الفاضلين وغيرهما نقل الخلاف فى جواز اشتراء البايع ما باعه نسيئة بعد الاجل. بجنس الثمن مع الزيادة والنقصان. ونقلوا القول بالمنع عن الشيخ فى النهاية و كتابى الحديث. والذى نشاهده فى النهاية و كتابى الاخبار ١ هو المنع عن اخذ المبيع عوضا عن الثمن بنقصان او زيادة، لا مطلق الاشتراء. وعلله فى الاستبصار بلزوم الربا. وتوجيهه انه اذا باعه مثلا كرا من الطعام بعشرين درهما الى سنة وتغيرا لسعر بعد السنة وصار قيمة الكر عشرة، فاذا لم يكن عند المشترى دراهم ويريد اعطاء الطعام فى عوضها فيلزمه كران من الطعام وهو ربا. لانه اعطى كرا واخذ كرين. وهذا (كما ترى) مختص بما اخذ الطعام فى عوض الثمن ولا يدل على ما نسبوه اليه بالعموم فانه [لا] يشمل لو اعطاه الدراهم ولكن اراد البايع ان يشتريه منه. فعموم كلماتهم يدل على ان الشيخ قال بعدم الجواز اذا كان قيمته اكثر من الثمن الاول او انقص، وليس كذلك. فلاحظ التهذيب و الاستبصار والنهاية، واخصها عبارة النهاية وهى انه قال " ومن باع الشيئ باجل ثم حضر الاجل ولم يكن مع المشترى ما يعطيه اياه جاز له ان ياخذ منه ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه فان اخذه بنقصان مما باع لم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يكن بذلك بأس ". و عبارة الكتابين اوضح من النهاية. وحمل كلمات الجماعة على ذلك تكلف فلنذكر عبارة واحدة منها: قال فى الدروس: " ويجور شراء ما باعه نسيئة قبل الاجل مطلقا، وبعده بغير جنس

١: المراد من كتابى الحديث و كتابى الاخبار هما التهذيب والاستبصار

المثمن مطلقا، و بجنسه مع التساوى. ومع الزيادة والنقصان الاقرب الجواز، وفى النهاية لا يجوز شرائه بنقصان عما باع به " و على هذا فيجوز اشتراء البايع المبيع ثانيا مع التفاوت بجنس الدراهم اذا اخذ الثمن، بلا خلاف من احد. فلتتنبه ذلك فان كلماتهم محل شبهة. واما ما ذكره الشيخ فى لزوم الربا فى الاستبصار - ونقل عن الخلاف - ففيه ان المعاملة انما وقعت على الدراهم، لا على الطعام. فلا معنى للزوم الرباء.

١٧٠- سوال: اذا عاوض زيد فرسه ببغل عمرو، بدون صيغة البيع وغيره. فهل هذا عقد لازم؟ وهل لها صيغة خاصة ام لا؟ -؟ وهل يجرى فيه خيار الغبن وغيره من الخيار ام لا؟ -؟.

جواب: اعلم ان المعاوضة من باب المفاعلة وهو موضوع للمشاركة بين اثنين فى مبدأ الاشتقاق. والفرق بينه و بين باب التفاعل ان الفعل ينسب الى احدهما صريحا والى الاخر ضمنا فى المفاعلة. واليهما صريحا فى باب التفاعل. واعلم ايضا: ان موارد المفاعلة مختلفة باختلاف اصل المبدأ، فقد لا يتحقق المشاركة الا مع تقدم صدوره من احدهما وتاخر الاخر. وقد يتحقق مع اتفاقهما فى الوجود. فمن الاول المكاتبة والمراسلة ونحوهما، فان احد الصديقين يكتب كتابا للاخر، ثم يرسل الاخر جوابه .و من الثانى المضاجعة والمواقعة و نحوهما. وقد يكون قابلا للامرين كالمضاربة والمنافرة. وكثيرا ما يستعمل فى ما لا يتحقق المبدأ الا من اثنين بمهيته كالمبايعة، فان البيع لا يتحقق الا بالايجاب والقبول من شخصين متغايرين حقيقة او حكما، شأن احدهما الايجاب والاخر القبول. فلما كان فعل كل منهما له مدخلية فى تحقق المبدأ ينسب المبدأ اليهما جميعا، فكان كل واحد منهما فاعلا للمبدأ وهما شريكان فى صدور المبدأ من كل منهما اما مجازا، او من باب التغليب. وحاصل هذا ان المبدأ فى المشاركين فيه قد يكون فردا شخصيا كالبيع، وقد يكون فردين من نوع كالضرب. و من هذا الباب المضاربة بمعنى القراض، والمزارعة، والمساقات وامثالها. اذا عرفت هذا فاعلم: ان ما يمكن ان يقال فى بيان عدم كونها عقدا مستقلا ان المعاوضة من قبيل المبايعة، فانها عبارة عن تعويض الشئ بشيئ آخر .فكما يتحقق المبايعة بايجاب

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

احد المتعاقدين وايجاب الاخر وقبول الاول ثانيا، فكذا المعاوضة يحصل، بجعل احدهما ماله معوضا ومال الاخر عوضا مع قبول الاخر. ولا يحتاج الى جعل الاخر ما له معوضا و مال الاخر عوضا مع قبول الاخر. فمجرد امكان ان يجعل كل واحد من العوضين عوضا و معوضا - كما فى صورة السؤال - لا يستلزم ان يعتبر فى كل منهما العوضية والمعوضية. بل يكفى اعتبار كون احدهما معوضا والاخر عوضا .غاية الامر كون الطرفين مخيرين فى الابتداء بالتعويض، فيصير ماله معوضا والاخر عوضا. فلو بادر احدهما بالتعويض وقبل الاخر فماله معوض و مال الاخر عوض. وبه يتحقق المعاوضة، ولا حاجة الى ان يجعل الاخر ايضا ماله معوضا ومال الاخر عوضا. كما يكون فى لفظ البيع ايضا كذلك. فلو اراد صاحب الفرس بيع فرسه ببغل صاحبه فيجعل الفرس مبيعا والبغل ثمنا وبه يتم البيع بعد قبول المشترى، ولا حاجة الى جعل صاحب البغل بغله مبيعا والفرس ثمنا ليتحقق مفهوم المبايعة .بل لا يصح ذلك، اذ بعدما جعل احدهما ماله معوضا و مال الاخر عوضا، فاما ان يقبل الاخر ذلك ثم يجعل ماله معوضا و مال الاول عوضا، فح قد صار ملك الثانى عوضا استحقه الاول فكيف يجوز له ان يجعل مال الغير معوضا. واما ان لا يقبل بقبول مستقل، بل يجعل هو ايضا تعويضه لما له بمال الاول نائبا عن القبول ..فهو ايضا باطل. لان هذا لا يصير قبولا للعقد الاول ليتعاكس العوض والمعوض .فيبقى العقدان خاليين عن القبول. و مما يمكن ان يقال فى بيان المغايرة: انه اذا فرض ان زيدا و عمروا يريدان معاوضة الفرس والبغل، وقال احدهما للاخر " تعاوضنا " يعنى " جعلت مالى وهو الفرس مبدلا عن مالك وهو البغل على ان يجعل مالك مبدلا عن مالى " و بالجملة " نقلت فرسى اليك بعوض بغلك " وقال الاخر ايضا " تعاوضنا " بهذا المعنى. فلا يبقى العقد خاليا عن القبول. وذلك كما ذكروا فى عقد الشركة. قال فى التذكرة " والا ظهر ان يكتفى فى عقد الشركة بان يقول كل منهما اشتركنا " والظاهر ان مبدأ الاشتقاق بمعنى العقد. وهو اذن كل واحد منهما للاخر فى التصرف فى المال المشترك بينهما بمعنى المخلوط. و كذلك

نقل عن ابى حنيفة الكفاية بـ " تعاوضنا " او " اشتركنا شركة المعاوضه " و مبدأ الاشتقاق فى " تعاوضنا " العقد الخاص المسمى بالمعاوضة. ثم: ان الظاهر ان الشركة اسم المصدر والمصدر هو الاشتراك، كالغسل والاغتسال. فقول القائل " اشتركنا " معناه اذنت للشريك فى العمل فى هذا المال الممزج، بان يأذن هو ايضا فى ذلك. ويقول الاخر ايضا " اشتركنا " بهذا المعنى، والحاصل من المجموع هو الشركة التى هو اسم المصدر. وعلى هذا فلابد من ذكر المتعلق فى " اشتركنا " مثل ان يقولا " فى هذا المال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

". بخلاف " تعوضنا " لان نفس المعاوضة مبدأ مستقل. يعنى " بيننا على ان يكون كل غنم وغرم لنا و علينا بيننا " واما " تعاوضنا " بمعنى المبحوث عنه فلا بد فيه ايضا من ذكر المتعلق، ولابد ان يكون مبدأ المعاوضة والتعويض بمعنى " جعلنا مالنا هذين كل واحد منهما عوضا عن الاخر ومعوضا " على الوجه الذى تقدم الاشارة اليه. والحاصل: انه يمكن قصد المعوضية والعوضية فى كل من المالين مقصودا. وح نقول: ان عقود المعاوضات التى ذكرها الفقهاء جنس لم يتحقق فيه المعاوضة. سواء كان احدهما عوضا والاخر معوضا كالبيع، والصلح الذى فيه عوض، والهبة المشروط فيها العوض، و ما كان كل من الطرفين عوضا ومعوضا. فالمعاطات ان وقعت غير مسبوقة بمساومة بل انما حصلت بمحض الاعطاء والاخذ فهو نوع تراض واباحة. ولا يدخل فى العقود بمعنى العهود الموثقة. وان وقعت بعد المساومة على قسم من اقسام المعاوضات، فهى تابعة لها، لكنها ليست لازمة. لعدم الاتيان [بالصيغة]، ولا يدخل فى عموم " اوفوا بالعقود ". و كذلك اذا وقعت بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا .واما بعد اجراء الصيغة فيصير عهدا موثقا و يجب الوفاء به ويصير لازما .والمعاوضة المبحوث عنها اذا خلت عن العقد بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا، فهى معاطاة فى المعاوضة - بالمعنى المبحوث عنها -. واذا جرى الصيغة بان يقولا " تعاوضنا " فيصير معاوضة لازمة بمعنى المبحوث عنها اذا عرفت هذا، ظهر لك انها ليست بيعا حتى يترتب عليها احكامه من الخيارات و غيرها .

نعم، يمكن اجراء كل ما كان الدليل فيه لزوم الضرر، كالغبن وظهور العيب ونحو ذلك. فهو تابع للادلة العامة، لا لخصوص ما ورد فى البيع، فلا يقال بثبوت الخيار الثلاثة فى الحيوان للمشترى، ولاخيار المجلس و غير ذلك من الاحكام. بل الاصل فيه اللزوم الا ما ثبت التخلف بالادلة العامة. و توهم ان العوضية والمعوضية امران اعتباريان و تفاوتهما انما هو بمحض الاعتبار، فاسد. بل انما هو مثل الثمن والمثمن، وهما يختلفان فى الاحكام مثل ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى اذا كان المبيع هو الحيوان، او نحو ذلك. فلابد من تعيينهما حتى يترتب عليهما احكامها. وتعيينهما انما هو بدخول الباء على الثمن. ويلزمه (على القول باختصاص خيار الحيوان للمشترى) ان يكون لمن يبيع ضيعته بفرس و يشترى ذلك الفرس ايضا بضيعته ثبوت خيار الفسخ له فى الثلاثة وعدمه. وهو محال. فكذلك العوض والمعوض ليس بمحض الاعتبار، و يتميز العوض بدخول الباء عليه. و من هذا يظهر ضعف ما نقل عن الشهيد الاعتراض على من استدل بلزوم تقديم الايجاب على القبول فى البيع، بان مورد لفظ " بعتك " معوض و مورد " اشتريت " عوض، والعوض فرع المعوض طبعا فينبغى تقديمه وضعا. وتقرير الاعتراض ان العوضية من الامور الاضافية المتعاكسة، فلا مزية لاحدهما بالاختصاص. وفى كل من الاستدلال والاعتراض، نظر. اذ

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

غاية توجيه كلام المستدل ان كلمة " بعت " مشتملة على نقل المعوض الى المشترى بعوض. و كلمة " اشتريت " على نقل العوض الى البايع .والتحقيق فى جوابه منع لزوم تقديم ما هو مشتمل على الموخر الطبعى. وغاية توجيه الاعتراض، ان كل واحد من الثمن والمثمن قابل لان يسمى عوضا فيمكن تسمية العوض معوضا وبالعكس. اذ كل منهما بدل من الاخر وليس هناك تقدم طبعى، وفيه ان غاية الامر امكان تحقق صورة فى المعاوضة وان يطلق على كل واحد من العوضين اسم العوض والمعوض. لا طراد ذلك فى جميع الصور. ولا ريب ان اعتبار العوضية والمعوضية فى البيع حقيقى، لا اضافى. والا لزم ان يكون الثمن مثمنا وبالعكس .وبه يختل الاحكام .

والتحقيق فيه ان القبول الذى لم يكن بلفظ قبلت مثل " اشتريت " و " ابتعت " اما ايجاب فى المعنى، يعنى " نقلت منك المبيع بالعوض المعلوم و بعت بعد قبول له " لعدم استحالة ذلك عقلا والا لم يتخلف فى عقد النكاح مع انه جايز فيه، والتعليل بخيار المرئة لا يرفع الاستحالة العقلية، كما هو واضح. او نقول انه قبول ولا استحالة فى تقديمه. والفرعية والتبعية انما يسلم فى مثال " قبلت " لا غير. فالثواب فى تقرير مراد المستدل ان يقال: ان مورد " بعت " هو نقل عين آخر بعوض، ومورد " اشتريت " قبول ذلك النقل بذلك العوض بعينه. ولا ريب ان الانتقال مطاوع للنقل ومتاخر عنه بالطبع، فلابد ان يكون اللفظ الدالة عليه متاخرا. وفى تقرير الاعتراض ان يقال: ان النقل كما يمكن تصويره فى المعوض يمكن تصويره فى العوض، فلا تقدم لاحد العوضين بالطبع فى صيرورتهما منقولا او منتقلا. ويظهر الكلام فيهما بعد تامل ما ذكرنا بادنى تصرف. فيمنع تقديم مادل على المتقدم بالطبع فى الذكر، ويمنع اعتبارية المنقول والعوض وجواز جعل كل من العوضين منقولا و منتقلا، وعوضا و معوضا. فنقول فى المعاوضة المبحوث عنها، ان كانت بمحض التقابض (من دون قصد الى شيئ من العقود المعهودة [و] اعتبار شرايطها) فهى معاطاة محضه. وان كانت بعد المساومة باحد العقود المعهودة فهى المعاطات التابعة لتلك العقد. وان لم يكن بمحض التقابض بل ذكر له صيغة بمثل " عاوضت " او " تعاوضت " او " با ذلت " ونحو ذلك، ووقع القبول، فلا محالة ينفك عن جعل احدهما عوضا والاخر معوضا. و لا يتصور جعل كل منهما عوضا و معوضا، كما ذكرنا. وح، فبعد ملاحظة ان لفظ " عاضه " و " اعاضه " و " عوضه " فى اللغة بمعنى اعطاه العوض. كما ان لفظ " اعتاض " و " تعوض " بمعنى اخذ العوض. فلابد ان يجعل ايجاب المعاوضة المبحوث عنها بلفظ " عاوضت " منقولا بمعنى نقلته فيصير معناه نقلته نقلا بعوض داخل فى ماهيته، كالبيع والاجارة. فلا يشمل الصلح والهبة المعوضه. فان كان مفعوله عينا فيصير بيعا. او منفعة فيصير اجارة او مزارعة او نحو ذلك. وح، فلابد من تعيين المقصود

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وملاحظة تحقق شرايط كل منهما. وان جعلت معاملة براسها، فلا يمكن الا بسبب التسمية لا باعتبار تمايز الماهيات. وهو مشكل. و بالجملة لم اقف على شيئ يدل على كونها عقدا براسها. وللشهيد الثانى (ره) فى المسالك هنا كلام ينبغى التعرض له: قال المحقق " وكذا ان عوض عنها و لو كان العوض يسيرا " قال [فى شرحه] " هذا ايضا من المواضع الموجبة للزومها من الجنبى " يعنى كما ان صورة تلف العين فى هبة الاجنبى موجب لسقوط الرجوع فكذلك تعويض الاجنبى عن الهبة موجب للزومها و سقوط الرجوع فيها. قال " وهو موضع وفاق من جميع الاصحاب حتى من المرتضى ١ - ره - كما قد عرفت و مسشنده مع ٢ الادلة العامة خصوص قوله الصادق - ع - فى حسنة عبد الله بن سنان، قال: اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع ٣. وغيرها. ولا فرق فى العوض بين القليل والكثير من تراضيهما عليه لا طلاق النص والفتوى. ولانها يصير بالتعويض معاوضة مختصة، فيلزم للعلوم، ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد، لم يوثر بذل الموهوب له. كما سياتى - ان شاء الله - تحريره. ولا فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالا طلاق. ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن ٤ الجملة ". اقول: وفى هذا الكلام تعقيد واشكال. اذ لو كان مراده من " الادلة العامة " مثل " اوفوا بالعقود " و " المؤمنون عند شروطهم " الشامل لعقود المعوضات كالبيع والاجارة، وغيرها كهبة ذى الرحم بدون عوض، والصلح الخالى عن العوض، والنذر، واليمين. بتقريب ان يقال خرج هبة الاجنبى الخالية عن العوض بالدليل وبقى الباقى تحت العموم. فما معنى قوله " و لانها يصير بالتعويض معاوضة محضة فيلزم للعموم " وما هذا العموم غير العموم المتقدم. فان قلت :المراد منه مثل قوله تعالى " الا ان يكون تجارة عن تراض " فان التجارة هو عقد المعاوضة لا جل التكسب .

Translation Movement
IMS

١و ٢: وفى النسخة: المعترض. و كذا " من " بدل " مع ". ٣: الوسائل: ج ١٣ ص٣٤١ ، احكام الهبات، الباب ٩ ح ١. ٤: و فى النسخة:؟ " فى " بدل " عن "

ففيه: ان منتهى دلالته حلية الاكل لاقتضاء الاستثناء ذلك، وان كان منقطعا. فمعناه. يجوز الاكل بعنوان التجارة عن تراض، وهو لا يستلزم اللزوم .فليس هيهنا عمومات يفيد احدها لزوم كل عقد من العقود، سواء كان فيه معاوضة ام لا، والاخر لزوم كل عقد فيه معاوضة. فان قلت: انه (ره) فرض الكلام فى التعويض الغير المسبوق بشرط العوض. فانه يمكن ان يقال الهبة للاجنبى مع الاطلاق قد خرج من عموم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

" اوفوا بالعقود " وامثاله، فما الذى اوجب لزومه بعد طرو التعويض. فقال الهبة المطلقة صار بسبب التعويض بعدها معاوضة محضة وليس بالهبة المطلقة المخرجة بالدليل عن العموم، فيدخل تحت تلك الادلة العامة التى خرجت منها اولا. فالعمومات فى الموضعين امر واحد. و الحاصل ان [اعتراض] المعترض فى الاستدلال الاول، [اى] ان هبة الاجنبى بملاحظة كونها معوضة يدخل تحت عموم اوفو بالعقود، بالاستقلال فيلزم. [لا] فى الاستدلال الثانى، [اى] ان خروج هبة الاجنبى المطلقة بسبب الدليل عن تلك العمومات، قد ثبت، ولكن ثبت لزومها ثانيا، بسبب دخولها ثانيا، تحت العموم بسبب التعويض الطارى عليه .والحاصل: ان الهبة المعوضة داخلة فى العام بالا صالة فى الاول. فصارت منه بعد ما لم يكن، فى الثانى. وبيان ذلك ان فى التعويض ايضا لابد من القبول، حتى فى الهبة المشروطة بالعوض. فلو منع الواهب من قبول العوض لئلا يلزم هبته جاز له .فلابد التعويض من قبول الواهب لما يعطيه المتهب بقصد العوضية حتى يلزم. فحق الواهب باق فى العين حتى يحصل اللزوم سواء شرط العوض فى العقد ام لا. فبعد التعويض يعنى اعطاء المتهب العوض واخذ الواهب، يصير لازما لان الهبة المطلقة السابقة معاوضة محضة، فكانه كان ينقل ما له المتزلزل بالنسبة اليه بازاء هذا العوض. فيقطع يده عنه فيشمله العمومات الدالة على وجوب الوفاء. فكانه حصل المعاوضة ح، ويدخل بسببه تحت العموم. قلت: الظاهر ان موضوع المسئلة اعم من الهبة المشروط فيها العوض او المطلقة التى لحق بها التعويض. كما يظهر من الاستدلال ومن قوله " ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد " واما جعل ذلك الكلام عطفا على اطلاق النص والفتوى ليكون دليلا لعدم الفرق

نهضت ترجمه
Translation Movement

بين اليسير والكثير، فلا كراهة فيه. ثم، ان مقصودنا من طرح هذا المقال استيناس الى اثبات معنى مستقل للمعاوضة غير العقود المعهودة. فان مراد الشارح من قوله " فيصير بالتعويض معاوضة محضة " لو كان صيرورتها هبة معوضة فيدخل تحت العموم، فيرد عليه ان الاستدلال بالعموم لا يحتاج الى جعلها هبة معوضة. بل يكفى كونه مصداق لفظ " العقد ". مع ثبوت الاشكال فى صيرورتها هبة معوضة ايضا .ولو كان مراده انه ح، يصير واحدا من العقود المعهودة، فالمفروض عدمها. مع انه لا يصح فرض كونها منها. فبقى ان يكون المراد بالمعاوضة المحضة اما نوع معاوضة خاصة لم يكن احد المذكورات. او معنى عام يشملها و يشمل غيرها. فظهر من ذلك امكان تحقق المعاوضة فى غير العقود، المعهودة، ويكون مندرجا تحت عموم الاية، فيكون لازما. ومما ذكرنا فى تقرير الاستدلال من ان الغرض محض اخراجها من الهبة المطلقة المستثناة بسبب طرو التعويض، يظهر ضعف الاستيناس. اذا عرفت هذا، فالمعاوضة التى لم يقصد كون احد العوضين معوضا والاخر عوضا، فاما ان يكون بدون لفظ وصيغة، فهو معاطاة. ويجرى عليها احكامها.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وان كان مع لفظ فان كان " با ذلت " او " بذلت " او " عوضت " فهو لا ينفك فى الخارج من صدور النقل من احد الطرفين، فمن ايهما صدر فيتبعه حكمه. فان صدر من صاحب العين مع ذكر العوض وارادة ثبوت العوض فى مهية، فينزل على البيع قسرا. وان صدر من صاحب المنفعة، فينزل على الاجازة قسرا. ولا يضر عدم القصد، ح. فانه اذا قال احد لاحد ١ " بع فرسى بكذا " فباع ولم يخطر ببال احدهما ان معنى " بع " التوكيل فى البيع، ولا قصدا. فهل يمكن لك ان تقول ان هذا باطل لانه لم يقصد التوكيل ولم يفهم الوكيل ذلك. بل هو قاصد ولكن لا يتفطن بانه قاصد. لان العلم بالشيئ لا يستلزم العلم بالعلم. وح، فيبقى الكلام فى اجتماعها بشرايطها مثل معلومية العوض والمعوض فى البيع والاجازة وغيرهما، والتمكن من التسليم و غير ذلك. ومن جملة ذلك، الكلام فى صحة الصيغة

١: وفى النسخة: فانك اذا قلت لاحد

والايجاب بهذا اللفظ. وانه [هل] يكفى الكنايات، ام لا. وفى ان الصيغة هل هى شرط الصحة او اللزوم. فلا بد فيه من الرجوع الى ما ذكروه فى محالها .واما مع عدم الصيغة: فهو معاطاة - كما ذكره - ولا يفيد اللزوم على الاقوى .وح، فاما ان يتحقق فى الخارج محض التقابض ولم يعلم كونه تابعا لاحد من العقود المعهودة، فهو معاطاة بالمعنى الاول. و لا يفيد الا اباحة التصرف. واما لو علم التبعية مثل حصول المساومة والعقد الى احد العقود ثم وقع التقابض من الطرفين بناء على تلك المساومة. فهذه معاطاة تابعة للعقود. فيكون معاطاتا فى البيع او فى الاجازة. وهكذا انما وقع الاختلاف فى ان المعاطاة هل هو بيع، ام لا، انما هو فى المعاطات البيعية لا مطلق المعاطاة. ولما كان ذكر مسئلة المعاطاة فى كتاب البيع وذكر الخلاف هنا [ك]، يترای فى بادى النظر انهم اختلفوا فى انه بيع ام لا مطلقا. وليس كذلك. بل تكلموا فى مسئلة البيع ثم ذكروا انه يجرى فى الاجارة وغيرها ايضا. فنزاعهم فى انها هل يفيد الملك او محض الاباحة، ينبغى ان يكون فى المعنى الاعم. ونزاعهم فى انه على القول بالملكية هل هو بيع ام لا، انما هو بالمعنى الاخص. والاظهر انها ليس محض الاباحة. بل هو تمليك والا لم ١ يجز وطى الامة بسبب المعاطاة، وهو خلاف اتفاقهم. و محللات الفرج منحصر فى التزويج و ملك اليمين. وان كان بتمليك المنفعة لا يشمل ٢ التحليل. والقول بان اذن المالك واباحته فى التصرف تحليل، ضعيف. لان المراد بالتحليل تحليل الوطى مع بقائها على ملك المالك. ولا ريب ان المالك هيهنا لم يقصد الا وطى المشترى فى ملك نفسه. وايضا لا عوض فى عقد التحليل. و [العوض] فى المعاطاة موجود. بل الاظهر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

[ان] ما يكون تابعها للبيع فهو بيع. وقد ادعى المحقق الثانى عليه الاجماع، ويمكن تنزيل عبارات ساير الاصحاب ايضا على ذلك، بان يكون مرادهم من معنى الملكية او التبعية، هى نفى اللزوم.

١٧٤- سوال: معاوضة چيزى به چيزى ديگر، لزوم دارد يا ندارد؟ -؟ وبا وجود لزوم، ظاهر اين است كه صيغه ولفظ خاصى ندارد. چنانچه داشته باشد، بيان فرمايند. و غبن در

١: وفى النسخة: وان لم يجز... ٢: وفى النسخة: ليشمل التحليل

آن با وجود لزوم آن، جارى است؟ ودعوى غبن را احد طرفين مى تواند نمود؟

جواب: اظهر در نظر حقير اين است كه معاوضه به اين معنى كه هر يك عوض و معوض باشند، عقدى است مغاير ساير عقود معاوضات. وهر گاه صيغهء صريحه بگويند مثل اينكه بعد از مساومهء معاوضهء الاغ و گاو با هم، بدون ملاحظهء اينكه احدهما ثمن باشد و ديگرى مثمن، هر يك بگويد " تعاوضنا "، عقد لازم است و داخل عموم " اوفوا بالعقود " است. وهر گاه صيغه نگويند، معاطاة است، ولزوم ندارد. ودر صورت لزوم هم احكام بيع در آن جارى نمى شود، مثل خيار مجلس و خيار حيوان. بلى، دعوى غبن وامثال آن كه بدليل " نفى ضرر " ثابت است، در آن جارى مى شود. بسبب عموم. نه غير اينها.

١٧٢- سوال: هر گاه كسى محصول باغ كسى را يا خود خرص مينمايد يا خراص ميآورد و ميبينند، يا صاحب باغ مى گويد كه من خود خرص نمودهام يا خراص آوردهام و ديده است وفلان مقدار انگور (مثلا) دارد. آن مشترى اكتفا مينمايد و راضى مى شود و محصول را به قيمت مشخص و مدت مشخص (يا مدت غير مشخص مثل رفع محصول مثلا) قرار داد مينمايند. ولكن صيغه نميخوانند، بلكه محض تراضى است. من بعد آن مشترى تمامى محصول [را] ميبرد - چه مى فروشد و چه ميخشكاند - وهنوز هيچ قدر از قيمت را نداده، مى گويد من مغبون ميباشم. و گاه باشد كه قدرى از قيمت را داده است و تلف شده است. يا هنوز تلف نشده است. استدعا آنكه شفقت كرده بيان فرمايند كه اين چه معامله [اى] است؟ و يا معامله نيست -؟ و محصول باغ حقيقتا مال كى بوده است؟ ودعوى غبن در صورتهاى مذكوره جارى مى شود يا نمى شود؟ -؟

جواب: اولا بايد دانست كه در بيع ثمار بر اشجار، خرص شرط نيست .بلكه مشاهده كافى است. بلى، هر گاه ثمن از جنس آن ثمر باشد كه آن را " مزابنه " مى گويند، حرام است اجماعا، هر گاه به ثمن آن درخت باشد. و على الاشهر الاظهر المدعى عليه الاجماع من بعضهم هر گاه از غير آن درخت باشد. و بعضى از علما از جملهء ادلهء حرمة، احتمال تحقق ربا در آن كردهاند، و گفتهاند كه شرط است در صحت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معاملهء ربوی علم به مساوات آنها، در اینجا چون محتمل است تفاوت، صحیح نیست. پس بنابر این باید که قایل قول به جواز

بیع ثمرهء غیر آن شجر، تجویز نکند بدون خرص، تا آنکه تفاضل لازم نیاید .ولکن این قول ضعیف است. و همچنین استدلال قائلین به حرمة اصل " مزابنه " بسبب احتمال ربا. زیرا که ثمره بر شجره از باب مکیل و موزون بالفعل نیست. و آنچه شرط است در تحقق ربا تفاضل در مکیل و موزون بالفعل است. وایضا معلوم نیست که قایل به جواز در غیر ثمرهء شجره، این دلیل را قبول داشته باشد. تا تکیهء او در اشتراط خرص بر این باشد که اجتناب از ربا کرده باشد. با وجودی که در بعضی اخباری که استدلال کردهاند تصریح است به عدم لزوم ربا. پس از اینجا معلوم شد که قول آنها هم مستلزم لزوم خرص نیست. بلی، در بیع " عرایا " که مستثنی است از حرمة " مزابنه "، خرص شرط است ۱. و آن عبارت است از اینکه کسی یك درخت خرما در خانهء دیگری یا در باغ دیگری داشته باشد. و خواهد آن را بفروشد به صاحب خانه یا باغ که آن صحیح است اجماعا. و در اینجا شرط کردهاند خرص کردن را. به این معنی که تخمین می کنند که آن درخت هر گاه رطب آن خشك شود و خرما شود خرمای آن چیز قفیز است. و به همان قدر که تخمین کرده بفروشد به صاحب خانه. واین معنی در غیر درخت خرما جایز نیست، و در درخت خرما هم صحیح است بشرط اینکه به خرمای غیر آن درخت بفروشد نه به خرمای آن درخت. تا لازم نیاید اتحاد ثمن و مثمن. واینکه آن درخت یکی باشد. واینکه تفاضل در حین عقد حاصل نباشد میان خرمائی که خرص کرده و قیمت آن. هر چند بعد از آن ظاهر شود زیاد و کم، که آن ضرر ندارد. واینکه بیع حال باشد نه مؤجل. واما تعیین قیمت به وصف یا مشاهده، پس آن مثل سایر بیوع است. واستقصای مباحث " عریه " مجال آن در اینجا نیست. غرض همان حاجت به خرص است. و اما آنچه گفتهاند در کتاب زکات از لزوم خرص، هر گاه خواهد انگور یا رطب را به

۱: و در نسخه: نیست

مصرف برساند یا بفروشد. پس آن از برای تحدید حصهء فقیر است. نه اینکه شرط صحت بیع من حیث هو باشد. پس هر گاه کسی داند که انگور باغ او اگر خشك کنی سیصد من مویز بالاتر دارد، وقدر آن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معلوم نیست، وخواهد انگور باغ را بفروشد، خرص می کند باغ را که چه قدر مویز از آن به عمل میآید. وضامن حصهء فقرا شود .پس انگور را می فروشد و مشتری هم می خرد به مجرد مشاهده، و دیگر احتیاجی به خرص نیست. و هر گاه این را دانستیم بر میگردیم بر سر مطلب و می گوئیم: که بایع و مشتری یا این است که هر دو باغ را دیدهاند و انگور مجموع باغ را مشاهده کردهاند، پس آن کافی است در صحت بیع. خواه خرص کرده باشند هر دو، یا احدهما، یا اعتماد به خرص ثالثی کرده باشند. و مفروض سوال هم این است که از بابت " مزابنه " نیست که قیمت، انگور باشد یا مویز باشد. پس هر گاه خرص شده باشد و نقص ظاهر شود، این از باب ظهور غبن خواهد بود، ودعوی غبن مسموع است، با شرایط آن. و هر گاه هیچکدام مشاهده نکردهاند. یا احدهما مشاهده نکرده و به خرص ثالثی هم نشده، بیع باطل است. بسبب جهالت بیع و اینکه گفتیم که در صورت عدم مشاهدهء هر دو واکتفا به خرص ثالث، هر گاه نقص ظاهر شود داخل غبن است، و همچنین در صورت اکتفای احدهما به قول آن دیگری در خرص بدون مشاهدهء دیگری، این از باب خیار رؤیت و خیار عیب نیست. وجه آن این است که وصف در اینجا خرص است نه بیان مقدار. و گویا گفته است که " باغی که موصوف است به اینکه خرص او این قدر است فروختم به تو به این مبلغ " وظهور نقص در خرص [به] معنی خروج مبیع بخلاف وصف نیست. زیرا که او در وصف صادق است. و تخلفی که شده در مقدار موصوف است بسبب خطای در وصف. نه بسبب ظهور کذب در وصف. پس بر میگردد به ظهور غبن. و در دعوی غبن سه چیز معتبر است: یکی اینکه: در حال عقد احد عوضین انقص بوده از دیگری نه اینکه زیاده یا نقص بعد عقد حاصل شده باشد. دوم اینکه :مغبون عالم به نقض نبوده باشد، هر چند از اهل وقوف باشد، و همان امکان جهل معتبر است هر چند از اهل خبره باشد. بلی، هر گاه جهل در حق او ممکن نباشد دعوی مسموعه نیست. وهر گاه

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

نزاع شود در صورت امکان جهل، اظهر این است که هر گاه غابن می گوید که تو عالم بودی به قیمت. ومغبون بگوید جاهل بودم. اظهر تقدیم قول مغبون است با یمین. بجهت اصالة عدم علم. خصوصا هر گاه عالم بودن اظهر نباشد که باعث تعارض اصل وظاهر شود. و هر گاه مغبون بگوید من جاهل بودم به قیمت. وغابن بگوید نمیدانم که تو عالم بودی یا جاهل. پس ظاهر این است که قول مغبون است با یمین .نه از راه اینکه منکر است، تا کسی ایراد کند که او مدعی است نه منکر. بلکه از جهت اینکه مدعی جهل است و اثبات حق به بینه ممکن نیست، وخصم هم چون عالم به حال نیست قسم نمی تواند یاد کند. و نظر به عموماتی که وارد شده که اخراج حقوق به چند امر است یکی از آنها یمین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است. پس باید قسم بخورد تا مسلط بر فسخ شود .واحادیث مفصله که فرموده‌اند " البینة علی المدعی والیمین علی المدعی علیه " خالی از اجمال نیست. وعبارت " علی المنکر " که در بعضی دیگر از اخبار هست مبین مدعی علیه است. واین شخص جاهل را " منکر " نمی گویند. و بسیار دور نیست که بگوئیم ضرورت داعی بر یمین نیست. چون مسلمی سخنی می گوید و معارضی ندارد . چنانکه شهید در قواعد احتمال داده در صورتی که زوجه مدعیهء تسمیهء معینه در صداق باشد، وزوج بگوید که من نمیدانم، یا خاطرم نیست، زوجه مستحق آن هست. چون مسلمی است بلا مزاحم، وقول او محمول بر صدق است. واما سوال از اینکه: این چه معامله [ای] است. پس ظاهر این است - نظر به صورت سوال که در آن ذکر شده که انگور باغ را فروخته و صیغه جاری نشده - این داخل معاطات است. و چون معاطات عبارت است از دادن و گرفتن بدون صیغه، پس آن اقسام بسیار می تواند داشت. و عمدهء کلام فقها در مسئلهء بیع است. و ظاهر کلام ایشان این است که هر گاه همهء ارکان و شرایط بیع موجود است به غیر صیغه، آیا این هم بیع است یا نه (؟- ؟) و هر گاه بیع باشد آیا صحیح است یا فاسد (؟ -؟) و هر گاه صحیح باشد آیا مفید محض اباحهء تصرف، یا مفید ملك است (؟ -؟) و بر فرض افاده ملك آیا ملکیت لازم است یا متزلزل است (؟ -؟) و بر فرض افادهء اباحه یا ملکیت متزلزله آیا به تلف عینین، یا احدهما، یا بعض کلیهما لازم

می شود یا نه (؟ -؟). واقوی در نظر حقیر این است که مفید ملکیت متزلزله است. بلکه دور نیست که بیع غیر لازمی باشد در جائی که همهء شرایط بیع باشد به غیر صیغه. وظاهر این است که کلام جمع کثیری از علما (که گفته‌اند مفید اباحه است نه ملك، بلکه از بعضی ظاهر می شود دعوی اجماع بر عدم افادهء ملکیت) محمول است بر اباحه به معنی اعم از اباحهء محضه یا ملکیت متزلزله که معلق بر تصرف است. و مراد آنهائی که نفی ملکیت کرده‌اند ملکیت لازمه است. چنانکه محقق ثانی فهمیده است در شرح قواعد و در شرح حاشیه ارشاد. بلکه در شرح قواعد گفته است که " معروف بین الاصحاب این است که آن بیع است. ولکن لازم نیست. و اینکه مراد آن بعضی که دعوی اجماع کرده بر اینکه بیع نیست، این است که بیع لازم نیست " ودلیلی که ذکر کرده این است که اگر ملکیت ثابت نشود به معاطات پس چگونه است که بسبب تلف لازم می شود؟ وچه دلیلی دلالت بر آن دارد؟ و همچنین اگر ملکیت ثابت نباشد اباحهء تصرف ثابت نمی شود. زیرا که مراد طرفین در معاطات اباحهء تصرفی است که مشتری در ملك خود بکند، و مستند باشد آن تصرف به ملکیت رقبه. پس اگر چنین شده مطلب حاصل است. والا اباحه حاصل نمی شود رأسا. چون مقصود ایشان نیست. وبر این متفرع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

می شود جواز بیع آن، وآزاد کردن، ووطی کردن. زیرا اینها نمی باشد مگر در ملك. وظاهرا خلافی ندارند در جواز بیع آنچه به معاطات منتقل شده، و همچنین عتق ووطی. وآنچه بعضی توهم کرده‌اند - که اباحهء مطلق تصرفات، منشأ اباحهء بیع و عتق ووطی هست پس کافی است در جواز تصرفات اذن مالك، و موقوف نیست بر ملکیت، پس جواز تصرف موقوف است بر اذن نه ملکیت، و تملك به تصرف حاصل می شود - خالی از تحقیق است. زیرا که اذنی که در اینجا متصور است، اذنی است در تصرفی که مبتنی باشد بر ملك ورقبه. و این بدیهی است که مراد بایع کنیز، به عنوان معاطات، این نیست که کنیز ملك بایع باشد و

وطی او را حلال کرده باشد از برای مشتری. چنانکه معنی " تحلیل " همین است. با وجود اینکه اندراج عوض در تحلیل فرج بر میگردد به اجازهء فرج و آن بیشبهه حرام است. و مفروض این است که عقد تحلیل هم واقع نشده. واینکه گفته‌اند که " تصرف متمم ملك است ". بر آن وارد است که در این وقت وطی در غیر ملك واقع شده. و همچنین است کلام در عتق و بیع. وبه هر حال معلق ساختن ملك بر تصرف - وحال آنکه تصرف موقوف است بر ملك - مستلزم دور است. ودفع آن به اینکه تصرف موقوف است بر اذن، نه بر ملك. تمام نیست. چنانکه دانستی که اذن مطلق مجوز اینگونه تصرفات نیست تا منضم به تملیك نباشد. و توهم اینکه ملك حاصل می شود به لمحهء یسیری قبل از تصرف. و تصرف مبتنی بر آن است - چنانکه در " اعتق عبدك عنی " که این را تملیك ضمنی می گویند - بیوجه است. چون در آنجا اعتق عبدك عنی به منزلهء توکیل است. یعنی تو وکیلی که غلام خود را مال من کنی و از جانب من آزاد کنی. پس هر گاه صاحب غلام آزاد کرد غلام را از برای آمر بسبب امر، ظاهر می شود که او را ملك آمر کرده هر چند به لمحه [ای] یسیر باشد .واما در اینجا نمیدانم که هر گاه معاطات افادهء تملیك نکرد از کجا ملك از برای مشتری حاصل شد که با او وطی کند -؟. اگر بگوئی: که چون اجماع است که بیع وعتق ووطی جایز است در اینجا، و چون آنها نمی باشد مگر در ملك پس معلوم شد که ملك فی الجمله به لمحهء کمی حاصل می شود، واین امور بر آن مترتب می شود .می گوئیم: که آیا این ملك تعبدا به جعل الهی حاصل می شود در صورتی که ارادهء این تصرفات کند -؟. پس چرا گفتی که جواز آن ناشی از اذن مالك است؟ و اگر از اذن مالك حاصل می شود، پس چرا تخصیص میدهی آن را به این امور خاص؟ پس اذن او در همه جا کار می کند. واما آنچه کلام ملا احمد (ره) موهم آن است - که [گفته است] نزاعی نیست در اینکه معاطات در قرض مبیح تصرف است بلکه موجب ثواب است ولکن ملك حاصل نمی شود مگر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

به تصرف - که کسی گمان کند که از [کلام] آخوند اجماع ظاهر می شود بر اینکه تصرف منشأ حصول ملك می شود. پس اعتماد به آن بیوجه است. زیرا که عبارت ایشان (بنا بر نسخه [ای] که در نزد حقیر است) این است " والظاهر انه لا نزاع فی المعاطات هنا علی تقدیر عدم کونها من العقود اللازمة فیبح التصرف و علیه العوض، بل یحصل الثواب ایضا، الا انه لا یحصل الملك ولا یلزم العوض الا بعد الاتلاف، وقبله یکون ماذونا فیه فی التصرف مع العوض. فلا یکون عقدا باطلا مثل ما قیل فی البیع ". وظاهر این است که مراد آن مرحوم در اینجا بیان این است که هر چند قائل نباشیم به معاطات در بیع و سایر معاملات، و باطل و فاسد دانیم آن را (چنانکه مذهب علامه است در نهایه) در قرض نزاعی نیست. و کسی قائل به حرمة و فساد آن نشده. بلکه موجب اباحهء تصرف است. واما اینکه گفته است که ملك حاصل نمی شود به تصرف ١ بلکه حاصل می شود به تلف ٢. ظاهر این است که مراد او در مثل تصرف در اموال باشد به عنوان اکل ولبس و غیر اینها، که بسبب تلف، ملك حاصل می شود نه قبل از آن. از قبیل طعامی که در نزد مهمان میآورند. [نه [مثل بیع وعتق ووطی. بقرینهء کلام او بعد از آن که صریح است که امثال این تصرفات بدون حصول تملك قبل از آن وجهی ندارد. واما معاطات در بیع وامثال آن، پس آن از اصل در نزد آخوند لازم است وموجب تملیك. تا اینجا کلام در این بود که معاطات در بیع وامثال آن عبارت باشد از اجتماع ارکان به غیر صیغه. باقی ماند کلام در معاطات در این معاملات بافقد شرایط آن. مثل جهالت مبیع و ثمن وغیر ذلك. پس می گوئیم که کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است :اول: در کتاب بیع بعد از آن که تعریف بیع را می کنند به " انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری به عوض مقداری بر وجه تراضی " چنانکه جمعی کردهاند. یا به " عقدی بر انتقال مذکور " چنانکه علامه در مختلف اختیار کرده. یا به " عقدی که مقتضی استحقاق تصرف است در مبیع و ثمن وتسلیم آنها " چنانکه جمعی دیگر کردهاند. یا به " نقل ملکی از

١و ٢: این سخن بر اساس نسخهء میرزا (ره) است و با ابتدای سخن از کلام اردبیلی (ره) تعارض ندارد

مالکی به غیر او به صیغهء مخصوصی " چنانکه جمعی کردهاند. بعد از آن می گویند " لابد است در بیع از ایجاب و قبول " وبعد از آن می گویند " ولا یکفی المعاطات " وبعد از آن متوجه احکام معاطات میشوند و قول مفید را در برابر آن نقل می کنند. و عبارت مفید این است که " البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فی ما یملکان التبایع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا وافترقا بالابدان " و ظاهر این عبارت این است که بیع منعقد ولازم می شود به اینکه تراضی واقع شود میان دو نفر بر معاوضه در آنچه ایشان مالك امر تبایع در آن هستند به اینکه ملك ایشان باشد، یا ولی، یا وکیل مالك اینمال باشند. بشرط اینکه آن عوض‌ها معلوم باشند، وهر دو عارف به حال آنها باشند، وراضی شوند به بیع، وقبض از هر دو طرف به عمل بیاید، واز هم جدا شوند که اشاره است به تفرق مجلس که مادامی که مفارقت نکرده‌اند (بابدانهما) لزوم به عمل نیامده. وفقها از این کلام فهمیده‌اند که مفید شرط ندانسته در صحت ولزوم بیع لفظ وصیغه را .بلکه به مجرد تقابض اکتفا کرده. در برابر این سخن، مشهور علما می گویند که این افادهء لزوم نمی کند، هر چند افادهء اباحهء تصرف بکند. و از علامه در نهایه نقل شده که این افادهء اباحه [نیز] نمی کند چون این بیع فاسدی است و مبیح تصرف نیست. وسایر علما نیز خلاف کرده‌اند که آیا این اباحه همان محض رخصت در تصرف بدون حصول ملکیت است، یا مفید ملکیت متزلزل است و به تلف، لازم می شود .یا بیع است اما بیع لازم نیست، بلکه بیع متزلزل است. و از این سخن‌ها (که مذکور شد که در مسئله بیع می گویند) بعضی چنین فهمیده‌اند که این سخن‌ها در وقتی است که سایر شرایط بیع متحقق باشد و نزاع در سر همان صیغه با تنهائی باشد. و لازم این سخن این است که هر گاه اختلال در سایر شرایط باشد، اباحه به هیچ نحو حاصل نمی شود. چنانکه [در] مسالك به آن اشاره دارد. و در کلام دیگری ندیدیم. و عبارت او این است که " لو وقع الاتفاق بینهما علی البیع، و عرف کل منهما رضا الاخر بما یصیر الیه من العوض المعین، الجامع لشرایط البیع غیر اللفظ المخصوص، لم

نهضت ترجمه
Translation Movement

یفد اللزوم. ولکن یفید اباحة تصرف کل منهما فی ما صار الیه من العوض .نظرا الی اذن کل منهما للاخر فی التصرف. ام یکون بیعا فاسدا من حیث اختلال الشرط و هو الصیغة الخاصة. المشهور الاول... ". الی آخر ما ذکره. و ظاهر این عبارت این است که خلاف در اباحهء تصرف و عدم اباحه، همین در صورت اختلال شرط صیغه است. و در صورت اختلال سایر شروط اباحه حاصل نمی شود. و دیگران هم تابع آن شد [ه ا] ند. و همچنین از ذکر کلام در معاطات در عقب ذکر اشتراط صیغه چنین فهمیده‌اند که این اباحه مخصوص صورت فقدان شرط صیغه است. نه سایر شروط و دلالت این بر مطلب ایشان نیز ممنوع است. و سایر فقها در این مقام تعلیل می کنند اباحه را به حصول تراضی و مسلط کردن هر یك دیگری را بر مال خود. و در این معنی فرقی نیست ما بین اینکه سایر شرایط متحقق باشد یا نباشد. و مقتضای این تعلیل عدم فرق است ما بین وجود شرایط و عدم آنها. و از شهید (ره) در حواشی قواعد حکایت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شده که تجویز کرده است جهالت ثمن و مثمن واجل را. و همچنین مقتضای آنچه ذکر کرده‌اند که در معاملهء نقدین در صورت معاطات، قبض مجلس شرط نیست. و مؤید این است جواز خریدن نان و غیر آن، از اطفال در بازار، در بعضی صور (چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده‌ایم). و از شیخ در مبسوط نقل شده که گفته است - بعد از گفتار در صیغهء بیع -: " اذا ثبت ذلك فكلما جرى بين الناس انما هى استباحات و تراض دون ان يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل ان يعطى درهما للخباز فيعطيه الخبز، او يعطيه للبقلى فيبادله البقل، و ما اشبه ذلك. ولو ان كل واحد منهما يرجع فى ما اعطاه كان له ذلك. لانه ليس بعقد صحيح هو بيع ". و مثل این از خلاف هم نقل شده. و به هر حال ظاهر این است که تراضی در جواز تصرف کافی است هر چند جامع شرایط صحت بیع نباشد. و اینکه از علامه در نهایه نقل شده قول به اینکه معاطات بیع فاسد است، که مبیع تصرف نباشد، ممنوع است. و معلوم نیست که مراد علامه هم عدم جواز تصرف باشد. و بر فرضی که مراد او این باشد، در وقتی تمام است که تصرف را به علت اینکه بیع است بکند، و به اعتقاد اینکه بسبب

بیع بودن است. واما اگر بسبب همان تراضی باشد که در ضمن بیع فاسد باشد، بکند، دلیلی بر حرمة آن نیست. و در مسایل فقهیه جواز تصرف بسبب محض تراضی، بسیار است. واز آن جمله تراضی است که در حیوانات شیرده می کنند به روغن، یا به دراهم، یا غیر آن، با وجود جهالت شیر. هر چند لزوم ندارد. و گفته‌اند که این معاوضه است. و شبیه به این است که ادای دین طلبکار بدون صیغه. شهید (ره) در دروس گفته است " ومن المعاطات ان يدفع اليه سلعة بثمن يوافقه عليه من غير عقد، ثم هلك عند القابض. فيلزمه الثمن المسمى. و يشبهها قضاء المدين العوض عن النقد، او عوض آخر. فان ساعره فذاك. والا فله بسعر يوم القبض. ولا يحتاج الى عقد. وليس لهما الرجوع بعد التراضى ". پس گویا این معاطات نیست که احد عوضین تلف شده که آن مالی است که به قرض گرفته شده بود. پس ضرور نیست که ما این معاملات را که بر وجه تراضی می شود مندرج کنیم در تحت عقود متعارفه تا اینکه ملاحظهء اجتماع شرایط آنها را بکنیم. واز این جمله معاوضه‌ای است که مقصود در آن تعیین عوض و معوض نباشد. مثل اینکه حیوانی را با حیوانی، یا ملکی را با ملکی معاوضه می کنند بدون قصد اینکه یکی از اینها عوض باشد و ثانی معوض. بلکه هر يك از اینها عوض است و معوض است. و در جای دیگر در همین کتاب [به طور [مستقصی بیان آن کردیم ۱ و بیان کردیم که اگر صیغه در آن گفته شود، هر چند به این نحو باشد که هر يك از طرفین بگویند " تعاوضنا " معاوضهء لازمه می شود، و داخل بیع و سایر عقود نیست. بلکه عقدی است مستقل که در تحت عموم " اوفوا بالعقود " و امثال آن مندرج

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است. چون عقد عبارت است از عهد موثق. وهر گاه بدون صیغه باشد مبیح تصرف است اما لازم نیست. پس در سایر عقود هم هر گاه مساومه بر آنها واقع شود وصیغه خوانده نشود، اگر جامع شرایط دیگر غیر صیغه هست [از] معاطات در آن، معاوضه را خواسته‌اند. و مبیح تصرف

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۷۳، از همین مجلد

است، اما لازم نیست. و همچنین هر گاه سایر شرایط هم نباشد. پس خواهی آن را بیع غیر لازم (مثلا) یا صلح غیر لازم، بگو، و خواهی معاوضهء دیگر بگو .چنانکه. بسیاری از فقها در مطلق معاطات می گویند معاوضه‌ای است برأسه. و مخالف در اینجا شیخ مفید است. وبعض متاخرین از اتباع او که با وجود عدم صیغه آن را بیع لازم میدانند ۱ مثلا. و به هر حال: معاطات معامله [ای] است مبیح تصرف .خواه بگوئیم افاده ملکیت متزلزله

۱: عامل تعیین کننده در این مسئله، موضوع معروف " امضائیه و توقیفیه " بودن احکام است. در اینکه احکام عبادات توقیفی هستند و نمی توان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی در آنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند. سخن در این است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟ -؟ اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان متقدم به توقیف معتقد بوده‌اند و میگفتند فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده و برای آنها حدود و مشخصات و شرایط تعیین کرده، رسمیت دارند. و سایر صورت‌های معامله باطل می باشند. در این میان با انواع معاطات‌ها رو برو میشدند و چون عمل و سیرهء مسلمین بر معاطات‌ها جاری بوده (از عصر رسول الله صلی الله علیه وآله) آنها را در قالب " نیمه رسمی " میپذیرفتند. حتی در متن همین مسئله دیدیم که شیخ کمترین اهمیت (اهمیتی نزدیک به صفر) به معاطات میدهد. بحث مطاطات در فقه ما یک جریان تحولی در تاریخ خود دارد. که در این سیر زمانی، بتدریج رو به تکامل رفته و در نتیجه دانشمندان متاخر به " امضائی " بودن احکام در معاطات معتقد شده‌اند. یعنی به هر نسبتی که گذشت زمان به نفع قول " امضائی " بوده به همان نسبت به رسمیت " معاطات افزوده شده. مرحوم محقق داماد (یزدی) مثال جالبی بر معنای " امضائی " میآورد. میگفت: رسول خدا " ص " و اهل بیت " ع " زیست فردی و اجتماعی مردم را متن قرار میدادند و خود بر آن حاشیه میزدند. هر جا که میدیدند این رفتار، یا این معامله، یا فلان سنت و یا... مردم صحیح نیست، تذکر داده و آن را اصلاح میکردند، بنابر این هر معامله‌ای که از زبان شرع منفی؟ برای آن وارد نشده مشروع است و رسمیت دارد .بدیهی است که معاطات در صدر این معاملات قرار دارد. و عدم ورود منع دلیل این است که شرع آن را امضا کرده است. و شرایط چنین معامله‌ای همان شرایط عامه است. و شرایط خاصهء هر معامله خاص - از قبیل بیع، اجاره و... مربوط به خودشان است. پس باید معاطات را یک معامله لازم دانست زیرا مردم به قصد لزوم، آن را انجام میدهند و به همین صورت هم مورد امضای شرع شده است. از سخن میرزا (ره) روشن می شود که این جریان فکری در عصر او به فرار قابل توجهی رسیده بوده، که با پیدایش معاملات جدید مانند سر قفلی و بیمه، به کمال خود می رسد. تأثیر مسئله تاریخی توقیف و امضا در این مسئله نقش زیادی دارد همانطور که در سطرهای بعدی کلمه " محصور " که جز " توقیف " معنی ندارد، در بیان شهید ثانی (ره) خواهد آمد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هم می کند و به تلف عوضین لازم می شود. یا قایل به محض اباحه باشیم. و دانستی قبل از این که اقوی افادهء ملکیت متزلزله است، و ضمانی در تلف آن لازم نیست به غیر همان عوضی که قرار داده شده هر گاه تلف شود عوضین یا احدهما، علی الاقوی. وفرقی نیست در تراضی بر معاوضه، ما بین آنکه اگر آن را درج کنیم در ضمن احدی از عقود معهوده فاسد نباشد، و ما بین آنکه برأسه فاسد باشد ۱ واینکه گفتهاند که هر گاه مشتری قبض کند به عقد فاسد، مالك نمی شود و ضامن آن عین است بلا اشکال وخلافی. آن هم منافاتی با ما نحن فیه ندارد. زیرا که آن در صورتی است که اذن در تصرف به شرط اینکه بیع باشد، شده است. نه در صورتی که اذن مبتنی بر تراضی باشد. هر چند در ضمن عقد فاسد باشد. و تفصیل مقام این است که هر گاه شروط صحت بیع از آن مقوله است که در صحت معاطات هم شرط است (مثل بلوغ وعقل وتملك مال وقصد به اخراج) پس آن بیع فاسد است رأسا. وموجب اباحهء تصرف نمی شود. خواه قصد بیع کند در معامله، یا قصد معاطات. واما اگر از باب صیغه و معلومیت کیل و وزن یا حصول مشاهده، یا وصف وامثال آن باشد، پس هر گاه به قصد بیع نباشد و به محض تراضی معامله کنند، پس آن داخل معاطات است. و موجب جواز تصرف است. و داخل بیع فاسد نیست، که منشأ ضمان باشد، وعدم جواز تصرف .والحاصل: در صورت ثانیه، هر چند عالم به فساد بیع باشد ولکن قصد اینکه بیع صحیح است نکند و به همان تراضی اکتفا کند، ضمانی نیست و تصرف جایز است. و در صورتی که به قصد اینکه بیع صحیح است می کند، در هر دو صورت باطل است. ودلیل آن اجماعات منقول است که نقل کردهاند. و عموم " علی الید ما اخذت حتی تودی " وقاعدهء " ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده " است. و همچنین دلالت دارد بر آن آنچه اشاره به آن شده که مفروض این است در صورتی که مقصود دارد در

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

۱: یعنی فرقی ندارد آن معاطاتی که خود به خود فاسد نیست با آن معاطاتی که اگر آن را در تحت یکی از عقود جای دهیم فاسد نمی شود و گرنه فاسد خواهد شد

تصرف باشد بزعم اینکه عقد بیع صحیحی واقع شده، و حال اینکه در نفس الامر صحیح نیست. پس اذن بر آن واقع نشده. و از آنچه گفتیم ظاهر شده که هر گاه طرفین جاهل به فساد باشند، و ظاهر شود. اشکالی نیست در ضمان. چون تصرف بر غیر وجه ماذون فیه، واقع شده. و همچنین هر گاه هر دو عالم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

به فساد باشند و به قصد معاطات و تراضی شده باشد، اشکالی نیست در جواز تصرف وعدم ضمان. ومراد از ضمان در اینجا این است که هر گاه مال باقی است باید رد کند. و هر گاه مال تلف شده باید مثل یا قیمت را رد کند. والزام نمی توانند کرد بر همانچه به آن معاوضه واقع شده. و مراد از عدم ضمان، آن است که هر گاه هر دو مالها (مثلا) تلف شوند، هر یك به حق خود رسیده‌اند. وچنان نیست که باید از عهدهء تالف مثلا یا قیمتا بر آیند. و تفصیل این مقام در مسئله معاطات بعد میآید. واما هر گاه یکی از آنها عالم به فساد بوده و دیگری جاهل، پس نیز اشکالی نیست در اینکه عالم از آنها، ضامن مال جاهل هست. وصاحب مسالك گفته است که در صورتی که مشتری جاهل باشد و بایع عالم باشد، محتمل است که ضمانی بر مشتری نباشد چون بایع او را مسلط کرده بر مال خود با علم به بقای آن بر مال خود بودن. و همچنین گفته است که هر گاه مشتری عالم باشد و بایع جاهل، ضمان بر مشتری ثابت است به طریق اولی. بعد از آن گفته است که در جمیع صور، اقوی ثبوت ضمان است. پس رجوع می کنند هر یك به مال خود اگر موجود باشد. و به عوض آن، هر گاه تلف شده باشد .و ظاهر این است که مراد او در غیر صورتی است که تراضی واقع شده باشد به عنوان عموم. یعنی خواه عقد صحیح شده باشد، و خواه فاسد. پس در چنین صورتی داخل معاطات می شود، وبه مقتضای آن عمل می شود. پس حاصل مقام در " مقبوض به معاملهء فاسده " این شد که هر گاه قصد آنها تجویز تصرف به شرط اینکه آن مبایعهء فاسده است (یعنی بدانیم که بدون این که مبتنی بر آن باشد راضی نیستند) پس ضمان ثابت است. و تصرف جایز نیست. و هر گاه مقصود رخصت

نهضت ترجمه
Translation Movement

تصرف است مطلقا (یعنی هر چند با علم بر فساد باشد) پس آن داخل معاطات است. و منافاتی نیست ما بین قول به اینکه معاطات افادهء تملیك متزلزل می کند، و ما بین اینکه این معامله بخصوص من حیث هی مفید تملیك نیست. زیرا که وجوه تملیك مختلف است. پس هر گاه مبیع کنیزی باشد، به مجرد همین، وطی جایز است .واگر مقید تملیك نبودی [دلیلی بر جواز نمیماند و حال آنکه بر جواز آن اتفاق نظر دارند] چنانکه [قبلا] دانستی. و عبارت علامه در تذکره منافاتی با آنچه ما گفتیم ندارد، آنجا که گفته است " اذا کان المبیع بالبیع الفاسد جاریة، فوطئها عالما بالفساد انه یجب علیه المهر " بعد از آن بر خود اعتراض کرده و جوابی گفته است، و آن اعتراض این است که " کیف یجب المهر مع ان السید اذن فی الوطی ومعلوم لو ان السید اذن فی وطی جاریته لم یجب المهر ". وجوابی که گفته است این است که حصول اذن از سید ممنوع است، ودر سند منع گفته " لانه انما ملکه الجاریة والتملیك اذا کان صحیحا یتضمن اباحة الوطی. واذا کان فاسدا لم یبحه. فلم یسقط بذلك ضمانه ". وحاصل کلام او این

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که هر گاه به بیع فاسد جاریه را بگیرد ووطی کند، مهر بر او واجب است. واگر کسی بگوید که چگونه مهر واجب می شود و حال آنکه به اذن مالك وطی کرده، و معلوم است که هر گاه وطی به اذن مالك باشد، مهر واجب نیست. می گوئیم که منع میکنیم اذن مالك را در وطی ..یعنی این نه از باب " تحلیل " است که هر گاه مولی اذن بدهد در وطی و حلال کند، جایز است وطی، و مهر لازم نیست. بلکه این از باب تملیك است نه تحلیل، واباحه. و تملیك هر گاه صحیح باشد متضمن اباحه وطی است. و هر گاه فاسد باشد، اباحهء وطی نمی کند. وضمان ساقط نمی شود. وظاهر این کلام این است که هر گاه منظور ایشان تملیك به بیع فاسد باشد، مبیح وطی نیست. وموجب ضمان است. نه اینکه هر گاه با وجود علم به فساد (وعدم ترتب اثر بر نفس عقد بیع من حیث هو) قصد تملیك کند اثری نمیبخشد و ملك متزلزل هم حاصل نمی شود. واستبعادی نیست در حصول ملك به مجرد تراضی. واین کمتر از هدایا نیست که مطلقا لفظی در آن نیست، و مفید جواز وطی است در کنیز، چنانکه در هدایای پادشاهان از برای رسول خدا (ص) گفته‌اند و ماریهء قبطیه از جملهء آنها بود .

پس استدلال می توان کرد در حصول ملك به معاطات به اباحهء وطی کنیز از باب " لم " وهم به عموم " الا ان تکون تجارة عن تراض " از باب " ان " هر چند مندرج در تحت عموم " اوفوا بالعقود " نباشد - به تقریبی که سابق اشاره به آن کردیم که از عهود موثقه نیست - و موید آنچه پیش گفتیم (از امکان تحقق معاطات در ضمن بیع فاسد) این است که شهید (ره) در دروس گفته است " وقال الحلبی: اذا کان البیع فاسدا مما یصح فیه التصرف للتراضی، وهلکت العین فی ید احدهما، فلا رجوع له ". وبعد از آن گفته است شهید که " ولعله اراد المعاطات ". دوم: ۱ در اینکه آیا معاطات مخصوص بیع است؟ یا در همهء انواع عقود هم جاری است؟. ظاهر این است که معاطات در مثل اجاره وهبه و مزارعه و مضاربه و قرض و غیر آنها جاری است. بخلاف مثل نکاح و طلاق وامثال آنها. که تحقق اباحه به تراضی در آنها معنی ندارد، بخلاف نقل اموال و منافع مالیه که همهء آنها داخل عموم " الا ان تکون تجارة عن تراض " و " الناس مسلطون علی اموالهم " هستند. سوم: در معاطات چون معیار صحت، تراضی است فرقی نیست ما بین اینکه تقابض بالفعل [به [عمل آید، یا آنکه امروز مال [را] بدهد و ده روز دیگر عوض آن را بگیرد .چنانکه در مثالی که از شهید نقل کردیم. وبعضی در مثال اجاره گفته‌اند " اینکه کسی امر کند دیگری را به عملی بر عوض معینی، وآن شخص به جا آورد، بدون صیغه .که او مستحق اجرت می شود ". وظاهر این است که مراد او این باشد که این معاطاتی است که احد عوضین تلف شده، و به سبب تلف لازم می شود. چنانکه در مثال شهید در دروس مذکور شد سابقا. ومثال واضحتر اینکه: مثلا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شخصی جمعی عمله گرفته از برای کار گل، و شخص دیگری میآید و میایستد و کار می کند مثل آنها، وصاحب کار به او اجرت میدهد، واو هم راضی می شود. که این از باب تقابض بالفعل است در اعیان، که اقباض منفعت به عمل آید با اقباض اجرت .

۱: عطف است به آنچه قبلا فرمود " کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است: اول " ...

واما اینکه کسی، دیگری را امر کند به عملی واز شأن آن شخص و شأن عمل، اخذ اجرت باشد، مستحق اجرت المثل عمل می شود. پس آن را داخل ما نحن فیه کردن خالی از اشکال نست. و بعضی را گمان این است که در معاطات تقابض بالفعل شرط است .چون از باب مفاعله است. واین ضعیف است. زیرا که لفظ معاطات در کلمات شارع مذکور نیست، که ما معنی آن را از عرف ولغت پیدا کنیم. واما ذکر آن در کلام علما، پس تو دانستی که معیار در معاطات همان تراضی است. با وجود اینکه در صیغه مفاعله مشارکت فی الجمله کافی است، وضرور نیست که مبدأ اشتقاق از هر یك مستقلا به عمل آید. چنانکه در لفظ مبایعه که بیع از مجموع فعل دو نفر به عمل آمده. نه اینکه هر یك علی حده، بیع کرده‌اند. بخلاف مثل مضاربه و مقاتله. واز این جمله است بیع مرابحه که ربح را یك نفر میبرد واما چون حصول آن از اجتماع دو نفر حاصل شده آن را مرابحه می گویند. چهارم: پیش دانستی که اظهر این است که معاطات مفید ملکیت است هر چند متزلزله باشد. نه اباحهء محضه. پس بدان که مادامی که عوضین باقیاند هر یك رجوع می توانند کرد به مال خود به سبب عموم " الناس مسلطون علی اموالهم " وقدری از ملکیت آن دیگری که ثابت شد همان قدر ملکیت متزلزله است. پس حکم تسلط سابق مستصحب است ورافعی ندارد. وهر گاه هر دو تلف شوند، لازم می شود، ورجوع نمی توانند کرد. زیرا که استصحاب منقطع شد به سبب تلف موضوع، واصل برائت ذمه است از وجوب رد. واصل عدم جواز رجوع است. واما هر گاه احدهما تلف شود، پس در جواز رجوع صاحب آن عین باقیه، خلاف است. واظهر -بنا بر حصول ملکیت متزلزله - عدم جواز رجوع است. چون مستلزم جمع ما بین عوض و معوض است در ملك شخص واحد. چون آنچه را که مال او شد تلف کرد پس اگر این هم مال او شود لازم میآید که دو مال را داشته باشد. و حال آنکه یك مال بیش نداشت. واگر بگوئی که چه می شود که رجوع کند به عین موجود که مال او بود قبل از این و عوض عین تالفه را رد کند به مالك اول آن. گوئیم که عین تالفه از ملکیت مالك او بیرون رفت بالمره به سبب تلف. وملك متلف شد دیگر چه معنی دارد که عوض مال تالف خود را بدهد به عوض

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مال موجود خود. واگر بگوئی چه می شود که عوض مال موجود را بدهد به صاحب عین تالفه که الحال مالك مال موجود است، وآن را بگیرد. گوئیم که او را چه تسلط بر مال غیر؟! واین محتاج است به بیع و معاملهء جدیده. وآن موقوف است بر تراضی. و به هر حال جمع ما بین عوض و معوض لازمهء قول به رجوع است. وآن صورتی ندارد. بلی، بنابر قول به اینکه معاطات افاده بیش از اباحه نمی کند، جایز است رجوع به عین موجود، از برای صاحب اول. بیش از این نیست که چون صاحب عین تالفه اباحهء آن را بدون عوض نکرده، باید عوض تالف را به او رد کند. و در اینجا جمع ما بین عوض و معوض در ملك واحد نمی شود. زیرا که در اینجا قبل از تلف ملك او نشده بود و بعد از تلف چیزی باقی نمانده که ملك او باشد. یا لازم آید جمع ما بین عوضین در ملك شخص واحد. واین منافی استحقاق عوض نیست. به جهت آنکه اباحه بی عوض نکرده بود، و مستلزم بقاء ملکیت نیست که بگوئی شیئ تالف قابل ملکیت نیست پس ملك مالك اول هم نیست. و اما هر گاه بعض احد عین‌ها تلف شود، یا بعض هر یك، پس باز کلام همان است که مذکور شد نسبت به مقابل تالف. که بنابر قول به افاده ملکیت رجوع نمی تواند کرد. چون لازم میآید جمع ما بین عوض و معوض .ودر صورت تلف بعض هر یك هم فرقی نیست ما بین آنکه آنچه تلف شده از هر یك متساوی باشند یا متفاوت. پس در متساوی اشکالی نیست. و در متفاوت در قدر زاید تالف، باز حکم لزوم است. چنانکه گفتیم. و بعضی گمان کرده‌اند که جایز نیست رجوع مطلقا، مثل تلف جمیع. چون رجوع کردن هر یك به حق خود ممتنع است. زیرا که موجب " تبعض صفقه " و ضرر می شود. وآن مندفع می شود به اینکه لزوم تبعض صفقه منشأ امتناع رجوع کردن نمی شود، بیش از این نیست که به سبب تبعض صفقه خیار فسخ از برای طرف دیگر حاصل می شود، و در قدر فایت رجوع به مثل یا قیمت می شود. واما ضرر، پس آن مستند است به تقصیر خود که به عنوان صیغه معامله نکرده که لازم شود. پنجم: منتقل شدن از ملك در معنی تلف است. خواه به عنوان عقد لازمی مثل بیع

ووقف، یا مثل بیع در زمان خیار وهبهء غیر لازمه بعد از قبض. چون اینها هم باعث خروج از ملك است. واما تصرف به غیر این وجوه، مثل پوشیدن جامه، و عمل فرمودن عبد و حیوان، وآرد کردن گندم وامثال آن. پس آن مانع از رجوع نیست. و ظاهر این است که رجوع به اجرت آنها ونمائی که تلف شده نمی کند. چون به اذن مالك شده، واو را مسلط کرده بر انتفاع بدون عوض. ودر صورتی که عین مشتبه شود .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

یا ممزوج شود به غیر. به حیثیتی که تمییزی نباشد. پس مسالك گفته است که امتزاج به بهتر از آن در حکم تلف است. واما به مساوی یا پستتر، محتمل است که آن هم چنین باشد. به جهت امتناع رجوع هر یك به مال خود بر حال سابق، واین مختار جماعتی است. و محتمل است که چنین نباشد وجایز باشد رجوع در همهء صورتها. به جهت بقاء حق. وظاهر این است که مراد از رجوع در اینجا حصول شرکت باشد. پس هر یك به مقدار حق خود شریکند در آن ممزوج. ششم: آیا معاطات بعد از تلف عین ملحق به آن عقدی می شود که مساومه بر آن شده هر چند قایل نباشیم که در اول وهله آن معامله است -؟. مثل اینکه معاطات در بیع شد و بعد از قبض، تلف شد. آیا الحال بیع می شود؟ که ثمرات بر آن مترتب می شود، یا نه؟. مثل ثبوت خیاراتی که در بیع ثابت است و بر فرضی که داخل بیع شود آیا آن احکام از حین تلف ولزوم ثابت می شود، یا از روز اول معامله؟ -؟. ظاهر کلام اکثر علما این است که معاطات معاوضهء علی حده‌ای است. واز بعضی تصریح به آن نقل شده وظاهر این است که شهید (ره) باشد در حاشیه قواعد ۱ و محقق ثانی در شرح قواعد قایل به این شده که معاطات بیع است. چنانکه پیش نقل کردیم. اما ظاهر این است که مراد او در جائی باشد که مساومه در بیع شده باشد، وجامع شرایط بیع هم باشد به غیر صیغه. و شهید ثانی در مسالك گفته است که " بر تقدیر لزوم معاطات به احد وجوه مذکوره یعنی به سبب تلف عینین، یا سایر آنچه موجب لزوم می شود، آیا در این وقت بیع می شود؟ یا

۱: یعنی مراد از آن بعض که تصریح کرده شهید (ره) است

نهضت ترجمه
Translation Movement

معاضه‌ای است برأسه؟. محتمل است که بیع شود. چون معاوضات محصورند واین هیچیك از آنها نیست. ومعاوضهء علی حده بودن محتاج است به دلیل. ومحتمل است که بیع نباشد به سبب اتفاق علما بر اینکه در حال وقوع معامله، بیع نبود پس چگونه بعد تلف، بیع شد؟! وظاهر می شود ثمرهء این نزاع در ترتب احکام مختصهء بیع بر آن، مثل خیار حیوان هر گاه آنچه تلف شده ثمن باشد، یا بعض ثمن. وحیوان باقی باشد. وبر تقدیر ثبوت خیار آیا اعتبار سه روز از حین معاطات است؟ یا از روز لزوم؟ وهمهء اینها محتمل است. ومشکل است احتمال اول به قول ایشان که معاطات بیع نیست. واحتمال دوم به اینکه تصرف معاوضه نیست بنفسه. مگر اینکه بگوئیم معاطات جزء سبب است و به تصرف، تمام می شود. یعنی بیع شدن به مجموع معاطات و تصرف، حاصل می شود. واقوی عدم ثبوت خیار حیوان است در اینجا، بنابر اینکه معاطات لازم نیست. وتمام نمی شود لزوم مگر به قول مفید واتباع او. واما خیار

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عیب و غبن، پس آن ثابت است بر هر دو تقدیر. همچنانکه خیار مجلس منتفی است " .تمام شد ترجمهء کلام مسالك. واظهر در نزد حقیر این است که (هر چند قایل شویم که معاطات در بیع که جامع همهء شرایط باشد به غیر صیغه، بیع است ولکن بیع غیر لازم - چنانکه دور نیست - یا قایل شویم که بعد از تلف، بیع می شود - هر چند ضعیف است - هم) خیار حیوان در معاطات ثابت نباشد. هر چند بعد لزوم آن باشد .چون ادلهء خیار حیوان اقتضای بیش از ثبوت آن در بیع لازم در حین عقد، را نمی کند. چنانکه در اخبار صحیحه وارد شده به این مضمون که " البیعان بالخیار ما لم یفترقا " و " الخیار فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتری " چنانکه مخفی نیست بر متأمل. واگر قایل نشویم که بیع است - چنانکه ظاهر اکثر است - که اشکالی نیست. و همچنین خیار مجلس هم در معاطات معنی ندارد. چون ثابت است بعد از افتراق نیز. واما خیار عیب و غبن، پس چون آن مبتنی است بر نفی ضرر وخصوصیتی به بیع ندارد، پس، از قول به ثبوت آنها مضایقه نداریم. و همچنین خیار شرط و خیار رؤیت و خیار تدلیس و امثال آنها هم ثابت است. چون تراضی بر نهج خاص واقع شده وظهور خلاف آن کاشف از عدم حصول

تراضی است بر آن. پس هر یك رجوع به مال موجود عوض تالف می کنند.

۱۷۳- سوال: ما معنی الغناء المحرم؟ وهل یعم حرمته؟ او لها مخصص؟.

جواب: ذکر جماعة انه " مد الصوت المشتمل علی الترجیح المطرب " و نسبه المحقق الاردبیلی (ره) الی الاشهر. وقیل بذلك مع اسقاط الاطراب. وقیل به مع اسقاط الترجیح. وقیل " من رفع صوتا ووالاه فهو غنا ". وقیل " هو تحسین الصوت ". وقیل " ما هو یسمی فی العرف غناء " وهو اظهر الاقوال. واختاره الشهید الثانی (ره) ومعناه بالفارسیة " سرود " کما صرح به فی المصباح، و قال: اغنیة: بالضم والتشدید :سرود. والجمع اغانی. والتغنیة: سرود گفتن.ولما کان العرف قد یحصل فیه اضطراب بحسب متفاهم اهله، فما یتفق منه انه هو، فهو حرام جزما. وما یتفق منه عدمه، فهو مباح. وما بقی فی مرحلة الشك، فیلحق بالمباح. للاصل. و حرمته فی الجملة اجماعیة. بل قیل هو باجماع المسلمین. بل الضروری من الدین. ویدل علیه الایات والاخبار المستفیضة التی لا یبعد ادعاء تواترها، ولا حاجة الی ذکرها. واما انه عام او یختص ببعض الافراد دون بعض؟ -؟ فالظاهر المشهور التعمیم. بل یظهر من المفید دعوی الاجماع علی المطلب. بل ربما نقل دعوی الاجماع من العلماء من بعضهم. ویدل علیه (مضافا الی ذلك) من الاخبار المطلقة و خصوصا ما ورد فی تفسیر قوله تعالی " والذین لا یشهدون الزور " وقوله تعالی " واجتنبوا قول الزور " وقوله تعالی " ومن الناس من یشتری لهو الحدیث " ۱. واستثنی الشیخ فی النهایة المغنیة فی الاعراس، و حلل اجرتها، اذا لم تقرء بالباطل ولا یدخلن علی الرجال ولا یدخل

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الرجال عليهن. واختاره العلامة فى المختلف. و كرهه ابن البراج. وقال ابن ادريس " لا باس باجر المغنيات فى الاعراس اذا لم يغنين بالباطل على ما روى ". ولا يخل مختار الشيخ من قوة لصحيحة ابى بصير وروايتين اخريين. ٢ ولكنها

:الوسايل: ج ١٢ ص ٢٢٩ - ٢٢٧، ب ٩٩ من ابواب ما يكتسب به، ح ٩ - ١١ - ١٩ - ٢٢٠ .٢١ - : الوسائل: ج ١٢ ص ٨٥ - ٨٤، ب ١٥ من ابواب ما يكتسب به. واورد فيها حديث ابى بصير من ثلاثة طرق ثم اورد الروايتين. و كذا المرسل من الباب ١٦، ح .٢ هذا فى الاصوات الانسانية، واما الاستثناء فى المزامير والدف فقال فى الجواهر " ويكره الدف فى الاملاك واختان خاصة لقول النبى (ص) " اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال " يعنى الدف. وقوله - ص - ايضا " فصل ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح " - الجواهر: ج ٤١، كتاب الشهادات، ص ٥١٥٢ - ، المسئلة السادسة

معارضة بروايات اخر وساير العمومات و ظاهر دعوى الاجماع. و سبيل الاحتياط واضح. و مما استثنى منه الحداء (بالمد) وهو سوق الابل بالغناء لها. واعترف جماعة من الاصحاب بعدم الوقوف على دليل عليه. ولعله ورد فيه الخبر من طريق العامة. قال فى مجمع البحرين " وفى حديث السفر: زاد المسافر الحداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء - قال: اى بعد من آداب الشرع - ". و ربما نقل قول باستثناء مراثى الحسين عليه السلام. ولا نعرف قائله. وربما يوجه ببعض الاخبار التى لا دلالة فيها. و بانه من باب النوحة المجوزة. وفيه منع دلالة جواز النياحة على جواز الغناء. وبان النسبة بين مادل على حرمة الغناء و [مادل على [رجحان الابكاء عموم من وجه. والرجحان للاخير. وفيه منع كون الغناء مبكيا على الحسين عليه السلام. بل انما هو مقتضى طبيعته فى بعض الاحيان، وان كان فى الاشعار الباطلة. غاية الامر حصول بكاء مركب من الحلال والحرام. مع انا نمنع ترجيح هذا المقام مع قوة دلالة العام المشتمل على " النهى " المستلزم لطلب انتفاء الطبيعة راسا. بخلاف " الامر " الذى لا يقتضى الا الامتثال الحاصل بوجود بعض الافراد. واستثنى صاحب الكفاية الغناء بالقرآن. واسنده الى ظاهر كلام الطبرسى (ره). وفيه انه لم يذكر الا تحسين اللفظ، و تزيين الصوت، و تحزينه. ولا يخفى الفرق بين تحسين الصوت والغناء. واستدل (ره) باخبار قاصرة سندا و دلالة لا حاجة الى ذكرها و ذكر ما فيها فلا وجه له اصلا. وقد اطنبنا الكلام بذكر الادلة والاخبار، والجرح والتعديل فى هذه المقامات فى كتاب مناهج الاحكام. و عمدة المقصود هنا التنبيه على ما ذهب الى بعض الاوهام ان " من يقرء القرآن او المرثية لا يقال انه يغنى. بل يقال انه يقرء القرآن، او يقرء المرثية " فيجعل الغناء صفة اللفظ والمقروء، لا للصوت والقرائة. وهو توهم فاسد. كما دل عليه كلام العلماء واهل

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اللغة فى عدم ادراجهم المقروء فى تعريف الغناء بل انما جعلوه تعريفا للصوت. وان فرض اصطلاح جديد وعرف خاص، فهو مما لا يعتنى به. مثل ما شاع فى العربى الجديد تسمية " الماست " باللبن مع انه موضوع للحليب. واما ما سبق الى بعض الاوهام " من ان الحداء والرجز والنياحة والرثاء والغناء، انما هى الفاظ فى كلام العرب مستعملة فى معان مقصودة لهم مشتركة الكيفية فى القواعد الموسيقية خارجة على قوانين النسب الصوتية. فالحداء. لتهييج القوة الطبيعية فى المشى والسير، ولها منفعة و مصلحة كانت شايعة فى الجاهلية والاسلام .والرجز لتهييج القوة الغضبية المطلوب فى الجهاد والدفاع، وقد استعمله النبى " ص " وعلى والحسين " ع " وهو من السنن الجهادية. والنياحة وقد ورد الاخبار فى جوازها ان خلت عن الكذب. والرثاء قد ورد الحث بها فى الاحاديث و كانوا يأمرون الراثين بالرثاء على الحسين عليه السلام. والغناء الذى هو فى اللغة مد الصوت، وزاد بعضهم فيه الترجيح، وبعضهم الطرب - وقد ورد فيه المدح والذم باعتبارين فى الاخبار، فمنها: الغناء نوح ابليس على الجنة ١. ومنها فى الرخصة: ان ذكرتك الجنة فلا بأس ٢. ومنها: ان الله يحب الصوت الحسن يرجع به ترجيعا ٣. ومنها :من لم يتغن بالقرآن فليس منا ٤ - واولها جماعة. بخلاف الظاهر، و حملها آخرون على التقية -. والتحقيق ما فسره به الائمة (ع) تارة فى تفسير قوله تعالى - ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله - واخرى فى تفسير قوله تعالى - واجتنبوا قول الزور - فظهر ان كل كلام مرجع مطرب ممدود به الصوت خارج مخرج الزور، اعنى مالا حقيقة له، او خارج مخرج اللهو وهو مايلهى عن الاخرة فهو الغناء المنهى عنه. واما ما خلا عن اللهو والزور، كالقرآن والرثاء على الحسين " ع " وما فيه اعلام الناس بمناقب المعصومين " ع " و فضايلهم. فهو الغناء المرخص

Translation Movement
IMS

١: ما نلت على وجدانها فى المتون الحديثية. ٢: الوسايل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، باب ١٦ ح ٢. ٣: الوسايل: ج ٤، ابواب قرائة القرآن، ب ٢٤ ح ٥. ٤: البحار :ج ٩٢ ص ١٩١، باب قرائة القرآن بالصوت الحسن، ح ٢ و ٥

فيه. و يحمل مجملات الاخبار على المفصلات. ". فهو كلام ١ متساقط لا يرجع الى محصل. فان قوله " مشتركة الكيفية... " صفة لـ " معان مقصودة " فلابد ان يكون المراد من المعانى المقصودة هو كيفيات الاصوات الخاصة. فان ما هو من جملة موضوع علم الموسيقى انما هو الصوت من حيث هو. وان كان تحقق الصوت غالبا فى قالب الكلام. لا الكلام من حيث انه كلام، ولا من حيث انه مهمل، او موضوع، او

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نظم، او نثر، او مدح، او ذم، او مفاخرة و ذكر نسب، او حكاية رزية و تلهف على نازلة. فلا يعتبر فى اتصاف الصوت. بمصطلحات اصحاب الموسيقى ملاحظة المقروئات، و معانيها. كما لا يخفى. بل الملحوظ انما هو نفس الصوت والنغمة .وذلك انما يتم فى الغناء فقط. اذ ليس مدلول ساير الالفاظ المذكورة كيفية من الصوت بدون اعتبار المقروء والمدلول. فان الحداء فى اللغة هو سوق الابل و زجرها فى السير مع الغناء لها ليحث على السير. فالحداء ليس موضوعا لكيفية اخرى من كيفيات الصوت غير الغناء، ولا هو نفس الغناء وان استعين به فيه. فلا يصح جعله قسيما للغناء فى الكيفيات الموسيقية. ولا ينافى ذلك استعمال لفظ الحداء فى مقام من مقامات الموسيقى ايضا. كالحسينى والمنصورى والرهاء. ولا تباين بينها و بين الغناء ايضا. ولا مدخلية لنفس المقروء من حيث هو مدلوله، لان الابل لا يميز بين المقروئات والمدلول، ولكنها يميز الصوت الحسن عن غيره، فيستريح بالصوت الملايمة طبعها، و يسهل عليها مشقة السير. ولا ينافى ما ذكرنا ايضا التزام هذا المقام الخاص فى التغنى للابل ايضا، كما لا يخفى. و كيف كان فلا وجه لجعل الحداء قسيما للغناء. اذ ليس هو من اقسام كيفيات الصوت كما عرفت. وان لو حظ كونه على مقام خاص من المقامات الموسيقية، فان سلم ذلك فيكون اخص من الغناء مطلقا. لا مباينا. ولا قسيما له. وان فرض ح تحققه بغير الغناء، فهو اعم منه من وجه .

١: هذه جواب " اما " فى قوله: واما ما سبق الى بعض الاوهام

نهضت ترجمه
Translation Movement

فلا وجه لتخصيصه بالذكر. اذ ساير المقامات ايضا اخص من وجه. ولكل منها مصلحة خاصة، و تاثير خاص. كما قرر فى الموسيقى. مع انا لم نقف فى كلام اهل اللغة فى تفسير ما يسوق الابل بالغناء، و لم يقل احد انه سوقها بهذا المقام الخاص. مع انه خلاف المشاهد فى الغالب فى التغنى للابل. واما الرجز - : بالفتحتين - فهو بحر من بحور العروض. وقد يطلق على نوع من انواع الشعر يكون كل مصراع منه منفردا و يسمى قصائده اراجيز. جمع ارجوزة. وهذا ايضا لا دخل له فى كيفيات الصوت بل هو من صفات المقروء او النظم. فلا يصح جعله قسيما للغناء و من جملة كيفيات الصوت التى لها تاثير من حيث انه صوت. بل تاثيره انما هو لاشتماله على المفاخرة بالنسب والتهديد فى الحرب واظهار التجلد التى كلها من لوزام المقروء والمدلول. واما النياحة: فهى ايضا يعتبر فيها ملاحظة المقروء والمدلول. ولكن لا نضايق فيها من القول باعتبار الكيفية الخاصة الحاصلة فى الصوت ايضا، ليكون قسيما للغناء من هذه الحيثية. فهى كيفية خاصة من الصوت فى نوع من المقروء. وهو ما يشتمل على اظهار الويل والعويل على الميت. بان يقول واويلاه، يا ويلاه، واى واى، و ما فى معناها. او بعد بعض محاسنه، و ذكر سوانحه و مصايبه. ومع ذلك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يظهر الالم والوجع عليه. و كثيرا ما يحصل فيه التقابل من جماعة والتجاذب فيقال " تناوحوا ". وهى ايضا مما لا باس به، اذا لم يكن بالكذب والباطل. واما الرثاء والمرثية: فهو ايضا من صفات المقروء واللفظ. لا الصوت. ويعتبر فيه كونه شعرا. بخلاف النوحة. فالفرق بينه و بين النوحة من وجهين: اعتبار كيفية الصوت فى النوحة دون المرثية، واعتبار كونه شعرا فى المرثية دون النوحة. واما الغناء: فهو من كيفيات الصوت. ولا يعتبر فيه المقروء والمدلول جزما. والكلام فى حرمته بالعموم او فى بعض المقروئات قد مر. والتحقيق فيه العموم - لما اشرنا اليه - الا ما استثنى منه. (على خلاف فيه). واما الصوت الحسن: فالنسبة بينه و بين الغناء والنياحة عموم من وجه .واما ما ذكر من جعل قول الصادق (ع) - فى صحيحة محمد بن مسلم وابى الصباح الكنانى عن قول الله عز وجل " والذين لا يشهدون الزور " هو الغناء. وفى رواية ابى بصير حين سئل عن قول الله عز

وجل " واجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور " قال: هو الغناء - .ان الغناء المنهى عنه هو الغناء الذى وقع فى كلام خرج مخرج الزور، وهو مالا حقيقة له. لا الغناء فى مثل القرآن والمراثى المامور بها و نحوهما. فهو كما ترى. غاية الامر ان يقال فى تاويل الخبر، ان الغناء مثل قول الزور فى كونه منهيا عنه. لا ان الغناء المحرم هو الذى يكون فى كلام هو من قول الزور. و كذلك معنى قول الباقر " ع " - فى حسنة محمد بن مسلم " قال سمعته يقول: الغناء مما قال الله تعالى، ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم ويتخذها هزوا - ان الغناء المنهى عنه هو الذى وقع فى كلام خرج مخرج اللهو، وهو مايلهى عن الاخرة. فالمرخص فيه هو ما ليس فى كلام لهو او زور كالقرآن والمراثى المامور بهما والقصايد فى مدح المعصومين. ثم انك بعد الاحاطة بما ذكرنا تعرف وجه التساقط والخلط بين صفات الصوت والمقروء سيما مما يظهر من آخر الكلام حيث جعل المرثية محل الغناء. وقد ظهر من اول الكلام انه قسيم له. الى غير ذلك من الاختلاطات التى لا يخفى على من تامل فيه. مثل انه جعل ما فى الاخبار من تفسير الاية تفسير الغناء، ثم قال المراد منها ان الغناء الذى فى قول الزور، حرام. وهذا ليس تفسيرا له بل تفصيل لحكمه. ومنها ذكر الرواية بان الغناء نوح ابليس على الجنة، مثل انه جعل النوح قسيما للغناء. ١

١٧٤- سوال: زيد فوت شده وقدرى املاك از او مخلف شده، از قبيل خانه و باغ و دكان. ووارث او منحصر به سه پسر و سه دختر. و سه پسر قرار دادند كه املاك را قسمت كنند فى ما بين خود بدون اذن همشيره‌ها. وليكن قرار دادند فى ما بين، كه آنها را راضى كنند. و آن املاك را فى ما بين خود قسمت كردند. يك خانه را يك از برادرها برداشت. و خانه ديگر را برادر ديگر. و باغ و دكان را برادر ديگر. و حال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

یکی از برادرها حصهء خود را فروخته به برادر دیگر، و چون شرط کرده بودند که هر یك همشیره‌ها را راضی کنند،

۱: ملخص فتوی المصنف (ره) فی الغناء هو ما قاله فی المسئلة ٦٠ من هذا المجلد والمسئلة ٤٩١ من المجلد الاول

وراضی نکرده‌اند، آیا این قسمت ومبایعه صحیح است یا نه؟ -؟

جواب: قسمت بدون حضور جمیع شرکاء واذن آنها - یا وکیل یا ولی آنها - صحیح نیست. پس مال در صورت سؤال، بر اشاعه باقی است. واما بیعی که احدی از آن برادرها به دیگری کرده، در حصهء خودش از آن مال خاص نسبت به مجموع ترکه، صحیح است. و در حصهء همشیره‌ها و برادر دیگر، موقوف است به اجازه وامضای آنها. پس اگر اجازه کردند، مشتری مالك می شود. و آنها قیمت را از بایع میگیرند هر گاه اجازهء قبض ثمن را هم کرده باشند. والا از مشتری میگیرند. مگر اینکه به عینی فروخته باشند و عین را تسلیم بایع کرده باشند؟ که در این صورت می توانند از بایع مطالبه کنند و می توانند از مشتری. هر گاه عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن را میگیرند. و حاصل اینکه: هر گاه قبض ثمن نشده، رجوع به بایع نمی توانند کرد .خواه ثمن عین باشد یا دین. و هر گاه قبض حاصل شده، پس مادامی که اجازهء قبض ثمن نکرده‌اند، مشتری برئ الذمه نیست از حق مالك. و می تواند از او مطالبه کند، نه از غاصب که بایع است. مگر اینکه ثمن عین باشد، که در این وقت از هر یك از آنها مطالبه می توانند کرد. و در صورت تلف عین، رجوع به مثل یا قیمت می کنند. بلی، هر گاه بایع فروخته باشد مال را به عوض طلبی که در ذمهء او مشتری دارد، در این صورت اجازهء بیع مستلزم اجازهء قبض است. پس مطالبه نمی تواند کرد، الا از بایع.

۱۷۵- سوال: زید پنج دانگ عمارت خود را قیمت نموده به مبلغ بیست تومان، به عوض وجه خمس که در ذمه داشت به سید جلیل القدری فروخت. و در ضمن العقد شرط نمود که مادامی که خود زید یا احدی از منسوبان او (ولو نازلا) خواسته باشند در آن خانه توطن نمایند مانع نشود، وادعای کرایه ننماید. آیا این شرط صحیح است یا نه؟ -؟ واگر شرط فاسد باشد، بیع صحیح است یا نه؟ -؟ و سید مزبور در این خانه حال مدت ده سال می شود که تصرف دارد و ساکن می باشد. ودر این مدت تخمینا سی تومان اخراجات نموده است. الان خانه هشتاد تومان، بلکه بیشتر قابلیت به هم رسانیده، وهر گاه شرط وبیع فاسد بشود اخراجات را سید می تواند گرفت یا نه؟ -؟ .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: اظهر بطلان بیع است. چون شرط فاسد است به سبب جهالت مدت سکنای خود و ومنسوبان واولاد او الی آخر الابد. و خمس دادن او هم باطل شده. و این خانه داخل مقبوض به بیع فاسد می شود که ضمان بر مشتری مترتب می شود در صورت تصلف؟ و نقض آن. و اما هر گاه در خانه زیادتی و منفعتی حاصل شده (به سبب تعمیری که مشتری کرده) و قیمت آن زیاد شده، پس ظاهر این است که - در صورت جهل مشتری به فساد بیع - هر گاه عینی از خارج آورده و در آنجا داخل کرده (مثل چوب و آجر و امثال آن) مستحق بردن آنها هست. وهر گاه منفعت [ان عین] عین نیست، یا عینی است که جدا نمی توان کرد و به سبب آن، قیمت زیاد شده پس بایع غرامت آن را میکشد، و به نسبت به تفاوت در قیمت، شریك میشوند.

١٧٦- سوال: زید ملك خود را به عمرو، می فروشد در حالتی که آن ملك در دست بکر است عدوانا، وقیمت را میگیرد. و زید. بهیچوجه قادر نیست که ملك را از بکر بگیرد و تسلیم عمرو نماید. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟ -؟ و عمرو رجوع می کند به قیمتی که داده؟. وآیا قدرت عمرو بر اخذ ملك کافی است در صحت عقد یا نه؟ -؟ و آیا تجدد عجز از برای قادر موجب بطلان است یا موجب خیار؟ -؟

جواب: هر گاه نه بایع قدرت دارد بر تسلیم مبیع، ونه مشتری بر تسلم آن، و هر دو عالمند به این معنی. آن بیع باطل است جزما. چنانکه هر گاه بایع قادر باشد بر استرداد و تسلیم آن نیز، صحیح است جزما. همچنانکه صحیح است هر گاه امانت باشد در نزد غیر. و حکایت اجماع بر این هم از تذکره شده. واما هر گاه مشتری قادر باشد بر انتزاع ملك، و بایع قادر نباشد، پس اظهر در آن نیز صحت است. چنانکه جماعتی از اصحاب قایلند .به دلیل عمومات، و عدم لزوم غرر وسفه. وانتفای قدرت بایع مضر نیست. چون غرض و مطلوب از شرط قدرت بر تسلیم، همان تمکن مشتری است از اخذ و تصرف. پس فی الحقیقة مراد از شرط قدرت بر تسلیم احد امرین است از امکان تسلیم بایع، یا تسلم مشتری. والا معنی نخواهد داشت اجماع علما

بر اشتراط قدرت بر تسلیم، با وجود. جماعت ١ بلکه مخالفی نقل نشده الا از ظاهر کلام شیخ در مبسوط که بیع مغصوب صحیح نیست. ولازم این میافتد که مالك نتواند به غاصب هم فروخت. و به هر حال این قول ضعیف است. واما هر گاه مشتری بعد از آنکه قادر بود بر تسلم، عجزی بر او عارض شود، پس باز بیع باطل نمی شود .بلکه خیار فسخ از برای او حاصل می شود. وظاهر این است که این هم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

داخل در همان قسم دوازدهم از خیارات است که شهید [ین] در لمعه ذکر کرده‌اند، که آن را " خیار تعذر تسلیم " نامیده‌اند. و شارح آن، تعلیل کرده آن را به اینکه بایع قبل از قبض ضامن بیع است. یعنی هر گاه تلف شود قبل از قبض، از کیسهء بایع رفته. وچون عجز از تسلیم نازل منزلهء تلف نیست - چون ممکن است انتفاع از آن به بعض وجوه مثل آزاد کردن بنده برای کفاره - پس جبر کسر معامله به ثبوت خیار حاصل می شود. پس هر گاه ملتزم شود، بیع را صحیح خواهد. وآیا [در] این صورت، رجوع به ارش می شود یا نه؟ -؟ شارح احتمال از برای آن داده. و بعد از این تضعیف آن کرده به اصل برائت، و به اینکه ارش در مقابل مطلق نقص نیست بلکه در مقابل عیب است واین را عیب نگویند. واین قول [به] ثبوت خیار، مختار جماعتی است، که از جمله علامه است در قواعد. وقول دیگر قول به لزوم عقد است. چون در حین عقد، خیاری نبود، به جهت تحقق شرط. و موجبی از برای ثبوت آن نیست. واین قول منقول است از علامه در تذکره ولکن عبارتی که از تذکره نقل شده مقتضی آن است که [در صورتی که] مشتری قادر بر تسلم است [و] عالم است به اینکه بایع قادر بر تسلیم نیست، بیع لازم است و خیاری از برای او نیست. خواه عاجز شود از تسلم یا نه. وهر گاه جاهل باشد به عدم قدرت بایع، از برای او خیار ثابت است .خواه عاجز شود از تسلم یا نه. زیرا که لازم نیست بر او تحمل کلفت انتزاع. و آنچه از تذکره حکایت شده، از ابن متوج نیز حکایت شده .

۱: زیرا جماعتی معتقدند که در صورت قدرت مشتری بر تسلم، قدرت بایع بر تسلیم شرط نیست. پس اجماع به احد امرین قائم است والا جماعت مذکور در طرف مخالف قرار میگیرند واجماع محقق نمی شود

نهضت ترجمه
Translation Movement

واز آنچه گفتیم ظاهر می شود حکم آنکه بایع در حین عقد قادر بر تسلیم بود و بعد از آن عجز طاری شود قبل از قبض. که در اینجا نیز خیاری از برای مشتری ثابت می شود. و هر چند در مسئلهء " خیار تعذر تسلیم " اکتفا کرده‌اند به ذکر مظنهء قدرت بر تسلیم - که گفته‌اند هر گاه بخرد چیزی را به مظنهء امکان تسلیم مثل طایری که عادت دارد بر عود، یا غلام مطیعی بخرد. وآن مرغ بر نگردد و آن غلام بگریزد - ولکن ظاهر این است که فرقی نباشد. چون ماخذ یکی است. بلکه ظاهر این است که اکثر افراد قدرت بر تسلیم، از باب ظن است و آنها را در عرف " قدرت بر تسلیم " می گویند. واز این جهت است که علمائی که تجویز کرده‌اند بیع طایر معتاد العود را، بنای آنها بر این است که آن مقدور التسلیم است عادتا. والا گاه هست که بایع هر گاه اسبی [را] که در اصطبل اوست می فروشد به کسی، و بعد از عقد بیع که مشتری میخواهد او را ببرد، فی الحال او را دزد برده است. پس در اینجا هم بیع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

صحیح است و خیار ثابت است. بلی، در صورتی که مبیع در دست مشتری باشد و بایع آن را بفروشد، در اینجا مقدور التسلیم به عنوان یقین است.

۱۷۷- سوال: آیا جایز است بیع چیزی که قدرت بر تسلیم آن موقوف است بر انقضای مدتی، یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر صحت بیع است. بدلیل عمومات، و عدم مانع از آن. بلی اگر مشتری جاهل به حال باشد، خیار فسخ از برای او حاصل می شود. و محقق در شرایع گفته است که " لو باع ما یتعذر تسلیمه الا بعد مدة، فیه تردد. ولو قیل بالجواز مع ثبوت خیار للمشتری، کان قویا " واگر مراد او ثبوت خیار است در صورت علم نیز، پس آن دلیلی ندارد. زیرا که دلیلی که دلالت دارد بر اشتراط قدرت تسلیم بیش از قدرت فی الجمله، افاده نمی کند. واجماعی در اینکه باید قدرت بالفعل باشد، نیست. و در صورت علم به حال، مظنهء غرر وسفاهت هم نیست.

۱۷۸- سوال: آیا جایز است بیع مغصوب غیر مقدور التسلیم - که نه بایع قادر باشد و نه مشتری - با ضم ضمیمه یا نه؟ -؟ .

جواب: بیان این مطلب موقوف است به ذکر چند مبحث: مبحث اول: اینکه از جملهء شرایط صحت بیع، قدرت بر تسلیم مبیع است. ودلالت می کند بر آن اینکه بدون قدرت بر تسلیم داخل غرر و سفاهت است. و جمع کثیری هم دعوی اجماع و نفی خلاف کرده‌اند. و بخصوص عدم جواز بیع مرغ در هوا و ماهی در آب و عبد آبق نیز دعوای اجماع کرده‌اند (هر چند از علامه در تذکره ظاهر می شود وجود قول به جواز بیع آبق بدون ضمیمه، بعد از آنکه خلاف آن را نسبت به مشهور داده. وآن قول مهجور است، وقایل آن معلوم نیست) واستثنا کرده‌اند بیع مرغی را که عادت به عود دارد، و ماهی را که در آب صاف، باشد وراه آن مسدود باشد، و آبقی را که در دست مشتری باشد. پس ما اولا معنی مرغ در هوا و ماهی در آب را بیان [می] کنیم، بعد از متعرض میشویم از برای حکم در اعتبار عود و محصور بودن ماهی. ظاهر این است که مراد از مرغ در هوا مثل این باشد که چند جفت کبوتر می خرد و میآورد به خانه که عادت بدهد نگاه دارد، هنوز عادت نداده میپرند به هوا. این است که جایز نیست بیع آن به سبب عدم قدرت بر تسلیم. واما مثل کبوتر مباحی که آن را حیازت کرده و به سبب حیازت مالك شده و عادت نداده به پریدن، و مالك از آن اعراض کند - پس هر چند خلاف است که آیا مجرد اعراض باعث خروج از ملك می شود تا جایز باشد تملك آن از برای دیگری به صید، یا نه. دور نیست ترجیح خروج از ملك .چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده‌ایم - پس در این صورت، عدم صحت بیع از جهت عدم تملك است. نه مجرد تعذر تسلیم. و هر گاه اعراض نکرده پس آن هم مثل آن است که خریده. واز آنچه گفتیم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

معنی ماهی مملوك هم ظاهر می شود. واما استثنای مرغی که عادت به عـود دارد، پـس در آن خـلاف است. جمع کثیری از علما تجویز آن را کرده‌اند، بدلیل عمومات کتاب و سنت. و عـدم لـزوم غـرر و سـفه. واین عادت به منزلهء قدرت بر تسلیم حقیقی است. وآن به منزله غلامی است که از پی حوائج رفتـه. و [به منزلهء] حیوانی [است] که به صحرا فرستاده‌اند برای چریدن. و علامه در نهایه توقف کرده است. به جهت آنکه اعتمادی به عود آن نیست. چون عقلی ندارد. واز شیخ در مبسوط نقل مخالفـت شـده، و اینکه جایز نیست مگر در وقتی که در

برجی باشد و در آن بسته باشد. و به هر حال هر گاه در برج بسته باشد، بیاشکال صحیح اسـت. واما ماهی در آب، پس ظاهرا خلافی در عدم جواز بیـع آن نیـست .و نقـل اجمـاع ونفـی خـلاف در آن متعـدد است. مگر به چند شرط: یکی آنکه ماهی مملوك باشد، واین شرط دخلی بـه مـا نحـن فیـه نـدارد. دوم آنکه آب صاف باشـد وماهی مـشاهده باشـد. وآن نیـز از راه جهالـت مقـدار اسـت کـه از فـروع اشـتراط معلومیت مبیع است که از آن جهت صحیح نیست، مگر با ضم ضمیمه که در محـل خـود بیـان کـردیم ۱. سوم اینکه ممکن باشد گرفتن آن، مثل اینکه در حوضی یا برکهء محصوری باشـد. و بعـضی شـرط دیگـر هم گفته‌اند وآن این است که آن جوره ۲ ماهی را به عدد بفروشند. و ظاهر این است که این هـم راجـع می شود به معلومیت مبیع. و به هر حال عمـده در مقـام، امکـان صـید اسـت. و مختلـف مـی شـود بـه اختلاف آب از حیثیـت صـافی و تیرگـی، واز حیثیـت وسـعت برکـه و تنگـی آن. و بـا مـشاهدهء حـال رفـع ناخوشی قلت مؤنه و کثرت مؤنه در صید می شود، هر گـاه صـید در عهـده مـشتری باشـد. والا اشـکال کمتر می شود. و گویا که عبارت قواعد که گفته است " ولا السمك فی الماء، الا ان یکـون محـصورا " اشاره به همان شرط قدرت تسلیم باشد، که مراد ایـن اسـت کـه آب محـصور باشـد وراه خـروج مـاهی مسدود باشد. چون غالب این است که عدم قدرت بـر تـسلیم بـه سـبب بـاز بـودن راه اسـت. نـه اینکـه علامه قایل باشد به جواز هر چند ممکن نباشد صید آن، یا هر چند مشاهد هم نباشد و مجهـول باشـد. چنانکه گاه هست که توهم می شود. و همچنین عبـارتی کـه از شـیخ در خـلاف نقـل شـده، کـه گفتـه است " اذا کان الماء کثیرا صافیا و السمك مشاهدا، الا انه لا یمکن اخذه، فعندنا انه لا یـصح بیعـه. الا ان ینضم الیه شیئ. واذا انضم الیه شیئ آخر، صح اجماعا " این نیز اشاره بـه شـرط قـدرت تـسلیم اسـت. چون فرض مقام را به نحوی کرده که جهالت نباشد .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: رجوع کنید به مسئله‌های: ٦، ٧٤، ١٥٦، از همین مجلد. ۲: وممکن است به صورت] " در] آن حوزه " قابل اصلاح باشد، و مراد از حوزه منطقه، و باصطلاح رسم بلد، باشد

واما بیع عبد آبق منفردا: پس بطلان آن نیز مشهور علما است، و مقتضی ۱ بطلان بیع، غرر و سفه است - و دعوی اجماع بر آن از جماعتی شده - مگر اینکه مشتری قادر باشد بر تسلم آن، که در آن خلاف است. و جمع کثیری هم قایل به صحت‌اند. واز انتصار سید (ره) ظاهر می شود که از متفردات امامیه است. واطلاق کلام جمعی از اصحاب به عدم جواز بیع آبق منفردا، دلالت ندارد به اینکه مخالف باشند در این مسئله. زیرا که شاید مراد آنها صورت عدم قدرت است مطلقا. و از این جهت است که نقل مخالفت در مسئله نشده از آنها، و همچنین کلام بعض آنها که گفته‌اند که صحیح نیست بیع آبق الا به ضم ضمیمه. و حدیثی که در مسئله وارد شده است هم دلالت ندارد بر اینکه قدرت مشتری بر تسلم صحیح نیست، چنانکه ذکر خواهیم کرد. و اما هر گاه بفروشد آبق را با ضم ضمیمه، پس بیع صحیح است اجماعا. چنانکه جمعی از علما دعوی کرده‌اند، و به مخالفی بر نخورده‌ایم. و دلالت بر آن [دارد] صحیحهء رفاعهء نحاس: " قال سئلت ابا الحسن یعنی موسی بن جعفر - ع - قلت له ایصلح لی ان اشتری من القوم الجاریة الابقة واعطیهم الثمن واطلبها انا؟ فقال: لا یصلح شرائها الا ان تشتری معها منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانة و هذا المتاع، بکذا و کذا درهما. فان ذلك جایز " ۲ و موثقهء سماعة عن ابی عبد الله - ع -: " فی الرجل قد یشتری العبد و هو آبق عن اهله (؟) قال: لا یصلح الا ان تشتری معه شیئا و تقول اشتری منك هذا الشیئ و عبدك، بکذا و کذا، فان لم یقدر علی العبد کان الذی فقده فی ما اشتری منه معه. " ۳ - و مثله روایتان اخریان فی الفقیه و الکافی ٤. پس اگر آن گریخته پیدا شد که سخنی نیست. وغلام و ضمیمه هر دو مال مشتری است. و هر گاه پیدا نشد پس مشتری را حقی بر بایع نیست. وقیمتی که داده در برابر همان ضمیمه خواهد بود. و در این هم خلافی ظاهر نیست از احدی از اصحاب. و مراد ایشان آن نیست که آن غلام از مبیع بودن بیرون رفت، و مبیع منحصر است در ضمیمه. تا لازم آید خروج

۱: و در نسخه: و مقتضای بطلان بیع غرر و سفه است. ۲ و ۳: وسایل: ج ۱۲ ص ٢٦٢٢٦٣ - ، ابواب عقد البیع، باب ۱۱ ح ۱ و ۲. ٤: فقیه: ج ۲ ص ٧٤ - کافی (فروع) ج ۱ ص ۳۸۸

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

او از ملکیت مشتری. بلکه مراد این است که توزیع نمی شود ثمن بر مجموع عبد وضمیمه، که مشتری تواند به قدر عبد را پس بگیرد از بایع. وثمرهء آن در این ظاهر می شود که در این وقت می تواند آن غلام را آزاد کند از برای کفاره وامثال آن. وچون مقتضای عقد بیع این است - که توزیع شود تمام قیمت به تمام مبیع، و تو هم می شود که در اینجا هم باید توزیع کند. و آنچه در مقابل عبد است پس بگیرد - فقها تنبیه کرده‌اند بر این معنی که در اینجا چنین نیست. و تمام ثمن مقابل ضمیمه است. پس منافاتی نیست ما بین اینکه جزء مبیع باشد و ثمنی در برابر آن نباشد. و جمعی از علما تصریح کرده‌اند به اینکه آن جزء مبیع است. و بعضی از علما به سبب منافات جزء مبیع بودن با عدم قیمت در برابر آن، قایل شده‌اند به اینکه آن آبق جزء مبیع نیست، بلکه از قبیل شرطی است در ضمن عقد معلقا. یعنی " فروختم من این ضمیمه را وشرط کردم که اگر آن غلام پیدا شود هم ملك تو باشد " و بر این مترتب می شود اینکه بخصوص قیمتی در برابر آن نباشد .واگر معیوب بر آید خیار فسخی نباشد، خیار ارشی نباشد. واین بعید است، و بنابر این فرض، عتق آن صحیح نخواهد بود مادامی که پیدا نشده. و اما اگر شرط منجز باشد امر آسانتر است. یعنی بگوید " فروختم این ضمیمه را وشرط کردم که این غلام هم از تو باشد ". و نظیر آن در احکام شرعیه نادر است. چون غالبا شروط از باب " افعال " است نه " انفعال " و در بعضی موارد که انفعال است موکول به مستقبل است نه حال. مثل شرط رقیت ولد هر گاه احد ابوین حر باشد. یا شرط میراث در عقد متعه، که [از] شروط استحقاق میراث است که از شروط قسریه است. و محقق ثانی (ره) گفته است که شاید مراد اصحاب - که گفته‌اند که ثمن مقابل ضمیمه است - مسامحه و مجاز است. و مراد ایشان این است که آنچه در مقابل ثمن برای مشتری میماند همان ضمیمه است. و همچنین مراد از روایتی که در مسئله وارد شده است .زیرا که بیع بر مجموع واقع شده و صحت وقوع معاوضه بر شیئ مستلزم ترتب اثر است بر آن معامله. پس چگونه می شود که در برابر مبیع ثمنی نباشد، و مبیع ملك مشتری بشود. و فساد مقتضی آن است که تواند رجوع کند به حصه‌ای از ثمن. پس عدم جواز رجوع به

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

حصه‌ای از ثمن مستلزم صحت است. و گفته است که قول به حصول ملکیت، متعین است. و خوب گفته است. و مثال این سخن به این بر میگردد که احکام بیع همه در اینجا جاری است، واین جزء مبیع است، و ثمن هم در برابر آن هست. ولکن استثنا شده از آن احکام، خصوص صورتی که آبق پیدا نشود، و علتی دیگر هم در آن نباشد .که تمام قیمت مال بایع است در مقابل ضمیمه تعبدا، به سبب اجماع واخبار. و معنی این استثنا عدم رجوع است به مساوی قیمت آبق " مادام آبقا و من حیث انه آبق. لا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

غیر. ". و بعد از آن اشکال کرده است در صورتی که ضمیمه مال مالك آبق نباشد. زیرا که اگر بگوئیم صاحب ضمیمه مالك تمام ثمن می شود، آن خلاف مقتضای معاوضه است. چون بیع بر مجموع وارد شده و آبق بیعوض میماند. و هر گاه بگوئیم مستحق بعض ثمن است نسبت به ضمیمه، پس باید بیع آبق باطل باشد. واین خلاف اطلاق اخبار است. و گویا مراد او این است که در صورت توزیع ثمن جزئی از ثمن مقابل ضمیمه می شود و جزء دیگر مقابل آبق. پس گویا این را مستقلا فروخته به قیمت معین، و بیع آبق به استقلال، باطل است. و حال آنکه اخبار در صحت بیع آبق با ضمیمه مطلقند. و جواب گفته از این اشکال که این معامله از اصل صحیح نیست .به جهت آنکه اعتبار ضمیمه، به جهت مالك شدن ثمن است بالتمام. وچون آن در اینجا ممتنع است، پس صحت هم ممتنع است، و در مسالك هم گفته است که " ویعتبر کونها من مالك العبد، و یستحق جمیع الثمن، اذ لو کانت من غیره لم یستحق شیئا، فیمتنع صحة بیعه " یعنی باید ضمیمه از مال صاحب آبق باشد تا تواند که مستحق همهء ثمن باشد. چنانکه مدلول موثقهء سماعه است. و آنچه موافق آن است که دلیل صحت بیع آبق است. و در صورتی که ضمیمه مال غیر باشد،، ثمن مال صاحب عبد نمی تواند شد، پس داخل این اخبار نیست. و مندرج می شود در تحت ادلهء منع از بیع آبق، پس صحیح نخواهد بود .

و کلام صاحب مسالك اوضح واسلم است از کلام شیخ علی ۱. چون راه منع در بطلان بیع آبق - در صورت استحقاق بعض ثمن - مسدود نیست. ولکن ظاهرا جوابی] را [که [او] از اشکال گفته می توان راجع کرد به آنچه در مسالك گفته. و حاصل آن این است که این اخبار، ظاهر آنها، صورت مملوکیت ضمیمه است از برای مولای آبق. و ما تعدی از [ظهور] آنها نمیکنیم. و بدان که کلام فقها در این مقام غیر محرر است. و تحقیق و گفتن آن در نهایت اشکال است. زیرا که اولا: در مقام ذکر ضمیمه، جمع کثیری گفته‌اند که باید ضمیمه، چیزی باشد که صحیح باشد بیع آن منفردا. یعنی مثل آبق دیگری نباشد. یا مثل یك حبه گندم نباشد که آن را مال نمی گویند. و در بعضی عبارات، تعمیم داده‌اند در قلت و کثرت، یعنی خواه ضمیمه قلیل باشد و خواه کثیر. و ثانیا: بعد از آنکه گفته‌اند که بیع این جایز نیست بدون ضمیمه و جایز است با ضمیمه. اشکال کرده‌اند که آیا این مختص بیع عبد آبق است که ضمیمه مجوز آن است؟ یا شامل عبد " ضال " - یعنی گم شده بدون گریختن - و " مجحود " - یعنی غلامی را می فروشد که در نزد کسی است واو دانسته انکار می کند که در نزد من نیست و یا اینکه در نزد من است و غلام بایع نیست - هم] می شود]؟. و همچنین اشکال کرده‌اند که آیا حکم شتر گریخته و اسب گریخته، مثل غلام گریخته است یا نه؟ -؟ و همچنین گم شده و مجحود آنها. یعنی جایز نیست

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بیع آنها منفردا و جایز است با ضمیمه -؟. و در الحال مذکورات خلاف کرده‌اند. و بعضی در الحاق متمسك شده‌اند به اشتراك، جمیع در علت. و دیگران در عدم الحاق، به عدم تعدی از نص، چون در آبق وارد شده. و [به] عموم دلیل اشتراط قدرت بر تسلیم. و بعضی جایز دانسته‌اند بیع مال ۲ را بدون ضمیمه. و بعضی غیر اینها هم گفته‌اند. ووجه اشکال این قاصر، این است که دلیلی که در مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم گفته‌اند، هم اجماعی است که بر آن ادعا شده است، و هم نص است در بعضی اقسام مثل عبد

۱: محقق ثانی شیخ علی بن العال الکرکی. که کلامش در بالا مورد بحث بود. ۲: و در نسخه: مثل

آبق و جاریهء آبقه. و هم لزوم سفه است. و مقتضای این ادله همه جا یکی نیست. پس اگر دلیل را " لزوم غرر و سفه " گیریم، پس باید تابع آن باشیم وجودا وعدما. پس گاه است که غلام گریخته که صد تومان میارزد، شخص می خرد پنج تومان به مظنهء اینکه پیدا شود. و این منافی " رشد " نیست و مستلزم سفه نیست .چنانکه کسی هزار تومان مال را به دریا میفرستد به امید نفع، با احتمال غرق .یا مال بسیاری بر وجه محابات به قیمت قلیلی می فروشد، چون الحال می تواند به آن قیمت قلیل جنسی را بگیرد که مظنهء نفع به اضعاف آن جنس خودش، دارد. وهکذا ..پس بنابر این حکم به بطلان بیع بلا ضمیمه در صورت لزوم سفه است. و در ضم ضمیمه هم باید اعتبار کرد [کرد که ضمیمه] چیزی باشد که سفه به آن زایل شود .و در این معنی فرقی ما بین عبد آبق و حیوان گریخته وضال و مجحود نیست .واخباری که در ضم ضمیمه وارد شده هم باید حمل بر چنین صورتی کرد. وورود اخبار در خصوص مورد خاص، منشأ تخصیص دلیل، نمی شود. چون منافاتی ما بین عام و خاص نیست. زیرا که هر گاه دلیل در اصل مسئله، " لزوم سفه " است پس منع در بیع آبق هم به سبب لزوم سفه است. واستثنای جواز با ضمیمه هم نظر به ملاحظهء رفع سفه باید باشد. واگر دلیل در اصل مسئله، " اجماع " است، پس بیع غیر مقدور التسلیم صحیح نیست تعبدا، هر چند مستلزم سفه نباشد. پس بنابر این، استثنای بیع آبق به ضمیمه، نیز تعبدی خواهد بود. یعنی هر چند سفه لازم نیاید بدون ضمیمه، که باید ضمیمه باشد. واین تابع مورد نص است، و عدول از مورد نص نمی توان کرد. پس عموم " اوفوا بالعقود " مخصص است به " اجماع "، در غیر مقدور التسلیم. و اجماع در غیر مقدور التسلیم مخصص است به آنچه وارد شده نص بر صحت آن با ضمیمه. پس عدول از مورد نص محتاج است به دلیل. پس راهی از برای الحاق غیر منصوص، نیست. و آنچه به گمان این قاصر می رسد که اعتبار ضمیمه در این مقام از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

باب حیل شرعیهء مجوزه باشد. ونظر ایشان در این مقام بر ملاحظهء بطلان بیع غیر مقدور التسلیم است تعبدا. واجماعی که بر آن دعوی شده افادهء بیش از " غیر مقدور التسلیم محض " را نمی کند، پس

ما حیله میکنیم که آن را از تمحض عدم مقدوریت بر آوریم ضم ضمیمه میکنیم که نگوئیم بیع غیر مقدور التسلیم محض شده. چنانچه در حیل ربویه که فرار از ربا میکنیم با اشتراك حیله در حصول ربح با ربا. و چنانکه در آنجا علتی که در حرمة ربا وارد شده - که اتلاف اموال وسد معروف و غیره است - آن علت را حمل بر حکمت داعیه بر حرمة قرار میدهیم - مثل رفع ارياح آباط در غسل جمعه واختلاط میاه در عده - نه علت واقعیه. واطراد در آن شرط نیست. پس معلوم می شود که نفس ربا تعبدا ممنوع است، وبه اخراج آن به صورت بیع رفع ناخوشی می شود. ۱ و همچنین در اینجا هر چند حکمت در بطلان بیع غیر مقدور التسلیم، لزوم غرر و سفه، باشد .لکن از اجماع معلوم شد که نفس عدم قدرت منشاء بطلان است هر چند سفه لازم نیاید .

۱: ای کاش میرزا (قدس سره) همین استدلال را میکرد بدون اینکه آن را " حیله شرعی " نام گذارد و بدون اینکه موضوع را به ضمیمه ربوی ربط دهد. و نیازی به این نام گذاری و ربط دادن نبود. خواننده محترم توجه دارد، این همان مسئله شماره ٦، از همین مجلد است که مصنف (ره) در مسئله‌های مکرر بر مبنای خود در ضمیمه ربوی اصرار دارد. وما هم بر مبنائی که از امام خمینی (ره) در این مسئله نقل کردیم اصرار داریم. موضوع بحث در اینجا با مسئله ربا فرق بنیادین دارد .زیرا در اینجا پایگاه دیگری داریم به نام " جواز فروش چیزی به اضعاف مضاعف قیمت " که در فقه و منابع حدیثی معروف است. و می توانیم ضمیمه را به اضعاف مضاعف قیمت، فروش و خرید کنیم و (هر چه باشد) ربائی پیش نمی آید. اما در ربا، قرار دادن ضمیمه در مقابل بخشی از وجه به عنوان اضعاف مضاعف قیمت ضمیمه، باز نمی تواند ماهیت ربا را از بین ببرد و عقل با کمال بداهت حکم می کند که ماهیت معامله یك ماهیت ربوی است و طرفین قصد ربا داشته و دارند. اما در اینجا آنچه هست این است که طرفین قصد بیع غیر مقدور التسلیم را دارند و به هر صورت " بیع " است که " احل الله البیع و حرم الربا ". به عبارت دیگر: اصل طبیعی در ما نحن فیه " بیع بودن " است ولی اصل طبیعی در آنجا " ربا " است. باز با با بیان دیگر: در اینجا میخواهیم یك " حلال الاصلی " را که فاقد یکی از شروط شده و دچار حرمة گشته، بوسیله ضمیمه، به حلیت اصلیش بر گردانیم، ولی در ضمیمه ربوی میخواهیم یك " حرام الاصلی " را به حلال مبدل کنیم، در حالی که قصد خروج از ماهیت حرام آن، نداریم. پس قیاس این دو با هم، قیاس مع الفارق در طبیعت، و هم قیاس باطل در شریعت است. و اساسا حیله شرعی و یا چاره‌جوئی شرعی برای تبدیل ماهیت حرام به ماهیت حلال در شرع نداریم. رجوع کنید به مسئله شماره ٦ و مسئله شماره ٧٤ از همین مجلد

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و چون اجماع بیش از عدم قدرت محض را نمیرساند، پس ما حیله میکنیم به ضم ضمیمه تا از غیر مقدور التسلیم بودن محض، فارغ شویم. واکتفا کنیم به مقدور التسلیم بودن فی الجمله. اگر کسی بگوید: هر گاه فی الجمله مقدور التسلیم بودن کافی است پس باید در مبیع معین که یك جزء آن مقدور التسلیم نباشد هم بیع صحیح باشد. و منحصر نیست در ضم ضمیمه. گوئیم: که مراد ما از اکتفا به قدرت فی الجمله، در جائی است که یك جزء از آن را مقصود بالذات کنیم و دیگری را بالتبع. مثل مثالهای ضم ضمیمه، که ضمیمه را اصل میکنیم (هر چند با ارادهء منفرده باشد) به جعل جاعل نه به موافقت طبیعت. و در مثال مفروض معترض جزئین مساویاند در قصد طبیعی. و به هر حال، آنچه ما اختیار کردیم در دفع اشکال منافات ندارد با آنکه باز ملاحظهء عدم لزوم سفه را بکنیم با ضم ضمیمه هم .غایت امر این است که نسبت ما بین دلیل حرمة بیع سفه، و دلیل بیع غیر مقدور التسلیم با ضمیمه، عموم من وجه باشد. و راهی از برای ترجیح ثانی نیست. پس باید ما دلیل جواز با ضم ضمیمه را حمل کنیم بر صورتی که سفهی لازم نیاید، که اخص مطلق شود از دلیل حرمة غیر مقدور التسلیم، و منافی حرمة بیع سفه هم نباشد. و کلام در اینجا بعینه مثل کلام است در بیع مجهول واشتراط ضمیمه [در آن]، و مادر جلد دوم " جواب مسائل " تحقیق آن را مبسوط کردهایم. وحاصل کلام این است که بیع مجهول و بیع غیر مقدور التسلیم باطل است تعبدا. هر چند سفهی در آن لازم نیاید. بدون فرقی ما بین اقسام آن. و با ضم ضمیمه صحیح می شود در همه جا به شرطی که سفهی لازم نیاید. و بدان که شهیدین در لمعه و شرح آن، در مسئلهء ضال و مجحود، گفتهاند صحیح است بیع آنها و مراعی است به امکان تسلیم .پس اگر ممکن شود تسلیم در وقت نزدیکی به سبب

نهضت ترجمه
Translation Movement

آن فوت نشود چیزی معتد به، از منافع، یا راضی شود مشتری به صبر تا وقتی که تسلیم او بشود. لازم می شود. واگر متعذر شود تسلیم، مشتری خیار فسخ دارد، اگر خواهد فسخ می کند، واگر خواهد ملتزم می شود به آن، به مثل عتق در کفاره وامثال آن. و بعد از آن، شارح گفته است که احتمال قوی است اینکه باطل باشد به سبب فقد شرط، که امکان تسلیم است. و ظاهر این است که مراد ایشان در صورت عدم ضم ضمیمه باشد. و همچنین آنچه در مسالك گفته است - در شتر واسب گریخته - که " محتمل است صحت بامراعی بودن به تسلیم ". بعد از آن که گفته است که " اقوی عدم صحت است. و بعضی گفتهاند که عدم صحت اشهر است ". و بنابر تحقیقی که ما کردیم باید بدون ضم ضمیمه باطل باشد. و باضم ضمیمه صحیح باشد. هر گاه سفهی در آن نباشد. مبحث دوم: ظاهر این است که شرط است در صحت بیع آبق - بلکه در مطلق بیع غیر مقدور التسلیم - که بیع آن صحیح باشد. [ودارا باشد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

به] آنچه شرط است در صحت غیر آن، مثل معلوم بودن مبیع به مشاهده یا وصف رافع جهالت، و موجود بودن مبیع در حین بیع، و ثابت است برای او جمیع احکام بیع به غیر از قدرت بر تسلیم. پس هر گاه ظاهر شود که مبیع در وقت بیع تلف شده بوده است، یا مال غیر بوده، یا مخالف وصفی بر آید که به آن وصف خریده. شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که ظاهر این است که باطل می شود بیع نسبت به آنچه مقابل مبیع است در دو صورت اول. و خیار فسخ دارد مشتری در صورت آخری. و در مسالك اشکال کرده است و توقف کرده در اینکه آیا سایر شروط هم ملحق به تعذر تسلیم است یا نه؟ -؟. و اظهر در نظر احقر عدم الحاق است، و مختار شرح لمعه خوب است. ولکن اظهر این است که در صورت ثانیه باطل نباشد بلکه موقوف باشد به اجازهء مالك و شاید مراد او هم بطلان باشد در صورت عدم اجازه واز آنچه گفتیم ظاهر می شود هر گاه ظاهر شود معیب بودن آن، [که] خیار رد وارش ثابت باشد. واز تنقیح حکایت شده عدم ثبوت رد وارش - در صورت ظهور عیب - از برای

مشتری جاهل به عیب. واما هر گاه ضمیمه رد شود به سبب عیبی، یا خیاری، آبق تابع آن خواهد بود. وحکم علی حده ندارد. واز حاشیهء شهید بر قواعد نقل شده که این متوج گفته است که اگر ظاهر شود موت ضال یا آبق پیش از بیع، پس باطل نمی شود بیع. و بعد از آن شهید گفته که اولی این است که از برای مشتری خیار فسخ و اجازه ثابت باشد. این آخر کلام شهید است. و ظاهر کلام ابن متوج این است که بیع باطل نمی شود در خصوص ضمیمه. و محتمل است که مراد این باشد که باز بایع مستحق تمام ثمن باشد، یا به نسبت به آنچه حصهء ضمیمه، می شود. چنانکه شهید ثانی اختیار کرده. واولی این است که حمل کنیم بر معنی دوم، نظر به قواعد کلیهء بیع. و بنابر این، مراد شهید " ره " نیز این است که در صورت صحت بیع نسبت به ضمیمه، اولی ثبوت خیار فسخ است از برای مشتری، و گویا وجه این، تبعض صفقه است. که موجب خیار است. و حاصل در این مقام این است که آبق - بلکه مطلق غیر مقدور التسلیم - جزء مبیع است. و احکام بیع همه در اینجا جاری است، از بطلان و خیار عیب و خیار تبعض صفقه و غیر آنها. مخالفتی که در اینجا هست، این است که آن شیئ غیر مقدور التسلیم مادامی که متصف است به همین معنی، - یعنی اباق و ضلال وجحود - به سبب همین معنی از قیمت چیزی کم نمی شود، به سبب عدم وصول به آن. هر چند [اگر] به سبب دیگر مثل تلف یا غیر آن [باشد] باید آن را هم منظور داشت. ودانستی که معنی احادیث و کلام فقها هم همین است که گفته‌اند که قیمت از برای بایع در برابر همان ضمیمه است، نه اینکه آن داخل مبیع نیست. واز آنچه گفتیم ظاهر می شود که هر گاه بعد از بیع، غاصبی آبق را غصب کند، یا جنایتی بر آن برساند. قیمت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وارش مال مشتری است. و هر گاه نتواند مشتری که استیفای حق خود کند، از قیمت چیزی کم نمی شود. چنانکه از تنقیح حکایت تصریح به آن شده. واما هر گاه تلف شود بعد از بیع وقبل از اقباض، پس در آن اشکال است. نظر به اینکه هر مبیعی که قبل از اقباض تلف شود، آن مال بایع است .پس باید قیمت ناقض شود. واز جهت

اینکه در اینجا اقباض واجب نیست، پس ضمان هم بر بایع نیست. [واقوی [ترجیح ثانی [است بر اول]. زیرا که اظهر ادلهء آن در این مقام حدیث نبوی است که فرموده است " ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه " و در تبادر " غیر مقدور التسلیم " از این حدیث، تامل است. خصوصا که جابری از برای ضعف سند آن نیست. مبحث سوم: هر گاه ثمن، غیر مقدور التسلیم باشد، آیا حکم آن حکم مثمن است یا نه؟ -؟. پس بدان که تصریحی در کلام اصحاب به آن، در نظر نیست - به غیر عبارت شهیدین در لمعه و شرح آن - و مقتضای کلام ایشان در نظایر آن، عدم فرق است. چنانکه میبینی که علامه در قواعد می گوید " الفصل الثالث: العوضان. و شرط المعقود علیه الطهارة فعلا او قوة " و معقود علیه اعم است از ثمن و مثمن. بعد از آن می گوید " و صلاحیته للتملك. فلا یصح العقد علی حبة حنطة لقلته " [و بعد گفته است] " والقدرة علی التسلیم " هر چند بعد گفته است " فلا یصح بیع الطیر فی الهواء اذا لم تقض عادته بعوده ولا السمك فی الماء الا ان یکون محصورا ". و ظاهر این است که تفریع از باب مثال است. بعد از آن می گوید " والعلم فلا یصح بیع المجهول ولا الشراء به ولا یکفی المشاهدة فی المکیل والموزون والمعدود. سواء کان عوضا او ثمنا ". و در تذکره و غیر آن دعوی اجماع بر اشتراط معلومیت عوضین شده است. و همچنین ظاهر این است که مراد ایشان در عنوان کردن مبیع مثال است با نظر به اطلاق مبیع بر ثمن و مثمن باشد. چنانکه شهید در لمعه می گوید " بشرط کون المبیع مما یملك، فلا یصح بیع الحر، و ما لا نفع فیه " تا آنجا که گفته است " یشترط ان یکون مقدورا علی تسلیمه " یعنی شرط مبیع این است که مقدور التسلیم باشد. بعد از آن گفته است " فلو باع الحمام الطایر لم یصح الا ان یقضی العادة بعوده. ولو باع الابق صح مع الضمیمة ." وبعد از آن گفته است " وفی احتیاج العبد الابق المجعول ثمنا الی الضمیمة، احتمال. ولعله الاقرب " واز این کلام ظاهر می شود که مسئله، خلافی است در ثمن .بلکه احتیاج به ضمیمه را احتمالی، قرار داده. و ممکن است که خلاف، بخصوص این، باشد. نه مطلق تعذر التسلیم. و در خصوص ثمن باشد. نه در مثمن. ولکن از علامه در تذکره ظاهر می شود که

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

در صورت بودن آبق مثمن، هم خلاف است در اشتراط ضمیمه. چون نسبت آن را به مشهور داده. و نقل قولی به جواز بدون ضمیمه کرده. واز بعض متاخرین هم نقل قول به جواز شده با علم مشتری به اباق. وشهید ثانی در شرح آن ۱، گفته است که " چنانکه جایز است گردانیدن آبق مثمن، جایز است گردانیدن آن ثمن. خواه در برابر آبق دیگر باشد یا غیر آن. به جهت حصول معنی بیع در ثمن و مثمن ". یعنی عموم " احل الله البیع " شامل آن است. و بعد از آن در وجه احتمال شهید در احتیاج به ضمیمه واقرب بودن آن گفته است که " این از جهت صدق اباق است " یعنی علتی که در مثمن هست، در ثمن هم هست، که آن اباق است. و به هر حال، ظاهر این است که در اصل مسئلهء اشتراط قدرت بر تسلیم، فرقی ما بین ثمن و مثمن نباشد. و همچنین در خصوص بیع آبق اظهر عدم فرق است، و اظهر جواز است در ثمن نیز با ضمیمه. نه بدون آن. واظهر این است که جایز است [با] ضمیمه، هر چند مثمن هم آبق باشد با ضمیمه. و کافی نیست در ضمیمه، اینکه آبقی دیگر باشد نه در ثمن و نه در مثمن. چنانکه شهیدین تصریح به آن کرده‌اند. و الحاصل: نظر به اطلاقات کلمات فقها و ظاهر احادیثی که وارد شده در بیع آبق با ضمیمه، فهمیده می شود که علت عدم جواز تعذر تسلیم است رأسا. وجواز با ضمیمه به سبب خروج از عنوان " تعذر تسلیم " است رأسا، با ملاحظه احتراز از لزوم سفه. و در این معانی فرقی ما بین ثمن و مثمن نیست. واینکه این را شهید احتمالی قرار داده خالی از غرابتی نیست .وظاهر این است که سایر فقها مفروغ عنه دانسته‌اند اتحاد حکم ثمن و مثمن را که متعرض آن نشده‌اند. و شهید ثانی گفته است " این فرع و آنچه بعد میآید، از مختصات این کتاب است " یعنی در جای مذکور نیست. مبحث چهارم: شهید در لمعه گفت است " ولو تعدد العبد، کفت ضمیمة واحدة " یعنی هر گاه چند غلام گریخته را بفروشد و یك ضمیمه قرار بدهد، کافی است. و شهید ثانی

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

۱: مرجع ضمیر " آن " کلام شهید اول است که در بالا آمده

در شرح آن گفته که در ثمن هم، چنین است. و گفته است که معتبر نیست در این ضمیمه که هر گاه تقسیم کنی آن را بر عبید، هر یك از حصه‌ها متمول باشد. یعنی چیزی باشد که قابل بیع باشد. زیرا که مفروض این است که یك ضمیمه کافی است، و آن خود متمول است بالفرض. و در صورت تقسیم، یك ضمیمه نیست. بلکه ضمایم متعدده است. و آنچه گفته‌اند خوب است. مبحث پنجم: از تنقیح حکایت شده که هر گاه در ضمیمه عیبی ظاهر شود، پس آنچه اسقاط می شود به سبب ارش، از کل ثمن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اسقاط می شود. یعنی آبق را اعتبار نمی کنند و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه در مقابل ضمیمه است اعتبار نمی کنند ۱. و از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود که این سخن خالی از اشکال نیست. زیرا که مستفاد از اخبار و کلام فقها این است که آبق جزء مبیع است. واحکام بیع همگی بر آن جاری است به غیر آنکه هر گاه آبق " مادام آبقا ولم یظهر تلفه عند البیع " به دست نیاید بایع مستحق تمام ثمن است، و حصه از برای آبق نیست. پس این حکم خاص، تعبدی است. و تعدی از آن نمیکنیم. پس دور نیست که در ارش بر قاعدهء بیع عمل شود، و تفاوت قیمت را نسبت به حصهء ضمیمه، استرداد کند. به این معنی که هر گاه آبق به دست آید و ضمیمه معیب بر آید وبالفرض قیمت ضمیمه و آبق مساوی باشند و تفاوت قیمت ضمیمه صحیحا و معیبا نصف باشد، مشتری ربع مجموع را استرداد می کند، در صورتی اخذ ارش.

۱۷۹- سوال: هل یصلح العبد لتملك شیئ ام لا؟ -؟ و علی فرض التملك هل هو محجور علیه ام لا؟ -؟ ثم ان اذن المولی ایاه فی التصرف فی شیئ من ماله فهل یفید مجرد الا باحة او یملك التصرف؟ -؟ ثم ان مات المولی قبل تصرفه، فهل یبقی جواز تصرفه ام لا؟ -؟ .

جواب: اختلف العلماء فی ان العبد هل یصلح للتملك اولا. بل هو کالدابة بالنسبة الی جله او علیقه. وفیه اقوال: نسب الاول الی الاکثر الشهید الثانی، و جعله فی الدروس

۱: عبارت نسخه چنین است: و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه مقابل ضمیمه است وپس اعتبار کنند

نهضت ترجمه
Translation Movement

ظاهر الاکثر. ولکن نسب جماعة من الاصحاب الثانی [الی] المشهور والاکثر .و عن التذکرة انه مذهب الاکثر. و عن کتاب نهج الحق انه مذهب الامامیة و عن الشیخ فی الخلاف فی باب الزکوة " لا زکوة علیه لانه لا یملك اجماعا " و عن السرائر " اجماع اصحابنا ان جمیع ما بید العبد فهو مال لسیده " و عن نهایة الاحکام و موضع آخر من السرائر " انه غیر مالك عندنا " و عن المنتهی نسبته الی اصحابنا. و مثله عن المبسوط فی کتاب الکفارات. ومن الصدوق وابن الجنید " ان العبد یملك ". و قیل کلامه فی المقنع کالصریح فی انه یملك فاضل الضریبة - هو ما یقاطعه علیه مولاه بان یعطیه کل شهر، او کل سنة، و یکون الزائد له - وعن جماعة انهم حملوا کلامهم علی انه یملك ملکا غیر مستقر. و عن المقداد انه یملك ملکا غیر تام. و فی الشرایع " العبد لا یملك، وقیل یملك فاضل الضریبة، وهو المروی، وارش الجنایة، علی قول. ولو قیل یملك مطلقا لکنه محجور علیه بالرق حتی یاذن المولی، کان حسنا. وفی النافع " المملوك یملك فاضل الضریبة .وقیل لا یملك شیئا ". وعن الشیخ فی النهایة " العبد المملوك لا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يملك شيئا من الاموال مادام رقا. فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريده و كذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه، و ما يفضل بعد كذلك يكون له، جاز. فاذا ادى مولاه ضريبته كان له التصرف فى ما بقى من المال. و كذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش، كان له ذلك. وحل له التصرف فيه. وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه. فان تزوج فى هذا المال او يشترى كان ذلك جايزا. و كذلك ان اشترى مملوكا، فان اعتقه كان العتق ماضيا ". و عن ابن البراج موافقته لذلك. وعن المهذب البارع وفخر المحققين فى شرح الارشاد ان فى المسئلة اقوالا ثلثة: الاول: يملك المال لا مستقرا و هو ظاهر الصدوق وابن الجنيد. الثانى :انه يملك التصرف خاصة، و عليه الشيخ فى النهاية. و الثالث: اباحة التصرف خاصة، لا ملك التصرف. و قالا ان الثالث لم يمنع منه احد، بل هو اجماعى. وفرق فى المهذب بين الثانى والثالث بوجهين: الاول: ملك التصرف اقوى من اباحته، فان فى الاباحة لو ظهر له شاهد حال من المالك بكراهة لم يجز ان يتصرف. الثانى: ان فى

ذلك التصرف، له ان يتصدق منه ويطعم غيره. وليس له ذلك فى الاباحة. هذا حاصل ما نقله بعض الاصحاب من الاقوال. والعمدة بيان الدليل فى المسئلة .فنقول: الاظهر القول بعدم ملكه مطلقا. كما ان الاظهر انه قول الاكثر. والدليل عليه (مضافا الى الاصل) من وجوه: الاول: قوله تعالى فى سورة النحل " ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيئ و من رزقنا منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا و جهرا هل يستون " ١ والظاهر ان المثال للفرق بينه تعالى وبين الاصنام التى يعبدها الكفار، كما يظهر من ملاحظة ما قبلها. وجه الاستدلال انه قد اوغل فى بيان المباينة بين الفريقين فى غاية الغاية كما هو مناسب المقام و شبه الاصنام العبيد و نفسه تعالى بالاحرار. فقال " عبدا " يعنى من ليس بحر. فان المتبادر من العبد عند الاطلاق هو مقابل الحر، وان كان قد يستعمل فى عباد الله كقوله تعالى " قال انى عبد الله " والغالب فيه الاستعمال مع الاضافة .وكذا المتبادر منه عند الاطلاق القن (لا المبعض) والعبد بالفعل لكون المشتق مجازا فى ما انقضى عنه المبدأ. فح، يكون كلمة " مملوكا " قيدا توضيحيا بيانيا. لا تقييديا. لعدم انفكاك العبودية بالمعنى المذكور عن المملوكية .وفائدته اظهار كمال مهانته لا طلاق التملك عليه كالدواب والجمادات. لا يقال :ان العبد نكرة مثبتة لا يفيد العموم حتى يثبت الحكم فى كل عبد. اذ - مع تسليم انه ليس من باب " تمرة خير من جرادة " - نقول: ان توصيفه بالمملوكية التى هى ثابتة لجنس العبد، بل والعبودية ايضا. يشعر بالاطراد لثبوت العلة فى جميع افراده والمقام قرينة على اعتبار مفهوم الوصف هنا، وان لم نقل بحجيته. ثم قال " لا يقدر على شيئ " والظاهر انه ايضا للتوضيح والبيان. كما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هو مستفاد من الروايات، مثل ما رواه فى التهذيب عن سعيد بن يسار: " قال سئلت ابا عبد الله - ع - عن امرئة حرة تكون تحت

١: الاية ليست فى مقام التشريع. وليست من آيات الاحكام. بل فى مقام تمثيل مثال مما كانت تجرى فى نظام الاجتماعية الجارية فى القريش و معيشته، و غيرهم من الاجتماعات فى ذلك الزمان. ثم: هذه الاية مكية ولو كانت فى مقام التشريع لا وجبت للعبيد طاعة مواليهم من المشركين كابوجهل والعتبة و غيرهم. وقد نعلم تجرى العبيد و عصيانهم على مواليهم بتشويق من ناحية الرسول " ص ". و يجيئ الكلام فى الجملة " ورزقناه منا " ...

المملوك، فتشتريه. هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه بعد مملوك لا يقدر على شيئ " ١ وهو مناسب للمقام فان نفى القدرة على نوع الشيئ ادخل فى المقصود من نفيها من شخصه، والنكرة فى سياق النفى يفيد العموم. غاية الامر خروج بعض الافراد بالدليل، فيبقى الباقى. بيان ذلك: ان قدرة العبد اما يتعلق بما هو لازم خلقته و طبيعته، كالاكل والشرب والجماع والنوم و غير ذلك. واما يتعلق بغير ذلك من الافعال، كالمسافرة والسير فى الاسواق والصحارى للتنزه والتفرج والاستحمام. و بالجملة ما يتعلق بتحصيل المال بمثل الاتهاب والاحتطاب و نحو ذلك. واما ما يتعلق بالتصرف فى مال المولى بالبيع والشراء و غير ذلك، او فى ما اتهبه واحتطبه، هذا كله مما لا معنى لنفى القدرة العقلية راسا منها. بل الواقع الغالب هو القدرة فيها. فعلى جعل القيد توضيحيا فالعموم مخصص بغير ما هو ثابت عقلا، وما لم يمنعه الشرع. فالمراد من " لا يقدر " كونه ممنوعا عنه شرعا. يعنى: عبدا مملوكا ممنوعا من كل شيئ عدا ما استثنى و منه تصرفاته باذن المولى. فالمستثنى محتاج الى الدليل فكما ان التصرف فى المال فى الاغلب يحتاج الى الدليل، فكذلك جواز التملك بمعنى الاتهاب والاحتطاب ايضا يحتاج الى الدليل. واما التملكات القسرية كالميراث والدية، فلا معنى للقدرة فيها لا عقلا و لا شرعا. اذ هو بجعل الشارع و لا مدخلية فيها للعبد. وانما اخترنا كون هذا القيد توضيحيا لا دخليته فى المقصود، كما اشرنا سابقا. واورد عليه المحقق الاردبيلى (ره) بانه على تقدير تسليم كون القيد للبيان و شاملا للتصرف فى الاموال، فيدل على كون العبد محجورا عليه ليس له التصرف من دون

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٥٧، ابواب نكاح العبيد، ب ٤٩ ح ٢ - التهذيب: ج ٢ ص ٣٠٦ .وفى سنده ابو العباس محمد بن جعفر الرازى وكان يقول بالجبر والتشبيه و يروى عن الضعفاء وله كتاب فى " الجبر والاستطاعة " وقال العلامة فى " الخلاصة :" انا فى روايته من المتوقفين. فالاعتماد بهذا الحديث فى تفسير الاية وجعلها من آيات الاحكام، مشكل. ولا اقل من احتمال كون جملة " لا يقدر على شيئ " فى الحديث ناشئة من مسامحات ابى العباس، لا من كلام الامام " ع "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اذن المولى، على ان الظاهرة انه للتقييد، وانه ليس له شيئ من التصرف فى نفسه او ماله ايضا، الا باذن سيده. بل ليس له شيئ الا من عند مولاه. فيما لم يملكه المولى او ياذن فى ملك شيئ والتصرف فى شيئ، ليس له ذلك. والقائل بالتملك يقول به. وقال فى آخر كلامه: دلالتها على التملك اوضح من دلالتها على عدم التملك ١. اقول: انه (ره) منع اولا كون القيد توضيحيا. بل هو تقييدى. ٢ يعنى ان الاصنام كالعبد الذى لا يقدر على شيئ، لا كالعبد القادر على كل شيئ .و منه يظهر وجود عبد قادر على التملك. فلا يمكن الاستدال بها على عدم تملكه مطلقا. ثم منع على تقدير كونه بيانيا، شمول الشيئ المنفى المنصرف فى الاموال .بل المراد انه غير قادر على التصرف فى نفسه. ثم قال وعلى فرض تسليم كونه بيانيا و شاملا لنفى التصرف فى المال. يعنى ان العبد مطلقا لا يقدر على شيئ لا على التصرف فى نفسه ولا فى المال، فهو معنى كونه محجورا عليه. وهو لا ينفى تملك المال. بل يثبته. اقول: معنى شموله للتصرف فى الاموال، ان عدم القدرة، اعم من عدم القدرة على التصرف فى نفسه وفى المال على تملك المال. ولا يخفى ان ما ذكره لا يجتمع مع القول

١: الاية لا تدل على الجواز و لا على عدمه. لانها ليست فى مقام التشريع و لا من آيات الاحكام. و هى فى مقام تمثيل مثال محض. و ليس فى الاية حكم تأسيسى ولا حكم امضائى. سواء كان القيد توضيحيا او تقييديا. لانه فرق بين توضيح ما وقع و ما كان - بل، ما يكون - و بين امضائه و تثبيته بعنوان حكم من الاحكام٢ .: والانصاف ان القيد تقييدى. اذ من العبيد من لا يقدر على شيئى و منهم من يقدر على اعظم الاشياء من قيادة الجيوش و فتح البلاد كجوهر عبد الفاطميين الذى فتح مصر و شيد حكومة الفاطميين و سلطانهم. وامثاله فى التاريخ كثير جدا .و من هنا يظهر ان المراد فى الاية هو القدرة النفسانية والروحية قبالا لضعف الروحى والنفسانى والخصوصيات التكوينية فى نفس الانسان. و اين الاية من بيان التشريعيات والاجتماعيات!؟! و العبد المملوك الذى لا يقدر على شيئى مصداق تام للانسان الضعيف نفسا والرذيل طبعا والعاجز تكوينا و تخصيص جملة " لا يقدر على شيئى " بامور المالية والمالكية ابعد شيئى الى دليل. بل لا ربط للاية اجتماعية اصلا. واى ربط بين معنى " القدرة " و بين المالكية؟ ربما ضعيف لا يقدر على شيئى مع انه مالك للالوف والالاف. فليس بين القدرة والمالكية ملازمة حتى تنتفى المالكية بانتفاء القدرة. ثم: هل المراد فى الاية، هو قدرة الاصنام و عدمها فى الامور الاجتماعية؟ ام فى الامور التكوينيه؟

بالتملك، فان القائل بالتملك لا يقول انه محجور عليه من التملك. بل يقول انه محجور عليه فى ملكه بعد التملك. ولذلك قال فى الشرايع " المحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف فى ماله " وقال فى المسالك " ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان محجورا عليه. وح فيدخل فى التعريف. وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه " وعد فى الارشاد من جملة اسباب الحجر الملك، يعنى المملوكية.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

قال " فالعبد والامة محجور عليهما لا يملكان شيئا، ولو ملكهما مولاهما ". و من ذلك يظهر الاختلاف فى تعريف الحجر على المذهبين. اذ ظاهرهم الاجماع على كون العبد محجورا عليه. ولكن لا يصدق الحجر - بالمعنى الذى عرفه فى الشرايع - على حجر العبد، على القول بعدم تملكه. كما يظهر فى الارشاد. فان المحجور على ما فى الشرايع، هو الممنوع عن التصرف فى ماله. و على ما فى الارشاد، الممنوع عن التصرف لانه ليس بماله. و الحاصل: ان البحث فى مسئلة الحجر مسبوق بالبحث عن معرفة المالكية و عدمها. ولما كان من جملة المحجورين العبد، و فى تملكه و عدمه خلاف، فيختلف بذلك مفهوم الحجر. فمن قال بتملكه، فيعرف الحجر بانه " المنع الشرعى عن تصرف المالك فى ملكه بدون اذن وليه " و من لم يقل بتملكه فيعرفه بانه " المنع الشرعى عن تصرف من بيده مال، فيه بدون اذن وليه " سواء اكان ما فى يده مالا له كغير العبد من المحجورين، او لم يكن مال له كالعبد، فانه ممنوع عنه، لانه ليس بمال له الا باذن الولى. هذا بالنظر الى مفهوم الحجر فى عنوان " كتاب الحجر " بملاحظة جميع اقسامه. و اما اذا استعمل الحجر فى العبد منفردا فعند القائل بالملك معناه انه محجور عن التصرف فى ملكه. بخلاف القائل بعدمه. فان معناه انه محجور عن التصرف فى ملك غيره .فما ذكره المحقق الاردبيلى (ره) من ان المراد من قوله تعالى " لا يقدر على شيئ " الحجر. فيلزم ان يكون من باب استعمال لفظ الحجر فى العبد فقط. فاذا لم يعلم ان دين الله تعالى هو مالكية العبد او عدمه، فلا يمكننا ان نقول انه محجور عن ماله، او نقول انه محجور عن مال غيره. و نفى جواز التملك الا باذن المولى - الدال بمفهومه على جواز التملك باذن المولى -

نهضت ترجمه
Translation Movement

ليس بداخل فى مفهوم الحجر باحد من التعريفين. فكيف يدخل تحت قوله تعالى " لا يقدر على شيئ " الذى هو عبارة عن الحجر، حتى يستفاد منه جواز التملك باذن المولى. فيبطل الاستدلال بالاية على نفى التملك راسا. مع ان تقدير الاستثناء خلاف الاصل و محتاج الى الدليل. و ما دعاه الى ذلك الى جعله لفظ " لا يقدر على شيئ " بمعنى الحجر. وقد عرفت ما فيه. نعم، نحن نسلم المقدمة القائلة بانه اذا اذن له المولى فيجوز له التصرف. و هو لا يستلزم التملك. بل المسلم انما هو جواز التصرف. و هذه المقدمة فى حكم استثناء منقطع منفصل، و ليس من باب الاستثناء المتصل الذى قدره فى الكلام، حتى يلزم ثبوت ما منع القدرة عليه على سبيل العموم. مع انه يمكن القدح فيه - على فرض التسليم - بان رفع السلب الكلى لا يستلزم الايجاب الكلى. بل يرتفع بالايجاب الجزئى. فلا يدل على المقصود . ولكن يمكن دفعه بان المفهوم ليس من باب التناقض، بل السلب والايجاب فيه متطابقان عموما و خصوصا. كما حققناه فى محله. فالاولى الاقتصار على منع تقدير الاستثناء. فلم يبق الا ان يكون الاية

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مسبوقة لبيان اصل قصور العبد و عدم قابليته لشيئ من جملة ذلك التملك للمال. و هذا هو معنى السابق على الحجر الذى يترتب الحجر و عدمه عليه. والنكرة المنفية تفيد العموم، خرج ما خرج بالدليل، و بقى الباقى، و يشيده مقابلة القرينة الاخرى، اعنى " و من رزقناه رزقا حسنا ١ " يعنى " من رزقناه " فانه تدل على ان الرزق له من جانب الله، بخلاف العبد، فانه

١: الرزق: هو ما اعطاه الله تعالى عبده، من المال والعقل والايمان والتوفيق والصفات الجميلة و الشجاعة والسماحة و.... حتى النبوة. قال تعالى " قال يا قوم ارأيتم ان كنت على بينة من ربى و رزقنى رزقا حسنا.... " اتفق المفسرون على ان المراد من الرزق فيها، النبوة. والانفاق: هو الصرف والبذل، من المال والجهد والتفكير والقدرة البدنية، حتى من الشجاعة و بذل النفس فى الجهاد و كذا العفو. قال تعالى " وانفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة " فسروه بالجهاد والشهادة و بذل النفس فى سبيل الله. فالانسان القوى ينفق و يصرف و يبذل و ينتفع سرا و علانية مما آتاه الله من قدرة الجسم والفكر والعقل والشجاعة و قوة النفس و سلامتها و ....

بواسطة المولى، و على انه حسن وسيع و لا ضيق عليه فهو ينفق سرا وجهرا، يعنى ليس بمحجور عليه فى شيئ. فيلاحظ نفى تلك المعانى فى جانب العبد ليتم المقابلة. فرزقه بواسطة مولاه وليس بمالك شيئ، بل هو مملوك. لا شعار الوصف بذلك. ولا يقدر على شيئ لا بان يكتسب فيملك، ولا بان يتصرف فى نفسه بشيئ. و بالجملة جعل الممثل له هو الله سبحانه والاصنام يقتضى بيان المباينة غاية الغاية، و لا يتم الا بما ذكرنا. ثم ان هذا الكلام منه (ره) الزامى والا فظاهره انه يقول بتملك العبد مستقلا بدون الحجر. كما يصرح به فى كتاب الحجر، وان ذكر فيه انهم لم يفرقوا فى الحجر بين القول بماليكة العبد و عدمه. وان لا خلاف فيهم فى المحجورية، الا فى الطلاق. فانه بيد من بيده الساق. قال " لعل دليلهم الاجماع ولا نعلمه ". ثم اشار الى ما هو الظاهر عنه. الثانى: قوله تعالى فى سورة الروم " ضرب مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فى ما رزقنا كم فانتم فيه سواء تخافونهم كخيفتكم انفسكم ". بيانه انه تعالى ضرب لكم مثلا منتزعا من احوال انفسكم بعضكم مع بعض، والمثل هو انه ليس لكم شركاء فى ما رزقناكم من نوع المملوكين ١ حتى تكون سواء او تخافون منهم كما تخافون من تغلب بعضكم على بعض فى ما تشتركون فيه كالميراث و غيره ٢ فالمراد بضمير المخاطبين جنس الحرار و من كلمة الموصول فى " ما ملكت " جنس العبيد ٣ .و فى " ما رزقناكم " جنس ما يملك. ولم

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ولعل كلمة " رزق " فى الاية دعى بعضهم (قدس سرهم) الى استفادة الحكم من الاية التى لا حكم فيها تاسيسيا كان او امضائيا. ١: الاية ايضا، ليست من آيات الاحكام. اذ لا ريب ان المخاطبين هم المشركون - وان قلنا بان المورد ليس .بمخصص - فهل بيان حال المشركين و شرح آدابهم و سننهم، دليل على انه تعالى يمضى فعالهم و سننهم و يجعل المشركين اسوة لنا؟ هل التمثيل حكم؟ وله شأن تشريعى؟ ما الدليل عليه؟ ثم: لقائل ان يقول: المراد من " ما " فى " ما ملكت " هو الاشياء و الاموال المملوكة غير العبيد، بدليل " ما " لان الاصل فى استعماله غير ذوى العقول. وح، يكون التمثيل فى مصداقه الاتم لان الاصنام جماد لا شعور لها كالالات المملوكة التى لا شركة لها مع مالكها. ٢: لقائل ان يقول :نعم. نخاف من العبيد، ربما عبد عصى مولاه وقتله. و ربما عبد سلطان قهره و عزله و جلس فى مجلسه و صار سلطانا، فظهر ان العبيد ليس مرادا فى التمثيل. ٣ :ما الدليل؟ وهو خلاف الاصل

يلاحظ نسبة كل عبد الى مولاه بل المراد العموم لا دخليته فى مقام المباينة بين الفريقين، ليقاس عليهما الخالق والمخلوق. مع انه لا معنى للمشاركة فى ما رزق به شخص خاص. اذ هو مختص به فى الاحرار ايضا. فالمقصود نفى الشركة كلية فى العبيد. فان الاستفهام الانكارى فى معنى النفى. و بذلك ثبت مقايسة الخالق والمخلوق. فلا شركة معه تعالى فى العبادة. فما ذكره المحقق الاردبيلى " ره " من ان الكلام فيها مثل الاية السابقة، يعنى ليس لهم شركة الا ان يملكهم المولى. خروج عن السياق، و تخصيص للعبيد بمواليهم الخاصة، وموجب للحذف والتقدير. الذى هو خلاف الاصل، يعنى تقدير " الا ان يملكهم المولى او يشركهم ". الثالث: الاخبار المستفيضة. فمنها ما رواه الشيخ فى التهذيب فى باب وصية الانسان لعبده، فى الصحيح، عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - انه " قال فى المملوك مادام عبدا فانه و ماله لا هله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصية الا ان يشاء سيده " ١ و الاستثناء اما يرجع الى الجميع، فالمراد " الا ان ياذن المولى فى تلك التصرفات فى ماله " وهو لا يستلزم تملك العبد. بل هو اذن فى التصرف فى مال مولاه. و اما يرجع الى الاخيرة - كما هو الاصل - فيحتمل ذلك. كما هو ظاهر السياق. و يحتمل ارادة الايصاء له بشيئ. فلا يجوز الا ان يكون الموصى هو المولى. فانه يجوز ان يوصى لعبده على الوجه المقرر فى محله. و يحتمل الوجهين ما رواه ايضا، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن احدهما - ع - " قال لا وصية للملوك " ٢ فيحتمل ان يكون المراد لا يجوز ان يوصى لانه لا يملك شيئا. او لا يجوز ان يوصى له غير مولاه، وان جاز للمولى على الوجه المقرر فى محله. ووجه الاستدلال بالصحيحة على المختار ان اللام حقيقة فى الملك. واورد عليه ان اضافة المال الى العبد ايضا ظاهرة فى الملكية، واجتماع الملكين محال. فلابد من التاويل فى احدهما بارادة ما يجوز له التصرف فيه. يعنى ان ما يجوز للعبد التصرف فيه فهو ملك لا هله او ما هو ملك للعبد يجوز التصرف لمواليه فيه، حيث لا مرجح. فيحصل الاحتمال و يبطل الاستدلال .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٣ - الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، ابواب الوصايا: ب ٧٨ ح ١. ٢: المرجح: ح ٢

[٤٠٩]

واجيب عنه بوجود المرجح لقيام القرينة على صرف التوجيه الى اضافة المال الى العبد. لان اللام فى الرواية مفيدة للملك بداهة. نظرا الى سياق الرواية .حيث تضمنت العبد وضمه الى ماله اولا، وصرفت الحكم المستفاد من اللام اليهما .ولا ريب انه بالاضافة الى العبد معناه الحقيقى وهو المليكة او الاختصاص. فلو حمل على المعنى المجازى او حقيقى آخر غيرهما، لكان لزم استعمال اللفظ فى معنييه الحقيقيين، او الحقيقى والمجازى، وهو خلاف التحقيق. اقول: وفيه ان قوله " اللام فى الرواية مفيدة للملك " اول الكلام. و كذا قوله " ولا ريب انه بالاضافة الى العبد معناه الحقيقى ". فان مفاد العبارتين انه " ع " اراد من اللام الملك. وهو ممنوع. بل المسلم انما هو ثبوت الملك بالنسبة الى رقبة العبد فى نفس الامر. لا ارادة ذلك من اللفظ. والمورد يمتنع من ذلك. و توضيح الايراد: ان تصوير المفردات فى الكلام مقدم على تصوير النسب. فلفظ " ماله " ظاهر فى الملك، و لفظ " لمواليه " ايضا ظاهر فى الملك. فاذا ركبا و قيل " مال العبد لمواليه " يلزم اجتماع المتنافيين لو استعمل المفردان فى المعنى الحقيقى واريد الحقيقة فيهما. فهو لا يسلم استعمال كلمة اللام فى المعنى الحقيقى حتى يقال انه ثابت بالبداهه. ولو اريد معه معنى آخر لزم استعماله فى المعنيين المرجوح عند التحقيق. فلابد من التجوز بارادة التصرف فى كليهما، او اختياره فى احديهما، او ابقائهما على الحقيقة. والاول لا يفيد المقصود من عدم مالكية العبد، والثانى موقوف على ثبوت المرجح فى تاويل الاول وهو مفقود، فلا يمكن الاستدلال. والثالث مستلزم للمحال. فظهر ان غاية ما يسلم المورد فى التجوز فى جانب اللام هو عموم المجاز الشامل للملك وجواز التصرف، و نقول ان المجاز فى كلمة " ماله " هو جواز تصرفه. وفى كلمة " لمواليه " معنى عام شامل للملك و جواز التصرف. و لا مرجح لاحد التجوزين على الاخر. و الاولى فى الجواب: ان يقال: ان الاضافة فى لفظة " ماله " و ان كانت لامية ولكنها ليست كاللام المصرحة، فانهم اكتفوا فى الاضافة اللامية بادنى ملابسة، كما فى قول الاعشى " الواهب المائة الهجان و عبدها " ان اريد بالعبد العبد الحقيقى فانه عبد للواهب واضيف الى

[٤١٠]

الهجان بادنى ملابسة. و هذا مرجح لارادة التجوز فى كلمة " ماله ". لان كون ١ العبد ملكا لمواليه جزما دون المال للعبد يرجح التجوز فى كلمة " ماله ." هذا كله، اذا كان اللازم فى " ماله " مضمومة. وان كانت مفتوحة، فيضعف هذا المرجح ايضا. لكن الارجح هو الضم. و يؤيده الكلام المشهور فى السنتهم ان "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

العبد و ما فی یده کان لمولاه " و کذلك یوید الاخبار التی ذکر فیه المال للعبد بدون الاضافة، کما سیجیئ الاشارة الی بعضها. مع ان لنا هنا کلاما لم نقف علی من نبه علیه، وهو ان قولهم " اللازم للملکیة " لا یتم علی اطلاقه. بل هو انما یتم بملاحظة مدخولها و قابلیته للتملك فلابد ان یقال ان اللازم الداخلة علی العقلاء، لنسبة مال الیهم حقیقة فی افادة الملك. لا مثل الفرس والدار و غیرهما فی المنسوب الیه. و الوقت والزمان فی المنسوب کیوم الجمعة و زمن الشتاء. اذ لا یفید ح، الا نوعا آخر من الاختصاص. فلیس الملکیة معنی اللام فقط. بل هو معنی الهیئة الترکیبیة. او هی معناها بملاحظة متعلقها. و ایضا لابد ان یکون هذه معناها بحسب اللغة والعرف، لا انها حقیقة شرعیة فی ذلك. وایضا لابد ان یعتبر فی ذلك معنی الملکیة عرفا، لا الملکیة شرعا. اذ قد یطلق التملك عرفا - مع قطع النظر عن الشرع - علی شیئ لیس بملك شرعی. اذ من الواضح ان فی ایام الجاهلیة قبل ورود الشرع، کانوا یفرقون بین انحاء التسلط علی التصرف، و یطلقون الملك علی بعض انحاء التسلط دون بعض. و کانوا یریدون من الملك التسلط التام والاختصاص التام، الذی لا یزاحمهم فیه احد. ثم بعد ورود الشرع حصل تغییر فی ذلك، مثل انه شرط فی حصول الملك لمن حاز المباح، قصد التملك. و [مثل] نفی التملك للمرتد الفطری قبل التوبة - علی ظاهر المشهور - و مثل ذلك کثیر. اذا عرفت هذا، فنقول: المقصود بالذات من قوله - ع - " العبد و ماله لا هله " انشاء حکم للعبد و ماله، بالنسبة الی مواله. و هذا الحکم توقیفی لا یصح الا من الشارع. و اما موضوعاته

۱: و فی النسخة:.. التجوز فی کلمة لمواله فهذا او کون العبد... - ولعل فیها سقطا

نهضت ترجمه
Translation Movement

و متعلقاته (ای لفظ العبد والمال واضافة المال الی العبد ولفظ المولی) لیست بتوقیفیة. والمرجح فیها اللغة والعرف. الا ما ثبت من الشارع فیه شرط .فالعبد الذی یطلق علیه العبد عرفا، والمال الذی یطق علیه المال کذلك، و یطلق علیه انه ماله کذلك، فهو لمواله کذلك. الا ان یثبت من الشرع ان العبد لیس بعبد بل حر. او حق الغیر متعلق به. او ان المال و ان ثبت اختصاصه التام بالعبد عرفا لکن للغیر حق فیه شرعا. او ان الموالی لیس بموالی شرعا. فانشاء الحکم بکون مال العبد عرفا للموالی شرعا (ما لم یثبت استحقاق الغیر فیها) لا یستلزم اجتماع المالیکن الحقیقیین شرعا لشخصین فی شیئ واحد. اذ قد عرفت ان اضافة المال عرفیة، والمقصود بالذات فی الحدیث لیس انشاء حکم الملکیة للعبد و کون المال مالا له. مع انه یلزم تحصیل الحاصل فی جانب العبد ان اردنا منه العبد الشرعی. لان مملوکیته لمولاه داخل فی مفهوم العبد. و مما ذکر یظهر ارتفاع الضعف علی المرجح علی تقدیر فتح اللام فی "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ماله " ايضا، و قوة الاستدلال بالحديث للمختار. و كيف كان فلا ينبغى الاشكال فى ظهور الحديث فى ما اخترناه. و منها: ما رواه ايضا بعد الحديث السابق فى الصحيح عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق " ع " فى حكاية اختلاف ابن ابى ليلى وابن شبرمة. وهو طويل و فى جملته بعد ان قال الراوى " قلت: اليس اوصى للعبد بثلث ماله؟ قال: ان العبد لا وصية له. انما ماله لمواليه " ويظهر وجه الدلالة مما مر. و منها: ما رواه ايضا فى الحسن (لابراهيم بن هاشم) عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - " فى مكاتب كانت تحته امرئة حرة، فاوصت له عند موتها بوصية .فقال: اهل الميراث لا يجيز وصيتها. انه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه، و يجوز له الوصية بحساب ما اعتق منه. وقضى فى مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية... " ثم ساق مثل هذا فى الربع والسدس. وهو مذكور فى الكافى

١: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، احكام الوصايا، ب ٧٩ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ٢٩٣

الى قوله " بحساب ما اعتق منه " ١ و تؤدئ مؤداه روايات آخر معتبرة لا حاجة الى ذكرها. و دلالتها واضحة من وجوه متعددة، منها تقريره " ع " معتقدهم ان غير المعتق لا يملك الوصية و لا يرث. وان هذا الحكم كان ظاهرا عند اصحابهم، و يويده ما ذكره الاصحاب فى مقام المنع عن الوصية لمملوك غير الموصى، من التعليل بعدم المالكية. بل وعن ظاهر التذكرة اجماعهم على ان العلة فيه انما هو ذلك. و لا يمكن ان يقال ان عدم تملكه للوصية، لعله كان تعبديا. و لا يلزم منه عدم تملكه اصلا. اذ لا قائل بالفصل بين الوصية و غيره. و ان سلم ذلك فى الميراث لا تفاقهم على عدم الارث، واختلافهم فى غيره. مع ان بعضهم علل عدم التملك مطلقا بمادل على منعه من الميراث ايضا، و جعل الاخبار - المستفيضة بل البالغة فوق الاستفاضة الدالة على عدم التوارث بين الحر و العبد - دليلا على عدم التملك. اذ لا وجه للمنع الا ذلك. وان اجاب بعضهم انه لعل من باب التعبد، كالقاتل الممنوع من الارث. و ضعف بان الحكمة فى القاتل واضحة، فلا يقاس عليه. و كيف كان، فلا يخل ادلة منع التوارث من تاييد عدم المالكية راسا ٢ . و يؤيده ايضا ما ورد فى وصية المولى لمملوكه بثلث ماله وانه يعتق بحسابه، و عمل به الاصحاب بلا خلاف بينهم " الا فى ما لو كان قيمته ضعف الوصية، ففيه خلاف. وان كان الاشهر عدم الفرق " لظهورها فى ان عدم اعطائها الثلث لعدم تملكه. مثل ما رواه الشيخ فى الصحيح عن الحسن بن محبوب، عن الحسن بن صالح عن ابى عبد الله - ع - " فى رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، ثم ينظر ما ثلث الميت. فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

استسعى العبد فى ربع القيمة، و ان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة " ٣ الى غير ذلك من المؤيدات التى يظهر من تتبع الاخبار المروية فى العتق والوصية للمملوك .

١: المرجع: ب ٨٠ ح ١. - وللحديث ثلاثة متن فى الكافى والفقيه والتهذيب وجملة " لا يرث " ليست فى بعضها - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٥ - الفقيه: ج ٣٢ ص ٢٨٠ - فروع الكافى: ج ٢ ب: المكاتبة. ٢: و فى النسخة:.. من تاييد لعدم المالكية راسا. ٣ :الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٧، احكام الوصايا باب ٧٩ ح ٢

و مما يمكن ان يستدل به فى المقام، الاخبار الدالة على ان من اشترى مملوكا و له مال فيكون للبايع الا مع الشرط فيكون للمشترى. و عمل به الاكثر كما نسب اليهم جماعة و لا وجه فيها ظاهرا الا عدم ماليكة العبد. مثل صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما - ع - " قال سئلته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا .قال: فقال: المال للبايع انما باع نفسه. الا ان يكون شرط عليه [ان] ما كان له من مال او متاع فهو له " ١. و فى معناه خبران آخر آن سنذكر احدهما. وجه الدلالة: ان المال لو لم يكن للبايع فكيف يجعله للمشترى بالشرط. و هذا اظهر فى الاستدلال، عن الاستدلال للمالكية بسبب اضافة المال الى العبد، لوضوح التاويل فى اللام بارادة كونه فى تصرفه. ثم ان هنا اخبارا تدل على انه لو اعتق عبدا وله مال، فان علم به فهو للعبد. والا فهو للمالك. و جعله بعضهم دليلا على ماليكة العبد من حيث اضافة المال اليه، و هى كثيرة، منها ما رواه الكلينى فى الحسن (بابراهيم بن هاشم) ٢ عن زرارة عن احدهما - ع - " فى رجل اعتق عبدا له و له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا تبعه. و الا فهو للمعتق ". و ما رواه الصدوق فى الصحيح عن جميل بن دراج، عن زرارة، عن ابى جعفر وابى عبد الله - ع - " فى رجل اعتق عبدا له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا، تبعه. والا فهو للمعتق " ٣. و " فى رجل باع مملوكا و له مال. قال: ان [كان] علم مولاه الذى باعه ان له مالا، فالمال للمشترى. وان لم يعلم [به] البايع، فالمال للبايع " ٤. وفيه، انه وان كان الاخبار فيه كثيرة معتبر الاسناد. ولكنهما مخالفة لما دل على عدم المالكية] و] غير مقاومة لها. و مخالفة للاعتبار. اذ كيف يصير علم المعتق بمجرده سببا لثبوت

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٢، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ١ - والحديث يدل على صحة تملك العبد باذن من مولاه. والا لكان مال المذكور فى يد العبد غصبا او سرقة، وظاهر الحديث على خلاف ذلك. و يرد عليه انه لو كان مالكا لما انتقل ملكه عند بيعه، الى البايع او المشترى، الا ان يقال ان بيع العبد من نواقل ملكه، او مسقط لمالكيته، والمورد تعبدى.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و ليس ببعيد بدليل قوله - ع - " ان ما كان له مال او متاع... ". ٣: وفيه ما اسلفناه مكررا. ٣: الوسائل: ج ١٦ ص ٣٨، كتاب العتق، ب ٢٤ ح ٢. - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣. ٤: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٣. - الفقيه، ج ٢ ص ٣٨

المال لمالكه، وجهله سببا لنقله الى مالك العبد. فلابد من تاويل اللام بارادة كونه فى تصرفه من مال المولى، و تاويله بانه يصير للعبد بعد العتق بسبب الشرط، او ما فى معناه من دلالة الفحوى والقرائن برضاء المولى بكونه له .كما هو الحال فى صحيحة محمد بن مسلم السابقة فى بيعه. اذ من الظاهر ان المال لا يدخل فى المبيع لغة و عرفا، الا مع الشرط، او فى ماجرى العادة بدخوله كثياب بدنه. و كذلك على القول بماليكة العبد، لابد ان يؤول الاخبار بما ذكر .يعنى ان ذلك كان للمولى المعتق و كان معه و يصير له بالشرط، او ما فى معناه .لا بمحض العلم. فيصير تلك الاخبار اظهر دلالة المذهب المختار من عدم المالكية. احتج القائل: بانه يملك فاضل الضريبة، بصحيحة عمر بن يزيد: " قال :سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه ياخذ منه ضريبة فرضها عليه فى كل سنة. ورضى بها المولى و رضى بها المملوك. فاصاب المملوك فى تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة. قال: فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه، ما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك. ثم قال ابو عبد الله - ع - اليس قد فرض الله عز وجل على العباد فرايض فاذا ادوها اليه لم يسئلهم عما سواها. قلت له: ما للمملوك ان يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضة التى كان يوديها الى سيده؟ قال: نعم، واجز ذلك له. قلت: فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة، لمن يكون ولاء العتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى من احب .فاذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه وورثه. قلت له: اليس قال رسول الله - ص - الولاء، لمن اعتق؟ قال: فقال: هذا سائبة لا يكون ولاية لعبد مثله. قلت: وان ضمن العبد الذى اعتقه جريرته وحدثه، ايلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال :فقال: لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا " ١. والجواب عنه: ان الرواية وان كانت صحيحة ٢ لكنها لا يقاوم ما ذكرنا من الادلة، وان

١: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٤٥، ابواب ولاء، ضمان الجريرة، ب ١ ج ١ - فروع: ج ٧ ص٣ ٧٤. : ويويده ما ورد فى " دين العبد " وفى ما " لو قال العبد للمولى: بعنى بسبعماة وانا اعطيك ثلاث ماة " وفى " من دفع اليه مملوك، ما لا ليشتريه من مولاه " و ما ورد فى " عدم وجوب الزكاة فى مال العبد ولو بلغ الف الف درهم " والاخبار كثيرة جدا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

كانت مطلقة او عامة. لاشتراط التكافؤ فى التخصيص و هو مفقود. لا عتضادها بعمل الاكثر والكتاب والسنة والاجماعات المتعددة المعتضدة باصل. وهو عدم الملكية فلابد من تاويلها بارادة جواز التصرف بسبب اباحة المولى، وان كان بعيدا من ظاهر الرواية للجمع ١ بين الادلة. مع انها مشتملة باطلاقه على جواز عتقه و صدقته. وهو مخالف لا جماعهم على كونه محجورا عليه لا يقدر على شيئ، كما نص به الكتاب العزيز ٢. وقد يجمع بين تلك الصحيحة ما قدمنا من الروايات، بان جواز التصرف فيها هو اذا كان باذن المولى وان كان المال للعبد. و] المراد [من عدم الجواز فى غيرها هو اذا لم يكن باذنه. وفيه: انه انما يتم اذا اسلمنا كون المال للعبد، وقد عرفت منع دلالة ما قدمناه من الروايات عليه، ومنع العمل بالصحيحة لعدم تكافؤها لما قدمناه من الروايات الدالة، على عدم مالكية العبد. و اما حجة القول بتملكه لارش الجناية - كما يظهر من الروضة ان به قولا - وقد نقلناه عن الشيخ فى التهذيب و ابن البراج، و لكنهما ذكراه مع فاضل الضريبة و ما يملكه مولاه. ولكن فى دلالته على ملك رقبة المال اشكال حيث صرح بعدم ملكه لرقبة المال. بل انما جوز التصرف. ولكنه صرح بصحة العتق مع انه ليس الا فى ملك. فلم نقف على ما يدل عليه صريحا. و يمكن ان يكون دليله ما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار " قال: قلت لابى عبد الله - ع - ما تقول فى رجل يهب لعبده الف درهم او اقل او اكثر، فيقول حللنى من ضربى اياك و من كل ما كان منى اليك مما اخفتك وارهبتك. فيحلله و يجعله فى حل رغبة فى ما اعطاه. ثم ان المولى بعد، اصاب الدراهم التى اعطاه، فى موضع قد وضعها فيه العبد. فاخذها المولى. احلال هى له؟ قال: فقال: لا يحل له لانه افتدى بها على نفسه من العبد مخافة العقوبة، والقصاص يوم القيامة. قال: فقلت له: فعلى العبد ان يزكيها اذا حال عليها الحول؟

نهضت ترجمه
Translation Movement
IMS

١: و يمكن الجمع (كما اشرنا اليه قبيل هذا) بان العبد يملك ملكا تاما باذن المولى الى ان يباع او يعتق، و ان باعه او اعتقه يحتاج مالكية باذن مجدد من مالكه، اتكائا على التعبد للنصوص. ٢: قد ظهر سابقا ان الايتين ليستا من آيات الاحكام ولا ربط لهما بما نحن فيه فضلا عن كونهما نصا.

قال: لا. الا ان يعمل له به ولا يعطى العبد من الزكوة شيئا " ١. ففيه: مع القدح فى السند، اذ فيه موسى بن عمر، والظاهر انه موسى بن عمر بن يزيد بن ذبيان (بقرينة روايته عن ابن محبوب) وهو مجهول. لكن المحقق الاردبيلى وصفها بالصحة. ولعله وجد لها سندا آخر فى موضع آخر. ٢ ولا يحضرنى الان غير ما ذكرته نقلا عن التهذيب فى اوايل كتاب العتق. فلا يعارض بها ما تقدم من الادلة انها مشتملة على عدم جواز اخذ المولى. ويظهر من المختلف انه خلاف الاجماع. حيث قال " لو ملك العبد، لما جاز للمولى اخذه منه قهرا. والتالى باطل اجماعا " وقال ايضا " لو فرضنا ان العبد يملك، فانه لا يملك ملكا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تاما. اذ لمولاه انتزاعه منع اجماعا " وقد يحتمل حملها على التقية ايضا. فكيف كان فلا يقاوم لادلة المختار. حجة القول بالمالكية مطلقا: امور: الاول: عمومات ما يدل على تملك الانسان للاموال، وفيها انها مخصصة بما ذكرنا من الادلة. والثانى: انه يتملك البضع بالتحليل، مع انهم يقولون ان التحليل اما عقد منقطع، او تمليك منفعة .والاول يحتاج الى عوض و هو فرع تملكه و الثانى تملك منفعة. وفيه انا نقول اولا: ان المسئلة خلافية وان كان الا ظهر جواز تملكه البضع بالتحليل، ولكن نقول اولا نمنع ان المراد من قوله تعالى " او ما ملكت ايمانهم " ٣ ملك الرقبة او ملك المنفعة الحقيقية، لم لا يكون المراد الاستحقاق؟ كما يقال " زيد يملك احضار مجلس الحكم " كما ذكره الشهيد الثانى فى الروضة .

١: التهذيب: ج ٢ ص ٣١١. ٢: اورد العاملى (ره) فى الوسائل - فى كتاب الزكاة ابواب من تجب عليه الزكاة، ب ٤ ح ٦ - الحديث نقلا عن الصدوق. ولكن ما وجدته فى الفقيه. ولو فرض كونه فيها كما هو المحتمل فيكون سنده " محمد بن موسى بن المتوكل، سعد بن عبد الله و عبد الله بن جعفر الحميرى، احمد بن عيسى، الحسن بن محبوب " كما نص عليه الصدوق. وسمى البحرانى فى " حدائق الناظرة " الحديث موثقا. و كذا صاحب الجواهر. راجع باب الزكاة فى كلا الكتابين. ٣: النحل: ٧١

وثانيا: على فرض تسليم ذلك، انها تخصصة بالاخبار المعتبرة الدالة على جواز التحليل للعبد، المعمول بها عند جماعة، ولا يقاومها صحيحة ١ على بن يقطين المانعة عنها سيما مع موافقتها للعامة و كون الراوى هو وزير الخليفة المتعصب. والمروى عنه هو الكاظم " ع " الذى كان التقية فى زمانه اشد. وقال ابن ادريس " لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع، و الاصل الا باحة، و يؤيده قوله تعالى: فانكحوهن باذن اهلهن ". وثالثا: لم لا يكون نوعا من العقد المنقطع؟. و دعوى استلزامه تملك العوض ممنوع. بل المسلم انما هو العوض، و لا مانع من كون العوض على المولى. كما فى الصغير الغير المالك لشيئ. فتامل فيه، لان هذا الكلام جدلى فى مقابل دعوى اشتراط العوض، مع انه منقوض بالنكاح، الذى هو فيه صداق. فلا ينحصر صحته على القول بالمالكية. وان قيل ان الصداق ليس بركن فى الدائم، فما تقول فى المنقطع؟ الا ان يلزم بطلانه ايضا على القول بعدم الملك. وعن التذكرة انه اجاب عن اصل الاستدلال، بان " ملكه النكاح للحاجة اليه والضرورة. لانه لا يستباح فى غير ملك " وقال " ولانه لما ملكه لم يتملك السيد ازالة يده عنه بخلاف المال. فافترقا ". اقول: دليله الاول تسليم لملك خاص للضرورة، و لا يثبت بذلك تملكه مطلقا. ودليله الثانى منع القياس وابداء الفارق، فان المستدل تمسك بانه يملك المال كما يملك البضع و لا فارق .فاجاب بالفرق بين تملك البضع و تملك المال، بتامل. الثالث: الروايات: مثل رواية ابى جرير (والسند اليه صحيح واما هو فمشترك وقال المحقق الاردبيلى الظاهر انه زكريا بن ادريس الذى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

قيل فيه انه كان وجها يروى عن الرضا - ع - وقال انه صاحب الكاظم - ع -) و عن جماعة عدوا الرواية من الحسن بل الصحيح " :قال سئلت ابا الحسن - ع - عن رجل قال لمملوكه انت حر ولى مالك (؟) قال: لا يبدء بالحرية قبل العتق، يقول له، لى مالك وانت حر، برضاء المملوك. فان ذلك احب الى " ٢. و ليس فى التهذيب قوله " فان ذلك احب الى " وفى الفقيه موضع " لا يبدء بالحرية قبل العتق "، يبدء

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٣٣، ابواب نكاح العبيد، ب ٣١ ح ٧. ٢: الوسائل: ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٥

بالمال قبل العتق " وهو اوضح. وهذه الرواية بعد سلامة السند لا تقاوم ادلة المختار، مع امكان القدح فى الدلالة بان الظاهر ان نظر المستدل بهذه الرواية ان الامام " ع " نهى عن تقديم الحرية لانه اذا قدم التحرير، فلا تسلط للمالك على اخذ مال العبد ح، لصيرورته حرا و لا يجوز اخذ ماله. فيعلم من ذلك ان الملك كان ثابتا له حين الرقية. و يمكن القلب بانه اذا فككت بين التحرير و جعل المال عوضا، فكيف ينفع تقديم نقل المال، مع انه لا يحل مال امرء مسلم الا من طيب نفسه. و ان لم يفكك واريد المعاوضة و تعليق الرواية على اخذ المال، فلا يتفاوت التقديم والتاخير ايضا. الا ان يقال ان ذلك مبنى على الاجماع الذى ادعاه فى المختلف على جواز اخذه المولى المال من العبد وان قيل بتملكه. فان تاخر ذكر المال لما كان عنده اشبه بالعوضية الظاهرة فى ملك العبد. عدل عنها الى التقديم لانه قبل الحرية - يجوز اخذ المال من يده اجماعا. سواء قيل بالملك ام لا فيشبه التفكيك و عدم التعليق. و كونهما انشائين اولهما تملك ما فى يد العبد واخذه منه بقوله " مالك لى " يعنى عزلتك عن تصرفك فيه. وثانيهما تحريره. و هذا اوفق برفع الشبهة. وان كان المراد فى الحقيقة التعليق، ولذلك قال - ع - " احب الى " والا فالمعنى واحد. و كيف كان فلا يقاوم ما تقدم من الادلة. والعجب من المحقق الاردبيلى (ره) حيث استدل على مختاره (من مالكية العبد مطلقا) بصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة و برواية [ابى] جرير، و لا يتم الا بعدم القول بالفصل و هو موجود. ورواية اسحاق بن عمار: " عن ابى جعفر، عن ابيه، ان عليا - ع - اعتق عبدا له فقال: ان ملكك لى ولك، وقد تركته لك " ١ .وفيه - مع القدح فى السند - انه بظلاهره تدل على التشريك ٢ و لم يقل به احد .وان ارتكب المجاز فى احد اللامات او اكثر فلا يدل على خلاف

١: الوسائل. ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٧. ٢: وهذا الكلام عجيب منه قدس سره لانه " ع " لا يقول " ملكنا لى ولك " بل يقول " ملكك لى ولك " اى الملك لك ولكن من شأنه ان يكون لى، لانى ان شئت اخذته منك وان شئت انفذت. والرواية نص فى صحة الجمع بين الادلة على نحو اشرنا اليه سابقا. اى " العبد يملك ملكا تاما باذن المولى ولكن لو عرضه العتق او البيع

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

المختار. و يمكن ان يراد ان ما فى تصرفك كان ملكى كالرقبة، و كنت متصرفا فيه باذنى والان جعلت رقبته لك ملكا و تصرفا. و احتج المحقق الاردبيلى (ره) بصحيحة الفضيل بن يسار المروية فى التهذيب " قال: قال لى عبد مسلم عارف اعتقه رجل فدخل به على ابى عبد الله - ع - قال: يا هذا من هذا السندى؟ قال الرجل :عارف واعتقه فلان. فقال ابو عبد الله - ع -: ليت انى كنت اعتقه. فقال السندى لابى عبد الله - ع -: انى قلت لمولاى: يعنى بسبعمائة درهم وانى اعطيك ثلاثمائة درهم. فقال له ابو عبد الله - ع - ان كان يوم شرطت لك مال فعليك ان تعطيه. و ان لم يكن لك مال يومئذ، فليس عليك شيئ " ١. فاعل كلمة " قال " الاولى الفضيل. والثانية عبد مسلم. و ما بعده صفة لذلك العبد المسلم الى قوله " قال يا هذا ". والظاهر ان كلمة " دخل " مبنى للمفعول. وفاعل كلمة " قال " الثالثة ابو عبد الله " ع ". وهى و ما بعدها مقول لكلمة " قال " الثانية .والمشار اليه بـ " هذا " اما الفاعل المحذوف عن كلمة " دخل " الذى ناب عنه كلمة " به ". او اشارة الى رجل آخر كان حاضرا عنده " ع ". والرجل المعرف بعد كلمة " قال " الرابعة هو المشار اليه بكلمة " هذا " كائنا من كان. و كلمة " عارف " خبر مبتدأ محذوف مضمر يعود الى السندى. وقوله " فقال السندى " عطف على كلمة " قال " الثانية. و يكون مقول قول الفضيل. و حاصله: ان ذلك السندى سئل الامام " ع " عن مسئلة وقعت له حين كونه عبدا، فيكون المسئلة علمية لا عملية .لان المولى اعتقه ولم يبعه. لو كان مراده السؤال عما وقع له حين كان مملوكا للمولى الذى كان له قبل العتق، فيكون عملية. وهذه المسئلة لم يعنونها الاصحاب فى ما يحضرنى الان من كلماتهم. بل انما عنونوا المسئلة بـ " ما لو قال العبد للمشترى اشترنى ولك على كذا " ٢ فالظاهر ان الاكثر قالوا بانه لا يلزمه شيئ بناء

Translation Movement
IMS

فللمولى فك الملك عنه ان شاء " ١: المرجع، الباب ٥١، ح ١. ٢: و بين البابين فرق. عنون العاملى " ره " فى الوسائل بابا مستقلا وهو " اذا قال لمولاه بعنى بسبعمائة و انا اعطيك " ...

على ان العبد لا يملك. ولا يلزم لمن اشتريه عن مولاه الاول شيئ. وعن الشيخ فى النهاية وابن البراج، انه اذا قال مملوك انسان، لغيره " اشترنى فانك اذا اشتريتنى كان لك على شيئ معلوم " فاشتريه. فان كان فى يد المملوك فى حال ما قال مال، لزمه ان يعطيه ما شرط له. وان لم يكن له مال فى تلك الحال، لم يكن عليه شيئ. وعن التذكرة انه جعل هذه الرواية دليلا للشيخ حيث ذكرها بعد نقل قول الشيخ بلا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

فصل. مع ان الرواية بلفظ " بعنى بسبعمائة درهم وعلى ثلاثمائة درهم " [لا] تحريص العبد للمشترى بانى اعطيك بعض الثمن ١. و يمكن المعارضة بان يكون مراده " بعنى بهذا الثمن وانما از يدك ثلاثمائة، فلا باس على انك بعتنى رخيصا ". الا ان يقال - كما يظهر من بعض نسخ كتابه المغلوط - ان سوال العبد قرينة لكون المسئول هو المشترى. فان البايع اذا استمع هذا فله ان ياخذ عنه المال ولا يبيعه، و كون الظاهر من المولى هو المولى بالفعل. لا من كان له مولى قبل. و احتمل ايضا ان يكون مراد العلامة الاستدلال من باب الشبه يعنى ان جوازه فى صورة السؤال عن البيع يدل على جوازه فى صورة السؤال عن الشراء. ولعله فهم العلية. يعنى انه من باب الشرط فى ضمن العقد. فلا فرق .و يلزمه القول بان الكلام فى صورة السوال عن البيع كان مسلما، و لكن لم ار مصرحا به. ثم قال " وهى تفيد ان العبد يملك وان ماله له، فلو بيع و كان له مال يثبت ذلك المال له. وح يمكن اشتراطه للبايع و للمشترى، بل لغيرهما ايضا .ولكن باذن المولى، لو ثبت كونه محجورا عليه فى مثله ". قال " و يمكن ثبوت المال للمولى فى ذمته على هذا الوجه. فانه يملكه. ولانه يثبت فى ذمة المكاتب فكذا فى ذمته. و ايضا قد يكون ذلك مسلما على القول بعدم التملك. لانه لا معنى لذلك ح ". اقول: اولا: عظم الله اجورنا بالابتلاء بفهم كلماته قدس الله روحه، مع الاختلاف

١: وله روايتان آخران، فراجع: المرجع، الباب ٢٦ ح ١ و ٢. ٢: هذا ما سبق من الجمع بين الادلة. لكن يلزم على الجمع المذكور ان لا يكون العبد بعد تملكه باذن المولى محجورا بل للمولى حق الخلع والعزل، وله اعمال ذلك الحق

نهضت ترجمه
Translation Movement

الشديد فى نسخ كتابه المغلوطة. والتعقيد البين فى جميعها. و ثانيا: ان الظاهران مراده " ره " انه على هذا الوجه. يعنى كونه محجورا عليه مع القول بمالكيته. يمكن القول بثبوت المال لمولاه المشترى له فى ذمة العبد. فان العبد مالك لذمته. اذ قد يعتق و يتمكن من الادلاء، ولان المكاتب عبد، و يثبت المال فى ذمته بعقد المكاتبة، فكذا هذا العبد، فيصير معنى الحديث ح، انه اذا كان للعبد مال حين الشرط وقلنا بمالكيته وعدم الحجر عليه، فيجب الوفاء. وان قلنا مع ذلك بالحجر عليه فيثبت ذلك فى ذمته. قوله " وايضا قد يكون ذلك مسلما " ....يعنى انا ان قلنا بعدم مالكية العبد، و شرط للمشترى فينتقل الى ذمته، و يصح القول بانه كان مالكا لشيئ وهو اخذ المال فى ذمته. لانه لا معنى لان يقال لما كان العبد لا يملك فلا يصح اشتغال ذمته. بشيئ. لعدم المنافات. اقول: ويشكل اذا كان الشرط فى خصوص شخص معين من المال. مع ان فخر المحققين ادعى الاجماع على ان المولى لا يستحق فى ذمة العبد شيئا. فانه استدل للمشهور بانه يلزم من اثبات المال نفيه. لان المجعول له لا يستحق المجعول الا بالعمل. فلا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

يستحق الا بالشراء. والشراء يقتضى عدمه. لان المولى لا يستحق على عبده [بعد بيعه] شيئا. و لتوقف الجعل على ملك العبد له مع انتفائه عنه. لانه اما ان يستحق فى ذمة العبد او فى ماله الموجود، والاول باطل اجماعا. والثانى يملكه بالشرط اللازم بالعقد، فلا يتصور استحقاقه بسبب جعل العبد. و حاصل الكلام فى هذا المقام، ان الحديث - بعد الاغماض عن عدم العمل به ظاهرا الا ما احتمله المحقق الاردبيلى (ره) او قلنا ان المراد من البيع الشراء كما هو ظاهر التذكرة حيث جعله دليلا للشيخ - لابد من تاويله. لعدم مقاومته لا دلة المختار. فنحمله على ان المراد انه اذا كان معه مال من مولاه و شرط لمولاه. يعنى شرط تسليمه اليه فيلزمه رده اليه. و يشمله عموم " المسلمون عند شروطهم " وهذا يتم على القول بعدم مالكيه العبد. و على القول بمالكيته، فيشترط ماله لمولاه لان يبيعه. و حيث ضعفنا المالكية فيبقى ارادة شرطه تسليم مال المولى (الذى هو البايع) اليه. فلا يصح الاستدلال به للشيخ. و تتميم المقام برسم مباحث: الاول: انا قد اشرنا سابقا الى ان الاشهر بل المشهور -

---

كما فى الكفاية - ان من اشترى مملوكا له مال، فهو للبايع، الا ان يشترط المشترى. و عن ابن البراج انه ان لم يعلم به البايع فهو له، و ان علم فهو للمشترى. وهو المنقول عن الشيخ فى النهاية، ولكنه قبل ذلك افتى بالتفصيل الاول. و ربما جمع بينهما بحمل كلامه الثانى على الاول، بان يكون المراد منه اذا اشترط للمشترى، او قضى العادة بدخوله و علم بان البايع ادخله فى المبيع .و كيف كان، الاظهر القول الاول. لصحيحة محمد بن مسلم المتقدمة. وما رواه فى الفقيه عن يحيى بن ابى العلا - و صحح العلامة طريقه اليه فى الخلاصة و فيها ابان بن عثمان ١. و يحتمل كون هذا هو ابن العلا الثقة. و كيف كان فالسند قوى لكون ابان من اهل الاجماع -: " عن ابى عبد الله - ع - عن ابيه، قال: من باع عبدا و كان للعبد مال، فالمال للبايع. الا ان يشترط المبتاع، امر رسول الله " ص " بذلك " ٢ و نقل عن امالى ابن الشيخ ايضا مثلها. ودليل الثانى: صحيحة زرارة المتقدمة. وقد اشرنا سابقا الى ان التفصيل الاول انما يناسب القول بعدم ماليكة العبد. وانه لا يدخل المال فى المبيع الا مع الشرط. و كذا صحيحة زرارة، اظهر توجيهاتها على هذا القول، حملها على صورة الشرط. او حصول العلم بنقل البايع الى المشترى بالعادة. لانه لا وجه لانتقال مال العبد الى الغير بمجرد علم البايع بالمال من دون ناقل شرعى. و نسبة المال الى العبد فى المسئلة على القول بملكيته ظاهر. واما على القول الاخر، فلابد ان يراد به ما سلطه عليه المولى واباحه له و نسبه اليه، من كسوة و فراش و مركوب ونحوها. و يشكل المقام بان هذه المسئلة ذكرها القائل بمالكية العبد - كالمحقق فى الشرايع - و من لم يقل بها. و لقد احسن فى القواعد. حيث عبر عن المسئلة بقوله " ولو كان بيده مال فهو للبايع،

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: هذا بخلاف ما سبق من المصنف قدس سره لان حديث ابان بن عثمان صحيح عنده، وقد نبهنا به سابقا خصوصا عند المقايسة بينه و بين ابراهيم بن هاشم. و يمكن ان يكون مراد المصنف هنا تعريضا للعلامة بانه صحح هذا الحديث مع كون ابان فى سنده فكيف يضعفه بكونه " ناووسيا ". ولكن هذا لا يساعده ما يقوله بعيد هذا " لكون ابان من اصحاب الاجماع ". وقد نقلنا عن العلامة وابنه الفخر انهما لا يعملان بحديثه. راجع " جامع الروات. الاردبيلى ". ٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٤

وان علم به. وان شرطه المشترى، صح ". بعد ما حكم بان العبد لا يملك .بخلاف المحقق. فانه بعدما اختار انه يملك ولكنه محجور عليه، قال " من اشترى عبدا له مال، كان ماله لمولاه. الا ان يشترطه المشترى " فان الاشكال فيه واضح. اذ لا معنى للجمع ما بين كون العبد مالكا و بين صيرورته للمشترى بسبب شرط البايع ١. وقال فى المسالك " ولا يندفع الاشكال، الا اذا قلنا بان المراد بملكيته تسلط على الانتفاع بما قيل تملكه له. لا ملك الرقبة - كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك - فيكون الملك على هذا الوجه، غير مناف لملك البايع لرقيته. على وجه يتوجه به نقله الى المشترى، او بقائه على ملكه ". ثم قال " ان المصنف حكم هنا بان العبد يملك وان كان محجورا عليه، ثم حكم بان ماله اذا بيع، لمولاه. والحكم فيه اقوى اشكالا. لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة، وان حجر عليه فى الانتفاع به. فلا يناسب ما نقله فى الدروس. و لا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشترى بمجرد بيعه .اللهم الا ان يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم. فيرد - ح - بانه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض الحكم المتفق عليه، من عدم مليكة شخص مال غيره الا برضاه ". انتهى. وقد يتمسك فى دفع الاشكال بما ذكره فى المختلف من الاجماع من القائلين بالملك و غيرهم على ان لمولاه انتزاعه منه. و غاية توجيهه انه اذا ثبت اجماع الفريقين على جواز الانتزاع، فلا اشكال على القول بعدم تملك العبد. اذ لا ينتقل المال ح، الى المشترى. الا بالشرط، او ما يقوم مقامه من حكم العادة. واما على القول بالتملك، فلما كان حق الانتزاع ثابتا للبايع فى ذلك المال فيستصحب حيث يثبت خلافه. فالمراد من الاشتراط للمشترى اسقاط حق الانتزاع. ولم يخرج بذلك مال العبد من ملكه، وان ثبت للمولى الثانى ايضا حق الانتزاع. فمعنى كون المال للمشترى، كون حق الانتزاع له ٢ واما لو لم يشترط المال

١: لا يرد هذا الاشكال على " الجمع بين الادلة " الذى نبهنا به. ولعله مراد المحقق. كما سمعته ايضا عن التذكرة.
٢: هذا معلق على كيفية الشرط. ان شرط نقل حق الانتزاع، فهو. وان شرط ان ينتزع البايع و يجعله جزء لمبيع، فينتقل اصل المال و رقبته الى المشترى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

للمشترى، يعنى مسلما بدون بقاء حقه فى الانتزاع - فالمال وان لم يخرج عن ملك العبد ولكن حق الانتزاع باق للبايع بالاستصحاب. و مجرد نقل العبد الى المشترى لا يزيله. ثم لا يخفى: ان ما ذكرنا، انما هو لتقرير التفصيل على المذهبين. واما تطبيق الاخبار على المدعى، فهو لا يمكن الا باختيار ان الاخبار مبنية على القول بالتملك. او بعدمه. اذ غاية الامر ان نقول: لو قلنا بالتملك يصير المعنى حصول حق الانتزاع للمشترى بالشرط. ولو قلنا بعدمه يصير المعنى حصول الرقبة له بالشرط. ١ اذ لا يصح ان يقال ان الامام " ع " قال ان كان العبد - يملك فمقصودى كذا، وان كان لا يملك فيمقصودى كذا. فلابد من اختيار احد المعنيين فى الاخبار. فاضافة المال الى العبد يرجح الاول. و ظهور الاشتراط والانتقال الى المشترى او البقاء للبايع فى اصل الرقبة، يرجح الثانى. كما اشرنا اليه سابقا. الثانى: انه يعتبر فى هذا الشرط، ما يعتبر فى اصل المبيع. من كونه معلوما لهما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة، والسلامة عن الربا، بان يكون الثمن مخالفا لجنس ما مع العبد اذا كان ربويا .او زائدا عليه، فاذا كان معه مائة دينار مثلا وباعه بمائة دينار، لم يصح. ولو باعه بمائة دينار و دينار صح. وعن السرائر انه لا خلاف فيه. و كذا يعتبر قبض المجلس ان كان المعاملة بالصرف. هذا قول الاكثر. و عن ظاهر الشيخين فى المقنعة والنهاية انه اذا شرط المبتاع ماله، كان له دون البايع سواء كان معه اكثر من ثمنه او اقل. و كذا عن المراسم ولعل دليلهم ما رواه الصدوق فى الصحيح عن زرارة " قال: قلت لابى عبد الله - ع - الرجل يشترى المملوك وماله (؟) فقال: لا باس. قلت: فيكون مال المملوك اكثر مما اشتراه به. فقال: لا باس به ٢. " .وهو محمول على صورة عدم كون المال ربويا، او مخالفتهما فى الجنس لو كان ربويا. لعدم مقاومته لما دل على قول الاكثر، من القواعد والعمومات. سيما مع دعوى ابن ادريس عدم الخلاف. واعلم: ان هذا الكلام اعنى ملاحظة شرايط صحة البيع فى هذا الشرط على القول بعدم مالكية العبد واضح، فان المال الذى مع العبد هو مال المالك، و يكون مع الشرط من اجزاء

١: بل لو قلنا بالمكية ايضا قد ينتقل الرقبه، كما اشرنا بانه معلق على كيفية الشرط. ٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤، ابواب بيع الحيوان، ب ٨ ح ١. - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣

المبيع. واما على القول بالمالكية فمشكل. لظهور ان مال العبد هو ماله. و لا يجوز نقله الى الغير بالشرط. فلا يصير جزء من المبيع، حتى يلزم اعتبار شرايط البيع، والتحرز عن الربا. اذ الربا هو مقابلة

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

المتجانسين الربويين متفاضلا. بان يحصل انتقال مال كل منهما الى الاخر. غاية ما فى الباب جواز انتزاع المولى مال عبده منه، كما ادعى عليه الاجماع فى المختلف. فما لم ينتزع لم يخرج المال عن ملكية العبد. و غاية توجيه الشرط هنا ان يكون المراد من اشتراطه للمشترى ابقاء المال للعبد وعدم انتزاع البايع اياه منه. وان جاز ايضا للمشترى بعد انتقال العبد اليه انتزاعه منه. كما مر. واشار اليه العلامة " ره " فى القواعد فى باب " ما يدخل فى المبيع وما لا يدخل ". فمن باع عبدا كان له مائة دينار بمائة دينار واشترط المشترى ان لا ينتزعها البايع عنه و يبقيها للعبد، لا يصدق عليه انه باع مائة دينار و عبدا بمائة دينار، حتى يحصل الربا. بل اشترى عبدا له مائة دينار بمائة دينار. لا انه اشترى مائة دينار و عبدا بمائة دينار. و بالجملة: الربا هو معاملة المتجانسين قصدا و بالذات مع فضل فى احد الطرفين، سواء كان الفضل من جنسها او من شيئ آخر. والمفروض فى ما نحن فيه، تعلق المعاملة بالعبد مع احتمال حصول ما يساوى الثمن له ايضا بانتزاعه من العبد. فاطلاق الاكثر اعتبار شرايط البيع فى هذا الشرط، مبنى على قولهم بعدم مالكية العبد، الموجب لصيرورته جزء المبيع. و مراد من قال بالملكية هو شرط بقاء المال للعبد وعدم انتزاعه منه. و بذلك لا يصير جزء. فما حكى عن المحقق الثانى - انه قال فى شرح القواعد فى باب ما يدخل فى المبيع، انه " يشترط فى مال العبد حيث ينتقل مع الشرط، شرايط البيع، كالعلم به والتحرز عن الربا، وان قلنا بانه يملك " و عن التذكرة ايضا مثله - فى محل تامل. ولا يحضرنى كلامهما لا حظ مرادهما. ولعله الى ما ذكرنا، من عدم تحقق حقيقة الربا فى هذه الصورة. نظير ١ كلام العلامة فى القواعد، حيث اقتصر على تجويزه جهالة المال

١: وفى النسخة: " ينظر " لعل الناسخ جعله خبر " لعله "

نهضت ترجمه
Translation Movement

و غيبته، ولم يتعرض للتحرز عن الربا، بالظهور ١. وهذه عبارة القواعد فى باب ما يدخل فى المبيع " السادس: العبد ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشترى - ان قلنا بان العبد يملك - وينتقل الى المشترى مع العبد، و كان جعله للمشترى ابقاء له على العبد. فيجوز ان يكون مجهولا و غائبا. اما اذا احلنا تملكه، وباعه و ما معه، صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرايط البيع. " انتهى. وفى كلامه مسامحات و تعقيدات لا يخفى. فان الاولى ان يقال " وان قلنا " بـ " ان الوصلية. و ينقل مقام " و ينتقل.... ". و ايضا، هذا الحكم لا يختص بما ملكه مولاه بل يجرى فى ما ملكه غيره ايضا. و حاصل كلامه انه على القول بعدم المالكية لابد ان يكون فى الشرط شرايط البيع موجودة، من المعلومية والتحرز عن الربا او غير ذلك. واما على القول بالمالكية، فيصح الشرط، بمعنى ابقاء [المال] للعبد لا الانتقال

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الواقعى الى المشترى. فلا يشترط فيه شرايط البيع. اما مثل التحرز عن الربا، فظاهر، لما ذكرنا. واما المعلومية، او الحضور، فلا يعتبر ايضا. لعدم لزوم غرر فى ذلك. اذا المقصود انه كل ما ملكه لا يؤخذ منه قليلا كان او كثيرا. و لا مدخلية لعلم المشترى بذلك. بل امر هذا موكول الى العبد والمولى الاول. و كذلك استحقاق المولى الثانى للانتزاع امر تابع لا ثبوت بينهما. فكلما ثبت انه عنده، له انتزاعه. وما، لا، فلا. وقد صرح بعدم اشتراط التفصى من الربا ايضا الشهيد فى الدروس. قال " ولو اشتراه و ماله، صح، ولم يشترط علمه ولا التفصى من الربا، ان قلنا بملكه. وان احلناه اشترطا. ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه. ". انتهى كلامه (ره). وهو ظاهر اللمعة و شرحها. [و] صرح به فى المسالك حيث قال " اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط فى الثمن ما ذكره. لان ماله ح، جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن ". و على هذا فاطلاق الرواية من مؤيدات القول بالمالكية. وقد مر تاويلها على المختار. الثالث: فى بيان ما نسبه الشهيدان، الى الاكثر من القول بالمالكية. اما نسبة الشهيد،

١: و فى النسخة: جملة " انه ليس فى محله " بعد كلمة " بالظهور " لعل الناسخ فهم من قوله " هذه عبارة القواعد " ان المصنف فى مقام التعريض والرد

فظاهرة. حيث قال " واختلف فى كون العبد يملك. ظاهر الاكثر ذلك. وفى النهاية يملك ما ملكه مولاه و فاضل الضريبة وارش الجناية، بمعنى جواز التصرف و جواز تزويجه منه و تسرية وعتقه. لا بمعنى ملك رقبة المال ". انتهى. و يظهر منه ان الاكثر قائلون بملك الرقبة و لا ينافى كونه محجورا عليه. واما الشهيد]الثانى]، فقال فى المسالك " القول بالملك فى الجملة للاكثر، و مستنده الاخبار. و ذهب جماعة الى عدم ملكه مطلقا. و استدلوا عليه بادلة كلها مدخولة .و المسئلة موضع اشكال. ولعل القول بعدم الملك مطلقا، متجه. ويمكن حمل الاخبار على اباحة تصرفه فى ما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال. فيكون وجها للجمع ." واما فى الروضة، فقال " والاكثر على ان يتملك فى الجملة، فقيل فاضل الضريبة وهو مروى. وقيل ارش الجناية. وقيل يملكه مولاه معهما. وقيل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق. استنادا الى اخبار يمكن حملها على اباحة تصرفه فى ذلك بالاذن .جمعا ". اذا عرفت هذا ظهر لك ان الشهيد الثانى لم ينسب الملك الى الاكثر. بل] قال] " فى الجملة " بمعنى ان الاكثر لم ينفوا ملكه رأسا. فهم متفقون فى عدم القول بنفى الملك رأسا. وان كانوا مختلفين فى الملك. فبعضهم اثبته مطلقا وان كان محجورا عليه، كالمحقق. و بعضهم يكتفى بملكه فاضل الضريبة، و هكذا.. و من المواضع التى يظهر المليكة ايضا، انهم ذكروا انه لا زكوة فى مال العبد .وما، ذكروا انه لا رباء بين المالك و مملوكه. فانه ظاهره انه يجوز

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الربا بينهما. لا انه لا يتحقق ماهية الربا لعدم مالكية العبد. كما انه كذلك بين الزوجين والوالد والولد، والسياق واحد. لكن ذلك لا يناسب ما اراده من قوله " فى الجملة " لان ذلك اتفاقى بينهم، ولا يختص بالاكثر. فلابد اما من القول بالمالكية، او ارتكاب تفكيك القرائن فى الرواية بحملها على نفى الحقيقة من جهة عدم الملك. ومنها ما ذكروه فى نكاح المولى امته لعبده واعطائها شيئا من قبله، او من قبل عبده، ان قلنا بوجوبه و صيرورته ملكا لها. ولكنهما غيروا ضحين. و منها غير ذلك وباب التاويل والقدح فيها مفتوح .

وقد ظهر من جميع ذلك ان نسبة القول بعدم الملك الى الاكثر، اظهر واوضح و ادلتهم اقوى. و كذلك الظاهر ان القائلين بالملك مطلقا، متفقون على ان للمولى انتزاعه عنه متى اراد ١ للاجماع الذى ادعاه فى المختلف، فيكون ملكا متزلزلا غير مستقر. و هذا معنى آخر، غير المحجورية. نعم يظهر من المحقق الاردبيلى القول باستقلاله بالملك مطلقا و عدم الحجر عليه. لتامله فى الاجماع. مع انه معترف بعدم ظهور الخلاف. والحاصل: المختار فى المسئلة انه لا يملك رقبة المال مطلقا. بل انما يستباح له التصرف باذن المولى. فلو مات المولى قبل التصرف، فلا يجوز التصرف الا باذن الوراث. و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن جميع ما اشتمل عليه السؤال وحاصله انه لا يملك رقبة المال اصلا. و محجور عليه بالمعنى الاعم من الحجر المصطلح. يعنى ممنوع من التصرفات الا باذن المولى. وان لم [يكن [له مال، حتى يتحقق الحجر المصطلح ٢. و متى اذن المولى فيباح له التصرف، ما لم يظهر من المولى كراهته بعد ذلك. و لم يمت. والله العالم باحكامه.

١٨٠- سوال: هر گاه زيد ادعا كند كه من پنج تومان (مثلا) از بكر - پدر هند زوجهء عمرو - طلب دارم. و عمرو، مذكور، بدون مطالبهء ثبوت شرعى باعتقاد صدق زيد (يعنى به مجرد حمل قول او بر صدق) ملك خود را بهمان مبلغ بين شرط مى كند براى زيد. و بعد همان ملك را از زيد اجاره مى كند، ووجه اجاره را هم ميدهد. و بعد از آنكه از هند زوجهء خود، استفسار مى كند، زوجه منكر طلب زيد مى شود. مى گويد كه عبث كردى كه چنين كارى كردى. آيا اين مبايعه صحيح است يا فاسد؟ -؟ ووجه اجاره كه زيد گرفته، بر او حلال است يا نه؟ -؟.

جواب: بر فرضى كه صورت واقعه همين باشد. اين از فروع مسئله ضمان خواهد بود. يعنى زوج ضامن زوجه شده، و حقى كه اين شخص بر زوجه دارد، به ذمهء خود گرفته، و ملك خود را در عوض آن به او فروخته با شرط خيار. و بعد از او اجاره كرده. و چنان ضمانى

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: و على ما بيناه من " الجمع بين الادلة " ليس له الانتزاع متى اراد، بل له الانتزاع عند بيع العبد او عتقه فقط. وهو ليس محجورا عليه (بعد اذن المولى تملكه) الا بهذا المعنى. ٢: نعم، الحجر اذا سالبة بانتفاء الموضوع

نيست. چون شرط است در ضمان، كه آن حق مضمون، ثابت باشد در ذمهء مضمون عنه. و ضامن هم بداند ثبوت آن را در ذمهء او. و مفروض خلاف آن است. خصوصا اينكه اگر واقعا آن شخص طلبى از پدر زوجه داشته، آن حق متعلق به ذمهء پدر است. و بعد از آن تعلق به مال او ميگيرد، اگر مالى داشته باشد. نه به ذمهء دختر او. مگر اينكه مالى داشته و آن دختر آن را تلف كرده. و به هر حال، در حين ضمان ثبوت حق در ذمهء دختر معلوم زوج نيست كه ضمان صحيح باشد. پس بيع ملك در عوض آن، صحيح نيست. پس زيد مستحق ملك و منافع ايام تصرف آن شخص خواهد بود .و محض خيال صادق بودن آن شخص، موجب ثبوت حق در ذمهء زوجه، در نزد زوج او نمى شود. و مرافعه با زوجه و اثبات حق در ذمهء او - بعد از اين ضمان و معامله - نفعى از براى صحت ضمان و معامله ندارد. و آنچه را [كه] از باب وجه اجاره داده است، ظاهر اين است كه استرداد مى تواند كرد. با بقاى آن مطلقا، و با تلف آن نيز در صورت جهل به فساد اجاره. چنانكه مفروض سؤال است. و ممكن است كه اين مسئله از فروع " بيع دين " باشد. زيرا كه چنانكه اشكال است در جواز بيع بايع دينى را (كه از غير ميخواهد) به عوض معينى، هم [چنين] اشكال است در بيع بايع عين معينى را به دينى كه مشترى از ديگرى طلب دارد. چون ظاهرا فرقى ما بين ثمن و مثمن نيست. و بنابر قول به صحت بيع دين چنانكه اظهر است، هر چند خلاف اشهر است - اين بيع باطل است به سبب جهالت ثمن. زيرا كه جهالت ثمن (چنانكه متصور مى شود در جهالت عين طلب كه چه چيز است. آيا غله است يا نقد يا غير آن. و [نيز] در جهالت مقدار. همچنين متصور مى شود در جهالت اصل طلب داشتن. و ثبوت طلب در ذمهء مديون واحتمال ديگر، بعيد است كه عمرو ملك خود را به مساوى آن وجه در ذمهء زيد فروخته، و بعد از آن قبول كرده كه آن را از تركهء بكر يا وارث او بگيرد. و در اين صورت اين از باب حواله مى شود. و آن هم فاقد شرايط [است] گو اصل بيع صحيح باشد؟ تا متفرع باشد بر آن احكام آن .

كتاب الرهن

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱۸۱- سوال: کسی زنی بگیرد به صداق معینی، و ملکی را رهن صداق کند. واز او صغیری بماند و فوت شود. و من بعد تزویج بکند زوجهء دیگری را و همان ملك را رهن زوجهء جدیده کند. و بعد از آن زوج بمیرد، و صغیر کبیر شده و با زوجهء ثانیه دعوی دارد -؟

جواب: ظاهر بطلان رهن ثانی است، چون مرتهن معلوم نیست. نهایت، احتیاط در صلح است، به جهت حمل فعل ولی مسلم بر صحت، شاید با ملاحظهء مصلحت طفل ملك را ثانیا به خود منتقل کرده باشد و رهن کرده باشد.

۱۸۲- سوال: هر گاه کسی ملکی بخرد، به جهت خوف خروج ملك مستحقا للغیر ملك دیگری را از بایع به رهن بگیرد که در اصطلاح " ضامن درك مبیع " بشود. و همچنین مشتری هر گاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درك. که هر گاه مستحق غیر بر آید مشتری ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنین بایع نسبت به ثمن صحیح است؟ و لازم است؟ یا نه؟

جواب: اظهر صحت و جواز است، به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار که حکمت در رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال.

۱۸۳- سوال: زید ملکی از مال صغیر فروخته و یك قطعه زمین خود که در جنب آن

ملك است رهن آن کرده و ضامن درك گردیده که: چنانچه صغیر ادعا نماید من قطعه ملك خودم که در جنب ملك صغیر است در عوض به او وا میگذارم. و حال زید فوت شده و صغیر ادعای زمین خود را می کند. و ورثهء زید می گویند ما ملك را وا نمیگذاریم. آیا مشتری مستحق ملك صغیر است یا ملك زید؟ - یا هیچکدام؟

نهضت ترجمه
Translation Movement

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به بیان چند مقدمه: اول آنکه: اظهر و اشهر این است که قبض در رهن شرط است. و ظاهر این است که شرط صحت، است. نه محض لزوم. واین مطلب را در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام. ۱ دوم: حقی که رهن [را] از برای او قرار میدهند مشروط است به اینکه ثابت در ذمه باشد. به معنی اینکه مرتهن مستحق آن باشد هر چند مستقر نشده باشد، مثل قیمت مبیع در زمان خیار، خواه مال باشد مثل قرضی که در ذمه مقترض است و [مثل] قیمت مبیع. و خواه منفعتی باشد مثل آنکه اجیر شده باشد که عملی را بکند، و رهن بدهد که هر گاه آن کار را نکند اجرت عمل را از آن رهن استیفا کند. پس هر چیزی که هنوز استحقاق در آن حاصل نشده، صحیح نیست رهن بر آن. مثل اینکه رهن بدهد در ازای دینی که بعد از آن، قرض خواهد کرد. یا عملی که بعد از این، اجیر می شود در آن .و کافی نیست حصول سبب، مادامی که ثابت نشود در ذمه، مثل اینکه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

زخمی به کسی بزند و ممکن باشد که او را هلاك کند پس مادامی که نهایت حال آن معلوم نشده دیه مستقر نشده است، پس جراحت " موضحه " یا " متلاحمه " مثلا چون فی نفسه دینی دارد، اگر به همان حال چاق شود. و هر گاه به هلاك منجر شود

۱: هنگامی که مجموعه جامع الشتات را از تلفیق سه دفتر به وجود آورده‌اند مسئله مورد نظر میرزا را که می گوید " در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام " موخر و مسئله بالا را مقدم کرده‌اند بنابر این رجوع کنید به مسئله شماره ۱۸٦، از همین مجلد

تمام دیه را باید بدهد. پس تا امر جراحت به نهایت نرسیده و عاقبت آن معلوم نشده، دیه مستقر نشده. و همچنین نسبت به اقسام جنایات، حال مختلف است در اینکه در بعضی متعلق به ذمه جانی است، مثل شبه عمد. و بعضی متعلق به " عاقله " است. و از برای بعضی مدتی در شرع قرار داده شده مثل دیهء خطا، که در سه سال میدهند. و عاقله مختلف می شود چون معتبر در آن این است که هر کس که یافت شود از عاقله در حین حلول اجل متعلق به او می شود، پس قبل از حلول اجل، معلوم نیست که کیست که این در ذمهء او تعلق گرفته که رهن از او گرفته شود. و همچنین بعضی گفته‌اند که هر گاه جنایت از بابت قطع زبان یا ذکر باشد در آنجا جایز است رهن. از برای آنکه نهایت این مرگ است و در مرگ دیهء کامله است، و بدون مرگ هم دیهء آن عضو دیهء کامل است. پس در اینجا هر چند هنوز جنایت مستقر نشده. و لیکن موجب آن مستقر شده که تمام دیه. و این سخن دور نیست. و همچنین :صحیح نیست رهن بر مال جعاله مادامی که آن عمل تمام نشده. چون مستقر نمی شود استحاق الا به عمل آمدن آن کار، مثل آوردن گریخته. و اینکه گفتیم " در ذمه باشد " احتراز کردیم از عین. که حکم آن مخالف با حکم دین است. و تفصیل کلام در این است که هر گاه عین از بابت امانت باشد مثل ودیعه و عاریه غیر مضمونه، صحیح نیست رهن بر آن، و ظاهرا خلافی در آن نیست، و در مسالك تصریح کرده است به اینکه اتفاقی است. هر چند ممکن است که تعدی و تفریط رو بدهد که موجب ضمان باشد. و ظاهر این است که علامه در تذکره دعوی اجماع کرده باشد، یا از کلام او ظاهر می شود عدم خلاف. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) اشاره به آن کرده. و همچنین نسبت اجماع به تذکره از کلام غیر او هم ظاهر می شود. و همین دعوی اجماع به ضمیمهء " اصل عدم " کافی است در اثبات مطلب و احتیاج به تکلفاتی که کرده‌اند در اثبات مطلب، نیست. و اما عین مضمونه مثل عاریهء مضمونه (یعنی آنچه به عاریه گرفته است به شرط

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

ضمان اگر تلف شود) و مثل عین مغصوبه و ماخوذه به سوم، وماخوذه به بیع فاسد، پس در مسالك گفته است که محقق و جماعتی اطلاق کرده‌اند منع از آن را و بعضی استدلال کرده‌اند بر این به " اصل " و عدم دلیل بر صحت، به جهت اینکه آیه شریفه و اکثر اخبار در دین است - و مطلقات اخباری که وارد شده است در مسایل دین هم حمل بر عموم نمی تواند شد. به جهت آنکه مقصود بیان حکم مطلق بنفسه نیست. و در جائی که ذکر مطلق از برای مطلقی دیگر باشد، حمل بر عموم نمی شود. چنانکه در اصول محقق است - و به [جهت] منع شمول سایر عمومات، مثل " اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم ". و علامه در تذکره و شهیدین و آخوند ملا احمد (ره) هم اختیار جواز آن، کرده‌اند در اعیان مضمونه بلکه شهید (ره) گفته است که " فی جوازه و جهان والجواز اقوی " و از این کلام ظاهر می شود که قول اول مشهور نباشد. و به هر حال، اظهر در نظر حقیر نیز جواز است. به جهت عموم ادلهء عامه مثل: اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم " وعلتی که مستفاد می شود از اخبار مستفیضه مثل صحیحهء محمد بن مسلم " عن احدهما (ع) قال :سئلته عن السلم فی الحیوان والطعام و یوخذ الرهن -؟. فقال: نعم، استوثق ما استطعت " ١ و نزدیك به این مضمون است موثقهء ٢ سماعه و صحیحهء صفوان " عن یعقوب بن شعیب، قال: سئلته عن الرجل یکون له علی الرجل تمر او حنطة او رمان .وله ارض فیها شیئ من ذلك فیرتهنها حتی یستوفی الذی له (؟) قال: یستوثق من ماله. " ٣ و روایة معاویة بن عمار که سند آن قوی است به سبب اسماعیل بن مرار " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل یسلم فی الحیوان والطعام و یرتهن الرهن (؟). قال: لا بأس تستوثق من مالك " ٤. که از علت منصوصه در این احادیث مستفاد می شود که محافظت کردن مال ووثیقه قرار دادن که اعتماد انسان در محافظت مالش به آن وثیقه باشد، خوب است. واین در عین

نسخه ترجمه
Translation Movement
.IRS

١و ٢ و ٣ و ٤: وسایل: ج ١٣، ابواب الرهن، باب ١ ح ٥، ٤، ٦ و ٩

و دین همه جاری است. واگر دعوی اجماع نبود، در امانت هم قایل میشدیم، یعنی رهن بگیرد که اگر تعدی و تفریط کند تدارك آن از این رهن کرده شود. و فرقی علی الظاهر میان " رهن بر ودیعه " و " امانت به شرط تفریط " و مثل " عاریة مضمونه " و امثال آن، نیست. و توهم فرق به اینکه " در اعیان مضمونه، ضمان مقارن رهن است و در امانات غیر مضمونه هنوز حاصل نشده " ضعیف است. به جهت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

آنکه در عاریهء مضمونه تا تلف حاصل نشود ضمانی نیست. و حق این است که علت منصوصه دلالت آن ظاهر است. به جهت آنکه اشعار شده است در روایت به اینکه جواز رهن (یعنی مال مدیون را حبس کردن) از برای این است که مال این محفوظ بماند .پس هر جا که در عرف و عادت حبس مال را باعث حفظ مال دانند، مستحسن خواهد بود .و توهم اینکه " این در سلم وارد شده وافادهء عموم نمی کند " این همان سخن منکر " حجیت علت منصوصه " است و بنای ما بر حجیت آن است. و همچنین منع حصول استیثاق در ما نحن فیه (به جهت آنکه آن تابع صحت این رهن است وصحت آن اول کلام است) وجهی ندارد. به علت آنکه ما از همین کلام امام (ع) میفهمیم عموم نفع حبس مال غیر از برای حفظ مال خود خرج ما خرج بالدلیل وبقی الباقی. و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر می شود که جایز است در رهن بر درك مبیع و ثمن، چنانکه جمعی از اصحاب به آن قایل شده‌اند، و در مسالك نسبت آن را به شهید (ره) و جماعتی داده و خود نیز اختیار آن کرده، و از عبارات آخوند ملا احمد (ره) هم ظاهر می شود که این مشهور باشد، چون گفته است " ولهذا نجد تجویز هم فی الدرك علی الثمن والمبیع و غیر ذلك " و همان عمومات و علت منصوصه شامل این هم هست. و مراد از درك مبیع و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، مشتری استیفای حق خود را از رهن کند. یا اگر ثمن مستحق غیر بر آید (یا کیل و وزن آن کم بر آید، و امثال آن) بایع از رهن مشتری استیفای حق خود نماید. و دلیلی که از برای قول به منع، نقل کرده‌اند " عدم وجود مقتضی ضمان " است در حال رهن. واینکه بعدا ظاهر می شود، مثل تفریطی است که بعد در امانات غیر مضمونه ظاهر شود. و آن اعتبار ندارد به اجماع، پس این هم اعتبار ندارد. و در مسالك تکلف کرده است در

نهضت ترجمه
Translation Movement

جواب. و آن تکلف این است که در اینجا اسباب موجبات ضمان که ظاهر می شود (مثل مال غیر بودن مبیع، یا ثمن. یا کم بودن کیل و وزن و مقدار) کاشف می شود که در حین عقد رهن این سبب حاصل بوده. بخلاف امانات غیر مضمونه. و این سخن تمام نیست به جهت آنکه در عاریهء مضمونه هم در حین عقد رهن اسباب ضمان حاصل نبود و بعد از اتلاف ضمان حاصل می شود و حال آنکه در آن تجویز کرده‌اند رهن را، بکله فارق در مسئله همان اجماع است در عدم جواز. و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکه " مقارنهء استقرار دین با عقد رهن " کافی است؟ یا باید استقرار دین قبل باشد؟. آنچه از اکثرین نقل شده قول دوم است. و از علامه] نقل شده که] در تذکره تجویز اول را کرده، و ملا احمد (ره) نیز میل به آن کرده، به جهت عمومات و اطلاقات و عدم مانع. و بعد از آن گفته است " ولهذا نجد تجویزهم فی الدرك علی الثمن و المبیع و غیر ذلك ". و متفرع می شود بر این اینکه بگوید " بعتك هذا العبد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

وارتهنت هذا الدار به: فقال المشترى: اشتريت و رهنت ". پس بنابر اول صحيح نيست. و بنابر ثانى صحيح است. سوم اينكه: هر گاه كسى رهن كند عينى را بر دين مؤجلى، و شرط كند كه اگر دين را در سر اجل وفا نكند، اين رهن فروخته شده باشد به مرتهن به همان دين يا به بعضى از آن. اين رهن و بيع هر دو فاسد است. اما بطلان بيع پس [به جهت] آنكه صيغه متحقق نشده و انشاء به عمل نيامده، و به جهت آنكه در بيع، تعليق جايز نيست، ودر اينجا تعليق كرده است بيع را به عدم اداء دين. و اما بطلان رهن پس به جهت آنكه رهن عبارت است از محبوس ساختن عينى از براى محافظت دين كه تا مادامى كه وفا نكند راهن آن دين را، [مرتهن] رهن را نتواند تصرف كرد، و در اينجا رهن موقت نشده است به وفاى دين، بلكه موقت است به انقضاى اجل دين. و [نيز] به جهت آنكه رهن در اينجا " بشرط بيع " واقع شده است، و مفروض اين است كه اين بيع فاسد است (چنانكه گفتيم) واظهر اين است كه عقد فاسد مى شود به فساد شرط. چنانكه در رساله‌ء " شرط در ضمن العقد " بيان آن را كرده‌ايم. و اينكه در بسيارى از مسايل نكاح اين قاعده تخلف

كرده است به دليل خارج، است و علاوه بر آنچه ذكر كرديم از دليل (بر بطلان رهن و بيع هر دو) دلالت مى كند بر آن " اصالة عدم صحة " و ظاهر اجماع. چنانكه از مسالك ظاهر مى شود. و بدان كه: هر گاه راهن بر غير دين مؤجل رهن كند و بگويد كه اگر وفا نكردم اين حق را، اين رهن مبيع تو باشد " آن نيز باطل است .به جهت آنكه چون رهن موقت است به وفاى حق، پس باقى است بر حال خود تا وفا كند يا راهن بميرد. و در اينصورت هم باز بيع معلق است به مردن راهن. و مادامى كه زنده است و امكان وفا هست مبيع نشده است واينهم باطل است به جهت بطلان تعليق .و بدان كه هر گاه چنين رهنى به عمل آيد و مرتهن به همين نهج قبض كرده [باشد] هر گاه تلفى بر رهن رو دهد، هر گاه بعد مدت اجل دين، است، مرتهن ضامن است .و هر گاه قبل از انقضاى اجل دين، است، ضامن نيست، نظر به قاعده‌ء كليه‌ء " ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده " يعنى هر معامله كه صحيح آن افاده‌ء ضمان مى كند فاسد آن نيز افاده‌ء ضمان مى كند، و آنچه صحيح آن افاده‌ء ضمان نمى كند فاسد آن نيز افاده ضمان نمى كند. و چون قبل از انقضاى اجل، رهن فاسد است پس بر آن ضمان نيست. به جهت آنكه در صحيح رهن هم ضمان نيست و به منزله‌ء امانت است هر گاه بدون تفريط تلف شود از كيسه‌ء مالك رفته است. و هر گاه بعد انقضاى اجل تلف شود از كيسه‌ء مرتهن رفته، چون مبيع است به بيع فاسد. و چنانكه به مجرد بيع صحيح مبيع مال مشترى است و آنچه رو ميدهد به مبيع از مال او تلف شده، همچنين در فاسد آن. و اين قاعده از جمله‌ء مسلمات فقها است و در آن خلافى نكرده‌اند و در مسالك گفته است كه: سر اين

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

قاعده این است که طرفین معامله با هم راضی شده‌اند به مقتضای عقد و تن در داده‌اند به لوازم آن. پس در هر جا که بر عقدی ضمان مترتب است مالك به عنوان ضمان تسلیم کرده و قابض هم به عنوان ضمان اخذ کرده .بعلاوهء عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " و در جائی که عقد [ی واقع شده که] ضمانی بر آن مترتب نیست مثل رهن، پس تسلیم واقع شده است به اعتقاد صحت، پس آن شخص که تسلیم

می کند قصد ضمان نکرده است بلکه قصد عدم ضمان کرده است، و آن شخص که قبض می کند هم ملزم ضمان نشده است. پس مقتضی ضمان منتفی می شود. و این قسم دوم تمام می شود هر گاه هر دو جاهل باشند به فساد یا هر دو عالم باشند. به جهت آنکه قبض به اذن آن شخص است که میدهد، پس از بابت امانت می شود که ضمانی بر آن مترتب نیست. و همچنین هر گاه آنکه میدهد عالم به فساد باشد و آنکه میگیرد جاهل باشد، و اما صورت عکس (یعنی آنکه میدهد جاهل باشد و آنکه میگیرد عالم باشد) پس حکم آن مشکل می شود. چون قبض به غیر حق شده و آنکه داده است به اعتقاد صحت لزوم داده است، و اگر میدانست که فاسد است مال خود را نمیداد. پس باید آنکه میگیرد ضامن باشد به سبب عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " ولکن اصحاب ما مطلقا حکم کرده‌اند به قاعدهء " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " واحدی در آن، خلاف نکرده است. و بعد از آن گفته است که: ممکن است که توجیه کنیم صحت را در این قسم آخری نیز (یعنی صورت جهل دهنده و علم گیرنده) به اینکه مالك اذن داده است در قبض بر وجهی که ضمانی در آن نیست، و گیرنده هم بر این وجه گرفته است. و اینکه اگر دهنده علم میداشت به عدم صحت ولزوم به او نمیداد و راضی نمیشد، معلوم نیست. پس اذن حاصل است و مانع معلوم نیست - تمام شد ترجمه کلام مسالك -. و گاه است که در اینجا توهم شود که: اشکالی که صاحب مسالك در قسم آخر کرده بر قسم اول هم وارد میآید (یعنی صورت جهل هر دو به فساد) که در آنجا هم مالك اگر علم میداشت به فساد راضی به دادن نمیشد. ولکن این [توهم] مدفوع است به اینکه: عمدهء اشکال از جهت تصرف عالم به فساد است که در حکم غصب است .و در قسم اول این معنی نبود. پس توجیه صاحب مسالك بد نیست. وعمده تکیه بر ظاهر اجماع ایشان است بر مطلق ١ این قاعده که شامل همهء

١: صحیح: " اطلاق این قاعده " است. گویا اشتباه از نسخه برداران است

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اقسام است. و اطلاق در اجماعات منقوله نازل منزلهء اطلاق اخبار است، و عمل به آن باید کرد. و دعوی اینکه " این قسم اخیر با قسم اول نیز هر دو از افراد نادرهاند که اطلاق منصرف به آن نمی شود و اطلاق حدیث - علی الید ما اخذت - هم منصرف به آن نمی شود " بعید است. خصوصا قسم اول که غالب عوام الناس این است که طرفین جاهل به حکماند. و اندراج این حکم در تحت عموم " علی الید ما اخذت " ابعد نیست از اندراج سایر " ید " های غیر عاریه که ضمان بر آنها مترتب است. چهارم: ظاهر این است که جایز است که بایع خود ضامن عهدهء ثمن شود .یعنی هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید از عهدهء ثمن بر آید. ولکن اشکال است در اینکه آیا می تواند که ضامن عهدهء درك آنچه حادث شود بعد از بیع از برای مشتری شود یا نه؟ -؟ مثل اینکه مشتری در ملك مبیع خانه ساخته، یا درخت غرس کرده، و بعد مستحق غیر که بر آید، مالك اصلی مسلط است بر ازالهء آن بناها و درختها، و در کی که حاصل می شود (یعنی تفاوت قیمت درخت و بنادر حالی که بر پا باشد یا کنده شده باشد) آیا بایع می تواند ضامن آن شد یا نه؟ -؟ و معنی صحت و جواز ضمان در اینجا این است که اموری که مترتب بر عقد ضمان می شود بر آن جاری شود والا بایع ضامن همهء این غرامتها هست خواه ضامن بشود و خواه نشود. و ظاهرا اشکالی در ضمان درك اصل ثمن نباشد. و اما درك آنچه بعد حادث می شود پس چون ظاهر این است که داخل " ضمان ما لم یجب " است، صحیح نیست این ضمان از برای غیر بایع، و در آن خلافی نقل نکردهاند. و اما خود بایع پس ظاهر این است که از برای او هم صحیح نباشد. هر چند سبب آن در حین عقد ضمان موجود بوده است، یعنی بودن آن ملك مال غیر که بر آن مترتب شده است استحقاق ارش. و محقق در شرایع گفته است که " این ضمان جایز است. به سبب اینکه ضمان بنفس عقد بیع حاصل است. پس این در حکم تاکید آن خواهد بود " و این سخن خوب نیست چنانکه در مسالك هم اشاره به آن کرده. به جهت آنکه آن ضمان که بنفس عقد

بیع حاصل است نه این ضمانی است که به عقد ضمان مصطلح واقع شود. به جهت آنکه این شرایط و ثمرات دیگر دارد و از جملهء شرایط آن همین است که گفتیم که باید آن ثبوت در ذمه در حال عقد ضمان حاصل باشد. و ضمانی که لازم اصل بیع است این معنی در آن شرط نیست. پس ثبوت ضمان بایع در صورت استحقاق ملك از برای غیر در همهء صورتها بیاشکال است. و اشکال در این است که هر گاه علی حده ضمان هم ببندند ایضا صحیح است یا نه؟ -؟ و ثمرهء آن وقتی ظاهر می شود که مشتری

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق الرجوع به سبب ضمان باقی میماند .چنانکه هر گاه دو خیار یا بیشتر، از انواع خیار در بیع و شراء حاصل باشد به اسقاط بعضی از آنها بعض دیگر ساقط نمی شود. و همچنین ثمره ظاهر می شود در اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود بوجه صحیحی .پس هر گاه بعد از بیع ضامن او شود بر همین درك صحیح خواهد بود، و وفا به شرط کرده خواهد بود. بدان که: علامه (ره) در قواعد اشکالی کرده است در ضمان بایع، درك آنچه را که مشتری احداث می کند از بنایا غرس. و فخر المحققین (ره) وجه اشکال را گفته است که " از این جهت که ضرورت داعی بر آن است پس جایز خواهد بود چنانکه هر گاه احدی از اهل کشتی در حین خوف غرق کشتی بگوید به دیگری که متاع خود را به دریا بینداز و ضمان آن بر من باشد. و از این جهت که - ضمان ما لم یجب - است صحیح نخواهد بود ". بعد از این گفته است که " اصح عدم جواز است " و گویا نظر او به این باشد که در اینجا ضرورتی نیست چون بایع ضامن غرامت است هر چند ضامن نشود پنجم: هر گاه ضامن شرط کند که ضمان را از مال معینی از اموال خود بدهد، صحیح است. و منحصر است وجوب ادا در آن. به مقتضای عمومات شرط و وفای به عقود متعلق می شود حق مضمون له به آن عین. و اشکال در این است که آیا تعلق حق او به آن مال از بابت تعلق حق مرتهن است به رهن؟ یا از باب تعلق ارش است به جانی؟ و مقتضای اولی این است که مادامی که عین باقی است مضمون له مسلط است که حق

خود را از آن استیفا کند. و اگر بدون تفریط ضامن، آن عین تلف شود باز آن دین در ذمهء ضامن باقی میماند. چنانکه در مال مرهون هم، چنین بود. و مقتضای دوم این است که همینکه مال تلف شود ذمهء ضامن بری می شود. و مضمون له رجوع می کند به مضمون عنه. چنانکه هر گاه غلام کسی جنایت خطائی کرده باشد و زخمی به کسی زده باشد یا قتل کرده باشد، آقای غلام اختیار دارد میخواهد اقل امرین از دیهء جنایت و قیمت عبد را میدهد، و میخواهد خود غلام را تسلیم ایشان می کند (که غلام خود کنند) به تمامی یا به نسبت جنایتی ١ که کرده. پس اگر غلام بمیرد پیش از استیفای حق، دیگر چیزی به ذمهء مولی متعلق نیست. و اظهر این است که ما نحن ٢ فیه از قبیل اول باشد. پس هر گاه آن مال تلف شود رجوع می کند مضمون له به ضامن. ششم: خلاف کردهاند در صحت ضمان اعیان مضمونه، مثل عین مغصوبه و عین " مبیع مقبوضه ببیع فاسد " یا " مقبوضه بسوم ". علامه (ره) در قواعد در آن اشکال کرده. و ضمان این اعیان یا به این معنی است که در عهده بگیرد که این اعیان را به مالك رد کند [و] یا اینکه اگر تلف شود قیمت آنها را به مالك بدهد. و محقق (ره) میل به جواز آن کرده.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و فخر المحققین و شهید ثانی (ره) ترجیح عدم جواز داده‌اند. دلیل جواز این است که ضمان عبارت است از اینکه در عهده میگیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است. و این معنی در ما نحن فیه متحقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن می شود اگر تلف شود هم (چون قیمت در ذمهء غاصب و اشباه آن ثابت است در صورت تلف) ضامن آن را در عهدهء خود میگیرد .و این سخن بسیار ضعیف است. بلکه اولی این است که گفته شود که سبب تعلق قیمت (در صورت تلف عین) در عقد ضمان متحقق است. ۳

۱: در نسخه: یا به نسبت به جنایتی که کرده. ۲: در نسخه: که در ما نحن فیه. ۳ :در نسخه: که سبب تعلق قیمت در صورت تلف در عین عقد ضمان متحقق است

و اما دلیل قول به عدم جواز، " اصل " است و [نیز] بطلان دلیل جواز] است] به جهت آنکه در صورت اولی (یعنی صورت ضمان رد عین) مفروض این است که مال [را] در عهده نگرفته است. بلکه آنچه در عهدهء او هست وجوب رد مال است .و به جهت آنکه از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن، و شکی نیست که غاصب مادامی که عین در دست اوست برئ الذمه نیست، بلکه مکلف است به رد اجماعا. چنانکه در مسالك تصریح به آن کرده. و اینهم با قواعد شیعه نمیسازد که " ضمان " را مشتق از " ضمن " کرده‌اند نه " ضم ". یعنی این مال از ضمن و ذمهء مضمون عنه بیرون میرود و به ضمن و ذمهء ضامن قرار میگیرد. نه چنانکه عامه گفته‌اند که ضم می شود ذمهء ضامن و ذمهء مضمون و هر دو ضامن هستند و مضمون له مخیر است که از هر کدام خواهد بگیرد. و اما در صورت ثانیه که ضامن می شود که اگر آن اعیان تلف شوند قیمت آنها را به مضمونله بدهد. پس به جهت اینکه این از باب " ضمان ما لم یجب " است و وجود سبب ضمان، کافی نیست مادامی که خود ضمان متحقق نشود و مفروض این است که در حین عقد ضمان، مال تلف نشده است که قیمت آن منتقل شود به ذمهء مضمون عنه. پس اقوی قول به عدم جواز است. و از آنچه اینجا گفتیم ظاهر می شود که اگر بایع خود ضامن عین مغصوبه‌ای شود که فروخته است به غیر، اولی است به عدم جواز. چون بیان کردیم در مقدمهء چهارم که در جواز ضامن شدن بایع درك مبیع را، خلاف است هر چند اظهر صحت آن بود. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر می شود که ضمان در اعیان مضمونه نیز صحیح نیست (مثل مال مضاربه و ودیعه و امثال آن) به جهت آنکه ذمهء امین برىء است و بر او چیزی لازم نیست در حین عقد ضمان. و این از باب " ضمان ما لم یجب " می شود. بلی اگر امین تعدی و تفریط در آن عین

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بکند، ضامن می شود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان تعدی به عمل نیامده و سبب آن هم موجود نیست. بخلاف ید غاصبه ۱ و

۱: یعنی چون ضمان غاصب در اینجا نیز با وجود عین در وجوب رد، است نه در اصل مال و در صورت تلف هنوز سبب ضمان (که اشتغال ذمه به قیمت باشد) به عمل نیامده - و معنی ضمان این است که مضمون عنه فارغ شود به سبب ضمان و اینجا مضمون عنه خود غاصب است و به ضمان خود فارغ نمی کند خود را - پس ضمان صحیح نیست. و وجه اولویت عدم صحت ضمان در اینجا این است که با وجود اینکه در مقدمه چهارم سبب ضمان موجود بود در حین عقد ضمان، خلاف داشتند در صحت. پس در اینجا باید هیچ خلاف در عدم صحت نباشد. این پاورقی (حاشیه) از خود مرحوم محقق قمی است

مثل آن، چنانکه در امثلهء سابقه بود. هر گاه دانستی این مقدمات را میرویم بر سر اصل مسئله و می گوئیم: صورت سؤال قابلیت ارادهء رهن و ضمان (هر دو) را دارد. و اینکه بایع در وجه صحیح فروخته باشد یا فاسد، پس اگر بایع که ملك صغیر را فروخته بر وجه صحیح فروخته، مثل اینکه وصی بوده یا به اذن حاکم شرع بوده یا از عدول مؤمنین بوده و با عدم تمکن از رجوع به حاکم حسبتا فروخته بیع صحیح است و ضمان در هیچیك از صورتها صحیح نیست. زیرا که هر چند قائل باشیم به جواز ضمان خود بایع درك مبیع را، (خصوصا در مال معین) لکن چون در حین عقد ضمان، شغل ذمه از برای او ثابت نیست ضمان " ما لم یجب " خواهد بود و باطل است، مگر آنکه بگوئیم که گاه هست که ضرورت داعی می شود بر صحت چنین ضمان، مثل اینکه بایع از عدول مؤمنین است و تکلیف او فروختن مال صغیر است از برای نفقهء صغیر، ولکن مشتری خوف می کند که هر گاه صغیر بزرگ شود و دعوی بکند و این بایع ثابت نتواند بکند که " من بر وجه صحیح فروختهام " و [لذا] از او ضمان میطلبد واو هم ضامن می شود در آن ملك معین. و این از باب " القی متاعك فی البحر وانا ضامن " باشد که فقها تجویز آن کردهاند به جهت رفع ضرورت. چنانکه علامه (ره) در تذکره و تحریر و قواعد تصریح به آن کرده (در کتاب کفالة) و نقل خلافی هم نکرده است. و در تذکره تصریح کرده به اینکه هر چند این از باب " ضمان ما لم یجب " است لکن حاجت و ضرورت داعی است بر صحت. و همچنین در تحریر و تذکره بعد از ذکر این کلام گفته است که " اگر این [را] از بابت

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جعاله کنیم خلاص میشویم از التزام ضمان ما لم یجب " بعد از آن گفته است که " اگر خوفی در کشتی نباشد ضمان صحیح نیست، به سبب عدم حاجت. و جعاله هم صحیح نیست، چون این عمل از اعمال مقصودهء عقلاء نیست ". و به هر حال، اظهر در نظر حقیر این است که ضمان در ما نحن فیه صحیح باشد. پس این مخصص قاعدهء " بطلان ضمان ما لم یجب " است. یا اینکه اینهم قسم علی حده است از ضمان مطلقی که فقها آن را تقسیم کردهاند به ضمان خاص و حواله و کفالة. پس باید گفت که مطلق ضمان منقسم می شود. به: ضمان نفسی، که کفالت است. و ضمان مالی که از شخصی حاصل شود که ذمهء او بری باشد از کسی که ذمهء او مشغول باشد. و ضمان مال به همین نحو از کسی که ذمه او مشغول نباشد. و ضمان مال از کسی که ذمهء او مشغول باشد از برای کسی که ذمه او مشغول باشد که این را حواله می گویند. که این چهار قسم است و ما نحن فیه از قسم سوم است. والحاصل: دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیهء، مستقل است در اثبات احکام. و متفرع می شود بر این نیز که هر گاه ظالمی تعدی کند به کسی واز او وجهی بطلبد واو را زجر بکند، دیگری ضامن او شود. هر چند شرعا بر مضمون عنه چیزی واجب نیست. هر چند در اینجا می توانیم گفت که در اینجا بر او واجب است دادن به ظالم به جهت حفظ نفس و عرض. گو بر ظالم حرام باشد گرفتن. و به همین قدر اکتفا کنیم در اجرای قاعده. و هر گاه بگوئیم مراد در صورت سؤال، ضمان نیست. بلکه مراد این است که قطعه ملك خود را رهن کرده است. پس نظر به آنچه در مقدمات بیان کردیم که شرط حقی که رهن از برای آن قرار میدهند این است که در ذمه ثابت باشد و مفروض برائت ذمه است، پس باید که صحیح نباشد رهن. و این از جملهء اعیان مضمونه هم نیست که رهن بر آن صحیح باشد (بنابر مختار) بعلاوهء اینکه ظاهر سؤال (اگر مراد رهن باشد) همین است که آن مرهون مبیع باشد در حین ظهور فسادی در مبیع و در مقدمات دانستنی که آن نیز باطل است، و نه رهن صحیح است و نه بیع .

بهصرف ترجمه
Translation Movement
.IRS

و ایضا ظاهر سؤال این است که آن قطعه زمین به قبض مشتری داده نشده است و به این جهت هم رهن باطل است. بلی ممکن است در صورت حصول قبض اینکه بگوئیم که این نحو رهن صحیح باشد به جهت قضای ضرورت و رفع حاجت. چنانکه در ضمان گفتیم .ولیکن از کلام فقها در این باب (الحال) چیزی در نظر نیست. واما اگر بیع بر وجه صحیح نبوده و تصرف در مال صغیر کرده و فروخته به خلاف شرع، پس این شرط یا بر وجه ضمان است یا بر وجه رهن. و چون در مقدمات بیان کردیم جواز رهن بر اعیان مضمونه و ضمان بر آنها را (هر چند از خود بایع باشد) پس رهن و ضمان هر دو صحیح خواهد بود. و اما چون (بر فرض تقدیر رهن) در صورت سؤال ظاهر این است که مبیع بودن مرهون را شرط کرده است، از

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

این جهت باطل است. پس اگر به عقد ضمان در عهده گرفته و مراد او استیفای ضمان است در مال معین، بیان کردیم جواز آن را و باید از عهده بر آید در همان ملك خاص. پس به مقدار ضمان ۱ از همان ملك میگیرد (هر گاه خصوصیت رقبهء عین را کرده است) و هر گاه اضافه باشد، زیادتی از برای ضامن خواهد بود. و هر گاه به عنوان رهن باشد اگر شرط نکرده مبیع بودن را، صحیح است (هر گاه به قبض واقع شده است). و از آن قیمت استیفا می شود حق صغیر. و هر گاه شرط کرده است مبیع بودن را، رهن باطل می شود و ضمان متعلق به مال میت است، از هر جا که میسر شود از اموال او خواه از همین مرهون باشد یا غیر آن. اینها در وقتی است که معلوم باشد که آیا بیع مال صغیر، بر وجه صحیح واقع شده یا فاسد. و اما هر گاه مجهول الحال باشد، حسب الممکن فعل مسلم حمل بر صحت است. و هر گاه طرفین مختلف باشند در صحت و فساد باید به مرافعه حاضر شوند. تا معلوم شود که سخن هر یك در صحت و فساد نسبت به اصل بیع چه چیز است، و نسبت به ضمان و رهن چه چیز است. و به مقتضای آن حکم شود .

۱: در نسخه: زمان

۱۸٤- سوال: هر گاه کسی قرض بسیاری دارد که فاضل از اموال او است. و بعضی از اموال او مرهون است در نزد بعضی از دیان. آیا مرتهن با سایر غرما شریك است و باید هر یك را به نسبت به طلب او چیزی داد؟ یا آنکه عین مرهون مختص به مرتهن است؟.

جواب: اگر قرض را نداده است ظاهرا خلافی نیست در اینکه مرتهن اولی است به استیفای حق خود از عین مرهونه. به جهت آنکه فائدهء رهن همین است، و حق مرتهن که متعلق شده است به عین مرهونه، از برای همین است که استیفای حق خود را از او بکند. و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) دعوی اجماع است بر آن. و همچنین ظاهر مسالك این است که خلاف در میت است و در حی خلاف نیست. لکن گفته است که " گفتار در زنده در وقتی است که مفلس و محجور علیه باشد، و اگر چنین نباشد خود مختار است در ادای دین از هر جا که خواهد ". و این سخن حق است. و اما قرضدار مرده باشد پس باز مشهور این است که مرتهن اولی است، به همان دلیلی که گذشت، که مقتضای قاعدهء رهن این است. و مقتضای استصحاب تسلط در حال حیات، هم این است. و مخالف در مسئله تصریحا مذکور نیست در کلام فقها. و بعضی نسبت او را به صدوق (ره) داده‌اند چونکه در کتاب خود روایتی که دلالت دارد بر خلاف این، ذکر کرده است. و روایتی که وارد شده بر خلاف مشهور (که صریح است در اینکه او

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

هم مثل سایر غرما است) دو روایت است. وهر دو اینها با وجود ضعف سند، شاذ [هست] ند. ۱ و شهید (ره) در دروس فرموده " والرواية مهجورة ". و به هر حال، این دو روایت معارضه نمی کنند با آن دو قاعده و عمل جمهور اصحاب. بلکه بعضی ذکر خلاف نکرده‌اند. پس هر گاه عین مرهونه وفا کرد به دین فبها المطلوب، و اگر نقص شده با سایر غرما در باقی بالنسبة شریك است. و اگر فاضل

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۱۹ ح ۱ و ۲. - حدیث اول به دلیل حضور محمد بن حسان، ابو عمران ارمنی و عبد الله بن حکم در سند آن، و حدیث دوم به دلیل محمد به عیس بن عبید (یا: عبید بن سلمان - در نسخه بدل) و نیز سلیمان بن حفص مروزی، دچار ضعف سند میشوند

شد، زیادتی ما بین کل غرما مشترك است. و هر گاه به غیر عین مرهونه چیزی نباشد باز مختص مرتهن خواهد بود.

۱۸۵- سوال: رهن ملك وقف، صحیح است یا نه؟- ؟.

جواب: شرط صحت رهن قابلیت مرهون است. و آن در وقف مفقود است.

۱۸٦- سوال: در رهن صیغه شرط هست یا نه؟ -؟ و همچنین عین مملو که بودن شرط است یا نه؟ -؟ .

جواب: بلی رهن از جملهء عقود است و در آن ایجاب و قبول ضرور است. و ظاهرا در آن خلافی نیست. ولکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن، می توان اکتفا کرد. و باید مدلول لفظ این باشد که " این را به نزد تو مایهء اعتماد و وثوق قرار دادم که هر وقت که عاجز شوم از ادای دین تو استیفای حق خود را از عین این مال یا قیمت آن بکنی " و لفظ " رهنتك " و " ارتهنتك " و " هذا رهن عندك " و " ثقتك " - به تشدید ثاء سه نقطه‌دار - و امثال اینها همه خوب است. و قبول هم به هر لفظی باشد که دلالت کند به رضاء به آن، کافی است. و ظاهرا لفظ فارسی در صیغه کافی است. و اما اقباض: پس اظهر و اشهر این است که شرط است. و اجماع منقول و آیهء قرآن و بعض اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و اظهر این است که شرط صحت است. چنانکه مستفاد از موثقهء محمد بن قیس است که " لا رهن الا مقبوضا " ۱ و هم ظاهر غیر آن. که اینها مخصص اطلاقات اخبارند (اگر اطلاق مسلم باشد) بلکه ظاهر بعضی دعوی اجماع است بر آن. و لکن در قبض، استدامه شرط نیست .پس اگر بعد از قبض بگیرد، رهن صحیح است بدون خلاف ظاهرا. بلکه از جمعی دعوی اجماع بر آن شده. و همچنین شرط است که عین باشد و منفعت را نمی شود رهن کرد .بنابر مشهور بلکه در مسالك دعوی اتفاق بر آن کرده. و وجه آن این است که منفعت را قبض نمی توان کرد و " شیئا فشیئا " فانی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۳ ح ۱

می شود. و رهن باید چیزی باشد که در حین انقضای مدت دین توان استیفای حق خود را از آن کرد پس نمی توان گفت که منافع خانه، رهن دینی باشد که از من میخواهی و خانه در نزد تو باشد که از منافع آن استیفای حق خود بکنی در حین انقضای مدت دین. به جهت آنکه منافع، تا وقت حلول اجل منعدم شده، و در آنوقت در مقابل، چیز موجودی نیست که از آن استیفا کند. بلی هر گاه بگوید که وجه اجارهء این خانه از حال تا انقضای مدت، رهن باشد خوب است. و همچنین، دین را نمی توان رهن کرد به جهت [عدم] تحقق قبض. و آنچه [که] ۱ صاحب طلب مستحق است امر کلی است. و قبض در فردی از افراد آن بعد از تعیین مدیون، نه قبض عین مرهون است. و ظاهرا فرقی نیست ما بین اینکه این دین بر خود مرتهن باشد یا غیر آن. و قیاس آن به هبهء ما فی الذمه دلیلی ندارد با وجود آنکه اظهر و اشهر در هبهء ما فی الذمه، عدم صحت است. و هبه در " ما فی ذمة المتهب " که صحیحهء معاویه بن عمار دلالت بر آن دارد ۲ هم منصرف به " ابراء " می شود. و بهر؟ هر حال دلیل واضحی بر جواز رهن دین نیست مطلقا. و اما مملوك بودن عین پس آن نیز شرط است. کتاب الرهن. ۳

۱۸۷- سوال: زید قدری پول از عمرو، گرفته، و قدری از آب قنات خود را به رهن به تصرف عمرو داده که مادام که پول در پیش زید باشد آب هم در پیش عمرو باشد. آیا می تواند مطالبهء اجرت المثل ایام تصرف عمرو را کرده باشد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه آن آب را از باب زیادتی در قرض داده به این معنی که پول را به قرض گرفته که در عوض مساوی آن پول را بدهد و منافع آن آب هم از او باشد تا وقت

نهضت ترجمه
Translation Movement
.ms

۱: در نسخه: به جای " که "، " را " آمده. ۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱ ح ۱. ۳: مجددا توضیح داده می شود تکرار جمله " کتاب الرهن " به دلیل تلفیق سه دفتر است که در مقدمه بیان گردید

استرداد وجه. این داخل ربای صریح است و حرام است. و لازم است که عوض آب را رد کند به صاحب آب. و همچنین هر گاه مجرای آب را رهن کرده است که وثیقهء دین باشد بر وجه صحیحی، باز منافع رهن مال راهن است. و مرتهن ضامن آن است هر گاه در آن تصرف کرده بدون اذن راهن. کتاب الرهن.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱۸۸- سوال: من استدان من احد ورهن عنده شيئا من دون اشتراط مدة للرهن الا للدين. و غاب عنه و لا يعرفه المرتهن. ايجوز له بيعه واستيفاء دينه ام لا؟ -؟.

جواب: لا يشترط فى صحة الرهن كون الدين مؤجلا، بل يصح فى الحال ايضا، كالقرض الغير المؤجل. و لا يصح اشتراط المدة للرهن فضلا عن اشتراطه [بها]. بل مدة الرهن انما هو عدم الوفاء بالدين. ثم ان المرتهن فى الصورة المفروضة ان كان وكيلا فى البيع للاستيفاء فلا اشكال. و الا فان امكن مراجعة الحاكم والاثبات فيراجعه و يستاذنه فى البيع والاستيفاء. والا فيجوز له البيع والاستيفاء، للضرر والحرج لو لم يجز. و يدل عليه موثقة اسحاق بن عمار او صحيحته قال " سئلت ابا ابراهيم - ع - عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدرى لمن هو من الناس (؟) فقال: لا احب ان يبيعه حتى يجيئى صاحبه. قلت: لا يدرى لمن هو من الناس. فقال: فيه فضل او نقصان؟ قلت: فان كان فيه فضل او نقصان. قال: ان كان فيه نقصان فهو اهون، يبيعه فيو جر فى ما نقض من ماله، وان كان فيه فضل فهو اشدهما عليه، يبيعه و يمسك فضله حتى يجيئى حتى صاحبه ". ۱ والرواية مذكورة فى الكتب الثلاثة. ۲ واما موثقة عبيد بن زرارة " عن ابى عبد الله - ع - فى رجل رهن رهنا الى غير وقت ثم غاب. هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتى يجيى ". ۳ و موثقة ابن بكير " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل رهن رهنا ثم انطلق فلا يقدر عليه. ايباع الرهن؟ قال: لا حتى يجيى ٤

۱: وسايل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ٤ ح ۲. ۲: اى. الكافى: الفروع ج ۱ ص ۳۹۵ .والتهذيب: ج ۲ ص ١٦٤. والفقيه: ج ۲ ص ۱۰۱ ۳ و ٤: المرجع، الباب، ح ۱ و ۳

نهضت ترجمه
Translation Movement

صاحبه ". فلا يقاومان الموثقة السابقة لا عتضادها بعمل الجماعة ونفى العسر والحرج.

۱۸۹- سوال: هر گاه كسى ملكى بخرد و به جهت خروج ملك مستحقا للغير، ملك ديگرى از بايع را به رهن بگيرد، كه در اصطلاح " ضامن درك مبيع " بشود. و همچنين مشترى هر گاه ملكى را رهن ثمن نمايد به جهت ضمان درك. كه هر گاه ملك مستحق غير بر آيد مشترى ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنين بايع نسبت به ثمن. صحيح است؟ و لازم است يا نه؟ -

جواب: اظهر جواز است به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار كه حكمت در رهن استيثاق و طلب تحصيل اعتماد است در حفظ مال. ۱

۱۹۰- سوال: چه مى فرمايند كه هر گاه راهن ملك مرهون را به زيد منتقل نمود قبل الفك. وبعد الفك به عمرو منتقل نمود، وامضاء واجازهء مرتهن قبل الفك وفسخ او هيچيك به جهت زيد مذكور نرسيد مگر

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اینکه بعد الفك اظهار رضامندی و خوشنودی مبایعهء زید را نمود. آیا در چنین صورتی ملك مذکور مال زید مزبور است یا عمر؟ و مذکور می باشد؟ -

جواب: هر چند راهن ممنوع است از تصرف در عین مرهونه بدون اذن مرتهن و لکن عقد بیعی که واقع شود از او قبل از فك رهن، شرعی است با اجازه مرتهن. ۲ پس اگر اجازه کرد لازم می شود .واگر فسخ کرد باطل می شود. اما اگر نه اجازه کرد ونه فسخ تا اینکه راهن ادای دین کرد وفك رهن کرد پس اظهر لزوم بیع است. زیرا که مقتضی لزوم که بیع مال مملوك است با سایر شرایط، موجود است. و آنچه متصور است در این مقام از باب منافیات، آن وجود مانع است که حق مرتهن است. و آن بالفرض به سبب فك مرتفع شد .و این از قبیل آن نیست که بایع مال غیر را بفروشد و بعد منتقل شود به او به ارث. یا وکیل او آن را بخرد برای او که بعضی باطل میدانند و بعضی صحیح، و بعضی موقوف میدانند به اجازه بایع چون در آن حال مال غیر را فروخته و در اینجا مال خود را .

۱: این سوال و جوابش همان سوال دوم کتاب رهن است که در اینجا حرف به حرف تکرار شده. برای حفظ امانت، حذف نگردید. ۲: نسخه بدل: مراعی است به اجازهء مرتهن

واما دلیل قول به عدم لزوم: پس آن استصحاب جواز ۱ است. چون قبل از فك، آن بیع متزلزل و جایز بود، و موقوف بود لزوم آن به اجازهء مرتهن، پس به مقتضای استصحاب، بعد از فك هم باید جایز باشد نه لازم. و این دلیل مندفع است به اینکه جوازی که ثابت بود قبل از فك، نسبت به اجازهء مرتهن و ثبوت حق او بود .اما نسبت به راهن پس جوازی و تزلزل [ی] نبود. چنانکه در بیع فضولی هر گاه احد طرفین فضولی باشد و دیگری از برای خود باشد یا مولی علیه که از طرف خود و مولی علیه لازم است و از طرف فضولی جایز. واین معنی بنا بر قول به کاشف بودن اجازه در فضولی، واضح است. واما بنابر قول به ناقل بودن، هر چند توان گفت که اجازه جزء سبب نقل، است. و قبل از آن از جانب فضولی جایز است نه لازم. ولکن در اینجا می گوئیم که این معامله در اینجا از جانب بایع و مشتری هیچکدام فضولی نیست و فضولی بودن نسبت به مرتهن است. پس باز صادق است که از جانب راهن لازم بوده و به سبب فك رهن و سقوط حق مرتهن مانعی از برای آن باقی نمیماند. خلاصه آنکه: مقتضای عمومات و سایر ادلهء فضولی، بیع زید لازم است. و بیع ثانی که به عمرو کرده بدون اجازهء زید صورتی ندارد. و رضا و عدم رضای مرتهن بعد از فك هیچکدام مناط اعتبار نیست. چون حق او بالمره ساقط شده. و باید دانست که هر چند اکثر علما مسئلهء موقوف بودن صحت بیع راهن را به اجازهء مرتهن، ذکر کرده‌اند و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

تصریح کرده‌اند، ولکن مسئلهء لزوم به سبب فك راهن را بدون اجازهء مرتهن متوجه نشده‌اند. بلی علامه در قواعد لزوم آن را اقرب شمرده و فخر المحققین و محقق ثانی نیز اختیار آن کرده‌اند. و دلیل و قاعده مقتضی است که این هم کافی باشد. ۲ چنانکه بیان کردیم .

۱: مراد از " جواز " معنای مقابل " لزوم " است. ۲: در نسخه " و دلیل و قاعده مقتضای آن است که این هم کافی باشد ". به هر صورت عبارت خالی از اضطراب نیست

ودر مسئله عفو ۱ راهن جنایتی را که به عبد مرهون، رسیده باشد، و لزوم عفو] قبل] از فك - هر چند مرتهن مستحقق غرامت جنایت است که قبل از فك بگیرد و داخل رهن کند - هم تاییدی از برای ما نحن فیه است .

۱: و در نسخه: عقود راهن .

کتاب الحجر و التفلیس

۱۹۱- سوال: زید صداقی باید به زوجه خود بدهد. زوجه فوت شده و صداق او مانده، و زید مال او بیش از آن نیست که ادای آن صداق را بکند. با وجود آن زن دیگر بگیرد و این مال را به آن زن یا به اولاد خود میبخشد. این هبه صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: بلی صحیح است و [اگر] صاحب طلب بیاید و به حاکم شرع عرض کند که او را از مال خود منع کند و حاکم هم او را منع بکند. در آن وقت اگر تصرف در مال خود بکند صحیح نیست.

۱۹۲- سوال: زید متوفی و زوجه و سه صغیر از او ماند، و برادر زید مزبور یك سال متجاوز بدون اذن حاکم شرع نفقهء آنها را داده. حال از مال صغار می تواند اخذ کند یا نه؟- ؟.

جواب: هر گاه اذن حاکم شرعی ممکن نبوده و به صلاح [دید] جمعی از عدول مؤمنین، این کار را کرده و به نیت قرض نفقه کرده است، می تواند بر دارد. و] در] برداشتن قرض با وجود امکان اذن حاکم شرع بدون اذن بر ندارد. واگر از اول اذن حاکم شرعی ممکن بوده و نکرده است، معلوم نیست که از برای او جایز باشد که تنخواه را بر دارد.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱۹۳- سوال: عالمی غیر حاکم شرع جامع الشرایط، نصب قیم از برای ایتام و غیر ایتام

می تواند نمود؟ و یا خود حسبتا متوجه رتق و فتق ایشان باید بشود - با مراعات صلاح بدون تعیین قیم و ناظر -؟.

جواب: بعد از اینکه بنا را بر این گذاشتیم که با وجود تعذر تولی و تصرف حاکم در مال یتیم، تصرف ثقات مؤمنین جایز باشد بر وفق مصلحت، چنانکه اقوی و اظهر است. و مقتضای دلیل آن است که آحاد عدول مؤمنین این کار را می تواند کرد و اجتماع ضرور نیست، هر چند احوط باشد. پس گاه چنین باشد یك نفر ثقهء عدل قیم امر صغیر بنفسه می تواند شد چه جای آنکه ضم شود با آن استصواب عالم صالح ثقهء دیگر، یا به استصواب جمعی دیگر از ثقات متوجه رتق و فتق امور او بشود.

۱۹٤- سوال: هر گاه زید متوفی و سه اولاد از دو زوجه دارد. و در حین خرج تعزیه و صوم و صلوة رسد ۱ صغیر را منظور نکرده‌اند و از کل مال بر داشته‌اند. شرعا چه باید کرد؟. در صورتی که توان از مال بر داشت - قیمی ندارد که محافظت مال صغیر تواند کرد - جد مادری صغیر می تواند که رسد صغیر را مطالبه و بازیافت نماید یا نه؟ -؟ و چه می فرمایند از باب حق الثمن زوجه از مخلفات زید مزبور، از منقول و غیر منقول باید بگیرد یا نه؟ -؟ و حضانت صغیر به غیر از والده به غیری می رسد که اولاد پدری باشد یه نه؟ -؟.

جواب: هر گاه متوفی وصیت خرج صوم و صلوة نکرده از مال یتیم نمی توان صرف کرد. و هر کی صرف کرده باید غرامت بکشد. و جد مادری در مال طفل اختیاری ندارد. و هر گاه جد پدری و وصیی هم نیست ولایت و اختیار با حاکم شرع است هر کی را او قیم می کند مختار است. و اگر اذن حاکم شرع میسر نشود عدول مؤمنین می توانند متوجه ضبط اموال او بشوند، بلکه باید متوجه بشوند. و حق الثمن زوجه : از منقولات (همه چیز) میبرد. و از زمین چیزی نمیبرد. واز

۱: منظور از " رسد " در این اصطلاح " سهم " است

خانه و باغ و آسیا و عصار ۱ و خانه و امثال آن، قیمت درخت و اسباب و آلات از سنگ و در و پنجره و غیر از آنها را میگیرد. و حضانت صغیر به غیر مادر با کسی نیست در صورت سؤال. والله یعلم.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱۹۵- سوال: زید فوت شده و چند زوجه دارد که هر یك صداق خود را از ورثهء زید میطلبند. و ورثهء زید بعضی صغیر می باشند .واین اجناسی که از زید مانده بعضی از برای صغیر نفع دارند و بعضی نفع ندارند .آیا صداق زوجه‌های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارند باید داد؟ یا از هر یك زوجه‌ها خود خواسته باشند؟.

جواب: اختیار مال با وارث است .صاحبان صداق حق خود را میطلبند اگر عینی در صداق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است هر مالی را که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد .واگر نقد طلب دارند نمی توانند که آنها را الزام کنند که جنسی را که نمیخواهند بر دارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می شود و صلاح او را ملاحظه می کند. و بعد فقد جد و وصی، حاکم شرع - به تفصیلی که در سؤال پیش مذکور شد - عمل می کند. والله العالم.

۱۹۶- سوال: در تصرف ولی مصلحت ضرور است یا عدم فساد کافی است؟ -؟.

جواب: قال الله تعالی " ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن " ای بالطریقة التی هی احسن. وقد یتوهم ان هذه الایة تدل علی وجوب ابتغاء الطریقة الاحسن والانفع من جمیع الطرایق، و لا یکفی مجرد حصول المصلحة فی التصرف. و اقول: لا دلالة فی الایة علی ذلك. اذ مفهوم الاستثناء هو جواز التصرف علی الطریقة التی هی احسن، فان الکلام فی قوة ان یقال " یحرم قرب مال الیتیم والتصرف فیه الاعلی الطریقة الاحسن. فانه لیس بحرام " و کون الولی مکلفا باصلاح ماله امر آخر، لادخل له فی الایة. والخطاب فی الایة عام لا یختص بالاولیاء کقوله تعالی " ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق " قبیل هذه الایة. فاذا جاز ابقائه علی حاله

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

۱: و در نسخه: آسیا و عصا. - در حالی که عصا از منقولات است و حکمش قبلا بیان شده، و مراد از عصار آسیاب مخصوص روغن‌کشی از حبوبات است

من دون تصرف اصلا، فالتصرف فیه مع حصول النفع له - وان لم یکن اقصی ما یتصور من النفع فیه - اولی بالجواز. فلا بد ان یراد من الا حسن، الا حسن، من ترکه علی حاله. وان لم یکن احسن الصور. او یکون المراد ملاحظة الامرین و هو اتلافه واکله مجانا و ضبطه علیه. او المراد لا تقربوا بالاتلاف بل اقربوا بالحفظ علیه، کما یستفاد ذلك من بعض المفسرین. و علی هذا فتکلیف الولی بملاحظة المصلحة لا یقتضی الا مطلق المصلحة، لا الفرد الا کمل منها. مع ان ملاحظة المصلحة. بمعنی " لزوم اعتبار حصول الربح والنفع له اذا امکن " لم نقف علی دلیله. غایة ما یستفاد من الادلة واصل الولایة هو ان الولی انما هو

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

لاجل ان المولى عليه لما كان محجورا عليه من جهت عدم الفهم والعقل والرشد وان ابقائه على حاله يوجب اتلاف المال والافساد، فنصب ١ الولى انما هو لاجل رفع الفساد ومحافظة المال. واما وجوب صرفه ٢ فيما يجوز صرفه للمولى عليه (من جهة الانفاق والكساء و غيرهما) على اصلح الاحوال، فلا دليل عليه. قال الشهيد (ره) فى القواعد هل يجب على الولى مراعات المصلحة فى مال المولى عليه؟ او يكتفى بنفى المفسدة؟ يحتمل الاول لانه منصوب لها و لاصالة بقاء الملك على حاله و لان النقل والانتقال لابد لهما من غاية والعدميات لا تكاد تقع غاية. و على هذا هل يتحرى الاصلح؟ او يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه و جهان. نعم الامثل ٣ ما قلناه اولا، لان ذلك لايتناهى. و على كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الا صلح. و يترتب على ذلك اخذ الولى بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة، و غير ذلك. اقول: اراد بقوله " بنفى المفسدة " عدمها لا رفعها. والا فهو ايضا مصلحة جزما. و قوله - ره - " لانه منصوب لها "، فيه انه اول المسئلة ولو سلم ذلك فلا مجال للنزاع و لا معنى للاحتمال. بل المسلم انه انما نصب لا جل حفظ المال، لا لتحصيل المنفعة. ولما كان المولى

١: لو كانت الجملة فعلية لكانت جواب " لما " ولكن اسقط قدس سره الجواب. ٢: وفى النسخة: واما وجوب انما المال وصرفه.. ٣: وفى النسخة: نعم لمثل ما قلناه ..

عليه لا يتمكن من صرف المال فيما يحتاج اليه غالبا الا على سبيل الاتلاف او الافساد، فنصب ١ الولى انما هو لحفظ المال و صرفه لهم على وجهه وعلى قدر الاحتياج. قوله - ره - " ولا صالة بقاء الملك على حاله ". فيه انه يخرج عنه بدليل العمومات. نعم لا دلالة فى العمومات على ما لو باع بدون حاجة المولى عليه، لانه تصرف لم يؤذن فيه. فان ما علم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لا حتياج المولى عليه او لتحصيل نفع له. اما الاول فلوجوبه على اولى لكونه منصوبا لذلك. واما الثانى فلكونه احسانا وان لم يثبت وجوبه من دليل. قوله - ره - " و لان النقل والانتقال.. الخ "، الظاهر ان مراده من العدمى هو نفى المفسدة بمعنى عدمها، كما ذكرنا سابقا. اذ هو الذى لا يكاد يقع غاية، لارفع الفساد فانه غاية عظيمة. وفيه انه ان اراد انه يلزم اللغو، ح، لانه فعل بدون حكمة و مصلحة و هو قبيح والقبيح منهى عنه. ففيه (بعد تسليم القبح) ان عدم الحكمة ممنوع. اذ قد يكون حكمة لغير المولى عليه، وان لم يثبت له فيه حكمة .وان اراد انه لابد ان يكون له غاية يعود نفعا الى المولى عليه، فح نقول: ان اراد غاية زائدة على رفع احتياجه فى مصارفه المحتاج اليه، فهو ممنوع، كما بينا. وان اراد ما هو اعم من ذلك بحيث يكتفى

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بما ذكر. ففيه انه مسلم كما بينا. ولكنه يرجع الى عدم الرخصة فى التصرف الا على هذا الوجه. او لتحصيل النفع الزائد و نحن نسلم انه لابد ان يكون التصرف على احد الوجهين لا غير .قوله - ره - " وعلى هذا هل يتحرى "، اقول: هذا التفريع يشهد بان مراده من المصلحة، المصلحة الزائدة على ما ذكرنا من رفع الاحتياج. فلو فرض احتياجه الى بيع ماله لاجل انفاقه وامكن ذلك بان يبيع غنمه بالدراهم و يشترى بها الخبز، او بان يشترى بالدراهم الحنطة و يطحن و يخبز، و كان الثانى اصلح له. فعلى ما ذكرنا يكفى الاول. و على ما ذكره يلزم الثانى. وقد عرفت منع الدليل على لزوم .و لانه مما لا يتناهى فى بعض الاوقات .

١: اسقط قدس سره جواب " لما ". كما فعله ايضا آنفا. واسقاطه هناك يدل على ان كون " لما " هنا من دون تشديد، توهم. والموضعان سيان

قوله - ره - " وعلى كل تقدير.. الخ " فيه ما مر من المنع و عدم الدليل .ولا دلالة فى الاية عليه. قوله - ره - " و يترتب على ذلك... "، اقول: نعم ولكن ذلك لعدم احتياجه اليه و عدم ثبوت الاذن فى هذا التصرف. فكيف كان فالاظهر جواز اقتراض الولى اذا كان مليا بدون ملاحظة النفع، لدلالة الاخبار عليه. و فى خصوص الاب والجد دائرة الرخصة اوسع.. اذ لم يشترط فيه الملائة ايضا، كما بيناه فى المناهج فى كتاب المكاسب. وفى الغنايم فى كتاب الزكوة. و قال العلامة (ره) فى القواعد " و يجب حفظ مال الطفل واستثنمائه قدرا لا تاكل النفقة على اشكال " وقال المحقق الشيخ على - ره - " ان الاشكال نشأ من ان ذلك اكتساب مال للطفل ولا يجب. و من ان ذهاب ماله فى النفقة ضرر عظيم. وفائدة نصب الولى رفع الضرر. والاصح عدم الوجوب. و ربما بنى الحكم على ان الواجب الاصلح؟ ام يكفى المصلحة؟ ". و قال فخر المحققين (ره) فى وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب. و من انه منصوب للمصلحة و هذه من اتم المصالح ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل، و نصب الولى لدفعها. وهذا مبنى على ان هذا هل هو مصلحة؟ او اصلح؟ و على الثانى هل يجب ام لا؟ -؟ وقد حقق ذلك فى علم الكلام. " انتهى .وانت بعد التامل فيما مر تعرف ما فيه. والله العالم.

١٩٧- سوال: آنكه: شخصى صداق زوجه بر ذمهء او ثابت است. و آن شخص مزبور در مكانى است كه دست به او نمى رسد. و صداق زوجه مزبوره بعضى عينا باقى است و بعضى ديگر بر ذمهء زوج است . آيا موافق قانون شرع متروكاتى كه از زوج مزبور در اين ولايت باقى مانده است - زوجهء مزبوره خود يا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شخصی که به او هبه نموده، بدون حضور زوج مزبور - به قدر بقیهء صداق خود می تواند که تصرف نماید یا نه؟ -

جواب: بعد مرافعهء شرعیه و ثبوت صداق مزبور، حاکم شرع از مال زوج صداق زوجه را میدهد، و احوط آن است که زوجه قسم بر بقای حق خود هم بخورد. واما عین، پس اگر معلوم است و مدعی در برابر نیست، زوجه میان خود و خدا می تواند تصرف کند. و اگر حاکم شرع مطلع شود یا مدعی در برابر باشد، باید آن را هم به ثبوت برساند که مال اوست و بر دارد .و در صورت عدم امکان رجوع به زوج و حاکم شرع و عدم مدعی، میان خود و خدا

هم می تواند تقاص حق خود را (به حسب مصلحت غایب) بکند، ١ بر وجه صحیح .والله العالم.

١٩٨- سوال: والدهء صغار که حضانت صغار را مینماید. و یکی را شیر میدهد، می تواند که یومیهء خود را از مال صغار بگذراند یا نه؟ -

جواب: بلی می تواند، اما به اذن حاکم شرع. و اگر ممکن نباشد، به صلاح [دید] عدول .والله العالم.

١٩٩- سوال: اینکه: از مال یتیم صغیر به والدهء صغیر ٢ می توان داد که متوجه احوال صغیر ٣ بوده باشد یا نه؟ -

جواب: هر گاه مادر، فقیره باشد، از مال صغیر به او می توان نفقه داد. و هر گاه فقیره نباشد، ولکن صغیر را شیر میدهد، اجرت رضاع را ٤ می تواند بگیرد. و اما اجرت پرستاری طفل را نمی تواند بگیرد، بلکه قیمت مثل صابون و دوا و امثال آن، که به مصرف طفل برساند می تواند گرفت. والله العالم.

٢٠٠- سوال: هر گاه مادر طفل صغیر در حال صغر ملك او را فروخته باشد، طفل بعد از بلوغ می تواند استرداد کند یا نه؟

- **جواب:** هر گاه معلوم نباشد که حاکم شرع او را قیم طفل کرده است و به جهت مصلحت طفل فروخته است، می تواند استرداد بکند. و هر گاه مادر ادعای آن بکند که من قیم بودم، یا آنکه دسترس به حاکم نبود و به استصواب ثقات مؤمنین حسبتا کردهام، باید به اثبات برسد. و هر گاه مادر فوت شده است و ملك در دست مشتری است همچنین می تواند استرداد کرد. و قول بر اینکه " فعل مسلم محمول بر صحت است پس باید حمل کنیم بیع مادر را بر وجه صحیح " بی وجه است. بلی، هر گاه ولی شرعی طفل فروخته باشد دیگر بعد از بلوغ نمی تواند ادعائی بکند. مگر آنکه دعوی کند که بر غیر وجه مصلحت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

١: منظور تقاص در مقابل آن قسمت از صداق است که در ذمهء زوج است. و این کلام استدراك از کلام بالاتر است.
٢ و ٣: و در نسخه: صغیره. ٤: در نسخه: رضاع را هم می تواند بگیرد

فروخته است. و در این صورت هر گاه ولی، پدر و جد بوده و بینه در میان نباشد قول پدر و جد مقدم است. و هر گاه غیر پدر و جد بوده مثل وصی و غیر آن، علامه (ره) در تحریر تصریح کرده به اینکه قول، قول صبی است و بایع باید بینه بر مصلحت بیاورد.

٢٠١- سوال: هر گاه کسی بمیرد و زنی از او بماند و طفل صغیری هم از آن زن دارد و زن دیگر هم داشته که قبل از خودش فوت شده و از آن زن هم صغیری باقی است. این ضعیفه دعوی ثمن و صداق می کند، و صداق او هم معین و ثابت است. و صداق ضعیفه که فوت شده هم معین و ثابت است. آیا صداق ضعیفهء موجوده را به نصف یا بیشتر می توان صلح نمود که قسم نخورد یا نه؟ -؟ و مهر ضعیفهء سابقه را چه باید کرد؟

جواب: ثمن ضعیفهء موجوده را باید داد. و اما مهر او هر گاه ثابت است شرعا و ضعیفه هم قسم بر بقای آن میخورد و از حال او می توان دانست که هر گاه قسم بدهید قسم میخورد، بلی صلح خوب است. و صلاح حال صغار هم در آن است. و اگر قسم نمیخورد، مستحق مهر نیست. و اما حکم مهر ضعیفه که قبل از خودش فوت شده، پس این است که نمی توان مهری از برای او وضع کرد. به جهت آنکه نه مدعی موجود است و نه وارث اهل دعوی کردن و قسم خوردنی است. و هم دلیلی بر این نیست که به قدر مهر او، را جدا کنیم و بگذاریم که صغیر بزرگ شود تا به بینیم که قسم نفی العلم متوجه او می شود و میخورد یا نه. پس ثمن آن ضعیفه از مجموع مال (بعد از ادای مهر او) داده می شود. و هر وقت صغیر بزرگ شود و دعوی کند، به مقتضای آن عمل خواهد شد. و اگر ضعیفه الحال به قدر مهر آن ضعیفهء میته از ثمن خود به جهت صغیر واگذارد احسانی کرده در حق صغیر.

٢٠٢- سوال: هر گاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی کمتر از " ثمن المثل " بفروشد. و حال آنکه صرفه و غبطهء صغار هم در فروختن املاك مزبوره نبوده. آیا در صورت مزبوره مبایعه [ای] که قیم مزبوره کرده صورت شرعی دارد؟ یا آنکه مبایعهء مزبوره باطل [است] و صحیح نیست و صغار مزبوره را می رسد که بعد از بلوغ و رشد، املاك

مزبورهء خود را تصرف نمایند، یا نه؟ -؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: آنچه از دلیل ظاهر می شود این است که جایز نیست بیع مال صغیر مگر در صورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا در صورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولی مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن، [فروختن] آن به " ثمن المثل " هم معلوم نیست که جایز باشد، چه جای کمتر از ثمن المثل. مگر اینکه فروختن برای او اصلح باشد. و اما با احتیاج صغیر به فروختن، پس بیع صحیح است. مگر اینکه ولی تقصیر کرده باشد در فروختن به کمتر از ثمن المثل. و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذرد، باز صحیح است و بر ولی چیزی نیست. و هر گاه از راه نادانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز صحیح است. و لکن دعوی غبن در میان میآید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه.

۲۰۳- سوال: هر گاه قیم شرعی صغار، در صورت عدم صرفه و غبطه، املاك صغار را [به [کمتر از ثمن المثل بفروشد (چنانکه در سئوال سابق مذکور شد) چنین میدانسته ۱ که ثمن المثل است و فروخته اما تفحص و تجسس نکرده باشد بعد از مبایعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاك مزبوره کمتر از ثمن المثل است. چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه ولی بدون احتیاج صغیر به بیع ملك، آن ملك را فروخته و مصلحت هم در آن بیع نبوده، بیع جایز نیست. و هر گاه با احتیاج صغیر به بیع، ملك را فروخته یا آنکه فروختن به جهت ایشان اصلح بوه از نگاه داشتن، و لیکن مغبون شده باشد در قیمت، واز راه نادانی به قیمت کمتر از ثمن المثل فروخته باشد، بیع صحیح است. و لیکن پای دعوی غبن در میان میآید و به مقتضای آن عمل باید کرد. و اینکه در سوال نوشته شده است که " تفحص و تجسس از قیمت نکرده و فروخته است "، هر گاه این معنی در مادهء ولی در عرف و عادت تقصیر محسوب نمی شود - مثل

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

۱: در نسخه: همچنین میدانسته ...

اینکه ولی شخصی باشد که رای او صحیح است و غالب معاملات او بر وفق استقامت است و در اینجا غافل شده به جهتی مثل آنکه در آن وقت ترقی در قیمت شده بوده است که او مطلع نبوده و به این فکر نیفتاده که گاه هست تفاوت کرده باشد تا تفحص کرده باشد - بیع صحیح است و بر او غرامتی نیست. و به مقتضای دعوی غبن باید عمل کرد. و هر گاه ولی عادی از طریق و رفتار در معامله باشد (و بلدیت از قیمت ملك نداشته باشد و با وجود این از روی بیپروائی به این قیمت فروخته و بعد معلوم شد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

که کمتر از ثمن المثل بوده) آن بیع نیز صورتی ندارد. و به هر حال این امور محتاج است به مرافعه، و در مرافعه حاکم شرع آنچه باید، خواهد کرد.

۲۰٤- سوال: هر گاه کسی زمین شاهی، را باغ کند و اشجار در آن غرس کند و فوت شود و از او صغیری بماند. و از راه بیصاحبی آن باغ خراب و ضایع شود. و مسلمین حسبتا متوجه شده آن باغ را قیمت کنند و نصف آن را به احدی در عوض اجرت بدهند که نصف دیگر را سقی نموده و اشجار آن را آبیاری کند و به عمل بیاورد. آیا این مبایعه و مغارسه صحیح است یا فاسد؟ -؟ و صغیر بعد از کبر می تواند آن معامله را بر هم زند یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهرا مراد از " ملك شاهی " در سوال، ملك مجهول المالك محیاتی است که در تصرف شاه است. و حکم مجهول المالك آن است که تصدق به فقرا شود. و چون مقدور نیست به سبب تسلط شاه، پس فروختن آن صحیح نیست. به جهت عدم قدرت بر تسلیم. و ممکن است که به اذن مجتهد عادل هر گاه قیمت یا اجرت آن را به فقرا بدهد جایز باشد تصرف در آن، و غرس کردن اشجار در آن. و آن اشجار ملك غارس می شود و می تواند بیع و شرای آنها را کرد. و اما تصرف در مال صغیر: پس آن موقوف است به اذن ولی شرعی، هر گاه صغیر جد پدری و وصی پدر یا جد ندارد، مجتهد عادل ولی او است. و هر گاه ممکن نشود رجوع به او، ثقات مؤمنین حسبتا می توانند بر وفق مصلحت او تصرف کنند در آن. پس بنابر این، نصف باغ و اشجار را در عوض اجرت دادن از برای تعمیر ما بقی، جایز است با

نهضت ترجمه
Translation Movement

شرایط. یعنی اینکه عمل معلوم باشد که چه چیز است، و جهالتی در آن نباشد .و این از باب " مغارسه " نیست، ۱ به جهت آنکه مغارسه آن است که زمینی را به کسی بدهند که درخت در آن بکارد و یك حصه از آن اشجار از او باشد با زمین یا بی زمین. و خواه آن نهالی که غرس می کند مال صاحب زمین باشد یا مال عامل. ۲. و این معامله فاسد است. و حکم آن این است که درخت مال صاحب درخت است. پس اگر مال صاحب زمین است عامل مستحق اجرت المثل عمل است. و اگر مال عامل است پس بر عامل اجرة المثل زمین است در زمانی که درخت [در] زمین بوده و می باشد. و صاحب زمین می تواند درخت را بکند با ارش. یعنی تفاوت قیمت را باید به عامل بدهد. به جهت آنکه به اذن او در زمین گذاشته و از باب " عرق ظالم " نیست که حقی نداشته باشد. و طریق اخذ ارش این است که قیمت می کنند درخت را در حالتی که این صفت داشته باشد که " در زمین ایستاده باشد با اجرت و صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش " ۳، و قیمت می کنند درخت را " در حالتی که کنده شود " و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

۱: در حواشی جلد اول توضیح داده شد که محقق قمی از طرفداران نظریهء " توقیف " است اینان معتقدند که احکام شرع اعم از " عبادات " و " معاملات " کلا و عموما " توقیفیه " هستند. یعنی فقط همان عقودی که نامرشان رسما در شرع آمده صحیح و قابل عمل هستند و ایجاد هر گونه عقد جدیدی ممنوع و باطل است. مطابق نظر اینان چیزی به نام " سر قفلی " و یا " بیمه " مثلا باطل است. و چون " مغارسه " در احکام مطرح نبوده و نامی در شرع از آن نیامده پس باطل است. اکثر متقدمین طرفدار این نظریه هستند و اکثریت قریب به اتفاق متأخرین از متأخرین به صحت و جواز آن فتوی میدهند و تنها " عبادات " را محکوم به " توقیف " میدانند. ۲: بعضی از آنانکه مغارسه را باطل میدانند تکیه‌شان بر توقیفی بودن در معاملات نیست بل به دلیل اینکه درخت ریشه‌دار است - به خلاف زرع در مزارعه - و نیازمند زمان طولانی است و تعیین اجل تقسیم و شرایط دیگر دچار مشکلات می شود، آن را باطل میدانند. و این در صورتی است که نهال از یکی و زمین از دیگری باشد. و ظاهر سخن مرحوم شهید در لمعه که می گوید " والمغارسة باطلة لطول مدتها " بر این استدلال تکیه دارد. میرزا با عبارت فوق میخواهد بگوید که از طرفداران بطلان اصل مغارسه است به دلیل توقیف. ۳: و در نسخه: این صفت داشته باشد که در زمین ایستاده باشد با اجرت تفاوت و این صفت داشته باشد که صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش و همچنین قیمت می کند درخت را در حالتی که ...

تفاوت ما بین قیمتش را به عامل میدهند. و این وجه را شهید ثانی (ره) ذکر کرده و گویا مراد او از لفظ " ارش " در آخر، تفاوت قیمت " درخت ایستاده با لزوم اجرت " و قیمت " همان درخت در حالی که کنده شود " [است]. و در اینجا چند وجه دیگر در طریق بیان اخذ ارش کرده‌اند. و آنچه ذکر شد اظهر وجوه است و باز شهید ثانی (ره) گفته است که " در این حال ارش زمین را بر عامل حساب می کنند هر گاه نقصی در آن بهم رسد و همچنین پر کردن گودال [ها] ئی که بهم برسد، بر او است. " و بعد از آن گفته که " اصحاب حکم را مطلق گفته‌اند و فرق ما بین عالم و جاهل نگذاشته [اند]. " ۱ و بعد از آن گفته است که " دور نیست که فرق باشد " و باز رد کرده. و به هر حال نه صاحب زمین را جبر می توان کرد که درخت را مکن واجرت را بگیر. و نه صاحب درخت را می توان جبر کرد که درخت را بکن و از او قیمت را بگیر.

۲۰۵- سوال: غیر رشیدهء بالغه، ولایت آن با کی است؟ و همچنین طفل و مجنون، ولایت ایشان با کی است؟.

جواب: بالغهء غیر رشیده هر گاه سفه او متصل به صغر باشد، اظهر این است که ولایت او در مال، با پدر و جد پدری است. و احوط این است که اذن حاکم هم به آن ضم شود. و همچنین بالغ غیر رشید. و هر گاه پدر و جد نباشد وصی پدر یا جد پدری. و هر گاه اینها نباشند، با حاکم شرع است. و هر گاه سفه او عارضی باشد بعد بلوغ، ولایت آن با حاکم است. و اما طفل و مجنون پس ولایت آنها با پدر و جد پدری است، هر گاه جنون متصل به صغر باشد. و هر گاه ایشان نباشند، با وصی. و هر گاه نباشد، با حاکم. چنانکه مذکور شد. و هر گاه جنون عارضی باشد، ولایت با حاکم است. و اما در نکاح: پس ولایت

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

طفل و مجنون که جنون او متصل به صغر باشد، با پدر و جد است. و اما هر گاه جنون عارضی شود بعد از بلوغ و عقل، پس خلافی است در اینکه ولی حاکم است؟ یا پدر؟ و اثبات ولایت از برای پدر و جد بعد از زوال آن، ماخذ واضحی ندارد .

۱: یکی از آثار علم این است که چون دانسته به یك معامله باطل اقدام کرده‌اند لذا دادگاه اسلامی می تواند به اختلاف آنها رسیدگی نکند

و چون از ظاهر تذکره نقل اجماعی بر آن شده، احوط تشریك حاکم است با جد و پدر. و اما هر گاه جد و پدر نباشند، پس اظهر این است که کسی ولایتی به طفل ندارد نه حاکم و نه وصی. و اما مجنون، پس ظاهر این است که اشکالی در ولایت حاکم نیست. خواه جنون متصل به صغر باشد یا عارضی باشد. و اما بالغ غیر رشید :پس هر گاه سفه و عدم رشد آن متصل به صغر باشد، پس در آن دو قول است. و اظهر این است که ولایت با پدر و جد است. و احوط این است که اذن حاکم هم با او ضم شود. و هر گاه سفه عارض شود بعد از بلوغ، پس مشهور اقوی آن است که ولایت با حاکم است. و هر گاه پدر و جد نباشند، مطلقا ولایت با حاکم است. و در احکام نکاح که مذکور شد، فرقی ما بین ذکر و انثی نیست.

٢٠٦- سوال: در وقتی که مجتهد نباشد امور حسبیه با عدول مومنین است؟. و اعلمیت مدخلیت دارد یا نه؟ -

جواب: امور حسبیه بسیار است - مثل جهاد و امر بمعروف و نهی از منکر و فتوی و قضا و اجرای حدود و اعانت بر طاعت و اخذ لقیط و غیر اینها - و شکی نیست که در بسیار آنها " از جمله‌ء علما بودن " شرط نیست چه جای مجتهد بودن. پس ظاهر آن است که مراد از امور حسبیه در سئوال اموری است که موکول است به حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) مثل تصرف در مال یتیم در وقتی که جد یا وصی پدر یا جد نداشته باشد. و همچنین سفیه و مجنون هر گاه طاری شده باشد جنون و سفه بعد از بلوغ و رشد (یا مطلقا، بنابر قولی). و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. همچنین تصرف در بعضی اوقاف که ناظر شرعی نداشته باشد. و گرفتن خمس و زکات از کسی که ممانعت کند. و گرفتن حصه‌ء امام از خمس و به نیابت او از باب تتمه به فقرای سادات دادن . وامثال اینها. و دلیل ولایت حاکم منقول است و عموم نیابتی که از روایات مثل " مقبوله‌ء

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

عمر بن حنظله " ١ و غير آن فهميده می شود. و همچنين عموم " العلماء ورثة الانبياء " ٢. و " علماء امتی كانبياء بنی اسرائيل " ٣. و شكی نيست كه از برای انبياء اين نوع ولايت ثابت بود. و در نهج البلاغه از كلام امير المومنين (ع) كه " ان اولی الناس بالانبياء اعلمهم بما جاوا به. ثم تلی عليه السلام قوله تعالی: ان اولی الناس بابراهيم الذين اتبعوه و هذا النبی و الذين امنوا، ثم قال: ان ولی محمد - ص - من اطاع الله و ان بعدت لحمته، وان عدو محمد - ص - من عصی الله و ان قربت قرابته " ٤. و ايضا دلالت می كند بر اين عقل و اعتبار .زيرا كه ناچار است از كسی كه مباشر اين امور باشد، و كسی مثل حاكم عادل نيست .به جهت رجحان او به سبب علم و ديانت. و هر گاه حاكم شرعی نباشد، پس ظاهر اين است كه ولايت ثابت از برای كسی كه اعتماد به دين و امانت او باشد، چنانكه جمعی از علما تصريح به آن كرده‌اند. و دلالت می كند بر آن آيات و اخبار مثل قوله تعالی " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتی هی احسن و ما علی المحسنين من سبيل " و شكی نيست كه اين احسانی است به اين اشخاص. و بعضی استدلال كرده‌اند به حكايت خضر و ظاهر آن است كه مراد معيوب كردن كشتی باشد به جهت صلاح حال مساكين كه صاحب آن بودند كه آن پادشاه ظالم كشتی را غصب نكند، و ظاهر از انبياء سلف حسن متابعت ايشان است. و كسی نگويد ٥ كه " خضر (ع) پيغمبر بود و كاری كه برای او جايز باشد لازم نيست كه از برای ما جايز باشد " به جهت انكه تكيه در ٦ استدلال به ملاحظه علت است كه آن احسان به مساكين

١: وسائل ج ١٨، ابواب صفات القاضی، باب ١١ ح ١ - كافی - اصول: ج ١ ص ٦٧ - فروغ: ج ٧ ص ٤١٢ - تهذيب: ج ٦ ص ٣٠١ - ففيه: ج ٣ ص ٥. ٢: اصول كافی: ج ١ كتاب فضل العالم باب صفة العلم و فضل العلما، ح ٢، و باب ثواب العالم ح ١. ٣ :بحار: ج ٢ ص ٢٢ ح ٦٧ : ٤: نهج البلاغه: قصار الحكم: حكمت ٩٢، ابن ابن؟ الحديد ٩١ - خوئی - ٩٢ فيض ٩٢ صبحی. ٥: در نسخه: از برای كسی كه نگويد كه خضر... ٦ :در نسخ: بر استدلال ...

نهضت ترجمه
Translation Movement

است. پس هر جا كه علت باشد، حكم ثابت می شود ١. و دلالت می كند بر اين نيز بعض اخبار صحيحه مثل روايت محمد بن اسمعيل بن بزيع كه دلالت دارد بر اينكه تصرف كردن مثل او و مثل عبد الحميد بن سالم از ثقات در اموال يتيم جايز است .بدون رخصت امام. ٢ و همچنين غير آن از اخبار. و تصريح كرده‌اند - به قيام عدول مومنين مقام مجتهد در تصرف در اموال ايتام و غيب و غير آنها - جماعتی از علما. و در خصوص گرفتن خمس و زكات به زور از مانع آنها شهيد اول (ره) در قواعد، و همچنين به نيابت امام (ع) گرفتن خمس از برای طلبهء علوم دينية. و آخوند ملا احمد (ره) گفته كه بعد از عجز از آن نيز خود مالك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

میدهد. هر گاه این را دانستی معلوم می شود که مطلق مومن ثقهء عدل، کافی است، ولکن اولی آن است که عالم مقدم بر غیر عالم باشد. و همچنین اعلم، هر گاه آن اعلم با زیادتی علم مناسبت به مدعای ما داشته باشد که به سبب آن اعرف باشد به مصارف. خصوصا به ملاحظهء مثل " العلما ورثة الانبیاء ". اما وجوب ملاحظهء اعلمیت محل اشکال است، هر چند از ظاهر کلام آخوند ملا احمد (ره) در باب حصهء امام تقدیم طلبه و عالم بودن ظاهر می شود. و بهر حال البته احوط است. کتاب

الحجر و التفلیس من مجلد الثانی

۲۰۷- سوال: هر گاه کسی ملکی را بیع کرده به بیع شرط خیار. و در انقضای اجل که وقت رد ثمن است، مشتری پنهان شود که بایع نتواند رد مثل ثمن نماید و فك عین بیع نموده و ملك خود را متصرف شود. و حال آنکه بایع تنخواه را موجود کرده و میخواهد رد کند (؟) .

۱: لیکن در ماجرای خضر قتل غلام نیز مبتنی بر علت مبین است، بنابر این بهتر است در احکام به ماجرای خضر تمسك نشود. و آن را به مباحث علم کلام وا گذاشت۲ .: وسایل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۶ ح ۲ در متن حدیث آمده " قاضی کوفه عبد الحمید را قیم کرده است " و امام فرموده " اگر قیم مثل تو و عبد الحمید باشد اشکالی ندارد "

جواب: در این صورت مثل ثمن را ببرد به نزد مجتهد عادل که ولی غایب است در اموال او، و تسلیم کند و فسخ کند. و باید دانست که مطلق رد مال کافی نیست هر چند به خود مشتری بدهد. بلکه باید انشاء فسخ بکند و بگوید بیع را فسخ کردم. و هر گاه دسترس به مجتهد عادل نباشد، ظاهر این است که می تواند به عدول مومنین تسلیم کند به این معنی که ایشان را ولی غایب داند در مال غایب. چنانکه در مال یتیم هم اظهر این است که هر گاه ولی شرعی نباشد و دست به حاکم شرع نرسد ثقات مومنین تصرف در مال یتیم بر وجه مصلحت می توانند کرد. و ظاهر این است که بر ایشان لازم هم باشد. کسی نگوید که " صلاح غایب هر گاه در لزوم بیع باشد و عدم فسخ، پس این تصرف در مال غایب بر وجه مصلحت نیست ". به جهت اینکه می گوئیم که مقتضای شرط خیار این است که مشتری در سر موعد با وجود تمکن بایع از رد مثل ثمن واراده‌ء رد و عدم تجافی از آن، دیگر تسلطی بر منع بایع از تملك ملك ندارد. و تسلط به همین قدر بود که اگر ممانعت از رد ثمن کند لزوم بیع مستمر باشد. و هر گاه بایع خواهان رد است و بالفعل میدهد مال را، غایب مستحق همان ثمن است وولی غایب باید مال او را که ثمن است ضبط کند. علی الخصوص در صورتی که پنهان شده به همین علت. واین تفاوت ندارد با آن صورتی که رد مثل ثمن به خود مشتری بکند و او قبول نکند که در امثال این حکم کرده‌اند که جایز

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

است که تنخواه را در نزد طلبکار بیندازد و بگوید " بر دار وبرو " و در این صورت هر گاه بر ندارد تا آن تلف شود از کیسهء طلب خواه، رفته. و بر آن شخص غرامتی نیست. پس در اینجا هم دادن به دست عدول مومنین مثل انداختن در نزد او است. و هر گاه عدول مومنین مصلحت را در آن دانند که از دست او نگیرند یعنی بگویند " صلاح غایب در این است که آن مال نزد تو باشد " ضرر ندارد. ولکن بایع صیغه فسخ را بگوید و شاهد بگیرد بر فسخ، و ملك مال او می شود. و ظاهر این است که هر گاه مشتری عمدا پنهان نشده باشد و اتفاق افتاده است که

حاضر نیست، و [بایع] نمی تواند به او برساند. یا حاضر است و محبوس است و دست به او نمی رسد، همچنین باشد. و ظاهر این است که همین که تسلط بر فسخ بهم رساند اگر در همان حین غافل بشود و انشاء فسخ نکند تا مدت خیار هم منقضی شود، باز تسلط باقی است. چون کوتاهی در مقتضای شرط نکرده است. و اما اگر بایع فراموش کند رد ثمن را تا مدت خیار. یا فراموش کند آنکه خیاری از برای او هست .یا آنکه مشتری غایب باشد و [بایع] جاهل باشد به اینکه باید به نزد حاکم ببرد یا به عدول مومنین بسپرد تا مدت منقضی شود. پس به مقتضای شرط و مفهوم اخباری که در بیع شرط وارد شده این است که خیار ساقط شود. و تصریحی به حکم این در کلام علما الحال در نظر نیست، ولکن مقتضای دلیل همین است. بلی متوجه این شده‌اند که هر گاه بایع غایب باشد یا جاهل باشد به خیار، مثل آنکه بایع در بین مدت بمیرد و وارث نداند که خیاری از برای او بود تا مدت منقضی شود. ١ و گفته‌اند که در این صورت خیار ساقط می شود .و ظاهر این است که ماخذ هر دو مسئله یکی است، و ماخذ همان است که گفتیم که مقتضای شرط است و مفهوم روایات دلالت بر آن دارد.

٢٠٨- سوال: زید اموال بسیار از جمعی گرفته و الحال پریشان، و قلیل مالی دارد و از؟ باب میخواهد آن مال قلیل را میان خود تقسیم کنند، و لکن بعضی از آنها غایب‌اند و بعضی هنوز موعد طلب ایشان نشده چه باید کرد.

جواب: این شخص را در اصطلاح شرع " مفلس " می گویند. و او را حاکم شرع منع می کند از اموال او و تقسیم می کند میان غرماء. و تقسیم اموال او جایز نیست مگر به چند شرط: اول: اینکه دیون ثابت باشد در نزد حاکم شرع. دوم: اینکه دیون حاله باشد، یعنی دینی که مؤجل باشد باعث این نمی شود که او

١: در نسخه شد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

را به سبب آن حجر کنند. و منع کنند از مال او. و به مجرد حجر دین مؤجل حال نمی شود. چنانکه در میت می شود. سوم: اینکه اموال او قاصر باشد از وفای به دیون. چهارم: آنکه صاحب طلب‌ها بروند به نزد حاکم و از او التماس کنند که او را حجر کند، و حاکم سر خود نمی تواند حجر کند. مگر آنکه صاحب طلب یتیمی باشد یا مجنونی یا سفیهی که حاکم ولی ایشان باشد که ولایتا می تواند حجر کند. و همچنین هر گاه بعضی از آن قبیل باشند و بعضی دیگر از سایر ناس باشند و التماس حجر هم بکنند. و اما هر گاه دیون از غایبی باشد حجر نمی تواند کرد. چون ولایت او بر غایب در حفظ مال او است نه آنچه را غایب در ذمهء مردم دارد. بلکه همان حفظ مال غایب را می کند. چنانکه در مسالك تصریح به اینها کرده. و ظاهر این کلام این است که در صورتی که بعضی دیون از مولی علیهم باشد و بعضی از دیگران ولکن آنها التماس نکنند، حجر نتواند کرد. و این مشکل است در صورتی که طلب یتیم و سایر مولی علیهم زاید بر مال مفلس باشد ١. و تا حاکم حکم نکند به حجر بعد التماس آنها، او را منع از مال نمی توان کرد. و بدان که: هر گاه حاکم حجر کرد با شرایط در دیون حاله، و قبل از آنکه تقسیم کند طلبکار دیگری پیدا شود و ثابت شود طلب او، او را هم باید شریك کرد هر گاه ثابت باشد که در حین حجر دین او هم حال بوده و موعد آن رسیده بوده است. و اما هر گاه در حین حجر بعضی از دیون مفلس حال نبوده ولکن بعد از حجر حاکم، و قبل از تقسیم، موعد آن رسیده او را هم باید شریك کرد. و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) این است که در آن خلافی نباشد. و هر گاه بعد از قسمت طلبکاری پیدا شود که در حین حجر طلب او حال بوده و موعد او رسیده بود، او را هم باید شریك کرد.

نهضت ترجمه
Translation Movement

١: قول دیگر تفصیل است ما بین غایب و سایر مولی علیهم زیرا ممکن است غایب قصد دارد به مدیون مهلت دهد یا ذمهء او را ابراء کند ولی چنین احتمالی در مورد سایر مولی علیهم وجود ندارد و حاکم مسئول حفظ هر نوع مال و حقوق آنها است و ممکن است مراد صاحب مسالك نیز همین باشد

ولکن اشکال در این است که آیا قسمت را بر هم میزنند و از نو قسمت می کنند؟ یا آنکه حصهء او را سر شکن می کنند بر غرما و بقدر الحصه از هر کدام پس میگیرد؟ علامهء در ارشاد تصریح به اول کرده. و همچنین در تذکره، و قول دوم را احتمالی قرار داده. و در مسالك هم اختیار آن را کرده. و در قواعد عکس این کرده و نقض قسمت را احتمالی قرار داده. و فخر المحققین هم ترجیح آن را داده و این منقول است از شیخ علی در حواشی ارشاد. و فخر المحققین بنای این خلاف را بر این گذاشته که: تعلق حق

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

غرما بر ترکه از باب تعلق دین است به رهن؟ یا از باب تعلق جنایت به رقبهء عبد؟. بنابر ثانی قسمت " حقیقیه؟ " می شود. وبنابر اول محض قضای دین است، و در حکم آن صاحب طلبی است که زیاده از حق خود گرفته باشد همین زیادتی را پس میگیرند. و هر گاه از باب قسمت حقیقیة باشد، باطل است. چون قسمت کل واقع شده است ما بین بعضی مستحقین. و بر این متفرع می شود مسائل بسیار. و اظهر قول دوم است. و دور نیست که همین سخن در صورتی که حصول دین و رسیدن موعد آن بعد از حجر و قبل از قسمت باشد، هم جاری باشد، که هر گاه بعد از قسمت پیدا شود باز همین دو قول در این جاری باشد. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) احتمال آن را داده. و بدان که: آنچه مذکور شد که " باید حجر حاکم به التماس غرما باشد نه سر خود " شرط نیست که به التماس هم باشد. بلکه هر گاه بعضی از ایشان التماس کنند هم جایز است حجر کند. اما به شرطی که مال مفلس کمتر از طلب همان شخص باشد. و هر گاه کمتر نباشد حجر نمی کنند. و در صورتی که کمتر باشد و حجر کند نفع حجر به دیگران هم می رسد. و میان همهء ارباب طلب که موعدشان رسیده قسمت می شود. و در مسالك و تذکره نقل کرده که نزدیك شمرده است جواز حجر به التماس بعض، را. هر چند دین او زاید بر مال مفلس نباشد. هر گاه این را دانستی پس در جواب سؤال می گوئیم که: آنهائی که موعد طلب ایشان نرسیده حقی ندارند. و آنهائی که غایبانند و موعد طلب ایشان رسیده باشد (هر گاه مال مفلس کمتر از طلب اینهائی است که حاضرند و التماس حجر می کنند)

نهضت ترجمه
Translation Movement

جایز است حجر. و بعد حجر حصهء غایب را هم باید بر آورد کرد، و حاکم نگاه میدارد از برای او تا بیاید.

۲۰۹- سوال: هر گاه چند نفر صغیر باشند که اموال آنها مخلوط است، و ولی متوجه انفاق آنها است از مال خودشان. آیا تکلیف ولی در نفقه و کسوهء ایشان چه چیز است؟ حساب نان آنها و خرج آنها را چگونه نگاه دارد که زیاد و کم نشود؟

جواب: لباس آنها تفاوت دارد. باید بزرگی و کوچکی [را] منظور داشت. و همچنین در نوع لباس از ابریشم و پنبه و کتان تا مال کوچك ضایع نشود. و در خوراك جایز است تسویه آنها در حساب نفقه. چنانکه علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و ظاهر تذکره هم این است. و دلیل مسئله در ملاحظهء مدارك، معلوم است. چون گاه است که مثلا رخت صغیر بزرگ چهار زرع کرباس میخواهد و از کوچك دو زرع. و همچنین بعضی ابریشمی میپوشند و بعضی ریسمانی. واما در خوراك پس ظاهر این است که دلیل آن خصوص روایت ابی الصباح کنانی است که در آخر آن مذکور است " قلت: ارایت ان کانوا یتامی صغارا و کبارا و بعضهم اعلی کسوة من بعض و بعضهم آکل من بعض، و مالهم جمیعا (؟) فقال: اما

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

الكسوة فعلى كل انسان منهم ثمن كسوته. و اما الطعام فاجعلوه، جميعا. فان الصغير يوشك ان يا كل مثل الكبير " ١ و علاوه در تذكره به اين جهت استدلال كرده و هر چند در سند آن محمد بن فضيل ٢ هست و لكن علامه در مختلف مكرر تصريح كرده " حديثى را كه محمد بن فضيل از ابى الصباح روايت كرده و مضمون آن هم موافق نفى عسر و حرج است ." ودر تذكره كه كتاب " نقل خلاف " است خلافى هم نقل نكرده. وابن ادريس نيز در سرايز تصريح كرده است به

١: وسائل: ابواب ما يكتسب به، باب ٧٣ ح ١. توضيح: صدر حديث مذكور تحت شماره ٣ باب ٧٢ وارد شده است. ٢: حدود هشت نفر به نام " محمد بن فضيل " در منابع رجالى ياد شده‌اند كه تنها " محمد بن فضيل بن غزوان الضبيى " توثيق شده است كه از اصحاب امام صادق (ع) است و آنكه در حديث ما اسمش آمده از متأخرين اصحاب است كه مرحوم كلينى تنها با دو واسطه از او روايت مى كند

آنچه در تحرير مذكور است و نسبت داده است آن را به روايت اصحاب ما. و تعليل كرده است به اينكه اكل آنها متقارب است و متفاوت نيست. ولكن ظاهر علتى كه در روايت مذكور است درست نمى آيد در صورتى كه يكى از طفل‌ها سه سال داشته باشد و يكى سيزده سال و چهارده ساله است، كه غالب اين است كه تفاوت بسيار است ميان آنها. پس روايت را بايد حمل كرد به صورتى كه تفاوت، قليل باشد. و همچنين گاه است كه اطفال مختلف‌اند در ماكولات، بعضى اطفال گوشت نميخورند و بعضى پنير نميخورند و ديگرها ميخورند. مسامحه در اينها كردن بسيار مشكل است، بلكه صورتى ندارد. و چون تضييع مال صغير است پس ولى بايد حساب اينها را نگاه دارد .و در امر نان چون غالب اين است كه يكجا ميگيرند و يكجا ميبرند و در سر يك سفره ميخورند، حساب كم و زياد آن غالبا مستلزم حرج و عسر است. و همچنين مثل برنج مطبوخ و هريسه و امثال آن. وآن را هم در صورتى مى توان مسامحه كرد كه تفاوت كم باشد. چنانكه گفتيم.

٢١٠- سوال: آيا جائز است كه ولى مال صغير را مخلوط به مال خود كند در انفاق، واو را داخل عيال خود كند و به يكى از آنها حساب كند؟ يا واجب است كه او را جدا كند و مال او را صرف او كند؟

جواب: بلى جايز است مخلوط كردن با ملاحظهء مصلحت و عدم اضرار. چنانكه آيات قرآنى و اخبار ١ دلالت بر آن دارد. مثل قوله حق تعالى " وان تخالطو هم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ". بلكه گاه است كه مستحب است چون اصلح است، مثل اينكه آرد او را با آرد خود خمير مى كند كه خرج على حده در طبخ آن نباشد، هر چند نمك و هيزم را با او محسوب دارد، لكن فرق است ما بين اينكه

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جدا خمیر کنند و جدا تنور بسوزاند از برای طبخ. و همچنین بلکه بهتر این است که در این امور هم مسامحه کند و احتیاطا خوراك

۱: رجوع کنید به روایات باب ۷۲، از ابواب " ما یکتسب به "، وسایل: ج ۱۲

صغیر را کمتر از یکی از عیال‌های خود که بر وزن او باشد حساب کند. و به هر حال با وجود ملاحظهء مصلحت هر گاه مخلوط کردن اصلح است، مخلوط کند. و هر گاه جدا کردن اصلح است جدا کند. و در صورتی که مخلوط کرد و ضبط تفاوت خوراك را نتواند کرد و فرق واضحی ما بین او و عیال او نباشد، جایز است که او را مثل یکی از عیال خود محسوب دارد. اگر چه افضل این است که بر او کمتر از عیال خود محسوب دارد. و این که گفتیم در مثل نان خوردن است (چنانکه در مسئله پیش گفتیم). و اما لباس و تفاوت انواع ماکولات پس در آنجا البته باید حساب مال صغیر را نگاه دارد.

۲۱۱- سوال: آیا کسی که ولی صغار و قیم به امر آنها است، مستحق چیزی هست از مال آنها؟ و حلال است از برای او اخذ اجرت یا نه؟ -؟ و تا چه مقدار جایز است؟.

جواب: در این مسئله خلاف است. بعضی گفته‌اند که مستحق اجرة المثل است مطلقا، و این مذهب شیخ است در موضعی از نهایه، و علامه در قواعد و همچنین در مختلف و در تذکره و ارشاد و محقق در شرایع و نافع و فخر المحققین در ایضاح. و مذهب ابن جنید نیز این است و لکن با شرط فقر، و همچنین شهید در لمعه. و این ظاهر دروس است، و محقق اردبیلی (ره) در " آیات الاحکام ." و بعضی گفته‌اند مستحق قدر کفایت و حاجت او است هر گاه فقیر باشد، و غنی چیزی مستحق نیست. و این مذهب شیخ است در موضعی از نهایه، و ابن ادریس. و بعضی گفته‌اند مستحق اقل امرین است از اجرة المثل و مقدار کفایت، و این قول شیخ است در مبسوط و خلاف و تبیان. و از فخر المحققین ظاهر می شود که احد قولین شیخ در نهایه که عمل به کفایت است مقید به فقر نیست. و همچنین از شهید در شرح ظاهر می شود که قولی هست به اختیار کفایت مطلقا، و خود اختیار قول دیگر کرده و آن این است که اقل امرین را میگیرد، به شرط فقر لا غیر. و این کلام مقداد است در کنز العرفان. و اختلاف در مسئله به خاطر اختلاف اخبار و فهم آیات قرآنی است. و ارجح در

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

نظر قول به ثبوت اجرة المثل است مطلقا، و دليل آن اين است كه عمل غير محرم است و محترم است كه ماذون فيه. بل مطلوب و مامور به است. پس مستحق اجرت می شود، چون مفروض اين است كه تبرعا نكرده، و هر گاه قايل به اجرت نشويم لازم ميآيد اضرار ولی كه اوقات خود را بلا عوض صرف يتيم كند. خصوصا هر گاه شغل بسيار داشته باشد و مستحق چيزی نباشد. و اگر ترك عمل كند لازم ميآيد اضرار يتيم و ضرر در اسلام منفی است. و حمل " معروف " در آيه بر اين معنی اولی است از حمل آن بر نفقه و كفايت، چون در اين جهالت است. و گاه است كه عمل مساوی نفقه و كفايت ولی، نباشد. و معايب بسيار بر آن وارد ميآيد. و خصوص ١ روايت هشام بن حكم كه در تهذيب روايت شده - و ظاهر آن صحت است چون در سند آن كسی نيست كه در آن تأملی باشد به غير " علی بن سندی " و ظاهر اين است كه او علی بن اسمعيل بن عيسی بن فرج سندی (يا: سری " باشد. چنانكه استاد ما (ره) رد " تعليقهء رجال " تحقيق كرده و او ثقه است. و همچنين ظاهر منقول از ذخيره اين است كه " حسن كالصحيح " باشد ٢ " قال سئلت ابا عبد الله - ع - فی من تولی مال اليتيم، ما له ان

١: عطف است به " عمل غير محرم است و محترم... " يعنی دليل قول به " ثبوت اجرة المثل " غير محرم بودن و محترم بودن عمل و خصوص روايت هشام است. ٢: علی بن السری كرخی از اصحاب امام صادق (ع) می باشد و توثيق شده است مشروط بر اينكه در سند روايت به لفظ " كرخی " تصريح شده باشد. زيرا دو شخص ديگر به نام " علی بن سری كوفی " و " علی بن سری عبدی كوفی " هستند كه مجهول می باشند و ممكن است افراد ناشناخته‌ای باشند و ممكن است مراد از هر سه عنوان، يك شخصيت واحد باشد. وعلی بن سندی از اصحاب امام رضا (ع) است كه خالی از توثيق نيست. ونظر به اينكه روايت از امام صادق (ع) است پس شخصيت مورد نظر يا " ابن سندی " است و ربطی به ابن سری كرخی ندارد كه در اين صورت كاملا مجهول می باشد. واگر او همان ابن سری كرخی است در اين صورت موثق می شود با دو شرط بالا كه هيچكدام از آن دو مسلم نيست. و علاوه بر اين، خيلی بعيد است كه يك فرد هم از اصحاب امام صادق باشد و هم آنقدر عمر كند كه از جمله اصحاب امام رضا هم باشد. و اگر فرض شود كه اين " علی ابن سندی، سری " غير از سری فوق است در اينصورت آن توثيقی كه (تنها توسط نصر بن الصباح) از وی شده كمی دچار ترديد ميگردد زيرا متون رجال در عصر امام رضا (ع) چنين شخصی را تحت عنوان " سری " يا " ابن سری " ياد نكرده‌اند. ليكن تحقيقی كه مرحوم ميرزا از آن ياد می كند كه توسط مرحوم بهبهانی استاد او انجام يافته و نيز مطلب ذخيره در دسترس ما نيست تا چگونگی آن روشن شود. و در هر صورت بديهی است كه نمی توان اين حديث را تحت عنوان " ظاهر آن صحت " است قرار داد و حتی دشوار است كه " حسن كالصحيح " ناميده شود .اما پيام حديث با اصول مسلم عقلی و واقعيات عينی تاييد می شود. ١: وسايل: ج١٢ ، ابواب ما يكتسب به باب ٧٢ ح ٥. ٢: مجمع البيان ذيل آيه ٦ سوره نساء. ٣ :وسائل همان مرجع، ح ٢. ٤: همان آيه ٦ سوره نساء. ٥: در نسخه: ويا فرصت دادن نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب به شهوات و ...

يا كل منه؟ فقال: ينظر الی ما كان غيره يقوم به من الاجرلهم، فليا كل بقدر ذلك " ١. و در مجمع البيان گفته است كه " والظاهر فی روايات اصحابنا ان له اجرة المثل، سواء كان قدر كفايته او لم يكن " ٢. و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

اطلاق موثقهء حنان بن سدير نيز دلالت دارد " قال: قال ابو عبد الله - ع - سئلنى عيسى بن موسى عن القيم للايتام فى الابل، ما يحل له منها (؟) قلت: اذا لاط حوضها و طلب ضالتها و هنا جرباها، فله ان يصيب من لبنها فى غير نهك لضرع، و لا فساد نسل ٣ " و به اين مضمون روايات ديگر هم هست، و ظاهر آيه موهم اشتراط فقر است چون فرموده است " ومن كان غنيا فليستعفف " ٤ [وآن] مدفوع است به منع دلالت آن نيز به وجوب، بلكه علامه در مختلف گفته است كه اشعارى در آن نيست به وجوب. بلكه مفهوم آن اولويت است. و همچنين در تذكره گفته است كه مفهوم آن استحباب است. و شايد منظور علامه اين باشد كه معنى استعفاف، طلب باز داشتن نفس است، يا نفس را مهياى ترك شيى كردن. و شكى نيست كه آنچه واجب است بر آدمى ترك حرام است. و اما نفس را مهيا و مستعد كردن از براى ترك حرام پس آن مستحب است. پس همچنانكه چيزى كه از وسايل محرم است - مثل صرافى و كفن‌فروشى - مكروه است (چون منتهى مى شود گاهى به حرام كه ربا و حب موت خلايق است) [همچنين] فرصت ندادن [به [نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب از شهوات ٥ و قلع مادهء آنها كه وسيلهء ترك حرام است،

هم مستحب است. و توضيح آن اين است كه در آنجا آمر به طلب عفاف حق تعالى است. و فاعل طلب، ولى است. پس مطلوب ولى، عفاف مى شود. و " مطلوب منه " نفس ولى، يعنى بايد طلب كند ولى عفاف را از نفس خود. پس هر گاه مامور به، جناب اقدس الهى، نفس ترك اكل بود بايست بفرمايد " فلا تاكل " پس معلوم شد كه " مامور به " اين است كه ولى از نفس خود عفاف را بطلبد. و ظاهرا عفاف ملكهء امتناع از محرمات است، و وجوب تحصيل ملكه معلوم نيست. بلكه معلوم است كه مستحب است. پس در اينجا مدلول مادهء صيغه با هيئت آن، تنافى دارند و تقديم ماده اولى است بر هيئت. پس اختيار تجوز را در هيئت بايد كرد. غايت امر تعارض و تساقط است و اصل " عدم وجوب " است، چنانكه در " فاستبقوا الخيرات " ١ همين را مى توان گفت. و مؤيد آن است آيه " و ليستعفف الذين لا يجدون نكاحا " ٢ زمخشرى در كشاف گفته است " وليجهد فى العفة وظلف النفس، كان المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها عليه ". و همچنين مقداد در كنز العرفان و غير او. و اينكه اهل لغت گفته‌اند " معنى عف: كف و امتنع عمالا يحل، كاستعفف و تعفف " منافات ندارد با آنچه ما گفتيم. چون اغلب اين است كه در لغت تفسير حالات را مى كنند نه ملكات. خصوصا در اينجا كه وقوع فعل بر مفعول خاص شده، چون متعدى به كلمهء مجاوزه ٣ شده. پس ناچار " استعفف " هم هر گاه متعدى شده با آن و گفته شود كه " فلان استعفف عن الزنا " معنى آن ترك زنا خواهد بود. بخلاف "

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

رجل عف " و " عفيف " و " مستعف ". وشكى نيست كه معنى حقيقى باب " استفعال " طلب فعل است. و هر گاه استعف " به معنى " عف " شد ديگر معنى از براى " سين " باقى نميماند. و اينكه صاحب

١: آيه ١٤٨ بقره. ٢: آيه ٣٣ نور. ٣: مراد لفظ مقدر " عن " مى باشد كه تقدير آيه چنين باشد " ومن كان غنيا فليستعفق عن اكل مال اليتيم "

كشاف گفته در ما نحن فيه كه " سين از براى طلب زيادتى عفت است " مراد او مبالغه در " امر به عفت " [است]. چون زيادتى لفظ دلالت بر زيادتى معنى مى كند مانند " قر و استقر ". نه اينكه سين از براى كثرت فعل است. تا بر او وارد آيد كه سين از براى طلب اصل فعل است، نه كثرت آن. والحاصل: گويا كه بسيارى از علما در اين مقام، غافل شده‌اند از نكته‌ء " مأمور شدن شخص به طلب فعل از خودش " و تفسير كرده‌اند اين را به حاصل مراد كه " طلب ترك اكل " است خصوصا به ملاحظه‌ء اينكه اهل لغت هم گفته‌اند " يستعفف " به معنى " يعف " است .و تو ميدانى كه تا ممكن بشود حمل لفظ بر حقيقت، عدول از آن به مجاز، صورتى ندارد. و محمل زمخشرى از براى " سين " هم بعد از عدول از معنى حقيقى است و اراده‌ء مجاز است. پس نكته خواسته ١ از براى ذكر لفظ مجازى با تمكن از حقيقى، با وجوديكه مراد از هر دو يكى باشد [و به همين جهت] گفته است كه براى مبالغه است چون زيادتى مبانى دلالت بر زيادتى معانى دارد. با وجود اينكه مى توانيم گفت كه هر چند ماده " عف " در لغت " امتنع " و " كف " باشد لكن در عرف از آن، ملكه‌ء كف و امتناع ميفهميم، كه در اصل عفت به معنى ملكه مأخوذ است و عرف مقدم باشد بر لغت. و مؤيد آن است تغيير اسلوب كه در آنجا نفرمود " لا ياكل " و در اينجا فرمود " فلياكل ". و ايضا امر در " فلياكل " در حقيقت خود مستعمل نيست بلكه رخصت است كه " عقيب حظر " واقع شده. چون قبل از اين " ولا تاكلوها اسرافا و بدارا ان يكبروا " فرموده است، چون مباشرين امور يتامى اسراف ميكردند در خوردن مال آنها و شتاب ميكردند و مبادرت ميكردند بر اكل (يعنى پيش ميانداختند كه مبادا بزرگ شوند واز دست آنها بگيرند) ٢ حق تعالى منع كرد

١: يعنى: پس زمخشرى در صدد يافتن نكته و قرينه‌اى است از براى ذكر لفظ در معناى مجازى... ٢: به نظر مى رسد مراد از " اكل بدارا " و اكل اسراف " در اينجا به معنى خوردن بدون ملاحظه و بدون حساب و كتاب باشد. و مراد از " اكل بمعروف " آن نوع رفتار در برخورد با مال يتيم باشد كه وجدان عرف آن را امضاء نمايد. در اين مورد در آخر همين مسئله توضيح بيشترى داده خواهد شد

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

آنها را از اكل اموال يتامى، و بعد از آن رخصت داد از براى فقير به اكل ولكن مقيد ساخت آن را به معروف. و هر چند مفهوم قيد " عدم رخصت زايد به معروف " بالتبع مستلزم وجود عدم تجاوز از معروف، است، لكن اين مدلول مطابقى امر، نيست. و مؤيد آن است كه حمل كلمهء " اشهدوا " بعد از آن نيز بايد حمل بر ارشاد يا استحباب كرد. و به هر حال با وجود اخبار و فهم علما و عدم وضوح دلالت، اعتمادى بر دلالت آيه بر وجوب ترك اجرت بر غنى باقى نميماند. خصوصا با اعتضاد آن به " نفى ضرر " و اصل " برائت " و كثرت عاملين به آن. هر گاه اين را دانستى، پس بدان كه: معروف در لغت ضد منكر است. و شكى نيست در اينكه اخذ اجرة المثل از جملهء قبايح شمرده نمى شود، پس داخل مدلول آيه است. و هر گاه معروف را به معنى " معهود " بگيريم همانچه معهود و متعارف است در عمل اجرة المثل است. و اما تفسير آن به " قوت " چنانكه در اخبار وارد شده مثل صحيحه عبد الله بن سنان " عن ابى عبد الله - ع - فى قول الله عز وجل: فليا كل بالمعروف. قال: المعروف هو القوت و انما عنى الوصى او القيم فى اموالهم و ما يصلحهم " ١ و صحيحهء ديگر او ٢ كه در آخر آن نيز همين مضمون مذكور است - پس آن خالى از اجمال نيست. بلكه مجمل است به چند جهت: اولا از جهت لفظ " اكل " كه مراد محض خوردن است. يعنى خاييدن و بلعيدن (چنانكه در آيهء سورهء نور) يا مطلق تصرف [است] چنانكه غالبا در آن استعمال مى شود. و ظاهر اين است كه مراد از آن در آيات و اخبار اكل مال يتيم و اكل ربا [به] معنى دوم باشد. و به هر يك از دو معنى آيا مراد خوردن ولى است؟ يا نفقهء عيال واجب النفقهء [او]؟ يا اعم از آن هم مراد است؟ و به هر يك از اين تقديرات، آيا مختص است به صورتى كه عمل او مساوى آن مقدار از قوت باشد؟ يا اعم است از آن؟ و گاه هست كه قوت او يا

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

١: وسايل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، باب ٧٢ ح ١. ٢: تهذيب ج ٢، باب " الزيادات من الوصايا " ص ٤٠١

قوت او و عيال او اضعاف مال يتيم است، چه جاى اجرت عمل او. پس بايد كه اين مجملات حمل شود بر مبين كه مقتضاى روايت هشام است، و آنچه به معنى آن است. پس بايد بگوئيم كه مراد از قوت مؤنهء آن است، نه خصوص خوردنى (چنانكه در لفظ اكل گفتيم). و تخصيص بدهيم قدر آن را به اجرت المثل چنانكه مقتضاى قاعده و اخبار است. و توهم اينكه " اخبار به حسب سند صحيحتر است و تخصيص موقوف است به مقاومت "، ضعيف است. زيرا كه بر فرض تسليم عدم مقاومت در سند، [ليكن تمسك

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

به آن] در وقتی خوب است که دلالت واضح باشد و تو دانستی که دلالت آن اخبار واضح نیست، علاوه بر این که آیهء شریفه اقوی است از اخبار، و اکثر افراد اخذ قوت خلاف " معروف " است، و اخذ اجرت المثل مطلقا معروف است. و تخصیص آیه به سبب این اخبار با وجود آنکه نسبت ما بین معروف و قوت عموم من وجه است و محتاج است به مرجع. و تخصیص اخبار اولی است از تخصیص آیه، چون آیه معاضد است به عقل و نقل، قطع نظر از اینکه آن کتاب است و این خبر واحد. پس باید گفت که مراد از قوت در اخبار قوتی که در نظر عرف " منکر " نباشد. و تحدید آن به اقل اجرت المثل هم دلیلی ندارد، زیرا که گاه هست که آن هم منکر است در صورتی که صغیر عمل بسیار داشته باشد و اگر ولی متوجه کسب خود شود مداخل بسیار دارد و به سبب متوجه شدن [به] مال صغیر از عمل خود باز میماند و اخذ اجرت المثل اضرار است به ولی. خصوصا هر گاه بگوئیم مراد از قوت، قوت خود ولی است نه عیال او. و خصوصا هر گاه مراد " خوردن و بس " ۱ باشد. اما بعضی بیانات جزئیه که در قوت وارد شده مثل روایت حسان بن سدیر ۲ (و آنچه به مضمون آن است) پس آن نیز [در مقام] بیان نیست، و مقدار آن معلوم نیست. و مؤید اینکه گفتیم " مراد از قوت مقدار اجرة المثل باشد " روایت ابو الصباح کنانی است

۱: یعنی مراد تنها خوردن باشد. ۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۲

"عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن کان فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: ذلك رجل یحبس نفسه عن المعیشة، فلا باس ان یاکل بالمعروف اذا کان یصلح لهم اموالهم، فان کان المال قلیلا فلا یاکل منه شیئا " الحدیث ۱ .وجه تایید این است که کسب مردم به قدر معاش ایشان است پس به قدری که منع از کسب معیشت می کند از مال صغیر بر میدارد. و لازم آن غالبا اجرت المثل است که مساوی عمل اوست از برای معیشت. یعنی آنچه کسب میکرد از برای معیشت که غالبا مساوی اجرت عمل اوست بردارد. پس اگر مال کم باشد (یعنی مانع او نمی شود از کسب معیشت) پس بر ندارد. چون غالب این است که محتاج به عمل نیست. و یا در صورتی که محتاج به عمل قلیلی باشد که مانع از کسب معیشت او نیست بر ندارد. و در این وقت محمول باشد منع بر کراهت. و به آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف احد قولین شیخ و ابن ادریس که اخذ " مقدار کفایت است به شرط فقر ". زیرا که دلالت امر بر وجوب ترك غنی، ممنوع است. و اخبار کفایه هم اجمال دارد و دلیل ایشان همان ظاهر آیه است (چنانکه ابن ادریس گفته) و اخباری که وارد شده در تفسیر آیه به قوت. و موید آن است موثقه سماعه " عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن کان فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: من کان یلی

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

شیئا للیتامی و هو محتاج لیس له ما یقیمه فهو یتقاضی اموالهم و یقوم فی ضیعتهم فلیاکل بقدر و لا یسرف. و ان کانت ضیعتهم لا تشغله عما یعالج بنفسه فلا یزران من اموالهم شیئا " ۲ چون ظاهر این است که کفایت و نفقه را از اکل استفاده کرده‌اند، و اینکه بر سبیل معروف باشد یعنی بر سبیل اسراف نباشد، از لفظ معروف. و این مناسب کفایت است نه اجرت المثل. و می توانیم گفت که مراد از " قدر " اجرت المثل باشد. چون آن است اندازه در اعمال. و اسراف عبارت باشد از زیادتی بر آن. و اگر تسلیم کنیم ظهور در کفایت را سخن‌های سابق نیز بر حال خود باقی است. یعنی اجمال در اکل خود و عیال، و تفاوت حال نسبت به اشخاص اولیا و عیال و مال ایتام، به سبب قلت و کثرت. و همچنین ظاهر شد ضعف قول دیگر شیخ در نهایه که

۱: همان مرجع: ح ۳. ۲: همان مرجع: ح ٤

همین قول باشد بدون شرط فقر. و دلیل آن نیز همین دلیل است یا حمل آن به استحباب استعفاف ۱. و همچنین ضعف قول به " اخذ اقل الامرین به شرط فقر. و دلیل آن این است که کفایت اقل است از اجرت. پس همین که کفایت را اخذ کرد غنی می شود و واجب می شود بر او استعفاف به مقتضای ظاهر آیه که امر به استعفاف است .پس همه اجرت را که زاید بر کفایت است نمی تواند گرفت. و اگر اجرت المثل اقل است از کفایت، او مستحق بیش از اجرت عمل خود نیست. و اگر عمل برای مکلفی دیگر میکرد مستحق بیش از عوض عمل خود نبود. پس بطریق اولی هر گاه از برای یتیم باشد چنان خواهد بود. و این دلیل ضعیف است. اما اولا: پس به جهت اینکه این سخن مبتنی است بر اینکه این بنای رخصت و معامله شارع با ولی از باب " جعاله " باشد که مستحق اجرت نشود مگر به اتمام عمل، نه از باب " اجاره " که به مجرد عقد اجرت ملك موجر شود. و هر گاه از باب اجاره باشد پس این قرار داد از برای فقیر منافات ندارد باغنای او بعد از عقد این معامله و شروع در عملی که از جانب شارع مامور به، است ۱ و پس از احتیاج مال یتیم به عمل هر گاه ولی مصداق فقیر است پس صادق است که شارع او را در بند عملی کرده در وقتی که فقیر بوده که عوضی از برای او باشد هر چند با اخذ عوض نمی شود. و این شبیه است به اینکه شارع تجویز کرده که به فقیر زکات دهند به قدر غنی بالغا ما بلغ. واظهر این است که این معامله از عالم اجاره باشد. پس چون غالب این است که متوجه شدن بر مزرع صغیر و متاجر آن، مستوعب اوقات متمادیه است که اتصال در آن منظور است. و کسی که خود را آلوده به آن می کند بنا میگذارد که آن عمل متمادی که در عادت به یك روز و دو روز نمی شود قبول کند. و

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

چنین نیست که کسی که متوجه امر زراعت صغیر می شود امروز که گاو می خرد مستحق عوض آن بشود، و ساعت دیگر که بیل می خرد مستحق عوض آن شود، و هکذا تا آخر سال. و ملاحظه این، معنی عسرو

۱: و در نسخه: یا حمل آن باستعفاف بر استحباب. ۲: عبارت نسخه: و شروع در عمل واز جانب شارع مامور به است

حرج عظیم است. با وجود اینکه فرض مستدل که " هر گاه کفاف را گرفت غنی می شود " اگر مراد در آخر کار است، قبل از گرفتن بر او صادق است که فقیر است .و غنای بعد منافات با فقر قبل ندارد، و اگر مراد او این است که هر گاه یوما فیوما نان خورد غنی می شود، پس بر فرض تسلیم این معنی، این غنای ساعت و روز است. و غنای ساعت و روز منافات با فقر مطلق ندارد که مقتضای آیه است. واگر گفته شود که: مراد مستدل این است که این از باب جعله نیست و از باب اجرة است لکن مراد از غنی اعم از غنی بالقوه، چنانکه در زکات شرط است که مستحق آن، کسی باشد که مونهء سال نداشته باشد، یا قادر بر کسبی نباشد که وفا کند به آن. که اینها فقیر نیستند بلکه غنیاند. پس مراد این است که چون ولی در صورتی که کفایت او کمتر از اجرت المثل باشد قادر است بر اینکه متوجه اصلاح مال یتیم شود و به قدر کفاف صرف کند، پس او غنی خواهد بود و غنی مامور است به استعفاف از آن زاید. گوئیم: که متبادر از آیه فقر و غنای بالفعل است [با] قطع نظر کردن از مال صغیر، نه غنای بالقوه،. خصوصا غنائی که از مال یتیم حاصل شود. و با تسلیم این (با وجود کمال بعد بلکه وضوح فساد) دلالت آیه بر وجوب استعفاف، ممنوع است، چنانکه گذشت. واما ثانیا: پس می گوئیم: که مراد از اکل اگر خوردن متعارف است که خائیدن و فرو بردن است و بس. و رخت پوشیدن و مسکن داشتن و غیر آن داخل نیست. پس اگر روال فقر از خوراك منشأ غنای از لباس و غیره نمی شود و تا داخل " من کان غنیا فلیسعفف " باشد. خصوصا با احتیاج عیال او در خوراك .واگر مراد از اکل اخذ و تصرف باشد به جهت مطلق معیشت، پس حکایت اجمال پیش میآید و اینکه مراد از " معروف " چه چیز است و مقدار آن چه چیز است؟ -؟ و گاه هست ولی خرج بسیار دارد و عیال بیشمار و مال یتیم کم. و اخراج کفایت، منشأ اضرار. و در این معنی تحدیدی از شارع معلوم نمی شود .

---

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

بلی در اینجا می توان گفت که تحدید حاصل است به ملاحظه اجرة المثل. یعنی جایز است تصرف مادامی که زاید بر اجرت المثل نشود. پس تکیه عمده به همان منع دلالت آیه است بر حرمة اخذ اجرت غنی، و روایت هشام و امثال آن. و تتمیم کلام در این مقام محتاج است به ذکر چند چیز: اول اینکه: لفظ غنی در آیه ممکن است که مراد از آن غنی عرفی باشد. و محتمل است که غنی شرعی باشد، یعنی کسی که مؤنهء سال خود و عیال خود را داشته باشد. و دور نیست که مراد کسی باشد که محتاج به اخذ مالی یتیم نباشد در گذران خود و معیشت سال خود که مناسب معنی شرعی باشد وروایت ابی الصباح به آن اشاره دارد. دوم اینکه: آیا فقیر آنچه بر میدارد (بنابر قول به استحقاق کفایت) آیا از باب " امتاع " است؟ یا از باب تملیك؟ ودور نیست که اظهر امتاع باشد، پس هر گاه در اول بر ندارد، یا روز به روز بر ندارد، و به قرض وامثال آن مدار کند، در آخر نمی تواند بردارد. مگر اینکه قرض کند به نیت اینکه از آن مال بدهد. واما بنابر قول " به استحقاق اجرت المثل " پس ظاهر آن، تملیك است و تفاوت نمی کند تقدیم و تاخیر. سوم اینکه: استحاق اجرت و عوض در صورتی است که عمل را تبرعا نکرده باشد، پس هر گاه تبرعا کرده مستحق چیزی نیست. اما هر گاه غافل شود از قصد اخذ و عدم آن، در مسالك گفته است که ظاهر جواز اخذ است، چون مامور است به عمل از جانب شارع .پس مستحق عوض است مادامی که نیت تبرع نکند، زیرا که عمل محترم است. چنانکه هر گاه مکلفی او را امر کند به عملی که در آن اجرتی باشد چنانکه در باب خود ذکر کرده‌اند خصوصا بنابر قول " به کفایت "، که حق تعالی اذن داده برای بر داشتن بدون تقیید به قصد عوض برداشتن. و این استدلال در نظر حقیر خالی از اشکال نیست. زیرا که امر الهی عباد را به عملی از برای دیگری شبیه نیست به امر بعضی از مکلفین بعضی را به عمل. چون او مالك رقاب عباد است. پس چنانکه بر بندگان واجب کرده انفاق واجب النفقه را بلا عوض، چه مانعی دارد که امر کرده باشد به حفظ مال اینها بلا عوض. غایة امر این است که امر به عمل مستلزم ترك

بهصرف ترجمه
Translation Movement
.IRS

اخذ نباشد لکن منافات با جواز اخذ نداشته باشد. چنانکه در صناعات کفائیه .اما ثبوت استحقاق اخذ، پس آن محتاج است به دلیل. واز اینجا است که در بعضی صور تکلیف مکلفین همدیگر را، نیز خلاف دارند. مثل جائی که عمل از [اعمالی [نباشد که در عرف و عادت بر آن اجرت گیرند لکن آن شخص مامور از آن اشخاص است که بر آن عمل اجرت میگیرد. زیرا که دلیل مسئله " امر مکلفین " همان است که امر به استیفای منفعت محترمه کرده که قیمتی دارد در عرف، و تضییع آن جایز نیست. چنانکه در اجارهء معاطاتیه است. و از اینجا ظاهر شد که در اصل دلیل اول که بر " مذهب مختار " اقامه کردیم

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

محل اشکال هست. و تتمیم آن به دلیل نفی ضرر به ولی و یتیم، محتاج الیه نیست. زیرا که نفی ضرر خود دلیلی است مستقل. پس اولی تمسك به اطلاق آیه و اخبار است که شامل [و غیر] ذاهل هستند. ولکن این سخن مشکل است در صورتی که عمل تمام شده باشد، یا شبانه روز منقضی شده باشد و او قوت مدت را یا شبانه‌روز را از جای دیگر خورده باشد. چنانکه گفتیم که از باب امتاع باشد نه تملیك. چهارم اینکه: مراد از ولی در اینجا کسی است که قسرا ولایت به او رسیده باشد مانند جد یا به اختیار قبول ولایت کرده باشد مانند وصی. اما هر گاه متبرعی نباشد و حاکم کسی را خواهد تعیین کند و بدون اجرت راضی نشود پس گویا اشکالی در جواز اخذ اجرت نباشد (هر گاه نیت تبرع نکرده باشد) هر چند غنی باشد. و آخوند ملا احمد (ره) در آیات احکام جواز این را بر سبیل امکان و احتمال قرار داده در صورتی که متبرعی نباشد و [گفته است] بلکه از کلام ایشان ظاهر می شود که جواز اخذ اجرت اولیا نیز در وقتی است که متبرعی نباشد. ولکن این را بعد اختیار قول به استحقاق اجرت المثل، گفته. و اطلاق آیه مقتضی جواز است مطلقا خصوصا بنابر قول به " کفایت ". و احوط اجتناب است در صورت وجود متبرع مطلقا. پنجم اینکه: آیا کسانی که مال ایتام در دست آنها باشد مثل برادر یا عمو یا خالو یا غیر اینها بدون وصیت و بدون نصب حاکم یا تعذر حاکم، آیا همین حکم دارند یا نه؟ -؟ عموم ادله شامل اینها همه هست، و همچنین عموم اخبار بسیار. و آنچه در

صحیحهء عبد الله بن سنان و غیره وارد شده که مراد وصی وقیم است هم منافات با آن ندارد. چون ایشان را عرفا نیز قیم می گویند و حقیقت شرعیه در آن ثابت نیست که باید به اذن حاکم باشد، خصوصا هر گاه عدول مؤمنین باشند یا عدول مؤمنین ایشان را نصب کرده باشند در صورت تعذر حاکم. پس ظاهر این است که در صورت تعذر حاکم عدول مؤمنین توانند حسبتا شخصی را قیم کنند و اجرتی از برای او از آن مال قرار دهند. و همچنین از برای حفظ مال غایب، هر گاه متبرعی نباشد. ششم: این خلافات و اشکالات در صورتی است که اجرتی از برای ولی وصیت نشده باشد. اما هر گاه موصی اجرتی از برای او قرار داده باشد پس ظاهر این است که اشکال در جواز نباشد، هر گاه به قدر اجرت المثل باشد. واز تنقیح نقل شده است که خلافی در این نیست. و همچنین هر گاه زاید بر اجرت المثل باشد و از ثلث مال، بر آید. و یا ورثه در قدر زاید اجازه کنند. و همچنین هر گاه تعیین مقدار را نکرده باشد که در این حال نیز اعتبار ثلث و اجازه در زاید را باید کرد .هفتم: آیا این احکام مختص مال یتیم است؟ یا در مطلق صغیر هم، چنین است؟. هر چند الحال از کتب اصحاب تصریحی به آن در نظرم نیست ولکن عبارت مسالك دال بر عموم است. چون در عنوان مسئله گفته است " المراد بالمتولی لمال الیتیم من

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

له علیه ولایة شرعیة، سواء کانت بالاصالة له کالاب والجد، ام لا کالوصی " بعد از آن نقل اقوال در مسئله کرده است. پس گویا مراد ایشان از یتیم در اینجا صغیر باشد. و این دور نیست، و تعلیلات در اخبارهم اشاره به آن دارد. هشتم: بنابر قول به جواز اخذ اجرة المثل، از برای غنی مکروه است اخذ. زیرا که اقل مراتب امر استحباب است، و استحباب ترك فعل، مستلزم کراهت آن است. نهم: هر چند اطلاق کلام فقها عدم فرق است میان اینکه مال کم باشد یا زیاد. لکن بعضی اخبار دلالت بر اشتراط کثرت مال دارد. مثل روایت ابی الصباح کنانی که پیش گذشت، و غیر آن .و احوط اجتناب است. دهم: ظاهر این است که این استحقاق در وقتی است که عملی بکند که مستحق

عوض باشد، مثل زراعت و تجارت و غیر آن. و اما ضبط مال و محافظت آن مثل اینکه دراهم و دنانیر او در صندوق او باشد که حاجتی به آن ندارد، یا ظروف او در گوشهء خانهء او باشد، پس اکل از آن مال صورتی ندارد، و اشاره به آن در اخبار متقدمه شده، و دلالت می کند بر آن خصوص آنچه در مجمع البیان و تفسیر عیاشی از حضرت صادق (ع) روایت شده در تفسیر آیه فرموده " هذا رجل تحبس نفسه للیتیم علی حرث و ماشیة و یشتغل فیها نفسه، فالیا کل بالمعروف و لیس له ذلك فی الدنانیر والدارهم التی عنده موضوعة ". ١ یازدهم: در بعضی اخبار از حضرت باقر (ع) روایت شده که این آیه منسوخ است ٢ و در مجمع البیان روایتی نقل کرده از آن جناب که فرموده " من کان فقیرا فلیاخذ من مال الیتیم قدر الحاجة والکفایة علی جهة القرض ثم یرد علیه ما اخذ اذا وجد ". ٣. و به قائلی از اصحاب به مضمون آنها بر نخوردم. و شاید مراد روایت دوم جواز قرض بر داشتن ولی باشد از مال صغیر، قطع نظر از اجرت عمل. چنانکه در محل خود مذکور است. ٤

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IMS

١: وسائل: ج ١٢، ابواب ما یکتسب به، باب ٧٢ ح ٩ - تفسیر عیاشی: ج ١ ص ٢٢٢. ٢: همان مرجع: ح ١١. ٣: همان مرجع: ح ٧ - مجمع البیان: ج ٣ ص ٩. ٤: شاید پس از اینهمه بحث مفصل که مرحوم میرزا در این مسئله بیان فرموده ابراز یك نقد اساسی بر آن جای شگفت باشد لیکن با تکیه بر اصل " ما طلبهایم و کار طلبه بحث است "میگویم: اساسا موضوع بحث آیه " ولی " به عنوان ولی نیست. خطاباتی از قبیل " لا تقربوا " و " لا تاکلوا " عام هستند. و همینطور اخبار و حادیث مربوطه .برای روشن شدن این مطلب ابتدا باید به نکات زیر توجه کرد: ١): ولایت ولی عنوانی است که کاملا با کار گزاری یك کار گزار ومباشر و نوکر و یا عملکرد یك کارگر تفاوت بل غیریت تام دارد یك ولی به عنوان " ولی " مستحق هیچ چیزی نیست همانطور که " عدول مومنین " نمی توانند برای انجام وظیفهء ولایتیشان اجرتی بگیرند خواه در مورد یتیم و خواه در مورد غایب. شخص ولی صرفا " امین " است :(٢ .اگر عدول مومنین کسی را به عنوان ولی بر صغیر بگمارند او نیز از این بابت مستحق چیزی نیست. ٣): اگر عدول مومنین کسی را با تعیین اجر و مزد بر صغیر بگمارند چنین شخصی ولی نمی شود بل یك کار گزار است که استخدام شده و ولایت صغیر مسئولیتی است که در گردن عدول میماند .

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

[٤٨٨]

٢١٢- سوال: هر گاه صغير بعد از بلوغ ادعا كند كه پدرم يا جدم كه مال مرا فروخته‌اند به زيد به عنوان غصب بوده، نه از باب ولايت. و پدر يا جد در حيات نباشند. يا باشند و تصديق او كنند و بينه در ميان نباشد. قول صغير مقدم است يا مشترى؟

:(٤در مورد رديف ٢ و ٣ اگر حاكم شرع نيز اقدام كرده باشد، همينطور است. ٥ :(اگر موصى شخصى را بر صغار خود قيم كند و براى او اجر و مزدى تعيين كند قيمومت و ولايت آن شخص صحيح است ليكن اجر و مزد او ربطى به ما نحن فيه ندارد. زيرا اجر و مزد او از مال صغير پرداخت نمى شود بلكه از " ثلث " است كه مال خود ميت مى باشد و ربطى به بحث ما ندارد. موصى مى تواند مقدار ثلث مالش را به هر كسى ببخشد. ٦): همانطور كه هر شخص مى تواند تحت نظر ولى مال خود را با مال صغير مبادله و معامله كند، يا اجير و مزدور و كار گزار صغير باشد همينطور هم خود ولى مى تواند مبادله و معامله كند و يا اجير و كار گزار حقوق بگير صغير باشد .اما در امور و كارهائى كه خارج از مسئوليت مشخص ولى باشد. يعنى در اين صورت او علاوه بر سمت ولايت كه صرفا مجانى و تبرعا بايد انجام بدهد با عنوان ديگر براى امور ديگر نيز ميپردازد. ٧): امور مربوط به ولايت چيست كه ولى نمى تواند براى انجام آن مزد بگيرد -؟ و امور ديگر چيست كه اگر ولى آنها را انجام دهد مثل ساير اجيرها و مباشرها و كار گزارها و كارگرها مى تواند در قبال آن مزد بگيرد -؟ پاسخ اين سؤال معيارهاى عرف است و عرف دقيقا ميداند كه ولى نه نوكر است ونه مباشر و نه كارگر. ٨): اگر كسى كه بر اساس وصيت يا تبرعا از جانب حاكم و عدول مؤمنين به ولايت انتخاب شده حاضر به انجام وظايف ولايت بطور مجانى نباشد، مى تواند استعفا بدهد و مسئوليت ولايت مجانى، مجددا به عهده عدول يا حاكم بر ميگردد. البته در صورت پذيرفتن وصيت صحت استعفا مورد بحث است مگر اينكه واقعا ناتوان باشد. اينك بر ميگرديم به اصل مطلب: محور سخن آيه " اكل " است. نه اجر و مزد. نه از باب " جعاله " ونه از باب " اجاره ". همانطور كه گفته شد تكليف صغير و اموال صغير در باب جعاله واجاره با همه كس روشن است حتى اگر اجير يا طرف جعاله خود ولى باشد. چگونه ممكن است شرايط جعاله واجاره ميان مردم بالغ دقيقا واجب الرعايه باشد ليكن ميان ولى و صغير مورد ولايتش، اينهمه نامشخص و " مجمل " و درهم و بر هم باشد؟!. آيه ميفرمايد هيچ كس حق خوردن مال يتيم را ندارد. شايد اموال همديگر را تحت عناوين ظلم يا ميهمانى و يا تعارفات معمول بخوريد اما مال يتيم را نبايد تحت هر نام و عنوانى بخوريد. لفظ " بدار " در آيه يعنى هر نوع خوردنى غير از طريق معاملات تحت نظر ولى. سپس ميفرمايد " كسى كه فقير است مى تواند بخورد " و حديث هم اين جمله را تفسير مى كند و مى گويد: مقصود كسى است كه با كار خودش را رها كرده و آمده چند روزى براى فقير مجانا كار مى كند چنين شخص خواه ولى باشد يا ديگرى مى تواند مثلا نان چاشتى يا نهار را از مال صغير بخورد. و يا كسى كه خودش را وقف

---

[٤٨٩]

وهر گاه قبول دارد كه [فروشنده با] ولايت فروخته، لكن مدعى خلاف مصلحت، باشد. و بينه در ميان نباشد. قول كدام مقدم است؟. و هر گاه اين دعوى به سبب بيع كردن كسى باشد كه نه ولى بوده و نه وصى و نه حاكم شرع و دعوى كند بر او كه بر وجه غير شرعى فروخته. و از باب تصرف عدول

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

مومنین در حین تعذر حاکم شرع، نبوده ۱. و مشتری گوید که حسبتا بوده بر وجه صحیح. یا [صغیر] قبول داشته باشد که از آن باب بوده و لکن ادعا کند که بر وجه غیر مصلحت بوده. احکام آنها چه

(حبس) برای فقیر کرده که نه اهل و عیال دارد و نه خانه و کاشانه‌ای و نه در فکر داشتن مال است... چنین کسانی پیدا میشدند و میشوند که من همین امروز شخصی را سراغ دارم که در خانه و املاك چند صغیر مشغول به کار است و با جان و دل برای صغار کار می کند و در خانه آنها همرا آنها میخورد و همه مخارجش از جیب صغیرهاست که پائینتر از حد " معروف " هم هست. و عملا و علنا مصداق " من کان فقیرا " هم می باشد. اکنون ببینید کدام آیه و کدام حدیث با جزء، جزء مطالب بالا ناسازگار است. بحث مفصل میرزا (قدس سره) وقتی قابل عنوان کردن است که " رابطه ولی با صغیر " را یك عنوان و معامله‌ء خاص بدانیم که غیر از معاملات شناخته شده در اسلام باشد. شاید گفته شود که میرزا نیز به " اجرت " معتقد است ولی باید دانست که میرزا با تکیه بر این آیه و احادیث مربوطه چنین نظری را میدهد نه اساس اصول و فروع مسلم که شامل معاملات عموم مسلمین هستند از آن جمله معاملات با اموال صغیر. گویا منشاء اینهمه مباحث پیچ اندر پیچ دو چیز است: الف: وصیت موصی در تعیین اجر مشخص برای ولی ب: تعیین یك کار پرداز یا کار گزار از جانب حاکم و عدول مومنین برای اداره امور ایتام با اجرو مزد مشخص، که حقیقت هر دو مورد، بیان گردید و هیچکدام از آنها ولی نیستند هر چندی که ولی نامیده شوند. عامل دیگری که می تواند موثرتر از دو عامل بالا باشد این است که موردی، مصداقی و مثال مشخصی برای عنوان " فقیری که خودش را وقف صغار کند به نظر بعضی از بزرگان نرسیده باشد و لذا بحث را بر روال دیگر انداخته‌اند... و با مثالی که در بالا بیان گردید این مشکل حل می شود. شخصی کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی بطور مجانی برای صغیر کار می کند خواه ولی باشد یا شخص دیگر نان چاشتی (مثلا) یا نان نهار را از مال صغیر میخورد، خوردنش " امتاع " است نه تملیك و همین طور کسی که خودش را وقف (حبس) کرده برای امور صغیر - همان مثال بالا - نیز به صورت امتاع از مال صغیر گذران می کند نه به صورت تملیك. او " فقیر " به معنای اتم کلمه است و مالی در دنیا ندارد ۱: و در نسخه:... و از باب تصرف عدول مؤمنین در حین تعذر که حاکم شرع نبوده

نهضت ترجمه
Translation Movement

چیز است؟

جواب: در مسئله اولی ظاهر این است که قول صغیر مقدم است با یمین. و در مسئله‌ء ثانیه قول مشتری مقدم است با یمین. و در مسئله‌ء ثالثه نیز قول صغیر مقدم است با یمین. و هر گاه عالم به حال نباشد و همین گوید که " فلان کس که ولایت شرعی او ثابت نیست تصرف در مال من کرده " این در حکم غاصب است و [اگر] مشتری بر او ادعای علم کند، قسم او قسم " نفی العلم " خواهد بود. و در مسئله‌ء رابعه قول مشتری مقدم است با یمین، علی الاظهر. و در کتاب قضای همین مجموعه اشاره به این مسئله شده با مأخذ.

۲۱۳- سوال: والد صغیر مال صغیر را می تواند مصالحه نماید یا نه؟

جواب: هر گاه مصلحت صغیر را در آن داند، بلی می تواند.

۲۱٤- سوال: از زید سه نفر اولاد مانده که یکی از آن سه نفر ذکور می باشد و دو نفر دیگر اناث. و یکی از آن دو اناث مدت پنجاه سال است که مفقود الخبر می باشد. و حال قدری مال از او به جا مانده

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

و بر سبیل اجرت در تصرف برادرزاده او می باشد. و حال بفرمایند که مال آن دختر را می توانند تقسیم نمایند یا خیر؟ و بر فرض اینکه تقسیم توانند کرد، آیا برادر آن دختر مفقود الخبر از برادرزاده‌اش ادعای اجرت مدت مذکوره را می تواند کرد یا نه؟

جواب: مفقود الخبر را باید به اطلاع مجتهد عادل چهار سال در چهار جانب تفحص از او کرد. هر گاه هیچ خبری نشد اموال او را میانهء ورثه قسمت می کنند. و مادامی که غایب است و خبر از او نرسیده، ولی او حاکم شرع است. یعنی مجتهد عادل مال او را باید به دست امینی بدهد که محافظت کند بر سبیل مصلحت. و منافع آن را ضبط کند تا خبری از او برسد یا از عمر او آنقدر بگذرد که در عادت آن زمان غالبا کسی بیش از آن عمر نمی کند. آنوقت ما بین وراث قسمت می کنند. وعمر عادی را بعضی تحدید کرده‌اند به صد و بیست سال. و دور نیست که صد سال هم کافی باشد. و اگر دسترس به مجتهد عادل نباشد عدول مؤمنین مال غایب را ضبط کنند و به

هر کی امین دانند بسپارند.

٢١٥- سوال: شخصی آبی از چند نفر خریداری نمود که صغیر هم شرکت در آن آب داشته، و مشتری گفتگوی رسد صغیر را نموده که بدون اذن ولی صغیر، است. و اشخاص بایعین چیزی که گنجایش [آن در] قیمت وقت اضافه بر قیمت آب رسد صغیر است تنخواه قرار داده که به او رد نمایند. آن بیع صحت دارد؟ و غسل کردن و وضو ساختن به آن به جهت مشتری صحیح است یا نه؟ و بر فرض صحت، الحال چه باید کرد؟

جواب: تصرف در مال صغیر بدون اذن ولی شرعی جایز نیست. و هر گاه ولی شرعی نباشد حاکم شرع ولی اوست یعنی مجتهد عادل. وهر گاه دسترس نباشد عدول مومنین بر وجه مصلحت می توانند تصرف در مال او کرد. هر گاه به یکی از این وجوه معامله واقع شده معامله صحیح است، ووضو و غسل به آن آب، صحیح. والا باطل. ووضو و غسل صورتی ندارد مگر بر نهج معتاد از سر نهر، یا به قدر حاجت در این امور برداشتن. چنانکه در سایر آبهای غصبی، و آنهم برای غیر غاصب. واز برای غاصب صورتی ندارد.

٢١٦- سوال: هر گاه صبی بگوید که برای من انزال اتفاق میافتد، و بلوغ او از غیر جهت انزال معلوم نباشد، به محض ادعای انزال، قول او مسموع است و عقد او ممضی است؟ یا باید به ثبوت شرعی برسد؟.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: مادامی که نزاعی در میان نباشد ظاهر این است که قول او مسموع است در حق خودش و در حق کسی که تصدیق او کند. اما هر گاه نزاع در میان باشد و خصم او منکر باشد اظهر این است که قول او مسموع نیست.

۲۱۷- سوال: هر گاه بلوغ صبی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد واحدی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند. آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟ وهر گاه عدم رشدش ثابت باشد [چطور؟]. بیان فرمایند.

جواب: در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد اگر اختیار تصرف با او باشد تضییع مال می کند. از برای ولی هم امضای توکیل و عقد او جایز نیست. و عقدی که بشود آن عقد از اصل باطل است. و ظاهر این است که در صورت تشکیك در حصول رشد و عدم رشد، هم در

حکم غیر رشید است. بلی استثنا کرده‌اند صورتی را که غیر رشید مضطر ۱ و محتاج باشد به عقد نکاح، پس در این صورت جایز است که ولی او را تزویج کند و اذن بدهد در نکاح بر وفق مصلحت. و بعضی شرط کرده‌اند تعیین زوجه را. و بعضی شرط نکرده‌اند و گفته‌اند که هر گاه بدون اذن ولی بکند هم عقد صحیح است ولکن در مهر رجوع می شود به مهر المثل و آنچه زیادتر کرده آن زیادتی باطل است.

۲۱۸- سوال: هر گاه عاقدی فهمیده باشد که صبی مادامی که بلوغ و رشدش به ثبوت شرعی نرسیده باشد نمی توان عقد وکالتی جهت او کرد. و صبی که ولی شرعی ندارد و شخصی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند (با وجودی که به حسب انبات و سن بالغ نیست، واز او سوال شود که انزال شده بگوید بلی) وزنی را برای او عقد کند. و بعد از مقاربت بگوید انزالم نشده بود و دروغ گفتم. واحتمال میرود که فرق میان انزال و تغوط نکرده باشد. آیا این عقد صحیح است یا باطل؟ -؟. و بر هر تقدیر مهر زوجه می رسد یا نه؟ -؟.

جواب: چون قول او در اول مسموع است (چون مدعی در مقابل ندارد) و توکیل و عقد او محکوم به صحت است - در صورتی که رشید باشد - پس بر او لازم است که حقوق زوجیت را به عمل آورد. واینکه الحال می گوید دروغ گفتم، رفع حقوق زوجیت نمی کند. هر چند مؤاخذ باشد بر آنچه بر خودش لازم میآید .

۲۱۹- سوال: در صورت مزبوره، بعد از عقد وزفاف معلوم شده که داخل در سال چهارده شده بوده و عاقد مقلد آن قبله‌گاه باشد آیا این عقد صحیح است یا نه؟- ؟. هر چند رای عالی در بلوغ (در مرشد العوام اشاره شده است که اقوی) تمام شدن پانزده سال است.

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

جواب: در اینجا اعتقاد بر ادعای انزال بود نه بر سن. و ظهور خلاف نظر به سن، مضر نیست .

۱: بعضیها لفظ " مضطر " را نیاورده‌اند و به عبارت " احتیاج و مصلحت " بسنده کرده‌اند

کتاب الحجر و تفلیس من المجلد الثالث.

۲۲۰- سوال: اذا اراد ولی الصغیر والصغیره الجمع بین اموالهما لیسهل علیه الامر فی المعاملة لهما. و کان لهما مال مشترك بینهما مجهول القدر فی کیس، و مال مختص بکل واحد منهما فی کیسین لا یعلم مقدار هما ایضا. فاراد ان یاخذ من الکیسین اثلاثا و یصب علی الکیس المشترك. و بنی علی ان یاخذ علی التدریج، فاخذ من الکیس المختص بالصغیرة عشرة دراهم بارادة ان یاخذ بعده من المختص بالصغیر عشرین و صب علی المشترك. واتفق حین الصب انه کان تسعة و لا یدری ان الاشتباه هل وقع حین الاخذ او حین الصب (؟ -؟) فما تکلیفة؟ و ما وجه الاستخلاص؟.

جواب: مقتضی اصل العدم کون ما اخذ [ها] تسعة. ولکن اذا کان مقصرا او اراد الاحتیاط یدخل درهما فی المشترك (لیتم العشرة) من مال نفسه. و یاخذ العشرین من المختص بالصغیر و ینقله الی مجموع الصغیرین حسبتا بعنوان الهبة او المصالحة علی سبیل الترديد بان یقصد فی النقل نقله الی الصغیرة - لو کان الدراهم تسعة فی نفس الامر - لتحصیل المثالثة بینهما. او الیهما معا اثلاثا لو کان الدراهم عشرة. والظاهر ان مثل هذا الترديد غیر مضر فی الانشاء ۱

۲۲۱- سوال: چه می فرمایند در اینکه کسی غایبی قدری قرض داشته. وخانه و باغچه دارد که در آن خانه شخص حاضری شریك است. و طلبکار غایب به خدمت ملازمان عالی عرض نموده و ملازمان سر کار فرموده بودند که عالیجناب مقدس القاب آقا سید مهدی مبایعهء خانه نموده دین او را بعد از ثبوت و قسم ادا نماید. و شرکای خانه که حاضرند مدتی است که احتیاج به قیمت خانه دارند و میخواهند که بفروشند و به علت آنکه مبادا ضرر به مال غایب برسد به علت شراکت شخص خارج، نفروخته‌اند. و در این اوقات شرکای حاضر نیز کمال احتیاج به مبایعه دارند. و خانهء غایب هر گاه کلا فروخته شود علاوه بر دینی است که دارد. و آقا سید مهدی از علاوه احتیاط می کند که بفروشد و قدر دین را نیز به این علت

۱: ولعله " غیر مضر ان شاء الله ". لان عمله قد یصح من دون انشاء ایضا

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

احتیاط می کند که هر گاه فروخته شود ضرر به آن باقی خواهد رسید یعنی موجب تلف مال غایب که باقی میماند می شود. هر گاه کلا فروخته شود مال غایب می توان عوض آن خانه ابتیاع نموده در مکان مناسبی که علی الظاهر مال غایب تلف نشود .به اینخصوص واجب بود که عرض شود که به هر نحو خدام عالی صلاح دانند مقرر فرمایند که مبایعه را نموده باشند که حق هیچیك از میان نرود.

جواب: اما حکایت بیع شرکاء حصهء خود را به جهت احتیاج و ضرورت: پس مانعی از آن نیست. و حق تعالی نفرموده است که به سبب خوف از تضر رغایب (که شریك است در آن خانه) حاضرین در مال خود تصرف نکنند با کمال احتیاج. و چون ولی غایب حاکم شرع است در این صورت که شرکا حصه خود را فروخته، هر گاه مصلحت غایب را در این داند که خانه او را بفروشد و عوض آن خانه دیگر یا آنچه صلاح غایب است چنان کند و آن را محافظت کند. و هر گاه مصلحت داند به همان نحو شراکت بر حال خود بگذارد. و اما حکایت طلبکارهای غایب: باز باید حاکم شرع بعد از اثبات و قسم استظهاری، از مال غایب ادا کند. بلی اشکال در این است که چون خانه او از مستثنیات دین است، بیع آن جایز نباشد. و هر چند که اصل مسئله فی الجمله محل اشکال نیست و لیکن آنچه مستفاد می شود از اکثر احادیث و ظاهر فتاوی این است که محل سکنی و مسقط راس و ظل راس را استثنا کرده‌اند، چون مدیون محتاج است به آن. و اخبار منصرف نمی شود به خانه [ای] که بهیچوجه منتفع از [آن] خانه از برای سکنی بالفعل نمی شود. خصوصا در مفقود الخبری که قریب به یاس باشد. با وجود اینکه از فتاوی علما و بعض اخبار ظاهر می شود که خانه [ای] که از آن باب باشد که به بعض آن رفع حاجت می شود - یا هر گاه بفروشند و به بعض قیمت آن، خانه بتوان خرید که رفع حاجت بکند - در این صورت آن قدر علاوه بر قدر حاجت را میفروشند و تتمه را برای سکنی میگذارند. یا خانه [ای] که رفیع است و صاحب قیمت بسیار، میفروشند و خانه [ای] که قیمت آن سبکتر است میگیرند. و مقتضای عمومات وجوب وفای دیون هم این است. واز صورت سوال ظاهر می شود که باغچه هم دارد، و این محل سکنی که داخل

مستثنیات دین باشد هر گاه سکنی به وقتی بر آن نداشته باشد. ١ و ایضا: در صورتی که بعد از بیع سایر شرکا، بقای حصه غایب در مال مشترك منشاء ضرر می شود به غایب، و گفتیم حاکم شرع می تواند فروخت. دلیل بر لزوم خریدن خانه دیگر به قیمت آن نیست. و آنچه مستثنی است از دین، خود مسکن است نه قیمت آن، که الحال مال غایب پول است نه خانه. خصوصا هر گاه توان اقل ما یقنع در

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com

www.IrPDF.com

سکنی به آن خرید و ادای دین او هم بشود. پس همه اطراف را ملاحظه باید کرد. و اضرار به شرکا از برای صرفه غایب نکرد. خصوصا با وجود دین ثابت. پس به قدر مقدور جمع ما بین حقوق ثلاثه هر گاه بشود فنعم الاتفاق. و هر گاه ممکن نشد حق حاضرین که بیع حصه ایشان است مقدم است. چون آلت معطله ندارد. و بعد از آن در مال غایب و ادای دین او به مقتضای آنچه مذکور شد معمول دارند .

۱: اگر مراد از " خانه و باغچه " همان " خانه باغچه " - بدون حرف واو - باشد معنای باغچه، آن یکی رو کرت است که در حیاط خانه می باشد بی تردید برداشت میرزا از متن سوال غیر از این است

پایان جلد دوم

برگرفته از سایت

مکتبة یعسوب الدین علیه السلام الالکترونیة

نهضت ترجمه
Translation Movement
.IRS

www.IrPDF.com www.IrPDF.com www.IrPDF.com