

الكتاب: جامع الشتات (فارسي)

المؤلف: الميرزا القمي

الجزء: ٣

الوفاة: ١٢٣١

المجموعة: فقه الشيعة ( فتاوى المراجع )

تحقيق: تصحيح : مرتضى رضوي

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٣٧١ ش

المطبعة: مؤسسة كيهان

الناشر: انتشارات كيهان

ردمك:

ملاحظات:

جامع الشتات

(جلد سوم)

تأليف ميرزا ابو القاسم قمی

با تصحيح: مرتضى رضوى

سازمان انتشارات کيهان

جامع الشتات (جلد سوم)

تأليف: ميرزا ابو القاسم قمی

با تصحيح: مرتضى رضوى

چاپ اول: پائيز ۱۳۷۱ - پنج هزار نسخه

چاپ مؤسسه کيهان

حق چاپ برای انتشارات کيهان محفوظ است

خیابان انقلاب - مقابل پارك دانشجو - خیابان انوشیروان شماره ۱۰

سازمان انتشارات کيهان

بسم الله الرحمن الرحيم

کتاب الدين (۱)

۱: سؤال: هر گاه کسی مشغول ذمه مال مردم بوده و فوت شده. و به اذن حاکم شرع (یا به غیر اذن حاکم شرع) مال او را تقسیم نموده‌اند، بعضی اعیان مغضوبه هم در بین ترکه بوده است. و بعضی از ورثه کبیر یا صغیر جاهل یا منکر به حقیقت حال. و

اثبات هم متعذر. و بعضی کبیر عالم به حقیقت حال. آیا ادای دیون از اصل مال میشود

وبالنسبة توزيع میشود؟ یا کبیر عالم باید ادا کند هر چند باید تمام حصه خود را بدهد، هر چند به نسبت به مجموع مال آن قدر حصه او نمیشود؟. و آیا کبیر میتواند با وجود علم وعدم مانع حسبتا از مجموع مال دین را ادا کند یا نه؟ -؟. و اگر حاکم را مطلع کند چون بر حاکم ثابت نمیتواند شد حاکم مرخص نخواهد

کرد که از جمیع مال بدهد. آیا بدون اذن حاکم با وجود امکان میتواند از مجموع مال

ادا کند (هر چند تقسیم هم به اذن حاکم شده باشد) یا نه؟ -؟.

جواب: اولاً باید علم از برای وارث یا وصی ثابت باشد بر بقای شغل ذمه بعد موت. محض استصحاب شغل ذمه سابق با احتمال اداء یا ابراء ارباب طلب کافی نیست. و بر فرض ثبوت علم به بقاء ظاهر این است که بر کبیر عالم واجب است اداء و هر چند به

دادن تمام حصه خود باشد. و با امکان اداء از جميع مال وعدم مانع بالفعل هم ظاهر  
این

-----  
۱: من المجلد الاول

است که بتواند ادا کند، اما مہیای این باشد کہ اگر صغار بزرگ شوند و مطلع شوند

یا کبیر جاهل و منکر، مطلع شود بر سر دعوی خود خواهند آمد. و با عجز از اثبات مطلب، باید این کبیر عالم غرامت حصہ آنها را بکشد. و بدان کہ: فقہا ذکر کرده‌اند کہ ہر گاہ کسی ادعا کند دینی را بر میتی و بعض ورثہ اقرار کنند دون بعضی، واجب است بر مقرر کہ بہ قدر حصہ از عہدہ بر آید. مثلاً

ہر گاہ وارث دو پسرنند باید مقرر نصف دین را بدهد ہر چند حصہ او اضغاف مضاعف

مجموع دین باشد. ودلالت میکند بر این روایت ابوالبختری و ہب بن و ہب و روایت

حکم بہ عیینہ و ہر دو روایت در استبصار مذکورند و شیخ استدلال کرده است بہ اجماع اصحاب و اخبار ایشان. و این قول شافعی است. وابی حنیفہ قائل شدہ است بہ

این کہ تمام دین را از نصف مقرر مگیرند.

وابن ادریس بعد از آن کہ نقل قول شیخ وقول ابی حنیفہ را کردہ و قدح در اخبار کردہ - بہ ضعف آنها چون راوی آنها از عامہ‌اند - گفتہ است کہ: دلیلی در مسألہ نیست

بہ غیر اجماع اگر ثابت باشد، بلکہ دلیل اقتضا میکند قول ابی حنیفہ را. و گفتہ است: کہ اصول مذہب ما اقتضا میکند کہ ورثہ چیزی نمبرند مادامی کہ دیون میت اداء نشود آیہ ہم دلالت دارد بر این یعنی (من بعد وصیة یوصی بها او دین).

و گفتہ است کہ: الحاق این بہ (اقرار بعض ورثہ بہ وارثی دیگر با انکار باقی) باطل است، زیرا کہ در آنجا مقرر مدعی حقی از برای خود است پس خود را محروم نکردہ،

بخلاف اقرار بر دین، چون دین مقدم است بر میراث. پس گویا اقرار کردہ بر عدم استحقاق خود.

و در مقام منع اجماع، گفتہ است کہ: این سخن را کسی نگفتہ بہ غیر شیخ ابو جعفر

و کسانی کہ متابعت او کردہ‌اند و تقلید او کردہ‌اند. و شیخ مفید و سید مرتضی قائل بہ

این نیستند.

و بہ ہر حال دور نیست ترجیح قول مشہور در خصوص اقرار، بہ سبب همان

روایت‌ها که ضعف آنها منجر باشد به عمل. و در غیر صورت اقرار مثل آن که  
بعضی از

وراث علم دارند به حق صاحب طلب وینه و بین الله تکلیف خود را میخواهد به جا آورد،

پس اظهر همان است که گفتیم، نظر به دلالت آیه (۱) وعدم علم به نص اجماع، زیرا که

غایت امر دعوی اجماع شیخ است و آن هم در مسأله اقرار است که نسبت حکم ظاهری

است به نفس الامر. بلکه در صورت اقرار هم این قول خالی از قوت نیست. زیرا که

مخالفت شیخ مفید و سید منشا وهن عظیم است در آن. و از ابن ادریس هم مثل آن ظاهر است.

۲: سوال: هر گاه زوجه ادعای حق الصداق خود را بر زوج بکند. و زوج فی الجمله اسباب واثاث البیتی داشته باشد که هر گاه به او بدهد وفا به حق الصداق تماما نمیکند

و خود هم معطل ممانند. آیا باید بدهد شرعا یا نه؟ -؟.

جواب: مطلق اثاث البیت از جمله مستثنیات دین نیست به هر قدر که مقدور شود باید دین را ادا کرد. آنچه استثنا کرده اند خانه مسکونی لایق حال و رخت بدن و خادم

ضرور [است]. و اما مطلق فروش و ظروف و چهار پای سواری ضرور و امثال اینها معلوم

۱: حد اکثر این است که حق طلبکار بر ترکه میت تعلق نمیگیرد و بیش از این نیست که فرض کنیم طلبکار و ورثه

با هم و به نسبت در ترکه شریک میشوند به طور مشاع. در این صورت اگر یکی از ورثه سهم خویش را (پس از کسر

دین و سهم سایر وراثت) بردارد آیا برخلاف دستور و پیام آیه عمل کرده است؟ آیا بر او صدق نمیکند که (من

بعدالدین) سهم خود را برداشته است؟. مرحوم ابن ادریس و میرزا (ره) میخواهند بگویند که اساسا قبل از کسر

وصیت و دین حقی و سهمی برای ورثه تعلق نمیگیرد و تحقق مالکیت ورثه منوط به کسر وصیت و دین است. و

مخالفین آنان میگویند که آنچه منوط به کسر وصیت و دین است تقسیم ترکه است نه اصل تحقق مالکیت ورثه

بر ترکه. پس اختلاف در چگونگی دلالت آیه است. و احتمال وجود اجماع و نیز وجود دو حدیث (ولو ضعیف)

تایید دیگری است بر نظریه مخالفین ابن ادریس و میرزا.  
از بیان میرزا بر مآید که شیخ و طرفدارانش آیه را به وسیله اجماع و دو حدیث مذکور تاویل میکنند  
در حالی که آنان دلالت آیه را کاملاً مطابق نظریه خود در میابند، و می گویند پس از آن که به محض  
وفات میت  
مالکیت مقر یا عالم بر سهم واقعی خودش محقق میگردد، کدام ناقل شرعی مال او را از مالکیت او خارج  
کرده و  
او را دچار حرمان میکنند؟.  
و حقیقت این است که قید (من بعد) برای تحدید میزان (ثلث)، (نصف)، (سدس) است که در آیه  
آمده‌اند.  
نه در مقام منوط کردن اصل تحقق مالکیت وراث سهم واقعی خودشان از ترکه.

نیست. (۱) بلی نمد کهنه و بور یای کهنه و امثال آنها را مسامحه میکنند والله العالم.  
۳: سؤال: هر گاه زید فوت شود و دین چند داشته باشد و از او به غیر مستثنیات  
دین مثل خانه چیز دیگر مخلف نشده باشند. و از او صغاری چند مانده. آیا  
مستثنیات

در این صورت نیز مستثنی است و به صغار منتقل میشود؟ یا به مصرف دین صرف  
میشود هر چند صغار بی خانه و سکنی بمانند؟.

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

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

جواب: هر گاه از راه عدوان میخواهد که طلب او را به این نحو ادا کند و به نحو  
دیگر مقدور نیست گرفتن از او، این معنی برائت ذمه عمرو نمیشود. و این ملک  
منتقل

میشود به زید از باب تقاص نه از باب مبیعه، و به همان قدر که گنجایش دارد  
محسوب

میشود. و باقی در ذمه عمرو است.

۵: سؤال: هر گاه گماشتگان سلطان عصر به امر سلطان جنسی را که از بعض بلاد  
شیعیان به عوض مالیه گرفته اند به زید - مثلاً - بفروشد به امر سلطان و قیمت عالی  
ثمن

جنس مذکور را بستانند. و به این طریق با زید مذکور چند سال سلوک نمایند. و بعد  
ذلك داعی حق را لبیک اجابت گوید حال آن که قیمت جنس مذکور مستوعب تر  
که

-----  
۱: یعنی مسأله مورد اختلاف است خصوصاً نسبت به مرکب ضروری که اکثر فقها به مستثنی بودن آن  
نظر  
داده اند.

۲: این فتوای اکثریت قریب به اجماع است لیکن مرحوم میرزا و نیز ابن ادریس (ره) علاوه بر ادله ای که  
دیگران  
در نظر دارند به مبنای خودشان - که در يك مسأله بالاتر بیان گردید - نیز تکیه دارند، با این همه از  
جمله (والله  
العالم) بوی تردید مآید.





باشد. آیا در این حال ورثه زید مزبور را در متروکات زید مذکور حقی هست یا نه؟-؟.

وعلی ای تقدیر هر گاه ورثه زید مذکور گویند که متروکات [را] متصرف مشویم و قیمت

متروکات را رد مظالم اخراج میکنیم، با وجود علم به عدم وفا به این کلام آیا متروکات

را به تصرف ورثه باید داد یا نه؟-؟.

وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه ادعا نمایند که زید مذکور در ایام حیات خود اخراج رد مظالم منمود جنس مذکور را. وینه بر صدق کلام ایشان نباشد، آیا متروکات را به ایشان میتوان داد یا نه؟-؟. وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه غلاب (۱) باشند و متروکات را

به جبر متصرف شوند. آیا در بیع وشرای متروکات زید مذکور شاهد میتوان شد؟ و وکالت اجرای صیغه میتوان نمود یا نه؟-؟. و کتابت مبیعه نامچه جایز است یا نه؟-؟.

جواب: بعد از آن که به ثبوت شرعی برسد که مال مذکور که گماشتگان سلطان فروخته‌اند بعینه همان مالیات است که حرام است بر غیر امام یا قائم مقام امام که اخذ

کند و معلوم شد که سلطان همین مال معین را به عنوان مالیات تغلیبا گرفته است، اگر چه اظهر حرمت آن است لکن حمل این بر مال مجهول المالک و جاری کردن حکم آن

در آن، چنان که از صورت استفتاء معلوم میشود مطلقا مشکل است. بلکه هر گاه معلوم

شود که مالیات است (یعنی خراج سلطان که از اراضی خراجیه مگیرد) واسترضای صاحب آن به هیچ وجه ممکن نباشد، میتوان به اذن حاکم شرعی فقیه عادل آن را به مصالح عامه مسلمین صرف کرد، مثلا طلبه علوم دینی و ائمه جماعات و موزنین و پل و رباط و امثال اینها.

و اگر این معلوم نباشد و همین قدر دانیم که مال مردم است و سلطان عدوانا و تغلیبا آن را گرفته و مایوس باشیم از جستن صاحب آن، در این صورت در حکم مال مجهول المالک است، که باید تصدق کرد به فقرا. و هر گاه آن شخص تصدق نکرد تا مرد،

در این صورت هر گاه وصای از برای میت نباشد حاکم شرع میتواند آن مال را تصدق

کند. و اگر حاکم میسر نشود عدول مومنین هم میتوانند کرد. لکن این معانی

موقوف

-----  
(۱) در نسخه: غلام. - یاد آوری: غلاب - یعنی غالب‌ها، افراد غیر مطیع و گردن کش.

است بر علم به بقاء آن حق در ذمه آن شخص. و مجرد ثبوت در ایام حیات و استصحاب

آن کافی نیست.

حاصل آن که باید یا علم یقین به بقای آن باشد یا ظن شرعی - مثل ثبوت اقرار در حین قریب به موت که احتمال ادای بعد از آن نباشد. و امثال آن - و ادعای علم بخصوص

با انکار ورثه و ادعای او در حال حیات مشکل است. به هر حال، علم به بقای حق ضرور

است در جواز تصرف حاکم یا مومنین. و از جمله احتمالات که مزاحم اقرار قبل از موت

متواند شد. که از فقیری طلبی داشته باشد مساوی آن، و احتمال برود که در عوض این فقیر را ابراء کرده باشد.

و به هر حال: با فرض علم به بقاء حاکم میتواند مساوی وجه را از مال او برداشته تصدق کند. و هر گاه میسر نشود حاکم، عدول مومنین. و بر فرض ممانعت ورثه و تغلب

ایشان وعدم قصد اداء و عجز از مزاحمت ایشان، وکیل بر تصرفات ایشان در حال مذکور

مسئول عنه (۱) نمیتوان (۲) شد. و شاهد از برای ایشان در آن، نباید شد. و کاغذ از برای

ایشان در معاملات همین مال نباید نوشت. والله العالم باحکامه. کتاب الدین من المجلد الثاني:

۶: سوال: هر گاه کسی در دفتر حساب خود نوشته باشد اسم دو نفر را که از او مبلغ معینی طلب دارند. و هر چند فکر میکند آن دو نفر را به هیچ وجه به خاطرش نمآید که کی استند (۳). و اگر مسمی به آن اسمها را بیند هم جزم دارد که نخواهد

شناخت. او را چه باید کرد که بری الذمه شود -؟.

جواب: بدان که: فقها گفته‌اند که هر گاه غایب شود صاحب دین غیبت منقطعه که

---

۱: توضیح: یعنی در این صورت که سوال شده.

۲: در نسخه: نمیتواند.

۳: کذا - توضیح: نظر به این که در اصل قواعد زبان شناسی غلط نیست لذا تغییری داده نشد زیرا ممکن است که

خود نویسنده عمدا چنین نوشته، و شاید در آن زمان رواج هم داشته است. و نمیتوان آن را يك غلط چاپی

تلقى کرد.

(٦)

خبری او از نباشد، واجب است که نیت کند ادای آن دین را. و در اخبار وارد شده که

کسی که صاحب دینی شود و نیت ادای آن نداشته باشد به منزله دزد است (۱). و هم چنین

هر دینی را باید نیت ادای آن داشت. خواه مستحق آن حاضر باشد یا غایب و در مسالك گفته است که: ظاهر مشهود از کلام اصحاب - خصوصا چنان که از علامه در

مختلف ظاهر مشهود - این که خلافی نیست در این که در صورت غیبت صاحب طلب به

عنوان غیبت منقطعه، واجب است جدا کردن آن دین از مال خود هر گاه مرگ او را رسد.

و اگر این نبود قول به وجوب مشکل بود (۲) چون نصی بر آن نیست. و خوب گفته. خصوصا به ملاحظه این که ابن ادریس ادعا کرده است که (خلافی بین مسلمین نیست در عدم وجوب چه جای طایفه ما) و اصل برائت هم مقتضی آن است.

و واجب است وصیت کردن به ادای دین. و ظاهر این است که در این خلافی نباشد. و اخبار هم بر آن دلالت دارد عموما و خصوصا. و گفته اند که هر گاه نشناسد آن

صاحب طلب را اجتهاد کند و سعی کند در طلب او و تفحص کند از او در هر جائی که

احتمال باشد که در آنجا باشد، به حدی که اگر مبیود پیدا مشد. و ظاهرا خلافی در این هم نباشد. و صحیححه معاویه بن وهب دلالت بر آن دارد (عن ابی عبد الله (ع) فی

رجل کان له علی رجل حق، فقد ولا یدری احی هو ام میت، ولا یعرف له وارث ولا نسب و

لا بلد. (۳) قال: اطلبه. قال: ان ذلك قد طال، فاصدق به؟ قال: اطلبه (۴). و روایت خطاب

اعور (۴) و روایت حفص اعور (۵) نیز دلالت بر وجوب طلب و وجوب وصیت دارند.

---

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۵ ح ۵.

۲: عبارت نسخه: و اگر داین بود قول به وجوب مشکل بود. - و اصل عبارت مسالك چنین است: و اما العزل

عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف انه لاخلاف فيه و الا لامكن تطرق القول بعدم

الوجوب لا صالة البرائة وعدم النص.

۳: وسائل: ج ۱۷ کتاب الارث، باب ميراث المفقود ح ۲ - توضيح: حديث دیگری از وی با تفاوتی در سند وارد

شده (ابواب الدين باب ۲۲ ح ۰۲).

۴: وسائل: ج ۱۷ باب ميراث المفقود ح ۱.

۵: همان مرجع: ح ۱۰ - توضيح: از حفص نیز حديث دیگری وارده شده (ج ۱۳، ابواب الدين، باب ۲۲ ح ۳)

با تفاوتی در سند که در سطرهای بعدی خواهد آمد. حديث اول از فقيه و دوم از تهذيب است.

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



قول یعنی (دادن به حاکم در حال عدم معرفت به مالک) را به ابن ادریس داده‌اند.

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

و ممکن است توجیه کلام ابن ادریس به این که کلام شیخ در صورت عدم ظفر به وارث است و آن اعم است از جزم به عدم وارث. پس بحث ابن ادریس بر عموم کلام شیخ است.

و لکن این خلاف ظاهر کلام شیخ است.

و به هر حال مذهب شیخ در (دین مجهول المالک) وجوب صدقه است. و مذهب ابن ادریس در اول کلام ظاهر در منع تصدق است و لزوم رد به حاکم، چنان که جماعت

متاخرین نیز چنین فهمیده‌اند. و از فخر المحققین نیز ظاهر مشهود متابعت ابن ادریس، و این که وجه دادن به حاکم این است که آن شخص غایب است و ولی غایب حاکم است. و دلیل قول شیخ تتبع نظایر این مسأله است از مسایل مجهول المالک، و اخباری که در

تصدق قیمت طلا و نقره (۱) که از خاک دکان زرگران حاصل مشهود و ظاهراً خلافی نیست

در این که با عدم علم به صاحب، تصدق مشهود به فقرا و امثال آن.

و خصوص روایتی که ابن بابویه نقل کرده بعد از آن که روایت معاویه بن وهب سابقه

را ذکر کرده است گفته است (وقد روی فی خبر آخر ان لم تجد له وارثا وعرف الله عزوجل

منك الجهد فتصدق بها). (۲) ودلالت میکند بر آن روایت حفص اعور چنان که در تهذیب

است، (۳) و روایت نصر بن حبيب صاحب الخان، (۴) و ضعف سند آنها (با عمل جماعة) شاید

مضر نباشد. و از اینجا ظاهر شد که قول مقداد و شهید ثانی به این که نصی در مسأله نیست، خوب نیست. و شهید (ره) در دروس در اول کلام حکم به تصدق کرده و در آخر

گفته است که حق (تخیر) است میان دادن به حاکم و میان باقی گذاشتن در نزد خود و

میان تصدق با ضمان.

و شهید ثانی در شرح لمعه نیز به این قول قائل شده و لکن قید ضمان نکرده. و مقداد در تنقیح گفته است که اولی نگاه داشتن آن است تا ظاهر شود خبر او یا خبر

- ١: وسایل: ابواب الصرف، باب ١٦.
- ٢: فقيه ج ٤ ص ٢٤١ ح ٥ - وسایل: ج ١٧ باب ميراث المفقود ح ١١.
- ٣: وسایل: ج ١٣، ابواب الدين، باب ٢٢ ح ٣.
- ٤: وسایل: ج ١٧، ابواب الارث، باب ميراث المفقود ح ٣.

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

پس باقی ماند کلام در ترجیح اقوال ثلاثه:

اما دلیل شیخ (و ظاهر این است که قول مشهور اصحاب [همین است]).: روایاتی است که پیش مذکور شد و صحیحه یونس که در کافی روایت کرده است از حضرت

کاظم (ع) پرسید که با جمعی رفیق شدیم از مکه تا کوفه، و متاعی از ایشان بدون علم با ما باقی ماند و ایشان رفتند. و نمشناسم نه ایشان را و نه بلد ایشان را (؟). آن حضرت

-----  
۱: در نسخه: در تعیین آن است.

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

فرمود که: به فروش و قیمت آن را بده به شیعیان. (۱) و نزدیک به این نیز شیخ روایت کرده است به سند صحیح از امام رضا (ع) (۲). و ظاهر شهرت و اطلاق کلام اصحاب در مال مجهول المالک، و تتبع نظایر، مرجح این قول است.

و اما مثل صحیحه معاویه به وهب که سؤال از تصدق کرد و امام فرمود که (طلب کن). پس آن منافات با لزوم تصدق ندارد. زیرا که امر به طلب کاشف از این است که هنوز یاس حاصل نشده و الا طلب عبث [خواهد] بود. و سخن در ما بعد یاس است. و همچنین صحیحه زراره از حضرت باقر - (ع) (قال: سئله عن الرجل یكون علیه الدین لایقدر علی صاحبه ولا علی ولی له، ولا یدری بای ارض هو. قال: لا جناح علیه بعد ان یعلم الله منه ان نیته الاداء). (۳) ظاهر این است که مراد ما قبل حال یاس است. و منافات با تصدق بعد یاس ندارد. و هم چنین روایات دیگر که امر به طلب شده است. و اما دلیل ابن ادریس: پس اندراج ما نحن فیه است در حکم مال غایب که ولی او امام است. و تو مدانی که اندراج مطلق اقسام ما نحن فیه (حتی مثل جائی که صاحب طلب مرده باشد و ندانیم وارث دارد یا نه) در تحت حکم مال غایب خفائی دارد. و بر فرض ظهور آن، این ادله اظهر و اقوی و ارجحند.

و اما دلیل باقی گذاشتن در نزد خود: پس شاید همان امانت بودن و لزوم محافظت امانت است. و مثل روایت هیشم بن ابی روح صاحب الخان (قال: کتبت الی عبد ساحل (ع): انی اتقبل الفنادق فینزل عندی الرجل فیموت فجأة ولا اعرفه ولا اعرف بلاده ولا ورثته، فیبقی المال عندی. کیف اصنع به؟ ولمن ذلک المال؟. قال: اترکه علی حاله). (۴) شاید مراد این باشد که بگذار به حال خود و طلب کن تا یاس حاصل شود. و این نفی تصدق نمکند بعد یاس. و هم چنین ظاهر این است که مراد از قول امام (ع) در

- 
- ١: كافي: فروع، ج ٥ ص ١٨٣  
٢: وسائل: ج ١٧، ابواب اللقطه، باب ٧ ح ٢. - تهذيب ج ٦ ص ٣٩٥ ح ٢٩.  
٣: وسائل: ج ١٣، ابواب الدين، باب ٢٢ ح ١.  
٤: وسائل: ج ١٧ باب ميراث المفقود ح ٤.

روایت خطاب اعور که فرموده است (اطلب واجهد فان قدرت عليه و الا فهو كسبيل مالك حتى يجيئى له طالب) (۱) [نیز همین باشد] و هم چنین روایت حفص اعور (۲)

والحاصل این احادیث (علاوه بر ضعف سند) دلالت آنها واضح نیست، و تأویل آنها واضح

است. بلکه احتیاج به تأویل ندارد و ظاهر آنها همان است که گفتیم. و بدان که کلام در مال غایب منقطع الخبر، در آن چهار قول ذکر کرده‌اند که یکی تفحص چهار سال است، مثل حکم زوجه او. و یکی صبرتا انقضای عمر طبیعی. و دو

قول دیگر هم هست. و اخباری که وارد شده، در آنجا مفروض (بیان حکم میراث است با

وجود وارث و اراده معرفت وقت انتقال مال به وارث). و در ما نحن فیه و سایر افراد مجهول المالك بیان حال نفس مال مجهول المالك است. و گاه است مطلقا وارثی در میان نیست.

و اما فرق ما بین مال مجهول المالك (عینی) و (دینی) و فرق گذاشتن ما بین آنها، پس بسیار مشکل است. بلکه ظاهر آن است که حکم همه یکی است. و این اقوال

که در اینجا ذکر شد باید در جاهای دیگر هم باشد و حال آن که چنین نیست. بلکه در

(تراب صیاغه) دعوی اجماع کرده‌اند بر تصدیق بر فقرا. و علی ای تقدیر اظهر در ما نحن فیه لزوم تصدق است، هر چند رجوع به حاکم از تصدق هم افضل باشد. پس باید

اصل در مال غایب را این قرارداد که به صاحبش برسد با امکان، و باید تفحص کرد از

صاحب آن. و در هر جائی که دستوری از شارع رسیده به آن نهج عمل کرد. چنان که در

(لقطه) حدی قرار داده. و در (ارض خراب) حکمی. و در آنچه (تراب صیاغت) است

حکمی. و در (مال ربا که صاحب آن نباشد) حکمی. و در (مال حلال مخلوط به حرام)

حکمی. و در (مال غصبی که به ودیعه در نزد کسی باشد و صاحب آن را نداند) حکمی



- و مشهور در آن نیز تصدق است با ضمان - و در (مانحن فیه) حکمی.  
و آنچه غیر موارد خاصه است حکم آن این است که بعد حصول یاس از صاحب آن،

-----  
۱: وسائل: کتاب الارث، باب میراث المفقود، ح ۱.  
۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۳. توضیح: با حدیث دیگر حفص که قبلا بیان گردید اشتباه نشود.

تصدق کند بر فقراء.

و بدان که: در ما نحن فيه خلاف است در این که آیا در صورت تصدق، ضمان ثابت است؟ به این معنی که اگر مالک پیدا شود و راضی نباشد به ثواب صدقه و طلب غرامت مال خود کند، میتواند یا نه؟ -؟. ظاهر مذهب شیخ و اتباع او عدم ضمان است. چنان که علامه در مختلف اولاً نقل قول به تصدق را علی الاطلاق از شیخ وابن براج کرده و بعد از آن نقل قول ابن ادریس را کرده، و بعد از آن معتمد خود را ذکر کرده، و فرق آن با قول شیخ در همان ضمان است. پس ظاهر میشود که شیخ و اتباع او قایل به ضمان نبوده‌اند.

و شهید ثانی هم در شرح لمعه ضمان را ذکر نکرده و در مسالك اختیار ضمان کرده هر گاه خود صدقه کند. و گفته است که (هر گاه به حاکم بدهد دیگر بر او ضمانی نیست هر چند تلف شود در دست حاکم بدون تفریط و مالک هم راضی نباشد. و اما هر گاه بنا بر این باشد که مال را جدا کند و در نزد خود نگاه دارد یا در دست وارث او باشد، پس حکم آن هم حکم حاکم باشد. چون اذن شارع در جدا کردن مال، آن مال [را] از باب امانت میکند در دست او. پس ضمانی در آن نیست بدون تفریط). بعد از آن احتمال ضمان داده در این صورت. به جهت آن که این امانت شرعیه است نه امانت مالکیه. و گاه هست که در امانت شرعیه ضمان به هم میرسد.

و اظهر در نظر حقیر عدم ضمان است نیز. به جهت این که این شخص محسن است و (و ما علی المحسنين من سبيل) و در ضمان او بدون تفریط ضرر و حرج است با رخصت شارع بالخصوص. و ظاهر این است که اذن شارع در اینجا بر سبیل استمرار محافظت این را از قاعده

امانت شرعیه بیرون میکند. چون ظاهر این است که شارع از باب ولایت مال غایب این اذن را داده. و از امثله امانات شرعیه این است که جامعه را باد از خانه غیر بیاورد به خانه او. و این که حسبتا مال مغضوب را از ید غاصب انتزاع کند. و این که صندوقی از غیر عاریه کند و در آن متاعی بیابد. و این که مال امانتی یا غیر این را ببیند در دست طفلی یا دیوانه [ای] و به جهت خوف تلف از او بگیرد که در این صورت اذن شرعی هست در گرفتن مال، واذن مالك

در هیچ کدام نیست.

و در مسالك گفته است که: از جمله احکام امانات شریعه این است که همین که به دست او آمد واجب است که فوراً آن را به صاحب آن یا نایب یا ولی او برساند، و اگر ممکن نشود به حاکم بدهد. و اگر نه ضامن میشود به تلف آن هر چند تفریط نکرده باشد. و در امانات شرعیه هر گاه منازعه شود در رد به صاحب، قول صاحب مال را مقدم مدارند با یمین.

بخلاف امانات مالکیه که قول امین را مقدم مدارند. بلی در اینجا میتوان گفت که چون ثواب صدقه از برای او خواهد بود پس ضرری بر او لازم نیست، و این ضمان شرعاً و عقلاً قبحی ندارد. چنان که نظیر آن در روایات هم مذکور است. مثل اخبار لقطه که در آنها مذکور است تخیر مالک ما بین ثواب و غرامت. که اگر مال را خواهد ثواب صدقه از ملتقط باشد.

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

جواب: بلی زوجه ثمن هشتاد تومان را مطلبد نه شصت تومان را. چون دین متعلق به جمیع مال است نه منقولات تنها. پس دین توزیع میشود بر مجموع اراضی و غیر اراضی و به هر يك بیست تومان میرسد. و وارث مخیرند در ادای دین که دین را از هر جا خواهند بدهند، هر چند از غیر میراث باشد. و همچنین است کلام در وصیت و اعتبار ثلث، که ملاحظه ثلث از مجموع مال میشود، و بعد از آن میراث قسمت میشود، و به زوجه و غیر او

هر يك آنچه حق او است مدهند. بلکه هر گاه وصیت کند به عین بخصوص از منقولات باید  
ملاحظه اراضی کرد در این که زاید بر ثلث نباشد. پس هر چند زاید بر ثلث منقولات  
باشد  
و لکن با ضمیمه اراضی زیاد نباشد، زوجہ نمیتواند منع کند از راه آن که زاید بر  
ثلث است  
نسبت به منقولات که میراث او متعلق به آنها است.  
و هم چنین هر گاه عین معینی از اراضی را وصیت کند و آن زاید بر ثلث اراضی  
باشد غیر

-----  
۱: در نسخه: رغبات.

زوجه از وراثت نمیتوانند منع کرد. (۱)

۸: سوال: هر گاه زید صد توپ کرباس در نزد عمر و به امانت گذاشته باشد، بعد از آن بگوید

کرباس‌های مرا خود به مصرف برسان و بعد کرباس را عوض به من بده. در آن وقت قیمت

کرباس هر توپی يك ريال سفید بوده. و عمرو کرباس‌ها را بالتامام به مصرف رسانید. بعد

چند وقت کرباس ترقی کرد و توپی به نهصد دینار رسید. زید آمد و از عمرو مطالبه کرباس‌ها را کرد و گفت (اگر کرباس نداری هر کرباسی را دو فروش بعد از چند وقت دیگر

بده) و عمرو چون کرباس نداشته قبول قیمت کرد. و بعد از چند وقت پول کرباس را از قرار

یکی دو فروش داد. آیا در این صورت که عمرو را کرباس موجود نبوده و قبول قیمت کرده، این

قیمت بر او لازم بوده؟ یا این که این معامله فاسد بوده است؟.

جواب: این مسأله محتاج است به تمهید چند مقدمه:

جواب: این مسأله محتاج است به تمهید چند مقدمه:

اول آنکه: ظاهر این است که سخن اول زید که (کرباس‌ها را به مصرف برسان و در عوض

کرباس بده) این از باب قرض است و کرباس را به قرض دادن صحیح است. و هر چند در

قرض ایجاب و قبول شرط است لکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن کافی است. و هر چند در

قرض ایجاب و قبول شرط است لکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن کافی است. و همین که

گفت که (به مصرف برسان و عوض بده) این ایجاب است. و همین که او بگوید (خوب است)

این قبول است. و هر گاه بگوید (اقرضتك) به لفظ عربی، و او بگوید (قبلت) کافی است،

دیگر ضرور نیست که به آن ضم کند که عوض را بده. و هم چنین هر گاه به فارسی بگوید

(اینها را به تو قرض دادم) و او هم قبول کند. و اما هر گاه بگوید (به مصرف برسان) یا (اینها

مال تو باشد) و امثال آن، به لفظ عربی و فارسی، باید ضم کند به او این که (عوض را بده).  
و اما هرگاه صیغه از طرفین جاری نشود و همان دادن و گرفتن باشد که آن را معاطات مگویند پس آن قرض حقیقی نیست. هر چند حلال است و منشاء جواز تصرف هست، بلکه  
منشأ حصول ملك هم هست، و الا جایز نبودی جماع کردن [با] کنیزی که به این وجه منتقل شود. [زیرا] حلیت فرج منحصر است در امور معهوده، و این از باب تحلیل نیست.

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

و هم چنین است کلام هر گاه از طرف ایجاب، [ایجاب] لفظی باشد، و از طرف قبول، همان تصرف فعلی باشد. چنان که از صورت سوال ظاهر میشود. و شهید در دروس در جانب قبول اکتفا به قبض کرده. و شهید ثانی گفته است که (اگر مجرد حصول اذن و اباحه را میخواهد خوب است. و اگر مراد او حصول تملك است که مترتب بر قرض میشود، پس در آن تأمل است). و گویا مراد شهید ثانی حصول تملك به صیغه قرض باشد و اگر مراد او منع مطلق حصول ملك باشد پس آن مشکل است. و به هر حال بعد از تصرف عمرو و تلف کردن کرباس‌ها ظاهر این است که تملك ثابت و لازم است.

دوم: بدان که: آن مالی که به قرض داده میشود [یا] (مثلی) است یعنی از باب گندم و جو و روغن [است] که قیمت اجزاء آن مساوی است و در صفات متقارب است بنا بر مشهور یا (قیمی) است که از این قبیل نیست، مثل حیوان و جامه و امثال آن. پس اما مثلی پس قرض دادن آن موجب اشتغال ذمه مقرض میشود به مثل آن، که باید مثل آن را رد کند. و جمعی از علما دعوی اجماع کرده‌اند بر این، که از جمله ایشان است صاحب مسالك، بلکه بعضی گفته‌اند که اگر عین همان را هم رد کند واجب است قبول آن. و هر گاه عوض دادن مثل، متعذر باشد و مقرض صبر نمکند منتقل میشود حق او به قیمت. و آیا معتبر قیمت روز مطالبه است؟ یا روز تعذر مثل؟ یا روز قرض دادن؟ در آن سه قول است. اظهر آنها قول اول است، به جهت آن که مقرض مستحق مثل آن است [در] روز مطالبه.

و در این وقت چون متعذر است مثل، رجوع به قیمت میشود. و دلیل قول دوم این است که وقت تعذر وقت انتقال به بدل است که قیمت باشد. و بر این وارد است که مجرد تعذر منشأ



انتقال نمیشود. بلکه مستصحب است حکم تا صاحب مال مطالبه کند. و دلیل قول  
سوم این  
است که چون حق تعالی عالم است به این که در وقت مطالبه واداء، این شخص  
متعذر خواهد  
شد از اداء، پس در همان حین قرض کردن مشغول ذمه قیمت آن وقت خواهد بود. و  
این نیز  
مدفوع است به این که منافاتی نیست ما بین وجوب مثل در حین عقد - چون دعوی  
اجماع  
شده است بر این که در مثلی اصل اشتغال ذمه به مثل است و ظاهراً خلافی در آن  
نیست پس  
مخالفت این قاعده راهی ندارد - [و] ما بین انتقال به قیمت در نزد مطالبه به جهت  
تعذر.

و اما قیمی: پس مشهور این است که قرض موجب اشتغال ذمه است به قیمت آن. نه مثل آن. به جهت این که صفات مختلف مشود و ضبط آن مشکل است. پس رجوع به

قیمت اعدل است و از غرر و جهالت ابعد است. و محقق در شرایع گفته است که (اگر

بگوئیم در اینجا هم مثل ثابت باشد در ذمه، خوب خواهد بود). و چنین ظاهر مشود از این کلام و از شهید ثانی ره - که قایل به این قول معلوم نبوده است. (۱) و قول دیگر در مسأله هست به (تفصیل) که اگر از بابت اموری است که به وصف ضبط متوان کرد و مورد عقد سلف متواند شد (مثل کرباس و گوسفند و امثال آنها) مشغول ذمه مثل است. و اگر چنین باشد (مثل جواهر و کان [ی] ها و امثال آن) مشغول ذمه قیمت خواهد بود. و گمان حقیر این است که مراد محقق هم چنین جائی

باشد. و بنابر این قول، پس هر گاه کسی جاریه [ای] قرض کرده باشد و خواهد جاریه

[ای] در عوض بدهد که در همه اوصاف متفق باشند، مقرض نمیتواند رد کند. و اظهر قول مشهور است، چون دلیل خاصی از اجماع و سنت در این نیست. و بعضی احادیث نبویه که استدلال کرده اند به آنها دلالت واضحه ندارند. و هر گاه عرف ظاهری نباشد رجوع به لغت مشود. و جوهری در صحاح مگوید (القرض ما تعطیه من المال لتقضاه) یعنی قرض آن چیزی است که مدهی از مال از برای این که باز آن را به تو بدهند. و چون غالب این است که آن عین رد نمیشود بلکه

آن را مگیرند که به مصرف برسانند پس مراد اقرب مجازات آن خواهد بود. و اقرب مجازات آن، آن چیزی است که مساوی آن باشد در نظر اهل عرف و عادت. بلکه مگوئیم چنان که در قیمیات دقت در تفاوت اوصاف مشود در مثلیات نیز دقت مشود و گندمها و روغن ها گاه هست که با لذات تفاوت بسیار دارند، قطع نظر از عیوب حادثه. و اگر اجماع نبود در مثلی، در آن هم اشکال مکردیم. پس معیار مساوات عرفیه است در گنجایش، و معیار آن همان قیمت سوقیه خواهد

---

۱: یعنی شهید ثانی نیز در شرح این جمله محقق به قایل دیگری اشاره نکرده است. پس محقق در این انتخاب

ترجیحی، منفرد است. رجوع کنید به: شهید ثانی، مسالك الافهام: ج ۱ ص ۱۷۵ چاپ دارالهدی.

بود. پس فرض مساوات دو گوسفند یا دو کنیز با هم در همه چیز چون از فروض نادره

است، آن معیار نمیتوان کرد. و ظاهر این است که معیار در قیمت، طلا و نقره باشد.

چون غالب این است که معامله به آنها میشود مگر این که در آن بلد متعارف باشد که در

قیمت اجناس به غیر غله یا پنبه چیز دیگر نمیدهند. پس معیار عرف و عادت است نه خواهش مقرض و نه مقترض. و هم چنین در تعیین اعیان و اشخاص (مثل این فروش یا آن فروش، و این اشرفی یا آن اشرفی) که هر گاه در عرف و عادت فرقی نمگذارند، مقرض الزام نمیتواند کرد که این را میخواهم نه غیر.

و اما دلیل رجوع به مثل در قیمی (۱): پس همان اقریبت مجاز است. و آن محل اشکال است. چنان که گفتیم. و دلیل دیگر روایتی است که عامله روایت کرده‌اند که رسول

خدا (ص) کاسه زنی را گرفت و در عوض کاسه [ای] که از زن دیگر شکسته بود داد (۲). و در

روایت دیگر حکم کرد به ضمان عایشه در وقتی که کاسه حفصه را شکسته بود و طعام

او را ریخته بود که مثل او را رد کند. (۳) و این دو حدیث با وجودی که ضعیف‌اند در

خصوص قرض نیست بلکه [در] مطلق ضمان است، و معارض است با روایتی که از آن

جناب وارد شده که حکم به ضمان قیمت فرمود در کسی که جزء غلام مشترك را آزاد

کرده [بود] که آن را رد کند به شريك خود که آزاد شود (۴). [علاوه بر این محتوای این دو

حدیث] حکایت فعلی است و در آن عمومی نیست. شاید این معنی را بوجه تراضی به

عمل آورده باشد.

و از اینجا ظاهر میشود ضعف دلیل تفصیل چنان که در تذکره قایل به آن شده و استدلال کرده است به آن حدیثی که رسول خدا (ص) شتر بچه [ای] قرض کرد و (بازل) ی رد کرد. (۵) و بازل نه ساله است یا هشت ساله، و قیمت آن بیشتر است از شتر

-----  
۱: یاد آوری: یعنی دلیل رجوع به مثل مطلقا اعم از آن که جنس مورد قرض قابل ضبط صفات در سلف باشد یا نه.

این قول با قول به تفصیل که در بالا گذشت اشتباه نشود.

۲ و ۳: سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

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

(۵) سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

بچه. و این نیز بعد تسلیم سند دلالت بر وجوب هم ندارد. و حکایت فعل است و عمومی ندارد.

هر گاه این را دانستی پس مگوئیم: بر فرض رجوع به قیمت (خواه مطلقا و خواه به تفصیل مذکور) آیا معتبر قیمت روز قرض است؟ یا روز قبض و تسلیم؟ یا روز تصرف؟.

و دلیل این دو قول آخر این است که در قرض، ملك حاصل نمیشود از برای مقترض به

مجرد صیغه. بلکه به قبض حاصل میشود بنابر قولی و به تصرف، بنابر قولی دیگر. پس

چون ملك در آن وقت حاصل میشود قیمت هم در آن روز در ذمه مستقر میشود. و اما دلیل قول اول: پس آن را فخر المحققین نیز تعلیل به همین کرده. که آن، وقت ثبوت بر ذمه است.

با وجود آن که رای ایشان اشتراط قبض است در ملك، و شاید مسامحه شده باشد. و مراد

ایشان نیز بعد قبض باشد. چون غالب این است که تحقق قرض و قبول آن به قبض حاصل میشود. چنان که در مسالك اشاره به آن کرده. و اما قیمت روز: پس معلوم نیست

که احدی به آن قائل باشد. مگر بنا بر قولی که محقق آن را نقل کرده بود که قیمی هم

مثل مثلی است. و در صورت تعذر مثل در مثلی رجوع به قیمت یوم مطالبه میشود بنابر

اصح اقوال. بلکه در مسالك دعوی اجماع ظاهر میشود بر این که رجوع به قیمت روز

مطالبه، نمیشود مگر بنا بر این قول در صورت مزبور.

سوم: خلاف کرده‌اند در قرض که آیا ملك از برای مقترض به مجرد قبض حاصل میشود؟ یا بعد تصرف؟. مشهور این است که به مجرد قبض، ملك مقترض میشود. بلکه

در مسالك گفته است که نزدیک نیست که خلافی در آن ظاهر شود. و گفته است که

قول دیگر را شهید در بعضی حواشی خود نسبت به شیخ داده. و شهید در دروس گفته

است که این قایل، تصرف را (کاشف) مداند از ملك سابق. و دلیل واضحی از برای

این قول نیست به غیر اصل بقای ملك، و اصل معارض دلیل نمیشود، چنان که بیان  
مکنیم. و این قول بنابر این که مطلق تصرف را کافی دانیم در حصول ملك - چنان  
که از  
شهود ظاهر میشود - خالی از وجه نیست در صورتی که تصرف از جمله امور ناقله  
ملك

نباشد.

و اما هر گاه تصرف از بابت بیع و امثال آن باشد، پس باید قائل شویم که آن مفید ملك است قبل از تصرف به لمحّه كمی، چنان که در عبدی که آزاد کند او را مالك به امر

دیگری. و الا پس حصول ملك معنی ندارد چون آن تصرف، نفس اخراج آن ملك است.

و به هر حال مختار قول مشهور است. ودلالت میکند بر آن طایفه [ای] از اخبار، از جمله آنها حسنه عبد الله بن سنان است که در مسأله (زکات قرض) مذکور است که مال قرض بعینه باقی بماند تا سال بر او بگذرد زکات آن بر مقترض است (۱). به جهت

آن که مال او است.

ودلالت میکند بر این نیز آن که هر گاه حصول ملك مشروط به تصرف باشد، دور لازم میآید. به جهت آن که جواز تصرف موقوف است بر ملك و هر گاه حصول ملك

موقوف باشد بر تصرف، لازم میآید تقدم شیء بر نفس. و این محال است. و بعضی بر

این ذکر کرده اند که جواز تصرف موقوف است بر رضای مالك واذن او، ومفروض حصول آن است. پس دوری نیست. و بر این وارد است که مراد مستدل مطلق تصرفات

است حتی جماع کردن با کنیز - که ظاهر خلافی ندارد در جواز آن به مجرد قبض - و

اگر ملك حاصل نبود به سبب قبض، وجهی باقی نبود از برای جواز. به جهت آن که مفروض این است که صیغه (تحلیل) در میان نیست، و کنیز حلال نمیشود مگر به (ملك یمین یا تحلیل).

و هم چنین: بیع این مال جایز است به اتفاق. و بیع صحیح نیست الا از برای مالك یا وکیل و یا ولی او و یا به عنوان فضولی به شرط لحوق اجازه. ومفروض این است که

هیچ يك در اینجا نیست. با وجود این که میتوانیم گفت که اذنی که از مقرض حاصل

---

۱: راجع به زکات دین دو روایت از عبد الله بن سنان - وسایل: ابواب الزکاة، باب ۵ ح ۶ و باب ۶ ح ۲ - وارد شده

لیکن محتوای آنها با آنچه در متن بالا آمده مطابق نیست بل تنها بر این که (در دین زکات نیست) کفایت

شده است. البته این دو حدیث، حدیث واحد هستند. به نظر مرسد حدیثی که مورد نظر میرزا (ره) است حدیث زراره است: ابواب الزکاة، باب ۷ ح ۱.



است این نیست الا بر این وجه که عین، ملك مقترض بشود و عوض در ذمه او ثابت باشد. نه مطلق اذن. و ثمرات خلافی که در اینجا ذکر کرده‌اند یکی این است هر گاه ملك به مجرد قبض حاصل نشود مقرض متواند رجوع کند به عین، مادامی که باقی است. و واجب است بر مقترض دادن هر گاه مطالبه کند. و یکی دیگر این که نمائی که از

آن عین حاصل میشود قبل از تصرف، از مال مقرض است - بنابر این که تصرف ناقل ملك

باشد حقیقتا یا ضمنا یعنی يك لمحہ قبل از تصرف، ملك حاصل شود، چنان که هر گاه

کسی به دیگری بگوید که غلامت را از جانب من آزاد کن،. که این متضمن این است که

او را ملك من کن و آزاد کن. که آزاد کردن دلالت دارد بر حصول ملك از برای مالك

قبل از عتق ضمنا - و از مال مقترض است، بنا بر مشهور. و محتمل الوجهین است، بنابر

قول به کشف از ملك سابق، که تصرف کاشف است از حصول ملك از حین قبض، نه

مجرد آن لحمه یسیره که پیش گفتیم.

و یکی دیگر در مثل این که آن عین عبدی باشد و منتقل شود به کسی که به سبب انتقال به او آزاد میشود، مثل پدر نسبت به فرزند. پس بنا بر مشهور قبل از تصرف آزاد

میشود. بخلاف قول دیگر. و یکی دیگر در دخول به کنیز [است] هر گاه صیغه تحلیلی در میان نباشد. و در مسالك احتمال جواز داده بر هر دو قول، مثل معاطات در

بیع. و این بنابر این است که معاطات در بیع افاده ملك نکند و محض اباحه باشد. و آن

خلاف تحقیق است، به جهت همین که اگر افاده ملك نکند لازم مآید جواز وطی امه

از غیر جهت ملك و تحلیل. چنان که پیش اعاده کردیم.

چهارم: پیش دانستی که بنا بر قول به عدم حصول ملك الا به تصرف، جایز است رجوع

به عین. و اما بنا بر قول به حصول ملك به مجرد قبض پس آیا جایز است رجوع به عین یا

نه؟ -؟. مشهور عدم جواز رجوع است، بلکه از بعضی عبارات اشعار به اجماع نقل شده، و به هر حال مسأله خلافی است. چنان که در مسالك نقل قول به جواز از شیخ کرده و استدلال بر آن را، به این که عقدی است که جایز است رجوع در آن مثل هبه در بسیاری از مواضع. و آن مردود است به این که هبه به دلیل خارج، بیرون رفته. و الا مگوئیم که

قرض اقتضا نمسکند بعد حصول تمليك از برای مقترض الا وجوب رد عوض را. و آن مختار است که هر چه را خواهد بدهد.

بلی: در این مقام اشکالی هست که اتفاق کرده‌اند بر این که قرض از عقود جایزه است، پس چگونه جمع میشود باقول به عدم وجوب ردعین در حین مطالبه؟! بر این وارد است اولاً که نباید مراد از اجماع اتفاق بر معنی مذکور باشد. و [این] چگونه اجماعی است که جل اصحاب - بلکه نزدیک است که کل باشد - قایل شده‌اند به عدم

وجوب رد؟! وشهید ثانی (ره) توجیه کرده است این دعوی اجماع را به این که (مراد این

است که هر وقت خواهد متواند مطالبه عوض را کرد، هر چند موافق جوازی که در سایر

عقود گفته‌اند نیست. زیرا که عدم لزوم در آنها به این معنی است که هر يك رجوع به

عین المال خود متواند کرد، و مشاحت در اصطلاح نیست). و این مشکل است، به جهت این که همین معنی اصل عقد است و امری نیست که از عوارض باشد. و جواز و لزوم

از عوارض است.

و از کلام شهید (ره) در دروس ظاهر میشود این که جایز است رجوع در مجلس. و عبارت او این است (وهو عقد جایز من الطرفين. فکل منهما الرجوع فی الجميع و البعض فی المجلس وغیره) پس مراد این باشد که قبل از حصول انتفاع مقصود به آن، متوان بر هم زد. و هم چنین قبل از انقضاء زمان تمکن از انتفاع. و در آخر مبحث قرض

گفته است (لایجب علی المقرض امهال المقرض الی انقضاء وطره وان کان قضیه العرف

ذلك) که حاصل مطلب این باشد که هر چند مقتضای عرف و عادت در این صیغه این

است که این مال قرض داده به آن قدر در نزد او باشد که ممکن باشد رفع حاجت، لکن

بر سیل جواز است، و جواز آن عبارت است از جواز تخلف از مقتضای آن. هر چند لزوم

از حیثیت عدم جواز رجوع به عین بر حال خود باقی است.

و بدان که: چنان که در قرض این دو معنی ملاحظه میشود که از حیثیتی افاده لزوم میکند و از حیثیتی جواز. باز دو معنی دیگر متوان ملاحظه کرد که چنین باشد. و

آن  
این است که قرض از جانب مقرض لازم است، به این معنی که رجوع به عین  
نمیتواند

کرد. و از جانب مقترض جایز است، یعنی میتواند عین را رد کند، چنان که علامه در

تحریر تصریح کرده و گفته است (القرض هو عقد لازم من جهة المقرض و جایز من جهة

المقترض. علی معنی ان للمقترض رد العین او المثل. ولو طلب المقرض العین لم یجبر المقرض علی دفعها وقول الشیخ بالخلاف ضعیف). و بعد از آن اشکال کرده است در مثلی که اگر مقترض رد همان عین را بکند آیا واجب است قبول یا نه؟ -؟ و بنابر آنچه

پیش گفتیم، اظهر عدم وجوب قبول است، چون مشغول ذمه قیمت است. بلکه میتوانیم گفت که در مثلی هم که قایل شده است به جواز در جانب مقترض، نه به معنی این است که فسخ قرض کرده باشد، بلکه به این

معنی است که همان رد عین را میکند از باب وفای به عوض. پس آن عین را در عوض

مثل مدهد که در ذمه او است. همچنانکه هر گاه کسی به بیع خیار ملکی را بفروشد و

شرط کند که هر گاه بعد از انقضای مدت خیار رد مثل ثمن کند مسلط باشد بر فسخ

بیع. و مفروض این است که بایع وجهی از مشتری گرفت به دیگری داد در عوض طلب. و ثانیاً متاعی به آن شخص فروخت. و آن شخص همان وجه را بعینه در عوض داد،

و او آورد و در انقضای مدت خیار مشتری داد. صادق است که رد مثل ثمن کرده، و حال

آن که بعینه همان عین ثمن مشتری است. و این منافاتی بالزوم از جانب مقترض هم ندارد.

پنجم: از آنچه در مقدمه چهارم گفتیم ظاهر شد که عقد قرض از حیثیتی جایز است، و از حیثیتی لازم. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن عقد قرض بشود از حیثیت

لزوم، لازم خواهد بود، چنان که مقتضای عقود لازمه است و مؤید آن است عموماً

(اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم). و از جمله شروط جایزه است این که در قرض غیر قیمی شرط کند عوض دادن مثل آن را در صفات. و صورت سوال از این

قبیل است که شرط کرده است که در عوض باز کرباس بدهد. و ظاهراً اشکالی در جواز شرط کردن امور مشروعه در ضمن قرض نباشد. و در تحریر تصریح کرده است که (اگر در قرض شرط کند که اجاره بدهد خانه‌اش

را به او، یا بفروشد به او چیزی را، یا قرض بدهد به او يك بار دیگر جایز است، اما اگر

شرط کند که اجاره بدهد به کمتر از اجرت المثل، یا از او اجاره بگیرد بیشتر از اجرت

المثل، یا هدیه بفرستد، یا کاری برای او بکند، جایز نیست). و متعرض بیان لزوم وعدم

لزوم نشده. بلی در آخر گفته است (ولو شرط ان یقرضه شیئا آخر صح و لم یلزم الوعد).

و وجه منع در این صورت اخیره لزوم رباست. اما اگر بدون شرط باشد یعنی این به کمتر از اجرت المثل یا بیشتر، یا فرستادن هدیه را به عمل آورد بدون شرط باشد یعنی این به

کمتر از اجرت المثل یا بیشتر، یا فرستادن هدیه را به عمل نیاورد مسلط بر فسخ قرض

میشود و مطالبه عین مال را میتواند کرد هر گاه باقی است، پس نمیتواند گفت که شرط لازم نیت چون در ضمن عقد لازم نیست و عین را هم رد نمکنم (۱) چون عین

ملك من شده است به عنوان لزوم و تو مستحق عوض آنی لاغیر.

زیرا که مقتضای قاعده شرط همین است که هر گاه وفا به آن نشود تسلط بر فسخ عقد به هم رسد و استرداد عین شود. هر چند عقد از اصل لازم باشد. و این را (خیار اشتراط) مینامند. و لکن از جمله شروط، شرط تاجیل است. و مشهور میان علما این است که هر گاه شرط کند در قرض اجل را، یعنی قرض بدهد دو درهم را (مثلا) و شرط

کند در ضمن عقد جایز باشد، لازم نیست. پس در اینجا هم لازم نخواهد بود. و این مشکل میشود نظر به آنچه بیان کردیم در معنی لزوم عقد قرض. و بیان کردیم مراد

از جواز را بر قول هر يك از شهیدین.

پس مگوئیم: که مقتضای عقد قرض بعد حصول قبض انتقال عین است به سوی مقرض به عنوان لزوم. و انتقال عوض آن است از برای مقرض در ذمه مقرض.

وشرطی

که در ضمن این عقد لازم شده جزء احد عوضین میشود و [لکن] حق ثابت مشروط [له]

نمیشود. بیش از این نیست که مقرض میتواند مطالبه حق خود را بکند در هر وقت که

-----  
۱: در نسخه: اما عین را هم رد نمیکنم.



خواهد، هر چند قبل از انقضای زمان تمکن از قضای حاجت به آن عین باشد. زیرا که

این منافات ندارد با لزوم اصل معامله هر چند در يك لمحہ باشد. مثلاً هر گاه کسی نذر کند که مصحفی را داخل ملك خود کند، هر گاه مصحفی را به عنوان قرض بگیرد و يك

لمحہ بعد از آن، مقرض مصحف را پس گیرد، نذر به عمل آمده است. یا نذر کند که

عبدی [را] منتقل سازد به خود از برای خدمت مسجد، و قرض کند عبدی را به این جهت و هنوز زمانی که توان خدمت کرد نگذشته مقرض استرداد کند.

پس در این صورتها مصحف و عبد مال او شده به عنوان لزوم، واسترداد عین آنها نمیتوان کرد گو استرداد عوض تواند کرد. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن این عقدها بشود لازم خواهد بود و به سبب استرداد عوض هم از مرتبه لزوم اصل انتقال عین

بیرون نمرود. و مؤید این است عمومات ادله وجوب وفای به عقود و شروط. و غرض ما

از مثالهای نذر این بود که استبعاد نکنی از صحت چنین عقدی که [گمان نکنی] هیچ

ثمره بر آن مترتب نمیشود به

تقریب این که مقصود از قرض کردن منتفع شدن از آن است و آن منتفی است در صورت

استرداد قبل از انقضای زمان تمکن. و وجه رفع استبعاد این است که گاه هست که مجرد

دخول در ملك هر چند يك لمحہ باشد منظور نظر عقلاً باشد. و در مثالهای مزبوره، نذر

به عمل میآید به سبب دخول در ملك. هر چند ثمرات ملك بر آن مترتب نشود.

و بدان که: چنانچه شرط اجل از برای قرض جایز است و به آن سبب لازم میشود، همچنین لازم میشود هر گاه شرط کند اجل قرض را در ضمن عقد لازمی، مثل بیع. چنان که مقتضای قواعد ایشان است. و بعضی گفته‌اند لازم نمیشود بلکه این

شرط در ضمن عقد لازم منقلب میکند لزوم آن عقد را به جواز. به این معنی که مشروط علیه هر گاه اخلال کند به شرط، مشروط له مسلط میشود بر فسخ آن عقدی که

این شرط اجل در آن شده. و این را قاعده کلیه کرده‌اند که (شرط جایز در عقد لازم، مگرداند لازم را جایز) و هم چنین (شرط لازم در عقد لازم). و تو مدانی که این معنی از احکام و لوازم شرط ضمن العقد است و دخلی به لازم و جایز بودن شرط ندارد،

و ما هم به این معنی قایلیم و می گوئیم که هر گاه وفای به شرط اجل به عمل نیاید مشروط له مسلط است بر فسخ قرض. و ثمره آن جواز رجوع به عین است. و این منافات

ندارد بالزوم اصل عقد و عدم جواز رجوع. و یکی دیگر از فواید صحت شرط مزبور و لزوم آن، این است که واجب میشود بر مشروط علیه وفای به آن، و جواز اجبار مشروط له او را بر وفا هر گاه ممانعت کند و هر چند

به اعانت حاکم باشد. پس اگر مراد مشهور، از عدم لزوم این شرط، منع لزوم است از

اصل، سخن ایشان تمام نیست. و اگر مراد ایشان تسلط بر فسخ است نزد انعدام شرط

همچنانکه در صورتی که شرط اجل قرض را در ضمن عقد بیع و امثال آن کرده باشد -

پس ما هم قبول داریم، و لکن سخن در این نیست. به هر حال اقوی لزوم این شرط است.

چنان که در مسالك میل به آن کرده (و هم چنین صاحب کفایه) نظر به عمومات لزوم

وفای به عقود و شروط، و قاعده (شرط در ضمن عقد لازم داخل احد عوضین است). (۱)

و مؤید این است روایت حسین بن سعید (قال سئلته عن رجل اقترض رجلا دراهم الی اجل مسمی، ثم مات المستقرض، ایحل مال القارض عند موت المستقرض منه؟ او للورثة

من الاجل مثل ما للمستقرض فی حیاته؟ فقال: اذا مات فقد حل مال القارض). (۲) و گاه هست که در این مقام تو هم بشود که شرط اجل مخالف مقتضای عقد قرض است، به جهت آن که مقتضای آن عدم اجل است، و این که هر وقت مطالبه کند مسلط باشد

بر اخذ عوض. و شرط مخالف مقتضای عقد، فاسد است. و این تو هم فاسد است. به

جهت آن که مقتضای عقد این است که اجلی از برای او نیست نه این که باید اجلی نباشد.

و (عدم اعتبار تاجیل) در مفهوم غیر از (اعتبار عدم تاجیل) است. و میانه اینها فرق واضح است.

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

ششم: جایز است بیع دین بعد حلول اجل بر همان شخص که از او طلب دارد، و بر غیر او علی الاظهر الاظهر - وابن ادریس منع کرده است در صورتی که بیع به غیر مدیون باشد، و ادعای اجماع کرده، و با وجود شهرت عظیمه و عمومات اعتنائی به

این

[ادعای] اجماع نیست - و هم چنین قبل از حلول، علی الاقرب. به جهت عمومات ادله. و در خصوص سلف چون ظاهرا اجماعی بود

-

چنان که از بعضی ظاهر میشود مثل آخوند ملا احمد (ره) و نقل شده است از ابن زهره

نیز. - قایل بودیم به عدم جواز. در اینجا اجماعی نقل نشده بلکه شهرتی هم نیست بلکه میتوان گفت که قول به جواز اظهر است. و لکن مطالبه نمیتوان کرد الا بعد حلول

اجل. پس اگر دین را بفروشد به عین صحیح است بلا اشکال. و هم چنین به مضمون حال، یعنی به قیمتی در ذمه که حال بدهد. بلکه هر گاه دین سابقی بوده که اجل آن تمام شده، آن هم چنین است، زیرا که الحال اطلاق دین حقیقی بر آن مشکل است. و منع

بیع (دین بدین) بر خلاف اصل و قاعده است. پس شمول عمومات صحت بیع از برای

ما نحن فیه، اقوی است از شمول بیع دین به دین. و به هر حال احوط ترك آن است، لکن

بطلان آن معلوم نیست. و اما در صورتی که به ذمه مسخر بدون سبق اجلی، پس ظاهرا اشکالی نیست، و این داخل بدین به دین و (کالی بکالی) نیست. و اما بیع به مضمون مؤجل پس در آن اشکال و خلاف است. و اظهر در آن نیز جواز است، و صدق

بیع دین به دین بر آن ممنوع است. زیرا که متبادر از (بیع دین بدین صورتی است که در حین عقد صادق باشد که دین است، و این باید قبل از عقد متحقق شده باشد. نه این که عقد، دین شود. بلی آنچه چنین است در مثل جائی است که زید بگوید: ده تومانی که از تو طلب دارم به تو فروختم به هزار من گندمی که تو از عمرو طلب داری. (۱).

---

۱: مطابق نظر مصنف (ره) هرگونه معامله دین صحیح است مگر همین صورت اخیر. و جالب این است که دو حدیث

بر صحت همین صورت اخیر وارد شده است: (محمد بن یعقوب، عن احمد بن محمد، عن الحسن بن

علی، عن  
 محمد بن الفضیل، عن ابی حمزه قال: سئلت ابا جعفر (ع) عن رجل كان له علی رجل دین، فجاءه رجل  
 فاشتراه  
 منه بعرض، ثم انطلق الی الذی علیه الدین فقال: اعطنی مالفلان علیک فانی قد اشتريته منه. کیف یکون  
 القضاء  
 فی ذلك؟ فقال: ابو جعفر (ع): یرد الرجل الذی علیه الدین ماله الذی اشتری به من الرجل له الدین. و (عن  
 محمد بن یحیی و غیره، عن محمد بن احمد، عن محمد بن عیسی، عن محمد بن الفضیل قال: قلت للرضا  
 (ع):  
 رجل اشتری دینا علی رجل، ثم ذهب الی صاحب الدین فقال له: ادفع الی ما لفلان علیک فقد اشتريته منه.  
 قال: يدفع الیه قیمه ما دفع الی صاحب الدین، وبرء الذی علیه المال من جمیع ما بقی علیه). و سایل  
 ابواب الدین، باب ۱۵.  
 توضیحات:  
 (۱) عدم صحت معامله تحت عنوان (کالی بکالی) در احادیث شیعه به میان نیامده. آنچه هست نهی از  
 معامله  
 (دین بدین) است که آن هم تنها یک حدیث راجع به آن وارد شده که باز در سندش شخصیت سنی  
 حضور  
 دارد.  
 (۲) عدم صحت دین به دین بر خلاف اصل و عمومات است و پیام دو حدیث فوق مطابق اصل و عمومات  
 است. پس  
 به دلیل همین مطابقت از مباحثه در چون و چرای سند آنها بی نیاز مشویم که چندان جای بحث هم  
 نیست.  
 (۳) دود حدیث فوق اصل معامله را باطل اعلام نمکنند بل بدهکار را مخیر منمایند که یا معامله را امضا  
 کند و  
 یا تنها همان مقدار را به خریدار دین، بدهد که به طلبکار داده است. با قطع نظر از این که خریدار، طلب  
 مذکور را به نقد خریده و عوض را نقدا به طلبکار پرداخته یا به نسیه و ذمه خریده، زیرا هر دو حدیث  
 نسبت به  
 این موضوع اطلاق دارند.  
 بنا بر این میتوان گفت: مطابق اصل و عمومات و قواعد حکم بر صحت هر گونه معامله دین - به  
 هر صورت - آسانتر از حکم به صحت آن منهای (صورت اخیر) است. البته بر طبق احادیث شیعه.  
 لیکن نظر به این که عدم صحت (دین بدین) اجماعی است پس باید تنها مورد ما مواردی که مشمول  
 بودن آنها بر (دین بدین) مشکوک باشد محکوم به صحت و بقیه موارد محکوم به عدم صحت باشد. وجود  
 دو حدیث فوق اگر اصل صحت را در (صورت اخیر) اثبات نکند دستکم موجب مگردد که (صورت  
 اخیر) از  
 موارد مشکوک باشد و در تحت اصل و عمومات قرار گیرد نه در شمول دین به دین. پس باید مصداق دین  
 به  
 دین را در صورت های دیگر جستجو کرد نه در صورت اخیر. و در هر حال منحصر کردن مصداق دین به  
 دین  
 بر صورت اخیر سخت مشکل است.

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

این از باب (وعده) است، و تا نداده لزوم ندارد. و اما بعد از آن که فروشها را داد  
نظر به

وعده [ای] که کرده بود، دین خود را وفا کرده است، دیگر نمیتواند رجوع کند.  
هر چند

عین فروشها باقی باشد. زیرا که به مجرد وفای دین، مال صاحب طلب میشود. و  
رجوع به آن محتاج به دلیل است.

و اما اگر از باب بیع است پس اگر جامع شرایط صحت و لزوم است (مثل ایجاب و  
قبول و تعیین اجل اگر بیع نسیه باشد و امثال آن) باز بیع صحیح است - علی الاظهر  
و لازم است. و رجوع نمیتواند کرد. و اما اگر شرایط صحت یا لزوم، موجود  
نباشد، پس

اگر شرط صحت مفقود است (مثل این که بیع نسیه است و اجل معین نیست) پس  
اصل

بیع صحیح نیست. و اگر صیغه نخوانده (گو سایر شرایط موجود باشد) پس آن  
محتمل

است که از قبیل معاطات باشد - هر چند معنی لفظ معاطات در اینجا موجود نیست.  
یعنی (تقابض از طرفین در حین انشاء عقد). چون ظاهر این است که مجرد انشاء نقل  
کافی باشد در لحوق به معاطات - در این هنگام هر گاه فروشها باقی است، ظاهر  
این

است که صاحب فروش میتواند رجوع کند به فروش خود و صاحب کرباس رجوع  
کند به

قیمت کرباسها.

این در وقتی است که معاطات مفید اباحه محضه باشد. و اما اگر مفید ملکیت  
متزلزله باشد (چنان که اظهر است) پس صاحب فروش نمیتواند رجوع کرد. زیرا که  
لازم

مآید جمع ما بین عوض و معوض. به جهت آن که کرباسها ملك او شده بود به  
سبب

قرض، پس اگر فروشها هم ملك او باشد لازم مآید که هر دو ملك او شود. و این  
که در

هر حال باید که قیمت عین تالفه را رد کند منشأ زوال ملكية او از عین تالفه نمیشود.  
بلکه آن از برای رفع ضرر است از صاحب عین تالفه. و این رفع ناخوشی اجتماع ما

بین

عوضین را نمیکند. و اگر فروشها تلف شده، ظاهر این است که هیچ يك به دیگری  
نتواند رجوع کند.



هر گاه این مقدمات را دانستی، پس حاصل جواب از سوال، این است که آنچه  
ظاهر میشود از صورت سوال، کرباس‌ها که نزد عمرو به امانت بوده آنها را زید به او  
به

قرض داده و شرط کرده که کرباس به همان صفت بدهد. و اظهر این است که این شرط

لازم است. پس همان کرباس‌ها در ذمه او قرار گرفت. و در ثانی که آمد مطالبه کرباس

خود کرد (در صورتی که قادر باشد عمرو به ادای آن بعد از وضع مستثنیات دین) مطالبه جایز است. پس هر گاه او را منجر کرد ما بین این که یا (کرباس‌ها را بده) یا (در عوض هر کرباسی دو قروش بده بعد از چند وقت دیگر) هم این سخن جایز است.

پس هر گاه عمرو اختیار دو قروش را کرد، پس یا این است که آن کرباس‌هایی که در

ذمه او است به او مفروشند با شرایط بیع - از صیغه بیع و تعیین مدت اگر نسیه باشد، و

مطلقا هر گاه نسیه نباشد. گو ذکر مهلت شده باشد - پس آن بیع نیز صحیح است، و بیع

دین به دین نیست.

و اگر بیع فاسدی باشد مثل این که نسیه باشد و تعیین مدت نکند، پس آن مستحق قیمت کرباس‌ها است در روز مطالبه. و هر گاه بدون صیغه باشد ظاهر این است که از

اقسام معاطات مشود. پس دور نیست که باز اظهر لزوم معاطات است در اینجا. و نمیتواند رجوع کند به قروش‌های خود هر چند موجود باشد. چون کرباس‌ها تلف شده

است. و اگر نه به عنوان بیع صحیح لازم شده و نه به عنوان بیع فاسد و نه به عنوان بیع

معاطات، بلکه مقصود همان وفای عوض دین بوده، پس آن از باب وعده است و لزوم

ندارد. و لکن بعد از آن که وفا کرد ظاهر این است که بعد دادن، قروش‌ها ملک صاحب

طلب مشود. و رجوع به آن جایز نیست، هر چند قروش‌ها باقی باشد.

۷ مکرر: سوال: هر گاه کسی از کسی طلبی داشته باشد و عاجز باشد از گرفتن آن و تواند از مال او

تقاص حق خود کند جایز است یا نه؟ -؟ و شرایط تقاص حق چه چیز است.

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

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

پول خود را نزد کسی بسپرد. آن رفیق به او مگوید که تو پول خود را به من بده که در راه خرج کنم و مساوی آن از آنچه من در نزد امین گذاشته‌ام مال تو باشد. و در وقت

معاودت امین را کشته بودند و پول تلف شده بود. والحال آن شخص که پول را گرفته به

مجرد همین که گفته است مساوی آن از پول من مال تو باشد، بری الذمه هست یا باید

پول او را بدهد؟ -؟.

جواب: اگر مقصود بیع و شراء بوده که این پول را فروخت به آن پول (با قطع نظر از جهالت وعدم وصف رافع جهالت)، در معامله نقدین به عنوان بیع قبض مجلس که شرط

است و آن خود به عمل نیامده، پس فاسد خواهد بود. و هر گاه مدعی مگوید که پول

را قرض کردم که از این وجه عوض بدهم، بر فرض صحت چنین قرضی و شرطی، تلف

شدن مال منشأ برائت ذمه او نمیشود. بلکه اگر مدعی بگوید که من به صیغه مصالحه آن ده تومان نزد امین را مثلاً داده‌ام به این ده تومان، شاید دعوی او مسموع باشد و بری الذمه باشد چون قبض مجلس در صلح شرط نیست. و لکن این موقوف است به اثبات.

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

جواب: اشهر و اقوی جواز است. (۱) به سبب عمومات ادله از کتاب و سنت. و شیخ و

ابن براج قایل شده‌اند به این که بر مدیون لازم نیست که بیش از آن قیمتی که مشتری

داده بدهد به مشتری، و بری میشود از حق صاحب طلب نیز. نظر به ورود بعضی روایات (۲) به این مضمون. و آن روایت‌ها با ضعف سند مقاومت نمکند با قواعد مسلمة و

آیات و اخبار. خصوصاً بری شدن ذمه او از آن قدر زاید که نه به صاحب طلب بدهد و نه

---

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

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

به مشتری که وجهی ندارد. بلی در اینجا باید ملاحظه دو چیز را بکند: اول این که ربا به

عمل نیاید. مثل این که ده تومان طلب پول نقره را به هشت تومان نقره بفروشد. و همچنین طلا به طلا. بلی معامله را به غیر جنس بکند. دوم این که هر گاه عوضین از باب

نقدین باشد مراعات قبض مجلس در معامله صرف هم باید در نظر باشد. و چون قبض

مجلس در اینجا نیست به صیغه مصالحه بکند. چون قبض در مجلس در غیر بیع دلیلی

ندارد. و اما هر گاه به پول سیاه معامله کند رفع اشکال میشود.

۱۰: سوال: هر گاه کسی طلبی دارد از کسی، (مثلا ده تومان میخواهد) و لکن مدتی از برای او معین شده. آیا جایز است که بگوید (دو تومان آن را دست بر مدارم

که طلب مرا به من بدهی) که دو ماه دیگر مانده است. یا بگوید (پنج تومان را حالا بده و

من چهار ماه مهلت مدهم در باقیمانده که پنج هزار تومان دیگر است) -؟. جواب: بلی، جایز است. چنان که شیخ در تهذیب به سند

صحیح روایت کرده در باب صلح

از ابان محمد بن مسلم از حضرت باقر (ع). و به سند صحیح از حلبی از صادق (ع) (انهما

قالا فی الرجل یكون علیه الدین الی اجل مسمی، فیاتیه غریمه فیقول: انقدنی من الذی لی کذا و کذا واضح لك بقیته. او یقول: انقدلی بعضا، وامدلك فی الاجل فی ما بقی علیک (؟) قال: لا اری به باسا مالم یزدد علی رأس ماله شیئا، یقول الله: لکم رؤس اموالکم

لا تظلمون ولا تظلمون). (۱) و دور نیست که به هر لفظی که افاده مطلب کند توان اکتفا کرد، و لکن بهتر این است که به لفظ ابراء یا عفو یا صلح و امثال آنها اسقاط کند.

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

به من بدهی -؟.

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

-----  
۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۷ ح ۱ - هر دو حدیث تحت يك شماره درج شده‌اند.

هم داده باشد. و گویا خلافتی هم در این نیست و از اقسام ربا مشهود. و گمانم این است

که حدیثی که در شأن نزول (احل الله البیع و حرم الربا) وارد شده (۱) دلالت دارد بر این که

از برای منع این معامله نازل شده. و صحیحه محمد بن مسلم و حلبی سابقه، نیز دلالت

بر آن دارد.

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

جواب: اظهر و اشهر - خصوصا بین متأخرین - عدم جواز است در هر صورتی که شرط زیادتى وصف بشود. و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد. (۲) و اما هر گاه بدون

شرط، بهتر را بدهد در عوض زبون، ضرر ندارد. و جمعی قایل به جواز شرط زیادتى در وصف شده‌اند، و دلیل ایشان تمام نیست.

۱۳: سوال: آیا دیون مؤجله به سبب حجر معجل مشهود؟ یا این که این معنی مختص موت است؟ و بر فرض اختصاص به موت، آیا به موت، طلبکار هم معجل مشهود - یعنی

وراث به مجرد موت او مستحق مطالبه میشوند -؟ یا مختص موت مدیون است؟ که به

موت مدیون آنچه بر ذمه او است الحال از مال او مگیرند و انتظار انقضای مدت نمکشند. و آیا دیتی که در شرع مدتی از برای او هست (مثل دیه شبه عمد یا خطا که

در مدت دو سال یا سه سال مگیرند) آن هم معجل مشهود یا نه؟ -؟ و آیا بیع سلم به

موت بایع قبل از انقضای مدت حال مشهود یا نه؟ -؟ و هم چنین هر گاه مدتی در بعض

معاملات شرط شود در حیل ربویه، مثل این که هشت تومان اشرفی را به ده تومان پول

سفید مصالحه کند که بعد از شش ماه بدهد و آن شخص که پول سفید را باید بدهد قبل

از انقضای مدت بمیرد (؟).

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



- 
- ۱: به محور این آیه حدیث‌های متعددی وارد شده لیکن حدیثی که در مقام بیان شأن نزول این آیه باشد، برای من شناخته نشد.
- ۲: وسائل: ابواب الربا، باب ۱۲ ح ۱. و نیز: ابواب الصرف، باب ۱۲ ح ۳ و ۷ و ۱۰.

نمیشود. و قول ابن جنید به الحاق آن به موت، ضعیف است. زیرا که اصل بقای حکم سابق است و دلیلی بر الحاق نیست الا قیاس و آن مع الفارق است. و اما از سوال دوم این است که کسی که مرد، آنچه را بعد از انقضای مدتی بایست بدهد معجل میشود، و این [قول] مشهور علما است، ومدلول چند روایت است مثل صحیحه

حسین بن سعید (۱) و روایت سکونی (۲) و روایت ابی بصیر (۳). و قول دیگر این است که در

هر دو معجل میشود، چنان که مدلول روایت ابی بصیر است، (۴) و این ضعیف است.

و اما از سوال سوم: یعنی الحاق دیه مؤجله در شرع و بیع سلم و امثال آن: پس این است

که در همه آنها به موت مدیون حال میشود، به جهت این که بر همه آنها صادق است که

دین است، و داخل در عموم اخباری است که (دین به موت مدیون حال میشود). و این

قول را علامه در قواعد اختیار کرده و اقرب شمرده. و آنچه در قواعد مذکور است مال

سلم و جنایت است. و قول به (عدم الحاق) را فخر المحققین در شرح آن، احتمال قرار داده، و هم چنین شهید ثانی در مسالك، و لکن فخر المحققین در آخر گفته است که

(اصح این است که مال السلم حال نمیشود). و دلیلی که از برای این احتمال گفته‌اند این است که اجل در سلم جزئی است از عوض. پس اگر مال السلم حال شود لازم مآید نقصان عوض. و اما در دیه جنایت پس این است که اجل جنایت تعیین شارع است، و بدون آن دیه شرعی شمرده نمیشود.

وفخر المحققین علاوه بر این متمسک به تعارض عمومین شده. یعنی (عموم ادله حلول دین) و (عموم مقتضای بیع سلم و دیه) و گفته است که مراد از جنایت در اینجا

آن چیزی است که واجب است بر جانی، مثل شبه عمد یا خطای محض که عاقله در میان

نباشد و قایل شویم که دیه متعلق به جانی میشود. و اما در صورتی که متعلق به عاقله

٤: همان مرجع: ح ١.

میشود، پس آن حال نمیشود. به سبب این که گذشتن سال به سبب وجوب بر عاقله است و قبل از آن و جویی تعلق نگرفته. و از این جهت است که هر گاه بمیرد قبل از انقضای سال، وجوب تعلق نمیگیرد.

کتاب الدین من المجلد الثالث:

۱۴: سوال: زید مبلغی از عمرو طلب دارد. آیا زید میتواند که تنخواه خود را به اعانت

ظالمی از عمرو بگیرد خواه عمرو اضافه بر مستثنیات دین، مالک چیزی باشد یا نه -؟  
یا

باید که زید علاوه بر مستثنیات اثبات نماید که عمرو مالک شیئی هست و از او بگیرد -؟.

جواب: چنانچه عمرو مالک فاضل مستثنیات دین نیست زید نمیتواند در این وقت مطالبه طلب خود را از او نماید. و اگر علاوه بر مستثنیات دین، چیزی دارد پس اگر ممکن است که به مرافعه در نزد حاکم شرع زید طلب خود را بگیرد جایز نیست که به

ظالم رجوع کند. و اگر بدون رجوع به ظالمی ممکن نیست، در این صورت مضایقه ندارم.

به شرطی که تحمیل دیگری به عمرو نشود سوای اخذ طلب زید.

سؤال: هر گاه تعلق بگیرد خمس و زکات به عین مال کسی که طلبی داشته باشد از شخصی که مانع حقوق واجبه است، و مدیون از مالی که در آن حقوق واجبه

است پول بدهد اما نه به قدری که مستوعب جمیع مال باشد. بلکه به قدر حصه فقراء یا

زیادتر هنوز در دست صاحب مال باقی است. آیا آن وجه به تمامی از برای طلبکار حلال

است یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه علم دارد که آن مانع زکات و خمس قصد دادن ندارد، و قصد در ذمه

گرفتن و عوض دادن هم ندارد. هر قدری که به طلبکار مدهد فقرا به قدر الحصة در آن

شریکند، و مجموع آنچه میگیرد بر او حلال نیست.

۱۶: سوال: اذا كان لزید دین علی عمرو من سلم او غیره، فاعطاه عمرو امتعة ودابة وضیعة و کتابا مسعرة او غیر مسعرة، والضيعة مجهولة الحدود. فكيف حال الوفاء؟.

جواب: ان كان عمرو يعطيه الامتعة المذكورة بنية الوفاء غیر مسعرة، فيصح الوفاء

بالنسبة الى المعلومات ويحسب بقيمتها حين الدفع. كما صرحوا به فى مسألة وفاء الدين

(ان المعتبر فى مثل ذلك، القيمة يوم الدفع) فان كان الدين من النقود فالامر واضح. وان كان جنسا من الاجناس فيلاحظ قيمة الجنس الذى هو فى ذمة المديون والامتعة التى يؤخذ منه وفاء معا. وكذلك لو كان الدين دراهم والوفاء دنانير. والظاهر انه لا خلاف بينهم فى احتساب القيمة يوم الدفع. وذلك لان قصد وفاء الدين مع مخالفة الدين مع الامتعة لا يصح الا بملاحظة القيمة، فينزل عليها. ويدل عليه ايضا اخبار معتبرة. والظاهر جهالة الحد غير مضر، ح. لان تحقيق الحال موقوف على التقويم،

ويظهر الحال بعد تعيين الحدود، ويحتسب على مقدار ما يظهر كونه قيمته يوم الدفع، كقيمة الامتعة الغير المسعرة المعلومه الحال. وبالجمله: ليس هنا بيع لتلك الامتعة بقيمتها، ولا بتلك القيمة بالدين. بل هو اعطاء من باب الوفاء مراعاة باحتساب القيمة وظهور [ال] زيادة [و] النقصان. فان ظهر التساوى، فهو. والا فمرجع كل منهما الى الزيادة والنقصان.

وان كان عمرو يعطيها مسعرة، فالظاهر انه بيع، ويحصل الوفاء بقيمتها. فكانه بالمساعرة باع ملك الاعيان بما حصل التقويم عليها واحتسبها القيمة وفاء ح. فيصح البيع

فى المعلومات دون مجهول الحد. لاشتراط التعيين فى المبيع. فيحصل الوفاء بمقدار قيمة المعلومات ويبقى الباقي. ولا يضر جهالة احدها فى صحة الباقي. والفرق بين هذا القسم ان القيمة الواقعية فى القسم السابق بعد الرضا بكونه وفاء يحسب قسرا لاستحالة كونه من باب الوفاء الا بملاحظة القيمة الواقعية. وفى هذا القسم انما يستقر القيمة بالتراضى، فيكون بيعا، ووفائه انما يحصل بالقيمة لا بنفس الاعيان. فانتقال الاعيان يكون بالبيع ويترتب عليه ثمراته من خيار المجلس والحيوان وغير ذلك.

وكثيرا ما يشبه الوفاء بالبيع حتى انهم استشكلوا فى ما (لو احوال من له عليه طعام من سلم يقبضه على من له عليه مثله من سلم) قال فى القواعد (فالاقوى الكراهة). وقال ولده فى الايضاح (يبنى على ان الحوالة معاوضة او استيفاء. فان قلنا بالاول فهل المعاوضة على مال السلم حرام او مكروه) انتهى. ثم: من بعضهم ان وجه الكراهة انه كالمبيع قبل القبض. ومن بعضهم انه للخروج عن مخالفة الشيخ فى احد اقواله بالحرمة.

ولا يخفى ان جعل ذلك من باب البيع قبل القبض، فى غاية البعد، بل هو وكالة فى القبض، او حوالة لغريمه فى القبض. والظاهر صحته. بل وعن الشيخ فى الخلاف ظهور الاجماع على الاعم من ذلك، حيث قال (يجوز الاحالة سواء كان الطعامان قرضين، او احدهما قرضا والاخر سلما بلا خلاف، او كانا سلمين عندنا. لان الاصل جوازه والمنع يحتاج الى دليل).

وان كان عمرو يعطيها غير مسعرة قرضا ثم اراد الوفاء بما اعطاه: فيحتسب بقيمتها يوم التسليم وقبض المقرض (على الاقوى فى قرض القيمي) فيصح فى المعلومات لصحة

القرض. ويطل فى المجهول لاشتراط المعلوماتية فى القرض.

١٧: سوال: عمرو يك روز آب از نهري دارد. زيد مگويد كه يك روز آب خود به من بده به قرض، در عوض من فلان قطعه زمين تو را را در روز آب خود شرب مسكنم. و زيد

تخلف كرد. والحال موسم احتياج به آن هم گذشته. زيد مستحق چه چيز است؟. جواب: اين معامله داخل قرض نيست. زيرا كه در قرض تعيين شرط [است] و مقرض در مثلى مستحق مثل است و در قيمي مستحق قيمت يوم القبض است على الاظهر. و چون قرض باطل شد به سبب جهالت، عمرو مستحق قيمت آن است يوم القبض كه يوم تلف است.

و داخل بيع هم نيست. به جهت بطلان بيع آب در مجرا و چاه به سبب جهالت، على الاشهر الاظهر. و اخبار وارده (١) در بيع آن محمول است بر صلح يا اجاره، چنان كه علامه

در تحرير تصريح به آن کرده است. و داخل اجاره هم نيست، به سبب جهالت عوض.

متواند شد كه بر طريق صلح تصحيح شود، به جهت عدم مضرت جهالت در آن غالبا،

خصوصا در صورت عدم تمكّن استعلام. پس اگر در وجه صلح شده باشد مستحق قيمت

مساوى شرب آن يك قطعه زمين است در روز استحقاق آن. و اگر هيچ يك نشده، ظاهرا

معامله فاسد است و عمرو مستحق قيمت يك روز آب خود است.

---

۱: وسایل: ج ۱۷ ص ۳۳۲، باب ۶، از ابواب احیاء الموات.



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

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

۱: وسایل: ابواب الدین، باب ۱۱ ح ۱۱.

کتاب الضمان و توابعه

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

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

باشد از محتال. پس محال علیه که طلب را باید به محیل بدهد، هر گاه راضی نباشد که

محتال - چون شدید العجل است - از او بگیرد میتواند قبول حواله نکند. و لکن در دلیل

قول ایشان محل تامل است، زیرا که حواله در معنی توکیل است و موکل هر کی را خواهد

میتواند وکیل کرد در اخذ حق خود. بلی هر گاه طلب او از جنسی باشد و محیل جنسی

دیگر حواله کند، در آنجا اشتراط رضا خوب است، چون این معاوضه جدید است و محتاج است به رضای طرفین. و در اجماع منقول هم اشکال هست، به جهت عدم صراحت نقل در اجماع و ورود خدشه بر آن از جهات دیگر نیز.

پس بنا بر مشهور این حواله صحیح نیست. خصوصاً با ملاحظه عدم قصد نقل از ذمه او، و عدم اجرای صیغه. و بنا بر خلاف مشهور هم صحیح نیست، چون صیغه خوانده نشده، و مقصود هم نقل حق از ذمه خود به ذمه دیگری نبوده. چنان که مفروض سوال

است. و دیگر این که اشتغال ذمه محال علیه ثابت نیست و حواله بر شخصی که بریء الذمه

باشد صحیح نیست در نزد بعضی. و بعضی که صحیح میدانند هم کلام ایشان راجع میشود به ضمان، و مفروض این است که عمرو حاضر نبوده که ضامن شود. لکن سوال

سائل این است که بکر علم به شغل ذمه عمرو نداشته، و می خواهد به این سبب این را

داخل (حواله بربریء الذمه) کند. و در این اشکال است چون که ظاهر قول مسلم صدق

است، و او خبر داده به این که از او طلب دارد، و طلب خود را حواله کرده که بکر بگیرد.

پس این که ظاهر شود که طلب نداشته، منافات ندارد با حکم به صحت حواله در اول امر،

و مراعی باشد تا زمان ظهور بطلان. چنان که جایز است خریدن مال غیر از دست وکیل به

محض ادعای وکالت.

و به هر حال، در این مقام سخن دیگر هست و آن این است که خالد پدر عمرو ادای دین عمرو کرده و در ادای دین رضای مدیون شرط نیست. پس ذمه عمرو از وجه

طلب  
بکر بری شده. و خالد پدر او مشغول ذمه دوازده تومان پول سیاه هست که به بکر  
بدهد.  
و چون خالد که ادای دین ولد خود (عمرو) را کرده معترف است که زید از او  
طلب داشته  
و محول به عمرو کرده، این ادای دین عمرو بر مگردد دین زید، به جهت این که

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

پول سیاه از خالد که بکر از او بگیرد.

۲۰: سوال: زید به وکالت عمرو ملکی را فروخت به بکر، و در ضمن عقد شرط کرده ضمان درك مبيع را، که هر گاه عینا یا منفعتا مستحق غیر بر آید از عهده بر آید.

و بعد از سه سال ادعا کرد بر بکر که این ملك را من از زید اجاره کرده بودم و منافع این

سه سال مال من است باید رد کنی. چه باید کرد؟

جواب: بعد از اثبات اجاره هم او را سخنی نیست چه جای آن که اجاره به بثوت نرسد. و هر گاه زید منافع را تصرف کرده است باید از [عهده] غرامت بر آید، هر چند

اجاره را به بثوت برساند. به علت آن که بکر را مغرور کرده است و او عالم به حال نبوده

است. و ضمان ثابت است هر چند در ضمن عقد شرط نکرده باشد. و هر چند قایل باشیم

که این عقد ضمان صحیح نیست. به جهت آن که (ضمان مالم یجب) است. بلکه دور نیست

که اصل عقد ضمان هم صحیح باشد هر چند ضمان مالم یجب باشد. به جهت آن که گاه

هست که ضرورت داعی میشود به ضمان، چنان که در آنجا که احدی در کشتی بگوید به

دیگری در حال خوف غرق که (الق متاعک فی البحر و ضمانه علی).

۲۱: سوال: زید طلبی از عمرو دارد. و عمرو ملکی را بیع شرط میکند از برای زید. و

در ثانی زید ملك را به عمرو به اجاره مدهد. و قبل از انقضای مدت خیار عمرو ملك را

به خالد مفروشده. و در حین انقضای مدت، زید مطالبه تنخواه خود از عمرو میکند. و

عمرو او را حواله میکند به خالد و زید هم قبول میکند. و بعد از چند روز معلوم میشود که خالد معسر و پریشان بوده است در حین حواله. آیا زید تنخواه خود را باید از

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

جدیدی - یا اجازه و امضای بیع سابق بنا بر قول به صحت اجازه در فضولی در مثل چنین

جائی (۱) و زید را در آن حقی نیست و هر گاه بطلان حواله معلوم شود مستحق تنخواه خود

است از عمرو. و اگر زید اذن داده به بیع به خالد، یا اجازه کرده، صحیح است بیع و ملک

مال خالد است. و در صورت بطلان حواله رجوع به ملک نمیتواند کرد و همان تنخواه

خود را از عمرو مطالبد.

باقی ماند سخن در صحت حواله: و ظاهرا اشکالی نیست در این که شرط است در حواله

(ملی) بودن محال علیه، یا عالم بودن محتال بر پریشانی واعسار او در حین حواله. و اما هر گاه جاهل بوده به پریشانی او و قبول حواله کرده، بعد که معلوم شد، میتواند رجوع کند به محیل. و ظاهر این است که در صحت ضمان شرط نیست ملائت، و با

جهل به اعسار، مضمون له بعد اطلاع میتواند فسخ کرد. پس در لزوم ضمان شرط است

ملائت یا علم به اعسار.

۲۲: سوال: هر گاه زید از عمرو ده تومان طلب دارد و از او مطالبه میکند. عمرو او را حواله به بکر و بکر قبول میکند. بعد عمرو فوت میشود و زید مطالبه وجه از بکر

میکند. بکر مگوید ذمه من بری بود از حق عمرو و او از من طلب نداشت، من نمیدهم. آیا بر فرض ثبوت برائت ذمه بکر، حواله لازم است و زید میتواند حق خود را

از بکر بگیرد یا نه؟ -؟.

جواب: اشهر و اظهر عدم اشتراط اشتغال ذمه محال علیه است، و از ابن ادریس دعوی اجماع ظاهر میشود که در سرائر گفته است (واذا احوال بدینه علی من له علیه دین، فلا خلاف فی صحة الحواله. فاما اذا احواله علی من لیس له علیه دین، فان ذلك لا یصح عند المخالف، ولا خلاف فی صحة ذلك عند اصحابنا معشر الامامیه. واذا ثبت

ذلك یحول الحق من ذمة المحیل الی ذمة المحال علیه اجماعا) وعمومات (اوفوا بالعقود) و اطلاق بعض اخبار هم دلالت دارد بر آن. و از شیخ در مبسوط نقل شده است

-----  
۱: توضیح: بنابر بیع به شرط، ملك مال زید است كه عمرو آن را فضولا فروخته است. اینك قبل از موعد  
یا  
در سر موعد، مثل ثمن به خالد حواله شده و زید این حواله را پذیرفته. اکنون لازم است بیع فضولی امضا  
شود. و  
از متن سوال پیداست كه زید امضا نكرده آیا عمرو فضولی كه پس از حواله، مالك ملك شده میتواند  
فروشی را  
كه خودش فضولی کرده بود امضا نماید؟ این همان مسأله مورد اختلاف است. رجوع كنید به مسأله  
فضولی در  
اواخر جلد دوم.



قول به اشتراط اشتغال ذمه. و ظاهر عبارت محقق هم در نافع این است. و دلیل واضحی

از برای آن نیست، و هر چند شبیه مشود به (ضمان) (۱) پس لازم است بر محیل که آن

مال را به محال علیه برساند. چنان که

در ضمان لازم است در صورتی که ضامن شده باشد به اذن مضمون عنه، هر چند ادای

مال به اذن مضمون عنه نباشد - و لکن ظاهر این است که سایر احکام حواله در آن جاری

است. (۲)

و به هر حال، به مجرد حصول حواله منتقل مشود مال از ذمه محیل به ذمه محال علیه، و محیل بری الذمه مشود از حق محتال. هر چند محتال او را بری الذمه نکند -

علی الاظهر الاظهر - به جهت اطلاق اجماعات که نقل شده است بر انتقال حق از ذمه

محیل به ذمه محال علیه، و اطلاقات اخبار. (۳) و بعضی قایل شده‌اند به این که محتال

مستواند رجوع کند به محیل هر گاه او را بری نکرده باشد، نظر به بعضی روایات ضعیفه

که قابل تاویل نیستند و حمل بر تقیه هستند. (۴) کتاب الضمان من المجلد الثالث.

۲۳: سوال: زید نامی مسافر. در حین ورود به منزلی از منازل، عمرو نامی ادعای طلبی از او کرد. و بکر نامی آمده و گفت الحال او مسافر است بگذار که او برگردد و اگر

در مراجعت دعوای تو را طی نکرد، یا خود را به تو ننمود، من ضامن که از عهده جواب

مرافعه مزبوره برآیم. آیا بکر ضامن است یا نه؟ -؟.

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

---

۱: یعنی چنین حواله‌ای در حقیقت (ضمان) است نه حواله. و بعضیها در صحت چنین حواله‌ای گفته‌اند: اگر

حواله را نوعی (استیفاء) بدانیم. صحیح است. و اگر آن را (اعتیاض) بدانیم، صحیح نیست چون عوضی در مقابل آن وجود ندارد.

۲: بنابر این چنین معامله‌ای ماهیت حواله دارد نه ضمان.  
۳: وسائل: ج ۱۳، کتاب الضمان، باب ۱۱ ح ۱ و ۳ و ۴  
۴: همان مرجع: ح ۲ - صاحب وسائل مگوید (بعضی علمای ما این حدیث را حمل کرده‌اند بر این که مراد از ابراء همان قبول است) و میرزا این تاویل را رد میکند و حق با میرزا است.

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

بلی، اگر چنین گفته باشد که (بگذار این شخص برود و من کفیل او مشوم که هر گاه خود نیامد من او را حاضر کنم و اگر حاضر نکنم ملتزم مرافعه او باشم) این داخل کفالت میشود. و حکم کفالت این است که هر گاه اجل و مدت برای او قرار دهد و بعد از اجل مکفول له مطالبه کند احضار او را، واجب است بر کفیل احضار او. بلکه اقوی این است که بدون تعیین مدت هم میتواند شد که بگوید (هر وقت که مطالبه کنی من او را حاضر میکنم). و بعد از مطالبه هر گاه احضار تام کرد که مکفول له قادر بر اخذ او شد بری میشود، و بر او چیزی لازم نیست. و هر گاه کوتاهی کند حاکم شرع او را اجبار میکند بر احضار، یا بر ادای آنچه بر او است.

و بنا بر قول جماعتی دور نیست که بدون رضای مکفول نمیتوان او را مخیر کرد میانه آن دو امر، گاه هست که مکفول له خود مکفول را میخواهد برای غرضی. پس

باید  
اول او را حاضر کند. و هر گاه ممکن شود باید از عهده مال، یا از عهده دعوی بر  
آید. مگر  
این که آن حق حقی باشد که کفیل را ممکن نباشد از عهده آن بر آید، مثل آن که  
حق  
قصاص، داشته باشد بر کسی و کفیل او را مرخص کرده [باشد]، کفیل را نمیتوان  
قصاص کرد. چون قصاص بر غیر مباشر، نمیشود. یا آن که مکفول زنی بود که  
مکفول له  
ادعای زوجیت آن، مکرد. در اینجا زوجیت [را] نمیتوان از کفیل استیفاء کرد. پس  
در

این صورت اگر آن حق را بدلی هست رجوع به آن بدل میشود. مثل دیه که بدل قصاص میتواند شد، هر چند در قتل عمد باشد. و مثل مهر المثل در عوض زوجیت. (۱)

بخلاف مثل اجرای حد و تعزیر که بدلی ندارد از او توان استیفاء کرد. و هر گاه آن حق، حق دعوی مال باشد که باید به مرافعه طی کند، پس هر گاه مکفول له اقامه بینه کند بر حق خود، باید کفیل وفا کند به حق او، و هم چنین هر چه را

مرافعه شرعیه اقتضا کند باید آن را معمول دارد.

۲۴: سوال: کسی که مال غصبی را به دست دیگری مدهد، و این شخص ثانی علم به غصبیت ندارد، بعد عالم میشود. آیا شغل ذمه میباشد یا نه؟ -؟. جواب: عموم (علی الید ما اخذت) شامل همه احوال است و در هیچ صورت فارغ نیست.

۲۵: سوال: زید اراده کند که با عمرو معامله کند. و به سبب جهالت حال عمرو از خالد پرسد که آیا عمرو محل اعتماد است یا نه. خالد بگوید بلی او امین است معامله

بکن. و بعد از معامله معلوم شد که عمرو معسرو بی اعتبار بوده، وزید به خسارت افتاده،

آیا ضمان بر خالد هست یا نه؟ -؟ و فرقی هست ما بین حصول اعسار بعد از معامله و قبل از آن یا نه؟ -؟.

جواب: اولاً این که هر گاه فقر و بی چیزی عمرو بعد از معامله واقع شده به هیچ وجه

زید را بر خالد سخنی نیست. و اگر معلوم شود که پیش از معامله بی چیز بوده و خالد

چنان مدانسته که محل اعتبار است و خلاف آن ظاهر شود، باز معلوم نیست که بر خالد چیزی باشد. بلی هر گاه زید مدعی این باشد که خالد تقصیر کرده و تلبیس کرده

و سبب خسارت او شده و به ثبوت هم برسد، فی الجمله اشکالی به هم مرسد. و لکن در

---

۱: این در صورتی که مکفول مرد باشد و مکفول له زن، درست (و به اصطلاح تمام) است. لیکن در صورت عکس

قابل بحث است زیرا مهر المثل قیمت زوجیت زن نسبت به مرد نیست. پس بعید نیست که گفته شود

(لا كفالة)

فی الزوجية) در صورتی که مدعی مرد باشد. همان طور که (لا كفالة الحد). همان طور که دیه زن بی شوهر  
و زن شوهردار مساوی است و چیزی از قاتل به عنوان قیمت یا حق زوجیت برای شوهر نمیگیرند.

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

فهو كاف. وقطعه فلم يكفه، فعليه ارش القطع، ولو قال: انظر الى هذا الثوب هل  
يكفيني

-----  
١: در نسخه: و این که...



قميصاً؟ فقال الخياط نعم. قال اقطعه. فلم يكفه. لم يلزمه شيء و به قال الشافعي و اصحاب الراي. لانه انما اذن له في الاولى بشرط كفايته فاذا قطعه بدون شرطه كان ضامنا. وفي المسئلة الثانية اذن له في القطع ولم يشترط. بشيء، فلا يجب عليه الضمان.

اقصى ما في الباب انه غشه وكذب عليه، وذلك لا يوجب الضمان. ولم يجب عليه الضمان

في الاولى باعتبار غروره. بل باعتبار عدم الاذن في قطعه. لان اذنه مفيد بشرط كفايته، فلا يكون اذنا في غير ما وجد الشرط فيه، بخلاف الثانية. وقال ابو نور لا ضمان عليه في المسئلتين لانه قد غره في الثانية كما غره في الاولى فتساويا في الضمان. والجواب ما

بيننا من ان العلة في الاول ليست الغرور بل عدم الاذن). و بعد از تسليم اين كه مغرور باشد و از باب اكل طعام مذكور باشد، و لكن مگوئيم كه مباشر تلف در اينجا عمرو است. و خالداً اگر چه سبب باشد لكن عمرو مباشر است. و

در اينجا اقوى بودن سبب از مباشر ممنوع است، بلکه مباشر اقوى است. مثل آن كه كسى

چاهى عدوانا كنده باشد و ديگرى در آن بيفتد و هنوز به قعر چاه نرسيده در كمر چاه

كسى باشد و او را با شمشير دو پاره كند. آرى در (۱) اين سخن اشكالى هست. و آن اين

است كه عمرو در اينجا ضامن قيمتى است كه از زيد بايع خريده نه ضامن مال است و نه

ضامن قيمة المثل آن در حال استيفاء. و اين دخلى به قاعده اتلاف و سببيت ندارد.

واحتمل في التذكرة ايضا عدم ضمان المستأجر لهلاك الدابة اذا استأجر ليحمل كيلا معلوما وزاد عليه شيئا آخر عمدا. والموَجَر جاهل به وكذب المستأجر وصدقه فكان التفريط منه. والاحتمال الآخر الذي استظهره هو ضمان المستأجر لتغيريره و تلبيس الامر عليه بالكذب، فكان المستأجر كشاهد الزور عند الحاكم فكما انه يلجاء الحاكم شرعا بالحكم وسقط الضمان عنه فكذلك ما نحن فيه، فان عقد الاجارة يوجب الوفاء به، واعداد المحمول للحمل بعد عقد الاجارة مما يوجب العمل على مقتضاه

شرعا. واما لو حمل المستأجر عليها بنفسه، اوامر اجنبيا بالحمل، فلا اشكال في ان الضمان عليه. ومما ذكر يظهر ان الاحتمال التي ذكره في ما نحن فيه اظهر.

-----  
۱: در نسخه: آیا...

اذ غاية الامر اشتراك المسئلتين فى لزوم حمل اقوال المسلمين على الصديق شرعا، ولكن

ليس فى ما نحن فيه ما يوجب البيع شرعا. بخلاف ما فرضه فى التذكرة. اذ هناك الوفاء

بمقتضى عقد الاجارة واجب، فكانه الجأه الى الحمل وليس فى ما نحن فيه الجاءه. فاذا كان سقوط ضمان الغار ثمة لاجل تقصيره فى الاخلاص اليه احتمالا، فينبغى ان يكون سقوط الضمان عنه فى ما نحن فيه متعينا، او احتمالا اظهر من الاحتمال الاخر. قال

فى التذكرة - فى آخر كتاب الاجارة - (يجوز شرط الخيار فى الاجارة سواء كانت واردة على

العين او الذمة وبه قال ابو حنيفة ومالك، لعموم قوله تعالى: اوفوا بالعقود. و بقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم). وفى شرح النافع فى كتاب الوكالة فى مسألة (اقرار الوكيل) ما يناسب المقام. وقال فى الكفاية فى كتاب الدين (المشهور انه لو شرط التاجيل فى القرض

لم يلزم، واحتمل بعضهم لزوم هذا الشرط. ويدل عليه عموم ما دل على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود.

و به هر حال، چون اين مرحله منتهى به دعوى و مرافعه مشود، و در حين مرافعه حكم بر حاكمى كه اهل مرافعه است ظاهر خواهد شد و بدون مرافعه طى نخواهد شد.

٢٦: سوال: ذكر الفقهاء انه يجوز الترامى والدور فى الضمان والحوالة. وقالوا انه يصح الترامى فى الكفالة دون الدور. ما وجهه؟

جواب: نعم يجوز الترامى فى الكفالة ولا يجوز [فيها] الدور. اما الترامى فكما اذا كفل بكر عمرو لاجل زيد بان يحضره عنده. وكفل خالد بكر لاجل زيد لان يحضر بكره عنده

حتى يحضر بكر عمرو عند زيد. او كفل وليد خالدا لاجل زيد لان يحضر وليد خالدا عنده

حتى يحضر خالد بكره عنده حتى يحضر بكر عمرو. وهذا صحيح. واما الدور: فكما كفل عمرو ايضا فى المثال المذكور بكر لاجل زيد لان يحضره عنده

حتى يحضر بكر عمرو. او كفل بكر خالدا لاجل زيد لان يحضره عنده حتى يحضر هو بكره

ليحضر هو عمرو عند زيد وهكذا. وهو باطل. وجه البطلان انه مع حضور عمرو لا معنى لان

يحضر عمرو بكرا لان يحضره عند زيد. لانه بنفسه حاضر فلاحاجة الى واسطة  
يحضره، وهكذا  
باقى الامثلة. والسرفى ذلك ان الكفيل هو الذى فى حكم الحاضر الموثق به عند  
المكفول له

ابداً، والمكفول هو الذى فى حكم الفار الغير الموثق به وهو الذى صار سبباً للاحتياج الى الكفيل. ففى صورة الترامى يستقر وصف الموثوقية فى الكفيل الاخير ويصير البواقى الى

الاول فيحكم الفار الغير الموثوق به فالمكفول له اولا يطالب الكفيل الاخير وهو يرجع قهقهري ويأتى بالفار المتلوله، ثم يأتى بتملوه الى الاول.

واما مع الدور: فيعود الموثوقية الى الاول ويستقر فيه فلا يبقى حاجة الى الكفيل له، فيبطل كفالة من تاخر لعدم الحاجة اليه. اذا لاحتياج الى المتاخر انما كان لاجل احضاره واذا

صار هو موثوقاً به وفى حكم الحاضر، فلا معنى لكفالة من تاخر عنه لاجل احضاره. ٢٧: سوال: اذا ارسل زيد بهيمة فى النهار فافسدت زرع عمرو. فهل على زيد الضمان ام لا؟ -؟.

جواب: قال اكثر الاصحاب (على ما فى التنقيح، والمشهور بينهم كما صرح به جماعة منهم المحقق فى النافع والشهيد الثانى فى الروضة. بل اجماعهم كما عن ابن زهره و الشهيد فى شرح الارشاد) ان ما يفسده البهايم فى الليل فهى مضمونة على صاحبها بخلاف

ما افسدت فى النهار.

وذهب ابن ادريس وسائر المتاخرين الى التفصيل بالتفريط فى حفظ البهيمة فيضمن فيه ان كان فى النهار. وعدمه فلا يضمن وان كان فى الليل نظراً الى اصل البرائة فى صورة عدم التفريط. وكونه سبباً عادياً فى صورة التفريط.

احتج الاولون بما روى عن النبى (ص) (على اهل الاموال حفظها نهاراً وعلى اهل الماشية ما افسدت مواشيهم بالليل) (١). وحكم به فى قضية ناقة البراء بن عازب لما دخلت

حايطاً فافسدته (٢) وبالروايات الكثيرة التى روتها الخاصة عن ائمتهم (ع) منها ما رواه الشيخ

والكلينى عن السكونى عن جعفر عن ابيه (ع) قال: كان على (ع) لا يضمن ما افسدت البهايم

نهاراً فيقول: على صاحب الزرع حفظه. وكان يضمن ما افسدته ليلاً. (٣)

١: الرواية عامية ما ساعد تنى التوفيق على وجدان مصدرها.

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

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

واجاب الآخرون بعد الاعتراف بشهرتها ان فى السكونى ضعفا، ومن جملتهم المحقق فى النافع. وفيه ان المحقق صرح فى المعتبر فى باب النفاس با نه عامى ثقة و هو متأخر عن النافع والموثق حجة سيما مع انجباره بعمل جل القدماء بل لايعرف خلاف

منهم. مع ان الراوى عنه فى سند آخر فى التهذيب عبد الله بن المغيرة وهو من اصحاب

الاجماع. مع ما نقل عن الشيخ فى العدة فى شأنه. وكذا غيره من المقويات. وسيما مع الانجبار بالشهرة والاجماعين المنقولين. والروايات الكثيرة الاخر المروية فى التهذيب والكافى. منها (صحيح على الظاهر وهو ما رواه الشيخ والكلينى عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن يزيد بن اسحاق شعر وصحح العلامة حديثه وعن

الشهيد الثانى توثيقه، نقله العلامة المجلسى فى الرسالة وقال: ان فيه مدحا عظيما) عن هارون بن حمزة (وهو ثقة) قال (سئلت ابا عبد الله (ع) عن البقر والغنم والابل يكون فى

المرعى فيفسد شيئا هل عليها ضمان؟ فقال: ان افسدت نهارا فليس عليها ضمان، من اجل ان اصحابه يحفظونه. وان افسدت ليلا فانه عليها ضمان) (١) ورويا ايضا عن ابي بصير (قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن قول الله عزوجل: وداود و سليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم. فقال لا يكون النفس الا بالليل، ان

على صاحب الحرث ان يحفظ الحرث بالنهار، وليس على صاحب الماشية حفظها بالنهار

انما رعيها بالنهار وارزاقها، فما افسدت فليس عليها. وعلى اصحاب الماشية حفظ الماشية بالليل عن حرث الناس، فما افسدت بالليل فقد ضمنوا، وهو النفس، وان داود (ع) حكم للذى اصاب زرعه رقاب الغنم، وحكم سليمان (ع) الرسل والثلة وهو اللبن و

الصوف فى ذلك العام) (٢) الحديث. الى غير ذلك من الاخبار لا حاجة الى ذكرها. وقال الشهيد فى شرح الارشاد بعد ذكر رواية السكونى (الحق ان العمل ليس على هذه الرواية بل اجماع الاصحاب. ولما كان الغالب حفظ الدابة ليلا وحفظ الزرع نهارا خرج الحكم عليه. وليس فى حكم المتأخرين رد لقول القدماء، فلا ينبغى ان يكون

١: الوسائل: الباب المذكور، ح ٣

٢: المرجع: ح ٤

--

( ० . )

الاختلاف هنا الا فى مجرد العبارة عن الضابط، اما المعنى فلاخلاف فيه). انتهى، و  
حاصله ان الرواية واردة فى مورد الغالب فيه تمثيل للتفريط، فالمعيار انما هو التفريط، و  
فيه نظر ظاهر، اذا التمثيل انما يصح اذا كان كلما وقع من اتلاف البهائم فى الليل  
تفريطا

من المالك، فقد يخرج الدابة من الاصطبل بسبب نقب (١) اللص للجدار بدون تقصير  
من

المالك، وقد يقع مع عدم المسامحة فى النهار من مالك الحرث فى الحفظ لكونه  
محبوسا  
او غير ذلك.

والتحقيق ان يقال: انه لاينبغى الاشكال فى ضمان صاحب البهيمة لو ارسله عمدا  
فى الحرث. وليس ذلك داخلا فى محل النزاع (وكذلك لو ادخلها مالك الزرع فى  
زرعه و

يدعها حتى يفسد. وفى مالورها دخلت فيه ويفسدها ولم يمنعها مع القدرة اشكال) بل  
الكلام انما هو فى صورة المسامحة وترتب الفساد على المسامحة، فح نقول:  
ظاهر الروايات هو ترتب الضمان بملاحظة الوقوع فى الليل والنهار. وما ذكر فى  
الروايات

(من لزوم الحفظ فى الليل والنهار ويستحق الرعى فى النهار (٢) وعلى مالك الزرع  
حفظه

فيه) ليس من باب العلة، لما هو مشاهد من التخلف. بل ذلك من باب الحكمة الداعية  
على

الحكم، ولا يلزم اطراد الحكمة كما فى كون رفع ارياح الاباط داعيا فى تشريع غسل  
الجمعة واطراد استحابه فى مالم يكن هناك ريح. وكذلك تشريع العدة لاجل عدم  
اختلاط الانساب، مع انه لازم فى مالم يحتمل وجود ماء من الزوج الاول فى رحمها  
ايضا

وهكذا. (٣)

فالعمل على الاخبار لامانع منها، فيجب الحكم بالضمان اذا افسدت بالليل وان لم  
يفرط

[وبعدم الضمان اذا افسدت بالنهار] لاجل حماية الحمى واقدام الناس على حفظ  
زراعتهم

فى النهار. (٤) فظهر ان الاقوى قول قدماء الاصحاب.

١: نسخه بدل: نقص اللص

٢: وفى العبارة سقط وتعقيد كما ان اكثر الضماير فى هذه السطور غير مراعية تذكيرا وتانيشا. ولكن المراد



معلوم.  
٣: وفي كلامه قدس سره ما اسلفناه في مسألة (الحيل الربويه) فراجع المجلد الثاني.  
٤: نسخه بدل: لاجل حماية الحمى بهائمهم في الليل واقدام الزارع على حفظ...

۲۸: سوال: هر گاه زید بیست من پنبه بفروشد به عمرو و بکر به شراکت. و هر يك از

مشتربها ضامن یکدیگر شوند. والحال عمرو مبلغ خطیری مدیون است که از جمله آنها

قیمت همین پنبه است، و مال [او] وفایه همه دیون او نمکند. و قلیلی پنبه مانده، آیا این پنبه مختص زید است و در باقی اموال، غرما هر يك نسبت به طلب خود میبرند؟- یا

این که پنبه هم مثل سایر اموال باید بالسویه [مال] غرما شود؟  
جواب: بدان که: هر گاه کسی طلب از دو نفر داشته باشد و هر يك از آنها ضامن حصه

دیگری شود، این ضمان صحیح است، هر گاه نقصی دیگر نداشته باشد، و جامع شرایط

ضمان باشد. پس مگوئیم که در این صورت [آیا] طلبها (۱) هر دو مساویند در مقدار و

در وقت؟ و در این که هر دو به اذن مضمون عنه شده؟ یعنی هر يك از آنها به دیگری گفته

که تو ضامن من شو؟. یا مختلفند در این امور؟ یا در بعض آنها؟ پس اگر مساویند، مثل

این که هر يك از آنها ده تومان است و حال است. یا موجل است و اجل آنها تفاوت ندارد

مثل آن که هر يك وعده يك ماه بدهند و هر يك به اذن دیگری ضامن شده. پس چنین

منماید که فایده بر این عقد ضمان مترتب شود. چون هر يك باید ده تومان را بدهند و

تا ندهد فارغ نیست. خواه نامش این باشد که این طلبی است که از خود او داشت یا از

رفیق او داشت.

و لکن چنین نیست. بلکه فایده آن این است که در اصالت و فرعیت متعاکس میشوند.

یعنی آن که چون مضمون عنه اصل است و ضامن فرع، پس عمرو نسبت به طلبی که زید از

او دارد اصل است و بکر که ضامن او شده فرع است. و اما نسبت [به] طلبی که زید از بکر

دارد بکر اصل است و عمرو فرع. پس هر گاه عمرو طلبی که زید از بکر داشت داد،  
از دست زید فارغ است. و دیگر زید از او مطالبه نمیتواند کرد. و لکن بکر مشغول  
ذمه حصه عمرو هست و تا ندهد از دست زید فارغ نیست. و فایده اصالت و فرعیت این است  
که هر گاه زید عمرو را بریء الذمه بکند، عمرو بریء الذمه میشود. زیرا که به سبب  
ضمان بکر حصه او ساقط شده بود و حصه بکر را که ضامن بود که بدهد به سبب ابراء زید  
بری

-----  
۱: و در نسخه: در این صورت با طلبها...

شد.

و اما بکر: پس باید آنچه را که ضامن شده بود از جانب عمرو به زید بدهد. و اما آنچه

طلب زید بود از او پس آن به سبب ضمان عمرو ساقط شده بود، و از آن باب به عمرو هم

چیزی نمباشد بدهد. چون عمرو به زید چیز [ی] نداده در عوض آن، که از او مطالبه

کند، و هر گاه عمرو بعض طلب خود را داده باشد و زید او را بری کند از باقی، در همان

قدری که به زید داده متواند از بکر مطالبه کند نه در باقی.

و یکی دیگر از ثمرات این ضمان این است که هر گاه در وقتی که دین به ذمه این دو نفر قرار گرفت، رهنی بر این دین‌ها (هر دو) گرفته باشد، یعنی عمرو و بکر رهنی داده

باشند به زید از برای دین، یا یکی از آنها داده باشد. پس به سبب ضمان، عقد رهن منفسخ میشود و رهن خلاص میشود. زیرا همین که بعد از استقرار طلب و رهن، ضمان

به عمل آید، آن به منزله ادای دین است، چون

مفروض آن است که بر وجه صحیح که آن رضای مضمون له باشد واقع شده و منتقل

شده طلب از ذمه [ای] به ذمه دیگری. پس گویا دین او ادا شده، و رهن از برای ادای

دین بود.

و اما هر گاه طلبها مختلف باشند به یکی از وجوه مذکوره: پس فواید مترتبة بر این ضمان بسیار است. زیرا که در صورتی که طلبها متفاوت باشند و یکی کمتر [و دیگری

زیادتر باشد]، این ضمان منشأ این میشود که آن که بار او سبک است سنگین میشود، و

به عکس.

یا [اگر] یکی تبرعا ضامن دیگری (به خواهش آن (۱)) شده، و آن دیگری به خواهش

آن (۲) شده، در اینجا ثمره ضمان این است که متبرع رجوع نمیتواند کرد به مضمون عنه.

بخلاف آن که به خواهش مضمون عنه ضامن شده باشد. و هم چنین هر گاه طلبها

یکی  
معجل باشد و دیگری موجل. آن [یکی] که بایست معجل بدهد، مهلت برای او به  
هم  
میرسد. و آن [دیگری] که مهلت داشت [و] موجل بود، باید معجلاً ادا کند،  
و ثمرات

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

دیگر هم برای این ضمان است که ضرور به ذکر آنها نیست.  
و بدان که: آنچه مذکور شد (که هر گاه یکی از مدیون‌ها ضامن دیگری شوند و مضمون له هم راضی باشد - چنان که شرط است رضای او علی الاظهر - منتقل

میشود دین هر يك به ذمه دیگری) این (۱) در وقتی است که در دفعه واحده ضامن شوند

و مضمون له راضی شود ورد نکند. و اما هر گاه احدهما را رد کند و ضمان او را قبول

نکند، پس هر دو حق جمع میشود در ذمه آن که قبول کرده. بلی بعد از آن که هر دو حق

را داد به مضمون له، رجوع میکند به مضمون عنه در مقدار حق او، هر گاه به اذن او ضامن شده. و اما هر گاه ضمان به تعاقب باشد و مضمون له راضی باشد به هر دو و رد

نکند، پس هر دو جمع میشود در ذمه آن که آخر ضامن شده، زیرا که مفروض این است

که اخیری ضامن شده آنچه [را] که در ذمه اولی باشد. و از آن جمله آنچه در ذمه اولی باشد

حق اخیری است که او ضامن شده بود و ثانیاً به ذمه او منتقل شده. و مفروض این است

که حق اولی را هم ضامن شده، و هر گاه فرض کنیم که دومی ضامن مجموع ما فی الذمه

اولی نشده، بلکه ضامن خصوص دین اولی شده، پس اینجا هم مثل آن است که هر دو به

يك دفعه ضامن دین هر يك شوند، که هر گاه مضمون له اجازه هر دو را رد کرد، دین

هر يك منتقل میشود به ذمه دیگری. و اگر یکی از آنها را رد کرد هر دو میشود به ذمه

آن دیگری.

و به هر حال، بعد از آن که هر دو حق مستقر شد به ذمه يك شخص، پس هر گاه مجموع را به مضمون له داد بالمره بری میشود از حق مضمون له و اشکالی نیست. و اما

هر گاه بعضی مجموع را بدهد خواه به مقدار دین دیگری باشد یا کمتر، پس آیا آن منصرف میشود به ادای دین خودش یا رفیقش یا مجموع؟ -؟، پس اگر قصد

دارد، به یکی از آنها منصرف میشود به قصد او. پس اگر قصد کرده که از جانب خودش داده باشد، رجوع به مضمون له (۲) نمیتواند کرد، و اگر به قصد رقیقش داده رجوع به رقیقش

-----  
۱: در نسخه: و این....

۲: (مضمون عنه) صحیح است که همان رقیقش باشد.

میتواند کرد. و هر گاه نزاع شود میان ضامن و مضمون عنه در قصد، قول ضامن  
 مقدم  
 است بایمین. چون امر با او است و او اعرف است به حال خود، و اگر قصد معینی  
 نکرده  
 پس در آن دو وجه محتمل است: یکی این که توزیع مشود بالنسبة، چنان که مختار  
 علامه  
 است در قواعد. دوم این که الحال قصد میکند ضامن، هر کدام را که خواهد. و  
 تعیین به  
 دست او باشد. چنان که مختار ایضاح است. یا رجوع به قرعه کند و بنابر آن  
 بگذارد.  
 و دلیل اول (چنان که مختار ایضاح گفته است) این است که: منصرف شدن  
 مجموع آن  
 به هر يك از دین‌ها محال است. و هم چنین عدم صرف آن به هیچ يك از آنها محال  
 است.  
 و صرف آن به یکی معین از اینها، ترجیح بلا مرجح است.  
 و دلیل قول دوم را گفته است (لتساویة بالنسبة الیهما). و گویا مراد او این است که  
 آن مال که ضامن داده نسبت آن به هر دو دین مساوی است. یعنی ضامن مختار بود  
 آن  
 مال را در عوض هر يك که خواهد بدهد. پس الحال که بدون قصد داده همان  
 اختیار  
 مستصحب است که در عوض هر يك که خواهد حساب کند. و تملك قابض به  
 سبب مجرد  
 قبض ممنوع است و مراعی است به لحوق قصد. با آن که تملکی است از ما فی  
 الذمه ضامن  
 بدون تعیین. و تعیین در کار نیست. و اظهر در نظر حقیر قول اول است. چون به  
 قصد ما  
 فی الذمه داده است و تملك هم حاصل مشود. و گویا دو طلبکارند که مشتری را  
 گرفته‌اند و حق هر دو بر مال مساوی است (۱) و ترجیح بلا مرجح محال است.  
 و نظیر این است آنچه که تحقیق کرده‌ایم در کتاب زکات، که هر گاه کسی نصاب  
 اول گوسفند و نصاب اول شتر را مالك باشد و باید دو گوسفند بدهد، هر گاه یکی  
 را داد  
 به قصد (زکات ما فی الذمه) نصف گوسفند محسوب مشود از برای زکات  
 گوسفند،



و نصفی برای زکات شتر. و ثمره در جائی ظاهر میشود که اگر بدون تفریط و تقصیر در ایصال آن دیگری به مستحق هر دو نصابها تلف شوند، مالک بریء الذمه است از زکات. و هر گاه یکی از نصابها تلف شود و یکی باقی باشد نصف گوسفند دیگر باید بدهد از برای همین نصاب باقی. و نصف دیگر که از برای آن نصاب تالف است از او ساقط است.

-----  
۱: عبارت نسخه: و آن مصرف گویا دو طلبکارند که حق مشتری را گرفته‌اند و هر دو بر مال مساوی است.

و اما جواب از سوال از حال پنبه [ای] که باقی مانده است: پس بدان که زید از باب طلبی که از عمرو داشت رجوع به مال عمرو نمیتواند کرد، حتی به عین موجود پنبه. چون به سبب ضمان بکر منتقل شده به ذمه او. بلکه رجوع به بکر میکند. و بکر بعد از

ادای قیمت مستحق رجوع میکند به مال عمرو، و هر گاه شرط رجوع متحقق باشد (که از

جمله این است که به اذن مضمون عنه ضامن شده باشد) به حسب غرما حق خود را میگیرد. و در خصوص پنبه موجود هم حق رجوعی ندارد. چون مال او نبود که در تحت

قاعده (رجوع غریم به عین المال خود) مندرج باشد. بلی زید از باب طلبی که از بکر

داشت از باب قیمت پنبه و به سبب ضمان عمرو منتقل شده بود به ذمه عمرو و آن را از

مال عمرو مطالبه میکند، به موافق آنچه برسد نسبت به سایر غرما [میتواند بردارد]. و باز در عین پنبه موجود در نزد عمرو حقی ندارد، چون این دینی است که از بکر طلب

داشت. در ازای پنبه حصه عمرو نبود بلکه در ازای پنبه حصه خودش بود. و بعد از این، ورثه عمرو از باب ضمان عمرو از برای حصه بکر بر سیل غرما داده‌اند به زید، مستحق میشوند که از بکر بگیرند. و لکن چون مفروض این است که زید حصه

عمرو را که بکر ضامن شده بود، از بکر گرفته یا میگیرد، دیگر مستحق نمیشود که از

مال عمرو عوض را بگیرد، و مال او وفا به تمام نمیکند بلکه به قدری که غرما اقتصاد

کرده‌اند میگیرد. و از همان قدر که زید گرفته بیشتر نمیشود. پس در این صورت به تقاص و تهاتر رجوع میشود. یعنی حق یکی از ذمه دیگری ساقط میشود. و حاصل کلام این که: زید تمام حصه عمرو را از بکر میگیرد. و ضامن‌ها - چون ورثه

عمرو به قدر سهم غرمائی که داده‌اند، از بکر صاحب طلبند. و بکر هم به قدر حصه غرما

باید رجوع کند به ورثه عمرو و این دو نفر - تقاص میکنند و از هم در میروند. ۲۹: سوال: زید ملکی را به عمرو فروخت. و بکر ضامن زید شد که اگر ملك مستحقا

للعیر بر آید، از عهده بر آید یا مضمن را مستخلص نموده به او رد کند. و ضامن شود  
که  
هر گاه خسارتی به مشتری برسد بعد از بیع (به سبب احداث بنا و غرس اشجار در  
صورتی  
که مالک اصلی ازاله آنها کند و مستحق ازش شود) از عهده بر آید. و بعضی از آن  
ملك

مستحق غیر بر آید و ضامن مرده باشد، آیا صحیح است یا نه؟ -؟. و آیا شرط است در

صحت زمان رضای مضمون له و مضمون عنه و قبول مضمون له یا نه؟ -؟. و آیا در صورت وجود ثمن که هنوز دین نشده، ضمان صحیح است یا نه؟ -؟. جواب: اظهر صحت این ضمان است. و لکن در همان رد ثمن، نه تخلیص مثنی. و اظهر صحت ضمان است در درك حاصل از آنچه بعد از بیع حادث میشود، از بنای عمارت و غرس اشجار هر گاه مالك اصلی آنها را ازاله کند. و ضامن ارش آن را باید بدهد، و هم چنین اظهر این است که در صورتی که بعضی از آن مستحق غیر بر آید ضامن باید از عهده ثمن همان بعض بر آید، نه تمام آن. و در همه رجوع به بایع میکند. مگر این که تصریح کند ضامن به ضمان تمام ثمن، که اظهر در این صورت نیز

صحت است. و اظهر این است که رضای مضمون له شرط است در مطلق ضمان. و لکن

اظهر عدم اشتراط قبول است. یعنی ضرور نیست تلفظ به قبول، همان راضی شدن کافی است. و رضای مضمون عنه شرط نیست. و اظهر این است که وجود ثمن در حین

ضمان منافی صحت ضمان نیست. و تحقیق این مسائل موقوف است به بیان چند مطلب:

مطلب اول: در بیان اشتراط رضای مضمون له و مضمون عنه است: فاعلم ان فی اعتبار رضا المضمون له، قولان. المشهور بین الاصحاح (کما نسبه الهيم جماعة) الاول. وعن ابن زهره والتحریر الاجماع علیه. وعن الشيخ فی احد قولیه الثانی. والاول اظهر.

لنا: مضافا الى الاصل والاجماع المنقول، ان الناس مختلفون فی سهولة القضاء و عدمها، وبالضمان ينتقل الحق من ذمة الى اخرى فلولم يعتبر لزوم الغرر والضرر. و لمفهوم صحیحة عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) (فی الرجل يموت وعليه دين فیضمنه

ضامن للغرماء. فقال: اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت). (۱) وعبارة فقه الرضا (ع)

المعتضدة بالعمل (وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته و قبلت ضمانه، قد برء وقد لزم الضامن رده عليك) ويؤيده ما رواه الشيخ بسنده الى عيسى بن عبد الله.

-----

١: الوسائل: ج ١٣، ابواب الدين، الباب ١٤ ح ١. والباب ٢ من ابواب الضمان ح ١.

و [رواه] الصدوق مرسلا (ان عبد الله بن الحسن احتضر فاجتمع عليه غرمائه فطالبوه بدين

لهم. فقال: ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخي وبنى عمي على بن الحسين او عبد الله بن جعفر. فقال الغرماء: اما عبد الله بن جعفر فملى مطول، واما على بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو احبهما اليينا. فارسل اليه فاخبره الخبر. فقال (ع): اضمن لكم المال الى غلة. ولم يكن له غلة. فقال القوم: قد رضينا فضمنه. فلما اتت الغلة اتاح الله تعالى له المال فاداه (١).

فقد استدل به في المختلف، و [لكن] فيه اشكال مع قطع النظر عن السند بعدم استناده الى معصوم. و [الجواب:]

لعله اخذه من ابائه عليهم السلام. ووجه الاستدلال انه خير الغرماء في اختيار ايهما، ولو لم

يكن رضاهم معتبرا لما خيرهم.

حجة الشيخ حكاية على (ع) وأبي قتاده [وضمنهما] للميت. فقد روى انه (حضر عند النبي جنازة. فقال (ص): هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم در همان. فقال: صلوا على صاحبكم. فقال على (ع): هما على يا رسول الله وانا لهما ضامن.

فصلى

عليه النبي (ص) ثم اقبل على على فقال: جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك (٢) فقد حكم (ص) بال لزوم مع عدم سبقه بالسؤال عن رضا المضمون له.

بضميمة اصالة عدم رضاه. وفيه: مع الاغماض عن السند، (٣) انه معارض بما هو اقوى منه سندا

ودلالة (٤)، لان غايته التمسك بالاصل وهو لا يعارض الدليل. وقد يجاب با نه واقعة فلا تعم.

وفيه: ما لا يخفى، اذا الواقعة الخاصة تكفى لنفى شرطية الرضاء، اذ لو كان وجوده شرطا

لصحته لما حكم بها مع عدمه. نعم يتم في مثل ما لو وقع واقعة من الرضاء، فلم يمكن الاستدلال باشتراطه. وبان شاهد الحال يقضى بحصول العلم بالرضاء لضمان مثل على (ع)

١: الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٥ ح ١

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

٣ و ٤: ولكن روى في الكافي (ج ١ ص ٣٥٣) وروى في التهذيب (ج ٢ ص ٥٩) نحو هذا الحديث عن محمد بن

يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن يحيى الحلبي، عن معاوية بن وهب، عن الصادق (ع) ودلالته اوضح.

مع ان الظاهر ان الميت لم يخلف شيئا. وفيه: ان الرضا المعتبر هنا المقرون بالانشاء المحمول على الارادة، لا مجرد موافقة الطبع الذى هو معنى الشهوة. فلا معنى للاستدلال

بشاهد الحال على الرضا بالمعنى الثانى على المعنى الاول الذى هو المعتبر فى المقام. واستدل الشيخ فى النهاية بموثقة اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) (فى الرجل يكون عليه دين يحضره الموت. فيقول وليه: على دينك. قال: يبرئه ذلك وان لم يقضه وليه

من بعده. وقال: ارجو ان لا يأثم وانما اثمه على الذى يحبسه) (١) وفيه: مضافا الى عدم مقاومته

من حيث النسد والاعتضاد، لادلة المشهور، ان فيه اطلاقا بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه. ومقتضى الجمع حمله على ما دل على اعتباره بالنصوصية. وربما يستدل له بصحيحة حبيب الخثعمي (٢) وموثقة الحسن ابن جهم (٣). وهما مع خروجهما عن محل النزاع

مخالفان للاجماع والاصول الشرعية. ولهذا تركنا ذكرهما وذكر ما فيهما. واما رضا المضمون عنه: فلا يعتبر، بلا خلاف صريح. بل ادعى عليه الاجماع جماعة من الاصحاب ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر الاخبار الدالة على كفاية رضا

المضمون له كما مرت. ومنها حكاية ضمان على (ع) عن الميت، مع ان العلامة ادعى الاجماع على جواز الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه، ويؤيده (٤) صحة اداء دين المديون

بدون رضاه. نعم اختلفوا فى ما علم المضمون عنه بالضمان فانكره. والاشهر الاظهر فيه ايضا

انه غير مضر، خلافا لما نقل عن الشيخين وابن ابي حمزة وابن البراج، حيث نفوا الصحة

بالانكار. ولكن يظهر من الفقهاء خلاف فى فهم مرادهم، فبعضهم فهم ان قولهم بالبطلان

لاجل اعتبارهم الرضاء فى الصحة والاستقرار فى اول الامر، فمرادهم ان الانكار لما كان

كاشفا عن عدم الرضا اولا، فيبطل. وآخرون فهموا ان الانكار مانع. يعنى انه يصح مع عدم

معلومية الرضاء وعدم الرضاء ويستقر، لكن يحكم بالبطلان اذا انكر. وعلى هذا فاصل مسألة



- 
- ١: الوسائل: ابواب الدين، الباب ١٤ ح ٢.
  - ٢: لم اعثر على هذا الحديث.
  - ٣: الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٤ ح ١.
  - ٤: وفي النسخة: ولا يؤدده...

اشتراط الرضاء خلافية ولذلك قلنا (بلا خلاف صريح). وكيف كان فالظاهر قول المشهور. لعدم وضوح دليل للقول الاخر. وان اشعرت عبارة السرائر بوجود رواية تدل عليه. ودلالة ما مر من الادلة، عليه. مضافا الى الاستصحاب واولويته بالنسبة الى الدين حيث حكموا بسقوطه بالاداء وان كره المديون.

ثم: انهم اختلفوا (على القول باشتراط رضا المضمون له) فى اشتراط القبول اللفظى الجامع للشرايط، او انه يكفى مجرد الرضاء؟. والظاهر فيه عدم الاشتراط، وفاقا لفخر المحققين والمحقق الاردبيلي. بل لم يظهر تصريح ممن تقدم على العلامة به، وجعله فى القواعد احتمالا. ولكنه رجح اشتراطه فى التذكرة والتحرير. وكذلك المحقق الثانى والشهيد الثانى.

لنا: عموم (اوفوا بالعقود) وغيره، نظر الى ان المراد بالعقود هو العقود الموثقة الشاملة لمثل النذر والعهد واليمين، والشرايط المذكورة فى ضمن العقود. بل مطلق الالتزام، كما هو المعنى الظاهر من معانى الشرط. فيندرج تحت قولهم (ع) (المؤمنون عند شروطهم). وتفسير العقود بما ذكر للمطابقة باللغة والعرف. ولما ذكره المحققون من مفسرى العامة والخاصة. ويظهر ذلك من جمهور الفقهاء الا من شذ. وانما خرج العقود الجائزة بدليل. ويدل عليه ايضا صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة، فان اطلاق الجواب فى مقابل السؤال وجعل شرط الصحة هو رضا الغرماء، يقتضى عدم اشتراط شىء

آخر، والالزم (تاخير البيان عن وقت الحاجة)، كما هو ظاهر المقام. فهو فى قوة ان يقال

(رضاء الغرما وضمان الضامن مبرء لذمة الميت) فلا كراهة فى المناقشة بان المطلق انما يحتمل على العموم اذا سبق الكلام لبيان حكم المطلق لا اذا ذكر المطلق لبيان حكم شىء آخر.

وقد استدلل على ذلك ايضا بقوله تعالى (وانا به زعيم) (١). وهو مشكل. لان حجية شرع من قبلنا انما يثبت فى ما لو ظهر من الشارع حكايته على سبيل المدح. لا مطلق

الحكاية. والاستناد الى استصحاب ما لم يثبت الناسخ (١)، مشكل. لان الحسن والقبح العقليين بالوجوه والاعتبارات. على الاصح. وكذلك حكاية ضمان على (ع) وأبى قتادة المتقدمة. لان عدم نقل القبول لا يدل على عدمه، الا انه خلاف الظاهر. وقد يستدل ايضا بوجوه آخر يمكن القدح فيها اعرضنا عنها.

واحتج من قال بالاشتراط، بالاستصحاب، وبانه من العقود اللازمة، مدعيا عليه الاجماع لا بد فيها من القبول، والاصل لا يعارض الدليل. ولا نسلم ان كل عقد لا بد فيه

من القبول، اذ قد عرفت ان العقد اعم من ذلك. بل [اعم] مما يشترط فيه الرضا [فقط] من طرف آخر، اذ قد لا يكون هناك الا التزام او عهد مع الله. انما صدر هذه الغفلة من ملاحظة اصطلاح الفقهاء حيث يقتسمون الفقه الى العبادات والعقود والايقاعات والاحكام.

واين هذا من المعانى اللغوية والعرفية التى عليها المدار فى فهم كلام الشارع. والحقيقة الشرعية ايضا غير تامة فى ذلك.

واحتجوا ايضا بما روى فى فقه الرضا وقد مر. وفيه مع الاغماض عن السند وفقد الجابر، ان لفظ (قبلت) لا يدل على اعتبار القبول اللفظى الجامع للشرايط المعتمدة عندهم. لان من معانيه المناسبة للمقام المذكورة فى كتب اللغة اما هو الرضا كما ذكره

فى تفسير قوله تعالى (فتقبلها ربها بقبول حسن) يعنى رضى بها مكان النذر. او من الاخذ ومنه (القابلة) التى تاخذ الولد. وهو ايضا يرجع هنا الى التلقى والرضا. يعنى لم يعرض عن الضمان واخذه. وقبول العذر ايضا بمعنى الرضا. ويقال بالفارسية (پذيرفتن) واما القول بان المراد من كلمة (قبلت) التكلم بلفظ (قبلت) من حيث المادة والهيئة، فليس من معانيه اللغوية، ولم يثبت فيه حقيقة شرعية، ولو سلم ثبوت الحقيقة الفقهية، فهو لا ينفع فى فهم الالفاظ كما مر، فهذا خلط فى الاصطلاح. فلا تغفل.

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

---

١: وفى النسخة: والاستناد الى الاصحاب...

و نوشته میشود در آن مقدار ثمن و اوصاف آن، و معجل بودن یا موجل بودن آن، چنانکه علما ذکر کرده‌اند. و در کتب لغت هم این را یکی از معانی عهده ذکر کرده‌اند. و علامه و غیر او گفته‌اند که از آنجا نقل شده، و غالباً استعمال میشود در اصل ثمن. یعنی هر گاه کسی بگوید (ضامن عهده شدم) معنی آن این است که (ضامن ثمن شدم). و در صحاح مذکور است (العهدۃ: الذکر). و گفته است که معنی (عهده‌ته علی) این است که (ما ادرك من درك فاصلاحه علی) و گفته است که (درك) به معنی (تبعه) است و تبعه به معنی (مظلّمه) است.

والحاصل: هر گاه ضامن بگوید از برای مشتری (که مشوش است از ناخوشی که رو دهد در آنچه مخرد) که عهده آن بر من است. یعنی اگر مظلّمه به هم رسد و به تو ظلمی و نقصانی برسد از جهت این مبیع - مثل این که مبیع مال غیر بر آید یا فساد آن بیع ظاهر شود - اصلاح امر تو و نقصانی که عاید بشود به تو از باب قیمتی که داده‌ای بر ذمه من باشد. و عهده در لغت به معنی ضعف و سست [ی] هم آمده. چنان که مگویند (فی هذا الامر عهدۃ) و (فی عقله عهدۃ) یعنی امر هنوز محکم نشده (۱) و در عقل فلانی ضعفی هست. پس معنی ضمان عهده این است که (من تدارك ضعف و سستی و ناتمامی این معامله را میکنم و آن در ذمه من است).

و تعهد به معنی التزام هم هست و عهده به معنی ذمه هم هست. و از این جهت است که علامه در تذکره گفته است که این ضمان را (ضمان عهده) مگویند به سبب این که ضامن ملتزم میشود آنچه را که در عهده بایع است که رد کند. به هر حال اصل ضمان عهده ثمن در صورتی که مشتری ثمن را تسلیم بایع کرده باشد - به این معنی که کسی ضامن

شود از  
برای مشتری از جانب بایع که اگر مبیع مال غیر بر آید و آن غیرهم اجازه بیع نکند  
او از  
عاهده غرامت بر آید و به مشتری رد نماید - صحیح است. و ظاهراً خلافی در آن  
نیست. و از  
جمععی ظاهر میشود که اجماع است، مثل علامه در تذکره، و صاحب مسالك  
واخوند

---

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

ملا احمد اردبیلی (ره). ودالات میکند بر آن عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن. و هم چنین ضرورت و عسر بدون آن. زیرا که بسیار است که احتیاج میشود به معامله و اعتمادی به بایع نیست، گاه است مال غیر را مفروشند و فرار میکند و دست به او نمرسد. و این مسأله در صورتی که عین ثمن موجود باشد در حین ضمان از باب (ضمان اعیان مضمونه) میشود که در آن خلاف است. و بعد از این حکم آن مذکور میشود، و لکن گویا که اطلاق ایشان در اینجا مبتنی باشد بر اجماع در این صورت، با حصول ضرورت. و الا قول به آن از برای قائل به منع در اعیان مضمونه صورت نداشتی. و اما در صورت تلف ثمن پس اشکال به هیچ يك از دو قول نیست. و به هر حال چون شرط است در صحت ضمان، اشتغال ذمه مضمون عنه پس قبل از تسلیم ثمن به بایع ضمان آن بی صورت است. و به این سبب قید کرده اند صحت ضمان را به این که مشتری ثمن را تسلیم کرده باشد. بلکه تصریح کرده اند به عدم صحت در صورت عدم تسلیم. و ظاهر این است که مراد آنهایی که ترك قید کرده اند همین باشد. چون قبل از تسلیم از باب (ضمان مالم یجب) است. و لکن گاه است ضرورت داعی بر صحت آن هم بشود، بلکه احتیاط و قصد وثیقه قبل از دادن مال از دست اهم است در نظر عقلا و عموم منع از (ضمان مالم یجب) هم ممنوع است، چنان که در مواضع بسیار واقع شده، مثل (اللق متاعك فی البحر وانا ضامن) و مثل ضمان اعیان مضمونه بنابر قول به آن، و غیر اینها، و عمومات هم شامل آن است. و بدان که هر گاه ضامن شود ثمن را قبل از تسلیم، و آن ثمن دین باشد بر ذمه مشتری،

در آن اشکال نیست. چون دینی است از دیون و ضمان آن صحیح است. و این ضمان

ثمن است نه عهده ثمن.

و اما اگر آن ثمن عینی باشد و هنوز تسلیم نشده و ضامن می شود، پس اظهر صحت آن است نیز چنان که محقق ثانی تصریح به آن کرده است. و این هم داخل ضمان اعیان

مضمونه میشود، و دلیل آن همان [است] که مذکور شد و بعدهم خواهد آمد. و بدان

که ظاهر مشهور و (مصرح به) در کلام جمعی، این است که ظهور فساد بیع به سبب وقوع

خللی در ارکان و شرایط آن - یا به سبب اقتران به شرط فاسدی که منشأ فساد بیع میشود - نیز مثل ظهور استحقاق غیر است، و در آن ضمان صحیح است. چون رد ثمن

در این صورت واجب است و حق مشتری در حین ضمان باقی است در واقع. و در حکم این

است که مستحق غیر بر آید. و بعضی در این تأمل کرده‌اند به سبب این که احتراز از این که

مبیع مال غیر نباشد غالباً ممکن نیست یا متعسر است، و اما احتراز از خلل در ارکان بیع،

آسان است. و ترك آن مبتنی بر تقصیر مشتری است.

و این مرفوع است به (اصل عدم لزوم تفحص) در جائی که فساد ظاهر نباشد. و این که

بسیار میشود که خلل در ارکان و شرایط مخفی مماند به سبب جهل یا نسیان. و به هر حال، عمومات ضمان مصحح آن است. به هر حال باید در حین ضمان حقی در ذمه

مضمون عنه ثابت باشد، هر چند آن حق استحقاق مطالبه و وجوب ردعین باشد.

چنان که

در مسأله ضمان اعیان مضمونه، بنا بر قول به آن، چنان که خواهد آمد. و در صورتی که به

هیچ نحو حقی در ذمه او نباشد، ضمان صحیح نیست، بدون خلاف ظاهری. پس هر گاه

متجدد شود بطلان بیع به سببی که متأخر باشد از ضمان، بر ضامن چیزی نیست.

مثل

این که فسخ کند به سبب تقایل. یعنی هر دو راضی شوند به فسخ کردن بیع و فسخ کنند.

یا به سبب خیاری که داشته‌اند فسخ کنند، یا به سبب اخذ به شفع آن بیع بر هم خورد.

یعنی هر گاه بایع ملك خود را فروخت به شخصی و دیگری ضامن شد از جانب بایع از

برای مشتری که اگر فساد بیع بر خورد غرامت قیمت را بکشد از برای مشتری. و بعد

از بیع و ضمان، شخصی که شريك بایع بود در آن ملك مطلع شد و گفت (اخذت بالشفعة). که در این صورت بارد شفیع ثمن را به مشتری مالك ملك می شود و بیع



باطل

میشود (و تا ثمن را ندهد به مشتری مالک نمیشود). پس در اینجا بر ضامن چیزی نیست. چنان که بر بایع هم چیزی لازم نیست، بلکه غرامت ثمنی که مشتری داده است به

بایع همان است که شفیع به او مدهد. بلی اشکال در چند جا هست:  
اول: در صورتی که فسخ کند مشتری بیع را به سبب علتی که در حین بیع موجود بوده، و خلاف کرده‌اند که آیا ضمان لازم میشود یا نه (؟-؟) جمعی قائل شده‌اند به

عدم لزوم، و این را در کفایه اشهر نامیده است. و علامه در قواعد اشکال کرده و عبارت

آن این است (وللمشتري عن البايع، یعنی یصح ضمان المشتري عنه بان یضمن عن البايع

الثلث بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا او رد بعيب على اشكال). و لكن بعد از قلیلی

فاصله گفته است که (الاقرب انه لا یصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معیبا ورده،

والصحة لو بان فساد به غیر الاستحقاق كفوات شرط معتبر فی البیع او اقتران شرط فاسد

به) (۱). و بعد از فاصله بسیاری گفته است (و یرجع على ضامن عهدة الثمن فی کل موضع

یطل فيه البیع من راس، لا ما یتجدد له الفسخ بالتقایل او البیع السابق...) ووجه اشکال - چنانچه فخر المحققین و شیخ علی گفته اند - این است که چون ثمن به

سبب فسخ لازم شده است بر بایع و در حین ضمان چیزی بر او نبود پس از باب (ضمان

مالم یجب) است، پس ضمانی لازم نیست. و چون سبب فسخ که عیب است موجود بود

در آن حال و حاجت و ضرورت داعی است بر این ضمان، پس ضمان صحیح است و لازم

است. و فخر المحققین بعد از آن که وجه اشکال را چنین ذکر کرده گفته است که حق

صحت است، به جهت این که عذر غالب اولی است به تجویز رخصت، از عذر نادر. و هر گاه

در مثل (الق متاعك فی البحر وعلى ضمانه) قائل به صحت باشیم با وجود ندرت وقوع

آن، پس در ما نحن فیه اولی خواهد بود چون غالب الوقوع است. و هر چند در استدلال به اولویت اشکال است، و لكن اظهر صحت است به سبب ضرورت

و رفع حاجت و لزوم عسر، و به جهت آن که پیش گفتیم که دلیلی بر اشتراط (وجوب حق در ذمه

مضمون عنه در حین ضمان) ثابت نیست. و عمومات (اوفو بالعقود) و اطلاقات

ضمان، همه شامل  
اینجا هست. و عجب از آخوند ملا احمد (ره) [است] که در مسأله ضمان اعیان  
مضمونه میل  
به این نوع استدلال کرده، و در اینجا فتوی به عدم لزوم داده، و اشکال را از علامه  
در  
تذکره نقل کرده، و وجه اشکال که در تذکره مذکور است این است که چون بایع  
تفریط  
کرده و با وجود امکان، اعلام نکرده، پس گویا استحقاق مشتری مطالبه ثمن را در  
حین  
ضمان، ثابت بوده، پس الحال که عیب ظاهر شد [و] فسخ کرد، ضامن باید از عهده  
بر آید، و

-----  
۱: وفى النسخة: او اقراره شرط...

چون آن فسخ بعد از ضمان حاصل شده و مانند تقایل است که به رضای یکدیگر معامله را

فسخ کنند، پس بر او چیزی نیست.

و بعد از نقل اشکال تذکره و (تایید عدم صحت به (اصل) وعدم تحقق استحقاق در حین ضمان) گفته است که: تفریط مستلزم ضمان نیست. و بدان که: در این مقام سخن دقیقی هست که باید متنبه آن شد. و آن این است که فرق است ما بین این که ضامن بگوید به مشتری (ضمنت لك عهدة الثمن) یا (ضمنت لك

در که) و امثال این، و بعد از آن ظاهر بشود که مبیع در حین بیع معیب بوده. و ما بین این که

بگوید (ضمنت لك عهدة الثمن لو ظهر لك كون المبيع معيبا وردده). و در صورت اول که

تصریح نمکند به سببی از اسباب و مطلق مگوید که (ضامن شدم عهده ثمن را) شکی

نیست که صورت ظهور مبیع مستحقا للغير یا ظهور فساد بیع به جهت عدم تحقق شرطی از

شرایط آن، داخل است. و اشکال در این، این است که آیا آن اطلاق شامل ظهور آن عیب در

مبیع و امثال آن هست یا نه؟ -؟. و در صورت دوم پس باید نظر در دلیل اصل مسأله ضمان

مقید به صورت ظهور عیب کرد، خواه داخل افراد (ضمان عهده مبیع مطلق) باشد یا نه.

و هر گاه این را دانستی بدان که عبارت علامه در قواعد در ظاهر تناقضی از آن مستفاد میشود که در اول اشکال کرده در ضمان به سبب رد به عیب، و در ثانی گفته است

که اقرب این است که صحیح نیست ضمان عهده ثمن هر گاه مبیع مغضوب بر آید. و در ثالث

جزم کرده است که رجوع نمیشود به ضامن در صورتی که رد کند مشتری مبیع را به عیب

سابق. و بعضی رفع تناقض را به این کرده اند که مراد او در آنجا که اشکال کرده این است که

آیا در صورت اطلاق ضمان عهده این قسم هم داخل ضمان است که عیب ظاهر شود ورد

کند. یا نه. و در ما بعد مراد او این است که در صورت تصریح به ضمان، صحیح نیست. [و]

استشهاد کرده‌اند به عبارات فقها در مقامات چند که ذکر کرده‌اند: در صورت اطلاق ضمان

عهده آیا فلان درك داخل است یا نه.

و تو مدانی که عبارت علامه تاب این عمل را ندارد و لفظ (متی خرج المبيع معيها)

و (متی رد بعيب) و لفظ (لو خرج المبيع معيها ورده) همه قید ضمان است و ضمان معلق

بر آن است، نه قید صحت و عدم صحت، یعنی ضامن شود از جانب بایع به این نحو که اگر رد شود به سبب عیب، ضامن باشد و یا اگر مبیع معیب بیرون آید ورد کند، ضامن باشد. و هکذا کلام فخر المحققین هم ظاهر در این است، نظر به مثالی که آورده در مثل (الق متاعک فی البحر) که تصریح به ضمان خاص، است. و اما عبارت سوم علامه پس آن قابل صورت اطلاق و تقیید (همه) هست، و با وجود این همه مگوئیم که تناقضی در کلام نیست، چون متعارف است که در مسأله اشکال میکنند و بعد از آن که اختیار احد طرفین میکنند. (۱)

پس بدان که: ثمره فرق ما بین اطلاق و تقیید (که مذکور شد) این است که در کیفیت استدلال بر مطلب و اتمام، این تفاوت به هم رسد. پس هر گاه تقیید کند ضامن را و تصریح کند که ضامنم هر گاه مبیع معیب بر آید و مشتری رد کند، قیمت را به او مرسانم. پس میتوان گفت که این عقدی است و داخل (اوفوا بالعقود) است و وفای آن، به آن لازم است، و علامه بر ادعای (۲) دخول آن در تحت اطلاقات ضمان و هر گاه مقید نکند و مطلق بگوید که ضامن شدم درك بيع را و تبعه [ای] که بر آن مترتب میشود. آیا شامل صورتی که [مبیع] معیوب ظاهر میشود و مشتری رد کند، [است؟] تا استدلال به آن عمومات توان کرد. یا نه.؟ و این معنی در مقامات بعد از این واضح میشود. مثل ثبوت ارش، و تلف مبیع قبل از اقباض، و هم چنین در اخذ به شفع که پیش گذشت. و به هر حال، اگر نگوئیم که اطلاق ضمان عهده شامل این نیست لا اقل توقف باید کرد، خصوصاً به ملاحظه (اصل) و عدم تبا در این از مطلق ضمان عهده. و بدان که: مراد از (فسخ به سبب عیب) در اینجا، فسخ به عیبی است که در حین بیع بوده است. و اما عیبی که بعد از بیع حاصل شود، هر چند هر گاه قبل از اقباض مبیع باشد آن هم موجب خیار فسخ باشد و لکن در اینجا کسی قایل نشده است به ضمان

-----

۱: باید صورت صحیح این عبارت یکی از دو صورت زیر باشد:  
الف: در مسأله اشکال میکنند و بعد از آن اختیار احد طرفین میکنند.  
ب: در مسأله اشکال میکنند بعد از آن که اختیار احد طرفین میکنند.  
مطابق سلیقه علامه (خصوصا در قواعد) عبارت دوم مناسب تر است.  
۲: صحیح: علاوه بر ادعای دخول...

ضامن. چون در حال ضمان موجود نبوده و از باب اسباب متجدده است. مثل تقایل و

غیر آن. بلکه ظاهر مسالك و غیره دعوی اجماع است بر عدم ضمان. دوم: (۱) در جایی است که باطل شود بیع به سبب تلف مبیع قبل از اقباض مبیع و بعد از قبض ثمن، که در اینجا نیز مطالبه نمیتواند کرد مشتری قیمت را از ضامن، بکله رجوع میکند به بایع. چون ظاهراً خلافی نیست در این که تلف مبیع قبل از اقباض

از مال بایع است. و معنی آن این است که قبل از تلف به لمحہ [ای] مال بر مگردد به

بایع و از کیسه او مرود. بلی علامه احتمالی داده که از مال مشتری باشد. و آن ضعیف

است. و ثمره این خلاف در این ظاهر میشود که نماء مبیع تا حین تلف از مال مشتری است، بنابر مشهور، و از مال بایع است بنابر احتمال علامه. و هم چنین سایر ثمرات ملک

پس بنابر این چون در حالت ضمان تلفی واقع [ن] شده بود و بایع مشغول الذمه ثمن نبوده که ضمان بر آن واقع شده باشد. پس از ضامن مطالبه نمیتوان کرد، پس [نه] در مطلق ضمان عهده داخل میشود هر گاه به عنوان اطلاق ضامن شده باشد، و نه صحیح

است تصریح بر این که من ضامنم اگر فسادی رو دهد به سبب تلف قبل از قبض. و لکن اشکالی که سابق کردیم، در اینجا هم وارد است، که در صورت تصریح چرا صحیح نباشد؟ و حال آن که عمومات شامل آن هست، و عموم دلیل بطلان ضمان مالم

یجب، مسلم نیست. و خلافی در اصل مسأله در نظر نیست الا اشکالی که علامه در تذکره گفته است که اگر قایل باشیم به این که بیع به سبب تلف مبیع قبل از قبض منفسخ

میشود از حین تلف، پس رجوع به ضامن نمیتوان کرد. و اگر قایل باشیم که از اصل باطل میشود، رجوع توان کرد. و عبارت منقوله از تذکره این است (فلو تلف المبیع قبل

القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد، فیطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البیع ینفسخ من اصله فهو كظهور الفساد به غیر الاستحقاق، وان قلنا ینفسخ من حینه، فکالرذ بالعیب).

یعنی اگر قایل باشیم که بیع از اصل بر هم مخورد، پس آن مانند جایی است که ظاهر



بشود از غیر جهت ظهور این که مبیع مال غیر بوده است، بلکه مثل این باشد که به  
سبب

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

اختلال شرطی از شروط مبیع فاسد باشد، که اظهر در آن رجوع به ضامن است نه بایع

. و اگر قایل باشیم که بیع باطل مشود. در حین تلف و قبل از آن مال مشتری بود، پس

از قبیل رد به عیب است، که در رجوع به ضامن اشکال کرده بود در آن. و ذکر این تشبیه‌ها در کلام علامه از برای تحقیق مقام تشبیه و مشابهت است و کیفیت این که حکم به عنوان جزم است یا اظهر است یا محل اشکال است. نه این که از باب

قید احترازی باشد. این محتاج است به دقت نظر و تأمل. و صاحب مسالك بحث کرده

است بر علامه و گفته است که هر چند ما حکم کنیم به بطلان بیع از اصل، اما این حکمی

است که لاحق ضمان شده و بعد از آن حاصل شده، و چون مبیع در حال ضمان مال

مشتری بود در ظاهر شرع، و در نفس الامر ثمن مال بایع بود و مال مشتری به ذمه او

متعلق نشده بود و این تلقی که طاری شده به سببی شد که خدا حکم کرد به عود ملك

بر مالك اولی از اصل، پس ضمان متعلق به ثمن نمیشود. و آخوند ملا احمد (ره) بر او

ایراد کرده به آنچه حاصل آن این است که بودن مبیع مال مشتری تا حین تلف در نفس الامر و در حکم خدا در جمیع زمان (۱) بعد وقوع بیع تا حین تلف [بر عود آن به بایع،

مردود است. زیرا] آنچه ما مفهمیم از بطلان بیع از اصل، این است که بیع مطلق است

و بقاء مبیع تا زمان قبض از شروط صحت آن است و عدم بقاء مانع از صحت آن است،

چنان که در امثال آن گفته‌اند. تمام شد کلام آخوند (ره).

و آنچه به فهم قاصر می‌رسد این است که مراد شهید ثانی (ره) این است که تلف مبیع سبب نقل است از مشتری به بایع، نه کاشف از نقل. و این از باب اجازه فضولی

نیست بنابر قول به کشف که ثمرات ملك بر آن مترتب شود از حین صیغه تا حین اجازه. و

از باب فضولی بنابر قول به نقل هم نیست که اجازه جزء سبب باشد و نقل به سبب  
اجازه  
حاصل شود از حین اجازه و ثمرات اجازه از برای مجیز حاصل شود نه قبل آن. بلکه  
به  
سبب بیع، ملك مال مشتری است و ثمرات آن از برای مشتری حاصل است الی حین

-----  
۱: و در نسخه: ضمان.

التلف. و تلف سبب انتقال ملك است از ما بعد عقد مسلوب المنافع. و سر این كلام این

است که نظر به حدیثی که وارد شده که (تلف المبیع قبل القبض من مال البایع) (۱) فهمیدن معنی (من مال البایع) مشکل میشود. چون به سبب عقد، مبیع مال مشتری شده. و به این جهت توجیه کرده‌اند و گفته‌اند که این حدیث (بدلالت تبعیه) دلالت دارد بر این که به سبب تلف، مبیع مال بایع میشود به لمحہ [ای] قبل از تلف.

و هر گاه دست از قول مشهور علما برداریم (که مراد بطلان بیع است از حین تلف) و

قائل شویم به این احتمالی که علامه در تذکره داده است که باطل میشود بیع از اصل، پس باز محتاجیم در صادق آمدن مدلول حدیث به این که مبیع را مال بایع کنیم و بگوئیم

که تلف از مال بایع شده. پس مگوئیم باید به سبب تلف بگوئیم که بعد از جریان صیغه

بیع مبیع مال بایع شد و تلف در مال او شده هر چند مال بایع شدن با سلب منافع و سایر

ثمرات باشد. پس جریان صیغه باعث صحت بیع است و جمیع آثار آن بر آن مترتب میشود که از جمله آنها این است که ثمن حق و مال بایع است و بر ذمه او چیزی از حق

غیر نیست، و ضمان بر آن مترتب نمیشود، و نمائی که حاصل میشود مال مشتری است. و تلف همین قدر کار میکند که مبیع مسلوب المنافع والاثار مال بایع میشود که

صادق آید (التلف من مال البایع).

پس با این جمع میشود ما بین حدیث (التلف من مال البایع) و میان اصل و قاعده صحت بین و ترتب آثار بر آن. که از جمله آنها عدم صحت ضمان است.

و از آنچه گفتیم فرق ما بین ما نحن فیه و عقد فضولی ظاهر میشود بنابر قول به کشف. که در فضولی اجازه کاشف است

از این که اصل عقد در ملك مالك اصلی واقع شده، نه این که بعد جریان عقد مال منتقل

میشود به مالك اصلی، یا از مالك اصلی [به مشتری]. و در ما نحن فیه عقد در مال خود

بایع واقع شده و تلف سبب ناقل بیع است از مشتری به بایع بعد از وقوع عقد. و مؤید این

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

مطلب است آنچه در مسأله غصب گفته‌اند که هر گاه غاصب نتواند رد عین کند و مالک عوض آن را از غاصب بگیرد بدون عقد معاوضه، این که جایز است از برای مالک انواع تصرفات در آن عوض حتی بیع وهبه و سایر تصرفات متلفه. و بعد از آن هر گاه غاصب قادر شود بر تسلیم مال مغضوب، مالک اصلی رجوع میکند به مال خود. اما غاصب پس آن رجوع به مالک نمیتواند کرد در آنچه تصرف کرده و تلف کرده. هر چند با بقای عین رجوع به مال خود میتواند کرد. چون دادن آن از برای حیلولة او بود میانه مالک اصلی و مال او. و این هم نوعی است از انواع تملك که رقبه عوض، ملك مالک میشود و انواع تصرفات مالکانه میتواند کرد، و لکن مراعی است تا پیدا شدن مال مالک اصلی با بقای عوض. نه در صورت تلف. و غرض تائید این است که در اینجا هم مانعی ندارد که ملك به سبب تلف منتقل شود به بایع، و لکن منافع او از آن نباشد همان عین فقط مال او میشود تا صدق کند که تلف از مال بایع شده. و حاصل مختار در مسأله این است که در صورت اطلاق ضمان عهده، ما نحن فیه داخل ضمان نیست. هر چند قائل باشیم که تلف سبب باطل شدن بیع باشد از اصل. و در صورت تصریح به ضمان اگر تلف شود، اظهر صحت ضمان است. سوم: (۱) هر گاه کسی مالی فروخت به شخصی و دیگری ضامن عهده ثمن شد. و بعد از آن مال معیب بر آید و مشتری مطالبه ارش کند. آیا این ضمان نسبت به دعوی ارش، صحیح است و مشتری میتواند از ضامن مطالبه ارش کند یا نه؟ - جماعتی تصریح به صحت کرده‌اند. و علامه در تحریر قائل به عدم صحت شده و جمعی توقف کرده‌اند. دلیل قول به صحت این است که: ارش در وقت ضمان در ذمه بایع ثابت بود، پس از (ضمان مالم یجب) نیست. و جهالت مقدار ضرر ندارد به سبب آن که [در] اصل ضمان

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

جهالتی را که ممکن باشد استعلام آن، مضر نمیدانیم. یا آن که در خصوص ضمان عهده

عفو جهالت ثابت باشد. چنان که بنابر قول به عدم صحت [ضمان] اعیان مضمونه، ضمان

عهده ثمن مستثنی است و صحیح است. و به این سبب که ارش جزء ثمن است و در ذمه

بایع ثابت است در حین ضمان، حکم آن مخالف [ن] میشود که با ضمان اصل ثمن. (چنان که در مسأله اول گذشت). چون ضمان بایع در اینجا موقوف بود به فسخی که

لاحق ضمان شده بود.

و دلیل عدم صحت این است که: استحقاق ارش بعد از حصول علم به عیب و اختیار ارش، حاصل میشود. پس در حال ضمان خصوص ارش در ذمه بایع متعین نشده (۱)، بلکه

همان (سبب) حاصل شده بود که آن عیب است، و آن مستلزم اشتغال ذمه به ارش نیست، بلکه سبب است از برای مختار بودن مشتری میان فسخ و رجوع به تمام ثمن، یا

رضای به بقای بیع و اخذ ارش. پس خصوص ارش در حین ضمان مستقر نیست. و اگر

بگوئی که آن مانند احد فردین واجب تخییری است که قبل از اختیار احدهما متصف به

وجوب هست پس در اینجا هم اشتغال ذمه به احد فردین است که در ذمه بایع ثابت است. مگوئیم که هر گاه چنین باشد پس این کلام در مسأله اولی که ضمان اصل ثمن

است هم جاری میشود. و حال آن که در اینجا قایل نیستند.

و در مسالك گفته است که: حق این است که فرق است ما بین ارش و ثمن. چون ثمن واجب نمیشود الا به فسخ. و اما ارش پس آن بالاصاله واجب است. چون جزء ثمن

است که عوض جزئی است که فوت شده از مال المعاوضه. یعنی مشتری ثمن را داده در

عوض مبیع و سلامت مبیع بدون نقص. پس هر جزئی از ثمن مقابل همان مقدار است از

مبیع، و به سبب نقصی که در بیع حاصل شده بایع مستحق مساوی آن نیست. پس ارش



که عوض آن نقص است از اصل مال مشتری است و همین که باقی ماند بر حال  
خود و  
فسخ نکرد آن ارزش هم ثابت است در ذمه بایع. و اما این که میتواند فسخ کند و تمام  
ثمن  
را بگیرد پس آن تسهیل، امری است علی حده، که شارع برای او قرار داده، از راه  
این که

-----  
۱: در نسخه: نشود.

مقصود مشتری این بود که تمام مبیع از او باشد، والحال رضای به بعض ضرر او است.

پس میتواند فسخ کند و رجوع کند به ثمن.  
و بعد از آن (۱) گفته است که حاصل اشکال این است که آیا ارش ثابت است به عقد و

زوال آن به فسخ بیع و رجوع به ثمن، میشود؟ یا این که هر چند سبب اخذ ارش حاصل است در حال عقد که عیب باشد و لکن ثابت نمیشود مگر با اختیار کردن. و گفته است

که: ظاهر میشود فایده و ثمره این اشکال نیز در جائی که مشتری عالم به عیب نبود و

خرید و علم به هم نرسانید یا علم به هم رسانید اما مطالبه ارش نکرد. که آیا اشتغال ذمه

بایع به ارش، باقی ممانند به حال خود یا نه؟ -؟. پس بنابر اولی که ارش به سبب عقد حاصل میشود، باقی ممانند. و بنابر ثانی باقی نممانند.

و مقتضای این کلام این است که: بنابر شق دوم اشکال است که هر گاه علم به عیب

به هم رسد از برای مشتری، بر بایع چیزی لازم نباشد رأساً. چون مخیر بودن مشتری ما بین اخذ ارش و ما بین فسخ و اخذ ثمن، متصور نمیشود الا با حصول علم. پس بنابر

شق ثانی (۲) مال مشتری مرود بدون عوض. و اما [بنا] بر شق اول پس هر چند علم به هم

رسد برای مشتری به عیب. بر بایع لازم است رساندنش ارش به او چون مشغول الذمه آن

است به سبب عقد. پس معلوم شد که ثمره این اشکال در صورت جهل مشتری است به

عیب یا حصول علم و عدم مطالبه ارش.

و آخوند ملا احمد (ره) بعد از آن که ترجیح داده شق اول را - و گفته است بعید است

عدم ثبوت چیزی بر ذمه بایع زیرا که لازم مآید که مال مشتری از میان برود بدون عوضی خصوصاً با علم بایع به عیب و پنهان کردن آن - اشکالی که کرده در اطلاق کلام

مسالك در بیان ثمره [است]. و آن این است که اشتغال ذمه بایع به ارش بنابر شق

اول  
اشکال، تمام نیست. زیرا که مقتضای اطلاق این است که هر چند مشتری بعد از  
جهالت  
علم حاصل کند به عیب (هر چند آن علم به سبب این باشد که بایع مسخواهد که  
خود را

-----  
۱: در نسخه: و بعد از آن که...

۲: در نسخه: بنابر شق ثانی اشتغال مال مشتری...

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

مشتري، و  
اکل او است بر غير وجه تراضی.

-----  
۱: در نسخه: منقضي...

و استیفای این نقصان را که مشتری باید بکند، شارع مقدس به اختیار مشتری قرار داده که فسخ کند و ثمن را استرداد کند یا فسخ نکند و ارش بگیرد. پس بایع مشغول ذمه قدر مشترك است و به هر نحو مشتری خواهد استیفای حق خود میکند. پس بر بایع لازم است که در صورت جهل مشتری او را اعلام کند و کتمان نکند امری را که بر او ظاهر نمیشود، تا او به هر نحو که خواهد استیفا کند. و اما رضا شدن مشتری

به عیب بعد از اعلام پس داخل اقسام استیفاء نیست. بلکه از باب عفو است. هر گاه این را دانستی بر مگردیم به مسأله ضمان و می گوئیم که هر گاه ضامن بر ذمه گرفت درك و تبعه ثمن را که مشتری داده به بایع، پس ظاهر این است که همین قدر مشترك که بیرون آمدن از غرامت مشتری (به هر يك از دو قسم که خواهد) بر

ذمه ضامن قرار مگیرد نظر به اطلاقات ضمان، و عموم اوفوا بالعقود. و مثال آن چنان که پیش گفتیم. و دلیلی بر خصوص تعیین ارش در حین ضمان نیست که [باید] ضامن متوجه آن باشد لا غیر. و در صورت تصریح به آن که (ضامن ارش مشوم اگر مشتری مطالبه کند) صحت ضمان اوضح و اظهر است. پس اظهر این است که استیفای

ارش داخل اطلاق ضمان عهده ثمن باشد در صورت اختیار مشتری آن را. و می تواند

مشتری که مطالبه از ضامن کند. و هم چنین هر گاه در عقد ضمان تصریح شود به این که:

من ضامنم که اگر معیب بر آید و مشتری مطالبه ارش کند بدهم. مطلب چهارم: مسأله (ضمان صنجه) است، که جمعی از علما تصریح به صحت آن کرده اند. و لفظ (صنجه) ظاهر این است که معرب (سنگ) باشد (۱) و مراد از آن

سنگ ترازو است که به آن مبیع را وزن میکنند یا ثمن را. پس هر گاه بایع سنگی (۲)

---

۱: پیشتر نیز (در مجلد دوم) با این لغت سر و کار داشتیم و از منابع لغت نقل شد که مراد از آن (ظرف کیل) و

پیمانه است و معرب (سینی) و (سینیچه) است که در مقام کاربرد میتواند در مورد سنگ ترازو هم به کار رود. البته عکس این نیز ممکن است زیرا منابع لغت بیشتر به کار برد روزمره توجه دارند تا به ریشه اصلی.

۲: و هم چنین اگر پیمانهای بیاورد.

(۷۵)

بیاورد که مبیع را وضع کند. یا مشتری سنگی بیاورد که ثمن را وضع (۱) کند. و یکی از آنها متهم داند دیگری را در کم بودن سنگ، صحیح است که ثالثی ضامن شود که اگر

ناقص بر آید از عهده نقصان بر آید. و ظاهراً اشکالی در صحت آن نیست. و بعد از ظهور

نقصان باید ضامن از عهده بر آید. و ظاهراً این است که هر گاه به این [نحو] نشود (۲) و

ضامن مطلق عهده ثمن شود، باز این داخل اطلاق ضمان عهده هست.

مطلب پنجم: هر گاه بعض مبیع مستحق غیر بر آید، پس ظاهراً خلافی نیست که رجوع

میشود به ضامن در غرامت آن مقدار از ثمن که مقابل حق غیر است هر چند ضامن عهده

مطلق باشد. و اما آنچه در مقابل مال مالك است پس در آن خلاف است. ظاهر این است که

مشهور علما قایلند به این که رجوع به بایع میشود نه به ضامن. چنان که در کفایه نسبت به

مشهور داده. و ظاهر عبارت منقوله از تذکره اتفاق است. چون گفته است (عندنا)، و خلاف

را در اینجا همین از شیخ نقل کرده در مبسوط که تجویز کرده است رجوع به ضامن را

در جمیع، به جهت وجود اشتغال ذمه بایع به جمیع ثمن در حال بیع. یعنی (تبعض صفقه) که

سبب تسلط بر فسخ و رجوع به ثمن در حال بیع موجود بود.

و بر او ایراد کرده اند که سبب اشتغال ذمه [بر] آن، فسخ است. و آن بعد حاصل میشود. و بنابر این که تبعض صفقه از جمله عیوب باشد، فرق گذاشتن ما بین این مسأله

و مسئله ظهور عیب که پیش گذشت مشکل است. پسر هر کی در آنجا ترجیح داد رجوع به

ضامن را (مثل فخر المحققین) باید در اینجا هم قائل باشد. و هم چنین هر کی در آنجا اشکال

کرده (مثل علامه در تذکره) باید در اینجا هم اشکال کند. و به هر حال در صورت اطلاق

ضمان عهده، دخول این در ضمان ضامن دلیل واضحی ندارد. و اصل برائت ذمه



ضامن  
رافعی ندارد. و اما ضامن خود بایع، پس آن ثابت بود از اصل و رافعی برای آن ثابت  
نیست.  
و اما در صورت تصریح به ضامن پس اظهر صحت ضامن است. چنان که در مسأله  
عیب

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

اشاره به آن شد و گفتیم که ترجیح فخر المحققین هم در اینجا در این صورت بود. مطلب ششم: در بیان صیغه ضمان عهده است. و علامه در تحریر (در سه نسخه که در نزد ما حاضر است) گفته است (ضمان العهدة ان يقول ضمانت عهده، او ضمانت منه، او

ضمانت در که، او يقول للمشتري ضمانت خلاصك منه). و ظاهر این است که مراد این است

که ضامن بگوید به مشتری که من ضامنم عهده ثمن تو را هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید، یا

بیع باطل شود من ضامنم که از عهده قیمتی که بایع داده [ای] بر آیم. یا بگوید (ضمانت

عنه) یعنی ضامن به مشتری بگوید که من ضامنم از جانب بایع از برای تو، باز مراد ضمان

ثمن یا عهده ثمن باشد. یا بگوید (ضمانت در که) یعنی ضامن شدم از برای تو درك ثمن

وتبعه و مظلومه که از جهت خسارت ثمن به تو برسد. و این سه صیغه از برای ضمان ضامن

است از برای مشتری از جانب بایع.

و اما صیغه آخری: یعنی این که ضامن بگوید به مشتری (ضمانت خلاصك منه) پس این

از برای ضامن شدن ضامن است از جانب مشتری از برای بایع. و این در صورتی است که

مشتری تسلیم ثمن نکرده و ضامن از برای بایع ضامن میشود به مشتری مگوید که من

ضامنم که هر گاه تو قیمت را نرسانی به بایع من برسانم و تو را از دست بایع خلاص کنم. یا

اگر قیمتی که [مشتری] داد مال غیر بر آید، یا ناقص دیگر داشته باشد، من از عهده بر آیم.

و ممکن است که این هم از نوع مثالهای قبل باشد. یعنی ضامنم که اگر در مبیع عیبی

و نقصی به هم رسد تو را خلاص کنم از نقصان که از جهت قیمتی که داده [ای] به بایع به تو

برسد.

و عبارتی که از تذکره نقل شده این است که ضامن به مشتری بگوید (ضمانت لك

عهدته، او ثمنه، او در که، او خلصتك منه). و معنی این عبارت هم از ملاحظه آنچه گذشت معلوم میشود. و علامه در تحریر - بعد از عبارتی که از او نقل کردیم - گفته است که (ولو ضمن خلاص المبيع لم يصح. لانه اذا خرج حرا لم يحل تخليصه، وان خرج مستحقا لم يستطع الا بالبيع. وذلك ضمان ما لم يجب فلم يصح. فان ضمن عهدة المبيع و خلاصه بطل في الخلاص وصح في العهدة).

یعنی هر گاه کسی ضامن شود از برای مشتری از جانب بايع که اگر مبيع مستحق غير بر آيد، يا بيع فاسد بر آيد، ضامن مبيع را خلاص کند و از برای مشتری مسلم دارد،

این صحيح نیست. از برای این که اگر فساد بيع از راه این است که مبيع غلامی بوده و

الحال معلوم شد که آزاده بوده و تدلیس کرده، تلخیص در اینجا ممکن نیست، چنان که

واضح است. و اگر فساد بيع از این راه باشد که مال غير بوده و فروخته و مالك هم اجازه

نکرده، پس باز ضمان خلاص کردن، صحيح نیست. زیرا که ضمان مشروط است به این که در حین ضمان، آن حق مضمون، در ذمه مضمون عنه ثابت باشد، و خلاص کردن

مبيع بر بايع واجب نبود بلکه بر او واجب بود رد مبيع به مالك يا قيمت آن. پس از باب

ضمان مالم يجب، است و صحيح نیست.

و وجه بهتر از این هم میتوان گفت و آن این است که هر چند منع کنیم عموم (عدم صحت ضمان مالم يجب) را، باز در اینجا ضمان صحيح نیست. چون تخلیص مبيع

وايصال به مشتری علی الاطلاق مقدور نیست. بلکه مشروط است به رضای مالك مبيع،

و گاه هست که راضی شود. پس غایت آنچه در تحت قدرت او است سعی کردن در

تحصيل مطلب و راضی کردن مالك است. و این معنی هر چند ممکن است و لکن مطلق

سعی کردن مستلزم حصول و ايصال به مشتری نیست. و وظیفه ضمان و تحقق ماهیت

آن، این است که ضامن ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس

این از حقیقت ضمان ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس این از حقیقت ضمان خارج میشود. هر چند مضمون له به همین قدر اکتفا کند. و به هر

حال، ضمان خلاص کردن مبيع صحيح نیست چنان که جماعتی تصریح کرده‌اند. و در عبارت آخری که گفته است (فان ضمن عهدة المبيع و خلاصه...) پس آن

چندین احتمال دارد. یکی آن که مراد این باشد که بگوید (ضمنت عهدة المبيع و ضمانت خلاص المبيع) که دو جمله مستقلة باشد خواه متعاقب بگوید و خواه به فاصله.

پس باز در حکم سابق است. یعنی ضمان اول صحيح است و ضمان دوم باطل. و اما هر گاه به يك جمله ادا کند و بگوید (ضمنت عهدة المبيع و خلاصه) یعنی هم ضامنم که

از غرامت ثمن بر آیم و هم مبيع را خلاص کنم و به مشتری برسانم، پس (قطع نظر از

این که بر او لازم نیست الا يك چیز و چنین سخنی داخل ضمان نیست و وجهی ندارد)

ضمان در آن جزء آخری باطل است و در اول صحیح است. بلی، اگر مراد این است که چون اگر مشتری (۱) خواهان مبیع است و مشتاق آن است، و ضامن مگوید که من ضامن عهده مبیع مشوم. و ضامن سعی در تحصیل مبیع و تخلیص آن هم مشوم. که حاصل معنی او این باشد که به قدر مقدور سعی در تحصیل ضمان مبیع برجا است که عبارت از رد ثمن باشد. پس مستلزم این معنی امری نیست که عقلا و عادة و شرطا استحاله داشته باشد. بیش از این نیست که در جزء

آخر لزومی نیست و تخلف جایز است. و هر گاه نخواهد سعی کند، به همان عهده مبیع

اکتفا کند، پس این [نه] از باب

عطف تفسیری است که مراد از ضمان عهده مبیع، ثمن مبیع، ثمن مبیع باشد، که ضمان از اصل

باطل باشد. و نه از باب اراده جمع هر دو با هم باشد تا وارد آید که بر بایع بیش از يك

چیز واجب نیست.

بلکه مراد این است که من ضامن رفع نقصان و خسارتم از تو و سعی هم در تحصیل مبیع میکنم. پس هر گاه این ممکن نباشد (یا مندرج [در] تحت ضمان مالم یجب است)

آن دیگری بر حال خود باقی است. پس این از باب ذکر (خاص بعد العام) است نه به این معنی که ذکر خاص منحصص عام باشد. بلکه به این معنی که من ضامنم خروج از

غرامت و رفع نقصان تو را هر چند به این باشد که تحصیل عین مبیع را بکنم. و بطلان

ضمان نسبت به خصوص خاص، مستلزم بطلان اصل عام نمیشود و در حال خود باقی

است.

باقی ماند کلام در این که (و) به معنی (او) باشد: و از کلام در آن ظاهر میشود کلام در اصل صورت سوال، که بگوید ضامن صریحا که من ضامن مشوم بر عهده ثمن

و خلاص مبیع را. پس آیا اصل ضمان باطل میشود در هر دو؟ یا صحیح است در ضمان

عهده ثمن و باطل است در تخلیص میبع؟. اظهر در نظر حقیر این است که صحت  
ضمان

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

است در عهده ثمن. هر چند قایل باشیم به بطلان آن در تخلیص میبع. پس اگر بگوئی

که متعلق ضمان در این صورت امر کلی است که مفهوم احد امرین است، و مقصود در عقد ضمان احد امرین است به این نحو که مخیر باشد بین آن دو امر و صحیح باشد از برای او به آوردن هر يك از اینها. پس هر گاه احد امرین باطل باشد باقی نسماند آن امر مضمون که قصد به آن متعلق شده. و عقود تابع قصداند. پس آنچه به عمل آید مقصود نیست و آنچه مقصود است به عمل نیامده. گوئیم که کافی است در انتزاع امر کلی جعلی که احد امرین است، محض تصور امرین. و موقوف نیست بر وجود امرین در خارج، چه جای آن که شرط باشد صحت هر

دو. پس معنی ضمان احد امرین این است این است که من مخیرم به اتیان یکی از آنها. و جایز

نیست از برای من ترك هر دو. و از برای مضمون عنه هست که او را الزام کند به عمل

آوردن یکی از آنها و منع کردن از ترك هر دو. پس هر گاه مانع خارجی به هم رسد از عمل

آوردن یکی پس ساقط نمیشود آن دیگری. زیرا که آن فردی که مانعی از برای آن نیست (به سبب امتناع آن دیگری به سبب امر خارجی) بیرون نمرود از مفهوم این که

احد امرین است. به جهت این که التزام ضامن احد امرین و انشاء ضمانت او احد امرین را،

به عنوان (تخیر لا به شرط) است، و به شرط صحت اتیان به هر يك از آنها نیست. و

ضامن در عقد شر نکرده است که ضامنم احد امرین را به شرط صحت هر دو. تا گفته

شود که با بطلان احد فردین باقی نسماند امر مضمون به عقد.

و این نظیر آن است که نذر کند یا قسم یاد کند که من زکات مالم را به زید بدهم یا عمرو. و بعد از نذر و یمین اتفاق افتد که عمرو غنی شود. پس چرا واجب نباشد دادن

زکات به زید. و هم چنین هر گاه نذر کند که درهمی از نصاب دراهم یا گوسفندی از

نصاب گوسفندم به زید بدهم. و اتفاق افتد که قبل از ادای زکات بدون تقصیری احد



نصابین تلف شود. و هم چنین است کلام در صورت سوال که مگوید (ضامن شدم  
از  
برای زید که اگر مبیع مال غیر بر آید یا قیمت را به او برسانم یا مبیع را از برای او  
خلاص

کنم). خصوصاً هر گاه جاهل مسأله باشد. و ظاهراً مجهول است (۱) بر او بطلان در ثانی.

پس صحیح خواهد بود در اول. و از آنچه ما بیان کردیم در وجه تردید در ضمان و معنی

آن، ظاهر میشود فساد آن. (۲)

گاه است در این مقام تو هم شود که بطلان این نوع ضمان از راه ابهام است و جهالت مورد ضمان و ابهام در متعلق عقود مبطل آن است، و اگر نه لازم میآید که صحیح

باشد که بگوید که (من ضامن شدم یکی از دو مال را) و یا (ضامن شدم برای یکی از

دو شخص). زیرا که ابهام هر چند یکی از معانی کلمه (او) است چنان که در قول حق تعالی

(انا او آیا کم لعلی هدی او فی ضلال مبین). (۳) و لکن این معنی در اینجا مراد نیست جز ما،

بلکه از باب تخییر است بر وجهی که ذکر کردیم. و آن دو مثال که متوهم مگوید، از قبیل

ما نحن فیه نیست. و ملازمه [ای] که ذکر کرده است ممنوع است.

مطلب هفتم: خلاف کرده‌اند در صحت ضمان اعیان مضمونه. و ضمان این اعیان به این معنی این است که متعهد میشود آنها را رد کند به صاحب آنها، یا این که اگر تلف

شوند، قیمت آنها را به مالك آنها بدهد. فخر المحققین و شهید ثانی و محقق ثانی ترجیح

عدم جواز داده‌اند. و علامه در تذکره ترجیح جواز داده، و هم چنین در تحریر و ارشاد، و این قول منقول است از مبسوط. و محقق هم میل به جواز کرده. و هم چنین محقق اردبیلی (ره) و بعضی در آن اشکال کرده‌اند مثل علامه در قواعد. و دلیل قول اول،

عدم صحت است با بطلان دلیل مجوز. و دلیل قول دوم این است که ضمان عبارت است

از این که در عهده گیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است. و آن در اینجا محقق

است. و در صورتی که ضامن قیمت آن میشود اگر تلف شود، هم چون قیمت در ذمه

غاصب و اشباه آن ثابت است. و در صورت تلف ضامن آن را در عهده مگیرد.

و این سخن بسیار دور است، و اولی این است که گفته شود که سبب تعلق قیمت  
در

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

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

۳: سبأ ۲۴.

صورت تلف در حین عقد ضمان متحقق است. (۱) و این دلیل‌ها را که ذکر کرده‌اند [ناتمام]

هستند] به [جهت] این که در صورت اول آنچه را ضامن در عهده گرفته مال نیست بلکه رد مال است. آنچه در ماهیت ضمان معتبر است به ذمه گرفتن مال است. و به جهت

آن که از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن. و در اینجا غاصب

بری نمیشود به سبب ضمان. بلکه مکلف است بر [رد] آن اجماعاً، چنان که در مسالك

تصریح کرده به آن. و این با قواعد شیعه هم نمسازد (۲) که ضمان را مشتق از (ضمن) گرفته‌اند.

یعنی مال از ذمه مضمون عنه منتقل میشود به ذمه ضامن. نه از (ضم)، چنان که عامه کرده‌اند که ضم میشود ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه و هر دو ضامن‌اند، و مضمون له

مخیر است در رجوع به هر يك.

و اما در صورت ثانی، یعنی ضمان قیمت اگر تلف شود. پس آن نیز تمام نیست، چون از باب ضمان ما لم یجب است، و وجود سبب ضمان کافی نیست مادامی که

خود ضمان متحقق نشود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان مال تلف نشده که

خود ضمان متحقق نشود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان مال تلف نشده که

قیمت آن منتقل شود به ذمه ضامن. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آن که گفته است

که (صحت ضمان ظاهر نیست به سبب این که ضمان خلاف اصل است و اقتصار میشود

در آن به محل وفاق و تحقق شرایط صحت که معنی (۳) و مراد شارع [است] (۴). و اینها

در اینجا معلوم نیست. به جهت این که ضمان در نزد اصحاب، ناقل است. و وجوب رد منتقل نمیشود. بلکه بر غاصب هم واجب است ظاهراً. و قیمت هم با وجود بقای عین

ثابت نیست. و ضمان عین بدون این دو وجه معنی دیگر ندارد) گفته است که محتمل

## است ثبوت صحت ضمان به سبب صدق ضمان عرفا و ثبوت

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

ضمان شرعا علی الاطلاق. و معلوم نیست که مذکورات، از لوازم شرایط ضمان باشد.

بلی، غالبا چنین است و به این جهت است که علامه در تذکره بعد از آن که اختیار کرده است جواز ضمان اعیان مضمونه و ضمان عهده را، گفته است که (ضمان المال

عندنا ناقل وفی ضمان الاعیان المضمونه، والعهدة اشکال، اقویه عندی جواز مطالبة کل

من الضامن والمضمون عنه. اما الضامن فللضمان. و اما المضمون عنه فوجود العین فی یده

او تلفها فیها. وفی العهدة ان شاء المشتري طالب البایع، وان شاء طالب الضامن. لان القصد

هنا بالضمان، التوثیق لاغیر).

وآخوند (ره) بعد از این کلام باز گفته است که: استبعاد نمکنم در ضمان اعیان به معنی جواز طلب عین از آن که در دست او است و از ضامن. یعنی مضمون له مخیر است

ما بین رجوع به هر يك، و این که واجب باشد رد عین [بر] هر يك از آنها با بقای آن. ورد

قیمت آن بعد از تلف بعد از ضمان، بلکه دور نیست که ضمان در اینجا ناقل هم باشد به

معنی وجوب رد. پس طلب میکند مضمون له عین را از ضامن و او میگیرد از مضمون عنه ورد میکند به صاحبش، اگر قائل باشیم که نقل با دلیل ثابت است مطلقا،

و اگر قائل نباشیم به ثبوت نقل از ذمه مضمون عنه علی الاطلاق پس میگوئیم که منتقل شدن مخصوص است به جائی که ممکن باشد از اموالی که در ذمه است. و بعد از آن گفته است سخنی [را] که حاصل آن این است که: ممکن است قول به انتقال به ذمه ضامن. هر چند عین موجود باشد و هر چند مضمون عنه هم مکلف باشد به

رد. به تقریب اختلاف حیثیات. یعنی از حیثیت ضمان، منتقل میشود وجوب رد به ضامن، و بر مضمون عنه چیزی نیست. و لکن از حیثیت (ید) و غاصب بودن، بر مضمون عنه لازم است رد چنان که در ایدی متعاقبه بر عین مغصوبه. پس گویا الحال مضمون عنه آن را از دست ضامن گرفته و باید به صاحبش برساند. بعد از آن گفته: حاصل این است که دلیلی نیست بر این که ضمان مطلقا ناقل است. زیرا که اجماع و روایت در عین اعیان نیست (۱). و اعیان در تحت عمومات ادله

ضمان باقی

۱: و در نسخه است.

است. و عمومات شامل آنها هست. پس قول به صحت ضمان در اعیان بعید نیست.

و آنچه پیش گفتیم از دلیل منع، تمام نیست. این آخر کلمات محقق اردبیلی است. و حاصل کلام در این مقام این که: فقها از جمله شرایط حق مضمون گفته‌اند که باید مال باشد و ظاهر بعضی دعوی اجماع است بر آن. و بر آن متفرع میشود عدم صحت ضمان بر شیئی که مملوک مسلم نمیشود، یا حرام باشد بر او تملك آن. مثل مال ربا و غیر آن. و هم چنین شرط کرده‌اند که در ذمه باشد. و بر آن نقل اجماع شده. و

همچنین ذکر کرده‌اند که ضمان موجب نقل مال است از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن.

و بعد از آن در مواضع بسیار مخالفت کرده‌اند، مثل اعیان مغصوبه در صورت بقای عین

در حین ضمان که آنچه ثابت است بر ذمه رد مال است نه نفس مال، و (ضمان مالیس

فی الذمه) است در صورت تلف. و مثل ضمان عهده در کی که حادث شود از تصرفات

مشتری [که] در حین ضمان در ذمه مضمون عنه نیست. و مثل ضمان عهده ثمن با وجود

عین و غیر اینها. و مثل (الق متاعك فی البحر وانا ضامن) که مالی در ذمه مضمون عنه نیست. پس جمع ما بین اینها به این میشود که حمل [کنیم دعوی اجماع بر (اشترای مال بودن) را بر این که ضمان نفس نیست -

- تا كفالت بیرون رود - و ضمان مالا يملك، یا حرام التملك صحیح نیست. و مجرد (تعلق به

مال) فی الجملة اجماعی است، هر چند به قیمت آن باشد به شرط تلف، یا به وجوب رد

و تسلیم [به] صاحب باشد در صورت بقاء. و هم چنین اجماع در (اشترای در ذمه بودن)

ناظر به این باشد که هر گاه بگویند که زید هر چه خواهد به او بده من ضامن او هستم.

که در حین ضمان مطلقا شغل ذمه حاصل نیست.

و بالجملة: اجماع [ی] بودن بطلان مالم یجب، در جائی است که نه اشتغال ذمه باشد و نه سبب آن حاصل شده باشد و نه ضرورتی بر آن داعی باشد. و خصوص مثل



الق متاعك في البحر، و امثال آن به سبب اجماع و ضرورت ثابت باشد که آن نوع  
رابعی  
باشد از ضمان به معنای اعم. و از این باب است این که ظالمی از کسی خواهد  
چیزی  
بگیرد و دیگری ضامن او شود، که ظاهراً صحیح است و لازم است اداء. پس  
اجماعاً

اول بر شرایط و لوازم، اغلبی باشد. یعنی اغلب این است که این امور معتبر است در ضمان. یا این که (۱) اصل مراعات آن شرایط و لوازم است الا ماخرج بالدلیل. پس بنا بر این

دور نیست که بنا را در اعیان مضمونه و ضمان عهده بر آن گذاریم که محقق اردبیلی (ره)

قائل به آن شده در تعمیم، نظر به عمومات ادله، وعدم ثبوت شرایط و لوازم مذکوره در این موارد خاصه. علاوه بر تحقق اجماع بر صحت بعض آنها، و اقتضای ضرورت در بعض.

پس حکم به این که ضمان مالم يجب مطلقا باطل است، یا ضمان آنچه در ذمه تعلق نگرفته مطلقا باطل است، یا عدم انتقال از ذمه مضمون عنه باطل است، صورتی ندارد.

پس اگر خواهی قائل شو که ضمان به معنی اعم بیش از سه قسمت است تا (۲) بعض

امور مذکوره داخل آن باشد، و خواهی بگو آن شرایط و لوازم، اغلبی هستند، و در این

موارد به اطلاقات و عمومات، حکم ثابت است. یا آن که [بگو] شرایط و لوازم از برای اصل

ضمان به معنی اخص ثابت است. و در این مواقع تخصیص (۳) به دلیل است از اجماع یا ضرورت.

و نظیر این گفتار است سخن در اشتراط قبول در ضمان وعدم اکتفا به مجرد رضای مضمون له. که فقها در اول میگویند که (ضمان عقدی است از عقود) بالاجماع. و بعد از آن خلاف کرده‌اند در این که [همه] شرایط [عقد در اینجا ضرور] است

یا نه؟ -؟ و حال آن که معنی عقد را گفته‌اند که مشتمل بر ایجاب و قبول است. هر چند

متوانیم خدشه کرد در موقوف بودن عقد بر قبول. بلکه عقد در لغت عبارت است از عهده موثق. و گاه است که انشاء عهده به ایجاب و رضای قابل بدون لفظ دال بر قبول

---

۱: در نسخه: با این که

۲: در نسخه: یا.

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

تمام شود. چنان که در فضولی که احد طرفین مباشر باشد و دیگری فضولی. که جانب

مباشر موثق بالفعل است و لازم است و ایثاق از جانب دیگر به اجازه حاصل میشود. و هم چنین است کلام در این که: مشهور وقف را از باب عقود گرفته‌اند. و در اشتراط قبول خلاف کرده‌اند در لزوم آن وعدم آن، و تفصیل ما بین این که در جهت خاصه باشد، پس اول. یا در جهت عامه باشد، پس ثانی. مطلب هشتم: در این که چنان که صحیح است ضمان عهده ثمن از برای مشتری از جانب بایع که اگر در مبیع خللی واقع شود از عهده ثمن بر آید، همچنین صحیح است که

شخصی ضامن شود از بایع از جانب مشتری که اگر خللی در مبیع ظاهر شود از عهده

بر آید. و دلیل آن همان است که در آنجا مذکور شد از عمومات و ضرورت. و ظاهراً هم

خلافی در این نباشد. و در اینجا نیز لزوم خروج از عهده ثمن مشروط است به عدم اجازه صاحب ثمن. و الا مبیع مال او میشود و بر ضامن چیزی نیست.

مطلب نهم: پیش دانستی که شرط کرده‌اند در صحت ضمان، ثبوت مال را در ذمه. و آن فی الجمله اجماعی است. پس بدان که گفته‌اند نیز این که ثبوت در ذمه اعم

است از این که بر سبیل استقرار باشد یا متزلزل، مثل ثمن در مدت خیار، و مهر قبل از

دخول. و از شیخ در مبسوط حکایت شده نفی خلاف در صحت [ضمان] آن. و اطلاق

کلام ایشان در مسأله ضمان ثمن در (بیع به شرط

خیار) شامل ثبوت خیار از برای متبایعین هر دو، یا احد هما، هست. و این میتواند شد که

ضمان نفس ثمنه باشد یا ضمان عهده ثمن. اما اول، پس مثل [این که] زید ملکی به عمرو

مفروشده به ثمن معینی در ذمه مشتری (نه به عین مشخص) و خیار فسخ شرط میشود در مدت معینه از برای هر دو یا احد هما، و بکر ضامن نفس ثمن میشود از جانب مشتری از

برای بایع قبل از قبض ثمن. و ضمان در اینجا صحیح است. بی اشکال.

و اما ثانی: یعنی ضمان عهده، پس آن اقسام بسیار دارد، پس اگر در صورت مذکوره بکر ضامن شود از جانب بایع برای مشتری که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، ضامن

ثمن باشد  
برای مشتری، پس این صحیح نیست. چون ثمن به بایع نرسیده و از باب ضمان مالم  
يجب

است. و هر گاه در صورت مزبوره ضامن شود عهده ثمن را از برای بایع از جانب مشتری که  
 اگر ثمن مستحق غیر بر آید بعد از اداء، از عهده بر آید، پس این صحیح است. زیرا  
 که بیع  
 باطل نمیشود و بر مشتری لازم است تبدیل به ثمنی دیگر. بخلاف آنکه بیع بر ثمن  
 مشخص  
 معین واقع شود، که منشأ بطلان بیع است اگر صاحب ثمن اجازه نکند. و ضمان در  
 این صورت  
 باطل است.  
 اینها همه در صورتی بود که قبض ثمن به عمل نیامده باشد. و اما در صورت قبض  
 ثمن،  
 پس میشود که ضامن شود از برای بایع که اگر ثمن مستحق غیر بر آید، از عهده بر  
 آید  
 (در صورتی که معامله بر ثمن مشخص معین واقع نشده باشد که منشأ بطلان بیع  
 بشود)  
 و می شود از برای مشتری از جانب بایع که اگر مستحق غیر بر آید و آن غیر اجازه  
 نکند، از  
 عهده ثمن بر آید. اینها همه در صورتی بود که مضمون ثابت در ذمه باشد و اما  
 مستقر نباشد.  
 و اما هر گاه مطلقاً لزوم ندارد (نه مستقراً و نه متزلزلاً) و لکن مثال آن به لزوم منجر  
 میشود  
 مثل مال الجعالة [که] قبل از عمل لزوم ندارد و به سبب عقد مستحق چیزی نمیشود،  
 بلکه به  
 کردن بعض عمل هم مستحق نمیشود تا تمام نکند. بخلاف اجاره که به مجرد عقد،  
 لازم  
 است. و به هر جزئی که از عمل میکند مستحق مقداری از اجرت است.  
 پس هر گاه در جعالة عمل تمام شد پس شکی در صحت ضمان مال الجعالة نیست.  
 چون  
 دینی است از دیون و ثابت است در ذمه. اما قبل از اتمام عمل، در آن خلاف است.  
 جمعی از  
 اصحاب قائل به صحت اند. و از محقق ثانی حکایت بطلان شده. و از علامه در  
 تذکره این که اگر  
 شروع کرده است در عمل، صحیح است. و الا فلا. دلیل قول اول عمومات است. و

خصوص آیه  
(لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم). که دلالت دارد بر صحت ضمان بر جعاله که  
در باب  
آوردن صواع یوسف است (۱) که در رحل ابن یامین گذاشته بودند و منادی ندا  
کرد که هر کس  
صواع را بیاورد يك بار شتر از برای او است و من ضمامنم که بر او برسانم.

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

بنابر این آنچه در شرع انبیاء سلف (۱) صحیح بود در شرع ما ثابت است مگر نسخ آن ثابت

شود. هر چند استدلال خالی از اشکال نیست در اینجا. ودلالت میکند بر آن نیز آنچه از

رسول خدا (ص) روایت شده که فرمود (الامانة مؤداة والزعيم غارم) (۲) که فقها در کتب

استدلالیه ذکر کرده‌اند و در مختلف استدلال کرده به ضرورت، و مس حاجت. چنان که در

(الق متاعك في البحر وانا ضامن) جایز است. و از این باب است ضمانی که میکند از برای گرفتاری در دست ظالمی که از او مطالبه میکند

عدوانا، و بر ذمه آن مظلوم چیزی نیست. و بعضی استدلال کرده‌اند به این که هر چند

در حین ضمان مال لازم نیست لکن چون سبب آن موجود است که عقد جعاله و مال

[باشد]، کار منجر میشود به لزوم، بعد از عمل. پس ضمان صحیح است، و این از باب

ضمان ثمن مبیع است در ایام خیار.

و این مستحق تمام نیست به جهت آن که عقد جعاله سبب لزوم نیست، بلکه عقد جزء سبب است و با اتمام عمل، سبب تمام میشود. بخلاف غصب که سبب تام است

در ضمان قیمت عین مغضوبه بعد تلف. و قیاس به ضمان ثمن بیع در ایام خیار هم باطل است. زیرا که در اینجا ثمن لازم است در ذمه به سبب بیع، هر چند متزلزل باشد، پس

ثبوت آن موقوف به فعل چیز دیگر نیست، بلکه عدم حصول فسخ کافی است. و از اینجا

دلیل قول تذکره و جواب آن ظاهر میشود بنابر این که مراد او از سبب، لزوم شروع در عمل باشد، نه عقد تنها. زیرا که مجرد شروع، سبب نیست. و هم چنین ظاهر میشود

از آنچه گفتیم دلیل قول به عدم صحت مطلقا، و جواب آن. پس قوی قول جماعت است.

مطلب دهم: خلاف کرده‌اند در این که جایز است که ضامن شود در کی را که بعد از

بیع حاصل میشود یا نه؟ -؟. مثل این که مال غیر را بفروشد به کسی، و آن مشتری



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

در آنجا عمارت مسازد و غرس اشجار میکند. و مالک اصلی مآید و ملک خود را میگیرد و عمارت او را خراب میکند و اشجار او را میکند، آن نقصانی که به سبب اینها به مشتری می‌رسد آیا جایز است که کسی ضامن آنها بشود از برای مشتری که هر گاه چنین امور رو دهد ضامن غرامت باشد؟.

ظاهر اکثر، عدم جواز است. و در مسالك خلاف را نسبت به ابو حنیفه داده. و لکن شهید (ره) در لمعه اختیار صحت کرده. و هم چنین شهید ثانی در شرح آن، میل به آن

کرده. و دلیل مانعین همان است که این ضمان مالم یجب است، چون در حین ضمان،

ذمه بایع مشغول به چیزی از آن جهت نبوده که کسی ضامن آن شود، و اصل عدم صحت است. و دلیل جواز این است که هر چند اشتغال ذمه در آن وقت برای بایع حاصل

نیست، و لکن سبب آن که بودن آن مال غیر است در حین ضمان حاصل بود. و اولی این

است که استدلال به عمومات ضمان و عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن، بشود، چنان که

پیش گذشت، و ضرورت و حاجت و رفع ضرر هم موید آن است، و دعوی عدم صحت

ضمان مالم یجب هم عموماً در محل منع است.

و آیا جایز است که خود بایع ضامن درك شود یا نه؟ -؟. محقق در شرایع تجويز آن کرده. و ظاهر علامه در تذکره هم این است. و محقق هم استدلال [کرده] به این که

ضمان لازم نفس عقد است. ظاهر این است که مراد او این است که بایع ضامن است اگر

نشود هم. پس این ضمان تأکیدی خواهد بود. بر او وارد است که این ضمان لازم بیع،

غیر این ضمانی است که به عقد ضمان متحقق میشود (چنان که در مسالك هم اشاره به

این شده) و این ضمان شرایط و ثمرات دارد و از جمله شرایط آن ثبوت آن حق است در ذمه مضمون عنه در حین عقد ضمان. بخلاف ضمانی که از بیع حاصل میشود.

پس

ثبوت ضمان در صورتی که ملک مال غیر بر آید، در آن هیچ اشکالی نیست. و اشکال

در این است که هر گاه عقد ضمان هم واقع شود، آیا صحیح است یا نه. و ثمره آن ظاهر  
میشود که در دینی که مشتری حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق  
الرجوع  
به سبب عقد ضمان باقی میماند. چنان که هر گاه در بیع و شری چند خیار جمع  
بشود، به

استقاط بعضی آنها بعضی دیگر ساقط نمیشود. و هم چنین در وقتی که شرط کند در ضمن عقد بیع، آن که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود به وجه صحیحی.

پس

هر گاه بعد بیع ضامن او شود به همین نحو، به شرط وفا کرده خواهد بود. و جمعی حکم به عدم صحت کرده‌اند. که از جمله آنها است شیخ در مبسوط، حتی این که گفته است که اگر شرط این ضمان را در ضمن عقد بیع بکنند، آن بیع

هم

باطل است. چون این ضمان مجهول، است، و ضمان مالم یجب است. و علامه در

قواعد

اشکال کرده در صحت. و فخر المحققین در وجه اشکال گفته: از جهت ضرورت و

حاجت

باید صحیح باشد. مثل الق متاعك فی البحر وانا ضامن). و از جهت این که ضمان

مالم

یجب است صحیح نخواهد بود. و بعد از آن گفته که (اصح عدم جواز است). و

گویا نظر

او به این است که در اینجا ضرورتی نیست. چون بایع ضامن هست، هر چند ضامن نشود.

و اما استدلال بر منع به جهالت مضمون، پس آن تمام نیست. و مشهور علما - [و

حتی]

بعضی دعوی اجماع کرده‌اند - [قایل به] صحت ضمان مجهول [هستند]. و عقد

ضمان از

جمله عقود است که غالبا مبنی بر غرر است مثل جعالة.

و مراد از جهالت در اینجا جهالت بالفعل (۱) است نه مطلقا، یعنی ممکن باشد حصول (۲) علم به آن بعد از این، و جهالت (۳) از اصل مثل این که بگوید (ضمنت

لك شیئا

مما فی ذمة فلان))، پس آن جزما باطل است. و ظاهر میشود دعوی اجماع بر آن از

جمعی. و به هر حال اظهر قول به صحت است در ضمان اجنبی، به سبب عمومات

و

قضای ضرورت و عدم دلیل بر بطلان (ضمان مالم یجب) عموما و خصوصا، با وجود

سبب ضمان. و هم چنین دور نیست صحت ضمان خود بایع هر چند ثمره آن نادر

است.

[و آخرین مسأله در این باب] این است که به سبب موت ضامن ضمان باطل [ن]

میشود، و ضمان در مال او ثابت است، و اشکالی و خلاف [ی] در آن نیست.

- 
- ۱: اصل لفظ در نسخه غیر خوانا میباشد.  
۲: و در نسخه: دستور علم،  
۳: در نسخه: و آیا جهالت...

کتاب الصلح (۱)

من المجلد الاول

۳۰: سؤال: هر گاه زوج و زوجه با هم مصالحه کرده باشند اموال خود را به این نحو که هر کدام زودتر بمیرد، اموال او مال آن دیگری که در حیات است بوده باشد، آیا

این مصالحه صورت دارد یا نه؟ -؟.

جواب: این نوع مصالحه صورتی ندارد. والله العالم.

۳۱: سؤال: هر گاه (به عنوان مصالحه) شخصی مثلاً معامله کرده باشد که غبن فاحش داشته باشد، و مشتری مال او را ندهد. تا ملجاء شود که نیم دانگ ملك را به عنوان مصالحه به او واگذارد تا فسخ معامله را بکند. آیا این صلح صحیح است و ملك مال

مشتری میشود یا نه؟ -؟.

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

---

۱: محقق قمی (ره) مباحث (حقوق) را نیز در همین باب مطرح کرده است و مراد از حقوق در اینجا اصطلاح

خاص فقهی است که در مقابل (اموال) به کار مرود.

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

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

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

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

جواب: الظاهر ان على الجار اثبات العدوان، و صاحب الماء اذا تمسك باليد والاستمرار فلا يجوز مزاحمته. الامع اثبات العدوان. و ما يخیل ان ملكية سطح الجار و ساحتہ متفق علیه بينهما و منافع الملك تابع لرقبته فعلى غير المالك اثبات الاستحقاق، فهو مدفوع بان العين كما يصير موردا لليد فكذلك المنفعة والحق. فلامنافات بين الملك

وثبوت الحق فيه للغير. و نظيره فى المسائل الفقهية لا يعدو لا يحصى، ومنها وضع الجذوع على جدار الجار. وهذا من الوضوح بحيث استشكلوا فى جواز كونه سببا لتحمل الشهادة ام لا. فكان كونه موجبا لثبوت اليد وكون المنازع مدعيا محتاجا الى الاثبات، مفروغا عنه.

فقال الشهيد فى اواسط القواعد (مسئلة: لو شاهد ماء الغير يجرى على سطح آخر، او فى ساحتہ، مدة طويلة بغير منازعة. فهل للشاهد الشهادة بالاستحقاق الظاهر ولا يصرح بذلك؟ اولاً؟) الى آخر ما ذكره. وهو نظير ما ذكره فى كتاب الشهادة (ان اليد فى الملك

هل يصير سببا لتحمل الشهادة ام لا؟ -؟) ولا ريب ان اليد فى الملك مما يجعل الحق

لصاحب اليد الى ان يثبت المدعى خلافه. فافهم ذلك.



۳۴: سوال: هر گاه رودخانه [ای] بوده باشد - و نه دریاچه ده - از قدیم الایام قرار داد آن را به این نوع نموده‌اند که هر يك از قرای مذکوره بندی بسته‌اند که سد آب و

حد ایشان بوده. (۱) و بندهای مذکوره فوق و تحت یکدیگر واقع شده‌اند. و فاصله کلی از

بندی تا بند دیگر باشد که ریزش بند اول از ثانی، و ثانی از ثالث و هم چنین تا آخر. و هر يك از بند خود نهري منشق و زراعت منمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرار داد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگایی، اهل يك مزرعه دست از استمرار آباء و اجداد برداشته بندی که سد ایشان بوده آن بند را موقوف و وا گذاشته، [و] به فاصله کلی از بند

خود که محل و مجرای آب و بند آخر است میخواهد احداث قناتی کرده باشد. که هر گاه این قنات کنده شود آب مزرعه آخری بالمره خشک میشود، و اهل آن مزرعه متضرر میشوند. آیا میرسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟ - ؟.

جواب: طریقه مستمره را نمیتوانند بر هم زد. و حفر قنات یا امری که باعث نقص قریه

پائین تر میشود جایز نیست. (۲)

۳۵: سوال: شخصی حصاری داشته مشتمل بر دو دست عمارت یکی بیرونی و دیگری اندرونی. و اندرونی دو ثلث مجموع است و بیرونی يك ثلث. و از برای آن حصار

کوچه [ای] هست که معبر آن دو عمارت است. و دروازه در اول منصوب است. (۳) و قدری

از آن کوچه مختص عبور عمارت اندرونی است که در آن آخر کوچه است. (۴) و باقی آن

مشاع است در عبور هر دو عمارت، و صاحب عمارت، اولی بیرونی را به شخصی هبه

---

۱: در نسخه: سد آب وجد ایشان بوده.

۲: مطابق روال مباحث فقهی، این مسأله از مسائل باب (احیاء الموات و حیاة المباحات) میباشد. آنچه باعث

شده که مرحوم میرزا این مسأله را در کتاب صلح جای بدهد موضوع قرارداد است که در متن سوال

آمده  
است.

۳: یعنی: دروازه‌ای در اول و سر کوچه منصوب است.

۴: مطابق فتوای میرزا که عین کوچه را به مقتضای اصل و قاعده ملك بالنسبه آن دومی داند، صاحب اندرونی

که در بخش آخر کوچه قرار دارد میتواند هر تصرفی در بخش آخر کوچه بنماید زیرا مال مختص او میباشد.

رجوع کنید به مسأله (تراحم حقوق) - ۴۱ همین مجلد.

میکند، و در هبه نامچه منویسد که (هبه کردم این عمارت را به فلان به شرط این که صاحب عمارت اندرونی آن قدر مشاع [را] داشته باشد). و بعد عمارت اندرونی را به

شخص دیگر هبه میکند و همان شرط را از برای صاحب عمارت در هبه نامچه درج میکند. و معلوم نیست که مراد از شرط، استحقاق عین کوچه و ملکیت آن است؟ یا همان استحقاق حق العبور است؟. الحال عین کوچه مال هر دو است علی السویه؟ یا بالنسبه؟ یا عین از احدهما است و دیگری حق العبور دارد؟ واحد هما بدون اذن دیگری

میتوانند کوچه را مسقف کنند یا نه؟ -؟ خواه منشأ آن ضرر دیگری بشود یا نه؟ -؟. و

هر گاه جایز باشد خراب کردن. بر کی است.؟.

جواب: چون ظاهر این است که در همه عمارت مرافق عمارت - که معبر از آن جمله

است - داخل است بعینه نه محض استحقاق انتفاع در عبور. پس در صورت جهالت حال،

به حکم اصل حکم میشود به استحقاق عین. و چون معبر و مرافق تابع مجموع حصار

است پس بیع بعض حصار یا هبه آن مستلزم انتقال عین مرافق و معبر است به مشتری یا

متهب به قدر الحصه. آنچه از نوشته ظاهر میشود (قطع نظر از این که آن نوشته حجت

شرعی است یا نه (۱)) شك در انتقال عین باشد بالسویه یا بالنسبه. پس به مقتضای اصل و

قاعده باید رجوع کرد به استحقاق از برای هر يك بالنسبه. پس بنابر این کوچه مشترك

است بینهما، و تصرف احدهما بدون اذن دیگری جایز نیست. و دیگری را میرسد که او

را امر کند به خراب کردن. خواه به سبب آن سقف ضرری عاید شده باشد یا نه. و اجرت

خراب کردن بر غاصب است. و ظاهر این است که در صورت اختصاص عین به اولی

و استحقاق دیگری حق العبور را، فقط در صورت تضرر صاحب حق، [صاحب حق] صاحب

عین را تواند الزام کرد در خراب کردن. (۲) و جهل به مسأله منشأ سقوط حق غیر نمیشود.  
و از آنچه گفتیم حکم حق دروازه هم ظاهر میشود که مشترك است بینهما بالنسبه.  
والله العالم.

-----  
۱: در این مورد توجه به عبارت مرحوم شهید در لمعه که شهید ثانی هم آن را تایید کرده است جالب است که  
مگوید: لانتبر بالقرطاس.  
۲: عبارت نسخه: در صورت اختصاص عین به بالای سقف و استحقاق دیگری... و شاید صحیح تر این  
باشد:  
در صورت اختصاص عین به اولیای سقف و استحقاق دیگری...

۳۶: سوال: هر گاه کسی چند بیت الخلا و دریاچه [ای] در کنار مسجدی ساخته و نهري. و قدری از آب نهر را وقف کرده از برای همین کار که [در] حقیقت مجموع وقف

مسجد است. و بعد از مدتی شخص دیگری آمده حوضخانه و بیت الخلاهای متعدد در

جنب مسجد ساخته در کنار همان نهر. و از آن نهر شق جدولی از فوق آن نموده از برای همین امور و همان قدر آب که شخص اول وقف کرده

همین شخص هم کرده. و چون بنای آخر مشتمل است بر جویهای بسیار که در اولی

نیست، الحال این وقف ثانی دایر شده و وقف او معوق و بی کار مانده. آیا وقف ثانی (با وجود این که منشأ تعطیل امر اول است) جایز است یا نه؟ -؟ و تصرف

مردم در آن جایز است یا نه؟ -؟ و وضو در آن آب ساختن صحیح است یا نه؟ -؟ چون

در این وقت بعضی طلبه در این تشکیک کرده‌اند، میخواهند اذن و رخصت از جانب شما داشته باشند تا رفع اشکال بشود.

جواب: وقف ثانی اگر مشتمل بر شق النهر از فوق این وقف اول نبود، و آب آن از نهر

دیگر یا جای دیگر بود باکی نبود. هر چند باعث تعطیل وقف اول باشد. لکن چون الحال مفروض مسأله این است که از همان مجری شق النهر شده، بی صورت است. وجه ثانی این است که اصل مجری که این جدول از او شق شده مشترك بود ما بین واقف اول و سایر ملاک که از جمله آنها واقف ثانی است. و واقف اول جزئی از آن آب را

وقف مسجد کرده و وقف جزئی از آب حقیقتاً وقف مجری است، به جهت عدم بقای عین

درماء که مورد وقف نتواند شد. و وقف جزء مجری مستلزم وقف مرافق و توابع آن است

که از جمله آن حافه نهر است. و شق النهر که واقف ثانی میکند تصرف در حافه است و

بدون اذن شریک جایز نیست. و شریک در اینجا موقوف علیه است که مسجد است. و

اذن و رضای مسجد در تصرف و در شق النهر معنی ندارد.

اگر بگوئی که: وقف بر مسجد حقیقتاً وقف بر مسلمین است و الا وقف صحیح  
نخواستی  
بود به جهت آن که در موقوف علیه اهلیت تملك شرط است. و بنابر این مفروض  
این است  
که مسلمین راضاند به این شق النهر. گوئیم بلی خوب است این سخن. اما این که  
اولاً

مگوییم که در اینجا مسلمین نه مراد احاد و اشخاص میباشند - چنان که در هر طبقه [ای] از بطون اولاد، در وقف اولاد احاد است - بلکه مراد از مسلمین در اینجا جهت

و مصلحت است. مثل وقف بر کتب فقه و حدیث نوشتن پس حقیقتاً از راه عدم تعیین

مستحقین، اجازه از ایشان متصور نیست، بلکه بعد بیان میکنیم که بر فرض تمکن از اذن و رضا، برای ایشان جایز نیست اذن.

و اگر بگوئی سلمنا که جهت و مصلحت قابل اذن و اجازه نباشد. لکن حاکم شرع که متولی این امور است، اهل آن است. گوئیم حاکم تولیت به امثال این امور ندارد که

شق نهر و امثال این امور باشد به جهت آن که متولی باید خیر خواه واقف و موقوف علیهم

(همه) باشد و صلاح همه را ملاحظه کند. (خصوصاً بنا بر قولی که عین موقوف از مالک

منتقل نمیشود. و موید این است که حق تعالی امر تولیت را هم به او وا گذاشته که هر کی

را خواهد متولی کند). و اما خیرخواهی مسلمین پس آن نیز در اینجا متحقق نیست. به

جهت آن که مراد از خیرخواهی و صلاح بینی متولی، مکلف بودن آن در صلاح بینی ایشان است از راه آن وقفی که او متولی آن است (۱) نه صلاح بینی از راه دیگر. و صلاح

بینی ایشان در انجام وقف اخیر نه معنی صلاح بینی ایشان است در وقف اول که او متولی آن است بالفرض

و از آنچه بیان کردیم معلوم شد که این کلام مختص به مسجد و مصلحت عامه مسلمین و حاکم شرعی هم نیست بلکه در سایر موقوف علیهم معینین موجودین، هم جایز نیست. بلکه هر چند متولی و ناظر بر

سایر بطون هم باشد. به جهت این که [این] معنی مخالف مصلحت این وقف است. و

مقتضای قاعده کلیه صحیح (الوقف علی ماوقفه الواقف) (۲) این است که موقوف علیهم و

متولی تصرف در عین موقوفه نکنند که مخالف طریقه و منظور واقف باشد. و عمده منظور

واقف آن است که از عین موقوفه منفعت به موقوف علیه برسد.

-----  
۱: عبارت نسخه: مراد از خیرخواهی و صلاح بینی متولی و مکلف بودن آن در آن صلاح بینی ایشان  
است و رای  
آن وقفی که او متولی آن است. نه صلاح بینی از راه دیگر.  
۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.



پس تصرف در عین موقوفه کردن که بالمره قطع ریشه غرض واقف را بکند چگونه جایز خواهد بود. به هر حال منظور متولی باید صلاح حال موقوف علیهم باشد در تصرفات در عین موقوفه از آن حیثیت که موقوف علیهم مباشند نسبت به وقف خاص نه

مطلقا. بلکه در اینجا محض در حافه نهر نیست که استبعاد شود که این امر جزئی است

که اینقدر تشدید در کار ندارد، به جهت آن که اولاً در حرمت تصرف در مال غیر کلی و

جزئی فرقی ندارد. و ثانیاً چون این جزئی تصرف، مثمر ثمره عظیمه است که معطل ماندن وقف است برای او پس چگونه آن را جزئی مگوئیم. و ثالثاً بیان خواهیم کرد که

تصرف منحصر در آن نیست بلکه تصرف دیگر هم هست. تا اینجا گفتار در جواز وعدم جواز وقف ثانی و شق النهر جدید، بود. الحال عمده‌تر این

است که بیان کنیم که آیا مسلمین هر گاه در آب آن تصرف کنند معصیت کرده‌اند یا نه.

و عبادت ایشان صحیح است یا باطل. پس مگوئیم که ظاهر این است که از برای مسلمین

هم تصرف در آب جایز نباشد. هر چند که در روز نوبت واقف ثانی، آب به آنجا مرود. به

جهت آن که اصل مجرا که مشاع و مشترك است و تقسیم آب نهر مشاع یا به عنوان این است

که در موضعی از مواضع نهر که از آنجا آب جدا میشود به جداول که به جانب املاك

شرکاء مرود، به مثل لوحی قرار مدهند از چوب یا غیر آن که در آن سوراخ‌ها قرار مدهند و نصب میکنند. و به عنوان تعدیل و تسویه آب را از آن سوراخ‌ها به جانب زمین

هر يك از شرکاء روان میکنند هر يك به قدر حصه.

گاه است یکی، از دو سوراخ آب میرد. و یکی، از سه سوراخ. و یکی، از يك سوراخ.

و هم چنین.... یا بر ساعات ایام. یا امثال آن قسمت میکنند که آن را مهیات و نوبت

مگویند. و در حال ظاهر این است که تقسیم آب متحقق میشود در همان موضعی

که قرار داده‌اند از برای تقسیم در صورت اولی، و در مواضع معهوده که هر يك از آنجا جدول خود را از نهر جدا کرده‌اند، در صورت اخیر. پس ما فوق آن باز بر اشاعه خود قار است و تصرف در آن بدون رضای شرکا جایز نیست. پس گاه است که شق النهر فوق آنچه متعارف بوده است قبل از این، [باشد که این] باعث تصرف است در مال شرکا، یعنی آب آنها که یکی از

آن شرکا دریاچه و بیت الخلای اول است (و به عبارت اخری: مسجد است) و اذن از جانب آن ثابت نیست.

کسی نگوید که: مفروض این است که صاحب حوضخانه ثانی در روز نوبت خود، آب را از آن نهر که تازه شق کرده مبرد، و آب مال او است. بیش از این نیست که معصیتی کرده به سبب تصرف در حافه نهر. به جهت آن که مگوئیم که: آب گاه است که در فوق مقسم، اجتماعی، دارد، که نفع آن به همه شرکا مرسد، و به سبب شق النهر آن آب مجتمع، روان میشود. و بعد (۱) سد این اول ساقیه جدیده باید مدتی معطل شود و بعد از آن به جانب مقسم یا به جانب جدول سایر شرکا جاری شود. و این اذیت و نقصانی است که غالباً شرکا به آن راضی نیستند. به هر حال این معنی در کمال وضوح است که گفتیم آب از موضع خاص مستلزم تقسیم [از] ما فوق آن نیست.

و اگر نه چنین باشد لازم میآید که در روز نوبت کمی از آب قنات مغنی (۲)، تواند به دولاب از چاههای قنات آب بکشد و به زرع خود که قریب به آنجا باشد بدهد. به این معنی که آب مال او است و به او غرامتی نیست بیش از این نیست که معصیتی کرده در تصرف در کنار چاه مشترك. و هم چنین هر گاه در دریاچه [ای] جمع کند، وضو و غسل [در آن] صحیح باشد. و البته چنین نیست. بلکه ظاهراً آب مغصوب است. و بنا بر اشتراط اباحه آب در طهارت - چنان که مشهور است - باید وضو و غسل در آن باطل باشد. و از جمیع آنچه گفته شد ظاهر میشود که فرقی نیست ما بین این که مجرای آب متساوی السطوح باشد یا مختلف.

به جهت آن که گاه است که تمام مجری متساوی السطوح است و لکن بعد از قطع کردن آب

در ته نهر آبی ممانند.  
پس هر گاه فرض کنیم که کسی که در روز نوبت خود آبی [را] که در فوق جدول  
او

-----  
۱: به کار گیری لفظ (بعد) در فارسی در این گونه موارد همیشه با (از) همراه میشود، این سلیقه میرزا يك  
روند عربی است و بر اساس قواعد عربی باید با (فتحه) نوشته شود لیکن آنچه در فارسی مناسب تر است  
(کسره) است.  
۲: قنات مقنی.

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

خلاصه آن که: نهر مشترك مشاع است میان شرکا. و تقسیم به مہایات هم نشده الا در ماتحت جداول. و آن قدر که به مہایات مفروض شده همان ما تحت جدول شرکا است. و تصرف ما فوق - به غیر همان جریان آب به مقداری که از جدول به عنوان تعارف مرود بیشتر - نمیتواند کرد، الا به اذن شریک. و چون مفروض این است که حوضخانه اولی شریک بود با واقف ثانی، و به سبب این که واقف حوضخانه اول حقی قرار داده از برای آن حوضخانه به اذن شرکا در تصرف در نهر و در حق مشاع - چنان که مقتضای حمل فعل مسلم است بر صحت - پس الحال حوضخانه اول و صاحب حوضخانه دومی شریک اند در مجرای آب ما فوق حوضخانه ثانی پس تصرف در این مشاع بدون اذن و رضای اهل حوضخانه اول، جایز نیست. و شکی نیست که اذن و رضا حاصل نیست نه صریحا و نه [به] شاهد حال.

اگر بگوئی که: صاحب حوضخانه اول با صاحب حوضخانه ثانی در اول شریک بودند با یکدیگر آب را بر سبیل مہایات قسمت مکرده بودند، و آن در روز نوبت خود

جزئی از آب خود را از برای حوضخانه خود وقف کرده بود. و این هم در روز  
نوبت خود  
به جهت حوضخانه خود، پس چرا آن صحیح است و این صحیح نیست؟ -؟.  
گوئیم: که  
اولا مہایات لزوم ندارد و از عقود جایزه است. (۱) و ثانیاً مفروض این است که  
واقف او جزء

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

معینی را از آب وقف کرده و خصوصیت مہایات در آن دخلی ندارد. و بعد از ثبوت وقف

و استحقاق حوضخانه اول آب را، الحال مہایات باید میانہ حوضخانه اول و صاحب حوضخانه ثانی بشود. و این بدون تراضی نمیشود. و این مقام محتاج است بہ تأمل تمام بسیار. چون دقیق است. (۱)

۳۷: سوال: ہر گاہ نہری کہ بعض مشاع آن وقف مسجد و حمام است، عبور میکند در میان قریہ [ای]. و در کنار آن در وسط قریہ مسجدی هست و حوضخانه و

خلائی در سر آن نہر در محاذی این مسجد ساخته شدہ است. و معلوم نیست کہ جزئی

از آن آب وقف آنها باشد. والحال کسی آمدہ و از فوق این [حوض] خانہ و بیت الخلا

مجری را تغییر دادہ قدری راہ بردہ و بعد [از] آن داخل مجرای قدیم نمودہ (۲) کہ ہر دو

بہ جانب آن حمام و مسجد کہ قدری از آن آب وقف آنها است [مروند]. و بر سر این

مجرای جدید حوضخانہ و خلائی مضبوط ساختہ با رضای ہمہ ملاک و شرکای آب. و

چون آن حوضخانہ و خلای قدیم خراب و کثیف و غیر مضبوط بود، و مجرای قدیم ہم

معیوب بود، و بہ سبب آنها ضرری بہ آب انبار وقفی کہ در جنب آن بود مرسید، و بہ سبب کثافت آن خلای قدیم مظنہ این بود کہ عوام الناس مسجد را ہم نجس کنند،

بنای این مجری و حوضخانہ و خلای جدید شدہ. و بہ این سبب حوضخانہ و خلای قدیم

معوق و متروک شدہ. آیا این تغییر مجرای آب جایز است یا نہ؟ -؟. و تصرف در آبی کہ در

این مجرا جدید میشود جایز است یا نہ؟ -؟.

جواب: چون معلوم نیست کہ قدری از آن آب وقف خلا و حوضخانہ قدیم باشد، پس اشتراک او در آب معلوم نیست. و اما شریک بودن حمام و مسجد دیگر در آن آب -

ہر چند موجب اشتراک میشود بہ جهت لزوم تصرف در جزئی از حافہ نہر و تغییر

-----  
۱: با این همه تفصیل - که برآستی در پاسخ يك مسأله چندین مسأله بررسی گردید - عدم امکان اذن از ناحیه مسلمین یا از ناحیه (جهت مسلمین) آن طور که میرزا (ره) در اینجا مطرح کرده به مبنای او در مورد ولایت حاکم شرع که تا این جای کتاب مکررا بیان داشته، سازگار نیست.  
۲: عبارت نسخه: قدری راه بوده و به آن داخل مجرای قدیم نموده.



مجرای وقف، بلکه تصرف در آب مشاع بر وجهی که در مسأله سابقه بیان کردیم لکن - چون متولی این وقف‌ها بالفرض حاکم شرع است، و موقوف علیهم حقیقت مسلمین

مباشند، ظاهر این است که حاکم تواند این تصرف را بکند به جهت عدم حصول ضرر،

و تحصیل نفع از برای مسلمین. و شاهد حال واقف آب بر مسجد و حمام هم رضای بر

آن است. و مفروض این آن است که حوضخانه قدیم شرکته در آب ندارد که اشکالی که

در مسأله سابقه کردیم وارد آید. خصوصاً با ملاحظه عسر و حرج، و ضرر به آب انبار

وقفی، و مظنه تلوث مسجد.

بلی، در اینجا اشکال هست که حوضخانه و خلای قدیم هر چند شرکت مالکیت نداشته باشند لکن از برای آن حقی باشد. و ثبوت حقی در مال غیر منافات با مالکیت

غیر ندارد. خصوصاً با ملاحظه حدیث صحیحی که در باب آسیابی وارد شده که بر سر

نهر غیری ساخته بودند. و صاحب آب مخواست آب را از نهر دیگر برد. امام (ع) منع

فرمود، و فرمود که از خدا بترسد و ضرر به برادرش نرساند و به طریق معروف رفتار کند. (۱) و محقق (ره) در نافع در خصوص مورد حدیث عمل کرده. و صاحب کفایه هم

میل به آن کرده. و می توان گفت که در آنجا چون مدعی حقی موجود نیست، و محتمل

است که از باب اباحه رخصتی داده بوده‌اند در ساختن خلا و حوضخانه، نه بر وجه لازمی. پس در آنجا ثبوت حق، ظهوری ندارد.

و اما حدیث مذکور: پس با وجود آن که عامل به آن ندیدم - غیر از اینها که گفتیم -

در موضع خاصی است و تعدی از آن محتاج به دلیل است. و اما تعلیلی که [در آن] شده

به نفی ضرر (چنان که در اخبار کثیره نیز مستفاد میشود) پس آن معارض است با عموماً (الناس مسلطون علی اموالهم). و هم چنین معارض است به تضرر آب انبار

و

مسجد و غیره، و عسر و حرج. و به هر حال اظهر جواز تصرف و صحت عبادات  
است در  
آن.

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

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

پسر خود زید نام، به سوای يك خانه. (۱) و از برای عمارت دو راه باشد که از هر دو به آن عمارت تردد میشود. و يك خانه از جمله آن عمارت از برای خود گذاشته باشد که آن نزدیک به یکی از آن دو معبر باشد. و بعد از آن اين يك خانه را هم ببخشد به پسر دیگر خود عمرو نام. و عمر مذکور چند وقتی از هر دو معبر تردد کند. و بعد از آن زید او را منع کند و بگوید از همان معبر تردد کن که نزدیک خانه تو است. و زینب هم بگوید که من همان معبر را به تو داده‌ام و در معبر دیگر حقی نداری. در این صورت حق باکی است؟

جواب: ظاهراً حق با زید است. به جهت آن که آنچه در عرف و عادت از مرافق و توابع دار محسوب میشود - که بسبب آن حکم میشود به دخول در بیع و هبه و امثال آن - در صورت عدم تصریح در حال عقد، همان حق العبور فی الجملة است. و مفروض این است که زینب خانه را با توابع آن که عرفاً از آن محسوب میشود به زید بخشیده، و به اعتراف او زید در هر دو معبر صاحب حق است. و آنچه از برای خود باقی گذاشته بود يك (یورد) (۲) بود. و آنچه از توابع آن يك یورد محسوب میشود حق معبر فی الجملة است، نه معبر خاصی. خصوصاً در صورتی که آن حق را در اقرب معبرها از برای آن قرار بدهند. پس در این صورت ادعای عمرو به معبر دیگر صورتی ندارد، خصوصاً با انکار زینب انتقال معبر دیگر را به او.

و هر گاه کسی بگوید که معبرها هر دو از مرافق و توابع آن خانه است بالفرض. و هر یورد که در آن خانه است در این شريك است. آن مدفوع است به این که ملازمه نیست ما بین حق کل و حق جزء. بلکه میتواند شد که جزئی از جمله مرافق که محسوب باشد در عرف، و از مرافق جزء محسوب نباشد. مثل خاکروبه و برف انداز (و امثال آن) که از

مرافق خانه است و از مرافق چاه نیست. پس اگر کسی چاهی از خانه خود بفروشد  
معبر

-----  
۱: مراد يك اطاق و يك سلول است.

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

از توابع آن هست اما محل خاکروبه و برف انداز داخل نیست.  
۳۹: سوال: تصرفات قدیمه در ملك غير مثل عبور و نصب ميزاب و اجراء آب و انداختن برف (غير معلوم الوجه لزوما واذنا). آیا محمول است بر لزوم؟ و جایز نیست مالك را اليوم منع آنها؟ یا محمول است بر عدم لزوم و جایز است مالك را منع آنها؟  
جواب: اظهر در نظر حقیر آن است که هر گاه صاحب ملك منع استحقاق صاحب ميزاب و امثال آن نماید، و صاحب ميزاب و امثال آن متشبث به استحقاق سابقه باشد، (۱)!

قول قول صاحب ميزاب و امثال آن است. به جهت آن که ذ الید است. و چنان که ید در اعیان موجب ملکیت است (هر چند احتمال اجاره و عاریه ثابت باشد) همچنین در حقوق و منافع. به جهت آن که حق نصب ميزاب و امثال آن در ملك غير، از اموری است که صلح ابدی در آن جاری میشود [و] موجب تملك حقوق مزبوره میشود. و تقارن ملکیت عین از برای مالك و حق از برای صاحب ميزاب هم ممکن الحصول است. پس اصل تاخر حق ميزاب هم معنی ندارد، که صاحب ملك به او بگوید که تو اثبات حق خود بکن. پس ید)

علی الاستمرار) ظاهر در (ت) ملك علی الاستمرار) است.  
و علامه (ره) در قواعد و ولدش حکم بر [تقدیم] قول صاحب ملك کرده اند، به جهت اصالة عدم استحقاق غير در ملك ایشان. و آن معارض است به ظاهر ید. و این (ظاهر) بر (اصل) مقدم است. و حال اصل را هم دانستی. و دانستی که ثبوت ملکیت صاحب زمین منافات با ثبوت حق غير در آن ندارد. و مثل این است کلام در این که چوب های سقف همسایه بر سر دیوار خانه او باشد. و گویا از این جهت علامه در تحریر توقف در تقدیم قول احدهما کرده است.

و در صورتی که هیچ يك علم به سبب گذاشتن درخت همسایه بر دیوار نداشته

---

۱: توضیح: تشبث به استحقاق سابقه، تفاوت دارد با (ادعای جازمانه بر حق لزوم). معنای اولی این است که

صاحب ميزاب جزم بر حق خود ندارد و تنها با تمسك بر (اصالة اللزوم) اجتهاد میکند که صاحب حق است.

و چنین فتوایی خصوصا در میان متأخرین از شیخ، کمتر طرفدار دارد رجوع کنید به ذیل مسأله ۴۳، از همین مجلد. و نیز به مسأله ۴۸.

باشد، و ادعای قطع به استحقاق وعدم استحقاق از هیچ کدام سر نزنند، شیخ طوسی (ره)

دعوی عدم خلاف کرده است که نمیتواند او را مطالبه کرد که درخت را بر دارد، یا اگر

خراب شود او را منع کند از تجدید. (۱) چنان که شهید (ره) در دروس نقل کرده. پس در

صورت ادعای استحقاق به عنوان جزم، امر ظاهر تر است. و فرقی ما بین درخت و دیوار و

صب میزاب در خانه جار، نیست. وهکذا غیره من الامثله.

۴۰: سوال: هر گاه زید (بوم کند) یعنی سردابه [ای] داشته باشد. و عمرو اطاق بر فوق آن ساخته باشد، که عمرو مالک اطاق فوقانی مزبور بوده باشد. و اطاق منهدم

گردد به حدی که نصف بلکه کمتر آن بوم کند را نیز خراب کند و بقیه که از بوم کند

باقی مانده باشد. باز عمرو بر بالای همان بوم کنده اطاق جدیدی بسازد یا نه؟ -؟ و با

وجود این که ظن کلی بوده باشد که اگر يك پایه بر فوق بوم کنده گذارند باز منهدم مسگردد. [و در] انهدام اول آیا زید را مرسد غرامت از عمرو بگیرد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه صاحب خانه استحقاق بودن خانه را بر سرداب داشته باشد به عنوان دوام (خواه به ارث خواه به صلح و غیر آن) و تقصیری هم نکرده در خراب شدن خانه، بر

او غرامتی نیست و ثانیاً میتواند خانه را بنا کند و لکن مهما ممکن اضرار به صاحب سردابه نکند اولی است. والله یعلم.

مسأله تزاحم الحقوق: ۴۱: سوال: هر گاه کوچه [ای] سر بسته باشد، و در خانه زید در ابتدای کوچه باشد، و در خانه عمرو در وسط کوچه. آیا عمرو میتواند بدون اذن زید خاشاک و خاکروبه خود را در محاذی در خانه خود و پائین تر یا بالاتر بریزد و

بردارد یا نه؟ -؟.

جواب: احوط بلکه اظهر این است که بدون اذن صریح زید یا شاهد حال به رضای او، نکند. و در این مسأله اشکال بسیار است و مشهور علمای ما این است که اول کوچه

که داخل میشوند مال زید و عمرو است بالمشارکه تا به در خانه زید. و از در خانه زید

-----  
۱: اگر از نظر ثابت شود خانه‌ای که میزاب بر آن مریزد قبل از خانه صاحب میزاب احداث (و یا احیاء و تملك) شده صورت دیگری از مسأله پیش می‌آید که اطلاق فتوای میرزا را با مشکل دیگر مواجه می‌کند.



مختص عمرو است تا به در خانه عمرو.  
و از در خانه عمرو که گذشت آن زیادتی که در سر کوچه است مشترك است میان هر دو.

و قول دیگر این است که هر دو در مجموع کوچه شریکند، و این قول با قواعد موافق تر است.  
و بر قول مشهور اشکالات وارد است. به جهت آن که مقتضای کلمات ایشان در لزوم رضای جمیع در اخراج ناودان و بنا گذاردن جناح و رواشن، و امثال آنها، دلالت دارد. والله العالم.

کتاب الصلح من المجلد الثانی.

۴۲: سوال: آیا جایز است تصرف کردن در دیوار مشترك (به این نحو که احد شریکین در خانه خود بنای عمارتی بگذارد و دیوار آن را متصل کند به دیوار مشترك).

و بعد از آن که مرتفع شد و مساوی دیوار مشترك شد بر سر هر دو با هم دیواری بگذارد) یا نه؟ -؟.

جواب: جایز نیست [به] هیچ وجه تصرف در دیوار مشترك، الا به اذن شریک، هر چند

به مقدار يك مثقال خاک آن باشد که از آن دیوار جدا کند. و جایز نیست که میخی در آن

بکوبد. چه جای آن که بر سر آن عمارتی بکند. و اما هر گاه دیوار را از زمین خود بر مدارد

به نحوی که متصل به دیوار مشترك باشد بدون آن که میخی در آن بکوبد از برای وصل

کردن دیوار به دیوار، و یا طاقی در آن بکند، یا امثال آن. پس اگر سنگینی این دیوار نو

بر آن واقع نمیشود و همان محض اتصال است، باکی نیست.

۴۳: سوال: این که علما گفته‌اند که (صلح صحیح است با اقرار و انکار) چه معنی دارد؟ پس هر گاه کسی از کسی صد تومان طلب داشته باشد، و آن شخص انکار کند، و

مدعی از اثبات عاجز باشد و صلح کند به ده تومان، و بعد از آن مدعی شاهد به هم رساند

بر استحقاق صد تومان، یا منکر اقرار کند به طلب او. پس صلح بر هم نخواهد خورد

و نود  
تومن مال او از میان برود بی عوض، چگونه خواهد بود؟.  
جواب: بدان که مراد علما در اینجا صحت در ظاهر است، نه نفس الامر. و ظاهرا  
خلافی در مسأله نیست که صلح در صوت اقرار مدعی علیه به طلب او و صورت  
انکار آن،  
هر دو صحیح است علی الظاهر. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. پس هر گاه مدعی  
محقق باشد

آنچه از منکر مگيرد وجه صلح بر او حلال است. و هر گاه محق نباشد، آنچه مگيرد بر او حرام است در نفس الامر. هر چند در ظاهر حکم مشود به اين که مال او است، مال او نمیشود در نفس الامر. چنان که تصريح به آن واقع است در کلام علما. بلکه در مسالك تصريح کرده که هر گاه احدی دعوی کند که عینی که در دست دیگری [است] از او است. و دعوی او باطل شد و وجهی بدهد و صلح کند که آن عین را بگيرد. پس آن عین بتمامها در دست او غصب و به قدر آن وجهی که داده است هم مالک نمیشود. به جهت اين که محق صلح کرده است با مبطل که رفع دعوی دروغ او را بکند. و گاه است که آنچه کرده است از برای رفع ضرر از جان یا مال یا عرض خود کرده باشد. و اين را تراضی نمگویند بلکه اکل مال است به باطل. و هم چنین است صورت عکس. یعنی مدعی محق باشد و منکر مبطل، و منکر تنخواهی بدهد و صلح کند که آن عین از او باشد، هیچ از آن عین مال او نمیشود، چنان که گفتیم. و به هر حال هر گاه به بينه یا اقرار ثابت کند مدعای خود را بعد از صلح بر هم [می] خورد و به مال خود رجوع میکند. و اين از باب (قسم خوردن منکر) نیست که هر گاه بعد از قسم، مدعی مطلب خود را ثابت کند نمیتواند رجوع کرد، بنابر اشهر و اقوی. به دليل خاصی که در محل خود بيان کرده‌ایم. هر چند منکر به آن، مشغول الذمه مدعی هست و در قیامت مطالبه حق خود میکند. و اما در صلح دلیلی نیست بخصوص، بر عدم رجوع مدعی به مال خود در صورت ثبوت حق. و منتهای آنچه از صلح ثابت شده اين است که مادامی که خلاف آن ثابت نشده در ظاهر

حکم میشود بر لزوم صلح، نه این که صلح مبطل دعوی او باشد در دنیا مطلقا حتی بعد  
ثبوت حق به بینة یا یمین. و می توان استدلال کرد بر این مطلب به عموم حدیث  
نبوی (ص)  
که فرموده اند (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، والصلح جائز بين  
المسلمين،  
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا) (۱) ووجه استدلال این است که این حدیث  
شریف دو  
احتمال دارد و دو تفسیر در آن ذکر کرده اند از برای استثناء، ظاهر اکثر علما آن  
است که

---

۱: وسائل: ج ۱۳، کتاب الصلح، باب ۳ ح ۲.

مراد از (ما احل حراما) این است که صلح کنند مثلاً بر این که احد هما شراب بخورد، یا گوشت خوک. و از (ما حرم حلالا) مثل این که صلح کنند بر این که با زن حلال خود جماع نکند.

و جمع دیگر مثل ابن مفلح و مقدار تفسیر کرده‌اند استثناء را به این که صلح کند با منکر به بعض آنچه ادعا میکند، یا به منفعت آن، یا بدل آن. و این عبارت ابن مفلح است

در شرح شرایع (ولا یصلح مع جهل احدهما و علم الاخر، کما علم زیدان فی ذمته مائة لعمره، و لم یعلم عمره، فصالحه زید علی اقل من المائة. لم یجز، لانه یلزم منه تحلیل الحرام، لان منع الحق حرام، وهذا الصلح یقتضیه، فیکون باطلا).

و از برای لفظ (جایز) هم دو احتمال هست. یکی آن که مراد از ان اباحه و رخصت باشد. پس مستثنی در آن باید محکوم به حرمة باشد. هر چند که بگوئیم حرمة مستلزم

فساد نیست در معاملات. و باید فساد از دلیل خارج معلوم شود، و لکن قرینه مقام در اینجا

افاده میکند اراده فساد را، چون بعد ذکر بینه و یمین است، و چنان که آنها مثبت حق و

مسقط دعوی میباشند و صلح هم در عداد آنها مذکور است، به همان معنی خواهد بود.

و در مستثنی باید مراد عدم تأثیر باشد نه محض حرمة وعدم جواز. و لازم عدم تأثیر اثر،

بطلان است. بلکه بطلان عبارت از همان عدم ترتب اثر است. و دوم این که به معنی صحت

و امضا باشد. چنان که در (اقرار العقلاء علی انفسهم جایز). و بنابر این استثناء در معنی

بطلان خواهد بود.

و در جمله الصلح جایز بین المسلمین هم دو احتمال هست. یکی آن که مباشر شدن

هر يك از طرفین صلح را، جایز است. و دوم این که مباشر شدن ثالثی - مثل حاکم یا

مؤمنین - جایز است. و بنا بر اول، کلمه (بین المسلمین) ظرف مستقر، خواهد بود. یعنی

مصالحه [ای] که واقع شود بین مسلمین جایز است. و بنابر ثانی ظرف لغو است و متعلق  
است به صلح. و مراد از صلح ابقاع مصالحه است که ثالثی مباشر آن شود، و هر  
چند  
در این صورت حمل کلمه (جایز) بر رخصت انساب است از صحت، لکن چنان که  
بینه و  
یمین شان، حاکم و مسقط دعوی است، به همین قرینه میتوان فهمید که اصلاح هم

حاکم [و] مسقط دعوی باشد. (۱)  
و بدان که خواه بنا را بر احتمال اراده جواز به معنی اباحه و رخصت بگذاریم - که استدلال به [این] حدیث بر صحت و فساد، تمام نمیشود الا به قرینه مقام چنان که گفتیم - خواه جایز را به معنی صحیح و ممضی بگیریم چنان که ظاهر اکثر این است، پس

چون صحت و فساد در احکام شرعیه تابع ظاهر است خواه نفس الامر هم موافق باشد یا نه،

پس بنابر تفسیر اول از دو تفسیر، استثناء (مستثنای متصل) میشود. به جهت آن که صلح

در آن صورت نه در ظاهر صحیح است و نه در نفس الامر و بنابر تفسیر دوم استثناء (منقطع) میشود، چنان که در مسالك تصریح به آن کرده، به جهت آن که مستثنی منه،

صحت علی الظاهر است. چنان که استعمال صحت و بطلان در فقه بر آن است. و مستثنی بطلان نفس الامری است.

و می توانیم گفت: چون اطلاق صحت و بطلان بر صحت و بطلان ظاهری [یا] (لا به شرط) است یا (به شرط لا)، پس قابل این هست که صحت نفس الامری باشد. پس باز استثناء متصل میشود. یعنی صلح صحیح است بین مسلمین مطلقا الا در چیزی که

محرم حلال یا محلل حرام باشد. که در بعض افراد آن (مثل مثال شرب خمر و ترك وطی که در اینها) مطلقا صحیح نیست ظاهرا و باطنا. و [در بعض دیگر] مثل دعوی کاذب که

هر چند ظاهرا صحیح است و لکن باطنا صحیح نیست. چنان که در مسالك نیز به آن اشاره کرده. و مثال (صلح بر دعوی مبطل) مثال تحریم حلال و تحلیل حرام هر دو

متواند شد. از حیثیت این که

آن، قدری از حق محق را بر او حرام کرده است (۲) و قدری از مال محق را بر خود حرام کرده است.

---

۱: عبارات نسخه: که اصلاح حاکم لم مسقط دعوی باشد. - گویا یکی از نسخه برداران جمله (و یمین شان،

حاکم) را (و یمین، شأن حاکم) خوانده و بدین سبب در جمله بعدی هم اشتباه کرده است. و ممکن

است  
اساس جمله اول (شأن بينه ويمين، شأن حاكم) باشد كه باز مراد از آن حاكم شرع نيست.  
۲: عبارت نسخه: آن قدری كه از حق محق...



و آنچه در تحقق مقام به نظر حقیر ظاهر میشود، این است که این حدیث در مقام بیان حقیقت و ماهیت صلح باشد و بیان شرط صحت آن در نفس الامر. نه بیان این که

(صلحی که واقع می شود محکوم است به صحت). پس مراد این است که صلح جایز است

و صحیح است و شرط صحت آن این است که محلل حرام و محرم حلال نباشد. خواه از

بابت تحلیل شرب خمر و تحریم وطی حلیله. یا از باب انکار مبطل، حق محق را. و ادای

محق چیزی را که اصل ندارد. که هر گاه چنین باشد، در نفس الامر صحیح نیست. و

جواز تصرف محق در آنچه میگیرد (با علم به این که مبطل حق او را دانسته انکار میکند) از راه استیفای حق است به قدر مقدور، و این که از کلام... پرو (۱) غیره ظاهر

میشود که صحت و فساد اطلاق میشود در اصطلاح بر ظاهر حال نه نفس الامر - چنان که پیش گفته [شد] گویا غفلت باشد، و مقام مشتبه شده است. چون قاعده این

است که (افعال مسلمین محمول بر صحت است. و عقدی که قابل صحت و فساد، هر دو

باشد، محمول بر صحت است، تا بطلان معلوم شود). از اینجا غافل شده پنداشته اند که

هرجا که شرع حکم به صحت و فساد معامله میکند مراد او بیان صحت و فساد ظاهری است.

مثلا در صلح دانستیم از این حدیث و غیر آن که شرط است در صحت نفس الامری آن، این که محلل حرام و محرم حلال نباشد. پس هر گاه ببینیم کسی دعوی صد تومان به

کسی میکند و او انکار میکند. و بعد بنا را به صلح گذاشته به مبلغ پنجاه تومان. که در

ظاهر محکوم به صحت است. یعنی مدعی و منکر هیچ کدام (منکر مبطل) نبوده اند. زیرا که ممکن است که مدعی جزم دارد که صد تومان مال پدر او در ذمه زید بود، و به

استصحاب او را مشغول ذمه مداند. و منکر هم معترف است و لکن در واقع ادا کرده

است دین را و از اثبات آن عاجز است، و می خواهد قسم هم نخورد، الجائا انکار  
میکند.  
در این صورت تحلیل حرام و عکس آن نشده. پس در هر صلحی حکم به صحت و  
لزوم  
میشود تا معلوم شود فساد آن. مثل جائی که دانسته حق مدعی را انکار کرده و صلح

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

کرد. در آنجا صلح در اول امر که معلوم نشده، محکوم به صحت است از طرفین. و بعد

از آن که معلوم شد، محکوم به بطلان است. و اما چنان که در نفس الامر هم باطل بود و جایز نبود از برای منکر تصرف در آن، و

آن زیادتی منتقل نشده بود به آن، در ظاهر شرع متعرض او نمیشوند. چون مبطل بودن او ثابت نشده بود. و اما طرف دیگر که محق بود، صلح نسبت به او در نفس الامر نیز باطل بود، و اعتماد در جواز تصرف در آنچه گرفته است بر استنفاذ حق

خود بود نه بر صلح. پس بنا بر این استثناء در دو حال متصل است، و مجال استثناء منقطع نیست.

پس هر گاه این را دانستی، بدان که بعد از تحقق مصالحه هر گاه مدعی به بینه اثبات کند حق خود را، یا مبطل اقرار کند بر صدق او و عدوان خود، کاشف به عمل

مآید که صلح جامع شرایط صحت نبوده، و در نفس الامر باطل بوده، پس مدعی تتمه

حق خود را مطلبد، و آنچه گرفته است یا از باب عوض و تقاص حق خود است، یا از راه

حیلولة. چنان که آخوند ملا احمد نیز اشاره به آن کرده. مراد از حیلولة آن است که چون

غاصب حایل شده ما بین او و حق او و تصرف در آن نمیتواند کرد، این در عوض آن است، نه عوض مال مغضوب. چنان که در کتاب غصب گفته‌اند که (هر گاه غاصب قادر بر

رد عین مغضوبه نباشد، و مساوی آن

را به صاحب مال بدهد، و بعد از آن غاصب قادر شود بر رد آن، باز ملك در ملك صاحب خود باقی است. و آنچه گرفته است هم مال او است. مگر این که به صیغه معاوضه

بر وجه صحیح به او منتقل شده باشد، که عین مغضوبه مال غاصب شده باشد). و مال آن

را در کتاب غصب در (جواب مسایل) تحقیق کرده‌ایم، والحق ما نحن فیه به آن مشکل

است.

و به هر حال، ظاهر این است که اشکالی در بطلان بعد از ثبوت حق، نباشد. و

دلالت دارد بر این صحیحہ عمر بن یزید از حضرت صادق (ع) (قال: اذا كان للرجل  
على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء حتى مات و لم يقبض  
منه،

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

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

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

مسأله ۴۸ که بیشتر به (جزم) تکیه شده است.

۳: خود محقق قمی در حاشیه این مسأله یاد داشتی داشته که در حاشیه متن نسخه نیز آمده است به شرح زیر:

فی (جواب المسایل) لفخر المحققین - وکان السایل مهنا بن سنان: السؤال: اذا كان في ذمة زيد مال لعمر، ومات عمرو وخلف وارثا ولم يوصل زيد ما في ذمته الى وارث عمرو.

ثم مات الوارث. فلمن يكون هذا المال؟ هل يكون لعمر؟ ام لوارثه؟ وكذا لو كان وارث بعد وارث؟.

الجواب: اذا مات المالك ولم يؤد اليه مع وجوب الاداء، فيكون مستحقا له. وفيه حقوق: احدها لله تعالى، لمخالفته

للامر. الثاني للميت وفيه حقان: احدهما تاخير الاداء والثاني عدم الدفع. فاذا مات المالك صار من المالك الى الوارث وبقي على المانع حقان: احدهما لله تعالى، والثاني للمالك. ثم صار الملك حقا للوارث، فيجب عليه ادائه اليه. فان لم يعلم الوارث وجب اعلامه. فان منعه صار عليه ثلاث حقوق حق لله تعالى، وحقان للوارث. كما تقدم، وعلى هذا لو تعدد الوارث. انتهى كلامه (ره).

اقول: ما ذكره (ره) موافق للقواعد ولكنه يناهض ظاهر صحيحة عمر بن يزيد. ويمكن ان يحمل الرواية

على المصالحة على الاقل مع جهل الوارث بالمقدار وعدم ابرائه المديون. وح، فوجه قوله (للميت يوم القيامة) مع انتقال المال الى الوارث، غير ظاهر. الا ان يقال: الاصل بقاء حق الميت الا بادائه تماما الى الوارث، فلا مانع للقول ببقاء حق الميت والوارث كليهما، اما للميت فلانه لم يؤده الى وارثه، واما للوارث، فلذلك ايضا، لبقاء حقه وعدم ابرائه اياه.

ولكن يبقى الاشكال فى الاستدلال بالصحيحة على ما نحن فيه. اذ بقاء الحق فى الباقي للميت فى الآخرة لا ينافى سقوط دعوى الوارث عنه فى الدنيا وان بقى له حق فى الآخرة ايضا. فليتدبر. - منه (ره).

۴۴ سوال: هر گاه زید مالی به عمرو بفروشد به مبلغ معینی به اجل معلومی. و آن مبلغ

معین را متبایعین مصالحه نمایند به مال مصالحه رایج رأس میعاد. و رایج حال حلول اجل، با رایج حین معامله تفاوت کرده. در این صورت زید بایع مستحق آن ثمن به عنوان

رایج رأس میعاد است؟ یا رایج حین معامله؟.

جواب: در جواب این مسأله محتاج به تمهید سه مقدمه است:

مقدمه اول: در بیان حقیقت این که جهالت در صلح، مضر هست یا نه؟ -؟. و بیان آن موقوف است به تمهید مقدمه، و آن این است که صلح در اصل عقدی است که وضع

شده از برای قطع منازعه. و خلافی و اشکالی در شرعیت آن نیست، و اطلاقات کلمات

علما و اجماعات منقوله، و اطلاقات آیات و اخبار، بلکه خصوص آیه (وان امرئة خافت من

بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحا). این است که فرقی نیست ما بین رفع نزاعی که واقع شده باشد با نزاعی که مظنه وقوع آن هست.

و اما صلح ابتدائی - بدون تحقق و ترقب نزاع و توقع آن - پس ظاهر آن است که در میان اصحاب، نیز خلافی در آن نباشد. هر چند لفظ (صلح) اشعاری به مداخلیت نزاع

در آن دارد. و ظاهر عبارت مسالك و غیر آن دعوی اجماع است. و علاوه بر عدم ظهور خلاف و ظاهر اجماع، عمومات سایر ادله مثل (افوا بالعقود) و غیر آن دلالت بر

آن دارد. و بنابر این شاید منظور [از] بودن رفع نزاع، از باب حکمت باشد نه از باب

علت. مثل مشقت در سفر به جهت قصر، و رفع بوی بد در غسل جمعه. پس لازم نیست اطراد آن.

هر گاه این را دانستی، پس بدان که ظاهر این است که خلافی نیست بلکه اجماعی است که صلح صحیح است

است ظاهرا و باطنا هر گاه هر دو طرف عالم باشند به آن چیزی که در آن دعوی دارند،

و [نیز] در مقدار آن، هر گاه مدعی محق باشد. خواه دعوی بر سر عینی باشد یا دین میراث باشد یا غیر میراث. و در صورتی که مبطل باشد، باطنا، در نفس الامر صحیح



(۱۱۲)



نیست. چنان که در مسأله سابقه گفتیم. پس مراد علما در عنوان این مسأله که گفته‌اند

(صحیح است صلح با علم به مصطلحین)، این است که هر دو می‌دانند که دعوی در سر

چه چیز است و مقدار آن چقدر است. نه این که هر دو علم دارند به واقع بودن مطلب و

مقدار ماده دعوی هر دو.

خلاصه این که در صورت علم به حقیقت داشتن دعوی با علم به مقدار آن از هر دو جانب اشکالی [نیست] و خلافتی در صحت آن ظاهرا و باطنا نیست. و در صورت تعیین

مقدار و علم به قدر آنچه در آن دعوی دارند، با باطل بودن دعوی در نفس الامر، صلح

صحیح است در ظاهر، و افاده اباحه نفس الامری نم‌کند. و اما هر گاه هر دو طرف جاهل باشند به عین مدعی به، یا مقدار آن (مثل این که دعوی مکند بر عمرو که مالی

از پدر تو بود و پدر تو مشغول ذمه پدر من بود که مرده اما نم‌دانم که آن مال چه چیز

است عین است یا دین درهم است یا دینار یا غیر اینها. و عمرو بگوید راست مگوئی و

لکن من هم نم‌دانم مثل تو). در اینجا نیز ظاهرا خلافتی نیست در صحت صلح. خواه دعوی بر عین باشد یا دین، و خواه میراث باشد یا غیر آن. و علامه صریحا دعوی اجماع

کرده. و دعوی اجماع از مسالك و غیره نیز ظاهر میشود. و احادیث معتبره هم دلالت

دارد و عبارت بعض آنها این است (فی الرجلین کان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه،

ولا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه. فقال کل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولی ما عندی (?)) فقال: لا بأس بذلك اذا تراضیا وطابت به انفسهما). (۱)

و این در صورتی که به هیچ وجه ممکن نباشد علم به مقدار، باشکال است. و اما هر گاه ممکن باشد، پس اگر موقوف است بر امری که در آن حال ممکن نیست - مثل

این که ثالثی هست که بر حقیقت حال مطلع است و لکن غایب است، والحال محتاجند به

طی دعوی و به سبب انتظار ضرری یا عسری حاصل مشود - در اینجا نیز اظهر  
جواز  
است. چنان که صریح شهیدین در مسالك و دروس و ظاهر اطلاق دیگران است. و  
دلیل  
آن اطلاقات و عمومات و نفی ضرر و عسر و حرج، است. و اما هر گاه بالفعل  
ممکن باشد

-----  
۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۵ ح ۱.

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

صلح کند باقی ساقط نمیشود الا با علم او و رضای او و روایت ابن ابی حمزه نص  
است در  
آن.

- 
- ۱: یعنی یکی از دو شریک مگوید اصل سرمایه من را بده و سود و زیان مال تو. و دیگری راضی میشود.  
رجوع کنید به مسأله شماره ۵۹، از همین مجلد.  
۲: همان مرجع: باب ۴ ح ۱.  
۳: همان مرجع: باب ۵ ح ۲.

و تو مدانی که روایت دلالت ندارد الا بر لزوم اعلام وعدم جواز در غیر آن. پس کلام ایشان در ایصال به قدر حق خالی از اشکال نیست. خصوصا کلام دروس که شرط

عدم تعین را هم ندارد. به جهت آن که اعیان اموال متفاوتند و اغراض متعلق به آنها مختلف است. و ممکن است حمل کلام شهید نیز بر صورت عدم تعین. پس هر گاه عین

موجودی باشد باید همان را بدهد خواه مثلی باشد یا قیمی. و هر گاه دین باشد هم مثل

آن را بدهد. پس اگر مثلی است که تلف شده قیمت آن را نمیتوان داد، بلکه باید مثل آن را بدهد، و هم چنین.. و به هر حال تکیه بر ایصال حق است. چنان که در مسالك

گفته، نه بر صلح.

باقی ماند کلام در این که روایت مذکوره صریح است در این که جایز نیست مگر با اعلام. و استدلال شهیدین به آن بر تمام مطلب، تمام نیست سهل است که روایت دلالت

دارد بر این که هر گاه بدون اعلام ایصال حق بکند، کافی نیست. و ممکن است که گفته

شود که آن وارد است مورد غالب، که در مصالحه غالبا کمتر از حق را مدهند پس محمول است بر غالب. و دلالت آن بر عدم جواز در صورت ایصال حق، معتبر نیست. و

تکیه در جواز آن به سایر عمومات و اطلاقات وادله صلح است. و به هر حال هر گاه بعد از

صلح معلوم شود که وجه صلح کمتر از حق بوده است، صلح باطل میشود ظاهرا و باطنا.

مگر آن که صاحب حق راضی شده باشد به آن وجه باطنا. یعنی در وقت صلح به آن نحو

راضی شود که اگر بعد معلوم شود قدر حق و این که بیشتر بوده باشد هم راضی باشد. که

در این وقت صلح صحیح است ظاهرا و باطنا، چنان که در مسالك اختیار کرده. و در

تذکره هم تصریح به آن شده. و صحیح حلی و جمعی دیگر از حضرت صادق (ع) (فی الرجل یکون علیه الشیء فیصالح؟) فقال اذا کان بطیئة نفس من صاحبه فلا (باس) (۱).

دلالت دارد بر آن.  
و هر گاه مستحق عالم باشد و آن دیگری جاهل: پس واجب است که اعلام کند  
عالم جاهل را. و هر گاه خواهد آن جاهل که خلاص شود، پس هر گاه صلح واقع  
شود به

---

۱: همان مرجع: باب ۵ ح ۳.

قدر حق یا کمتر از آن جایز است بی اشکال. و هر گاه زاید بر آن باشد، صلح در ظاهر  
 صحیح است اما باطنا صحیح نیست. مگر این که جاهل باطنا راضی باشد به آن  
 صلح، هر چند ظاهر شود که مستحق زیاده‌تر گرفته است. و بعضی گمان کرده‌اند که در اینجا  
 و در سابق، عبرت به رضای باطنی است نه به صلح. و این سخن خالی از اشکال نیست.  
 به جهت آن که هر گاه قطع نظر از صلح بکنیم و بعد معلوم شود که جاهل مثلاً زیاده‌تر  
 از حق او داده است و پشیمان شود و همان عین زاید هم موجود باشد، پس جایز خواهد بود  
 رجوع به آن. زیرا که دلیلی بر لزوم آن نیست، هر چند به طیب خاطر داده بوده است. و  
 این منافی کلمات ایشان است. پس باز تکیه بر صلح در لزوم و آنچه شهید ثانی (ره) پیش گفته  
 که تکیه بر ایصال حق است، آن معنی دیگر است و در آن ظاهراً اشکالی نیست.  
 تا اینجا سخن در (مصالح عنه) بود. یعنی آن چیزی که بر سر آن دعوی دارند، و از  
 آن دعوی صلح میکنند. و اما حکم عوض و (وجه المصالحه) که آن را (مصالح به)  
 مگویند، پس علامه در ارشاد گفته است (ویصح علی الاقرار والانکار، مالم یغیر  
 المشروع). ومع علم المصطلحین و جهلهما به قدر المال المتنازع علیه دینا کان او عینا. لا ماوقع  
 علیه الصلح ویکفی المشاهدة فی الموزون). و این کلام ظاهر است در این که جایز نمداند  
 جهالت را در وجه مصالحه. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) در شرح آن گفته است که: اما  
 معلومیة آنچه صلح بر آن واقع میشود پس ظاهر این است که نزاعی در آن نیست به شرطی که آن  
 هم چیزی نباشد که صلح از آن میشود. یعنی از بابت دو حق مجهول نباشد که احدهما  
 را به دیگری صلح میتوان کرد با جهالت هر دو. و استدلال کرده است به رفع غرر، چنان  
 که در

سایر عقود گفته‌اند. و لکن بعد فرموده است که علم فی الجمله کافی است یا به وصف یا به مشاهده، و احتیاج نیست به کیل و زن، و ملاحظه اجزای کرباس و قماش آن، و چشیدن آنچه طعم در آن معتبر است. و مثل بیع نیست. و این دقت‌ها در این نمشود، به جهت عدم دلیل واضحی بر آن. و به جهت آن که صلح مبتنی است بر ارفاق و تسهیل و مسامحه. و شهید در دروس گفته که اصح این است که شرط است علم در عوض هر گاه ممکن باشد. و در جای دیگر گفته است که هر گاه متعذر باشد علم به آن وجه مصالحه، جایز است. تا اینجا



حاصل کلام آخوند ملا احمد است.

وعلامه (ره) در تحریر گفته است که هر گاه عوض محتاج تسلیم نیست و راهی به معرفت آن نیست - مثل دو نفر که نزاع در میراث مجهول القدری داشته باشند، یا در حقوق قدیمه، یا عین مالی که هیچ يك نمدانند که حق او چه چیز است - در اینجا جایز است صلح از طرفین. و هر گاه چیزی است که محتاج است به تسلیم، واجب است که معلوم باشد.

و مثل همین عبارت [را] در تذکره گفته است. و در مسأله قبل از این باز در تذکره گفته است که هر گاه شاخه‌های درخت کسی داخل هوای زمین همسایه او بشود پس هر گاه صلح کند با همسایه که شاخه‌ها در هوای او باشد به وجه مصالحه معینی، صلح صحیح است. خواه شاخه‌ها تر باشند یا خشك. به جهت آن که جهالت در (مصلح عنه) مانع صحت نیست، به جهت آن که جهالت مانع از تسلیم نیست. بخلاف عوض که آن محتاج است به علم. به علت این که واجب است تسلیم آن.

و مراد او از جهالت مصالح عنه در اینجا این است که شاخه‌های تر نشو و نما، میکند.

و گاه است زیاده‌تر هوا را احاطه میکند و مقدار آن معلوم نیست. و هم چنین بقای آن معلوم نیست. و مؤید این است که جهالت در سکنای خانه نسبت به زیاد شدن اولاد و مهمان و غیر آن، مضر نیست. و بعد از آن در تذکره گفته است که هر گاه صلح کند بر این که آن شاخه‌های درخت در هوای همسایه باشد به جزء معلومی از میوه آن - مثل ثلث یا ربع آن - جایز نیست. و آن را از شافعی واکثر عامه نقل کرده. به جهت آن که عوض مجهول است و از شر صلح معلوم بودن عوض است. و مصالح عنه هم مجهول است. به جهت آن که متغیر

میشود به زیاد شدن و کم شدن. و بعد از آن گفته است که بلی هر گاه هر يك حق خود را مباح کنند برای دیگری، جایز است، به دو لزوم. همچنانکه هر گاه در اجاره بگوید (که من به خانه تو بنشینم و تو به خانه من بنشینی) بدون ذکر مدت. و لکن از کلام شهید در دروس مستفاد میشود که شرط است در صحت مصالحه بر باقی گذاشتن شاخه و ریشه در هوا و زمین همسایه، تعیین مدت، و رجوع به اهل خبره در این که شاخه و ریشه تا چه حد خواهد رسید. تا تقدیر زیادتی بکند. یعنی تقدیر کند و فرض

کند که تا کجا مرود و آن را مصالحه کند. و گویا نظر او به همان است که پیش گفتیم که

تا ممکن باشد معرفت به حال مجهول، باید معلوم و معین کرد هر چند در مصالح عنه باشد.

و در کتاب (احیاء موات) تحریر نیز به همین نحو گفته است.

و بدان که: مراد علامه از احتیاج به تسلیم و عدم احتیاج به تسلیم، مشتبه است.

و استدلال به آن خالی از اشکال نیست، به جهت آن که مراد او از عدم احتیاج به تسلیم

این است که در هر جا که از باب ابراء باشد که تسلیم در آنجا معنی ندارد بلکه او را بری

مکند از چیزی که در ذمه او بوده است، پس در آن، معلومیت، شرط نیست. و اما در جائی که از باب هبه باشد که تازه منتقل به غیر خواهد بکند، در آن تعیین شرط است. بر این وارد است که هر گاه مراد از اشتراط تعیین در هبه، تعیین شخص و قدر است -

[که] اگر قبه طعام مجهول القدري را مثلاً هبه کند جایز نباشد - پس آن در محل منع

است. و شهید (ره) در قواعد تصریح کرده به جواز آن. و هر گاه مراد اشتراط تعیین فی الجملة است به جهت آن که تملیک مجهول مطلق صحیح نیست، پس آن در ابراء هم

شرط است. به جهت آن که هر گاه کسی بگوید که (من یکی از دو حقی را که از تو دارم

تو را بریء الذمه کردم) معلوم نیست که نفعی داشته باشد در ابراء. و اما هر گاه بگوید که

(من تو را بریء الذمه کردم از هر حقی که بر تو داشته باشم) هر چند نداند که حق دارد یا

نه، و در صورت داشتن هم نه جنس آن را داند و نه قدر آن را. پس در آنجا تعیین فی الجملة ثابت است.

و اگر مراد او از (عدم احتیاج به تسلیم) این است که در دست او است. پس نزاع در

استحقاق و عدم استحقاق است. مثل آن که میراث شخص در دست احد وارث بوده واقعا،

یا مدعی بر او دعوای آن را میکند، در این صورت نزاع در استحقاق و عدم استحقاق است

که هر گاه مدعی علیه دعوی را به وجهی مصالحه کرد دیگر محتاج به تسلیم و  
تسلم میراث  
نیست. و هم چنین هر گاه هر يك دعوی میراثی بر دیگری داشته باشند، و هر يك  
صلح  
کنند دعوی را بر آنچه از او ادعا میشود. و از این باب است که کسی قبه طعام  
مجهول القدری را از کسی تلف کرده باشد و صلح کند به وجه معینی. در اینجا نیز  
قبه

محتاج به تسلیم نیست، چون آن حق سابق ثابت شده در ذمه متلف [است]. و هم چنین

زمینی یا عین مالی را که هیچ کدام نمدانند که حق او در آن چه چیز است. مثل آن که به

ثبوت شرعی رسیده است که پدر ایشان در حال صغر آن زمین را به ایشان بخشیده علی التفاوت، اما مقدار حصه را نمدانند. یا در حال کبر بوده و فراموش کرده‌اند. در

اینجا احتیاج به تسلیم نیست، و دعوائی هم در آن ندارند. بلکه هر گاه مقدار حق محقق

میشود، به همان تسلیم قبل اکتفا میشود. و از این باب است مصالحه [ای] که امام با اهل حرب بکند از اموال ایشان، به شیئی معینی. زیرا که اموال اهل حرب از حقوق سابقه بر صلح است و در دست آنها است.

پس بر این وارد می‌آید که تجویز کرده‌اند جهالت را در بسیاری از صلح‌های ابتدائی که محتاج به تسلیم است. چنان که در مسأله (مقاطعه گوسفند) که شیخ فتوی

داده است به جواز مقاطعه کردن شیر گوسفند در مدت معلومی به عوض معلومی به غیر

شیر و روغن. و شهید در دروس بعد از آن که این را از شیخ نقل کرده است گفته است که:

در صحیحہ (۱) عبد الله بن سنان دلالت هست بر جواز مقاطعه به روغن، هر گاه گوسفندها

دوشیدنی باشند. و در لزوم این معامله نظر هست. و جزم کرده است ابن ادریس به منع از

آن. و اگر گفته شود که جایز است صلح بر آن، خوب خواهد بود، و در این وقت لازم

میشود. و روایت هم بر این حمل میشود. تا اینجا است کلام شهید. و تو مدانی که شیر گوسفند از امور مجهوله است. خصوصاً در مدت مدید. و این معامله هم

ابتدائی است و از حقوق سابقه هم نیست و محتاج است به تسلیم. به جهت آن که شیر هر

گوسفندی [را] تا تسلیم نکند مطلب به عمل نمی‌آید. و با وجود این شهید تصریح کرده

به جواز مصالحه کردن بر آن. و هم چنین تصریح کرده است در دروس به جواز صلح

کردن چیزی که عوض او این باشد که از آب خود، زرع او یا درخت او را در مدت معلومه آبیاری کند. و هم چنین صحیح است هر گاه آب دادن مذکوره را به عوض قرار بدهد. با وجود آن که آب مجهول و محتاج است به تسلیم. و هم چنین جواز صلح بر باقی گذاشتن

---

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

شاخه‌های درخت وریشه‌های آن در زمین و هوای غیر. که علامه تصریح به جواز آن کرده هر گاه به عوضی معین، باشد. به جهت آن که جهالت در مصالح عنه، ضرر ندارد. با

وجود این که این نیز حق سابق نیست. و محتاج است به تسلیم در قدری که بعد از این شاخه‌ها وریشه‌ها بلند مشود.

و از این جهت [است] که شهید در دروس شرط کرده است تعیین قدر و اعتبار ظن اهل خبره را. و ممکن است که نظر علامه (ره) به همان قدر معلوم معین باشد. و مراد

وقتی باشد که آن درخت به حسب عرف و عادت به سر حد کمال رسیده باشد، نه این که

در او نشو نما باشد. و آن قلیل تفاوتی که در کامل به هم می‌رسد معفو باشد. او قبیل چاق

شدن اسب یا الاغ که منشأ تفاوت حال آن مشود در سواری و استراحت سواری حیوان چاق و تفاوت آن با لاغر. و هم چنین زیاد شدن اولاد آن کسی که حجره را اجاره

کرده از برای مسکن. هر چند در وقت اجاره، اینها مجهول بوده.

و تفصیل کلام در این مقام این است که مصالح عنه و مصالح به، یا هر دو، از حقوق قدیمه‌اند که محل تنازع و تجاذب است. یا هر دو از امور ابتدائیه [اند] و مسبوق به

حق سابقی نیستند. یا مصالح عنه از قسم اول است و مصالح به از قسم ثانی. یا به عکس

است. و در هر يك از این چهار صورت: یا هر دو معلوم الطرفین است، یا مجهول الطرفین، یا مصالح عنه مجهول و مصالح به معلوم، یا بالعکس. و حاصل ضرب

این، شانزده قسم مشود. مثال اول: زید و عمرو و هر يك از دیگری طلب معلوم معینی داشته باشند، و هر يك دعوی حق خود را صلح کنند به دیگری. دوم: زید بر عمرو دعوی میراث پدر خود را کند، و عمرو بر زید دعوی میراث مادر خود را. و هر دو مجهول باشند. و هر يك دعوی خود را صلح کنند به دعوی دیگری، در این دو صورت

صلح صحیح است. اجماعاً و بی اشکال. سوم: زید دعوی میراث مجهولی بر عمرو دارد و

عمرو دعوی ده تومان معین معلوم دارد. و زید صلح کند حق مجهول را به عمرو به

حق  
معلوم او. در این نیز اشکالی نیست. چهارم: عکس این. و در این صورت معوض  
معلوم  
است و عوض مجهول. و نظر به آنچه از تذکره نقل کردیم محل اشکال مشود. این



امثله قسم اول بود که هر دو از حقوق قدیمه باشند.  
و اما امثله قسم دوم: پس آن نیز چهار است: اول: این که زید منتقل میکند به  
صیغه مصالحه اسب معین خود را به ولد خود عمرو بازای ده تومان. و ظاهرا در نزد  
شیعه اشکالی در صحت این، نیست. دوم: این که زید قبه گندم مجهول الکیل  
والوزن  
حاضر خود را صلح کند به قبه برنج مجهول الکیل والوزن عمرو. سوم: این که زید  
قبه

گندم معلوم الوزن را صلح میکند با عمرو به قبه برنج مجهول. چهارم: عکس این  
است. و در دوم و سوم همان اشکال سابق هست.  
و اما امثله سوم: پس آن نیز چهار است: اول: این که زید ده تومان طلب سابق از  
عمرو دارد و صلح میکند به اسب معین عمرو که الحال دارد. و در این نیز اشکالی  
نیست.

دوم: این که میراث مجهول پدرش را زید صلح میکند با عمرو به قبه گندم مجهول  
موجود عمرو. و در آن اشکال سابق موجود است. سوم: این که میراث مجهول را با  
اسب

موجود معین. و در این نیز اشکال نیست. چهارم: ده تومان طلب معین سابق را صلح  
میکند به قبه مجهوله. و در آن نیز اشکال سابق هست.  
و اما امثله قسم چهارم: پس آن نیز چهار است، و به ملاحظه این اقسام، امثله و  
احکام ان نیز ظاهر میشود.

و تحقیق مقام، این است که: ادله صلح بر چند قسم است. بعضی از آنها صریح  
است در طی دعاوی قدیمه، و [در] موارد منازعه و تجاذب است. مثل بعضی آیات  
واکثر

اخبار. و بعضی از آنها اطلاق لفظ صلح است مثل آیه (الصلح خیر) (۱) و حدیث  
(الصلح

جایز الا ما احل حراما او حرم حلالا). (۲) وانصاف این است که لفظ صلح ظاهر  
است در

(قطع شقاق و نفاق). خصوصا به ملاحظه ضمیمه تتمه آیه به لفظ (الصلح خیر) (۳) و  
بقیه

حدیث (۴) که حکایت بین و یمین مدعی و منکر است.

۱: ۱۲۸ نساء.

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

۳: که (واحضرت الانفس الشح) است.

۴: در نسخه: تتمه حدیث.

و بعضی از آنها عمومات سایر ادله است. مثل (اوفوا بالعقود) و (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) و امثال آن. و بعضی از آن اجماع است، که در بعضی مواقع یقینی است و در بعضی اجماع منقول. و چیزی که دلیل تواند شد بر صلح ابتدائی، همین عمومات اخیر است و اجماع منقول. اما اجماع منقول پس آن در صورت جهالت

عوض، مشکل است. چنان که از خود مدعی اجماع که علامه است در تذکره ظاهر میشود. و اما در معوض پس آن در دعوی سابقه و مطالبه قدیمه آن قدری که مسلم است صورت تعذر مطلق حصول علم است. و صورت امکان علم محل خلاف و اشکال

بود، چنان که دانستی، چه جای صلح ابتدائی. و در کلمات ایشان بسیار مذکور است که

شرط کرده‌اند در صلح ابتدائی تعیین را در معوض. مثل جائی که صلح کند کسی نهر آب خود را در زمین غیر ببرد، یا آب باران او بر پشت بام دیگری جاری شود، و یا قناتی

در زمین غیر احداث کند، یا بنائی در آنجا بسازد، و امثال آن. خصوصا در عبارت دروس که صلح هوای همسایه و زمین او از برای شاخه و ریشه درخت مذکور شد. مگر این که بگوئیم که اینها همه در صورت امکان استعمال است با عدم لزوم عسر و حرج. و ظاهر هم این است. پس حاصل دلیل در صحت صلح ابتدائی در صورت جهالت،

همان عمومات است با شهرت بین الاصحاب، و تنبیه بعض اخبار، و علتی که در بعضی از

آنها مذکور است که تراضی و طیب نفس است. و هم چنین عموم نفی عسر و حرج و

ضرر. و ظاهر اجماع منقول و ظهور عدم قول به فصل ما بین صلح ابتدائی و صلح حقوق

قدیمه. و ظاهر این است که فرقی ما بین عوض و معوض نباشد. و فرق ما بین عوض و

معوض - چنان که از عبارت علامه ظاهر میشود اگر مراد او جواز جهالت عوض است

علی الاطلاق - دلیل آن وضوحی ندارد. و به سبب ظهور مخالفت او دست از سایر ادله

برنمیداریم، و در برابر آنها چیزی نیست الا ادله نفی غرر و حرمة معامله غرر. و هر چند

نسبت آنها و سایر ادله عموم من وجه است لکن بنا بر ادله، اولی است به متابعت، به سبب اصل براءت واعتضاد به شهرت ونفی عسر و حرج و غیر ذلك. خصوصاً این که هر گاه عیبی حاصل شود به سبب جهالت، منجر میشود به خیار. چنان که اظهر واشهر

ثبوت خیار غبن است در صلح، بلکه سایر عقود. پس معیار (۱) جواز است مطلقاً در صورت

تعذر استعلام بالفعل یا تعسر آن. به جهت ضرورت و احتیاج به آن. و از فروع این مسأله است جواز مصالحه میوه باغ و بستان قبل از (به دو صلاح) چنان که

تصریح به آن در دروس و غیره شده. بلکه بعد از ظهور بعضی از میوه آن و عدم ظهور بعضی

دیگر ماقبل از ظهور مطلق آن، به حدی که هیچ منفعت ظاهر در آن نباشد. پس در آن

اشکال است، به جهت آن که در این وقت، مصالح عنه مطلقاً تحقیقی ندارد. و این از باب اجاره

حیوان است از برای سواری و بار کردن و صلح کردن منفعت آن در مدت معینی. به جهت

آن که مفروض آن است که صلح را بر محض قوه درخت از برای عمل آوردن میوه نمسکند.

بلکه مراد نفس میوه باقوه تنمیه نیز با نفس میوه و حصول آن به هیچ وجه معلوم نیست. مگر

این که بگوئیم که غلبه حصول میوه قائم مقام حصول آن است، و این منافاتی با طریقه معامله

عقلاً هم نداشته باشد. همچنانکه صحیح است اجاره دکان به امید کسب کردن در آن و منتفع

شدن به آن. و باطل نمیشود اجاره به سبب این که دزد متاع دکان را ببرد، یا آتش بیفتد

و بسوزد، و به هیچ نحو دیگر هم منتفع نتواند شد.

و موید این، حکایت صحت صلح در گوسفند است به روغن. چنان که پیش گفتیم زیرا که

در کلام فقها تصریحی ندیدم به اشتراط وجود شیر بالفعل. و صحیحه عبد الله بن سنان

که شهید (ره) آن را حمل بر این کرده هم اعم است مثل سایر احادیث آن باب. و روایت

عبد الله بن سنان این است (قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن

و دراهم معلومه، لكل شاة كذا و كذا في كل شهر. قال: لا بأس بالدرهم، فاما

السمن فما احسب ذلك الا ان يكون حوالب فلا باس بذلك). (۲) و ظاهر این است  
که فرقی ما بین گوسفند  
حامله و درخت در فصل بهار نباشد، که هر دو مظنه ثمر و منفعت‌اند. و تعیین در  
هیچ کدام  
حاصل نیست. و به هر حال، اظهر صحت مصالحه است. بلی ظاهر این است که هر  
گاه اتفاق  
افتد که در آن سال اشجار هیچ ثمر نداشته باشد مسلط بر فسخ باشد، بلکه عقد  
منفسخ

- 
- ۱: ممکن است کلمه (مختار) صحیح باشد.  
۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۹ ح ۴.

میشود. مثل تعذر انتفاع از عین مستأجره به سبب منع عامی. بخلاف آن که میوه را تگرگ

بزند یا به غارت برود، که در این صورت خلل به عقد نمرسد. و هم چنین از فروع مسأله است

مصالحه قبه مجهول الوزن به مثل آن از غیر آن جنس. مقدمه دوم این که: آیا ربا در صلح جاری است یا نه؟ -؟. اشهر و اظهر این است که بلی

ربا در جمیع عقود ثابت است. و تحقیق آن را در رساله علی حده کرده‌ام. و اما آنچه ظاهر

میشود از کلام علامه در تذکره و غیره - که تجویز کرده است که صلح کند پانصد درهم

طلب معجل را به هزار درهم طلب مؤجل، یا به عکس. بلکه مطلق صلح متماثلان را با

تفاضل. هر چند ربوی باشد - مبتنی است بر این که ربا را مختص بیع مداند، یا بیع و قرض،

دون سایر معاملات. و هم چنین شهید در دروس گفته است (ولو صالح علی الموجل باسقاط

بعضه حالا، صح اذا كان بغير جنسه. و اطلق الاصحاب الجواز اذ الصلح هنا ليس معاوضة.

اولان الربا يختص بالبيع. اولان النقيصة في مقابلة الحلول). و تحقیق این است که ربا مخصوص بیع نیست. و کلام تذکره هر چند در اینجا موهم دعوی اجماع است بر صحت آن

مطلقا چون گفته است (يصح الصلح على الاعيان المتماثلة جنسا ووصفا. سواء كانت ربوية

اولا. و سواء تفاوتت في المقدار والحلول والتأجيل اولا، عندنا.

لما تقدم من كون الصلح عقدا مستقلا بنفسه، ليس يجب ان يتبعه توابع البيع، فلو كان له

الف موجلة على غيره فصالحه منها على الف حال، او بالعكس، صح، لما مهدناه من القاعدة.

وقالت الشافعية لو صالح عن الف حال على الف موجل، او عن الف موجل الف حال، كان لغوا. لان الاول وعدم من صاحب الدين بالحاق الاجل. والثاني وعد من المديون باسقاط الاجل، والاجل لا يلحق ولا يسقط. وهو ممنوع لانه مبني على عدم استقلال عقد الصلح بنفسه).

و لکن چنین نیست (۱)، به جهت آن که مراد او از لفظ (عندنا) این است که صلح، عقد  
مستقلی است در نزد ما و تابع سایر عقود نیست. چنان که مذهب شافعیه است که  
تابع  
مدانند، و چون در مسأله دین الحاق اجل و اسقاط اجل لزوم ندارد، و صلح هم

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



در اینجا از باب الحاق و اسقاط اجل است، پس لغو خواهد بود. و علامه در مقام رد برایشان میگوید که مذهب ما استقلال است نه تبعیت. پس مراد او دعوای اجماع بر استقلال عقد صلح است نه غیر آن، پس قطع نظر از مسأله الحاق اجل و اسقاط اجل

در دین کرده [و گفته] صلح را عقد مستقل بدانیم. و اثر او این است که در اینجا اسقاط

اجل و لحوق آن را لازم میکند، هر چند در مسأله دین لزومی ندارد، و چنان است که شافعیه گفته‌اند، و مذهب جمهور علمای ما هم این است چون وفای به وعده را واجب

نمیدانند و دلیلی هم از برای لزوم از راه دیگر هم نیست. پس اگر مدیون دین مؤجل را

زود خواهد بدهد و مالك راضی نباشد واجب نیست بر او قبول. بلی هر گاه هر دو راضی

شوند و مالك قبول کند و بگیرد، اجل و حق هر دو ساقط میشوند. و خلافتی در آن نمیدانم و دعوی اجماع بر آن در تذکره کرده است. به جهت صدق وفا و استیفاء. و

همچنین هر گاه در عوض درهم شکسته بگیرد.

و هر گاه مدیون به دین مؤجل قدری علاوه بدهد که مدت اجل را زیاد کند، جایز نیست. و نه زیادتی در حق ثابت میشود و نه در اجل. و صحیح است تعجیل مؤجل به

اسقاط بعض دین با رضای هر دو. و هم چنین تعجیل بعض دین به این که اجل باقی را زیاد

کند، و چند حدیث معتبر دلالت بر این سه مسأله دارد که از جمله آنها صحیحه محمد بن مسلم است از حضرت امام باقر (ع) (فی الرجل یكون علیه الدین الی اجل مسمى، فیا تیه غریمه فیقول: انقذنی من الذی لی کذا و کذا، واضع لك بقیته، او یقول: انقذنی بعضاً و امدلك فی الاجل فی مابقی. فقال: لا اری به باسا ما لم یزد علی راس ما له

شیء، یقول الله عزوجل: فلکم روس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون) (۱). و اشکالی در این

مسائل نیست به جهت دلالت احادیث معتبره و عدم ظهور خلاف. و لکن منشأ لزوم نمیشود، چنان که گفتیم.

و علامه (ره) در تذکره بعد از عبارت سابقه گفته است که (هر گاه صلح کند از هزار درهم مؤجل به پانصد درهم حال، صحیح است در نزد ما، به جهت همان چه گفتیم

كه

١: وسائل: ج ١٣، ابواب الدين، باب ٢٢ ح ١.

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

مدهند. بعض همان مال است که حال بایست بدهد، پس در اینجا چیزی نیست به غیر اسقاط بعض ما فی الذمه واجل قرار دادن از برای باقی. پس این ابرائی است و

-----  
۱: در ضمن مسائل جلد دوم در این که آیا (دین بدین) چیست بحث‌ها داشتیم. میرزا (ره) معتقد بود که فرض

بالا از مصادیق دین به دین نیست و حدیث منصور بن حازم را تأویل مفرمود، لیکن ظاهر سخنش در اینجا خلاف آن است. و نیز راجع به (معامله دین بدین) رجوع کنید به مسأله شماره ۸ همین مجلد.

و وعده. پس نصف از جهت ابراء ساقط شد، و وعده اجلی در باقی آن قرار داده شده، و آن

لازم نیست. و فخر المحققین بعد از آن که این دو وجه را ذکر کرده است گفته است که

(اول اصح است یعنی عقد معاوضه بودن. به جهت ثبوت مغایرت ما بین زاید و ناقص،

و حال و موجل) و لکن رای او شمول حرمة ربا است در جمیع معاملات. و شهید (ره) در دروس بعد از آن که میل کرده به بطلان صلح از هزار موجل به هزار حال، و هم چنین از حال به موجل خواه زیاد کند عوض را یا نه به علت این که اول در

معنی اسقاط اجل است و اجل با اسقاط ساقط نمیشود. و ثانی تأجیل حال است و آن

جایز نیست. گفته است که (علامه حکم کرده است به سقوط اجل در اول و ثبوت اجل

در ثانی، از جهت عمل به مقتضای صلح لازم) و بعد از آن گفته است که (هر گاه صلح

کند از هزار حال به پانصد موجل، پس آن ابراء است از پانصد و لازم نیست اجل. بلکه

مستحب است وفا) و تحقیق این است که زاید و ناقص و حال و موجل هر يك ماهیت

علی حده اند و متغایرنند بالشخص، چنان که در تذکره هم اشاره به آن کرده، و قطع نظر

از این که کل و جزء در اعیان موجوده خارجییه نیز متغایرنند بلکه متباینند چون دین امر

کلی است و مشخص نمیشود الا به اداء و وفاء، و کلی چنان که به سبب اشخاص متغیر و

متغایر میشود، به سبب اوقات و امکانه هم متغایر و متمایز میشود. مثل افراد واجب موسع به وقت، مثل نماز ظهر، و افراد موسع به مکان، مثل وقوف به عرفات،. پس همچنین

است ادای دین در حال و در میعاد، و در این بلد و در آن بلد، و در ضمن این مبلغ زیاده

و آن مبلغ کم، و هکذا، پس انکار مغایرت طرفین در ما نحن فیه بعید از صواب است. و انکار عقد معاوضه کردن بی وجه است.

و لکن اقوی عدم جواز ربا است در کل عقود. پس در هر جا که ربا لازم نیاید،  
صلح  
صحیح است و لازم است و در هر جا که لازم آید از آن جهت فاسد است نه از  
جهت آنکه  
تعجیل موجل است یا تأجیل معجل، و هیچ يك لزوم ندارد و یا مجرد اسقاط و ابراء،  
یا  
آن که وعده است و وفا به آن مستحب است نه واجب. چنان که شهید اشاره به آن  
کرده. و از  
جميع آنچه گفتیم ظاهر شد که مشارکت صلح با بیع در حرمة

ربا ثابت است. و هر فرد آن که مستلزم ربا باشد باطل است. و لکن در سایر احکام مشارک بودن آن بر وجه عموم ثابت نیست. پس احکام صرف و اشتراط قبض مجلس در

آن جاری نیست. پس هر گاه کسی صلح کند دراهم را به دینار و قبض مجلس واقع نشود، باکی نیست.

و این از جمله حیل ربا میتواند شد. مثلاً هر گاه کسی يك اشرفی که قیمت آن الحال شش فروش باشد به کسی صلح کند که در يك ماه دیگر هشت فروش بدهد در

عوض آن، جایز است. و هم چنین الحال چهار فروش را صلح کند به يك اشرفی که در

يك ماه دیگر بدهد. و هم چنین در سایر معاملات صرف، و هم چنین در صلح مشابه سلف، قبض مجلس شرط نیست، چنان که در بیع شرط هست. مقدمه سوم: بدان که معنی ربا (معامله مثلین است در مکیل و موزون با تفاضل). و این اسم این معامله است در نفس الامر. و علم و جهل در تحقق آن مدخلیت ندارد.

پس چنان که کسی عامداً عالماً ده دینار به کسی قرض بدهد که دوازده دینار بگیرد، حرام است و فاسد است. همچنین بنابر مختار ما که صلح هم ربا در آن متحقق میشود،

و ربا اختصاص به بیع و قرض ندارد. پس هر گاه کسی صلح کند میراث خود را که از پدر

به او رسیده است (و نمداند که چه چیز است) به ده دینار و بعد از آن معلوم شود که آن

میراث دوازده دینار بوده است لاغیر (هر چند جهالت در صلح مضر نیست و لکن چون در

نفس الامر مشتمل است بر معامله ربویه) حرام است و باطل است. و هم چنین است حرمة

و بطلان، در هر جا که معامله بر شیئی واقع شود که قابل حرام و حلال باشد و این شخص

معامله را با توطین نفس بر اخذ هر يك که باشد بکند، مثل این که بازار معینی که در آن

ذبیحه اهل اسلام و اهل کتاب هر دو باشد، شخص ده من گوشت از شخص بخرد که از

گوشت آن بازار باشد، به این نحو که مضایقه نداشته باشد که از هر يك از ذبایح

باشد،  
بلکه غرض او همین است که از غیر این سوق نباشد، و تعیین حلال و حرام (هیچ  
کدام)  
نمکند و مضایقه از هیچ کدام هم ندارد، با علم طرفین به این معنی. پس در این وقت  
معامله فاسد است. هر چند در حین دادن، از ذبایح مسلمین بدهد. مگر این که آن  
وقت



تجدید معامله بکنند.

هر گاه این مقدمات را دانستی بر مگردیم بر سر اصل مسأله و میگوئیم:  
هر چند جهالت (رایج راس میعاد) مضربه به معامله صلح نباشد - چنان که تحقیق کردیم در

مقدمه اول که در صلح ابتدائی هم جهالت مضر نیست، هر چند در عوض. باشد خصوصاً

در جائی که استعمال ممکن نیست، و غرری که منشأ سفه باشد در نزد عقلا، هم لازم نیاید - لکن نظر به آنچه در مقدمه ثانیه تحقیق کردیم که صلح ربوی هم حرام است، و

ربا در صلح هم جاری میشود، و در مقدمه ثالثه تحقیق کردیم که ربای نفس الامری حرام است و مشروط به علم بالفعل نیست، و چنان که با علم بالفعل به ربا با تعیین حرام

است، با توطین نفس بر قدر مشترك ما بین ربا و غیر ربا هر چند نه علم به حصول آن

باشد و نه تعیین آن کند، نیز حرام است. پس در اینجا چنان که اگر کاشف به عمل آید که

(رایج راس میعاد) فاضل یا ناقص است از (رایج حین معامله)، ربا و فاسد است. و هم چنین از راه این که در اول توطین نفس کرده بر اخذ قدر مشترك ما بین زاید و ناقص مساوی هم حرام و فاسد است، هر چند کاشف به عمل آید که در حین راس میعاد،

هیچ تفاوت نکرده باشد. والله العالم بحقایق احکامه.

۴۵ و ۴۶ سوال: هر گاه زید صلح کند مالی را بر ولد خود عمرو، که بعد از مردن او از برای

او يك سال نماز یا روزه (مثلاً) به عمل آورد. آیا این صلح صحیح است یا نه؟ -؟. و بر فرض

صحت، آیا اطلاق منصرف به فور میشود یا نه؟ -؟. و آیا جایز است تصرف در آن مال قبل از

اتیان به آن عمل یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه آن (عبادت بعد از مردن) را احد عوضین قرار دهد، ظاهر این است که صحیح نباشد. به جهت آن که شرط است در عوضین ملکیت و تسلط، و این که در تحت ید

و قدرت او باشد. و چون موت و حیات در دست جناب اقدس الهی است و معلوم نیست که پدر

پیش از پسر بمیرد، پس تسلط آن ولد بر این عمل بعد موت پدر مقصود است. و این  
از باب  
بیع سلف نیست. به جهت آن که در اینجا معلق نیست به ملك به امر غیر مقدور و  
در همان حال  
عقد، مبیع منتقل میشود به مشتری و ثمن بایع. بیش از این نیست که مدتی از برای

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

از برای من بکنند). این صحیح است و لازم است. و ممکن است که بگوئیم که  
تنجز عقد در اینجا  
ممکن است، و این عقد منجز است. بلکه عقد وصیت هم منجز است و تعلیق در  
عمل آوردن  
(موصی به) است نه در ایجاب عقد. پس نظر به استصحاب حیات و سلامتی آن  
فرزند، جایز  
است که عوض را عمل آوردن صوم و صلات کند، گو فعل آنها معلق باشد در نفس  
الامر به  
موت پدر قبل از فرزند.

---

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۴۶ همین مجلد.

پس مگوئیم که یا این است که صلح را بلا عوض میکند و عمل صوم و صلات را شرط  
 ضمن العقد قرار مدهد و یا این است که نفس عمل را عوض قرار مدهد. پس اگر  
 نفس  
 عمل را عوض قرار مدهد پس یا این است که شرط مباشرت خود صوم و صلات را  
 میکند  
 یا منظور او مطلق مشغول الذمه شدن به عمل است.  
 پس اگر عمل را نفس عوض قرار مدهد و شرط مباشرت نمیکند، صحیح است. و  
 هر گاه  
 پسر قبل از پدر فوت شود باید از مال پسر بعد از فوت پدر به عمل آورد، و هکذا  
 وارث او. و  
 هر گاه شرط مباشرت خود ولد، کرده باشد، به موت ولد مسلط بر فسخ میشود. و  
 هر گاه  
 عقد مصالحه بی عوض است و عمل از باب شرط ضمن العقد است، باز صحیح  
 است. چون در  
 تحقق صلح عوض شرط نیست. بلکه هر گاه عوض قرار داده شود از عقود معاوضات  
 میشود  
 و الا فلا. و ظاهراً خلاقی در آن نباشد. و باز تفصیل سابق در اینجا جاری است،  
 یعنی شرط  
 مباشرت بنفسه وعدم آن. و حکم همان است که گفتیم.  
 و لکن در این مقام سخن دیگر هست (بعد از معارضه با استصحاب حیات پدر او) و  
 آن  
 این است که در عقود منجزه شرط است امکان تملك عوضین از برای هر يك از  
 صاحب‌های  
 آنها، هر چند بالفعل متمکن از او نباشند. و چون عبادت از برای کسی کردن (از  
 قبیل  
 صوم و صلات) موقوف است صحت آن بر فوت منوب عنه، و دلیلی بر جواز نیابت  
 از حی  
 نیست (به غیر مثل حج و زیارت) پس بالفعل عبادت ولد به نیابت پدر ممکن بالذات  
 نیست  
 در حال عقد که آن را مورد صیغه صلح کند به عنوان عوض یا شرط ضمن العقد. و  
 این مثل  
 عقد سلفی نیست که بایع آن در حین عقد قادر بر مبیع نباشد. زیرا که تملك مبیع

ممکن  
بالذات است. گو تسلیم آن از برای او ممکن نباشد. و این از قبیل آن است که  
پدرش زنده  
است صلح کند میراث خود را (که از پدر به او خواهد رسید بعد از موت او) به  
دیگری، و  
همچنین استحقاق پدر در حین عقد هر عبادتی را که ولد به نیابت او بکند، آن هم  
ممکن  
بالذات نیست. چون در آن حین، حیات دارد. و بنا بر این پس این توجیه که (تعلیق  
از برای  
ایقاع آن فعل است نه از برای عقد) نفعی نخواهد داشت.  
پس حاصل جواب آن مسأله این است که هر گاه آن مال را صلح میکند در عوض  
يك

سال نماز و روزه، یا صلح کند به عوض معینی، یا بدون عوض شرط کند در ضمن عقد کردن  
 آن يك سال نماز و روزه را، این صلح صحیح نیست. و هر گاه صلح کند آن مال را و شرط کند در ضمن عقد که اگر او بمیرد و ولد زنده باشد، آن يك سال را به عمل آورد، صلح صحیح است و شرط لازم است هر گاه زنده باشد بعد پدر. و هر گاه به عمل نیاورد شرط را وراثت مسلطند بر فسخ مصالحه. و هر گاه وارث منحصر است در خودش، حاکم شرع را مرسد الزام او بر عمل. و خود به ترك آن معاقب خواهد بود در میان خود و خدا هر گاه به جا نیاورد شرط را. بلکه دور نیست که بگوئیم در این صورت حاکم شرع میتواند فسخ مصالحه بکند، یا خود به خود منفسخ شود و مال برگردد به میت. و ثمره آن در وقتی ظاهر میشود که میت دینی داشته باشد یا وصیتی. چون آنها مقدمند بر میراث. و آن مال را صرف آنها بکنند. خصوصاً در وقتی که مال او منحصر باشد در آن. و این که گفته‌اند میت مالك مال نمیشود ممنوع است. پس حقوق ثابتۀ در ذمه میت به منزله مستحق ناطقی خواهد بود و حاکم نایب آن خواهد بود، چون او (ولی من لا ولی له) است. و دور نیست که همان شرط میت کافی باشد در انفساخ و ضرور به حاکم هم نباشد. بنابر این آن عمل يك سال که شرط شده به منزله وصیتی خواهد بود که قبل از میراث ملاحظه آن را باید کرد. و اما هر گاه صلح کند به وجه معینی و بگوید در عوض آن وجه آن يك سال را به عمل بیاورد بعد مردن من. پس آن داخل وصیت است، و از ثلث اعتبار میشود. و هم چنین است کلام هر گاه مصالحه به چیز دیگر باشد غیر عبادت بعد موت، لکن این عبادت کردن را از باب شرط ضمن العقد قرار بدهد. مثل این که بگوید (فلان مال را صلح

کردم به عمرو ولدم به مبلغ ده دینار فلوس و شرط کردم با او که فلان عبادت را بعد  
موت  
من از برای من بکند). و او هم قبول کند صلح و شرط را. به جهت آن که شرط  
ضمن العقد  
داخل احد عوضین است و آن هم باید امر مقدوری باشد. و اما اگر بگویند (صلح  
کردم این  
مال را به فلان مبلغ و شرط کردم با او که اگر من پیش از او بمیرم او این عمل را از  
برای  
من بکند) این صحیح است و لازم است. و بر فرض صحت ظاهر این است که  
مقتضای آن



فور نباشد مگر با قرینه. و جایز است تصرف در آن مال قبل از عمل. و این از باب میراث و دین نیست که تا دین ادا نشود تصرف در میراث جایز نباشد. چنان که اظهر و اقوی است.

۴۷ سؤال: زید تنخواهی به رسم مضاربه در نزد دو نفر داشته، یکی از آن دو نفر تنخواه مذکور را از تصرف عامل دیگر بیرون آورده باشد. - بدون این که تفریطی از این عامل

دیگر در باب بیرون شدن مال از تصرف او شده باشد - و بعد از فوت صاحب مال ورثه او

گریبان این عامل را گرفته که مال از دست او بیرون رفته، و مطالبه مال مضاربه را منماید.

و عامل مذکور آنچه متن واقع بوده بیان کرده که در اول امر آن مال در دست من و شریک

من بود، والحال در تصرف من نیست. و به علت همین اعتراف، حکام شرع حکمی نوشته‌اند

که باید عامل معترف یا مال را به ورثه برساند یا ثابت کند که به رخصت و امضاء صاحب مال

این کار را کرده که مال را به نزد شریک خود فرستاده. و عامل مذکور از اثبات این مطلب

عاجز است.

بالاخره به اصلاح مصلحین - بلکه اجبارا - بنا را به مصالحه گذارده با شخص عامل [ی]

که مال از تصرف او در رفته، به این نحو که وجه مضاربه را با او صلح کرده‌اند (در نزد

هر کس که خواهد باشد) به وجه مصالحه معینی. و اخذ به مصالحه نموده‌اند. الحال هر گاه

مال المضاربه زاید بر مال المصالحه باشد - چنان که ازاله و اسقاط حق دنیوی خود بالمره از

متصرفین تنخواه، نموده‌اند - آیا در نشأ آخرت صاحب مال یا ورثه او را حقی باقی خواهد

بود؟ و مطالبه متوانند نمود یا نه؟ -؟.

جواب: صورت سوال مغشوش و متشابه است. و از مجموع عبارت - اولی که يك نفر از

عامل‌ها مال را از تصرف عامل دیگر بیرون آورده بدون این که تفریطی از این عامل دیگر شده باشد. و عبارت بعد از آن که عامل عاجز است که رضا و امضای صاحب مال را در فرستادن مال به نزد شریک خود، ثابت کند. و عبارت ثالثه که اجباراً بنا را به مصالحه گذاشته - مستفاد میشود که عامل دیگر که مال از تصرف او بیرون نرفته، در واقع شغل ذمه بوده (۱). و مستفاد میشود که الحال آن مقدار وجه مضاربه را که این شخص اعتراف به آن

---

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

کرده صلح کرده‌اند با او به وجه مصالحه معینی. و این شخص هم - بر فرض صورت سوال -

محقق است و مبطل نیست که حق ثابتی را در نفس الامر، منکر باشد و مشغول ذمه زاید بر

وجه مصالحه باشد.

و از صورت سوال هم ظاهر میشود که خود این شخص که مال را از تصرف او در رفته،

اقدام به مصالحه ننموده تا لازم آید که زیادت را گرفته و کمتر را داده، بلکه مجبور بوده

به مصالحه. و با وجود این دیگر نمفهمم بقای حقی از برای صاحب مال و ورثه او در

نشأه آخرت. بلی هر گاه این شخص عامل تن به مرافعه شرعیه ندهد و ورثه زید هم نتوانند به مرافعه شرعیه امر خود را به انجام بیاورند و اضطراراً راضی شوند به این که مال

بسیار خود را صلح کنند به مال کم، که این شخص برود و از شریک خود بگیرد بنابر

اعتراف خود که در نزد شریک او است. در این صورت تو هم اجحاف میشود. و لکن در

صورت مفروضه این تو هم مدفوع است، اولاً به این که ظاهر اجبار بر صلح - که در صورت

سوال [است] - منافی سوء عصیان و طغیان، است. و ثانیاً ورثه زید را حقی ثابت در نزد آن

شریک دیگر نیست که آن را معامله کرده باشند و مصالحه کرده باشند به این وجه کمتر.

بلکه این معنی را از اعتراف این عامل اخذ کرده‌اند. و اعتراف او حقی بر گردن خودش

ثابت میکند از برای غیر، و حقی از برای غیر ثابت نمیکند بر گردن آن شریک.

و اعتراف خودش میان خود و خدا چیزی بر او ثابت نمیکند (بنابر مفروض سوال) هر چند در ظاهر شرع مآخوذ باشد به آن. و مفروض این است که سائل، سؤال از

برائت

ذمه و شغل ذمه خود در نفس الامر در نزد خدا کرده، نه در ظاهر شرع.

و اما بیان حال برائت ذمه از شریک دیگر: پس در صورتی که او هم منکر حق ثابتی نباشد و در غیاب او (۱) طلبی که متصور بوده در ذمه او - به اعتراف این عامل -

آن را با آن  
عامل صلح کرده‌اند به وجهی، هر گاه آن شريك واقعا شغل ذمه اين مال بوده، الحال

۱: و در نسخه: غایبانه.

باید به این شخص بدهد. (۱) [زیرا] این شخص واقعا شغل ذمه این مال بوده (۲) و حال (۳)

همچنین است هر گاه مجموع مال المضاربه که در نزد هر دو بوده صلح کند به این شخص

به مبلغ معینی. باز در صورت مفروضه شغل ذمه نه از برای او [ممانند] و نه از برای شریک آن باقی ممانند. و باید تمام را به این شخص بدهد هر گاه شغل ذمه او به مال صاحب مال و وارث، ثابت باشد. و حقی از برای صاحب مال و وارث او در ذمه این شریک باقی نممانند.

باقی ماند کلام در این که: هر گاه مصالحه اجباری باشد چگونه حلال میشود تصرف در مال المضاربه که بگیرد و صرف کند، و حال این که عقد مصالحه فاسد است. پس

بنابر این شغل ذمه آخرتی به جا ممانند. و جواب آن این است که آنچه در برابر مالی است که در ذمه او دعوی میکنند و او خود را مشغول ذمه نمیداند، از باب تقاص حق

خود مخورد. و آنچه در ازای آن چیزی است که از شریک بگیرد به سبب اذن عامی

است که در ضمن عقد مصالحه مندرج است. به جهت آن که عدم رضائی که متصور است

نسبت به آن چیز است که این شخص خورده باشد به زعم ورثه. و آن منتفی است. چنان که

در بیع معاطات بنابر این که بیع فاسد باشد - چنان که رای علامه است در نهاییه - که آن

مانع جواز تصرف نیست. به جهت این که بیع بودن در آنجا (جهت تقییدیه) است نه (تعلیلیه) و جواز تصرف به جهت محض تراضی است که در آن بیع فاسد، [هست. نه] به

علت این که بیع است. و در اینجا هم تصرف جایز است به محض همان تراضی نه به علت

این که از راه صلح به او منتقل شده.

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

-----  
۱: و در نسخه: ندهد.

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

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

والد در آن شرکتی داشته جدولی جدا کرده و قدری آب به آن حوض مآورده، و از آن

حوض بیرون مرفته و باز داخل همان نهر مشترك مشده. و به این استمرار هست و ضرری هم به ارباب آن نهر نمیرسد. و این شخص علم ندارد که والد او به رضای شرکاء

به عنوان عقد لازمی - مثل صلح - یا به عنوان غصب و عدم رضا آورده. آیا جایز است

تصرف در آن آب؟ و وضو و غسل در آن صحیح است یا نه؟ -؟. والحال چه کند که از

تشویش فارغ شود -؟.

جواب: نظیر این مسأله است همان که علامه در قواعد و تحریر ذکر کرده است در مسأله این که هر گاه کسی ببیند بنائی را از خود، یا مجرای آب خود را در ملك غیر،

یا درخت خود را که بر سر دیوار غیر گذاشته‌اند، یا ناودان بام خود را ببیند که آب آن

در ملك غیر میریزد، یا راه آمد و شد خود را در ملك غیر ببیند، و سبب آن بر او معلوم

نباشد. و گفته است که در استحقاق استمرار آن اشکال هست.

و هم چنین هر گاه خراب شود آن بنا، یا دیوار، یا پشت بام و ثانیاً مالک آن را بسازد، آیا این شخص باز مستحق همان حق سابق هست یا نه. و بعد از آن گفته است که

(هر گاه اختلاف کنند در استحقاق، محتمل است که قول صاحب بنا و درخت و ناودان و

مجرای آب مقدم باشد. به جهت آن که ظاهر این است که تصرف به حق است، چون ید

مسلم بر آن است. و محتمل است که جایز نباشد چون اصل این است که کسی را حقی

در ملك غیر نباشد). و در قواعد ترجیح احتمال دوم را داده. و هم چنین فخر المحققین

در شرح آن. و از شیخ نقل شده است قول به ترجیح احتمال اول. و اظهر در نظر حقیر

در صورت دعوی حقیقت به عنوان جزم (۱) تقدم قول مدعی حق، است. چون ذو الید

است، و ید چنان که بر عین واقع میشود، بر حق هم واقع میشود.  
و قوت ید و رجحان او به سر حدی است که فقها خلاف کرده‌اند که آیا به مجرد

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



رؤیت ید شهادت بر ملکیت متوان داد یا نه. و از کلمات ایشان ظاهر میشود که  
 در  
 ذو الید بدون این اشخاص حرفی نیست. بلی اشکال در این است که آیا به مجرد  
 رؤیت  
 این ید متوان شهادت داد که حق او است یا نه. چنان که از قواعد شهید ظاهر  
 میشود  
 که در همین مسأله گفته است که (هر گاه کسی مدتی ببیند که مجرای آب کسی  
 در  
 ملك غير است آیا متواند شهادت داد که حق او است یا نه). و نظیر این مسأله است  
 آنچه در دروس گفته است (ولو ملكا دارین ملاصقین. فلیس لاحدهما مطالبة  
 الاخر برفع جذوعه عنه. ولا منعه من التجديد لو انهدم السقف. وان لم یعلم علی ای  
 وجه  
 وضع. لجواز كونه بعوض. ونقل الشيخ فيه عدم الخلاف. نعم لو ادعی احدهما  
 الاستحقاق  
 ونفاه الاخر جزما، احتمال حلف المنكر، وعليه الفاضل. وظاهر الشيخ ان علی مدعی  
 العارية البينة واليمين علی الاخر).  
 و حاصل این کلام این است که: هر گاه دو نفر بخرند (۱) دو خانه را که به هم  
 چسبیده  
 باشند، و درختی که سقف خانه را با آن پوشیده‌اند بر روی دیواری باشد که مشترك  
 است میان هر دو خانه‌ها، صاحب هیچ يك از این دو خانه نمیتواند به آن دیگری  
 بگوید  
 که دیوار مشترك و مشاع است میان ما هر دو  
 پس تو درخت سقف خود را از سر دیوار که من در آن شریکم بردار. و هم چنین هر  
 گاه  
 سقف خراب شود و خواهد تجدید کند هم منع نمیتواند کرد، و این در وقتی است  
 که  
 هر دو ساکنند از ادعای بطلان حق دیگری، و هر دو [ی] ایشان همین قدر بدانند  
 که  
 این دو خانه [به] همین وضع به آنها منتقل شده. و شیخ (ره) نقل کرده است که در  
 این  
 مسأله خلافی نیست. بلی هر گاه دعوی واقع شود میان اینها و یکی از آنها ادعا کند  
 که  
 من خود را مستحق بدانم که درختم به روی دیوار مشترك باشد، و آن دیگری به

عنوان جزم بگوید که تو حقی در اینجا نداری. در اینجا محتمل است که قول منکر  
مقدم  
باشد. چون ثبوت حق در ملك غير خلاف اصل [است]. و فاضل یعنی علامه این را  
اختیار  
کرده است. و ظاهر شیخ این است که بر مدعی علیه بینه است.  
یعنی آن که مگوید که

---

۱: البته شهید مگوید (اگر مالك شوند دو نفر دو خانه چسبیده به هم را) خواه از راه خرید یا از هر راه  
دیگر.

تو مستحق نیستی. به سبب آن که این تصرف، تصرفی است در ملك غير و به عنوان عاریه

بوده و لزومی ندارد. و مدعی است چون ادعای خلاف ظاهر میکند. چون ظاهر ید، استحقاق است. و باید شاهد بیاورد بر عاریه بودن و این که ید او ید عدوان است. پس قول

صاحب سقف که درخت او بر سر دیوار است، مقدم است با یمین. این است حاصل مراد

شهید (ره) در دروس.

و این سخن بعینه جاری است در همه مثال‌ها. یعنی ناودان و مجرای آب و راه آمد و شد و غیر آن. که قول مدعی استحقاق این امور مقدم است. چون ذو الید است بر

آن منفعت خاصه ملك. و چنان که ید بر اعیان، معتبر است، بر منافع هم معتبر است، و

چون ممکن است که به وجه صحیحی مثل صلح یا غیر [آن]. این حق به او منتقل شده

باشد و ید بر آن دارد. تا عدوان آن ثابت نشده نمیتوان مانع او شد. و از اینجا ظاهر میشود حکم صورت جهل طرفین به حال، و ندانند که وجه تصرف، چه بوده است. چون ید مسلمی به همین نحو بر این بوده به این نهج، و اصل صحت آن است. و بدون

دلیلی منع آن نمیتوان کرد. پس هم میانه خود و خدا جایز است تصرف در آن. و هم در ظاهر حکم هیچ يك بر دیگری راهی ندارد. و بعد از ظهور دعوی، حکم آن چیز دیگر

است که به مرافعه طی میشود. و حکم آن همان است که گفتیم.

و هر گاه این را دانستی، مبرویم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که این هم از باب همان مسائل سابقه است که این شخص را یدی بر انتفاع آن مال غیر که آن آب مشترك است هست و نمیداند که این ید او ناشی از ارث پدر او است، از کجا است. و به

عبارت اخری: میبند که حوضی که از پدر به او منتقل شده حق الشربی (به این نحو که

آب از نهر مشترك داخل آن بشود و بیرون رود و به همان نهر داخل شود) داشته و نمیداند که سبب و جهت این استحقاق از مال غیر چه بوده. پس مگوئیم که مادامی که کسی با این شخص سخنی نمگوید و او را منع نمکند، جایز است از برای او تصرف. و فعل والد او محمول بر صحت است. و مادامی که - شرکا - ظاهر نشده

عدوان  
والد این شخص، ایشان هم مزاحم او نمیتوانند شد. و اما هر گاه شرکا ادعا کنند که

والد او عدوان کرده، و این شخص جاهل به حال باشد و بگوید من نمودانم. پس ظاهر این است که قول شرکا مقدم است با یمین. چنان که ظاهر فتاوی. جمهور علمای ما است

در جائی که مدعی بر کسی دعوی حقی کند و او بگوید که من نمودانم. که یمین متوجه مدعی میشود. و دلیل مطلب را به بسط تمام در کتاب قضای مناهج الاحکام و در بعضی از رسائل خود، ذکر کرده‌ام.

و اما اگر این شخص ادعای حقیقت کند و بگوید (به حق مستحقم) و شرکا بگویند که (تو غاصبی، یا پدر تو غصب کرده یا ما به او به عاریه چنین قرار داد کردیم که به این نحو منتفع شود نه به عنوان عقد لازمی). دعوی به همان نحو طی میشود که سابق گفتیم و نقل خلاف در آن کردیم، و دور نیست ترجیح قول مدعی حق انتفاع به آب، با یمین. چون ظاهراً ذو الید است. (۱) بلی این مسأله فرقی با سابق دارد در این که در اینجا قدری از عین آب در حوض محبوس میشود و قدری هم تلف میشود، و ممکن است رفع حبس به حبس دیوار (۲) (برگذاشتن درخت‌ها) نیز. و هم چنین ممنوع بودن صاحب آن راه آمد و شد، و در اغلب منافع. و اما اتلاف بعض پس آن نیز ضرر ندارد به جهت این که ممکن است انتقال به صلح و جهالت در صلح به این قدر معفو است. و علاوه بر این، محتمل است (به احتمال ضعیفی) آن که این هم نوعی از (حق الشرب والاستعمالات) باشد در میاه مملوکه، و به هر حال هر گاه خواهد مطمئن باشد، الحال به صیغه صلح حق الشرب آن آب را در آن حوض، با شرکا به وجه معینی مصالحه کند که (لازم) شود و از شبهه بر آید.

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

-----  
۱: تفاوت این صورت با صورت بالا در این است که در اینجا (نمدانم) نمگوید بلکه مگوید (من مستحق

این حق) خواه دلیل استحقاق خویش را بیان کند و خواه صرفا با تشبث به (ید) و استصحاب چنین  
اظهاری را بکند. آنچه مهم است جا زمانه بودن ادعای او است. لیکن با توجه به مبنی و نظر میرزا (ره)  
در  
مسأله ۳۹ و ۴۳ گویا وی صرف تشبث را بدون جزم نیز کافی میدانند. اما در اینجا تصریح بدان نکرده  
است.

۲: و در نسخه: رفع جنس به جنس دیوار...

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

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

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

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

سوم: در تحریر گفته است - در کتاب اجاره - (لو استأجره بطعامه و شرابه و کسوته، او با حد هما لم یجز. سواء کان ضراً او غیرها (۱). ولو عین الطعام والشراب والکسوة بما یرفع الجهالة، جاز. بشرط تعیین وقت الدفع. ولو استأجره بعوض و شرط الاطعام والکسوة علیه، ففی الجواز نظر). و مختار او مقتضای اصول و قواعد است.

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

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

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



بر چهار قول: اول این است که: واجب است بر مشروط علیه وفای به آن. و از برای مشروط

به خیار فسخ نیست مگر با تعذر تحصیل شرط. پس هر گاه مشروط علیه امتناع کند و نتوان

او را اجبار کرد بر شرط، مرافعه کنند به حاکم شرع تا او را اجبار کند اگر برای او جواز

اجبار باشد. و اگر آن هم متعذر باشد، از برای مشروط له خیار فسخ هست. دوم: این که واجب نیست بر مشروط علیه وفای به شرط. و فایده شرط همین است که

عقد لازم را از لزوم بیرون کند و متزلزل کند و در عرصه زوال در آورد، که اگر وفا کند

به شرط، لازم باشد و اگر وفا نکند زایل شود.

سوم: تفصیلی است که از شهید (ره) نقل شده. و آن این است که اگر عقد کافی است در تحقق شرط و بعد از آن احتیاج به صیغه علی حده ندارد (مثل شرط وکالت در بیع مرهون در ضمن عقد رهن) پس وفا به آن لازم است. و هر گاه محتاج است به عقد

جدیدی (مثل شرط عتق عبد در ضمن عقد بیع او) پس وفای به آن لازم نیست.

چهارم

این است که: واجب است بر مشروط علیه وفای به شرط، و از برای مشروطه له است الزام

و اجبار او. هر چند به مرافعه حاکم باشد، و اما الزام و اجبار او مشروط علیه را در صورت

ابا کردن او از شرط، پس دلیلی بر [خلاف] آن نیست، بلکه بسیاری از عبارتهای اصحاب

منافاتی ندارد با این قول. و مثل شرح لمعه و کفایه و مفاتیح و عبارت دروس کالصریح

است در این که مذکور شد، و اقوی در نظر حقیر همین قول است. و تصریحی در کلام

دیگران در این ندیده‌ام. و اقوال را با ادله در رساله (شرط ضمن العقد) بیان کرده‌ام. هر گاه دانستی این مقدمات را، بر مگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: اگر صورت واقعه به آن نحو بوده است که مصالح عنه حق طلب صغیر است با عمل مدت پنج

سال او در دکان، به مصالحه به چهار تومان و مقدار نفقه پنج سال صغیر، ظاهر

صحت  
مصالحه است. هر چند تعیین و تقدیر کسوه و نفقه نشده باشد. چون اظهر در نظر  
حقیر  
این است که جهالت وجه مصالحه به این مقدار از جهالت، مضر نباشد. خصوصا با  
وجود  
ضمیمه. پس در این صورت لازم است بر صغیر که غرامت ترك عمل را بکشد، و  
تمام  
وجه مصالحه را باز یافت کند. و هر گاه به مرافعه حاکم اجبار میسر نشود، به قدر  
عمل

پنج سال می تواند مدعی علیه تقاص حق خود را از اجرت بکند و فاضل را بدهد، و اگر

کسر دارد، از صغیر صاحب طلب خواهد بود.

و هر گاه عقد مصالحه بر همان چهار تومان واقع شده و در ضمن آن عقد مصالحه، شرط عقد اجاره شده و اجاره صغیر را، ولی در عوض نفقه پنج سال قرار داده، - هر چند

صلح به شرط اجاره صحیح است و لکن - باید تفصیل داد که هر گاه نفقه را تعیین کرده به

قدر و وصف، اجاره که شرط ضمن العقد است صحیح خواهد بود. و جواز جهالت در صلح

نفعی به تصحیح عقد اجاره ندارد. و چون (۱) شرط در معنی جزء احد عوضین عقد مصالحه

است، پس در صورت بطلان اجاره به جهالت مقدار نفقه، شرط باطل و عقد مصالحه هم

باطل خواهد بود. و در صورت صحت اجاره مصالحه هم صحیح است، و لکن مستأجر

مخیر است ما بین فسخ اجاره و اخذ اجرت المثل از صغیر. و در صورت فسخ اجاره، شرط

متقدم میشود و به انعدام شرط، خیار فسخ در اصل مصالحه هم حاصل میشود باز برای

مدعی علیه مستأجر. چنان که مقتضای (خیار اشتراط) آن است. و بنابر قول شیخ - به

انفساخ عقد اجاره به سبب تخلف اجیر خاص از عمل در وقت معین - که امر اظهر است.

و هر گاه قسم ثالثی باشد که عقد مصالحه باشد و دو شرط در ضمن العقد، یکی عمل کردن صغیر از برای مدعی علیه. و دوم نفقه به مقدار پنج ساله دادن مدعی علیه به

صغیر، که عقد اجاره

در میان نباشد. در اینجا رجوع به قاعده (انتفاء الشرط الصحیح) باید کرد. و اظهر در نزد حقیر این است که هر گاه مشروط علیه، مشروط را به عمل نیاورد، مشروط له

مسلط است بر فسخ، چنان که قاعده (خیار اشتراط) است. پس هر کدام که قبول دارند

شرط را وفا میکند و لکن مگوید که تو وفا کن با شرط تا من وفا کنم، خیار از برای او ثابت میشود. و آن دیگری که مگوید که تو وفا کن اما من وفا نمکنم. در این صورت به ترك وفای خصم خیاری برای او نخواهد بود. و از آنچه گفته شد ظاهر میشود حال احتمال رابع - که اظهر احتمالات صورت

۱: و در نسخه: و هر چند.

سؤال است - که وجه مصالحه چهار تومان با نفقه پنج ساله است، و خدمت صغیر در

مدت معلومه شرط ضمن العقد است. پس اگر مدعی علیه از صغیر استیفای عمل پنج سال را میکند (بیدله) یا (باجرته)، خود غرامت نفقه پنج ساله را میکشد. و میخواهد مصالحه را فسخ میکند و هر يك بر سر حق سابق میروند.

۵۰: سؤال: هر گاه مال ضعیفه در دست برادرش باشد و او متوفی گردد. و بعد فوتی که ضعیفه مطالبه مال از ورثه او بکند صلح نامه ابراز کنند و ادعا کنند که ضعیفه اموال

خود را به برادرش که مورث ایشان باشد صلح نموده است. و ضعیفه مزبوره را سخن

این که: من از این مصالحه مطلقا اطلاعی ندارم. لکن قدرت بر هم زدن صلح نامه را (نظر

به این که مهر بعضی اشخاص را دارند) نداشته باشد. آیا در این صورت میتواند از باب

تقصا دعوی غبن بکند؟ و دعوی غبن در مصالحه جاری میشود یا نه؟ -؟.

جواب: بلی اظهر این است که خیار غبن در مصالحه هم ثابت است، چنان که در

بیع ثابت است. و اما جواب مسأله اولی پس این است که هر چند در واقع مصالحه واقع نشده

(بنا بر فرض سؤال) که ضعیفه دعوی غبن آن را بکند، لکن ظاهر این است که از باب

(توصل به حق) و تقاض حق خود، بر فرض تسلیم و مماشات معترف به صلح شود و دعوی غبن بکند، جایز باشد. لکن مقارن اراده این اعتراف و ادعا شاهد بگیرد بر این که

اعتراف من به صلح بعد انکار، مبتنی بر آن است که به قدر مقدور استیفای حق خود کرده باشم. تا آنکه هر گاه من بعد قادر شود بر استیفای حق خود، این اعتراف او مبطل

دعوی او نباشد. والله العالم.

۵۱: سؤال: هر گاه برادری حصه ارثیه همشیره اش را متصرف بود، و در دادن به همشیره مداخله ننموده تا این که فوت شده. بعد وفاته ورثه او صلحنامه ابراز نموده

که همشیره حصه ارثیه اش را به برادر خود صلح نموده، و در آن صلحنامه بعضی از علما به شهادت معدودی از شهود غیر عدول تحقق و ثبت نوشته اند. و شهود اصل

الحال

از شهادت خود رجوع نموده‌اند. و همشیره منکر مصالحه است. آیا در این صورت  
آن  
تحقق و ثبت بعضی از علما اعتبار دارد یا نه؟ -؟. و در صورت عدم اعتبار آیا ضعیفه

مستحق اجرت المثل هست یا نه؟ -؟.

جواب: این محتاج به مرافعه است. و مجرد کاغذ حجت نیست هر چند (اقرت و اعترفت)

نوشته باشند در اینجا، چه جای تحقق و ثبت. مگر این که آن کاغذ و نوشته کاغذی باشد

که از برای حاکم (یعنی مجتهد عادل) مفید قطع باشد، و این بسیار نادر است. و هر گاه

مفید علم نشود باید رجوع کرد به بینه. و از صورت سوال ظاهر میشود که شهادت آن

علما (شهادت فرع) بوده، یعنی چون جمعی شهادت داده بوده‌اند بر اقرار ضعیفه بر مصالحه، آنها شاهد شده‌اند و نوشته‌اند که بر ما ثابت شد و محقق شد. پس اگر آن

علما زنده نیستند و شهادت نمیدهند همان است که گفتم که مجرد کاغذ اعتبار ندارد.

و هر گاه زنده باشند و الحال شهادت بدهند در نزد حاکم به عنوان شهادت فرع پس اگر

شهود اصل عادل نیستند و در حین شاهد شدن شهود فرع، هم عادل نبوده‌اند، شهادت

باطل میشود. و شهادت آن علما که شهود فرزند (بر فرض عدالت ایشان) هم مسموع نیست.

و اگر اصل و فرع عادلند و لکن الحال شهود اصل منکر شهادتند - و هنوز مرافعه نشده است و حاکم حکمی نکرده است به آن شهادت علما که شاهد فرزند - ساقط

میشود و اعتبار ندارد. و اگر وراثت را سخن دیگر باشد باید معلوم شود که جواب آن هم معلوم شود. و به هر حال چون این مطلب بدون مرافعه طی نمیشود، و مرافعه شأن

مجتهد عادل است او خود میداند که چه کم خواهد کرد. این به استفتاء تمام نمیشود.

و هر گاه مصالحه به ثبوت شرعی نرسیده ضعیفه مستحق اجرت المثل ایام تصرف هست. و گاه است که آن علما که این مطلب را نوشته‌اند هر گاه در نزد حاکم حاضر شوند

و سخن دیگر و تقریر دیگر (که نه به عنوان شهادت فرع باشند) بکنند در آن وقت

حکم

متغیر میشود. به هر حال این امر بدون حضور طرفین و شهود به انجام نمرسد.  
والله الهادی الی سبیل الرشاد.

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



تومان در مدت چهار سال، و وجه مصالحه را هم قبض کند، و در بین مدت درختی از آن

باغ از ریشه کنده شود و بیفتد که در هر سال منافع آن پنجاه دینار میشود. آیا عمرو میتواند مساوی آن را از وجه مصالحه استرداد کند یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند در کلام فقها خصوص این مسأله در نظر حقیر نیست به غیر عبارت علامه در تذکره آنجا که گفته است (و؟ صالح علی سکنی دار او خدمة عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالاعیان، صح بشرط ضبط المدة. ولا يكون ذلك اجارة بل عقدا مستقلا بنفسه. خلافا للشافعی. فان تلف الدار او العبد قبل استيفاء شیء من المنفعة، انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه. وان تلفت بعد استيفاء بعض انفسخ فی مابقی من المدة

ورجع بقسط ما بقی) که فی الجملة مناسبتی با اینجا دارد. و لکن نظیر این در مسائل اجاره در کلام ایشان مذکور است و بنا بر قول شیخ که صلح تابع سایر عقود است که

ما نحن فیه از باب اجاره میشود. و چون صلح منفعت است در حکم آن اشکال نیست.

و بنابر مشهور اقوی که صلح عقدی است مستقل، میتوانیم از باب اتحاد طریق مثلثین حکم آن را در اینجا جاری کنیم. بلکه احتیاج به اتحاد طریق نیست. بلکه همان

دلیل که در اجاره جاری است در همین جا جاری است. و آنچه در اجاره در کلمات ایشان

مذکور است این است که: هر گاه عین مستأجره تلف شد قبل از قبض یا بعد از قبض و قبل

از آن که بگذرد زمانی که توان از آن نفعی برد، باطل میشود اجاره. چنان که در بیع قبل از قبض.

و ظاهر این است که دلیل در مسأله اجماع ایشان باشد. چون خلافی در مسأله نقل نکرده‌اند، بلکه مقدار تصریح کرده است به عدم خلاف، و در مسالك گفته است که بطلان

اجاره واضح است، و لکن تکیه کرده است به این که آن عین احد عوضین است و هر گاه تلف

شود باطل میشود، مثل بیع. و استیفای منفعت در اینجا قائم مقام قبض است در بیع. و گویا

این مطلب از مسلمات ایشان است نه این که قیاس کرده باشند به بیع. و به هر حال مناص از

قول به بطلان نیست.  
و هر گاه تلف نشده باشد لکن موجر منع کند از تسلیم، در اینجا نیز بعضی قائل به  
بطلان شده‌اند نظر به این که آن به منزله تلف عین است. و جمعی دیگر از علما قایل  
شده‌اند

که مختار است مستأجر ما بین فسخ (و در این وقت اجرت ساقط میشود و هر گاه داده است به  
موجر پس مگیرد) و میان باقی گذاشتن اجاره به حال خود، و در این وقت مطالبه  
میکند از  
موجر عوض آن منفعت را، چون حق او را غصب کرده، و عوض آن اجرت المثل  
است. پس اگر  
اتفاق افتاد که اجرت المثل بیش از اجرت مسمی فی العقد شد، مستأجر آن تفاوت را  
مگیرد. و دلیل این قول همان استصحاب صحت عقد و استحقاق منفعت است، و  
[نیز]

لزوم ضرر و حرج هر گاه خیار نباشد.  
و هر گاه تلف عین در اثنای مدت باشد یعنی فی الجملة زمانی که توان منتفع شد  
گذشته باشد پس اجاره در تتمه زمان باطل میشود، و تقسیم میکنند اجرت مسمی فی  
العقد  
را بر تمام زمان، و موجر به قدر زمان گذشته را مستحق اجرت هست و باقی را رد  
میکند.  
و طریق تقسیط و تقسیم هر گاه اجزاء زمان در اجرت متساوی باشد، واضح است. و  
اما هر گاه  
مختلف باشند پس طریق آن این است که قیمت میکنند اجرت المثل جمیع اجزای  
زمان را،  
و بعد از آن قیمت میکنند اجزاء ماقبل زمان تلف را، و بعد از آن ملاحظه میکنند  
نسبت  
ما بین اجرت المثل تمام زمان را با اجرت المثل زمان گذشته و به همان نسبت از  
مسمی  
استرداد میکنند.

و اما هر گاه موجر منع کند از عین مستأجره در اثنا: پس اقوی همان است که از  
جماعت علما نقل کردیم از تخییر. لکن مقدار در تنقیح نقل کرده است از ابن براج  
قول به

این که هر گاه موجر منع کند او را از بعض مدت و بعد از آن تسلیم او کند در  
باقی، خیاری

نیست و عقد لازم است. و بعد از آن رد کرده است این قول را، به جهت لزوم  
(تبعض صفقه)،

بلکه خیار از برای او باقی است.

تا اینجا سخن در تلف تمام عین مستأجره بود. و اما هر گاه بعض از عین تلف شود،

مثل  
این که بعضی از زمینی که اجاره کرده بالمره غرق شود که به هیچ وجه منتفع نتوان  
شد، یا  
قطعه‌ای از آن را سیلاب ببرد، یا بعضی از حجرات خانه خراب شود و ممکن نشود  
ساختن  
آن فوراً از برای صاحب. پس حکم در آن بعض که تلف شده مثل حکم تلف خود  
عین است،  
و در باقیمانده عین مختار است ما بین فسخ به جهت تبعض صفقه، و ما بین نگاه  
داشتن آن

باقیمانده در برابر نقصان از اجرت. چنان که در مسالك تصريح به آن کرده. و طريق در آنجا از آنچه

پيش گفتيم ظاهر مشود و فرق اين است که در آنجا تقسيط نسبت به اجزای زمان مشد و در اینجا نسبت به اجزای عين مشود، پس ملاحظه میکنيم اجرة المثل مجموع عين را و اجرت المثل آن بعض تالف را و به همان نسبتی که ما بين اجرت المثل

آن بعض است با اجرت المثل کل، از اجرت مسمی وضع میکنيم. و اگر داده باشد استرداد میکنيم.

و صاحب مسالك بعد کلام سابق گفته است که هر گاه چیزی از عين تلف نشده باشد لکن منفعت آن ناقص شده باشد (مثل اين که آب زمين يا آسيا کم شود، يا حیوانی

که اجاره کرده لنگ شود، يا اجير مريض شود) خيار فسخ از برای مستأجر ثابت مشود.

هر گاه اينها را دانستی بر مگرديم بر سر اصل مسأله و می گوئيم که: ظاهر اين است که عقد مصالحه نسبت به اين درخت خاص که کنده شده در باقیمانده زمان باطل

است، و عمرو مختار است که مصالحه را در تتمه باغ بر جا بگذارد، و تفاوت اجرت را

استرداد کند. يا فسخ کند مصالحه را. و زيد به قدر زمان گذشته از اجرت مسمی را نگاه

مدارد و تتمه را رد میکند و طريق تقسيط همان است که پيش گفتيم. و در اینجا اشکال ديگر هست که آیا در صورت اختيار مستأجر بقای اجاره را در باقی ايام، موجر را

نيز خياری میباشد نظر به لزوم تبعض صفقه، يا نه؟ -؟. و همچنين در مسأله صلح، و همچنين اين اشکال در مسأله بيع هم هست. چون فقها در مسايل خيار متعرض خيار مشتری به جهت تبعض صفقه شده اند و از حال بايع ساکت اند. و گویا اين نظر به غلبه

باشد. چون غالب اين است که بايع عالم به حال مبيع است و عيب مبيع و مستحق غير

بودن آن، بيشتر است. و الا دليلی که موجب تبعض صفقه است در جانب بايع هم جاری

مشود. چنان که اشاره به اين شده در مسالك و شرح لمعه در مسأله بيع صرف و بيع

درهم به درهم در صورتی که مخالف جنس ظاهر شود. مثل این که مس بودن یا  
سرب  
بودن.

پس هر گاه زید دو غلام بخرد و بفروشد به عمرو به صفقه واحده و یکی از آنها مستحق غیر بر آید بدون تقصیری از بایع و بدون معرفت بایع به این معنی. پس چنان که

از برای مشتری خیار فسخ هست به جهت تبعض صفقه، باید از برای بایع هم باشد. و

لازم این کلام این است که هر گاه بعض مبیع تلف شود قبل از قبض به آفتی از جانب خدا

بایع را هم خیار فسخ در باقیمانده بوده باشد. و هر گاه خیار تبعض را عام دانیم پس در اجاره و صلح هم چنین خواهد بود. در این وقت در مسأله ما نحن فیه مالک باغ هم خیار

فسخ خواهد داشت. والله العالم.

۵۳: سوال: شخصی زنی تزویج کرده است، و مدتی هم این زن را داشته است و [لی] دخول نکرده است، و زوج فوت شده است. و بعد از وفا زوج وراثت او نصف مهر

زوجه را داده‌اند به تصدیق ملائی، از این راه که چون غیر مدخوله است نصف مهر به او

میرسد. و حال فتوائی در دست دارد که تمام مهر به او میرسد و ادعای نصفه باقی را ممکن. بیان فرمایند که چه کند؟

جواب: این مسأله از مشکلات است. و تا به حال بنای حقیر بر این بود که مصالحه به

نصف مهر بشود. و شاید در آن اوقات گفته باشم (اگر ممکن نشود مصالحه، بهتر آن است

که تمام داده شود). و لکن باز الحال مگویم که مردم غم دین را نم‌خورند و احتیاط را

نم‌فهمند و نم‌دانند که علمای سابقین ولا حقین مکرر در بسیاری از مسائل حیران بوده‌اند. چه میشود که در اینجا از حقیر حکم صریح نطلبند؟ تا ممکن شود باید مصالحه کردن را اولی دانست. و حق تعالی فرموده است (الصلح خیر) اما مردم مگویند:

خیر خیر. (۱)

۵۴: سؤال: شخصی خانه دارد در میان حصار برادرش، و راهی دارد که از این حصار به خانه خود عبور نماید. و حال قطعه [ای] باغچه در جنب خانه خود خریده است و

مخواهد عمارت نماید و در آن را از خانه خود واکند. و این صاحب حصار مانع

است و

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



مگوید تو راه يك خانه بیشتر از من طلب نداری.

جواب: ظاهر این است که مانع از راه گذاشتن او در ملك خود نمیتواند شد و لكن میتواند که مانع شود از ترددی که زاید بر تردد يك خانه باشد. به این معنی که هر گاه خواهد در عمارت جدی کس دیگر را ساکن کند که او هم از همین راه تردد کند، میتواند

مانع شود. چون او استحقاق بیش از شارع همین يك خانه بر سیل عرف و عادت ندارد. و

اما زیاد شدن اولاد و اتباع اهل همان خانه که در عرف و عادت لازم این کس است - که در

اول يك زن و يك مرد اند و به تدریج ده نفر اولاد به هم میرسند، یا کنیز و غلام میخرند، یا

مهمان به خانه او میآید - پس آن مضر نیست.

۵۵: سؤال: زید خانه و باغچه متصل به هم دارد، و معبر آن باغچه از میان خانه زید است و دیگر راهی ندارد و اطراف باغچه ملك غیر است. هر گاه زید خانه را فروخت به غیر و

در حال عقد طرفین ملتفت حال ممر و مدخل باغچه نشدند. آیا حق العبور از برای زید باقی

است در خانه؟ یا مشتری میتواند مانع شد؟.

جواب: ظاهر این است که حق العبور باقی است. چنان که عرف شاهد آن است. و حق العبور از اجزاء خانه نیست که داخل مبیع باشد. و منافاتی ما بین خروج عین از ملك و

بقای حق غیر در آن، نیست. چنان که هر گاه میزاب غیر در آن خانه بریزد، یا حق العبور آبی

غیر در آن خانه دارد فروختن خانه مستلزم سقوط آن حقوق نمیشود.

۵۶: سؤال: زید و عمرو و بکر شریکند در چهار مزرعه که یکی مسمی است به (احمد آباد) و دیگری به (محمد آباد) و دیگری به (علی آباد) و دیگری به (نصر آباد). و

چون تعیین وقت و تعدیل سهام و قسمت صعوبت داشت بنا را به مصالحه گذاردند به این

نحو که صلح کرد بکر هر حقی که در قریه احمد آباد و علی آباد داشت با زید و عمرو به هر

حقی که ایشان در قریه نصر آباد و محمد آباد داشتند. و قریه نصر آباد و محمد آباد

را تسلیم  
بکر کردند. و در ضمن عقد مصالحه شرط کرد بکر با ایشان که هر گاه قریه احمد  
آباد  
مستحق غیر بر آید شرعا یا عرفا، صلح بر هم نخورد و لازم باشد به حال خود. و اما  
اگر قریه  
علی آباد مستحق غیر بر آید شرعا یا عرفا، قریه محمد آباد رهن آن باشد به این معنی  
که تمام

قریه محمد آباد در عوض قریه علی آباد مال زید و عمرو باشد.  
و مراد از این شرط در قریه علی آباد این بوده است که چون قریه علی آباد  
را سابق بر این به اسم (خالصه) و (شاهی) در دفتر خانه شاه ثبت کرده بوده‌اند، و از  
ثبت بیرون آورده بودند. و لیکن زید و عمرو تشویق این داشتند که باز اهل غرض آن  
را

داخل ثبت دفتر خانه کنند و ضبط سرکار دیوان کنند، یا جمع و مال دیوان آن را  
زیاد

کنند. به این سبب شرط کردند که هر گاه چنین شود تمام قریه محمد آباد در عوض  
قریه علی آباد مال زید و عمرو [باشد و بکر علی آباد را قبول کند] (۱). و الحال به  
شاه عرض

شده و شاه فرموده که یا وجه جمع را زیاد کنند یا به تصرف دیوان بدهند. آیا الحال  
به

مجرد همین، محمد آباد را باید بکر تسلیم زید و عمرو نماید و علی آباد را قبول کند  
یا

نه؟ -؟. و آیا اصل این معامله صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که اصل معامله فاسد باشد به سبب فساد هر دو شرط. اما  
فساد شرط اول: به جهت آن که در عقد مصالحه هر گاه احد عوضین مستحق غیر  
بر آید

مصالحه باطل مشود. به جهت آن که تراضی بر ملک غیر واقع شده. هر چند گوئیم  
که به

اجازه مالک در بعض اوقات صحیح مشود و اثری بر آن مترتب شود. و لکن مراد ما  
در

اینجا صحت صلح ما بین متصالحین است نه غیر ایشان. و ظاهر این است که در  
مسأله

هم خلافی نباشد. پس این شرط خلاف آن چیز است که از شریعت مقدسه ثابت  
شده،

چون صلح عقدی است که به ظهور استحقاق غیر احد عوضین را، باطل مشود. پس  
شرط عدم بطلان با ظهور استحقاق غیر، مخالف آن است، و شرط مخالف شرع،  
فاسد

است. و به فساد شرط هم عقد فاسد مشود. هر چند استحقاق غیر هم ظاهر نشود.

و اما فساد شرط دوم، یعنی حکایت رهن قریه محمد آباد: هر چند قائل شویم به  
جواز رهن در اعیان - - - - - چنان که اظهر است در غیر امانات مثل ودیعه  
و عاریه

غير مضمونه. و قائل شويم به جواز رهن بر درك مبيع و ثمن چنان كه اظهر است نيز،  
و  
ظاهر اين است كه مانحن فيه هم مثل آن باشد. و قائل شويم به جواز مقارنه رهن با  
عقد

-----  
۱: عبارت نسخه قابل خواندن نيست، بر اساس قرآين تصحيح گرديد.

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

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

جواب: الحال در نظرم نیست که در کتب فقهیه مذکور باشد، و لکن عدم ذکر آن بخصوص، دلیل عدم جواز آن نیست. به جهت آن که شأن فقها بیان امهات مسائل است و گاهی متوجه فروع میشوند. و هر گاه فرعی مذکور نباشد دلیل عدم جواز آن نیست. مثلا در کتاب اجاره احکام اجیر خاص و عام را ذکر میکنند و شرایط و مبطلات را ذکر میکنند و لکن اکثر مسائل استیجار عبادات را بخصوص متوجه نمیشوند. و از آنچه در کتاب اجاره مذکور است احکام آن مستفاد میشود. و هم چنین در کتاب صلح متوجه قواعد کلیه صلح شده و شرایط آن را منقح کرده‌اند، هر گاه بخصوص در احکام رجعت و کتاب طلاق هم

متوجه این  
نباشند که آیا این صلح خاص صحیح است یا نه، ضرر ندارد.

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

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

این که از تعلیلات که در اخبار وارد شده ظاهر میشود که صلح منوط به تراضی است و طیب نفس.

و ثالثا: از اخباری که در احکام ارضین وارد شده (خصوصا اراضی خراجیه و این که والی صلح بکند اراضی را به کسانی که در دست آنهاست به قدری که خواهد) این ظاهر

---

۱: وسایل: ج ۱۳: ابواب الصلح: باب ۳: ح ۱ و ۲.



میشود.

و رابعا: مگویییم که در صلح‌های ابتدائی هم منفك نیست از رفع نزاع، گو نزاع سابق نباشد بلکه خوف وقوع آن باشد. چنان که در صورت عدول از عقد بیع به عقد مصالحه از برای

گریز از دعوی شفیع، یا از بیع مجهول الحدود به مصالحه از برای رفع فساد و حصول نزاع که

به سبب جهالت حاصل میشود. و هم چنین در صلح به فرزند یا مرد صالح تا پدر، دیگران را

بعد از خود از آن ساقط کند. و خامسا: در بسیاری از اخبار وارد شده که ضامن هر گاه صلح کند با مضمون له به چیزی همان را مستحق است که از مضمون عنه بگیرد. و

این دلیل است بر جواز صلح ابتدائی. پس رجوع کن به آن اخبار و تأمل کن. (۱) و سادسا: مگویییم که در ما نحن فیه مقصود رفع نزاع و شقاق است و کوتاه کردن دست زوج از زوجه. و هم چنین فقها گفته‌اند (یصح الصلح عن کل مایجوز اخذ العوض عنه،

عینا کان کالدار والعبد او دینا او حقا کالشفعة والقصاص. ولا یجوز علی ما لیس بمال مما

لا یصح اخذ العوض عنه. فلو صالحت المرأة ان تقر له بالزوجية لم یصح. لانه لو ارادت بذل

نفسها بعوض لم یجز) و این عبارت تذکره است، و مثل این در تحریر ذکر کرده است. و

همچنین در دروس وغیره. [که همه] دلالت بر این مطلب دارند و ظاهر این است که در

این مطلب خلافی ندارند. و از اینجا معلوم شد اندفاع تو هم این که آنچه از کلام ایشان

بر میآید این است که صلح ابتدائی مخصوص حقوق مالیه است. و شبهه نیست که قصاص از

حقوق مالیه نیست. و عمومات سایر ادله سابقه صلح ابتدائی را ثابت میکند خواه مال باشد

و خواه غیر آن. (۲)

پس هر گاه این را دانستی ظاهر میشود بر تو وجه جواز صلح حق الرجوع. زیرا که جایز است از برای مطلقه رجعیه که چیزی بدهد به شوهرش که در عده به او رجوع نکند و او

را بگذارد تا عده او منقضی شود و از شر او خلاص شود، یا به مقصد خود برسد که  
مطلق

-----  
۱: وسایل: ج ۱۳: کتاب الضمان: باب ۶.  
۲: راجع به مسأله صلح ابتدائی و لزوم سابقه وعدم آن، در مسأله شماره ۴۴ همین مجلد بحث مستدل  
دیگری  
نیز شده است.

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

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

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

این که در صورت تقایل و فسخ صلح از طرفین، که حق رجوع عود میکند، دلیل است بر بقای حق. فاسدتر از تو هم اول است. زیرا که تقایل در حکم عقد جدید است آیا نمیبینی که بایع و مشتری بعد لزوم عقد هیچ يك از اینها بدون رضای دیگری رجوع به آنچه در دست آن دیگری است نمیتواند کرد. و بعد از تقایل جایز میشود، و بسا هست که تو هم شود که بنابر این هر گاه زوجه حق مضاجعه و مواقعه را در مدت صلح کند با زوج، پس اگر زوج در این بین جماع کند بدون رضای زوجه، زنا کرده خواهد بود. و این [تو هم] نیز در کمال سقوط است. زیرا که احکام زنا مشروط است که آن فعل به غیر زوجه واقع شود، و آن از باب جماع در حال حیض است و آن منافات با ترتب آثار ندارد. و در ما نحن فیه هم ما منع نمکنیم بودن زوجه را در حکم زوجه در غیر حق استمتاع، و رجوع منشأ عود زوجیت مطلقه نمیشود، و مثمر ثمرات رجوع که حلیت وقاع و غیر آن باشد نیست. چنان که تصریح کرده‌اند که هر گاه جماع کند بدون نیت رجوع منشأ [تحقق] (۱) رجوع نمیشود. پس چنان که رجوع مشروط است به نیت، رجوع مشروط است به استحقاق و اهلیت رجوع. و بدان که این مثل (خلع) نیست که هر گاه زوجه رجوع کند به آنچه داده و زوج مطلع نشود به رجوع او، تا عده منقضی شود حق زوجه ثابت باشد. بلکه تا طرفین اقاله صلح نکنند زوجه مستحق چیزی نیست. هر چند در خلع هر گاه زوج مطلع شود به رجوع زوجه به بذل، او هم میتواند رجوع کرد. و چون در طلاق رجعی شرط صلح مهر با حق الرجوع در ضمن عقد صورتی ندارد - و بعد طلاق زوج میتواند بگوید که من صلح نمکنم حق الرجوع را، و قبل از وقوع طلاق که حق الرجوعی هنوز ثابت نشده که صلح بر آن وارد شود - پس چاره نیست مگر که طرفین ثالثی را وکیل کنند که در غایبانه ایشان اول طلاق را بگوید و بعد از آن حق

الرجوع را صلح کند.  
بلی در اینجا اشکال دیگری رو مدهد که فقها دعوی اجماع کرده‌اند بر این که  
شرط است که موکل در حین توکیل مالک امری که در آن وکیل کرده، باشد و  
مسلط

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

بر آن باشد تا حین وقوع آن امری که در آن وکیل کرده است. و مفروض این است که

زوج قبل از ایقاع طلاق مالك رجعت نیست که کسی را در آن وکیل کند. پس توکیل

صحیح نخواهد بود. و این اشکال را در جواب بعضی از سوالات که در مجموعه مسایل

سابقه نوشته‌ام دفع کرده‌اند. و حاصل این است که این از باب این است که کسی ده تومان به کسی بدهد و او را وکیل کند که از برای من غلامی بخر و آزاد کن، یا

زنی بگیر و طلاق بگو، و امثال آن. چون فعل ثانی از فروع و توابع فعل اول است و در حکم

فعل واحد است، و از باب آن نیست که کسی را وکیل کند که زینب را که من اراده دارم

که او را نکاح کنم تو وکیل کن که او را طلاق بدهی، یا غلامی که میخواهم بخرم تو وکیل کن که او را آزاد کنی یا بفروشی.

۵۸: سوال: زید و عمرو شریکند، و مال شرکت بعضی مطالبات نقدی است و بعضی جنس است، و متفرق است در میان مردم و تقسیم آن صعوبتی دارد. آیا جایز است

که زید مصالحه کند با عمرو حق خود را در آن اموال به مبلغ معینی که حالا بدهد یا مؤجلاً، یا بعضی حالا و بعضی را مؤجلاً -؟.

جواب: مانعی از برای او نمیدانم. و عمومات ادله صلح شامل آن هست. و لکن باید ملاحظه کند که ربا به عمل نیاید. چون اظهر این است که ربا در عقد صلح هم جاری میشود و اختصاص به بیع و قرض ندارد. مثلاً هر گاه مال المشار که الحال ده

تومان پول نقد است که در ذمه شخصی است و ده تومان پارچه است. هر گاه این را صلح

کند به ده تومان نقد حال، ربا میشود. و لکن هر گاه ضمیمه [ای] به آن ده تومان ضم کند

مثل این که صلح کنند به ده تومان و ده من گندم خوب است. (۱)

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

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



جواب: ظاهراً خلافتی در صحت این مصالحه نیست و اخبار معتبره هم دلالت دارد، از جمله آنها صحیحہ حلبی است (عن ابی عبد الله (ع) فی رجلین اشتر کافئ مال

فربحا فیه ربحا، وکان من المال دین وعین، فقال احدهما لصاحبه اعطنی راس مالی والربح لك و عليك التوی، (؟)، فقال: لا باس اذا اشترطاً، فاذا كان شرط یخالف کتاب الله

فهو رد الی کتاب الله عزوجل (۱). و لكن باید تقیید کرد مسأله را به این که این امر بعد

انقضای شرکت و اراده قسمت باشد که قرار داد زیادتیی به منزله هبه باشد و قرار داد نقصان به منزله ابراء چنان که شهید ثانی در مسالك تقیید کرده. و ظاهر این است که مراد دیگران هم این باشد. و مراد از کلمه (اشترطاً) در روایت شرط در ضمن عقد شراکت نیست. زیرا این شرط منافی مقتضای عقد شراکت است، چون مقتضای آن تبعیت ربح است از برای راس المال، و هر گاه مفهوم این جمله شرطیه را اعتبار کنیم لازم

میآید که بدون آن ناخوشی داشته باشد، و کسی به آن قایل نشده. بلکه ظاهر این است که مراد از (اشترطاً)، (الترماً) باشد. یعنی محض قول آن يك شريك نباشد که این را مگوید، بلکه آن دیگری هم راضی شود، که به عنوان التزام

باشد که در قالب عقد لازمی باشد مثل صلح. و از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر میشود صحت این شرط در ضمن عقد نیز، به جهت آن که مخالفت مقتضای عقد شرکت

منشأ بطلان شرکت میشود اما منشأ بطلان شرط نمیشود. بلکه آن بر مگردد به قرض. پس صلح به این نهج واقع میشود که راس المال تو در نزد من قرض است و شرط

مکنم که ربح و نقصان آن با من باشد و راس المال تو را به تو رد کنم. و این بسیار دور است. زیرا که کمال مباینت است میان عقد شرکت و قرض در مفهوم

و خواص. و ظاهر عبارت حدیث، شرکت است بلکه صریح است. و هم چنین کلمه (ف)

در (فربحا) [و نیز در] (فقال احدهما) و غیر اینها همه دلالت دارد بر آنچه گفتیم از وقوع این معامله واشتراط در حین اراده قسمت، خواه در انقضای مدت شرکت باشد یا

بعد حصول معامله به آن مال. و اما آنچه حدیث مشتمل است بر آن که (بعضی عین

-----  
١: وسائل: ابواب الصلح: باب ٤، ح ١.

باشد و بعضی دین) پس ظاهر این است که خلافتی در عدم اشتراط آن نباشد - چنان که

از آخوند ملا احمد (ره) ظاهر میشود.

۶۰: سوال: زینب به مواکلت ثابته بعضی از اولاد خود، به ادعای قیمومیت از جانب صغیر،

و فضولا از جانب بعض دیگر از اولاد خود، ملکی را صلح کند با زید در عوض صد دینار فلوس و يك من تبریز گندم. و ضامن درك شود که هر گاه صغیر کبیر شود، یا غایب حاضر شود و اجازه نکند، از عهده بر آید. آیا این مصالحه صحیح است یا فاسد؟ -؟.

و این ضمان صحیح است یا نه؟ -؟. و دعوی غبن در این مرحله جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: آنچه را به عنوان فضولی مصالحه کرده لزومی ندارد. و مالك قادر بر فسخ است و زید مصالح له در آن تصرف نمیتواند کرد و مالك مسلط است بر فسخ در حین

حضور. و به تصرف دادن ملك به مجرد همین صلح فضولی، حرام است و غضب است. و

اما ضمان مسماء زینب در آن ماده پس ظاهر این است که صحیح است، چون غاصب

است و مشغول الذمه است. پس هر گاه عجزی از استرداد عین برای مالك حاصل شود

غرامت را از او مگیرد.

و آنچه (۱) به سبب قیمومت شرعیه باشد - از جهت مجتهد عادل یا بر نحوی از انحاء

مجوزه شرعیه حسبتا که تصرف صحیح باشد - پس آن صلح صحیح است و ضمان صورتی

ندارد. چون (ضمان ما لم یجب) است. بلی گاه باشد که ضرورت داعی بر این باشد. مثل

این که صلاح صغیر در این باشد که صلح شود و مصالح له راضی نشود الا به ضمان، از

خوف این که مبادا صغیر که کبیر شود و ادعا کند، نتواند اثبات کند که صلح بوجه صحیح است. که از باب آن باشد که کسی به غیری در میان کشتی بگوید (متاع خود را

بینداز در دریا من ضامنم) که در این صورت ضمان هم صحیح است. به این معنی که

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

هر گاه صغیر بزرگ شود و ادعای ملك خود کند و آن ضعیفه نتواند صحت تصرف خود

را اثبات کند، باید از عهده عین یا ثمن آن، بر آید.

و اما آنچه از جانب موکل از بابت وکالت کرده است: پس در آن اشکالی نیست که

لازم است و فسخ نمیتوان کرد الا به رضای طرفین. مگر این که عیب تبعض صفقه در

میان آید، که هر کدام را مجال تمسك به آن باشد به آن سبب مسلط میشوند بر فسخ. و

اما دعوی غبن پس با وجود شرایط آن در عقد مصالحه جاری میشود.

۶۱: سوال: هر گاه زید مالی از پدرش که به میراث دارد، با عمرو صلح کند. و در ضمن عقد صلح شرط نماید که بعد از مدت ده روز که این مال را اخذ نماید، همان مال

یا نصفش را با زید صلح نماید به ده دینار. آیا صلح صحیح است یا نه؟ -؟. و هر گاه این

صلح را واقع سازند و از خارج قسم یاد نمایند که عمرو بعد از اخذ مال تمامی آن را به

زید فروشد یا صلح نماید به ده دینار. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که شرط صحیح باشد و وفای به آن لازم. و اما سوال از قسم: پس چون باید متعلق قسم راجح باشد به حسب دین و دنیا هر دو. یا را حج باشد به

حسب دنیا و مساوی باشد نظر به دین. و یا راجح باشد به حسب دین و مساوی باشد به

حسب دنیا. یا متساوی الطرفین باشد به حسب دین و دنیا هر دو. و ظاهر این است که

هر گاه راجح باشد به حسب دین اما نه به حد و جوب، و مرجوح باشد به حسب دنیا، اما

نه به حدی که مستلزم حرج یا عسر و ضرر باشد. در اینجا یمین منعقد میشود. (۱) و اما

هر گاه مرجوح باشد به حسب دین و دنیا هر دو، یا مرجوح باشد به حسب دین و راجح

باشد به حسب دنیا، پس در عدم انعقاد آن، اشکالی وجود ندارد. (۲)

۶۲: سؤال: زید آب خود را از باغ عمرو به باغ خود مبرد و شرب مکرد. و

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

حال زید آب خود را از باغ عمرو که استمرار داشت بیرون برده و از نهر و باغ خالد

مسخواهد ببرد. آیا میتواند زید آب خود را از باغ عمرو بگرداند یا نه؟ -؟. دیگر آن که

هر گاه زید اختیار داشته باشد که از باغ و نهر خالد آب خود را به باغ خود ببرد، در ثانی

آیا زید میتواند که آب خود را از همان استمرار باغ عمرو به زمین خود بیاورد که زراعت کند، یا نه؟ -؟. و بعد از آن که زید آب خود را از نهر دیگر ببرد استمرار قدیم

موقوف مشود یا نه؟ -؟. در این صورت زید حقی دارد که از آن استمرار قدیم که از باغ

عمرو داشت در هر پانزده روزی يك دفعه به زراعت خود ببرد یا نه؟ -؟. و عمرو را سخن

این است که آب را که زید از جای دیگر برد استمرار قدیم موقوف شد و دیگر نمگذارم

که آب را از زمین من به زراعتش ببرد. بیان فرمایند.

جواب: هر گاه عمرو مدعی این باشد که مرا حق انتفاعی از عبور آب تو در باغ من هست و من متصرف این حقام، و نمگذارم که تو این حق را ضایع کنی. و زید مگوید

که آب مال من است و از هر جا خواهم مبرم. وید تصرف انتفاع عمرو در عبور آن آب

ثابت باشد. اظهر تقدیم قول عمرو است با یمین، در صورتی که بینه از برای زید نباشد

که این بر سبیل عاریه بوده است یا بر سبیل عدوان. و اما هر گاه عمرو علم به وجه استحقاق خود نداشته باشد مثل این که به این نحو میراث به او رسیده است باغ، که این

آب در آنجا عبور مکرده اما نمیداند که به چه کیفیت بوده. در اینجا زید هر گاه مدعی عاریه یا عدوان باشد و شاهی نباشد، قول او مقدم است با یمین.

و اما این که در ثانی زید خواهد آب خود را از باغ عمرو ببرد و عمرو مانع شود. در اینجا نیز مگوئیم که اگر زید مدعی این است که مرا در باغ تو حق العبور آب من هست

و من متصرف این حق بودم و این که چند روزی که از راه دیگر برده‌ام منشأ سقوط حق

من نمیشود. و عمرو منکر استحقاق او باشد و بینه هم در میان نباشد. اظهر تقدیم  
قول  
زید است با یمین. و هر گاه زید مدعی استحقاق نباشد بلکه جاهل به وجه عبور  
باشد، و  
همین بر او واضح است که این آب در اینجا همیشه عبور میکرد. و عمرو مدعی  
عاریه یا  
غصب باشد و بینه نباشد. قول عمرو مقدم است با یمین. و هر گاه هیچ يك عالم به



کیفیت استحقاق نباشند هیچ يك مانع دیگری نمیتوانند شد، به طریق مستمره عمل میکنند. و تعطیل طریقه مستمره بدون وجه لازمی، منشأ سقوط اثر آن نمیشود، مگر آن که تفاوتی در کیفیت به عمل آید، مثل این که قبل از این آنچه مستمر بود، آن بود که

به باغ برود والحال به زرع مرود و در آن تفاوتی حاصل شود.  
۶۳: سؤال: شخصی طاحونه دارد. و آب اهل آن قریه که طاحونه در آن واقع است آن طاحونه را مگرداند، و از طاحونه که بیرون مرود ملاک آب اراضی خود را به آن شرب میکنند. و در این اوقات شخصی قطعه زمینی [را] که واقع است در تحت

طاحونه خریده است با جمیع آنچه در آن است. و در آن زمین علامت طاحونه مخروبه

دیگر هست و استفاضه هم هست

که در این زمین طاحونه بوده، و مشتری این زمین همین طاحونه خراب را تعمیر کرده و

بعد خروج آب از تحت طاحونه اول این طاحونه را مگرداند، و از آنجا که بیرون مرود همگی مالک [این] آب، اراضی خود را به آن شرب میکنند، و ظاهراً مجرای آب

هم به همین نحو مستمر بوده، و معبری دیگر هم از برای آب اهل قریه نبوده الا به این نحو.

الحال صاحبان طاحونه اول مانعند از این که این طاحونه جدید به این آب بگردد، و حال آن که به هیچ نحو ضرری به طاحونه ایشان نمیرسد، بلکه از راه لجاج، یا این که

چون مردم به آنجا رفع حاجت میکنند منافع این طاحونه کم میشود، آیا میتوانند مانع شده یا نه؟ -؟.

جواب: مالکان طاحونه اول از حیثیت این که مالک طاحونه اند به هیچ وجه مانع طاحونه جدید نمیتوانند شد، هر گاه ایشان را حقی در مجرائی که تحت طاحونه ایشان

است و به طاحونه جدید مرود، نباشد. و اما هر گاه در آن مجرا حق ملکیت داشته باشند، یا در آب شریک باشند، یا به سبب شرکت یا استحقاق در مجرای فوق سخن داشته باشند و بگویند که نمگذاریم که طاحونه ثانیه به مجرای ما، یا به آب ما منتفع شود. پس دور نیست که بعد از ثبوت این که در آنجا طاحونه قدیمی بوده که از این

--

(۱۶۱)

آب مگردیده، نتوانند مانع شد. زیرا که نهایت امر این است که صاحب طاحونه  
جدیده

مطلع نباشد بر حقیقت امر که جریان طاحونه مخروبه به این آب به چه نحو بوده آیا  
به

استحقاق بوده یا به عاریه بوده. و این داخل آن مسأله میشود که احدی ببیند مجرای  
ناودان خود را در ملك غیر، یا عبور آب خود را در ملك غیر و نداند که از چه راه  
بوده

است، که در آنجا حق این است که هر گاه مالك ملك هم ادعای غصب او را  
نمکند جایز

است از برای این شخص انتفاع به مال غیر،  
و او هم مانعی این نمیتواند شد.

و هر گاه دعوی کنند و مالك ملك بگوید تو غاصبی. متصرف منفعت بگوید که من  
به استحقاق در آن متصرفم. در آن خلاف است و اظهر در نزد حقیر تقدیم قول  
متصرف

در منفعت، است بایمین. و ظاهر این است که فرقی نیست ما بین این که خراب شده  
باشد

محل انتفاع یا دایر باشد. پس ما در مانحن فیه مگوئیم که: صاحب آسیای مخروبه  
استمرار انتفاعی از این آب داشته است، و آن استمرار مستصحب است از برای  
مشتري،

و چون مالك این [آسیاب] مسلمی بوده و فعل او محمول بر صحت است مادامی که  
مدعی غاصبیت او را اثبات نکند  
از او انتزاع نمیتوان کرد.

بلی هر گاه مدعی یعنی صاحبان طاحونه قدیم به سبب مالکیت در آب یا مجرا  
متمسك

باشند به ملکیت، و منع کنند از انتفاع به آن و ادعای غصب بودن تصرف، یا عاریه  
بودن

کنند. و صاحب طاعونه مخروبه بگوید که معلوم نیست غصبیت. در اینجا قول مالك  
آب و مجرا مقدم است یا بایمین. و از اینجا ظاهر میشود حکم آن که ملاك آب که  
غیر صاحب طاحونه معموره اند گفتگو بکنند با صاحب آسیای خرابه. و به هر حال  
هر گاه

صاحبان آب و مجرا متعرض مشتري نمیشوند، یا بگویند که ما نمیدانیم که تصرف  
صاحب آن آسیای خرابه چه نحو بوده، کسی مزاحم مشتري نمیتواند شد، و هم

چنین

هر گاه صاحب آسیای سابق هم از راه مالکیت آب و مجرا سخن نمگوید، او هم هیچ  
نحو مزاحم نمیتواند شد. و هم چنین هر گاه حقیقت امر  
در این باب بر همه مشتبه است، هم هیچ يك مزاحم او نمیتواند شد. و هر گاه پای  
دعوی  
در میان آید و ادعای غصب و عدوان در میان باشد حکم او همان است که گفتیم.

۶۴: سوال: هر گاه سه نفر سه خانه دارند که متصلند به یکدیگر، و لکن دیوار خانه‌های طرفین به قدر معتد به از خانه وسط پیش آمده‌اند به نحوی که کوچه عریضی

بن بست حادث گردیده که طرفین کوچه دیوارهای آن دو خانه طرفین است و منتهای

کوچه دیوار خانه وسطی. و در خانه وسطی در همین منتهای کوچه است. و صاحب خانه وسطی خانه خود را فروخت به دیگری. و این مشتری دیوار کشیده است ما بین

منتهای دیوارهای خانه‌های طرفین و آن کوچه را محوطه کرده، و دری از برای آن قرار

داده. و الحال صاحبان خانه‌های طرفین مگویند که حریم دیوار عمارت ما از تو در میان محوطه گرفته‌ای. و ما باید تردد کنیم در آنجا از برای ازاله برف و باران از پای

دیوار خود و ما دیوار را خراب میکنیم و به حال سابق بر مگردانیم.

و این مشتری ثانی که دیوار را تازه کشیده مگوید من خریده‌ام این زمین را، و اگر مال شما بود چرا در وقت دیوار کشیدن مانع من نشدید و الحال مدت بیست سال

است که من دیوار کشیده‌ام. و ایشان مگویند که ما در آن وقت حاضر نبودیم که تو دیوار کشیدی، و بعد حضورهم خواستیم خراب کنیم مردم به ما گفتند که این به شما

ضرر ندارد و خراب نکنید، و الحال مبینیم ضرر دارد راضی نیستیم و خراب میکنیم، آیا تسلط دارند بر خراب کردن یا نه؟ -؟.

جواب: از مجموع گفتار طرفین بیش از این معلوم نمیشود که این زمین مباح الاصل بوده چون صاحب خانه‌های طرفین ادعای حریم میکنند و مشتری هم حجتی بر مالکیت ندارد الا محض دعوی خریدن و این که آنها در وقت دیوار کشیدن مانع

نشده‌اند، و متمسک به (ید) تصرف نیست که بر دیگران اثبات ید عدوان لازم باشد. و

چون مفروض این است که نه خریدن ثابت است و نه مالکیت بایع، پس باید بنا بر این

گذاشت که این زمین مباح الاصل است، چون اصل عدم ملکیت است. و در زمین مباح

حق حریم ثابت است. پس هر يك از صاحب خانه‌های طرفین حق حریم دیوار را

دارند  
در آن زمین. و صاحب خانه وسطی [نیز] حق حریم خانه [دارد]. و حریم دیوار به  
قدر  
حاجت دیوار است در فرو ریختن خاک دیوار به سبب خراب شدن و گل ساختن از  
برای

تعمیر و مثل آن.

و حریم آن خانه وسط هم راه آمد و شد است و محل ریختن خاکروبه و سماد و امثال آن. و خواه قایل باشیم به این که اصل در حریم ملك ملکیت است - چنان که اظهر

است - و یا به مجرد اولویت، صاحبان حریم منع از تصرف غیر میتوانند کرد و چون مفروض این است که منتهای دیوار جدید در محل حریم دیوار خانه‌های طرفین واقع شده

پس صاحبان خانه‌های طرفین را مرسد ازاله دیوار خانه از آن محل حریم. و اما تمسک

صاحب خانه وسط به مانع نشدن آنها از دیوار کشیدن پس آن نه دلیل عدم استحقاق آنها است و نه دلیل رضا شدن به عنوان عاریه، و بر فرضی که ثابت شود که به عنوان

عاریه راضی شده‌اند که دیوار بکشد، [باز] هم از برای آنها است این که بگویند دیوار را ازاله کن. اما باید غرامت ارش را بکشند.

۶۵: سوال: هر گاه کسی آسیائی دارد که به نهر شخص دیگر دایر است. و الحال آن شخص مگوید من آب خود را از نهر دیگر مبرم به مزارع خود. و به این سبب آسیا معطل

میشود. آیا میتواند ببرد یا نه؟ -؟. و بر فرضی که نتواند ببرد، آیا در صورتی که اطفال

و غیر اطفال در زیر آسیا سنگ مریزند و موجب بیرون رفتن [آب] میشود و مالک آب

متضرر میشود، مالک آب میتواند الزام کند صاحب آسیا را که ممر اطفال را سد کن و رفع

ضرر از من بکن یا نه؟ -؟.

جواب: اما از مسأله اولی: پس هر گاه صاحب آسیا معلوم است که بر غیر وجه لازمی

ساخته باشد - مثل این که به عنوان عاریه ساخته است، و ماذون شده از مالک آب که در آنجا

آسائی بسازد و بر وجه لازمی مثل صلح یا غیر آن مستحق این معنی نشده - پس ظاهر جواز

بردن آب است. و لکن در صورت عاریه غرامت ارش و نقصان آسیا را باید بکشد و هر گاه

معلوم باشد که بر وجه لازمی مستحق آن شده مثل صلح و غیره نمیتواند آب را

بگرداند.  
و هر گاه حال مجهول باشد پس در این صورت یا این است که هیچ کدام ادعای  
حق و بطلان  
آسیا را نمکنند - مثل این که صاحب آسیا مگوید که من این آسیا را از میراث پدر  
دارم  
و وقتی به من رسیده به این آب دایر بوده و نمودانم که علت استحقاق چه چیز است.



و هم چنین مالك آب به ادعای بطلان یا عدم لزوم حقی از برای او نمسکند - پس ظاهر این است که در اینجا از باب آن مسأله‌ای است که کسی مجرای آب خود را در ملك غیر مبیند، یا عبور خود را در ملك غیر مبیند، یا سر درختان سقف خانه خود را بر دیوار غیر مبیند، و وجه این را نه آن مداند و نه غیر. و ظاهر در اینجا این است که نمیتواند غیر، مانع او شود.

و هر گاه نزاع کنند و صاحب آسیا بگوید که من به حق متصرفم. و مالك آب منکر باشد، پس در اینجا خلاف است. و اظهر در نظر حقیر ترجیح قول ذی الید است که صاحب آسیا باشد. و وجه این را در جواب مسائل دیگر ذکر کرده‌ام و حاصل آن (۱) این است که: ملکیت غیر منافات با ثبوت حقی در آن ملك ندارد. و جمع بین الحقیین مهما ممکن لازم است. و ید تصرف چنان که در اعیان معتبر است در حقوق هم معتبر است. و مفروض ثبوت ید صاحب آسیا است بر این حق. و علاوه بر اینها، عمومات نفی ضرر و حرج هم دلالت دارد خصوصا در وقتی مالك آب به هیچ نحو متضرر نمیشود. و خصوصا در وقتی که غرض او اضرار و لجاج باشد.

و هم چنین دلالت دارد بر آن، خصوص صحیح محمد بن علی بن محبوب (قال کتب رجل الى الفقيه (ع) فی رجل کانت له رحى على نهر قرية، والقرية لرجل او رجلین، فاراد صاحب القرية ان يسوق الماء الى قریته فی غیر هذا النهر الذی علیه هذه الرحى ويعطل هذه الرحى. اله ذلك ام لا؟ -؟. فوق: يتقى الله ويعمل فی ذلك بالمعروف ولا يضار اخاه المومن). (۲) و کلینی نیز همین حدیث را به ادنی تفاوتی در سندی صحیح روایت کرده است. (۳)

-----  
۱: آنچه مصنف (ره) در اینجا تحت عنوان (حاصل) آورده مشروح تر از آن است که در جواب مسایل دیگر

(در سه مسأله از مسائل همین باب صلح که ملاحظه کردید) بیان کرده است.  
۲ و ۳: وسائل: ج ۱۷، ابواب احیاء، باب ۱۵ ح ۱ - توضیح: این حدیث در: فروع: ج ۵ ص ۲۹۳ ح ۵

وتهذیب ج ۷ ص ۱۶۴ ح ۳۲ وفقیه ج ۳ ص ۱۵۰ ح ۱۰، آمده و آنچه در متن بالا آمده مطابق روایت من لا یحضره الفقیه است و در فروع کافی به جای (الی الفقیه)، (ابی محمد (ع)) آمده و نیز جمله (الذی علیه

هذه الرحی) در آن نیست.

و نیز به جای (ولا یضار)، (لایضر) است. و در هر صورت این حدیث بر (عمل به معروف) امر میکند و اصل

انتقال مجرای آب را تحریم نمیکند. خصوصاً در صورتی که اگر صاحب آب در صورت ممنوع شدن از تغییر

مسیر آب، متضرر شود.

و محقق در نافع به این عبارت فتوا داده (ولو كان له رحي على نهر لغيره لم يجز له ان

يعدل بالماء ويصرفه عنها الا برضاء صاحبها). و ظاهر این عبارت مثل ظاهر روایت شامل

صورتی که معلوم باشد استحقاق صاحب آسیا، و صورتی که معلوم نباشد. خواه دعوی استحقاق

بکند و خواه نکند، همه هست.

و مقتضای سایر ادله هم این است. چنان که گفتیم.

و لکن ابن ادریس در سرایر به این عبارت گفته است (واذا كان لانسان رحي بامر حق واجب على نهر لغيره، و اراد صاحب النهران يسوق الماء في نهر آخر الى القرية، لم يكن له ذلك الا برضاء صاحب الرحي موافقة). و این عبارت موهم این است که شرط است در این معنی که معلوم باشد که صاحب آسیا حق واجبی بر صاحب

نهر و آب دارد که آسیای او به آب او بگردد. و این بسیار بعید است، زیرا که در چنین

صورتی حاجتی به سوال نبود و سوق جواب هم بایست به نحوی دیگر باشد، و بایست

بفرماید که (چگونه حق واجب او را مبرد). و ممکن است که کلمه (بامر حق واجب) از

متعلقات ماقبل باشد، یعنی (حصول رحي از برای آن انسان به امر حق واجبی، ثابتی، لازمی شده نه محض غصب وعدوان و نه بر فرض لغو یا به مظنه رضای صاحب نهر و شاهد

حال رضای او ساخته شده باشد در زمین صاحب نهر، یا غیر آن. یا این که قبیل عرق

ظالم باشد که او را به هیچ وجه حقی نباشد. نه این که مراد این باشد که وصول آن بر آن

نهر و دایر شدن آن به آن نهر به امر حق لازمی باشد. پس مطابق اطلاق روایت خواهد

بود.

و ظاهر این است که مراد علامه در تذکره نیز همین است، و عبارت او اوضح است در آنچه ما تأویل کردیم کلام ابن ادریس را به آن، زیرا که گفته است (النهر المملوك اذا

كان عليه رحي به حق ملك، لم يكن لارباب النهر طم هذه النهر ولاصرف الماء عنه

الی  
املاکهم بنهر غیره، الا باذن صاحب الریحی). و در تذکره خلافتی هم در مسأله نقل  
نکرده

نه از خاصه و نه از عامه. و لکن چون در اصل مسأله (جواز تصرف در مال خود در صورت  
 اضرار به غیر) خلاف است (۱)، پس میتوان این را از جزئیات آن مسأله قرار داد. پس  
 این فتوی خلاف مشهور خواهد بود. پس اعتمادی به عدم نقل خلاف علامه، نخواهد  
 بود. و لکن بر این وارد می‌آید: اما اولاً: این که ما در آن مسأله مطلقاً تابع مشهور نیستیم،  
 بلکه تفصیل مدهیم چنان که در چند موضع بیان آن کرده‌ایم. و اما ثانیاً: پس مگوئیم که  
 این محض تصرف در مال خود و تضرر همسایه نیست. بلکه داخل تصرف در مال  
 همسایه و حق او است و اضرار به او. به سبب آن که ظاهر حال ید و استمرار انتفاع،  
 استحقاق است. و ید چنان که در اعیان میباشد در منافع هم میباشد. و اما ثالثاً: بر فرض تسلیم،  
 مگوئیم که این حدیث صحیح مخصوص آن قاعده است. و ظاهر این است که  
 مشهور هم عمل به آن کرده‌اند. پس مخالفت مشهور هم نکرده خواهیم بود.  
 و اما سوال از حال سنگ ریختن اطفال و غیر اینها در ممر آب: پس ظاهر این است  
 که هر گاه صاحب آسیا تقصیری ندارد، و خرابی به سبب او نشده، بر او لازم نباشد  
 تنقیه ممر و نه سد کردن معبر اطفال. همچنانکه بر صاحب آن هم لازم نیست تنقیه نهر فوق  
 آسیا و تعمیر آن (هر گاه خراب شود) از برای دوران آسیا. مگر این که مالک نهر  
 خود خراب کرده باشد. چون مفروض این است که تفویت حق صاحب آسیا کرده.  
 همچنانکه در عکس هم چنین است. و اما در صورتی که خرابی از هیچ کدام آنها نباشد بلکه  
 از خود آب یا از خارج باشد، هیچ کدام دیگری را الزام نمیتوانند کرد. و مناسب این  
 مقام است عبارتتی که در قواعد مذکور است - در کتاب صلح - : (ولا یجب علی مستحق  
 اجراء الماء فی ملک غیره مشارکة المالك فی عمارة سقف المجری وان خربت من الماء ولا  
 علی المالك اصلاح القناة لو خربت به غیر سببه).

و مثل این است عبارت تذکره و [در] دروس هم عبارتی هست چون نسخه بسیار

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

مغلو ط است نقل نکردیم.

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

جواب: ظاهراً خلافتی در میان شیعه نیست که نمیتوان او را الزام کرد. واکثر عامه هم بر این مذهب‌اند. و هر گاه یکی عمارت کند مطالبه اجرت از دیگری نمیتواند

کرد. و اگر خاک و سنگ آن تلف شده باشد هم نمیتوان خاک و سنگ از شریک گرفت. و هم چنین است قنات. و ظاهر این است که در آن نیز خلافتی در میان شیعه نباشد. چنان که از تذکره ظاهر میشود. بلی بعض عامه که در آنجا موافق شیعه بودند در اینجا فرق گذاشته‌اند نظر به این که در دیوار قسمت ممکن است و در اینجا ممکن

نیست. پس به عدم شرکت لازم مآید ضرر. و این ضعیف است و ظاهر عدم فرق است.

و گاه است از هر دو طرف ضرر متصور است.

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

جواب: ظاهر این است که اصل عقد صلح باطل میشود. به جهت این که این شرط منافی مقتضای عقد است. زیرا که مقتضای آن حصول ملک است. و شرط عدم انتفاع

مالک از ملک خود منافات با ملکیت دارد. و اگر خواهیم این را تصحیح کنیم از باب اشتراط سکناى يك سال مثلاً از برای بایع در ضمن عقد بیع، پس در وقتی خوب است

که جهالتی در آن نباشد، و مدت حیات پدر مجهول است. و هر چند عقد صلح جهالت بردار نیست، لکن معلوم نیست که چنین جهالتی که در قرارداد احد عوضین است مضر نباشد. و این از باب این است که بگوئیم صلح کردم يك سال منافع آن را، یا

دو سال یا ده سال.. به عنوان تردید، نه تخییر. و از باب صلح حق معینی به منافع يك سال باغ معینی، نیست. که معلوم نباشد مقدار آن منافع.

(۱۶۸)



و این نظیر آن است که در هبه جایز می دانیم بخشیدن قبه غله مجهول الوزن را و لکن صحیح نمیدانیم که هبه کند یکی از دو غلام را لاعلی التعین، یا گوسفندی را از

گله - بنا بر قولی - به جهت این که در آنجا قبه موجود هست و زن آن مجهول است و

وجود عمر در اینجا معلوم نیست، مگر این که به ظن استصحابی اکتفا کنیم و فی الجمله

عمری از برای او فرض کنیم، و بنابر این از قبیل صلح منافع يك سال یا دو سال یا ده سال،

نخواهد بود. چون در اینجا صلح بر شیئی واحد واقع شده. و چون عمده دلیل بطلان معامله غرر، راجع به سفاهت میشود. یا اجماع [است] که در بیع نقل کرده اند. و در

اینجا مفروض این است که در عرف سفاهتی نیست. و اجماع هم در صلح معلوم نیست.

پس دور نیست صحت آن.

و بدان که چنین جهالتی در معاملات محاباتی که نازل منزله تبرع است ضرر ندارد چون سفه

و غرری لازم نمآید. مثل این که کسی صلح کند ملکی را که به صد تومان مبارزد، به صغیر

خود به يك من گندم و شرط کند که مادام الحیوة منافع آن را خود برده باشد. و تحقیق

معنی (جهالت مضره) در کتاب هبات از همین مجموعه منقح شده.

۶۸: سوال: زید اموالی که داشته صلح کرده است به دو نفر از اولاد خود که یکی حاضر

بود و دیگری غایب. و حاضر قبول میکند از جانب خود اصالتاً و از جانب غایب فضولاً. و بعد

از فوت والد، غایب حاضر میشود و اجازه قبول حاضر را میکند. آیا این صحیح و لازم است

یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که صحیح و لازم است. چون عقد فضولی هر گاه يك طرف آن

فضولی نباشد از جانب او لازم است مگر این که از طرف فضولی امضا و اجازه حاصل نشود

آن وقت بر هم مخورد. و از طرف آن که فضولی است متزلزل است تا اجازه حاصل شود آن وقت لزوم نسبت به هر دو حاصل میشود. و این نه از باب حصول قبول است بعد از فوت طرف ایجاب، که گفته‌اند که هر گاه طرف ایجاب عقد واقع شود و موجب بمیرد، قبول آن طرف بعد موت موجب کافی نیست و عقد باطل است. چنان که علامه در اوائل کتاب نکاح تحریر تصریح به آن کرده در نکاح و بیع، و هم چنین هر گاه طرف قبول بمیرد قبل از قبول. و در

کتاب وصایای مسالك دعوی اجماع بر آن کرده. به غیر وصیت که مشهور در آن این است

که حق قبول منتقل شود به وارث موصی له، به سبب دلیل خاصی.

۶۹: سوال: زید با عمرو ادعائی داشت و صلح کرد به وجه المصالحه مشخصی. بعد زید ادعا

کرد که این مالک المصالحه مال غیر است. و ثانیاً به تکلیف مصلحین، قبل از فسخ مصالحه اول بنای

صلح جدیدی گذاردند. در این صورت زید مستحق مال المصالحه اول است یا دوم یا

هیچ کدام؟ -؟-؟.

جواب: زید به اعتراف خود مستحق مال المصالحه اول نیست. و عمرو در ظاهر شرع هر چند

دعوی از او ساقط شد - به سبب مصالحه اول و تا ثابت نشود که مال المصالحه مال غیر است

بر او چیزی نیست - لکن چون پای دعوی جدید در میان آمد که اگر به انجام برسد باز

دعوی اول عود میکند بر حال اول، پس صلح ثانی هر چند از برای رفع دعوی ثانی نباشد

باز صحیح خواهد بود. وعدم فسخ و تقایل از طرفین، منشأ عدم صحت آن نمیشود. پس

زید مستحق وجه مصالحه ثانیه خواهد بود، لاغیر.

۷۰: سوال: هر گاه مجرای قناتی مشترك باشد ما بین شخص مالک معلوم الملكية و وقف

معلوم المصروف و غیر معلوم المصروف و مجهول المالك. و غیر از آنچه معلوم الملكية است

مغضوب سلطان عصر باشد. آیا تصرف مالك در مال خود به چه نحو میشود که شغل ذمه از

برای او نباشد. و هم چنین از برای مردم، یعنی رعایائی که سلطان مجرا را به آنها به مقاطعه

داده. و هم چنین سایر مردم. (؟-؟-؟).

جواب: متولی شرعی وقف (هر گاه باشد، و حاکم شرع در جائی که متولی شرعی نباشد)

حق وقف یا فقرا را با متصرفین - به وجهی که گنجایش دارد - منتقل کند. هر چند

اجرت  
المثل آن بعد از مقاطعه  
سلطان به جا نماند و گنجایش اجرت المثل نداشته باشد، بلکه به هر قدری که  
گنجایش  
داشته باشد. هر چند بسیار کم باشد.  
و بعد از آن متصرفین مغضوب با مالک واقعی مہایات و  
نوبه نموده قرعه کنند. و هر يك نوبه خود را ببرند، که بر هر يك آنها تصرف حلال  
باشد. و  
هر گاه متصرفین مغضوب هم غاصب باشند و از متولی و حاکم به نحو شرعی به  
خود منتقل

ن سازند، در آن صورت تصرف آنها حرام است. و هر گاه مالك واقعى خواهد تصرف در مال

خود کند موقوف مشود بر مهائيات و نوبه کردن با غاصبين.

در اینجا امر مشکل مشود. و دور نیست که متولى یا حاکم شرعى در اینجا نیز از جانب صاحبان مغضوب یا مالك واقعى مهائيات نموده و به قرعه حصه مالك واقعى موجود را

تعیین نماید که از برای آن مالك حلال باشد. و اختلافی که به سبب سوانح ایام و ساعات و

غیره روی مدهد که باعث تغییر نوبه و مهائيات مشود، مضر نیست. مثلاً بنابر این بود که

روز شنبه نوبه مالك موجود واقعى بود و چند روز به سبب هوا و برف و باران، آب را هرز

کردند و الحال که بنای آب گرفتن شد مالك واقعى سر نوبه بود او روز شنبه بود الحال که باز سر نوبه مشود روز يك شنبه یا دوشنبه مشود. این ضرر ندارد. و چون معیار

در نوبه تقدم و تاخر روز نوبه بود، نه خصوص روز شنبه بودن و يك شنبه بودن. و هم چنین تفاوتی که به سبب کوتاه شدن و بلند شدن روزها به هم مرسد ضرر ندارد.

چون اهل عرف در آن مسامحه میکنند. و هم چنین هر گاه يك روز آن را از میان بیندازند به

جهت تنقیه نهر و باز صاحب نوبه، نوبه خود را بگیرد. بلی تعویض و تبدیل روز مالك

حقیقی با غاصبين صورتی ندارد.

۷۱: سوال: زید و عمرو هر دو وارث شرعى بکر میباشند. و مخلفات و متروکات مورث در تصرف زید بوده است. و عمرو مطالبه حق خود را از زید منموده زید مماطله در

ادای حصه عمرو کرده. بالاخره عمرو حقوق ارثیه خود را با زید به عوض معینی مصالحه

نموده است. بعد از وقوع مصالحه عمرو دعوی غبن کرده و غبن را هم مصالحه ثانویه نموده

است. و بعد از مدتی عمرو مدعى است که من معنی غبن را در عالم نفهمیده‌ام و بالفرض که

فهمیده باشم صیغه مصالحه ثانویه جاری نشده است. و در صورتی که مصالحه واقع

شده  
باشد، به علت آن است که متروکات را در اول امر پانزده تومان (مثلاً) به قلم داده  
است و  
بعد معلوم شده است که متروکات (مثلاً) چهل تومان بوده است، و صلحی که نموده  
است به  
اعتبار مبلغ بیست تومان بوده است. آیا دعوی غبن بعد از اطلاع بر قدر متروکات  
(که چهل  
تومان بوده است) عمرو میتواند ادعا نمود یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه زید عالم بوده است به مقدار حصه عمرو، و عمرو جاهل و عاجز از اثبات

مقدار حصه خود، و به سبب مماطله زید با او صلح کرده است - هر چند در ظاهر شرع صلح

اسقاط دعوی میکند و لکن - زید میانه خود و خدا آثم است. و ظاهر این است که هر گاه

بعد از صلح، عمرو ثابت کرد به بینة (یا به اقرار زید) که او دانسته حق او را نگاه داشته،

صلح فاسد میشود و مسقط حق او نیست. مگر این که در وقت صلح به طیب نفس راضی شده

باشد که صلح کردم حق خود را هر چند

اضعاف مضاعف آنچه تو مگوئی بوده باشد مثلاً. در چنین صورتی که چهل تومان بوده

بگوید صلح کردم هر چند هزار تومان باشد. و اما هر گاه زید هم جاهل بوده به مقدار

و صلح کرده‌اند، در این صورت صلح صحیح است ظاهراً و باطناً، و لکن امکان دعوی غبن

در اینجا جاری میشود.

پس هر گاه زید بگوید با من صلح کردی دعوی غبن مصالحه را. و عمرو منکر باشد.

و شاهی در میان نباشد، قسمی متوجه عمرو میشود. و بعد از قسم بر سر دعوی غبن

مآیند و به مقتضای آن عمل میشود. و هر گاه عمرو منکر (مصالحه غبن مصالحه) نباشد، و لکن بگوید که چون تو متروکات را پانزده تومان قلم دادی و من حصه

خود را

که همان قدر است صلح کرده بودم که چهار تومان مارزیده من غبن آن را صلح کردم.

و لکن غبن این که بر فرضی که چهل تومان متروکات بوده، آن را صلح نکرده‌ام. پس در

این وقت باید دانست اولاً که (۱) بر فرضی که به عنوان اطلاق گفته باشد که (غبن مصالحه

را صلح کردم) باید منصرف شود به عرف و عادت که در صلح از چه قدر غبن مسامحه

مکنند. و در عرف و عادت بیست تومان را به چهار تومان اسقاط نمکنند. و الا  
دعوی

غبن در صلح و در (صلح صلح) و غبن صلح الی غیر النهایه جاری میشود. زیرا بر همه  
آنها صادق است که صلح اند، و در صلح دعوی غبن جاری میشود.  
پس یا باید بنا را به متعارف زمان گذاشت و آنچه مطابق است و به آن ممضی  
داشت، یا آن که در حین مصالحه غبن صلح، یا (صلح غبن مصالحه صلح غبن)  
تصریح

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



کرد به این که صلح کردم حق خود را هر چند مساوی تمام دنیا باشد، و امثال آن.  
پس اگر

از بابت صورت اول است از برای عمرو عود دعوی غبن هست. و اگر از باب  
صورت دوم  
است نمیتواند دعوی کند. و این که گفته است که معنی را نفهمیده بودم، مسموع  
نیست.

۷۲: سوال: شخصی هست نه سال قبل از این، خانه و حصاری داشته. قدر معینی  
از خانه و حیاط خود را از يك طرف مفروزا و مقسوما، به کمترین فروخته. و در  
ضمن عقد  
مبیاعه با کمترین شرط نمود که ممر مستمر بقیه خانه‌های او - که يك اطاق فوقانی  
است  
و طاقی تحت آن - علی الاستمرار (بر سبیل حق المرور بدون تملك عین) از محوطه  
[ای]  
که به کمترین فروخته، باشد. و مادامی که آن بقیه در ملك او بوده خود و متعلقانش  
(که

قلیلی بوده‌اند) و عمله يك دستگاه نساجی که در اطاق مزبور داشته از محوطه مبتاعه  
کمترین آمد و شد منموده‌اند. بعد از مدتی همان اطاق و طاق مزبور را نیز (مع ما  
حاذاها

من المحوطه ومع حق المرور) ی که از محوطه مبیعه به کمترین داشته با ممر از  
محوطه  
به شخص نساج همسایه - که خانه‌های او متصل به طاق مزبور و بقیه محوطه است  
و دکان  
نساجی او و ممر عمله نساجی همیشه از دروازه و ممر و محوطه سابق خودش بوده  
-

فروخته،  
و نساج مزبور بعد از ابتیاع طاق و اطاق مزبور پنج شش دستگاه نساجی خود را که  
در خانه‌های سابق خود داشته و راه عمله آنها از دروازه و محوطه سابق خودش بوده  
نقل  
به طاق مبتاعه مزبوره نموده، و آمد و رفت بسیاری از عمله پنج شش دستگاه نساجی  
خود  
و دیگران را (۱) به محوطه کمترین انداخته. و این معنی موجب اضرار بسیار مالی و  
عرضی  
به کمترین میباشد. و سخن شخص نساج مزبور این است که راه اطاق و طاق

ابتیاعی

مزبوره موافق مضمون قبالبه (قباله چه) که در دست دارم، و  
[موافق] شرط ضمن العقد، از حیاط تو است، هر کسی را شغلی با من باشد از عمله

و

غیرهم هر قدر باشند باید از اینجا آمد و شد نمایند.  
استدعا آن است که حکم شرعی آن را موافق رای صواب نمای عالی در فوق

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

عریضه مرقوم و به خاتم شریف مزین و مختوم فرمایند که آن شخص نساج را شرعا  
میرسد که راه آمد و شد عمله پنج شش دستگاه نساجی خود را (که نیز قبل از  
خریدن

طاق مزبور از دروازه و محوطه سابق خودش بوده) به مجرد این که او را حق  
المروری در

حیاط حقیر میباشد به حیاط حقیر بیندازد یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که هر گاه عمارت را با حق العبور آن بفروشد و استثنا کند  
از این يك خانه مخصوص را با حق العبور، آن خانه به قدر همان چه در متعارف آن  
خانه

محتاج است به معبر همان قدر را مستحق است. و زاید بر آن را مستحق نیست. مثلاً  
حق العبور خانه مسکن، در متعارف مقدار خاصی است که ساکنین آن خانه و مهمان  
ایشان و اقربای ایشان که به عبادت و دیدن مآیند، و خدمت ضروریه اهل آن تردد  
کنند. و حق العبور دکان عطاری و مطب طبیب و امثال اینها، عبور اهل بلد است در  
آن.

پس هر گاه در حین بیع آنچه را استثناء از مال خود کرده حق العبور مسکن یا بعلاوه  
يك

دستگاه جولائی باشد والحال دستگاههای متعدده و او شود که موجب زیادتی آن بر  
متعارف شود، صاحب خانه میتواند منع کرد. و این معنی منافات ندارد با این که  
نمیتواند مانع تصرف صاحب خانه بشود در ملك خود به هر نحو که خواهد. زیرا که  
آن

منع از عبور است نه از دستگاه متعدد کردن.

۷۳: سوال: مسأله دیگر آن که: هفت هشت سال قبل از این که شخص بایع طاق و  
طاق مزبور را - مع ما حاذاها من المحوطه - به شخص نساج مزبور فروخته هر  
چند مفروز

بوده لکن چون متصل به خانه کمترین، و راه آن (چنان که عرض شد) بر سبیل حق  
المرور

از حیاط کمترین بود. حقیر ادعای اخذ به شفعه نمودم. چون مشتری مزبور متوسل  
به

جایری شد حقیر را اخذ به شفعه از پیش نرفت سکوت کردم. و لکن اسقاط شفعه  
نکردم

و جاهل به مسأله (فوریت شفعه) هم بودم. آیا حال که چندین سال است که از آن  
گذشته و بایع وفات یافته و مشتری هم تصرفات چند در آن نموده است حقیر را حق  
شفعه بوده است یا نه؟ -؟. و هر گاه بوده الحال با وصف وفات بایع و تصرفات

مشتري،  
باقی است یا نه؟ -؟. بینوا توجروا.

جواب: در صورت عذر تاخیر اخذ به شفع وعدم قدرت بر آن: ظاهر این است که در صورت جهل به فوریت حق اخذ به شفع وعدم تقصیر در اخذ مسأله، تواند اخذ به شفع کرد. هر چند مدت متمادی شده باشد و بایع فوت شده باشد. و لکن گاه است که

امر منجر به مرافعه شود، و به مقتضای آن باید معمول داشت.

۷۴: سوال: هر گاه زید در زمین سرایشب حصارى داشته و عمرو نیز در ما فوق حصار مزبور يك قطعه زمین داشته. و از قدیم الایام آب برف و باران زمین مزبور مع ما فوق آن از ساحت درگشا و راه حصار مزبور میگذشته و به دره میرسید. حال زید صاحب حصار را میرسد که در ساحت مزبور احداث عمارت نموده مانع از مرور آبهای

مزبوره بشود یا نه؟ -؟. و هم چنین عمر و صاحب زمین را میرسد که بعد از تعمیر زمین مزبور

ساحت مذکور را مصب ماء المیزاب و مطرح الثلج قرار دهد به قوت حق الممر قدیم یا نه؟ -؟.

جواب: طریقه مستمر قدیم که بلا منازع بوده نمیتوان بر هم زد بدون حجت شرعیه. و زید را نمیرسد که مانع جریان آب زمین عمرو شود. و لیکن عمرو هم به قدر حاجت همان

مجرا استحقاق دارد و علاوه بر آن تصرف نمیتواند کرد. و شکی نیست که مصرف جریان

آب باران از پشت بام و انداختن برف در زمین، بیشتر است از تصرف سابق. چون در آن وقت

که زمین عمرو عمارت نبود قدری آب باران و برف به تدریج بر زمین فرو میرفت و قدری

جاری میشد به ساحت زید، والحال اکثر آن برف و بارانها به ساحت زید میآید. پس زید

مانع آن زیادتى تصرف، میتواند شد.

۷۵: سؤال: هر گاه ریشه درخت باغ زید از زیر زمین به زمین عمرو بروز نموده در زمین عمرو نهالی از آن ریشه سبز شود. آیا نهال مزبور از زید است یا عمرو؟ -؟. و عمر را

میرسد که ریشه مزبوره را قطع کند مثل شاخ یا نه؟ -؟.

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

۷۶: سؤال: آب انباری که وقف عام است کسی در وقت تنگایی از قناتی - که

بعض  
آن وقف، و بعض آن خالصه، و مالک قدری از آن صغیر، و بعضی کبیر، و بعضی  
غایب [اند] -

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

جواب: ظاهر این است که این آب در حکم تالف باشد که مالک از آن اعراض کرده باشد. مثل خرمن گندمی که باد آن را متفرق کرده باشد و هر دانه از آن در گوشه [ای] افتاده باشد. خصوصا در وقتی که وقت زمستان بر آن داخل شده که هیچ حاجتی بر آن از برای ملاك باقی نماند. و لیکن اهل آب انبار در آن وقت محتاجند که آب در آن جمع کنند از برای تابستان. پس در آن وقت حرمتی از برای این سال باقی نماند. و بهتر این است که در این وقت به صاحبان آب موجود بگویند که یا آب خود را بیرید یا حلال کنید و الا ما آب انبار را معطل نخواهیم گذاشت. و هر گاه نکنند حجت ایشان ساقط میشود. و بهتر این است که در این وقت به عرض حاکم شرع هم

برسانند  
که یا آنها را الزام کند یا خود آنچه داند بکند.  
و از برای غایب و صغیر حاکم شرع یا عدول مومنین - اگر حاکم شرع نباشد - به  
گنجایش وقت تصرف اهل آب انبار (نه وقت تصرف غاصب) قیمتی ملاحظه کنند.  
و ظاهر  
این است که به هر چه اهل خبره قیمتی از برای آن بگویند [همان خواهد بود] (۱).  
خلاصه

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



اگر فرض شود قیمتی از برای آن به این نحو که قدری از آن آب اجرت بیرون آوردن آن

و به مصرف مالك رساندن آن محسوب شود، و تتمه اگر چیزی بماند (به فرض محال) از

برای صغیر و غایب و موقوف علیه، منظور دارند، و در باقی تصرف کنند، و آب انبار و

اهل آن را معطل نگذارند و عین موقوفه را ضایع نگذارند. و اگر چنین نکنیم عسر عظیم

و حرج شدید لازم می‌آید، و در شریعت سمحه سهله عسر و حرج منتفی است:

۷۷: سوال: هر گاه آب شخصی دیگر بی خبر و خود سر بیاید و داخل حوض شخصی

بشود. آیا جایز است تصرف در این حوض یا نه؟ -؟.

جواب: اصل عدم جواز تصرف است در مال غیر، مگر به رضا و اذن او صریحا یا فحوی، یا شاهد حال او. باید به مصالحه تراضی حاصل شود به وجهی، در صورت عدم

رضا. (۱) زیرا که در اینجا شرکت متحقق شده است به سبب امتزاج مالین. واحد شریکین

جایز نیست تصرف او در ملك مشترك، و مؤید این است که فقها در مسأله (اجتماع آب

مباح الاصل در ارض غیر) متعرض شده‌اند و گفته‌اند که مال صاحب زمین نمیشود الا به حیات. و هر گاه دیگری حیات کند ملك او میشود، و جایز نیست استرداد از او. هر

چند فعل حرامی کرده است که داخل ملك غیر شده است بدون اذن. پس هر گاه مباح الاصل به سبب دخول در ملك غیر مال او نمیشود، مملوك به طریق اولی، این که

معلوم است.

و لکن اشکال در این است که بر صاحب حوض بیش از این نیست که با صاحب آب

بگوید که بیا آب خود را ببر. و هر گاه نیاید ببرد و نه هم صاحب حوض راضی شود به

قیمت دادن، بلکه بگوید. بیا عین آب خود را ببر هر گاه مقدار را مدانی، و به عنوان مصالحه هر چه رضای طرفین شود. ببر هر گاه نمدانی، یا مرا بری الذمه کن، و بر من واجب نیست نقل آب به سوی قنات تو یا نهر تو. ظاهر این است در این صورت -

هر گاه

مالك هيچ کدام را نکند - متواند صاحب حوض که بری الذمه باشد، و آن مال در حکم مالی است که از آن اعراض شده باشد، یا در حکم تالف است بدون تفریطی از

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

صاحب حوض. چون متمیز نیست. و اجبار صاحب حوض بر دادن قیمت هم راهی ندارد.

و در صورت ممانعت صاحب آب و مساهله او، دور نیست که بهتر این است که به حاکم شرع عرض حال کند. و حاکم او را الزام به قیمت نمیتواند کرد. و هر گاه مالک

غایب باشد، یا صغیر باشد، در آنجا رجوع به ولی شرعی یا حاکم شرعی میشود و ایشان نیز او را الزام به قیمت نمیتواند کرد. و هر گاه ولی شرعی یا حاکم شرعی هم ممکن نشود، دور نیست که این گفتگو را با عدول مومنین کند به نهجی که گفتیم در

حاکم، و هر گاه آن هم میسر نمیشود خود اگر تواند و امکان داشته باشد که قدری از آن

آب را به مصرف رساند [و باقی را] به مصرف صاحبش [رساند] که کرده باشد. و الا

بر او چیزی نیست.

و احتیاط در چنین صورتی این است که به تصدیق اهل خبره تنخواه او را در ذمه بگیرد و به او برساند. چنان که جمعی از فقها در صورت (امتناع صاحب طلب از حق

خود در حلول اجل) قایل شده‌اند که هر گاه صاحب طلب امتناع کند، به حاکم شرع

بدهد. هر چند وجوب آن معلوم نیست. خصوصا در اینجا که موضوع مسأله، عین است

نه دین، که امر او مشکل تر است. به جهت این که دین امر کلی است و متمیز نمیشود الا

به اقباض صاحب طلب یا کسی که قائم مقام او باشد، مثل حاکم.

۷۸: سؤال: مجرای قناتی از قریه خارج میشود. و مصب آن و مزرع آن در خارج قریه است. و از قدیم الایام الی الان قلیلی از این آب داخل چاهی که زید در خانه خود

دارد میشود که به آن رفع حاجت زید میشود. و عمرو هم که یکی از مالکان آب است

در خانه خود پایابی (۱) حفر نموده که عبارت است از چاهی که پهلوی آن شکافته و

پله‌های چند دارد که از آن پله‌ها میروند تا به ته آن چاه میرسند و از آنجا آب بر مدارند. الحال عمرو از آن چاه خانه زید نقبی کنده تا این چاه پایاب، که آب

جاری  
شود به آن چاه، و از آنجا هم نقبی کنده تا به خانه خالد، که در آنجا هم قلیلی از  
آن آب  
نهر جاری است که این آب بر سر آن آب افتد. و مجموع مرود به داخل اصل نهر

-----  
۱: پای آب. پایگاه آب. جایگاه آب.

بزرگ، مشهود و بیرون مرود به مزرع. و در نهر مشترك تصرفی نکرده.  
الحال بعضی از ملاك نهر راضی و بعضی مانعند از آب بردن عمرو. آیا جایز است  
عمرو را این تصرف یا نه؟ -؟. و آیا مانعین را مرسد منع یا نه؟ -؟. و آیا هر گاه  
عمرو آب

مذکور را در روز نوبه احد ملاك آب که راضی هستند ببرد سایر ملاك میتوانند مانع  
شد یا نه؟ -؟. و آیا این نوبت و مهایات لزوم دارد یا نه؟ -؟. و بر فرضی که لزوم  
ندارد آیا

عمرو میتوانند که مانع تصرف سایر شرکاء شد یا نه؟ -؟. و آیا هر کس که صاحب  
نوبه

سابق است بر او لازم است که آب را از ملك خود قطع کند؟ یا این که بر صاحب  
نوبه

لاحق است که آب را سد نماید و آب را ببرد به مزرع خود؟.  
جواب: ملاکی که راضی نیستند که عمرو آب ببرد به خانه خود به پایاب خود،  
متوانند مانع عمرو شوند از بردن آب. چون این معنی تصرفی است در اصل آب  
شرکاء

بدون اذن ایشان. و ایضا تصرفی است در خانه نهر مشترك که مجرای آب است به  
چاه

زید. و جواز تصرف زید به سبب استمرار از استحقاق قدیم منشأ جواز تصرف عمرو  
نمیشود. هر چند عمرو شق نهري تازه به آن خانه نهر نکرده است. و از اینجا معلوم  
شد

که در درون نوبه خود یا نوبه سایر شرکاء که راضی هستند هم نمیتواند آب از آن  
مجرا

ببرد، هر چند آب مال خود او یا مال شرکائی است که راضیاند.  
و اما سؤال از لزوم نوبت و مهایات: پس آن عقد لازمی نیست. و هر وقت بخواهند  
بر هم مزینند. و وقتی که بر هم زدند آن شخصی که نوبت خود را برده باید اجرت  
المثل

مجرا را به قدر حصه شرکاء به آنها رساند.

و اما سوال از مانع شدن عمرو و سایر شرکاء از تصرف در آن: پس اگر مراد منع  
مطلق

است پس آن بی وجه است. و اگر مراد عدم رضای تصرف بر نوبه قدیم [است] و  
[می]

خواهد تجدید بنای نو به و مهایات گذارد، یا هر گاه که ممکن شود خواهد قسمت  
آب

بکند، میتواند که چنین کند. اما ایشان را معطل نمیتواند گذاشت که انتقام بکشد و آب شرکا از میان برود. بلکه باید فوراً بنای درستی بگذارد به رضای شرکا. و اما سوال از سد آب بعد از انقطاع: پس ظاهر این است که بر صاحب نوبه اول

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

را به

زید داده و صیغه صلح به اسم خود جاری کرده است و صلحنامه چه به اسم خود گرفته. آیا

در این صورت این صیغه صحیح است یا نه؟ -؟.

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



آن معنی ندارد نه به عمرو و نه ولد او، چنین صلحی باطل است از اصل. بلی آنچه صحیح است صلح حق دعوی است. و در این صورت هر گاه عمرو ولد خود را وکیل کرد در صلح دعوی به آن مبلغ معین. پس هر گاه ولد عمرو صلح کرد مبلغ معین را با زید در عوض آن دعوی که آن مبلغ در ذمه او باشد، و بعد همان مبلغ معین عمرو را بعینه داد

به زید، در این صورت صلح صحیح است و حق دعوی زید منتقل میشود به ولد عمرو. و تا ولد عمرو اثبات نکند حقیت زید را ملک مال او نمیشود. و در این صورت ولد عمرو آن مبلغ معین مال عمرو را به او رد کند، و آنچه از برای او باقی ماند همان استحقاق دعوی است.

و اما هر گاه ولد عمرو صلح کرده باشد با زید آن دعوی را به همان مبلغ معین که مال عمرو است، پس اگر عمرو اجازه نکند آن مصالحه باطل میشود. و باید مال عمرو را به او رد کند، و باز دعوی بر حال خود باقی است. و هر گاه اجازه کند آن صلح را پس حق دعوی منتقل میشود به عمرو، و چون دعوی کسی با خود آن معنی ندارد، پس معنی آن اسقاط دعوی

زید میشود و صلح مثمر سقوط حق دعوی زید میشود و ملکیت عمرو مستقر میشود بلا تنازع. و چون راه شبهه صحت صلح در دعوی عین و اضح تر بود - و ظاهر این است که سوال سائل هم مبتنی بر آن است که عین معینی را به خود منتقل کرده - ما متعرض دعوی

بر عین شدیم. و الا گفتار در دعوی دین و حق هم جاری است و سخن در آن هم بر نهج دعوی

بر عین است. زیرا که در هر دو صورت مادامی که بر عمرو اثبات نشود عدم استحقاق (مدعی

فیها) نه آن عین را میتوان صلح کرد و نه دین حق را. بلکه آنچه که میتوان صلح کرد نفس حق دعوی است، و با سقوط حق دعوی مدعی را حقی در مال مدعی فیها. در ظاهر

شرع باقی نمماند.

۸۰: سوال: شخصی یخچال خرای از پدر به او منتقل شده، و در اطراف آن یخچال املاك مردم است. و آن یخچال ممر آبی داشته والحال منظمس شده و محل آن معلوم نیست. و يك نفر شهادت مدهد كه ممر آب آن از زمین زید بوده و زید منكر است. حكم این مسأله چه چیز است؟.

جواب: اولاً این که ملکیت یخچال مستلزم ثبوت ملکیت مجرا از برای آن، نیست. زیرا که ممکن است که صاحب یخچال به عنوان اجاره یا عاریه، آب از زمین‌های مردمی مأورده.

و بر فرضی که مستلزم باشد، یا از خارج ثابت باشد که این یخچال ممر ملکیت داشته، و لکن معلوم نباشد که در کدام زمین است و هر يك از زمین‌ها محتمل است که ممر در آن بوده، در این وقت محتمل است که عمل به قرعه شود. و محتمل است که بگوئیم که بر هیچ يك از ملاك چیزی لازم نیست. مانند جامه [ای] مشترك میان چند نفر که متروك منی در آن یافت شود و بر هیچ يك معلوم نباشد که از او است، که غسل بر هیچ يك واجب نیست. به جهت اصل برائت. و این مانند آن نیست که کسی مشغول ذمه مالی هست که منحصر است در جماعت معینه و نمیداند که حق کدام است، و هیچ يك از ایشان هم نمیدانند، که در اینجا گفته‌اند که باید با همه صلح کرد. چون در اینجا شغل ذمه آن شخص ثابت است.

و در اینجا شغل ذمه هیچ يك از ملاك ثابت نیست.

هر چند در نظر حقیر دور نیست که در این صورت (۱) هم این از باب مجهول المالك باشد و به مصرف مجهول المالك باید رساند، و مصالحه با آنها لازم نباشد. و احتمال دوم اظهر است از احتمال قرعه.

اینها در صورتی است که شاهی در میان نباشد و هیچ يك از صاحب یخچال و صاحب زمین‌های حوالی آن، عالم به حال نباشند، و دعوی قطعی و انکار قطعی در میان نباشد.

و هم چنین هر گاه همین يك نفر شاهد باشد خواه عادل باشد و خواه عادل نباشد، و جهالت ملاك املاك و یخچال هم بر صورت سابق باشد، هم مثل سابق است، و هیچ نفعی ندارد. و اما هر گاه پیا مرافعه به میان آید و صاحب یخچال ادعای جزم کند که ممر آب او در

زمین زید  
است و يك نفر شاهد هم مطابق  
آن دارد، پس اگر آن شاهد عادل است و صاحب یخچال هم (قسم جزء بنیه) یاد  
کند،  
حق ممر او در زمین زید ثابت میشود، و هر گاه عادل نباشد آن شاهد، و مدعی  
دعوی  
جزم کند بر استحقاق ممر در زمین زید، پس اگر زید منکر است به عنوان جزم و  
مگوید تو را حق نیست، در این زمین، در اینجا صاحب یخچال تسلط قسمی دارد  
بر

زید، و هر گاه نکول کرد و قسم را رد نکرد بر مدعی ممر آب را تسلیم او کند. و هر گاه

رد کرد و مدعی قسم خورد باز ممر را مگیرد، و اگر نکول کرد حق او ساقط میشود.

و هر گاه صاحب یخچال دعوی ظنی کند هم اظهر این است که تسلط قسم دارد. و در اینجا رد قسم نمیشود، به محض نکول حق ممر ثابت میشود. و هر گاه زید منکر به

عنوان جزم نباشد بلکه بگوید که من علم ندارم که تو را حقی در اینجا هست. در این صورت اشکال عظیم به هم میرسد. و هر چند ظاهر علما آن است که قسم متوجه او

میشود و چون نمیتواند قسم یاد کرد به عنوان جزم و دلیلی هم نیست بر جواز قسم نفی العلم، قسم را رد میکند به مدعی، هر گاه قسم خورد مگیرد، و الا حق او ساقط میشود و لکن اظهر در نظر حقیر این است که این قسم مردود نیست. بلکه رجوع قسم

به مدعی میشود نظر (۱) به عموماتی که یمین از جمله اموری است که رفع نزاع به آن

میشود [در جائی که] طریق دیگر برای رفع دعوی نیست (و تحقیق این مطلب را در کتاب قضای مناهج کرده‌ام) و اما هر گاه (۲) مدعی دعوی ظنی کند و زید بگوید نمیدانم، در اینجا دعوی از اصل ساقط است. (۳)

۸۱: سوال: زید مصالحه میکند يك خروار پوست همدانی را به عمرو - بدون این که وزن کند و مشاهده پوست‌ها بشود - به شرط این که اگر از پانصد ر عدد بالاتر باشد

زیادی مال صاحب پوست باشد، به مبلغ معینی. آیا صحیح است یا نه؟ - جواب: اظهر این است که جهالت در صلح مغتفر است به شرط این که استعلام حال در وقت صلح متعذر باشد، یا متعسر. بدون فرقی ما بین عوض و معوض، و صلح بر حقوق

قدیمه و صلح ابتدائی. و هر گاه استعلام متعذر با متعسر نباشد بالفعل، صحیح نیست. و

---

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

۲: یعنی اینجا از مصادیق مدلول عمومات نیست.

۳: این کلام میرزا (ره) از (بلکه رجوع قسم...) تا (از اصل ساقط است) نیازمند توضیح است: مگوید: قسم

وقتی متوجه مدعی مشنود و به او رجوع مکنند که راه دیگری برای قطع دعوی نباشد. و در اینجا راه دیگری هست و آن سقوط اصل دعوی است. پس قسم به مدعی رجوع نمکنند.

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

۸۲: سوال: شخصی دعوای شراکت ملکی با خالوی خود دارد از باب حق مادر که از جد مادری منتقل شده. و خالو اقرار به حق او کرد، و بعد صلح کرد دعوی او را به

قدر معینی از همان ملک. بعد خالو دعوی غبن منماید. آیا هر گاه آن شخص مدعی تفاوت قیمت را به خالو بدهد باز خالو اختیار فسخ مصالحه را دارد یا نه؟ -؟. جواب: دور نیست که با وجود بذل تفاوت باز خالو مسلط بر فسخ باشد، به جهت استصحاب خیار چنان که اظهر و اظهر در خیار غبن هم همین است. هر چند مجال این

سخن هست که دلیل ظاهری بر ثبوت اصل (خیار غبن در صلح) به غیر قاعده ضرر نیست. بخلاف بیع که در آنجا اجماع منقول و بعضی اشارات از اخبار هست. و قاعده ضرر

در مانحن فیه جاری نیست، به سبب این که مفروض این است که غابن رفع ضرر از مغبون

مکند به دادن تفاوت قیمت. پس باید صلح بر لزوم باقی بماند. و هر چند فی الجملة رجحانی در نظر هست از برای آنچه اول گفتیم، به سبب استصحاب، چون خیار در اول اطلاع بر غبن حاصل نشد و ارتفاع آن به دادن تفاوت

معلوم نیست، و به سبب شهرت حکم در مسأله بیع و ظاهر عدم فرق است. و لکن احوط

این است که بنا را در این مقام نیز بر صلح گذارند.

۸۳: سوال: زید و عمرو با یکدیگر محاسبه داشتند. در سر مبلغی اختلاف کرده‌اند. عمرو مگوید به تو دادم. و زید مگوید نگرفتم. بالاخره صلح کردند به نصف ما به الاختلاف. آیا هر گاه عمرو دروغ گفته [باشد] مشغول ذمه زید هست در آن

نصف که نداده؟ و زید هر گاه گرفته باشد مشغول ذمه آن نصف هست که گرفته یا نه؟ و

در دنیا حکم ایشان چه چیز است؟.

جواب: صلح در ظاهر شرع دعوی را ساقط میکند. و لکن هر کدام بیاطل باشند مشغول الذمه دیگری هستند در آخرت. و هر گاه بعد از صلح به اقرار یا بینه ثابت شود

بطلان قول آن که بر باطل بوده، حق خود را در دنیا هم میتواند مطالبه کرد. مگر این که در

-----  
۱: از آن جمله: رجوع کنید به مسأله ۴۴.



حين مصالحه ابراء ذمه کرده باشند به طيب خاطر هر چند بر باطل گرفته شده باشد.

۸۴: سؤال: چه مفرماید در خصوص این که صلح مهری واقع بشود به وجه معینی. مشروط به طلاق وعدم رجوع، نماید. میتواند یا نه - بعد از جاری شدن صیغه

طلاق و قبل از انقضای عده؟ -؟. و دیگر بفرمایند که شرط ما بین ایجاب و قبول هر گاه

اتفاق نیفتد و قبل از ایجاب و قبول باشد، و بعد از ایجاب و قبول اعاده شرط نشده. آیا

این شرط لازم است یا نه؟ -؟.

جواب: نظر به شرط، ظاهر این است که طلاق گفتن واجب میشود. و هم چنین رجوع کردن حرام میشود. و لکن هر گاه طلاق ندهد باز زوجه زوجه او است. چون

مقتضای عقد نکاح دوام است. و ازاله آن نمیشود الا به طلاق و امثال آن. و مقتضای

طلاق رجعی صحت رجوع است و مترتب شدن ثمره رجوع به آن. و حرام بودن رجوع

منافات ندارد با ترتب ثمره رجوع که عود زوجیت است. هر چند فعل حرام کرده باشد. (۱)

بلی در این صورت زوجه به سبب رجوع زوج به او مسلط میشود بر فسخ مصالحه مهر و

باز مهر خود را مطالبد. و وجه مصالحه را رد میکند. و اگر نخواهد فسخ کند صلح بر حال خود باقی است.

و اما سؤال: از حال ذکر شرط قبل از عقد: پس اظهر این است که شرط اعتبار ندارد مگر این که ذکر شود ما بین ایجاب و قبول. و اعاده آن بعد از ایجاب و قبول نفعی ندارد.

۸۵: سؤال: شخصی دو باب خانه داشته و يك باب را به کمترین فروخته و يك باب را جهت خود نگاه داشته در آن سکنی نموده. و ممر (راه روش) خانه بایع از خانه مبتاعه به کمترین بوده. و همان خانه مسکونه خود را بایع مزبور به شخصی که همسایه آن بود در معرض بیع در آورده. کمترین به محض اطلاع [از] مبایعه، اظهار حق

الشفع خود را نموده‌ام. و به علت این که مبادا کمترین بعد از وقوع مبایعه، خانه بایع را به

شفعه اخذ نمایم، معامله را به صورت مصالحه نموده‌اند. آیا در چنین صورتی که

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

مبايعه بوده و به جهت سقوط شفعه كمترين به صورت مصالحه نموده‌اند، آيا شفعه در

آن جاري است يا خير؟ -؟.

و ديگر اين كه مشتري كه خانه‌ها را ابتياع نموده خانه‌هاي قديم او متصل به همين خانه ميباشد،

اكثراً عبور ممر خانه‌هاي قديمي را از خانه‌هاي جديد وا گذاشته، كه حال عبور شخص

مذكور و عمليه دكاكين نساجي او اشخاص ديگر در محوطه حقير ميباشد. و بسيار بر

عيال و كسان حقير دشوار است. استدعا آن كه صورت مسأله را در فوق عريضه قلمي

فرمايند كه آيا در صورت اول شفعه حقير مرسد و ميتوانم به شفعه اخذ نمايم يا خير؟ -؟. و ديگر آن كه ممر و عبور حال را كه علاوه بر ايام قديم است ميتوانم منع نمايم

يا خير؟ -؟.

جواب: اظهر واشهر اين است كه در عقد صلح حق الشفعه نميباشد، و ظاهر اين است

كه هر چند عدول از صيغه بيع به صيغه صلح از براي حيله اسقاط شفعه باشد باز چنين

است، يعنى حق شفعه ساقط است. و اما حكايت سوال از معبر و مانع شدن مترددين: بلى ميتواند مانع تردد زايد بر مقدار حاجت يك خانه بشود. چون بايع استحقاق تردد زياده بر حاجت تعارفى يك خانه، نداشته، الحال مشتري هم نميتواند زياده از آن مقدار تردد كند. والله العالم.

۸۶: سوال: هر گاه مجراى آب زيد در خانه عمرو باشد، و در مجرا خرابى به هم رسيده

كه عبور آب منشأ تضرر خانه عمرو ميشود. آيا عمرو را مرسد كه منع كند زيد را از

بردن آب، تا اين كه رفع ضرر كند از خانه او -؟.

جواب: ظاهر اين است كه نميتواند او را الزام كند به تعمير مجرا و رفع ضرر.

بلكه عمرو بايد خود رفع ضرر از خانه خود بكند. چنان كه هر گاه خرابى در مجرا به هم

رسد كه مانع عبور آب باشد، بر عمرو لازم نيست كه مجرا را درست كند تا او آب ببرد.

بلکه هر گاه خواهد آب ببرد خود رفع مانع کند و آب ببرد، آنچه بر عمرو لازم  
است  
همین تمکین زید است از آب بردن.

۸۷: سوال: زینب املاك چند را در حین سفر مکه معظمه مصالحه کرد به زید به يك من گندم و صد دینار نقد، و املاك را به تصرف زید نداد و شرط کرد در ضمن عقد

که زید وصایای چند به عمل آورد. و بعد از مراجعت از مکه اموال خود را متصرف شد.

بعد از چندی زید مرد و زینب خانه خود را که از جمله املاك مزبوره بود فروخت به عمرو. و بعد زینب فوت شد. الحال وارث زید مگوید خانه مال من است. آیا آن صلح

صحیح است؟ و این بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که صلح صحیح است. وعدم اقباض ضرر ندارد. لکن چون وصایا متحقق نشده به سبب فوت زید قبل از زینب پس زینب مسلط است بر فسخ مصالحه. پس اگر فسخ کرده و بیع کرده، بیع صحیح است. و هر گاه فسخ نکرده، بیع

صحیح نیست. و در صورت جهالت حال دور نیست ترجیح صحت بیع به جهت حمل فعل

مسلم بر صحت، و ظهور بیع در فسخ، و چون خیار فسخ از اموری است که به میراث

مرسد، وارث زینب الحال میتواند فسخ کرد. چون دلیلی بر فوریت آن خیار نیست، و استصحاب مؤید آن است، و لکن این فسخ وارث نفع ظاهری در تصحیح بیع کردن،

محل اشکال است و محتاج به تامل.

۸۸: سوال: زید مجموع اموال خود را مصالحه نمود به بعضی از اولاد خود - یکی کبیر و باقی صغار - به موجب صلحنامه صحیح معتبر. و بعد از هفت ماه به جهت طفلی

که جنین بوده در هامش صلحنامه قلمی نموده به این عبارت که: (چون جناب مصالح

اشیاء مفصله متن ار منتقل نموده بود و قبل از اجرای صیغه آثار حمل ظاهر شد پس بنابر این، طفل در رحم را با مصالح الیهم شریک نموده که بعد از ولادت به

مضمون - للذكر مثل حظ الانثیین - اموال مذکور را قسمت نمایند و عذری و بهانه [ای]

نجویند) الحال اولاد کبار که داخل در مصالح لهم نیستند مگویند که این صلح صحیح

نیست به سبب این که از متن مرسد که صیغه جاری شده و از حاشیه عدم اجرای آن

مرسد. آیا باعث بطلان صلح میشود یا آن که صلح صحیح است؟ -؟.  
جواب: کاغذ و صلحنامه چه من حیث هو اعتباری ندارد، خواه متن او باشد یا

حاشیه. مگر آن که به قراین از برای حاکم شرع علم به مضمون آن حاصل شود و آن بسیار بعید است. خصوصا در صورت سؤال که کمال اجمال دارد، و بسیار نامربوط است. پس باید اصل مسأله را از خارج معلوم کرد و به مقتضای آن عمل کرد. پس مگوئیم که: هر گاه به ثبوت برسد که آن ملك را صلح کرده به جماعتی از اولاد خود از صغار و کبار و صیغه مصالحه - اصالتا و ولایتا - جاری شده. در این صورت عقد مصالحه از عقود لازمه است. و دیگر آن طفل که در رحم است به هیچ وجه با آنها شریک نمیتواند شد. و هر گاه صیغه جاری نشده و هنوز ملك در ملکیت مصالح باقی است والحال که اثر حمل ظاهر شد، صیغه مصالحه را با همان اولاد اصالتا و ولایتا و با این حمل هم ولایتا جاری میکند، باز صلح نسبت به حمل صحیح نیست، چون حمل قابل تملك نیست. و این که در بعض صور ممکن است از برای او تملك - مثل وصیت و میراث - به دلیل خارج است، و آن هم مشروط است به این که آن حمل زنده متولد شود. پس ملکیت او در این صورت هم ملکیت متزلزل است، و مراعی است تا وقت ولایت. و در کلمات علما در (کتاب اقرار) تصریح است به این که هر گاه کسی اقرار کند به چیزی از برای حمل، سه صورت دارد: یکی آن که اقرار کند با ذکر سبب تملکی که شرعا مجوز تملك هست - مثل آن که بگوید که این مال از حمل است که به میراث به او رسیده، یا از برای او وصیت شده - دوم این که با ذکر سببی باشد که شرعا مجوز تملك نباشد مثل این که بگوید که به سبب این که جنایتی به او رسیده و مستحق غرامت آن شده، یا معامله [ای] برای آن شده که مال او شده. و سوم آن که مطلق اقرار کند و ذکر سبب

نکند.

در صورت اولی بی اشکال اقرار صحیح است، و لکن باید منتظر ولادت او حیا بود. پس اگر حیا متولد شد به او منتقل میشود. و الا، فلا. و در صورت دوم خلاف کرده‌اند،

واکثر صحیح دانسته‌اند. چون [با] اول کلام، اقرار تمام است، و منزل میشود بر وجه صحیح که یکی از آن دو صورت باشد (که وصیت و میراث است) و [به منزله] ذکر سبب

ملقی میشود. و در صورت سوم نیز اظهر حمل بر وجه صحیح است. پس از اینجا معلوم



شد که انتقال بر وجه معامله را محال بدانند. و از این جهت است که وقف ابتدائی بر

حمل را هم صحیح نمدانند، چون وقف تملیک عین است در حین اجرای صیغه، و حمل قابل ملک نیست، بخلاف وصیت که آن تملیک است بعد از موت موصی. و هر گاه مراد او در حاشیه، صلح نباشد. بلکه مراد او وصیت باشد. و از حکایت صلحی که در متن شده اعراض کرده، وال حال وصیت میکند از برای آن جماعت اولاد

با این حمل. پس در این صورت، وصیت صحیح است. و لکن باید ملاحظه کرد که از ثلث

مال او بر مآید یا نه. پس اگر زاید بر ثلث نباشد یا باشد و [لکن] ورثه امضا کنند، صحیح است. و به مقتضای وصیت (لذاکر مثل حظ الانثیین) قسمت میشود، و لکن به

شرط تولد او حیا. و اگر از ثلث بر نیاید یا وراثت امضا نکنند، اکتفا میشود به مقدار ثلث.

و بدان که: بعد از این که بنا را گذاشتیم به این که تصرف ثانی از باب وصیت بوده و

حمل هم متولد شد حیا، باید دانست که چنان که قابلیت ملک شرط است در (موصی له)،

وجود او هم شرط است در حال وصیت، هر چند به عنوان نطفه و علقه باشد. پس اگر از

وقت وصیت تا حین ولادت شش ماه کمتر گذشته، وصیت صحیح است. زیرا که جزم به

وجود او در رحم در حین وصیت حاصل میشود. و اما هر گاه زاید بر اقصی مدت حمل

گذشته باشد و متولد شود، پس معلوم است که در آن وقت موجود نبوده، و صحیح نیست. و هر گاه به قدر اقصی مدت حمل گذشته باشد با مقدار زمان امکان جماع کردن، یا کمتر از اقصی یعنی ما بین اقصی مدت حمل و اقل مدت حمل. پس اگر آن حامل شوهری دارد، یا مولائی دارد (اگر کنیز باشد)، پس حکم به صحت نمیشود زیرا

که احتمال دارد که بعد از وصیت به هم رسیده باشد. و علم به وجود او در حین وصیت

حاصل نمیشود.

و اما هر گاه شوهری یا مولائی ندارد، پس حکم میشود به وجود آن در حال

وصیت.  
و هر چند در اینجا هم محتمل است که به سبب زنا یا وطی به شبهه، بعد از وصیت  
به هم  
رسیده باشد. لکن در اینجا (ظاهر) را بر (اصل) مقدم داشته‌اند چون افعال مسلمین

محمول بر صحت است، و این قاعده مقتضی عدم زنا است. و وطی به شبهه هم از امور

نادر الوقوع است. و غالب این است که حمل به انقضای اقصی مدت حمل یا [نزدیک] به

آن متولد میشود. و بر این ایراد شده که این در حمل کافره تمام نمیشود. و ایضا آن زنی که فراشی دارد (یعنی شوهری یا مولائی) هم که غالب این است که ولد به نه ماه

متولد میشود که اقصای حمل است (بنا بر اشهر و اظهر) یا نزدیک به آن. و چنان که در

آنجا (ظاهر) را مقدم مدارند، در اینجا هم مداریم.

و اگر گوئی: که در صاحب فراش به سبب اصل تاخر انعقاد نطفه حکم به وجود حمل نمکنیم. مگوئیم: که با وجود این که معارض است با اصل تاخر وصیت، این سخن در زن خالی از فراش هم جاری است. و هم چنین اگر بگوئی: که اصل عدم انتقال

مال از موصی به غیر، به سبب آن است. [گوئیم:] در اینجا هم جاری است. بلی میتوان

گفت که این سخن در خالی از فراش، محض از راه تقدیم ظاهر بر اصل نیست تا قابل

معارضه با [اصل تاخر وصیت] باشد، بلکه به سبب متابعت دلیل و قاعده است. زیرا که

حکم به عدم زنای خالی از فراش به سبب حمل فعل مسلم است بر صحت، که از جمله

قواعد و ادله است. و عدم حصول وطی به شبهه هم از راه اصل عدم حصول شبهه است

در خارج، نه محض ندرت.

پس در خالی از فراش

(حسب الامکان) نفی علوق نطفه مکنیم تا این که اقصی مدت حمل بگذرد. و در این وقت

چون نفی علوق امکان ندارد، پس ملتزم مشویم علوق را مرددا ما بین زنا و شبهه. و اما

در زن صاحب فراش پس در آنجا چون فراش از ادله شرعیه است و به سبب آن لحوق ولد

ممکن است و موقوف نیست بر علم به تحقق جماع بلکه امکان آن کافی، پس در

اینجا

چیزی نیست که ما را مضطر کند به این که تاخر امکان انعقاد نطفه را اعتبار کنیم  
(۱). پس تکیه

در مسأله به محض تقدم اصل بر ظاهر یا ظاهر بر اصل، نیست. تا مورد معارضات  
شود.

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

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

۸۹: سوال: زید مجموع اموال خود را مصالحه نماید به بعضی از اولاد خود، یکی کبیر و تتمه صغیر. و مصالح مذکور در مواضع متعدده اعتراف نماید و بگوید که ای جماعت مستمعین صلح نامه را مهر کنید و هر يك شاهد مصالحه باشید. لکن بر شهود اجرای صیغه

معلوم نباشد. آیا از صلح نامه اجرای صیغه و اخذ و قبض مصالح به، مرسد یا نه؟ - ؟. و اولاد

کبار که داخل در مصالح لهم نیستند مگویند که شهود شاهد بر اجرای صیغه نیستند. و به

این جهت صلح ثابت نیست و ما حق خود را میخواهیم. آیا سخن ایشان مسموع است یا نه؟ - ؟.

جواب: ظاهر این است که به اقرار به صلح ثابت میشود صلح، و شاهد بر اقرار، ضرور

نیست که شاهد بر اجرای صیغه باشد. و احتمال این که مقرب به صلح، مراد او محض مساومه

باشد یا معاطات، خلاف ظاهر است. خصوصاً در صورتی که مصالحه نامه به عنوان اجرای

صیغه نوشته شده باشد. و مصالح مگوید شاهد باشید که من صلح کردم و کاغذ را مهر

کنید و هر گاه آن اولاد کبار که مدعیانند، قبول اقرار بکنند لکن بگویند که اقرار  
مبتنی  
بر معاطات و مساومه بود. و مصالح لهم بگویند که به عنوان صیغه بوده، قول ایشان  
مقدم است  
با یمین. والله العالم بحقایق الامور.  
۹۰: سوال: زید از عمرو مبلغ صد تومان طلب داشت، و عمرو منکر بود. و زید  
مزبور  
پنجاه تومان آن را صلح نمود به مبلغ معینی. و از پنجاه تومان دیگر ساکت بود نظر  
به

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

مصحلت. حال زید مگوید به عمرو که پنجاه تومان دیگر مرا بده. عمرو مگوید که  
دعوای

تو بر من همین پنجاه تومان بود که صلح نمودی و ادعای دیگر نداری. آیا سخن زید  
مسموع  
است یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند که سماع دعوی پنجاه تومان تازه، محل اشکال نیست. و لکن چون  
ظاهر

این است که طرفین معترفند که دعوی يك دعوی بود، و هر دو معترفند که پنجاه  
تومان

دعوی صلح شده به وجه معین، لکن نزاع در سر این دارند که (مدعی به) در حال  
مصالحه، صد تومان بود و صلح از نصف آن شده یا مدعی به همان پنجاه تومان بود  
و

صلح از مجموع مدعی به شده و دیگر از آن باب حقی بر ذمه عمرو باقی نمانده.

پس  
[زید] مدعی این است که مدعی به در آن حال صد تومان بود و صلح از پنجاه تومان  
شده

و تتمه دعوی باقی است. و عمرو مدعی این است که مدعی به پنجاه تومان بود  
لاغیر، و

دیگر حقی باقی نیست.

پس ظاهر این است که بافقد بینه، قول عمرو مقدم است با یمین. به جهت اصل  
برائت وعدم زیادتی. هر چند از حیثیت این که دعوی فعل زید است و او اعرف  
است به

فعل خود، و لکن این معنی مقاومت با اصل نمیکند. بلکه ادعای عمرو مطابق ظاهر  
هم

هست، چون این سخن زید که برای مصالحتی از پنجاه تومان ساکت شده، خلاف  
ظاهر  
است.

۹۱: سوال: در صورت مزبوره عمرو در وقت مطالبه پنجاه تومان ثانی به زید  
گفت که (هر گاه راضی نیستی مصالحه [را] فسخ کن). و زید هم (فسخت) گفت.  
و

بعد عمرو مگوید که تو (فسخت) گفتی و من (قبلت) نگفتم. و زید گفت که تو  
گفتی

(فسخ کن) من (فسخت) گفتم به رضای تو. آیا به همین لفظ، فسخ حاصل میشود یا

نه؟ -؟. و سخن کداميك مسموع است؟.  
جواب: ظاهر اين است كه در تقايل و تفاسخ عقود لازم، از طرفين شرط است  
تلفظ به لفظي كه دلالت كند بر (انشاء فسخ). مثل اين كه هر دو دفعتا بگويند  
(تفاسخنا - او - تقايلنا)، يا به فاصله قليلى. يا آن كه يكي بگويد (فسخت) و  
ديگرى بگويد



(قبلت) و بدون این، عقد منفسخ نمیشود. و سوال فسخ از احدهما قائم مقام قبول، نمیشود و نفعی ندارد. چنان که سوال (اقاله) قبل از اجراء صیغه آن، هم ضرور نیست.

بلکه مجرد همین که احدهما بگوید (فسخت) و دیگری بگوید (قبلت) کافی است. و

این بخلاف فسخی است که خیار آن در ضمن عقد لازم شرط میشود و از برای احدهما یا کلاهما، که در آنجا قبول از طرف دیگر ضرور نیست. بلکه همان لفظ (فسخت) کافی است.

۹۲: سوال: مصالحه احد نقدین به جنس خود با زیادتی نسبتا چه صورت دارد - یعنی مصالحه به نسبه باشد -؟.

جواب: حرام است از حیثیت این که ربا است، نه از راه عدم حصول (قبض مجلس) در مصالحه. زیرا که قبض مجلس در مصالحه نقدین شرط نیست. آن در (بیع صرف) است. بلی هر گاه احد نقدین را به جنس متغایر متفاضلا معامله کند نسبتا بر وجه مصالحه جایز است. چون ربا نیست، و بیع هم نیست که قبض مجلس شرط باشد. ۹۳: سوال: هر گاه زید با سه نفر از خواهر [آن] خود مجاری معینه را به برادر خود عمرو به عقد مصالحه منتقل نمایند و به تصرف او دهند، تا سه سال و کسری در

تصرف مصالح له باشد... (۱) و قدری از آن که نیم طاق باشد به شخصی

به مبیعه منتقل نموده باشد، و هیچ از آن مجاری در ید مصالح له

باقی نمانده باشد (۲). بعد تلك المراتب زید مزبور و همشیره

هایش نزد حاکمی رفته مدعی غبن شوند و حکم بر ثبوت صادر نمایند و فسخ مصالحه

کنند. آیا در این صورت تسلط گرفتن تفاوت قیمت را دارند که به تصدیق ارباب خبره از

مصالح له بگیرند؟ یا این که عین مجاری را میتوانند پس گیرند؟. و مبیعه که مصالح له به آن

دو شخص نموده باطل میشود یا نه؟ -؟. و در صورت فسخ مطالبه اجرت المثل مدت تصرف

۱ و ۲: در جای نقطه چین جمله‌ای بوده که در چاپ سنگی ساقط شده است. یعنی بخشی از آن مجاری را

فروخته و بخش دیگر را نیز به نحوی منتقل کرده که اکنون برای ما معلوم نیست. پاسخ مسأله نیز بر همین مبنا

آمده است.

(۱۹۳)

که ما بین زمان صلح و زمان فسخ بوده از مصالح له متواند نمود یا نه؟ -؟.  
جواب: چون اظهر این است که دعوی غبن در مصالحه مسموع است، و آن موقوف به

وقتی نیست بلکه هر وقت که غبن ظاهر میشود دعوی آن متوان کرد. هر چند بر وارث

ظاهر شود، چون دعوی غبن مانند سایر حقوق به میراث میرسد الا آنچه به دلیل ثابت شود خلاف آن. پس مصالحان مزبوران، بر دعوی خود باقناند. و بعد از اثبات غبن در نزد

حاکم شرع تسلط دارند و لکن چون مفروض این است که به سبب بیع از ملك آنها به در

رفته و تسلطی بر مشتری نیست اظهر این است که دعوی بر عین ملك نمیتواند کرد، بلکه

قیمت آن را مگیرند و آنچه گرفته‌اند رد میکنند. چنانچه اظهر در بیع هم این است. و

لکن ادعای اجرت المثل هم نمیتواند کرد، چون قبل از فسخ مال مصالح له بود و مبیع را

منتقل کرده به غیر. والله العالم باحکامه.

۹۴: سؤال: مجرد صیغه در صلح موجب لزوم میشود - پیش از قبض مال المصالحه -

یا نه؟ -؟.

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

در صورت صلح به عوض.

۹۵: سؤال: زید به عمرو ادعائی داشته، چون منجر به (احلاف و تحلیف) میشد بنا را به مصالحه گذاشتند به مبلغ معینی. و بعد از چند یوم مال المصالحه مستحقا للغير بر آمده.

آیا مصالحه باطل میشود - خواه مال المصالحه کلا و خواه جزئا مستحقا للغير بر آید -؟.

یا نه؟.

جواب: اگر مراد این است که مثلا زید ادعای صد ریال به عمرو داشت، و مصالحه کردند دعوی را به ده عدد اشرفی يك تومانی در ذمه عمرو. و بعد از آن که عمرو ده اشرفی

را داد ظاهر شد که آن اشرفها، یا بعضی آنها مال بکر بوده. در این صورت مصالحه

بر هم  
نمخورد. و عمرو باید مال بکر را رد کند (۱)، و ده اشرفی از مال خود بدهد. و  
اگر مراد این

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

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

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

جواب: نفرض الكلام اولاً في البيع ليحصل البصيرة في المسئلة. ثم نتعرض لمسئلة

الصلح  
ونقول: اذا باع زيد متاعا او متاعين من عمرو بعشرة دراهم. فظهر مجموع المبيع  
مستحقا  
لبكر. فان اجاز بكر صح، ويصير الدراهم ماله و مجموع المبيع مالا لعمرو. وان لم  
يجز بطل.  
ولو ظهر نصف المتاع او احد المتاعين مستحقا لبكر، فان اجاز بكر صح البيع فى  
النصف له  
ويملك نصف القيمة، والنصف الاخر للبايع، ومجموع المتاع لعمرو. وان لم يجز بطل  
بيع نصف  
بكر، ويتخير عمرو فى الفسخ لتبعض الصفقة. هذا حال ظهور المبيع مستحقا للغير.

واما لو ظهر الثمن مستحقا للغير: كما لو باغ زيد فرسه من عمرو بدينارين معينين فظهر  
مجموع الثمن مستحقا للغير. فاذا اجاز مالكة صح، والا بطل. ولو ظهر احدهما مستحقا للغير  
فان اجاز صاحب هذا الدينار شراء نصف الفرس به صح البيع ويصير شريكا للمشتري في النصف. وان لم يجز فيسترد صاحب الدينار ويتسلط البائع على الفسخ لتبعض الصفقة عليه.  
ولا فرق في الصورتين بين ما كان البائع في الصورة الاولى عالما بالحال او غاصبا او جاهلا بان  
ما في يده مال الغير. وكذا المشتري في الصورة الثانية.  
ثم: هل يحصل خيار الفسخ للبائع في الصورة الاولى وللمشتري في الثانية بسبب التبعض -؟.  
يحتمل ان يقال بثبوت الخيار في صورة الجهالة بالحال، لان البائع لما كان يعتقد ملكية  
جميع المال فقط يحتاج الى مجموع ثمن المجموع وبين المال لاخذ مجموع الثمن، ولا يرفع  
حاجته بنصف الثمن، فلو كان بحيث لو ظهر انه لا يستحق الانصف الثمن لمن يبعه. فبهذا  
يحصل الضرر له، فيندفع بالخيار. وكذا في جانب المشتري في الصورة الثانية فانه يعتقد انه  
يشترى مجموع المبيع ولو علم انه لا يملك الا النصف لم يشتره. مع انا اذا قطعنا النظر عن  
التضرر فيرد عليه الاشكال من جهة ان المقصود كان بيع المجموع وشراء المجموع، والبعض  
غير المجموع والعقود تابع للمقصود.  
ولذلك حكم بعضهم ببطان اصل البيع اذا ظهر المبيع مستحقا للغير، او باع ما يملك وما لا يملك في صفقة، مستندا بان العقد شيء واحد ولا يتبعض. ولكن غير تام  
كما يظهر من جمهور الفقهاء. فلم يبق الا التمسك بالضرر. ويمكن القدر فيه ايضا بان  
عمدة المناط في خيار التبعض هو انه عيب في المبيع او الثمن. والعيب هنا يظهر في مال  
نفسه لا في المال الذي انتقل اليه من الاخر. ويندفع با نه لا ينفى ظهور العيب في ما

انتقل اليه من الاخر ايضا وان كان مسببا عن ظهوره فى ماله.  
اذا عرفت هذا فلنفرض المسئلة فى الصلح: فاذا ادعى احد على زيد مائة دينار ولم يتم  
وصالحتها بفرسين معينين. ثم ظهر الفرسان مستحقين لعمره. فان لم يجز فيبطل  
الصلح.  
ثم هل يصح باجازه عمره بمعنى ان يكون له حق دعوى المائة دينار فى عوض  
الفرسين،  
ام لا؟ -؟. الظاهر العدم لان عوض الفرسين هو اسقاط حق الدعوى عن زيد، لانفس



حق الدعوى. فان قلت: يجيزه بان يكون ثواب الاسقاط له فيصح الانتقال. قلت: مع ان

هذا موقوف على جواز نقل العمل بعد الفعل او ثوابه فيه، ان المجاز، ح، غير ما وقع عليه

المعاملة، فان معاوضة الفرسين انما وقعت على نفس الدعوى واسقاطها، لاعلى ثوابها. فهذه معاملة جديدة، لا اجازة لما وقعت.

نعم، يمكن توجيهه فى الصلح بان يجيز كون فرسه عوضا لاسقاط الحق. لا ان ينتقل اليه فى عوض الفرس دعوى مائة دينار، ولا ثوابه. فان مائة دينار لم يقع عوضا فى اصل الصلح بل اسقاط هو العوض. فح معنى اجازة الصلح الرضا، بان يسقط دعوى المدعى من

زيد بفرسه، وليس له شىء. واما توقع الثواب على هذا الامضاء والاجازة، فهو شىء آخر

لادخل له بما نحن فيه كمالا يخفى. اذ ذلك ليس بمعاوضة بالثواب واجازة لها. بل هو ادامة واثبات لامر فيه ثواب، اى فى ذلك الاثبات الادامة. هذا لو لم يطالب صاحب الفرس قيمته بل اجازته مجانا.

واما لو اجاز بمعنى (انى رضيت بكون فرسى عوضا عن اسقاط الحق بشرط ان يعطى قيمتها) فهذه ليست من باب الاجازة المصطلحة، اى معناه (لا اطالبك العين و استرداده بل اطالبك قيمة عيني). فح يرجع الى مسألة (من باع مالا فضولا ثم ملكه) و التحقيق فيها انه لا يصح الا مع اجازته بعد الشراء فاذا دفع المدعى عليه الفرسين الى المدعى ولو من باب الغصب ثم اشتراه من صاحبه او انتقل اليه با عطاء قيمتها وغرامتها،

فان اجاز المعاملة الاولى صحت، والا، فله الرجوع عن المصالحة. هذا كله اذا ظهر الفرسان مستحقين للغير.

واما لو ظهر احد احد الفرسين مستحقا لعمره ولم يجز: فالظاهر بطلان المصالحة رأسا.

لان الدعوى امر بسيط لا يتبعض حتى يطل نصفها بسبب ظهور استحقاق نصف العوض

للغير ويبقى الباقي. وكذا اسقاطها وتبعض المدعى به، لا يستلزم جواز تبعض الدعوى. واما لو اجاز: فالظاهر الصحة. بمعنى اسقاط المصالح للفرسين واسقاط اصل الدعوى عن

زيد، على التفصيل المتقدم، اى اجازته محانا او مع مطالبة القيمة. ولا منافاة بين بساطة احد

طرفى المصالحة وبين تركب الطرف الاخر، سواء كان المركب من شخص او  
شخصين اذا

وقع الامضاء.

والتحقيق ان يقال: الحكم في الصلح يختلف باختلاف اقسامه في الاجازة والتبعض. فلو

كان صلحا ابتدائيان بين عينين فهو مثل البيع في احكام الاجازة والتبعض. وكذا ان كان

بين مالين مجهول المقدار مع عدم امكان الاستعلام مع تحقق الاصل، مثل مصالحة احد الميراثين المجهولين بالآخر وظهور احد هما (بتمامه او بعضه) مستحقا للغير، فيجرى الاجازة والتبعض ايضا. وكذا لو كان احد هما مجهولا والآخر معلوما، وان كان مجهول

المقدار. وبعد التامل في ما ذكر تعرف احكام سائر الاقسام.

فالعمدة هو بيان صحة الفضولي ومعنى الاجازة. واذا جعلت الاصل في تصحيح الفضولي هو مثل (اوفوا العقود) فيطرد الكلام في كل ما يصدق عليه انه عهد موثق و لحقه الرضا. فيحكم بصحة الجميع سواء كان الحق استقاطا او تملكا. ولكنهم ادعوا الاجماع على عدم جريانه في الايقاعات مثل العتق والطلاق فيبقى الباقي تحت العموم على تفاوت بين موارد.

٩٧: سؤال: كسى ادعأ طلبى مر مئى منمود و اقامه بينه دعوى خود در نزد حاكم شرع نمود. و قبل از ياد نمودن قسم استظهارى صلح نمود به ديگرى حق ثابت

خود را به مبلغ معينى. به زعم اين كه به محض اقامه بينه (مدعى به) او ثابت شده. بعد به

فتواى بندگان عالى آن مصالحه بر هم خورد. و بعد مدعى رفت در نزد ملائى كه نه مجتهد و نه ماذون از مجتهدى بود قسم استظهارى ياد نمود. و طرفين مصالحه غافل از

اين كه قسم دادن وظيفه اين شخص نيست باز مصالحه جديده نمودند همان حقوق - ثابت

به زعم خود - را به مال المصالحه معينى. بعد ذلك بعضى از علما فرمودند كه اين مصالحه باز صحتى ندارد، چون چنين قسمى مثمر ثمر نيست. و بعضى بر آنند كه حكم

به فساد صلح نمىتواند نمود و آن صلح مراعى است تا مدعى قسم استظهارى به وجه صحيح ياد نمايد. و حال احد طرفين مصالحه طالب فساد و ديگرى طالب صحة مصالحه

است. و هر يك متمسك به رايى هستند كه به جهت او مفيد است. فلماذا مدتى است كه

--

( ٩٨ )

منازعه بینهما به طول انجامیده. حال بنا به آن شده است که آنچه رای ملازمان سامی

است در مسأله معمول داشته شود.

جواب: اولاً: این که قسم غیر حاکم شرع واقعی مناط اعتبار نیست (و هم چنین قسم حاکم شرع واقعی که غیر آن حاکم شرع واقعی اول باشد که اقامه بینه در نزد او

شده و هنوز قسم نداده و حکم نکرده. زیرا که اقامه بینه و قسم دادن هر دو باید در نزد

يك نفر باشد که بعد از این هر [چه خواهد] حکم کند). (۱) و لکن سخن در کردار حاکم

(شرع واقعی بعد از تنفیذ و امضای او) بی وجه

است. زیرا که شاید در نظر او اکتفا به اقامه بینه سابقه بوده. و اما هر گاه قسم را همان

حاکم بدهد که اقامه بینه نزد او شده، پس دور نیست که صحیح باشد هر گاه (مفارقت)

مجلس) را مضر ندانیم، خصوصاً با فاصله بسیار. و به هر تقدیر این هم مثل سابق است در

اینك امری (۲) که حاکم شرع واقعی بکن نقض آن جایز نیست مادامی که بطلان آن در

واقع ثابت نشود.

و ثانیاً: در باب فتوی (۳)، من در خاطر من نیست صورت استفتا و فتوی، اگر واقعا چنین

بوده مراد من از بطلان مصالحه این بوده که به مجرد همان اقامه بینه، حق ثابت نمیشود و به آن مصالحه اکتفا نمیتوان کرد از حیثیت این که همان مصالحه است. بلکه

[این سخن که] اگر بعد از آن، قسم استظهاری بر وجه صحیح، به این معنی که اگر قسم

صحیح به عمل آید به مجرد همین، صلح صحیح میشود بعد از حکم حاکم، پس خالی

از اشکال نیست. بلی اگر مکلفت مراعی است به اجازه بعد از قسم استظهاری با حکم،

وجهی داشت. پس ما مگوئیم که: هر گاه طرفین عالم باشند به ثبوت حق در ذمه میت

-----

۱: و در نسخه:... که بعد از این هر دو حکم هم بکنند.

۲ و ۳: هر اظهار نظری که يك فقيه جامع الشرايط بنماید بر دو نوع است:

الف: فتوی: هر فتوایی قابل نقض و نقد و انتقاد و بررسی و تحلیل و تایید و ابرام است.

ب: حکم: حکم قابل نقض به وسیله فقیه دیگر نیست و مخالفت با آن جائز نیست هر چند بطلان آن در نظر

فقیه دیگر مسلم باشد. مگر این که خلاف آن و بطلان آن در واقع ثابت شود. مثلاً فقیهی بر اساس

شهادت افراد

عادل حکمی را صادر نماید سپس روشن شود که آنان عادل نبوده‌اند.

در نفس الامر، و صلح واقعی شود قبل از قسم صحیح و حکم حاکم، پس ظاهر این است

که صلح صحیح باشد. هر چند در ظاهر شرع به ثبوت نرسیده باشد. و هم چنین در صورتی که صلح حق دعوی خود را کرده باشد نه نفس (مدعی به) را، هر چند علم به

استحقاق نفس الامری از برای مصالح له حاصل نباشد. و اما در صورت جهل مصالح له به

استحقاق نفس الامری [اگر] به گمان فاسد خود چنین داند که به محض اقامه بینه، حق او در ظاهر شرع ثابت است و با او مصالحه کند، و بعد متنبه شود که این گمان فاسد بوده، پس آن نقل و انتقال به عنوان بت و تنجیر که حاصل شده، مناط لزوم صلح

نمیشود، و از برای مصالح له جایز است که امضا کند و جایز است که فسخ کند. پس اگر

اجازه کند صحیح میشود و اگر اجازه نکند منفسخ میشود.

و اشکال در این است که آیا در این صورت از جانب مصالح لازم است - چون علم واقعی داشت به استحقاق خود، گو علم به استحقاق او در ظاهر شرع به گمان فاسد منشأ لزوم نشود -؟.

یا آنکه او هم میتواند فسخ کند و هم میتواند امضا کند؟ و دور نیست که بگوئیم از جانب او لازم باشد. یعنی در صورتی که مصالح له بعد از قسم و حکم اجازه کرد، او دیگر

فسخ نمیتواند کرد. و به هر حال، چون مطلب سائل (چنان که از صورت این استفتاء ظاهر میشود) سوال از حال مصالح له است - که آیا میتواند فسخ کند یا نه؟ -؟. - پس

مگوئیم که: اظهر این است که بلی میتواند، و به هر حال ظاهر این است که اشکالی نیست در این که هر گاه مصالح له فسخ کند میتواند کرد.

و اما این که اصل صحت است و بطلان آن موقوف است بر فسخ (مثل خیاراتی که در بیع

معیب و امثال آن حاصل میشود)؟ یا از قبیل فضولی است که عقد مراعی است به اجازه

و اجازه متمم عقد است؟ این محتاج به تأمل، و لکن در صورت سوال همین که مصالح له صلح کرد باطل میشود (۱).

-----

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



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

جواب: الظاهر ثبوته فی الصلح وسایر عقود المعاوضات كما صرح به جماعة من الاصحاب، لدفع الضرر المنفی الذی هو العمدة فی ذلك.

۹۹ - سؤال: زینب در حال صحت یا مرض الموت، قدر معینی از اموال خود که زاید بر ثلث اموالش میباشد مصالحه کند با زید برادر خود به ثمن المثل. و در ضمن العقد شرط کند که قدری از آن مالی که داخل مصالحه است زید به بکر بدهد بعد

از وفات زینب. و تتمه را بعد از وفات او به قیمت عادله مقوم کرد و قیمت آن را صرف

صوم وصلوة و سایر مبرات به تفصیل معین نماید. و منظور در این عمل حیل به جهت فرار از عدم امضای وصیت در زاید بر ثلث بدون اجازه ورثه، بود. آیا چنین مصالحه [ای]

صحیح است؟ یا به جهت اشمال بر شرط اعطاء قدری از آن مال به بکر، فاسد است؟ و

بر تقدیر صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه به جهت اشمال بر شرط صرف قیمت به

مبرات یا نه؟ -؟. وعلی تقدیر عدم التوقف او التوقف مع الاجازه، آیا هر گاه آن قدر مالی که

شرط شده که به بکر داده شود (ذو افراد) باشد، مثل آن که چند دست رختخواب داشته

و چند من مس داشته و گفته يك دست رختخواب و دو من مس و تعیین عین نکرده باشد،

چه باید کرد؟. و بر تقدیر فساد مصالحه مزبوره آیا راجع به وصیت میشود (و در مقدار

ثلث ممضی است)؟ یا نه؟. و چنان که در مرض [موت] وصیت نموده که نعش مرا به نجف

اشرف از جمله قیمت آن تتمه بفرستید، چه باید کرد؟.

جواب: ولا یحیی المکر السیئی الا باهله. ظاهر این است که این شرط مخالف مقتضای عقد است. زیرا که مقتضای عقد سلطنت مالک است بر ملک خودش. و از باب

شرط بیع مشتری به بایع هم نیست که لا اقل مشتری مالک قیمت آن میشود. بلکه شرط اخراج مالک است ملک خود را از تملک خود مجانا. و از باب شرط عتق عبد هم

نیست، زیرا که در اینجا نیز عوض از برای مشتری هست که مقصود متواند بود که آن محض ثواب باشد یا ادای حقی از حقوق الهی مثل کفاره واجبه و امثال آن. خصوصاً در وقتی که مشتری چند کنیز میخواهد بخرد بعضی را از برای خدمت و بعضیها را از

برای عتق، و بایع شرط کند که این را اختیار کن برای عتق و آن را برای خدمت. به جهت غرضی از اغراض. با وجود این که ظاهر این شرط عتق، اجماعی است، و به دلیل

خارج است. و در مانحن فیه آنچه مقصود با لذات است از شرط این است که استیجار

صوم و صلات بشود. و مقصود از شرط همان انتفاع مصالح است هر چند بالعرض نفعی

هم عاید مصالح له بشود.

هر چند در اینجا اشکال دیگر در نظر میآید به سبب جهالت مدت حیات و تقدم و تأخر موت هر يك. و به سبب آن، جهالت در منافع مصالح علیه هم حاصل میشود.

و

این که تمسك به استصحاب حیات مصالح له معارض است با استصحاب حیات مصالح.

و لکن دفع آن ممکن است، به این که این جهالت در صلح محاباتی ضرر نداشته باشد. با

وجود این که شرطی که در ضمن عقد میشود. معلق است و منجز نیست که مورد این اباحت

بشود. به این معنی که مراد این است که: من صلح کردم این اموال را مثلاً به يك من گندم و شرط کردم با تو که بعد از موت من با این اموال استیجار صوم و صلات بکنی

برای من. یعنی که شرط کردم با تو لازم باشد این امر که بعد از حیات من به عمل آید.

که اگر او بمیرد آن حق در مال ثابت باشد و وارث به عمل آورد. پس عقد صلح منجز

است و شرط هم منجز است، لکن شر معلقی است که منجز شده.

و دو احتمال که گفتیم ناظر است به این که (فعل استیجار از خود مصالح له بنفسه مطلوب باشد مباشرتاً) یا این که (حصول آن عمل مطلوب باشد مطلقاً) و در صورت اول

هر گاه مصالح له اول بمیرد، خیار فسخ برای مصالح حاصل میشود. بخلاف صورت ثانی

که وارث او باید به عمل بیاورد.

و به هر حال، عمده در بطلان صلح همان مخالفت شرط است با مقتضای عقد، و این که به بطلان شرط مشروط باطل میشود. علی الاقوی.

و بدان که عقودی که وضع شده‌اند. برای نقل اعیان و رقبات (مثل بیع و صلح اعیان و امثال آنها) مقتضی نقل ملك اند از مالك اول ابداء، لا الی غایة. چنان که پوشیده نیست. اما در صورت خیار که عود میکند به مالك بعد انفساخ پس آن تجدید ملك

است - على التحقيق - نه این که (نقل ملك الى غاية) بوده. و هم چنین در شرط هبه به غیر

(بنائاً بر صحت آن) منافاتی با انقطاع ملك مالك اول ابداء، نیست. بیش از این نیست که

تملك مالك ثانى الى غاية است. پس شرط هبه در بیع یا صلح، یا شرط بیع به غیر، منافاتی با آنچه گفتیم ندارد. زیرا که این گونه تصرفات از مالك ثانى صحیح است. چنان که این گونه شروط از مالك اول هم صحیح است. زیرا که در اینها هیچ يك منافاتی با

خروج رقبه و عین از ید مالك نیست.

و لکن هر گاه شرط کند عود ملك را به مالك اول بدون [ناقل] - مثل فسخی که در خیار حاصل میشود یا انتقالی که به سبب بیع حاصل میشود مشروطاً او غیر مشروط و امثال آن - پس آن شرط فاسد است. چون مستلزم محدود بودن خروج از ملك مالك اول

است. پس عمده اعتراض این است که این عقود محدوداً بر رقبات و اعیان واقع نمیشود.

چنان که مقتضای همه آنهاست. و در ما نحن فیه مراد زینب عود ملك است به او و صرف

در مبرات. پس شرط منافی مقتضای عقد است.

اگر گفته شود که: ظاهر سوال این است که مساوی قیمت آن را از مال خود صرف مبرات کند. نه این که ملك ثانیاً عود کند به زینب و صرف مبرات شود، تا لازم آید

عدم انقطاع ابدى ملك، که منافی مقتضای عقد است.

گوئیم: که اولاً: ظاهر از این لفظ که (مقوم کند قیمت را [و] صرف مبرات کند) این است که قیمت را من حیث انه قيمة صرف کند. خواه قیمت کند بر نفس خود بایع یا

بیع کند به دیگری و قیمت را گرفته صرف مبرات کند. نه مساوی قیمت را. سلمنا که

مراد این باشد که مساوی قیمت را به مصرف مبرات برساند. و لکن

این قدری که مسلم است رخصت رسانیدن مساوی قیمت

است به آن مصرف، نه عزیمت به این معنی که لازم باشد که عین آنها [را]

نگاه دارد و قیمت آنها را به مصرف برساند و و الا لازم میآید که هر گاه آن مصالح له قادر

بر قیمت نباشد و کسی هم نباشد که آن املاك را بخرد و قیمت را بدهد، اما کسی

باشد که  
به عین همان اعیان مبرات را به عمل آورد، لازم نباشد بر مصالح له استیجار به آنها.  
و این

معنی با وجود اهتمام زینب در این امر که مرتکب آن تدبیرات شده (۱) بسیار بعید است. بلکه

مراد او این است که به واسطه این اموال، مبرات برای او به عمل آید. خواه بعینها باشد یا

بقیمتها. سلمنا که مراد عزیمت باشد و این که مراد زینب این است که املاك بعینها در ملك

مصالح له باقی ماند و در چنین صورتی صرف در مبرات، ساقط باشد. و لکن بنابر این، جهالت

در شرط لازم مآید. چون قیمت ما بعد موت، در حال عقد معلوم نیست. اگر گفته شود که: جهالت در صلح مغتفر است خصوصا در وقتی که محاباتی باشد. گوئیم: اولاً منع میکنیم مغتفر بودن را در عوض وجه مصالحه. و ثانیاً منع میکنیم محاباتی

بودن را چون شرط قسطی از ثمن است. بلکه گاه است امروز عقد مصالحه میکند به وجه

قلیل، و پنج روز دیگر زینب ممیرد و قیمت اعیان مضاعف میشود. و بالجمله قدری که مسلم

است از صحت شرط، این است که شرط هبه کند یا شرط (منتقل کردن به غیر) که عوض

آن به مشتری یا مصالح له عاید شود. نه در صورتی که عاید مالک اول شود. چنان که در ما

نحن فیه است.

و اما سوال از این که (بر فرض بطلان آیا راجع به وصیت میشود که در ثلث معتبر شود؟)

یا بالمره بی ثمر خواهد بود؟). پس جواب آن این است که اظهر این است که راجع میشود

به وصیت. زیرا که آن اذن خاص در فروختن آن املاك معینه از برای استیجار صوم و صلات،

در بردارد اذن عام را. و به بطلان خصوصیت، عموم باطل نمیشود. نه از این راه که قایل

باشیم که (فصل علت وجود نیست. و جنس منتفی نمیشود به انتفاء فصل) تا مورد منع

باشد. بلکه از این راه که عام مدلول التزامی خاص هست به (دلالت اشاره). بلکه (دلالت

تنبيه) که مقصود است، چنان که در بسیاری از مسایل وصایا گفته‌اند. و اخبار هم در بعضی آنها هست. مثل جائی که وصی فراموش کند مصرف را، که گفته‌اند به وجوه بر مرساند.

و مثل وصیت به خریدن عیدی به قیمت خاصی و آزاد کردن [آن]. که هر گاه یافت نشود الا

به اقل از آن قیمت. و امثال اینها در کتاب وصایا مذکور است.

و چنان که در (وکالت) گفته‌اند که در عقد وکالت تنجیز شرط است، و تعلیق به شرط

-----  
۱: و در نسخه: نشده



مبطل آن است، و لکن جایز است از برای وکیل تصرفی در موکل فیه به سبب اذن عامی که از توکیل فهمیده مشود. و چنان که در (وقف) گفته‌اند در صورت انطماس موقوف علیه وعدم تمکن از رساندن به آن مصرف. الی غیر ذلک از مواضع. بلکه علاوه بر این مگوئیم که در اینجا مقصود بالذات وصیت است در مال خاص به جهت مصرف خاصی و این تدبیرات را به جهت استحکام آن کرده. پس مصالحه مقصود بالعرض است و وصیت مقصود بالذات. پس در ثلث مال معتبر است، مگر این که وارث اجازه کند زاید بر آن را. تا اینجا کلام در شرط ثانی بود که (صرف قیمت املاک است در میراث). و اما شرط اول: پس ظاهر آن - بنا بر تقریر سائل - باطل است. نه از راه این که متضمن قطع تسلط مالک ثانی و محدود بودن قطع تسلط [مالک] اول. بلکه از راه جهالت. چون رختخواب‌ها متفاوت می‌باشند در قیمت. و هم چنین مس‌ها. و گویا به همین سبب است که سائل راه بطلان را همان شرط اول فرض کرده. و هم چنین جهالت از وجه دیگر (که پیش اشاره به آن شد) هم هست. و گویا مراد سائل از آن کلام که گفته است که (بر تقدیر صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه، به جهت اشتغال بر شرط صرف قیمت در میراث... تا آخر) این است که اولاً اشکال کرده در صحت آن به سبب اشتغال شرط اول بر جهالت، و چون چنین یافته بود که در شرط ثانی جهالت نیست - چون منوط است به تقویم - و متفطن مخالفت آن از برای مقتضای عقد نشده بود، اشکال از راه دیگر کرده که: عقد مصالحه به فرض صحت، محاباتی است و از جمله منجزات مریض است، و چون خلاف است در آن که آیا از اصل است یا از ثلث. پس چون شرط اول مقدم است در ذکر - بلکه بالذات، چون گفته است: تتمه را صرف میراث کند - و ظاهر این است که در صورت واقعه آن شرط جزماً از ثلث بر مآید، اشکال را در تتمه

کرده که آیا در زاید بر ثلث موقوف است بر اجازه مثل وصیت؟ یا نه بلکه اصل است؟  
چنان که اقوی در نظر حقیر هم این است. و بعد از آن که دانستی که مصالحه از جهات دیگر باطل است، پس فایده در این سوال و جواب نیست. خصوصا در وقتی که معامله در حال صحت باشد، چنان که احد شقین است در سوال.

۱۰۰: سوال: هر گاه املاك و اموال خود را في ما بين اولاد تقسيم نمايد و صيغه صلح جاري نمايد و حصه هر يك را مشخص كند. و در ضمن العقد شرط كند كه مادام

الحياة اختيار فسخ مصالحه داشته باشد. و چون مظنه حمل فرزندی هم از برای او باشد. و شرط كند كه اگر ولدی به هم رسد حصه او هم به او بدهند كما فرض الله. آیا این

معامله صحيح است و لازم است يا نه؟ -؟.

جواب: تصحيح اين معامله در كمال اشكال است. به جهت اين كه اموال اعم است از

اموری كه از شأن آنها اتلاف اعيان آنها است مثل نقد و غله و غير آن، و شرط خيار فسخ

در آنها مستلزم عدم جواز اتلاف آنها است. چنان كه در رساله مفرده بيان كرده ايم كه بيع

مبيع در صورت خيار شرط جايز نيست، چون مبيع طلق نيست و حق بايع به آن تعلق دارد. و قيد اين نشده كه: مادامي كه اعيان باقی است تسلط فسخ داشته باشد. و همچنين تصرف در اتلاف املاك و نقل آنها به ديگري جايز نيست. و در استرداد متلفات غالبا حرج و ضرر رو مدهد. پس اين معامله داخل در معامله غرور و ضرر ميشود، علاوه بر اين كه جهالت در مدت شرط [هم] هست. چون مدت حيات مجهول است.

و اما هر گاه خيار فسخ را مختص املاك كند، گاه است كه در آن املاك بنای خانه مگذارد و مبلغی خسارت مكشود، و بعد فسخ اعيان خانه كه از گل و خشت او بنا

شده بايد رد شود، و اين همه ضرر است. و ظاهر حال اين معامله عدم ملاحظه اين تفصيلات

است و جهالت اينها باعث ضرر است. و هم چنين عدم تعيين حصه آن ولد، كه هر يك از

موجودين چه قدر بدهند، در صورتی كه صلح محاباتی باشد، هر چند غرر في الجملة زایل

ميشود و سفاهتی از آن معامله لازم نمآيد لکن چون متضمن بعضی خسارات ميشود باز

خالی از غرر نيست، علاوه بر اين كه عموم جهالت كه ممنوع است شامل اين نیز هست. و به

هر حال لا اقل شك در صحت این معامله حاصل است و اصل عدم صحت است. و  
اگر مراد  
زید این باشد که (این اشیاء مال آن اولاد باشد [و] جایز باشد برای آنها تصرف [و]  
هر وقت  
که خواسته باشد استرداد کند اختیار داشته باشد که در قدری که باقی مانده در  
دست آنها

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

۱۰۱: سؤال: هل يصح الصلح من دون العوض؟ ام لا بل لا بد من وجه المصالحة -؟.  
جواب: لا يشترط في تحقق الصلح المعاوضة، لان معنى الصلح الرضا والاتفاق، ولا  
ينافي  
ذلك كونه عقدا من العقود كالهبة بلا عوض، ويصح ذلك مع الاقرار والانكار. فلو  
كان على  
احد دين لاحد واقر به ثم صالحه على نصفه، صح. وكذلك في العين. وسمى  
(صلح الحظيظة) فيقول (صالحتك نصف ديني على ان تعطيني نصفها) او (صالحتك  
داری  
على نصفها). ويشترط القبول وان كان في الدين. فان كونه بمنزلة الابرء عن النصف  
لايوجب عدم اشتراط القبول. كما في الابرء - على اظهر القولين واشهر هما -  
والظاهر ان المسئلة  
اجماعية قال في التذكرة (ولو قال صالحني بنصف دينك على - او - بنصف دارك  
هذه.  
فيقول صالحتك بذلك. صح عندنا. وهو قول اكثر الشافعية). ثم قال (وانما يقتضى  
لفظ الصلح المعاوضة اذا كان هناك عوض. واما مع عدمه فلا. وانما معنى الصلح الرضا  
و  
الاتفاق وقد يحصل من غير عوض).

۱۰۲: سؤال: زيد خانه خود را صلح کرده به زوجه خود به مبلغ يك صد دينار نقد  
و  
يك من گندم موصوف. و بعد ذلك زوجه زيد همان خانه را به عقد عمری وا گذاشت  
به زوج

خود به مبلغ مزبور. آیا این عمری صحیح است یا باطل؟ -؟.  
جواب: این عقد عمری باطل است. در عمری عوضی نمیشد.  
۱۰۳: سؤال: هل یصح الصلح علی جزء المدعی به ام لا؟ -؟. وما دلیل المانع؟.  
جواب: یصح الصلح [و] هو المسمى ب (صلح الحظیطة) ودلیله العمومات  
والاطلاقات و  
ظاهر الاجماع المستفاد من التذکرة. ولعل المانع یتمسک با نه لایجوز معاوضة احد  
بعض

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

١٠٤: سوال: شخصی صلح میکند ملکی را به دیگری و شرط میکند اختیار فسخ را مادام العمر. آیا این صلح صحیح است؟ و حال آن که صلح از عقود لازمه است و باید نسبت به متعاقدين (هر دو) لازم باشد و مفروض این است که از برای مصالح لازم نیست

مادام العمر، پس چگونه صادق است که مال خود را به عنوان لزوم منتقل کرد به غیر؟!

جواب: در این مسأله دو مقام است از سخن: یکی بطلان صلح بجهة جهالت شرط، چون معلوم نیست مقدار عمر، هر چند دایره صلح اوسع است از سایر عقود در قبول جهالت و لکن معلوم نیست که در چنین صورتی جایز باشد، نظر به عمومات منع از غرر. و آنچه مسلم است جواز آن در صلح در صورت جهالتی است که استعلام آن متعذر

یا متعسر باشد و نتوان قرار دادی به عمل آورد. پس در اینجا تخمین عمر میتوان کرد و به همان مقدار زمان را معین کرد. و هر گاه قبل از آن فوت شود خیار برای وارث خواهد

بود. بلی میتوانیم تصحیح آن بکنیم در صورتی که صلح محاباتی باشد. مثل این که ملکی [را] که به صد تومان مازد صلح کند به يك من گندم، که در اینجا جهالت و غرر و سفاhtی نیست.

و مقام دوم: گفتار در لزوم صلح است و اشکال آن در صورت عدم لزوم از جانب مصالح، چنان که سائل گفته است. و جواب آن این است که عقود لازمه از قبیل اسباب اند

از برای ترتب ثمرات، و از برای لزوم. و سبب به معنی علت تامه نیست بلکه تاثیر آن در

سبب موقوف به وجود شرط و انتفای [مانع است، و انتفای] موانع اقسام دارد بعضی

بالذات مانع مشود مثل ارتداد و رضاع لاحق در فسخ نکاح گو به حکم شارع  
باشد، بلکه

-----  
١ : وفيه (عنايتا على ما في متن السؤال) ان المفروض وقوع صلح الجزء في مقابل الجزء الاخر، و اين هذا  
من الهبة؟  
فيبطل على قول الشيخ ايضا.



این [از] موانع لزوم نیست (۱) و رافع اصل عقد است مثل طلاق. و بعضی به جعل احد متعاقدين است مثل شرط خيار، و بعضی از لوازم شرط ضمن العقد است از باب (خيار اشتراط). وعدم لزوم، مقدر است به مقدار حصول مانع. گاهی مانع امری است که بالمره لزوم را از طرفين بر مدارد، پس لزوم نسبت به آن عقد (مالم يطرء المانع) است. و گاه است که لزوم را از يك طرف بر مدارد و لكن باز حقيقت لزوم باقی است فی الجملة، مثل ما نحن فيه که هر چند لزوم از جانباً مصالح در التزام بوده [آن را از طرف] مصالح بر مدارد. و لكن هر گاه نخواهد فسخ کند پس از نگاه داشتن وجه مصالحه از برای او لازم است، یعنی مصالح نمیتواند استرداد وجه مصالحه کند و مصالح عنه را رد کند. وایضا ثمره لزوم از برای مصالح بسیار است. مثلاً هر گاه فرض کنیم در مصالحه مزبوره، مصالح اسقاط حق خيار کند (هر چند به سبب شرط اسقاط آن حق در ضمن عقد لازمی باشد بعد از آن. یا به سبب نذر باشد) باز صلح رجوع میکند به حال اول از لزوم نسبت به مصالح نیز. و این نیست مگر به مقتضای عقد اول. زیرا که بعد از اسقاط حق خيار، صلح تازه نمیشود و عقد دیگر هم احداث نمیشود. و دیگر آن که گاه است در عقدی خياراتی متعدد میباشد مثل خيار غبن و خيار شرط و خيار تاخير و غير ذلك که در بيع میباشد و جواز فسخ به احد خيارات منافات ندارد با عدم اراده فسخ به جهت دیگر، مثلاً گاه است که نمخواهد به خيار شرط فسخ کند به جهتی از جهات، و خيار غبن را وسیله فسخ میکند. پس در مانحن فيه (بنابر قول به عدم جریان دعوی غبن در عقد مصالحه) هر گاه به جهتی از جهات مصالح نمخواهد فسخ مصالحه را به سبب خيار شرط بکند - و دعوی غبن هم که جایز نباشد - بر لزوم باقی است. والحاصل: مراد از (لازم بودن عقد) آن لزوم فی الجملة است و منافات ندارد با عدم لزوم نسبت به طرفين فی الجملة چه جای يك طرف. و گاه است مسبوق است به عدم

-----  
۱: عبارت نسخه: بلکه این مواضع لزوم نیست.

لزوم اصلا، مثل بيع نسبت به خيار مجلس. و گاه است ملحوق است نسبت به هر دو و در

مدت العمر. و گاه است عدم لزوم نسبت به احدهما است و با وجود اين صادق است که

اين عقد لازم است في الجملة. و گاه است که ثمره لزوم نسبت به وارث ظاهر میشود.

۱۰۵: سؤال: اذا ادعى زيد على ميت عينا او ديناً، واقام البينة عند الحاكم. ثم صالحه مع عمرو بوجه معين قبل اليمين الاستظهارى وحكم الحاكم. فهل يكون الصلح

مراعى الى ان يتحقق اليمين، ويصح الصلح بعد كون اليمين والحكم عند الحاكم الاول او غيره -؟ او يبطل راسا ويتوقف على الاجازة؟.

جواب: الظاهر بطلان الصلح الا ان يلحقه الاجازة والامضاء من الطرفين بعد اليمين والحكم. لان اليمين جزء المثبت، فلم يثبت الملكية في ظاهر الشرع لزيد بمجرد اقامة البينة، فكانه مما باع مال غيره ثم ظهر انه ملكه، كمالو باع ملك اييه بظن حيوته ثم

ظهر موته حين البيع وانتقاله اليه ح. واما تفاوت المسئلتين - في انه في ما نحن فيه عالم

با نه ملكه في نفس الامر دون مسألة بيع مال الاب - فلا يوجب الفرق. لان المعتبر مالكيته

في الظاهر ولا يكفى مجرد نفس الامر. سيما بالنسبة الى المصالح له الجاهل بالحال. فلما

كان يحكم بكون المدعى به ملكا للميت ما لم يتم الحكم باليمين فهو محكوم با نه مال الميت

في ظاهر الشرع، وهو لا يجمع كونه ملك المدعى في ظاهر الشرع. فثبوت كونه في ظاهر الشرع انما هو باليمين وما لم يحصل فلم يحصل الحكم بالملكية له في ظاهر الشرع،

وما لم يحصل له الملكية في ظاهر الشرع لم يصح نقله الى غيره. فلا يصح الصلح بمجرد ذلك.

نعم لو اجاز بعد ذلك امكن الصحة على الاقوى من الاقوال الثلاثة في ما لو باع مال اييه ثم ظهر موته حين البيع.

وتوضيح المقام: ان كل من له دعوى على الغير و اراد المصالحة فاما ان يصالح مع المدعى عليه فهو اما يتحقق باسقاط الدعوى والتجاذب. بشيئ مما يدعيه، او شيئ

خارج منه، او بمعاوضة ما يدعيه (بعد ثبوته فى الجملة) بشيئى. واما ان يصلح مع الغير  
و  
هو ايضا اما بمصالحة الدعوى بان ينتقل الدعوى الى الغير بشيئى فذلك الغير يصير  
مدعيا

ويتم مدعاه بالمرافعة او المصالحة او بمصالحة المدعى به بشيئى. وفى هذه الصورة و ما شابهها من الصور السابقة لا بد من تحقق مورد المصالحة وتملكه له فى ظاهر الشرع، و

بدونه لا يصح المصالحة الا بلحوق الاجازة بعد ثبوت الملك باليمين والحكم. وبالجمله: كون شىء [له] (سواء كان عينا او دينا) يحتمل وجوها. لانه يحتمل كونه له

فى ظاهر الشرع وكونه له فى نفس الامر. وكل منهما ايضا يحتمل كونه فى الظاهر او فى نفس الامر. اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى نفس الامر فهو مثل ما ثبت استحقاقه بيد

التصرف او البينة وامثالهما، فهو الحكم الظاهرى النفس الامرى. و اما كونه فى ظاهر الشرع بالنسبة الى الظاهر لانفس الامر مثل ما نحن فيه فان زيدا ظن انه ثبت فى حقه حكم الله

الظاهرى بمحض البينة، بسبب جهله بالحكم. وجهل من يصلح معه ايضا. وبعد العلم بالمسئلة ينكشف له انه لم يثبت له الملك بالحكم الظاهرى. واما كونه له فى نفس الامر

بالنسبة الى نفس الامر دون الحكم الظاهرى. فهو مثل انهما عالمان با نه حق زيد فى نفس

الامر مع كونه فى يد الغير، وحصل العجز عن الاثبات فى ظاهر الشرع. واما كونه كذلك مع

الحكم الظاهرى فمثاله ما تقدم مع حصول الاثبات الظاهرى ايضا. هذا اذا كان المصالح عليه مالا. واما اذا كان حقا: فهو ايضا اما من الحقوق الشبيهة بالمال كحق الشفع والخيار وامثال ذلك، او حق الدعوى. اما الاول فيجرى فيه الاحتمالات

المتقدمة. واما الثانى فهو ايضا [كذلك] وان كان قد يجرى فيه بالنظر الى التنازع فى كون

الدعوى مسموعة ام لا ليرتب عليها النقل بالمصالحة، وعدمه. لكن العمدة فى ذلك معرفة انه

قد يقع المصالحة فيه باسقاط الدعوى باداء شىء اذا كان المصالحة مع المدعى عليه، فيسقط

حق التجاذب والتنازع باداء شىء. او ينقل الدعوى الى الغير باداء شىء بان يحتمل ذلك

الغير الدعوى ليحصل منها شيئاً بالبينة واليمين وغيرهما.  
اذا عرفت هذا فنقول: ان نقل الدعوى بعد كونها مسموعة وان كان لا يتوقف على  
ثبوت  
الحق المدعى به بالنظر الى الحكم الظاهري او النفس الامرى (بل يكفى فى ذلك كون  
الدعوى مسموعة) لكن المفروض فى صورة السؤال انه ليس من باب اسقاط الدعوى  
الذى لا  
يتحقق الا مع المدعى عليه. بل انما هو من باب مصالحاة المال العيني او الدينى لغير  
المدعى

عليه، ولا بد فيه ان يكون موردها ثابتا معلوما معيناً، سواء كان معلوم المقدار او مجهوله،

وباقسامها على اختلاف فى بعضها. فالقول بصحة المصالحة مراعا بتتيم الحكم الظاهرى

باليمين والحكم، لامعنى له. اذ لابد من كون المصالحة مسبوقه بالملك الظاهرى (شرعا او

النفس الامرى) المعلوم للطرفين، المفروض خلافه، لعدم الحكم الشرعى الظاهرى قبل اليمين وعدم العلم بنفس الامر لذلك الغير وليس هناك صلح على اسقاط حق الدعوى، ولا نقل الدعوى الى الغير حتى لا يحتاج الى ذلك.

فان قلت: اليمين الصحيحة بعد اقامة البينة كاشفة عن مالكية المصالح حين العقد، فيصح

الصلح ويلزم بوقوعه فى ملكه. كما ما لو اجاز المالك البيع الفضولى المترتب عليه العقود المتعلقة

اذا كان المجاز هو البيع، على القول بالكشف.

قلت: فرق بينهما. لان ما نحن فيه بعد تنبه المصالح له لعدم الملكية فى ظاهر الشرع يفسخ عقده، لكونه فى مال الغير مع علمه به بسبب تصرف المدعى عليه او براءة ذمته بالاصل. وله الفسخ بعد التنبه بظهور هذا العيب وهو توقف ثبوت الملكية فى الظاهر باليمين. فاذا انفسخ او فسخ فعوده يحتاج الى دليل. والقول بوجوب ترتب الثبوت باليمين بمجرد احتمال الاثبات، لادليل عليه. بخلاف العقود اللاحقة فى الفضولى، لعدم

فسخ المشتري فيها ولا انفساخها. ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل اليمين

الصحيحة استظهارا، فالأظهر، بقاء خيار الفسخ بالاستصحاب (١). كما فى خيار العيب والغبن

اذا ارتفع قبل الفسخ والامضاء، على الاظهر.

فان قلت: نعم، ولكن الانفساخ او البناء على الفسخ انما هو ما لم ينكشف الملكية باليمين لامطلقا، فيعود حكم الصحة بعد الانكشاف باليمين. وبعبارة اخرى نقول ان هذا

العيب انما ظهر على ظاهر الشرع، فالانفساخ او الفسخ ايضا انما هو على ظاهر الشرع،

فيبقى العقد (٢) على ما هو عليه فى نفس الامر مراعى بظهور عدم العيب فى نفس الامر. وح

-----  
١: عبارت النسخة: لعدم فسخ المشتري فيها ولا انفساخها ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل  
اليمين  
الصحيحة استظهارا. والاظهر...  
٢: وفي النسخة: فيبنى العقد.



يدل على الصحة عمومات الصلح.

قلت: سلمنا عدم الانفساخ في نفس الامر ولكن الظاهر من ثبوت خيار الفسخ (بسبب طرو العيب الذي هو ممنوعيته من التصرف في ظاهر الشرع) انما هو الفسخ بالنسبة الى نفس الامر. مع انا نقول ان هذا لا يتم اذا قصد الفسخ في نفس الامر. اذ لا مانع له منه اصلا بعد ظهور العيب. هذا، واما الاستدلال بالعمومات: ففيه ان كلما ورد لفظ الصلح في الايات والاخبار، ظاهرة في صورة النزاع والشقاق، لا الصلح الابتدائي،

حتى قوله (ع) (الصلح جائز بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا). فانه وقع بعد

قوله (ع) (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه) (١) فهو ظاهر في الصلح بين المتداعيين.

سلمنا، ولكن المتبادر منه الصلح البات، يعنى صيغة الصلح انما هى الناقلة للحق الى المصالح له من دون حاجة الى شئى آخر كاليمين. حتى انا نقول ان العمدة في تصحيح

الصلح [فى] العقود الفضولية كلها، هى عمومات (اوفوا بالعقود) كما (٢) ورد الاخبار فى بعضها. لا بعمومات البيع والصلح والاجارة مثلا. فنقول: ان قولهم عليهم السلام (الصلح

جائز بين المسلمين) له احتمالان: احدهما: الرخصة والجواز. والثانى: انه ممضى و لازم. كما فى قوله (اقرار العقلاء على انفسهم جائز) و (نكاح الوعى على الصغير جائز).

وعلى الاول لا يثبت اللزوم، ومع تنبه المصالح له على ان المصالح لم يكن مالكا فى ظاهر الشرع ولا عالما بكونه له فى نفس الامر لا يلزم حتى لا يقدر على الفسخ وعدم الامضاء. وعلى الثانى فلا معنى لكون العقد بعد التنبه المذكور ممضى لازما. غاية الامر جواز ان يمضى بعد اليمين الاستظهارى فيصير ممضى، وهذا ليس معنى كون الصلح ماضيا فى اول الحال من حيث انه صلح، بل هو امضا له بالاجازة. كما انا نعتمد فى لزوم

الفضولى. فلم يبق الا الاجماع المنقول وعمومات (اوفوا بالعقود) ونحوه).

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

٢: وفى النسخة: وانما ورد الاخبار...



والاجماع فى موضع النزاع، والعمومات لها شرايط فما كان من العقود من باب نقل ملك

الى آخر مشروط بثبوت الملكية للعائد، او ولاية العائد، او اجازة العائد واجازة المالك.

والمفروض عدم الاولين، لان المعتبر من الملكية هو ما يحكم بها فى ظاهر الشرع، فيبقى الاشكال على الاجازة والامضاء. نعم يكفى الملكية فى نفس الامر اذا علم بها المصطلحان فى نفس الامر، ان لم نقل باشتراط تمكن التسليم فيه، كما هو الظاهر. بخلاف مثل البيع والاجازة. فلو علم المصطلحان بالملكية الواقعية فنقول بصحتها وان توقف تمامها على شىء آخر من اليمين وغيرها. واما لو علم بها المصالح وجهل بها المصالح له وظنا كفاية الثبوت بالبينة فقط، فهو نقل لملك الغير فى ظاهر الشرع و قبول النقل كذلك. وان ظنا الملكية فى الواقع بسبب البينة. فهما ممنوعان من النقل والانتقال فى ظاهر الشرع الذى هو المعيار فى صحة النقل بعنوان البت وال لزوم. ولا يحصل

به النقل الا بالاجازة بعد اليمين. فهما كالغاصبين من الطرفين فى النقل والانتقال ولا ينفعهما ظنهما الغلط بثبوت الملك فى ظاهر الشرع.

بل ويشكل المقام فى ما لو كان المصالح غير عالم بنفس الامر الا من جهة البينة، ان قلنا بصحة اليمين ح. لان فيها اشكال، للزوم اليقين فى اليمين. الا ان يقال انه يحلف على

عدم الابراء وعدم الوفاء، لا بخصوص يقين البقاء، وقلنا بكفاية ذلك. كما هو الظاهر. والحاصل: ان اذعانهما الفاسد لا يكفى فى تصحيح النقل. والمعيار هو ثبوت الملك فى ظاهر الشرع، وهو لا يجتمع مع ثبوت يد الوارث على المال وبرائة ذمة الميت على الاشتغال بحق الغير، ولا ينفع الثبوت النفس الامرى فى تصحيح العقد الا فى ما علماه كما قلنا (وان لم نقل بصحته فى مثل البيع لتعذر التسليم لكونه محكوما با نه ما الغير فى ظاهر الشرع). على انا نقول: ان الايجاب والقبول ح وان كانا فى صورة التنجيز والبت بالنظر الى اذعانهما الفاسد بحصول الملك فى ظاهر الشرع، ولكنهما

معلقان فى الواقع. اذ لو قال لهما احد انه (لم يثبت بمجرد البينة الملك فى ظاهر الشرع

فكيف تنجزان العقد؟) يتفطنان. لان العقد معلق بحصول الملك، والانشاء المعلق لاعبرة

به وان كان التعليق تقديرية. كما ذكره بعضهم في بيع الولد ملك ابيه بظن موته. (١) فهما

عالمان بالتعليق وان لم يعلما بكونهما عالمين. و (العلم بالشئ لا يستلزم العلم بالعلم) كما

ان (الجهل بالشئ لا يستلزم كونه عالما بالجهل) كما في الجهل المركب. والحاصل: ان قبول النقل وحصول اثر الانتقال موقوف على قابلية المنقول للانتقال بالفعل في الواقع. وهو ليس بقابل له لعدم ثبوت الملكية في ظاهر الشرع. لامتناع احتمال

مالكية الناقل والمنقول اليه مع مالكية ذي اليد في ظاهر الشرع. فغاية الامر كونه مراعى بالاجازة ثانيا من الجانبين، لا انه مراعى بحصول اليمين الناقلة بعد ذلك، اذا لمفروض عدم تأثير الانشاء قبل ثبوت الملك في ظاهر الشرع وعدم نقل اخر بعد اليمين، فغاية الامر حصول ايجاب وقبول على ملك بدون ثبوت الملكية فهو عقد فضولى.

وبالجملة: انا نقول ان معنى قوله تعالى (اوفوا بالعقود) - على ما يظهر من المفسرين من الخاصة والعامة واهل اللغة - الوفاء بالعهود الموثقة، والعهود الموثقة المأمور بايفائها اما

عهود موثقة غير ممنوعة من الشارح، او ممنوعة ملحقة بها الاجازة (مثل اجازة المالك لبيع

المغصوب، فان الامر بالوفاء انما هو بعد الاجازة) او غير ممنوعة غير لازمة - مثل الفضولى المصطلح بعد لحوق الاجازة - ونحن وان سلمنا ان المصالح لا يمنع له في نفس

الامر ولم يكن ممنوعا في الظاهر ايضا بسبب زعمه الفاسد فارتفع الاشكال من قبله، و لكن لم يكن عهد موثق من جانب المصالح له في نفس الامر ولا في ظاهر الشرع بعد التنبه

لفساد زعمه. فليس له عهد موثق الامع الاجازة بعده، ان قلنا بعدم الانفساخ رأسا حتى يجب الوفاء له.

وهذا كله في صورة نقل المدعى لا الدعوى، وفي صورة التنجيز لا التعليق، لبطلان التعليق، وصحة صورة [نقل] الدعوى بدون الاجازة (٢). نعم يصح الصلح في صورة علم

الطرفين بنفس الامر بلا اشكال، بناء على عدم اشراط التمكّن من التسليم في الصلح اذا

- ١: وفي النسخة: في بيع مال الولد ملك ابيه بظن حيوته.
- ٢: وفي الكلام لف ونشر مشوش. ولو قال (لصحة صورة نقل الدعوى بدون الاجازة، ولبطالان التعليق) كان مرتبا.

بنيا الصلح على نفس الامر.  
واما الكلام فى لحوق اليمين والحكم: فان كان من حاكم آخر (سواء مات  
الاول اولم يتمكن من الوصول اليه او امكن الوصول اليه) فالظاهر عدم الكفاية، بل لابد  
من  
الرجوع الى الاول او تجديد المرافعة عند الثانى، وان كان من الحاكم الاول فهل  
يكتفى

باليمين ولو بعد مدة مديدة، ففيه اشكال، لظهور الاقوال والادلة فى لزوم كون اليمين  
فى مجلس الحاكم الا فى بعض الصور كتحويل المخدرات اللاتى لا يحضرون المجالس  
او

المعذور من الحضور

١٠٦: سوال: اذا صالح زيد بعض املاكه مع بعض ولده الكبار وولده الصغير، و  
جعل لنفسه خيار الفسخ فى مدة سنة، ثم مات قبل انقضاء السنة. فهل لسائر الورثة  
الفسخ

مع عدم الرضا من المصالح له -؟.

جواب: لم اقف على تصريح بالمسئلة فى كلماتهم فى باب الصلح، ولكنهم ذكروه  
فى باب البيع. والظاهر ان الحكم لا يتفاوت لاتحاد الماخذ. وسيما مع تصريحهم.  
بجواز

شرط الخيار فى الصلح. قال العلامة (ره) فى القواعد (والخيار موروث بالحصص  
كالمال من اى انواعه كان). الى ان قال (وهل للورثة التفريق؟ نظر. اقربه المنع وان  
جوزناه مع تعدد المشتري). وتبعه هنا فى المنع ولده فى الايضاح، وهو المحكى عن  
غيره ايضا، وما ذكره فى الايضاح من وجه الاشكال فى المسئلة: اما من جانب عدم  
الجواز: فهو (ان التفريق يستلزم تعيب السلع ومقتضى الخيار ردها بلا عيب كما  
باعها،

فان العقد انما وقع لو احد فليس فيه تفريق حقيقة ولا حكما) واما من جانب الجواز:  
(فانه حق لكل واحد فى الجميع). ثم قال فى وجه ترجيح المنع (انه لا ينتقل اليهم الا ما  
كان لمورثهم ولم يكن الا خيارا واحدا فى الجميع ولانه ليس له التفريق) ثم قال (ولا  
وجه عندى لاحتمال التفريق).

وقال فى المسالك (لو تعدد الوارث واختلفا فى الفسخ والاجازة، قيل قدم الفسخ. و  
فيه نظر. وعلى تقديره ففى انفساخ الجميع اوفى حصة خاصة ثم يتخير الاخر لتبعض

الصفقة، وجهان). وتبعه بعبارة بعض افاضل المعاصرين. وهو المحكى عن المحقق الثانى فى شرح القواعد ايضا. اقول: والقول بتقديم الفسخ فى صورة الاختلاف ايضا منقول عن التذكرة والدروس. وعن المحقق الثانى فى شرح القواعد تعليله بان المجيز لا يملك لابطال حق غيره انما يملك ابطال حق نفسه.

اقول: وتحقيق المقام ان معنى شرط المشتري لنفسه خيار الفسخ الى سنة (مثلا) ان له ان يبقى البيع على لزمه او يفسخه الى آخر السنة. وهذا المعنى امر ممكن الحصول فى

نظر المتبايعين حين العقد ولكن قد يحصل الكاشف عن عدم الامكان فى نفس الامر كما

لو نذر احد ان يذبح كبشا معيناً مشخصاً يوم النحر والمفروض فى نفس الامر ان الكبش

يموت يوم عرفة. فثبت مقتضى مثل هذه الامور بتمامه مراعى الى آخر الامر. فلا يجوز لذلك النادر ان يذبح الكبش قبل يوم العرفة ولا ان يبيعه او يخرج عن ملكه. ولكن بعد مظهر موته فى يوم عرفة انكشف بطلان النذر من الاصل لعدم تكليف به فى نفس الامور ان كان مأموراً بمقتضاه وتوطين النفس عليه فى بادى الامر.

فنقول فى مانحن فيه: انه لا بد فى بادى النظر من توطين الطرفين نفسيهما على خيار الفسخ الى آخر المدة، فان بقى المشتري الى آخر المدة واختار اما الفسخ واما الالتزام، فحصل الكاشف عن الصحة فى تمام المدة. ولو مات فى وسط المدة ظهر بطلانه

بالنسبة الى ما بعد الموت لعدم الامكان منه ولا من الوارث لو لم نقل بانتقال الحق الى الوارث، واما على القول بالانتقال الى الوارث (كما هو الحق) فالحكم بالنسبة الى الوارث مختلف. فان اتحد الوارث او اجتمعوا فى الراى ان تعددوا، صاروا كنفس واحدة

فيمكن تحقق الخيار بالنسبة اليهم ايضا. وان اختلفوا فبعضهم يريد الفسخ وبعضهم الامضاء

فيكشف ذلك عن بطلان شرط الخيار بالنسبة اليهم. لعدم امكان اعمال ارادة الطرفين لاجتماع النقيضين.

فالقول بالزام الطرفين على الموافقة خروج عن معنى الخيار فتحقق الخيار محال بالنسبة اليهم. والقول بالتبعض والتقسيم واعتبار مقتضى ارادة كل واحد منهما بالنسبة الى حصته من الميراث ايضا فاسد، لان الخيار فى شىء واحد بالالزام فى الجميع او الفسخ





فى الجميع. والتبعض المذكور ليس فى معنى الخيار المشترط فتحقق الخيار المشترط فى هذه الصورة ايضا غير ممكن. والقول بتقديم قول الفاسخ لا وجه له لعدم الامكان. اذ لا وجه الا شرط الخيار وهو انما وقع على الجميع، فيبقى العقد على لزومه لا بمعنى تقديم المجيز على الفاسخ حتى يعارض بما ذكرنا، بل لان الشرط لم يشمل هذه الصورة فيبقى العقد على حاله.

ومما ذكرنا يظهر ضعف الوجهين معا مع فرض تقديم الفاسخ. اذ لو بنينا على هذا الفرض المحال فلا معنى لانفساخ الجميع قسرا بفسخ بعض الورثة، بل لادليل. مع ان القسرية منافية لمفهوم الخيار، والمفروض ان المتمسك فى المسئلة ليس الا هو. و لا لقبول قول الفاسخ فى حصته وثبوت خيار التبعض للبايع، (١) فانه مستلزم لاضرار الوارث

المجيز. مع ان متمسكه نفس العقد لا محض الاجازة، على ما بيناه. فلا يجرى رفع الضر عن

البايع (٢) تضرر شريك الوارث.

والحاصل ان: فى صورة الاختلاف لا يمكن تصحيح العمل بمقتضى الخيار المشترط. ولا وجه للتفريق كما صرح به فخر المحققين اخيرا، والظاهر انه ايضا اراد ما اردنا، لا انه يصح ولو بالاجتماع قسرا لو قد منا الفاسخ، فلا بد ان يبقى العقد على اللزوم

[او يحصل] رضاء الجميع بالفسخ.

فان قلت: اذا لم يكن الشرط ممكن الوقوع، فيكون فاسدا، وبانتفائه ينتفى العقد. فليس هذا من باب تقديم الفسخ، بل لاجل انتفاء العقد. والحاصل: ان العقد انما وقع بهذا

الشرط ومع انتفائه ينتفى المشروط، فيرجع الى اصل عدم العقد. وهذا يفيد فائدة الفسخ وان لم يكن فسخا.

قلت: ان القدر المسلم انما هو عدم تحقق الوقوع بالنسبة الى الوارث، لاعدم امكان الوقوع. فهو باع بشرط الخيار الممكن الوقوع، فى حال انه يعتقد وقوعه، لا بشرط

---

١ و ٢: والاصح (المشتري). لانه المناسب فى فرض المسئلة وتصويرها، كما فى سوال السائل. ولعله اختار لفظ

(البايع) هنا لمراعات التمشى مع العلامة فى القواعد حيث فرض اشتراط خيار الفسخ من جانب المشتري، كما ياتى بعد سطور.

(۲۱۸)

ان يقع ايجاب عقد و شرط صحيح فى الظاهر. فيستصحب صحته. وعدم تحققه من الوارث

اوعدم الامكان منه بسبب امر خارجى لايجب امتناعه بالذات ليكون فاسدا. فيبقى على الزوم من جهة اصل العقد، لامن جهة الاجازة. ولا يستلزم ذلك تبعض الصفقة ولا تفريق الورثة. بل انما هو تفريق فى اوقات الشرط بسبب الوقوع وعدم الوقوع، فيحكم

بمقتضاه فى حيوة المورث وفى صورة اتفاق الوارث او وحدته. بخلاف مالو تعدد واختلفوا.

واما مايتوهم فى وجه تقديم الفاسخ - با نه مقتضى الشرط واعتباره عند الشارع ثابت، وهو يقتضى اعماله فى الجميع، فلا بد ان يعم الجميع - فقد عرفت اندفاعه بمنع ثبوته عن الشارع فى مثل ذلك لعدم الامكان. مع انه معارض بان مقتضاه ايضا جواز اجازة الجميع. والقول بان الاجازة انما هو مقتضى العقد (ولا حاجة فى تحققها الى شىء زائد

على العقد بخلاف الفسخ، فليس للمعارض ان يقول ان الاجازة ايضا حق للمجيز ولا يجوز

ابطاله ايضا)، فاسد. اذ بعد اشتراط الخيار يصير العقد متزلزلا والفسخ والاجازة فى ذلك

سيان. فاذن اتضح ان الحق هو مختار العلامة فى القواعد وولده فى الشرح ومن وافقهما،

ولكن للوجه الذى حققناه، لا لما ذكروه فى وجهه.

ثم: بعد ما عرفت ما ذكرناه [يظهر] لك ان مراده (ره) فى القواعد حيث قال - قبل العبارة التى نقلناها هنا - (والخيار موروث بالحصص كالمال فى اى انواعه كان، الا

الزوجة غير ذات الولد فى الارض، على اشكال، اقربه ذلك ان اشترى (١) بخيار فترث من

الثلث... انتهى) بيان حكم (٢) مالو اتفق الورثة كلهم فى الفسخ او الامضاء. والعبارة السابقة

(التي ذكرناها) فى بيان حكم مالو افترقوا فى ذلك. ولا باس من التعرض لشرح هذه العبارة

ايضا لما فيه من الفائدة. فنقول:

مراده (ره) ان الخيار من اى نوع كان (خيار الشرط او غيره من الخيارات) موروث بالحصص، كالمال. يعنى ما اقتضاه الخيار من استقرار ما كان متزلزلا للمورث بسبب الخيار

ان اختاروا الامضاء جميعا، او رجوع العوض اليهم بسبب الفسخ ان فسخوا جميعا.  
فهو موروث

-----  
١ : هذا ما اشرنا اليه من (فرض صورة اشتراط الخيار للمشتري) ووافقه المصنف قبيل سطور.  
٢ : اى: مراده بيان حكم...

بالحصص كالمال الثابت بالاصل الذى لم يسنحه سائحة من موجبات الخيار. فيرثون ما يستقر لهم ح بالخيار على ما فرض الله لهم من الحصص الا الزوجة - غير ذات الولد - فى الارض، على مختاره من اختصاص المنع بغير ذات الولد. فان عملها بمقتضى الخيار وموافقتها لساير الوراثة فيه لا ينفع لها فى شئى لحرمانها عن الارض، فلا حق لها فى الخيار على اشكال اقربه المنع فى الارض من الخيار فى الارض ان اشتريه، بخلاف ما لو باعه. وحاصل ما فهمه جماعة من الشراح على ما حكى عنهم (ومنهم ولده (ره)) ان الزوجة غير ذات الولد لا ترث من الخيار المتعلق بالارض على اشكال. والاقرب من هذا الاشكال ارثها ان كان الميت اشترىها بخيار، لانها تفسخ ح فترث من الثمن. لانها ترث من كل ما عدا الارض ومن جملتها الخيار المتعلق بالارض. فانه من جملة المورثات [و] ليس [فيه] نص حتى تمنع عنها (١)، الا ان يكون العوض ارضا، فلا خيار لها. بخلاف مالو باع بخيار لانها اذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا. والذى يحضرنى من عبارة الشراح هى عبارة الايضاح فقال فى وجه الاشكال (لانه ينشأ من عدم ارثها منها فلا يتعلق بها، فلا ترث من خيارها. ومن ان الخيار لا يتوقف على الملك كالا جنبي). ثم قال (ثم فرع المصنف دام ظله انه لو كان المورث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار لان لها حقا فى الثمن، ويحتمل عدمه لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ فلو علل بارثها دار. والاصح اختيار المصنف فان الشراء يستلزم منعها من شئى نزل الشارع منزلة جزء من التركة وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه). اقول: مبنى ما ذكره من وجهى الاشكال على انه هل تعتبر موافقة الزوجة المذكورة لهم حتى يدخل فى مسئلة اجتماع الوراثة (وان لم يستحق شيئا بالموافقة) ويضر مخالفتها لدخولها فى مسئلة التفريق كذلك؟ -؟. فوجه الاعتبار ان الخيار غير المال وارثه لا يتوقف على

حصول المال، كما قد يثبت الخيار للاجنبي ولا حظ له فى المال. ووجه عدم الاعتبار ان  
الزوجة لما انقطعت حقها عن الارض فلا بد من ان ينقطع حقها عما يتعلق بها من  
الخيار.  
وعلى هذا فما استقر به العلامة وصححه هو القول بالتفصيل والفرق بين ما اشترى  
المورث  
ارضا [وبين ما] لو باع ارضا، فيثبت الخيار لها فى الاول دون الثانى.

-----  
١: عبارة النسخة: فانه من جملة المورثات ليس نصا حتى تمنع عنها.

اما ثبوت الخيار فى الاول: فلان بالفسخ وموافقتها لهم فى ذلك يرجع اليهم الثمن وهو مما

يتعلق به حق الزوجة وترث منها، لان لها حقا فى الثمن. واما ما ذكره من احتمال عدم الخيار

معللا بلزوم الدور، ففيه ان طرفى الدور مختلفان. لان معنى قوله (لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ) ان استحقاق الارث موقوف على فعلية الفسخ وتحققه. ومعنى قوله

(ولو علل بارثها دار) انه لو علل استحقاق الفسخ وجوازه لها باستحقاقها للارث من الثمن

دار. وانت خبير بان هذا ليس دو را ويصح ان يقال: ارثها من الثمن موقوف على حصول

الفسخ ممن يصح عنه الفسخ وجواز فسخها للبيع ايضا موقوف على جواز ارثها من الثمن

ولا دور. بل يمكن منع مقدمة الثانية ايضا.

واما قوله (فان الشراء يستلزم منعها من شئى...) فالظاهر ان مراده دفع الدور. و مرجع كلمة (شئى) يعنى ان الشراء منع الزوجة عن الثمن الذى نزله الشارع بسبب حكم

خيار الشرط منزلة جزء من التركة. يعنى انه وان خرج من ماله بسبب الشراء وصار ملكا

لصاحب الارض، ولكنه بسبب الخيار نازل منزلة جزء التركة، فكانه مما بقى فى ماله بعد الموت، فصدق ان الخيار تعلق بما ترث منه ولو بالقوة، فيجوز الفسخ من الزوجة لترث من الثمن.

اقول: وتحقيق المقام ان طرح مسألة الزوجة فى حكم الارض انما يرجع حقيقة الى انه هل يعتبر موافقتها للورثة فى الارض فسخا او امضا ام لا؟ -؟. فبعضهم نظر الى عدم تعلق حقها بالارض فلم يعتبره. فكانه خارج عن الوارث ولا مدخل لها فى مسألة التفريق.

وبعضهم نظر الى انه حق موروث والكل فيه سواء فيعتبر موافقتها لهم وان لم ترث شيئا.

والصواب ان يقال: حق الخيار مما ينتقل الى الورثة بموت المورث. وظاهر كثير منهم يعم هذا الخيار (١)، بل ظاهر بعضهم (الاجماع بجميع انواعه عد اخيار المجلس ففيه اشكال). و

يدل عليه الحديث النبوى - المشهور المنجبر ضعفه بالعمل - (ما ترك به الميت من

حق  
فهو لوارثه (٢) مويدا لسائر العمومات. ولا ملازمة بين ثبوت الحق واستفادة المال.

-----  
١: وفي النسخة: عدم الخيار.  
٢: الحديث مشهور في السنن الفقهاء ولكن ما عثرت به في منابع الحديث من العامة والخاصة، كما اسلفنا الكلام فيه كتاب البيع من المجلد الثاني.



وح نقول: ان الزوجة من الوارث جزما، يصدق عليه عنوان الوارث وترث سائر الحقوق، ولا دليل على اخراج هذا الحق من البين. وقد عرفت عدم الملازمة بين الخيار و

حصول المال، كما فى خيار الاجنبى. وكون وضع اصل الخيار للارفاق والمصلحة، لا ينافى

طرو عدم المصلحة. اذ الارث معنى ثبت قسرا ولا اختيار فيه للمكلف. والخيار للمورث

وان كان منبعثا عن داعى ارفاق الحال ومصلحته وقد انتقل قسرا بالادلة السابقة الى وارثه، فهو ثابت له سواء نفعه ام لا. فربما كان مال الشخص تقربه عينه ويطيب معه معيشتة وهو سم لوارثه (١) كما لو كان لاحد متسلط غالب قاهر جارية تسوى الف دينار

وانتقلت الى وارث ضعيف عاجز، وارخت الظلمة بعد فوته عنان التغلب وآذوه بانواع الايذاء. او كان لمورث ضيعة يطيب العيش بها ولا يقدر احد على ان يظلمه وانتقلت الى

وارثه الضعيف الفقير عاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم وانتقلت الى

وارثه الضعيف الفقير عاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم واتباع السلطان فى اخذ المتوجهات الغير المحصورة، ولا يشتري لها ولا يمكنه التخلص عنها.

والحاصل: ان الدليل يقتضى ان الزوجة مثل سائر الورثة فى هذا الحق، سواء وصل بها شىء ام لا. ويظهر الثمرة فى دخوله فى مسألة تفريق الورثة وعدمه، ويتفرع عليه احكامه. وقد عرفت التحقيق فى صورة التفريق. فالمستشكلين فى المسئلة والمفصلين انما نظروا الى ملاحظة المصلحة واستحقاق الزوجة من المال، ونحن انما نظرنا الى ما ثبت من عموم الارث فى الحقوق. وظنى انه لا مناص من اعتبار الموافقة والمخالفة فيها ايضا.

ثم: ان المحقق الثانى اورد على شرح الكتاب (٢) (على ماحكى عنه) اولا: بان هذا الحكم غير مستقيم لان الارض حق لباقي الوراث استحقوها بالموت. فكيف ابطال استحقاقهم لها واخراجها عن ملكهم. وثانيا: بانها اذا ورثت فى هذه الصورة وجب ان

---

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

--

(۲۲۲)

ترث فيه اذا باع الميت ارضا بطريق اولى. لانها ترث ح من الثمن. وحاصل البحثين ان الموت سبب لانتقال الارض الى غير الزوجة من الورثة وليست الزوجة بوارثة بالنسبة اليها، فلا تملك ابطال استحقاقهم بالفسخ. ولو فرض امكان تسلطها على ذلك فى مال الغير فاثبات تسلطها فى مال نفسها اولى، كما اذا كان باعها بخيار. اذ ثمن الارض ح ملك للزوجة بقدر حصتها، ففسخها للبيع بقدر حصتها انما يوجب تصرفها فى مال نفسها،

لأنها ترث من الثمن بقدر حصتها.

وقدر يعترض عليه: اما على الاول: فبالنقض بما لو كان المال غير الارض والفاسخ هو الزوجة او غير الزوجة، كما لو اشترى الميت فرسا بالخيار فبفسخ الزوجة يلزم انفساخ سبعة

اثمان الفرس، ولا حق لها فيه. فلا وجه لتخصيص الكلام بالارض، وهو باطل. واما على الثانى: فبمنع الاولوية، وحاصله ان وضع الخيار انما هو لاجل الارفاق والمصلحة لمن له

الخيار والمفروض ان الفسخ مخالف لمصلحتها لو كان الارض مما باعها الميت. بخلاف ماله

اشتريها. لانها ترث من القيمة. فالاولوية ممنوعة.

اقول: لم احصل من الاعتراض الاول شيئا. اذ مراد هؤلاء ان جميع الارض انتقل الى الوارث غيرها وتصرفها فى فسخ الشراء - ولو بالنسبة الى قدر حصتها وهى الثمن -

اتلاف وابطال لحق الغير. يعنى ان مقدار حصتها ايضا من حق الغير ولا يجوز ابطاله. لان

فسخها فى البعض يوجب ابطال حق غيرها فى قدر حصتهم، ولان فسخ الكل يوجب ابطال حق غيرها. واما فى مثال الفرس فلا ريب انها مالكة لثمنها، ففسخها بقدر حصتها

لا يوجب ابطال حق

غيرها لا فى الجزء - لانه لاحق لهم فيه حتى يلزم بطلانه - ولا فى الجميع وهو ظاهر. و

اما الاعتراض الثانى: فنظر المحقق الثانى الى ان فى صورة الاشتراء انقطع حق الزوجة عن الارض، لانها لا ترث منها وعن ثمنها لانه خرج عن ملك الميت قبل موته فلا مورد

لتعلق خيارها به. بخلاف ماله باع الميت ارضا واخذ ثمنها فالثمن من الثمن مال الزوجة و

الخيار المتعلق به ارث لها، فيصح فسخها فيه.  
واما ذكره من كونه خلاف موضع الخيار لعدم المصلحة: ففيه ان كون الحكمة في

ذلك الارفاق ومصلحة ذى الخيار، فهو مسلم. ولكن لاينافى ذلك تبدل الحال بعد موت

ذى الخيار وانتقال حق الارث قسرى. مع ان فرض حصول المصلحة مع عدم الانتقال غير

عزيز. كما لو فرض ان الميت باع الارض بثمان. بخص لكونها كاسدة حين البيع والان ارتفعت، وتريد الزوجة ان تزوج باخ الميت والمفروض ان الوارث هو الاخ وهذه الزوجة،

فهى باعتقاد ان ما كان للزوج فهو لها ولولدها الذى يتولد منها، فلاريب ان المصلحة لها، ح

قطع النظر عن ذلك الثمن القليل ورده واسترجاع الارض، وان لم ترث منها بنفسها. و تبدل الاحوال فى الحكم والمصالح فى غاية الكثرة، فقد ترى ان الذين يقفون ضياعهم و

املاكهم على اولادهم غرضم غالبا ان لا تخرج من ايديهم ولا يطمع فيها احد ويبقى لهم

يستغلون بها ويتعيشون ويلاحظون مصلحة اولادهم. مع انا نرى الامر بالعكس فى الاغلب فكثيرا ما يعجز الاولاد عن تنسيق امرها وعمارتها بعد خرابها ويهلكون من الجوع او العرى ولا يقدررون على الانتفاع. ولو لم يكن وقفا لباعوها وانتفعوا بقيمتها. ثم ان المحقق الثانى (ره) قرب عدم الارث ان كان الميت اشترى الارض بالخيار فارادت الفسخ لثرت من الثمن. وابقى الاشكال على حاله فى مالهو كان باعها. لانها اذا فسخت لم ترث شيئا. اقول: وتحقيق المقام (بعد ما حققنا لك سابقا انه لايصح التفريق فى الخيار ولابد من التوافق) هو ان الزوجة اذا وافقت الورثة فى الفسخ او الامضاء،

جاز فى الارض ايضا، وان كان تختلف الحال بان ذلك يوجب فى بعض الصور استحقاقها

عن الثمن بقدر حصتها (كما لو كان الميت اشتراها) و فى بعضها لا يستحق شيئا (كما لو

باعها). وفائدته حصول الموافقة ليصح العمل بمقتضى الخيار ولينتقل اليها شيئى فى بعض الصور، او ينتفع به الغير سيما اذا ترقبت وصول نفعه اليها فى آخر ايضا. بقى الكلام فى ماذكره العلامة (ره) فى آخر العبارة الاولى، حيث قال (وان جوزناه مع تعدد المشتري...) يعنى لو باع عمرو ضيعته بزيد وبكر بصفقة واحدة وشرط الخيار

لهما الى امد، فيجوز التفريق بان يختار احدهما الفسخ والاخر الامضاء. والفرق بينه و بين تعدد الوراث ان العقد هنا متبعض بنفس العقد وهو فى قوة عقدين، ولم ينتقل الى

كل من المشتريين الابعض المبيع، بخلاف صورة تعدد الورااث فانه انما انتقل الجميع

بالعقد الى واحد. ويلزم من ذلك انه لو عكس الامر وباع اثنان من واحد بصفقة واحدة و

جعل الخيار لهما، فيجوز التفريق ايضا. لان التبعض انما حصل بنفس العقد. واعلم: ان العلامة (ره) بعد ماذكر الاشكال في المسئلة

ورجح المنع، قال في احكام العيب (و) ليس للمشتريين صفقة، الاختلاف. فيطلب احد هما الارش والاخر الرد. بل يتفقان، على

اشكال. اما لو ورثا خيار عيب فلا اشكال في وجوب التوافق) وهذا ينافي ما تقدم منه من

ثبوت الاشكال وان رجع المنع.

١٠٧: سؤال: هر گاه کسی بعضی املاك خود را صلح کند به بعض وراث صغير و كبير، و خيار فسخ از برای خود قرار دهد تا مدت يك سال. و قبل از انقضای مدت بمیرد.

بعض وراث امضا کنند، و سایر وراث گویند که ما فسخ میکنیم مصالحه را. آیا سخن

ایشان مسموع است در کل؟ یا در حصه خود؟ یا نه؟.

جواب: هر چند این مسأله را در نظرم نیست که در صلح متوجه باشند. و لکن در بیع متوجه شده‌اند. و ظاهرا فرقی نیست، بسبب اتحاد ماخذ. پس ما متوجه بیع مشویم و مگوئیم که: ظاهر اکثر، بلکه خلاف واضحی نیست در این که خيار موروث

است (بجميع اقسامه) به غیر خيار مجلس که در آن خلاف و اشكال است. پس هر گاه

مورث بمیرد قبل از انقضای وقت خيار، پس اگر همه اتفاق کنند در فسخ یا امضا، اشكال

نیست که به مقتضای آن عمل مشود. و اگر خلاف کنند و بعضی خواهند فسخ کنند و

بعضی امضا، اظهر در نظر حقیر این است که امضا مقدم است، و به مقتضای بیع باید عمل کرد. و جایز نیست تفريق [تا این که گفته شود] آن که راضی به امضا باشد در قدر

حصه او ممضی باشد و آن که راضی نیست و فسخ میکند در قدر حصه او فسخ مشود.

بخلاف آن که هر گاه دو مشتری ملکی را به شراکت صفتقا واحده بخرند از يك نفر و خيار

از برای آنها شرط شود که در این صورت تفریق جایز است. چون در حکم دو عقد است.  
و هم چنین هر گاه دو بایع بفروشدند ملك مشترکی را به يك نفر و خیار از برای آن بایعیها  
قرار دهند، که در آنجا هم تفریق جایز است. به همان جهت که گفتیم.



و بدان که: خلاف کرده‌اند در این که هر گاه خیار از برای مورث باشد در زمین که آیا خیار به میراث می‌رسد از برای زوجه که ممنوع است از زمین مطلقاً (بنابر قولی که

مختار ما است) یا غیر ذات الولد باشد (بنابر قول دیگر) -؟. و اظهر در نظر حقیر این است که خیار به ارث می‌رسد به او. یعنی می‌تواند فسخ کند و امضا کند، خواه مورث آن

زمین را خریده باشد (که بسبب فسخ، قیمت برگردد و از آن به قدر حصه خود میراث

برد) و خواه زمین را فروخته باشد که بسبب فسخ زمین برگردد و چیزی از زمین عاید

آن نشود.

و بعضی تجویز نکرده‌اند. و بعضی تفصیل داده‌اند که اگر زمین را مورث خریده فسخ به او می‌رسد. و اگر فروخته نرسد. و بعضی در صورت خریدن منع کرده‌اند و در صورت فروختن اشکال کرده‌اند. (۱)

۱۰۸: سؤال: هر گاه کسی ملکی موقوف بر فقرا را از متولی آن - به صیغه مصالحه، منافع آن را در مدت معینه - به خود منتقل کرده باشد. و بعد از آن به عقد مزارعه به زید بدهد، در مدت پنج سال (مثلاً) و بعد از آن قبل از حصول محصول، مصالحه کند حق المزارعه خود را به مبلغ پنج تومان که در هر سال از زید بگیرد. آیا این

مصلحه حق المزارعه، صحیح است یا نه؟ -؟.

و بر فرض صحت، آیا آن شخص دعوی غبن آن مصالحه را می‌تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب: بلی مصالحه - نظر به عمومات ادله - صحیح است. و ظاهر این است که حصول محصول شرط صحت مصالحه نیست. و آنچه گوشزد سائل شده در مسأله (تقبل و مقاطعه) [است] که فقها ذکر کرده‌اند که جایز است که مزارع خرص کند غله را

بعد از بلوغ آن و انعقاد حب، یا سنبل شدن آن (علی اختلاف عباراتهم) و مقداری معین

کند و بگوید که (این قدر را به من بده و باقی از تو). صحیح است، و در این مسأله بلوغ

حاصل، شرط است. و مسئله ما از این باب نیست. و این جا هم مقام تحقیق این مسأله

نیست. و اصل سؤال متضمن چند مطلب است: اول: منتقل ساختن منافع عین موقوفه

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

بروجه صلح، و جواب آن این است که صحیح است نظر به عمومات ادله. بلکه  
بروجه

مزارعه هم صحیح است. دوم: به مزارعه دادن به غیر، و جواب آن نیز این است که  
صحیح است در صورت صلح و هم چنین در صورت مزارعه دیگر با استیفای منافع  
بنفسه.

سوم: به مزارعه دادن بیش از يك سال، و جواب آن هم صحت است. زیرا که حدی  
در

جانب کثرت از برای مزارعه نیست. چنان که از اخبار مستفاد می شود. و در جانب  
قلت

خلاف است. و اظهر این است که کمتر از زمان ادراك محصول نباشد. چهارم:  
مصالحه

کردن حق المزارعه به غیر، و جواب آن مذکور شد. و اما سؤال از جواز ادعای غبن  
در

مصالحه حق المزارعه، پس جواب آن این است که اظهر این است که دعوای غبن در  
صلح هم جاری است، بلکه در اکثر عقود. و اختصاصی به بیع ندارد. و لکن با  
تحقق

شرایط غبن که آن بدون مرافعه طی نمیشود.

کتاب الشریکة

(من المجلد الاول)

۱۰۹: سؤال: هر گاه دو نفر شریک شوند و سرمایه ایشان مساوی باشد، و شرط کنند که نفع را به تفاوت ببرند. یا سرمایه متفاوت باشد و شرط کنند که نفع را مساوی

ببرند. آیا صحیح است و عمل به مقتضای او لازم است یا نه؟ -؟  
جواب: در این مسأله سه قول است: اول صحت است، به مقتضای (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم) و امثال آن. و این منافاتی ندارد با آن که شرکت از عقود جایزه است. به جهت آن که ظاهر این است که مراد از آن وجوب وفا به مقتضای عقد

باشد، اگر جایزه است به عنوان جواز و اگر لازم است به عنوان لزوم. و این مذهب جمعی

است، و از سید مرتضی (ره) نقل اجماع بر آن شده. دوم: عدم لزوم است و این مذهب

جمعی است که از جمله آنها ابن زهره است و آن نیز دعوی اجماع کرده. و استدلال کرده‌اند بر این به این که اصل عدم صحت شرط است و این اکل مال است به باطل. به جهت آن که عوضی در مقابل آن

زیادتی او نیست، و عقد معاوضه در میان نیست که این شرط جزء احد عوضین باشد.

و اجماع معارض است به اجماع، و اصل مقاوم دلیل نمیشود. و منع عموم عقود و شروط از جهت جایزه بودن عقد شرکت بی وجه است. به جهت آن که مراد از (جایزه)

بودن آن است که فسخ و قسمت جایزه است هر وقت که بخواهند، نه این که جایزه است که

آنچه شده است آن را بر هم زنند و رجوع کنند به اجرت عمل. و فرض معاوضه هم ظاهر

است، به جهت آن که حصه ربح از برای هر يك در ازای عمل است. و چون ربح بالفرض

مشاع است به جهت اشاعه راس المال، فی الجملة صادق است که هر يك به قدر عمل از مال دیگری میبرند.

و در مسأله قول ثالثی هست که از ابو الصلاح نقل شده، و آن بطلان شرط است با صحت عقد شرکت. پس باید ربح را نسبت به مالها قسمت کرد. چنان که مقتضای اصل

شرکت است، و بنا بر قول دیگران (که با بطلان شرط حکم به بطلان عقد مشروط میکنند) پس ربح را تابع مال میکنند و هر يك اجرت المثل عمل خود را بر مدارند. اینها (همه که مذکور شد) در وقتی است که عمل مختص احدهما نباشد یا احدهما از

دیگری بیشتر عمل نکند. [زیرا] که هر گاه چنین باشد، ظاهراً خلاف نیست که جایز

است که عامل یا آن که عمل بیشتر میکند ربح را بیشتر بردارد. و لکن صورت اول داخل

(مضاربه) میشود، به جهت آن که در شرکت شرط کرده‌اند که عمل از هر دو باشد. و

جواز زیادتی در این صورت هم موید قول به صحت، است در اصل مسأله.

و به هر حال، اظهر قول سید و تابعین او است. هر چند ابن ادریس قول دوم را نسبت

به اکثر اصحاب داده است.

و هر گاه شرط کنند که خسارت و نقصان هم علی السویه باشد با تفاوت مالین، یا بالعکس (۱)، ظاهر صحت این شرط است. به جهت عموم وفا به عقود و شروط.

۱۱۰: سؤال: هر گاه زید و عمرو به عقد شراکت عمل کنند در مال مشترك تا سه سال. بعد از سه سال زید ترك عمل کند و به عمر بگوید (تو عمل کن). و عمرو هم تا

سه سال دیگر عمل کند، آیا منافع بر وجه مقرر بینهما اولاً، قسمت میشود بدون اجرتی -؟ یا آن که عمرو مستحق اجرت المثل عمل سه ساله است؟.

-----

۱: شرط کنند که خسارت و نقصان به طور متفاوت توزیع شود با مساوی بودن سرمایه‌ها.

(۲۳۰)

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

۱۱۱ - سؤال: دو شخص بنای شرکت میگذارند، و هر دو جنس دارند. یا یکی دارد و یکی نقد. یا هر دو نقد. شریک میشوند و معامله میکنند که هر چه انتفاع باشد

نصف کنند. آیا این شراکت صورت شرعی دارد یا نه؟ -؟.

جواب: در عقد شرکت ممزوج شدن مالها شرط است. پس هر گاه نقد باشد هر دو،

باید بر سر هم بریزند که دیگر معلوم نباشد که کدام از کدام است، و هر گاه ممزوج [کردن] ممکن نباشد - مثل آن که یکی جنس دارد و یکی نقد. و یا این که یکی طلا

دارد و دیگری نقره - حيله بکنند تا مزج

حاصل شود (مثل آن که هر يك نصف مشاع مال خود را به نصف مشاع شريك خود

بفروشد) بعد از آن معامله کنند. و هر گاه مالها مساوی باشند ربح مناصفه است، مگر

این که شرط تفاوت بکنند که در آنجا اظهر جواز عمل به مقتضای شرط است. ۱۱۲: سؤال: هر گاه زید و عمرو مالی به شراکت تجارت نمایند، و بکر و خالد نیز در مال دیگر به شراکت تجارت نمایند. بعد ذلك عمرو و خالد که هر يك مال مشترك

زید و بکر در دست ایشان است مخلوط نموده در مالین مشار الیهما به شراکت مدتی

تجارت نمایند. بعد ذلك خالد مال مشار الیه مشترك را قدری به ولید به عنوان شراکت

داده مدتی تجارت نمایند، که در این اثنا عمرو که شريك اصلی زید بوده متوفی گردد،

و وکیل بکر آمده به وکالت ثابتة مطالبه سرمایه واریاح تجارت از خالد منماید. خالد

قدری از مال مشار الیه را به وکیل بکر تسلیم نموده. و وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ مال از ولید. وکیل قدری مال را از ولید نیز اخذ نموده که خالد نیز متوفی گردد. آیا در این صورت زید را - که شريك عمرو بوده و عمرو شريك خالد و ولید -

مرسد که تتمه مالی [را] که در تصرف ولید بوده اخذ نماید؟ و آیا زید را مرسد که

مال را که وکیل بکر از ولید و خالد گرفته و به تصرف بکر داده از وکیل یا موکل  
انخذ

(۲۳۱)



نماید یا نه؟ -؟.

جواب: زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر و خالد و ولید و وکیل است از بابت مال مشترك ما بین زید و بکر به قدر الحصة شريك است، و باید این جماعت هر يك

به قدر شغل ذمه از عهده حق زید بر آیند. یعنی همان حصه را به او برسانند هر چند بعضی به بعضی دیگر رجوع کنند در غرامت. چنان که طریقه (ایدی متعاقبه) است در غصب. و در خصوص تتمه مال که نزد ولید مانده زید مستحق بیش از حصه خود نسبت به آن مال نیست، مگر در صورت عجز از استرداد حق خود از بکر (به خودی خود

یا به واسطه دیگران) و امکان تقاص از آنچه در نزد ولید است از مال بکر. والحاصل: زید و بکر در مجموع مال مشترك شريك اند، و آنچه موجود است بینهما - به قدر الحصة (۲) اصلاً و ربحاً - قسمت میشود. و آنچه تلف شده به (قاعده اتلاف)

رجوع میشود و غاصب مثل یا قیمت را باید بدهد. و در صورت تعاقب ایدی به قاعده او

عمل میشود والله العالم باحکامه. (۳)

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

۱ و ۲: عبارت این سوال و جواب در نسخه به صورت زیر است:

سوال: ... بعد ذلك عمرو و خالد که هر يك مال مشترك زید و بکر در ذرت ایشان است مخلوط نموده در مالین

نرمی الیها به شراکت مدتی تجارت نمایند بعد ذلك خالد مال مشار الیه مشترك را قدری به ولید به عنوان شراکت داده مدتی نمایند که در این اثنا عمرو که شريك اصلی زید بوده متوفی گردد و وکیل دیگر آمده به

وکالت ثابته مطالبه سرمایه و ارباح تجارت از خالد منماید خالد قدری از مال مشار الیه را به بکر وکیل و تسلیم

نموده و وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ حال از وکیل بگیرد وکیل قدری مال را او ولید نیز اخذ نموده اند که

خالد نیز متوفی گردد آیا...

جواب: زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر وکیل او خالد آمده است از بابت..... دخل ذمه از عهده حق زاید بر آیند یعنی همان حصه در اباو برسانند.... از استرداد حق خود که بکر نبرده..... به قدر الحسنه.....

۳: این مسأله در تحت شماره ۱۱۵ مجدداً عنوان شده، رجوع شود.



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

با کی است؟.

جواب: در دین، هیچ يك از شرکت و مضاربه را قرض دادن صحیح نیست (۱)، و مادامی که مشخص و معین نشود مال صاحب طلب نمیشود. هر گاه تلف شود از کیسه

عمرو رفته است. چنان که اگر زید ربح هم بگیرد مال عمرو بوده [و به] زید دخل نداشت.

والله العالم.

۱۱۴: سوال: زید ده تومان مدهد به عمرو به این عنوان که پنج تومان مشاع آن قرض باشد در نزد عمرو و پنج تومان دیگر مال او باشد، و عمرو بینهما (۲) در آن عمل کند

که نصف ربح از زید و نصف از عمرو. و جعاله از برای عمرو قرار بدهد در ازای عمل به

پنج هزار دینار. آیا این صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: این داخل شرکت نیست، به جهت آن که در شرکت باید عمل از هر دو باشد.

و مضاربه هم نیست به جهت آن که در مضاربه شرط است که جزء مشاعی از ربح را برای عامل

قرار بدهند، مثل نصف و ثلث، در اینجا وجه معینی از خارج قرار داده. و لکن دور نیست که

از باب جعاله توان قرار داد، به جهت آن که در جعاله جهالت عمل ضرر ندارد، به این معنی که

معلوم طرفین نباشد که آن عمل چه قدر خواهد بود، مثل آن که مگوید که (گمشده را

بجوید و بیاورد این قدر به او مدهم). و معلوم نیست که آیا ده روز باید بگردد تا بجوید یا

يك روز. در اینجا هم اصل عمل که معامله در پنج تومان است معلوم است هر چند مقدار [آن]

معلوم نیست.

و این که گفتیم در وقتی است که قرض پنج تومان را به شرط این معامله نداده باشد، و الا داخل ربای حکمی است و حرام است. و هر گاه معامله را به لفظ شرکت یا

## مضاربه کرده

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

باشد معامله باطل است و عامل مستحق اجرة المثل است و ربح تابع راس المال است. و هر گاه

مقصود همان عقد جعاله است، ظاهراً صحیح است.

۱۱۵: سوال: هر گاه زید [را] شريك التجارتي بوده و عمرو را نیز شريك التجارتي بوده، و این دو شريك اموال مشترکی فی ایدیهما را مزج نموده مدتی به شرکت تجارت

نمایند، منافع چند حاصل آمده بود. بعد ذلك شريك عمرو بنای شرکت با خالد نهاده [و]

بعضی از اموال شرکت [را] به خالد داده مدتی تجارت نمایند که در این اوان بدون آن که

محاسبه مفروق و اموال مشترکه مفروز شده شريك زید متوفی گردد، و عمرو خود و وکیلش

هر يك مطالبه و منافع حسابه نمایند از شريك خویش. شريك مؤمی الیه قدری مال را به تصرف عمرو و قدری را به تصرف وکیل او داده و وکیل مشار الیه را وکیل نموه که اموال

مشترکه که در ید تصرف خالد بود اخذ و انتزاع نماید، عمرو و وکیل او هر يك بعضی از مال

را از خالد اخذ نموده [اند] و ما بقی در تصرف خالد مانده که شريك عمرو نیز وفات نموده.

آیا در این صورت (والحالة هذه) زید را مرسد که ادعا و اخذ حق خود از عمرو یا از وکیل وی

یا از خالد، نماید؟ یا این که او را بر ایشان تسلطی نبوده و نیست؟.

جواب: بلی در صورت مزبور زید به قدر حصه خود از مال و ربح شريك است در آنچه

عمرو یا وکیل او گرفته یا در نزد خالد باقی مانده، و می تواند گرفت. چنان که عمرو هم

شريك است در آنچه که در نزد شريك زید بوده به قدر الحصة خود از اصل مال و ربح آن.

والله العالم. (۱)

۱۱۶: سوال: هر گاه کسی صد تومان (مثلاً) به زید بدهد که پنجاه تومان بر ذمه زید

باشد و پنجاه تومان از خودش باشد و شريك باشد و هر دو معامله کنند. و زید مذکور راضی

به این شراکت نمیشود و می گوید که هر گاه سه تومان در عرض (۲) سال از کیسه  
خودت به  
من مدهی این شراکت را میکنم. و سه تومان را با يك چهار گندم (۳) مصالحه  
مکند

- 
- ۱: این سوال و جواب خلاصه‌ای از مسأله شماره ۱۱۲ همین مجلد است، رجوع شود.  
۲: و در نسخه: عوض. و شاید عبارت (در عوض هر سال) باشد.  
۳: يك چارك گندم.

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

جواب: (قطع نظر از این که شراکت، عقد جایز است و شرط در ضمن او لزومی به هم نمیرساند)

جواز این شرط محل اشکال است. (۲) و چاره این مطلب ممکن است به این که در اول صلح کند سه تومان مال خود را به آن شخص، و در ضمن عقد صلح شرط کند که با او شراکت کند بر نهج مزبور (۳). و لیکن در این صورت شراکت لازم میشود و فسخ نمیتوان کرد مگر به رضای طرفین (۴). والله العالم.

کتاب الشریکة من المجلد الثانی:

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

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

-----  
۱: در نسخه: به عوض دو غاز.

۲: وجه اشکال: از طرفی نظر به عمومات میتوان گفت چنین شرطی جایز است. و از طرف دیگر نظر به این که

در شرکت هر دو شریک عمل و کار میکنند گرفتن سه تومان مشمول (اکل بباطل) میشود.

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

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

۵: زنبور عسل، که (مگس انگین) هم گفته شده.



جایز است و به هر حال، صورت سوال داخل مسأله شرکت نیست بلکه از باب (بضاعت)

است (۱) و آن هم جایز است و صحیح است و لکن لزومی ندارد (یعنی حکایت مختص بودن عمل به یکی و تنصیف ربح [لزوم ندارد] بلکه هر وقت خواهند بر هم مزینند و خواهند شریک

میشوند و خواهند تقسیم میکنند.

و اما مسأله گاو: پس آن نیز اگر مثل مسأله مگس باشد حکم آن همان است که در مگس مذکور شد. و آن صورتی که در آخر تفصیل داده شده است - و حاصل آن این است

که سه حصه گاو که مال او است او را مدهد به دیگری که در آن عمل کند و محافظت کند از

آن که يك حصه منافع از عامل باشد و دو حصه از مالك - این از باب شراکت نیست. چون

مال مختص به یکی از اینها است. و از باب مضاربه هم نیست چون در مضاربه شرط است

که مال المضاربه نقد باشد [از قبیل] طلا و نقره. و از باب اجاره هم نمیتواند شود، چون

وجه اجاره و مدت، هر دو مجهول است، و هم چنین شرط ضمن العقد که نفقه حیوان باشد

غالباً مجهول است.

و اگر خواهند این معامله را به صیغه مصالحه بکنند. یعنی صلح کنند که يك ثلث منافع گاو

را از جمله سه ربعی که مالك است در مدت معینی در ازای این که او را نگاهداری و پرستاری

کند و منافع آن را به عمل بیاورد که نصف مجموع منافع گاو مال مالك گاو باشد و نصف

منافع مال آن شخص که به او داده با تعیین مدت.

۱۱۸: سوال: زید و عمرو شریک بودند و طلبی از بکر داشتند زید نصف حصه خود را

حواله کرد که بکر به عمرو بدهد. و مواجهه ثلاثه شد و بکر تمام طلب زید را داد و به عمرو

هیچ نداد. آیا عمرو به قدر حصه میتواند از زید مطالبه بکند از آنچه گرفته است یا

نه؟ -؟.

جواب: بدان که اشهر و اظهر این است که هر گاه دو نفر یا بیشتر شريك باشند در مالی  
- خواه قیمت مبيع باشد یا ميراث و خواه مال الشركه - واحدی از شركا استيفای  
مساوی  
مجموع حق خود را (یا بعض آن را) بکند، مختص او نخواهد بود، و آن شريك  
ديگر را

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

مرسد که به قدر الحصة مطالبه حق خود را بکند از آن مال. و ادله بسیار از اخبار و  
 اجماع منقول و دلیل عقلی دلالت بر آن دارد. بلی اگر احد شریکها حصه خود را صلح کند  
 با این شخص که طلب از او دارند (یا بفروشد، در جائی که بیع صحیح باشد به وجهی)  
 این معامله صحیح است و دیگر شریک حقی در آن وجه ندارد.  
 و هم چنین هر گاه حصه خود را حواله کند به غیر یا به شریک خود، که در این  
 صورتها شریک دیگر نمیتواند از وجه مصالحه یا ثمن مبیع یا غیر آن، مطالبه کند. و هم چنین  
 میتوان حيله کرد به این که آن شخص مدیون را بری الذمه کند از طلب خود و از او  
 خواهش کند که مساوی آن را ببخشد و او [نیز] ببخشد، دیگر شریک در مال موهوب حقی  
 ندارد.  
 پس در صورت سوال که زید بعد از حواله نصف طلب به عمرو باقی طلب خود را  
 بگیرد عمرو به قدر الحصة در آن شریک است. پس هر گاه شراکت زید و عمرو بالمناصفه  
 بوده در این صورت دو حصه آنچه زید گرفته از عمرو است و یک حصه از زید. و آنچه را  
 عمرو مستحق است به حسب حواله زید هر گاه عمرو گرفت زید در آن حقی ندارد.  
 ۱۱۹: سوال: زید و عمرو شریک اند در وجه نقدی، و آن در میان ظرفی است. و  
 زید مبلغ ده تومان از خارج بر سر آن مریزد که هر وقت خواهد بردارد، نه به عنوان  
 شراکت. و فراموش میکند تا آن که تمام آن وجه به مصرف عمل شرکت مرسد. و بعد از آن  
 که متذکر میشود نمداند که آیا آن وجه را برداشته و به مصرف دیگر رسانیده یا آن که آن را  
 هم داخل مال الشریکه عمل، کرده. و ظن قوی دارد که بر نداشته، و احتمال ضعیفی  
 میدهد که برداشته باشد. آیا این را داخل مال الشریکه محسوب میدارد و در ربح آن شریک  
 است یا

نه ؟- ؟.

جواب: ممکن است که بگوئیم اصل بقای آن مال است بر حال خود، و تواند آن ده تومان را از میان بردارد. و به ملاحظه تعارض (اصل عدم از مال در معامله شرکت) با اصل

عدم خرج کردن به مصرف دیگر) و تساقط آنها، حکم میشود به بقای مال به حال خود

بدون نفع. به جهت استصحاب بقای آن به معنی این که مستحق آن وجه هست و لکن بدون

منفعت (۱) والله العالم.

۱۲۰: سوال: چند نفر شريك میشوند و در عقد شراکت شرط میکنند که هر کدام که به نسیه معامله کند و در هر ولایتی نسیه به احدی بدهد به پای او باشد. و اگر تلف شود

از کیسه او رفته باشد. و اتفاق افتد که یکی از آنها معامله با احدی بکند به عنوان نسیه

بدون اذن شريك دیگر. و آن نسیه به قدر نصف سرمایه او بوده و به قبض شريك هم نداده.

والحال این شخص فرار کرده و این نسیه به سوخت افتاده. آیا این سوخت ما بین شرکا

مشترك است یا مختص همان شريك است که نسیه داده؟ -؟.

جواب: اولاً آن که اگر مراد از آن که (به قبض شريك نداده) این است که سرمایه را ممزوج نکرده‌اند،

پس اصل عقد شرکت منعقد نشده، چون شرط است در آن ممزوج کردن به نحوی که

تمیزی نباشد. و بر فرض ممزوج بودن هم ظاهر این است که این عقد باطل است. به جهت آن که این شرط منافی مقتضای عقد شراکت است و جهالت هم دارد. و در صورت

بطلان، هر يك مستحق سرمایه‌اند و ربح تابع سرمایه او است، و از برای هر يك اجرت المثل عمل در مال دیگری میباشد. و این در صورتی که مراد سائل آنجا که گفته

است (بی اذن شريك این معامله را کرده) اذن خاص باشد هر چند اذن عام داشته. و الا

ضمان تلف بر آن کسی است که بدون اذن تصرف کرده و مستحق اجرتی هم نیست.

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

۱: با این که نتیجه سخن و فتوای میرزا (ره) در این مسأله درست است لیکن اساس استدلال و مستمسک وی قابل

نقد است زیرا در اینجا تعارضی بین دو اصل وجود ندارد. چون اصل (عدم خرج کردن به مصرف دیگر) یا

(اصل بقای آن ده تومان به حال خود و عدم برداشتن آن از آن ظرف) تنها میتواند استحقاق زید را نسبت به

خود ده تومان، ثابت کند. و نسبت به ربح آن کاربردی ندارد و به اصطلاح (اصل مثبت) است و اصل مثبت  
حجیت ندارد. پس چنین اصلی نسبت به ربح، هیچ ارزشی ندارد تا بتواند در قبال (اصل عدم حضور ده  
تومان  
در معامله شرکت) عنوان شود و معارض آن باشد. پس هیچ نیازی به استمداد از (اصل عدم حضور ده  
تومان در  
معامله شرکت) که میرزا (ره) با عبارت (اصل عدم از مال در معامله شرکت) تعبیر کرده، نیست.

دارند یا نه؟ -؟.

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شرکا جایز نیست.

۱۲۲: سوال: هر گاه مالی از چند نفر - که به میراث به ایشان منتقل شده باشد - مشترك باشد. و یکی از ایشان خواهد که حصه خود را به غیر بفروشد یا صلح نماید،

عوضی که می گیرد از خودش میباشد یا باید به شرکا حصه ها را برساند؟ -؟. و هر گاه

مال معروض در ید ظالم غاصبی باشد، میتواند که حصه مختصه خود را به غیر منتقل نماید و عوض را به هیچ يك از شركاء نرساند؟ یا باید که عوض را به نحو حصص قسمت

نماید؟. و هر گاه باید قسمت شود، مشتری آن عین را خریدن یا قبول نمودن آن حصه -

با عدم علم به ایصال حصص شرکا - جایز است قبول آن حصه یا نه؟ -؟.

جواب: در صورت اول بیع صحیح است و مشاع بودن میراث مضر به صحت بیع نیست. و هم چنین صلح. و عوضی که میگیرد مال او است و دیگری در آن حقی ندارد. و

همچنین در صورت ثانیه که مال مشترك در دست غاصبی باشد، هر چند بیع آن به غیر غاصب در صورت عدم قدرت بر تسلیم جایز نیست و لکن صلح صحیح است. و مفروض

این است که آن مال مشاع است و صلح حصه آن مشاع جایز است، و عوض هم مال او

میشود. بلی هر گاه وراثت معترف باشند به شرکت و غاصب اعتراف کند به حق یکی از

آنها و با او صلح کند در همان قدر، عوضی که به او بدهد آن را باید با شرکا حصه کند

علی السهام هر گاه آن شرکا امضا و اجازه صلح بکنند. و هر گاه اجازه نکنند، صلح صحیح

است در قدر حصه آن که صلح کرده در آن مقداری که غاصب معترف شود که از او است.

مثلا هر گاه وارث دو پسر باشد و غاصب اقرار کند در نصف آن مال مغضوب از برای یکی از

آنها و آن دیگری اجازه نکند، صلح در ربع آن صحیح است، و هکذا....

۱۲۳: سوال: چه می فرمایند در این مسأله شرعیه که زید و عمرو در وجه معین

مشخص، شريك و سهم شده‌اند و در ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم و متحتم  
کرده‌اند که نما و منفعت او را به ده سهم متسهم نمایند شش سهم از زید و چهار  
سهم از  
عمرو. و هم چنین در ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم و متحتم نموده‌اند که نما و



منفعت از هر جا و هر کس و هر ممر که از جای دیگر (غیر نماء وجه الشرکه) تحصیل نمایند

باز به طریق مسطور معمول دارند. همچنین شرطی شرعی است یا نه؟ -؟.  
جواب: آنچه از صورت سوال ظاهر میشود این است که عقد شرکت واقع شده در میان

زید و عمرو و دو شرط در ضمن عقد شده: یکی از آنها تفاوت قسمت ربح است بینهما

هر چند راس المال مساوی باشد. و دوم آنها (شرکت ابدان) است. بلکه، بیش از آن است که مطلق مافع را هم شرط کرده‌اند که بینهما باشد بر وجه مزبور در ربح اصل مال

الشرکه و تخصیص نداده‌اند به منافع اعمال بدنیه چنان که معنی شرکت ابدان آن است.

و ظاهر میشود از صورت سوال که چون شنیده‌اند که عقد شرکت از عقود جایزه است و گاه است بر هم خورد و آن شرط لزوم نداشته باشد - به جهت خلافی بودن شرط

اول در نزد علمای ما و باطل بودن شراکت بر وجه ثانی به اتفاق علمای ماهر گاه مستقل

باشند - پس گمان کرده‌اند که هر گاه این دو شرط در ضمن عقد لازمی در آید که مجموع آن دو شرط در ضمن عقد لازم شرطی باشند در ضمن این عقد جایز، تا هم صحت

بیابند دو شرط، هم لازم شوند، چنین قرار داده‌اند و تدبیری در استحکام کار خود کرده‌اند.

و جواب از این سؤال این است که عقد شراکت که عبارت است از ماذون کردن هر يك

از شریکین دیگری را در تصرف در مال مشترك بعد از مخلوط کردن مالها به حیثیتی که

امتیازی به جا نماند. هر گاه در ضمن این، دو شرط [مزبور] واقع شده [اند] به این معنی

که اذن بدون آنها حاصل نیست، پس - هر چند که شرط اول (که تفاوت ربحین باشد)

صحیح است علی الاظهر خصوصاً هر گاه احدهما عمل کند و شرط زیادتى از برای او

باشد، یا عمل او بیشتر باشد. لکن شرط دوم فاسد است و به سبب آن - عقد

شراکت

فاسد میشود و هر يك مستحق راس المال و مستحق اجرت المثل عمل میباشد و ربح نسبت به راس المال قسمت میشود.

و ذکر این شرطها در ضمن عقد لازم خارج، در شرط اول نفعی ندارد. چون آن صحیح است هر چند در ضمن عقد لازم گفته نشود و افاده لزوم اصل عقد شراکت را

نمکنند، و هر وقت خواهند بر هم میزنند و ربح را به همان وجهی که قرار داده‌اند قسمت میکنند. و اما شرط دوم: پس آن فاسد است. و به فساد آن، عقد لازمی که در

ضمن آن شده هم فاسد میشود علی الاظهر. و به هیچ وجه نفعی نخواهد داشت. بلکه

منشأه بطلان اصل عقد شرکت میشود چنان که گفتیم. و هر گاه این شرط در ضمن عقد

شراکت نبوده و التزامی است که در خارج عقد شراکت شده، پس در این صورت عقد

شراکت صحیح است. و لکن این عقد لازم و شرط ضمن آن هر دو باطلند. ۱۲۴: سوال: دو برادر بودند، یکی ملازم سلطان و او با برادر خود همسهم و شریک و سهیم بوده به این نحو که آن برادر ملازم به این یکی گفته که (تو شبانی مراهم کرده

باش و متوجه امورات من باش و آنچه مداخل که نفع ما شود برادرانه قسمت میکنیم).

والحال آن برادر ملازم متوفی و اموال حرامی را که تحصیل کرده از او مانده، و صغیرهم

دارد. آیا برادری که شبانی کرده مستحق اجرت عمل هست یا نه؟ -؟. و چگونه باید

معمول داشت؟.

جواب: اصل این معامله از مقوله (شرکت ابدان) است که بالاتفاق باطل است. و در مانحن فیه که احدهما ملازم دیوان بوده و مقصود ایشان اعم از تحصیل حلال و حرام

بوده، بطلان اوضح است. و با حرام باید معامله حرام کرد که هر کدام دست گذاشتند

باید به صاحبش برسانند، و با یاس از آن، تصدق کنند برای او. و هر يك آنچه تحصیل کرده‌اند از حلال مال او است. اشکال در شرط شبانی است در اینجا، که آیا

آن هم یکی از منافی است که باید به زعم ایشان قسمت شود؟ به این معنی که آن برادر

ملازم مستحق نصف اجرت المثل باشد و نصف دیگر حق برادر او باشد و لیکن در حین

قسمت منافع طرفین آن نصف هم از سهم آن ملازم باشد و عوض آن از سایر منافع

شبان  
وضع شود برای شبان که نصف مجموع منافع شبان مال ملازم باشد و نصف مال خودش و  
لیکن به این شرط که حصه منافع شبان تمام از ملازم باشد و مساوی آن از سایر منافع  
دست بردارد که دیگر او اجرت نطلبد.  
و هم چنین زعم آنها این است که هر چه ملازم تحصیل کند (خواه حلال و خواه حرام و خواه مساوی منافع شبان و خواه اقل و خواه اضعاف مضاعف) باید تنصیف شود.

پس هر گاه حکم شد به بطلان اصل معامله - خصوصا در تحصیل حرام - هر کدام  
هر چه

[تحصیل] کرده مال او است و اجرت المثل شبان بالتمام مال او است و باید از مال  
برادر

بگیرد. و هم چنین است حال [اگر] شرط ضمن العقد در سایر منافع باشد. زیرا که  
فساد

عقد مستلزم فساد شرط است.

بلی اشکال در جایی است که احد متشارکین به شرکت ابدان مالی از جمله منافع  
دیگری تلف کرده باشد. پس مگوئیم که هر گاه بدون اذن شریک است، جز ما  
ضامن

آن است. چون تصرف در مشاع کرده، بلکه در مال غیر بدون اذن. و ظاهر سوال  
هم این

است. چون ذکر شده است که هر چه از منافع به هم رسد قسمت میکنیم و مال  
قسمت

نکرده مال غیر است و تصرف در آن موجب ضمان. و هر گاه اذن داده باشند هر  
یک از

آنها دیگری را در تصرف در نصف، ظاهر این است که باز ضامن است. چون اذن  
منوط

است به آن معامله فاسده، نه مطلقا. و ظاهر این است که در صورت علم به فساد هم  
از

طرفین، باز ضمان باقی باشد. چون اذن مجانا واقع نشده هر چند در اینجا اشکالی  
هست که در کتاب بیع مذکور است، و ارجح در نظر در اینجا نیز ضمان است و هر  
گاه

مالی که تلف کرده اند مجهول باشد چاره به جز مصالحه نیست.  
و از آنچه گفتیم به طریق اولی ظاهر میشود حکم آن که یکی از متشارکین به  
شرکت ابدان کسب او نفع بسیار کند و دیگری کسب کند و هیچ نفع نکند. و هم  
چنین

حکم آن که بعلاوه شرکت ابدان شرط کند شرکت در هر چه عاید آنها شود از غیر  
کسب

مثل هبه و میراث. و هم چنین هر گاه بنای ایشان به این شود که هر چه دارند از  
اموال

بالفعل مشترك باشد و هر یک از آنها به قدر حاجت صرف کنند به قصد آن که آن  
دیگری

هم مثل او بردارد - مثل این که املاکی که از پدر به آنها رسیده و یکی از آنها قدری را بفروشد به جهت تزویج یا خانه ساختن (و امثال این) که آن دیگری هم مثل آن بردارد -

که امر (۱) بطلان و لزوم غرامت اوضح میشود هر گاه این تتمه املاك قبل از استیفای دیگری مثل خود، را تلف شود. و اما رضای احدهما به تصرف دیگری کیف ما کان، پس آن داخل اباحه است، و احکام آن بر آن مترتب میشود.

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

-----  
۱: و در نسخه: و امر...

آن سه نفر دیگر در ارث پدر (جمع المال) شده‌اند و مدت چند سال با هم بوده‌اند و در

این مدت نیز با هم کار کرده‌اند و قدری املاك و باغات را نیز با هم خریده‌اند. و دو نفر از ایشان در این میانه - از کار کردن هر سه با هم و از نفع املاك ارثی و املاك ابتیاعی - اخراجات عروسی خود

را از میانه برداشته‌اند و متاهل شده‌اند. و الحال نیز آن دو نفر دیگر اراده دارند که يك نفر را رد کنند و آن يك نفر مگوید که (آنچه از اخراجات عروسی شده است من هم به

قدر يك نفر باید از اخراجات عروسی بردارم، و آنچه املاكاتی را و اجناسی را که در

این چند سال با هم خریده‌ایم آن هم موافق يك رسدی خودم، باید وضع بکنید. و بعد

آنچه هست موافق شرع تقسیم نمائیم). و ایشان را سخن این که (تو کاری نکرده [ای] و

آن چه پیدا شده است و نفع شده است و خریده‌ایم از خودمان خریده‌ایم، رسد تو به غیر از

بابت ارث پدری به تو نمرسد). و مطلب دیگر این که قدری قرض هم دارند. آن دو نفر

مگویند قرض را نیز به قدر رسد خود شريك باش و بده اما در املاكات ابتیاعی رسد نداری به غیر ارث پدری. بینوا توجروا.

جواب: شرکت ابدان باطل است. و اموال پدر به قدر الحصة هر يك مال او است. و همچنین منافع متصله و منفصله مثل پشم و مو و شیر و ولد حیوانات را هر يك به قدر

الحصة مستحقند. و هم چنین اجرت حیوان و خانه و زمین و غیرها. و هر گاه یکی از آنها

زرعی در آن املاك کرده، زرع مال او است و آنها به قدر الحصة مستحق اجرت المثل‌اند. و

در مدتی که با هم کار کرده‌اند هر کس هر کاری کرده منافع آن مال او است، و املاك و

باغاتی که خریده‌اند هر گاه همه با هم خریده‌اند علی السواء به ذمه، مال همه است علی السواء، خواه قیمت را از مال مشترك داده‌اند یا مختص بعضی. و هر گاه به عین خریده‌اند پس اگر به عین مشترك میان همه است علی السواء، مال همه است

علی السواء. و هر گاه به عین مختص بعضی باشد پس هر گاه صاحب عین مختص اجازه  
بیع کرده از برای آن دیگری که از مال آنها عوض بردارد، باز مشترك‌اند علی السواء.  
و لکن صاحب مختص مستحق مقدار حصه آنها است از قیمت که از مال آنها  
بردارد.  
و هم چنین در صورت اولی که به ذمه خریده بودند و از مختص، قیمت داده بودند.



و آنچه آن دو نفر برداشته‌اند و خرج عروسی کرده‌اند هر گاه بدون اذن ثالث است، ضامن مال برادر هستند. که اگر باقی مال تلف شود باید حصه او را از کیسه بدهند.

و همچنین هر گاه به اذن او باشد لکن چنین اذنی که منوط به همین شرکت ابدان فاسده

باشد که منظور این باشد که او هم به قدر آنها بردارد. و اما هر گاه تصرف به غیر این دو

وجه باشد بلکه اذن تصرف داده (کیف ما کان) یعنی خواه او هم عوض بردارد یا نه

و خواه مال باقی بماند یا تلف شود، پس آن در معنی اباحه تصرف در مال است مطلقاً و در

صورت تلف دیگر مطالبه نمیتواند کرد.

اینها در وقتی است که مقدار مال و کسب منافع هر يك معلوم باشد و مقدار تصرف و اتلاف متصرفین معلوم باشد. و هر گاه مجهول باشد چاره به جز مصالحه نیست، خواه

در مال تلف شده و خواه در موجود.

به هر حال، چون این عقد (همبهری) و (جمع المال) که آن را (شرکت ابدان) مگویند

- که بنای آن بر این است که هر يك هر چه پیدا کنند با هم شریک باشند، بلکه هر چه

اموال سابقه هم داشته باشند هم در آن شریک و سهم باشند، بلکه بعضی افراط میکنند و علاوه بر این قرار میدهند که هر چه به هر يك عاید شود از باب هبه یا میراث یا غیره در آن هم شریک باشند، بلکه از این بالاتر که هر چند یکی پنج تومان کسب کند و دیگری هزار تومان باز مساوی باشند - این باطل است. و هر کس مالک مال

خود است از اعیان، و مالک منافع خود است از کسب. و گاه است برای یکی هیچ نماند و برای دیگری هزار تومان مماند.

پس باقیمانده را بر نهج مالکیت و کسب قسمت میکنند، و تلف شده که مبنی بر همین عقد است - نه بر اباحه محضه - موافق حصه متلف محسوب مدارند، و در مجهول الحال صلح میکنند. و در صورت دعوی که یکی ادعای مساوات کند در کسب و

مداخل، و دیگری انکار کند، محتاج به مرافعه و بینه ویمین است. و آن بدون حضور

طرفین در نزد حاکم شرع صورت نمیپذیرد. و اما قرضی که دارند: پس آن در ذمه کسی است که قرض کرده. مگر این که به اذن دیگری برای او هم قرض کرده باشد. و اگر

یکی از آنها قرض کرده و به مقتضای شرکت باطله و (جمع المال) همه به مصرف رسانیده‌اند، حکم آن از آنچه پیش گفتیم ظاهر میشود. چون این مال مختص آن بود که قرض کرده بود و همه صرف کردند. پس دیگران به قدر تصرف ضامنند. و هر گاه در

اصل قرض یا شرکت و اختصاص آن اختلاف و نزاع کنند باز محتاج به مرافعه خواهد بود.

۱۲۶: سوال: هر گاه دو نفر شریک شوند و سرمایه را معین کنند، و بنا بگذارند که یکی سفر کند و معامله کند و دیگری در حضر باشد. و در ضمن عقد شرط کنند که

آن که به سفر مرود نفقه خود را از اصل مال بردارد. و آن مسافر نفقه را از مال خود

صرف کرده باشد، و پس از چند وقت طریق محاسبه نموده و حقوق را صلح کنند، و آن

مسافر متذکر امر نفقه نبوده و بعد از مصالحه بگوید: من متذکر نفقه نبودم در حین صلح و آن مبلغی میشود و من به این صلح راضی نیستم. آیا میتواند فسخ صلح کند و ادعای نفقه کند یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که شرط در ضمن عقد شراکت صحیح باشد و مادامی که عقد را فسخ نکرده‌اند عمل به مقتضای آن لازم باشد. و در این صورت که شرط نفقه از

برای مسافر شده و مسافر انفاق نکرده از آن مال، باید ملاحظه گردد [که] هر گاه شرط

انفاق بر نهجی است که در عقد مضاربه ثابت است بالذات (علی الاظهر) هر چند شرط

نشده باشد. یعنی این که چون اظهر این است که نفقه ثابته در عقد مضاربه از باب ارفاق و

مواسات است مثل نفقه اقارب. نه از باب تملیک چون نفقه زوجه. که از جمله ثمرات آن

این است که هر گاه مضارب در سفر از آن مال انفاق نکرده باشد، در حضر قضای آن را

نمیتواند کرد و مطالبه از صاحب مال نمیکند.

پس هر گاه شرط انفاق از برای شریک مسافر بر نهج همان انفاقی است که از برای مضارب بالذات ثابت است، پس در صورت سوال حقی از برای آن شریک مسافر

باقی نیست  
از این باب، که صلح کند. پس خواه متذکر باشد و خواه نباشد صلح صحیح است.  
و هر گاه  
شرط انفاق بر نهج تملیک باشد که شریک مسافر مستحق آن باشد در ذمه این  
شریک،

و یا متعلق باشد به عین المال، پس حق او در ذمه او باقی است در صورت اول، و در مال

باقی است (مادامی که مال باقی است) در صورت دوم. و در صورت عدم تذکر، صلح

مسقط آن حق نیست. و هر گاه نزاع واقع شود در این که اشراط بر نهج تمليك بوده یا

بر سبیل مواسات، اظهر تقدیم قول مدعی ثانی است با یمین.

و هر گاه نزاع واقع شود - در صورت مسلم بودن شرط بر سبیل تمليك - در تذکر وعدم تذکر، اظهر تقدیم قول مدعی صحت صلح، است با یمین. چون نسیان وعدم تذکر

خلاف اصل است، و اصل لزوم صلح و حمل فعل مسلم (۱) بر صحت هم موید آن است با اصل

برائت. پس آن در حکم منکر مشود و قول او مقدم مشود. و لکن این مطالب در مرافعه مختلف مشود به سبب اختلاف مواضع در قوت و ضعف ظهور. و تمیز آن به دست

حاکم است.

و اما مانند مسأله [مورد بحث]: پس تحقیق این مسأله موقوف است به بیان چند چیز:

اول: این که مقتضای عقد شرکت صحیحه - که آن را (شرکه عنانیه) مگویند - این است که همین که دو نفر مال های خود را ممزوج کردند به حیثیتی که متمیز از یکدیگر

نباشند، به قصد تجارت، و اذن بدهند هر يك از آنها دیگری را در عمل. به همین، عقد

شرکت منعقد مشود. و علامه در تذکره تجویز کرده به این که هر يك بگویند (تشارکنا)

و بهتر این است که به لفظی بگویند که صریح در اذن باشد. و هر چه از معامله حاصل

شود بینهما قسمت مشود علی السویه، هر گاه مالها مساوی باشند. و نسبت به حصه،

هر گاه متفاوت باشد. و هم چنین نقصان هم به همین نحو ملاحظه مشود. و فرقی نیست

در صورت تفاوت مالها ما بین این که عمل هر دو مساوی باشد یا متفاوت، و ظاهرا خلافتی در این نباشد میان شیعه.

و اما اگر شرط کنند از برای یکی از آنها زیاده از آنچه حصه او میشود با تساوی  
مالها، و یا تساوی در ربح و نقصان با تفاوت آنها پس در آن خلاف است. جمعی  
قایل

-----  
۱: در نسخه: و حمل قول مسلم بر صحت.

شده‌اند به صحت و لزوم. و از جمله ایشان سید مرتضی است. و دلیل این قول  
 اجماعی  
 است که سید مرتضی دعوی کرده، با عموم (اوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند  
 شروطهم)  
 و (الا ان تكون تجارة عن تراض). و جمعی دیگر قایل شده‌اند به عدم لزوم. و ابن  
 ادریس  
 این را نسبت به اکثر داده، و از این زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و دلیل ایشان  
 این  
 است که آن زیادتی ربحی، که از برای آن یکی شرط شده در مقابل آن عوضی  
 نیست.  
 و در ضمن عقد معاوضه هم شرط نشده تا ضم کنیم این را به احد عوضین. و عقد  
 هبه هم  
 در میان نیست که مقتضی تملك باشد. و این هیچ يك از اسبابی که موجب نقل ملك  
 باشد نیست.  
 پس از باب این است که شرط کند که شخصی مالك مال غیر شود بدون سببی.  
 مثل این که کسی الاغی دارد که هر گاه آن را به کسی دهد که يك روز آن شخص  
 با آن  
 بار بکشد دو من گندم اجرت آن است، شرط کند که نصف اجرت از تو باشد و  
 نصف از  
 من. و این که دلالت  
 عمومات آیات و اخبار ممنوع است به جهت این که عقد شرکت از عقود جایز  
 است و حکم به  
 وجوب وفای به آن معنی ندارد. و هم چنین لزوم شرطی که در ضمن آن است و بر  
 این  
 شرط هم صادق نیست که تجارة است. به سبب این که متضمن معاوضه نیست و  
 مجرد  
 تراضی مبیح تصرف بودن، دخلی به مانحن فیه ندارد. و چون قطع نظر از عقد  
 شرکت  
 میشود خصوصا هر گاه جاهل باشند به فساد شرط، و تراضی به اعتقاد صحت شرط  
 به  
 عمل آمده باشد. و اجماع منقول از سید معارض است با آنچه از ابن زهره نقل شده  
 با  
 وجود اعتضاد آن به این که موافق اکثر است، چنان که ابن ادریس گفت.

و گمان حقیر این است که قول اول اقوی باشد، به سبب همان عمومات. و مراد از امر به وفای به عقود و شروط، عمل به مقتضای آن است. و آن منافات با جواز عقد (و قابل

فسخ بودن آن هر وقت بخواهند) ندارد. پس مراد این است که مادامی که فسخ نکرده‌اند شرکت را، باید به مقتضای آن عمل کنند. و مؤید این است آنچه بعد خواهیم

گفت که (هر گاه عمل زایدی باشد از برای آن که زیادتی برای او شرط شده یا تمام عمل



از او باشد، صحیح است) و این جماعت در آن خلافی ندارند. و دلیل آن همین  
عمومات  
است.

و این که گفته شد که (این از باب قرار دادن مال شخصی است از برای غیر بدون  
عوض، و این داخل تجارت نیست) هم ممنوع است. به جهت آن که میتواند شد که  
همان

رضا شدن آن شخص به این که او عمل کند در مال مشترک، عوض باشد. که  
مقصود

همان محض تعاون باشد. یا به سبب این که چون مرد زیرکی است مردم از او  
تشویش

دارند و فریب به آن شریک دیگر هم نمدهند، هر چند در عمل مطلقا زیادتی نباشد.  
و نه از باب (شرکت وجوه) باشد و نه از غیر آن از اقسام شرکت منهی. و این امری  
است

که عقلاء مرتکب میشوند و در آن سفاهتی نیست. و مفروض این باشد که داخل  
استثنائی باشد که بعد مذکور میشود.

با وجود این که میتوانیم گفت که اجماع سید اقوی باشد از اجماع ابن زهره به  
ملاحظه اقدمیت و ابصریت و اقربیت او به زمان ائمه (ع) و کثرت قایل، به نحوی  
که این

طرف خلاف مشهور باشد هم معلوم نیست. بلکه علامه در تذکره در چندین جا به  
لفظ

(عندنا) این مذهب را ادا کرده که لا اقل افاده شهرت میکند. و در بعضی جاها  
نسبت

خلاف را به شافعی داده و در بعضی جا به شیخ. با وجود این که شرکت مبتنی بر  
ارفاق

و تسهیل است. و اصل، و نفی عسر و حرج و ضرر، هم معاضد این میشود.  
و بدان که: بنابر قول به عدم لزوم، ظاهر اکثر این است که چنان که شرط باطل  
میشود اصل عقد شرکت هم باطل میشود. یعنی دیگر اذن در تصرف از برای هیچ  
يك

باقی نمماند. به جهت آن که اذن در تصرف به ملاحظه این شرط بوده و به اعتقاد  
صحت

این بود، و بدون آن اذنی نیست. پس اگر در این صورت عملی بکنند ربح تابع راس  
المال

خواهد بود، و مستحق اجرت المثل عمل میشود بعد از وضع آنچه مقابل عمل او

است در  
مال خودش. و هر گاه صلح کند بعد از ظهور ربح به همان نحوی که شرط کرده  
بودند (یا  
غیر آن) جایز خواهد بود. و از ابو الصلاح نقل شده است قول به بطلان شرط دون  
شرکت.

و اما آنچه وعده کردیم که خواهیم گفت: پس این [است] که این سخنها همه در وقتی است که در عمل مساوی باشند. و اما اگر عمل مخصوص یکی باشد و زیادتى را از برای او قرار داده باشند، یا آن که زیادتى را برای آن قرار دادند که [عمل] آن بیشتر باشد، پس ظاهراً خلافی در صحت و لزوم آن نیست. چنان که از کلام جمعی ظاهر میشود. هر چند اطلاق کلام محقق اقتضای منع میکند مطلقاً، و فخر المحققین در ایضاح گفته است که (هر گاه عمل از برای یکی از آنها باشد یا زیادتى در عمل، و شرط شود از برای آن، زیادتى ربح، مرکب میشود عقد از شرکت و مضاربه. و این که در مضاربه گفته‌اند که عمل مختص عامل است در ملك مالك، آن در مضاربه‌ای است که منقطع باشد از شرکت. نه آن که مشترك باشد با شرکت).

و محقق گفته است که (این معامله به مضاربه شبیه تر است). و علامه در تحریر گفته است که (هر گاه مال یکی از آنها دو برابر دیگری باشد پس اذن دهد به آن دیگری در عمل به شرط تساوی در ربح، شیخ گفته است که اگر آن دیگری هم شرط کند که آن صاحب مال هم با آن عمل کند، شرکت صحیح نیست. و هر گاه شرط نکند عمل را شرکت صحیح است. و این (شرکت قرین) است. یعنی شرکت و مضاربه [است] پس عامل مستحق ثلث ربح میشود به سبب مال خود، و سدس ربح به سبب عمل خود. و اما بنابر مختار ما هر گاه شرط کند با او عمل را، جایز خواهد بود). تمام شد ترجمه کلام علامه.

به هر حال، این معامله هر چند شبیه است به مضاربه (اما مضاربه حقیقه نیست. خصوصاً هر گاه مال از طلا و نقره نباشد) و لکن حکم همان است که گفتیم. و شهرت این

حکم، با عمومات ادله وفاء به عقود و شروط، کافی است در مسئله.  
دوم: آیا این که شرط نفقه از برای احد شریکین، یا خصوص آنکه سفر میکند، صحیح است یا نه؟ -؟. الحال در کلام فقہائی که کتب ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده‌ام. و این که گفته‌اند که (مقتضای عقد شرکت این است که شریکین در نفع و نقصان شریک‌اند، چنان که ربح به ملاحظه سرمایه قسمت میشود خسارت و نقصان هم چنین

است) دخلی به مقصود ما ندارد. پس نمیتوان گفت که بنابر این نفقه سفر از بابت خسارتی است که در این معامله به هم رسیده پس باید بر سرمایه قسمت شود و شرط کردن

در آن بیش از تاکید، افاده نمکند - چنان که در مضاربه بنابر قول به ثبوت نفقه از برای مسافر در اصل شرع گفته‌اند. چنان که خواهیم گفت - به علت این که مراد ایشان از تقسیم

نفع و نقصان بر سرمایه نفع و نقصانی است که به سبب معامله حاصل شود نه مطلقاً.

و الا لازم می‌آید که هر گاه احد شریکین که در خانه مانده هر گاه اخراجات او بیشتر باشد او هم زیادتی از مال بردارد. زیرا که میتواند شد که آن شریک مسافر از شهر... مرود... (۱) و رساتیق که ماکول و مشروب در آن [جاها] ارزانتر [است] و حیوان

آن هم به صحرا می‌چرد و احتیاج به قیمت علف ندارد، بخلاف آن شریک که در شهر

مانده. و این تو هم را هرگز کسی نکرد [ه] که آن که در بلد مانده زیادتی نفقه را از اصل مال محسوب دارد.

و هم چنین گاه است که در سفر آن مسافر مالی دارد خارج از مال الشرکه (و قیمت بسیار دارد) گم میشود یا دزد می‌برد. پس نمیتوان گفت که (آن شریک سفر را برای معامله اختیار کرده و این شریک از برای معامله نمانده بلکه در خانه

خود است پس نقصان سفر را باید محسوب داشت

چون سفر از برای معامله است هر چند به تلف شدن مالی باشد که داخل مال الشرکه

نیست. بخلاف نقصان در خانه).

و اگر در خصوص مضاربه دلیل نبود و حدیث وارد نشده بود (۲) ما در آنجا هم قایل به

ثبوت نفقه نمیشدیم. و مفروض این است که در اینجا دلیلی نیست و نصی وارد نشده. و

تصریحی در کلام علما هم نیست، بلی در مضاربه متوجه شده‌اند. و اقوی واشهر این

۱: کلمه‌ها در جای نقطه چین قابل خواندن نیست. گویا اولی (بیرون) و دومی (به دهات) است.

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

است که تمام نفقه سفر را بتواند بردارد. و قول دیگر این است که تفاوت زیادتی نفقه

سفر از حضر، را بتواند بردارد. و قول دیگر منع است مطلقاً. و قول اول مقتضای صحیحہ علی بن جعفر (۱) و روایت سکونی است، و از شیخ نقل اجماع بر آن شده. این

در صورتی است که شرطی نباشد. پس اگر شرط کند نفقه را تأکیدی خواهد بود بنابر مختار ما. و بنا بر آن دو قول هم جایز و صحیح است به سبب ادله وفای به شروط و عقود.

و بنابر مختار ما در صورت شرط، بعضی گفته‌اند که باید تعیین کند تا شرط مجهول نباشد، خصوصاً بنابر قول به عدم ثبوت نفقه. و دور نیست اکتفا به تعارف، چنان که رجوع میکنیم به آن در صورت عدم شرط، زیرا که شرط هم راجع به همان اطلاق میشود. پس فرق ما بین آنچه به اصل شرع ثابت یا به سبب شرط، بعید است. و هر گاه عدم نفقه کند هم ساقط میشود بنابر مختار ما نیز. و ظاهر حدیث و اطلاق فتاوی این است که موقوف نیست جواز انفاق بر ظهور ربح. پس میتواند انفاق

کند هر چند از اصل مال باشد. بلکه ظاهر این است که در صورت ظهور ربح هم از مجموع مال، انفاق میکند نه خصوص ربح، و لکن آن را قبل از (حق عامل) بر مدارد.

هر گاه این را دانستی، پس چنان که در ضمن عقد مضاربه شرط نفقه جایز است (هر چند قایل باشیم به عدم ثبوت آن به اصل شرع) به سبب عمومات ادله، پس چرا در عقد شرکت جایز نباشد. و وجه تصحیح آن را پیش بیان کردیم. والحال سخن در این

است که آیا شرط نفقه از برای شریک، از باب زیاد کردن حصه او است که پیش گذشت،

یا مسأله‌ای است جدا؟ -؟. ظاهر این است که مسأله‌ای است جدا. وعدم تصریح به آن

مضر نیست هر گاه عمومات اقتضای جواز آن، کنند. بلی، هر گاه از برای آن مسافر ربحی

زیادتر قرار داده شده باشد که احتمال دخول در مضاربه و ترکیب با شرکت باشد، از حیثیتی داخل مضاربه میشود که شرط نفقه از آن حیثیت باشد.

---

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



سوم: این که کلام (در نفقه مسافر در مضاربه محضه) در آنجا باید منقح شود (۱) که آیا

این نفقه از باب ارفاق و مواسات است مثل نفقه اقارب؟ یا از باب استحقاق تملك است

مانند استحقاق زوجه نفقه را - که هر گاه انفاق به عمل نیاید قضا باید کرد بخلاف اقارب؟. و پیش گفتیم که مسأله نفقه را در کتاب شرکت برنخوردیم [به] تصریحی به آن

در کلام علما. اما در مضاربه محضه: پس از کلام علامه در تحریر توقف ظاهر میشود.

چون که گفته است که (هر گاه ثابت دانیم نفقه را در سفر، یعنی قایل باشیم که نفقه به

اصل شرع ثابت است از برای عامل مضاربه در سفر، هر گاه عامل نفقه را از غیر مال

مضاربه کرده باشد - خواه از مال خود یا به عنوان قرض - به قصد این که رجوع کند به

مالك، پس در جواز رجوع اشکال است. و هر گاه شرط کرده باشد نفقه را، بعد از آن که

ادعا کند که من نفقه را از مال خود کرده‌ام والحال میخواهم، قول، قول او است با قسم. خواه مال در دست او باشد یا رد کرده باشد به صاحب مال).

و در قواعد گفته است که (هر گاه شرط کند عامل نفقه را یا ثابت دانیم نفقه را از برای او از اصل، و او ادعا کند که من از مال خود انفاق کرده‌ام و عوض را میخواهم، جایز

است از برای او رجوع به مالك). و از کلام هر دو کتاب بر میآید که در صورت شرط لازم

میشود و از باب استحقاق تملکی، است. و اما در صورت عدم شرط (هر چند قایل باشیم به

استحقاق برداشتن نفقه): از تحریر ظاهر میشود توقف در جواز رجوع. و این در معنی

توقف است در استحقاق تملکی. (۲) و اما از عبارت قواعد بر میآید که در صورت عدم شرط

هم استحقاق تملکی دارد. و اما در تذکره: پس بعد از آن که اختیار کرده ثبوت نفقه را در

سفر بدون شرط نیز - چنان که مشهور و اقوی است - در آخر مبحث مگوید (ولو

اقتَر علی  
نفسه فی الانفاق لم یکن له اخذ الفاضل مما لا یزید علی المعروف. لان هذه النفقه  
مواثاة.  
و کذا لو اسرف فی النفقه، حسب علیه الزاید علی قدر المعروف.)

-----  
۱: و به عبارت دیگر: اصل کلام در مسأله نفقه مسافر در شرکت، منوط است به روشن شدن کلام در  
نفقه مسافر  
در مضاربه محضه.

۲: و این نیز در معنی این است که علامه (در تحریر) در اصل (ثبوت نفقه در اصل شرع) توقف میکند. و  
همان طور که پیشتر بیان گردید آن دو حدیث را برای ثبوت این اصل کافی نمدانند.

و حاصل کلام او این است که چون نفقه موکول است به عرف و عادت پس هر گاه بر خود تنگ بگیرد و کمتر از متعارف خرج کند نمیتواند تفاوت متعارف را از صاحب مال

مطالبه کند. چون این نفقه از باب مواسات است. یعنی مثل نفقه اقارب است نه مثل نفقه

زوجه. پس قضا ندارد. و هر گاه اسراف کرده است و زیادتیر از متعارف خرج کرده، باید به

صاحب مال رد کند، یا در کم ربح محسوب دارد. و این کلام منافات ندارد با آنچه ظاهر

مشود از کلام او سابق بر این، در آنجا که گفته است که (هر گاه شرط کند نفقه را در

حضر لازم میشود شرط اجماعاً و هم چنین در سفر بنابر قول به عدم ثبوت نفقه در سفر

بدون شرط. و واجب میشود از برای او آنچه محتاج است به آن از ماکول و مشروب و ملبوس

و مرکوب. و در صورت تعیین نفقه تعدی از آن جایز نیست. و در صورت اطلاق رجوع

میشود به عادت و صحیح، و تعیین بهتر است. و بعضی شافعیه شرط کرده‌اند تعیین را.

و این قول خوب نیست.).

و بعد از آن از احمد نقل کرده است که در صورت شرط نفقه علی الاطلاق، کسوه داخل نیست. و بعد از آن گفته است (إذا عرفت هذا فان الكسوة يستحقها للاستمتاع بها لا

على جهة الملك الصريح، فلو رجع الى البلد من سفره وعليه كسوة او دابة ركوب، كانت

مردودة الى مال القراض). و حاصل آن این است که کسوه را عامل مالک نمیشود، استحقاق او محض از برای منتفع شدن به آن لباس است. و وقتی که برگشت از سفر آن لباس

را باید به صاحب رد کرد، یا داخل مال مضاربه کرد. و هم چنین چاروای سواری.

پس کسی تو هم نکند از این کلام علامه (که تخصیص داده کلام را به کسوه) که [کسوه] از باب استمتاع است [نه] انتفاع از باب تملك، چنان که در زوجه همچنین است

علی الاقوی. بخلاف ماکول که از باب تملك است در زوجه. [تا] مذهب او این

باشد که در  
اینجا هم ماکول از باب تملك است مثل زوجه که هر گاه از مال خود خرج کرده  
باشد تواند  
به مالك رجوع کرد. زیرا که کلام او در اینجا مبتنی بر غالب است که نفقه را در  
سفر خرج  
کرده است با آن که خود عنوان را از برای شرط نفقه کرده و شرط باعث لزوم  
و تملك  
میشود در هر حال. پس حکایت کسوه محتاج بود به بیان، نه ماکول و مشروب.  
و اما تحقیق حال: پس مگوئیم که اصل در این، حدیث صحیحہ علی بن

جعفر است از حضرت کاظم (ع) (قال فی المضاربة ما انفق فی سفره فهو من جمیع المال).

وإذا قدم بلده فما انفق فمن نصیبه (۱) و ظاهر حدیث این است که عامل هر گاه در سفر از

مال مضاربه نفقه کرده باشد آن را از جمیع مال حساب میکنند، نه از حصه ربح عامل. و

هر گاه به خانه‌اش آمده و از آن مال نفقه کرده پس آن را از حصه خودش محسوب مدارند. پس حکم این که هر گاه از مال خودش علی حده خرج کرده باشد (خواه به قصد

قرض که بعد بردارد از آن مال، یا با غفلت از حقیقت حال) مستفاد نمیشود از حدیث. (۲)

و شهید ثانی و دیگران گفته‌اند که (مراعات میکند در نفقه آنچه لایق به حال او است بر سبیل میانه روی پس اگر اسراف کند بر او محسوب مدارند. و اگر بر خود

تنگ بگیرد از برای او حساب نمکنند به جهت این که آن را انفاق نکرده است). و از این

عبارت بر می‌آید که هر گاه نفقه نکرده باشد از آن مال، نتواند مطالبه کند (۳). و این عبارت هم مطابق حدیث است که ثبوت اصل نفقه در ذمه مالک معلوم نمیشود که گفته‌اند چون انفاق نکرده است محسوب نمیشود. و اصل و قاعده هم مقتضی این است. پس هر گاه به نیت قرض هم از مال دیگر خرج کرده باشد که بعد از آن مال بردارد، معلوم نیست که تواند، مگر این که وکیل باشد در این معنی، یا مأذون شود از حاکم.

پس آن قدری که از حدیث و کلام علما ظاهر میشود همین قدر است که جایز است از برای عامل این که از اصل مال انفاق کند و این استحقاق از برای او هست. و بیش از این بر نمی‌آید.

هر گاه این را دانستی پس مگوئیم: هر گاه لزوم نفقه به شرط ثابت شود (خواه در

---

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

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

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

سفر و خواه در حضر) به این معنی که شرط کند که نفقه سفر از کیسه مالک باشد، مطلقاً مستحق مشود. و هم چنین هر گاه شرط کند که از مال مضاربه خرج کند هم

مستحق است مطلقاً. مادامی که آن مال باقی است. و در این صورتهای فرقی نیست ما

بین

این که نفقه را برداشته باشد یا نه، [زیرا] که استحقاق تملکی حاصل است و میگیرد. اما

در صورت عدم شرط پس اگر نفقه را به مصرف رساند از آن مال، محسوب مشود از

اصل مال. و اگر از عین المال خود کرده تا آمده به خانه، معلوم نیست که تواند عوض آن را مطالبه کند.

پس معنی وجوب نفقه در مضاربه (بنابر مختار) این است که واجب است بر صاحب مال که هر گاه عامل از آن مال خرج کرده باشد در نفقه، با او محسوب ندارد در حصه

خودش، بلکه از مجموع مال باید محسوب دارد. و اما از برای عامل پس جایز است که

بردارد از مال برای نفقه [و] جایز است که بر ندارد. و در صورت شرط باید ملاحظه کرد

که [آیا] شرط کرده است که او مرخص باشد در نفقه کردن از اصل مال؟ یا شرط کرده

است که عامل مستحق مقدار نفقه باشد از اصل مال؟ یا در ذمه مالک اعم از آن مال و

اموال دیگر او؟. پس در صورت اول واجب مشود بر صاحب مال که هر گاه نفقه کرده

باشد عامل از اصل مال، از مجموع مال حساب کند. نه این که واجب باشد بر او وفا حتی

این که اگر عامل از مال خود خرج کرده باشد واجب باشد که صاحب مال عوض را بدهد.

و در صورت ثانیه واجب مشود بر او وفای به شرط، خواه عامل از اصل مال خرج کرده باشد، یا نه.

پس هر گاه دانستی معنی وجوب را در این دو صورت (۱) پس بدان که: منافاتی نیست

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

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



میشود، و در آنچه گذشته لازم است. (۱) و فرقی دیگر هم هست ما بین شرط در ضمن عقد لازم و جایز. که در اولی جایز است از برای مشروط الزام مشروط علیه بر وفای به شرط. هر چند به عرض حاکم باشد. و هر گاه ممکن نشود، یا خود راضی شود به ترك آن. مسلط بر فسخ میشود. و در ثانی جایز نیست. و هر چند در اینجا هم میتوان گفت که با استمرار عقد میتواند الزام کند، لکن فرق این است که در اینجا سلب استمرار به فعل احدهما حاصل میشود و در آنجا حاصل نمیشود الا به تراضی طرفین. پس عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن در ماده عقد مضاربه و شرکت، معنی آن این است که واجب است که به مقتضای آن عمل کنند. یعنی مادامی که فسخ نکرده اند باید احکام و آثار آن را مرتب کنند بر آن، و هر گاه فسخ کنند دیگر بر آنها حرجی نباشد. و عموم (المؤمنون عند شروطهم) در ماده چنین عقود، لزوم وفای به شرط است مادامی که عقد را فسخ نکرده [اند و یا] مدت آن منقضی نشده است. هر گاه این مقدمات دانسته شد مبرویم بر سر صورت سوال از مسأله شرکت و مگوئیم که: شرکت از عقود جایزه است اتفاقاً. و اظهر این است که شرط نفقه از برای احد شریکین در آن صحیح باشد. چنان که در مضاربه صحیح است هر چند قایل نباشیم به ثبوت نفقه در اصل از برای عامل. پس هر گاه شرط کرده باشد که از برای او جایز باشد انفاق (چنان که در اصل مضاربه بدون شرط ثابت بود، بنا بر مشهور اقوی) پس، از این شرط چیزی لازم نمیشود الا جواز انفاق و وجوب محسوب داشتن از جمیع مال بر مالك هر گاه شريك انفاق کرده باشد از اصل مال. نه این که هر گاه شريك انفاق از عین المال

خود کرده  
باشد بعد از تفریق محاسبه تواند مطالبه عوض را از شريك بکند.  
و هر گاه شرط کرده باشند مقدار نفقه را از مجموع مال یا در ذمه آن شريك از  
برای  
شريك مسافر، و او از مال خود نفقه کرده باشد، در این صورت لازم است بر آن  
شريك که

---

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

عوض را به آن مسافر برساند. پس هر گاه از باب صورت اول باشد و در حین تفریق محاسبه

حقوق را صلح کرده باشند، صلح صحیح است و متذکر نبودن امر نفقه مضر به صحت صلح

نیست. زیرا که مفروض این است که در این صورت از باب نفقه حقی ندارد که صلح کند یا

نکند. و عموم (صلح حقوق) برجا است و لازم است. و هر گاه از باب صورت ثانیه باشد،

دعوی مسموعه است. و لکن اظهر این است که قول مدعی صحت صلح مقدم باشد با یمین.

چون عدم تذکر و فراموشی خلاف ظاهر و خلاف اصل است. و ظاهر (عموم حقوق) بر حال

خود است. پس سخن مدعی صحت موافق اصل و ظاهر و [نیز موافق] اصل برائت و اصالت

حمل فعل مسلم بر صحت است.

۱۲۷: سوال: چند نفر در ملكی شريك بودند، و آن ملك را شخصی غصب کرده. و یکی از شرکا بدون اذن و اطلاع باقی رفته و آن ملك را با اجرت المثل از آن غاصب

گرفته. و شخصی را همین شريك که ملك را گرفته نزد سایر شرکا فرستاده که آن ملك

را به اسم خود از آن شرك بگیرد. و این شخص رافع رفته و به اسم خود آن ملك را از

سایر شرکا گرفته به قیمت کمی، به جهت آن که مذکور ساخته آن شخص رافع که (از آن

ملك چیزی عاید شما نمیشود به سبب این که در دست غاصب است پس فروختن بهتر

است از برای شما هر چند به قیمت پستی بوده باشد). و باقی شرکا هم به این سبب آن

ملك را به آن شخص فروخته‌اند. به قیمت کمی. و الحال مطلع شده‌اند که آن ملك در

وقت بیع مغضوب نبوده و آن شريك تدلیس کرده. آیا سایر شرکا را مرسد (و الحال هذه) که ادعای غبن نمایند یا نه؟ -؟.

و دیگر این که: اگر آن شريك آن ملك را از سایر [شرکا] خریده باشد به همان

پولی که به عوض اجرت المثل از غاصب گرفته بدون اطلاع سایر شرکا. آیا این بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: بعد از ثبوت مراتب مزبوره و تحقق شرایط غبن، خیار فسخ به جهت غبن - بل که خیار تدلیس هم - از برای مالکان ثابت است. و اما جواب از مسأله دوم: پس بدان

که آن اجرت المثل که آن يك نفر گرفته به مجرد اخذ او بدون توکیل و اجازه، به قدر

الحصه ملك شرکا نمیشود، تا این معنی را به نظر بیاورند که به پول خود [شان] ملك

خود [شان] را فروخته [اند] تا [به این جهت] باطل باشد. بلکه به قدر الحصه شرکا از آن

اجرة المثل باز در ملکیت غاصب باقی است. و اجرت المثل به قدر الحصة آنها در ذمه او

باقی است. پس اجازه این بیع شرکا، نسبت به غاصب باید ملاحظه شود. چون به مال او

خریده شده بدون اطلاع او.

پس مگوئیم که: این شرکا اخذ اجرت المثل را از غاصب اجازه میکنند یا نه؟ -؟. و بر فرضی که اجازه کنند یا این است که بیع ثانی را بعد از اطلاع به حقیقت حال اجازه

مکنند (یعنی راضی میشوند که ملک در عوض آن اجرت المثل مآخوذه باشد) یا نمکنند. و در هر دو صورت بیع باطل میشود. زیرا که در صورت اول (تحصیل حاصل) لازم میآید. به سبب این که حصول بیعی که به سبب اجازه منشأ نقل ملک میشود به شرکاء، همان در حالی واقع است که آن ملک مال شرکا هست (۱). و در صورت

ثانی که بطلان واضح است.

اینها همه با قطع نظر از آن است که مفروض این است که شرکا در حین بیع، ملک خود را در ید غاصب بدانند و مقدور التسليم نمیدانند، بلکه غیر مقدور التسليم بدانند. هر چند در نفس الامر مقدور التسليم است. و این خالی از اشکال نیست که آیا

شرط صحت بیع قدرت تسلیم در نفس الامر است یا باید در نظر متبایعین مقدور التسليم باشد؟ -؟. و اظهر ثانی است. پس این هم راهی است از برای بطلان. کتاب الشریکه من المجلد الثالث:

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

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شرکا جایز نیست.

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

---

۱: این فتوی با مختار مصنف (ره) در بیع فضولی - در صورت تعاقب ایدی در فضولی - سازگار نیست. رجوع کنید

به مسأله مشروح بیع فضولی در اواخر جلد دوم همین کتاب.

۲: این سوال و جواب آن تحت شماره ۱۲۱ گذشت و در اینجا که آغاز دفتر سوم بوده تکرار شده

است. برای  
حفظ امانت حذف نگردید.

باید حصه غایب را از حاکم شرع اجاره کند؟ و هر گاه اجاره لازم باشد ضرر به او  
مرسد به

جهت آن که قدر الحصه کفایت او را میکند. و به قسمت هم راضی نیست. در این  
صورت میتواند

تصرف نمود در مال مشترك به قصد استیفای حق خود؟ (۱) یا: باید اجاره کند از  
حاکم شرع؟

و یا باید او را اجبار کرد بر تقسیم -؟.

جواب: تصرف در مال مشترك بدون اذن شريك جایز نیست. در صورت امکان  
تقسیم خانه بدون احتیاج به رد - یعنی به (سر بود) دادن از خارج - (۲) و تعدیل  
سهام ممکن

باشد، حاکم اجبار میکند ممتنع را. و ظاهر این است که در حال غیبت شريك،  
حاکم ولی

غایب ممتنع است و از جانب او قسمت میکند یا اجاره میدهد به این شريك.  
۱۳۰: سوال: هر گاه کسی با دیگری شريك باشد در شارع. مثلاً دو نفر باشند هر  
يك

باغی دارند که آن شارع مشترك است میان آنها. الحال احدىما در میان باغ  
مخواهد

عمارتی یا خلائی بسازد که این امر باعث زیادتی تردد و تطرق و آمد و شد اجانب  
میشود.

آیا بدون رضای شريك جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر عدم جواز است. چنان که در کوچه‌های سر بسته مشترك میان دو نفر  
یا

بیشتر که در خانه آنها به آنجا باز است احدی نمیتواند بدون اذن دیگری در تازه  
احداث

کند.

۱۳۱: سوال: اذا اشترك الطريق المرفوعة بين جماعة هل يجوز لاحد منهم احداث  
مستراح او حفر كنيف في جنب داره ام لا؟ -؟. و هل يجوز منعه لجميع اهل الزقاق،  
(۳) او يختص

به من تاخر داره عنه الى اخر الزقاق؟ -؟. اولا يجوز منعه لواحد منهم؟ -؟.

جواب: لايجوز احداث الكنيف والبالوعة في الطريق المرفوعة. وكذا لايجوز اخراج  
الاجنحة والرواشن والميازيب. الا باذن جميع اربابها. وان لم يكن مضرا. والمراد  
بالمرفوعة،

التي لاينتهى الى طريق او مكان مباح يجوز استطرأقه، بل اما يكون را سه مسدودا

- 
- ۱: عبارت نسخه: ... به قصد استیفای حق خود خورد و مانع شدن شريك نزد حضور يا بايد اجاره...
- ۲: سر بود: مبلغ يا مالی که هنگام تقسيم يك چیز، برای تعديل سهام، از خارج بر سر سهم ناقص مسافز ايند.
- ۳: الزقاق: الطريق الضيق.



نحوه او يكون منتهيا الى سد لايجوز استطراره. والمراد باربابها، كل من [له] اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى. لامجرد اتصال حايط داره بها. فلو اتفق زقاق كان فى احد جانبيها ابواب متعلقة ولم يكن فى الجانب الاخر الا باب واحد، فلا مشاركة لارباب الجانب الاخر فى الطريق اصلا، ولا يجوز التصرف فى ارضها ولاهوائها ولا جدرانها، الا باذن جميع اربابها.

نعم: لكل صاحب جدار ان يتصرف فيه من حيث انه ملكه، باحداث روزن او شباك وان استلزم الاستعلام والتمكن من الاطلاع على مالا يجوز له. فان المحرم انما هو الاطلاع.

فجعل مجرى ماء السطح فى الجدار لايحتاج الى اذن ارباب الزقاق وان كان لهم منع جريان الماء فى زقاقهم. واستدلوا على ذلك بان الزقاق ملك لاربابه فلايجوز التصرف فيه الا باذنهم، واستشكل فيه المحقق الاردبيلي ومنع الا ان يثبت الملكية بوجه شرعى ولو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى. ولكن يشترط ان لايعتمدوا فى دعويهم ذلك

باستمرار الاستطراق. فان الذى علم من التصرف بالاستطراق، استحقاقهم ذلك، لا [مالكيته] به، وكما كان اكثر الطرق و

والاستطراق يحصل فى غير الملك مايعلم منه الملكية التى هى منفيه بالاصل. اذ لا فرق بين المسلوك والمرفوع فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر.

ثم نقل عن التذكرة عبارات لتأييد مدعاه، منها: انه قال (انها محدودة بسبع او خمس (١) ولو كان ملكا لجاز لهم الاتفاق بما ارادوا بعد البناء) ومنها: انه قال (انهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضيقه، ولو وضعوه على اوسع من السبع فالاقرب ان لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه).

اقول: ويمكن ان يقال: مراد العلامة انه لايجوز النقص عن السبع والخمس الا برضا الجميع، لا انه لايجوز مع رضاء الكل. واما الزائد عليها فيجوز المناقشة فيه بمعنى اخراجه

من الطريق (٢) مع كونهم مشتركين وبقاء حق الجميع فيه. لا بمعنى جواز اختصاص كل

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

منهم به مجاناً. وهذا لا ينافي الملكية. وكذلك المراد من قوله (ره) (إذا وضعوه على السبع...) عدم الجواز بدون رضا الجميع. وأما قوله (ولو وضعوه على أوسع من السبع...) فالظاهر أن المراد به جواز الاختصاص لهم وغيرهم إذا تراضوا على ذلك. فالمراد أنه ليس مما لا يمكن الانتفاع به على سبيل الاستطراق، وألا لصار كلامه فاسداً جداً، وحمله على الطرق النافذة مع ظاهر ما نقله عنه في المرفوعة تهافت. وذكر بعض العبارات في مقام التأييد يطول المقام بذكرها وذكر ما فيها.

ثم أيده بعمل الناس عن دخولهم في هذه السكك ووقوفهم وجلو سهم بدون إذن أربابها من دون نكير وهو دليل عدم الملكية لعدم جواز دخول ملك الغير بغير إذنه. بل لو كان ملكاً لم يجز لأحد من الشركاء الدخول بدون إذن الباقيين. ولو توقف على الأذن

لزم الغرر والحرر.

أقول: أما دخول الناس فالظاهر أنه لأجل شاهد الحال، وهو لا ينافي الملكية، كما يجوز الصلوة في الصحارى المملوكة بدون إذن أربابها إلا مع ظهور الكراهة. وكذا التوضي

من المياه المملوكة ونحوهما. وأما عدم توقف تصرف أحد الشركاء بدون إذن الباقيين: (فمع أنه يجري فيه ما ذكرنا) فنقول: الظاهر أنه لا يجوز لأحدهم المنع، وليس هذا من سائر الأعيان المشتركة التي لا يجوز التصرف فيها إلا بأذن الشركاء بل يجوز مع المنع أيضاً. إذ كون كل مشترك مما يكون لا يجوز له التصرف فيه إلا بأذن الشركاء، ممنوع.

إذ قد يكون أصل التملك مأخوذاً فيه كل ما (١) أراد. وإن كان في نوع خاص من التصرف.

فالاستطراق وجعل الأرض طريقاً للدار معناه (أنى جعلته موضوعاً للعبور متى أردت الدخول). فلو اجتمع جماعة على تملك أرض على هذا الوجه فكل منهم يستحق التصرف على هذا الوجه الخاص كلما أراد. مثل أن جماعة من الجيران إذا أراد كل منهم

وضع محل للعبور ثم اتفقوا على إحياء أرض موات للطريق بأن يمر كل منهم متى أراد. ثم أحيوها على التساوي أو على الحصص. فيستحق كل منهم الانتفاع به على هذا الوجه بدون

---

١: كذا في النسخة. ولكن يمكن أن يكون الصحيح (كلما) زمانية. أي كل وقت من الأوقات، ويؤيده لفظ

(متى)

أردت) في مايلي.

--

(۲۶۱)

اذن الباقيين، وليس لاحدهم منع الاخر. والظاهر ان هذا المعنى مأخوذ في انشاء الطريق، والمفروض ان كلهم متساوون لهذا العرض، بل هذا المعنى مأخوذ في وضع الطريق والسبيل كما انه (١) على لفظ السبيل في الاخبار وكلام الفقهاء في الوقف وغيره.

فان المراد منه الاطلاق والخلاص عن الحبس.

وبالجملة: انواع التملك للمشاع مختلف، فقد يكون المنظور فيه الانتفاع به على التعاور والتبادل، وقد يكون بدون ذلك. مع ان نفى العسر والحرَج والضرر من الادلة المستقلة، فقد يصير منشأ لنوع خاص من التصرفات في الملك. نعم لو اراد التصرف على

غير هذا الوجه مثل تقسيمه عرضا او طولاً (بحيث لا يمكن الانتفاع به)، او زرعه، او بناء

مسكن فيه، فلا يجوز،. بل وكذلك لو زاد احدهم المحل المحتاج الى الطريق، بان يشتري

دارا اخرى فوق داره، او ارضا او بستاناً، لا يجوز له العبور منه اليه بدون اذن الشركاء، اذ هو تصرف زايد على حصته، مع انه رد على المحقق الاردبيلي انه لا يجوز التصرف في الحقوق ايضا بدون اذن اربابها كالاراضي المحجرة للاحياء، فلا ينفعه نفى المليكة في

ما ذكر، الا انه يظهر [من قوله] نفى الاحقية ايضا. ومراده من الاستحقاق الذي ذكره ان

الاستطراق لا يفيد الا الاستحقاق، وهو مجرد استحقاق التصرف، لا الاحقية. فلا تغفل. وكيف كان فلم اقف في كلامهم مصرحا بجواز منع بعض الشركاء بعضا عن هذا التصرف. نعم تعرضوا بعبور غير الارباب، وذكروا فيه وجهين. فقد ذكر العلامة (ره) - بعد

ذكر جواز الاستطراق لكل احد في النافذة مسلماً كان او كافراً على اي نحو اراد - ان الطرق المقطوعة كذلك مع اذن اربابها، ولو منع واحد منهم، او منعوا باسرههم، فالاقرب

عدم المنع. لان لكل، دخول هذه الرقاق كدخول الدرب النافذ. ثم قال (فيه اشكال. الاقرب ان جواز دخولها، من قبل الايات المستندة الى قرائن الاحوال، فاذا عارضه نص المنع عمل به. واما الجلوس وادخال الدرب اليها، فالاقوى المنع. الا مع اذن الجميع (فيه).

اقول: والاقرب ما اختاره اخيراً، واختار المحقق الاردبيلي (ره) الاول وجعل

١ : وفي النسخة: بينه.

المرفوعة كالنافذة. وقال انه (يعد ملكية كل احد فيها حتى الكفار فى اقصى بلاد الهند (١)

فيكون فى المرفوعة ايضا كذلك). وانت خبير با نه قياس مع الفارق، وما ذكره هو الفارق. و

اما ما ذكره سابقا من انه (لا فرق بين المسلوك وغيره فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر) وحاصله ان حصول الاستطراق فى المسلوك والمرفوع مساو فى عدم افادة الملك الا اقلية المترددين وهو لا يوجب ذلك مع ان الاصل عدم الملك. فلا شئى يوجب تخصيص المرفوع بافادة الملك.

ففيه: (مع ما فى التعبير من المناقشة لتطرق المنع الى اكثرية المترددين فى النافذة على الاطلاق) اولاً: ان عدم تحقق المنفذ يوجب افادة الملك فى المرفوعة، (٢) ان اريد

كثرة الاستطراق الى الامكنة الخارجة عن الزقاق. وثانياً: ان حمل على ارادة اكثرية الامكنة المستطرق اليها فالامر فى ذلك هين. لانه يرد عليه ان الفرق واضح فان الطرق المرفوعة مع قطع النظر عن اختصاص يد اربابها عليها (سواء كانت انفسهم او ما يستتبع

ايدهم من الايدى الذين لهم حاجة الى الارباب وللارباب حاجة اليهم) حريم لدورهم. والاظهر الاشهر (كما فى المسالك) ملكية الحريم. كما سنشير اليه. وللارباب

منع حريمهم من التصرفات وان لم تكن مضرة، وجاز تصرفهم فيه كيف ارادوا. وليس هذا

الحريم من باب حريم العين والبئر المحدد فى الاول بالف ذراع او خمسمائة وفى الثانية باربعين او خمسين.

لان للحريم اعتبارين: احدهما حريم عين المال كحريم الدار وحريم الجدار وحريم نفس القنوات، مع قطع النظر من منفعتها. والثانى حريم المنفعة كحريم القنوات والبئر باعتبار

ملاحظة المنفعة المطلوبة وهو استيفاء الشرب منها والانتفاع بما فيها. فلا يجوز

---

١: تا اوایل خلافت عباسی کفار ترك و دیلم در زبانها معروف بود و مورد مثال قرار میگرفت. با این که بخش

عمدهای از تركها و همه دیلمیان تا آن وقت مسلمان شده بودند. و پس از آن کفار (اقصای هند) که تا اقیانوس

آرام شامل مشد، معروف و مصطلح گردید.

٢: عبارت النسخة: اولاً الى عدم تحقق المنفذ ولا شئى يوجب تخصيص المرفوع بافادة الملك عليه فى المرفوعة...



(۲۶۳)



حفر البئر والقنات لشخص آخر فى جنبها لئلا ينتفى منفعتها او يقلل مما كان قبل ذلك،  
و

ان جاز احياء ما بينهما والتصرفات بالزرع والبناء وغير ذلك. فالحریم لشخص القنات  
والبئر هو ما يحتاج اليه فى زح الماء ومحط الحماة المستخرجة منها للتنقية والتردد اليها  
و

بينها. ومرجعها الى العرف والعادة. بخلاف حریم المنفعة. وفى بعض اقسام الحریم  
اشكال، مثل حریم المسجد. لو قلنا به كما روى انه اربعون ذراع. وظاهر الصدوق  
العمل به

فى ان ذلك هل هو لعدم احداث مسجد آخر فى جنبه لئلا يقل المترددون فيه فيقل  
ثواب بانيه، او انه لحوائج المسجد فى التردد وطرح الالات للعمارة وغيرها. والرواية  
وان

كانت شاذة الا انها محمولة على الاستحباب كحریم المؤمن فى الصيف فقد ورد انه  
باع. (٢)

وقد صرح جماعة بان الاصل فى حریم القرية وامثالها الملك وكذلك حكم الدور،  
والطريق من جملة الحریم المذكور. فالتحقيق انه ليست المرفوعة كالنافذة، بل هى اما  
ملك لاربابها او انهم اولى واحق بها. وعلى اى التقديرين لايجوز التصرف الا باذنهم.  
بقى الكلام فى تحقيق الحال ودليل الملكية، او الاحقية: فنقول: ان الاصل  
فى الارض هو الا باحة، واليد ظاهرة فى الملك. وثبوت يدهم عليها يقتضى اشتراكهم  
فى الملك على حسبها. وان تنزلنا من ذلك فلا اقل من كون الطريق حریم.  
واظهر الوجهين فى الحریم الملكية، لانه مدلول تبعى للملك من باب دلالة الاشارة.  
فان

قولهم (ع) (من احيا ارضا مواتا فهى له) (٣) المفيد للملك المستلزم لكون الحریم له  
يقتضى

ملكية الحریم بالتبع. ولو سلمنا كفاية استحقاق الانتفاع فى تحقق ذلك فهو لا يستلزم  
الملك بل الاولوية. فيكفى فى ما نحن فيه من سقوط حق الغير عنه وعدم جواز  
التصرف  
الا باذن الارباب.

واذ قد عرفت ثبوت الملك لهم او الاستحقاق، فلايجوز لاحد الشركاء تصرفات اخر  
غير الاستطراق (الا باذن الجميع)، فلو احدث احدهم شيئا من الاجنحة والرواشن

---

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

٣: الوسائل: ج ١٧، ابواب احياء الموات، الباب ١ ح ٥ و ٦.

(٢٦٤)

والكنيف وغيرها، جاز لكل واحد منهم ازالته. وما وجوبه عليه: ففيه اشكال. ولا يبعد وجوب الزام الغير اياه بذلك، سيما الحاكم من باب النهي عن المنكر. واما وجوبه عليه بنفسه سيما اذا استلزم مصرف المال، فلا دليل عليه، وقال المحقق الاردبيلي (ره) (ولا يبعد

وجوب الازالة من بيت المال المعد للمصالح العامة لمن له التصرف، ان لم يكن الا بالمال).

ثم: انهم ذكروا انه يمنع من فتح الباب لغير الاستحقاق ايضا، وتوهم جواز ذلك - با نه تصرف في مال نفسه وهو جائز، مع انه يجوز له رفع الحاجة بالمرة فجواز رفعه بمقدار الباب اولي، - باطل. ووجه ذلك انه موجب لحصول الشبهة والريبة ومظنة استحقاق الاستطراق. اذ قد يتردد منه ويشتبه الحال بكونه بابا مستحقا. سيما اذا تبادى

المدة ولم يكن شاهد على انه لغير الاستطراق. فيمنع عن ذلك دفعا لهذه المفسدة. وما ذكر من الاولوية ممنوع اذ ليس في رفع الجدار بالمرة مظنة استحقاق العبور. بخلاف الباب. وتامل المحقق الاردبيلي (ره) في جواز منع احد عن التصرف في ملكه بمثل ذلك.

وهو في موقعه.

واما المسئلة الثانية: يعنى ان جواز المنع هل يختص بمن تاخر عن هذا التصرف، او لجميع

اهل الزقاق: فاعلم: انهم ذكروا انها (اذا كان في السكة المرفوعة ابواب لدور فالادخل ينفرد

بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين. ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه.

فان سده فله العود اليه مع الثانى وليس لاحدهما الدخول ببابه). هكذا ذكر في في التذكرة ونسبه الى المشهور عندنا. ثم قال (ويحتمله لانه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ويستصحب، وله دفع جميع الحائط، فالباب اولي). ومراده من قوله (ويحتمله): يحتمل جواز دخول كل منهما ببابه.

ويظهر من المسالك وغيره، ان المشهور هو ما نسب اليهم في التذكرة. ونقل فيه عن الدروس انه قوى اشتراك الجميع في الجميع. واختاره المحقق الاردبيلي (ره) وقال (ان دليل المشهور مدخول. والاصل دليل قوى. وليس هنا ما يدل على اختصاص احد للاستطراق. وعدم مرور الغير اليه ليس بدليل لامر. ولانه لو كان ذلك دليل الملك لكان

الفاضل في اخر المرفوعة ملكا للاخير. ولانه قد يكون المرفوعة واسعة ولا يمر الادخل الا

--

(۲۶۵)

فى بعضها. ولانه قد يكون فى مقابله ايضا باب، فيشكل الاختصاص. ويحتمل الاشتراك بينهما واختصاص كل بما يحاذى من بابه، وهو بعيد. لعدم الامتياز وعدم الدليل. فالظاهر قول الدروس وان كان خلاف المشهور).

ثم: انه (ره) اخذ عليهم التناقض بين كلامهم [هذا] وبين مذكروه (ان المرفوعة لكل من فيها ارضها وهوائها. ولا يجوز لاحد منهم اخراج الرواش والا جناحة والساباط والميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون اذن الجميع. ويجوز مع اذنه).

فان هذه الاحكام يدل على عدم الاختصاص لاحد. فقولهم باختصاص الا دخل بما بين البابين يناقضه. وايضا: حكمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه فى المشترك يقتضى جواز ادخال الادخل ببابه فى الفاضل. لانه ايضا مشترك وهم قد منعوا عنه.

واستشكل هو (ره) ايضا (تبعا لغيره) فى اشتراك الفاضل فى الصدر مع اختصاص الادخل بما بين البابين، من جهة عدم التمكن من الانتفاع بالفاضل بدون الا دخل. وظاهر قولهم بالاشتراك يفيد جواز الانتفاع مطلقا، الا ان يقال: ان الملك للادخل ولكن

الاقدم يستحق المرور، او: ان الاشتراك والملك يستلزم الانتفاع بغير اذن الادخل. وهما بعيدان.

اقول: اما ما ذكره من كون المرفوعة ملكا لاربابها: فمرادهم انه ليس من باب النافذة التى ليس ملكا لاحد بل لكل واحد من الناس حق العبور فيها. والمراد بلفظ

(اربابها) فى قولهم (المرفوعة ملك لاربابها) جنس الجميع، لا العموم الافرادى. فلا ينافى كونه ملكا لبعضهم فى بعض اجزائها ولكل فى آخر. فلا تناقض بين كلماتهم. ويظهر من ذلك المراد من قولهم (يجوز لاحد منهم اخراج الرواشن وامثالها) مع عدم الضرر لكل احد. ولا يجوز فى المرفوعة للبعض وهو من سوى اربابها. والحاصل: ان

هذه الاحكام كلها فى المرفوعة لرفع الحكم الكلى فى النافذة، ايجابيا كان الكلى، او سلبيا.

فلا ينافى ذلك اختصاص احدهم فى المرفوعة ببعضها كالادخل فى ما بين البابين. واما قوله (ره) (ان حكمهم بجواز اخراج الاقدم...) ففيه منع الملازمة، ومنه كون العلة فى الاصل مجرد الاشتراك، حتى يتم فى الفرع. بل لانه اسقاط لبعض حقه السابق الثابت

من دون تصرف جديد فى مال الشريك، فهو تصرف فى بعض حقه المشترك الجائز  
التصرف فيه، الغير المحتاج الى الاذن. بخلاف ادخال الباب فى الفاضل. فان الاشتراك  
فى الفاضل لم يكن من حيث استحقاق العبور. بل من جهة كونه من المرافق المحتاج  
اليه

احيانا لحط الاثقال ونحوه. والتصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من  
دون الشركاء، تصرف فى المشترك بدون الاذن، واسقاط لبعض حق الشركاء.  
واما الاشكال فى الاشتراك [فى] الفاضل بين الجميع مع اختصاص الادخل فى  
مايين البابين، القاطع لاستحقاق العبور فيه: ففيه: آن المتبادر من قولهم باختصاص  
الادخل فى مايين البابين، هو الاختصاص لاجل حق العبور الى اول الدرب. لا  
مطلق الاختصاص، حتى يمنع من مطلق التردد فيه. اذ مجموع السكة من مرافق  
مجموع

الدور. وكما يكون موضع العبور للخروج والدخول فى الدور حريما ومرافقا، فموضع  
اجتماع الدواب وحط الاحمال والاثقال ايضا من المرافق. فان اختص الادخل من جهة  
المرفق الذهبية والايابية. بموضع، لا يمنع من تردد الشركاء فى ذلك المختص  
لاجل الانتفاع من جهة ساير المرافق. وهذا مما اختلج بالبال.

واما ذكره فى المسالك وغيره واستبعده المحقق الاردبيلي (ره): فهو ايضا  
لايخل من وجه. وعلى هذا فان كان مراد الشهيد (ره) ايضا اشتراك الجميع فى الجميع  
فى الجملة، فنعم الوفاق. وهذا لاينافى المشهور على ما حققناه. وان [كان]  
مراده الاشتراك فى كل الاجزاء على السواء فهو فى محل المنع. اذ لا دليل فى المسئلة  
ظاهرا الا الاعتماد على الحريم وهو تابع لمقتضاه، وهو ما ذكرنا.

واما الوجوه التى ذكرها المحقق الاردبيلي (ره) فى الايراد على دليل المشهور: ففيه:  
ان اليد وكونها حريما، قاطع للاصل. ولم افهم معنى قوله (لو كان ذلك دليل الملك  
لكان الفاضل ملكا للاخير) اذ لا ملازمة. لان الفاضل لا يستلزم الاستطراق، ولم يقل  
احد بان مجرد عدم مرور الغير دليل [لعدم] كونه من المرافق المشترك. واما قوله (ولا  
نه

قد يكون المرفوعة واسعة...)، فيه: انك قد عرفت ان مرادهم اختصاص الادخل من  
حيث الاستطراق، لامن جميع حيثيات المرافق. واما قوله (ولا نه قد يكون فى مقابله  
ايضا

باب)، ففيه: ان الظاهر ان مرادهم بالادخل اعم من الجانبين، وذكر (مايين البابين) -  
الظاهر فى وقوع البابين من جانب واحد - انما هو من باب المثال. وهو واضح. فمراد  
هم



بالاقدام والادخل مطلق التقدم والتاخر. لاختصاص مالوكان البابان فى سمت واحد. فظهر ان قول المشهور اظهر، لما ذكرنا وللشهرة بين الاصحاب. وحاصل المقام: ان الطريق المنسدة اذا علمت حالها وكيفية وضع اربابها من الاستحقاق والملكية بعنوان الاشتراك فى الكل او البعض وغير ذلك، فهو المتبع، وان

جهل الحال فهو المبحوث عنه. فهناك ارض غير معلومة الحال، والاصل فى الارض الاباحة. ولم يعلم فى حقها شئى الا انه بنى حولها دور ابوابها فى تلك الارض. وتملك

الارض من مرافق هذا الدور اما من جهة الاستطراق اليها، او من جهة جريان مياهها اليها من الميازيب.

واما من جهة ساير الحوائج كاجتماع دوابها وحط اثقالها وقمامتها، او غير ذلك. فمرادهم من (اشترك الكل فى راس السكة واختصاص الا دخل بما بين البابين) استحقاق الاستطراق والمرور لاجل دخول الدار. لامطلق المشى والمرور لساير التصرفات. و [مرادهم من] (اشترأهم لاجل الامور) الانتفاع به لاجل الامور، من

جمع الدواب وحط الاثقال ونحوه. وذلك ايضا يستدعى استطرأقا من اول السكة الى آخرها لاجل ذلك، فالحديثات مختلفة ولا مانع من استحقاق الاقدام العبور فى ما بين البابين لاجل الانتفاع بالفاضل، وعدم استحقاقه للعبور بغير ذلك. ويظهر الثمرة فى ما لو القى فى ما بين البابين معاثر (١) ومر عليها الاقدام لاجل دخول دار الادخل بغير اذنه وعثر ووقع وحصل الجناية، فلا ضمان على الملقى لتقدم الاقدام فى التسبب العادى الذى هو بمنزلة المباشرة. بخلاف مالو عبر لاجل جمع دوابه

فى الفاضل، ونحو ذلك. فالضامن هو الملقى لانه ليس عاديا فى هذا العبور. لا يقال: ان تحريم العبور ح انما هو لحرمة دخول دار الغير بغير اذنه. لانا نقول: استحقاق العبور لاجل دخول الدار من مرافق الدار. فهو من هذه الحيثية محرم على غير صاحبه الا باذنه.

والمفروض انه لا يعبر الا لذلك، وكذلك اذا وقع العبور الى الفاضل من احد الشركاء لاجل امر لم يتعارف الانتفاع به فى الفاضل. مثل ان يسكن احدهم اجنيا فى الفاضل وجعله مضربا



١: وفي النسخة: معابر. - كما ان هذه الاوراق من النسخة مملوئة من الاغلاط.

لخيمته ومسكنه بدون اذن الباقيين. فالعبور الى الفاضل لاجل ذلك عدوان. ثم: ان ما ذكرناه من كون اجتماع الدواب وحط الاثقال سببا لكون الفاضل فى الصدر مشتركا بين الكل، لا اختصاص له بالفاضل. بل قد يحصل ذلك فى ما بين البابين ايضا. اذ قد يريد صاحب الباب الاقدم ادخال دواب كثيرة فى بابه، (١) فيجتمع الدواب فوق الباب

الذى فوقه باب آخر. او [يريد] حط اوقاد (٢) فى باب الدار ليدخلها بالتدريج لعدم امكان

دخولها دفعة محاذات الباب. سيما اذا كانت الاوقاد (٣) حضبا وسيما اذ كانت شوكا يستدعى مكانا واسعا. وسيما اذا كانت كثيرة اشترىها دفعة ولا يتيسر ادخالها فى الزقات

[الا] بالتدريج (٤). فهذا ايضا من مرافق الدار، ولم يدل دليل على جواز منع الا دخل لذلك.

والذى سلمناه من الاختصاص هو محض استحقاق العبور لاجل الدخول فى داره و استحقاق منع الغير عن هذا الاستطراق الخاص، لامطلق الانتفاع المحتاج اليه. ولا بد من ملاحظة جميع ذلك.

واعلم: انه يتفرع فى ملاحظة ساير المرافق مالمو كانت السكة المرفوعة فوق عشر اذرع او اربعة عشر اذرع، وكان فى كل من جانب [ى] الزقاق ابواب. فلايجوز لاحد من الشركاء ولا لغيرهم فى الوسط بعد وضع الخمسة او السبعة لكل من الجانبين (٥)، اذ هو

مما يختلف فيه الدواب اذا تكثرت. وكذلك فى مازاد على الخمس والسبع فى الجانب الذى

ليس فيه باب. ثم اناقداشرنا سابقا الى ان الطريق المشترك ليس كساير الاموال المشتركة

التي يجوز للشركاء المنع عن التصرف بدون الاذن. ووضع الطريق للانتفاع به على التعاور،

مع انه غير قابل للقسمة غالبا. ولا معنى لاجازتها بثالث يشتركونا فى وجه الاجازة، لاستلزامه بطلان الانتفاع بالدار. وايقافه على الاذن حرج عظيم. فيجوز لكل منهم التردد بمقدار الحاجة. ومن بادر اليه فيقدم مع عدم امكان الاجتماع. وان وردوا دفعة و

٢ و ٣: وفي النسخة: اوقار. اى احمال ثقيلة. واللفظ المناسب للمقام هو (اوقاد) من (الوقود) وان لم يساعده  
منابع اللغة. ويويده لفظ (حضبا) وكذا لفظ (شوكا).  
٥: كذا فى النسخة. بحذف فاعل فعل (لايجوز).

وقع التشاح فيرجع الى القرعة.  
و اما ساير افراد الحريم - لمن اراد منهم التصرف فيه من غير جهة انه مرفق وحريم،  
كما لو اراد احد غرس الاشجار في حريم الدار او الجدار - فلا يجوز الا باذن الشركاء  
او  
يمكن القسمة هنا. وكذلك حريم القرى من المراتع والمعالف والمحاطب، فيجوز  
المنع

الا بالتقسيم. يجوز الاحياء والبناء فيها باذن الشركاء ولا يجوز بدونه. واما عدم  
استيذان كل منهم عن الباقيين في الرعى والا حتطاب المعهود في الاعصار فلعله من  
جهة المسامحة لشاهد الحال، (١)

اذا تحقق هذا فلنرجع الى المسئلة المسئول عنها. فنقول: من حفر حفرة للخلاء في  
جنب داره فان وقعت في مرافق الكل، فلهم المنع جميعا سواء كانت المرفقية لاجل  
الاستطراق الخاص بدخول الدار، او الاستطراق الى ماهو مرفق كالفاضل في صدر  
السكة.

اولا لاجل كون ذلك الموضع يصير مرفقا احيانا لاجتماع الدواب والاحمال. فلهم المنع  
من

ذلك سواء كان لاجل مزاحمة ذلك لانتفاعهم اولثاذيهم [من] نته، ونحو ذلك مثل  
احتياجه الى التخلية واخراج قازوراتها الملوثة للزقاق، ونحو ذلك. فان فرض اختصاص  
مرفقيتها ببعض فيختص المنع به.

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

جواب: ان وقع تلك المعاملة والبناء على وجه المصالحة ونحوها من العقود اللازمة،  
فلا تسلط له على الفسخ. والا فيعامل بها معاملة المعاطات فلا يرجع مع تلف احد  
العوضين

او كليهما ويرجع بدونه. ولا يكفى في تحقق المصالحة ان يقول (لى راس المال  
والربح لك

والخسارة عليك. وفي صحيحة الحلبي والكناني (في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه.  
و

---

١: قال (ره) بعدم لزوم استيذان اهل السكة المرفوعة بعضهم من بعض في الانتفاع بالدار، وهنا يقول بلزومه  
في الرعى  
والاحتطاب. والفرق بينهما ان الرعى والاحتطاب، حيازة تنجر الى الملكية كالاخياء.



(۲۷۰)

كان من المال دين وعليهما دين. فقال احدهما لصاحبه: اعطني راس المال ولك الربح و

عليك التوى. فقال: لا باس اذا اشترطا، فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عزوجل). (١)

اقول: لا يخفى ان المراد بقوله (ع) (اذا اشترطا) الالتزام بعقد لازم كالصلح او البيع او غيره. لانه لا معنى لاشتراط هذا الشرط فى اصل عقد الصلح. لانه لم يقل احد. بمضمونه،

ولانه مخالف لمقتضى العقد. والظاهر انه يلزم فى الصلح لفظ خاص، كما يظهر من فخر المحققين فى الايضاح فى شرح قول والده (ولو صالح على عين باخرى فى الربويات

ففى الحاقه بالبيع نظر) انتهى. حيث قال (الحقه الشيخ بالربويات وهو اختيار ابن البراج و

هو مبنى على احدى قاعدتين: الاولى: انه هل الصلح فرع البيع ام لا؟ -؟. قيل: نعم. لان

البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضى، والصلح كذلك. وقيل: لا. لانه عقد منفرد براسه

وله صيغة بخصوصه. الثانية: هل الربا يشتمل جميع المعاوض؟ ام هو مختص بالبيع؟ وقد مضى ذلك. فعلى القول باحديهما لا يصح. والاصح عندى شمول

الربا لكل المعاوضات).

وقال فى التذكرة (لو قال احد الوارثين لصاحبه: نصيبى من التركة اليك. فقال: قبلت. لم يصح ذلك، لان ذلك ليس من الفاظ العقود الناقلة. ويبقى حقه كما كان لازما ان

كان عينا. فلا بد فيها من الايجاب والقبول مقتضيان للتملك. وان كان دينا فلا بد من ابراء.

ولو قال صالحتك نصيبى على هذا الثوب. فقال قبلت. صح العقد. واما صحيحة محمد بن

مسلم وصحيحة منصور القائلين فى (رجلين كان لك واحد منهما طعام عند صاحبه، لا يدرى كل واحد منهما كم عند صاحبه، فقال كل واحد منها لصاحبه: لك ما عند ولى ما

عندى. (؟) فقال: لا باس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما) (٢) فلا تدل على عدم الحاجة الى

صيغة اخرى. بل الظاهر منه بيان صحة الصلح مع الجهالة. وهذا من باب المساومة.

وان ذلك

- 
- ١: الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٤ ح ١. والمراد من الكنانى هو ابو الصباح.
- ٢: الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٥ ح ١

اللفظ ليس بصريح فى الصلح بل يحتمل البيع والهبة ايضا. ولا بد فى صيغ العقود من التمييز لיתرتب عليها احكامها. بل هو ظاهر فى الهبة المشروطة بالعوض لظهور اللام فى ذلك. يعنى وهبتك ما فى ذمتك على ان تهينى ما فى ذمتى. ولو كان صلحا لكفى قول احدهما ذلك مع قبول الاخر بان يقول (قبلت). واما الهبة المشروطة لهبة اخرى فلا بد فيها من صيغة اخرى. ومما يويد ما ذكرنا ان المراد المساومة، استدلالهم بصحیحة الحلبي لصحة الصلح فى مال الشركة، حيث انه فى معنى ان راس المال لى والربح والتوى لك. ولم يكتف فيها بذلك وقال (لا باس اذا اشتركا).

ثم يظهر من تتبع كلماتهم اعتبار لفظ الصلح فى الصيغة لیتميز عن البيع وغيره. فان قلت: ان البيع مما يعتبر فيه التعيين ويضره الجهالة. فهو كاشف عن ان ما ذكر فى الصحیحة ليس ببيع، بل هو صلح. قلت: مع انه لا يتم فى الهبة المعوضة على بعض الوجوه فيه، ان مانحن فيه لا جهالة فيه بالفرض (١) فان الشريكين عالمان بمقدار العين والدين ورأس المال والربح. فكيف يكتفى فيه بهذا اللفظ المجمل. مع انا نقول ما نحن فيه اشبه بالقسمة، وما ورد فى صحیحة الحفص الكنانى، من باب المعاوضة. فلو سلمنا كون ما فى الصحیحة ليس فى باب الصلح، لا يستلزم كون ما نحن فيه من قبيله. نعم لو قلنا بان مطلق التراضى بعد تعديل السهام والتراضى يكفى ويصير لازما، فيكون ح من باب القسمة لا الصلح.

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

جواب: ظاهر اين است كه هر گاه اين عامل به مقتضى روز اول عمل کرده ومتعرض اين شريك نشده ومضايقه نكرده وبر حال خود باقى است، مستحق اجرت العمل



نیست. و  
منافع تابع راس المال است به قدر حصه هر يك. بلی اگر مضایقه از آن فرد در عمل  
داشته

۱: وهذا عجيب منه (ره) لان الكلام في ماتوديه الصحيحة، وانه هل هي في مقام بيان حكم من احكام البيع  
او  
الصلح. وكون ما نحن فيه شاملا على الجهالة او، لا، لادخل في الكلام.

ولكن آن شريك ديگر، او را امر کرده به عمل که من هم به قدر الحصة عمل خواهم کرد،

يا اجرت المثل تو را به قدر الحصة خواهم داد، ظاهر این است که مستحق اجرت المثل

هست. به هر حال آنچه از قواعد شرکت بر مآید این است که در شرکت عنانیه شرط

است مزج مالین و اذن شریکین هر يك ديگر [ی] را در عمل. اما این که باید عملها مساوی باشند، یا در بین فتوری از احدهما حاصل نشود، (۱) و [یا] این که هر گاه احدهما

بیشتر عمل کند مستحق اجرتی علی حده باشد، پس آن از قواعد ایشان بر نمآید. بلی، هر گاه مضایقه دارند از تفاوت عمل، ایشان را هست فسخ عقد یا تراضی [به] اجرتی، و موید این است این که گفته‌اند که هر گاه احدهما عزل کند دیگری را، از تصرف

معزول مشود. ولكن به همین شرکت باطل نمیشود، وعازل بر جواز تصرف باقی است قال العلامة فی التحرير (ولو عزل احدهما صابه ان عزل المعزول خاصه. فلا يتصرف فی مازاد علی نصيبه. ويبقى المال علی الشركة، وللعازل التصرف فی الجميع مالم يعزله المعزول. سواء كان المال فاضلا او به عروض). زیرا که ظاهر این عبارت این

است که عازل را اجرتی از برای عمل به قدر حصه معزول نیست.

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

جواب: ان اشتری المشتري لنفسه فی ذمته ثم دفع القيمة من المشترك، فالملك مختص به، وعليه دفع مثل حصه الشريك او قيمة اليه. وان اشتراه لنفسه بعين المال المشترك، فيصح بقدر حصته. واما حصه الشريك فان اجاز البيع والشري فيشتركان

فی الملك بقدر الحصة، وان لم يجز، فالبيع فاسد بالنسبة الى حصه الشريك، وعليه دفع حصته اليه بمثلها او قيمتها. والظاهر انه يحصل للبايع مع جهله بالحال خيار تبعض الصفقة.

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

---

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



(۲۷۳)

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

جواب: در صورت ثبوت مصالحه کسی را حقی در آن نصف نیست. و در نصف باقی هم بعد از اداء دین و وصیت (اگر باشد)، دختر مستحق نصف است بالفرض، و مادر مستحق سدس است بالفرض، و زوجه مستحق ثمن. و زیادتى که باقی مماند - اگر اخوه از برای او نباشد که حاجب مادر بشوند از زاید بر سدس - آن زیادتى [را] به عنوان

(رد) ارباعاً قسمت میکنند میان مادر و دختر، يك حصه به مادر مدهند و يك حصه به دختر. و بقیه را قسمت میکنند به نود و شش حصه، شصت و سه حصه مال دختر است

و بیست و يك حصه مال مادر است و دوازده حصه مال زوجه است.

و باید دانست که: زوجه از زمین و آب تابع زمین، میراث نمبرد. خواه زمین ساده باشد یا محل باغ و عمارات و امثال اینها. و از اصل بناء و اشجار مستحق قیمت آنها

است به قدر حصه. و لکن وارث را مرسد که بگوید قیمت را نمدهم از اصل بنای عمارات و اشجار حصه خود را بگیرد. و از غیر اینها از منقولات و حیوان (همگی) حصه

خود را بگیرد. و هر گاه متوفی اخوه دارد که حاجب شوند، پس آن باقی [را] به دختر

مدهند و مادر همان سدس خود را بگیرد. و مراد از اخوه دو برادر است یا بیشتر، یا يك برادر و دو خواهر یا بیشتر. و باید که اخوه پدر و مادری باشند یا پدری تنها. و اخوه مادری حاجب نمیشوند.

کتاب القسمة

(من المجلد الاول)

۱۳۶: سوال: چهار قطعه زمین مشجر و معنب، مشترك مباشد میان زید و عمرو. و شراکت زید سه ربع است و از عمرو يك ربع است. آب همان باغ به همین نهج مشترك

دو نفر است. والحال زید و عمرو اراده دارند که مفروز نمایند. زید را سخن این که (هر قطعه را فردا چهار سهم میکنیم به جهت این که هر قطعه نوعی از میوه دارد من از

همه میخواهم و نه سر بود مدهم و نه مگیرم). و عمرو را سخن این که (من به جهت قلت آب متضرر مشوم، پس قرعه قسمت را دفعتا چهار میکنیم که يك قطعه از چهار قطعه از من باشد).؟

جواب: در (قسمه رد) یعنی آن که باید سر بود داد رضا شرط است از طرفین و اجبار نمیتوان کرد. و اما باغی که اشجار مختلفه دارد، بدون سر بود توان قسمت کرد.

به این نحو که به قیمت در آورند و مساوی حصه هر يك از مجموع باغ آنچه بیرزد قرار

بدهند به رضا یا [به] قرعه تقسیم نمایند. مشهور علما آن است که میتوان اجبار کرد بر قسمت. و زید منع عمرو نمیتواند (از قسمت) بکند. خصوصا هر گاه ضرر بسیار به

عمرو مرسد. بلکه باغ را چهار حصه بکنند و يك حصه را به عمرو بدهند به رضا یا [به]

قرعه. و هر گاه به هر دو ضرر مرسد به هر کدام که به او ضرر بیشتر مرسد، ملاحظه

جانب او را باید کرد. و بهتر آن است که به مصالحه به نحو خوشی از یکدیگر راضی

شوند ولجاج نکنند. والله يعلم. (۱)

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

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

اما هر گاه محتاج به رد باشد، بر قسمت اجبار نمیتوان کرد، و نه بر بیع و شری، والله العالم.

۱۳۸: سوال: جمعی مالی به ایشان به ارث رسیده از ملك و باغ و اجناس دیگر. در میان خود تعدیل سهام نموده‌اند و هر يك حصه خود را متصرف شده‌اند (یا به قرعه یا به تراضی). بعد از آن یکی از آنها دعوی غبن میکند با وجود آن که از اهل خبره و دانش

است. آیا به مجرد همین، قسمت را بر هم میتوان زد یا نه؟ -؟

جواب: دعوی (غلط در قسمت) و یا آن که (من مغبون هستم) بمجردها مسموع نیست. به جهت آن که اصل صحت است. مگر این که بینة عادلۃ بیاورد. مثل این که دو قاسم صاحب وقوف عادلۃ، ببینند و بگویند که غلط شده و حق او به او نرسیده. در این وقت

میتواند بر هم زد. و هر گاه بینة نباشد و ادعای علم کند بر شريك به غلط شدن، میتواند او را قسم بدهد. و اظهر

آن است که اگر دعوی علم هم نکند میتواند قسم داد. و بعد از رجوع قسم به مقتضای

حكم قسم باید عمل کرد. و این که گفتیم مبنی بر آن است که اظهر در نظر حقیر لزوم

قسمت است به محض تراضی به تخصیص بعد تعدیل سهام (۲)، هر چند قرعه هم نشده

-----

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

باشد. و در جایی که تعیین سهام به قرعه باشد دیگر تراضی بعد از آن هم ضرور نیست.

و اگر بنابر این نباشد قسمت لزوم نخواهد داشت و دیگر این سخن‌ها نمیشود علی‌الاطلاق.

کتاب القسمة من المجلد الثانی:

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

جواب: باید دانست که اصل در مسأله قسمت در اغلب مواضع، حدیث (نفی ضرر) (۱) است. و بسبب آن در بعضی مواضع اجبار بر قسمت میشود، و آن را (قسمت اجباریه) مینامند. و در بعضی موقوف است به رضای شریک که آن را (قسمت تراضی)

مگویند. پس به این سبب مقسوم منقسم میشود به اقسام بسیار:

قسم اول: آن است که مقسوم (مثلی) باشد، از قبیل حبوب و ادهان، و خلافتی نیست در این که هر گاه احد شرکا طلب قسمت کند ممتنع را اجبار میکنند بر تقسیم از

برای رفع ضرر که ناشی از منع تسلط بر مال است بالاستقلال. و هم چنین قیمی متساوی الاجزاء که توان آن را تعدیل کرد بدون حاجتی به زیاد و کم کردن حصص ورد

کردن چیزی خارج از مقسوم. مثل زمین متساوی الاجزاء و خانه متساوی البناء. قسم دوم: آن است که (قیمی) باشد و لکن در قسمت آن ضرر به همه شرکا میرسد. مثل دانه یاقوت یا الماس مشترك، که هر گاه بشکند به همه ضرر میرسد. و یا

ضرر به بعضی میرسد مثل خانه [ای] که مشترك میان دو نفر باشد و یکی از آنها مالك

عشر آن باشد که هر گاه قسمت کنند صاحب عشر منتفع به آن نمیتواند شد. پس آن که

متضرر میشود اجبار نمیشود بر قسمت. و هر گاه متضرر طالب قسمت باشد اجابت او

باید کرد، و اجبار ممتنع باید کرد. مگر آن که مستلزم سفه باشد. و در حد ضرری که مانع

از قسمت است خلاف کرده‌اند. و اقوی این است که صادق آید در عرف که ضرر است.

و هر گاه در اصل حصول ضرر خارجی همه شریک باشند - یعنی طالب قسمت به



ترك

قسمت متضرر مشود از حیثیت خارجه غیر عدم استقلال. و نیز ممتنع هم متضرر

-----  
۱: وسائل: ج ۱۷، ابواب احیاء الموت، باب ۱۲ ح ۳، ۴، ۵.

میشود بسبب قسمت - پس در اینجا رجوع به قرعه است.  
قسم سوم: آن است که اجزای مقسوم متساوی نباشد. مثل زمین  
متفاوت الاجزاء، و باغ مختلف الاشجاری که ضرر در قسمت آن حاصل نشود و  
لکن ممکن

نمیشود تسویه و تعدیل سهام الا به (سر بود) از غیر آن. پس آنچه از شهید ثانی (ره)  
ظاهر میشود این است که خلافتی نیست در عدم اجبار. و وجه آن این است که [این]  
معامله معوضه [ای] است و محتاج است به تراضی. هر چند اصل قسمت هم چنین  
است

لکن به دلیل ثابت شده در مواضع مجوزه. و صاحب کفایه (ره) در بعضی صور که  
ترك

تقسیم موجب ضرر باشد، اشکال کرده. و آن بموقع است اگر اجماع نباشد.  
قسم چهارم: آن است که به همین نحو باشد و لکن ممکن باشد تعدیل سهام بدون  
احتیاج [به] سر بود  
دادن از خارج. مثل آن که زمینی باشد که بعضی آن بد، و بعضی آن خوب [باشد]. و  
دو

ثلث آن که بد است مساوی يك ثلث است که خوب است در قیمت، و مشترك  
باشد میان

دو نفر. و قسمت کنیم آن را به ثلث و ثلثین. و اشهر و اظهر در این نیز اجبار ممتنع،  
است  
بر قسمت.

قسم پنجم: آن است که مقسوم اشیاء متعدده باشد. مثل مزرعه چند و دکان چند یا  
غلام و کنیز و حیوانات متعدده و امثال آن. پس کلام فقها در آن مختلف است. اما  
در مزارع و دکانها و خانهها: پس مشهور این است که نمیتوان اجبار کرد در ضم  
بعض

آنها را در بعضی به این که يك دکان را مثلاً تعدیل و تسویه کنند با دکان دیگر یا در  
دکان

دیگر، و هكذا... و هر يك را به قدر نصیب بدهند. به جهت این که حال مزارع  
و دکانین

مختلف است در مرغوبیت و عدم مرغوبیت، و چنان که استقلال در تصرف، نفع  
است و ترك

استقلال ضرر است و باعث اجبار در قسمت میشود، همچنین حرمان از بعضی  
دکانین

و بعضی مزارع با تعلق خاطر شريك به آن، ضرر است. و این سخن خوب است در

وقتی  
که مختلف باشد احوال آنها در رغبت به آن وعدم رغبت. اما هر گاه در این معنی  
مساوی  
باشند، پس اظهر جواز اجبار است. چنان که مذهب ابن براج است و گفته است که

(و هم چنین هر گاه متضرر شود بعضی از آنها به قسمت هر يك على حده، حق او را باید

در يك ناحیه قرار داد).

والحاصل: معیار در قول ابن براج ملاحظه ضرر است از هر حیثیت، و این اقوی است. و اما فرقی که علامه در ما بین دکاکین متجاوره و بین خانه‌های متجاوره و مزارع

متجاوره گذاشته، و قایل به اجبار شده در دکاکین، دون خانه و مزرعه، پس وجه آن ظاهر نیست.

و اما سخن در غلام‌ها و کنیزها و حیوان‌ها و درختان و جامه‌ها و امثال آن: پس اگر در جنس مختلف باشند (مثل این که مال مشترك غلام باشد و جامه باشد و گندم باشد) پس ظاهر علما - چنان که صاحب کفایه نسبت به ایشان داده به عنوان قطع - این

است که اجبار نمیتوان کرد در قسمت اعیان بعضی آنها در بعض. هر چند قیمت آنها

متساوی باشند. و اما هر گاه در نوع متحد باشند مثل چند غلام یا چند اسب یا چند درخت. پس هر گاه توان تسویه و تعدیل کرد در عدد و قیمت (هر دو)، پس نقل کرده

است از اکثر که اجبار میکنند در تقسیم اعیان اینها. و از شیخ در مبسوط نقل کرده که

او از بعض اصحاب نقل کرده است قول به عدم اجبار را. و اما هر گاه تسویه در قیمت

ممکن باشد و در عدد ممکن نباشد، مثل سه غلام در میان دو شريك، که دوتای آنها در

قیمت مساوی یکی از آنها باشد، پس در آن اشکال کرده، و هم چنین هر گاه در وصف

مختلف باشند (مثل غلام ترکی و غلام هندی) با تساوی آنها در قیمت. و هم چنین در مثل بار ابریشم و کتان. و هم چنین هر گاه قیمت آنها مختلف باشد. و از جمعی نقل

کرده است عدم اعتبار اختلاف در نوع را، با تساوی قیمت.

و گمان حقیر این است که این سخن‌ها و اختلافات و اشکالات همه ناشی از تفاوت افهام است در معنی (ضرر). و اگر نه، نصی و اجماعی و دلیلی بر خصوص این مسایل

نیست. و چون اصل در این مسأله و دلیل در آن همان (نفی ضرر) است پس باید آن

را  
معیار کرد. پس مگوئیم که: یا این است که ضرر متصور در مقام، همان بقای بر  
اشاعه و  
عدم استقلال هر يك، است در تصرف در مال خود. و در نفس قسمت ضرری

متصور نیست. پس در اینجا باید طالب قسمت را اجابت کرد و ممتنع را اجبار کرد. و اگر ضرر در نفس قسمت باشد، پس یا این است که در قسمت به هر دو

مرسد، یا به یکی. پس اگر ضرر به یکی مرسد دون دیگری متضرر را نمیتوان اجبار کرد. و آن ضرر اشاعه در جنب ضرر قسمت، مضمحل میشود. به جهت آن که درد را هر

دو دارند و در صورت تقسیم منحصر میشود ضرر در متضرر به قسمت. و اگر در قسمت کردن، ضرر به هر دو مرسد لکن احدهما طالب استقلال میشود و ضرر قسمت را بر خود قرار مدهد. پس اگر این، سفه و تضییع مال میشود، اجابت او نباید کرد. وعدم اجابت آن طالب، از دو راه است هم از راه اضرار به غیر و هم

از راه تضییع مال. و از اینجا ظاهر میشود که در صورت سابقه که احدهما به قسمت متضرر میشود هم اگر متضرر طالب قسمت شود و موجب سفه و تضییع باشد، اجابت

آن نمیشود. و هر گاه در قسمت کردن ضرر به یکی مرسد و در قسمت نکردن به دیگری از راه دیگر (قطع نظر از بقاء بر اشاعه وعدم استقلال، مثل این که اگر بر اشاعه

باقی بماند مشتری ندارد و می خواهد حصه خود را بفروشد و برود به جای دیگر که دیگر از این منتفع نمیتواند شد. و آن دیگری حصه قلیلی دارد که اگر تقسیم شود از آن منتفع نمیتواند شد). پس در اینجا ضررها متعارض میشوند، و گویا چاره آن منحصر به قرعه باشد که از برای هر امر مشکلی است. پس قرعه ضرر به نام هر يك بر

آمد او متضرر میشود. یا قرعه را بر قسمت و اشاعه بزنند. و بدان که اجبار در این باب

وظیفه حاکم شرع است. [و] محتمل است که شريك نیز تواند. ۱۴۰: سوال: دو نفر با هم شريك میشوند، و بذر مشترك مشاع را زرع میکنند در دو مزرعه. بعد از آن احدهما بر دیگری ادعا میکند که (ما قسمت کردیم و این مزرعه از من شد و آن مزرعه از تو). و آن دیگری منکر قسمت است. آیا این قسمت صحیح است یا نه؟ -؟. و آیا این دعوی ملزومه و مسموعه است که بر فرض عدم بینه، یمین

متوجه مدعی علیه شود -؟ یا مسموعه نیست به جهت آن که ملزومه نیست -؟. جواب: قسمت زرع صحیح است. بلکه ظاهر این است که این قسمت، قسمت

(१४०)

اجباری است، یعنی میتوان اجبار کرد شريك را بر قسمت. به جهت آن که مستلزم رد

نیست. و در باب سماع دعوی: ظاهر این است که استفسار کنیم که آیا قرعه به عمل

آمده است یا نه؟ -؟ و هر گاه مدعی اقرار کند به عدم قرعه، دعوی ملزم نیست و مسموعه

نیست. به جهت آن که انکار آن قسمت در معنی فسخ است و بدون قرعه قسمت لزوم

ندارد. و دیگر محتاج به قسم نیست مگر این که ثمره [ای] بر آن مترتب شود (مثل آن که

تصرفی در آن شده باشد که مطلق قسمت مجوز آن باشد. و در صورت عدم ثبوت قسمت غرامتی بر مدعی علیه لازم آید) در این صورت دعوی مسموعه است، و قسم متوجه میشود بر مدعی.

و اما در صورت ادعای قرعه: پس اظهر آن است که دعوی ملزمه و مسموعه است. به جهت آن که اظهر این است که قرعه کافی است در لزوم قسمت مطلقا (در غیر قسمت

رد) و دعوای ضرر هم در کار نیست. بلکه اظهر آن است که در قسمت رد هم چنین

است. و در صورت ثبوت رضای بعد قرعه نیز در آن هیچ اشکال نیست. و حاصل اقوال

در مسأله این است که اگر قاسم از جانب امام یا حاکم نصب شده است و قرعه هم زده است رضای شریکین بعد از قرعه در کار

نیست. هر چند قسمت رد باشد. و ظاهر این است که خلاف در آن نباشد. بلکه ظاهر

آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) این است که اجماعی است. هر چند صاحب کفایه در قسمت

رد اشکال کرده است. و اظهر قول مشهور است. و اگر قاسم از جانب حاکم نباشد بلکه

شرکا خود قسمت کرده باشند، یا خود قاسم تعیین کرده باشند، پس بعضی گفته‌اند ضرور است تراضی بعد قرعه، که هر گاه تراضی نشود لزوم ندارد. و بعضی گفته‌اند در

قسمت رد، ضرور است. و در غیر آن ضرور نیست. و این مختار شهیدین است.



اینها همه در صورتی است که تراضی در اول بر حصص به عمل نیامده باشد و اتفاق بر امری نکرده باشند. و اما هر گاه بعد تعدیل سهام، اتفاق کنند که هر يك حصه معینی را بردارند: پس تصریح شهید در لمعه و شارح آن در شرح و علامه در قواعد این است که لازم میشود. و این دور نیست. به جهت آن که قسمت که وضع شده به جهت تمیز حقوق،

متحقق شده، و ثمره آن استحقاق هر يك است ملك خاص را، و بعد تحقق آن ديگر امری

که باعث زوال حق شود، نیست. مگر این که دعوی غبن یا (غلط) در میان آید که به

مقتضای آن عمل باید کرد. و هم چنین است دلیل بعد از بنای بر قرعه. به جهت آن که

قرعه منشأ تعیین حق است و بعد از تعیین، راهی از برای زوال حق نیست.

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

جواب: تقسیم وقف جایز نیست، مگر در صورت نادری، مثل این که ملکی مشترك باشد میان دو نفر و یکی از آنها حصه خود را بر شخصی و ذریه او وقف کرده باشد،

و دیگری حصه خود را بر شخصی دیگر و ذریه او وقف کرده باشد. که در این صورت تقسیم

کردن جایز است میان آن دو شخص و دو ذریه. (۱) و لکن هر يك از ذریتین در میان خود

تقسیم نمیتوانند کرد. به جهت آن که حق منحصر نیست در آنها که قسمت میکنند،

و حصه بطون گاه که متفاوت میشود. و اما بیع وقف در صورت مزبوره: پس اظهر جواز آن است. و اما اگر مالی مشترك باشد ما بین وقف و طلق: پس قسمت آن جایز

است، به شرطی که به عنوان رد بعضی از آن را از وقف بیرون نکنند و داخل طلق [ن]

کنند.

۱۴۲: سوال: هر گاه پنج جریب زمین در میان دو نفر مشاع باشد، و یکی مالک

دو جریب باشد و دیگری مالک سه جریب، یا بالمناصفه باشد. و خواهند قسمت کنند به

این نحو که بنا را به این نحو بگذارند که مساوی حصه یکی از آنها در سمت جنوب باشد و از دیگری در سمت شمال که بعد از این مساحت کنند. آیا این قسمت

صحیح

است و لازم یا نه؟ -؟.

۱: در اینجا حاشیه‌ای از خود میرزا (ره) هست بدین شرح: و از جمله صوری که تقسیم وقف جایز است آن است که

مثلاً نصف مشاع ملکی وقف مسجدی باشد و نصف دیگری وقف مشهدی. بنابر این، صور قسمت

وقف، بسیار  
است. پس آنچه ما گفتیم که (الا در صورت نادرى) آن در قسمت وقف اولاد و امثال آن است که در  
طبقات  
متغایر می شود.

جواب: هر چند قایل بشویم به این که ترازی بینهما بعد تعدیل سهام کافی است در صحت و لزوم قسمت، و بگوئیم که احتیاج به قرعه نیست - چنان که اظهر این است - لکن

قسمت عبارت از تمیز حقوق و حصص است، و در اینجا حصه‌ها از یکدیگر ممتاز نشده‌اند.

بجميع اجزائها. خصوصا در وقتی که زمین متساوی الاضلاع نباشد. پس این قسمت، صحیح نخواهد بود.

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

جواب: هر گاه ظاهر شود که قدر مشاعی از آن مال حق غیر است (مثل ثلث مجموع، یا ربع مجموع) بعضی گفته‌اند که قسمت بر هم نم‌خورد و آن شخص به قدر

ثلث یا ربع در حصه هر يك شريك مشود. به جهت آن که تعدیل سهام بر حال خود باقی است. و بعضی گفته‌اند باطل مشود قسمت. به جهت آن که تعدیل سهام بر حال

خود باقی نیست. (۱) [زیرا] مقصود از قسمت تمیز حقوق است و الحال باز هر يك حق او

ممزوج است به حق دیگری که آن غیر باشد که الحال استحقاق او ثابت شده است. و

دیگر این که: این شخص که در واقع شريك بوده در وقت تقسیم حاضر نبوده، و تقسیم

بعض شرکا منفردا صورتی ندارد. [پس] آن قول صورتی ندارد، و این قول اظهر است.

و هر گاه استحقاق در جزء معینی ظاهر شود: پس اگر در هر حصه جزء معینی مال غیر شود، پس اگر متمایزند (۲) - مثل این که مال میان دو نفر بود و بالمناصفه قسمت شد. و

بعد از آن، نصف معین از حصه هر يك مال غیر بر آمد - در اینجا قسمت بر هم نم‌خورد.

بیش از این نیست که از حصه هر يك چیزی کم مشود، و زیاد [ی] و کمی در حصه‌ها

نسبت به یکدیگر حاصل نم‌شود. و اما هر گاه تمام حصه یکی مال غیر بر آید، یا از حصه

هر يك جزئی مال غیر بر آید لکن در مال یکی آن جزء بیشتر باشد و در مال دیگری

کمتراً. در اینجا قسمت باطل میشود. به جهت آن که آن شریکی که تمام حصه او مال غیر

۱: در نسخه: است.  
۲: در نسخه: متمایلند.

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

۱۴۴: سوال: مالی را شرکا قسمت کنند که به میراث به آنها رسیده باشد. بعد از آن ظاهر شود دینی از برای میت. آیا قسمت بر هم منخورد یا نه؟ -؟. جواب: چون مذهب شیعه این است که (قسمت)، (بیع) نیست، و مجرد تمیز کردن حق است. پس اصل قسمت، صحیح است. گو ملک واقعی حاصل نشود در میراث

الا بعد از ادای دین. (۲) و اظهر در نزد حقیر این است که در عدم حصول ملك قبل از ادای دین، فرقی نیست ما بین دین مستوعب ترکه، و غیر مستوعب. و با وجود این، باز تقسیم را صحیح میدانیم قبل از صحیح ملك. و در این صورت هر گاه وراث همگی به

قدر الحصة دین میت را ادا کردند، قسمت بر حال خود باقی ممانند. و هر گاه هیچ کدام

قیام به ادای دین نکنند حصه همه فروخته میشود - یعنی به قدر دین از اصل مال فروخته میشود - و اگر چیزی بر جا بماند ثانیاً قسمت باید کرد. و هر گاه بعضی از آنها به قدر الحصة ادای دین میت بکنند و بعضی نکنند، قسمت در حق آن که ادا کرده صحیح است. و حصه او از برای او باقی است. و حصه او [را] که

امتناع میکند مفروشند و به دین مدهند.

۱۴۵: سوال: هر گاه چهار قطعه باغ مشترك باشد میان دو برادر، و دو قطعه آن را قسمت کرده باشند و شرط کرده باشند که (هر وقت که آن دو قطعه دیگر را خواسته

باشیم قسمت کنیم، آن قطعه [ای] که به سمت باغ برادر بزرگ است از او باشد و آن

قطعه دیگر از برادر کوچک). آیا این قسمت صحیح است؟ و این شرط لازم است یا نه؟ -؟

جواب: بدان که دلیلی بر لزوم (شرط در ضمن قسمت) ندیده‌ام. و عموم (المؤمنون عند شروطهم)

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

دلالتی بر لزوم او در اینجا ندارد. و آنچه در بعض فوائد خود تحقیق کرده‌ام این است که هر گاه التزامی که مکلف بکند واجب است وفای به آن. والتزام مکلف یا به نذر و عهد و یمین است، یا آن که شرط را در ضمن عقد لازمی بکند (۱) به تقریبی که در رساله (شرط ضمن العقد) بیان کرده‌ام. و هر گاه غیر این صورتها باشد، داخل مطلق وعده، مشود. و مشهور علما وفای به وعده را واجب نمدانند. و وجه دیگر از برای لزوم آن نمدانم. و نستوان گفت که (عموم حدیث شامل وعده مجرد و وعده‌هائی که در ضمن عقود جایزه و اکثر ایقاعات باشد، همه هست لکن اینها خارج است به دلیل). به جهت این که عدم وجوب وفای به وعده دلیلی به غیر اصل ندارد. و اصل چگونه مقاومت میکند با حدیث صحیح، هر گاه منظور شمول آن [بر] مطلق وعده باشد (۲) بلکه بعض احادیث صحیح دلالت دارد بر وجوب وفای به وعده. و هم چنین وعده‌های خاصی که در ضمن غیر عقود لازمه یا سایر ایقاعات باشد دلیلی نیست که آن [ها] را از وعده بودن بیرون کند. و این که در ضمن عتق شرط را لازم دانسته‌اند آن به دلیل خارج است که اجماع و اخبار است: نه عموم این حدیث. والحاصل: اگر عموم حدیث شامل است وعده مجرد و

---

۱: میرزا (ره) وقتی به لزوم شرط قایل مشود که در ضمن (عقد) آن هم عقد (لازم) شرط شود. یعنی هر شرطی با دو شرط لازم مشود:

الف: لازم بودن معامله‌ای که این شرط در ضمن آن مقرر شده. که البته (تقسیم) يك معامله لازم است. ب: مبتنی بودن آن معامله بر (عقد). و بعدا خواهیم دید که او هر شرطی را که همراه عقد نباشد وعده مداند.

بل اساسا تصریح میکند که شرط کردن در (قسمت) جایز نیست. اما مخالفین میرزا تنها لازم بودن معامله‌ای را که شرط در ضمن آن مقرر مشود، کافی مدانند. و هر شرطی



را که بر يك معامله لازم وابسته مشود، لازم بدانند. و آن را صرف وعده نمیدانند. زیرا چنین شرطی بدون

مقابل و بدون عوض نیست و نقشی در تعدیل سهام دارد، و به منزله جزء احد سهمین است.

۲: مخالفین میرزا حدیث را شامل مطلق وعده نمیدانند. زیرا آنان وعده و شرط را عام و خاص مطلق میدانند.

هر شرطی وعده است ولی هر وعده‌ای شرط نیست. شرط آن وعده‌ای است که در مقابل و عوض آن، مالی،

حق، عملی و (به اصطلاح امروزی) امتیازی باشد. و لغت و عرف نیز همین معنی را تایید میکنند. پس هر شرطی مشمول حدیث (المومنون عند شروطهم) است مگر آنچه به وسیله دلیل خارج شود. مانند شرط در

ضمن

عقود غیر لازمه که لزوم چنین شرطی به دلیل این که اصل معامله لازم نیست، منتفی میگردد.

سایر وعده‌های مذکور را، باید وعده در ضمن سایر ایقاعات و عقود جایزه هم لازم باشد، و وفا به مطلق وعده هم واجب باشد. و مفروض این است که قسمت از جمله عقود

هم نیست، و محتاج به صیغه هم نیست. و [این که در] مذهب عامه آن را بیع بدانند، هم باطل است.

و در کلام فقها تصریحی به ذکر جواز (۱) شرط در ضمن قسمت، هم الحال در نظر نیست که کسی کرده باشد. بلی شهید در دروس از شیخ در خلاف نقل کرده است جواز شرط خیار را در قسمت. و بر فرض تسلیم جواز آن، شرط خیار اشتراط، است. و دلالت بر مطلق لزوم شرط ندارد. و بر فرض تسلیم آن، این شرط مخصوص

یعنی این که قطعه مجاور حصه برادر بزرگ از او باشد - شرط فاسدی است. به جهت آن که

قسمت به این نحو بدون تعدیل سهام و تمیز حقوق [است و] صحت ندارد. و اگر بگوئی که: از کلام علامه در تحریر ظاهر میشود صحت شرط در قسمت، در آنجا که گفته که (هر گاه در حصاری دو خانه باشد که آب باران بام یکی از آنها

بر پشت بام دیگری جاری

میشود، و قسمت کنند آنها را، و خواهد صاحب آن خانه که آب از پشت آن نبرد و این که

منع کنند رفتن آب را). گفته است که (هر گاه در وقت قسمت شرط کرده‌اند منع آب

---

۱: و در نسخه: جواز و لزوم... توضیح: نسخه بردار گمان کرده که کلام میرزا در این است که یا شرط ضمن

قسمت از نظر عمل به آن (لازم العمل) است یا (جایز العمل). که در اصطلاح از آن به (جایز، لازم) تعبیر میکنند در حالی که منظور میرزا معنای لغوی (جواز) است. زیرا وی اساساً جایز نمیداند که شرطی در ضمن

قسمت مقرر گردد. او شرط را تنها به همراه عقود، صحیح میداند. و کلام میرزا در اینجا سخت مضطرب است.

گاهی اصل جواز شرط در ضمن قسمت را ممنوع میکند و گاهی تنها در اثر آن از نظر لزوم اشکال کرده و آن

را در حد صرفاً وعده تنزل میدهد. گاه شرط در قسمت را مانند (شرط ضمن عقد - غیر لازم) میداند و گاهی

اساس چنین شرطی را ممنوع میداند.

عمومات و اطلاعات و (اصالة الاباحه) و (اصالة الجواز) همه و همه دليل صحت شرط در قسمت، هستند.  
خواه  
تصريحی از علما بر آن شده باشد يا نه. و اگر ميرزا تنها در (لزوم وعدم لزوم) بحث مکرد برايش راحت  
تر بود.  
گو اين که در همين محور نيز ادله او از قوت کافي برخوردار نيست و در حد تکلف است. همان طور  
که خودش در  
پايان خواهد فرمود.

را، میتواند مانع شد. و الا فلا، به جهت آن که حقوق خانه داخل خانه است. چنان که

هر گاه خانه را بخرد و شرطی نکرده باشد مستحق حقوق آن، هست). مگوئیم: مراد از این کلام تحقیق معنی قسمت و تعدیل سهام است. یعنی هر گاه در وقت تعدیل سهام این قید شده، میتواند مانع شد. و هر گاه نشده، اطلاق اقتضا میکند بقای حق را، و رضای ایشان بر این قسمت کاشف از ملاحظه این معنی هست در حین

قسمت، نه این که این از باب (شرط ضمن العقد) باشد. و اما اگر دعوی غلط و غفلت و

جهالت بکند، آن مرحله دیگر است و مسئله جدائی است. بلی: در اینجا اشکال باقی میماند در بطلان اصل قسمت. و هر چند تحقیق این است که هر گاه شرطی که در ضمن عقد مشود فاسد باشد عقد هم فاسد مشود. (چون شرط به منزله جزء احد عوضین است، و تراضی بر مجموع من حیث المجموع

شده، و هر گاه جزء آن منتفی شد کل منتفی مشود) و لکن این سخن در قسمت تمام

نیست، خصوصاً در قسمت اجباری که رضای طرفین در آن شرط نیست (۱) و اجبار

متوان کرد ممتنع را بر قسمت (۲) مگر این که بنای ایشان به قرعه نبوده و به همان تعدیل

و تراضی اکتفا کرده باشد. (۳)

و گویا [در اصل سوال] آن شرط را آن کسی کرده که بدون آن شرط راضی به قسمت نمیشده. که در آنجا میتوان گفت که تراضی به همین نحو واقع شده که این شرط به عمل آید و بدون آن تراضی نبوده، پس اصل قسمت هم صحیح نخواهد بود. مگر این که بگوئیم که مراد از آن شرط هم این است که بعد تعدیل سهام، این جانب از

برادر بزرگ باشد و جانب دیگر از کوچک (۴) نه این که همین محض تعیین جانب، نفس

قسمت باشد، تا فاسد باشد. (۵) پس باید تفصیل داد در حین دعوی و مرافعه، تا معلوم

تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید.

۳: عبارت (مگر این که بنای... اکتفا کرده باشند) در اصل نسخه جا به جا و پس از چند جمله آمده است.

۴ و ۵: بنابر این: میرزا (ره) هم اصل جواز و امکان شرط در قسمت را پذیرفت و هم لزوم آن را. چنان که در سطرهای بعدی تصریح خواهد کرد.

شود که چه نحو قسمت شده؟ آیا با اجبار بوده یا با تراضی؟ -؟ و آیا با قرعه تعیین شده

یا به اختیار؟ -؟، تا حکم هر يك معلوم شود.

تا اینجا بنای کلام در این بود که شرط در ضمن قسمت از قبیل وعده باشد، و به عموم (المومنون عند شروطهم) استدلال نتوان کرد. و در این اوقات فکری تازه به خاطر

قاصر می‌رسد. و آن این است که عموم (المومنون عند شروطهم) را بر حال خود گذاریم و گوئیم که آن عموم مؤسس احکام است فی نفسه. چنان که علما به این عموم

استدلال کرده‌اند در اثبات اصل عقود و لزوم آنها. چنان که علامه در کتاب مزارعه و مساقات تذکره استدلال کرده بر لزوم عقد. بلکه بر صحت آن به همین حدیث. پس

عمده این است که معنی شرط را که (الزام و التزام) است بیان کنیم و تخصیص ندهیم

آن را به مثل نذر و عهد، یا حصول آن در ضمن عقد لازمه، و الا لازم می‌آید که ایجاب

وفای شروط از باب اوامر و عاظ و آمرین به معروف باشد نسبت به عالمین به واجبات،

که این محض تاکید و تذکر مشود. نه تاسیس و اعلام نفس احکام. (۱) و توجیه آن به این نحو مشود که: در هر جا که شبیه معاوضه باشد پای الزام و التزام در میان می‌آید، حتی در مثل (عتق با شرط دادن عبد چیزی به مولی) زیرا که او اخراج منافع عبد که مال او

است از خود میکند در مقابل این عوض. بخلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام

و التزامی متصور نیست که داخل عموم این حدیث باشد. پس فرق ظاهر شد میان وعده

و شرط در ضمن عقود جایزه. و معنی التزام در عقود جایزه همان التزامی است که در

مقابل احد عوضین باشد. و آن منافات با جایز بودن عقد ندارد. چنان که در کتاب شرکت

بیان کردیم. پس بنابر این شرط در ضمن قسمت هم لازم مشود نظر به عموم همین حدیث. چون قسمت هم شبیه معاوضه است. و دیگر حاجتی به تکلفات سابقه نیست، که

از جمله آنها فرق ما بین خیار شرط و اشتراط بود. زیرا که دلیل شرط خیار هم عموم

-----  
۱: که در اصطلاح باید این گونه اوامر را (اوامر ارشادی تاکیدی) نامید.

این حدیث است. لاغیر. (۱)

۱۴۶: سوال: ملك مشاعی ما بین زید و عمرو و خالد است، و در دست آنها است. و خالد عمرو را وکیل میکند که قسمت کنند آن ملك را. و عمرو به اصالت [از طرف]

خود و وکالت خالد با زید قسمت میکند. و بعد سکینه زوجه خالد مگوید که ملك از

خالد نبوده و از من بوده است. و من خالد راماذون نکرده‌ام در قسمت و توکیل غیر. و

مفروض این است که بعد از قسمت، زید تصرفات در حصه خود کرده (از تعمیر و بنا و

غیره). آیا بر فرض ثبوت ملکیت سکینه وعدم ثبوت اذن، و اجازه او بعد قسمت، آیا قسمت صحیح است یا باطل؟ -؟ و بر فرض بطلان، غرامت آنچه زید نقصان کرده در

تعمیر و غیره باکی است؟.

جواب: در صورت مزبوره قسمت باطل است. و غرامت بر عمرو است هر گاه در حین قسمت زید جاهل بوده به مالکیت سکینه و عمرو عالم بوده. چون عمرو او را مغرور

نموده و [زید] به سبب قسمت این نقصان را کشیده. و ظاهر این است که در این صورت

عمرو در غرامت رجوع به خالد نمیتواند کرد. و هر گاه عمرو جاهل بوده، غرامت متوجه به خالد میشود. و هر گاه زید خود عالم بوده به مطالب، در این صورت غرامتی از

کسی نمیتواند گرفت.

۱۴۷: سوال: هر گاه زید و عمرو مالی مشترك را قسمت کنند. و بعد زید بگوید که من مغبونم. آیا تسلط بر فسخ قسمت هست یا نه؟ -؟.

جواب: دعوی غبن در قسمت بر مگردد به (دعوی غلط در قسمت). به این معنی که تعدیل سهام نشده است. و در این صورت به مجرد دعوی سخن او مسموع نیست

و قول منکر غلط، مقدم است با یمین. مگر این که مدعی به اثبات برساند غلط را. به این

معنی که دو نفر عادل صاحب وقوف بگویند که در حین قسمت تعدیل سهام نشده بوده

است. و ثابت شود که مدعی هم در آن وقت عالم به این معنی نبوده و رضا نشده



بوده

۱: بدیهی است با وجود عمومات و اطلاقات و (اصالة الاباحه) و (اصالة الجواز) و (اصاله الصحه) و...  
و...  
علاوه بر این که بیانات سابقه تکلف بود همین قسمت اخیر هم محض تکلف است. اعلی الله مقامه و رزقنا  
شفاعته.

است هم بر فرض علم (۱).

۱۴۸: سوال: فقها گفته‌اند که قسمت بیع نیست. بلکه آن مجرد تمیز در احد نصیبین یا بیشتر، است. هر چند مشتمل بوده باشد [بر نقل و انتقال مال]. و گفته‌اند که ثمره در چند چیز ظاهر میشود از جمله آنها این است که (حق شفع) از برای شریک ثابت نمیشود و اگر بیع بوده باشد شفع ثابت باشد. معنی شفع در قسمت چه چیز است، و تصویر آن چگونه میشود؟.

جواب: ممکن است تصویر آن، بنابر قول ابن جنید و مذهب عامه که حق شفع را در سه شریک و بیشتر، جاری بدانند. هر گاه فرض کنیم که سه نفر شریک باشند

در  
ملکی و قسمت در میان دو نفر از آنها واقع شود، هر چند [باید] به رضای سومی باشد

لکن آن سومی میتواند اخذ به شفع بکند.

و توضیح این مطلب موقوف است به بیان دو مقدمه:

اول این که: اولاً تصویر مسأله را در بیع بکنیم تا آسان بشود فهمیدن آن در قسمت. و بیان آن این است که: هر گاه سه نفر شریک باشند در ملکی و یکی از آن سه

شریک حصه خود را بفروشد به یکی دیگر از آن دوتای دیگر. پس آن یکی که مشتری

نیست میتواند اخذ به شفع کند و آن قیمتی که به بایع داده است به مشتری بدهد و آن

حصه را مالك شود به تمامی، و مشتری اخذ به شفع نمیتواند کرد. از برای آن که لازم

مآید که آن مستحق باشد حقی را بر نفس خود. و محتمل است که بگوئیم که او هم

مستحق اخذ به شفع هست. به جهت این که او هم شریک است. نه به این معنی که از

خودش استیفای حق بکند. بلکه به این معنی که مانع شریک است از اخذ حق او. پس آن که نه بایع است و نه مشتری یا به قدر نصیب خود اخذ به شفع میکند یا عفو میکند.

---

۱: یعنی: علاوه بر ثبوت غلط، باید ثابت شود که مدعی غلط یا جاهل به غلط بوده و یا عالم به غلط لیکن اعلام رضایت به قسمت، نکرده است.

(۲۹۰)

و این مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج، است. (۱)  
و بر این قول متفرع میشود این که: هر گاه مشتری بگوید (بعد از آن که آن شخص  
سوم اخذ به شفعه کر به قدر نصیب خود) که من اسقاط کردم شفع خود را پس تو  
یا

همه را بگیر یا همه را بگذار، صحیح نیست. به سبب آن که ملك مشتری مستقر  
شده است

بر قدر حق خود دیگر شفعی باقی نیست از برای او که ساقط کند. پس گویا اخذ به  
شفع کرده است و ملکیت او مستقر شده است. مثل آن که هر گاه دو شفیع باشند  
در بیعی

و هر دو اخذ به شفع بکنند و بعد از آن یکی از آنها بگوید که من از حق شفع خود  
گذشتم. دوم این که: خلاف کرده‌اند در این که آیا اخذ به شفع مختص است به  
جائی که ثمن

مثلی باشد؟ یا در قیمی هم جاری است. اشهر و اظهر، قول ثانی است. به دلیل  
عمومات

و اطلاقات معتضده به شهرت عظیمه. و قول دیگر منقول است از ابن حمزه و علامه  
در

مختلف و شیخ در خلاف با دعوی اجماع. و مستند ایشان موثقه علی بن رئاب است  
(عن ابی عبد الله (ع) فی رجل اشتری دارا برقیق و متاع و بز و جوهر، قال: لیس  
لاحد

---

۱: گویا مراد مصنف (ره) این است که (این احتمال مطابق مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج نیز  
هست). و اگر نه، نیازی به استصحاب نیست زیرا او شریک است و اخذ به شفع، حق او است. بلی اگر  
در خود

همین (احتمال) هم شك کنیم، یعنی احتمال در احتمال پیش آید، نیاز به استصحاب به نوعی حاصل  
میشود. و با بیان دیگر: دلیل احتمال، همان ادله شفعه است نه استصحاب. زیرا مسأله از سه صورت  
خارج

نیست: یا به خاطر (لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) دست از ادله شفعه میکشیم، در این صورت حکم  
قطعی به عدم حق شفعه خواهیم کرد. و یا ادله شفعه را ادله (مؤسسه) دانسته و آن را بر سایر ادله نقلی و  
عقلی (حاکم) بل (وارد) خواهیم دانست، در این صورت حکم قطعی به حق شفعه او خواهیم داد. و یا در  
حکومت و ورود ادله شفعه بر سایر ادله از جمله بر (لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) شك خواهیم کرد.  
در این صورت نیاز به استصحاب نفی ضرر و حرج حاصل میشود.

و چون مصنف در مقابل احتمال استحقاق شفعه است به دلیل این که (او هم شریک است) دیگر نیازی به  
استصحاب نیست بلکه اساسا جائی برای استصحاب نماند. چون استصحاب دلیل است در جائی که

دلیلی

وجود نداشته باشد.

و لیکن در اصل دلیل این قول اشکال است زیرا شفعه تنها در جائی هست که تعداد شرکا از دو نفر تجاوز نکند. رجوع کنید: وسایل، ابواب الشفعه، باب ۷.

فيها شفعة) (۱). و بعض اخبار ديگر هم ذکر کرده‌اند که دلالت آنها وضوحی ندارد.  
و در

دلالت موثقه هم قدح کرده‌اند که شاید مراد صورت عدم اجتماع شرایط شفعه باشد،  
و

تصریحی نیست در روایت به این که سبب نفی شفعه این است که ثمن قیمی است نه  
مثلی. و این بعید است به ملاحظه سیاق روایت. بلی متوان گفت که لفظ دار  
حقیقت در

مجموع دار است و هر گاه مجموع دار فروخته شد، مجالی از برای اخذ به شفع  
نمماند

(مگر به سبب اشتراك در طريق (۲) و امثال آن) و اراده بعض از [لفظ] دار مجاز  
است. و

اولی در رد حدیث همان عدم مقاومت [آن] است با ادله مشهور، و هجر جمهور از  
اصحاب عمل به آن را. و اما اجماع منقول پس آن ضعیف است. به جهت مخالفت  
اصحاب، خصوصاً این که شیخ در خلاف در موضع دیگر موافق مشهور است.  
و بدان که: خلاف کرده‌اند - بنابر قول به ثبوت شفع در صورتی که ثمن قیمی  
باشد - در این که آیا قیمت روز بیع معتبر است یا قیمت روز اخذ به شفع یا  
اعلی‌القیم؟ -؟. اشهر و اظهر قول اول است. چون اخذ به شفع کاشف از انتقال  
است در

آن وقت، و اخذ عین آن متعذر است. پس رجوع به قیمت آن مشود. و دلیل قول  
دوم این

است که وجوب رد ثمن در حین

اخذ به شفع ثابت مشود. پس قیمت آن وقت معتبر است.

و هر گاه این را دانستی بر مگردیم به اصل مسأله و می‌گوئیم که: آن شخص ثالث  
که حق او مشاع باقی است و مباشر قسمت نشده (گو قسمت به رضای او شده  
باشد)

هر گاه قسمت را بیع دانیم، صادق است که شريك او حق مشترك خود را که این  
شخص

ثالث در آن شريك است به آن شريك دیگر که حق او مفروز شده منتقل کرده و ثمن  
آن را

---

۱: وسایل: ج ۱۷، ابواب الشفعه، باب ۱۱ ح ۱.

۲: توضیح: اشتراك در طريق وقتی موجب شفعه مشود که قبلاً خانه‌ای مشترك باشد سپس تقسیم شود و  
راه

آنها در حالت اشتراك (به صورت باقیمانده‌ای از اشتراك قبلی) باقی بماند. و اگر نه همه خانه‌های يك  
کوچه  
بن بست در آن کوچه شريك هستند. و به عبارت دیگر: مراد از اشتراك در طریق، شرکت ملکی است نه  
حق.

مساوی آن از اجزاء این مشاع قرار داده که نصیب او است. و چون ملك مثلی نیست، پس مساوی قیمت آن جزء را مدهد به آن شخص که با او قسمت کرده است. چون

ملکی قیمی است و ملك را متصرف میشود. و در اینجا وجوه دیگر هم هست در بیان

شفع. مثل آن که شرکا دو نفر باشند و ثالثی در راه یا نهر شرکت داشته باشد. پس بعد از

تقسیم دو شریک در ملك، این سومی که شریک در راه یا نهر است میتواند اخذ شفع بکند و قیمت را بالمناصفه به آنها بدهد، و تمام را صاحب شود. و مثل این که شرکا سه نفر باشند و یکی از آنها حصه خود را جدا کرده باشد و باقی

مشاع مانده. پس بعد از تقسیم این دو نفر، آن شریک که حصه او مفروز بود میتواند اخذ به شفع بکند در حصه هر دو، بنابر قول ابن ابی عقیل که شفع را در مقسوم جاری

مداند (۱). و گاهی تصویر میشود اخذ به شفع در (قسمت ردی)، بنا بر قول به [ثبوت

حق الشفع در ثمن]. مثل این که زید و عمرو شریکند در خانه متخالف الابنیه که تعدیل

سهام در آن نمیتوان کرد الا به رد چیزی از خارج، و همان زید با بکر شریک است در

قطعه زمینی. پس هر گاه زید و عمرو قسمت کنند خانه را، و چنین اتفاق شود که زید

حصه [خود از] آن زمینی که با بکر شریک است در آن، به عنوان (سر بود) به عمرو بدهد. پس در این وقت هر گاه قسمت را بیع دانیم بکر میتواند اخذ به شفع کند در آن

حصه که زید به عمرو داده. (۲)

۱۴۹: سوال: هر گاه املاکی به ارث برسد به جمعی از وراث بعضی صغیر و بعضی کبیر. و آن را قسمت کرده باشند. و به شهادت شش هفت نفری - که فی الجمله وثوق در

دیانت و شهادت ایشان هست - اصل وقوع قسمت در زمان صغر دو نفر از ورثه، [به]

ثبوت و تحقیق پیوسته. لکن کیفیت آن به این نحو است که کبار ورثه در میان خود بدون



-----

۱: البته ابن ابی عقیل نه قسمت را بیع میدانند و نه شفعه را در آن میپذیرد.

۲: عبارت نسخه: بنابر قول به دین به بیع بودن قسمت.

توضیح: حق الشفع در مبیع ثابت است اجماعاً. ولی اگر یکی از شرکا سهم خودش را ثمن قرار دهد، ثبوت شفعه در آن، مورد اختلاف است.

آن که از جانب صغار ولی ای یا مجتهدی یا عدول المومنین (که خود را قائم مقام صغار

نموده باشند و از جانب ایشان متصدی قسمت و مدعی شده باشند) املاک موروثی را که در مزارع متعدده داشته [اند] قسمت نموده و اقسام را به قرعه مشخص ساخته [اند].

نیم دانگ ملکی که مزرعه مسمی... (۱) بوده، (۲) از همه املاک شان (علی ماقروا و

صدقهم الشهود المطلعون) به قرعه حصه و رسد چهار پسر و دو دختر که دو پسر از آنها صغیر بوده‌اند شده. که حال نصف آن نیم دانگ (علی تقدیر الصحه) مختص دو صغیر و یک همشیره‌شان، بوده است. و بعد از وقوع قسمت مزبوره، کبار ورثه حصه

مزبوره صغیرین را - لا حسبه عنهما بل به علت ضرورت و اضطراری که خود داشته‌اند -

فروخته‌اند. و صغیرها بعد از بلوغ و رشد، اجازه قسمت را نموده [اند] و لکن اجازه (ما

یترتب علیها من المعاملات) [را] ننموده‌اند.

آیا در صورت معروضه، اصل قسمت که صغار را قائم مقامی سوای همان کبار که خود ارباب

سهام‌اند - لکن علی ما قرروا بل وضح عندنا [که] حصه صغار در ملک مرغوب تر از سایر

املاک شان نبوده است - صحیح است و لازم؟ یا نه؟. و در صورت صحت وعدم لزوم (که از

قبیل عقود فضولیه بوده باشد) اجازه صغار بعد از بلوغ و رشد، با وصف مبیعات واقع

غیر مجازه که در بین واقع شده، مثمر لزوم قسمت میشود یا نه؟ -؟. و صغار را مرسد

که حال يك طسوج (۳) ملك مقسوم به نحو مرقوم را از مشتری انتزاع نمایند یا نه؟ -؟.

جواب: بدان که: قسمت عبارت است از تمیز حقوق در صورت اشتراك. و آن حاصل میشود به تعدیل سهام اولاً و بعد از آن به قرعه زدن فقط در قسمت [ی که] قاسم حاکم باشد. یا با تراضی بعد قرعه در [قسمتی که] قاسم غیر حاکم [باشد]

-----

- ۱: گویا مزرعه مورد نظر اسم و نامی داشته که در نسخه برداری تحریف شده است.
- ۲: عبارت نسخه:.. که مزرعه مسمی هر يك داشته‌اند که از همه املاك شان... ..
- ۳: يك دانگ یعنی ۶ / ۱ مجموع، و يك طسوج مساوی است با ۴ / ۱ دانگ که در بعضی مناطق (چارك) نیز گفته میشود. و فرض این است که سهم دو صغیر نصف نیم دانگ (مساوی يك طسوج) بوده است.

بنابر قول مشهور مطلقا. یا در قسمت رد بنا بر قولی (۱) یا بدون احتیاج به تراضی بعد از آن بنا بر قولی. و اظهر عدم احتیاج به تراضی است بعد قرعه، مطلقا. و دور نیست که هر گاه بعد تعدیل سهام [اگر] تراضی حاصل شود، همان کافی باشد در تعیین سهام و قسمت لازم شود. چنان که مختار شهیدین است در لمعه و شرح آن. هر گاه این را دانستی پس بدان که: باید مباشر این امر خود ملاک باشند، یا وکیل آنها، یا ولی آنها. پس در صورتی که غیر مالک و غیر قائم مقام او تقسیم کند، لزومی نخواهد داشت. و اشکال در این است که آیا با اجازه مالک لازم میشود یا نه؟ -؟.

و این موقوف است بر (قول به تصحیح فضولی مطلقا حتی در قسمت). پس اگر قایل شویم به صحت آن، پس اجازه در صورت قرعه واضح است. چون قرعه هم به منزله صیغ عقود میشود. اما هر گاه اتمام قسمت به تراضی باشد مطلقا، یا به تراضی بعد قرعه، پس اجازه متعلق به تراضی میشود و حاصل آن این است که (راضی شدم به رضای فلانی که از جانب من راضی شده بود).

پس در صورت مسأله مگوئیم که: اولاً دلیلی بر صحت فضولی به عنوان عموم که شامل (قسمت) باشد در نظر نیست، و در کلام فقهای که الحال کلام ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده‌ام و متعرض آن نشده‌اند. و رضای بعد از بلوغ بیش از حصول قسمت و تحقق آن، الحال، نمکند. (۲) و بنابر [قول به صحت] فضولی [در] قسمت، از اول امر محقق میشود. خصوصا بنابر آن که اجازه کاشف باشد. سلما که ادله فضولی شامل اینجا هست و کاشف از صحت از اول امر، هست که آن دانگ ملک در حین قسمت، ملک صغیر بوده الی الان. و نمای آن مدت هم مال او شود. لکن [این سخن] در وقتی خوب است که آن بیع کبیر در میان نیاید. و با وجود آن بیع، تصحیح قسمت به

---

۱: عبارت نسخه: در قسمت قاسم امام یا با تراضی بعد قرعه در غیر قاسم اما بنا بر قول مطلقا تا در

قسمت رد

بنابر قولی.

۲: یعنی اگر اجازه و اعلام رضایت موثر هم باشد تنها در حین اعلام میتواند قسمت را محقق نماید، و  
تاثیری  
در زمان گذشته ندارد.

اجازه که کاشف از ملکیت صغیر شود در حین قسمت، مشکل است. به جهت آن که قبل از اجازه، صغیر لزوم قسمت ثابت نبود و ملکیت صغیر به عنوان تعیین متزلزل بود. چون موقوف بود بر اجازه، و بی نصیب [ن] بود کبیر، وعدم جواز تصرف [کبیر] در آن هم قبل از اجازه ثابت نبود، و تصرف کردن او به سبب بیع در معنی

فسخ قسمت است. پس بیع او در این نیم دانگ به قدر الحصه او نسبت به جمیع تر که،

صحیح خواهد بود، و در باقی موقوف به اجازه. پس دیگر تمیز و تعیین در این ملک از

برای صغیر باقی نماند. و آن ملک به شیاع خود راجع میشود. و وجه صحت بیع این

است که بیع جزء مقسوم به قسمت فاسده، یا قسمت غیر لازمه، واقع شده است. چنان که

این قول اظهر اقوال فقها است در بیع موهوب به هبه فاسده، و در بیع مال مورث به مظنه

حیات او و انکشاف موت او قبل از بیع، و امثال اینها، که همان مصادفه ملک را در تصحیح بیع کافی دانسته‌اند. هر چند بایع جاهل به آن باشد.

بلکه علامه در قواعد دعوی اجماع بر این کرده، یعنی در صحت بیع موهوب به هبه فاسده. و بعد گفته است (و هم چنین هر گاه بفروشد مال مورث خود را به اعتقاد حیات

او، یا وصیت کند به غلامی که آزاد کرده او است و بعد ظاهر شود فساد عتق او). اگر چه

در این مقام اشکالی وارد مآید که در صورت اعتقاد به صحت هبه و جهل به فساد آن -

خصوصا در هبه لازمه - مقصود او بیع مال غیر است نه مال خود. و عقود تابع قصود

است. پس چگونه بیع او از برای خود او صحیح خواهد بود به مجرد این که در نفس الامر

مال او است -؟ لکن چون اطلاق عقود تنزیل میشود بر بیع مال خود، حکم میشود بر

صحت آن. مگر در جائی که قرینه بر خلاف آن باشد، مثل مکره و هازل. در مانحن فیه

قرینه بر قصد او هر چند ممکن است که تقسیم خود او باشد. و لکن چون ممکن

است که  
از باب رجوع از تقسیم باشد - چون [آن تقسیم] لازم نبود - پس اعتماد بر آن قرینه  
مشکل است. چنان که بعضی در تصحیح بیع موهوب  
به هبه غیر لازم گفته‌اند (بعد از آن که در صحت وعدم صحت آن، دو قول نقل  
کرده‌اند)  
این که: ظاهر این است که اجزاء صیغه بیع مسبوق است به فسخ هبه. پس بیع بر  
ملك

خود [او] وارد شده. نه این که فسخ به لفظ بیع حاصل شده باشد تا بر آن وارد آید که

(بیع واقع شده است بر مال غیر چون فسخ بعد از تکلم به آن حاصل میشود و ثانیاً صیغه جاری نشده). (۱)

و لکن در اینجا بحثی دیگر هست و آن این است که: در عقد فضولی تزلزل در جانب فضولی است و بس. و در جانب مالک لازم است. و آنچه مذکور شد که (بی نصیب

نبوده کبیر، وعدم جواز او در آن قبل از اجازه، ثابت نیست) ممنوع است. بلکه او ممنوع است از تصرف در حصه خود نیز. پس آن تصرف کاشف نیست از رجوع به شیاع.

بلکه قسمت از جانب صغیر نسبت به کبیر لازم است، و تزلزل نسبت به صغیر است، و

بعد از اجازه صغیر نسبت به هر دو لازم میشود. پس [بنابر] فرض تسلیم جواز فضولی در قسمت، بیع کبیر مضر نیست به صحت و لزوم قسمت بعد از اجازه صغیر.

پس در اینجا يك مرتبه سخن ما بین صغیر و کبیر است و يك مرتبه ما بین صغیر و مشتری، و يك مرتبه ما بین بایع و مشتری. اما دعوی صغیر با کبیر (پس [بر] فرض تصحیح اجازه چنان که دور نیست ترجیح آن هر چند محل اشکال هست): پس به سبب

اجازه او و اعتراف کبیر - به این که مال تو را فروختم - باید از غرامت مال صغیر بر آید. هر

گاه نتواند عین را استیعاد کند باید غرامت قیمت و سایر خسارات را بکشد. و اما دعوی

بایع و مشتری: پس قول مشتری که مدعی صحت است مقدم است. (۲) مگر این که بایع به

اثبات برساند فساد را به این که ثابت کند بعد قسمت فروخته است هر چند فضولا باشد

بالحقوق اجازه صغیر. زیرا که چنین بیعی لزوم ندارد و فاسد میشود هر گاه صغیر اجازه

آن نکند چنان که دانستی.

و اما دعوی صغیر با مشتری: پس در اینجا قول مشتری مقدم است که مدعی صحت است. (۳) مگر این که صغیر اثبات کند که قسمت شده بود و او اجازه کرده بوده



-----  
۱: یعنی صیغه بیع تنها این تأثیر را دارد که هبه را فسخ میکند و بیع محقق نمیشود. چون بر مال غیر بوده.  
و  
پس از آن صیغه هم صیغه دیگری برای بیع جاری نشده است. - مراد از این توضیح، معنای لفظ (ثانیا)  
بود  
که باید به جای آن لفظ (پس از آن) را بگذارید.  
۲ و ۳: و معامله صحیح میشود نسبت به سهم و نصیب خود بایع.

[قسمت را].

۱۵۰: سوال: زید فوت شد از سر پسری و دو صبیبه و زوجه. و بعد از آن که یکی از آن صبیبه [ها] هم فوت شده از سر ولدی و زوجی و والده. و بعد از آن مخلفات زید را قسمت کردند. و يك قطعه باغ که موازی شش جریب است حصه صبیبه متوفیه شد.

و مادر صبیبه (که مادر دیگران هم هست) سدس خود را از میراث صبیبه از آن باغ فروخته

به صبیبه موجوده. و بعد از آن بنا را بر فسخ قسمت گذاشتند به تراضی کل که در مخلفات مشترك باشند. آیا الحال سدس مال آن صبیبه است و بیع صحیح و لازم و غیر

منفسخ است؟؟؟ یا باطل میشود؟ یا صبیبه مستحق سدس ربع آن قطعه باغ است - یعنی

سدس يك جزء و نیم -؟.

جواب: قسمت موجب تمیز حقوق است و بیع نیست و عقدی نیست. و ظاهر این است که اقاله و فسخ مختص عقود است. و بعد تصحیح قسمت و لزوم آن به قرعه یا

تراضی، قسمت هر يك مختص او میشود. و رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در او

بدون ناقلی از نواقل شرعیه، وجهی ندارد.

و به هر حال بعد از قسمت صحیح که آن

باغ حصه آن صبیبه شده و بر وجه میراث، سدس آن به مادر او رسیده و او به خواهر فروخته، دیگر وجهی از برای فساد بیع

یا ناقص شدن مبیع نیست. و مجموع سدس باغ مشاعاً مال همان صبیبه است که به او فروخته است.

۱۵۱: سوال: زید فوت شده. [و] عمرو را وصی خود کرد [ه بود] و بعد فوت او عمرو

مزبور تفریق محاسبات او را با خالد (شريك زید) کرد. و خالد گفت به عمرو که (تقسیم

ترکه را موقوف دار تا من اعلام کنم) و رفت. و بعد از رفتن او ورثه گفتند که قسمت

امول پدر ما را بکن و حصه ما را بده و ما صبر نمکنیم. عمرو تقسیم ترکه کرد و حقوق هر يك را داد. و بعد از چند وقت خالد آمد و گفت (مبلغ یکصد تومان ولید از من و زید که شريك من بود طلب داشت). و این مطلب به ثبوت شرعی رسید و خالد حصه خود را به ولید داد. الحال ولید پنجاه تومان حصه زید را از عمرو مطالبه میکند، یا از وراثت به

قدر الحصة. و هر گاه وراث فقیر شده‌اند و چیزی ندارند آیا بر عمرو لازم است ادای طلب ولید یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند اظهر در نظر حقیر این است که مال به سبب موت ملك وارث نمیشود (هر گاه دین یا وصیتی داشته باشد) تا اداء دین و وصیت نشود. خواه دین مستوعب تر که باشد یا نه. و مقتضای این، موهم این است که چون ید عمرو وصی، بر مال وارد شده - که حق دین متعلق به او است - ضمان متعلق به او شود. لکن چنین

نیست زیرا که ید عمرو (ید امانت) است و مادامی که تقصیر نکرده بر او ضمانی نیست.

و مادامی که دین ثابت نشده بود تکلیف او اداء به ورثه بود. با وجود این که ضمانی که

ثابت است در صورتی است که ید غاصبه باشد، یا تصرف در [مال] به غیر حق کرده باشد

هر چند عادی نباشد. و در اینجا تصرف به غیر حق نشده. چون تصرف وارث در مال قبل

از ادای دین در این صورت جایز است.

و اما بنابر قول ثبوت ملك از برای وراث: پس اشکالی نیست در عدم ضمان عمرو. پس ولید باید حق خود را از هر يك از ورثه به قدر الحصة بگیرد، و در صورت فقر و

اعسار جمیع، مهلت دهد تا خدا وسعت دهد. و در صورت قدرت بعض دون بعض پس

هر گاه عین مال باقی نیست، بر او هم لازم نیست الا به قدر حصه او. و اما اگر عین باقی

است و حصه او وفا به همه پنجاه تومان میکند یا زاید بر قدر حصه او [است]، در اینجا

اشکال است: از این جهت که دین متعلق بر عین میراث است و مادامی که ادای دین نشده از مال میت بیرون نرفته است بنابر اظهر. و از این جهت که تعلق دین به مجموع

میراث است پس موزع است به جمیع حصص، و زیاده از حصه به آن شخص قادر نمیرسد. و دور نیست ترجیح ثانی.

۱۵۲: سوال: زید با عمرو در يك باب حمام بالمناصفه شريك. و عمرو حمام را مهمل گذاشته. زید به او مگوید که (حمام را اجاره بکن یا اجاره بده). عمرو به

هیچ يك راضی نمیشود. در این صورت زید میتواند با عمرو نوبه بکند؟ و حد مناوبه  
چه  
نحو است؟ و چنان که زید ایام نوبه خود را تمام کند و عمرو در نوبه خود حمام را

بخواباند و در آن اوقات در حمام خرابی به هم رسد، موافق شریعت مقدسه عمرو  
ضامن

خرابی است - از قراری که اهل خبره و ارباب وقوف تصدیق نمایند که خرابی به  
تقریب

خوابانیدن عمرو مزبور حاصل شده - [و] باید از عهده غرامت بیرون بیاید یا نه؟ -  
؟.

جواب: چون حمام از جمله اشیائی است که قابل قسمت نیست، پس انتفاع بردن از  
آن موقوف به رضای آنهاست بر این که هر يك به قدر الحصة خرج کنند در آن و  
نفعی که

حاصل شود قسمت کنند با هم به قدر الحصة. یا آن که احدهما به دیگری اجاره  
بدهد حصه

مشاع خود را. یا به ثالثی اجاره بدهند و وجه اجاره را قسمت کنند. و اما (مناوبه)  
که آن را

(مهایات) مگویند پس آن نیز جایز است. به این نحو که يك ماه او منتفع شود از  
حمام و

يك ماه شريك او. و در این صورت حمام در دست هر يك از آنها امانت است. و  
هر گاه امین

تفریط و تعدی کند ضامن غرامت است. پس خوابانیدن حمام هر گاه منشأ این  
مشود که

ساروج (۱) آن عیب کند و سست شود، یا تیان (۲) حمام جدا شود و آب از آن  
برود و امثال آن،

آن شخص ضامن غرامت میشود.

و اما هر گاه از این جهات عیب نمکند به جهت آن که آب سردی در حمام نگاه  
مدارد و محافظت از این ناخوشها میکند لکن به سبب سرد ماندن در این مدت نوبه  
شريك [اگر خراب] شود، که باید بسیار هیزم بسوزاند تا گرم شود، یا به سبب  
خوابانیدن

مشترهای حمام و مترددین آن حمام به حمام دیگر مروند و در نوبه شريك دیگر  
نمایند، پس غرامت به این نقصان، معلوم نیست که لازم باشد، چون این نقصان به  
خود

حمام نرسیده. همچنانکه هر گاه عوامل یا چاروای بار کش به سبب خوابانیدن حمام  
چند روز

(به اصطلاح عوام) حمام (۱) مشود و هر گاه نوبه کنند در عمل، و شريك خود آن  
را در نوبه

بخواباند، نوبه شريك [ديگر] كه رسيد بايد با آن مدارا كند و عمل كامل نميتواند  
كرد. به هر حال مهاييات نه از امور لازمه است كه تخلف از آن نتوان كرد، و نه هم  
بعد از

-----  
۱: در نسخه: صاروج. - عربی: صهروج.

۲: ديگ بزرگ هزينه حمام.

۱: كذا. - (خام) نیز گفته میشود.

تراضی بر مهایات لزوم دارد. و بلکه بر هم میتوانند زد. پس نگذارند که کار به اینجا برسد

که دعوی کنند.

۱۵۳: سوال: هر گاه شرکا ملکی را قسمت کنند و تعدیل سهام در آن نشده باشد و زیاد و کم داشته باشد و تراضی واقع شود خواه با قرعه یا بدون آن. و بعد از [آن] آن که

مغبون است بگوید من راضی نیستم. و چند سال بگذرد و شرکا بر هم نزنند قسمت را، و

مغبون هم تصرف در آن مکرده باشد، و لکن مکرر اظهار عدم رضا مکرده. آیا این قسمت

لازم است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که قسمت صحیح نیست. و محض تراضی منشأ لزوم نمیشود هر چند بعد قرعه باشد. و مغبون هم عالم به غبن بوده باشد. زیرا که حقیقت تقسیم متحقق

نمیشود الا به تعدیل سهام و مفروض این است که آن به عمل نیامده و محض تراضی منشأ

لزوم نمیشود. و عقد دیگر هم وقوع نیافته که به این سبب لازم شود. [و] مفروض این است

که از بابت (قسمت رد) هم نیست که معاوضه بر آن صادق آید بر فرضی که نفعی هم بر آن

مترتب شود.

کتاب القسمة من المجلد الثالث:

۱۵۴: سوال: زید و عمرو شریکند در عمارتی که مشتمل است بر بیوتات و فضا و حوض و چاه با نهر آبی که در آن عمارت عبور میکند. و بعد از قسمت و تعدیل سهام،

حوض و چاه در حصه زید واقع شده، و هم چنین آن فضا و نهری که در آن عمارت عبور

میکند و لکن از برای عمرو حق الشرب همین است که از آن حوض و چاه و نهر آب دارد

و بیاید در خانه و فضای حصه خود استعمال کند.

آیا میتواند در لب نهر و حوض و کنار چاه بنشیند و استعمالاتی که متعارف است و غسل ثیاب و وضو و غیرهم بکند؟

جواب: قسمت عبارت است از تمیز حقوق. پس باید معلوم باشد که چه حقی را از



برای این حصه قرار داده‌اند. پس اگر تعیین شده حقوقی که برای عمرو باقی مانده به همان اقتصار میکند. و اگر مجهول است، قسمت باطل است. و هرگاه مدت متمادی

شده باشد و شهود شهادت بر همین لفظ مدهند، باید رجوع کرد به عرف زمان  
قسمت

که معنی آن چه چیز بوده است. و هر گاه عرف آن زمان مجهول است برای ایشان  
پس

اصل مقتضی آن است که صاحب این سمت که عمرو دارد، مستحق باشد انتفاع از  
حوض

و چاه و نهر را بر وفق حالت سابقه که مشترك بودند در آن. زیرا که مجموع بیوتات  
مشترك بودند در این حق. به این معنی که هر کس در هر يك از آنها ساکن بود در  
حین شرکت مستحق آن انتفاعات بود و الحال که بیوتات و فضاهاى تابع آنها مفروز  
شد،

هر سمتی چنان که اعیان مال او شده حقوق هم تابع اعیان است.  
چنانچه علامه در تحریر تصریح کرده به این که (هر گاه یکی از دو خانه که حصه  
احد شرکا شده و لکن آب باران خانه شريك بر بام خانه او جاری میشود، نمیتواند  
بعد قسمت منع کند. مگر این که در حین قسمت شرط کرده باشند منع آن را). و  
این

نیست مگر به سبب این که نقل اعیان مستلزم نقل حقوق هم هست. و آن شرط  
داخل

تعديل سهام است هر گاه تعديل به این نحو کرده باشند که حق شريك ساقط باشد.  
و

در صورت سوال زید و عمرو متفقاند بر بقای حق انتفاع فی الجملة، و نزاع دارند  
در کیفیت

آن، قول عمرو مقدم است با یمین. چون موافق اصل و ظاهر (هر دو) است. و بهتر  
این

است که لحاج نکنند و بنا را بر صلح گذارند. و الله العالم.

۱۵۵: سوال: به عرض عالی مرساند که: هر گاه ملکی مشترك و مشاع باشد  
فی ما بین شش نفر شريك. و دو نفر از شرکا وكالة عن الكل ملك مزبور را  
منقسم به

دو قسم متساوی نموده [اند] که نصف، مشاع باشد فی ما بین سه نفر و نصف دیگر  
[مشاع]

باشد میان سه نفر دیگر]. (۱) بعد از قسمت و تصرف هر يك در حق خود، بعضی  
از شرکا

منکر توکیل گردیده. به جهت عجز از اثبات، بر طبق انکار یکی از منکرین اتیان به  
قسم

نموده. فلهذا بعضی حکم کرده‌اند که به مجرد اثبات بعضی از شرکا به قسم،  
مجموع

قسمت باطل، و احتیاج به قسم خوردن سایر منکرین نیست. زیرا فایده قسمت امتیاز  
سهم است. و چون سهم آن یکی که قسم خورده به اشاعه مشترك میشود میان کل

-----  
۱: عبارت نسخه: و نصف دیگر امتیاز بعد از قسمت اعتبار...

شرکا، سهم سایر شرکا نیز به اشاعه بر مگردد، و فایده که از قسمت مطلوب است مفقود میشود. پس قسمت باطل خواهد بود، چنان که بعضی از علما تصریح به این نموده‌اند در صورتی که قسمت اتفاق افتد و مستحق دیگری در آن ملک ظاهر بشود، اعم

از این که متقاسمین چنین تقسیم، عالم به استحقاق او یا جاهل باشند. و بعضی دیگر از شرکا مگویند که: مقصود از قسمت مزبوره امتیاز تام نبود. بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود که بعضی از شرکا لجاجت منمایند و نمگذارند که امر از

پیش برود [و می خواهند که] سهم آنها مفروز باشد، و الان نیز سهم آنها مفروز است.

آن یکی که قسم خورده مضایقه در اشاعه سهم آن نیست، نصف سدس از سهم ما بگیرد

و نصف سدس از آن سه نفر دیگر، که اولاً نیز سهم آن بالتمام فی ما بین ایشان بالاشاعه

بود. مجعلاً امتیاز اجمالی که مطلوب طرفین باشد الان باقی است. آیا با وجود فایده تامه مطلوبه، قسمت بالمره باطل است؟ یا آن که بر صحت خود باقی است؟ یا سایر منکرین قسم بخورند؟ و تصریحی از احادیث، یا اجماع محقق بر بطلان قسمت مزبوره

هست یا نه؟ -؟.

جواب: بدان که: قسمت ما بین شرکا [را] میتوان فرض کرد به عنوان تعدیل سهام [به عدد] اشخاص، و می توان فرض کرد به تعدیل سهام جماعتی از آنها با جماعتی دیگر. پس هر گاه قسم خوردن آن بعض شرکا در نزد حاکم شرع واقعی واقع

شده بعد از مرافعه، همان چه بعضی حکم کرده‌اند به بطلان قسمت، صحیح است. چون به

منزله این میشود که بدون حضور بعض شرکا [قسمت انجام یافته است]. [و این که] بعض شرکای دیگر به این متمسک شده‌اند که (مقصود ما از قسمت امتیاز تام نبوده بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود) نامربوط است و تشریع است. زیرا که مفهوم و ماهیت

قسمت، امتیاز حقوق است بر وجهی که اشاعه بین السهام المفروض باقی نماند. (۱) هر

چند در نفس سهام مفروزه (بین الشرکاء فیها) اشاعه باقی بماند. (۲) پس قسمت و تعدیل

-----  
۱: در نسخه: بین السهام المفروز - توضیح: یعنی اگر فرض بر این است که قسمت در بین احاد مشترکین باشد، و  
یا در بین دو گروه از شرکا (و یا در بین چند گروه) در هر صورت باید کاملاً افراز به عمل آید و اشاعه  
نماند.  
۲: و در نسخه: نمانده.

سهام یا بین احاد و اشخاص شرکا واقع میشود یا ما بین [حصه] دو نفر (مثلا) و  
حصه

دو نفر دیگر. گو حصه هر يك از آن دو نفر باز بر اشاعه باقی مانده [باشد]  
و در ما نحن فيه [نه] تمیز ما بین سهام کل واحد از اشخاص به جا مانده، و نه تمیز  
ما بین این جماعت و آن جماعت. و این که مگویند (ما راضی هستیم که آن که  
قسم

خورده نصف حصه خود را که نصف سدس است از این نصف بگیرد و نصف  
[دیگر]

سدس را از آن نصف دیگر. به اشتباهی آنها نیست. گاه است که آن که قسم  
خورده راضی

به آن نباشد. [و اگر راضی شود] این محض تراضی است. هر گاه همه راضی باشند  
به این

نحو که او حصه خود را نصف از اینجا بگیرد و نصف از آنجا، این محتاج است به  
معامله

جدیده. زیرا که این شخص داخل يك طرف است بالفرض. پس هر گاه قسمت  
نسبت به

او باطل شده و او خواهد که نصف سدس را از طرف دیگر بگیرد، باید آن طرف هم  
نصف سدسی از آن طرف در عوض آن بگیرد. تا آن که مساوات میان شش نفر  
حاصل

شود. و این معنی قسمت، نیست.

و چنان که این نصف سدس که صاحب قسم از آن طرف بگیرد شایع میشود در  
(۱)

جزء لایتجز [۱] ی، این نصف که شرکای این طرف بگیرند هم شایع میشود در  
جز لایتجز [۱] ی این طرف، و تمایز حقوق به هیچ يك از آن دو معنی سابق متحقق  
نمیشود. بلی هر گاه مجددا تراضی واقع شود که مجموع شش دانگ به این نحو  
قسمت

شود که دو دانگ و نیم ما بین آن دو نفر و نصف حصه صاحب قسم باشد، و سه  
دانگ و نیم

ما بین آن سه نفر دیگر و نصف حصه صاحب قسم. و به قرعه یا تراضی راضی  
شوند. آن

قسمت جدیدی است و صحیح است. و به هر حال آنچه بعض شرکا به آن متمسك  
شده، بی وجه است.

۱۵۶: سوال: لو ظهر بعض المقسم [مستحقا للغير] فهل تبطل القسمة ام لا؟ -؟.

جواب: ان كان [حصّة] المستحق معينا و كان كله او اكثره في نصيب احدهما،  
بطلت القسمة. و وجه ظاهر. لفوات حق من اتفق المستحق في نصيبه. وان كان في

-----  
١: در نسخه: هر چند.

نصيبهما على السوية، لم تبطل القسمة، وياخذ المستحق نصيبه. سواء اتحدت الجهة (كما كان حصته ثلث المجموع المتعين بشخصه قد اتفق وقوعه بين الثلثين الذين حصل

للمتقاسمين المتساويين) او تعددت - كما لو كان سدسان متمايزان احدهما فى اول حصة احدهما والثانى فى آخر حصة الاخر. وذلك اذا لم يجب نقصا فى حصة احدهما،

كلزوم سد الطريق او مجرى الماء. اذ حصول الظلم لاحدهما بسبب اخذ المستحق حصته يبطل القسمة ح. لانكشاف عدم تعديل السهام فى نفس الامر. وان كان المستحق مشاعا، فالاقرب البطلان. كما اختاره العلامة فى القواعد و المحقق فى الشرايع والشهيد الثانى فى المسالك وجعله فى النهاية احد قولى الشيخ. وجعله فى الايضاح اصح القولين. ووجهه ايضا ظاهر. لان القسمة هو تميز الحقوق

برضاء الشركاء. والمفروض عدم رضاء المستحق حين القسمة، فلا يتعين للمتقاسمين بقدر حصتهم ايضا. اذ قد يقول المستحق انى لا ارضى بوقوع حصة هذا الشريك فى سمت المشرق الذى وقع حصته فيه (مثلا) بجهة من الجهات الا ان تقتضيه القسمة الصحيحة

برضائى. وما قد قرع سمعك انه يجوز اجتماع [حصة] فى حصة (١) واخرى فى اخرى

ولا يجب تميز جميع حقوق احاد الشركاء فى صحة القسمة، فانما هو مع رضاء الكل، لا مطلقا

والقول بالصحة: نقله فى الايضاح عن المبسوط. ولكنه وان اختار اولا الصحة و لكن يظهر منه اخيرا ترجيح البطلان. وهذه عبارته (وان كان مشاعا بطلت فى قدر المستحق ولم يبطل فى ما بقى). ثم قال (وقال قوم يبطل ايضا. والاول مذهبنا و الثانى ايضا قوى لان القسمة تميز حق كل منهما عن صاحبه وقد بان انه على الاشاعة).

و قال ايضا (العلة الجيدة فى ذلك انها قسماها نصفين وثلثها لغيرهما، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة). فهذه العلة ذكرها اخيرا فلا اشكال فى [انها] ظاهرة فى رجوعه عن القول الاول، ومبطله لتوهم ادعائه الاجماع

---

١: وفى النسخة: انه لايجوز اجتماع فى حصته واخرى فى اخرى...



على الصّحة بسبب قوله والاّول مذهبنّا. (۱)  
۱۵۷: سوال: آیا قسمت دیوار صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه احد شریکین امتناع کند

اجبار میشود بر تقسیم یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر آن است که: جایز است تقسیم دیوار طولاً و عرضاً با تراضی طرفین. و در صورت عدم رضا اجبار جایز است در تقسیم طول. به این معنی که نصف مجموع

دیوار عرضاً و طولاً و عمقاً از یکی باشد و نصف دیگر از دیگری. تفصیل مقام این است

که اولاً باید دانست که معنی قسمت دیوار به چند نحو ممکن است؟ و کدام يك از اقسام

موضوع مسأله هست؟ تا حکم مسأله معلوم شود:

بدان که هر جسمی قابل ابعاد ثلثه است یعنی طول و عرض و عمق. و مراد از طول و عرض در اینجا آن دو مسافتی است که در سطح جسم مشاهده میشود. خواه مساوی

باشند در مقدار مثل خشت مربع متساوی الاضلاع، و خواه یکی از آنها درازتر باشد از

دیگری. و لکن غالب استعمال در طول و عرض این است که یکی از آنها در مسافت درازتر [از] دیگری باشد، و آن درازا را طول مگویند و کوتاه تر را عرض. و بدان نیز

که: هر جسمی را شش جهت است فوق و تحت و یسار و یمین و قدام و خلف. و ملاحظه

طول و عرض و عمق به حسب اختلاف جهت مختلف میشود. مگر در جسم مربعی که

جميع اطراف آن در مسافت متساوی باشند که در آنجا اختلافی نیست.

پس هر گاه دیواری باشد که ارتفاع آن از زمین تا به جانب آسمان بیست ذراع باشد، و امتداد آن از جنوب به شمال [ده] ذراع، و ثخن و کنگگی آن دو ذراع باشد. هر

گاه سطح

[فوقانی را در نظر آوریم مگوئیم عرض آن دو ذراع است و عمق آن بیست ذراع. و

همچنین است سطح تحتانی. و اگر سطح غربی را به نظر در آوریم که همین قسم است

عرض او در دو ذراع و طول آن بیست ذراع و عمق آن ده ذراع. و هم چنین سطح  
شمالی، و  
چون تقسیم دیوار نسبت به غیر ملاحظه سطح فوقانی یا بی فایده است یا ممتنع.  
زیرا که

-----  
۱: این سوال و جواب آن، در مسأله شماره ۱۴۳ با بیان دیگر بحث شده. رجوع شود.

غرض تقسیم دیوار است با بقایر وصف دیوار بودن. نه از برای جدا کردن سنگ و خاک و

آجر و غیر آن. پس کلام را مختص تقسیم آن نسبت به ملاحظه سطح فوقانی کرده‌اند.

و تقسیم آن در این هنگام یا نسبت به عرض است یا نسبت به طول. و کلام فقها در تقریر قسمت طولی و عرضی، مختلف است. آنچه از جمعی نقل شده - که از جمله آنها

علامه است در تذکره و شهید در دروس - این است که مراد از قسمت طولی، آن قسمت

کردن است در کل طول و نصف عرض. به این نحو که خطی در میان سطح فوقانی بکشند که يك سر آن (مثلاً) از جانب جنوب باشد و سر دیگر به شمال منتهی شود که

هر يك از دو شريك نصف عرض را دارند که يك ذراع است. و کل طول دیوار را. مثل

این شکل ([ - - ]). و مراد از قسمت عرضی این است که قسمت شود در نصف طول و کل عرض. مثل این شکل ([

]). و از بعضی به عکس این

حکایت شده، که از جمله ایشان است شیخ در مبسوط و علامه در تحریر.

واظهر قول ثانی است. زیرا که مراد از قسمت تمیز حقوق است و جدا کردن آنها از یکدیگر. و قسمت از جانب طول [در] معنی این است که طول را پاره پاره کنیم و

عرض به حال خود باقی باشد، چنان که در شکل دوم تصویر کردیم. (۱) و هم چنین در

قسمت عرض، عرض را پاره میکنیم و طول به حال خود باشد. چنان که در شکل اول

است. و به هر حال، مشاحه در (اصطلاح) خوب نیست، باید ملاحظه دلیل را کرد که

کدام قسم صحیح است و کدام فاسد. پس مگوئیم که ظاهر اکثر جواز قسمت است طولاً و عرضاً. و بعضی استدلال کرده‌اند به این که هر گاه هر دو راضی شوند به خراب

کردن دیوار، جایز است، پس قسمت به طریق اولی جایز خواهد بود. (۲) و این سخن تمام

نیست، بلکه قیاس مع الفارق است. زیرا مراد ما ترتب حکم قسمت است از لزوم

وعدم

جواز رجوع، و غیر آن. و سخن در جواز مطلق تراضی بر امری نیست.

-----  
۱: در نسخه: ... چنان که در شکل دوم تصویر را نکردیم.

۲: و در نسخه: به طریق اولی جایز خواهد بود.

و اولی استدلال به حدیث (نفی ضرر) (۱) است که در اکثر مسایل قسمت همان معیار است (۲). پس به جهت آن که شیاع و منع از تسلط تصرف در مال به هر نحو باشد،

موجب ضرر است، پس آن مجوز قسمت است. و بعد از قسمت و تمیز حق، ثانیاً عود به

آن، محتاج به دلیل است. چنان که در محل خود بیان کرده‌ایم. (۳) و از بعضی ظاهر

مشود منع از این قسمت در قسم اول - که جماعتی آن را قسمت طولی نامیده‌اند و ما

قسمت عرضی نامیدیم - و وجه منع این است که تمیز حق یا به این است که حصه‌ها [را]

از یکدیگر قطع کنند (مثل این که چیزی را دو نیم میکنند). یا آن که همان خطی که در فوق

سطح در میان اصل سطح بکشند که هر گاه هر يك خواهد سر درختی بر سر دیوار گذارد از برای سقف کردن، از آن خط تجاوز نکند. بنا بر اول دیوار ضعیف میشود و

تاب تحمل بار ندارد و منتفع نمیتواند شد. و بنابر ثانی باز لازم می‌آید که حصه شريك

متحمل ثقل حصه شريك دیگر باشد. پس لازم می‌آید تعدی و ظلم بر شريك. خصوصاً

هر گاه آن شريك درختی در مقابل آن نگذارد. و با وجود همه آنها مگوئیم که یکی از

احکام قسمت قرعه است که بعد از

تعدیل سهام قرعه میکنند. و در اینجا قرعه متصور نیست. زیرا گاه است که قرعه اسم

این شريك به طرف شريك [دیگر] در می‌آید و برای هیچ کدام نفعی ندارد، و مال از مالیت بیرون می‌رود.

و دفع این کلمات به همین میشود که گفتیم که دفع ضرر است، و ملتزم نمیشویم که قرعه از داخل مهیت قسمت باشد، یا از لوازم آن باشد. بلکه هر گاه تعدیل

سهام شود [و] تراضی واقع شود و تصرف کنند بدون قرعه، در قسمت واقعی لازم مدانیم (چنان که از شهید (ره) ظاهر میشود (۴)) پس در اینجا که [قرعه] ممکن نیست، به

- 
- ۱: وسایل: ج ۱۷، ابواب احیاء الموات، باب ۱۲ ح ۳ و ۴ و ۵.
  - ۲: مشروح این موضوع در مسأله شماره ۱۳۹ گذشت.
  - ۳: مراد مصنف (ره) در اینجا بیان چگونگی (لزوم) در معامله قسمت است، که این لزوم منشائی غیر از حدیث (نفی ضرر) ندارد.
  - ۴: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۴۰ همین مجلد، که نظریه‌های دیگران نیز بحث شده است.

طریق اولی صحیح و لازم میشود. و از اینجا معلوم میشود که تحمل ثقل درختهای شریک هم [به] تراضی و تمیز حقوق که بر این نحو معهود باشد ضرر ندارد. پس این قسمت به همین نحو میشود که خطی بکشند در وسط سطح که احدهما تجاوز از آن

نکنند در فوق سطح. گو باقی دیوار بر شراکت فی الجمله باقی باشد. و هم چنین تصرفات دیگر از هر یک در سمت خود که مضر به دیگری نباشد، جایز باشد. و هر گاه

ممکن باشد بریدن حصه هر یک از دیگری که ضرر به هیچ کدام لازم نیاید، که دیگر

اشکال کمتر است. و به هر حال سخن در این مقام در جواز تراضی طرفین است بر امری.

و اما هر گاه یکی از آنها امتناع کنند. آیا اجبار میتوان کرد یا نه؟ -؟: پس علامه منع کرده است در قواعد در هر دو صورت. و از تذکره حکایت شده جزم به عدم جواز

اجبار در صورت تقسیم عرضی - یعنی آن که ما او را تقسیم عرضی نامیدیم - و در صورت

دیگر گفته است که اگر آن شخص که امتناع میکند متضرر نمیشود به قسمت اجبار میکنند، و الا، فلا. و از شهید و محقق ثانی هم موافق او ظاهر است. و از بعضی توقف

ظاهر میشود. و دلیل منع در صورت اول، از آنچه پیش گفتیم ظاهر میشود. زیرا که اصل وضع [قسمت] در شرع مبتنی بر (رفع ضرر) است که به سبب شیاع وعدم تسلط

مالك بر تصرف است. پس هر گاه در تقسیم ضرری اعظم از ضرر شیاع، حاصل شود

چگونه جایز باشد. خصوصا با ملاحظه وجوه دیگر که مذکور شد: از عدم تمیز حق بدون جدا کردن وعدم تمکن از قرعه (۱) هر گاه آن را لازم دانیم.

و اما راه منع در صورت ثانیه - با وجود این که اکثر آن مفاسد در اینجا نیست - این

است که در اینجا هم میتوان که تکیه هر یک از آن دو نصف دیوار (از جانب طول) (۲) به

آن نصف دیگر است. و هر گاه جدا کنیم ضعیف میشود. و هر گاه جدا نکنیم ثقل هر

یک به دیگری مافتد و همان تعدی لازم مآید. و هم چنین به سبب برید [ن] آنها از

یکدیگر قدری از اجزاء تلف میشود. و دفع این کلام به این میشود که این ضررها در

- 
- ۱: عبارت نسخه: ... وجوه دیگر که مذکور شد آن عدم تمیز حق بدون جدا کردن از تمیز وعدم تمکن از قرعه...  
۲: در نسخه: آن جانب طول.



برابر ضرر شرکت واقعی ندارد، و باید رفع ضرر زاید را کرد. و بدان که: در عبارت قواعد در این مقام خلافی هست. چون گفته است (ولو طلبا قسمته طولاً او عرضاً جاز، ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول و نصف العرض. و كذا في نصف الطول و كل العرض. ويصح القرعة في الثانية دون الاولى، بل يختص كل وجه بصاحبه). و از این عبارت معلوم میشود که (قسمت در كل طول و نصف عرض، و نصف طول و كل عرض) صورت دیگر باشد غیر از (قسمت طولی و عرضی) که در اول گفت. و حال آن که مراد از این دو عبارت همان (طولی و عرضی) است که در اول کلام [بود که] سخن در جواز تراضی بود در هر يك از قسمت طولی و عرضی. و در آخر کلام سخن در جواز امتناع و عدم آن است. پس اگر میگفت (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل منهما) کافی بود. منتهای امر نظر به این که منع از اجبار، در تقسیم عرض اظهر بود، [لازم بود] بگوید (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في العرض. و كذا في الطول). چنان که به همین کلمه (و كذا) در کلام او اشعار به این معنی هست. پس ذکر (كل العرض و كل الطول) بی فایده است. و کافی بود این که بگوید (في تنصيف العرض و تنصيف الطول). (۱) و اما آن عبارت آخری که صحیح گفته است ([صحت] قرعه در ثانی دون اول) اشاره است به این که یکی از ناخوشها که در اجبار بر تقسیم لازم میآید، عدم امکان قسمت بود از راه عدم امکان تحقق لزوم که آن [به دلیل عدم] قرعه است. و آن در صورت ثانیه وارد نیست، چون ممکن است قرعه (بخلاف صورت اولی که ممکن نیست قرعه. زیرا گاه است که قرعه او به طرف شريك مافتد و منتفع نمیتواند شد به آن) پس منع از اجبار در این صورت اضعف است، هر چند مختار او منع در هر دو صورت است.

---

۱: عبارت نسخه: في تنصيف نصف عرض وتنصيف الطول.

## کتاب المضاربة

(من المجلد الاول)

۱۵۸: سوال: آیا جایز است که شخصی متاعی به شخصی بدهد که معامله کند و [بخرد و] بفروشد. و شرط کند که اخراجات ماکول و ملبوس و مرکوب در آن سفر [از]

میان باشد، و آنچه ربح حاصل شود به طریق حق السعی يك ثلث آن را بردارد. و هر گاه

این جایز باشد آیا میتواند نصف متاع را به او بفروشد به ذمه و با او شریک باشد و به عقد شراکت این معامله را به نهج مزبور کرده باشند یا نه؟ -؟.

جواب: این معامله مضاربه نیست. به جهت آن که شرط است در مضاربه که آن مال عین موجود باشد و درهم و دینار باشد. و متاع دیگر قابل مضاربه نیست. حتی در پول

سیاه هم مضاربه نمیتوان کرد. (۱) و خلاف در مسأله هم ندیده‌ام، و اجماع هم بر آن نقل

نشده. و در مضاربه اخراجات سفر (از ماکول و ملبوس و مرکب) از آن مال جایز است.

خواه شرط شود و خواه نشود. و اگر خواهیم این را از باب (جعل) بکنیم - چنان که

صورت سوال دلالت بر آن دارد - دور نیست که صحیح باشد. هر چند مشهور علما شرط

---

۱: مراد از (پول سیاه) سکه‌های مسی میباشد (یا از هر چیزی غیر از طلا و نقره). و بنابر این مطابق این فتوای

میرزا مضاربه در اسکناس هم نمیشود. لیکن متاخرین (معاصرین) عموماً بل اجماعاً مضاربه را در پول سیاه و اسکناس، صحیح میدانند. و این موضوع نیازمند بحث طولانی است خصوصاً از نظر (اعتبار با پشتوانه) و (بدون پشتوانه) یا مطلقاً و...

کرده‌اند در جعاله که باید عوض معلوم باشد، [و] در اینجا مجهول است.  
و قول دیگر این است که هر گاه وجه جعاله بذاته معین باشد و منجر به دعوی و  
نزاع نمیشود، جایز است. مثل آن که بگوید هر گاه غلام گریخته مرا بیاوری نصف  
آن از

تو باشد. یا جامه که من گم کرده‌ام هر گاه پیدا کنی ثلث قیمت آن از تو. و از این  
باب

است حدیث شریف (من قتل قتیلا فله سلبه) (۱). و ظاهر این است که مانحن فیه از  
این

قبیل باشد و غرر و سفاهتی در این لازم نمآید. بلی اگر بگوید: هر که گمشده مرا  
بیاورد من به او احسان خواهم کرد، یا چیزی یا حیوانی به او خواهم داد، و امثال  
اینها.

باطل خواهد بود. و هر چند این سخن هم خالی از اشکال نیست علی الاطلاق. و بر  
هر

تقدیر در صورت فساد عقد رجوع به اجرت المثل عمل میشود. و عمل عبارت است  
از تمام کردن، و تمام شدن نمیشود مگر به رد گریخته و تسلیم به صاحب و امثال  
آن.

و اما سوال از شرکت: پس هر چند در شراکت شرط نیست که مال درهم و دینار  
باشد، و [لکن] ممالک متاع به هم شرط است. پس باید نصف متاع را بفروشد.  
و اگر

نصف معین را بفروشد. حیلہ کند در امتزاج به این که در ثانی احدهما نصف متاع  
خود را

بفروشد به نصف متاع دیگری، و بعد از آن عمل کنند. و لیکن در شراکت ربح تابع  
مال

است، پس در صورت مزبوره ربح هم نصف میشود. هر چند در صورت (شرط  
تفاوت

حصه با وجود تساوی مال ها) یا (تساوی حصه با تفاوت مال ها) خلاف است (۲)  
و جمعی

تجویز کرده‌اند. و دور نیست که جایز باشد. و بعضی باطل دانسته‌اند. و بعضی  
شراکت

را صحیح میدانند و شرط را باطل میدانند. و لکن این خلاف در صورتی است که هر  
دو شریک‌ها عمل کنند. و اما در صورتی که یکی عمل بکند (مثل صورت سوال):

پس

آن که فقها تجویز کرده‌اند این است که حصه عامل را میتوان زیاد کرد. و در

صورت

سوال حصه عامل را کمتر قرار داده‌اند. (۳)  
و بدان که: تجویز فقها شرط زیادتی را از برای عامل مبتنی بر آن است که این معامله

-----  
۱: سنن بیهقی: ج ۶ ص ۳۰۷ و ۳۰۹  
۲ و ۳: رجوع کنید به مسایل کتاب شرکت خصوصا به مسأله شماره ۱۲۶، همین مجلد.

مرکب مشود از شرکت و مضاربه، و آن زیادتی در ازای عمل خواهد بود. و در این صورت

اشکالی به هم مرسد در صورت سوال که مال درهم و دینار نبوده است، علاوه بر آن

ناخوشی دیگر که حصه او را کمتر کرده‌اند نه زیادتر. پس ما هر گاه خواهیم تصحیح عقد

مرکب از شرکت و مضاربه بکنیم باید مال درهم و دینار باشد، و عمل هر گاه از هر دو نباشد

زیادتی ربح را از برای عامل قرار بدهیم، یا از برای کسی که عمل او بیشتر باشد هر چند هر دو عمل بکنند.

کتاب المضاربه من المجلد الثانی:

۱۵۹: سوال: [اگر] زید مبلغ صد تومان به عمرو بدهد به عنوان مضاربه که ثلث ربح از

عمرو باشد. واذن بدهد که به سفر برود. و اتفاق افتد که پنجاه تومان آن در راه تلف شود

بدون تقصیری از عامل. و با پنجاه تومان دیگر معامله کند و صد و پنجاه تومان ربح به عمل

آید. آیا پنجاه تومان از ربح مال عمرو است یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه آن پنجاه تومان بعد از دوران در تجارت، یعنی شروع در بیع و شرا تلف

شده، نه به مجرد دخول در سفر، باید جبر کسر مایه را از ربح، کرد. یعنی پنجاه تومان از ربح

را باید از برای مالك قرار داد که راس المال او به جا بماند. و صد تومان دیگر را قسمت

کنند، دو حصه را مالك بردارد و يك حصه را عامل. و ظاهر این است که مسأله اجماعی

باشد چنان که از محقق اردبیلی (ره) ظاهر مشود. ودلالت میکند بر او این که گفته‌اند که

(ربح وقایه راس المال) چنان که مشهور است. بلکه خلافی در آن نیست چنان که از تذکره ظاهر مشود. بلکه از مسالك ظاهر مشود که این اتفاقی است.

ودلالت دارد بر آن اخبار بسیار نیز. مثل صحیحه محمد بن مسلم (عن احدهما -

- ع قال سئلته عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى ان يخرج به فخرج. قال يضمن

المال،  
والربح بينهما). (۱) و غیر آن. به تقریب آن که متبادر از ربح، آن چیزی است که  
زاید بر رأس  
المال باشد، چنان که محقق اردبیلی اشاره به آن کرده. پس باید مال را از برای مالك  
مسلم  
داشت از ربح، و آنچه زاید بر آن باشد قسمت شود. و در تذکره نیز تصریح شده به  
این که

-----  
۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۱ ح ۱.

معنی ربح فاضل از راس المال است و هر گاه چیزی فاضل نیاید پس ربحی نیست. و گفته

است که ما در این خلاقی نمودانیم. و این سخن را بعد از آن گفته است که ذکر کرده است

که (مالك و عامل استحقاق ایشان در ربح متزلزل است تا این که مالك استیفای جمیع راس

المال بکند، و هر گاه در مال نفعی و نقصانی به هم رسد نقصان را باید تمام کرد به نفع و بعد

از آن ملاحظه نفع را کرد.)

و بدان که حکم همین است در صورتی که تمام مال مضاربه تلف شود. و مشهور این

است که فرقی نیست ما بین این که تلف شود به آفت سماوی (مثل سوختن یا برف و باران و

صاعقه) یا به سرقت و غصب [تلف] شود. و در مسالك و غیره نقل شده است قولی به فرق، و

این که این حکم در وقتی است که تلف به آفت سماوی باشد. و اما هر گاه به فعل کسی باشد

که ضمان به او متعلق میشود، چنین نیست. به سبب این که ضمان به سارق و غاصب میشود

و همین جبر نقص را میکند. پس حاجتی نیست به این که جبر نقص از ربح بشود. و به جهت

این که این نقصان متعلق به عمل عامل

و تجارت او نیست، بخلاف نقصانی که حاصل شود از تفاوت قیمت بازار و نقصانی که ناشی

از خود مال باشد، مثل مریض شدن و معیوب شدن. که در این جاها تدارك نقص از ربح

میشود.

و [لکن] قایل به این قول معلوم نیست که کیست. و در تذکره آن را از بعضی شافعیه نقل کرده. و به هر حال، اظهر قول مشهور است. چنان که ظاهر اخبار هم این

است. یعنی

اخباری که ظاهر آنها این است که مراد از ربح، زاید بر راس المال است. پس ربحی از برای

عامل نیست تا مالك استیفای راس المال کند. و اینها در وقتی است که از غاصب

عوضی حاصل شود. و الا عوض از جمله مال خواهد بود و اشکال رفع مشود. اینها در وقتی بود که تلف مال بعد از دوران در تجارت و شروع در بیع شری باشد. و اما هر گاه تلف قبل از شروع در تجارت پس آن اشکال است: وجه اخراج راس المال مثل سابق همان دلیل سابق است. یعنی این که غرض از مضاربه این است که راس المال باقی بماند از برای مالک و ربح قسمت سود. پس باید راس المال را باقی گذاشت بعد



از آن ربح را قسمت کرد. و وجه عدم اخراج - چنان که محقق اردبیلی (ره) اشاره به آن کرده

است - چند چیز است: اول (اصل) است و (عدم دلیل). بیرون رفت صورت تلف بعد از دوران به اجماع و باقی ماند باقی. (۱) دوم: این که مراد از ربحی که مقصود است در عقد مضاربه به

نص، ربحی است که حاصل شود از مالی که به آن معامله میشود و استعمال میشود و

(مال التجاره) است. و مال التجاره حقیقت است در بعد از استعمال و دوران. پس باید که راس المال که وضع میشود همان مالی باشد که به آن معامله میشود. از جمله اخبار موثقه اسحاق بن عمار (عن ابی الحسن (ع) قال: سئله عن مال المضاربة. قال:

الربح بينهما والوضیعة علی المال. (۲) وجه دلالت این است که در حدیث سوال از حکم

مال المضاربة شده و آن حکم در جواب ربح و وضیعه مذکور شده، و مراد از ربح نماء مال

است در معامله و وضیعه نقصان مال است در معامله. پس مال مضاربه حقیقت خواهد بود

در مالی که به آن عمل میشود بالفعل و نسبت ربح و نقصان به آن داده میشود. پس مالی

که تا به حال نه ربح از آن حاصل شده و نه نقصان (به سبب عدم معامله)، دخل مال المضاربة

نیست تا باید تلافی تلف آن، از ربح شود.

بلکه اگر اجماع نبود نسبت ربح را به همان معامله ماضیه مدادیم که ربح در آن شده،

و قسمت آن را ما بین مالک و عامل، مختص میکردیم. هر چند تصرف در همه مال شده

باشد. چون حقیقتاً ربح از همان معامله حاصل شده. مثلاً صد تومان پول، زید به عمرو

مدهد که مضاربه کند. و عمرو به آن پول اسب بخرد و گاو بخرد. و در اسب و گاو

نقصان میکند و در پارچه انتفاع میکند. و مفروض این است که ثلث پول را جدا به اسب

داده و ثلثی را به گاو. و در اینجا به سبب اجماع است که تدارك نقصان آن دو  
ثلث، به ربح  
این ثلث میکنیم. و اگر ملاحظه ربح هر معامله [را] جدا بکنیم تدارك نقصان آنها را  
نباید  
کرد.  
پس بنابر این، صحیحه محمد بن مسلم و غیر آن (از اخبار بسیار که در آنها مذکور

---

۱: الاصل عدم الاخراج، وخرج ما خرج بالدلیل (وهو الاجماع بالنسبة الى صورة التلف بعد الدوران) وبقى  
الباقی.  
۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربة، باب ۳ ح ۵.

است که: الربح بینهما) دلالت میکند که ربح مجموع مال التجاره - که معامله در آن شده -

تقسیم میشود بینهما، و آنچه تلف شده قبل از شروع در معامله، از آن وضع نمیشود. و الا

بایست بفرمایند (والربح بینهما بعد آن یخرج ما تلف قبل المعاملة). و شکی نیست که این زاید بر راس المال معامله را ربح مگویند. هر چند

اضعاف مضاعف آن قبل از استعمال و تصرف در مال، تلف شده [باشد]. و آن مال تلف شده مثل مالی است که در خانه مالك تلف شده باشد. پس عموم این روایات بسیار،

دلالت میکند که ربح یعنی آنچه زاید بر راس المال معامله است. یعنی از مالی که در آن

تصرف شده قسمت میشود ما بین مالك و عامل. و تدارك آن تلف شده از آن نمیشود.

سوم این که: عامل مالك ربح میشود به ظهور ربح، و توقفی ندارد به نقد شدن مال یا قسمت کردن. چنان که مشهور است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. بیش از این نیست

که متزلزل باشد تا مالك استیفای راس المال بکند. پس ملك او مستصحب است، و اصل

برائت ذمه او است از ضمان تالف. و اظهر در نظر حقیر همین وجه دوم است، به ملاحظه

این ادله که مذکور شد. و ظاهر محقق اردبیلی (ره) نیز اختیار این، است. و ظاهر علامه

در تذکره اختیار اول، است.

و بدان که: کلام بعضی عام است در این مقام، که شامل تلف جمیع هم هست. و تصویر مسأله در صورت تلف بعض، ظاهر است. و اما در صورت تلف کل: پس فرض آن به

این نحو میشود که مالك او را ماذون کرده باشد که به ذمه بخرد، و او مالی به ذمه بخرد به قصد مضاربه، و قبل از تصرف در این مال، همه آن تلف شود. و به مجرد تلف

مال، مضاربه باطل میشود و محل اشکال نخواهد بود. و خلاف سابق در فرق ما بین این که

تلف به آفت سماوی باشد یا به غیر آن در اینجا نیز جاری است.

۱۶۰: سوال: زید مبلغ صد تومان به عمرو مدهد به عنوان مضاربه در اصفهان  
که برود به بلد یزد خرید بکند و بیاورد. و [عمرو] در یزد مال را مگذار و مرود  
به

مشهد مقدس زیارت میکند. ورد معاودت خرید میکند و می آید. و در عرض راه مال  
تلف میشود. زید مگوید: چرا مال مرا گذاشتی و به زیارت رفتی. آیا عمرو ضامن

است یا نه؟ -؟.

جواب: نظر به سوال و طریقه عرف و عادت که منظور اهل معامله تحصیل ربح است و تعجیل در خرید کردن و برگشتن مدخلیت تمام دارد در این معنی، و تاخیر آن در ظاهر منشأ نقصان و کم شدن منفعت است، و گاه است که هر گاه زود خرید مسکرد بر

مگشت دزد مال را نمبرد، و این خسارت به سبب تاخیر حاصل شده. بعلاوه این که

مال را مالك به مضاربه داده که از خود جدا نکند و او را ماذون نکرده که آن را از خود

جدا کند و بگذارد و به سفر طولانی برود. پس از این جهت هم يك نوع تفریطی شده.

هر چند در نظر ظاهر، تلف مستند به جدا کردن از خود نشده مستند به تاخیر شده. و به

هر حال ظاهر ضمان است. مگر این که مضارب عذری داشته باشد که شرعا مسموع باشد.

و آن محتاج است به مرافعه. (۱)

۱۶۱: سوال: هر گاه کسی مال به مضاربه گرفته است و به سفر مرود از برای معامله، نفقه او از مال مضاربه جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: بلی جایز است که عامل در آن سفر که عمل تجارت میکند در آن تمام نفقه خود را بردارد از جمیع مال. از ماکول و مشروب و ملبوس و اجرت مرکوب و آنچه

محتاج شود به آن خيك و مطاره و جوال و کرایه مسکن و غیر ذلك، بنا بر مشهور، بلکه

شیخ نقل اجماع بر آن کرده. وصحیحه علی بن جعفر عن اخیه

ابی الحسن (ع) (قال فی المضارب (۲): ما انفق فی سفره

فهو من. جمیع المال، و اذا قدم بلده فما انفق ضمن نصیبه) (۳) دلالت بر آن دارد. و روایتی

دیگر هم هست. و بعضی گفته اند که تمام نفقه بر خود او است مثل حضر. و بعضی گفته اند

---

۱: بدیهی است که مضارب با اجیر فرق دارد. و این اجیر است که باید در وقت معین کارش را انجام دهد. میرزا

(ره) با تکیه بر عرف در صدد است که عامل را نیز موظف به وقت معین بنماید. به هر صورت اثبات

استناد تلف به  
تقصير عامل، جای بحث است.  
۲: نسخه بدل: قال: فی المضاربة...  
۳: وسائل: ابواب المضاربة، باب ۶ ح ۱.

زاید بر نفقه حضر را بر مدارد، و این دو قول دلیلی که مقاومت کند با دلیل مشهور، ندارند.

و باید در آن موافق عادت و شأن (۱) امثال خود را ملاحظه کند. و اگر اسراف کند بر

او محسوب باید داشت. و اگر بر خود تنگ بگیرد از برای او محسوب نمیشود. یعنی

عوض آن را مطالبه نمیتواند بکند. و بعد از عود از سفر باقی مانده [از] نفقه و کسوه و

اسباب، را داخل مال التجاره میکند، یا نگاه مدارد از برای سفر دیگر. اینها در وقتی است که شرط نشده باشد اسقاط نفقه. و هر گاه شرط شده باشد لازم است وفای به آن. و هر گاه بعد شرط اذن بدهد، آن تبرع محض است، و استحقاقی

ثابت نمیشود، و شرط در اینجا هر گاه بر انفاق باشد، فایده ندارد، الا تاکید. مگر این که

شرط نفقه زاید بر متعارف باشد با تعیین آن. و مقتضای اطلاق نص و فتوی این است که

انفاق مشروط به حصول ربح نیست. بلکه هر گاه ربحی نباشد، از راس المال نفقه میکند. و بعضی میگویند که نفقه از ربح برداشته میشود. و مراد از سفر در اینجا سفر عرفی است نه سفر شرعی. پس اگر قصد اقامه کند در جائی از برای تجارت، نفقه ساقط

نمیشود. و هم چنین هر گاه به قدر مسافت قصر نرود. و لکن باید سفر ماذوق فیه، باشد. پس اگر به جائی رود که ماذون نباشد، نفقه ندارد. و هر گاه به غیر مال مضارب

مال دیگر هم در دست داشته باشد که معامله میکند، نفقه را تقسیم میکند نسبت به آن دو مال. و لکن اشکال در این است که آیا ملاحظه عمل میشود یا ملاحظه مال؟ -۹.

۱۶۲: سوال: زید چند سال بوده که تنخواه به عمرو داده که در سفر متوجه تجارت باشد. و بعد از چند سال که از سفر آمده و مدت چهار پنج ماه گذشته، عمرو نزد

جمعی از عدول رفته و اقرار نموده که مقدار نهصد تومان از مال زید بر ذمه من ثابت و

لازم است که بعد از يك سال به او رسانم. و بر این مضمون تمسکی نوشته و جمعی از

عدول مهر کرده [اند]. و بعد از انقضای مدت يك سال که زید مطالبه وجه حجت،  
مکند، عمرو مگوید که چهار صد و پنجاه تومان از وجه حجت، تنخواهی است که  
از

-----  
۱: و در نسخه: رای امثال خود.



مال زید نزد جمعی بوده، و در این عرض سال سیصد و شصت تومان آن را وصول نموده‌ام، تتمه لاوصول مانده. والحال زید مگوید: نهصد تومان ربط به تنخواهی که نزد مردم بود، ندارد. والحال نهصد تومان را به انضمام آنچه از مال من وصول نموده،

مخواهم.

والحالة هذه، قول کدامیک مقدم است؟ و بعد از عجز از اثبات، قسم متوجه کی است؟

جواب: اقرار به مبلغ نهصد تومان در ذمه عمرو، محتمل است که در نفس الامر از مال مالك به غیر عنوان مضاربه در ذمه عامل قرار گرفته باشد و دخلی به مضاربه نداشته

باشد. و محتمل است که از بابت وجه مضاربه باشد. یا به این نحو که بعد از مراجعه از

سفر و تخمین محاسبه یا تحقیق آن، مالك اصل مایه وارباح خود را مصالحه کرده باشد

با عامل که مجموع به ذمه عامل باشد که در مدت يك سال کار سازی نماید. و [محتمل

است] این که راس المال و ربح حصه مالك نهصد تومان

شده باشد و عامل در سفر فسخ مضاربه کرده باشد به اذن حاکم شرع (که ولی غایب

است) بر وجه مصلحت در مدت يك سال در ذمه عامل. و [محتمل است] این که به جهت

تعدی عامل به ذمه او قرار گرفته باشد، و بعد به نحو مصلحت تا يك سال معامله شده

باشد.

و به هر تقدیر به مجرد اقرار اول که گفته است (نهصد تومان از مال زید در ذمه من است) آن مبلغ را باید بدهد. دیگر هر گاه نزاع شود که مالك بگوید (این غیر وجه

مضاربه است) و عامل بگوید (همان است و به سبب احد امور ثلاثه به ذمه من قرار گرفته. و مراد همین بود). این از باب این است که کسی اقرار کند که ده تومان از مال

زید به ذمه من است و به فاصله بگوید (این قیمت اسبی است که به من فروخته و قبل از

قبض من تلف شده). که در اینجا باید ده تومان را بدهد. و باقی محض دعوی است.

پس  
قول مالك مقدم [است] با يمين.

۱: در نسخه: بی فاصله.

اگر گفته شود که: [در] مثال مذکور - که اقرار کند که ده تومان از مال زید به ذمه من است و به فاصله بگوید که آن را بابت قیمت اسبی است که به من فروخته - مقرر له

بر دو قسم است: اول آن که مقرر له منکر بیع شود. دوم آن که بگوید قیمت اسب من، طلب

جدائی است که از تو دارم. و صورت سوال از قسم دوم است چون گفته آنچه از مال

مضاربه وصول شده طلب جدائی است. و تقدیم قول مالك در صورت اول، خوب است.

بخلاف صورت دوم. بلکه در صورت دوم ادعای مقرر له مخالف اصل است و (لو ترك

ترك) بر او صادق است. و ظاهری هم در اینجا نیست که معارض اصل باشد. پس در اینجا قول عامل مقدم است.

جواب آن این است که: در اینجا دو مقام است از کلام: اول آن که اقرار کردن عامل به نهصد تومان [اگر] به عقب آن، اقرار به خلاف آن شود و آن را از (ظاهر) بیرون کند، حکم آن چیست؟. دوم آن که حکم بعضی از منازعات و مخالفات که از مقرر له و

مقرر صادر میشود، چیست؟. و حالا کلام در مقام اول است. نظیر آن مسأله‌ای است که فقها عنوان کرده‌اند که هر گاه بگوید (له علی مائة) و بعد از قطع کلام بگوید (من)

باب قيمة لم يقبضه). يجب عليه المائة والثاني محض دعوى. پس باید دید که مراد فقها

چه چیز است؟ آیا (۱) مراد این است که این کلام مبین اقرار نمیتواند شد و اقرار بر حال

خود باقی است و لکن این دعوی جدید است و مدعی مقرر است که شان او بینه است و

بعد عجز قسم متوجه مقرر له میشود -؟. و یا مراد ایشان آن است که این دعوی غیر مسموعه است، و غیر ملتفت الیه است -؟.

و ظاهر این است که مراد معنی اول باشد. پس بنابر این، ادعای عامل (بعد اقرار به اشتغال ذمه به نهصد تومان) به این که آن از باب وجه مضاربه است که به سبب یکی از

وجوه محتمله ثلاثه متقدمه به ذمه عامل منتقل شده، محض دعوی خواهد بود در بیان اقرار. [پس] هر چند [این دعوی جدید] مسموعه باشد و یمین متوجه مالك تواند شد.

[لکن] این منافات ندارد با آن که در طی دعوی ثانیه، این سخن کشد به جائی که مدعی

۱: در نسخه: اما...

و منکر منقلب شوند به یکدیگر، و توجه یمین مختلف شود. پس حاصل سخن در این مقام در تفسیر اقرار است و انکار آن. و آن تفصیلات که در آن میان میشود، مقام دیگر است.

و اما این دعوی عامل - که چهار صد و پنجاه تومان از مال مزبور که من اقرار کردم، از باب

حصه مالك از مال المضاربه و ربح آن بود - پس این دعوی مكذب اقرار او است و مسموعه نیست. زیرا که مال المضاربه و ربح آن متعلق به ذمه عامل نمیشود مگر در صورت تلف به تفریط عامل. پس آن، انکار چیزی است که اقرار به آن کرده بود، و انکار

بعد از اقرار مسموع نیست. بلی اگر عامل بگوید که مراد من از اقرار (که به ذمه من است) این بود که در ذمه من واجب بود جمع آن و تسلیم آن. یا آن که [بگوید]: گمان

مسکرم که همین که مال به مردم دادم من مشغول ذمه اصل مال مشوم به مجرد جمع آوری). و در شان او محتمل باشد اشتباه و غفلت و جهالت. دور نیست که بگوئیم دعوی او مسموعه است.

و لکن در این صورت عامل مدعی است و مالك مدعی علیه. و با عجز از بینه، قول مالك مقدم است با یمین بر نفی جهالت هر گاه انکار قطعی کند جهالت را. [و] بر نفی

علم به جهالت هر گاه ادعای علم کند بر او که تو مدانی که من از راه جهالت این اقرار

را کردم. و بدون یمین هر گاه هیچ يك از این دو نباشد.

و در اینجا دو سخن وارد میآید: یکی آن که قول عامل در جهل، موافق اصل است که عدم علم باشد. پس منکر خواهد بود دوم آن که در صورت [ی] که مالك (۱) در جواب

بگوید که (من نمیدانم که تو صادقی در دعوی جهل یا کاذب) (۲). قول عامل را باید

قبول کرد، نه قول مالك را. چون دعوی آن معارضی ندارد. خصوصاً بر مختار که در

جواب (لا اعلم)، مدعی قسم یاد میکند و دعوی او ثابت میشود.

و جواب از اول این است که: هر چند علم خلاف اصل است، لکن جهل هم در

اینجا

۱ و ۲: عبارت نسخه: در صورت که عامل در جواب بگوید که تو نمدانی که تو صادقی...

خلاف ظاهر است. و ظاهر کذب است و غالب علم است، و این ظاهر، مقدم است بر اصل.

خصوصاً که این دعوی از اقرار متولد شده و اصل در اقرار اخذ مدلول آن است، پس آن که

دعوی خلاف مدلول، میکند، مدعی است. و (لو ترك ترك) در ماده این دعوی جدید هم بر او

صادق است برای ادعای خلاف ظاهر. و فیه تامل. [زیرا] علاوه بر این که مگوئیم در صورتی که عامل مدعی جهالت شود (و بگوید که من نمیدانستم که مال المضاربه در

ذمه قرار نمیگیرد) ظاهر این است که این جهالت منشأ بطلان عقد مضاربه میشود و مآخوذ است که در ذمه او است و فرض همین است. (۱) پس عامل در این صورت مدعی

فساد است. و مدعی صحت بر او مقدم است.

و جواب از دوم آن است که: فرق (۲) است ما بین دعوی بعد از اقرار و بدون اقرار. و

ظاهر آن است که در صورت اقرار با ادعای جهل مزبور و قول مالك (لا علم)، لازم است حکم به مقتضای اقرار (۳) تا خلاف آن به ثبوت برسد. و جهالت حال مضر نیست به

مقتضای اقرار، چنان که در سایر عقود دعوی اتفاق کرده‌اند بر این که (دعوی عدم قصد به

مدلول، مسموع، نیست). و چنان که بینة ویمین احد اطراف اثبات است، اقرار هم احد

اطراف است. و محض ادعای جهالت به معنی اقرار و کیفیت مقربه، مخل به آن نیست. و

در اینجا ما مدعی جهالت را قسم مدهیم با وجود قول مدعی علیه (لا اعلم). به سبب

آن که محض دعوی مثبت امری نیست. و آن شخص مدعی خلاف اصلی است بر مدعی

علیه. و در اینجا مدعی علیه در میان نیست، بلکه بیان مدلول کلام خود را میکند و مگوید مراد من این بود. و مالك مگوید من نمیدانم و اقرار کردی و مدلول اقرار این است و (اقرار العقل علی انفسهم جایز ما لم يعلم کذبه و خلافه). پس قسمی هم متوجه

مالك نمیشود، و به مقتضای اقرار عمل نمیشود.

بلی، اگر ادعا کند عامل که تو هم علم داری که اقرار من از راه جهل بود، قسم

۱: در نسخه: ماخوذ است که در ضمه نیست او فرق ما فرض همین است.

۲: در نسخه: دو فرق است

۳: عبارت نسخه: لا اعلم آن که عالم ام لا اجر تا حاکم است در حکم...



متوجه میشود به مالك در (نفی علم به این که از راه جهل بوده). و چنان که در  
مسأله

(تداعی در متاع بیت الزوجین او المرأتین) هر گاه صغیر یا غائب در میان باشد که  
قسم

ممکن نباشد، و حاکم خواهد مال را قسمت کند همچنانکه [اختصاص] علامت  
تعیین

است - مثل این که مختصات رجال از رجال و مختصات نساء از نساء و آنچه قابل  
هر دو

است بینهما - حاکم به آن نحو قسمت میکند بدون دعوی و قسم. پس اقرار  
مجهول الحال در نفس الامر کمتر از اختصاص و اشتراك، نیست. پس اثر خود را  
میکند

در جائی که تراضی نباشد. پس در اینجا قول مالك مقدم است بدون احتیاج به یمین،  
در صورت عدم ادعای علم بر او. زیرا که مثبت حق، اقرار است لاغیر، و معارضی  
ندارد.

و از این باب است که (هر گاه وکیل کسی ملکی بخرد، و بایع در نزد حاکم اقرار  
کند به اخذ ثمن، و بعد از آن مطالبه کند قیمت را از موکل. و موکل بگوید: تو  
اقرار

کردی بر اخذ ثمن. او در جواب بگوید: اقرار من از باب مواطات بود. موکل  
بگوید: من

علم ندارم به مواطات و توبه اقرار خود مآخوژی). خصوصاً در وقتی که وکیل هم  
فوت

شده باشد. بلی اگر ادعای علم کند بر موکل به مواطات، قول قول موکل است  
بایمین.

و اما کلام در مقام دوم (۱) - که فی ما بین مالك و عامل دعوی شود به این نحو  
که

عامل بگوید که مایه وکل حصه ربح را منتقل نمودی به من به مبلغ نهصد تومان که  
من

اقرار کردم. و به غیر نهصد تومان از من چیزی نمخواهی. و مالك بگوید که سیصد  
و

شصت تومان که اقرار کردی که از مطالبه من وصول کرده [ای] هم میخواهم - :-  
پس

در صورت اول ظاهراً قول مالك مقدم است با یمین. و اما در صورت ثانیه باز قول  
مالك

مقدم است با یمین.  
۱۶۳: سوال: هرگاه زید تنخواهی به عنوان مضاربه به عمرو می دهد، و عمرو به بلاد بعیده مرود. و بعد از مدتی متمادی زید و عمرو هر دو متوفی شده‌اند. الحال وارث زید ادعا منماید که (ما فی الید عمرو از بابت مضاربه به هم رسیده). و وارث عمرو ادعا منماید که (بر من معلوم نیست که مال المضاربه باقی بوده و این مال مخلف از

-----  
۱: مراد از مقام دوم همان مطلب است که گفت: جواب آن این است که در اینجا دو مقام است...

نماء و منافع مال المضاربه به هم رسیده باشد). و وارث زید مگوید که: مال المضاربه

در دست او بوده و از بلد بیرون رفته و به قصد تحصیل منفعت و داد و ستد بیرون رفت، و

مال و نماء از مایه بر منخیزد.

و اصل عدم وجدان [از] خارج است. و استصحاب مقتضی حکم به بقای ما فی الذمه،

است. (۱) و بدون آن حرج لازم میآید. بلکه سد طرق مضاربات مشود. زیرا که رب المال

مال را مدهد و عامل به بلاد بعیده مرود و فوت مشود. کجا ممکن است رب المال

را که اقامه شاهد نماید که مال مخلف عامل از رب المال است. پس رب المال بلامال

ممانند و وارث مضارب بی مال صاحب مال مشود. و احتمال این که ح؟ بتا باشد یا دیگری بخشش کرده باشد، احتمال نادر است. و نادر کالمعدوم. حق ثابت

و مضاربه

ثابته را با این قبیل احتمالات آیا میتوان باطل کرد؟ و باید حکم نموده شود به آن که کل

ترکه از وارث عمرو است؟.

و وارث زید باید به ثبوت

رساند که مخلف عمرو الیوم از مال المضاربه میباشد، یا آن که وارث عمرو باید به ثبوت

رساند که مورث من این مخلف را از خارج به هم رسانیده؟ -؟. و حال آن که شارع [فقط]

ترکه ای [را] که مال میت است حکم به ارث نموده. و [در اینجا] ید مضارب بر او صدق

مکند (۲) با وجود تحقق عنوان مضاربه چگونه وارث عمرو مخلف را مال خود داند؟

حجت او نیست چیزی مگر آن که درید او بوده. و ید او (ید مضارب) (۳) است. پس باید

(وصف عنوانی) به استصحاب باقی باشد تا خلاف آن به ظهور رسد.

اگر بنا را به این بگذاریم مخالفت قواعد شریعت نشده. و عموم آیات ارث، بعد از تحقق ملکیت مورث است، و در صورت مفروضه ملکیت بالاستقلال تحقق نیافته

است.  
پس [یا باید بنا را بر این گذاشت تا] ضرر و حرج لازم نیاید و سد طرق معروف  
وتضییع

-----  
۱: عبارت نسخه: به بقای ما فی الید است. توضیح: دلیل این اصلاح (علاوه بر هر چیز) پس از حدود دو  
صفحه  
خواهد آمد.  
۲ و ۳: ید او مضارب است نه ید مالک.

مال واکل به باطل نشده باشد. یا آن که باید بالمره چشم پوشانید از کل این مراتب (که)

همگی موافق اصل و استصحاب و ظاهر [و] ید است) و متمسک شد که در ید مورث،

اصل، ملکیت است تا خلاف آن به ظهور رسد. توقع آن که بیان شافی (با اشاره به ادله

اجتهادیه) بفرمایند.

جواب: این مسأله را محقق و علامه و دیگران به عنوان جزم بدون ذکر خلاف، نقل کرده‌اند. و نظیر آن را در کتاب رهن گفته‌اند. و حاصل آن این است که هر گاه مضارب بمیرد و مال در دست او باشد و معلوم نباشد که مال مضارب است، حکم

میشود

به این که میراث است. بلی بعضی اشکال کرده‌اند در ضمان مضارب و تعلق حق به ذمه او.

یعنی هر چند علم به هم نمرسد که آنچه به جا مانده مال المضارب است که مالک مستحق

آن باشد از حیثیت این که عین المال او است. و لکن از راه این که (۱) آن مال متعلق به ذمه او

شده، الحال باید از ترکه او برداشت.

و وجه این اشکال، این است که: بالیقین مال المضارب در دست مضارب بود و بقای آن مال با وجود بودنش در دست مضارب مستصحب است تا خلافش ثابت شود. و این

استصحاب اقتضا میکند که مساوی مال المضارب از ترکه جدا شود. زیرا که به سبب استصحاب، در حکم معلوم البقاء است - هر چند علم حاصل نشود به عین مال المضارب

مشخصاً و نه در جمله آنچه در میان است از ترکه. زیرا گاه است که مال المضارب باقی

باشد و در جای دیگر باشد - و بر مضارب لازم است وفای به آن و تخلص از آن. و چون

مال متعین و مشخص نیست پس مضمون خواهد بود در ذمه او، و از ترکه او باید ادا شود. و هم چنین دلالت دارد بر آن عموم (قوله (ع): علی الید ما اخذت حتی تودی). (۲)

و این اشکال منافع میشود به این که: اصل برائت ذمه مضارب است از ضمان چیزی در ذمه‌اش. زیرا که مال المضارب منتقل به ذمه نمیشود، مگر در صورت تعدی

و  
تفریط. زیرا که ید او ید امانت است، و ضمانی به آن متعلق نمیشود، مگر با تعدی و

- 
- ۱: عبارت نسخه: و لکن چه میشود که از راه این که...  
۲: مستدرک: ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲.

تفریط. و ممکن است که تلف شده باشد بدون تعدی و تفریط. پس ذمه او بری خواهد بود. و مفروض عدم ثبوت تعدی و تفریط است. و اما استصحاب بقای مال المضارب به در حالی که ید مضارب بر آن ثابت بود، پس آن معارض با این که اصل عدم تعلق حق و تسلط آن صاحب مال است در این مال حاضر که الحال موجود است. پس چنان که اصل بقای آن مال است، همچنین عدم بودن این مال است مال او. و اگر بگوئی: چنان که اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال خاص که باقی مانده، اصل هم عدم تعلق حق مضارب است به آن. زیرا که تعلق او در وقتی است که این مال [از] صاحب آن مال نباشد.

گوئیم: بلی چنین است. و لکن ید فعلیه، مرجح این است که مال مضارب باشد. و استصحاب معارض ید جاری نمیشود. با وجود این مگوئیم که استصحاب بقای يك مضاربه مستلزم این نیست که آن ید بر این مال موجود، باشد. زیرا که گاه است که مال مضاربه را به کسی فروخته به اجلی معین، و در نزد آن شخص بوده که مضارب مرد. پس چون ید مضارب ید امانت است ضمانتی به ذمه او متوجه نمیشود. و چون ید او اعم است - از این که بالفعل در کف او باشد یا به سبب تصرف او در عمل، در دست دیگری باشد، و استصحاب اعم مستلزم استصحاب اخص نیست، و بقای قدر مشترك موجب بقای فرد خاصی از آن نیست - پس استصحاب بقای مال و بقای ید مستلزم بقای ید مضارب به بر این مال خاص، نیست.

و اما عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودی): پس آن مخصص است جزما به (ید امانتی) که در آن ضمانتی نیست، الا به تعدی و تفریط. بلی اگر علم به هم رسد به وجود مال در ترکیه به سبب اعتراف مضارب (در وقتی که بعد از آن تلفی عارض [ن] شده باشد) یا

به سبب شهادت عدلین، پس در این صورت صاحب مال در آن مال شریک است. و هم چنین هر گاه علم به هم رسد که تلف شده به سبب تقصیر او. یا این که باقی مانده و لکن مضارب تقصیر کرده است در ترك وصیت به این که این مال مضاربه است، و بعد از موت او تلف شود. در اینجا بر ذمه او قرار مگیرد و مثل دین میشود، و او با سایر دیان مساویاند در اخذ حق.



و از آنچه بیان کردیم جواب از اکثر سخن‌های سائل، معلوم شد. اما این که گفته است که (اصل عدم وجدان مال [از] خارج است)، آن معارض است به این که اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال معین مجهول الحال. و این هر چند معارض است به (اصل عدم تعلق حق مضارب به آن) نیز. و لکن ید حالیه، مرجح اول است. و اما این که گفته است که (استصحاب مقتضی حکم [به] بقای ما فی الذمه است)، منافع است به این که کی آن مال متعلق به ذمه مضارب شد تا بقای آن مستصحب باشد؟! مگر ید مضارب ید امانتی نیست؟! بر ذمه امین چیزی متعلق نمیشود مگر با تفریط. و اما استصحاب بقای مال، هر چند راهی دارد (۱) و لکن این مستلزم اشتغال ذمه نیست تا این که (۲) از این مال وضع شود. زیرا که گاه است که همان مال بر سبیل معامله صحیح در نزد دیگری باشد و آن هم مرده باشد. یا باشد و کسی نداند. و مضارب هم تقصیری نکرده باشد. بلکه گاه است شاهد گرفته باشد و وصیت هم کرده باشد، لکن شهود مرده باشند، یا غایب باشند. و اما این که گفته است که (این معنی موجب حرج و سد باب مضاربات میشود. چون رب المال، مال را به مضارب مدهد و او به بلاد بعیده مرود، و رب المال را ممکن نیست اشهاد بر این که آن مال از او است)، منافع است به این که اما فرموده است (الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر) (۳) با آن تاکید و اهتمام هر گاه رب المال اعتنا به کلام امام خود نمکند و مسائل تجارت را فرا نمگیرد و معامله میکند و به سبب جهل به مسأله به نقصان عظیم

مافتد، تقصیر بر خود او است و بر خدا و حجج او بحثی نیست. هر گاه این مسأله را ندانسته که مال مجهول درید مضارب در حکم میراث است - چنان که اکثر علما تصریح کرده‌اند - پس خود مقصر است. و هر گاه دانسته است سد و بندی بکند که به چنین بلائی نیفتد. یا [با]

-----  
۱: در نسخه: ندارد.

۲: و در نسخه: که باید.

۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۲، ابواب آداب التجاره، باب ۱ ح ۱.

مضارب خود شرط کند که به غیر فلان شهر مرو، و به آن شهر اعلام کن به آشنایان من که این مال مضاربه است. یا به رفقای مضارب بگوید که باخبر باشند تا شاهد باشند. یا او را وا دارد که اقرار کند در نزد رفقا و در آن شهر به این معنی. و امثال این امور. به همین رفع حرج میشود. زیرا که اگر مضارب مخالفت شریک کند و به شهر دیگر برود، ضامن مال هست. خواه باقی ماند و خواه نماند. و وقتی که ترك وصیت کرد، تقصیر کرده و هکذا... و این که گفته است که (احتمال این که حسبتا باشد یا دیگری به او بخشیده باشد نادر است و النادر کالمعدوم)، هر چند احتمال، بسیار ضعیف باشد و لکن شارع مقدس هر گاه فرموده باشد (اصل براءت ذمه است، و رفع آن محتاج به یقین بر اشتغال ذمه است، و مطلق ظن کافی نیست در رفع آن هر چند قوی باشد)، تا با او چه بحثی داری؟. پس در اینجا هر چند ظن قوی حاصل باشد که این مال مضاربه است، یا ظن حاصل باشد به شغل ذمه مضارب، [لکن] رافع اصل براءت نمیشود. زیرا که حجت‌هایی که اثبات دعوی میکنند محصور است در یقین یا ظنون معینه مثل بینة و اقرار و امثال آن. با وجود این که در اینجا مگوئیم: تو باید مسأله را به عنوان کلیه اثبات کنی تا مطلب تمام شود. تو فرض مسأله را در جائی کرده‌ای که مضارب مرد فقیری باشد، و منحصر باشد بضاعت در همین که از رب المال گرفته باشد. ما فرض میکنیم مسأله را در مضاربه که ده هزار تومان اوضاع دارد و صد تومان هم از دیگری به عنوان مضاربه مبرد و همه را معامله میکند در این بین ممیرد و معلوم نیست که مال مضاربه در میان این مال باشد. و این که گفته است که (شارع ترکه‌ای [را] که مال میت است حکم به ارث کرده. تا به

آخر...)، نمدانم از کدام کلام شارع این را فهمیده است که در میراث بودن شرط است که علم حاصل باشد به این که آن مال در نفس الامر مال مورث است -؟ بلکه در آیات قرآنی همه جا به عموم (ماترك) ادا فرموده. و هر چه ید میت بر آن بوده و گذاشته و از دنیا رفته (ماترك) بر آن صادق است. و همه جا شارع ید حکمیه را اعتبار کرده. چنان که ملاحظه میشود در مسأله (تداعی زوجین و وراثت طرفین در متاع بیت). و در حکم فقها به (آنچه بالقیط یافت شود مال لقیط است هر چند خیمه و فرش باشد و آن لقیط طفل و ضیعی باشد

که در بیابانی در خیمه‌ای او را بیابند)، با وجود کمال استبعاد در این که آن طفل صاحب

مالی باشد.

و این که گفته است که (ید مضارب بر او صدق مکرد. تا به آخر...)، سخن

عجیبی

است. اگر مگوئی ید مضارب بر همین معین صدق مکرد، اگر این معلوم است پس این

همان مال است. دیگر این دعویها چه چیز است؟ و استصحاب را چه مکنی؟ و این دست

و پاها چه چیز است؟ و اگر نمدانی که آن است یا نه، چگونه حکم مکنی به صدق ید

مضارب بر او؟ و از آنچه گفته شد

جواب از سایر کلمات ظاهر میشود، و احتیاج به تطویل بلاطائل نیست.

بلی در این مقام سخنی هست. و آن این است که مقتضای آیات و اخبار، وجوب رد امانات است به اهل آنها. و هم چنین ظاهر (علی الید ما اخذت) این است که واجب

است بر (ید) رد آنچه اخذ کرده از مال غیر. و وجوب رد ساقط نمیشود مگر با رسانیدن مال به صاحب. و آنچه مستثنی شده است امانتی است که تلف شده باشد بدون

تفریط، یا امین ادعای رد کند با یمین. و تکلیف به وجوب رد مستصحب [است] تا علم

به مسقط به هم رسد. و بعد از موت، تکلیفات مالیه (خواه از باب خمس و زکات باشد، با

از باب ودیعه و عاریه، یا از باب غصب) متعلق میشود به ولی میت که از مال او ادا کند. و

اصل هم بقای مال است در جمله اموال. یعنی در جمله آنچه در دست او بود، و همان

معنی مستصحب است.

و هر چند ظاهر ید ملکیت است در آنچه باقی مانده، و این که حکم نشود (۱) به چیزی

از آن از برای صاحب مال. و لکن چون ید او [بر] مجموع اموال سابقه، مرکب بود در

عین المال خود و مال غیر، پس ید او بر مجموع اموال ید ملکي خالصه (۲)، نبود، و

همان  
حالت مستصحب است. پس جمع بین ادله مقتضی این است که صاحب مال را با  
مضارب  
شريك كنيم. و لكن نه به عنوان ساير شراكات كه حق او متعلق به عين شود و با  
غرما

-----  
۱: در نسخه: شود.

۲: عبار نسخه: ید او بر مجموع اموال رايد ملكی (بر ملكی - خدل) خالصه نبود.

محاصه نشود. بکله هر گاه غریمی دیگر باشد با او محاصه کند بالنسبه. خواه او هم مثل

این باشد یا (دین ذمه خالص) داشته باشد.

و روایت سکونی (عن جعفر، عن آبائه، عن علی علیهم السلام) هم دلالت دارد بر این، و ضعف آن منجر است به شهرة بین الاصحاب. چنان که در ایضاح و تذکره نسبت

به ایشان داده‌اند. و روایت این است (عن علی (ع) انه كان يقول: من يموت وعنده مال

مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات و لم يذكر، فهو

اسوة الغرماء) (۱).

کتاب المضاربة من المجلد الثالث:

۱۶۴: سوال: هر گاه زید وجهی به عمرو بدهد که به جهت او مضاربه نماید. و عمرو رفته کنیزی از آن وجه به جهت خود خریداری نموده و متصرف شده الحال صاحب

ولد است عمرو از همین کنیز، و وجهی هم در دست عمرو نیست الا کنیز مرقوم. آیا در

این صورت عمرو را چه باید کرد؟.

جواب: در صورت مزبوره، عامل غاصب است. پس هر گاه کنیز را به عین مال مضاربه خریده، مال او نمیشود. بلکه [اگر] مالک پول اجازه بیع کند (و قایل به صحت

فضولی باشیم در چنین جائی) مال صاحب پول است و اگر اجازه نکند - یا فضولی را

[در چنین جائی] صحیح ندانیم - کنیز مال مالک کنیز است و پول باید به صاحبش رد

شود. و در این صورتها هیچ کدام، کنیز (ام ولد) نمیشود. زیرا شرط است در ام ولد شدن کنیز، این که کنیز در حین انعقاد نطفه، مال او باشد.

و اما حکم ولد: پس هر گاه عالما بالحرمة دخول کرده و فرزند به هم رسیده، آن فرزند هم مملوک صاحب کنیز میشود. پس در صورت عدم اجازه، فرزند مملوک صاحب

اول کنیز است. و هم چنین در صورت اجازه - و صحت فضولی باقول به بودن اجازه جزء

سبب نقل، و کاشف از نقل ملک در حین عقد. چنان که اشهر و اظهر است (۲) -

آن ولد

- ۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۱۳، ح ۱.  
۲: رجوع کنید به اواخر (متاخر؟) از جلد دوم.



مملوك صاحب پول مشود كه الحال كنيز مال او شده به سبب اجازه. و هر گاه عالما بالحرمة دخول نكرده بلكه شبهه او را عارض شده. پس آن ولد از او است. و لكن بايد پدر

قيمت او را (در روزی كه زنده متولد شده) به مالك كنيز بدهد. باقی ماند سخن در عوض دخول كردن به كنيز غير كه عوض آن چه چيز است؟. اظهر واشهر اين است كه عشر قيمت او است، اگر باكره بوده. و نصف عشر، اگر ثيب

بوده. و هر گاه كنيز را به ذمه خريده و بعد از آن، قيمت را از مال مضاربه داده، در اين صورت كنيز مال او مشود وام ولد مشود. و بايد مال مضاربه را به صاحبش برساند. و در صورت عجز ظاهر اين است كه در اينجا ام ولد را توان فروخت به جهت

ادای ثمن رقبه او.

۱۶۵: سوال: زيد تنخواهی به (حق السعی) یا به عنوان مضاربه، به عمرو داد كه معامله شرعیه نماید. تنخواه مزبور را نیز عامل علی حده جنسی خرید نمود [و]

ارسال

به ولایت دیگر نموده در نزد شخصی به اطلاع زيد. و شخص عامل متوفی گردیده. و

حال تنخواه مزبور معلوم نیست كه چه شده؟ آیا مراجعه از ولایات بعیده نموده یا نه؟ -؟

و بر تقدیر معاودت آیا بعد از فروش وجه آن مخلوط به مال عامل شده یا به صاحبش رد

شده؟ -؟ و احتمال این نیز - نظر به بعضی قرائین - مرود كه مدفون بوده سرقت شده

باشد. آیا از مال عامل با وجود صغار، وصی میتواند تنخواه امانت را رد نماید یا نه؟ -؟.

وعدم وصیت تفریط است یا نه؟ -؟. و بر تقدیر تفریط بودن عدم وصیت، آیا عدم فرصت

بعد از شدت مرض و ظن به موت، عذر هست یا نه؟ -؟. جواب را مفصلاً به وجه اوضح

قلمی فرموده باشند.

جواب: در صورت سوال، اشكال در عدم دخول مال المضاربه در تركه نیست، از حیث این كه مال المضاربه است. و اما حكایت تعلق ضمان: پس اظهر عدم آن

است. به  
سبب اصل براءت ذمه. و تمسك به (اصل بقای مال در خارج) منشأ ضمان نمیشود  
مادامی که تقصیر در رد آن نکرده است، و اصل عدم تقصیر است. گاه است که  
مصلحت  
اقتضا کرده که او را دفن کرده باشد در جائی، به سبب مانعی رد آن ممکن نشده تا

فوت شده. یا در نزد اهل معامله مانده است بدون تقصیری از او. و هم چنین استصحاب ثبوت ید، و صدق این که در تحت الید او است هر چند در دست

دیگری باشد بالفعل، منشأ ضمان و ثبوت در ذمه او نمیشود که متعلق به مال او باشد.

و عموم (علی الید ما اخذت) مخصص است به (ید امانت)، و شکی نیست که ید او

امانت است و ضمانی بر ید امانت نیست مگر با تفریط. و مفروض عدم ثبوت تفریط است. و اگر کسی بگوید: که رد کردن مال غیر واجب است، و این وجوب قاطع اصل

برائت است و مستصحاب است و محتاج است به رافع. پس دیگر برائت چه معنی دارد؟.

گوئیم: که اصل برائت سابقه که (عدم اولی) است در دست است. و آنچه متقین است

در دفع آن، همان صورتی است که مالک مطالبه کند به سبب فسخ مضاربه یا غیر آن، با تمکن از رد. یا آن که عامل تفریط

کرده باشد در رساندن با تلف، یا بدون تلف.

پس چون تحقق این صور معلوم نیست - زیرا که گاه است که خواهش مالک باز بر بقای معامله بوده، تا تلف شده بدون تفریط و عامل فوت شده پس - برائت ذمه از وجوب رد و ضمان بر حال خود باقی است. و فقها در چند موضع تصریح به این مسأله

کرده‌اند در کتاب رهن و کتاب مضاربه و ودیعه و غیر آن. و به هر حال ید فعلیه در اموال

میت موجب حکم بر مالکیت او است. و اصل عدم تعلق حق غیر است در آن. و اصل

برائت ذمه عامل است.

و اما سوال از ترك وصیت: پس ظاهر این است که ترك وصیت در حین ظن به موت، تفریط است نه مطلقاً. و هر گاه نیز در آن تقصیر نکرده و از برای او دفعی مرض

به هم رسیده که موجب فوات فرصت شده، یا فراموش کرده، یا کسی نبوده که وصیت کند

و شاهد بگیرد، تفریط نیست. و تا تفریط به اثبات نرسد ضمان بر آن مترتب نیست.

اینها همه در صورتی است که علم به وجود مال المضاربه در جمله ترک نباشد. خواه علم به عدم آن باشد، یا محتمل هر دو باشد چنان که صورت سوال است. و اما در صورت علم به وجود آن در جمله ترک: پس واجب است رد آن. خواه.

بشخصه معلوم باشد یا نباشد. و ظاهر این است که وارث و مالك و مال المضاربه در آن

مساوانند. یعنی هر يك به قدر الحصة میرد. خواه تركه محیط به همه باشد یا نه. و كلام صاحب المسالك در این مقام خالی از مسامحه نیست. چون موهم این است که (هر گاه مال المضاربه از جماعتی باشد و ممزوج باشد با مال میت، و مال قاصر باشد از

حق آنها، غرما [تقسیم] میکنند. و هر يك نسبت به حصه خود میبرند و به وارث چیزی نمدهند.) و این بی وجه است بلکه وارث هم نسبت به حصه خود میرد. و كلام

او را باید توجیه کرد که منافی این نباشد که ما گفتیم.

۱۶۶: سوال: زید در وصیت نامه اول مرقوم نموده که پانزده هزار روپیه و خانه و اثاث البیت (مجموع) مال دو صبی (۱) او است بی شرکت غیری. و در وصیت نامه دوم مرقوم

نموده که موازی پنجاه هزار روپیه به اولاد خود هبه نمودم به تفصیل معین. و اقرار نموده که موهب را ولایتا [در] تصرف گرفتم. و ما بقی مخلفات را مع مایملک خود - آنچه باشد از نقد و جنس و خانه و غیره - به دو پسرهای خود عبد الکرم و عبد الرحیم هبه نمودم و ولایتا تصرف نمودم.

در وصیت نامه سوم مرقوم است که: بنابر آن که سابق به موجب هبه علی حده بعضی از

مایعرف به هر دو طفل خود عبد الکرم و محمد جعفر بخشیده بودم و ولایتا متصرف

بودم، آن در تجارت شامل اموال خودم بود. و در این وقت به تفریق محاسبه طولی داشت

و از من نمشد، لهذا در این وقت بنابر قیاس و تخمین به قدر شصت هزار روپیه به جهت

خود منظور داشتم و ما بقی - از جنس و نقد و مطالبات و امانات که در اینجا و در بلاد

بعیده مثل بندر ابو شهر و بصره و بنگاله و باقی بلدان قریبه و بعیده به موجب دفتر و تمسکات میباشد - جمله از مال فرزندان مذکور است. و خانه ها و املاک مع اثاث البیت و کتب و غیره و آنچه را که من مالك هستم تمام و کمال به میرزا عبد الکرم

و محمد جعفر که نور الدین محمد باشد بخشیدم و هبه شرعیه بالمعاوضه، نمودم. دیگر

-----  
۱: در نسخه: دو صبیبه. - توضیح: راجع به چگونگی این لفظ که (صبی) صحیح است یا (صبیه)، در پی  
نویس  
صفحات بعد توضیح داده شده.

این بنده را مالی و ملکی باقی نیست. واحدی را در آن حقی و دعوائی نیست. و سوای شصت هزار روپیه که در صدر ذکر شد دیگر دیناری وجه (۱) برای خود نگذارده‌ام. و بعضی از فضلالی عصر فتوی به صحت وصیت اخیر داده. متمسک شده به این که قول و تصرف (ذی الید) در (ما فی الید) خود، ممضی و نافذ است، و این منافات ندارد با این که سابق بر این مال اولادش را ولایتا در تصرف داشته. چون علم به بقای عین مال آنها در این حال نیست.

و به جهات مختلفه این فتوی را صحیح نمیدانیم. چون ظاهر بلکه صریح عبارت (جمله مال از فرزندان مذکور است) این است (۲) که علی سبیل التخمین شراکتی که داشته است با آن دو طفل (۳) در مال موهوب به ایشان و ما یملک خود، [را] به این نهج تفریق نموده که اصل مال خود را شصت هزار روپیه قرار داده و تعیین کرده، و اصل وجه موهوب [را] به ایشان داده با منافع ایام شراکت [و با] ما بقی از جنس و نقد و مطالبات وغیره. پس چنان که بعد از این اقرار - به این که مجموع ما بقی مال ایشان است از باب اصل و منافع مال شراکت، و مرا مالی نیست سوای شصت هزار روپیه - [اگر] ذکر

- 
- ۱: این جمله در متن پاسخ میرزا (ره) به صورت (جبه و دیناری برای خود نگذاشته‌ام) تکرار شده.
- ۲: عبارت نسخه: ... صریح عبارت بنابر این که سابق به موجب هبه نامه جمله مال از فرزندان است مذکور این است.
- ۳: نسخه: بدل: با آن دو صبیبه. - توضیح: گویا یکی از نسخه برداران نتوانسته مسأله را به طور صحیح در ذهن خود تصویر کند و چنین پنداشته که تفاوت وصیت اخیر با وصیت‌های قبلی این است که ابتدا پانزده هزار روپیه به دو دختر وصیت کرده بوده. سپس در وصیت اخیر همه چیز را به دو پسر داده. و هم چنین ابتدا اثاث البیت را به دخترها داده بوده که بعدا پشیمان شده و به پسرها داده است.
- در حالی که موضوع فقط میان دو پسر (دو صبی) و خود پدر است. و سخن در این است که اگر وصیت اخیر صحیح باشد همه چیز غیر از شصت هزار روپیه مال دو پسر میشود. و اگر وصیت اخیر باطل باشد حق

دو پسر همان پانزده هزار روپيه و منافع آن (به قدر الحصة از مال الشريكة يا مال المضاربة) مي شود. و بقيه به

عنوان مال ميراث ميان دو پسر مذکور و ساير ورثه (که احتمالا نامادري بوده) تقسيم ميشود. نسخه بردار مذکور هر کسي بوده خدائش بيامرزد، بر اساس تصور خودش چنان بلائي بر سر مسأله آورده و جملاتي بدان افزوده که موجب گرديد زمان مديدي براي اصلاح آن صرف شود.



کند که (مابقی و جمیع ما یعرف را بخشیدم و هبه بالمعاوضه کردم) فاسد و عاطل خواهد بود.

زیرا که هبه باید از مال خود باشد و خود در وهله اول اعتراف نموده که چیزی ندارم و مالک نیستم سوای شصت هزار روپیه و بقیه همگی مال خودشان است از بابت

مال موهوب و منافع آن. و از آن شصت هزار روپیه مال خود چیزی نبخشیده. بلکه همان

چیزی که اقرار کرده که مال ایشان است به ایشان بخشیده. و آن باطل است. علاوه بر

این، ظاهر عبارت این است که آنچه را هبه بالمعاوضه نموده خانه و اثاث البیت و کتب

است که اعیان موجوده است و متعلق هبه باید عین موجود باشد نه دیون و مطالبات و

تنخواه متفرقه در بلاد بعیده در نزد مردم، که خودش هم نمیداند که چه چیز و چه قدر

است، و قبض و تصرف هم در آنها به عمل نیامده.

و اگر لفظ هبه، متعلق به جمیع گرفته شود (به علاوه این که خلاف ظاهر عبارت است چنان که مذکور شد) فساد هبه او لازم میآید به دو وجه. بلکه [به] سه جهت: اول:

آنچه مذکور شد که هبه [را از] مال ایشان قرار داده بعد از اقرار به این که مال ایشان است

از بابت اصل و منافع. [و این] معنی ندارد. دوم آن که: متعلق هبه باید عین مشخص موجود و حاضر عند وقوع الهبه باشد، و قبض و تصرف نیز به عمل آید. نه دیون و مطالبات و تمسکات از مردم و وجوهی که معلوم نیست سوخته و لا وصول و تعویقی آن

چقدر، و وصولی آن و قریب الوصولی آن چقدر [است]. بلکه اصل مبلغ آنها معلوم خودش نبوده چه جای موهوب [له]. به علت آن که جنسی در سنوات سابقه به نزد اشخاص متعدده در بلاد بعیده متعدده فرستاده و آنها بعضی فروخته‌اند به وعده‌های بعید، و بعضی نافروش، که اصل فروش و قیمت او هنوز مشخص او نشده. و تنخواه او

بعضی لاوصول و بعضی وصول و بعضی تلف و غرق و قدری به سلامت رسیده. و محاسبه

اینها هیچ يك به او نرسیده و اطلاع نداشته. چنین تنخواهی یقیناً هبه آن باطل است.

و هم چنین: اعیانی را که در وصایای سابقه بر وصیت لاحق، هبه نموده، (۱) و حال

-----  
۱: عبارت نسخه: ... بر وصیت لاحق به بعضی دیگر هبه نموده

داخل در این هبه کرده، نیز باطل است. بلی هبه عین مشخص موجود از آنها، صحیح است در صورتی که مشخص شود که چه بود، و مشخص شود که مال خودش بود. و حال

آن که از اول اقرار در صدر عبارت ظاهر شده که سوای شصت هزار روپیه مالی نداشته.

پس متعلق هبه نظر بر اشمال بر فاسد و غیر فاسد [با] عدم تعیین، و هر يك [به طور]

مجمل و مبهم و غیر معین [مشمول هبه میشوند] از این راه نیز فاسد میشود. هذا کله بعلاوه آن که از شهود و قرائن خارجه علم قطعی حاصل است که وجوه موهوب در وصایای سابقه تلف نشده (۱) و داخل در همین جمیع [است] که اقرار نموده است.

و قصد آن از این اقرار تضييع حق [ورثه] (۲) و حرمان ایشان بوده. با وجود این مراتب

چگونه حکم به صحت این هبه و لزوم آن میتوان نمود؟ و اگر از همه چشم پوشیده [و] (۳)

همان اقرار که (آن مال الشراکه اصلا و نفعاً، جمیع مال ایشان است) را مناط اعتبار نمایند، اولاً مجملی [را که] مصالحه نشده داخل اقرار نمیتوان کرد. و ثانیاً بعد از اقرارهای اول به جهت غیر، (۴) و حصول علم از قرائن و شهادت شهود متکثره به این که وجه

اقرار و موهوب سابق، داخل در این جمیع میشود. چگونه این اقرار اعتباری دارد؟ و بر فرض عدم علم، ید در این مقام چه اعتباری دارد که تخصیص اصل و استصحاب به آن داده شود؟ به علت این که ایشان یعنی مقرر لهما (۵) نیز صاحب یداند (۶) در

این مال. چون صغیر بوده‌اند. و خود ولایتاً تحت ید و تصرف خود در آورده و به طریق

تجارت مخلوط به مال خود نموده و تجارت کرده. پس اصل (بقای یدولایتی) است بر

---

۱: عبارت نسخه: ... در وصایای سابقه به سایر وراثت تلف شده. - توضیح: لفظ (سایر وراثت) از افزوده‌های

نسخه بردار است که قبلاً توضیح داده شد. و همین طور لفظ (به بعض دیگر) در اصلاحیه قبلی. ۲: در نسخه: به جای (ورثه) لفظ (ایشان) آمده.

- ۳: در نسخه: به جای (و)، (شود).
- ۴: یعنی: بعد از اقرارهای اول که به نام دو پسر بوده.
- ۵: عبارت نسخه: یعنی سایر موروث لهم و مقرر لهم. - توضیح: این هم از افزوده‌هاست.
- ۶: کذا.

مال مقر لهما، (۱) و بقای شراکت و اختلاط ماله به مالهما (۲) و وجود ماله فی جملة

اموالهما. (۳)

جواب: اصل در ید (یعنی قاعده [ید]) یا ظاهر، اقتضا میکند که (ید اصالتی) باشد، مگر در جائی که ثابت باشد که این [ید] (ید ولایتی) است، یا مشترک ما بین اصالتی و ولایتی است. و این باید در مال مخصوص باشد. بشخصه، [لا] (۴) بعوضه المبدل

منه به مثل المضاربة. پس در صورت فرض (عدم العلم بكون ذلك المال المبحوث عنه،

عين المال الذي حصل فيه اليد الولایتی او المشترك بينها و بین الاصلتی)، تمسك به استصحاب بی صورت است. زیرا که اگر استصحاب را نسبت به ملاحظه بقای مال کذائی

اعتبار میکنیم، معلوم نیست که آن مال موجود همان مال باشد که ید ولایتی بر آن عارض شده و منافاتی ندارد با استصحاب بقای آن مال در جای دیگر در نزد کسی دیگر، یا مدفون باشد، یا بر سبیل مضاربه در نزد دیگری باشد.

و اگر استصحاب را به ملاحظه [بقاء عوضه المبدل منه، اعتبار کنیم، چنین استصحابی فاقد آن سابقه یقینی است که در (مستصحب) لازم است].

و اگر متمسك شوید به استصحاب عدم تعدد مال که به ضمیمه استصحاب ید، حکم شود که مال همان مال است و این ید همان ید - چنان که متمسك مشوید به استصحاب طهارت در اثبات (ناقص نبودن). با وجود این که در صحت آن اشکال است و

ثبوت حکم شرعی با این استصحاب محل کلام است زیرا که غایت امر (عدم ثبوت ناقضیت) است نه (ثبوت عدم ناقضیت). و بر این، فروعی متفرع میشود در مسائل فقهیه - معارض است با استصحاب عدم ورود (ید ولایتیه) بر این مال خاص. و با تعارض

استصحابین رجوع میکنیم به اصل درید که مقتضی (ید اصالتی) است. چنان که بیان کردیم.

و اما اباحت سابقه: پس آنچه ذکر فرموده‌اند در ابطال هبه تا جائی که فرموده‌اند

---

۱ و ۲ و ۳: در نسخه: لهم.

۴: در نسخه: بشخصه یا بعوضه المبدل منه...



(بعلاوه این که خلاف ظاهر...) که حاصل آن این است که: مراد موصی تفریق محاسبه

شراکت است که به حسب تخمین، شصت هزار روپیه اصل مال و منافع موصی بوده، و

تتمه، مال و منافع صغار. پس چیزی باقی نماند که متعلق هبه باشد. و هبه مال غیر بی معنی است.

پس مگوئیم که: آنچه به فهم حقیر می‌رسد این است که غرض موصی این نباشد که تعیین مال طرفین با منافع، شده باشد با جمعها. بلکه مراد این است که حصه مال المشار که صغار را تخمینا در ضمن باقی اموال منظور داشتیم و زیادتى را به آنها هبه

کردم، و شصت هزار روپیه هم از برای خود قرار دادم و به آن اکتفا کردم. هر چند حصه

من بیش از این می‌شد.

و شاهد بر این همان عبارت آخر موصی است که گفته است (دیگر هبه و دیناری برای خود نگذاشته‌ام). زیرا که اگر مراد تفریق مال المشار که بود علی سبیل التخمین، جمیع ما یعرف او [همان] شصت هزار روپیه از مال المشار که بود (۱) و دیگر چیزی باقی

نماند که برای خود واگذارد. یا وا نگذارد. و قسرا این شصت هزار و آن باقی اموال از

باب حصه مال المشار که (که حق هر يك [بود]) می‌شد.

و شاهد دیگر (چنان که فرموده‌اند) [این است] که اموال مذکوره غیر معلوم المقدار است و هبه آن صحیح نیست پس چگونه می‌تواند شد که اموال مجهوله [را] در عوض مال المشار که قرار دهد و از حصه خود تعبیر به شصت هزار کند و از ایشان را در عهده

جهالت بالمره گذارد.

و شاهد دیگر این که: این مجموع از باب المشار که صغار نیست که در اول گفته (بعض ما یعرف خود را هبه کردم و به شراکت خود در آنها تجارت کردم) چگونه باشد

که حصه خود از مال المشار که و منافع، آن قلیل وجه شد که شصت هزار است، و حصه

صغار که بعض ما یعرف بود با منافع، چندین مضاعف است. اینها همه مبتنی است بر

۱: عبارت نسخه: زیرا اگر مراد تفریق مال المشارکه بود علی سبیل التخمین و جمیع ما یعرف او بعد از وضع شصت هزار روپیه از مال المشارکه بود....



این که (بخشیدم) را راجع به مجموع مذکور قبل (بخشیدم) بگیریم. و هر گاه راجع به

املاك بندر و كتب وغيره بگیریم - چنان که بعد از ذکر (علاوه) فرموده‌اند - پس هر

چند فی الجملة مناسبتی دارد به سبب این که همه باید در اعیان باشد، و لکن گمان حقیر

این است که بخشیدم راجع به همه است. و در اول اموال معاملات را ذکر کرده از نقد و

جنس و مطالبات، و در ثانی عقارات و اراضی و اثاث البیت و كتب (از اموال ساکنه که

منتقل نمیشود از جائی به جائی دیگر) را ذکر کرده. و همان کلمه (چیزی برای خود نگذارده‌ام) در آخر کلام، هم شاهد است.

بلی اشکالی که در صحت هبه نموده‌اند در بسیاری از اموال وارد است، بعضی از حیثیت مورد، و بعضی از حیثیت تحقق قبض و عدم آن. و تفصیل آنها محتاج به

بسطی [است] که نه حال وفا به آن میکند و نه فرصت. و اما حکایت مسبوقیت این وصیت

و هبه، به هبات و اقرارات دیگر: (۱) پس آن بر فرض ثبوت آنها، منافی صحت هبه دیگر

نمیشد. (۲) و حق این است که این امور محتاج است به مرافعه. و استفتا و فتوی در اینها

بی فایده و مورث فساد و فتنه است. خصوصا با اجمال و اهمال آن کاغذها.

۱۶۷: سوال: من مات و كان عنده مال مضاربة - بالاقرار او بالینه - و لم يعلم وجود

مال المضاربة فی ترکته ولا عدمه (بعد الموت) بوجه من الوجوه. فما حکم مال المضاربة؟ و

ما تکلیف الوارث فی التركة؟.

جواب: صرح المحقق فی الشرایع والعلامة فی بعض کتبه و غیرهما، با نه یحکم بگونه میراثا. و لکن استشكلوا فی ضمان المضارب وتعلق المال بذمته فیخرج من ترکته.

فالنظر (۳)

الی عموم قوله (ص) (علی الید ما اخذت حتی تودی)، (۴) والی دخوله تحت یده بالیقین،

-----  
۱ و ۲: عبارت نسخه: و اما حکایت مسبوقیت این وصیت وهبه به هبات و اقرارات برای دیگران پس  
فرض ثبوت  
آنها معنی از برای صحت هبه به دیگران نمیشد. - توضیح: گفته شد که افزوده‌هایی در این سوال و  
جواب رخ داده است.  
۳: در نسخه: نظرا.  
۴: مستدرک، ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲.

و استصحاب حال كونه تحت يده، يقتضى اخراجه من ماله. (١) لان الثابت بالاستصحاب فى حكم البقاء ولما لم يتشخص المال فينتقل الى ذمته ويتعلق بماله ويخرج منه. فيكون رب المال اسوة الغرماء. وهو مختار العلامة فى القواعد على اشكال. وذهب جماعة من المتأخرين الى عدم الضمان اصلا. والقول الثانى اقرب. وغاية توجيه الاستدلال للقول الاول انه لما دلت الاية (٢) والاخبار المتواترة على وجوب اداء

الامانات وردها الى اهلها، او الى من ائتمن عليها. وورد كثير منها فى (الامانة المالكية)، كما هى الظاهرة عن غيرها ايضا. ودلت الرواية المجمع عليها من ان على اليد

ما اخذت حتى تودى، وخرج من عمومها او اطلاقها ما اذا ثبت التلف بلا تفريط فى الامانة. او ادعى من هى عنده ذلك. او ادعى الرد، مع يمينه، فى بعض الصور. وبقى الباقي - كما نحن فيه - داخلا فيها. وكان الاصل بقاء التكليف بالرد والاداء الى ان

يعلم المسقط، ولم يعلم هنا.

وكان كل تكليف ما لى تعلق بالانسان - سواء كان اصليا باحد اسبابه المعلومه، او عارضا باحد العقود والايقاعات والغصب وغيرها من الاسباب - ولم يكن بقاءه مشروطا

بحياته (كالا نفاق الواجب ونحوه) يتعلق بعد موته بمن يقوم مقامه من وارث او وصى او

ولى او قيم ونحوه. بمعنى انه يجب عليه اخراج ذلك المال من تركته وصرفه فى مصرفه. وكان الاصل مع ذلك بقاء المال، حيث لم يعلم تلفه. وكونه فى جملة امواله التى

بقيت بعده، حيث كان سابقا كذلك.

ولما كانت تلك الاموال فى يده او يد امثائه، ولم يكن يده ح يد ملك على مجموعها وكان ظاهر اليد مع اشتباه الحال هو الملك لما وجد فى تركته وعدم الحكم بكون شىء منها معينا او غير معين لصاحب الامانة، ف (لجميع ذلك) جمع بين الحقيقين،

واقصر على المتيقن من حق ذى الامانة بعد الحكم بثبوتها فى الجملة ونحكم بالضمان لجملة مما ذكر، وبالمحاصة وعدم كون الامانة موجودة بتمامها فى جملة تركة الميت

١: در نسخه: وهو يقتضى اخراجه من ماله.

٢: ان الله يامرکم ان تؤدوا الامانات الى اهلها - نساء ٥٨.

--

( २४० )

حتى يقدم صاحبها على الغرماء. لاحتمال تلفها بتفريطه كلا او بعضا. فليس ذلك جمعا بين المتناقضين (١) كما قد يتوهم. فظهر قوة القول بالضمان والمحاصة معا، مع الاحتياط

بيمين الاستظهارى.

وربما يستدل له بما رواه الشيخ باسناده (عن محمد بن على بن محبوب، عن احمد، عن البرقى، عن النوفلى، عن السكونى، عن جعفر، عن ابيه، عن آبائه، عن على

—

عليهم السلام - انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء). (٢) ورواها الصدوق

فى الفقيه مرسلا عن على (ع). (٣) بتقريب ان صدر الرواية خارج عما نحن فيه، والمراد من

آخرها انه ان مات ولم يذكر مال المضاربة ولم يعلم رده او بقائه بعينه واحتمل اتلافه او

تلفه بتفريطه فصاحبه اسوة الغرماء الذين لهم دين فى ذمته. وضعف الرواية منجبر بالشهرة وبورودها فى الفقيه وبما ذكره الشيخ وغيره فى السكونى والنوفلى. اقول: وفى هذا التوجيه والاستدلال مواقع للتأمل: اما اولاً: فان الاية واكثر الاخبار [غير] ظاهرة فى الامانات المالكية. (٤) ومن الظاهر ان المراد بالرد فيها ليس وجوبه فوراً

مطلقاً. اذ هو مناف لوضع الامانة والايداع. بل الظاهر ان المراد منها عدم الخيانة. وانما

يسلم وجوب الرد فوراً، مع المطالبة وبقائها فى يده، او بدونها مع قصد الغصب، او تلفه

بالتفريط. لا بدون المطالبة وعدم قصد الغصب وتلفه بدون التفريط. وان شئت قلت (يجب عليه الرد عند المطالبة، الا ان يثبت التلف من غير تفريط، او يدعى ذلك. او الرد مع اليمين).

واما الوجوب على الوارث: فهو انما يسلم اذا كان المال باقيا بعينه، او فى جملة

---

١: وفى النسخة: المتنافيين - وجه الاصلاح ياتى بعد صفحات عند نقل قول فخر المحققين.

٢: الوسائل: ج ١٣، ابواب المضاربة، الباب ١٣ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٧٠.

٣: الفقيه: ج ٢ ص ٧٥.

٤: كما روى فى تفسير الاية عن الباقر والصادق عليهما السلام ان المراد من الامانات فى الاية، هو الامانة

واحكام  
الله تعالى من الحلال والحرام ... وكذا اكثر الاخبار. فالاية ظاهرة فى الاعم من الامانة الملكية وغيرها.

ماترك، او انتقل (١) الى ذمة المورث باتلافه مفرطاً حتى ينتقل الى تركته. واما مع عدم ثبوت شىء من ذلك: فالاصل براءة ذمة الوارث. فالوجوب على الوارث بدون شرايطه

ممنوع. واستصحاب بقاء المال لا ينافى عدم وجوب الرد. اذ قد يكون باقيا عند غيره وفى

غير ماله على وجه صحيح لا يترتب عليه الضمان. واستصحاب بقائه فى يده بالفعل - مع

كمال بعده فى مال المضاربة بعد دوران المال فى التجارة، الذى هو مقتضى نسبته بمال المضاربة. كما اشار اليه المحقق الاردبيلي (ره) - معارض باصالة عدم وجوب الرد:

سيما مع كون التركة عين ماله مشخصا.

والسر فى ذلك انه فرق بين بين البقاء الحقيقى والبقاء الاستصحابى. والمسلم فى وجوب الرد عند المطالبة، هو اذا كان باقيا قطعاً لا استصحاباً. وهكذا كلام جار فى كل

استصحابيين متعارضين. الا ترى؟ انا لانحكم بوجوب تطهير الموضع الذى القى عليه ثوب الاحتلام بعد تطهيره اذا شك فى زوال عين المني. وكذلك تطهير الموضع الذى وقع

عليه الذبابة بعدما وقع على النجاسة الرطبة اذا شك فى بقاء رطوبة رجل الذبابة. فوجوب الرد عند المطالبة انما يسلم مع البقاء العيني عنده. لامع البقاء الاستصحابى.

(٢)

والقول بان (الاصل اشتغال ذمة الميت. حتى يتعلق بالتركة). ايضا فاسد. وكذلك القول بان الامر مردد بين الامرين، (٣) اعنى بقاء المال فى التركة او انتقاله الى ذمته فيتعلق

بتركته. لاحتمال الشق الثالث (٤) بان يكون تالفاً من دون تفريط او باقيا عند امينه على وجه

صحيح لا يترتب عليه الضمان. والوارث قبل موت مورثه لم يكن مكلفاً برد المال ولا عوضه

حتى يستصحب. ولم يكن الطلب متعلقاً بذمة المضارب، لعدم العلم بتلفه. ولا بماله، لعدم العلم بانتقاله الى ذمته حتى ينتقل بعد الموت الى ماله. فكيف ينفع هذا الاستصحاب

فى حق الوارث؟ واين الدليل على ان كل تكليف كان ثابتاً فى حال الحياة فهو متعلق

-----

- ١: وفي النسخة: اذا انتقل.
- ٢: لانه ح يكون اصلا مثبتا، وهو ليس بحجة
- ٣: عبارة النسخة: وكذلك القول بان الاصل في الامر المردد بين الامرين...
- ٤: وفي النسخة: واحتمال الشق الثالث...



بالولى عموما، الا ما ثبت كونه فى ذمة الميت -؟. والحاصل: ان الميت لم يثبت كونه مكلفا برد المال مادام باقيا. والانتقال الى ذمته لم يكن بقول مطلق، حتى يثبت بقاءه بعد الموت ويتعلق التكليف بالولى. لاحتمال عدم كونه مكلفا بشيء منهما فى حال حيوته. فكيف يحكم بوجوب الرد عن التركة مطلقا بالاستحباب؟. فلم يبق شيء الا التمسك باستصحاب بقاء المال، وهو لا يستلزم وجوب الرد ولا اشتغال الذمة ايضا. [اذ] لادليل عليه الا مع ثبوت التفريط، والاصل عدمه.

مع ان الاصل عدم تعلق حق بذلك المال الموجود. سيما مع العلم با نه غير مال المضاربة.

واما ثانيا: ففي الاستدلال بالرواية. اذ لابد فيها من تقدير (مضاف) للموصول. لعدم تعلق التكليف بالاعيان. بل انما يتعلق با فعال المكلفين، والظاهر انه الضمان، لا الرد.

لانه لامعنى محصلا لوجوب الردو الاداء حتى يحصل الرد والاداء. ولاريب ان الضمان لايتعلق بالامانات حين الايمان والايذاء. بل انما يتعلق بها بالشرايط المتقدمة. والاصل عدمها. كما بيناه. فالمسلم فى دلالتها على الوجوب انما هو مع المطالبة ح مع بقاء المال و

قصد الغصب، او التلف بتفريط، الى آخر ما ذكرنا فى الكلام على العمومات. والحاصل: انا نقول: المراد اما الضمان فى نفس الامر، فاليد الاخذة خائنة فى نفس الامر من حين الاخذ الى حين التأدية.

واما الضمان فى ظاهر الحكم حتى يثبت الاداء فى ظاهر الحكم. وكلاهما فى محل المنع. وان قيل: المراد المعنى الاعم من

ذلك وهو مطلق الضمان. (٢) كما هو احد معانى كلمة (على). يعنى على اليد ضمانا ما

اخذت (٣) حتى توديعها، فان كان وديعة فعليها حفظها وعدم الخيانة حتى توديعها، وان كان

غصبا فعليها ضمانه ووجوب المبادرة الى رده. وكذلك المبيع الذى ظهر استحقاؤه للغير، فيكون من الامانات الشرعية التى تضمن بتأخيرها.. وهكذا..

[قلنا:] وهذا ايضا لا يثبت الضمان. فلم يبق هنا الا ارادة ما اريد فى عمومات

١: عبارة النسخة: وبالانتقال الى ذمته لو لم يكن بقول مطلق...

٢: وفى النسخة: مطلق الضرر.

٣: فى النسخة: بنكاية ما اخذت.



(२४२)

رد الامانات الى اهلها. وقد عرفت ان معناها عدم الخيانة ووجوب ردها مع المطالبة وبقاء العين مع امكان ردها. فلم يثبت فى مال المضاربة - بعد دوران المال فى المضاربة الذى هو معيار صدق (مال المضاربة) - تحقق البقاء مع امكان الرد مهما طلبه على الاطلاق فى اول الامر، حتى يستصحب.

واما ثالثا: فما ذكر (ان الاصل بقاء التكليف)، ففيه انه مسلم عند بقاء المال و المطالبة. والتمسك باستصحاب البقاء، فيه ما عرفت. هذا فى العمومات. واما الرواية فقد عرفت الحال فيها ايضا.

واما رابعا: ففي التعليل بان (تلك الاموال كانت فى يده او يد امنائه.. الى آخره)، ان ثبوت هذا لقدر المشترك لا يوجب استصحاب القدر المشترك فيحكم الان ايضا بكون المال فى يده او يد امنائه. وثبوت المال فى يد الامين لا يوجب ثبوته فى تركته و لا الانتقال الى ذمته وامكان رده مطلقا. اذ لعله كان باقيا عند امينه ولم يقصر فيه ولم يمكن استرداده ولم ينتقل الى ذمته حيث يستوفى من تركته. فالقول بان (الاصل بقاء المال وكونه فى جملة امواله التى بقيت)، ان اريد منه ما بقيت فى يده مباشرة، فهو ممنوع. وان اريد الاعم من المباشرة ويد الامين مطلقا، فلا ينفع فى شىء. كما لا يخفى.

مع ان هذا لا يتم فى ما علم بان الباقي فى يده الان هو عين ما له. فان قلت: ما ذكرت يبطل التمسك بالاستصحاب فى ثبوت مال المضاربة وبقائه. و كما لا يثبت الاستصحاب بقاء مال المضاربة وكون ما تركه المضارب هو مال المضاربة، فكذا لا يثبت الاستصحاب كون ما تركه مال نفس المضارب (١). لامتزاجها سابقا حينئذ.

قلت: لا نتمسك فى ذلك بالاستصحاب. بل نتمسك بان ظاهر اليد (الملك) وان كان فى المشتبه. وان حكم اليد عدم تسلط غيره على مافى يده، الا بجهة شرعية. واما جواز التصرف لصاحب اليد مع جهالة الحال بينه وبين الله، فهو مسألة اخرى، ومقتضى الاصل والاخبار الدالة على ان (كل شىء فيه حلال وحرام، فهو حلال حتى تعرف الحرام

١ : عبارة النسخة: كون ماترك نفس مال المضاربة.

(٣٤٤)

بعينه) يقتضى حليته. وكذا حليته للغير اذا اعطاه اليد. الا ترى؟ انا لا نمنع السارق والغاصب (الذى نعلم بوجود مال الغير تحت يده) عن التصرف فى امواله. بل نطالبه بالمغصوب والمسروق. فان الاصل هو ملكية صاحب اليد. والغصب والاتلاف ونحوهما

من الطوارى يحتاج الى الدليل. اذا الاصل عدم تسلط الغير على الاخذ منه. مع ان المال لا يبقى بلامالك فاذا بطل استحقاق صاحب مال التجارة فينحصر فى مال المضارب. واما خامسا: ففى [ما ذكر با نه] (نحكم بالضمان لجمله مما ذكر.. الى آخره) فانك قد عرفت انه لا دليل على الضمان ولا على بقاء المال فى التركة. فلا وجه للمحاصة و

لا لتقديم حق المالك على غيره.

واما سادسا: ففى ما ذكر من ان (ذلك ليس جمعا بين المتناقضين)، يعنى ان الحكم بالمحاصة لا يوجب الجمع بين المتنافيين. [وهذا] اجمال وابهام واهمال. و لعله اشارة الى ما ذكره فخر المحققين فى وجه المقول بالضمان، وابطله. وهو كلام واه جدا لا ينبغى ان يلتفت اليه. ولكن لما كان كلام فخر المحققين فى دفعه ايضا لا يخلو من

اضطراب، فلا باس بايراد كلامه والتعرض لما فيه. لكمال مدخليته فى تحقيق حل المقام:

قال العلامة فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوة الغرماء. على اشكال. وان عرف، قدم وان جهلت عينه). اقول: الظاهر فى وجه الاشكال ان يقال: ان وجوب الرد واستصحابه يقتضى ضمانه و تحاصه مع الغرماء. وكون المضارب امينا (لا يثبت فى ذمته شىء الا مع العلم ببقاء المال

او تلفه مع التفريط) يقتضى [عدم] اشتغال ذمته للمالك بشىء حتى ياخذ المالك منه شيئا، اصلا. لاحتمال تلفه من دون تفريط.

ولكن قال فخر المحققين فى وجه الاشكال ما هذا لفظه (ينشأ من اصاله البقاء. و عدم الوجدان لا يدل على عدم. وقوله عليه السلام: على اليد ما اخذت حتى تودى. ومن

انه امانة والاصل عدم التفريط ولم يجده بعينه. ولان الضرب مع الغرماء يستلزم الحكم

ببقاء المال. اذ لولاه لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وتعديه (١). والا لما ضرب. لانه  
حكم عدم مع ظهور (٢) التفريط فيكون مبني على النقيضين. والثاني ممنوع، فانا نمنع  
ان  
سبب الضمان عدم مع التفريط. بل سببه اما هذا او اشتباهه في ماله بحيث يتعذر  
تسليمه). انتهى كلامه (ره).  
وفيه: ان مبني قول القائل (ولان الضرب مع الغرماء...) ابطال ما ذكره والده من  
الحكم بانتقال مال المضاربة الى ذمة المضارب ولزوم تحاوصه مع الغرماء الذين لهم في  
ذمته شيء. بتقريب انه مستلزم للمحال. ومبني ما ذكره فخر المحققين في دفعه حيث  
قال (والثاني ممنوع...) تصحيح كلام والده، ودفع لزوم التناقض، والتزام  
صحة الضرب مع الغرماء في صورة اشتباهه في ماله بحيث يتعذر تسليمه. وهذا ليس  
موافقا  
لمفروض كلام والده. اذا المفروض فيه انتقاله الى الذمة والتحاوص مع الديان. لامع  
الذين  
وجد مالهم في ماله مشتبهها. كما يشعر به قوله بعد ذلك (وان عرف، قدم وان جهلت  
عينه).  
فمقتضى اول وجهي الاشكال، البناء على وجود المال بالاستصحاب وتقديم  
صاحب مال المضاربة على غيره من الديان - وان وجد مثله (مثل ان يتعدد ارباب  
مال المضاربة) فيتحاوصون ايضا، ولكن هذا التحاوص ليس من باب التحاوص السابق،  
وهذا  
غير مذكور في كلام العلامة وان كان من لوازم استشكاله، اذا بني على بقاء المال - و  
مقتضى الوجه الثاني عدم اشتغال ذمته لرب المال بشيء، وعدم تعلق حق له في ماله  
ايضا. ومقتضى ما ذكره ثالثا (في الرد على من ادعى التناقض في القول بالضرب  
مع الغرماء) الحكم بوجود المال مشتبهها والتحاوص. وح فان حملنا التحاوص على  
التحاوص  
مع الغرماء المطالبين في الذمة، فهو لا يتم مع الحكم بوجود المال مشتبهها. اذ مقتضاه  
تقديم  
رب المال. لا التحاوص مع ساير الغرماء. مع انه خارج عن موضوع المسئلة. اذ هو  
مالم يعرف

١: في الايضاح المطبوع بنفقة كوشانيور - ١٣٨٧ هـ ق، ج ٢ ص ٣٢٩ -: (بعده) بدل (تعديه). وكذا  
(عدم التفريط) بدل (ظهور التفريط). لكن الصحيح ماجاء به المصنف قدس سره.

(٣٤٦)

بقاء مال المضاربة. (١)

وان حملنا على التحاص مع امثاله ممن وجد ماله مشتبه في امواله، فهو وان كان صحيحا لكنه ايضا خارج عن موضوع المسئلة. فلا يحسن تنزيل كلام المتخاصمين فيه على غيره.

ويمكن ان يقال: قوله (ولان الضرب مع الغرماء... الى آخره) اشكال مستقل يرد على كلام العلامة. لا انه من تنمة الوجه الثانى من الاشكال. يعنى لابد ان يكون الحق مع احد الامرين: اما الاستصحاب وتقديم صاحب المال على غيره. واما برأثة الذمة راسا.

فلا وجه لقول المصنف باشتغال الذمة والتحصا مع الغرماء. لاستلزامه المتناقضين. اذ لايجوز الحكم بالتحصا على تقدير عدم المال. اذ على هذا الفرض يحكم با نه مال المضارب، لاصالة عدم التفريط. فلا بد ان يكون الحكم بالتحصا على فرض عدمه. و لازم ذلك، الحكم بوجود المال وعدمه. وهو الجمع بين النقيضين. ودفعه فخر المحققين

بمنع الثانى (اعنى استلزام التحصا الحكم بعدم المال معللا بان هذا الحكم مختص به مع التفريط). ووجه الدفع منع اختصاص ذلك. اذ قد يكون معه وقد يكون مع وجود المال

مع اشتباهه بين امواله. ولازم ذلك دفع الاشكال عن مختار والده بحمل كلامه على الحكم

ببقاء المال مشتبه. وهو خلاف ظاهر كلام والده. اذ ظاهره الانتقال الى الذمة و عدم الحكم بوجوده مشتبه والتحصا مع مطلق الغرماء. كما عرفت. وقد عرفت ما فيه.

ففى المسئلة وجوه اربعة: احدها: انتقاله الى ذمة المضارب ويتحصا رب المال مع مطلق الديان. وهو ظاهر عبارة القواعد. والثانى: الحكم ببقائه فى المال مشتبه وتقديمه

على الديان. ويلزمه انه لو وجد مثله فيحصا معه، وهو الوجه الاول الذى ذكره فخر المحققين للاشكال. والثالث: الحكم بكونه ميراثا وعدم استحقاق رب المال شيئا، لا فى المال ولا فى الذمة. وهو الوجه الثانى الذى ذكره. والرابع: الحكم ببقائه مشتبه والتحصا مع جميع الغرماء. وهو مقتضى احد الاحتمالين الذين ذكرنا هما فى ما

ذكره فى دفع التناقض فى رفع البحث عن والده فى حكمه بالتحصا.



١ : اى: اذا لموضوع هو مالم يعرف بقاء مال المضاربة.

(٣٤٧)

وجعل ذلك من محتملات عبارة والده بعيد. مع انه بعيد فى نفسه. وان اراد التحاص بين امثاله لامطلق الديان، فهو لا يناسب فتوى والده. بل هو مناسب لاول وجوه

الاشكال الذى ذكره. فهو غير ملائم لدفع الاشكال عن كلام والده حيث قال (انه اسوة

الغرماء). اللهم الا ان يقال ان مراده من (اشتباهه فى ماله بحيث يتعذر تسليمه) الاشتباه فى انه فى ماله ام لا. لاجوده فى المال مشتبهها. ليمنكن تطبيقه على كلام والده. والحاصل: ان القائل قال: ان القول بالتحاص يستلزم وجود المال. لان مع العدم، الاصل عدم التفريط. فلاضمان فلاتحاص. ويستلزم عدم المال. لان التحاص انما هو حكم

العدم مع التفريط لاغير. وقال فخر المحققين بمنع اختصاص التحاص بالعدم مع التفريط،

بل يمكن ثبوت التحاص اما مع العدم مع التفريط، او مع احتمال الوجود والعدم واشتباه الامر فى ذلك. فبذلك يحصل توجيه لكلام والده، ولكنه يرد عليه ان الاصل البرائة بنفى الضمان ولزوم التحاص. لانه امين كما بينه فى الوجه الثانى من الاشكال. وبالجملة

كلامه هنا كلام مظلم غايته لايهتدى الى مرامه.

واما سابعا: فى الاستدلال برواية السكونى: فتفكيك آخرها عن صدرها يوجب تشويه الكلام واخراجه عن النظام. اذ مفهوم الشرطية الاولى (ح) لايفيد فائدة يعتدبها. اذ فيه سكوت عن حكم ما علم وجود مال المضاربة بشخصه مع عدم تسمية مجموعه لاحد

معين. (١) بخلاف ما لو جعلنا الشرطية الثانية بيانا لمفهوم الشرطية الاولى، وان اريد جعل

الثانية بيانا لمفهوم الاولى، فيبقى ضمير المحذوف فى قوله (لم يذكر) بلا مرجع. اذ المفروض ان مال المضاربة المتقدم ذكره هو ما علم بقائه بعينه، ليمنكن صيرورته مشارا

اليه لكلمة (هذا)، والمفروض ان المستدل ارجعه الى مال المضاربة [الذى] يعلم بقائه بعينه، وهو غير مذكور سابقا ولا مدلول عليه، بالمقام. وان سلمنا ارجاعه الى مطلق مال المضاربة، لاختصاص المعين المشخص. فهو ايضا شامل للمعين المشخص، فكيف يختص (٢) بمالم يعلم بقائه بعينه؟ مع ان ما علم بقائه بعينه الذى هو داخل فى المطلق ليس

-----

١ : لابد هنا من ملاحظة الحديث مرة اخرى: عن على (ع) انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء.  
٢ : وفي النسخة: مختصة.

حكمه ما ذكره من تسوية جميع الغرماء بل هو مختص بصاحبه.  
وبالجملة: هذا الحمل مستبعد جدا من وجوه شتى. والرواية ظاهرة في حكم ما علم بقاء مال المضاربة بعينه. لذلك لم يستدل احد به في هذا المقام، على ما احاط به خبرنا.

وفهم الاصحاب لهذه الرواية ايضا شاهد على ذلك فلاحظ التذكرة قال فيها (اذا مات العامل وعنده مال مضاربة لجماعة متعددين، فان علم مال احدهم بعينه كان احق به. و ان جهل كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربة، قضى به ميراثا. ولو سمي الميت واحدا

بعينه، قضى له به. وان لم يذكر، كان اسوة الغرماء. لما رواه السكوني عن الصادق (ع) عن

آبائه عن علي (ع) انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء.). انتهى كلامه (ره).

فان ظاهر كلامه ان قوله (ولو سمي الميت واحدا بعينه) معطوف على اول الكلام المفروض [فيه] وجود مال المضاربة. ولما كان الحكم في مسئلة غرماء الميت تقديم من وجد

ماله في التركة فذكر هنا حكمين من هذه المسئلة: احدهما: انه لو علم بقاء مال المضاربة عن

جماعة متعددين، وكان مفروزا من ماله وعلم بالبينة او الاقرار بكون مال معين من جملة تلك

الاموال من احدهم، فهو مقدم على غيره. وان جهل، كان الجماعة في ذلك المال سواء.

وثانيهما: انه لو كان عنده مال مضاربة مفروز من ماله واقر في حياته ان مجموع ذلك المال

من احد من الجماعة، فهو له. وان لم يقر بذلك واحتمل كونه لواحد آخر منهم او لاكثر من

الواحد، فالجميع سواء.

والحاصل: ان موضع المسئلتين العلم ببقاء مال المضاربة مفروزة قابلة لجماعة معينين غير معلوم حالها باشتراك الجميع فيه او اختصاص بعضهم بجميعه او اختصاص بعضهم ببعضه. فان علم بالبينة او الاقرار كون بعض معين من الجميع، من واحد معين، فيختص به

ويعمل بالباقي معاملة الغرماء. سواء شارك معهم لو لم يف ما علم باختصاصه به. او

وفى وبقى  
معاملة الغرماء فى غيره. وان اقر بان الجميع مال واحد من الجماعة، فهو له ويبقى ساير  
الجماعة داخلين فى مسئلة (من مات وجهل كون ما ترك من مال المضاربة) فيحكم  
بكونه  
ميراثا، المعبر عنها بقوله (وان جهل كونه مضاربة قضى به ميراثا). والرواية واردة فى  
بيان

حكم المسئلة الثانية من المسئلتين المتقدمتين، كما فهمه واستدل بها لها.  
فتنزيل الرواية على صورة العلم ببقاء المضاربة، فى غاية البعد. اذ الظاهر منها ان قوله  
(ع) (وان مات ولم يذكر) معطوف على قوله (ان سماه.. الى آخره). وتوضيح الرواية  
ان

لفظ (عنده مال مضاربة) ظاهر فى ماتعين وتشخص انه مال مضاربة موجودة متعينة.  
ويؤيده

ما بعده ايضا فان قوله (ع) (ان سماه بعينه) كان قابلا (١) لتسميته [المال] بمال  
المضاربة

باحتمال كون [مال] المضاربة غير متشخص وغير متميز فى الخارج. يعنى قال (ان)  
هذا المال

مال المضاربة) لا (ان مال المضاربة حاصل فى جملة اموالى) و [كان قابلا] لتسميته  
بمال

المضاربة مع تسمية صاحبه وتعيينه.

لكن الظاهر ان المراد تسمية صاحبه مع تعيين مال المضاربة. بقرينة تفسيره (ع) بقوله  
(فقال هذا لفلان) من جملة من يحتمل كونه له من ارباب مال المضاربة. فاسم الاشارة  
حقيقة فى الموجود المتميز المتشخص الحاضر فى الخارج. فلا بد ان يكون المشار  
اليه هو

مال المضاربة المتقدم ذكره فى كلامه (ع) وضمير المفعول فى كلمة (سماه) ايضا  
راجع الى

ذلك المال. فهذه قرائن متعددة لوجود المال وبقائه وتشخصه وتميزه. وحكم (ع) فى  
هذه

الصورة بان له، اعنى هذا المال المتشخص المتميز لمن سماه وعينه.

ثم بين (ع) مفهوم هذه الشرطية على سبيل المنطوق وقال (وان مات) يعنى هذا  
الرجل الذى عنده مال مضاربة موجودة متميزة، (ولم يذكر) يعنى لم يسمه لاحد ممن  
يحتمل

كونه له من ارباب مال المضاربة، (فهو اسوة الغرماء) يعنى ذلك الرجل الذى فرض  
كون

المال له من جملة المحتملين لكونه لهم فى

الشرطية السابقة، اسوة الغرماء. يعنى هو تابع لسائر المحتملين لكونهم من ارباب هذا  
المال. ويحتمل رجوع كلمة (هو) الى المال المذكور. قال فى مجمع البحرين: المال  
اسوة بين الغرماء: اى شركة ومساهمة بين غرماء المفلس، لا ينفرد به احدهم دون  
الآخر.

والحاصل: ان الرواية ظاهرة فى صورة وجود مال المضاربة وارىد بالغرماء فيها

١ : فى النسخة: ان كان..

(٣٥٠)

الذين هم مشتركون فى مال المضاربة على فرض عدم تسمية الميت اياه لاحدهم، و متساوون فى الاستحقاق على قدر نصيبهم. فلا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه. يعنى فى مالم يعلم بقاء مال المضاربة، وان علم بكونه فى يده سابقا.

واما ذكره من اعتضاد الرواية بالشهرة: فلم نقف على هذه الشهرة فى ما نحن فيه، ولا على من نقلها. بل ظاهر عبارة التذكرة، عدم الخلاف فى ما نحن فيه. اعنى فى كون المال ميراثا اذا لم يعلم بقاء مال المضاربة. وسكت عن الضمان. (١) كما فى الشرايع

قال (اذا مات وفى يده اموال مضاربة، فان علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل،

كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربة، قضى به ميراثا). وذكر فى المسالك بعد ذلك،

الاشكال فى ضمانه لمال المضاربة وعدمه، ورجح الثانى. وفى التحرير قال (اذا مات و فى يده اموال مضاربة، فان علم مال احدهم بعينه، كان اولى به. فان جهل، تساوا فيه. و

ان جهل كونه مضاربا، قضى به ميراثا. ولو مات وعلم ان بيده مال مضاربة ولم يوجد، ففى اخذها من التركة اشكال). وقال فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوة الغرماء، على اشكال. وان عرف، قدم و ان جهلت عينه).

والحاصل: ان اكثر عبارات الاصحاب (الموجودة عندى) حاكم بصيرورة المال ح ميراثا. انما الاشكال فى الانتقال الى ذمته. ورجح جماعة من محققى المتأخرين العدم، و

يظهر وجهه مما تقدم. ولم نقف على هذه الشهرة التى ذكره. نعم ذكروا نظير هذه المسئلة

فى الوديعة. ونسبه جماعة الى الاكثر. وذلك لا يوجب كون الرواية (على فرض دلالتها) موافقة للاكثر فى مانحن فيه حتى يعتضد به. مع ان الاشكال فى الوديعة ايضا حاصل.

و يمكن ان يكون وجه الفرق بين الوديعة وبين ما نحن فيه ان الوديعة مبنية على محافظة العين من دون تصرف فيه، بخلاف المضاربة. فان الغالب فيه الدوران والانتقال من يد الى

اخرى. وظهور البقاء عنده فى الوديعة اكثر. ولكن الدليل الذى ذكرناه فى المضاربة جار فيها ايضا. على انا نقول: ان كلامهم فى الوديعة مبنى على التفريط من جهة



١ : فى النسخة: ولكنه سكت عن الضمان.

ترك الوصية. كما يظهر من استدلالهم فى هذا المقام. وكذا استشكل هؤلاء فى الضمان اذا مات فجأة ولم يجد فرصة للايصاء. قال العلامة فى القواعد فى باب الوديعة فى الفصل الثانى المعقود لذكر موجبات الضمان (ولو اراد السفر فدفنها، ضمن. الا ان يخاف المعاجلة). اى معاجلة الاخذ والتلف فى اخذها، او معاجلة رفقة السفر. وهكذا فسر فى غير واحد من العبارة. [ثم قال] (ومن حضرته الوفات وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فان اهمل، ضمن. الا ان يموت فجأة على اشكال.).

قال فخر المحققين: ينشأ من التفريط بترك الاشهاد، لانه نوع حفظ من الوارث لو مات ولم يعلم وهو معرض للموت. ومن الاصل وان مبنى الوديعة على الاخفاء. والاقوى الضمان، لان الوصية بها والاشهاد سبب فى منع الوارث من جحودها، وفى وجوب ادائها ظاهرا ان علم بها، وفى نفس الامران لم يعلم. وذلك كله سبب للحفظ فتركه سبب لترك الحفظ. ولا معنى للتفريط الا ذلك). ثم قال العلامة (ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندى ثوب وله اثواب، ضمن. اما لو قال عندى ثوب ولم يوجد فى التركة ثوب، لم يضمن. تنزيلا على التلف قبل الموت،

على اشكال). قال فخر المحققين: قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله (ص)

على اليد ما اخذت حتى تودى. (١) وانما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم. فلا يسقط

الضمان بالشك. ولعلمنا الوديعة وجهل عينها، فيكون كما لو كان عنده وديعة فدفنها و سافر ولم يطلع عليها احد فانه يضمنها فى ماله، فكذا هنا. لان السفر والموت فى هذا المعنى واحد. وهذا قول الشيخ فى المبسوط واستدل بهذين. ويحتمل العدم لان الوديعة ليست سببا للضمان. بل سببه التفريط ولم يعلم. والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه محال. ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد. والاصح الثانى. انتهى كلامه.

---

١: المستدرک: ج ٢، ابواب الوديعة، الباب ١ ح ١٢.

اقول: ولعله فرق (١) بين ترك الوصية مطلقا، والوصية بثوب مع وجدانه فى التركة. كما ذكره. وليس هنا تقصير لكفاية الوصية بثوب اذا لم يكن عنده اثواب. بخلاف ما لو كان عنده اثواب، للزوم الاجمال فى الثانى دون الاول. وموضع الاستشهاد فى كلامه

هو ما ذكره من الدليل لاكثر العلماء بما ذكره من كونه كالدفن فى المسافر. فاعتماد الاكثر فى الضمان على التفريط. وان جمع بينه وبين الاستدلال بالرواية الاعم من صورة التفريط. واصرح من ذلك عبارة التذكرة حيث انه (بعد ما ذكر حكم السفر والموت) قال

(اذا اوصى بالوديعة وجب عليه تبينها وتمييزها من غيرها بالاشارة الى عينها او بيان جنسها ووصفها. فلو لم يبين الجنس ولا اشار اليها بل قال عندى وديعة، فهو كما لم يوص.

ولو ذكر الجنس فقال عندى ثوب لفلان، ولم يصفه، فان لم يوجد فى تركته جنس الثوب،

فاكثر علمائنا على ان المالك يضارب الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة. لتقصيره بترك البيان). ثم ذكر باختياره عدم الضمان. ثم قال بعد ذلك (قد بينا الخلاف فى ما اذا

كان عنده وديعة ثم مات ولم يوجد فى تركته، وان الذى يقتضيه النظر عدم الضمان. والذى عليه اكثر العلماء منا ومن الشافعية وجوب الضمان).

وقال فى الشرايع: اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل يخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاق التركة حاصهم المستودع وفيه تردد. قال فى المسالك:

وهذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة اوجب بثوب يده عليها والتزامه بها الى ان يرده الى مالكها. فادا لم يعلم كان ضامنا لها، لعموم (على اليد ما اخذت حتى تودى)، ولانه بترك تعيينها مفراط فيها فيضمن، ولان الاصل بقائها فى يده الى الموت، وبعده يكون فى جملة التركة. فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل. فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء.

ثم ذكر لتردد المصنف وجهين: احدهما: ان يكون ناظرا الى الاصل الضمان. لاصالة البرائة وعدم التفريط. ولا ينافيها اصالة بقاء المال. لعدم استلزامه تعلقه بالذمة. و ثانيهما: ان يكون ناظرا الى كيفية الضمان. فان اصالة البقاء يقتضى كونها فى جملة

(२०२)

التركة وان كان عينها مجهولة. وهو يستلزم تقديم مالکها على الغرماء، لامحاصته معهم.

ثم قال: والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم يتميز، قدم مالکها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك. وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء. والا فلا ضمان اصلا. لاصالة براءة الذمة.

وقد عرفت مما قدمناه ان ماقيه فى المسالك قوى متين. وظهر ايضا مما ذكرنا ان فتوى اكثر علمائنا بالضمان فى الوديعة، ان كانت مبتنية على التفريط فى الوصية، فالضمان حق. لكن على تفصيل فى تركها راسا او اجمالها بحيث يعلم بقائها فى المال مجهولا. فيضمن فى الاول مع تحاص الغرماء، ويقدم على الغرماء فى الثانى.

و لكن الاشكال بعد باق فى ان مطلق عدم معلومية الوصية تفريط، او اذا علم انه شارف الموت ولم يوص؟ -؟. والمسلم انما هو الثانى. لامطلقا. وحاصل الغرض من نقل هذه الكلمات بيان الفرق بين الوديعة والمضاربة. حيث ان الاكثرين ذهبوا الى الضمان فى الوديعة دون المضاربة. فالتمسك بالرواية فى المضاربة لاعتضادها بعمل الاكثرين وهن فى وهن. (١) مع انهم ذكروا مثل هذه الكلمات فى الرهن

ايضا. والظاهر ان الاكثرين مختارهم فى الرهن موافق لما اخترناه فى المضاربة. فتوهم (اعتضاد الرواية هنا بعمل الاكثر سبب فتوى الاكثر فى الوديعة بالضمان)، معارض بانها -

على فرض مطابقتها لما قال المستدل - مخالفة لفتوى الاكثر فى الرهن. حيث قالوا (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له). كما هو مصرح به فى القواعد

و التحرير والشرايع وغيرها، من دون نقل خلاف واشكال. وقال فى المسالك (ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة جازمين بحكمها على الوجه المذكور) الى اخر ما ذكره من وجهى الاشكال. ورايت فى بعض الحواشى المنسوبة الى فخر المحققين - وكأنه. بخط بعضى الفضلاء - مكتوبا على عبارة القواعد

هذه (٢) (هكذا قال بعض الاصحاب).

١: ولعل الاصل: وهم فى وهم.

٢: اى تعليقا على هذه العبارة (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له) فى القواعد.

(۳۵۴)

والحاصل: ان ظاهرهم ان فتوى الاكثر هو ذلك. ولا باس ان يشير الى وجهى الاشكال وان كان يستفاد مما تقدم، ولنقتصر بما ذكره فى المسالك، فانه بعد ما ذكر عبارة المحقق حيث قال (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه) قال: المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجودا فى التركة ولا معدوما، فح يكون كسبيل مال المرتهن. اى بحكم ماله. بمعنى انه لا يحكم للرهن فى التركة بشيء، عملا

بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، واصالة برائة ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق

بذمته لانه امانة، ولا بماله لاصالة بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا.

هذا بحسب الظاهر وان كان فى نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة. وقوله (حتى يعلم

بعينه) المراد به ان الحكم المذكور ثابت الى ان يعلم وجود الرهن فى التركة يقينا. سواء

علم معينا او مشتبهها فى جملة التركة، وان كان العبارة تؤذن بخلاف ذلك وان الرهن اذا

لم يعلم فى التركة متعينا متميزا فهو كسبيل ماله، (١) وليس بمراد قطعا. اذ لا فرق فى ثبوت

حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا فى مال آخر، ومتيقنا وان كان مجهول العين. وطريق التخلص ح الصلح. واعلم ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا

جا زمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة مقاربة او متحدة. وذكروا نظيرها فى باب

الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها. والامر فيه كذلك، فان اصالة برائة ذمة المرتهن

معارضة باصالة بقاء المال والحال انه فى يد المرتهن وقد قال صلى الله عليه وآله: على اليد ما اخذت حتى تودى. فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصالة بقاءه وثبوت يده يقتضى كونه

فى يده. فاذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاءه وان لم يتحقق كونه من جملة التركة لاحتمال كونه فى محل آخر. الا ان على المرتهن التخلص منه. وحيث لم يتعين يكون مضمونا. خصوصا اذا امكنه الوصية والاشهاد فلم يفعل. وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود، فيقدم بقدره على غيره من الديان. لانه بمنزلة الشريك حيث حكم ببقاء ماله. ويحتمل كونه بمنزلة الديان، لعدم العلم ببقاء عين المال واصالة بقاءه

١: وفي بعض نسخه المسالك (وان الرهن اذا لم يعلم في التركة متعينا متميزا والا فهو كسبيل ماله). ولكن الصحيح ما جاء به المصنف هنا.



بحسب الظاهر، فيكون بمنزلة الدين. ويمكن ان يقال - على اصل هذا الاشكال - لا تعارض

بين الاصلين السابقين. فان اصاله بقاء المال يمكن ان يجامع اصاله البرائة. لان المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانة، ثم يمكن تلفه بغير تفريط. فلا يكون مضمونا. و حديث (على اليد ما اخذت حتى تودي) لا بد من تخصيصه بالامانات. ولم يعلم هنا مايزيل الامانة. فيبقى اصاله برائة الذمة رافعة لاستحقاق الراهن عن المال والذمة. لعدم التعارض. فيتم ما اطلقوه حيث يشتهه الحال. وهذا البحث جار في كل امانة يمكن تلفها

قبل الموت بغير تفريط. انتهى كلامه قدس سره.

وينبغي هنا التنبيه لامور:

الاول: ان الجمع في الاستدلال للضمان - في الوديعة بين قوله ص (على اليد ما اخذت) وبين قولهم بان ترك تعيينها تفريط، وانه من باب دفن الوديعة لمن اراد السفر -

غير جيد. لانهم ان ارادوا انه لم يوص ولم يشهد وقصر في التعيين فهو ضامن، فهو وجيه. ولكنه لا يصح الاستدلال به في المسئلة على الاطلاق. وان ارادوا ان مطلق اختفاء

امر الوديعة وصيرورته مجهولا كاشف عن التقصير، فهو في محل المنع. اذ لعله لم يقصر و

لم يفرط واوصى واشهد، لكنه خفى الامر بعد ذلك لموت الموصى او الشاهد او غير ذلك.

الثاني: ان وجه الفرق بين المضاربة وبين الوديعة غير واضح حيث افتى الاكثر في الوديعة بالضمان دون المضاربة. ولعل وجه الفرق ما اشرنا سابقا من ان مقتضى المضاربة التقلب في الايدى وعدم لزوم استمرار يد المضارب عليه مباشرة. بخلاف الوديعة

للزوم استمرار اليد المباشرة عليه لاجل الحفظ، بل وستره عن الغير واخفاء امره. فالظاهر

بقاء اليد المباشرة

على الوديعة واستصحابها. بخلافها في المضاربة. لكن ذلك لا ينفع في اثبات التفريط على الامين. ولا ينافي ذلك اصاله برائة الودعي عن الضمان حتى يثبت التفريط.

الثالث: ان وجه الفرق بين الرهن والوديعة غير واضح. فما وجه فتوى الاكثرين في الوديعة بالضمان وفتويهم بعدمه في الرهن مع كون الرهن ايضا وديعة -؟ ويمكن ان يقال: الفرق هو ان الرهن في موضع الاتلاف من المرتهن غالبا لكونه وكيلا في بيعه و

(۳۵۶)

استيفاء حقه، بخلاف الوديعة فانه مأمور بحفظه من دون تصرف فيه اصلا. ولكن هذا ايضا

ممالا يصلح لرفع اصاله البرائة وعدم الضمان فى الوديعة كما مر.

الرابع: انه (١) فى شرح قول المحقق فى المضاربة (اذا مات وفى يده اموال مضاربة فان

علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل، كانوا فيه سواء) قال: (٢) ضمير (فيه) يعود

الى المال المجتمع من اموال المضاربة. ومعنى استوائهم فى ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم بالسوية، كما فى اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا اذا كان اموالهم مجتمعة فى يده على حدة. واما اذا كان ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك. ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا. [انتهى كلامه ره].

واورد عليه بان الوجه فى حرمان الورثة مع قصور تركته عن مالهم او مساواتها مع فرض وجود مال [الغير] غير واضح الامع ثبوت موجب ضمان التالف من اموالهم من تعد او

تفريط. فيثبت امانته وعدم ضمانه للتالف الامع احد الامرين. والاكتفاء فى الضمان باحتمال احدهما، مرفوع بالاصل. وعموم (على اليد ما اخذت حتى تودى) مخصص بمادل على امانته. فالوجه ضرب الورثة مع الغرماء فى التحاص، واخذهم جميع مال مورثهم

مع العلم بعدم تلف شىء منه. ومع احتمالهم يتحاصون معهم بنسبة مالهم. ويمكن حمل

كلامه عليه بتعميم (الغرماء) فى كلامه للورثة بضرب من التغليب. ولكن يشكل بتوقف ذلك على معرفة مقدار مال الميت ومعلومية نسبته بالاضافة الى اموالهم. ولو جهل اشكل الحكم فى ضربهم معهم فى التحاص.

اقول: ولعل مراده من قوله (ممتزجا مع جملة ما له) عدم كون مال المضاربة مفروزا من ماله بل داخلا فى ماله وممزوجا فيه بحيث اشتبه عينه مع العلم ببقائه وعدم تلفه، على وجه لم يكن مكلفا برده. فصاحب مال المضاربة ح كالشريك للورثة، وليس (٣) كالصورة

١ و ٢: اى: ان الشهيد (فى المسالك) قال....

٣: عبارة النسخة: ... كالشريك للورثة نمنعه انه ليس...

(२०४)

الاولى حيث يتعلق الحكم بالرد الى صاحب مال المضاربة بالمفروز فقط فيبقى الباقي (١) فى

حكم الميراث لاصالة البرائة. بل يتعلق الحكم بالرد هنا الى مجموع الملك لكونه فيه ولو  
مشتبها. ولا ريب فى تقديم رب مال المضاربة ح على ساير الغرماء المطالبين منه فى  
ذمته

فضلا على الورثة. فلا معنى لتحاص الورثة معهم.

والحاصل: ان الغريم الذى ماله موجود فى التركة مقدم على من لم يوجد ماله  
فى التركة. سواء كان وجوده معلوما بعينه وشخصه او مشتبها فى جملة امواله. فح  
يصح قوله (ره)

(ان وسعت التركة اموالهم اخذوها. وان قصرت تحاصوا). وقوله (ره) (كالشريك)  
دون

ان يقول (شريك) اشارة الى ان حق الغرماء فى ذلك المال مقدم على رب المال. و لو  
كان

شريكا حقيقيا لم يقدم على شريكه. ولما كان حساب اموال الغرماء غالبا مضبوطا و  
حساب مال المضارب غير منضبط - لانه يتصرف منه تدريجا ولا يمنع من التصرف -  
فهم

شركاء فى المال، حيث ان مالهم مخلوط بماله. وليسو بشركاء حيث ان حقهم مقدم  
على التركة وقد يبقى للوارث شىء وقد لا يبقى. فلذلك قال (كالشريك). فقد لا يبقى  
مجال لتحاص الورثة معهم، حيث لم يبق الا المساوى لما لهم اواقل. وقد يبقى لكن  
بمعنى

انه ياخذ الغرماء مالهم بحساب اموالهم ويبقى للورثة ايضا حصة. لكن حصتهم غير  
مبتنية

على حساب ما يبقى.

فلو فرض انه اعترف ان (جميع اموال ارباب المضاربة موجودة عندى [و] لم يتلف،  
ولكن دراهمهم فى الكيس الذى فيه دراهمى، وغلتهم فى الانبار الذى فيه غلتى  
مخلوطا). واتفق انه صرف منهما تدريجا بظن انه لم يصرف بقدر لم يبق حصتهم او  
بقى

اقل منها. وعلم باقراره عدم تلف مالهم على وجه لا يضمنها، فحقهم متعلق بذلك المال  
ما بقى شىء منه. ويظهر الثمرة فى عدم تحاصهم مع الغرماء المطالبين عنه فى ذمته  
لا فى

ما له. فعلم مما ذكرنا انه لامنفات بين كون مال المضاربة مع جملة الاموال وبين  
قصور التركة عن مال المضاربة عنده وكونه ممتزجا بماله. ومع هذا ليس هناك شىء

يبقى لنفسه حتى يتحصص معهم. فيؤخذ مثل مال المضاربة ان بقى بمقداره، او الاقل ان

١: وفي النسخة: فيبقى الثاني...

بقى الاقل، فيتحاصون. ثم ان وجد له مال آخر، يستوفى منه. والا فيدخل فى مسألة (عدم مال المضاربة). وقد عرفت ان الاقرب فيه عدم الضمان، لاصل البرائة وكونه امينا.

نعم: يرد كلام المورد اذا ثبت امتزاج مال المضاربة بمال من امواله (او فى جميع امواله) من دون العلم ببقاء جميع مال المضاربة فى ماله. فح يشترك المضارب ورب المال

فى هذا القدر او فى جميع التركة. ولا يحكم ح ببقاء جميع مال المضاربة، لان القدر المعلوم هو بقاءه فى الجملة لا با جمعه. فيحتمل تلف مقدار ما لا يعلم بقاءه فيه من غير تفريط. فح لابد من التحاص بين المضارب ورب المال. ولما لم يعلم مقدار مال المضارب و

لامال رب المال، فيمكن التحاص. وطريق التحاص هو الصلح. فيصح ح ايضا تقديم رب المال على ساير الغرماء، لوجود ماله فى الجملة. وبعد الصلح وتعيين حصة المضارب

يستوفى ساير الغرماء الذين لهم حق فى ذمته من حصته بالتحاص بينهم على مقدار حقهم.

واما لو علم بقاء تمام حق المضارب فى التركة وجهل عينه فيستوفى تمام حصته من ماله. وان بقى شىء فيكون للمضارب ويتعلق حق الغرماء الذين يستحقون فى ذمته به. فمراد صاحب المسالك من قوله فى مسألة الرهن ان (طريق التخلص الصلح فى مثله) انما هو الصلح فى جعل بعض الاموال بدلا عن عين ماله المشتبه فى مال المرتهن. لا الصلح فى مقدار المال. للزوم الوفاء بتمامه، للعلم ببقاءه فيه. فالصلح قد يحتاج اليه فى التخلص عن تعيين عين

مال رب مال المضاربة او الرهن. وقد لا يحتاج فى التخلص عن اشتباه مقداره. والاول فى

صورة العلم بوجود تمام المال مع اشتباهه. والثانى فى صورة العلم بوجوده فى الجملة مع

جهالة مقداره. والاول لا يستلزم بقاء شىء لرب المال. والثانى يستلزم بقاء شىء له. ومما

حققناه يتضح لك ما اشرنا اليه من وقوع الخلط فى كلام فخر المحققين. كما اشرنا اليه

سابقا.

وحاصل المختار فى هذا المضمار انه لو لم يعلم بقاء الرهن فى المال ولاعدمه (و كذا الوديعة ومال المضاربة) فالتركة محكومة بكونها ميراثا، والاصل برائة ذمة المرتهن

(۳۵۹)



والمستودع والمضارب. وفي ما علم وجوده با جمعه فيه مع اشتباهه يقدم الراهن  
والمودع  
والمضارب على رب المال وسائر الغرماء المطالبين في ذمته. ولا دليل (١) عليه في ما  
علم  
وجوده في الجملة مع اشتباهه. فالمصالحة اولا بين الامين ورب المال و [لا] يتعلق  
حق الغرماء الطالبين في ذمته، بحصة الامين. واما في صورة تعيين مال رب المال  
فلا اشكال في تقديمه على الامين وعلى الغرماء المذكورين. هذا ولكن الاحوط البناء  
على المصالحة في صورة الجهالة مطلقا. سيما في الوديعة.

-----  
١: وفي النسخة: ولا ضمان عليه.

## کتاب المزارعة والمسافات

(من المجلد الاول)

۱۶۸: سوال: هر گاه زید قطعه ملکی به عمرو داده که باغ نماید. تا سه سال منافع زمین مختص عمرو باشد و بعد از سه سال باغ مزبور بالمناصفه بوده باشد. بکر آمده ادعا

منماید که زمین مزبور مال من بود و زید غصب کرده. و ادعای بکر هر گاه به ثبوت برسد

عمرو میتواند که اخراجات باغ را از متروکات زید اخذ نماید یا نه؟ -؟ و هر گاه بکر

محصول باغ مزبور را عنفا برده باشد، باید عمرو رد نماید یا نه؟ -؟ و محصول تابع اشجار

است یا تابع زمین؟ -؟ و آیا عمرو تسلط بر قلع اشجار مغروسه خود دارد یا نه؟ -؟. و آیا

متواند غرامت محصول را از بکر اخذ نماید یا نه؟ -؟. واجرة الارض چقدر میباشد؟.

جواب: اصل معامله مغارسه باطل است. (۱) و هر گاه کسی این معامله را کرده باشد

۱: این همان مبحث (توقیف) و (امضا) است که در جلد اول و دوم نیز با آن سر و کار داشتیم. و گفته شد که اکثر

متقدمین در این مسأله طرفدار توقیف هستند. یعنی معتقدند تنها آن تعداد معاملات صحیح و مشروع است که از ناحیه شارع به نام اعلام شده باشند مانند بیع، اجاره، رهن، مضاربه و... و... و چون معامله‌ای بنام (مغارسه) از طرف شارع و در زبان شارع نبوده و اعلام نشده پس چنین معامله‌ای باطل است. و بر این متفرع

مشود بطلان (سرقفلی) و (بیمه) و امثال آن.

مرحوم صاحب جواهر بر بطلان مغارسه ادعای اجماع کرده است مگوید (... المغارسة باطلة عندنا، لان الاصل الفساد... هذا العقد على نحو عقد المزارعة فان الاجماع بقسمیه علی بطلانه) - جواهر، ج ۲۷ ص ۹۳ و صاحب مسالك مگوید (المغارسة معاملة خاصة على الارض لیغرسها العامل علی ان یکون الغرس بینهما وهی مفاعلة منه وباطلة عندنا وعند اکثر العامة. ولان عقود المعاوضات موقوفة علی اذن الشارع وهی منفية هنا) - مسالك ج ۱ ص ۳۲۹، شهید در لمعه مفرماید (والمغارسة باطلة ولصاحب الارض قلعه وله الاجرة، لطول بقائه).

پس مشاهده میکنیم که صاحب جواهر اصل در معاوضات را فساد میداند مگر در جائی که شارع اذن داده باشد. و این نظریه را اجماعی میداند. و از بیان شهیدین نیز دستکم (عدم الخلاف) ظاهر میشود. اما گویا شهید اول در لمعه به دلیل دیگر غیر از توقیف تکیه میکند و آن (طول بقای مغارسه) است نسبت به مدت بقای مزارعه. و این در صورتی است که (جارو مجرور) را به (باطلة) متعلق بدانیم که ظاهراً هم چنین

است.

زیرا اجرت زمین منوط به طول بقاء وعدم آن نیست  
همان طور که قبلا نیز یاد آوری شده فقهای متأخر در مورد (معاملات) اجماعا به (امضا) معتقدند  
و مشروعیت معامله را منوط به اعلام عنوان آن از ناحیه شارع، نمیدانند و بدین ترتیب معاملاتی از قبیل  
بیمه  
و سر قفلی را صحیح میدانند، با این که این بینش با صریح اجماعی که صاحب جواهر ادعا کرده مخالفت  
دارد.  
و این بحث طولانی است و دستکم به دهها صفحه نیاز دارد.

و حکم به بطلان شود، زمین مال صاحب زمین و اشجار مال صاحب اشجار است که غرس کرده است. و منافع اشجار مال صاحب اشجار است، و صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است. و هر گاه نهال هم مال صاحب زمین باشد عامل مستحق اجرت عمل خود است. و صاحب زمین میتواند که به صاحب درخت بگوید که درخت خود را بکن. و در صورتی که او را امر کرد به کندن درخت باید ارزش درخت [را] به او بدهد. یعنی درخت را قیمت میکنند در حالتی که درخت بر پا باشد بر زمین اجاره دار، و در حالتی که کنده شود و افتاده شود. و تفاوت میان این دو قیمت را به صاحب درخت مدهند. مثل این که درخت در زمین اجاره دار اگر بر پا باشد به يك تومان مبارزد، و هر گاه کنده شود و افتاده شود پنج هزار دینار مبارزد. باید مالك زمین پنج هزار دینار به صاحب درخت بدهد. و به هر حال اختیار کندن با مالك زمین است. و صاحب درخت هم اختیار کندن درخت خود را دارد هر چند صاحب زمین راضی نباشد، و بعد از کندن درخت باید زمین را هموار کند و ریشه‌ها را بر آورد و تدارك شکستگی و نقص زمین را نموده و به اصلاح آورده به او رد نماید.

و اما مسأله دعوی بکر: اگر دعوی او به ثبوت شرعی برسد زمین خود را صاحب میشود. و لکن درختها مال عمرو است بکر را به درخت رجوعی نیست. و بکر اجرت المثل زمین خود را که در این مدت در تصرف عمرو بوده از عمرو مطالبه میکند.

و عمرو منافع اشجار خود را که بکر عدوانا تصرف کرده، از بکر مطالبه میکند. و عمرو

درختهای خود را میتواند بکند و زمین را هموار کرده از عیب بر آورده تسلیم بکر نماید.

و اما مسأله رجوع عمرو به متروکات زید به جهت استیفای غرامت و نقصان: پس آن تفصیلی میخواهد و محتاج به تأمل. والحال فرصت نیست. و اما مسأله اجرت المثل: [اجرت المثل] هر زمینی را اهل خبره آن بلد بهتر میدانند، به آنها باید رجوع کرد. بهتر آن است که اهل خبره دو نفر مرد عادل باشند.

و شاید به يك نفر عادل هم توان اکتفا کرد. و اگر آن هم میسر نشود به قول جماعتی که

مظنه به صدق آنها حاصل شود هم میتوان اکتفا نمود. والله العالم.

۱۶۹: سوال: هر گاه زید ملکی را بفروشد به عمرو به بیع خیار شرط، و بیع لازم شود. و بعد از لزوم، زید بدون اذن عمرو در آن زرع کند. و در حال شغل زمین به آن

زرع اجاره کند آن را از عمرو در مدت معینه. و آن مدت تمام شود قبل از کمال زرع و

رسیدن هنگام حصاد. عمرو چه تسلطی دارد؟.

جواب: هر گاه مداند که مدت مزبوره در عادت آن قدر نیست که زرع مذکور در آن زمان برسد، و مقصود او هم قصیل (۱) نیست که هر گاه عمرو راضی نشود به ماندن زرع

آن را در حال قصیل بریده به مصرف برساند. اظهر بطلان اجاره است، و عمرو مستحق

اجرت المثل زمان اجاره است. و از برای او اختیار هست که در انقضای مدت، ازاله زرع

را بلا عوض بکند، و این که باقی بگذارد و اجرت باقی زمان را بگیرد تا زمان حصاد. و

هر گاه قصور زمان مدت اجاره به جهت سانحه خارجی باشد (مثل سردی هوا) پس باید

عمرو بگذارد تا زرع حصاد شود. و اجرت المثل این مدت زمان آخری را بگیرد.

-----  
۱: قصیل: بوته‌های گندم و جو که قبل از دانه بستن به عنوان علوفه درو شود.

والله العالم.

کتاب المزارعه من المجلد الثانی:

۱۷۰: سوال: زید از عمرو بذری گرفته که زراعت نماید و به طریق متعارف اربابی و رعیتی معمول دارد. و زراع بذر را کاشته و در عمل آوردن آن تفریط کرده. آیا صاحب

بذر را مرسد که مطالبه بذر و منافع آن را از قرار بازدید اهل خبره نماید یا نه؟ -؟.

و حقیقت مزارعه و بعضی از شرایط آن را بیان کنند.

جواب: از ظاهر سوال چنین فهمیده میشود که این معامله به عنوان مزارعه بوده است. و شرط شده بذر را به صاحب بذر رد کند. و ظاهر بطلان این عقد است. و اصل

مزارعه این است که معامله واقع شود بر زمین به حصه معینه از حاصل آن. خواه هر يك از بذر

و عوامل هم مال صاحب زمین باشد و همان عمل از غیر باشد، و خواه بذر و عوامل یا احدهما

از عامل باشد، و خواه مشترك باشد بینهما. و هم چنین خواه زمین و عمل مختص احدهما

باشد یا مشترك باشد بینهما، و خواه آن زمین بعینها ملك ایشان باشد، یا منافع آن ملك از

ایشان باشد. مثل این که به اجاره گرفته باشند زمین را.

و مشهور این است که شرط است تعیین مدت در آن به روز و ماه. و جمعی در این شرط

کرده‌اند که مدت باید به مقداری باشد که علم یا ظن حاصل باشد به این که آن زرع در آن

زمان مرسد. و بعضی اکتفا کرده‌اند به ذکر تعیین مدت هر چند کمتر باشد از زمان رسیدن

حاصل جزما. نظر به این که ممکن است که بعد راضی شوند که زرع باقی بماند. و این ضعیف

است. چون که منشا تفویت غرض است و ظاهرا سفه است. مگر این که به قصیل هم توان منتفع

شد، و مقصود آن باشد که اگر مالك راضی بشود قصیل را قسمت کنند. و در اکتفا به تعیین

مزروع از ذکر مدت، دو وجه ذکر کرده‌اند. و اگر اجماع در اشتراط تعیین مدت

نباشد قول  
به کفایت آن قوت دارد. چون تعیین مزروع به منزله تعیین مدت است نظر به عادت.  
و اختلاف جزئی که در بعضی سالها به حسب اختلاف هوا به هم می‌رسد مغتفر  
باشد. و لکن  
مخالفت ظاهر اصحاب مشکل است.  
و آن از عقود لازمه است، و ظاهراً، خلافتی در این نیست، بلکه اجماع بر آن نقل  
شده.



و عبارتی که در عقد بگویند (زارعتك هذه الارض في هذه المدة بهذه الحصة المعينة من حاصلها) است. و به فارسی هم میتوان گفت که (به مزارعه دادم این زمین را به تو در مدت شش ماه - مثلاً - که ثلث حاصل آن از من باشد) و هم چنین ذکر بذر و عمل را میکنند. و ظاهر این است که هر لفظی که افاده آن بکند کافی باشد. لکن احوط این است که ترك ایجاب و قبول (بر وجه متعارف در سایر عقود) نکنند. و به تقایل فسخ میشود. یعنی به رضای طرفین بر هم میتوان زد، بی اشکال. و به موت احد طرفین هم باطل نمیشود. مگر این که شرط شده باشد مباشرت به نفس عامل، و بمیرد عامل قبل از ظهور ثمره. و اما بعد از ظهور ثمره پس در آن اشکال است. نظر به استصحاب ملك. و نظر به عقد شرط دور نیست که این نیز چنین باشد. و نظر به این که استقرار ملك معلوم نیست بلکه مسلم همان ملکیت متزلزله است. و بدان که نماء و حاصل این معامله مشاع است ما بین مالك و عامل و تابع شرط ایشان است به نصف یا ثلث یا غیر آن. و نمیتوان تعیین حصه کرد به کیل و زن. و اما هر گاه در ضمن عقد شرط کنند حصه معینی [را] علاوه بر آن نماء مشترك از برای مالك یا عامل، مثل این که مالك به عامل بگوید که صد من گندم از میان بر مدارم که مال من باشد و باقی در میان من و تو ارباعاً قسمت شود يك ربع از تو و باقی از من - پس اظهر عدم جواز آن است. چون منافی مقتضای عقد مزارعه است. و فرقی نیست ما بین آن که غالباً از مثل آن زمین زاید بر مقدار آنچه شرط شده به عمل بیاید یا نه. و بعضی تجویز کرده‌اند این شرط را. و بعضی تخصیص داده‌اند جواز را به استثنای بذر. یعنی صاحب بذر بگوید

بذر را از میان حاصل بر مدارم و تتمه را ارباعا (چنان که گفتیم) قسمت میکنیم.  
وعدم

جواز اظهر واشهر است.

اینها در وقتی است که شرط قدری معین از آن زرع باشد. اما هر گاه شرط کنند  
در ذمه - مثلا مالك به عامل بگویند که ده درهم تو به من بده و حاصل زرع هم  
ارباعا

قسمت شود، یا صد من گندم در ذمه تو باشد که علاوه بر حصه من به من بدهی -  
پس

اشهر و اظهر جواز آن است به مقتضای عمومات و روایت محمد بن سهل هم دلالت  
بر

آن دارد. و در این صورت هر گاه آن زرع از آفات سالم ماند به مقتضای آن شرط عمل

مکنند. و هر گاه تلفی به آن برسد، از شرط به حساب آن کم میشود. همچنانکه گفته‌اند در بیع میوه باغ در صورتی که استثنا شود قدر معینی از آن. مثل این که بگویند

(میوه این باغ را به تو فروختم الا صد من آن را به این مبلغ) که در آنجا هم مشهور جواز است به مقتضای حدیث صحیح (۲). و در آنجا هم گفته‌اند هر گاه تلفی برسد در میوه

آن باغ، مالك هم به قدر صد من در آن شريك خواهد بود. و شهید ثانی (ره) احتمال عدم شراکت آن را در مقدار شرط، داده، به جهت اطلاق شرط. بعد از آن که فتوی داده است به این که قرار آن مشروط است به سلامت. چنان که

گفتیم. و احتمال ثانی در نظر حقیر اقوی است و قیاس به میوه باغ نمیتوان کرد، چون

در آنجا ظاهراً شرکت مالك باقی است و تلف از مال مشترك شده، و در اینجا شرط مختص مشروط له است و به آن تلفی نرسیده است.

و بدان که: در جائی که مزارعه فاسد باشد به جهتی از جهات و حکم شود شرعاً به فساد آن، پس حاصل از صاحب بذر است و بر او است که اجرت المثل زمین و عمل را و

عوامل را بدهد. و هر گاه از صاحب زمین و عامل هر دو است هر يك به مقدار بذر از حاصل میبرند و نسبت به حصه مالك از اجرت المثل زمین او ساقط میشود، و نسبت به

حصه زارع از اجرت المثل عمل و عوامل ساقط میشود. و هر گاه بذر از ثالثی باشد تمام

حاصل از او است، و بر او لازم است اجرت المثل زمین و عمل و عوامل، و اطلاق کلمات

ایشان اقتضا میکند که اجرت المثل لازم است هر چند حاصل به عمل نیاید. هر گاه این مقدمات معلوم شد پس اگر مراد صاحب مسأله این است که بر عامل شرط (رد کردن بذر) را هم کرده علاوه بر حصه‌ای که معین کرده از حاصل آن،

پس آن معامله فاسد است (علی الاقوی) و مجموع حاصل از صاحب بذر است و مستحق اجرت المثل زمین هم هست هر گاه زمین از او است. و باید اجرت المثل عمل و

## عوامل را

- 
- ١: وسائل: ج ١٣، ابواب المزارعه، باب ١٤ ح ١.  
٢: وسائل: ج ١٣، ابواب بيع الثمار، باب ١٥ ح ١.

هم بدهد. و هر گاه در عمل تقصیر شده اجرت عمل بر مقتضای آن معمول میشود. گاه

است در عرف اهل خبره چنان عملی بی اجرت ممانند، چون بر غیر وجه متعارف و معتبر

منظور عقلا شده. و گاه است اجرت از متعارف کمتر میشود.

و هر گاه مراد تو این است که مزارعه بر وجه صحیح شده و شرط بذر نشده و لکن عامل در تربیت آن تفریط و تقصیر کرده، پس در آنجا بعد اثبات تفریط باید عامل از عهده

آن خسارات بر آید و تفاوت حصه او را از حاصل - ما بین صورت تفریط وعدم تفریط به

بازدید اهل خبره آن را - به او رد کند (۱). مثلاً هر گاه اهل خبره بگویند که هر گاه این

شخص متوجه شده بود و عمل بر وجه متعارف کرده بود هزار من گندم عاید صاحب بذر

مشد، الحال که تقصیر کرده پانصد من شده. باید از عهده پانصد من بر آید، و همچنین... والله العالم.

کتاب المزارعه من المجلد الثالث:

۱۷۱: سوال: اذا زارع بطن (من بطون الموقوف عليهم) الارض الموقوفة ومات قبل انقضاء المدة. فهل يبطل المزارعة ام لا؟ -؟.. وكذا بموت العامل؟ -؟.

جواب: الظاهر عدم البطلان في ظاهر فتاويهم في كتاب المزارعة. واطلاق كلماتهم يقتضي عدم البطلان. فانهم صرحوا بان المزارعة لا يبطل بالموت. بل لم نقف على مخالف فيه على الاطلاق. ويظهر عدم الخلاف من جماعة من الاصحاب منهم المحقق الثاني في شرح القواعد (۲) وكذلك الكلام في المساقات. ولم اقف في كلامهم

على تصريح باستثناء الوقف، بل انما ذكروا حكم عدم بطلان المزارعة ولم يستثنوا ذلك. كما استثنى جماعة ممن قال بعدم بطلان الاجارة بموت الماجر او المستاجر اذا كان العين المستاجرة وقفا فأجره الموقوف عليه. نعم استثنوا ما لو اشترط على العامل

ان يعمل بنفسه ومات العامل قبل ظهور الثمرة، فيبطل بموته. مع خلاف في ما لو مات بعد ظهور الثمرة.

۱: در نسخه: از او بگیرد.

۲: المسمى بجامع المقاصد.



(۳۶۷)

ودليل عدم البطلان: (١) انها من العقود اللازمة، والاصل بقائها. فان مات المالك اتم العامل العمل. وان مات العامل قام وارثه مقامه. والا استاجر الحاكم (من ماله او مما يخرج

من حصته) من يقوم مقامه واما دليل البطلان اذا مات العامل مع الشرط المذكور: فهو مقتضى الشرط. واما دليل عدم البطلان ح اذا مات بعد ظهور الثمرة: هو سبق ملكه فيستصحب. ويشكل بان الملكية مراعى بتمام العمل فهي متزلزلة ولا يستقر الاب. ويشكل المقام بفرقهم ما بين مسئلة المزارعة والاجارة. فانهم ذكروا فى الاجارة اقوالا ثلاثة: احدها بطلانها بموت كل من الموجر والمستأجر. والثانى بطلانها بموت المستأجر (٢). [والثالث عدم بطلانها بموت احدهما]. ونسب فى الشرايع الاول الى المشهور بين الاصحاب. وعن ابن زهره انه ادعى الاجماع عليه وفاقا للخلاف. والثانى محكى عن جماعة منهم الشيخ فى المبسوط. والثالث هو المشهور بين المتأخرين، وفى

المسالك انه قولهم اجمع. والاقوى هو هذا القول واسنده ابن ادريس الى المحصلين المحققين من اصحابنا. ويدل عليه عمومات الكتاب والسنة فى العقود والشروط. و عموم مثل صحيحة على بن يقطين (٣) فى الاجارة. والاصل، والاستصحاب، وان المنفعة

صارت ملكا للمستاجر والاجارة للموجر وينتقل الى الوارث كساير الحقوق والاموال. و

ربما استدل بروايات قاصرة عن المطلوب سندا ودلالة، ويمكن جعل بعضها دليلا على التفصيل مع اشكال ايضا. اذا السوال فيها عن حال الموجر (٤) ولا عموم فى الجواب. بل

انما دلت على ان موت الموجر غير مضر. وليس المقصود هنا البسط فى هذا المقام. بل الغرض شىء آخر. وهو ان جماعة (من القائلين بعدم بطلان الاجارة بموت احدهما) استثنى مواضع من ذلك. احدها صورة اشتراط

انتفاع المستاجر بنفسه مع موته، لفقد الشرط. والثانى اذا كان الموجر هو الموصى له بمنفعة

١: اى دليل عدم البطلان اذا مات العامل من دون شرط بينهما.

٢: وفى النسخة: احدهما.

٣: الوسائل: ج ١٣، ابواب الاجاره الباب ٧ ح ١.

٤: المرجع: باب ٢٥.

(۳۶۸)



مدة الحياة، لو آجرها ومات قبل انقضاء المدة. لانقضاء مدة الاستحقاق. والثالث ما اذا كان

العين وقفا وآجرها الموقوف عليه ومات قبل انقضاء المدة، الا اذا كان ناظرا على الوقف

وآجره لمصلحة الوقف او البطون. فلا ييطل من حيث انه ناظر، لامن حيث انه موقوف عليه.

واستدلوا عليه با نه كاشف عن تصرفه فى حق الغير لانتقاله الى البطن الثانى حين الموت.

ولان البطن الثانى يتلقى الوقف عن الواقف لا البطن الاول. فان الواقف جعله للبطن الثانى

بالاصالة. بخلاف الوارث [فانه] يتلقى الملك عن الميت.

واما القائلون بعدم بطلان المزارعة بالموت، فلم اقف فى كلماتهم الا استثناء اشتراط العمل للعامل بنفسه. وسكتوا عن حال الوقف. بل ظاهرهم انه ليس مستثنى عندهم والاذكروه كما هو ديدنهم فى امثال ذلك، والفرق بينهما فى غاية الاشكال. اذ كما ان

انتقال منفعة العين فى الاجارة الى البطن الثانى يوجب بطلان الاجارة، فهو بعينه جار فى

المزارعة. فاما لابد من الحكم بعدم البطلان فى كليهما واما بالبطلان فيهما. وانى كلما امعنت النظر فلم اجد فرقا. فالاولى ان يقدح فى مسألة الاجارة. اذ القائلون ببطلانه فى الوقف ليس جميع القائلين بعدم بطلان الاجارة بموت احدهما، بل جماعة منهم. فلا بد

للباقين من اصحاب هذا القول ذكر المناص عن دليل الجماعة فى استثناء الوقف. فما هو

دليلهم ومناصهم فى ابطال متمسك الجماعة المستثنين، فهو دليل جميع الفقهاء الساكتين

عن حكم الوقف فى المزارعة.

والذى يختلج بالبال انهم يجعلون المناص تسليم (تلقى البطن الثانى عن الواقف دون الاول) ولكنهم يعمون التلقى. فان جواز اجارة الوقف فى مدة يموت الموخر قبل انقضائها

مبنى على الاعتماد على استصحاب البقاء. فكان الواقف رخص فى هذا العقد بناء على الاستصحاب. حيث جعل الوقف اولا للطبقة الاولى - المستلزم ذلك انواعا من التصرفات من

قبيل الاجارة والمزارعة والقبالة ومصالحة المنافع فى مدة معينة - فكانه رخصهم فى

جميع ذلك. فالرخصة فيها (مع انه لا يعلم غاية عمرهم) مستلزم لرخصة الطبقة الاولى فى جعل المنفعة فى مقابل الاجرة فى زمان يمكن بقائهم الى آخره مع احتمال موتهم قبل انقضائه ومصادمة تنمة الزمان لانتقال الحق الى الطبقة الثانية. فكانه قال: وقفت هذا الملك على

هؤلاء بان يكون الطبقة الاولى مستحقة للانتفاع بالعين ومنافعها والطبقة الثانية مستحقة للانتفاع بعينها او بالاجرة التي جعلت في ادائها. فلذلك نقول بجواز اجارة الوقف للطبقة الاولى فى مدة تزيد على العمر العادى. فذلك من تصرفات الواقف. وداخل فى عمومات الكتاب والسنة. فيصدق ان استحقاق الاجرة - دون

اخذ العين - للطبقة الثانية متلقى من الواقف. وهذا الكلام يجرى فى المالك والوارث ايضا. اذ استحقاق المالك لاجراج المال عن ملكه راسا لا يستلزم صحة

اجارته للعين فى مدة يحصل العلم العادى بعدم بقاءه الى ذلك الحين كالف سنة فى امثال

زماننا. لانه بعد العمر العادى هو مال الوارث فكيف ينتقل منفعة فى حال حيوته الى الغير.

وقد استدرك ذلك الشهيد الثانى فى الروضة فى مسألة الوقف. حيث لم يجوز اجارة البطن الاول باكثر من مدة العمر العادى. والحق انه يجرى فى المالك والوارث ايضا، وان لم

يحضرنى الان تصريح فى كلماتهم. بل صرح جماعة با نه لا يتقدر مدة اجارة الارض بقدر بل

حكى الاجماع عليه عن الخلاف والتذكرة. حتى انه قال بجوازه الى مائة الف سنة، قال (وهو

قول علمائنا اجمع). ولعل ما ذكرنا هو السر فى تداول العلماء فى الاعصار والامصار من دون

نكير انهم يجعلون منتهى مدة الاجارات وعقد التمتع وغيرهما تسعين سنة بملاحظة او ايل

البلوغ للمكلفين فى المعاملات لئلا يزيد على العمر العادى. وان كان يمكن الفرض فى مالو

وقع العقد للصغير بمائة سنة وازيد. ولا يرد النقض بالوقف لانه اخراج عن الملك تبرعا ابدا مع

خروج العين عن الملك، على الاصح.

نعم: يشكل ذلك على القول بعدم خروجه عن ملك الواقف، بالحبس اذا حبس العين على مصرف فى مدة تزيد على العمر الطبيعى، وبالوقف على مصرف لم ينقض غالبا (بناء

على صحته بارجاعه الى الحبس او غيره). [و] بالحبس على رجل واعقابه اذا لم ينقضوا فوق

العمر الطبيعي. وبالرقبي مدة معينة تزيد عليه.  
ويمكن دفعه بان كل ذلك تبرعات لا يوجب نقل عوض الى المالك كالاجارة. فلا يضر  
بقاء الملك على ملكية مالكه ورجوعه اليه او الى وارثه بعد انقضاء المدة، مع ان  
المذكورات  
ثابتة بالنص. بخلاف الاجارة فوق زمان العمر الطبيعي، فان مقتضاه انتقال الاجرة الى  
الموخر

بمجرد العقد، وانتقال المنفعة الى المستاجر. والمفروض عدم مالكيته ح لمنفعته ما بعد العمر

الطبيعى. ومالكيته فى الوقف لطرائة تبعية العين. اذ اخراج المنفعة يتبعه اخراج العين اما دائما او بمدة محدودة. وعلى هذا فالاولى ان يقال بعدم بطلان الاجارة فى الوقف ايضا اذا

مات كل منهما اذا جعل مقدار المدة مالايزيد على العمر العادى. اعتمادا على استصحاب

البقاء. فيصح عقد الاجارة التى مقتضاه اللزوم، ويتلقى البطن الثانى وجه الاجارة عن الوقف

بواسطة جعل البطن الاول وتصرفه. ويتم الكلام فى اطلاقهم فى المزارعة وعدم استثنائهم.

وظهر من جميع ذلك ان المصحح لاجارة المالك - فى مدة لايفى عمره بها فى علم الله وانتقال العين قبل انتهائها الى الوارث فى نفس الامر - انما هو الاستصحاب. مثل اجارة

الوقف بعينها. لا لانه ملكه بعد فوته ايضا. كما هو واضح. فكان ينبغى ان يكون حكم الثلاثة

واحدا وهو جواز الاجارة والمزارعة فى مادون العمر العادى. ويكتفى فى الصحة بصحة تملك

العوض (١) الحاصل بالمعاملة اعتمادا على الاستصحاب.

لكن سوال الفرق بين المزارعة والاجارة فى الوقف بعد باق. ومن ذلك يظهر حكم المصالحة

ايضا. وقد يختلج فى بادى النظر فرق بين الاجارة والمزارعة بان المنفعة بمجرد العقد يصير

ملكا للمستاجر والاجرة للموَجِر، ولكن لايجب عليه اداء الاجرة الا بعد استيفاء المنفعة.

بخلاف المزارعة، فان حصة الزرع الحاصلة بعد عشرين سنة لاينتقل الى صاحب الارض فى

ابتداء عقد المزارعة يوم معلوميتها اصلا فيصح فى اجارة الوقف انه نقل المنفعة المملوكة

للـبطن الثانى بعد مدة الى الغير. بخلاف المزارعة، فانه لاينتقل الحصة حين العقد. ولا يخفى وهنه. اذ استحقاق الحصة للبطن الثانى هو بجعل البطن الاول (٢) ولا فرق

بين

تعين الحق ومعلوميته وبين اطلاقه وجهالته.

۱۷۲: سوال: زید قدر معینی از ملك وقفی را باذن امنای شرع به يك عشر به مزارعه داده. و بعد مال المزارعه را مصالحه به مقدار معینی نموده. الحال از جهت شخص مذکور علم به هم رسیده که قدر ملك وقف مزبور سه مساوی مقدار مزبور در حین مزارعه و مصالحه

- 
- ۱: عبارة النسخة: ويكتفى بالصحة تملك صحة العوض...  
۲: وفي النسخة: اذ استحقاق الحصة هو للبطن الثاني ويجعله البطن الاول.

گنجایش داشته. و زید مزبور هم از اهل خبره و وقوف نبوده. آیا در این صورت غبن فاحش به

جهت زید میباشد؟ و در صورت بودن غبن فاحش اختیار دارد که عقدین را فسخ نماید

و با عمرو (مثلاً) بنای عقد جدیدی بگذارد؟.

جواب: هر گاه مزارعه و مصالحه بر وجه صحیح شده (یعنی متولی و ناظر خاص یا عام آن

وقف را به مزارعه داده و بعد مصالحه کرد) هر گاه غبنی از هر يك از آن دو عقد ظاهر شود

اظهر این است که دعوی غبن در آنها مسموع است. و با جامعیت شرایط غبن تسلط بر فسخ

حاصل میشود. و شرایط آن این است که آن شخص مزارع و مصالح از اهل وقوف و خبره

نبوده باشد. و آن تفاوت هم در حال عقد حاصل بوده، نه این که بعد عقد ترقی کرده باشد.

و این که آن تفاوت هم به قدری باشد که عقلاً در عرف و عادت در آن قدر مسامحه نمکنند.

۱۷۳: سوال: شخصی مزارعه شرعیه نموده محل وقفی را به مدت معینی. و متولی شرط کرده که اگر آبادی محل شود، و حساب اخراجات نگاه داشته [شود]، بعد از مدت

محاسبه نمایند چنانچه نیم عשרی که به جهت حق المزارعه قرار داد شده تاب طلب مزارع

نمود (۱)، فبها المطلوب.

و الا مباشر وقف آنچه مزارع طلب داشته باشد ادا نموده، محل را متصرف شود. و شخصی که محل

وقف را آباد نموده مگوید که محاسبه ندارم. و ادعا میکند که اهل خبره بیاید هر قدر

مشخص که نمود اخراجات شده به من بدهید و به کنار مروم. و نظر به این که خرابی و آبادی

این محل، معلوم اهل خبره نبوده نمیتواند مشخص نمود قدر اخراجات این شخص [را]. آیا

در این صورت قدر معین را به او باید داد و زاید را اثبات نماید -؟ و بعد از عجز هر گاه متولی

قسم نفی العلم بخورد قطع نزاع میشود؟.  
و هر گاه این شخص ادعای قدر معینی کند و بگوید  
(من امین بودم و نیست بر من مگر قسمی)، این سخن از او مسموع است؟ یا این که  
مزارعه  
مشروط به نگاه داشتن محاسبه بود و عمل نکردن به شرط، مستلزم انتفاء مشروط،  
میشود؟. و هر گاه در اینجا انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط نباشد، لا اقل تفریط  
کرده.  
و قسم وقتی متوجه امین میشود که خیانت از او ظاهر نشود. و حال آن که او بیرون  
رفته از

-----  
۱: در نسخه: تا به طلب مزار عین نمود.



امانت.

جواب: ظاهر این است که این نوع معامله منوط به شرط بوده. به این معنی که جواز تصرف و

عمل در آن که به مقتضای شرط ضمن العقد است مشروط و مقید به این نحو از عمل

بوده لاغیر. پس تصرف و عمل بدون آن، تصرف ماذون و عمل مامور به نبوده، و از باب عمارت فضولی بلکه غصبی میشود و مستحق اجرتی بر آن عمل نمیشود. و این از

باب عدم عمل به شرط ضمن العقد نیست که خلاف دارند علما در آن که آیا به فساد

شرط، عقد باطل میشود یا نه، یا بسبب عدم عمل به شرط مسلط بر فسخ میشود یا نه.

۱۷۴: سوال: شخصی چند پارچه املاك داشت که آنها را وقف کرده و تولیت آن را به ارشد اولاد خود قرار داد کرده، و بعد از فوت واقف به تقریب انقلابات زمان پاره

[ای] از آنها بالمره خراب و منطمس و لم یزرع افتاده بود. ارشد اولاد که متولی بود یکی

از آن املاك مخروبه را به چند نفر به مزارعه نود ساله داده، و آن اشخاص مبالغی خطیر

در قنات آن خرج کرده [اند] که آب آن را جاری کرده‌اند و تخمیناً پنجاه سال هم در

تصرف داشتند. و آن شخص متولی در مزارعه نامچه قید کرده است که بعد از آبادی محل آنچه منافع به علم بیاید صد يك آن را به موقوف علیه تسلیم نماید. بعد از چند مدت دیگر متولی نیز فوت شده. در این صورت متولی ثانی مدعی میباشد که متولی اول

تضییع اموال بطون لاحق را کرده است، و این عقد صحیح نیست، و مزارعه باطل است.

در صورتی که - دیناری عاید موقوف علیه نمشد - بعد از آبادی صد يك منافع و مداخل عاید موقوف علیه شده باشد، میتواند شد که این مزارعه باطل باشد؟.

جواب: بدان که شرط است در صحت مزارعه وجود آبی که به آن توان زرع کرد، هر چند به آب باران باشد، یا توان از خارج آب به آنجا آورد. و اما هر گاه آن زمین به آب

باران زراعت به عمل نمآورد و آب از جای دیگر هم نمیتواند آورد، عقد مزارعه

فاسد  
میشود. و بعد از اجتماع شرایط مزارعه جایز است مزارعه زمین وقف با تعیین مدت.  
و  
ظاهر این است که طولانی کردن مدت ضرر ندارد، مگر این که واقف شرط کرده  
باشد که  
از مدت خاصی تجاوز نکند و او تجاوز کرده باشد. بلی هر گاه منتفع نشد از آن الا  
به

مزارعه به مدت زاید بر شرط واقف، ظاهر این است که توان مخالفت شرط کرد. و مزارعه به موت متولی باطل نمیشود مانند اجاره، خصوصاً هر گاه آن متولی مزارع، ناظر باشد بر بطون و به جهت مصلحت وقف یا مصلحت وقف و بطون کرده باشد.

چنانچه در اجاره وقف هم چنین است، به جهت اتحاد طریق مسئلتین، و کلام علما در

این که مزارعه به موت باطل نمیشود، مطلق است و استثنای وقف نشده. و هر چند دور

نیست که هر گاه مزارع ناظر وقف و بطون نباشد، و موقوف نباشد انتفاع مزارعه به این

مدت طولانی، آن هم باطل شود. چنان که در اجاره، اما در صورت سوال که انتفاع ممکن نباشد به غیر آن، پس اظهر لزوم است هر چند متولی مزارع ناظر بر بطون نباشد.

به دلیل عمومات (وجوب وفا به عقود) و ظاهر این است که آن شرط دادن صد يك بعد از آباد شدن هم مضر نباشد هر چند فی الجملة جهالتی در آن هست. (۱)

۱۷۵: سوال: زید محل خراب خالی از سکنه و بنیان و قنوات که از جمله بایر از قدیم

[و معروف] به وقفیت بوده است [را] از مجتهد جامع شرایط (۲) مزارعه نموده به شرایط این که

يك عشر بازای حق الارض مهم سازی مباشر وقف نماید که به مصرف موقوف علیهم

رساند. در ضمن مزارعه نامچه شرط نموده‌اند که هر گاه اشجار ثماري و غیر ثماري در محل مزبور به عمل آورند، از منافع آن نیز يك عشر بازای حق الارض تسلیم

مباشر

وقف نماید بعد از مدت مزارعه. آیا اصول اشجار معنب و مشجر که مزارع غرس نموده

عین مال مزارع میباشد یا متعلق به وقف است؟ -؟.

جواب: هر گاه شرط نموده (۳) در ضمن عقد مزارعه که عامل غرس اشجار از برای

---

۱ - مراد از جهالت آن مقدار از حصه موقوف علیه است از حاصل زراعت که در قبال آباد کردن

زمین قرار میگیرد. نه جهالت در (صد يك). زیرا صد يك عبارت است از مابقی حصه موقوف علیه. و دلیل این که

چنین جهالتی مضر نیست این است که در حقیقت تنها يك معامله انجام یافته و آن به مزارعه دادن زمین

است به  
 حصه مقررہ صد يك. و آباد بودن زمین قبل از عقد، شرط صحت عقد مزارعه نیست. بیش از این نیست  
 که تحت  
 عنوان (قباله) قرار میگیرد. که در اصطلاح قسمی از مزارعه است.  
 ۲: عبارت نسخه: از مجتهد جامع الشرائط به وقفیت مزارعه نموده.  
 ۳: این سوال تنها يك پاسخ دو جمله‌ای دارد (عمل مجتهد جامع الشرائط صحیح است و باید بر طبق  
 قراری که  
 او گذاشته رفتار شود). زیرا هر فتوایی که میرزا (ره) بر خلاف عمل و قرار داد آن مجتهد بدهد بلا اثر و  
 غیر قابل  
 عمل خواهد بود.  
 زیرا هر مطلبی که فقیه به عنوان فقیه ابراز دارد یا (فتوا) است و یا (حکم). فتوای يك مجتهد قابل نقض  
 است.  
 ولی حکم قابل نقض نیست. در این مسأله نیز سوال کننده از يك (عمل) و (کار) مجتهدی که جامع  
 الشرائط  
 است، سوال میکند. و مدانیم که آن مجتهد در این مسأله شخصا اقدام کرده و مطابق نظریه خودش اصول  
 و  
 فروع معامله را انجام داده است، و به اصطلاح نظر فقهی خودش را در (مورد جزئی) عملاً پیاده کرده. و  
 این  
 حکم است نه فتوا اساساً ممکن است آن مجتهد اصل مغارسه را باطل نمیدانسته. همان طور که فقهای  
 امروزی  
 نمیدانند.  
 شاید میرزا (ره) همان پاسخ دوجمله‌ای را به سوال کننده داده است سپس برای این که بحثی را باز کرده  
 و روی آن  
 به شرح و استدلال پردازد مسأله را بدین صورت در کتاب آورده است. لیکن جملات بعدی با این  
 توجیه، سازگار  
 نیست. گویا آنچه باعث شده که میرزا حکم يك مجتهد جامع الشرائط را بدین گونه مورد نقد قرار دهد  
 اعتقاد  
 میرزا به (اجماعی بودن بطلان مغارسه) است که محققین متاخر عدم ثبوت اجماع را اثبات کردند.  
 میرزا برای شرح و تحقیق بیشتر، همین مسأله را بلا فاصله در مسأله ما بعد با زبان عربی به طور مشروح  
 آورده  
 است.

خود بکند، شرط صحیح است با تعیین، که چقدر زمین را زرع کند و چقدر را غرس کند. و اما شرط شراکت آنها در اشجار پس آن داخل (مغارسه باطله) (۱) است، و شرط آن صحیح نیست. و هم چنین شرط شرکت در ثمار، که وجه صحیح از برای آن ظاهر نیست. و به هر حال جهالت شرط از برای بطلان آن کافی است. و به بطلان شرط هم عقد باطل میشود، علی الاظهر. اما اگر مجتهد جامع الشرایط متوجه [این شرط] شده البته بر وجه صحیح کرده. (۲) و از صورت سوال معلوم نیست که او باشد. و به هر حال بر فرض صحت شرط، اشجاری که مال عامل بوده و غرس کرده مال او است. و لکن بعد از انقضای مدت مزارعه اظهر این است که مالک (یا متولی و مباشر وقف) میخواهد اشجار را به حال خود میگذارد و اجرت آن را میگیرد، و می خواهد میکند و تسلیم صاحب آن میکند و ارش درخت او را به او مدهد.

---

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۶۸، از همین مجلد.  
 ۲: اشاره به تفاوت حکم با فتوی در نقض پذیری و عدم نقض پذیری است که قبلاً توضیح داده شد.

١٧٦: سؤال: اذا زارع زيد ارضا باثرة (معروفة) بالوقفية مع الحاكم بعشر نمائها. و وقع الشرط على انه لو غرس فيها اشجارا مثمرة او غير مثمرة، عشر منافعها لارباب الوقف. فهل يصح هذه المزارعة ام لا؟ -؟. وعلى فرض الصحة فلمن يكون اصول الاشجار بعد انقضاء المدة؟.

جواب: اما المزارعة فان اجمعت شرايط المزارعة فيها فلا اشكال فيه. اما الشرط المذكور ففيه اجمال ككثير من كلام الفقهاء. فلا بد اولا من بيان مهية المزارعة، والاجارة للزراعة، والمساقات، والمغارسة. حتى يظهر الحال. فنقول: المزارعة: هي معاملة على الارض بحصة مشاعة معلومة مما يخرج منها من حاصلها (مثل النصف او الثلث او العشر) في مدة معينة. سواء كان البذر من مالك الارض او العامل او منهما او من ثالث. ومن افراده القبالة وهو ان يتقبل الارض ليعمرها ويؤدى خراجها و يكون الباقي من النماء بينهما.

والاجارة للمزارعة: هي فرد من افراد الاجارة. ولا بد فيها من تشخيص وجه الاجارة من غير منافع الارض، وتعيينه من دون اشاعة. والمساقات: وهي ان يعامل الانسان غيره على الاصول الثابتة من نخل او شجر، ليعملها بالسقى والتربية، على ان يكون الثمره بينهما على ما يشترطانه من نصف او ثلث او عشر او غير ذلك. والحاصل: انها معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها. والظاهر ان الشجر الذى لا ثمر له ولكن ينتفع بورقه كالتوت، او زهره كشجرة الورد الاحمر، او باغصانه كشجرة الخلاف (١)، يصح مساقاته. واما شرط كون ثمرة الاشجار اليسيرة الواقعة

فى ارض المزارعة للعامل: فهو ليس من باب المساقات حتى يقال انه ينافى مهيتها من اشتراط تمام الثمرة للعامل. بل هذه مزارعة شرط فيها شىء للعامل من خارج النماء وخالف فى ذلك لمنافاته المساقاة، وليس بشىء.

١ : ويسمى أيضا (صفصاف)، نوع منه تستعمل اغصانه الطرية المرنة فى صنع السلال. ونوع آخر يصلح للتزيين.

واما المغارسة: فهي ان يدفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان يكون الغرس بينهما على ما يشترطانه. او يكون الارض والغرس بينهما. والظاهر ان بطلانه اجماعى، كما يظهر من

جماعة من الاصحاب. (١)

اذا عرفت هذا فنقول: المردى المقلوع (٢) والغصن اللذان يغرسان ليستا بمنزلة البذر المعتبر

فى المزارعة. فلا يصح المزارعة بالغرس ولا المساقات. لان كون المعاملات على الاصول

الثابتة داخل فى ماهيتها. فالشرط المذكور فى السؤال يشبه ان يكون مغارسة، وليس بها.

لاشتراط عشر المنفعة عنه دون نفس الاشجار. فكيف كان فالمغارسة هذا فاسد بالذات ومن

جهة الجهالة لان المفروض عدم تعيين الاشجار ومقدارها. نعم هنا كلام آخر وهو شرط

الغرس المذكور فى كلام الفقهاء فى باب المزارعة. فلا يخل بعض عباراتهم عن الاجمال.. قال

العلامة فى الارشاد فى باب المزارعة (وله زرع ماشاء مع الاطلاق. فلو عين فزرع الاخر تخير

المالك فى الفسخ فيأخذ اجرة المثل، والامضاء فيأخذ المسمى مع الارش. ولو شرط الزرع

والغرس افتقر الى تعيين كل منهما. وكذا الزرعين متفاوتى الضرر). ثم قال بعد ذلك بسطرات (ولو كان الغرس يبقى بعد المدة، فعلى المالك الابقاء، والارش لو ازاله).

فان الظاهر ان هاتين المسئلتين انما هما فى اجارة الارض. وتكلف المحقق الاردبيلي (ره) تبعا للمحقق الثانى فى تعميم المقام الاجارة والمزارعة، وقال فى شرح قوله (ولو شرط

الزرع والغرس): وجه لزوم الشرط عموم الادلة. ووجه الاحتياج الى تعيين الزرع والغرس هو

اشتراط العلم وعدم الجهل والغرر، فلا بد من تعيينها. واشتراطهما فى الاجارة ظاهر وهو ان

يواجز ارضا للزراعة والغرس. واما فى المزارعة فاشتراط الغرس بان يكون شرط مع المزارعة

غرس اشجار له، قال المحقق الشيخ على (٣) (وكذا لابد من تعيين كل واحد من الزرعين



المتفاوتين فى الضرر فى الاجارة والمزارعة كالحنطة والشعير. بل غير المتفاوتين فى  
الضرر  
ايضا، خصوصا فى المزارعة. لما تقدم من ان الحصة هى الغرض الاصلى) ويحتمل  
الصحة مع

-----  
١: رجوع كنيد به ذيل مسأله شماره ١٦٨، از همين مجلد.

٢: ويحتمل: الودى المقلوع، وهو الاصح.

٣: تذكّار: يقول المحقق الاردبيلى: قال الشيخ على...

الاطلاق ويحكم على النصف. فحاصله تجويز انتفاع شخص بارض آخر بنوعين.  
فيحمل على  
الشركة والمناصفة. كما يحكم فى مثلها لعدم الترجيح وجواز المسامحة فى المزارعة  
حيث  
جوزت بالحصة الغير المعلومة فى الجملة. لاحتمال عدم حصول شىء اصلا. وعلى  
تقدير

الحصول، الحاصل غير معلوم. فالاحتياط واضح. انتهى كلامه.  
وقال فى شرح العبارة الثانية: يعنى اذا استاجر ارضا للغرس مدة معلومة مع العلم ببقاء  
الغرس بعد تلك المدة، فيجب على مالك الارض ابقاء الغرس باجرته مادام باقيا، او  
الارش لو

قلعه. فليس له القلع مجانا. وكذا الكلام فى الاجارة للزراعة والمساقات ايضا..  
وكان ينبغى ذكرها فى الاجارة.  
ثم ذكر دليل المسئلة. وليت شعرى من يقلد كتب الفقهاء وليس له مادة التمييز كيف  
يفهم المدعى من عبارة الارشاد؟. وعبارة المحقق فى الشرايع اوضح من ذلك حيث  
صرح

بكون الكلام فى الاجارة. ووجه الالغاز والاشكال فى كلامه (ره) لو اريد به حكم  
المزارعة، ان  
الظاهر عطف (الغرس) على (الزرع). فان قلنا ان المراد منه بيان حكم المزارعه يكون  
الزرع

والغرس كلاهما مشتركان بين المالك والعامل، والحال ان المراد كون الغرس للعامل.  
(١)

ومثل عبارة الارشاد فى الاغلاق عبارة التذكرة. حيث قال فى باب المزارعة (ولو  
شرط الزرع والغرس فى الاجارة افتقر الى تعيين كل واحد منهما. لتفاوت ضرريهما.  
وكذا لو  
شرطهما فى المزارعة. وكذا لو استجار لزرعين وغرسين متفاوتى الضرر) انتهى كلامه  
(ره).

وكان ينبغى ان يقول بعد ذلك (وكذا لو زارعه بزرعين وشرط غرسين متفاوتى  
الضرر).  
ووجه الاغلاق والالغاز ان الشرط فى الاجارة مغاير للشرط فى المزارعة. لان الزرع  
والغرس  
فى الاجارة كلاهما للمستاجر. وفى المزارعة الغرس للعامل والزرع بينه وبين المالك.  
ثم قال

فى التذكرة بحذاء العبارة الثانية فى الارشاد (فو استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها

مايبقى بعد المدة غالباً، لم يجب على المالك ابقائه ولا الارش مع ازالته. وقيل يجب.  
وفيه  
اشكال. لان له ازالته لو غرس بعد المدة فكذا له الازالة بعد انقضائها انتهى. و [فى]  
تعليله

-----  
١: ولقائل ان يقول: ليس المراد كون الغرس للعامل. بل المراد ان الغرس للعامل ولو كان قصدهما حين  
العقد الاشتراك فى الغرس. لبطلان المغارسة. والعطف لا يمنع من هذا. فالعبارة تشتمل الاجارة والمزارعة.

نظر. وكان ينبغي ايضا الحاق حكم المزارعة مع شرط الغرس. ولعله اعتمد على ما ذكره اولاً.

وتوضيح الاستدلال فى هذه المسئلة - يعنى فى ما غرس فى الارض المستاجرة او زرع فيها مع كون مدة الاجارة مما يعلم بقاء الغرس او الزرع بعد انقضائها. وكذلك الزرع والغرس

الذى غرسه العامل لنفسه مع شرط الغرس لنفسه فى المزارعة - والكلام فيها اما فى جواز

ذلك اولاً. واما فى وجوب التبقية حتى يدرك على فرض الجواز. وفى كليهما اشكال. اما فى

الاول: فيحتمل [الصحة] مطلقاً وعدمها كذلك. والصحة مع امكان الانتفاع. اما وجه الاول فهو

السبب من العقد الجامع للشرايط مع ضبط المدة وامكان الانتفاع وانتفاء المانع. اذ لا يتصور

هناك مانع. [لان] جواز القلع بعد انقضاء المدة، [الذى] لا يحصل الانتفاع معه، لا يصلح

للمناعية. اذ ليس القلع بمتيقن، لجواز الابقاء بالاجرة [او] تبرعا او صلحا. والعلم بحصول

استمرار الانتفاع الى آخر المدة، ليس بشرط (بل هو شرط فى انتفاء الخيار، وهو خارج

المبحث). والا لم يصح اجارة اصلاً.

ووجه البطلان: انه لو لم يمكن الانتفاع فقد استاجر عينا خاليا عن الانتفاع، فيبطل. لانه اولى من بطلان مع عين لا ينتفع بها. لان الاجارة تمليك المنافع واذا لم يمكن منفعة لم

تصح. ووجه الثالث: حصول الانتفاع فى الجملة. كما لو امكن الانتفاع بالتفصيل، او بالجدع.

واشار الى الوجوه الثلاثة فى القواعد، وبين وجهها فى الايضاح كذلك. ولا يبعد ترجيح

الاول، للعمومات وعدم لزوم السفه. نعم لو لم يكن هناك انتفاع اصلاً ولا ترقب لامكان الابقاء

بالاجرة او بالصلح، فيبطل. لدخوله فى معاملة السفهاء. وهو فرض نادر غير ملتفت اليه.

واما فى الثانى: ففيه اشكال وخلاف. قال فى الشرايع (اذا استاجر ارضاً مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة غالباً، قيل يجب على المالك ابقائه او ازالته مع الارش.

وقيل له ازالته، كما لو غرسه بعد المدة. والاول اشبه). وما اختاره (ره) هو مختار فخر المحققين.  
ويظهر من المسالك اختيار القول الثانى، ومال اليه المحقق الاردبيلى (ره) وقال (انه لا يخل عن قوة الا ان الاول احوط وبالنصف اقرب). وقد عرفت مختار العلامة فى التذكرة  
والارشاد. ويظهر منه التردد فى القواعد. ويظهر من فخر المحققين احتمال وجوب الابقاء  
مجانا، وذكر فى وجهه (انه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه، ولان عدم وجوبه يستلزم

عدم ملكية المستاجر منفعة متقومة مطلوبة بالاجارة. فلا يصح). ثم قال (والا صح وجوب

الابقاء باجرة المثل. لانه جمع بين الحقين لقوله (ع): ليس لعرق ظالم حق. (١) واتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم فى هذا الحديث).

واحتج فى المسالك على القول الثانى - اعنى ان المالك الازالة مجاناً - (لان المستاجر

دخل على انه (٢) لاحق له بعد المدة. لان منفعة المدة هى المبذولة فى مقابلة العوض، فلا يستحق بالاجارة شيئاً آخر. فلموجر قلعه مجاناً، كما لو غرس المستاجر بعد المدة. وهذا

هو الاقوى. وعدم تعدى المستاجر بزرقه فى المدة لا يوجب له حقاً بعدها مع استناد التقصير

اليه. والمفهوم ضعيف، ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت. وعلى تقدير صحته، يمنع

من كونه بعد المدة غير ظالم. لانه واضع عرقه فى ارض لاحق له فيها. والزام المالك باخذ

الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش، على خلاف الاصل. فلا يصار اليه بمثل ذلك. ومثله مالى استاجر للزرع مدة يدرك غالباً لكن قصر الزارع فى الزرع الى ان انقضت المدة. اما لو كان التأخير لا بتقصير بل لكثرة الامطار او تغيير الاهوية او شدة البرد ونحوها،

توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة. فانهما وان اشتركا فى عدم استحقاق ما بعد المدة الا

انه حيث لم يقصر وقد زرع بحق، يجمع بين الحقين بالاجرة. بخلاف ما اذا قصر او قدم على

ذلك كالسابق، فانه يسقط حقه اذ لا معارض له) انتهى كلامه (ره). (٣)

اقول: ما ذكره فخر المحققين من اتفاق الاصوليين على حجية المفهوم فى هذا الحديث، كلام مظلم لا يتضح معناه بظاهره. لان الاصول من حيث انه اصول لا حظ له فى

المسئلة الفقهية الجزئية. انما حظه بيان القواعد الكلية، وهو لا يناسب قولهم بحجية المفهوم

فى هذا الحديث الخاص. نعم لو كان المراد ان الاصوليين اتفقوا على حجية مفهوم الوصف

اذا قارن قرينة كما فى الحديث الصحيح القائل بان (البيعان بالخيار ما لم يفترقا وللمشتري

الخيار فى ثلاثة ايام) فله وجه. اذ ح يصير قاعدة كليه يكون هذا الحديث من افرادها  
لو سلم

- 
- ١: الوسائل: ج ١٧، ابواب الغضب، الباب ٣ ح ١. وج ١٣، ابواب الاجارة، الباب ٣٣ ح ٣.  
٢: وفي المسالك (نسخة دار الهدى. قم): دخل على ان لاحق له بعد المدة وهو الصحيح، خصوصا لو  
جعلنا لفظة  
(آن) زمانية. اى دخل على آن من الاوان بعد المدة المقررة.  
٣: الا انه قال عقيب الكلام: واعلم ان هذه المسائل كلها استطرادية، كان تاخيرها الى باب الاجارة انسب.

كونه كذلك. وهو لا يناسب تخصيصه بالحديث المذكور.  
وان كان مراده من الاصوليين الفقهاء المجتهدين المباحثين عن الفقه على مقتضى  
قواعد  
الاصول، فلا معنى لاتفاقهم من حيث انهم فقهاء الا على ثبوت الحكم تعبدا بالدليل  
الشرعى  
من عقل او نقل. ولا حاجة الى التمسك بالاتفاق على حجية المفهوم. بل ينبغي لهم ان  
يقولوا  
(ان العرق الغير الظالم له حق) بالاتفاق الكاشف عن قول الحجة. ثم اذا بنينا على  
الاستدلال  
بالمفهوم وقلنا با نه حجة، توجه الاستدلال به فى وجوب الابقاء او قلعه مع الارش، هو  
ان  
مفهوم قوله (ع) (ليس لعرق ظالم حق) ان العرق الغير  
الظالم له حق.  
والكلام فيه فى مقامات: الاول: ان الالفاظ وان كانت اسامى للامور النفس الامرية  
ولكن الاظهر ان المراد بها فى التكاليف الشرعية هو ما علم كونه ذلك. كما حققنا فى  
مواضع من تاليفاتنا فعلى هذا معنى (ليس لعرق ظالم حق) ليس لعرق ما علم انه ظالم  
حق.  
ومفهومها (ان كل عرق علم انه ليس بظالم [له] حق) وح فيمكن ثبوت الواسطة بين  
الامرین،  
وهو مالم يعلم فيه اتصافه باحدهما. وحكمه مسكوت عنه. ولا بد فيه من الرجوع الى  
الادلة  
الخارجية.  
الثانى: مقتضى قولنا (ليس له حق) نفى جميع الحقوق كما هو مقتضى النكرة فى  
سياق النفى. ونقيضه ثبوت جميع الحقوق، فقد ثبت جميع الحقوق كالمحق المحض  
الذى  
علم كونه محقا وقد يثبت بعض الحقوق بمقتضى الدليل الخارجى. كما هو مقتضى  
الجمع بين  
الحقين فى ما نحن فيه كما سنبينه.  
الثالث: المشتقات (بل الجوامد ايضا) حقايق فى التلبس بالمبدأ والوصف العوانى.  
فلايكفى فى صدقهما تحققهما فى الزمان السابق على النسبة الحكمية. ومقتضى ذلك  
عدم  
كفاية كونه محقا فى الان الاول فى كونه محقا بعد انقضاء المدة فى ما نحن فيه.  
فنقول هنا:



قد تعارضت الامارات من الجانبين. اما من جانب المالك فلما اقدم على الاذن في  
الغرس  
والزراع مع علمه بالاحتياج الى البقاء بعد المدة - سيما اذا كانت المدة قليلة لا يعود  
نفعها الى  
المزارع والمستأجر، سيما في مثل رضا المستاجر والمزارع بالقلع بعد المدة يلزم سفه

لايرضى به غالبا - فان اقدامه مع ذلك كاشف عن اذنه بالبقاء (وان لم يكن مجانا) او استحقاقه للارش لو قلعه. ولا ينافى ذلك تعيين المدة. اذ لعلها لاجل القطع بتسلط المستاجر

والمزارع لالزام التبقية بلا اجرة سوى الاجرة او الحصاة الاوليين، والاباحة السابقة مستصحية

ولا يعلم كونه ظالما محضا. ح.

واما من جانب المزارع والمستأجر: فلما اقدم المستاجر والمزارع على المعاملة مغيبى بمدة معينة فكانه رضى بقلعها بعد المدة مجانا، مضافا الى عموم (الناس مسلطون على اموالهم) و (لايحل مال امرء مسلم الا من طيب نفسه) واستصحاب عدم بطلان التسلط السابق. فاذا تعارضت الامارات من الجانبين فغاية الامر عدم ظهور كون العامل بعد المدة

ظالما ولا غير ظالم. وح نقول انا نعلم بثبوت حق ما لواحد منهما ولا نعرف الحق معيناً.

فمقتضى ملاحظة عدم جواز الترجيح بلا مرجح اثباته لكليهما فى الجملة. ولا يمكن الا بالتبقية بالاجرة او القلع مع الارش. ومن جميع ذلك ظهر ان دعوى اجماع فخر المحققين

لاينفع فى ثبوت الحق مجانا، ولو قلنا بثبوتها. اذ هو انما ينفع اذا سلم انه محق محض. وكذا

لايصح منع الاجماع من المسالك مع تسليم كونه محقا ولا لمنع كونه محقا مستندا با نه

ظالم ح. لان كونه ظالما اول الكلام.

کتاب الودیعة

(من المجلد الاول)

۱۷۷: سوال: هر گاه کسی قرآنی به نزد کسی به امانت بگذارد و ماذون کند به قرائت آن. و وکیل کند او را در بیع آن. و قرآن تلف شود. غرامت بر آن شخص لازم است

یا نه؟ -؟ و بر فرض ثبوت، در مقدار قیمت قول مالك مقدم است یا غارم؟ -؟. جواب: بر مستودع و وکیل غرامتی نمباشد، و قول ایشان در تلف مسموع است. و هر گاه ادعای تعدی و تفریط بر ایشان بشود و ایشان منکر باشند هم قول ایشان مقدم

است بایمین، و بر فرض اثبات تعدی و تفریط و اختلاف در قیمت، قول منکر زیادتی، مقدم است بایمین.

۱۷۸: سوال: زید امانتی در نزد عمرو گذارده و از عمرو قدری تنخواه به عنوان قرض الحسنه گرفته. و نیز زید مذکور از بکر هم قدر دیگر تنخواه قرض کرده، و الحال زید

مذکور مفقود الخبر میباشد. آیا عمرو میتواند تقاص حق خود را از امانت زید بکند یا نه؟ -؟ و بکر نیز میتواند به قدر تنخواه خود از عمرو بگیرد از مال زید یا نه؟ -؟. جواب: صاحب اختیار مال غایب حاکم شرع است، یعنی مجتهد عادل، و هر گاه این

مطلب را به حاکم شرع بگویند باید مدعیان طلب در نزد حاکم طلب خود را به ثبوت

شرعی برسانند، بلکه احتیاطاً قسم هم بر بقای حق خود یاد نمایند. و هر يك به قدر حصه خود از آن مال استیفای حق خود بکنند. و هر گاه به ثبوت نرسانند حاکم به ایشان

چیزی نمدهد. و هر گاه از اثبات عاجز باشند و حاکم شرع مطلع نباشد، آیا میانه خود

و خدا میتوانند [به عنوان] تقاص به قدر حق خود بردارند یا نه؟ -؟ آن شخص که امانت

در نزد او است نمیتواند سر خود از آن مال به صاحب طلب دیگر، چیزی بدهد. و خود

صاحب امانت هم تصرف در امانت کردن او مشکل است. مگر این که آن امانت به عنوان

رهن بوده باشد که در آن وقت تقاص جایز است هر گاه ممکن نباشد اثبات حق در نزد

حاکم. حاصل این که تقاص از مال امانت خصوصاً بدون اذن حاکم خالی از اشکال نیست.

خصوصاً در مال غایب. والحال در آن تامل دارم.

كتاب الودیعة من المجلد الثانی.

۱۷۹: سوال: هر گاه زید بر عمرو مکاری امین ادعا کند که فلان مبلغ به تو امانت

دادم که ببری به فلان ولایت تسلیم بکر نمائی و تو تسلیم او نکرده‌ای، عمرو در جواب

انکار امانت دادن، کند. و زید بینه عادلّه اقامه کند بر دادن امانت، و عمرو تصدیق کند و

بگوید غرض من از انکار این بود که مال تو را دزد برده و من مشغول الذمه تو نیستم شرعاً. آیا

تسلط زید بر عمرو چه خواهد بود؟.

جواب: در این مسأله چند قول است:

اول این که: دعوی او را نمیشنوند، چون انکار سابق او مکذب دعوی لاحق او است.

و بینه او را قبول نمکنند. چون انکار او در معنی اقرار به غصب است، چون انکار امانت

هم از اسباب ضمان است. و این قول شیخ است، چنان که فخر المحققین ذکر کرده. و قول

علامه است در قواعد، و فخر المحققین در شرح آن. و هم چنین علامه در تحریر و شهید

در لمعه، و لکن فخر المحققین حکم را به عنوان جزم کرده در صورت بینه وعدم بینه. و

کلام قواعد هم مثل آن است در کتاب و کالت در نظیر این مسأله. و اطلاق کلام  
شهید در  
لمعه هم این است، و کلام دیگران به عنوان جزم است در صورت عدم بینة، و علی  
الاقوی  
والاقرب است در صورت وجود بینة. و در کلام ایشان تصریح هست به این که این  
در صورتی است که انکار امانت به لفظ صریح در آن باشد، مثل این که بگوید (توبه  
من  
امانتی ندادی و من هم از تو نگرفتم) اما اگر بگوید (تو مستحق چیزی نیستی در نزد

(من) و یا (من مشغول الذمه تو نیستم) پس دعوی او مسموع است.  
دوم: دعوی او مسموع است. هر چند بینه بر تلف نداشته باشد. و این قول ابن جنید است چنان که در ایضاح نقل کرده، و [قول] علامه [است] در تذکره، چنان که

در کفایه نقل کرده. پس ساقط میشود از او ضمان بایمین. و وجه این قول عموم حدیث

(البینه علی المدعی والیمین علی من انکر) (۱) است، و این که شاید انکار او از راه سهوی

و نسیانی یا عذر دیگر باشد. و استدلال به حدیث علی الاطلاق بی صورت است. سوم این که: اگر تاویلی از برای انکار خود بگویند (مثل این که بگویند: مرادم این بود که امانتی که لازم باشد بر من رد آن، یا ضمان آن بر من باشد، به من ندادی. یا در نزد

من نیست) در این صورت دعوی او مسموع است. و این را شهید ثانی (ره) در شرح

لمعه اقوی شمرده. و گفته است که این مختار مصنف است در بعضی تحقیقات خود. و

صاحب کفایه هم این را پسندیده است. و در مسالك هم میل به آن کرده در صورت عدم

تصدیق مالك او را در آن عذر. و جزم به سماع آن هم کرده در صورت تصدیق. و از

علامه در تذکره نقل کرده است که قریب شمرده ضمان را در صورت عدم تصدیق. و این

منافی نقلی است که از کفایه کردیم در نقل قول او در تذکره والحال تذکره حاضر نیست

که رجوع کنم.

چهارم: در کفایه از مختلف نقل کرده است منع از سماع دعوی او، و از قبول بینه او. یعنی قول مستودع را مقدم نمیدارند با قسم، و لکن مستودع را میرسد که قسم بدهد مودع را، و اظهر در نظر حقیر قول شهیدین و صاحب کفایه است، به جهت استصحاب حکم امانت، و این که مستودع امین بود و محسن بود و احسان کرده بود به

مودع در قبول مال او به جهت او، و به مجرد انکار - در صورتی که عذری ظاهر و غالب

اظهار کند خصوصاً در وقتی که بینه هم به آن ضم شود - جایز نیست رفع یقین

۱: این حدیث به همین لفظ در میان مسلمین مشهور است. و در حقیقت با این لفظ بیشتر چهره يك (قاعده) را دارد تا حدیث. در منابع حدیثی شیعه بالفظ (والیمن علی من ادعی علیه) یا (علی المدعی علیه) آمده است، رجوع کنید: وسائل: ج ۱۸، ابواب کیفیة الحكم، باب ۳ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶.

عدم ضمان. و این هم از قبیل دعوی بایع است که (من اقرار به اخذ ثمن را علی رسم القبالة کرده بودم). پس مقدم مداریم قول او را با یمین، هر چند بینه اقامه نکند بر تلف.

و بدان که: این مسأله در جائی است که مودع مطالبه کند امانت [را] و مستودع انکار کند. چون انکار را از موجبات ضمان شمرده‌اند، چون انکار او در معنی این است که (دست من

در مال دست امانت نیست و از جانب صاحب مال بر او دستی نداشتیم) و این در معنی غصب

است و غاصب ضامن است. و اما هر گاه قبل از مطالبه خود سر این سخن را بگوید، یا دیگری

غیر از مالك از او سوال کند و او انکار کند، این معنی موجب ضمان نیست. بلکه گاه است

که مصلحت ودیعه در پنهان داشتن است. و در صورتی که مالك سوال کند از حال آن مال

بدون این که مطالبه آن کند، هر گاه انکار کند، علامه در قواعد در این اشکال کرده. و

فخر المحققین حکم به ضمان کرده. و در مسالك این را از تذکره و از محقق شیخ علی نقل

کرده و پسندیده است آن را. و وجه عدم ضمان این [است] که دست خود را بر آن بدون

رضای مالك نگهداشته، چون مالك مطالبه آن نکرده، و آن را از برای خود نگاه نداشته و

مجرد سوال، امانت را باطل نمیکند. بخلاف طلب. و مال این کلام تمسك به استصحاب

حال سابق است.

و وجه قول به ضمان این است: که انکار آن اقتضا میکند که او اخبار میکند از این که

دست او بر آن از جانب مالك و به نیابت آن نیست، به جهت آن که نفی ملزوم، نفی لازم است

از این حیثیت که لازم او است. پس او امین نخواهد بود از جانب او. پس در معنای غصب است

و ضامن است. و این قول در نظر حقیر اقرب است.

۱۸۰: سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد و او اعتراف کند و لکن ادعا کند



تلف را، یا ادعا کند که رد کردم به تو. قول او مسموع است یا نه؟ -؟.  
جواب: هر گاه اعتراف کند و ادعای تلف کند و شاهی نباشد، مشهور این است  
که  
قول او مسموع است و قبول میشود با قسم. و این از مواضعی است که (ظاهر) مقدم  
است  
بر (اصل)، و در مسأله دو قول دیگر هست: یکی قول شیخ است در مبسوط که  
گفته است:

اگر دعوی کند تلف [را] به نحو پوشیده و پنهان - مثل این که بگوید دزدیدند - که غالب

مردم مطلع نمیشوند، در اینجا مشنویم قول او را. و اگر دعوی تلف به مثل غرق شدن و

سوختن بکند، که غالب مردم مطلع میشوند، پس آن را نمیشنوند بدون بینه. مگر این که به

مشاهده یا استفاضه معلوم شود به نحوی که ممکن باشد که آن مال را غرق کرده است. و

اظهر قول مشهور است. و این در صورتی است که ذکر سبب تلف بشود، و اما هر گاه مطلق

بگوید هم اظهر این است که مثل سابق است.

و دوم: قول صدوق است در مقنع. و آن این است که قبول میشود قول او بدون یمین. و

این قول نیز ضعیف است.

و اما هر گاه ادعای رد کند: پس اگر دعوی کند که به همان صاحب مال رد کرده، پس

مشهور و اقوی قبول قول او است با یمین. چون که امین است و ادعای امر ظاهر میکند. پس

در معنی مدعی علیه خواهد بود، نه مدعی. و اصل عدم، معارض آنها نمیشود. و ظاهر این

است که ادعای رد بر وکیل مودع، هم چنین است. و اما هر گاه ادعا کند که رد کردم به

وارث مودع و امثال آن، پس در آنها محتاج است به بینه. چون وارث او را امین نکرده که مکلف

باشد به تصدیق او. پس به مقتضای اصل باید عملکرد.

۱۸۱: سوال: زید امانتی نزد عمرو داشته، و در حین مطالبه چون عمرو طلبی از

زید داشته بگوید که من امانت را به عنوان تقاص خود برداشته‌ام. و بعد از آن در

ثانی زید مطالبه امانت را میکند، عمرو مگوید که من امانت را به تو رد کرده‌ام، و از

اثبات هم عاجز است. آیا در این صورت عمرو بر امانت باقی است؟ و تسلط قسم بر او

هست؟ یا باید بعد از عجز از اثبات قسم به زید داد، و عمرو از عهده بر آید؟.

جواب: ادعای رد کردن بعد از اعتراف به تقاص کردن، مسموع نیست. و عمرو هم

به سبب ادعای تقاص از امانت بیرون نمرود و باز امین است. چون اقوی جواز  
تقاص  
است از ودیعه با اجتماع شرایط. و فعل مسلم محمول بر صحت است، نه به این  
معنی که  
به مجرد همین قول او را قبول کنند و حق مالک ساقط شود. بلکه به این معنی که  
ادعای  
او محمول است بر ادعای تصرف صحیح، و ادعای تصرف صحیح مستلزم حکم به  
صحت

تصرف نیست. و فایده در این ظاهر میشود که این از باب انکار اصل امانت نیست در  
 حین مطالبه که آن مستلزم اقرار به غصب است. چون انکار امانت مستلزم این است که  
 ید آن بر آن مال به اذن مالك واقع شده. و این در معنی غصب است و موجب ضمان  
 است،  
 پس در این صورت دعوی متوجه تقاص میشود.  
 پس یا این است که زید منکر طلب عمرو میشود، یا مقرر. و هر گاه منکر است بینه  
 بر عمرو است و قسم با زید. و هر گاه مقرر باشد و ادعای رد کند بینه بر زید است  
 و قسم بر  
 عمرو. و هر گاه مقرر باشد به طلب عمرو و معترف باشد که شرایط صحت تقاص  
 هم موجود  
 بوده، و لکن منکر تحقق تقاص باشد (یعنی بگوید که تقاص نکرده. و فرض این  
 ممکن  
 است مثل این که امانت در نزد عمرو بوده و عمرو هم طلبی از زید داشت و زید  
 مماطله  
 میکرد در ادای آن تا روز مطالبه پس چون زید مطالبه امانت کرد عمرو گفت من  
 تقاص  
 کردم. زید بگوید دروغ مگوئی تقاص نکرده‌ای و تو هرگز این امانت را راغب  
 نیستی  
 و به مصرف هم نمیتوانی رساند بلکه در گرو خود نگاه داشته‌ای و من الحال طلب  
 تو را  
 مدهم تو امانت مرا رد کن. و عمرو بگوید من تقاص کرده‌ام و به من منتقل شده و  
 دیگر  
 رد نمکنم) در اینجا نیز قول عمرو مقدم است با یمین. زیرا که این هم از قبیل  
 (دعوی  
 رد به مالك) میشود. که اقوی قبول قول او است با یمین. چون تقاص از قبیل ید  
 مالك  
 است در ادای حق، به حکم شارع بر جواز آن.  
 و اما هر گاه مقرر باشد به طلب عمرو، و لکن منکر تحقق شرایط تقاص باشد در تمام  
 مدت. (مثل این که بگوید: من هرگز مماطله نکرده‌ام در اداء یا این که: تو هیچ بار  
 مطالبه  
 نکرده‌ای). یا در بعض مدت - مثل این که بگوید: هر چند من تا امروز مماطله

مسکرم  
و شرایط تقاص موجود بود، و لکن امروز که من طلب تو را فرستادم الحال به فکر  
این  
افتاده‌ای که این امانت را تصرف کنی به دعوی تقاص قبل - و در اینجا ظاهر این  
است که  
قول ودعی مقدم است با یمین. و فرق ما بین این صورت و صورت قبل، این است  
که در  
صورت قبل، زید قبول دارد که در صورت وقوع تقاص آن تقاص صحیح است و به  
اذن  
شرع است و آن در معنی اذن مالک است و در معنی رد است و قول امین در رد  
مسموع

است. لکن منکر وقوع آن، است. و در صورت ثانی قبول ندارد که در صورت وقوع صحیح باشد، و به اذن شارع باشد. و این تصرفی است

در مال مالك بدون اذن او، و محتاج است به اثبات اذن. و اثبات اذن شارع در محافظت

مال امانت ورد مال امانت، مستلزم اذن در تبدیل مال مالك به طلب امین، نیست که از

توابع امانت باشد.

و خلاصه کلام این که: در صورت اول قبول هر دو طرف هست که تقاص در معنی رد است. و لیکن نزاع در وقوع وعدم وقوع آن است. و در صورت ثانی نزاع در این است

که آیا آنچه واقع شده در معنی رد است یا نه. و مالك مدعی آن است که این رد نیست،

چون شرایط آن متحقق نیست و اصل عدم تحقق آن است، پس قول مالك موافق اصل

است. [و] در تقدیم قول امین در رد (ظاهر) را بر (اصل) مقدم مداریم، و لکن در این

ماده آن ظهور ثابت نیست. و اما در صورت تحقق شرایط تا زمان مطالبه امانت هر گاه

امین ادعای حصول آن کند، ظاهر صدق او است. چنان که در صورت ادعای رد حقیقی

ظاهر صدق او است. و هم چنین در صورت ادعای تلف، خصوصاً هر گاه مستند نکند آن را

به امر ظاهری مثل غرق و حرق که اغلب مردم بر آن مطلع میشوند.

بلی در اینجا میتوان گفت که هر چند ظاهر قول مدعی تقاص است. و لکن به سبب قول دوم او که (رد کرده‌ام به مالك) آن ظهور زایل میشود و قول مالك مقدم میشود به سبب اصل. مگر این که عذر مسموعی بگوید، مثل این که (قول دوم من به جهت این بود که از قائله دعوی تقاص فارغ شوم، چون شنیده‌ام که قول امین در رد مسموع است با یمین، این را گفتم و الا حقیقت همان بود که تقاص کردم). و لکن این

خود نفعی ندارد چون در این صورت هر گاه تقاص موافق صورت اول است که مالك

قبول دارد شرایط تحقق آن را تا زمان مطالبه، باز بدون قسم فارغ نیست. و هر گاه

مالك

قبول ندارد، که امر شدیدتر خواهد بود. و گرفتار اثبات صحت تقاص هم میشود. پس کلام دوم از درجه اعتبار ساقط است به اعتبار اقرار اول با این که مؤل است به همان اقرار اول، یعنی مراد او از (رد کردم به زید) این باشد که تقاص در حکم رد

است. و چون ید مقاص مقاص مثل ید مالک است در اداء دین او، پس گویا به مالک رسیده چون

دین او ادا شده. و باز رجوع مشود به همان تفصیلی که در تقاص دادیم. والله العالم.

۱۸۲: سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد، و مالک بمیرد و وارث او مطالبه امانت را بکند، و آن کس بگوید امانت را رد کرده‌ام به مالک. آیا قول او مسموع

است یا نه؟ -؟.

جواب: مشهور این است که قول او مسموع است با یمین. بلکه ظاهراً خلافی نیست مگر از علامه در مختلف در کتاب و کالت، که اشکال کرده در آن بعد از آن که تقویت [و]

قبول کرده و دعوی اجماع از ابن ادریس بر آن، نقل کرده. و از ابن فهد در مهذب نیز

دعوی اجماع ظاهر مشود چون که گفته است در کتاب و کالت (الامناء علی ثلاثة اقسام:

الاول من یقبل قوله فی الرد اجماعاً: وضابطه من قبض العین لنفع المالك، فهو محسن محض. فیقبل قوله فی

ردها، حذراً من مقابلة الاحسان بالاساءة. کالمستودع. واستشکله العلامة من حیث ان الاصل عدم الرد وهو قادر علی الاشهاد. وجزم فی کتاب فتواه بموافقة الاصحاب. و

الثانی: مقابله. وضابطه من قبض العین لنفعه ومصلحته. کالمستعیر والمسترهن والمستأجر. الثالث: من قبض العین ونفعها مشترك بین المالك والقابض، کالمضارب والوكیل بجعل. فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك. ومن غلب جانب الامانة اعتبر

قول العامل).

و از ابن مفلح نیز دعوی اجماع نقل شده. و به هر حال مقتضای اجماعات منقوله، و قول حق تعالی (و ما علی المحسنین من سبیل) و (هل جزاء الاحسان الا الاحسان) و غیر

آن، قول مشهور است. و یمین هر چند سبیلی است و لکن به دلیل خارج شده. و ظاهراً

خلافی نیست در این که دعوی رد بر وکیل مودع، نیز مثل دعوی رد بر موکل است. چون

ید وکیل در معنی ید موکل است. بلی هر گاه مستودع دعوی کند (رد بر وارث مودع



را) در آنجا محتاج است به بینہ. چون [وارث] او را امین نکرده کہ مکلف باشد به تصدیق او. و [ہر گاہ وارث امانت را مطالبہ کند و مستودع ادعا کند کہ بہ خود مالک قبلا رد

کرده است، قول مستودع مسموع است.] و مدعی بودن وارث در اینجا منافات ندارد با

قبول قول مستودع. چون مستودع ادعای رد بر خود مالك کرده، و اطلاق اجماعات منقوله و ادله سابقه شامل این صورت نیز هست.

۱۸۳: سوال: هر گاه جمعی از مؤمنین قدری مال اطفال صغار را بسپارند نزد ظاهر الصلاحی، و بعد از آن اراده کنند که تقسیم اموال را بر وفق فتوای مجتهدی به عمل آورند، به آن مرد بگویند: مال را بیاور تقسیم کنیم با سایر اموال میان ورثه. و آن

شخص مرود آن وجه امانت را بیاورد. و وقتی که داخل مجمع آنها میشود فراموش میکند و به خانه معاودت میکند در آنجا به خاطرش میآید مگوید الحال کار ضروری دارم بعد از این، تنخواه را به صاحبش خواهم رسانید. و چون زوجه خود را امین بدانسته به او مسپارد و می رود به دهی که در آنجا سنبلی داشته. زوجه آن وجه را در میان اسباب خود میگذارد. دزد آن را میبرد. آیا آن مرد ضامن است یا نه؟ - ۹.

جواب: هر گاه مؤمنین عدول بوده‌اند، یا عادلانی در میان آنها بوده، و حسباً آن مال صغار را به او مسپارند در وقتی که اذن حاکم شرع یعنی مجتهد عادل میسر نبوده، آن ودیعه محکوم به صحت است. و لکن در نزد مطالبه واجب بود که فوراً تسلیم

آنها نماید، و هر گاه بدون عذر تأخیر کرده ضامن است. و هر گاه معذور بوده (چنان که در

صورت سوال عذر او نسیان (۱) بوده) از آن جهت ضمان دفع میشود. و لکن بعد از تذکر

باز بایست فوراً رد کند و تأخیر بدون عذر موجب ضمان است. و با وجود این ودیعه گذاشتن نزد زوجه - هر چند ثقه باشد - هم داخل تفریط است و موجب ضمان

است. چون ماذون نبود در تودیع نزد غیر.

کتاب الودیعه من المجلد الثالث:

۱۸۴: سوال: هر گاه زید تنخواهی به عمرو به رسم

امانت داده است، و عمرو تنخواه مزبور

(۳۹۱)

را در میان خورجین گذارده و خورجین را در محل عبور مردم و به دست امینی نسپرده و

رفته است در بازار از پی شغل و بعد از دو یوم که به زید رسیده است مذکور منماید که

تنخواه مزبور را سرقت نمودند. آیا در این صورت عمرو تقصیر کرده است یا نه؟ -؟ و

هر گاه تقصیر کرده است حکم آن را بیان فرمایند.

جواب: در امانتداری واجب است که امانت را در حرزی که مناسب آن است محافظت کنند. و هر گاه تفریط کرد و در غیر حرز گذاشت - مثل صورت سوال - ضامن

است. و ظاهر این است که هر گاه تفریط کرد در محافظت (مثل صورت سوال) بعد از این

تفریط باز [اگر] خورجین را در جای مضبوطی بگذارد و در آنجا تلف شود هر چند به

سبب آن تقصیر، نشده، باز ضامن است. و ظاهراً خلافتی در آن نباشد. بلی هر گاه رد

کند به مالک و ثانیاً او را امین کند و به او رد کند و بدون تقصیر تلف شود، ضامن نیست. و هر گاه رد نکند به مالک و لکن بعد از اطلاع مالک به آن تفریط و تقصیر، بدون

این که ثانیاً بگوید که (در نزد تو امانت باشد) و بدون تقصیر تلف شود، در اینجا اشکال

و خلاف است که آیا ضامن هست به تلف یا نه؟ -؟.

واظهر در اینجا نیز عدم ضمان است. و آن اشکال و خلاف، ضعیف است و راهی ندارد. (۱) و عموم (علی الید ما اخذت حتی تودی) مدفوع است به این که آن منحصص است

به (ید امانت) (۲). و مفروض این است که به سبب اذن ثانی به آن، ید او ید امانت است و

به منزله ید مالک است. بلکه جمع کثیری از علما قایلند که امین کردن (در نزد غاصب

هم او را از ضمان بیرون مآورد.

و به هر حال: هر گاه ثابت باشد که به سبب تفریط تلف شده ضامن است. و هر گاه

نزاع کنند در این که رد حال امانت تلف شده یا در حال ضمان - مثل این که آن

خورجین  
در اول بار در محل مضبوط بوده و بعد تفریط کرده، یا در اول تفریط کرده بود و  
بعد به  
اذن مالک ثانیاً در جای مضبوط گذاشت - و مالک بگوید: در حال تفریط تلف  
شده. و

-----  
۱ و ۲: عبارت نسخه: راهی ندارد بعد عموم علی الید ما اخذت حتی تودی و آن مدفوع است به این که  
مختص  
است به ید امانت...

مستودع بگوید: در حال امانت. پس آن محتاج به مرافعه و هر چه رای حاکم شرع اقتضا کند به آن عمل خواهد شد. و دور نیست که در صورت عدم بینة قول مستودع

مقدم باشد با یمین، نظر به اصل برائت و استصحاب امین بودن، در صورتی که تفریط

بعد از ضبط در حرز نباشد (۱) به جهت آن که او اعرف است به آنچه کرده. هر چند

استصحاب بقای مال هم مرجح قول مالك است در صورت تاخر تفریط. بلکه مگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده و مستودع بگوید قبل از تفریط تلف شده، آن در معنی انکار تفریط است و قول او مقدم است در تلف بعد از

استیمان ثانی. و استصحاب هم موید آن است علاوه بر آنچه مذکور شد. خلاصه جواب استفتا این است که: هر گاه ثابت باشد که امانت را به همین نحو که

۱: و در نسخه: باشد.

شاید تصویر صورت‌های مختلف مسأله ضرورت داشته باشد خصوصاً برای توضیح اصلاح لفظ (باشد) به (نباشد). مسأله چهار صورت دارد:

الف: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و امانت تلف شده. در این صورت

ضامن است.

ب: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس امانت را در جای مضبوط قرار داده، و امانت تلف شده. باز ضامن

است.

ج: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و آن گاه با اذن جدید استیمان کرده،

امانت تلف شده. اینك مالك مگوید پس از تفریط و قبل از استیمان مجدد، تلف شده (یعنی همان صورت الف)

پس ضامن است. و امین مگوید پس از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستیم. در این صورت نظر به این که مرحله ماقبل تلف، تفریط است زمینه برای اصالت برائت مساعد نیست. پس قول مالك

مقدم است.

د: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس آن را در جای مضبوط قرار داده، آنگاه مجدداً استیمان کرده. امانت

تلف شده. اینك مالك مگوید قبل از استیمان مجدد تلف شده (یعنی همان صورت ب) پس ضامن است. و امین

مگوید بعد از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستیم.

در این صورت چون مرحله ماقبل تلف، حالت ضبط است زمینه برای اصالت برائت مساعد است و نیز

برای  
استصحاب. پس قول امین مقدم است.  
میرزا (ره) با جمله (بکله مگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده...) استدراک میکند و  
در صورت (ج) نیز قول امین را مقدم مدارد.

تصرف کرده که در خورجین گذاشته در سر راه بدون این که به امینی سپرد، و به سبب همین تلف شده، یا این که بعد از آن تقصیر به جای محفوظ ضبط کرده در آنجا تلف شده بدون اذن جدیدی از مالك، ضامن است در هر دو صورت. و اگر نزاع باشد در این معنی، ها محتاج است به مرافعه.



## کتاب العارية

(من المجلد الاول)

۱۸۵: سوال: هر گاه شخصی قدری زیور زنانه از طلا و نقره عاریه نماید بدون تفريط

و تعدی تلف شود. ضمان بر مستعیر متوجه میشود یا نه؟ -؟.  
جواب: اظهر در نزد حقیر آن است که ضمان متوجه نمیشود. مگر این که شرط ضمان

کرده باشد.

فان شئت توضیح المقال علی سبیل الاستدلال، فاعلم: ان الاخبار الواردة فی العارية منها علی اقسام:

منها: ما يدل علی عدم الضمان فی العارية مطلقا. مثل صحیحة الحلبي عن الصادق (ع)  
(قال: ليس علی مستعیر عارية ضمان. و صاحب العارية والوديعة مؤتمن) (۱) وحسنه عنه

(ع) (قال اذا هلكت العارية عند المستعیر لم یضمنه. الا ان یكون اشترط علیه) (۲)  
وصحیحة

عبد الله بن سنان (قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن العارية. فقال: لا غرم علی مستعیر عارية

اذا هلكت، اذا كان مامونا) (۳) وفي معناها صحیحة محمد بن مسلم. (۴)  
ومنها: ما يدل علی اخراج الذهب والفضة من هذا الحكم. مثل صحیحة زرارة (قال: قلت لابی عبد الله (ع): العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرتہ فتوی فلا یلزمك تواه، الا

---

۱: الوسائل ج ۱۳، ابواب العارية، الباب ۱ ح ۶.  
۲ و ۳ و ۴: المرجع: ح ۱ و ۳ و ۷. وكذا فی معانها رواية مسعدة بن زياد: ح ۱۰.

الذهب والفضة، فانهما يلزمان. الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك، لزمتك. والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك (١) وموثقة اسحاق بن عمار عن الصادق (ع) والكاظم (ع) (قال العارية ليس على مستعيرها ضمان. الا ما كان من ذهب او فضة فانهما مضمونان، اشترطا او لم يشترطا) (٢). ومنها: ما يدل على استثناء الدراهم وما يدل (٣) على استثناء الدنانير (مع عدم القائل بالفصل بجعل كل منهما صنفا واحدا) (٤) مثل حسنة عبد الله بن سنان (قال: قال ابو عبد الله: لا يضمن العارية، الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان. الا الدنانير فانهما مضمونة وان لم يشترط فيها ضمان) (٥) ورواه الشيخ في الصحيح عن ابن مسكان. (٦) وحسنة عبد الملك بن عمر عنه (ع) (قال: ليس على صاحب العارية ضمان، الا ان يشترط صاحبها. الا الدراهم فانهما مضمونة، اشترط صاحبها او لم يشترط) (٧). اذا عرفت هذا، فقل بتخصيص العمومات بالذهب والفضة. لان المخصص منحصر في الدرهم والدينار والذهب والفضة في الاخبار. ولا منافات بين [هذه] المخصصات، فليبق على حالها. مع ان مادل على اخراج الدرهم والدينار قاصرة، لانفراد كل منهما في الذكر في الرواية. ولم يقل به احد. وايضا فابقاء الذهب والفضة في مادل عليهما على حقيقتهما او لى من ابقاء العام المخصص بالدينار والدرهم جزما على الباقي بعد التخصيص. وقيل بان بين المخصصات تعارضا بالعموم والخصوص. فيخصص مطلق الذهب والفضة بالدرهم والدينار. وانت خبير بضعف القولين. والتحقيق ان يقال: عمومات العارية وما دل على عدم الضمان مطلقا، قد خص بتلك

---

- ١ و ٢: المرجع: الباب ٣ ح ٢ و ٤.  
٣: وفي النسخة: ومنها مايدل:....  
٤: عبارة النسخة وعدم القائل بالفصل بجعلها صنفا واحدا.  
٥: المرجع: الباب ٣ ح ١. توضيح: كان ينبغي هنا ان ياتي بحديث الدراهم اولا، ثم حديث الدنانير. قد عكس المصنف على اللف والنشر المشوش.  
٦: التهذيب، ج ٢ ص ١٦٧، ولكن ترك فيها (الا الدنانير... الى الاخر) فلا ربط له بما نحن فيه.  
٧: الوسائل: ج ١٣، ابواب العارية، الباب ٣ ح ٣.

الاخبار فى الجملة. والنسبة بين مادل على اخراج الذهب والفضة وما دل على اخراج الدرهم والدينار، عموم من وجه. لان للحصر بكلمة (ما) و (الا) جزئان: ثبوتى وسلبى. فالجزء الثبوتى من خبر الذهب والفضة يدل على الضمان فيهما سواء كان درهما ودينارا او غيرهما. والجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار يدل على انه لا ضمان فى غيرهما سواء كان فضة

وذهبا او غيرهما. فبطل القول بعدم تحقق التعارض بين المخصصين. وح فلا بد من الترجيح. وبعد ملاحظة تكافؤهما فى السند فالترجيح للجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار. لموافقته للاصل واعتضاده بساير العمومات الكثيرة النافية للضمان الا

مع الشرط. والقدرح فى ضعف الدلالة بعد ملاحظة عدم القول بالفصل، لاوجه له. مع انه يمكن

ان يقال ان الجزء السلبى منطوق والجزء الايجابى مفهوم - ان قلنا بان مفهوم الحصر فى

(ما) و (الا) من جملة المفهومات - واين يمكن ان يقال دلالة الجزء الايجابى فى خبر الذهب

والفضة اظهر دلالة على مطلق الذهب والفضة، من الجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار

على غيرهما من افراد الذهب والفضة. ولكن مثل هذا المرجح لايمكن ان يعتمد عليه. وبالجملة: فالاقوى عدم الضمان للعمومات فى العارية وغيرها المعتضدة بنفى العسر والخرج. مضافا الى اعتضاد خبر الدرهم والدينار باصل البرائة واصل العدم. والله العالم.

ثم ان الصدوق (ره) بعد ما روى حسنة الحلبي المتقدمة قال (وفى حديث آخر: اذا كان مسلما عدلا فليس عليه ضمان). وهو يشعر بان عدم الضمان مشروط بالعدالة. وكذلك

صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة دلت على اشتراط كونه مامونا. وفى صحيحة محمد بن

مسلم (اذا كان امينا فلا غرم عليه) وهذا القيد فى غيرها ايضا موجود. وهو بظاهره مشكل

ولا يحضرنى مصرح باشتراط ذلك الان. ويمكن ان يكون المراد: مالم يظهر منه خيانة فاذا

ظهر التعدى والتفريط فيلزم الغرم. او ليس عليه شىء مادام هو مامون ولم يتهم، ومع

الاتهام فيلزمه شيء. ولو كان ذلك الشيء هو الاحلاف.

كتاب العارية من المجلد الثاني:

۱۸۶: سوال: هر گاه زید عمارتی دارد. و آن عمارت دری دارد که از آنجا تردد در آن

میشود. زید آن را در را سد کند. و به اذن عمرو دری از برای عمارت بگشاید که عبور به آن از

ملك عمرو مشود. بعد از آن عمرو فوت شود و وارث او همان ملك را به بكر بفروشد در حالی که طرفین خالی الذهن باشند از این که معبر زید در آنجا هست. آیا بكر می تواند مانع زید شود از عبور یا نه؟ -؟. و بر فرضی که نتواند آیا این معنی منشأ جهالت مبیع و تسلط بكر بر فسخ بیع مشود یا نه؟ -؟.

جواب: این فعل عمرو از بابت عاریه است. و عاریه از عقود جایزه است. و هر يك از طرفین میتوانند فسخ کنند، مگر در مواضع چند که استثنا شده که از جمله آنها عاریه دادن زمین است برای زرع غرس یا عمارت ساختن و بنا نهادن. که بعضی علما گفته اند که رجوع نمیتواند کرد مادامی که آنها در محل خود هستند. و مشهور جواز رجوع است در اینها نیز و لکن با ارش، یعنی تفاوت قیمت آنها در حالی که بر جای خود باشند و در حالی که کنده شوند از جای خود. یعنی معیر باید تفاوت قیمت را بدهد و رفع نقصان مستعیر را بکند و ازاله کند، بلکه خود معیر بدون اذن او مباشر ازاله شود و بلکه او را امر کند یا ازاله کند یا مخیر کند که معیر ازاله کند. و به این جمع بین حق معیر و مستعیر مشود، و مقتضای جواز عقد وعدم لزوم و قاعده نفی ضرر (هر دو) به عمل می آید.

و ظاهر این است که مورد سوال از این باب نیست و ملك مال معیر است که عمرو است. و مادام الحیوة اختیار دارد که رجوع کند. و بعد از عمرو مال وارث است و او نیز اختیار دارد که رجوع کند. و وارث که فروخت به بكر آن نیز اختیار دارد. به هر حال حق لازمی به جهت زید که مستعیر است حاصل نشده. و کسی که خواهد لزوم به هم رسد در چنین مواضع، به عقد مصالحه یا وجهی دیگر از وجوه لازمه به خود منتقل کند. و بدون آن زید نمیتواند متصرف شود.

بلی این هر گاه از باب عاریه زمین از برای غرس و بنا و امثال آن باشد و مالك آن را

فروخته و مشتری جاهل آن بوده، بعد از حصول علم از برای مشتری اختیار فسخ بیع حاصل میشود از راه اختیار عیبي (۱) که به جهت شرکت غیر حاصل میشود، هر چند به

-----  
۱: در نسخه: غبنی.

همین قدر باشد که مستعیر مانع از تصرف میشود و تمکین نمیدهد الا بعد از گرفتن ارش. ومفروض این است که این مورد سوال ما از این باب نیست. پس خیار فسخ (۱) هم

در اینجا به جهت بکر حاصل نمیشود.

۱۸۷: سوال: زید زمینی را به عمرو میدهد که در آنجا خانه بسازد و ساکن شود. بعد از مدتی عمرو از آنجا مرود و خانه را به دیگری بفروشد. الحال زید مگوید به آن دیگری که بیرون رو از خانه، و ملک از من است، آیا تسلط دارد یا نه؟ -؟. جواب: هر گاه به عنوان صلح یا بیع یا نحو آن منتقل نکرده به او، این ارباب عاریه است، و هر وقت میخواهد بر هم میزند. و او را میتواند امر کند به ازاله بنا و عمارتی که

از مال خود در آنجا ساخته. و تفاوت قیمت را باید به مستعیر بدهد. و مستعیر نمیتواند

آن خانه را به غیر بفروشد یا عاریه بدهد. بلی جایز است بیع چوب و سنگ و آجری که از

خارج آورده، و ظاهر این است که حکم وارث مستعیر حکم خود او است در استحقاق

انتفاع وعدم تسلط معیر بر ازاله الا به ارش.

۱۸۸: سوال: مستعیر چگونه انتفاعی میتواند از عاریه ببرد؟ و تا کی میتواند انتفاع ببرد در وقتی که مدتی معین قرار داده نشده باشد -؟.

جواب: هر گاه در عاریه تعیین مدت نشده و به عنوان اطلاق رخصت در منتفع شدن داده، رجوع میشود به عرف و عادت. پس هر گاه گلیمی یا نمدی و امثال آن به عاریه

بدهد، در عرف و عادت فرش کردن و نشستن بر آن، فهمیده میشود. و هر گاه لحاف

بدهند، پوشیدن فهمیده میشود، پس جایز نیست فرش کردن آن، و در الاغ و قاطر بار کردن، و در اسب نجیب سواری. پس جایز نیست اسب نجیب را

بار کردن، و به الاغ و قاطر شیار کردن زمین مگر در جائی که متعارف باشد. و هر گاه راه انتفاع در عرف و عادت متعدد باشد - مثل قاطر که بار میکنند و سوار هم میشوند و در بعضی بلاد چرخ خرمن کوبی را هم به آن میگرددانند - پس در صورت تعدد انتفاع وعدم تقیید، اگر به عنوان عموم گفته است که هر نفعی که خواهی



-----  
۱: توضیح: مراد خیار فسخ بیع است.

بیر، اشکالی در جواز همه نیست. و هم چنین در صورت اطلاق - مثل این که بگوید در نزد

تو باشد و از آن نفع بیر - و لکن در اینجا اکتفا کنند به افراد شایعه.

و هر گاه معیر معین کند نفع خاصی را، جایز نیست تعدی از آن. هر چند تصریح نهی از غیر نکند علی الاظهر، خصوصاً هر گاه ضرر آن بیشتر باشد. و بعضی تجویز کرده‌اند. تعدی به مساوی و به آنچه ضرر آن کمتر باشد، خصوصاً در اقل ضرر، از راه

(قیاس بطریق اولی). و این ضعیف است. بلی هر گاه از قراین معلوم شود رضای به اقل یا

مساوی، جایز است. و هم چنین در مقدار انتفاع، رجوع به عرف و عادت میشود، مثل

این که متعارف بار الاغ سی من تبریز است. پس جایز نیست بیشتر بار کند. و بدان که: بعد از آن که بنا به عدم جواز تعدی شد - یا به سبب نهی معیر، یا به سبب تعیین معیر نوع خاصی از منفعت، یا به سبب اقتضای عرف و عادت مقدار خاصی

را - پس هر گاه تعدی کند، ضامن عین معاره میشود. و اظهر این است که باید تمام اجرت عمل را بدهد، نه این که مساوی اجرت آن عمل ماذون فیه را ساقط کند و تتمه را

بدهد. به جهت این که مجموع این عمل غصب است و تصرفی است در مال غیر بدون

اذن. و ثمره این خلاف ظاهر میشود در صورت تعدی به (اقل ضرراً) یا مساوی. که بنابر قول به ملاحظه نسبت و اسقاط مساوی اجرت، در اینجا به غیر معصیت ضرری حاصل نیست.

بلی هر گاه ماذون فیه داخل منهی عنه باشد - مثل این که شرط کرده بود که حیوان را

ببست من بار کند او سی من بار کرده، یا خود تنها سوار شود او شخص دیگر را به ردیف خود کرده، یا زمین را گندم زرع کند او جو و گندم هر دو را زرع کند - در اینجا به

قدر اجرت ماذوق فیه را اسقاط میکند. بخلاف آن که نوع منفعت مختلف باشد مثل سواری و بار کردن و زرع و غرس اشجار، چنان که در مسالك و غیر آن تصریح به آن شده.

۱۸۹: سوال: هر گاه عین معاره تلف شود یا نقصان به هم رساند در نزد مستعیر،

ضامن تلف هست یا نه؟ -؟.

(۴۰۰)

جواب: مشهور علما این است که ضامن نیست، مگر در صورت تفریط و تعدی با شرط ضمان. و در خصوص طلا و نقره. وابن جنید عاریه حیوان را نیز استثناء کرده.

پس هر گاه جامه کهنه شود به استعمال، یا حیوان ضعیف شود یا تلف شود، بر او ضمانی نیست. و قولی هست به این که هر گاه به سر حدی برسد استعمال که از آن نازل تر قیمتی

برای آن باقی نماند و باز استعمال کند، در این صورت هر گاه تلف شود ضامن است.

به جهت آن که از اذن مالك این فرد استعمال فهمیده نمیشود بلکه ظاهر عاریه آن است

که باز عین باقی بماند به نحوی که

از برای آن مالیتی باشد هر چند قلیل باشد.

اما عدم ضمان در غیر صورت استثناء: پس ظاهر این است که اجماعی است، چون از باب امانت است و در کفایه و غیر آن تصریح به عدم خلاف شده، و در مسالك تصریح به اجماع علمای ما واکثر عامه شده، و اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن (۱). و

خلاف ابن جنید هم ضعیف است و روایتی که در آن متمسك شده شاذ است و مستند آن

هم قاصر است. (۲)

و اما صورت استثناء: پس در صورت تعدی و تفریط نیز ظاهراً خلافی نیست، و دلالت دارد بر آن مفهوم اخباری که نفی غرامت در آنها مشروط است به امین بودن مستعیر و مؤتمن بودن [او]. و متعدی و مفرط نیست. پس باید غرامت بر آنها باشد. و

عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودیه) هم شامل آن است. بلکه خصوص بعض

اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن. و هم چنین در صورت شرط ضمان هم خلافی نیست که ضمان ثابت است. و در مسالك و غیر آن تصریح به اجماع شده، و اخبار صحیحه و غیر صحیحه هم دلالت دارد بر آن.

و اما استثنای طلا و نقره: پس آن نیز فی الجمله اجماعی است. و لکن خلاف است

---

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۵ (اولین مسأله باب عاریه) که اخبار باب به طور مشروح و تحقیقی بررسی شده است.

۲: به نظر میرسد مراد روایت ۱۱، از باب ۱، ابواب عاریه است.

--

(ξ. ١)

در این که مطلق طلا و نقره حکم او این است؟ یا مخصوص درهم و دینار است؟ و جمع

ما بین اخبار در این مسأله خالی از صعوبتی نیست. و حقیر این مسأله را در جواب مسائل سابقه که در مجموعه علی حده است (۱) تحقیق کرده‌ام، و جمع اخبار به قدر طاقت

خود کرده‌ام. (۲) و حاصل مختار (تفصیل) است که: در درهم و دینار ضمان هست، هر چند

شرط ضمان نکرده باشند. و در سایر افراد طلا و نقره مثل زینت زنان و غیر آن ضمانی

نیست (مثل سایر افراد عاریه) مگر با تفریط یا تعدی یا شرط ضمان. و [در] درهم و دینار هر گاه شرط عدم ضمان کنند هم ضمان ساقط نیست. و ظاهراً خلافتی در آن هم

نیست. و حسنه زراره یا صحیححه او (۳) هم دلالت بر آن دارد.

بدان که: در عاریه [ای] که شرط ضمان در آن مشود ضمان تنها [عین]

مشود، یا شرط نقصان تنها، یا شرط ضمان هر دو، یا اطلاق شرط ضمان مشود. و در سه صورت اول باید تابع شرط بود، و اما در صورت اطلاق: پس بعضی گفته‌اند تنزیل مشود بر ضمان عین. پس بر مستعیر لازم مشود قیمت عین در روز تلف آن. به جهت آن که نقص حاصل به سبب استعمال ماذون فیه است، و بر آن غرامتی نیست. و

بعضی فرق گذاشته‌اند ما بین نقصی که در اجزاء عین به سبب استعمال حاصل شود - مثل

سائیده شدن جامه به سبب پوشیدن، و کوتاه شدن گواهن به سبب شیار کردن و امثال

آن - و ما بین نقصی که از غیر جهت استعمال باشد مثل جدا شدن قطعه [ای] از جامه به

سبب آن که به درختی بند شود. و قطعه‌ای از گواهن که بر پشته علف بند شود

---

۱ و ۲: مراد اولین مسأله از کتاب عاریه است که در اصطلاح تنظیم کننده جامع الشتات اولین مسأله از کتاب عاریه

مجلد اول، میباشد، و ما آن را تحت شماره ۱۸۵ قرار دادیم.

۳: وسائل: ابواب العاریه، باب ۳ ح ۲ - توضیح: تا اینجا بحث از مجلدات جامع الشتات به طور مکرر راجع به

بر خورد میرزا (ره) با احادیث (ابراهیم بن هاشم) سخن داشتیم و دیدیم که میرزا احادیث او را به عنوان (حسنه) میپذیرد، این اولین بار است که مشاهده میکنیم میرزا از حدیث او با (حسنه یا صحیححه) تعبیر

مکند. والحمد لله.  
و اینک سند حدیث: محمد بن یعقوب، عن علی، عن ابیه (ابراهیم بن هاشم)، عن ابن ابی عمیر، عن  
جمیل،  
عن زراره.

بدون تقصیر و تفریطی. پس ضمان در دومی ثابت است نه در اولی. و این دور نیست.

و بعضی قایل شده به ضمان مطلقا. خواه تلف شود اصل عین و خواه رد نکند به مالک و خواه نقص به سبب استعمال باشد یا غیر آن. به جهت آن که تضمین عین مستلزم

تضمین اجزا است، چون عین مرکب است از آنها. و اذن در اصل منافی ضمان نیست،

و حال آن که شرط ضمان هم شده و نقص از لوازم استعمال نیست. پس جایز است که

استعمال ماذون فیه باشد و نقص هم مضمون

علیه باشد. و این قول را در مسالك تقویت کرده، و اظهر در نظر حقیر این است که نقصی [که] به سبب استعمال باشد مضمون نیست. چنان که مختار محقق است در شرایع. و منقول است از تذکره.

و بنابر قول به ضمان نقص، هر گاه ناقص شود و تلف شود اعتبار میشود اعلای قیمت های عین از روز قبض تا روز تلف، هر گاه تفاوت قیمت به سبب نقص اجزا باشد نه به

سبب قیمت سوقی. به جهت این که این مدلول ضمان عین نیست. و بنا بر قول به عدم

ضمان نقص، هر گاه تلف شود ضامن است قیمتی را که در آخر حالات تقویم است. ۱۹۰: سوال: هر گاه کسی مالی عاریه بگیرد از غاصب. حکم آن چه چیز است؟ و ضمان بر کی قرار میگیرد؟

جواب: مستعیر یا عالم است به این که مال غیر است و عاریه میکند، یا جاهل است. پس اگر مستعیر عالم است، خود، غاصب است و ضامن عین و منفعت و نقصان

(همه) هست. هر چند عاریه مضمونه نباشد. و مالک میتواند به هر يك از معیر و مستعیر

رجوع کند به عین و منفعت. و هر گاه رجوع کرد به مستعیر دیگر مستعیر رجوع نمیتواند

کرد به معیر در آنچه مالک از او گرفته. چون تلف در دست او شده و ضمان بر او قرار

گرفته. چنان که در مسأله ایدی متعاقبه در غصب محقق شده، و خلافی در آن ندارند.

و هر گاه رجوع کند به معیر، پس او میتواند رجوع کند بر مستعیر، چون مستعیر به



منزله  
غاصب است از معیر به سبب علم به حال، و ضمان هم بر مستعیر قرار گرفته چون  
تلف  
در دست او شده.

و هر گاه قبل از عاریه زیادتی در دست معیر حاصل شده باشد و از دست رفته باشد. مالك در آن رجوع نمیتواند کرد به مستعیر. چون غصب در آن زیادتی مختص معیر است، مثل این که قیمت سوقی آن در نزد معیر ترقی کرد و بعد تنزل کرده بنابر قول به

ضمان اعلی القیم در غصب. یا نقصانی در عین به هم رسیده در نزد معیر که منشأ نقصان آن

شده، و اگر ممالك از معیر غرامت آن را گرفته دیگر او نمیتواند رجوع کند به مستعیر.

و اما اگر مستعیر جاهل باشد به حال: پس باز او ضامن عین و منفعتی که بعد از عاریه به دست آمده، است. چنان که قاعده است در ایدی متعاقبه بر مغضوب. و اظهر و

اشهر این است که مالك به هر يك از اینها میتواند رجوع کرد در عین و منفعت. پس هر گاه رجوع کرد بر مستعیر، رجوع میکند مستعیر به آنچه غرامت کشیده بر معیر. چون معیر او را ماذون کرده بود در استیفای منفعت بدون عوضی از برای منفعت، و بدون ضمانی از برای عین اگر تلف شود. مگر این که عاریه مضمونه باشد که در این وقت

رجوع نمیتواند کرد در قیمت عین، بلکه رجوع میکند به اجرت منفعتی که مالك از او

گرفته. به جهت آن که ضمان در عاریه مضمونه متعلق به عین است و وضع عاریه برای

منفعت بودن است، پس مضمون بودن منفعت معنی ندارد. بلکه اظهر این است که رجوع میکند به غرامتی که مالك گرفته از جهت نقصان عین هم که به سبب استعمال حاصل شده. مگر آن که شرط کرده باشد ضمان آن را، چنان که

در مسأله سابقه بیان کردیم. و وجه

استثنای عاریه مضمونه این است که مستعیر بر خود قرار داده ضمان را که عاریه مضمونه

کرده. و انکشاف فساد عاریه ضرر ندارد نظر به قاعده مسلمة [ای] که فقها دارند که

(كلما يضمن بصحيحه يضمن به فاسده) و چون در صورت صحت عاریه هر گاه شرط ضمان

بشود ضامن است. پس باید در صورت فساد آن هم ضامن باشد. و آن که در صورت علم

مستعیر گفتیم (ضامن است هر چند مضمونه نباشد) مسامحه است در عبارت، و الا  
حقیقتاً  
مستعیر در صورت علم غاصب است، و مستعیر بر او صدق نم‌کند، هر چند در  
صورت عاریه  
بدهد.

و این که گفتیم (اظهر واشهر این است که مالک به هر يك میتواند رجوع کند) اشاره است به خلاف محقق که اختیار کرده است عدم جواز رجوع به مستعیر را، مگر در صورت

جهل، و مگر در صورتی که عاریه مضمونه باشد. و این استثنا از اطلاق کلام او در مسأله (۱)

(عدم ضمان در عاریه در غیر صورت مستثنیات) ظاهر میشود. هر چند کلام او در اینجا

مطلق است و استثنای عاریه مضمونه نکرده. و وجه آن (چنان که در مسالك اشاره کرده)

این است که مستعیر مغرور است، و غاصب هر چند سبب است و مستعیر مباشر. لکن سبب

غار اقوی است از مباشر مغرور. و دلیل مشهور همان قاعده ضمان است که در ایدی متعاقبه

گفته‌اند علی الاطلاق. به دلیل حدیث نبوی (ص) مشهور (علی الید ما اخذت حتی تودی) که

اصحاب به آن عمل کرده‌اند. و این اقوی است.

و در مسالك احتمال ضعیفی نقل کرده که مطلقا رجوع نمیکند به معیر هر چند عاریه مضمونه باشد. نظر به این که فساد عاریه ظاهر شد. پس وجهی از برای ضمان آن

نیست، به سبب این که مغرور است در غصب. پس رجوع میکند. به غار. و جواب این از

آنچه پیش گفتیم ظاهر شد که تکیه در این مسأله به قاعده مسلمه است که فرقی ما بین

صحیح و فاسد نیست. و غصب را در این مسأله دخلیتی نیست. و هر گاه مالک رجوع کند بر

معیر غاصب، او رجوع نمیتواند کرد بر مستعیر. مگر این که عاریه مضمونه باشد. اما اول: پس به سبب آن که مغرور است و غاصب او را وا داشته بر منتفع شدن بدون عوضی. و اما

ثانی: پس به جهت مقتضای ضمان که خود مستلزم شده و فساد عاریه در نفس الامر ضرر

ندارد. چنان که دانستی. و فرق ما بین تلف عین و منفعت و نقصان عین نیست. والله العالم.

کتاب العاریه من المجلد الثالث:

۱۹۱: سوال: اذا مات زيد عن بنت وبنين وله دور. فسئلت البنت اخوانها ان يسكنوها  
فى دار معينة من تلك الدور. فاجابوها وقالوا انه من مال ابينا وايبك فاسكنى فيها.  
وقالت  
البنت لزوجها: عمر هذه الدار لنسكن فيها فان اخوانى اجازوا لى سكونتها. فعمرها  
الزوج و  
صرف فى عمارتها مالا كثيرا. فلما عمرت الدار ندم الاخوان ومنعوها عن السكنى.  
ولم

-----  
۱: عبارت نسخه: از اطلاق كلام او بعد از اين در مسأله...

يزاحمهم اختهم فى ذلك. فكيف حال الزوج والمال الذى صرف فيها والعمل الذى عمل فيها؟ -؟-؟.

جواب: الظاهر ان هذه الاجازة من الاخوان لاختهم من باب العارية فى قدر حصتهم، لجواز اعارة المشاع وكفاية مطلق اللفظ الدال على العارية، لكونها من العقود الجائزة. فيكفى فيها لفظ (اسكنى فيها) بل وقد يكفى الفعل الدال على الايجاب. بل ربما قيل بكفاية حسن الظن بالصديق بالانتفاع بماله فى تحقق العارية، كما ذهب اليه العلامة فى التذكرة وجماعة، والظاهر ان مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال فى تحققها. يعنى ان هذا اذن فى الانتفاع.

واما المعتبر فى (شاهد الحال) هل هو القطع او يكفى الظن، فهو كلام آخر والاحوط فيه القطع. وليس المراد ان آية سورة النور (١) تدل على ذلك (بمفهوم الموافقة

اذ الانتفاع ب [مال] الغير مع بقائها بحالها اسهل من اكلها واتلافها. وعلى هذا فلا يتعدى

مما ذكر فى الاية من الارحام وغيرهم) كما ظنه الشهيد الثانى (ره) فى الروضة. وذكروا

من جملة ما دل على [كفاية] شاهد الحال، جواز الاكل من الهدايا فى ظروفها. فكان ذلك من باب المعاطات فى العارية.

وبالجملة: لا ينبغى الاشكال فى كون قول الاخوان لاختهم (اسكنى فى الدار) من باب العارية وتحققها به. ثم ان العارية لاحد تدل على جواز انتفاع اهله وعياله والضيف

ونحو ذلك. فالعارية لاختهم تدل على اباحة انتفاع زوجها ايضا بالسكنى. ولكن الظاهر

ان المستعير انما هو الاخت، لا الزوج. حتى يتفرع عليه احكام العارية فى حقه اذا تفرد.

فنقول ان الدار المذكورة اما هى قابلة للسكنى او مخروبة لاتقبل السكنى الا بالعمارة. فعلى الاول: لو صرح بالاذن فى العمارة والبناء او اطلق فى الاذن اطلاقا ينصرف اليه، فلو رجع فى العارية يتفرع عليه ضمان الغرامة والارش. بخلاف ماله منعها عن ذلك، فانها

١: ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم

او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم

او بیوت  
اخوالکم او بیوت خالاتکم او ما ملکتم مفاتحه او صدیقکم لیس علیکم جناح ان تاکلوا جمیعا او اشتاتا:  
۶۱ نور.

عمارة فضولية. وعلى الثانى: فالظاهر ان اطلاق الرخصة فى السكنى متضمن للاذن فى البناء والعمارة.

ثم: على فرض ثبوت الاذن صريحا او ضمنا، فلكل منهما الرجوع. لكونها من العقود الجائزة. ولكن التحقيق هو ان كل واحد منهما ان اردا الفسخ فيدخل الضرر على نفسه،

كما يظهر من التذكرة. مثلا اذا اعار الارض للغرس، فغرس المستعير ثم ندم المعير وامره بالازالة. فيلزم المستعير القبول. ولكن يلزم المعير الارش، يعنى تفاوت قيمة الشجرة قائما ومقلوعا. وليس على المستعير طم الحفر وتسوية الارض، وله ان يمنع حتى

يقبض الارش (لاحتمال طرو عجز للمعير عن الارش او فلس او نحو ذلك) دفعا للضرر. ولو ندم المستعير فيجوز له القلع وليس للمعير منعه ولكن عليه طم الحفر وتسوية الارض،

وكل ذلك للجمع بين الحقين وعملا بمقتضى جواز العقد وعدم لزومه. وعساك ان تتوهم انه لامجال لايجاب الارش، اذ المستعير هو الذى ادخل النقصان على نفسه لاقدامه على العقد الجائز الذى يترتب عليه ذلك. ويندفع هذا التوهم بان المسلم من جواز العقد وعدم لزومه انما هو جواز الرجوع فى الجملة، لامجانا مطلقا.

فان السكون على فعل المسلم وقوله ووعدده والاطمينان والاخلاد اليه انما صار سببا لاقدامه على غرس الشجر الذى جرى العادة بان يفعل لاجل الانتفاع بثمره. فمن البعيد من حكمة الله تعالى تسويغ هذا العقد وتجويزه ان يترخص احد فى بناء دار فى ارضه او

غرس شجر، مع تحمل المشقة والغرامة وصرف الاموال الكثيرة، واذا تم البناء وبلغ الغرس

بالثمر، جاز للمعير الرجوع مجانا فى ما كان البناء مجموعة من طين ذلك الارض ولم يكن شئ عن مال المستعير فيه حتى يستردها. فالقدر المسلم من كون العقد جائزا انما

هو مع ملاحظة حق المستعير ايضا. وكذا من جانب المستعير اذا اراد الرجوع واضرار المعير بذلك. والحاصل - كما عليه معظم المتأخرين،

بل [لم] نقف على مخالف فيهم - ثبوت الارش ح.

ثم: ان فى مانحن فيه لما لم يزاحمهم لاخت فى الاسترداد ورجعوا عن عقد هم فى السكنى، فسقط دعوى الاخت فى العمارة، ويبقى الاشكال فى حق الزوج. فهل هو يرجع



--

(ξ · γ)

اليهم فى ما اخرجهم من العمارة؟ او الى الزوجة؟. الظاهر انه لا كلام [له] مع الاخوة، وانما

هو مع زوجته. وذلك لانهم لم يعيروهم الدار ولم ياذنوه فى العمارة. ورضاهم بسكناه مع

اختهم فيها انما كان من باب دلالة الاشارة التبعية فى نفس الانتفاع، وهو غير اذنتهم فى البناء والعمارة. وح نقول: ان الزوجة امرت زوجها بعمل له اجرة عرفا وعادة، فيجب عليها

اجرة ما عمله. وتحقيق ذلك يتوقف على بيان ان الامر بالعمل يقتضى وجوب الاجرة ام لا؟ -؟. ثم لتعرض لبيان ما نحن فيه. فنقول:

قال المحقق فى الشرايع (اذا دفع سلعة الى غيره ليعمل فيها عملا فان كان من عادته ان يستاجر لذلك العمل (كالغسل والقصار) فله اجرة مثل عمله. وان لم يكن له عادة وكان العمل مما له اجرة، فله المطالبة، لانه ابصر بنيته، وان لم يكن مما له اجرة عادة لم يلتفت الى مدعيها).

وقال فى المسالك (لما كان الامر بالعمل يقتضى استيفاء منفعة مملوكة للمامور متقومة بالمال، وجب ثبوت عوضها على الامر كالاستيجار معاطاة. وقد شرط المصنف

فى لزوم الاجرة احد الامرين: اما كون العامل من عادته ان يستاجر بمثل ذلك العمل، او

كون العمل له اجرة فى العادة. والعلامة - ره - اعتبر فى لزومها كون العمل ذا اجرة عادة

خاصة، ويخرج على ذلك صور اربع: الاولى: ان يكون العمل مما له اجرة عادة والعامل

مما يستاجر لذلك كذلك. كما لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره، او جلس بين يدي حلاق

معد نفسه لذلك فحلق له، فله الاجرة على القولين. الثانية: انتفائهما معا، فلا اجرة عليهما، ولا فرق بين كون العمل ح متقوما باجرة وعدمه، اذا لم يكن له فى العادة اجرة ولا

اعد العامل نفسه لها. الثالثة: ان يكون العمل مما له اجرة فى العادة ولكن العامل ليس من

عادته الاستيجار له، فتثبت على القولين ايضا. لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة،

واحد الشرطين عند المصنف. الرابعة: عكسه. فتثبت له الاجرة عند المصنف دون العلامة. ومختار المصنف اوضح، لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر، فلا يحل

بدون العوض الا باباحة مالكة، ولم يتحقق) انتهى كلامه (ره).  
وقال فى الكفاية (ولا ريب فى لزوم الاجرة عند اجتماع الامرين، وعدمه عند

عدمهما). وقال فى الثالث من الاقسام الابعة (ان مقتضى القولين لزوم الاجرة وللتأمل فيه مجال) و [قال] فى الرابع (ثبت فيه الاجرة عند غير العلامة).  
اقول: وتحقيق المقام ان عمل شخص لآخر من دون مطالبة العمل والامر به، لا يقتضى عوضا. لاصالة براءة ذمة الطالب. وذلك كالهبة المطلقة. فانها يقتضى الثواب مطلقا على الاصح. وكذلك ان طلب منه طالب ولم يشترط المطلوب منه العوض (كمن

التمس من غيره ان يهب له شيئا ووهبه) الا اذا فهم من المقام رضا الطالب بذلك وحصل

التراضى. فالعمدة بيان موضع التراضى: فمن مواضعه التصريح بذلك، ولا اشكال فيه. ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عاداته اخذ الاجرة على ذلك العمل. سواء كان نفس

العمل مما يوخذ عليه الاجرة (كالغسل والقصار فى مثال المحقق، والحلاق فى امثلة الشارع) او لم يكن كذلك ولكن اعد نفسه لذلك - مثل ان يحتاج رجل اعمى فى معرفة

زوال النجاسة من بدنه حين غسلها، او المبصر فى الموضع الذى لا يراه من بدنه فيقول للآخر انظر الى هذا الموضع هل زال النجاسة لا - فان مجرد هذا النظر لا يعد فى العرف مما يكون له اجرة. بخلاف مالو اعد شخص نفسه لذلك وجلس موضة الناس لياخذ

الاجرة على ذلك لو اتفق اليه حاجة. فيظهر الثمرة ويصح القول بان له اجرا مع انه ليس مما يوخذ عليه الاجر عادة.

نعم يصح ان يجعل ذلك من قبيل ما له اجر فى مالو آجره غسل اعمى ليراقبه فى ذلك. وذلك لان العمل ح مجموع النظرات التى اعطى الغسل فى ظرف يوجه لذلك.

(١)

فهو خارج عما نحن فيه. ومقصودنا بيان ان كل نظر منه لكل شخص يحتاج اليه، هل هو

مما يوخذ عليه الاجرام لا. فنحن نقول بكفاية اعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين ايضا ويكفى فى لزوم الاجرة. بخلاف مختار العلامة. والظاهر ان من اعد نفسه لاخت الاجرة على عمل يراد منه ايضا من قبيل اعداده نفسه لعمل خاص.

ثم: ان ذلك يشمل مالو طلب لفظا وقال (اغسل ثوبى او قصر كرباسى) او (انظر الى موضع النجاسة). او بغير اللفظ مثل ان يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع

١ : عبارة النسخة: التي عطله الغسال في طرف...

(٤٠٩)

كشف راسه له وهذا يكون من باب المعاطات، فانه لايجوز فى المعاطات ايضا  
تصرف  
احدهما فى مال الاخر بلا عوض. والكلام فى اللزوم وعدم اللزوم، شىء آخر لادخل له  
فى  
لزوم العوض. واما كون العمل مما يوخذ عليه الاجر مع عدم كون العامل ممن يستاجر  
لذلك، فلايكفى فى ذلك. ولعل تأمل صاحب الكفاية انما هو لذلك. وما ذكره المحقق  
فى وجهه من انه ابصر بنيته، لايكفى فى دفع براءة ذمة الطالب. اذ الطالب لم يلزم  
المطلوب بشىء ولم يقهره ولم يساوم معه على اجرة، ولم يفهم [من] المقام التراضى  
على  
العوض.

نعم ما ذكره انما يناسب صورة الدعوى بان يدعى المامور بناء العمل على الاجرة  
والتراضى على ذلك وانكره السائل. فالقول قوله مع يمينه، لانه فعل وهو ابصر بنيته.  
ولكن لا يتم توجيه كلامه بذلك. لمنافاته لما قبله وما بعده. لان الدعوى والنزاع يمكن  
تطرقه اليهما ايضا، والحق فى الاول تقديم قول المامور وفى الثانى تقديم قول الامر.  
ولكن قوله (لم يلتفت الى مدعيها... الى الاخر) يأبى عن ذلك. كما ان قوله (فله اجرة  
مثل عمله) فى الاول يأباه.

فظهر ان سبك الكلام ليس لبيان الدعوى والنزاع. فتوجيه كلام المحقق - حيث غير  
العبارة فى تادية المقام - ان مراده فى الاول ان مجرد كون المامور ممن ياخذ الاجر  
على  
العمل يكفى فى ثبوت الاجرة على الامر بينه وبين الله، وبذلك يرتفع اصل البرائة لظهور  
ذلك فى المعاوضة كالمعاطات، ومراده فى الثانى انه وان كان المقام محتملا لفعله  
مجانا

(ك... التى اخذها منه طلب احد) (١) ولا يرفع اصل البرائة (٢) اذا لم يطالب المامور  
العوض. ولكن اذا طالبه فيجب عليه، لانه ابصر بنيته والمسلم مصدق على قوله وفعله  
فلذلك غير العبارة وقال فى الاول (له اجرة  
مثل عمله). يعنى فى نفس الامر بلا توقف على شىء. وفى الثانى (له المطالبة فانه ابصر

١: كذا. وما فهمت المراد من العبارة وما قدرت على اصلاحها.

٢: وفى النسخة: لاصل البرائة.

بنيته). ومراده فى الثالث انه لاشىء هنا يوجب رفع اصل (١) البرائة لاشىء [ولا] بمطالبته  
ولا يلتفت الى مدعيها. فان المفروض عدم المساومة والمعاوضة (٢) [لانه] لاعدد ولا  
معاطاة،  
ولا قرينة (٣) فى المقام ايضا. فلا شىء يقاوم (٤) اصل البرائة ولا ينفع هنا كونه ابصر  
بنيته. اذا لنية  
لايوجب شيئا مع عدم شىء [يدل] على التراضى على الاجرة.  
واما ما ذكره الشارح (ره) من التعليل با نه (عمل محترم بالامر فلا يحل بدون العوض):  
فهو انما يتم فى مالو كان العامل ممن يستاجر للعمل، ولا يتم فى غيره. سيما اذا لم  
يكن  
للعمل اجرة عادة، لان غاية الامر ان يكون هذا الامر سببا والمباشر مقدم على السبب.  
وليس  
هذا من مواضع تقديم السبب على المباشر. ثم ان مافهمه الشارع من مختار المصنف  
(٥) - حيث  
قال (ان مذهبه لزوم الاجرة مع وجود احد الامرين) - فهو صحيح. لان مقتضى اطلاق  
كلامه  
فى الاول هو الامر الاول، فهو يقول بثبوت الاجرة مع كون المامور ممن يستاجر  
للعمل وان  
لم يكن العمل ممن يستاجر عليه. وذكر الغسال والقصار (من باب المثال والتمثيل) غير  
مخصص للعلم على التحقيق. واما الامر الاخر (٦) فاستند حكمه من قوله (وان لم يكن  
له عادة  
وكان العمل مما له اجرة) [عليه]. واما قوله (وان لم يكن مما له اجرة بالعادة فلم  
يثبت.. الى  
الاخر (٧)) فهو معطوف على قوله وكان العمل مما له اجرة) من اقسام من لم يكن له  
عادة.  
ثم انى بعدما كتبت ذلك لاقيت (٨) عبارة المحقق الاردبيلي (ره) فى شرح الارشاد  
حيث  
قال بعد قول العلامة ٩ (ره) (ولو امره بعمل له اجرة (١٠) بالعادة فعليه الاجرة. والا،  
فلا) ما هذا

١: وفى النسخة: فعل البرائة

٢: فى النسخة: المعادلة.

٣: وفى النسخة: وعدم قرينة. - ويناسبه لفظة (ايضا) ولكن يشكل فى العطف.

- ٤ : وفي النسخة: بقاؤه.  
٥ : في النسخة: لمن مختار المصنف.  
٦ : في النسخة: وما الا الامر...  
٧ : وفي النسخة: الى من يوم.  
٨ : وفي النسخة: (في عمل عبارة المحقق الاردبيلي...)  
٩ : في النسخة: حيث يوم لا بد قول العلامة..  
١٠ : وفي النسخة: ولو امره بعمل خعصير وبالعادة.



لفظه (١) (هذا الحكم مشهور ويحتمل ان يكون مجمعا عليه ولعل سنده العرف انه يقتضى ان يكون مثل هذا العمل باجرة. فالعرف مع الامر بمنزلة قوله: افعل هذا ولك على الاجرة. فيكون جعالة او اجارة بطريق المعاطات مع العلم بالاجرة، ولو كان بالعادة مثل اجر الحمالين. ويعد كونه اجارة باطلة. وينبغي تقييده بان المامور ايضا ممن ياخذ الاجرة. ويمكن ادخاله فى العمل. فتأمل. ولو لم يكن العرف يقتضى الاجرة، لا اجرة له. وهو ظاهر.

ولا ينظر الى ان الاصل عدم الاجرة، والمرء من كونه بالاجرة ام لا. لما تقدم والاحتياط ايضا يقتضيها). انتهى كلامه ره. اقول: مراده (ره) من هذا الحكم هو لزوم الاجرة. اى (امره بعمل له اجرة فى العادة) لامجموع ما ذكره المصنف الى قوله (والا فلا). اذ قد عرفت ان المحقق لا يرضى باطلاق قوله (والا فلا) بل يقول بلزوم الاجرة ان كان المامور ممن ياخذ الاجرة وان لم يكن العمل مما يوخذ عليه الاجرة عادة. بل غير العلامة يقولون بذلك، كما يظهر من الشهيد الثانى (ره)

فكيف يدعى الشهرة بل الاجماع. وايضا مرادنا من قولنا (ان مراده (٢) ..) (٣) انما هو فى الجملة لا مطلقا. والا فكيف يقول (ينبغي تقييده بان المامور... الخ) مع ادعائه الشهرة او الاجماع على الاطلاق. فقد وافقنا (ره) فى قوله (وينبغي تقييده) خلافا للمحقق. وخالفنا فى قوله

(ولم يكن العرف يقتضى الاجرة، لا اجرة له) باطلاقه. اذ نحن نقول بثبوتها اذا كان المامور ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على هذا العمل وفاقا للمحقق. وظاهر الكفاية موافقته لما اخترناه.

وحاصل ما اخترناه: انه اذا امر الامر بفعل وكان المامور ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على ذلك الفعل، فهو يستحق (٤) الاجرة. سواء كان الفعل مما له اجرة فى العادة ام لا.

و [لا] يستحق فى غيره وان كان الفعل مما يكون له اجرة فى العادة. وليس لاحد ان يقول

-----

- ١: فى النسخة حظه...
- ٢: وفى النسخة: وايضا مراده ره قلنا ان مراده انا هو فى الجملة...
- ٣: اى مرادنا من قولنا: اقول مراده ره من هذا الحكم هو لزوم الاجرة.
- ٤: فى النسخة: لا يستحق.

هذا قول جديد وخرق للاجماع المركب. اذ الاجماع المركب فى امثال هذه المسائل مما

لاينبغى دعويه. مع انه يلزم ذلك على العلامة بالنسبة الى من تقدمه. بل على المحقق الاردبيلي (ره) ايضا.

واعلم: ان فى كلماته (ره) مواضع اشتباه لاينبغى الغفلة منها. فمراده من (اقتضاء العرف) فى اول كلامه، اقتضائه ان ذلك معاوضة. ومراده من قوله (فانه يقتضى... الخ) بيان فهم المعاوضة عرفا. وتوضيحه ان اقتضاء العرف فى نفس العمل انه مما يؤخذ عليه

الاجرة بانضمام امر الامر مقتضاه حصول المعاوضة. فهو بمنزلة (افعل ذلك وعلى الاجر). فمعنى لفظ (العرف) ومورده مختلف فى كلامه. ففى قوله (فانه يقتضى) نوع استخدام. وقوله (مع العلم بالاجرة) قيد للاجارة لا للجعالة. لان معلوميتها شرط فى صحتها ولو كان المعلوماتية بسبب العادة لا بنفسها.

واما قوله (فيمكن ادخاله فى العمل) لعله اراد به ان العمل بمعنى الشغل والحرفة والكسب المتضمن لاعداد نفسه لذلك وصيرورته ملكه. لامجرد الفعل فيكون المراد (امر)

بفعل من عامل وكاسب وذى حرفة) ليدل على اشتراط كون المامور ممن اعد نفسه لذلك العمل، وهو كما ذكره بعيد.

وقوله (ولا ينظر الى الاصل... الخ) كلام على اصل المسئلة. يعنى ان العرف الدال على انه معاوضة وموجب لثبوت الاجرة يرفع اصالة البرائة، فلايمكن التمسك بها ويقال الامر بالفعل وطلبه اعم من وقوع التراضى على وجه المعاوضة فلا يلزم اجرة لا صالة البرائة. اذ الاصل لايعارض الدليل.

اذ عرفت هذا فنرجع الى اصل المسئلة اعنى امر الزوجة زوجها بعمارة الدار ونقول: ان الظاهر انها داخلة فى هذا الاصل من باب الفحوى. فانه طلب العمل مع ذكر

الاجرة فى الجملة. فانها جعل سكنى الزوج وسائر اهله وسكنائها الواجبة عليه فى مقابل

العمل. سيما اذا كان الزوج ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على العمل، وان كان لمطلق الاعمال لا لخصوص عمارة الدار (كما اشرنا اليه سابقا) فيجب على الزوجة اجرته. فانه اما

من باب الجعالة او الاجارة المعلومة اجرتها بالعادة، كما اشار اليه المحقق الاردبيلي. او



الاجارة الفاسدة المستلزمة لثبوت اجرة المثل. ولا يضر فى ذلك كون الزوج عالما  
بكون  
استحقاق الزوجة لذلك من باب العارية الجائزة (١) حتى يقال انه اقدم على تفويت  
ماله لعلمه  
بان للاخوة الرجوع. لانه لم يقدح ح على تفويت ماله مجانا. بل انما اقدم عليه لعوض  
هو اما  
سكناه فيه، او ذلك مع الاسكان الواجب عليه [اعنى اسكان] الزوجة.  
واما الغرامة التى تاخذها الزوجة - على فرض رجوع الاخوة الى العارية (٢) - من  
البناء  
والعمارة المستلزمة لخرج المال فيه وتستحقها على الاخوة. فان ماياخذها الزوجة منهم  
فى عوض العمل. والمفروض ان العمل من الزوج بامرها المبتنى على العوض، لامجانا.  
فابراء الزوجة اخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج، فعليها الغرامة. لايقال: ان الزوجة  
انما  
تستحق من اخوتها احد الامرين اما السكنى والاسكان، او اخذ العوض على العمارة  
على  
فرض رجوعهم. وانما امر الزوجة الزوج بالعمل فى الاول للامر الاول، لا الثانى. فما  
الذى  
اوجب الامر الاخر اذا فات الاول برجوع الاخوة.  
لانا نقول: على فرض التسليم انما يتم على فرض العلم بالحال والمسئلة، [و] لا يتم  
فى صورة الغفلة. اذ غاية الامر فساد هذه الاجارة او الجهالة من جهة استقرار استحقاقه  
(٣)  
للزوجة وامكان عدم استقرار استحقاقه للزوجة وامكان عدم قدرتها على تسليمها لعدم  
تمكين الاخوة. والمفروض غفلة الزوج عن ذلك وجهالته بمآل الامر ولم يعمل فى  
الدار  
مجانا، والمفروض ان الزوجة ايضا لم يطلب منه العمل مجانا، بل انما حصل التراضى  
على  
العمل فى اداء شىء يزعمانه مملوكا مستقرا. فيأتى على ذلك، الكلام الذى ذكرها  
الشهيد الثانى (ره) من انها فوتت مالا محترما، ويزيد عليه هنا انه يقصد ان يكون له  
عوض. والظاهر ان اجرة البناء والعمل والطين والجص والاخشاب الداخلة، كلها داخلة  
فى  
(امر احد ببناء دار له او عمارتها فعلى الامر غرامتها). ولو فرض عدم دلالة العرف  
والعادة

- 
- ١ : وفى النسخة: الاجارة الجائزة.
  - ٢ : وفى النسخة: الى الاعادة.
  - ٣ : فى النسخة: من جهة عدم استقرار استحقاقه...

فى بعضها فهو المتبع. ويظهر الثمرة فى رجوع المعير ولزوم غرامة ما اخرجہ المستعير فى مالہ يعلم استيفائه. والا غلب ان المذكورات مما يتوقف عليه العمل، كالمدا للكتاب

والخيط للخياط. وكلما لم يدل العرف فى دخولها فاعيانها ملك لمالكها و يستوفيه، وليس عليه غرامة النقص الحاصلة بسببها. اذ المفروض ان المستاجر والمستعير لم يقدم على ذلك، بل حصل ذلك من جهة المعير الذى منع عن انتفائه بها. والامر الذى اوجب

لذلك (ولا مسرح) منع مالك الاعيان عن الانتفاع بها مع عدم ظلمه فى ذلك.

کتاب الاجاره

(من المجلد الاول)

۱۹۲: سوال: هر گاه در عقد اجاره تعيين شود عمل معينى در مدت معينه، مثل خياطت ثوبى در روز معينى، يا در دو روز معين. و مدت تمام شود و هنوز در آن هم شروع

نكرده باشد. اجاره باطل است؟ يا آن كه خيار فسخ ثابت مشود؟ و هر گاه بعضى آن عمل

شده باشد و مدت تمام شود، آيا چه حكم خواهد داشت؟.

جواب: هر گاه معلوم باشد كه مراد عمل معين در مدت معينه است - مثل اين كه اجاره

كند از براى يك ختم كردن قرآن در ماه مبارك رمضان، يا روزه گرفتن تمام ده روز از ماه

رجب يا شعبان - پس در صورت اولى (يعنى صورت خروج مدت قبل از شروع در عمل اجاره)

باطل است. و هر گاه بعد از مدت، عمل را بكنند مستحق اجرت نخواهد بود. و در صورتى كه

بعض عمل را كرده است، اظهر در نظر حقيير آن است كه هر گاه عمدا ترك كند تا زمانى كه

جزم حاصل باشد به اين كه آن زمان ديگر ظرفيت آن فعل را ندارد، باز هم باطل خواهد بود.

و به آن عمل مستحق مزدى نخواهد بود.

و هم چنين هر گاه تقصير نكرد و لكن عذرى پيش آيد تا آن كه وقت آن قدر باقى نماند كه

تمام عمل را توان كرد، باز مستحق چيزى نخواهد بود به آن قدرى كه كرده.

و اما هر گاه تقصيرى نكرد و در اول وقت شروع كرد، يا در وقتى كه مظنه داشت كه

تمام مشود، و لكن عايقى رو داد كه مانع از اتمام شد، يا كاشف به عمل آمد كه ظن او به



بقای آن قدر وقت خطا بوده است، در این دو صورت به قدر عمل از اجرت (المسمى فی

العقد) مستحق مشود و در باقی نیز باطل است.

و هر گاه مقصود اصل تعیین عمل باشد، اما تعیین زمان به جهت تعجیل باشد و از باب

شرط ضمن عقد باشد، پس مقتضای آن تسلط بر فسخ است به جهت مستأجر هر گاه شرط

به عمل نیاید. و در آنچه کرده است از عمل مستحق اجرت المثل است. مگر این که شرط

شده باشد عدم استحقاق اجرت هر گاه به شرط عمل نکرده باشد. و اینها در صورتی است که

عمل تطبیق به مدت نکرده باشد. مثل این که بگوید (این کار را در ظرف این مدت بکن).

و آن مدت یقیناً اضافیه بر گنجایش آن عمل وسعت دارد. و اما اگر شرط تطبیق کرده باشد به

این که بگوید که (باید ابتدای عمل در ابتدای مدت باشد و به انتهای مدت، عمل تمام شود).

پس اصل آن اجاره باطل است. و هر گاه چنین کاری کرده باشد مستحق اجرت المثل خواهد

بود چنان که حکم اجاره فاسده است.

والذی یحضرنی من کلمات الاصحاب یوافق ما اخترته من التفصیل، ولکن اجد مخالفتی (۱) لما ذکرته (۲) فی هذا المقام. قال الشہید الثانی فی شرح اللمعة - بعد ان ابطل

اشترائط تطبیق العمل علی المدة - (ولو قصد مجرد وقوع الفعل فی ذلك الزمان صح مع

امکان وقوعه فيه. ثم اوقع فيه، ملک الاجرة، لحصول الغرض. وان خرجت المدة قبله فان

كان قبل الشروع

فيه، بطلت. وان خرجت فی اثنا، استحق المسمى لما فعل، وفي بطلانها فی الباقي او تخيير المستاجر بين الفسخ فی الباقي او الاجازة (فيكمل خارجه ويستحق المسمى) وجهان.

وقيل يستحق مع الفسخ اجرة مثل ما عمل، لا المسمى. والاولى (اجود) انتهى. ولعل هذا القول الاخير هو الذي نقله فی المسالك قال فيه (واختار فی المختلف

الصحة. محتجا بان الغرض انما يتعلق فى ذلك غالبا بفراغ العمل، ولا ثمرة مهمة فى تطبيقه

-----  
١: وفى النسخة: ولن اجد موافقا لما ذكرته.  
٢: اى: ولكن اجد فى نفسى مخالفة لما ذكرت.

على الزمان. والفراغ امر ممكن لاغرر فيه. (١) فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان، ملك الاجرة.

لحصول الغرض. وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ. فان فسخ قبل عمى شىء، فلا شىء.

او بعد شىء فاجرة مثل ما عمل - يحتمل ان يكون مراده اجرة مثل ما عمل من جملة المسمى

ولكنه بعيد - (٢) وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة وليس له الفسخ). انتهى ما اوردناه

من عبارة المسالك.

وقال العلامة فى التحرير (وهل يجوز تقييد المنفعة بالمدة والعمل معا، كما لو استاجر ليخيط له هذا الثوب فى هذا اليوم -؟. قال الشيخ: لايجوز لامكان الفعل فى اقل من ذلك او

اكثر. ويحتمل الجواز لان الاجارة وقعت على العمل، والمدة ذكرت للتعجيل. فح ان فرغ قبل

المدة لم يكن له الزامه بالعمل فى باقيها. وان خرجت المدة قبله فللمستاجر فسخ العقد. فان

فسخ قبل عمل شىء، فلا اجرة. وان كان بعده، كان عليه اجرة مثل ما عمل. وان اختار الامضاء

لزمه باقى العمل خارج المدة، لاغير. وليس للاجير الفسخ).

وقال فى المسالك - بعد ذكر العبارة المتقدمة - (والحق ان ما ذكره انما يتم لو لم يقصد

المطابقة، وهو خلاف موضع النزاع. فلو قصدها بطل كما قالوه. ومع ذلك يشكل لزوم اجرة

المثل مع زيادتها على المسمى. فان الاجير ربما يجعل التوانى فى العمل وسيلة الى الزايد،

فينبغى ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان اتم العمل، وما يخصه منه على تقدير

التقسيم ان لم يتم. ومن اجرة مثل ذلك العمل. والاقوى البطلان، الا مع ارادة الظرفية المطلقة وامكان وقوع الفعل فيها). انتهى.

اقول: ولى فى ما ذكره محل تامل. فانهم ذكروا فى تحقيق اركان الاجارة وشرايط الاركان، امورا. مثل كون المتعاقدين بالغين عاقلين رشيدين، والاجرة معلومة ومباحة ومقدورة تسليمه وهكذا.. وهذه الامور من مقومات العقد ومصمماته. فاذا تخلف احد هذه

الشرايط يصير الاجارة باطلة. وليس هذه الامور من باب الشروط التى تذكر فى ضمن العقد  
الموجب فقدانها لثبوت خيار الاشتراط. وقد تريهم يذكرون فى شرايط المنفعة ان  
تكون

١: فى النسخة: لاغدر فيه.

٢: العبارة الواقعة بين العلامتين، من كلام ميرزا (ره). وليست فى المسالك ولا فى المختلف، فراجعهما.

معلومة معينة، وذكروا ان التعيين اما بالزمان او بالعمل. والظاهر ان الحصر على سبيل منع الخلو.

فقد يكون التعيين بكليهما. واشكالهم فى هذه الصورة انما هو من اجل ملاحظة التطبيق. والا فلا ريب ان التعيين بهما معا اكمل، وهذا هو الذى نتكلم فيه. فاذا كان التعيين حاصلًا بالامرين معا فالمنفعة التى ورد عليها عقد الاجارة، وهو العمل الخاص فى العين الخاصة فى الوقت الخاص، لا انه عمل معين اشترط فى ضمن العقد ان يوقع فى وقت معين.

ولا ريب ان تعيينهما معا كثيرا مايكون منظور نظر العقلاء بحيث يعلم ان لهما مدخلية فى التعيين. لا بان يكون ذكر الزمان من باب الشرط فى ضمن العقد مثل الاجارة لتلاوة القرآن

فى شهر رمضان، او للصوم فى رجب او شعبان، ومثل ان يستاجر لاثارة الارض وتعميرها

لاجل زرع مخصوص لايمكن زرعه الا فى زمان خاص. فتعيين العمل والمدة معا، لهما مدخلية فى تعيين المنفعة. فمقتضى ذلك بطلان العقد بانتفاء المنفعة الخاصة. فلا معنى للفسخ ولا للامضاء والاجازة فى الصور المذكورة. وانما

اخترنا ثبوت المسمى بالنسبة فى بعض الصور المتقدمة - وهو مثل ما لو شرع فى العمل حين حصول العلم بالتمكن عنه فيها او الظن به، ومنع مانع بدون تقصيره، مع اشتراكه للباقي فى عدم تحقق المنفعة الخاصة فى الخارج - لان عقد الاجارة لازمة يستقر الاجرة بالعمل شيئًا

فشيئًا. بخلاف الجعالة، فانه لا يستقر الا بعد تمام العمل، الا فى بعض الصور كما احتمل

الشهيد فى الدروس مثل ما لو كان الجعل على خياطة ثوب مما لبعضه ايضا اجرة فخاط بعضه. ويقوى الاحتمال لو مات او شغله ظالم عن ذلك. بخلاف ما لو كان الجعل على رد

الضالة. فان المطلوب هنا نفس رد الضالة.

و الحاصل: ان عقد الاجارة يوجب تملك المنفعة و الاجرة للطرفين بمجرد العقد. ويستقر الملك على حسب ما يتحقق من العمل شيئًا فشيئًا. والمفروض ان هذا

الموَجَر  
آت بالعمل في اول زمانه الممكن، كما لو استاجرهُ لمطلق العمل في مدة السنة، فانه  
يستحق  
به بالنسبة الى المسمى وان لم يتم العمل ولو بالتقصير، الا ان يشترط العدم عند عدم  
الانتماء.  
والمفروض في ما نحن فيه عدم هذا الشرط ايضا. فان الاجارة على العمل المعين في

اليوم المعين، غير عدم استحقاقه بشيء إذا انقص شيئا من العمل. والمفروض هو الاول ولم

يحصل الشرط الثانى فى ضمن العقد. فما دام الموجر يعتقد باتيان الفعل واتمامه، يستحق

الاجرة ويستقر له وعمله محترم. بخلاف مالو جزم بعد [م] الاتيان. فانه لاظن له باتيان المنفعة المسمات فى العقد، بل يجزم بعدمه. فلا حرمة لعمله.

ويحتمل ثبوت اجرة المثل فى الصورة الاولى ايضا. فلا بد ان ينزل اطلاق كلامهم على جعل اعتبار الزمان، الشرط الخارج عن العقد المذكور فى ضمنه. ومقتضى انتفائه (١) ثبوت

الخيار فى الفسخ. لعل السر فيه ان ماذكرناه من الفروض التى جعلنا الزمان فيها مقوما للمهية

هو مالو كان تقييد العمل بالزمان قبل الاجارة. وكلامهم فى هذا المقام فى ما كان التقييد به

عند الاجارة. ففى ماذكرناه من الامثلة مورد الاجارة هو العمل الحاصل فى الزمان بان يكون

الظرف مستقرا. ومرادهم فى موضوع المسئلة هو الاجارة على العمل فى ذلك الزمان، بان

يكون الظرف لغوا. والا فلا اظنهم يقولون بالصحة او بثبوت الخيار فى مالم يتحقق مورد

الاجارة.

واذا بنينا الكلام على جعله من باب كون الزمان من جملة الشروط فى ضمن العقد فمقتضاه ثبوت الخيار. فح يتفرع الاختلافات المذكورة فى كلماتهم على ان فقدان الشرط

هل يستلزم بطلان العقد (لان العقود تابعة للقصد والعقد لم يقع الا على الشرط المذكور)؟. ام لا (٢) (لتحقق وجه ذلك فى الشروط السائغة. فان طريقتهم فيها ثبوت الخيار بانتفاء

الشرط. لا البطلان)؟. او ان الشرط امر والعقد امر آخر - وانتفاء الشرط لا يستلزم بطلان

العقد. غايته ثبوت خيار الفسخ -؟. او ان البطلان لا يستلزم تفويت العمل مطلقا (فيجب اجرة

المثل لئلا يخلو العمل المحترم من اجر)؟.

ثم: ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجهين: احدهما: التزام هذا الشرط والسكوت عن النفي والاثبات فى صورة فقدان. والثانى: ان يتعرض لانتفاء استحقاق

## الاجرة

على تقدير انتفاء العمل فى الزمان المعين. وما ذكرنا من التوجيه انما يتم على الاول.

١ : فى النسخة: مقتضى انتفاء ثبوت الخيار..

٢ : وفى النسخة: (لم) بدل (ام لا).



والثاني يقتضى عدم الاستحقاق اصلا، تبعا للشرط. فح الاولى التفصيل، بان يقال: ان كان

المراد فى تعيين العمل والمدة معا، هو ما ذكرنا من كونهما من مقومات الاجارة ومعينات والمنفعة، فالحق بطلان الاجارة بانقضاء المدة قبل الشروع فيه، بل وبعد فعل بعض منه ايضا،

ولكنه يستحق فى بعض اقسام الصورة الثانية بشيىء. مثل ما لو شرع فيه حين العلم بالتمكن من

اتيان الجميع فى المدة او الظن به، ثم منع مانع عن التمام من دون تقصير وتفريط، فيستحق

من المسمى بقدره، لما مر. ويحتمل اجرة مثله ايضا. بخلاف ما لو شرع فيه حين حصول العلم

بعدم التمكن من الاتمام فيها، فلا يستحق شيئا.

وان كان المراد تعيين العمل وكان هو المقصود بالذات ولكن الزمان انما ذكر لاجل التعجيل من باب الشرط فى ضمن العقد. فيعمل على مقتضى باب الشروط. فان شرط عدم

الاجرة ان لم يفعله فى المدة، فيعمل على مقتضاه و ليس له شيىء. و ان ذكر الشرط فى ضمن

العقد و لم يشترط عدم عند عدم فيعمل على مقتضى الشرط من ثبوت خيار الاشتراط عند

انتهاء الشرط. فاما البطلان كما ظهر من الشهيد الثانى فى الروضة - حيث ذكر البطلان فى

جملة الاحتمالات على فرض خروج المدة قبل العمل او فى الاثناء - فلم اعرف وجهه على طريقته.

بقى الكلام فى انه (هل يجب عليه اذا فعل منه شيئا. اجرة المثل او المسمى؟). والاظهر لزوم اجرة المثل. فان لزوم المسمى الذى هو من ثمرات عقد الاجارة اما لموافقته

لمقتضى العقد والشرط باجمعها وذلك اذا فعل الجميع فى المدة. او بسبب الموافقة فى البعض مثل ما لو لم يقصر وشرع فى العمل فى المدة وعاقه عائق عن الاتمام، بالتقريب الذى

ذكرنا من استقرار الاجرة شيئا فشيئا بحسب حصول العمل. واما العمل الذى هو خلاف

مقتضى الشرط (مثل ما لو شرع فى العمل فى زمان يعلم انه لايفى باتمامه فيه) فلا  
يجب  
المسمى بمقدار العمل. لانتفاء مقتضى عقد الاجارة وعدم دخوله فى العمل على  
مقتضاه.  
واما لزوم اجرة المثل: فلان المفروض ان الرخصة كانت حاصلة من جانب المستاجر  
فى  
تفويت المنفعة للموَجِر، غاية الامر كونه مراعى بالفسخ وعدمه. فالعمل ح محترم ولم  
يفعله  
الموَجِر مجانا بالفرض، فلا يبقى الا الزام اجرة المثل. ومن ذلك يظهر انه لو فعل بعد  
انقضاء

المدة قبل فسخ المستاجر ايضا يكون له اجرة المثل. ولا اختصاص لذلك بما لو فعل بعض

العمل فى المدة، كما اختاره فى المختلف. ويمكن ان يقال: ان استقرار الاجرة شيئا فشيئا

على حسب العمل اذا عمل على وفق مقتضى العقد والشرط، ايضا مراعاة بملاحظة الاتمام. فاذا لم يتم (ولو من غير جهة تقصيره) فيرجع ايضا الى اجرة المثل، ويعطى من اجرة مثل مجموع العمل بمقدار ما عمل. فالاولى القول باجرة المثل مطلقا. واما ما ذكره آخره فى المسالك من اعتبار اول الامرين: فهو ممالا يمكن ان يعتمد عليه وتخص به القاعدة. والله العالم بحقايق احكامه.

۱۹۳: سوال: هر گاه زید اشجار موقوفه را استیجار نماید. و در زمان اجاره اشجار مذکوره را قطع نماید. آیا باید قیمت اشجار مزبوره را ثابتا بدهد یا مقطوعا؟ -؟. مع وجه

اجاره یا نه؟ -؟.

جواب: اجاره اشجار به جهت انتفاع به ثمار، باطل است. و اگر به جهت دیگر باشد - مثل آن که خواهد ریسمانی به آنها به بندد به جهت معلق کردن رختی یا انداختن

جامه بر آن از برای سایه کردن و امثال آن - صحیح است. و هر گاه مستأجر قطع اشجار

کرده باشد، عین درخت مقطوعه در ملک موقوف علیهم باقی است، و موقوف علیه مستحق ارش نیز هست. یعنی تفاوت قیمت درخت ثابتا و مقطوعتا. [و] در صورت صحت اجاره اجرت المثل را نیز مستحق است، بلکه مسمی را. (۱) [و] در صورت اتلاف ثمار

غرامت آن را هم مستحق است.

۱۹۴: سوال: آیا در صورت مزبوره بعد از اخذ قیمت، آیا باید اشجار دیگر ابتیاع نموده و غرس شود، یا صرف موقوف علیهم شود؟ -؟.

جواب: اظهر آن است که قیمت را صرف غرس درخت کنند که انسب به غرض واقف باشد.

۱: بدیهی است در صورت صحت اجاره، مستحق اجرت مسمی است و سخن مصنف که مگوید (اجرت المثل را

نیز مستحق است بلکه مسمی را) مبنی بر این تصویر است که مستأجر قبل از بهره برداری از رخت آویزی یا

سایه و میوه، درختها را قطع کرده باشد. و اگر نه، در تعیین اجرت مسمی تردیدی نیست.



۱۹۵: سوال: هر گاه زينب باغي را به عمرو اجاره بدهد در مدت ده سال به مبلغ مشخص. و بعد زينب مذکوره مريضه و صاحب فراش گردد. در حال مرض موت بکر را

وصی شرعی خود گرداند و وصیت به او نماید که من مشغول ذمه به صوم و صلوات مباشم، و ما يعرفی - ما سوای باغ که در اجاره عمرو مستأجر است - ندارم. البته بعد

از فوت من باغ موجريه را در معرض بيع در آورده و از ثمن او به قدر پنج سال از برای من

صوم و صلوات استیجار نما که شاید مرا برائتی از اين شغل ذمه حاصل شود. والحال زينب مذکوره متوفی، و هنوز مدتی به انقضای اجل مانده و عمرو مستأجر نیز راضی به فسخ نمیشود. و کسی هم باغ مذکوره را حال، ابتیاع ننماید که بعد از

انقضای مدت مذکور متصرف شود. و بکر وصی هم مظنه بقائیه در خود تا انقضای مدت

مذکوره نمیبیند. آیا - والحاله هذه - چه باید کرد؟ وصی میتواند باغ موجريه را به معرض بيع در آورد و صوم و صلوات از برای زينب موجره متوفیه بدهد با وجود آن که

عمرو مستأجر راضی نباشد، یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر آن است که اجاره به موت موجر و مستأجر بر هم نمخورد. و هر گاه کسی در

این حال باغ را نمخرد، صبر کند تا بعد از انقضای مدت. و هر گاه مظنه موت داشته

باشد، اشهاد و اعلام کند نفس وصیت را. و هر گاه ماذون هست در وصیت کردن، غیر را وصی کند. و هر گاه ماذون نیست، حاکم شرع بعد از موت او بعد از انقضای مدت مفروشده و

از برای او استیجار صوم و صلوات میکند. و هر گاه دسترس به حاکم نداشته باشد عدول

مؤمنین وصیت را به عمل آورند - والله العالم. و آن ضعیفه اختیار بیشتر از ثلث مال خود

ندارد. و در بیش از ثلث موقوف به رضای وارث است. والله العالم.

۱۹۶: سوال: هر گاه زید وجهی به عمرو مدهد بر سبیل استیجار که نماز به جهت زينب

بکند. عمرو را گمان این که به جهت هند بوده به نیت او به جای آورد. مستحق

اجرت هست  
یا نه؟ -؟ و این نماز مجزی است یا نه؟ -؟.  
جواب: هر گاه اشتباه در محض اسم شده و مفروض انحصار آن شخص متوفی است  
در

واحد، نماز صحیح است. به جهت آن که در حکم (سهو اللسان) است در اسم. و از بابت (تقدیم اشاره) خواهد بود در عبارت یا نظر. و اما هر گاه اشتباه در شخص باشد و اجاره از برای شخص شده و او از برای شخص دیگر کرده، صحیح نیست. و مستحق وجه اجاره هم نیست.

۱۹۷: سوال: هر گاه زید شخصی اجیری بگیرد که متوجه خدمات مرجوعه او بشود. و آن اجیر قدری از مدت را خدمت بکند و بعد برود از برای خود کار کند. هر چند مستأجر به او بگوید که بیا به سر کار خود، آن شخص نیاید. و در آن مدت آن قدر منافع تحصیل کند که مساوی تمام اجرت مدت معینه مسمی فی العقد خود باشد یا بیشتر. آیا میتواند مطالبه وجه اجرت ایامی که برای مستأجر [کار] کرده مطالبه کند یا نه؟ - (۱) و حکم تتمه مدت که برای خود عمل کرده چه چیز است؟.

جواب: عقد اجاره از عقود لازمه است. و اجیر خاص (یعنی آن که خود را به اجاره داده که به خودی خود خدمت کند در هر عملی که پیش آید در مدت معین) جایز نیست که بدون اذن مستأجر، کار برای دیگری بکند در آن مدت. و هر گاه کار برای غیر مستأجر بکند، پس اگر خواهد مساجر میتواند فسخ اجاره بکند و می تواند که فسخ نکند. و در صورتی که فسخ کرد اجیر به قدر ایام گذشته از وجه اجاره میگیرد. به این نحو که به او رد (۲) میکند

اجرت المثل مجموع مدت اجاره را، و اجرت المثل آن قدر از زمان را که از برای مستأجر کار کرده ملاحظه کنند که اجرت المثل آن جزء زمان که برای مستأجر عمل کرده چند يك اجرت المثل مجموع است، و به همان نسبت از وجه مسمی فی العقد به اجیر مدهند

و تتمه  
را نمدهند. و اگر پیش داده باشد استرداد میکند.  
و آیا در این صورت که فسخ کرد مستأجر (۳) و تقسیط مسمی شد، هر گاه آن  
شخص اجیر

-----  
۱: آنچه در مقدمه جلد اول راجع به ابعاد جامعه شناسی و روان شناسی اجتماعی این کتاب گفته شد،  
مجددا

یاد آوری میشود.

۲: البته لفظ (بر آورد) صحیح است.

۳: لازمه تقسیط اجرت بین مدتی که کار کرده و مدتی که کار نکرده، فسخ است. یعنی تقسیط مبتنی بر  
فسخ  
است.



دیگری شده باشد، آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟. بعضی در اینجا دو وجه ذکر کرده‌اند و استخراج کرده‌اند آن دو وجه را از این که (هر گاه کسی مال غیر را بفروشد و بعد از آن خود مالك آن شود و اجازه کند آیا صحیح است؟). پس اگر بگوئیم صحیح است بعد از اجازه، اشکالی نخواهد بود. و اگر نه، پس باید رجوع کرد به اجرت المثل، مثل جائی که عقدی نباشد. و حقیر در مسأله اجازه بعد حصول ملك، تأمل دارم، تا به حال بطلان آن ظاهر نشده است.

و در صورتی که فسخ نکند باید تمام وجه اجازه تمام مدت را به اجیر بدهد. و اما استیفای حق مستأجر به سبب ترك عمل در تتمه مدت از اجیر، پس آن تفصیلی دارد. و آن این است که مگوئیم که: یا این است که این تتمه مدت عمل برای غیر کرده به عنوان عقدی از عقود - مثل این که اجیر شده برای دیگری - یا نه. و در صورت اول مستأجر اختیار دارد اگر خواهد اجازه میکند آن عقد را و ممضی ندارد. و اگر خواهد فسخ میکند. و در صورتی که اجازه کند مستحق وجه اجازه ثانیه میشود و اگر خواهد وجه اجازه را از اجیر بگیرد، و اگر خواهد از مستأجر دوم بگیرد. به جهت آن که منافع اجیر در مجموع مدت مال او است، و مفروض این است که هر دو اینها در آن تصرف کرده‌اند.

و در این جا احتمال تفصیل دیگر داده‌اند. و آن این است که: یا اجیر قبض وجه اجازه از مستأجر دوم کرده است، یا نه. پس اگر قبض کرده است پس مستأجر اول مختار است در این که اجازه کند قبض را و ممضی دارد یا نه. پس اگر ممضی دارد قبض را، در این وقت نمیتواند مطالبه کند وجه اجازه را الا از اجیر. و اگر (۱) ممضی ندارد پس میتواند مطالبه کند از مستأجر دوم. و بعد از آن رجوع میکند مستأجر دوم و آنچه به اجیر داده بگیرد با جهل به حال مطلقاً. و با علم به حال هر گاه عین باقی باشد (۲).

-----  
۱: در نسخه: و الا.  
۲: این بر خلاف فتوای میرزا است در مسأله (بیع مغضوب). رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر  
جلد  
دوم.

و هر گاه در صورت علم به حال عین تلف شده باشد، پس مشهور عدم رجوع است.

و اگر قبض نکرده است اجیر: پس اقرب این است که مطالبه نمیتواند کرد الا از مستأجر دوم. چنان که هر گاه فضولی ملك غیر را بفروشد و مالك اجازه کند نمیتواند

قیمت را از فضولی مطالبه کند.

اینها همه در صورتی بود که اجیر در تتمه مدت کار کرده باشد برای غیر به عقدی از عقود. و هر گاه کار کرده باشد بدون عقدی از عقود، پس مستأجر اول مستحق اجرت المثل عمل اجیر میشود در آن تتمه زمان. و به هر يك از اجیر و آن شخصی که

برای او عمل کرده، میتواند رجوع کند و مطالبه کند. به جهت آن که هر يك از آنها در

حق او تصرف کرده‌اند.

۱۹۸: سوال: هر گاه کسی اجیر شود که از برای میتی نماز یا روزه بکند. آیا میتواند

آن شخص دیگری را اجیر کند که او نماز و روزه را به جا آورد، یا نه؟ -؟. جواب: هر گاه در ضمن عقد شرط شده باشد که خود آن شخص بکند نمیتواند دیگری را اجیر کرد. و هم چنین هر گاه از قراین حال این معنی [را] بفهمد که به دیگری

راضی نیست. و هم چنین هر گاه مرخص کند که به دیگری بدهد در جواز آن هم اشکال

نیست. و هر گاه اجیر مطلق کند و شرطی مذکور نشود، و از قراین هم چیزی معلوم نشود. پس هر گاه به همان مقدار که خود گرفته به دیگری مدهد یا بیشتر از آن هم بدهد جایز است که بدهد. و اما هر گاه به کمتر از آن اجاره کند، پس در آن خلاف است.

اشهر حرمة است. مگر آن که عملی در آن کرده باشد - مثل آن که يك سال نماز و يك ماه

روزه گرفته باشد به مبلغ معینی و نماز را خود کرده باشد و روزه را به اجیر بدهد و اجیر

شخصی باشد که نماز بر او دشوار باشد و روزه آسان باشد و مفروض این باشد که کسی

نباشد که روزه تنها خواسته باشد - پس در این حال اجیر اول عملی کرده است که منفعت

آن به اجیر دوم مرسد.  
و هم چنین هر گاه يك سال نماز گرفته باشد و قدری از آن را خود کرده باشد، و  
اجیر دوم به غیر مقداری که باقی مانده است فرصتی ندارد و محتاج است به وجه  
اجاره،

جمعی از اصحاب ما قایل به کراهت شده‌اند. و این دور نیست.  
۱۹۹: سوال: چه مفرم‌ایند به این که حقیر آبی و املاکی اجاره کرده. به اعتبار خشکی سال آبی که منظور بوده که به آن زرع شود کم آمده و به جائی نمرسید.

فسخ  
اجاره کردم. آیا اختیار فسخ با حقیر بود - در صورت مفروضه - یا نه؟ -؟. و اگر بالمره

خشك شود، آیا اجاره مذکوره منفسخ مشود یا نه؟ -؟. و اگر بالفرض کسی فسخ کرد و

بعد از فسخ زمین مفروض را به آب دیگر غیر از آب عین مستأجره زراعت کند، چه صورت دارد؟. و هر گاه زمینی را کسی اجاره کند برای زراعت و به سبب و زیدن باد

خاك رمل بسیار در آن جمع شود که مانع از ارتفاع از بسیاری از آن مشود، چه حکم دارد؟.

جواب: هر گاه زمین را از برای زراعت اجاره کرده است و آب آن قطع شود، یا بسیار کم شود، مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره. و بر او لازم است از وجه اجاره به

مقدار زمان گذشته. و هم چنین هر گاه زرع کرده باشد و در بین ایامی که زرع محتاج به

آب است این قطع یا نقص عارض شود. لکن در این صورت بعد از فسخ، موجر اختیار قلع

زرع ندارد، باید بگذارد تا ایام حصاد. و باید در این وقت مستأجر اجرت المثل چنین زمین کم آب یا بی آب را از حین فسخ الی اوان حصاد به موجر بدهد. و هر گاه در صورت

اولی بعد از فسخ بدون اذن موجر زرع کرده باشد باز باید اجرة المثل چنان زمین را به

موجر بدهد..

و هم چنین ظاهر این است که مسأله دوم نیز همین حکم [را] دارد. و این نظیر خانه است که اجاره کرده باشد و در بین مدت قدری از آن خراب شود که موجب نقص

ارتفاع شود. (۱)

۲۰۰: سوال: هر گاه قصابی اجیر شود که گوسفندی را ذبح کند. و در حین ذبح حلقوم را قطع کند و چیزی از حلقوم متصل به سر باقی نماند. آیا ذبیحه در این

صورت

حلال است یا حرام؟ -؟ و غرامتی متوجه قصاب میشود یا نه؟ -؟.

-----  
۱: این مسأله در مسأله شماره ۲۲۴ نیز شرح داده شده. و همین طور در مسأله ۲۴۲.

جواب: ذبیحه در صورت مزبوره حرام است. و غرامت بر قصاب لازم است. (۱)

۲۰۱: سوال: هر گاه زنی در خانه شوهر (نقش زنانه) یا (سوزنی) و امثال اینها دوخته باشد. و ابریشم و ریشمانی و پارچه که بر آن دوخته تمام از مال شوهر باشد. و

زن بمیرد و وارث او بگوید که این مال زوجه است. و زوج بگوید که چون زوجه در نفقه و

کسوه من است مداخل او مال من است. چه باید کرد؟ و هم چنین يك رأس گوسفند

هست که از والد زوجه به خانه زوج آمده، والد زوجه مدعی آن که من او را به صبیله خود

بخشیده بودم. و زوج مدعی آن که من از والد زوجه خریده‌ام. چه باید کرد؟..

جواب: نفقه و کسوه دادن زوج منشأ این نمیشود که زوج مالک منافع زوجه شود. و از برای زوجه هست که خود را به اجاره بدهد در امری که منافات با حقوق زوج نداشته

باشد، یا داشته باشد و زوج اذن بدهد در آن. [و] وجه اجاره مال زوجه (۲) میشود. و لکن

نقش و سوزنی، در صورت مزبوره مال زوج است، و زوجه را در آن حقی نیست، مگر آن که ثابت شود که زوج او را امر کرده به دوختن آن. و به امر زوج

دوخته باشد. پس اگر با وجود ثبوت نیز ثابت شود که اجرت معینه یا جعاله معینی از برای زوجه قرار داده، به مقتضای آن عمل باید کرد. و اگر همین امر به دوختن به تنهایی ثابت شود، ظاهر این است که زوجه مستحق اجرت المثل عمل هست.

و در اصل مسأله دو قول است: یکی آن که هر گاه کسی دیگری را امر کند به عمل و

آن شخص به جا آورد. هر گاه مامور شخصی است که عادت دارد که در ازای آن عمل

اجرت بگیرد - مثل گازر و دلاک در جامه سفید کردن و سر تراشیدن - یا آن که آن

عمل عملی است که عادت جاری شده به این که در ازای آن اجرت بگیرند (گو عادت

آن شخص مامور، به گرفتن اجرت نباشد. در هر يك از این دو صورت مامور مستحق

اجرت است.

-----  
۱: رجوع کنید به مسأله شماره، ۲۲۰، از همین مجلد که توضیح بیشتری داده شده.  
۲: و در نسخه: مال زوج میشود.



و قول دیگر این است که هر گاه آن عملی است که در عادت بر آن اجرت گرفته میشود، باید اجرت را داد. و هر گاه عرف و عادت بر گرفتن اجرت بر آن عمل جاری

نشده، لازم نیست دادن. و فرق میان این دو قول ظاهر میشود در مثل عملی که در عرف و عادت بر آن اجرت نمیگیرند و لیکن این شخص مامور بر آن اجرت بگیرد. در

این صورت بنا بر قول دوم مستحق اجرت نیست. و بنا بر قول او [ل] مستحق اجرت هست و محل اشکال همین صورت است و گویا در باقی صور خلافی نباشد. و دور نیست

که اقوی در این صورت هم لزوم اجرت باشد. (۱) اما دعوی گوسفند: پس ظاهر آن است که بر زوج است که اثبات کند خریدن را. و با عجز از اثبات، قسم متوجه والد زوجه میشود.

۲۰۲: سوال: کمترین (۲) کاروانسرائی [را] از صاحبش اجاره کرده. و تجار میآیند و در آنجا نزول میکنند و جنس میفروشند. و کمترین به هر کس که تجار جنس میفروشند، به يك تومان جنس صد دینار میگیرم. آیا این حلال است یا حرام؟ - با وجود که تجار خودش (۳) میداند (۴) که اگر در کاروانسرا یا بازار کمترین بیفتد این وجه

را میگیرم. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر آن است که اجاره دادن کاروانسرا و دکان به تجار صحیح است در صورت علم ایشان به این شرط. که در معنی این است که من این حجره را در فلان مدت

به فلان مقدار به تو به اجاره میدهیم به جهت سکنی و معامله کردن در آن، به شرط آن که این تسلط را داشته باشم که هر کس از مشتریان (۵) که در يك تومان معامله صد دینار

به من ندهند مانع آن شوم از معامله، پس مطلق منفعت را در عوض وجه اجاره معین قرار

نداده است. بلکه منفعت خاصه را قرار داده، و این صحیح است.

---

۱: برای شرح و توضیحات مستدل مشروح، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۱، از همین مجلد.

۲: و در نسخه: شخصی.

۳ و ۴: کذا.

۵: مراد از (مشتریان) تجار هستند که مشتری اجاره کردن حجره در کاروانسرا هستند.

(१३०)

و اما حلیت اخذ صد دینار از مشتری: پس هر گاه در صورت مزبور مشتری نیز علم به شرط مزبور دارد و راضی میشود به این که صد دینار را بدهد و متاع را بخرد،

ظاهر حلیت است، به جهت این که این نوعی است از تراضی، اما لزوم آن معلوم نیست.

زیرا که این داخل هیچ يك از عقود لازمه نیست. پس اگر خواهد لازم شود در اول به

صیغه صلح یا نحو آن، لازم کند. تا من بعد مشتری نتواند پشیمان شد. و بر فرض عدم لزوم ظاهر این است که صاحب کاروانسرا از او نمیتواند بگیرد.

غایت امر آن است که در ازای حق کاروانسرا که در شرط ضمن عقد اجاره به جهت خود

استثنا کرده بود، عوض المثل آن را از او بگیرد. و اما هر گاه مشتری به مقدمات مزبور

جاهل بوده، پس هر گاه بعد از علم به تراضی از همدیگر گذشت کنند، فبها. و الا باز صاحب کاروانسرا مستحق عوض المثل حق مزبور خواهد بود.

۲۰۳: سوال: این که مبیع را در مدت خیار مشروط که متعارف است که بعد از جریان صیغه

مبیاعه شرطیه، به اجاره مدهند در مدت خیار به فلان مبلغ. آیا چه صورت دارد؟ و در

صورت مفروضه چون مدت اجاره معین شده است و ممکن است که در این بین موجب فسخ

مبیاعه و انتقال ملك به بایع به هم رسد.

(بعینه همین حال دارد املاکی که وقف اولاد است. و حال آن که تصریح به صحت اجاره

دادن نود ساله یا کمتر از [آن را] فرموده‌اند).

و آیا میتواند شد هر گاه آن اصل اجاره صحیح باشد و عیوبی دیگر از برای آن نباشد،

مال الاجاره تقسیط شود در مدت گذشته و باقیه، و مشتری آن قدر از مال الاجاره [را] مالك

باشد -؟ یا آن که مشتری مالك مال الاجاره کلا باشد و بایع ملك را مسلوبه المنافع در آن مدت

مالك شود، به جهت آن كه خودش منافع [را] مختص او قرار داده -؟ و هم چنين هر گاه نما مال بايع باشد آن وقت كه خودش قبول اجاره را نموده اذن در تصرف و تملك نما باشد. و هم چنين بيان فرمايند كه هر گاه منافع مبيع در مدت خيار مشروط حسب المصالحه مختص بايع شده باشد. جواب: اظهر در نظر حقير جواز است. خصوصا هر گاه زمان متأخر از مدت

مشروطه باشد. مثل این که بفروشد مبیع را و شرط کند که بعد از شش ماه دیگر در ظرف پنج روز هر گاه بایع (۱) رد مثل ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد. که در این هیچ اشکالی نیست.

و هم چنین اظهر جواز است هر گاه خیار در مجموع مدت باشد، یعنی شرط کرده باشد که در بین شش ماه هر وقت رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ باشد. و دلیل این مطالب در رساله مبسوطه نوشته شده (۲).

و هر گاه خیار در ظرف تمام مدت باشد، به رد ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت بایع مسلط بر فسخ بیع میشود. و با فسخ [بیع] اجاره هم منفسخ میشود. به جهت آن که به سبب فسخ معلوم میشود که مشتری مالک منافع تتمه نبوده است. و اصل اجاره هم متزلزل میشود، و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب رد ثمن. و هر گاه اجاره منفسخ شد، باید تقسیط اجرت کرد بر تمام مدت، و به قدر آنچه از مدت باقی مانده استرداد نمود. و طریق تقسیط این است که بر آورد میکنند اجرت المثل آن مبیع را در مجموع مدت زمان اجاره، و هم چنین بر آورد میکنند اجرت المثل آن جزء زمان گذشته را و ملاحظه میکنند که اجرت آن جزء چند يك مجموع است و به همان نسبت از وجه اجاره مسمی فی العقد، بایع به مشتری مدهد، و تتمه را نمدهد.

و اما هر گاه خیار بعد انقضاء مدت بوده و اجاره در مجموع آن مدت بوده، و اتفاق شود که طرفین راضی به فسخ بیع شوند قبل از انقضای مدت اجاره، پس در اینجا اجاره منفسخ نمیشود، الا به رضای مستأجر (۳) به جهت این که منافع مجموع مدت مال مستأجر (۴) است

و می تواند استیفای تمام منافع مال الاجاره را بکند (۵). و اگر خواهند که فسخ اجاره بکنند، باز باید تقسیط وجه اجاره گردد بر تمام مدت، و چنان که گفتیم معمول دارند.

و اما هر گاه منافع مبیع به عنوان مصالحه منتقل به بایع شده باشد، پس آن صحیح

۱: در نسخه: مشتری.

۲: و نیز رجوع کنید به مسایل ((بیع شرط)) در مجلد دوم از همین مجلدات.

۳ و ۴: و در نسخه: مشتری.

۵: در نسخه: و می تواند استیفای تمام وجه اجاره را بکند.

است و لازم است در صورت ثانیه بی اشکال. مگر با تقایل و تفاسخ به رضای طرفین. و اما

در صورت اولی، یعنی در وقتی که خیار در ظرف تمام مدت باشد. پس آن نیز چنین است

هر گاه همان حقی که فی الجمله دارد (که مردد است ما بین منافع جمیع مدت و منافع بعضی مدت باشد) صلح کرده باشد. و هر گاه صلح بر مجموع کرده باشد، پس ظاهر آن

است که در اینجا نیز وجه مصالحه تقسیط میشود. به جهت این که صلح کرده است ملك

متزلزل را که محتمل است که مال غیر بشود. پس بعد از انتقال به غیر، منافع آن هم منتقل به غیر میشود. والله العالم.

۲۰۴: سوال: زید خود را به عمرو به اجاره بدهد به مدت معینی، که در عرض مدت عمل خاصی بکند به مال الاجاره معینی، مشروط به این که اجیر در خانه مستأجر

در عرض مدت، سکنی داشته باشد. و هم شرط شود در ضمن العقد که بدل وجه اجاره را

در عرض مدت، اخراجات ماکول و ملبوس و ما یحتاج اجیر نماید، و علاوه از اخراجات را

در آخر مدت از اجیر مطالبه ننماید. و نیز شرط شود که چنانچه اجیر قبل از مدت اجاره

خواسته باشد از پیش مستأجر برود اخراجات ایام ماضیه را به تصدیق امنای اهل خبره و

وقوف تسلیم مستأجر نماید، چه صورت دارد؟

جواب: چون شرط مذکور جهالت دارد (چنان که آخر صورت سوال هم به آن دلالت

دارد) منشا فساد عقد اجاره میشود. و بنابر این شرط دوم هم لزومی ندارد، چون در ضمن عقد فاسد است. خصوصاً با وجود جهالت آن نیز. و ظاهر این است که اجیر

در این وقت مستحق اجرت المثل عمل است. و ثمن المثل اخراجات هم باید رد شود.

هر گاه معلوم نباشد به مصالحه طی شود. والله العالم.

۲۰۵: سوال: زید متولی، ملك وقفی را به عمرو تا مدت بیست و پنج سال به اجاره

داده است، و زمان اجاره منقضی نشده که موجر و مستأجر فوت شده‌اند، یا آن که  
احدهما متوفی گردیده است، چه صورت دارد؟.  
جواب: هر گاه متولی وقف صلاح وقف و اهل وقف را در سایر طبقات، در آن دیده  
که به آن مدت به آن وجه معین اجاره بدهد، به موت هیچ يك از موجر و مستاجر  
فسخ



نمیشود. علی الاظهر. والله العالم.

۲۰۶: سوال: بفرمایند که مثلاً زید ملکی را - که به قول عمرو وقف [بوده] و ادعای تولیت آن [را] مکرد - از عمرو مزبور تا مدت بیست و پنج سال اجاره نموده به

مبلغ بیست توما تبریزی. از قراری که در اجاره نامچه شرط شده، به این مضمون که موجر مزبور واگذاشت مبلغ مزبور فوق را به مستأجر که او رفته و از مال خود کل شش دانگ ملك بایره [ای] به حلیه آبادی بر آورد به این شرط که: هر گاه اضافه از این

مبلغ اخراجات بشود، دیناری و حبه‌ای از موجر مطالبه ننماید، و هر گاه کمتر از این مبلغ خرج بشود، دیناری و حبه‌ای از مستأجر مطالبه ننماید.

و مستأجر به امر خود قیام نموده ملك را به حلیه آبادی بر آورده، واحدی ادعای يك دانگ و نیم ملك وقف را به مستأجر نموده و ادعای خود را به ثبوت شرعی رسانیده

که يك دانگ و نیم مزبور ملك طلق او میباشد. و بعد از اثبات شرعی يك دانگ و نیم را

به ملکیت متصرف گردیده و به اجاره زید مستأجر داده و هر سال وجه اجاره را گرفته

است. و چهار دانگ و نیم دیگر [را] زید مستأجر تصرف نموده. و در اجاره نامچه شروط

دیگر هم نموده‌اند به این مضمون که: در این مدت اجراه هر سالی مقدار دو خروار تبریزی گندم از مال موجر، مستأجر به دواب خود بار نموده به طاحونه برده آرد نموده

و اجرت مطالبه ننماید.

و موجر و مستأجر هر دو فوت شده‌اند. و ورثه موجر الحال از دو سه بابت ادعا بر ورثه مستأجر منماید. اولاً این که: به فوت موجر و مستأجر فسخ اجاره میشود. ثانیاً این که: تخیل در وجه اجاره مسطوره به هم رسیده. و حال آن که در اجاره نامچه شرط نشده

که هر گاه تخیل در اجاره به هم رسد فسخ اجاره با موجر بوده باشد. آیا ورثه موجر را حقی

مباشد بدون اثبات شرعی این که (ملك مزبور وقف میباشد و تولیت با والد آنها بوده)؟

و در خصوص وجه اجاره مدت مسطوره مادام حیات موجر و مستأجر الله اعلم که وجه

اجاره داده (۱) یا این که باقی است. و از تاریخ اجاره متن مدت پنج سال باقی است  
که هنوز

۱: در نسخه: داشته.

منقضی نشده است. میرسد ورثه موجر را که وجه اجاره مدت مسطوره تمام و کمال از

ورثه مستأجر بگیرند؟. بینوا.

جواب: هر گاه عمرو به عنوان تولیت در آن وقف تصرف مکرده بلا منازع، تصرف او محمول بر صحت است تا بطلان آن ثابت شود. و اظهر این است که اجاره به موت

موجر و مستأجر هیچ کدام باطل نمیشود. و مواضعی که استثناء شده. یکی جائی است

که موجر شرط کرده باشد که مستأجر به خودی خود استیفای منافع بکند نه غیر آن. دوم جائی است که وقف باشد بر بطون چند که هر يك از آنها اختیار تصرف ایام حیات

خود را دارد. مگر این که موقوف علیه متولی و ناظر وقف باشد و مصلحت وقف را مطلقاً یا

در آن مدت در آن اجاره دانسته باشد. که در اینجا نیز منفسخ نمیشود. سوم جائی است که وصیت کرده باشد کسی از برای شخصی که مادام الحیات از ملك او به علتی

منتفع شود، و آن شخص به اجاره بدهد ملك را. و این دخلی به مانحن فیه ندارد. پس هر گاه عمرو متولی صلاح وقف را در آن دیده، اجاره بر حال خود باقی است. و ادعای تخلل در وجه اجاره را نفهمیدم. اگر مراد این است که به سبب دعوی يك

دانگ و نیم مقدار اجاره متبعض شده و به این سبب خواهد فسخ کند، این منشأ خیار فسخ نمیشود. بلکه این اگر منشأ خیار شود از برای مستأجر میشود نه موجر. و اما دعوی این که وجه اجاره داده شده است یا باقی است، پس آن محتاج است، به مرافعه

اینها همه در وقتی است که اصل عقد اجاره صحیح واقع شده باشد، و جهالتی در شرط آن نباشد. مثل این که معلوم باشد که خرج تعمیر ملك چه قدر میشود. و هر گاه

جهالت باشد اصل عقد باطل میشود و مستأجر مستحق اجرت المثل عمل است. و موجر

مستحق اجرت المثل ایام تصرف ملك. و این نیز محتاج به مرافعه خواهد بود. والله العالم  
باحکامه.

۲۰۷ - سؤال: کسی زمینی به کسی اجاره بدهد به وجه معینی در مدت ده سال

به مبلغ معینی. و بعد از آن ظاهر شود که مغبون است. در سال اول در حین اطلاع  
بر  
غبن ادعای غبن کرده. و مستأجر به قدر نقص وجه اجاره را هم علاوه بر مسمی فی  
العقد

به موجر داده و موجر ساکت از فسخ شده تا سال آینده. الحال مستأجر مگوید که من

به موافق مسمی فی العقد وجه اجاره را مدهم. و موجر مگوید من مغبونم و تمام اجرت را میخواهم. آیا خیار فسخ باقی است یا نه؟ -؟ و موجر مستحق چه چیز است؟.

جواب: هر گاه موجر فسخ معامله نکرده باشد، ظاهراً خیار فسخ ساقط میشود. به جهت آن که خیار غبن فوری است. و در این صورت مستحق اجرت المثل سال دوم است،

مگر این که موجر جاهل به فوریت خیار باشد و به آن سبب تأخیر کرده، که باز بر خیار

خود باقی است و مستحق اجرت المثل است در آن سال گذشته.

۲۰۸: سؤال: هر گاه زید باغ مشجری به اجاره بدهد به عمرو، به این نحو که اراضی داخله و خارجه باغ را با مجرای حقابه آن اجاره دهد (۱) و شرط نماید در ضمن

عقد اجاره که منافع اشجار مال مستأجر باشد. (۲) و بعد از تصرف مستأجر در باغ مذکور

ظالمی متغلبی اشجار را قطع نماید. آیا در این صورت مستأجر اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟.

و در نظر مستأجر منافع اشجار بوده، که اگر او نمیبود به این مبلغ اجاره نمیکرد. و چنانچه اختیار فسخ نداشته باشد آیا در مقابل فوت منفعت اشجار، از بابت وجه اجاره

چیزی کم میشود یا نه؟ -؟.

جواب: بیان این مسأله موقوف است به ذکر چند مقدمه:

اول این که: مورد اجاره باید عینی باشد که صحیح باشد انتفاع به او به ابقاء آن عین. و هر چیزی که چنین نباشد صحیح نیست اجاره آن، مثل نان و میوه و امثال آن. و

اگر آن منفعت، عینی دیگر باشد، صحیح نیست اجاره، مثل این که گوسفند را به اجاره

بدهد از برای آن که شیر او را بخورد. یا باغ و بستان را اجاره بدهد که میوه او را بخورند.

و حال آن که ماهیت وقف (حبس عین است و تسبیل منفعت). بلکه از جهت آن است که

در اجاره دعوی اجماع کرده‌اند بر این که آن منفعت تالفه، عین نباشد. - چنان که

## علامه در

- ۱: عبارت نسخه: ... که اراضی داخله و خارجه باغ را یا مجرای حق آبه تا بعد از آن اجاره دهد
- ۲: توضیح: برای گریز از بطلان اجاره میوه اشجار، موضوع اجاره را زمین و حقابه قرار داده‌اند و درختان را تابع آنها کرده‌اند.

تذکره دعوی کرده. و غیر او نیز دعوی کرده - و عاریه هم مثل اجاره است در این معنی.

و گوسفند به دلیل خارج استثنا شده در عاریه که جایز است آن را به عاریه بدهند از برای خوردن شیر آن.

بلی اشکال در چند چیز وارد می‌آید که تجویز اجاره آنها شده با وجود آن که منافع آنها عین تالفه است. مثل اجاره زن از برای شیر دادن طفل، و چاه از برای کشیدن آب،

و قنوات و نهر از برای آب دادن زرع و غیر آن، و صباغ از برای رنگ کردن با وجود تلف

رنگ، و حمام با وجود آن که آب او تلف مشود، وفحل از برای جهانیدن بر ماده با وجود

آن که منی عین تالفه است، و امثال اینها. و بعضی از اینها اجماعی است و منصوص علیه

است. مثل رضاع. و بعضی مختلف فیه، مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن. و قطع نظر از

اجماع ونص، فقها در اینها توجیهات کرده‌اند. مثل این که در رضاع اجاره را بر سایر افعال

مرضعه وارد کرده‌اند، از حمل و نقل و گذاردن پستان در دهن رضیع ونحو آن. و شیر را

تابع بالقصد گرفته‌اند، هر چند از وجهی دیگر مقصود بالذات شیر باشد.

و از اینجا حال فحل هم معلوم مشود، با وجود آن که منی را قیمتی نمباشد. و همچنین انتفاع به مجرای آب و اصل چاه را اصل قرار داده‌اند و آب را تابع. و معنی تابعیت در این مقام دو احتمال دارد: یکی آن که: عرف و عادت دلالت میکند به رضای

صاحب این اعیان در تصرف آنها. در این، اشکال وارد می‌آید، و آن این است که محض

رضا به تصرف، از وجوه ملزمه نیست (۱) پس باید که صاحب عین قبل از تلف عین تواند

رجوع به آن نمود، و آن خلاف فرض است. بلی اگر این معنی را در ضمن عقد اجاره

شرط کند و جهالتی در آن نباشد، خوب است، و شرط محتاج به ایجاب و قبول است.

و محض رضا به سبب عادت مستلزم ایجاب شرط نیست.

و احتمال دوم این که: مراد از تبعیت این است که اجاره آن عین مستلزم ممنوعیت

۱: از جانب دیگر: تمسک به (تراضی در این مسأله، مصادره به مطلوب است. زیرا ادله منع اجاره اشیائی که  
منفعت آنها عین تالفه است، بر (الا ان تكون تجارة عن تراض) حکومت و بلکه (ورود) دارد. بنابر این اگر  
تراضی از وجوه ملزومه هم باشد، در اینجا نمیتواند نقشی داشته باشد.



صاحب از تصرف در آن عین که منفعت مشود. و چون این ممنوعیت به اختیار خود مالک است، پس در آن، حکم این است که کسی قطع نظر از مال خود نکند و در

صحرا بیندازد [که] داخل مباحات مشود و به حيازت، مملوك مستأجر مشود. و گویا

کلام ابن ادریس در سرایر در تقسیم آبار، اشاره به این دو وجه باشد. و آنچه در نظر حقیر

معتمد است در دلیل استثنای مذکورات، این است که اشتراط (بودن منفعت عین مستأجره) (۱)، مقتضای مفهوم لفظ اجاره نیست لغتا و عرفا. پس اعتبار این شرط محتاج به

دلیل است. و آن اجماع است. و صور مذکوره داخل اجماع نیست. بلکه اجماع در اکثر

آنها بر صحت است. و بعضی که مختلف فیه است مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن -

چنان که در قواعد در آن اشکال کرده و در تذکره منع از آن کرده. و شیخ علی نیز اختیار

این کرده - پس در آن نیز همین سخن را مگوئیم. و اما استیجار خانه که در او چاهی

باشد به جهت آب خوردن: پس آن بالتبع داخل اجاره خانه است. و اگر چاه هم ضمیمه

خانه باشد دو تبعیت به هم میرسد.

مقدمه دوم: آن که باید که آن منفعت که مورد اجاره مشود مستقلا قابل قیمت باشد. پس آنچه تو هم مشود که رسانیدن میوه یا به عمل آوردن شیر مدتی میخواهد که در آن مدت درخت و گوسفند مشغول به عمل آوردن میوه و شیراند، پس اجاره

بر

آن نفع وارد مشود نه بر عین. این باطل است به جهت این که این معنی را منفردا قیمت

و مالیتی نمیشد، و چیزی را که در عادت قیمتی نباشد اجرت در عوض آن دادن سفه

است و باطل است، و اعیانی که از اینها به هم میرسد خود مورد اجاره نمیتواند شد. بلکه

هر گاه منفعت، صاحب قیمت و مالیت هم باد شد هر گاه او را ضم کنیم با آنچه جایز نیست اجاره آن - خواه به سبب

عدم قیمت و قابلیت باشد، یا به سبب حرمة اجاره آن مثل خنزیر و میتة و نحو آن، و از آن قبیل

-----  
۱: عبارت نسخه: که اشترای بودن منفعت مستأجره عین مقتضای... - و بهتر از هر دو این است: (که اشترای مستأجره بودن منفعتی که عین تالفه است) مقتضای...

است اجاره به جهت انتفاع به عین مثل میوه و لبن - آن نیز مفید اباحه اجاره آن چیز  
(۱) علی

الاطلاق نخواهد بود.

و اما در قدری که متعلق به منفعت صحیح الاجاره، مشود، محل اشکال است. و از  
فروع

مسأله آن است که زمین را به اجاره مدهند به ضمیمه باغی که مشتمل بر اشجار  
است، یا

زمین همان باغ را اجاره بدهد به جهت قصیل کردن و امثال آن، با اشجار آن به  
جهت میوه

آن، به مبلغی. پس ظاهر این است که اجاره نسبت به اشجار باطل است. و دلیلی بر  
صحت آن

نیست. و اما در زمین: پس احتمال بطلان هست بالمره. به جهت آن که تراضی در  
عقد بر مجموع

شده، و جزء غیر از کل است. پس گویا عقد به آن جزء وارد نشده است. چنان که  
اخواند

ملا احمد این احتمال را در (بیع ما یملک و مالا یملک) داده. و احتمال دارد که بر  
فرض جهالت

وجه (۲) اجاره باغ، مسلط بر فسخ اجاره باشد، به جهت تبعض صفقه. و ظهور  
نقص و عیب در

عین مستأجره با قبول در منفعت محله و استرداد مساوی وجه اجاره منفعت غیر  
محله به

هر نحو که تقسیط وجه اجاره اقتضای آن کند. و با علم به حرمة، اجاره [در] محله  
صحیح

باشد و در غیر [محله] فاسد. و لکن استرداد وجه اجاره با وجود تسلط غیر در مال  
خود با

علم به عدم استحقاق شرعا در اینجا، محل اشکال است.

و اما هر گاه تلف نشده باشد و منفعت نیز استیفا شده باشد، پس ظاهر این است که  
استرداد بی وجه است. و اما هر گاه باقی باشد یا آن که هنوز اقباض وجه اجاره به  
عمل نیامده

است، پس ظاهر جواز استرداد است، هر چند منفعت را تلف کرده باشد. و محتمل  
است که

در صورت تلف منفعت، بر مستأجر باشد رد مساوی منفعت. هر چند از برای موجر  
جایز

نباشد مطالبه آن. و احتمال مرود که در صورت علم به بطلان اجاره در بعض غیر  
محلله،  
اصل اجاره باطل باشد. به جهت جهالت وجه اجاره در صورت عدم توزیع با عدم  
علم به مقدار  
آنچه در برابر منفعت محلله است. و این سخنها در باب اجاره در کلام فقها محرر  
نیست.  
مقدمه سوم: جایز است شرط مشروع در ضمن عقد اجاره و لازم است. مثل سایر

---

۱: در نسخه: آن خواه علی الاطلاق...  
۲: در نسخه: به جهت.

عقود لازمه. و هر چند کلام فقها در تحدید شروط جایزه و غیر جایزه، محرر نیست. و نهایت آنچه محقق مشود از دلیل، آن است که (هر شرطی که معصیت نباشد یا موجب جهالت در احد عوضین نباشد صحیح است). پس اگر در اجاره شرط کند چیزی را که موجب جهالت احد عوضین باشد، آن شرط باطل است. بلکه ظاهر این است که اصل عقد هم باطل میشود. خصوصاً هر گاه عمده مقصود آن شرط باشد، و از جمله، اشتراط میوه باغ است در ضمن عقد اجاره زمین در وقتی که هنوز [میوه] ظاهر نشده باشد، یا به دو صلاح آن باشد.

اما هر گاه میوه از آفت ایمن شده باشد، یا هنوز ایمن نشده باشد اما شرط کند چیدن آن را، پس ظاهر آن است که توان شرط کرد با خرص و تخمین. و این به جهت آن است که در صورت اولی معوض مجهول مشود، و در ثانی معلوم است، و جهالت منشأ غرر و سفه است. و معامله غرر و سفه مطلقاً منهی عنها است. و در صورت بطلان عقد یعنی صورت اولی، صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است و مساوی منافع که از اشجار به او عاید شده. و این در صورت جهل به بطلان است. و اما در صورت علم، پس آن مشکل است. و از تامل از آنچه پیش گذشت حال او معلوم میشود. و در صورت صحت عقد (یعنی صورت ثانیه بعد تصرف مستأجر) موجر مستحق تمام اجرت است، هر چند ظالم متغلبی آن میوه را، یا آن درخت را با میوه قطع کند.

هر گاه این مقدمات را دانستی، پس بر مگردیم به اصل مسأله. پس مگوئیم: اگر شرط منافع اشجار را قبل از ظهور میوه کرده، پس ظاهر این است که شرط باطل است. بلکه اصل اجاره هم باطل است. و در صورت جهل به بطلان عقد، اجرت المثل زمین و

منافع اشجار را مستأجر باید به موجر بدهد. و موجر مستحق وجه اجاره نیست. و  
در  
صورت علم به بطلان و تلف وجه اجاره و منافع یا احدهما، صاحب مال تالف  
(ظاهراً)  
رجوع نتواند کرد. به جهت آن که خود مسلط کرده غیر را بر تلف مال با علم به  
عدم  
استحقاق. و با بقای مال رجوع نتواند کند.  
و دور نیست که در صورت تلف، بر متلف، رد لازم باشد و بر صاحب مال تالف

مطالبه جایز نباشد. و بر فرض تقدیر ورود عقد اجاره بر اراضی و اشجار، و این که قایل شویم به صحت این عقد - چون اشجار را قبل از استیفای منافع، ظالم تلف کرده - در قدر عین تالفه اجاره باطل است و در باقی خیار فسخ دارد. به جهت آن که تبعض صفقه، عیب است. خصوصاً هر گاه عمده مقصود، عین تالفه باشد. و بر تقدیری که اختیار فسخ هم نداشته باشد، آنچه در مقابل اشجار بوده از ذمه او ساقط است، و اگر داده باشد پس مگیرد. [و] اگر شرط دخول اشجار بعد ظهور میوه یا به دو صلاح آن شده باشد و به قبض مستأجر داده [باشد]، پس اجاره صحیح و لازم است. و بر موجد چیزی لازم نیست و مستحق تمام وجه اجاره است. هر چند ظالم اتلاف ثمار و اشجار کرده باشد.

۲۰۹: سوال: هر گاه شخصی حجره [ای] از کاروانسرا به کرایه گرفته، و به خاطر جمعی حراست او مال خود را در آنجا گذارده. شب دزد آمده و پشت بام حجره را سوراخ کرده اموال او را برده است. آیا ضمانتی بر کاروانسرا دار هست یا نه؟ -؟

جواب: دلیلی بر ضمان نیست. بلی هر گاه او را خبر کند که محافظت و پاسبانی کند، و تفریط او را ثابت کند، ضامن است. والله العالم.

۲۱۰: سوال: هر گاه موقوف علیه ملک موقوف را به اجاره بدهد در مدتی، و قبل از انقضای مدت، موجد بمیرد. اجاره منفسخ میشود یا نه؟ -؟

جواب: مشهور میان علما آن است که منفسخ میشود. و ظاهر هم همین است. لکن استثنا کرده اند از این، صورتی [را] که موقوف علیه ناظر بر وقف باشد و به جهت مصلحت بطون، یا مصلحت کل، اجاره داده باشد. که در آنجا فسخ نمیشود.

۲۱۱: سوال: هر گاه کسی نصف نفس خود را به اجاره بدهد در مدت يك سال به مبلغ يك تومان به جهت عمل در تجارت مشترک ما بین موجد و مستأجر. و بعد از آن موجد پنج تومان از مستأجر قرض کند و ده تومان هم از خود علاوه کند و ضم کند به مبلغ پانزده تومان از مال مستأجر. و عقد مشارکت در میانه بسته شود، و به مقتضای آن عمل

شود.  
صحیح است یا نه؟ -؟.



جواب: اجاره نصف نفس معنی ندارد. مگر به اراده این که نصف جمیع منافع در عرض آن مدت از مستأجر باشد. به این نحو که قرار بدهند که نصف روز از برای مستأجر عمل کند و نصف برای خود. یا نصف سال برای او عمل کند و نصف برای خود. خواه تعیین شود حصه هر يك یا مشاع باشد. مثل این که شخصی اجیر شخصی شده و آن شخص عمل مخصوصه نداشت که بکند، او را ماذون کرده که در تمام سال مشغول عمل مردم باشد. و او هم تمام سال عمل به جا آورده. این وقت نصف منافع او از مستأجر است و نصف از خودش. و لکن این معنی در صورت سوال تحقق نمیپذیرد. به جهت جهالت مقدار عمل او، از راه این که محتمل است که نصف منافع این شخص و قوت عمل او بیش از عمل، در نصف مال المشارکه، باشد، و در آن میتواند عمل دیگر بکند. پس احاطه به نصف منافع او نمیشود. پس بنابر این، اجاره صحیح نیست. بلی هر گاه اجاره کند او را از برای این که در مدت يك سال عمل خاصی را بکند، صحیح است. و هر وقت که ضرور است از وقت خود مصروف آن مدارد، و باقی وقت عمل دیگر میکند. به جهت آن که آن عمل منافی عملی که از برای آن اجیر شده است، نیست.

[لکن] به نهایت در مانحن فیه اشکال به هم میرسد به جهت آن که اجاره از عقود لازمه است و شرکت از عقود جایزه. و تعیین مدت و شرط در ضمن عقد شرکت لزومی ندارد. بلکه فایده هم ندارد. به غیر آن که بعد از مدت مزبوره تصرف در مال المشارکه، جایز نیست (۱).

و ایجاب عقد لازم در ضمن عقد متزلزل، محل اشکال است. و لکن اظهر در نظر حقیر جواز

آن است. و بیان آن را در رساله [ای] که در مسأله (قرض به شرط نفع) نوشته‌ام، کرده‌ام. و

-----  
۱: یعنی تعیین مدت (مثلاً يك سال) برای اجاره، موجب نمیشود که حتماً شرکت هم باید به مدت يك سال ادامه داشته باشد. و اثری در دوام شرکت ندارد. اما برای از هم پاشیدن شرکت، مؤثر است. زیرا اگر بر اساس چنین قرار دادی يك سال به شرکت شان ادامه دهند در پایان سال، شرکت هم محکوم به پایان یافتن است. و همین طور است تعیین مدت در مضاربه. زیرا مضاربه (جایز) است از هر دو جانب. و هر کدام از آنها در هر وقتی که بخواهند میتوانند مضاربه را فسخ کنند. و تعیین مدت در آن صحیح نیست. لیکن اگر مدتی را تعیین کنند تنها تأثیری که دارد این است که با فرا رسیدن همان مدت، مضاربه هم محکوم به پایان است. مگر مجدداً مضاربه جدیدی را بنا گذارند.

حاصل این که اجاره لازم است مادامی که شرکت بر هم نخورده است. و اگر خواهیم در اینجا عقد اجاره را مستقل کنیم - به این معنی که او را اجیر کند به

يك تومان که در عرض سال مبلغ پانزده تومان از برای او عمل کند - پس در صورت (۱) بودن

انتفاع پانزده تومان او، تملك ربح آن از برای مستأجر ثابت است بدون شرکت. و شرکت را

در این مدخلیتی نمیشد. هر چند بعد از ده روز شرکت را فسخ کنند که اجیر در تمام سال

در ازای آن يك تومان از برای مستأجر عمل کند.

و در صورت سوال اشکال دیگر هم دارد. و آن این است که اگر این اجاره محاباتیه را از

برای خاطر آن قرض، کرده است (۲) - یعنی آن پنج تومان را قرض داده باشد به شرط این

اجاره - از این جهت هم حرام و باطل است. و اگر شرط نکرده باشد، باکی نیست. و

همچنین هر گاه اجاره محاباتیه را کرده باشد به شرط قرض (یعنی موجر بگوید خودم را

اجاره دادم به این مبلغ در این مدت به شرط این که پنج تومان به من قرض دهی) هم ظاهر

صحت است. و هم چنین هر گاه در ضمن عقد اجاره شرط کند که با او يك سال شرکت کند،

ظاهر آن است که

صحیح است، و شرکت مزبور لازم میشود. والله العالم.

۲۱۲: سوال: هر گاه پدر، طفل صغیر خود را اجاره بدهد به چیت سازی. و بگوید (عمل او باید همین رنگ مالیدن باشد). و آن صانع او را امر کند که سنگ... (۳)

را

بردارد و به فلان موضع بگذارد. و در حین برداشتن سنگ بغلطد بر دست او و انگشت او

را ضایع کند. آیا صانع ضامن غرامت این جنایت است یا نه؟ -؟. و بر فرض عجز از اثبات

و انکار صانع، آیا میتوان او را قسم داد یا نه؟ -؟.

-----  
۱: در نسخه: پس در این صورت.

۲: عبارت نسخه: اگر این اجاره محاباتیه را کرده از برای خاطر آن قرض است.

۳: کلمه جای نقطه چین، خوانده نشد. چیزی شبیه (قلبا) یا (قلبات) آمده است. به گمانم (قلیمیا) باشد. همان طور که ظرفی که در آن طلا ذوب کنند (ظرف قیلیمیا) نامیده میشود، ممکن است ظرف سنگ رنگری هم (سنگ قیلیمیا) نامیده شود.

جواب: بلی در صورت مزبوره صانع ضامن است. به جهت آن که سبب جنایت شده و

او را به فعل غیر ماذون فیه، وا داشته. و مباشر بودن طفل با وجود اقوی بودن سبب، باعث ابطال حکم سبب، نمیشود. و موید این است که آن که فقها در (معلم شناوری)

گفته‌اند. که هر گاه طفل در شناوری هلاک شود، دیه او بر معلم است. و بعضی مطلقاً

ضامن داشته‌اند. و بعضی گفته [اند] به شرط تفریط. و بعضی در این اشتراط توقف کرده‌اند.

و این همه در وقتی است که ولی طفل او را به معلم داده باشد، و اگر نه، اشکالی در ضمان نکرده‌اند خواه تفریط باشد یا نه. و موید اطلاق ضمان است حکم ایشان در غرامت در صنعت گران، هر چند جد و جهد کرده باشند در محافظت مال. و در صورت

دعوی محتاج است به مرافعه. و با عجز از اثبات، ولی قسم میتواند داد. والله العالم. ۲۱۳: سوال: شخصی ملکی از شخصی اجاره نموده. و ملک مزبور مشتمل است بر دو رشته قنات که آب هر دو قنات با هم به يك نهر جاری و زراعت میشود. در اثنای

سنوات اجاره آب يك قنات بالمره خشك. و آب دیگر قنات نیز بسیار کم. و بعضی از

مالکین مزرعه مزبوره ترك زراعت نموده. آیا در این صورت مستأجر را تسلط فسخ اجاره هست یا نه؟ -؟.

جواب: بلی تسلط بر فسخ اجاره هست. (۱)

۲۱۴: سوال: در صورت تسلط بر فسخ، هر گاه موجر قبول فسخ ننماید و دو سال بر این نهج بگذرد، آیا باعث تقلیل وجه اجاره میشود؟ یا این که باید تمام وجه اجاره را از مستأجر بگیرد -؟.

جواب: فسخ احتیاج به قبول موجر ندارد. و به مجرد فسخ مستأجر، اجاره باطل میشود. هر گاه حقیقتاً مستأجر فسخ اجاره کرده و به سبب جهالت و گمان این که رضای

طرفین شرط است باز در ملك تصرف کرده، در این صورت ظاهراً موجر مستحق

-----

۱: برای توضیحات بیشتر، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و نیز ۲۲۴ و نیز به مسأله ۲۱۴ (ما بعد همین مسأله) و نیز به مسأله ۲۴۲.

اجرت المثل بعد زمان فسخ است. و هر گاه در اول گمان مکروه که فسخ ممکن نیست

مگر با تقایل و رضای طرفین بر اقاله، و اجاره را بر حال خود گذاشته، پس ظاهراً موجر

مستحق وجه اجاره هست. و احتیاط در صلح است به اجرت المثل. به جهت آن که هر چند

تصرف مسقط خیار عیب باشد (۱) نسبت به رد عین، لیکن اختیار ارش معلوم نیست ساقط

باشد. و به هر حال احوط صلح است به اجرت المثل.

۲۱۵: سوال: زید قدری ملک از نایب عمرو اجاره چند ساله نموده. در سال اول اجاره، آب به قدر کفاف بوده، و در سال دیگر بسیار کم شده. آیا مستأجر را در این صورت تسلطی بر فسخ اجاره هست یا نه؟ -؟. و هر گاه موجر اصل حاضر نباشد همان

نایب اختیار فسخ را دارد یا نه؟ -؟. و در صورتی که نایب قبول ننماید چه باید کرد؟.

جواب: بلی مستأجر را اختیار فسخ هست. و حضور و رضای آن (۲) در فسخ شرط نیست. و هر گاه آن نایب، نایب در جمیع تصرفات نباشد و موجر حاضر نباشد که ملک را

به تصرف او بدهد، به حاکم شرع رجوع کند و به او واگذارد. والله العالم.

سوال: شخصی قدری ملک از دو مزرعه علی حده به وجهی اجاره نموده. و در اثنای مدت اجاره، آب یکی از مزرعتین خشک شده. آیا مستأجر تسلط بر فسخ دارد

یا نه؟ -؟. و در صورت مذکوره فسخ کل باید بکند؟ یا همان مزرعه که آبش خشک شده؟

و اختیار فسخ مزرعه دیگر با موجر است یا با مستأجر؟ -؟.

جواب: هر گاه اجاره مزرعتین به صیغه واحده و در یک معامله شده، ظاهراً مستأجر تسلط بر فسخ جمیع دارد. و هر گاه خواهد فسخ مزرعه خشک شده تنها را بکند، ظاهراً

نمیتواند الا به رضای موجر. والله العالم. (۳)

۲۱۷: سوال: هر گاه شخصی ملکی به احدی به اجاره داده باشد و حین الاجاره بنابر آن شده باشد که مالیات ملک مزبور در عهده موجر باشد. و چند گاه بعد از اجاره

-----  
۱: در نسخه: هر چند تسلط تصرف مسقط...

۲: مراد موجر است.

۳: در این موضوع، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۴ و ۲۲۴.



ممیز آمده و مالیات ملك مزبور زیاد شده. آیا آن زیادتی را باید ماجر از عهده بیرون آید یا مستأجر؟ -؟.

جواب: خراج زمین بر صاحب زمین است. خواه سلطان زیاد کند یا کم کند. مگر این که بر مستأجر شرط کند که او بدهد. و در صورتی که بر مستأجر شرط کند، بر او

واجب میشود. و این که در این بین سلطان زیاد کند وجهی [را] که متعارف نبود قبل از

این، ظاهر این است که زیادتی بر صاحب زمین باشد.

۲۱۸: سوال: هر گاه شخصی ملکی اجاره نموده باشد. و بدون اذن مالك قلعه [ای] بنا کرده باشد. آیا مالك میتواند که قلعه را خراب کند و زراعت نماید؟ یا آن که باید بعد

از دادن اجرت المثل قلعه را خراب کند؟

جواب: هر گاه در اجاره این معنی در نظر نبوده، میتواند قلعه را خراب کند و بر او چیزی نیست در عوض خرابی قلعه. بلکه باید آن شخص که آن قلعه را ساخته خود خراب کند و زمین را هموار نماید و به دست صاحب بدهد. و هر گاه در میان ایشان

سخنی مذکور شده باشد [و] بنابر آن قلعه را ساخته، باید به مرافعه شرعیه حاضر شوند.

۲۱۹: سوال: هر گاه شخصی نمازی یا روزه‌ای به جهت میتی قبول کرده. آیا به اذن وارث میتواند که روزه‌اش را به دیگری بدهد یا نه؟ -؟. و بر فرض جواز، دو نفر با

هم میتوانند گرفت یا نه؟ -؟.

جواب: بلی میتوانند. و اظهر عدم وجوب ترتیب است در روزه، و دو نفر میتوانند بگیرند. والله اعلم.

۲۲۰: سوال: هر گاه کسی جامه‌ای بدهد به صباغ که رنگ کند. و در وقت گرفتن، صباغ

جامه دیگر به او بدهد. و آن جامه در دکان صباغ عوض شده است، آیا صاحب جامه را

میرسد که آن جامه را بگیرد؟ یا آن که نمیرسد و لیکن میتواند قیمت جامه خود را از او

بگیرد؟ و یا آن که قیمت را هم نمیتواند بگیرد؟ و حکم آن چه چیز است؟.

جواب: ظاهراً خلافتی در این نیست - و در مسالك دعوی اجماع کرده - افسادی که

اهل صنعت به دست خود بکنند در آن عینی که به آنها مدهند از برای اصلاح،  
موجب

ضمان است مطلقا. خواه حاذق باشند و خواه نه. و خواه امین باشند و خواه نه. و خواه  
خواه  
تفریط و تعدی کرده باشند یا نه. مثل آن که جامه را به گازر بدهی که گازی کند،  
آن را  
پاره کند یا بسوزاند. یا به خیاط بدهی که بدوزد، ضایع کند. و هم چنین نجار تخته  
را  
ضایع کند و رنگرز رنگ را معیوب کند. و هم چنین ختان و حجام و قصاب و غیر  
ذلك. و  
احادیث صحیحہ (۱) و غیر صحیحہ (۲) بسیار دلالت بر آن دارد. و [در] بسیاری  
[از] آنها  
تعلیل فرموده‌اند ضمان را به این که آن شیء را داده‌اند به آنها از برای آن که اصلاح  
کنند،  
نه از برای آن که فساد کنند. (۳)  
و از بسیاری از آنها بر می‌آید که این از برای احتیاط در اموال مردم است. یعنی  
این که این بنا اگر نباشد اهل صنعت بی‌پروائی میکنند و مال مردم را ضایع میکنند.  
(۴) و  
در پاره‌ای از این اخبار این قید مذکور است که هر کس مزد بگیرد بر عملی و  
فساد میکند ضامن است. (۵) که از مفهوم این بر می‌آید (۶) که هر گاه کسی تبرعا  
عمل را  
بکند، ضامن نیست. و لکن متبرع هم هر گاه تقصیری بکند، باید ضامن باشد.  
و علامه  
در قواعد استثنا کرده صورتی را که طبیب و کحال اخذ برائت ذمه بکند از بالغ  
عاقل، یا  
ولی صبی و مجنون. و هم چنین شهید در لمعه. و روایت سکونی هم دلالت بر آن  
دارد. (۷) و هم چنین نفی عسر و حرج، و لزوم سد باب معالجه هر گاه چنین  
نباشد.  
و شهید ثانی اشکال کرده به جهت ضعف روایت، و این که اخذ برائت قبل از  
اشتغال  
ذمه معنی ندارد. و این هر دو سخن ضعیف است. به جهت اعتضاد روایت به عقل و  
اعتبار با وجود این که سکونی موثق است. و نفی عسر و حرج دلیل قوی است. و  
دلیل بر  
(عدم صحت اخذ برائت قبل از اشتغال) از عقل و نقل قائم نشده و اجماعی که از  
محقق

- 
- ۱ و ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۲۹ احادیث ۱ تا ۲۳.
- ۳: همان باب، احادیث: ۱، ۸، ۱۳، ۱۹، و ۲۲.
- ۴: همان باب، احادیث: ۴، ۶، و ۷
- ۵: همان باب، احادیث: ۱، ۲، و ۱۹.
- ۶: عبارت نسخه: که از این مفهوم بر مآید.
- ۷: وسائل: ج ۱۹، ابواب موجبات الضمان، باب ۲۴ ح ۱.

و این زهره نقل شده بر ضمان طیب، معلوم نیست که در صورت اخذ براءت هم باشد. و همچنین روایتی که در (ختان) وارد شده که ضامن است محمول است بر صورت تفریط.

با وجود آن که [در] اصل مسأله ضمان خلاف است، و مخالف، ابن ادریس است در وقتی که

طیب ماذون باشد و عالم باشد و اجتهاد خود را بکند، و روایت سکونی را هم بر این

حمل کرده.

و علامه هم در تحریر گفته (هر گاه ختان حاذق باشد و از محل قطع حشفه تجاوز نکرده باشد، ضامن نیست. و آخوند ملا احمد (ره) نیز میل کرده است به سخن علامه

در هر دو جا. بلکه در صباغ و قصاب هم بعید شمرده است ضمان را در صورتی که تقصیر

و تفریط نکرده باشد. شاید (۱) جامه خود مہیای این نوع فساد به مجرد گازی و صباغی،

بوده و همین قدر بوده باشد که اگر گازی و صباغی نبود فساد نبود. و صاحب کفایه

هم در هر دو جا متابعت او کرده. و آخوند ملا احمد (ره) وجه جمعی قرار داده که اگر حمل کنیم اخبار ضمان را بر غیر صورتی که به اقرار مالک یا بینه،

علم به هم رسد به این که پاره شدن یا عیب کردن نه از خصوصیت عمل ایشان بوده، بلکه جامه

مستعد این بوده که مطلق عمل در آن، [آن] تأثیر را بکند.

پس هر گاه علم به هم رسد که فساد مستند به خصوصیت فعل ایشان است یا مجهول الحال

باشد، ضامن اند. و هر گاه غیر این باشد، ضامن نیست. و این سخن آخوند (ره) بد نیست

و لکن تعمیم اظهر است از جهة ملاحظه حکمت و سد باب فساد و تنبیه اهل صنعت که دقت

تمام بکنند. چنان که از تعلیل سابق که ذکر کردیم مستفاد میشود. و اطراد در حکمت

ضرور نیست.

و بدان: که در ضمان طیب در صورتی که دوا را به دست خود به مریض بیاشاماند،

اشکال نیست. و هم چنین اظهر آن است که امر او به خوردن هم چنین باشد. و اما  
اگر

-----  
۱: در نسخه: بلکه. - توضیح: گویا اصل کلمه در نسخه‌های قبلی مسقوط یا ناخوانا بوده، نسخه بردار  
بعدی اصلاح  
کرده ولی معنای عامیانه لفظ (بلکه) را در نظر داشته است. که در اصطلاحات فقهی (خصوصاً در ادبیات  
میرزا) جائی ندارد و غلط است.

بگوید که فلان دوا از برای این مرض خوب است، یا فلان دوا از برای فلان مرض خوب است، اشکال است. خصوصا صورت اخیر، و اصل عدم ضمان است. و آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه اشکال کرده‌اند در صورت وجوب عمل نیز، به این که منافات دارد با وجوب، تضمین. اینها همه در وقتی بود که صباغ خود مباشر اتلاف شود. و اما مالی که در دست اهل صنعت باشد و تلف شود به غیر فعل ایشان، پس آنچه از اکثر نقل شده این است که (اگر) تقصیر و تعدی و تفریط از صباغ باشد، ضامن است. و الا، فلا). و دلیل ایشان (اصل) است و این که صباغ امین است و تصرف ایشان به اذن مالک است و بدون تفریط، بر آنها چیزی نیست. و صحیحه (۱) معاویه بن عمار (و غیر آن) [دالت بر این دارد] که مضمون آن این است که (قصار و صباغ ضامن نیستند) و شیخ او را حمل کرده بر صورتی که مامون باشند، نه متهم. چنان که از اخبار بسیار (۲) مستفاد میشود که معصومین (ع) مامون را تفضیلا تضمین نمکردند (۳) که از آنها ظاهر میشود که عدم تضمین مامون مستحب باشد. و این که مقتضای حکمت تضمین است مطلقا، به جهت احتیاط در حفظ مال مردم، و لکن چون اخبار [ی] که مقید شده ضمان در آن [ها] به عدم امانت و ثقه بودن، بسیار است، حمل بر استحباب مشکل است. و بعضی گفته‌اند که آنها را تکلیف میکنند به بینه، هر گاه بینه آوردند که تقصیری نکرده‌اند، ضمانی نیست. و صحیحه (۴) ابی بصیر و صحیحه (۵) حلبی هم دالت بر آن دارند. و سید مرتضی (ره) در انتصار قایل به ضمان شده مطلقا، و دعوی اجماع بر آن کرده، مگر در صورتی که ظاهر شود و مشهود شود که هلاک آن مال به سبب امری که ممکن

نبوده  
رفع آن، (٦) [بوده است]. و ظاهراً مراد آن مثل این است که به سیلاب یا نهب و  
غارث

- 
- ۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ح ۱۴.  
۲: همان مرجع، ح ۷، ۱۱، ۱۶ و ۱۸.  
۳: و در بعضی از آنها قید (تفضیل) هم نیست.  
۴ و ۵: همان مرجع، ح ۵ (با حدیث ۱۱، اشتباه نشود)، ۳.  
۶: عبارت نسخه: مگر در صورتی که ظاهر شود هلاک آن مال و مشهور شود به سبب امری که ممکن  
شود  
نیست رفع آن. توضیح: و ممکن است کلمه‌های (مشهود) و (دفع) صحیح باشند.



عسگری برود، و امثال آن، در صورتی که بینه بر آن قائم شود. ودلالت میکند بر مذهب

او روایت سکونی (۱) و آنچه ابن ادریس از کتاب احمد بن ابی نصر بزنطی روایت کرده. (۲) در

خصوص بینه هم صحیحه حلبی و صحیحه ابی بصیر دلالت دارند.

پس اظهر اقوال آن است که تضمین صباغ بکنیم در غیر صورت ثقه بودن و امین بودن، و غیر صورت بینه بر عدم تفصیر و این که اتلاف ایشان نشده. و لکن در صورت سؤال

ظاهر این است که تضمین میکنیم. به جهت آن که عوض شدن جامه، ظاهرا از فعل صباغ

است. بلکه ظاهر است که مسامحه کرده و تفریط کرده، پس قیمت جامه [را] از او مگیرد.

باقی ماند کلام در حکم این جامه موجود: و در آن تفصیلی است. و آن این است که اگر

از قراین معلوم شود که صاحب این جامه عمدا این را در عوض آن به جا گذاشته، و این جامه

هم از او پست تر است، در اینجا جایز است تصرف در این، از باب تقاص. و تعریف هم ضرور

نیست. و هر گاه حال مشتبّه باشد (۳) - مثل این که ندانیم که این مال همان شخص است که

جامه را برده، هر چند پست تر باشد، یا آن که مال او است و لکن اشتباه گذاشته است، خواه بهتر

باشد و خواه پست تر باشد. و غالب این است که جامه بهتر را هم در غیر حال اشتباه کسی به

جا نمگذارد در این صورتهای - در حکم لقطه است. و باید يك سال تعریف کند و بعد يك

سال هر گاه این جامه بهتر است و معلوم است که مال آن صاحب جامه است، مساوی قیمت

جامه خود را از آن بر مدارد، و باقی را حکم لقطه در آن جاری میکند. یعنی مالک میشود، یا تصدق میکند از برای صاحبش. یا به امانت نگاه مدارد.

و هر گاه معلوم نباشد که مال او است، در همه آن حکم لقطه جاری میکند. و از اینجا

ظاهر میشود حکم آن که دانیم که مال آن شخص است که برده است، لکن معلوم

نباشد که  
عمدا برده هر چند بهتر از آن نباشد. که بعد تعریف، آن را عوض مال خود مدارد. و  
از  
اینجا ظاهر میشود حکم جامه‌ای که در حمام عوض میشود. و در تذکره و تحریر  
اشاره به  
آن شده، و هم چنین ظاهر میشود حکم عوض شدن کفش در مساجد و غیر آن.

-----  
۱ و ۲: همان مرجع، ح ۶.  
۳: عبارت نسخه: و هرگاه مال مشتبه باشد.

۲۲۱: سؤال: هر گاه کسی ملکی را اجاره کرده به يك سال. و در سال دیگر

شخصی

دیگر اجاره کرد. و در محل زرع مستأجر اول بذری از زرع او در زمین مانده و زرعی خودرو به عمل آمده. مستأجر اول مگوید این نمای بذر من است. و ثانی مگوید این نمای ملکی

است که در اجاره من است. این نما از کدام است؟.

جواب: هر گاه صاحب بذر اعراض کرده بوده است از آن، و مستأجر ثانی آن را حيازت کرده و تربیت کرده، اظهر این است که ملکیت او از بذر منقطع میشود، و نما مال

صاحب زمین، است، یعنی آن که مستحق منافع زمین است که الحال مستأجر ثانی است (۱). و

هر گاه اعراض نکرده است، زرع مال صاحب بذر است. و هر گاه نزاع شود، در اعراض وعدم

اعراض، قول، قول منکر اعراض است با یمین. والله العالم.

۲۲۲: سؤال: هر گاه کسی ملکی را اجاره کند به وجه معینی و زراعت کند. و زرع آن به

آفت سماوی مثل تگرگ و سرما، و یا زنگ، و یا به آفت ارضی مثل سوختن و چرانیدن

غاصبی تلف شود. حکم آن چه چیز است؟.

جواب: ضمانی بر موجر نیست. و خيار فسخ هم برای مستأجر نیست. بلکه اگر آب زمین کم شود (۲) یا نقصی به زمین برسد که منشأ تلف زرع یا کم شدن آن شود، خيار فسخ

ثابت میشود.

۲۲۳: سؤال: هر گاه شخصی کسی را اجیر کند به مبلغ معینی که در ظرف ده روز مکتوب او را ببرد به بلدی و جواب بیاورد. و آن اجیر در بین راه بیمار شود و یکی از

خویشان او مکتوب او را ببرد و بعد از بیست روز جواب بیاورد. آیا اجیر مستحق چه چیز

است؟

و آن شخص خویش، مستحق چه چیز است؟.

-----

۱: تعبیر با (صاحب زمین) یا (آن که مستحق منافع زمین)، خالی از اشکال نیست. زیرا آن زرع مال  
حیازت  
کننده و تربیت کننده است ولو نه مالک زمین باشد و نه مستأجر زمین. بل ولو کان غاصبا. رجوع کنید به  
مسأله  
۲۲ - از مجلد دوم،  
۲: در مورد کم شدن آب زمین مورد اجاره، رجوع کنید به مسئله‌های ۱۹۹، ۲۲۴، و ۲۴۲.

جواب: اولاً بدان که آن شخص خویش اجیر مستحق چیزی نیست که از مستأجر بگیرد. بلی هر گاه آن اجیر او را اجاره کرده، مستحق اجرتی از او میشود. خواه اصل

اجاره باشد خواه مشروط به این که اجیر بنفسه این عمل را بکند. و اما حکم خود آن اجیر: پس ظاهر این است که طی مسافت داخل عمل است و جزء آن است، به قرینه

مقام. مثل کسی که اجیر شود که حج بلدی از برای میت بکند (نه از برای حج تنها) که

هر گاه نایب بدون تقصیری ممنوع از حج شود. مثل این که. بمیرد قبل از احرام، مستحق

میشود از اجرت به قدر طی مسافت تا آنجا. (۱)

پس در ما نحن فیه مگوئیم که: یا این است که خصوصیت زمان مدخلیتی در حقیقت اجاره دارد - به این معنی که عقد اجاره بر طی مسافت و رفتن و آمدن و آوردن

جواب در خصوص این ده روز، متصل به قصد اجاره شده، مثل این که کسی شخصی را

اجیر کند که ایام البیض ماه رجب را روزه بگیرد و بدون عذر (۲) به جهت بیماری نتوانست

که تمام کند مسافت و عمل را. چنان که مفروض این است - پس ظاهر آن است که

مستحق اجرت است به قدر آن که طی مسافت کرده. و در باقی باطل است. و اما هر گاه خصوصیت زمان داخل حقیقت اجاره نبوده، بلکه مقصود مطلق جواب کاغذ آوردن است و لکن این شرط را از برای تعجیل و اهتمام در عمل کرده، پس تعیین

این مدت از باب شرط ضمن العقد میشود، نه جزء حقیقت اجاره. و در این وقت مگوئیم: یا این است که شرط میکند عدم استحقاق چیزی را، هر گاه در این مدت جواب را نیاورد. یا این است که شرط را مطلق ذکر میکند و عدم استحقاق را با عدم تحقق شرط، ذکر نمیکند، پس اگر صورت اولی است، پس به مقتضای آن مستحق چیزی نیست. و بر وفق آن عمل میکند. خواه شرط کند عدم استحقاق را با تقصیر اجیر، یا بی تقصیر.

و اما صورت ثانی که همان طریقه معهوده است که شرط ضمن العقد میکند، پس

-----

۱: رجوع کنید به (کتاب الحج) از جلد اول.  
۲: ظاهراً در اصل (بدون تقصیر) بوده.

بنابر مشهور و اقوی در طریق (مخالفت شروط جایزه) این است که عقد اجاره باطل نمیشود. و لکن مستأجر مسلط بر فسخ عقد اجاره میشود. پس اگر فسخ اجاره کرد، اجیر مستحق اجرت المثل قدر عمل میشود که کرده است. و هر گاه تمام نکرده، مستحق مساوی همان قدر عمل که کرده است، میشود از اجرت مسمی فی العقد. والحاصل این که: در این مسأله که اجاره کنند کسی را که عمل را در مدت معینی بکند و مدت تمام شود پیش از تمام شدن عمل و بعض آن عمل را کرده باشد، سه قول

نقل کرده‌اند: اول این است که مستحق مسمی میشود بالنسبة در آنچه کرده است. و مستأجر اختیار دارد در میان این که فسخ کند اجاره را، و میان این که اجازه کند باقی را

و اجیر مستحق تمام مسمی فی العقد بشود. سوم این است که مستأجر اختیار دارد میان

فسخ اجاره و دادن اجرت المثل در عوض آنچه کرده است، و میان آن که اجازه کند در باقی مدت و تمام مسمی فی العقد را بدهد. و اظهر در نزد حقیر این قول آخر است والله العالم. کتاب الاجاره من المجلد الثانی:

۲۲۴: سوال: هر گاه کسی زمینی را اجاره کند. و قنات آن خراب شود. و به آن زمین

و آب، منتفع نتواند شد. آیا موجب فسخ اجاره میشود یا نه؟ -؟.

جواب: بلی هر گاه قنات خراب شود و آب منقطع شود، مسلط بر فسخ میشود. بلکه

ظاهر کلام ایشان در اجاره خانه و مسکن این است که هر گاه خرابی به نحوی باشد که به

هیچ وجه نتوان منتفع شد، اجاره باطل میشود. و ظاهر این است که فرقی ما بین خراب

شدن خانه و غیر آن نباشد، بلکه معیار همان تعذر انتفاع از آن است. چنان که علامه در

تذکره تصریح کرده که (هر گاه خراب شود خانه یا منقطع شود آب زمینی که اجاره شده از

برای زراعت که به هیچ وجه منتفع نتوان شد، در حکم تلف عین مستأجره است) که اجاره

باطل میشود.

و اما هر گاه منتفع نتوان شد به بعض وجوه از آن خانه یا زمین، پس خیار فسخ

حاصل  
میشود از برای مستأجر، هر چند به قدری از آن عین مستأجره منتفع شده باشد. پس  
بعد از



فسخ، موجر مستحق اجرت به آن مقدار هست. و این تصرف منشأ خیار نیست. به جهت

آن که آنچه موجب سقوط خیار است تصرف در آن چیز است که معاوضه بر آن واقع شده. و آن

در اینجا منفعت است، نه عین خانه و زمین. و منفعت کم کم پیدا میشود. و این خیار فسخ در

منافع بعد زمان ظهور عیب است. و مفروض این است که در آن تصرف نشده است. و اما هر گاه موجر خانه را به زودی تعمیر کند یا آب را به زودی جاری کند که منفعت

معتد بها از مستأجر فوت نشود، پس در آن خلاف است. و شاید اقوی سقوط خیار باشد.

چون دلیل معتمد در این مسأله لزوم ضرر است، و آن خود مندفع است بالفرض. پس عقد

بر اصل لزوم باقی خواهد بود. و دلیل قایل [به] بقای خیار این است که به مجرد خراب شدن

خانه و انقطاع آب، خیار ثابت شده و آن مستصحب است. و این ممنوع است. و بعضی قایل

شده اند به این که مستأجر میتواند الزام کند موجر را به تعمیر خانه. و اظهر این است که

نتواند الزام کند. به جهت عدم دلیل. بلکه آنچه بر او واجب بود تسلیم عین مستأجره بود با

آنچه موقوف علیه انتفاع به آن باشد. مثل کلید در خانه و گشادن راه او که بسته بوده است

و برداشتن خاکی که مانع از سکنی باشد، و امثال آن. و عقد بر تعمیر خانه واقع نشده. و لزوم

ضرر به همان ثبوت خیار مندفع میشود.

و بدان که: بسیار کم شدن آب در بین سال هم از موجبات خیار فسخ است. هر چند به

خرابی قنات نباشد. و هم چنین خرابیهای دیگر که به زمین برسد. مثل این که باد خاك

و رمل در آن جمع کند که انتفاع کامل حاصل نشود، یا آفتی به اصل زمین برسد که باعث

ضعف آن بشود، از روئیدن گیاه. و یا بعضی جاهای آن آب بر آورد، و هم چنین....

و اما هر گاه  
باعث سلب انتفاع از همه آن زمین بشود، پس اصل اجاره باطل میشود. و اما آفتهای  
بیرونی مثل ملخ و زنگ و تگرگ و امثال آنها، نه منشأ بطلان اجاره  
و نه موجب خیار فسخ است. و چیزی هم از اجرت زمین کم نمیشود. و از قبیل این  
است که دکانی اجاره کند به جهت بزازی و دزد متاع او را بدزدد، یا آتش  
بسوزاند. و  
اما زیاد شدن منفعت عین مستأجره، مثل این که آب مزرعه بسیار زیاد شود و امثال  
آن:  
پس باعث خیار از برای موجر نمیشود. چون منافع مال مستأجر است و نماء در مال

او است. (۱)

۲۲۵: سوال: آیا طبیب اجرت میتواند گرفت بر معالجه مریض یا نه؟ -؟. و بر فرض جواز، کیفیت آن به چه نحو است که حلال باشد -؟. و آیا مقاطعه میتوان کرد به این

نحو که (پنج تومان میخواهم که تو را چاق کنم) و حال آن که علم ندارد به این که چاق

میشود یا نه -؟. و آیا جایز است نظر کردن به عضو مریض از برای کسی که حرام است

بر او نظر در غیر معالجه یا نه؟ -؟.

جواب: اجاره طبیب از برای معالجه جایز است. و اجرت آن حلال است. و این از جمله صناعاتی است که نظام عالم مبتنی بر آن است. و هر چند از واجبات کفائیه است و

لکن وجوب آن منافات با جواز اخذ اجرت ندارد، مثل خیاطی و نجاری و حدادی. و در

کیفیت آن باید مدت عمل را معین کرد که چند روز متوجه معالجه باشد و در روزی چند

مرتبه، یا در چند روز يك مرتبه بیاید و مریض را ببیند و معالجه کند. و هر گاه در بین

حاجت افتد به زیاده از آنچه شرط کرده در آن، نیز بخصوص علی حده اجیر شود. و

ظاهر این است که جایز است که شرط کند که دوا با طبیب باشد، لکن باید معلوم باشد

که دوا چه چیز است و قیمت آن چند است.

و اما مقاطعه بر چاق کردن: پس آن جایز نیست جزما. و اگر خواهد مقاطعه کند بر طریق (جعاله) بکند، نه (اجاره). پس مگوید (اگر بیمار مرا چاق کردی این قدر مدهم). و در این صورت تا چاق نشده مستحق چیزی نیست. بخلاف صورت اجاره که به

قدر عمل مستحق وجه اجاره میشود. پس اگر مدت تمام شود و مریض چاق شود، مستحق تمام وجه اجاره هست. و اگر در بین مدت چاق شود یا بمیرد، در قدر باقیمانده

از زمان اجاره باطل میشود. و نسبت به گذشته از زمان، مستحق اجرت خود هست. و

هر گاه مریض مانع شود که مدت را تمام کند، باز مستحق اجرت هست.

و هر گاه در بین مدت اطبا بگویند که معالجه او ضرر دارد، در اینجا نیز منفسخ  
میشود. چنان که در صورتی که در بین مدت چاق شود. و حکم کحال هم حکم  
طیب

-----  
۱: قبلا نیز موضوع این سوال و جواب تحت شماره‌های ۱۹۹، ۲۱۴ و ۲۱۶ مطرح شده است.

است، به تفصیلی که مذکور شد.  
و اما نظر کردن به اعضای مریض: پس آن در صورت اضطرار جایز است و لکن به قدر حاجت نظر کند، و از روی شهوت و لذت نباشد. و هم چنین دست گذاشتن به بدن او.

۲۲۶: سوال: هر گاه رخت کسی را در حمام برده باشند. و حمامی هم تقصیر کرده باشد. باید حمامی غرامت بکشد یا نه؟ -؟  
جواب، هر گاه به حمامی سپرده باشد، و حمامی هم قبول کرده باشد که محافظت کند و ثابت کند که تقصیر کرده است، ضامن است. و هر گاه عاجز باشد از اثبات، قسم  
متوجه حمامی مشود. و اما اگر در نزد او کنده باشد و به او نسپرده باشد، یا گفته باشد به او که ضبط کن، و او قبول نکرده باشد ورد کرده باشد، بر او ضمانتی نیست.

هر چند تقصیر کرده باشد، به این معنی  
که در را باز گذاشته باشد و بیرون رفته باشد (و امثال آن) که موجب تلف شود. بلکه

هر چند به او گفته باشد که ضبط کن و او ساکت باشد از رد و قبول هر دو، با ضمانتی  
نیست. و الحال خلافی هم در این مسائل در نظر نیست. و اخبار هم دلالت بر او دارند. (۱)

۲۲۷: سوال: آیا اجرت گرفتن بر خواندن مرثی سید الشهداء علیه السلام جایز است (با شرط یا بدون شرط) یا نه؟ -؟  
جواب: اظهر جواز است مطلقا.

۲۲۸: سوال: هر گاه زید دکانی به اجاره بدهد به عمرو به مدت شش ماه و تسلیم او کند. و بعد از دو ماه دکان را عدوانا از او بگیرد. آیا عمرو مستحق این هست که در

عوض باقی مدت [اجرت آن دو ماه را] به مثل مدت آن، نگاه دارد یا نه؟ -؟ و آیا اجاره

باطل مشود یا صحیح است؟ -؟.

جواب: موجر مستحق اجرت آن مدتی است که مستأجر در تصرف داشته است. و در بطلان اجاره در زمان غصب موجر، دو قول است. اظهر عدم بطلان است با ثبوت

-----  
١: وسائل: كتاب الاجاره، باب ٢٨، ح ١ تا ٣.

خيار فسخ [مستأجر]. و مستأجر مستحق اجرت المثل آن زمان است هر گاه اجرت المثل بیش از وجه اجاره باشد. و اگر اجرت المثل کمتر از وجه اجاره باشد، اقرب این است که موجر ضامن زاید بر اجرت المثل نیست. چنان که مختار علامه است در تحریر و ظاهر قواعد و ایضاح.

و قول دیگر قول شیخ است به بطلان. چون این بمنزله اتلاف عین مستأجره است که آن مستلزم بطلان اجاره است. خواه قبل از قبض باشد یا بعد از قبض - [چنان که اگر] قبل از زمان تمکن از تصرف [باشد، باطل است] بلا خلاف ظاهری - و با صحت اجاره لازمی می‌آید جمع ما بین عوض و معوض، که منفعت عین مستأجره است با اجرت مسمی فی العقد. و گویا نظر او به صورت (کمتر بود اجرة المثل است از مسمی فی العقد). و این مدفوع است به این که معوض که منفعت است و مال مستأجر است، موجر آن را غصب کرده. و الحال لازم است بر او قیمت آن که اجرت المثل است. هر چند کمتر باشد. پس جمع ما بین عوض و معوض نشده. و این ضرری که متصور است، به خيار فسخ منجبر میشود.

والحاصل: هر گاه موجر منع کند از عین مستأجره، در آن دو قول است. و اظهر و اشهر ثبوت خيار است ما بین فسخ و سقوط اجرت. و ما بین الترام اجاره و رجوع به تفاوت اجرت المثل، اگر اجرت المثل زاید باشد. و ظاهراً فرقی نباشد ما بین منع از تمام مدت یا بعض آن، بنابر هر دو قول. و دلیل قول به بطلان (که تنزیل به منزله اتلاف است) ضعیف است. زیرا که آن قیاس است. بلکه اگر ظاهر اجماع نبود، در صورت اتلاف نیز اشکال بود. زیرا که به سبب عقد، منفعت مال مستأجر شده و تلف از مال او شده، دیگر

چرا  
غرامت بر دیگری باشد؟. بلی اگر تلف به فعل موجر باشد، بر او ضمان لازم است.  
و در  
حکم تلف جمیع است تلف بعض. و لکن بطلان در اینجا نسبت به همان تالف است  
لاغیر.  
در غیر تالف منخیر است ما بین فسخ و امضا. به جهت تبعض صفقه. و رجوع میکند  
از  
اجرت به آنچه بعض ممنوع است از مسمی.  
و قول دیگر در اصل مسأله هست، که اجرت مسمی مطلقاً ساقط میشود. یعنی



خواه فسخ بکند و خواه نکند. و لکن علامه در تذکره مقید کرده است این قول را به صورتی که (موجر منع کرده

باشد مستأجر را بدون این که خود استیفای منافع آن، کرده باشد). و در صورت استیفای

منافع حکم (۱) به ثبوت خیار کرده، چنان که مذکور شد.

۲۲۹: سوال: هر گاه عین مستأجره را ظالمی (غیر موجر) غصب کند، چه حکم دارد؟.

جواب: هر گاه غصب ظالم قبل از قبض عین مستأجره است، مشهور این است که مستأجر مختار است ما بین این که فسخ اجاره کند و وجه اجاره را از موجر پس بگیرد. و

این که اجاره را بر حال خود گذارد و اجرت المثل را از ظالم بگیرد. و بنای ایشان بر این

است که موجر ضامن عین مستأجره است قبل از قبض. پس منفعت از کیسه او رفته است. پس مستأجر میتواند آنچه داده است پس بگیرد، و میتواند که راضی شود به اجاره، و اجرت المثل را از غاصب بگیرد. چون او مباشر اتلاف است عدوانا. و در مسالك احتمال ضعیفی داده است که مستأجر تواند رجوع کند به موجر به اجرت المثل. چون او ضامن عین مستأجره است. و تضعیف این احتمال کرده به این که بر

تقدیر ضمان، ضامن سمی است، نه اجرت المثل.

بعد از آن گفته است که (ساقط نمیشود این خیار به سبب عود عین به مستأجر در اثنای مدت، بلکه میتواند فسخ کند در جمیع و اجرت مسمی را پس بگیرد، به جهت

استصحاب بقای خیار، و می تواند امضا کند و باقی منفعت را ببرد، و اجرت المثل گذشته

را از غاصب بگیرد، و از برای او نیست فسخ در زمان گذشته به تنهایی چون مقتضی (تبعض صفقه است). و هر گاه غصب ظالم بعد از قبض باشد، پس ظاهراً خلافی نیست

که اجاره باطل نمیشود، و از برای مستأجر خیار فسخی نیست. به جهت استقرار عقد

به سبب قبض و برائت ذمه موجر. و رجوع میکند مستأجر به ظالم به اجرت المثل. و فرقی نیست ما بین این که غصب در ابتدای مدت باشد یا در اثناء. و مستأجر را نمرسد

-----  
۱: در نسخه: اخبار.

(۴۵۸)

که الزام کند موجر را که عین مستأجره را از دست غاصب بگیرد و تسلیم نماید هر گاه

قادر باشد بر آن. به جهت این که خیار فسخ دفع ضرر از او میکند. چنان که علامه در

تحریر تصریح به آن کرده. و هم چنین ظاهر کلام او است در ارشاد. و آخوند ملا احمد (ره) احتمال جواز الترام داده به جهت آن که تسلیم واجب است. و

مفروض این است که موجر قادر بر تسلیم هست. و این ضعیف است به جهت این که قدر

مسلم از وجوب تسلیم، رفع ید خود است از عین. نه رفع ید غاصب، و ضرری هم بر

مستأجر لازم نمآید، به جهت خیار فسخ.

۲۳۰: سوال: هر گاه شخصی وجهی به کسی داد که چند سال صوم و صلوات به جهت زید بکند. هر گاه صیغه اجاره به عربی و فارسی هیچ کدام خوانده نشود. آیا این

جایز است یا نه؟ -؟ و هر گاه جایز باشد، آیا بر موجر واجب است که فوراً به عمل بیاورد

در صورت اطلاق، یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب شد، آیا متحقق میشود فوریت به این که

هر روز، يك روز یا دو روز آن را بکند یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب باشد موجر تاخیر کرد

تا سه چهار سال، هر گاه بعد بکند ذمه اش بری میشود یا نه؟ -؟ و هر گاه در این ایام که

ترك کرده لباسی به آن وجه بخرد و به آن لباس نماز خود را کرده باشد، آن نماز صحیح است یا نه و غافل بالمره نبوده -؟ -؟. و آیا موجر در

صورتی که صیغه نخوانده میتواند کسی دیگری را استیجار کند به جهت صوم و صلوات

مستأجر؟ یا باید اذن بگیرد؟ و هر گاه خودش قدری را بکند جایز است که غیر را استیجار کند هر چند به کمتر از آن اجرت باشد که مستأجر به او داده -؟ آیا هر گاه روزه

را گرفته و از نماز هیچ نکرده میتواند نمازش را به کمتر اجاره بدهد یا نه؟ -؟.

جواب: مشهور علما - بلکه ظاهراً خلافی نیست. چنان که از بعضی ظاهر میشود - اشتراط ایجاب و قبول در عقد اجاره، [است]. و دور نیست معاطات در آن جاری

باشد.  
چنان که بعضی اصحاب به آن قایل شده‌اند. پس به سبب آن اباحه تصرف می‌تواند  
شد  
هر چند لزوم نداشته باشد. و اظهر آن است که در معاطات فعلیت اقباض از جانبین  
شرط نباشد. پس چنان که در بیع معاطات هر گاه کسی متاعی را مساومه کند و به  
قیمت

معینی قرار گیرد، و بعد از آن متاع را تسلیم کند و قیمت را بالفعل نگیرد، باز حکم معاطات در آن جاری است. و هم چنین بالعکس.

بعینه همین کلام در اجاره و غیر آن جاری است و ما نحن فیه از این قبیل است. چون وجه معین موجود را مدهد در ازای منفعت غیر مستوفات و غیر مقبوضه. پس به

محض حصول تراضی از طرفین این نوع معامله منعقد میشود، و لکن لزوم ندارد. و بنابر هر يك از دو قول - که آیا معاطات موجب حصول ملك متزلزل است (چنان که اظهر

است)، یا افاده نمکند الا اباحه تصرف را - تصرف در آن وجه قبل از اتیان عمل، جایز

خواهد بود. و نماز در آن صحیح خواهد بود. مگر در صورتی که قصد کردن نماز نداشته باشد و در مسأله معاطات هم بنا را بر افاده اباحه گذاریم. (۱) چون در این صورت،

اباحه معلوم نیست (۲) و نماز صورتی نخواهد داشت.

و هم چنین در صورت تفتن به مسأله و شك در این که آیا میتوان در این وجه قبل از عمل تصرف کرد یا نه، و مسامحه در سؤال، باز صحت نماز در آن جامه مشکل است.

نه از راه این که نماز در جامه مغضوب کرده. بلکه از این جهت که در این مسأله [باید به

چیزی] اعتماد شود، و این چیزی نکرده نه اجتهاد و نه تقلید. هر چند در نفس الامر تصرف جایز بوده باشد.

سخن تا اینجا با قطع نظر است از تعیین مدت و اطلاق و تقیید. و اما کلام در این مسأله: پس باید دانست که در اجاره تعیین منفعت شرط است یا به زمان یا به عمل. پس

۱: بنابر (افاده ملك در معاطات)، اگر در حین معامله قصد انجام عمل را داشته و پس از معامله تصمیم بر عدم

انجام آن گرفته، نمازش صحیح است. زیرا آن وجهی که گرفته مال او است و او تنها مشغول ذمه عمل است. و اگر

از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته اصل معامله در نفس الامر نسبت به او باطل است و آن نماز در آن لباس باطل است.

و بنابر (افاده اباحه در معاطات)، خواه از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته باشد و خواه در مراحل بعدی، در هر

دو صورت تصرف در آن وجه و مال که گرفته برایش جایز نیست. زیرا این اباحه (اباحه مشروط) است، اگر قصد انجام عمل داشته باشد برایش مباح است و اگر نه مباح نیست.

۲: بل عدم اباحه معلوم است.

اگر اجیر خاص است - به این معنی که اجیر میشود که از حین عقد اجاره الی انقضای يك سال تمام که هر عملی که از او خواهد و از او بر آید (از نماز و روزه و غیر آنها) بکند تا آخر سال. یا اجیر او شد که در این مدت از برای او نماز کند به نحوی که در آن عمل سستی نکند و بر وفق عادت عمل کند. یعنی در خورد و خواب و قضای حوائج ضروریه ملاحظه عرف و عادت را بکند. یا آن که اجیر شود که يك سال نماز کند که ابتدای شروع در آن، حین عقد اجاره باشد تا وقتی که يك سال نماز تمام شود، بدون تهاون و سستی، بر وفق عادت. همه اینها - صحیح است. و در بین این مدت برای دیگری کار نمیتواند کرد.

و اگر اجیر مطلق باشد (و ما اقسام آن را در کتاب حج بیان کردیم) و صورت سؤال از این قسم است، که اجیر میشود از برای عمل معینی با مباشرت، بدون تعیین مدت. پس اگر اجیر میشود که يك سال نماز در ظرف يك سال به عمل آورد. و شرط فور و تراخی نکند. اظهر در نزد حقیر عدم وجوب فور، است. و در ظرف يك سال هر وقت خواهد میتواند کرد. و اگر تعیین نکند که در ظرف يك سال باشد یا دو سال، پس موافق قاعده ایشان این است که صحیح باشد. زیرا که مجرد عقد، منفعت که آن عبادت است، مال مستأجر میشود و اجرت مال موجر. و مستأجر مسلط است که فوراً مطالبه عمل کند. چنان که موجر هم مسلط است که به مجرد کردن عمل، اجرت را بگیرد. و بدون مطالبه واجب فوری نیست. علی الاقوی.

و لکن این سخن علی الاطلاق صحیح نیست. زیرا که گاه است که مساومه میکنند و موجر نمخواهد که زمان بر او تنگ شود و رازی به تسلیم (۱) نیست

فورا، يا  
آن كه مستأجر اجرت را تمام نداده و مي خواهد به دفعات بدهد. در اين صورت هر  
گاه بدون  
تعيين مدت صيغه بخوانند، در صحت آن اشكال است. زيرا كه به استحقاق فوري  
راضی  
نيستند و تعيين وقت رخصت را هم نكرده اند و اين مستلزم غرر و جهالت است. اين  
در

-----  
۱: در نسخه: تسلیط.



صورتی است که در اول متفطن هستند و لکن در وقت عقد غافل میشوند از تعیین مدت. مثل این که بنای متبایعین بر بیع نسبه باشد و در حین عقد فراموش کنند تعیین مدت را. همان اشکالی که در (تعیین منفعت به مدت با عدم تعیین اول آن) کرده اند (۱)،

بر این هم وارد است.

و مشهور در اینجا انصراف به فور است از حین عقد. و بعضی قایل به بطلان شده‌اند به سبب جهالت. مثل آن که بگویند (اجاره دادم خود را برای خیاطی در مدت سه

روز) و تعیین ابتدای آن نکند. و اظهر در نزد حقیر این است که هر گاه عهده و قرینه [ای] میان موجر و مستاجر باشد که از زمان معینی تا خیر نشود که رفع غرر و جهالت بشود، صحیح است و باز فوری نیست، و در مجموع آن زمان مستوان به عمل

آورد. و ظاهراً این است که در عرف و عادت هم در این معنی کافی باشد. مثل این که

متعارف است در آن بلد که هر گاه کسی چهار پنج سال نماز و روزه بگیرد، آن را در

ظرف دو سال یا کمتر به مقدار متعارفی، به عمل مآورد. و همین قدر موجب رفع غرر

میشود، و فوریت لازم نیست.

و اما هر گاه موجر با وجود این از آن مدت معهوده یا مدت متعارفه، تاخیر کند، مستأجر مسلط بر فسخ خواهد بود چنان که در جائی که تعیین کند مدت را و غرض او از

تعیین مدت تعجیل عمل باشد، نه خصوص ایقاع در مدت معینه، مادامی که فسخ نکرده

هر وقت بکند ذمه او بری میشود. و هر گاه معلوم باشد که مقصود او ایقاع در آن مدت

معینه یا معهوده یا متعارفه است، و از آن تاخیر کند، اصل اجاره باطل میشود. و اما جواز استیجار غیر: پس اگر تصریح کرده باشد مستأجر که (هر گاه خواهی به غیر بدهی ماذونی) یا گفته باشد که (این وجه را مدهم که تو تحصیل این نماز بکنی برای میت من)، میتواند به غیر بدهد. و هر گاه بگوید که (این وجه را مدهم که نماز

بکنی یا روزه بگیری) یا تصریح کند که (به خودی خود بکنی)، نمیتواند به غیر بدهد و در صورت اولی جایز است اجاره دادن به غیر به مساوی

-----  
۱: عبارت نسخه: همان اشکالی که در تعیین منفعت به مدت کرده‌اند با عدم تعیین اول آن...

وجه اجاره یا بیشتر از آن. و اما اگر خواهد به کمتر بدهد، جایز نیست، الا در صورتی که خود قدری از را کرده باشد. (۱) و ظاهر این است که کردن روزه کافی باشد در صورتی که اجیر شده به عقد واحد از برای نماز و روزه هر دو.

۲۳۱: سوال: هر گاه حمامی مشترك باشد میان ده نفر. و شخصی مآید از جمعی از آن شرکا که شريك عمده‌اند حمام را اجاره میکند از قرار سالی بیست تومان به شرط این که خود و عیال ایشان هر گاه به حمام آیند اجرت حمام را ندهند. و هر دو سه نفر از آنها که هر يك قليلى دارند به این معنی راضی نم‌شوند و می گویند (ما به قدر الحصة مثلاً ده تومان میخواهیم و اجرت حمام هم نم‌دهیم). و حال آن که نظر به وجه اجاره که با آنها بنا گذارده حصه اینها در بیست تومان يك تومان میشود. و وجه اجرت حمام آمدن خود و عیال آنها هم يك تومان میشود.

و مستاجر مگوید که یا شما هم مثل شرکا قبول کنید. یا حصه خود را به دیگری اجاره بدهید که در پهلوی من بنشینید و اجرت حصه شما را به شما بدهد، یا خود تمام حمام را قبول کنید، یا آن که در عرض سال هر فصلی که مرغوب تر است به شما وا مگذارم که استیفای حصه خود را بکنید. و این شرکای جزئی، از باب لجاج به هیچ يك از اینها راضی نم‌شوند. مگویند [یا] این که ما مگوئیم قبول کن، یا در حمام ببند، و الا غصب خواهد بود و ما راضی نیستیم. آیا این سخن آنها مسموع است؟ یا اجاره سایر شرکا صحیح است؟.

جواب: اجاره عین مشاع به قدر حصه موجرین صحیح است. و به سبب عدم رضای آنها باطل نم‌شود. و در اجاره هم حق شفعی نم‌باشد. خصوصاً با این کثرت شرکا. خصوصاً

۱: و مساوات نسبت در تفسیط وجه میان آنچه خودش انجام داده با دیگری واگذار کرده، ضرورت ندارد. یعنی میتواند بقیه عبادت را طوری اجیر دیگر واگذار کند که وجه اجاره آن کمتر از آنچه باشد که خودش از ماجر اول، گرفته است. زیرا آنچه در این مسأله باید مراعات شود این است که آن وجه در مقابل عبادت قرار گیرد. و اگر چیزی از آن عبادت را خودش انجام نداد و در عین حال مقداری از وجه را به عنوان سود (یا هر چیز دیگر) بردارد، صحیح نیست.

در صورتی که مستأجر اقاله میکند و همه را به آنها وا میگذارد. و چون تقسیم حمام غالباً

ممکن نیست به جهت لزوم ضرر، و با وجود رضای مستأجر به همه این شقوق، غصبی

و عداوتی و منع حقی هم لازم نمآید. و تعطیل حق سایر شرکا هم صورتی ندارد. پس باید

حاکم شرع الزام و اجبار کند آن شرکای ممتنعین را به احد شقوق مذکوره. و هر گاه آنها (۱)

خود اختیار هیچ کدام از شقوق را نکنند، حاکم آنچه صلاح داند چنان میکند. و هر گاه

دسترس به حاکم شرع نباشد ظاهر این است که عدول مومنین حسبنا میتوانند آنها را اجبار کنند بر احد امور. و به هر حال افراد شرکا به سبب لجاج اینها صورتی ندارد. ۲۳۲: سوال: هر گاه کسی ملك خود را وقف اولاد کرده باشد. و شرط کرده باشد که

بیش از سه سال اجاره ندهند، و تا مدت اجاره منقضی نشود دیگر به اجاره ندهند. آیا جایز

است که موقوف علیهم آن ملك را اجاره بدهند به شخصی در مدت سه سال و در ضمن عقد

اجاره شرط کنند که بعد از انقضای مدت سه سال، باز به آن شخص اجاره بدهند در مدت

سه سال دیگر. و هم چنین بعد از انقضای این، سه سال دیگر به اجاره بدهند؟. یا نه؟.

جواب: بلی هر گاه از حال واقف معلوم نباشد که غرض آن تبدیل مستأجر، نیست - چنان که ظاهر اطلاق سوال این است - جایز است، و وجهی از برای منع او نیست.

(۲)

۲۳۳: سوال: آیا در صورت مذکور هر گاه شرط نکنند این معنی را و لکن و کیل کنند مستأجر را که بعد از انقضای مدت سه سال تجدید صیغه اجاره کند از برای خود

۱: در نسخه: او.

۲: فتوای میرزا (ره) در این مسأله خالی از اشکال نیست. زیرا بالاخره واقف غرضی از قید سه سال داشته. اگر

غرضش تبدیل مستأجر نبوده لا اقل چیز دیگری بوده است. همان طور که پس از بررسی دریافتم

که خودش در (کتاب وقف) همین جامع الشتات در خلاف این فتوای داده است. رجوع کنید به سیزدهمین  
مسئله از مسائل کتاب وقف در چاپ سنگی که مطابق تقطیع ما (ان شاء الله) در مجلد چهارم قرار خواهد گرفت.  
توضیح: لازم است نظر خواننده محترم را به این موضوع جلب کنند که فتوای میرزا در اینجا از نظر زمانی موخر است از فتوایی که در کتاب وقف داده است. زیرا در اینجا در ضمن و محتوای (دفتر دوم) چنین فتوایی را داده است. اما فتوایی که در کتاب وقف داده از مسائل (دفتر اول) است. بنابر این، فتوایش در اینجا ناسخ آن  
فتوای کتاب وقف میشود. با این همه بدیهی است فتوای اول قویتر است که در کتاب وقف آمده است. راجع به توضیح دفتر اول، دفتر دوم و دفتر سوم، رجوع کنید به مقدمه جلد اول.

تا سه سال دیگر، و هکذا.. جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که در صورت مذکوره و کالت صحیح نباشد. چون موکل در حین عقد و کالت مالک موکل فیه نیست. چون واقف شرط کرده است که تا مدت

منقضی نشود به اجاره ندهند. و فقها شرط کرده‌اند در صحت و کالت، تسلط موکل را در امر موکل فیه. بلی در اینجا سخنی هست که هر چند و کالت باطل باشد باز

آن تصرف جایز خواهد بود، نظر به عموم اذن که در ضمن و کالت فهمیده میشود. هر چند و کالت صحیح بر آن صدق نکند. و ثمره نزاع در صورت نادره ظاهر میشود، و

این در وقتی است که عزل موکل یا عدم رضای او بعد ظاهر نشود. بلی هر گاه واقف

شرط نکرده باشد که تا مدت منقضی نشود اجاره جدیده نکنند، ممکن است که و کالت

صحیح باشد بنابر این که اقرب این است که شرط نیست در صحت عقد اجاره، اتصال

مدت اجاره به عقد اجاره. و جایز است عقد اجرات متعاقبه بر عین واحده در مدت‌های

متعینه متعاقبه. و در این صورت صادق است که موکل مالک آنها همه، هست. (۱) ۲۳۴: سوال: هر گاه کسی را اجیر کند که ده خروار هیزم از صحرا از برای او بیاورد. و بعد از آن که پنج خروار آورد. اجیر مرد. آیا مستأجر مستحق پنج خروار هیزم

است که از ترکه اجیر بگیرد؟ یا مستحق وجه اجاره است که پس گیرد به قدر عمل پنج

خروار هیزم -؟.

جواب: ظاهر این است که از باب تلف عین مستأجره باشد بعد گذشتن بعض مدت عمل، که اجاره نسبت به ماضی صحیح است و در باقی باطل میشود، و مستحق استرداد

وجه اجاره میشود نسبت به باقیمانده عمل.

۲۳۵: سوال: هر گاه کسی زمینی اجاره کند، و شرط کند که خراج سلطان آن، بر مستأجر باشد. و اتفاق افتد که سلطان زیاده‌تر از وجه خراج بگیرد. آیا اصل اجاره صحیح

است یا فاسد؟ -؟. و زیاده‌تری بر موجر است یا مستأجر؟ -؟ و هر گاه شرط کند

زیادتی را بر  
مستأجر، حکم آن چه خواهد بود؟

-----  
۱: برای پاسخ مشروح و مستدل این مسأله رجوع کنید به هفتمین مسأله از مسائل کتاب وقف.



جواب: ظاهر این است که همچنانکه در مزارعه خراج با صاحب زمین است، در اجاره هم خراج بر صاحب زمین باشد. به جهت این که خراج بر زمین وضع شده. و در مسالك در مسأله مزارعه گفته است که (این مطلب در روایت هست) و گفته است که (در روایتی هست که: هر گاه سلطان زیاد کند زیادتی و بطلبد آن را از زارع، واجب است که صاحب زمین آن را بدهد. بعد از آن سائل پرسید و گفت: من ظلم نکرده‌ام و زیاد نکردم بر آنها. امام (ع) فرمود که: ایشان زیاد نکرده‌اند این را مگر بر زمین تو. و هر گاه شرط کند صاحب زمین که خراج بر زارع باشد، لازم میشود، هر گاه قدر خراج معلوم باشد. و هم چنین هر گاه بعض معینی را از خراج شرط کند یا بعض مشاعی را. مثل ثلث یا ربع با مضبوط بودن مقدار.) و بعد از آن گفته است که (هر گاه شرط کند خراج را بر زارع، و سلطان چیزی زیاد کند، پس آن بر صاحب زمین است. به جهت آن که داخل شرط نیست. و به جهت آن که ممکن نیست شرط آن به سبب جهالت). و صاحب کفایه در این اشکال کرده است نظر به صحیحہ داود به سرحان (۱) و روایت یعقوب بن شعیب (۲) که دلالت دارند بر آن که این جهالت مضر نیست. پس بنابر این، شرط زیادتی بر زارع جایز خواهد بود هر چند مجهول باشد. و موافق قواعد باید فرقی ما بین مزارعه و اجاره نباشد. و در صورت شرط بر زارع یا مستأجر، شرط لازم خواهد بود و این جهالت مضر نخواهد بود. بلکه صحیحہ داود بن سرحان ظاهر در اجاره است، و این است عبارت حدیث (عن ابی عبد الله (ع) فی الرجل یكون له الارض علیها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص. فیدفعها الی رجل

علی ان یکفیه خراجها ویعطیه مأتی درهم فی السنة. قال: لا باس). و مثل آن است  
روایت یعقوب بن شعیب. و چون عمده دلیل در بطلان به سبب جهالت، اجماع  
است یا  
غرری که منشأ لحوق معامله شود به اعمال سفها، ومفروض این است که در مانحن  
فیه  
هیچ کدام ظاهر نیست. پس اظهر جواز خواهد بود.  
۲۳۶: سؤال: هر گاه کسی اجاره بدهد خانه را، یا اجیری [خود] را، هر ماهی به  
پنج

-----  
۱ و ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ ح ۱ (هر دو حدیث تحت يك شماره هستند).

دینار مثلاً. و تعیین نکند که چند ماه باشد یا بگوید (به اجاره دادم این خانه را، یا اجیر شدم، به مدت يك ماه به پنج دینار و هر چه بعد منتفع شوی به همان حساب باشد). آیا صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: اما مسأله اول، پس در آن سه قول است. اول بطلان است. به جهت جهالت مدت، که لزوم تعیین آن اتفاقی است. و تعیین بعض مدت که يك ماه است مستلزم تعیین مجموع نیست. و این مختار ابن ادریس و قواعد و ایضاح است. و [نیز] مسالك و محقق ثانی در شرح قواعد علی الظاهر. و قول دوم این است که صحیح است در يك ماه و باطل است در باقی. نظر به این که این کلام، یعنی (آجرتك كل شهر بدرهم) در قوه این است که بگوید (آجرتك هذا الشهر بدرهم و کذا مابعدہ دائماً). و این قول مفید و شیخ است در نهاییه و محقق در شرایع. و وجه این قول این است که شهر معین است و اجرت آن هم معین. و از عدم تعیین غیر، بطلان آن لازم نمآید.

و جواب گفته‌اند از این، به منع این که این در قوه آن باشد. بلکه مدت، مجموع من حیث المجموع است، و آن مجهول است. و آنچه به گمان حقیر می‌رسد این است که نظر این جماعت به این است که چون اصل عقد اجاره مشروط است به تعیین مدت و اجرت، و لفظ (شهر) هم مذکور است، پس ناچار باید - بنابر لزوم حمل قول مسلم بر صحت - حسب المقدور در يك ماه مورد اجاره بودن جزماً مطلوب باشد. و به این سبب لازم است. و چون در باقی مشکوک فیه است، مراد آنها این است که آن هم متعلق اجاره باشد که باطل باشد، یا از باب (مراضات) باشد. یعنی ما بعد آن را به اختیار مستأجر گذارده که هر قدر که منتفع شود به همان نسبت از اجاره معینه يك ماه از همان وجه مسمی

بدهد،  
و در این صورت این تراضی موجب حلیت میشود و لکن لزوم ندارد. و چون  
مراضات  
بر همین وجه واقع شده مستأجر نمیتواند بگوید که هر گاه لازم نیست [پس] من  
اجرت المثل مدهم در زاید بر يك ماه و تصرف میکنم. زیرا که این غصب است،  
بلکه  
هر گاه تصرف هم کرده باشد و بگوید چون عقد لازم نبود، بر من بیش از  
اجرت المثل لازم نیست، از او نمیشنوند.

و در ایضاح از ابن جنید نقل کرده است این عبارت را (ولا باس ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا يذكر نهاية الاجارة). و دور نیست که مراد ابن جنید هم همین

قول شیخ باشد. و از این جهت است که محقق اکتفا کرده است به نقل همان دو قول.

و اما مسأله دوم: پس مختار علامه در قواعد صحت آن است در يك ماه، و بطلان در باقی. و

وجه آن از آنچه پیش گفتیم ظاهر میشود. و فخر المحققین و محقق ثانی اختیار بطلان

کرده‌اند در مجموع، نظر به این که عوضین عبارت از مجموع است و مجموع مشتمل

بر جهالت است. و اگر زاید بر يك ماه را از باب شرط دانیم هم جهالت شرط منشأ بطلان

آن است، و بطلان شرط مستلزم بطلان عقد است. و اظهر در نظر حقیر در عبارت (آجرتك الدار شهرا بكذا وان زدت فبحسابه) این است که مورد عقد اجاره همان يك ماه

است، و تتمه از باب تراضی بر تصرف است به حساب مسمی فی العقد، و لزومی ندارد و لکن تصرف حلال است و اجرت حلال است و وفا به دادن این اجرت نسبت به

مسمی در شهر به قدر تصرف لازم میشود. و بقای بر مقتضای اجاره ما بعد يك ماه لزومی ندارد.

۲۳۷: سوال: هر گاه کسی اجیر شود که خاکی را از زمینی نقل کند خرواری به يك

درهم. یا خرمن گندم مشاهد مجهول المقداری را به خانه او بیاورد از قرار معینی به يك

درهم. صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: علامه و ولد او در قواعد و شرح آن، اختیار بطلان اجاره کرده‌اند. به سبب جهالت عمل و اجرت. و لازم قول شیخ در نهایه - در مسأله اجاره خانه هر ماهی به درهمی که میگفتند: در يك ماه لازم است دون باقی - این است که اجاره در يك خروار صحیح باشد دون باقی. و به هر حال شکی در بطلان زاید بر يك خروار نیست. (۱) بلی

فخر المحققین از مبسوط نقل کرده که هر گاه اجاره کند کسی را برای حمل ده

قفیز از  
خرمن مشاهدی هر قفیزی به يك درهم، صحیح است، و هم چنین هر گاه بگوید  
(فروختم

-----  
۱: آیا مراد از بطلان: عدم اللزوم است؟ یا حرمت اجرت؟ با توجه به بیان مصنف در مسأله پیش، مراد  
صورت اول  
است. و سیره عملی مسلمین هم بر این جاری در همه اعصار وامصار.

ده قفیز از آن را هر قفیزی به يك درهم) صحيح است. و فرق گذاشته است ما بين اين و ما بين (آجرتك كل شهر بدرهم). چون در اینجا مدت مجهول است و در آنجا قبه گندم مجهول نیست. (۱) چون مشاهد است.

۲۳۸: سوال: زید کاروانسرائی به اجاره میدهد به عمرو در مدت معینه، به وجه معینی. و شرط میکند که آنچه متاعی که عمر در آنجا بفروشد در هر بیست من يك (چهارك يك) آن را به صاحب کاروانسرا بدهد که زید است. به این نحو که اگر تواند به

طیب نفس به گردن مشتری بگذارد. و اگر نه، خود بدهد. آیا این شرط صحيح و لازم

است یا فاسد است؟ -؟. و گرفتن آن حرام است یا حلال؟ -؟. جواب: ظاهر این است که صحيح باشد و حلال باشد. و امری که منشأ فساد باشد -

به غیر این تو هم که جهالت آن شرط منشأ جهالت وجه اجاره میشود، چون شرط به منزله جزء احد عوضین است - در نظر نیست. و ظاهر این است که این تو هم فاسد باشد.

چون فی الحقیقه شرط راجع میشود به تسلط زید بر اخذ آن مقدار از مال هر گاه اتفاق

افتد. و این امر جهالت ندارد، و مقدار آنچه از مقتضای آن حاصل میشود هر گاه معلوم نباشد ضرر ندارد و غری

در عرف و عادت لازم نمآید. و عقلاً آن معامله را معامله سفها نمگویند. بلکه از باب

فطانت و عقل این معامله را (رشد) بدانند (۲).

۲۳۹: سؤال: زید الاغی به کرایه میدهد به عمرو تا منزل معینی. و آن شخص بیمار میشود و رفقا او را بر آن الاغ بسته و از آن منزل تجاوز میکنند تا منزل دیگر که داخل

اجاره نبوده. و در معاودت بعد از تجاوز از منزلی که انتهای کرایه بوده، الاغ تلف شده. آیا

ضامن الاغ هست یا نه؟ -؟.

-----

- ۱: بدیهی است که قبه گندم مشاهد است ولی مجهول الوزن هم هست. پس بهتر بود با جمله (ده فقیز گندم مجهول نیست) تعبیر میشد. اساسا انگیزه نقل کلام فخر المحققین در اینجا از نظر ارتباط با اصل مسأله، ابهام آمیز است.
- ۲: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۰۲، از همین مجلد.



جواب: بلی از همان روزی که از منزل معین تجاوز کردند الاغ مغضوب شد. و بر غاصب غرامت لازم است در هر جا که تلف شود مادامی که به دست صاحب نرسیده. و

هر گاه مستأجر بی اختیار بود، غرامت بر رفیقی است که آن را برده. و اظهر این است که

ضامن قیمت روز تلف است نه روز غصب و نه غیر آن. (۱)

۲۴۰: سؤال: اجاره دادن زمین و مجاری میاه به نحوی که هر چه عارضه دیوانی شاه

شود با مستأجر باشد. با این که عوارض مجهول است، چه صورت دارد؟  
جواب: ظاهر جواز است. و این جهالت مضر نیست. چنان که از بعضی اخبار ظاهر میشود. (۲)

۲۴۱: سؤال: هر گاه در ضمن عقد اجاره قرار دهند که حادثات ارضی و سماوی به دستور متداول آن سال باشد. چه حکم دارد؟  
جواب: اگر مراد این است که شرط کند در ضمن عقد اجاره که هر گاه آفت ارضی و

سماوی به آن زمین برسد، اجرت آن به موافق اجرت المثل آن سال باشد، ظاهر این است

که این شرط جایز باشد. هر چند بدون این شرط بر موجر غرامتی نیست. (۳)  
۲۴۲: سؤال: زید قناتی را به عمرو به اجاره مدهد در مدت معینی. و در بین مدت اجاره، قنات خشک شود. آیا در این صورت اجاره به خودی خود منفسخ میشود یا نه؟ -؟ و

آیا عمرو اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه در ضمن عقد شرط کرده باشند که اگر در بین

مدت قنات خشک شود اختیار فسخ از برای عمرو نباشد، این شرط صحیح است یا نه؟ -؟

و هر گاه عمرو با وجود خشکیدن قنات راضی باشد به اجاره، به جهت آن که بعد از این که آب

بیرون آید منفعت بسیار از برای او دارد. آیا زید میتواند فسخ اجاره بکند - در صورتی که

در ضمن عقد شرط فسخ از برای خود نکرده باشد - یا نه؟ -؟.

---

۱: برای توضیحات بیشتر رجوع کنید به مسائل کتاب الضمان از همین مجلد.

۲: وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ و ۱۰.

۳: و اگر مراد این باشد که اگر آفت‌های سال آینده بیش از امسال باشد مقدار اضافی آن بر عهده موجر است. و  
یا مراد این باشد که به همان میزانی که امسال به عهده موجر بوده، سال آینده نیز همان طور باشد، در  
همه این  
صورت‌ها صحیح است.

جواب: در کلام فقها مثل محقق و علامه و شیخ علی و شهید ثانی و غیرهم، حکم زمینی که اجاره شود از برای زراعت و در بین مدت آب آن خشک شود، مذکور است. و دور

نیست که حکم قنات هم حکم زمین باشد. و آنچه در زمین گفته‌اند این است که مستأجر به

سبب کم شدن آن یا قطع شدن آن، مسلط بر فسخ هست. چنان که در مزارعه هم چنین است. هر چند شهید ثانی در این اشکال کرده به جهت آن که شرط مزارعه وجود آب است و

همچنین اجاره [ای] که از برای زراعت باشد. و به انتفای شرط مشروط فاسد میشود. پس

عقد منفسخ میشود، دیگر مجالی از برای خیار فسخ نیست.

و لکن علامه و محقق حکم به خیار فسخ کرده‌اند. و

شاید نظر ایشان به این است که عقد صحیح بود و مستصحب است، و ضرری حاصل

میشود منافع میشود به خیار فسخ. و در مسالك تأمل کرده است و اشکال کرده است. و

شیخ علی گفته است که (خیار در وقتی خوب است که ممکن باشد ازاله مانع، یا اصل انتفاع

ممکن باشد و بدون اینها باطل میشود اجاره. به جهت تعذر انتفاع). و گویا این را از باب

(تلف عین مستأجره در بین مدت) گرفته‌اند، که منشأ بطلان میشود. و در صورت اجاره،

موجر مستحق اجرت زمین است به قدر زمان گذشته. و در مزارعه چیزی نیست. چون حق

زمین همان حصه [ای] از زرع است، و مفروض این است که تلف شده است. اینها در وقتی است که اجاره زمین از برای زراعت باشد. و اما هر گاه مطلق باشد و منفعت

دیگر در آن متصور باشد، پس در آنجا به غیر خیار فسخ چیزی نیست. و این خیار ناشی از

حصول عیب است در عین مستأجره و نقص در منفعت آن و وجه ثبوت خیار لزوم ضرر است و

تصرف در اینجا مسقط خیار نیست، به جهت لزوم ضرر در صبر بر معیب، و به جهت آن که

فی الحقیقة معاوضه متعلق به منفعت است و منفعت متجدد میشود یوما فیوما. پس  
هنوز در  
منفعت آینده تصرفی نشده.  
و هر گاه زمین را اجاره کرده باشد و شرط کرده باشد منفعت خاصه را، مثل  
زراعت. و  
آن زمین غرق آب شود، یا بالمره آب آن قطع شود به نحوی که به هیچ وجه نتوان از  
زراعت  
آن منتفع شد، هر چند انتفاع دیگر توان برد. در این صورت اجاره باطل میشود. و  
این مثل

تلف عین مستأجره است. و شیخ علی در مسأله، قول به خیار فسخ را از بعض شافعیه نقل

کرده است که در آنجا شرط زراعت نشده بود، و فرق واضح است میان اجاره از برای زراعت،

و اجاره به شرط زراعت. چون نفی غیر در اینجا منظور است، بخلاف اول. و هم چنین فرق

ظاهر است ما بین این دو صورت و صورت اطلاق اجاره زمین بدون ذکر منفعتی (۱).

و اما مسأله قنات: پس مگویی که ظاهر این است که با وجود رجای رفع مانع و توقع

بیرون آمدن آب در مدت اجاره و منتفع از آن، به غیر حصول خیار فسخ، چیزی نباشد.

به جهت آن که شرط صحت اجاره قنات، وجود آب [به طور] دائم، نیست. بلکه مطلق انتفاع

به مجرا است، هر چند که غالباً منظور انتفاع [از] آب دائمی باشد. به جهت آن که انتفاع

متفرق هم انتفاع است. بیش از این نیست که این عیبی است که در عین مستأجره (و) نقصی

است که در منفعت آن حاصل شده، و منجر میشود به خیار فسخ. و موجر مستحق وجه اجاره

به قدر زمان گذشته است. لا غیر.

و اما سوال از صحت شرط در ضمن عقد: پس ظاهر این است که این شرط صحیح و

لازم است. زیرا که این شرط منعی از آن در سنت و کتاب نرسیده، و منافاتی هم با مقتضای

عقد ندارد. چنان که در بیع جایز است شرط عدم انتفاع مشتری در مدت معینی با اسقاط

خيارات، و از آنچه گفتیم ظاهر شد که زید را در هیچ وقت خیار فسخ نمیشود. مگر این که

شرط کرده باشد خیار را از برای او در ضمن عقد.

۲۴۳: سوال: هر گاه کسی يك راس عوامل (۲) و ده راس گوسفند به اجاره بدهد به

شخصی به ده تومان در مدت ده سال. و در حین انقضای مدت که موجر مطالبه

وجه  
اجاره میکند مستأجر مگوید که من این مبلغ را در نفقه حیوانات خرج کرده‌ام. آیا  
نفقه حیوانات بر مالك است یا بر مستأجر؟ -؟. ومفروض این است که شرط نفقه  
نشده  
است.

جواب: در مسأله اجاره حیوان دو قول است. اقوی این است که بدون شرط

- 
- ۱: در مورد مسأله (خشکیدن آب زمین مورد اجاره) رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۳ و ۲۱۴ و ۲۲۴.  
۲: گاو نر: گاوی است که از نیروی کاری او استفاده میشود، نه از شیر او.

بر مستأجر لازم نیست که از مال خود نفقه بدهد. به دلیل (اصل) و این که اجاره عقد

معاوضه است که شرط است در آن معلومیت عوضین. پس هر گاه نفقه داخل عوض باشد، مستلزم جهالت مشهود. و اصل، وجوب نفقه مملوك است بر مالك. و دلیلی بر تخصیص آن ثابت نیست، و استصحاب موجب بقای حکم است. و این مذهب ابن ادریس

و جمعی از محققین است. و قول دیگر وجوب آن است بر مستأجر. و این قول را در

مسالك نسبت به جماعتی داده. و فخر المحققین نیز نسبت به شیخ داده. عبارات بعضی از این جماعت منافات با قول اول ندارد. مثل عبارت شرایع که گفته است (یجب)

على المستأجر سقى الدابة وعلفها. ولو أهمل ضمن). و دور نیست که مراد او این باشد که

هر گاه مستأجر متکفل حیوان است و مالك حاضر نباشد، واجب است بر او آب و علف

دادن حیوان. و اگر کوتاهی کند، ضامن است. و این دلالت ندارد بر این که علف باید از

مال مستأجر باشد. و علامه در قواعد بعد از آن که به مثل این، گفته است، گفته است

(ولو قيل به وجوب العلف على المالك والنفقة على الاجير، كان وجيها). و این اشعار دارد

بر این که مراد محقق هم همان باشد که در مسالك نسبت به جماعت داده و تفسیر کلام

محقق را هم به همین کرده.

و علی ای تقدیر دلیلی بر این قول، واضح نیست. و آنچه استدلال کرده اند از برای این قول، این است که مستأجر مستحق منافع است در آن مدت و نفقه از برای این است

که حیوان زنده بماند از برای این که استیفای منفعت از آن بشود. پس واجب نیست بر مالك که مال خود را خرج کند از برای تحصیل حق غیر. و بر این وارد است منع این که

نفقه دادن از برای باقی ماندن حیوان است محض از برای استیفای مستأجر منفعت آن را. بلکه از برای این است که بر مالك واجب است محافظت مال خود و انفاق بر آن.

و دلیل دیگر ایشان این است که چون مستأجر مالك منافع شد باقی نماند از برای او عوضی در گردن مالك از برای تحصیل منفعت. یعنی این که کسی نمیتواند گفت که بر مالك واجب است دو چیز یکی خود منفعت که آن را منتقل کند به مستأجر. دوم تحصیل آن منفعت و رسانیدن آن به مستأجر. که وجه اجاره عوض اصل منفعت



باشد و نفقه در عوض تحصیل منفعت و رساندن به مستأجر باشد. به جهت آن که حصول ملك از برای او مستلزم سقوط توابع آن است از مالك اول. و بر این وارد است که این منافات ندارد با آن که واجب باشد بر مالك نفقه. چون واجب است بر مالك انفاق مال، و دلیلی بر سقوط آن نیست. و لازم نیست که ما این را عوض تحصیل منافع بگیریم تا این که این سخن بر آن وارد آید.

ومع هذا مگویییم که منفعت احد عوضین است و تدریجی الحصول است، و تسلیم عین مستأجره هر چند از برای استحقاق اجرت و تملك آن کافی است، و لکن این تسلیم عین به مجرد کافی نیست. بلکه باید منافع متجدده را مستمر دارد از برای مستأجر که متمکن باشد از تحصیل آن. پس عوض همان نفس منفعت است با حصول آن. (۱) نه منفعت و تحصیل آن، که گفته شود تحصیل آن واجب نیست. و گاه است که استدلال شود در این مقام به روایت سلیمان بن سالم (عن الرضا (ع) عن رجل استاجر رجلا بنفقة مسماة و لم یفسر شیئا علی ان یبعثه الی ارض اخرى فما كان من مؤنة الاجیر من غسل الثیاب و الحمام، فعلى من؟ قال: علی المستأجر). (۲) و بر آن وارد است که این حدیث در حیوان نیست، بلکه آن در اجیری است که آن را اجیر کرده که بفرستد از برای قضای بعضی از حوائج خود.

و در این مسأله هم دو قول است هر گاه شرط نفقه نشده باشد. و اظهر در اینجا نیز قول به عدم وجوب است. و روایت ضعیف است (۳) و در دلالت آن هم تأمل است. و مشتمل است بر مطالب چند که مخالف اصحاب است. (۴)

و به هر حال بنابر قول مختار در مسأله، هر گاه مستأجر تبرعا نفقه بدهد به حیوان،

- ۱: و در نسخه: یا حصول آن.
- ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الاجارة، باب ۱۰ بخش آخر حدیث ۱.
- ۳: به دلیل خود سلیمان بن سالم. و بقیه سلسله سند افراد قوی و موثق هستند.
- ۴: مخالف اصل و قواعد است.

نمیتواند استرداد کرد. و هر گاه تبرعا نمکند باید به اذن مالک باشد. و اگر مالک حاضر نباشد به اذن حاکم شرع باشد. و اگر آن هم ممکن نباشد به نیت استرداد بدهد و

شاهد بگیرد. و در صورت عدم اشهاد هم میان خود و خدا مستحقق هست. و هر گاه

نزاع کنند و مستأجر ادعا کند که به نیت استرداد دادم نه تبرعا، و شاهی نباشد، ظاهر این است که قول او مقدم است با یمین. و به هر حال در صورت عدم حضور مالک،

هر گاه کوتاهی کند در انفاق و به آن سبب حیوان هلاک شود یا نقصی به هم رساند،

ضامن است. مگر این که مالک او را منع کند از انفاق.

باقی ماند کلام در اجاره گوسفندها. و آن محکوم به فساد است. زیرا که اجاره گوسفند از برای شیر آن، باطل است، و اجاره که باطل شد مالک مستحقق منافع آنها

است که مستأجر تلف کرده، که عوض المثل را باید به مالک بدهد. و هر گاه مجهول باشد

به غیر مصالحه چاره ندارد. و کلام در تقسیط اجرت بر گاو و گوسفندها: هر گاه به

صفقه واحده باشد، ظاهر این است که مثل بیع مملوک و غیر مملوک باشد با هم، مثل بیع حر با عبد (۱)

و بدان که: آنچه ذکر کردیم که نفقه لازم نمیشود بر مستأجر مگر با شرط خواه در حیوان و خواه در انسان، در این صورت هر گاه خواهند شرط نفقه بکنند باید تعیین

نفقه بکنند از حیثیت مقدار و وصف، تا رفع جهالت بشود. و اما بنابر قول به لزوم بر مستأجر بدون شرط، پس در آنجا رجوع به عرف و عادت و امثال او میشود در

تعیین نفقه.

و بدان که نیز که در مسأله اجیر هر چند روایت (۲) در خصوص اجیری است که او را

اجیر کنند که از برای قضای بعض حوائج روانه کنند، و فتاوی علما هم در ذکر این مسأله مطابق روایت است، و لکن ظاهر این است که فرقی نیست ما بین اجیر مطلق (یعنی)

کسی را اجاره کنند از برای متوجه شدن جمیع امور مستأجر)، و ما بین این صورت

-----  
۱: در نسخه: مثل بیع حر یا خمر یا عبد و گوسفند.  
۲: مراد روایت سلیمان بن سالم است.

خاصه. و در آنجا هم اظهر این است که نفقه بر اجیر است، مگر شرط کند که بر مستأجر باشد. و ظاهر اختیار علامه در تذکره همین است بلکه ظاهر او این است که در غیر این صورت (۱)، خلافی نیست که بدون شرط نفقه بر مستأجر نیست. و هم چنین ظاهر دیگران هم این است (۲). و چون عنوان مسأله را در (استیجار اجیری که او را بفرستند در قضای حوائج) کرده‌اند و روایت سلیمان را نقل کرده‌اند و گفته‌اند که این محمول است بر صورت شرط، و بدون شرط لازم نیست، مثل غیر او از اجیرها. و این مقتضای اصل و قواعد ایشان است. مگر این که عرف و عادت باشد که اقتضا کند لزوم نفقه را بر مستأجر که منصرف شود اطلاق اجاره به آن. و کلام در اشتراط تعیین قدر و وصف: بنابر مختار رجوع به عرف [است]. و بنا بر قول آخر همان است که مذکور شد.

۲۴۴: سوال: شخصی دکانی به اجاره بدهد به دیگری در مدت يك سال به اجرت معین، و تعیین وقت ادای اجرت نکند. آیا به مجرد اجرای صیغه، موجر میتواند وجه اجاره را مطالبه کند یا نه؟ -؟.

جواب: شکی نیست که به مجرد اجرای صیغه، وجه اجاره ملك موجر میشود چنان که منفعت ملك مستأجر میشود. حتی این که هر گاه وجه اجاره عینی باشد و از آن نمائی حاصل شود، ملك موجر است و هم چنین سایر ثمرات ملك بر آن مترتب میشود.

و لکن واجب نیست تسلیم اجرت مادامی که عین موجره را موجر تسلیم نکند. و هم چنین واجب نیست تسلیم عین موجره تا اجرت را نگیرد، و ظاهر این است که هر يك از آنها میتوانند منع از تسلیم کنند تا آن دیگری تسلیم کند، همچنانکه در بیع و شری گفته‌اند. و آخوند ملا احمد (ره) اشاره به این کرده، و تسلیم در اجاره اعیان مملو که مثل دکان و حیوان وغیره، به این است که آن اعیان را تسلیم کند.

- 
- ۱: یعنی در غیر صورت خاصه‌ای که در روایت آمده، خلافی نیست بلکه خلاف تنها در همین صورت است.
- ۲: یعنی نفقه را بر عهده اجیر بدانند. - توضیح: لفظ (این) اشاره به بخش اول کلام علامه در تذکره است، نه به بخش دوم. وعدم توجه به این نکته سیمای کلام میرزا را متناقض نشان مدهد.

و در اجاره انسان نفس خود را، به این است که آن عمل را تمام کند. و ظاهر این است که در مسأله خلافی نباشد. چنان که از آخوند مرحوم ظاهر میشود، و اصل، و لزوم

ضرر و غیر آن، نیز معاضد آن است. بلی خلاف کرده‌اند در این که هر گاه در عمل انسان،

باشد آیا همان اتمام عمل کافی است؟ یا شرط است تسلیم آن؟ مثل این که خیاط اجیر

شد که جامه شخصی را بدوزد و دوخت و تمام کرد. آیا همین کافی است در وجوب

تسلیم اجرت؟ یا باید جامه را تسلیم کند و اجرت بگیرد؟. بعضی واجب دانسته‌اند تسلیم

را به جهت این که این عقد معاوضه است و واجب نیست تسلیم عوض بدون معوض. و این

مختار علامه است در قواعد و ولد او در شرح آن، و این را از شیخ در مبسوط نقل کرده.

و شهید ثانی (ره) نیز این را اختیار کرده.

و قول دوم عدم لزوم تسلیم است، به جهت آن که مالک اجرت شده است به عقد، و مانعی از طلب اجرت نیست به غیر اکمال عمل. و مفروض این است که [اکمال]

حاصل

شد [ه]. و اصل، عدم مانع دیگر است. و این مختار آخوند ملا احمد (ره) است. و بعضی

گفته‌اند که هر گاه عمل در ملک مستأجر است، احتیاج به تسلیم نیست. چون در تحت

ید او است. بخلاف آن که در ملک او باشد. مثل این که اجیر شود شخصی که از خاک زمین

خود یا ارض مباح خشت بمالد، یا کوزه بسازد از برای دیگری. و اظهر در نظر حقیر قول اول است. که تسلیم واجب است.

و اما تسلیم در مواضع مختلف، [مختلف] است. پس در بعضی از مواضع به همان اتمام عمل حاصل میشود، مثل عبادت کردن به نیت مستأجر. و در بعضی جا موقوف است بر تسلیم محل عمل. یعنی تخلیه ید و عدم منع موجر عدوانا. گویا این معنی سبب

اختلاف شده که بعضی نظر به مثل عبادات کرده‌اند و تسلیم را شرط ندانسته‌اند، و بعضی نظر به خیاطی و خشت مالی کرده‌اند و شرط کرده‌اند.

و اما قول به تفصیل: پس (با وجود آن که حصر این قایل فاسد است، چون میتوانند شد که عمل نه در ملك موجر باشد و نه مستأجر، مثل عبادات) تمام نیست. زیرا که انتقال خاك و گل از ملك موجر باید به عقد دیگر باشد. و آن دخلی به اجاره ندارد.



پس باید عمل به مقتضای آن عقد کرد. و هم چنین حیات مباح هم چون به نیت ملکیت

مستأجره شده هم مال او میشود. چون اقوی این است که نیت شرط است در حیات

مباحات. و به این سبب توکیل در حیات آنها جایز است، علی الاظهر. و این عقد اجاره

مشمول بر عقد وکالت هم هست. پس کسی که اجیر شود که هیزم از صحرای مباح بیاورد یا خشت در زمین مباح بمالد، بعد از حیات، خشت و هیزم ملك مستأجر میشود. و او به مجرد عمل مستحق اجرت میشود.

پس هر گاه مانع خارجی از تسلیم به هم رسد - مثل این که هیزم را غاصب ببرد یا خشت را باران ضایع کند - موجر مستحق اجرت خود هست. و هر گاه موجر خود منع

کند مستأجر مطالبه عین خود را میکند، و آن دخلی به اجرت ندارد. بلی هر گاه ممکن

نشود، از باب تقاض عوض عین میتواند اجرت را نگاه دارد، و این [نیز] دخلی به عدم

وجوب تسلیم اجرت ندارد. و در این معنی فرقی ما بین حکم جامه که ملك مستأجر بوده

(هر گاه غاصب مانع شود) و غیر آن نیست.

باقی ماند کلام در این که در صورت عدوان موجر آیا چنان که غرامت عین را باید بدهد، غرامت عمل را هم باید بدهد یا نه؟ -؟ محتمل است که بگوئیم: بلی غرامت عمل

را هم میکشد، و لکن اجرت را مگیرد. و ممکن است که بگوئیم: غرامت عمل را نمیکشد و اجرت را هم نمیتواند بگیرد. و اول اظهر است. چون عمل و منفعت ملك مستأجر شده. و ثمره ظاهر میشود در صورت تفاوت عوض المثل عمل، با اجرت مسمی.

هر گاه این را دانستی باز مگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: شرط است در وجوب تسلیم اجرت، تسلیم عین یا اتمام عمل. و خلاقی ظاهرا در آن نیست.

حتی

این که هر گاه مستأجر وصی یا وکیل باشد در مثل استیجار عبادات یا غیر آن، جایز نیست از برای او تسلیم اجرت قبل از قبض عین یا اتمام عمل. مگر با اذن صریح یا شاهد

حال. و هر گاه این عمل موقوف باشد به اخذ اجرت قبل از عمل (مثل حج) و امتناع

کند  
مستأجر از تسلیم اجرت به موجر: شهید ثانی در مسالك و شرح لمعه گفته است که

(موجر مسلط است بر فسخ اجاره) (۱). و شاید دلیل آن این باشد که غالب این است که در اجاره حج (۲) وجه اجاره را بالتمام یا بعض آن را قبل از عمل میگیرند. و اجیر هم به همان اعتقاد اجیر شده. و هر گاه خیار فسخ نباشد ضرر و حرج لازم میآید. بلی هر گاه در ضمن عقد شرط کند تسلیم اجرت را قبل از عمل یا قبل از تسلیم عین، عمل به مقتضای آن لازم است.

هر گاه این را دانستی بدان که: بعد از آن که موجر تسلیم عین را کرد یا عمل را تمام کرد. یا این است که در حال عقد اجاره اطلاق کرده‌اند و شرط تعجیل و تأجیل نکرده‌اند. یا شرط کرده‌اند یکی از اینها را. اما صورت اول که اطلاق است، پس ظاهراً خلافتی ندارند در لزوم تعجیل، ودلالت دارد بر آن این که به مجرد عقد اجرت ملك موجر بود و نهایت آنچه باعث ممنوع بودن از اخذ و تصرف بود عدم تسلیم عوض بود، یا خصوص اجماع [بود]. و در اینجا که تسلیم به عمل آمده مانعی باقی نماند و (الناس مسلطون علی اموالهم) و وقت معینی در شرع از برای تصرف در مال قرار نداده‌اند.

پس واجب میشود اداء در اول وقت تعلق وجوب اداء، و اخبار هم دلالت دارند مثل آنچه فرموده‌اند که (اجرت اجیر را باید داد پیش از آن که عرق او به خشکد). (۳) و صاحب کفایه گفته است که این سخن فقها خوب است در جائی که عرف و عادت حکم به آن کنند. یعنی هر گاه در عرف و عادت اجرت را فوراً مطالبه نمکنند واجب نیست تعجیل. و این سخن تمام نیست، به جهت آن که ظاهر این است که مراد فقها این باشد که هر گاه موجر مطالبه کند به لسان یا شاهد حال، واجب است تعجیل، نه این که هر گاه مجهول باشد حال، هم واجب باشد اداء فوراً، تا محتاج این تقیید باشد.

والحاصل: مراد ایشان این نیست که وفای به اجرت از باب وجوب حج است، نه از باب [وجوب] نماز ظهر. بلکه مراد ایشان این است که این از باب دین است که هر

- 
- ۱: در نسخه: مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره.  
۲: و در نسخه: اجراء حج.  
۳: وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۴ ح ۱ و ۲.

مطالبه میکند صاحب طلب به زبان یا شاهد حال (مثل فقرا و محتاجین در زکات و خمس و امثال اینها) واجب است [اداء] فوراً. و الا موسع است. و سخن صاحبه کفایه در

فرض اول خوب است نه فرض ثانی. و ظاهر این است که مراد ایشان هم فرض ثانی باشد. و ظاهر این است که آن اخباری که دلالت دارند بر ادای اجرت پیش از خشکیدن

عرق، محمول بر استحباب باشند، یا بر صورت مطالبه اجیر به زبان یا به شاهد. حال.

و اما آ صورت ثانی یعنی شرط تعجیل: پس در آن نیز واجب است تعجیل. و فقها گفته‌اند که فایده شرط در اینجا تاکید است. و الا اطلاق هم این افاده را مکرد. و بعضی زیاد کرده‌اند این که فایده آن تسلیط بر فسخ است در صورت تخلف از شرط،

چنان که مقتضای قاعده اشتراط است. همچنانکه در صورت شرط تقدیر اجرت بر تسلیم

هم چنین است. و در اینجا در معنی تعجیل باید تفصیل داد که: اگر مراد (شرط استحقاق طلب است فوراً و این که مستأجر در اول زمان وجوب بیاورد و تسلیم کند، واجب

است اداء فوراً، مگر این که به اذن صریح یا شاهد حال معلوم شود رضا به تاخیر) پس

اصل فور است تا ثابت شود خلاف آن. و اگر مراد (شرط تسلط بر اخذ اجرت باشد فوراً)،

پس آن منافاتی ندارد با عدم وجوب فور در مجهول الحال.

و بنابر این این مشکل مشود بحث سابق که بر صاحب کفایه کردیم. چون فقها در این مقام علی الاطلاق گفته‌اند که (شرط تعجیل مفید تاکید است). و این تمام نمیشود

مگر این که شرط تعجیل را به معنی استحقاق اخذ فوراً، بگیریم. نه وجوب اداء فوراً علی الاطلاق.

و لکن شرط کردن در هر دو صورت ممکن است. و دور نیست که مراد ایشان هم در

شرط، شرط تعجیل به همان معنی استحقاق باشد، و از آن قسم دیگر ساکت باشند. و اما صورت ثالث، یعنی شرط تأجیل: پس آن نیز صحیح است با تعیین مدت به نحوی که جهالت نباشد، هر چند به عنوان تقسیم به شهور باشد. مثل این که بگوید که:

در مدت پنج ماه هر ماه قسط معینی بدهد.  
۲۴۵: سوال: هر گاه موجر قدرت بر تسلیم عین موجره نداشته باشد، به این معنی

که تسلیم آن موجب فتنه و فساد شود. آیا صحیح است اجاره، یا نه؟ -؟.  
جواب: از شروط صحت اجاره، قدرت بر تسلیم است. بلا خلاف ظاهری. و از این  
زهره و شرح ارشاد آخوند ملا احمد (ره) نقل اجماع بر این شده. و لزوم غرر و  
سفاهت

نیز دلالت بر آن دارد. و ظاهر این است که عدم قدرت شرعا، هم در معنی عدم  
قدرت  
عقلا، باشد. و در صورت لزوم فساد ممنوع است شرعا، هر چند امکان عقلی باشد.  
و در  
صحت آن با ضمیمه اشکال است. و تحقیق حال در مسایل (بیع غیر مقدور التسلیم)  
در

کتاب بیع گذشت. (۱)

۲۴۶: سوال: زید مبلغ معینی از عمرو قرض میکند و ملکی را رهن آن میکند. و  
مدتی از برای آن دین معین میکند. و بکر در آن ملک شراکت دارد و از او ماذون  
نشده

در رهن. و منافع مرهون را با مرتهن صلح میکند به مبلغ یکصد دینار فلوس و يك من  
گندم. و بعد از مصالحه، رهن همان ملك را از مرتهن اجاره میکند به مبلغ معین (۲)  
و

مفروض این است که عین مرهونه را به قبض مرتهن نداده. آیا این اجاره صحیح است  
یا

باطل؟ -؟. و در صورت بطلان آیا سبب بطلان شراکت بکر است؟ یا به جهت آن  
که عین

مرهونه مال مرتهن نیست؟ یا به سبب هر دو؟.

جواب: هر گاه ملك مزبور را رهن کرده و در ضمن عقد رهن شرط کرده مصالحه  
مزبوره را، ظاهر این است که مصالحه مزبوره فاسد باشد، چون در صحت رهن  
قبض شرط

است، علی الاظهر. و مفروض این است که قبض به عمل نیامده به جهت این که بر  
فرضی که

همین مصالحه را کافی دانیم در عوض قبض لکن معلوم نیست که بدون تخلیه ید  
کافی

باشد. و این که بعضی معاملات را کافی دانسته‌اند در قبض، به شرط تخلیه ید است.  
و این

معامله‌ها قائم مقام گذشتن آن زمانی است که ممکن باشد در آن حصول قبض با  
دست

-----

۱: رجوع کنید به جلد دوم: مسایل فروش ماهی نیزار، عبد آبق و مسئله ۷۴.

۲: این همه خم و پیچ به خاطر حلال کردن ربای آن قرض است و به اصطلاح حیل‌هائی برای ربا گرفتن است. که

در جلد دوم در این مورد بحث‌ها داشتیم. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۵۴ همین مجلد. و ۶ و ۷۴، از مجلد دوم.



گذاشتن بر آن (۱)، یا پا در آن نهادن.  
 پس بنا بر این چون مصالحه قبل از تخلیه واقع شده و قبض در رهن متحقق نشده،  
 پس رهن فاسد میشود. و شرط ضمن عقد رهن هم جزء عقد رهن است، آن هم  
 فاسد  
 میشود. بلی ممکن است که گفته شود که هر چند از آن حیثیت فاسد باشد. لکن  
 چون  
 مصالحه امری است مستقل و از آن جهت که جزء رهن است فاسد باشد، لکن از  
 این  
 جهت که عقدی است علیحده، از باب فضولی باشد، و هر گاه راهن ثانیاً اجازه و  
 امضا کند،  
 صحیح شود. و لیکن در مسأله (کفایت اجازه خود مالک عقد فضولی را بعد از آن  
 که خود  
 عقد کرده باشد) اشکال است. بلی بکر که شریک است ظاهر این است که هر گاه  
 به قدر  
 حصه خود اجازه کند، در  
 در قدر حصه خود او لازم میشود.  
 و اما هر گاه عقد مصالحه را از باب شرط ضمن العقد نکرده، بلکه رهن را علی حده  
 کرده و مصالحه را علی حده (چنان که ظاهر سوال این است. و متعارف در حیل  
 ربویه هم این  
 است) در این صورت هر چند عقد باطل باشد به جهت عدم حصول اقباض و تخلیه،  
 لکن عقد  
 صلح صحیح است و منافع که منتقل شد به مرتهن از جهت صلح جایز است اجاره  
 دادن آن  
 هر چند به خود مالک راهن باشد. به جهت آن که در عقد اجاره مطلق مملوکیست،  
 منفعت، کافی  
 است خواه تابع ملک باشد و خواه منفرداً مملوک او شده باشد. و از این جهت است  
 که جایز  
 است از برای مستأجر اجاره دادن عین مستأجره به دیگری. به سبب مملوکیست  
 منفعت. گو  
 عین آن، ملک او نباشد. پس هر گاه اجاره صحیح شد الحال حکایت شراکت بکر به  
 میان  
 مآید. پس اگر بکر هم اجازه و امضای آن کرد به قدر حصه، اجاره بتمامها لازم  
 میشود.

و هر گاه اجازه نکرد، به قدر حصه او باطل میشود، و به قدر حصه راهن لازم میشود.

۲۴۷: سوال: زید وجهی از عمرو بگیرد که از برای پدر متوفای وی يك سال نماز بگذارد. و زمان اشتغال را نیز معین میکند. اما صیغه جاری نمسازد. بلکه منحصرأ به دادن وجه و متعهد شدن مصلی. و بعد از این زید هر وقت که مشغول میشود به نماز به قصد

-----  
۱: عبارت نسخه: ممکن باشد وصول با تعیین و دست بر آن گذاشتن.

و جوب نماز را میکند. چون صیغه اجاره جاری نشده، آیا به مجرد گرفتن وجه و تعیین زمان، گذاردن نماز بر او واجب شده؟ یا آن که تا صیغه عربی جاری نشود و جوب به هم نمرساند؟ و در صورت مفروضه، این عمل که اتفاق افتاده ممضی است؟ یا آن که باید نوبتی دیگر به جا آورد؟. [و] مراد از صیغه فارسیه چه چیز میباشد آیا باید مطابق ترجمه صیغه عربیه باشد؟ یا آن که آنچه مفاد و لازم صیغه عربیه است کافی است؟

جواب: اجاره بدون صیغه لزوم ندارد و از باب معاطات است. و لکن چون اجرت را اجیر مسگیرد که عمل را بکند پس بر او لازم است که یا عمل را به جا آورد یا اجرت را رد کند.

پس بعد از اخذ اجرت احد امرین بر او لازم است. و هر يك از اینها احد فردین واجب تخییری میباشد، نه واجب عینی. پس هر گاه قصد و جوب را به این معنی کرده ظاهر صحت آن است. و اما هر گاه قصد و جوب عینی کند صحت آن مشکل است، مگر این که وجه اجاره را تلف کرده باشد. که در این صورت قصد و جوب عینی کردن هم ظاهرا جایز است. بلی. بی اشکال

در صورتی است که جاهل به مسأله بوده و تقصیر در اخذ مسأله کرده از اهل آن، و علی العمیاء کرده باشد. که در آن صورت معلوم نیست که صحیح باشد.

و صیغه عربیه را در عقد اجاره لازم نمیدانیم. بلکه به فارسی و سایر لغات هم جایز است. و مراد از صیغه انشاء نقل و انتقال است. هر گاه لفظی بگوید که مفهم این معنی باشد، کافی است. مثلا در صیغه اجاره اجیر بگوید که: من خود را مزدور تو کردم که در فلان مدت فلان عمل را بکنم در ازای فلان قدر معین از طلا یا نقره یا غیر آن یا پنج هزار دینار تبریزی (در وقتی که منصرف شود به شیئی معین هر چند به سبب غلبه در معاملات باشد).

و مستاجر بگوید: خوب است. یا قبول کردم. همین کافی است.

۲۴۸: سوال: هر گاه زید ملکی را به اجاره بدهد به عمرو در مدت يك سال، و شرط کند  
در ضمن عقد که در سر هر سه ماهی اختیار فسخ از برای او باشد. و بعد عمرو به  
اجاره بدهد آن ملك را به بكر بدون شرط اختیار. و زید خواهد فسخ کند در وقت اختیار و  
بكر راضی نمیشود و می گوید من شرط اختیار با عمرو نکرد [۱۵] م. (؟).  
جواب: این سوال مشتمل است بر سه مطلب:

اول این که: آیا جایز است که مستأجر عین مستأجره را اجاره بدهد به غیر بدون اذن موجر یا نه؟ -؟. و ظاهر این است که خلافتی در جواز آن نباشد. و از صریح تذکره نقل

اجماع حکایت شده. و هم چنین از ظاهر ابن زهره. و اخبار بسیار هم دلالت دارد بر آن. (۱)

بلی استثنا شده از این، صورتی که موجر شرط کند بر مستأجر که خود استیفای منفعت

کند، که در این صورت ظاهراً خلافتی نیست در عدم جواز. و از بعضی نقل اجماع حکایت شده. و دلالت دارد بر آن صحیحہ علی بن جعفر در دابه (عن اخیه ابی الحسن (ع) قال: سئلته عن رجل استأجر دابة و اعطاها بغیره فتلقت. فما علیه؟. قال: ان كان شرط ان لا یركبها غیره فهو ضامن لها. وان لم یسم فلیس علیه شیئی) (۲). و

صحیحہ محمد بن مسلم در زمین. (۳) بلی هر گاه در این صورت مستأجر اول شرط کند با مستأجر دوم که خود استیفای منفعت کند، از برای مستأجر دوم صحیح باشد اجاره. چون این منافات ندارد با شرط

موجر اول. و اما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول که اجاره ندهد به دیگری،

این صورت هم صحیح نخواهد بود. (۴) و خلاف کرده‌اند در جائی که جایز است از برای

مستأجر اجاره دادن به غیر، که آیا اذن مالک شرط است در تسلیم به مستأجر ثانی یا نه. بعضی گفته‌اند: بلی. زیرا که استحقاق منفعت بردن و ماذون بودن در گرفتن عین، مستلزم جواز تسلیم به غیر نیست. پس اگر تسلیم کند ضامن است. و بعضی گفته‌اند که

---

۱: علاوه بر عمومات و اطلاقات، دلالت میکند بر آن حدیث ۱، از باب ۱۹، احکام الاجاره، وسایل، ج ۱۳ و

همچنین احادیث ابواب ۲۰، ۲۱، ۲۲.

۲: همان مرجع باب ۱۶ ح ۱.

۳: همان مرجع، باب ۱۹ ح ۱.

۴: ظاهر عبارت مصنف (ره) در اینجا مجمل است به طوری که خواننده گمان میکند که تکرار مطلب سابق و

توضیح واضح است. در حقیقت مراد میرزا بدین شرح است: و اما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول

که اجاره ندهد به کسی که او مجدداً به شخص دیگری اجاره دهد.  
یا: ... که اجاره ندهد مستأجر دوم به دیگری.  
یعنی در ابتدای معامله شرط میکند که مورد اجاره به مستأجر سوم، اجاره داده نشود.

محتاج نیست به اذن و جایز است تسلیم بدون ضمان. زیرا که هر گاه از شرع رسید جواز

اجاره به غیر، قبض از لوازم ضروریه اجاره است، و اذن در شیئی اذن در لوازم آن است.

و این قول اظهر است. چنان که مختار جمعی از محققین است. و صحیحه (۱) علی بن جعفر دلالت بر آن دارد. بلکه صحیحه (۲) محمد بن مسلم نیز. و صاحب کفایه

گفته است که دور نیست که شرط کنیم در جواز اجاره دادن به غیر بدون اذن مالک، این که

مستأجر ثقه و امین باشد. و شاید نظر او این باشد که مستأجر امین باشد و اجاره دادن

به غیر امین ثقه، تفریط است و منهی عنه است، پس فاسد خواهد بود. با این که انتقال منفعت از موجر به مستأجر به سبب صیغه اجاره در اموری است که مقصود عقلا

باشد غالبا در عقود و [لکن] ظاهر این است که مالک در عقد اجاره قصد نقل این نوع

انتفاع را نکرده. و اطلاق صحیحه علی بن جعفر که فرموده‌اند (وان لم یسم فلیس علیه

شیء) محمول است بر ظاهر افعال مسلمین که صحت است و غیر صورت خیانت و تفریط است. خصوصا به ملاحظه (نکرده در سیاق نفی) که افاده میکند که معصیت هم

ندارد. و شکی نیست که تفریط در امانت، معصیت است. غایت امر این است که صحیح

باشد و موقوف باشد بر اجازه مالک. پس به این نمیتوان استدلال بر لزوم کرد. مطلب دوم: این که چنین شرطی در اجاره صحیح است یا نه. حق این است که

صحیح

است. نظر به عموم ادله، و عدم مخالفت آن از برای کتاب و سنت، و عدم منافات، با مقتضای عقد. چنان که در بیع جایز است.

مطلب سوم: این که در صورت چنین شرطی، آیا جایز است که مستأجر بدون شرط اختیار مذکور به اجاره بدهد به غیر؟. اظهر عدم جواز است. زیرا حق موجر متعلق است به

عین در این وقت به سبب اختیار. پس نقل منفعت عین به عنوان بت و قطع به مستأجر ثانی،

جایز نیست. چنان که تحقیق این در (بیع بخیار شرط) کرده‌ایم در رساله علی حده.  
(۳) و  
این که جایز نیست از برای مشتری فروختن مبیع به عنوان بت و لزوم، هر چند جایز  
باشد

-----  
۱ و ۲: همان دو حدیث مذکور در بالا.  
۳: و نیز در مسائل (بیع به شرط) کتاب تجارت از همین مجلدات. رجوع کنید به جلد دوم.



به عنوان تزلزل و توقیف بر اجازه بایع، یا لازم شدن بیع به سبب عدم رد [مثل] ثمن و

انقضای خیار. پس هر گاه چنین اجازه [ای را] داد و مالک اجازه نکرد، فسخ میکند اجازه

را. و هر گاه مستأجر، مستأجر ثانی عالم بوده به حال و وجه اجازه تلف شده، از کیسه او

رفته (۱) و هر گاه باقی باشد رجوع میکند به مقدار حق ثابت. و هر گاه جاهل بوده، رجوع

میکند به عمرو به غرامتی که به او رسیده، مثل آن که اجرت المثل خانه بیش از اجرت

مسمی فی العقد باشد. آن تفاوت را از او مطالبه میکند. (۲)  
کتاب الاجاره من المجلد الثالث:

۲۴۹: سوال: هر گاه زید کاروانسرای از عمرو اجازه نموده. و سالهای قبل از اجازه طایفه [ای] از مترددین بلاد دیگر (از مکاری و تاجر) عادت داشته‌اند که به آن کاروانسرا وارد، و در آنجا ساکن. و برخی از منفعت کاروانسرا مستأجره از ایشان عاید مستأجر. و حین عقد اجازه همان طایفه و تاجر به عادت سابق بوده. و شخصی دیگر

از ارباب مناصب کاروانسرای جدیدی در آن ولایت بنا نموده و همان طایفه از مکاری و

تجار را که قبل از اجازه و در حین اجازه به عادت سابق در کاروانسرای قدیم منزل منمودند و از ایشان منفعت عاید مستأجر مشد، کوچانیده به کاروانسرای خود برده.

و هم چنین تجاری را که ساکن کاروانسرای قدیم بوده‌اند کوچانیده و به کاروانسرای

خود برده. به این جهت نقصانی در منفعت عین مستأجره کلا او بعضا حاصل شده و میشود.

بیان فرمایند که زید مستأجر در بین مدت اجازه اختیار فسخ اجازه دارد به جهت ضرر

منفی؟ یا این که در صورت معروضه فسخ نمیتواند نمود و باید مال اجازه را به موجر

کار سازی نماید و متحمل ضرر شود؟. و دیگر این که بیان فرمایند که در صورت مزبوره آیا

غبن در اجازه ثابت میشود در بین مدت به سبب تدریجی بودن منفعت مقصوده از

اجاره -؟ یا این که با وجود این نقصان باید وجه اجاره بالتمام کار سازی موجر نماید و متحمل این ضرر شود، و عموم ضرر منفی شامل چنین مستأجری نیست -؟ جواب:

۱ و ۲: برای توضیح و شرح بیشتر رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم.

مراتب مذکوره را بیان فرمایند.

جواب: دلیلی از برای خیار فسخ در اینجا نیست. و عموم نفی ضرر در اینجا کار نمکند. و تقصیری نه از موجر حاصل شده و نه علتی در عین مستأجره حاصل شده

که منشأ قلت انتفاع

شود. و این از آن قبیل است که دکانی اجاره کند از برای بزازی و متاع او را دزد ببرد،

یا زمینی را اجاره کند از برای زرع و زراعت و به سبب تگرگ یا زنگ یا چرانیدن قشون

بر تلف رود. بلکه هر گاه عین مستأجره را بعد از قبض، غاصبی غصب کند (۱) نیز موجب

خیار فسخ نمیشود.

اما سؤال از خیار غبن: پس بدان که در اینجا نه خیار عیب هست و نه خیار غبن.

اما خیار عیب پس وجه آن سابقا مذکور شد. و اما خیار غبن پس آن نیز در اینجا جاری

نمیشود. زیرا که مفروض این است که حین العقد گنجایش اجرت مسمات را داشته. و

تدرج حصول منفعت منشأ تدرج انعقاد عقد نمیشود.

۲۵: سؤال: شخصی خانه خود را به بیع فروخته و ثانیاً در ید مشتری اجاره نموده و در نصف زمان اجاره خانه مزبوره سکنی، بعد وفات نموده. و مدیون هم بوده و

ترکه وی هم قاصر از دیون. آیا مشتری میتواند که کل مال الاجاره را با سایر دیون ضم نموده از ترکه قاصر، به قدر حصه بردارد؟ یا مال الاجاره زمان سکنی را مستحق است که

از ترکه به قدر حصه بردارد؟ -

جواب: چون وجه اجازه ملك موجر میشود به محض صیغه بالتمام - خصوصاً بعد

از اقباض عین مستأجره - پس تمام مال موجر است. و اجاره به سبب موت باطل نمیشود. پس با غرما نسبت به تمام وجه اجاره شريك است. نه به خصوص قدر حصه سکنی (۲). و هم چنین منافع خانه در بقیه مدت اجاره داخل ترکه است و غرما در آن

شريك اند.

-----

- ۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۲۹، از همین مجلد.
- ۲: در نسخه: نه بخصوص قدر حصه التام سکنی.

۲۵۱: سؤال: اشجار مثمره را اجاره نمودن صحیح است و لزوم دارد؟؟. یعنی اجاره نماید که ثمر او را استیفا نماید. یا صحیح نیست؟

جواب: این اجاره باطل است و ظاهراً خلافی در آن نیست. (۱)

۲۵۲: سؤال: هر گاه کسی وجهی بگیرد که نماز لیلۃ الدفن، یا ختم قرآن، یا صوم و صلات به جا بیاورد. و صیغه نخوانده. هر گاه به جا آورد صحیح است یا نه؟ -؟. و

در صورت عدم صحت، وجه را میتوان از ماجر استرداد کرد یا نه؟ -؟. جواب: در صورتی که به جا آورد صحیح است. و در صورتی که هنوز به عمل نیامده و همان وجه موجود است، میتوان استرداد کرد و فسخ معامله کرد. و هم

چنین

هر گاه تلف کرده باشد وجه را بدون اذن مستأجر قبل از عمل. و اما هر گاه ماذون بوده

در تصرف در آن قبل از عمل، پس در این صورت مستأجر نمیتواند (۲) او را الزام کند به

رد. و لکن ماجر هم نمیتواند ترك عمل و [ترك] رد عوض هر دو را بکند. بلکه باید یا

عمل را بکند یا [عوض] وجه را رد کند.

۲۵۳: سؤال: زید ملکی به عمرو به مبیعه خياریه به مدت معینه به مبلغ مشخص مبیعه نموده که مدت [خيار] مبیعه مزبور يك سال بوده. و مدت شش ماه دیگر مانده

از مبیعه خياریه زدید که منقضی شود زید مزبور همین ملك را بدون اذن عمرو مشتری

به مدت شش سال به اجاره داده است. به خالد. آیا در صورت مفروضه این اجاره نافذ و

ممنوع می باشد؟ یا خلاف شرع است؟

جواب: سائل گویا فرق ما بین خر و گاو نکرده (۳). و گمانم این است که مراد او این است که

زید بایع شرط قبل از انقضای اجل شش ماه، آن مبیع را به اجاره داده است به خالد در

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۳ و ۲۰۸، از همین مجلد.

۲: در نسخه: میتواند.

۳: از آغاز این کتاب (جامع الشتات) تا اینجا این سومین مورد است که میرزا (ره) در مقابل (به اصطلاح)

فضل فروشی سوال کننده عکس العمل نشان مدهد. شاید برای بعضها عجیب بیاید لیکن کسی که این کتاب را به طور مرتب مطالعه کند از بردباری میرزا شگفت زده مشود.

مدت شش سال. این اجازه بدون اذن و اجازه عمرو مشتری، صحیح نیست.  
۲۵۴: سوال: بلادی که [در آنها] ضابطه شده است که اشخاصی چند معین باشند از برای تغسیل موتی، و حاکم هم از ایشان چیزی مگیرد. و اجرت مرده شستن

متعارف شده. و اگر نصف اجرت متعارفه بدهند غسل نمدهند. و بعضی حيله مسکنند

که ما برای مستحبات اجرت مگیریم. آیا این حيله صحیح است یا نه؟ -؟. و اجرت گرفتن

حرام است یا نه؟ -؟. و مردم آن بلد بالتمام فاسقاند یا نه؟ -؟.

جواب: اجرت گرفتن در ازای تغسیل موتی حرام است. و ظاهر این است که مستحبات توقیفیه آن (مثل وضو دادن و امثال آن) نیز چنین است. اما مستحباتی که از

این باب نباشد (مثل شستن فرج به اشنان (۱) و امثال آن) پس ظاهر جواز آن است. و حيله

کردن در این امور هر گاه از راه دینداری باشد و مقصود واقعی همان باشد، باکی نیست. و اگر مقصود خدعه باشد، خدا فریب نمخورد (۲). و اما سوال از فاسق بودن اهل

آن بلد: پس هر گاه معلوم باشد که غسل بروجّه صحیح غسل نمدهد، هر کس که قادر

۱: گیاهی (بوته: درختچه) دارای ریشه‌های کلفت و ترد. ریشه آن را میخشانیدند که خود به خود حالت پودر پیدا میکرد، با آن لباسشوئی و تنشوئی میکردند. هنوز هم در بعضی مناطق کویری کاملاً متروک نشده است.

۲: چرا مصنف بزرگوار در مورد (حیل ربوی) هرگز چنین جمله‌ای را نیاورده است؟! این همه معاملات که در صورت (بیع به شرط) در عصر میرزا رواج داشت و تا این اواخر هم ادامه داشت که اکثر قریب به اتفاق

آنها به خاطر انجام معامله ربوی در قالب بیع‌هائی به شرط خیار، انجام میافت. عملاً و علناً تأثیری برای (تحریم ربا) در جامعه باقی نماند. ماجرای ماهیگیران (اصحاب السبت) بنی اسرائیل نه در يك قریه بل

در سر تا سر جامعه به اجرا گذاشته میشد، که دهها مسأله مربوط به آن را در همین جامع الشّات مشاهده کردیم از جمله همین مسأله ۲۵۳ و ۲۴۶. ای کاش در این مورد هم با چنین جمله‌ای رو به رو میشدیم چه

فرقی میان فریب خوردن از مرده شوران و فریب خوردن از تاجران است؟!؟!.

میرزا در این موضوع هم به دست اندرکاران چنین معاملات تذکر داده که به نیت فرار از ربا این حيله‌ها را

انجام دهند و در نیت شان صادق باشند و نیز ادله خودش را در مورد این روند توضیح داده. ما نیز در مقابل آن نظر محققینی دیگر از جمله نظریه امام خمینی (ره) را قرار دادیم و توضیح لازم نیز داده شد. رجوع کنید به ذیل مسأله شماره ۶، از جلد دوم ومسئله‌هائی که در همانجا به شماره آنها اشاره شده است.



است بر غسل دادن و ترك آن مكند فاسق مشود.

۲۵۵: سوال: قيم يا وصی شرعی يا احدى از عدول المومنين - كه حسينا متوجه اموال صغير باشند از معامله وغيره - بدون تعيين اجرت، از [ناحيه] موصی يا حاكم شرع ميتوانند اجرت المثل برداشت [كنند] يا نه (؟ - ؟) با وجود احتياج اين جماعت. و آن معامله نيز به حسب تعارف اجرت از برای او باشد - ؟ يا بايد اكتفا به اقل از اجرت المثل و ما يعيش، نمايند؟.

جواب: هر گاه وصيت شده باشد و زايد بر ثلث نباشد، اشكالي در جواز نيست. و بدون وصيت هم در نظر حقير اين است كه جايز باشد از برای قيم صغير - خواه وصی باشد يا حاكم يا ولی شرعی از باب جد و پدر، و خواه از عدول مومنين باشد كه حسبتا متوجه شده باشد در نزد فقد حاكم - اين كه اجرت المثل بردارد. مگر آن كه به قصد تبرع كرده باشد، و احوط اخذ اقل امرين است از اجرت و ما يعيش. و هم چنين احوط در غني ترك اخذ اجرت است، هر چند اظهار جواز [اخذ] ست. و اين مسأله را در كمال استقصای ادله و فروعات آن در (جواب مسائل ثانيه) نوشته‌ام. (۱)

۲۵۶: سؤال: شخصی ملكی را وقف نموده و شرط كرده كه متولی به اجاره طويله ندهد. آیا مدت طويله چه قدر است؟ هفت سال طويل است يا نه؟ - ؟.

جواب: ظاهر اين است كه مراد واقف در منع اجاره در مدت طويله مراعات مصلحت وقف است.، كه طول زمان گاه است كه موجب تناسی وقف و انكار مستأجر وقفیت را به سبب استمرار، مشود. و فهم مقدار آن موکول به فهم عرف است در ماده اجاره مطلقه يا اجاره وقف. و تحديد آن در عرف به ملاحظه مضاف اليه، مشود. پس طول و

---

۱: فراموش نشود كه اینجا از (مسائل باب اجاره از دفتر سوم) است. و همان طور كه دیدیم مسأله مورد اشاره

در میان مسائل باب اجاره از دفتر دوم نيز نبود. مراد ميرزا (ره) مسأله‌ای از مسائل مجلد دوم است كه در

باب (حجر) دفتر دوم قرار داشته و دارد. در آنجا نظریه و ادله مخالفین میرزا نیز بیان شده است. رجوع فرمائید.

قعر در هر چیزی از ملاحظه (متعارف الاوساط) مستفاد میشود چنان که انسان طویل  
 و  
 انسان قصیر، و درخت طویل و درخت قصیر، و چون طول عبارت است از ابعاد  
 واکثر آنها به حسب کم در جسم و اجسام  
 به حسب انواع در این معنی مختلف‌اند، پس، از آن متعارفی که اغلب افراد آن به آن  
 به آن اندازه  
 میباشند مقداری از برای ابعاد ثلاثه آن هست، پس هر گاه زاید بر آن مقدار شد  
 آن را  
 طویل مگویند. و اگر قصر باشد آن را قصیر مگویند.  
 پس مبدأ اشتقاق در (زمان طویل) (۱) غیر [از] اصل معنی طول، است که در مطلق  
 جسم ملاحظه میشود. پس طویل و قصیر را در زمان که (کم غیر قار) است (۲) نیز  
 به ملاحظه  
 اوساط از منہ ملاحظه میکنند. پس باید ملاحظه (ایام متعارفه مطلق اجاره با اجاره  
 اعیان  
 موقوفه) را اعتبار کرد که غالباً مطلق املاک یا املاک موقوفه را بیش از آن اجاره  
 نمیدهند، زاید بر آن را طویل منامند. و هر گاه تحدید آن اضطرابی داشته باشد علاج  
 آن  
 همان است که در سایر امور موکوله به عرف منصرف میکنند، که متقین المصداق  
 بی اشکال  
 را، در طرفین نفی و اثبات وضع میکنند. چون معلوم الحکم است. و در مشکوک فیه  
 رجوع  
 به اصل میکنند. مثلاً غالب این است که از سه سال بیشتر اجازه نمیدهند. پس اجاره  
 بیست سال و سی سال خارج است از متعارف جزماً. و اجاره يك سال و دو سال  
 داخل است  
 جزماً. و اجاره هفت سال و هشت سال و ده سال مشکوک فیه است، و اصل اقتضای  
 جواز  
 میکند، مگر این که بالخصوص خلاف مصلحت باشد. و در آن نه از راه این است  
 که قید  
 (طویل) مانع است، بلکه به جهت عدم مصلحت است.  
 ۲۵۷: سوال: زید در مرض الموت به اجاره صحیحہ شرعیہ به داد همگی شش دانگ  
 مزرعه (ارشت) (۳) و چند مزرعه و خانه دیگر را به اولاد ذکور خود صغیرا و کبیرا  
 در مدت

- 
- ۱: در نسخه: در آن سال طویل.
- ۲: و در نسخه: زمان کم که غیر قار است.
- ۳: نام دهکده‌ای است. توضیح: نظر به قراین و خصوصیات سوال و جواب، گویا خود میرزا (ره) با نام (ارشت) آشنائی کامل داشته. و سوال کننده عطف به ذهن مخاطب و حواله به (عهد ذهنی) کرده است. در نزدیکی (شفقت) محل زندگی پدر میرزا آبادی بنام (ارشت) وجود دارد که شفقت در پهلوی شمالی ارتفاعات وارشت در پهلوی جنوبی آن قرار دارد. رجوع کنید به مقدمه جلد اول.

پنجاه سال - که عبارت از (پنجاه رفع محصول) شتوی و صیفی، بوده باشد - در عوض مبلغ معین. و در ضمن عقد اجاره شرط نمود که تعمیرات خانه‌ها و مزارع جزئا و کلا، و تحمیلات دیوانی مزارع کلا و جزئا در عهده مستأجرین باشد. و صیغه مواجره اصالتا و ولایتا بینهم جاری شده.

چون سه دانگ از مزرعه (ارشت) را ماجر به جهت ترکه خود به موجب وصیت نامچه علی حده موضوع داشته، لهذا در ضمن عقد مواجره شرط شده که بعد از آن که ماجر قبل از انقضای مدت اجاره فوت شود اختیار فسخ اجاره سه دانگ مزرعه ارشت، با وصی باشد که فسخ اجاره را نموده و به وصیت عمل نماید.

و هم چنین: اجاره داد زید مزبور کل شش دانگ يك حجر طاحونه خود را با اولاد ذکور خود به مدت معین و مبلغ معین. و صیغه مواجره اصالتا و ولایتا جاری. حال سایر ورثه زید، اجاره را قابل (۱) نمیشوند. دعوی ایشان مسموع است یا نه؟ -؟ و اگر اجاره مزبوره مبنی بر محاببات باشد، داخل منجزات مریض میشود؟ آیا منجزات مریض اصل مال محسوب است یا از ثلث؟ -؟.

جواب: اولاً تفسیر (پنجاه سال) مدت اجاره به (پنجاه رفع محصول)، موجب جهالت مدت اجاره است. و به سبب آن عیب میکند اجاره. چون رفع محصول در سنوات مختلف میشود. و هم چنین شرط تعمیر خانه و دهکده و مزرعه، هم شرط مجهولی است. چون مقدار آن معلوم نیست. و جهالت شرط موجب فساد عقد میشود. و هم چنین شرط تحمیلات دیوانی، هر گاه معین نباشد مشکل است به همین جهت.

و اما حکایت سه دانگ قریه ارشت: پس اصل مطلب در آن واضح نیست. اگر مراد این است که وصیت کرده است که به مجرد فوت او وصی او [ثلث] آن قریه را با منافع آن، به مصرف صوم و صلوات و میراث و سایر حقوق برساند، و به جهت استصحاب حیات

و امید بقا

۱: قائل (نسخه بدل).

به اجاره پنجاه ساله داده. نه به این معنی که عین از برای او ثابت باشد و منافع برای مستأجرین اگر موت حلول کند قبل از انقضای مدت اجاره. پس در این صورت نظر به

مقتضای وصیت به مجرد موت، آن ملك با منافع باید به مصرف وصیت او برسد. دیگر شرط

فسخ معنی ندارد. بلکه خود اجاره در تتمه مدت منفسخ میشود.

و هم چنین هر گاه غرض موصی این باشد که منافع آن ملك را از روز موت ابد الدهر،

یا در مدت مدید، از برای وصایای او باشد و عین مسلوب المنفعه از برای وارث باشد. در

این صورت باز به سبب اجاره منافع آن ملك بعد از موت موصی، حق مستأجرین نمیتواند

شد. پس داخل مدت اجاره نمیتواند شد. بلکه هر قدر از زمان که قبل از موت گذشته

اجاره در همان صحیح است و در باقی باطل. بلی اگر غرض از وصیت همان عین مسلوب المنفعه باشد - هر گاه زمان اجاره تمام نشود قبل از موت و آن عین مسلوب المنفعه

قیمت خیلی داشته باشد که موصی در وصیت خود به آن اکتفا کند با منافع بعد از انقضای

مدت اجاره و بقای آن به حال خود تا انقضای مدت - صورت ندارد. اما ظاهر صورت سؤال

همان احتمال اولی است از احتمالات مذکوره. و حکم آن مذکور شد.

و اما اجاره آسیا: پس در ظاهر صورت سؤال، عیبی از برای آن نمیدانم. و معامله محاباتی و سایر منجزات مریض در مرض موت در نظر احقر از اصل مال وضع میشود به

غیر (اقرار در صورت اتهام به قصد حرمان وارث)، که آن را از ثلث اعتبار میکنیم.

۲۵۸: سؤال: هر گاه زید صلات يك ساله استیجار نماید به عنوان اطلاق. آیا منصرف

به سال شمسی میشود یا قمری؟ -؟ و بر فرض انصراف به شمسی، آیا خمس مستتره (۱) جزء

سال خواهد بود یا نه؟ -؟.

جواب: باید دانست که در عقد اجاره تعیین منفعت شرط است. و آن یا به تعیین زمان

-----  
۱: پنجه مسترقه: پنج روز دزدیده شده: سال شمسی قبل از عصر ملك شاه سلجوقی دوازده ماه و پنج روز بود. یعنی  
دوازده ماه هر کدام سی روز که مجموعاً ۳۶۰ روز میگردید و پنج روز تا آخر سال مماند که به پنجه  
مسترقه معروف بود. به دستور ملك شاه و مباشرت عمر خیام تعداد ایام ماهها به صورت امروزی تنظیم گردید.  
سوال کننده هفت صد سال پس از آن، از پنجه مسترقه میپرسد.



است یا به تعیین عمل. تعیین زمان مثل این که کسی اجیر میکند کسی را به این که يك سال از

برای او خیاطی کند یا کتابت کند یا نماز کند. در این صورت باید آن شخص در يك سال

مشغول آن عمل باشد. و استثنا میشود از آن، زمان اكل و شرب و خواب و سایر ضروریات

به عنوان متعارف، و باقی زمان را باید مشغول باشد. و در این صورت سال و ماه منصرف

میشود به قمری در صورت اطلاق، مگر این که شرط کند سال شمسی را. و ظاهر این است که

معتبر در آن نزول شمس است در برجی تا این که باز نازل شود در آن برج. پس در این صورت که اجیر شود از برای يك سال نماز، معنی آن این است که از غره این

ماه مثلاً مشغول شود به عمل تا غره آینده همین ماه. هر چند عدد ایام نسبت به سال شمسی کمتر باشد.

و اما تعیین عمل: پس باید مقدار عمل معین باشد و آن نمیشود الا به تعیین عدد نماز. به جهت آن که

عدد نماز در شمسی و قمری مختلف میشود و مقدار آن عمل مجهول ممانند. و متعارف در زمان ما این است که آن که اجیر میشود برای نماز کردن، به حسب صلوات

خمس اجیر میشود که دوازده روز (۱) سی مرتبه نماز یومیه بکند. و اگر این متعارف نباشد اجاره باطل میشود به سبب جهالت مقدار عمل. پس سوال از اعتبار سال شمسی

و قمری بی وجه است. زیرا که مقدار عمل سال قمری مختلف میشود وضابطه معینی ندارد.

۲۵۹: سوال: اذا استاجر زید عمرا لان يحج لوالده بمبلغ معين. وظهر للموخر في الطريق او قبل اتمام الحج او بعده غبن فاحش. فكيف الحال؟  
جواب: هذه المسئلة مما لم يحضرني فيها من كلام الفقهاء شيئاً، وتحقيق الكلام فيها يستدعي رسم مقدمات:

الاولى: ان استحقاق الاجرة متوقف على قصد العمل للمستاجر، سواء كان من الاعمال التوقيفية فعلها نيابة عن المنوب عنه - كالعادات الواجبة، او من الاعمال المندوبة المقصود حصول ثوابها للمستاجر، والا لم يقصد النيابة في اصل الفعل.

-----  
۱: یا سی مرتبه نماز یومیه را دوازده بار به جای آورد.

(۴۹۴)

كالاستيجار لقراءة القرآن والصلوة المندوبة التي يجعل ثوابها للمستاجر، لافعلها نيابة عنه - او من الاعمال التوصيلية. (١) كالخياطة وعمل اللبن وغيرهما. حتى لو استاجره لخياطة

ثوب معين وقصد الماجر الغصب، ثم راه مخيطا، فان خاطه بعد الغصب فلا اجرة له، انما

قصد الخياطة لنفسه. واما جواز نقل ثواب العبادة المندوبة والقراءة بعد اتمامهما الى الغير واخذ العوض على ذلك: فهو خارج عما نحن فيه، وموقوف على صحة مثل هذه المعاوضة. والظاهر الصحة، للعمومات.

الثانية: ان الاعمال بعضها مما يكون المقصود منها نفس العمل كالاستيجار للحج والصوم والصلوة وبعضها مما يكون المقصود منها [اما] حصول اثرها في عين خارجي،

كالخياطة وعمل اللبن ونحوهما. او اهداء ثوابها واجرها الى المستاجر بعد تمامها، كالعبادات المندوبة وقراءة القرآن.

الثالثة: ان الاجرة في الاجارة تصير ملكا للماجر وكذلك المنفعة تصير ملكا للمستاجر، بمجرد الصيغة. ولكن لا يجب تسليم احدهما لامع تسليم الاخر. فان كان المنفعة هي منفعة الاعيان كالدابة والعبد والدار والد كان، فيكفي في تسليمها تسليم العين المستاجرة، ويستحق الماجر بتسليمها تسليم الاجرة.

واما اذا كان عمل الانسان: فقليل انه يحصل باتمام العمل. وقيل انه لا بد معه من شئ آخر، ومثلوا له بتسليم الثوب بعد اتمام الخياطة، فلا يستحق الاخذ قبل تسليم الثوب. وقيل بالتفصيل بان العمل ان كان في ملك المستاجر، فيكفي اتمام العمل، كما لو استاجره لعمل اللبن في ارضه. وان كان في ملك الماجر او في ارض مباحة، لا بد

من التسليم. والاوسط عندى القول الاوسط. ولعله مختار الاكثر. وظنى ان القائل بالقولين الاخرين غفل عن معنى التسليم، واشتبه عليه الامر. وهذا هو السر في الاختلاف.

ووجهه ان التسليم يختلف باختلاف المواضع. فكانهم ذكروا في كتاب البيع اقوالا في معنى القبض، واختلفوا في معناه. وفرقوا بين المنقول وغير المنقول. فينبغي

---

١: براى توضيح اصطلاحات وتقسيمات: توقيفيه، توصليه - معاملات، عبادات، عقود، ايقاعات - رجوع كنيد به

مسئله‌هاى ٣٤٢، ٣٤٤ ج اول و ٢٩ ج ٣ و ٤١، ٨٢ ج ٤.

التعرض لمعنى التسليم  
هنا ايضا. والحق ان التسليم موكول الى العرف. وفي كل موضع يتحقق [بنحو]، فقد يحصل  
فى المنفعة باتمام العمل. وقد يحتاج الى شىء آخر. فالموضع الذى يحصل باتمام  
العمل،  
تسليمه انما هو ذلك. لا انه لا يحتاج الى التسليم. فغفل القائل بعدم الاحتياج [الى  
التسليم]  
عن كون ذلك تسليمًا فى هذا الموضع، وقال با نه لا يحتاج الى التسليم اليه. فمن (١)  
لاحظ  
موضعا يحتاج الى شىء آخر غير اتمام العمل شرطًا للتسليم، فصل. ومن غفل عن  
حصوله  
باتمام العمل فى موضع، حسب انه لا يحتاج الى التسليم.  
فالتحقيق هو القول بالاحتياج الى التسليم لكنه يختلف فى المواضع. وتوضيحه يحتاج  
الى تمهيد مقدمة. وهو ان الاجارة لعمل الانسان يمكن ان يقع على وجوه: الاول: ان  
يكون  
المقصود ان يقع فى ملك المستاجر، كخياطة ثوبه او عمل اللبن فى ارضه. والثانى: ان  
يقع  
فى ملك الماجر او الارض المباحة. والثالث: ان يوجد نفس العمل بان لا يحتاج العمل  
الى  
قيامه بشىء آخر كالصوم والصلوة والحج وتلاوة القرآن. فالمقصود بالذات هنا حصول  
نفس  
العمل بخلاف القسمين الاولين، فان المقصود فيها بقاء الاثر فى عين موجود خارجى  
كالثوب والطين.  
ولما كان (٢) الاعراض لابد لها من القيام بمحل فالعبادات لا ينفك عن القيام ببدن  
الماجر او بمحل يودى فيه. فهو من لوازم العرض من حيث هو، لامن حيث انه مقصود  
المستاجر. والا فهو موجود فى القسمين الاولين ايضا. ومن جملة امثلتها فى غير  
العبادات  
حراسة الزرع والبستان من الطيور والموزيات باتصفيق والتصويت وغيرهما من خارج  
الزرع  
وبستان وحريمهما ايضا. ومن جملتها تنقية النهر الذى ليس للماجر ولا للمستاجر بل  
انما  
كان لوقف على مصلحة عامة وغرض المستاجر حصول نفس ذلك العمل. [او] (٣)  
السلطان

الجائر الزم الرعايا بالتنقية وهم يستاجرون لرفع النكاية عن انفسهم.

١: وفي النسخة: ومن. توضيح: على كونه (ومن) ينقلب المطلب والكلام.

٢: في النسخة: واما ان...

٣: وفي النسخة: نفس ذلك العمل اذا السلطان الجائر الزم

فيصير حصر القول بالتفصيل غير حاصر. ويمكن ان يتكلف فى المثالين الاخيرين بتعميم ملك المستاجر بحيث يشمل مثلهما. اما المثال الاول: فكان الحفظ الذى حصل

بالتصفيق والتصويت، قام بالزرع والبستان، لحصول اثرهما فيهما بصيرورتهما محفوظا. واما المثال الاخر: فكانه بقصد الخير او الشر، صار قائما مقام المالك. فالمراد بالمالك من يريد

وقوع المنفعة فى ملك له علاقة بامر. فيصير نائبا عن المالك او المتصرف. ويقدر بالقول بالتفصيل ايضا ان الامثلة التى ذكرها من عمل اللبن فى ملك الموجر او فى الارض المباحة، ليس على ماينبغى. فان الاجارة ح مسبوقه بنوع من التمليك بجعل عين

ارض الموجر اولا منتقلا الى المستاجر ولو بالاباحة، ثم يعمل فيه باللبن. وكذلك فى المباح مسبوقه بالتوكيل فى حيازة المباح فيصير بذلك للمستاجر ولو بالاولوية ثم يقع العمل عليه.

فهذه من امثلة وقوع العمل على ملك المستاجر. سيما مع ملاحظة التوسع الذى قدمناه فى المثالين المتقدمين. وايضا تسليم ثوب المستاجر بعد الخياطة وتسليم اللبن الذى عمله فى

ارضه امر لازم مع قطع النظر عن العمل. غاية الامر انه يمكنه الحبس من جهة التقاص لو امتنع عن الاجرة. وهو امر آخر غير تسليم العمل. ولعلمهم لما لم يتفطنوا المثال من امكان (١) تحقق العمل بدون ان يكون المعمول

فيه فى ملك الموجر او المستاجر، فمثلا بتسليم الثوب بعد الخياطة وتسليم اللبن. والحق انه لا بد من تحقيق امكان تسليم العمل بدون ملاحظة المحل، والقول به. مع قطع النظر عن المحل سواء

وقع فى ملك الموجر او المستاجر فذلك قد خفى عليهم فلا بد من تصوير التسليم فى مالم يكن

قائما بملك احدهما، وفى ما يكون قائما بملك احدهما مع قطع النظر عن المحل. وقد ظهر مما ذكرنا فى المقدمة الثانية ان العمل اذا كان من التوقيفيات التى قصد بها النيابة وتم بنية كونه للمستاجر فلا يبقى معنى لعدم التسليم، بل يصير ذلك بمنزلة (التلف

بعد الاجل) فلا يبقى شيء حتى يصير مورد التسليم. بل انا تسلم بالاتمام واما اذا كان  
من غيرهما  
مما يكون المقصود منها حصول الاثر في شيء خارجي فلا يتم التسليم الا بتسليم  
العين التي  
اقام بها الاثر، او بعدم رجوع الموجر عن الاهداء بجهة من الجهات. فهذا يصير قولاً

١: في النسخة: (يمكن) بدل (من امكان).

بالتفصيل فى معنى التسليم. لا التفصيل فى اشتراط التسليم وعدمه.  
وح فنقول: بعدما عرفت فى المقدمة الاولى ان استحقاق اخذ الاجرة موقوف على كون  
العمل بقصد يكون للمستاجر، ان استحقاقه ايضا موقوف على التسليم. وتسليم المنفعة  
فى  
العرف انما هو كونها فى محل للمستاجر بلا مانع. وهو قد يكون بنفس اتمام العمل  
كالعبادات  
الواجبة التى فعلها نيابة عنه، فان اتمام العمل على هذا الوجه لا يبقى معه وجه لاشتراط  
شيء  
آخر فى حصول التسليم، ولا يتصور مانع عن التسليم يحتاج الى دفعه، كتحصيل  
التخلىة. بل  
نفس اتمام العمل نيابة عنه تسليم له.  
واما ما يتصور فيه مانع آخر عن كونه مخلى (كالاعمال الواقعة على الاعيان  
الخارجية):  
فما ما كان من التخلىة من جانب الموجر عدوانا - مع عدم منعه من اعطاء الاجرة او  
لبنه  
المضروب فى ارضه او ارض الموجر او المباح بعد انتقال الطين الى المستاجر بتمليكه  
اياه او  
[ب] حيازة المباح وكالة عنه - فح يضمن [اما] العين لو تلفت، واما العمل. فان شئت  
قلت: انه  
لا يستحق اخذ الاجرة عليه لعدم التسليم، ولا يضمن العمل. وان شئت قلت: انه يضمنه  
ايضا  
لانه صار بالعمل بنيته ملكا للمستاجر وفوته، ولكنه يستحق الاجرة عليه. ويظهر الثمرة  
فى  
ما لو تفاوت عوض المثل مع المسمى فى العقد ولعل الترجيح للثانى والقول بان يراد  
بنفى  
لزوم الاجرة ايضا هو اذا لم يعزم العمل.  
واما ما لم يكن المنع عن التخلىة من جانب الموجر عدوانا - كما لو خا ط الثوب  
وتممه  
ويريد التسليم على الصباح، وسرقه سارق فى الليل بدون تفريط منه - فالقول بعدم  
لزوم  
الاجرة وصيرورة العمل لغو (لاجل عدم الاقباض)، فى غاية البعد. فانه فعل فعلا محترما  
بعقد لازم ولم يحصل منه تفريط. فهو ظلم صريح واجحاف فضيح. فالصواب ان يقال:



ان  
استحقاق الاجرة يتوقف على تسليم العمل ولكن بمعنى ان يتم العمل بقصد كونه  
للمستاجر  
مع التخلية وعدم الموانع العدوانية من قبل الموجه. سواء كان عدم المانع باعتبار عدم  
امكان  
تحقق المانع (كالعبادات المذكورة) او باعتبار عدم حصوله من الموجه ان امكن  
تحققه.  
فيبقى صورة عدم التسليم الموجب لعدم استحقاق الاجرة في ما امكن وجود المانع من  
قبل الموجه عدوانا. وانما قيدنا بكونه عدوانا، احترازا عما حبس لاجل مماثلة  
المستاجر في

الوفاء بالاجرة. فظهر ان قول المفصل لا يصح على الاطلاق حيث قال (ان كان فى ملك

المستاجر فلا حاجة الى شىء آخر غير اتمام العمل، بخلاف ما لو كان فى ملك الموجر) اذ

قد عرفت انه لا يتم فى الثوب المخيط اذا حبسه عدوانا. نعم يتم فى مثل تطيين سطح بيته

الساكن فيه. وكذا لا يتم اذا كان فى ملك المستاجر وتحت يده ولكن منعه الموجر عن التصرف فيه، كاللبطن المضروب فى ارض المستاجر. مضافا الى كون حصره غير حاصر

للعبادات الواقعة نيابة عن المستاجر. وكذلك القول الاخر (اعنى اشتراط شىء وجودى آخر

غير اتمام العمل) لا يصح مطلقا. لتخلفه فى العبادات المذكورة.

الرابعة: ان دعوى الغبن تجرى فى الاجارة. بل فى ساير العقود كالصلح والمزارعة وغيرهما، ولا يختص بالبيع. ممن صرح به المقداد فى التنقيح، قال (هذا الخيار ثابت فى

كل معاوضة مالية محضة. كالبيع والمزارعة والمساقات والصلح وغيرها من المعاوضات المالية

عوضا). فالعلقة هو اشتراك الكل فى نفى الضرر. وفى الدروس ايضا تصريح بثبوتة فى الصلح. وفى آخر كتاب الوقف منه ايضا بثبوتة فى الاجارة وفى اواخر قواعد الشهيد قال (اما

خيار الغبن: فيمكن الحاقه بالصلح والاجارة، وكذا خيار الرؤية. بل وبالمزارعة والمساقات.

وخيار العيب يدخل فى الجميع. اما الارش فيختص بالبيع، ويحتمل دخوله فى الصلح والاجارة).. وقال الشهيد الثانى (ره) فى الروضة فى كتاب الصلح (فى ثبوتة وجه قوى لدفع الضرر المنفى الذى يثبت بمثله الخيار فى البيع) واختار اجرائه فى الصلح فى المسالك ايضا.

الخامسة: المشهور عندهم - على ما نسبه فى الروضة اليهم فى كتاب البيع - ان خيار الغبن لا يسقط، سواء كان من الغابن او المغبون، وسواء كان مخرجا عن الملك كالبيع والعق، وا مانعا عن الرد، كالاستيلاذ فى الامة. الا ان يكون المغبون هو المشتري واخرجه

عن ملكه او فعل ما يمنع من الرد كالاستيلاذ، لعدم امكان الرد. واورد عليهم الشهيد (ره)

فى اللمعة فى هذا الاستثناء، للزوم الضرر على المشتري ح فى صورة الجهل بالغبن او

بختياره، مع ان الحكمة فى الكل رفع الضرر. فيمكن ان يكون له الفسخ مع رد المثل او القيمة.  
للجمع بين الحقين. وكذا فى صورة التلف كما لو كان المتصرف هو المشتري والمغبون هو

البائع. فاذا فسخ البائع يرجع الى المثل او القيمة.  
وقويه فى الروضة وقال (لكنى لم اجد به قائلًا) يعنى غير الشهيد، ثم قال (نعم لو  
رجع اليه بفسخ او اقالة او بموت الولد، جاز الفسخ ان لم يناف الفور).  
اقول: ويرد عليهم مضافا الى ما اورده الشهيد (ره) ان هذا الكلام لا اختصاص له بما  
كان المغبون هو المشتري. بل يجرى فى ما كان المغبون هو البائع وتصرف فى الثمن  
كذلك. لان العلة هو عدم التمكن من الرد، موجودة فيه ايضا. ولهذا [قال] فى  
المسالك -

بعد ما ذكر كلام المحقق حيث قال: لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن  
الملك

او لم يمنع مانع من الرد كالاستيلاء فى الامة والعق - (وهو يتم اذا كان التصرف  
المخرج من  
ذى الخيار، فانه لا يمكنه رد العين المنقلة عنه. واما الاخر فيمكنه الفسخ ح والرجوع  
بالمثل

او القيمة على من نقل العين) وبهذا صرح جمع من الاصحاب ولكن يرد على هذا ايضا  
ما

اورده الشهيد عليهم، فان فى صورة جهل المغبون يلزم الضرر عليه. سواء كان بايعا او  
مشتريا.

فالتحقيق ان يقال: اذا بنينا على ان التصرف بعد العلم بالغبن دال على الرضا  
ومسقط للخيار وهذا الكلام (١) انما هو فى صورة [العلم فقط] فيدخل جميع الاقسام  
تحت لزوم

الضرر ولا مسقط له. فيسلط على الفسخ بقاعدة الضرر على اخذ المثل، او القيمة  
بقاعدة  
الاتلاف.

السادسة: هل يمكن نقل العمل الذى فعله المكلف لنفسه او لغيره الى شخص آخر؟.  
الظاهر نعم فى الجملة. اما جوازه فى غير العبادات: فيمكن فرضه فى مثل ما قدمناه من  
حكاية تنقية النهر. فان من اجر نفسه لشخص يوما باجرة معينة واتم العمل، ثم جائه  
آخر

واراد منه استيجاره لتنقية ذلك النهر يوما، وله (٢) فى ذمة الموجه دين يساوى اجرة  
يوم لهذا

الطالب، وهو يريد الخلاص من دينه فيجىء عند المستاجر الاول ويستقبله مما عمل له  
الاجارة، ويقبله (٣) ايضا، ويجعله فى عوض دينه. ولكن هذا ليس من باب الاجارة بل  
هو معاملة

- 
- ١: وفي النسخة: وان الكلام...
- ٢: وفي النسخة:.... ذلك النهر يوما. وكذلك في ذمة الموجر...
- ٣: في النسخة: ويقبله.

اخرى ومعاوضة بنقل شىء (١).  
بل هذا ليس من باب نقل العمل، لعدم امكانه، لانه عرض زال. بل انما هو نقل لاثره.  
وهو الكيفية الحاصلة منه فى الجسم، التى تنتقل بتبعية ذلك الجسم. كاللبن المسطوح  
فى  
ارض الموجر. لعدم انتقاله الا بذلك. فانتقال الجسم بتبعية نقل الاثر، لانه المقصود  
بالذات،

وان كان الجسم هو الاصل فى قوام ذلك الاثر. وفى مثل تنقية النهر انما ينتقل الاثر  
وهو  
كون قطعة من النهر منتقى بعمله. اى الكيفية الحاصلة للنهر بسبب عمله. اذ قد حصل  
له

بايجاد هذه الكيفية حق الانتفاع بها لحصولها على وجه قدم (٢). فيصح نقله الى  
الغير، ولا دليل  
على بطلانه. لعمومات الادلة. ويظهر من ذلك جوازه اذا فعل هذا العمل لنفسه، بطريق  
اولى.

واما فى العبادات: فهى اما مما فعله لنفسه او لغيره. وما فعله لغيره اما وقع على وجه  
النيابة تبرعا او بالاجارة.. او فعله واهدى ثوابه اليه. وكذلك ما فعله لنفسه اما ان يكون  
من  
باب قضاء ما تركه او من الاعمال الابتدائية، كالنوافل وقراءة القرآن.. فاما ما كان من  
قبيل

مافعله بقصد الاجارة نيابة عن الغير كقضاء الصلوة والصوم والحج، المحتاج الى نية  
النيابة:

فلايجوز النقل. لانه بمنزلة اداء دين الميت، او الحى فى ما امكن كالحج عن العاجز،  
وصلوة

الزيارة التى وجب عليه. فلا معنى لاستقالة المستاجر فى ذلك، ويكون العمل وادائه  
للمنوب

عنه نيابة، وان لم يود اليه الاجرة. بل انما يستحق الاجرة، والحى يتبدل حق الله عليه  
بحق

الناس. وحق يواخذ الله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجرة (٣).  
وكذلك ما فعله قضاء عن نفسه. فانه ايضا وفى به دين الله، فلا رجوع و [لا] نقل فيه.  
(٤)

واما ما فعله واهدى ثوابه الى الغير: فلا يخل اما ان يكون على وجه الاجارة، او  
بدونها.

اما الاول: فكما لو استاجر لاجل ان يقرء القرآن على راس قبر ميت المستاجر، فان هذا

- 
- ١: عبارة النسخة: بل هو معاملة اخرى ذات معاوضة باقل شيىء.
  - ٢: كذا.
  - ٣: عبارة النسخة: وحق آخر لله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجرة.
  - ٤: وفى النسخة: ولا الرجوع والنقل فيه.

ليس من باب الاستيجار لفوايت صلوات الميت. بل هو استيجار لعمل مباح له ثواب ويريد

المستاجر ان يفعله الاجير بنية ان يكون ثوابه لميته ويهدى ثوابه اليه. فان هذا جائز، والظاهر انه لاخلاف فيه كما يظهر من التذكرة قال فيها:  
يجوز ان يستاجر الانسان غيره لقراءة القرآن على رأس القبر مدة. كما يجوز الاستيجار للاداب او تعليم القرآن. وقد سبق انه يجب عود المنفعة الى المستاجر. فان ذلك شرط فى

صحة الاجارة. وهنا يجب عود المنفعة الى المستاجر او ميتته. فعندنا ان ثواب ذلك يصل الى

الميت اذا نوى الاجير ذلك. خلافا للشافعية، فانهم قالوا (المستاجر لا ينتفع بان يقرء الغير)

ومشهور عندهم ان الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة. فقالوا لما قرروا جواز الاستيجار: لابد من

انتفاع الميت بالقراءة وفيه طريقان: احدهما ان يعقب القراءة بالدعاء للميت، فان الدعاء يلحقه. والدعاء بعد القراءة اقرب الى الاجابة واكثر بركة. والثانى انه لو نوى القارئ بقراءته

ان يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن لو قرأ ثم جعل ما حصل من الاجر له، فهذا دعاء بحصول

الاجر للميت، فينتفع الميت. انتهى كلامه ره. فهذا ايضا يوجب ثبوت الثواب للميت، ولا يمكن الاقالة ولا يمكن الرجوع. وان لم يود

الاجرة. بل وانما يثبت له استيفاء الاجرة، كما تقدم.

واما الثانى يعنى مالم يكن على وجه الاجارة: فان كان تكليفه ذلك العمل كصدقة مجهول المالك او اللقطة مع الضمان، فيمكن فيه النقل. كما ورد فى الاخبار. (١) لكن الظاهر

انه ايضا ليس من باب نقل العمل. بل انما هو نقل لاثره وهو الثواب، فكانه عاوض الثواب

الذى قصده للمالك بتصدق ماله، بما يغرمه للمالك، وان لم يكن تكليفه ذلك. واما فعله تبرعا: (٢) فالظاهر عدم جواز النقل لا لنفس العمل ولا لثوابه. اما الاول فظاهر

لعدم امكانه بالذات وعدم حصول النية فى العمل. واما الثانى فلانه بمنزلة تلف الهدية. واما ما فعله من الاعمال المندوبة الابتدائية لنفسه كقراءة القرآن والصلوة والصوم: فالظاهر جواز النقل فيه بعد العمل. ولكنه ايضا نقل الثواب لا العمل فهو يدعو ويسأل



الله ان

- ١: وسايل: ابواب اللقطة، الباب ٢ ح ١، ٥، ١٤. والباب ١٨ ح ١.
- ٢: عبارة النسخة: ... وان لم يكن تكليفه ذلك ولكن فعله تبرعا...

يجعل ثواب ما فعله للغير. ثم ان الاشكال باق فى جواز اخذ العوض فى صورة (١) امكان النقل

بعد العمل. اذ غاية ما ثبت من ادلة اخذ الاجرة انما هو فى صورة الاستيجار اما فى خصوص

النيابة فى الفعل كالحج والصوم والصلوة، او فى مثل قراءة القرآن للميت بقصد ان يكون

الثواب للميت وان لم يقصد النيابة. كما يشعر عبارة التذكرة با نه مذهبنا. ويمكن الاستدلال

على جواز التعويض فى الثواب ونقله بعد العمل فى ما جوزنا فيه ذلك بعنوان المعاوضة،

بعمومات (اوفوا بالعقود) وغيره. ويستأنس له بالروايات الواردة فى اللقطة (٢) وغيرها مما دل

على انه لو تصدق بها مع الضمان ثم جاء صاحبها وطالب المال فيعطيه وينتقل الثواب اليه.

السابعة: اذا اجرينا الغبن فى الاجارة وفسخ الاجارة، ففى معنى الرجوع الى المنفعة خفاء. لكون العمل من الاعراض التالفة. فيمكن فرضه فى ما قام بعين فالرجوع الى الاثر

الحاصل منه فى الخارج، كالهية الحاصلة من الخياطة فى الثوب ومن عمل اللبن فى الطين.

واما فى مثل العبادات فلا يمكن الا بالرجوع الى الاثر المترتب عليه من الثواب وهو ليس فى

يد المستاجر حتى يرجع اليه. فالرجوع فيه انما هو الى الله تعالى وسؤاله بان ينتقل ماقرر

للعمل من الثواب الى الموجر. بل ويشكل فى الصورة الاولى اذا كان العين التى قام بها الاثر، ملك المستاجر. او صار ملكا له بتبعية نقل العين من ملكه اليه، او حيازة المباح بنيته.

ويمكن ان يقال: ان المنفعة فى معنى التالف فى البيع ولا يمكن الرجوع اليها بعينها. فيرجع

الى المثل او القيمة. والاقرب المثل..

الثامنة: اختلفوا فى فورية خيار الغبن. نظر الى الاستصحاب واصالة عدم الفورية، والى ان الاصل فى العقود لزوم خرج عنه موضع الوفاق وهو الفور، وبقي الباقي (٣). وان وضع

هذا الخيار لدفع الضرر وهو يحصل بالفور. ولا يبعد ترجيح الاخير. نعم لو جهل

بالخيار او  
بفوريته فلايسقط بالتاخير، كما كان له عذرا آخر فى الاظهار (مثل كونه محبوسا او  
خائفا او  
لغيبه الغابن وعدم امكان الوصول اليه والى ولى وكيله او وليه. او تعسره) من الاعذار.  
وكذلك اذا

-----  
١: وفى النسخة: فى شؤب..

٢: المرجع، الاحاديث.

٣: عبارة النسخة: ... الاصل فى العقود اللزوم خرجنا عنه فى وضع الوفاق وهو الفور وبقي الباقي.

اختلفا فيه ولم يمكن الرجوع الى الحاكم.

التاسعة: قد اشرنا سابقا الى ان عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف. انما هو اذا كان جاهلا به. واما اذا علم به وتصرف فيسقط الخيار. ولكن لابد ان يبنه على ان التصرف الحاصل بعدم العلم بالغبن، هو التصرف الذى ذكره فى مسقطات الخيارات. والتحقيق فيه انه

هو التصرف الدال على التزام العقد وايحابه لامطلق التصرف. والمعيار فيه اما حصول القطع

بارادة الالتزام، او صدور فعل منه لا يصدر فى العرف والعادة الا ممن يلتزم الملك. كتقيل

المسلم للامة او وطيهاء، ونعل الفرس، وامثال ذلك. وان لم يوجب العلم بذلك فى نفس الامر.

فلو ادعى السهو او الخطأ فلا يسمع الا بالبينة او ما يقوم مقامها. وكذلك لو ادعى الجهل بان

مثل هذا التصرف موجب للالزام ومناف لدعوى الغبن. مضافا الى الاشكال فى معذورية

الجاهل فى مثل ذلك.

اذا تمهدلك هذه المقدمات فنرجع الى المسئلة ونقول: اذا ظهر للاجير غبن بعد عقد الاجارة، فاما ان يكون الاطلاع بعد اتمام الحج او قبله. فان كان بعد اتمام العمل. فالظاهر ان له ان يفسخ الاجارة ويرجع الى العمل. ولما حصل فيه التسليم يقتضى ما ذكرناه فى

المقدمة الثالثة، من ان التسليم فى مثل ذلك هو اتمامها بنية المستاجر. فلا تقصير من جانب

الموَجِر. ولما كان العمل تالفا ليس له وجود فى الخارج ولم يبق منه اثر فى الخارج (كالعمل

المتعلق بالاعيان كالخياطة وعلم اللبن) فيرجع الى المثل او القيمة. كما مر فى المقدمة الخامسة من اقتضاء علة الضرر ذلك. وان كان مامر فى المقدمة هو العجز عن الرد وهذا من

باب العجز عن الاسترداد.

فلو فرضنا كون العمل مثليا - فلا يمكن تحصيله فى هذه السنة بان يجعله الموجد لميته ولو فرضنا كونه بعنوان الاطلاق لا المباشرة بنفسه. لانقضاء ايام الحج - فالحكم فى المثلى

حين عدم التمكن منه، الرجوع الى قيمته يوم اعواز المثل. لا يقال (انه يمكن الغرامة بحج

مثله فى السنة الاتية). لانا نقول: كيف يمكن استحقاق المستاجر لاختذ الاجرة من  
الموَجِر و  
ابقاء عوضه عنده الى السنة الاتية والمفروض ان المعاملة حالة لا موجهة. فيؤل الكلام  
الى  
اعواز المثل. والاظهر ان يقال: ان العمل ليس بمثل. سيما الحج لتفاوت الاعمال  
بالنسبة

الى الاشخاص والافاق والسنوات، فربما يصير الحج فى القابل من باب الاضطرار، او الفاق

لكثير من افعال الحج. او يصير احسن من هذه السنة. فهو من القيميات. فلامناص عن الرجوع الى القيمة. وليس قيمته الا اجرة مثله..

ثم ان هنا دقيقة لابد ان ينه عليه: وهو ان المعتبر فى قيمة القيمي يوم التلف، و [فى] قيمة المثلى يوم اعواز المثل، هو قيمة قبل التلف والاعواز. والا فقد يتفاوت القيمة فى الانين. ويظهر الثمرة فى مانحن فيه. اذا لو اعتبرنا قيمة العمل حين التلف وهو آن الاتمام،

فلا قيمة للحج. سواء كان قيميا او مثليا. فلا بد من اعتبار قيمته قبل انقضاء ايامه وقيمة مثله

كذلك. فحصل من جميع ذلك ان المعيار هو قيمة مثل الحج الذى فعل، او هو اجرة مثله.

هذا كله اذا كان المستاجر حاضرا وتوافقا على الغبن او ترافعا عند الحاكم وحكم به. وان كان المستاجر غائبا، فان رضى الموجر بالغبن فلا كلام. وان لم يرض به فيرجع الى

الحاكم ويصح حكمه على الغائب ان ثبت عنده. والغائب على حجته. فيحكم الحاكم بعد ثبوت

الغبن وفسخه باستحقاق اجرة المثل حتى يحضر الغائب ويأتى بحجته. وان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهذا من الاعذار فى تاخير دعوى الغبن. كما مر فى المقدمة الثامنة. (١)

فيبقى على دعويه حتى يمكن حضور المستاجر او يتمكن من الحاكم.

ثم: بعد ثبوت الغبن والحكم بجواز الفسخ، فاذا فسخ المغبون فيستحق المستاجر الاجرة المسمات و الموجر اجرة مثل الحج. فاذا تراد فارجع الاجرة المسمات واجرة المثل

التي هو عوض العمل الى الموجر. ويقاص الموجر (٢) الاجرة المسماة (ان اخذها قبل الحج) عن بعض اجرة المثل وياخذ الباقي. فيقع الاشكال فى براءة ذمة المستاجر وميته عن الحج. فمن

حيث ان العمل رجع الى الموجر بالفسخ (وانما اخذ اجرة المثل لعدم تمكنه من رد العمل)

فيشكل وقوعه عن المستاجر والميت. ومن حيث انه صار معاوضة ثانية [و] عاوض العمل بعد

الفسخ باجرة المثل، يمكن القول بوقوعه عنه. لانه عقد معاوضة ولا دليل على بطانه،

لعموم  
(اوفوا بالعقود) و (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم).

-----  
١ : وفى النسخة: الثانية.  
٢ : وفى النسخة: او يقاص الموجر...

سيما والمفروض وقوعه بينة المستاجر في ظاهر الشرع. بمقتضى العقد اللازم. فهو محكوم في ظاهر الشرع بكونه للمستاجر ولميته. بل ولو كان مغبونا في نفس الامر و عجز عن

الاثبات وكان المستاجر جاهلا بغبنه. فقد عمل بتكليفه ووفى بما امره الله فيجزى عنه وعن

ميته. نعم ان كان المستاجر عالما بالغبن ح (اي حين العمل بالتكليف وهو زمان الاستيجار)

[و] منعه حقه فلايجزى عنه في نفس الامر ولا عن ميتته. لانه كان ح مع العلم [بالغبن] (١) يقصد

ان يرضى الموجر بعد اطلاعه على الغبن وعدم رضاه به ويقيمه على العمل على هذا الوجه.

فلو اقامه على العمل بقصد ان لايرد عليه عوض عمله لو اطلع واراد الفسخ، فهو غاصب

للعمل. ولا يحصل الامتثال بمثل ذلك.

نعم لو كان في الاول قاصدا لذلك (٢) وطء خيال المنع بعد تمام العمل، لكان للاجزاء

عن المستاجر وميته، وجه. لانه كان ذمته مشغولة باجرة المثل. وكذا لو جهل حين الاجارة

وحصل له العلم بعد اتمام العمل ومنع عن حقه. بل وكذا لو كان عالما وقاصدا للمنع حين

الاستيجار وطء له الرضا بتسليم اجرة المثل بعد التمام.

وحاصل الكلام: [ان] ثبوت الحج للمستاجر (٣) وانتقاله اليه، اما يرجع الى اتمام نقص ما حصل من العقد الاول، او الى معاوضة جديدة. ولما كان الغالب (في الفسخ بسبب الغبن) هو الرجوع

الى عوض الحج، يرجع الى اخذ الارش، حيث كان العوض من النقود. فيرجع الى رضا الموجر باخذ التفاوت وان يكون العمل للمستاجر، وان لم يكن اخذ الارش من مقتضيات

الغبن. وح فيبقى العمل بما له للمستاجر بالعقد الاول. اما لو كانت الاجرة المسمات لها

خصوصية، مثل ان يكون ضيعة او عبيدا ويكون مطلوبا للمستاجر، فينحصر المناص في الرجوع الى المعاوضة الحاصلة بعد العمل. بان يعطيه اجرة المثل بتمامه من الخارج ويتملك

الحج. وقد ذكرنا ان الاظهر اجزائه عنه وعن ميتته.



- 
- ١: وفى النسخة: مع العلم مطلقا، توضيح: لعل احد النساخين غيره نظر الى الصورة الاتية بقوله (نعم لو كان قاصدا فى الاول لذلك) ولكن ليس فى محله.
  - ٢: اى قاصدا ان يرد عليه عوض عمله.
  - ٣: فى النسخة: فى ثبوت الحجج للمستاجر.

بخلاف ما لو كان احد حج لنفسه ندبا، ثم اراد نقله الى الغير. فانه لا دليل على كفاية ذلك عن الحج الذى وجب على الميت. اذا للدليل انما دل على وجوب الاستيجار عنه واثيان

الفعل نيابة عنه، الا ان يتبرع. نعم يمكن نقل الثواب كما دل عليه اخبار التصديق فى اللقطة

وغيرها. كما اشرنا اليه فى المقدمة السادسة.

وربما توهم ان اخبار اللقطة لا يناسب المقام حتى يستدل به على جواز معاوضة ثواب العمل. لان المالك لم يعمل ما يوجب الثواب حتى ينقله الى الملتقط ولكنه مراعى بعدم رضا

المالك. فاذا رضى به فى عوض ماله، فيكون الثواب له. وايضا يمكن الاشكال فى (نقل الثواب بعوض) من الاصل. لعدم العلم بحصوله ولا مقداره. لامكان عدم تحقق شرايطه ووقوعه على الوجه المطلوب، او خبطه بعصيانه، او نقصه بسبب نقص بعض شرايطه. فيكون

من باب معاملة السفهاء. لاستلزامه الغرر والجهالة.

وفيه: ان المقصود من الاستشهاد باخبار اللقطة، هى مجرد جواز نقل الثواب بعد العمل. ولا يمكن انكار دلالتها عليه. اذ لا يخفى ان الملتقط انما تصدق نيابة عن المالك

وفعل فعلا يوجب فى ماله. لا لانه بقصد تملك المال لنفسه ثم يتصدق. والا لم يتبين وجه

لجعل التصديق قسما ثالثا من الاقسام المذكورة فى اللقطة بعد التعريف. اعنى تملك الملتقط

لنفسه، او ضبطه المال امانة لصاحبه، او التصديق عن المالك مع الضمان. اذ يندرج التصديق

اذا كان من الملتقط لنفسه مراعى بعدم رضا المالك به فى القسم الاول.

اذ من يملك مالا فهو مختار فى وجوه التصرف. فالمغايرة انما يحصل بان ينوى التصديق

به عن ماله بدون قصد تملكه لنفسه. ففاعل الثواب وان كان هو نفسه، لكن لا لنفسه بل

للمالك مراعى بعدم ظهور عدم الرضا من المالك ومطالبته للمال. لا انه فعله لنفسه مراعى رضا المالك بان يكون الثواب له. فح يصير الثواب للمالك. وهو واضح.

نعم للملتقط ثواب لنفسه من جهت ارتكاب هذه النيابة. كما فى استيجار العبادات فان من

فعل العبادة نيابة عن ضامن الاجرة [قد] عمل [عملا] يمكن رجحانه، يترتب الثواب

عليه.  
ولذلك يصححه. ولكن لادخل له في ما نحن فيه وهو ترتب الثواب على نفس العمل  
من حيث  
هو. لالفعلة نيابة عن غيره. وهو نظير الزراعة والتجارة والخياطة ونحوها. فالاستشهاد  
بتلك

الاخبار انما هو لبيان امكان نقل الثواب بعد العمل. ولا فرق في ذلك من كون الثواب لصاحبه مستقرا او متزلزلا.

واما توهم لزوم الغرر والسفاهة في نقل الثواب: فهو اوضح فسادا. لاستلزامه بطلان الاستيجار للحج المندوب (والزيارات وتلاوة القرآن وامثالها، وهو واضح البطلان) لكون

حصول الثواب فيها مجهولا، وكذا مقداره مع الحصول، ولا ريب ان مراد المستاجر من هذه

الاعمال انما هو الثواب، لانفس العمل من حيث هو، كما قد يكون مطلوبات في الواجبات

لترتب الثمرة عليها باسقاط القضاء ورفع العقاب وان لم يوجب الثواب. فح يكون الاستيجار

في المستحبات سفاهة ومتضمنا للغرر. وهو باطل جدا. والاصل في ذلك ان الشارع سن افعالا حسنة وجعل لماهياتها من حيث هي ثوابا ووعد ايصاله الى فاعلها، وهو لا يخلف وعده، وافعال المسلمين محمولة على الصحة، فهو يستاجر

الاجير لذلك العمل على الوجه الصحيح المستلزم لذلك الثواب، وهو لا ينافي عدم حصول

الثواب او نقصانه عن القدر المقرر للمهية، وهو بمنزلة ظهور العيب في المبيع، فاذا ظهر

العيب في الدنيا فيعامل به معاملة العيب ولا سفاهة فيه، وان لم يظهر الا في الآخرة فعلى

الاجير ايضا غرامة العيب اما باستيفائه عن الاجير من ساير اعماله ان كان له عمل. او بتحملة

او زار المستاجر ان لم يكن.

وبالجملة: اشتراط معلومية الثواب في المعاملات، مفسده اكثر من ان يحصى، منها لزوم كون التصديق سفاهة، لعدم حصول العلم بالعوض، ومقداره، وقدر رأيت في كلماتهم

الاستدلال على لزوم عقد الصدقة بانها هبة عوض عنها، فالمعيار هو ظاهر الحال، والله اعلم

بحقايق الاحوال.

هذا كله اذا كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان قبله فان كان قبل الشروع في العمل، فان حضر المستاجر وتوافقا على الغبن والفسخ او على الرضا بالغبن، فلا كلام. والا

فيرجع الى الحاكم فان ثبت عنده يحكم بالخيار، والغايب على حجته. فان حضر  
الغائب واقام  
الحجة عليه - مثل جرح الشهود على الغبن، او اثبات شرط اسقاط الخيار، او صلحه  
- فان كان

ذلك قبل الحج فيلزمه بالحج ويسترد منه عوض ما بنى (١) من العمل لنفسه وان كان من باب

قطع المسافة. وان كان بعده، فان كان الحج مشروطا بتلك السنة، او مطلقا ينصرف اليه، (٢)

فيبطل الاجارة ويرجع [المستاجر] الى اجرة مثل الحج فى تلك السنة، ويبقى ذمة المستاجر

او ميتة مشغولة. لعدم امكان نقل ما عمله لنفسه او لغيره، الى المستاجر، كما مر، وان كان

مطلقا (٣) فعليه ان ياتى به فى القابل.

فان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهو مأمور بالاتمام له فى ظاهر الشرع لاصالة لزوم العقد، فلا يمكنه الفسخ فى ظاهر الشرع وترك الحج، وهذا من الاعذار فى تاخير دعوى

الغبين، ثم هو باق على دعويه بعد التمكن من الوارث او الوصى او الحاكم. وما قد يتوهم من (عدم صحة التمسك باصالة اللزوم لانه انما يتم فى ما شك فى ثبوت خيار الغبن وعدمه واما اذا بنى على ثبوت خيار الغبن فى الاجارة فلا معنى لاصالة اللزوم)

فهو فاسد، اذ مرادنا ان [اصالة اللزوم] بعد قبول دعوى الغبن جارية فى الاجارة. [لانا] نقول

ان مجرد ظهور الغبن للاجير لا يضر باصالة اللزوم، لان الاصل عدم ثبوت خيار الغبن، لان

الاصل فى العقود اللزوم، فان الحكم بالخيار موقوف على اثبات سببه فى الخارج، وان سلمنا

ثبوت الخيار فى اصل العقد، فاذا باع زيد فرسه بعمره، ووقع التسليم من الطرفين، فيحكم بمالكية زيد للثمن وعمره للفرس، ولا يجوز لزيد بمجرد حصول العلم له بالغبن ياخذ الفرس، حتى لو كان عمرو غائبا والفرس فى داره، جاز له اخذ الفرس ولو كلائه ونوابه المنع عن ذلك حتى يثبت ذلك عند الحاكم، وما ذكره من

عيوب الرجل والمرأة انه لا يحتاج الى المرافعة الى الحاكم الا فى دعوى الغبن، معناه انه لا يكفى اتفاق الزوجين فى ثبوت الغبن فى التسلط على الفسخ بدون المرافعة. بخلاف مالو

اتفقا فى سائر العيوب فان الفسخ لا يحتاج هنا الى المرافعة. وفى صورة اختلافهما فى سائر

- 
- ١: ما بنى - انه ماياتى -: لا يكاد يقرء فى النسخة.
  - ٢: اى ان كان الحج مشروطا بتلك السنة او غير مشروط بها ومطلقا، ولكن ينصرف اطلاقها بتلك السنة،  
- والاصح فى ضمير (اليه) تانيته، اى: اليها.
  - ٣: اى مطلقا لا ينصرف بتلك السنة.

العيوب ايضا يحتاج الى المرافعة، والمحتاج الى المرافعة فى ما نحن فيه انما هو اثبات الغبن

لا التسلط على الفسخ فان اتفاق الطرفين فيه كاف من الخيار.

و الحاصل: ان فى صورة ظهور الغبن قبل تمام العمل وبعد العجز عن الاثبات لعدم حضور الوارث او الوصى او الحاكم، فهو معذور ومأمور بالاتمام. فيفعله للمستاجر مراعا

باثبات الغبن وعدمه، ثم يحكم على مقتضاه بعد التمكن.

وهل يجوز للحاكم فى غيبة المستاجر ان يصلح عن الغائب فى دعوى الغبن بعد ثبوته، بشيء ولو بقرض فى ذمة الغائب، - يجعله فى ذمته ليكون الحج له فى تلك السنة اذا رأى

المصلحة فى ذلك، نظر الى ان ذلك الحج حق من حقوق الغائب وفى معرض الزوال، فكما

انه ولى الغائب فى حفظ ماله فهو ولىه فى حفظ حقوقه. فيجوز صرف بعض امواله لمحافظة

بعض اخر اذا رأى المصلحة فيه، فكذا فى محافظة حقه -؟. الاظهر ذلك، وهل يجب ام لا؟ -؟

الاظهر العدم. نظرا الى عدم وجوب الاصلح، ثم: هل يجوز ذلك لعدول المومنين مع تعذر

الحاكم؟ الاظهر ذلك، لانه احسان و (ما على المحسنين من سبيل) ومعاونة على البر والتقوى.

والاظهر ان هذا الكلام يجرى فى صورة الاولى ايضا، اعنى ما كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان الاطلاع بعد الشروع فى العمل والاتيان. بشيء منه، فالكلام فى الرضا بالغبن

او الفسخ مع حضور المستاجر او مع المرافعة الى الحاكم فى غيبته وغير ذلك، مثل ما مر،

ولكن الاشكال العظيم فى استرداد العمل، والامر فى ما بقى فى زمان يمكنه الاتيان بالحج

بعد الفسخ، اسهل، كما لو اطلع على الغبن فى اثناء طى المسافة مع دخوله فى الاحرام، او

بعد شيء من اعمال الحج، يمكن بعد الفسخ استئناف حج بتمكنه (١) من الرجوع الى الميقات.

فيفسخ ويرجع بعوض مافعل (لعدم امكان استرداد عين العمل او مثله، لما مر) ويستأنف الحج



لنفسه او ينوب عن غيره، ويبقى ذمة المستاجر مشغولة بالحج. واما لو ظهر الغبن بعد ما اتى بمعظم افعال الحج ولم يبق الباقي الاعمال قابلية الانتفاع لاحد منهما، فالقاعدة تقتضى استحقاقه لاجرة مثل ما عمل، ويبقى الاشكال فى الباقي،

١: وفى النسخة: تمكنه.

ويمكن القول با نه بمنزلة اتمام العمل، لانه يجب عليه اتمامه، اذ ليس باقل من الحج المندوب

الذى يجب بالدخول فيكون بمنزلة ما اتم العمل وسلمه ولا يمكن استيفائه الا باجرة المثل،

وح فيصير الحج كله للمستاجر ويبرء ذمته ويستحق الاجير اجرة مثل الجميع. وذلك لان

مقتضى وجوب الاتمام ان يكون للمستاجر بملاحظة اول الدخول فى الحج. ويمكن القول با نه انما يجب عليه الاتمام لنفسه حيث فسخه. يعنى يكون الباقي لنفسه والماضى يكون للمستاجر. لان الموجر اخذ عوضه فيستحق من اجرة المثل ما قابل الذى

فعله قبل الفسخ. ويبقى ذمة المستاجر مشغولة لعدم حصول اتمام الحج له، وانما يكون للموجر ثواب الاتمام، لانفس الحج، لان الماضى منه انتقل الى المستاجر بالعوض. ولعل

الثانى اوفق بالقواعد.

٢٦٠: سوال: هر گاه كسى چاروائى كرايه كند براى سفرى، و آن شخص بيمار شود،

تسلط فسخ دارد يا نه؟ -؟.

جواب: عذر مستأجر به تنها منشأ تسلط بر فسخ نمیشود، چنان كه تصريح كرده اند در اجاره دكان در وقتى كه متاع و مایه مستأجر تلف شود و نتواند در آن دكان عمل نماید،

بل هر گاه عذر عام باشد، مثل خوف راه از براى هر دو يا برف مانع شود، در آن وقت هر يك

مسلط بر فسخ هستند.

٢٦١: سوال: سوال: هر گاه كسى مسكنى را اجاره كند، يا كاروانسرائى، يا اجيرى را، جايز

است كه به غير اجاره دهد [به] زياده بر آنچه اجاره كرده است -؟، و آيا فرق ما بين اينها و

غير اينها از اعيان مستأجره است يا نه؟ -؟.

جواب: هر چند علما فرق نگذاشته اند در همه اينها، و جمعى قايل به حرمة شده اند و جمعى قايل به كراهت شده اند به شرط اين كه وجه اجاره از همان جنسى باشد كه به آن

اجاره كرده، يا در آن تصرف و احداث حدثى و اصلاحى نكرده باشد كه در برابر آن،

زیادتی باشد. و الا ضرری ندارد. (۱) و لکن اظهر این است که فرق باشد، چون  
(اجماع مرکب)

-----  
۱: یعنی اگر وجه اجاره از همان جنس نباشد، و یا کاری و اصلاحی در آن کرده باشد، اشکالی و  
کراهتی  
نمماند.

معلوم نیست. و محقق قایل به فرق است. چون در کتاب مزارعه تصریح به کراهت اجاره زمین کرده و در کتاب اجاره به حرمة مسکن و خان و اجیر، کرده. و احادیث دال بر فرق صریحا موجود است. (۱)

۲۶۲: سوال: اذا آجر زید دابة به عمرو الى موضع خاص و لم یصاحبه، فمرض الدابة ومات. وادعی المالك علیه التقصیر فی المعالجة، فهل یضمن المستاجر اذا ادعی الجهل بالمرض وکیفیه العلاج -؟.

جواب: الظاهر عدم الضمان، الا مع اثبات التفريط، لانه امین، فغایة الامر تسلطه علی الیمین فی عدم التفريط.

۲۶۳: سوال: شخصی زمینی را اجاره کرده به مبلغ معینی، و آب آن زمین بسیار کم شده است و نقصان بسیار به مستأجر می‌رسد، مسلط بر فسخ هست یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر ادله و فتاوی علما و صریح جمعی این است که بلی. و خلافی در نظر نیست، و این مقتضای نفی ضرر و حرج است. (۲)

---

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۱۹ و ۲۰.  
۲: برای پاسخ مشروح و مستدل رجوع کنید به مسئله‌های شماره ۱۱۹، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۲۴، از همین مجلد.

کتاب الوکالة

(من المجلد الاول)

۲۴۶: سوال: هر گاه کسی شخصی را وکیل کند که زن او را طلاق بگوید، و

وکیل هم

قبول کند، بعد از آن غایبانه به زوج بگوید که من نمگویم این طلاق را، و خود را عزل کند،

آیا بعد از آن میتواند بدون اذن جدید آن زن را طلاق بگوید؟.

جواب: هر چند اشهر آن است که عزل وکیل خود را، موجب بطلان وکالت است، اما

اظهر در نزد حقیر جواز است، نه به جهت این که گفته‌اند که (توکیل از باب اباحه است یا از

قبیل رخصت در اکل طعام است که به مجرد رضای موکل میتوان آن امر را به عمل آورد).

به علت این که در اکل طعام ونحو آن مطلق رضا کافی است و انشائی در کار نیست، چنان که

در تصرفات به شاهد حال در اراضی ومیاه، وتوکیل غالباً در بیوع وانکحه و غیر آن از

اموری است که محتاج است به انشائی، و اگر وکالت از جمله عقود است (چنان که ظاهر آن

است) پس آن به بطلان احد جزئین که (قبول) است باطل میشود، و اباحتی که مستفاد

از عقد بر طرف میشود.

و اگر گوئی: اباحه مطلق که در ضمن این اباحه خاص مستفاد میشود، باقی است. گوئیم: که جنس را بدون فصل بقائی نیست، وزوال فصل منشأ زوال جنس است،

چنان که

در اصول تحقیق کرده‌ایم. و اگر گوئی: که قطع نظر از اباحه موجوده در ضمن وکالت، از

توکیل، اباحه مطلق [را] نیز مفهمیم، و آن باقی است بعد از زوال خصوصیت. گوئیم: که

دعوی فهم این معنی از عقد و کالت، مکابره است، با آن که اذن غیر در تصرف، خود معنی و کالت است، پس اگر اذن حاصل شود در بیع یا در نکاح یا طلاق، پس نفس توکیل حاصل است. به جهت این که ظاهراً اشکالی نیست در این که توکیل به مثل (بع فرسی) و (طلق) زوجتی) حاصل میشود، و احتیاج به گفتن (و کلتک) یا (انت و کیلی) نیست. بلی دعوی فهم رضا صحیح است و اما آن نه از بابت (انشاء) است، بلکه از قبیل شاهد حال است، چنان که گفتیم، مگر این که بگوئیم: منافاتی ما بین فساد و کالت و صحت تصرف در موکل فیه نیست هر چند نه از حیثیت و کالت باشد، بنابر آن که رضا و اذنی که در ایجاب و کالت معلوم میشود اعتبار دارد، گو در رضا و اذن نباشد، که رفتن یکی باعث دیگری نباشد. زیرا (۱) دو حیثیت دارند و رفتن اذن از حیثیت و کالت و به علت آن که و کالت است، مستلزم رفتن از حیثیت آن که مجوز تصرف است، نیست. و بالجمله: تصرف در موکل فیه معلل نیست به قید (رضای و کالتی)، بلکه از حیثیت آن که و کالت است مقید است به رضا از حیثیت آن که رضا است، چنان که در مسأله سابقه گفتیم، و بیان ثمرات و کالت [را] گفتیم به حیثیتی که منافات با ترتب اثرهم فی الجملة نداشته باشد که مقتضای صحت است. و به هر تقدیر: اختیار جواز نه همین (۲) از این راه است، بلکه از جهت استصحاب حکم (ایجاب) است. و بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست. و دلیلی بر لزوم مقارنه (قبول) از برای (ایجاب) نیست. و همچنین رد بعد قبول، موجب حکم [به] بطلان آن نیست. چنان که (رد) اولاً ثم القبول) نیز مانعی ندارد. پس گویا بعد از رجوع، عقد و کالت مجدداً منعقد میشود. و موید این مطلب است آنچه مکرر در کلام علامه ذکر شده که (و کالت مثل امر

است  
خصوصا بنابر قول به عدم دلالت بر فور (۳) و این کلام نیز منطبق بر اعتماد بر  
ایجاب است.  
نه بر مطلق عقد.  
و بعضی استشهاد به عمومات اخبار نیز کرده‌اند. اما دلالت آن خالی از خفائی  
نیست.

- 
- ۱: در نسخه: و لکن.  
۲: تذکر: یعنی نه فقط...  
۳: یعنی خصوصاً بنابر این که (امر) دلالت بر فور ندارد.

مثل صحیحہ هشام بن سالم کہ مفرماید (الوکالة ثابتة حتی یعلم بالخروج منها، کما اعلمه بالدخول) (۱) بلکه مطلقا دلالت ندارد. به جهت آن کہ ظاهرا روایت بلکه صریح آن حکم عزل موکل اسات وکیل را، نه عزل وکیل خود را. به اعتبار این کہ اگر اراده شود از لفظ وکالت مجموع عقد، پس بلا شبهه بعد از رد وکیل و عزل او خود را، عقد منفسخ میشود بالاجماع، و تا رجوع نکند اتفاقی است کہ وکالت منفسخ است. پس دیگر چگونه امام علیہ السلام می فرماید کہ (الوکالة ثابتة حتی یعلم). بلی این در صورت عدم علم وکیل به عزل موکل او را، خوب است. به این کہ اراده کنیم حکم عقد را و استصحاب حکم عقد را. و اگر مراد از وکالت ایجاب است مطلقا، پس آن نیز خوب است و مطابق است با آنچه گفتیم نهایت آن نیز خلاف ظاهر حدیث است. چنان کہ پوشیده نیست. بلکه ظاهر حدیث بقاوی وکیل بودن و ثبوت وکالت است در صورت عدم عزل او خود را (هر چند در نفس الامر موکل او را عزل کرده باشد) مادامی کہ عزل به او نرسیده است. نه مطلقا. و به هر تقدیر: اظهر جواز طلاق مزبور است خصوصا با موافقت نفی عسر و حرج، و سماحة ملة حنیفه بیضاء واللہ العالم. (۲)

---

۱: وسائل: ابواب الوکالة، باب ۱ - توضیح: این روایت از معاویه بن وهب و جابر بن یزید است. نه از هشام بن سالم، و حدیث هشام نیز دلالت به مطلب دارد: باب ۲ ح ۱.  
 ۲: بیان میرزا (ره) در این مسأله به توضیحات بیشتری نیازمند است:  
 اولاً: این همه بحث و نظریه‌های مختلف در صورتی است کہ یقین داشته باشیم مقصود موکل صرفا انجام طلاق بوده خواه مجری صیغه طلاق به عنوان (وکیل) اجرا کند یا به عنوان (مأذون). و در صورت شك در چگونگی مقصود او زمینه‌ای بر ای جواز نمماند.  
 ثانیاً: میرزا ادله دیگران را (که بر جواز اقامه کرده‌اند) رد میکند و خود به استصحاب ایجاب تمسک میکند و می گوید (بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست) و می گوید (گویا بعد از رجوع، عقد وکالت مجددا منعقد میشود) کہ نه دلیل دارد و نه میتوان با تکیه به (گویا) حکمی داد. و استصحاب (ایجاب مردود)



معنی  
ندارد مگر با تمسك به (اذنی) که در درون آن بوده. و این نیز مورد قبول خود میرزا نیست آنجا که  
مگوید  
(نه به جهت این که گفته‌اند: که توکیل از باب اباحه است یا از قییل...).

بنابر این، ایجاب خصوصیتی را رد که آن خصوصیت نیز به وسیله (رد) منتفی میشود. پس چیزی باقی  
نماند تا استصحاب شود. و به همین جهت فقهای دیگر به استصحاب ایجاب تمسك نکرده‌اند.  
و اصل در عقود، فساد است تا صحت آنها ثابت شود.

۲۴۷: سوال: هر گاه زید هدیه به دست عمرو بدهد که به خالد برادر او برساند. و بکر را وکیل کند که هدیه را از عمرو گرفته به قبض خالد بدهد. و قبل از ایصال و قبض هدیه، زید بمیرد و بکر هم بمیرد، آیا خالد میتواند هدایا را از ورثه بکر بگیرد؟ و آن هدایا مال خالد است؟ یا به وارث زید منتقل میشود؟

جواب: وکالت بکر در قبض هدایا به خالد به موت زید موکل باطل میشود، و هم چنین هبه و هدیه به موت مهدی و واهب قبل از قبض، باطل میشود. و بنابر قول به عدم بطلان هم موقوف است لزوم آن به امضا و اجازه وارث مهدی یعنی زید. و بعد از امضا و تنفیذ ورثه هبه را، باید قبض کردن خالد هم به اذن وارث باشد. و به هر حال با وجود وارث اقرب به زید از خالد، خالد را نصیبی در آنچه در نزد ورثه بکر است نمیشود. و اگر خالد از جمله وراث باشد و در طبقه ایشان باشد، به قدر الحصة مستحق اخذ مال از ورثه بکر از باب میراث (نه از باب هبه) میباشد. والله العالم.

۲۴۸: سوال: شخصی ذمی کشتی را مفرستد نزد مسلمانی. و در هر باب او را

ثالثا: بی تردید اقدام به طلاق با چنین کیفیتی با (سماحت) و (حنیفیت) سازگار نیست. هر چند در موارد دیگر سازگار باشد.

رابعا: اگر مراد از (عسرو حرج) این است که در صورت منع از این فعل مردم در کارهای مختلف شان - اعم از هر معامله ای - دچار تنگنا میشوند. باید گفت اگر چنین توسعه ای به کاربرد عسر و حرج بدهیم دیگر حکمی روی موضوعی قرار نمگیرد.

و اگر مراد تنها در (خصوص طلاق زنی که شوهرش زمان مدیدی است او را ترك کرده)، در این صورت طلاق چنین زنی حکم خودش را همراه با ادله خود دارد، و نیازی به تمسك به (استصحاب ایجاب) یا به تمسك بقایای اذنی که در محتوای توکیل بوده، نیست. و نباید دو موضوع را که دو حکم جدا و ادله جدا دارند، با هم خلط کنیم. اذن عام تنها در يك صورت مفید است که در پایان مسأله شماره ۲۵۱ خواهد آمد. و آن صورتی است که وکیل با اعلام عزل خود اساس اذن را از بین نبرده باشد.

علامه در قواعد حکم به صحت و جواز کرده. و در تذکره احتمال صحت داده. و در تحریر و ارشاد باقول  
مطلق، آن را باطل دانسته. یعنی اطلاق کلامش شامل بطلان مانحن فیه نیز شده است.  
خامسا: در مرحله دیگر و نهائی، اصل عدم تاثیر صیغه طلاق، و نیز اصل بقای زوجیت است. و در مرحله  
ماقبل این، اصالت عدم جواز قرار دارد. و قبل از آن نیز با اصالت (قصد توکیل) و (قصد خصوص توکیل  
در  
وکالت) - نه اذن و اباحه مطلق - حضور دارد. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۵۱ همین مجلد.

مختار میکند. و مسلمان صرفه او را در این مداند که کشتی را به اجاره بدهد. و بعد از این که به اجاره بدهد دو حصه را آن شخص و يك حصه را خود بردارد، یا به آن که اجاره داده است خودش به يك حصه باشد (؟).

جواب: صورت سوال مغشوش است. اگر مراد این است که ذمی مسلمان را وکیل و صاحب اختیار کرده در امر کشتی، و مسلمان صلاح را در این دانست که کشتی را به اجاره بدهد، و بنا را به اجاره گذاشته. لکن يك حصه را خود به اجاره برداشته و دو حصه را به دیگری به اجاره داده. صحیح است یا نه؟ -؟. جواب آن این است که اظهر جواز است مگر این که در برداشتن از برای خود تهمت و رذالتی برای او حاصل شود، یا اینکه از جانب نفس خود مطمئن نباشد. یعنی هر گاه خوف این باشد که نفس او را فریب دهد که اجرت را کم قرار بدهد. [در این صورت] این کار را نکند بلکه به دیگری به اجاره بدهد. و مراد از سوال دوم اگر این است که بعد از آن که صلاح دانست اجاره دادن کشتی را، و اجاره را هم به غیر داد، لکن بعد خود با او شريك شد. و این معنی صورت نمیپذیرد مگر این که ثانیاً از مستأجر يك حصه را برای خود اجاره کند، یا به غیر اجاره مثل صلح کردن آن يك حصه با او از برای خود. پس جواب آن این است که هر گاه در اجاره شرط نکرده است که او به خودی خود منتفع شود، جایز است اجاره هر گاه به همان قدری که اجاره کرده است مستأجر، ثانیاً به همان [قدر به] وکیل اجاره بدهد. و هر گاه بیشتر بگیرد تفصیل دارد. (۱)

و دور نیست که مکروه باشد.

۲۴۹: سوال: مسلمان میتواند وکیل شود از جانب کافر به ضرر مسلمان دیگر، یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر جواز است با کراهت. (۲)

۲۵۰: سوال: هر گاه زید به عمرو بگوید که تو وکیل منی در هر چیز، صحیح است یا نه؟ -؟.

- 
- ۱: تفصیل همان است که در مسأله ۲۶۱ بیان گردید که اگر احدائی، کاری و تغییری روی مال مورد اجاره انجام داده، میتواند به بیش از وجه الاجاره‌ای که خود پرداخت کرده، اجاره بدهد. و اگر نه، نه.
- ۲: برای توضیح بیشتر رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۳ همین مجلد.

جواب: هر گاه بگویند (تو وکیل منی در اموال من در خرید و فروش و هر چیز پیش آید)، صحیح است. و باید بر وفق مصلحت موکل باشد. و هر گاه بگویند (تو وکیل منی در هر

امری که از برای من باشد از قلیل و کثیر)، بعضی مگویند صحیح نیست. به جهت آن که

مستلزم غرر و ضرر میشود در نکاح‌های متعدد و طلاق‌های متعدد عقیب آن، و نکاح‌های

دیگر بعد از آن و طلاق‌های بعد از این، بدون حاجت و هکذا... و بعضی مگویند صحیح

است. به جهت آن که چون امر وکیل باید که منوط به مصلحت باشد اتفاقاً، دیگر این

ناخوشیها لازم نم‌آید. (۱)

۲۵۱: سوال: هر گاه کسی به سفر برود و بگوید که زید وکیل من است که هر گاه من

بعد از دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوید. و يك مرد و زن شاهد بر این هستند. والحال ده

سال است که آن کس مفقود الخبر است. و آن زن نفقه ندارد و صبر نمیتواند کرد، و خوف

وقوع زنا هم هست. چه کند؟.

جواب: اولاً باید دانست که در ثبوت وکالت شرط است که دو مرد عادل شهادت بدهند. و شهادت زنان اعتبار ندارد. بلی اگر یقین حاصل شود از [شهادت] زن بر وکیل

کردن، (۲) جایز است عمل به آن. و لکن اشکال در صورت سوال در چیز دیگر است. و آن معلق

کردن وکالت است به شرط نیامدن بعد از دو سال و ظاهر علما اجماع است بر بطلان توکیل

در صورت تعلیق به شرط. چنان که در تذکره ومسالك دعوی کرده‌اند. و مخالفی هم در آن

ندیده‌ام به غیر از آخوند ملا احمد ره و صاحب کفایه که در این اشکال کرده‌اند. و اگر

دعوی اجماع نبود سخن ایشان متین

بود. به جهت این که انشاء منافاتی با تعلیق ندارد. چنان که در نذر زجری و غیر آن. و موید آن

است این که تجویز کرده‌اند تعلیق در تصرف را با تنجیز (۳) توکیل. مثل این که بگوید که (تو) وکیل منی در طلاق دادن زن من، لکن دو ماه دیگر طلاق بده). و چنان که بگوید (انت)

- 
- ۱: این مسأله در آینده (تحت شماره ۲۵۴) تکرار شده است.  
۲: عبارت نسخه: اگر یقین حاصل شود از زن برای وکیل نفر این جایز است عمل به آن.  
۳: در نسخه: تخمین.

و کیلی فی بیع عبدی اذا قدم الحاج). به جهت آن که مآل آنها یکی میشود و مغایرت در لفظ

است. و صحت اینها اجماعی است. چنان که در تذکره دعوی کرده. و در اینجا کلام دیگر هست. و آن این است که علما بعد از آن که اتفاق کرده‌اند ظاهراً بر

این که (تعلیق به شرط، مبطل و کالت است)، اختلاف کرده‌اند در این که آیا تصرف در موکل

فیه با وجود بطلان توکیل، صحیح است یا نه. و شهید ثانی رحمه الله در شرح لمعه گفته

است (در این دو قول است). و علامه در تذکره گفته است (اقرب صحت است). و محقق

شیخ علی در شرح قواعد توقف کرده. و فخر المحققین اختیار عدم صحت کرده است.

و بنابر سخن آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه به طریق اولی صحیح خواهد بود. (۱)

و به هر حال، چون دلیل بطلان تصرف، اجماع بر (بطلان توکیل معلق) است، و آن خود در اینجا منعقد نیست، پس قول به صحت موکل فیه - مثل طلاق در ما نحن فیه - دور

نیست. بلی در اینجا اشکالی هست که بنابر بطلان توکیل معلق، چه معنی دارد صحت

موکل فیه؟ و وجه اشکال این است که فرق ما بین صحیح و باطل، ترتب اثر و عدم ترتب اثر

است. و در اینجا فرقی باقی نماند. و کلام شیخ علی و شهید ثانی در شرح کلام علامه در

بیان فارق، خالی از اغلاق و اشکال نیست. و حاصل آنچه در توجیه صحت گفته‌اند این است

که رضای ضمنی بعد بطلان توکیل، باقی است و همان قدر در تصحیح موکل فیه کافی است.

و در وجه بطلان گفته‌اند که اذن و وکالت شیء واحداند در وجود، و جنس را بعد از زوال

فصل بقائی نیست.

و تحقیق آن است که آنچه زایل شده است (جهت تعلیلیه) است. نه (جهت تقیید یه).



پس مگوئیم جایز نیست تصرف در موکل فیه بعد از بطلان وکالت، از جهت آن که اذن و رضای حاصل از راه وکالت است. و اما از حیثیت مطلق رضا، پس مانعی از برای آن نیست چنان که در بیع معاطات بنابر قول به این که بیع فاسد است - چنان که علامه در نهاییه قایل شده - مگوئیم که تصرف جایز است. به جهت این که گاه است که مطلقا طرفین متفطن این

-----  
۱: صاحب جواهر (ره) مگوید: علامه در قواعد احتمال صحت داده، و در تذکره صحت را قریب دانسته،

و در تحریر و ارشاد با اطلاق کلامش حکم به بطلان کرده - رجوع کنید: جواهر، ج ۲۷ ص ۳۵۶ ط دار احیاء.

نیستند که این نوع تصرف از راه بیع بودن است. بلکه از راه تراضی است که از طرفین مستفاد شده.

بلی هر گاه تصرف کنند به علت این که بیع است لاغیر، جایز نخواهد بود. پس میتوان گفت که آن صورتی که تعلیق مستلزم بطلان موکل فیه است صورتی است که معلوم شود از موکل که اذن او منحصر است در آنچه حاصل شده به توکیل معلق. (۱) یعنی مراد او این باشد که راضی نیستیم به فعل و کیل الا از راه توکیل مشروط، و به شرط این که تصرف از این راه باشد. و در این صورت ظاهراً اشکالی در بطلان نباشد. و دیگر آن که بطلان حاصل میشود به سبب عدم ترتب بعض آثار. پس (صحیح آن است که همه آثار بر آن مترتب شود) و (باطل آن آن است که همه آثار بر آن مترتب نشود. گو بعض آثار که جواز تصرف است بر آن مترتب شود).

مثلاً مگوئیم: از آثار و کالت صحیحه این است که هر گاه شرط شود در ضمن لازمی، لازم میشود. یا هر گاه کسی جعاله قرار بدهد برای دو نفر که ایجاب و قبول توکیل صحیح [را] بکنند. یا نذر کند که [به] کسی که چنین توکیلی را به جا آورد، چیزی بدهد، یا [به] کسی که بر وجه صحیح و کیل کند در ادای دیون خود. پس در مانحن فیه اگر چه بگوئیم که توکیل باطل است و هیچ يك از این آثار و ثمرات (که نذر و لزوم جعاله ونحو آن باشد) بر او مترتب نشود، لکن صحت فعل موکل فیه بر او مترتب [می] شود. پس کافی خواهد بود استمرار رضای موکل و متصل شدن آن رضا به فعل موکل فیه (۲) از طلاق و بیع و امثال اینها.

-----

۱: پس در هرجا که علم به انحصار نداشته باشیم، صحیح خواهد بود. لیکن باز با اصل عدم جواز رو بر و مشویم. شاید بهتر این باشد که گفته شود: در هرجا که علم به عدم انحصار داشته باشیم، صحیح میشود. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۴۶ همین مجلد و نیز مراجعه کنید به پی نویس بعدی که خود میرزا به اصل نکته توجه خواهد کرد.

۲: بنابر این (علم به رضا) شرط است در صحت فعل موکل فیه. و در صورت عدم علم به رضا، صحیح نمیشود.

این سخن میرزا (ره) با سخنی که در چند سطر پیشتر فرمود و ما تعلیقه بر آن زدیم منافات دارد. در آنجا فرمود (علم به انحصار، دلیل بطلان است). و در اینجا مفرماید (علم به بقا و استمرار رضا دلیل صحت است) و این دو منافی همدیگرند.. اشکال کلام وی در مسأله ۲۴۶ نیز در همین نکته است.

بلی در اینجا اشکالی که هست در این است که بیع و نکاح و طلاق و سایر امور موکل فیها از اموری هستند که محتاج است صحت آنها به دلیل قوی، و اصل عدم [صحت] آنها است، آیا محض همین رضا و استمرار آن و اتصال به عقد کافی است در تحقق آنها یا نه؟ -؟ با منع انصراف ادله اذن و رضا و کفایت مطلق آنها در این افراد. و ممکن است دفع آن به این که نظیر آن در شرع موجود است. چنان که در بیع مکره و فضولی و غیر آن. خصوصا در مثل صورت سوال که لزوم عسر و حرج و ضرر عظیم معاضد آن میشود. پس اگر گفته شود که طلاق مزبور که از آن سوال شده صحیح باشد، دور نخواهد بود. (۱)

پس هر گاه کسی خواهد که بی اشکال باشد در چنین جاها، مگوید (فلان را وکیل کردم که بعد دو سال زن مرا طلاق بگوید) و نگوید که (اگر من نیایم وکیل باشد که طلاق بگوید). و بدان که بعضی از اصحاب قایل شده‌اند به جواز تصرف وکیل هر گاه خود را عزل کند و موکل نداند، و بعد از آن پشیمان شود و آن کار را بکند، هر چند وکالت باطل شده است. نظر به اذن عام. و آن نیز موید مطلب است. (۲)

سوال: هر گاه شخصی جنسی بفرستد به نزد شخصی دیگر، و او را وکیل کند که بفروشد. آیا میتواند به قیمتی که سایر مردم میخرند وکیل به جهت خود بردارد - یا نه؟

جواب: هر گاه داند که موکل به این معنی راضی است، صحیح است. چنان که هر گاه

---

۱: طلاق دادن زوجه مردی که به مدت طولانی غایب است با تمسک به عسر و حرج، يك موضوع خاص است، و امری است که توسط حاکم شرع یا عدول مومنین انجام میابد.. و موضوع توکیل و تمسک به اذن عامی که در ضمن توکیل بوده، امر دیگر است. این دو موضوع جدا با دو حکم جدا و با دو نوع ادله جدا،

هستند.

۲: در این صورت وکیل عزل و انصراف خودش را اعلام نکرده، یعنی آن اذن عام را از بین نبرده و به بقای آن

یقین دارد. و دیدیم که خود میرزا (ره)) (علم به رضا) را شرط دانست. پس وکیل میتواند بر اساس آن اذن عمل کند. اما در جایی که خود وکیل به وسیله اعلال عزل خود، اساس اذن را نیز از بین برده است (و شاید

موکل پس از آن از طلاق دادن همسرش منصرف شده است) نمیتواند عمل کند. پس در صورت مورد بحث نه تاییدی برای صحت اقدام وکیل در موضوع مسأله شماره ۲۴۶ هست، و نه تاییدی بر مانحن فیه میباشد.

داند راضی نیست، صحیح نیست. و در ثانی اشکال این است. و در اول اشکالی نیست الا از جهت اتحاد موجب و قابل. و اظهر این است که ضرر ندارد. و در خصوص نکاح از طبرسی (ره) نقل اجماع شده بر کفایت تغایر اعتباری. و در غیر آن به طریق اولی ثابت میشود و بعضی اخبارهم دلالت بر جواز دارد. و اما هر گاه رضا و عدم رضا هیچ کدام معلوم نباشد: پس خلاف است. و اظهر جواز است هر چند از اطلاق کلام موکل، عمومی نفهمیم که وکیل داخل آن باشد. و اخبار منع (۱) را حمل میکنیم بر کراهت، یا بر صورتی که از تلبیس نفس خود و حصول خیانت در صلاح موکل مطمئن نباشد. یا منشأ اتهام و ردالت و پستی او شود. چنانچه بعضی احادیث دلالت بر آن دارد. (۲)

۲۵۳: سوال: آیا جایز است که ذمی وکیل کند مسلم را بر ضرر مسلمی دیگر؟ یا مسلم وکیل کند ذمی را بر ضرر مسلمی؟ یا نه؟

جواب: بدان که جایز است که مسلمان وکیل شود از برای استیفای حق مسلمانان از مسلمان و ذمی، بی اشکال و خلاف. و هم چنین جایز است که وکیل شود از برای مسلم و ذمی بر ضرر ذمی. بلکه جمعی دعوی اجماع بر جواز کرده‌اند. و اما وکیل شدن مسلمان از برای ذمی بر ضرر مسلمان: پس در آن خلاف است. و مشهور میان متأخرین جواز است با کراهت. و از اکثر قدما قول به منع نقل شده. و از هر دو طرف دعوی اجماع نقل شده است. و شاید اقوی و ارجح جواز باشد. به جهت اصل، و عموم، و منع شمول آیه داله بر (نفی سبیل بر مومنین) (۳) ما نحن فیه را. به جهت آن که ذمی را جایز است مطالبه حق خود به دست خود، و دست مسلم اولی است از او. و اما وکیل شدن ذمی از برای مسلمان یا ذمی بر ضرر مسلمان: پس جایز نیست. و از جمعی

اصحاب نیز نقل دعوی اجماع بر آن شده. و ظاهر این است که در این مسائل فرقی  
ما بین  
ذمی و سایر کفار نباشد. هر چند در عبارت فقها لفظ (ذمی) مذکور است غالباً. و  
بعضی به  
لفظ (کافر) ادا کرده‌اند. و (اولویت) هم موید این است. و جمعی از متأخرین مثل  
آخوند

-----  
۱ و ۲: وسایل: ج ۱۲: ابواب آداب التجارة، باب ۶.  
۲: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً. - نساء ۱۴۱.

ملا احمد (ره) و صاحب کفایه (ره) منع را مختص جائی کرده‌اند که در تصرف کافر نوعی از قهر و غلبه و تسلط باشد. چنان که در کلمات ایشان به لفظ (علی) ادا شده که افاده ضرر میکند.

پس ظاهر این است که مثل وکالت در (ایصال حق) یا اجرای صیغه داخل نباشد. بلی از ابن زهره حکایت شده دعوی اجماع بر عدم جواز وکیل شدن آن در تزویج مسلم به

مسلمه. مثل وکیل شدن مسلم در تزویج مشرک به کافر.  
۲۵۴: سوال: در وکالت تعمیم جایز است - که بگوید تو وکیل منی در جمیع اموری که

متعلق به من است از قلیل و کثیر - یا نه؟ -؟  
جواب: هر گاه تعمیم در جهت خاصه باشد (مثل این که او را وکیل کند در امر املاک و اموال خود) ظاهراً خلافی در صحت نیست. و باید به مقتضای مصلحت عمل کند. و هر گاه تعمیم

در جمیع امور باشد مثل آن که بگوید (تو وکیل منی در هر امری که تعلق به من دارد از قلیل و کثیر)، در این خلاف است. بعضی گفته‌اند جایز نیست. به جهت این که مستلزم غرر و ضرر میشود. و گاه است چهار زن از برای او عقد کند و قبل از دخول یا بعد از دخول همه را طلاق بگوید و باز چهار زن دیگر از برای او عقد کند و باز طلاق بگوید بدون احتیاجی به

اینها. و اینها همه ضرر است.  
و بعضی مگویند: صحیح است. به جهت عموم ادله، و چون تصرفات وکیل منوط به مصلحت باید باشد، دیگر لزوم غرر و ضرر مرتفع میشود. و این قول اظهر است.  
(۱)

۲۵۵: سوال: هر گاه زید ادعا کند که من از جانب عمرو وکیلیم. و خواهد که ملکی را از عمرو بفروشد، یا زنی از برای او نکاح کند. و وکالت آن ثابت نباشد. و خواهد اجرای

صیغه نماید. باید او را تکلیف نمود که وکالت خود را ثابت کند (۲)، و بعد الثبوت



اجرای صیغه

نمایند؟ و یا آن که به مجرد ادعای آن، کفایت مشود، و اجرای صیغه بشود -؟.

- 
- ۱: این مسأله قبلاً (تحت شماره ۲۵۰) آمده بود. در اینجا با مختصر تفاوتی در لفظ، تکرار شده است.
- ۲: مگر در صورتی که تصرف مدعی وکالت با وظیفه شرعی او تعارض داشته باشد مانند امین. که میتواند از تصرف در مال جلوگیری کند تا مدعی وکالت، وکالتش را اثبات کند.

جواب: هر گاه مسلمی ادعای وکالت کند از جانب احدی در باب ملك او یا عقد کردن  
به زنی و غیر ذلك، کسی مزاحم او نمیتواند شد. و معامله او صحیح است مادامی که  
بطلان او ثابت نشود و کذب او معلوم نشود. و آن شخص که وکیل ادعای وکالت او را  
میکند،  
بر حجت خود باقی است. و هر گاه حاضر شود و انکار توکیل کند و بینة بر آن  
نباشد، قول،  
قول او است با یمین. و به هر حال کسی نمیتواند به مدعی وکالت بگوید که تصرف  
مکن تا  
وکالت خود را ثابت کنی. (۱) والله العالم.  
کتاب الوكالة من المجلد الثالث:  
۲۵۶: سوال: زینب زید را در حضور جمعی عدول وکیل کرد که او را نکاح کند  
از  
برای عمرو. و بعد از چند روز هند آمد در نزد زید و گفت که زینب میگوید که هر  
گاه صیغه  
را نخوانده‌ای دیگر نخوان که من راضی نیستم. آیا به مجرد این، وکالت باطل  
میشود؟ یا  
جایز است عقد کردن؟.  
جواب: هر چند اشهر و اظهر این است که به مجرد عزل موکل، وکیل معزول  
نمیشود، هر چند جمعی را شاهد بگیرد بر عزل. بلکه وکالت ثابت است تا وکیل  
علم به هم  
رساند به عزل قبل از فعل موکل فیه. لکن جمعی تصریح کرده‌اند به جواز عمل به  
قول ثقه  
واحد. نظر به صحیحہ هشام بن سالم که در آخر آن فرموده است (والوكالة ثابتة  
حتى يبلغه  
العزل عن الوكالة بثقة يبلغه، او یشافهه بالعزل عن الوكالة). (۲) و اطلاق (ثقه) شامل  
مرد و زن  
هست. و عمل به این قول دور نیست. و ظاهر این است که مجرد معتمد بودن در  
صدق  
کافی است و عدالت شرط نیست.  
و به هر حال، با وجودی که وکالت از عقود جایزه است و جایز است که وکیل  
خود را

معزول کند، در چنین صورتی که امر فروج در میان است، هر چند آن مخبر ثقه هم نباشد  
احتیاط را از دست ندهد. و در صورت وثوق و اعتماد که اظهر این است که  
نمیتواند به

-----  
۱: گویا نسخه بردار چاپ سنگی مسایل مجلد اول و دوم را يك جا آورده و نامی از مجلد ثانی به میان  
نیاورده. و  
تکرار مسئله‌ها هم شاهد این است.  
۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب الوکالة، باب ۲ ح ۱.

عمل آورد.

۲۵۷: سوال: زید عمرو را وکیل کرد که زینب را برای من تزویج کن، و مهر او را ده

تومان کن. عمرو رفت و با او گفتگو کرد. زینب قبول نکرد که به ده تومان مهر راضی شود.

عمرو فضولتا مهر او را بیست تومان کرد. آیا عقد صحیح است یا باطل؟ -؟ یا موقوف است بر

اجازه؟ و بر فرض صحت آیا زیادتى مهر را کی باید بدهد؟ و هر گاه او را قبل از دخول طلاق گفته، چه باید کرد؟.

جواب: الحال از کلام فقها در نظر نیست که کسی متعرض این مسأله شده باشد (حتی علامه در تذکره و قواعد، که کتاب وکالت آنها را مرور کرده‌ام و این مسأله را

ندیدم) به غیر علامه در تحریر که در کتاب وکالت متعرض آن شده - و بسیاری از کتب فقه

فقها در نزد حقیر موجود نیست - و عبارت تحریر این است که (ولو وکله فى تزویج امرأة

و عین المهر، لم یجز له التجاوز. فان زوجه باکثر، لم یلزم الموکل. ووقف علی الاجازة. فان لم

یرض، ففی الرجوع الی مهر المثل او الزام الوکیل بالزاید، اشکال. ولو اختلفا فی الاذن فالقول، قول الموکل مع یمینه، ثم ان صدقت المرئة الوکیل، لم ترجع علیه، بشیء والا لکان

الحکم ما تقدم من التردد).

و حاصل عبارت اول این است که در صورت مذکوره عقد صحیح است و لازم است،

و لکن زیادتى که مهر کرده، بر موکل لازم نیست و موقوف است بر اجازه، یعنی اجازه مهر نه

اجازه عقد. پس اگر اجازه نکند و راضی نشود، پس در آن اشکال است و احتمال دارد که

زوجه مستحق مهر المثل باشد از زوج، و ممکن است که آن زیادتى مهر را از وکیل بگیرد. و

گمان حقیر این است که وجه صحت عقد این است که مهر در عقد دائم از ارکان نکاح نیست

و به فساد آن، نکاح فاسد نمیشود. چنانچه از کلمات علما در مواضع بسیار ظاهر  
میشود.  
واخبارهم دلالت بر آن دارد.  
از آن جمله آن مواضعی است که شرط مخالف شرعی در ضمن عقد شده باشد (۱)،  
یا

-----  
۱: از جمله رجوع کنید: وسایل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۰.

شیء محرمی در صداق کرده باشد (۱)، یا بالمره ذکر مهر نشده باشد (۲). پس گویا او را در دو چیز وکیل کرده و به بطلان احدهما دیگری باطل نمیشود. بلی اگر تصریح کند که (تو وکیل منی در تزویج به این شرط که مهر ده تومان باشد و اگر راضی نشود عقد مکن و وکیل نیستی در عقد)، پس در این صورت عقد لازم نیست، مگر به اجازه. و اما حکایت مهر پس راه رجوع به مهر المثل این است که آن در حکم (مفوضة البضع) میشود چون ذکر این مهر در حکم عدم ذکر است، و لکن در این اشکال است، چنان که خواهیم گفت، با وجود این که حکم مفوضة البضع (که رجوع به مهر المثل میشود) بعد دخول است، نه مطلقا. و اما راه رجوع در زاید به وکیل: پس گویا این مستخرج باشد از مسأله مشهوره که در کتب فقها مذکور است، و آن این است که: هر گاه شخصی زنی را تزویج کند از برای شخص دیگر به ادعای وکالت از جانب او پس انکار کند آن شخص توکیل او را. قول منکر را مقدم مدارند با یمین و بعد از این خلاف است در مهر که در ذمه کیست و چه قدر است؟ -؟. و در آن سه قول است: قول اول آن که: بر وکیل لازم است که تمام مهر او را بدهد. و این مذهب شیخ است در نهاییه، و ابن براج، به جهت این که مهر واجب میشود به عقد بالتمام و اگر طلاق بگوید قبل از دخول، تنصیف میشود، و این جا که طلاق نیست، و چون وکیل تقصیر کرده و شاهی نگرفته بر توکیل، پس حق زوجه را به تلف آورده، پس باید غرامت بکشد. و قول دوم این است که بر وکیل نصف مهر لازم است، چنان که صحیحہ ابو عبیدہ دلالت بر آن دارد (رواها الشیخ فی کتاب النکاح فی باب الزیادات، عن ابی عبد الله (ع) فی

رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة من اهل البصرة من بنى تميم. فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنى تميم؟ قال: خالف امره، على المامور نصف الصداق لاهل المرأة، ولا عدة عليها، ولا ميراث بينهما. قال: فقال له بعض من حضر: فان امره ان يزوجه امرأة ولم يسم ارضا

-----  
١: همان مرجع، باب ٣.

٢: همان مرجع، باب ١٢.

ولا قبيلة، ثم جحد الامر ان يكون امره بذلك بعد ما زوجه.؟. فقال ان كان للمامور بيته انه

كان امره ان يزوجه، كان الصداق على الامر، وان لم يكن له بيته كان الصداق على المامور

لاهل المرأة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها. ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا.

وان لم يكن سمى لها صداقا، فلا شيء لها). (١)

و (روى فى باب الوكالات عن عمر بن حنظلة عنه عليه السلام، فى رجل قال الاخر: اخطب لى فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق، او ضمنت من شيء، او شرطت،

فذلك رضائى وهو لازم لى. ولم يشهد على ذلك. فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك

مما طالبوه وسئلوه. فلما رجع اليه انكر ذلك كله.؟ لا قال: يغرم لها نصف الصداق عنه. وذلك

انه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قاله حل لها ان تتزوج، ولا يحل

للاول فيما بينه وبين الله عزوجل الا ان يطلقها - لان الله تعالى يقول: فامسك بمعروف او

تسريح باحسان - فان لم يفعل فانه ماثوم فى ما بينه وبين الله عزوجل. وكان الحكم الظاهر

حكم الاسلام. وقد اباح الله عزوجل لها ان تتزوج). (٢)

و ضعف سند منجبر است به عمل مشهور. و اين قول مشهور علما است و اقوى است. به

جهت آن كه وجوب تمام مهر به عقد، در صورتى كه عقد صحيحى باشد و زوجيت ثابت

باشد، در اينجا كه حكم به زوجيت نمشود. و بر فرض صحت هم مهر بر كسى است كه عقد

براى او شده باشد. و تحليل به اين كه (تفويت حق زوجه کرده) هم مطلقا صحيح نيست، زيرا

كه گاه است كه شهود گرفته بوده لكن مرده اند، يا مانعى از براى اقامه ايشان حاصل شده

باشد. با وجود آن كه اشهاد شرعا بر او لازم نبود كه تقصيرى کرده باشد. هر چند در روايت



عمر بن حنظله تعلیل به آن واقع شده. و این اشکالات هر چند بر قول مشهور نیز وارد است  
لکن به جهت اخبار معمول بها تعبدا بنا را به آن میگذاریم. و در آن قول دیگر، نصی  
موجود نیست.

-----  
۱: وسایل: ابواب عقد النکاح - باب ۲۶، ح ۱. توضیح: جمله (وان لم یکن سمی لها صداقا، فلا شیء  
لها) در روایت  
شیخ نیست، و در روایت صدوق هست. رجوع کنید: تهذیب ج ۲ ص ۲۴۸ و فقیه ج ۲ ص ۱۳۴.  
۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الوکالة، باب ۴ ح ۱. تهذیب ج ۲ ص ۶۷.

و قول سوم آن که نکاح در ظاهر باطل است و مهری نیست. و این قول را محقق در شرایع نقل کرده و قائل آن، معلوم نیست. و جمعی از متأخرین که از جمله ایشان صاحب

کفایه است تقویت آن کرده‌اند. و اگر آن احادیث نمیبود معین بود عمل به آن. و بدان که: به هر حال لزوم طلاق در نفس الامر در صورت توکیل، و [نیز] رساندن نصف مهر لازم است. چنانچه در روایت عمر بن حنظله مذکور است. و لکن زوجه بدون طلاق

متواند شوهر کرد. چنان که در آن روایت نیز مذکور است. بلی جمعی از علما گفته‌اند که

هر گاه زوجه تصدیق و کیل کرده باشد در توکیل، نمیتواند شوهر کند. زیرا که ماخوذ است

به اقرار خود. و این که در روایت مذکور است که میتواند شوهر کرد، محمول است بر این که

تصدیق نکرده باشد. و در این صورت کار آن زن صعب میشود. زوج به سبب انکار توکیل،

نمیتواند طلاق داد در ظاهر، و زوجه به سبب اقرار خودش، شوهر نمیتواند کرد. و دور نیست که اگر زوج طلاق به این نحو بگوید که (اگر زن من است طالق است)

بد نباشد تا از غائله اقرار به زوجیت فارغ باشد. و تعلیق در طلاق هم لازم نیامده. چون این از باب (تعلیق بر امر واقعی) است که آن را (وصف) مگویند. نه بر غیر واقع که آن را (شرط) مگویند. اما اگر حال بر او مشتبه باشد - مثل این که انکار او

از راه نسیان توکیل باشد، پس تعلیق مشکل است.

هر گاه این را دانستی، پس شاید وجه قول به رجوع به وکیل در زیادتی مهر، همان اعتماد به دلالت تنبیه روایت عمر بن حنظله باشد. بلکه علت منصوبه بر آن دلالت دارد. لکن اشکال بر آن وارد می‌آید بنابر رجوع به مهر مثل (که ظاهر عبارت تحریر این است) که مجموع مهر المثل از زوج گرفته شود. و دور نیست که بگوئیم که ملاحظه

مهر المثل را با مجموع بیست تومان (مثلاً) بکنیم و در ده تومان، مسمی را صحیح دانیم،

و مهر المثل را بالنسبة ملاحظه کنیم با ده تومان دیگر. مثلاً هر گاه در مانحن فیه که مهر

بیست تومان شده هر گاه مهر المثل پانزده تومان باشد باید هفت تومان و نیم علاوه

کنیم  
برده تومان که نصف مسمی را بدل کنیم به نصف مهر المثل، چون نصف آن صحیح  
است  
و این از باب این مسأله میشود که کسی دو عبد را مهر کند و احدهما مستحق

غیر بر آید.  
و می توان گفت که باید دست از مجموع مسمی بردارد و تمام مهر المثل را بگیرد.  
چون نکاح بر مجموع من حیث المجموع وارد شده، و مجموع من حیث المجموع فاسد شده.  
چنان که ظاهر تحریر است. لکن این سخن در وقتی خوب است که قبل از دخول طلاق نگویید. اما اگر قبل از دخول طلاق بگویید، پس باید که اکتفا کند به نصف مسمی و نصف مهر المثل ساقط میشود بنابر تنصیف. یا تمام [مهر المثل] ساقط میشود بنابر مجموع من حیث المجموع، و رجوع به (متعہ) (۱) میشود، یعنی زوج چیزی ببخشد به زوجه در خور وسع او. و لکن اشکال باز باقی است در این که از باب (مفوضة البضع) باشد. چون مسمی فی الجملة مذکور است. پس شاید اظهر این باشد که رجوع شود به تمام مهر المثل بعد از دخول و طلاق و قبل از هر دو. و به نصف مهر المثل قبل از دخول و بعد طلاق. و محتمل است که توزیع کنیم بر نصف مسمی و نصف مهر المثل. و مبنای این مسأله بر این میشود که (مهر المثل عوض مهر فاسد است علی الاطلاق) و از باب مفوضة البضع نیست که (دخول) در ثبوت آن مدخلیت داشته باشد.  
و ظاهر عبارت تحریر هم همین است. و این منافات ندارد با آیه (۲) و اخبار [ی] (۳) که تفصیل داده اند به حکم به تنصیف مهر به طلاق در زنی که فریضه و مسمی از برای او باشد، و متعه از برای آن که فریضه از برای او نباشد (۴) زیرا که مهر فاسد هم داخل فریضه

---

۱: اصطلاحاً به (مهر المتعه) معروف است. و آن در جائی است که عقد نکاح جاری شده و نامی از مهر به میان نیامده و اینک قبل از دخول طلاق مدهد. در این صورت به میزان در خور حال خود، مهر میپردازد. رجوع کنید به پی نویس های بعدی که آیه مربوطه آمده است.

۲: لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين - وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم... - ۲۳۶ و ۲۳۷ سوره بقره.

۳: وسایل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۸ ح ۷، ۸، ۱۰ و ۱۲. و نیز باب ۴۹، ح ۸.

۴: توضیح: یعنی تفصیل داده‌اند که اگر مهر فريضة (مسمی) معین شده، پس باید نصف آن را بدهد و اگر نامی از مهر به میان نیامده، پس باید (مهر المتعه) بپردازد.

است و لکن متبدل مشود به مهر المثل و نصف آن اعتبار مشود.  
و اما وجه دوم: پس اشکال آن بیشتر است. چون اصل نکاح در اینجا ثابت است و (ترك اشهاد) ضرری ندارد، به جهت آن که در اینجا اشهاد معنی ندارد. چون مفروض

این است که زوج همان ده تومان را گفته است مگر همین معنی ملاحظه شود که استهانت به بضع زوجه شده از جانب وکیل در ازای مجموع مهر، پس باید از عهده آنچه

خود باعث شده بر آید و این (علت استهانت) از حدیث مستفاد مشود. (۱) و لکن این

معنی افاده بیش از این نمکند که بر او لازم باشد که مهر المثل را تمام کند هر گاه آنچه زوج گفته است کمتر از مهر المثل باشد. زیرا که استهانت به بضع، افاده [ای] بیش از استحقاق عوض المثل آن، نمکند. و اینها همه در وقتی است که بر زوجه ظاهر شود که در آن مقدار فضولی کرده. و الا بر او چیزی نیست. چنان که از عبارت آخری تحریم هم ظاهر مشود. و به هر

حال وجه اول اظهر است از وجه دوم.

۲۵۸: سوال: شخصی غایبی کسی را وکیل میکند که زوجه او را طلاق بگوید. و از قرائن احوال و اقوال علم حاصل مشود از برای وکیل که غایب او را وکیل کرده است. لیکن آن شخص که کاغذ و کالت را آورده است [پس از] مدت چند سال که از ما

بین گذشته است کاغذ را به وکیل داده است. الحال وکیل چه باید بکند؟ طلاق را بگوید؟ یا احتیاج به وکالت جدید دارد؟.

جواب: اگر چه ظاهراً خلاق نیست در این که توکیل به غیر شهادت عدلین ثابت نمیشود، و لیکن دور نیست که هر گاه علم حاصل شود از برای وکیل از قرائن کافی باشد در ثبوت توکیل از برای وکیل. لکن شوهر کردن زوجه به محض همین بدون این که

از برای زوجه نیز علم به توکیل، حاصل شود، مشکل است. بلی اگر علم از برای حاکم

شرع حاصل شود و حکم کند به وکالت، کافی است از برای زوجه. و اما طول مدت

و تمادی زمان: پس آن مضر به وکالت نیست هر گاه اصل وکالت ثابت باشد.

---

۱: مراد حدیث عمر بن حنظله است.

(۵۳۰)

۲۵۹: سوال: به عرض اقدس عالی مرساند که کمترین صبیبه خود را به پسر همشیره خود تزویج کردم. و گویا قبل از زفاف، ملاقات فی مابینهما افتاده. یا به

جهت

صدور حرکت ناخوش، یا به جهت عدم ملایمت اخلاق، دختر اظهار کراهت شدید نمود. و کمترین نیز بعد از مواعظ او را ساکت نمودم. و بعد از آن که دختر را به تصرف او

دادم و زفاف اتفاق افتاد، کراهت شدیدتر شد از سابق. و لیکن از راه حیاء و مراعات احترام جانب پدر، تفضیح حال خود ننمودم. و در اغلب اوقات آثار حزن و اندوه و گریه

از و جنات احوال او ظاهر بود. و ناملایمی که زوج نسبت به او به عمل مآورد دیگران در

بعض اوقات مطلع میشدند. و لیکن از کمترین مخفی مداشتند. و کمترین به مراتب مرقومه مطلع بود و در مراتب مرفوعه هم خفائی نیست. و سه چهار سال بر این مقدمه گذشت و پسر را قدرت بر مباشرت به هم نرسید. و اول

وهله ادعا ننمود که دختر تمکین تام نمکند. و کسان دختر، دختر را نصیحت کردند. و دختر ایمان مغلظه یاد نموده که من تقصیر ندارم و پسر مکره است و می خواهد

که بدون حق، تقصیر را بر من قرار دهد. و این معنی موجب زیادتی حزن و اندوه و کراهت

او شد. آخر الامر پسر اعتراف کرد به عجز، و مشغول معالجه شد. و در این اوقات بعضی

از عوام مذکور نموده که آن پسر (مربوط) است و در حال اجرای صیغه او را بسته‌اند.

باید زوجه را طلاق دهد و ثانیاً او را نکاح کند تا ناخوشی از او رفع شود. و زوج خوف

داشت که بعد از طلاق زوجه راضی به نکاح نشود، بلکه یقین بود.

لهذا شخصی به نزد دختر آمد که (تو مرا وکیل کن که بعد از طلاق تو را تزویج کنم به زوج به مبلغ قلیل که عبارت از يك تومان یا کمتر به قلیلی یا بیشتر). و زوجه جاهله به این که طلاق غیر مدخوله موجب استرداد نصف صداق است، بلکه چنین مدانست که صداق ثانی علاوه بر صداق اول است. و چون مظنه استخلاص از برای خود

نداشت و این وکیل را جالب نفع میپنداشت، لهذا او را وکیل نمود که او را بعد از



تطليق  
دوباره نکاح کند. و چنانچه به مراتب مشروحه  
علم مداشت البته او را وکیل، نم نمود. یا آن که بعد از تطليق مزبور تحصيل اذن

میکردند با علم او به حصول طلاق، البته اذن نمیداد.

در صورت مذکوره، آیا این توکیل صحیح است یا نه؟ -؟ و عقد نکاح مزبور باطل است یا صحیح و لازم؟ -؟ و یا در حکم فضولی و موقوف است بر اجازه -؟ و حال آن که

عاقده در حین اجرای صیغه تکیه او بر همان توکیل بوده و آن توکیل را صحیح دانسته و

صیغه را مقید به قید و کالت نموده و مطلقاً استفاده [از] (اذن عام) بر خاطرش خطوط نکرده. بل ظن غالب این بود که تحصیل اذن بعد از طلاق ممکن نیست. و بر تقدیر فضولی: هرگاه زوجه علم به خیار نداشته باشد، بلکه یقین داند که وکالت صحیح، و عقد مذکور لازم، و بر او اطاعت زوج واجب، و حتی احدی از او طلب اجازه ننموده و اصل اجازه گوشزد او نشده، و لیکن از جهت امتثال امر شارع اطاعت زوج نموده. آیا در این صورت این اطاعت به منزله [اجازه عقد فضولی] است؟ یا نه؟ و بعد از اطلاع، استنکاف واستنکار او مفید ثمره هست یا نه؟ -؟.

جواب: بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله تعالى. چون از شروط صحت توکیل این است که موکل آنچه [که] (۱) در آن وکیل میکند، امری باشد که محال عقلی نباشد، و شرعاً هم ممنوع نباشد (مثل قتل، و زوری، و امثال آن). بلکه جمعی شرط کرده‌اند که باید از حین توکیل تا حین وقوع موکل فیه، موکل تواند آن را شرعاً به عمل آورد. و محقق ثانی ظاهراً دعوی اجماع بر آن کرده. و هم چنین از عبارت علامه در تذکره ظاهر

میشود. پس جایز نیست که وکیل کند شخصی را در طلاق زنی که بعد از این میخواهد بگیرد. و [در] آزاد کردن بنده [ای] که بعداً میخواهد بخرد. و اشکالی که بعضی متأخرین بر این کرده‌اند، بی وجه است. چنان که در محل جدائی بیان کرده‌ایم.

و بناء علی هذه توکیل زوجه شخصی را که (تو و کیلی که مرا از برای شوهرم عقد کنی بعد از آن که او مرا طلاق بگوید) توکیل است در امری که از برای او جایز نیست

مباشرت آن بالفعل. پس صادق است که موکل از حال توکیل تا وقت اجرای صیغه

عقد

۱: در نسخه: آنچه را.

(۵۳۲)

در مجموع آن زمان مالك اين امر و متمكن از اين عمل نيست. گو بعد از اجراي صيغه طلاق متمكن باشد از شوهر كردن با او ثانياً. و در اين حال مورد دو اجماع منقول ميشود. پس چنين توكيلي فاسد است. اگر بگوئي: كه اين توكيل منجراً نيست. بلكه معلق است به شرط طلاق دادن زوج، و آن متمكن الحصول است. گوئيم: چنان كه تملك و تمكّن مذکور شرط است، تنجيز توكيل هم شرط صحت نكاح است. و خلافی نكرده اند در اين كه تعليق توكيل به شرطی يا وصفی (۱) منشأ بطلان توكيل است، و ظاهراً خلافی هم در آن نيست. بلكه ظاهر جمعی - مثل شهيد ثانی و ابن مفلح، بلكه صريح علامه در تذکره - دعوای اجماع است بر آن. و اشكالی كه بعض متأخرين مثل آخوند ملا احمد (ره) و صاحب كفایه كرده اند و نقضهائی كه بر آن كرده اند، را در موضع ديگر جواب گفته ام.

بلى در اين مقام سخنى هست كه فقها بعد از آن كه اتفاق كرده اند بر بطلان توكيل، خلاف كرده اند در اين كه (با وجود بطلان توكيل آيا آن تصرف صحيح است يا نه؟ -؟).

بعضی قايل اند به صحت تصرف و كيل در آن امر. به جهت عموم اذنی كه از نفس توكيل مستفاد ميشود. و مثال زده اند از بر اى آن به آن كه كسى ديگرى را و كيل كند در بيع متاعى و شرط كند كه عشر ثمنى كه مفروشده حق السعى او باشد و جعاله او باشد. پس چون جعاله مجهول است، شرط مجهول ميشود و به جهالت شرط، عقد و كالت فاسد ميشود. لکن چون معلوم است كه صاحب مال راضى هست كه اين تصرف را بکند و عشر قيمت را بردارد، به همان اذن عام اين تصرف را جايز مدانيم. هر چند و كالت باطل باشد.

---

۱: ياد آوری. تعليق طلاق بر شرط، منشأ بطلان است ولی تعليق طلاق بر وصف موجب بطلان نيست. ليکن

تعليق توکیل طلاق (یا هر توکیل دیگر) بر شرط و بر وصف (هر دو) موجب بطلان توکیل است و در نتیجه موجب بطلان طلاق میگردد. این توضیح به خاطر آن داده شد که با کلام میرزا (ره) در ضمن مسأله شماره ۲۵۷ مشتبّه نشود.

و بعضی دیگر قایل اند به بطلان تصرف بعد از فساد توکیل، نظر به این که اذن حاصل نشده الا در ضمن توکیل و به انتفای فصل، منتفی میشود. خصوصاً که اصل در عقود فساد است. و غیر اینها نیز دلیل گفته‌اند. و هر چند در محل خود در بعضی از این سخنها نیز

خدا شده کرده‌ام (۱) که اینجا مقام ذکر آن نیست.

و به هر حال غرض این است که هر گاه زوج متمسک شود به این که بطلان توکیل مستلزم بطلان تصرف و کیل نیست در امر موکل فیه، نظر به قول اول از این دو قول، جواب

او این است که (بر فرض این که قبول کنیم صحت قول اول را و گوئیم که حاصل (۲) قول اول این

است که از حال زوج معلوم است که اذن عام داده و در ضمن توکیل رضا هم از او فهمیده

میشود که تکیه عاقد بر آن رضا است) با وجود این همه قراین (۳) که در سوال درج است و مذکور

شده است که مسلم الثبوت است، دیگر مطلق رضا و اذن عام از کجا معلوم میشود. بلکه

ظاهراً از آنچه در سوال مندرج است معلوم میشود که عاقد و کیل است هم جزماً می دانسته که

اگر بعد از طلاق او را مطلع مساخت و اعلام مکرد که هنوز صیغه نکاح خوانده نشده، اذن

نخواستی داد. یا متردد بود در اذن و رضا که آیا حاضر هست یا نه. و با وجود این چگونه

اعتماد بر اذن سابق کرده صیغه میخواند؟ خصوصاً به قید توکیل و به قید و کالت. پس ظاهر

بطلان نکاح است راساً.

و احتمال این که فضولی باشد و تمکین زوجۀ ثانیاً، در معنی اجازه باشد، آن نیز بی وجه

است. به جهت آن که اجازه در صورتی تحقق میپذیرد که زوجۀ دانسته باشد که آن عقد

متزلزل است و اختیار در اجازه و عدم اجازه دارد. و حال آن که مفروض این است که زوجۀ

جاهله است به این معنی و گمان او این است که این عقد لازم است و بر او تمکین واجب است

شرعا. ومفروض هم این است که مطلقا کلامی دال بر اجازه باشد از او صادر نشده.  
و با وجود  
این که زوج سعی او در این بود که زوجه مطلع نشود که کی صیغه خوانده میشود -  
و به این

- 
- ۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۷، از همین مجلد.  
۲: عبارت نسخه: ... قول او را مگوئیم که حاصل...  
۳: عبارت نسخه: ... عاقد بر آن رضا است جواب او این است که با وجود...

جهت قبل از اطلاق، او را گفته است که وکیل کن که بعد از طلاق گفتن من صیغه تو را

بخوانم - نمیتواند ادعا بکند بر زوجه [که] تو اذن مطلق داده‌ای و به هر حال رضا بوده [ای]

که صیغه تو را بعد از طلاق بخوانند. و بر آن مترب کند این معنی را که هر چند توکیل باطل

باشد عقد صحیح است به جهت رضای مطلق و اذن عام. و اگر فرض کنیم که بالمره چشم از

حق پیو شد و این دعوی را بر زوجه کند بیش از تسلط قسمی بر او ندارد. والله العالم باحکامه.

۲۶۰: سوال: زید عمرو را وصی کند که ده تومان مال مرا به وجوه بر ورد مظالم برسان. و بعد از فوت موصی، وصی دیگری را وکیل کند که آن وجه را آن وکیل اخذ نموده به

مصارف مزبوره برساند. و آن دیگری وجه را بالتمام از ورثه گرفت و لکن رسانیدن به

مصارف معلوم نیست. آیا ورثه میتوانند استرداد وجه نمایند و خود به مصارف مزبور برسانند؟

جواب: هر گاه وصیت به این نحو شده که عمرو خود مباشر امر باشد، یا از قراین چنین فهمیده شود، جایز نیست توکیل دیگری، و وصی ضامن وجه است. و هر گاه بر صفت عدالت باقی است ثانیاً باید خود وصیت را به عمل آورد. و الا حاکم شرع باید از

او بگیرد به مصرف برساند. و هر گاه وصیت مطلق باشد یا عام باشد (یعنی راضی باشد به

توکیل غیرهم)، دور نیست که توکیل صحیح باشد. مانند توکیل در ادای زکات. اما باید

وکیل امین باشد. و در این صورت ظاهر این است که علم به وصول به مصرف، شرط نباشد.

۲۶۱: سوال: وکالت به استفاضه ثابت میشود یا نه؟ اگر منحصر در شهادت عدلین باشد کار تنگ میشود. آیا علم کافی است؟ یا بدون شهادت عدلین نمیشود؟

جواب: ظاهر این است که هر گاه حاصل شود از راه استفاضه یا غیر آن کافی باشد. (۱)

۲۶۲: سوال: هر گاه زید ملکی را در نزد عمرو مرهون نماید که بعد از انقضای



-----  
۱: توضیح: البته کافی است ثبوتاً. اما اثباتاً تنها شهادت عدلین میتواند کافی باشد. همان طور که در  
مسئله‌های  
گذشته (مثل انکار موکل، اصل وکالت را) بیان گردید.

مدت معین و کیل باشد در بیع آن به قیمت عادله. و عمرو آن ملک را در آن وقت به کمتر

از قیمت عادله بفروشد. آیا زید بعد از اثبات این مطلب مستحق تمام قیمت عادله هست

که از عمرو بگیرد یا نه؟ -؟ و در صورتی که مشتری شخص متغلبی است که زید ملک

خود را از او نمیتواند استرداد کند، چه کند؟ -؟. و در حین مبیعه، و کیل شرط کرده است

با بایع که هر وقت تمسکی و حجتی از جانب موکل (۱) بیاید که او مشغول الذمه ثمن است،

و کیل بری باشد. آیا شرط جایز است یا باطل؟ -؟

جواب: هر گاه ثابت شود که عمرو با وجود علم به قیمت عادله به کمتر فروخته، در این صورت به مقتضای وکالت عمل نکرده، و بیع وکالتی به عمل نیامده. بلکه چنین

است حکم هر گاه تصریح به قیمت [عادله] نکرده باشد، و او را وکیل مطلق کرده باشد.

زیرا که آن هم منصرف میشود به قیمت عادله. زیرا که مراد از قیمت عادله همان (ثمن المثل) است که در کلام فقها مذکور است.

بلی، اگر زید اجازه کند او را از باب بیع فضولی، صحیح میشود، دیگر ادعائی بر او نمیکند، علی الاظهر. و هر گاه اجازه نکند بیع فاسد است. و می خواهد زید رجوع میکند

بر مشتری و مال خود را بگیرد، و می خواهد رجوع میکند به وکیل که اگر تواند عین

را رد کند و الا قیمت عادله آن را غرامت بکشد. و کیفیت رجوع وکیل و مشتری به

یکدیگر در کتاب متاجر گذشت، به آنجا رجوع کن (۲).

و اما هر گاه عمرو جاهل بوده به قیمت، و به سبب جهالت به کمتر از قیمت عادله فروخته، پس اگر تقصیر کرده از تفحص و از اهل وقوف نبوده، باز حکم آن مثل سابق

است. و اگر تقصیر نکرده و امر بر او مشتبّه شده و به نادانی به کمتر از ثمن العقل فروخته،

پس در این صورت وکیل مغبون است، و بیع از برای موکل واقع شده و از برای او خیار فسخ

هست. چنان که هر گاه او را وکیل کرده باشد در خریدن مبیع به قید سلامت (یا به سبب انصراف اطلاق به سالم)، و آن مبیع معیب بر آید که باز بیع صحیح است از برای موکل، در

- 
- ۱: در نسخه: وکیل.  
۲: رجوع کنید به مسأله طولانی و مشروح (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم از همین مجلدات.

صورت جهل و کیل به عیب با عدم تقصیر. و خیار عیب از برای موکل ثابت است. بلی، از علامه در قواعد ظاهر میشود فرق میان عیب و غبن. و در غبن علم و جهل و کیل را مساوی کرده و در هر دو صورت بیع را از برای موکل ثابت نمیداند، بلکه موقوف بر اجازه میداند. و گفته است که: این در صورتی است که وکیل شراء را نسبت

به موکل بدهد، یعنی با نام او بخرد. و اما هرگاه عقد خالی باشد از (نسبت به موکل) و بایع هم تصدیق و کیل نکند در نسبت دادن به موکل، حکم میشود بر وکیل به شراء، و

مطالبه قیمت از او میکند. بخلاف معیب که در صورت جهل، بیع را از برای موکل میداند و خیار فسخ دارد. و اما در صورت علم، پس حکم آن همان است که مذکور شد

که اگر اجازه کند، صحیح میشود، و الا، فلا. به همان نحوی که گفتیم و شاید وجه فرق چنان که شیخ علی (ره) در شرح گفته است و از مسالك [نیز] ظاهر میشود، این است که عیب گاه است که مخفی مماند. پس ممکن نیست تکلیف

به شرای صحیح. بخلاف غبن که ممکن است اطلاع بر آن به ادنی ملاحظه [ای] به سبب

اشتهار قیمت نزد ارباب معرفت. و بعد از آن شیخ علی (ره) از حواشی شهید (ره) نقل

کرده که گفته است که (این فرق - یعنی فرق ما بین غبن و عیب در صورت جهل - از

جمله فرقهائی است که منسوب به مصنف است). و [شیخ علی] گفته که این کلام مشعر

به این است که سایر فقها قبل از علامه قایل به این نیستند، و گویا صاحب مسالك هم

که گفته است (کذا قرروه) یعنی بیان فرق را چنین کرده‌اند، هر چند فرق مختص علامه

باشد. نه این که سایر فقها هم به این فرق قایل باشند. به قرینه کلام شهید. یا این که علامه و کسانی که بعد از او تابع شده‌اند چنین تقریر کرده‌اند.

و بعد از آن باز از شهید (ره) نقل کرده که بعد از آن کلام گفته است که (در این فرق علامه اعتراف است به این که عیب هر گاه عیبی است که مثل آن عیب مخفی نماند

بر مثل این وکیل، آن هم مثل غبن است. و هم چنین هر گاه مثل آن غبن مخفی  
مماند  
بر مثل این وکیل، آن هم مثل عیب خواهد بود). و شیخ علی گفته است که در این  
مناقشه  
هست. زیرا که خفا بر مثل وکیل هر گاه از اهل معرفت نیست، اثری ندارد، زیرا که  
واجب

است بر او تفحص از اهل معرفت. بلی ممکن است که بعضی غبن‌ها البته چنان است که

مخفی مماند. همچنانکه در قیمت جواهر، و آنچه از آن قبیل باشد. و بعضی عیوب گاه

است که سهل است اطلاع بر آن، و اهل خبره به سهولت مطلع بر آن میشوند. پس مقتضای فرق مذکور لزوم است در هر چه غالباً مخفی مماند در عیب و غبن هر دو. نه

آنچه مخفی نماند از هر دو. (۱)

و شهید ثانی (ره) هم تابع او شده (۱) در این کلام، و این کلام متین است. و اطلاق علامه راهی ندارد. (۳)

و در حاشیه بعضی نسخ ایضاح به خط بعضی از فضلا نوشته شده است و در آخر حاشیه کلمه (منه) و علامت (ظ) بر سر آن نوشته که ظاهر این است که از فخر المحققین است. و مضمون آن بحثی است بر مصنف (۴) که در صورت جهالت غبن گفته

است موقوف است بر اجازه. [در آن حاشیه] گفته است که بلکه از برای او خیار فسخ است

به جهت غبن. و اصل بیع واقع شده است از برای موکل، و لکن (موقوف الحل) است. نه

این که واقع نشده باشد از برای او مگر با اجازه، که (موقوف العقد) باشد. والحاصل: بنابر وقوع بیع از موکل، بیع صحیح است. و خیار فسخ در آن هست. و بنا

بر عدم وقوع از آن، بیع صورتی ندارد و بیع شدن آن موقوف است بر اجازه. و ثمره فرق

این دو کلام در جائی ظاهر میشود، که چنین بیعی واقع شده باشد، و معلوم نباشد که آیا اجازه شده است یا رد شده؟ -؟. بنابر قول علامه حکم به بطلان میشود، و بنابر قول

---

۱: پایان کلام شیخ علی (کرکی: محقق ثانی) ره.

۲: میرزا (ره) میگوید که شهید ثانی هم از کلام شهید اول تبعیت کرده.

۳: شاید بتوان گفت: مراد علامه تعیین (اصل) است و می گوید: اصل در عیب، وقوع شراء برای موکل، است. و

بیش از این نیست که (موقوف الحل) به وسیله خیار باشد. و اصل در غبن عدم وقوع شراء برای موکل، است. و

(موقوف العقد) به وسیله اجازه است. پس اطلاق علامه ناظر به این نکته است، و تفریع فروع را به مسائل

وادلہ  
دیگر وا مگذارڈ.  
و از اینجا روشن میشود کہ مناقشہ مرحوم کرکی نیز خالی از بحث نیست.  
۴: یعنی بر علیہ نظریہ علامہ.

دیگر حکم به صحت.

و به هر حال، اظهر از ادله و عمومات و فتاوی اصحاب، ثبوت خیار غبن است لاغیر. و اطلاقات عبارات ایشان که (در صورت بیع به اقل از ثمن المثل، موقوف است.

بر اجازه). و این که (در صورتی که معیب بخرد موقوف است بر اجازه) و غیر اینها، ظاهر

این است که مراد صورت عمد است. خصوصا در معیب که تصریح کرده‌اند که جاهل،

بیع او صحیح است از برای موکل، و از برای او خیار است. و در خصوص غبن علامه

چنان گفته است. پس خوب تامل باید کرد تا امر واضح شود.

اما سوال از حال شرط مذکور: پس بدان که هر گاه بخرد مال را از برای موکل، پس اگر علم دارد بایع به وکالت و وکیل هم به ذمه بخرد، پس آن قیمت در ذمه موکل

است، و بایع از او مطالبه میکند. و هر گاه جاهل باشد به وکالت، از وکیل مطالبه میکند. و اگر وکیل را بری کند، موکل بری نمیشود. چون در نفس الامر ثمن در ذمه

او هست و در ذمه وکیل نیست. و اما هر گاه در دست وکیل باشد ثمن، پس بایع از او هم

مطالبه میتواند کرد. خواه آن چیز را بعینه در عقد بیع قرار بدهند به ازای ثمن یا نه. به

این معنی که موکل داده است. که به مصرف ثمن برساند و وکیل در ذمه بخرد. و در

صورتی که بایع به همان عین بفروشد، در جواز مطالبه از موکل، اشکال هست. چون

حق بایع منحصر شده در آن.

هر گاه این را دانستی مگوئیم: که این شرط صحیح است. س عقد وکالت هم این است. نهایت امر این است که این وکیل ضامن شده باشد که اگر تمسکی از جانب

موکل نیاید خود بدهد. پس هر گاه قبول شرط کرد، هر وقت تمسک آید او بری میشود.

پایان جلد سوم



(۵۳۹)