

الكتاب: جامع الشتات (فارسي)  
المؤلف: الميرزا القمي  
الجزء: ٢  
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 دوم)

جامع الشتات

جلد دوم

تألیف: میرزا ابو القاسم قمی

با تصحیح: مرتضی رضوی

بسم الله الرحمن الرحيم

معارف اسلامی - ۱۳

بنام خداوند کریم

استدراك

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

۱: در آنجا گفته شد که "هیچ گونه ویرایشی در مطالبی که از قلم محقق تراوش کرده،

انجام نخواهیم داد." منظور از این سخن دخل و تصرف و ایجاد تغییر در کلمات و الفاظ و

لغات است نه ویرایش در علائم نگارش و یا تفکیک مطالب و یا... و این همه کاری که در

احیای این متن پر ارزش انجام یافته همه را میتوان ویرایش نامید.

۲: در يك مورد در خود لفظ متن، تغییر داده شده که عبارت است از کلمه‌های "دویم" و

"سیم" که به "دوم" و "سوم" تبدیل شده‌اند. البته این تغییر هم از ناحیه من نیست.

۳: شاید روند تصحیح در جلد دوم مطلوب تر از جلد اول باشد زیرا مواردی که در پاورقی

معین شده و نیز مواردی که در میان علامت □ قرار داده شده در جلد دوم بیش از جلد

اول است.

دلیل این تفاوت و نیز دلیل مورد بالا (دویم، سیم) این است که جلد اول را وقتی به من

ارجاع کردند که آماده چاپ بود و از بیخ گوش ماشین فیلم و زینگ برگردانده بودند.

پس از چهار بار بررسی و تطبیق در اختیار چاپ قرار داده شد.

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

(۱)

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

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

کتاب التجارة. من المجلد الاول

۱ - سؤال: چه مفرماینده در خصوص زوجهء زید، قطعهء ملکی داشته و زوج خود را وکیل نموده در فروختن ملك مزبور و زوجهء مسطوره از قیمت آن ملك، بلدیت نداشته

و زوج او هم نامقیدی نموده و ملك را به قیمت وقت نفروخته و زوجه متوفی شده و ورثهء

او عالم به مراتب مرقومه شده که غبن فاحش داشته و به ثبوت هم مرسانند که در وقت

فروختن، مغبون بوده‌اند. آیا مرسد ورثهء او را که انتزاع ملك از ید مشتری نمایند؟ و

منافع این سنوات گذشته را هم میتوانند نمود یا نه؟

جواب: امثال این مسائل محتاج است به مرافعهء حاکم شرع، و چون حاکم شرع باید مجتهد باشد، پس حاکم، خود هم مسئله را خواهد دانست. بر فرضی که مراتب مرقومه صحت داشته باشد و در نزد حاکم شرع به ثبوت شرعی برسد، بلی ورثه دعوی

غبن میتوانند کرد. آن وقت اگر مدعی علیه را سخنی باشد باز محتاج خواهد بود به مرافعه. مثلاً اگر بگوید که مالك، علم به قیمت داشت و راضی شد به کمتر از آن، یا گوید که در آن وقت بیش از این نمارزید، اینها را باید حاکم به بینه و شهود و یا قسم،

معلوم کند. و همچنین هر گاه بگوید بلی قیمت آن بیش از این بود، اما وکیل، غبن را

صلح کرد. یا مالك، غبن را صلح کرده، این هم دعوی علیحده است و باید مدعی، صلح را

اثبات کند. و همچنین هر گاه ورثه، مدعی علیه را گویند که مورث من وکیل در بیع

کرده بود، اما در صلح، وکیل نکرده بود. مدعی باید وکالت در صلح را هم اثبات کند.

خلاصه اینکه این مسئله‌ها بدون مرافعهء حاکم طی نمیشود و دعوی اجرت المثل در صورت مرقومه ظاهراً صورتی ندارد. والله اعلم.

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

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

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

جواب: بلی هر گاه طرفین علم به غش و خلط دارند و رواج باشد در معامله، جایز است، هر چند مقدار غش، معلوم نباشد. و هر گاه معلوم نباشد که در معامله رواج است یا

نه، به معنی اینکه زر مغشوش زر نوی باشد که غش آن بیشتر نباشد، و لکن در میان مردمان مشتبّه باشد به آن زر سابق و معامله و رواج آن به سبب جهالت حال آن باشد،

مشکل است.

۴ - سؤال: بیع موزون، مثل حلقه یا گوشواره طلا بدون وزن صحیح است یا نه؟  
جواب: بیع موزون بدون وزن صحیح نیست و هر يك رجوع به مال خود میکنند.

۵ - سؤال - هر گاه ملکی فیما بین زید و عمرو، مشاعاً مشترك بوده، زید غایب و عمرو، قدری از ملك مزبور را از بابت حصه خود فروخته، باغچه و عمارت که فیما بین

ایشان نیز مشاعاً مشترك بوده، به مشتری به درك داده که هر گاه کاشفی در معامله به هم رسد مشتری رجوع به درك نماید.

جواب: فروختن مال مشاع به قدر الحصة ضرر ندارد و در تقسیم و تصرف در آن از جانب غایب، باید از حاکم شرع، یعنی مجتهد جامع الشرايط مأذون باشد و اصل بیع،

صحیح است. و اما آنچه به درك داده پس اگر اشکال در سؤال، از راه اشتراك با غایب

است، پس این درك بیمعنی است و اگر از راه این است که مبدا اصل بیع مستحق غیر



بر آید، پس اظهر آن است که درك دادن از مشاع صحيح است و مجرد تخليهء ید، در امور

غير منقوله به جهت صحت رهن، کافی است.

۶ - سؤال: هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را، مع يك من برنج مثلا یا مع يك توپ کرباس از شخصی گرفته است به عنوان قرض الحسنه، که بعد از انقضای شش ماه،

مبلغ شش تومان وجه، مهم سازی مقرض، نماید که از جهت فرار از ربا، مدت اجل را، مع

يك من برنج یا يك توپ کرباس به ازای مبلغ يك تومان انداخته است. آیا این صحيح است یا نه؟ و همچنین هر گاه شخصی مقدار معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از

قرار ده دو (دو دهم) نفع قرار دهد به این نحو که منافع را با مقرض مصالحه کند؟ جواب: هر گاه شخصی به کسی پنج تومان قرض الحسنه بدهد و اجلی و مدتی از برای

آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی خلاف در لزوم آن است و شبههء

ربا در اینجا راه ندارد، بلی در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت ضرر دارد، چون

اجل را قسطی از ثمن میباشد و ظاهرا در این هم خلافی نیست (آنچه نسبت به شیخ داده‌اند در خلاف، در آن هم تأمل است) و اما گرفتن يك من برنج یا يك توپ کرباس

که در ازای آن، يك تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط این معاملهء محاباتی، پس آن حرام است و قرض و معامله هر دو حرام است و هر گاه شرط نکرده

باشد بلکه قرض را علیحده داده، و این معامله را علیحده کرده و قصد در معاملهء واقع

کرده باشند ظاهرا جایز است، هر چند داعی بر معامله در نفس الامر جلب نفع باشد، لکن باید بداند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام است به ارتکاب بیع صحيح.

و لکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا، بهتر از این، و از جملهء آنها معاملهء

محاباتی به شرط قرض است که عکس صورت مسئله است و از جملهء آنها این است که



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

۱: اصل این "چاره جوئی" و اینکه چنین چیزی در فقه ما هست مسلم است و از نظر حدیثی يك امر ثابت و

بی تردید میباشد، زیرا در عصر امام باقر (ع) طرفداران مالك - رئیس یکی از مذاهب چهار گانه فقهی اهل

تسنن - به عنوان انتقاد، از آن حضرت میپرسیدند "آیا این فرار از ربا نیست؟! " امام (ع) در پاسخ آنان مفرمود " نعم الفرار من الحرام الى الحلال ": چه زیباست فرار از حرام بر حلال؟!.

پس اصل " حکم " - حکم بر جواز - فی الجمله برای همگان ثابت است. لیکن هر کسی در نحوه عملی آن، برداشت خاصی دارد و معمولاً در اجرای حکم بر " موضوع " دچار (باصطلاح فقهی) تفصیل شده‌اند و بعضیها نیز بطور مطلقاً بر هر نوع فرار بوسیله ضمیمه حکم صحت را جاری میکنند.

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

(۲): پول سیاه در قبال پول سفید یا بر عکس.

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

امام خمینی (ره) با ارائه يك نظریه ابتکاری مسئله را به شکل خاصی حل میکند که بگمان مبنای يك " اجماع " خواهد شد. بدین شرح: اگر کشاورزی گندم مرغوب و کشاورز دیگری گندم نا مرغوب دارد فرد دوم

مخواهد از امسال بذر زراعتش را از گندم مرغوب فرد اول تامین کند بدیهی است قیمت دو گندم در بازار

متفاوت است اگر گفته شود که طرفین با وزن مساوی گندم‌ها را مبادله کنند فرد اول مغبون میشود و اگر فرد دوم مقداری گندم اضافه دهد ربا میشود (فرضاً امکان راه دیگر هم غیر از مبادله نیست - در قدیم میان

کشاورزان چنین اتفاقاتی بیشتر پیش می‌آمد) در این صورت صاحب گندم نامرغوب میتواند نقدی یا چیزی را بر گندم خویش ضمیمه کند تا تعادل قیمت دو کالا حاصل گردد.

رای ایشان بر این است که " فرار از ربا " تنها در این قبیل مورد است که بوسیله ضمیمه تعادل قیمت حاصل شود نه ربح ربوی، و این مطلب گشودن راه ربا نیست که باصطلاح، فلسفه احکام مخدوش گردد، و

ایشان تصریح میکنند که این، در حقیقت فرار از ربا نیست بلکه فرار از " مماثلث " است - رجوع کنید به

" تحریر الوسیله " باب ربا مسئله شماره ۷، و نیز: امام خمینی: کتاب البیع: ج ۲ ص ۴۰۴ و ۴۰۵. مسئله دیگری که در اینجا قابل ذکر است این است: من در یکی از مقالات اقتصادیم در یکی از مطبوعات دست اندر کاران فقه را دعوت کرده بودم بر اینکه " آیا نمیتوان میان گرفتن وام ربوی از بانک دولتی و میان معامله ربوی بخش خصوصی با بخش خصوصی تفاوت قائل شد؟ " و باصطلاح نمیتوان میان این دو

به  
تفصیل قائل شد؟. یکی از آقایان که اخیراً رساله‌اش را چاپ کرده نوشته است: اگر اجماع، نباشد:....  
خلاصه‌اش این میشود که معامله ربوی افراد با بانک دولتی حلال و با بانک بخش خصوصی یا هر فرد دیگر  
حرام است.  
زیرا: خطابات این چنینی شامل " دولت " نمیشود یعنی همان طور که خطاب " خمس بدهید " متوجه  
دولت نیست همان طور هم خطاب " ربا نگیرید " متوجه دولت نیست. و نیز همین خطاب به مردم  
مگوید که  
به همدیگر ربا و ربح اضافی ندهید و معلوم نیست که آنان را از ربح ربوی دادن به دولت نیز منع کرده  
باشد

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

کند به يك تومان جایز نیست و اگر شرط نکند جایز است به تفصیلی که گفتیم. ۷ - سؤال: آیا جایز است کسی گندم سرخ بدهد به کسی قرض، و شرط کند که گندم سفید، عوض بدهد؟ یا گندم آبی بدهد و گندم دیمی بگیرد؟

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

در وصف شده‌اند و دلیل ایشان تمام نیست.

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

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

فروختم فلان قدر غله را به فلان قدر پول در فلان مدت. و مشتری بگوید: قبول کردم. و

احوط آن است که صیغه را ترك نکنند. والله العالم.

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

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

۱۰ - سؤال: منافع "بیع شرطی" را در ایام خیار، بالاجاره یا بالمصالحه منتقل میتوان ساخت (بدون آنکه شرط اسقاط خیار بشود در تمام مدت، الا روز آخر مثلاً)، آیا به

این شرط انتقال بالاجاره یا بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ و این شرط با

اصل بیع، منافی و مخل و مفسد هست یا منافی و مخل و مفسد نیست؟

جواب: هر گاه در بیع، شرط خیار را چنان قرار داده باشد که زمان خیار منفصل باشد

از عقد، مثل آنکه بگوید: این زمین را به تو فروختم به بیع يك تومان و شرط کردم با تو که

بعد از انقضای يك سال هر گاه رد مثل ثمن را در ظرف پنج روز به سوی تو نمایم مسلط

باشم بر فسخ بیع و شرط کردم با تو که این خیار، بعد از انقضای این مدت در ظرف این پنج

روز، از برای من باشد و مشتری قبول کند پس اظهر جواز آن است و اشکالی ظاهراً در جواز

اجاره دادن مبیع در ظرف يك سال و مصالحهء منافع در این صورت، نیست و این شرط هم

منافاتی با بیع ندارد و مخل و مفسد نیست.

و اما هر گاه زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید: فروختم این زمین را به يك تومان و شرط کردم با تو که از حال، الی انقضای يك سال تمام، خیار از برای من

باشد که هر وقت در ظرف این سال، رد مثل به تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در

اینجا در صحت اجاره، بلکه مصالحه اشکال هست و چنان که صحت آن بر حقیر، ظاهراً نیست،

بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن، خالی از قوت نیست. اما تفصیل

مخواهد که  
وقت، اقتضای بیان آن را نمکند. لهذا در این صورت، الحال توقف دارم.  
۱۱ - سؤال: شخصی را که ابواب کرده باشند والحاء مال خود را در معرض بیع  
در آورد، میتوان مال او را خرید یا نه؟

جواب: بلی، به شرط آنکه در خصوص بیع آن مال، مجبور، نباشد. والله العالم.  
۱۲ - سؤال: ملکی را که " بیع شرط " نموده‌اند حاصل آن تعلق به مشتری دارد یا به

بایع، هر چند که بایع فسخ نموده باشد مبیع را در آن وقت -؟  
جواب: هر چه در ایام خیار، از زمین حاصل شود، مال مشتری است.  
۱۳ - سؤال: زید جنسی را مفروشده به مشتری و مگوید: نقدا يك عباسی و نسبه تا مدت شش ماه مثلا به سیصد دینار. آیا این جایز است و صحیح است یا باطل است؟

جواب: در این مسئله خلاف است و اکثر علما بر بطلان این معامله‌اند و از جمله ایشان  
است شیخ در مبسوط. و اقوی و اظهر در نزد حقیر هم این است. و جمعی بر جواز و  
صحتند، و لکن مگویند آنچه بر مشتری لازم است اقل ثمنین است در انقضای اجل،  
و این

مذهب شیخ است در نهاییه، و یحیی بن سعید در نزهة الالفاظ. و بعض متاخرین  
نسبت آن را  
به مفید (ره) و مرتضی (ره) نیز داده‌اند و کلام مفید، صریح در حرمت است. لکن  
گفته است

که هر گاه چنین کاری را بکند بر او لازم میشود اقل ثمنین در منتهای اجل، و  
عبارت

سید (ره) در مسائل ناصریه دلالت بر کراهت دارد، و لکن دور نیست که او نیز  
حرمت را

خواسته باشد، به جهت آنکه در کلام او و امثال او استعمال میشود کراهت در  
حرمت. و اما

دلالت کلام او بر صحت، پس آن واضح نیست و عبارت او این است که بعد از  
آنکه عبارت

ناصریه را نقل میکند که گفته است: " من باع باكثر سعر یومه مؤجلا فقذار بی "   
فرموده

است: " هذا غیر صحیح و ما اظن ان بین الفقهاء خلافا فی جواز ذلك و انما المكروه  
ان

بیع الشئ بثمانین بقلیل ان كان الثمن نقدا و باكثر منه نسية " بلکه این عبارت ظاهر  
در

حرمت است، بلکه دور نیست که دعوی ظهور در بطلان کنیم به ملاحظهء مقابله با

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



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

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

و علاوه بر همه اینها از رسول خدا (ص) روایت شده از طریق خاصه و عامه " لا یحل

صفقتان ۱ فی واحده " چنان كه ابن جنید نقل کرده و به همین معنی تفسیر کرده، و  
همچنین موثقہ عمار عن ابی عبد اللہ (ع) قال: بعث (ص) رجلا من اصحابه والیا فقال  
له: انی  
بعثتك الی اهل اللہ یعنی اهل مکه فانهم عن بیع ما لم یقبض و عن شرطین فی بیع و  
عن  
ربح مال ۲ یضمن. و روایت سلیمان بن صالح عن ابی عبد اللہ (ع) قال: نهی رسول  
اللہ (ص) عن

---

۱: مستدرک: ج ۲ ص ۴۷۵، ابواب احکام العقود، باب ۲. (چاپ اسماعیلیان)  
۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب احکام العقود باب ۱۰ ح ۶

سلف و بیع و عن بیعین فی بیع و عن بیع ما لیس عندک و عن ربح ما لم ۱ یضمن. و اصحاب

تفسیر کرده‌اند موثقه را به آنچه تفسیر کرده‌اند به او روایت سلیمان بن صالح را و تفسیر

ایشان همین معنی هست که نزاع در او است.

و استدلال کرده‌اند قائلین به جواز و صحت، به روایت سکونی عن ابی جعفر عن ابیه عن ابائه (ع) ان علیا (ع) قضی فی رجل باع بیعا و اشترط شرطین بالنقد کذا و بالنسیة کذا فاخذ

المتاع علی ذلك الشرط. فقال هو باقل الثمنین وابعده الاجلین یقول لیس له الا اقل النقدین

الی الاجل الذی اجله ۲ نسیة. و حسنة محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال: قال امیر المؤمنین (ع): من باع سلعة فقال ان ثمنها کذا و کذا یدا بید او ثمنها کذا و کذا نظرة

فخذها باى ثمن شئت، و جعل صفقتهما واحدة، فلیس له الا اقلهما و ان ۳ کانت نظرة. و این

حدیث در تهذیب و کافی و فقیه روایت شده و در کافی بعد از آن مذکور است که: قال:

قال: من ساوم بثمانین احدهما عاجلا و الاخر نظرة فلیسم احدهما قبل ۴ الصفقة، و حسنه

دیگر محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی رجل امره نفر لیتاع

لهم بعیرا بنقد و یزیدونه فوق ذلك نظرة فابتاع لهم بعیرا و معه بعضهم فمنعه این یاخذ منهم

فوق ۵ ورقه نظرة.

و جواب از این روایت بعد از تضعیف اول و اغماض از بعضی اشکالات که در سند دو تای دیگر هست، هر چند اظهر عدم اشکال است به جهت آنکه ظاهر آن است که محمد

بن قیس، (خصوص هر گاه عاصم بن حمید، از او روایت کند و او از حضرت باقر (ع)) خصوصا

قضایای امیر المؤمنین (ع) همان بجلی ثقه، است و ابراهیم بن هاشم ممدوح ۶ است به مدحی

- ۱: همان مرجع باب ۷ ح ۲
- ۲: همان مرجع باب ۲ ح ۲.
- ۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۶۷، ابواب احکام العقود باب ۲ ح ۱.
- ۴: فروع کافی: ج ۱ ص ۳۸۷، من لا یحضر: ج ۲ ص ۹۲، تهذیب: ج ۲ ص ۱۳۱.
- ۵: وسائل: ابواب احکام العقود، باب ۳ ح ۱.
- ۶: ابراهیم بن هاشم پدر علی بن ابراهیم: مرحوم میرزا (مانند گروهی از دانشمندان) در اینجا يك برخورد كاملا فنی خشك با چگونگی شخصیت ابراهیم بن هاشم منماید. یعنی تنها سخنانی را که اهل رجال در مورد او گفته‌اند معیار قرار مدهد و نتیجه مگیرد که او توثیق نشده تنها مدح شده است. بطوری که گروهی از دانشمندان همین روش را در مورد صدوق به کار مگیرند و طوری سخن مگویند که گویا مثلا وی هم توثیق نشده است اما حقیقت این است که بزرگان رجال شخصیت‌هائی مانند صدوق و ابراهیم بن هاشم را بنیازتر از آن بدانند که در مقام شرح جزئیات و ثاقت آنها بیایند. سلسله " کلینی، علی بن ابراهیم، ابراهیم بن هاشم " از سرمایه‌های مهم و پر ارج و یکی از پایه‌های حیاتی منابع حدیثی ماست... و همینطور نام این پدر و پسر در سلسله‌های دیگر. در مورد ابراهیم همین قدر کافی است که از اصحاب کوفیین بوده و به قم آمده و از غربال سختگیر قمیین سالم در آمده است

که کمتر از توثیق نیست. و لکن مضمون روایات مخالف قواعد و عمومات ادله عقلیه و نقلیه است، چنان که گفتیم. و نمیتوان عمومات قواعد را به آن تخصیص داد، با وجودی که اخبار آن طرف هم موجود است و بعضی از اینها موثقند و موثق حجت است و اگر نباشد هم، ضعف آن منجر به عمل اصحاب و موافق کتاب است به جهت اینکه ظاهر این است که این اکل مالی است به باطل، و تجارت ناشی از رضای طرفین، نیست، بلکه موافق عقل و نقل.

و حسنه دوم محمد بن قیس نیز دلالت واضحی بر مطلب ندارد، بلکه ظاهر این است که مراد این باشد که هر گاه جمعی بگویند به شخصی که تو شتری از برای ما بخر، به نقد و ما، در عوض آن نقد تو، در مهلت فلان به تو بیشتر مدهیم و جناب امیر المؤمنین (ع) منع فرموده آن شخص را از گرفتن زیادتی به جهت آنکه محض رباست و اگر چنین نباشد حمل حدیث بر معنی مقصود، محتاج به تکلفات بسیار و تقدیر و حذف است و مرجع ضمیر منصوب در " معه " هم در این صورت مذکور نیست و ارجاع آن به صاحب شتری که این مرد از او مخرد و در کلام نیست، بعید است.

و اما دلیل مفید و امثال او که قائل به حرمتند، و لکن هر گاه بکند صحیح است و رجوع به اقل ثمنین مشهود در ابعداجلین. پس ممکن است که آن آخر حسنه محمد بن قیس باشد که در کافی مذکور است که امر شده است به تسمیهء ثمن و تعیین آن و امر از برای وجوب است، پس ترك آن حرام است، و لکن حرمت افادهء بطلان نمکند و از اینجا دلیل ابن براج نیز ظاهر میشود، بنابر آنکه حرمت را دلیل بطلال داند. و تو مدانی که همه اینها تکلف



(۱۲)

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

فهم علتی، باشد از روایات والقاء فاروق. و اما لفظ " ابعدا الاجلین " در روایت سکونی، پس

آن، محمول بر تغلیب است و بر حال اطلاق شده است لفظ " اجل " تغلیبا، مثل شمسین و

قمرین، چنان که در خود روایت نیز توضیح آن شده است. و به هر حال، اظهر در این نیز

بطلان است، چنان که مذهب اکثر اصحاب است، بلکه به طریق اولی. والله اعلم بالصواب.

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

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

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

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

نشده.

۱۶ - سؤال: گرفتن وظایف که مال شاه میباشد و به رعیت حواله میکنند و قدری از

او را کم میکنند، آیا بر آن، حلال است یا نه؟

جواب: خراج اراضی خراجیه مال مصالح عامهء مسلمانان است، مثل طلبهء علوم و ائمه

صلوة و مؤذنین و پل و حمام و مسجد، و لیکن به اذن امام عادل. و دور نیست که اگر مجتهد

جامع الشرایط اذن بدهد و آن شخص گیرنده از مصالح عامهء مسلمین باشد، مثل طلبهء علوم و

ائمه صلوة، تواند گرفت.

۱۷ - سؤال: از وجه بیع شرط چون بایع مسلط بر فسخ است، هر گاه از ده تومان

مثلا

يك تومان بدهد قبل از انقضای مدت، بیع فسخ میشود یا اینکه موقوف است به دادن تمام؟

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



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

۱۸ - سؤال: اجرت گرفتن به جهت ختم قرآن در سر قبور، حلال است یا حرام؟  
جواب: اجرت در ازای تلاوت قرآن به جهت موتی، مشهور جواز آن است.  
۱۹ - سؤال: هر گاه زید، در حین حیات والد خود از پول والد، ملکی به جهت  
خود

گرفته و والد، متوفی شده، آیا ورثه به قدر سهم خود، مستحق تنخواه میباشند یا  
مستحق  
ملك؟

جواب: در صورت سؤال، ورثه به قدر سهم خود مستحق تنخواهند؟ نه ملك، مگر  
آنکه

اجازه کنند بیع را، پس شريك میشوند به قدر حصه.

۲۰ - سؤال: معامله اطفال، که در بازار میکنند چه صورت دارد؟

جواب: ظاهراً حلال است و مباح است تصرف در آن، هر گاه ممیز باشند، هر چند  
محتمل باشد که آن مال از خود صغیر باشد، نظر به عمل مسلمین در اعصار و  
امصار. و لکن

اموری که عادت جاری شده به معامله اطفال در آن، ظاهر این است که این بیع  
نباشد به این

معنی که جمیع احکام بر آن مترتب شود، بلکه همان محض ترازی است، مگر در  
جایی که

اعتماد بر اذن ولی باشد و آن طفل به منزله آلت باشد. مثل آنکه در حضور و به  
اطلاع ولی

بکند که در اینجا احکام بیع بر او جاری شده.

۲۱ - سؤال: خیار غبن در همه عقود هست حتی در هبه و اجاره و صلح، یا  
منحصر

است در بیع؟

و آیا شرط سقوط خیار غبن و غیره در ضمن عقد، باعث سقوط میشود یا نه؟ هر گاه  
زید، ملکی به عمرو، که از اهل خبره نبوده فروخته و قبل از مبیعه چنان نموده که  
مبیعه مزبوره غبطه است و بکر و خالد را آورده که به این قیمت منخرند و آنها هم  
گفته‌اند که به این قیمت منخریم و در عین مبیعه در ضمن عقد شرط اسقاط جمیع  
دعاوی و اختیارات خصوصاً دعوی غبن از جانب عمرو مشتری، نموده و بعد از مبیعه  
غبن

فاحش به ظهور رسیده، آیا در صورت مزبوره مشتری را اختیار غبن باقی است یا شرط

(۱۴)

مزبور، لازم، است یا اصل عقد فاسد است؟ چنان که ظاهر قول صاحب دروس است

و

ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، منشأ فساد عقد میشود، یا همان شرط فاسد است؟  
جواب: بلی غبن در سایر عقودی که از معاملات محضه است جاری میشود،  
چنان که جمعی از علما تصریح به آن کرده‌اند که از جمله آنها مقدار است که  
تصریح به

آن کرده، و عمده دلیل خیار غبن که نفی ضرر و عسر و حرج است در همه عقود  
مذکوره

جاری است، اما، در مطلق هبه، غبن نمیشد مگر هبهء معوضه. و به هر حال نسبت  
ما بین ادله لزوم عقود و اخبار ضرر و عسر و حرج، عموم من وجه است، لکن  
اعتضاد به

عقل و عمل به اصل و کتاب و سنت مرجح نفی ضرر است، بلکه بعد تأمل تام، اکثر  
اخبار ضرر، در قوت خاص مطلق، است و علت منصوبه در آنها هم مطرد است.  
و اما سؤال از اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد، پس اظهر این است که منشأ  
سقوط بشود با اشکال در خیار رؤیت. و توضیح این مطلب این است: اصل در بیع  
لزوم

است و اخبار غبن از جانب شارع مقدس از برای رفع ضرر است و بالغ عاقل رشید  
که

معامله کرد و معنی غبن و خیار غبن را فهمید و دانسته شرط اسقاط آن را در ضمن  
عقد کرد ظاهراً ساقط میشود و معامله لازم است. و اینکه بایع چنان وانموده که  
مبیاعه

خوب است و مشتری دو برابر آورده هر چند این نوعی است از تدلیس و تغیر و  
فریب دادن، لکن بطلان معامله به سبب آن معلوم نیست، هر چند معصیت کرده باشد  
و

این، از قبیل بخس و غش خواهد بود و اظهر آن است که در صورت بخس و غش  
معامله

باطل نباشد و غایب امر، آن است که خیار ثابت باشد، در صورت غبن.  
والحاصل بعد از ملاحظهء عمومات لزوم عقود و شروط، وجهی از برای بطلان ظاهر  
نیست آنچه شهید (ره) در دروس به آن متمسک شده در شرط اسقاط خیار رؤیت،  
است و

اسقاط خیار غبن را هم به آن ملحق کرده‌اند، و بعد از آن، بیان فرق کرده. و عبارت  
دروس این است که در مسئله خیار رؤیت گفته است "ولو شرطاً رفعه فالظاهر بطلان  
العقد للغرر و کذا خیار الغبن و یحتمل الفرق بینهما لان الغرر فی الغبن سهل الازالة

بخلاف  
الرؤية فيصح اشتراط رفع خيار الغبن " و مراد شهيد از لفظ " غرر " آن چیزی است  
که

شامل جهالت طرفین باشد به احد عوضین یا هر دو، بدون حصول تغیری و فریبی از احدهما. مثل اینکه طرفین معامله بکنند به وصف ثالثی که نه بایع خود دیده باشد

مبیع

را، و نه مشتری. و نه هم احدهما قصد فریبی داشته باشد و مانع در اینجا همان جهالت

محض است. و بالجمله نسبت ما بین غرر و جهالت، عموم من وجه است. پس غبن از بابت

غرر است.

و گاه است از راه فریب دادن است، مثل ما نحن فیه. و گاه است که مطلقاً قصد فریب ندارد و بایع هم قیمت آن را نمیداند، اما قدر عوضین و وصف آنها در حال

بیع

معلوم است و کسی نگفته است که خیار غبن منحصر است در صورتی که بایع،

عالم

نباشد به غبن و فریب نداده باشد و با وجود این، مطلق گفته‌اند که خیار غبن ثابت است، بلکه در غار عالم، اظهر است. و احادیثی که وارد شده در غبن، مثل غبن

المؤمنین حرام و غبن المسترسلین حرام و امثال آنها، ظاهر در صورت عمل فریب است

و کسی قائل به بطلان نشده است و به جهت رفع آن قائل به خیار غبن شده‌اند. و

بعضی

در اصل خیار غبن هم تأمل دارند.

باقی ممانند کلام در جهالت عوضین یا احدهما که ظاهر فقها، اجماع بر بطلان است. و تحقیق در این مسئله نیز این است که هر گاه جهالت راجع به بیع سفه شود

باطل

مشود، بخصوص دلیلی در آن یا به جهت اجماع که در خصوص جهالت دارند یا به سبب بعضی از اخبار که در آن مسئله مذکور است و الا نهی در معاملات مستلزم

فساد

نیست و قول شهید (ره) در نفی اسقاط خیار رؤیت، راجع به این است نه مطلق فریب دادن، به جهت آنکه هر گاه تعیین مبیع به مجرد وصف باشد و وصف محتمل

است

که کذب باشد و خلاف باشد، خیار فسخ جبر کسر آن را میکند، و هر گاه در

همان

عقد، شرط اسقاط خیار بشود آن عقد در جهالت عوض، باقی است، پس فاسد

خواهد

بود. به خلاف شرط اسقاط خيار غبن، به جهت آنکه مبيع و ثمن هیچ يك در حال بيع جهالتي نداشته‌اند و اگر جهالتي فرض شود در گنجایش و قیمت مبيع خواهد بود و آن نیز به اثبات خيار غبن در شریعت، مرفوع است.

عاقل بالغ رشید، خود از حق گذشته و اسقاط کرده و فریب دادن بایع، او را، همین معنی است که اصل وضع خیار به جهت احتمال آن بوده، بایست خود اسقاط نکند و غالب این است که بالغ عاقل رشید که معامله کرد و تصور غبن فاحشیت آن را کرد و مع هذا تن در داد که به آن قیمت بر دارد، به جهت آنکه صلاح او هست در آن وقت و شرط اسقاط خیار کرد، در این معنی غرری نیست و اگر فرض شود در صورت تدلیس بایع و بنخس، مشتری مغرور شود به آن، خیار را دارد و به همین ازالهء غرور از او آسان است، چنان که در همان عبارت دروس به آن اشاره شده. پس خود مقصر خواهد بود به سبب اسقاط خیار و "مباشر" در اتلاف، مقدم است بر "سبب" و همچنین سبب اقوی بر اضعف. و در اینجا نمیتوان گفت که سبب اقوی است به سبب غرور، مثل آن جایی که غاصب، مالك را ضیافت کند و مال خودش را که از او غصب کرده به او بخوراند، به جهت آنکه بعد از این به آزار تابانی به او مگوید که در ضمن عقد، شرط کن که اگر غبنی باشد ساقط باشد، هر گاه واقعا جازم شده بود مشتری به اینکه غبنی نیست و قیمت همین است و باز از راه این سد و بند بایع، و شرط کردن، بیدار میشود و راه اختیار غبن را میداند که شرط میکند، والاسفه و غبت خواهد بود شرط کردن، و لغو خواهد بود. و اصل در فعل مسلم عاقل رشید، آن است که کارش مبتنی بر لغو و سفه و عبث نباشد.

پس در حقیقت متن به احتمال غبن شده و بنابر اسقاط آن گذارده به جهت مصلحتی و اگر فرض عدم تنبه بشود با وجود این معنی، پس آن از فروض نادره است که در احکام شرعی و قواعد کلیه، التفاتی به آن نیست. پس عمدهء مؤثر در نقفصان، فعل خود او است نه فعل بایع. و اما در اسقاط خیار رؤیت، چون معنی غرر، و اسقاط خیار

باعث عود جهالت است، پس رفع غرر، به معنی جهالت به وسیله اسقاط خیار نشده است.

به خلاف غبن، که تحویل تأثیر تغیر به خود مشتری، منشا ازالء غرر به معنی فریب است به آسانی. و از اینکه گفتیم معلوم شد که مراد شهید (ره) از لفظ " غرر " در دروس

اعم از جهالت و فریب است تا در اسقاط خیارین هر دو صحیح باشد. بلی در این مقام، سخنی دیگر هست و آن بودن این شرط است مخالف مقتضای



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

و جواب این را حقیر در رساله مفرده که در " شرط ضمن العقد " نوشته‌ام بیان کرده‌ام و حق این است که امثال این شروط مخالف مقتضای عقد نیست و به این جهت،

شهادت (ره) در قواعد نیز در بطلان عقد به امثال این شرط تردد کرده است. و حق این است که تردد نباید کرد به جهت آنکه این نه به معنی مخالف مقتضای عقد است. و حاصل آنچه تحقیق کرده‌ام در آنجا، همان است که شهادت (ره) به آن اشاره کرده در قواعد که هر گاه شرط منشأ اخلال به بعضی ارکان معامله شود فاسد است، مثل شرط

عدم تسلیم مبیع یا ثمن یا عدم تصرف در مبین یا در ثمن، و اما هر گاه باعث اخلال به

بعضی از احکام و لوازم و توابع بشود ضرر ندارد، مثل شرط اسقاط اختیار مجلس و اختیار

حیوان. و اختیار غبن هم از آن بابت است، و همچنین اختیار تأخیر. اما در اختیار رؤیت،

اشکال سابق هست و از این جهت، منشأ بطلان مشود و توضیح این مطلب موقوف است

به مطالعه آن رساله، و الحال، حال بیان بیش از این نیست. عافانا الله عن الامراض الحسمة والالام النفسية بمحمد واله خير البرية صلى الله عليهم اجمعين.

و اما سؤال از ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، پس بدان که کسی شرط مخالف شرعی در ضمن عقد بکند، شکی در فساد شرط نیست و در فساد شدن عقد به فساد شرط، قول اصح بطلان است به جهت آنکه عقد، تابع قصد است و قصد به انشاء عقد

نشده است الا به این شرط، پس قصد به انشاء معامله بدون شرط نشده و قصد که واقع

نشده، عقد واقع نشده و به جهت آنکه شرط را قسطی از قیمت میباشد، پس هر گاه باطل شود، قیمت مجهول مشود، پس عقد باطل مشود و در رساله شرط، مطلب را

مبسوط نوشته‌ام.

و لکن این قاعده در مسائل نکاح، تخلف کرده است، پس حکم کرده‌اند اصحاب هر

دو قول به صحت عقد نکاح با اشتغال بر شرط فاسد. و در مسالك، دعوی اجماع  
بر آن  
کرده و این مشکل است، مگر اینکه اجماع ثابت باشد و در ثبوت آن نیز اشکال  
است به  
جهت آنکه خلاف کرده‌اند در شروطی که خلاف مقتضای عقد است. بلکه در  
بعضی

جاهای دیگر هم خلاف کرده‌اند. بلی احادیث در بعضی شروط فاسد وارد شده که دلالت

مکند بر فساد شرط، دون عقد.

پس اولی آن است که اقتصار کنیم در مسائل نکاح نیز به آنجا که اجماع باشد بر صحت عقد یا حدیثی باشد.

۲۲ - سؤال: در وقت چیدن گندم و جو، بعضی خوشه‌ها به زمین مافتند و مریزد و مالک خود یا وکیل او به قدر مقدور، سعی و اهتمام در جمع و ضبط و اخذ آنها میکنند و

بعد از عجز از ما بقی اعراض و قطع نظر میکنند. آیا بر چیدن آنها جایز است یا نه؟ و بر فرض

جواز، هر گاه کسی برچیند به قصد تملک و عین آن حاضر و باقی باشد مالک میتواند از او

بگیرد یا نه؟ و هر گاه بعضی از آن خوشه‌ها که بر زمین افتاده است بعد از اعراض مالک، دانه

دانه شود و در خاک پنهان شود و شخصی آنها را حیات کند و آب بدهد تا سبز شود و یا

در زمستان به سبب آب باران سبز شود و شخصی به قصد تملک، متوجه آب دادن و حفاظت

آن بشود و حاصلی از آن به عمل آید، آن حاصل، مال این شخص میباشد یا مال صاحب آن

خوشه‌ها و دانه‌ها و مملوک بودن زمین از برای صاحب بذر یا مغصوب بودن آن در این حکم

تفاوت دارد یا نه؟ و هر گاه اشاره به مأخذ و دلیل مسئله، بفرمایند بهتر است. جواب: چیدن خوشه‌ها، در صورت مزبوره جایز است و هر گاه به قصد تملک چیند، اظهر این است که مال او میشود و مالک از او نمیتواند بگیرد، هر چند عین آن باقی باشد

و آن سبزی که در آن زمین از آن دانه‌ها به عمل مآید اظهر این است که مال آن کسی

است که حیات مباح کرده و آب داده و به قصد تملک به عمل آورده. و اما هر گاه آن دانه‌ها

در زمستان به آب باران سبز شوند و مالیت به هم رسانند. پس اگر بعد از آن نیز صاحب

دانه‌ها اعراض کند از آن سبز، باز هر کس حیات کند و به عمل آورد مال او است

نه صاحب  
زمین، هر چند بر او لازم است اجرت زمین. در صورتی که دانه‌ها خودرو سبز شود.  
و ممکن  
است که مال صاحب زمین باشد، هر چند مالک منفعت آن، باشد به مثل اجاره و غیر  
آن و  
بنابر این احتمال، هر گاه عین آن زمین یا منفعت آن، مال صاحب بذر است مال او  
است و اگر  
مال غیر است از غیر است، این شخص، تصدیع بی جا کشیده و اظهر احتمال اول  
است که بعد

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

و ان شئت ماخذ المسئلة فاعلم ان المالك اذا لم يعرض عن الحبوب فالزرع مال صاحب

البذر واما لو اعرض فليس لصاحب البذر بل هو خارج عن ملكه، ح، ولم اعتمد فيما اخترته من

خروجه عن ملكه على ان مجرد الاعراض يدل على الخروج عن الملكية (حتى يقابل بالمنع و

ان الملك كما يحتاج في ثبوته الى سبب شرعى، فالخروج عنه ايضا محتاج الى ناقل شرعى و

لم يثبت من الشرع كون نية الخروج، من موجبات نقل الملك فان ذلك لا يتم في كثير

من المواضع التي يكون المعرض عنه شيئا خطيرا و ان كان القول به موجودا مطلقا و في

خصوص بعض المسائل كما لو اطلق الصيد بعد التملك و قصد الخروج عن التملك. فانهم

اختلفوا فيه. فالأكثر على عدم الخروج، كما في المسالك و ذهب بعضهم الى الخروج ونسبه

في الكفاية الى الأكثر. و يتفرع عليه جواز اصطياده للغير بقصد التملك و عدمه. ثم على القول بعدم الخروج، اختلفوا في انه مباح التصرف فيه على غير جهة التملك ام لا

ايضا بل

اعتمادى في المسئلة على انه ثبت من الشارع الرخصة في مثل ما نحن فيه و هذه الرخصة يمكن

ان يكون من باب شاهد الحال عن المالك و يمكن ان يكون من جانب الله بالاستقلال كاثبات

سائر حقوق المالية في اموال الناس و تردد الامر بين ذينك الامرين في المسائل الشرعية غير

عزيز.

فمنها اثبات حق الشرب والتوضى في المياه المملوكة فانه يظهر من بعض الاصحاب انه

من باب شاهد الحال و من بعضهم انه حق اثبت الله تعالى لعباده في مال عباده فاذا

تردد الامر بينهما فالاصل يقتضى الحمل على الاخير. اما ثبوت الرخصة عن الشارع  
فلثبوت الاجماع عليه بملاحظة عمل الناس فى كل عصر ومصر من التقاط السنابل  
بعد الاعراض من الصلحاء المتدينين و غيرهم ولم ينكر عليهم احد من العلماء فى  
جميع الاعصار والامصار و كك التقاط جلات البعير والاغنام فى المفاوز والصحارى.  
و اما

اصل حمل ذلك على انه اباحة من الله فى مال عباده فالظاهر الاجماع  
عليه ايضا اذ الملتقطون للسنابل و جلات الحيوانات فى كل عصر و مصر يبيعون  
هذه الاشياء ويشترى المسلمون منهم من العلماء والصالحين و غيرهم ويجرون فيها  
احكام

البيع والشراء ولو لم يصر تلك الاشياء ملكا لملتقطها لم يصح البيع. اذ لا بيع الا فى ملك.

سواء كان بالاصالة او بالنيابة عنه او بالاجازة عنه. فاذا كان الاعراض عن المالك بمنزلة

الاباحة المحضة لا يفيد ذلك الا من المالك الرخصة فى التصرف ولا يفيد التمليك كما صرحوا به فى نثار العرس وصحة البيع مشروط بالتمليك او بالاجازة عن المالك والمفروض

عدم التمليك. والنيابة ايضا غير متحققة بالفرض اذهم يبيعون لا نفسهم. واما الاجازة فهو موقوف على اطلاع المالك على البيع وامضائه وهو لا يمكن الا بعد اطلاعه على وقت البيع لتعقبه بالاجازة ومجرد المعرفة من حاله بشهادة الحال انه لو اطلع

على البيع لا مضاه، لا يكفى فى الامضاء. لان الاجازة والامضاء يحتاج الى انشاء ولا يكفى فيه

مجرد الرضاء. اذا لو كان محض الرضاء كافيا فى انعقاد العقود، لتحقق عقد النكاح فيما بين

رجل وامرأة يحب كل منهما الاخر ويتمنى كل منهما ان يكون زوجا للاخر. و كك البيع وغيره

من المعاملات. و لم يقل به احد من القائلون بصحة المعاطاة بل القائلون بلزومها. و ايضا

لا يقولون بعدم الاحتياج الى الانشاء. غاية الامر انهم لا يقولون بلزوم الانشاء الخاص بالصيغة

المخصوصة او بمطلق اللفظ. مع ان الاجازة انما ينفع فى نقل الملك عن البايع وانتقال الثمن

اليه و فيما نحن فيه ليس كك لان معنى شاهد الحال والا باحة انما هو الرضا بمعاملة الملتقط

لنفسه.

فان قلت: هذا ليس ببيع بل هو نوع اباحة فى صورة المبايعه فالمالك يرضى بان يعطى المذكورات للمشتري ١ و ياخذ الثمن و يصرفه. ولو اطلع وقت البيع و اراد ان ياخذ

الثمن من

الملتقط جاز له اخذه.

قلت: هذا انكار لما استمر عليه الاعصار والامصار فانهم يعاملون معاملة البيع الصحيح مع

الملتقطين مع علمهم بانهم ليسوا بمالك الانعام بل انما يلتقطون الجلات الملقاط من

اموال  
الناس فى الصحارى وهكذا يلتقطون السنابل وامثالها. فعلم من جميع ذلك ان الله تعالى  
اباح  
المذكورات لعباده بعد اعراض اصحابها عنها. فعلى هذا يكون سبيلها سبيل ساير  
المباحات  
التي يحصل الملك فيها بالحيازة بقصد التملك.

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



وان قلت: نعم ولكن استصحاب الملك يقتضى بقاء حق المالك فيه مادام باقيا.  
قلت: بعد ما ذكرته من الدليل لا يبقى معنى للاستصحاب اذ الاستصحاب لا يعارض  
الدليل. مع انه يمكن ان يق ان مناط حجية الاستصحاب انما هو الحاق الظن بالاعم  
الاغلب

ولما كان الموضوعات مختلفة فى قابلية البقاء على مجرى عادة الله فيختلف زمان  
استصحابها

بمقتضى استعداد موادها فيجرى حكم الاستصحاب فى كل فرد من افراد الموضوع  
على

وفق ما ثبت استعداد هذا النوع للقدر المعين من البقاء واستدامة ملكية مثل هذا المال  
لم

يثبت فى الشرع فى مورد حتى يتعين عليه ما نحن فيه، الحاقا بالاغلب. مع انه يمكن  
ان يق:

ان فى مثل الحبوب التى دخل من باب الاتفاق بسبب تصاكك السنابل والا طلاق فى  
شقوق

الارض وثقبها، انها ليست بمال حتى يق ان ملكية هذا المال مستصحب.

و يدل على ما ذكرنا ايضا ان من البعيد من حكمة الله ورافته ترخيص عبده الضعيف  
فى

جمع السنابل والحبوب فى غاية المحنة والغوب من الصبح الى الليل و كك جلات  
الحيوانات،

ثم تسليط المالك على ان ياخذ منه مجانا. على ان لنا ان نعتمد على ان الاعراض عن  
الملك

يفيد الخروج عنه ايضا. سيما اذا كان الاعراض من جهة الياس لا عدم المالية. بل مع  
الثبوت

فى صورة اليأس مع تحقق المالية العظيمة، يثبت فى صورة الاعراض لا جل الحقارة،  
بطريق

الاولى.

و وجه الاستدلال ان الاصحاب ذكروا فى مسألة البعير التى بقيت فى فلات لا جل  
كلاله

انه تملكه الاخذ واستدلوا عليه بصحيفة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال:  
من اصاب

مالا او بعيرا فى فلات من الارض قد كلت و قامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه  
فاخذها غيره

فاقام عليه فانفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت، فهى له ولا سبيل له عليها

وانما هي مثل ١ الشئى المباح. و يقرب منها غيرها من الاخبار. فان هذه الصحيحة وما فى معناها تدل على ان اعراض المالك وتركه ويأسه عن الانتفاع يجعل المال كالمباح فهو يجرى فيما نحن فيه بل وعلى سبيل الاولوية. و صرح الاصحاب بكون الاعراض منشأ للخروج عن الملك فى غير موضع، منها مسألة.

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

بيع تراب الصياغة قال في المسالك: ولو دلت القرائن على اعراض مالكة عنه جاز للصايغ

تملكه كغيره من الاموال المعرض عنها.

اقول: فالروايتان الدالتان على التصديق بثمانه محمولتان على مالو لم يعلم اعراض صاحبه عنه قال في الكفاية: تراب الصياغة ان علم بالقرائن المفيدة للعلم ان صاحبه اعرض

عنه جاز للصايغ تملكه كساير الاموال المعرض عنها خصوصا اذا كانت مما يسامح فيها عادة

ولا يبعد الاكتفاء بالظن مع عدم قضاء العادات على خلافه. والا فان كان اربابها معلومين

استحلهم اورده اليهم ولو كان بعضهم معلوما فلا بد من الاستحلال والا فالظاهر جواز بيعه

والصدقة به لما رواه الكليني (ره) عن علي بن ميمون الصايغ قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عما يكسر

من التراب فايبيعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به فمالك واما لا هله. قال: قلت: فان فيه ذهباً

وفضة وحديدا فباي شئ ابيعه؟ قال: بعه بطعام. قلت: فان كان لي قرابة محتاج اعطه منه؟

قال: نعم ١. وروى الشيخ في الصحيح عن علي بن الصايغ (وهو غير ممدوح و لا مجروح) قال:

سالته عن تراب الصواغين وانا نبيعه. قال (عليه السلام):

اما تستطيع ان تحله من صاحبه؟ قال: قلت: لا اذا اخبر به

اتهمنى. قال: بعه. قلت: باي شئ نبيعه؟ قال: بطعام. قلت: فاي شئ اصنع به؟ قال: تصدق به

امالك واما لا هله. قلت: ان كان ذا قرابة محتاجا فاصله. ٢ قال: نعم الى آخر ما ذكره (ره).

و قالوا في مسألة السفينة المتكسرة في البحر ايضا: ان ما يخرج بالغوص فهو لمن اخرجه وما

اخرجه البحر فهو لصاحبه. وهذا هو المشهور بينهم واستدلوا عليه برواية الشعيرى، قال:

سئل ابو عبد الله (ع) عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضه بالغوص واخرج البحر بعض

ما غرق فيها. فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لا هله، الله اخرجه. واما ما اخرج

بالغوص فهو لهم ٣  
وهو احق. قال ابن ادريس في السرائر (بعد نقل هذه الرواية في اواخر كتاب القضاء)  
قال  
محمد بن ادريس وجه الفقه في هذا الحديثان ما اخرج به البحر فهو لا صحابه و ما  
تركه  
اصحابه ايسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لانه صار بمنزلة المباح ومثله من ترك  
بعيره

---

١ و ٢: وسائل: ج ١٢ ص ٤٨٥، ابواب الصرف باب ١٦ ح ١ و ٢.  
(٣): وسائل: ج ١٧ ص ٣٦٢، ابواب اللقطة باب ١١ ح ٢

من جهد فى غير كلاء ولا ماء فهو لمن اخذه لانه خلاه ايسامنه و رفع يده عنه فصار مباحا،

فليس هذا قياسا لان مذهبنا ترك القياس وانما هذا على جهة وانما هذا على جهة الثانى هكذا والمرجع فيه الى الاجماع و تواتر النصوص دون القياس والاجتهاد. و على الخبرين

اجماع اصحابنا منعقد. انتهى.

اقول: ظاهر كلام ابن ادريس دعوى الاجماع على ان المال المأبوس منه والمعرض عنه كالمباح ويمكن ان يكون نظره فى الخبرين الذين ادعى الاجماع عليهما هو رواية الشعيرى

والروايات الدالة على حكم البعير مثل صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة و ذكروا فى مسألة حفر البئر فى الاراضى المباحة لا بنية التملك بل لينتفع به انه لو عاد اليها بعد الاعراض انه يساوى غيره على المشهور. فمع ملاحظة هذه المقامات فى كلمات العلماء

و ملاحظة خصوص الاخبار والعلة المستفادة من صحيحة عبد الله بن سنان والاجماع المستفاد من كلام ابن ادريس لا يبقى مجال للتأمل فى ترجيح الخروج عن الملك بسبب

الاعراض و سيما فى الشئى الدون.

والاستصحاب المذكور لو سلم صحة اجرائه فيه لا يقاوم ما ذكر سيما مع ما عرفت ان الظاهر ان جواز التصرف اجماعى وادعاء كون ذلك من باب اباحة المالك لا من باب حيازة

المباح مما ياباه العقول السليمة والاحلام المستقيمة فانا كثيرا ما يحصل لنا العلم ان المالك

لا يخطر بباله تصرف الغير فضلا عن اباحته له بل انما يحصل منه نفس الاعراض فكيف يعتمد

فى التصرف فى مال الغير على ما ليس من باب الاذن الصريح ولا الفحوى ولا شاهد الحال.

فان معنى شاهد الحال ان يشهد الحال برضاء المالك بتصرفه مع بقاءه فى ملك المالك ولا ريب انه مفقود فى اغلب موارد هذه المسئلة.

فلو فرض ان احدا جمع السنابل فى مزرعة احد بعد الاعراض عنه راسا على سبيل التدرج حتى يبلغ ثلثمائة من من الحنطة فالان علم المالك ان ملكه باق على تلك الحنطة

فكيف يحصل العلم برضاه بتصرف الملتقط فى هذا المجموع سيما اذا اعتبر فى شاهد الحال

العلم كما هو ظاهر الاكثر. نعم شاهد الحال يشهد برضاه في الالتقاط و محض الرضاء  
بالالتقاط لا يوجب الرضاء بالتصرف في هذا المبلغ الخطير وهذا كله شاهد على انه  
خرج عن

ملكه بالاعراض. فتأمل بنظر دقيق و فكر عميق فان التمسك بالاستصحاب هنا من الاراء

البادية والانظار العليلة الظاهرة لا من الافكار الفامرة.

هذا الكلام فى اثبات خروج المال المعرض عنه عن ملك المالك بالاعراض المترتب عليه خروج الحب، المسئول عنه، عن مال مالكة. واما الكلام فى انه، ح، هل هو ملك من

احرزه ورباه او ملك مالك الارض فهو وان اشير اليه فى تضاعيف الكلام ولكنه قد يستشكل

فى ذلك من جهة كونه نماء ملك المالك فيكون كالحشيش النابت فيه ولا يجوز لاحد حيازته بل هو ملك مالك الارض. ومن جهة كونه شيئاً مباحاً دخل فى ارضه وتولد منه

زرع

فيكون كالطائر الوحشى المتعشش فى دار احد فانه يكون لمن احرزه لان ذلك ليس بمنزلة

الشبكة الموضوعة لذلك حتى يصير ملك من نصبها فالمحيز المربى للزرع وان كان غاصبا

فاعلا للحرام بسبب دخوله ملك الغير و تصرفه فيه لكنه لا يوجب عدم حلية المباح بالحيازة

ولعل هذا اقرب وفى الكلام الذى نقلناه عن العلامة فى التحرير تنبيه على الوجه الاول، لان قوله " الا ان يكون صاحب البذر اسقط حقه " معناه ان الزرع ح ليس لصاحب

البذر بل

لصاحب الارض وهو موافق لما نقله فى التذكرة عن احمد. ويمكن ان يق: مراده (ره) من

الاستثناء عن اول الكلام. فالمراد نفى كونه من صاحب البذر. فكيف كان فلا بد من تقييده

بمالم يكن هناك محيز آخر، غير صاحب الارض. و كك عبارة القواعد.

و بيان ذلك يعلم من كلامه (ره) فى التذكرة: فرع لو باع احد شجرة واقعة فى ارض مشاع

بينه و بين غيره فقطع المشتري الشجرة وقطع اصوله وعروقه و بقى منها بعض العروق الصغار

الغير المعتنى به و نبت منها دوى وجاء آخر فرباه حتى صارت شجرة فهل هو للمشتري؟ حيث

انه نماء عروق شجرته. او من المحيز؟ او من جميع الشركاء فى الملك؟ او من البائع الاول؟

الاطهر ان كان المحيز تسقى تلك العروق ورباها قبل نبات الدوى منها فهو مال  
المحيز اذا  
علم اعراض المشتري، كما هو ظاهر الحال فى امثال ذلك. وان رباها بعد نباته  
وصيرورته  
شياً له مالية فهو مال المشتري الا اذا علم منه الاعراض بعد النبات ايضا فيكون مال  
المحيز، ح، و اما الشركاء فى الارض فلا حق لهم فى اصل الشجرة النابتة جديداً و  
كذا البايع  
الاول لانقطاع حقه عنه.



قال في كتاب المزارعة: ولو زارع رجلا على ارض او اجره اياها فسقط من الحب الحاصل من الزرع في تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر لا لصاحب الارض الا ان يكون

صاحب البذر اسقط منه حقه. انتهى. والنسخة التي نقلته منها مغلوطة والظاهر انها نسبت اليه.

وقال في القواعد في باب المزارعة: ولو تناشر من الحاصل حب فنبت في العام الثاني فهو لصاحب البذر و لو كان من مال المزارعة فهو لهما. والله العالم باحكامه.

۲۳ - سؤال: كنيز حامله را فروختن چه صورت دارد؟  
جواب: بيع كنيز حامله در غير ام ولد، اشكال ندارد و اشكال در بيع ام ولد است و مراد از

ام ولد آن است كه نطفه منعقد شود در رحم او از مولای او، در حالی كه در ملك مولى

است، پس اگر نطفه قبل از دخول در ملك منعقد شده باشد به سبب عقدی یا وطی شبهه

و بعد از آن كنيز را بخرد، ام ولد نمشود، على الاشهر الاظهر. و مشهور آن است كه بايد

آن در حين انعقاد آزاد باشد، پس هر گاه صاحب نطفه در حين انعقاد نطفه مملوك شخصى

بوده است و بعد از آن آزاد شده باشد هم ام ولد نمشود. و همچنين هر گاه آزاد بوده، و لكن

شرط کرده باشد كه ولد رق باشد. بنا بر مشهور. هر چند در نظر حقير، اين قول ضعيف

است.

و به هر حال بيع ام ولد جايز نيست هر چند مملوكهء مولى است و ميتواند او را به اجاره

بدهد و شوهر بدهد و تحليل كند و آزاد كند، حتى از براى كفاره على المشهور الاقوى. بلى

جايز نيست بيع او مادامى كه فرزند او زنده است يا در حكم زنده است، مثل آنكه در رحم

باشد و هنوز روح به او داخل نشده باشد، مگر اينكه قيمت او در گردن مولى باقى مانده

باشد و به هيچ وجه ادای او را نميتواند بکند و بعضی شرط کرده‌اند در اين شرط

مولی را  
و دیگران اطلاق کرده‌اند، و این اظهر است و آنچه مشهور میان علما (و ظاهر  
حدیثی که در آن  
وارد شده است، یعنی صحیح‌هء عمر بن یزید) تجویز همین صورت است لا غیر، لکن  
شهیدین (ره) صور دیگر هم نقل کرده‌اند، حتی اینکه در شرح لمعه بیست موضع  
نقل کرده.  
۲۴ - سؤال: هر گاه مالك به کنیز خود دخول کند، پیش از استبراء متواند بفروشد  
یا

نه؟

جواب: واجب است بر بايع كنيز (هر گاه او را وطى کرده باشد و آن كنيز بالغ باشد) اينكه او را استبراء كند، يعنى بعد از دخول، ديگر با او جماع نكند تا يك حيض ببيند و اشهر و اظهر آن است كه هر گاه در بين حيض، او را بفروشد همين حيض هم كافى است و اگر تا به حال، حيض ندیده و لكن در سن كسى است كه حيض مسيند، يعنى نه سال او تمام باشد چهل و پنج روز با او جماع را ترك كند و بعد از ان بفروشد، چنان كه بر مشترى هم واجب است كه استبراء كند، به همين قدر، هر گاه بايع استبراء نكرده باشد. و لكن هر گاه بايع بعد از دخول و قبل از استبراء بفروشد بيع صحيح است، مگر اينكه ظاهر شود كه حامله بوده است از مولى، در اين وقت معلوم مشود كه ام ولد بوده و بيع او فاسد بوده.

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

جواب: اصل در تعيين بعض زمين مشاع و امثال آن، به اين است كه به لفظ نصف و ثلث و ربع، يا به جريب و قفيز و ذرع و امثال آن بشود. و اما سه دانگ، پس اصل در " حقيقت " بودن آن، مطلقاً، در نصف، در " عرف عام " ثابت نيست، ۱ به جهت اختلاف

شدید در زمینها و بلاد. پس به این سبب، جهالت در بيع به هم مرسد. خصوصاً در وقتى كه در خصوص مزرعهء مذكوره، اصطلاح تقسيم به هفت دانگ باشد. بلى هر گاه

مصطلح اهل آن قريه در آن مزرعه بالخصوص تقسيم به شش دانگ باشد و بايع كه از جملهء اهل آن قريه است، سه دانگ را بفروشد و مشترى هم همان اصطلاح را داند، يا

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

آنکه نظر به غالب آنچه در ذهن او است همان نصف است که مطابق مصطلح آن قریه است

در آن مزرعه، و لکن بایع ادعا کند که مراد من سه حصه از هفت حصه بود از این مزرعه،

در اینجا بایع، مدعی خلاف ظاهر است و ظاهر تقدیم قول مشتری است با یمین. والله العالم.

۲۶ - سؤال: شیر ماهی و بلغار و پوست قزاغی که از دست مسلم بگیرد در بازار مسلمانان، چه صورت دارد و همچنین ما قوت و بکرس ۱؟  
جواب: همه اینها در صورت مذکوره حلال و طاهرند.

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

جواب: شکی نیست در اینکه حمل، از جمله عیوب است و خلافی در آن در نظر نیست و اجماع هم بر آن نقل شده، به جهت آنکه در معرض خطر و هلاکت است به سبب

وضع حمل. پس اگر حمل از مولی بوده است، بیع فاسد است، چون بیع ام ولد است. مگر

اینکه از مواضعی باشد که بیع ام ولد، جایز باشد و هر گاه از غیر مولی باشد یا از مولی

باشد در جایی که جایز باشد، پس خیار عیب، حاصل میشود و حکم آن، این است که

مشتری مخیر است میان فسخ بیع و رد ثمن و میان آنکه دارد وارش بگیرد. مگر در چند صورت که از جمله آنها تصرف در مبیع است و اسقاط خیار و تبری از عیوب و غیر

اینها که اینجا جای ذکر آنها نیست که در همه آنها رد، ساقط میشود و در اکثر آنها ارش. و دلیل تسلط بر فسخ واضح است.

و اما دلیل نگاهداشتن و ارش گرفتن خفائی دارد، و لکن چون ظاهراً خلافی در مسئله در نظر نیست بلکه فی الجملة اجماع بر آن نقل شده و عبارت فقه الرضا هم دلالت

بر تخیر میان آن دو امر دارد و همین قدر، در اثبات آن دو امر کافی است. و استثناء شده است از عموم در سقوط خیار عیب به سبب تصرف جایکه کنیزی بخرد و وطنی کند

-----

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

(۲۸)

و معلوم شود که حامله بوده است که در اینجا گفته‌اند که مشتری متواند رد کند به سبب عیب حمل، هر چند تصرف کرده است به وطی و نصف عشر قیمت آن را هم مدهد

به جهت احادیث معتبره بسیار که دلالت دارد بر آن و مخصوص قواعد ایشان است، و این

مشهور میان علماست و دعوی اجماع بر آن شده، و لکن بعض اصحاب حمل کرده‌اند

اینها را بر صورتی که حمل از مولی باشد تا با قواعد ایشان منافات نداشته باشد. به جهت اینکه بیع ام ولد فاسد است و وطی به کنیز غیر، واقع شده است پس اقلا آن را مدهد که

در نصف عشر است و بعضی اخبار که عشر در آن وارد شده حمل کرده‌اند بر صورتی که

باکره بوده است هر چند بعید است که باکره حامله شود.

چنان که کلینی هم در کافی روایتی به مضمون آن ذکر کرده است، بعد از آنکه روایت عبد الملك بن عمرو ۱، را در لزوم به نصف عشر نقل کرده گفته است: و فی روایة

اخری ان كانت بکرا فنصف عشر قیمتها.

و بعضی تأیید کرده‌اند این را به اینکه در عبارت حدیث: " یردها علی الذی ابتاعها " است و این ظاهر در وجوب رد است و آن نمیشود الا در بیع او ولد و در این، منع ظاهر

است. خصوصا اینکه بعضی صور بیع ام ولد که صحیح است در آنجا، وجوب، معنی ندارد، پس باید مراد قدر مشترك باشد یا آنکه مراد از آن، رخصت و اختیار باشد. چون

غالب این است که مولی ام ولد را نمفروشد. پس روایات اظهر خواهد بود در غیر ام ولد. والحاصل این حمل بسیار بعید است و با این همه اخبار مطلقه معتبره تخصیص

قواعد مانع ندارد و با وجود اینکه بطلان بیع ام ولد موقوف نیست بر اینکه تصرف بعنوان

وطی باشد که استثناء را مخصوص گردانیده‌اند به آن در فتاوی و اخبار. و دعوی اینکه

متبادر از حمل کنیز این است که حمل از مولی باشد، ممنوع است، بلکه در اعصار و

امصار ما خلاف آن متبادر است و همچنین دعوی اینکه عمل وطی محمول بر غالب

است  
(چون اغلب واطهر تصرفات مالك در كنيز، وطنى است) بسيار بعيد است، بلكه  
اغلب

-----  
۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۴۱۶، ابواب احكام العيوب باب ۵ ح ۳ - فروع كافى ج ۱ ص ۳۸۹



تصرفات، فرمان دادن و خدمت فرمودن است. و بهر تقدیر اظهر و اشهر و اقوی، عمل بر اطلاق اخبار است و الزام عشر و نصف عشر (با وجود آنکه در ملك خودش وطی واقع شده است علی الاظهر الاظهر فی زمان الخیار) تعبدی است. و شاید حکمت در آن تدارك استخفاف بعرض مالك کنیز باشد. و ذکر "عشر" محمول است بر سهو از نساخ که لفظ "نصف" ساقط شده باشد، چنان که شیخ احتمال داده. یا محمول بر بکر باشد،

هر چند بعید است، چنان که از روایت کلینی (ره) مستفاد میشود.  
۲۸ - سؤال: هر گاه زید، باغ خود را بفروشد به عمرو، به شرط خیار فسخ بعد از انقضای مدت معینی، هر گاه رد مثل ثمن را در آن وقت معین، بکند. و بعد، از مشتری

اجاره کند در مدت مزبوره به مبلغ معینی، آیا این اجاره صحیح است یا نه؟ و بر فرض بطلان، ثمن، مال کیست؟ و عمل که مستأجر در آن کرده باشد مثل آبیاری و امثال آن

اجرتی دارد یا نه؟

جواب: اجاره اشجار و کروم به جهت منفعت میوه باطل است و ثمره مال مالك است، یعنی مشتری و عملی که مستأجر در آن کرده که موجد باعث آن شده باشد مثلاً

شرط کرده باشد که آبیاری را مستأجر بکند ظاهر این است که هر گاه مستأجر جاهل به

فساد معامله بوده است تواند اجرت المثل عمل را از او بگیرد و اگر عالم بوده نمیتواند.

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

جواب: حرام است.

۳۰ - سؤال: سؤال: صد تومان اشرفی به صد و بیست تومان پول سفید به وعده يك سال

مفروشم، یا پول سفید را که ریال رومی یا فروش یا رویه باشد به اشرفی مفروشیم به

زیادتی. آیا این معامله صحیح است و حلال است یا نه؟

جواب: در معامله طلا و نقره، قبض مجلس شرط است و معامله به وعده باطل

است، اگر خواهند منتفع شوند به پول سیاه معامله کنند به وعده و در سر موعد، هر  
گاه

(۳۰)

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

۳۱ - سؤال: در خصوص مبیع به بیع شرطی، آیا مشتری قبل از رسیدن ایام خیار به عنوان بیع لزوم و قطع به دیگری میتواند بفروشد یا نه؟ و هر گاه بفروشد وقتی که بایع

در زمان ایام خیار به رد مثل ثمن فسخ نمود، آیا مستحق عین مبیع خود میشود و بیع آن مشتری باطل میشود یا نه؟

جواب: تصرفات مشتری که منافی خیار بایع باشد، صورتی ندارد و جایز نیست مثل اینکه بفروشد به کسی که دیگر بایع نمیتواند از او استرداد نماید بالمره آن مبیع را باطل و عاطل کند. و بعضی آزاد کردن بنده را جایز دانسته‌اند، یعنی هر گاه غلامی

را به بیع خیار شرط، خریده باشد و در ایام خیار آزاد کند، مگویند عتق صحیح است و

هر گاه بایع، فسخ بیع کند به رد مثل ثمن، قیمت سوقیه غلام را مگیرد. و این قول مشکل است.

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

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

۲: نگاه کنید به مسئله شماره ۳۶

خيار منقضى شود و بايع اول هم فسخ نکند به رد مثل ثمن و مشتری ثانی راضی باشد

به بيع ثانی صحيح است و لازم است.

و هر گاه فسخ کند بايع اول به رد مثل ثمن، پس مسلط است که مبيع را از مشتری ثانی بگيرد. و مشتری ثانی رجوع میکند به مشتری اول و ثمن را مگيرد و منافع مبيع در این ایام، مال هر يك از مشتریان است که در تصرف او بوده است. پس حاصل

جواب از صورت سؤال، این است که هر گاه مراد مشتری اول از بيع به عنوان قطع و

لزوم آن باشد آن قطع و لزوم نسبت به خود او است نه نسبت به بايع صاحب خيار، و

مشتری هم عالم است و منشأ تضييع حق بايع نمیشود، پس حرمت این بيع مطلقاً و جهی ندارد.

و اگر مراد او بيع قطعی نفس الامری است و چنین بفروشد به عنوان قطع که دست بايع را کوتاه کند، پس این بيع حرام است، و لکن بطلان او رأساً معلوم نیست،

بلکه مگوئیم که در این صورت هر گاه بايع رد مثل ثمن کرد و فسخ بيع کرد رجوع به

مشتری ثانی و مبيع را استرداد میکند. و هر گاه نتواند استرداد کند غرامت آن را از مشتری اول یا مشتری ثانی مگيرد. و ظاهر این است که مشتری اول نمیتواند رجوع کند به مشتری ثانی در منافع مبيع، به جهت آنکه نهی از آن بيع از برای حق بايع اول بوده، نه از جهت او و او مال خود را با منافع آن تسليم مشتری کرده بود، پس بيع نسبت

به او باطل نبوده و هر گاه بايع اول رد مثل ثمن نکند بيع بر حال خود خواهد بود و ظاهر

این است که محتاج به اجازه تازه از مشتری اول نخواهد بود. والله العالم.

۳۲ - سؤال: شخصی از شخصی ده تومان گرفته به وعده يك سال به دوازده تومان تبریزی بی صورت شرعی به عنوان ربا، در سر وعده این شخصی که پول گرفته

مگويد که انتفاع را نمدهم رباست و ربا حرام است. آن شخص مگويد که مگيرم.

آیا تسلط دارد که بگيرد یا نه؟ آیا فرق دارد که هر دو جاهل بوده باشند یا هر دو

عالم يا  
احدهما عالم دون ديگري يا نه؟ و ديگر آنکه صاحب وجه مگويد که تو هم ده  
تومان بده  
به من يك سال نگه دارم بعد به تو بدهم، آیا تسلط دارد يا نه؟

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

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

جواب: سؤال در وقتی حرام است که ضرورتی و احتیاجی به آن نباشد و از این جمله است سؤال گداهایی که قوهء کسب دارند و سؤال میکنند، اما دلیل بر حرمت

آن مال که به سائل مدهند نمودنم و حرمت طلب، مستلزم حرمت مطلوب نیست. ۳۴ - سؤال: بیان فرمایند که بقای حجت بیع شرطی از متوفی و عدم رد مثل ثمن در ایام خیار، اگر چه وجه اجاره مبیع شرطی را، بایع شرط داده باشد، هر گاه بایع در

دادن ثمن، ممانعه نماید، آیا وارث را مرسد که مبیع شرطی را متصرف و اجرت المثل

سنوات ماضیه آن را از بایع شرط ممانع بگیرد یا نه؟  
جواب: هر گاه کسی ملکی را بفروشد و شرط کند با مشتری که بعد از انقضای يك سال در ظرف ده یوم آخر مثلا اختیار از برای بایع باشد که هر گاه رد مثل ثمن به

سوی مشتری نماید مسلط باشد بر فسخ بیع و هر گاه رد نکند بیع لازم باشد و خیار فسخ ساقط، و بعد از آن در مدت يك سال مزبور به اجاره بدهد مشتری، ملك مزبور را

به بایع به مبلغ معینی، ظاهرا هم بیع صحیح است و هم شرط و هم اجاره.  
در صورت مسئله که رد مثل ثمن نشده باشد، ملك مال مشتری است و بایع را در آن، حقی نیست و اجرت المثل سنواتی که بایع مستأجر عدوانا در تصرف داشته باشد

باید به سوی مشتری رد نماید. و چون در صورت سؤال، مغشوش و غیر واضح بود مفصلا نوشته شد. و این همه مراحل بعد از ثبوت مراتب مذکوره است به مرافعهء شرعیه.

والله العالم.

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



مالك، اصل ملك را با اجرت المثل ایام تصرف، گرفته باشد باید غرامت را چه نحو (قیمت حال یا اجرت المثل) مشتری از بایع مگيرد یا آنکه ثمن را؟ بیان فرمایند.  
جواب: هر گاه مبيع مستحقاً للغير بر آید و مالك اجازه بیع نکند میتواند مالك که رجوع کند به مشتری و عین را از او بگیرد و همچنین نماء متصل و منفصل آن را، و عوض منافی را که از آن عین حاصل شده خواه عاید مشتری شده باشد و استیفای آن

کرده باشد یا نه، و قیمت آنچه بر طرف شده از عین و نماء اگر قیمتی باشد و مثل آن را

اگر مثلی باشد و قیمت آن را اگر مثل به هم نرسد. و اظهر این است که در قیمت مثلی

قیمت آن روز را ملاحظه میکند که مدهد به مالك، به جهت آنکه تا آن روز مکلف است به رد مثل و چون در آن روز، متعذر است منتقل میشود حق او، به قیمت آن روز،

به جهت دفع ضرر به رد کمتر از آن. و عدم دلیل بر لزوم اعلی القیم و همچنین سایر اقوال.

و اما، در قیمی، پس اقوی (نظر به قواعد) اعتبار قیمت روز تلف، است، به جهت آنکه تا آن وقت مکلف بود به رد عین و در آن وقت که عین، تلف شد و متعذر شد رد آن،

منتقل میشود به مساوی آن از قیمت، پس معتبر قیمت روز تلف، است. و این قول را شهید (ره) نسبت به اکثر اصحاب داده، هر چند مقتضای صحیحه ابی ولاد ۱ اعتبار روز

قبض است، یعنی همان روز که به دست مشتری آمد است. و این قول را محقق (ره) نسبت

به اکثر داده است و خود اختیار کرده است. و اینها در وقتی است که تفاوت قیمتها به

تفاوت قیمت سوق باشد.

و اما هر گاه تفاوت به سبب زیادتی عینیه باشد مثل آنکه حیوان چاق شود و بعد از آن، لاغر شود به سبب لاغری قیمت آن کم شود، یا به سبب زیادتی صنعت باشد، مثلاً

آنکه غلام، صنعتی بیاموزد و بعد از آن فراموش کند، پس در آنجا اعتبار اعلی القیم میکنند و خلافی در آن نقل نکرده‌اند، بلکه ظاهراً در آن خلافی هم نیست.

-----



١: وسائل ج ١٧ ص ٣١٣، ابواب الغصب باب ١ ح ١.٠ - فروع كافي: ج ٥ ص ٢٩ ح ٦

(٣٤)

و بعد از آنکه مالك رجوع کرد به مشتری به نهجی که مذکور شد پس مشتری رجوع میکند به بايع و آنچه به مالك داده از قيمت آن مبيع، از او پس مگيرد، هر چند

بیش از آن قيمتی باشد که او را به بايع داده بود در حين خريدن مبيع، و همچنين رجوع کند به هر غرامتی که کشيده از برای مالك. بدون اشکال در آنچه منفعت عايد

مشتری نشده و استيفای آن نکرده، مثل آنچه در عوض لاغر شدن حيوان به مالك داده و

قيمت فرزند که از کنيز به هم رسانيده از جهت آنکه فرزند آزاد است و واجب است بر

پدر، خلاص کردن آن به دادن قيمت آن و امثال آن. و اما منفعتهائی که عايد مشتری شده و مشتری استيفای آنها کرده و مالك عوض آن را گرفته، پس در رجوع کردن مشتری به بايع در غرامت آن، دو قول است و اظهر، جواز رجوع است به جهت آنکه بايع،

او را مغرور کرده و او را مسلط بر مبيع کرده بود که منتفع شود بدون عوض و مشتری

هم به اين اعتقاد خريده بود.

پس الحال بايد از عهدهء اين نقصان بر آيد.

و اين همه گفتيم در وقتی است که مشتری جاهل باشد به غصبیت مبيع و نداند که مال غير است، و يا بايع ادعای اذن از جانب مالك کرده باشد در فروختن. و اما هر گاه

مشتری عالم بود به غصبیت و عدم اذن از مالك و با وجود اين، خريده باشد، پس مشهور علما اين است که مشتری رجوع نمکند به بايع، در آنچه داده. به جهت آنکه

خود، دانسته مال خود را بی عوض به بايع داده.

و حق اين است که اين سخن، علی الاطلاق، خوب نيست. و حق، تفصيل است. چنان که علامه در مختلف و تذکره ذکر کرده و آن تفصيل اين است که: اگر آنچه داده

موجود است و تلف نشده میتواند رجوع کرد و اگر تلف شده نمیتواند. به جهت اينکه

انتقال مال ديگری محتاج است به ناقل شرعی، و مفروض فساد بيع است و ناقلی ديگر

در میان نيست و ملك سابق مستصحب است. بلکه بعضی در صورت تلف هم

اشکال

کرده‌اند. بلکه قولی در جواز استرداد در آن، هم نقل کرده‌اند، هر چند بعضی دعوای اجماع بر عدم جواز رجوع، کرده‌اند در صورت تلف.

و این مطلب را در کتاب مکاسب مناہج ۱ فی الجملہ بسطی دادہام و حاصل تحقیق در آن، این است کہ: تصرف بایع در آن ثمن حرام است، و لکن مشتری ہم نمیتواند رجوع کند و بعضی گفته‌اند کہ بایع مخاطب است بہ رد ثمن و بر مشتری حرام است

مطالبہء آن. و آن عقوبت است از برای متوجہ شدن بر فعل حرام. اما ہر گاہ بایع رد کند

میتواند کہ بگیری. و فرق میان آن و میان آنکہ ما گفتیم این است کہ در آنچه ما گفتیم

ضمان مال غیر، ثابت نمیشود، گو حرام باشد تصرف در آن بہ جهت آنکہ از بابت اکل

میتہ میشود، بہ جهت معاملہ. نہ از بابت غضب مال غیر و اتلاف آن. و فہمیدن این مطلب موقوف است بہ تأمل صادق. واللہ الموفق.

۳۶ - سؤال: در ولایت ما پول سیاہ نمباید، اما دہ تومان پول سفید مدہیم بہ دوازده تومان پول سیاہ بہ وعدہ. آیا این معاملہ جایز است و در سر وعدہ پول سیاہ را باز صلح میکنیم بہ پول سفید. این چہ صورت دارد؟

جواب: ہر گاہ تحصیل پول سیاہ از برای آن شخص ممکن باشد و بہ مصرف رساندن در آنجا یا در بلدی دیگر ہم بہ جهت مشتری ممکن باشد و فی الحقیقہ ہم قصد

خریدن پول سیاہ را داشته باشد، گو در نظر نداشته باشد کہ در سر موعد ہر گاہ خواهد بہ پول سفید صلح کند، در این صورت، معاملہ صحیح ۲ است بہ شرط تعیین وزن

و وصف آن پول سیاہ.

۳۷ - سؤال: شخصی رفتہ است و از بلدی متاع بسیار آورده است از برای تجارت و در کاغذی "تفصیل" ۳ نوشته است از برای قیمت آنها و مگوید کہ رأس المال را

نمدانم یا نمگویم، و لکن بہ این قیمتی کہ در این کاغذ نوشته‌ام از قرار دہ یک یا دہ دو بہ تو مدہم. آیا این معاملہ صحیح است یا نہ؟ و بعضی از احکام این مسئلہ و اقسام

ذکر رأس المال و نفع بردن را بیان فرمایند تا دانستہ باشیم.

۱: یعنی در بخش مکاسب، از کتاب مناہج.

۲: در ذیل مسئلہ شماره ۶، توضیح لازم دادہ شدہ و نیز نظریہ ابتکاری امام خمینی را شرح دادیم.

۳: نوشته مشروحی کہ موارد مندرج در ان مورد بہ مورد جداگانہ و بطور مشخص نوشته شود



(۳۶)

جواب: بدان که بیع، منقسم میشود از جهت اخبار به رأس المال به چهار قسم. اول: اینکه هیچ ذکر رأس المال نمکند و مگوید این جنس را مفروشم به این قیمت و مشتری هم منخرد و این را " مساومه " مگویند.

دوم: اینکه: ذکر رأس المال میکند و به همان رأس المال مفروشده. این را " بیع تولیت " مگویند.

سوم: اینکه ذکر رأس المال میکند و بر زیاده بر رأس المال مفروشده. این را " بیع مرابحه " مگویند.

چهارم: اینکه ذکر رأس المال میکند و به کمتر از آن مفروشده. این را " بیع مواصفه " مگویند. و همهء چهار قسم صحیح است به شرط آنکه در زیاد کردن و کم

کردن از رأس المال، آنقدر افراط و تفریط نشود که اسراف و سفاهت لازم آید. بلکه باید غرض صحیح، در ضمن آن باشد. و بهترین بیعها، قسم اول است. و شرط است در این سه قسم آخر اینکه اگر به نسیه خریده باشد ذکر اجل و مدت را بکند به جهت آنکه اجل را هم قسطی از ثمن هست و بدون آن مشتری مغرور میشود و حدیث هم دلالت بر آن دارد. و

هر گاه ذکر مدت نکند و بعد از آن مشتری مطلع شود، مقتضای قواعد ایشان و صریح فتوای بعضی، آن است که مشتری مختار است ما بین رد و فسخ معامله، و نگاه

داشتن مبیع به تمام قیمت. همچنانکه هر گاه ظاهر شود که رأس المال را زیاد گفته بوده

است که در آنجا نیز خیار هست و قول دیگر هم هست که مختار است ما بین فسخ و ما

بین اخذ مبیع با اسقاط زیادتی و اول اقوی است به جهت آنکه تراضی و عقد بر مجموع

واقع شده. احتمال بطلان هم هست به جهت آنکه تراضی واقع نشده، الا بر این نهج که

رأس المال همین باشد که مذکور شده است. و قول اول اقوی است. و دو حدیث معتبر هست فیما نحن فیه (یعنی در صورت ترك ذكر مدت) که دلالت دارد بر اینکه مثل آن مدت، ثابت میشود از برای مشتری. و صاحب کفایه اختیار کرده

است عمل به آن را. و این دور نیست.



و باید که در این اقسام رأس المال و ربح، معلوم طرفین باشد و ظاهر این است که معلوم بودن بالقوه قریبه، کافی باشد، مثل اینکه مداند که قیمت متاع ده تومان بوده است و بنا هم، چنین گذارده که در هر تومانی، سی شاهی انتفاع بگیرد، و لکن جمع

حساب را بالفعل نمیداند که چقدر میشود، و لکن هر گاه حساب کند معلومش میشود. و همچنین باید نقد معین باشد که چه پولی داده است در رأس المال، به جهت

آنکه تفاوت میان پولها بسیار است. و همچنین وزن آن را معین کنند. و همچنین در صورتی که کمتر از رأس المال مفروشند.

و هر گاه عملی در متاع کرده باشد، مثل اینکه کرباس ناشور خریده بود به رأس المالی و بعد از آن، خود گزاری آن را کرد، یا اجرت داد دیگری کازری کرده، باید

بگوید که به این قیمت خریده‌ام و این قدر، عمل در او کرده‌ام. یا اینکه این پارچه به این

قدر به من تمام شده است (یعنی مجموع رأس المال با اجرت عمل) و به این قدر زیاده یا

کمتر مفروشم. و هر گاه متاعی را به قیمتی خریده باشد و معیوب بر آمده باشد و ارش

آن را پس گرفته باشد، باید در وقت ذکر رأس المال، آن باقیمانده قیمت را، بگوید نه

قیمت اولی را. اما هر گاه بعد از بیع، بایع چیزی از قیمت را به او بخشیده باشد هر چند

در زمان خیار باشد ضرور نیست که آن را کم بکند، بلکه جایز است که اصل رأس المال را بگوید.

و هر گاه غلامی (که خریده، بعد از خریدن) جنایتی بکند و آقا تاوان آن را بدهد، جایز نیست که این وجه را به رأس المال ضم کند. و هر گاه کسی بر غلام، جنایتی بکند و

مشتری ۱ تاوان بگیرد لازم نیست که از رأس المال چیزی کم بکند در برابر این، یعنی

بگوید که چون این منفعت در برابر نفس این غلام حاصل شد، پس گویا قیمتی که من

داده‌ام ما سوای مساوی این است و غلام به قدر ما بقی قیمت بعد وضع ارش، به من



نشسته

است، به جهت آنکه در حکم کاری است که غلام، کرده باشد و دخلی به قیمت ندارد.

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

بلی: هر گاه به سبب جنایتی که به او رسیده، قیمت او کم شده باشد باید اعلام کند که

من در وقتی که این غلام صحیح بود به این قیمت خریدم.  
و هر گاه متاع بسیاری بر سر هم خریده باشد به قیمتی، جایز نیست که بعض آن را به بیع مرابحه بفروشد، هر چند قیمت کند در نزد خود، هر يك را جدا جدا، یا در خارج

قیمت آن محقق شود منفردا. به جهت آنکه خریدن اجناس مجتمعا تفاوت دارد با خریدن آن منفردا، پس هر گاه هر يك را بگوید به این قیمت خریده‌ام دروغ گفته است. و

ظاهر آن است که فرغ ما بین متخالفه مثل جامه‌ها و متمائله مثل گندم و جو نباشد. و

ابن جنید فرق گذاشته است. بلی هر گاه اعلام کند که من همه را يك جا خریده‌ام و بعد از

آن قیمت کرده‌ام هر يك را به آنچه مازد تا مطابق شود رأس المال بر جمیع،  
والحال

هر يك را مفروشم و اینقدر زیاده‌تر میخواهم از آنچه قیمت کرده‌ام، در این صورت اشکالی نیست و احادیث متعدده دلالت دارد بر آن، و لیکن ظاهر این است که این، دیگر

بیع مرابحه نیست.

و مشهور این است که مکروه است که ربح را نسبت به مال ۱ بدهد (یعنی به قیمت  
(۲)

به این معنی که بگوید که من این متاع را مفروشم به ربح ده يك یا ده دو، و یا بگوید

که این متاع، این قدر به من تمام شده است، یا به این قدر خریده‌ام و در این متاع،  
يك

درهم یا دو درهم ربح میخواهم. و استدلال کرده‌اند با اینکه اول شبیه است به ربا. و اخبار بسیار هم هست که دلالت دارند بر منع از گفتن اینکه مفروشم ده - یازده ۳، یا،

ده - دوازده که دلالت آنها بر حرمت، ظهوری ندارد، بلکه ظاهر در کراهتند، بلکه از

کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر میشود منع دلالت بر کراهت نیز، به جهت آنکه مراد از

آن اخبار ترغیب به بیع مساومه است و اعراض از بیع مرابحه. به جهت آنکه مساومه

اسلم  
است از شبهات.

-----  
۱ و ۲: مراد " پول " است.  
۳: در متن این اخبار لفظ فارسی " ده - یازده. ده - دوازده " از زبان خود امام (ع) آمده است: وسایل،  
ج ۱۲ ص  
۳۸۶ - ۳۵۸، ابواب احکام العقود باب ۱۴ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵. و ص ۳۷۸ باب ۸ ح ۱۴

و حق این است که اخبار دلالت بر مذهب مشهور دارند، به جهت آنکه کسی ندیده‌ایم که قایل باشد به کراهت مطلق بیع مرابحه. پس اخبار محمول است بر این قسم

مرابحه، چنان که مشهور فهمیده‌اند. و شیخ (ره) قائل به حرمت شده و دلالت اخبار، بر حرمت، ممنوع است.

و هر گاه دانستی این اشکالات را در غیر بیع مساومه، پس اولی آن است که اختیار بیع مساومه کند و ترك ذكر رأس المال کند و هر گاه خواهد رأس المال بگوید احتیاط

تمام بکند که آنچه مدخلیت دارد در کم و زیاد بودن قیمت، آن را پنهان ندارد، مثل نسبه خریدن، چنان که پیش گفتیم. و مثل آنکه معامله را با زن یا فرزند خود کرده باشد

و امثال ایشان از کسانی که با ایشان مسامحه مشود در معامله. یا مثل آنکه مداند که

در معامله مغبون بوده است، یا آنکه به جهت بی وقوفی یا دقت نکردن، گران خریده است و امثال اینها. و از این جمله است حيله‌ای که بعضی میکنند و چیزی را که خریده‌اند به قیمت کمتر، به نوکر یا فرزند خود یا زن خود مفروشند و بعد از آن، از او

مخبرند به قیمت بالاتر که در وقت گرفتن رأس المال، این قیمت معامله دوم را بگویند و

بر سر آن، ربح بگیرند و ظاهر این است که این، حرام است به جهت اینکه تدلیس است و

گول زدن. و این در وقتی است که مقصود از معامله با آنها همین باشد. و اگر مقصود

این نباشد و از راه دیگر هم کوتاهی نشده باشد ضرر ندارد.

پس هر گاه این مقدمات را دانستی، بدان که در صورت سؤال، هر گاه رأس المال را مداند دروغ نگوید که نمدانم و هر گاه واقعا نمداند رأس المال را، یا نمخواهد بگوید و سرمشقی از برای خود، در آن "تفصیل" ۱ قرار داده که از روی آن خواهد به

ملاحظه انتفاعی که ده يك، یا ده دو باشد بفروشد که حقیقت بر مگردد به بیع مساومه ضرر ندارد، و لکن بهتر این است که نگوید ده يك یا ده دو میخواهم، بلکه بگوید که در این متاعی که من قیمت آن را با نقد بر آورد کرده‌ام که در کاغذ نوشته‌ام،

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

(۴۰)

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

۳۸ - سؤال: اصل در عقود صحت است يا فساد؟

جواب: بدان که صحت در عقود و معاملات، عبارتست از ترتب آثار شرعیه بر آنها و اینکه مگویند که اصل در معاملات، صحت است، چند معنی احتمال دارد. یکی این است که: اصل، این است که هر عقدی بر او اثری مترتب میشود، هر چند بالخصوص در جواز آن و حکم به ترتب ثمره بر آن از شارع نرسیده باشد و این، غلط است جزما، به جهت آنکه صحت از احکام شرعیه است و باید از شارع برسد. پس به

مجرد جعل هر کسی حکم شرعی حاصل نخواهد شد و آنکه در کلام بعض فقها در مقام

استدلال بر جواز و صحت بعض معاملات مذکور است که اصل جواز است، سهو است.

و ممکن است که مراد ایشان در آنجا از اصل، عمومی باشد که شامل آن معامله مخصوصه باشد. یا اصل برائت ذمه است از حرمت نقل احدهما مال خود را به دیگری،

هر چند لزوم آن ثابت نباشد. یا اصل جواز تکلم به این کلمات است بدون آنکه حکمی بر

آن مترتب شود، و هکذا.

و عموم "اوفوا بالعقود" و امثال آن نیز محمول است بر عقود معهوده در زمان شارع، نه هر چه هر کس خواهد اختراع کند. و آنچه به فهم حقیر رسیده در معنی مثل

"اوفوا بالعقود" و امثال آن، وجوب وفا به مقتضی است، اگر وجوب و لزوم است بر سبیل

وجوب، مثل بیع و اجاره، و اگر نه بر سبیل جواز شرکت و مضاربه، نه آنکه واجب باشد وفا

به هر عقدی الا ما اخرجہ الدلیل و تحقیق آن را در بعضی رسایل کرده‌ام.

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

-----

۱: بنابر این و مطابق این نظریهء مرحوم مقق قمی معاملاتى از قبیل بیمه و سر قفلى باطل است. این همان موضوع مهم "امضائى" و توقیفى" است که در ذیل مسأله‌اى از جلد اول بیان گردید

مردد باشد میان آنکه فضولی باشد یا متاصل، هر دو صحیح خواهد بود و نمیتوان گفت

که فضولی، صحیح نیست، به جهت آنکه فضولی معنی به است ۱ و این احتمال بسیار دور

است که اراده شود از این لفظ.

احتمال سوم که دایر در السنهء فقهاست، این است که: اصل این است که هر عقدی از بالغ عاقل سرزند، بر او آثار آن عقد مترتب میشود و مراد از لفظ " اصل " در اینجا

" ظاهر " است، یا قاعده، یا استصحاب بقا، یا استصحاب عدم طرو ناقض بر سبیل منع

خلو. و گاه است که هر سه ۲ در يك جا جمع شوند. و گاه است یکی از آنها مراد باشد. و

گاه است دو تا مراد باشد. و علی ای تقدیر، مراد این است که راجح در عقد، صحت

است خواه رجحان از محض " ظهور " باشد، هر چند ظهور از غلبه و قراین حاصل باشد

یا به سبب ظن استصحابی حکم به صحت شود، یا به سبب قاعده که از عقل و نقل مستفاد شده باشد.

پس بنابر این، رجحان صحت در مقابل " اصل عدم ترتب آثار " است که بالذات مقدم است بر صحت و ترتب آثار. و رفع آن، محتاج به دلیل است. پس اصل در معاملات

[در] حقیقت فساد است که مطابق " عدم ازلی " است و محض عدم دلیل بر صحت، دلیل

است بر آن، و دیگر احتیاجی به دلیل ندارد، پس معارضه در این مقام ما بین اصل و ظاهر، است. و تحقیق کلام در ترجیح ما بین اصل و ظاهر، و تفصیل آن، و بیان مقامات

آن، محتاج است به بسط زیادی که اینجا مقام آن نیست و در قوانین فی الجمله بسط

داده‌ام، و همچنین در بعضی رسایل. و ظاهر این است که در کلام بسیاری، خلط واقع شده باشد.

-----



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

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

و مجمل تحقیق به مقتضای فهم قاصر این است که: در جاهایی که ادلهء خارجه قائم شده بر تقدیم اصل بر ظاهر، مثل مسائل طهارات حدثیه و خبثیه و نجاسات و احداث. یا بر تقدیم ظاهر، چنان که در بینه و در ظن مصلی و عدم اعتنای به شك بعد از

دخول در فعل دیگر، یا بعد از فراغ از نماز و امثال آن، اعتماد بر ادلهء خارجه است و

ثمره در نزاع نیست. و اما در موارد مختلف فیه، مثل غسلهء حمام و طین طرق بعد سه

روز و امثال آن. و همچنین در بسیاری از عقود و معاملات که اشاره به آن خواهیم کرد

که بعضی ظاهر را مقدم داشته‌اند و بعضی اصل را (و نظر ایشان به دلیل خاصی که مطابق احد طرفین باشد دون دیگری، نیست) باید معیار در ترجیح، غلبهء ظن مجتهد باشد. پس ما چند مثال از برای تو مگوییم که بصیرت در مطلب حاصل کنی: یکی اینکه: فقها اختلاف کرده‌اند که هر گاه بایع و مشتری نزاع کنند و بایع بگوید که من وقتی که این عین را به تو فروختم صغیر بودم و مشتری بگوید که من وقتی که

خریدم تو کبیر بودی. یا بالغ با جنون ادواری، بگوید که من در حال جنونم این را به تو

فروختم و مشتری گوید که تو در حال افاقه فروختی. مشهور تقدیم قول مدعی صحت

است و بعضی مقدم داشته‌اند مدعی فساد را. چنان که ظاهر علامه در ارشاد است در کتاب حجر.

و حقیر در اینجا تفصیلی داده‌ام و چون فهم این مطلب موقوف است به تمهید مقدمه، ما آن را مقدم داریم و مگوییم که معنی قول ایشان که ظاهر در عقود و راجح

در عقود صحت است، چنان که پیش اشاره کردیم، خالی از چند وجه نیست: یکی این است که عقدی که واقع شده در آن نزاع شود که آیا بر طریقهء مستمرهء بین مسلمین است تا خلاف آن ظاهر شود، مثل اینکه یکی بگوید که من مال خودم را

فروختم به تو که قیمت آن، خمر بدهی و آن دیگری مگوید که من خریدم که در قیمت آن، سرکه بدهم. پس بایع میخواهد عقد را فاسد کند و ادعای او راجع میشود که

دو مسلمان، هر دو معصیت کرده‌اند، یکی خودش در زمان سابق از حال تکلم و

یکی  
مشتری. و اجماع و اخبار (که دلالت میکنند بر اینکه اقوال و افعال مسلمین را باید

حمل بر صحت) اقتضای تقدیم قول مدعی صحت، میکند و این معنی، قاعدهء کلیه است مستنبط از ادلهء شرعیه. پس قاعده اقتضا میکند تقدیم قول مدعی صحت، را. و از

این راه متواند شد هم که بگوییم که نادر است که مسلم، خمر را خرید و فروش کند و غالب عدم آن است. پس ظن غلبه، ملحق میکند ما نحن فیه را به غالب. که رجحان در

اینجا از غلبه حاصل میشود. و این مثال که ذکر کردیم از برای جایی است که مثل خمر، ملك مسلم نمیشود و گو، ملك كافر شود. و گاه است که دعوی از سر چیزی

بشود که ملك تعلق به او نمگیرد مطلقا. مثل اینکه بگوید فروختم این را به آزادی. و دیگری بگوید که خریدم به بنده. و کلام در این هم ظاهر است. و این مسئله نیز مختلف فیهاست، چنان که از تمهید القواعد ظاهر میشود و اجماعی بودن حمل قول و فعل مسلم، بر صحت، منافات با خلافی بودن این مسئله ندارد، به جهت آنکه اجماع در وقتی است که قول مسلم دیگر، معارض آن نباشد و در

ما نحن فیه چنین نیست. و لکن چنان که اشاره کردیم چون یکی از آنها فعل دو مسلم را

حکم به بطلان میکند و دیگری فعل یکی را، پس اولی تقدیم قول اخری است. دوم این است که: نزاع شود بر سر استمرار عقد، مثل اینکه هر دو متفقند بر عقد بیع، و لکن یکی مدعی است که بعد از عقد، قبل از تفرق مجلس فسخ کردیم و دیگری

منکر باشد، که ظاهر (بسبب استصحاب حکم عقد و عدم فسخ) صحت عقد است. پس

مدعی صحت را از این جهت مقدم مداریم و [در] حقیقت در اینجا اصل و ظاهر متطابقند، به جهت آنکه اصل چنان که بر استصحاب عدم ترتب آثار، اطلاق میشود بر

استصحاب بقای ما سبق هم، اطلاق میشود. پس هر گاه علاوه بر این هم ظن حاصل باشد به مقتضای آن، اصل و ظاهر، متطابق میشوند و خلافی در این مسئله در نظر نیست.

سوم آنکه: بعد از وقوع عقد، احدهما بگوید که عقد در حال " کبر " بود و دیگری بگوید در حال " صغر " بود. و همچنین در جنون و افاقه در مجنون ادواری، پس مدعی

کبر و افاقه را مقدم مدارند، به جهت آنکه ظاهر این است که معامله در آن حال واقع

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

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

غلبه و وقوع اینها را در حال کبر معلوم کرده باشیم، تا متنازع فیه را بر آن حمل کنیم.

پس در اینجا فرق باید گذاشت و باید تابع ظن شد. و همچنین در مثال پیش. و از جمله مواردی که به سبب ملاحظه مقام، ظن مختلف میشود، در مسئله "تعارض اصل و ظاهر" که باید ملاحظه ظن را کرد، آن است که هر گاه کسی بیند

مصلی را که واجبی از واجبات نماز را ترك کرد، یا لحنی در قرائت کرد، یا کلمه‌ای را حذف کرد. در وجوب تنبیه او، حکم مختلف میشود به سبب اختلاف حال مصلی. پس

هر گاه مصلی از اهل معرفت باشد، ظاهر این است که سهوا باشد، نه از راه جهل که

واجب میشود نهی از منکر، هر چند اصل، عدم معرفت است. و هر گاه از اهل معرفت

نباشد و ظاهر حال او، نادانی باشد، واجب میشود تنبیه، به جهت اینکه اصل و ظاهر، در آن متطابق است.

و از جمله مواردی که به جهت ظن مجتهد اختلاف واقع میشود و مقام بر آن مختلف میشود در حکم، فرقی است که شهید ثانی (ره) در مسالك گذاشته در ما

بین اینک: بعد بیع سلف و تفرق مجلس اختلاف کنند مبتاعین در اینکه قبض ثمن، قبل از تفرق شده یا بعد. و اینکه اختلاف کنند در این صورت در اینکه: اصل ثمن قبض شده

است یا نه. و در اول حکم به تقدیم قول مدعی صحت، کرده به جهت استمرار عقد و

تعارض و تساقط اصلین، یعنی اصل عدم قبض قبل از تفرق و اصل عدم تفرق قبل از قبض. در ثانی مدعی فساد را مقدم داشته به جهت آنکه اصل عدم قبض است. و آنچه به فهم حقیر مرسد این است که: هر گاه بنا را به ظهور صحت فعل مسلم بگذاریم بنا بر غلبه (هر چند از راه عصیان و فسوق نباشد، به جهت آنکه محتمل است که

ترك شرط از راه سهو و نادانی باشد) پس در هر دو جا باید بنا را به صحت بگذاریم، به

جهت آنکه چنان که اصل "قبض" شرط صحت است، "قبل از تفرق" هم شرط صحت است.

پس چنان که حمل قبض را بر صحیح میکنیم تا حمل عقد بر صحیح شده باشد در اینجا هم اصل عقد را بر صحیح حمل میکنیم. و اصل عدم تحقق شرط نسبت به هر دو

مساوی است، به جهت آنکه شرط صحت، قبض قبل از تفرق است، نه مطلق قبض.

پس فرق گذاشتن ایشان در صورت نزاع در اصل قبض، و نزاع در صورت اولی، راهی ندارد.

و اینکه فرموده‌اند "که فی الحقیقه نزاع در صحت عقد نیست، بلکه نزاع در طاری



شدن  
مفسد است و آن ثابت است در صورت ثانیه به مقتضای اصل، به خلاف صورت  
اولی به  
جهت تساقط اصلین " مشکل است، بلی صحت در صورت اولی اظهر است. پس  
مجتهد  
در هر مقام باید ملاحظه کند که ظاهر اقوی است یا اصل؟

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

و بدان که هر جا که عمل به قاعدهء یقینی اجماعی است، مثل طهارات و نجاسات، آنجا حکم الله تعالی ظاهر قطعی است که تعبداً مقدم داشته شده است. و هر جا که اجماع و دلیل قطعی در ظرف قاعدهء یقین که مطابق اصل است نباشد باید تحصیل ظن

به حکم الله نفس الامری، کرد چنان که مقتضای اجتهاد است پس (در) حقیقت نزاع ما بین

تقدیم دو شیء است که مفید ظن به نفس الامر، متوانند شد. باید دید که کدامیک اقوی هستند، به او عمل باید کرد.

و توضیح این مطلب، این است که قواعد اصولیین، قاعدهء یقین است. یعنی لزوم عمل به مقتضای آنچه یقیناً ثابت شده است و عدم جواز نقض آن، مگر به یقین. و این

مستفاد است از اخبار معتبرهء بسیار و فرق ما بین این و استصحاب، این است که در استصحاب ظن به بقای حکم اول مأخوذ است، خواه به سبب محض ثبوت در اول باشد،

یا به علت آنکه غالب در آنچه موجود شده، بقاست و ظن الحاق به اعلم اغلب میکند. و در

این قاعده همان به عدم یقین به رافع اکتفا میکنند و دیگر ظن بقا را اعتبار نمکنند، چنان که در مسائل طهارت هویدا است و اخبار هم در خصوص آنها وارد شده مثل "کل ماء

طاهر حتی يعلم انه قدر" او "کل شیء نظیف حتی تعلم انه قدر" و چون مجتهد بنای او

در احکام تحصیل ظن به حکم الله نفس الامری، است، پس تحصیل ظن به حکم نفس الامر، در صورت عمل به قاعدهء یقین، مشکل است. پس مگوییم شارع تعبداً چنین قرار داده که لازم باشد عمل به مقتضای یقین سابق تا یقین بر خلاف آن به هم رسد. و چون ظن مجتهد قائم مقام یقین است، پس در

جایی که ظن او در برابر این قاعدهء یقین بیاید یقین را به ظن او مشک کنیم، پس از این جهت، ظاهر را بر اصل مقدم مداریم. پس مگوییم که تعبداً عمل به مقتضای یقین سابق مقدم است بر عمل به مقتضای ظن، الا در ظنون مجتهد. و بعد از آن،

تخصيص

(٤٧)

مدهیم ظن مجتهد را در مسائل طهارات، مثلاً از مواضعی که اجماع و اخبار دلالت بر

عدم اعتبار ظن مجتهد به نفس الامر آنها دارد، هر چند ظن مجتهد به نجاست از راه غلبه

و قراین به هم رسد که باز عمل به آن نمکنند. پس ظن مجتهد را هم تخصیص مدهیم به غیر ظنی که در امثال طهارات و نجاسات باشد. و چون در مسائل تنازع در

عقود، اجماع و دلیل قاطعی بر تقدیم قاعده یقین نیست (چنان که در طهارات و نجاسات

هست) آنها را بر حال خود گذاشته به مقتضای تخصیص اول در آنها عمل میکنیم و به

هر حال، مجتهد باید هشیار و باخبر باشد و در مقامات تعارض صحت و فساد آنچه اقوی

شد از حیثیت حصول ظن، آن را اعتبار کند.

پس هر گاه به سبب قاعده یقین، ظنی از برای او از جهت استصحاب حاصل شد، اقوی از آن ظنی که از غلبه و قراین حاصل شده، آن را مقدم مدارد و اگر این طرف غالب باشد، این را اعتبار میکند و اگر اعتبار ظن مجتهد را قطع نظر از دلیل خاص کرده، از نظر نیندازیم، دیگر نزاع در مسئله تعارض اصل و ظاهر، باطل و عاطل خواهد

بود، به جهت آنکه عمل به مقتضای ادلهء مطابق هر يك از طرفین، عمل به مقتضای جمع

بین الادله و ترجیح بین آنهاست، نه از راه تقدیم ظاهر بنفسه بر اصل یا بالعکس. و مراد

ایشان، اعتبار این دو چیز است بنفسه. و این از جملهء اموری است که دلالت دارد بر

آنکه بعد از انسداد باب علم، اصل جواز عمل به ظن است از برای مجتهد، الا ما اخرجہ الدلیل، چنان که در قوانین، بسط زیادی در آن مسئله داده‌ام و هر گاه بصیرت

بیشتر طلبی، رجوع به قوانین و سایر رسایل کن. و از مسائل آنها همه بهتر این است که

به جانب اقدس الهی منقطع شده رفع اشکال بخواهی که این مسئله از مشکلات مسائل و

مهمات فقه است و کلام فهول، در آن خالی از اجمال نیست. والله الموفق بحقایق

احکامه.

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

جواب: سؤال را خوب نفهمیدم، و لکن بدان که هر گاه کسی چیزی فروخت و تسلیم مشتری نکرد و قیمت را هم نگرفت و شرط تأخر ثمن نکرد، پس آن بیع لازم است تا سه روز، پس اگر مشتری قیمت را آورد، مبیع ملك لازم او میشود و اگر نیامورد،

بایع اختیار دارد که فسخ بیع کند. پس هر گاه یکی از این شروط، مفقود باشد  
خیاری

نیست از برای بایع و لزوم بیع در سه روز اول ظاهراً اجماعی است، چنان که تصریح به آن

کرده‌اند. چنان که عدم لزوم بعد از سه روز در صورت مذکور هم ظاهر اجماعی است و

احادیث معتبره دلالت بر هر دو دارد.

بلی خلاف دارند در اینکه آیا بیع، باطل میشود بعد از سه روز در صورت مزبور، یا آنکه صحیح است و بایع، اختیار فسخ دارد. مشهور، قول دوم است و قول اول را ابن جنید (ره) و شیخ (ره) در مبسوط نقل کرده‌اند و ابن فهد (ره) و بعضی دیگر از متأخرین، مثل

آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه (ره) گفته‌اند که ظاهر اخبار بطلان است، و لکن

اصحاب حمل کرده‌اند روایات را بر نفی لزوم. و اظهر در نزد حقی این است که اخبار

هم ظهوری در بطلان ندارند. پس ما، دو حدیث را ذکر میکنیم تا حقیقت حال، ظاهر

شود. یکی صحیح زراره از حضرت باقر (ع): قال قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده يقول حتى آتیک بثمانه. قال: ان جاء بثمانه فیما بینه و بین ثلاثة ایام و الا فلا بیع ۱ له.

دوم: صحیح علی بن یقطین، انه سئل ابا الحسن (ع) عن الرجل یبیع المبیع ولا یقبضه صاحب ولا یقبض الثمن. قال: الاجل بینهما ثلاثة ایام فان جاء قبض بیعه و الا فلا بیع ۲ بینهما. و وجه ظهور اخبار در لزوم نه بطلان این است که بشك و شبهه،

بیع تا سه روز متحقق بود، یعنی اثر او، و الا خود بیع همان نقل و انتقال ساعت اولی است و آنچه باقی است اثر اوست نه نفس او، و اگر چه اقرب، مجازات ۳ بودن " نفی

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۷ - ۳۵۶، ابواب النخيار باب ۹ ح ۱ و ۳.  
۳: اصطلاح "مجازات" در اینجا نوعی استخدام از مبحث ادبی "کلم مجازات" است

صحت " از برای " نفی حقیقت " بطلان را برساند، در مثل " لا صلوة الا بفاتحة الكتاب

و الا بطهور " به جهت آنکه مرا، بطلان در اول امر است، لکن قرینه مقام [دلالت دارد]

که در اینجا مراد، نفی صحت از اول امر، نمیتواند بود. چنان که گفتیم. پس باید حمل بر نفی اثر کرد و اگر چه نفی جمیع آثار انساب است به این عبارت، از نفی لزوم فقط، لکن استصحاب بقای اثر مرجح اراده نفی " اثر فی الجملة "

است که نفی لزوم باشد. با وجود آنکه در احادیث بسیار مذکور است که " فلا بیع له "

یعنی اثر از برای مشتری نیست، و این مثل صریح است در اینکه اثر بیع از برای بائع بر جاست.

و اما صحیحهء علی بن یقظین که در آنجا که " فلا بیع لهما " فرموده، هر چند دلالت

او بر اینکه ما گفتیم اخفی است لکن بعد از تأمل و ملاحظهء سیاق کلام که غرض بیان این

است که آیا مشتری میتواند مبیع را گرفت یا نه /؟، دلالت میکند بر اینکه مراد این است

که نفی بیع بینهما، از راه عدم لزوم است از جانب مشتری بقرینهء سایر اخبار - فان کلامهم یفسر بعضه بعضا - و بر فرضی که این معنی مسلم نباشد هم مگوییم که روایت

علی بن یقظین مقاومت با اخبار کثیره، نمیکند. خصوصا با اتفاق اصحاب بر فهم نفی

لزوم، دون بطلان. و این مطلب را به ظاهر کلام ابن جنید و شیخ نسبت داده اند، نه به

صریح آن. پس احتمال بطلان، باطل است.

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

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

دوم: اینکه بائع قیمت را نگرفته باشد.

سوم: آنکه مبیع را تسلیم مشتری نکرده باشد.

و مراد از قبض ثمن و اقباض مبیع، قبض و اقباض مجموع هر يك از آنها است، پس



به قبض دادن بعض مبيع يا به قبض گرفتن بعض ثمن فايده ندارد. به جهت آنکه لفظ

ثمن و مثنی که در حدیث است حقیقت در مجموع آن است، نه در بعض. پس هر گاه

جمیع مبیع را تسلیم کرد یا مجموع قیمت را گرفت، دیگر اختیاری نیست. و شرط است

در مانع بودن قبض از خیار، اینکه قبض به اذن مالك باشد. پس هر گاه بدون اذن قبض

کرده باشد به آن، خیار باقی است. و همچنین هر گاه ثمن مستحق غیر، (نیز) بر آید، آن

هم در قبض کافی نیست ظاهراً، و همچنین بعض ثمن. و تصریح کرده است به این، شهید ثانی (ره).

و بدان که بعد از گذشتن سه روز هر گاه بایع مطالبه ثمن کند، خیار او ساقط نمیشود. به جهت استصحاب و اطلاق اخبار. و هر گاه مشتری بعد سه روز قیمت را بدهد پیش از آنکه بایع فسخ کرده باشد، پس در آن، خلاف است. و اظهر در اینجا نیز

بقاء خیار است به جهت استصحاب. و علامه (ره) قایل شده به لزوم، به جهت ارتفاع ضرر و

زوال سبب خیار، و آن ضعیف است.

چهارم: آنکه بیع حال باشد یعنی شرط تاخیر دادن مبیع به مشتری، یا گرفتن قیمت از او، به وقت معینی نشده باشد هر چند يك ساعت باشد. و این شرط نیز ظاهر

روایات است. و اعتبار غیر این صورت خلاف اصل، است. و در حکم خلاف اصل، باید

اكتفاء کرد در آنچه نص در آن دلالت دارد.

و بدان که اکثر اصحاب فرق نگذاشته‌اند در این مسئله ما بین حیوان و غیر حیوان. و لکن شهید (ره) و ابن فهد از صدوق (ره) نقل کرده‌اند که در مقنع گفته است

که مدت تاخیر در کنیز يك ماه است. چنان که روایت علی بن یقین دلالت بر آن دارد.

و شهید حکم به ندرت روایت کرده است. و به هر حال، اقوی قول مشهور است به جهت

عدم مقاومت این روایت و همچنین مرسله علی بن رباط، با احادیث معتبره معمول بها.

هر چند این خاص باشد و آنها عام.

تتمه: هر گاه تلف شود مبیع بعد از انقضای سه روز (در صورت مذکوره) از مال  
بایع  
تلف شده است. و ظاهراً خلافی در آن نیست. چنان که از کلام جمعی از اصحاب  
ظاهر  
مشود، و مقتضای روایات نیز همین است.

و هر گاه در بین سه روز تلف شود، در آن سه قول است: مشهور این است که باز از مال بایع است، به جهت قاعده فقهاء که " هر مبیعی که تلف شود پیش از قبض، پس از مال بایع است ". و ظاهرا که همین قاعده مروی است از رسول خدا (ص) و دلالت میکند بر این، صریح روایت ۱ عقبه بن خالد و ظاهر صحیحه زراره، و صحیحه علی بن یقطین و غیر آنها. و مفید و سید مرتضی (رح) و جمعی دیگر قائل شده‌اند که تلف، از مال مشتری است به جهت لزوم عقد در آن وقت، و انتقال به مشتری، بدون خیار. و ابو الصلاح و ابو حمزة تفصیل داده‌اند که: اگر بایع عرض کرده است تسلیم مبیع را به مشتری، از مال مشتری است و الا از مال بایع است. و علامه در مختلف میل به این کرده است و اقوی قول مشهور است. و بدان که: شهیدین (رح) و غیر ایشان نقل کرده‌اند قولی از شیخ به اینکه هر وقت که متعذر شود قیمت، از برای بایع فسخ جایز است. و شهید (ره) تقویت این قول کرده و شهید ثانی (ره) گفته است که شاید مستند او " نفی ضرر " باشد به جهت آنکه نص بخصوص در آن نیست. و فرموده که این بعید نیست و لکن تمسک به عموم لزوم عقد و وجوب وفای آن، اقوی است. و رفع ضرر ممکن است به اینکه همان مبیع را از باب تقاص بگیرد هر گاه ممکن باشد گرفتن. و اگر ممکن نباشد، فسخ کردن هم رفع ضرر نمیکند. و آنچه شهید ثانی (ره) فرموده خوب است. و عموم کلام شیخ شامل نقد و نسیه و صورت قبض مبیع همه، هست.

۴۰ - سؤال: هر گاه کسی چند رأس گوسفند به امینی بدهد که آنها را ذبح کند و گوشت آنها را به موعدی بفروشد. و آن امین هم، چنین کرد و گوشت را به گندم

فروخت به جماعتی که در موعد بگيرد. بعضی از آن گندم را گرفته و بعضی در نزد مردم بود که مالک گوسفندها، فوت شد. وراثت مالک بنا گذاشتند که آن امین قیمت مجموع گندم گرفته و نگرفته را، مبلغ معینی نقد بدهد. آیا این معامله صحیح است یا نه؟ -؟ و آیا امین میتواند بگوید که چون کیل و وزن گندم، نشده است معامله باطل

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

است، تو گندم خود را بگیر.؟.

جواب: ظاهر صحت معامله است به جهت آنکه بیع دین آنکه بیع دین (خصوصاً به نقد) جایز

است علی الخصوص بعد انقضای موعده دین. و در صحت بیع قبض شرط نیست ۱. و منعی

که وارد شده در بیع طعام قبل از قبض (بر فرض تسلیم حرمة)، آن در جائی است که مالک، آن طعام را خریده باشد نه در وقتی که به میراث یا غیر آن منتقل شده باشد.

۴۱ - سؤال: هر گاه کسی ملک، با باغ شخصی دیگر معاوضه کند و هر دو تصرف

کنند به زرع کردن و مصرف کردن میوه. آیا لازم است؟ یا رجوع هر يك به مال خود جایز است؟

جواب: بدان که در انعقاد بیع شرط نیست که ثمن از نقدین باشد بلکه هر چیز، قیمت میتواند شد. بلکه گاه هست که کسی اسبی را مفروشده به ده رأس میش، یا گاوی را مفروشده به الاغی، و امثال آن. چنان که در مسئله خیار حیوان تصریح کرده‌اند

به آن. و همچنین فروختن ملک به باغ. پس اگر اشکال در سؤال این است که این را از

بیع بیرون کنیم به این جهت، پس آن محض توهم است. به جهت آنکه بیع، آن نقل ملک

است به دیگری به عوض معین. و این تعریف شامل ما نحن فیه است.

و اگر اشکال در این است که صیغه خوانده نشده است پس آن داخل بیع معاطات میشود. و معاطات هر چند ادله بسیار بر صحت و لزوم آن، هست و لکن چون از ابن

زهره و شهید ثانی (ره) بر اشتراط لزوم بیع به صیغه، دعوی اجماع شده. و ظاهراً خلافتی

هم از اصحاب نقل نشده (از غیر ظاهر مفید - ره -) تا زمان آخوند ملا احمد (ره) و بعضی

از تابعین او. و بعضی از مؤیدات هم از اخبار دلالت بر آن دارد. پس اولی این است که

بنای عمل بر عدم لزوم آن باشد. هر چند اظهر این است که مبیح تصرف است بلکه مملک است، بلکه بیع است.

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

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

تصرف، لزوم حاصل میشود، در صورت اتلاف عینین جزما. و در غیر آن علی  
 الخلاف  
 والاشکال. و ظاهر این است که نقل از ملك به عنوان لزوم، (مثل بیع و صدق و مثل  
 آنها مثل تلف عین است ۱.  
 و به هر حال، ظاهر این است که مادامی که عینین بتمامها باقی باشند، توان  
 رجوع کرد و لکن رجوع به منافی که هر يك برده‌اند (از زرع و میوه) نمکنند. و  
 اگر  
 معامله مزبوره معاوضه محضه باشد، که احدی از عوضین را، ثمن نمکنند و دیگری  
 را  
 مثن، بلکه هر يك از آنها عوض دیگری است، که گاه است در عرف عام سلب  
 اسم بیع  
 از آن، مکنند چنان که می‌پرسند از زید که " ملك خود را فروختی؟ " مگوید  
 " نفروختم و لکن معاوضه کردم با فلان شخص به فلان باغ، یا ملك. " پس در این  
 صورت،  
 عدم لزوم اظهر است. به جهت آنکه داخل در بیع معاطات، نیست. و نه در هبه  
 معاوضه و  
 نه غیر آن.  
 و در صورتی که معامله را در صورت بیع، بکند. و صیغه را به لفظ معاوضه بخواند  
 مثل اینکه بگوید " عاوضتك هذه الضیعة بهده الضیعة " و او هم بگوید " قبلت ". پس  
 ظاهر این است که این را " بیع " دانیم چنان که هر گاه بگوید " ملكتك هذه بهده ".  
 ۴۲ - سؤال: هر گاه کسی ملکی بخرد و قدری زمین بایره متعلق به آن باشد. و  
 در ضمن العقد شرط کنند که این بایره هر قدر که باشد از قرار جریبی هزار دینار  
 محسوب دارد. و قدری از آن را مشتری متصرف شده. والحال بایع پشیمان است.  
 این  
 معامله صحیح است یا فاسد؟ -؟ و بر فرض صحت، پشیمانی سودی دارد یا نه؟ -؟  
 جواب: هر گاه بیع متعلق به دایره شده و در ضمن عقد شرط شده که بایره را  
 بخرد بنهج مزبور. ظاهرا صحیح است به جهت صحت شرط، و عدم جهالتی در آن.  
 چون  
 ثمن به عین معلوم است، و عین آن هم معین و مشاهد است. و تحدید مقدار موكول

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





(٥٤)

است به مساحت. و لکن این شرط از بابت شرط و کالت نیست در ضمن عقد رهن، که

محتاج به عقد تازه نباشد. بلکه محتاج است به انشاء عقد جدیدی. و اما هر گاه متعلق به مجموع دایره و بایره شده باشد به ثمن معینی علیحده و در ضمن عقد شرط شده باشد که علاوه بر آن ثمن معین، در ازای هر جریمی از بایره هزار

دینار بگیرد. ظاهر در این جا جهالت در ثمن مرسد و صحیح نخواهد بود. و پیشیمانی

اگر مبتنی بر دعوی غبن باشد، مسموع است با تحقق شرایط آن. و الا فلا. ۴۳ - سؤال: هر گاه کسی ملکی به شخصی بفروشد به وجهی. و با توجه معامله کند و منافع به هم رساند و آن ملك مستحقا للغير بر آید، و آن غیر اجازه بیع نکند. آیا

نماء آن پول، مال کی است؟ جواب: هر گاه به عین آن پول، چیزی، خریده و از آن نفعی به هم رسانیده، خواه به فروختن یا به سبب عمل کردن در آن چیز، مثل نساجی کردن به ریسمانی که از آن پول، خریده. پس هر گاه صاحب پول امضاء و اجازه آن خرید را کرده که معامله بکند،

مستحق پول و نماء آن هر دو میشود. و هر گاه اجازه نکند، نماء مال صاحب متاع است. و

صاحب پول همان پول خود را میگیرد. و آن شخص بر عمل خود اجرتی مستحق نیست. و هر گاه آنچه خریده، در ذمه خریده، صاحب پول همان پول را مستحق است. و

منافع مال آن شخصی است که عمل کرده. و هر گاه آن شخص پول را به مضاربه داده

باشد به دیگری، و صاحب پول اجازه کند، صاحب پول، منافع را (علی سبیل الشرط) مستحق است.

۴۴ - سؤال: شخصی ملکی را هبه کرد به فرزند صغیر برادر خود، و پدر او ولایت قبول کرد و قبض و تصرف نمود. و بعد ذلك، ملك را فروخت و به مصرف خود رساند و

در ذمه خود به قرض قرار داده مصلحت صغیر و احتیاج او به نفقه. بیع صحیح است یا نه؟ -؟.

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



(๐๐)

صغیر خود را به قرض بر دارد. هر چند ملی ۱ نباشد. و گاه هست که از راه اضطرار مال او

را فروخته و به مصرف خود رسانیده و در ذمه خود به قرض قرار داده. و فعل ولی، محمول بر صحت است تا فساد آن معلوم شود. و هر گاه ولی، مال را به جهت نفقهء خود بفروشد در صورتی که صغیر غنی باشد و او محتاج باشد، امر، اسهل و واضح است.

۴۵ - سؤال: آیا جایز است تفاضل در معاملهء طلا و نقره با هم؟ و آیا فرقی ما بین طلا و نقره خوب و بد هست یا نه؟ -؟ و هر گاه یکی از آنها مغشوش باشد (مثل اینکه در

پول نقره مس یا قلع باشد) میتوان معامله کرد به خالص آن جنس (به آن خوب و بد) یا نه؟ -؟ و آیا به غیر جنس خود میتوان معامله کرد یا نه؟ -؟ و هر گاه هر دو مغشوش

باشند، چه حال دارد؟.

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

و فرقی ما بین خوب و بد آنها نیست، یعنی نقره بد مثلا هر چند به نصف قیمت نقره

خوب بیرزد، که جایز نیست معامله با زیادتی، که يك مثقال را بدهد و دو مثقال بد را

بگیرد. و همچنین فرقی نیست ما بین سکه دار و بی سکه و شمش کرده یا مصنوعی [صحیح: مصوغی] و درست یا شکسته.

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

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

الف) ملی: ثروتمند: غنی.

ب: ملی: کسی که عمر دراز کرده.

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

زیست.

غیر ملی (در متن: ملی نباشد) کسی که امیدی به زندگی طولانی او، نیست. مانند کودکان استثنائی و معلول. ظاهرا مراد میرزا (ره) در متن همین است. و ممکن است که " باشد " صحیح باشد. یعنی: هر چند که

پدر ثروتمند باشد. و جمله بعدی گواه این است



جایز نیست که معامله کنی با نقره خالص، مگر اینکه وزن نقره خالص بیش از این مغشوش باشد. که در آنجا صحیح است. به جهت آنکه آنچه از این پول خالص، مساوی

آن نقره است که در پول مغشوش است، معامله مثل به مثل است. و آن زیادتی که در

خالص به جا میماند، آن در برابر مس یا قلعی است که در آن است. و همچنین است هر گاه بدانیم مقدار نقره خالصی را که در آن پول مغشوش، است و بدانیم که مقدار این پول نقره و خالص، از مقدار آن نقره خالصی که در آن پول مغشوش، است زیادتر است. هر چند بسیار کم باشد آن زیادتی، که در آنجا هم

صحیح

است بلا اشکال در اینها همه. و اما هر گاه پول مغشوش را به غیر جنس خود معامله کنند

مثل اینکه پول نقره مغشوش را با طلای خالص معامله کنند یا به عکس، که در آنجا هم

اشکال نیست که زیاد و کم ضرر ندارد. و هر گاه طلا یا نقره که معامله میکنند از هر دو

طرف مغشوش باشد، پس ظاهر این است که در جواز آن، نیز اشکال نیست. هر چند از

یک جنس باشند. به جهت آنکه در حکم ضمیمه میشود. مثل آنکه یک درهمی و پنجاه

درم گندم را بدهد به دو درهم و پنجاه درم گندم، که یکی از حیل‌های ربا همین است.

پس در اینجا هم در حکم ضمیمه ۱ آن جوهر خالصی که درون پول مغشوش، است برابر

غش آن پول دیگر است، و جوهر خالص آن پول دیگر برابر غش این پول است. و ظاهراً در اینجا فرقی نیست که مقدار خالص و مغشوش معلوم باشد یا مجهول. بلکه هر چند بدانی که خالصی که در این است بیش از خالصی است که در آن، است.

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

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

-----

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

اجماع ۱ بر آن نقل شده. و احادیث معتبره بسیار دلالت بر آن، دارد و در بعضی احادیث

صحیحه، مذکور است که خوب چیزی است " فرار از حرام به حلال ". حتی در آن حدیث ۲ معامله هزار درهم و یک دینار به دو هزار درهم شده.

و ضمیمه را میتوان در طرف جنس ناقص گذاشت، مثل همین مثال پنبه و ریسمان. و همچنین در هر دو طرف ۳ هر گاه ناقص مشتبه باشد. چنان که در دو درهم

مغشوشی که هر یکی مخلوط به مس یا غیره باشد و مقدار نقره آنها معلوم نباشد، که

همان غش قائم مقام ضمیمه است.

و ظاهر این است که ضرور نیست قصد ۴ به اینکه ضمیمه مقابل زیادتی باشد. بلکه کافی است که مجموع مقابل باشد. و همچنین شرط نیست که آن ضمیمه گنجایش

۵

مقابله به آن زیادتی، داشته باشد چنان که شهید (ره) در دروس گفته، و ظاهر اخبار و

کلام فقها هم این است.

۴۷ - سؤال: آیا جایز است خرج کردن پولهای مغشوشی

مثل قروشهای رومی که در چهره آنها سرخی و سفیدی

هر دو نمایان است -؟ و آیا جایز است معامله با قروشهایی که تازه احداث شده

[و]

مرکب است از نقره و چند چیز دیگر (مقدار هیچ یک از اجزاء معلوم نباشد)؟ و آیا ساختن آنها و در میان مردم شایع کردن، جایز است یا نه؟ -؟.

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

۱: قبلا توضیح داده شد که اصل " فرار از حرام به حلال " اجماعی است لیکن چگونگی فرار و صورت‌های

مختلف آن، در صحت و عدم صحت مورد اختلاف است.

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

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

۴ و ۵: مطابق نظری که قبلا از امام خمینی (ره) نقل کردیم هم قصد مذکور شرط است و هم " گنجایش " و اساسا

روح این ابتکار در همین " گنجایش " است





(၈၀)

و اما پول‌های مغشوش که مرکب است از نقره و مس و امثال آن پس اگر رواج است در میان مردم و حال آن معلوم است و گرفت و گیر ۱ نمکنند، ضرر ندارد و هر چند مقدار غش مجهول باشد. و هر گاه رواج [نداشته] باشد و متروک باشد میان مردم، جایز نیست معامله به آن، مگر آنکه بیان کند غش آن را. و ظاهراً خلافتی در هیچ يك از این دو حکم نیست. و احادیث صریحه، و جمع بین اخبار منع و جواز، و اجماع منقول دلالت بر آنها دارد.

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

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

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

جواب: این عبارت در مسالك هم مذکور است و آنچه الحال به خاطر حقیر  
مرسد در فرض، این است که مثلاً بایع متاع خود را مفروشده به چهار تومان  
فلوسی،

که هشت عدد اشرفی نو بگیرد در عوض، به اعتقاد اینکه هشت عدد اشرفی مساوی  
چهار تومان فلوس، است و بعد از آن معلوم میشود که متاع پنج تومان فلوس  
سارزیده،

و هشت عدد اشرفی هم مساوی چهار تومان و هشت هزار دینار ۱ بوده، پس بایع  
متواند

ادعای غبن بکند در مطالبهء غبن دو هزار دینار نقصان. و مشتری میتواند که ادعای  
غبن بکند که من هشت عدد اشرفی را به اعتقاد اینکه چهار تومان است، در عوض  
چهار تومان فلوس، دادم. الحال که معلوم شد بیشتر است، اشرفها را میخواهم، در  
معامله اشرفی مغبونم گو در اصل معامله مغبون نباشم.

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

۴۹ - سؤال: هر گاه زید، حیوانی را در معرض بیع

در آورد، با ظن به عدم حمل، بدون قید و شرطی، و عمرو هم  
ابتیاع نماید با ظن به عدم حمل، بدون شرطی، بعد از آن حیوان بزاید. آیا این ولد  
مال

کیست؟

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

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

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

-----  
۱: تومان واژه ترکی معادل و نیز به معنای ده هزار، است در آن زمان هر تومان ده هزار دینار (دینار  
ایرانی)

بود اصطلاح " دو هزاری - سه هزاری - دوزاری، سه زاری " از آن زمان مانده است

اما ما بین مسلم و کافر حربی (هر گاه زیادتی را مسلم بگیرد) ظاهرا خلافی در جواز آن نیست. و روایت عمرو بن جمیع ۱ که در کافی و تهذیب مذکور است دلالت بر آن دارد، و ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب. و در کتاب فقیه هم، مرسلا از رسول خدا (ص) روایت کرده است که فرموده " لیس بیننا و بین اهل حر بنا ۲ ربا ". و فحوای اجماع منقول از سید در ذمی ۳، هم دلالت بر آن دارد. و روایت زراره ۴ که بر خلاف آن دلالت دارد مهجور است. و شیخ در استبصار تاویل کرده است آن را به اینکه مراد از مشرکین که منع ربا در آنها شده است اهل ذمه است. یا آنکه مراد از منع ربا دادن به مشرکین است نه گرفتن. و این تاویل بعید است. و ظاهر اطلاق روایت سابقه که مطابق اطلاق فتاوی جماعتی است مقتضی عموم است. و ظاهر کلام شیخ (ره) در استبصار این است که جواز گرفتن مختص به مسلم است. و ابن ادریس هم تصریح به این کرده بلکه ظاهر او دعوی اجماع است.

و اما ما بین مسلم و ذمی، پس منقول از اکثر اصحاب حرمة است. و جمعی از اصحاب (که از جمله شیخ مفید و سید مرتضی است، و صدوق (ره) و والد او است) گفته‌اند جایز است و سید در انتصار دعوی اجماع بر آن کرده (بعد از آنکه در زمان سابق رأی او عدم جواز بود به جهت عمومات قرآن و کتاب) و در آن کتاب فرموده که " بعد تأمل کردم دیدم که مسئله اجماعی اصحاب ما هست، عدول کردم از رأی سابق به جهت آنکه اجماع از ادله قطعیه است ". با وجود آنکه عموم حرمة ربا معارض است به عموم " حسن احسان " که در کتاب و سنت و عقل حکم به آن موجود است. به مثل " احسن کما احسن

الله اليك " و " ان الله يامر بالعدل والاحسان " و چنان که میتوان این را به آن  
تخصیص

- 
- ۱ و ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۴۳۶، ابواب الربا، باب ۷ ح به ترتیب: ۱ و ۲ - کافی: فروع: ج ۱ ص ۳۷۰ - تهذیب: ج ۲  
ص ۱۲۳. لیکن هر دو حدیث در کافی مستند به يك سند هستند و هیچ کدام از آنها مرسل نیست.  
۳: یعنی ادعای اجماع بر اینکه گرفتن ربا از ذمی حلال است دلالت دارد بر اینکه در مورد حربی به طریق  
اولی حلال است  
۴: همان مرجع: ح ۳

داد، متوان عکس آن را هم کرد. و احسان ایصال نفع است به غیر، و کسی که دو درهم بدهد درازای يك درهم به قصد نفع، احسان کرده است. و ترجیح مذهب سید (ره)

دور نیست به جهت آنکه اجماع منقول به منزله حدیث صحیح ۱، است. و ابن بابویه (ره) در کتاب فقیه مرسلا روایت کرده از حضرت صادق (ع) که " لیس بین المسلم و بین الذمی رباء و لا بین المرءة و زوجها ۲ " و همچنین در کتاب " فقه الرضا " روایت شده است و لکن احوط اجتناب است.

و اما ما بین مادر و فرزند، پس دلیلی بر جواز آن نیست و مقتضای ادله، حرمة است. و اما ما بین پدر و فرزند، پس مشهور جواز آن است از هر دو طرف. و خلاف ابن جنید (ره) که جواز گرفتن را مخصوص پدر، کرده ضعیف است. و دلیل بر مطلق جواز،

روایت عمرو بن جمیع، است از امیر المومنین (ع) که فرمود " لیس بین الرجل و ولده رباء و

لیس بین السید و عبده رباء " و همچنین روایت زراره که بعد مآید. و ضعف ۳ آنها منجر است به عمل اصحاب. و سید مرتضی رحمه الله دعوی اجماع کرده چنان که گفتیم.

۱: کمتر کسی به این موضوع تصریح کرده، خصوصا مرحوم حاج آقا حسین بروجردی آن کاربرد زیاد را به

اجماع منقول نمیداد. البته اهمیت اجماع (با انواع مختلف) در میان متقدمین بیش از متاخرین بوده است.

لیکن تعداد موارد اجماع منقول در میان متاخرین بیش از متقدمین است و این يك امر طبیعی است زیرا هر چه زمان بگذرد کسانی بر اساس تحقیقات خودشان موارد اتفاقی و اجماعی زیادتری را مشخص میکنند

آنگاه در بستر " نقل " قرار میگیرد

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

۳: سلسله سند حدیث این جمیع: محمد بن یعقوب عن حمید بن زیاد، عن الخشاب، عن ابن بقاح (ریاح)، عن

معاذ بن ثابت، عن عمرو بن جمیع، عن ابی عبد الله (ع) قال: قال امیر المومنین: .. - همان مرجع: ۱ - ضعف سند: خود ابن جمیع توثیق نشده بل به ضعف او تصریح شده است، معاذ بن ثابت نیز توثیق نشده، بقیه

افراد سلسله توثیق شده‌اند.

حدیث دوم نیز در روایت صدوق مرسل (بدون سلسله) است و در روایت کافی و تهذیب همان سلسله حدیث ابن جمیع را دارد، لیکن اصحاب به پیام این دو حدیث عمل کرده‌اند شاید ادله دیگری نیز در اختیار آنان بوده است و اما روایت زراره: مرحوم میرزا با اینکه آن را "مهجور" منامد، به آن متمسک میشود. اگر اصحاب بدان عمل کرده‌اند پس نمیتواند مهجور باشد و اگر بدان عمل نکرده‌اند پس ضعفش با عمل اصحاب جبران نمیشود. ضعف این حدیث به دلیل "یاسین الضریر" است که توثیق نشده. و دلیل دیگر ضعف آن، معارض بودنش با ادله دیگر است. گویا میرزا (ره) بخش اول این حدیث را که ناظر به ربا در ما بین پدر و فرزند است میپذیرد همانطور که در چند سطر بعدی خواهد آمد و بخش دوم آن را که ناظر به حرمة ربا گرفتن، از ذمی است، نمیپذیرد. لیکن چنین رفتاری نیز با کلمه "مهجور" نمسازد. بنابراین تاویل شیخ (ره) بجا میباشد.



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

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

۱ و ۲: همان مرجع: ح ۶ و ۷

رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع، باشد. و قبل از انقضای مدت فوت شد. و وارث او هم قادر بر رد مثل ثمن نشد تا مدت منقضی شد. و بعد از انقضای مدت، رد مثل ثمن

به مشتری نمود و مشتری هم قبول کرد و فسخ بیع کرد و مبیع را به وارث وا گذاشت. آیا

به همین قدر، ملك مال وارث میشود؟ یا محتاج است به عقد جدیدی -؟  
جواب: خیار از جمله حقوقی است که به میراث میرسد. و چون بیع باز نسبت به وارث در عهده تزلزل است، پس لزوم که حاصل شد به سبب عجز وارث، این لزوم ما بین مشتری و وارث حاصل شده و اقاله بیع الحال موجب رجوع مبیع میشود به وارث، به

سبب عمومات اقاله. چنان که در حدیث وارد شده که " ایما عبد اقال مسلما فی بیع اقال

الله عسرته یوم القیامة " و اقاله فسخ بیع است. و بعد فسخ بیع، مالك منحصر است (بالفرض) در وارث، پس کسی را نمیرسد که بگوید که " حق موروث همان خیار بود و

آن ساقط شده، پس دیگر انتقال ملك به وارث محتاج است به ناقل جدیدی " به جهت

آنکه (قطع نظر از اینکه عمومات اقاله افاده بیع میکند) توارث خیار مستلزم توارث توابع

آن، نیز هست. زیرا که اگر بایع در حیات مسبود و بعد از لزوم بیع استقاله مسکرد، اقاله

ناقل ملك، از برای او بود.

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

و دلیل انتقال " حقوق " مثل " اموال " - پس آن - فی الجملة اجماعی است. هر چند

در بعضی از مواضع خلاف کرده‌اند، مثل " حق الشفع و " حق الرجوع در هبه ". و عموم

" ما ترك " در آیه شریفه، شامل است. و خصوص حدیث نبوی (ص) که " ما ترك المیت من

حق فلوارثه ۱ " .

و اشکال در هبه (چنان که علامه در قواعد کرده و اقرب عدم آن را قرار داده، و

همچنین شهید (ره) در قواعد) پس شاید وجه آن این باشد که مالک به عقد هبه و اقباض، اعراض

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

از مال کرده و حق از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع به جهت خود واهب خلاف اصل است و به دلیل ثابت شده. و قوهء دلیل اعراض با اصل، اقوی است از احتمال دخول در تحت ادلهء حقوق. بخلاف خیار حق الشفع و امثال آن. و از این جهت است که در صورت خیار، مشتری ممنوع است از اتلاف عین مال و اخراج از ملك خود به نحوی که ذوالخیار ممنوع از رجوع شود. و در هبه به هیچ نحو، منعی از تصرف متصور نیست. و حق رجوع در هبه، عارض مشهود با ارادهء واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا، بخلاف حق الشفع و حق خیار که از اول امر ثابت است.

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

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

- ۵۳

سؤال: هر گاه در " سر کار ۱ " شاه، شخصی وظیفه داشته باشد و خود در صدد تحصیل آن، مطلقا و اصلا در نیامده و از کسی خواهش تحصیل آن نیز ننموده

باشد. و حال که قرار داده شده به رعایا حواله نمایند، و از رعایا باید بگیرد، و الحاله هذه میتواند آن را رعایا گرفته و عین آن را به مصرف برساند. یا به رعایا به عنوان قرض محسوب داشته و ایشان به تدریج بالطوع و الرغبة، از مال خود به آن

-----

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

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

جواب: هر گاه آن وظیفه از غیر مال سلطان و خراج اراضی خراجیه است به هیچ نحو اخذ آن، صورتی ندارد و مشغول ذمهء صاحب مال، است و مأثوم و معاقب است. مگر

اینکه صاحب مال باطوع و الرغبه آن مال را به گیرنده ببخشد و از طیب نفس به او حلال کند.

و اگر از بابت خراج باشد پس هر چند از فتاوی جمعی از علما ظاهر میشود که از برای شیعیان حلال باشد، نهایت اظهر در نظر حقیر این است که حلال نیست. به جهت

آنکه این مال مختص مصالح عامهء مسلمین است و ولی امر آن امام زمان است. و ائمهء ما

تصرفات خلفای جور را نیز قائم مقام تصرف خود، کرده‌اند در حلّیت به جهت شیعیان.

لکن متبادر از " خلفای جور " مخالفین است نه سلطان جابر شیعه. بلی چون از عموماً

ادلهء نیابت فقیه عادل از امام زمان، ثابت میشود، ممکن است هر گاه آن شخص آخذ از

مصالح عامه باشد (مثل قضات بر حق، و غزات مجاهدین با دشمنان دین و مفسدین، و

ائمه جماعت و طلبهء علوم و مؤذنین و غسالین

و حفارین و امثال اینها) و به اذن فقیه عادل بگیرد

جایز باشد. و با وجود این نیز احوط آن است که دهنده، او را به طیب خالص حلال کند. بلکه احوط، بلکه اظهر آن است که در صورت حلال کردن و به طیب خالص دادن هم بدون اذن فقیه عادل نگیرد هر گاه معلوم باشد که خراج اراضی خراجیه است.

و اما محسوب داشتن عاملان، وجه را در عوض متوجهات دیوانی صاحب وظیفه، پس جواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر میشود. و احوط بلکه اظهر آن است که هر گاه

معلوم باشد که آنچه متوجه آخذ است از خراج اراضی خراجیه است، به ندادن آن،  
اكتفاء

نکند ۱ مگر آنکه آن شخص از مصالح عامه باشد و از فقیه ماذون شود. و از اینجا معلوم

مشود حال آن صورت که عامل تنخواه از رعایا بگیرد و در عوض متوجهات او محسوب

شود، که در این ضمن وظیفه هم داده شده باشد.

و اما آنچه ظاهر میشود در صورت سؤال از فرق ما بین اینکه عامل به رعایا حواله کند یا غیر آن، پس اگر مراد فرق ما بین معلوم الحرمة است، این سخن در مطلق جایزه

سلطان، خوب است. که معلوم نباشد حرمة آن، و نه از وجه خراج بودن آن. و اما بعد از

علم به خراج بودن، فرقی ما بین دادن آن از خزانه و حواله کردن، نیست. و اگر مراد فرق ما بین دادن چیز به صاحب وظیفه و چیز نگرفتن از متوجهات دیوانی از او، است به

عوض وظیفه، پس جواب آن نیز از آنچه گفتیم معلوم میشود والله العالم.

۵۴ - سؤال: مبیعهء سلف نیز قبول شرط میکند؟ مثل اینکه شرط بکند که در ما بین مدت، اختیار فسخ از برای بایع باشد -؟

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

۵۵ - سؤال: حاکم عرف ۲، شخص را جریمه کرده است [و] پول گرفته. یا مقاطعهء

مسلمانان را کرده که مسلمانان سال به سال همان مقاطعه را به حاکم عرف بدهند. و

شخص دیگر به حاکم عرف معامله کرده است. حاکم عرف به عوض معامله آن شخص، از

مقاطعهء مسلمانان حواله کرده است. آیا میتوان گرفت یا نه؟ -؟ یا از مقاطعهء نصاری بدهد

بیان فرمایند ۳.

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

۲: حاکم عرف: اصطلاحی است در مقابل اصطلاح "حاکم شرع" و ناشی شده است از جهانبینی دو شریعتی، که

در مقدمهء جلد اول شرح داده شد.

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



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

وجه مذکور از محل همان جریمه پرداخت شود. و یا حواله میکند به مسلمانان که وجه مذکور را از محل مقاطعه پرداخت کنند. آیا شخص مزبور میتواند وجه را از محل‌های یاد شده دریافت نماید یا نه؟ -؟ و اگر

پرداخت کننده مقاطعه کار، از نصاری باشد، چگونه است؟

جواب: هر گاه مقاطعه در غیر خراج اراضی خراجیه است، باشکال حرام است. و هر گاه مقاطعه اراضی خراجیه باشد یا مقاطعه جزیه اهل ذمه باشد، این هر دو در نظر

حقیر يك حكم دارند. پس حاکم مسلمین اگر از اهل سنت است حلال است. و اگر از

شیعه ۱ باشد اظهر در نزد حقیر آن است که بدون اذن مجتهد عادل، تصرف در آن جایز

نیست. خصوصاً هر گاه آن شخصی که بگیرد از حاکم، از مصالح عامه مسلمین نباشد -

مثل طلبه علوم یا ائمه جماعت یا مؤذنین و امثال آنها - پس امثال این معاملات، صورت ندارد.

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

جواب: بیع ام ولد جایز نیست. و اینجا از مواضعی نیست که استثناء شده. و ظاهر این است که بخشیدن هم جایز نیست. به جهت آنکه ظاهر کلام علما این است که آنچه

را نمیتوان فروخت نمیتوان بخشید. وجه او گویا همان است متمسک به حریت است و تملیک صورتی ندارد.

۵۷ - سؤال: آیا بیت النحل (یعنی کندوی زنبور عسل) را یا زنبور آن را به سلف میتوان خرید یا نه؟ -؟

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

۱: این موضوع که در اینجا تکرار شده، در جلد اول (کتاب الجهاد) بطور مشروح و مستدل بحث شده است و

فتوای میرزا (ره) در آنجا آمیزه‌ای از تردید، دارد لیکن در اینجا از قاطعیت بیشتری برخوردار شده است.

۵۸ - سؤال: شخصی زمینی بفروخت به کسی به ده تومان. و بعد سه روز مشتری نصف آن زمین را فروخت به شش تومان. و از برای بایع غبن فاحش ظاهر شد. خواست

ادعای غبن بکند احدی به او گفت که معامله چنین میباشد. یعنی گاه هست نفع میشود و گاه نقصان. و این شخص هم دعوی نکرد. آیا خیار او ساقط میشود یا نه؟ -؟

جواب: هر گاه بعد از مرافعه، ثابت شود که بایع در حین بیع جاهل به قیمت بوده، و در وقت بیع هم به این قیمت اعلی مارزید، مسلط است بر فسخ بیع. و بنا بر فوریت

دعوی غبن "هم چون مفروض جهالت است که ناشی شده از نادانی اصلی، یا مغرور شدن به قول آن شخص که گفته "معامله چنین میباشد" هم، ظاهر این است که دعوی

مسموع است و خیار ساقط نیست. و چون مطلب مرافعه منخواهد، در حین مرافعه حقیقت معلوم خواهد شد.

۵۹ - سؤال: هر گاه کسی گندمی به سلف بخرد از مزرعهء خاصی. و در آن سال از

آن مزرعه گندم به عمل نیاید و حاصل آن تلف شود. حکم آن چه چیز است؟.

جواب: هر گاه گندم زمین معینی بخرد ظاهراً صحیح نیست. به جهت آنکه شرط سلف آن است که مبیع در ذمه باشد نه عین معین. و اگر مراد گندم آن مزرعه باشد خواه

از زرع خود آن شخص یا از غیر او مثل اینکه صد من خرما بصره به سلف بخرد. پس

آن بیع صحیح است.

و هر گاه در آن سال حاصل آن مزرعه تلف شود، مخیر است مشتری، میان آنکه فسخ کند و تنخواه خود را پس گیرد، و اینکه صبر کند تا سال آینده. و بعضی گفته‌اند

که میتواند قیمت آن گندم در انقضای موعده بگیرد و لکن حقیر در این تأمل دارم. بعضی اخبار صحیحه دلالت بر عدم آن، دارد.

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

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



"خوانندگی" ۱ مگویند حرام است. هر جا که یقین حاصل شد که آن را خوانندگی

مگویند، حرام است خواندن و شنیدن آن. و هر جا که یقین است که خوانندگی نمگویند حلال است. و در صورتی که مشکوک فیه، باشد اظهر حلیت است و احوط

اجتناب است. و مجرد لرزیدن صدا معنی غناء نیست. و فرقی ما بین قرآن و مرثی و غیر

آن نیست. والله العالم.

۶۱ - سؤال: در بیع، هر گاه ثمن ما فی الذمه باشد. مثلاً زید از عمرو طلبی دارد و بازاء طلب خود متاعی از او مگیرد. آیا مادامی که عین باقی باشد، و پس

متواند داد یا نه؟ - از جهت آنکه ثمن باقی نیست.

۱: باید معنی کاربرد و اصطلاح "خوانندگی" در محاورات مردم عصر میرزا (ره) مورد توجه قرار گیرد از بیان

متن، روشن است که منظور وی از لفظ "خوانندگی" همان است که فقها از آن با "ترجیح الصوت مع الطرب"

تعبیر کرده‌اند. در اینجا توجه به چند موضوع ضرورت دارد:

الف: پاسخ به این سؤال که "چه چیز غناء است و کدام چیز غناء نیست" از وظایف فقیه نیست. زیرا فقیه به عنوان

متخصص در "احکام" سخن مگویند نه متخصص در "موضوعات" و همانطور که در متن آمده این وظیفه

عرف است که موضوعات را مشخص کند.

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

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

طرب: حالتی که در اثر احساسات شدید به فرد دست مدهد و موجب میشود حرکاتی (یا چگونگی خاص

رفتار) از او بروز نماید که در حالت معمولی از آن حرکات بطور آگاهانه پرهیز میکند. یعنی آن حرکات را

بر خود سزاوار نمیداند. و آنها را بر خلاف "وقار" خویش میداند.

خواه این حالت و این حرکات در اثر غم و غصه و مصیبت باشد و خواه در اثر شادی و شغف. مثلاً کسی که

برادرش مرده است در اثر این مصیبت گریه میکند آب چشم و دماغش سیلان پیدا میکند از ته دل های های میکند به راست و چپ بحالانه، مافتد. چنین شخص در اوقات دیگر این قبیل حرکات و

حالات را نسبت به خویش ناپسند و ضد وقار میداند.

و همینطور است کسی که تحت تاثیر موسیقی غنائی (خواه از حنجره انسان باشد و خواه از دستگاه

برخیزد) قرار میگیرد و حرکاتی از او صادر میشود که در اوقات دیگر از آنها پرهیز میکند. و آن حرکات را برای خود ناپسند و خلاف شخصیت میداند.

پس طرب دو نوع است: طرب حاصل از مصیبت و طرب حاصل از شادی و شغف مصنوعی. نوع اول از موضوع بحث ما خارج است و نوع دوم حرام است. لیکن به دو مطلب در اینجا باید توجه کرد:

اول: گفته شد "موسیقی غنائی" یعنی موسیقی غیر غنائی هم هست مانند آهنگ‌های رزمی. آنچه حرام است اجماعاً "آهنگ‌های بزمی" است نه رزمی. البته افراد خیلی نادر پیدا میشوند که آهنگ‌های "رزمی" را نیز حرام میدانند. زیرا آن را نیز از نظر لغت مصداق "طرب" میدانند. و چنین هم هست لیکن سیاق بیان اخبار و احادیث روشن میکند که تنها آهنگ بزمی که هرگز از تماس با امور جنسی برکنار نیست تحریم شده است، نه آهنگ‌های دیگر.

دوم: از عبارت "شادی و شغف مصنوعی"، استفاده شد زیرا شادی و شغف طبیعی نه تنها حرام نیست بل مستحب هم هست. و منظور از "مصنوعی" روشن است و معیار آن چنین است: هر شادی و شغفی که غیر از آهنگ و موسیقی، عاملی ندارد. یعنی اگر آهنگی نبود، فرد، این شغف را نداشت.

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

ه: آهنگی که شنونده را به فکر و اندیشه فرو میبرد، نه طرب شغف و نه طرب غم و نه احساسات نظامی، رزمی، هیچ کدام را ایجاد نمیکند. چه حکمی دارد؟ آنچه از سیاق کلام علما بر مآید حلیت آن است. زیرا همانطور که گفته شد هم توجه اخبار و هم توجه فقها، در این بحث به سوی غنائی است که به نوعی با امور جنسی ارتباط دارد.

ز: در مواردی که مشتبه است و مسلم نیست که این آهنگ از مصادیق "ترجیع الصوت مع الطرب" است یا نه؟ - و یا با وجود "ترجیع" در صورت و نیز با وجود طرب، آیا این طرب، طرب غم مصنوعی یا طرب شغف مصنوعی، است که حرام باشد یا از مصادیق غیر حرام آن (مانند آهنگ رزمی) است؟ -

در این قبیل موارد حکم به جواز کرده‌اند و احتیاط را در ترك، دانسته‌اند. البته بر اساس آن قول نادر که در بالا یاد شد مسئله مشکل تر است، و آهنگ به هر شکل و با هر تاثیر، مورد اشکال میباشد. نتیجه: مکلف باید موارد مختلف این مسئله را تشخیص دهد و بر اساس آن عمل کند. و آن مکلف راحت است که مقلد قول نادر شود و از هر نوع آهنگ پرهیز کند

جواب: هر گاه جنس از باب وفای دین، به او داده (خواه قیمت را حساب کرده باشد در حین قبض، و مساعره کرده باشد، یا نه) آن جنس ملك صاحب طلب، میشود.

و آن مدیون از حق او بری میشود (در قدری که مساوی قیمت آن است در روز وفا هر چند بعد ترقی کرده باشد هر گاه آن جنس کمتر است از دین. و بری میشود از تمام

آن دین هر گاه مساوی باشد) پس ظاهراً نمیتواند پس بدهد بعد از آنکه قبول کرد در عوض دین. و صاحب متاع هم نمیتواند استرداد کند.

ظاهراً خلافی در مسئله نیست و اخبار هم موجود است.  
و اما هر گاه قطع نظر از وفای دین، مبیعه شده است علیحده که این متاع را خریده  
در عوض آنچه در ذمه آن شخص دارد و شرط بیع، از مساعره و غیر آن به عمل  
آمده الا  
صیغه که جاری نشده، پس در این صورت اظهر این است که مشتری میتواند متاع را  
رد  
کند (بنابر عدم لزوم معاطات) و هم صاحب متاع میتواند رجوع کند به عین.  
و این نه از باب آن است که معاطات بر دو عین موجود، بشود و بعد از آن احدهما  
تلف بشود.  
زیرا که اقوی در آنجا جواز رجوع است از برای صاحب عین باقیه (هر گاه  
معاطات را از باب اباحه دانیم نه تملیک) و بعد صاحب عین تلفه رجوع میکند و  
غرامت  
عین تلفه را مگیرد. و اما بنا بر قول به تملیک (چنان که اظهر آن است) پس اقوی  
عدم  
جواز رجوع است زیرا که مستلزم جمع ما بین عوض و معوض، است. چون آن  
متلف،  
مالک بیش از يك عین نبود. و مفروض آن است که آن را تلف کرده است و استرداد  
آن  
هم ممکن نیست.

کتاب التجاره: مسائل التجارة من المجلد الثانی: ۱  
۶۲ - سؤال: مراد از قبض که در بیع و هبه و امثال آن، معتبر است چه چیز است؟  
جواب: بدان که: چون لفظ قبض در کلمات الهی و معصومین (ع) در احکام شرعی  
وارد شده (در بعض جاها به عنوان شرط صحت یا لزوم، مثل رهن و هبه. و در بعض  
دیگر

۱: همان طور که در مقدمه جلد اول شرح داده شد محتوای این کتاب که امروز جامع الشتات نامیده  
میشود

مجموع سؤال و جواب است که در دفتر کار محقق قمی جمع مگشت و سپس در کنار هم قرار  
مگرفت و  
به صورت کتاب در مآمد. پس از آنکه يك دوره از آنها در قالب کتابی در اختیار نسخه برداران قرار  
گرفت  
دوباره مجموعه زیادی از سؤال و جوابها جمع گردید و در قالب کتاب دیگر ارائه گشت، منظور از  
مجلد  
اول و مجلد ثانی همین است





(۷۲)

مترتب میشود بر آن، احکام دیگر، مثل اینکه در جواز بیع مبیع، قبل از قبض. که یا حرام است یا مکروه. و مثل اینکه ضمان مبیع، قبل از قبض متعلق به بایع و بعد از قبض

متعلق به مشتری [است] در جائی که خیار از برای مشتری نباشد. و امثال اینها.) و نص و حقیقة شرعیه در آن ثابت نشده، [پس] باید رجوع کرد به عرف. و عرف نسبت به

مواضع مختلف، مختلف میشود لهذا در کلام اصحاب اختلاف در آن شده. و مشهور این است که قبض در غیر منقول، مثل ملك و باغ و امثال آن، تخلیه است. به این معنی که دست از تصرف بردارد و آن را واگذارد و بلا مانع کند آن را از برای

مشتری یا متهب. و در منقولات، مثل قماش و طلا و نقره و امثال آن، که به دست مگیرند، آن است که به دست او بدهد. و در حیوان، نقل و انتقال یعنی از جائی به جائی بردن. و در مکیل و موزون، کیل کردن و وزن کردن و وا گذاشتن به او. و دلیل در مسئله، فهم عرف است. و گویا که بعضی در حکم منقول دعوی اجماع کرده‌اند. و بعضی اخبار هم اشعاری به بعض مطلوب، دارد. مثل صحیحہء معاویہ بن وهب " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه -؟. فقال: ما لم يكن

کیل او وزن، فلا تبعه حتی تکیله او ترنه الا ان تولیه بالذی ۱ قام علیه ". و وجه دلالت آن است که چون بیع قبل از قبض، ممنوع است به عنوان حرمة یا کراهت اجماعاً، پس حصر جواز آن در صورت کیل و وزن دلالت دارد بر اینکه کیل و

وزن در معنی قبض است. و به این اشاره کرده است علامه در تذکره. و همچنین روایت

عقبه بن خالد " عنه (ع) فی رجل اشتری متاعاً من آخر و او جبه غیر انه ترك المتاع عنده و

لم يقبضه، فسرق المتاع. من مال من یكون؟ قال: من مال صاحب المتاع حتی يقبض المتاع

و یخرجه من بیته فاذا اخرجہ من بیته فالمتباع ضامن لحقه حتی یرد ماله ۲ الیه. " و توجیه استدلال این است که چون قبض منشأ نقل ضمان، است به سوی مشتری،

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

۲: وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱ - در متن حدیث پس از جمله " و لم يقبضه "

جمله " قال  
آتيك غدا ان شاء الله " آمده است

(۷۳)

بلا خلاف، و معلوم نیست که کسی قائل باشد که اخراج از بیت بایع به جای دیگر بخصوصه مدخلیت در نقل ضمان داشته باشد. بلکه کافی است نقل حیوان از مکان به

مکانی در همان خانه بایع. مثل اینکه از این اصطبل بایع بیرون آورد و در اصطبل دیگر

جا کند. پس باید مراد از حدیث جائی باشد که موقوف باشد تحقیق نقل، به اینکه از خانه بایع بیرون آورد و به جای دیگر ببرد که معنی قبض باشد. پس معلوم میشود که

نقل از جائی به جائی فی الجملة معنی قبض هست. و مراد از استدلال هم بیش از این نیست. و اشاره کرده است ابن فهد (ره) در مهذب به بعض آنچه ذکر کردیم. و قول دیگر، قول علامه است در مختلف که گفته است که اگر منقول است، قبض در آن، نقل است. یا گرفتن به دست. و اگر مکیل و موزون است، گرفتن به دست است

یا کیل و وزن کردن. و فرق این باقول مشهور این است که بنابر این قول در منقول، گرفتن به دست کافی است و احتیاج به نقل نیست. بخلاف مشهور که در حیوان نقل را

ضرر میدانند. و همچنین بنا بر این قول، در مکیل و موزون گرفتن به دست کافی است

بدون کیل و وزن. بخلاف مشهور. و این قول هر چند اوفق به عرف عام است و لکن ملاحظه

حدیث‌های سابق، تایید تعیین کیل و وزن را، میکند در مکیل و موزون. و قدح در آن،

باینکه شاید که کیل و وزن از برای صحت بیع باشد، ضعیف است. به سبب آنچه گفتیم. و به

جهت آنکه در روایت استثناء " بیع تولیة " شده. پس اگر اشتراط کیل از برای رفع جهالت

مبیع بود، بایست " بیع تولیة " هم صحیح نباشد. پس معلوم شد که از راه اشتراط قبض است

به آن. و لکن ممانند اشکال در اینکه روایت دیگر، دلالت به خصوص حیوان، ندارد. و لکن

قائلی صریحا ندیدیم که در غیر حیوان شرط نقل کرده باشد.

و در اینجا چند قول دیگر است: یکی این است که قبض، مجرد تخلیه است در منقول و

غیر منقول. و این قول محقق (ه) است در شرایع. و قول دیگر این است که در حیوان، نقل است از جائی به جائی. و در غیر حیوان (مثل آنچه محتاج است به اندازه از برای رفع جهالت) کیل و وزن و شماره آن [است] یا نقل آن. و در مثل ملك و باغ و غیر آن، مجرد تخلیه. و این قول شهید است در دروس.

و قول دیگر این است که تخلیه در همه جا کافی است نسبت به نقل ضمان به مشتری.

و اما زوال حرمت یا کراهت بیع قبل از قبض، رفع نمیشود به مجرد تخلیه بلکه محتاج است به کیل و وزن و غیر آن.

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

و از آنچه گفتیم قوت این قول ظاهر است. لیکن موجب طرح آن روایت دیگر است، و آن خالی از اشکال نیست. و این نهایت گفتار است از برای قول مشهور. و لکن در اینجا سخن دیگر است و آن این است که: خلاف کرده‌اند در اینکه بنابر اعتبار کیل و وزن، هر گاه پیشتر بایع کیل و وزن کرده باشد، تصدیق مشتری، کافی است؟ یا ضرور است تجدید آن، به جهت قبض؟ جمعی تصریح کرده‌اند که ضرر است. نظر به حدیث صحیح. و خالی از قوتی نیست. و لکن میتوانیم گفت، که روایت محمول بر غالب باشد که قبض به ید، حاصل نمیشود الا به کیل و وزن، در مکیل و موزون. پس توانیم گفت که در اینجا مجرد اخذ به ید، کافی است با اعتبار کیل و وزن سابق. و لکن این راجع نمیشود از وجهی به قول مختلف. و این بعید نیست. بلکه مگویییم که تامل نباید کرد در اینکه هر گاه کسی حاضر بوده است که بایع گندم را از دیگری خریده و کیل کرده، بعد از آن این مشتری از او

بخرد و بدون کیل جدید به دست بگیرد و ببرد، مگویند که قبض به عمل آمد و بسیار  
بعید است که آن کیل اول را بگویند که قبض مشتری دوم است. و به این سبب  
ضعیف  
میشود قول مشهور و دلالت آن حدیث بر مدعا، و ظاهر میشود که مراد از آن  
حدیث  
بیان مثالی است از امثله قبض. چون غالب این است که قبض بدون کیل و وزن  
حاصل  
نمیشود. و دیگر آنکه بسیار بعید است که مجرد کیل و وزن که بیع در حضور  
مشتری

بکند (به دست خود یا امینی) و لکن تخلیه نکند و به دست مشتری ندهد، این را قبض

بگوئیم. پس به این سخن‌ها ظاهر شد قوت قول مختلف.

اما باید گفت که مراد علامه در مختلف، از تخییر ما بین قبض ید و کیل و وزن، در وقتی است که در صورت کیل و وزن، تخلیه حاصل باشد. نه مطلقاً. خلاصه اینکه چون

اخبار بسیار وارده شده است در منع بیع طعام، یا مطلق مکیل و موزون قبل از قبض، و

همچنین در بسیار وارد شده منع قبل از کیل و وزن، و ظاهر این است که مراد از همه

یکی باشد که همان منع از بیع است قبل از قبض، و ذکر کیل و وزن در بعضی اشاره به

شرط قبض است به جهت آنکه غالب این است، پس نمیتوان حکم کرد که مراد از اخبار

این است که قبض در طعام (یا مطلقاً) متحقق نمیشود الا به کیل و وزن.

و از این جهت است که در مسئله بیع قبل از قبض (که خلاف کرده‌اند) متعرض اشتراط کیل و وزن نشده‌اند. و همین که ۱ گفته‌اند که آیا جایز است بیع متاع قبل از قبض

یا نه؟ -؟ جمعی گفته‌اند " بلی با کراهت مطلقاً. " و بعضی به حرمة مطلقاً. و بعضی در

خصوص طعام. و به خصوص کیل و وزن خلافی نکرده‌اند. بلکه خلاف در آن به تبعیت

این است که یا قبض در مکیل و موزون، کیل و وزن، است یا نه؟ -؟ و بالخصوص غرض

ایشان متعلق به اشتراط کیل و وزن، نیست. و مجرد صحیحهء معاویه بن وهب (و آنچه

نزدیک به آن باشد) دلالت بر اعتبار خصوصیت کیل و وزن ندارد.

و بدان که شهید ثانی گفته است که مراد از تخلیه، رفع مانع است از برای مشتری از قبض اگر مانعی باشد، و اذن او بر قبض. و صاحب کفایه بر او ایراد کرده که این در

هبه و وقف و امثال آن، راهی دارد. و اما در بیع، بعید است. به جهت خروج از ملك او

اتفاقاً.



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

-----  
۱: و در نسخه: و همچنین همین که

مسکونه به عنوان عاریه یا اجاره که هنوز فارغ نشده باشد از متاع او. پس همچنانکه هر گاه کسی به عاریت به خانه کسی نشسته باشد و اهل و عیال و متاع او در خانه باشد و

به او بگوید که بیرون برو متواند گفت. اما مادامی که حریم او در خانه است و متاع‌های او در آنجا متفرق است، جایز نیست دخول مالك الا به اذن مستعیر. که حقیقه

باز اذن در اینجا هم راجع به اعلام به رفع مانع، مشود. و هر گاه مبیع در تصرف مشتری باشد به طریق صحیح. مثل عاریه و اجاره و امثال آن، پس ظاهر این است که محتاج به اذن جدیدی نیست. و بعضی از اخبار در باب وقف ولی بر صغیر، اشعاری از باب علت منصوبه، بر این دارد. و اما هر گاه پیش از بیع به عنوان غصب در تصرف او بوده است، پس در

مسالك گفته است که از برای رفع حرمة یا کراهت بیع قبل از قبض، ناچار است از اذن

جدید در تحقق قبض. و از برای نقل ضمان به مشتری احتمال قوی هست که ضرور نباشد و قبض بدون آن متحقق شود، چنان که هر گاه بعد از بیع بدون اذن بایع تصرف

کند. و بعد از آن، احتمال داده که رفع حرمة یا کراهت و نقل ضمان، هر دو موقوف

باشد بر اذن جدید به جهت آنکه تصرف و قبض اول فاسد است شرعا، پس اثری بر آن

مترتب نمیشود. و صاحب کفایه در اشتراط تجدید اذن بحث دارد، و آن بموقع است.

و بدان که این سخن که "قبض اول فاسد است پس اثری بر آن مترتب نمیشود" در ظاهر موهم "دور است و گویا در لفظ مسامحه کرده است. و اولی این بود که بگوید "قبض اول حرام است و اثری بر آن مترتب نمیشود". و لکن این سخن محل منع

است، چنان که مسببی که وطی در حال غصب ۱ موجب لزوم مهر و عده مشود. و آیا در مثل غیر منقول (که تخلیه در آن کافی است) شرط است در تحقق قبض، گذشتن زمانی که ممکن باشد در آن، وصول مشتری یا وکیل او به مبیع -؟ در

مسالك نفی اعتبار آن، کرده مگر آنکه بسیار دور باشد. مثل اینکه در بلاد دیگر باشد که در

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

(۷۷)

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

باشد با  
تمکن مشتری از آن، که مانع خارجی رو ندهد تا قبض صدق کند عرفاً، بلی هر گاه  
آنقدر  
زمان بگذرد و مشتری مسامحه کند و نرود و مانع خارجی به هم رسد، این منافات  
با قبض  
عرفی ندارد.

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

و بدان که ظهور مبدأ آثار تملك چنان که به وضع دست و پا میشود، به بیع و اجاره هم میشود. پس اگر اتفاق شود در حین بیع و تخلیهء بایع کسی به هم رسد که فوراً همان

ملك را بخرد یا اجاره کند، میتوان گفت که هر گاه بفروشد، بیع صحیح است. به جهت

حصول قبض. و لکن بر این وارد مآید اینکه در اینجا قبض مترتب بر بیع شده، نه اینکه

بیع مترتب بر قبض شده باشد. و اینکه کسی بگوید که "بیع و قبض در آن واحد حاصل

شد" هم نفعی ندارد به جهت آنکه باید بیع، بعد از قبض باشد و در اینجا قبض نه تقدم

طبیعی دارد و نه وضعی.

بلی. میتوان گفت که این گونه تصرفات افادهء حصول قبض میکند ۱ نظر به تصرفات ما بعد آن. و همچنین همین قدر کافی باشد در لزوم هبه و وقف و امثال آن، گو

اصل معامله صحیح نباشد. اشکال سابق شهید ثانی (ره) وارد مآید که "قبض فاسد منشأ

اثر نتواند شد" و آن خالی از اشکال نیست چنان که پیش گفتیم. پس اقباض عبارت است

از تخلیهء بایع از برای مشتری با تمکن مشتری از مباشرت به نحوی از انحاء تصرف. و این

مختلف میشود به اختلاف احوال و اوقات. پس هر گاه مشتری ملکی را بخرد و بایع بالمره تخلیه کرده باشد و لکن از حین بیع ظالمی او را محصور کند که نتواند برود و آن

ملك را تصرف نماید، عرفاً نمگویند آن را به قبض او داد. این معنی در منقول اوضح است بنا بر کفایت تخلیه، در آن.

و بدان که مشغول بودن مبیع به متاع بایع منافات با صحت قبض ندارد. پس هر گاه صندوقی را بفروشد که در آن بایع باشد و به قبض مشتری بدهد، قبض حاصل است و ضمان بایع ساقط است. (بلی ۲. در صورتی که مال بایع در آن باشد و بی اذن بایع

قبض کند، شاید ضامن متاع باشد). و همچنین در غیر منقول مثل زمین هر گاه زراعت در

ان باشد از عین مال بایع یا زارع دیگر، منافات با صحت تخلیه و اقباض ندارد، و

واجب  
است که صبر کند تا زرع به عمل آید. بلی. هر گاه مشتری نمدانست که زراعت  
در آن

-----  
۱: در نسخه: نمکند.  
۲: استدراک با " بلی " بمورد است و بهتر بود به جای آن حرف " و " مآمد

است و اگر صبر کند تا ازاله شود، منفعت معتد به، از او فوت میشود، در اینجا مشتری  
منخیر است بین فسخ و صبر و هر گاه در خانه (مثلاً) چیزی باشد که مانع از تصرف  
و انتفاعات معتبره در بیع، باشد، پس در کفایه اشکال در این کرده که مجرد تخلیه کافی باشد.

و از تذکره و مسالك نقل کرده است قول به آن را، و این اقرب است.  
و هر گاه در آن خانه‌ای که فروخته، چیزی باشد که بیرون آوردن آن باعث خرابی  
بشود، ظاهراً بر بایع ارش آن، متعلق میشود.  
و به هر حال، بر بایع واجب است فارغ ساختن مبیع و تسلیم کردن به مشتری فوراً،  
در مثل غیر زرع، چنان که گفتیم؟. و هر گاه مبیع مشترك باشد و منقول باشد، اذن  
شريك

در قبض ضرور است. و در غیر منقول دو قول است، اظهر عدم لزوم است. و در  
صورت

توقف بر اذن، هر گاه شريك حاضر نباشد یا باشد و اذن ندهد به حاکم رجوع  
میشود که

او احدی را نصب کند که به قبض او بدهد. اگر چه به این نحو باشد که حصه  
شريك امانت

باشد در نزد او.

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

جواب: هر گاه مبیع چیزی است که مکیل و موزون نیست، ظاهراً خلافی نیست، در  
جواز بیع آن قبل از قبض. و اخبار مستفیضیه معتبره دلالت بر آن دارد.

و اما در مکیل و موزون: پس آنچه از جمع کثیری از قدماء متأخرین نقل شده،  
کراهت است (با شدت کراهت) در خصوص طعام. و از ابن ابی عقیل قول به حرمة،  
نقل

شده در طعام و غیر طعام، خواه بیع به عنوان "تولیه" باشد (یعنی رأس المال) یا غیر  
آن.

و این ظاهر اختیار شهید ثانی است در شرح لمعه در دو موضع از کتاب. یکی در  
آداب بیع و دیگری در مسائل قبض و تسلیم. و از ابن بابویه و شیخ (در مبسوط) و

ابن

براج و ابن زهره در خصوص طعام. بلکه از شیخ و ابن زهره دعوی اجماع بر آن،  
نقل



شده. و علامه در بعضی کتاب‌های خود، و شهید ثانی در مسالك تفصيل داده‌اند و قائل به تحریم شده‌اند در غیر بیع تولیه. و وجه خلاف در مسئله، اختلاف اخبار است. و

قول اول خالی از قوت نیست نظر به " جمع بین الاخبار " و هر چند اخبار مانعه از حیثیت سند اقوی است، لکن دلالت آنها ضعیف است. و اجماعات منقوله از ابن زهره و شیخ در مبسوط و بلکه علامه در تذکره (چنان که از شرح ارشاد آخوند ملا احمد - ره - ظاهر میشود که از او نقل کرده و لکن به جهت سقم نسخه، اعتماد ندارم و تذکره هم حاضر نیست) اینها محل اعتماد تمام، نیستند با ملاحظه مخالفت جمع کثیر از قدمای متأخرین.

و به هر حال، اینها در خصوص طعام نقل کرده‌اند. (بلی، ظاهر شرح لمعه این است که اجماع مبسوط، در مطلق هست) پس در مطلق مکیل و موزون، دلیل، تمام نیست. و ۱ اخبار مانع در خصوص طعام، است. و بعض اخبار که عام است عامل به آن کم

است. و حمل مطلق منع و خصوص طعام هم وجهی ندارد. به جهت عدم منافات میان

" مطلق " و " مقید ". پس آنچه از اخبار منع، دلالت آن، واضح است عام است. و عامل به

آن کم است. و آنچه مختص طعام است از حیثیت دلالت قاصر است. و در جانب اخبار

اباحه بعضی اخبار معتبره است که به عنوان " علت منصوبه " دلالت دارد. خلاصه اینکه: با وجود اعتضاد ادله جواز به " اصل " و " عمومات " و " اطلاقات " و

" اخبار "، منع مطلق، ضعیف است. و در خصوص طعام هم چون دلالت اخبار، ضعیف

است، معتمدی نیست، ۲ به غیر اجماعات منقوله در برابر ادله جواز، و ترجیح ۳ آنها بر

اخبار جواز (با وجود آنکه جمع کثیری از قدمای متأخرین، عمل به آنها کرده‌اند) محل

اشکال است. پس از این جهت محقق (ره) در مکیل و موزون به کراهت قایل شده و در

خصوص طعام نشده. و این حمل، بد نیست. خصوصاً با ملاحظه روایت ابی بصیر که

حضرت فرموده است " ما يعجبني ٤ " یعنی خوشم نمآید. که ظاهر در کراهت، است.

-----  
١: در نسخه: و اگر اخبار...

٢: یعنی: غیر از اجماعات...

٣: در نسخه: بترجیح - به ترجیح.

٤: وسائل: ج ١٢ ص ٣٩٠، ابواب احکام العقود، باب ١٦ ح ١٦

و لکن احتیاط این است که در خصوص طعام، اعتبار کیل و وزن بشود. و اما تفصیل به بیع تولیه و غیر آن. پس ظاهر این است که قبل از ۱ زمان علامه (ره) قائلی به

آن نبوده، چنان که از بعضی اصحاب تصریح به آن، نقل شده است. و از این جهت است

که محقق در شرایع و نافع نسبت را به روایت داده است، و با وجود آنکه این مضمون

در روایات معتبره متعدد، وارد شده است، هجر عمل به آن، شاهد ضعف آن است.

و بدان که: ظاهر این است که مراد از طعام، گندم و جو است. چنان که از اخبار و بعضی اهل لغت ظاهر میشود. و اصل هم اقتضای اقتصار، بر آن میکند. و بدان نیز که این حکم مختص بیع است. پس هر گاه کسی به عنوان میراث و امثال آن، به او منتقل

شود ضرر ندارد که قبل از قبض بفروشد.

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

جواب: در مسئله دو قول است. آنچه از اکثر نقل شده است، بطلان است، به جهت آنکه این "بیع دین به دین" است و اخبار در منع آن وارد شده است و قبض مجلس در

ثمن سلف هم شرط است. و این را قبض نمگویند. و جماعتی به جواز آن قائل شده‌اند، نظر به منع اشتراط مطلقاً، چون دلیل آن اجماع است و در اینجا ثابت نیست. و

"عمومات" و "اطلاقات" معتضده به "اصل" هم دلیل جواز است. و روایتی بخصوص

نیز هست که دلالت به جواز آن دارد و اشعار دارد به اینکه عدم جواز از مذهب ۲ عامه

است.

---

۱: در اصطلاح به فقهای قبل از علامه (حلی)، "قدماء" یا "متقدمین" مگویند و به فقهای بعد از او "متأخرین". و احیاناً "متجددین" نیز مگویند. و متأخرین نیز به "قدماء متأخرین" و "متأخری متأخرین"

تقسیم میشوند.

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



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

۱. ۶۵ - سؤال: زید به عنوان سلف، پول سیاهی، مفروشید به عمرو به پول سفید یا پول اشرفی، و عمرو مخرد. بعد نیز زید پول سفید یا پول اشرفی را به عنوان سلف مفروشید به این پول سیاهی که در ذمه دارد، و عمرو آن را باز به همان پول مخرد، همچنین تا برود به هر جا که مرود. چه صورت دارد -؟  
جواب: معامله اولی با تحقق شرایط سلف، خوب است. و اما معاملهء دوم و ما بعد آن، پس آن صورتی ندارد. ما هر چند تجویز میکنیم که کسی متاعی بفروشد به سلف به دیگری در عوض آنچه از دیگری در ذمهء او دارد، و لکن آن را در وقتی قائلیم که "حال" باشد ۲. که آن در حکم قبض ثمن است که شرط است در سلف. و روایتی ۳ هم هست که دلالت بر آن، دارد. و لکن در اینجا چون پول سیاه که در ذمه زید است مؤجل

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

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

(۸۳)

است و حال نیست، و عمرو بالفعل مستحق آن نیست، پس در حکم قبض مجلس نیست.

و ظاهر این است که خلافتی در این نباشد ۱. و روایت مذکوره هم ظاهر در دین حال

است. با وجود آنکه مشهور در دین حال هم بطلان است. پس در اینجا به طریق اولی

باید قائل باشند. هر چند در استدلال ایشان در بطلان، به اینکه این، دین به دین است،

تأمل است ۲.

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

جواب: همان چه داده است، در عوض طلب او محسوب است. و سخن صاحب قروش مسموع نیست. چنان که اقوال و اخبار دلالت بر آن، دارد.

۶۷ - سؤال: زید استری به عمرو فروخته و عمرو که استر را آورده، چموش بوده و نتوانسته آن را اهل کند. آن را به بکر فروخته و بکر هم به سبب نا اهلی، بعد از مدتی

آن را به عمرو رد کرده. و عمرو به دیگری هم فروخته و او نیز به این جهت رد کرده. و

الحال معلوم شده که این استر چموش و نا اهل بوده. و اهل خبره مگویند که قابل اصلاح نیست. و بایع اول که زید باشد هم به هر کس مفروخته به همین علت، رد مکرده‌اند. و تزویر و تدلیس کرده بود که این را تازه از رمه گرفته‌اند خوب میشود و به عمرو فروخته بود.

آیا الحال عمرو میتواند استرداد کند به زید؟ و قیمت را پس بگیرد یا نه؟ -؟ و آیا بیع مبیع با علم به عیب، خصوصاً در صورت تدلیس صحیح است؟ یا فاسد؟ و بر فرض

صحت، خیار رد از برای عمرو هست یا نه؟ -؟

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

۱: آری بطلان این معامله مورد اتفاق است لیکن:

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





(۸۴)

که تعریف عیب را به این کرده‌اند که ((امری باشد که زاید باشد بر اصل خلقت اکثر افراد آن نوعی که این عیب در او یافت مشود. یا ناقص باشد از آن)). خواه عین باشد،

مثل زیادتی يك انگشت یا کم بودن آن، یا صفت باشد مثل آنکه بعد از خریدن غلام، معلوم شود که تب داشته است هر چند در همان روز زایل شود. و همین حکم را دارد هر گاه تب عارض شود بعد عقد و قبل از قبض و ظاهر این است که در این هم خلافی نباشد، چون نقل خلافی در آن نشده. و بعضی قید کرده‌اند

تعریف عیب را به اینکه " باعث نقصان مالیت آن شود " و بنابراین، لازم مآید که " خواجه بودن " غلام، و " مو بر زهار نبودن " کنیز، عیب نباشد و حال آنکه (به اتفاق) آنها عییند.

و اخبار هم دلالت دارد.

و ایضا هر گاه قائل شویم که عیب است منافات دارد با ثبوت ارش، چون در اینجا ارشی نیست بلکه قیمت گاه هست زیاد مشود. و شاید توان گفت که این زیادتی به سبب اموری است که غالباً مطلوب نیست بلکه خواجه سرایان مطلوب پادشاهان و امرا

است نه اغلب مردم. یا آنکه فایده‌ای که در آنها هست که مخلوط شدن با زنان است، در

نظر شرع ساقط است چون حرام است. و با قطع نظر از آن، قیمت آن کم مشود به سبب ضعف مزاج و عدم تحقق نسل و غیر آن. و دور نیست که بگوئیم که معتبر همان

زیادتی و نقصان از اصل خلقت غالب نوع، باشد. و این معیار رد نم‌تواند شد. و مراد از

صحت ارش، و خیار ارش، در مقامی است که ارش متحقق شود. یعنی مختار است ما بین

رد و ارش، اگر ارشی باشد، و اگر نه گاه هست که وقتی بشود که صحیح و معیوب هر دو

يك قیمت داشته باشند به جهتی از جهات، و در سوق تفاوتی نگذارند.

و به هر حال، چموشی مذکور در استر عیب است و غالباً موجب ارش عظیم است. و بعضی احتمال داده‌اند که در عیب، رجوع شود به عرف. و چاره اختلاف عرف، به

همان مشود که در جاهای دیگر. و بنابراین، پس آنچه در روایات دلالت بر



(۸۵)

خلاف آن، باشد، مثل " نبودن مو ۱ در زهار " مخصوص آن باشد. و این مشکل است به جهت آنکه در آن روایت که حکایت موی زهار مذکور است، بیان ماهیت عیب شده. پس شاید که حقیقة شرعیه باشد. و تعریف فقها هم منطبق بر آن است و روایت هم معتضد است به عمل اصحاب. پس اولی اعتماد است به همان سخنی که در آخر گفتیم که ارش در جائی اعتبار میشود که تفاوت در قیمت سوق باشد و نباید سوق را تقدیر کرد و اعتبار سوق دیگر، کرد ۲.

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

هر گاه تدلیس کند یعنی کاری کند که عیب را بپوشاند و بفروشد [مرتکب حرام شده]

و لکن بیع باطل نیست. بلی بعضی اشکال کرده‌اند در مثل " آب در شیر داخل کردن "

را، که باعث جهالت به قدر مبیع میشود. پس باید باطل باشد. و لکن اظهر در آن نیز صحت است به جهت معلومیت مجموع مبیع.

و بدان که: خیار از برای مشتری ثابت است در مبیع معیب. هر گاه عیب قبل از بیع در آن ثابت بوده. [و] مختار است مشتری ما بین رد مبیع و اخذ ثمن، و ما بین ممضی داشتن بیع و گرفتن ارش یعنی تفاوت قیمت. و خیاری از برای بایع نیست. بلی اگر در ثمن عیبی معلوم شود خیار از برای او هم ثابت است.

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

اول: تبری از عیب است، هر چند به عنوان اجمال باشد. مثل اینکه بگوید " من آن را به کل عیب به تو فروختم " و او هم قبول کند. و ظاهراً فرقی نیست ما بین علم مشتری

و بایع (هر دو) به عیب، و جهل هر دو، و علم احدهما و جهل آخر، و در حیوان و غیر حیوان، و در عیب موجود در حال بیع، و آنکه متجدد میشود بعد بیع (در جائی که

-----

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۴۱۰، ابواب احکام العیوب، باب ۱ ح ۱.  
۲: یعنی: خود "سوق" در ارش مقدر و مفروض است پس نیازی به تقدیر مجدد آن، یا به تصریح بر آن  
در تعریف  
نیست

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

دوم: جائی است که علم داشته باشد به عیب، قبل از عقد و با علم به آن بخرد. سوم: جائی است که بعد از علم به عیب بعد از عقد راضی شود به عیب. و ظاهرا خلافی در این دو امر نباشد. و خلاف است در اینکه آیا تاخیر رد بعد از علم به عیب، منشاء سقوط خیار مشود یا نه؟ -؟. اظهر و اشهر آن است که خیار، فوری نیست به دلیل اطلاق اخبار، و استصحاب. و بعضی فوری دانسته‌اند و دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. چهارم: جائی است که عیبی حادث شود بعد از قبض در نزد او، در جائی که

ضمان مبیع، بر او باشد. که این هم باعث سقوط خیار رد است از جهات عیب سابق بر عقد. و اما هر گاه ضمان بر بایع باشد (مثل حیوان که در ظرف سه روز اول، هر گاه عیبی در آن حاصل شود از غیر جانب مشتری، ضمان آن بر بایع است) در آنجا خیار مشتری ساقط نیست.

پنجم: تصرف در مبیع (در غیر صورت مستثنی بعد حمل جاریه و تصریه شاة) است. و ظاهر این است که مراد از تصرف امری باشد که دال بر رضای ملزوم عقد باشد. و همچنین در سایر مواضع تصرف در خیارات. پس مثل سوار شدن حیوان از برای آزمایش یا از برای آب دادن (در وقتی که سر کش باشد و محتاج به سواری باشد، و امثال آنها) باعث لزوم نمیشود. و فرقی نیست در تصرف، ما بین تصرف ناقل ملک، مثل

بیع و هبه (خواه بعد نقل به او عود کرده باشد و ثانیاً مال او شده باشد، یا نه). یا غیر ناقل، مثل نقل کردن و بار کردن.

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

نیست ما بین اینکه تصرف قبل از علم به عیب باشد، یا بعد از آن. و بدان که: چنان که خیار رد ساقط میشود به یکی از سه امر اول، خیار ارش نیز ساقط میشود. و ظاهراً خلافتی در آن نیست و اما آن دو امر آخر، پس اظهر و اشهر

این است که خیار ارش به اینها ساقط نمیشود. و از ابن حمزه نقل شده است قول به اینکه

هر گاه تصرف بعد علم به عیب باشد، خیار ارش هم ساقط میشود. و گویا دلیل او این

است که در تصرف، دلالت بر رضای به عیب است. و این ممنوع است و مخالف اطلاعات

اخباری است که دلالت بر ارش دارد با تصرف.

۶۸ - سؤال: فروخت گلابتون طلا و نقره، و پارچه‌های زری و اسلحه‌ای که طلاکوب یا نقره کوب باشد، معامله اینها نقداً و نیسئاً، هر دو جایز است یا نه؟ - ؟

جواب: چون در معامله طلا و نقره، قبض مجلس، شرط است (علی الاظهر) و بدون آن، باطل است (و فرقی ما بین مسکوک و غیر مسکوک و خالص و منضم به ضمیمه، نیست). پس هر گاه کسی معامله کند امثال این امور را به غیر جنس، یعنی مثلاً

آلات طلا کوب یا نقره کوب یا پارچه زری و امثال آن را، به گندم و جو و حیوان و امثال

آن بفروشد، پس در جواز آن اشکال نیست خواه نقد باشد یا نسیه. و هر گاه به جنس

طلا و نقره مفروشده پس در آن، قبض مجلس شرط است و به نسیه نمیتوان داد. و در

اینجا تفاوت ندارد که طلا در قیمت نقره کوب یا طلا کوب بدهد یا نقره در قیمت آنها، بدهد.

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

آن، نداشته باشد به تفصیل، و به خصوص.

و بدان که در این معامله (قطع نظر از قبض مجلس) باید ملاحظه را با شدن را هم



بکند. پس هر گاه علم دارد به مقدار طلا یا نقره که در آن جامه یا اسلحه هست باید  
آن  
قیمتی که مدهد، از طلا و نقره، بیشتر باشد از آنچه در اینها است تا آنکه آنچه  
مساوی

آن است، در برابر آن باشد. و زیادتی در برابر اصل پارچه و آهن و امثال آن باشد،  
تار با  
نشود. و هر گاه مقدار آن مجهول است، جایز نیست بیع به همان جنس، مگر با علم  
به

زیادتی آن قیمت که مدهد، از آنچه در آنها است از طلا و نقره.  
و در اینجا ملاحظه مجانست طلا و نقره را باید کرد. چون طلا و نقره در مسئله  
ربا، دو جنس محسوب میشوند و زیادتی هر يك بر دیگری مضر نیست، پس هر گاه  
جامه‌ای نقره باف باشد، و آن طلائی که مدهد در قیمت به وزن کمتر از آن باشد،  
ضرر  
ندارد.

۶۹ - سؤال: هر گاه کسی ملکی به او منتقل شده و رؤیت و مشاهده نکرد به  
دیگری فروخت به ده تومان، و غبن آن را صلح کرد. و بعد از آن، مشتری آن را  
فروخت

به بیست تومان. آیا بایع را مرسد فسخ معامله یا نه؟ -؟  
جواب: هر گاه کسی ملك معین مشخص را بفروشد بدون وصف و تمیزی که رافع  
جهالت باشد، اصل باطل است. و هر گاه به وصف بفروشد یعنی بایع از برای  
مشتری  
بگوید که فلان ملك را در فلان مزرعه دارم که مقدار آن این است و آب آن چنین  
است و  
حدود او این است، به تو فروختم. و مشتری به همان وصف بخرد و مشتری ندیده  
باشد و  
بعد که مشتری مشاهده کرد بر خلاف آن وصف بود و ناقص بود مشتری مسلط  
است بر

فسخ بیع. و از برای بایع خیاری نیست.  
و همچنین هر گاه بایع ملك خود را ندیده باشد، و مشتری وصف کند از برای او که  
فلان ملك تو که با این صفت و به این حدود است، از تو مخرم. و بایع هم به او  
بفروشد. و بعد از مشاهده و ملاحظه، به خلاف آن بر آید و زاید باشد، بایع مسلط  
است

بر فسخ بیع. و هر گاه بایع و مشتری هیچکدام ندیده باشند و به وصف ثالثی، معامله  
واقع  
شود، و از وجهی نقصی در آن باشد، و از وجهی زیادتی باشد، پس در اینجا هر دو  
مسلط بر فسخ هستند. و هر کدام پیشتر فسخ کرد، از برای دیگر خیاری نیست.  
یعنی

نمیتواند بگوید " من راضیم به معامله و فسخ نمکنم ".  
و همچنین: هر گاه بعض آن مشاهده شده و بعضی نشده، و به وصف و تعیین،

معامله شده باشد و بعد از رؤیت، آن بعضی که مشاهده نشده بر خلاف ظاهر شود.  
باز

خیار فسخ ثابت است در جمیع آن مبیع. و نمیتوانند که در بعضی که موافق، است  
الزام

کنند و در بعضی فسخ. چون مستلزم ضرر میشود از راه " تبعض صفقه ".  
و همچنین: ثابت است این خیار، در وقتی که قبل از این معامله مشاهده حاصل  
شده به مدتی. و بعد از معامله ظاهر شد خلاف آن.

و خلاف کرده‌اند در فوری بودن این خیار. و هر چند اشهر فوریت است نظر به  
اینکه خیار خلاف " اصل " است و در بیش از فور، به ثبوت نرسیده. لکن مقتضای  
استصحاب و اطلاق حدیثی ۱ که در آن وارد شده است، اطلاق خیار است. و این  
دور

نیست. خصوصا با وجود جهالت به خیار و به فوریت آن. بلکه در این صورت بقای  
خیار

متعین است. و اما صلح غبن، پس ظاهر این است که آن منشاء سقوط خیار رؤیت  
نمیشود به جهت عموم دلیل، و نفی ضرر.

۷۰ - سؤال: متعارف است که مردم معامله میکنند و ده رأس گوسفند (مثلا)  
مدهند که بعد از ده سال دیگر، ده عدد گوسفند به همان سن بگیرند که در متعارف  
" دندان به دندان " مگویند. و شرط میکنند که سال به سال در هر سال ده من روغن  
بدهد. و هم شرط میکنند که هر گاه مجموع این گوسفندها [را] (که حال مدهند)  
به

غارت بیرند دیگر صاحب گوسفند مطالبه عوض نکند. و اما اگر بمیرند یا بعض  
آنها را

دزد ببرد باز به عدد همهء گوسفندها، مستحق باشد که بگیرد. آیا این معامله صحیح  
است یا فاسد؟ -؟ و این چه عقدی است از عقود شرعیه -؟.

جواب: این معامله را میتوان به عنوان سلف تمام کرد و هم به عنوان بیع نسیه و  
هم به عنوان مصالحه و به غیر اینها. ظاهرا مشکل نیست ۲ که وجه صحت داشته  
باشد.

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

---

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

صیغهء سلف، ده رأس گوسفند بفروشد به این شخص که گوسفند را مدهد. و این گوسفندها را به قیمت آن حساب کند و قبض مجلس به عمل بیاید و شبه‌ای نیست که

گوسفند ثمن گوسفند متواند شد. و همچنین سلف در حیوان هم جایز است، حتی در

گوسفند لبون (یعنی از شأن او این باشد که شیر بدهد). و وصف رافع جهالت که شرط

است در سلف به همین قدر که غرری حاصل نشود، کافی است. و استقصای جمیع اوصاف، ضرور نیست.

و از این جهت است که مشهور علما تجویز کرده‌اند سلف گردو و تخم مرغ را به عدد. و خلاف شیخ، ضعیف است. پس همین که بگویند که ده رأس گوسفند عربی یا

ترکی یا گوسفندی که در این بلاد به عمل می‌آید که صحیح الاعضاء باشد. و به این دندان باشد. و بسیار کوچک نباشد. با بره متعارفی که بسیار کوچک نباشد و خواه ماده

باشد و خواه نر، یا ماده باشد، کافی است در وصف. گو باز تفاوت در مقدار جثه، در

میان آنها باشد. خصوصاً در گوسفند شیرده که جثه مدخلیت بسیار در آن ندارد و اما شرط روغن: پس متوانیم که آن را نیز داخل بیع کنیم. که بگوید: ده راس گوسفند را به تو فروختم به عنوان سلف در مدت پنج سال با ده من روغن در مدت پنج

سال و ده من دیگر در مدت چهار سال و ده من دیگر در مدت سه سال و ده من دیگر در

مدت دو سال و ده من دیگر در مدت يك سال. و قیمت، آن ده راس گوسفند است که

حال مسگیرد. و تعیین وصف رافع جهالت در روغن هم آسان است بلکه آسانتر است.

و متواند شد که داخل مبیع نباشد، و از باب شرط ضمن العقد، باشد. و این شرط هم از شروط جایزه است و ادلهء شرط شامل آن هست. و توهم اینکه منافی مقتضای عقد سلف است که بر اصل مبیع وارد شده و شرط داخل احد طرفین است و

زمان آن تفاوت دارد با زمان ادای مبیع. مندفع است. اولاً به اینکه: بودن شرط داخل احد طرفین، نه به این معنی است که باید در همهء امور حتی در " زمان وفا " موافق

باشد با  
" مشروط فیه ". بلکه مراد همین است که بر مشروط علیه لازم میشود وفای به آن به  
مقتضای شرط، مثل اصل مشروط فیه.

و ثانياً باینکه: چنان که اصل بیع متواند تقسیم شود به ازمئه متعددده، شرط هم متواند شد. پس عمومات ادله بیع و شرط، شامل آن خواهد بود.

و از آنچه گفتیم وجه تصحیح بیع نسیه هم ظاهر میشود. بلی، اشکال در شرط عدم تسلیم مبیع است در وقتی که ثمن را به غارت ببرند. چون فقها از جمله شروط فاسدهء مخالف مقتضای عقد شمرده‌اند، اینکه بایع شرط کند عدم تسلیم مبیع را. یا مشتری شرط کند عدم تسلیم ثمن را. و آن نیز منافع است به اینکه ما که میخواهیم تصحیح این معامله بکنیم. بنا را به این میگذاریم که بایع شرط میکند با مشتری که هر گاه ثمن را به غارت ببرند، تو مرا برئ الذمه کنی از مبیع که دینی است بر گردن من.

نه اینکه تو مستحق مبیع نباشی. و دلیلی بر بطلان این نوع شرط، نیست. و تحقیق این معنی و فرق ما بین شروط صحیحه و فاسده را در رساله علی حده که در تحقیق مسئله " شرط ضمن العقد " نوشته‌ام، کرده‌ام.

و اما بر وجه مصالحه: پس اشکالی نیست. خصوصاً با رفع جهالت به این نحو که ده رأس گوسفند موجود را صلح میکند به ده رأس گوسفند در ذمه آن شخص با روغن مذکور در مدت مذکور و به تفصیل مذکور. و شرط اینکه به غارت ببرند را، داخل شرط

ضمن العقد میکنیم. به تقریبی که ذکر کردیم. والله العالم.

۷۱ - سؤال: زید، ده عدد اشرفی (که هر يك الحال قیمت آن يك تومان پول سیاه است) بفروشد به عمرو به مبلغ پانزده تومان پول سیاه معین به وزن، در مدت يك سال، و صیغه نخوانده باشند. و عمرو اشرفها را خرج کرده. در سر موعده، زید پانزده تومان

را مطالبد. آیا صحیح است؟ و لازم است یا نه؟ -؟

جواب: اصل معامله جایز است بنا بر اظهر که صیغه شرط لزوم است. [ولی] چون اشرفها تلف شده، ظاهر این است که باید عمرو پول سیاه را بدهد. بنا بر اظهر که معاطات افادهء ملکیت متزلزله میکند، نه محض اباحه. زیرا که اگر جایز باشد که عمرو

پول سیاه را ندهد، لازم مآید جمع ما بین عوض و معوض.

۷۲ - سؤال: آیا کسی که زمینی دارد و معتقد آن است که ده جریب است و يك

جریب آن را مفروشده به احدی. و مگوید يك جریب از این ده جریب را به تو فروختم و او هم قبول مکنده. و بعد از آنکه میخواهند قسمت کنند مساحت که مکنده مجموع زمین نه جریب بوده است بایع مگوید به مشتری که تو مستحق عشر زمینی. و

مشتری مگوید که من يك جریب زمین خریده‌ام. آیا مشتری مستحق عشر مجموع است یا مستحق يك جریب زمین است؟ -؟.

جواب: هر چند فقها ذکر کرده‌اند که هر گاه جزء مقدر و غیر معینی را بفروشده از شیئی معین معلومی مختلف الاجزاء (مثل ذراعی از کرباس معینی، یا گوسفندی از گله معینی، یا جریبی از زمین معینی) آن بایع باطل است. و لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که بر سبیل اشاعه نباشده، و هر گاه بر سبیل اشاعه باشد جایز است. چنان که هر گاه جزء مشاء معلوم النسبه را به شیئی معین بفروشده، خواه مختلف الاجزاء

باشد یا متساوی الاجزاء، مثل ثلث این زمین معین، که اجزای آن مختلف باشد. یا ثلث

این قبه گندم معین که مقدار آن معلوم است. در اینجا نیز صحیح است بی اشکال. و به

آنچه ما گفتیم که مراد ایشان غیر صورت اشاعه است، در مسالك تصریح شده. پس هر گاه مراد بایع در صورت سؤال، این است که يك جریب مشاع از آن زمین خاص که آن

را ده جریب مداند فروخته است، بایع صحیح و در يك جریب با او شریک است بالاشاعه. به جهت آنکه مطلقا جهالتی نیست، نه در اصل زمین و نه در اشمال زمین بر

آن مقدار. و نمیتوانده به مشتری بگوید که عشر زمین مال تو است. بلکه دور نیست که

بگوئیم هر گاه مشتری تمام زمین را دیده باشد، یا تمامی کرباس [را] و اجزاء آن هم مختلف

باشد. و راضی شود به هر جزء از اجزاء آن، و بر غیر سبیل اشاعه هم بخرد دلیلی بر بطلانش نباشده.

چون غری و فسادی لازم نمآید. و مختار است مشتری که از هر جا خواهد بگیرد.

به هر حال، ظاهر در صورت سؤال این است که معامله بر جزء معلوم النسبه به کل نشده که مراد عشر زمین باشد، بلکه معامله بر يك جریب شده. و مفروض آن است



45

(۹۳)

آن زمین مشتمل بر يك جریب است. و هر گاه يك جریب را بر سبیل اشاعه بفروشد  
پس

مشتری مستحق يك جریب است، و بایع نمیتواند او را الزام کند به عشر. بلکه

مشتری

شريك است یا بایع به مقدار يك جریب، به این معنی که هر گاه فرض شود که زمین

ده

جریب بوده او مستحق عشر منافع زمین است خواه وجه اجاره او باشد یا محصول

مزارعه

آن. هر چند در حین قسمت گاه هست به حسب مساحت بیش از يك جریب به او

برسد

یا کمتر به جهت تعدیل سهام.

و هر گاه نزاع کنند در اینکه آیا بر سبیل اشاعه فروخته است يك جریب را، یا يك

جریب مجملی، فروخته؟ -؟ و بایع ادعا کند عدم قصد اشاعه را، تا آنکه معامله فاسد

شود، اظهر این است که قول مدعی اشاعه، مقدم است به جهت حمل فعل مسلم بر

صحت. یعنی هر گاه بنا را بر مشهور گذاشتیم که بیع جزء معینی [و] مقدری (مثل

جریب

و قفیز نه مثل ثلث و ربع) از شیئی مختلف الاجزاء باطل باشد در غیر صورت اشاعه،

در

اینجا حمل به اشاعه میکنیم.

و هر گاه بنا را بر این احتمال بگذاریم که خود دادیم که با وجود اطلاع بر جمیع

اجزاء بدون قصد اشاعه هم صحیح باشد. در آنجا ظاهر این است که قول مدعی عدم

اشاعه مقدم باشد. چنان که در متفق الاجزاء، تصریح به آن کرده اند جمعی، و دعوی

تبادر

کرده اند در عدم اشاعه. و ثمره آن ظاهر میشود در جائی که بعض مبیع تلف شود.

پس بنا بر قول به حمل بر اشاعه به قدر الحصه، مشتری شريك است در نقصان. و

بنا بر عدم

اشاعه، مشتری حصه خود را مگیرد. هر چند همان به قدر الحصه او، باقی مانده

باشد. و

حدیث ۱ صحیحی هم هست که دلالت بر این دارد.

و خلاصه سخن در متفق الاجزاء: اینکه هر گاه بگوید که ده من از این جوال گندم

که سی من در او هست، به تو فروختم و مشتری هم قبول کند. و قبل از آنکه

مشتری

تصرف کند و به تسلیم بگیرد، دزدی بیست من آن گندم را ببرد، باز مشتری مستحق

-----  
١: وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢، ابواب عقد البيع، باب ١٩ ح ١ - تهذيب: ج ٢ ص ١٥٢

ده من خود هست. زیرا که او ده من گندم از این سی من خریده (علی الاطلاق) و هر ده

منی را اختیار کرد، میتواند اختیار کرد. یعنی مختار است که در هر وقت که خواهد مطالبه ده من از آن مجموع را بکند. و بایع اختیار این ندارد که بگوید ده من تو در میان

آن بیست من بود که دزد برد. الحال همین باقی مانده را اختیار میکند. و هر گاه علی سبیل الاشاعه خریده باشد (به این معنی که شریک بایع باشد در ده من از جمله سی من) پس در اینجا مستحق ثلث ده من خواهد بود. و اینکه فقها در مختلف الاجزاء متوجه این نشده‌اند بنای ایشان بر این است که بیع بر غیر سبیل الاشاعه

در آن صحیح نیست.

نه اینکه بر فرض صحت فرق است بین مختلف الاجزاء و متفق الاجزاء. پس بنا بر این، در صورت سؤال، هر گاه بنا بر قول به صحت (چنان که احتمال دادیم) دعوی

کنند که بر سبیل اشاعه [است] یا بدون اشاعه؟ - باز قول مدعی اشاعه را مقدم مداریم، باز مشتری مستحق یک جریب زمین خواهد بود که از هر جا خواهد بگیرد. پس ثمره دعوی اشاعه و عدم اشاعه، در اینجا نیز در وقتی ظاهر میشود که سیلاب بیاید و قدری از آن زمین را ببرد. پس بنا بر اشاعه، مشتری شریک میشود در نقصان. بخلاف صورت عدم اشاعه. و اما هر گاه تلفی رو ندهد، پس در هر حال مشتری

مستحق یک جریب زمین است. نه عشر مجموع زمین. بلی، فرقی هست در اینکه بنا بر اشاعه اختیار با مشتری نیست که هر جریبی را که خواهد اختیار کند. بلکه باید تقسیم بر سبیل تراضی شود. بخلاف صورت عدم اشاعه که اختیار با او هست. و بدان که: منافاتی نیست ما بین دعوی "تبادر" در عدم اشاعه (در مقامی که هر دو صورت صحیح باشد) و ما بین حمل بر اشاعه در مختلف الاجزاء، بنا بر مشهور که

بطلان آن، است. که در آنجا "مقتضای حمل فعل مسلم را بر صحت" مقدم

مداریم بر "تبادر" لفظی. پس فعل مسلم بودن قرینه بر مجاز میشود و [تعیین] اراده خلاف متبادر از لفظ، میشود.

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



بنابر اینکه آن عشر يك جریب است و مشتری هم بخرد. و بعد از آنکه مساحت کنند،

اصل زمین نه جریب باشد. آیا مشتری خیار فسخ دارد؟ یا بیع باطل است؟ و بر فرض خیار، اختیار در چه چیز دارد؟.

جواب: بدان که علما خلاف کرده‌اند در اینکه هر گاه زمین مشاهدی یا موصوفی را بخرد بنابر اینکه چند جریب معین است و بعد از آن معلوم شود که کمتر بوده. اشهر و

اظهر این است که خیار از برای مشتری ثابت مشهود در فسخ بیع و استرداد مجموع ثمن. یا آنکه بیع را ممضی دارد در آنچه حقیقا دارد از مبیع، و به قدر آنچه کم آمده است استرداد کند از قیمتی که داده. چنان که در روایتی ۱ وارد شده که خالی از اعتبار نیست.

و جمعی قائل شده‌اند به اینکه: اختیار دارد که فسخ کند یا راضی شود به بیع در مقابل تمام قیمت. و بدان که در آخر همان روایت مذکور است که هر گاه بایع در جنب

همان زمین، زمینی داشته باشد که تواند نقص همین زمین را تمام کند، لازم است بر بایع که نقص آن را تمام کند. و شیخ در نهاییه به مضمون آن فتوی داده و اسقاط خیار

کرده در این صورت. و این حدیث چون به مرتبه صحت نرسید عمل به این جزء آن، مشکل است. چون مخالف قاعده است، چون عقد بیع شامل آن نبوده. و مشهور ترك کرده‌اند عمل به آن را.

و جزء اول آن حدیث که " معمول به " ایشان است. منجبر است به عمل ایشان. احوط این است که مشتری در این صورت، فسخ نکند هر گاه بایع نقص را، تمام کند. چنان که در مسئله سابقه هم، احوط این است که مشتری بنا را به قول دوم

بگذارد، نه قول مشهور.

و هر گاه این مسئله را دانستی، بدان که این کلام جاری مشهود در صورت سؤال. و اظهر این است که مشتری مسلط است بر فسخ بیع از اصل، یا استرداد مقابل نقص از



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

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

جواب: بدان که از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است. و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که بر آن نقل شده. چنان که علامه در تذکره ادعا

کرده و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و به سبب جهالت مبیع، "غرر" هم لازم میآید و

داخل "بیع سفه" میشود، و از آن جهت نیز حرام و باطل است. و اما با وجود ضمیمه (یعنی بیع غیر معین به ضمیمه معین)، خلاف است. و اشهر در آن نیز بطلان است به جهت آنکه جهالت جزء، مستلزم جهالت کل است. و جمعی

قائل شده‌اند به صحت آن، به سبب دلالت بعضی اخبار که به حسب سند و دلالت و اعتضاد، مقاومت با دلیل مشهور نمکنند.

و جمعی تفصیل داده‌اند که اگر مقصود بالذات در بیع، آن شیئی معلوم باشد و مجهول تابع باشد، صحیح است. و اگر مقصود بالذات، آن شیئی مجهول باشد و آن معلوم تابع باشد. یا قصد، نسبت به هر دو مساوی باشد، باطل است. به جهت آنکه عمده

در دلیل بطلان، لزوم عزر است و منجر شدن امر به فساد. و در صورت مفروضه، عرفاً

غرری لازم نمیآید. و از این باب است فروختن خانه و عمارت با جهالت اساس و بنا و

پی و ریشه آنها. و اخبار را هم حمل بر این کرده‌اند. و این حمل در بعضی از اخبار، تمام نیست. مثل آن حدیثی ۱ که دلالت دارد بر جواز فروختن نیزاری (که مجهول است) به واسطه آنکه يك كف ۲ ماهی، از آن را، شکار کند و بگوید این کف، ماهی را

-----



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

مفروشم با آنچه در نیزار است، به این مبلغ. چون ظاهر است که عمدهء منظور مشتری،

آن ماهی است که در نیزار است.

و فقها در این مقام چند مثال را مطرح کرده‌اند که یکی مسئله بیع ماهی است و یکی مسئله بیع شیری است که در پستان حیوان است به ضمیمه آنچه دوشیده شده در

ظرفی. و بیع "حمل" حیوان است به ضمیمه پشمی که در پشت آن است. و تحقیق این

مسئله در نهایت اشکال است و مقام، اقتضای بسط کلام در آنها نمکند. و لکن عمده،

تحقیق مقام است به نحوی که تواند "قاعده" شد، در مسئله ضمیمه.

و آنچه به فکر فاتر این قاصر، مرسد، آن است که: مسئله ضمیمه در اینجا مبتنی است بر جواز حیلۀ شرعیه. و تصحیح، بابتی است معهود، و طریقه‌ای است ثابت الاصل ۱،

که انکار آن نمیتوان کرد.

بلکه از تتبع اخبار و طریقه علمای اخبار، قطع حاصل میشود به صحت آن، و از جمله امثله آن احتراز از ربا است به ضم ضمیمه، چنان که در خصوص این، حدیث صحیحی ۲ وارد شده در معامله هزار درهم به ضمیمه یک دینار، با دو هزار درهم. و علما

به آن عمل کرده‌اند. و اجماع ۳ بر صحت آن، دعوی شده. و از جمله اینها گریز از "بیع"

است به "صلح ۴" به جهت دفع "حق الشفع" و شمس کردن ۵ طلا و نقره است در عرض

---

۱: بلی. "اصل" آن فی الجملة ثابت و اجماعی است ولی در چه صورتی؟ و در چه شرایطی؟ و با کدام شرایطی؟

به ذیل مسئله شماره ۶ همین مجلد رجوع فرمائید.

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۴۶۶، ابواب الصرف، باب ۶ ح ۱: در این حدیث موضوع کلام، مبادلهء درهم‌های نامرغوب

با درهم‌های مرغوب است که مثلا دو هزار درهم نامرغوب معادل هزار درهم مرغوب بعلاوه یک دینار باشد،

در رواج و جریان بازاری.

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

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

سال، از برای گریز از زکات. و غیر اینها از حیل شرعیه که از برای گریز از ربا و غیر آن

ذکر کرده‌اند و اخبار دلالت بر آنها دارد.

پس مگوئیم چنان که از کلام الهی و اخبار بسیار، مستفاد میشود که علت، در تحریم ربا، آن تلف اصول و ظلم کردن غریم است در طلب زیادتی. و باعث ترك قرض الحسنه و سد باب معروف شدن است. و با وجود این، به حیل شرعیه، معاملات

چند تجویز شده که در این علت و ثمره با ربا شریک‌اند. پس معلوم میشود که خصوص

ماده " ربا بودن " مدخلیت دارد در علت، و آن علت مستقله نیست بلکه از باب حکمت

است در اساس حکم تحریم ربا. مثل رفع بوی گندی که در تحت بغل اعراب بود که

باعث مستحب شدن غسل ۲ جمعه شد. و عدم اختلاط میاه و انساب که باعث لزوم " عده "

شد از برای زنان.

پس ربا همیشه حرام است هر چند منشاء نقصان مال نباشد. مثل جائی که کسی مساوی ده تومان مگیرد که مساوی دوازده تومان بدهد، از برای اینکه متاعی بخرد که

مداند که مساوی ده تومان انتفاع میکند. در اینجا تلف ۳ مالی لازم نمآید بلکه جلب

نفع میشود و با وجود این حرام است چنان که غسل جمعه از برای کسی که بوی

۱: گریز از " بیع " به " صلح " يك انتخاب است میان دو معامله جایز و شرعی و بدیهی است آن فسادی که از ربا

ناشی میگردد هرگز در صلح (به هر نوع و قسم و شکل) امکان ندارد.

و تبدیل طلائی که مشمول زکات خواهد شد، به شمش، جهت جریان اقتصادی طلا را کاملاً تغییر میدهد و آن فسادی که در رکود سرمایه جاری است در رکود شمش نیست. زیرا حجم پول جاری در بازار،

همیشه نقش مهم دارد که با حجم طلاهای شمش شده در خانه‌ها فرق فاحش دارد. و در اینجا راز و رمز اقتصادی زیادی هست. مجدداً خوانندگان محترم را به مطالعه ذیل مسئله شماره ۶ دعوت میکنیم.

۲: هنگامی که بحث از زمینه " تعبد " خارج میشود و در زمینه " حکمت احکام " جریان پیدا میکند، باید گفت:

پس بنابر این، غسل جمعه بر مردمی که زیر بغل شان بو ندارد، مستحب نیست!؟!

راستی میرزا (ره) چقدر روی این مسئله اصرار دارد که با وضوح تمام وارد مرحله " قیاس " میشود -!؟!

۳: گویا در نظر مصنف (ره) عیب ربا تنها در این است که به ضرر " ربح دهنده " است. و مسئله " اکل  
بیاطل " و  
مفت خواری " گیرنده سود " که منشاء مفاسد اجتماعی و اقتصادی مگردد، مورد توجه او نیست

نا خوشی ندارد مستحب ۱ است. و عده از برای زنی که جز ما آبی در رحم او نیست واجب است ۲.

و لکن چون حق تعالی ربا را حرام کرده و بیع را حلال و مباح کرده است. که مردم بواسطه داد و ستد از مال خود منتفع شوند لکن بواسطه بیع، نه ربا، پس هر گاه ممکن

شود که در غالب به بیع منتفع شود یا به سبب ضمیمه یا معامله محاباتی، ترك ربا بکند

و مرتکب بیع شود، بر او حرجی ۳ نیست، هر چند در حصول انتفاع، هر دو شریک اند. و

عمده این است که آدمی غرض خود را صحیح کند، و نیت خود را خالص کند، و به

عنوان معامله حلال، کسب نفع کند نه حرام. چنان که در حدیث صحیح است که " نعم الشیء الفرار من الحرام الی الحلال " ۴.

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

۱: اولاً: اساساً تشریح استحباب غسل جمعه منحصر به علت بوی زیر بغل اعراب مربوط نیست. بل يك موضوع

مهم نظافتی است که همیشه مستحب است.

ثانیاً: بر فرض تسلیم، باز برای کسانی که بغلشان بو ندارد بر اساس " حکمت مطلوبیت نظافت " مستحب است. نه به خاطر اینکه " ماده غسل جمعه مدخلیت دارد.

۲: عده در این مورد به خاطر حفظ قاطعیت قانون است تا حریم قانون با هر بهانه‌ای مورد تجاوز قرار نگیرد

وانگهی، ممکن است حکمت دیگر عده، مهلت دادن به زوجین است که اگر بر اساس احساسات دچار طلاق

شده‌اند بر گردند. و در مورد زنی که همسرش مرده است برای احترام به همسر متوفی باشد.

و در مورد زنانی که سنشان بالا رفته و از سن " من حیض " گذشته‌اند دیگر به مهلت مذکور، نیاز نیست. زیرا در مورد آدمی که در آن سن هم دچار احساسات این چنینی شود، این گونه مهلت‌ها کار ساز نیست.

و بالاخره صرفاً " ماده عده " در محور حکمت قرار ندارد، و عجیب این است که میرزا از سخت گیری اسلام و توجهی که در اسلام به حفظ قانون و حفظ حریم قانون شده، بحث میکند لیکن نتیجه معکوس بگیرد.

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

پس هر گاه ممکن نشود که در غالب به بیع منتفع شود، به سبب ضمیمه یا معامله محاباتی ترك ربا بکند و مرتکب بیع شود بر او حرجی نیست.

۴: همان حدیث

(100)

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



-----  
۱: در متن حدیث هزار درهم در مقابل يك دينار قرار نمگیرد بل در مقابل نامرغوبی هزار درهم بعلاوه يك دينار.

۲: جان کلام در همین جا است. یکی از حکمت‌های تحریم ربا عدم "ریسک" در آن، است که سرمایه هرگز در

معرض خطرهای طبیعی و معمولی که در هر معامله دیگر هست نمیشد و لذا در "تعاطی" طبیعی صرفاً گیرنده است و هرگز "دهنده" نیست. یعنی ربا خوار همه احتمالات مضر را (که وجودشان در طبیعت، و

طبیعت اجتماع واقعیت‌های مسلم است) به سوی سایر اعضای جامعه مغلطاند این استدلال‌های میرزا (قدس سره) در مورد فرار از ربا آنطور که او معتقد است همه بر علیه خود او میباشد. و اگر او مسئله ضمیمه در معامله ماهی نیزار را با مسئله ضمیمه برای فرار از ربا (به شکلی که خودش معتقد است) گره نمزد هم کلامش غیر قابل انتقاد مگشت. و همچنین است مسئله صلح. مخالفین نظر میرزا مگویند: اساساً تصحیح ربای واقعی با ضمیمه را "فرار از حرام به حلال" نمگویند بل "فرار از حرام به حرام" یا "دست و پا زدن در درون حرام" است و لذا آن صورت از فرار که

میرزا تجویز میکند اساساً مشمول روایت مزبور نیست. رجوع کنید به ذیل مسئله شماره ۶، از همین مجلد

پس بهترین اقوال، قول وسط است و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد و سند بعضی از آنها معتبر است. و لکن به شرط عدم لزوم غرر و سفه که ظاهر آن اخبار هم این

است. و ظاهر این است که مراد قائلین هم این باشد. و مراد آن جماعت که تفصیل داده‌اند (به این نحو که مقصود بالذات را آن شیئی معین قرار بدهد نه مجهول) اگر این

است که ما گفتیم (که حيله گریز از جهالت باشد و قصد معامله را در این بکند تا حلال

باشد) منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. و حاصل معنی مقصود بالذات، در این بیعها این

است که مراد بالذات از بیع، تعلق انشاء عقد بیع، است بالذات به آن شیئی معین. به جهت گریز از حرام نه اینکه مطلوب و مشتھی و داعی در آن بیع این است. زیرا که خواهش و شهوت و موافق طبع او بر آن است که عوض در برابر آن مجهول باشد، در بیع

مجهول. و در برابر آن وجه عمده باشد در مسئله ربا.

مانند خوردن کاسهء دوا ارادهء خود را بالاختیار متعلق میکند به جانب خریدن آن جزء معین با آن وجه قلیل، پس کسی در این مقام گمان نکند که چگونه میشود که مقصود بالذات مشتری از خریدن يك كف ماهی به صد درهم همان حصول يك كف ماهی باشد. بلکه مقصود بالذات آن، حصول ماهی بسیار است که مظنون است که در

نیزار باشد.

و اگر مراد ایشان این است که باید از باب بیع خانه باشد با جهالت پی و ریشهء آن و

جهالت آبی که در چاه آن خانه است، پس آن داخل ما نحن فیه نیست. و در آن اشکالی

نیست به جهت آنکه تبعیت در آنجا در نفس مبیع است نه در مقصود به بیع. به جهت

آنکه در آنجا (یعنی در بیع خانه) گاه هست که هیچ يك از بايع و مشتری متفطن پی و

ریشهء خانه و آب چاه نیستند و از باب " دلالت اشاره " به تبعیت غیر مقصوده از لفظ،

داخل مبیع میشوند. و به تبعیت داخل بیع میشوند. و در اینجا بشبیه هر دو، منظور نظر بایع و مشتری هستند. پس تبعیت در اینجا " به جعل جاعل " است و در آنجا قسری

است و نفس الامری است.

و از این باب است دخول احجار مخلوقه در زمین، دون مدفونه. و همچنین است کلام در بیع " آبق با ضمیمه " که در مسئله " اشترای قدرت بر تسلیم " گفته‌اند. و اگر ما

قطع نظر از این تحقیق بکنیم بر اینها هم وارد مآید که ادلهء حرمة غرر حاصل از بیع مجهول و غیر مقدور التسلیم، دلالت بر حرمة و بطلان

دارد، خواه با ضمیمه باشد یا نه. و ادلهء جواز با ضمیمه دلالت بر جواز دارد خواه غرر

لازم آید یا نه. و نسبت میان آنها عموم من وجه است، و ترجیح ثانی بر اول مشکل است

پس ما باید ادلهء ضمیمه را بر وجهی حمل کنیم که غرری از راه جهالت در آن نباشد تا

" اخص مطلق " شود و مقدم باشد بر " عام مطلق " .

و به هر حال، ضم ضمیمه به سبب گریز از جهالت محض، است. که اجماع است بر اینکه باید در مبیع نباشد. و ما حیلہ میکنیم و مبیع را آن شیئی معین قرار مدهیم تا از مورد اجماع فرار کرده باشیم. غایت امر این است که تملك مجهول، از باب شرط

ضمن العقد باشد. و جهالت این شرط دلیلی بر بطلان آن نیست در صورتی که عرفاً غرری بر آن مترتب نشود به جهت آنکه اجماع در خصوص ضمیمه نیست. جز ما. بلکه

بعضی دعوی اجماع (در بعضی صور ضمیمه) کرده‌اند بر صحت. و از اخباری که دلالت

دارد بر " اشترای معلومیت اشترای "، در ما نحن فیه بر نمآید. مثل اخباری که منع شده از مکیل و موزون جزافا و امثال آن. و اگر از باب شرط هم نباشد، و جزء مبیع باشد

هم، نه اجماع بر بطلان آن قائم است و نه اخبار دلالت بر آن دارد.

و به تحقیقی که ما کردیم اشاره شده است در بعضی اخبار، که منظور از ضم ضمیمه همین است که قصد خود را در بیع متعلق به معین، کند از برای فرار از

جهالت،  
مثل روایت ابراهیم کرخی که سند آن خالی از اعتبار نیست. قال: قلت لابی عبد الله  
(ع):

ما تقول في رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة و ما في بطونها من حمل بكذا و  
كذا

در هما؟ فقال: لا باس بذلك ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف  
۱.

و به هر حال، در صورت ضم ضمیمه با قصد فرار از جهالت، (که ظاهر این است  
که

مراد مفصلین آن باشد و کلام مجوزین را هم حمل بر آن، کردیم) با عدم لزوم غرر و  
سفاهت عرفا، اظهر صحت است. مگر در جائی که اجماعی بخصوص بر بطلان آن  
باشد

والحال چنین جائی در نظر نیست. و دعوی اجماعی که علامه در تذکره بر بطلان "  
بیع

حمل به ضمیمه مادرش " کرده در وقتی است که آن را جزء مبیع کند بالاستقلال. نه  
از

راه فرار از جهالت.

هر گاه این مطالب را دانستی، پس در صورت سؤال مگوئیم که: هر گاه قصد  
بایع، فرار از جهالت نبوده و هر يك از آن ملك معین، و میراث مجهول، جزء مبیع  
بوده‌اند بالاستقلال، چنان که ظاهر سؤال آن است، بیع باطل است. و هر گاه ضم  
کردن

معین به غیر معین، به قصد فرار از جهالت بوده و مجهول را کأن لم یکن شمرده‌اند و  
غرری و سفهی هم در آن نبوده، صحیح است.

و بدان که در اخبار و احادیث نهی از غرر، و غش، و غبن، و جهالت، همه واقع  
شده

و هر يك معنی علی حده دارند و غالب این است که غرر را در جهالت استعمال  
مکنند،

و غش مخفی کردن عیب است خواه مثل آب در شیر کردن و خاک در گندم کردن  
باشد، یا در تاریکی فروختن باشد، یا غیر آن. و غبن متعارف گاهی استعمال میشود  
در

فریب خوردن مشتری یا بایع در قیمت، هر چند عمدا فریب نداده باشند یکدیگر را.  
و

بیع غش و فریب دادن عمدا حرام است. و اما باطل نیست بلکه بعد از اطلاع، خیار  
ثابت

است. و اما جهالت منشأ بطلان هم هست، به تفصیلی که گفتیم.

۷۵ - سؤال: زید مالی را فروخت به عمرو، و مدتی عمرو در آن تصرف کرد. بعد

همشیرهء زید ادعا کرد بر آن مال، و حق خود را اثبات کرد. الحال ادعای منافع و اجرت

-----  
۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۱، ابواب عقد البیع، باب ۱۰ ح ۱

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

جواب: بلی، همشیره زید میتواند از هر يك از زید و عمرو، ادعای منافع ایام تصرف را بکند. و هر گاه رجوع به عمرو کرد، پس عین مال خود را بگیرد و نماء متصل و منفصل (مثل پشم و مو و شیر و ولد و میوه و غیر اینها، همه) را بگیرد و همچنین هر منفعتی که عمرو از آن استیفاء کرده مثل سکناى خانه و سواری چاروا. بلکه

هر چند استیفاء آن، نکرده باشد. یعنی باید اجرت خانه و چاروا بدهد، هر چند در آن سکنى و سواری نکرده باشد.

و آنچه بر طرف شده از عین یا منافع و نماء، آنچه مثلى باشد (مثل شیر و پشم) مثل را باید رد کرد. و هر گاه نباشد، قیمت مثل را در همان وقتی که مثل، نایاب شده است

[بدهد]. و آنچه قیمتی باشد مثل ولد، یا بعض عین که تلف شده باشد، قیمت آن را مدهد. و اظهار در نظر حقیر این است که هر گاه قیمت سوقی آن (در ایام تصرف و بعد

از آن) مختلف شده باشد، قیمت روز تلف را مدهد. هر گاه این را دانستی، بدان که: اگر عمرو، علم نداشته است که غیر در این شريك است، یا علم داشت و لیکن زید ادعا کرد که به من منتقل شده است، یا مأذونم از طرف

همشیره ام که بفروشم. پس ظاهر علما این است که در هر دو صورت، عمرو مشتری،

رجوع میکند به زید بایع، و آنچه داده است به همشیره از او بگیرد. و در جائی که قیمت روز تلف عین را مدهد، آنچه را که داده است بگیرد هر چند زیادتر باشد از آنچه به زید بایع، داده. مثلاً هر گاه آن مال، اسبی بوده و زید آن را به ده تومان فروخت

به عمرو، و بعد از آنکه قیمت آن به بیست تومان رسید اسب مرد، الحال که همشیره او

گرامت بگیرد، نسبت به بیست تومان، حصه خود را بگیرد و عمرو هم همان را از

زید بگیرد گو زید کمتر داده باشد. چون زید او را مغرور کرده و فریب داده. و این

نقصان به او رسیده.

(۱۰۵)



همچنین هر نقصانی که عمرو، کشیده از جهت این معامله و در عوض آن چیزی ندارد ۱، مثل آنکه آن مال، کنیزی بود و آن فرزندی به هم رساند، باید قیمت فرزند را به

مالك اول رد کند تا فرزند آزاد بشود و در عوض این چیزی ۲ ندارد، میتواند این غرامت را هم از بايع بگيرد.

و همچنین، تفاوت قیمتی که از راه لاغر شدن حیوان به مالك داده است، میتواند بگیرد. و اما غرامت‌هایی که در عوض آن نفع برده مثل آنچه در قیمت شیر حیوان که

خورده است، داده. یا اجرت خانه که سکنی کرده است داده است، در آن دو قول است. شاید اظهر در این، جواز رجوع باشد به بايع. چون او را فریب داده است و او را

مسلط کرده است بر اینکه منفعت ببرد بی عوض، والحال عوض از او گرفته‌اند، و متضرر شده.

و اما هر گاه عمرو، عالم بوده است به اینکه مال غیر است و مغصوب است، و خریده

است. پس او رجوع به غاصب نمکند در غرامت آنچه به مالك داده است. چون تلف در

دست او شده و ضمان مستقر بر او شده و او غاصب محض است. و اما ثمن مبيع که به

غاصب داده، پس مشهور این است که رجوع نمکند در آن به بايع به جهت آنکه خود

مال خود را بلا عوض به او داده است. چون مدانست که مال غیر است و مال او نمیشود به این بیع. پس این به منزلهء اباحه است.

و لکن علامه (ره) تفصیل داده که اگر آنچه در قیمت آن داده باقی است، رجوع میتواند کرد. و اگر تلف شده، رجوع نمیتواند کرد. و تفصیل علامهء خوب است. و جمعی از متأخرین نیز این را پسندیده‌اند چون در صورت تلف به مقتضای اذن، بر او چیزی نیست. چنان که در اباحه هم چیزی نیست. و اما با بقای عین، پس به جهت بقای

ملك و "الناس مسلطون علی اموالهم" و دلیل مشهور بر اطلاق فتوی ضعیف است.

و شاید نظر ایشان (علاوه بر اینکه مذکور شد) بر این باشد که این از باب "اعراض از مال"

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

(۱۰۶)

است، بنابر اینکه اعراض منشاء زوال ملك شود. (و هر چند که این در نزد حقیر قوت دارد و چنان که صحیحهء ۱ عبد الله بن سنان در حکایت شتر و امانده در صحرا، دلالت بر آن دارد و همچنین سایر ادله و تنبیهاتی که در رسالهء علی حده بیان کردیم) لکن معلوم نیست که اینجا از باب اعراض بالمره باشد. به این معنی که منظور مشتری این باشد که من از این قیمت که داده‌ام اعراض کرده‌ام هر چند این مال را از من، صاحبش بگیرد. خصوصاً با بقای مال. بلی، هر گاه از آن باب باشد، چنان که بعضی اوقات جزم به آن متوان کرد، خصوصاً در بعض صور تلف، مثل اینکه متاعی که مال غیر است، از غاصب گرسنه در سال مجاعه بخری به طعامی که جزم داری که الحال آن را مخورد. یا بخری از غاصبی که مفارقت از تو میکند مفارقتی که امید ملاقات بعد، در آن نباشد. به هر حال، دور نیست که نظر مشهور علما به "اعراض" باشد. و به هر حال، معلوم نیست که این اعراض منشاء حلال بودن ۲ آن شود از برای غاصب. و اظهر در صورت بقای ثمن جواز رجوع است. به جهت استصحاب، و عدم ثبوت ناقل شرعی، و اشکال در تحقق اعراض. و اما در صورت تلف، پس علامه در تذکره دعوی اجماع بر عدم رجوع، کرده است. پس اگر اجماع در خصوص صورت تلف ثابت باشد، پس دیگر ضرور به این تکلف نیست که اثبات اعراض بکنیم. و لکن اشکال در آن نیز هست به جهت آنکه از محقق نقل کرده‌اند قول به جواز رجوع را، در صورت تلف. و در شرایع هم قول مشهور را نسبت به "قیل" داده که مشعر به تعریض است. و شهید در لمعه نیز نسبت به "قیل" داده و گفته است که این قول، دور است. و شهید ثانی در شرح آن، تقویت رجوع، کرده است

مطلقاً، و اشکال در اجماعی بودن آن، کرده. بلکه نفی اجماع کرده. و حق این است که مخالفت مشهور در خصوص صورت تلف کمال صعوبت دارد. به جهت اجماع منقول در

-----  
۱: وسائل: ج ۱۷ ص ۳۶۴، ابواب اللقطة، باب ۱۳ ح ۲.  
۲: و دستکم از مصادیق " اكل بباطل " است اگر محض اعراض نباشد و اعراض به خاطر تملك مال مغضوب باشد

تذکره وجود مخالف در آن عصر یا بعد آن، مضر نیست. و عمومات ادلهء ضمان و اتلاف

هم شامل این نیست. حتی حدیث " علی الیدما اخذت حتی تؤدی " چون ظاهر آن، صورت بقای عین است. و وجوب مثل یا قیمت، از

خارج باید برسد، و در ما نحن فیه مفقود است. و به هر حال، عدم جواز رجوع به بایع در صورت تلف دلیل حلال بودن، بر او (به این معنی که معصیت هم نباشد) نیست. و ظاهر این است که مشهور علما هم نفی حرمة

تصرف را، نمکنند. غایت امر این است که ضمان نباشد. با وجود اینکه میتوانیم گفت

که منافاتی نیست ما بین عدم جواز رجوع مشتری و وجوب رد بایع و ضمان آن، پس بر

مشتری حرام است گرفتن آن مگر اینکه بایع خود به او بدهد. و نظیر این در شرع بسیار است. و از این باب است که منکر به دروغ قسم بخورد بر

عدم اشتغال ذمه، پس بر او واجب است دادن، و از برای مدعی جایز نیست مطالبه کردن. پس حاصل فتوی در مسئله این است که هر گاه آن قیمت باقی است، جایز است

مشتری رجوع کند به آن، و بر بایع واجب است دادن. و در صورع تلف جایز نیست

رجوع مشتری، و در وجوب رد، بر بایع اشکال است، و دور نیست که لازم باشد. و شاید

که لازم نباشد. لکن فعل حرام کرده است. چون بر غیر وجه صحیح در آن مال تصرف

کرده و " اکل مال بباطل " است. و آیهء شریفه دلالت بر ضمان نمکند بلکه افادهء حرمت

مکند. چون از راه معاملهء فاسده خورده است. پس خوب تأمل کن که بفهمی این معنی را که این اکل بباطل، باشد و ضمان نباشد.

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

و اما هر گاه رجوع به ۱ زید که غاصب است و بایع است، و از او گرفت، پس

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

اگر مشتری عالم به حال بوده، رجوع میکند بایع به مشتری به عین، اگر باقی باشد. و به عوض آن، هر گاه تلف شده باشد. و به منافی که از آن استیفا کرده، زیرا که تلف مال، مستقر شده در دست او پس گویا عوضی که بایع داده به مالک، عین مغصوبه را منتقل کرده به خود مالک. و او قائم مقام مالک میشود. و چون در دست مشتری تلف شده پس بایع رجوع میکند به او. زیرا که مشتری در صورت علم، غاصب محض است. و این مال را از بایع غصب کرده بود.

و اما قیمتی که مشتری داده بود به بایع، حکم آن، پیش گذشت، که مشهور عدم رجوع است مطلقاً. و اقوی آن است که در صورت بقای آن، رجوع میکند. و در صورت تلف، نمیتواند رجوع کند. بلی، هر گاه قبل از بیع، بایع استیفا کرده منفعتی از آن، یا زمانی گذشته که توان استفاده کرد، یا در دست او نقصانی رسیده باشد که ضمانی بر او مترتب باشد، آن بر بایع است. و به مشتری رجوع نمیشود. نه در اول کار و نه بعد از اخذ از بایع. و هر گاه مشتری جاهل به حال بوده باز بایع رجوع میکند به مشتری در آنچه داده. و آیا رجوع به زیادتی، میکند هر گاه زیاده از ثمن از او گرفته ۱ باشد - ؟ در آن باز دو قول است. و اظهر در اینجا عدم رجوع است. به جهة اینکه مشتری در اینجا مغرور بوده و توجه زیادتی بر ثمن، به او، ناشی از فعل او شده که غضب ۲ است و غرامت آن را دیگری نمیکشد. چنان که در صورت سابق که مالک رجوع میکرد به مشتری جاهل، به زاید بر ثمن، مشتری رجوع میکرد به غاصب به سبب مغرور بودن. و اما سؤال از نفع ثمن: پس اگر ثمن از قبیل نقد و غله است که اجرتی ندارند، مطالبه آنها را نمیتواند کرد. و اما اگر از قبیل حیوان و غیر آنکه اجرتی ندارند باشد، در آن دو صورت (یعنی چهل مشتری به اینکه مال غیر است یا ادعای بایع، اذن

صاحب مال را) منافع آن را میتواند مطالبه کند. بلی، اگر بایع هم جاهل بوده باشد  
که

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



مال غیر است و منفعتی از آن ثمن استیفا نکرده باشد، در اینجا معلوم نیست که منافع

غیر مستوفات را مطالبه کند.

۷۶ - سؤال: هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را مع يك من برنج (مثلاً) یا مع يك

توپ کرباس، از شخصی گرفته است به عنوان قرض الحسنه. که بعد از انقضای شش ماه

مبلغ شش تومان وجه، مهم سازی مقرض، نماید. که از جهت فرار از ربا مدت اجل را مع

يك من برنج یا يك توپ کرباس، بازای يك تومان، انداخته است. آیا این صحیح است؟ و

همچنین هر گاه شخصی قدر معینی از وجه را از شخص دیگر بگیرد و از قرار " ده دو "

منافع قرار دهند به این نحو که منافع را به مقرض مصالحه کند. چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه شخصی پنج تومان به کسی قرض الحسن بدهد و اجلی و مدتی برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی، خلاف در لزوم آن است.

و شبهه ربا در اینجا راه ندارد. بلی، در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت کردن، ضرر دارد چون اجل را، قسطی از ثمن میباشد. و ظاهراً در این هم خلافی نیست الا آنچه نسبت به شیخ داده‌اند در خلاف و در آن هم تأمل است.

و اما گرفتن يك من برنج یا يك توپ کرباس، که در ازای آن، يك تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط این معامله محاباتی، پس آن حرام است. و قرض و

معامله هر دو حرام است. و هر گاه شرط نکرده باشد بلکه قرض را علی حده، داده و این

معامله را علی حده کرده و قصد دو معامله واقعی کرده باشند. ظاهراً جایز است. هر چند

داعی بر معامله، در نفس الامر جلب نفع باشد. لکن باید بداند که منظور استخلاص از

عقاب و فرار از حرام ۱ است به ارتکاب بیع صحیح.

و لکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا بهتر از این. و از جمله آنها معامله محاباتی به شرط قرض است. که عکس صورت مسئله، است. و از جمله آنها این است که

کسی پنج تومان پول طلا یا نقره بدهد به شش تومان پول ۲ سیاه و همچنین ظاهراً  
جایز

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

است که صلح کند پنج تومان اشرفی را به شش تومان پول نقره و به عکس. چون ظاهر

این است که قبض مجلس در صلح شرط نیست و آن مخصوص بیع است. و سؤال از مصالحه را نفهمیدم. اگر مراد همان نظیر سؤال اول است، جواب آن همان است که هر گاه شرط کند در قرض که پنج تومان را قرض بدهد و يك من برنج را

هم صلح کند به يك تومان، جایز نیست. و اگر شرط نکند جایز است به تفصیلی که گفتیم.

۷۷ - سؤال: هر گاه کسی مادیانی بفروشد. و مذکور شود که حامله نیست. و بعد ده روز وضع حمل او بشود. کرهء مادیان از بایع است یا از مشتری؟؟. جواب: کرهء مادیان از بایع است. و همچنین است حال، هر گاه معلوم باشد که حامله است و بخرد. مگر اینکه شرط کند که از مشتری باشد، در آن صورت مال مشتری است.

۷۸ - سؤال: خیار در حیوان، از برای کی است؟ و چند روز است؟ جواب: خیار در حیوان، از برای مشتری است (علی الاظهر الاظهر) تا سه روز، بلکه بعضی دعوی اجماع کرده‌اند، و اخبار معتبره نزدیک به حد تواتر است که دلالت دارد

بر آن، و ابتدای آن از حین عقد است (علی الاظهر) نه از حین تفرق مجلس. و فرقی ما بین حیوان و رقیق (یعنی غلام و کنیز) نیست. و در صورتی که ثمن و مثن، هر دو حیوان باشند یا آنکه جنس دیگر را بفروشد و حیوان، در قیمت بگیرد، اشکال و خلاف هست، و دور نیست که در آنجا نیز خیار حیوان

ثابت باشد. یعنی در صورت اول برای هر دو خیار باشد و در صورت ثانی، از برای بایع، و در مسئله، تردد و توقف، باقی است. نظر به ملاحظهء علت و حکمت، و احتیاج به تفحص

از حال حیوان، و دلالت بعض اخبار بر اینکه "الخيار لصحاب الحيوان" بدون قید مشتری.

و نظر به حرمة "قیاس" و عدم قطعیت علت، و تبادل مشتری از اخبار. ۷۹ - سؤال: شخصی درختی فروخته در موسم شکوفه و ثمر آن را قید ننموده. آیا ثمر از بایع است یا مشتری؟؟.

(11)

جواب: اما درخت خرما، پس هر گاه طلع آن نمایان شود و هنوز " تأبیر " نشده بفروشند، ثمر مال مشتری است. و گویا خلافتی در آن نباشد. و اما هر گاه بعد " تأبیر "

بفروشد ثمر مال بایع است. علی الاظهر الاظهر. مگر اینکه شرط کنند که از برای مشتری باشد. و تأبیر آن است که طلع نخل ماده را مشکافند و از طلع نخل نر، بر آن

میباشند، تا میوه آن خوب شود، و ظاهر این است که این حکم مختص بیع، باشد. پس

هر گاه درخت خرمائی را به " صدق " زوجه خود کند یا در عوض " خلع " داده شود یا به

" صلح " منتقل شود یا غیر آن، حکم آن حکم سایر درختها است. که مادامی که ظاهر

نشده، ثمر آن مال آن شخص است که به او منتقل میشود. و بعد از ظهور طلع آن (هر چند تأبیر نشده است) هر گاه نقل کنند به یکی از این عقود، مال ناقل است. علی الاظهر الاظهر.

و اما حکم سایر درختهای میوه: پس هر گاه بیع قبل از ظهور میوه واقع شود، میوه مال مشتری است، و هر گاه بعد از ظهور است مال بایع است، مگر با شرط اینکه مال

مشتری باشد، و ظاهر این است که مجرد شکوفه، کافی نیست، بلکه باید خود میوه ظاهر شود.. هر چند بسیار کوچک باشد. بلی، در مثل گل سرخ و امثال آن که ثمر آن که

به آن منتفع میشوند، غالباً همان گل است. پس ظهور غنچه در آن، کافی است. هر چند

هنوز وا نشده باشد. و در این صورت گل مال بایع است. مگر با شرط.

و اما درخت پنبه: پس ظهور گل تنها کافی نیست بلکه باید خوب " جوزق " آن ظاهر

شود. و همین که جوزق آن ظاهر شد و فروخت، درخت آن جوزق مال مشتری است.

هر چند جوزق آن شکفته باشد. علی الاظهر الاظهر.

۸۰ - سؤال: هر گاه کسی صد توپ چیت عمل بروجرد، از کسی خریده که هر توپی هشت عدد پشتی باشد. و صیغه به لفظ عربی نخوانده. و چند عدد آن را رؤیت کرده و باقی را رویت نکرده. و آنها را به زرع در نیآورده. و ملاحظه این نکرده که آیا از

برای پشتی خوب است یا نه، و عرض و طول اندازه پشتی را بر او نکرده و همه را  
در بار  
بسته و روانهء بغداد نموده، و مبلغی به گمرک و عشار داده، و بعد از آنکه در بغداد  
آنها

را در معرض بیع در آورده و به ذرع پیموده‌اند، معلوم شده که عرض آنها کم است  
 و  
 مناسب پستی نیست. و به این سبب نقصان بسیار در قیمت آن به هم رسیده، و چون  
 پس  
 آوردن آنها محتاج است به گمرک و خرج جدیدی، الجاء آن را به قیمت بسیار نازل  
 فرخته. والحال به بایع ادعای غرامت نقصان خود میکند.  
 بایع مگوید تو اهل خبره بودی و دیدی و خریدی. و مشتری مگوید که من  
 ذرع نکردم و ندانستم که ناقص است، و صیغهء عربی هم نخواندم. معامله صحیح  
 است یا  
 فاسد؟ -؟ و بر فرض صحت، مشتری مستحق غرامت نقصان، هست یا نه؟ -؟.  
 جواب: ظاهر صحت معامله است و عربی نبودن صیغه مضر نیست. و ظاهر این  
 است که ذرع نکردن در اینجا منشأ بطلان نمیشود. به جهت آنکه مشاهده و وصف  
 در  
 مثل این نوع از ثیاب، کافی است. چون در اینجا در عرف و عادت، قماش پارچه، و  
 خوب  
 و بد چیت است. چنان که توپ تافته، و " الیجه " ۱ و قلمکار و امثال آنها در عرف  
 و عادت به  
 همان تابی که هست، منخرند، و غرری لازم نمآید. و در مقابل آن اکتفاء به همان  
 غلبه و عادت میکنند.  
 و از این جهت است که در مکیل و موزون هم به اخبار بایع در کیل اکتفاء میکنند.  
 و احادیثی که در باب خیار رؤیت وارد شده که هر گاه بعضی از مبیع را دیده و  
 بعضی را  
 ندیده و به وصف بخرد، یا به اعتماد به عرف و عادت بخرد، بیع باطل نیست. و رفع  
 ضرر  
 و غرر و عیبی که در نفس الامر بوده، جبر کسر آن، به حصول خیار عیب و خیار  
 رؤیت  
 میشود. بخلاف آنچه که در عرف و عادت، مطلوب و منظور ذرع و پیمان است.  
 مثلاً  
 آستر و کرباس و کتان و امثال آنها را به ذرع منخرند و بدون ذرع، غرر و جهالت  
 در  
 عرف و عادت هست که مسامحه در آن نمکنند. پس اصل بیع صحیح است.  
 و اما نقصانی که در آنجا ظاهر شده: پس آن داخل عیب است و خیار از برای  
 مشتری

ثابت است و در اختیار عیب مشتری مخیر است ما بین رضای به عیب، یا رد مبیع و  
انخذ

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



ثمن، یا اخذ ارش و تفاوت قیمت با الزام بیع. و چون تصرف از مسقطات خیار است خصوصاً تصرف ناقل ملک، چون دال بر الزام بیع و رضای بر آن است. پس به آن تصرف

خیار رد ساقط میشود، بدون خلافی ظاهراً لکن خیار ارش باقی است. علی الاظهر  
الاظهر ۱،

۸۱ - سؤال: تاجری در اصفهان مالی دارد و مگوید که این مال مرا در بلده یزد که در نزد شریک من بود (مثلاً) به پنجاه تومان مخبریده‌اند و شریک من فروخته. والحال من به این قیمت مفروشم که مطابق تعارف تجار است که ربحتی علاوه میکنند

مناسب تفاوت قیمت یزد و اصفهان، و تاجر دیگر نظر به اعتماد قول او مخرد به همین قیمت. بعد معلوم میشود که آن حکایت بی اصل بوده. آیا مشتری مستحق استرداد تفاوت قیمت (که به ملاحظه سوق یزد و اصفهان داده

بود) هست یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که مشتری را در صورت مزبوره به غیر تسلط فسخ از راه تدلیس و ضرر نباشد. و دلیلی بر جواز مطالبه تفاوت قیمت نیست. بلی بایع اگر خود

راضی به دادن تفاوت قیمت بشود، حکم خیار فسخ در این صورت خالی از اشکال نیست.

۸۲ - سؤال: هر گاه کسی ملک مزرعه‌ای را بفروشد مثلاً به سی تومان. و غبن آن را صلح کند به مبلغ پنج تومان. و بعد معلوم او شود که بسیار فاحش بوده است غبن، و آن

مزرعه در وقت بیع به صد تومان مارزیده. آیا دعوی "غبن مصالحه" میتواند کرد یا نه؟ -؟

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

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

در بیع امری است که متعلق مصالحه متواند شد و عقد مصالحه هم عقدی است که دعوی غبن در آن متواند کرد. پس دعوی غبن در مصالحهء غبن، جایز خواهد بود و در اینجا چون محل توهم این هست که کسی بگوید: پس غبن صلح غبن، را هم متواند صلح کند. به جهت آنکه صلح در همه چیز صحیح است الا چیزی که محلل حرام یا محرم حلال باشد. و هر گاه صلح کند شاید در آن هم مغبون باشد و هکذا.. الی

غیر النهایة. پس این به جایی بند نمیشود و لازم مآید تسلسل محال. و این توهم منافع است به اینکه غبن در معاملات این است که معاوضه واقع شود ما بین چیزی به چیزی دیگر، و آن چیز دیگر زاید باشد از آنچه در عرف و عادت در

عوض مثل این چیز بدهند، یا ناقص باشد، و آن زیاد یا کم بیش از آن باشد که اهل عرف در آن مسامحه میکنند. پس، آنچه حاضر در اذهان اهل عرف هست از احتمال زیاد و کم که در آن مسامحه نمکنند، همان معنی غبن است که در بیع (مثلاً) منشاء ثبوت خیار است. و در بعضی افراد مشکوکه اشکال هست، مثلاً اسبی را بفروشد به ده

تومان هر گاه اتفاق افتد که در واقع قیمت آن صد تومان بوده. اینجا بالیقین مغبون است

که دعوی غبن متواند کرد. هر گاه دوازده تومان مارزیده، محل اشکال است که آیا غبن ثابت است یا نه. و هر گاه ده تومان و نیم مارزیده، ظاهراً غبن نیست. هر گاه این را در جانب ثبوت غبن دانستی، پس بدان که در جانب اسقاط غبن و صلح غبن، کلام به عکس این است، که صلح مطلق غبن، جزماً منصرف به صلح به " اقل

ما یتحقق به الغبن " میشود. و اشکال در، آن فرد اکثر، است. پس هر گاه افراد غبن متفاوت باشد و صلح وارد شده باشد بر مطلق غبن آنچه حاضر در اذهان است که از آن

مگذرند، آن افراد میباشد که در عرف و عادت، غالب آن است که از آن غبن دست بر مدارند.

مثلاً گاه است که متبایعین که از اهل عرف اند، همان غبن دو مثل، یا سه مثل، بلکه ده مثل هم در نظر مآورند و صلح غبن، میکنند. اما هرگز متفظن این نیستند که این متاع اگر به صد مثل، مارزد در اینجا هم اسقاط خیار غبن بکنند، صلح به آن

منصرف نمیشود.

پس هر گاه صلح غبن. بيع مزرعه واقع شد و غبن هم موافق آن چيز است که غالبا مثل آن

غبن را ساقط میکنند و صلح میکنند، ديگر ادعای غبن در آن نمیتوان کرد. و هر گاه بیشتر

است، دعوی غبن، در صلح غبن هم ثابت است. و چارهء خلاصی از تسلسل و دعوی غبن صلح

غبن، به این نحو میشود که تصریح کنند که صلح کردیم اگر چه ما فوق آنچه متصور

شود که ببرزد، اگر هزار برابر بالاتر هم باشد. چنان که در مسائل صلح بیان کرده اند که

هر گاه مبطل عالم باشد به مقدار حق، و محق جاهل باشد به حق و قلبا راضی شود به

صلح و تصریح کند که اگر اضعاف مضاعف این باشد اگر عالم به ما فیها باشد که من

راضیم.

در آن صورت بری الذمه میشود. بخلاف آنکه بر محق مجهول باشد و صلح کند بدون این تصریح که صلح در نفس الامر صحیح نیست اگر چه در ظاهر به صحت

آن حکم

میشود.

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

جواب: بدان که: شرط صحت دعوی غبن این است که آن مغبون عالم به قیمت وقت نبوده باشد، و واقعا در آن وقت هم این تفاوت در قیمت بوده و بعد عارض

نشده. و

این ثابت نمیشود مگر به شاهد یا به اقرار و اعتراف غابن. و ظاهر این است که خلافی

در این نباشد. و هر گاه بینه نباشد و اعتراف هم نکند، و [مدعی غبن] مدعی جهل باشد، پس اگر جهل در حق مثل او ممکن نیست، قول او را نمیشنوند. و هر چند

قسم

بخورد. و هر گاه ممکن باشد، در آن دو قول است:

اول: سماع قول او است با یمین. به جهت آنکه قول او موافق " اصل " است (یعنی اصل عدم علم) و این امر هم از اموری است که غالبا کسی مطلع به آن نمیشود (و

الا

مانند احتلام در مدعی بلوغ است) پس او بمنزله منکر است و قول او مقدم است با  
یمین.

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

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

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

جواب: بدان که بعد از ثبوت غبن در معامله، مغبون مختار است ما بین امضای معامله به همان قیمت و ما بین فسخ معامله. و مغبون نمیتواند او را الزام کند که تفاوت

قیمت را بدهد. و خلافی در مسئله نیست ظاهراً، و علامه دعوی اجماع بر آن کرده. اما اگر غابن بگوید [و مغبون] بیاید تفاوت قیمت را بگیرد و بیع بر حال خود باشد، خلاف کرده اند. مشهور این است که باز خیار باقی است و لازم نیست که مغبون

قبول کند. به جهت استصحاب ثبوت خیار، و اظهر هم این است. و علامه در تذکره استدلال کرده است در عدم ثبوت خیار " چون علت ثبوت خیار، نفی ضرر است و ضرر

به همان دادن تفاوت رفع میشود، پس بیع بر لزوم خود باقی خواهد بود ".

و این سخن علامه منافی با دعوی اجماع او بر عدم ثبوت ارش و تفاوت قیمت ندارد (چنان که صاحب مسالك و صاحب کفایه فهمیده اند) به جهت آنکه اجماع را بر

این دعوی کرده بود که مغبون را نمرسد مطالبه تفاوت قیمت بکند. و این منافات ندارد با اینکه اگر غابن تفاوت را بدهد بیع بر لزوم باقی بماند.

-----

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

(۱۱۷)

و لیکن به این، اشکال مشهود به اینکه این سخن در وقتی تمام است که دلیل اصل مسئله و اخبار غبن، منحصر باشد در نفی ضرر، که بگوئیم چون در ما نحن فیه ضرر نیست پس خیار ثابت نیست. و مفروض عدم انحصار دلیل است در آن، بلکه دلیل بر اصل مسئله، اجماع منقول نیز هست و بعضی اخبار هم اشاره به آن دارد. بلکه

متوانیم

گفت که هر گاه دلیل منحصر در نفی ضرر باشد هم، باز سخن علامه تمام نیست. چون

به محض حصول ضرر در اصل معامله، خیار فسخ ثابت میشود و آن مستصحب است. و

معلوم نیست که رفع آن ضرر و تدارك آن، به سبب دادن تفاوت قیمت، منشاء زوال خیار باشد.

و این خلاف در اینجا هم منافات با آن اجماع در اصل مسئله ندارد، چون موضوع مختلف است. چون آن اجماع بر ثبوت خیار غبن است در ابتداء ظهور غبن، و حکم آن

مستصحب است در حال بذل غابن تفاوت قیمت را.

۸۵ - سؤال: هر گاه کسی خانه را به بیع شرط، بفروشد. و در حین انقضای خیار به جهت عجز آن، از رد " مثل ثمن "، بیع لازم شود. و بعد مدتی مشتری نصف همان

خانه را به بایع اول منتقل کند و نصف دیگر را به دیگری. و بعد از آن شریکها اراده

قسمت کنند، و در حین تقویم خانه ظاهر شود که بایع بیع اول، غبن فاحش داشته و قیمت را نمیدانسته است. آیا در این صورت، خیار غبن از برای بایع اول هست و تسلط

بر فسخ بیع شرط دارد یا نه؟ -

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

و بدان که: مشهور بین علما این است که خیار غبن به تصرف ساقط نمیشود. خواه تصرف از غابن باشد یا از مغبون. و خواه تصرف بر وجهی باشد که باعث خروج از

ملك شود مثل بیع و عتق. یا مانعی به هم رسد مثل آنکه کنیز باشد و او را وطی کند و

فرزندی به هم رسد که ام ولد شود، یا نه. مگر اینکه مغبون مشتری باشد و مبیع را از



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

و همچنین در صورت حصول مانع از رد، مثل آنکه کنیز باشد و او را ام ولد کرده باشد، هر چند از ملك او بیرون نرفته باشد. و این فتوی را شهید ثانی در شرح لمعه و

غیر او نسبت به مشهور داده‌اند. و لکن شهید در لمعه در این "استثناء" بحث کرده است. به جهت آنکه در صورت سقوط خیار، مشتری را در این صورت لازم مآید ضرر

در صورت جهل به قیمت ۱ یا جهل به خیار. و اصل خیار غبن هم به جهت نفی ضرر

است. پس چگونه در اینجا راضی به ضرر شویم؟ پس ممکن است که بگوئیم مشتری میتواند فسخ کند. و چون نمیتواند عین را رد کند، قیمت آن را یا مثل آن را، رد میکند تا جمع بین الحاقین شده باشد. و همچنین در صورت تلف

عین. همچنانکه هر گاه در تصرف مشتری باشد و مغبون بایع باشد که هر گاه بایع فسخ

کرد و دست او به عین نرسید، رجوع میکند به مثل یا قیمت. و شهید ثانی بعد از آنکه این بحث را نقل کرده، گفته است "و این احتمال متوجه است. و لکن من برنخوردم به قائل به آن" و مراد او از احتمال همان است که فسخ کند

مشتری و قیمت یا مثل را بدهد به بایع و آنچه داده است پس گیرد. یعنی این احتمال که شهید داده، به قائلی به آن قبل از شهید برنخورده‌ام. و بعد از آن گفته است که "آری

اگر بر گردد آن ملکی که مشتری مغبون، فروخته به سوی او به سبب فسخی یا اقاله یا

غیر آن، یا بمیرد ولد آن کنیزی که ام ولد شده - هر گاه از ملك خود بیرون نکرده بود -

در آن وقت جایز خواهد بود فسخ، اگر با فوریت منافات نداشته باشد". تمام شد کلام

شهید ثانی.

و بدان که: علاوه بر بحثی که شهید بر مشهور کرده در آن "استثناء"، بر ایشان وارد است که این سخن اختصاصی ندارد به مغبون بودن مشتری، بلکه در صورتی که

-----  
۱: و در نسخه: در صورت جهل به یقین

(۱۱۹)

بایع مغبون باشد و تصرف مذکور را کرده باشد در ثمن، باز عدم تمکن از رد، حاصل

است. پس باید در آنجا هم نتواند رد کرد. و شاید عذر اقتضای بر مشتری مغبون، این باشد که چون بسیاری از ایشان ذکر مسئلهء خیار غبن را در مشتری، کرده‌اند استثناء را

هم بر وفق آن کرده باشند. و این از باب مثال باشد.

و از این جهت است که در مسالك بعد از آنکه قول محقق را نقل کرده که "ساقط نمیشود خیار غبن به تصرف، به شرطی که تصرف مخرج از ملك یا مانع از رد، نباشد"،

گفته است که "این شرط تمام میشود هر گاه تصرف مذکور از آن شخص باشد که مغبون است و خیار با او است. و اما هر گاه تصرف از آن دیگری باشد، پس مغبون میتواند فسخ کند و رجوع کند به مثل یا قیمت، بر آن که تصرف مذکور را کرده". و این

را نقل کرده است از جمعی اصحاب.

و لکن بر این سخن هم همان بحث سابق شهید وارد است که در صورت جهل به غبن،

ضرر لازم مآید بر مغبون خواه بایع باشد و خواه مشتری، پس تصرف مخرج، یا مانع از

رد، منشاء سقوط خیار نمیشود، پس تحقیق این است که بعد از اینکه بنا را به این گذاشتیم که تصرف بعد از علم به غبن، دال بر رضا است و مسقط خیار است و گفتگو

در صورت جهل است. همهء اقسام، داخل در لزوم ضرر هستند، و دلیل خیار غبن در همه

جا جاری است و دلیل بر اسقاط آن نیست و عدم تمکن از رد، مستلزم عدم جواز فسخ

نیست، پس به قاعدهء ضرر، مسلط بر فسخ معامله هست. و به قاعدهء تصرف در مال غیر، رد

مثل یا قیمت میکند.

و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آنکه نقل کرده است از علامه در تذکره قول به

فرق ما بین تصرف غابن و مغبون، در اینکه هر گاه تصرف از مغبون باشد، خیار باقی است.

مگر در صورت خروج از ملك و استیلا. و از شهید در شرح ارشاد و غیر او

قول به فرق ما بین بایع و مشتری را. که اگر بایع مغبون است ساقط نمیشود خیار به تصرف مشتری مطلقا. و اگر مشتری [مغبون] است ساقط نمیشود مگر با خروج از ملك  
یا منع مانع، مثل استیلا او. و نیز اشکال کرده است در فرق ما بین تصرف غابن و

مغبون، و بايع و مشتری. و آن اشکال بجا است.  
باقی ماند کلام در اینکه بعد تسلط بر فسخ، در صورت خروج از ملك به بيع و عتق  
و

امثال آنها، و همچنین استیلاد، مقتضای خيار فسخ این است که آن بيع و عتق و  
استیلاد

و امثال آنها، باطل شوند. چنان که آخوند ملا احمد اشاره کرده است و بعد از آن  
گفته

است که " بعضی گفته‌اند که بر تقدیر فسخ در صورت خروج از ملك، از برای  
مغبون است

مثل، یا قیمت آن عین. پس باطل نمیشود آن عقود بلکه به منزلهء تلف آن مال است  
". بعد از آن امر به تأمل کرده است در این قول. و گفته است که " این در صورت  
تلف خوب

است. اما در صورت عدم تلف، پس مقتضای خيار، آن است که پیش گفتیم، یعنی  
بطلان  
عقود "

و ظاهر قول به بطلان (چنان که از آخوند ملا احمد (ره) نقل کردیم) این است که  
به

اجازهء مالك صحيح نشود، و این مشکل است. و شاید غرض آخوند (ره) نیز قطع  
نظر از

اجازه باشد. یا نظر او به بطلان فضولی باشد، چنان که در محل خود، تضعیف آن،  
کرده‌اند ۱. و بنابر صحت فضولی، پس ظاهر این است که هر گاه مغبون فسخ  
معامله خود

را کرده و اجازه معامله غابن را با دیگری بکند، صحيح و لازم باشد.

و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکه خيار غبن فوری است یا نه؟ -؟ نظر به  
استصحاب

و " اصل " که اقتضای عدم فوریت میکند، و نظر به اینکه " اصل " در عقود، لزوم  
است و

خروج از آن، مسلم است در محل وفاق، که آن " فور " است. و وضع این خيار هم  
به جهت

رفع ضرر است. و آن به همین قدر فور رفع میشود. و دور نیست ترجیح آخری،  
چنان که

صاحب مسالك و آخوند ملا احمد (ره) ترجیح داده‌اند.

و به هر حال در صورت جهالت به خيار یا جهالت به فوریت آن، خيار ساقط

نمیشود  
به تأخیر. و همچنین اعداری که مانع از اظهار آن شود فوراً.  
و بدان نیز که: ظاهر این است که موضع خلاف، در اینکه تصرف مسقط خیار است  
یا

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

نه، در اینجا باید قبل از حصول علم به غبن باشد، یا قبل از علم به مسئله ثبوت خیار. و اما بعد از علم، پس ظاهر این است که اشکالی در سقوط خیار نباشد، و به هر حال، بعد

از آنکه تصرف در صورت حصول غبن به عمل آید، در آن، احتمالات بسیار هست. نظر به

تعدد محل غبن، و اتحاد آن، و کیفیت تصرف، و اقسام آن. و آنچه شهید ثانی (ره) در شرح

لمعه بیان کرده زیاده از دوپست میشود. و در اینجا محل ذکر آنها نیست. پس بر مگردیم به اصل مسئله و مگوئیم که ظاهر، این است که بایع مسلط بر فسخ بیع سابق باشد. و میتواند استرداد آن نصف را هم از آن مشتری آخری بکند. میتواند اجازه بکند.

و اما اجرت المثل ایام تصرف، پس ظاهر این است که نمیتواند استرداد کرد. چون قبل از فسخ ملك او بوده.

۸۶ - سؤال: زید قدری تخم پیاز از عمرو خریده و زرع کرده، و بعد معلوم شده که

تخم کراس بوده. و به این سبب نقصان به زید مرسد. آیا این زرع مال کیست؟ و غرامت

نقصان منافع پیاز بر کیست؟ و عمرو مگوید که من از خالد به رسم تخم پیاز خریده بودم، و نمیدانستم. آیا حکم آن چه چیز است؟.

جواب اصل بیع فاسد است. چون بیع بر تخم کراس واقع نشده، و مقصود از بیع، آن نبوده. و همچنین در امثال این، حکم همین است، و زرع مال بایع است، و مالک زمین را

مرسد که بگوید بیا زرع خود را ازاله کن. و اجرت المثل زمین مرا بده. یعنی اجرت المثل آن زمین معین، به قدری که در آن زمین بوده از زمان. و اگر خواهد، زرع را باقی

گذارد از برای بایع تا اوان کمال، و اجرت المثل تمام مدت را بگیرد اگر بایع راضی شود.

و نمیتواند زید که بگوید که تفاوت منافع پیاز و کراس را به من بده، بنابر مشهور، که

غرامت منافی که [میتواند] از کسب حاصل شود مضمونه نیست. مثل اینکه کسی مانع شود از دیگری را از بیع متاع خود، و قیمت آن متاع نازل شود. هر چند قولی از

شهید نقل شده که آن هم مضمونه است و باید غرامت بدهد. و عمرو، هم بر فرض

ثبوت

(۱۲۲)



جهالت رجوع میکند به خالد، در غرامتی که کشیده.  
۸۷ - سؤال: چند نفر بقال مروند به کاروان سرا، و يك خروار میوه، قیان میکنند.

و  
قیمت را معین میکنند. و نفعی از برای آن تصور میکنند. و بعد از آن بعضی از آنها  
حصهء ربح بعضی را به او مدهد و میوه را بر مدارد. صحیح است یا نه؟ -؟  
جواب: هر گاه همهء آنها شریک میشوند و به اجتماع منخرند و وزن میکنند، و بعد  
از آن احدی از آنها حصهء دیگری را منخرد به ربحی، جایز است بعد از قبض بدون  
کراهتی. و قبل از قبض نیز با کراهت.

۸۸ - سؤال: زید ملك بلا مالکی را فروخت به عمرو، و در عوض الاغی گرفت. و  
بعد

الاغ را فروخت به بکر و در عوض ملكی از بکر گرفت. بعد معلوم شد که بیع اول  
فاسد

است. آیا بیع دوم نیز فاسد است؟ یا صحیح است و باید ملك عوض الاغ را با  
اجرت المثل  
به صاحب الاغ رد کند -؟.

جواب: ملك بلا مالك مال امام است. هر گاه مجتهد عادلی مصلحت داند که اجازه  
کند آن بیع را، و بیع ما بعد را هم، ملك قیمت الاغ هم باید به مصرف مال بلا مالك  
برسد. که اظهر وجوه در آن، تقسیم به فقر است. و احوط از آن تصدق به فقرای  
بلاد

است. الاحوج فالاحوج. و اگر کسی اجازه نکرد، آن بیع اول باطل است. و بعد از  
بطالان

آن، پس اگر عمرو جاهل بوده به اینکه مال غیر است، یا عالم بوده و لکن زید ادعا  
کرد که

من به اذن مجتهد، یا بر وجه صحیح مفروشم، در  
این صورت رجوع میکند به الاغ خود، و چون الاغ را  
زید فروخته و در حکم تلف است، پس اگر خواهد اجازه کند بیع الاغ را و ملك  
قیمت الاغ

را صاحب شود و اجرة المثل ایام تصرف را هم بگیرد. و اگر نخواهد، بیع الاغ باطل  
میشود و ملك به صاحب خود برگردد و الاغ [را] اگر باقی است به عمرو،  
مدهند،

و الا زید غرامت آن را و منافع آن را به عمرو مدهد.  
و اگر عمرو عالم بوده به اینکه زید غاصب است. و کسی هم اجازه نکند. بیع باطل  
است. و اظهر این است که در صورت بقای الاغ، رجوع به الاغ خود میکند. و

لکن چوں

(۱۲۳)

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

۸۹ - سؤال: ادعای غبن میباید، از برای هر يك از بایع و مشتری تا چه وقت میباشد؟

جواب: وقتی و زمانی بر آن مقدر نیست. و خیار فسخ از برای مغبون در هر وقت که علم به غبن به هم رساند حاصل است هر چند بعد از مدت مدیدی باشد. و هر گاه قبل از حصول علم به غبن، تصرف کرده باشد هم، مسقط خیار نیست. هر چند اخراج از ملك خود هم کرده باشد. علی الاظهر

. بلی چون نمیتواند استرداد عین بکند، باید رد مثل، یا ثمن را به غابن بکند. لکن هر گاه بعد از اطلاع به غبن، تصرف در آن کند يك نوع تصرفی که دال بر رضای به آن

معامله باشد خیر ساقط مشود. و هر گاه علم به غبن داشته باشد و جاهل به خیار باشد،

باز خیار باقی است. و همچنین علم به خیار داشته باشد و اما جاهل باشد که خیار فوری

است باز خیار باقی است.

۹۰ - سؤال: آیا زمینهای زاویه عبد العظیم (رضی الله عنه) و سایر زمینهای " ری "

مفتوح العنوه است یا نه؟ -؟ و حکم مفتوح العنوه چه چیز است؟.

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

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

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

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

الف: سیره عملی: اولین حکومت شیعی در عصر فقها، دولت نسبتاً مستعجل "صفاریان" - ۲۹۰، ۲۵۴ هـ ق -

است که اطلاع مشخصی از چگونگی برخورد فقها، با آنان در دست نیست.

دومین حکومت شیعی در دولت "بنی حمدان" - ۳۶۹، ۲۸۱ هـ ق - است که با همت حمدان بن حمدون

در موصل تشکیل گردید و توسط ابو الهیجاء عبد الله بن حمدون، حسن ناصر الدوله، علی سیف الدوله، سعد الدوله تداوم پیدا کرد دانشمندان شیعه و سنی و حتی مسیحی بسیار در زیر حمایت و تشویق این خاندان پرورش یافتند و آثار فراوان علمی در رشته‌های مختلف از این نهضت فرهنگی به جای مانده.

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

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

احمل الضیم فی بلاد الاعادی - و بمصر الخلیفة العلوی

من ابوه ابی و مولاه مولای - اذا ضامنی البعید القصی

لف عرقی بعرقه سید الناس - جمیعا محمد و علی

معروف است که وی هر گونه هبه و هدیه‌ای از جانب خلفای عباسی (جایر مخالف) را رد میکرد و خلفای فاطمی را به رخ آنان مکشید.

دیلمیان: در عضو دیلمیان حوزه درس شیخ مفید در بغداد به رواج کامل رسید و شخصیت‌هایی مانند سید رضی و سید مرتضی و شیخ طوسی در مکتب او پرورش یافتند با اینکه عضد الدوله پدر سید رضی و سید

مرتضی را در قلعه‌ای در فارس زندانی کرده بود باز سخن و کلامی که حاکی از تضعیف دولت آل بویه باشد

از فقهای یاد شده در دست نیست. و بی تردید همه آنان از کمک‌های مالی آل بویه برخوردار بودند. بطوری

که به محض اینکه قدرت دیلمیان در بغداد با افول مواجهه میشود کتابخانه مکتب مفید را آتش میزنند و شیخ طوسی بناچار به نجف اشرف منتقل میشود.

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

سریداران: مرحوم شهید اول نه تنها حکومت آنان را تجویز و تایید مکرر بل بوسیله کتاب "لمعه" که صرفاً برای آنان نوشت، حکومت‌شان را تثبیت کرد و در حقیقت جان خود را نیز در راه این نهضت شیعی

گذاشت. لمعه را در زندان و در عرض هفت شبانه روز نوشت و به سریداران فرستاد. صفویه: با ظهور دولت صفویه، شهید ثانی در لبنان دستگیر شد و به شهادت رسید، بررسی تحقیق نشان می‌دهد که شهادت او ارتباطی با دولت جوان صفوی داشته است مانند شهادت شهید اول که در ارتباط با دولت سریداران بود دولت صفوی در ۹۰۶ هـ ق تاسیس شده و شهید ثانی در ۹۱۱ هـ ق شهید شده است.

محقق کرکی حکومت شاه طهماسب را رسماً و با سند کتبی تنفیذ نمود. رضی الدین ابن جامع الحارثی الهمدانی العاملی النحفی با آن مقام علمی بالا، سمت قضاوت را در حکومت شاه عباس، داوطلبانه پذیرفت. علمای عصر صفوی از قبیل میر داماد، شیخ بهائی، و پدرش، علامه مجلسی و پدرش، شیخ حر عاملی و... و... همگی عملاً با دولت همکاری مکردند.

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

شیخ در باب مکاسب از کتاب نه‌ایه می‌گوید: و لا باس بشرء الاطعمة و سایر الجوبات و الغلات علی اختلاف اجناسها من سلاطین الجور و ان علم من احوالهم انهم یاخذون مالا یستحقون و یغصبون ما لیس لهم ما لم یعلم شیئاً من ذلك بعینه غصبا.

و همچنین محقق در "شرایع" و علامه در "منتهی" و "قواعد" و شهید در "حاشیه قواعد" و نیز در "شرح ارشاد" و نیز در "دروس" و فاضل مقداد در "تنقیح شرح نافع" و سایرین مانند شیخ بطور مطلق و

بدون تفصیل میان مخالف و شیعی، سخن گفته‌اند.

گویا اولین شخصی که به این موضوع اشاره کرده شهید ثانی است که میرزا در مسائل گذشته جمله "و کذاالجایر منا" را از وی نقل کرد با اینکه در این جمله هر دو جایر مشمول یک حکم شده‌اند لیکن طرح

مسئله راه را برای باصطلاح "ان قلت" باز کرده است.

در حالی که خود شهید ثانی در موارد دیگر درست مانند فقهای نامبرده فوق، کلام را به طور مطلق آورده است. در مکاسب محرمة شرح لمعه می‌گوید (و معونة الظالمین بالظلم کالکتابة لهم و احضار المظلوم و

نحوه لا معونتهم بالاعمال المحللة كالخیاطة و ان کره التکسب بماله" و در مورد غنیمه در عصر غیبت می‌گوید "... لکونه مغنوماً به غیر اذنه الا انهم علیهم السلام اذنوا لنا فی تملکة كذلك" - شرح لمعه فصل بیع الحیوان - و در "احیاء الموات" می‌گوید "هذا مع حضوره و اما مع غیبتة فما کان بید الجایر یجوز المضی

معه" و مرحوم فاضل تونی فوراً در حاشیه نوشته است: "ای المخالف".

اختلاف نظری که صورت مشخصی به خود بگیرد و مسئله "جایر مخالف و جایر شیعه" را تحت بحث مستقیم قرار دهد (به طوری که به عنوان یکی از مسائل شناخته شده مورد اختلاف فقها مطرح گردد و بدین

شکل شناخته شود) تا زمان مرحوم محقق کرکی معروف به محقق ثانی، نبود.

پس از آنکه وی با حکومت صفوی مرتبط گردید و در تثبیت آن دولت کوشید مرحوم فاضل قطفی بر

علیه او بر آشفت و رفتار محقق را سخت به زیر سؤال برد و رساله (یا رساله‌ها) بر علیه او نوشت که محقق نیز

متقابلاً پاسخ ممداد تا منجر به تدوین رساله " قاطعة اللجاج فی حل الخراج " به قلم محقق گشت. مرحوم کرکی در این رساله مستقیماً به فاضل قطفی پاسخ مدهد و با اسلحه استدلال سخت به وی حمله میکند. روایات باب را بررسی میکند سنت و سیره علما را از سید رضی و سید مرتضی و شیخ و... شرح مدهد. فتواها را نقل میکند. چون این رساله در پاسخ مرحوم قطفی نوشته شده بی تردید مطابق سخنان وی پاسخ داده شده و جالب این است که سیاق کلام در این رساله نیز همان سیاق " اطلاق " است و

سخنی از جابر شیعه و جابر غیر شیعه به میان نیامده. این اصل، بیانگر این است که در این درگیری اجتهادی (که شدیدترین و بماندترین درگیری در میان دو مجتهد متقی و دانشمند است) نیز جریان استدلال در همان صورت " مطلق " بودن است.

و جالب تر اینکه محقق کرکی در این پاسخ‌ها به همان روند عمومی و جریان شناخته شده بحث در طول تاریخ فقه، اکتفاء میکند. یعنی صورت خاصی به مسئله نمدهد مثلاً نمگوید " من حکومت صفویه را تنفیذ میکنم بنابر این حاکمیت آنها مشروع میشود ". همانطور که سید رضی نسبت به فاطمیون. و علامه حلی نسبت به سلطان محمد خدابنده. و شهید اول نسبت به سرداران. بدون اینکه تنفیذ کنند و حکومت آنان را از چهره " جابر " در بیاورند هم کمکشان مکردند و هم تصرفات آنان را در امور مالی بیت المال (دستکم) با تصرفات جابر غیر شیعی، یکی مدانستند. پس از دیگری مذکور، مذکور مسئله جابر شیعی و جابر

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

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



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

کرمان و همدان و قزوین و حوالی آنها، همه مفتوح العنوه است.  
و تکیهء حقیر در تعیین اراضی مفتوح العنوه بر این است:  
اما اراضی کوفه که آن را "ارض سواد" ۱ مگویند. و مکء مشرفه، پس به اخبار و  
فتاوی علمای است و اشکال در آنها نیست.

و اما در غیر اینها، پس عمل به ظن مسکنیم. و هر جا ظن حاصل شود اکتفاء  
مسکنیم. و ظن به یکی از چند چیز حاصل میشود: اول: یکی از کتب تواریخ و  
سیر معتمده، هر چند مؤلف آنها از اهل سنت باشد. دوم: به "اصل عدم تغییر".  
یعنی هر

زمینی را که امروز، مسلمین، اراضی خراج مداند و معاملات مفتوح عنوه مسکنند، به  
ضمیمهء اصل عدم تغییر، ظن حاصل میشود که مفتوح العنوه بوده یا از مطلق اراضی  
خراجیه بوده.

اما کلام در شرط آن، که به اذن امام بوده [یا نه]: تکیه به صحیحهء محمد بن مسلم،  
و

آنچه در معنی آن است میباشد. که حضرت باقر (ع) فرمود که "ارض سواد امام ۲  
ارضین

است و جناب امیر المؤمنین (ع) با آن معاملهء مفتوح العنوه مکرردند. پس سایر  
زمینها هم

مثل آن خواهد بود."

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

-----  
۱: ارض سواد: سر زمین پر: پر از آبادانی و عمران و کشاورزی: و پر جمعیت.  
طول این سرزمین را "از جنوب موصل تا عبادان - آبادان -" تعیین کردهاند و مرز شرقی آن کرکوک و  
عراق

عجم، است، یعنی حدود شرقی آن، همان ارتفاعات زاگرس میباشد.  
و حد غربی آن يك خط (تقریباً) مستقیم، عمود قائم از موصل تا فرات است که قدری هم از فرات  
مگذرد.

اگر با اصطلاح دقیق جغرافی سخن بگوئیم، ارض سواد، آن بخش سرزمین عراق و بین النهرین است که  
تنها از

۱۰۰ تا ۲۵۰ متر از سطح دریا بالاتر است و سایر قسمت‌های عراق ارض سواد نیست، همه شهرهای  
بزرگ

عراق در ارض سواد قرار دارند غیر از کرکوک و موصل.  
طول این سرزمین حدود سه برابر ارض آن، میباشد.

۲: و سائل: ج ۱۱ ص ۱۱۷، ابواب جهاد العدو، باب ۶۹ ج ۲



و باغ، دیگری در آن متواند تصرف کرد یا نه؟ -؟ و آیا اگر کسی خانه یا باغی در آنها

ساخته باشد و وقف کرده باشد، بعد از آنکه خراب شد و قلیل آثاری باقی باشد، دیگری

متواند آباد کند و مالک شود یا نه؟ -؟،

جواب اولاً بدان که: از اخبار بر مآید که ائمه ما (ع) رخصت داده‌اند از برای شیعیان،

خانه ساختن و زرع کردن و غرس کردن اشجار و امثال آنها را. و حکایت خراج دادن،

غیر بنای این امور گذاردن است. و ظاهراً در بنای این امور اذن امام شرط نباشد در حال

غیبت، اگر چه اولی اذن خواستن است از مجتهد عادل.

اما خراج آن را: پس اگر در تصرف مخالفین است و ایشان به کسی بدهند کافی است. و در جواز تصرف اذن ایشان کافی است. و الا ۱، پس ظاهر این است که باید به

اذن مجتهد عادل به مصرف آن برسانند. مگر اینکه سلطان جایز ۲، آن را از او بگیرد.

بلکه در صورت تغلیظ - [تسلط]، نسخه بدل - مخالفین هم، اگر تواند که از ایشان منع

کند و به اذن مجتهد عادل به مصرف رساند، لازم باشد. چون او نایب امام عادل است

در امور بزرگتر از این، چه جای مثل ۳ این.

و آنچه مشهور است که بدون اذن جایز تصرف نمیتوان کرد (بلکه بعضی دعوی اجماع بر آن، کرده‌اند) این، "علی الاطلاق" معتمد حقیر نیست.

و اما اذن سلطان جور شیعه، پس در آن اشکال عظیم است. و ظاهر اکثرین، اطلاق سلطان جود است اگر سلطان جور شیعه هم باشد. و صاحب مسالك در آن اشکال کرده و

آن اشکال در محل است. چون متبادر از اخبار مطلقه، و تصریح بعضی آنها، حکم مخالفین است. و اصل عدم جواز است. بلی، آن علت‌ها و تنبیهات که از بعضی اخبار مثل

صحیححه ۴ عبد الله بن سنان و روایت ابی بکر حضرمی (که سند آن معتبر است) بر مآید،

-----  
۱ و ۲: یعنی: اگر در تصرف جایز مخالف نباشد و در تصرف جایز شیعی باشد.  
۳: این جمله اساس اعتقاد میرزا به "ولایت فقیه" را، در حد گسترده و وسیع، به معنای حکومت کامل  
میرساند.

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

عموم است. و در اخبار مذکور است که اگر قائم ما بر خیزد حصه شما بیش از این میشود که به شما مدهند. که فهمیده میشود که علت در حلیت آن، همین است که به حق خود رسیده‌اند.

و همین اشکال در مسئله وضع خراج در زکات وارد است. و متبادر از اخبار نیز در آنجا از "وضع خراج سلطان"، سلطان عادل است یا مخالفین. و با وجود این باز مشهور فرقی نگذاشته‌اند. پس با ملاحظه فتوای مشهور علما، و اشاره و تنبیه این دو روایت، و امثال

آنها، قوی است قول به تعمیم. خصوصا به ضمیمه نفی عسر و حرج. و هر گاه ضمیمه شد به این، اذن مجتهد عادل، امر آسانتر میشود. و در مسئله "وضع مؤن" علاوه بر این، احتمال

اینکه دادن خراج غالبا موقوف علیه زراعت است، پس آن، از وجهی مؤن است (مشهور) علما تجویز وضع آن، کرده‌اند) در زکات هم هست. و اقوی نزد حقیق هم، آن است.

و اما بیع و شری کردن این زمین‌ها: پس آنچه اقوی است در نظر حقیق (و ظاهرا مشهور است بین علما بلکه بعضی دعوی عدم خلاف کرده‌اند) این است که جایز است بیع

آنها - بیع لا ٲار المتصف - هر چند آن اثر، محض عمارت و شیار کردن زمین باشد. پس جایز

است خرید و فروش و اجاره و وقف کردن، مادامی که اثر تصرف باقی است. و این مقتضای جمع میان اخبار است که بعضی دلالت بر منع [این] تصرفات دارد، و بعضی دلالت بر جواز دارد، و بعضی دلالت دارد بر جواز با اشاره به علت آن، که فرموده‌اند جایز است به جهت اینکه حق خود را متصرف

شده. و بعضی از آن فهمیده‌اند معنی "حصه خود" را که مراد بیع رقبه زمین باشد. و

این ۲ دور است بلکه مراد این است که استحقاق منافع خود را (که از تصرف حاصل شده)

مفروشده. و اطلاق بیع بر آن یا مجاز است و مراد صلح کردن باشد، یا بیع معنی

-----  
۱: حدیث عبد الله بن سنان مذکور.

۲: این خود جای بحث و اختلاف است که آیا در صورت حضور امام (ع) زمین‌های خراجی بین مسلمین تقسیم

میشود؟ تا کسی بتواند حصه خویش را بفروشد یا نه؟ - تا چه رسد بر عصر غیبت که فردی مثلاً از

باب

" تقاص " حصه خود را بر دارد و رقبه آن را بفروشد

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

- 
- ۱: وسایل: ج ۱۷ ص ۹۱ - ۹۰، ابواب الاطعمة المباحة، باب ۶۱ ح ۱.  
۲: این فتوی و همچنین فتوائی که در سه جمله بعد مآید، بر اساس این است که " ارض خربه " و  
" موات بالعرض " هرگز از ملك مالك خارج نمیشود. و دلیل آن را " عدم ناقلی از نواقل ملك " ذکر  
کرده‌اند. لیکن، مسئله، مورد اختلاف است و دلیل مخالفین عبارت است از:  
الف: هنوز اول بحث است که آیا ملکى باقى مانده تا نیاز به ناقل باشد، یا با عروض خرابی، و موات،  
دیگر  
ملکیت مالك باقى نمانده؟ -  
ب: حدیث ابو خالد کابلی و امثال آن تصریح دارند که با عروض خرابی و موات، ملکیت از بین مرود. و  
آنچه در  
حدیث سلیمان بن خالد آمده که " فلیؤد حقه "، مراد ابزار آلات یا مثلاً يك درخت است که از مالك قبلی  
به  
جای مانده که باید احیاء کننده (مالك بعدی) به او تحویل بدهد. (وسائل: احیاء الموات، باب ۳ ح ۲ و



در، (۳)  
جلد اول بطور مشروح بحث گردید

(۱۳۱)

بینه یا به قرار زید، ثابت شود که زیاد گفته بوده است. یا به عنوان کذب یا به عنوان اینکه او در عوض طلبی گرفته بود که به غیر از این نحو، به عمل نمآمد و اگر پول نقد

مداد ارزانتر مخرید. یا آنکه او نسبه خریده بوده است به آن قیمت و عمر و ندانسته بوده است. حکم آن چیست؟.

جواب: مشهور علما در صورت ثبوت دروغ یا غلط او در مقدار رأس المال، (و همچنین در جنس قیمت، یا وصف آن) این است که مشتری مختار است ما بین فسخ معامله و رد مبیع و اخذ ثمن، و ما بین امضای مبیاعه به همان قیمت که گرفته است. به

سبب غرر و تدلیس.

و بعضی گفته‌اند که متواند متاع را نگاه دارد و اسقاط زیادتی و ربح آن را بکند. مثلاً گفته بود که متاع را به ده تومان خریده‌ام و به یازده تومان مفروشم و بعد معلوم شد که به نه تومان خریده بوده است، یازده هزار دینار پس مگردد و نه تومان و نه هزار

دینار را به بایع مگذارد. چون مقتضای بیع مرابحه این است. و این قول ضعیف است به

جهت آنکه عقد به این قیمت واقع نشده. و بنابر این قول، آیا لازم است بر مشتری که

قبول این معنی بکند -؟ یا اختیار دارد که فسخ کند -؟ در آن دو احتمال است. اول، لزوم است. زیرا که رضای او به قیمت کثیر، مستلزم رضای او است به قیمت اقل به طریق اولی، پس تراضی بر آن واقع شده و بیع لازم است.

و [دوم] احتمال دارد که خیار از برای او ثابت باشد. و متواند شد که غرض صحیحی

داشته در قیمت اکثر، که در اقل یافت نمشود. مثل آنکه موصی وصیت کرده بوده که

غلامی بخرد به ده تومان و آزاد کند، به آن سبب راضی بود. الحال که قیمت آن، نه تومان شده مطلب او حاصل نمشود و فسخ میکند.

و بدان که: بنا بر قول اول (که اظهر و اشهر است) اظهر این است که شرط نیست در خیار فسخ بقای متاع در دست مشتری. پس هر گاه تلف شده باشد یا بر وجه لازمی به

غیر منتقل شده باشد یا مانعی از او به هم رسیده باشد (مثل اینکه آن کنیزی بوده و از او

فرزندی به هم رسانده باشد) باز اختیار فسخ باقی است. به استصحاب حالت سابقه.  
پس

(۱۳۲)

تالف یا قیمت آن را رد میکند، و [یا] غبن قیمت یا عوض آن را پس مگیرد.  
و اما ترك ذكر اجل (که بایع به نسیه خریده بود و [باید] به مشتری میگفت که  
نسیه خریده‌ام.):

پس مشهور در آن نیز صحت بیع است. بلکه ظاهراً خلافتی در صحت آن نیست.  
و بعد از حکم به صحت، خلاف کرده‌اند در ثبوت خیار. مشهور این است که خیار  
ثابت است

از برای مشتری ما بین فسخ و قبول به همان قیمت. و از نهاییه شیخ، و ابن براج و  
ابن حمزه، حکایت شده است قول به اینکه از برای مشتری هست مثل آن مدت از اجل.  
و

صاحب کفایه هم این را پسندیده به جهت دلالت چند روایت بر آن، که از جمله  
آنها

حسنه ۱ هشام بن حکم است. به سبب ابراهیم ۲ بن هاشم - " عن ابی عبد الله -  
ع - فی الرجل

یشتری المتاع الی اجل؟ فقال: لیس له ان یبیعه مرابحة الا الی الاجل الذی اشتره الیه،  
فان باعه مرابحة و لم یخبره فکان للذی اشتره من الاجل مثل ذلك ۳ ".  
و در روایت دیگر هم هست که سند آنها هم خالی از قوت نیست اگر چه " صحیح  
"

نیستند. و این روایات مخالف قاعده‌های ایشان است و مخالف عموم کتاب و سنت. و  
تخصیص آن عمومات به مثل این اخبار مهجوره، کمال صعوبت دارد. و آخوند ملا

-----  
۱، ۲، ۳: محقق قمی این حدیث را از مقام " صحیح " به مقام " حسنه " تنزل داده و دلیل آن را حضور  
" ابراهیم بن هاشم " در سند، دانسته است. قبلاً نیز سخنی در این مورد داشتیم و خلاصه‌اش این است:  
معمولاً اصحابی که از " کوفین " بوده‌اند و به میان " قمیین " مهاجرت کرده‌اند تضعیف شده‌اند از آن  
جمله سهل بن زیاد و برقی و تعداد دیگر. و ابراهیم بن هاشم تنها فرد کوفی است در میان قمیین  
(رضوان الله علیهم) که رسماً تضعیف نشده و لیکن رسماً و تصریحاً، توثیق هم نشده است.  
امروز همه اهل فن معتقدند که تضعیف‌های مذکور معیار ضعف نامبرگان نمیشود تا چه رسد سکوت  
اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم.

ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله " به سبب ابراهیم بن هاشم " در مقام توضیح و بیان  
استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق " محمد بن اسماعیل بندقی " نیز  
روایت شده که فرد مجهول است و میرزا مگوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، " حسن  
"

مشود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمیشود.  
و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب ۲۵ ح ۲



احمد (ره) قولی به " تفصیل " نقل کرده که اگر در حین بیع ذکر نقد و نسبه هیچکدام

نشده باشد، پس به مقتضای اخبار باید عمل کرد. و اگر قید نقد حال باشد عمل به قول مشهور باید کرد. و اخبار را حمل کرده‌اند بر صورت سکوت از نقد و نسبه. چنان که ظاهر روایات است.

و این تفصیل هم منافی قاعدهء مسئلهء ایشان است. که اطلاق در بیع منصرف میشود به حال. و اینکه ذکر حلول از باب تاکید است.

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

جواب: هر گاه تصریح کرده که اسقاط خیار غبن کردم هر چند به اعلا درجات افحشیت باشد که شامل " دو مثل " و بیشتر هم بشود، دعوی مسموعه نیست. و اما هر گاه همین گفته است که اسقاط خیار غبن کردم، منصرف میشود به آنچه، غالب، آن

است. که در اسقاط خیار غبن و صلح آن، ظاهر است در اذهان اهل عرف و عادت، که

آن قدر غبن را اسقاط میکنند. هر گاه عرف آن بلد این است که در اسقاط خیار و صلح

آن، در مسئلهء ما بیش از چهار تومان و پنج تومان را، اسقاط نمکنند، سخن او در دعوی غبن ده تومان، مسموعه است. و ظاهراً قول، قول او است با یمین. و الا مسموعه

نیست. و اگر عرف، مختلف باشد و ممکن باشد در حق این شخص که راست مگوید که

بیش از چهار و پنج، منظور او نبوده، در زاید بر آن، قول او مسموع است.

۹۴: سؤال: هر گاه کسی ملکی را، بیع شرط کند در مدت معینی. در حین انقضای مدت مشتری پنهان شود (که بایع نتواند رد مثل ثمن، نماید) از برای اینکه بیع

لازم شود. حکم آن چه چیز است؟ و همچنین هر گاه بایع فراموش کند خیار را، یا مدت

خیار را، یا اینکه مشتری حاضر نباشد. و [بایع] جاهل باشد به اینکه باید به نزد

حاكم يا  
امين او برد. تا مدت منقضى شود. حكم آن چه چيز است؟.

(۱۳۴)

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

۹۵ - سؤال: هر گاه کسی قناتی را که مخروبه و منطمس است با اراضی متعلقه به آن، بفروشد به کسی به قیمت کمی. و مشتری قنات را تنقیه کند و اکثر چاه‌ها و نقب‌های

آن، ظاهر شود که صحیح بوده و به زمان قلیلی و به خرج کمی، آب آن جاری شود.

الحال بایع مگوید که من نمیدانستم که این قنات به این زودی به عمل می‌آید به این خرج قلیل، و من جاهل بودم که این چاه‌ها و نقب‌های او صحیح است. و مفروض این است

که غبن معامله [را] هم، صلح کرده، آیا این بیع، صحیح است یا باطل؟ -؟ و بر فرض

صحت، خیار غبن باقی است یا نه؟ -؟

جواب: اما سؤال از حال جهالت مبیع، هر گاه ثابت باشد جهالت بایع یا مشتری یا هر دو. اظهر بطلان است. و ضمیمه اراضی معلومه به آن، منشاء صحت نمیشود. چنان که

در مسائل سابقه، تحقیق کردیم ۱ که بیع مجهول با ضم ضمیمه، وقتی صحیح است که

مقصود از ضم ضمیمه، فرار از جهالت باشد، و حیل در تصحیح معامله مجهول، باشد

و سفهی لازم نیاید، نه در صورتی که هر يك بالاستقلال جزء مبیع، باشند. چنان که در ما

نحن فیه، چنین است. و اگر فرض شود در صورت سؤال هم (که قنات مجهول را فروخته) ضم اراضی معلومه به قصد فرار از جهالت قنات بوده) در نزد عقلاء هم سفاهتی

از آن لازم نیاید) هم، صحیح است.

و اما دعوی غبن: پس آن، بعد ثبوت شرایط آن (یعنی جهالت بایع به قیمت آن وقت، و ارزش داشتن مبیع در حین بیع، به زیاده از آنچه عرفاً مسامحه میکنند)

مسموع

است. و لکن مفروض این است که صلح کرده‌اند و به سبب صلح ساقط میشود. و اگر

دعوی در "غبن در صلح غبن" باشد، پس اگر غبن در صلح به حدی است که در متعارف صلح غبن، به آن منصرف نمیشود، دعوی مسموع است. و الا، فلا. و چاره



در

-----  
۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۷۴ همین مجلد

(۱۳۵)

سقوط دعوی " غبن صلح غبن بیع " این است که بگوید " صلح کردیم غبن مبیع را هر چند هزار هزار برابر گنجایش داشته باشد " و مثل آن، از الفاظ. و الا در هر صلحی

دعوی غبن متوان کرد و به جایی بند نمشود.

۹۶ - سؤال: زید جنسی را به يك تومان خریده و مگوید به دوازده هزار دینار خریده‌ام، آیا بیع باطل است؟ و تصرف در آن مال حرام است؟ یا بیع صحیح است و همان زیادتی حرام است -؟ و یا هیچ يك حرام نیست و همان معصیت کرده است -؟

و همچنین، هر گاه بعد از زیاد گفتن راس المال، متاع را به مشتری بدهد به نفس رأس المال واقعی، و اما گمان مشتری این است که او از سرمایه کم کرده است و مخرد -؟

جواب: ظاهر این است که هیچ يك حرام نباشد. نه اصل مایه و نه زیادتی که دروغ گفته است. بلکه همان فعل حرام است. و لکن مشتری بعد از اطلاع، خیار فسخ دارد.

و اما صورت آخری، پس ظاهر این است که آن نیز مثل سابق است. که همان معصیت

است و همان خیار فسخ هم باشد.

۹۷ - سؤال: هر گاه زید متاعی چند خریده باشد. و در طومار خریده بود، بر هر متاعی علاوه بر راس المال، نوشته و بیاورد به بلد دیگر، و آن طومار را به مشتری بنماید

و بگوید که من از تفصیل که در اینجا نوشته‌ام در هر يك از آنها اینقدر علاوه مفروشم. جایز است یا نه؟ -؟

جواب: ظاهر این است که جایز است، به شرطی که نگوید که آنچه نوشته‌ام راس المال، است. و هر گاه بگوید گناه کرده است. و لکن بیع باطل نمیشود و مشتری بعد

از اطلاع، خیار فسخ دارد.

۹۸ - سؤال: هر گاه کسی، کنیزی بفروشد، و بگوید این کنیز است و آن کنیز ساکت باشد. و بعد از عقد بیع، بایع بگوید که این کنیز از جمله اهل ذمه است که مطیع

اسلام بوده‌اند. و کنیز هم بگوید بلی چنین است. آیا این بیع صحیح است یا فاسد؟ -؟



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

حال بیع، این ادعا را بکند چه حکم دارد؟

جواب: بدان که: کنیز یا غلام هر گاه رقیق او ثابت باشد به بیینه یا به اقرار یا به استفاضه، و ادعا کند حریت را، سخن او را نمیشنوند. مگر آنکه بیینه داشته باشد بر آزادی. و خصوص صحیحه عیص بن القاسم دلالت بر آن دارد که در تهذیب و فقیه

روایت شده: " عن ابی عبد الله (ع). قال: سئلته عن مملوك ادعی انه حر و لم یأت بیینه علی

ذلك. اشتریه؟ قال: نعم. " ۱ چون ظاهر این است که مراد از مملوك شخصی است که

مملوك بودن آن، ثابت باشد. و ظاهر این است که هر گاه شخصی را ببینی که در بازار

مخرند و مفروشند، آن هم در حکم ثبوت رقیق است. چنان که ظاهر فتوای مشهور علما است.

و دلالت میکند بر آن خصوص روایت حمزه بن حمران که سند آن قوی است که مدح فی الجملة، دارد و صفوان بن یحیی از او روایت میکند و در همین سند ابن ابی عمیر

و جمیل بن دراج از جمله روات آن است، و علامه در خلاصه سند ابن بابویه را با حمزه

صحیح شمرده، و شهید ثانی هم در مسالك همین حدیث را صحیح شمرده. " قال: قلت

لابی عبد الله (ع): ادخل السوق فاریدان اشتری جاریة فتقول انی حرة -؟. فقال: اشترها ۲

الا ان یكون لها بیینه " و این حدیث معتبر با اعتقاد به شهرت (چنان که در کفایة تصریح

کرده) کافی است در مطلب. و ظاهر این است که فرقی ما بین جاریه و عبد نیست. و اما هر گاه غلامی یا کنیزی در دست کسی باشد و لکن خرید و فروش آن دیده نشده است و ادعا کند رقیق آن را. پس اگر ان مملوك شخصی است که اقرار او مسموع

باشد، یعنی بالغ و عاقل باشد، و تصدیق مولی کند. پس حکم میشود به رقیق آن، بی اشکال. و اگر بعد انکار کند مسموع نیست. مگر اینکه اظهار شبهه بکند (مثل

اینکه  
بگوید که من نمودانستم که آقا پدرم را آزاد کرده است و گمان مسکرم که تولد من  
در

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

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

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

و اما اصالت حریت (که از صحیح‌ه عبد الله بن سنان مستفاد میشود ۱) بلا شك  
 منحصص ۲ است به اقرار و بینه چنان که حدیث ناطق است به آن. و شبهه نیست که  
 منحصص،  
 منحصر در آن دو امر ۳ نیست زیرا که هر گاه از خارج علم ۴ به هم رسد به رقیه  
 از غیر جهت  
 اقرار و شاهد، یا آنکه مشاهده شود که مکرر در بازارها خرید و فروش میشود، حکم  
 به  
 رقیه میشود. و حال آنکه نه از باب شاهد است و نه اقرار. پس معلوم شد که مراد  
 مجرد  
 تمثیل است. یعنی اصل حریت است مگر به یکی از طرق مثبت‌ه خلاف آن. و یکی از  
 آنها ید ۵  
 و تصرف است به ضمیمه دعوی مسلم و قول او به رقیه که محمول است بر  
 صدق مادامی که  
 منازعی از برای آن نباشد.  
 و هر گاه کلمه "واو" در تحریر به معنی "او" نباشد هم، میتوان گفت که تکیه  
 او به

-----  
 ۱: اگر حدیثی هم وجود نداشت "اصالت حریت" مسلم بود و هست.  
 ۲: این بیان شگفت‌انگیز است زیرا هر اصالت "بدون استثناء همراه با" الا " و "مگر" است و این را  
 "تخصیص" نمگویند. پس نتیجه‌ای که از این استدلال گرفته میشود قابل اشکال است.  
 ۳: کسی که این حدیث را میپذیرد ناچار است که "انحصار در دو امر" را بپذیرد زیرا اصالت حریت،  
 نیازی به  
 حدیث و تشریح شرع ندارد. و اگر این حدیث تنها در مقام بیان اصالت حریت باشد مشمول "توضیح  
 و اوضحات" و (نعوذ بالله)، "لغو" مگر در "پس لابد پیامی دارد و در مقام "جعل" يك حکم و بیان يك  
 امر  
 لازم، است و اساساً این حدیث غیر از منحصر کردن به "دو امر" نقشی ندارد.  
 ۴: این صورت، از موضوع بحث خارج است زیرا "علم" بر "اصالت"، "ورود" دارد. نه اینکه "  
 مخصوص آن"  
 است. و همچنین مشاهده خرید و فروش مکرر او، در بازارها. و مسئله "ورود" غیر از مسئله "  
 تخصیص" است.  
 ۵: و ید و تصرف در اینجا نمیتواند بر "اصالت حریت"، ورود، داشته باشد زیرا چنین چیزی نفی اصالت  
 میشود. اگر ید و تصرف و ادعای مسلم کوچک‌ترین تأثیری داشته باشد دیگر معنائی برای "اصالت  
 حریت"  
 نماند. یعنی در هیچ جا و در هیچ شرایطی محلی برای این اصل نماند. و اگر گفته شود محل و  
 کاربرد این  
 اصل در جائی است که فردی که عبودیت او مورد ادعا است سکوت را بشکند و ادعا حریت بکند.



مگویییم  
پس در آن صورت چه تفاوتی میان انسان که مورد " اصالت حریت " یعنی " اصالت عدم ملکیت " است  
و میان  
اموال و اشیاء دیگر که مورد " اصالت ملکیت " هستند ممانند؟ بلی در جائی که شخصی ادعای حیازت  
مباحی را  
بکند و شخص دیگر با او نزاع کند، ید و تصرف و قول مسلمی که مدعی حیازت است، دلیل مالکیت او  
مشود  
زیرا در اینجا با " اصالت اباحه " رو به رو هستیم ولی در مورد انسان با " اصالت حریت ".  
حقیقت این است که " سکوت " موجب سستی " اصالت حریت " نمیشود زیرا ممکن است فرد مذکور  
یک طفل  
خرد سال، باشد

ید، است. که آنچه در سوق فروخته میشود و امام (ع) حکم به رقیه به سبب ید مالک کرده

است، با وجود اینکه روایت حمزه بن حمران که حکایت "شراء در سوق" [در آن] مذکور است

و لفظ "بیاع فی الاسواق" [در آن] موجود نیست که دلالت داشته باشد بر تحقق بیع بالفعل، خصوصاً بر سبیل مکرر و تعدد. چنان که ظاهر لفظ "بیاع" است. پس آن حدیث

شریف هم دلیل بر این قول میتواند شد.. و هر گاه این معنی را اعتبار بکنیم، پس دلیل آن

صورتی که بیع تحقق پذیرفته باشد هم، موجود نیست. چون حدیث، ناطق به آن نیست. و

در آنجا هم میتوان گفت که اصل حریت است، و ید دلیل ملکیت نیست. و بدان که: کلام فقها در اینجا مطلق است و تصریح به حکم در صورتی است که قبل از

بیع، مملوک ادعای حریت کرده بوده است و این معنی به ثبوت نرسیده است. و لکن [اگر]

در حال بیع ساکت بوده است از تصدیق و تکذیب [علماً تصریح به حکم آن نکرده‌اند]. دور

نیست در اینجا ترجیح حریت بدهیم. چون ظاهر این است که صحیحہ عبد الله بن سنان

شامل آن باشد. و از آنچه گفتیم ظاهر میشود که هر گاه مملوک طفلی باشد و ید کسی بر

آن نباشد، و کسی مدعی ملکیت آن باشد. جایز است خریدن آن. و در تذکره اشکال کرده

است در آن و ترجیح حریت داده است. و آخوند ملا احمد (ره) میل به جواز کرده. و این مقتضای کلام تحریر است. و اما هر گاه آن طفل بالغ شود و ادعای حریت

کند، پس آخوند ملا احمد (ره) گفته است که ظاهر این است که اشکالی نیست در قبول

دعوی حریت، بدون بینه. و این سخن مشکل است با وجود تجویز خریدن طفل که در تحت

ید متصرف باشد، و استصحاب صحت بیع، و شمول صحیح عبد الله بن سنان این صورت را

هم، محل تامل ۱ است. و ظاهر عبارت تحریر در کتاب بیع که گفته است که " ولو  
اشتری  
عبدا فادعی الحرية لم یقبل الا بالبینه " شامل این صورت هم هست. و بنابر این، قوت  
آنچه

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

پیش گفتیم (که هر گاه قبل از بیع ادعای حریت کرده بود و در حین بیع ساکت بود، اظهر

حریت است) ظاهر میشود. بلکه آن، اظهر از این خواهد بود. هر گاه دانستی این مقدمات را، پس بر مگردیم به صورت سؤال. و مگوئیم: در صورتی که کنیزی در دست مسلمی باشد و بفروشد. اقرار بایع به اینکه آن کنیز " مطیع الاسلام " بوده، مسموع نیست، بعد از اقرار به کنیز بودن آن. چون اقرار بر غیر ۱

است. و همچنین ساکت بودن کنیز ضرر ندارد به صحت بیع، علی الاظهر. و هر گاه بعد از

انعقاد بیع با شرایط ادعا کند آن کنیز حریت را، اظهر عدم سماع قول او است. و اما هر گاه

به ثبوت برسد که قبل از بیع ادعای حریت کرده بوده و در حین بیع ساکت باشد، اظهر

حریت او است. خواه بعد از بیع ادعا بکند یا نه. و اگر در حالت بیع ادعا کند حریت را،

حکم آن حریت کنیز است.

و بدان که: مراد از " ادعای مملوک حریت را " این است که علی الاطلاق دعوی کند. و

اما اگر بگویند که " مملوک مولائی بودم اما آزادم کرد. " در اینجا اشکالی نیست که محتاج

است به بینه و اثبات.

۹۹ - سؤال: هر گاه کسی ملکی بیع شرط کند. و قبل از انقضای مدت، مثل ثمن را

ببرد به نزد مشتری، و تخلیه ید کند. و مشتری از باب لجاج قبول نکند. والحاء بایع آن وجه

را (از خوف تلف یا انکار مشتری) بر دارد و برود. آیا بیع منفسح میشود یا نه؟ -؟

جواب: در صورت مزبوره، بر بایع لازم است که وجه را تسلیم حاکم شرع نماید. یا به

امینی بسپارد (از ثقات مومنین) هر گاه حاکمی نباشد. یا بگذارد در نزد مشتری به نحوی

که مانعی از برای او از اخذ نباشد. و برود. و باید فسخ کند یعنی بگوید فسخ کردم بیع را.

هر گاه چنین کرده، بیع مال بایع میشود. و هر گاه وجه را نگذاشته است در صورت

مزبوره  
همان مشغول الذمهء وجه است. و مبيع مال بايع است. و هر گاه صيغهء فسخ را در  
آن حال  
نگفته (هر چند به فارسی باشد) بعد هم میتواند گفت. به جهت آنکه منافاتی نیست  
ما بين

-----  
۱: با توجه به " ضمان " و خيار فسخ. و توجه به نتیجه اقرار پس از فسخ به خود بايع، چنین اقراری بر  
عليه " خود "  
هم هست

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

۱۰۰ - سؤال: هر گاه کسی ملکی را که پادشاه غصب کرده است و در تصرف او است

به عنوان بیع شرط، بفروشد به دیگری، و آن شخص هم مخرد به امید اینکه بلکه تواند به

رشوه دادن و واسطه قرار دادن، استخلاص کند، و آن بیع لازم شود. بعد از آن مشتری سعی کند و به رشوه و خسارت، آن ملك را استخلاص کند. بعد بایع

دعوی خیار غبن کند. آیا آن دعوی مسموع است یا نه؟ -؟.

جواب: شرط است در صحت بیع، اینکه میبع مقدور التسليم باشد (و اجماع بر آن نقل کرده‌اند) مگر در بیع " آبق " با ضمیمه، و بعض مواضع. و علاوه بر اجماع، ظاهراً

غرور و سفاهت هم لازم مآید. پس اصل بیع که صحیح نباشد دیگر دعوی غبن و غیر ذلك

بر جا نسماند. و شکی نیست که ملك شاهی، بالفعل مقدور التسليم نیست.

۱۰۱ - سؤال: هر گاه زید قدری نیل دارد. و در قزوین موجود و در تصرف او باشد. و وزن آن معین و به وصف تام رافع جهالت، بفروشد به عمرو، در بلده رشت به

قیمت معینه در مدت معینه معلومه. و شرط کند که نیل مزبور را در بلده قزوین تسلیم

مشتری نماید. آیا چنین بیعی داخل کدام يك از اقسام بیع است؟ آیا داخل نسبه است و

صحیح است -؟ یا داخل بیع غیر موجودین، و باطل است -؟.

اگر داخل " مؤجلین " است (چنان که بعض معاصرین مگویند) پس چه معنی دارد کلام فقها (رضوان الله علیهم) که " اطلاق العقد یقتضی تسلیم المبیع و الثمن. و لو امتنعا

اجبرا "؟ و چند قسم بیع از " عدم اطلاق " منشعب میشود؟. و اگر داخل نسبه و صحیح

است (چنان که بعضی قائل به آن‌اند) پس بیع مؤجلین که آن را " کالی بکالی "

مگویند،  
کدام است؟ شقوق مسئله را به نحوی که در نظر عالی محقق و میرهن است با دلیل  
مشروحا لطف فرمائید.  
جواب: ابن بیع نسیه است، و صحیح است. به جهت آنکه مبیع موجود است و امر

کلی، نیست که در ذمه باشد. و قیمت آن در ذمه است که بعد مدت معینه بدهد. و قول

بعضی معاصرین شما بی وجه، است. به جهت آنکه مراد از بیع مؤجلین که آن را کالی به

کالی و دین به دین مگویند، آن است که ثمن و مثن هر دو " کلی " باشند و در ذمه

باشند. بلکه تحقیق این است که باید که قبل از وقوع عقد، ثابت در ذمه باشند. و از اینجا است که ما تقویت میکنیم قول کسی را که تجویز کرده است در بیع سلف اینکه

قیمت مقبوض، دینی باشد که مشتری در ذمهء بایع ۱ داشته بوده است. به جهت آنکه

مبیع بعد از عقد، دین مشهود بر ذمهء بایع و قبل از آن دین نبود.

و مفروض این است که در اینجا نیل مذکور نه دینی بوده قبل از عقد و نه بعد. اما قبل، که ظاهر است. و اما بعد، به جهت آنکه نیل عین موجود است نه دین در ذمه. بیش

از این نیست که حاضر نیست.. واحدی شرط نکرده است در صحت بیع حضور مبیع را.

بلکه جایز است بیع مبیع غایب. و آنچه استثناء شده است در اینجا عدم قدرت بر تسلیم

است بالفعل. و آن نیز مضر نیست علی الاظهر. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده‌اند، بلکه

ضرورت.

پس همین که قدرت بر تسلیم هست فی الجمله کافی است. مثلاً هر گاه بایع اسب معین معهود خود را که در خانه دارد هر گاه در محلی بفروشد به کسی که مسافت دو

فرسخ ما بین باشد (و عدم قدرت بر تسلیم به همین جهت است که موقوف است بر اینکه

برود و از آنجا ببرد و مانعی دیگر نیست) کسی نمگوید که فاقد شرط است که قدرت

تسلیم باشد، و باطل است. بلکه صحیح است و دو فرسخ و دو منزل فرقی ندارد.

و شقوق اقسام بیع همان چهار قسم معهود است که در کتب فقها مذکور است یعنی اقسامی که به سبب ملاحظهء تعجیل ثمن و مثن و اطلاق، حاصل میشود. و اگر



تفصیل مقام خواهی، تفصیل این است که بیع به ملاحظه تعجیل ثمن و مثنی و تاخیر  
آنها چهار قسم است: بیع نقد که ثمن و مثنی هر دو معجل باشند. و بیع کالی به  
کالی

-----  
۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۶۵ همین مجلد

که هر دو مؤجل باشند.

و بیع نسبه که مثنی معجل باشد و ثمن موجل. و بیع سلف که عکس این است. اقسام صحیح است به غیر دومی.

اما قسم اول: یعنی آنکه هر دو حال ۱ باشند و آن را بیع نقد مگویند و مراد از او این است که به مجرد عقد هر یک از آنها در همان حال مستحق حق خود میباشند. و استحقاق ایشان موقوف نیست به گذاشتن زمانی. و در این بیع شرط نیست که نقد و حاضر، قیمت را به دست بایع بدهد. چنان که لفظ "نقد" هم، موهم آن است. پس مراد ایشان از تسمیه نقد این است که قیمت نقد است بالفعل یا در قوه نقد است. و از این جهت است که این نوع بیع منافات با مهلت ندارد مثل اینکه زید اسب خود را به عمرو، مفروش و گاه هست عمرو، دست به کیسه خود میکند که قیمت را در آورد، زید مگوید تعجیل ندارم هر وقت مدهی خوب است.

و بدان که: اطلاق بیع منصرف میشود به نقد. پس هر گاه بگوید "این متاع را به تو فروختم به این قیمت" و مشتری بگوید "خریدم به این قیمت". و دیگر شرط تعجیل و تاخیر را هیچکدام نکنند، در همان حال لازم است بر هر یک که مال دیگری را تسلیم کند. و ظاهراً خلافتی در مسئله نباشد. و اطلاق هم در عرف منصرف به نقد میشود و موثقه ۲ عمار هم لالت بر آن دارد. پس شرط تعجیل افاده‌ای بیش از تاکید نمیکند. بلی: اگر شرط تعجیل کند در زمان معینی مثل اینکه بگوید "فروختم این متاع را به تو به این قیمت و شرط کردم با تو که در همین دو روز قیمت را بدهی - یا در همین روز - یا تا ظهر بدهی -" و او هم قبول کند با شرط، لازم است وفا به شرط. و علاوه بر این، هر گاه وفا به شرط نکند بایع مسلط بر فسخ بیع هست چنان که شهیدین (ره) تصریح به آن کرده‌اند. و همچنین، هر گاه مشتری شرط تعجیل تسلیم متاع را بکند، کلام در او مثل کلام در ثمن است. بلکه شهید ثانی (ره) در مسالك در صورت اطلاق شرط تعجیل

-----  
١: نسخه بدل: حالى.  
٢: وسائل: ج ١٢ ص ٣٦٦، ابواب احكام البيع، باب ١ ح ٢

هم، ثبوت خیار را واجب دانسته چنان که مقتضای قاعده شروط است. و خوب گفته

است.

اما قسم دوم: که بیع کالی ۱ به کالی، است: پس آن باطل است بلا خلاف. و لکن اشکال در معنی آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث میشود که فرموده‌اند که " لا بیاع

الدین بالدين " این است که ثمن و مثن هر دو در حال بیع، ۲ دین باشند. نه اینکه به

سبب بیع دین بشوند. پس هر گاه زید بفروشد پنج تومان طلبی [را] که از عمرو دارد به

عمرو، در عوض پنج تومان طلبی که عمرو از بکر دارد. این جزما ۳ بیع دین به دین و

کالی به کالی است.

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

۱: اصطلاح " کالی بکالی " در منابع حدیثی شیعه وجود ندارد و آنچه هست " دین بدین " است آن هم تنها يك

حدیث در مورد آن آمده که باز در سلسله سند آن " طلحه بن زید " هست که از اهل سند است - وسائل ج

۱۳، ابواب الدین، باب ۱۵ ح ۱.

بنا بر این اصل تحریم بیع کالی بکالی یا دین بدین، بر اساس يك سری احادیث نبوی (ص) است که از طریق

غیر اهل بیت (ع) نقل شده‌اند و علمای شیعه هم پیام آنها را در قالب " کلی " پذیرفته‌اند و بدان عمل کرده‌اند.

۲: طریحی در " مجمع البحرین " کالی بکالی را چنین معنی کرده است:

و معنا بیع النسبة بالنسبة، و بیع مضمون موجل بمثله. وذلك كان يسلم الرجل الدرهم في طعام الى اجل فاذا حل الاجل، يقول الذي حل عليه الطعام، ليس عندی طعام و لكن بعنی اياه الى اجل. فهذه نسبة انقلابت نسبية. نعم او قبض الطعام و باعه اياه لم یکن کالیا بکالی.

بنابر این، صورت مورد بحث، نه تنها مشمول بیع کالی بکالی است بل بارزترین مصداق آن است و طریحی

ریشه مردمی این اصطلاح در عصر قبل از تحریم، را بیان میکند.

۳: این " جزم " از نظر فرهنگ فقهی اهل سنت درست است لیکن اگر از دیدگاه تشیع نگریسته شود مشمول

بودن چنین معامله‌ای بر تحریم " دین بدین " مورد تردید است زیرا دو حدیث از امام باقر - ع - و امام صادق

- ع - وارد شده که بکر میتواند همان مالی را که عمرو، به زید، برای خرید این دین پرداخت کرده، به عمر

بپردازد نه اصل دین را. و اگر زیاده‌ای مانده باشد مال بکر است. این دو حدیث نه تنها حکم به بطلان نمکنند بلکه برای آن ترتیب اثر هم مدهند و حکم خاصی برای آن تعیین میکنند. درست است که عمل به این دو حدیث دشوار است لیکن وجودشان لا اقل موجب تردید و احتیاط میشود (وسائل: ابواب الدین، باب

۱۵ ح ۲ و ۳) و این دو حدیث از احادیث نبوی ضعیف تر نیستند. و در نتیجه آن صورتی که میرزا تجویز میکند مصداق دین به دین است

بعد شش ماه دیگر بگیرد، این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد. چون در حال بیع آن گندم دین نبوده بلکه به سبب بیع، دین میشود به گردن او که بعد از بیع به ذمه او قرار میگیرد و دین میشود. و حرمة آن معلوم نیست. و شاید در قسم

چهارم

توضیح این مطلب بشود.

و اما قسم سوم: که بیع نسیه است. که عبارت از این است که متاعی را بفروشد به قیمت معین که آن قیمت را بعد انقضای مدت بگیرد.

و باید که مدت باشد. و قابل زیاد و کم نباشد.

مثل روز تمام، و یک ماه، و یک سال. و اطلاق ماه و سال، به هلالی منصرف میشود. و

تحدیدی از برای مدت در شرع نیست (علی الاشهر الاظهر) نه در جانب اقل و نه اکثر.

پس جایز است نسیه فروختن به مدت هزار سال. هر چند "علم عادی" حاصل باشد که

آن شخص هزار سال عمر نمکند.

و از ابن جنید قولی نقل شده به اینکه زیاده از سه سال جایز نیست. و آن قول ضعیف است، و مستندی که از برای آن ذکر کرده‌اند، دلالت بر مذهب او ندارد. و سند

آن هم اعتباری ندارد. و مدلول آن این است که بیش از دو سال جایز نیست. و به هر حال بر [خلاف] اخبار و اقوال علما است و طرح آن لازم است. و بعضی

احتمال حمل

بر تقیه داده‌اند.

و اما هر گاه مدت را معین نکنند، بیع باطل میشود. به سبب جهالت و غرر. و خصوصا که در جانب مبیع هم جهالت حاصل میشود. چون اجل [را] قسطی از ثمن میباشد. و در معنی عدم تعیین مدت است شرط کردن مدتی که قابل زیاد و کم است.

مثلا آمدن حاج، یا رفع محصول. و همچنین، هر گاه لفظ مشترکی بگوید مثل ماه ربیع،

یا جمادی، یا روز جمعه. و بعضی در این مثال‌های اخیر حمل بر ربیع اول، یا جمادی

اول، یا جمعه اول، میکنند چون مسمی به آن حاصل میشود.

و این در وقتی خوب است که این مسئله را بدانند که هر گاه اطلاق کنند منزل میشود بر اولین این ماه‌ها و روزها. هر گاه این معنی را ندانند و قصد معنی را نکنند



(١٤٦)

تصحیح آن بصورت [مشود]. چون مستلزم جهالت مدت است در حین عقد. و بر فرضی که "حقیقت شرعیه" در آن حاصل باشد هم، کلام ایشان در صورت مجهول بودن واقعه، بر "حقیقت شرعیه" حمل نمیشود. بلی اگر اطلاق کرده باشند و در عرف

بلد به آن اطلاق ایشان، منصرف به اول مشود، در صحت آن اشکال نیست. و اما قسم چهارم: و آن را بیع سلف و بیع سلم مگویند: و آن خریدن مال موصوفی است مضمون در ذمه، تا مدت معلومی، به مال موصوفی که حاضر باشد و در

مجلس بیع قبض شود. یا در حکم حاضر مقبوض باشد. مثل اینکه حاضر نبود در مجلس بیع و بعد از بیع حاضر کرده به قبض داد پیش از تفرق.

از این باب است هر گاه بخرد آن چیز را به دینی که از مشتری طلب ۱ دارد (بنابر قولی) و صیغه آن که ذکر کرده‌اند این است که مشتری بگوید به بایع "اسلمت

الیک - یا - اسلفت الیک هذه الدراهم فی عشرين منا من الحنطة الی انقضاء شهر" مثلاً.

و "سلفتك" به تشدید لام هم تجویز کرده‌اند. و بعد از آن مسلم الیه که بایع است بگوید "قبلت". یا آنچه در معنی آن باشد. و هر گاه بایع "ایجاب" را مگوید "بعتك

عشرين منا من الحنطة بعشر دراهم الی انقضاء شهر" و مشتری مگوید "قبلت". یا [بایع] مگوید "اسلمت منك" یا اسلفت منك" یا "تسلفت منك عشرة دراهم فی عشرين منا من الحنطة الی انقضاء شهر" و مشتری مگوید "قبلت". و از جملهء شروط صحت سلف، آن است که جنس آن متاع را ذکر کند که گندم است (مثلاً) یا جو یا غیر آن. و وصف آن را هم ذکر کند به نحوی که رافع جهالت باشد

به لفظی که متعاقدین معنی آن را بفهمند. یعنی اوصافی که منشأ تفاوت قیمت مشود. نه مطلق اوصاف مثل

---

۱: میرزا (ره) حتی برای قول غیر مشهور، تعیین صیغه هم میکند در حالی که همانطور که توضیح داده شد از

دیدگاه تشیع بارزترین صورت دین بدین همین صورت است و حدیث منصور بن حازم نیز دلیل مؤید، آن است زیرا اصل مسئله با احادیث حرمة کالی بکالی ثابت است و نیازی به حدیث منصور بن حازم نیست



اینکه بگوید گندم آبی، یا دیمی ۱ یا گندم فلان محل. زیرا که غالب این است که گندم‌های

بلاد در قسمت مختلف‌اند. و همچنین گندم دیمی را بهتر از آبی، می‌خورند. والحاصل: اینکه وصفی که به سبب آن تفاوتی حاصل می‌شود که در عرف مسامحه در

آن نمی‌کنند، باید مذکور شود. و اما اوصافی که تفاوت ظاهری از آن به هم نرسد و

اهل عرف مسامحه می‌کنند، ذکر آن ضرور نیست. بلکه گاه است که هر گاه بسیار دقت در

وصف کند مثل اینکه " همه دانه‌های گندم مساوی باشد و گندم ضعیف در میان آن نباشد "

و امثال اینها. که منشاء عزت وجود می‌شود، منشاء بطلان بیع، است. و هر چیزی که اوصاف

آن را نمیتوان مضبوط کرد سلف در آن صحیح نیست.

و از این جهت است که گفته‌اند که " سلف در گوشت و نان، جایز نیست " بلا خلاف

ظاهری. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چون ضبط مقدار چاقی و فربهی و انواع نان در

طبخ و کیفیت آن، متعذر یا متعسر است. و همچنین در پوست (بنابر مشهور) چون عمده در

پوست ضخامت و چاقی است و آن به وزن معلوم و مضبوط نمی‌شود.

و از آن باب است مطلق جواهر و مرواریدهای درشت که از برای زینت است. اما مروارید ریز. که از برای دوا است که در آن وصف فی الجمله با اعتبار وزن کافی است. و

ظاهر این است که مثل یاقوت‌های ریزه که از برای دوا می‌خواهند، همچنین باشد. بلکه اگر

فرض شود در بعضی افراد جواهر که توان تحدید آن کرد، جایز باشد. هر چند درشت

باشد.

و بالجمله: معیار، همان امکان ضبط اوصاف است. پس در غیر متاع و حیوان و میوه‌ها، در آنها که توان ضبط وصف آن کرد، صحیح خواهد بود. پس در حیوان

سن آن، و

بودن آن حیوان [از] کدام محل، مثل گوسفند ماده عربی یا ترکی چند ساله، کافی

است..  
و همچنین، کرباس هشت چلهء عمل قم، بیست ذرعی. و مثل اینها. و فرق میان افراد  
گوشت  
و پوست و افراد حیوان، خالی از اشکال نیست، که در آنجاها، تجویز نکرده‌اند و در  
حیوان

-----  
۱ و ۲: در نسخه: دهمی

کرده‌اند.  
بلی، عمده‌ء اعتماد، بر اخبار است که در تجویز آن، در حیوان وارد شده. و در منع  
در  
گوشت، روایت معلی ۱، هست که دلالت بر حکم پوست هم میکند. و مشهور هم  
فتوی به  
این داده‌اند. و در خصوص پوست خلافی هست از شیخ که به جواز آن قائل شده  
نظر به  
امکان ضبط آن به مشاهده، و بعضی از روایات ضعیفه که در دلالت آنها اشکال  
هست. و  
دلیل اول هم ضعیف است. به جهت آنکه سلف، بیع در ذمه است و مشاهده در آنجا  
نیست.  
و لکن شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که: ممکن است جمع بین سلف و  
مشاهده  
به اینکه مشاهده کند جمله را که "مسلم فیه،" در میان آن باشد لا علی التعمین.  
چنان که  
هر گاه بگوید که صد من از گندم این قریه مفروشم در این مدت به این مبلغ. و در  
عادت  
هم غله آن قریه عیب نمکند. پس در اینجا هم ملاحظه گلهء گوسفندی که ده من  
پوست از  
آن مفروشند جایز خواهد بود. و لکن مشهور خلاف این است.  
و از جمله شروط، قبض ثمن است در مجلس قبل از مفارقت طرفین. و دعوی اجماع  
بر آن شده. و ظاهراً خلافی در آن نیست (الا از ابن جنید که جایز دانسته تاخیر تا  
سه روز  
را، و این قول مطروح است) پس هر گاه متبایعین مفارقت کنند قبل از قبض ثمن، بیع  
باطل  
مشود.  
و اگر بعض آن را قبض کرده باشند نسبت به آنچه قبض نشده، باطل است و در آن  
قدری که  
قبض شده صحیح است. لکن هر گاه به تقصیر بایع نشده، اختیار فسخ دارد. به  
جهت  
"تبعض" صفقه". و خلاف کرده‌اند که آیا جایز است قیمت را از دینی قرار بدهند  
که از  
بایع طلب دارد یا نه -؟ مشهور این است که جایز نیست، چون بیع دین به دین

است.  
و بعضی گمان کرده‌اند که صحیحه منصور بن حازم، دلالت دارد بر این. " قال:  
سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یكون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر  
ذلك. فاتی

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

المطلوب الطالب و ابتاع منه شيئاً -؟ قال: لا يبيعه نسيأ فاما نقدا فليبعه ١. " به

تقریب

اینکه کلمه " مطلوب " مفعول ٢ کلمهء " اتی " باشد و مراد این باشد که میخواهد در

عوض همان طلب، چیزی از او بخرد، و آن حضرت فرمود نقد بفروشد نه نسیه. یعنی

سلف نفروشد که قیمت آن را از آن طلب محسوب دارد.

و بر این، وارد است که در حدیث، مذکور نیست که میخواهد از او چیزی بخرد که طلب او قصد آن ٣ باشد. و همچنین اطلاق نسیه ٤ بر سلف، غیر ظاهر است. و گمان

حقیر این است که این حدیث در مسئله بیع نسیه، وارد است که فقها ذکر کرده‌اند که

هر گاه کسی به نسیه چیزی بفروشد و قبل از انقضای اجل خواهد آن را بخرد، جایز است نقدا و نسیتا در غیر صورتی که در ضمن عقد شرط آن کرده باشند. چنان که احادیث صحیحہ دلالت بر آن دارد. و [شاید] قید نسیه در کلام فقها اشاره به همین حدیث باشد که منع نسیه در آن شده. و هر چند این هم خلاف ظاهر حدیث است و محتاج است به تقدیر مضافی یعنی " قیمة طعام او بقر... " و لکن به ملاحظهء حدیث صحیح دیگر که منصور بن حازم روایت کرده ظهور به هم

میرساند: قال: قلت لابی عبد الله - ع - : رجل كان له على رجل دراهم من غنم اشترها

منه فاتى الطالب يتقاضاه، قال المطلوب: ابيعك هذا الغنم بدر اهلك التى عندى. فرضى. -؟. قال: لا بأس ٥ بذلك. " و از این جهت است که بعضی این حدیث را در این

مسئله، ذکر کرده‌اند و حمل به کراهت کرده‌اند. و علی ای تقدیر، حدیث خالی از اجمال ٦ نیست. و به آن استدلال کرده در غایت

١: وسائل: ج ١٢ ص ٣٧٣، ابواب احکام العقود، باب ٦ ح ٨

٢: میرزا در مسئله ١٣٩: با موضوعی روبرو خواهد شد که نیازی به این فرض ندارد و اگر کلمه " مطلوب " فاعل

هم باشد، باز حدیث دلالت خود را دارد.

٣: میرزا کم لطفی مفرماید زیرا مطلب خیلی روشن است.

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

٥: وسائل: ج ١٣ ص ٧٤، ابواب السلف، باب ١٢ ح ٤

۶: این حدیث از این جهت که هم حکم صورت نسیه و هم حکم صورت نقد را بیان میکند نه تنها  
مجمل نیست  
بل مبین و مفصل هم هست. موضوع تقدم و تأخر مفعول و فاعل يك چیز رایج در هر زبان است و کلمه  
" نسیه " را هم توضیح دادیم. بل وسیله وجود این حدیث، حدیث دوم مجمل میشود که صورت نسیه و  
نقد  
را توضیح نداده است.

اشکال است و محقق در شرایع و نافع و علامه در تحریر قائل به جواز شده‌اند. و از تنقیح

نقل نسبت این قول به شیخ شده و خود نیز آن را پسندیده و او هم به همین معنی تکیه

کرده که دین شدن آن، بعد معامله است ۱ نه قبل. چنان که خواهیم گفت. و عموماً هم

دلالت بر آن دارد و اجماعی که ادعا شده در لزوم قبض مجلس در اینجا معلوم نیست.

و مؤید آن است روایت احمد بن محمد بن عیسی: " قال: حدثني اسماعيل بن عمر، انه كان له علي رجل دراهم فعرض عليه الرجل انه يبيعه بها طعاما الى اجل. فامر اسمعيل من سئله فقال: لا بأس بذلك. قال: ثم عاد اسمعيل فسئله عن ذلك فقال: اني كنت امرت فلانا فسئلك عنها فقلت " لا بأس " فقال: ما يقول فيها من عند كم -؟. قلت:

يقولون فاسد. قال: لا تفعله، فاني ۲ او همت. " و آخر حدیث محمول است بر تقیه.

و استدلال مشهور به اینکه این بیع دین به دین است، ممنوع است به جهت آنکه متبادر از بیع دین به دین، این است که قبل از وقوع عقد، عوضین هر دو دین باشند. و در اینجا مبیع قبل از بیع، دین نیست بلکه به سبب بیع، دین میشود.

و اما هر گاه معامله بر ذمه واقع شود و آن دین را ثمن قرار ندهند و لکن بعد از معامله در همان مجلس، ثمن را از جمله دین محسوب دارند، پس در اینجا مشهور جواز

است. به سبب اینکه در اینجا دین، ثمن واقع نشده چون در عرف، ثمن آن را مگویند

---

۱: صاحب تنقیح نقل میکند نقل نسبت این قول به شیخ را، پس چنین چیزی مسلم نیست. علمای متقدم تا عصر مرحوم محقق (حدود اواخر قرن هفتم هجری قمری) همگی صورت مورد بحث را با اطلاق کلامشان

حرام دانسته‌اند. و تنها محقق و علامه و صاحب تنقیح، این نظریه را داده‌اند که چهارمین آنها مرحوم میرزا است.

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

توضیح: علاوه بر اضطراب‌های متعدد در متن حدیث، اسماعیل بن عمر هم واقفی مذهب است و هم توثیق نشده است.

(١٥١)



که حرف " با " بر آن داخل شود. و مفروض این است که در اینجا چنین نشده بلکه بعد

از وقوع معامله، استیفاء دین خود کرده، و در عوض ثمن محسوب داشته. بخلاف صورتی که حرف " با " بر سر دین در آید. و این از باب آن است که معامله به ذمه واقع شود و بعد از آن در همان مجلس وجه را حاضر کند. و شهید (ره) در دروس در صحت این ۱ هم اشکال کرده. چون این را هم از

جملهء موارد بیع دین به دین کرده. و شهید ثانی (ره) بر این ایراد کرده است (بعد از منع

صدق بیع دین به دین در اینجا) به اینکه اگر این تمام باشد پس باید در صورتی که بیع

را به عنوان اطلاق واقع کند و بعد از آن وجه را در مجلس حاضر کند هم، جایز نباشد.

و به هر حال احوط این است که بنا [را] بر مشهور بگذرانند و بعد از معامله، محاسبه کنند. و احوط از این همه، حاضر کردن ثمن است در مجلس تا از اشکال دروس هم فارغ باشد. اما دلیلی بر وجوب آنها نیست. و شهید ثانی و دیگران گفته‌اند که محاسبه در جائی ضرور است که ثمن و دین مغایر باشند در جنس و وصف. و اما

هر گاه متحد باشند مثل اینکه ده فروش عین، از او طلب دارد و صد من گندم از او مخرد به ده فروش عین، در مدت شش ماه، پس احتیاج به محاسبه نیست. بلکه اینها متساقط مشود قهرا. یعنی این از ذمهء او ساقط مشود و آن از ذمهء این. و ظاهر این است که مراد یا قصد " تقاص " باشد. چنان که از ظاهر عبارت کفایه هم

مستفاد مشود. یعنی در اینجا ضرور نیست قیمت کردن و حساب زیاد و کم، کردن.

و الا اکتفاء به مجرد مساوات طلبها، در این معنی اشکال است.

۱۰۲ - سؤال: بیان فرمایند که: مرد شعر بافی يك من ابریشم نقادی نکرده مدهد به نقاد، و دو فروش هم مدهد مثلا. و يك من نقادی کرده مگیرد. بدون اینکه دو ابریشم بیع کرده شود به نهج شرعی. معاوضه این نهج کردن، چه حال دارد؟

---

۱: منظور، آن صورتی است که معامله بر دین، واقع نشده بلکه پس از معامله ثمن را از دین محسوب داشته‌اند.

البته صاحب جواهر (ره) نیز همین اشکال را کرده است. رجوع کنید: جواهر: ج ۲۴ ص ۲۹۵ - حکم  
السلف  
فی الدین -

جواب: این معامله ربا است و صورتی ندارد. و تخلص از آن به یکی از حیل ربویه ممکن است. و از جمله حل آن در اینجا، همین است که ابریشم نقادی نکرده را بفروشد

به آن، به مبلغ معینی و آن مبلغ در ذمه مشتری قرار گیرد. و يك من ابریشم نقادی کرده بخرد. به قیمتی بالاتر و بعد از آنکه دو بیع با اجتماع شرایط صحت به عمل آمد،

و آن مال آن شد و این مال این، در آن وقت این ذمه او را بری کند از آنچه مطلبد، در

برابر مساوی آنچه از او طلب دارد. و آن هم این را بری کند و این قدر زاید را بگیرد.

و عمده در اینجا تصحیح نیت است که میانه خود و خدا، مقصود فرار از حرام باشد به حلال، و واقع ساختن بیع به قصد اینکه بیع است نه اینکه محض تغییر لفظ باشد. ۱

۱۰۳ - سؤال: پول قلب را میتوان به محصل‌های حکام داد؟ و مراد از محصل آن است که صادرات و مالیات بگیرد، و علم هم حاصل است که زیاده از آنچه شاه قرار داده بگیرد.

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

۱۰۴ - سؤال: مالیات را هر گاه پادشاه واگذارد بر کسی که ندهد. یا تنخواه صادرات خود گذارد. این را هم احتیاج به اذن مجتهد میباشد یا نه؟ -؟ و آیا آن شخصی که شاه مالیات را بر او وا گذاشته، باید از مصالح عامه باشد (مثل طلبه و غیره

باشد)؟ یا آنکه اشخاصی که به کسب مشغول میباشند، جایز است از برای آنها -؟. جواب: هر گاه به اذن مجتهد باشد و آن شخص از مصالح عامه باشد، خوب است و الا، فلا.

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

---

۱: در حقیقت راهی که مصنف نشان میدهد، راه فرار از ربا، نیست بل راه " صحیح انجام دادن معامله " است و با موضوع مسئله شماره ۶ که نظر ابتکاری امام خمینی (ره) در مقابل نظر مصنف شرح داده شد، اشتباه

نشود

(۱۵۳)

پنبه آن. (و امتحان نشده باشد و غرر در آن راه دارد، حتی حلاج‌ها هم نمیتوانند بدون

ریع نمودن، آن را بدانند) نقد و سلف‌اش، چه صورت دارد؟.  
جواب: ظاهر این است که همین که متعارف است بیع جوزق، و اهل عرف و عادت مسامحه میکنند در جهالت مقدار پنبه و تخم و پوست جوزق، بیع صحیح باشد. و دلیلی

بر بطلان آن نیست. بلکه ظاهر این است که بیع شیئی واحد است که جوزق باشد نه پنبه یا پنبه و تخم منفردا، منفردا. از قبیل خربزه و هندوانه و نار و گردو و غیر آنها، است. که

جهالت مغز و تخمه و پوست مضر به صحت بیع آنها نیست. و بسا باشد که در خربزه تخمه بسیار هست، و مغز نازکی دارد و پوست ضخیمی. و همچنین حال تخمه نار و انگور و غیر اینها. و به هر حال، اشکال در صحت بیع آن نیست.

بلی، اگر مقصود به بیع، پنبه به تنهایی باشد که تخمه و پوست مال بایع باشد، در آن صورت باطل است. و در آن وقت شاید تدبیر توان کرد به ضم ضمیمه معلومه، در صورتی که غرری لازم نیاید. که آن ضم ضمیمه، محض از راه فرار از معامله مجهوله

باشد. نه احتراز از غرر. مانند حیل شرعیه که در ربا میکنند. و تحقیق این مطلب گذشت.

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

فعلی " که به لفظ نگویید، چه صورت دارد؟.

جواب: مجرد لفظ " نمخواهم " مفهوم فسخ نیست. مگر با او ضم کند چیزی دیگر.

مثل اینکه بگوید " مالت را بگیر و من نمخواهم ". و لکن با وجود این در صورت اقاله

محتاج است به قبول بایع و دور نیست که " قبول فعلی " کافی باشد هر گاه به نحوی

باشد که مفهوم قبول باشد چنان که در دروس احتمال داده است.

و اما در صورت فسخ به سبب خیار، پس در آنجا قبول شرط نیست.

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

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

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

۱۰۸ - سؤال: کسی که امامت نماز جماعت نمکند و متوجه به تحصيل و تدريس (هيچ يك) نيست. و قدرت بر کسب هم دارد. به واسطهء طبابت استطاعت به هم رسانده. و مدت چند سال است که نقد و جنسی از ديوان، اخذ میکند به عنوان وظيفه.

آيا اين وجه بر او حرام نيست؟ و منافی عدالت او نيست؟ و هر گاه اراده توبه داشته باشد،

لکن چند سال قبل وجه را خورده است چه بايدش کرد -؟.  
جواب: هر گاه کسی که از جملهء مصالح عامه مسلمين، نباشد وظيفه گرفتن او (يعنی از باب خراج زمينهای خراجيه) صورتی ندارد. خصوصاً بدون اذن مجتهد عادل.

و اين فعل منافی عدالت است. و توبه او حاصل ميشود به استغفار و ندامت بر سلف. و عزم بر ترك. و هر چه به مصرف رسانيده از آن، به مصرف خود، [صحيح ميشود - يا - حلال ميشود] به اذن مجتهد عادل.

۱۰۹ - سؤال: هر گاه شخص ظالم جابري، شخص ديگر را ترجمان کرده باشد و محصل بر او گماشته باشد که تنخواه از او بگيرد. و آن شخص مظلوم از راه اضطرار املاك خود را در معرض بيع، در آورد و در عوض پول گرفته و به ظالم داده. آيا آن شخص مظلوم بعد از رفع ظلم ميتواند فسخ مبایعه بکند؟. و املاك خود را متصرف بشود؟. و ثمن را به مشتري رد نمايد؟ يا نه؟.

جواب: مجبور بودن در ترجمان دادن، مستلزم مجبوريت در بيع نيست. گاه هست در آن حال که باشد، به رضا مفروشده که جان خود را خلاص کند. پس هر گاه

ثابت نشود که در اصل بيع، مجبور بوده، بيع صحيح است. و بايع را سخن در آن نيست.

۱۱۰ - سؤال: فقها گفته اند " اطلاق العقد يقتضي تسليم العوضين " و مقتضای آن اين است که واجب است بر هر يك که آنچه در دست اوست بدهد. و هر يك ميتوانند

منع از قبض کنند تا ديگری به قبض بدهد. و قاعده ايشان اين است که در عقود

(100)



معاوضات مثل اجاره و غیره بلکه در نکاح هم گفته‌اند که زوجه می‌تواند تمکین ندهد تا

مهر را بگیرد هر گاه مهر مؤجل نباشد. الا ابن ادریس که شرط کرده است در این حکم

که زوج معسر نباشد.

و صاحب کفایه از مسالك نقل کرده که ایراد کرده است بر این کلام، که اگر اجماع ثابت باشد، خوب است و الا می‌تواند گفت که تکلیف اقتضاء میکند که هر يك

آنچه واجب است بر او به جا آورد.

و شهید (ره) در مسئله خیار تاخیر گفته است " لا خيار للمشتري بعد الثلاثة و لا فيها في ظاهر كلامهم مع انه يلوح منه جواز تاخير الثمن اذ لم يحكموا باجباره على النقد "

تحقیق در این سخن‌ها چه چیز است؟ بیان فرمایند.

جواب: بدان که: در مسئله بیع، بعد از اتفاق ایشان ظاهراً بر وجوب تسلیم بر هر دو، خلاف کرده‌اند که هر گاه تمانع کنند (یعنی هر کدام بگویند نمدهم تا نگیرم) آیا

تقدیم و تاخیری در اینجا معتبر هست یا نه (؟ - ؟). مشهور این است که دو طرف مساوی

است. به جهت آنکه حق هر يك در نزد دیگری است و هر دو مساوی‌اند در اشتغال ذمه

به تسلیم. و هر گاه ممانعت کنند حاکم هر دو را اجبار میکند بر تسلیم.

و از شیخ و ابن براج و ابن زهره و ابن ادریس نقل شده است قول به اینکه در صورت تمانع،

حاکم اولاً بایع را اجبار میکند بر تسلیم. زیرا که ثمن تابع مبیع است. و اقوی قول مشهور است

زیرا که عقد بیع که لازم شد، فرقی میان ثمن و مثن باقی نماند.

و اما در مسئله اجاره: پس صریح فتاوی ایشان این است که اجرت به محض صیغه ملك موجر میشود. و لکن واجب نیست تسلیم آن الا بعد تسلیم عین مستأجره، یا به جا

آوردن عمل. و ظاهر این است که این مبتنی است بر اینکه به جا آوردن عمل به منزله

اقباض منفعت است. و همچنین تسلیم عین مستأجره. پس فرقی با بیع نخواهد داشت.

و

این بیع است زیرا که مقتضای فتوای ایشان وجود تقدیم اقباض موجر است.  
و اما در نکاح: پس دلیل در عدم جواز تمکین زوجه، تا آنکه مهر را بگیرد، اجماع  
است که از جماعتی منقول منقول است که از جمله آنها شهید ثانی است. و گفته  
است که مراد

این است که باید دفعتاً تسلیم از طرفین به عمل بیاید. مثل اینکه مهر را به دست ثالثی بدهند به رضای طرفین و تمکین کند. یا خود بگیرد و تمکین کند. و اینکه از صاحب

کفایه نقل شده است که نسبت آن کلام را به مسالك داده، نه در کفایه از آن خبری است و نه در مسالك از آن اثری. بلکه اسناد این کلام را به بعض متاخرین داده. و ظاهر

این است که مراد، صاحب مدارك است، زیرا که او در شرح نافع، چنین گفته است (در

مسئله امتناع زوجه از تمکین را):

و لم اقف ۱ فی هذه المسئلة على نص. والذي يقتضيه النظر فيها ان تسليم الزوجة له  
۲

نفسها، حق عليها. و تسليم المهر اليها حق عليه فيجب على كل منهما ايصال الحق  
الى

مستحقه. و اذا اخل احدهما بالواجب يعصى. و لا يسقط بعصيانه حق الاخر. فان تم  
الاجماع على ان لها الامتناع من التسليم نفسها الى ان يقبض المهر (كما ذكره الاكثر)  
او

الى ان يحصل التقابض من الطرفين، فلا كلام. و الا وجب المصير الى ما ذكرنا.  
و در کفایه هم همین عبارت را نقل کرده و گفته است " و هو حسن " و از این  
سخن

صاحب مدارك بر مآید منع جواز تمانع در مطلق معاوضات. و از شهید ثانی ظاهر  
مشود که خلافی ندارد. چنان که در مسالك و شرح لمعه هر دو، تصریح کرده که  
حکم

معاوضه این است که جایز است از برای هر يك از متعاضین که منع کند از آنچه در  
دست

اوست تا به او بدهد دیگری آنچه در دست اوست. و مسئله تمکین زوجه را علاوه  
بر

" اتفاق " ی که دعوی کرده، متفرع کرده بر قاعده متعاضین.

و عمده اعتماد بر اجماع است چون نکاح از معاوضات محضه نیست. زیرا که گاه  
است ذکر مهر در او، هیچ نمیشود. چنان که در " مفوضه البضع ". و از این جهت  
در

مسالك هم، آن را از باب معاوضات شمرده در صورت ذکر مهر.

و به هر حال ظاهر کلام ایشان این است که تمانع [برای] استنقاذ حق جایز باشد.

و شاید دلیل آن اجماع باشد یا محض " تقاص حق ". چون این تمانع نوعی ۳

## تفاسی

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

است در صورت خوف تلف حق.

و اما کلام شهید در دروس: پس آن عبارت متشابهی است و گویا مراد او بحثی است بر قوم یعنی چون فتوای قوم جواز تمانع است از برای استنقاذ حق، پس ۱ در صورت تمانع حاکم اجبار میکند طرفین را بر ادای حق. و با وجود این ظاهر فتوای ایشان در اینجا این است که مشتری در مسئلهء خیار تاخیر، خیاری ندارد که فسخ کند. و

نگفته‌اند که باید حاکم او را اجبار کند که ثمن [را] بدهد. پس گویا راضی شده‌اند به

اینکه بیع لازم باشد با عدم ادای حق. و اجباری هم نمکنند او را بر اداء. و این منافعی

فتوای ایشان است در عقود معاوضه. یعنی هر گاه بایع فسخ نکرد و مشتری هم خیار فسخ ندارد و قیمت را هم نمدهد پس بیع لازم بر جا است با وجود منع. و اجباری در میان نیست.

و آنچه به نظر حقیر مرسد در دفع اشکال ۲ شهید این است که: اعتماد ایشان در این مقام به آن چیزی است که در مطلق عقود معاوضه گفته‌اند. و منافاتی نیست ما بین لزوم عقد و حرمة تمانع. و لزوم اجبار در اینجا همین در خیار فسخ و عدم آن است. و تعرضی به حال اجبار بر تسلیم نیست.

باقی ماند کلام در اینکه: هر گاه مراد شهید (ره) این است که تو گفתי پس چرا تخصیص داد بحث را به عدم اجبار مشتری بر ادای ثمن؟ بلکه این سخن در ماده بایع هم جاری است که ظاهر مشهود از فتوای ایشان در اینجا که جایز است از برای او تاخیر

تسلیم مبیع. چون گفته‌اند که هر گاه تسلیم حاصل نشود از طرفین، خیار فسخ از برای

بایع ثابت مشهود. و نگفته‌اند اجبار میکنند بایع را بر تسلیم خصوصاً در ظرف سه روز.

و ممکن است که بگوئیم که: نظر شهید به این است که فرض مسئله خیار تاخیر، در جائی است که تقصیر از مشتری اتفاق افتاده که قیمت را نبرده از برای بایع (چنان که

بعض احادیث این مسئله، دلالت بر آن دارد). و صورت منع بایع ابتداء داخل مسئله

---

۱: در نسخه: و.

۲: نسخه بدل: گفتار شهید

(108)

نیست. بلکه مفروض این است که تسلیم نکردن بایع، یا از راه ممانعت مشتری است در دادن قیمت. یا از باب اتفاق [که] بایع تسلیم نکرده و مشتری هم از پی او نیامده. نه از باب تمناع و مناقشه. و این منافات با لزوم تسلیم ندارد، اگر مطالبه از طرفین واقع مشد.

و از این جهت است که عنوان مسئله [را] از برای بایع، قرار داده‌اند و گفته‌اند "من باع و لم يقبض المبيع فهو لازم الی ثلاثة ایام ثم له الخيار" پس هر گاه بایع بفروشد مبیع

را، و پشیمان شود و به قبض مشتری ندهد و مشتری هم از جهت منع بایع قیمت را ندهد

و مطالبهء مبیع، کند و بگوید "مبیع را تسلیم کن تا من ثمن را تسلیم کنم" و بایع قبول

کند. معلوم نیست که فتوای ایشان در اینجا هم ثبوت خیار فسخ باشد از برای بایع. و لکن در کلام ایشان تصریحی به این مطلب ندیدم.

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

جواب: بیع غش (خواه از قبیل آب در شیر کردن باشد یا در تاریکی فروختن) حرام است. و همچنین عمدا فریب دادن و مغبون کردن حرام است. و لکن اصل بیع، فاسد نیست. و منافع آن حرام نیست. و نماز کردن در آن باطل نیست. بلی. خیار، از برای مغبون و مغرور، در فسخ معامله هست. و اما بیع مجهول: پس آن حرام و باطل است. مگر با ضم ضمیمه به تفصیلی که در اوایل کتاب ۱ بیان کردیم.

و اما خریدن به واسطه ظالم: پس هر گاه جبر بکند مالک را بر بیع، و به اکراه بفروشد، و بعد از آن اجازه و امضا نکند، هم حرام است و هم باطل. و منافع این دو

---

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

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

۱۱۲ - سؤال: هر گاه زید، دو دانگ ملك مشاعی در جملهء شش دانگ ملكی متصرف باشد. و در آن اوقات تصرف، يك دانگ آن را به بیع خیار شرط، به عمرو، بفروشد و نیم دانگ آن را به خالد. و نیم دانگ دیگر، از برای او به جا بماند. و آن دو

بیع شرط هر دو به سبب انقضای مدت خیار، و عدم رد ثمن، لازم شوند. و بعد از اینها بکر بیاید و مدعی شود که يك دانگ از جملهء دو دانگ مشاعا مال من است، و این تصرفات غصب بوده. و به ثبوت شرعی برساند حقیقت خود را. و به این

سبب ظاهر شود که زید در حین آن دو بیع شرط، در نفس الامر مالك يك دانگ بیش

نبوده. الحال يك دانگ باقی مال کیست؟

جواب: بدان که: دانگ و نصف دانگ به منزلهء " نصف " و " ربع " است که در اینجا

" حقیقت " در مشاع است، نه " معهود ۱ ". پس در صورت مفروضه هر گاه معلوم شود که

زید در حین مبیعیتن، آن ملك را بالتمام ملك خود مدانسته و جاهل بوده است به اینکه يك دانگ آن، از مال غیر است (مثل اینکه به میراث به او رسیده یا مجموع آن را از

مسلمی خریده و نمدانست که غیری در آن حقی دارد). در این صورت بیع حمل بر اشاعه میشود. پس هر گاه بیع يك دانگ، متقدم است، در نصف دانگ " لازم " است. که

ربع مجموع است. و در نصف دیگر موقوف است به اجازهء این ثالث و بدون اجازهء [او]

باطل میشود.

و بیع نیم دانگ که به خالد کرده (بعد از آن) هم در ربع دانگ لازم است که ثمن ۲ مجموع است و در ربع دیگر موقوف است به اجازهء ثالث. و بالفعل ربع دانگ در ملك زید



-----  
۱: یاد آوری مشهود منظور، دو اصطلاح اصولی (و نیز ادبی) حقیقت و عهد است. اگر معنی و کاربرد " دانگ "

را در اینجا " عهد " بگیریم بیع اول که يك دانگ بوده صحیح میشود و چیزی برای معامله نماند.

۲: ثمن: يك هشتم. با ثمن به معنای قیمت اشتباه نشود

باقی است. و در این صورت، مشتریان را خیار " تبعض صنفه " حاصل میشود و به مقتضای آن عمل میشود.

ظاهر این است که حکم ساهی و غافل هم، مثل جاهد باشد. بلکه حکم عالم غاصب بیروا که فرق بین ملك خود و غیر نمکند (و از حال او معلوم باشد که قصد اشاعه کرده است) هم، چنین است.

در صورتی که معلوم شود که زید در حین بیع قصد بیع حصه خود کرده (خواه با علم به استحقاق غیر در این، یا با فرض استحقاق آن) یعنی قصد کند که اگر بالفرض نصف این ملك از غیر باشد من قصد نصف خود دارم. در آن نیز اشکالی نیست. که بیع

متعلق به حصه خود او است و صحیح است. و به مقتضای آن، عمل میشود. و اما در صورت جهالت به حال، یعنی نمدانیم که حال بایع در آن وقت چه بوده، جاهل بوده یا عالم، متذکر بوده یا غافل. در این صورت اظهر این است که منصرف میشود بیع به حصه خود او، و بر اشاعه حمل نمیشود.

و گمان حقیر این است که مراد اکثر فقها که تنزیل بیع را به حصه مالك میکنند هم، در صورت جهل به حال واقعه است. نه اینکه در صورتی که معلوم باشد که مالك

نمیدانسته که غیر در آن حقی دارد. یا امثال آن نیز حمل شود بر حصه خود. و در صورتی که بنا به " تنزیل بیع به حصه خود " شود. هر گاه دانگ مقدم است، تمام يك دانگ مال عمرو است، و مالك و خالد را در آن حقی باقی نمیداند. و هر گاه

بیع نیم دانگ خالد مقدم است، نیم دانگ بالتمام مال او است. و عمرو، را خیار تبعض

صنفه ثابت است. و از برای مالك چیزی باقی نمماند.

و تفصیل مقام با اشاره به مأخذ و اشکالات در مسئله، این است که: بدان که دانگ و دو دانگ از قبیل ثلث و ربع است. و وضع آن بالاشاعه است و عهدی در آن ملحوظ نیست. پس هر گاه بگویند که نصف خانه یا ثلث خانه، نصف معینی

یا ثلث معینی مراد نخواهد بود. بلکه قابل هر يك از دو نصف و هر يك از سه ثلث، خواهد بود. و تا قرینه نباشد، حمل بر نصف یا ثلث معینی نمیشود. و اما هر گاه ضم

شود کلمهء نصف یا ثلث به مثل بیع یا صلح یا اجاره یا امثال آن، و گفته شود که " فروختم

نصف این خانه - یا ثلث این خانه را ". پس شکی نیست که مقتضای حاضر لفظ نصف و

ثلث، این است که نصف معینی که در جانب خاصی باشد یا ثلث معینی را نخواسته.

بلی، اشکال کرده‌اند در جائی که اصل مال، مشترك باشد میان دو نفر (مثلاً) بالمناصفه. واحدهما بگویند " بعثك نصف هذا الدار " منصرف میشود به نصف

مختص

خود بایع، یا به نصف مشاع؟ -؟ و بنابر آخری، در ربع " لازم " است و در ربع مال شريك، " فضولی " است، و محتاج است به اجازه. و از کلمات فقها در این مسئله،

چیزی

که الحال در نظر هست، یکی عبارت قواعد است. و آن این است که:

" ولو باع ملكه و ملك غيره، صح في ما يملك، و وقف الاخر على اجازة المالك " تا آنجا که گفته است " ولو باع مالك النصف، النصف انصرف الى نصيبه، و يحتمل الاشاعه،

فيقف في نصف الاخر على الاجازة ". مجمل استدلال فخر المحققين در شرح آن این است که:

اصل در بیع لزوم است. و ظاهر این است که مراد او همان باشد که در مسالك نقل میکند.

دوم عبارت مسالك است در کتاب صلح، که در آنجا - بعد از آنکه عبارت محقق را نقل کرده که " ولو ادعى اثنان دارا في يد ثالث بسبب موجب للشركة ۱ فصدق المدعى

عليه احدهما و صالحه على ذلك النصف بعوض، فان كان باذن صاحبه صح الصلح في النصف اجمع، فكان العوض بينهما. و ان كان به غير اذنه، صح في حقه خاصه. اما لو

ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا في ما يقربه لاحدهما " - شرح این دو عبارت را و توضیح مطلب از آنها را کرده. و حاصل آن این است

که:

در صورت اول که اشتراك آن دو نفر در آن مال ثابت شده به اقرار خود ایشان (به



موجب شرکت که میراث است مثلاً) و اینکه ذی‌الید اقرار را مختص یکی از آنها کرد،  
نفی حق دیگری را نمکند. پس هر گاه "مقر له" صلح کند با ذی‌الید بر آن نصف  
"مقر به"، پس اگر به اذن شریک است، صلح صحیح است در تمام نصف به تمام  
عوض. و  
آن عوض مشترک است بینهما. و الا، پس صحیح خواهد بود در حصه مقر له، به  
نسبت  
آن حصه از آن عوض. و تتمهء همین نصف مال آن شریک دیگر، خواهد بود. و در  
صورت  
دوم، یعنی اینکه یکی بگوید که نصف این، به میراث به من رسیده. و آن دیگری  
بگوید  
نصف این را من خریده‌ام. در اینجا اقرار ذی‌الید از برای یکی از آنها مستلزم اشتراک  
دیگری نیست با او در آن نصف.  
و بعد از آن گفته است که "مصنف و جماعتی مطلب را  
چنین بیان کرده‌اند". و گفته است: و فیه بحث  
، لان هذا، لا يتم الا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الاشاعة، كالاقرار. و هم  
يقولون به، بل يحملون اطلاقه على ملك البائع و المصالح. حتى لو باع ابتداء مالك  
النصف نصف العين مطلقا، انصرف الى نصيبه. و وجهه ان اللفظ من حيث هو و ان  
تساوت  
نسبته الى النصفين، الا انه من خارج قدیر جح انصرافه الى النصف المملوك للبائع. نظرا  
الى  
ان اطلاق البيع انما يحمل على المتعارف فى الاستعمال، و هو البيع الذى يترتب عليه  
انتقال الملك بفعل المتعاقدين.  
و لا يجرى ذلك الا فى المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشيىء،  
فيستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره. و ح، فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى  
نصيب المقر له، خاصه. فيصح فى جميع الحصص بجميع العوض. و يبقى المنازعة بين  
الآخر  
و المتشبهت، ان وقع الصلح على النصف مطلقا، او النصف الذى هو ملك المقر له.  
اما لو وقع على النصف الذى اقر به المتشبهت، توجه قول الجماعة. لان الاقرار منزل  
على الاشاعة، و الصلح وقع على المقر به فيكون تبعاً له فيها. و على هذا ينبغي حمل  
كلامهم، لئلا ينافى ما ذكره من القاعدة التى ذكرناها. وهذا توجيه حسن لم ينبهوا  
عليه.  
پس ما در این مقام متوجه مسئله بيع مشوييم که مقصود سائل است. بعد از آن



(163)

متوجه گفتار در مسئله صلح، که محقق ذکر کرده مشویم. پس مگوییم که: قول بایع

" بعت النصف من هذه الدار " با وجود آنکه مالك بیش از نصف نباشد، به چندین قسم

فرض میشود:

یکی اینکه: جاهلند بایع و مشتری هر دو به اینکه نصف خانه مال غیر است، و بیع واقع میشود. مثل اینکه خانه به میراث به او رسیده و مجموع آن را مال خود مداند،

و

نصف آن را مفروشد. و بعد از آن کاشف به عمل مآید که نصف [آن] مال غیر بوده. یا بایع فراموش کرده که غیر در آن شریک است و همه را مال خود مداند و مفروشد. یا آنکه مداند که غیر شریک است و لکن معتقد این است که مال غیر را میتوان فروخت. مثل مال زن یا فرزند. یا آنکه غاصب بی دینی است که حلال و

حرام را

فرق نمکند و دو را مال خود مداند و مفروشد.

در این صورتها (خصوصا صورت اولی)، وارد مآید بر آن، دلیلی که در مسالك ذکر کرده که بیع منصرف میشود به مال خود، زیرا که اطلاق بیع حمل میشود بر آنچه متعارف است در استعمال آن، که بیع مگویند و چیزی را اراده میکنند که بالفعل مال به سبب آن منتقل میشود به غیر. و این ممکن نیست الا در مملوك.

و ۱ این سخن در این اقسام مذکوره جاری نیست به سبب اینکه در همه آنها - خصوصا صورت اول - همهء ملك را مال خود مداند، و قصد او متعلق به نصف

مجموع

ملك خود شده و شرعا هم در آن حال بیع محکوم است به ملکیت او، واحدی را در آن شراکتی نیست، و پای گیری در میان نیست که قصد بیع مال او را بکند یا نکند.

خلاصه: معیار آن دلیل، این است که معتبر قصد بایع است و ۲ ما آن را مسلم داریم و شکی نیست که در آن قصد جمیع نصف مشاع در ملك خود کرده. نه آن

نصف

معین در نفس الامر که مال خود او است در نفس الامر. قصد او نسبت به هر دو

نصف

۱: و در نسخه: که این سخن.

۲: در نسخه: و اما





مساوی است. و خلاف شرعی هم نکرده است که بگوئیم فعل مسلم محمول بر صحت

است. و مملوك بودن مبيع، جزء بيع نیست. چه جای علم به مملوك بودن نفس الامری.

و از این جهت است که مگویند که " فلان کس مال غیر را فروخت " و سلب اسم بيع از بيع مال غیر، نمیتوان کرد. و آن علامت حقیقت است. و عدول از اصل حقیقت

صورتی ندارد در لفظ " نصف " و هم در لفظ " بيع ". بلی چون ظاهر و شایع و غالب این

است که در استعمال آن را میخواهند که انتقال بالفعل حاصل شود، منصرف به فضولی نمیشود. و آن صورتی است که بایع عالم به حال و متذکر باشد که نصف، مال

غیر است.

در این صورت هر گاه بگویند " بعث النصف من هذه الدار " منصرف میشود به نصف مملوك. و ممکن است که صورت سهو و غفلت را هم به این نهج معمول داریم. چنان که

در نذور و اوقاف و امثال آن. مثل آنکه متعارف است در میان عوام که مگویند فلان چیز را نذر امام حسین (ع) کرده‌ام، یا نذر بیت الله کرده‌ام. که مطلقاً و اصلاً قصد امر

معین ندارد. و با وجود این فقها برای آنها معانی قرار میدهند با آنکه لفظ مورد نذر را به خاطر دارد اما مقصود به آن را فراموش کرده. یا آنکه مورث او لفظی گفته و او

معنی و مراد او را نمیدانند.

و لکن این در بيع صحيح نیست. چون تعیین مبيع شرط است و " العقود تابع للقصود ". اگر بگوئی که " متبادر از بيع نصف، نصف مملوك دار است ". گوئیم "

بر

فرض تسلیم آن ما هم مگوئیم متبادر از نصف مملوك دار، نصف دار مملوك است ". یعنی داری که تمام آن ملك او باشد. و این تبادر دار مشترك نفس الامری نیست.

زیرا

که در اینجا توصیف نصف مملوك لغو است. چون خود دار مملوك است.

و ظاهر این است که مراد فقها هم در اینجا که مگویند " منصرف میشود به

نصف مملوك " صورت علم به اشتراك و تذکر است. پس خوب تأمل کن عبارت علامه و

فخر المحققين و مسالك را تا بفهمی که چنین است یا نه. و حکایت صلحی که این

عبارت به طفیل آن مذکور است، شاهد بر این است.  
باقی ماند اشکال در جائی که قصد بایع معلوم نباشد، و حال او هم معلوم نباشد  
که عالم بوده یا جاهل، و متذکر بوده یا غافل. مثل اینکه حکایت بیع به این لفظ از  
مورث او به ثبوت برسد، و مقصود او و حال او معلوم نباشد. دور نیست که در

چنین  
جائی باز گوئیم ظاهر غلبهء تعلق به مملوك است. به هر حال، در اینجا اصل حقیقت  
در

لفظ بیع و نصف، هر دو منفرداً مقتضی اشاعه است. و غلبه، شاهد تعیین مملوك  
است.

و این در مواضع [مختلف] مختلف است.  
و شکی نیست که در صورتی که بایع متذکر نیست و همهء ملك را از خود میداند و  
نصف آن را مفروشده و در آخر کاشف به عمل میآید که نصف مجموع مال غیر  
بوده،

غلبه و ظهوری نیست که رافع اصل حقیقت تواند شد. بلکه ظاهر مخالف در مسئله،  
این

است که در صورت علم هم حمل به اشاعه میکند. به جهت اصل حقیقت. چنان که  
از

کلام مسالك و ایضاح مستفاد میشود. و در مسالك این را که گفتیم، توجیه کلام  
ایشان نامیده است. و در ایضاح در وجه حمل به اشاعه (که ظاهر این است که مراد  
او

صورت علم به حال و تذکر است) گفته است که:  
وجه الاشاعه انه بیع صالح لملكه و ملك غیره. ولهذا یقبل بكل منهما. ولفظ النصف،  
اذا

اطلق یحمل علی الاشاعه و لم یجعل الشارع صحة التصرف قرینة فی المجازات  
والمشترکات.

این، گفتار بود در مسئله بیع و صلح که حمل بر اشاعه میشود یا به حصهء مختصی.  
و

اما کلام محقق در مسئلهء " صلح مال مشترك، بعد از اقرار ذی الید از برای احدهما  
" و

" بحث صاحب مسالك بر محقق و جماعت فقها ". پس گمان حقر این است که آن  
تمام

نیست. زیرا که کلمهء " ذلك النصف " در عبارت محقق صریح است در نصفی که  
ذی الید اقرار

به آن کرده. و ارادهء نصف مال مطلقا، یا نصف معینی که ملك " مقرر له " است، از آن بی وجه است.  
و همچنین الف و لام در کلمهء " فی النصف اجمع " از برای " عهد " است و راجع است به همان نصف. و این ظاهر عبارت بلکه صریح آن است. و این را توجیه نامیدن و نفی تنبیه بر

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

پس میتواند شد که دیگری هم در آن نصف ید ظاهره داشته باشد. و چون آنچه از اقرار حجت است، همان اسقاط ید ذی الید است از آن نصف. و اما اثبات مالکیت مقرر له، پس تمام نمیشود الا به عدم تکذیب او ذی الید را. یا [به] تصدیق او، یا عدم مزاحم. پس میتواند شد که به اقرار، تمام مقربه ثابت شود از برای مقرر له. و میتواند شد که بعضی ثابت شود. به جهت ثبوت ید ظاهره دیگر بر آن یا بر بعضی آن. پس از اینجا قابلیت مقربه از برای اشاعه نسبت به مقرر له، حاصل میشود که ممکن است که شريك داشته باشد در مقربه.

پس هر گاه صلح یا بیع، بر آن وارد شود، باید ملاحظه حال بیع و صلح را کرد. نه ملاحظه حال اقرار را. پس ضرر نکرده است که هر چه به اقرار حاصل شود، باید همیشه بر اشاعه خود باقی بماند. و همچنین قابلیت امر حاصل به اقرار از برای اشاعه، منافات با ثبوت و فعلیت اشاعه قبل از اقرار ندارد. پس آنچه منشأ اشتراك [احد] شریکین است (در میراث مثلاً) با دیگری در نصف مقربه، همان اعتراف ایشان است به اینکه ملکیت ایشان از جهت میراث است. که موجب تسویه است. نه از راه اینکه اقرار قابل اشاعه مقربه

است.  
پس در اینجا نیز همان تفصیل است که محقق و جماعت داده‌اند. که اگر در صلح  
قصد  
حصهء خود کرده عوض مختص او است. و الا مشترك است فی ما بینهما. بلکه هر  
گاه ذو الید  
نصف آنچه [را که] در دست او است هبه کند به احدهما در اول بار (یا صلح یا بیع  
کند به  
وجهی) و ثانیاً آن را به صیغهء مصالحه به خود منتقل کند به عوضی. باز سخن همین

جماعت در آن جاری است و منشأ آن همان اعتراف ایشان است به اشتراك در مجموع.

و به هر حال کلام محقق و جماعت را از فروع مسئلهء " صلح در مشترك " کردن و بحث بر آن کردن راهی ندارد.

والحاصل: این " مال مشترك بين الوارثين، باقرارهما " به منزلهء دین است که از جهت سبب واحدی بر ذمهء غیر داشته باشند. و احدهما قدری از آن را بگیرد در ازای حق خودش که اشهر و اقوی این است که هر دو در آن شریکند. و اقرار ذی الید بعد از انکار اصل دین به بعضی از آن، از برای احدهما به منزلهء گرفتن احدهما است آن بعض را. پس چون در اینجا هر دو متفقند بر اشتراك در آن مال که در دست ذی الید است از راه میراث (مثلاً) و ذی الید مانع حق ایشان بود، و به سبب اقرار به نصف از برای مقرر له، رفع ید از نصف مشاع کرده، پس همین نصف مشاع به منزلهء همان قدر از دین است که احدهما مگرفت از برای خود.

پس هر گاه صلحی یا بیعی واقع شود بر آن از مقرر له، و شریک هم اجازهء آن بکند، هر دو آن شریک خواهند بود. و بنابر قول مشهور در حکم دین، اشکالی در این نخواهد بود. پس معیار مشارکت در آن حصه، همان خروج از دست ذی الید است. خواه به اقرار باشد یا غیر اقرار. و اما قبل از خروج از دست او، هر گاه احدهما صلح کند یا بیع کند حصهء خود را به ذی الید، منشأ شراکت دیگری نمیشود. و همچنین هر گاه اطلاق کند صلح و بیع را نسبت به آن حصه، و اضافه به خود نکند. بنابر مشهور. و بعضی گفته‌اند که: در صورتی که دو نفر معترف باشند به اینکه مالی که در دست غیر است مشترك است میان آن دو نفر به عنوان میراث. و صلح کند احدهما حصهء خود را در عوض چیزی با آن ذی الید، هر دو [ی] آنها شریکند در آن، هر گاه به اذن دیگری شده است. و لکن در وقتی که آن مقدار حصه به قبض او در آمده باشد.

بخلاف آنکه هنوز به قبض نیامده باشد. به سبب اینکه آنچه حاصل میشود از برای آنها

از قبیل قبض (یعنی از جانب قبض) و به قبض در مآید، به ترکه و میراث محسوب میشود که هر دو در آن شریک میشوند. و تا به قبض در نیامده است، هنوز به میراث



محسوب نیست، که مشترك ما بین آنها باشد. بلکه حقی است که آن را ادعا میکنند.

و شهید ثانی بر این ایراد کرده است که اینکه تصرف احد شریکین (در آن مالی که هر دو معترفند که میراث است) در وقتی موجب اشتراك هر دو میشود که از عین آن

مال به دست احدهما چیزی بیاید که هر دو در آن عین شریک میشوند. یا احدهما قدری از آن عین را بفروشد که هر دو شریک در عوض میشوند. اما هر گاه احد شریکین

به قدر حصه خود را صلح کند به ذی الید، پس در آنجا فرقی نیست ما بین اینکه قبض

حاصل شده باشد، یا نه، و باید بنا را در اینجا بر مسئله گذاشت که هر گاه احد شریکین، در دینی مصالحه کند حق خود را به عوضی، آیا آن عوض مختص او میشود یا

مشترك است میان هر دو؟ -؟ و چون مفروض این است که مصالحه بر مقدار حق مشاعا

شده فرقی نیست ما بین مصالحه قبل از قبض و بعد از قبض.

و چون آنچه به دست نیامده است قبل از قبض، از حقیقت او بیرون نرفته و بعد از قبض هم صلح را بر عین معینی نکرده بلکه به آن صلح را بر حق خود کرده. پس حکم هر دو یکی خواهد بود. و باید رجوع به آن مسئله کرد. و اظهر در آنجا

اختصاص است به حق خود.

پس اشتراك بینهما حاصل نمیشود در عوض، خواه قبل از قبض باشد یا بعد.

بخلاف آن دو صورت سابقه، یعنی صورت قبض عین بدون مصالحه، که هر دو شریکند

در عین به مقتضای اعتراف هر دو. و در صورت بیع احدهما بعضی از عین را که هر دو

شریک [اند در آن] هر دو شریک میشوند در عوض، در صورت اجازه.

و این سخن‌ها که گفته است، در نظر حقیر خوب است. و از اینجا معلوم میشود حکم آنجا که آن دو نفر ادعای دینی بکنند بر آن ثالث، به عنوان اشتراك از باب میراث. که آنچه را به دست گرفته شود مشترك است ما بین هر دو. و آنچه صلح شود،

عوض آن مختص آن است که صلح کرده است. و همچنین هر گاه بفروشد حصه خود را از

دین بر وجه صحیحی. و در این مقام عبارات مسالك در نهایت اغلاق و اشکال  
است. و  
امید هست از تفضلات الهی که بعد از تأمل تام در آنچه ما ذکر کردیم مطالب او  
واضح

شود.

باقی مانده کلام، در مسئلهء ثانیهء صلح، که آن دو نفر ادعا کنند هر يك به موجب علی حده. و گمان حقیر این است که در صورت اعتراف هر يك به حقیقت دیگری در آنچه

ادعا میکنند باز مثل صورت اتحاد موجب، باشد. در اینکه حصول هر قدر از آن از برای

هر يك، منشأ اشتراك دیگری باشد. و همچنین حکایت مصالحه بر آن. به علت اعتراف

هر دو به اشاعهء ملکیت آن بینهما.

۱۱۳ - سؤال: شخصی قطعه زمینی را به حدود معینه، مفروشده به ثمن معین. و بعد بایع ادعا میکند که من مبیع را قبل از بیع مشاهده نکرده بودم. و یا چنین مدانستم که این زمین مبذر چهار خروار بذر است، الحال معلوم شده که بیشتر است.

آیا تعیین حدود اربعه رافع جهالت هست یا نه؟ -؟ و با وجود تعیین مذکور، بایع ادعای

خیار رؤیت میتواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند فقها تجویز کرده‌اند بیع اراضی و ثیاب را به مشاهده بدون ذرع و مساحت. و مشاهده را رافع جهالت دانسته‌اند، و لکن این سخن بر " اطلاق " خود، باقی

نیست. به جهت آنکه مناط در بطلان بیع مجهول، غرر و سفاهت است در عرف و عادت.

و آن متعارف است در مثل ثیاب. مثلاً ثوب قلمکار ۱ و الیجه و تافته و دارائی ۲ را به همان

نام خود میخرند بدون پیمودن به ذراع، و در آن غرری و سفاهتی در عرف و عادت نیست.

و لکن در کرباسهای هشت چله و تابدار و کتان و امثال اینها، بدون ذرع کردن، در عرف و عادت منشأ غرر و سفاهت است. و بیع اولی بدون پیمودن صحیح است. بخلاف

ثانی. بیش از این نیست که هر گاه در اولی ناقص بر آید، مشتری خیار فسخ دارد به جهت نقصان. و اما بیع ثانی از اصل باطل است، به سبب جهالت مبیع.

تافته: شناخته نشد - دارائی پارچه‌ای از ابریشم، رنگا رنگ و موج دار. ملاك در این پارچه‌ها " تکقواره " بودن آنهاست که نیازی به متر کردن، نبوده والیحه نیز قبلا معنی شده است

پس مگوئیم که زمین هم متفاوت است بعضی مزارع عظیمه هست که در عرف نه ذکر مساحت آن میشود و نه " بذر افکن "، و نه وصف به مقدار، و نه مساحت [به] بذر.

بلکه به مشاهده یا وصف فی الجمله اکتفا میشود، و هیچ ناخوشی ندارد. و اما بعضی قطعات مفروزه که در بعضی بلاد اهتمام تمام دارند به عمارت آن، و شمار ۱ ریختن در آن.

و بر سر يك من مبذر کمال دقت میکنند. در آنجا جهالت مقدار و مبذر جزما مضر است. و مشاهده و تحدید حدود، و تعیین آن بدون مساحت (یا ذکر مقدار آن، که بگویند

چند جریب یا چند قفیز است) رافع جهالت نیست.

پس هر گاه در صورت سؤال، از این باب زمین بوده و بایع مساحت و مقدار را نمیدانسته (هر چند حدود اربعه داده‌اند) بیع صحیح نیست. و هر گاه خود نمیدانسته و لکن مشتری یا ثالثی وصف آن زمین را به مقدار کرده‌اند، و به این وصف فروخته و بعد

رؤیت و تامل خلاف آن ظاهر شود، هر چند بیع صحیح است و لکن در اینجا خیار ثابت

میشود از برای بایع.

خواهی نام آن را خیار رؤیت بگذار و خواهی خیار غرر و تدلیس.

۱۱۴ - سؤال: زید در کاشان " روناس " مسخرد از عمرو، به شرط آنکه روناس گلپایگان باشد (چون بهتر است از روناسهای جاهای دیگر) و مسبرد به اصفهان که بفروشد. کاشف به عمل مآید که روناس جای دیگر بوده. و مبلغی کرایه چاروادار و

عشر و اخراجات راه کشیده. و مشتری از اهل خبره نبوده، و بایع تقلب و تدلیس کرده.

روناس را به اصفهان گذاشته و آمده است به کاشان، مطالبهء تنخواه خود را میکند. بایع مگوید روناس مرا بیاور و رد کن، تا من تنخواه تو را بدهم، آیا بایع را مرسد که

الزام کند او را به آوردن روناس؟ (با وجود اینکه اخراجات بسیار دارد) یا نه؟ و بر فرضی

که تواند. آیا اخراجات را بایع بدهد یا مشتری؟ -؟ و غرامت‌های بردن، را باید بایع بکشد یا نه؟ -؟.

-----

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

(۱۷۱)

جواب: مشتری در اصفهان که مطلع شد بر تقلب، مسلط است بر فسخ. نه تخییر ما بین فسخ و ارش. زیرا که این داخل عیب نیست. و بعد از فسخ، روناس مال بایع میشود، و امانت شرعیه است در دست مشتری. زیرا که الحال اذن جدیدی از مالک در

آن حاصل نیست، و به اذن شارع در دست او است. والحال آن در حکم مال جدیدی

است که خدای تعالی به بایع عطاء کرده در اصفهان در دست مشتری. مثل اینکه مال

بسیاری از تاجری در دست شخصی باشد در هندوستان، تاجر بمیرد و وارثی داشته باشد در عراق و آن منتقل شود به وارث. این مال از بابت امانت شرعیه است در دست تاجر.

و هر چند از حکم امانت شرعیه این است که باید فوراً آن را به صاحب داد، اگر تاخیر کند و تلف شود ضامن است. لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که باید

فوراً تخلیه ید کند، و اگر ممکن باشد فوراً به صاحب آن بدهد. و اگر ممکن نشود به

وکیل خاص یا عام یا ولی او بدهد. و هر گاه هیچکدام نباشد به حاکم شرع، و اگر ممکن

نشود به عدول مومنین بدهد که نگاه دارند. و هر گاه مؤمن عادل نباشد، خود از باب

"حسبه" نگاه دارد (و جواز تصرف حسبنا، منافات با عدم [وجوب] نگاه داشتن از غیر

آن ندارد) و اعلام کند به صاحب تا آنچه ماذون کند، چنان کنند.

اما اینکه واجب باشد بر او مجاناً و بلا عوض مبلغی خطیر از مال خود خرج کند تا آن را

به صاحب برساند، پس نه. و اما اگر امر منحصر شود در اینکه باید مال را برداشت و

آورد، یا به اذن حاکم یا به مصلحت عدول، پس آن نیز مجاناً لازم نیست. بلکه از همان

مال خرج او میکنند تا به صاحب برسانند هر گاه مصلحت در این باشد.

و هر گاه مصلحت در ضبط و تنمیه مال باشد، از باب "ولایت در مال غایب" معمول دارد. و عموم "علی الید ما اخذت حتی تؤدی" شامل اینجا نیست. با وجود

۱  
اینکه مراد از " تأدیہ " اعم است از تأدیہ بہ صاحب یا ہر کی قائم مقام او است.  
بلکہ

-----  
۱: و در نسخہ: و با وجود اینکہ.  
یاد آوری میشود: منظور از این جملہ این است کہ و بر فرض شمول قاعدہء ید، باز تأدیہ اعم است از...



هر گاه زید امر کند او را که برو و از مال من خرج کن و روناس را بیاور. عمرو  
تواند

بگوید من نمرود دیگری را بفرست.

و به هر حال، غرامات و اخراجات و تحمل آوردن مال، همه متعلق به بایع است. و  
اما اخراجاتی که کشیده است مشتری در بردن مال، پس ظاهر این است که همه را  
از

بایع متواند گرفت. چون او را مغرور کرده است و فریب او باعث این خسارتهای شده  
و به

هر حال بعد از آنکه معلوم بایع شد که مشتری مال او را به امینی که تکلیف او بوده  
سپرده. باید قیمت مال را که مشتری به او داده بود به او رد کند. و نمیتواند بگوید  
تا روناس مرا نیاوری پول تو را نمیدهم.

و زید هم قبل از مطالبه قیمت از عمرو و مرافعه به شرع، و عدم امکان استخلاص  
حق، نمیتواند روناس را در آنجا به قیمت المثل بفروشد و تقاص حق خود بکند. زیرا  
که تقاص هم شرطی دارد و موضع خاصی دارد. و [نیز] عمرو نمیتواند بدون اعلام  
زید،

روناس را حمل [و] نقل کند به کاشان و اگر بکند مستحق اجرت المثل نیست. و  
اگر تلف

هم شود باید غرامت بدهد. مگر اینکه فرض شود که ممکن نباشد حفظ آن امانت  
شرعیه

الا به آوردن با قافلهء مأمنی، و این فرض در اینجا در اینجا، بسیار نادر است. بلی،  
هر گاه زید امر

کند او را که بیاورد و او هم قبول بکند، مستحق اجرت میشود. و غرامت هم متوجه  
بایع

میشود. و الا، فلا.

و در کلام شهید ثانی در شرح لمعه (در مسئلهء خربزه و تخمی که بعد از آنکه  
مشتری شکست آن را، ظاهر شد فساد آن. که مؤنهء نقل آن از موضع کسر تا نزد  
بایع، بر

بایع است اگر امر کند او را به نقل.) اشاره هست به اینکه بدون امر، لازم نباشد بر  
او

نقل. اینها همه در وقتی است که مشتری تکلیف خود را به جا آورده در حین فسخ و  
تسلیم کرده باشد به کسی که قائم مقام بایع است. و الا غاصب خواهد بود. و

احکام

غاصب، از ضمان و ترتب غرامات، بر آن مترتب میشود. بلی، هر گاه مشتری جاهل

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

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

بخلاف امانت مالکیت، که در آنجا قول مدعی مقدم است با یمین.  
۱۱۵ - سؤال: در بیع به شرط، هر وقتی از اوقات مدت را زمان خیار متوان قرار داد؟ یا باید آخر مدت قرار داد؟ و صیغه بیع شرط، و بیع سلم را به عبارت فارسی بیان فرمایند.

جواب: هر دو جایز است، یعنی بگوید "فروختم این مال را به این مبلغ و شرط کردم با تو که از حال صیغه تا شش ماه دیگر - مثلاً - هر وقت از اوقات که رد مثل ثمن کنم مسلط باشم بر فسخ بیع". یا بگوید "فروختم و شرط کردم که بعد شش ماه در

مدت مدت سه روز آخر - مثلاً - اختیار داشته باشم که در ظرف آن سه روز، هر وقت رد مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ باشم". پس در صورت دوم، هر گاه در ظرف شش ماه رد مثل

ثمن کند مسلط بر فسخ نیست. مگر به رضای مشتری. و صیغه بیع به شرط را چنین بگوید که "فروختم این باغ معین را - مثلاً - به ته به مبلغ ده تومان موصوف ۱، و شرط کردم بر تو که هر گاه از حال صیغه تا انقضای شش ماه

تمام هلالی، رد مثل ثمن نمایم، مسلط بر فسخ بیع باشم" و این ایجاب است. و مشتری

مگوید "قبول کردم بیع مذکور را و شرط مذکوره را". و اگر خیار را در آخر مدت قرار

مدهد "هم صحیح است. و باید مدت ایام خیار هم معین باشد که در ظرف يك روز یا دو

روز. مثلاً مگوید "فروختم این باغ معین را به این وجه معین و شرط کردم بر تو که بعد از انقضای شش ماه - مثلاً - در ظرف دو روز، اختیار داشته باشم که اگر رد مثل ثمن

کنم مسلط بر فسخ باشم" و مشتری مگوید که "قبول کردم بیع مذکور را و شرط

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

مذکور را."

و در صیغهء بیع سلف مگوید " به سلف دادم به تو مبلغ ده تومان را در ازای هزار من گندم موصوف، به وزن معین تا مدت شش ماه ". مثلاً. و بایع مگوید " قبول

کردم به همین نحو ". این در وقتی است که ایجاب را مشتری بگوید. و جایز است که

بایع هم به صیغهء بیع بگوید که " فروختم این مقدار گندم موصوف، به وزن معین را به تو

در ازای این ثمن معین موصوف، در این مدت معین " و مشتری بگوید " قبول کردم ".

۱۱۶ - سؤال: صیغهء اجارهء ملك مبیع به بیع شرط، را بعد از مبیعه جاری متوان ساخت؟

یا گذشتن مدتی که وسع تصرف، مشتری در مبیع داشته باشد، ضرور است -؟.

جواب: معنی این سؤال را نفهمیدم ۱. بلی اجاره دادن مشتری ملك " مبیع به بیع خیار " را به بایع در زمان شرط خیار، خصوصاً در وقتی که خیار در آخر مدت باشد

جایز است. و در صحت عقد اجاره، شرایط اجاره باید موجود باشد. یعنی تعیین عین موجود و منفعت آن و مدت اجاره و وجه اجاره باید معلوم باشد. و تمکن انتفاع در آن

مدت، و سایر شروط.

و اگر مراد سائل این سه است که همچنانکه در مبیع، مکروه است یا حرام که مبیع را به دین بفروشند قبل از قبض. و در قبض معتبر است تخلیهء ید، یا گذشتن زمانی

که مشتری را ممکن باشد وصول به مبیع. که آیا این قبض و گذشتن زمانی که مشتری را

۱: رسم آن زمان (که تا ۳۰ سال اخیر نیز نمونههایی از آن پیدا مشد) این بود که برای فرار از ربا ملکی را

موضوع معامله قرار میدادند. صاحب ملك در مقام بیع به شرط، مآمد و صاحب پول، آن ملك را (با شرط

خیار فروشنده) میخرید و در همان مجلس همان ملك مورد معامله را به فروشنده اجاره میداد. یعنی در حقیقت ربای پولش را تحت نام بیع و اجاره، میگرفت. لحن سؤال از رواج این موضوع در جامعهء

آن روزی حکایت میکند که به طور يك امر شناخته شده و بدون عیب و ایراد و بدون احساس قبح، سؤال

میشود.  
گویا این گستاخی در شکل سؤال، از مسئلهء " فرار از ربا " که میرزا به آن رای ممداد ناشی شده. رجوع  
کنید به مسئله شماره ۶ و شماره ۷۴ و ۱۰۱ و توضیحات مربوطه

ممکن شود در وصول آن، به مبیع، و تصرف در آن، فی الجملة در صحت اجاره هم شرط

است یا نه (؟-؟).

پس جواب از آن این است که بر فرض که مسلم باشد این شرط در بیع، دلیلی در اجاره بر آن قائم نشده. و ظاهر صحت اجاره است بعد عقد بیع بدون گذاشتن زمانی.

۱۱۷ - سؤال: هر گاه عمرو، ملکی را از بکر ابتیاع نماید. و زید و کیل بکر شده اجرای صیغه نموده. و عمرو قبول نموده و وجه را تمام و کمال تسلیم بایع نموده. و بعد عمرو سهمی از ملك مزبور را به عنوان مبیعه به زید که وکیل بکر بود منتقل ساخته. اما قباله را به این مضمون نوشته که ملك معهود که از بیع که ابتیاع شده

مشترك است فیما بین من و زید، هر چند در قباله که از بکر گرفته‌ام اسم زید مذکور نشده.

و بعد از آن زید مذکور، سهم معهود را به عمرو منتقل ساخته، و بعد از مضمی مدتی مدید، زید معهود سهم مزبور را به خالد فروخته به ادعای آنکه من سهم مذکور را

به عنوان مبیعه به عمرو، منتقل ساخته‌ام و قدری از وجه مبیعه که معادل قیمتی بوده که از بکر اولاً ابتیاع شده، چون عمرو داده بود و از من طلب داشت محسوب داشته و

تتمه و وجه مبیعه در نزد عمرو باقی مانده و تاخیر شده و به من نرسیده و خیار فسخ از

جهت تاخیر ثمن، از برای من بود، لهذا فسخ نموده به خالد فروختم. و عمرو، در جواب متلقى به اینکه: در مبیعه اول که مجموع ملك از بکر ابتیاع شده، من اصالتاً قبول نمودم، و قصد و کالت نداشتم از ۱ جهت آنکه زید مرا وکیل و اظهار

خواهش نموده [بود]. و بعد از آن من سهم مزبور را به عنوان مبیعه مجدداً به زید منتقل

ساخته‌ام به همان قیمت که از بکر ابتیاع نمودم. و قباله را به عنوان مسامحه و خواهش

زید نوشتم. و بعد از آن زید فسخ مبیعه مزبوره نموده و سهم معهود را به من رد نموده و

مبیعه‌ای که به خالد نموده باطل است.

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

(۱۷۶)



آیا در صورت مذکوره، سخن عمرو مسموع است (در کل دعاوی خود از عدم قصد و کالت و ثبوت مبیعهء سهم معهود با زید) یا نه؟ -؟ و بر فرض مسموع است، آیا زید تسلط

قسم بر عمرو دارد یا نه؟ -؟.

و بر فرض عدم قصد و کالت، و ارتفاع شرکت و ثبوت مبیعه که عمرو با زید نموده.

آیا سخن زید مسموع است که من سهم خود را به عنوان مبیعهء مجدد به عمرو منتقل

ساختم و به جهت تاخیر کل ثمن، اختیار بر فسخ داشتم -؟

یا سخن عمرو، مسموع است که زید فسخ نموده و مبیعهء خالد باطل است.؟. بینوا،

توجروا.

جواب: حاصل آنچه از این کلام دور و دراز مبتنی بر اعراض به ملاحظهء اول و آخر آن فهمیده میشود، این است که:

ملکی [را] بکر به عمرو فروخته و زید و کیل در اجرای صیغه بوده. مسلم زید و عمرو هر دو هست که سهمی از آن، مال زید شده لکن "مرددا بین الامرین". که زید

مدعی است که عمرو مرا شریک کرده با خود به مقدار آن هم. و آن را به و کالت من

خریده و آن سبب انتقال آن سهم است به من. و عمرو مدعی اینکه من و کیل او نبودم و

برای خودم خریدم، لکن من بعد به مبیعهء جدید آن سهم را به زید فروختم. و بعد از این هنگامه و آن "انتقال - به زید - مجمل و مردد"، هم مسلم طرفین هست که آن سهم ثانیاً به عمرو منتقل شده. و لکن عمرو مگوید که سبب انتقال،

این

بود که نظر به اینکه انتقال به زید، از راه مبیعهء جدید بود که من آن سهم را به زید فروختم بودم و و کالتی نبود و شراکتی نبود. و زید فسخ معامله کرد و من هم قبول کردم ثانیاً ملک من شد.

و زید مگوید سبب انتقال، آن بود که چون من به سبب و کالت عمرو، از جانب من و شراکت من با او مالک سهم بودم. و آن را به عمرو، فروختم.

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

صحت



(177)

بیع خالد و فساد آن. عمرو مگوید که معامله خالد باطل است. چون در ملك من شده

و من راضی نیستم. و زید مگوید معامله خالد صحیح است چون من مال خود را (که به

سبب شراکت با عمرو، مالك بودم) فروختم به عمرو، و تمام قیمت آن را نگرفتم و سه

روز گذشت و خیار فسخ به جهت تاخیر ثمن حاصل شد و فسخ کردم و مال خودم شد و

به خالد فروختم.

اما جواب از این سوال پر آشوب: باید اولاً دانست که مجرد تاخیر بعض ثمن، منشأ خیار فسخ نمیشود بلکه آن مشروط است به اینکه مجموع ثمن تسلیم نشود و

مجموع

مبیع هم تسلیم نشود. و شرط تاخیر ثمن هم نشده باشد. پس اگر همه آنها جمع باشد،

خیار فسخ ثابت میشود. و اما هر گاه در صورت مزبوره مبیع تسلیم شده باشد. یا شرط

تأخیر ثمن شده باشد، خیار فسخی نمیشود.

و ثانیاً اینکه: دعوی زید، انتقال ملك را به او از راه توكیل عمرو در خریدن برای او، و حصول شراکت به سبب آن، این دعوی خلاف " اصل " و " ظاهر "، است. و

محض

قباله که نوشته شده به آن روش، حجت شرعی نیست (خصوصاً با ادعای عمرو که من

حسب الخواش زید چنین نوشته‌ام) تا مترتب شود بر آن خیار تاخیر ثلثه. [و] راهی ندارد.

و همچنین دعوی حصول، به سبب خیار و وقوع فسخ، همه خلاف " اصل " [است]. و

اقرار عمرو که به زید فروختم و لکن زید فسخ معامله کرد، با انکار زید این معنی را (چون مدعی که سبب انتقال او، شرکت او است با عمرو، به سبب وکالت عمرو،

نه

خریدن از عمرو) نفعی به او نمیبخشند.

اما خلاف اصل بودن: پس ظاهر است.

و اما [عدم] حصول سبب خیار: پس به جهت آنکه اصل در بیع، لزوم است. و

انفساخ آن محتاج است به حصول سبب. و همچنین تسلط بر فسخ آن، که ۱ اصل

عدم

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

(۱۷۸)

حصول سبب تسلط است. پس اگر بگوئی که " اصل عدم تسلیم عوضین است و همچنین اصل عدم اشتراط تاخیر ثمن است پس دعوی حصول سبب خیار، موافق اصل است "

گوئیم " بلی، و لکن اصل عدم اجتماع این سه شرط است نیز ". با وجود اینکه مسگوئیم تمسك به اصل در اینجا بمعنی است. از برای اینکه بیع در نفس الامر ممکن است که در قالب، نقد متحقق شود یا نسبه یا سلف (؟-؟-؟). و " اصل عدم " نسبت به همه مساوی است.

پس بیع، یا مطلق است، یا مقید است به حال، یا به نسبه یا به سلف. و شرط نسبه که نشده باشد، پس بالضروره باید یا مطلق باشد، یا مقید به احد قیدین آخرین. و مطلق هم در معنی مقید است. چون اطلاق وجهی است از وجوه تلفظ متعاقدین. و احتمال تلفظ به عنوان اطلاق یا به عنوان تقیید، هر دو محتمل است و اصل عدم هر دو است.

پس هیچ يك موافق اصل نیستند. و با وجود اینکه مطلق هم حمل بر " حال " میشود، مقید بودن آن اوضح میشود. والحاصل: اصل، لزوم بیع است. به سبب قاعدهء ثانیه. پس، از احکام وضعیء شارع است. و موافقت اصل و مخالفت اصل، در آن دخلی ندارد. و ثبوت خیار محتاج است به دلیل و حصول سبب. و اصل عدم تحقق است. و اصل " عدم تخصیص قاعدهء لزوم " است.

و بدان که: آنچه فقها ذکر کرده اند که قول بایع مقدم است در تعجیل و تاخیر ثمن، منافات با مطلب ما ندارد. زیرا که نقد و نسبه هر دو از اقسام " بیع لازم " اند. و

مخالفت ایشان در " لزوم " و " عدم لزوم " نیست. بلکه خلاف در محض نقد و نسبه است.

و چون بایع موجب ۱ است و او اعرف است به قصد خود، قول او مقدم است. هر چند این

سخن در مشتری هم جاری است که قابل ۲ است. و لکن چون ایجاب مقدم است طبعا و

وضعا، او را مقدم مداريم. و ديگر تقديم در مشتري ممكن نيست.  
و اما عمرو: پس هر چند اقرار او فروختن، قطع ملكيت او را ميكند، و دعوى

-----  
۱ و ۲: ياد آوري موجب: گوينده بخش ايجاب صيغه. قابل: گوينده بخش قبول صيغه

فسخ زید محتاج است به اثبات، و لیکن دعوی زید انتقال خود را ثانیاً، (که مبتنی است

بر فسخ او مبیعه را به سبب خیار تاخیر) ناشی شده از ملکیت غیر ثابت. که خلاف اصل و

ظاهر، است. به جهت اینکه همان ملکیت غیر ثابت را مستند خود کرده و به عمرو فروخته و به سبب خیار تاخیر باز عود کرده به آن.

و هر گاه اصل تملك ثابت نباشد و خلاف اصل و ظاهر، باشد. این تملك دوم که نتیجه آن است، هم ثابت نخواهد شد. و دعوی آن، مخالف اصل و ظاهر، خواهد بود.

و اما دعوی انتقال دوم به عمرو، که مبتنی است بر فسخ مشتری، آن ناشی شده از ملکیت ظاهره که موافق اصل و ظاهر، است. به جهت آنکه ظاهر معامله اول (که بکر

ملك را به عمرو فروخت، و زید و کیل بود در اجرای صیغه) دلیل ملکیت عمرو است در

مجموع مبيع. و دعوی زید توکیل و تشریک را، خلاف ظاهر و اصل، (هر دو) است.

پس هر گاه شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در دست داشته باشد و اقرار کند به انقطاع

آن و عود آن، سخن او اظهر و ارجح است از قول شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در

دست نداشته باشد، و با وجود دعوی انقطاع، دعوی عود کند.

با وجود اینکه احتمال جریان استصحاب هم از برای عمرو هست (بعد از ملاحظه ملکیت ثابت به ظاهر حال) به آنکه بگوئیم که اقرار او مرکب نیست و بعد از ثبوت ملك،

اعتراف به قطع و رجوع، کرده نه اینکه قطع را بیع جداگانه گیریم و فسخ مشتری را جداگانه. پس بنابر این اگر حکم کنیم به بطلان سخن زید بالمره، لا اقل زید " مدعی "

است و عمرو " مدعی علیه. پس قسمی متوجه عمرو میشود بر مجموع مطلبش.

که اوفق به ظاهر و اصل، است. و قطع دعوی شود. نه

اینکه او را قسم دهیم که توکیل و تشریک نبوده و خود بالاصاله خریده. تا آنکه باز رشته

به دست زید آید و بگوید تو معترفی که به من فروخته‌ای الحاصل اثبات کن که من فسخ

کرده‌ام. به جهت آنکه با وجودی که زید خود معترف نیست به بیع بلکه متمسک به تشریک و توکیل است، این سخن از او بوجه است. و محتمل است که در اصل مسئله، بگوئیم که از باب "تداعی" است و رجوع به



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

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

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به ذکر چند مقدمه:

اول: اینکه: آیا انتقال ملك به محض خواندن صیغه حاصل میشود؟ یا انتقال موقوف است به انقضای ایام خیار؟ و اشهر و اقوی قول اول است. و وجه آن را در محل خود بیان کرده‌ایم.

دوم: این است که: هر گاه مبیع قبل از قبض تلف شود از مال بایع است. و این مسئله ظاهراً مخالفی ندارد. بلکه جمعی دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. و روایت عقبه بن

خالد دلالت بر آن دارد: " عن ابی عبد الله - ع - فی رجل اشتری متاعاً من رجل و اوجبه

غیر انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتیک غدا انشاء الله. فسرق المتاع. من مال من

یکون -؟. قال: من مال صاحب المتاع الذی هو فی بینه حتی يقبض المتاع و یخرجه من

بینه. فاذا اخرجته من بینه فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد الیه ماله " ۱. و در حدیث نبوی (ص) نیز وارد شده: " ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه " ۲. و از کلام

آخوند ملا احمد (ره) ظاهر میشود که حکم ثمن هم مثل حکم مبیع است بدون فرقی. و

بعد از آن گفته است که " دلیل اینکه تلف از مال مالك اول است با وجودی که الحال مال

او نیست، گویا اجماعی است که مستند به این دو روایت است " . و بعد از آن اشاره به وجه

دلالت هر دو روایت کرده.

و لکن ظاهر کلام دیگران (که عنوان مسئله را مبیع، قرار داده‌اند نه ثمن). و ظاهر بودن لفظ " بایع " در بایع، نه اعم از مشتری. و اینکه اصل این است که تلف مال از

كيسه

- 
- ١: وسائل: ج ١٢ ص ٣٥٨، ابواب الخيار، باب ١٠ ح ١.  
٢: مستدرک: ج ٢ ص ٤٧٣

صاحب مال باشد. و ظاهر است که ثمن بعد عقد، مال بايع میشود (هر چند در زمان خیار باشد، علی الاشهر الاقوی)، این است که حکم مختص به مبيع باشد. و اشعار " علت منصوصه " به مرتبه‌ای نیست که اعتماد به آن توان کرد. با وجود آنکه حدیث ضعیف ۱ است و انجبار ضعف آن به شهرت و عمل (در غیر مبيع) تابع آن است

که عمل ایشان بر این هم ثابت بشود. و آن معلوم نیست. بلکه غیر کلام آخوند (ره) در

کلام دیگران اشاره به آن ندیده‌ام. و ممکن است که بگوئیم: چون غالب این است که

ثمن چیزی است که در ذمه است. و تعیین آن به تسلیم میشود، پس تلف ثمن قبل از قبض نادر است. مگر مثل جائی که مثلاً حیوان معینی را به حیوان معینی بفروشد. یعنی

بیع به غیر نقود باشد. [همچنین] به غیر مثل غلات داده باشد. و به همان اشعار روایت عقبه و ظاهر " دعوی اتفاق " آخوند اکتفاء کنیم. و این نیز خالی از اشکال نیست.

و بدان که: جمعی از علما تصریح کرده‌اند که مراد در این مسئله این است که تلف از جانب خدا باشد. و ظاهر روایت نبوی (ص) هم این است. بلکه روایت عقبه هم چون

دزد بردن معلوم نیست که دزد کیست. و متبادر از سرقت، سرقت خفیه است. نه نهب و

غارث. پس گویا این هم داخل تلف از جانب خدا باشد. به این معنی که متلف معلوم نیست، که ثمره داشته باشد و به او رجوع شود. و اما اگر شخص معینی آن را تلف کرده

باشد، پس در مسالك گفته است " که هر گاه متلف بايع باشد یا اجنبی، مشتری اختیار

دارد میخواهد فسخ میکند و رجوع میکند به ثمن. و میخواهد مطالبه مثل یا قیمت آن را از متلف میکند. و هر گاه متلف مشتری باشد - هر چند به سبب تفریط او باشد ۲ -

پس از کیسه‌ء او رفته. و این به منزله قبض است ". و صاحب کفایه هم گفته است که این دور نیست.

-----

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

و آنچه به خاطر قاصر مرسد این است که در صورت اخیر، سخن خوب است. چون مشتری مال خود را تلف کرده و غرامتی بر دیگری نیست. نظر به آنچه در مقدمه

اول گفتیم که مجرد عقد منشأ حصول ملك است. و اما در دو صورت اول، پس باید

رجوع به قاعدهء " غصب " و اتلاف " کرد، که رجوع به مثل یا قیمت آن است. و اما رجوع

به " ثمن مسمی فی العقد "، پس آن دلیلی ندارد. مگر اینکه گوئیم که هر چند [اقتضای] قاعدهء اتلاف این است. ۱ چون بایع مالی مشتری را تلف کرده ۲. لکن

قاعده خیار فسخ در ایام ثلاثه، مقتضی جواز رجوع مشتری است به قیمت مسمی و فسخ

بیع. پس مخیر خواهد بود میان فسخ و رجوع به مسمی. و عدم فسخ و رجوع به ثمن المثل.

و بدان نیز، اینکه: در مسالك گفته است که مراد از این کلام که گفته‌اند که " تلف "

از مال بایع است " این است که عقد باطل مشود در حین تلف. نه اینکه از روز اول عقد

باطل باشد. و در این وقت ثمن مال مشتری مشود و مشتری نمیتواند ۳ مطالبهء مثل مبیع، یا قیمت آن را بکند. و بنابر اول، نمائی که از مبیع حاصل شده باشد مال مشتری

خواهد بود. و آخوند ملا احمد (ره) این کلام را نسبت به فقها داده است. چون گفته است

" قالوا كذا ". و در تذکره حکایت کرده و جهی که فسخ در اینجا متوجه به اصل عقد

مشود. پس نمای ما بین عقد و تلف، مال بایع خواهد بود. و اظهر قول اول است. چون موافق اصل و قاعده و استصحاب حال سابقه است که مالك بودن مشتری است. پس بنابر این ذکر " من مال البایع " به متابعت نص است. و در

مسالك و شرح آخوند ملا احمد (ره) اشاره است به اینکه در این وقت محتاج مشویم به

تقدیر دخول ملك در ملك بایع، به زمان بسیار قلیلی، تا آنکه صدق کند که تلف از مال

بایع است. و تلف کاشف میشود از آن ملك. مثل دخول " ديه " در ملك میت. که  
به آن

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

ادای دین میشود. یعنی داخل مال او میشود نه دیان یا وارث. و مثل " اعتق عبدك  
عنی " که تقدیر میشود دخول عبد در ملك آمر. و بعد از آن آزاد  
میشود.

سوم: هر گاه تلف حاصل شود بعد از قبض و انقضای زمان خیار، از مال کسی  
خواهد بود که مال او است. یعنی مبیع از کیسه مشتری رفته هر گاه تلف شده. و  
ثمن از

کیسه بایع، هر گاه تلف شده. خواه خیار از برای هر دو باشد یا از برای یکی از  
آنها. و در  
این اشکالی نیست.

چهارم: هر گاه تلف شود مبیع یا ثمن، بعد از قبض و قبل از انقضای ایام خیار، پس  
اگر تلف از جانب خدا است، مشهور این است که تلف از مال کسی است که  
خیاری از

برای او نیست. خواه مبیع تلف شود و خیار از برای بایع باشد. یا ثمن تلف شود و  
خیار از

برای مشتری باشد. که در اول، مبیع از کیسه مشتری رفته و در ثانی، ثمن از کیسه  
بایع  
رفته.

و دلالت میکند بر این (علاوه بر عدم ظهور خلافی در مسئله) روایات بسیار، مثل  
آنچه کلینی و شیخ روایت کرده‌اند به سند صحیح تا " صفوان " از " اسحاق بن عمار  
":

" قال اخبرني من سمع ابا عبد الله - ع - و سئله رجل و انا عنده - فقال له: رجل  
مسلم احتاج

الی بیع داره فمشی الی اخیه، قال له ابیعی داری هذه و تكون لك احب من ان تكون  
لغيرك علی ان تشترط لی انی اذا جئتک بثمانها الی سنة، تردها علی. (؟). قال: لا بأس  
بهذا ان جاء بثمانها الی سنة، ردها علیه. قلت: فان كانت فیها غلة كثيرة، فاخذ الغلة  
لمن یکون -؟. فقال: الغلة للمشتري. الا ترى انها لو احترقت لكانت من ماله " ۱ .

و صدوق نیز روایت کرده ۲ است این را به سند خود از اسحاق بن عمار. و شیخ  
روایت کرده است از معاویه بن میسره روایتی ۳ که مشتمل است بر این مضمون. و  
کلینی

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۵۵، ابواب الخیار، باب ۸ ح ۱.

۲: همان مرجع و همان شماره.

۳: همان مرجع: ح ۳. و لکن در سند آن " ابی الجارود " است که ضعیف میباشد



(۱۸۴)



و شیخ روایت کرده‌اند به سند صحیح، از عبد الله بن سنان: " قال سئلت ابا عبد الله ع - ع - :

عن الرجل يشتري الدابة او العبد و يشترط الى يوم او يومين. فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث. على من ضمان ذلك؟. فقال: على البايع، حتى ينقضى الشرط ثلاثة ايام و تصير المبيع للمشتري " ۱. و در تهذیب علاوه بر این دارد که " شرط له البايع او لم

يشترط - قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان يمضى

الشرط فهو من مال البايع " .

و کلینی و شیخ روایت کرده‌اند از عبد الرحمن بن ابی عبد الله به سند معتبر: " قال: سئلت ابا عبد الله ع - ع - عن رجل اشترى. امة به شرط من رجل يوما او يومين، فماتت عنده و

قد قطع الثمن. على من يكون الضمان؟. فقال ليس على الذى اشترى ضمان، حتى يمضى

شرطه " ۲ .

و شیخ و صدوق روایت کرده از ابن رباط مرسلًا: " عن ابی عبد الله ع - ع - : قال: ان

حدث للحيوان حدث قبل ثلاثة ايام، فهو من مال البايع " ۳ .

و این اخبار هر چند مختص خيار شرط و خيار حيوان‌اند. لکن ظاهر این است که قایل به فرقی ما بین خيارات نباشد. چنان که بعضی اصحاب تصریح به آن کرده‌اند. و لکن باید

تخصیص داد این کلام را به خيار شرط و خيار مجلس و خيار حيوان. چنان که در مسالك عنوان مسئله را، مختص آنها ساخته نه اینکه قایل به فصلی نیست ما بین جميع

انواع خيار. و در شرح لمعه تصریح کرده است که " خيار ساقط نمشود به تلف، در

وقتی که مشتری مغبون باشد ۴ " و همچنین ظاهر این است که (در آن مسئله که در مقدمهء ثانیه ذکر کردیم) قول خلاف مشهور (که ملك حاصل نمشود الا به انقضای خيار) هم در همین خيارات باشد.

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

۳: همان مرجع: ح ۵.

۴: یعنی اگر بايع مغبون باشد خيارش با تلف مبيع ساقط نمشود. بنابر این وی به تفصیل قایل است



(180)

و وجه اطلاق سایر فقها، گویا همان است که اکتفا کرده‌اند به لفظ " انقضاء زمان  
خیار " از تصریح به این سه خیار. زیرا که در سایر خیارات، زمان محدود نمیشود و  
زمان خاصی ندارد. پس تمسک به عدم قول به فرق در هر دو مسئله ثمره نمکند در  
خیار مجلس. زیرا که احادیث مختص خیار شرط و خیار حیوان است. پس ظاهراً  
اشکالی در مسئله نیست. خصوصاً در صورت اولی که موافق قاعده هم هست (بنا بر  
مشهور) که ملك به مجرد عقد حاصل میشود، و محتاج به انقضای خیار نیست. زیرا  
که

تلف از مال مشتری شده در صورت تلف مبیع، و از مال بایع شده در صورت تلف  
ثمن. و

بنابر قول خلاف مشهور، در مثال آخر موافق قاعده ایشان است. چون ملکیت  
آنکه خیار ندارد، بر حال خود باقی است و تلف از مال او شده است. و اخبار خیار  
حیوان

هم مطابق همین اصل است، و دلالت بر عموم اینکه " تلف در ایام خیار از مال من  
لا خیار له است " نمکند. پس دلیل ایشان در ما نحن فیه شاید همان " عدم خلاف "  
باشد و اخبار خیار شرط. که دلالت دارند بر اینکه تلف از مال مشتری است که  
خیاری

ندارد. هر چند هنوز از ملك بایع در نرفته است.  
و به هر حال، اخبار، مخصص اصل و قاعده، میتواند شد.  
و آنچه مذکور شد در وقتی که خیار از برای یکی از آنها باشد. و اما هر گاه خیار  
از  
برای بایع و مشتری هر دو باشد، پس اگر مبیع تلف شد. از مال مشتری خواهد بود.

و  
اگر ثمن تلف شده، از مال بایع خواهد بود. و وجه آن بنابر قول مشهور اقوی (که  
حصول ملك به مجرد عقد میشود) ظاهر است. و اخبار متقدمه هم منافاتی با این  
ندارد. چون دلالتی بر حکم خیار مشتری ندارد.

و اما بنا بر قول دیگر: پس قاعده اقتضا میکند که عکس این باشد، یعنی هر گاه  
مبیع تلف شود از مال بایع باشد، و هر گاه ثمن تلف شود از مال مشتری باشد. و  
ممکن

است که استدلال کنیم بر این، به آخر صحیحهء عبد الله بن سنان، بنابر آنچه در  
تهذیب

روایت شده به تقریب اینکه بگوئیم مراد از قول امام (ع): " و ان كان بينهما شرط  
ایما

معدوده " شرط خیار از طرفین باشد. نه از برای مشتری تنها. تا اینکه در کلام اعاده

لازم نیاید چون " تاسیس " اولی است از " تاکید " .

پس ثبوت ضمان از برای بایع، در اینجا از همین جهت خواهد بود که قبل از انقضای خیار از مال بایع نرفته است، و تلف از مال او شده. که او هم از جملهء ادلهء

خلاف مشهور باشد در اینکه انتقال ملك حاصل نمیشود الا به انقضای خیار. و مناسبتی

با مشهور ندارد. نه از حیث ثبوت ملك، چون مذهب ایشان این است که به مجرد عقد،

مال مشتری است نه بایع. و نه از حیث اینکه تلف در ایام خیار از مال کسی است که

خیار ندارد، چون فرض کردیم که خیار از برای هر دو است نه احدهما. مگر اینکه بگوئیم که تأسیس قاعدهء تازه، در این عبارت حاصل میشود که ۱ مراد از "ایام معدوده" زاید بر سه روز باشد. (نه آن سه روزی که خیار از برای مشتری هست،

خواه شرط کنند یا نه) و مراد از این عبارت باز بیان حکم شرط مشتری باشد، نه شرط

هر دو با هم. پس وجه اینکه تلف از مال بایع است، همان خیار نداشتن او است، نه مالك

بودن او. پس این دلیل قول مشهور میشود. ۲

و بر فرضی که مسلم داریم که مراد آن باشد که شرط خیار از طرفین باشد، مگوئیم که این حدیث دلیلی میشود از جملهء ادله خلاف مشهور، بر عدم ثبوت ملك

الا به انقضای ایام خیار. و هر گاه ما آن را باطل کردیم به سبب سایر ادله و عدم مقاومت

این (یا عدم وضوح دلالت [ش] با آنها، پس ضرری به مشهور نخواهد داشت. و حکم

همان خواهد بود که مذکور شد که تلف از مال مشتری است که مالك است.

و از آنچه گفتیم ظاهر میشود حکم آنکه خیار از برای اجنبی باشد، برای هیچ يك از متبایعین نباشد. که در آنجا تلف از مال مشتری خواهد بود در تلف مبیع چون او مالك است بنابر مشهور، و از مال بایع [است] در تلف ثمن.

و همچنین ظاهر میشود حکم آنکه خیار از برای احدهما باشد با اجنبی، و از برای هر دو [باشد] با اجنبی.

-----

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

والحاصل: معیار در این مقام یکی از دو چیز است: یا اندراج تحت قاعدهء اینکه " تلف از مال کسی است که خیار ندارد، از متبایعین ". و این در صورتهائی است که یکی از آنها خیار داشته باشد دون دیگری. خواه اجنبی با آنها باشد یا نه. یا اندراج تحت قاعدهء " تلف مال از کیسهء مالك [است] ". و آن در جائی است که چنین نباشد. مثل اینکه خیار از برای هر دو باشد. خواه اجنبی با آنها باشد یا نه. تا اینجا، سخن در صورتی بود که تلف از جانب خدا باشد. و هر گاه از احد متبایعین باشد یا [از] اجنبی باشد. پس حکم آن از [این] اخبار، ظاهر نمیشود. چون ظاهر آنها تلف از جانب خدا است. پس باید رجوع به قواعد " اتلاف " کرد. و شهید ثانی در مسالك گفته است که " هر گاه متلف مشتری باشد، و خیار از برای بایع باشد، یا از برای اجنبی باشد، و اختیار فسخ کند. پس بایع رجوع میکند به مشتری به مثل یا قیمت ". و گویا وجه آن، این است که اتلاف مشتری در زمان خیار بایع، در حکم غضب است و این منافات ندارد با حصول ملك از برای مشتری. چنان که مشهور و اقوی است. و از این جهت است [که] تجویز نمکنیم بیع آن مبیع را در ایام خیار، از برای مشتری، به عنوان بت و قطع، چنان که در رسالهء علی حده بیان کرده ایم. و هر گاه غاصب شد پس ضامن مثل یا قیمت هست. و این منافات ندارد با جواز انتفاع به آن ملك به غیر وجه اتلاف، و [با جواز] بیع به عنوان [غیر] قطع و لزوم، و امثال آن ۱. پس هر گاه فسخ کرد بایع، باید قیمت را رد کند به مشتری و مطالبهء مثل، یا قیمت را از مشتری بکند. و لکن: در هر يك از این مقدمات، میتوان خدشه کرد در استحقاق مثل یا قیمت. به جهت آنکه این در وقتی مسلم است که تفویت مال حق غیر کرده باشد. و در اینجا تفویت مال خود کرده. غایت امر این است که تفویت حق غیر کرده، که آن رجوع به مال است،

چون بعد تلف، ممکن نیست. و انحصار عوض از حق، در استیفای مثل یا قیمت، ممنوع

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



است بلکه مستحق عوض المثل از حق است. یا همان عقوبت روز جزا. چون [بایع] ثمن

را در دست دارد، و تضييع مال او نشده ۱.

و اما در جواز رجوع فسخ: پس به جهت آنکه متبادر از اخبار بيع خيار و ادله آن، صورت بقای مبيع است که ممکن باشد رجوع در آن. نه در صورت تلف. پس لزوم بيع در

تحت قاعده لزوم باقی ممانند

و بعد از آن گفته است " که هر گاه تلف از بایع به عمل آمده یا [از] اجنبی، و خيار از برای مشتری باشد، مشتری اختیار دارد، مخواهد فسخ میکند و رجوع میکند به بایع به قیمتی که داده. و مخواهد ملتزم بيع میشود و مطالبهء مثل مبيع یا قیمت آن را از کسی میکند که تلف کرده."

و گویا وجه آن، این است که اطلاق شرط خيار فسخ، شامل صورت تلف هم هست.

پس هر گاه فسخ کرد، ثمن را استرداد میکند. و هر گاه بایع خود، مبيع را تلف کرده،

آن در حکم رد به او است، و هر گاه اجنبی تلف کرده، بایع به او رجوع میکند و عوض یا

قیمت را از او مگیرد. و هر گاه ملتزم شد بایع را و فسخ نکرد، پس تالف مال او است و

متلف غاصب است. خواه بایع باشد و خواه اجنبی.

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

۱: در انتقال ملکیت، قول مشهور این است که به محض وقوع عقد مبيع مال مشتری و ثمن مال بایع میشود. و

نیز قول مشهور در مسئلهء " اگر متخلف مشتری باشد و صاحب خيار بایع باشد " این است که مشتری مخیر

است یا به مثل رجوع میکند یا به قیمت.

میرزا (ره) در مسئله اول همراه مشهور است و در مسئله دوم همراه غیر مشهور. و با استدلال فوق مشهور را به " نتیجه لازم " سخنشان الزام میکند.

در اینجا توضیح این نکته لازم است: آنان که نامشان را در مسئله اول " مشهور " مگذاریم، عین همان اشخاص نیستند که در مسئله دوم به نام " مشهور " خوانده میشود. تا تصور شود که مشهور در دو مسئله دچار نوعی تناقض شده است. بل منظور " اکثریت " است.

در مسئله اول، اکثریت آن نظریه را داده و در مسئله دوم اکثریت این نظریه را داده است. و این اکثریت در مسئله دوم تشکل یافته از تعدادی از اعضای اکثریت اول همراه با تعدادی از اقلیت اول



(۱۸۹)

قیمت‌اند و مشتری مطالبه میکند از ایشان. و دیگر فسخ و رجوع مذکور دلیلی ندارد.

و بعد از آن گفته است که " هر گاه خیار از برای بایع باشد و متلف اجنبی باشد، باز

مختار است بایع به نحوی که گذشت در خیار مشتری ". یعنی اگر خواهد الزام بیع میکند و ثمن را نگاه مدارد و امر مبیع با مشتری خواهد بود، و او رجوع میکند به اجنبی به مثل، یا قیمت. و اگر خواهد فسخ میکند و ثمن را رد میکند به مشتری، و مطالبهء ملك را میکند، و رجوع میکند به مشتری یا اجنبی. و گویا وجه آن در رجوع به مشتری با وجود آنکه اجنبی تلف کرده، این است که در

وقت بیع، شرط کرده که وقتی که رد ثمن نماید (مثلاً) فسخ بیع تواند کرد، و استرداد

مبیع از مشتری کند. و آن مشروط نیست به اینکه باقی مانده باشد ملك در تحت ید او.

و وجه رجوع به اجنبی این است که در صورت فسخ، مبیع عود میکند به بایع، و مفروض

این است که خود مبیع اگر چه تلف شده لکن عوض آن در ذمه اجنبی مستقر شده به قاعدهء غصب و اتلاف، پس میتواند به او رجوع کند.

و این مقدمات نیز محل مناقشه است. زیرا که دلالت شرط تسلط بر فسخ بیع (و رجوع هر يك از عوضین به صاحبش) بر جواز تسلط بر رجوع به عوض آن عوضین، ممنوع است. و همچنین در رجوع به اجنبی اشکال است. زیرا که او در حین اتلاف،

مال مشتری را تلف کرده، نه مال بایع را. پس تسلط رجوع به اجنبی مختص مشتری است، نه بایع.

پس شاید توانیم گفت که چون محل فسخ و عود که نفس مبیع است منتفی شده، خیار فسخ منتفی بشود، و باید ملتزم بیع شود، و به همان ثمن که گرفته قانع باشد. چون اصل در بیع، لزوم است. و دلیل خیار در اینجا تمام نیست، و مشتری رجوع میکند

به اجنبی، چون مال او را تلف کرده.

یا بگوئیم که چون بیع در اول واقع شده به شرطی که آن شرط در نفس الامر تحقق نمیپذیرد، پس آن شرط هر چند مشروع باشد (و فاسد نباشد که به فساد آن لازم آید فساد مشروط چنان که اقوی این است) و لکن انتفاء شرط مشروع، منشأ ثبوت



(۱۹۰)

خيار مشهود در اصل معامله که آن را " خيار اشترای " مگویند. پس در این مورد خيار شرط، خيار اشترای حاصل [می] شود، و خيار شرط، شرط خيار اشترای، مشهود. و لازم آن تسلط بر فسخ است و رجوع میکند به مشتری، نه به اجنبی، هر چند مشتری تواند به اجنبی رجوع کند.

والحاصل: فروع این مسئله بسیار مشکل است و دلیل اکثر آنها واضح نیست. و آخوند ملا احمد (ره) در شرح ارشاد - هر چند از کلامش چیزی نفهمیدم. چون نسخه

بسیار مغلوط بود لکن - در آخر کلام گفته است که " دلیل فروع این مسئله معلوم ما

نیست، مگر بعضی اعتبارات عقلیه که معتمد نیست. حق تعالی توفیق فهم به ما عطا کند "

و همچنین صاحب کفایه هم، گفته است که " مستندی در این مسئله نمدانم به غیر از آن روایات که مذکور شد و از مورد آنها نباید تعدی کرد "

و لکن بفضل الله تعالی، دلیل بسیاری از فروع مسئله را بیان کردیم. حق تعالی از فضل و رحمت خود ظهور صاحب الامر (ع) را با عافیت نزدیک کند

۱۱۹ - سؤال: شخصی حیوانی فروخت به نسیه به دیگری به موعده معین. و مشتری قبل از انقضای مدت غایب شد، و نیامد تا مدت منقضی شد. آیا بایع خيار فسخ

دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه خيار ندارد، مطالبه حیوان یا قیمت آن را میتواند کرد یا نه؟ -؟

جواب: در اینجا خيار فسخ نیست. و آنچه به گوش سائل رسیده، در بیع نقد است که هر گاه

شخصی بفروشد مالی را حالا یا مطلقا (که آن هم منصرف مشهود به حال بدون اشکال) در اینجا

شهیدان گفته‌اند: اگر شرط کنند که باید تاخیر قیمت از امروز نشود (مثلا) یا از فردا تجاوز نکند، شرط لازم است. و هر گاه آن وقت گذشت و تسلیم نشد، اختیار فسخ

با بایع خواهد بود.

و شهید ثانی علاوه بر عدم تسلیم، " عدم امکان اجبار بایع مشتری را بر وفا به

ثمن " را هم ۱ ذکر کرده. بلکه شهید ثانی گفته است که " در صورت اطلاق هم  
خیار ثابت

است. مثل سایر شروط "

و ظاهراً مراد او این است که در صورت شرط تعجیل، [و] عدم تعیین زمانی که  
تاخیر از آن نکنند، هر گاه از اول وقت اداء تاخیر کند، مثل سایر شروط است. نه  
اینکه

در مطلق بیع نقدی که يك صورت آن اطلاق بیع است بدون قید نقد و نسیه. و بدون  
شرط تعجیل هم، به مجرد تاخیر از اول زمان، خیار فسخ باشد. به جهت آنکه در این  
صورت شرطی در ضمن عقد بیع نشده. و آنچه مقتضای ماهیت بیع مطلق، است که  
محمول بر نقد مشود، این است که میتواند فوراً مطالبه قیمت کند. و این داخل  
شرط نیست. بلکه این نفس مقتضای بیع، است و الا در بیع نسیه هم بایست به مجرد  
تخلف از زمان نسیه، خیار ثابت شود، به سبب اینکه شرط شده که در آن وقت  
بدهد.

پس جواز مطالبه قیمت در بیع نقد در اول زمان، و در بیع نسیه در زمان انقضای  
اجل، و

لزوم وفا بر مشتری، این هر دو از مقتضیات اصل بیع اند. نه شرط ضمن عقد.  
باقی ماند کلام در اینکه: هر چند سخن شهیدین (در ثبوت خیار در صورت تخلف  
از شرط) خوب است نظر به مقتضای قاعده خیار اشتراط. و لکن دو بحث [بر آن]  
وارد  
است:

یکی آنکه: تخصیص کلام به ثبوت خیار از برای بایع در تاخیر ادای ثمن، وجهی  
ندارد. بلکه هر گاه شرط تعجیل تسلیم مبیع هم بشود و تاخیر در آن شود، خیار از  
برای  
مشتری هم خواهد بود.

دوم اینکه: هر گاه شرط کند در بیع نسیه، که تاخیر ادای ثمن از حین انقضای  
اجل نکند. باز همین اقتضای شرط، جاری خواهد بود. پس تخصیص کلام به نقد  
خالی

۱: توضیح: یعنی شهید ثانی مگوید: خیار فسخ با دو شرط برای بایع حاصل میشود:

الف: مشتری ثمن را در موقع تسلیم نکند.

ب: بایع نتواند مشتری را بر پرداخت ثمن مجبور کند.

تذکر: توجه به توضیح بالا برای آسان شدن ادامه مطلب لازم است



از وجه است.

و سخن دیگر هم در این مقام هست. که " شرط ۱ عدم تمکن از اجبار مشتری بر ادای ثمن " که در کلام شهید ثانی است، محتاج است به دلیل. و آنچه در رساله " شرط ضمن العقد " تحقیق کرده‌ام این است که: در شرطی که در ضمن عقد مشهود، بر " مشروط علیه " واجب است وفا. و از برای " مشروط له " نیست که اجبار او بر وفا، هر گاه امتناع کند. و اما وجوب اجبار مشروط له او را بر وفا، پس آن دلیلی ندارد. بلکه خیار از برای او ثابت است و تقصیر از جانب مشروط علیه شده. و این فکر هر چند در آن مسئله در اول از منفردات حقیر بود. و لکن در آخر موافقت کلام شهید (ره) در دروس با فکر خود دیدم، و در این مقام هم، از شرط عدم امکان اجبار او بر وفا، ساکت است.

هر گاه این دانسته شد، بر مگردیم بر سر " مطالبه حیوان یا قیمت " در صورت سؤال. و جواب آن این است که هر گاه متضرر نمیشود، صبر کند تا غایب بیاید. و هر گاه متضرر میشود به سبب طول زمان غیبت. پس اولاً باید رجوع کند به حاکم شرع و به اذن او استیفای طلب خود بکند. و هر گاه ممکن نباشد استیفای آن به اعانت حاکم به سبب نبودن حاکم. یا به سبب عجز از اثبات. در آن وقت میتواند تقاص حق خود بکند از مال او. آن حیوان هم از جمله مال او است. پس گمان نکند که میتواند حیوان را بر دارد هر چند قیمت آن مضاعف شده باشد. بلکه مساوی طلب خود را بر مدارد. و کیفیت تقاص و شرایط آن را در کتاب قضای همین مجموعه، بیان کرده‌ام.

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



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

جواب: اصل آن ابریشم و پشم و پنبه که داده‌اند بریسند و بیافند و به خانه شوهر بیاورد، مال صاحب آنها است و مال دختر نمیشود. و لکن هر گاه دختر را امر کرده‌اند

به ریشتن و بافتن و امثال آن، دختر مستحق اجرت عمل خود هست.  
۱۲۱ - سوال: زید ملکی را به عمرو مدهد از باب شیر بها، که دختر او را بگیرد. عمرو آن ملك را مفروشده به بكر. آیا بعد از فوت زید، وارث او میتواند آن ملك را، از

بكر استرداد كند با اجرة المثل،؟ یا از عمرو -؟.

جواب: هر چند شیر بهای متعارف این زمان که محض به جهت استرضای اولیای دختر در اجابت او، مدهند، لزوم ندارد. و مادامی که عین باقی است، میتواند استرداد کنند. لکن نقل به ملك به غیر به منزله اتلاف است. و در صورت اتلاف، رجوع

نمیتواند کرد. چون ظاهر این است که او را مسلط بر ملك خود کرده است به عنوان تمليك. نه مجرد اباحهء محضه و او ملك را از ملكیت خود بیرون کرده. چنان که هر گاه

مشتري علم دارد که بايع، مال غير را بدون اذن او فروخته و اسبی را در قیمت آن ملك

بدهد، و بايع آن اسب را بفروشد به غير و مالك هم اجازهء بيع را بکند، ظاهر این است

که مشتري رجوع نمیتواند کرد نه به اسب و نه قیمت آن - نه به بايع و نه به مشتري.

۱۲۲ - سؤال: زید و عمرو شریکند در قطعه زمینی بالمناصفه. و زید بدون اطلاع عمرو زمین را قیمت میکند. و بعد از تعیین حصهء خود، آن حصه را به بكر مفروشده و

عمرو مگوید به این قسمت راضی نیستم. آیا بيع صحيح است یا باطل؟ -؟.  
جواب: قسمت زمین با عدم رضای عمرو باطل است. و بيع هم باطل است. و بكر هیچ حقی در زمین ندارد.

و اگر کسی بگوید چون زید مالك نصف زمین هست، پس چرا در قدر حصهء خود صحيح نباشد (؟) و حال آنکه فقها تصریح کرده‌اند به اینکه هر گاه کسی مملوك خود را

با غير مملوك به يك صيغه بفروشد به قدر حصهء خود صحيح است. و در باقی موقوف

است بر اجازه مالك، پس باید نصف مشاع این نصف که ربع مجموع زمین است

مال بکر  
باشد. بیش از این نیست که بکر هر گاه علم نداشت به حال، و بعد مطلع شد،  
مسلط بر

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

-----  
۱: میتوان گفت خلاف مفروض نیست بل عین مفروض است. زیرا فرض این است که منصرف شود به  
اشاعه در  
مجموع همان طور که مسئله مورد تنظیر از کلام فقها نیز چنین است.  
و اگر منظور مصنف از " مفروض " چیزی است که در نظر بایع بوده، باید گفت در مسئله مورد تنظیر  
هم،  
همینطور است. پس نیاز به پاسخ دیگر است. و پاسخ قاطع همان است که مصنف (ره) در پاسخ ادعای  
انصراف  
این بیع به " نصف مشاع مجموع زمین " خواهند گفت - در آخر همین مسئله - که عقد بر نصف معین  
شده و  
تعیین باطل است. و جنس بدون فصل بقائی ندارد.  
۲: صورت اول به شکل زیر تصویر میشود:  
از نصف دیگر زمین که مورد معامله قرار نگرفته، قطع نظر میشود. و ممانند يك قطعه زمین (همان  
نصف مورد معامله) فروخته شده که نصف آن مستحق للغیر در آمده. در این صورت، بیع منصرف میشود  
بر  
مال بایع که نصف مبیع است و ربع کل زمین.  
لیکن (همانطور که مصنف (ره) در پاسخ گفته است) نمیتوان از نصفی که مورد معامله قرار نگرفته  
صرف نظر کرد. زیرا مستلزم ضرر شريك است.

اما اگر بايع همهء مجموع زمين را (جهلا او غصبا) مفروخت، در صورت جهل بر اينكه نصف زمين مال شخص ديگر است، قابل تصحيح مگرديد و در صورت غصب، همان اختلاف جنجالي پيش مآمد كه در مسئله شماره ۱۱۲ گذشت. و در هر دو صورت، حل مسئله آسانتر از فروش نصف مفروز يك جانبه، است

اجبار بر قسمت است در مافیه الشیاع. آیا در ما نحن فیه ثابت است که شریک تواند اجبار کند مشتری را، (یا به عکس) در قسمت کردن آن ربع در مجموع ملك، که هر جا

به قرعه در آید بعد تعدیل سهام، مال مشتری باشد یا شریک. یا نه؟ -؟ اگر مگوئی بلی،

گوئیم آن خلاف قاعده است که شریک تواند اجبار کند شریک را در قسمت مشاع در

غیر ما فیه الشیاع، چون مفروض این است که نصف مشاع آن نصف معین را مالک است، و

دخلی به نصف دیگر ندارد.

و اگر مگوئی نمیتواند، به جهت اینکه مشتری مستحق ربع شایع در این نصف معین، است، و آنچه توان اجبار کرد در آن قسمت آن ربع است در همان نصف معین.

چنان که از جمله آثار ملك مشاع این است.

مگوئیم که وجه اجبار در قسمت ربع در این نصف معین، از برای مشتری چه چیز است؟ و استحقاق این اجبار به جهت مشتری از کجا به هم رسید؟ و حال آنکه آنچه به او

رسیده همان حقی است که بایع داشت و بایع چنین حقی و تسلطی را نداشت که اجبار

کند شریک را در تقسیم این ربع در همین نصف معین. بلکه آنچه تسلط داشت اجبار بر

تقسیم و افراز نصف مشاع مجموع بود در مجموع. به جهت آنکه تقسیم کردن نصف گاه

است مستلزم ضرر شریک میشود. زیرا که من بعد اگر خواهند نصف دیگر را قسمت کنند، گاه است که تفرقه حاصل شود ما بین اجزاء حصهء شریک، و آن مستلزم ضرر است. بخلاف قسمت. جمیع در وقت واحد.

پس چون شرکت بایع در ربع مذکور به همین نحو بود که هر گاه خواهند قسمت کنند، توانند اجبار کنند در قسمت در نصف معین. پس از برای مشتری هم شرکت به

همان نحو حاصل شده که بتواند اجبار کند شریک را در قسمت مذکوره. و جواز تراضی

بر تقسیم نصف مستلزم جواز اجبار، نیست.

پس باید این استحقاق مشتری، از راه قسمت بایع باشد و آن خود باطل بود



(۱۹۶)

(چنان که دانستی). پس دیگر وجهی از برای تصحیح این معامله باقی نماند. چون تصحیح عبارت است از ترتب آثار، و دانستی عدم ترتب اثر را. پس هر گاه عدم ترتب اثر

ثابت شد، عدم صحت بیع هم ثابت است.

و به تقریر دیگر (که اوضح از این تقریر، است و لکن ادق از این است) مگوئیم که: معنی اشاعهء ملك ما بین شركاء این است که هر يك به قدر الحصة، در جزء لا يتجزى از اجزاء آن مبیع، مستحق میباشند. و اما ملاحظه آن حصه مثل نصف یا ثلث

یا ربع، نسبت به مجموع، من حیث المجموع (به این معنی که آن اجزاء را مرکب کنیم و

منضم کنیم به قدر حصه از حصهها، و جدا فرض کنیم. و همچنین منضم کنیم به قدر

حصهء دیگر، و جدا فرض کنیم. که مناصفه نسبت به مجموع ملاحظه شود، نه هر جزئی از

اجزای متجزی) پس آن را هیچ يك مستحق نیستند بالفعل.

بلکه استحقاق " بالامکان " است که هر گاه خواهند قسمت کنند. شارع مقدس تجویز انضمام اجزاء به قدر حصهء هر يك کرده. که بعد از انضمام (و تعدیل سهام به قدر

حصهء هر يك نسبت به مجموع) به قرعه یا تراضی مالك شوند. پس نصف مجموع و ربع

مجموع، تحقق نمیپذیرد الا با تعدیل سهام و تقسیم. و قبل از آن هیچ يك را استحقاقی

در نصف مجموع یا ربع مجموع، علی سبیل التعمین، نمیباشد.

پس بایع فروخته است چیزی را که مالك آن نیست، نه نصف را و نه ربع.

و اینکه ممکن است که مالك آن، شود (بعد تعدیل سهام و وقوع قرعه بر آن، یا تراضی بر آن)، نفعی به حصول مالکیت بالفعل ندارد. و گاه هست که بعد تعدیل و قرعه،

همین نصف و ربع به حصهء آن شريك در آید. و بیع به شرط، هم معنی ندارد، که مراد

این باشد که این نصف معین نسبت به مجموع را فروختم به تو [به شرطی] که بعد از این

به حصهء من در آید. و اگر فرض صحت آن کنیم، پس باید در مجموع نصف، صحیح باشد.



و بدان که: در این مقام، گاه هست در بعضی اوهام در آید که میتوان تصحیح این  
بیع کرد در اصل نصف بر سبیل اشاعه، هر چند بر سبیل تعیین تمام نشود. به تقریب

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

۱: پس میتوان ادلهء عدم انصراف این بیع، به یکی از صورتهای تصحیح، را به شرح زیر خلاصه کرد:  
الف: عدم انصراف به نصف مشاع در مجموع: چون عقد بر معین (که غیر مشاع در مجموع است) واقع شده و

جنس بدون فصل بقائی ندارد.

ب: عدم انصراف به نصف مشاع در نصف مورد معامله (ربع مجموع ولی مشاع در نصف): به همان دلیل بالا. و

نیز به دلیل عدم ترتب اثری (اجبار به تقسیم) از آثار. بنا بر دلیل "عدم ترتب اثر"، اگر بایع نصف مشاع خود، را به صورت دو ربع مشاع در مجموع، در دو معامله

جداگانه به دو نفر بفروشد. صحت این معامله‌ها منوط به اجازهء شریک است. زیرا همان "ضرر" در اینجا هم حضور دارد.

و نیز: اگر بایع بمیرد و سهم او به دو وارث او منتقل شود، هر کدام از آنها به تنهایی نمیتواند شریک را اجبار به تقسیم نماید. چون باز همان " ضرر " حضور دارد. با اینکه انتقال ملکیت در اینجا قهری است.

و صحیح است بلا خلاف و بلا شك.  
پس دلیل عمده در مورد ردیف " ب " همان است که در ردیف " الف " آمده " یعنی: عقد بر معین شده و جنس

بدون فصل بقائی ندارد.  
زیرا تکیه بر " بطلان تقسیم " در این بحث، آن کاربرد قاطع را ندارد چون فراتر از " غصب " نیست. و بحث

" انصراف " در مورد شریک غاصب هم هست

۱۲۳ - سؤال: زید خانه و محوطه به عمرو فروخته، به حدود معینی. و بعد از چند وقتی مشخص شده که زید بایع، (عمدا یا سهوا) طریق و معبر و شارع عام را داخل خانه

و محوطه خود نموده و به مشتری فروخته.

و مشتری که عمرو است همان خانه و محوطه معروضه را (قبل از بروز دخول شارع

در مبیع) به زید فروخته به بیع شرط. و قدر شارع بر مشتری، غیر معین [است]. بیان فرمایند که جهالت طاریه بعد از عقد موجب جهالت در مبیع و فساد بیع میشود؟ یا آنکه تعیین به حدود حین العقد، کافی است در صحت بیع؟.

و در صورت صحت بیع اول، آیا بعد از انتقال عمرو مشتری، مزبور را به زید (بایع اول) به بیع شرط. قبل از انقضای مدت خیار، یا بعد از انقضاء و لزوم، فسخ بیع به

خیار شرکت یا خیار تبعض صفقه یا خیار غبن، از برای عمرو مشتری شرعا جایز است یا نه؟ -؟

و هر گاه بایع خواسته باشد به احادیثی که در باب " احياء الموات " به جهت تعیین طرق و شوارع وارد شده - به این مضمون که پنج ذرع یا هفت ذرع باشد - میتواند تعیین

شارع، نماید به این نحو که نصف ذرع به قیاس احياء موات از ملك خود به جهت معبر

عام وضع نماید هر چند عمرو مشتری به این راضی نباشد -؟. یا آنکه باید مشخص شود

که چقدر از ملك مزبور شارع و چقدر ملك است. و بعد از آنکه معین شود قدر شارع آیا

معامله صحیح است در قدر ملك؟. و بعد از وضع شارع، باید از ثمن به قدر شارع وضع

شود (یعنی زید بایع به قدر قیمت ملك خود بعد از وضع شارع، از ثمن اخذ و باقی را

تسلیم عمرو مشتری نماید) -؟. یا قسمی دیگر است؟.

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

جواب: ظاهر این است که جهالت طاریه، در فساد بیع مدخلیت دارد، زیرا که عقد بیع که بر مجموع مبیع واقع میشود بر هر يك از اجزاء آن هم واقع میشود. و دلیل بر آن خیار تبعض صفقه است. زیرا که اگر بیع بر هر بعض واقع نشده چگونه در بعض صحیح میشود.؟

از این جهت است که بعضی به سبب تبعض صفقه، اشکال در صحت کرده‌اند. چون عقد بر مجموع واقع شده، و جزء مغایر کل است. پس هر گاه ثابت شد که هر يك از

اجزاء، مورد بیع است (و ثمره آن در حین خیار تبعض صفقه ظاهر میشود) پس چنان که

در مجموع مبیع معلومیت، شرط است، در بعض (که هر گاه فرض شود که همان مورد

بیع خواهد بود لا غیر) هم معلومیت، شرط است. و با جهالت صحیح نخواهد بود. بیش از

این نیست که در حال بیع چون متفطن این معنی نیست، جهالت آن جزء را تصور نکرده.

پس حقیقتاً آن جزء از برای [او] مجهول است و لکن نمیداند که مجهول است. و جهل مرکب، از حقیقت جهل خارج نیست. بلی ظهور آن بعد از انکشاف استحقاق غیر در بعض، حاصل میشود.

و از این جهت است که حکم کرده‌اند به بطلان بیع به کیل غیر معلوم، و سنگ غیر معروف یعنی غیر متعارف بلد. هر چند در نظر متبایعین مشاهد و معین است، و معتقد

آنها این است که عین معینه غیر مجهوله را فروخته و خریده‌اند. و لکن چون در نفس الامر برای آنها مجهول است بیع فاسد است.

و به هر حال، چون بیع غالباً در معرض تزلزل است، و استقرار کامل آن موقوف است

به عدم ظهور موجب خیاری. پس چنان که در اصل انتقال جهالت مضر است در استقرار

آن هم جهالت مضر است. پس هر گاه در حین ظهور تبعض صفقه، ظاهر شد جهالت هر

يك از بعضین، که موجب جهالت آن بعضی است که عقد بر آن بالذات صحیح



(۲۰۰)

متوانست شد، پس هر گاه حکم به صحت بیع در آن بعض کنیم و آن را مستقر سازیم به سبب عدم فسخ، حکم به استقرار مجهول کرده‌ایم. با وجود اینکه همان حکمتی که باعث است بر حکم به بطلان بیع مجهول (یعنی لزوم غرر و سفه غالباً) بعینه در اینجا موجود است.

و این سخن که مذکور شد در حکایت اعتبار جهالت حیت استقرار ملك، وضوح آن بنابر قول به عدم انتقال ملك به مجرد بیع (مطلقاً، چنان که مذهب ابن جنید است، و مقیداً

به اینکه خیار از برای بایع باشد یا برای هر دو، چنان که مذهب شیخ است) بیشتر است.

خصوصاً بنابر اینکه انقضای مدت خیار، " ناقل " شده نه " کاشف ". و مؤید این مطلب است (یعنی اینکه جهالت طاری هم در حکم جهالت اولی است) آنچه فقها ذکر کرده‌اند در مسئله منجزات مریض. که هر گاه بیع محاباتی در مرض موت

به عمل آید در جنس ربوی. مثل اینکه ترکه مریض منحصر باشد در يك کر گندم خوب،

که قیمت آن، شش اشرفی باشد. و بفروشد آن را به يك کر گندم، که قیمت آن سه اشرفی باشد. بنابر اینکه منجزات در ثلث معتبر باشد با عدم اجازه وارث. که محابات در

نصف شده [نه] در مقدار ثلث. پس ۱ هر گاه سدس ۲ را رد کنیم بر ورثه، ربا خواهد بود.

و وجه تصحیح رد را بیان کرده‌اند و آن طولی دارد که اینجا محل آن نیست. و وجه تایید، این است که اعتبار کرده‌اند ظهور ربا را بعد از معامله، هر چند در حین معامله بر وجه ربا نبوده. و شاید در " کتاب صلح " همین مجموعه هم اشاره به بعض

مؤیدات این مطلب شده باشد.

و بدان که: در اینجا دو حدیث بلکه سه حدیث است که ظاهر آنها این است که هر گاه کسی خانه‌ای بخرد و قدری از راه در آن باشد، بیع آن صحیح است. و آن موثقه محمد بن مسلم است عن احدهما: " قال: سئلته عن رجل اشتری داراً، فیها زیادة

-----  
۱: در نسخه به جای " پس " حرف " که " آمده.  
۲: مجموع شش اشرفی است ثلث آن دو اشرفی میشود پس باید يك اشرفی که سدس مجموع باشد به  
ورثه  
برگردد تا وجه محابات دو اشرفی باشد



عن الطريق. قال: ان كان في ما اشترى، فلا باس " ۱ .  
و شيخ به سند معتبر ديگر همين حديث را روايت کرده، از محمد بن مسلم، از ابی حمزه،

از باقر (ع)، و روايت کرده است ايضا از ابی جميله، از عبد الله بن اميه، " انه سئل ابا عبد الله -

ع - عن دار يشرتها، فيكون زياده عن الطريق. قال: ان كان ذلك دخل عليه في ما حد له، فلا باس ۲ . "

و شيخ و ابن ادریس و محقق چنين فهميده‌اند حديث را، که قدری از شارع مسلمين داخل خانه بوده است. و توجيه آن به اين نحو مشود که فعل مسلم محمول بر

صحت است. پس هر گاه قدری از راه داخل خانه بوده و آن را فروخته، محمول است

بر اينکه زايد بر حد شرعی بوده است و آن زايد را احیاء کرده. و ممکن است که مراد از

طريق در حديث طريق مملوك باشد، و اين اظهر است، به قرنيه آنکه فرموده که هر گاه

داخل در حدودی بوده که بايع آن را داخل مبيع کرده، باکی نیست. و صاحب وافی هم

این احاديث را در باب حدود مبيع ذکر کرده.

و از نهايه شيخ و ابن ادریس نقل شده که هر گاه آن زيادتی متميز نیست، بر او چیزی نیست. و هر گاه متميز است، بايد آن را برگرداند به طريق، و درك را از بايع بگيرد. و محقق در نافع بعد از آنکه تضعيف روايت کرده است، و نقل این قول را از شيخ

کرده، تفصيل شيخ را منع کرده و اختيار بطلان بيع کرده است از اصل، در صورت عدم

تميز، و اختيار صحت در مملوك کرده با خيار فسخ به جهت تبعض صفقه، در صورت

امتياز با جهل مشتری به حال.

و وجه منع، این است که عدم تميز منشاء مباح شدن آنچه از راه گرفته نمشود. و

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البيع، باب ۲۷ ح ۳. تهذيب: ج ۲ ص ۱۵۳.

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۱، ابواب عقد البيع، باب ۲۷ ح ۴. - تهذيب: ج ۲ ص ۱۵۳.

قابل ذکر است که حديث ديگری (به طور مرسل) داریم که پیام این دو حديث را تايد میکند. رجوع

کنید:

بحار: ج ۱۰۴ ص ۲۵۷ ح ۱۱، احياء الموات

(۲۰۲)

وجه اینکه اختیار کرده است بطلان بیع از اصل [را]، این است که مبیع مجهول است در

صورت عدم تمیز. زیرا که آنچه ملك مالك است، معلوم نیست. بخلاف صورتی که متمیز

باشد. زیرا که در آنجا مانعی از صحت بیع نیست. بلی چون صفقه متبعض میشود،

خیار فسخ دارد، در صورتی که مشتری جاهل بوده باشد. چنان که حقیر بیان آن را کردم. اطلاع بر کلام محقق بعد از آن بود که به فهم قاصر مطلب را یافته بودم. و بعد از این مطلع شدم بر کلام ابن فهد حلی در مهذب، و از

کلام او بر مآید که در صورت عدم تمیز باز خیار فسخ از برای مشتری هست. به سبب

اینکه عیب بزرگی است که مملوك مخلوط به غیر مملوك است. و گفته است که " هر گاه

مشتری فسخ نکند و مبیع را نگاه دارد، ارش نمیتواند گرفت. به سبب عدم علم به قدر

آن " و مطلقا متعرض دلیل محقق در حکم به بطلان نشده. و عجیب تر؟ اینکه آنچه را گفته،

مقتضای قواعد دانسته. ۱

و اما کلام در اینکه: جایز است که کسی از شارع مسلمین احیا کند یا نه؟ -؟ و بر فرض جواز، حد آن چه چیز است؟. پس بعد از این مذکور میشود.

و اما سوال از اینکه: بر فرض صحت بیع، آیا این تصرف مشتری که آن ملك را به بایع فروخته به شرط خیار، مسقط خیار فسخ هست یا نه؟ -؟. جواب آن را قبل از این

نوشته‌ام. و حاصل آن اینکه تصرفی که مسقط خیار است تصرفی است که دلالت کند بر رضای

به ملك با اسقاط خیارات. یعنی راضی باشد که آن ملك مال او باشد به عنوان " لزوم "

بدون بقای خیاری. و بیع شرط مذکور مستلزم آن نیست، بلکه چون متفطن این احتمال

نیست (که شاید بعض مبیع مال غیر باشد. خصوصا چنین گیری که شارع عام است و

اجازه بیع از جانب آن هم معنی ندارد ۲) احتمال آن گونه " الزام " قریب به محال عادی

است.

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

و اما سوال از تمسك بايع در تصحيح، به احاديثي كه در تحديد طريق وارد شده: پس بدان كه در اين مقام چندين مرحله از كلام هست: اول اينكه آيا تحديد طريق، به چه،

قدر، است؟. دوم آنكه آن تحديد مذكور در اخبار، از براي طريق مبتكر، است يا اعم؟ -؟. سوم آنكه آيا جاز است احيای زايد بر آن مطلقا يا نه؟ -؟. چهارم اينكه آيا

جاز است تبديل شارع به زمين ديگر يا نه؟ -؟. پنجم اينكه تبديل نفعي مبخشد در رفع جهالت تا تصحيح بيع باشد يا نه؟ -؟

اما اول: پس اظهر اين است كه حد طريق هفت ذراع باشد چنان كه در موثقهء سكوني ۱ و روايت مسمع بن عبد الملك ۲. بلكه در بحار از " نوادر راوندي " هم حديثي ۳

نقل کرده كه اشعار به آن دارد. و اين قول، از اكثر اصحاب نقل شده. و قول ديگر پنج

ذراع است. چنان كه موثقهء بقباق ۴، دلالت دارد بر آن. و هر چند كه محقق و علامه اين

تحديد را در خصوص طريق مبتكر نقل کرده اند (يعني هر گاه كسي خواهد زمين مواتي

را احياء كند و محتاج به راه باشد و كسي ديگر هم خواهد در جنب آن احيای مواتي

كند. در كمتر از اين مقدار نميتواند تصرف كرد) و لكن ظاهر اين است كه اين تحديد از

براي مطلق شارع است، چنان كه جمعي از محققين گفته اند. و روايات هم منافات با اين

ندارد. زيرا كه هر چند سؤال از حال ۵ مبتكر است و لكن اعتبار ۶ به عموم جواب، است.

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۷ ص ۳۳۹، ابواب احياء الموات، باب ۱۱ ح ۵ و ۶.

۳: بحار: ج ۱۰۴ ص ۲۵۵، باب المشتركات و احياء الموات، ح ۱۲.

توضيح: مطابق اين حديث عرض راه، ۱۴ ذراع ميشود زيرا عبارت " ما بين العين الى العين خمس مائة ذراعا و

الطريق الى الطريق اذا تضايق على اهله سبعة اذرع " آمده است. يعنى راه به طور دو طرفه در نظر گرفته شده.

۴: وسايل: ج ۱۳، باب ۱۵، كتاب الصلح، ح ۱.

۵: علاوه بر اينكه سؤال از مبتكر است، ماهيت راه نيز طوري است كه غالبا عرض آن در حين ابتكار و

تاسیس،  
عنوان میشود. و روشن است که نظریه محقق و علامه بر نظریه مصنف رجحان دارد.  
۶: اصل در موات عدم مالکیت بخش خصوصی، است و احیاء و تملك نیازمند اذن خاص یا اذن عام امام  
(ع) است.  
پس به هنگام تعارض " خصوص مورد " با " عموم اعتبار " در اینجا خصوص مورد، مقدم است. زیرا اصل  
عدم  
صحت تملك است در مورد شك، و در اینجا تعدی از مورد نص باطل است، پس نظریه مرحوم میرزا،  
مرجوح  
مباشده.  
اصل و اساس این بحث، به راههای مزارع مربوط است. و در سایر راهها به طبیعت جامعه و عرف عملی  
مردم  
واگذار شده است. و مطلوب ترین عرض برای راه در اسلام (حد اقل) شصت ذراع است. رجوع کنید:  
بحار: ج  
۱۰۴، ص ۲۵۴، احیاء الموات، ح ۶. موثقهء علی بن ابی حمزه

و از اینجا حال مرحله دوم، هم معلوم شد.

و اما سوم: پس ظاهر ادله جواز احیای زاید بر این مقدار است. و بعضی گفته‌اند که هر گاه شارعی باشد که محتاج به بیش از این باشد مثل محل تردد حاج و زوار که شتر یا کجاوه عبور میکند هر قدر حاجت باشد باید به جا گذاشت. و این هر چند خالی از اشکال نیست (زیرا که غالب آن است که به هفت ذراع، رفع حاجت میشود و شتر هم به قطار میتواند رفت. و الا گاه هست که هفتاد ذراع هم بس نیست) و لکن احوط این است که در چنین جائی ترك کند.

و اما مرحله چهارم: پس هر چند در نظر حقیر قوت دارد جواز تبدیل شارع به زمینی که در جنب آن باشد، در صورتی که به هیچ وجه ضرر به ماره نرسد. و قرب و بعد تفاوت نکند. خصوصاً هر گاه تبدیل، انفع به ماره باشد. و اجماع و اخباری که دلیل منع تصرف شارع است، شامل چنین جائی نیست. و لکن احوط عدم تبدیل است.

و اما مرحله پنجم: پس مگوئیم که این تبدیل، نفعی بر جهالت مبیع نمکند، زیرا که این چاره‌ای است در تعیین مبیع، بعد از آنکه بیع بر مجهول واقع شده، با وجود اینکه بر وجه تصحیح این مطلب هم، مبیع خالی از عیب نیست، و باز مورد خیار عیب هست، چون این مسئله از مسائل اجتهادیه است. بلکه خلاف ظاهر مشهور علما است، پس این بیع در معرض مناقشه و دعوی خواهد بود، و به سبب تجدد رأی مجتهد دیگر (بنابر اینکه نقض فتوی باشد چنان که مشهور است) محل سنوح عوارض است. پس به این سبب باز خیار فسخ ثابت خواهد بود.

و اما اگر مشتری به این معنی راضی نباشد (چنان که مورد سؤال است) دیگر امر اوضح خواهد بود.

(٢٠٥)



باقی ماند در این مقام سخنی که سائل از آن سؤال نکرده و آن این است که: هر گاه بایع بگوید که بلی از شارع داخل آن کرده‌ام. و لکن هفت ذرع یا پنج ذرع وضع کرده‌ام از

برای شارع و اضافه را داخل کرده‌ام، و مزاحمی در این دعوی نداشته باشد. ظاهر این

است که مصدق است و بیع هم صحیح است. خصوصاً هر گاه مقدار داخل کرده، را هم

تعیین کنند که به هیچ وجه جهالتی باقی نماند. در این صورت بیع صحیح است. و لکن

همان شبههء خیار عیب باقی مماند که اشاره به آن کردیم. پس منخیر خواهد بود میان رد و ارش.

و اما سؤال از صحت معامله بعد از تعیین قدر شارع: پس آن از سخنهای پیش معلوم شد. که بیع صحیح است و لکن خیار تبعض صنفه (در صورتی که بر خلاف شرع داخل

کرده باشد) و خیار عیب (در صورتی که بر وجه صحیح داخل کرده باشد) ثابت است.

هر چند که عیب بودن در صورت حکم حاکم به ادخال (که نقض آن جایز نیست) معلوم

نیست. و همچنین هر گاه به تقلید مجتهدی کرده باشد، که اظهر در نزد حقیر آن است که

در این صورت نقض فتوی هم جایز نیست. و لکن در صورت مسامحه و " رجما بالغیب "

هر گاه کرده باشد، مظنهء دخول در عیب کمال وضوح [را] دارد.

و اما سوال از کیفیت استرداد قیمت در صورت التزام بیع، و عدم فسخ: پس چون ظاهر این است که این از باب يك جفت در، است که بفروشد و يك تاي آن مال غیر بر آید.

که هیئت مجموعیت دخل دارد در تفاوت قیمت و قیمت هر يك منفردا که ملاحظه کنیم

مجموع این دو قیمت، کمتر است از قیمت مجموع. پس باید اولاً هر يك از مقدار زیادتی

طریق و خانهء مملو که را قیمت کرد جدا، جدا. و نسبت داد قیمت احدهما را به مجموع

قیمتین (نه به مجموع قیمت آنها در حال اجتماع) و از ثمن اصل مجموع آن دو

زمین که معامله بر آن واقع شده، اخذ کرد به همان نسبت. مثلاً خانه را به شصت ریال خریده است  
والحال زیادتی راه را که قیمت مکنیم سی ریال است، و خانه مملوک را که قیمت مکنیم شصت ریال است که مجموع، نود ریال است. و سی نسبت به نود ثلث است. پس  
مشتری ثلث ثمنی که در عوض مجموع داده - که بیست ریال است - پس مگیرد.

این طریق را در تقسیم ثمن، بعضی علما ذکر کرده‌اند. و هر چند بر این وارد است که در بعضی صور مستلزم ضرر مشتری میشود - در صورت جهل به حال - چون او ثمن را در ازای مجموع داده است. نه در ازای هر يك. چنان که در صورت سؤال است. و لکن

این ضرر منافع میشود به ثبوت خیار از او برای او. و بدان که: بعد حصول بیع و قبض مشتری، بر بایع و مشتری (هر دو) لازم است رد شارع بر حال خود. و غرامتی که به سبب خراب کردن خانه و تسویه شارع حاصل میشود، هر گاه مشتری متحمل آن شده، رجوع میتواند کرد به بایع. چون جاهل و مغرور بوده. و هر گاه رد شارع به حال خود، مستلزم خراب شدن بعضی خانه‌ها ۱ بالتمام

یا بعضی آن بعضی باشد، آن خسارت راجع به بایع میشود. و اجرت عمل با اوست. و در صورت امضای بیع، آلات و ادوات از احجار و اخشاب و آجر، مال مشتری است. و الحال که خانهء مملوك قیمت میشود منفردا نسبت به این خانه‌های ۲ خراب، مخروبهء آنها قیمت میشود. نه خانهء صحیح. و قیمت آلات و ادوات هم از برای بایع

ملحوظ میشود. یعنی آن خانهء مملوك را با این آلات و ادوات منفردا قیمت میکنند و زیادتی شارع را منفردا. بعد از آن ملاحظهء نسبت را میکنند. چنان که گفتیم. و اما سؤال

از نقصی که در ملك به هم مرسد: اگر همین است که مذکور شد، جواب همین است.

و الا، باید سؤال واضح تر شود تا جواب گفته شود. باقی ماند کلام در طریقهء تخلص از شارع در صورت جهالت، هر چند در سؤال مذکور

نیست لکن آن هم مهم است. پس مگوئیم که هر گاه معیار بنا را در طریق همان هفت

ذراع یا پنج ذراع گذاریم و در آن طرف بیرون، طریق معین باشد و جهالت در جانب خانه

باشد، پس متمیم میکنیم نقص آن راه از مقدار مقرر [را]. و هر گاه بنا را بر این نگذاریم، یا

آنکه حد آن سمت بیرون، معلوم نباشد، در آن چند وجه معتبر است: یکی آنکه به قدری داخل شارع کنیم که یقین حاصل شود که بیش از آن داخل

-----  
۱ و ۲: مراد "خانه‌ها" اطاق‌ها است

(۲۰۷)

خانه نشد. و دوم آنکه به ظن غالب اکتفا کنیم. سوم آنکه به مقتضای اصل براءت،  
 اقل متیقن را وضع کنیم. و شاید اظهر وجه اول باشد. وابن فهد حلی در مذهب اکتفا به  
 دو وجه اول کرده. و در کلام ابن فهد اغتشاشی هست، که فی الجملة اشاره به آن  
 کردم که غافل از تحقیق محقق (ره) شده. و مقام مقتضی بسط کلام در آن نیست.  
 ۱۲۴ - السؤال: لو باع احد اولاد الغائب، امته لضرورة المعاش او غيرها. و اشتراها  
 احد عالما بانها مال الغائب، او جاهلا. ثم استولدها المشتري. فكيف حال البيع جوازا  
 و حرمة و صحة و فسادا -؟ -؟ و كيف حال الولد في الرقيه و الحرية؟ و اللقوق و  
 عدمه؟. و كيف حال المهر و قدره؟  
 الجواب: لا يجوز بيع مال الغائب، [لا] لا ولاده ولا لغيرهم. ولا يصح ايضا الا اذا  
 امضاه وليه و هو الحاكم (ان لم يكن مجنوناً او سفيهاً اتصل سفهه بصغره). فان  
 اشتراها احد وهو جاهل بانها مال الغير، فيجوز للمالك او وليه انتزاعها عنه - بلا خلاف و  
 اشكال -.  
 والاخبار بها مستفيضة وسياتي بعضها.  
 وكذا اجرة ما استوفاه من منافعها، و قيمة الولد المستولد منها يوم السقط حيا. لانه  
 نماء ملكه التابع له. و انما يعدل من الولد الى القيمة، الاخبار الدالة على  
 ان الولد يتبع اشرف ابويه. فهي المخصصة لقاعدة تبعية النماء. و لخصوص  
 الاخبار المستفيضة، منها موثقة جميل بن دراج في التهذيب عن الصادق (ع) في  
 الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها. ثم يجئني مستحق الجارية (؟). قال: ياخذ الجارية  
 المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمة  
 الولد التي اخذت منه " ۱  
 و منها مرسلة جميل بن دراج و صحيحته عن الصادق (ع) في الكافي والتهذيب " في  
 رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة (؟). قال: ياخذ الجارية صاحبها  
 و ياخذ الرجل ولده بقيمته " ۲.

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

(٢٠٨)

ومنها رواية زرارة فيهما ايضا " قال: قلت لابي جعفر (ع): الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها. ثم يجيئى الرجل فيقيم البينة على انها جاريته لم تبع و لم تهب (؟).

فقال: يرد اليه جاريته و يعوضه بما انتفع. قال: كان معناه قيمة الولد " ١ .  
و منها رواية الاخرى فى التهذيب: قال: قلت لابي عبد الله (ع): رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا، ثم ان اباه يزعم انها له، واقام

على ذلك البينة (؟) قال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوضه فى قيمة ما اصاب من

لبنها و خدمتها ٢. و فى بعض النسخ " ثم ان اتاها من يزعم انها له " ٣ و لا يظهر وجهه.

و قال الشيخ: " يقبض ولدها " يعنى بالقيمة. وعن المفيد انه قال برقية الولد لمالكها، لما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن قيس، عن ابي جعفر (ع) قال " قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب، و استولدها الذى اشتراها فولدت

منه غلاما. ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير

اذنى، فقال: خذ وليدتك و ابنها. فنا شده المشتري. فقال: خذابنه - يعنى الذى باع الوليدة - حتى ينفذلك ما باعك. فلما اخذ البيع الابن قال ابوه: ارسل ابنى، فقال: لا

ارسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما راي ذلك سيد الوليدة الاول، اجاز بيع ابنه " ٤ .  
و اجيب عنه بان المراد باخذ " ابنها " قيمة ابنها، جمعا بين الاخبار، و كيف كان فالرواية لا يخل من شئى فلا يعارض بمثلها الاخبار الكثيرة المعمول بها عند المعظم عموما

و خصوصا، كما عرفت.

ثم ان المشتري يرجع الى البايع الغار له بثمانها، و كل ما اغترمه و ان استوفى مقابله شيئا، على الاظهر. و اما عوض البضع، فالاشهر الاقوى، انه يرجع على المشتري بعشر ثمنها ان كانت بكرا، و نصف العشر ان كانت ثيبا. و عن الشيخ فى الخلاف الاجماع عليه، و

استدلوا عليه بصحيفة وليد بن صبيح فى الكافى و التهذيب: عن الصادق (ع) " فى رجل

١ و ٢: المرجع، ج ٢، ٤.  
٣: و في بعضها " ثم اتاها... بحذف " ان ".  
٤: المرجع، ح ١



تزوج امرأة حرة، فوجدها امة قد دلست نفسها له (?) قال: ... الى ان قال: و لمو اليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرا، و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، بما استحل من فرجها " ١ .

و صحيحة الفضيل بن يسار فى الكافى و الفقيه " قال: قلت لابي عبد الله (ع): جعلت فداك ان بعض اصحابنا قد روى عنك انك قلت: اذا احل الرجل لا خيه جاريته فهى له حلال. قال: نعم يا فضيل. قلت له: فما تقول فى رجل عنده جارية له نفيسة و هى بكر،

احل لا خيه مادون فرجها، اله ان يقتضها؟ قال: لا، ليس له الا ما احل له منها، ولو احل له

قبلة منها لم يحل له ما سوا ذلك. قلت: أرايت ان احل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقترضها (!) قال: لا ينبغى له ذلك. قلت: فان فعل ايكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا و

يغرم لصاحبها عشر قيمتها " ٢ . و زاد فى الكافى " ان كانت بكرا، و ان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها " ٣ . و قال

الحسن بن محبوب: و حدثنى رفاعه، عن ابي عبد الله (ع) مثله الا ان رفاعه قال " الجارية النفيسة تكون عندى " ٤ .

والاخبار الواردة فى من اشترى الجارية فظهر بها الحبل، منها صحيحة الحسن بن محبوب عن ابن سنان " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم

بحبلها فوطاها (?) قال: يردها على الذى ابتاعها منه و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها " ٥ .

وقد قال على (ع): لا يرد التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها ٦، الحديث. و وجه الاستدلال، ملاحظة العلة المستفادة عن قوله (ع) " بما استحل من فرجها " . و

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٧، ابواب نكاح العبيد...، الباب ٦٧ ح ١ .

٢ و ٣: المرجع، ص ٥٣٧، الباب ٣٥ ح ١ .

٤: المرجع: ح ٢ .

٥: الوسائل: ج ١٢ ص ٤١٦، ابواب العيوب، باب ٥ ح ١ .

٦: المرجع، الباب ٤ ح ١ - و عن الصادق (ع) ايضا: الباب ٥، ح ٣

ربما قيل انهما تدلان بالفحوى على ما نحن فيه. و كيف كان والظاهر ان الشهرة والاجماع المنقول مع ذلك كاف في اثبات الحكم. و عن الشيخ و ابن ادريس، انه يلزمه

مهر امثالها. لانه القاعدة في عوض البضع، و انه بمنزلة ثمن المثل في غيره. ثم ان الظاهر عدم الفرق بين علم الامة بالحرية و عدمه. و عن الدروس تخصيص ذلك بصورة الاكراه، لانه لا مهر لبغى، و فيه ان ذلك حق الموالى و لا يعتبر رضاها في دفعه، واما انتفاء المهر للبغى فالمتبادر هو الحرة، سيما مع ملاحظة لفظة " المهر " و اطلاق

المهر للحرة في مقابل الامة شاهد عليه، و خصوصا من جهة افادة اللام الاستحقاق الملكى، و هو مفقود في الامة.

و اختلفوا في جواز رجوع المشتري على البايع بما اغترم من حق عقر الامة و اجرتها، على قولين. اقويهما الجواز. لانه دخل في البيع على ان ينتفع بها مجانا فاذا اغترم في عوضها يرجع به على من غره، و ربما يستدل بفحوى ما دل على رجوعه اليه بقيمة الولد،

التي اخذه المالك. و لا باس به، اذ قد يكون وطئها مرة ليس مما يقابل بها عقرها اذا كان

كثيرا، سيما مع كونها غير نفيسة. و مع ذلك فقد يكون قيمة الولد التي غرمها في غاية الحقارة في جنب الولد الذى استفاد منها. فهو مختار المحقق في النافع و الشهيد الثانى فى المسالك،، و قد بينا ذلك فى اوائل كتاب التجارة من هذه المجموعة و غيرها. و يظهر

من الشرايع التردد.

و وجه القول الاخر ان المغرور انما يرجع على من غر [ه] اذا لم يحصل له نفع فى مقابله. وهو امارة للمدعى ١ الا ان يراد منع كونه مغرورا ح، و هذا المنع فى اكثر

المواضع

مكابرة.

هذا كله اذا كان المشتري جاهلا بانها للغير، والظاهر ان حكم ما لو علم و لكن البايع ادعى الاذن فيه، ايضا كذلك. و اما لو كان المشتري عالما بانها لغير البايع ولم يدع الاذن

١: اى علمها بان ولدها المستولد يكون حرا، او علمها بان استيلادها ينجر احيانا بحريتها، هذا اذا قلنا

بصحة

لفظة " بالحرية "، و لعلها غلط والصحيح " بالفريه " او " بالفضولية " و ما يؤدى معنى بيع مال الغائب من دون اذنه.

٢: اى امارة لمدعى الجواز. فى نسخة بدل " امارة " اغارة "

(٢١١)

ولم يجز المالك (ولا من يقوم مقامه) فليلبع باطل. وينتزعها المالك او من يقوم مقامه.  
و  
كذا العقر و اجرة المنافع المستوفات وغير المستوفات، ولا يرجع المشتري في شيء  
من  
ذلك الى البايع. لانه غاصب محض. ويدل عليه فحوى ما دل في صورة الجهل. ولو  
كان

جاهلا في اول الامر ثم علم فيرجع بما غرم حال الجهل، لا غيره.  
واما حكم الولد: فان كان حين الوطى عالما بالحرمة في الوطى ايضا، فهو زان،  
والولد لا يلحق به بل هو رق للمالك. لانه نماء ملكه، تابع له.  
۱۲۵ - سوال: شخص تاجری صاحب مبلغی قرض بوده، و اوضاع و ممتلكات او  
منحصر و موقوف در يك باب خانه که محل سکناى او بوده. بعد از ابراز اوضاع  
شخص  
تاجر، مطالبين قروض او، به حاکم عرف، عرض نموده، و خانه که محل سکناى او  
بوده  
به فروش رسانیده و وجه آن را به قروض مذکور داده. اما فروختن او از خوف حاکم  
جور و  
هتک آبروی خود، و خواهش اشخاص مشتری بوده، نه به مظنه وقت و قیمت اهل  
خبره.

و در معامله هم، صلح از غبن و غبن در غبن، نموده‌اند. و بايع مدیون، معنای صلح از  
غبن و غبن غبن را فهمیده. و لیکن در اجرای صیغه و تلفظ به آن، نیت و قصد معامله  
و  
صلح از غبن نبوده. و در همان حین اجرای صیغه، اشخاص دیگر خانه مسکونه  
مدیون

مذکور را، مبلغ بیست تومان فضی، علاوه از قیمتی که مشتری که حال متصرفند  
مخبریده.

آیا میتواند شخص مدیون، بعد از وسع و استطاعة، خانه خود را از مشتری پس  
بگیرد یا نه؟ -؟ و میتواند ادعای غبن معامله را، یا فساد معامله را، بطریق معروض  
نماید  
یا نه؟ -؟

جواب: مدیون را نمیتواند اجبار کنند به فروختن خانه محل سکنی که محتاج  
است به آن، و در خور زی اوست، و لیکن هر گاه خود بفروشد و به ارباب طلب  
بدهد، بیع  
صحیح است. و باقی مطالب که بیع جبری بوده و از خوف بوده، و اینکه به صیغه

صلح  
قصد صلح نداشته، و اینکه مغبون بوده، اینها هم محتاج است به مرافعه و ثبوت. و

هر کس اهل مرافعه است مداند چه حکم کند.

۱۲۶ - سؤال: زید از عمرو يك باب حصار ابتیاع نموده، مدتی در تصرف داشته، بعد همان حصار را فروخته. و مشتری بعد از تصرف از يك طرف حصار که مشرف به

شارع عام بوده مساوی سه چهار ذرع، داخل حصار ابتیاعی خود نموده. حال بایع به مقام ادعا بر آمده که آنچه زمین، مشتری از شارع داخل حصار نموده حریم حصار است

تعلق به من دارد.

آیا در این صورت ادعای بایع به جائی می‌رسد یا نه؟ -؟.

جواب: هر کس ملکی را فروخت حریم ملك داخل بیع است و حق بایع از آن ساقط می‌شود. مگر اینکه استثنا کرده باشند. و تصرف در شارع جایز نیست. و شارع دخلی به

حریم ندارد. هر چند که حریم دیوار آن، در شارع باشد، که از حیثیت اینکه شارع است

نمی‌توان آن را داخل حصار کرد.

۱۲۷ - سؤال: دو نفر با هم بر سر ملکی منازعه داشتند و يك نفر از ایشان ملك را (مثلاً) به زید فروخته، و مرافعه را پیش عمرو بردند. بعد از ثبوت و وضوح، عمرو حتی

به خط و مهر خود به شخص بایع داده که ملك حق اوست و به زید بر وجه صحیح بیع

نموده باید زید شرعاً تصرف نماید.

و بعد از مدتی عمرو همان ملك را بعینه به خالد بیع نموده که ملك موروثی من است. و زید همان حجت را به خط و مهر عمرو، ابراز داده او را مجاب مسازد. آیا در

این صورت که عمرو مرافعه را طی نموده باشد و حجت به خط و مهر خود در اثبات

حقیقت زید داده باشد، ثانیاً می‌تواند به ادعای وراثت ملك را به دیگری بیع نماید؟ و آن صورت، عدم حقیقت او را ثابت منماید یا نه؟ -؟.

جواب: مجرد کاغذ و خط حجت شرعیه نمیشود. هر گاه به ثبوت شرعی برسد که عمرو اعتراف کرده بود به مالکیت بایع، و ادعای مالکیت او به سبب ارث، منافی اقرار

سابق او باشد، مسموع نیست. و چون این امور بدون مرافعه طی نمیشود باید بایع با



عمرو به مرافعه بروند. و هر کس اهل مرافعه است مداند که چه بگوید و چه حکم بکند.

۱۲۸ - سؤال: زید ملکی که به مبلغ دویست تومان (بلکه متجاوز) قیمت واقعی آن بوده باشد - از راه آنکه از اهل خبره و وقوف نبوده - به مبلغ بیست تومان و چیز سهلی

به عنوان بیع شرط شرعی، به مدت يك سال و خيار ده يوم، داده باشد. و بیع لازم و خيار ساقط شده، بایع مزبور رد مثل ثمن، به سوی مشتری مشار الیه ننموده. مشتری، ملك مزبور را مخواهد تصرف ملکی نماید. بایع مزبور مگوید که من اهل وقوف و خبره نبوده‌ام و از راه نادانی ملکی که قیمت آن دویست تومان و متجاوز بوده به مبلغ بیست تومان به عنوان بیع شرط داده‌ام. و در این مبیعهء مشروط، مغبون و غبن فاحش

بل افحش دارم. آیا در مبیعهء مزبوره، بایع را مرسد که دعوی غبن نموده ملك را از مشتری به قانون شرع مطاع، انتزاع نماید یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند غالب این است که در بیع شرط خيار، ملك گران را به قیمت نازل، بیع میکنند، لکن این منشاء سقوط دعوی غبن نمیشود و دعوی غبن مسموعه است. و با وجود تحقق شرایط آن، به طریق مقرر در شریعت معمول داشته میشود. ۱۲۹ - سؤال: در مبیعهء مشروطه، تا آنکه بایع در ضمن عقد و جریان صیغه اسقاط دعوی غبن مبیعهء مشروطه را به قانون شرع انور نکند و ابراز اسقاط از ضمیر خود ننماید، صورتی دارد؟ [و] به محض مبیعهء مشروطه دعوی غبن اسقاط میشود؟ یا

آنکه محتاج به احضار است؟

هر چند از اهل خبره و وقوف باشد.

جواب: هر گاه بایع از اهل خبره و وقوف است و مدانسته که گنجایش بیشتر داشته و به کمتر فروخته، دعوی غبن ساقط است. خواه اظهار اسقاط بکند یا نه.

صحت

دعوی غبن مشروط است به جهل بایع به ثمن در حال بیع، و ثبوت اینکه واقعا در وقت

بیع شرط، بیشتر گنجایش داشته. و در این معنی فرقی ما بین بیع شرط و غیره نیست. و

هر گاه نزاع در جهل و عدم جهل داشته باشند، محتاج به مرافعه خواهد بود.



کتاب التجاره من المجلد الثالث ۱

۱۳۰ - سوال: زید به عمرو، مالی فروخته به زر معین " باجاقلی " ۲ پنج هزار و هفت صد و پنجاه دینار. و وعده‌ای مشخص و اخذ " تمسک " ۳ نموده، و بعد باجاقلی ترقی

نموده و عددی شش هزار شده، عمرو مشتری جواب مگوید که من در حین معامله، زر

را معین نمودم. و از برای آنکه در میان مردم زر باجاقلی داد و ستد مشد، محرر " تمسک " را چنان نوشته. من حال یا زر دیگر میخواهم بدهم یا باجاقلی عددی شش

هزار، در اینجا آیا معامله صحیح است یا فاسد؟ - در صورت فساد و بطلان معامله آیا

مشتری باید عین‌المال را رد نماید؟ یا قیمتی را که مال را فروخته باید به مالک برساند؟

و چنانچه سوخت نموده باشد باید صاحب مال متحمل سوخت شود؟ یا مشتری از عهده

قیمت فروش مال بر آید و اجرت المثل خود را بگیرد -؟ جواب: در صحت معامله شرط است تعیین ثمن. پس هر گاه معین شده زر باجاقلی بدهد، باید همان را بدهد به همان قیمت روز معامله. و همچنین هر گاه مطلق گفته باشند و زری غالب باشد در معاملات آن بلد، اطلاق منصرف به آن میشود، و هر گاه

زر غالب در معاملات متعدد شده و در قیمت و مرغوبیت هر دو مساوی باشند، باز صحیح

است و مختار است در دادن هر کدام که خواهد.

۱: مراد از مجلد ثالث دفتر سوم است همان طور که قبلاً توضیح داده شد جامع الشتات از مجموع سه دفتر

تشکیل یافته که دو بار در عصر مرحوم میرزا (توسط نسخه برداران) منتشر شده ابتدا دفتر اول و دوم با هم،

سپس هر سه دفتر در کنار هم.

۲: باجاقلی: باجی اوغلی: باجی اوغلو: باجی اوغلی: لفظ مرکب ترکی به معنای " خواهر زاده - پسر خواهر -

مباشد. همان طور که در فارسی کلمات مرکب علی زاده، بابا زاده عنوان (یا نام) فامیلی میشود، در ترکی

علاوه بر آن (علی اوغلو، بابا اوغلو)، خواهر زاده، عمه زاده نیز در قالب باجی اوغلو و عمه اوغلو، نام

فامیلی  
قرار مگیرد.  
سکه باجی اوغلو در کشور عثمانی به مباشرت شخصی به نام باجی اوغلو ضرب مگردید.  
۳: تمسک: حجت، سند مکتوب

اما هر گاه غالبی نباشد. یا متعدد باشد غالب، و مختلف باشند در قیمت و مرغوبیت، معامله باطل است. و در صورت نزاع در صحت و فساد، قول مدعی صحت

مقدم است با یمین. و در صورت فساد باید مشتری عین متاع را رد کند. و هر گاه تلف

شده باشد، باید مثل یا قیمت روز تلف آن، را بدهد، و ربحتی که کرده باشد تابع عین

است و باید غرامت آن را بدهد. و اگر نقصانی کرده باشد هم از کیسه او رفته و متوجه

صاحب متاع نیست. و مشتری مستحق اجرة المثل عمل هم نیست. والله العالم باحکامه.

۱۳۱ - سؤال: هر گاه شخصی ملکی را در نزد شخصی دیگر بیع شرط کرد، و ضامن فساد هم گردید. و بعد بیع شرط کردن، مشتری آن ملک را به بایع به صیغهء مصالحهء شرعیه منتقل نموده به مبلغ معینی. و بعد کاشف فساد بر آمد که آن ملک مال

غیر است. و آن غیر ملک مزبور را متصرف، و الحال مشتری مطالبهء اصل ثمن بیع شرط را

مع مال المصالحه از بایع غاصب، منماید. و بایع در جواب [مگوید] که تو مستحق اصل

مال المبیعه مباشی و استحقاق مال المصالحه را نداری.

آیا در چنین صورتی مشتری مستحق مال المصالحه هم میباشد یا نه؟ -؟

جواب: ظاهر این است که مراد از "ضمان کاشف فساد" این است که ضامن عهدهء

ثمن باشد، که اگر مبیع مستحق غیر بر آید بایع از عهدهء ثمن بر آید. و هر چند این ضمان

لازم اصل مبیع هست (خواه شرط ضمان بکند یا نه) لیکن چون عقد ضمان شرایط و ثمرات علی حده دارد، تصریح به آن کرده اند که عقد ضمان هم صحیح است.

بخلاف آن که ضامن خسرانی شود که بعد حادث میشود به سبب غرس اشجار و بناء عمارت و امثال آن. که در آنها نیز هر چند ضمانی که لازم اصل بیع است، باشکال

است. و لکن اشکال در صحت عقد ضمان است در آنها علی حده. و به هر حال ظاهر این

است که پس دادن وجه مصالحه داخل آنها باشد، و مشتری مطالبهء وجه مصالحه

نمیتواند کرد.

و اما صحت و جواز مصالحه در زمان خیار، هر چند مستحق غیر هم بر نیاید. پس ما هر چند آن را تجویز نمکنیم نسبت به غیر بایع، و لکن نسبت به بایع مضایقه نداریم،  
و

به هر حال در صورت سخن ۱، وجه مصالحه نیست.  
۱۳۲ - سؤال: زید ملکی به عمرو، فروخت به صد تومان. و وکیل کرد عمرو را در اینکه سی تومان آن را در عوض زکات به فقرا برساند. و سی تومان آن را بعد موت او برای او صوم و صلوة استیجار نماید، و شرط کند در ضمن عقد که مادام الحیوة زید،

عمرو متکفل مؤنه او باشد.  
و بعد زید پشیمان شود و ارادهء فسخ کند و عمرو راضی نباشد. و زید او را تخویف کند. و در این بین بعضی از طلبه به عمرو بگویند که زکات الحال به ذمهء تو متعلق شده، و

فسخ به سبب آن نفعی ندارد. و عمرو از خوف تلفظ کند به فسخ، و لکن قصد نداشته

باشد و در خصوص زکات که به هیچ نحو قصد نکند به سبب سخن آن ملا.  
آیا الحال ملك از کی است؟ و عمرو مشغول ذمهء چه چیز است؟ و آیا اصل بیع صحیح است یا باطل است به سبب جهالت شروط؟ -؟. و آیا هر گاه در اول تقایل از

طرفین واقع شد الحال عمرو میتواند فسخ کند یا نه؟ -؟.  
جواب: ظاهر این است که اصل بیع فاسد است به سبب جهالت شرط. چون مدت حیات زید معلوم نیست. و بر فرض صحت بیع، هر گاه تقایل حقیقی وقوع بیابد از روی

رضا، ظاهر این است که تقایل صحیح است. و سخن آن ملا غلط است، زیرا که توکیل در ادای زکات و وصیت در استیجار صوم و صلوة، فرع تحقق بیع و اشتغال ذمه به قیمت

بود. و هر گاه اصل بیع به تقایل باطل شد توکیل و وصیت هم باطل میشود و باز زکات متعلق به زید میشود. و هر گاه تقایل صحیح تحقق نپذیرد، ملك مال عمرو است و قیمت

مال زید است، و زید الحال غاصب ملك عمرو است.  
و چون پشیمانی زید از بیع واخذ او از عمرو (فی الحقیقه در اعتقاد او) رجوع به مال خود است، نه غصب مال عمرو. پس در بر دارد فسخ زید بیع را، فسخ توکیل و رجوع از وصیت را. پس عمرو الحال مشغول ذمهء صد تومان است نه صوم و صلوة و ادای

-----  
١: نسخہ بدل: سؤال

(٢١٧)

زکات. پس الحال ملك عمرو در دست زید مغضوب است، و زید مستحق صد تومان است.

و لکن عمرو در صورت عجز از استرداد ملك، میتواند از باب تقاص، قیمت را ندهد. یا از راه عدم تسلیم مبیع، اگر مبیع را تسلیم نکرده بوده است. بلی، اشکال به هم مرسد در صورتی که بعد تسلیم، در لباس فسخ ملك را از عمرو، غصب کرده و عمرو هم از باب تقاص، قیمت را نگاه داشته و به مصرف زید نرساند.

و اما اگر بعد تسلطی بر ملك به هم رساند آیا باید قیمت او را به زید یا وارث او رد کند یا نه؟ -؟، ظاهر کلام مشهور (در مسئلهء مال مغضوب که غاصب قادر بر رد آن

نباشد) [این است] که گفته‌اند که هر گاه مثل یا قیمت را بگیرد - اما نه بر وجه معاوضه و

مصالحه - باز مالك مستحق عین مغضوبه است، و آن قیمت یا مثل، به جهت حیلولة غاصب است از حق مالك، نه عوض ملك، پس " لازم " نباشد در قیمت. و [این] موهم

این است که لازم نباشد رد قیمت. و لکن این توهم فاسد است. بلکه باید قیمت را به زید یا وارث او برساند.

و اما سؤال از حال فسخ عمرو، بعد از گذشتن مدتی: پس جواب آن این است که معنی ندارد. و در تقایل باید در حال واحد فسخ از طرفین واقع شود. به اینکه بگویند " تقایلنا - او - تفاسخنا " یا احدهما بگوید " فسخت " یا " اقلت " و دیگری بلافاصله

معتد به بگوید " قبلت ". و اما در صورت فاصلهء معتد به، پس آن را اقاله و تقایل نمگویند، و ملك هر يك بر حال خود باقی است.

۱۳۳ - سؤال: زید بفروخت به عمرو تمامی يك دانگ مشاع از جملهء شش دانگ باغ معین به حدود اربعه، مثلاً به مبلغ صد دینار، و در ضمن العقد شرط شد که هر گاه

بعد از انقضای مدت سه ماه رد مثل ثمن، نماید مسلط بر فسخ بیع باشد، و الا، فلا.

و  
مصالحه شد فی ما بینهما منافع مبیع به مبلغ معینی در ظرف مدت خیار.

و در ضمن العقد شرط شد که عند لزوم المبیع ۱، اختیار فسخ و مطالبهء ثمن با مشتری بوده باشد، و خالد ضامن شد که عند المطالبة للثمن، از عهده بر آید آن ثمن و

مال المصالحة را، حکم مراتب مزبوره را بیان فرمایند.  
جواب: اگر مراد این است که زید باغ خود را فروخت به عمرو، و شرط کرد که بعد از انقضای مدت، اختیار از برای بایع ثابت باشد اگر در آن ظرف معین، رد مثل ثمن

نماید مسلط بر فسخ بیع باشد و الا بیع لازم باشد. این بیع صحیح است. و اگر زمان اختیار معین نیست، باطل است.

و اما مصالحه کردن مشتری منافع مبیع را در مدت سه ماه به مبلغ معین، آن هم صحیح است. و اما شرط کردن اینکه بعد از لزوم بیع، اختیار از برای مشتری باشد در فسخ بیع و استرداد ثمن، آن هم صحیح است، به شرطی که ظرف زمان اختیار در آن معین باشد. و الا باطل است.

و اما ضامن شدن خالد، که اگر مشتری بعد از لزوم بیع، فسخ کند بیع را به سبب خیاری که شرط شده از برای او و استرداد ثمن کند، که ثمن را به مشتری برساند. پس آن صحیح نیست. چون ضمان " مالم یجب " است.

و اما ضامن شده وجه مصالحه را: اگر مراد این است که آن وجه مصالحه است که از منافع ایام سه ماه، است (که باید بایع به مشتری بدهد، و بایع نقد ندارد و در ذمهء او بود)

خالد ضامن آن هم شد، این ضمان صحیح است. و اگر مراد چیز دیگر است که من نمفهمم، تقصیر از سائل است که نامربوط نوشته، و آنچه در باب بیع شرط گفتیم، در

صورتی است که زمان ۲ اختیار را بعد از انقضای سه ماه قرار دادند. و اما هر گاه زمان

اختیار هم همان مدت سه ماه باشد که هر وقت بایع در ظرف سه ماه رد ثمن کند مسلط بر

فسخ بیع باشد، پس در آنجا دیگر ضرور نیست که ظرف زمان اختیار را علی حده قرار

بدهند. بلکه همان تعیین سه ماه کافی است.

-----



۱: کذا، و لیکن به جای لفظ " مبیع " لفظ " یبع " باید باشد.  
۲: در نسخه: ضمان

و دور نیست که عقد مصالحه هم در اینجا صحیح باشد. و لکن هر وقت بایع رد مثل

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

۱۳۴ - سؤال: هر گاه زید قطعه زمینی ابتیاع کرده باشد از عمرو، و این قطعه زمین در آب بکر باشد، یعنی از آب بکر حق الشرب داشته باشد. و بر بکر لازم باشد شرعاً که

آب را در اوقات معینه ترك کند. و زید مرقوم، آن قطعه زمین را خانه کرده باشد، و الحال چون احتیاج به آن آب ندارد، در مقام بیع آن آب بر آمده به خالد، و بکر مدعی

این باشد که آنچه حق تو است بر من شرب این قطعه زمین است. لا غیر. و اگر این آب را

به خالد بفروشی من متضرر مشوم.

آیا بکر در این صورت که مدعی ضرر است، تسلط بر منع زید از بیع آب، دارد یا نه زید میتواند آن آب را به خالد بفروشد -؟ -؟. و آن آب بنیچهء متعارفی، هم دارد.

هر گاه نفروشد، آن آب از برای آن، فایده ندارد، و به اعتبار آن بنیچه ۱ متضرر میشود.

آیا بر این تقادیر، زید تسلط دارد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه استحقاق زید آن آب را، به عنوان " ملك رقبه " است (یعنی شريك است با بکر در آن مقدار از آب که به قدر شرب آن زمین است)، بکر نمیتواند مانع بیع

او بشود. مگر اینکه به کسی بیع کند که مستلزم تصرف در مال بکر باشد. مثل اینکه محتاج باشد به شق حافیء نهر در فوق زمین زید و بکر. به هر حال هر گاه به هیچ نحو منشأ

تصرفی در مال بکر نمیشود در همان مجرا مآید تا داخل ملك خالد شود، مانع او نمیتواند شد. و در صورت تضرر هم مانع بیع نمیتواند شد بلکه مانع اضرار میتواند شد.

پس اصل بیع صحیح است. مگر اینکه مانع خارجی به هم رسد، مثل لزوم سفه و غرر، هر گاه بی حاصل باشد در صورت منع از آن اضرار.

-----  
۱: بنیچه: با ضم اول: بن + ی + چه: مقرر: مالیات: مالیات ثابت. و از همین ریشه است اصطلاح " بنجاق " که به

نوعی سند ملك گفته میشود: بنچه - بنچق - بنچاق

(۲۲۰)

و هر گاه استحقاق زید از باب " ملك رقبه " نباشد بلکه از باب استحقاق حقی باشد، از قبیل شارع و مجرای میزاب و امثال آن (یعنی اینکه مثلاً صلح کرده باشد بکر با زید مجرای آب را یا [خود] آب را - خصوصاً بنا بر مشهور که انتقال [ملکیت] آب نهر را به صیغهء بیع جایز نمیدانند - به همین قدر که این زمین خاص، از آن شرب کند، در این صورت نمیتواند به دیگری منتقل کند.

همچنانکه هر گاه کسی حق العبوری به خانهء خود داشته باشد در خانهء دیگری. هر گاه خانهء خود را کاروانسرا کند، یا دکان خبازی یا امثال آن کند، آن حق العبور باقی نماند. و در این صورت که حق الشرب زید ممنوع باشد بر مگردد به حق تملك بکر و ضرر بینیچه و خراج هم منافع میشود از زید. چون خراج تابع ملك است.

۱۳۵ - سؤال: شخصی پنجاه سال قبل از این به رحمت ایزدی پیوسته. و وارث او منحصر به دو نفر پسر و سه نفر دختر و يك زوجه بوده. و قدری ملك و آب و عمارت از او باقی مانده که ورثه فی ما بین خود تقسیم و هر يك " رسد " خود را متصرف، و بعد از پنج شش سال دیگر، دو نفر پسر نیز امر لبیک را اجابت، و " رسد " آنها به والدهء ایشان رسیده، و مدت بیست سال در تصرف والدهء آنها بوده.

در سنهء هزار و دویست آن ضعیفه ملك و آب مزبور را به تصدیق صبیای خود به شخصی به مبلغ ده تومان فروخته، و در حین بیع قرار داد شده که مشتری ده تومان وجه ثمن را اخراجات نفقه و کسوهء او نماید (یعنی زندگانی او را موافق معمول ولایت گذرانیده) و هر گاه آن ضعیفه محرم شرعی داشته و راه امن باشد خرجی رفتن و آمدن کربلای او را مهم سازی نماید.

مدت سه سال در حیات بوده و در سال چهارم فوت شده. دو نفر صبیای او مدعی [این] که قرار داد و شرطی که در وقت بیع شده، به عمل نیامده، یعنی والدهء ما به کربلا

نرفته.  
و مشتری [مدعی] اینکه مرگ او را امان [ن] داد و محرم نداشت و راه هم امن  
نبود.

(۲۲۱)

گفتگوی آنها به خدمت اهالی شرع کشیده بالاخره جمعی از مسلمین بنای صلح گذاشته مبلغ چهار تومان از مشتری گرفته و تسلیم دو صبیبه نموده‌اند. و يك صبیبه دیگر

که گفته که " من نه دعوی دارم و نه صلح " او هم فوت شده، و چند مدت ملك و آب در تصرف مشتری بوده.

در این وقت وراثت آن يك نفر صبیبه ادعا منمایند که والده ما صلح نکرده و حق او باقی است. آیا مشتری میتواند به وراثت بگوید که شما قسم یاد نمائید (که جده شما

محرم داشته و راه امن بوده که او را به کربلا نفرستاده‌ام، ثلث اخراجات راه کربلا را بگیری) یا نه؟ -؟ و بیع مذکور صحیح است یا باطل؟ -؟.

جواب: هر گاه در ضمن عقد بیع، شرط نکرده است (یعنی ما بین ایجاب و قبول) پس این شرط اعتبار ندارد. و آنچه در ما بین ایجاب و قبول شرط شود، صحیح است،

لکن صحت آن مشروط است به اینکه این شرط خلاف مشروع نباشد، و جهالت نداشته باشد.

و در اینجا شرط، جهالت دارد از چند جهت: یکی اینکه: مقدار نفقه و کسوه و زمان آن معین، نیست که در عوض ده تومان چه چیز بدهد برای نفقه و کسوه و تا چند وقت بدهد.

دوم اینکه. خرجی راه کربلا هم معین نیست و در سنوات و اوقات [مختلف] مختلف میشود.

سوم آنکه: او را مشروط کرده به وجود محرم و امنیت راه، و در اینجا هر چند جهالت دیگر هم متصور میشود که آن عدم تعیین زمان است که تا چند وقت باید به این

شرط عمل کند. و آیا مادام الحیوة طرفین است که هر وقت میسر شد به عمل آورد یا نه

(؟-؟) و مدت حیات هم معلوم نیست.

و لکن دفع این را میتوان کرد به اینکه به مجرد شرط در ضمن عقد، لازم میشود. و مقتضای اطلاق عقد و شرط، این است که به مجرد عقد و شرط، لازم میشود حالا، با

حصول آن دو شرط که وجود محرم و امنیت راه باشد. هر گاه احد هما بمیرد قبل

از

(۲۲۲)

وفای به شرط، آن مقدار خرجی لازم میشود در مال مشتری، از برای ضعیفه در صورت فوت مشتری، و لازم میشود از برای وراث ضعیفه در ذمهء مشتری در صورت فوت ضعیفه.

و جهالت اول را هم میتوان دفع کرد در صورتی که مراد ضعیفه این بوده است که مشتری امین و وکیل او باشد در خرج کردن ده تومان که در ذمهء او هست، از برای نفقه و کسوهء او تا هر وقت که تمام شود. پس در این صورت هم جهالتی نیست.

پس همان جهالت از راه مقدار خرجی، باقی ممانند. و در صورت جهالت شرط، بیع فاسد

میشود. و بایع و وارث او رجوع میکنند به مبیع و منافع. و مشتری به ثمن. و چون مفروض این است که دو صبیبه حق خود را صلح کرده‌اند، پس دعوی این صبیبهء دیگر یا

وارث او، بر جا ممانند. و این هم موقوف است بر اینکه معلوم شود که صلح آن دو صبیبه

مطلق بوده یا مقید بوده به نحو خاصی (؟-؟). و لکن با سکوت آنها از دعوی، اشکالی نیست.

و چون از ظاهر سؤال معلوم میشود که ادعای صبا یا بر همان ترك شرط، است. که خرجی کربلا دادن است به او، و متعرض فساد بیع نیستند. پس مگوئیم که بر فرضی که بیع صحیح باشد و جهالتی در شرط نبوده، لکن نزاع در سر وفای به شرط و

عدم آن است، که در صورت عدم وفا مسلط شود بر فسخ بیع، هر چند بیع صحیح بوده

باشد. پس این سخن هم علی الاطلاق نمیشود، بلکه این در وقتی خوب است که اجلی

و مدتی از برای شرط، قرار داده باشند، و آن مدت منقضی شده باشد و شرط به عمل

نیامده باشد. یا اینکه مدتی تعیین نشده باشد و لکن شرط تعجیل شده باشد و تخلف شده باشد.

و اما اگر هیچ يك از اینها نباشد، همان تسلط بر مطالبهء وفای به شرط، را دارد که خرجی راه کربلا باشد از برای مثل آن ضعیفه، هر گاه از جهالت خارج شده باشد،



یا  
مضایقه از چنین جهالتی نکنیم. و به هر حال این مطالب بدون حضور طرفین دعوی،  
در  
نزد حاکم شرع واقعی، صورت انجام نمیپذیرد.

پس اول باید دانست که چون شرط خرجی دادن، مشروط است به آن دو شرط، هر گاه ثابت باشد که آن دو شرط حاصل نشده بوده است، پس اصل خرجی دادن لزومی به هم نمرساند که وارث آن، ادعای آن را بکند. بعد از آنکه ثابت باشد که آن [دو] شرط حاصل شده بود و مشتری خرجی را نداده، الحال وارث متواند ادعای خرجی را بکند، و اگر ندهد، مسلط باشد بر فسخ معامله. و هر گاه هیچ يك ثابت نباشد،

و وارث ادعا کند بر مشتری که شروط شرط، به عمل آمده و تو وفا نکردی. و مشتری

منکر باشد و بگوید آن دو شرط به عمل نیامده و شرط خرجی دادن، بر من لازم نشد.

ظاهر این است که قول مشتری مقدم است با یمین. و اگر خواهد تردد قسم بکند و وارث قسم یاد کند که شروط به عمل آمده، ثلث خرجی را بگیرد. بهتر این است که مصالحه کنند خصوصا در صورتی که مرافعه در نزد حاکم شرع جایز الحکم میسر نباشد.

۱۳۶ - سؤال: زید خانه و باغچه متعلقه متصله به خانه داشته، الحال باغچه را فروخته، یا بخشیده. و زوجه زید مگوید که من از تو که زیدی طلب داشتم، و باغچه را

من تقاص حق خود کرده‌ام، اختیار نداشتی که بفروشی یا ببخشی. آیا چنین سخنی از زوجه زید مسموع است یا نه؟ -؟ و حال آنکه زید علم به تقاص زوجه اش نداشته. و زوجه

مگوید که شاهد نیز دارم که باغچه را تقاص کرده‌ام.

جواب: بدان که تقاص متحقق نمیشود الا به اخذ مال و تصرف در آن، یا به قیمت کردن، و برداشتن در عوض حق خود، یا برون کردن از برای آنکه بفروشد و مساوی حق خود را بر دارد و زیادتی اگر باشد به صاحب برساند.

پس اگر باغچه در تصرف مالک بوده، و قبل از بیع بایع، در تصرف زوجه در نیامده و اخذ به عمل نیامده. پس دعوی زوجه مسموع نیست. و اما هر گاه قبل از وقوع بیع،

اخذ به عمل آمده یا در آن حال در تصرف زوجه بوده، و ادعا کند که من این را از باب

تقاص اخذ کرده بودم. در این هنگام دعوی زوجه مسموع است. بلکه " ملتزم " هم

هست. به جهت اینکه تقاضا منشأ تحقق ملك لازم، مشهود نه متزلزل. به جهت آنکه چنان که هر گاه مالك ملك خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد. ملك مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر میشود. همچنین تصرف به تقاضا، چون به اذن شارع است و نایب مالك است در بیع کردن و در عوض طلب دادن.

پس

مقاصد به نیابت ثابته از جانب شارع از جانب مالك به غیر مفروشند، یا به خود منتقل میکنند از عوض طلب. پس گویا مالك خود آن مال را به او داده در عوض طلب. و چنین نیست که انتقال به او از باب اباحه یا افادهء ملك متزلزل، باشد و مالك بعد از اطلاع تواند او را بر هم زد، هر چند قبول داشته باشد که تقاضا بر وجه صحیح شده.

تا اینجا سخن در مسموع بودن و ملتزم بودن دعوی بود. پس الحال باید دید که مشتری چه مگوید. پس اگر مشتری قبول دارد طلب داشتن زوجه را و ملاحظهء زوج و

وقوع تقاضا را، پس باید باغچه را رد کند به زوجه. و همچنین هر گاه این مراحل به

بینه

ثابت شود. و اما هر گاه منکر باشد این مراحل را، یا بعض آنها را، بر زوجه لازم است اثبات.

زیرا که مشتری از مسلمی ملکی خرید و معارضی که مطلب را ثابت کند در برابر نیست.

و در این صورت اگر زوج تصدیق زوجه کند در این مراحل، چنان که ظاهر سؤال است (آنجا که گفته است که زوج عالم به تقاضا زوجه نبوده) آن تصدیق و اقرار به صدق

زوجه ضرری به مشتری ندارد. چون اقراری است بر غیر. بلی، نفع به زوجه دارد، به این

معنی که زوجه مسلطه است که غرامت باغچه را از زوج بگیرد.

و بر فرضی قایل باشیم که تقاضا افادهء ملکیت لازمهء مستقره نمکند هم، چون مفروض

این است که زوج بیع را در حال جهالت تقاضا، کرده، پس فسخ تقاضا نکرده ملك را فروخته،

پس در این صورت هر گاه مشتری اقرار به مراحل داشته باشد، یا به بینه ثابت بشود هم،

بیع صحیح نیست.

چون در حینی که زوج ملك را فروخت عالم به تقاص نبوده که بیع آن

(۲۲۵)

مبتنی باشد بر فسخ تقاص اولاً، وایجاب بیع ثانیاً. ۱ بلی، هر گاه بعد از اطلاع بعد از بیع،

بگوید که الحال فسخ تقاص، کردم و طلب زوجه را از مال خود مدهم و بیعی که کرده‌ام الحال اجازه میکنم چون الحال مال من شده. گاه هست که باعث صحت بیع شود. لکن اظهر این است که چنین اجازه نفعی در تصحیح فضولی نداشته باشد. چون

اصل متزلزل بودن ملکیت تقاص ضعیف است. پس این تفریع ضعیفی است در ضعف. ۱۳۷ - سؤال: هر گاه کسی مبیعه کرده باشد با کسی. و از مشتری مطالبه ثمن مبیع کند، مشتری میتواند در جواب به عنوان عموم بگوید که تو " از من چیزی نمخواهی - یا - من مشغول ذمهء تو نیستم " یا اینکه جواب باید مطابق سؤال باشد و

باید بگوید که " از باب ثمن مبیع از من چیزی نمخواهی " و همچنین هر گاه جواب را مطابق بگوید آیا جایز است قسم را به عنوان عموم یاد کند که " تو حقی بر من نداری " یا نه؟ -؟.

جواب: بلی، جایز است جواب منکر به عنوان عموم. زیرا که گاه هست که مبیع را خریده در عوض طلبی که از بایع داشت. یا آنکه ثمن را داده. و اگر بگوید داده‌ام

بینه ندارد که اثبات کند. پس جایز فرار از جواب خاص، به اعم. به جهت اینکه آن هم افادهء مطلوب میکند.

بلی، هر گاه جواب اعم، نفع نکند در آنجا اکتفا نمیتوان کرد، مثل اینکه زوجه ادعای زوجیت کند و زوج بگوید که مستحق چیزی نیستی بر من. و خواهد اسقاط نفقه

و مهر کند، در اینجا اکتفا نمیشود زیرا که ثمرات زوجیت نفقه و مهر تنها نیست. و از

جمله ثمرات آن میراث بردن است، و آن به جواب اعم، تمام نمیشود. و در صورتی که جواب را مطابق بگوید و قسم را بر اعم بخورد. اظهر در آن نیز جواز است. چون افادهء مطلب میکند. و در اینجا هم باید ملاحظهء آن معنی را کرد که از بابت دعوی زوجیت نباشد.

-----  
آیا محقق قمی (ره) این حکم را در " بیع فضولی " هم میپذیرد؟ بنا بر قول به " عدم لزوم " و در صورت عدم

اطلاع مالك، ديگر سلطه‌اي براي " مقاص " نماند تا معارض " الناس مسلطون " باشد

(۲۲۶)

۱۳۸ - سؤال: معامله نمودن از برای صغیر بر قیم و وصی شرعی، لازم است؟ یا نه هر چند محتاج به معامله باشد -؟. یا آنکه موقوف است به اینکه ولی او وصیت کرده باشد

که " مال صغیر مرا، وصی معامله نماید و معاش او را به نفع مال بگذارند ". تا لازم باشد

معامله -؟ یا حق، تفصیل فی ما بین [قبول] وصیت و عدم آن است؟.

جواب: اظهر در نظر حقیر عدم وجوب استنما است در مال صغیر (و این مسئله در جواب مسائل [حجر در کتاب الحجر] مذکور است) خصوصا با عدم حاجت به آن. بلی

هر گاه وصیت کرده باشد و وصی هم قبول کرده باشد، لازم است.

۱۳۹ - سؤال: کسی سلف گندم یا روغن یا مویز، به وعدهء معین بخرد. [بایع] قدری از ملك و خانه در عوض همان سلف، بیع شرط، نهاده. و در سر موعده سلف را رد

نماید بیع لازم شود. متوان چنین بیع لازم را تصرف نموده یا نه؟ -؟.

جواب: مشهور میان علما [این است] (بلکه جمعی دعوی اجماع کرده اند) که فروختن آن چیزی که به عنوان سلف خریده، قبل از حلول مدت، صحیح نیست. خواه

بگوئیم که سبب این است که هنوز ملك مشتری نشده. و خواه بگوئیم که ملك شده و

لکن ممنوع است از تصرف در آن. و ظاهر این است که فرقی نباشد میان فروختن آن در

عوض قیمت. یا خریدن چیزی و آن را قیمت آن چیز قرار دادن.

و صحیحیهء منصور بن حازم دلالت بر [عدم] جواز آن، ندارد: ۱ قال سئلت ابا عبد الله - ع - : عن الرجل یكون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلك. فاتی المطلوب

الطالب لیبتاع منه شیئا (؟) قال: لا یبیعه نسیا، فاما نقدا فلیبعه بما شاء ۲.

زیرا که دلالت آن در وقتی تمام است که مراد این باشد که طلبکار منخواهد چیزی از آن وجه را عوض مبیع حساب کند ۳. و مراد از " نسیا " هم سلف باشد. یعنی

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

۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ۶ ح ۸.  
۳: این فرمایش میرزا (ره) عجیب است، زیرا حدیث غیر از این پیامی ندارد



وقتی صحیح است که آن چیزی که مخرد بالفعل بگیرد نه اینکه به عنوان سلف باشد.

زیرا که مبیع مؤجل را نسبه نمگویند و این هر دو خلاف ظاهر حدیث است. بلکه ظاهر

این است که حدیث در معاملهء نسبه است که هر گاه کسی چیزی به نسبه بفروشد، جایز

است آن را به نقد بخرد. و مکروه ۱ است که به نسبه بخرد (در غیر صورتی که شرط

کرده باشد بیع آن را، در ضمن عقد ۲) چنان که صحیحهء دیگر ۳ منصور دلالت بر آن

دارد. ۴

۱۴۰ - سؤال: مال حرام مجهول المالك که به فقرا بدهند، او را از فقرا میتوان خرید یا نه؟ -؟.

۱: میرزا (ره) پیام حدیث را در بیع نسبه نیز به "کراهت" حمل میکند. زیرا در بیع نسبه غیر از این راهی نیست

لیکن در ذیل مسئله شماره ۱۰۱، از مجمع البحرین نقل کردیم که به بیع سلف نیز نسبه مگویند. و پیام حدیث به سلف مربوط است.

۲: زیرا در این صورت، شرط ناقض اصل عقد مگردد و باطل میشود.

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

۴: بالاخره فتوای میرزا در این مسئله چنین میشود "فروختن چیزی که به عنوان سلف خریده شده قبل از حلول مدت، جایز نیست. و همچنین نمیتوان آن چیز را به عنوان قیمت يك مبیع قرار داد". و قول مشهور را میپذیرد.

این همان مسئله شماره ۱۰۱، است که میرزا در تضعیف قول مشهور سخت کوشید و در تایید قول غیر مشهور استدلالها کرد. با این تفاوت که در اینجا به "عدم حلول" تصریح شده است.

يك تفاوت دیگر میان این مسئله با مسئله شماره ۱۰۱ هست در آنجا کسی که سلف را خریده بود مخواست در مقابل طلبش جنسی را مجدداً به صورت نسبه (سلف) بخرد. و لذا نیاز بود که کلمهء "مطلوب"

در متن حدیث "مفعول مقدم بر فاعل" فرض شود. که این فرض دلالت حدیث را دچار ضعف مکرد. لیکن در اینجا کسی که سلف فروخته است داوطلب است که در مقابل جنسی که سلف فروخته ملکی را به

بیع شرط، بگذارد. و دیگر نیازی به فرض مذکور نیست زیرا این مطلوب است که به طالب پیشنهاد معامله نسبه و سلف دیگر را میکند و لفظ "مطلوب" فاعل میشود. و روشن میشود که حدیث از چنین وضعی منزّه است.

این نکته که در متن سؤال هست و پیام حدیث را مجسم میکند موجب تغییر رای میرزا نشده است زیرا مبینیم که باز حدیث را به بیع نسبه حواله میکند. و در مسئله شماره ۱۵۱ خواهیم دید که باز بر سر



جواب: بلی میتوان خرید. چون الحال مال فقر است.  
۱۴۱ - سؤال - زید خانه داشته و منافع آن را به صیغه " عمری " به ضعیفه -

مادام

حیاتها - وا گذاشته. بعد از آن زید اراده فروختن خانه مزبور را نموده. و آن ضعیفه منافع مدت عمری را با زید مزبور مصالحه نموده به وجه معینی. و وجه مصالحه را هم اخذ و

قبض نموده. و زید را ماذون در مبیعه خانه مزبوره نموده. زید نیز خانه را به شخصی

دیگر مبیعه نموده.

در صورت مسطوره، مبیعه زید با شخص مشتری صورت صحت دارد یا نه؟ -؟ و مصالحه ای که ضعیفه با زید نموده در منافع مدت عمری - نظر به عدم علم به مدت عمری - صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: بیع چیزی را که کسی به صیغه عمری به غیر داده باشد، صحیح است و لازم است. (علی الاظهر الاشهر). مگر در صورت جهل مشتری به عمری که در آن صورت خیار فسخ از برای مشتری هست. و اما در صورت علم به حال پس بیع لازم است.

خصوصا در وقتی که آن غیر، منافع را به مشتری مصالحه کند و بعد از آن مشتری بخرد

آن عین را. یا مصالحه کند منافع را با مالك و بعد از آن مالك آن را بفروشد. و جهالت منافع به سبب جهالت مدت عمر، مضر به صلح نیست. خصوصا با وجود عدم امکان از تحصیل علم. پس بنا بر این، هم مصالحه ضعیفه صحیح است و هم بیع زید.

۱۴۲ - سؤال: زید مبلغ چهار تومان به عمرو، داده. از قرار " ده دو " و نقد به نقد بدون بیع شرط، و اجاره شرعیه.

و مدت چند سال از قرار مرقوم بوده تا آنکه چهار تومان از " ده دو " عایدش شده، و چهار تومان اصل، باقی مانده. بعد از رسیدن به هشت تومان، زید چهار تومان اصل را

بیع شرط و اجاره قرار داده و حال بیع لزوم یافته.

آیا بیع شرط و اجاره صحیح است یا نه؟ -؟ و عمرو مشغول ذمه زید هست یا نه؟ -؟.

جواب: اصل معامله چون ربای صریح است، باطل است. و زید همان مساوی چهار تومان را طلب دارد از عمرو. و عمرو هم مساوی هشت تومان را طلب دارد از زید.

پس

(۲۲۹)

عمرو، باید چهار تومان دستی از زید بگیرد.  
و اما معاملهء بیع شرط در چهار تومان راس المال: پس اگر این هشت تومان که عمرو به زید داده با آن چهار تومان راس المال که زید به عمرو داده مساویانند در جنس و وصف (مثل اینکه هر دو اشرفی معلوم الصفه باشند، یا هر دو ریال معلوم الصفه باشند) در این صورت قبض تازه در کار نیست، بلکه هر يك از کم یکدیگر در مروند. و چهار تومان طلب عمرو ممانند از زید.  
پس دیگر چهار تومانی زید از عمرو طلب ندارد که به عوض آن ملك به بیع شرط بگیرد. و بیع باطل است.  
و ظاهر، این است که در صورتی که نقد نباشد آن تنخواه بلکه جنس باشد اما مثلی باشد (مثل گندم و جو و روغن) نیز همین حکم دارد. و اما هر گاه جنس های مختلف باشند (مثل اینکه یکی طلا است و دیگری نقره. یا یکی گندم است و یکی جو).  
یا در جنس متفق باشند اما در وصف مختلف، حتی به سبب تفاوت در حال و مؤجل، یا تفاوت اجل ها، یا اینکه نه پول نقد باشد و نه متاع مثلی بلکه هر دو قیمی باشند (مثل اینکه هر دو گوسفند باشند، یا گاو باشند) یا یکی مثلی و دیگری قیمی. در این صورت آنچه را عمرو داده به زید همان را مطلبد. و زید هم مساوی چهار تومان طلب او باقی ممانند، و بیع صحیح میشود. و همچنین اجارهء مترتب بر آن ۱.  
و آنچه مذکور شد مطابق ظاهر مشهور، است و قول دیگر هم در مسئله هست. و لکن اظهر همان است که مذکور شد. و علما این کلام را در " کتاب مکاتبه " ذکر کرده اند.

۱۴۳ - سؤال: الاقباض فی غیر المنقول هو التخلية و ان كان فی غیر البلد: ام

۱: برای فرار از ربا ملکی را در مقابل پول به بیع شرط، مگذاشتند و همان ملك را به اجاره صاحبش میدادند. یعنی در حقیقت وجه اجاره، به منزلهء سود اصل پول قرار میگرفت. و از متن سؤال پیداست که در عصر میرزا این گونه معاملات سخت رواج داشته است. و سؤال کننده عبارت زیبای " بیع شرط و اجاره

شرعیہ " را بہ کار مبرد

(۲۳۰)

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

جواب: الاظهر عندى فى تحقق القبض فى غير المنقول بعد التخلية، اما الوصول بالمبيع (او الموهوب و نحو هما) بالفعل. او مضي زمان يمكن فيه من الوصول اليه. فان الظاهر ان الحكمة فى اشتراط القبض هو ظهور مبدأ آثار التملك، الذى هو وجه من وجوه التصرف. و ان كان به وضع اليد او الرجل والدخول فيه. و هذا لا بد ان يحصل اما

بالفعل او بتمكن منه، و ان سامح فى ذلك. و لا ريب انه لا يحصل التمكن الا بمضى زمان

يسعه. فقد يحصل بعد التخلية مانع من قبل الله تعالى فى هذا الزمان يمنع عن الوصول (كما لو باع ارضا و خليها و جاء السيل و ذهب بهذه الارض) فلا يصدق عرفا ان البايع

اقبضها او قبض المشتري ثم تلف. حتى ينتقل الضمان الى المشتري مثلا. لان هذه التخلية وجودها وعدمها سيات.

فلا فرق بين البلد البعيد و القريب، فالعمدة فى القبض هو تمكن الوصول الحاصل من رفع المانع من جانب البايع مع تمكن المشتري. [و] منه التوقف على عدم حصول مانع خارجى حتى يصدق القبض عرفا. نعم، لو مضي زمان يمكنه ذلك و سامح المشتري و نحوه، ثم حصل مانع خارجى فهذا لا ينافى الصديق العرفى.

و اعلم انه: كما يحصل القبض بوضع اليد او الرجل فقد يحصل بالبائع والاجارة بعد العقد فورا. و هذا و ان كان يمكن الاشكال فيه، بان البيع والاجارة فاسد ان، لانهما

مشروطان بالقبض السابق عليهما، و المفروض ان القبض انما وقع بهما، و يترتب عليهما،

لا انهما مترتبان عليه. ولا ينفع حصول القبض. فالبائع مثلا يجعل واحد و لا تقدم هذا للقبض

لا وضعاً ولا طبعاً.

و [لكن] يمكن دفعة بانهما يثمران فى التصرفات التى بعدهما، و ان بطلا بانفسهما. والقول بان " القبض الفاسد لا يمكن ان يكون منشأ لتصحيح ما بعده من التصرفات ". ضعيف. لان القبض من الاحكام الوضعية. غاية الامر كونه حراما، و عدم صيرورة

الحرام

منشأ لترتب الاثار فى الاحكام الوضعية ممنوع. كما ترى فى لزوم المهر و لحوق الولد فى

وطى الحايض، و نحو ذلك.

(۲۳۱)



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

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

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

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

۱۴۶ - سؤال: هر گاه کسی درختی در ملك مشاعی داشته باشد، و آن درخت را به دیگری بفروشد، و مشتری درخت مذکور را قطع نموده، و بعد از آن نهالی از ریشهء

آن درخت برآورد. [و شخص دیگری] مثلا او را تربیت نموده به عمل بیاورد. آیا در این

صورت صاحبان آن ملك مشاع میتوانند ادعای حصه بر او یا وارث او بکنند؟

جواب: شرکا (در آن ارض مشاع) را حقی در آن نیست. و همچنین بایع را. چون درخت را به توابع آن منتقل کرده به مشتری.

و اشکال ممانند ما بین مشتری و این شخصی که درخت را به عمل آورده. پس اگر آن مشتری از آن ریشه اعراض نکرده، نهال مال اوست. و هر گاه اعراض کرده است (مثل

اینکه ریشه را هم کنده و بعضی ریشه‌های جزئی مانده که مالیتی نداشته)، پس اگر قبل

از سبز شدن نهال، آن شخص آب داده و سبز شده و تربیت کرده، ظاهر این است که مال

او شده، و از باب حیازت مباح، باشد. و اگر بعد از سبز شدن و قابلیت ملکیت، حیازت

کرده و تربیت کرده، ظاهر این است که مال مشتری میباشد.

۱۴۷ - سؤال: زید و عمرو، هر دو اهل يك ولايت و با هم (فی الجملة) در بعضی اوقات معامله داد و ستد میکردند. عمرو به رحمت خدا رفته. بعد از سه سال زید هم فوت شده. و مدت دو سال هم از فوت زید گذشته. ورثه عمرو آمده کاغذی آورده‌اند نزد



ورثه زید که پدر شما فلان ملك را بیع شرط پدر ما کرده به مبلغ سی تومان و رد ثمن نکرده، و بیع آن لازم شده.

ورثه زید (از اینکه جاهل به سن و جاهل به مسئله بوده) سخن ایشان را قبول نموده و بنا به فسخ معامله سابقه شده و معامله فسخ شده. ورثه عمرو، با ورثه زید محاسبه

نموده که سی تومان در عوض پنج سال منفعت آن، از قرار " ده دو و نیم " چند است، و

بعد از محاسبه، ورثه زید در عوض مجموع سی تومان و نفع آن (از قرار ده دو و نیم "،

قدری [ملك] دیگر [به آن] ملك علاوه نموده. بدون اینکه صیغه جاری شود به نزد شرع

رفته اقرار رسم القبالة، نموده. که ملك را فروخته‌ایم و تنخواه را گرفته‌ایم. و شرع هم به اقرار آنها مهر نموده است. تا مدت سه سال به این طریق رفتار نموده‌اند.

حال به ورثه زید یقین حاصل شده که پدر ایشان، ثمن را در مدت خیار به عمرو مشتری، رد نموده است، و حجت ورثه عمرو، خالی از وجه بوده است. ورثه زید ملك را

به تصرف [ورثه] عمرو نداده‌اند و نمدهند. دو سال است بدون معامله شرعیه جدید در

تصرف ایشان است. و سخن ورثه عمرو آن است که پدر شما رد مثل ثمن، را به پدر ما

نموده است، و بیع لازم شده و معاملات بعد از آن هم صحیح است، ملك را مسخواهیم

با اجرت المثل دو ساله.

استدعا آن است که چگونگی را، قلمی، و به مهر شریف مزین فرمایند.

جواب: هر گاه ورثه زید اثبات کرده‌اند که زید ثمن را به عمرو رد کرده بوده و حجت خالی از وجه بوده و اقاله بیع لغو بوده، پس بیع ثانی که در ازای آن سی تومان با

منافع ربویه غیر مشروع، بوده، باطل است. خصوصا با ملاحظه اینکه این بیع مبتنی بر

فاسد، است که ناشی از اعتقاد مالك بودن ورثه عمرو است. که اگر آن ادعای ورثه

عمرو و، اعتقاد فاسدهء ورثهء زید به صحت آن، نبود این بیع واقع نمشد. پس بطلان بیع هم از راه فساد ثمن است و هم از راه عدم قصد به بیع در نفس الامر منجزا. و هر گاه ورثهء زید نتوانستند [اثبات] کرد خالی بودن حجت را از وجه، و اینکه

ملك مال خود ایشان است. پس به اقرار خود ماخوذند و ملك مال ورثه عمرو مشهود در ظاهر شرع. و اقاله صحیح مشهود. و بیع ثانی هم در مقابل ثمن مقربه، صحیح است،

و ثمرات ملك بر آن مترتب مشهود.

و اما آنچه در مقابل ربحی است که بدون وجه شرعی قرار یافته: پس آن، صورتی ندارد، و بیع در مقابل آن باطل است.

و بعد از بنای به صحت در اصل ثمن مقربه، باقی ممانند کلام در دعوی صیغه نخواندن، و در اینکه ورثه زید در نزد حاکم شرع قباله برده‌اند که مهر کند و حاکم

مهر کرده و الحال ادعا میکنند که اقرار ما علی رسم القباله بود. و ظاهر این است که مراد ایشان از " اقرار علی رسم القباله " اقرار به بیع و قبض ثمن بوده چنان که از صورت

سئوال ظاهر مشهود.

پس اگر مراد ایشان این است که مطلقاً بیع به عمل نیامده بوده، نه به عنوان معاطات و نه به عنوان صیغه بیع. پس آن مسموع نیست. چون ظاهر این است که معاطات به قبض احد متبایعین، حاصل مشهود، و به همان اقرار به اشتغال ذمه به وصف

ثمن بودن، تمام مشهود. هر چند مبیع را به قبض ورثه عمرو نداده باشند. به این معنی

که مساومه بیع شده و قیمتی را که اقرار کرده‌اند به اشتغال ذمه به آن، ثمن حساب کرده‌اند. و به این سبب اقرار به بیع کرده‌اند. و اما صیغه نخوانده‌اند. پس دیگر چه معنی خواهد داشت که بیع به هیچ نحو واقع نشده و اقرار ما علی رسم القباله بوده. و حاصل این شق این است که تکیه بر عدم تقابض از طرفین است.

و اگر مراد ایشان این است که نه ملاحظه ثمن بودن آن وجه، به عمل آمده، و نه تسلیم مبیع. و با وجود این اقرار به بیع کرده‌اند. پس چنین دعوائی از باب ادعای اقرار

به رسم القباله که غالب الوقوع، باشد و مسموع باشد، نیست. بلکه این بسیار دور تراست

از شق اول. پس باقی ممانند همین که مراد از " اقرار علی رسم القباله " این باشد که صیغه نخوانده‌ایم، و انشاء نقل به معاطات [هم] به عمل نیامده. و [با اینکه] آن وجه، به

وجه " ثمن مبیع بودن " متصف شده و آن ملك هم متصف به اسم " مبیع " شده، لکن صیغه



(۲۳۴)

نخوانده‌ایم. پس در این صورت ظاهر این است که دعوی مسموع باشد. و مدعی آن،

باید اثبات کند. یعنی اینکه مگوید " بیع معاطات نیست و صیغه [هم] نخوانده‌ایم " اثبات کند و با عجز از اثبات، قسم متوجه ورثه عمر و، میشود که صیغه خوانده شده. و

لکن ثمرات معاطات مترتب میشود، پس نمای ملك مال مشتری میشود، مادامی که فسخ نشده.

و این کلام مبتنی بر آن است که اصل، در بیع، لزوم است. و ظاهر غالب در استعمال آن، در مثل املاك، بیع با صیغه، است، نه معاطات. و بیع واقعی است نه فضولی. خصوصا در صورتی که ورثه زید اقرار به جریان صیغه هم کرده باشند و بعد

بگویند اقرار ما به صیغه " علی رسم القبالة " بود. پس با وجود این مخالفت دعوی، با

قواعد (خصوصا با آنکه مسبوق است به اقرار مخالف آن) مستحق اسم مدعی علیه و " منکر " است تا قسم متوجه او شود.

و اینکه این دعوی را میکند که رسم القبالة بود، مدعی است. - چنان که فقها ذکر کرده‌اند - و مجرد اینکه وقوع صیغه خلاف " اصل است، مقابله با این ظواهر نمکند.

آیا نمبینی که در اقرار به قبض ثمن، (یا ادعای اینکه اقرار [به] رسم القبالة بود) قسم متوجه مدعی اقباض است (-؟). با وجود اینکه قبض، خلاف اصل است.

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

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

۱۴۹ - سؤال: زید مفروشده چیزی را به عمر و، به شرط اینکه ثانیاً، به او بفروشده به همان قیمت به مبیعه شرطیه، یا به قیمت نازل. چه صورت دارد؟  
جواب: ظاهراً خلافتی در بطلان آن نیست.

۱: این همان مسئله شماره ۱۰۱ است که مطابق فتوای مشهور باطل است و در مسئله شماره ۱۳۹ نیز

راجع به

آن بحث گردید

(۲۳۵)



۱۵۰ - سؤال: متعارف در این بلاد، این است که ملکی را بیع شرط میکنند، و بعد از آن بایع اجاره میکند. آیا در صورتی که بایع در ایام خیار، رد ثمن، نماید به سوی مشتری و فسخ نماید، وجه اجاره را توزیع بر مدت، باید کرد یا نه؟ -؟ و در صورتی

که توزیع بر مدت کند، آیا هر گاه از برای بعض مزیتی بوده باشد (یعنی منافع مبیع در

آن مدت بیشتر بوده باشد) ملاحظه آن را باید کرد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه مبیع مشروط به خیار، زمان خیار آن بعد از مدتی است، و خیار در آخر آن مدت است، و مشتری به اجاره داده است ملك را در مجموع آن مدت، و قبل از

رسیدن زمان خیار که در آخر مدت است، اتفاق افتد که رد مثل ثمن، کند و مشتری هم

قبول کند، و بایع فسخ کند. این از بابت "تقایل" خواهد بود، نه فسخ. و به سبب تقایل در بیع، تقایل در اجاره حاصل نمیشود. مگر اینکه علی حده در آن هم تقایل کنند. و بعد از تقایل در اجاره، مشتری از وجه اجاره به قدر زمان گذشته

مطالبه میکند، و ملاحظه از مننه در مقدار وجه اجاره میشود.

هر گاه زمان خیار فسخ بیع را در مجموع مدت قرار داده‌اند (هر چند در صحت اجاره اشکالی کرده‌اند و لیکن اظهر جواز آن است) در صورت فسخ بیع به رد مثل ثمن،

مستحق وجه اجاره نسبت به زمان ما قبل فسخ میشود به نحوی که گفتیم.

۱۵۱ - سؤال: زید مقدار معینی ابریشم به صیغهء سلف از عمرو، مخرد، در گیلان. به مدت معینی، به قیمت معینی. و در سر موعد، عمرو تعلل میکند در دادن ابریشم. و مآید به قزوین. و زید هم مآید به قزوین و از او مطالبهء ابریشم میکند. عمرو را ممکن نمیشود دادن ابریشم. بنا به این میشود که اجناسی چند، زید از عمرو بگیرد به قیمت معینی.

الحال آیا ملاحظهء قیمت این اجناس را نسبت به قیمت ابریشم در گیلان، باید حساب کرد؟ یا قیمت آن در قزوین؟

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



و هر گاه عاجز باشد، یا به سبب یافت نشدن آن در آن وقت (بعد از آنکه غالب الحصول و مترقب الوصول بوده)، یا به سبب عجز او از تحصیل آن. پس مشهور و اقوی

این است که از برای مشتری خیار فسخ حاصل میشود. یعنی رجوع کند به قیمتی که داده یا اینکه صبر کند تا بایع قادر شود بر تحصیل آن جنس.

و اما هر گاه بایع قادر بود در سر موعد، و تعلل کرد و نداد تا عجز حاصل شد. پس میتواند مشتری، که قیمت آن جنس را بگیرد. پس در صورت سؤال که زید تعلل کرده

و در گیلان که بلد عقد بوده تسلیم نکرده الحال که در قزوین ممکن نیست او را تسلیم

عین آن جنس، پس مشتری مسلط است بر اخذ قیمت آن. و هر گاه ممکن نباشد از برای بایع که عین را در گیلان تسلیم کند، در این صورت ظاهر این است که مسلط است که قیمت گیلان را از او بگیرد. زیرا که او مشغول ذمه

تسلیم عین در گیلان بود. و بعد از عجز از عین، که رجوع به قیمت میشود، این قیمت

بدل آن عین است. و چنان که قیمت به حسب ازمان، تفاوت میکند، به حسب امکانه هم تفاوت میکند.

و وجه عدول از مثل به قیمت (در مقامی که مبیع مثلی باشد، و مثل متعذر نباشد) این است که قیمت اضبط اشیاء است در استیفای حق. پس آنچه مدخلیت در استیفای حق

دارد باید ملاحظه شود. و مفروض این است که مشتری مستحق این جنس بوده در گیلان. پس در صورت تعذر باز مستحق قیمت آن جنس است در گیلان. و چون بایع در اینجا به سبب تعلل شبیه به غاصب حق، است، و قاعده در صورت تعذر استرداد مغضوب (در مثلی)، رجوع به مثل است. و در صورت تعذر مثل به قیمت. و

در ملاحظه قیمت چند قول است، و اقوی قیمت روز دفع قیمت، است. پس باید در ما نحن فیه قیمت گیلان در روز دفع، اعتبار شود.

پس در ما نحن فیه مگوئیم که: هر گاه قطع نظر - از ملاحظه گنجایش هر يك از ابریشم و اجناسی که در عوض آن [قرار] میدهند - میکنند و راضی میشوند به اینکه این اجناس در عوض ابریشم باشد، و مشتری هم قبول میکند بازاء همین اجناس. پس



(۲۳۷)

دیگر ملاحظه قیمت قزوین و گیلان ضرور نیست. و این عقد و معامله مستقلی است که

تراضی طرفین به آن واقع شده.

و اما هر گاه مذاقه میکنند، و ملاحظه قیمت عوض و معوض میکنند، و منظور این است که آنچه مشتری در نفس الامر مستحق آن است گرفته باشد، و آنچه بایع از اجناس

قیمت کرده و داده، علی الحساب است، تا اینکه معلوم شود که در نفس الامر مستحق چه

چیز است. پس این از باب وفای دین است به هر قدر که در مقابل آن در آید، و بعد از آن

به زیاد و کم رجوع کنند.

پس در این صورت چون گفتیم که مشتری مستحق بیش از قیمت گیلان نیست، و بایع هم کمتر از آن نمیتواند داد. پس بعد از معلوم شدن قیمت گیلان، اگر مساوی آن

را داده است، برئ الذمه است. و اگر کمتر داده، باید کسر آن را تمام کند. و اگر زیادتر

داده، زیادتی را پس مگیرد.

و بالجمله: معنی اینکه " مشتری در نزد تعذر اخذ مبیع - بعد تقصیر بایع - مسلط است بر اخذ قیمت " این است که جایز است از برای او اخذ قیمت. نه اینکه او از مالکیت

عین معزول میشود، و عین از ملکیت او خارج میشود، و مستحق ثمن است، لاغیر.

پس

مگویییم که هر گاه چنین نمکند و بنا را به اخذ ثمن مگذارند که مستحق آن است.

و

نمیتواند زیاده از آن بگیرد، و بایع هم نمیتواند کمتر بدهد. پس در صورت سؤال این معنی ممکن نیست الا به اینکه آنچه بایع مدهد از اجناس، بعد تقویم مراعی باشد به اینکه معلوم شود قیمت گیلان. و بعد از معلوم شدن، به زیاد و کم رجوع میکنند.

و اما هر گاه بنا را بر این بگذارند که عین در مال او باقی باشد، و لکن خواهد آن عین را معاوضه کند به قیمت آن. پس در اینجا پای معامله جدید به میان میآید. و آن

مبايعه عین است به آن اجناس. و در اینجا ملاحظه قیمت گیلان و قزوین معتبر نیست.

بلکه به هر چه تراضی واقع شود. زیرا که جایز است بیع مبیع سلفی، بعد از حلول،

هر چند قبل از قبض باشد. خصوصا در غیر طعام. علی الاظهر.  
پس در این صورت مفروشده مشتری ابریشمی [را] که در ذمهء بایع دارد (که باید آن  
را در گیلان تسلیم کند) به بایع، به هر قیمتی که تراضی واقع شود. خواه کمتر باشد  
از قیمت

ابریشم در گیلان، یا بیشتر باشد. و این خود معنی معاملهء جدیده است. زیرا که تراضی شرط است. و در صورت اول تراضی شرط نیست. یعنی بعد از آنکه بنا به این شد که قیمتی را که مستحق است بگیرد زیاده از آن را نمیتواند مطالبه کند و بگوید من راضی نمیشوم. به همان قیمتی که در نفس الامر مستحکم. چون بنا به همان شده و قسرا، لازم آن مافند، که به همان اکتفا کند. و در آن صورت دیگر ۱، میتواند بگوید که آن عین که در ذمهء تو است که باید در گیلان تسلیم کنی، به تو وا مگذارم در عوض این مبلغ. که در این صورت هر چند ظاهر شود که این قیمت مضاعف قیمت گیلان است، دیگر نمیتواند بایع استرداد کند. چون این معامله جدیدی است و بر وجه تراضی واقع شده، و آن بیع است و احکام بیع بر آن مترتب میشود. خواه احکام معاطاتی باشد، اگر صیغه خوانده نشده. و خواه بیع لزومی، هر گاه صیغه جاری شده. و جهالت قیمت گیلان، در اینجا مضر نیست. چون مبیع معین است. بلی، [باید] قیمت جهالت نداشته باشد.

۱۵۲ - سؤال - زید متاعی مفروشده به عمرو، به مبلغ ده تومان، از قرار عباسی شماخی به يك عباسی، به موعده معینی. و بعد از آن در حین نوشتن "تمسك" به او مگوید که "بنویس از قرار اشرفی، یا با جاقلو عددی شش هزار دینار". و تمسك نوشته شود از این قرار. آیا به مجرد همین، زید مستحق عباسی است از آن قرار؟ یا اشرفی از این قرار؟

جواب: تعیین ثمن و مثنی، در بیع، شرط صحت آن است. و به هر چه معامله واقع شود مستحق همان است. و در اینجا مفروض این است که معامله بر عباسی واقع شده، و مجرد گفتن زید که چنین بنویس و نوشتن عمرو، موجب استحقاق اشرفی نمیشود.

بلی  
اگر بگوید که عباسها که من از تو طلب دارم بدل کن به اشرفی (یعنی در ذمهء خود  
قبول  
کن که هر نرخى که عباسى را بر مدارند الحال به آن نرخى که اشرفى را بر مدارند  
به

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



من در سر موعده بدهی) و او هم قبول کند، اظهر و اشهر صحت لزوم این معامله است.

هر چند قبض به عمل نیاید.

و این مستثنی خواهد بود از معامله صرف که در آن قبض مجلس شرط است. و خلافی

که نقل شده از ابن ادریس است که باطل مداند و شهید حکم به ندرت این قول کرده. و

اما اشکال در سر این است که آیا این معامله مستقلی است و بیع نیست، یا اینکه توکیل در

بیع، است که زید عمرو را وکیل کرده که از جانب او ایجاب بیع کند، و از جانب خود قبول.

و توکیل در بیع، توکیل در لوازم آن هست، که از جمله لوازم آن در معامله صرف قبض

مجلس، است. پس وکیل در قبض هم هست و قبض هم ضرور است. به این معنی که دراهم را

عمرو، موجود کند و قصد کند، و ثانیاً در ذمه بگیرد. یا اینکه در این مقام، بودن مال در

ذمه به منزله قبض است، و مفروض این است که ثمن و مثن هر دو در ذمه شخص واحد است

که زید است. و همین قدر در تحقیق قبض کافی است.

و بسیار از این مقدمات محل اشکال و خلاف است. و لکن چون دو روایت معتبر که

موثق کالصحیح‌اند، دلالت دارند بر آن ۱. واکثر متأخرین عمل به آنها کرده‌اند. و عمل به آنها از شیخ و ابن جنید هم منقول است. پس تخصیص قاعده معامله صرف به

آنها، ضرر ندارد. و عبارات فقها در این مقام اختلافی دارد. جمعی به این نحو تعبیر کرده‌اند که گفتیم یعنی توکیل است در بیع و قبض. و جمعی مطابق روایت گفته‌اند.

و

دور نیست که مراد از "تحویل" که در روایت وارد شده همان بیع باشد، و روایت منحصص قاعده صرف باشد.

پس هر گاه مدیون قبول تحویل، کند و بگوید "حولت ما فی ذمتی من الدرهم لعمرو، الی دنانیر کذا" کافی باشد در انعقاد صیغه بیع. و ضرور نیست که به لفظ "بعث"

و اشتریت " باشد. زیرا که سعی در الفاظ بیع، هست. حتی اینکه تشریک را. از جمله  
اقسام بیع شمرده‌اند. و آن این است که کسی متاعی خریده به قیمت معینی، دیگری

-----  
: وسائل: ج ۱۲ ص ۴۶۳، ابواب الصرف، باب ۴ ح ۱ و ۲

مگنوید مرا شریک کن در نصف این متاع. پس هر گاه این مشتری اول، بگوید " شرکتک بنصفه بنسبة ما اشتریت به "، در نصف شریک او میشود. و نصف قیمتی که

داده به او مدهد. به شرطی که هر دو عالم به قیمت باشند. و آن فی الحقیقة بیع جزء

مشاع، است به راس المال. و این بیع منعقد میشود به لفظ تشریک. پس چه مانع دارد که به لفظ " حولت " هم متحقق شود. خصوصاً با ورود دو روایات معتبره. و اگر خواهی که آن را داخل بیع نکنی هم ضرر ندارد، بنا بر اینکه این دو روایت معتبر دلیل باشند بر این نوع [معامله] و صحت آن مشروط به قبض صریح نباشد. لکن

اظهر این است که داخل بیع است. و صحت مباشرت طرفین عقد از برای یک نفر. و مستلزم بودن توکیل در آن، توکیل در لوازم را، که از جمله آن قبض است. و اکتفا نمودن در ذمهء شخص واحد از قبض صریح، همه از این دو روایت ثابت شده باشد.

با وجود اینکه بعضی از این مقدمات به دلیل دیگر هم ثابت است. و اما حدیثها: پس یکی آن است که شیخ در تهذیب روایت کرده است از حسن بن محبوب، از اسحاق بن عمار " قال: قلت لابی عبد الله (ع): تکون للرجل عندی الدرهم

الوضح، فیلقانی فیقول: کیف سعر الوضح الیوم؟ فاقول کذا و کذا. فیقول: الیس لی عندک کذا و کذا الف درهم وضحا؟ فاقول: نعم، فیقول: حولها لی دنانیر بهذا السعر واثبتها لی عندک. فما تری فی هذا -؟. فقلالی لی: اذا کنت قد استقصیت له السعر یومئذ

فلا باس بذلك. فقلت؟ انی لم اوازنه و لم اناقده، انما کان کلام منی و منه. فقال: الیس

الدرهم من عندک والدنانیر من عندک؟. قلت: بلی. قال: فلا باس ۱. و حاصل تعلیل که در آخر روایت است این است که چون نقدین از شخص واحدند ضرر ندارد. و حدیث دیگر هم باز [از] اسحاق بن عمار است. ۲ و لکن [این] تعلیل در آن

مذکور نیست. و هر چند در لفظ حدیث " قبول " مذکور نیست صریحاً، و لکن ظاهر این

---

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

تهذیب مختصر تفاوتی دارد مثلاً به جای " نعم "، " بلی " آمده.  
۲: همان دو مرجع مذکور

است که سائل قبول تحویل کرده و اشکال او در همان عدم تحقق وزن و قبض بوده. ۱۵۳ - سؤال: هر گاه جنس، غش و قلبی داشته باشد. و بایع و مشتری هر دو عالم باشند و معامله کنند. این معامله چه صورت دارد؟

جواب: این سؤال خالی از غش و قلب، نیست. و محتاج است به تفصیل، و استیفای شقوق و احتمالات.

پس اگر مراد این است که در متاع، غشی هست (مثل اینکه آب در شیر داخل است، یا ریسمان کرباس از پنبه کهنه است، و امثال اینها)، پس اگر مخفی است که مشتری مطلع نمیشود. پس آن عمل حرام است. خصوصاً هر گاه بایع خود عمداً کرده

باشد به قصد فروختن. و اما هر گاه مخفی نباشد (مثل اینکه خاک داخل گندم کرده)، پس آن مکروه است. و باطل نیست. هر چند فعل حرام کرده باشد. و تدارك نقصان به

خیار غبن و خیار تدلیس میشود هر گاه مطلع شود. و هر گاه مطلع نشود. بایع مشغول الذمه است در دنیا و آخرت در صورت مخفی بودن غش. و اگر مراد این است که به پول‌هائی که در آنها غش هست (مثل اینکه سرب یا مس داخل آن باشد) معامله کند و خرج کند. پس اگر از پول‌هائی است که در میان مردم رواج دارد، و می‌شناسند، و معامله میکنند، پس باکی نیست. هر چند مقدار غش مجهول باشد. و ظاهر این است که خلافتی در آن نباشد. و مقتضای "اصل" و "عمومات" است و نقل اجماع هم بر آن شده.

و هر گاه از پول‌های متعارف (که رواج دارد و به آن معامله میکنند) نباشد. بلکه زر کهنه باشد که در میان مردم مهجور و متروک باشد. یا زر نوی باشد که هنوز معروف

و متداول نشده باشد. و آن غش به قدری نباشد که مردم مضایقه از آن نمکنند، و مسامحه میکنند در آن. پس جایز نیست خرج کردن آن. مگر بعد از بیان حال آن و اظهار غش آن. و اگر غش آن به آن قدری [است] که مردم به آن مسامحه میکنند و مضایقه نمکنند. پس باکی نیست.

و در این مسئله هم گویا خلافی نباشد و نقل اجماع هم شده و "عمومات حرمة غش" هم دلالت دارد در صورت اول. و بعض اخبار صحیحه ۱ هم دلالت بر اصل تفصیل

مسئله میکند. یعنی آنکه هر گاه از زر مغشوش رایج است در میان مردم، جایز است خرج کردن آن. و هر گاه رواج نیست جایز نیست. مگر بعد از بیان اینکه مغشوش است. و

همین وجه جمع است ما بین احادیثی که از طرفین وارد شده، که بعضی بر منع از خرج

کردن مغشوش است مطلقا ۲، و بعضی بر جواز مطلقا ۳. و اگر مراد ۴ معامله کردن زر مغشوش است و دیگری خالص. پس اگر با غیر جنس خود معامله میکند (مثل طلای مغشوش با نقره خالص یا به عکس). پس آن جایز است

بی اشکال. چون در تحقق ربا تماثل شرط است. و اگر با جنس خود معامله میکند (مثل

نقره با نقره یا طلا با طلا) و مقدار غش در مغشوش مجهول است. پس جایز نیست آن

معامله. و ظاهرا خلافی در مسئله نباشد بلکه بعضی نقل اجماع کرده‌اند بر آن. و این مقتضای ادله حرمة ربا است چون اجتناب از آن واجب است و در صورت جهالت ایمن از ربا نیست.

و هر گاه مقدار طلا یا نقره که در مغشوش است معلوم باشد، پس جایز است معامله، هر گاه در آن طرف که زر خالص است زیادتی باشد، که در برابر آن مس یا سربی که در

مغشوش است، [باشد. و] تواند شد مساوی قیمت آنها نباشد و بسیار کمتر باشد اما به

حدی که صدق مال بر آن بشود و "ما یتمول" گویند. که قدری از زر خالص از آن طرف

خالص، در برابر این طرف مغشوش، باشد، و زاید بر آن [در برابر] مس یا سرب باشد،

صحیح است معامله. و ربا حاصل نمیشود.

و همچنین است کلام، هر گاه مقدار خالص که در آن مغشوش است، معلوم نباشد، و لکن زر مغشوش و زر خالص به یک وزن و یک قیمت باشند هر چند این فرض نادری

-----  
۱ و ۲ و ۳: حدیث‌های مورد نظر احادیث باب ۱۱، از ابواب الصرف هستند. وسائل: ج ۱۲ ص ۴۷۶  
- ۴۷۴.

۴: عطف است به " اگر مرا این است که غش در متاع بایع است " و به " و اگر مراد این است که به  
پول... ". لیکن  
در نسخه: که اگر مراد...

است. زیرا که در اینجا هم در طرف زر خالص به قدر آنچه در طرف مغشوش است، است،

[هست] و زیادتی هم دارد که در برابر آن خلیط باشد، هر چند مقدار آن معلوم نباشد،

و همین قدر از برای خلاص از ربا، کافی است.

و هر گاه متماتلان که از يك جنس اند، هر دو مغشوش باشند، پس معامله صحیح است مطلقاً، یعنی هر چند مقدار خالص در هر دو طرف مجهول باشد. بلکه هر چند معلوم باشد که خالص يك طرف بیش از خالص طرف دیگر باشد. و این بنا بر این است که

ضمیمه با احد متماتلین چنان که موجب [عدم] تحقق ربا میشود، [همین طور است] هر گاه در هر دو طرف باشد. به جهت آنکه ۱ خالص احد طرفین را، در برابر خلیط آن طرف قرار مدهیم و خلیط آن طرف را در برابر خالص این طرف. (همچنانکه هر گاه

خلیط در يك طرف باشد و معلوم باشد زیادتی خالص آن طرف خالص، بر خالص مغشوش، به قدری که توان قیمت خلیط این طرف کرد. چنان که گذشت).

و این خلیط داخل " ضمیمه " است که از جملهء حیل ربا است. و در حدیث صحیح وارد شده است، که جایز است فروختن دو هزار درهم به يك هزار درهم به ضمیمهء دیناری. که هزار در برابر هزار است، و هزار دیگر در برابر دینار ۰.۲ و پیش دانستی که

جهالت مقدار در پولهای رایج ضرر ندارد.

پس اشکالی که در اینجا متصور است، همان ربا است و آن منافع میشود به تراضی آنها بر اینکه خلیط يك طرف قیمت صافی آن طرف باشد. و صافی آن طرف قیمت خلیط این طرف. پس معاملهء مثلین با تفاضل نشده ۳ که ربا حاصل شود. و در آن

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

۲: رجوع کنید به مسئله شماره ۶ (همین مجلد) و به ذیل آنکه نظریه ابتکاری امام خمینی (ره) در این مسئله

بیان شده است. و حدیث در: وسائل: ج ۱۲، ابواب الصرف، باب ۶ ح ۱، و نیز باب ۲۱ ح ۴.

۳: مثال و صورت مورد بحث، مثال خوبی است بر نظریه امام خمینی (ره) در موضوع فرار از ربا. به نظر ایشان

صحت فرار از ربا به وسیلهء ضمیمه در چنین مواردی است به شرط عدم قصد ربا واقعا نه در ضمیمه کردن يك



قوطلی کبریت به يك هزار تومان در مقابل دو هزار تومان. یعنی ضمیمه فقط مماثلت را توجیه میکند. نه  
ر با  
گرفتن را. رجوع کنید به مسئله شماره ۶

(۲۴۴)

حدیث صحیح شده به اینکه " نعم الفرار من الحرام الى الحلال ".  
و بدان که: آنچه مذکور شد، نظر به ملاحظهء تحقق ربا و عدم تحقق آن است. و  
لکن باید مراعات قبض مجلس در همه جا شود. چون معاملهء طلا و نقره، بیع آنها  
صحیح

نیست الا به قبض مجلس. بلی، اگر به عنوان مصالحه باشد دلیلی بر اشتراط قبض  
مجلس [وجود] ندارد.

و در طلا و نقره فرقی ما بین مسكوك [و غیر مسكوك] نیست. و لکن باید صدق  
عرفی طلا و نقره متحقق باشد. و مجرد وجود طلای مخلوط مستهلك در غیر، کافی  
نیست. و از این جهت است که گفته‌اند که هر گاه مس یا سرب را بفروشد و در  
آنها قلیلی

از طلا یا نقره باشد، میتوان به طلا و نقره فروخت. هر چند معلوم نباشد زیادتى آن  
طلا

و نقره که به قیمت مدهند، بر آن مقدار قلیلی که در اینها هست. چون حکم تابع  
اسم

است. و آن قلیلی از طلا و نقره که در آنها است، مستهلك است و مقصود بالذات  
نیست

در بیع. و ظاهرا خلافی هم در آن نیست و اخبار معتبره هم دلالت میکند.  
و از این باب است فروختن خانه که در سقف یا دیوار آن طلا یا نقره مالیده باشند.  
که اگر آنها را بکنی هم، چیزی عاید نمیشود، به طلا یا نقره. زیرا که در آنجا هم  
نمگویند که طلا فروخت.

۱۵۴ - سؤال: زید از عمرو ده درهم طلب دارد، که در انقضای مدت يك ماه  
بدهد. مآید در نزد عمرو و مگوید: مصالحه کردم ده درهم را با تو به يك دینار که  
در ذمهء تو باشد در سر موعدهء مذکور بدهی. - (?)

و آیا جایز است که زید عمرو را وکیل کند که: ده درهمی که از تو میخواهم، تو  
و کیلی از جانب من، که آن را بفروشی به يك دینار و در ذمهء تو باشد، تا راس  
موعدهء که

بدهی. -؟ جواب: اما مصالحهء مزبوره، پس ظاهرا در آن اشکالی نیست. و اما بیع  
مزبور، پس

اظهر نیز صحت آن است.

و ان شئت بیان الماخذ، فلنذكر الروایات الواردة فی هذا الباب:  
فمنها: ما رواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق بن عمار - والسند الى اسحاق صحیح، فی

(٢٤٥)

غير الكافى. وفى الكافى فيه " سهل " و هو ايضا سهل. فالحديث اما موثق باسحق، او صحيح - قال: قلت لابي عبد الله (ع): تكون للرجل عندى الدراهم الوضح. فيلقانى فيقول

لى: كيف سعر الوضح اليوم؟ فاقول له: كذا و كذا. فيقول لى: اليس عندك كذا و كذا الف

درهم وضحا؟ فاقول: نعم. فيقول: حولها الى دنا نير بهذا السعر و اثبتها لى عندك. فما ترى فى هذا.؟. فقال: اذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ، فلا باس بذلك. فقلت:

انى لم او ازنه، و لم اناقده، انما كان كلاما منى و منه. فقال: اليس الدراهم من عندك.؟.

فقلت: بلى. قال: لا باس بذلك. ١

و روى الكلينى، عن عبيد بن زرارة و فى سنده روح - قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يكون لى عنده دراهم، فآتية فاقول: حولها الى دراهم و اثبتها عندك. ولم اقبض منه شيئا. (؟) قال: [لا] باس ٢.

و روى الشيخ فى الصحيح، عن صفوان، عن اسحاق بن عمار، عن عبيد بن زرارة: قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يكون عنده الدراهم، فآتية فاقول: خذها و اثبتها

عندك و لم اقبض شيئا (؟) قال: لا باس ٣.

و هذا الحديث، يحتمل ان يكون المراد منه ما افاده السابقان، يعنى " خذها بعد التحويل " و يحتمل ان يكون " خذها " مصحف " حولها ". كما ذكره فى " الوافى ". و كيف

كان، فالمشهور صحة المعاملة بدون القبض. و يكون الروايات مخصصة لقاعدة اشتراط

القبض فى بيع الصرف. و خالفهم ابن ادريس فحكم بالبطلان.

و لكن المشهور اختلفوا فى تنزيل الاخبار. فجماعة منهم عبروا بما هو ظاهر

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، الباب ٤ ح ١، الكافى: فروع: ج ١ ص ٣٩٩، الفقيه: ج ٢ ص ٩٥،

تهذيب: ج ٢ ص ١٤٦.

٢: الوسائل: الباب المذكور: ح ٢. الكافى: فروع: ج ١ ص ١٠٠. و تمام الحديث: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل

يكون لى عنده دراهم، فآتية فاقول: حولها دنانير. من غير ان اقبض شيئا. قال: لا باس، قلت: يكون لى عنده دنانير، فآتية فاقول: حولها دراهم و...

٣: التهذيب: ج ٢ ص ١٤٦



(٢٤٦)

الاخبار، بان يامر بالتحويل، و يقبل المديون. فليکفی ذلك. و قالوا ذلك اذا وقع البيع

١  
ما بين المدين و المديون بهذه العبارة. يعنى ٢ بان يقول " حول ما فى ذمتك من  
الدرهم  
بالدنانير و يكون الدنانير عندك حتى آخذها " و يقبل المديون. وبذلك يتم البيع و  
يصح،

و ان لم يحصل القبض و الاقباض. لظاهر هذه الاخبار.  
و ينزلها جماعة على ان المراد ان يقول " انت و كيلي فى بيع مالى عندك من الدراهم  
بالدنيا نير و يكون الدنانير عندك " حتى يوافق قاعدة البيع.

١٥٥ - سؤال: شخصى باغى خريده. و مخواهد در آن خانه بسازد. و الحال كه  
زمين را حفر مىكند براى بناى خانه، آثار قبل از آن ظاهر مىشود. و آن زمين هم  
نزديك به قبرستان است. و آن قبرها كه ظاهر مىشود رو به قبله نيست. و در تحت  
آن

قبرها علامت نهر آب و سنگ بند و اجر و امثال آن ظاهر مىشود.  
آيا اين زمين محكوم به وقفيت مىشود يا نه؟ -؟. و بر فرض عدم، سنگ و آجرها  
مال كى است؟ و استخوانها كه ظاهر مىشود چه بايد كرد؟.  
جواب: ظهور اثر قبر بطلان ملكيت نمىشود. و آن بيع صحيح است. و بناى خانه  
و مسكن در آن جايز است. خصوصا هر گاه قبور رو به قبله نيست. و اما سنگ و  
آجر كه

در آن زمين ظاهر مىشود، پس هر گاه بايع و مشتري عرف و اصطلاح معلومى دارند،  
و  
معلوم است كه عرف آنها دخول امثال اين امور است در مبيع، يا عرف بلد آنها اين  
است،

پس آن داخل مبيع است. و هر گاه معلوم نباشد، ظاهرا رجوع به عرف عام، مىشود.  
و

هر گاه اينها معلوم نباشد آنها مال بايع است.  
و به هر حال، هر گاه در ضمن عقد شرط دخول آنها در مبيع شده باشد، اشكال  
نيست.

و استخوانها كه از امثال اين قبور پيدا مىشود، هر چند لزوم احترام آنها معلوم  
نيست لكن احوط و اولى اين است كه در همان جاى خود دفن كنند.

١: و عبارة النسخة: و قال ذلك الى وقوع البيع...

٢: والصحيح: اعنى - او - اى. و كذا ما سبق قبيل هذا عند قوله: ما افاده السابقان، يعنى...



(۲۴۷)

۱۵۶ - سؤال: هر گاه شخصی متاعی بفروشد به يك تومان، به وعده يك ماه، و در حین بیع اشرفی را به يك تومان بر مداشتند. و روپیه هم یکی هزار دینار بوده، که يك دانه اشرفی يك تومان بوده، و ده عدد روپیه هم يك تومان بوده. و در انقضای بوعد روپیه ترقی کرده مثلاً نه دانه آن را به يك تومان بر مدارند. بایع الحال میتواند مطالبه ده عدد روپیه را بکند؟ یا اختیار با مشتری است که يك دانه اشرفی را بدهد -؟.

جواب: بدان که هر گاه ثمن نقد را مطلق بگویند - مثلاً بگویند " يك تومان " و نگویند " يك تومان پول اشرفی " یا روپیه یا غیر آن - منصرف میشود به آنچه در بلد مبیعه، آن را " يك تومان " مگویند. پس اگر اطلاق به يك چیز میکنند و تعددی در عرف نیست، همان متعین است.

و هر گاه عرف بلد و اطلاق بلد متعدد باشد، پس اگر احدی از آنها غالب است بر دیگری باز حمل بر غالب میشود زیرا که غلبه به منزله قرینه است بر احد معانی مشترك. و هر گاه متعدد باشد و در اطلاق استعمال اهل بلد در آن تفاوتی نباشد. پس اگر در قیمت و مقدار و مالیت، تفاوت دارند، پس باطل است جزماً. به سبب غرر و جهالت، و عدم تعین. مثل يك تومان فروش و يك تومان روپیه، هر گاه تفاوت در

رواج

داشته باشد.

و اما هر گاه در این امور مساوی باشند (مثل يك تومان روپیه به سکهء فلان، یا يك تومان

روپیه به سکهء به همان، هر گاه در وزن و قیمت و مالیت در حین بیع مساوی باشند) پس

هر گاه در مرغوب بودن هم مساوی باشند. پس صحیح است بیع، و مشتری مختار است.

و اما هر گاه در مرغوبیت مختلف باشند، پس اظهر این است که باز فاسد باشد. به جهت

لزوم غرر و تطرق نزاع و دعوی

و اما هر گاه عرف متعدد باشد، و تفاوت هم در قدر و قیمت مالیت باشد، پس آن معامله باطل است.

چون مستلزم غرر و جهالت است نیز.



و بدان که: در صورت تعدد و غلبه احد استعمالات، یا این است که آن غالب بالاستعمال " موضوع له حقیقی " آن لفظ هم هست، یا نه. پس اگر هست، پس آن مقدم

است جزما بر افراد دیگر که نادرند. و اگر موضوع له حقیقی نیست و لکن استعمال در آن بیشتر میشود، پس آیا حمل باید کرد مطلق را بر معنی حقیقی یا بر آن معنی که حقیقی نیست و استعمال در آن بیشتر است (؟-؟). در این همان خلاف است

که هر گاه امر دایر شود ما بین حقیقت و مجاز مشهور، کدام مقدم است (؟-؟). از مسالك ظاهر میشود میل به آخری. و دور نیست که قائل به تساقط احد احتمالین شویم. پس به منزلهء متساویین میشود. یعنی [مانند] دو استعمال مساوی که غلبه در هیچ يك نباشد، و حکم آن، پیش گذشت.

و مثل کلام در " تومان " است کلام در مثل " قروش رومی " و " قروش عجمی " و مثل " اشرفی محبوبی مصری " و اسلامبولی " و مثل " اشرفی پنج هزاری آقا محمد خانی " و فتحعلی شاهی " و مثل " عباسی علی شاهی " و " کریم خانی ". پس باید معیار را در تعیین نقد، جهالت و غرر، قرار داد و لزوم تشاجر و نزاع. و هر جا این باشد، فاسد است.

هر گاه این را دانستی، بدان که: در صورت سؤال، اطلاق يك تومان و عدم تعیین اشرفی و روپیه، منشأ بطلان است. به جهت تفاوت رغبات، و امکان ترقی و تنزل،

و ظهور احتمال آن. و این سخن‌ها که مذکور شد در اطلاق کیل و وزن هم جاری است.

و سخن در همه یکی است. والله العالم.

۱۵۷ - سؤال: هر گاه کسی در جنب خانه حصار دارد، که ناودان پشت بام آن و برف انداز آن در آن حصار باشد و آن حصار را بفروشد به غیر، بدون شرطی و قیدی. آیا مشتری حصار، میتواند مالك را منع کند از جریان آب و انداختن برف در آن حصار یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر این است که نمیتواند مانع شد. به جهت آنکه ظاهر حال این است که زمین حصار را بدون این منفعت فروخته. یعنی گویا استثنا کرده است این منفعت را. چنان که عرف و عادت دلالت بر آن دارد.

کسی نگوید که: بیع متعلق به اعیان میشود. و منافع تابع اعیان است. پس انتقال عین مستلزم انتقال جمیع منافع است.

به جهت اینکه: عین را حالات و حیثیات و صفات میباشد. و در اینجا نقل عین حصار

موصوف به اینکه مجرای میزاب و مطرح ثلوج خانهء دیگر باشد، میکنند به غیر، نه مطلقاً.

وامثلهء انفکاک منافع از عین بسیار است. مثلاً هر گاه کسی غلامی دارد و وصیت میکند که

عین او از زید باشد و خدمت منافع او مادام الحیوة از عمرو. صحیح است. و ثمره در

جواز عتق در کفارات ظاهر میشود. پس هر گاه صاحب عین او را آزاد کند، آزاد میشود لکن باید مادام الحیوة خدمت آن دیگری را بکند.

و دیگری آنکه: هر گاه کسی صلح کند مجرای باران و مطرح برف را با دیگری. صلح صحیح است علی الاقوی. و مستحق آن حق میشود. پس اگر بعد از آن مالک آن

زمین که باران و برف بر آن میریزد، آن را بفروشد به غیر، حق، سابق بر جا است. و مشتری نمیتواند او را منع کند. پس معلوم میشود که انفکاک عین و منفعت در ملک، ممکن است.

و از فروع این مسئله است که کسی خانه [ای] را بفروشد به غیر، که معبر خانهء دیگر او منحصر باشد در وسط همین خانه. که نمیتواند مانع شد از عبور. بلی، هر گاه

مشتری جاهل بوده است به این معناها، ظاهر این است که این عیب است. و خیار عیب

از برای او ثابت است. که خواهد فسخ میکند. و خواهد ارش مگردد. و همچنین اگر

آن حصار را به وصف خریده بود بدون رؤیت، و بعد از رؤیت خلاف آن ظاهر شود،

مسلط بر فسخ هست.

و همچنین هر گاه به این سبب در قیمت تفاوت فاحشی باشد. دعوی غبن میتواند کرد. و اجتماع خیارات از جهات متعدده، ممکن است.

۱۵۸ - سؤال: اذا باع ضیعة به شرط خیار الفسخ حین رد مثل الثمن فی زمن الخیار، و لم یکنه الرد. و صار البیع لازماً. ثم ظهر للمشتري الغبن فی المبیع، و رده الی البایع و



(۲۵۰)

اخذ الثمن. فلو فرض ان المشتري آجرها في المدة المشترطة بالبايع، فهل له المطالبة بالاجرة، ام لا.؟ -؟.

جواب: الظاهر، نعم. لانه نماء ملكه، والمبيع يملك بالعقد على المشهور الاقوى.  
۱۵۹ - سؤال: هر گاه زید جزء مشاعی از ملک، به عمرو بفروشد. و شرط کند در ضمن عقد که مشتری ملک [را] مفروز نکند. و اگر خواهد قسمت کند، مسلط بر

فسخ باشد. این بیع و شرط، صحیح است یا نه؟ -؟.  
جواب: اظهر صحت است. به شرطی که زمان آن را معین کنند. زیرا جهالت شرط مستلزم فساد بیع، است.

۱۶۰ - سؤال: زید ملکى مفروضد. به عمرو، و صیغه منخواند، و قبالة منویسد. و نگاه مدارد که عمرو، قیمت را بیورد و بگیرد. عمرو قیمت را نمیرد تا مدت يك سال، و زید همان ملك را به بكر مفروضد. و الحال عمرو مدعی است که ملك

مال من است. ملك مال کیست؟.

جواب: بدان که: هر گاه بیع واقع شود و اقباض تمام مبیع و تمام ثمن به عمل نیاید (هر چند اقباض بعض آنها به عمل آمده باشد، و شرط تاخیر تسلیم هم نشود، نه در مبیع و نه در ثمن.

هر چند به يك ساعت باشد) تا سه روز، بیع لازم است. و بعد از سه روز خیار از برای بایع حاصل میشود، در فسخ. و مطالبه بایع ثمن را بعد از سه روز، یا آوردن مشتری ثمن را، هیچکدام منشاء سقوط خیار نمیشود.

و شرط است در این حکم که مبیع، عین باشد نه چیزی که در ذمه باشد. پس در این مسئله چند شرط است: اول: اینکه مبیع عین باشد. دوم: اینکه هیچ يك از بایع و مشتری قبض ثمن و مثن بتمامه، نکنند. و سوم: اینکه شرط تاخیر تسلیم از هیچ يك از

طرفین نشده باشد. و هر گاه یکی از این شروط مفقود باشد، بیع بر لزوم باقی است. و

اظهر این است که تلف مبیع در ظرف سه روز از مال بایع است. علی الاظهر. و بدان که: شیخ قولی دارد به اینکه در هر جا که متعذر شود از برای بایع اخذ

ثمن، مسلط بر فسخ هست. به جهت دفع ضرر. و اقوی این است که در غیر صورت مذکوره، بیع بر لزوم خود باقی است. و دفع ضرر به این مشود که تقاص حق خود را از

مبیع بکند. و [تقاص] منحصر در فسخ نیست. و هر گاه تقاص آن ممکن نشود، فسخ هم

فائده‌ای نخواهد داشت. و بدان که: ظاهر این است که ثبوت خیار تاخیر، در صورتی [است] که [عدم]

اقباض بایع، از راه عدوان ۱ نباشد، بلکه از باب اتفاق باشد به جهت اینکه مشتری قیمت

را بیاورد. و اما در صورتی که عادی باشد، و تاخیر مشتری هم سبب عدم اقباض بایع

باشد. معلوم نیست که در آنجا خیاری باشد. و اخبار هم منصرف به غیر صورت عدوان

مشود. و لکن تصریحی به این، در کلام فقها در نظرم نیست.

۱۶۱ - سوال: آیا بیع اطفال صحیح است یا فاسد؟ -؟ جایز است تصرف در آنچه از ایشان

بگیری در عوض مبیع یا نه؟ -؟. و جایز است تسلیم مبیع به ایشان یا نه؟ -؟ و فرقی هست

ما بین ممیز و غیر ممیز یا نه؟ -؟ و همچنین ما بین اینکه به اطلاع ولی شرعی و اذن او

باشد یا نه؟ -؟ و همچنین ما بین اینکه صغیر به مال خود معامله کند یا به مال ولی، یا به

مال غیر ولی -؟. و فرقی هست ما بین اینکه حال معلوم باشد یا مجهول، یا نه؟ -؟. جواب: بدان که، جایز نیست معامله صغیر. و صحیح نیست. و دعوی اجماع بر آن

موجود است و همچنین در سایر تصرفات. چون "محجور" علیه "است. (به غیر اموری

چند که استثنا شده، مثل عبادات او، و احرام او، و هدیه به جائی رساندن او، و اذن در دخول خانه، و وصیت، و تدبیر او بنابر قول بعضی علما ۲) و آیات قرآنی و

احادیث اهل

بیت علیهم السلام در دلالت بر منع تصرفات آنها ۳ بسیار است و اصل عدم صحت آن

-----

- ۱: و عبارت نسخه: ثبوت خیار تاخیر در صورتی را که اقباض بایع از راه عدوان نباشد.
- ۲: بررسی اقوال علما ایجاب میکند که قید " بنابر قول بعض علما " تنها به دو مورد اخیر یعنی وصیت و تدبیر، مربوط شود.
- ۳: ظاهراً مراد از " آنها " صغار و صغیرها، باشد و لذا استثنائات را در میان دو هلال قرار دادیم. لیکن ممکن است مراد از آن، همان استثنائات، باشد. و نیز ممکن است تنها وصیت و تدبیر باشد

است.  
و اما آنچه بعض علما استدلال کرده‌اند به آن، بر جواز در اشیاء کم قیمت (مثل نان و تخم و گردو و امثال آنها) به اینکه در جمیع اعصار و امصار، متداول بوده که اطفال متوجه [این] معاملات بوده‌اند، و علما انکار نکرده‌اند، پس صحت آن اجماعی خواهد بود. پس آن ضعیف است. به جهت آنکه بر فرض اینکه ثابت باشد که در هر زمانی همین اشیائی که در همین زمان مفروشند، متعارف بوده و علما منع نمکرده‌اند. این بیش از اباحهء تصرف را نم‌رساند.  
و اما اینکه به عنوان بیع بوده، پس آن معلوم نیست.  
پس تحقیق این است که ظاهراً اباحهء تصرف است در امثال این امور. به جهت ظهور تداول در اعصار. و " اصل عدم تغییر "، خصوصاً در اموری که متوان جزم کرد که در همهء اعصار چنین بوده. خلاصه: اصل برائت و [اصل] اباحه دلیلی است قوی، و ادلهء منع منصرف به آنها نم‌شود. خصوصاً اینکه شاهد حال مسلمین، این است که راضانند به تصرف در امر ایشان بر این نهج هر گاه مال از غیر صغیر باشد. و همچنین اولیا راضانند هر گاه مال از خود صغار باشد.  
و در مجهول الحال باید حمل کرد به یکی از این دو وجه، نظر به تداول در اعصار. پس هر گاه کسی در بین راه يك پول سیاه به صغیری بدهد که برای خود میوه بگیرد، جایز است از او گرفتن و میوه دادن. چون شاهد حال واهب، اباحهء آن است، هر گاه مساوی آن را به صغیر بدهد. و همچنین دانیم که ما در صغیر از مال خود، یا مال صغیر، به او داده است که چیزی بخرد، جایز است بیع با او. و هر چند که ندانیم که ما در، قیم شرعی اوست. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. و حمل مکینم بر اینکه حاکم شرع مادر را قیم او کرده، یا عدول مؤمنین (بر فرض عدم تمکن از حاکم).

اما اگر دانیم که آن مال از خود صغیر است. و غیر ولی شرعی به او داده، و بر غیر جهت شرعی آورده است، یا از غیر اوست و رخصتی از جانب غیر نباشد، جایز نیست تصرف در آن. و در مجهول الحال تفحص ضرور نیست.



بلی، در بعضی صور متوان قائل شد به جواز تصرف بر سبیل بیع، مثل آن جائی که بیع به اطلاع ولی باشد و صغیر به منزله آلت باشد، و اعتماد بر همان حضور ولی یا اطلاع او باشد، و لکن این سخن در وقتی خوب است، که معاطات را بیع دانیم و ید صغیر را به منزله ید ولی شرعی دانیم. و اما با اشتراط صیغه (چنانچه مشهور است)، پس این تمام نیست. چون عبرت به کلمات صغیر نیست.

و به هر حال، اعتماد بر همان مجرد اباحه است. و دلیل صحت بیع، در اینجا تمام نیست. پس ثمرات منع (مثل لزوم به مجرد تفارق مجلس، و لزوم شرایط ضمن عقد و

امثال آن) در اینجا جاری نیست.

۱۶۲ - سؤال: آیا بیع جواهر کبار (مثل دانه‌های مروارید بزرگ یا قطعه‌ء کبیره از الماس و یاقوت و زبرجد و امثال آن) به مجرد مشاهده بدون وزن، صحیح است یا نه؟ -؟

و فرقی هست ما بین آنکه نصب باشد بر زمینا [ها] ی مثل تاج و بازو بند و امثال آن، یا نه؟ -؟.

و حکم در جواهر صغار چه چیز است؟.

جواب: اظهر جواز معامله است با مشاهده، و فرقی ما بین منصوب و غیر منصوب نیست هر گاه در عرف و عادت، غرری و سفهی لازم نیاید، و اما طلا و نقره که بر آن

منصوب است، بیع آن بدون وزن صحیح نیست - علی الاظهر - و رفع اشکال و رفع ضرر به

مصالحه حاصل میشود. و بیع صغار [آنها] بدون کیل و وزن، صحیح نیست.

۱۶۳ - سؤال: هل - يجوز بيع الجواهر الكبار المنصوبة على الحلی (مثل التاج والدملیج و نحوهما) و غیر المنصوبة، بدون الوزن ام لا؟ -؟.

فقد اختلف جماعة من اهل العصر فيه، فمنهم من يقول بجوازه، و منهم من يقول بعدمه، تمسكا ببعض عبارات الفقهاء الموهمة لكونها من الامور المعتبرة فيها الوزن.

مثل ما ذكره في التذكرة في مباحث السلف حيث قال: ولو افضى الاطناب الى عزة الوجود كاللئالی الكبار و الزبرجد و المرجان، التي يفتقر الى الحجم و الوزن و الشكل

(٢٥٤)

والصفا، لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف، و اجتماعها نادر جدا. فيكون بمنزلة السلف في في ما يتعذر حصوله في الاجل. و اما اللثالي الصغار، التي يعم وجودها و يمكن ضبطها بالوزن والكيل، و ضبط اوصافها التي تختلف القيمة باختلافها. فانه يصح السلم فيها، على الاقوى.

و في القواعد: فلو افضى الاطناب الى عزة الوجود، كاللثالي الكبار، التي يفتقر التعرض فيها للحجم و الشكل والوزن والضبط، واليواقيت و الجارية الحسناء مع ولدها، الى ما اشبهه، لم يصح. - الى ان قال - والا قرب جوازه في اللثالي الصغار مع ضبط

وزنها و وصفها لكثرتها انتهى. و بان ثقات اهل الخبرة يحكمون بان طريقة مبايعة الجواهر الكبار، مراعات الوزن، حتى انهم وصغوا لذلك ميزانا يفصح عن جزء من الف واربعمأة و ثمانية اجزاء من المثقال

الصيرفي. و يعاملون فيها بالوزن. جواب: الظاهر جواز بيع الجواهر الكبار مع المشاهدة. بل الوصف الرافع للجهالة. لان دليل اشتراط المعلوماتية في العوضين، هو الاجماع المنقول و لزوم الغرر. و انما اشترطوا في المكيل و الموزون، الكيل والوزن (و مثلها المعدود و المزروع) بدليل خاص

فلا يجوز فيها بدون الكيل والوزن والعدو الزرع. و المخالف في الصبرة هو ابن الجنيدي. ربما

نقل عن غيره كفاية المشاهدة في غيرها ايضا. و كيف كان، فالاقوى و الاشهر اعتبار الكيل والوزن والعدو والزرع، في ما كان من هذا

الباب. و يدل عليه الاخبار الكثيرة. انما الاشكال، في ان الجواهر الكبار، هل هي مما يعتبر

فيها الوزن ام لا (؟-؟) و لم نقف على دليل يدل على اعتبارهما، فيها. و لا تصريح من فقيه.

ولا دلالة في عبارة التذكرة والقواعد على كونها من هذا الباب. ولا فيهما نقل من اهل الخبرة من اعتبار هم الوزن فيها.

و تحقيق المقام ان لفظ " المكيل " و " الموزون " في الاخبار و كلام العلماء في مسألة

لزوم تعيين المبيع في مسألة الرباء و السلم و غيرها، معناه ما يتوقف تعيين المبيع عليه،

و  
تحقيق في مقداره بعد تعيين اصل المبيع و ماهيته و قيمته. فمرادهم ان اهل العرف اذا

(٢٥٥)

اصطلحوا فى بيع الحنطة (مثلا) على ان يكون قيمة كل قدر (يملاء كيلا معيناً، اويوارى

صنجة ١ معروفة) درهما، فاذا ارادوا بيع ما يساوى ذلك بالمبلغ المذكور، لابد ان يشخصوه بالكيل والصنجة المعلومين. فالكيل والوزن انما هو لتعيين المبيع و تشخيصه، من دون ان يكون لهما مدخلية فى مقدار القيمة و زيادته و نقيصته. واما ما ذكره فى الاحتياج الى الوزن فى الجواهر، فهو معنى آخر، اعتبر لمعرفة قيمتها، لا لمحض تعيين المبيع. بل ولا مدخلية لتعيين المبيع فيه. فالكيل الواحد من الحنطة اذا كان قيمته درهما، فقيمه درهم، سواء كان المكيل مساويا لكيل واحد، او الف كيل.

بخلاف قيراط من الجواهر، فانه اذا انضم الى عشيرين، قيراطا فى قطعة واحدة، فربما ساوى مائة تومان. و اذا انفرد (ولو بابانته من القطعة الكبيره) فلا يساوى توماناً. مثلا اذا كان قطعة كبيرة من الياقوت، بمقدار خمسة مثاقيل، يكون قيمته الفاً، و اذا كسر و جزى خمسة اجزاء، فلا يساوى كل جزء من الاجزاء الا عشرة، فوزن الياقوت الكبير المتصل الاجزاء، انما هو لمعرفة قيمتها، اذ يتفاوت قيمة الجواهر بسبب الكسر.

مع كونه على وصف الصحة والاجتماع.

فالحاجة الى الوزن بهذا المعنى، لا يستلزم الحاجة اليه فى تعيين المبيع، بل الغالب ان المطلوب فيه، هو وسعة العرض و الطول، اوهما مع الحجم فى الجملة. لا الثقل، بل ربما

يكون الحجم الكروى الذى هو اثقل وزناً، اقل قيمة من الوسع الذى هو اخف. نعم، قد ينفع

فيه زيادة الوزن ايضا، كما لو اتفق ذلك مع الوسع. و لانه ربما يتفق كسر الجواهر بحيث

لا يصلح الا لاجل الدواء، او المنافع الاخر، الغير المهمه، فح، ينفع اعتبار الثقل ايضا. فظهر من ذلك ما ذكره فى باب السلم، انما هو من باب المعنى الاخير، فانهم

١: الصنجة: صنجة الميزان: ما يوزن به كالاوقية والرطل. معرب " سنكه " بالفارسية. اورده اقرب الموارد فى

" سنجه " و قال: يقال " صنجة " و بالسین افصح. و لعل " السنكه " مخفف " سنيكه: سنيجه ". و بزعمى انها معرب " گنجه " لان ضبطه بفتح السين او الصاد،

كما فى اقرب الموارد.

و فيها ايضا: الصنوج، ما يجعل فى اطار الدف من الهنات المدورة. والصنج: صحيفة مدورة من الصفر يضرب بها على اخرى مثلها



(۲۵۶)

ذكروه فى اوصاف المبيع، يعنى ان تعيين المبيع، المعتبر فى السلم الحاصل بالتوصيف، قد يكون للوزن مدخلية فى مقدار قيمتها كالصفاء والسعة والحجم و نحوها، لا لان الافتقار

الى الوزن، لا جل تشخيص مقدار المبيع. كما فى الحنطة المتعارفة والسمن المتعارف. و هذا بخلاف اللثالى الصغار، فانها كالحنطة يحتاج تعيين المبيع فيها الى الكيل و الوزن. نعم، لما كانت فى الظاهر مما يتفاوت قيمتها بسبب اختلاف بعض الاوصاف، كالبياض والصفاء فى الجملة، فلتزمه ١، كما نلتزم مثله فى الحنطة والسمن، ايضا. و يويد ما ذكرنا، انهم ذكروا فى تعريف المثلى، تفسيرات متعددة، منها " انه ما يكون مكيلا او موزونا ". و منها " انه ما يكون اجزائه متساوية فى الحقيقة النوعية مع كونه

مما يجوز فيه السلم ". فملاحظة هذين التفسيرين، مع قولهم بعدم جواز السلف فى الجواهر ٢ الكبار، شاهد قوى على ان مرادهم من الوزن الذى ذكروه فى سلف الجواهر، غير الوزن الذى اعتبروه فى صحة البيع، و اشتراطه بالكيل والوزن فى المكيل و الموزون.

و حاصل المقام: انا لو سلمنا انه اذا قال: " بعتك ياقوتة وزنه عشرة مثاقيل بمبلغ كذا " لا يتم الا بالوزن و هو مستلزم للوزن. ولكنه لا يلزم من ذلك عدم جواز شراء مثل هذا

الياقوت بالمشاهدة بدون الوزن. و المعهود فى مسألة المكيل و الموزون، و اشتراط الكيل والوزن فى صحته، هو ملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى ٣ الافرادى "

لا بشرط الاجتماع و لا بشرط الافتراق.

ولا بشرط الوحدة ولا بشرط الكثرة.

والمعتبر فى ما نحن؟ فيه، ملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى المجموعى "، فمجموع القيمة فيه فى مقابل مجموع الزنات، لو وزعت عليها فى مقابل ذلك الفرد. فهذا الوزن

المعتبر فى السلف، انما هو لانه احد اوصاف المبيع المميز له غالبا، كالصفاء والسعة، لا

لانه شرط فى صحة البيع من حيث انه وزن للمبيع.

١: و فى النسخة: فلتزمه.

٢ و ٣: و فى النسخة: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى

(१०१)



و لذلك لم يذكروا الجواهر فى مسألة اشتراط الكيل والوزن فى المكيل والموزون. و ذكروه فى السلم. و لم يقل احدهم (فى ما اعلم) ان الجواهر الكبار مثلى، بل انما هو قىمى.

فعلم من جميع ذلك، ان اشترط الكيل والوزن فى صحة البيع، انما هو لكون الثمن موزعا على الزنات والا كىال، لا على ما كان الثمن فى مقابل مجموع الزنات. فلا دليل على

اعتبارهما فيها فى البيع الحال. و اعتباره فى السلم، انما هو لاجل التوصيف، لرفع الغرر،

لتعذر المشاهدة. بخلاف الحال، لا مكان المشاهدة الرافعة للغرر. و اما الكلام فى ما نقل من اهل الخبرة: ففیه انه قد يكون فى ما يحصل التفاوت فيه، فى تشخيص الجوهر باعتبار الوزن، لا مطلقا. والمعتبر فى المكيل والموزون جعل الكيل

والوزن معيار القيمة فى الجنس. فان قلت: اذا كان المعيار فى معرفة القيمة بالوزن، و دفع الجهالة انما يحصل به، فلا فرق بين احتياج الشخص والجنس.

قلت: مقصودنا ان قولهم " لا بد فى المكيل والموزون، من الكيل والوزن "، و كذا الاخبار الدالة عليه، انما ينصرف الى ما كان المعيار فى تحديد القيمة، [و] هو الكيل والوزن بالنسبة الى الجنس، او الشخص باعتبار جنسه. لا الى الشخص من حيث هو شخص.

فاذا فرض رفع الضرر بالمشاهدة والتوصيف فى الشخص، فلا يحتاج الى الكيل والوزن.

بخلاف المكيل والموزون الذى اعتبر فيها ملاحظة الجنس. فانه لا بد فيه من الكيل والوزن.

على الاشهر الاقوى.

فالذى ذكروه ان طريقة اهل الخبرة الحين، هو انهم يزنون الجواهر، ثم يقومونه. و القاعدة فى المكيل والموزون المعهودين، انهم يقومون المبيع على معيار الزنه والكيل، ثم

يزنون. فظهر ان الوزن فى الجواهر، من معرفات القيمة. و فى المكيل والموزون المعهودين، من محددات ٢ المبيع بعد تعيين القيمة.



(۲۵۸)

فلاحتياج الى الوزن فى التقويم ليس بكلى. بخلاف بيع المكيل والموزن. و قواعد الفقه لا بد ان تكون كليه. والفارق الجلى، الذى لا يخفى بعده الامر، هو ان الرجوع الى اهل الخبره كاف فى القيمة، و لا يجب على المتبايعين الوزن فى تصحيح البيع. و ان كان

اهل الخبرة محتاجين فى التقويم الى الوزن. والمعهود فى المكيل و الموزون، ضرورة معرفة الوزن بين المتبايعين جزما، و ظنى ان ذلك يرفع الحجاب عن وجه المسئلة.

و من جميع ما ذكرنا ظهر ان الجواهر المنصوبة على الحلية المصوغة من الذهب والفضة، لا يجب نزعها و وزنها. بل يكتفى فيها بالاعتبار بنظر اهل الخبرة. سيما مع لزوم الضرر و الحرج بنزعها ١. واما نفس الذهب والفضة المنصوبة عليها، فهى من الامور

الموزونة. و التخلص من الاشكال فيها، بالمصالحة. هذا الكلام فى الجواهر الكبار. و اما الصغار: فالأظهر الأقوى اعتبار الوزن و الكيل فيها كما هو المعهود.

١٦٤ - سؤال: باع زيد ملكا من عمرو، بمبلغ معين. و قال له اصرف هذا المبلغ منه فى الزكوة عنى، و هذا المبلغ منه فى استيجار الصوم والصلوة بعدى، ثم ندم بعد البيع، و

هدد عمرو، و خوفه على التقايل، و اخذ منه الملك.

فقال عمرو، فى اللفظ "فسخت"، بلا عقد من القلب. و قال له بعض الطلبة "ان الزكوة

انما تعلقت بدمتك ولا ينفع الفسخ". و لذلك لم يفسخ عمرو، بالنسبة الى الزكوة خاصة. فما

يجب على عمرو؟ و ما حكم الملك؟ و هل ينفع الفسخ ح فى اسقاط الزكوة من ذمته؟ والذى يوجب الفسخ والانفساخ ما هو؟.

جواب: الملك باق على ملكية عمرو. و كلام بعض الطلبة فاسد. بل لو فرض وقوع التقايل، لرجع الملك الى المالك، و سقط القيمة عن ذمة عمرو. اذ تعلق وجوب اداء الزكوة،

واستيجار الصم والصلوة، انما هو تابع للبيع فاذا انفسخ، فيبطل التوكيل والوصية. و لا بد

(۲۵۹)

فى تحقق التقايل، من اتحاد الزمان، بان يقولوا " تقايلنا " او " تفاسخنا " او قال احدهما " فسخت " او " اقلت " و قبل الاخر بلافاصلة معتد بها. بل الظاهر ان غضب زيد و فسخته

يكفى فى ابطال التوكيل والوصية. فعمرو، انما يشتغل ذمته بنفس الثمن المسمى فى العقد. والملك مال مغضوب فى يد زيد. والقيمة فى ذمة العمرو، و لكن يمكنه الحبس

لا جل التمانع فى تسليم المبيع، ان لم يسلمه، اولا جل ان زيدا اعرض عنه باعتقاده ان فسخته وحده يفيد الانفساخ.

و لكن اعراضه ليس بمعنى الاعراض المفيد لسلب الملك، بل بمعنى تسليطه عليه. كما لو اشترى مالا مغضوبا مع علمه بالغضب، بثمن. فلا يجوز له استرداد الثمن، و ان اخذ

عنه المال على المشهور، مطلقا، و فى ما لو تلف، على الاقوى.

و اما حبسه ١ من جهة التقاص: فلا يصح. لان التقاص فى العين الموجودة، انما هو باخذه ان امكن بلا مفسدة، و لا وجه لاخذ البديل مثلا او قيمة، نعم لو تعذر رد العين للغاصب، فيجب عليه رد البديل مثلا او قيمة، و هو المسئلة المشهورة فى كتبهم حيث قالوا:

ان البديل يصير ملكا محضا للمغضوب منه، بلا خلاف. و العين المغضوبة ايضا باق فى ملك المغضوب منه، بلا خلاف بينهم ظاهرا.

فاذا تمكن الغاصب من العين بعد التعذر، فقالوا انه لو كان اعطى البديل على وجه المعاوضة، فيسقط حق المغضوب منه، عنها، بعد المعاوضة عينا و منفعة. و الكلام فى

اجرة ما قبل المعاوضة. و الاقوى فيه الرجوع ان لم يسقطها فى المعاوضة. و ان لم يعطها

على وجه المعاوضة، فيتردان، حتى انه يجبر المغضوب منه، على رد البديل، على الاظهر.

و قيل لا يجيز، اخذا للغاصب على اشق الاحوال، فلا ٢ يجبر على رد شىء اصلا، و هو بعيد، ولا دليل على اخذ الغاصب على اشق الاحوال، و لا يمكن توجيه عدم الاجبار،

١: و فى النسخة: و اما غضبه.

٢: فى عبارة المتن سقط و اصلها فى النسخة .. اشق الاحوال ظاهر انه لا يجبر على رد شىء اصلا .. و يحتمل ان

يكون الاصل .. اشق الاحوال، و آخر - اى و هنا قول آخر - انه لا يجبر على ... . قد صححنا على ما

رجحناه  
فى المتن

(٢٦٠)

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





فى شرائه. ولو كان متزلزلا مطلقا، لم يرغب فى احد، فيتضرر المغصوب منه. و اما ضرر الغاصب فلا يلتفت اليه. اذ هو صار بنفسه سببا للضرر على نفسه، والسبب هنا اقوى

من المباشر.

واعلم: ان ظاهر كلامهم فى هذه المسئلة، فى صورة تعذر رد العين المغصوبة على الغاصب. اما لو حبسه الغاصب و اخفى على المالك و ادعى التعذر، فالظاهر ان حكمه غير

ما نحن فيه. و الاشكال فيه اقل. فانه سلط المغصوب منه ح، على البدل. فلا حرج عليه

بوجه. و يصير من باب من اشترى مال الغير مع علمه بذلك. فلا شىء عليه لو اتلفه. بل ظاهر المشهور عدم جواز الرجوع مع بقاءه ايضا، و ان كان الاقوى خلافه. والتفصيل الى

هذا الكلام فى المسئلة المعترضة فى البين ١. فارجع الى السؤال و نقول:

اذا لم يفسخ عمرو حين استدعاء زيد، فهو باق على ملكه، ولحوق الفسخ من عمرو بعد حين، لا ينفع، فزيد غاصب لمال عمرو، و يجب عليه ما يجب على الغاصب. و بعد

تسلط العمرو على الملك، يسترده، و يجب عليه ايصال ما فى ذمته من الثمن اليه، و اما التوكيل والوصية، فقد ذهبنا لظاهر عزل زيدياه.

و اما توهم التقاص: فلا مسرح له هنا مع بقاء الملك على ملكيته. والمفروض انه لم يحصل عقد جديد. و تقاص البدل من باب الحيلولة ايضا لا معنى له، اذ ليس هنا شىء الا ما

هو ثابت فى ذمته، و تفسير التقاص بمعنى عدم ادائه اليه، غير مانوس. اذالتقاص، اما بنية

التملك عوضا عما فى ذمة المقاص منه، و اما باخذ شىء لبيعه و ياخذ حقه منه عما فى

ذمته. والمفروض انه ليس فى ذمة المقاص منه، شىء بل انما الموجود عنده هو العين. ولا يتعلق شىء بذمة الغاصب مادام العين باقيا. ولا دليل على انتقال العين الى البدل،

الا مع عدم العين، او ما هو بمنزلة العدم

فى نفس الامر عند المغصوب منه. و على فرض اسقاط المغصوب منه، للقيمة عن ذمته فبم

يرجع الغاصب اذا تمكن المغصوب منه من العين. فالرجوع الى العين مع [عدم]

١: و لعل اصل هذه العبارة: هذا تفصيل الكلام في المسئلة المعترضة في البين

(٢٦٢)

اداء القيمة، جمع بين العوض و المعوض. فغاية الامر ان هذا التقاص المتوهم، اسقاط  
البدل

المتوهم من باب الحيلولة، فما الذى اسقاط الثمن الذى استحقه الغاصب من جهة  
البيع، و  
قد ذكرنا ان فسخه للبيع منفردا، لا يوجب اسقاط الثمن فى نفس الامر، و ان توهمه  
الغاصب.

۱۶۵ - سؤال: هر گاه کسی معاملهء لازمه (مثل بيع يا صلح) کرده باشد. و در  
ضمن

عقد، شرط خيار فسخ در مدت معينه به جهت احدهما شده باشد. و بينهء عادلہ  
شهادت

بدهند که در عرض مدت مذکوره، صاحب خيار گفته است که من آن معامله را  
فسخ

کردم. آیا اين قول موجب فسخ است يا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه عبارت " فسخ کردم " به قرنيهء مقام معلوم شود که انشای فسخ  
است، و بينه هم بر اين معنى شهادت بدهند. اشکالی ندارد، و فسخ ثابت است. و  
هر گاه

شهادت بدهند به لفظ خبر، يعنى آن شخص خبر داده است که فسخ کردهام، و بينه  
اين

اخبار و اقرار را شهادت مدهند، ظاهر اين است که اين نیز شهادت بر فسخ هست.  
و

همين قدر کافی است در فسخ. به اعتبار آنکه اخبار از آن با وجود استلزام حصول  
آن در

خارج بقای آن را، بالفعل دلالت دارد بر اخبار او از حال، به اين معنى که الحال مال  
سابق من، مال من است.

نظير اين است رجوع در طلاق. چنان که اتفاق علما است که اگر زوج در حال عده  
انکار طلاق بکند، مگویند اين رجوع است، و اين نيست الا به جهت اینکه انکار  
طلاق

مستلزم اقرار به زوجيت است. و همچنين احاديثی که دلالت دارد بر اینکه در حين  
رجوع

شاهد نگرفته باشد بعد از آنکه به خاطرش آید، شاهد بگيرد، و ظاهر اين اخبار اين  
است

که در نزد شهود اقرار کند که من رجوع کردهام.

هر چند به عنوان اخبار از گذشته باشد. و مطلقا دلالتی بر اين ندارند که ثانيا انشای

رجوع بکند.  
و ایضا: هر گاه شهود مبینند که شخصی با زن مطلقهء خود ملاحظه میکند به قصد اینکه زن اوست، نه به نیت حرام، و لکن معلوم ایشان نباشد که انشای رجوع، قبل از این شده

و این مترتب بر آن است، یا همین اول انشاء است. کافی است در شهادت. پس معلوم شد

که علم شهود به حصول ثمری که مترتب باشد بر انشاء از آن شخص، کافی است و باعث علم

به حصول نفس انشاء است. گو انشاء به همین ثمر حاصل شده باشد.

و همچنین است کلام در فسخ، پس شهادت شهود به عنوان قطع بر اینکه صاحب

خیار

مطالبهء " مصالحه نامچه " مکرده، و از حال او مفهمند که او الحال هنوز در بین

مدت

خیار است، ملك را از خود میداند به سبب فسخی که کرده، پس بالفعل علم از برای

آنها به

حصول انشاء حاصل میشود.

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

است یا عمرو؟ -؟.

جواب: باید تعریف کند از برای عمرو که بایع است. بلکه در مطلق مالك هم، چنین

است.

مثل اینکه به غیر بیع منتقل شده باشد به او، پس اگر بایع (یا مطلق مالك) گفت از

من است،

به او و اگر گفت از من نیست. پس مال آن است که یافته است آن را.

و مطالبهء بینه هم از آن نمکنند. چنان که جمعی از اصحاب ذکر کرده‌اند بدون نقل

خلافی. و دلالت میکند بر آن حدیث صحیح از محمد بن مسلم " عن احدهما - ع

- قال:

سئلته عن الورق يوجد في الدار. فقال: ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها، و ان

كانت. خربة

فانت احق بما وجدت " ۱ .

و صحیحهء دیگر [او] " عن ابی جعفر - ع - قال: سئلته عن الدار يوجد فيها الورق.

فقال:

ان كانت معمورة، فيها اهلها، فهو لهم. و ان كانت. خربة قد جلا عنها اهلها، فالذی

وجد المال احق به. " ۲ .

و هر چند در آن دو حدیث حکم شده که به صاحب آن زمین بدهند، بدون اینکه

تعریف کند از برای او بعد از ادعای او ملکیت را. و لکن ظاهراً خلافی ندارد. چنان

که از

بعضی اصحاب ظاهر میشود. و موید آن است موثقهء اسحاق بن عمار - کالصحیح

- " قال:  
سئلت ابا ابراهيم - عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيها نحوا من سبعين درهما

-----  
١ و ٢: وسائل: ج ١٧ ص ٣٥٥ - ٣٥٤، ابواب اللقطة، باب ٥ ح ٢ و ١

مدفونه، فلم یزل معه ولم یذکرها حتی قدم الکوفه. کیف یصنع؟ قال: فاسئل عنها  
اهل  
المنزل لعلهم یعرفونها. قلت: فان لم یعرفوها. قال یتصدق بها " ۱. با حمل تصدق  
بر استحباب.

و همچنین صحیحہ حمیری " قال کتبت الی الرجل اسئله عن رجل اشتری جزورا او  
بقرة للاضحی. فلما ذبحها، وجدفی جوفها صرة فیها دراهم، او دنانیر، او جوهره،  
لمن یكون  
ذلك؟ فوق: عرفها البایع، فان لم یعرفها، فالشیئی لك، رزقك الله اياه " ۲.

و ظاهر اطلاق دو حدیث و فتاوی جماعه، عدم فرق است ما بین آنکه اثر اسلام بر  
آن باشد یا نباشد.

و لکن بعضی گفته‌اند که هر گاه مالک ادعای ملکیت نکند و اثر اسلام بر آن ظاهر  
باشد در حکم لقطه است. بلکه دعوی اجماع بر آن کرده [اند]. اجماعی بودن  
مشکل  
است. پس اطلاق نص بر حال خود خواهد بود. و ظاهر اطلاق نص شامل قلیل و  
کثیر  
هست، یعنی در صورت انکار مالک اول، که مال واجد است. مختص صورتی نیست  
که  
اقل از درهم باشد بلکه شامل اکثر هم هست. و بر فرضی که قائل شویم به آنکه باید  
فرق گذاشته شود. و لکن میتوان گفت که آنچه از ادله رسیده که " کمتر از درهم را  
تعریف ضرور نیست " در غیر صورت مسئله ما است.

و بدان که: هر چند صحیح‌های محمد بن مسلم در حکم " ورق " - که نقرهء  
مسکوک  
یا اعم از مسکوک باشد - در خصوص " دار " است. و لکن ظاهرا قائل به فرقی در  
مسئله  
نیست. و حکم شامل مطلق مال و مطلق ارض است.

۱۶۷ - سؤال: چه مفرم‌ایند در خصوص اینکه خانه‌ای هست که مشاع است  
ما بین وراث حاضر و غائب میت. وراث حاضر میتوانند عدول مؤمنین را آورده آن را  
مفروز نمایند؟ و هر گاه مؤمنین حسبنا حصهء هر یک را مشخص کردند، بعد آن  
غایب و

۱: همان مرجع: ح ۳،  
۲: همان مرجع: باب ۹، ح ۱

(۲۶۵)



وراث غایب آن میت، حصه خود را به اجنبی مشاعا فروخته‌اند. آیا مشتری متواند (حال که استحضار به هم رسانیده که مفروز شده) قبول نکند؟ - و بگوید من حال منخواهم حصه را موافق بازدید اهل خبره مفروز نمایم - یا نه؟. و هر گاه مشخص شود که حصهء بعضی کمتر و حصهء بعضی زیاد شده است، باز مشتری را نمرسد که قبول نکند آنچه مؤمنین حسبتا کرده‌اند، یا نه؟ -؟. جواب: این سؤال مشتمل است بر چند مطلب:

اول: اینکه آیا عدول مؤمنین را ولایتی در مال غایب است که تقسیم آن کنند یا نه (؟-؟). ظاهر این است که ولایت باشد، در صورتی ۱ که وصول به حاکم شرع متعذر یا

متعسر باشد. به جهت آنکه عمده دلیل در اصل " قسمت " نفی ضرر است و همان دلیل در اینجا جاری است.

دوم: آنکه بعد از قسمت، هر گاه غایب حاضر شود قسمت را نمیتواند بر هم زند. چون قسمت عبارت است از تمیز حقوق. و بعد از تمیز حقوق خواه قایل باشیم به لزوم قرعه یا آنکه اکتفا کنیم به تراضی بعد قسمت - چنان که اظهر است - دیگر احدی را رجوعی به حق دیگری نیست.

سوم: اینکه هر گاه غایب بعد قسمت، حصهء خود را مشاعا فروخته باشد. این بیع صحیح نیست، و اجازهء شریک هم نفعی ندارد، که از باب فضولی باشد. زیرا که نه او مالک نصف مشاع است نسبت به جمیع مال. و نه شریک او، که اجازه تواند کرد. بلکه

هر يك مالک نصف معین‌اند. و مفروض این است که " نصف مشاع در جمیع " را فروخته. و هم نمیتوان گفت که در " نصف مشاع در نصف خودش " صحیح است، که ربع مجموع

است. - و بیان این مطلب را به بسط تمام در کتاب تجارت در جلد دوم " جواب مسائل " ذکر کرده‌ام ۲ و بعد از آنکه حکم به بطلان بیع کردیم، دیگر معنی ندارد سخن مشتری

۱: در نسخه: " اما در صورتی که... " و میتواند در صورتی که " اما " قید باشد صحیح شود لیکن با سلیقه

میرزا (ره) در سر تا سر کتاب، ناسازگار است.

۲: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۱۲، از همین مجلد

که من به این قسمت راضی نیستم و از نو قسمت میکنم.  
چهارم: آنکه، بر فرضی که بیع قبل از قسمت واقع شده باشد (و الحال مشتری  
مگوید که من به آن قسمت راضی نیستم، و مجدداً قسمت میکنم) هم ظاهر این  
است

که قسمت، صحیح است، و نمیتواند این سخن را، گفت. زیرا که تقسیم حاکم  
یا عدول مومنین، از برای رفع ضرر است از طالب قسمت. غائب هر کس نخواهد  
بوده  
باشد.

پنجم: اینکه، بر فرض صحت قسمت و صحت بیع، هر گاه مشتری مدعی شود که  
در کیفیت قسمت غلط شده و تعدیل سهام شده. پس آن محتاج به مرافعه است، و  
بعد از

اثبات غلط به بینه، یا به اقرار. قسمت را بر هم میزنند.

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

جواب: استقصاء الکلام فی هذا المرام، لا یسعه المجال. لکن نذکر کثیرا من احکام  
الفضولی هنا، بقدر الوسع. فلنقدم الکلام فی البیع. و نقول:  
ان بیع مال الغیر من دون ولاية او وكالة، اما ان یکون مع العلم با نه مال ذلك الغیر،  
او بدونه. کمن بیع ماله الذی اشتری من مسلم، او وصل الیه بمیراث، او هبة، او غیر  
ذلك.

ثم ظهر مستحقا للغیر.

و علی الاول، فاما ان یبیعه للغیر نیا به عنه له. او لنفسه، و علی الاول فاما ان یبیعه  
متزلزا، بمعنی انه ان رضی لزم والا فیکون باقیا علی حاله. و هو الاصل فی اطلاق البیع  
الفضولی. او یبیعه له باتا، و یسلمه المشتري، او یرخصه فی الاخذ كذلك. و علی  
الثانی -

ای ما یبیعه لنفسه - فاما ان یبیع لنفسه غصبا من دون قصد ان ینقله من المالك الى  
نفسه.

او یبیعه و یذهب یشتريه لیتم البیع لنفسه.

و علی الاول فهو غصب. فاما ان ینتقل بعد ذلك الیه بوجه من الوجوه الشرعیه، او لا  
و علی الاول - ای ما ینتقل الیه بعد ذلك - فاما ان یجیز ثانیاً، ام لا. و سیجی الکلام  
فی

(۲۶۷)

تصحيحه بالاجازة، و عدمه. وعلى الثانى - اى ما يبيعه و يذهب يشتره لنفسه - فاما ان

يكتفى بالاشترى عن المالك، او يجيزه بعد الشراء ايضا. ثم فى هذه الصور كلها، اما ان يلحق به الاجازة من المالك (او من قام مقامه) ام لا و على الثانى، فاما ان يكتفى بعدم الاجازة بان يقول " لم ارض فى البطلان "، او لابد من التصريح بالفسخ. فهنا مقامات:

الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح: والمشهور من الاصحاب، صحته. و توقفه على اجازة المالك. بل و عن التذكرة فى موضع منها، انه جازر عندنا لكن يكون موقوفا على

الاجازة. و ذهب الشيخ فى الخلاف الى البطلان و مدعى عليه الاجماع. و عن الغنية، مثله، وهو قول ابن ادريس و فخر المحققين فى الايضاح. و ربما نسب الى غيرهم ايضا.

والعمدة فى الدليل على الجواز عموم " اوفوا بالعقود " و امثاله. و استدلال جماعة بفحوى مادل عليه فى النكاح، لان الامر فيه اشد، و يدل عليه ايضا رواية عروة بن جعد

البارقى، ان النبى (ص) اعطاه دينارا ليشتري به شاة فاشترى به شاتين ثم باع احدهما بدينار فى الطريق. قال " فاتيت النبى (ص) بالدينار فاخبرته. فقال، بارك الله فى صفقة يمينك ". و كذا حكاية اجازته (ص) بيع عقيل داره بمكة.

ووجه الاستدلال بعموم الاية، ان المراد من " العقود "، العهود الموثقة. و لا ريب انه بالاجازة يصير من جملتها. واضطرب كلام القوم فى طريق الاستدلال بالاية فبعضهم جعله الاصل، نظرا الى العموم الا ما خرج بالدليل، و بعضهم جعل العقود توقيفية على ما ورد به الشرع، و حمل العقود على العهود فى زمن الشارع.

والاظهر عندى الان، هو الاول، و توضيح ذلك يحتاج الى زيادة بسط اوردناها فى الرسالة التى كتبناها فى مسألة " الطلاق بعوض " فليراجع هناك، و يدل عليه ايضا ما رواه

المشايخ الثلاثة فى بيع الوليدة واجازة سيدها، وفى متنها اختلافات و اوضحها متنا ما رواه

الشيخ فى التهذيب فى الحسن لابراهيم بن هاشم " عن محمد بن قيس، عن ابي جعفر - ع - قال: قضى امير المؤمنين - ع - فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب،

فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سيدها الاول، فخاصم سيدها الاخر.

(۲۶۸)

فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني. فقال: الحكم ان ياخذ وليدته وابنها. فناشده الذي اشتراها. فقال: له خذ ابنه الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك البيع. فلما اخذه قال ابوه: ارسل ابني، فقال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه " ١ .

قوله (ع) " خذ ابنه الذي باعك " الظاهر ان المراد اخذه لاجل اخذ الثمن والغرامة، و ربما نوقش في الرواية بانها تدل على ان المولى رد البيع اولاً، والقائل بالفضولي لا يقول

بالصحة بعد الرد ولا تنفع الاجازة بعد الرد، و يمكن دفعه بانها ليست بصريحة في الرد ولا

ظاهرة، بل غايته الظهور في عدم الرضا بالاقباض ومطالبة رد الجارية. فلعله كان متردداً في الفسخ والامضاء.

والتردد لا يستلزم الفسخ، والمعتبر انما هو الفسخ كما سنشير اليه.

و حجة المانعين الاصل و الاجماع المنقول، و انه تصرف في ملك الغير، و انه غير قادر على التسليم. و الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، والناهية للبيع عما لا يملك من

طريق العامة والخاصة، مثل " قوله - ص - لحكم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك " ٢ . و ما رواه

١: التهذيب ج ٢ ص ٢٥٠ وايضا ١٣٨ - الوسائل ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١ و

في كلامه (ره) محل للكلام من جهات:

(١): قال قدسه سره " في الحسن، لابراهيم بن هاشم " و فيه ما اسلفناه من ان محققى المتأخرين قالوا ان جملة

ممن ضعفهم اصحابنا القميين (كسهل بن زياد والبرقي ومحمد بن سنان) كانوا ثقات، مؤمنين، عالمين، وان ابراهيم بن هاشم ثقة عين و ما روى عنه، صحيح، و حكايته كحكاية الصدوق (ره).

(٢): قد نقل المصنف (ره) الرواية من " التهذيب ". و السند هناك كذا " بالاسناد - عن علي بن الحسن بن فضال،

عن سندی بن محمد، و عبد الرحمن؟ بن ابى نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس ". و قال الشيخ

في آخر التهذيب: و ما ذكرته في هذا الكتاب عن علي بن الحسن بن فضال، فقد اخبرني به احمد بن عبدون

المعروف بابن الحاشر - سماعاً منه و اجازة، عن علي بن محمد بن الزبير، عن علي بن الحسن بن فضال. فليس اسم و لا ذكر و لا اثر من ابراهيم بن هاشم، في سند هذا الرواية في التهذيب حتى تكون الرواية " حسنة "

لذلك.

(٣): متن الحديث في ما نقله المصنف (ره) اشبه بما في الفقيه والاستبصار، و يفارق ما في التهذيب في

بعض الالفاظ.  
٢: صحيح الترمذى: باب ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عنده - سنن ابى داود: باب فى الرجل يبيع ما ليس  
عنده



عمرو بن شعيب، عن ابيه، عن جده " عنه (ص) انه قال: لا طلاق الا في ما يملك، و لا عتق

الا في ما يملك، و لا بيع الا في ما يملك " ١ .

و ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح، عن الصفار، انه كتب الى ابي محمد (ع):  
رجل

له قطاع من الارضين فحضره الخروج الى مكة، و القرية على منازل من منزله، و لم يوت

بحدود ارضه، فعرف حدود القرية الاربعة، فقال: للشهود اشهدوا ان قد بعث من فلان جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع. وانما له بعض هذه القرية وقد اقر

له ملكها. فوقع (ع): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على البائع على ما يملك ٢ .

و ما رواه الشيخ في الصحيح، عن ابن اسباط، عن سليمان بن صالح، عن الصادق (ع)، قال: نهى رسول الله (ص) عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع، و عن بيع ما ليس عندك،

و عن ربح ما لا يضمن. ٣ .

الى غير ذلك من الاخبار. و بقوله تعالى " الا ان تكون تجارة عن تراض "، فان ذلك غير ناش عن التراضي، وان لحقه بعد ذلك.

١: المستدرک: ج ٢، ابواب عقد البيع، الباب ١، و لكن فيها " لا طلاق الا في ما تملكه و لا بيع الا في ما تملكه " .

و ايضا المستدرک: ج ٣، ابواب مقدمات الطلاق، الباب ١٢: " عن رسول الله - ص - قال: لا طلاق في ما لا تملك،

لا عتق في ما لا تملك، و لا بيع في ما لا تملك " . مرسلا.

٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٢٥٢، ابواب عقد البيع، الباب ٢ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٥٩ - و بعض الفاظ الحديث

تختلف في التهذيب والوسائل و ما اورده المصنف هنا. والمتن في الوسائل كما يلي: كتب الى ابي محمد الحسن بن علي العسكري عليهما السلام: في رجل له قطاع ارضين - ارض، خ - فيحضره الخروج الى مكة،

و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود ارضه، و عرف حدود القرية الاربعة، فقال للشهود: اشهدوا اني قد بعث فلانا، (يعني المشتري) جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني و الثالث و الرابع.

و انما له في هذه القرية قطاع ارضين، فهل يصلح للمشتري ذلك - و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها -؟.

فوقع (ع): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك.

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



(۲۷۰)

و حاصل الجواب عن جميع ذلك: ان الاصل يخرج عنه بالدليل كما عرفت. والاجماع مقدوح بانحصار القول في مدعيه و من شذمن تاخر عنه. مع وجود القائل في

من تقدم عليه. و قد نسب المدعى خلافه الى قوم من اصحابنا. و اما التصرف: فمع انه ممنوع بمجرد الصيغة، فغايته النهى و القول بالحرمة - كما يظهر من بعض الاصحاب -

فهو لا يدل على الفساد.

و اما الاخبار: فلا دلالة فيها. اذ الظهور منها المنع من بيع مال الغير لنفسه عدوانا، بان ياخذ الثمن لنفسه، او [يحمل] على ما [لا] يقدر على تسليمه، و يحمل بعضها (مثل

قوله - ص - و لا بيع الا في ما يملك) [على] المنع من بيع الحر، والخنزير، والخمر. او على نفى

اللزوم، لا نفى الصحة. مع ان؟ حرمة بيع ما ليس يملكه لا يدل على فساده مع الاجارة. لان

النهى لا يدل على الفساد. و لذلك ذهب الاكثر الى صحة بيع الغاصب بعد اجازة المالك.

و ربما حملت على ما اذا باعه ثم ذهب يشتره، كما في رواية حكيم بن حزام انه (ص) قال

في جوابه (حين سئله عن بيع مال غيره ثم ذهب يشتره) لا تبع ما ليس عندك. وهو بعيد، في مطلق الاخبار، سيما ما رواه اصحابنا. مع ان السؤال غير مخصص للجواب فيعمل على عموم الجواب. و ربما حمل على ما اذا علم المشتري بالغصبية، كما

تضمنه سؤالاتها نظرا الى انه مع علم المشتري قد سلط البايع الغاصب على الثمن، ولم يكن له الرجوع لو تلف. بل مع بقاءه ايضا - على اشكال و خلاف - فلا يدخل في ملك

صاحب المال.

و يتفرع عليه ان البايع اذا اشترى به متاعا، فقد اشتره لنفسه و يصير ملكا له. فلا يجدى فيه اجازة المالك الاصلى. و عن حواشى الشهيد (ره) على القواعد: انه رأى بخط المصنف ان الفرق بين علم المشتري و جهله ان البيع انما يتحقق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيها بالصحيح و يقع في ملك البايع، فينقل منه الى المالك. اما مع علمه، فلا يقع العقد صحيحا بوجه، فلا يستحق البايع الثمن حتى يستحقه المالك. و اما الجواب بمعارضتها بالاخبار المجوزة لبيع ما ليس عنده المشعرة بعضها بان القول بعدم الجواز مذهب العامة (كما سنشير اليها) ولا كراهة فيه. اذ المراد من تلك



(۲۷)

الاخبار انه لا يشترط وجود المبيع حال البيع، كما فى السلف. الا انه يجوز بيع مال الغير المعين المشخص فضولا. مع انها معارضة بمثل صحيحة محمد بن القاسم بن الفضل

" عن رجل اشترى من امرئة من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليه كتابا بانها قد قبضت

المال ولم يقبضه. فيعطىها المال ام يمنعها؟ - قال: قل له ليمنعها اشد المنع، فانها باعته

ما لم تملكه ١ "

و مثل صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر (ع): " قال: سئله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بقم النيل. و هل الارض يقولون: هى ارضهم. و اهل الاسنان يقولون: هى من ارضنا، فقال: لا تشتريها الا برضا اهلها ٢ "

والجواب عن هذه الاخبار، بحملها على البيع لنفسه من غير قصدان يكون لمالكها. بل هو الظاهر منها. و مثله الجواب، عن الاخبار الواردة فى المنع عن شراء السرقة والخيانة.

فعلم ان الاخبار المانعة - على فرض تسليم دلالتها على الحرمة - لا يدل على عدم الصحة

بعد الاجازة و سيجبى تمام الكلام.

و اما عدم القدرة على التسليم: ففيه منع واضح. اذ هو موجود مع الاجازة. و ثبوت الاشتراط مطلقا، ممنوع والقدرة فى الجملة ثابتة. فهو كبيع الطائر المعتاد عوده.

و اما الاستدلال بالاية: ففيه ان الاستثناء منقطع. و حلية التجاره عن تراض، لا ينافى حلية ما يلحقه التراضى. اذا دل الدليل عليه من عموم الاية والاخبار.

و يتم المقام بذكر امور:

الاول: انهم قالوا: لا يكفى فى الاجازة الحضور مع السكوت، و حكمه ح، حكم الغائب.

قال فى التذكرة " قاله علمائنا و اكثر اهل العلم و انما نقل الخلاف عن ابن ابى ليلى قياسا

على البكر، و كذلك لو لم يكن حاضرا، او حصل العلم له به وسكت ". و قال المحقق

الاردبيلى - ره - " و مما تقدم يعلم انه لو علم الرضا يكفى لصحة البيع، و لا يحتاج الى

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

٢: المرجع: ح ٣



(۲۷۲)

التصريح " و الظاهر انه اراد ب - " ما تقدم " هو ما ذكره فى الاستدلال على كفاية المعاطاة

فى البيع، بان الظاهر ان الغرض حصول العلم بالرضا، و هو حاصل. اقول: و كلامه مبنى على القول بصحة الفضولى، والا فهو لا يقول بصحته من الاصل و هو بعيد. و اتفاق الاصحاب هنا ظاهرا على لزوم اللفظ، مما يؤيده اشتراط الصيغة فى اصل البيع. و انه لا يكفى مطلق الرضا. و اما قولهم بجواز الاكتفاء بسكوت البكر فى اجازة النكاح الفضولى، فهو لا يضر لثبوته كاذنها فى اصله بالدليل. و بعض الاخبار الدالة بكفاية السكوت فى نكاح العبد ١ ايضا مهجور و مؤول. الثانى: انه كما يشترط اللفظ فى الرضا، يشترط فى الفسخ ايضا. و عن الشهيد (ره) فى حواشى القواعد - فى باب النكاح - انه قال: لو قال لم اجز كان له الاجازة بعد ذلك.

فالرد هو ان يقول " فسخت " او ما فى معناه. و يؤيده صحيحة محمد بن القيس المتقدمة ٢.

و ينقدح عما ذكرنا ان الاجازة والفسخ من باب الارادة والكراهة، لا الشهوة والنفرة، فلا يكفى محبوبة البيع فى الاجازة، و لا مبغوضيته فى الفسخ.

الثالث: انه يظهر مما ذكرنا انه لا يكفى فى صحة الفضولى العلم برضا المالك قبل العقد، بايجاب العقد، فلو علم بشاهد الحال انه راض ببيع ملكه، و باعه، فلا يخرج بذلك عن

بيع الفضولى، و لا يدخل فى التوكيل. اذ التوكيل يحتاج الى انشاء مفهوم له، فمحض الرضاء

الباطنى لا يكفى فى ذلك، وان اوجب جوازه. و ليس معناه الرخصة فى الفعل بالخصوص.

الرابع: ان الفسخ لا بد ان يكون من المالك او من قام مقامه. فلا ينفع فسخ الفضولى كما لا ينفع رضاه. سيما اذا كان احد الطرفين لنفسه. حتى انه لو فرض كون الطرفين فضولين و حصل التقايل بينهما، لا يوجب بطلان العقد. اذ بمجرد حصول العقد فضولا،

تعلق الاجازة للمالك بذلك العقد. و لا يرتفع بتقايل العاقدين. فان المالكين لهما اجازة مضمون العقد. سواء بقى رضا العاقدين بحاله، ام لا. و لم نقف فى كلامهم على تصريح بكثير مما ذكرنا.

١: كذا. و يحتمل: " فى عقد النكاح " ايضا.

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





الخامس: ان الاجازة ليست بفقورية. كما صرح به جماعة. للاصل، والاستصحاب، والعمومات. فيندفع ما يتوهم ان " الفضولي خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن " لان

الاصل لا يعارض الدليل. و يستفاد ذلك - مضافا الى العمومات - من خصوص الاخبار منها

صحيحة محمد بن قيس المتقدمة. ١

السادس: اذا ابى المعقود له فضولا، و اظهر الكراهة، يبطل العقد. ولا ينفع اجازته بعد ذلك. و الظاهر انه لا خلاف فيه ٢، فلا حظ كلامهم في مسایل النكاح الفضولي. و لان

الفضولي خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن.

المقام الثاني ٣: في بيع الغاصب: و الاكثر على انه يصح بالاجازة. كما في الايضاح. و اختلفوا في اطراد الحكم (للجاهل والعالم) و عدمه. فعن العلامة في المختلف، و

ولده في الايضاح، والشهيد في حواشي القواعد، والعلامة الرازي، اختصاص الصحة بالمشتري الجاهل، و عن الدروس، والمحقق الثاني في شرح القواعد، تعميمها للعالم. و يظهر من العلامة، الاشكال و التردد في العالم في التذكرة [و] في القواعد. بل وعن التذكرة الاشكال في الجاهل اذا كان الباع فضوليا ايضا، قال " لو باع الفضولي او اشترى مع

جهل الاخر، فاشكال، ينشأ من الاخر انما قصد تمليك العاقد. اما مع العلم، فالاقوى ما تقدم. و في الغاصب مع علم المشتري اشكل. حجة الاولين، الاخبار المانعة عن بيع " ما لا يملك " و " ما ليس عنده " - و فيه: انه انما تدل على حرمة البيع لنفسه، بان يسلم المبيع وياخذ الثمن لنفسه. و ليس فيها ما يدل على البطلان بعد لحوق الاجازة - و ان

ما دفعه الى الغاصب كالماذون له في اتلافه. فلا يكون ثمنا. فلا تؤثر الاجازة في جعله ثمنا " .

و يدل على الصحة، عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الظاهر ان بيع الغاصب مع علم المشتري بعد لحوق الاجازة، من العقود الموثقة. و يصدق على الثمن انه عوض عن المبيع

١: المرجع المذكور، والحديث المذكور قبيل هذا.

٢: لعل مراده من اظهار الكراهة، الفسخ الصريح. لان ما نقله آفا من الشهيد (ره) من قوله " لو قال لم اجز، كان له

الاجازة بعد ذلك " يخالف ذلك.

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

(٢٧٤)

عرفا (وان لم يكن التعويض مجزيا شرعا ولم يخرج عن ملك المشتري مادام باقيا) و يجوز

استعارته. على الاصح. و جواز التصرف فيه بتسليط المشتري، لا ينافي كونه عوضا عن المبيع بمقتضى عقد البيع. كما انه لا يضر بتجويز التصرف في ثمن الفضولي المصطلح بالاجازة بعده.

و يشكل المقام بما ذكره الشهيد في وجه اشكال العلامة في تتبع العقود الواقعة على ثمن

المغصوب، من انه مع علمه يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن. فلا يدخل في ملك

رب العين. فح، اذا اشترى به البايع متاعا فقد اشترىه لنفسه، و اتلفه عند الدفع الى البايع،

فيتحقق ملكه للمبيع. فلا يتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكا للبايع. (و ان امكن اجازة المبيع. مع احتمال عدم نفوذه ايضا) لان ما دفعه الى الغاصب كما لما ذون له في اتلافه. فلا يكون ثمنا ولا تؤثر الاجازة في جعله ثمنا.

ثم قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبع، بطلان اجازة البيع في المبيع. لاستحالة كون البيع بلا ثمن.

اقول: و يمكن دفعه بامكان التزام بطلان التتبع مع صحة اجازة البيع. بان يجوز له التصرف في الثمن و التسليم الى الغاصب مع التزامه للغرامة لو اجاز المالك. و بهذا يحصل الجمع

بين جواز تسليط الغاصب على الثمن، و جواز تصرفه فيه مع صحة اجازة البيع. فيأخذ عوضه

عن المشتري مثلا او قيمة. فكما يمكن ان يستدل بجواز تصرف الغاصب - كما نص عليه

الاصحاب على ان الثمن لم يكن عوضا بل سلمه المشتري مجانا، فلا تصح الاجازة (في البيع

ولا [في] التتبع) للمالك - فيمكن ان يستدل به على ان للمشتري ان يعاوض الثمن و يلتزم

عوضه في ذمته، مثلا او قيمة، و تسليمه الى الغاصب.

فتصح الاجازة للبيع، واخذ العوض. و ان لم يجز المالك التتبع. فلا ملازمة بينهما.

و ذلك كما قيل في جواز بيع المشتري للمبيع في [زمن] خيار البايع و لزوم رد المثل او القيمة، لورد البايع مثل الثمن الى المشتري و فسخ البيع. (وان كان ضعيفا عند لعدم

استقرار الملك و تمامية المتفرعات في صحة البيع) مع ان التزلزل هنا اقوى. لان الملك

(٢٧٥)

هنا مرجو بحصول الاجابة بعد ذلك. و ثمة شائبة لبقاء الملك السابق.  
و يتضح ما ذكرنا غاية الوضوح، في ما لو باعه الغاصب في ذمة المشتري، [و] سلمه  
في ضمن فرد من الكلى. فلا يصح البيع لان المشتري ليس مستقلا في تعيين ما في  
الذمة

فكانه سلطه عليه مجانه، و تصح الاجازة لوردها على ما في ذمة المشتري.  
لا يقال: ان في صورة اباحة المشتري، فالتصرف غير مترتب للاجازة ولا محتمل لها،  
[و] منافاته للعوضيه ظاهرة. و مع ترقبها، فالاباحة على القول بان الاجازة كاشفة -  
كما

هو الاصح - فاسد لا تؤثر في تصحيح التصرف. فتجويزهم التصرف للغاصب، انما  
هو لعدم  
كون العقد صحيحا.

لانا نقول: - مع انه لا يتم في الفضولى ايضا على القول بالكشف. لانه اباحة  
في التصرف في مال الغير - يرد عليه ان المراد بالعوضيه، هو العوضيه بمقتضى ظاهر  
العقد.

لا المعاوضة مع المالك. و ايضا عدم ترتب الاجازة (بل و عدم احتمالها) لا يضر بتاثير  
الاجازة بعد حصولها من باب الاتفاق.

وان كان ولا بد، فالذى يضر هو قصد الانتقال الى الغاصب مطلقا. اى سواء اجاز  
المالك، او لم يجز. لا مطلق قصد انتقال.

والحاصل: ان التحقيق و ان كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل، و انه لا بقاء للجنس  
بعد انتفاء الفصل، و ان عقد الغالب لنفسه حرام و فاسد بالنسبة الى نفسه. لكنه عقد  
البيع

عرفا. و فائدة ملاحظة الجنس هنا الاشارة الى الصيغة. يعنى " ان العقد الذى وقع  
بضم الصيغة الى قصد كونها واقعة على المال المعين لنفس البايع الغاصب والمشتري  
العالم،

قد بدلته بجريانها على ذلك الملك بعينه لنفسى " فيكون عقدا جديدا. كما هو احد  
الاقوال فى الاجازة، كما سنشير اليه.

و معنى ضم فصل آخر الى الجنس، كون العقد السابق مذكرا للجنس ليضم اليه فصل  
آخر، حتى يتحقق نوع. لا ان يضم ذلك الفصل الى الحصة من الجنس الموجودة مع  
الفصل

السابق. كما انه كذلك فى المالك الجاهل بان الملك لغيره، اذا باعه و اجازة المالك  
الواقعى. فالمعيار هو وقوع الايجاب والقبول على ملك معين. فانه يطلق



عليه البيع عرفا، و ان كان فاسدا، و لا ريب ان قصد هما، ح ايقاع البيع، و ان كان فاسدا.

فيبدل المالك الحقيقي، هذا العقد الفاسد بالعقد الصحيح.  
بل هذا الكلام يجرى فى المشتري الجاهل بالغصب مع علم البايع بانه مال الغير و يبيعه عدوانا. فان معنى ايجاب الغاصب، نقل الملك عن نفسه واخذ العوض لنفسه، والذي حصل

من اجازة المالك هو بيعه لنفسه، وهما نوعان متباينان.  
و اما الفضولى، المصطلح: فهو و ان كان اجراء هذا الكلام فيه. لان المانع من الفضولى، هو الايجاب المشروط المطلق على شرطه ضمنا. والذي اجازة المالك و رضى

به هو وقوعه بتا، فليس ما اجازة نفس ما وقع من الفضولى بل هما نوعان متباينان. و هذا

اما مبنى على " عدم جواز التعليق فى العقود الا ما خرج بالدليل " و اما مبنى على " جوازه

الا ما اخرجه الدليل - كما هو الاقوى - و هذا مما لم يخرج به ". و لكن يمكن ان يقال: ان

ما اوقعه الفضولى، هو الايجاب البات مشروطا بشرط. و هذه الاجازة، هو شرط وقوعه بتا.

والمفروض وجود الشرط. فيوجد المشروط بوجوده. فليس عقدا جديدا. بل هو بعينه ما

اوجده الفضولى مع تحقق شرطه.

و تاخر الشرط عن المشروط فى الاحكام الشرعية غير عزيز. كتأثير غسل الاستحاضة الفجرى المتأخر عن اول الفجر، فى تصحيح جزء من الصوم المتقدم عليه. و

بعبارة اخرى: نقول: ان هذا الشرط الضمنى هو شرط فى التصرف. نظير ما نقوله فى قول القائل " انت و كىلى فى بيع عبدى اذا قدم الحاج " حيث جوزه العلامة و ادعى عليه الاجماع. مع انه ادعى الاجماع فى اشتراط التنجيز فى الوكالة و بطلان التعليق. فالتعليق انما هو فى الموكل فيه، لا فى التوكيل.

و لك ان تجعله هنا، من باب الشرط فى ضمن العقد، لا الشرط بمعنى التعليق، كما فعله العلامة فى الوكالة فى كتاب الوقف. حيث قال: فى التذكرة فى الفرق بين قول الواقف

" وقفت هذا على فلان ان جاء زيد " و بين قوله " وقفت هذا على فلان " و شرط انه ان

خرج عن مذهبه الى مذهب اخر، فلا نصيب له.  
ثم قال: و هذا مثل الوكالة، لو علقها بشرط لم يصح. و ان اطلق الوكالة و



علق التصرف فيها بشرط جاز والحاصل: ان المعتمد هو " عموم اوفوا بالعقود " سواء اتحد مورد العقد والاجازة، او تباينا، ولا يذهب عليك، ان ما اخترنا. من كون ذلك عقدا جديدا لا ينافي القول بالكشف، اذ معناه، ح، انى جعلت هذا العقد فى موضع ما اوقعه الفضولى. لا انى جعلته ناقلا من الحين. كما هو الظاهر من لفظ " العقد الجديد ". فان المراد من الجديد بيان المغايرة. يعنى انه هذا عقد مغاير لما اوقعه الفضولى، و ان اعتبرنا

حصوله فى موقعه. لا انه اثر له قبل الاجازة، و يبطل الاثر بمجرد ذلك، فافهم. على انا نقول: يمكن دعوى الاتحاد ايضا، و ان الاجازة قد وقعت على ما اوجبه الغاصب. فان الغاصب انما قصد الايجاب فى حال اعتقاده بكون الملك له، و ان ينقله الى المشتري لنفسه لا بشرط ذلك. فحيثية الاعتقاد تقييدية. لا تعليلية. فكانه قال " نقلت هذا الملك الى المشتري مطلقا " و كان هذا القول فى حال ذلك الاعتقاد. فلا يصير

قصد النقل لنفسه فضلا له بحيث لا يتخلف منه.

و ذلك نظير ما ذكره العلامة و غيره فى صحة تصرف الوكيل فى صورة التعليق، مع بطلان التعليق، اعتمادا على الاذن العام الحاصل من التوكيل، و ان لم يكن ذلك التصرف

من باب التوكيل. و نظير جواز التصرف فى مبيع بيع المعاطاة. على القول بكونها بيعا فاسدا، اعتمادا على الرضاء الحاصل من الباع. اذ رضاه غير معلل بكونه بيعا، بل فى حال

اعتقاد كونه بيعا. فالغاصب فى ما نحن فيه ينقل المبيع الى المشتري على الاطلاق فى حال

معين، و يجيز المالك النقل المذكور المطلق، فيصير مورد البيع و الاجازة متحدين. و من ذلك يظهر دفع ما يتوهم ان صحة الاجازة فى المشتري العالم باطل، لان المقصود فى بيع الغاصب انما هو لنفسه، والعقود تابع للقصود. و الاولى بالاندفاع ما نقلناه

من الاشكال عن التذكرة فى الفضولى اذا كان احدهما جاهلا. و كذا فى الغاصب. تنمة: قال العلامة فى المختلف: قال الشيخ فى النهاية: لو امضى المغصوب منه، البيع، لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن. و فيه نظر. فان امضاء البيع لا يوجب الاجازة فى قبض الثمن. فح، للمالك مطالبة

(۲۷۸)

المشتري بالثمن. سواء كان قد دفعه الى الغاصب اولاً. نعم، لو اجاز القبض، كان ما  
قاله

الشيخ جيداً.

اقول: ما ذكره جيد، والظاهر عدم الفرق بين ما كان البيع بالعين او بالذمة، فى عدم  
استلزام اجازة البيع اجازة القبض. و عن الشهيد والمقداد ان اجازة البيع الواقع بالعين  
اجازة

للقبض. و هو ممنوع. و تحقيق المقام ان يقال: ان اجازة المالك للبيع مقتضاه " انى  
رضيت

بان يكون المبيع مال المشتري والثمن مالى " واما الرضا بان يكون ما اخذه الغاصب  
نائباً

عن اخذ المالك، فيحتاج الى اجازة جديدة و رضا مستقل. و مالم يحصل القبض  
فليس له

المطالبة عن الغاصب. سواء كان الثمن عيناً او ديناً. و ان قبضه، فما لم يحصل الاجازة  
والرضا بالقبض لم يبرى المشتري عن حق المالك. و له مطالبة اياه. و ليس له مطالبة  
الغاصب، الا ان يكون عيناً. فانه يجوز له مطالبة الغاصب، ح، ايضاً. و ان لم يبرى  
المشتري

و جاز مواخذته بالعين او عوضها. والظاهر انه لا فرق فى المسئلة بين الغاصب  
والفضولى.

واعلم: ان البايع اذا باع مال الغير فى الذمة، و كان للمشتري فى ذمة البايع مثله. و  
تباريهما واسقاط المشتري ما فى ذمة البايع عوضاً عن الثمن، بمنزلة الاقباض. فلا دلالة  
فى اجازة البيع على اجازة ذلك الاسقاط، الذى هو بمنزلة القبض، و اما لو جعل البايع  
الثمن ما [فى] ذمته من مال المشتري، فالظاهر ان اجازة البيع بعينه، هى الاجازة للا  
قباض

ايضاً، فلا يجوز له المطالبة، الا عن البايع.

المقام الثالث: اختلفوا فى ان الاجازة كاشفة عن الانتقال من حين العقد، او ناقلة  
من حين الاجازة؟ -؟. الاشهر الاقوى الاول. لانها رضا و امضاء للعقد. و مقتضى  
العقد

هو النقل و الانتقال بمجرد الصيغه. و هو مدلول الايجاب و القبول و مقتضى الانشاء.  
والمجيز انما اجاز مقتضى العقد. و هو ما قصده الفضولى من النقل حين العقد. و لو  
كان

النقل انما يحصل بالاجازة فلا يكون امضاء للعقد. و المفروض خلافه.

ولو كان المراد من الصيغه، النقل من حين الاجازة، فهو ليس امضاء للنقل السابق  
المستفاد من العقد. و يتضح ذلك - غاية الوضوح - فى الغاصب والجاهل بكونه مال

الغير، اذا  
باعه معتقدا للملكية ثم ظهر استحقاقه للغير. فانهما يريدان النقل حين العقد جزما. و  
يدل

عليه في النكاح خصوص صحيحة ابي عبيدة ١، في تزويج صغيرين. الدالة على انه لو بلغ احدهما و اجاز و مات، ثم بلغ الاخر و اجاز، ورث منه. و عمل بها الاصحاب. فانه لا يتم الا على القول بالكشف. اذ لا يمكن حصول الزوجية الابتدائية للميت. بخلاف الرضا بزوجيته.

و ذهب الاخرون الى الثانى. و منهم المحقق الاردبيلي مع اصراره فيه، محتجا بان الظاهر - من الايات والاعبار، سيما قوله تعالى " الا ان تكون تجارة عن تراض ". و كذلك

الظاهر من العقل والاجماع - ان رضاء صاحب المال جزء، او سبب، او شرط، دخل فى صحة العقد. فكيف يصح العقد بدونه. وانه ان لم يكن الرضاء جزء (والمفروض عدم جزء

آخر بالاتفاق فيلزم الحكم بالصحة بمجرد الايجاب والقبول من دون الرضاء. و ايضا: اذا لم يجزه المالك و فسخه و ظهر كون العقد غير صحيح حين الوقوع، فيلزم الحكم بفساد العقد، مع وجود جميع ما يتوقف على بحكم الفرض. و ايضا: ان توقف العقد على امر آخر الى حين الاجازة، يلزم صحة العقد قبله. فلا يكون الرضا كاشفا عن الصحة بالفعل قبل لحوق الرضا.

اقول: اما الجواب عن الاول: فان الظاهر ان مراده من المذكورات، ما ذكره فى بطلان اصل الفضولى انه ليس بتجارة عن تراض، و انه بيع لما لا يملك، المنهى عنه فى الاخبار.

وانه تصرف فى مال الغير، المحرم بالعقل والنقل والاجماع. و قد عرفت الجواب عنها مفصلا.

و نزيد هنا: انا نمنع دلالتها على مدخيلة الرضاء فى الصحة مطلقا، بل القدر المسلم هو البطلان بعد الفسخ. وقد عرفت انه لا يكفى عدم الاجازة، بل يعتبر الفسخ، و هو فى

معنى الصحة. اذ لا معنى لفسخ ما ليس له تحقق. و عدم ترتب الاثر الذى هو معنى الصحة، انما هو بحصول الفسخ. و يكفى فى الصحة ترتب الاثر فى الجملة واثر البيع انما

هو الانتقال فى الجملة و هو متحقق فى ضمن النقل المتزلزل، و هو حاصل قبل الاجازة.

-----

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

(٢٨٠)

فهي شرط لاستقرار الانتقال. نظير انقضاء ايام الخيار فى البيع اللازم. فكما ان توقف الاستقرار فيه على انقضاء ايام، لا ينافى ترتب الاثر قبله، فكذا فى ما نحن فيه. و كذا الكلام فى عدم جواز تصرف المشتري اذا علم بكون البايع غاصبا مثلا. و توقف جوازه على الاجازة، لا ينافى حصول الانتقال المتزلزل. و هو يكفى فى الصحة. مع

انه على القول بكونها شرطا لا جزء، لا استبعاد فى تأثير الشرط المتأخر. كما اشرنا سابقا،

و اتينا بمثاله.

فان علل الشرع " معرفات " .

و يظهر بالتأمل فى ما ذكرنا، الجواب عن البواقي. و حاصله: ان الاجازة شرط اللزوم، لا سبب للصحة. و جزئه. ولا يضر تأخره عن المشروط فى تأثيره. كانقضاء ايام

الخيار، و لغسل المستحاضة الصبح بعيد طلوع الفجر لتصحيح الصوم مع تقدم قطعة من النهار بلا غسل. و ان الصحة و ترتب الاثر، اعم من الانتقال المستقر. كما اشرنا، و ان

عدم ترتب الاثار انما هو من جهة الفسخ. لا لانه كان يباع فاسدا. الى غير ذلك مما يظهر

بالتأمل فى ما ذكرنا سابقا.

و يظهر ثمرة هذا النزاع، فى النماء المتخلل بين العقد والاجازة، و غيره مما يترتب على البيع من الثمرات. فالنماء للمشتري فى المبيع و لمالك العين فى الثمن، اذا باعها بعين معينة. على المختار. و لمالك المبيع فى المبيع، و للمشتري فى الثمن. على الاخر.

و قال فى الروضة: انه على الاخر، للمالك المجيز فى الثمن والمثمن كليهما. و ربما علل بان المشتري له التصرف فى ماله، و قد نقله الى البايع الفضولى بقبوله للعقد. فلا وجه

لتوقفه على اجازة غيره.

و فيه: اولا انه لا يتم فى ما اذا كان المشتري ايضا فضوليا و اجاز المالك. و ثانيا ان ما ذكر له وجه فى ما لو كان المشتري عالما بان المبيع مال الغير، فضوليا كان او غاصبا.

مع الاشكال فى غير الغاصب ايضا، فانه كان بقبوله نقل الثمن اليه مجانا. و اما لو كان جاهلا، فلم ينقله الاعلى وجه المعوضة، فاذا لم يتحقق فماله ونمائه باق على ماليته. و على

القول بكونها ناقلة، لا يحصل النقل الحقيقى الا بالاجازة. فهذا ليس من باب



(۲۸)



ما يفيد الملكية الثابتة فى نفس الامر المتزلزلة بالخيار. بل من باب جزء السبب الصالح لان

يتم بلحوق الاجازة. و يفيد الملك ح. و الحاصل: انه يحكم بقبوله بالملكية الظاهرة، حتى يتحقق سبب الملكية الواقعيه فيحكم بها. لا بالملكية الحقيقية المتزلزلة، حتى يستقر تزلزلها. و سيجيى بعض الثمرات فى تعاقب العقود.

و ربما يقال: ان من ثمرة النزاع، انه لا يجوز للمشتري الفسخ قبل الاجازة، على القول بالكشف. و يجوز على القول الاخر. و لعل المراد، ان الاجازة لما كانت كاشفة،

اى كاشفة عن بطلان الفسخ لعدم اختياره للفسخ، ح، لثبوت لزوم البيع، ح، فى الواقع.

فلا خيرة فيها، الا بالتقاويل. و اما على القول الاخر، فيمكن لعدم تحقق البيع. و فيه: انه لا معنى لتسميته فسحا للبيع. بل غاية [ما] توجبه، ابطال تأثير جزء السبب. اذ جواز الابطال ممنوع. لان ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الاخر، من احكام الوضع. لا مدخلية لاختيار المشتري فيه. فالقولان مشتركان فى عدم جواز الفسخ بمعنى القدر المشترك بين فسخ البيع و فسخ تأثير جزء السبب. فيرجع مثال

كلام القائل بامكان تصور فسخ البيع، على القول بالكشف. دون القول بالنقل. و هو مسألة

علمية لا دخل لها فى الفروع.

والبحث فى الجواز و عدم الجواز، فرع امكان تحقق الموضوع. و قد عرفت عدمه.

المقام الرابع: قد ظهر مما مر، حكم الاجازة و عدمها اذا كان العقد واحدا. و اما لو تعاقبت العقود على المثمن، او الثمن، او كليهما، فلا اشكال لو اجاز الجميع. و اما لو اجازوا حدا

منها، فان كان هو العقد الواقع على المثمن، صح فى المجاز و ما بعده. و يبطل ما قبله. كما لو

باع زيد ارض عمرو ببكر بفرس. ثم باع بكر الارض بخالد ببقر. ثم باع خالد الارض بوليد

بدرهم. فان اجاز عمرو بيع خالد بدرهم، فيصح بيع الارض بالدراهم. و يبطل ما قبله سواء

قلنا ان الاجازة كاشفة، او ناقلة. لان اجازته لبيعها بالدراهم، انما يتم مع بقاء ملكيته

عليها.  
و بقاء ملكه لا يجمع صحة ما قبلها. اذ لو كان ما قبلها صحيحا، لما كان ملكا. بل  
كان ملكا

للبيع. فلم يصح اجازته في بيعها بالدرهم.  
وان اجاز احد البيوع السابقه، كما اجاز بيعها بالبقر، فيبطل بيعها بالفرس، كما مر.  
و يصح ما بعده. يعنى بيع خالد بالدرهم، ان قلنا بان الاجازة كاشفة - كما هو  
المختار - لتبين  
وقوع بيع خالد فى ماله عند العقد. واما ان قلنا بانها ناقلة، فليس كذلك. لان المالك  
اذا  
اجاز البيع الفضولى المتقدم - وهو بيع بكر فى المثل - فقد صار الان ملكا للمشتري  
عنه،  
وهو خالد. وح، فلا يمكن للمالك الاصلى اجازة العقود اللاحقة، لخروجه عن ملكه.  
فيبقى  
الامر فى يد المشتري الاول، وهو خالد فانه هو المالك ح.  
ففى المثل المذكور احتمالات: احدهما: البطلان. لانها لم يكن ملكا لخالد حين  
العقد  
ولا ينفع اجازته ايضا. بناء على ان الاجازة انما يصح من المالك حين العقد،  
والمفروض  
عدمه. والثانى: انه يصح بيع خالد من الوليد، ان اجاز البيع. بناء على القول بكفاية  
مطلق  
الملك، سواء كان فى حال العقد، او بعده. والثالث: الصحة وان لم يجز، بناء على ان  
التملك  
ابلق من الاجازة.  
و الاظهر عندى، الصحة، ان اجاز بعد حصول الملك (كما لو باع احد مال الغير  
فضولا،  
ثم اشترى منه، او انتقل اليه بنحو آخر. سواء قيل بان الاجازة كاشفة، او ناقلة.  
(وستحقق هذا  
المطلب فى ما بعد). و اما ان كان المجاز هو العقد الاول على الثمن. فهو يحتمل  
وجهين:  
الاول: ان يجيز العقد على الثمن، ثم على الثمن، ثم على الثمن. و هكذا. والثانى: ان  
يجيز العقود المتعاقبة على اصل الثمن.  
مثال الاول، ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو. ثم يبيع الفرس من بكر ببيعير.  
ثم يبيع البعير من خالد بدرهم. ومثال الثانى، ان يقع البيع فضولا على الفرس مرارا،  
مثل ان  
يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو، ثم يبيع الفرس ببقر من بكر. ثم باع بكر الفرس  
من

خالد بيقر. ثم باع خالد الفرس بدراهم من وليد.  
فاما الاول: فحكمه انه يصح المجاز و ما قبله. ويقف ما بعده على الاجازة. اما  
الاول، فلان زيذا لو اجاز الفرس من بكر ببيعير، فيعلم منها اجازته لما قبله، حملا لقول  
المسلم و فعله على الصحة. اذ لا يمكن صحة الاجازة الا مع كونه للفرس. ولا يتحقق  
ذلك الا

باجازة بيع داره بالفرس. و اما الثانى - اعنى وقوف ما بعده على الاجازة فلان اجازة بيع  
الفرس الذى كان ثمن ملكه بالبعير لا يفيد نقل البعير الى خالد، وليس له آخر. فيصدق  
ان  
البيعر ح، ملك زيد.

وان بيع البعير بالدرهم كان فضوليا، فاذا اجازته، صح البيع.  
و اما الثانى: - اعلى جريان العقود على اصل الثمن - فحكمه ان المجاز منها صحيح.  
و كذا  
ما قبله الا العقد الاول، الذى وقع على الثمن، الذى هو فى مقابل اصل المثلثين. و اما  
بعده،

ففيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، فاذا اجاز المالك بيع بكر الفرس من خالد بيقر، فيصح  
بيع الفرس بالبقر و بيع الدار بالفرس، و يبطل بيعه ببعير، وفى بيع الفرس بالدرهم  
الوجوه  
الثلاثة.

اما صحة بيع الفرس بالبقر: فلان اجازته دليل على انه رضى بان يكون الفرس ماله،  
حتى يصح منه اجازته، و لا يتم ذلك الا باجازته بيع داره بالفرس، ليقع فعل المسلم  
على الوجه الصحيح. و اما بطلان ما قبله: فلعدم وقوع الاجازة عليه. اذ لا يستلزم  
اجازة

بيع الفرس بالبقر، اجازته بيعه بالبعير، و لا يتوقف صحته عليه. و لكن لا مناص عن  
كونه  
مجيزا لبيع الدار بالفرس، ليصح فعل السلم.

و اما جريان الوجوه الثلاثة فى ما بعده - اعنى فى بيع الفرس بالدرهم - فلان  
خالدا باع الفرس بالدرهم فضولا. لانه باع مالا يملكه، والحال صار مالكا له  
باجازة المالك الاصلى فدخل فى مسألة " من باع شيئا فضولا او اشترى بثمن فضولا "  
فان

فيه الا وجه الثلاثة، والا ظهر احتياجه الى اجازة خالد لبيعه الفرس من وليد، كما اشرنا  
سابقا. هذا حاصل ما ذكره المحقق الشيخ على (ره) فى هذا المقام. و يمكن ان يقال:  
ان

هذا انما يتم على القول كونها كاشفة يظهر كونه حين بيع بكر من مال خالد. فوقع بيع  
خالد من وليد فى ماله، فيصح. و لا يحتاج الى الاجازة. ولا يجرى فيه الاوجه الثلاثة.  
فان قلت: صيرورة الفرس مال زيد، انما هو بهذه الاجازة، فالفرس (حين بيع بكر من  
خالد) لم يكن مالا لزيد و لالبكر. فلم يقع اجازة زيد على ماله.  
قلت: مرادنا من حمل فعل المسلم على الصحة، انه وقع من زيد اجازة لبيع



(۲۸۴)

الدار بالفرس. غير هذه الاجازة حتى يرد الاجازة على الملك. سلمنا عدم لزوم حمل  
فعل

المسلم على الاجازة السابقة المنفردة، و اكتفينا بهذه الاجازة، لكن نقول: ان صيرورة  
الفرس مال زيد و انتقاله الى خالد باجازته بيع بكر من خالد، حصل بجعل واحد.  
فيصدق

ان زيدا اجاز بيع ماله من خالد، و على القول بالكشف، انتقل الفرس الى خالد ببيع  
بكر،

فبيع خالد من وليد انما هو في ماله.

فان قلت: الفرق بين القول بالكشف والنقل، مع كون الاجازة من المالك حين  
العقد، هو ان النقل عبارة عن انتقال مال المجيز الثابت المالية الى المشتري حين  
الاجازة، والكشف عبارة عن انتقاله منه اليه بعد العقد و بسبب العقد، ففي كلا  
الصورتين

يعتبر تقدم المالية على الاجازة. و المفروض حصول المالية بالاجازة قبل الاجازة،  
فالاجازة لم ترد على ماله، بل حصل المالية بسببها، فلا مناص الا عن اجراء الوجوه  
الثلاثة

بالنسبة الى اجازة خالد بيعه من وليد.

قلت: لا ينافي حصولهما بجعل واحد، تقدم ماليته لزيد. اذا لمدلول التبعية قد يكون  
متقدما بالطبع، كمقدمة الواجب (كما قد يكون متاخرا) فلسبب دلالة اجازة بيع بكر  
من

خالد بالبقر على اجازته البيع الفضولي داره من عمرو بفرس تبعا، ثبت مالية الفرس  
لزيدا ولا ثم ثبت صحة مالية الفرس لخالد. لدلالته عليه ثانيا اصالة بتلك الاجازة.  
فعلى القول بالكشف يقع بيع خالد عن وليد في ماله، فيصح. و على القول بالنقل  
يجبى الا وجه الثلاثة. لكن يرد، ح، ان التفصيل يجيى في نفس المجاز ايضا، فنقول،  
في

تفصيل المقام، ان اجازة المالك الاصلى و هو زيد، اما ان يتعدد - بان يجيز مرة بيع  
الدار

بالفرس، و اخرى بيع الفرس بالبقر - او يتحد. و في صورة التعدد: اما يتقدم الاجازة  
الاولى

على بيع بكر: فعلى القول بالكشف، يصح الجميع باجازته الثانية. اذ بيع بكر، ح، وقع  
على

مال زيد، و صار باجازته الثانية مال خالد. و وقع بيع خالد من وليد في ماله. و على  
القول

بالنقل وقع بيع بكر الفرس بالبقر ايضا في مال زيد، و اجازته باجازته الثانية. فصار البقر

ماله حين الاجازة، و الفرس مال خالد، ح، فيجىء فى بيع خالد من وليد بالدارهم، الا  
وجه  
الثلاثة، لانه يدخل تحت مسألة " من باع مال الغير فضولا او اشترى مالا بثمان هو مال  
غيره



فضولا ثم [ملك] تلك المبيع او الثمن ".  
و [اما] ان يتاخر الاجازة الاولى من بيع بكر من خالد: فعلى القول بالكشف، يصح  
الجميع باجازته الثانية كما تقدم، و يظهر وجهه مما تقدم. و على القول بالنقل  
يصير الفرس مال زيد بعد بيع بكر. فيجئى - فى انتقال البقر اليه باجازة بيع بكر من  
خالد -

و جهان. الصحة بالاجازة. و البطلان نظرا الى عدم اشتراط وجود المالك المجيز،  
حين العقد. و انى اشتراطه و هو منفرد بالفرض. فان بكرا باع الفرس حين لم يكن  
ماله.

ولا مال زيد، فاذا اجاز زيد بداره بالفرس بعد بيع بكر، فالحين صار صاحب الفرس.  
و

ح، فان قلنا بالبطلان، فيبطل بيع خالد من وليد بطريق اولى.  
و ان قلنا بالصحة مع اجازته ثانيا، فيجئى الوجوه الثلاثة، فى بيع خالد من وليد.  
فانه من فروع " من باع مال الغير او اشترى فضولا ثم ملك المبيع او الثمن ".  
و ان اتحد الاجازة بان يجيز زيد بيع بكر الفرس من خالد بالبقر - واكتفينا بالدلالة  
التبعية على اجازة بيع الدار بالفرس - فهو مثل ما لو تعدد الاجازة، مع تقدم اجازة بيع  
الدار

بالفرس. فان المدلول التبعى هنا متقدم بالطبع.  
و مما ذكرنا من التفصيل، ظهر انه لا يتم اطلاق الشهيد (ره) تبعا لفخر المحققين،  
حيث قال " ولو ترتبت العقود على العين والتمن فللمالك اجازة ماشاء. و مهما [اجاز]  
عقدا

على المبيع، صح، و ما بعد خاصة. و فى الثمن ينعكس ". حيث اهملا بيان حال ما  
بعد المجاز فى مسألة التعاقب على الثمن. ولم يذكر الفرق بين القولين بالكشف  
والنقل.

ولعل بنائهما على القول بالكشف. و لكنه خلاف مختار فخر المحققين.  
و كذلك يظهر منها عدم صحة الاجازة فى ما بعد المجاز، فى سلسلة التعاقب  
على الثمن. و لم يذكر توقفه على الاجازة، و كذلك لم يتعرض للفرق بين القسمين،  
فى هذه السلسلة.

وقد نبه على ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى.  
المقام الخامس: قد ظهر مما ذكرنا، حكم الاجازة للفضولى، و اما لو لم يجز: فله ان  
يرجع الى المشتري، و ينتزع منه العين، و نمائه المتصل و المنفصل، و عوض منافعه  
المستوفاة

(۲۸۶)

و غير المستوفاة، و قيمة الهالك من ذلك، ان كان قيميا. و مثله، ان كان مثليا، او قيمة المثل، اذا اعوز المثل، والحق بقيمة العين الهالك (اذا كانت قيمية) قيمة ما نقص من العين عنده، فيرد العين مع قيمة نقصها.

و ربما خص الحكم بالمشتري. مع ان القاعدة تقتضى رجوع المالك بالعين فى يد اى شخص كان. ولعله ناظر الى كون الكلام فى الفضولى المصطلح. وهو الذى لا يصدر منه

الا الصيغة للمالك متوقفا للاجازة من دون تسليم او تصرف لم يكن باذن المالك. فبناء على ان اجراء الصيغة فضولا لا يسمى تصرفا و ليس بحرام، فيختص الرجوع بالمشتري المتصرف فيه، وليس على الفضولى شىء.

و اما لو كان الفضولى غاصبا فى اول الامر. (او سلمه العين بعد اجراء الصيغة فيكون غاصبا) فيجوز الرجوع اليه. و كيف كان فلا خلاف فى جواز الرجوع الى [الباع الفضولى]

اذا سلم ١ العين. سواء كانت باقية او تالفة. عالما بكون العين مال الغير، او جاهلا. مدعيا

للاذن عن المالك فى صورة العلم، او غيره.

و اما جواز الرجوع الى المشتري المتصرف فى جميع ما ذكر، فلا اشكال فيه. بلا خلاف.

و يدل عليه عموم قوله " على اليد ما اخذت " و خصوص الاخبار. فاذا كانت العين باقية

فيرجع فيها، ونمائها، و منافعها، وقيمة التالف منها.

انما الكلام فى رجوع المشتري الى الباع: فنقول: ان كان المشتري جاهلا بانه مال الغير، او عالما ولكن الباع كان مدعيا للاذن عن المالك. فقالوا: ان للمشتري الرجوع الى الباع بالثمن، و بما اغترم من قيمة العين التالفة - وان زاد عما دفعه الى الباع - و من كل اغترم ولم يحصل له فى مقابله نفع، حتى ينقص ٢ القيمة الحاصل من الهزال، و قيمة الولد الذى حصل من الامة المشتراة (فانه حر يجب على والده فكاهه باعطاء قيمته الى المالك) لكونه غارما له. و عن جماعة من الاصحاب، دعوى الاجماع.

كالعلامة فى المختلف و فخر المحققين فى شرح الارشاد و يظهر نسبه الى الاصحاب من

١: وفى النسخة: فى جواز الرجوع الى المشتري اذا تسلم العين

٢: وفى النسخة: ينقص

(۲۸۷)

غيرهما. ولكن العلامة ادعاه في صورة الجهل. ويدل على بعض ما ذكر، الاخبار. مثل ما رواه الشيخ في الموثق، عن جميل بن دراج عن الصادق (ع)، " الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية.؟. قال: ياخذ الجارية المستحق. ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد. و يرجع على من

باعه بثمن الجارية وقيمة الولد، التي اخذت منه ١ ". وفي القوي، عن زرارة " قال: قلت لابي عبد الله - ع - : رجل اشترى جارية من سوق

المسلمين، فخرج بها الى ارضه، فولدت منه اولادا، ثم اتاها من يزعم انها له، واقام على ذلك البينة (- م.) فقال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية، ويعوضه في قيمة ما اصاب من

لبنها و خدمتها " ٢. الى غير ذلك من الاخبار. و اما ما اغترمه في عوض المنافع المستوفاة (مثل اللبن وسكنى الدار): ففيه قولان: احدهما الرجوع - كما هو الظاهر من الاكثر - لانه غره بتسليطه عليه مجانا. و لعله لو كان عالما بانه مال الغير ويلزمه العوض، لم يتصرف فيه. كما لو قدم اليه طعام الغير واكله. او غصب طعاما فاطعمه المالك. و يويده موثقة جميل ايضا. ان لم يجعل الولد من المنافع لانه حر لا يملك.

ووجه القول الاخر: الاصل. وانه غرم في مقابله نفع. فلا عوض له و لا يرجع به الى احد. وان المباشر اولى بالضمان لو وقع التلف في يده. وفيه: منع كلية الكبرى. و ان المباشر اضعف بالغرور من السبب. و الاصل يخرج عنه ما ذكرنا. والا حوط ترك الرجوع.

وان كان القول الاول اظهر. سيما اذا اخذ المالك في العوض ما يزيد على قيمة المملك [زيادة] يمكن الانتفاء [بها] مثل المبيع. كما لو كان المبيع نقرة جلابة ٣ واخذ المالك منه

عشرة دنانير في قيمتها و قيمة منافعها، ويمكن الان ان يشتري بها نقرتين جلابيتين، او

١ و ٢: التهذيب: ج ٢ ص ١٤٠ و ١٤١ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢، ابواب نكاح العبيد...، باب ٨٨ ح ٥ و ٤. وفيه

" ثم ان اباهما يزعم انها له " بدل " ثم اتاها من يزعم انها له ".  
٣: الجلاب والجلابه: معرب " گلاب " و " گلابه ". والظاهر ان " النقرة " هي ظرف الجلاب. سميت بها

لأنها من  
الظروف المنقورة فيها النقوش

(٢٨٨)

نحو ذلك بما يستلزم ذلك الضرر.  
و اما اذا كان المشتري عالما بانه مال الغير: فقال فى المختلف: قال علمائنا لم يكن  
للمشتري الرجوع على الغاصب البايع. لانه عالم بالغصب فيكون دافعا للمال بغير  
عوض.  
و اطلقوا القول فى ذلك. والوجه عندى التفصيل. وهو ان الثمن ان كان موجودا قائما  
بعينه، كان للمشتري الرجوع به. وان كان تالفا، فالحق ما قاله علمائنا.  
وقال فى التذكرة: " و لو كان عالما لم يرجع بما اغترم، ولا بالثمن، مع علم الغصب  
مطلقا عند علمائنا. و الاقوى ان له الرجوع مع بقاء الثمن. لعدم الانتقال ". وعن  
جماعة  
من الاصحاب نسبة عدم جواز الرجوع الى الاصحاب على الاطلاق من دون التفصيل.  
واختار جماعة منهم التفصيل الذى اختاره العلامة، منهم الشهيدان والمحقق الثانى.  
وقال  
الشهيد الثانى " ان العلامة ادعى الاجماع فى التذكرة على عدم الرجوع مع التلف ".  
ولعله  
مبنى على انه فهم من نسبه الى علمائنا الاجماع مع اختياره التفصيل، ان ذلك فى  
صورة التلف. فنسب دعوى الاجماع عليه فى صورة التلف.  
و كيف كان، فالأظهر الرجوع، مع بقاء العين. وعدمه، مع التلف. اما الاول: فلان  
المفروض بطلان البيع لعدم اجازة المالك. والاصل عدم الانتقال. واستصحاب الملكية.  
و قولهم عليه السلام " الناس مسلطون على اموالهم "، و لانه دفعه اليه عوض شئ لا  
يسلم  
له مجانا، والمفروض عدم ناقل شرعى اخر يوجب الاباحة [او] اللزوم.  
ونظر الجماعة فى عدم الرجوع بما اغترم للمالك، الى استقرار الضمان عليه. لان  
التلف وقع فى يده فهو غاصب محض. واما فى الثمن الذى اداه الى البايع، فلتسليطه  
ايه  
على ماله، مع انه ما ياخذه منه لا يصير عوضا له. فهو تسليط مجانا. فهو بمنزلة الاباحة  
وقد اتلفه. ولعل نظرهم فى الاطلاق فى صورة بقاء الثمن. الى انه من باب الاعراض  
عن  
ماله. فيكون موجبا لزوال الملك. و كون الاعراض موجبا لزوال الملك وان كان لا  
يخلو  
من قوة - نظرا الى صحيحة عبد الله بن سنان، فى حكاية الابل الكال فى الصحراء ١





و غيرها من الاخبار. و التنبيهات التي اشرنا اليها في محله ١ - ولكن كونه منه محل نظر حتى ان يكون منظوره الاعراض ان اخذه منه مالكة.

نعم، قد يمكن في مثل ما لو اشترى بطعام من الغاصب الجائع المضطر الذي يعلم انه يا كله فوراً، او يفارقه مفارقاً لا يرجي لقائه، مع ان غاية الامر، عدم جواز الرجوع الى البائع. واما حلية اكله للبائع، فمحل اشكال. كما سنشير اليه من عدم المنافاة بين الحرمة و عدم جواز الرجوع. و كيف كان، فالظاهر جواز الرجوع مع البقاء. لما ذكرنا، و لعدم ثبوت الاعراض. بل وقد يستشكل في صورة التلف ايضاً، لو لم يكن اجماعاً. لان اكل ذلك الثمن مع العلم بانه يعطيه بازاء المغصوب، حرام. و اكل مال للغير. كالرشوة و عوض الخمر. بل وقد يستشكل في كونه اجماعياً. مع ان المحقق ذهب في بعض تحقيقاته الى الرجوع مع التلف. كما نقل عنه و نسب في الشرايع قول المشهور الى " قيل " فقال " و قيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب " واطلق.

وقال في اللمعة " و يرجع المشتري على البائع بالثمن ان كان باقياً. عالماً كان او جاهلاً. وان تلف قيل لا رجوع به مع العلم. وهو بعيد مع توقع الاجازة ". و قوى الرجوع به في الروضة ايضاً، معللاً بما سيحيى من انه يتجه مطلقاً. و بان تصرف البائع محرم، و اكل مال بالباطل، فيكون مضموناً عليه. واما مع بقاء العين، فالامر اوضح. لان مع فرض تسليم الاباحة ايضاً، لم يثبت موجب للملك. و قال " فيكون القول بجواز الرجوع مطلقاً قوياً، و ان كان نادراً.

ان لم يثبت الاجماع على خلافه، والواقع خلافه. فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقاً. "

اقول: ما ذكره في اللمعة من قوله " مع توقع اجازة المالك " فلم يتجه مطلقاً ولم يعرض عنه. بل اباحه لتوقع ان يجيز المالك [او] يرجع الى البائع بالثمن. و هذا مبني

على

-----  
١: راجع المسئلة الخامس والسبعين من هذا المجلد

(٢٩٠)

ان اجازة البيع، اجازة لقبض الثمن اذا كان عينا. كما هو مختاره، او مطلقا كما هو مختار

الشيخ وقد مر الكلام فيه. نعم يمكن ان يكون المراد توقع الاجازة فى قبض الثمن ايضا،  
فيتم الكلام مطلقا.

وفى المسالك: بعد نقل ما ذهب اليه المحقق (معللا بتحريم تصرف البايع فيه، حيث انه اكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه) قال: ولو ادعى العلامة فى التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف، لكان فى غاية القوة. و حيث لا اجماع عليه مع بقاء

العين فليكن القول به متعينا. فان قيل: كيف يجمع تحريم التصرف للبايع فى الثمن و عدم

رجوع المشتري به فى حال. فانه ح غاصب، اكل للمال بالباطل. فالازم اما جواز تصرفه،

او جواز الرجوع، مطلقا. قلنا: هذا الالزام فى محله. ومن ثم قلنا ان القول بالرجوع مطلقا

متجه. لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف، كان هو الحجة. وح، نقول ان تحقق الاجماع،

فالامر واضح. والا فمن الجائز ان يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم، عقوبة له. حيث دفع ماله معاوضا به على محرم. و على هذا يكون البايع مخاطبا برده، او رد عوضه

مع التلف. فان بذله، اخذه المشتري. وان امتنع فيه، بقى للمشتري فى ذمته. وان لم يجز

له مطالبته. نظير ما لو حلف المنكر على عدم استحقاق المال فى ذمته. فانه لا يجوز، ح،

للمدعى مطالبته. ولا مقاصته. وان كان الحق مستقرا فى ذمة المنكر فى نفس الامر. وذلك لا يمنع من تكليفه برده. و عقوبته عليه لو لم يرده "

اقول: و هذا يصلح نكتة وسرا للاجماع. لانه ليس دليلا مستقلا، و الاظهر فى الاستدلال بعد الاجماع، منع ثبوت الدليل على جواز الرجوع فى صورة التلف، والاصل

عدمه. و قواعد الاتلاف ليس فيها ما يقتضى الضمان فى ما نحن فيه بعد التلف. وان حرمة

تصرف البايع لا ينافى عدم جواز رجوع المشتري. وقوله تعالى " ولا تأكلوا أموالكم بينكم

بالباطل " لا تدل على الضمان. اذ ظاهره حرمة الاكل من جهة بطلان المعاملة. لا من  
جهة  
انه مال الغير. فلا تدل على انه من اقسام الغصب حتى يعقب الضمان.  
وما ذكرناه يحتاج الى تأمل ولطف قريحة، حتى يظهر لك انه يمكن أن يكون أكل  
المال  
بالباطل و لا يكون ضمان. و كذلك قوله (ع) " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " فأنها  
لا تدل

على اداء العين. ولا دليل هنا على وجوب العوض. غاية ما يمكن أن يوجه من جانب  
المعترض،  
ان المشتري اذن في التصرف بشرط عدم تحقق اخذ العوض منه فى آن من الاوان. وقد  
انتهى الشرط فينتفى المشروط. وقد يقال: ان هذا الشرط لم يظهر من المشتري. بل  
ظهر  
منه مجرد كونه ثمنا للمبيع، بأن يكون ماله فى اذائه، مع انه لا يصير ماله ابدا وبقا فى  
ملك  
صاحبه. مع انه ظهر منه الاذن جزما فى التصرف، من غير تعليق على ما ذكر. و يشكل  
فى  
صورة تحقق ذلك القصد فى نفس الامر، و دعويه ذلك. الا ان يقال لا يلتفت الى  
دعويه. وفيه  
اشكال هذا، ولكن قد يفترق بين التصرف والتلف فى يد البايع. انه لا ضمان جزما فى  
الصورة  
الثانية. اذا المشتري سلمه برضاء نفسه، والغاصب لم يتصرف فيه، فيكون مثل الامانة  
كالمقبوض بالبيع الفاسد عند بعضهم. و ربما حمل دعوى الاجماع على مثل هذه  
الصورة.  
وهو مشكل.  
ثم قال فى المسالك فى اجزاء الكلام: ولا فرق فى هذا الحكم بين كون البايع غاصبا  
صرفا مع علم المشتري به، او فضوليا ولم يجز المالك، كما هو مقتضى الفرض.  
انتهى.  
و تلخيص المقام: انه لا اشكال فى حرمة تصرف المشتري و ضمانه، مع العلم، ولا فى  
حرمة  
تصرف البايع و ضمانه. ولا فى ضمان المشتري مع الجهل. انما الكلام فى مقامين:  
الاول: فى حرمة تصرف البايع فى الثمن و ضمانه له: و يظهر من الاصحاب اختلاف  
فيه.  
فيظهر من بعضهم. الحرمة مع عدم الضمان وعدم وجوب الرد مطلقا، كما ظهر من  
المسالك. كما نقل عن المحقق، و منهم من فصل فى الضمان ووجوب الرد بين صور  
[تى]  
البقاء والتلف، فقال بوجوبه فى الاول دون الثانى. وهو مختار العلامة وجماعة من  
المتأخرين.  
ويظهر من بعضهم الضمان و جواز رجوع المشتري فى صورة التلف ايضا، توقع  
الاجازة.  
كما يظهر من اللمعة. و يلزمه عدم جواز الرجوع مع عدم التوقع. و كلام المفصلين

غير مصرح  
بحكم جواز التصرف و عدمه. و الاقوى فى الضمان ووجوب الرد هو قول العلامة  
ومن تبعه.  
واما جواز التصرف وعدمه: فما يظهر مما حكى عن المحقق الثانى، حيث قال (فى  
مقام  
تصحيح عقد الغاصب بالاجازة): ان الاصح عدم الفرق بين علمه بالغصب و عدمه. لان  
المعتمد

ان للمشتري استعادة الثمن مع بقاء عينه. لعدم خروجه عن ملكه الى الغاصب. لعدم  
المقتضى. و تجوز تصرفه عند الاصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا. بمقتضى  
عقد

البيع. اذ لو وقع التصريح بمثل ذلك فى عوض العقد الفضولى لمن اوقعه فضولا، لم  
يكن

قادحا فى ثبوت الاجازة للمالك. انتهى.

و [ملخص] كلامه: انهم يقولون بالجواز. [و] توجيهه ان فساد عقد الغاصب بالنسبة  
الى

المشتري بدون اجازة المالك و حرمة، لا يستلزم حرمة تصرف البايع فى الثمن. بسبب  
تسليطه عليه (فى حال ايقاع البيع الفاسد) لا بشرط. فلا ينافى حرمة بيع البايع و  
تسليمه

المبيع و حرمة تصرف المشتري فيه، جواز تصرف البايع فى الثمن. بسبب الرضاء  
المستفاد

من المشتري لا بشرط. كما ذهب اليه العلامة فى النهاية عن جواز التصرف فى  
المعاطاة مع

قوله بكونه بيعا فاسدا. نعم اذا ظهر للمشتري انه لا يبيحه الا مع توقع الاجازة، و  
بشرط

ان لا يؤخذ منه المبيع. فهو لا ترفع الضمان. و جواز التصرف مراعى بحصول ذلك.  
فهو ايضا

لا ينافى جواز التصرف بالفعل. غاية الامر طريان حرمة التصرف بعد ظهور ذلك، مع  
بقاء

العين ح.

المقام الثانى: جواز اجراء الصيغة: والظاهر انه ليس بمحرم. لانه ليس بتصرف. الا ان  
يكون مستلزما لتصرف المشتري وقلنا بكون مستلزم المحرم حراما. وهو ممنوع و هذا  
فى ما

قصد به الفضولى.

واما الغاصب الصرف: فيمكن ان يقال ايضا، ان حرمة الصيغة - من حيث انه صيغة -  
غير

معلوم. بل المحرم انما هو التسليم. الا على القول بكون مستلزم الحرام حراما. هذا  
كله،

كلام فى الرجوع الى المشتري، ورجوع المشتري الى البايع.

واما لو رجع المالك الى البايع الغاصب واخذ [الثمن] منه، فان كان المشتري عالما  
بالحال، رجع البايع عليه بالعين ان كانت باقية، او بعوضها ان كانت تالفة، و بمنافعها

التي  
استوفى منها. لاستقرار الضمان عليه. لكون التلف في يده. فكان العوض الذي اغترم  
البايع  
للمالك، نقل به العين المضمونة الى نفسه، وصار قائم مقام المالك. ولما كان التلف  
في يد  
المشتري، رجع البايع عليه. فان المشتري بسبب علمه كان غاصبا محضاً، و غصب  
المال من



البايع.  
واما الثمن الذى اخذه البايع عنه: فقد تقدم حكمه من ان المشهور عدم الرجوع مطلقا.  
والاقوى التفصيل بالباقي والتالف. نعم، لو استوفى البايع منها منفعة قبل البيع، او مضى  
زمان  
يمكن الاستيفاء منها، او وصل اليها نقص يترتب عليه ضمان فهو على البايع. ولا يرجع  
على  
المشتري، لا فى اول الامر ولا بعد الاخذ من البايع.  
ولو كان المشتري جاهلا بالحال، كان الغاصب فيما يترتب على يده. فيرجع البايع  
ايضا  
على المشتري فى ما اغترم. وهل يرجع عليه بالزيادة عن الثمن، ان اخذ المالك عنه -  
؟. ففيه

وجهان. بل قولان. اظهرهما عدم الرجوع. لان المشتري كان مغرورا، و توجه الزيادة  
على البايع انما نشأ من فعله، وهو الغصب، وليس غرامته على غيره. كما ان فى الصورة  
السابقة التى كان يرجع المالك على المشتري الجاهل، اذا غرم فى عوض العين ازيد من  
الثمن، فى رجوعه على البايع بالزيادة قولان. والظاهر هنا الرجوع لما غره البايع فواقعه  
فى  
هذا النقصان.

بقى الكلام فى الغرامة و مقدار القيمة و زمان اعتبارها: فنقول: ان كان التالف مثليا،  
فظاهر فتاويهم، تعيينه عليه. بمعنى انه لا يجوز للغاصب التخلف عنه ان اراده المالك. و  
للمالك  
مطالبة القيمة لو لم يردها الغاصب. وان اعوز المثل فقيمته يوم الدفع - على اشهر  
الاقوال

واظهرها - لانه بسبب الاعواز لا يبرء ذمته عنه. فهو فى ذمته حين الدفع. فيدفع قيمته.  
وقيل: يعتبر قيمته يوم الاعواز. لانه وقت العدول الى القيمة. وهو ضعيف. لان العدول  
انما  
يتحقق، لو طلبه ح.

قيل: باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين دفع العوض. وقيل عن حينه الى  
حين الاعواز. [وقيل من حين الاعواز] الى حين الدفع. والكل ضعيف.  
وان كان قيميا: ففيه اقوال. اقويها اعتبار يوم التلف. وهو مختار الدروس و نسبه الى  
الاكثر. كما ان المحقق نسب اعتبار يوم الغصب الى الاكثر. وذهب جماعة الى اعتبار  
اعلى

القيم من حين الغصب الى حين التلف. و عن المحقق فى احد قوليه، الى حين الرد.  
لنا: انه مكلف برد العين مادام باقيا. ولا ينتقل الى القيمة الا مع تعذره، وهو يوم التلف،



(۲۹۴)

فيستصحب الى زمان الرد.

واستدل على القول الثاني، بان اول وقت دخول [مال] الغير فى ضمان الغاصب [هو حين الغصب]. والضمان انما ١ هو بقيمتها. فيضمن بها حالة ابتدائه. وفيه: منع تعلق الضمان

بالقيمة فى اول الامر. بل انما هو اذا تلفت. وقد يستدل عليه بصحيفة ابى ولاد، فى حكاية

البغل وفى جملتها ان ابولاد بعد تعيين كرى البغل وضمانه، خالف صحابه وجاوز الحد.

وسئل الصادق " ع " عن حكمه. فقال (ع) انه ضامن للكرى. فقال ابو ولاد: فقلت: ارايت لو

عطب البغل او انفق، اليس كان يلزمنى؟. قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فان اصاب

البغل كسر، او دبر، او عقر.؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه. قلت:

فمن يعرف ذلك؟ قال: انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك، فان رد اليمين عليك

فحلفت على القيمة لزمك ذلك. او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين

اكثرى كذا او كذا، فيلزمك ٢ الحديث.

واستشكل فيه بان ذلك انما يتم ان كاد المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة. واما اذا جعلنا الظرف لغوا متعلقا بقوله " يلزمك " المستفاد من قوله " نعم "، يعنى ان اللزوم فى يوم المخالفة. فح، فرد القيمة غير معين، يرجع فيه الى مقتضى الدليل. وان لم نقل بكون

الثانى

اظهر فلا نسلم الظهور فى مطلب المستدل. مع منافاته لقوله - ع - " يوم ترده عليه "

بعد

ذلك.

بل اقول: يمكن دعوى ظهور الحديث فى ما اخترنا، فان

سؤال الراوى عن الضمان بسبب التلف. لا بسبب المخالفة. فمطابقة الجواب للسؤال

١: لا قائل به بلفظ " انما " بل قالوا بانه اول وقت حدوث الضمان. اى مطلق الضمان. ومرادهم ان الضمان حقيقة

واحدة حدثت حين الغصب و استقرت فى ذمة الغاصب حين الغصب. من دون تقييده بالعين او القيمة. بل قال

فى الروضة " نقل المحقق فى الشرايع عن الاكثر، ان المعتبر القيمة يوم الغصب. بناء على انه اول وقت ضمان العين " فمراهم ان القيمة بدل عن العين و ما حدث فى اصل الضمان حادث، ولا فى وقتها. و عبارة المصنف (ره) هنا تشبه عبارة النجفى (ره) فى الجواهر، بل هى عينها. و لعله اخذها من المصنف لتاخره منه، او كلاهما من ثالث. و على اى حال، التعبير بلفظ " والضمان انما هو بقيمته " تفسير لقول الغير بما لا يرضى.

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

يقتضى ان يكون المراد " نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم " يعنى يصير حكمك فى هذا

اليوم لزوم قيمة البغل ان هلك. [و] المتبادر منه - بعد معلوميته انه ليس المراد قيمته ميتا - هو اقرب زمان حيوته الى الموت. وهو قبيل التلف. و هذا معنى قيمته يوم التلف.

و اما تنكير " البغل ": فلعله للاشارة الى انه بفرض الميت حيا. والا فلا ريب انه لا يكفى قيمة اى بغل يكون. فيكون ارادة ما ذكرنا اوضح. وهذا ايضا يؤيد كون الظرف

لغوا متعلقا ب " يلزمك ". والا فلا يناسب التنكير. اذ البغل يوم المخالفة حى بالفرض والاستصحاب. فالاولى تعريفه. والظاهر ان المراد من قوله - ع - " حين اكرى " حين

الصحة. والا فلم يقل احد بمضمونه. وذلك للمسامحة من جهة ان الغالب عدم تفاوت القيمة فى هذا المدة القليلة، مع التأييد بالاستصحاب. و اختفاء البغل عن مالكة فى ايام الغضب، فيصعب معرفة القيمة ح.

فان قلت: كيف يجتمع ما ذكرت مع قوله - ع - " يوم ترده عليه ١ ". فانه يقتضى ان يكون تعلق الضمان المعلق بالتلف، او بحصول العيب، يوم المخالفة: فان جعلت الظرف

مستقرا بين متعلقات القيمة فهو ينافى مختارك. فينا فى الاسلوب السابق. مع انه لم يقل به احد على الاطلاق. فلا يلايم احد الاقوال. وان جعلته لغوا متعلقا بقوله " عليك " فهذا

ايضا لا يتم. اذ الضمان المعلق انما يثبت لمجرد المخالفة. والضمان المحقق يثبت بمجرد

حصول العيب ٢ كما [هو] معنى ذلك. و كيف يلايم ما ذكرت.

قلت: هنا معنى ثالث. وهو ان المراد بقوله - ع - " عليك يلزم رد الارش مع رد البغل " من باب الارشاد، والورود مورد الغالب. يعنى رد عليه الارش حين ترد البغل. لا انه يتعلق الضمان بالارش عليك حين رد البغل.

و توضيحه: ان ابا ولاد سئل عنه " ع " حكم البغل حين المخالفة من حيث الاجرة. فقال

- ع - يلزمه كراه. فقال ابو ولاد متعجبا عن ذلك حيث كان يعتقد ضمان قيمته ان تلف.

و كان يعتقد انه ان بقى البغل و سلمه فهو لوجوب رد العين، اذا كانت سالمة.

-----

١: وفي النسخة: يوم ترده بعد ذلك.  
٢: وفي النسخة: العين

والا فتجب عليه غرامة قيمته، و اذا كان عليه غرامة القيمة بالتلف مكان البغل صار من ماله.

لان هذا مقتضى رد القيمة كالبيع، فكيف يجب مع ذلك الكرى ايضا. وقال ١: اليس كان

يلزمنى الغرامة ان تلف (؟) فقال (ع): نعم يلزمك القيمة ان تلف و مع ذلك يجب عليك

الكرى فى ايام المخالفة ايضا ولا يتداخل الكرى والقيمة. فالمراد انه بسبب المخالفة يلزمك القيمة مطلقا وان لم يتلف. واما الكرى، فيجب سواء تلف ام لا ٢.

فبيان وقت القيمة مسكوت عنه، الا على الوجه الذى بيناه من ان المراد وجوب قيمة التالف الذى تعلق بك يوم المخالفة بشرط التلف. وقيمة التالف لما لم يكن له

معنى

حالكونه تالفا، فالمراد اقرب زمانه بالموت. وهو المراد ب " يوم التلف " الذى اخترناه.

فكان قوله - ع - " يوم خالفته " بمنزلة التعليل لوجوب القيمة ان تلف. يعنى ان هذا الحكم

انما هو بسبب المخالفة، لان مجرد المخالفة سبب لتعلق القيمة به مطلقا وان لم يتلف. ثم استشكل ابو ولاد فى حكم ما اصاب البغل نقص ولم يتلف. هل حكمه حكم

التالف

بالمرة من وجوب رد القيمة و تملك البغل لنفسه. او له حكم آخر. فقال (ع) حكمه لزوم الارش مع

البغل المعيوب، لا قيمة تماما. فان البغل لم يخرج عن ملكيته. فقال (ع) عليك تفاوت القيمة

مع رد البغل المعيوب. فمعنى قوله (ع): يوم ترده عليه: " ادا الارش حين ترد البغل. لان الارش يتعلق وجوبه بك يوم رد البغل ". ولا " ان ما يجب عليك هو الارش الثابت عند

الرد لا

عند حصول النقص ". فحكمه ايضا [حكم] يوم المخالفة. فاما رده مع الكرى، ان كان سالما. او

رد قيمته [و] كراه ان تلف. او رد نفسه و كراه وارشه يوم حصول النقص، ان حصل النقص.

و على الوجه الذى بيناه، يلزم اعتبار الارش يوم حصول النقص، كاعتبار القيمة يوم التلف.

و معنى تنمة الحديث واضح مما ذكرنا.

و كيف كان، فلا يتم الاستدلال بهذا الحديث على هذا القول. ولذلك لم يستدل

-----  
١: قد كرر المصنف (ره) لفظ " قال " قبل الجملات المعترضات و بعدها. ولا " مقول " للاول منهما.  
٢: اى يلزم القيمة سواء تلف ام لا ولكن وجوب القيمة معلق على التلف. واما الكرى فوجوبها فعلى، سواء  
تلف ام لا



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

١: وهو قيمة يوم الاعواز.

٢: اي القول باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين الاعواز.

٣: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الاعواز الى حين الرد

(٢٩٨)

الذات والحقيقة. لا الامور الخارجية. والا فقد ينسج نساء مائة كرباس متساوية فى العرض  
والطول والغزل والقماش، بحيث لا يفرق فى المرغوبية والقيمة. وذلك لان ذلك  
ليس مقتضى حقيقة الثوب و ذاته. بل هو مقتضى تصنع النسيج (بخلاف القطن  
والصوف) مع  
انه لا يتم فيه القيد الاخر، يعنى تساوى نصفه لنصف القيمة، و هكذا... اذ قد يكون  
الثوب له  
قيمة معينة و اذا نصف فلا يساوى نصفه بنصف القيمة و لاربعة. بل قد يصير القطنة من  
الثوب  
مما لا قيمة له اصلا. بخلاف الحنطة والشعير و نحوهما. فان المن من الحنطة اذا  
ساوى درهما  
فنصف من منه يساوى نصف درهم. و هكذا... و بنائهم فى ذلك على المسامحة  
الغالبة  
فى العرف. كما فى حنطتين و شعيرين، مع تفاوتهما فى الجودة والردائة. فان الغالب  
عدم  
الاعتناء بذلك فى المثلى. فلا يلتفت الى النادر. كما انهم قد يفرقون بين حنطتين و  
لا يفرقون بين ثوبين.  
و ايضا، الظاهر انهم يكلون الامر فى تعيين الانواع والاصناف الى العرف. و يعتبرون  
الاصناف ايضا ولا يكتفون بالحقيقة النوعية، فانا نرى اهل العرف يفرقون بين التمر  
الزاهدى  
والخساوى. مع كون الحقيقة النوعية متحدة فيهما. و كذا بين حليت البقر والغنم.  
فيعتبر  
المثلية فى كل صنف. بخلاف افراد الزاهدى و الخساوى، و كذا للالبان. فانهم  
يسامحون فيها.  
والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الاشخاص التى يصدق عليها النوع. لا ما هى مركبة  
منها مثل القشرو العجم والنوى فى الحبوب والثمار. فلا يرد ان قيمة العجم والنوى  
متفاوتة مع  
الالباب، فلا نقض بذلك. و كذا لا يرد النقض بالدرهم والدينار. فان عشرة من الدينار  
اذا  
كانت يسوى مائة من الدراهم، فخمسة منها يسوى خمسين منها، و لا يلزم ان يسوى  
نصف  
دينار (اذا شق بنصفين) خمسة دراهم صحاحا.  
و لا يرد ح، ان يكون الثوب مثليا. لما ذكرنا من اعتبار الحقيقة النوعية فى المماثلة

لا الامور الخارجيه. و اما السكة على الذهب والفضة فهو لا ينافى اعتبار الذات  
والحقيقة. نعم،  
ان كان باختلاف السكك يختلف الصنف، فيعتبر الصنف الواحد في المماثلة. كما في  
التمر. و  
تحقق ذلك في الثوب مشكل.  
و بالجملة: لا يخل المقام بعد، من شوب الاشكال. وقد عرفوه بتعريفات اخر. اسلمها

- كما ذكره فى المسالك - ما نقله عن الدروس و تبعه فى الروضة، بانه المتساوى  
الاجزاء

والمنفعة المتقارب الصفات.

و لعل " المنفعة " فى كلامه معطوفة على " القيمة " المقدرة يعنى " متساوى الاجزاء  
فى

القيمة والمنفعة ". و يمكن ان يكون نظره فى زيادة المنفعة الى اخراج مثل الحنطة و  
الحمص

معا اذا تساويا فى القيمة. و قيل " النوع الواحد " فى تعريف المشهور، يكفى عن  
ذالك. و فى

زيادة تقارب الصفات الى ملاحظة الاصناف. كما ذكرنا.

والحاصل: ان التعريفات - مع الاشكال فى تميمها - ليس لها ماخذ واضح. اذ ليس  
فى الاخبار، ان المثلى حكمه كذا، والقيمي حكمه كذا، و لا ان المراد بها ماذا؟.

فتفريع

الحكم انما يتم مع ورود اللفظ فى الدليل والرجوع فيه الى ما بينه العرف واللغة. وهو  
مفقود.

وقد يستدل فى المقام بقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى  
عليكم " و جزاء سيئة سيئة مثلها ". و لا يخل من اشكال. لان المراد من الاية اما بيان

التشبيه

الخاص. يعنى لا تجاوزوا فى مقدار الاعتداء عما اعتديتم به. [و] ان يكون المراد  
المشابهة

فى المقدار. فلا يمكن التعميم، و لا يفيد تعيين المماثلة بمعنى المماثلة المصطلحة.  
بل المراد التساوى فى مقدار الاعتداء من القتل والجرح واخذ المال. فلا التفات، فى

الاية

الى كون الاعتداء والمعتدى بعنوان المثل، او القيمة فيتخير بينهما. فيكون الامر للتخيير  
بين الاخذ والعفو، و بين الاخذ باى نحو كان. ففى الاية حكم واحد و هو الرخصة فى

الاعتداء

بمقدار اعتداء المعتدى، و ان لا يتجاوز عنه. والمراد بالمقدار هو المنزلة والمقبولية.  
بمعنى

ان يحكم اهل العرف بانهما سيات فى المنفعة والفائدة و يرضى العقلاء بتملك كل  
منهما

مقام الاخر. لا المساوات فى الكم والكيف والوزن والكيل.

و، ح، فالحكم بكونه مثلا مصطلحا او قيمة، مسكوت عنه. سواء كان المعتدى به،  
مثليا او

قيماً.  
وان كان المراد التشبيه المطلق. يعنى يجوز لكم الاعتداء على نحو مماثل لاعتداء  
المعتدى  
فى الاعتداء والمعتدى به. فهذا الاطلاق ينصرف الى العموم فى كلام الحكيم. و ح،  
فهو يشتمل  
حكمن: الاول: الرخصة فى الاعتداء والثانى: ان ذلك يكون على سبيل المثلية فى كل

شيء. و هذا ايضا يشمل المثلى والقيمي. ففي كل منهما يجب اعتبار المماثلة فى الاعتداء

والمعتدى به، فى كل شىء الا مع التعذر. وهو يناسب مذهب ابن جنيد بلزوم المثل فى القيمي ايضا الا مع التعذر.

فلا تدل الاية على التفصيل المشهور. فالمناص بان يبنى تفسير الاية على الوجه الثانى، و

يخصص عمومه بدليل خارجى مثل صحيحة ابى ولاد ١ و يقال ان حكم القيمي ليس داخلا

فى الاية. او يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسألة الرجوع الى المثل فى المثلى تحت

عموم الاية - لا لان لفظ المثل فيها ٢ بمعنى المثلى المصطلح. بل لان المماثل المصطلح

من الافراد المماثلة المعتبرة فى الاية بالمعنى الاعم - و يخرج القيمي بالصحيحة المذكورة.

و بالجملة: الظاهر عدم الخلاف فى الرجوع الى المثل فى المثلى. كما لا خلاف فى الرجوع الى القيمة فى القيمي، الا عن ابن الجنيد والمحقق فى بعض اقواله ظاهرا. فالدليل

فى المثلى هو عموم الاية على التفسير الثانى، و عدم ظهور الخلاف. و فى القيمي، على المشهور

هو الصحيحة مويدا بندرة المماثلة العامة فى القيميات، المخالفة للاطراد المطلق فى الاحكام

الشرعية المربوبة بالقواعد الكلية.

نعم، لما كان فى تحقق المثلى والقيمي خفاء و لا يظهر تفسيرها من الايات والاحبار، و

قد وقع الاختلاف فى تفسيرها، فما وقع الاتفاق على كونه مثليا كالجوب والادهان، يثبت

حكمه بلا اشكال. و ما اختلف فيه، فيرجع فى حكمه الى عموم الاية. والمتفق عليه من القيمي مثل الدار والبستان. واما مثل الثوب و نحوه، فان رجحنا احد الاقوال فى

المثلى فيبنى عليه. والا فيرجع الى التخيير والبناء على احد الاقوال. وقد عرفت ترجيح المشهور. ولكن على وجه حققناه اذا لمصالححة بما يرضى الطرفان ٣.

ثم: ان الظاهر من الاية [فى] رخصة المالك باخذ المثل بالمماثلة التامة ارفاق بالمالك. فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضه ذلك. الا انه لا يجوز للمالك

## مطالبة

- ١: مر متن الحديث فى هذا المبحث و هو فى الوسائل: ج ١٧ ص ٢١٣، ابواب الغضب، ب ٧ ح ١ .
- ٢: وفى النسخة: " فىهما " بدل " فىها " .
- ٣: كذا



الغاصب بالقيمة. فان الظاهر ان التالف فى حكم المثلث والعوض فى حكم الثمن،  
والخيرة  
بيد البايح فى تعيين الثمن. فيجوز للمالك مطالبة القيمة ايضا، اذا كان لا يرضى الا  
بذلك  
فى عوض ماله.

ولا يمكن التمسك باصالة براءة الغاصب عن لزوم القيمة لاستصحاب شغل الذمة  
الموقوف. برائتها باداء حق المالك وارضائه. لكونه مظلوما.

ولكن ظاهر فتاويهم تعيين المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى. بمعنى عدم جواز  
مطالبة المالك قيمة المثلى بدون رضاء الغاصب. ولا مطالبة المثل فى القيمى، ان لم  
يرضى الغاصب بالمثل.

و عدم منع الغاصب المالك عن المثل، الا برضاه ولا امتناع المالك عن القيمة لو بذلها  
الغاصب فى القيمى الا برضاه. فلعل دليلهم انما هو عدم الخلاف فى المثلى و صحيحة  
ابن  
ولاد فى القيمى.

ثم: ان ههنا احتمالا آخر فى تفسير الاية، وهو ان يكون وجه الشبه نفس الاعتداء  
و ايجاد ماهيته. من دون التفات الى المقدار او المماثلة. نظير الصلوة فى قولنا " اللهم  
صل  
على محمد وآل محمد كما صليت على ابراهيم و آل ابراهيم " على احد الوجوه فيه.

و هو  
بعيد. سيما بملاحظة الحكمة و ظهور كلمة " ما " فى الموصولية لا المصدرية. و من  
جميع

ما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله تعالى " جزاء سيئة سيئة مثلها " ولعلها اظهر فى ارادة  
العموم.

المقام السادس: الكلام فى شراء الفضولى: [فهو] مثل البيع. على ما صرح به  
جماعة، منهم العلامة فى التذكرة، قال: لو اشترى فضوليا، فان كان بعين مال الغير  
فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازه. الا ان ابا حنيفة قال يقع للمشتري بكل  
حال.

وان كان فى الذمة لغيره و اطلق اللفظ، قال علمائنا يقف على الاجازة، فان اجازه صح  
و لزمه اداء الثمن. وان رد نفذ عن المباشر. وبه قال الشافعى فى القديم. واجد انما  
يصح

الشراء. لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره. وانما وقف على الاجازة، لانه عقد  
الشراء له،

فان اجازة لزمه وان رده لزم من اشتراه.



(۳۰۲)

اقول: قوله " فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازة " خبره محذوف، يعنى الخلاف المعهود فى البيع موجود فيه. وقوله " الا ان ابا حنيفة... " [يعنى انه] يقول بصحة البيع ولزومه للمشتري سواء قلنا ببطلان العقد لمالك الثمن و عدم الانتقال اليه راسا. او قلنا بوقفه على الاجازة. فيكون مذهبه ان المبيع ينتقل الى المشتري الفضولى بمجرد البيع. فان اجاز مالك الثمن فينتقل المبيع اليه و يستقر الثمن فى ملك مالك المبيع. و الا فهو لازم للمشتري. و عليه غرامة الثمن لمالكة. كما ان مذهبه فى الوكالة ايضا ان الوكيل اذا اشترى فينتقل اليه اولا ثم منه الى الموكل ثانيا.

و ظاهر الاصحاب الاتفاق على خلافه. والزموه بانه يلزم اعتناق اب الوكيل و مثله من ينعق على ملك احد بمجرد شراء الوكيل. وهو لا يقول به. و عارضوه ببيع الولى والوصى عن الصغير.

ثم لا ادري ما يقول ابو حنيفة فى صورة العكس. والذى نقلوا عنه فى المبيع هو المذهب المشهور عندنا، بتوقفه على الاجازة، لا البطلان. الا انه ينافى هذا التفصيل الذى ذكرنا فى

مراده، ويلزمه على هذا ان البايع فضولا اذا باع فرس انسان ببقر فضولا ينتقل اليه البقر بمجرد العقد، فان اجاز مالك الفرس انتقل البقر اليه واستقر الفرس فى مال المشتري. وان

لم يحز ياخذ فرسه و كان البقر مال الفضولى ويلزمه غرامة قيمة البقر لمالكة. و كيف كان، فالاقوى الصحة فى الشراء (ايضا) والوقوف على الاجازة. للعمومات التى

ذكرناها فى البيع ١. و لخصوص رواية البارقي ٢، فانها مشتملة عن الحكمين ٣. و كذلك حكمه

حكم البيع فى جميع ما تقدم من الاحكام فى الفضولى المصطلح، والغاصب، واحكام الرجوع

والرد و قوله " وان كان فى الذمة لغيره. واطلق اللفظ "، فى هذا الكلام قيود اربعة: الاول: ان يكون الشراء فى الذمة. يعنى لا بعين. الثانى: ان يكون فى ذمة نفسه، لا فى ذمة الغير. كما يدل عليه قوله بعد ذلك " لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره ". فلا يرد ان

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

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

٣: اى على حكم البيع الفضولى و حكم الشراء الفضولى



(۳۰۳)

يقال كلمة " لغيره " ظرف مستقر صفة للذمة. والثالث: ان يكون الشراء فى ذمته لغيره لا لنفسه. والرابع: ان يكون قد اطلق. يعنى لم يقل اشترت لفلان. بل قال اشترت. واطلق

وانت خبير بان الشراء فى ذمة نفسه لغيره معناه " انى اشترت فى ذمتى ولكن لو اراد ذلك الغير هذا البيع جعلته له " و معنى " الجعل " هنا انشاء المعاملة. فلا يدخل ذلك فى

باب اجازة الفضولى. فان مصداق اجازة الفضولى اما بيع مال الغير فضولا، او الشراء به كذلك، او الشراء فى ذمة الغير. بل قد يتحقق فى البيع فى ذمة الغير ايضا. واما فى مثل ما

لو كان للمجيز نوع ولاية، كبيع المفلس و نكاح بنت الاخ او الاخت على العمدة والخالة، او الامة

على الحرة. وهذا ليس بواحد منها.

والمناسب فى هذا المقام، ان يقال: اذا اشترى فى ذمة الغير واطلق اللفظ - يعنى اكتفى بنية ان يكون الشراء للغير و فى ذمة الغير من دون ان يذكره - فذلك نظير ما ذكره فى باب

الوكالة ان الوكيل اذا اشترى بنية ان يكون للموكل بدون تسميته الموكل. ثم انكر الموكل

الوكالة ولم يثبت. فقد ذكروا انه يقع عن الوكيل ظاهرا و باطنا. (وان كان فى كونه له باطنا

ايضا اشكال). واستندوا فى ذلك بان الخطاب معه والبايع غير مكلف بالباطن - فاذا لم يثبت

الوكالة لا بالبينة ولا بعلم البايع - فيلزمه البيع و يلزم بالثمن. لان المفروض ان المخاطبة على

سبيل الاطلاق. فينصرف الى ذمة المشتري.

فالفرق بين الشراء فى ذمة الغير فضولا مع السكوت عن ذكره، و بين الشراء بعين مال الغير، ان فى الثانى اذا لم يجز بطل راسا - عند غير ابي حنيفة - . وفى الاول يبطل بالنسبة

الى الغير، و يلزم المشتري، وان كان فى نيته الشراء فى ذمة الغير. واما اذا ذكر فى اللفظ انه

يشتره للغير، فمع عدم الاجازة يبطل راسا. لان العقد تابع للقصد. وانه للغير، علم انه لم

يقصده لنفسه فكيف يلزم به. بخلاف ما لو لم يذكره - فانه يلزم فى ظاهر الشرع. كما هو

مقتضى اطلاق الخطاب. و عدم التكليف بالباطن.  
ثم: انه يظهر من كلامه (ره) هنا، ان اصحابنا مختلفون فى البطلان والوقف على  
الاجازة، اذا كان الشراء بعين مال الغير، كالبيع. ولا يختلفون فى عدم البطلان و كونه  
موقوفا  
على الاجازة، اذا كان فى الذمة للغير (او فى ذمة الغير على ما حققنا). والانصراف الى

المشترى مع الاطلاق. و يختلفون فى ما لو اشترى فى ذمة الغير مع ذكره الغير.  
وبالجملة: كلامه هنا لا يخل من تعقيد واضطراب. والتحقيق ان الاظهر صحة البيع  
والوقوف على الاجازة اذا اشترى بعين مال الغير، والبطلان راسا ان لم يجز. و هكذا  
اذا  
اشترى فى ذمة الغير مع تسميته. واما اذا اشترى فى الذمة لمرافقة الغير فى النية وسكت  
عن  
التسمية، ولم يجز، فيقع عنه ظاهرا. لا باطنا. بل هو مال البايع فى الباطن. فيعمل  
بالتقاص.  
و من جميع ما ذكر يظهر ان قوله - ره - " وان كان فى الذمة لغيره " يمكن ان يريد  
به  
ما يشمل البيع بالذمة ايضا. وان كان بعيدا عن اللفظ. و كيف كان، فيدل بالفحوى  
على اتحاد  
حكم الذمة مع حكم العين عنده، يعنى انه يصح بسبب الاجازة اذا اشترى فى ذمة نفسه  
لغيره  
(كما هو ظاهر عبارته) فيصح اذا اشترى فى ذمة غيره باجازته بالطريق الاولى.  
المقام السابع: هل يختص جريان الفضولى بالبيع والشراء [والنكاح]؟ او [يختص]  
النكاح [فقط؟] او يعم جميع العقود؟ او يبطل راسا ١. المشهور جريانه فى جميع  
العقود.  
للعقود المتقدمه. ولخصوص رواية البارقي. و غيرها مما مر فى البيع.  
واما النكاح: فعن المرتضى الاجماع عليه مطلقا، فى الحر والعبد. و عن ابن ادريس فى  
الحر. وعن الشيخ فى الخلاف فى العبد. ويدل على جريان الفضولى فيه، اخبار كثيرة  
جدا.  
حتى قيل كاد يبلغ حد التواتر من طريق العامة والخاصة. منها صحيحة ابى عبيدة  
الحداء،  
فى نكاح الصغيرين ١. و منها رواية محمد بن مسلم عن الباقر - ع - " عن رجل  
زوجته امه وهو  
غايب (?) قال: النكاح جايز، ان شاء الزوج قبل. وان شاء ترك " ٢. وحسنة زرارة -  
لابراهيم بن  
هاشم - عن ابى جعفر - ع - " قال: سئلته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده (?)  
فقال: ذلك الى  
سيده، ان شاء اجازه. وان شاء فرق بينهما. فقلت: اصلحك الله ان الحسن بن عينية  
وابراهيم

- 
- ١: فهؤلاء صور اربعة يفصلها المصنف (ره) في مايلي.
  - ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١.
  - ٣: الوسائل: ج ١٤ ص ٢١١، ابواب عقد النكاح، الباب ٧ ح ٣.
  - ٤: والعجب من المصنف (ره) حيث يجعل حديث ابراهيم بن هاشم " حسنا " و يجعل حديث " ابان بن عثمان "،  
" صحيحا ". راجع مسئلة ٤٠٤ من المجلد الاول من هذا الكتاب



النخعي واصحابهم يقولون: ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازة السيد له. فقال له ابو جعفر - ع - : اذ لم يعص الله. انما عصى سيده. اذا اجازته فهو له جايز " ١ وفي حديث آخر عنه

ايضا. " فقلت لابي جعفر - ع - : فان اصل النكاح كان عصيانا. فقال ابو جعفر - ع - : انما اتى

شيئا حلالا وليس بعاص لله، وانما عصى سيده ولم يعص الله. ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله

عليه من نكاح في عدة واشباهه " ٢ .

و توجيه هذه الرواية ان المراد من المعصية فيها لا بد ان يكون هو مجرد عدم الاذن والرخصة من الشارع. والا فمخالفة السيد ايضا معصية. والحاصل انه لما كان في مثل هذا العقد اذن من الله تعالى من جهة العمومات و غيرها مما يدل على صحة الفضولي بعد الاجازة، فيصح. و عدم اذن السيد غير مضر. وبالجملة: ان المراد ان العقد ليس خاليا

عن مقتضى الصحة و ان كان معلقا على اذن المولى ايضا. و يمكن ان يقال: المراد من توجيه الامام (ع) ان النهي هناورد بامر خارج عن المعاملة اجتمع معها في الوجود.

كالمعاملة مع الاجنبية، واجراء الصيغة معها.

الى غير ذلك من الاخبار. و يويدها ايضا ما ورد في اجازة العمه والخالة نكاح بنت الاخ

والاخذ. والحره لنكاح الامة. و غير ذلك. وبالجملة: الاظهر صحة النكاح الفضولي مطلقا.

للعومات والاخبار الكثيرة في موارد الخاصة. و قد تقدم الكلام في البيع والشراء، ادلتها.

و قد يستدل بثبوتها في النكاح على ثبوتها في جميع العقود بطريق الاولى، ليطابق الفتاوى

والاخبار. على ان الامر في النكاح اشد، ولا يجوز التسامح فيه بما يتسامح في غيره.

ثم: بعد ما ثبت الحكم في البيع والشراء والنكاح، فالظاهر ثبوتها في ساير العقود، كما يظهر من الروضة، حيث قال " ولا قائل باختصاص الحكم بهما. فاذا ثبت فيهما، ثبت

في ساير العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح. وله وجه لونه في حديث عروة ". انتهى.

و قد عرفت الحال و وجود ساير الادلة. مع انها لامجال للمناقشة فيه ايضا. واما حجة

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

(٣٠٦)

ساير الاقول: فحجة القائل باختصاصه بالنكاح، هو الاخبار و تضعيف رواية البارقي ١ .  
ولا يحضرني القائل. و نقله في الروضة. و نقل القول بالبطلان في النكاح في المسالك  
عن الشيخ في الخلاف. ولم يظهر منه التحقيق. وقد عرفت الدليل في غيره ايضا. و  
اما القول بالبطلان في جميع العقود، فهو من الشيخ في المبسوط. و فخر المحققين، و  
قد مر الاشاره الى ادلتهم.

و استدلوا في خصوص النكاح ايضا، بالاصل. و توقيفية العقود الناقلة - فلا يصح الا  
بدليل - و ببعض الاخبار العامة، مثل ما روته عايشة عنه (ص) انه قال " ايما امرئة  
انكحت

نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ". و ما رواه ابو موسى الاشعري عنه (ص) انه قال  
" لا نكاح الا بولي ". و ما رواه جابر عنه (ص) انه قال " ايما عبد تزوج بغير اذن  
مولاه فهو

عاهر ". و في رواية ابن عمر " فنكاحه باطل ". و رواية بقباق قال " قلت لابي عبد الله  
- ع -

: الرجل يتزوج الامة بغير اذن اهلها.؟. قال: هو زنى. ان الله تعالى يقول فانكحوهن  
باذن  
اهلن " ٢ .

والجواب: - بعد القدح في سند الروايات - بانها محمولة على ما لم يلحقه الاذن. و  
ان

لحفته الاجازة فليس نكاحا بدون الاذن. مع انها معارضة باقوى منها سندا ودلالة و  
اعتضادا. والاصل مخرج عنه بالدليل عموما و خصوصا. و اما الكلام في توقيفية  
العقود:

فقد مر الكلام فيه. من ان الدليل موجود عموما و خصوصا. كما عرفت. و اما  
الاجماع

المحكى عن الخلاف في الفساد، فهو ضعيف غايته. لعدم ظهور موافق له عدا فخر  
المحققين.

والمعظم على خلافه.

المقام الثامن: اختلفوا في اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، ام لا. فعن الشهيد و  
ابن المتوج والمقداد والمحقق الثاني رحمهم الله، عدمه. و رجع العلامة في القواعد،  
الاشتراط. و يظهر من بعضهم، التوقف. ولا اشكال. و ربما نسب الى العلامة في  
القواعد

ايضا. ونحن ننقل عبارته و نذكر ما يظهر لنا منها ثم نتعرض لما في الايضاح و غيره.

-----

١: وفي النسخة رواية الثاني.  
٢: ج ١٤ ص ٥٢٧، ابواب نكاح العبيد، الباب ٢٩ ح ١، وفيها " بغير علم اهلها "

قال فى القواعد: والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال. فلو باع [مال] الطفل فبلغ و اجاز لم ينفذ. على اشكال. و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه و اجاز. اقول: الظاهر انه اراد صحة عقد الفضولى، بعد كون اشتراط صحته و لزومه و ترتب ثمرة

البيع عليه بحصول الاجازة من المالك او وليه، مفروغا عنه فى الجملة. قد اختلف فى اشتراطه

بوجود المجيز حال العقد و عدمه. فاختار هو الاول و قال " الاقرب اشتراط كون العقد له

مجيز... " يعنى ان صحة الفضولى مضافا الى لزوم حصول اجازة من حيث انه مجيز و من شأنه

الاجازة حال العقد. فلفظ " مجيز " مشتمل على ذات و صفة، والصفة يمكن ان يكون المراد

منها " ما من شأنه الاجازة بالاستعداد " بمعنى احتفائه بوجود الشرايط و عدم الموانع بالفعل.

او بمعنى احتفائه به بالقوة مطلقا. او بالقوة القريبة من الفعل.

و لما كان المتبادر من الاخبار الواردة فى الفضولى فى البيع والنكاح مغايرة للعقد والمجيز، و ان المجيز هو المالك حين العقد، والعقد هو غير المالك. فمراد العلامة انه لا بد ان

يكون المجيز (الذى هو غير العاقد، و يتم ثمرة العقد باجازته) موجودا حال العقد. اذ هو

مستفاد من الادلة، و ليس فى الادلة غيرة. والمستفاد انه لا بد ان يكون الذات متصفا بوصف

كونه مجيزا الى حين الاجازة بالفعل او بالقوة القريبة منه. بان يكون مالكا او وليا له حين العقد

و انسحب هذا الوصف له الى حين الاجازة.

وانتفاء هذا الشرط - اى [شرط] تحقق المجيز المنسحب له الوصف الى حين الاجازة -

او انتفاء وصف المالكية له حين العقد، كالفرع الثانى. اى " لو باع مال الغير ثم ملكه و اجاز.... "

فان الملك لم يكن حين العقد ملكا للبايع. فلو اجاز بعد تملكه فهو ليس باجازة صادرة عن المالك حين العقد. فينتفى المجيز حين العقد. و لا يكفى مجرد وجود ذاته حين العقد. و

لا مجرد حصول مالكيته بعد العقد

. اما بانتفاء وصف مجيزيته حين العقد (مثل الفرع الاول): فان الطفل و ان كان مالكا  
و  
قابلا للاجازة ولو بالقوة، لكنه غير متصف بوصف المجيزية بالفعل او بالقوة القريبة من  
الفعل.  
لكنه استشكل فى ذلك بسبب امكان الاكتفاء بمطلق القوة، و عدم مانعية طول المدة  
بعد  
كونه مترقب الحصول. فعلى هذا كان الاصوب تقديم الفرع الثانى على الاول حتى لا  
يتوهم

رجوع الاشكال على الفرع الثانى ايضا. لوضوح عدم كون المعجز بوصف المعجزية المستلزم

للمالكة بالفعل او بالقوة فيه اصلا. بخلاف الفرع الاول.  
و اما الامكان الذاتى - اعنى قابلية البايع - فهى الفرع بذاته للمعجزية. فلا ينفع فى شىء مع

وجود المانع عن الاتصاف بالاجازة المبتنية على كونه مالكا. لكونه متصفا بوضده الحقيقى حين العقد. وهو عدم الملكية. فالمعيار فى الحكم بالصحة، هو الامكان الاستعدادى وهو مفقود فى الفرع الثانى. بخلاف الفرع الاول، لحصوله فيه. ووجه اشكال العلامة (ره): ان المعبر هل هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادى، فلا يصح اجازة الصبى بعد البلوغ. او المعبر مطلقة، فيصح.؟ -؟. والاقوى صحته لما يستفاد من صححة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و عمومات العقود. فظهر مما ذكرنا

ان فى كلام العلامة مسألة و فرعين. اما المسئلة، فهو اشتراط وجود المعجز و عدمه حين

العقد. واما الفرعان فهو قوله " فلو باع مال الطفل " وقوله " وكذا لو باع [مال غيره ثم ملكه واجاز] ".

والاشكال متعلق بالفرع الاول. لا باصل المسئلة، ولا بالفرع الثانى. وليس فيه حازة الا تقديم الفرع الاول على الثانى، الموجب لابهام اشتراك الفرع الثانى مع الاول فى الاشكال.

وقد وقع فى كلام الايضاح هنا مسامحة. حيث قال - بعد ذكر مجموع العبارة التى نقلناها هنا - : مسئلان: المسئلة الاولى: هل يشترط ثبوت المعجز لعقد الفضولى فى الحال؟ يحتمل ذلك. و يبتنى على مقدمات: الاولى: معنى صحة بيع الفضولى قبل امكان

الاجازة، ترتب اثره عليه، امكانا قريبا، بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى. لانه عبارة عن اجتماع الشرايط. فاذا بقى من شرايط بيع الفضولى شرط واحد وهو اجازة المالك او وليه، و كان حصولها ممكنا امكانا قريبا ايضا، حكم بصحة بيع

الفضولى و صلاحيته لان يترتب عليه حال وقوعه.

(۳۰۹)



الثانية: كل ما يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط.  
الثالثة: البيع اذا بطل فى وقت بطل دائما، فحال عدم المجيز يمتنع ترتب اثره  
و لا يصلح لترتب الاثر عليه، فلا يحصل معنى الصحة. بل معنى البطلان. واذا بطل لم  
يمكن ان يترتب صحته. و يحتمل عدم الاشتراط. لانه لا يشترط اقتران الاجازة بالعقد.  
بل يجوز تاخيرها زمانا طويلا. فلا نسلم اشتراط الاستعداد القريب. واعلم: ان هذا  
الفرع

يتأتى على مذهب الا شاعرة. ١ و اما على قولنا ففى صورة واحدة، و هى بيع مال  
الطفل على  
خلاف المصلحة. او الشراء له.

المسئلة الثانية: اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة. لان اجازة المالك  
موجبة لصحة فعل المباشر، فملكه ابلغ. وهل يتوقف على اجازته اشكال، من حيث ان  
الرضاء الاول لم يكن معتبرا. لانه لم يكن مالكا. ومن حيث تحقق شرط اعتباره. و  
يحتمل

البطلان لتضاد ملكى شخصين بشئ واحد بعينه، وقد تحقق احد الضدين فينتفى الاخر.  
والتحقيق انه ان قلنا بصحة بيع الفضولى، صح البيع هنا، من غير توقف على اجازة  
البايع.  
انتهى كلامه (ره).

و يمكن توجيه كلامه (ره) حيث جعل كلام المصنف (ره) مسئلتين، بان عقد  
الفضولى له اطلاقان احدهما توصيفى وهو "العقد الفضولى المعهود المصطلح الذى  
يبيع

البايع مال غيره نيابة عنه متزلزلا، ثم يجيزه المالك للمبيع " فهو اسم لمجموع العقد  
والاجازة. والثانى اعنى " بيع غير المالك ملك غيره مع قطع النظر عن حصول الاجازة  
من ذلك المالك او غيره " فلفظ الفضولى فى هذا الاطلاق  
صفة للبايع. لا للمبيع. والمبحوث عنه فى هذا الباب هو المعنى الاول. فالمسئلة الاولى

فى  
كلام المصنف هو انه " هل يكفى الاجازة من المالك وان كان غير مستعد حين العقد  
للاجازة، ام لا " فاختار عدمه.

فكلامه حيث قال " فان الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال " فى قوة [ان]

١: المصنف يتعرض بهذا المطلب و توضيحه فى مايلى

الاقرب عدم صحة العقد الفضولي المعهود المصطلح اذا لم يكن مجير حال العقد  
متمكنا  
للاجازة بالامكان الاستعدادى. وهو ما كان وجود شرايطه وانتفاء موانعه على وجه  
اقرب  
المراتب من الاستعداد. و يتفرع عليه بطلان اجازة الصبى لبيع ملكه. وح، فيصح جعل  
بيع  
الغير مال المالك - ثم تملكه عنه بالاشترء و نحوه - مسألة اخرى، معطوفة على  
مسئلة بيع  
الفضولى التوصيفى المعهود. يعنى كما لا يصح البيع الفضولى المصطلح الذى من  
فروعه بيع  
مال الصبى اذا لحق اجازته بعد البلوغ فكذا لا يصح بيع الشخص الفضولى مال غيره  
وان ملكه  
بعد ذلك.  
فالمعطوف ليس بداخل فى المعنى المصطلح. بل هو مسألة اخرى. و لذلك فكك (ره)  
قول المصنف و جاز عنه وساق الكلام فيه على حده. و هو مستلزم لا مكان تحقق  
فرض هذه  
المسئلة بدون الاجازة. فاتضح كمال المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. و مما  
يوضحه  
غاية الايضاح، استدلاله فى المسئلة الثانية بابلغية الملك. عن الاجازة و كذا اشكاله فى  
الاحتياج الى الاجازة ح.  
و يظهر مما ذكر، ان مذهب المصنف، البطلان فى المسئلة الثانية فى صورة عدم  
الاجازة  
بطريق الاولى. فمذهب ١ المصنف على هذا، صحة البيع الفضولى مع امكان اجازة  
المجيز  
على اقرب مراتب الامكان الاستعدادى. كما لو كان المالك بالغا، عاقلا، حاضرا  
يسهل  
اجازته بدون الاشكال. و صحته فى غير اقرب المراتب كالطفل مع الاشكال. وعدم  
الصحة فى  
المسئلة المعطوفة بقوله " و كذا " سواء اجاز ام لا.  
و لنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات فى كلام الايضاح: قوله " فى الحال " يعنى فى  
حال العقد. قوله " معنى صحة بيع الفضولى قبل الاجازة " مراده الصحة المترتبة على  
نفس  
العقد مع قطع النظر عن الاجازة. و يوضحه تفسيره الصحة بصلاحيته لان يترتب عليه

الاثـر  
حال وقوعه. قوله " بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى... ": اعلم  
ان  
لا مكان الخاص لثـلة اقسام:

-----  
١: وفي النسخة: فذهب المصنف

الاول: الامكان الذاتى. و هو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات. سواء كان محفوفاً بالموانع ام لا. وسواء كان المانع مستمرا ام لا. وسواء كان المستمر مرجو الزوال ام لا.

ففى كل هذه الامكان بحاله بالنظر الى الذات.  
والثانى: الامكان الوقوعى. وهو ما لم يكن محفوفاً. بمانع مستمر الوجود. كتلبسه بضده الحقيقى او احد اضداده المشهورية. فان كام محفوفاً به، فهو وان كان ممكناً بالذات لكنه

ممتنع بسبب ما وقع فى الخارج من المانع المستمر.  
والثالث: الامكان الاستعدادى. وهو الامكان الذاتى بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوة القريبة معه. و يسمى الاول استعداد اتماماً، والثانى غير تام. والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعى والاستعدادى. بل ادرجوا الاول فى الثانى. قوله " او صلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه " عطف على " صحة البيع الفضولى "

بكلمة " او " دون الواو، نظرا الى ان الصحة انما هو ترتب الاثر. والاثـر هنا اما يتصور بالنسبة الى ماهية البيع وهو انتقال الملك. فهو لا يحصل جزماً حال العقد. فلا يمكن ان يقال العقد صحيح، بقول مطلق.  
انما بمعنى ترتب اثر البيع، اى الانتقال، بل صحته بالنسبة الى الانتقال هو بعنوان

الصلاحية.  
واما يتصور بالنسبة الى هذا العقد الخاص، وهو نفس صلاحيته لترتب اثر ماهية البيع الذى هو نفس الانتقال. فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق، لان ترتب الاثر حاصل بالفعل.  
وهو الصلاحية. فالمعطوف عليه ناظر الى الثانى، والمعطوف الى الاول. فقوله " حال وقوعه "

يتعلق بالصلاحية، لا بالترتب. ولك ان تجعله عطفا على " امكان ترتب اثره عليه " والمراد ان الصحة عبارة عن ترتب الاثر فان جعل الاثر هو الانتقال، فهو حاصل بالامكان. وان جعل هو

صلاحيته لترتب الاثر، فهو حاصل بالفعل. و هذا اظهر.  
ثم الظاهر من كلام الشارح انه جعل اجازة الصبى بعد البلوغ من باب الامكان الذاتى.

لا

الاستعدادى وان كان مقارنا للبلوغ. وهو مشكل، لعدم التفرقة بين فعل الكامل الغائب

الممكن اجازته ١ والطفل المراهق فى الامكان الذاتى. الا ان يقال انه جعل المحال الشرعى بمنزلة المحال العقلى. كما يشعر به قوله فى المقدمة الثانية والمقدمة الثالثة، و من قوله " فلا نسلم اشتراط الاستعداد القريب " مع ملاحظة تفريع حكم الصبى المشعر بانه ليس من باب الامكان الاستعدادى.

ثم قوله " واعلم ان هذا الفرع يتأتى على مذهب الا شاعرة... " الظاهر انه اراد بالفرع ما ذكره المصنف من قوله " فلو باع مال الطفل... " ولعله اراد من مذهب الا شاعرة هو انكار هم الحسن والقبح العقليين، وان العقل ليس بحاكم فى شىء، واما قولنا من استقلال العقل بادراكهما فى الجملة، فلا مانع من تجويز بيع مال الصغير و شرائه فضولا، اذا اقتضت المصلحة ذلك. مع ان قوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى اسحن " يقتضى متابعة الحسن العقلى. اذا الخطاب عام ولا يختص بالاولياء، بقريئة قوله تعالى قبل ذلك " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق " فاذا اجاز للمكلفين القرب على وجه الا حسن - و منه البيع والشراء على وجه المصلحة - فيتم الجواز و بطل قول الا شاعرة. اذ من الظاهر ان المراد هنا ليس من الحسن ما ورد به الشرع بالخصوص.

و كذلك فى قوله تعالى " ما على المحسنين من سبيل " ولذلك استدلوا به على صحة تصرف ثقات المؤمنين فى اموال اليتامى و غيرهم على وجه المصلحة.

و اما الا شاعرة فيقولون لا ندرى معنى الحسن والا حسن والا حسان الا ما امر به الشارع.

وعلى هذا فيمكن ادراجه تحت [عدم] وجود المجيز ايضا اذ لهم ان [لا] يجيزوه مع المصلحة

ايضا ٢ فبيع مال الصبى فضولا مع المصلحة، ليس من فروع عدم المجيز حال العقد، الا على مذهب الا شاعرة. و يمكن ان يكون نظره مع هذا الى انه لو كان فى بيع مال الصغير فضولا

مصلحة وفي تركه ايضا مصلحة لكن كان البيع اصلح، فهل يجب العمل بالا صلح ام  
لا، فذهب  
الا شاعرة الى العدم. لتجويزهم الترجيح بلا مرجح. بخلاف مذهبنا، لقبحه. والى هذا  
ينظر  
كلامه (ره) في " كتاب الحجر " حيث استشكل العلامة في القواعد وجوب الاستثناء  
في مال

- 
- ١: وفي النسخة: لا جازته.  
٢: وفي النسخة: فجعل بيع مال الصبي فضولا مع المصلحة ليس من فروع...

الطفل على الولي بعد ما حكم بوجوب حفظ ما له فقال ١ فى وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح. ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل و نصب الولي لدفعها وبهذا يبنى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح. وعلى الثانى هل يجب ام لا.

وقد حقق ذلك فى علم الكلام " انتهى كلامه (ره).  
وحاصل المراد ان فى صورة عدم المصلحة لا يمكن الاجازة لا من الطفل ولا من وليه. اما من الطفل فلعدم الامكان. واما من الولي فلعدم المصلحة. فيصح ان يقال ليس هنا مجيز فى حال العقد، فلا يصح الفضولى الا على القول بكفاية المجيز بالقوة البعيدة.. واما فى صورة

وجود المصلحة فى البيع، فمع وجود الولي " ولو كان هو الحاكم " فيجب عليه الاجازة، لوجوب العمل بالاصلح، لثلا يلزم ترجيح المرجوح. وان لم يكن ولي، او كان و ترك العمل بالاصلح و صار معروفا، فيصح من الفضولى. فانه الا حسن، و يجوز العمل به لقوله تعالى " الا بالتى هى احسن " اذ المخاطبون قاطبة المكلفين، لا خصوص الاولياء. فلا يتصور هنا عدم المجيز.

واما الا شاعرة، فلما قالوا بجواز ترجيح المرجوح وعدم وجوب الا صلح. فيتصور عدم وجود المجيز، على مذهبهم فى صورة المصلحة وعدم المصلحة. والمقام بعد، لا يخل عن الاجمال والاغلاق. وقد نقل عن الشهيد " ره " انه قال " اعترض

بعض العامة على العلامة (ره) لسقوط هذه المسئلة - اعنى اشتراط وجود المجيز - على

مذهب الامامية، لانهم يعتقدون وجود الامام فى كل زمان، وانه ولي من لا ولي له. واجاب

العلامة بان المراد مجيز فى الحال و يمكن الاطلاع على اجازته، و هى متعذرة فى هذا الزمان

لاستتاره - ع - . اقول: و يمكن ان يقال من جانب المعترض انكم تقولون الحاكم



الشرعى  
نائب عنه ولا تعذر فيه. فالاولى فى الجواب ان يقال: المراد اشتراط التمكن من  
الاطلاع على  
اجازة المجيز وفرض التعذر ممكن ولو انحصر الولاية فى عدول المومنين ايضا. ولعل  
هذا هو

-----  
١: اى قال فخر المحققين فى الايضاح، فى وجه اشكال العلامة فى القواعد. راجع: الايضاح كتاب الحجر.  
ص ٥٣ من المجلد الثانى من طبع اسماعيليان

مراد العلامة.

بقى الكلام فى مأخذ المسئلتين. و تحقيق المقام والتكلم فى الادلة التى ذكرها لهما. فنقول: اما المسئلة الاولى، فالتحقيق فيه ان معنى صحة الفضولى هو ترتب اثر نفس العقد وهو

صلاحيته لان يترتب عليه اثر البيع، وهو الانتقال بعد الاجازة. فانه يحصل بمجرد العقد و يترتب الانتقال ايضا بعد الاجازة. وانتقال النماء قبل الاجازة على القول بالكشف. واما

اشتراط ذلك بكون المجيز فى اقرب مراتب الاستعداد فممنوع، لما نذكره فى الاحتمال

الثانى من منع الاشتراط، و سنده الاخبار الورادة فى النكاح مثل صحيحة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و يدل فى الفحوى على غير النكاح، لكون امره اشد. و يدل عليه عموم قوله تعالى " او فوا بالعقود " فان الاصل فيها العموم خرج ما خرج بالدليل وبقى الباقي. والقول بان ذلك مستلزم لكون الباقي من العام اقل من المخرج، وهو

خلاف التحقيق، فلا بد ان يقال بكون اللام الراجع الى العقود المعهودة فى اوائل الخطاب.

فهو مدفوع بان الجمع المحلى حقيقة فى العموم، وليس الفضولى من الافراد النادرة. مع ان

العموم افرادى لا نوعى. ولا ريب ان اشخاص العقود المعهودة اكثر من اشخاص لغير المعهودة.

وقد حققنا هذا المقام فى مواضع من تاليفاتنا سيما فى الرسالة التى كتبناها فى مسئلة الطلاق بعوض.

و اما ما ذكره فى المسئلة الثانية، فلا يخفى ما فى تقريره من الحزازة التامة اذ بنى كلامه فى المسئلة على احتمالين احدهما البطلان رأسا، اى سواء اجاز المالك الاخر الذى هو البايع او لم يجز، هو مختار المصنف، وهو الاحتمال الاخير فى كلامه.

والثانى

صحته فى الجملة. وهو الاحتمال الذى ذكره اولاً. ثم انه فصل الكلام فى الاحتمال الاول

بالنسبة الى لحوق الاجازة من المالك الاخير و عدمه. و مقتضى تقريره ان يكون اول كلامه فى الاحتمال الاول ناظرا الى وجود الاجازة.

و آخر كلامه، يعنى ما ذكره فى ذيل قوله " و هل يتوقف على اجازته " ناظرا الى عدم

-----

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

(٣١٥)

لحوق الاجازة، ١ لا يخفى ما فيه اذا الاستدلال بابلغية المالك من الاجازة يقتضى ان مراده

صورة عدم الاجازة. فاذا تم كلامه بالابلغية و ما ذكره بعدها، فلا معنى لقوله " فهل يتوقف... " وان اراد باول كلامه صورة لحوق الاجازة ايضا، بان يكون المراد من الاول

حصول الملك ولحوق الاجازة معا بتقدير ان الملك مع الاجازة ابلغ، فيحتاج الى تقدير الاجازة، فكان ينبغى ان يقول فى اول الكلام " ثم ملكه واجاز " . وفى موضع قوله " فملكه

ابلق " ، " فملكه مع الاجازة ابلغ " . الى غير ذلك من الحزازات. و كيف كان، فالامر فى ذلك سهل. والعمدة بيان صحة المأخذ. فنقول: اما قوله " لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فملكه ابلغ " ان اراد ان اجازة المالك الذى هو

مالك حين العقد موجبة لصحة فعل المباشر، فملك ذلك المالك ابلغ. فلا معنى له اصلا.

اذا المفروض ان الملك ح لغيره. ولو فرض كونه له، فهو خارج عن الفرض. وان اراد اجازة

مطلق المالك و كل من صدق عليه وصف المالكية حتى يشمل من حصل له الملك فى ثانى الحال، فهو اول الدعوى. اذ كون اجازة من هو مالك حين العقد كافيا لا يدل على

كون اجازة من ملك بعده كافيا، فضلا عن كونه ابلغ، وان اجازة معه ايضا فضلا عن عدم الاجازة.

مع ان الحاق الملك الاخير بالرضا السابق حتى يحصل من ضم هذا المالك بالرضا السابق مفهوم رضاء المالك فى صورة عدم الاجازة من المالك الاخير، ليس له معنى معقول. لان الجنس لا بقاء له مع انتفاء الفصل. فكيف يضم اليه فصل آخر بعد انعدامه حتى يحصل نوع آخر لو اكتفينا به ايضا. ففى الكلام خلط. وان قيل العلة فى تأثير اجازة

المالك هو المالكية وهو موجود هنا. ففيه منع ظاهر. اذا المسلم من العلية هو علية المالك حين العقد لا مطلق المالكية.

ومن ذلك ظهر ان انضمام الاجازة ايضا لا ينع. اذا المسلم من اعتباره هو اجازة المالك حين العقد، لا مطلقا. ومن ذلك ظهر بطلان مفهوم الحيثية الاولى من الحيثيتين

-----

١: وفي النسخة: ولا يخفى

(٣١٦)

اللتين ذكرهما فى ذيل قوله " وهل يتوقف على اجازته ". و منطوق الحثية الثانية ايضا.  
و مما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله " ولان عقد الفضولى.... " لمنع وجود الشرط و  
زوال

المانع.

واما ما ذكره من الدليل على احتمال البطلان، فهو مبتن على ما ذكره سابقا، من  
اشتراط وجود المجيز حين العقد و تمكنه من الاجازة باقرب مراتب الامكان  
الاستعدادى.

وهو منتف هنا. لان المراد بالمجيز فى هذا الباب هو المالك حين العقد، الذى من  
شأنه

الاجازة و يمكن الحصول منه بالا مكان الاستعدادى، و المفروض عدمه. لا حتفاف  
العائد

حين العقد بضد كونه مالكا وهو كونه غير مالك. وهو ضد حقيقى لكونه مالكا فضلا  
عن

كونه مالكا مجيزا بالامكان الاستعدادى. وهذا صحيح لكن لمحض عدم تحقق المجيز  
على

اقرب مراتب الاستعداد. لما منعناه فى الصبى. بل لانه ليس هنا امكان الاجازة من  
المالك حين العقد. لانه ليس بمالك حين العقد حتى يمكن ان يقال يتحقق الامكان  
الذاتى ايضا.

اذ لا رابطة بين امكان تحقق الاجازة من المالك حين العقد و بين امكان  
تحقيقه من غيره الذى ملك بعد العقد، و شرط الصحة شرعا هو الاول، لا الثانى.  
واما امكان ان يصير هذا العائد فى وقت من الاوقات مجيزا شرعا فى غير هذا العقد،  
فهو لا دخل له فيما نحن فيه. واما ما جعله التحقيق فى المسئلة اخيرا، فهو مبنى على  
التخريج من الفضولى، وجعل التملك نازلا منزلة الاجازة فيما لو كان المال ملكا  
للمجيز

حين العقد. وقد يتوهم انه مبنى على اللاحاق به بناء على مختاره فى الاجازة انه من  
باب

النقل. ولعله مبنى على انه لا يصح على القول بالكشف. للزوم الضدين (كما بيناه)  
بخلاف

ما لو بنى على النقل. وفيه ان موضوع المسئلة فى الكشف والنقل شىء واحد وهو  
انتقال

مال المجيز حين العقد الى المشتري فى حال العقد او فى حال الاجازة. ولما كان  
المفروض ان هذا المال لم يكن مالا للمجيز حين العقد فيلزم اجتماع الضدين على  
القولين.

بقى الكلام فى ساير الادلة فى هذا المقام مثل " اوفوا بالعقود " و غيره مما ذكره

فى اصل صحة الفضولى. و ربما يقدر فى العمومات بان المراد بالعقود فى قوله تعالى " و اوفوا بالعقود " العقود الموثقة مطلقا سواء كان بين الله و عباده، او بين العباد بعضهم

مع بعض، او بين العبد و نفسه. و كون الفضولى من العقود الموثقة انما يتم بالاجازة سواء

كان من الطرفين كما لو كان فضولين او من طرف من كان له فضوليا. وقد يطلق عليه العهد الموثق قبل الاجازة ايضا. كما لو كان احد الطرفين فضوليا والاخر لنفسه. فانه موثق فى جانب الآخر بالنسبة الى نفسه وان كان متزلزلا وغير موثق بالنسبة الى الفضولى. فهو يلتزم للعقد ما لم يظهر [من] ١ الطرف الفضولى عدم الاجازة، فلا اشكال

فى اندراج الفضولى تحت عموم " اوفوا بالعقود " مع الاجازة فى الجملة.

ومعنى ايثاق العهد بالاجازة فى الفضولى المعهود هو رضاء المالك الاصلى بالعهد الذى وقع من البايع الفضولى. فبالترامه البيع الذى وقع على ملكة صار عهدا موثقا منه. سواء قلنا بان الاجازة كاشفة، او ناقلة. واما فى ما نحن فيه اعنى اجازة من ملك العين بعد

العقد الفضولى فيشكل تحقق اثبات العهد فيه. اذ العهد المتقدم هو نقل ملك المالك الاول فضولا، ولا يصدق على اجازة المالك ثانيا انه ايثاق للعهد المتعلق بذلك الملك حين كونه ملكا للمالك الاول.

و يمكن دفعه و جعله من باب ايثاق العهد، لو جعلنا الاجازة عقدا جديدا. كما هو احد

المحتملات فى الفضولى المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز، وفاقا لشيخه

المحقق، حيث قال فى رد الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده ومالا يملك، بان النهى فى

المعاملة لا يقتضى الفساد. وان ليس للبيع لفظ مخصوص. فان مقتضاه ان الاجازة بيع بغير لفظ البيع. فيكون فى الاجازة ثلاثة اقوال: الاول: كونها كاشفة عن النقل من حين البيع. والثانى: كونها ناقلة، بان يكون جزء السبب فالناقل هو الصيغة السابقة مع الاجازة. والثالث: كونها عقدا جديدا مستقلا لا مدخلىة للعقد السابق فيه.

---

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





(۳۱۸)

وهذا لا ينافي ما اخترناه من ترجيح القول بالشكف كما هو مذهب الاكثر. و عدم تفصيلهم فى المقام انما هو لعدم التفاتهم الى هذا الفرد وانما كان نظرهم الى الفضولى المعهود، او مطلق ما كان المجيز هو من كان مالكا للعين حين العقد. فهذا القول ليس خرقا للاجماع المركب. مع ما عرفت من نقل القول الثالث فى الفضولى المعهود، او فى

ما هو اعم منه ايضا. على انا نقول انه لا مناص لهم ايضا عن ذلك، اى التزام العقد الجديد

فى بعض الصور، وتطبيقه على الاجازة، و توجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعا من الاستخدام.

فمعنى " اجزت البيع "، " رضيت بالانتقال اليه من باب البيع ". فاللازم فى " البيع " او الضمير لو قال " اجزتها " راجع الى الاثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع فى الخارج، حتى يقال انه ليس الرضاء به. و يكفى هذا فى صدق معنى الاجازة. توضيحه: ان الاجازة فى صورة كون البايع غاصبا وقاصدا لبيع الملك لنفسه، مصححة للبيع - على الاصح. كما ذهب اليه الاكثر - وهو ليس فى معنى لحوق الاجازة بالعقد كما

هو كذلك فى الفضولى المعهود، بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه وقصده لوقوع البيع لنفسه، برضا المالك ووقوع البيع عنه. والفرق واضح بين لحوق رضا المالك

بمقتضى العقد ووقوعه من قبله بالعقد، و بين تبديل الرضا والايقاع من الغاصب بالرضا والايقاع عن المالك.

لا يقال: ان ايجاب البايع الغاصب لنفسه مركب من امرين: الايجاب. و كونه لنفسه. فاذا بطل كونه لنفسه، فيبقى الايجاب، و بسبب اجازة المالك يتحقق لحوق الرضا من المالك بالعقد. فهو من باب لحوق الرضا بعقد الفضولى.

لانا نقول: ان الفصل علة لوجود الجنس - على التحقيق - فباتفائه ينتفى الجنس. فيرجع الكلام الى تبديل نوع بنوع آخر. لا من باب لحوق الفصل بالجنس، لعدم

وجود الجنس بعد انتفاء فصله. و كذلك الكلام فى بيع المكره ولحوق الاجازة به فان الايجاب على سبيل الاكراه نوع مغاير للايجاب على سبيل الرضا. فتصححه بالاجازة ليس الا من باب تبديل نوع بنوع آخر، لا من باب لحوق الرضا بالايجاب.

و كذلك الكلام فى الاجازة بعد ما باعه باعتقاد انه ملكه ثم ظهر مستحقا للغير.  
ولا يخفى انهم استدلوا فى تصحيح بيع الغاصب بعد الاجازة، و كذلك المكره  
والجاهل  
بكون الملك مستحقا للغير، بعموم " اوفوا بالعقود ". و جعل المذكورات من باب  
العهد  
الموثقة. ولا يخفى انها لا تصير من العهود الموثقة الا بجعل المالك واعتباره ايجابا  
موضع  
ايجاب. اذا عرفت هذا [فيبقى] الكلام فى ما لو باع مال الغير فضولا او غصبا او  
جاهلا

باستحقاقه للغير. ثم اشتره او انتقل اليه بناقل لشرعى و اجاز  
فنقول: اذا كان تصحيح العقد باعتبار المعتر و يحصل به العهد الموثق، فكما يمكن  
اعتبار تحقق الايجاب عن المالك فى تمام الزمان الذى بعد العقد الفضولى (واخواته)  
الى  
زمان الاجازة و يتحصل به البيع من المالك و يصير بذلك من العهود الموثقة. فكذلك  
يمكن اعتبار تحققه بالنسبة الى ما بعد زمان اشترائه (او الانتقال اليه بنحو آخر) بسبب  
الاجازة فيكون عهدا موثقا من حين اشترائه الى زمان الاجازة و ما بعده. ولا يلزم ان  
يكون  
من حين الايجاب الفضولى حتى يرد ان يقال انه يلزم على القول بكون الاجازة كاشفة  
خروج  
المال عن ملك مالكة قبل دخوله فيه. [وهو] محال. اذا المفروض ان اعتبار المعتر انما  
هو  
بالنسبة الى زمان امكان اعتباره و هو ما بعد الانتقال اليه. فعلى القول بالكشف انما  
يلزم خروجه  
عن ملكه بعد الانتقال اليه.  
والمفروض انه داخل فى ملكه، ح.  
لا يقال: ان القائلين بالكشف لم يفرقوا بين انواع الفضولى. فهذا خرق للاجماع  
المركب.  
لانا ذكرنا سابقا انهم لم يلتفتوا فى مقام بيان الكشف والنقل الى مثل ذلك. بل انما  
كلامهم  
فى الفضولى المصطلح، او ما يقوم مقامه مما مر.  
والحاصل: ان الاجازة فى بيع الغاصب انما هو فى معنى التزام ورود معاملات جديدة  
على مال المغضوب منه، لا امضاء للعقد السابق. فان العقد السابق انما كان تبعا لنفس  
الغاصب. وهو مبين لكونه تبعا لنفس المغضوب منه. [و] يصححها " اوفوا بالعقود "

لانه  
يصدق عليه انه عهد موثق. فكذاك التزام البيع بعد مضي قطعة من الزمان و هو اول  
زمان  
الانتقال الى الغاصب [و] ما بعده وانتقاله منه الى المشتري الاول من حين الانتقال اليه  
عهد

موثق دخل فى ذلك العموم. فالاجازة اما يصدر من المالك حين العقد او من غيره. فعلى الاول فاما ان يكون ما وقع من العقد فى مال الغير من باب الفضولى المصطلح، او البيع لنفسه غصبا او جهلا بانه مال الغير، فعلى الاول، الاجازة بمعنى لحقوق الرضا بالعقد

السابق. وعلى الثانيين بمعنى تبديل عقد بعقد بانشاء جديد. ١ و على الثانى - اى ما يصدر

من غيره - فذلك الغير اما هو وارث المالك الاصلى، او غيره. و على الاول فان كان العقد من

باب الفضولى المصطلح، فهو من معنى المورث لانه حق انتقل اليه بالميراث. فهو ايضا من

باب لحقوق الرضا بالعقد السابق. و ان كان من القسمين الاخرين. فهو ايضا تبديل عقد بعقد

انتقل اليه ذلك الحق بالميراث.

و على الثانى - اعنى غير الوارث - فهو من باب تبديل عقد بعقد. لانه معنى لحقوق الرضا

بالعقد السابق. لان العقد السابق انما تعلق بملك الغير بقصد ان يكون للمشتري فى جميع

زمان ما بعد العقد، والمفروض انه ليس ملكا له فى اول زمان العقد حتى يمضيه. ولا فرق فى

ذلك بين ما كان المجيز هو البايع، او الذى انتقل اليه الملك ثانيا، او كان غيره، مثل ان يبيع

احد مال زيد فضولا او غصبا او جهلا، من بكر. ثم باع زيد ذلك المال بعينه من عمرو. ثم

اجاز عمرو ذلك البيع.

و بالجملة: العمدة فى الباب عموم الاية و ما فى معناه سواء سميته بيعا او غيره. لكونه من العهود الموثقة. و لكن الظاهر انه من اقسام البيع. و يظهر الثمرة فى ترتب احكام

البيع

عليه. و مما ذكرناه يظهر انه لا يرد ايضا ان يقال فى ابطال هذا العقد على القول بالكشف ان

العقد الاول الواقع فضولا انما صح و ترتب الثمرة عليه باجازة ذلك البايع الفضولى و هى

متوقفة على صحة العقد.

الثانى - اعنى اشتراء البايع الفضولى من المالك الاصلى. و هى متوقفة على كون المال

باقيا على ملك مالكة الاصلى. فيكون صحة الاول مستلزمة لكون المال المعين ملك  
المالك  
الاصلى و ملك المشتري الاول معا فى زمان واحد. و هو زمان ما بعد عقد الفضولى،  
وهو

-----  
١: و فى النسخة: تبديل عقد بعقد انشاء عقد

محال. فوجود ملكية المشتري الاول فى ذلك الزمان تقتضى عدم ملكية المالك الاصلى و عدم ملكية المالك الاصلى موجب لعدم ملكية المشتري الاولى ايضا. لان مالكيته موقوفة على اجازة المشتري الثانى الذى هو البايع الفضولى. التى تتوقف صحتها على صحة اشترايه الموقوفة على ملكية المالك الاصلى حين الاشتراء. فيلزم وجود ملكية المشتري الاول و عدمها معا فى آن واحد. و هو محال. و ذلك لما عرفت ان اجازة البايع الفضولى بعد الاشتراء عن المالك الاصلى، انما يكشف عن الانتقال الى المشتري الاول من حين انتقال الملك اليه من مالكة الاصلى لا من حين عقد البيع الاول. و فى هذا الحين لا حق للمالك الاصلى فيه. واعلم: ان هيهنا مجالا لتوهم ان يقال ببطلان الفضولى مطلقا (على القول بالكشف) و ان اجاز المالك. لان صحته موقوفة على الاجازة المتاخرة الموقوفة على بقاء ملك المالك بعد العقد، والمستلزمة لملك المشتري كذلك. فيلزم كون الملك بعد العقد للمالك الاصلى والمشتري معا فى آن واحد. فاما لابد من بطلان الفضولى مطلقا، او بطلان القول بالكشف. و يندفع بان صحة الاجازة انما تتوقف على الملكية الظاهرية المستصحبة، و بعد الاجازة ينكشف ملكية المشتري فى الواقع، فلا منافاة بين الحكم بملكية المالك الاصلى فى ظاهر الشرع الى حين الاجازة و كشف الاجازة عن ملكية المشتري بعد العقد فى نفس الامر. و يبقى الاشكال فى ترتب ثمرات الملك. فنقول: ان الثمرات ايضا تابعة لما هو الظاهر. فلا يمنع المالك الاصلى عن انواع التصرفات والتمتع بنماء الملك و بيعها و شرائها الى ان ينكشف حقيقة الحال. فيسترد لظهور كونها مال الغير. فنفس ملكية العين والنماء تابعة لنفس الامر و ان كان الحكم بكونها ملكا تابعة للظاهر. فهو ثابت على الظاهر ما لم ينكشف الواقع على خلافه.

نعم، قد يختلف الحال بالنسبة الى التكاليف المتعلقة بالموضوع مثل ان يتعلق حكم  
بمال زيد من حيث انه مال زيد. فهو يتعلق بما علم المكلف انه ماله، او بما كان مالا  
له في  
نفس الامر. مثلا اذا حلف ان لا يتصرف في مال زيد، والمفروض ان عمروا باع مال  
زيد فضولا  
بخالد، ثم اجاز زيد. فاذا تصرف الحالف قبل الاجازة في هذا المال فيحنت على  
الاول.



بخلاف الثانى. و ان حلف الحالف على ان لا يتصرف فى مال عمرو، فيحنث على الثانى دون الاول.

والتحقيق عندى ان التكاليف متعلقة بما يكون موضوعا للحكم فى نظر المكلف. لا فى نفس الامر وان كان الالفاظ موضوعة لما هو فى نفس الامر. فقول الشارع " يجب على من خالف

اليمين الكفارة " لابد ان ينزل على من خالفها عالما بانها مخالفة لليمين، لا بما كان مخالفة

فى نفس الامر. فكذلك قوله بان " اجازة المالك يصح الفضولى " ينزل على ان اجازة من يعلم

انه مالك فى ظاهر الحال يصح العقد، و كون المال للمجاز له فى نفس الامر. و لا يضر كون

الامر الظاهر مثبتا للامر النفس الامرى. فان اثبات هذا النفس الامرى ايضا اثبات ظاهرى.

فالمراد انه يحكم عليه بحكم النفس الامرى فى ظاهر الشرع. والا فقد يكون المالك فى نفس

الامر غير مالك. و اذا ظهر ذلك بعد الاجازة، فلا ينفع اجازته فى اثبات الانتقال الى المشتري

فى نفس الامر.

و كذلك قوله " ان نماء المال تابع للملك " فيحكم ظاهرا بكون النماء لمن هو مالك ظاهرا. و لكن هنا بعد ظهور كونه ملكا للغير يسترد منه. لانه تابع لما هو فى نفس

الامر

ملك له، و انما حكم كونه للمالك الظاهرى فى ظاهر الشرع. والسر فى الفرق بينه و بين

الكفارة، لعله ان الكفارة انما هو لاجل المعصية غالبا، و لذلك يحكم بوجوب الكفارة على

الظاهر فى اول النهار فى شهر رمضان و ان حاضت فى آخره. و من هذا الباب الكلام فى اجراء

الحد لو وطى المنكوحة فضولا. او الامة المشترية كذلك. قبل الاجازة.

نعم، الحكم بلزوم الاجراء اذا تاخر الحد لمانع الى ان يجيز ففيه اشكال. و اما لحقوق

الولد و صيرورة الامة ام ولد. ففيه اشكال، سيما مع [عدم] جهالة المشتري بوقوع

العقد فضولا. ففيه  
اشكال نظرا الى انه زان على الظاهر. و الى ان اعتقاده الزناء غير مضر بكون الوطى في  
نفس  
الامر مع الزوجة او المملوكة، كما يكشف عنه الاجازة. ولعل الترجيح للثاني. فيكشف  
ان  
ولد المملوكة نماء ملكه و هي نمائها له بعد الاجازة. ٢ هذا الكلام في صورة صحة  
الاجازة.

-----  
١: و في النسخة: تراخي الحد.  
٢: وعبرة النسخة كذا " و كيف كان قوله المملوكة نماء ملكه و هي نمائها له بعد الاجازة ". و في العبارة  
سقط  
وتصحيف وبزعمى لا سبيل في الاصلاح الا ما اصلحناه

و اما انه هل يصح الاجازة مطلقا، او يتفاوت الحال فى المقامات؟ -؟ فيحتاج الى تفصيل. فنقول: اذا نكح الفضولى الهند لزيد والهند تزوجت بعمره قبل علمها بنكاح الفضولى، مثلا. فهل لها الاجازة بعد الاطلاع؟ و اذا اجازت فينسخ نكاحها بعمره، او لا يجوز لها الاجازة؟ و كذلك لو نكح الفضولى زيدا بامرئة و تزوج زيد قبل الاطلاع بنتها او امها.

والظاهر انه ليس لهما الاجازة فانهما قبل الاطلاع عقدا على انفسهما عقدا صحيحا، والفضولى بنفسه لا يؤثر اثره بلحوق الاجازة، و ان قلنا بكونها كاشفة. فالمرئة فى المثال الاول

مزوجة بعقد صحيح ولا يجوز تزوج ذات البعل بغيره. والرجل [فى المثال الثانى] متزوج بالام

او البنت بعقد صحيح، و لا يجوز له التزوج ببنتها او امها. و ذلك لان الاجازة بمنزلة عقد

مستقل و ان قلنا بكونها كاشفة. و لا يمكن جمعها مع ما يحرم الاجتماع معه. بخلاف ما يمكن

الاجتماع، كما لو عقد الفضولى لزيد بامرئة و تزوج هو قبل الاطلاع بامرئة اخرى، لا مانع

منها. و من جملة الموانع فى جانب الرجل ان يتزوج برابعة قبل اطلاعه على نكاح الفضولى له برابعة.

و من ذلك يظهر الكلام فى البيع ايضا. فالقول باسترداد العين والمنافع لا يتم على الاطلاق

فلا تغفل عن ذلك، فانى لا يحضرنى تصريح بذلك فى كلاماتهم. و كذلك يظهر مما ذكرنا،

انه لا يرد على القول بالكشف، ان الاجازة المتاخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول الفضولى

و عن كون المال ملك المشتري الاول، فقد وقع العقد الثانى على ما له. فلا بد من اجازته له كما لو باع المالك الاصلى المال من شخص اخر غير ذلك البايع الفضولى، فاجاز

ذلك الشخص البيع الاول، فلا بد من اجازة من اشترى عن البايع الفضولى للبيع الثانى، حتى

يصح و يلزم.

و على هذا فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين اى المشتري من البايع الفضولى،

والباع  
الفضولى الذى اشترى المال عن المالك الاصلى على اجازة الاخر. و توقف صحة كل  
من العقدين على اجازة المشتري الغير الفضولى، و هو من الاعاجيب. بل هو مستحيل.

لا ستلزامه عدم [استحقاق] المالك الاصلى شيئا من الثمن و المثلث و تملك المشتري الاول

للمبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان.

و بدون تمامه ان زاد الاول. و مع زيادته ان زاد الثانى.

و ذلك لان المالك لم يجز البيع الاول. بل اجاز الفضولى بعد تملكه و خسارته

لثمن البيع الثانى. فثمن الاول له. والعقد الثانى يفتقر الى اجازة المشتري الاول.

لا نكشاف وقوعه فى ملكه فالثمن له و قد كان المبيع له ايضا. بما بذله من الثمن و

هو

ظاهر.

اقول: و تصويره: ان زيدا باع كتاب عمرو من بكر بدينار فضولا ولم يجره عمرو. ثم

باع عمرو ذلك الكتاب بزيد بدينار. فان اجازة زيد، ح، يبعه الفضولى مع بكر فى

كتاب

عمرو، فيستحق ثمن ذلك البيع و هو الدينار. و ح لما كان البيع الثانى - اعنى بيع

عمرو

كتابه من زيد - واقعا على مال بكر (لانه صار ماله باجازه زيد بناء على القول

بالكشف)

فيحتاج العقد الى اجازة بكر، فان اجاز فيستحق ثمن البيع الثانى. و هو دينار ايضا،

فيتهاتران. فظهر ان عمرو لا يستحق الكتاب ولا الدينار اصلا. و زيد يستحق الدينار

الذى

هو الثمن فى البيع الاول، و لكنه يسقط بالتهاتر. و بكر يستحق عين الكتاب مع الدينار

و

يسقط بالتهاتر هذا اذا وافق الثمنان.

و اما لو كان الثمن فى البيع الاول دينارا و فى الثانى دينارين فللبكر الكتاب و الدينار

والزايد بعد التهاتر فى القدر المساوى. ولو كان الثمن فى البيع الاول دينارين وفى

الثانى

دينار، فله الكتاب و عليه الدينار لزيد، بعد التهاتر فى القدر المساوى.

و وجه دفع هذا الاستدلال: ان الاجازة المتاخرة انما يكشف عن كون المال ملكا

للمشتري الاول من حين انتقال الملك الى المجيز، لا من حين العقد الاول. كما مر.

فالمبيع ملك المالك الاصلى الى حين البيع الثانى و لا يتوقف صحة بيعه من الفضولى

على

اجازة المشتري الاول. فيملك المالك الاصلى ثمن البيع الثانى. والبائع الفضولى ثمن

البيع الاول. و المشتري الاول عين المبيع. و قوله " وقد كان المبيع له بما بذله من

الثمن "

يعنى للمشترى الاول، ان كان مراده ان المبيع له قبل الاجازة من المالك و من الباع

(٣٢٥)

الفضولى، ولا ريب فى عدم صحته. و ان كان مراده بعد اجازة البايح الذى اشتراه من المالك الاصلى. ففيه ان المفروض ان هذه الاجازة لا تصح الا باعتبار تملكه بسبب بيع المالك الاصلى منه. و قد فرضت ان يبعه كان فى مال الغير لان الاجازة كاشفة عن كون المال عند بيع المالك الاصلى ملكا

للمشترى الاول. والمفروض ان صحة بيع المالك الاصلى موقوف على اجازة المشترى الاول، ومع اجازته لذلك البيع يصير ثمن البيع الثانى له، و عين المبيع للفضولى. فكيف يقال ان المبيع للمشترى الاول بما بذل من الثمن. و كيف يمكن الجمع بين القول بان ثمن البيع الثانى يصير ملكا للمشترى الاول باجازته لبيعه. و بين القول بان المبيع للمشترى الاول بما بذله من الثمن، و ان اعتمدت على ظاهر الحال -!؟. حيث

ان المالك الاصلى باق على ملكيته. بسبب عدم اجازته للبيع الاول. فبيعه لازم للبايع الفضولى. واجازة الفضولى مصححة لمالكية المشترى الاول. فقد تركت بذلك قولك " بانه

مال المشترى الاول حيث ان الاجازة كاشفة عن وقوع البيع فى ماله " مع ان هذا ينافى ما سبق منك من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر. و ذلك لان المالك الاصلى حيث لم يجز البيع الاول، فهو باق على ملكيته. و يبعه لازم، واجازته صحيحة مبتنية على ملك لازم. فلم يصر اجازته للبيع الاول

مسبوقة باجازة المشترى الاول للبيع الثانى، حتى يتوقف اجازته على اجازته. غاية الامر توقف استمرار حكمها عليها. لا توقف نفسها عليها.

نعم، يمكن تسليم توقف اجازة المشترى الاول على اجازة الفضولى. مع انا اذا اعتبرنا عود البايح الفضولى الى اجازة البيع الاول ثانيا، فيعود الاحتياج الى اجازة المشترى لبيع المالك الاصلى، وهلم جرا.

والذى يمكن ان يقال (بناء على ما ذكره): انه يلزم ان يكون ثمن البيع الاول للفضولى و ثمن البيع الثانى للمشترى الاول [و] نفس المبيع للفضولى فعلى هذا لا يتم صحة الاجازة

من البايع الفضولى بعد ما انتقل اليه المال. والجواب هو ما ذكرنا اولا ان مراده ١ من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر، لزوم الدور الواقعى، الذى معناه كون كل واحد منهما علة للاخر. ففيه ان عليا اجازة البايع الفضولى لما باعه فضولا لتحقق اجازة المشتري الاول، ان سلمناه فلا نسلم العكس. اذ البايع الفضولى اذا اشترى المال من المالك الاصلى فقبل اجازته لذلك البيع، لم يحصل استحقاق ملكيته للمشتري الاول. ولا يمكن حصول اجازة منه فقد تحقق اجازة البايع الفضولى من دون اجازة المشتري الاول. فلو كان الثانى علة للاول لما تخلف عنه فقد يجيز البايع الفضولى البيع الذى صدر عنه اولا ويستحق المشتري الاول للمال، ولا يجيز للمشتري الاول بيع المالك الاصلى. وان كان المراد انه على تقدير اجازة المشتري الاول ايضا كل منهما يتوقف على الاخر [فقيه انه] لا استحالة فيه. اذ هو دور معى وعليته من احد الجانبين واستلزام من الاخر. فلا يلزم اعجوبة ولا محال. وقد يستدل على البطلان: بان المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه، فعل ما هو من لو ازمهما. ولما باع ماله على الفضولى بالعقد الثانى، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. وهو لا يجمع صحة العقد الاول. فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول - حيث وقع العقد فى ملكه - و تملك المشتري الاول للثمن الثانى، و يبقى المبيع ملكا للفضولى بما بذل من الثمن. فلا يخرج عن ملكه الا بعقد جديد. واذ تبين عدم مجامعة العقد الثانى مع صحة العقد الاول لزم ان يكون فسخا له، وان لم يعلم بوقوعه. فلا يجدى الاجازة المتاخرة عنه. وبالجملة: حكم عقد الفضولى قبل الاجازة كساير العقود الجائزة، بل اولى منها. فكما ان التصرف المنافى يبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولى. اقول: ولعل مراده من " اللوازم "، اللوازم المختصة. والا فقد يكون اللازم اعم. [و] قوله " وهو لا يجمع صحة العقد الاول " ان اراد الصحة الحاصلة بسبب اجازة المالك، فهو كما



ذكره. لكن المفروض خلافه. فان الكلام فى تصحيحه باجازة الباع الفضولى بالاشترء  
عن

-----  
١: وفى النسخة: ان المراد

المالك. لا باجازه المالك. وان اراد مطلق الصحة، حتى ما حصلت باجازه الباع الفضولى بعد تملكه، فهو اول الدعوى. و يظهر من ذلك ما فى قوله " فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول " يعنى ان صحة العقد الاول يقتضى ذلك، فان اقتضائه ذلك انما هو اذا حصل الصحة باجازه المالك. وهو خلاف الفرض.

والتعليل بأنه وقع العقد فى ملكه ايضا غير تمام. لما عرفت سابقا من امكان وقوع العقد فى ملك شخص، والاجازه المصححة فى ملك المالك المتأخر. وقوله " وتملك المشتري الاول للثمن الثانى ": لا يخفى أن مقتضى صحة العقد الاول (على ما ذكره) تملك المشتري الاول للمبيع. لا للثمن الثانى. الا أن يكون مراده اذا اجاز المشتري الاول البيع الثانى. فكان عليه

ذكر " الاجازه " ولعله من سهو القلم. قوله " واذتبيين... " يعنى اذتبيين - أن مقتضى عقد المالك الثابت القاطع على الفضولى، مالكية المالك للثمن الثانى و مالكية الفضولى للمبيع جزما. وهو لا يجامع الثمن الاول للمالك والمبيع للمشتري الاول لتضادهما - لزم أن يكون البيع على الفضولى فسخا للبيع الاول وان لم يعلم بوقوعه. [و] فيه أن كون ذلك فسخا مع عدم العلم محل نظر. بل نقول

كونه فسخا مع العلم مطلقا، ايضا ممنوع. فلا مانع من أن يجرى الفضولى عقد البيع و يجيئ عند المالك و يقول " أنا أجريت الصيغة فضولا لأشترى منك و أجزه لنفسى " فيقول " نعم

بعتكها و امض وأجز البيع لنفسك. والقول بأشترط أن يكون البيع الفضولى نيابة عن المالك، ممنوع. لما بيناه فى الغاصب والجاهل. فهذا ايضا عهد من العهود الموثقة و داخل فى عموم " او فوا بالعقود كما

بيننا. والحاصل: ان المسلم فى البطلان، هو ما صرح المالك بالفسخ. و بدونه يحكم بالصحة.

ولا منافات بين الحكم بالصحة بسبب الاجازه المتأخرة، و عدم حصول الصحة فى

العقد الاول  
لعدم اجازة المالك.  
قوله " فكما أن التصرف المنافى مبطل.... " فيه أن المسلم من الابطال هو مع صورة  
العلم. فان وهب احد شيئا لغير ذوى رحمه بلا عوض و نسى ذلك. ثم وهبه لغيره ففى  
الحكم

بالبطلان، نظر. فلا يتم فى الفضولى فى صورة عدم العلم ايضا.  
فأن قلت: هذا يستلزم بقاء حكم الفضولى ولو حصل الفسخ الف مرة من الملاك  
المتعاقبة على المبيع. لصحة أن يقال انه انما الفسخ بالنسبة الى المتقدم و يبقى حكمه  
بالنسبة الى المتأخر. وهو اجنبى بالنسبة الى الاحكام الشرعية.  
قلت: هذا محض الاستبعاد. ولا يلزم منه محال عقلى ولا شرعى. مع انا ذكرنا أن ذلك  
فى حكم عقد جديد. فهو فى معنى أن يقول المالك الذى جاء بعد الف مالك " انى  
رضيت أن  
يكون هذا المبيع لمن عقد له الفضولى و يكون الثمن الذى عقد عليه مالى " و يصير  
بذلك من  
العهود الموثقة و يدخل تحت عموم " اوفوا بالعقود ".  
وقد يستدل ايضا: ١ بأنا حيث جوزنا بيع غير المملوك (مع انتفاء الملك ورضاء  
المالك  
والقدرة على التسليم) اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز. لأنه الباع حقيقة. و  
الفرض هنا  
عدم اجازته. و توجيهه ان فى الفضولى المعروف لا بد أن يكون من وقع عنه العقد مالكا  
وقادرا  
على التسليم حين العقد و راضيا حين الاجازة بوقوع العقد السابق، فى زمان وقوعه.  
لأقامة  
الشارع ذلك مقام رضاه حين العقد، حيث كان الامر اليه فى الحالين. واما تجدد  
الملك  
والقدرة على التسليم بعد العقد، فلا يكون محدثا. كما لو باع مباح الاصل، او ما لا  
يصح تملكه،  
او الابقى. ثم تجدد الملك والقدرة، لم يصح اجماعا.  
و كذلك صدور الرضا بالعقد السابق فى زمانه، ممن لم يكن له تسلط على  
المال فى ذلك الزمان اصلا، لا يجدى.  
اقول: غاية ما يثبت من ذلك - على فرض التسليم - هو عدم كون ذلك من الفضولى  
المعروف. و غرضنا اثبات صحة العقد وان لم يكن من باب الفضولى المعروف، كبيع  
الغاصب  
والجاهل. للعمومات و ساير الادلة مع ان اشتراط قدرة التسليم للمالك حين العقد  
الفضولى  
المعروف ايضا ممنوع. اذ قد يبيع المغصوب بعنوان الفضولى المعروف و يجيز المالك  
بعده  
و الاجازة فى معنى القدرة على التسليم. كما ان البيع على الغاصب بما فى يده بالبيع

اللازم

١: أى وقد يستدل على البطلان ايضا

(٣٢٩)

صحيح. فأن البيع عليه بمنزلة القدرة على التسليم، وان كان غير قادر عليه بدونه.  
و من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام، ظهر ما فى الاستدلال على بطلان ما لو باع مال  
الغير فضولا ثم ذهب يشتره، بأنه بيع مال الغير لنفسه. وهو باطل. اذ عرفت انه لا دليل  
على  
بطلانه لصدق البيع عليه عرفا، سيما بملاحظة حكم الغاصب واخواته، و عرفت توجيه  
معنى

الاجازة و تطبيقه على ما نحن فيه.

وقد يستدل عليه بالروايات: ١ مثل ما رواه الكليني والشيخ فى الصحيح عن يحيى بن  
الحجاج " قال: سئلت عن أبى عبد الله - ع - عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب  
وهذه الدابة

و بعنيها اربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه قبل ان يستوجبها،  
او  
تشتريها " ٢ .

و ما رويه عن ابن ابى عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج " قال: قلت  
لأبى

عبد الله - ع - : الرجل يجينى فيقول اشتر لى هذا الثوب اربحك كذا و كذا. قال:  
ليس ان

شاء ترك وان شاء أخذ (؟). قلت: بلى. قال: لا بأس، انما يحلل الكلام و يحرم الكلام  
" ٣ .

والمراد بالكلام عقد البيع فإنه يحل نفيا و يحرم اثباتا، أو يحل ثانيا و يحرم اولاً. اذ  
المراد أن

الكلام الذى جرى بينهما قد يحلل وقد يحرم بحسب اختلافه. فان كانت بطريق  
الالتزام،

حرمت المعاملة بذلك. وان كنت بطريق المراضات من دون الزام (وانما يحصل الالزام  
بعد

شراء البايع بعقد مستأنف) كانت حلالا.

و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم، عن ابى جعفر - ع - " قال سئلته  
عن

رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى اشتره منك بنقد أو بنسيئة. فأبتاعه الرجل من  
اجله.

قال ليس به بأس، انما يشتره منه بعد ما يملكه " ٤ . و ما رواه فى الصحيح عن منصور  
بن

حازم عن ابى عبد الله " فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتره منه. قال: لا بأس

بذلك.  
انما البيع بعد ما يشتره " ٥ .

-----  
١ : اى ويستدل على البطلان بالروايات.  
٢ و ٣ : الوسائل: ج ١٢ ، ابواب احكام العقود، ب ٨ ج ١٣ و ١٤ .  
٤ و ٥ : المرجع، ح ٨ و ٦

اقول: فلنذكر هنا رواية يستعان بها على الجواب عن تلك الاخبار. وهى ما رواه الكليني  
فى الحسن كالصحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع -  
الرجل :  
يجئنى يطلب المطاع فأقاوله على الربح، ثم اشتره فأبييه منه. فقال: اليس ان شاء أخذ  
وان  
شاء ترك (؟). قلت: بلى. قال: لا بأس به. فقلت: ان من عندنا يفسده. قال: ولم (؟).  
قلت: قد باع  
ما ليس عنده. قال: فما يقول فى السلف قد باعه صاحبه ما ليس عنده (؟). قلت بلى.  
قال  
فانما صلح من أجل انهم يسمونه سلما. ان أبى كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت  
تجده  
فى الوقت الذى بعته فيه " ١. والظاهر أن المراد من قوله - ع - " تجده " تقدر عليه  
وان لم يكن  
عندك.  
وهذا القيد انما هو فى " الحال " لعدم اشتراط ذلك فى " السلم ".  
قال فى الوافى: و يستفاد منه و مما فى معناه جواز بيع ما ليس عنده اذا كان مما يقدر  
عليه عند البيع حالا كان او سلما. فما يوهم صدر الخبر (وما فى معناه) من تقييد  
الجواز بما  
اذا لم يوجب البيع، ينبغى حمله على التقية، أو الاولوية، أو تخصيصه بالمرابحة. ويؤيد  
الاول  
نقل صريح الحكم به عن ابيه (ع) وشهرة خلافه عن العامة ح. انتهى كلامه، و لا بأس  
به.  
و على هذا فنقول: اما الرواية الاولى: فان كان المراد من اسم الاشارة الشخص المعين،  
كما هو الظاهر. فوجهه انه لا يجوز بيع مال الغير مع المواجبة والالتزام، مع العلم بأنه  
مال  
الغير، وان جاز البيع فضولا مترقبا للاجازة. واما انه لا يصح البيع فضولا مع لحوق  
الاجازة، فلا  
دلالة عليه اصلا. غاية الامر كونه منهيًا عنه. وهو لا يدل على الفساد.  
وان كان المراد النوع من الثوب والداية، فالجواب هو ما نقلنا عن الوافى. ومنه يظهر  
الجواب عن ساير الاخبار.، فلاحاجة الى الاعادة. مع ان تلك الاخبار لا دخل لها فى  
ما نحن  
فيه. اذ كلامنا فى الفضولى وهو لا يتحقق الا فى الشخص المعين من المال. والمراد



من تلك  
الاخبار البيع في الذمة، وهو كلى.  
وهذا كله اذا اجاز المالك. واما كفاية الشراء فقط من دون الاجازة بعده فالظاهر انه

-----  
١: المرجع، الباب ٧ ح ٣

لا اشكال فى عدم الكفاية. وقد بينا سابقا أن كون الشراء ابلغ من الاجازة عن المالك، ممنوع.

بل مساواته ايضا.

فأن قلت: ان هذا ايضا عهد موثق، حيث انه باعه بعنوان الالتزام. غاية الامر انتفاء الملكية وقد حصلت بشرائه من المالك، فيدخل تحت العموم. قلت: ان باعه للمالك، فهو متزلزل وموقوف على اجازته. والمفروض عدم الاجازة منه، فأين الايثاق. وان باعه لنفسه، فلا دليل على صحة بيع مال الغير لنفسه. و انما صححنا

بيع

الغاصب بسبب اجازة المالك لا لمجرد انه باع مال الغير. و ان كان بعنوان الايثاق والمفروض

فى ما نحن فيه عدمها، لا من المالك الاصلى و لا من البايع بعد الاشراء. والاحبار المانعة

عن بيع ما لا يملك منزلة على ذلك. و كذلك الكلام، ان باعه غير قاصد لمالكة و لا لنفسه، بل

يريد صورة ايقاع البيع فى غير ملكه، ليضمنه بحصول الملكية لنفسه بالاشرء بعد ذلك. وأما ما يظهر من كلام العلامة فى التذكرة من الاجماع على البطلان حيث حمل الاخبار المانعة على ما اذا باع عن نفسه و يمضى و يشتريه من مالكة. لانه (ص) ذكره

جوابا

لحكيم بن حزام حين سئله عن بيع الشئ فيمضى فيشتريه ويسلمه. قال (ص) ان هذا البيع غير جايز ١ و لا نعلم فيه خلافا. و لعل مراده ايضا ما لو لم يلحقه الاجازة بل اكتفى

بمحض الاشرء. والظاهر وجود المخالف والقول بالصحة مع الاجازة، كما حكى عن ظاهر

الدروس والصميرى والمقداد. وقد اشرنا من استشكال بعضهم ايضا. بل احتمال الصحة بمجرد الاشرء بعد البيع فضولا. كما جعله التحقيق فى الايضاح. على القول بصحة الفضولى. فالظاهر الصحة مع الاجازة بعد الاشرء. و عدمها بدونها.

تذييل: اذا عرفت ان الاقوى فى صورة تملك الفضولى للمبيع بعد العقد، احتياجه الى الاجازة. فأعلم: ان الاقوى ايضا، ان ظهور الملك بعد العقد، ايضا حكمه ذلك، وله فروع

كثيرة: منها: ما لو باع مال ابيه بظن الحيوة، فظهر انه كان ميتا و كان ملكه ح. فقيل بالصحة،

بمعنى كونه لازما غير محتاج الى الاجازة. و قيل انه صحيح، بمعنى كونه فضوليا

## محتاجا الى

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

الاجازة. وقيل بالبطلان. والاول هو مختار المحقق فى الشرايع والعلامة فى جملة من كتبه.

و ربما يظهر منه فى - كتاب الهبة من - القواعد انه اجماعى. حيث قال " واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة، و صح لا معه، على رأى. ولو كانت فاسدة صح اجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه، او اوصى بمن ا اعتقه وظهر بطلان عتقه، فكذلك".

و مثله عبارة الارشاد الا فى ذكر الوصية. ولكن يظهر من كلامه فى مسائل البيع ان فيه خلافا. حيث قال " فالوجه الصحة ". و كيف كان فدعوى الاجماع مشكلة، سيما اذا أراد بها

اللزوم. كما فسرهما ولده و المحقق الثانى و غيرهما. فالعمدة بيان المأخذ والدليل. والقول الثانى للمحقق الثانى والشهيد الثانى. و عن الشهيد انه مختار ابن المتوج، وهو الاقوى.

والقول الثالث، لم أقف على قائل به. نعم جعله فى الايضاح احتمالا، ونقل الأحمال عن نهاية العلامة ايضا.

حجة الاول: حصول الشرط المعتبر فى اللزوم. وهو انه عقد وقع من اهله فى محله. وان

المعتبر هو قصد المالك للبيع فى ماله، وقد حصل. فالبيع مقصود على ماله، فيصح. وفيه انه

لم يقصد البيع اللازم، بل انما قصد بيع مال غيره فضولا. فلا يتم الاجازة و نحن لا ننكره.

و بالجملة: " العقود تابع للقصد ". والذى قصده هو كونه بيع مال الغير موقوفا على الاجازة.

واما بيعه عن نفسه، فلم يقصده. و مطلق قصد البيع لا ينفع فى قصد نوع منه. سيما اذا قال

" انى لم اقصد بيع مالى " بل لو قصد احد انواعه لا يكفى فى قصد نوع آخر. لتباينها. و لعله نظر فى الايضاح الى هذا، حيث قال " و لما اعتبر القصد فى اصل المبيع ففى احواله اولى " و توضيحه ان البيع اذا كان مدلوله معلوما معيناً ولم يلحقه القصد الى المدلول

كأنها زل. والمكره لا يكفى مع عدم الاشتباه فى المدلول. وفى ما اشتبه المدلول ايضا، بسبب

تعدد الانواع، والقصد هنا أولى بالاعتبار لكون المدلول والمقصود كليهما مجهولا. فمراده

بالاحوال، الانواع.

١: وفي النسخة: من اعتقه

وحجة الثانية: هو ما ذكرنا في رد حجة الاول. مضافا الى ما بيناه سابقا من كفاية الاجازة فيما لو ملك الفضولى المبيع بعد العقد. بل هنا اولى بالصحة لتحقق الملك حال

العقد. مع انه ليس بأقل من بيع الغاصب، وقد بينا صحته بالاجازة. وحجة الاحتمال الثالث: انه انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه. ولأنه وان كان منجزا

في الصورة، فهو في المعنى معلق. والتقدير " ان مات مورثي فقد بعتهك ". و لأنه كالعابث عند

مباشرة العقد، لأعتقاد ان المبيع لغيره. هكذا ذكر في الايضاح. وفيه ما في الاول، فأن ذلك

هو معنى الفضولى، وقد اثبتنا صحته موقوفا. واما الثاني، ففيه انه خلاف المفروض، و مناقض

للاول. نعم ان فرض هكذا فله وجه اذا ابطالنا مطلق التعليق في العقود. واما الثالث، ففيه مع

ورود المنع الواضح، انه مناقض للاولين.

ومنها: ما لو باع الواهب الموهوب في الهبة الجائزة، كالهبة الغير المعوضة للأجنبي. ففيه

قولان: البطلان، بمعنى عدم اللزوم، لا عدم قابليته للاجازة ايضا، وهو مختار الشرايع، و

دليله انه بيع وقع في ملك الغير. وليس مسبقا بالفسخ حتى يرد البيع على ملكه وان قلنا ان البيع فسخ كما نقل الاتفاق عليه، فغاية الامر ان البيع سبب لفسخ الهبة، فقبله لا فسخ

و بعده لا بيع. فالبيع سابق على الملك ولم يقع في الملك. والصحة. وهو مختار العلامة في

القواعد و ولد في الايضاح والشهيد الثاني. وقد يستدل عليه بوقوع الفسخ والبيع بتحقق واحد. والمفروض ان الفسخ يحصل بالعقد اتفاقا، فلو كان فاسدا لم يؤثر في الفسخ. وهو في غاية الضعف اذ الدلالة على الفسخ لا يستلزم الصحة. بل كل ما دل على

الفسخ يكفى.

وقد توجه الصحة بأن العقد كاشف عن سبق الفسخ، لأن المعبر فيه هو الرضا الباطنى، واللفظ دال عليه، فوقع البيع بعد الفسخ. ولا منافاة بين كونه بيعا و دالا على الفسخ السابق. وله وجه. وذكر في الايضاح وجها آخر، وهو انه يؤول جزء منه بتفسخ الهبة فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد. ولعله مبنى على المسامحة في الفاظ البيع. او

مراده ايضا هو التوجيه السابق.  
وقد ذكر في المسالك وجهها آخر للصحة. وهو انه اذا تحقق الفسخ بهذا العقد

(٣٣٤)

انتقل العين الى ملك الواهب، و كان العقد بمنزلة الفضولى وقد ملكها من اليه الاجازة فلزم من قبله، كما لو باع ملكه غيره ثم ملكه، او باع فأرهنه ثم فكه ونحو ذلك.

واولى

بالجواز هنا. لأن بايع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له. بخلاف هذا،

فأنه قاصد للبيع مطلقا. اقول: قد عرفت انه لا يصح، الا بالاجازة. و نقل فى الايضاح عن

المبسوط بطلان البيع. و كأنه ناظر الى بطلان الفضولى مطلقا.

هذا كله اذا كانت الهبة جائزة و اما ان كانت لازمة، فلا يصح بعنوان اللزوم جزما. نعم يقف على الاجازة، على الاصح. و اما ان كانت الهبة فاسدة، فقد عرفت دعوى

اجماع

العلامة على الصحة، وهو على الاطلاق، مشكل، بل لا بد من التفصيل بصورة العلم بالفساد، و عدمه. فيحكم بالصحة فى صورة العلم. و بعدمها بعنوان اللزوم فى صورة الجهل. و نسب فى الكفاية الصحة فى صورة الجهل الى المشهور ولم ينقل خلافا فى صورة العلم.

قال فى المسالك: وجه الصحة فى الجميع - أى فى الهبة اللازمة والجائزة و مع العلم بالفساد و عدمه - وقوع العقد من مالك جائزة التصرف. فيكون صحيحا. ثم قال " و يحتمل العدم - أى عدم الصحة - على تقدير عدم علمه بالفساد. لأنه لم يقصد

نقله عن

ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصود ". بل ويظهر منه احتمال عدم الصحة

فى صورة العلم بالفساد ايضا حيث قال " ويجوز على تقدير علمه بالفساد ان لا يبيع وانما

اقدام على بيع مال غيره بزعمه " يعنى يجوز أن لا يكون مقصوده البيع اللازم من قبل نفسه

بل يكون مقصوده بيع ما هو مال الغير بزعم ذلك الغير - وهو المتهب - لغرض من الأغراض. و يمكن أن يكون الضمير المجرور فى " زعمه " راجعا الى البايع. يعنى

يجوز مع

العلم بأنه ماله أن لا يبيع العين الموهوبه عالما بانها هى، بل اشتبهت عليه و زعم أنها مال

غيره، و باعها ثم ظهر انها هى. ثم قال " فمجرد ايقاعه البيع أعم من قصده اليه على تقدير

علمه بملكه و عدمه. والعام لا يدل على الخاص. فالقصد الى البيع على تقدير كونه



مالكا

مشكوك فيه. فلا يكون العقد معلوم الصحة ".  
اقول: يعنى ان على فرض العلم بملكه يحتمل ان يكون اقدامه على البيع، على وجه

مال غيره بزعمه. و على فرض الجهل فلم يبيع مال نفسه. لبنائه على انه مال غيره. ثم اجاب عن ذلك بما حاصله ان اللفظ الصريح كاف في حمله على القصد في العقود الشرعية، الا مع القرينة على خلافه، كما في المكره والهازل. فيصح البيع في صورة العلم بالفساد، وهو جيد. واما في صورة الجهل بالفساد، فلا يدفع لما ذكره من عدم الصحة. الا ان يجيز بعد ظهور الفساد، على ما حققناه سابقا، الا ان يكون الصحة اجماعية كما يظهر من القواعد.

ومنها: ما لو باع مال الغير، ثم ظهر ان وكيله اشتراه له قبل البيع، والكلام فيه كما تقدم، واما لو اوصى بعبد - اعتقه - لاحد ثم ظهر فساد العتق، فيظهر مما نقلنا عن القواعد سابقا كونها اجماعية. وافتنى به المحقق في الشرايع بدون اشكال. واستشكل في المسالك بما مر، وزاد عليه ان في ما نحن فيه - وهو الوصية - كالهازل والعاث، حيث

انه يعتقد العتق ومع ذلك يوصى به للغير. و لا ريب انه في ظاهر الشرع اتى بما هو غير صحيح في الظاهر. بخلاف بيع مال الغير، فانه في الظاهر بيع صحيح، غاية الامر كونه متزلزلا بالنسبة الى المالك. وقال: ان القول بتوقفها على تجديد اللفظ يدل على [ان] امضائها متعين، وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة، و يكفي فيها كل لفظ دل عليه، والامضاء من جملتها، ولا ينحصر في لفظ مخصوص، وهو كما ذكره. والله العالم باحكامه.

١٦٩ - سؤال هل يجوز لمن باع سلعته من غيره، ان يشتري منه؟ وان جاز فهل يجوز مع شرط ذلك في ضمن العقد؟ وهل في ذلك فرق بين ما كان بيع المتاع حالا، او مؤجلا -؟ و بين كون البيع الثاني حالا، او مؤجلا -؟. وفي خصوص بيع النسيئة، بين كون

البيع الثاني قبل انقضاء الاجل وبعده بجنس الثمن و غيره بزيادة او نقصان، اولا -؟ - .؟

جواب: الظاهر انه لا خلاف بينهم في بطلان البيع مع الشرط مطلقا. و يظهر من الشهيد الثاني، التردد فيه. حيث قال " مستنده غير واضح ". واما بدون الشرط، فالظاهر ايضا عدم الخلاف من جوازه في الحال. وانما الخلاف في النسيئة. فالمشهور فيه ايضا الجواز، وقيل لا يجوز بيعه بعد حلول الاجل بزيادة عن ثمنه الاول. او نقصان عنه. مع اتفاقهما في الجنس، فههنا مقامات:

الاول: بطلانه مع الشرط. (ومرادهم هنا اعم من الحال والنسيئة. كما صرح به في الروضة والمسالك وان كان عنوان المسئلة و بعض كلماتهم مختصا بالنسيئة. ووجه التخصيص، ان مراد المخصص بيان الخلاف الواقع في النسيئة فعقد المبحث له). واحتجوا عليه بوجوه:

منها: استلزامه للدور، كما حكى عن التذكرة ولا يحضرنى التذكرة. و تقريره في ما حضر

عندنا من الكتب لا يخل عن اغلاق واجمال او في العبارات بيانه والرد عليه، ما ذكره في

الروضة فلنقصر عليها. قال: لان بيعه له يتوقف على ملكيته المتوقفة على بيعه. قال: وفيه

ان المتوقف على حصول الشرط، هو لزوم البيع. لا انتقاله الى ملكه. كيف لا واشتراط نقله الى ملك البايع من المشتري مستلزم لانتقاله اليه. غايته ان تملك البايع موقوف على

تملك المشتري. واما ان تملك المشتري موقوف على تملك البايع فلا، ولانه وارد في باقى الشروط. خصوصا لو شرط بيعه للغير، مع صحته اجماعا، و اوضح لملك المشتري ما لو جعل الشرط بيعه من البايع بعد الاجل. لتخلل ملك المشتري فيه.

اقول: الظاهر ان مراده من تقدير الدور (بالنظر الى سياق كلامه - ره - حيث جعل لزوم الدور دليلا على بطلان البيع الاول) ان بيع البايع بسبب اشتراطه ببيع المشتري له يتوقف على ملكية المشتري للمبيع. و ملكية المشتري له موقوف على بيع البايع. اذ لم يكن ملكا له قبل البيع فيصير بيع البايع موقوفا على بيع البايع. ويمكن ان يكون مراده ان

بيع المشتري للمبيع موقوف على ملكية المبيع له. و مكيتة له موقوفة على بيع البايع. لانها انما تحصل من جهة بيع البايع. و تتممة بيان الدور مطوية، وهى ان يقال: فاذا كان بيع البايع مشروطا بان يبيعه المشتري ثانيا - كما هو مفروض المسئلة - فيلزم الدور. والحاصل: ان بيع المشتري معلول لبيع البايع ولولاه لم يصح بيعه ولم يتحقق حقيقته. فاذا كان بيع البايع مشروطا ببيع المشتري، فيلزم ان يكون معلولا له فبيع المشتري معلول لبيع البايع و بيع البايع ايضا معلول لبيع المشتري. وهذا هو الدور. و يمكن ان يرجع

الضمير فى " بيعه " الثانى ايضا للمشتري. لانه ما لم يقبل البيع، لا يبيع، فبيع المشتري موقوف على ملكيته الموقوفة على بيعه الذى صار سببا لبيع البايع. ولا يخل عن بعد.

و كيف كان فمثال الجميع الى امر واحد.  
واما مراده من قوله - ره - " وفيه ان المتوقف... " فى تقرير الرد، فهو ان بيع  
المشتري من البايع من جملة الشروط المذكورة فى ضمن العقد. وليس معناه الشرط  
التعليقى المناسب للعلية. فهو بيع و شرط. لا بيع بشرط، وغاية الامر فى الشروط  
المذكورة فى ضمن العقد حصول الخيار للمشروط له، اذا لم يتحقق الشرط. فلزومه  
مشروط. بحصوله. لا تحققه. فنقول ان توقف وجود بيع المشتري على بيع البايع  
مسلم.

ولكن توقف وجود بيع البايع و صحته على بيع المشتري، ممنوع. بل المتوقف عليه  
انما هو

لزومه. فلا دور. وانما يلزم الدور لو اريد بالشرط، التعليقى. وهو فى معنى السبب  
المصطلح. وتوضيحه: ان صحة بيع المشتري لهذا المبيع معلق وموقوف على تحقق بيع  
البايع، فاذا جعل بيع البايع ايضا معلقا على بيع المشتري فهذا هو الدور.  
وقوله " كيف لا... " يعنى كيف لا يكون المتوقف على حصول الشرط، لزومه.  
والحال ان الانتقال الى المشتري مفروغ عنه. لأن معنى اشتراط بيع المشتري منه، ان  
ينقل المشتري المبيع اليه، وهو لا يصح الا بعد تحقق الانتقال اليه. اذ لا معنى لنقل  
ما ليس بملكه الى البايع. فهذا قرينة على ان مراد البايع الشارط من قوله " بعثك هذا  
بشرط ان تبينى اياه "، ان تنقله الى بعد ما بعته منك و نقلته اليك. لا، ان تنقله و ان لم  
ينتقل اليك. فلا مجال لحمل كلامه على الشرط التعليقى المستلزم للمحال، بل يجب  
حمله على الشرط الذى يذكر فى ضمن العقد. فلا وجه لما قد يورد على الشارع بان  
الاشترط المذكور باطل عند المستدل الذى اورد الدور. لانه عند اشترط [النقل  
ممنوع] ١. فلا وجه للاستناد اليه. لان البطلان عند المستدل مبنى على فهمه من  
الاشترط الصادر عن البايع، من حمله على التعليق. ومراد الشارح التنبيه على ان هذا  
الفهم غلط.

قوله - ره - " غايته ان تملك البايع موقوف... ". توضيحه: انه لما منع توقيف النقل

١: و عبارة النسخة: عند اشترط الحمل محال

والانتقال في هذا البيع المشروط، على شرط - بل المسلم هو توقيف لزومه على شرط تعلقي - تفتن لا حتمال ان يورد الدور ويثبت التوقيف في النقل والانتقال بوجه آخر. وهو انه على فرض كونه من باب الشرط في ضمن العقد، لا التعليق، واندفاع الدور من جهة التعليق في العقد الاول. لكنه يمكن ان يقال ان تملك البايع ثانيا، بعد حصول النقل منه اولاً، متوقف على تملك المشتري و تملك المشتري ايضا موقوف على تملك البايع. اذ لولاه، لما حصل الملك للمشتري، فلا ينفك هذا البيع عن الدور، وان كان ذلك

من جهة ملاحظة الشرط في ضمن العقد، فيثبت البطلان. واجاب عنه بان غاية الامر ثبوت توقف تملك البايع بالبيع الثاني على تملك المشتري، ولكن تملك المشتري لا يتوقف على تملك البايع. بل انما هو متوقف على مالكية البايع و بيعه في اول الامر فلا دور اصلا. قوله - ره - " ولانه وارد في باقى الشروط " عطف على قوله " ان المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع " والاولى حذف كلمة " اللام " ليصير مدخولا لكلمة " فيه " ١.

وهذا جواب عن الدور على سبيل النقض. وبيانه ان هذا الكلام وارد على ساير الشروط [ايضا]. خصوصا في شرط بيعه للغير، مع انه اجماعى، اذ صحة بيعه للغير متوقف على تملك المشتري، وتملكه موقوف على بيع البايع. فاذا كان بيع البايع ايضا موقوفا على بيع المشتري المتوقف على تملكه جاء الدور. والجواب ما مر. قوله - ره - " واوضح لملك المشتري.... " توضيح لكل ما ذكر في رد الدور من الحل

والنقض، الذى مرجعه الى شئ واحد. وهو ان شرط بيع المشتري انما هو من باب الالزام

والالزام لفعل يفعله المشتري في ماله بعد انعقاد البيع و ترتب ثمرته. وليس بتعليق شئ على شئ. وقال اوضح الامثلة في ذلك بعد ثبوت الملك للمشتري هو ما لو جعل الشرط بيع المشتري من البايع بعد الاجل. فانه يظهر منه انه قبل حلول الاجل مال

١: و كان الاولى للمصنف (قدس سره) ان يعبر بلفظ " داخلا " بدل " مدخولا ". ويبدل كلمة " اللام " في " الكلمة " بكلمة " فى ". لانه ان كان مراده منه الاصطلاح الادبى، فليس لكلمة " فيه " مدخول. و ان كان مراده انه فقرة من الفقرات المذكورة بلفظة " فيه "، فهو داخل في فقراتها لا مدخول لها

المشتري، سواء كان المراد من الاجل، اجل النسيئة، كما هو مفروض المسئلة في  
عبارة  
اللمعة. او [كان] المراد ١ اجل ما، ولو كان في البيع الحال. فان ذلك كاشف عن  
تخلل  
ملك المشتري بين البيع الاول والثانى.  
فانه اوضح في افادة وقوع البيع الثانى بعد حصول الملك، مما اطلق الشرط ولم يقيد  
بما بعد الاجل.

واما لو شرط بيع المشتري (من البايع بعد البيع الاول) بلا فصل. فيبطل، سواء قلنا  
بلزوم الدور، او لم نقل. وقد صرح بالبطلان في هذه الصورة في المسالك في احكام  
بيع  
المرابحة. فان المحقق (ره) بعد ما ذكر بطلان شرط بيع المشتري من البايع في مبحث  
" بيع النسيئة " قال في مسائل احكام بيع المrabحة " ولو كان شرط في حال البيع ان  
يبيعه،  
لم يجز " وقال في المسالك " قد تقدم الكلام في ذلك وفي علله، وانها كلها مدخولة  
".

ومراده ما ذكر من ابطال الدور وغيره. ثم قال " وضمير - لم يجز - ينبغى عوده الى  
البيع  
ليقع باطلا، كما هو الواقع، لا الى الشرط، فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد. وانما  
يبطل  
لو كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بلا فصل. فلو شرط بيعه بعد مدة، او اقالته فيه بعدها.  
صح "

اقول: انه - رحمه الله - لما استفاد من كلام المصنف والجماعة بطلان البيع بهذا  
الشرط، قال فينبغى ان يعود الضمير الى البيع ليوافق مطلبه. واما لو عاد الضمير الى  
الشرط، فهو في قوة كبرى كلية. وهى ان كل شرط غير جازي فهو مبطل للعقد. وليس  
كذلك اذ قد يبطل الشرط ولا يبطل العقد، كما في كثير من مسائل النكاح. فلا يمكن  
الاستدلال بعدم جواز الشرط على بطلان المشروط. الذى هو مراده بعنوان الكلية، نعم،  
اذا شرط ان يبيعه بلا فصل، فهو مستلزم لبطلان العقد. لانه شرط مخالف لمتقضى  
العقد.

لانه مفوت للقدرة على التسليم، بل التمكن من التصرف منه والانتفاع من المبيع،  
فالشرط من حيث هو موجب لبطلان العقد. مع قطع النظر عن كونه منفيا عنه ام لا،

(٣٤٠)

بخلاف ما لو شرط البيع بعد المدة، او اقالته فيه بعدها، فانهما لا ينافيان صحة العقد، وان

فرض كونهما غير جازين. فبطلان العقد، ح يحتج الى دليل خارجي و من جميع ما مر يظهر ان مراده من قوله " فلو شرط بيعه بعد مدة، او بيعه لغير البايع " ليكون بيان الشرط الصحيح - مطلقا او بيعه من البايع - بناء على هذا. (حيث ابطل دليل البطلان من الدور و غيره) لا على مذاق المحقق والجماعة. ثم انه قد يعترض على ابطال الاستدلال بالدور - بان هذا الشرط، شرط للزوم لا الصحة حتى يلزم الدور - بان الظاهر من الشرط هو شرط الصحة واصل تحقق العقد. واما

النقض بشرط العتق ونحوه، فانما خرج بالاجماع على صحته. لا انه من باب شرط اللزوم.

كما انه يمكن ان يقال البطلان في ما نحن فيه اذا شرط البيع والنقل الى البايع بعد انتقاله

الى المشتري انما هو للاجماع لا للزوم الدور. و كذلك على لزوم عدم القصد الى الاخراج

، بانه انما يتم في صورة التعليق الذي هو الظاهر من مرادهم، لا من صورة شرط اللزوم.

وحاصل كلام المعترض يرجع الى المستدلين بالدور و بعدم حصول القصد الى الاخراج، انما ارادوا في صورة التعليق. وان كانوا قائلين بالبطلان في صورة اشتراط البيع ثانيا، بعد الانتقال من باب شرط اللزوم ايضا بدليل آخر من اجماع وغيره. وانت خبير بانه ينافي اطلاق كلامهم، والدليل ح اخص من المدعى. مع ان الهم بيان دليل بطلان شرط اللزوم، وليس مذكورا في كلامهم.

ومنها: ١ عدم حصول القصد الى نقله عن البايع. وتوجيهه ان البيع عبارة عن نقل الملك الى آخر بعوض معلوم. وهذا النقل المشروط بنقل المشتري اليه ثانيا، ليس بنقل حقيقي.

و رد بان المفروض حصول القصد الى نقله الى المشتري وانما عرض القصد الى نقله الى البايع بعد النقل الاول، بل شرط الى البايع مستلزم لقصد النقل الاول (نظير ما مر في الوجه الاول) والا لم يتحقق النقل الثاني، لتوقفه عليه. ومثال الكلام في هذا الوجه

١: عطف على اوائل المسئلة المبحوث عنها، حيث قال: فهيهنا مقامات: الاول: بطلانه مع الشرط....

واحتجوا

عليه بوجوه: منها...



(۳۴۱)

وجوابه، الى ما حققناه فى الوجه الاول، وهو ان هذا من باب اشتباه الشرط المذكور فى ضمن العقد، بالشرط بمعنى التعليق، والمفروض فى ما نحن فيه، هو الاول. لا الثانى. ويزيد عليه النقض بانهم اتفقوا على انهما لو لم يشترطا ذلك فى العقد، صح. وان كان من قصدهما اعادة المبيع الى البايع. والحال ان العقد تابع للقصده. فظهر ان قصد الاعادة الى البايع لا ينافى قصد النقل منه الى المشتري، والذي يضر بالبيع انما هو عدم القصد الى نقل الملك اصلا. بحيث لا يترتب عليه حكم الملك. ومنها: ما رواه الحميرى فى "قرب الاسناد" - على ما نقله فى الكفاية [و] قال ولا يبعد الحكم بصحة اسناده - عن على بن جعفر عن اخيه - ع - "قال: سئلته عن رجل باع

ثوبا بعشرة دراهم، ثم اشترىه بخمسة دراهم، ايحل؟ قال: اذا لم يشترط ورضيا فلا بأس " ١ قال: الا انه فى كتاب على بن جعفر انه قال " .. بعشرة دراهم الى اجل، ثم

اشترىه بخمسة دراهم بنقد " ٢. اقول: الظاهر ان حجة الاصحاب انما هو ذلك، مع عدم

ظهور الخلاف بينهم. وان امكن المناقشة فى الدلالة بان مفهوم الرواية ثبوت البأس فى صورة الاشتراط. وهو اعم من الحرمة فضلا عن البطلان. الا ان يضم اليه قرينة السؤال، فيكون المراد فى المفهوم، نفي الحلية. والا لثبت الاهمال فى الجواب، وهو ينافى الحكمة. واما على ما قيل " ان [ما] يقال فيه لا بأس ففيه بأس " فالامر اوضح. فان المفهوم

ح انتفاء الرخصة الموصوفة بان فيها باسا، و لا يمكن تحققها الا بانتفاء الرخصة مطلقا. ٣.

والا لزم ان يكون ما لم يشترط فيه اسوء حالا مما اشترط فيه. وهو كما ترى. ولا يذهب عليك انه لا يجرى هنا القاعدة المقررة من " ان السؤال غير مخصص للجواب " فانها انما يتم فى ما اذا كان الجواب عاما يشمل السؤال. لا فى ما يحتمل السؤال و غيره، وسيجىء من الاخبار ما يؤيد المقام ايضا. ثم، انك قد عرفت ان المراد من

١ و ٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧١، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٦.  
٣: اى تكليفيا كان او وضيعا. فعدم الرخصة يشمل الحرمة و البطلان معا.  
و توضيحه: ان " لا " نافية للجنس فالمراد من " لا بأس " انه لا حرمة ولا بطلان. فيكون المفهوم ان المشتري فيه

باس مطلقا، اى هو حرام و باطل. والا فيكون المشتري حراما ولكن صحيحا. والغير المشتري حراما و باطلا

ايضا

(٣٤٢)

الشرط المبطل للبيع، هو ما يذكر في بين العقد. مثل ان يقول البايع " بعتك هذا الفرس بالمبلغ الفلاني و شرطت ان تبيعيه " لا بمعنى التعليق.

فاعلم: انه مع حصول الشرط وذكر ذلك فالامر واضح. واما لو شرطاه قبل العقد ونسيا ذكره حال العقد، مع علمهما بانه لا عبرة بما ذكر قبل العقد. او توهما انه يلزم بمجرد ذلك (اذا جهلا بانه لا عبرة به) مع قصدهما له في الصورتين: فالظاهر فيهما البطلان. لانهما انما اقدما على البيع بالشرط المذكور. فهو كما لو ذكر الشرط في بين العقد. واما لو كان الشرط من قصدهما حال العقد بدون ذكره اصلا، ففيه اشكال. ويظهر

عن المحقق الصحة مع الكراهة. حيث قال " ولو كان شرط في حال البيع ان يبيعه، لم يجز. وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره ". واورد عليه بانه ظاهر اللفظ

اطلاق النقل ومقتضى القصد تقييده بنقل المشتري اليه ثانيا، والعقد انما يتبع القصد، و مقتضى ذلك البطلان.

واجيب: بان القصد وان كان معتبرا في الصحة، فلا يعتبر في البطلان. لتوقف البطلان على اللفظ والقصد. و كذلك الصحة.

وفي عبارة المحجيب اغلاق و تفكيك. ولكل من الاعتبارين في كلامه معنى آخر. ففي الاول معناه ان القصد الى المدلول مما لا بد منه في الصحة، ويعتبر حصوله. وفي الثاني معناه

ان القصد الحاصل لا عبرة به، ولا يعتنى به بدون اللفظ. لتوقف البطلان على انضمام اللفظ

اليه. و كذلك في الصحة لا بد من انضمام القصد الى اللفظ. والظاهر ان مراد المحجيب المعارضة. يعني انه اذا كان مطابقة اللفظ والقصد معتبرة، كما انك تقول ان صحة العقد

متوقفة على القصد الى مدلوله. والمفروض عدمه. اذ المدلول مطلق والمقصود مقيد. فنقول

ان البطلان انما هو بشرط الاعادة على البايع ونقل المبيع اليه. فكما ان اللفظ بدون القصد ١

[لا يكفي] في الصحة، فالقصد ٢ الى الشرط بدون اللفظ ايضا لا يكفي في البطلان. واعترض على هذا الجواب بان عدم الصحة الحاصل بانتفاء القصد الى المدلول، يكفي في



اثبات البطلان. فلا يكفي مجرد العقد. كما لا يكفي فى الساهى والهازل والغالط والمكره.

فلا يحتاج فى اثبات البطلان الى ذكر اللفظ.

والتحقيق: - كما يستفاد من المسالك ايضا - ان يقال لابد فى العقد من القصد الى المدلول بعنوان البت المترتب عليه اثر الملك للمشتري، واذعان الطرفين بان المشتري لا يلزمه الاعادة. ولا ينافى ذلك وعد المشتري للاعادة ولا رجاء البايع لذلك. فلو تواطئا على

ذلك قبل العقد، مع اعتقادهما بان الملك يصير ملكا للمشتري، ولا يلزمه الاعادة. ولكن

اقدام البايع على ذلك بحسن ظنه بالمشتري انه يفى لوعده ويعيد المبيع الى البايع بحسن طويته. مع كونه مختارا فى الاعادة وعدمه. فلا يضر كونه مقصودة فى العقد الاعادة. نظرا الى

اطمينانه بالمشتري.

فظهر من هذا ان كلمة " ذلك " فى قول المحقق " وان كان ذلك من قصدهما " اشارة الى اعادة المبيع الى البايع. لا الى شرط ذلك.

وحاصل المقام: ان ما قالوا - فى مسألة الشرط فى ضمن العقد - انه لا عبرة به اذا تقدم

ذكره على العقد، مع قطع النظر فى صحة الشرط وفساده. وانه لا يفيد الزوم ووجوب الوفاء

به، اذا تقدم. بل لابد من تخلله بين الايجاب والقبول. واما حال نفس العقد، اذا كان شرطا

فاسدا، مثل شرط الاعادة فى ما نحن فيه. فهل يؤثر فى بطلان العقد بناء على ان بطلان الشرط مستلزم لبطلان العقد -؟ ففيه تفصيل: فان كانا عالمين بعدم العبارة بما يذكر قبل

العقد، ولكن نسيا ذكره حال العقد، مع قصدهما له حال العقد. او كانا جاهلين بذلك وتوهما

الزوم بمجرد ذلك وعقدا بهذا القصد. فالظاهر انهما فى حكم ما لو ذكرا فى بين العقد فى

البطلان. لان القصد الى البيع انما هو على هذا الشرط الفاسد. واقدم على البيع على الوجه

الفاسد. والعقد تابع للقصد.

واما لو لم يذكر الشرط اصلا. ولكن كان من قصدهما ايقاعه على هذا الشرط، فان فرض

تحقق مثل هذه الصورة، فانه ايضا باطل. مثل ما ذكر فيه. لان العقد تابع للقصد والتراضى بما وقع كذلك. واما اذا قصدا الى البيع كذلك من دون ذكر الشرط ولا قصد الشرط. مثل ان يجيئ المشتري الى البايع ويقول " انا محتاج الى الدراهم فهلتم اشترى منك متاعا نسيئة بماتين

ثم ابايعك نقدا بمائة، حتى تنتفع انت وتقضى حاجتي " فتراضيا من دون شرط ذلك بل  
بنيا  
الامر على الاختيار والمودة بعد لزوم البيع. وعدم التسلط على الاعادة لزومها لواحد  
منهما.

فهو صحيح، غير مضر. ١  
وللمحقق الاردبيلي (ره) هنا كلام يشبه ان يكون مراده ما ذكرنا من التفصيل. ولكن  
فيه اجمال لا يفى بذكر المطلب. ثم قال ويؤيد ما قلنا صحيحة يعقوب بن شعيب الثقة  
" قال:

سئلت ابا عبد الله - ع - قلت: اعطى الرجل له التمرة عشرين دينارا، واقول له اذا  
قامت  
تمرتك بشيء فهي لى بذلك الثمن، ان رضيت اخذت وان كرهت تركت. فقال: انا  
نستطيع  
ان نعطيه ولا نشترط شيئا. قلت: جعلت فداك، لا يسمى شيئا، الله يعلم من نيته ذلك.  
قال:

لا يصلح اذا كان من نيته. " فافهم. انتهى كلامه (ره). ولعل مراده من  
التأييد ان النية كافية  
فى البطلان، مع عدم اللفظ ٢. كما ذكره فى صورة ايقاع العقد مع القصد الى الشرط  
من دون  
ذكره.

المقام الثانى: جواز اشتراء البايع من المشتري بدون الشرط. ولا خلاف فيه فى الحال،  
ولا اشكال، و كذلك الظاهر من عدم الخلاف والاشكال فى النسبة، اذا كان قبل  
حلول الاجل

بزيادة على الثمن او نقصان، بجنس الثمن او غيره، حالا و موجلا. للعمومات  
والخصوصات  
مثل صحيحة بشار بن يسار " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يبيع المتاع  
بنساء  
و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه (?). قال: نعم لا باس به. فقلت: اشترى متاعى.  
فقال:

ليس هو متاعك، ولا بقرك، ولا غنمك. " ٣

١: ليت شعري ما مراد المصنف (ره) من عبارته قبيل هذا " لان القصد الى البيع انما هو على هذا.... والعقد  
تابع  
للقصد " وما الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى الا توهم اللزوم هناك والتواطى على اللزوم هنا، نعم، لو



صرحا  
بعدم اللزوم فله وجه. ولكنه خارج عن الفرض. لا ريب في البطلان في هذه الصورة كسابقتيه. لكن المصنف  
(ره)  
افتى بالصحة على مبناه في مسألة " الفرار من الربا " راجع المسئلة ٦ من هذا المجلد.  
٢: ولقائل ان يقول: بل هنا النية واللفظ كلاهما موجود معا اذ الصيغة في الواقع قول المشتري " هلم اشترى  
منك  
بماتين ثم اباعك بمائة " و قبول البايع - على ما قرر في محله من جواز الايجاب من قبل المشتري والقبول  
من  
قبل البايع. ثم، لنا ان نفرض المسئلة بالعكس، ان يقول البايع للمشتري كذا... و ما يتكلمون به بعد هذه  
التوطئة  
بعنوان الصيغة فهو هذل، و محض لفظ لا قصد فيه اصلا.  
٣: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٧٠، ابواب احكام العقود، الباب ٥ ح ٣

و صحيحة منصور بن حازم " قال: قلت لابي عبد الله - ع - : رجل كان له على رجل دراهم  
من ثمن غنم اشتراها منه، فاتي الطالب يتقاضاه، فقال المطلوب ابيعك هذه الغنم  
بدراهمك  
التي لك عندي. فرضى. (؟). قال: لا باس بذلك " ١. فان الظاهر ان المراد بهذا الغنم،  
التي  
اشتراها منه. ورواية الحسين بن منذر - ولا يخل عن مدح و من جملة الروات عنه ابن  
ابي  
عمير فالسند معتبر - : " قال: قلت لابي عبد الله - ع - : يجيء الرجل فيطلب العينة،  
فاشترى له  
المتاع مرابحة، ثم ابيعه اياه، ثم اشتره منه ثم اشتره منه مكاني (؟). [قال: اذا كان  
بالخيار  
ان شاء باع، وان شاء لم يبع، و كنت انت بالخيار ان شئت اشترت، وان شئت لم  
تشتري.  
فلا باس. فقلت: ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد، و يقولون: ان جاء به بعد  
اشهر، صلح.  
قال: انما هذا تقديم و تاخير، فلا باس. ] " ٢. و [غيرها] من الاخبار.  
و اما صحيحة منصور بن حازم " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يكون له  
على الرجل  
طعام، او بقر، او غنم، او غير ذلك. فاتي المطلوب الطالب، ليبتاع منه شيئا (؟). قال:  
لا [يبيعه  
نسيئا. فاما نقدا فليبعه بما شاء]. " ٣. المشعرة بانه لا يجوز بيعه نسيئة،  
ففيها اولا انها مجملة يحتاج تنزيلها على ما نحن فيه الى تقدير مضاف. يعنى " قيمة  
طعام او  
بقر ". وان يكون " الطالب " فاعلا لكلمة " اتى "، و " المطلوب " مفعوله. وان يكون  
المراد من  
كلمة شيئا هو شئ من البقر والغنم التي اشتره منه نسيئة. ولذلك ظن بعضهم انها تدل  
على  
انه لا يجوز [كون] قيمة السلف دينا فى ذمة البايع. مع انه ايضا خلاف الظاهر. لانه  
ليس فى  
الرواية انه يريد ان يشتري منه بان يجعل قيمته مما فى ذمة البايع. و كذلك ارادة  
السلف من  
النسيئة خلاف الظاهر. و كيف كان فلا يعارض بها الاخبار الصحيحة عموما و

خصوصا. و ربما  
يحمل على الكراهة، يعنى كراهة اشتراء ما باعه نسيئة ٤.

١ و ٢: المرجع، الحديث: ١ و ٤.

٣: المرجع، الباب ٦ ح ٨.

٤: لكنه من البين ان هذه الصحيحة لا ربط ولا اشعار ولا دخل لها فى ما نحن فيه، اى " اشتراء البايع من المشتري المبيع الذى باعه منه ". لكن المصنف (ره) نظر الى مبناه فى السلف " يكرر البحث عن هذا الحديث، راجع المسئلة ١٠١ و ١٣٩ من هذا المجلد

المقام الثالث: [فى] جواز ان يشتري البايع منه بعد حلول الاجل، اذا باعه نسيئة. و لا خلاف فى جوازه ايضا ظاهرا، اذا ابتاعه من المشتري بجنس الثمن، او بغير جنسه من غير زيادة ولا نقصان.

و اما لو زاد عن الثمن او نقص، مع كونه من جنسه ففيه قولان. اشهرهما و اظهرهما الجواز.

للعوميات والخصوصيات المتقدمة. وقد يستدل بصحیحة ابان بن عثمان عن يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة: " قال سئلنا ابا عبد الله - ع - عن رجل باع طعاما بمائة درهم الى اجل،

فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه. فقال ليس لى درهم خذ منى طعاما. (؟). فقال: لا باس انما له

دراهمه ياخذ بها ماشاء. " ١ و فيه اشكال لعدم ظهور كون الطعام الثانى هو الطعام الاول. مع

ان الظاهر ان المراد من الرواية، الاخذ من باب وفاء الدين. لا الاشتراء. الا ان يتمسك بترك الاستفصال فى الجواب، ويق: ان المراد باخذ الدراهم كيف شاء، ما يشمل اشتراء عين

المبيع بزيادة على الثمن الاول، او نقص. وفيه تكلف.

واما القول الثانى: فدليله رواية خالد بن الحجاج: " قال سئلنا ابا عبد الله - ع - عن رجل

بعته طعاما بتاخير الى اجل مسمى، فلما جاء الاجل اخذته بدراهمى، فقال ليس عندى دراهم ولكن عندى طعام فاشتره منى (؟). فقال: لا تشتريه منه فانه لا خير فيه " ٢ و عمل بها

الشيخ حملا لها على ما ذكر. وهى مع ضعفها، لا دلالة فيها على مطلوبه، من وجوه. و ربما يويد بما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن قيس صحيحا، عن ابي عبد الله - ع -

: " قال سئلنا محمد بن القاسم الخياط فقال اصلحك الله ابىع الطعام من الرجل الى اجل

فاجبىء وقد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندى دراهم (؟) قال: خذ منه بسعر يومه.

قال: افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى. قال: لا تاخذ منه حتى يبيعه و يعطيك.

قال: ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على " ٣. وفى دلالتها ايضا تأمل. بل ربما يكون على خلاف المطلوب ادل، بملاحظة سعر يومه.

- 
- ١: الوسائل: ج ١٣، ص ٧١، ابواب السلف، الباب ١١ ح ١٠.
  - ٢: المرجع، الباب ١٢ ح ٣.
  - ٣: الوسائل: ج ١٣، ص ٧٥، ابواب السلف، الباب ١٢ ح ٥ - وفيه " الحناط "

و كيف كان فلا يعارض بها ما مر من الادلة. وربما نقل القول بتخصيص ذلك بالطعام لوروده  
فى الرواية، وهو ايضا ضعيف. وربما حمل على الكراهة، قال فى الدروس " ولو كان  
المبيع  
طعاما ثم اشترىه البايع بعد الاجل، صح، على كراهة لرواية الخياط " ولا باس به  
للمسامحة فى  
دليلها.

واعلم: ان فى كلام الاصحاب هنا اشتباها. فالذى يظهر من كلام الفاضلين وغيرهما  
نقل الخلاف فى جواز اشتراء البايع ما باعه نسيئة بعد الاجل. بجنس الثمن مع الزيادة  
والنقصان. ونقلوا القول بالمنع عن الشيخ فى النهاية و كتابى الحديث. والذى نشاهده  
فى  
النهاية و كتابى الاخبار ١ هو المنع عن اخذ المبيع عوضا عن الثمن بنقصان او زيادة،  
لا مطلق  
الاشتراء.

وعلله فى الاستبصار بلزوم الربا. وتوجيهه انه اذا باعه مثلا كرا من الطعام بعشرين  
درهما الى سنة وتغيرا لسعر بعد السنة وصار قيمة الكر عشرة، فاذا لم يكن عند  
المشترى  
دراهم ويريد اعطاء الطعام فى عوضها فيلزمه كران من الطعام وهو ربا. لانه اعطى كرا  
واخذ  
كرين.

وهذا (كما ترى) مختص بما اخذ الطعام فى عوض الثمن ولا يدل على ما نسبوه اليه  
بالعموم فانه [لا] يشمل لو اعطاه الدراهم ولكن اراد البايع ان يشتريه منه. فعموم  
كلماتهم

يدل على ان الشيخ قال بعدم الجواز اذا كان قيمته اكثر من الثمن الاول او انقص،  
وليس

كذلك. فلاحظ التهذيب و الاستبصار والنهاية، واخصها عبارة النهاية وهى انه قال "  
ومن

باع الشئ باجل ثم حضر الاجل ولم يكن مع المشتري ما يعطيه اياه جاز له ان ياخذ  
منه

ما كان باعه اياه من غير نقصان من ثمنه فان اخذه بنقصان مما باع لم يكن بذلك بأس  
".

و عبارة الكتابين اوضح من النهاية. وحمل كلمات الجماعة على ذلك تكلف فلنذكر  
عبارة

واحدة منها:  
قال في الدروس: " ويجوز شراء ما باعه نسيئة قبل الاجل مطلقا، وبعده بغير جنس

-----  
١: المراد من كتابي الحديث و كتابي الاخبار هما التهذيب والاستبصار

المثمن مطلقا، و بجنسه مع التساوى. ومع الزيادة والنقصان الاقرب الجواز، وفى النهاية لا يجوز شرائه بنقصان عما باع به " و على هذا فيجوز اشتراء البائع المبيع ثانيا مع التفاوت بجنس الدراهم اذا اخذ الثمن، بلا خلاف من احد. فلتتنبه ذلك فان كلماتهم محل شبهة.

واما ما ذكره الشيخ فى لزوم الربا فى الاستبصار - ونقل عن الخلاف - ففيه ان المعاملة انما

وقعت على الدراهم، لا على الطعام. فلا معنى للزوم الرباء.

١٧٠ - سوال: اذا عاوض زيد فرسه ببغل عمرو، بدون صيغة البيع وغيره. فهل هذا عقد

لازم؟ وهل لها صيغة خاصة ام لا؟ -؟ وهل يجرى فيه خيار الغبن وغيره من الخيار ام لا ؟ -؟.

جواب: اعلم ان المعاوضة من باب المفاعلة وهو موضوع للمشاركة بين اثنين فى مبدأ الاشتقاق. والفرق بينه و بين باب التفاعل ان الفعل ينسب الى احدهما صريحا والى الاخر

ضمنا فى المفاعلة. واليهما صريحا فى باب التفاعل.

واعلم ايضا: ان موارد المفاعلة مختلفة باختلاف اصل المبدأ، فقد لا يتحقق المشاركة الا

مع تقدم صدوره من احدهما وتاخر الاخر. وقد يتحقق مع اتفاقهما فى الوجود. فمن الاول

المكاتبة والمراسلة ونحوهما، فان احد الصديقين يكتب كتابا للاخر، ثم يرسل الاخر جوابه.

و من الثانى المضاجعة والمواقعة و نحوهما.

وقد يكون قابلا للامرين كالمضاربة والمنافرة. وكثيرا ما يستعمل فى ما لا يتحقق المبدأ الا من اثنين بمهيته كالمبايعة، فان البيع لا يتحقق الا بالايجاب والقبول من شخصين

متغايرين حقيقة او حكما، شأن احدهما الايجاب والاخر القبول. فلما كان فعل كل منهما له

مدخلية فى تحقق المبدأ ينسب المبدأ اليهما جميعا، فكان كل واحد منهما فاعلا للمبدأ وهما

شريكان فى صدور المبدأ من كل منهما اما مجازا، او من باب التغليب. وحاصل هذا



ان  
المبدأ فى المشاركون فىه قد يكون فردا شخصيا كالبيع، وقد يكون فردين من نوع  
كالضرب.  
و من هذا الباب المضاربة بمعنى القراض، والمزارعة، والمساقات وامثالها.  
اذا عرفت هذا فاعلم: ان ما يمكن ان يقال فى بيان عدم كونها عقدا مستقلا ان  
المعاوضة  
من قبيل المبايعة، فانها عبارة عن تعويض الشئ بشئى آخر. فكما يتحقق المبايعة  
بايجاب

احد المتعاقدين وايجاب الاخر وقبول الاول ثانيا، فكذا المعاوضة يحصل، بجعل احدهما ماله معوضا ومال الاخر عوضا مع قبول الاخر. ولا يحتاج الى جعل الاخر ما له معوضا و مال الاخر عوضا مع قبول الاخر. فمجرد امكان ان يجعل كل واحد من العوضين عوضا و معوضا - كما فى صورة السؤال - لا يستلزم ان يعتبر فى كل منهما العوضية والمعوضية. بل يكفى اعتبار كون احدهما معوضا والاخر عوضا. غاية الامر كون الطرفين مخيرين فى الابتداء بالتعويض، فيصير ماله معوضا والاخر عوضا. فلو بادر احدهما بالتعويض وقبل الاخر فماله معوض و مال الاخر عوض. وبه يتحقق المعاوضة، ولا حاجة الى ان يجعل الاخر ايضا ماله معوضا ومال الاخر عوضا. كما يكون فى لفظ البيع ايضا كذلك. فلو اراد صاحب الفرس بيع فرسه ببغل صاحبه فيجعل الفرس مبيعا والبغل ثمنا وبه يتم البيع بعد قبول المشتري، ولا حاجة الى جعل صاحب البغل ببغله مبيعا والفرس ثمنا ليتحقق مفهوم المبيعة. بل لا يصح ذلك، اذ بعدما جعل احدهما ماله معوضا و مال الاخر عوضا، فاما ان يقبل الاخر ذلك ثم يجعل ماله معوضا و مال الاول عوضا، فح قد صار ملك الثانى عوضا استحقه الاول فكيف يجوز له ان يجعل مال الغير معوضا. واما ان لا يقبل بقبول مستقل، بل يجعل هو ايضا تعويضه لما له بمال الاول نائبا عن القبول.. فهو ايضا باطل. لان هذا لا يصير قبولا للعقد الاول ليتعكس العوض والمعوض. فيبقى العقدان خاليين عن القبول. و مما يمكن ان يقال فى بيان المغايرة: انه اذا فرض ان زيدا و عمروا يريدان معاوضة الفرس والبغل، وقال احدهما للاخر " تعاوضنا " يعنى " جعلت مالى وهو الفرس مبدلا عن مالك وهو البغل على ان يجعل مالك مبدلا عن مالى " و بالجمللة " نقلت فرسى اليك بعوض ببغلك " وقال الاخر ايضا " تعاوضنا " بهذا المعنى.

فلا يبقى العقد خاليا عن القبول.  
وذلك كما ذكروا في عقد الشركة. قال في التذكرة " والا ظهر ان يكتفى في عقد  
الشركة بان يقول كل منهما اشتر كنا " والظاهر ان مبدأ الاشتقاق بمعنى العقد. وهو  
اذن  
كل واحد منهما للاخر في التصرف في المال المشترك بينهما بمعنى المخلوط. و  
كذلك

نقل عن ابي حنيفة الكفاية ب " تعاوضنا " او " اشتركنا شركة المعاوضه " و مبدأ الاشتقاق

في " تعاوضنا " العقد الخاص بالمسي بالمعاوضة.

ثم: ان الظاهر ان الشركة اسم المصدر والمصدر هو الاشتراك، كالغسل والاختسال. فقول القائل " اشتركنا " معناه اذنت للشريك في العمل في هذا المال الممزج، بان يأذن

هو ايضا في ذلك. ويقول الاخر ايضا " اشتركنا " بهذا المعنى، والحاصل من المجموع هو

الشركة التي هو اسم المصدر.

وعلى هذا فلا بد من ذكر المتعلق في " اشتركنا " مثل ان يقول " في هذا المال ". بخلاف " تعاوضنا " لان نفس المعاوضة مبدأ مستقل. يعنى " بيننا على ان يكون كل غنم

وغرم لنا و علينا بيننا " واما " تعاوضنا " بمعنى المبحوث عنه فلا بد فيه ايضا من ذكر المتعلق، ولا بد ان يكون مبدأ المعاوضة والتعويض بمعنى " جعلنا مالنا هذين كل واحد منهما عوضا عن الاخر ومعوضا " على الوجه الذى تقدم الاشارة اليه.

والحاصل: انه يمكن قصد المعوضية والعوضية في كل من المالين مقصودا. وح نقول: ان عقود المعاوضات التي ذكرها الفقهاء جنس لم يتحقق فيه المعاوضة. سواء كان

احدهما عوضا والاخر معوضا كالبيع، والصلح الذى فيه عوض، والهبة المشروط فيها العوض، و ما كان كل من الطرفين عوضا ومعوضا. فالمعاطات ان وقعت غير مسبوقه بمساومة بل انما حصلت بمحض الاعطاء والاخذ فهو نوع تراض و اباحة. ولا يدخل في

العقود بمعنى العهود الموثقة. وان وقعت بعد المساومة على قسم من اقسام المعاوضات،

فهى تابعة لها، لكنها ليست لازمة. لعدم الاتيان [بالصيغة]، ولا يدخل في عموم " اوفوا بالعقود ". و كذلك اذا وقعت بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا. واما

بعد اجراء الصيغة فيصير عهدا موثقا و يجب الوفاء به ويصير لازما.

والمعاوضة المبحوث عنها اذا خلت عن العقد بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا، فهى معاطاة في المعاوضة - بالمعنى المبحوث عنها - . و اذا جرى الصيغة

بان يقول " تعاوضنا " فيصير معاوضة لازمة بمعنى المبحوث عنها اذا عرفت هذا، ظهر لك

انها ليست بيعا حتى يترتب عليها احكامه من الخيارات و غيرها.

(٣٥١)

نعم، يمكن اجراء كل ما كان الدليل فيه لزوم الضرر، كالغبن وظهور العيب ونحو ذلك. فهو تابع للدالة العامة، لا لخصوص ما ورد في البيع، فلا يقال بثبوت الخيار الثلاثة

فى الحيوان للمشتري، ولاخيار المجلس و غير ذلك من الاحكام. بل الاصل فيه اللزوم الا ما ثبت التخلف بالادلة العامة.

و توهم ان العوضية والمعوضية امران اعتباريان و تفاوتهما انما هو بمحض الاعتبار، فاسد. بل انما هو مثل الثمن والمثمن، وهما يختلفان فى الاحكام مثل ثبوت الخيار فى الحيوان للمشتري اذا كان المبيع هو الحيوان، او نحو ذلك. فلا بد من تعيينهما حتى يترتب عليهما احكامها. وتعيينهما انما هو بدخول الباء على الثمن. ويلزمه (على القول باختصاص خيار الحيوان للمشتري) ان يكون لمن يبيع ضيعته بفرس و يشتري ذلك الفرس ايضا بضيعة ثبوت خيار الفسخ له فى الثلاثة وعدمه. وهو محال. فكذلك العوض

والمعوض ليس بمحض الاعتبار، و يتميز العوض بدخول الباء عليه. و من هذا يظهر ضعف ما نقل عن الشهيد الاعتراض على من استدل بلزوم تقديم الايجاب على القبول فى البيع، بان مورد لفظ "بعتك" معوض و مورد "اشتريت" عوض،

والمعوض فرع المعوض طبعاً فينبغى تقديمه وضعاً. و تقرير الاعتراض ان العوضية من الامور الاضافية المتعاكسة، فلا مزية لاحدهما بالاختصاص.

وفى كل من الاستدلال والاعتراض، نظر. اذ غاية توجيه كلام المستدل ان كلمة "بع" مشتملة على نقل المعوض الى المشتري بعوض. و كلمة "اشتريت" على نقل

العوض الى البائع. والتحقيق فى جوابه منع لزوم تقديم ما هو مشتمل على المواخر الطبعى. وغاية توجيه الاعتراض، ان كل واحد من الثمن والمثمن قابل لان يسمى عوضاً فيمكن تسمية العوض معوضاً وبالعكس. اذ كل منهما بدل من الاخر وليس هناك تقدم طبعى، وفيه ان غاية الامر امكان تحقق صورة فى المعاوضة وان يطلق على كل واحد من

العوضين اسم العوض والمعوض. لا طراد ذلك فى جميع الصور. ولا ريب ان اعتبار العوضية والمعوضية فى البيع حقيقى، لا اضافى. والا لزم ان يكون الثمن مثنياً وبالعكس. وبه يختل الاحكام.

والتحقيق فيه ان القبول الذى لم يكن بلفظ قبلت مثل " اشتريت " و " ابتعت " اما  
ايجاب فى المعنى، يعنى " نقلت منك المبيع بالعوض المعلوم و بعت بعد قبول له "  
لعدم

استحالة ذلك عقلا والا لم يتخلف فى عقد النكاح مع انه جازى فيه، والتعليل بخيار  
المرأة

لا يرفع الاستحالة العقلية، كما هو واضح. او نقول انه قبول ولا استحالة فى تقديمه.  
والفرعية والتبعية انما يسلم فى مثال " قبلت " لا غير.

فالثواب فى تقرير مراد المستدل ان يقال: ان مورد " بعت " هو نقل عين آخر بعوض،  
ومورد " اشتريت " قبول ذلك النقل بذلك العوض بعينه. ولا ريب ان الانتقال مطاوع  
للنقل ومتاخر عنه بالطبع، فلا بد ان يكون اللفظ الدالة عليه متاخرا. وفى تقرير الاعتراض  
ان يقال: ان النقل كما يمكن تصويره فى المعوض يمكن تصويره فى العوض، فلا تقدم  
لاحد العوضين بالطبع فى صيرورتهما منقولاً او منتقلاً. ويظهر الكلام فيهما بعد تأمل  
ما ذكرنا بادنى تصرف.

فيمنع تقديم مادل على المتقدم بالطبع فى الذكر، ويمنع اعتبارية المنقول والعوض  
وجواز

جعل كل من العوضين منقولاً و منتقلاً، وعوضاً و معوضاً.  
فنقول فى المعاوضة المبحوث عنها، ان كانت بمحض التقابض (من دون قصد الى  
شيء

من العقود المعهودة [و] اعتبار شرايطها) فهى معاواة محضه. وان كانت بعد المساومة  
باحد

العقود المعهودة فهى المعاطات التابعة لتلك العقد. وان لم يكن بمحض التقابض بل  
ذكر له

صيغة بمثل " عاوضت " او " تعاوضت " او " باذلت " ونحو ذلك، ووقع القبول، فلا  
محالة ينفك

عن جعل احدهما عوضاً والاخر معوضاً. و لا يتصور جعل كل منهما عوضاً و معوضاً،  
كما  
ذكرنا.

وح، فبعد ملاحظة ان لفظ " عاضه " و " اعاضه " و " عوضه " فى اللغة بمعنى اعطاه  
العوض. كما ان لفظ " اعتاض " و " تعوض " بمعنى اخذ العوض. فلا بد ان يجعل  
ايجاب

المعاوضة المبحوث عنها بلفظ " عاوضت " منقولاً بمعنى نقلته فيصير معناه نقلته نقلاً  
بعوض

داخل فى ماهيته، كالبيع والاجارة. فلا يشمل الصلح والهبة المعوضه. فان كان مفعوله

عينا  
فيصير بيعا. او منفعة فيصير اجارة او مزارعة او نحو ذلك. وح، فلا بد من تعيين  
المقصود

(٣٥٣)



وملاحظة تحقق شرايط كل منهما. وان جعلت معاملة براسها، فلا يمكن الا بسبب التسمية لا باعتبار تمايز الماهيات. وهو مشكل. و بالجملة لم اقف على شىء يدل على كونها عقدا براسها.

وللشهيد الثانى (ره) فى المسالك هنا كلام ينبغى التعرض له: قال المحقق " وكذا ان عوض عنها و لو كان العوض يسيرا " قال [فى شرحه] " هذا ايضا من المواضع الموجبة للزومها من الجنبى " يعنى كما ان صورة تلف العين فى هبة الاجنبى موجب لسقوط الرجوع فكذلك تعويض الاجنبى عن الهبة موجب للزومها و سقوط الرجوع فيها. قال " وهو موضع وفاق من جميع الاصحاب حتى من المرتضى ١ - ره - كما قد عرفت و مسشنده مع ٢ الادلة العامة خصوص قوله الصادق - ع - فى حسنة عبد الله بن سنان، قال: اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع ٣. وغيرها. ولا فرق فى العوض بين القليل والكثير من تراضيهما عليه لا طلاق النص والفتوى. ولانها يصير بالتعويض معاوضة مختصة، فيلزم للعلوم، ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد، لم يوتر بذل الموهوب له. كما سياتى - ان شاء الله - تحريره. ولا فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالا طلاق. ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن ٤ الجملة ". اقول: وفى هذا الكلام تعقيد واشكال. اذ لو كان مراده من " الادلة العامة " مثل " اوفوا بالعقود " و " المؤمنون عند شروطهم " الشامل لعقود المعوضات كالبيع والاجارة، وغيرها كهبة ذى الرحم بدون عوض، والصلح الخالى عن العوض، والنذر، واليمين. بتقريب ان يقال خرج هبة الاجنبى الخالية عن العوض بالدليل وبقي الباقي تحت العموم. فما معنى قوله " و لانها يصير بالتعويض معاوضة محضة فيلزم للعموم " وما هذا العموم غير العموم المتقدم.

فان قلت: المراد منه مثل قوله تعالى " الا ان يكون تجارة عن تراض " فان التجارة هو عقد  
المعاوضة لا جل التكسب.

- 
- ١ و ٢: وفي النسخة: المعترض. و كذا " من " بدل " مع " .  
٣: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤١، احكام الهبات، الباب ٩ ح ١ .  
٤: وفي النسخة:؟ " في " بدل " عن "

ففيه: ان منتهى دلالة حلية الاكل لاقتضاء الاستثناء ذلك، وان كان منقطعاً. فمعناه.  
يجوز الاكل بعنوان التجارة عن تراض، وهو لا يستلزم اللزوم. فليس هيهنا عمومات  
يفيد

احدها لزوم كل عقد من العقود، سواء كان فيه معاوضة ام لا، والاخر لزوم كل عقد  
فيه  
معاوضة.

فان قلت: انه (ره) فرض الكلام فى التعويض الغير المسبوق بشرط العوض. فانه يمكن  
ان

يقال الهبة للاجنبى مع الاطلاق قد خرج من عموم " اوفوا بالعقود " وامثاله، فما الذى  
اوجب

لزومه بعد طرو التعويض. فقال الهبة المطلقة صار بسبب التعويض بعدها معاوضة  
محضة وليس

بالهبة المطلقة المخرجة بالدليل عن العموم، فيدخل تحت تلك الادلة العامة التى  
خرجت

منها اولاً. فالعمومات فى الموضوعين امر واحد. و الحاصل ان [اعتراض] المعترض فى  
الاستدلال الاول، [اى] ان هبة الاجنبى بملاحظة كونها معاوضة يدخل تحت عموم  
اوفو

بالعقود، بالاستقلال فيلزم. [لا] فى الاستدلال الثانى، [اى] ان خروج هبة الاجنبى  
المطلقة

بسبب الدليل عن تلك العمومات، قد ثبت، ولكن ثبت لزومها ثانياً، بسبب دخولها  
ثانياً، تحت

العموم بسبب التعويض الطارى عليه.

والحاصل: ان الهبة المعاوضة داخلة فى العام بالا صالة فى الاول. فصارت منه بعد ما لم  
يكن، فى الثانى. وبيان ذلك ان فى التعويض ايضاً لا بد من القبول، حتى فى الهبة  
المشروطة

بالعوض. فلو منع الواهب من قبول العوض لئلا يلزم هبته جاز له. فلا بد التعويض من  
قبول

الواهب لما يعطيه المتهم بقصد العوضية حتى يلزم. فحق الواهب باق فى العين حتى  
يحصل

اللزوم سواء شرط العوض فى العقد ام لا. فبعد التعويض يعنى اعطاء المتهم العوض  
واخذ الواهب،

يصير لازماً لان الهبة المطلقة السابقة معاوضة محضة، فكأنه كان ينقل ما له المتزلزل  
بالنسبة

اليه بازاء هذا العوض. فيقطع يده عنه فيشملة العمومات الدالة على وجوب الوفاء.  
فكانه حصل  
المعاوضة ح، ويدخل بسببه تحت العموم.  
قلت: الظاهر ان موضوع المسئلة اعم من الهبة المشروط فيها العوض او المطلقة التي  
لحق بها التعويض. كما يظهر من الاستدلال ومن قوله " ولو لم يرض الواهب باليسير  
ابتداء او  
بعد العقد " واما جعل ذلك الكلام عطفًا على اطلاق النص والفتوى ليكون دليلًا لعدم  
الفرق

بين اليسير والكثير، فلا كراهة فيه. ثم، ان مقصودنا من طرح هذا المقال استيناس الى اثبات

معنى مستقل للمعاوضة غير العقود المعهودة.

فان مراد الشارح من قوله " فيصير بالتعويض معاوضة محضة " لو كان صيرورتها هبة معاوضة فيدخل تحت العموم، فيرد عليه ان الاستدلال بالعموم لا يحتاج الى جعلها هبة معاوضة. بل يكفي كونه مصداق لفظ " العقد ". مع ثبوت الاشكال في صيرورتها هبة معاوضة

ايضا. ولو كان مراده انه ح، يصير واحدا من العقود المعهودة، فالمفروض عدمها. مع انه لا يصح فرض كونها منها. فبقي ان يكون المراد بالمعاوضة المحضة اما نوع

معاوضة خاصة لم يكن احد المذكورات. او معنى عام يشملها و يشمل غيرها. فظهر من ذلك

امكان تحقق المعاوضة في غير العقود، المعهودة، ويكون مندرجا تحت عموم الاية، فيكون

لازما. ومما ذكرنا في تقرير الاستدلال من ان الغرض محض اخراجها من الهبة المطلقة المستثناة بسبب طرو التعويض، يظهر ضعف الاستيناس.

اذا عرفت هذا، فالمعاوضة التي لم يقصد كون احد العوضين معاوضا والاخر عوضا، فاما

ان يكون بدون لفظ وصيغة، فهو معاطاة. ويجرى عليها احكامها. وان كان مع لفظ فان كان

" با ذلت " او " بذلت " او " عوضت " فهو لا ينفك في الخارج من صدور النقل من احد الطرفين،

فمن ايهما صدر فيتبعه حكمه. فان صدر من صاحب العين مع ذكر العوض و ارادة ثبوت

العوض في مهية، فينزل على البيع قسرا.

وان صدر من صاحب المنفعة، فينزل على الاجازة قسرا. ولا يضر عدم القصد، ح. فانه اذا قال احد ل احد ا " بع فرسى بكذا " فباع ولم يخطر ببال احدهما ان معنى " بع "

التوكيل

في البيع، ولا قصدا. فهل يمكن لك ان تقول ان هذا باطل لانه لم يقصد التوكيل ولم يفهم

الوكيل ذلك. بل هو قاصد ولكن لا يتفطن بانه قاصد. لان العلم بالشيء لا يستلزم العلم بالعلم. وح، فيبقى الكلام في اجتماعها بشرائطها مثل معلومية العوض والمعوض في

البيع

والاجازة وغيرهما، والتمكن من التسليم و غير ذلك. ومن جملة ذلك، الكلام فى  
صحة الصيغة

-----  
١: وفى النسخة: فانك اذا قلت لاحد

والايجاب بهذا اللفظ. وانه [هل] يكفى الكنايات، ام لا. وفي ان الصيغة هل هي شرط الصحة  
او اللزوم. فلا بد فيه من الرجوع الى ما ذكره في محالها.  
واما مع عدم الصيغة: فهو معاطاة - كما ذكره - ولا يفيد اللزوم على الاقوى. وح،  
فاما ان  
يتحقق فى الخارج محض التقابض ولم يعلم كونه تابعا لاحد من العقود المعهودة، فهو  
معاطاة  
بالمعنى الاول. و لا يفيد الا اباحة التصرف. واما لو علم التبعية مثل حصول المساومة  
والعقد  
الى احد العقود ثم وقع التقابض من الطرفين بناء على تلك المساومة. فهذه معاطاة تابعة  
للعقد. فيكون معاطاتا فى البيع او فى الاجازة. وهكذا انما وقع الاختلاف فى ان  
المعاطاة  
هل هو بيع، ام لا، انما هو فى المعاطات البيعية لا مطلق المعاطاة. ولما كان ذكر  
مسئلة  
المعاطاة فى كتاب البيع وذكر الخلاف هنا [ك]، يترأى فى بادى النظر انهم اختلفوا فى  
انه بيع ام لا مطلقا. وليس كذلك. بل تكلموا فى مسئلة البيع ثم ذكروا انه يجرى فى  
الاجارة  
وغيرها ايضا. فنزاعهم فى انها هل يفيد الملك او محض الاباحة، ينبغى ان يكون فى  
المعنى  
الاعم. ونزاعهم فى انه على القول بالملكية هل هو بيع ام لا، انما هو بالمعنى الاخص.  
والاظهر انها ليس محض الاباحة. بل هو تمليك والا لم ١ يجز وطفى الامة بسبب  
المعاطاة، وهو خلاف اتفاهم. و محللات الفرغ منحصر فى التزويج و ملك اليمين.  
وان كان  
بتمليك المنفعة لا يشمل ٢ التحليل. والقول بان اذن المالك و اباحتها فى التصرف  
تحليل،  
ضعيف. لان المراد بالتحليل تحليل الوطى مع بقائها على ملك المالك. ولا ريب ان  
المالك هيهنا لم  
يقصد الا وطفى المشتري فى ملك نفسه. وايضا لا عوض فى عقد التحليل. و [العوض]  
فى  
المعاطاة موجود. بل الاظهر [ان] ما يكون تابعا للبيع فهو بيع. وقد ادعى المحقق  
الثانى عليه  
الاجماع، ويمكن تنزيل عبارات ساير الاصحاب ايضا على ذلك، بان يكون مرادهم من  
معنى

الملكية او التبعية، هي نفى اللزوم.  
١٧٤ - سوال: معاوضة چیزی به چیزی دیگر، لزوم دارد یا ندارد؟ -؟ و با وجود  
لزوم،  
ظاهر این است که صیغه و لفظ خاصی ندارد. چنانچه داشته باشد، بیان فرمایند. و  
غبن در

-----  
١: وفي النسخة: وان لم يجز...

٢: وفي النسخة: ليشمل التحليل



آن با وجود لزوم آن، جاری است؟ و دعوی غبن را احد طرفین میتواند نمود؟  
جواب: اظهر در نظر حقیر این است که معاوضه به این معنی که هر يك عوض و معوض

باشند، عقدی است مغایر سایر عقود معاوضات. و هر گاه صیغهء صریحه بگویند مثل اینکه بعد

از مساومهء معاوضهء الاغ و گاو با هم، بدون ملاحظهء اینکه احدهما ثمن باشد و دیگری مثنی،

هر يك بگوید "تعاوضنا"، عقد لازم است و داخل عموم "اوفوا بالعقود" است. و هر گاه صیغه

نگویند، معاطاة است، و لزوم ندارد. و در صورت لزوم هم احکام بیع در آن جاری نمیشود،

مثل خیار مجلس و خیار حیوان. بلی، دعوی غبن و امثال آن که بدلیل "نفی ضرر" ثابت

است، در آن جاری میشود. بسبب عموم. نه غیر اینها.

۱۷۲ - سوال: هر گاه کسی محصول باغ کسی را یا خود خرص منماید یا خرص مآورد و مبیند، یا صاحب باغ مگوید که من خود خرص نموده‌ام یا خرص آورده‌ام و دیده

است و فلان مقدار انگور (مثلاً) دارد. آن مشتری اکتفا منماید و راضی میشود و محصول را

به قیمت مشخص و مدت مشخص (یا مدت غیر مشخص مثل رفع محصول مثلاً) قرار داد

منمایند. و لکن صیغه نمخوانند، بلکه محض تراضی است.

من بعد آن مشتری تمامی محصول [را] مبرد - چه مفروشده و چه مخشکاند - و هنوز هیچ قدر از قیمت را نداده، مگوید من مغبون مباشم. و گاه باشد که قدری از

قیمت را داده است و تلف شده است. یا هنوز تلف نشده است. استدعا آنکه شفقت کرده بیان

فرمایند که این چه معامله [ای] است؟ و یا معامله نیست -؟ و محصول باغ حقیقتاً مال کی بوده

است؟ و دعوی غبن در صورتهای مذکوره جاری میشود یا نمیشود؟ -؟

جواب: اولاً باید دانست که در بیع ثمار بر اشجار، خرص شرط نیست. بلکه مشاهده

کافی است. بلی، هر گاه ثمن از جنس آن ثمر باشد که آن را "مزاینه" مگویند،

حرام است  
اجماعاً، هر گاه به ثمن آن درخت باشد. و علی الاظهر المدعی علیه الاجماع  
من  
بعضهم هر گاه از غیر آن درخت باشد. و بعضی از علما از جملهء ادلهء حرمة،  
احتمال تحقق ربا  
در آن کرده‌اند، و گفته‌اند که شرط است در صحت معاملهء ربوی علم به مساوات  
آنها، در  
اینجا چون محتمل است تفاوت، صحیح نیست. پس بنابر این باید که قایل قول به  
جواز

بیع ثمره غیر آن شجر، تجویز نکند بدون خرص، تا آنکه تفاضل لازم نیاید. و لکن این قول ضعیف است.

و همچنین استدلال قائلین به حرمة اصل " مزانبه " بسبب احتمال ربا. زیرا که ثمره بر شجره از باب مکیل و موزون بالفعل نیست. و آنچه شرط است در تحقق ربا تفاضل در مکیل و موزون بالفعل است. و ایضا معلوم نیست که قایل به جواز در غیر ثمره شجره، این دلیل را قبول داشته باشد. تا تکیه او در اشتراط خرص بر این باشد که اجتناب از ربا کرده باشد. با وجودی که در بعضی اخباری که استدلال کرده‌اند تصریح است به عدم لزوم ربا.

پس از اینجا معلوم شد که قول آنها هم مستلزم لزوم خرص نیست.

بلی، در بیع " عرایا " که مستثنی است از حرمة " مزانبه "، خرص شرط است ۱. و آن عبارت است از اینکه کسی يك درخت خرما در خانه دیگری یا در باغ دیگری داشته باشد. و خواهد آن را بفروشد به صاحب خانه یا باغ که آن صحیح است اجماعا. و در اینجا شرط کرده‌اند خرص کردن را. به این معنی که تخمین میکنند که آن درخت هر گاه رطب آن خشک شود و خرما شود خرمای آن چیز قفیز است. و به همان قدر که تخمین کرده بفروشد به صاحب خانه.

و این معنی در غیر درخت خرما جایز نیست، و در درخت خرما هم صحیح است به شرط اینکه به خرمای غیر آن درخت بفروشد نه به خرمای آن درخت. تا لازم نیاید اتحاد ثمن و مثنی. و این که آن درخت یکی باشد. و این که تفاضل در حین عقد حاصل نباشد میان خرمائی که خرص کرده و قیمت آن. هر چند بعد از آن ظاهر شود زیاد و کم، که آن ضرر ندارد. و این که بیع حال باشد نه مؤجل. و اما تعیین قیمت به وصف یا مشاهده، پس

آن مثل  
سایر بیوع است. واستقصای مباحث " عریه " مجال آن در اینجا نیست. غرض همان  
حاجت به  
خرص است.  
و اما آنچه گفته‌اند در کتاب زکات از لزوم خرص، هر گاه خواهد انگور یا رطب را  
به

-----  
۱: و در نسخه: نیست

مصرف برساند یا بفروشد. پس آن از برای تحدید حصه فقیر است. نه اینکه شرط صحت بیع من حیث هو باشد. پس هر گاه کسی داند که انگور باغ او اگر خشک کنی سیصد من مویز بالاتر دارد، و قدر آن معلوم نیست، و خواهد انگور باغ را بفروشد، حرص میکند باغ را که چه قدر مویز از آن به عمل مآید. و ضامن حصه فقرا شود. پس انگور را مفروشند و مشتری هم منخرد به مجرد مشاهده، و دیگر احتیاجی به حرص نیست. و هر گاه این را دانستیم بر مگردیم بر سر مطلب و مگوئیم: که بایع و مشتری یا این است که هر دو باغ را دیده‌اند و انگور مجموع باغ را مشاهده کرده‌اند، پس آن کافی است در صحت بیع. خواه حرص کرده باشند هر دو، یا احدهما، یا اعتماد به حرص ثالثی کرده باشند. و مفروض سوال هم این است که از بابت "مزابنه" نیست که قیمت، انگور باشد یا مویز باشد. پس هر گاه حرص شده باشد و نقص ظاهر شود، این از باب ظهور غبن خواهد بود، و دعوی غبن مسموع است، با شرایط آن. و هر گاه هیچکدام مشاهده نکرده‌اند. یا احدهما مشاهده نکرده و به حرص ثالثی هم نشده، بیع باطل است. بسبب جهالت بیع و اینکه گفتیم که در صورت عدم مشاهده هر دو و اکتفا به حرص ثالث، هر گاه نقص ظاهر شود داخل غبن است، و همچنین در صورت اکتفای احدهما به قول آن دیگری در حرص بدون مشاهده دیگری، این از باب خیار رؤیت و خیار عیب نیست. وجه آن این است که وصف در اینجا حرص است نه بیان مقدار. و گویا گفته است که "باغی که موصوف است به اینکه حرص او این قدر است فروختم به تو به این مبلغ" و ظهور نقص در حرص [به] معنی خروج مبیع بخلاف وصف نیست. زیرا که او در وصف صادق است. و تخلفی که شده در

مقدار  
موصوف است بسبب خطای در وصف. نه بسبب ظهور کذب در وصف. پس بر  
مگردد به  
ظهور غبن.  
و در دعوی غبن سه چیز معتبر است: یکی اینکه: در حال عقد احد عوضین انقص  
بوده  
از دیگری نه اینکه زیاده یا نقص بعد عقد حاصل شده باشد. دوم اینکه: مغبون عالم  
به  
نقض نبوده باشد، هر چند از اهل وقوف باشد، و همان امکان جهل معتبر است هر  
چند از  
اهل خبره باشد. بلی، هر گاه جهل در حق او ممکن نباشد دعوی مسموعه نیست. و  
هر گاه

نزاع شود در صورت امکان جهل، اظهر این است که هر گاه غابن مگوید که تو عالم بودی  
 به قیمت. و مغبون بگوید جاهل بودم. اظهر تقدیم قول مغبون است با یمین. به جهت  
 اصالة  
 عدم علم. خصوصا هر گاه عالم بودن اظهر نباشد که باعث تعارض اصل و ظاهر  
 شود.  
 و هر گاه مغبون بگوید من جاهل بودم به قیمت. و غابن بگوید نمیدانم که تو عالم  
 بودی  
 یا جاهل. پس ظاهر این است که قول مغبون است با یمین. نه از راه اینکه منکر  
 است،  
 تا کسی ایراد کند که او مدعی است نه منکر. بلکه از جهت اینکه مدعی جاهل است  
 و اثبات  
 حق به بینه ممکن نیست، و خصم هم چون عالم به حال نیست قسم نمیتواند یاد  
 کند. و نظر  
 به عموماتی که وارد شده که اخراج حقوق به چند امر است یکی از آنها یمین است.  
 پس باید  
 قسم بخورد تا مسلط بر فسخ شود.  
 و احادیث مفصله که فرموده‌اند "البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه" خالی  
 از اجمال نیست. و عبارت "علی المنکر" که در بعضی دیگر از اخبار هست مبین  
 مدعی علیه  
 است. و این شخص جاهل را "منکر" نامگویند. و بسیار دور نیست که بگوئیم  
 ضرورت داعی  
 بر یمین نیست. چون مسلمی سخنی مگوید و معارضی ندارد. چنان که شهید در  
 قواعد  
 احتمال داده در صورتی که زوجه مدعیه تسمیه معینه در صداق باشد، و زوج  
 بگوید که من  
 نمیدانم، یا خاطر من نیست، زوجه مستحق آن هست. چون مسلمی است بلا مزاحم، و  
 قول او  
 محمول بر صدق است.  
 و اما سوال از اینکه: این چه معامله [ای] است. پس ظاهر این است - نظر به صورت  
 سوال که  
 در آن ذکر شده که انگور باغ را فروخته و صیغه جاری نشده - این داخل معاطات  
 است.

و چون معاطات عبارت است از دادن و گرفتن بدون صیغه، پس آن اقسام بسیار  
متواند  
داشت. و عمدهء کلام فقها در مسئلهء بیع است. و ظاهر کلام ایشان این است که  
هر گاه همهء  
ارکان و شرایط بیع موجود است به غیر صیغه، آیا این هم بیع است یا نه (؟-؟) و  
هر گاه بیع  
باشد آیا صحیح است یا فاسد (؟-؟) و هر گاه صحیح باشد آیا مفید محض اباحهء  
تصرف، یا  
مفید ملك است (؟-؟) و بر فرض افاده ملك آیا ملکیت لازم است یا متزلزل است  
(؟-؟)  
و بر فرض افادهء اباحه یا ملکیت متزلزه آیا به تلف عینین، یا احدهما، یا بعض  
کلیهما لازم



مشود یا نه (؟-؟).  
و اقوی در نظر حقیر این است که مفید ملکیت متزلزله است. بلکه دور نیست که  
بیع غیر  
لازمی باشد در جایی که همهء شرایط بیع باشد به غیر صیغه. و ظاهر این است که  
کلام  
جمع کثیری از علما (که گفته‌اند مفید اباحه است نه ملك، بلکه از بعضی ظاهر  
مشود  
دعوی اجماع بر عدم افادهء ملکیت) محمول است بر اباحه به معنی اعم از اباحهء  
محضه یا  
ملکیت متزلزله که معلق بر تصرف است. و مراد آنهایی که نفی ملکیت کرده‌اند  
ملکیت لازمه  
است. چنان که محقق ثانی فهمیده است در شرح قواعد و در شرح حاشیه ارشاد.  
بلکه در شرح قواعد گفته است که "معروف بین الاصحاب این است که آن بیع  
است.  
و لکن لازم نیست. و اینکه مراد آن بعضی که دعوی اجماع کرده بر اینکه بیع  
نیست، این  
است که بیع لازم نیست" و دلیلی که ذکر کرده این است که اگر ملکیت ثابت  
نشود به  
معاطات پس چگونه است که بسبب تلف لازم میشود؟ و چه دلیلی دلالت بر آن  
دارد؟  
و همچنین اگر ملکیت ثابت نباشد اباحهء تصرف ثابت نمیشود. زیرا که مراد طرفین  
در  
معاطات اباحهء تصرفی است که مشتری در ملك خود بکند، و مستند باشد آن  
تصرف به  
ملکیت رقبه. پس اگر چنین شده مطلب حاصل است. و الا اباحه حاصل نمیشود  
رأساً. چون  
مقصود ایشان نیست.  
و بر این متفرع میشود جواز بیع آن، و آزاد کردن، و وطی کردن. زیرا اینها نمیشود  
مگر در ملك. و ظاهراً خلافی ندارند در جواز بیع آنچه به معاطات منتقل شده، و  
همچنین  
عتق و وطی. و آنچه بعضی توهم کرده‌اند - که اباحهء مطلق تصرفات، منشأ اباحهء  
بیع و عتق  
و وطی هست پس کافی است در جواز تصرفات اذن مالك، و موقوف نیست بر

ملکیت، پس  
جواز تصرف موقوف است بر اذن نه ملکیت، و تملك به تصرف حاصل میشود -  
خالی از  
تحقیق است. زیرا که اذنی که در اینجا متصور است، اذنی است در تصرفی که مبتنی  
باشد بر ملك  
ورقه.  
و این بدیهی است که مراد بایع کنیز، به عنوان معاطات، این نیست که کنیز ملك  
بايع باشد و

و طی او را حلال کرده باشد از برای مشتری. چنان که معنی "تحلیل" همین است.  
 با وجود  
 اینکه اندراج عوض در تحلیل فرج بر مگردد به اجازه فرج و آن بشبیه حرام است.  
 و مفروض این است که عقد تحلیل هم واقع نشده.  
 و این که گفته‌اند که "تصرف متمم ملك است". بر آن وارد است که در این وقت  
 و طی  
 در غیر ملك واقع شده. و همچنین است کلام در عتق و بیع. و به هر حال معلق  
 ساختن ملك  
 بر تصرف - و حال آنکه تصرف موقوف است بر ملك - مستلزم دور است. و دفع  
 آن به اینکه  
 تصرف موقوف است بر اذن، نه بر ملك. تمام نیست. چنان که دانستی که اذن مطلق  
 مجوز  
 این گونه تصرفات نیست تا منضم به تمليك نباشد.  
 و توهم اینکه ملك حاصل میشود به لمحء یسیری قبل از تصرف. و تصرف مبتنی بر  
 آن  
 است - چنان که در "اعتق عبدك عنی" که این را تمليك ضمنی مگویند - بوجه  
 است.  
 چون در آنجا اعتق عبدك عنی به منزلهء توکیل است. یعنی تو و کیلی که غلام خود را  
 مال  
 من کنی و از جانب من آزاد کنی. پس هر گاه صاحب غلام آزاد کرد غلام را از  
 برای آمر  
 بسبب امر، ظاهر میشود که او را ملك آمر کرده هر چند به لمحء [ای] یسیر باشد. و  
 اما در  
 اینجا نمیدانم که هر گاه معاطات افادهء تمليك نکرد از کجا ملك از برای مشتری  
 حاصل شد  
 که با او و طی کند -؟.  
 اگر بگوئی: که چون اجماع است که بیع و عتق و و طی جایز است در اینجا، و چون  
 آنها  
 نمیشد مگر در ملك پس معلوم شد که ملك فی الجملة به لمحء کمی حاصل  
 میشود،  
 و این امور بر آن مترتب میشود.  
 مگوئیم: که آیا این ملك تعبداً به جعل الهی حاصل میشود در صورتی که ارادهء این  
 تصرفات کند -؟. پس چرا گفتی که جواز آن ناشی از اذن مالك است؟ و اگر از اذن

مالك  
حاصل مشود، پس چرا تخصيص مدهی آن را به این امور خاص؟ پس اذن او در همه  
جا  
کار میکند.  
و اما آنچه کلام ملا احمد (ره) موهوم آن است - که [گفته است] نزاعی نیست در  
اینکه  
معاطات در قرض مبیح تصرف است بلکه موجب ثواب است و لکن ملك حاصل  
نمیشود مگر

به تصرف - که کسی گمان کند که از [کلام] آخوند اجماع ظاهر میشود بر اینکه  
 تصرف  
 منشأ حصول ملك میشود. پس اعتماد به آن بوجه است. زیرا که عبارت ایشان (بنا  
 بر  
 نسخه [ای] که در نزد حقیر است) این است " والظاهر انه لا نزاع فی المعاطات هنا  
 علی تقدیر  
 عدم کونها من العقود اللازمة فیصح التصرف و علیه العوض، بل يحصل الثواب ایضا، الا  
 انه  
 لا يحصل الملك ولا يلزم العوض الا بعد الاتلاف، وقبله يكون ماذونا فيه فی التصرف  
 مع  
 العوض. فلا يكون عقدا باطلا مثل ما قيل فی البيع ".  
 و ظاهر این است که مراد آن مرحوم در اینجا بیان این است که هر چند قائل نباشیم  
 به  
 معاطات در بیع و سایر معاملات، و باطل و فاسد دانیم آن را (چنان که مذهب علامه  
 است در  
 نهاییه) در قرض نزاعی نیست. و کسی قائل به حرمة و فساد آن نشده. بلکه موجب  
 اباحه  
 تصرف است. و اما اینکه گفته است که ملك حاصل نمیشود به تصرف ۱ بلکه  
 حاصل میشود  
 به تلف ۲. ظاهر این است که مراد او در مثل تصرف در اموال باشد به عنوان اکل  
 ولبس و غیر  
 اینها، که بسبب تلف، ملك حاصل میشود نه قبل از آن. از قبیل طعامی که در نزد  
 مهمان  
 مآورند. [نه] مثل بیع و عتق و وطی. بقرینهء کلام او بعد از آن که صریح است که  
 امثال این  
 تصرفات بدون حصول تملك قبل از آن وجهی ندارد. و اما معاطات در بیع و امثال  
 آن، پس  
 آن از اصل در نزد آخوند لازم است و موجب تمليك.  
 تا اینجا کلام در این بود که معاطات در بیع و امثال آن عبارت باشد از اجتماع  
 ارکان به  
 غیر صیغه. باقی ماند کلام در معاطات در این معاملات بافقد شرایط آن. مثل جهالت  
 مبیع  
 و ثمن و غیر ذلك. پس مگوئیم که کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع

است:

اول: در کتاب بیع بعد از آن که تعریف بیع را میکنند به " انتقال عین مملو که از شخصی به دیگری به عوض مقداری بر وجه تراضی " چنان که جمعی کرده‌اند. یا به " عقدی بر انتقال مذکور " چنان که علامه در مختلف اختیار کرده. یا به " عقدی که مقتضی استحقاق تصرف است در مبیع و ثمن و تسلیم آنها " چنان که جمعی دیگر کرده‌اند. یا به " نقل ملکی از

-----  
۱ و ۲: این سخن بر اساس نسخهء میرزا (ره) است و با ابتدای سخن از کلام اردبیلی (ره) تعارض ندارد

مالکی به غیر او به صیغهء مخصوصی " چنان که جمعی کرده‌اند.  
بعد از آن مگویند " لابد است در بیع از ایجاب و قبول " و بعد از آن مگویند  
" ولا یکفی المعاطات " و بعد از آن متوجه احکام معاطات میشوند و قول مفید را در

برابر

آن نقل میکنند. و عبارت مفید این است که " البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فی ما  
یملکان التبايع له اذا عرفاه جميعا و تراضیا بالبیع و تقابضا و افتراقا بالابدان " و ظاهر

این

عبارت این است که بیع منعقد و لازم میشود به اینکه تراضی واقع شود میان دو نفر

بر

معاوضه در آنچه ایشان مالک امر تبایع در آن هستند به اینکه ملك ایشان باشد، یا  
ولی،

یا وکیل مالک این مال باشند. به شرط اینکه آن عوضها معلوم باشند، و هر دو  
عارف به حال آنها

باشند، و راضی شوند به بیع، و قبض از هر دو طرف به عمل بیاید، و از هم جدا  
شوند که اشاره

است به تفرق مجلس که مادامی که مفارقت نکرده‌اند (بابدانهما) لزوم به عمل  
نیامده.

وفقها از این کلام فهمیده‌اند که مفید شرط ندانسته در صحت و لزوم بیع لفظ و  
صیغه را.

بلکه به مجرد تقابض اکتفا کرده. در برابر این سخن، مشهور علما مگویند که این  
افادهء

لزوم نمکنند، هر چند افادهء اباحهء تصرف بکند. و از علامه در نهاییه نقل شده که  
این افادهء

اباحه [نیز] نمکنند چون این بیع فاسدی است و مبیح تصرف نیست. و سایر علما نیز  
خلاف

کرده‌اند که آیا این اباحه همان محض رخصت در تصرف بدون  
حصول ملکیت است، یا مفید ملکیت متزلزل است و به تلف، لازم میشود. یا بیع  
است اما

بیع لازم نیست، بلکه بیع متزلزل است.

و از این سخن‌ها (که مذکور شد که در مسئله بیع مگویند) بعضی چنین

فهمیده‌اند که این سخن‌ها در وقتی است که سایر شرایط بیع متحقق باشد و نزاع  
در سر همان صیغه با تنهائی باشد. و لازم این سخن این است که هر گاه اختلال در

سایر

شرایط باشد، اباحه به هیچ نحو حاصل نمیشود. چنان که [در] مسالك به آن اشاره دارد. و در کلام دیگری ندیدیم.  
و عبارت او این است که " لو وقع الاتفاق بينهما على البيع، و عرف كل منهما رضا الآخر بما يصير اليه من العوض المعين، الجامع لشرايط البيع غير اللفظ المخصوص، لم



يفد اللزوم. و لكن يفيد اباحة تصرف كل منهما في ما صار اليه من العوض. نظرا الى اذن

كل منهما للاخر في التصرف. ام يكون بيعا فاسدا من حيث اختلال الشرط و هو الصيغة

الخاصة. المشهور الاول... ". الى آخر ما ذكره. و ظاهر اين عبارت اين است كه خلاف

در اباحهء تصرف و عدم اباحه، همين در صورت اختلال شرط صيغه است. و در صورت

اختلال ساير شروط اباحه حاصل نمشود. و ديگران هم تابع آن شد [ه ا] ند. و همچنين از ذكر كلام در معاطات در عقب ذكر اشتراط صيغه چنين فهميده اند كه اين اباحه مخصوص صورت فقدان شرط صيغه است. نه ساير شروط و دلالت اين بر مطلب ايشان نيز ممنوع است. و ساير فقها در اين مقام تعليل ميكنند اباحه را به حصول تراضي و مسلط كردن هر يك ديگري را بر مال خود. و در اين معني فرقي نيست

ما بين اينكه ساير شرايط متحقق باشد يا نباشد. و مقتضاي اين تعليل عدم فرق است ما بين وجود شرايط و عدم آنها.

و از شهيد (ره) در حواشي قواعد حكايه شده كه تجويز كرده است جهالت ثمن و مثن و اجل را. و همچنين مقتضاي آنچه ذكر كرده اند كه در معاملهء نقدين در صورت

معاطات، قبض مجلس شرط نيست. و مؤيد اين است جواز خريدن نان و غير آن، از اطفال در بازار، در بعضي صور (چنان كه در محل خود تحقيق آن كرده ايم). و از شيخ در

مبسوط نقل شده كه گفته است - بعد از گفتار در صيغهء بيع -: " اذا ثبت ذلك فكلما

جری بين الناس انما هي استباحات و تراض دون ان يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل ان يعطى درهما للخباز فيعطيه الخبز، او يعطيه للبقلی فيبادلہ البقل، و ما اشبه ذلك. ولو ان

كل واحد منهما يرجع في ما اعطاه كان له ذلك. لانه ليس به عقد صحيح هو بيع ". و مثل اين از خلاف هم نقل شده. و به هر حال ظاهر اين است كه تراضي در جواز تصرف كافي است هر چند جامع شرايط صحت بيع نباشد. و اينكه از علامه در نهايه نقل

شده قول به اينكه معاطات بيع فاسد است، كه مبيع تصرف نباشد، ممنوع است. و معلوم

نیست که مراد علامه هم عدم جواز تصرف باشد. و بر فرضی که مراد او این باشد، در وقتی تمام است که تصرف را به علت اینکه بیع است بکند، و به اعتقاد اینکه بسبب

بیع بودن است. و اما اگر بسبب همان تراضی باشد که در ضمن بیع فاسد باشد، بکند،

دلیلی بر حرمة آن نیست. و در مسایل فقهیه جواز تصرف بسبب محض تراضی، بسیار است.

و از آن جمله تراضی است که در حیوانات شیرده میکنند به روغن، یا به دراهم، یا غیر آن،

با وجود جهالت شیر. هر چند لزوم ندارد. و گفته‌اند که این معاوضه است. و شبیه به این

است که ادای دین طلبکار بدون صیغه.

شهید (ره) در دروس گفته است " و من المعاطات ان یدفع الیه سلعة بثمان یوافقه علیه من غیر عقد، ثم هلك عند القابض. فیلزمه الثمن المسمی. و یشبهها قضاء المدین العوض عن

النقد، او عوض آخر. فان ساعره فذاك. و الا فله بسعر یوم القبض. ولا یحتاج الی عقد. ولیس

لهما الرجوع بعد التراضی "

پس گویا این معاطات نیست که احد عوضین تلف شده که آن مالی است که به قرض

گرفته شده بود. پس ضرور نیست که ما این معاملات را که بر وجه تراضی میشود مندرج

کنیم در تحت عقود متعارفه تا اینکه ملاحظه اجتماع شرایط آنها را بکنیم. و از این جمله معاوضه‌ای است که مقصود در آن تعیین عوض و معوض نباشد. مثل اینکه حیوانی را با حیوانی، یا ملکی را با ملکی معاوضه میکنند بدون قصد اینکه یکی از

اینها عوض باشد و ثانی معوض. بلکه هر يك از اینها عوض است و معوض است. و در جای

دیگر در همین کتاب [به طور] مستقصی بیان آن کردیم ۱ و بیان کردیم که اگر صیغه در آن

گفته شود، هر چند به این نحو باشد که هر يك از طرفین بگویند " تعاوضنا " معاوضه لازم

میشود، و داخل بیع و سایر عقود نیست. بلکه عقدی است مستقل که در تحت عموم " اوفوا

بالعقود " و امثال آن مندرج است. چون عقد عبارت است از عهد موثق. و هر گاه بدون صیغه

باشد مبیح تصرف است اما لازم نیست.  
پس در سایر عقود هم هر گاه مساومه بر آنها واقع شود و صیغه خوانده نشود، اگر  
جامع  
شرایط دیگر غیر صیغه هست [از] معاطات در آن، معاوضه را خواسته‌اند. و مبیح  
تصرف

-----  
۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۷۳، از همین مجلد

است، اما لازم نیست. و همچنین هر گاه سایر شرایط هم نباشد. پس خواهی آن را بیع غیر لازم (مثلاً) یا صلح غیر لازم، بگو، و خواهی معاوضهء دیگر بگو. چنان که. بسیاری از فقها در مطلق معاطات مگویند معاوضه‌ای است برآسه. و مخالف در اینجا شیخ مفید است. و بعضی متاخرین از اتباع او که با وجود عدم صیغه آن را بیع لازم میدانند ۱ مثلاً. و به هر حال: معاطات معامله [ای] است مبیح تصرف. خواه بگوئیم افاده ملکیت متزلزله

۱: عامل تعیین کننده در این مسئله، موضوع معروف "امضائیه و توقیفیه" بودن احکام است. در اینکه احکام عبادات توقیفی هستند و نمیتوان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی در آنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند. سخن در این است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟ - اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان

متقدم به توقیف معتقد بوده‌اند و مگفتند فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده و برای آنها حدود و مشخصات و شرایط تعیین کرده، رسمیت دارند. و سایر صورت‌های معامله باطل میباشند. در این میان با انواع معاطات‌ها رو برو شدند و چون عمل و سیرهء مسلمین بر معاطات‌ها جاری بوده (از عصر رسول الله صلی الله علیه و آله) آنها را در قالب "نیمه رسمی" میپذیرفتند. حتی در متن همین مسئله دیدیم که شیخ کمترین اهمیت (اهمیتی نزدیک به صفر) به معاطات میدهد.

بحث مطاطات در فقه ما يك جریان تحولی در تاریخ خود دارد. که در این سیر زمانی، بتدریج رو به تکامل

رفته و در نتیجه دانشمندان متاخر به "امضائی" بودن احکام در معاطات معتقد شده‌اند. یعنی به هر نسبتی که گذشت زمان به نفع قول "امضائی" بوده به همان نسبت به رسمیت "معاطات" افزوده شده. مرحوم محقق داماد (یزدی) مثال جالبی بر معنای "امضائی" مآورد. مگفت: رسول خدا "ص" و اهل بیت "ع" زیست فردی و اجتماعی مردم را متن قرار میدادند و خود بر آن حاشیه میزدند.

هر جا که میدیدند این رفتار، یا این معامله، یا فلان سنت و یا... مردم صحیح نیست، تذکر داده و آن را اصلاح میکردند، بنابر این هر معامله‌ای که از زبان شرع منفی؟ برای آن وارد نشده مشروع است و رسمیت

دارد. بدیهی است که معاطات در صدر این معاملات قرار دارد. و عدم ورود منع دلیل این است که شرع آن

را امضا کرده است. و شرایط چنین معامله‌ای همان شرایط عامه است. و شرایط خاصهء هر معامله خاص - از قبیل

بیع، اجاره و... مربوط به خودشان است. پس باید معاطات را يك معامله لازم دانست زیرا مردم به قصد لزوم، آن را انجام میدهند و به همین صورت هم مورد امضای شرع شده است.

از سخن میرزا (ره) روشن میشود که این جریان فکری در عصر او به فرار قابل توجهی رسیده بوده، که با

پیدایش معاملات جدید مانند سر قفلی و بیمه، به کمال خود می‌رسد. تأثیر مسئله تاریخی توقیف و امضا در این مسئله نقش زیادی دارد همانطور که در سطرهای بعدی کلمه "محصور" که جز "توقیف" معنی ندارد، در بیان شهید ثانی (ره) خواهد آمد

هم ممکنند و به تلف عوضین لازم میشود. یا قایل به محض اباحه باشیم. و دانستی قبل از این که اقوی افادهء ملکیت متزلزله است، و ضمانی در تلف آن لازم نیست به غیر همان عوضی که قرار داده شده هر گاه تلف شود عوضین یا احدهما، علی الاقوی. و فرقی نیست در تراضی بر معاوضه، ما بین آنکه اگر آن را درج کنیم در ضمن احدی از عقود معهوده فاسد نباشد، و ما بین آنکه برأسه فاسد باشد ۱ و این که گفته اند که هر گاه مشتری قبض کند به عقد فاسد، مالک نمیشود و ضامن آن عین است بلا اشکال و خلافی. آن هم منافاتی با ما نحن فیه ندارد. زیرا که آن در صورتی است که اذن در تصرف به شرط اینکه بیع باشد، شده است. نه در صورتی که اذن مبتنی بر تراضی باشد. هر چند در ضمن عقد فاسد باشد. و تفصیل مقام این است که هر گاه شروط صحت بیع از آن مقوله است که در صحت معاطات هم شرط است (مثل بلوغ و عقل و تملك مال و قصد به اخراج) پس آن بیع فاسد است رأساً. و موجب اباحهء تصرف نمیشود. خواه قصد بیع کند در معامله، یا قصد معاطات. و اما اگر از باب صیغه و معلومیت کیل و وزن یا حصول مشاهده، یا وصف و امثال آن باشد، پس هر گاه به قصد بیع نباشد و به محض تراضی معامله کنند، پس آن داخل معاطات است. و موجب جواز تصرف است. و داخل بیع فاسد نیست، که منشأ ضمان باشد، و عدم جواز تصرف.

والحاصل: در صورت ثانیه، هر چند عالم به فساد بیع باشد و لکن قصد اینکه بیع صحیح است نکند و به همان تراضی اکتفا کند، ضمانی نیست و تصرف جایز است. و در صورتی که

به قصد اینکه بیع صحیح است میکند، در هر دو صورت باطل است. و دلیل آن  
اجماع است که نقل کرده‌اند. و عموم " علی الید ما اخذت حتی تودی " وقاعدهء "  
ما یضمن  
بصحیحہ، یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحہ، لا یضمن بفاسده " است. و  
همچنین دلالت  
دارد بر آن آنچه اشاره به آن شده که مفروض این است در صورتی که مقصود دارد  
در

-----  
۱: یعنی فرقی ندارد آن معاطاتی که خود به خود فاسد نیست با آن معاطاتی که اگر آن را در تحت یکی  
از عقود جای دهیم فاسد نمیشود و گرنه فاسد خواهد شد



تصرف باشد بزعم اینکه عقد بیع صحیحی واقع شده، و حال اینکه در نفس الامر صحیح نیست. پس اذن بر آن واقع نشده.

و از آنچه گفتیم ظاهر شده که هر گاه طرفین جاهل به فساد باشند، و ظاهر شود. اشکالی نیست در ضمان. چون تصرف بر غیر وجه ماذون فیه، واقع شده. و همچنین هر گاه هر دو عالم به فساد باشند و به قصد معاطات و تراضی شده باشد، اشکالی نیست در جواز تصرف و عدم ضمان. و مراد از ضمان در اینجا این است که هر گاه مال باقی است باید رد کند. و هر گاه مال تلف شده باید مثل یا قیمت را رد کند. و الزام نمیتوانند کرد بر همان چه به آن معاوضه واقع شده. و مراد از عدم ضمان، آن است که هر گاه هر دو مالها (مثلا) تلف شوند، هر يك به حق خود رسیده‌اند. و چنان نیست که باید از عهدهء تالف مثلا یا قیمتا بر آیند.

و تفصیل این مقام در مسئله معاطات بعد می‌آید.

و اما هر گاه یکی از آنها عالم به فساد بوده و دیگری جاهل، پس نیز اشکالی نیست در اینکه عالم از آنها، ضامن مال جاهل هست. و صاحب مسالك گفته است که در صورتی که مشتری جاهل باشد و بایع عالم باشد، محتمل است که ضمانی بر مشتری نباشد چون بایع او را مسلط کرده بر مال خود با علم به بقای آن بر مال خود بودن. و همچنین گفته است که هر گاه مشتری عالم باشد و بایع جاهل، ضمان بر مشتری ثابت است به طریق اولی. بعد از آن گفته است که در جمیع صور، اقوی ثبوت ضمان است. پس رجوع میکنند هر يك به مال خود اگر موجود باشد.

و به عوض آن، هر گاه تلف شده باشد.

و ظاهر این است که مراد او در غیر صورتی است که تراضی واقع شده باشد به

عنوان  
عموم. یعنی خواه عقد صحیح شده باشد، و خواه فاسد. پس در چنین صورتی داخل  
معاطات  
میشود، و به مقتضای آن عمل میشود.  
پس حاصل مقام در " مقبوض به معامله فاسده " این شد که هر گاه قصد آنها تجویز  
تصرف به شرط اینکه آن مبیعهء فاسده است (یعنی بدانیم که بدون این که مبتنی بر  
آن  
باشد راضی نیستند) پس ضمان ثابت است. و تصرف جایز نیست. و هر گاه مقصود  
رخصت

تصرف است مطلقا (یعنی هر چند با علم بر فساد باشد) پس آن داخل معاطات است. و منافاتی نیست ما بین قول به اینکه معاطات افادهء تملیک متزلزل میکند، و ما بین اینکه این معامله بخصوص من حیث هی مفید تملیک نیست. زیرا که وجوه تملیک مختلف است. پس هر گاه مبیع کنیزی باشد، به مجرد همین، وطی جایز است. و اگر مقید تملیک نبودی [دلیلی بر جواز نماند و حال آنکه بر جواز آن اتفاق نظر دارند] چنان که [قبلا] دانستی. و عبارت علامه در تذکره منافاتی با آنچه ما گفتیم ندارد، آنجا که گفته است "اذا كان المبيع بالبيع الفاسد جاریة، فوطئها عالما بالفساد انه يجب عليه المهر" بعد از آن بر خود اعتراض کرده و جوابی گفته است، و آن اعتراض این است که "کیف يجب المهر مع ان السيد اذن فی الوطی ومعلوم لو ان السيد اذن فی وطی جاریته لم يجب المهر". و جوابی که گفته است این است که حصول اذن از سید ممنوع است، و در سند منع گفته "لانه انما ملكه الجارية والتمليك اذا كان صحيحا يتضمن اباحة الوطی. و اذا كان فاسدا لم يبحه. فلم يسقط بذلك ضمانه". و حاصل کلام او این است که هر گاه به بیع فاسد جاریه را بگیرد و وطی کند، مهر بر او واجب است. و اگر کسی بگوید که چگونه مهر واجب میشود و حال آنکه به اذن مالك وطی کرده، و معلوم است که هر گاه وطی به اذن مالك باشد، مهر واجب نیست. مگویی که منع میکنیم اذن مالك را در وطی.. یعنی این نه از باب "تحلیل" است که هر گاه مولی اذن بدهد در وطی و حلال کند، جایز است وطی، و مهر لازم نیست. بلکه این از باب تملیک است نه تحلیل، و اباحه. و تملیک هر گاه صحیح باشد متضمن اباحه وطی است.

و هر گاه فاسد باشد، اباحهء وطی نمکند. و ضمان ساقط نمیشود.  
و ظاهر این کلام این است که هر گاه منظور ایشان تملیک به بیع فاسد باشد، میبایح  
وطی نیست. و موجب ضمان است. نه اینکه هر گاه با وجود علم به فساد (وعدم  
ترتب اثر بر  
نفس عقد بیع من حیث هو) قصد تملیک کند اثری نمببخشد و ملك متزلزل هم  
حاصل  
نمیشود. و استبعادی نیست در حصول ملك به مجرد تراضی. و این کمتر از هدایا  
نیست که  
مطلقاً لفظی در آن نیست، و مفید جواز وطی است در کنیز، چنان که در هدایای  
پادشاهان از  
برای رسول خدا (ص) گفته‌اند و ماریهء قبطیه از جملهء آنها بود.

پس استدلال متوان کرد در حصول ملك به معاطات به اباحهء وطى كنيز از باب " لم "

وهم به عموم " الا ان تكون تجارة عن تراض " از باب " ان " هر چند مندرج در تحت عموم

" اوفوا بالعقود " نباشد - به تقریبی که سابق اشاره به آن کردیم که از عقود موثقه نیست - و موید

آنچه پیش گفتیم (از امکان تحقق معاطات در ضمن بیع فاسد) این است که شهید (ره) در

دروس گفته است " وقال الحلبي: اذا كان البيع فاسدا مما يصح فيه التصرف للتراضى، وهلكت العين في يد احدهما، فلا رجوع له ". و بعد از آن گفته است شهید که " ولعله اراد المعاطات " .

دوم: ۱ در اینکه آیا معاطات مخصوص بیع است؟ یا در همهء انواع عقود هم جاری است؟. ظاهر این است که معاطات در مثل اجاره و هبه و مزارعه و مضاربه و قرض و غیر آنها

جاری است. بخلاف مثل نکاح و طلاق و امثال آنها. که تحقق اباحه به تراضی در آنها معنی

ندارد، بخلاف نقل اموال و منافع مالیه که همهء آنها داخل عموم " الا ان تكون تجارة عن

تراض " و " الناس مسلطون على اموالهم " هستند.

سوم: در معاطات چون معیار صحت، تراضی است فرقی نیست ما بین اینکه تقابض بالفعل [به] عمل آید، یا آنکه امروز مال [را] بدهد و ده روز دیگر عوض آن را بگیرد. چنان که

در مثالی که از شهید نقل کردیم. و بعضی در مثال اجاره گفته اند " اینکه کسی امر کند

دیگری را به عملی بر عوض معینی، و آن شخص به جا آورد، بدون صیغه. که او مستحق

اجرت میشود ". و ظاهر این است که مراد او این باشد که این معاطاتی است که احد عوضین تلف شده، و به سبب تلف لازم میشود. چنان که در مثال شهید در دروس مذکور

شد سابقا. و مثال واضح تر اینکه: مثلا شخصی جمعی عمه گرفته از برای کار گل، و شخص

دیگری مآید و مایستد و کار میکند مثل آنها، و صاحب کار به او اجرت مدهد، و

او هم  
راضی مشود. که این از باب تقابض بالفعل است در اعیان، که اقباض منفعت به عمل  
آید با  
اقباض اجرت.

-----  
۱: عطف است به آنچه قبلا فرمود " کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است: اول... "

و اما اینکه کسی، دیگری را امر کند به عملی و از شأن آن شخص و شأن عمل، اخذ اجرت باشد، مستحق اجرت المثل عمل میشود. پس آن را داخل ما نحن فیه کردن خالی از اشکال نیست. و بعضی را گمان این است که در معاطات تقابض بالفعل شرط است. چون از باب مفاعله است. و این ضعیف است. زیرا که لفظ معاطات در کلمات شارع مذکور نیست، که ما معنی آن را از عرف و لغت پیدا کنیم. و اما ذکر آن در کلام علما، پس تو دانستی که معیار در معاطات همان تراضی است. با وجود اینکه در صیغه مفاعله مشارکت فی الجملة کافی است، و ضرور نیست که مبدأ اشتقاق از هر يك مستقلا به عمل آید. چنان که در لفظ مبیاعه که بیع از مجموع فعل دو نفر به عمل آمده. نه اینکه هر يك علی حده، بیع کرده‌اند. بخلاف مثل مضاربه و مقاتله. و از این جمله است بیع مرابحه که ربح را يك نفر میبرد و اما چون حصول آن از اجتماع دو نفر حاصل شده آن را مرابحه میگویند. چهارم: پیش دانستی که اظهر این است که معاطات مفید ملکیت است هر چند متزلزله باشد. نه اباحهء محضه. پس بدان که مادامی که عوضین باقیاند هر يك رجوع میتوانند کرد به مال خود به سبب عموم "الناس مسلطون علی اموالهم" و قدری از ملکیت آن دیگری که ثابت شد همان قدر ملکیت متزلزله است. پس حکم تسلط سابق مستصحب است و رافعی ندارد. و هر گاه هر دو تلف شوند، لازم میشود، و رجوع نمیتوانند کرد. زیرا که استصحاب منقطع شد به سبب تلف موضوع، و اصل برائت ذمه است از وجوب رد. و اصل عدم جواز رجوع است. و اما هر گاه احدهما تلف شود، پس در جواز رجوع صاحب آن عین باقیه، خلاف است. و اظهر - بنا بر حصول ملکیت متزلزله - عدم جواز رجوع است. چون مستلزم جمع ما بین عوض

و معوض است در ملك شخص واحد. چون آنچه را که مال او شد تلف کرد پس  
اگر این هم  
مال او شود لازم مآید که دو مال را داشته باشد. و حال آنکه يك مال بیش نداشت.  
و اگر  
بگوئی که چه میشود که رجوع کند به عین موجود که مال او بود قبل از این و  
عوض عین  
تالفه را رد کند به مالك اول آن. گوئیم که عین تالفه از ملکیت مالك او بیرون رفت  
بالمیره به  
سبب تلف. و ملك متلف شد دیگر چه معنی دارد که عوض مال تالف خود را بدهد  
به عوض



مال موجود خود.  
و اگر بگوئی چه میشود که عوض مال موجود را بدهد به صاحب عین تالفه که الحال  
مالك مال موجود است، و آن را بگیرد. گوئیم که او را چه تسلط بر مال غیر؟! و این محتاج  
است به بیع و معاملهء جدیده. و آن موقوف است بر تراضی. و به هر حال جمع ما بین عوض  
و معوض لازمهء قول به رجوع است. و آن صورتی ندارد. بلی، بنابر قول به اینکه معاطات افاده  
بیش از اباحه نمکند، جایز است رجوع به عین موجود، از برای صاحب اول. بیش از این  
نیست که چون صاحب عین تالفه اباحهء آن را بدون عوض نکرده، باید عوض تالف را به او رد  
کند. و در اینجا جمع ما بین عوض و معوض در ملك واحد نمیشود. زیرا که در اینجا قبل از  
تلف ملك او نشده بود و بعد از تلف چیزی باقی نمانده که ملك او باشد. یا لازم آید جمع  
ما بین عوضین در ملك شخص واحد.  
و این منافی استحقاق عوض نیست. به جهت آنکه اباحه بی عوض نکرده بود، و مستلزم بقاء  
ملکیت نیست که بگوئی شیء تالف قابل ملکیت نیست پس ملك مالك اول هم نیست.  
و اما هر گاه بعض احد عینها تلف شود، یا بعض هر يك، پس باز کلام همان است که مذکور  
شد نسبت به مقابل تالف. که بنابر قول به افاده ملکیت رجوع نمیتواند کرد. چون لازم  
مآید جمع ما بین عوض و معوض. و در صورت تلف بعض هر يك هم فرقی نیست ما بین آنکه  
آنچه تلف شده از هر يك متساوی باشند یا متفاوت. پس در متساوی اشکالی نیست. و در  
متفاوت در قدر زاید تالف، باز حکم لزوم است. چنان که گفتیم.  
و بعضی گمان کرده اند که جایز نیست رجوع مطلقا، مثل تلف جمیع. چون رجوع کردن هر

يك به حق خود ممتنع است. زیرا که موجب "تبعض صفقه" و ضرر میشود. و آن  
مندفع  
میشود به اینکه لزوم تبعض صفقه منشأ امتناع رجوع کردن نمیشود، بیش از این  
نیست که  
به سبب تبعض صفقه خیار فسخ از برای طرف دیگر حاصل میشود،  
و در قدر فایت رجوع به مثل یا قیمت میشود. و اما ضرر، پس آن مستند است به  
تفصیر  
خود که به عنوان صیغه معامله نکرده که لازم شود.  
پنجم: منتقل شدن از ملك در معنی تلف است. خواه به عنوان عقد لازمی مثل بیع

و وقف، یا مثل بیع در زمان خیار و هبهء غیر لازمه بعد از قبض. چون اینها هم باعث خروج از ملك است. و اما تصرف به غیر این وجوه، مثل پوشیدن جامه، و عمل فرمودن عبد و حیوان، و آرد کردن گندم و امثال آن. پس آن مانع از رجوع نیست. و ظاهر این است که رجوع به اجرت آنها و نمائی که تلف شده نمکند. چون به اذن مالك شده، و او را مسلط کرده بر انتفاع بدون عوض.

و در صورتی که عین مشتبه شود. یا ممزوج شود به غیر. به حیثیتی که تمیزی نباشد.

پس مسالك گفته است که امتزاج به بهتر از آن در حکم تلف است. و اما به مساوی یا پیستتر، محتمل است که آن هم چنین باشد. به جهت امتناع رجوع هر يك به مال خود بر حال سابق، و این مختار جماعتی است. و محتمل است که چنین نباشد و جایز باشد رجوع در همهء صورتها. به جهت بقاء حق. و ظاهر این است که مراد از رجوع در اینجا حصول شرکت باشد. پس هر يك به مقدار حق خود شریکند در آن ممزوج.

ششم: آیا معاطات بعد از تلف عین ملحق به آن عقدی میشود که مساومه بر آن شده هر چند قایل نباشیم که در اول وهله آن معامله است -؟. مثل اینکه معاطات در بیع شد و بعد از قبض، تلف شد. آیا الحال بیع میشود؟ که ثمرات بر آن مترتب میشود، یا نه؟. مثل ثبوت

خياراتی که در بیع ثابت است و بر فرضی که داخل بیع شود آیا آن احکام از حین تلف و لزوم ثابت میشود، یا از روز اول معامله؟ -؟.

ظاهر کلام اکثر علما این است که معاطات معاوضهء علی حده ای است. و از بعضی تصریح به آن نقل شده و ظاهر این است که شهید (ره) باشد در حاشیه قواعد ۱ و محقق ثانی در شرح قواعد قایل به این شده که معاطات بیع است. چنان که پیش نقل کردیم. اما ظاهر

این است که مراد او در جایی باشد که مساومه در بیع شده باشد، و جامع شرایط بیع هم

باشد به غیر صیغه.

و شهید ثانی در مسالك گفته است که " بر تقدیر لزوم معاطات به احد وجوه مذکوره

یعنی به سبب تلف عینین، یا سایر آنچه موجب لزوم میشود، آیا در این وقت بیع میشود؟ یا

-----  
۱: یعنی مراد از آن بعض که تصریح کرده شهید (ره) است

معاوضه‌ای است برآسه؟. محتمل است که بیع شود. چون معاوضات محصورند و این هیچ يك از آنها نیست. و معاوضه‌ء علی حده بودن محتاج است به دلیل. و محتمل است که بیع نباشد به سبب اتفاق علما بر اینکه در حال وقوع معامله، بیع نبود پس چگونه بعد تلف، بیع شد؟! و ظاهر مشهود ثمره‌ء این نزاع در ترتب احکام مختصه‌ء بیع بر آن، مثل خیار حیوان هر گاه آنچه تلف شده ثمن باشد، یا بعض ثمن. و حیوان باقی باشد. و بر تقدیر ثبوت خیار آیا اعتبار سه روز از حین معاطات است؟ یا از روز لزوم؟ و همه‌ء اینها محتمل است. و مشکل است احتمال اول به قول ایشان که معاطات بیع نیست. و احتمال دوم به اینکه تصرف معاوضه نیست بنفسه. مگر اینکه بگوئیم معاطات جزء سبب است و به تصرف، تمام مشهود. یعنی بیع شدن به مجموع معاطات و تصرف، حاصل مشهود. و اقوی عدم ثبوت خیار حیوان است در اینجا، بنابر اینکه معاطات لازم نیست. و تمام نمیشود لزوم مگر به قول مفید و اتباع او. و اما خیار عیب و غبن، پس آن ثابت است بر هر دو تقدیر. همچنانکه خیار مجلس منتفی است. " تمام شد ترجمه‌ء کلام مسالك. و اظهر در نزد حقیر این است که (هر چند قایل شویم که معاطات در بیع که جامع همه‌ء شرایط باشد به غیر صیغه، بیع است و لکن بیع غیر لازم - چنان که دور نیست - یا قایل شویم که بعد از تلف، بیع مشهود - هر چند ضعیف است - هم) خیار حیوان در معاطات ثابت نباشد. هر چند بعد لزوم آن باشد. چون ادله‌ء خیار حیوان اقتضای بیش از ثبوت آن در بیع لازم در حین عقد، را نمکند. چنان که در اخبار صحیحه وارد شده به این مضمون که " البیعان بالخیار ما لم یفترقا " و " الخیار فی الحیوان ثلاثة ایام للمشتري " چنان که مخفی

نیست بر متأمل.  
و اگر قایل نشویم که بیع است - چنان که ظاهر اکثر است - که اشکالی نیست. و  
همچنین  
خیار مجلس هم در معاطات معنی ندارد. چون ثابت است بعد از افتراق نیز. و اما  
خیار عیب  
و غبن، پس چون آن مبتنی است بر نفی ضرر و خصوصیتی به بیع ندارد، پس، از قول  
به  
ثبوت آنها مضایقه نداریم. و همچنین خیار شرط و خیار رؤیت و خیار تدلیس و امثال  
آنها هم  
ثابت است. چون تراضی بر نهج خاص واقع شده و ظهور خلاف آن کاشف از عدم  
حصول

تراضى است بر آن. پس هر يك رجوع به مال موجود عوض تالف مىكنند.  
١٧٣ - سوال: ما معنى الغناء المحرم؟ وهل يعم حرمة؟ او لها مخصص؟  
جواب: ذكر جماعة انه " مد الصوت المشتمل على الترجيح المطرب " و نسبه  
المحقق  
الاردبيلي (ره) الى الاشهر. وقيل بذلك مع اسقاط الاطراب. وقيل به مع اسقاط  
الترجيح.  
وقيل " من رفع صوتا ووالاه فهو غنا ". وقيل " هو تحسين الصوت ". وقيل " ما هو  
يسمى فى  
العرف غناء " وهو اظهر الاقوال. واختاره الشهيد الثانى (ره) ومعناه بالفارسية " سرود  
كما  
صرح به فى المصباح، و قال: اغنية: بالضم والتشديد: سرود. والجمع اغانى. والتغنية:  
سرود  
گفتن.  
ولما كان العرف قد يحصل فيه اضطراب بحسب متفاهم اهله، فما يتفق منه انه هو،  
فهو  
حرام جزما. و ما يتفق منه عدمه، فهو مباح. و ما بقى فى مرحلة الشك، فيلحق  
بالمباح. للاصل.  
و حرمة فى الجملة اجماعية. بل قيل هو باجماع المسلمين. بل الضرورى من الدين.  
ويدل عليه الايات والابخار المستفيضة التى لا يبعد ادعاء تواترها، ولا  
حاجة الى ذكرها. واما انه عام او يختص ببعض الافراد دون بعض؟ - فالظاهر  
المشهور  
التعميم. بل يظهر من المفيد دعوى الاجماع على المطلب. بل ربما نقل دعوى  
الاجماع من  
العلماء من بعضهم. ويدل عليه (مضافا الى ذلك) من الاخبار المطلقة و خصوصا ما  
ورد فى  
تفسير قوله تعالى " والذين لا يشهدون الزور " وقوله تعالى " واجتنبوا قول الزور "  
وقوله تعالى  
" ومن الناس من يشتري لهو الحديث " ١ .  
واستثنى الشيخ فى النهاية المغنية فى الاعراس، و حلل اجرتها، اذا لم تقرأ بالباطل  
ولا يدخلن على الرجال ولا يدخل الرجال عليهن. واختاره العلامة فى المختلف. و  
كرهه ابن  
البراج. وقال ابن ادريس " لا باس باجر المغنيات فى الاعراس اذا لم يغنين بالباطل على  
ما روى ". ولا يدخل مختار الشيخ من قوة لصحيفة ابى بصير وروايتين اخريين. ٢

## ولكنها

الوسائل: ج ١٢ ص ٢٢٩ - ٢٢٧، ب ٩٩ من ابواب ما يكتسب به، ح ٩ - ١١ - ١٩ - ٢٠ - ٢١.  
٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٨٥ - ٨٤، ب ١٥ من ابواب ما يكتسب به. واورد فيها حديث ابى بصير من ثلاثة طرق

ثم اورد الروايتين. و كذا المرسل من الباب ١٦، ح ٢.  
هذا فى الاصوات الانسانية، واما الاستثناء فى المزامير والدف فقال فى الجواهر " ويكره الدف فى الاملاك واختان خاصة لقول النبى (ص) " اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال " يعنى الدف. وقوله - ص - ايضا " فصل  
ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح " - الجواهر: ج ٤١، كتاب الشهادات، ص ٥٢ - ٥١،  
المسئلة السادسة



معارضة بروايات اخر وساير العمومات و ظاهر دعوى الاجماع. و سبيل الاحتياط واضح.

و مما استثنى منه الحداء (بالممد) وهو سوق الابل بالغناء لها. واعترف جماعة من الاصحاب بعدم الوقوف على دليل عليه. ولعله ورد فيه الخبر من طريق العامة. قال فى مجمع البحرين " وفى حديث السفر: زاد المسافر الحداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء - قال:

اي بعد من آداب الشرع - "

و ربما نقل قول باستثناء مراثى الحسين عليه السلام. ولا نعرف قائله. وربما يوجه ببعض

الاخبار التى لا دلالة فيها. و بانه من باب النوحه المجوزة. وفيه منع دلالة جواز النياحة على

جواز الغناء. وبان النسبة بين مادل على حرمة الغناء و [مادل على] رجحان الالبكاء عموم من

وجه. والرجحان للاخير. وفيه منع كون الغناء مبكيا على الحسين عليه السلام. بل انما هو

مقتضى طبيعته فى بعض الاحيان، وان كان فى الاشعار الباطلة. غاية الامر حصول بكاء مركب من الحلال والحرام. مع انا نمنع ترجيح هذا المقام مع قوة دلالة العام المشتمل على " النهى " المستلزم لطلب انتفاء الطبيعة راسا. بخلاف " الامر " الذى لا يقتضى الا

الامتثال الحاصل بوجود بعض الافراد.

واستثنى صاحب الكفاية الغناء بالقرآن. واسنده الى ظاهر كلام الطبرسى (ره). وفيه انه لم يذكر الا تحسين اللفظ، و تزيين الصوت، و تحزينه. ولا يخفى الفرق بين تحسين الصوت

والغناء. واستدل (ره) باخبار قاصرة سندا و دلالة لا حاجة الى ذكرها و ذكر ما فيها فلا وجه له

اصلا. وقد اطينا الكلام بذكر الادلة والاخبار، والجرح والتعديل فى هذه المقامات فى كتاب

مناهج الاحكام. و عمدة المقصود هنا التنبيه على ما ذهب الى بعض الاوهام ان " من يقرء

القرآن او المرثية لا يقال انه يغنى. بل يقال انه يقرء القرآن، او يقرء المرثية " فيجعل الغناء

صفة اللفظ والمقروء، لا للصوت والقراءة. وهو توهم فاسد. كما دل عليه كلام العلماء

واهل

(٣٧٨)

اللغة فى عدم ادراجهم المقروء فى تعريف الغناء بل انما جعلوه تعريفا للصوت. وان  
فرض  
اصطلاح جديد وعرف خاص، فهو مما لا يعتنى به.  
مثل ما شاع فى العربى الجديد تسمية " الماست " باللبن مع انه  
موضوع للحليب.  
واما ما سبق الى بعض الاوهام " من ان الحداء والرجز والنياحة والرتاء والغناء، انما هى  
الفاظ فى كلام العرب مستعملة فى معان مقصودة لهم مشتركة الكيفية فى القواعد  
الموسيقية  
خارجة على قوانين النسب الصوتية. فالحداء. لتهييج القوة الطبيعية فى المشى والسير،  
ولها  
منفعة و مصلحة كانت شائعة فى الجاهلية والاسلام. والرجز لتهييج القوة الغضبية  
المطلوب فى  
الجهاد والدفاع، وقد استعمله النبى " ص " وعلى والحسين " ع " وهو من السنن  
الجهادية.  
والنياحة وقد ورد الاخبار فى جوازها ان خلت عن الكذب. والرتاء قد ورد الحث بها  
فى  
الاحاديث و كانوا يأمرؤن الرائين بالرتاء على الحسين عليه السلام. والغناء الذى هو فى  
اللغة  
مد الصوت، وزاد بعضهم فيه الترجيح، وبعضهم الطرب - وقد ورد فيه المدح والذم  
باعتبارين  
فى الاخبار، فمنها: الغناء نوح ابليس على الجنة ١. ومنها فى الرخصة: ان ذكرتك  
الجنة  
فلا بأس ٢. ومنها: ان الله يحب الصوت الحسن يرجع به ترجيعا ٣. ومنها: من لم  
يتغن بالقرآن  
فليس منا ٤ - واولها جماعة. بخلاف الظاهر، و حملها آخرون على التقية - .  
والتحقيق ما فسره  
به الائمة (ع) تارة فى تفسير قوله تعالى - ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل  
عن  
سبيل الله - واخرى فى تفسير قوله تعالى - واجتنبوا قول الزور - فظهر ان كل كلام  
مرجع  
مطرب ممدود به الصوت خارج مخرج الزور، اعنى مالا حقيقة له، او خارج مخرج  
اللهو وهو  
مايلهى عن الاخرة فهو الغناء المنهى عنه. واما ما خلا عن اللهو والزور، كالقرآن

والرثاء على  
الحسين "ع" وما فيه اعلام الناس بمناقب المعصومين "ع" و فضائلهم. فهو الغناء  
المرخص

- 
- ١: ما نلت على وجدانها في المتون الحديثية.  
٢: الوسائل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، باب ١٦ ح ٢.  
٣: الوسائل: ج ٤، ابواب قراءة القرآن، ب ٢٤ ح ٥.  
٤: البحار: ج ٩٢ ص ١٩١، باب قراءة القرآن بالصوت الحسن، ح ٢ و ٥

فيه. و يحمل مجملات الاخبار على المفصلات. ".  
فهو كلام ١ متساقط لا يرجع الى محصل. فان قوله " مشتركة الكيفية... " صفة ل " معان  
مقصودة " فلا بد ان يكون المراد من المعانى المقصودة هو كفيات الاصوات الخاصة.  
فان  
ما هو من جملة موضوع علم الموسيقى انما هو الصوت من حيث هو. وان كان تحقق  
الصوت  
غالبا فى قالب الكلام. لا الكلام من حيث انه كلام، ولا من حيث انه مهمل، او  
موضوع، او نظم،  
او نثر، او مدح، او ذم، او مفاخرة و ذكر نسب، او حكاية رزية و تلهف على نازلة.  
فلا يعتبر فى  
اتصاف الصوت. بمصطلحات اصحاب الموسيقى ملاحظة المقروئات، و معانيها. كما  
لا يخفى.  
بل الملحوظ انما هو نفس الصوت والنعمة.  
وذلك انما يتم فى الغناء فقط. اذ ليس مدلول ساير الالفاظ المذكورة كيفية من  
الصوت بدون اعتبار المقروء والمدلول. فان الحداء فى اللغة هو سوق الابل و زجرها  
فى السير  
مع الغناء لها ليحث على السير. فالحداء ليس موضوعا لكيفية اخرى من كفيات  
الصوت غير  
الغناء، ولا هو نفس الغناء وان استعين به فيه. فلا يصح جعله قسيما للغناء فى الكفيات  
الموسيقية. ولا ينافى ذلك استعمال لفظ الحداء فى مقام من مقامات الموسيقى ايضا.  
كالحسينى والمنصورى والرها.  
ولا تباين بينها و بين الغناء ايضا. ولا مدخلية لنفس المقروء من حيث هو مدلوله، لان  
الابل لا يميز بين المقروئات والمدلول، ولكنها يميز الصوت الحسن عن غيره، فيستريح  
بالصوت الملايمة طبعها، و يسهل عليها مشقة السير. ولا ينافى ما ذكرنا ايضا التزام  
هذا المقام  
الخاص فى التغنى للابل ايضا، كما لا يخفى.  
و كيف كان فلا وجه لجعل الحداء قسيما للغناء. اذ ليس هو من اقسام كفيات  
الصوت كما عرفت.  
وان لو حظ كونه على مقام خاص من المقامات الموسيقية، فان سلم ذلك فيكون  
اخص  
من الغناء مطلقا. لا مباينا. ولا قسيما له. وان فرض ح تحققه بغير الغناء، فهو اعم منه  
من وجه.

-----  
١: هذه جواب " اما " فى قوله: واما ما سبق الى بعض الاوهام

(٣٨٠)

فلا وجه لتخصيصه بالذكر. اذ ساير المقامات ايضا اخص من وجه. ولكل منها مصلحة خاصة،  
و تأثير خاص. كما قرر فى الموسيقى. مع انا لم نقف فى كلام اهل اللغة فى تفسير ما يسوق  
الابل بالغناء، و لم يقل احد انه سوقها بهذا المقام الخاص. مع انه خلاف المشاهد فى الغالب  
فى التغنى للابل.

واما الرجز: - بالفتحتين - فهو بحر من بحور العروض. وقد يطلق على نوع من انواع الشعر يكون كل مصراع منه منفردا و يسمى قصائده اراجيز. جمع ارجوزة. وهذا ايضا لا دخل

له فى كفيات الصوت بل هو من صفات المقروء او النظم. فلا يصح جعله قسيما للغناء و من جملة كفيات الصوت التى لها تأثير من حيث انه صوت. بل تأثيره انما هو لاشتماله على

المفاخرة بالنسب والتهديد فى الحرب و اظهار التجلد التى كلها من لوزام المقروء والمدلول.

واما النياحة: فهى ايضا يعتبر فيها ملاحظة المقروء والمدلول. ولكن لا نضايق فيها من القول باعتبار الكيفية الخاصة الحاصلة فى الصوت ايضا، ليكون قسيما للغناء من هذه الحيشية. فهى كفية خاصة من الصوت فى نوع من المقروء. وهو ما يشتمل على اظهار الويل

والعويل على الميت. بان يقول واويلاه، يا ويلاه، واى واى، و ما فى معناها. او بعد بعض

محاسنه، و ذكر سوانحه و مصاييه. ومع ذلك يظهر الالم والوجع عليه. و كثيرا ما يحصل فيه

التقابل من جماعة والتجاذب فيقال " تناوحوا ". وهى ايضا مما لا باس به، اذا لم يكن بالكذب والباطل.

واما الرثاء والمرثية: فهو ايضا من صفات المقروء واللفظ. لا الصوت. ويعتبر فيه كونه شعرا. بخلاف النوحه. فالفرق بينه و بين النوحه من وجهين: اعتبار كفية الصوت فى النوحه

دون المرثية، واعتبار كونه شعرا فى المرثية دون النوحه.

واما الغناء: فهو من كفيات الصوت. ولا يعتبر فيه المقروء والمدلول جزما. والكلام فى

حرمته بالعموم او فى بعض المقروئات قد مر. والتحقيق فيه العموم - لما اشرنا اليه -  
الا ما

استثنى منه. (على خلاف فيه).

واما الصوت الحسن: فالنسبة بينه و بين الغناء والنياحة عموم من وجه. واما ما ذكر من  
جعل قول الصادق (ع) - فى صحيحة محمد بن مسلم و ابي الصباح الكنانى عن قول  
الله عز

وجل " والذين لا يشهدون الزور " هو الغناء. وفى رواية ابي بصير حين سئل عن قول  
الله عز



وجل " واجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور " قال: هو الغناء. - ان الغناء المنهى

عنه هو الغناء الذى وقع فى كلام مخرج مزور، وهو مالا حقيقة له. لا الغناء فى مثل

القرآن والمراثى المأمور بها و نحوهما. فهو كما ترى. غاية الامر ان يقال فى تاويل الخبر، ان

الغناء مثل قول الزور فى كونه منهي عنه. لا ان الغناء المحرم هو الذى يكون فى كلام هو من قول الزور.

و كذلك معنى قول الباقر " ع " - فى حسنة محمد بن مسلم " قال سمعته يقول: الغناء

مما قال الله تعالى، ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم ويتخذها هزوا - ان الغناء المنهى عنه هو الذى وقع فى كلام مخرج اللهو، وهو مايلهى

عن الاخرة. فالمرخص فيه هو ما ليس فى كلام لهو او زور كالقرآن والمراثى المأمور بهما

والقصايد فى مدح المعصومين.

ثم انك بعد الاحاطة بما ذكرنا تعرف وجه التساقت والخلط بين صفات الصوت والمقروء

سيما مما يظهر من آخر الكلام حيث جعل المرثية محل الغناء. وقد ظهر من اول الكلام انه

قسيم له. الى غير ذلك من الاختلاطات التى لا يخفى على من تأمل فيه. مثل انه جعل ما فى

الاخبار من تفسير الاية تفسير الغناء، ثم قال المراد منها ان الغناء الذى فى قول الزور، حرام.

وهذا ليس تفسيراً له بل تفصيل لحكمه. ومنها ذكر الرواية بان الغناء نوح ابليس على الجنة،

مثل انه جعل النوح قسيماً للغناء. ١

١٧٤ - سوال: زيد فوت شده و قدرى املاك از او مخلف شده، از قبيل خانه و باغ و دكان. و وارث او منحصر به سه پسر و سه دختر. و سه پسر قرار دادند كه املاك را قسمت

کنند فى ما بين خود بدون اذن همشیرهها. و ليکن قرار دادند فى ما بين، كه آنها را راضى

کنند. و آن املاك را فى ما بين خود قسمت کردند. يك خانه را يك از برادرها

برداشت.  
و خانه دیگر را برادر دیگر. و باغ و دکان را برادر دیگر. و حال یکی از برادرها  
حصه خود را  
فروخته به برادر دیگر، و چون شرط کرده بودند که هر يك همشیرهها را راضی  
کنند،

-----  
۱: ملخص فتوى المصنف (ره) فى الغناء هو ما قاله فى المسئلة ٦٠ من هذا المجلد والمسئلة ٤٩١ من  
المجلد الاول

و راضی نکرده‌اند، آیا این قسمت و مبیعه صحیح است یا نه؟ -  
جواب: قسمت بدون حضور جمیع شرکاء و اذن آنها - یا وکیل یا ولی آنها -

صحیح

نیست. پس مال در صورت سؤال، بر اشاعه باقی است. و اما بیعی که احدی از آن برادرها به دیگری کرده، در حصه خودش از آن مال خاص نسبت به مجموع ترکه، صحیح است. و در حصه همشیره‌ها و برادر دیگر، موقوف است به اجازه و امضای آنها. پس اگر اجازه کردند،

مشتري مالك مشود. و آنها قیمت را از بايع مگيرند هر گاه اجازه قبض ثمن را هم کرده

باشند. و الا از مشتري مگيرند. مگر اینکه به عینی فروخته باشند و عین را تسلیم بايع

کرده باشند؟ که در این صورت میتوانند از بايع مطالبه کنند و میتوانند از مشتري. هر گاه

عین تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن را مگيرند.

و حاصل اینکه: هر گاه قبض ثمن نشده، رجوع به بايع نمیتواند کرد. خواه ثمن عین باشد یا دین. و هر گاه قبض حاصل شده، پس مادامی که اجازه قبض ثمن نکرده‌اند، مشتري

برئ الذمه نیست از حق مالك. و میتواند از او مطالبه کند، نه از غاصب که بايع است. مگر

اینکه ثمن عین باشد، که در این وقت از هر يك از آنها مطالبه میتوانند کرد. و در صورت

تلف عین، رجوع به مثل یا قیمت میکنند. بلی، هر گاه بايع فروخته باشد مال را به عوض

طلبی که در ذمه او مشتري دارد، در این صورت اجازه بیع مستلزم اجازه قبض است.

پس مطالبه نمیتواند کرد، الا از بايع.

۱۷۵ - سوال: زید پنج دانگ عمارت خود را قیمت نموده به مبلغ بیست تومان، به عوض وجه خمس که در ذمه داشت به سید جلیل القدری فروخت. و در ضمن العقد شرط

نمود که مادامی که خود زید یا احدی از منسوبان او (ولو نازلا) خواسته باشند در آن خانه

توطن نمایند مانع نشود، و ادعای کرایه ننماید.  
آیا این شرط صحیح است یا نه؟ -؟ و اگر شرط فاسد باشد، بیع صحیح است یا نه؟  
-؟

و سید مزبور در این خانه حال مدت ده سال میشود که تصرف دارد و ساکن  
مباشد. و در  
این مدت تخمیناً سی تومان اخراجات نموده است. الان خانه هشتاد تومان، بلکه  
بیشتر قابلیت  
به هم رسانیده، و هر گاه شرط و بیع فاسد بشود اخراجات را سید میتواند گرفت یا  
نه؟ -؟.

جواب: اظهر بطلان بيع است. چون شرط فاسد است به سبب جهالت مدت سکنای خود و ومنسوبان و اولاد او الی آخر الابد. و خمس دادن او هم باطل شده. و این خانه داخل مقبوض به بيع فاسد میشود که ضمان بر مشتری مترتب میشود در صورت تصلف؟ و نقض آن.

و اما هر گاه در خانه زیادتی و منفعتی حاصل شده (به سبب تعمیری که مشتری کرده) و قیمت آن زیاد شده، پس ظاهر این است که - در صورت جهل مشتری به فساد بيع - هر گاه عینی از خارج آورده و در آنجا داخل کرده (مثل چوب و آجر و امثال آن) مستحق بردن آنها هست. و هر گاه منفعت [ان عین] عین نیست، یا عینی است که جدا نمیتوان کرد و به سبب آن، قیمت زیاد شده پس بايع غرامت آن را مکشد، و به نسبت به تفاوت در قیمت، شريك میشوند.

۱۷۶ - سوال: زید ملك خود را به عمرو، مفروشده در حالتی که آن ملك در دست بکر است عدوانا، و قیمت را مگيرد. و زید. به هيچ وجه قادر نیست که ملك را از بکر بگيرد و تسليم عمرو نماید. آیا این بيع صحيح است یا فاسد؟ -؟ و عمرو رجوع میکند به قیمتی که داده؟ و آیا قدرت عمرو بر اخذ ملك کافی است در صحت عقد یا نه؟ -؟ و آیا تجدد عجز از

برای قادر موجب بطلان است یا موجب خیار؟ -؟  
جواب: هر گاه نه بايع قدرت دارد بر تسليم مبيع، و نه مشتری بر تسلیم آن، و هر دو عالمنده به این معنی. آن بيع باطل است جزما. چنان که هر گاه بايع قادر باشد بر استرداد و تسليم آن نیز، صحيح است جزما. همچنانکه صحيح است هر گاه امانت باشد در نزد غیر.

و حکایت اجماع بر این هم از تذکره شده.  
و اما هر گاه مشتری قادر باشد بر انتزاع ملك، و بايع قادر نباشد، پس اظهر در آن نیز

صحت است. چنان که جماعتی از اصحاب قایلند. به دلیل عمومات، و عدم لزوم  
غرر و سفته.  
وانتفای قدرت بایع مضر نیست. چون غرض و مطلوب از شرط قدرت بر تسلیم،  
همان تمکن  
مشتری است از اخذ و تصرف. پس فی الحقیقة مراد از شرط قدرت بر تسلیم احد  
امرین  
است از امکان تسلیم بایع، یا تسلیم مشتری. و الا معنی نخواهد داشت اجماع علما

بر اشتراط قدرت بر تسلیم، با وجود. جماعت ۱ بلکه مخالفی نقل نشده الا از ظاهر کلام شیخ  
در مبسوط که بیع مغضوب صحیح نیست. و لازم این مافند که مالک نتواند به غاصب هم  
فروخت. و به هر حال این قول ضعیف است.  
و اما هر گاه مشتری بعد از آنکه قادر بود بر تسلیم، عجزی بر او عارض شود، پس  
باز بیع باطل نمیشود. بلکه خیار فسخ از برای او حاصل میشود. و ظاهر این است که این  
هم  
داخل در همان قسم دوازدهم از خیارات است که شهید [ین] در لمعه ذکر کرده‌اند،  
که آن را "خیار تعذر تسلیم" نامیده‌اند. و شارح آن، تعلیل کرده آن را به اینکه بایع قبل از  
قبض  
ضامن بیع است. یعنی هر گاه تلف شود قبل از قبض، از کیسهء بایع رفته. و چون  
عجز از  
تسلیم نازل منزلهء تلف نیست - چون ممکن است انتفاع از آن به بعض وجوه مثل  
آزاد کردن  
بنده برای کفاره - پس جبر کسر معامله به ثبوت خیار حاصل میشود. پس هر گاه  
ملتزم  
شود، بیع را صحیح خواهد.  
و آیا [در] این صورت، رجوع به ارزش میشود یا نه؟ - شارح احتمال از برای آن  
داده.  
و بعد از این تضعیف آن کرده به اصل براءت، و به اینکه ارزش در مقابل مطلق نقص  
نیست بلکه  
در مقابل عیب است و این را عیب نگویند. و این قول [به] ثبوت خیار، مختار  
جماعتی است،  
که از جمله علامه است در قواعد. و قول دیگر قول به لزوم عقد است. چون در حین  
عقد،  
خیاری نبود، به جهت تحقق شرط. و موجبی از برای ثبوت آن نیست.  
و این قول منقول است از علامه در تذکره و لکن عبارتی که از تذکره نقل شده  
مقتضی  
آن است که [در صورتی که] مشتری قادر بر تسلیم است [و] عالم است به اینکه بایع  
قادر بر

تسلیم نیست، بیع لازم است و خیاری از برای او نیست. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. و هر گاه جاهل باشد به عدم قدرت بایع، از برای او خیار ثابت است. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. زیرا که لازم نیست بر او تحمل کلفت انتزاع. و آنچه از تذکره حکایت شده، از ابن متوج نیز حکایت شده.

---

۱: زیرا جماعتی معتقدند که در صورت قدرت مشتری بر تسلیم، قدرت بایع بر تسلیم شرط نیست. پس اجماع به احد امرین قائم است و الا جماعت مذکور در طرف مخالف قرار مگیرند و اجماع محقق نمیشود



و از آنچه گفتیم ظاهر مشهود حکم آنکه بایع در حین عقد قادر بر تسلیم بود و بعد از آن عجز طاری شود قبل از قبض. که در اینجا نیز خیاری از برای مشتری ثابت میشود.

و هر چند در مسئله "خيار تعذر تسليم" اکتفا کرده‌اند به ذکر مظنهء قدرت بر تسليم - که گفته‌اند هر گاه بخرد چیزی را به مظنهء امکان تسليم مثل طایری که عادت دارد بر عود، یا غلام مطیعی بخرد. و آن مرغ بر نگردد و آن غلام بگریزد - و لکن ظاهر این است که فرقی نباشد. چون ماخذ یکی است. بلکه ظاهر این است که اکثر افراد قدرت بر تسليم، از باب ظن است و آنها را در عرف "قدرت بر تسليم" مگویند.

و از این جهت است که علمائی که تجویز کرده‌اند بیع طایر معتاد العود را، بنای آنها بر این است که آن مقدور التسليم است عادتاً. و الا گاه هست که بایع هر گاه اسبی [را] که در اصطبل اوست مفروشد به کسی، و بعد از عقد بیع که مشتری میخواهد او را ببرد، فی الحال او را دزد برده است. پس در اینجا هم بیع صحیح است و خيار ثابت است. بلی، در صورتی که مبیع در دست مشتری باشد و بایع آن را بفروشد، در اینجا مقدور التسليم به عنوان یقین است.

۱۷۷ - سوال: آیا جایز است بیع چیزی که قدرت بر تسليم آن موقوف است بر انقضای مدتی، یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر صحت بیع است. بدلیل عمومات، و عدم مانع از آن. بلی اگر مشتری جاهل به حال باشد، خيار فسخ از برای او حاصل میشود. و محقق در شرایط گفته است که "لو باع ما يتعذر تسليمه الا بعد مدة، فیه تردد. ولو قيل بالجواز مع ثبوت خيار للمشتري، كان قويا" و اگر مراد او ثبوت خيار است در صورت علم نیز، پس آن دلیلی ندارد. زیرا که

دلیلی که دلالت دارد بر اشتراط قدرت تسلیم بیش از قدرت فی الجملة، افاده نمکند.  
واجماعی در اینکه باید قدرت بالفعل باشد، نیست. و در صورت علم به حال، مظنهء  
غرر  
وسفاهت هم نیست.  
۱۷۸ - سوال: آیا جایز است بیع مغضوب غیر مقدور التسلیم - که نه بایع قادر  
باشد  
و نه مشتری - با ضم ضمیمه یا نه؟ -؟.

جواب: بیان این مطلب موقوف است به ذکر چند مبحث:  
مبحث اول: اینکه از جمله شرایط صحت بیع، قدرت بر تسلیم مبیع است. ودلالت  
مکند بر آن اینکه بدون قدرت بر تسلیم داخل غرر و سفاهت است. و جمع کثیری

هم  
دعوی اجماع و نفی خلاف کرده‌اند. و بخصوص عدم جواز بیع مرغ در هوا و ماهی  
در آب

و عبد آبق نیز دعوی اجماع کرده‌اند (هر چند از علامه در تذکره ظاهر مشهود وجود  
قول

به جواز بیع آبق بدون ضمیمه، بعد از آنکه خلاف آن را نسبت به مشهور داده. و آن  
قول

مهجور است، و قایل آن معلوم نیست) و استثنا کرده‌اند بیع مرغی را که عادت به  
عود دارد،

و ماهی را که در آب صاف، باشد و راه آن مسدود باشد، و آبقی را که در دست  
مشتری باشد.

پس ما اولاً معنی مرغ در هوا و ماهی در آب را بیان [می] کنیم، بعد از متعرض  
مشویم از برای حکم در اعتبار عود و محصور بودن ماهی. ظاهر این است که مراد  
از مرغ

در هوا مثل این باشد که چند جفت کبوتر مسخرد و مأورد به خانه که عادت بدهد  
نگاه

دارد، هنوز عادت نداده می‌پرند به هوا. این است که جایز نیست بیع آن به سبب عدم  
قدرت

بر تسلیم. و اما مثل کبوتر مباحی که آن را حیازت کرده و به سبب حیازت مالک  
شده و عادت

نداده به پریدن، و مالک از آن اعراض کند - پس هر چند خلاف است که آیا مجرد  
اعراض

باعث خروج از ملک مشود تا جایز باشد تملك آن از برای دیگری به صید، یا نه.  
دور

نیست ترجیح خروج از ملک. چنان که در محل خود تحقیق آن کرده‌ایم - پس در  
این صورت،

عدم صحت بیع از جهت عدم تملك است. نه مجرد تعذر تسلیم.  
و هر گاه اعراض نکرده پس آن هم مثل آن است که خریده. و از آنچه گفتیم معنی

ماهی  
مملوک هم ظاهر مشود. و اما استثنای مرغی که عادت به عود دارد، پس در آن

خلاف  
است. جمع کثیری از علما تجویز آن را کرده‌اند، بدلیل عمومات کتاب و سنت. و  
عدم لزوم  
غرر و سفه. و این عادت به منزله قدرت بر تسلیم حقیقی است. و آن به منزله  
غلامی است که  
از پی حوائج رفته. و [به منزله] حیوانی [است] که به صحرا فرستاده‌اند برای  
چریدن.  
و علامه در نهایه توقف کرده است. به جهت آنکه اعتمادی به عود آن نیست. چون  
عقلی ندارد. و از شیخ در مبسوط نقل مخالفت شده، و اینکه جایز نیست مگر در  
وقتی که در

برجی باشد و در آن بسته باشد. و به هر حال هر گاه در برج بسته باشد، باشکال صحیح است.

و اما ماهی در آب، پس ظاهرا خلافی در عدم جواز بیع آن نیست. و نقل اجماع و نفی

خلاف در آن متعدد است. مگر به چند شرط: یکی آنکه ماهی مملوک باشد، و این شرط دخلی به ما نحن فیه ندارد. دوم آنکه آب صاف باشد و ماهی مشاهده باشد. و آن

نیز از راه جهالت مقدار است که از فروع اشتراط معلومیت مبیع است که از آن جهت صحیح

نیست، مگر با ضم ضمیمه که در محل خود بیان کردیم ۱. سوم اینکه ممکن باشد گرفتن آن،

مثل اینکه در حوضی یا برکهء محصوری باشد. و بعضی شرط دیگر هم گفته‌اند و آن این است

که آن جوهره ۲ ماهی را به عدد بفروشند. و ظاهر این است که این هم راجع میشود به معلومیت مبیع.

و به هر حال عمده در مقام، امکان صید است. و مختلف میشود به اختلاف آب از حیثیت

صافی و تیرگی، و از حیثیت وسعت برکه و تنگی آن. و با مشاهدهء حال رفع ناخوشی قلت مؤنه

و کثرت مؤنه در صید میشود، هر گاه صید در عهده مشتری باشد. و الا اشکال کمتر

میشود. و گویا که عبارت قواعد که گفته است " ولا السمك في الماء، الا ان يكون محصورا "

اشاره به همان شرط قدرت تسلیم باشد، که مراد این است که آب محصور باشد و راه خروج

ماهی مسدود باشد. چون غالب این است که عدم قدرت بر تسلیم به سبب باز بودن راه

است. نه اینکه علامه قایل باشد به جواز هر چند ممکن نباشد صید آن، یا هر چند مشاهده هم

نباشد و مجهول باشد. چنان که گاه هست که توهم میشود.

و همچنین عبارتی که از شیخ در خلاف نقل شده، که گفته است " اذا كان الماء

كثيرا صافيا و السمك مشاهدا، الا انه لا يمكن اخذه، فعندنا انه لا يصح بيعه. الا ان ينضم اليه شيعي.  
واذا انضم اليه شيعي آخر، صح اجماعا " اين نیز اشاره به شرط قدرت تسليم است.  
چون فرض مقام را به نحوی کرده که جهالت نباشد.

-----  
۱: رجوع کنید به مسئله‌های: ۶، ۷۴، ۱۵۶، از همین مجلد.  
۲: و ممکن است به صورت " [در] آن حوزه " قابل اصلاح باشد، و مراد از حوزه منطقه، و باصطلاح رسم بلد، باشد

و اما بیع عبد آبق منفردا: پس بطلان آن نیز مشهور علما است، و مقتضی ۱ بطلان بیع، غرر و سفه است - و دعوی اجماع بر آن از جماعتی شده - مگر اینکه مشتری قادر باشد بر تسلیم آن، که در آن خلاف است. و جمع کثیری هم قایل به صحت اند. و از انتصار سید (ره) ظاهر میشود که از متفردات امامیه است. و اطلاق کلام جمعی از اصحاب به عدم جواز بیع آبق منفردا، دلالت ندارد به اینکه مخالف باشند در این مسئله. زیرا که شاید مراد آنها صورت عدم قدرت است مطلقا. و از این جهت است که نقل مخالفت در مسئله نشده از آنها، و همچنین کلام بعضی آنها که گفته اند که صحیح نیست بیع آبق الا به ضم ضمیمه. و حدیثی که در مسئله وارد شده است هم دلالت ندارد بر اینکه قدرت مشتری بر تسلیم صحیح نیست، چنان که ذکر خواهیم کرد. و اما هر گاه بفروشد آبق را با ضم ضمیمه، پس بیع صحیح است اجماعا. چنان که جمعی از علما دعوی کرده اند، و به مخالفی بر نخوریده ایم.

و دلالت بر آن [دارد] صحیحهء رفاعهء نحاس: " قال سئلت ابا الحسن یعنی موسی بن جعفر - ع - قلت له ایصلح لی ان اشتری من القوم الجاریة الابقة واعطیهم الثمن واطلبها انا؟ فقال: لا یصلح شرائها الا ان تشتري معها منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتری منکم جاریتکم فلانة و هذا المتاع، بكذا و كذا درهما. فان ذلك جایز " ۲ و موثقهء سماعة عن ابی عبد الله - ع - : " فی الرجل قد یشتری العبد و هو آبق عن اهله (؟) قال: لا یصلح الا ان تشتري معه شیئا و تقول اشتری منك هذا الشیء و عبدك، بكذا و كذا، فان لم یقدر علی العبد كان الذی فقده فی ما اشتری منه معه. " ۳ - و مثله روایتان اخریان فی الفقیه و الکافی ۴.

پس اگر آن گریخته پیدا شد که سخنی نیست. و غلام و ضمیمه هر دو مال مشتری

است. و هر گاه پیدا نشد پس مشتری را حقی بر بایع نیست. و قیمتی که داده در برابر همان ضمیمه خواهد بود. و در این هم خلافی ظاهر نیست از احدی از اصحاب. و مراد ایشان آن نیست که آن غلام از مبیع بودن بیرون رفت، و مبیع منحصر است در ضمیمه. تا لازم آید خروج

-----  
۱: و در نسخه: و مقتضای بطلان بیع غرر و سفه است.  
۲ و ۳: وسایل: ج ۱۲ ص ۲۶۳ - ۲۶۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۱ ح ۱ و ۲.  
۴: فقیه: ج ۲ ص ۷۴ - کافی (فروع) ج ۱ ص ۳۸۸



او از ملکیت مشتری. بلکه مراد این است که توزیع نمیشود ثمن بر مجموع عبد و ضمیمه،  
که مشتری تواند به قدر عبد را پس بگیرد از بایع. و ثمره آن در این ظاهر  
میشود که در این وقت میتواند آن غلام را آزاد کند از برای کفاره و امثال آن.  
و چون مقتضای عقد بیع این است - که توزیع شود تمام قیمت به تمام مبیع، و تو  
هم  
میشود که در اینجا هم باید توزیع کند. و آنچه در مقابل عبد است پس بگیرد - فقها  
تنبیه  
کرده‌اند بر این معنی که در اینجا چنین نیست. و تمام ثمن مقابل ضمیمه است. پس  
منافاتی  
نیست ما بین اینکه جزء مبیع باشد و ثمنی در برابر آن نباشد. و جمعی از علما  
تصریح  
کرده‌اند به اینکه آن جزء مبیع است. و بعضی از علما به سبب منافات جزء مبیع بودن  
با عدم  
قیمت در برابر آن، قایل شده‌اند به اینکه آن آبق جزء مبیع نیست، بلکه از قبیل شرطی  
است  
در ضمن عقد معلقا. یعنی " فروختم من این ضمیمه را و شرط کردم که اگر آن غلام  
پیدا  
شود هم ملك تو باشد " و بر این مترتب میشود اینکه بخصوص قیمتی در برابر آن  
نباشد.  
و اگر معیوب بر آید خیار فسخی نباشد، خیار ارشی نباشد.  
و این بعید است، و بنابر این فرض، عتق آن صحیح نخواهد بود مادامی که پیدا نشده.  
و  
اما اگر شرط منجز باشد امر آسانتر است. یعنی بگوید " فروختم این ضمیمه را و  
شرط کردم  
که این غلام هم از تو باشد ". و نظیر آن در احکام شرعیه نادر است. چون غالبا  
شروط از  
باب " افعال " است نه " انفعال " و در بعضی موارد که انفعال است موکول به  
مستقبل است نه  
حال. مثل شرط رقیق ولد هر گاه احد ابوبین حر باشد. یا شرط میراث در عقد متعه،  
که [از]  
شروط استحقاق میراث است که از شروط قسریه است.  
و محقق ثانی (ره) گفته است که شاید مراد اصحاب - که گفته‌اند که ثمن مقابل

ضمیمه است - مسامحه و مجاز است. و مراد ایشان این است که آنچه در مقابل  
ثمن برای  
مشتری ممانند همان ضمیمه است. و همچنین مراد از روایتی که در مسئله وارد شده  
است.  
زیرا که بیع بر مجموع واقع شده و صحت وقوع معاوضه بر شیئی مستلزم ترتب اثر  
است بر آن  
معامله. پس چگونه میشود که در برابر مبیع ثمنی نباشد، و مبیع ملك مشتری بشود.  
و فساد مقتضی آن است که تواند رجوع کند به حصه‌ای از ثمن. پس عدم جواز  
رجوع به

حصه‌ای از ثمن مستلزم صحت است. و گفته است که قول به حصول ملکیت، متعین است.

و خوب گفته است.

و مثال این سخن به این بر مگردد که احکام بیع همه در اینجا جاری است، و این جزء

بیع است، و ثمن هم در برابر آن هست. و لکن استثنا شده از آن احکام، خصوص صورتی که

آبق پیدا نشود، و علتی دیگر هم در آن نباشد. که تمام قیمت مال بایع است در مقابل

ضمیمه تعبدا، به سبب اجماع و اخبار.

و معنی این استثنا عدم رجوع است به مساوی قیمت آبق " مادام آبقا و من حیث انه آبق. لا غیر. "

و بعد از آن اشکال کرده است در صورتی که ضمیمه مال مالک آبق نباشد. زیرا که اگر

بگوئیم صاحب ضمیمه مالک تمام ثمن مشود، آن خلاف مقتضای معاوضه است. چون بیع

بر مجموع وارد شده و آبق بعوض مماند. و هر گاه بگوئیم مستحق بعض ثمن است

نسبت به ضمیمه، پس باید بیع باطل باشد. و این خلاف اطلاق اخبار است. و گویا مراد

او این است که در صورت توزیع ثمن جزئی از ثمن مقابل ضمیمه مشود و جزء دیگر مقابل

آبق. پس گویا این را مستقلا فروخته به قیمت معین، و بیع آبق به استقلال، باطل است.

و حال آنکه اخبار در صحت بیع آبق با ضمیمه مطلقند.

و جواب گفته از این اشکال که این معامله از اصل صحیح نیست. به جهت آنکه اعتبار

ضمیمه، به جهت مالک شدن ثمن است بالتمام. و چون آن در اینجا ممتنع است، پس صحت

هم ممتنع است، و در مسالك هم گفته است که " و يعتبر كونها من مالك العبد، و يستحق

جميع الثمن، اذ لو كانت من غيره لم يستحق شيئا، فيمتنع صحة بيعه " یعنی باید ضمیمه از

مال صاحب آبق باشد تا تواند که مستحق همهء ثمن باشد. چنان که مدلول موثقهء  
سماعه  
است. و آنچه موافق آن است که دلیل صحت بیع آبق است. و در صورتی که  
ضمیمه مال غیر  
باشد، ثمن مال صاحب عبد نمیتواند شد، پس داخل این اخبار نیست. و مندرج  
میشود در  
تحت ادلهء منع از بیع آبق، پس صحیح نخواهد بود.

و کلام صاحب مسالك اوضح واسلم است از کلام شيخ على ۱. چون راه منع در بطلان

بيع آبق - در صورت استحقاق بعض ثمن - مسدود نيست. و لکن ظاهراً جوابی [را] که [او] از اشکال گفته متوان راجع کرد به آنچه در مسالك گفته. و حاصل آن اين است که اين

اخبار، ظاهر آنها، صورت مملو کيت ضميمه است از برای مولای آبق. و ما تعدی از [ظهور] آنها نمکنيم.

و بدان که کلام فقها در اين مقام غير محرر است. و تحقيق و گفتن آن در نهايت اشکال است. زیرا که اولاً: در مقام ذکر ضميمه، جمع کثیری گفته اند که بايد ضميمه، چیزی باشد که صحيح باشد بيع آن منفرداً. يعنی مثل آبق دیگری نباشد. یا مثل يك حبه گندم نباشد که آن را مال نمگویند. و در بعضی عبارات، تعميم داده اند در قلت و کثرت، يعنی خواه ضميمه قليل باشد و خواه کثیر. و ثانياً: بعد از آنکه گفته اند که بيع اين جایز نيست بدون ضميمه و جایز است با ضميمه. اشکال کرده اند که آیا اين مختص بيع عبد آبق است که ضميمه مجوز آن است؟ یا شامل عبد "ضال" - يعنی گم شده بدون گریختن - و "مجحود" - يعنی غلامی را مفروشده که در نزد کسی است و او دانسته انکار میکند که در نزد من نيست و یا اینکه در نزد من است و غلام بايع نيست - هم [میشود]؟.

و همچنين اشکال کرده اند که آیا حکم شتر گریخته و اسب گریخته، مثل غلام گریخته است یا نه؟ -؟ و همچنين گم شده و مجحود آنها. يعنی جایز نيست بيع آنها منفرداً و جایز است با ضميمه -؟. و در الحال مذکورات خلاف کرده اند. و بعضی در الحاق متمسك شده اند به اشکال، جمیع در علت. و دیگران در عدم الحاق، به عدم تعدی از نص، چون در

آبق وارد شده. و [به] عموم دلیل اشتراط قدرت بر تسلیم. و بعضی جایز دانسته‌اند بیع مال ۲ را بدون ضمیمه. و بعضی غیر اینها هم گفته‌اند. و وجه اشکال این قاصر، این است که دلیلی که در مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم گفته‌اند، هم اجماعی است که بر آن ادعا شده است، و هم نص است در بعضی اقسام مثل عبد

---

۱: محقق ثانی شیخ علی بن العال الکرکی. که کلامش در بالا مورد بحث بود.  
۲: و در نسخه: مثل

آبق و جاریهء آبقه. و هم لزوم سفه است. و مقتضای این ادله همه جا یکی نیست.  
پس اگر دلیل  
را " لزوم غرر و سفه " گیریم، پس باید تابع آن باشیم و جودا وعدما. پس گاه است  
که غلام  
گریخته که صد تومان مارزد، شخص مخرد پنج تومان به مظنهء اینکه پیدا شود. و  
این  
منافی " رشد " نیست و مستلزم سفه نیست.  
چنان که کسی هزار تومان مال را به دریا مفرستد به امید نفع، با احتمال غرق. یا  
مال  
بسیاری بر وجه محاببات به قیمت قلیلی مفروشده، چون الحال میتواند به آن قیمت  
قلیل  
جنسی را بگیرد که مظنهء نفع به اضعاف آن جنس خودش، دارد. و هکذا.. پس بنا بر  
این  
حکم به بطلان بیع بلا ضمیمه در صورت لزوم سفه است. و در ضم ضمیمه هم باید  
اعتبار  
کرد [کرد که ضمیمه] چیزی باشد که سفه به آن زایل شود. و در این معنی  
فرقی ما بین عبد آبق و حیوان گریخته و ضال و مجحود نیست.  
و اخباری که در ضم ضمیمه وارد شده هم باید حمل بر چنین صورتی کرد. و ورود  
اخبار در خصوص مورد خاص، منشأ تخصیص دلیل، نمیشود. چون منافاتی ما بین  
عام  
و خاص نیست. زیرا که هر گاه دلیل در اصل مسئله، " لزوم سفه " است پس منع در  
بیع آبق  
هم به سبب لزوم سفه است. و استثنای جواز با ضمیمه هم نظر به ملاحظهء رفع سفه  
باید باشد.  
و اگر دلیل در اصل مسئله، " اجماع " است، پس بیع غیر مقدور التسلیم صحیح  
نیست  
تعبدا، هر چند مستلزم سفه نباشد. پس بنا بر این، استثنای بیع آبق به ضمیمه، نیز  
تعبدی  
خواهد بود. یعنی هر چند سفه لازم نیاید بدون ضمیمه، که باید ضمیمه باشد. و این  
تابع  
مورد نص است، و عدول از مورد نص نمیتوان کرد. پس عموم " اوفوا بالعقود "  
مخصص  
است به " اجماع "، در غیر مقدور التسلیم. و اجماع در غیر مقدور التسلیم مخصص

است به آنچه وارد شده نص بر صحت آن با ضمیمه. پس عدول از مورد نص محتاج است به دلیل. پس راهی از برای الحاق غیر منصوص، نیست. و آنچه به گمان این قاصر مرسد که اعتبار ضمیمه در این مقام از باب حیل شرعیء مجوزه باشد. و نظر ایشان در این مقام بر ملاحظهء بطلان بیع غیر مقدور التسليم است تعبداً. و اجماعی که بر آن دعوی شده افادهء بیش از " غیر مقدور التسليم محض " را نمکند، پس



ما حيله مسکنیم که آن را از تمحض عدم مقدوریت برآوریم ضم ضمیمه مسکنیم که نگوئیم  
بیع غیر مقدور التسلیم محض شده. چنانچه در حیل ربویه که فرار از ربا مسکنیم با اشتراک  
حیله در حصول ربح با ربا.  
و چنان که در آنجا علتی که در حرمة ربا وارد شده - که اتلاف اموال و سد معروف و غیره  
است - آن علت را حمل بر حکمت داعیه بر حرمة قرار مدهیم - مثل رفع اریاح آباط در  
غسل جمعه و اختلاط میاه در عده - نه علت واقعیه. و اطراد در آن شرط نیست. پس معلوم  
میشود که نفس ربا تعبدا ممنوع است، و به اخراج آن به صورت بیع رفع ناخوشی میشود. ۱  
و همچنین در اینجا هر چند حکمت در بطلان بیع غیر مقدور التسلیم، لزوم غرر و سفه، باشد.  
لکن از اجماع معلوم شد که نفس عدم قدرت منشاء بطلان است هر چند سفه لازم نیاید.

-----  
۱: ای کاش میرزا (قدس سره) همین استدلال را مکرر بدون اینکه آن را " حيله شرعی " نام گذارد و بدون  
اینکه موضوع را به ضمیمه ربوی ربط دهد. و نیازی به این نام گذاری و ربط دادن نبود. خواننده محترم توجه دارد، این همان مسئله شماره ۶، از همین مجلد است که مصنف (ره) در مسئله‌های مکرر بر مبنای خود  
در ضمیمه ربوی اصرار دارد. و ما هم بر مبنائی که از امام خمینی (ره) در این مسئله نقل کردیم اصرار داریم.  
موضوع بحث در اینجا با مسئله ربا فرق بنیادین دارد. زیرا در اینجا پایگاه دیگری داریم به نام " جواز فروش چیزی به اضعاف مضاعف قیمت " که در فقه و منابع حدیثی معروف است. و میتوانیم ضمیمه را به اضعاف مضاعف قیمت، فروش و خرید کنیم و (هر چه باشد) ربائی پیش نمآید. اما در ربا، قرار دادن ضمیمه در مقابل بخشی از وجه به عنوان اضعاف مضاعف قیمت ضمیمه، باز نمیتواند ماهیت ربا را از بین ببرد و عقل با کمال بداهت حکم میکند که ماهیت معامله يك ماهیت ربوی است و طرفین قصد ربا داشته و دارند.  
اما در اینجا آنچه هست این است که طرفین قصد بیع غیر مقدور التسلیم را دارند و به هر صورت " بیع " است که " احل الله البیع و حرم الربا ".  
به عبارت دیگر: اصل طبعی در ما نحن فیه " بیع بودن " است ولی اصل طبعی در آنجا " ربا " است. باز با  
با بیان دیگر: در اینجا میخواهیم يك " حلال الاصلی " را که فاقد یکی از شروط شده و دچار حرمة

گشته،

بوسيله ضميمه، به حليت اصليش برگردانيم، ولي در ضميمه ربوي منخواهيم يك " حرام الاصلی " را به حلال مبدل كنيم، در حالي كه قصد خروج از ماهيت حرام آن، نداريم.  
پس قياس اين دو با هم، قياس مع الفارق در طبيعت، و هم قياس باطل در شريعت است. و اساسا حيله شرعی و يا چاره‌جوئی شرعی برای تبديل ماهيت حرام به ماهيت حلال در شرع نداريم. رجوع كنيد به مسئله شماره ۶ و مسئله شماره ۷۴ از همين مجلد

و چون اجماع بیش از عدم قدرت محض را نمرساند، پس ما حيله مکنیم به ضم  
ضمیمه

تا از غیر مقذور التسلیم بودن محض، فارغ شویم. و اکتفا کنیم به مقذور التسلیم  
بودن فی  
الجملة.

اگر کسی بگوید: هر گاه فی الجملة مقذور التسلیم بودن کافی است پس باید در  
مبیع معین که يك جزء آن مقذور التسلیم نباشد هم بیع صحیح باشد. و منحصر  
نیست در  
ضم ضمیمه.

گوئیم: که مراد ما از اکتفا به قدرت فی الجملة، در جائی است که يك جزء از آن را  
مقصود بالذات کنیم و دیگری را بالتبع. مثل مثال‌های ضم ضمیمه، که ضمیمه را  
اصل

مکنیم (هر چند با اراده منفرد باشد) به جعل جاعل نه به موافقت طبیعت. و در  
مثال

مفروض معترض جزئین مساویانند در قصد طبیعی.

و به هر حال، آنچه ما اختیار کردیم در دفع اشکال منافات ندارد با آنکه باز  
ملاحظهء عدم

لزوم سفه را بکنیم با ضم ضمیمه هم. غایت امر این است که نسبت ما بین دلیل  
حرمة بیع

سفه، و دلیل بیع غیر مقذور التسلیم با ضمیمه، عموم من وجه باشد. و راهی از برای  
ترجیح

ثانی نیست. پس باید ما دلیل جواز با ضم ضمیمه را حمل کنیم بر صورتی که سفهی  
لازم

نیاید، که اخص مطلق شود از دلیل حرمة غیر مقذور التسلیم، و منافی حرمة بیع سفه  
هم

نباشد.

و کلام در اینجا بعینه مثل کلام است در بیع مجهول و اشتراط ضمیمه [در آن]، و  
مادر

جلد دوم " جواب مسائل " تحقیق آن را مبسوط کرده‌ایم. و حاصل کلام این است  
که بیع

مجهول و بیع غیر مقذور التسلیم باطل است بعدا. هر چند سفهی در آن لازم نیاید.  
بدون

فرقی ما بین اقسام آن. و با ضم ضمیمه صحیح میشود در همه جا به شرطی که

سفهی لازم

نیاید.

و بدان که شهیدین در لمعه و شرح آن، در مسئلهء ضال و مجحود، گفته‌اند صحیح است  
بیع آنها و مراعی است به امکان تسلیم. پس اگر ممکن شود تسلیم در وقت نزدیکی  
به سبب

آن فوت نشود چیزی معتد به، از منافع، یا راضی شود مشتری به صبر تا وقتی که تسلیم او بشود. لازم میشود. و اگر متعذر شود تسلیم، مشتری خیار فسخ دارد، اگر خواهد فسخ میکند، و اگر خواهد ملتزم میشود به آن، به مثل عتق در کفاره و امثال آن. و بعد از آن، شارح گفته است که احتمال قوی است اینکه باطل باشد به سبب فقد شرط، که امکان تسلیم است.

و ظاهر این است که مراد ایشان در صورت عدم ضم ضمیمه باشد. و همچنین آنچه در مسالك گفته است - در شتر و اسب گریخته - که "محتمل است صحت بامراعی بودن به تسلیم". بعد از آن که گفته است که "اقوی عدم صحت است. و بعضی گفته‌اند که عدم صحت اشهر است." و بنابر تحقیقی که ما کردیم باید بدون ضم ضمیمه باطل باشد. و باضم ضمیمه صحیح باشد. هر گاه سفهی در آن نباشد.

مبحث دوم: ظاهر این است که شرط است در صحت بیع آبق - بلکه در مطلق بیع غیر مقدور التسلیم - که بیع آن صحیح باشد. [و دارا باشد به] آنچه شرط است در صحت غیر آن، مثل معلوم بودن مبیع به مشاهده یا وصف رافع جهالت، و موجود بودن مبیع در حین بیع، و ثابت است برای او جمیع احکام بیع به غیر از قدرت بر تسلیم. پس هر گاه ظاهر شود که مبیع در وقت بیع تلف شده بوده است، یا مال غیر بوده، یا مخالف وصفی بر آید که به آن وصف خریده. شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که ظاهر این است که باطل میشود بیع نسبت به آنچه مقابل مبیع است در دو صورت اول. و خیار فسخ دارد مشتری در صورت آخری.

و در مسالك اشكال کرده است و توقف کرده در اینکه آیا سایر شروط هم ملحق به  
تعذر تسلیم است یا نه؟ -؟. و اظهر در نظر احقر عدم الحاق است، و مختار شرح  
لمعه خوب  
است. و لکن اظهر این است که در صورت ثانیه باطل نباشد بلکه موقوف باشد به  
اجازهء مالک  
و شاید مراد او هم بطلان باشد در صورت عدم اجازه و از آنچه گفتیم ظاهر میشود  
هر گاه  
ظاهر شود معیب بودن آن، [که] خیار رد و ارش ثابت باشد.  
و از تنقیح حکایت شده عدم ثبوت رد و ارش - در صورت ظهور عیب - از برای

مشتری جاهل به عیب. و اما هر گاه ضمیمه رد شود به سبب عیبی، یا خیاری، آبق تابع آن خواهد بود. و حکم علی حده ندارد.

و از حاشیئه شهید بر قواعد نقل شده که ابن متوج گفته است که اگر ظاهر شود موت ضال یا آبق پیش از بیع، پس باطل نمیشود بیع. و بعد از آن شهید گفته که اولی این است که از برای مشتری خیاری فسخ و اجازه ثابت باشد. این آخر کلام شهید است. و ظاهر کلام ابن متوج این است که بیع باطل نمیشود در خصوص ضمیمه. و محتمل است که مراد این باشد که باز بایع مستحق ثمن باشد، یا به نسبت به آنچه حصه ضمیمه، میشود. چنان که شهید ثانی اختیار کرده. و اولی این است که حمل کنیم بر معنی دوم، نظر به قواعد کلیه بیع.

و بنا بر این، مراد شهید "ره" نیز این است که در صورت صحت بیع نسبت به ضمیمه، اولی ثبوت خیاری فسخ است از برای مشتری، و گویا وجه این، تبعض صفت است. که موجب خیاری است. و حاصل در این مقام این است که آبق - بلکه مطلق غیر مقدور التسلیم - جزء مبیع است. و احکام بیع همه در اینجا جاری است، از بطلان و خیاری عیب و خیاری تبعض صفت و غیر آنها. مخالفتی که در اینجا هست، این است که آن شیئی غیر مقدور التسلیم مادامی که متصف است به همین معنی، - یعنی اباق و ضلال و وجود - به سبب همین معنی از قیمت چیزی کم نمیشود، به سبب عدم وصول به آن. هر چند [اگر] به سبب دیگر مثل تلف یا غیر آن [باشد] باید آن را هم منظور داشت. و دانستی که معنی احادیث و کلام فقها هم همین است که گفته‌اند که قیمت از برای بایع در برابر همان ضمیمه است، نه اینکه آن

داخل مبيع

نیست.

و از آنچه گفتیم ظاهر میشود که هر گاه بعد از بیع، غاصبی آبق را غصب کند، یا جنایتی بر آن برساند. قیمت و ارزش مال مشتری است. و هر گاه نتواند مشتری که استیفای

حق خود کند، از قیمت چیزی کم نمیشود. چنان که از تنقیح حکایت تصریح به آن شده.

و اما هر گاه تلف شود بعد از بیع و قبل از اقباض، پس در آن اشکال است. نظر به اینکه هر

مبئی که قبل از اقباض تلف شود، آن مال بایع است. پس باید قیمت ناقض شود. و از جهت



اینکه در اینجا اقباض واجب نیست، پس ضمان هم بر بایع نیست. [و اقوی] ترجیح  
ثانی ]  
است بر اول]. زیرا که اظهر ادله آن در این مقام حدیث نبوی است که فرموده است  
" ان کل  
مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه " و در تبادر " غیر مقدور التسلیم " از این  
حدیث، تأمل  
است. خصوصا که جابری از برای ضعف سند آن نیست.  
مبحث سوم: هر گاه ثمن، غیر مقدور التسلیم باشد، آیا حکم آن حکم مثنی است یا  
نه  
؟-؟. پس بدان که تصریحی در کلام اصحاب به آن، در نظر نیست - به غیر عبارت  
شهادین  
در لمعه و شرح آن - و مقتضای کلام ایشان در نظایر آن، عدم فرق است. چنان که  
مسبب  
که علامه در قواعد مگوید " الفصل الثالث: العوضان. و شرط المعقود علیه الطهارة  
فعلا او  
قوة " و معقود علیه اعم است از ثمن و مثنی. بعد از آن مگوید " و صلاحیته  
للملك. فلا یصح  
العقد علی حبة حنطة لقلته " [و بعد گفته است] " والقدرة علی التسلیم " هر چند بعد  
گفته  
است " فلا یصح بیع الطیر فی الهواء اذا لم تقض عادته بعوده ولا السمك فی الماء الا  
ان یکون  
محصورا ". و ظاهر این است که تفریح از باب مثال است.  
بعد از آن مگوید " والعلم فلا یصح بیع المجهول ولا الشراء به ولا یکفی المشاهدة  
فی  
المکیل والموزون والمعدود. سواء كان عوضا او ثمنا ". و در تذکره و غیر آن دعوی  
اجماع بر  
اشترط معلومیت عوضین شده است. و همچنین ظاهر این است که مراد ایشان در  
عنوان  
کردن مبیع مثال است با نظر به اطلاق مبیع بر ثمن و مثنی باشد. چنان که شهید در  
لمعه  
مگوید " به شرط کون المبیع مما یملك، فلا یصح بیع الحر، و ما لا نفع فیه " تا  
آنجا که گفته  
است " یشرط ان یکون مقدورا علی تسلیمه " یعنی شرط مبیع این است که مقدور

التسليم  
باشد. بعد از آن گفته است " فلو باع الحمام الطائر لم يصح الا ان يقضى العادة  
بعوده. ولو  
باع الا بق صح مع الضميمة ".  
و بعد از آن گفته است " وفي احتياج العبد الا بق المجعول ثمننا الى الضميمة، احتمال.  
ولعله الا قرب " و از این کلام ظاهر میشود که مسئله، خلافی است در ثمن. بلکه  
احتیاج به  
ضمیمه را احتمالی، قرار داده. و ممکن است که خلاف، بخصوص این، باشد. نه  
مطلق تعذر  
التسليم. و در خصوص ثمن باشد. نه در مثنی. و لکن از علامه در تذکره ظاهر  
میشود که

در صورت بودن آبق مثنی، هم خلاف است در اشتراط ضمیمه. چون نسبت آن را به مشهور داده. و نقل قولی به جواز بدون ضمیمه کرده. و از بعض متاخرین هم نقل قول به جواز شده با علم مشتری به آباق.

و شهید ثانی در شرح آن ۱، گفته است که " چنان که جایز است گردانیدن آبق مثنی، جایز است گردانیدن آن ثمن. خواه در برابر آبق دیگر باشد یا غیر آن. به جهت حصول معنی بیع در ثمن و مثنی ". یعنی عموم " احل الله البیع " شامل آن است. و بعد از آن در وجه احتمال شهید در احتیاج به ضمیمه واقرب بودن آن گفته است که " این از جهت صدق آباق است " یعنی علتی که در مثنی هست، در ثمن هم هست، که آن آباق است. و به هر حال، ظاهر این است که در اصل مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم، فرقی ما بین ثمن و مثنی نباشد. و همچنین در خصوص بیع آبق اظهر عدم فرق است، و اظهر جواز است در ثمن نیز با ضمیمه. نه بدون آن. و اظهر این است که جایز است [با] ضمیمه، هر چند مثنی هم آبق باشد با ضمیمه. و کافی نیست در ضمیمه، اینکه آبقی دیگر باشد نه در ثمن و نه در مثنی. چنان که شهیدین تصریح به آن کرده‌اند.

و الحاصل: نظر به اطلاقات کلمات فقها و ظاهر احادیثی که وارد شده در بیع آبق با ضمیمه، فهمیده میشود که علت عدم جواز تعذر تسلیم است رأساً. و جواز با ضمیمه به سبب خروج از عنوان " تعذر تسلیم " است رأساً، با ملاحظه احتراز از لزوم سفه. و در این معانی فرقی ما بین ثمن و مثنی نیست. و این که این را شهید احتمالی قرار داده خالی از غرابتی نیست. و ظاهر این است که سایر فقها مفروغ عنه دانسته‌اند اتحاد حکم ثمن و مثنی را که متعرض آن نشده‌اند. و شهید ثانی گفته است " این فرع و آنچه بعد مآید، از

مختصات این کتاب است " یعنی در جای مذکور نیست.  
مبحث چهارم: شهید در لمعه گفت است " ولو تعدد العبد، كفت ضمیمة واحدة "  
یعنی هر گاه چند غلام گریخته را بفروشد و يك ضمیمة قرار بدهد، کافی است. و  
شهید ثانی

-----  
۱: مرجع ضمیر " آن " کلام شهید اول است که در بالا آمده

در شرح آن گفته که در ثمن هم، چنین است. و گفته است که معتبر نیست در این  
ضمیمه که

هر گاه تقسیم کنی آن را بر عبید، هر يك از حصه‌ها متمول باشد. یعنی چیزی باشد  
که

قابل بیع باشد. زیرا که مفروض این است که يك ضمیمه کافی است، و آن خود  
متمول است

بالفرض. و در صورت تقسیم، يك ضمیمه نیست. بلکه ضمایم متعدده است. و آنچه  
گفته‌اند

خوب است.

مبحث پنجم: از تنقیح حکایت شده که هر گاه در ضمیمه عیبی ظاهر شود، پس  
آنچه اسقاط مشود به سبب ارش، از کل ثمن اسقاط مشود. یعنی آبق را اعتبار  
نمکنند و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه در مقابل ضمیمه است اعتبار نمکنند ۱. و  
از آنچه

پیش گفتیم ظاهر مشود که این سخن خالی از اشکال نیست. زیرا که مستفاد از  
اخبار

و کلام فقها این است که آبق جزء مبیع است. و احکام بیع همگی بر آن جاری  
است به غیر

آنکه هر گاه آبق " مادام آبقا و لم یظهر تلفه عند البیع " به دست نیاید بایع مستحق  
تمام ثمن

است، و حصه از برای آبق نیست. پس این حکم خاص، تعبدی است. و تعدی از آن  
نمکنیم.

پس دور نیست که در ارش بر قاعده بیع عمل شود، و تفاوت قیمت را نسبت به  
حصه

ضمیمه، استرداد کند. به این معنی که هر گاه آبق به دست آید و ضمیمه معیب بر  
آید

وبالفرض قیمت ضمیمه و آبق مساوی باشند و تفاوت قیمت ضمیمه صحیحا و معیبا  
نصف

باشد، مشتری ربع مجموع را استرداد میکند، در صورتی اخذ ارش.

۱۷۹ - سوال: هل یصلح العبد لتملك شیء ام لا؟ -؟ و علی فرض التملك هل هو

محجور علیه ام لا؟ -؟ ثم ان اذن المولی اياه فی التصرف فی شیء من ماله فهل یفید  
مجرد

الا باحة او یملك التصرف؟ -؟ ثم ان مات المولی قبل تصرفه، فهل یقی جواز تصرفه  
ام لا

؟-؟.

جواب: اختلف العلماء في ان العبد هل يصلح للتملك اولا. بل هو كالدابة بالنسبة الى جله او عليه. وفيه اقوال: نسب الاول الى الاكثر الشهيد الثاني، و جعله في الدروس

-----  
١: عبارت نسخه چنين است: و تفاوت قيمت را نسبت به آنچه مقابل ضميمه است و پس اعتبار كنند

ظاهر الاكثر. و لكن نسب جماعة من الاصحاب الثانى [الى] المشهور والاكثر. و عن التذكرة

انه مذهب الاكثر. و عن كتاب نهج الحق انه مذهب الامامية  
و عن الشيخ فى الخلاف فى باب الزكوة " لا زكات عليه لانه لا يملك اجماعا " و  
عن السرائر  
" اجماع اصحابنا ان جميع ما بيد العبد فهو مال لسيدته " و عن نهاية الاحكام و موضع  
آخر من  
السرائر " انه غير مالك عندنا " و عن المنتهى نسبتته الى اصحابنا. و مثله عن المبسوط  
فى  
كتاب الكفارات.

و من الصدوق وابن الجنيد " ان العبد يملك ". و قيل كلامه فى المقنع كالصريح فى  
انه

يملك فاضل الضريبة - هو ما يقاطعه عليه مولاه بان يعطيه كل شهر، او كل سنة، و  
يكون

الزائد له - و عن جماعة انهم حملوا كلامهم على انه يملك ملكا غير مستقر. و عن  
المقداد انه

يملك ملكا غير تام. و فى الشرايع " العبد لا يملك، وقيل يملك فاضل الضريبة، وهو  
المروى،

وارش الجناية، على قول. ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى ياذن  
المولى،

كان حسنا. و فى النافع " المملوك يملك فاضل الضريبة. وقيل لا يملك شيئا ".

و عن الشيخ فى النهاية " العبد المملوك لا يملك شيئا من الاموال مادام رقا.

فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريده و كذلك اذا فرض عليه ضريبة  
يؤديها

اليه، و ما يفضل بعد كذلك يكون له، جاز. فاذا ادى مولاه ضريبته كان له التصرف فى  
ما بقى من المال. و كذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش، كان له  
ذلك.

و حل له التصرف فيه. وليس له رقبة المال على وجه من الوجوه. فان تزوج فى هذا  
المال او

يشترى كان ذلك جازيا. و كذلك ان اشترى مملوكا، فان اعتقه كان العتق ماضيا ".

و عن ابن البراج موافقته لذلك. و عن المهذب البارع و فخر المحققين فى شرح  
الارشاد ان فى المسئلة اقوالا ثلاثة: الاول: يملك المال لا مستقرا و هو ظاهر الصدوق  
وابن

الجنيد. الثاني: انه يملك التصرف خاصة، و عليه الشيخ فى النهاية. و الثالث: اباحة التصرف خاصة، لا ملك التصرف. و قالوا ان الثالث لم يمنع منه احد، بل هو اجماعى. و فرق فى المذهب بين الثانى والثالث بوجهين: الاول: ملك التصرف اقوى من اباحته، فان فى الاباحة لو ظهر له شاهد حال من المالك بكراهة لم يجز ان يتصرف. الثانى: ان فى



ذلك التصرف، له ان يتصدق منه ويطعم غيره. وليس له ذلك فى الاباحة.  
هذا حاصل ما نقله بعض الاصحاب من الاقوال. والعمدة بيان الدليل فى المسئلة.  
فنقول: الاظهر القول بعدم ملكه مطلقا. كما ان الاظهر انه قول الاكثر. والدليل عليه  
(مضافا

الى الاصل) من وجوه: الاول: قوله تعالى فى سورة النحل " ضرب الله مثلا عبدا  
مملوكا

لا يقدر على شىء و من رزقنا منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا و جهرا هل يستون " ١  
والظاهر

ان المثال للفرق بينه تعالى وبين الاصنام التى يعبدها الكفار، كما يظهر من ملاحظة ما  
قبلها.

وجه الاستدلال انه قد اوغل فى بيان المباينة بين الفريقين فى غاية الغاية كما هو  
مناسب

المقام و شبه الاصنام العبيد و نفسه تعالى بالاحرار. فقال " عبدا " يعنى من ليس بحر.  
فان المتبادر من العبد عند الاطلاق هو مقابل الحر، وان كان قد يستعمل فى عباد الله  
كقوله تعالى " قال انى عبد الله " والغالب فيه الاستعمال مع الاضافة. وكذا المتبادر منه  
عند

الاطلاق القن (لا المبعوض) والعبد بالفعل لكون المشتق مجازا فى ما انقضى عنه المبدأ.  
فح،

يكون كلمة " مملوكا " قيذا توضيحيا بيانيا. لا تقيديا. لعدم انفكك العبودية بالمعنى  
المذكور عن المملوكية. وفائدته اظهار كمال مهنته لا طلاق التملك عليه كالدواب  
والجمادات.

لا يقال: ان العبد نكرة مثبتة لا يفيد العموم حتى يثبت الحكم فى كل عبد. اذ - مع  
تسليم انه ليس من باب " تمره خير من جرادة " - نقول: ان توصيفه بالمملوكية التى  
هى

ثابتة لجنس العبد، بل والعبودية ايضا. يشعر بالاطراد لثبوت العلة فى جميع افراده  
والمقام

قرينة على اعتبار مفهوم الوصف هنا، وان لم نقل بحجته. ثم قال " لا يقدر على شىء  
"

والظاهر انه ايضا للتوضيح والبيان. كما هو مستفاد من الروايات، مثل ما رواه فى  
التهذيب عن سعيد بن يسار: " قال سئلت ابا عبد الله - ع - عن امرئة حرة تكون  
تحت

١: الاية ليست فى مقام التشريع. وليست من آيات الاحكام. بل فى مقام تمثيل مثال مما كانت تجرى فى نظام

الاجتماعية الحاربية فى القرىش و معيشتة، و غيرهم من الاجتماعات فى ذلك الزمان. ثم: هذه الاية مكية ولو كانت فى مقام التشريع لا وجبت للعبيد طاعة مواليتهم من المشركين كابوجهل و العتبة و غيرهم. وقد نعلم تجرى العبيد و عصيانهم على مواليتهم بتشويق من ناحية الرسول " ص ". و يجيئ الكلام فى الجملة " ورزقناه منا... "

المملوك، فتشتريه. هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه بعد مملوك لا يقدر على شئ " ١ وهو مناسب للمقام فان نفى القدرة على نوع الشئ ادخل في المقصود من نفيها من شخصه، والنكرة فى سياق النفى يفيد العموم. غاية الامر خروج بعض الافراد بالدليل، فيبقى الباقي.

بيان ذلك: ان قدرة العبد اما يتعلق بما هو لازم خلقتة و طبيعته، كالاكل والشرب والجماع والنوم و غير ذلك. واما يتعلق بغير ذلك من الافعال، كالمسافرة والسير فى الاسواق والصحارى للتنزه والتفرج والاستحمام. و بالجملة ما يتعلق بتحصيل المال بمثل الاتهاب والاحتطاب و نحو ذلك. واما ما يتعلق بالتصرف فى مال المولى بالبيع والشراء و غير ذلك، او فى ما اتهبه واحتطبه، هذا كله مما لا معنى لنفى القدرة العقلية راسا منها. بل الواقع الغالب هو القدرة فيها. فعلى جعل القيد توضيحيا فالعموم مخصص بغير ما هو ثابت عقلا، وما لم يمنعه الشرع.

فالمراد من " لا يقدر " كونه ممنوعا عنه شرعا. يعنى: عبدا مملوكا ممنوعا من كل شئ عدا ما استثنى و منه تصرفاته باذن المولى. فالمستثنى محتاج الى الدليل فكما ان التصرف فى المال فى الاغلب يحتاج الى الدليل، فكذلك جواز التملك بمعنى الاتهاب والاحتطاب ايضا يحتاج الى الدليل. واما التملكات القسرية كالميراث والدية، فلا معنى للقدرة فيها لا عقلا و لا شرعا. اذ هو بجعل الشارع و لا مدخلة فيها للعبد. وانما اخترنا كون هذا القيد توضيحيا لا دخليته فى المقصود، كما اشرنا سابقا. واورد عليه المحقق الاردبيلي (ره) بانه على تقدير تسليم كون القيد للبيان و شاملا للتصرف فى الاموال، فيدل على كون العبد محجورا عليه ليس له التصرف من دون

---

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٥٧، ابواب نكاح العبيد، ب ٤٩ ح ٢ - التهذيب: ج ٢ ص ٣٠٦. وفى سنده ابو العباس

محمد بن جعفر الرازى وكان يقول بالجبر والتشبيه و يروى عن الضعفاء وله كتاب فى " الجبر والاستطاعة " وقال العلامة فى " الخلاصة ": انا فى روايته من المتوقفين.

فالاتماد بهذا الحديث فى تفسير الاية وجعلها من آيات الاحكام، مشكل. ولا اقل من احتمال كون جملة " لا يقدر على شئ " فى الحديث ناشئة من مسامحات ابى العباس، لا من كلام الامام " ع "

اذن المولى، على ان الظاهرة انه للتقييد، وانه ليس له شئى من التصرف فى نفسه او ماله ايضا، الا باذن سيده. بل ليس له شئى الا من عند مولاه. فيما لم يملكه المولى او ياذن فى ملك شئى والتصرف فى شئى، ليس له ذلك. والقائل بالتملك يقول به. وقال فى آخر كلامه: دلالتها على التملك اوضح من دلالتها على عدم التملك ١. اقول: انه (ره) منع اولا كون القيد توضيحيا. بل هو تقييدى. ٢ يعنى ان الاصنام كالعبد الذى لا يقدر على شئى، لا كالعبد القادر على كل شئى. و منه يظهر وجود عبد قادر على

التملك. فلا يمكن الاستدال بها على عدم تملكه مطلقا. ثم منع على تقدير كونه بيانيا، شمول الشئى المنفى المنصرف فى الاموال. بل المراد انه غير قادر على التصرف فى نفسه. ثم

قال وعلى فرض تسليم كونه بيانيا و شاملا لنفى التصرف فى المال. يعنى ان العبد مطلقا لا يقدر على شئى لا على التصرف فى نفسه ولا فى المال، فهو معنى كونه محجورا عليه. وهو

لا ينفى تملك المال. بل يثبتته.

اقول: معنى شموله للتصرف فى الاموال، ان عدم القدرة، اعم من عدم القدرة على التصرف فى نفسه وفى المال على تملك المال. ولا يخفى ان ما ذكره لا يجتمع مع القول

١: الاية لا تدل على الجواز و لا على عدمه. لانها ليست فى مقام التشريع و لا من آيات الاحكام. و هى فى مقام تمثيل مثال محض. و ليس فى الاية حكم تأسيسى ولا حكم امضائى. سواء كان القيد توضيحيا او تقييديا. لانه فرق

بين توضيح ما وقع و ما كان - بل، ما يكون - و بين امضائه و تثبيته بعنوان حكم من الاحكام. ٢: والانصاف ان القيد تقييدى. اذ من العبد من لا يقدر على شئى و منهم من يقدر على اعظم الاشياء من قيادة الجيوش و فتح البلاد كجوهر عبد الفاطميين الذى فتح مصر و شيد حكومة الفاطميين و سلطانهم. وامثاله

فى التاريخ كثير جدا.

و من هنا يظهر ان المراد فى الاية هو القدرة النفسانية والروحية قبلا لضعف الروحى والنفسانى والخصوصيات

التكوينية فى نفس الانسان. و اين الاية من بيان التشريعات والاجتماعيات؟! و العبد المملوك الذى لا يقدر على شئى مصداق تام للانسان الضعيف نفسا والرذيل طبعا والعاجز تكوينا و تخصيص جملة " لا يقدر على شئى " بامور المالية والمالكية ابعث شئى الى دليل. بل لا ربط للاية اجتماعية اصلا. و اى ربط بين معنى " القدرة " و بين المالكية؟ ربما ضعيف لا يقدر على شئى مع انه مالك للالوف والالاف.

فليس بين القدرة والمالكية ملازمة حتى تنتفى المالكية بانتفاء القدرة.

ثم: هل المراد فى الآفة؁ هو قدرة الاصنام و عدمها فى الامور الاجتماعفةؑ ام فى الامور التكوئنفهؑ

(٤٠٤)

بالتملك، فان القائل بالتملك لا يقول انه محجور عليه من التملك. بل يقول انه محجور عليه

في ملكه بعد التملك. ولذلك قال في الشرايع " المحجور عليه شرعا هو الممنوع عن التصرف في ماله " وقال في المسالك " ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان محجورا

عليه. وح فيدخل في التعريف. وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه " وعد في الارشاد

من جملة اسباب الحجر الملك، يعنى المملوكية. قال " فالعبد والامة محجور عليهما لا يملكان شيئا، ولو ملكهما مولاهما " .

و من ذلك يظهر الاختلاف في تعريف الحجر على المذهبيين. اذ ظاهرهم الاجماع على كون العبد محجورا عليه. ولكن لا يصدق الحجر - بالمعنى الذى عرفه في الشرايع - على

حجر العبد، على القول بعدم تملكه. كما يظهر في الارشاد. فان المحجور على ما في الشرايع، هو الممنوع عن التصرف في ماله. و على ما في الارشاد، الممنوع عن التصرف لانه ليس بماله.

و الحاصل: ان البحث في مسألة الحجر مسبق بالبحث عن معرفة المالكية و عدمها. ولما كان من جملة المحجورين العبد، و فى تملكه و عدمه خلاف، فيختلف بذلك مفهوم

الحجر. فمن قال بتملكه، فيعرف الحجر بانه " المنع الشرعى عن تصرف المالك فى ملكه

بدون اذن وليه " و من لم يقل بتملكه فيعرفه بانه " المنع الشرعى عن تصرف من بيده مال،

فيه بدون اذن وليه " سواء اكان ما فى يده مالا له كغير العبد من المحجورين، او لم يكن مال

له كالعبد، فانه ممنوع عنه، لانه ليس بمال له الا باذن الولي.

هذا بالنظر الى مفهوم الحجر فى عنوان " كتاب الحجر " بملاحظة جميع اقسامه. و اما اذا استعمل الحجر فى العبد منفردا فعند القائل بالملك معناه انه محجور عن التصرف

فى ملكه. بخلاف القائل بعدمه. فان معناه انه محجور عن التصرف فى ملك غيره. فما

ذكره

المحقق الاردبيلي (ره) من ان المراد من قوله تعالى " لا يقدر على شئ " الحجر. فيلزم ان

يكون من باب استعمال لفظ الحجر في العبد فقط. فاذا لم يعلم ان دين الله تعالى هو  
مالكية  
العبد او عدمه، فلا يمكننا ان نقول انه محجور عن ماله، او نقول انه محجور عن مال  
غيره.  
و نفى جواز التملك الا باذن المولى - الدال بمفهومه على جواز التملك باذن المولى  
-

ليس بداخل في مفهوم الحجر باحد من التعريفين. فكيف يدخل تحت قوله تعالى " لا يقدر على شئ " الذى هو عبارة عن الحجر، حتى يستفاد منه جواز التملك باذن المولى. فيبطل الاستدلال بالاية على نفي التملك راسا. مع ان تقدير الاستثناء خلاف الاصل و محتاج الى الدليل. و ما دعاه الى ذلك الى جعله لفظ " لا يقدر على شئ " بمعنى الحجر. وقد عرفت ما فيه.

نعم، نحن نسلم المقدمة القائلة بانه اذا اذن له المولى فيجوز له التصرف. و هو لا يستلزم التملك. بل المسلم انما هو جواز التصرف. و هذه المقدمة فى حكم استثناء منقطع منفصل، و ليس من باب الاستثناء المتصل الذى قدره فى الكلام، حتى يلزم ثبوت ما منع القدرة عليه على سبيل العموم. مع انه يمكن القدح فيه - على فرض التسليم - بان رفع السلب الكلى لا يستلزم الايجاب الكلى. بل يرتفع بالايجاب الجزئى. فلا يدل على المقصود. ولكن يمكن دفعه بان المفهوم ليس من باب التناقض، بل السلب والايجاب فيه متطابقان عموما و خصوصا. كما حققناه فى محله.

فالاولى الاقتصار على منع تقدير الاستثناء. فلم يبق الا ان يكون الاية مسبوقة لبيان اصل قصور العبد و عدم قابليته لشئ من جملة ذلك التملك للمال. و هذا هو معنى السابق على الحجر الذى يترتب الحجر و عدمه عليه. والنكرة المنفية تفيد العموم، خرج ما خرج بالدليل، و بقى الباقي، و يشيده مقابلة القرينة الاخرى، اعنى " و من رزقناه رزقا حسنا " ١ يعنى " من رزقناه " فانه تدل على ان الرزق له من جانب الله، بخلاف العبد، فانه

١: الرزق: هو ما اعطاه الله تعالى عبده، من المال والعقل والايمان والتوفيق والصفات الحميلة و الشجاعة والسماحة و.... حتى النبوة. قال تعالى " قال يا قوم ارايتم ان كنت على بينة من ربى و رزقنى رزقنا حسنا.... "



اتفق المفسرون على ان المراد من الرزق فيها، النبوة. والانفاق: هو الصرف والبذل، من المال والجهد والتفكير والقدرة البدنية، حتى من الشجاعة و بذل النفس في الجهاد و كذا العفو. قال تعالى " وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " فسروه بالجهاد والشهادة و بذل النفس في سبيل الله. فالانسان القوي ينفق و يبذل و ينتفع سرا و علانية مما آتاه الله من قدرة الجسم والفكر والعقل والشجاعة و قوة النفس و سلامتها و... ولعل كلمة " رزق " في الاية دعى بعضهم (قدس سرهم) الى استفادة الحكم من الاية التي لا حكم فيها تاسيسيا كان او امضائيا.

بواسطة المولى، و على انه حسن وسيع و لا ضيق عليه فهو ينفق سرا وجهرا، يعنى  
ليس  
بمحمجور عليه فى شىء. فىلاحظ نفى تلك المعانى فى جانب العبد لىتم المقابلة. فرزقه  
بواسطة مولاه ولىس بمالك شىء، بل هو مملوك. لا شعار الوصف بذلك. ولا يقدر  
على شىء  
لا بان يكتسب فىملك، ولا بان يتصرف فى نفسه بشىء.  
و بالجملة جعل الممثل له هو الله سبحانه والاصنام يقتضى بيان المباينة غاية الغاية،  
و لا يتم الا بما ذكرنا. ثم ان هذا الكلام منه (ره) الزامى والا فظاهره انه يقول بتملك  
العبد  
مستقلا بدون الحجر. كما يصرح به فى كتاب الحجر، وان ذكر فيه انهم لم يفرقوا فى  
الحجر  
بين القول بمالكة العبد و عدمه. وان لا خلاف فىهم فى المحجورية، الا فى الطلاق.  
فانه بيد  
من بيده الساق. قال " لعل دليلهم الاجماع ولا نعلمه ". ثم اشار الى ما هو الظاهر  
عنه.  
الثانى: قوله تعالى فى سورة الروم " ضرب مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت  
ايمانكم  
من شركاء فى ما رزقناكم فانتم فيه سواء تخافونهم كخيفتكم انفسكم ". بيانه انه  
تعالى ضرب  
لكم مثلا منتزعا من احوال انفسكم بعضكم مع بعض، والمثل هو انه لىس لكم شركاء  
فى ما  
رزقناكم من نوع المملوكين ١ حتى تكون سواء او تخافون منهم كما تخافون من  
تغلب بعضكم  
على بعض فى ما تشتركون فيه كالميراث و غيره ٢ فالمراد بضمير المخاطبين جنس  
الحرار  
و من كلمة الموصول فى " ما ملكت " جنس العبيد ٣. و فى " ما رزقناكم " جنس ما  
يملك. ولم

١: الاية ايضا، لىست من آيات الاحكام. اذ لا ريب ان المخاطبين هم المشركون - وان قلنا بان المورد  
لىس.  
بمخصص - فهل بيان حال المشركين و شرح آدابهم و سننهم، دليل على انه تعالى يمضى فعالهم و سننهم  
و يجعل  
المشركين اسوة لنا؟ هل التمثيل حكم؟ وله شأن تشريعى؟ ما الدليل عليه؟

ثم: لقائل ان يقول: المراد من " ما " فى " ما ملكت " هو الاشياء و الاموال المملوكة غير العبيد، بدليل " ما  
لان الاصل فى استعماله غير ذوى العقول. وح، يكون التمثيل فى مصداقه الاتم لان الاصنام جماد لا شعور  
لها  
كالالات المملوكة التى لا شركة لها مع مالكها.  
٢: لقائل ان يقول: نعم. نخاف من العبيد، ربما عبد عصى مولاه وقتله. و ربما عبد سلطان قهره و عزله و  
جلس  
فى مجلسه و صار سلطانا، فظهر ان العبيد ليس مرادا فى التمثيل.  
٣: ما الدليل؟ وهو خلاف الاصل

يلاحظ نسبة كل عبد الى مولاه بل المراد العموم لا دخليته في مقام المباينة بين الفريقين، ليقاس عليهما الخالق والمخلوق. مع انه لا معنى للمشاركة في ما رزق به شخص خاص. اذ هو مختص به في الاحرار ايضا. فالمقصود نفى الشركة كلية في العبيد. فان الاستفهام الانكارى فى معنى النفى. و بذلك ثبت مقايسة الخالق والمخلوق. فلا شركة معه تعالى فى العبادة.

فما ذكره المحقق الاردبيلي " ره " من ان الكلام فيها مثل الاية السابقة، يعنى ليس لهم شركة الا ان يملكهم المولى. خروج عن السياق، و تخصيص للعبيد بمواليهم الخاصة، و موجب للحذف والتقدير. الذى هو خلاف الاصل، يعنى تقدير " الا ان يملكهم المولى او يشرکهم ".

الثالث: الاخبار المستفيضة. فمنها ما رواه الشيخ فى التهذيب فى باب وصية الانسان لعبده، فى الصحيح، عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - انه " قال فى المملوك مادام عبدا فانه و ماله لا هله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصية الا ان يشاء سيده " ١ و الاستثناء اما يرجع الى الجميع، فالمراد " الا ان ياذن المولى فى تلك التصرفات فى ماله " وهو لا يستلزم تملك العبد. بل هو اذن فى التصرف فى مال مولاه. و اما يرجع الى الاخيرة - كما هو الاصل - فيحتمل ذلك.

كما هو ظاهر السياق. و يحتمل ارادة الايضاء له بشيىء. فلا يجوز الا ان يكون الموصى هو المولى. فانه يجوز ان يوصى لعبده على الوجه المقرر فى محله. و يحتمل الوجهين ما رواه ايضا، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن احدهما - ع - " قال لا وصية للملوك " ٢ فيحتمل ان يكون المراد لا يجوز ان يوصى لانه لا يملك شيئا. او ان يوصى له غير مولاه، وان جاز للمولى على الوجه المقرر فى محله. ووجه الاستدلال بالصحيحة على المختار ان اللام حقيقة فى الملك. واورد عليه ان اضافة المال الى العبد ايضا ظاهرة فى الملكية، واجتماع الملكين محال. فلا بد من التاويل فى احدهما بارادة ما يجوز له التصرف فيه. يعنى ان ما يجوز للعبد التصرف فيه فهو ملك لا هله او ما هو

ملك  
للعبد يجوز التصرف لمواليه فيه، حيث لا مرجح. فيحصل الاحتمال و يبطل  
الاستدلال.

-----  
١: التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٣ - الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، ابواب الوصايا: ب ٧٨ ح ١.  
٢: المرجح: ح ٢

واجيب عنه بوجود المرجح لقيام القرينة على صرف التوجيه الى اضافة المال الى العبد.  
لان اللام فى الرواية مفيدة للملك بداهة. نظرا الى سياق الرواية. حيث تضمنت العبد  
وضمه

الى ماله اولا، وصرفت الحكم المستفاد من اللام اليهما. ولا ريب انه بالاضافة الى العبد  
معناه

الحقيقى وهو المليكة او الاختصاص. فلو حمل على المعنى المجازى او حقيقى آخر  
غيرهما،

لكان لزم استعمال اللفظ فى معنييه الحقيقين، او الحقيقى والمجازى، وهو خلاف  
التحقيق.

اقول: وفيه ان قوله " اللام فى الرواية مفيدة للملك " اول الكلام. و كذا قوله " ولا  
ريب

انه بالاضافة الى العبد معناه الحقيقى ". فان مفاد العبارتين انه " ع " اراد من اللام  
الملك. وهو

ممنوع. بل المسلم انما هو ثبوت الملك بالنسبة الى رقة العبد فى نفس الامر. لا ارادة  
ذلك

من اللفظ. والمورد يمتنع من ذلك. و توضيح الايراد: ان تصوير المفردات فى الكلام  
مقدم

على تصوير النسب. فلفظ " ماله " ظاهر فى الملك، و لفظ " لمواليه " ايضا ظاهر فى  
الملك.

فاذا ركبا و قيل " مال العبد لمواليه " يلزم اجتماع المتنافيين لو استعمل المفردان فى  
المعنى

الحقيقى و اريد الحقيقة فيهما. فهو لا يسلم استعمال كلمة اللام فى المعنى الحقيقى  
حتى

يقال انه ثابت بالبداهه.

ولو اريد معه معنى آخر لزم استعماله فى المعنيين المرجوح عند التحقيق. فلا بد من  
التجوز بارادة التصرف فى كليهما، او اختياره فى احديهما، او ابقائهما على الحقيقة.  
والاول

لا يفيد المقصود من عدم مالكية العبد، والثانى موقوف على ثبوت المرجح فى تاويل  
الاول

وهو مفقود، فلا يمكن الاستدلال. والثالث مستلزم للمحال. فظهر ان غاية ما يسلم  
المورد فى

التجوز فى جانب اللام هو عموم المجاز الشامل للملك وجواز التصرف، و نقول ان  
المجاز فى

كلمة " ماله " هو جواز تصرفه. وفي كلمة " لمواليه " معنى عام شامل للملك و جواز التصرف.

و لا مرجح لاحد التجوزين على الاخر.

و الاولى فى الجواب: ان يقال: ان الاضافة فى لفظة " ماله " و ان كانت لامية ولكنها ليست

كاللام المصرحة، فانهم اکتفوا فى الاضافة اللامية بادنى ملابسة، كما فى قول الاعشى

" الواهب المائة الهجان و عبدها " ان ارید بالعبد العبد الحقيقى فانه عبد للواهب

واضيف الى

الهجان بادنى ملابسة. و هذا مرجح لارادة التجوز فى كلمة " ماله ". لان كون ا العبد ملكا

لمواليه جزما دون المال للعبد يرجح التجوز فى كلمة " ماله ".  
هذا كله، اذا كان اللازم فى " ماله " مضمومة. وان كانت مفتوحة، فيضعف هذا  
المرجح

ايضا. لكن الارجح هو الضم. و يؤيده الكلام المشهور فى السننهم ان " العبد و ما فى  
يده كان

لمولاه " و كذلك يويد الاخبار التى ذكر فيه المال للعبد بدون  
الاضافة، كما سيحيى الاشارة الى بعضها. مع ان لنا هنا كلاما لم نقف على من نبه  
عليه، وهو

ان قولهم " اللازم للملكية " لا يتم على اطلاقه. بل هو انما يتم بملاحظة مدخولها و  
قابليته

لتملك فلا بد ان يقال ان اللازم الداخلة على العقلاء، لنسبة مال اليهم حقيقة فى افادة  
الملك. لا مثل الفرس والدار و غيرهما فى المنسوب اليه. و الوقت والزمان فى  
المنسوب كيوم

الجمعة و زمن الشتاء. اذ لا يفيد ح، الا نوعا آخر من الاختصاص.  
فليس الملكية معنى اللام فقط. بل هو معنى الهيئة التركيبية. او هى معناها بملاحظة  
متعلقها. و ايضا لا بد ان يكون هذه معناها بحسب اللغة والعرف، لا انها حقيقة شرعية  
فى

ذلك. وايضا لا بد ان يعتبر فى ذلك معنى الملكية عرفا، لا الملكية شرعا. اذ قد يطلق  
التملك

عرفا - مع قطع النظر عن الشرع - على شىء ليس بملك شرعى. اذ من الواضح ان فى  
ايام

الجاهلية قبل ورود الشرع، كانوا يفرقون بين انحاء التسلط على التصرف، و يطلقون  
الملك

على بعض انحاء التسلط دون بعض. و كانوا يريدون من الملك التسلط التام  
والاختصاص

التام، الذى لا يزاخمهم فيه احد.

ثم بعد ورود الشرع حصل تغيير فى ذلك، مثل انه شرط فى حصول الملك لمن حاز  
المباح، قصد التملك. و [مثل] نفى التملك للمرتد الفطرى قبل التوبة - على ظاهر  
المشهور

- و مثل ذلك كثير.

اذا عرفت هذا، فنقول: المقصود بالذات من قوله - ع - " العبد و ماله لا هله " انشاء



حكم  
للعبء و ماله، بالنسبة الى مواليه. و هذا الحكم توقيفى لا يصح الا من الشارع. و اما  
موضوعاته

-----  
١: و فى النسخة:.. التجوز فى كلمة لمواليه فهذا او كون العبء... - ولعل فيها سقطا

و متعلقاته (اى لفظ العبد والمال واطافة المال الى العبد ولفظ المولى) ليست بتوقيفية. والمرجح فيها اللغة والعرف. الا ما ثبت من الشارع فيه شرط. فالعبد الذى يطلق عليه العبد

عرفا، والمال الذى يطق عليه المال كذلك، و يطلق عليه انه ماله كذلك، فهو لمواليه كذلك.

الا ان يثبت من الشرع ان العبد ليس بعبد بل حر. او حق الغير متعلق به. او ان المال و ان

ثبت اختصاصه التام بالعبد عرفا لكن للغير حق فيه شرعا. او ان المولى ليس بمولى شرعا.

فانشاء الحكم بكون مال العبد عرفا للمولى شرعا (ما لم يثبت استحقاق الغير فيها) لا يستلزم اجتماع المليك الحقيقين شرعا لشخصين فى شىء واحد. اذ قد عرفت ان اضافة

المال عرفية، والمقصود بالذات فى الحديث ليس انشاء حكم الملكية للعبد و كون المال مالا

له. مع انه يلزم تحصيل الحاصل فى جانب العبد ان اردنا منه العبد الشرعى. لان مملوكيته

لمولاه داخل فى مفهوم العبد. و مما ذكر يظهر ارتفاع الضعف على المرجح على تقدير فتح

اللام فى " ماله " ايضا، و قوة الاستدلال بالحديث للمختار. و كيف كان فلا ينبغى الاشكال فى

ظهور الحديث فى ما اخترناه.

و منها: ما رواه ايضا بعد الحديث السابق فى الصحيح عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق " ع " فى حكاية اختلاف ابن ابى ليلى وابن شبرمة. وهو طويل و فى جملته بعد ان

قال الراوى " قلت: اليس اوصى للعبد بثلث ماله؟ قال: ان العبد لا وصية له. انما ماله لمواليه "

ويظهر وجه الدلالة مما مر.

و منها: ما رواه ايضا فى الحسن (لابراهيم بن هاشم) عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - فى مكاتب كانت تحته امرئة حرة، فاوصت له عند موتها بوصية. فقال: اهل

الميراث لا يحيز وصيتها. انه مكاتب لم يعتق ولا يرث. ففضى انه يرث بحساب ما اعتق منه،

و يجوز له الوصية بحساب ما اعتق منه. وقضى فى مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى

نصف ما  
عليه فاجاز له نصف الوصية... " ثم ساق مثل هذا في الربع والسدس. وهو مذكور في  
الكافي

-----  
١: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، احكام الوصايا، ب ٧٩ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٣

الى قوله " بحساب ما اعتق منه " ١ و تؤدى مؤداه روايات آخر معتبرة لا حاجة الى ذكرها.

و دلالتها واضحة من وجوه متعددة، منها تقريره " ع " معتقدهم ان غير المعتقد لا يملك الوصية و لا يرث. وان هذا الحكم كان ظاهرا عند اصحابهم، و يؤيده ما ذكره الاصحاب فى مقام المنع عن الوصية لمملوك غير الموصى، من التعليل بعدم المالكية. بل وعن ظاهر التذكرة اجماعهم على ان العلة فيه انما هو ذلك. و لا يمكن ان يقال ان عدم تملكه للوصية، لعله كان تعبديا. و لا يلزم منه

عدم تملكه اصلا. اذ لا قائل بالفصل بين الوصية و غيره. و ان سلم ذلك فى الميراث لا تفاقهم

على عدم الارث، واختلافهم فى غيره. مع ان بعضهم علل عدم التملك مطلقا بمادل على

منعه من الميراث ايضا، و جعل الاخبار - المستفيضة بل البالغة فوق الاستفاضة الدالة على

عدم التوارث بين الحر و العبد - دليلا على عدم التملك. اذ لا وجه للمنع الا ذلك. وان اجاب

بعضهم انه لعل من باب التعبد، كالقاتل الممنوع من الارث. و ضعف بان الحكمة فى القاتل

واضحة، فلا يقاس عليه.

و كيف كان، فلا يخل ادلة منع التوارث من تايد عدم المالكية راسا. ٢ و يؤيده ايضا ما ورد

فى وصية المولى لمملوكه بثلث ماله وانه يعتق بحسابه، و عمل به الاصحاب بلا خلاف بينهم

" الا فى ما لو كان قيمته ضعف الوصية، ففيه خلاف. وان كان الاشهر عدم الفرق " لظهورها فى

ان عدم اعطائها الثلث لعدم تملكه. مثل ما رواه الشيخ فى الصحيح عن الحسن بن محبوب،

عن الحسن بن صالح عن ابي عبد الله - ع - " فى رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله، قال:

فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، ثم ينظر ما ثلث الميت. فان كان الثلث اقل من قيمة العبد

بقدر ربع القيمة، استسعى العبد فى ربع القيمة، و ان كان الثلث اكثر من قيمة العبد  
اعتق العبد  
ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة " ٣ الى غير ذلك من المؤيدات التى يظهر من  
تتبع  
الاخبار المروية فى العتق والوصية للمملوك.

- 
- ١: المرجع: ب ٨٠ ح ١ - وللحديث ثلاثة متن فى الكافى والفقيه والتهذيب وجملة " لا يرث " ليست  
فى  
بعضها - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٥ - الفقيه: ج ٢٢ ص ٢٨٠ - فروع الكافى: ج ٢ ب: المكاتبة.  
٢: و فى النسخة:.. من تايد لعدم المالكية راسا.  
٣: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٧، احكام الوصايا باب ٧٩ ح ٢

و مما يمكن ان يستدل به فى المقام، الاخبار الدالة على ان من اشترى مملوكا و له مال  
فيكون للبايع الا مع الشرط فيكون للمشتري. و عمل به الاكثر كما نسب اليهم جماعة  
و لا وجه  
فيها ظاهرا الا عدم مالكة العبد. مثل صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما - ع - "  
قال  
سئلته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا. قال: فقال: المال للبايع انما باع نفسه. الا  
ان يكون  
شرط عليه [ان] ما كان له من مال او متاع فهو له " ١. و فى معناه خبران آخران  
سندكر  
احدهما. وجه الدلالة: ان المال لو لم يكن للبايع فكيف يجعله للمشتري بالشرط. و  
هذا  
اظهر فى الاستدلال، عن الاستدلال للمالكية بسبب اضافة المال الى العبد، لوضوح  
التاويل  
فى اللام بارادة كونه فى تصرفه. ثم ان هنا اخبارا تدل على انه لو اعتق عبدا وله مال،  
فان  
علم به فهو للعبد. والا فهو للمالك.  
و جعله بعضهم دليلا على مالكة العبد من حيث اضافة المال اليه، و هى كثيرة، منها  
ما رواه الكليني فى الحسن (بابراهيم بن هاشم) ٢ عن زرارة عن احدهما - ع - " فى  
رجل اعتق  
عبدا له و له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا تبعه. و الا فهو للمعتق  
". و ما رواه  
الصدوق فى الصحيح عن جميل بن دراج، عن زرارة، عن ابي جعفر و ابي عبد الله -  
ع - " فى  
رجل اعتق عبدا له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا، تبعه. والا فهو  
للمعتق " ٣. و " فى رجل باع مملوكا و له مال. قال: ان [كان] علم مولاه الذى باعه  
ان له مالا،  
فالمال للمشتري. وان لم يعلم [به] البايع، فالمال للبايع " ٤.  
وفيه، انه وان كان الاخبار فيه كثيرة معتبر الاسناد. ولكنهما مخالفة لما دل على عدم  
المالكية [و] غير مقاومة لها. و مخالفة للاعتبار. اذ كيف يصير علم المعتق بمجرد  
سبب لثبوت

- ١: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٢، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ١ - والحديث يدل على صحة تملك العبد باذن من مولاه. والا لكان مال المذكور فى يد العبد غصبا او سرقة، وظاهر الحديث على خلاف ذلك. و يرد عليه انه لو كان مالكا لما انتقل ملكه عند بيعه، الى البايع او المشتري، الا ان يقال ان بيع العبد من نواقل ملكه، او مسقط لملكه، والمورد تعبدى. و ليس ببيع بدليل قوله - ع - " ان ما كان له مال او متاع... ".
- ٢: وفيه ما اسلفناه مكررا.
- ٣: الوسائل: ج ١٦ ص ٢٨، كتاب العتق، ب ٢٤ ح ٢ - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣.
- ٤: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٣ - الفقيه، ج ٢ ص ٣٨

المال لمالكه، وجهله سببا لنقله الى مالك العبد. فلا بد من تاويل اللام بارادة كونه فى تصرفه

من مال المولى، و تاويله بانه يصير للعبد بعد العتق بسبب الشرط، او ما فى معناه من دلالة

الفحوى والقرائن برضاء المولى بكونه له. كما هو الحال فى صحيحة محمد بن مسلم السابقة

فى بيعه. اذ من الظاهر ان المال لا يدخل فى المبيع لغة و عرفا، الا مع الشرط، او فى ماجرى

العادة بدخوله كثياب بدنه. و كذلك على القول بمالكة العبد، لا بد ان يؤول الاخبار بما ذكر.

يعنى ان ذلك كان للمولى المعتق و كان معه و يصير له بالشرط، او ما فى معناه. لا بمحض

العلم. فيصير تلك الاخبار اظهر دلالة المذهب المختار من عدم المالكية. احتج القائل: بانه يملك فاضل الضريبة، بصحيحة عمر بن يزيد: " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه ياخذ منه ضريبة فرضها عليه فى

كل سنة. ورضى بها المولى و رضى بها المملوك. فاصاب المملوك فى تجارته مالا سوى

ما كان يعطى مولاه من الضريبة. قال: فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه، ما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك. ثم قال ابو عبد الله - ع - اليس قد فرض الله عز وجل على

العباد فرايض فاذا ادوها اليه لم يسئلهم عما سواها.

قلت له: ما للمملوك ان يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضة التى كان يوديها الى سيده؟ قال: نعم، واجز ذلك له. قلت: فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة، لمن

يكون ولاء العتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى من احب. فاذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه

وورثه. قلت له: اليس قال رسول الله - ص - الولاء، لمن اعتق؟ قال: فقال: هذا سائبة لا يكون

ولاية لعبد مثله. قلت: وان ضمن العبد الذى اعتقه جريرته وحدثه، ايلزمه ذلك ويكون مولاه

ويرثه؟ قال: فقال: لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا " ١ .

والجواب عنه: ان الرواية وان كانت صحيحة ٢ لكنها لا يقاوم ما ذكرنا من الادلة،



- ١: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٤٥، ابواب ولاء، ضمان الحريرة، ب ١ ج ١ - فروع: ج ٧ ص ٧٤.
- ٢: ويويده ما ورد في " دين العبد " وفي ما " لو قال العبد للمولى: بعني بسبعمة انا اعطيك ثلاث مائة " وفي
- " من دفع اليه مملوك، ما لا يشتريه من مولاه " و ما ورد في " عدم وجوب الزكاة في مال العبد ولو بلغ الف الف درهم " والاحبار كثيرة جدا

كانت مطلقة او عامة. لاشتراط التكافؤ في التخصيص و هو مفقود. لا اعتضاها بعمل الاكثر والكتاب والسنة والاجماع المتعددة المعتضدة باصل. وهو عدم الملكية فلا بد من تاويلها بارادة جواز التصرف بسبب اباحة المولى، وان كان بعيدا من ظاهر الرواية للجمع ١ بين الادلة. مع انها مشتملة باطلاقه على جواز عتقه و صدقته. وهو مخالف لا جماعهم على كونه

محجورا عليه لا يقدر على شئ، كما نص به الكتاب العزيز ٢. وقد يجمع بين تلك الصحيحة ما قدمنا من الروايات، بان جواز التصرف فيها هو اذا كان باذن المولى وان كان المال للعبد. و [المراد] من عدم الجواز في غيرها هو اذا لم يكن باذنه.

وفيه: انه انما يتم اذا اسلمنا كون المال للعبد، وقد عرفت منع دلالة ما قدمناه من الروايات عليه، ومنع العمل بالصحيحة لعدم تكافؤها لما قدمناه من الروايات الدالة، على عدم مالكية العبد.

و اما حجة القول بتملكه لارش الجناية - كما يظهر من الروضة ان به قولاً - وقد نقلناه عن الشيخ في التهذيب و ابن البراج، و لكنهما ذكراه مع فاضل الضريبة و ما يملكه مولاه.

ولكن في دلالاته على ملك رقبة المال اشكال حيث صرح بعدم ملكه لرقبة المال. بل انما جوز التصرف. ولكنه صرح بصحة العتق مع انه ليس الا في ملك. فلم نقف على ما يدل عليه

صريحا. و يمكن ان يكون دليله ما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار " قال: قلت لابي عبد الله

- ع - ما تقول في رجل يهب لعبده الف درهم او اقل او اكثر، فيقول حللني من ضربى اياك

و من كل ما كان منى اليك مما اخفتك وارهبتك. فيحلله و يجعله في حل رغبة في ما اعطاه.

ثم ان المولى بعد، اصاب الدراهم التي اعطاه، في موضع قد وضعها فيه العبد. فاخذها

المولى. احلال هى له؟ قال: فقال: لا يحل له لانه افتدى بها على نفسه من العبد مخافة العقوبة، والقصاص يوم القيامة. قال: فقلت له: فعلى العبد ان يزكيها اذا حال عليها الحول؟

- 
- ١: و يمكن الجمع (كما اشرنا اليه قبيل هذا) بان العبد يملك ملكا تاما باذن المولى الى ان يباع او يعتق، و ان باعه او اعتقه يحتاج مالكية باذن مجدد من مالكه، اتكئا على التعبد للنصوص.
- ٢: قد ظهر سابقا ان الايتين ليستا من آيات الاحكام ولا ربط لهما بما نحن فيه فضلا عن كونهما نصا

قال: لا. الا ان يعمل له به ولا يعطى العبد من الزكوة شيئا " ١ .  
 ففيه: مع القدح فى السند، اذ فيه موسى بن عمر، والظاهر انه موسى بن عمر بن يزيد  
 بن ذبيان (بقرينة روايته عن ابن محبوب) وهو مجهول. لكن المحقق الاردبيلي وصفها  
 بالصحة. ولعله وجد لها سندا آخر فى موضع آخر. ٢ ولا  
 يحضرنى الان غير ما ذكرته نقلا عن التهذيب فى اوائل كتاب العتق. فلا يعارض بها ما  
 تقدم من  
 الادلة انها مشتملة على عدم جواز اخذ المولى. ويظهر من المختلف انه خلاف  
 الاجماع.  
 حيث قال " لو ملك العبد، لما جاز للمولى اخذه منه قهرا. والتالى باطل اجماعا " وقال  
 ايضا "  
 لو فرضنا ان العبد يملك، فانه لا يملك ملكا تاما. اذ لمولاه انتزاعه منع اجماعا " وقد  
 يحتمل  
 حملها على التقية ايضا. فكيف كان فلا يقاوم لادلة المختار.  
 حجة القول بالمالكية مطلقا: امور: الاول: عمومات ما يدل على تملك الانسان  
 للاموال، وفيها انها مخصصة بما ذكرنا من الادلة.  
 والثانى: انه يتملك البضع بالتحليل، مع انهم يقولون ان التحليل اما عقد منقطع، او  
 تمليك منفعة. والاول يحتاج الى عوض و هو فرع تملكه و الثانى تملك منفعة. وفيه انا  
 نقول  
 اولاً: ان المسئلة خلافية وان كان الا ظهر جواز تملكه البضع بالتحليل، ولكن نقول  
 اولاً نمنع  
 ان المراد من قوله تعالى " او ما ملكت ايمانهم " ٣ ملك الرقبة او ملك المنفعة  
 الحقيقية، لم  
 لا يكون المراد الاستحقاق؟ كما يقال " زيد يملك احضار مجلس الحكم " كما ذكره  
 الشهيد  
 الثانى فى الروضة.

١: التهذيب: ج ٢ ص ٣١١.

٢: اورد العاملى (ره) فى الوسائل - فى كتاب الزكاة ابواب من تجب عليه الزكاة، ب ٤ ح ٦ - الحديث  
 نقلا

عن الصدوق. ولكن ما وجدته فى الفقيه. ولو فرض كونه فيها كما هو المحتمل فيكون سنده " محمد بن  
 موسى بن

المتوكل، سعد بن عبد الله و عبد الله بن جعفر الحميرى، احمد بن عيسى، الحسن بن محبوب " كما نص  
 عليه

الصدوق.

وسمى البحرانى فى " حقائق الناظرة " الحديث موثقاً. و كذا صاحب الجواهر. راجع باب الزكاة فى كلا  
الكتابين.  
٣: النحل: ٧١

وثانيا: على فرض تسليم ذلك، انها تخصصة بالاخبار المعتبرة الدالة على جواز التحليل للبعد، المعمول بها عند جماعة، ولا يقاومها صحيحة ١ على بن يقطين المانعة عنها سيما مع

موافقتها للعامة و كون الراوى هو وزير الخليفة المتعصب. والمروى عنه هو الكاظم " ع " الذى

كان التقية فى زمانه اشد. وقال ابن ادريس " لا مانع منه من كتاب ولا سنة ولا اجماع،

و الاصل الا باحة، و يؤيده قوله تعالى: فانكحوهن باذن اهلهن " .

وثالثا: لم لا يكون نوعا من العقد المنقطع؟. و دعوى استلزامه تملك العوض ممنوع. بل

المسلم انما هو العوض، و لا مانع من كون العوض على المولى. كما فى الصغير الغير المالك

لشيئ. فتامل فيه، لان هذا الكلام جدلى فى مقابل دعوى اشتراط العوض، مع انه منقوض

بالنكاح، الذى هو فيه صداق. فلا ينحصر صحته على القول بالمالكية. وان قيل ان الصداق

ليس بركن فى الدائم، فما تقول فى المنقطع؟ الا ان يلزم بطلانه ايضا على القول بعدم الملك.

وعن التذكرة انه اجاب عن اصل الاستدلال، بان " ملكه النكاح للحاجة اليه والضرورة. لانه لا يستباح فى غير ملك " وقال " ولانه لما ملكه لم يملك السيد ازالة يده عنه

بخلاف

المال. فافترقا " . اقول: دليله الاول تسليم لملك خاص للضرورة، و لا يثبت بذلك تملكه

مطلقا. ودليله الثانى منع القياس وابداء الفارق، فان المستدل تمسك بانه يملك المال كما

يملك البضع و لا فارق. فاجاب بالفرق بين تملك البضع و تملك المال، بتامل.

الثالث: الروايات: مثل رواية ابى جرير (والسند اليه صحيح واما هو فم مشترك وقال المحقق الاردبيلى الظاهر انه زكريا بن ادريس الذى قيل فيه انه كان وجها يروى عن

الرضا

- ع - وقال انه صاحب الكاظم - ع - ) و عن جماعة عدوا الرواية من الحسن بل الصحيح: " قال

سئلت ابا الحسن - ع - عن رجل قال لمملوكه انت حر ولى مالك (؟) قال: لا يبدء بالحرية قبل

العتق، يقول له، لى مالك وانت حر، برضاء المملوك. فان ذلك احب الى " ٢ . و ليس  
فى  
التهذيب قوله " فان ذلك احب الى " وفى الفقيه موضع " لا يبدء بالحرية قبل العتق " ،  
يبدء

١: الوسائل: ج ١٤ ص ٥٣٣، ابواب نكاح العبيد، ب ٣١ ح ٧.  
٢: الوسائل: ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٥

بالمال قبل العتق " وهو اوضح.

وهذه الرواية بعد سلامة السند لا تقاوم ادلة المختار، مع امكان القدح فى الدلالة بان الظاهر ان نظر المستدل بهذه الرواية ان الامام " ع " نهى عن تقديم الحرية لانه اذا قدم التحرير، فلا تسلط للمالك على اخذ مال العبد ح، لصيرورته حرا و لا يجوز اخذ ماله. فيعلم من

ذلك ان الملك كان ثابتا له حين الرقية. و يمكن القلب بانه اذا فككت بين التحرير و جعل

المال عوضا، فكيف ينفع تقديم نقل المال، مع انه لا يحل مال امرء مسلم الا من طيب نفسه.

و ان لم يفكك واريد المعاوضة و تعليق الرواية على اخذ المال، فلا يتفاوت التقديم والتاخير ايضا.

الا ان يقال ان ذلك مبنى على الاجماع الذى ادعاه فى المختلف على جواز اخذه المولى المال من العبد وان قيل بتملكه. فان تاخر ذكر المال لما كان عنده اشبه بالعوضية

الظاهرة فى ملك العبد. عدل عنها الى التقديم لانه قبل الحرية - يجوز اخذ المال من يده

اجماعا. سواء قيل بالملك ام لا فيشبه التفكيك و عدم التعليق. و كونهما انشائين اولهما

تملك ما فى يد العبد واخذه منه بقوله " مالك لى " يعنى عزلتك عن تصرفك فيه. وثانيهما

تحريره. و هذا اوفق برفع الشبهة. وان كان المراد فى الحقيقة التعليق، ولذلك قال - ع -

" احب الى " والا فالمعنى واحد. و كيف كان فلا يقاوم ما تقدم من الادلة. والعجب من

المحقق الاردبيلي (ره) حيث استدل على مختاره (من مالكية العبد مطلقا) بصحيفة عمر بن

يزيد المتقدمة و برواية [ابى] جرير، و لا يتم الا بعدم القول بالفصل و هو موجود. ورواية اسحاق بن عمار: " عن ابى جعفر، عن ابيه، ان عليا - ع - اعتق عبدا له فقال: ان

ملكك لى ولك، وقد تركته لك " ١. وفيه - مع القدح فى السند - انه بظلاهره تدل على

التشريك ٢ و لم يقل به احد. وان ارتكب المجاز فى احد اللامات او اكثر فلا يدل على خلاف



١: الوسائل. ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٧.  
٢: وهذا الكلام عجيب منه قدس سره لانه "ع" لا يقول "ملكنا لى ولك" بل يقول "ملكك لى ولك"  
اى الملك  
لك ولكن من شأنه ان يكون لى، لاني ان شئت اخذته منك وان شئت انفذت. والرواية نص فى صحة الجمع  
بين الادلة على نحو اشرنا اليه سابقا. اى "العبد يملك ملكا تاما باذن المولى ولكن لو عرضه العتق او البيع  
فللمولى فك الملك عنه ان شاء"

المختار. و يمكن ان يراد ان ما فى تصرفك كان ملكى كالرقبة، و كنت متصرفا فيه باذنى

والان جعلت رقبته لك ملكا و تصرفا.

و احتج المحقق الاردبيلى (ره) بصحيحة الفضيل بن يسار المروية فى التهذيب " قال: قال لى عبد مسلم عارف اعتقه رجل فدخل به على ابى عبد الله - ع - قال: يا هذا من هذا

السندى؟ قال الرجل: عارف واعتقه فلان. فقال ابو عبد الله - ع - : ليت انى كنت اعتقه. فقال

السندى لابى عبد الله - ع - : انى قلت لمولاى: بعنى بسبعمائة درهم وانى اعطيك ثلاثمائة

درهم. فقال له ابو عبد الله - ع - ان كان يوم شرطت لك مال فعليك ان تعطيه. و ان لم يكن

لك مال يومئذ، فليس عليك شىء " ١ .

فاعل كلمة " قال " الاولى الفضيل. والثانية عبد مسلم. و ما بعده صفة لذلك العبد المسلم

الى قوله " قال يا هذا ". والظاهر ان كلمة " دخل " مبنى للمفعول. وفاعل كلمة " قال " الثالثة

ابو عبد الله " ع ". وهى و ما بعدها مقول لكلمة " قال " الثانية. والمشار اليه ب " هذا " اما الفاعل

المحذوف عن كلمة " دخل " الذى ناب عنه كلمة " به ". او اشارة الى رجل آخر كان حاضرا

عنده " ع ". والرجل المعرف بعد كلمة " قال " الرابعة هو المشار اليه بكلمة " هذا " كائنا من

كان. و كلمة " عارف " خبر مبتدأ محذوف مضمرة يعود الى السندى. وقوله " فقال " السندى "

عطف على كلمة " قال " الثانية. و يكون مقول قول الفضيل.

و حاصله: ان ذلك السندى سئل الامام " ع " عن مسألة وقعت له حين كونه عبدا، فيكون المسئلة علمية لا عملية. لان المولى اعتقه ولم يبعه. لو كان مراده السؤال عما وقع له

حين كان مملوكا للمولى الذى كان له قبل العتق، فيكون عملية. وهذه المسئلة لم يعنونها

الاصحاب فى ما يحضرنى الان من كلماتهم. بل انما عنونوا المسئلة ب " ما لو قال العبد للمشتري اشترنى ولك على كذا " ٢ فالظاهر ان الاكثر قالوا بانه لا يلزمه

## شيء بناء

- ١: المرجع، الباب ٥١، ح ١.
- ٢: و بين البابين فرق. عنون العاملى " ره " فى الوسائل بابا مستقلا وهو " اذا قال لمولاه بعنى بسبعمائة و انا اعطيك... "

على ان العبد لا يملك. ولا يلزم لمن اشترىه عن مولاه الاول شيىء. وعن الشيخ فى النهاية وابن البراج، انه اذا قال مملوك انسان، لغيره " اشترى فانك اذا اشترىتنى كان لك على شيىء معلوم " فاشترىه. فان كان فى يد المملوك فى حال ما قال

مال، لزمه ان يعطيه ما شرط له. وان لم يكن له مال فى تلك الحال، لم يكن عليه شيىء. وعن

التذكرة انه جعل هذه الرواية دليلا للشيخ حيث ذكرها بعد نقل قول الشيخ بلا فصل. مع ان

الرواية بلفظ " بعنى بسبعمائة درهم وعلى ثلاثمائة درهم " [لا] تحريص العبد للمشتري بانى

اعطيك بعض الثمن ١.

و يمكن المعارضة بان يكون مراده " بعنى بهذا الثمن وانما از يدك ثلاثمائة، فلا باس على انك بعنتى رخيصة ". الا ان يقال - كما يظهر من بعض نسخ كتابه المغلوط - ان سوال

العبد قرينة لكون المسئول هو المشتري. فان البايع اذا استمع هذا فله ان ياخذ عنه المال

ولا يبيعه، و كون الظاهر من المولى هو المولى بالفعل. لا من كان له مولى قبل. و احتمال ايضا

ان يكون مراد العلامة الاستدلال من باب الشبه يعنى ان جوازه فى صورة السؤال عن البيع

يدل على جوازه فى صورة السؤال عن الشراء. ولعله فهم العلية. يعنى انه من باب الشرط فى

ضمن العقد. فلا فرق. و يلزمه القول بان الكلام فى صورة السؤال عن البيع كان مسلما، و لكن

لم ار مصرحا به.

ثم قال " وهى تفيد ان العبد يملك وان ماله له، فلو بيع و كان له مال يثبت ذلك المال له.

وح يمكن اشتراطه للبايع و للمشتري، بل لغيرهما ايضا. ولكن باذن المولى، لو ثبت كونه

محجورا عليه فى مثله ". قال " و يمكن ثبوت المال للمولى فى ذمته على هذا الوجه. فانه

يملكه. ولانه يثبت فى ذمة المكاتب فكذا فى ذمته. و ايضا قد يكون ذلك مسلما على القول

بعدم التملك. لانه لا معنى لذلك ح ".  
اقول: اولاً: عظم الله اجورنا بالابتلاء بفهم كلماته قدس الله روحه، مع الاختلاف

-----  
١: وله روايتان آخران، فراجع: المرجع، الباب ٢٦ ح ١ و ٢.  
٢: هذا ما سبق من الجمع بين الادلة. لكن يلزم على الجمع المذكور ان لا يكون العبد بعد تملكه باذن المولى محجوراً بل للمولى حق الخلع والعزل، وله اعمال ذلك الحق

الشديد فى نسخ كتابه المغلوطة. والتعقيد البين فى جميعها. و ثانيا: ان الظاهر ان مراده  
" ره "

انه على هذا الوجه. يعنى كونه محجورا عليه مع القول بمالكه. يمكن القول بثبوت  
المال

لمولاه المشترى له فى ذمة العبد. فان العبد مالك لذمته. اذ قد يعتق و يتمكن من  
الادلاء،

ولان المكاتب عبد، و يثبت المال فى ذمته بعقد المكاتبه، فكذا هذا العبد، فيصير معنى  
الحديث ح، انه اذا كان للعبد مال حين الشرط وقلنا بمالكه وعدم الحجر عليه،  
فيجب

الوفاء. وان قلنا مع ذلك بالحجر عليه فيثبت ذلك فى ذمته. قوله " وايضا قد يكون  
ذلك

مسلمًا.... " يعنى انا ان قلنا بعدم مالكية العبد، و شرط للمشرى فينتقل الى ذمته، و  
يصح

القول بانه كان مالكا لشيء وهو اخذ المال فى ذمته. لانه لا معنى لان يقال لما كان  
العبد

لا يملك فلا يصح اشتغال ذمته. بشيء. لعدم المنافات.

اقول: ويشكل اذا كان الشرط فى خصوص شخص معين من المال. مع ان فخر  
المحققين ادعى الاجماع على ان المولى لا يستحق فى ذمة العبد شيئا. فانه استدل  
للمشهور

بانه يلزم من اثبات المال نفيه.

لان المجعول له لا يستحق المجعول الا بالعمل. فلا يستحق الا بالشراء.

والشراء يقتضى عدمه. لان المولى لا يستحق على عبده [بعد بيعه] شيئا. و لتوقف  
الجعل على

ملك العبد له مع انتفائه عنه. لانه اما ان يستحق فى ذمة العبد او فى ماله الموجود،  
والاول

باطل اجماعا. والثانى يملكه بالشرط اللازم بالعقد، فلا يتصور استحقاقه بسبب جعل  
العبد.

و حاصل الكلام فى هذا المقام، ان الحديث - بعد الاغماض عن عدم العمل به ظاهرا  
الا ما

احتمله المحقق الاردبيلى (ره) او قلنا ان المراد من البيع الشراء كما هو ظاهر التذكرة  
حيث

جعله دليلا للشيخ - لابد من تاويله. لعدم مقاومته لا دلة المختار. فنحمله على ان  
المراد انه

اذا كان معه مال من مولاه و شرط لمولاه. يعنى شرط تسليمه اليه فيلزمه رده اليه. و  
يشمله  
عموم " المسلمون عند شروطهم " وهذا يتم على القول بعدم ملكيه العبد. و على  
القول  
بملكيته، فيشترط ماله لمولاه لان يبيعه. و حيث ضعفنا المالكة فيبقى ارادة شرطه  
تسليم  
مال المولى (الذى هو البايع) اليه. فلا يصح الاستدلال به للشيخ.  
و تتميم المقام برسم مباحث: الاول: انا قد اشرنا سابقا الى ان الاشهر بل المشهور -

كما فى الكفاية - ان من اشترى مملوكا له مال، فهو للبايع، الا ان يشترط المشتري.  
و عن

ابن البراج انه ان لم يعلم به البايع فهو له، و ان علم فهو للمشتري. وهو المنقول عن  
الشيخ

فى النهاية، ولكنه قبل ذلك افترى بالتفصيل الاول. و ربما جمع بينهما بحمل كلامه  
الثانى

على الاول، بان يكون المراد منه اذا اشترط للمشتري، او قضى العادة بدخوله و علم  
بان

البايع ادخله فى المبيع.

و كيف كان، الاظهر القول الاول. لصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة. وما رواه فى  
الفقيه

عن يحيى بن ابى العلاء - و صحح العلامة طريقه اليه فى الخلاصة و فيها ابان بن عثمان  
١.

و يحتمل كون هذا هو ابن العلاء الثقة. و كيف كان فالسند قوى لكون ابان من اهل  
الاجماع :-

" عن ابى عبد الله - ع - عن ابيه، قال: من باع عبدا و كان للعبد مال، فالمال للبايع.  
الا ان

يشترط المبتاع، امر رسول الله " ص " بذلك " ٢ و نقل عن امالى ابن الشيخ ايضا  
مثلها.

ودليل الثانى: صحيفة زرارة المتقدمة. وقد اشرفنا سابقا الى ان التفصيل الاول انما  
يناسب القول بعدم مالكة العبد. وانه لا يدخل المال فى المبيع الا مع الشرط. و كذا  
صحيفة

زرارة، اظهر توجيهاتها على هذا القول، حملها على صورة الشرط. او حصول العلم  
بنقل

البايع الى المشتري بالعادة. لانه لا وجه لانتقال مال العبد الى الغير بمجرد علم البايع  
بالمال

من دون ناقل شرعى. و نسبة المال الى العبد فى المسئلة على القول بملكته ظاهر.  
واما على

القول الاخر، فلا بد ان يراد به ما سلطه عليه المولى و اباحه له و نسبه اليه، من كسوة و  
فراش

و مركوب ونحوها. و يشكل المقام بان هذه المسئلة ذكرها القائل بمالكية العبد -  
كالمحقق

فى الشرايع - و من لم يقل بها.



و لقد احسن فى القواعد. حيث عبر عن المسئلة بقوله " ولو كان بيده مال فهو للبائع،

١: هذا بخلاف ما سبق من المصنف قدس سره لان حديث ابان بن عثمان صحيح عنده، وقد نبهنا به سابقا خصوصا عند المقايسة بينه و بين ابراهيم بن هاشم.  
و يمكن ان يكون مراد المصنف هنا تعريضا للعلامة بانه صحح هذا الحديث مع كون ابان فى سنده فكيف يضعفه  
بكونه " ناووسيا ". ولكن هذا لا يساعده ما يقوله بعيد هذا " لكون ابان من اصحاب الاجماع ". وقد نقلنا  
عن

العلامة وابنه الفخر انهما لا يعملان بحديثه. راجع " جامع الروات. الاردبيلى " .

٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٤

وان علم به. وان شرطه المشتري، صح ". بعد ما حكم بان العبد لا يملك. بخلاف المحقق.

فانه بعدما اختار انه يملك ولكنه محجور عليه، قال " من اشترى عبدا له مال، كان ماله لمولاه. الا ان يشترطه المشتري " فان الاشكال فيه واضح. اذ لا معنى للجمع ما بين كون

العبد مالكا و بين صيرورته للمشتري بسبب شرط البايع ١. وقال في المسالك " ولا يندفع الاشكال، الا اذا قلنا بان المراد بملكه تسلط على الانتفاع بما قيل تملكه له. لا ملك الرقبة - كما نقله في الدروس عن بعض القائلين بالملك -

فيكون الملك على هذا الوجه، غير مناف لملك البايع لرقبته. على وجه يتوجه به نقله الى المشتري، او بقاءه على ملكه ". ثم قال " ان المصنف حكم هنا بان العبد يملك وان كان

محجورا عليه، ثم حكم بان ماله اذا بيع، لمولاه. والحكم فيه اقوى اشكالا. لان مقتضى الملك

على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة، وان حجر عليه في الانتفاع به. فلا يناسب ما نقله

في الدروس. و لا يتم الحكم بكون ماله للبايع او المشتري بمجرد بيعه. اللهم الا ان يحمل

على ظاهر النص الدال على هذا الحكم. فيرد - ح - بانه دال على عدم ملك العبد لئلا يناقض

الحكم المتفق عليه، من عدم ملكة شخص مال غيره الا برضاه ". انتهى. وقد يتمسك في دفع الاشكال بما ذكره في المختلف من الاجماع من القائلين بالملك و غيرهم على ان لمولاه انتزاعه منه. و غاية توجيهه انه اذا ثبت اجماع الفريقين على

جواز الانتزاع، فلا اشكال على القول بعدم تملك العبد. اذ لا ينتقل المال ح، الى المشتري.

الا بالشرط، او ما يقوم مقامه من حكم العادة. واما على القول بالتملك، فلما كان حق الانتزاع

ثابتا للبايع في ذلك المال فيستصحب حيث يثبت خلافه. فالمراد من الاشتراط للمشتري

اسقاط حق الانتزاع. ولم يخرج بذلك مال العبد من ملكه، وان ثبت للمولى الثاني ايضا حق

الانتزاع. فمعنى كون المال للمشتري، كون حق الانتزاع له ٢ واما لو لم يشترط المال

١: لا يرد هذا الاشكال على " الجمع بين الادلة " الذى نبهنا به. ولعله مراد المحقق. كما سمعته ايضا عن التذكرة.

٢: هذا معلق على كيفية الشرط. ان شرط نقل حق الانتزاع، فهو. وان شرط ان ينتزع البايع و يجعله جزء لمبيع، فينتقل اصل المال و رقبته الى المشتري

للمشتري، يعنى مسلما بدون بقاء حقه فى الانتزاع - فالمال وان لم يخرج عن ملك العبد

ولكن حق الانتزاع باق للبايع بالاستصحاب. و مجرد نقل العبد الى المشتري لا يزيله. ثم لا يخفى: ان ما ذكرنا، انما هو لتقرير التفصيل على المذهبين. واما تطبيق الاخبار على المدعى، فهو لا يمكن الا باختيار ان الاخبار مبنية على القول بالتملك. او بعدمه. اذ غاية

الامر ان نقول: لو قلنا بالتملك يصير المعنى حصول حق الانتزاع للمشتري بالشرط. ولو قلنا

بعدمه يصير المعنى حصول الرقبة له بالشرط. ١ اذ لا يصح ان يقال ان الامام " ع " قال ان كان

العبد - يملك فمقصودى كذا، وان كان لا يملك فيمقصودى كذا. فلا بد من اختيار احد

المعنيين فى الاخبار. فاضافة المال الى العبد يرجح الاول. و ظهور الاشتراط والانتقال الى

المشتري او البقاء للبايع فى اصل الرقبة، يرجح الثانى. كما اشرنا اليه سابقا.

الثانى: انه يعتبر فى هذا الشرط، ما يعتبر فى اصل المبيع. من كونه معلوما لهما بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة، والسلامة عن الربا، بان يكون الثمن مخالفا لجنس ما مع

العبد اذا كان ربويا. او زائدا عليه، فاذا كان معه مائة دينار مثلا وباعه بمائة دينار، لم يصح.

ولو باعه بمائة دينار و دينار صح. وعن السرائر انه لا خلاف فيه. و كذا يعتبر قبض المجلس ان

كان المعاملة بالصرف. هذا قول الاكثر. و عن ظاهر الشيخين فى المقنعة والنهاية انه اذا

شرط المبتاع ماله، كان له دون البايع سواء كان معه اكثر من ثمنه او اقل. و كذا عن المراسم

ولعل دليلهم ما رواه الصدوق فى الصحيح عن زرارة " قال: قلت لابي عبد الله - ع - الرجل يشتري المملوك وماله (؟) فقال: لا باس. قلت: فيكون مال المملوك اكثر مما اشتراه

به. فقال: لا باس به. " ٢. وهو محمول على صورة عدم كون المال ربويا، او مخالفتها فى

الجنس لو كان ربويا. لعدم مقاومته لما دل على قول الاكثر، من القواعد والعمومات. سيما

مع دعوى ابن ادريس عدم الخلاف.  
واعلم: ان هذا الكلام اعنى ملاحظة شرايط صحة البيع فى هذا الشرط على القول بعدم  
مالكية العبد واضح، فان المال الذى مع العبد هو مال المالك، و يكون مع الشرط من  
اجزاء

-----  
١: بل لو قلنا بالمكية ايضا قد ينتقل الرقبه، كما اشرنا بانه معلق على كيفية الشرط.  
٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤، ابواب بيع الحيوان، ب ٨ ح ١. - الفقيه: ج ٢ ص ٧٣

المبيع. واما على القول بالمالكية فمشكل. لظهور ان مال العبد هو ماله. و لا يجوز نقله الى الغير بالشرط. فلا يصير جزء من المبيع، حتى يلزم اعتبار شرايط البيع، والتحرز عن الربا. اذ الربا هو مقابلة المتجانسين الربويين متفاضلا. بان يحصل انتقال مال كل منهما الى الاخر.

غاية ما فى الباب جواز انتزاع المولى مال عبده منه، كما ادعى عليه الاجماع فى المختلف. فما لم ينتزع لم يخرج المال عن ملكية العبد. و غاية توجيه الشرط هنا ان يكون المراد من اشتراطه للمشتري ابقاء المال للعبد وعدم انتزاع البايع اياه منه. وان جاز ايضا للمشتري بعد انتقال العبد اليه انتزاعه منه. كما مر. و اشار اليه العلامة " ره " فى القواعد فى باب " ما يدخل فى المبيع وما لا يدخل ". فمن باع عبدا كان له مائة دينار بمائة دينار واشترط المشتري ان لا ينتزعها البايع عنه و يقيها للعبد، لا يصدق عليه انه باع مائة دينار و عبدا بمائة دينار، حتى يحصل الربا. بل اشترى عبدا له مائة دينار بمائة دينار. لا انه اشترى مائة دينار و عبدا بمائة دينار.

و بالجمله: الربا هو معاملة المتجانسين قصدا و بالذات مع فضل فى احد الطرفين، سواء كان الفضل من جنسها او من شئى آخر. والمفروض فى ما نحن فيه، تعلق المعاملة بالعبد مع احتمال حصول ما يساوى الثمن له ايضا بانتزاعه من العبد. فاطلاق الاكثر اعتبار شرايط البيع فى هذا الشرط، مبنى على قولهم بعدم مالكية العبد، الموجب لصيرورته جزء المبيع. و مراد من قال بالملكية هو شرط بقاء المال للعبد وعدم انتزاعه منه. و بذلك لا يصير جزء. فما حكى عن المحقق الثانى - انه قال فى شرح القواعد فى باب ما يدخل فى المبيع، انه " يشترط فى مال العبد حيث ينتقل مع الشرط، شرايط البيع، كالعلم به والتحرز عن الربا، وان قلنا بانه يملك " و عن التذكرة ايضا مثله - فى محل تامل.

ولا يحضرني كلامهما لا حظ مرادهما. ولعله الى ما ذكرنا، من عدم تحقق حقيقة الربا في هذه الصورة. نظير ١ كلام العلامة في القواعد، حيث اقتصر على تجويزه جهالة المال

١: وفي النسخة: " ينظر " لعل الناسخ جعله خبر " لعله "

و غيبته، ولم يتعرض للتحرز عن الربا، بالظهور ١. وهذه عبارة القواعد فى باب ما يدخل فى المبيع " السادس: العبد ولا يتناول ماله الذى ملكه مولاه الا ان يستثنيه المشتري - ان قلنا بان العبد يملك - وينتقل الى المشتري مع العبد، و كان جعله للمشتري ابقاء له على العبد. فيجوز ان يكون مجهولا و غائبا. اما اذا احلنا تملكه، وباعه و ما معه، صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرايط البيع. " انتهى.

وفى كلامه مسامحات و تعقيدات لا يخفى. فان الاولى ان يقال " وان قلنا " ب " ان الوصلية. و ينقل مقام " و ينتقل.... ". و ايضا، هذا الحكم لا يختص بما ملكه مولاه بل يجرى فى ما ملكه غيره ايضا. و حاصل كلامه انه على القول بعدم المالكية لابد ان يكون فى الشرط شرايط البيع موجودة، من المعلوماتية والتحرز عن الربا او غير ذلك. واما على القول بالمالكية، فيصح الشرط، بمعنى ابقاء [المال] للعبد لا الانتقال الواقعى الى المشتري. فلا يشترط فيه شرايط البيع. اما مثل التحرز عن الربا، فظاهر، لما ذكرنا. واما المعلوماتية، او الحضور، فلا يعتبر ايضا. لعدم لزوم غرر فى ذلك. اذا المقصود انه كل ما ملكه لا يؤخذ منه قليلا كان او كثيرا. و لا مدخلية لعلم المشتري بذلك. بل امر هذا موكول الى العبد والمولى الاول. و كذلك استحقاق المولى الثانى للانتزاع امر تابع لا ثبوت بينهما. فكلما ثبت انه عنده، له انتزاعه. وما، لا، فلا.

وقد صرح بعدم اشتراط التفصى من الربا ايضا الشهيد فى الدروس. قال " ولو اشتراه و ماله، صح، ولم يشترط علمه ولا التفصى من الربا، ان قلنا بملكه. وان احلناه اشترطا. ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه. " انتهى كلامه (ره). وهو ظاهر اللمعة و شرحها. [و] صرح به فى المسالك حيث قال " اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط فى الثمن ما ذكره. لان ماله ح، جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن ". و على هذا فاطلاق الرواية



من مؤيدات القول بالمالكية. وقد مر تاويلها على المختار.  
الثالث: فى بيان ما نسبته الشهيدان، الى الاكثر من القول بالمالكية. اما نسبة الشهيد،

-----  
١: و فى النسخة: جملة " انه ليس فى محله " بعد كلمة " بالظهور " لعل الناسخ فهم من قوله " هذه عبارة القواعد " ان المصنف فى مقام التعريض والرد

فظاهرة. حيث قال " واختلف في كون العبد يملك. ظاهر الاكثر ذلك. وفي النهاية يملك

ما ملكه مولاه و فاضل الضريبة وارش الجناية، بمعنى جواز التصرف و جواز تزويجه منه و تسرية

و عتقه. لا بمعنى ملك رقبة المال ". انتهى. و يظهر منه ان الاكثر قائلون بملك الرقبة و لا ينافى كونه محجورا عليه. واما الشهيد [الثاني]، فقال في المسالك " القول بالملك في

الجملة للاكثر، و مستنده الاخبار.

و ذهب جماعة الى عدم ملكه مطلقا. و استدلوا عليه بادلة كلها مدخولة. و المسئلة موضع اشكال. ولعل القول بعدم الملك مطلقا، متجه. ويمكن حمل الاخبار على اباحة تصرفه في ما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال. فيكون وجها للجمع ". واما في الروضة، فقال " والاكثر على ان يتملك في الجملة، فقييل فاضل الضريبة وهو

مروى. وقييل ارش الجناية. وقييل يملكه مولاه معهما. وقييل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق.

استنادا الى اخبار يمكن حملها على اباحة تصرفه في ذلك بالاذن. جمعا ". اذا عرفت هذا

ظهر لك ان الشهيد الثاني لم ينسب الملك الى الاكثر. بل [قال] " في الجملة " بمعنى ان

الاكثر لم ينفوا ملكه رأسا. فهم متفقون في عدم القول بنفى الملك رأسا. وان كانوا مختلفين

في الملك. فبعضهم اثبته مطلقا وان كان محجورا عليه، كالمحقق. و بعضهم يكتفى بملكه

فاضل الضريبة، و هكذا..

و من المواضع التي يظهر المليكة ايضا، انهم ذكروا انه لا زكوة في مال العبد. وما، ذكروا انه لا رباء بين المالك و مملوكه. فانه ظاهره انه يجوز الربا بينهما. لا انه لا يتحقق

ماهية الربا لعدم مالكية العبد. كما انه كذلك بين الزوجين والوالد والولد، والسياق واحد.

لكن ذلك لا يناسب ما اراده من قوله " في الجملة " لان ذلك اتفاقي بينهم، ولا يختص بالاكثر. فلا بد اما من القول بالمالكية، او ارتكاب تفكيك القرائن في الرواية بحملها على نفى

الحقيقة من جهة عدم الملك.

ومنها ما ذكروه في نكاح المولى امته لعبده واعطائها شيئا من قبله، او من قبل عبده،

ان  
قلنا بوجوبه و صيرورته ملكا لها. ولكنهما غيروا ضحين. و منها غير ذلك و باب  
التاويل و القدح  
فيها مفتوح.

وقد ظهر من جميع ذلك ان نسبة القول بعدم الملك الى الاكثر، اظهر واوضح و ادلتهم اقوى. و كذلك الظاهر ان القائلين بالملك مطلقا، متفقون على ان للمولى انتزاعه عنه متى

اراد ١ للاجماع الذى ادعاه فى المختلف، فيكون ملكا متزلزلا غير مستقر. و هذا معنى آخر، غير المحجورية. نعم يظهر من المحقق الاردبيلي القول باستقلاله بالملك مطلقا و عدم الحجر

عليه. لتامله فى الاجماع. مع انه معترف بعدم ظهور الخلاف. والحاصل: المختار فى المسئلة انه لا يملك رقة المال مطلقا. بل انما يستباح له التصرف باذن المولى. فلو مات المولى قبل التصرف، فلا يجوز التصرف الا باذن الوراثة.

و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن جميع ما اشتمل عليه السؤال و حاصله انه لا يملك رقة المال

اصلا. و محجور عليه بالمعنى الاعم من الحجر المصطلح. يعنى ممنوع من التصرفات الا باذن

المولى. وان لم [يكن] له مال، حتى يتحقق الحجر المصطلح ٢. و متى اذن المولى فيباح له

التصرف، ما لم يظهر من المولى كراهته بعد ذلك. و لم يمت. والله العالم باحكامه. ١٨٠ - سوال: هر گاه زيد ادعا کند که من پنج تومان (مثلا) از بكر - پدر هند زوجهء

عمرو - طلب دارم. و عمرو، مذکور، بدون مطالبهء ثبوت شرعى باعتقاد صدق زيد (يعنى به

مجرد حمل قول او بر صدق) ملك خود را بهمان مبلغ بين شرط مىکند براى زيد. و بعد

همان ملك را از زيد اجاره مىکند، و وجه اجاره را هم مىدهد. و بعد از آنکه از هند زوجهء

خود، استفسار مىکند، زوجه منکر طلب زيد مىشود. مىگويد که عبت کردى که

چنين کارى کردى. آيا اين مبايعه صحيح است يا فاسد؟ -؟ و وجه اجاره که زيد گرفته، بر او حلال

است يا نه؟ -؟.

جواب: بر فرضى که صورت واقعه همين باشد. اين از فروع مسئله ضمان خواهد بود.

یعنی زوج ضامن زوجه شده، و حقی که این شخص بر زوجه دارد، به ذمهء خود گرفته، و ملك خود را در عوض آن به او فروخته با شرط خیار. و بعد از او اجاره کرده. و چنان ضمانتی

-----  
۱: و علی ما بیناه من " الجمع بین الأدلة " لیس له الانتزاع متى اراد، بل له الانتزاع عند بیع العبد او عتقه فقط. وهو لیس محجورا علیه (بعد اذن المولی تملکه) الا بهذا المعنی.  
۲: نعم، الحجر اذا سألبة بانتفاء الموضوع

نیست. چون شرط است در ضمان، که آن حق مضمون، ثابت باشد در ذمهء مضمون عنه.

و ضامن هم بداند ثبوت آن را در ذمهء او. و مفروض خلاف آن است. خصوصا اینکه اگر واقعا

آن شخص طلبی از پدر زوجه داشته، آن حق متعلق به ذمهء پدر است. و بعد از آن تعلق به

مال او مگردد، اگر مالی داشته باشد. نه به ذمهء دختر او. مگر اینکه مالی داشته و آن دختر آن را تلف کرده.

و به هر حال، در حین ضمان ثبوت حق در ذمهء دختر معلوم زوج نیست که ضمان صحیح باشد. پس بیع ملك در عوض آن، صحیح نیست. پس زید مستحق ملك و منافع ایام

تصرف آن شخص خواهد بود. و محض خیال صادق بودن آن شخص، موجب ثبوت حق در

ذمهء زوجه، در نزد زوج او نمیشود. و مرافعه با زوجه و اثبات حق در ذمهء او - بعد از این

ضمان و معامله - نفعی از برای صحت ضمان و معامله ندارد. و آنچه را [که] از باب وجه اجاره

داده است، ظاهر این است که استرداد میتواند کرد. با بقای آن مطلقا، و با تلف آن نیز در

صورت جهل به فساد اجاره. چنان که مفروض سؤال است.

و ممکن است که این مسئله از فروع "بیع دین" باشد. زیرا که چنان که اشکال است در

جواز بیع بایع دینی را (که از غیر منخواهد) به عوض معینی، هم [چنین] اشکال است در

بیع بایع عین معینی را به دینی که مشتری از دیگری طلب دارد. چون ظاهرا فرقی ما بین

ثمن و مثنی نیست. و بنابر قول به صحت بیع دین چنان که اظهر است، هر چند خلاف اشهر

است - این بیع باطل است به سبب جهالت ثمن. زیرا که جهالت ثمن (چنان که متصور

میشود در جهالت عین طلب که چه چیز است. آیا غله است یا نقد یا غیر آن. و [نیز] در

جهالت مقدار. همچنین متصور میشود در جهالت اصل طلب داشتن. و ثبوت طلب  
در ذمهء  
مدیون و احتمال دیگر، بعید است که عمرو ملك خود را به مساوی آن وجه در ذمهء  
زید  
فروخته، و بعد از آن قبول کرده که آن را از ترکهء بکر یا وارث او بگیرد. و در این  
صورت این  
از باب حواله میشود. و آن هم فاقد شرایط [است] گو اصل بیع صحیح باشد؟ تا  
متفرع  
باشد بر آن احکام آن.

کتاب الرهن

۱۸۱ - سوال: کسی زنی بگیرد به صداق معینی، و ملکی را رهن صداق کند. و از او

صغیری بماند و فوت شود. و من بعد تزویج بکند زوجهء دیگری را و همان ملك را رهن زوجهء جدیده کند. و بعد از آن زوج بمیرد، و صغیر کبیر شده و با زوجهء ثانیه

دعوی دارد -؟

جواب: ظاهر بطلان رهن ثانی است، چون مرتهن معلوم نیست. نهایت، احتیاط در صلح است، به جهت حمل فعل ولی مسلم بر صحت، شاید با ملاحظهء مصلحت طفل ملك

را ثانیاً به خود منتقل کرده باشد و رهن کرده باشد.

۱۸۲ - سوال: هر گاه کسی ملکی بخرد، به جهت خوف خروج ملك مستحقاً للغير ملك دیگری را از بایع به رهن بگیرد که در اصطلاح "ضامن درك مبيع" بشود. و همچنین مشتری هر گاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درك. که هر گاه مستحق غیر بر آید مشتری ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنین بایع نسبت به ثمن

صحیح است؟ و لازم است؟ یا نه؟

جواب: اظهر صحت و جواز است، به جهت عمومات و اطلاقات و علت استفاده از اخبار که حکمت در رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال.

۱۸۳ - سوال: زید ملکی از مال صغیر فروخته و يك قطعه زمین خود که در جنب آن



ملك است رهن آن کرده و ضامن درك گردیده که: چنانچه صغير ادعا نماید من قطعه

ملك خودم که در جنب ملك صغير است در عوض به او وا میگذارم.  
و حال زید فوت شده و صغير ادعای زمین خود را میکند. و ورثه زید میگویند ما ملك را وا نمیگذاریم. آیا مشتری مستحق ملك صغير است یا ملك زید؟ - یا هیچکدام؟

جواب: تحقیق این مسئله موقوف است به بیان چند مقدمه:  
اول آنکه: اظهر و اشهر این است که قبض در رهن شرط است. و ظاهر این است که شرط صحت، است. نه محض لزوم. و این مطلب را در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام. ۱

دوم: حقی که رهن [را] از برای او قرار میدهند مشروط است به اینکه ثابت در ذمه باشد. به

معنی اینکه مرتهن مستحق آن باشد هر چند مستقر نشده باشد، مثل قیمت مبیع در زمان

خیار، خواه مال باشد مثل قرضی که در ذمه مقترض است و [مثل] قیمت مبیع. و خواه

منفعتی باشد مثل آنکه اجیر شده باشد که عملی را بکند، و رهن بدهد که هر گاه آن کار را

نکند اجرت عمل را از آن رهن استیفا کند.

پس هر چیزی که هنوز استحقاق در آن حاصل نشده، صحیح نیست رهن بر آن. مثل اینکه

رهن بدهد در ازای دینی که بعد از آن، قرض خواهد کرد. یا عملی که بعد از این، اجیر

میشود در آن. و کافی نیست حصول سبب، مادامی که ثابت نشود در ذمه، مثل اینکه زخمی

به کسی بزند و ممکن باشد که او را هلاک کند پس مادامی که نهایت حال آن معلوم نشده

دیه مستقر نشده است، پس جراحت " موضعه " یا " متلاحمه " مثلا چون فی نفسه دینی

دارد، اگر به همان حال چاق شود. و هر گاه به هلاک منجر شود

-----  
۱: هنگامی که مجموعه جامع الشتات را از تلیق سه دفتر به وجود آورده‌اند مسئله مورد نظر میرزا را که میگوید " در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام " موخر و مسئله بالا را مقدم کرده‌اند بنابر این رجوع

کنید  
به مسئله شماره ۱۸۶، از همین مجلد

(۴۳۲)

تمام دیه را باید بدهد. پس تا امر جراحی به نهایت نرسیده و عاقبت آن معلوم نشده، دیه مستقر نشده.

و همچنین نسبت به اقسام جنایات، حال مختلف است در اینکه در بعضی متعلق به ذمه جانی است، مثل شبه عمد. و بعضی متعلق به "عاقله" است. و از برای بعضی مدتی

در شرع قرار داده شده مثل دیهء خطا، که در سه سال مدهند. و عاقله مختلف میشود

چون معتبر در آن این است که هر کس که یافت شود از عاقله در حین حلول اجل متعلق

به او میشود، پس قبل از حلول اجل، معلوم نیست که کیست که این در ذمهء او تعلق گرفته که رهن از او گرفته شود. و همچنین بعضی گفته‌اند که هر گاه جنایت از بابت قطع

زبان یا ذکر باشد در آنجا جایز است رهن. از برای آنکه نهایت این مرگ است و در

مرگ دیهء کامله است، و بدون مرگ هم دیهء آن عضو دیهء کامل است. پس در اینجا هر

چند هنوز جنایت مستقر نشده. و لیکن موجب آن مستقر شده که تمام دیه. و این سخن دور نیست.

و همچنین: صحیح نیست رهن بر مال جعاله مادامی که آن عمل تمام نشده. چون مستقر نمیشود استحقاق الا به عمل آمدن آن کار، مثل آوردن گریخته. و اینکه گفتیم "در ذمه باشد" احتراز کردیم از عین. که حکم آن مخالف با حکم دین است. و

تفصیل

کلام در این است که هر گاه عین از بابت امانت باشد مثل ودیعه و عاریه غیر مضمونه،

صحیح نیست رهن بر آن، و ظاهراً خلافی در آن نیست، و در مسالك تصریح کرده است به اینکه اتفافی است. هر چند ممکن است که تعدی و تفریط رو بدهد که موجب

ضمان باشد. و ظاهر این است که علامه در تذکره دعوی اجماع کرده باشد، یا از کلام

او ظاهر میشود عدم خلاف. چنان که آخوند ملا احمد (ره) اشاره به آن کرده. و همچنین

نسبت اجماع به تذکره از کلام غیر او هم ظاهر میشود. و همین دعوی اجماع به ضمیمهء

" اصل عدم " کافی است در اثبات مطلب و احتیاج به تکلفاتی که کرده‌اند در اثبات مطلب، نیست.  
و اما عین مضمونه مثل عاریهء مضمونه (یعنی آنچه به عاریه گرفته است به شرط

ضمان اگر تلف شود) و مثل عین مغصوبه و ماخوذه به سوم، و ماخوذه به بیع فاسد،

پس

در مسالك گفته است که محقق و جماعتی اطلاق کرده‌اند منع از آن را و بعضی استدلال کرده‌اند بر این به " اصل " و عدم دلیل بر صحت، به جهت اینکه آیه شریفه

و

اکثر اخبار در دین است - و مطلقات اخباری که وارد شده است در مسایل دین هم

حمل

بر عموم نمیتواند شد. به جهت آنکه مقصود بیان حکم مطلق بنفسه نیست. و در

جائی

که ذکر مطلق از برای مطلق دیگری باشد، حمل بر عموم نمیشود. چنان که در اصول محقق است - و به [جهت] منع شمول سایر عمومات، مثل " اوفوا بالعقود " و "

المسلمون

عند شروطهم " .

و علامه در تذکره و شهیدین و آخوند ملا احمد (ره) هم اختیار جواز آن، کرده‌اند در اعیان مضمونه بلکه شهید (ره) گفته است که " فی جوازه و جهان والجواز اقوی

" و از

این کلام ظاهر میشود که قول اول مشهور نباشد. و به هر حال، اظهر در نظر حقیر

نیز

جواز است. به جهت عموم ادله عامه

مثل: اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم " وعلتی که مستفاد میشود از اخبار مستفیضه مثل صحیحهء محمد بن مسلم " عن احدهما (ع) قال: سئلته عن السلم فی الحيوان والطعام و یؤخذ الرهن -؟. فقال: نعم، استوثق ما استطعت " ۱ و نزدیک به

این

مضمون است موثقهء ۲ سماعه و صحیحهء صفوان " عن یعقوب بن شعیب، قال:

سئلته عن

الرجل یكون له علی الرجل تمر او حنطة او رمان. وله ارض فیها شیء من ذلك

فیرتھنها حتی

یستوفی الذی له (؟) قال: یتوثق من ماله. " ۳ و روایة معاویة بن عمار که سند آن

قوی است

به سبب اسماعیل بن مرار " قال: سئل ابا عبد الله (ع) عن الرجل یسلم فی الحيوان

والطعام

و یرتھن الرهن (؟). قال: لا بأس تستوثق من مالك " ۴ .

که از علت منصوصه در این احادیث مستفاد میشود که محافظت کردن مال و وثیقه

قرار دادن که اعتماد انسان در محافظت مالش به آن وثیقه باشد، خوب است. و این  
در عین

-----  
۱ و ۲ و ۳ و ۴: وسایل: ج ۱۳، ابواب الرهن، باب ۱ ح ۵، ۴، ۶ و ۹

و دین همه جاری است. و اگر دعوی اجماع نبود، در امانت هم قایل میشدیم، یعنی

رهن بگردد که اگر تعدی و تفریط کند تدارك آن از این رهن کرده شود. و فرقی علی الظاهر میان " رهن بر ودیعه " و " امانت به شرط تفریط " و مثل " عاریة مضمونه " و امثال آن، نیست.

و توهّم فرق به اینکه " در اعیان مضمونه، ضمان مقارن رهن است و در امانات غیر مضمونه هنوز حاصل نشده " ضعیف است. به جهت آنکه در عاریهء مضمونه تا تلف حاصل نشود

ضممانی نیست. و حق این است که علت منصوصه دلالت آن ظاهر است. به جهت آنکه اشعار

شده است در روایت به اینکه جواز رهن (یعنی مال مدیون را حبس کردن) از برای این است

که مال این محفوظ بماند. پس هر جا که در عرف و عادت حبس مال را باعث حفظ مال

دانند، مستحسن خواهد بود.

و توهّم اینکه " این در سلم وارد شده و افادهء عموم نمکند " این همان سخن منکر " حجیت علت منصوصه " است و بنای ما بر حجیت آن است. و همچنین منع حصول استیثاق

در ما نحن فیه (به جهت آنکه آن تابع صحت این رهن است و صحت آن اول کلام است)

و جهی ندارد. به علت آنکه ما از همین کلام امام (ع) مفهیم عموم نفع حبس مال غیر از

برای حفظ مال خود خرج ما خرج بالدلیل و بقی الباقی.

و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر میشود که جایز است در رهن بر درك مبیع و ثمن، چنان که جمعی از اصحاب به آن قایل شده‌اند، و در مسالك نسبت آن را به شهید (ره) و

جماعتی داده و خود نیز اختیار آن کرده، و از عبارات آخوند ملا احمد (ره) هم ظاهر

میشود که این مشهور باشد، چون گفته است " ولهذا نجد تجویز هم فی الدرک علی الثمن والبیع و غیر ذلك " و همان عمومات و علت منصوصه شامل این هم هست. و مراد

از درك مبيع و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر مبيع مستحق غیر بر آید،  
مشتری استیفای حق خود را از رهن کند. یا اگر ثمن مستحق غیر بر آید (یا کیل و وزن  
آن کم بر آید، و امثال آن) بایع از رهن مشتری استیفای حق خود نماید.  
و دلیلی که از برای قول به منع، نقل کرده‌اند "عدم وجود مقتضی ضمان" است در  
حال رهن. و این که بعداً ظاهر میشود، مثل تفریطی است که بعد در امانات غیر  
مضمونه ظاهر  
شود. و آن اعتبار ندارد به اجماع، پس این هم اعتبار ندارد. و در مسالك تکلف  
کرده است در



جواب. و آن تکلف این است که در اینجا اسباب موجبات ضمان که ظاهر میشود (مثل مال غیر بودن مبیع، یا ثمن. یا کم بودن کیل و وزن و مقدار) کاشف میشود که در حین عقد رهن این سبب حاصل بوده. بخلاف امانات غیر مضمونه.

و این سخن تمام نیست به جهت آنکه در عاریهء مضمونه هم در حین عقد رهن اسباب ضمان حاصل نبود و بعد از اتلاف ضمان حاصل میشود و حال آنکه در آن تجویز کرده اند رهن را، بکله فارق در مسئله همان اجماع است در عدم جواز. و بدان که: خلاف کرده اند در اینکه "مقارنهء استقرار دین با عقد رهن" کافی است؟ یا باید استقرار دین قبل باشد؟ آنچه از اکثرین نقل شده قول دوم است. و از علامه [نقل شده که] در تذکره تجویز اول را کرده، و ملا احمد (ره) نیز میل به آن کرده،

به جهت عمومات و اطلاقات و عدم مانع. و بعد از آن گفته است "ولهذا نجد تجویزهم

فی الدرک علی الثمن و المبیع و غیر ذلك". و متفرع میشود بر این اینکه بگوید "بعثک

هذا العبد و ارتهنت هذا الدار به: فقال المشتري: اشتریت و رهنتم". پس بنابر اول صحیح

نیست. و بنابر ثانی صحیح است.

سوم اینکه: هر گاه کسی رهن کند عینی را بر دین مؤجلی، و شرط کند که اگر دین را در سر اجل وفا نکند، این رهن فروخته شده باشد به مرتهن به همان دین یا به بعضی از آن. این رهن و بیع هر دو فاسد است. اما بطلان بیع پس [به جهت] آنکه صیغه

متحقق نشده و انشاء به عمل نیامده، و به جهت آنکه در بیع، تعلیق جایز نیست، و در

اینجا تعلیق کرده است بیع را به عدم اداء دین. و اما بطلان رهن پس به جهت آنکه رهن

عبارت است از محبوس ساختن عینی از برای محافظت دین که تا مادامی که وفا نکند

راهن آن دین را، [مرتهن] رهن را نتواند تصرف کرد، و در اینجا رهن موقت نشده است

به وفای دین، بلکه موقت است به انقضای اجل دین. و [نیز] به جهت آنکه رهن در اینجا

" به شرط بیع " واقع شده است، و مفروض این است که این بیع فاسد است (چنان  
که گفتیم)  
واظهر این است که عقد فاسد مشود به فساد شرط. چنان که در رسالهء " شرط در  
ضمن العقد " بیان آن را کرده‌ایم. و اینکه در بسیاری از مسایل نکاح این قاعده  
تخلف

کرده است به دلیل خارج، است  
و علاوه بر آنچه ذکر کردیم از دلیل (بر بطلان رهن و بیع هر دو) دلالت میکند  
بر آن " اصالة عدم صحة " و ظاهر اجماع. چنان که از مسالك ظاهر میشود.  
و بدان که: هر گاه راهن بر غیر دین مؤجل رهن کند و بگوید که اگر وفا نکردم  
این حق را، این رهن مبیع تو باشد " آن نیز باطل است. به جهت آنکه چون رهن  
موقت  
است به وفای حق، پس باقی است بر حال خود تا وفا کند یا راهن بمیرد. و در این  
صورت  
هم باز بیع معلق است به مردن راهن. و مادامی که زنده است و امکان وفا هست  
مبیع  
نشده است و اینهم باطل است به جهت بطلان تعلیق. و بدان که هر گاه چنین رهنی  
به  
عمل آید و مرتهن به همین نهج قبض کرده [باشد] هر گاه تلفی بر رهن رو دهد، هر  
گاه  
بعد مدت اجل دین، است، مرتهن ضامن است. و هر گاه قبل از انقضای اجل دین،  
است،  
ضامن نیست، نظر به قاعدهء کلیهء " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " یعنی هر  
معامله که  
صحیح آن افادهء ضمان میکند فاسد آن نیز افادهء ضمان میکند، و آنچه صحیح آن  
افادهء  
ضمان نمکند فاسد آن نیز افادهء ضمان نمکند. و چون قبل از انقضای اجل، رهن  
فاسد است پس بر آن ضمان نیست. به جهت آنکه در صحیح رهن هم ضمان نیست  
و به  
منزلهء امانت است هر گاه بدون تفریط تلف شود از کیسهء مالک رفته است.  
و هر گاه بعد انقضای اجل تلف شود از کیسهء مرتهن رفته، چون مبیع است به بیع  
فاسد. و چنان که به مجرد بیع صحیح مبیع مال مشتری است و آنچه رو مدهد به  
مبیع از  
مال او تلف شده، همچنین در فاسد آن. و این قاعده از جملهء مسلمات فقها است و  
در آن  
خلافی نکرده‌اند و در مسالك گفته است که:  
سر این قاعده این است که طرفین معامله با هم راضی شده‌اند به مقتضای عقد و تن  
در داده‌اند به لوازم آن. پس در هر جا که بر عقدی ضمان مترتب است مالک به  
عنوان

ضمان تسلیم کرده و قابض هم به عنوان ضمان اخذ کرده. بعلاوه، عموم حدیث " علی  
الید ما اخذت حتی تؤدی " و در جائی که عقد [ی واقع شده که] ضمانی بر آن  
مترتب  
نیست مثل رهن، پس تسلیم واقع شده است به اعتقاد صحت، پس آن شخص که  
تسلیم

مکند قصد ضمان نکرده است بلکه قصد عدم ضمان کرده است، و آن شخص که قبض

مکند هم ملزم ضمان نشده است. پس مقتضی ضمان منتفی میشود. و این قسم دوم تمام میشود هر گاه هر دو جاهل باشند به فساد یا هر دو عالم باشند. به جهت آنکه قبض

به اذن آن شخص است که مدهد، پس از بابت امانت میشود که ضمانی بر آن مترتب

نیست. و همچنین هر گاه آنکه مدهد عالم به فساد باشد و آنکه مگیرد جاهل باشد،

و اما صورت عکس (یعنی آنکه مدهد جاهل باشد و آنکه مگیرد عالم باشد) پس حکم

آن مشکل میشود. چون قبض به غیر حق شده و آنکه داده است به اعتقاد صحت لزوم

داده است، و اگر مدانست که فاسد است مال خود را نمداد. پس باید آنکه مگیرد ضامن باشد به سبب عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " و لکن اصحاب ما

مطلقاً حکم کرده‌اند به قاعدهء " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " واحدی در آن، خلاف

نکرده است. و

بعد از آن گفته است که:

ممکن است که توجیه کنیم صحت را در این قسم آخری نیز (یعنی صورت جهل دهنده و علم گیرنده) به اینکه مالک اذن داده است در قبض بر وجهی که ضمانی در آن

نیست، و گیرنده هم بر این وجه گرفته است. و اینکه اگر دهنده علم مداشت به عدم

صحت و لزوم به او نمداد و راضی نمشد، معلوم نیست. پس اذن حاصل است و مانع

معلوم نیست - تمام شد ترجمه کلام مسالك - . و گاه است که در اینجا توهم شود که: اشکالی

که صاحب مسالك در قسم آخر کرده بر قسم اول هم وارد مآید (یعنی صورت جهل

هر دو به فساد) که در آنجا هم مالک اگر علم مداشت به فساد راضی به دادن نمشد.

و لکن این [توهم] مدفوع است به اینکه: عمدۀ اشکال از جهت تصرف عالم به فساد است  
که در حکم غضب است. و در قسم اول این معنی نبود. پس توجیه صاحب مسالك  
بد نیست. و عمدۀ تکیه بر ظاهر اجماع ایشان است بر مطلق ۱ این قاعده که شامل  
همهء

-----  
۱: صحیح: " اطلاق این قاعده " است. گویا اشتباه از نسخه برداران است

اقسام است. و اطلاق در اجتماعات منقوله نازل منزلهء اطلاق اخبار است، و عمل به آن

باید کرد. و دعوی اینکه " این قسم اخیر با قسم اول نیز هر دو از افراد نادره‌اند که اطلاق منصرف به آن نمیشود و اطلاق حدیث - علی الید ما اخذت - هم منصرف به آن

نمیشود " بعید است. خصوصاً قسم اول که غالب عوام الناس این است که طرفین جاهل

به حکم‌اند. و اندراج این حکم در تحت عموم " علی الید ما اخذت " ابعده نیست از اندراج

سایر " ید " های غیر عاریه که ضمان بر آنها مترتب است.

چهارم: ظاهر این است که جایز است که بایع خود ضامن عهدهء ثمن شود. یعنی هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید از عهدهء ثمن بر آید. و لکن اشکال است در اینکه آیا

متواند که ضامن عهدهء درك آنچه حادث شود بعد از بیع از برای مشتری شود یا نه؟ -؟

مثل اینکه مشتری در ملك مبیع خانه ساخته، یا درخت غرس کرده، و بعد مستحق غیر

که بر آید، مالك اصلی مسلط است بر ازالهء آن بناها و درخت‌ها، و در کی که حاصل

میشود (یعنی تفاوت قیمت درخت و بنادر حالی که بر پا باشد یا کنده شده باشد) آیا

بایع متواند ضامن آن شد یا نه؟ -؟

و معنی صحت و جواز ضمان در اینجا این است که اموری که مترتب بر عقد ضمان میشود بر آن جاری شود و الا بایع ضامن همهء این غرامت‌ها هست خواه ضامن بشود و

خواه نشود. و ظاهراً اشکالی در ضمان درك اصل ثمن نباشد. و اما درك آنچه بعد حادث میشود پس چون ظاهر این است که داخل " ضمان ما لم یجب " است،

صحیح

نیست این ضمان از برای غیر بایع، و در آن خلافی نقل نکرده‌اند. و اما خود بایع پس ظاهر این است که از برای او هم صحیح نباشد. هر چند سبب آن در حین عقد ضمان

موجود بوده است، یعنی بودن آن ملك مال غیر که بر آن مترتب شده است استحقاق ارش.

و محقق در شرایع گفته است که " این ضمان جایز است. به سبب اینکه ضمان بنفس عقد بیع حاصل است. پس این در حکم تاکید آن خواهد بود " و این سخن خوب نیست چنان که در مسالك هم اشاره به آن کرده. به جهت آنکه آن ضمان که بنفس عقد



بیع حاصل است نه این ضمانی است که به عقد ضمان مصطلح واقع شود. به جهت آنکه

این شرایط و ثمرات دیگر دارد و از جمله شرایط آن همین است که گفتیم که باید آن

ثبوت در ذمه در حال عقد ضمان حاصل باشد. و ضمانی که لازم اصل بیع است این معنی در آن شرط نیست. پس ثبوت ضمان بایع در صورت استحقاق ملك از برای غیر

در همه صورتها باشکال است.

و اشکال در این است که هر گاه علی حده ضمان هم ببندند ایضا صحیح است یا نه؟ -؟ و ثمره آن وقتی ظاهر میشود که مشتری حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند،

حق الرجوع به سبب ضمان باقی مماند. چنان که هر گاه دو خیار یا بیشتر، از انواع خیار در بیع

و شراء حاصل باشد به اسقاط بعضی از آنها بعض دیگر ساقط نمیشود. و همچنین ثمره

ظاهر میشود در اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود بوجه صحیحی. پس هر گاه بعد از بیع ضامن او شود بر همین درك صحیح

خواهد بود، و وفا به شرط کرده خواهد بود.

بدان که: علامه (ره) در قواعد اشکالی کرده است در ضمان بایع، درك آنچه را که مشتری احداث میکند از بنایا غرس. و فخر المحققین (ره) وجه اشکال را گفته است که

" از این جهت که ضرورت داعی بر آن است پس جایز خواهد بود چنان که هر گاه احدی از

اهل کشتی در حین خوف غرق کشتی بگوید به دیگری که متاع خود را به دریا ببنداز و

ضمان آن بر من باشد. و از این جهت که - ضمان ما لم یجب - است صحیح نخواهد بود "

بعد از این گفته است که " اصح عدم جواز است " و گویا نظر او به این باشد که در اینجا

ضرورتی نیست چون بایع ضامن غرامت است هر چند ضامن نشود

پنجم: هر گاه ضامن شرط کند که ضمان را از مال معینی از اموال خود بدهد، صحیح است. و منحصر است وجوب ادا در آن. به مقتضای عمومات شرط و وفای

به  
عقود متعلق میشود حق مضمون له به آن عین. و اشکال در این است که آیا تعلق حق  
او  
به آن مال از بابت تعلق حق مرتهن است به رهن؟ یا از باب تعلق ارش است به جانی؟  
و  
مقتضای اولی این است که مادامی که عین باقی است مضمون له مسلط است که حق

خود را از آن استیفا کند. و اگر بدون تفریط ضامن، آن عین تلف شود باز آن دین در

ذمهء ضامن باقی ممانند. چنان که در مال مرهون هم، چنین بود. و مقتضای دوم این است که همین که مال تلف شود ذمهء ضامن بری مشود. و مضمون

له رجوع میکند به مضمون عنه. چنان که هر گاه غلام کسی جنایت خطائی کرده باشد و

زخمی به کسی زده باشد یا قتل کرده باشد، آقای غلام اختیار دارد مخواهد اقل امرین از دیهء جنایت و قیمت عبد را مدهد، و مخواهد خود غلام را تسلیم ایشان میکند (که غلام خود کنند) به تمامی یا به نسبت جنایتی ۱ که کرده. پس اگر غلام بمیرد پیش از استیفای حق، دیگر چیزی به ذمهء مولی متعلق نیست. و اظهر این است که

ما نحن ۲ فیه از قبیل اول باشد. پس هر گاه آن مال تلف شود رجوع میکند مضمون له به ضامن.

ششم: خلاف کرده‌اند در صحت ضمان اعیان مضمونه، مثل عین مغصوبه و عین " مبیع مقبوضه بیع فاسد " یا " مقبوضه بسوم ". علامه (ره) در قواعد در آن اشکال کرده. و ضمان این اعیان یا به این معنی است که در عهده بگیرد که این اعیان را به مالک رد کند [و] یا اینکه اگر تلف شود قیمت آنها را به مالک بدهد. و محقق (ره) میل به

جواز آن کرده. و فخر المحققین و شهید ثانی (ره) ترجیح عدم جواز داده‌اند. دلیل جواز این است که ضمان عبارت است از اینکه در عهده بگیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است.

و این معنی در ما نحن فیه متحقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن مشود اگر تلف شود هم (چون قیمت در ذمهء غاصب و اشباه آن ثابت است در صورت تلف)

ضامن آن را در عهدهء خود مگیرد. و این سخن بسیار ضعیف است. بلکه اولی این است

که گفته شود که سبب تعلق قیمت (در صورت تلف عین) در عقد ضمان متحقق است. ۳

---

۱: در نسخه: یا به نسبت به جنایتی که کرده.

۲: در نسخه: که در ما نحن فیه.

۳: در نسخه: که سبب تعلق قیمت در صورت تلف در عین عقد ضمان متحقق است

(۴۴۱)

و اما دلیل قول به عدم جواز، " اصل " است و [نیز] بطلان دلیل جواز [است] به جهت آنکه در صورت اولی (یعنی صورت ضمان رد عین) مفروض این است که مال [را]

در عهده نگرفته است. بلکه آنچه در عهده او هست و خوب رد مال است. و به جهت آنکه

از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن، و شکی نیست که

غاصب مادامی که عین در دست اوست برئ الذمه نیست، بلکه مکلف است به رد اجماعاً.

چنان که در مسالك تصريح به آن کرده. و اینهم با قواعد شیعه نمسازد که " ضمان را "

مشتق از " ضمن " کرده‌اند نه " ضم ". یعنی این مال از ضمن و ذمهء مضمون عنه بیرون

مروود و به ضمن و ذمهء ضامن قرار میگیرد. نه چنان که عامه گفته‌اند که ضم میشود ذمهء ضامن و ذمهء مضمون و هر دو ضامن هستند و مضمون له مخیر است که از هر کدام

خواهد بگیرد.

و اما در صورت ثانیه که ضامن میشود که اگر آن اعیان تلف شوند قیمت آنها را به مضمون له بدهد. پس به جهت اینکه این از باب " ضمان ما لم یجب " است و وجود سبب

ضمان، کافی نیست مادامی که خود ضمان متحقق نشود و مفروض این است که در حین

عقد ضمان، مال تلف نشده است که قیمت آن منتقل شود به ذمهء مضمون عنه. پس اقوی

قول به عدم جواز است.

و از آنچه اینجا گفتیم ظاهر میشود که اگر بایع خود ضامن عین مغصوبه‌ای شود که فروخته است به غیر، اولی است به عدم جواز. چون بیان کردیم در مقدمهء چهارم که

در جواز ضمان شدن بایع درك مبیع را، خلاف است هر چند اظهر صحت آن بود. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر میشود که ضمان در اعیان مضمونه نیز صحیح نیست (مثل مال مضاربه و ودیعه و امثال آن) به جهت آنکه ذمهء امین بریء است و بر او

چیزی لازم نیست در حین عقد ضمان. و این از باب " ضمان ما لم یجب " میشود.

بلی  
اگر امین تعدی و تفریط در آن عین بکند، ضامن مشود. و مفروض این است که در  
حین عقد ضمان تعدی به عمل نیامده و سبب آن هم موجود نیست. بخلاف ید  
غاصبه ۱ و

-----  
۱: یعنی چون ضمان غاصب در اینجا نیز با وجود عین در وجوب رد، است نه در اصل مال و در صورت  
تلف هنوز  
سبب ضمان (که اشتغال ذمه به قیمت باشد) به عمل نیامده - و معنی ضمان این است که مضمون عنه  
فارغ  
شود به سبب ضمان و اینجا مضمون عنه خود غاصب است و به ضمان خود فارغ نمکند خود را - پس  
ضمان  
صحیح نیست. و وجه اولویت عدم صحت ضمان در اینجا این است که با وجود اینکه در مقدمه چهارم  
سبب ضمان  
موجود بود در حین عقد ضمان، خلاف داشتند در صحت. پس در اینجا باید هیچ خلاف در عدم صحت  
نباشد.  
این پاورقی (حاشیه) از خود مرحوم محقق قمی است

مثل آن، چنان که در امثلهء سابقه بود. هر گاه دانستی این مقدمات را مرویم بر سر اصل مسئله و مگوئیم:

صورت سؤال قابلیت ارادهء رهن و ضمان (هر دو) را دارد. و اینکه بایع در وجه صحیح فروخته باشد یا فاسد، پس اگر بایع که ملك صغير را فروخته بر وجه صحیح فروخته، مثل اینکه وصی بوده یا به اذن حاکم شرع بوده یا از عدول مؤمنین بوده و با عدم تمکن از رجوع به حاکم حسبنا فروخته بیع صحیح است و ضمان در هیچ يك از

صورتها صحیح نیست. زیرا که هر چند قائل باشیم به جواز ضمان خود بایع درك مبیع

را، (خصوصا در مال معین) لکن چون در حین عقد ضمان، شغل ذمه از برای او ثابت

نیست ضمان " ما لم یجب " خواهد بود و باطل است، مگر آنکه بگوئیم که گاه هست که ضرورت داعی میشود بر صحت چنین ضمان، مثل اینکه بایع از عدول مؤمنین است و تکلیف او فروختن مال صغير است از برای نفقهء صغير، و لکن مشتری

خوف میکند که هر گاه صغير بزرگ شود و دعوی بکند و این بایع ثابت نتواند بکند که

" من بر وجه صحیح فروخته‌ام " و [لذا] از او ضمان مطلبد و او هم ضامن میشود در آن ملك معین.

و این از باب " الق متاعك فی البحر وانا ضامن " باشد که فقها تجویز آن کرده‌اند به جهت رفع ضرورت. چنان که علامه (ره) در تذکره و تحریر و قواعد تصریح به آن کرده (در

کتاب کفالة) و نقل خلافی هم نکرده است. و در تذکره تصریح کرده به اینکه هر چند

این از باب " ضمان ما لم یجب " است لکن حاجت و ضرورت داعی است بر صحت. و

همچنین در تحریر و تذکره بعد از ذکر این کلام گفته است که " اگر این [را] از بابت

جعله کنیم خلاص مشویم از التزام ضمان ما لم یجب " بعد از آن گفته است که "

اگر  
خوفی در کشتی نباشد ضمان صحیح نیست، به سبب عدم حاجت. و جعله هم  
صحیح

نیست، چون این عمل از اعمال مقصوده عقلاء نیست ".  
و به هر حال، اظهر در نظر حقیر این است که ضمان در ما نحن فیه صحیح باشد.  
پس این مخصص قاعده " بطلان ضمان ما لم یجب " است. یا اینکه اینهم قسم علی  
حده

است از ضمان مطلقى که فقها آن را تقسیم کرده‌اند به ضمان خاص و حواله و  
کفالة. پس

باید گفت که مطلق ضمان منقسم میشود. به: ضمان نفسی، که کفالت است. و  
ضمان

مالی که از شخصی حاصل شود که ذمه او بری باشد از کسی که ذمه او مشغول  
باشد. و

ضمان مال به همین نحو از کسی که ذمه او مشغول نباشد. و ضمان مال از کسی  
که

ذمه او مشغول باشد از برای کسی که ذمه او مشغول باشد که این را حواله  
مگویند. که

این چهار قسم است و ما نحن فیه از قسم سوم است.  
والحاصل: دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیه، مستقل است در اثبات  
احکام. و متفرع میشود بر این نیز که هر گاه ظالمی تعدی کند به کسی و از او  
وجهی

بطلبد و او را زجر بکند، دیگری ضامن او شود. هر چند شرعا بر مضمون عنه چیزی  
واجب نیست. هر چند در اینجا میتوانیم گفت که در اینجا بر او واجب است دادن  
به

ظالم به جهت حفظ نفس و عرض. گو بر ظالم حرام باشد گرفتن. و به همین قدر  
اکتفا

کنیم در اجرای قاعده.

و هر گاه بگوئیم مراد در صورت سؤال، ضمان نیست. بلکه مراد این است که قطعه  
ملك خود را رهن کرده است. پس نظر به آنچه در مقدمات بیان کردیم که شرط  
حقى

که رهن از برای آن قرار میدهند این است که در ذمه ثابت باشد و مفروض برائت  
ذمه



است، پس باید که صحیح نباشد رهن. و این از جملهء اعیان مضمونه هم نیست که رهن بر آن صحیح باشد (بنابر مختار) بعلاوهء اینکه ظاهر سؤال (اگر مراد رهن باشد) همین است که آن مرهون مبیع باشد در حین ظهور فسادى در مبیع و در مقدمات دانستنى که آن نیز باطل است، و نه رهن صحیح است و نه بیع.

و ایضا ظاهر سؤال این است که آن قطعه زمین به قبض مشتری داده نشده است و به این جهت هم رهن باطل است.

بلی ممکن است در صورت حصول قبض اینکه بگوئیم که این نحو رهن صحیح باشد به جهت قضای ضرورت و رفع حاجت. چنان که در ضمان گفتیم.

و لیکن از کلام فقها در این باب (الحال) چیزی در نظر نیست. و اما اگر بیع بر وجه صحیح نبوده و تصرف در مال صغیر کرده و فروخته به خلاف شرع، پس این شرط یا بر وجه ضمان است یا بر وجه رهن. و چون در مقدمات بیان کردیم جواز رهن بر اعیان مضمونه و ضمان بر آنها را (هر چند از خود بایع باشد) پس رهن و ضمان هر دو صحیح خواهد بود.

و اما چون (بر فرض تقدیر رهن) در صورت سؤال ظاهر این است که مبیع بودن مرهون را شرط کرده است، از این جهت باطل است. پس اگر به عقد ضمان در عهده گرفته و مراد او استفیای ضمان است در مال معین، بیان کردیم جواز آن را و باید از عهده بر آید در همان ملك خاص. پس به مقدار ضمان ۱ از همان ملك مسگیرد (هر گاه خصوصیت رقبهء عین را کرده است) و هر گاه اضافه باشد، زیادتی از برای ضامن خواهد بود. و هر گاه به عنوان رهن باشد اگر شرط نکرده مبیع بودن را، صحیح است (هر گاه به قبض واقع شده است). و از آن قیمت استیفا میشود حق صغیر. و هر گاه شرط کرده است مبیع بودن را، رهن باطل میشود و ضمان متعلق به مال میت است، از هر جا که میسر شود از اموال او خواه از همین مرهون باشد یا غیر آن.

اینها در وقتی است که معلوم باشد که آیا بیع مال صغیر، بر وجه صحیح واقع شده یا فاسد. و اما هر گاه مجهول الحال باشد، حسب الممكن فعل مسلم حمل بر صحت است. و هر گاه طرفین مختلف باشند در صحت و فساد باید به مرافعه حاضر شوند. تا معلوم شود که سخن هر يك در صحت و فساد نسبت به اصل بیع چه چیز است، و نسبت به ضمان و رهن چه چیز است. و به مقتضای آن حکم شود.

-----  
۱: در نسخه: زمان

(۴۴۵)

۱۸۴ - سوال: هر گاه کسی قرض بسیاری دارد که فاضل از اموال او است. و بعضی از اموال او مرهون است در نزد بعضی از دیان. آیا مرتهن با سایر غرما شریک است و باید هر يك را به نسبت به طلب او چیزی داد؟ یا آنکه عین مرهون مختص به مرتهن است؟

جواب: اگر قرض را نداده است ظاهراً خلافی نیست در اینکه مرتهن اولی است به استیفای حق خود از عین مرهونه. به جهت آنکه فائدهء رهن همین است، و حق مرتهن که متعلق شده است به عین مرهونه، از برای همین است که استیفای حق خود را از او بکند.

و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) دعوی اجماع است بر آن. و همچنین ظاهر مسالك این است که خلاف در میت است و در حی خلاف نیست. لکن گفته است که " گفتار در زنده در وقتی است که مفلس و محجور علیه باشد، و اگر چنین نباشد خود مختار است در ادای دین از هر جا که خواهد ". و این سخن حق است. و اما قرض دار مرده باشد پس باز مشهور این است که مرتهن اولی است، به همان دلیلی که گذشت، که مقتضای قاعدهء رهن این است. و مقتضای استصحاب تسلط در حال حیات، هم این است. و مخالف در مسئله تصریحاً مذکور نیست در کلام فقها. و بعضی نسبت او را به صدوق (ره) داده‌اند چون که در کتاب خود روایتی که دلالت دارد بر خلاف این، ذکر کرده است. و روایتی که وارد شده بر خلاف مشهور (که صریح است در اینکه او هم مثل سایر غرما است) دو روایت است. و هر دو اینها با وجود ضعف سند، شاذ [هست] ند. ۱ و شهید (ره) در دروس فرموده " والروایة مهجورة ".

و به هر حال، این دو روایت معارضه نمکنند با آن دو قاعده و عمل جمهور اصحاب. بلکه بعضی ذکر خلاف نکرده‌اند. پس هر گاه عین مرهونه وفا کرد به دین

فبها المطلوب، و اگر نقص شده با سایر غرما در باقی بالنسبة شريك است. و اگر  
فاضل

-----  
۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الرهن باب ۱۹ ح ۱ و ۲. - حدیث اول به دلیل حضور محمد بن حسان، ابو  
عمران ارمنی  
و عبد الله بن حکم در سند آن، و حدیث دوم به دلیل محمد به عیس بن عبید (یا: عبید بن سلمان - در  
نسخه  
بدل) و نیز سلیمان بن حفص مروزی، دچار ضعف سند میشوند

شد، زیادتى ما بين كل غرما مشترك است. و هر گاه به غير عين مرهونه چیزی نباشد باز مختص مرتهن خواهد بود.

۱۸۵ - سوال: رهن ملك وقف، صحيح است يا نه؟ -؟.

جواب: شرط صحت رهن قابليت مرهون است. و آن در وقف مفقود است.

۱۸۶ - سؤال: در رهن صيغه شرط هست يا نه؟ -؟ و همچنین عين مملو که بودن شرط است يا نه؟ -؟.

جواب بلى رهن از جملهء عقود است و در آن ايجاب و قبول ضرور است. و ظاهرا در آن خلافى نيست. و لکن به هر لفظى که دلالت کند بر آن، متوان اکتفا کرد. و بايد

مدلول لفظ اين باشد که " اين را به نزد تو مایهء اعتماد و وثوق قرار دادم که هر وقت که

عاجز شوم از اداى دين تو استيفای حق خود را از عين اين مال يا قيمت آن بکنى " و لفظ " رهنتك " و " ارتهنتك " و " هذا رهن عندك " و " ثقتك " - به تشديد ثاء سه نقطه دار - و امثال اينها همه خوب است. و قبول هم به هر لفظى باشد که دلالت کند به

رضاء به آن، كافى است. و ظاهرا لفظ فارسى در صيغه كافى است.

و اما اقباض: پس اظهر و اشهر اين است که شرط است. و اجماع منقول و آيهء قرآن و بعض اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و اظهر اين است که شرط صحت است.

چنان که مستفاد از موثقهء محمد بن قيس است که " لا رهن الا مقبوضا " ۱ و هم ظاهر

غير آن. که اينها مخصوص اطلاقات اخبارند (اگر اطلاق مسلم باشد) بلکه ظاهر بعضى

دعوى اجماع است بر آن. و لکن در قبض، استدامه شرط نيست. پس اگر بعد از قبض

بگيرد، رهن صحيح است بدون خلاف ظاهرا. بلکه از جمعى دعوى اجماع بر آن شده. و

همچنين شرط است که عين باشد و منفعت را نمشود رهن کرد. بنابر مشهور بلکه در

مسالك دعوى اتفاق بر آن کرده.

و وجه آن اين است که منفعت را قبض نمتوان کرد و " شيئاً فشيئاً " فانى

-----

١: وسائل: ج ١٣، ابواب الرهن باب ٣ ح ١

(٤٤٧)

مشود. و رهن باید چیزی باشد که در حین انقضای مدت دین توان استیفای حق خود

را از آن کرد پس نمیتوان گفت که منافع خانه، رهن دینی باشد که از من مسخواهی و خانه در نزد تو باشد که از منافع آن استیفای حق خود بکنی در حین انقضای مدت دین.

به جهت آنکه منافع، تا وقت حلول اجل منعدم شده، و در آن وقت در مقابل، چیز موجودی نیست که از آن استیفا کند. بلی هر گاه بگوید که وجه اجاره این خانه از حال

تا انقضای مدت، رهن باشد خوب است.

و همچنین، دین را نمیتوان رهن کرد به جهت [عدم] تحقق قبض. و آنچه [که] ۱ صاحب

طلب مستحق است امر کلی است. و قبض در فردی از افراد آن بعد از تعیین مدیون، نه قبض

عین مرهون است. و ظاهراً فرقی نیست ما بین اینکه این دین بر خود مرتهن باشد یا غیر آن.

و قیاس آن به هبهء ما فی الذمه دلیلی ندارد با وجود آنکه اظهر و اشهر در هبهء ما فی الذمه، عدم صحت است. و هبه در " ما فی ذمه المتهب " که صحیحهء معاویه بن عمار

دلالت بر آن دارد ۲ هم منصرف به " ابراء " میشود. و بهر؟ هر حال دلیل واضحی بر جواز

رهن دین نیست مطلقاً. و اما مملوك بودن عین پس آن نیز شرط است. کتاب الرهن. ۳

۱۸۷ - سوال: زید قدری پول از عمرو، گرفته، و قدری از آب قنات خود را به رهن به تصرف عمرو داده که مادام که پول در پیش زید باشد آب هم در پیش عمرو باشد. آیا

میتواند مطالبهء اجرت المثل ایام تصرف عمرو را کرده باشد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه آن آب را از باب زیادتی در قرض داده به این معنی که پول را به قرض گرفته که در عوض مساوی آن پول را بدهد و منافع آن آب هم از او باشد تا وقت

۱: در نسخه: به جای " که "، " را " آمده.

۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الهیات، باب ۱ ح ۱.



۳: مجدداً توضیح داده میشود تکرار جمله " کتاب الرهن " به دلیل تلفیق سه دفتر است که در مقدمه بیان گردید

استرداد وجهه. این داخل ربای صریح است و حرام است. و لازم است که عوض آب را رد کند به صاحب آب. و همچنین هر گاه مجرای آب را رهن کرده است که وثیقهء دین باشد بر وجه صحیحی، باز منافع رهن مال رهن است. و مرتهن ضامن آن است هر گاه در آن تصرف کرده بدون اذن رهن.

کتاب الرهن.

۱۸۸ - سوال: من استدان من احد ورهن عنده شیئا من دون اشتراط مدة للرهن الا للدين. و غاب عنه و لا يعرفه المرتهن. ایجوز له بیعه واستيفاء دینه ام لا؟ -؟. جواب: لا یشرط فی صحة الرهن کون الدين مؤجلا، بل یصح فی الحال ایضا، كالقرض الغير المؤجل. و لا یصح اشتراط المدة للرهن فضلا عن اشتراطه [بها]. بل مدة

الرهن انما هو عدم الوفاء بالدين. ثم ان المرتهن فی الصورة المفروضة ان كان وکیلا فی البیع للاستيفاء فلا اشکال. و الا فان امکن مراجعة الحاكم والاثبات فیراجعه و یتأذنه

فی البیع والاستيفاء. والا فیجوز له البیع والاستيفاء، للضرر والخرج لو لم یجز. و یدل علیه

موثقة اسحاق بن عمار او صحیحته قال " سئلت ابا ابراهیم - ع - عن الرجل یكون عنده الرهن فلا یدری لمن هو من الناس (؟) فقال: لا احب ان یبیعه حتی یجئنی صاحبه.

قلت: لا یدری لمن هو من الناس. فقال: فیہ فضل او نقصان؟ قلت: فان كان فیہ فضل او نقصان. قال: ان كان فیہ نقصان فهو اهون، یبیعه فیو جر فی ما نقض من ماله، وان كان

فیہ فضل فهو اشدهما علیه، یبیعه و یمسك فضله حتی یجئنی حتی صاحبه " . ۱

والرواية مذکورة

فی الکتب الثلاثة. ۲

واما موثقة عبید بن زرارة " عن ابی عبد الله - ع - فی رجل رهن رهنا الی غیر وقت ثم غاب. هل له وقت یباع فیہ رهنه؟ قال: لا حتی یجئنی " . ۳ و موثقة ابن بکیر " قال: سئلت ابا

عبد الله - ع - عن الرجل رهن رهنا ثم انطلق فلا یقدر علیه. ایباع الرهن؟ قال: لا حتی یجئنی ۴

-----  
١: وسایل: ج ١٣، ابواب الرهن، باب ٤ ح ٢.  
٢: ای. الکافی: الفروع ج ١ ص ٣٩٥. والتهدیب: ج ٢ ص ١٦٤. والفقیه: ج ٢ ص ١٠١  
٣ و ٤: المرجع، الباب، ح ١ و ٣

صاحبه ". فلا يقاومان الموثقة السابقة لا اعتضادها بعمل الجماعة ونفى العسر والخرج.  
۱۸۹ - سؤال: هر گاه کسی ملکی بخرد و به جهت خروج ملك مستحقا للغير،

ملك دیگری از  
بایع را به رهن بگیرد، که در اصطلاح " ضامن درك مبيع " بشود. و همچنین مشتری  
هر گاه  
ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درك. که هر گاه ملك مستحق غیر بر آید  
مشتری

ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنین بایع نسبت به ثمن. صحیح است؟ و لازم  
است یا  
نه؟ -

جواب: اظهر جواز است به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار که  
حکمت در

رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال. ۱  
۱۹۰ - سوال: چه مفرمایند که هر گاه راهن ملك مرهون را به زید منتقل نمود قبل  
الفك.

و بعد الفك به عمرو منتقل نمود، و امضاء و اجازه مرتهن قبل الفك و فسخ او هیچ  
يك به جهت

زید مذکور نرسید مگر اینکه بعد الفك اظهار رضامندی و خوشنودی مبیعه زید را  
نمود. آیا

در چنین صورتی ملك مذکور مال زید مزبور است یا عمر؟ و مذکور میباشد؟ -  
جواب: هر چند راهن ممنوع است از تصرف در عین مرهونه بدون اذن مرتهن و لکن  
عقد

بیعی که واقع شود از او قبل از فك رهن، شرعی است با اجازه مرتهن. ۲ پس اگر  
اجازه کرد

لازم میشود. و اگر فسخ کرد باطل میشود. اما اگر نه اجازه کرد و نه فسخ تا اینکه  
راهن

ادای دین کرد و فك رهن کرد پس اظهر لزوم بیع است. زیرا که مقتضی لزوم که بیع  
مال

مملوك است با سایر شرایط، موجود است. و آنچه متصور است در این مقام از باب  
منافیات،

آن وجود مانع است که حق مرتهن است. و آن بالفرض به سبب فك مرتفع شد. و  
این از قبیل

آن نیست که بایع مال غیر را بفروشد و بعد منتقل شود به او به ارث. یا وکیل او آن

را بخرد  
برای او که بعضی باطل بدانند و بعضی صحیح، و بعضی موقوف بدانند به اجازه  
بایع  
چون در آن حال مال غیر را فروخته و در اینجا مال خود را.

-----  
۱: این سوال و جوابش همان سوال دوم کتاب رهن است که در اینجا حرف به حرف تکرار شده. برای  
حفظ  
امانت، حذف نگردید.  
۲: نسخه بدل: مراعی است به اجازهء مرتهن

و اما دلیل قول به عدم لزوم: پس آن استصحاب جواز ۱ است. چون قبل از فك، آن

بیع

متزلزل و جایز بود، و موقوف بود لزوم آن به اجازه مرتهن، پس به مقتضای

استصحاب، بعد از

فك هم باید جایز باشد نه لازم.

و این دلیل مندفع است به اینکه جوازی که ثابت بود قبل از فك، نسبت به اجازه

مرتهن و ثبوت حق او بود. اما نسبت به راهن پس جوازی و تزلزل [ی] نبود. چنان

که در بیع

فضولی هر گاه احد طرفین فضولی باشد و دیگری از برای خود باشد یا مولی علیه که

از

طرف خود و مولی علیه لازم است و از طرف فضولی جایز. و این معنی بنا بر

قول به کاشف بودن اجازه در فضولی، واضح است. و اما بنا بر قول به ناقل بودن، هر

چند توان گفت که اجازه جزء سبب نقل، است. و قبل از آن از جانب فضولی جایز

است

نه لازم.

و لکن در اینجا مگوئیم که این معامله در اینجا از جانب بایع و مشتری

هیچکدام فضولی نیست و فضولی بودن نسبت به مرتهن است. پس باز صادق است

که از

جانب راهن لازم بوده و به سبب فك رهن و سقوط حق مرتهن مانعی از برای آن

باقی

نمماند.

خلاصه آنکه: مقتضای عمومات و سایر ادله فضولی، بیع زید لازم است. و بیع ثانی

که به عمرو کرده بدون اجازه زید صورتی ندارد. و رضا و عدم رضای مرتهن بعد

از فك

هیچکدام مناط اعتبار نیست. چون حق او بالمره ساقط شده. و باید دانست که هر

چند

اکثر علما مسئله موقوف بودن صحت بیع راهن را به اجازه مرتهن، ذکر کرده‌اند و

تصریح

کرده‌اند، و لکن مسئله لزوم به سبب فك راهن را بدون اجازه مرتهن متوجه

نشده‌اند.

بلی علامه در قواعد لزوم آن را اقرب شمرده و فخر المحققین و محقق ثانی نیز

اختیار

آن کرده‌اند. و دلیل و قاعده مقتضی است که این هم کافی باشد. ۲ چنان که بیان

کردیم.

- 
- ۱: مراد از "جواز" معنای مقابل "لزوم" است.  
۲: در نسخه "و دلیل و قاعده مقتضای آن است که این هم کافی باشد". به هر صورت عبارت خالی از اضطراب نیست

و در مسئله عفو ۱ راهن جنایتی را که به عبد مرهون، رسیده باشد، و لزوم عفو  
[قبل] از فك - هر چند مرتهن مستحق غرامت جنایت است که قبل از فك بگیرد و  
داخل رهن کند - هم تاییدی از برای ما نحن فیه است.

-----  
۱: و در نسخه: عقود راهن.



کتاب الحجر و التفلیس

۱۹۱ - سؤال: زید صدیقی باید به زوجه خود بدهد. زوجه فوت شده و صدق او مانده، و

زید مال او بیش از آن نیست که ادای آن صدق را بکند. با وجود آن زن دیگر بگیرد و

این مال را به آن زن یا به اولاد خود مبخشد. این هبه صحیح است یا نه؟ -؟  
جواب: بلی صحیح است و [اگر] صاحب طلب بیاید و به حاکم شرع عرض کند که

او را از مال خود منع کند و حاکم هم او را منع بکند. در آن وقت اگر تصرف در مال خود بکند صحیح نیست.

۱۹۲ - سؤال: زید متوفی و زوجه و سه صغیر از او ماند، و برادر زید مزبور يك سال

متجاوز بدون اذن حاکم شرع نفقه آنها را داده. حال از مال صغار میتواند اخذ کند یا نه؟ -؟

جواب: هر گاه اذن حاکم شرعی ممکن نبوده و به صلاح [دید] جمعی از عدول مؤمنین، این کار را کرده و به نیت قرض نفقه کرده است، میتواند بر دارد. و [در] برداشتن قرض با وجود امکان اذن حاکم شرع بدون اذن بر ندارد. و اگر از اول اذن حاکم شرعی ممکن بوده و نکرده است، معلوم نیست که از برای او جایز باشد که تنخواه را بر دارد.

۱۹۳ - سؤال: عالمی غیر حاکم شرع جامع الشرايط، نصب قیم از برای ایتام و غیر ایتام

متواند نمود؟ و یا خود حسبنا متوجه رتق و فتق ایشان باید بشود - با مراعات صلاح بدون تعیین قیم و ناظر -؟.

جواب: بعد از اینکه بنا را بر این گذاشتیم که با وجود تعذر تولی و تصرف حاکم در مال یتیم، تصرف ثقات مؤمنین جایز باشد بر وفق مصلحت، چنان که اقوی و اظهر

است. و مقتضای دلیل آن است که آحاد عدول مؤمنین این کار را متواند کرد و اجتماع ضرور نیست، هر چند احوط باشد. پس گاه چنین باشد يك نفر ثقهء عدل قیم امر صغیر بنفسه متواند شد چه جای آنکه ضم شود با آن استصواب عالم صالح ثقهء دیگر، یا به استصواب جمعی دیگر از ثقات متوجه

رتق و فتق امور او بشود.

۱۹۴ - سؤال: هر گاه زید متوفی و سه اولاد از دو زوجه دارد. و در حین خرج تعزیه و صوم و صلوة رسد ۱ صغیر را منظور نکرده‌اند و از کل مال بر داشته‌اند. شرعا چه

باید کرد؟. در صورتی که توان از مال بر داشت - قیمی ندارد که محافظت مال صغیر

تواند کرد - جد مادری صغیر متواند که رسد صغیر را مطالبه و باز یافت نماید یا نه؟ -؟

و چه مفرم‌یند از باب حق الثمن زوجه از مخلفات زید مزبور، از منقول و غیر منقول

باید بگیرد یا نه؟ -؟ و حضانت صغیر به غیر از والده به غیری مرسد که اولاد پدری باشد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه متوفی وصیت خرج صوم و صلوة نکرده از مال یتیم نم‌توان صرف کرد. و هر کی صرف کرده باید غرامت بکشد. و جد مادری در مال طفل اختیاری ندارد. و هر گاه جد پدری و وصیبی هم نیست ولایت و اختیار با حاکم شرع است هر کی

را او قیم م‌کند مختار است. و اگر اذن حاکم شرع میسر نشود عدول مؤمنین متوانند

متوجه ضبط اموال او بشود، بلکه باید متوجه بشوند.

و حق الثمن زوجه: از منقولات (همه چیز) م‌برد. و از زمین چیزی نم‌برد. و از

(ξοξ)

خانه و باغ و آسیا و عصار ۱ و خانه و امثال آن، قیمت درخت و اسباب و آلات از سنگ و

در و پنجره و غیر از آنها را مگردد.

و حضانت صغیر به غیر مادر با کسی نیست در صورت سؤال. والله یعلم.  
۱۹۵ - سؤال: زید فوت شده و چند زوجه دارد که هر یک صدق خود را از ورثه زید مطالبند. و ورثه زید بعضی صغیر میباشند. و این اجناسی که از زید مانده بعضی از برای صغیر نفع دارند و بعضی نفع ندارند. آیا صدق زوجههای زید را از آن چیزی که

نفع از برای صغیر ندارند باید داد؟ یا از هر یک زوجهها خود خواسته باشند؟  
جواب: اختیار مال با وارث است. صاحبان صدق حق خود را مطالبند اگر عینی در صدق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است هر مالی را که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد طلب دارند نمیتوانند که آنها را الزام کنند که جنسی را که نمخواهند بر دارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه میشود و صلاح او را ملاحظه میکند. و بعد فقد جد و وصی، حاکم شرع - به تفصیلی

که در سؤال پیش مذکور شد - عمل میکند. والله العالم.  
۱۹۶ - سؤال: در تصرف ولی مصلحت ضرور است یا عدم فساد کافی است؟ -  
جواب: قال الله تعالی " ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن " ای بالطریقه التی هی احسن. وقد یتوهم ان هذه الاية تدل علی وجوب ابتغاء الطریقه الاحسن والانفع من

جميع الطرائق، و لا یکفی مجرد حصول المصلحة فی التصرف. و اقول: لا دلالة فی الاية علی ذلك.

اذ مفهوم الاستثناء هو جواز التصرف علی الطریقه التی هی احسن، فان الکلام فی قوة ان يقال

" یحرم قرب مال الیتیم والتصرف فیہ الاعلی الطریقه الاحسن. فانه لیس بحرام " و کون الولی مکلفا

باصلاح ماله امر آخر، لادخل له فی الاية. والخطاب فی الاية عام لا یختص بالاولیاء کقوله

تعالی " ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق " قبیل هذه الاية. فاذا جاز ابقائه علی حاله

-----

۱: و در نسخه: آسیا و عصا. - در حالی که عصا از منقولات است و حکمش قبلا بیان شده، و مراد از  
عصار آسیاب  
مخصوص روغن کشی از حبوبات است

من دون تصرف اصلا، فالتصرف فيه مع حصول النفع له - وان لم يكن اقصى ما يتصور من النفع فيه - اولى بالجواز.

فلا بد ان يراد من الا حسن، الا حسن، من تركه على حاله. وان لم يكن احسن الصور. او يكون المراد ملاحظة الامرين و هو اتلافه و اكله مجانا و ضبطه عليه. او المراد لا تقربوا بالاتلاف بل اقربوا بالحفظ عليه، كما يستفاد ذلك من بعض المفسرين. و على هذا فتكليف

الولى بملاحظة المصلحة لا يقتضى الا مطلق المصلحة، لا الفرد الا كمل منها. مع ان ملاحظة المصلحة. بمعنى " لزوم اعتبار حصول الربح والنفع له اذا امكن " لم نقف على دليله. غاية ما يستفاد من الادلة واصل الولاية هو ان الولى انما هو لاجل ان المولى عليه لما كان محجورا عليه من جهة عدم الفهم والعقل والرشد وان ابقائه على حاله يوجب اتلاف المال و الافساد، فنصب ١ الولى انما هو لاجل رفع الفساد و محافظة المال. واما وجوب صرفه ٢ فيما يجوز صرفه للمولى عليه (من جهة الانفاق والكساء و غيرهما) على اصلاح الاحوال، فلا دليل عليه. قال الشهيد (ره) فى القواعد هل يجب على الولى مراعات المصلحة فى مال المولى عليه؟ او يكتفى بنفى المفسدة؟ يحتمل الاول لانه منصوب لها و لاصالة بقاء الملك على حاله و لان النقل والانتقال لابد لهما من غاية والعدميات لا تكاد تقع غاية. و على هذا هل يتحرى الاصلاح؟ او يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه و جهان. نعم الامثل ٣ ما قلناه اولاً، لان ذلك لا يتناهى. و على كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلاح والمصلحة، لم يجز العدول عن الاصلاح. و يترتب على ذلك اخذ الولى بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المحنون حيث لا مفسدة، و غير ذلك.

اقول: اراد بقوله " بنفى المفسدة " عدمها لا رفعها. والا فهو ايضا مصلحة جزما. و قوله - ره - " لانه منصوب لها "، فيه انه اول المسئلة ولو سلم ذلك فلا مجال للنزاع و لا

معنى  
للاحتمال. بل المسلم انه انما نصب لا جل حفظ المال، لا لتحصيل المنفعة. ولما كان  
المولى

- 
- ١: لو كانت الجملة فعلية لكانت جواب " لما " ولكن اسقط قدس سره الجواب.
  - ٢: وفي النسخة: واما وجوب انما المال وصرفه..
  - ٣: وفي النسخة: نعم لمثل ما قلناه..

عليه لا يتمكن من صرف المال فيما يحتاج اليه غالبا الا على سبيل الاتلاف او الافساد، فنصب ا الولي انما هو لحفظ المال و صرفه لهم على وجهه وعلى قدر الاحتياج. قوله - ره - " ولا صالة بقاء الملك على حاله ". فيه انه يخرج عنه بدليل العمومات.

نعم

لا دلالة فى العمومات على ما لو باع بدون حاجة المولى عليه، لانه تصرف لم يؤذن فيه. فان

ما علم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لا احتياج المولى عليه او لتحصيل نفع له. اما الاول

فلوجوبه على اولى لكونه منصوبا لذلك. واما الثانى فلكونه احسانا وان لم يثبت وجوبه من دليل.

قوله - ره - " و لان النقل والانتقال.. الخ "، الظاهر ان مراده من العدمى هو نفى المفسدة بمعنى عدمها، كما ذكرنا سابقا. اذ هو الذى لا يكاد يقع غاية، لارفع الفساد فانه غاية

عظيمة. وفيه انه ان اراد انه يلزم اللغو، ح، لانه فعل بدون حكمة و مصلحة و هو قبيح والقبيح

منهى عنه. ففيه (بعد تسليم القبح) ان عدم الحكمة ممنوع. اذ قد يكون حكمة لغير المولى

عليه، وان لم يثبت له فيه حكمة. وان اراد انه لا بد ان يكون له غاية يعود نفعا الى المولى

عليه، فح نقول: ان اراد غاية زائدة على رفع احتياجه فى مصارفه المحتاج اليه، فهو ممنوع،

كما بينا. وان اراد ما هو اعم من ذلك بحيث يكتفى بما ذكر. ففيه انه مسلم كما بينا. ولكنه

يرجع الى عدم الرخصة فى التصرف الا على هذا الوجه. او لتحصيل النفع الزائد و نحن نسلم

انه لا بد ان يكون التصرف على احد الوجهين لا غير.

قوله - ره - " وعلى هذا هل يتحرى "، اقول: هذا التفريع يشهد بان مراده من المصلحة،

المصلحة الزائدة على ما ذكرنا من رفع الاحتياج. فلو فرض احتياجه الى بيع ماله لاجل انفاقه

وامكن ذلك بان يبيع غنمه بالدراهم و يشتري بها الخبز، او بان يشتري بالدراهم الحنطة



و يطحن و يخبز، و كان الثانى اصلح له. فعلى ما ذكرنا يكفى الاول. و على ما ذكره يلزم الثانى.  
وقد عرفت منع الدليل على لزوم. و لانه مما لا يتناهى فى بعض الاوقات.

-----  
١: اسقط قدس سره جواب " لما ". كما فعله ايضا آنفا. واسقاطه هناك يدل على ان كون " لما " هنا من دون تشديد، توهم. والموضعان سيان

قوله - ره - " وعلى كل تقدير.. الخ " فيه ما مر من المنع و عدم الدليل. ولا دلالة في الآية عليه.

قوله - ره - " و يترتب على ذلك... "، اقول: نعم ولكن ذلك لعدم احتياجه اليه و عدم ثبوت

الاذن في هذا التصرف. فكيف كان فالأظهر جواز اقتراض الولي اذا كان مليا بدون ملاحظة

النفع، لدلالة الاخبار عليه. و في خصوص الاب والجد دائرة الرخصة اوسع.. اذ لم يشترط فيه

الملائة ايضا، كما بيناه في المناهج في كتاب المكاسب. وفي الغنايم في كتاب الزكوة.

و قال العلامة (ره) في القواعد " و يجب حفظ مال الطفل واستثنائه قدرا لا تاكل النفقة على

اشكال " وقال المحقق الشيخ على - ره - " ان الاشكال نشأ من ان ذلك اكتساب مال للطفل

ولا يجب. و من ان ذهاب ماله في النفقة ضرر عظيم. وفائدة نصب الولي رفع الضرر. والاصح

عدم الوجوب. و ربما بنى الحكم على ان الواجب الاصلح؟ ام يكفي المصلحة؟ " .

و قال فخر المحققين (ره) في وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب. و من انه

منسوب للمصلحة و هذه من اتم المصالح ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل، و نصب الولي

لدفعهما. وهذا مبني على ان هذا هل هو مصلحة؟ او اصلح؟ و على الثاني هل يجب ام لا؟ - ؟

وقد حقق ذلك في علم الكلام. " انتهى. وانت بعد التأمل فيما مر تعرف ما فيه. والله العالم.

١٩٧ - سوال: آنکه: شخصی صدق زوجه بر ذمه او ثابت است. و آن شخص مزبور در

مکانی است که دست به او نمرسد. و صدق زوجه مزبوره بعضی عینا باقی است و بعضی

دیگر بر ذمه زوج است. آیا موافق قانون شرع متروکاتی که از زوج مزبور در این ولایت باقی

مانده است - زوجه مزبوره خود یا شخصی که به او هبه نموده، بدون حضور زوج مزبور - به قدر بقیه صدق خود میتواند که تصرف نماید یا نه؟ -

جواب: بعد مرافعهء شرعیه و ثبوت صدق مزبور، حاکم شرع از مال زوج صدق  
زوجه را  
مدهد، و احوط آن است که زوجه قسم بر بقای حق خود هم بخورد. و اما عین،  
پس اگر  
معلوم است و مدعی در برابر نیست، زوجه میان خود و خدا میتواند تصرف کند. و  
اگر  
حاکم شرع مطلع شود یا مدعی در برابر باشد، باید آن را هم به ثبوت برساند که  
مال اوست  
و بر دارد. و در صورت عدم امکان رجوع به زوج و حاکم شرع و عدم مدعی،  
میان خود و خدا

هم متواند تقاص حق خود را (به حسب مصلحت غایب) بکند، ۱ بر وجه صحیح. والله العالم.

۱۹۸ - سؤال: والده صغار که حضانت صغار را منماید. و یکی را شیر مدهد، متواند که یومیه خود را از مال صغار بگذراند یا نه؟ -  
جواب: بلی متواند، اما به اذن حاکم شرع. و اگر ممکن نباشد، به صلاح [دید] عدول. والله العالم.

۱۹۹ - سؤال: اینکه: از مال یتیم صغیر به والده صغیر ۲ متوان داد که متوجه احوال

صغیر ۳ بوده باشد یا نه؟ -

جواب: هر گاه مادر، فقیره باشد، از مال صغیر به او متوان نفقه داد. و هر گاه فقیره نباشد، و لکن صغیر را شیر مدهد، اجرت رضاع را ۴ متوان بگیرد. و اما اجرت پرستاری

طفل را نمیتواند بگیرد، بلکه قیمت مثل صابون و دوا و امثال آن، که به مصرف طفل برساند متواند گرفت. والله العالم.

۲۰۰ - سؤال: هر گاه مادر طفل صغیر در حال صغر ملك او را فروخته باشد، طفل بعد

از بلوغ متواند استرداد کند یا نه؟ -

جواب: هر گاه معلوم نباشد که حاکم شرع او را قیم طفل کرده است و به جهت مصلحت طفل فروخته است، متواند استرداد بکند. و هر گاه مادر ادعای آن بکند که من

قیم بودم، یا آنکه دسترس به حاکم نبود و به استصواب ثقات مؤمنین حسبتا کرده‌ام، باید

به اثبات برسد. و هر گاه مادر فوت شده است و ملك در دست مشتری است همچنین

متواند استرداد کرد. و قول بر اینکه " فعل مسلم محمول بر صحت است پس باید حمل

کنیم بیع مادر را بر وجه صحیح " بی وجه است. بلی، هر گاه ولی شرعی طفل فروخته باشد

دیگر بعد از بلوغ نمیتواند ادعائی بکند. مگر آنکه دعوی کند که بر غیر وجه مصلحت

-----  
۱: منظور تقاص در مقابل آن قسمت از صداق است که در ذمهء زوج است. و این کلام استدراك از کلام بالاتر است.

۲ و ۳: در نسخه: صغیره.  
۴: در نسخه: رضاع را هم میتواند بگیرد

فروخته است.

و در این صورت هر گاه ولی، پدر و جد بوده و بینه در میان نباشد قول پدر و جد مقدم

است. و هر گاه غیر پدر و جد بوده مثل وصی و غیر آن، علامه (ره) در تحریر تصریح کرده

به اینکه قول، قول صبی است و بایع باید بینه بر مصلحت بیاورد.

۲۰۱ - سؤال: هر گاه کسی بمیرد و زنی از او بماند و طفل صغیری هم از آن زن دارد و زن دیگر هم داشته که قبل از خودش فوت شده و از آن زن هم صغیری باقی است.

این ضعیفه دعوی ثمن و صداق میکند، و صداق او هم معین و ثابت است. و صداق ضعیفه

که فوت شده هم معین و ثابت است. آیا صداق ضعیفه موجوده را به نصف یا بیشتر میتوان صلح نمود که قسم نخورد یا نه؟ -؟ و مهر ضعیفه سابقه را چه باید کرد؟  
جواب: ثمن ضعیفه موجوده را باید داد. و اما مهر او هر گاه ثابت است شرعا و ضعیفه

هم قسم بر بقای آن مسخورد و از حال او میتوان دانست که هر گاه قسم بدهید قسم مسخورد، بلی صلح خوب است. و صلاح حال صغار هم در آن است. و اگر قسم مسخورد،

مستحق مهر نیست. و اما حکم مهر ضعیفه که قبل از خودش فوت شده، پس این است که

نمیتوان مهری از برای او وضع کرد. به جهت آنکه نه مدعی موجود است و نه وارث اهل

دعوی کردن و قسم خوردنی است. و هم دلیلی بر این نیست که به قدر مهر او، را جدا کنیم

و بگذاریم که صغیر بزرگ شود تا به بینیم که قسم نفی العلم متوجه او میشود و مسخورد یا نه.

پس ثمن آن ضعیفه از مجموع مال (بعد از ادای مهر او) داده میشود. و هر وقت صغیر

بزرگ شود و دعوی کند، به مقتضای آن عمل خواهد شد. و اگر ضعیفه الحال به قدر مهر

آن ضعیفه میته از ثمن خود به جهت صغیر واگذارد احسانی کرده در حق صغیر.  
۲۰۲ - سؤال: هر گاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی

کمتراز  
" ثمن المثل " بفروشد. و حال آنکه صرفه و غبطهء صغار هم در فروختن املاک  
مزبوره نبوده.  
آیا در صورت مزبوره مبیعه [ای] که قیم مزبوره کرده صورت شرعی دارد؟ یا آنکه  
مبیعهء  
مزبوره باطل [است] و صحیح نیست و صغار مزبوره را مرسد که بعد از بلوغ و  
رشد، املاک

مزبورہء خود را تصرف نمایند، یا نه؟ -؟  
جواب: آنچه از دلیل ظاهر مشهود این است که جایز نیست بیع مال صغیر مگر در صورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا در صورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولی مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن، [فروختن] آن به " ثمن المثل " هم معلوم نیست که جایز باشد، چه جای کمتر از ثمن المثل. مگر اینکه فروختن برای او اصلح باشد. و اما با احتیاج صغیر به فروختن، پس بیع صحیح است. مگر اینکه ولی تقصیر کرده باشد در فروختن به کمتر از ثمن المثل. و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذرد، باز صحیح است و بر ولی چیزی نیست. و هر گاه از راه نادانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز صحیح است. و لکن دعوی غبن در میان مآید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه. ۲۰۳ - سؤال: هر گاه قیم شرعی صغار، در صورت عدم صرفه و غبطه، املاک صغار را [به] کمتر از ثمن المثل بفروشد (چنان که در سؤال سابق مذکور شد) چنین مدانسته ۱ که ثمن المثل است و فروخته اما تفحص و تجسس نکرده باشد بعد از مبیعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاک مزبورہ کمتر از ثمن المثل است. چه صورت دارد؟  
جواب: هر گاه ولی بدون احتیاج صغیر به بیع ملک، آن ملک را فروخته و مصلحت هم در آن بیع نبوده، بیع جایز نیست. و هر گاه با احتیاج صغیر به بیع، ملک را فروخته یا آنکه فروختن به جهت ایشان اصلح بوه از نگاه داشتن، و لیکن مغبون شده باشد در قیمت، و از راه نادانی به قیمت کمتر از ثمن المثل فروخته باشد، بیع صحیح است. و لیکن پای دعوی غبن در میان مآید و به مقتضای آن عمل باید کرد. و اینکه در سوال نوشته شده است که " تفحص و تجسس از قیمت نکرده و فروخته



است"، هر گاه این معنی در مادهء ولی در عرف و عادت تقصیر محسوب نمیشود -  
مثل

-----  
۱: در نسخه: همچنین مدانسته...

اینکه ولی شخصی باشد که رای او صحیح است و غالب معاملات او بر وفق استقامت است

و در اینجا غافل شده به جهتی مثل آنکه در آن وقت ترقی در قیمت شده بوده است که او مطلع نبوده و به این فکر نیفتاده که گاه هست تفاوت کرده باشد تا تفحص کرده باشد -

بیع صحیح است و بر او غرامتی نیست. و به مقتضای دعوی غبن باید عمل کرد. و هر گاه ولی عادی از طریق و رفتار در معامله باشد (و بلدیت از قیمت ملک نداشته باشد و با وجود این از روی بیروانی به این قیمت فروخته و بعد معلوم شد که کمتر از

ثمن المثل بوده) آن بیع نیز صورتی ندارد. و به هر حال این امور محتاج است به مرافعه، و

در مرافعه حاکم شرع آنچه باید، خواهد کرد.

۲۰۴ - سوال: هر گاه کسی زمین شاهی، را باغ کند و اشجار در آن غرس کند و فوت شود و از او صغیری بماند. و از راه بصاحبی آن باغ خراب و ضایع شود. و مسلمین حسبنا متوجه شده آن باغ را قیمت کنند و نصف آن را به احدی در عوض اجرت

بدهند که نصف دیگر را سقی نموده و اشجار آن را آبیاری کند و به عمل بیاورد. آیا این

مبايعه و مغارسه صحیح است یا فاسد؟ -؟ و صغیر بعد از کبر میتواند آن معامله را بر هم زند یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهراً مراد از "ملك شاهي" در سوال، ملك مجهول المالك محیاتی است که در تصرف شاه است. و حکم مجهول المالك آن است که تصدق به فقرا شود. و چون

مقدور نیست به سبب تسلط شاه، پس فروختن آن صحیح نیست. به جهت عدم قدرت

بر تسلیم. و ممکن است که به اذن مجتهد عادل هر گاه قیمت یا اجرت آن را به فقرا بدهد

جایز باشد تصرف در آن، و غرس کردن اشجار در آن. و آن اشجار ملك غارس میشود و

متواند بیع و شرای آنها را کرد.

و اما تصرف در مال صغیر: پس آن موقوف است به اذن ولی شرعی، هر گاه صغیر

جد پدری و وصی پدر یا جد ندارد، مجتهد عادل ولی او است. و هر گاه ممکن نشود رجوع به او، ثقات مؤمنین حسبنا میتوانند بر وفق مصلحت او تصرف کنند در آن. پس بنابراین، نصف باغ و اشجار را در عوض اجرت دادن از برای تعمیر ما بقی، جایز است با

شرایط.

یعنی اینکه عمل معلوم باشد که چه چیز است، و جهالتی در آن نباشد. و این از باب "مغارسه" نیست، ۱ به جهت آنکه مغارسه آن است که زمینی را به کسی بدهند که

درخت در آن بکارد و يك حصه از آن اشجار از او باشد با زمین یا بی زمین. و خواه آن

نهالی که غرس میکند مال صاحب زمین باشد یا مال عامل. ۲. و این معامله فاسد است.

و حکم آن این است که درخت مال صاحب درخت است. پس اگر مال صاحب زمین

است عامل مستحق اجرت المثل عمل است.

و اگر مال عامل است پس بر عامل اجرة المثل زمین است در زمانی که درخت [در] زمین

بوده و میباشد. و صاحب زمین میتواند درخت را بکند با ارش. یعنی تفاوت قیمت را باید

به عامل بدهد. به جهت آنکه به اذن او در زمین گذاشته و از باب "عرق ظالم" نیست که

حقی نداشته باشد. و طریق اخذ ارش این است که قیمت میکنند درخت را در حالی که

این صفت داشته باشد که "در زمین ایستاده باشد با اجرت و صاحب زمین هر وقت خواهد

میتواند او را بکند با ارش " ۳، و قیمت میکنند درخت را " در حالی که کننده شود " و

۱: در حواشی جلد اول توضیح داده شد که محقق قمی از طرفداران نظریه "توقیف" است اینان معتقدند که

احکام شرع اعم از "عبادات" و "معاملات" کلا و عموماً "توقیفیه" هستند. یعنی فقط همان عقودی که

نامشان رسماً در شرع آمده صحیح و قابل عمل هستند و ایجاد هر گونه عقد جدیدی ممنوع و باطل است.

مطابق نظر اینان چیزی به نام "سرقفلی" و یا "بیمه" مثلاً باطل است. و چون "مغارسه" در احکام مطرح

نبوده و نامی در شرع از آن نیامده پس باطل است. اکثر متقدمین طرفدار این نظریه هستند و اکثریت قریب به اتفاق متأخرین از متأخرین به صحت و جواز آن فتوی میدهند و تنها "عبادات" را محکوم به "توقیف

"

مدانند.

۲: بعضی از آنان که مغارسه را باطل بدانند تکیه‌شان بر توقیفی بودن در معاملات نیست بل به دلیل اینکه درخت ریشه‌دار است - به خلاف زرع در مزارعه - و نیازمند زمان طولانی است و تعیین اجل تقسیم و شرایط

دیگر دچار مشکلات میشود، آن را باطل بدانند. و این در صورتی است که نهال از یکی و زمین از دیگری

باشد. و ظاهر سخن مرحوم شهید در لمعه که مگوید "والمغارسة باطلة لطول مدتها" بر این استدلال تکیه

دارد. میرزا با عبارت فوق سخاوت بگوید که از طرفداران بطلان اصل مغارسه است به دلیل توقیف. ۳: و در نسخه: این صفت داشته باشد که در زمین ایستاده باشد با اجرت تفاوت و این صفت داشته باشد که

صاحب زمین هر وقت خواهد متواند او را بکند با ارش و همچنین قیمت میکند درخت را در حالتی که...

تفاوت ما بین قیمتش را به عامل مدهند. و این وجه را شهید ثانی (ره) ذکر کرده و گویا  
مراد او از لفظ " ارش " در آخر، تفاوت قیمت " درخت ایستاده با لزوم اجرت " و  
قیمت  
" همان درخت در حالی که کنده شود " [است].

و در اینجا چند وجه دیگر در طریق بیان اخذ ارش کرده‌اند. و آنچه ذکر شد اظهر  
وجوه است و باز شهید ثانی (ره) گفته است که " در این حال ارش زمین را بر عامل  
حساب

مکنند هر گاه نقضی در آن به هم رسد و همچنین پر کردن گودال [ها] ئی که به  
هم برسد، بر  
او است. " و بعد از آن گفته که " اصحاب حکم را مطلق گفته‌اند و فرق ما بین عالم  
و جاهل

نگذاشته [اند]. " ۱ و بعد از آن گفته است که " دور نیست که فرق باشد " و باز  
رد کرده. و به

هر حال نه صاحب زمین را جبر متوان کرد که درخت را مکن و اجرت را بگیر. و  
نه صاحب

درخت را متوان جبر کرد که درخت را بکن و از او قیمت را بگیر.

۲۰۵: سؤال: غیر رشیدهء بالغه، ولایت آن با کی است؟ و همچنین طفل و مجنون،  
ولایت ایشان با کی است؟.

جواب: بالغهء غیر رشیده هر گاه سفه او متصل به صغر باشد، اظهر این است که  
ولایت

او در مال، با پدر و جد پدری است. و احوط این است که اذن حاکم هم به آن ضم  
شود. و

همچنین بالغ غیر رشید. و هر گاه پدر و جد نباشد وصی پدر یا جد پدری. و هر گاه  
اینها

نباشند، با حاکم شرع است. و هر گاه سفه او عارضی باشد بعد بلوغ، ولایت آن با  
حاکم

است. و اما طفل و مجنون پس ولایت آنها با پدر و جد پدری است، هر گاه جنون  
متصل به

صغر باشد. و هر گاه ایشان نباشند، با وصی. و هر گاه نباشد، با حاکم. چنان که  
مذکور شد. و

هر گاه جنون عارضی باشد، ولایت با حاکم است.

و اما در نکاح: پس ولایت طفل و مجنون که جنون او متصل به صغر باشد، با پدر و

جد  
است. و اما هر گاه جنون عارضی شود بعد از بلوغ و عقل، پس خلافی است در  
اینکه ولی  
حاکم است؟ یا پدر؟ و اثبات ولایت از برای پدر و جد بعد از زوال آن، ماخذ  
واضحی ندارد.

-----  
۱: یکی از آثار علم این است که چون دانسته به يك معامله باطل اقدام کرده‌اند لذا دادگاه اسلامی میتواند  
به  
اختلاف آنها رسیدگی نکند

و چون از ظاهر تذکره نقل اجماعی بر آن شده، احوط تشریک حاکم است با جد و پدر. و اما هر گاه جد و پدر نباشند، پس اظهر این است که کسی ولایتی به طفل ندارد نه حاکم و نه وصی. و اما مجنون، پس ظاهر این است که اشکالی در ولایت حاکم نیست. خواه جنون

متصل به صغر باشد یا عارضی باشد.

و اما بالغ غیر رشید: پس هر گاه سفه و عدم رشد آن متصل به صغر باشد، پس در آن دو

قول است. و اظهر این است که ولایت با پدر و جد است. و احوط این است که اذن حاکم هم

با او ضم شود. و هر گاه سفه عارض شود بعد از بلوغ، پس مشهور اقوی آن است که ولایت با

حاکم است. و هر گاه پدر و جد نباشند، مطلقاً ولایت با حاکم است. و در احکام نکاح که

مذکور شد، فرقی ما بین ذکر و انثی نیست.

۲۰۶: سؤال: در وقتی که مجتهد نباشد امور حسبیه با عدول مومنین است؟ و اعلمیت مدخلیت دارد یا نه؟ -

جواب: امور حسبیه بسیار است - مثل جهاد و امر بمعروف و نهی از منکر و فتوی و

قضا و اجرای حدود و اعانت بر طاعت و اخذ لقیط و غیر اینها - و شکی نیست که در

بسیار آنها " از جملهء علما بودن " شرط نیست چه جای مجتهد بودن. پس ظاهر آن است

که مراد از امور حسبیه در سؤال اموری است که موکول است به حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) مثل تصرف در مال یتیم در وقتی که جد یا وصی پدر یا جد نداشته باشد. و همچنین سفیه و مجنون هر گاه طاری شده باشد جنون و سفه بعد از بلوغ و رشد

(یا مطلقاً، بنا بر قولی). و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای

میت در وقتی که وصی نباشد. و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و

وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. همچنین تصرف در بعضی اوقاف که ناظر



شرعی  
نداشته باشد. و گرفتن خمس و زکات از کسی که ممانعت کند. و گرفتن حصه  
امام از  
خمس و به نیابت او از باب تتمه به فقرای سادات دادن. و امثال اینها.  
و دلیل ولایت حاکم منقول است و عموم نیابتی که از روایات مثل "مقبوله

عمر بن حنظله " ۱ و غیر آن فهمیده مشود. و همچنین عموم " العلماء ورثة الانبياء " .۲

و " علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل " ۳. و شکی نیست که از برای انبیاء این نوع ولایت

ثابت بود. و در نهج البلاغه از کلام امیر المومنین (ع) که " ان اولی الناس بالانبياء اعلمهم

بما جاوا به. ثم تلی علیه السلام قوله تعالی: ان اولی الناس بابراهیم الذین اتبعوه و هذا النبی و الذین امنوا، ثم قال: ان ولی محمد - ص - من اطاع الله و ان بعدت لحمته، وان

عدو محمد - ص - من عصی الله و ان قربت قرابته " ۴.

و ایضا دلالت میکند بر این عقل و اعتبار. زیرا که ناچار است از کسی که مباشر این امور باشد، و کسی مثل حاکم عادل نیست.

به جهت رجحان او به سبب علم و دیانت.

و هر گاه حاکم شرعی نباشد، پس ظاهر این است که ولایت ثابت از برای کسی که اعتماد به دین و امانت او باشد، چنان که جمعی از علما تصریح به آن کرده‌اند. و

دلالت میکند بر آن آیات و اخبار مثل قوله تعالی " ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن و ما علی المحسنین من سبیل " و شکی نیست که این احسانی است به این

اشخاص. و بعضی استدلال کرده‌اند به حکایت خضر و ظاهر آن است که مراد معیوب

کردن کشتی باشد به جهت صلاح حال مساکین که صاحب آن بودند که آن پادشاه ظالم

کشتی را غصب نکند، و ظاهر از انبیاء سلف حسن متابعت ایشان است. و کسی نگوید

که " خضر (ع) پیغمبر بود و کاری که برای او جایز باشد لازم نیست که از برای ما جایز

باشد " به جهت آنکه تکیه در ۶ استدلال به ملاحظه علت است که آن احسان به مساکین

۱: وسائل ج ۱۸، ابواب صفات القاضی، باب ۱۱ ح ۱ - کافی - اصول: ج ۱ ص ۶۷ - فروغ: ج ۷ ص ۴۱۲ - تهذیب:

ج ۶ ص ۳۰۱ - فقیه: ج ۳ ص ۵.

۲: اصول کافی: ج ۱ کتاب فضل العالم باب صفة العلم و فضل العلماء، ح ۲، و باب ثواب العالم ح ۱.

۳: بحار: ج ۲ ص ۲۲ ح ۶۷.

۴: نهج البلاغه: فصار الحكم: حکمت ۹۲، ابن ابن؟ الحديد - ۹۱ خوئی - ۹۲ فیض ۹۲ صبحی.  
۵: در نسخه: از برای کسی که نگویید که خضر...  
۶: در نسخ: بر استدلال...

است. پس هر جا که علت باشد، حکم ثابت میشود ۱. و دلالت میکند بر این نیز بعض اخبار صحیحه مثل روایت محمد بن اسمعیل بن بزیر که دلالت دارد بر اینکه تصرف کردن مثل او و مثل عبد الحمید بن سالم از ثقات در اموال یتیم جایز است.

بدون رخصت امام. ۲ و همچنین غیر آن از اخبار. و تصریح کرده‌اند - به قیام عدول مومنین

مقام مجتهد در تصرف در اموال ایتام و غیب و غیر آنها - جماعتی از علما. و در خصوص

گرفتن خمس و زکات به زور از مانع آنها شهید اول (ره) در قواعد، و همچنین به نیابت

امام (ع) گرفتن خمس از برای طلبه علوم دینیة. و آخوند ملا احمد (ره) گفته که بعد از عجز

از آن نیز خود مالک میدهد.

هر گاه این را دانستی معلوم میشود که مطلق مومن ثقه عدل، کافی است، و لکن اولی آن است که عالم مقدم بر غیر عالم باشد. و همچنین اعلم، هر گاه آن اعلم با زیادتی

علم مناسبت به مدعای ما داشته باشد که به سبب آن اعراف باشد به مصارف. خصوصاً به

ملاحظه مثل "العلما ورثة الانبياء". اما وجوب ملاحظه اعلمیت محل اشکال است، هر چند

از ظاهر کلام آخوند ملا احمد (ره) در باب حصه امام تقدیم طلبه و عالم بودن ظاهر

میشود. و به هر حال البته احوط است.

کتاب الحجر و التفلیس من مجلد الثانی

۲۰۷ - سوال: هر گاه کسی ملکی را بیع کرده به بیع شرط خیار. و در انقضای اجل

که وقت رد ثمن است، مشتری پنهان شود که با بیع نتواند رد مثل ثمن نماید و فك عین

بیع نموده و ملك خود را متصرف شود. و حال آنکه با بیع تنخواه را موجود کرده و مسخواهد رد کند (?).

-----

۱: لیکن در ماجرای خضر قتل غلام نیز مبتنی بر علت مبین است، بنابراین بهتر است در احکام به ماجرای خضر تمسک نشود. و آن را به مباحث علم کلام وا گذاشت.

۲: وسایل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۱۶ ح ۲ در متن حدیث آمده " قاضی کوفه عبد الحمید را قیم کرده است " و امام فرموده " اگر قیم مثل تو و عبد الحمید باشد اشکالی ندارد "

جواب: در این صورت مثل ثمن را ببرد به نزد مجتهد عادل که ولی غایب است در اموال او، و تسلیم کند و فسخ کند. و باید دانست که مطلق رد مال کافی نیست هر چند به

خود مشتری بدهد. بلکه باید انشاء فسخ بکند و بگوید بیع را فسخ کردم. و هر گاه دسترس به مجتهد عادل نباشد، ظاهر این است که بتواند به عدول مومنین تسلیم کند به این معنی که ایشان را ولی غایب داند در مال غایب. چنان که در مال یتیم هم اظهر این است که هر گاه ولی شرعی نباشد و دست به حاکم شرع نرسد ثقات مومنین

تصرف در مال یتیم بر وجه مصلحت متوانند کرد. و ظاهر این است که بر ایشان لازم هم باشد. کسی نگوید که "صلاح غایب هر گاه در لزوم بیع باشد و عدم فسخ، پس این تصرف در مال غایب بر وجه مصلحت نیست". به

جهت اینکه مگوئیم که مقتضای شرط خیار این است که مشتری در سر موعد با وجود

تمکن بایع از رد مثل ثمن و اراده رد و عدم تجافی از آن، دیگر تسلطی بر منع بایع از

تملك ملك ندارد. و تسلط به همین قدر بود که اگر ممانعت از رد ثمن کند لزوم بیع مستمر باشد. و هر گاه بایع خواهان رد است و بالفعل مدهد مال را، غایب مستحق همان

ثمن است و ولی غایب باید مال او را که ثمن است ضبط کند. علی الخصوص در صورتی

که پنهان شده به همین علت.

و این تفاوت ندارد با آن صورتی که رد مثل ثمن به خود مشتری بکند و او قبول نکند که در امثال این حکم کرده‌اند که جایز است که تنخواه را در نزد طلبکار بیندازد

و بگوید "بر دار و برو" و در این صورت هر گاه بر ندارد تا آن تلف شود از کیسه طلب خواه،

رفته. و بر آن شخص غرامتی نیست. پس در اینجا هم دادن به دست عدول مومنین مثل انداختن در نزد او است. و هر گاه عدول مومنین مصلحت را در

آن دانند که از دست او نگیرند یعنی بگویند "صلاح غایب در این است که آن مال نزد

تو باشد" ضرر ندارد. و لکن بایع صیغه فسخ را بگوید و شاهد بگیرد بر فسخ، و

ملك مال

او مشود.

و ظاهر این است که هر گاه مشتری عمدا پنهان نشده باشد و اتفاق افتاده است که

حاضر نیست، و [بایع] نمیتواند به او برساند. یا حاضر است و مجبوس است و دست به

او نمرسد، همچنین باشد. و ظاهر این است که همین که تسلط بر فسخ به هم رساند

اگر در همان حین غافل بشود و انشاء فسخ نکند تا مدت خیار هم منقضی شود، باز تسلط باقی است. چون کوتاهی در مقتضای شرط نکرده است.

و اما اگر بایع فراموش کند رد ثمن را تا مدت خیار. یا فراموش کند آنکه خیاری از برای او هست. یا آنکه مشتری غایب باشد و [بایع] جاهل باشد به اینکه باید به نزد حاکم ببرد یا به عدول مومنین بسپرد تا مدت منقضی شود. پس به مقتضای شرط و مفهوم اخباری که در بیع شرط وارد شده این است که خیار ساقط شود. و تصریحی به

حکم این در کلام علما الحال در نظر نیست، و لکن مقتضای دلیل همین است. بلی متوجه این شده‌اند که هر گاه بایع غایب باشد یا جاهل باشد به خیار، مثل آنکه بایع در

بین مدت بمیرد و وارث نداند که خیاری از برای او بود تا مدت منقضی شود. ۱ و گفته‌اند که در این صورت خیار ساقط مشود. و ظاهر این است که ماخذ هر دو مسئله

یکی است، و ماخذ همان است که گفتیم که مقتضای شرط است و مفهوم روایات دلالت بر آن دارد.

۲۰۸ - سوال: زید اموال بسیار از جمعی گرفته و الحال پریشان، و قلیل مالی دارد و از؟ باب میخواهد آن مال قلیل را میان خود تقسیم کنند، و لکن بعضی از آنها غایب‌اند و بعضی هنوز موعد طلب ایشان نشده چه باید کرد. جواب: این شخص را در اصطلاح شرع "مفلس" مگویند. و او را حاکم شرع منع میکند از اموال او و تقسیم میکند میان غرماء. و تقسیم اموال او جایز نیست مگر به چند شرط:

اول: اینکه دیون ثابت باشد در نزد حاکم شرع.

دوم: اینکه دیون حاله باشد، یعنی دینی که مؤجل باشد باعث این نمشود که او

۱: در نسخه شد



را به سبب آن حجر کنند. و منع کنند از مال او. و به مجرد حجر دین مؤجل حال نمیشود. چنان که در میت میشود.

سوم: اینکه اموال او قاصر باشد از وفای به دیون.

چهارم: آنکه صاحب طلبها بروند به نزد حاکم و از او التماس کنند که او را حجر کند، و حاکم سر خود نمیتواند حجر کند. مگر آنکه صاحب طلب یتیمی باشد یا مجنونی یا سفیهی که حاکم ولی ایشان باشد که ولایتا میتواند حجر کند. و همچنین هر گاه بعضی از آن قبیل باشند و بعضی دیگر از سایر ناس باشند و التماس حجر هم بکنند. و اما هر گاه دیون از غایبی باشد حجر نمیتواند کرد. چون ولایت او بر غایب در

حفظ مال او است نه آنچه را غایب در ذمهء مردم دارد. بلکه همان حفظ مال غایب را

میکند. چنان که در مسالك تصریح به اینها کرده.

و ظاهر این کلام این است که در صورتی که بعضی دیون از مولی علیهم باشد و بعضی از دیگران و لکن آنها التماس نکنند، حجر نتواند کرد. و این مشکل است در صورتی که طلب یتیم و سایر مولی علیهم زاید بر مال مفلس باشد ۱.

و تا حاکم حکم نکند به حجر بعد التماس آنها، او را منع از مال نمیتوان کرد. و بدان که: هر گاه حاکم حجر کرد با شرایط در دیون حاله، و قبل از آنکه تقسیم کند طلبکار دیگری پیدا شود و ثابت شود طلب او، او را هم باید شریک کرد هر گاه ثابت

باشد که در حین حجر دین او هم حال بوده و موعد آن رسیده بوده است. و اما هر گاه

در حین حجر بعضی از دیون مفلس حال نبوده و لکن بعد از حجر حاکم، و قبل از تقسیم، موعد آن رسیده او را هم باید شریک کرد. و ظاهر آخوند ملا احمد (ره) این است

که در آن خلافی نباشد. و هر گاه بعد از قسمت طلبکاری پیدا شود که در حین حجر

طلب او حال بوده و موعد او رسیده بود، او را هم باید شریک کرد.

---

۱: قول دیگر تفصیل است ما بین غایب و سایر مولی علیهم زیرا ممکن است غایب قصد دارد به مدیون مهلت دهد

یا ذمهء او را ابراء کند ولی چنین احتمالی در مورد سایر مولی علیهم وجود ندارد و حاکم مسئول حفظ هر نوع مال و حقوق آنها است و ممکن است مراد صاحب مسالك نیز همین باشد

(१५०)

و لکن اشکال در این است که آیا قسمت را بر هم میزنند و از نو قسمت میکنند؟ یا آنکه حصه او را سر شکن میکنند بر غرما و به قدر الحصة از هر کدام پس بگیرد؟ علامه

در ارشاد تصریح به اول کرده. و همچنین در تذکره، و قول دوم را احتمالی قرار داده.

و در مسالك هم اختیار آن را کرده. و در قواعد عکس این کرده و نقض قسمت را احتمالی قرار داده. و فخر المحققین هم ترجیح آن را داده و این منقول است از شیخ علی

در حواشی ارشاد. و فخر المحققین بنای این خلاف را بر این گذاشته که: تعلق حق غرما

بر ترکه از باب تعلق دین است به رهن؟ یا از باب تعلق جنایت به رقبهء عبد؟. بنا بر ثانی قسمت " حقیقه؟ " میشود. و بنا بر اول محض قضای دین است، و در حکم آن صاحب طلبی است که زیاده از حق خود گرفته باشد همین زیادتی را پس بگیرند. و هر گاه از باب قسمت حقیقه باشد، باطل است. چون قسمت کل واقع شده

است ما بین بعضی مستحقین. و بر این متفرع میشود مسائل بسیار. و اظهر قول دوم است. و دور نیست که همین سخن در صورتی که حصول دین و رسیدن موعد آن بعد از

حجر و قبل از قسمت باشد، هم جاری باشد، که هر گاه بعد از قسمت پیدا شود باز همین

دو قول در این جاری باشد. چنان که آخوند ملا احمد (ره) احتمال آن را داده. و بدان که: آنچه مذکور شد که " باید حجر حاکم به التماس غرما باشد نه سر خود " شرط نیست که به التماس هم باشد. بلکه هر گاه بعضی از ایشان التماس کنند هم جایز است حجر کند. اما به شرطی که مال مفلس کمتر از طلب همان شخص

باشد. و هر گاه کمتر نباشد حجر نمکنند. و در صورتی که کمتر باشد و حجر کند نفع

حجر به دیگران هم میرسد. و میان همهء ارباب طلب که موعدشان رسیده قسمت میشود. و در مسالك و تذکره نقل کرده که نزدیک شمرده است جواز حجر به التماس

بعض، را. هر چند دین او زاید بر مال مفلس نباشد.

هر گاه این را دانستی پس در جواب سؤال میگوئیم که: آنهایی که موعد طلب ایشان نرسیده حقی ندارند. و آنهایی که غایب اند و موعد طلب ایشان رسیده باشد

(هر گاه مال مفلس کمتر از طلب اینهایی است که حاضرند و التماس حجر میکنند)

(۴۷۱)

جایز است حجر. و بعد حجر حصهء غایب را هم باید بر آورد کرد، و حاکم نگاه مدارد

از برای او تا بیاید.

۲۰۹ - سوال: هر گاه چند نفر صغیر باشند که اموال آنها مخلوط است، و ولی متوجه

انفاق آنها است از مال خودشان. آیا تکلیف ولی در نفقه و کسوهء ایشان چه چیز است؟ حساب

نان آنها و خرج آنها را چگونه نگاه دارد که زیاد و کم نشود؟

جواب: لباس آنها تفاوت دارد. باید بزرگی و کوچکی [را] منظور داشت. و همچنین در

نوع لباس از ابریشم و پنبه و کتان تا مال کوچک ضایع نشود. و در خوراک جایز است تسویه

آنها در حساب نفقه. چنان که علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و ظاهر تذکره هم این

است. و دلیل مسئله در ملاحظهء مدارک، معلوم است. چون گاه است که مثلاً رخت صغیر

بزرگ چهار زرع کرباس میخواهد و از کوچک دو زرع. و همچنین بعضی ابریشمی میپوشند و بعضی ریسمانی. و اما در خوراک پس ظاهر این است که دلیل آن خصوص روایت ابی الصباح کنانی است که در آخر آن مذکور است "قلت: ارایت ان کانوا یتامی

صغارا و کبارا و بعضهم اعلى کسوة من بعض و بعضهم آکل من بعض، و مالهم جمیعا (؟) فقال:

اما الکسوة فعلى کل انسان منهم ثمن کسوته. و اما الطعام فاجعلوه، جمیعا. فان الصغیر

یوشک ان یا کل مثل الکبیر " ۱

و علاوه در تذکره به این جهت استدلال کرده و هر چند در سند آن محمد بن فضیل ۲

هست و لکن علامه در مختلف مکرر تصریح کرده " حدیثی را که محمد بن فضیل از ابی

الصباح روایت کرده و مضمون آن هم موافق نفی عسر و حرج است ". و در تذکره که کتاب

" نقل خلاف " است خلافی هم نقل نکرده. و ابن ادریس نیز در سرایر تصریح کرده است به

-----  
۱: وسائل: ابواب ما یکتسب به، باب ۷۳ ح ۱. توضیح: صدر حدیث مذکور تحت شماره ۳ باب ۷۲  
وارد شده

است.

۲: حدود هشت نفر به نام " محمد بن فضیل " در منابع رجالی یاد شده‌اند که تنها " محمد بن فضیل بن  
غزوان

الضیبی " توثیق شده است که از اصحاب امام صادق (ع) است و آنکه در حدیث ما اسمش آمده از  
متأخرین

اصحاب است که مرحوم کلینی تنها با دو واسطه از او روایت میکند

آنچه در تحریر مذکور است و نسبت داده است آن را به روایت اصحاب ما. و تعلیل کرده

است به اینکه اکل آنها متقارب است و متفاوت نیست. و لکن ظاهر علتی که در روایت مذکور است درست نمآید در صورتی که یکی از طفلها سه سال داشته باشد و یکی سیزده سال و چهارده ساله است، که غالب این است که

تفاوت بسیار است میان آنها. پس روایت را باید حمل کرد به صورتی که تفاوت، قلیل باشد.

و همچنین گاه است که اطفال مختلفاند در ماکولات، بعضی اطفال گوشت نمخورند

و بعضی پنیر نمخورند و دیگرها نمخورند. مسامحه در اینها کردن بسیار مشکل است،

بلکه صورتی ندارد. و چون تضييع مال صغير است پس ولی باید حساب اینها را نگاه دارد.

و در امر نان چون غالب این است که يك جا مگیرند و يك جا مبرند و در سر يك سفره

مخورند، حساب کم و زیاد آن غالباً مستلزم حرج و عسر است. و همچنین مثل برنج مطبوخ

و هریسه و امثال آن. و آن را هم در صورتی میتوان مسامحه کرد که تفاوت کم باشد. چنان که گفتیم.

۲۱۰ - سوال: آیا جائز است که ولی مال صغير را مخلوط به مال خود کند در انفاق،

و او را داخل عیال خود کند و به یکی از آنها حساب کند؟ یا واجب است که او را جدا کند

و مال او را صرف او کند؟

جواب: بلی جایز است مخلوط کردن با ملاحظهء مصلحت و عدم اضرار. چنان که آیات

قرآنی و اخبار ۱ دلالت بر آن دارد. مثل قوله حق تعالی "وان تخالطوهم فاخوانکم والله یعلم

المفسد من المصلح". بلکه گاه است که مستحب است چون اصلح است، مثل اینکه آرد او را با آرد

خود خمیر میکند که خرج علی حده در طبخ آن نباشد، هر چند نمک و هیزم را با او

محسوب دارد، لکن فرق است ما بین اینکه جدا خمیر کنند و جدا تنور بسوزاند از  
برای  
طبخ.

و همچنین بلکه بهتر این است که در این امور هم مسامحه کند و احتیاطاً خوراك

-----  
۱: رجوع کنید به روایات باب ۷۲، از ابواب " ما یکتسب به "، وسایل: ج ۱۲



صغیر را کمتر از یکی از عیال‌های خود که بر وزن او باشد حساب کند. و به هر حال با وجود ملاحظه، مصلحت هر گاه مخلوط کردن اصلح است، مخلوط کند. و هر گاه جدا کردن اصلح است جدا کند. و در صورتی که مخلوط کرد و ضبط

تفاوت خوراک را نتواند کرد و فرق واضحی ما بین او و عیال او نباشد، جایز است که او

را مثل یکی از عیال خود محسوب دارد. اگر چه افضل این است که بر او کمتر از عیال

خود محسوب دارد. و این که گفتیم در مثل نان خوردن است (چنان که در مسئله پیش

گفتیم). و اما لباس و تفاوت انواع ماکولات پس در آنجا البته باید حساب مال صغیر را نگاه دارد.

۲۱۱ - سوال: آیا کسی که ولی صغار و قیم به امر آنها است، مستحق چیزی هست از مال آنها؟ و حلال است از برای او اخذ اجرت یا نه؟ -؟ و تا چه مقدار جایز است؟.

جواب: در این مسئله خلاف است. بعضی گفته‌اند که مستحق اجرة المثل است مطلقاً، و این مذهب شیخ است در موضعی از نهاییه، و علامه در قواعد و همچنین در مختلف و در تذکره و ارشاد و محقق در شرایع و نافع و فخر المحققین در ایضاح. و مذهب ابن جنید نیز این است و لکن با شرط فقر، و همچنین شهید در لمعه. و این ظاهر دروس است، و محقق اردبیلی (ره) در "آیات الاحکام". و بعضی گفته‌اند مستحق قدر کفایت و حاجت او است هر گاه فقیر باشد، و غنی چیزی مستحق نیست. و

این مذهب شیخ است در موضعی از نهاییه، و ابن ادریس. و بعضی گفته‌اند مستحق اقل امرین است از اجرة المثل و مقدار کفایت، و این قول شیخ است در مبسوط و خلاف و تبیان. و از فخر المحققین ظاهر میشود که احد قولین شیخ در نهاییه که عمل به کفایت است مقید به فقر نیست. و همچنین از شهید در

شرح ظاهر میشود که قولی هست به اختیار کفایت مطلقاً، و خود اختیار قول دیگر کرده و آن این است که اقل امرین را بگیرد، به شرط فقر لا غیر. و این کلام مقدار است در کنز العرفان.

و اختلاف در مسئله به خاطر اختلاف اخبار و فهم آیات قرآنی است. و ارجح در

(ξΥξ)

نظر قول به ثبوت اجرة المثل است مطلقا، و دلیل آن این است که عمل غیر محرم است و محترم است که ماذون فیه. بل مطلوب و مأمور به است. پس مستحق اجرت مشود، چون مفروض این است که تبرعا نکرده، و هر گاه قایل به اجرت نشویم لازم میآید اضرار ولی که اوقات خود را بلا عوض صرف یتیم کند. خصوصا هر گاه شغل بسیار داشته باشد و مستحق چیزی نباشد. و اگر ترك عمل کند لازم میآید اضرار یتیم و ضرر در اسلام منفی است.

و حمل " معروف " در آیه بر این معنی اولی است از حمل آن بر نفقه و کفایت، چون در این جهالت است. و گاه است که عمل مساوی نفقه و کفایت ولی، نباشد. و معایب بسیار بر آن وارد میآید.

و خصوص ۱ روایت هشام بن حکم که در تهذیب روایت شده - و ظاهر آن صحت است چون در سند آن کسی نیست که در آن تأملی باشد به غیر " علی بن سندی " و ظاهر این است که او علی بن اسمعیل بن عیسی بن فرج سندی (یا: سری " باشد. چنان که استاد ما (ره) رد " تعلیقهء رجال " تحقیق کرده و او ثقة است. و همچنین ظاهر منقول از ذخیره این است که " حسن کالصحیح " باشد ۲ " قال سئلت ابا عبد الله - ع - فی من تولی مال الیتیم، ما له ان

۱: عطف است به " عمل غیر محرم است و محترم... " یعنی دلیل قول به " ثبوت اجرة المثل " غیر محرم بودن

و محترم بودن عمل و خصوص روایت هشام است.

۲: علی بن سری کرخی از اصحاب امام صادق (ع) میباشد و توثیق شده است مشروط بر اینکه در سند روایت به

لفظ " کرخی " تصریح شده باشد. زیرا دو شخص دیگر به نام " علی بن سری کوفی " و

" علی بن سری عبدی کوفی " هستند که مجهول میباشند و ممکن است افراد ناشناخته‌ای باشند و ممکن است

مراد از هر سه عنوان، يك شخصیت واحد باشد. و علی بن سندی از اصحاب امام رضا (ع) است که خالی از توثیق

نیست. و نظر به اینکه روایت از امام صادق (ع) است پس شخصیت مورد نظر یا " ابن سندی " است و ربطی به

ابن سری کرخی ندارد که در این صورت کاملاً مجهول میباشد. و اگر او همان ابن سری کرخی است در این صورت موثق میشود با دو شرط بالا که هیچکدام از آن دو مسلم نیست. و علاوه بر این، خیلی بعید است که يك فرد هم از اصحاب امام صادق باشد و هم آنقدر عمر کند که از جمله اصحاب امام رضا هم باشد. و اگر فرض شود که این "علی ابن سندی، سری" غیر از سری فوق است در این صورت آن توثیقی که (تنها توسط نصر بن الصباح) از وی شده کمی دچار تردید مگردد زیرا متون رجال در عصر امام رضا (ع) چنین شخصی را تحت عنوان "سری" یا "ابن سری" یاد نکرده‌اند. لیکن تحقیقی که مرحوم میرزا از آن یاد میکند که توسط مرحوم بهبهانی استاد او انجام یافته و نیز مطلب ذخیره در دسترس ما نیست تا چگونگی آن روشن شود. و در هر صورت بدیهی است که نمیتوان این حدیث را تحت عنوان "ظاهر آن صحت" است قرار داد و حتی دشوار است که "حسن کالصحیح" نامیده شود. اما پیام حدیث با اصول مسلم عقلی و واقعیات عینی تایید میشود.

یا کل منه؟ فقال: ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم، فليأكل بقدر ذلك " ۱.

و در مجمع البيان گفته است که " والظاهر في روايات اصحابنا ان له اجرة المثل، سواء كان قدر كفايته او لم يكن " ۲. و اطلاق موثقهء حنان بن سدیر نیز دلالت دارد " قال:

قال ابو عبد الله - ع - سئلني عيسى بن موسى عن القيم للايتام في الابل، ما يحل له منها (؟)

قلت: اذا لاط حوضها و طلب ضالتها و هنا جرباها، فله ان يصيب من لبنها في غير نهك

لضرع، و لا فساد نسل ۳ " و به این مضمون روایات دیگر هم هست، و ظاهر آیه موهم

اشترط فقر است چون فرموده است " ومن كان غنيا فليستعفف " ۴ [وآن] مدفوع است به

منع دلالت آن نیز به وجوب، بلکه علامه در مختلف گفته است که اشعاری در آن نیست به

وجوب. بلکه مفهوم آن اولویت است.

و همچنین در تذکره گفته است که مفهوم آن استحباب است. و شاید منظور علامه این باشد که معنی استعفاف، طلب باز داشتن نفس است، یا نفس را مهبای ترك شیی کردن. و شکی نیست که آنچه واجب است بر آدمی ترك حرام است. و اما نفس را مهبای و

مستعد کردن از برای ترك حرام پس آن مستحب است. پس همچنانکه چیزی که از وسایل محرم است - مثل صرافی و کفن فروشی - مکروه است (چون منتهی میشود گاهی به حرام که ربا و حب موت خلایق است) [همچنین] فرصت ندادن [به]

نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب از شهوات ۵ و قلع مادهء آنها که وسیلهء ترك حرام است،

۱: وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به باب ۷۲ ح ۵.

۲: مجمع البيان ذیل آیه ۶ سوره نساء.

۳: وسائل همان مرجع، ح ۲.

۴: همان آیه ۶ سوره نساء.

۵: در نسخه: و یا فرصت دادن نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب به شهوات و...



هم مستحب است. و توضیح آن این است که در آنجا امر به طلب عفاف حق تعالی است. و فاعل طلب، ولی است. پس مطلوب ولی، عفاف مشود. و "مطلوب منه" نفس ولی، یعنی باید طلب کند ولی عفاف را از نفس خود. پس هر گاه مامور به، جناب اقدس الهی، نفس ترك اكل بود بایست بفرماید "فلا تاكل" پس معلوم شد که "مامور به" این است که ولی از نفس خود عفاف را بطلبد. و ظاهراً عفاف ملکه امتناع از محرّمات است. و وجوب تحصیل ملکه معلوم نیست. بلکه معلوم است که مستحب است. پس در اینجا مدلول ماده صیغه با هیئت آن، تنافی دارند و تقدیم ماده اولی است بر هیئت. پس اختیار تجوز را در هیئت باید کرد. غایت امر تعارض و تساقط است و اصل "عدم وجوب" است، چنان که در "فاستبقوا الخیرات" ۱ همین را میتوان گفت. و مؤید آن است آیه "و لیستعفف الذین لا یجدون نکاحاً" ۲ زمخشری در کشاف گفته است "ولیجهد فی العفة وظلف النفس، کان المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها علیه". و همچنین مقدار در کنز العرفان و غیر او. و اینکه اهل لغت گفته‌اند "معنی عف: کف و امتنع عمالاً یحل، کاستعفف و تعفف" منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. چون اغلب این است که در لغت تفسیر حالات را میکنند نه ملکات. خصوصاً در اینجا که وقوع فعل بر مفعول خاص شده، چون متعدی به کلمهء مجاوزه ۳ شده. پس ناچار "استعفف" هم هر گاه متعدی شده با آن و گفته شود که "فلان استعفف عن الزنا" معنی آن ترك زنا خواهد بود. بخلاف "رجل عف" و "عفیف" و "مستعفف". و شکی نیست که معنی حقیقی باب "استفعال" طلب فعل است. و هر گاه

استعف " به معنی " عف " شد دیگر معنی از برای " سین " باقی نماند. و اینکه صاحب

-----  
۱: آیه ۱۴۸ بقره.

۲: آیه ۳۳ نور.

۳: مراد لفظ مقدر " عن " میباشد که تقدیر آیه چنین باشد " و من كان غنيا فليستعفف عن اكل مال اليتيم "



کشاف گفته در ما نحن فیه که " سین از برای طلب زیادتی عفت است " مراد او مبالغه در

" امر به عفت " [است]. چون زیادتی لفظ دلالت بر زیادتی معنی میکند مانند " قر و استقر ". نه اینکه سین از برای کثرت فعل است. تا بر او وارد آید که سین از برای طلب

اصل فعل است، نه کثرت آن.

والحاصل: گویا که بسیاری از علما در این مقام، غافل شده‌اند از نکته " مأمور شدن شخص به طلب فعل از خودش " و تفسیر کرده‌اند این را به حاصل مراد که " طلب ترک

اکل " است خصوصا به ملاحظه اینکه اهل لغت هم گفته‌اند " يستعفف " به معنی " یعف "

است. و تو مدانی که تا ممکن بشود حمل لفظ بر حقیقت، عدول از آن به مجاز، صورتی ندارد. و محمل زمخشری از برای " سین " هم بعد از عدول از معنی حقیقی است و اراده مجاز است. پس نکته خواسته ۱ از برای ذکر لفظ مجازی با تمکن از حقیقی،

با وجودیکه مراد از هر دو یکی باشد [و به همین جهت] گفته است که برای مبالغه است

چون زیادتی مبانی دلالت بر زیادتی معانی دارد.

با وجود اینکه متوانیم گفت که هر چند ماده " عف " در لغت " امتنع " و " کف " باشد لکن در عرف از آن، ملکه کف و امتناع مفهمیم، که در اصل عفت به معنی ملکه

مأخوذ است و عرف مقدم باشد بر لغت. و مؤید آن است تغییر اسلوب که در آنجا فرمود " لا یاکل " و در اینجا فرمود " فلیاکل ". و ایضا امر در " فلیاکل " در حقیقت خود

مستعمل نیست بلکه رخصت است که " عقیب حظر " واقع شده. چون قبل از این " ولا تاکلوها اسرافا و بدارا ان یکبروا " فرموده است، چون مباشرین امور یتامی اسراف

مکردند در خوردن مال آنها و شتاب مکردند و مبادرت مکردند بر اکل (یعنی پیش رسانداختند که مبادا بزرگ شوند و از دست آنها بگیرند) ۲ حق تعالی منع کرد

۱: یعنی: پس زمخشری در صدد یافتن نکته و قرینه‌ای است از برای ذکر لفظ در معنای مجازی...  
 ۲: به نظر مرسد مراد از " اکل بدارا " و " اکل اسراف " در اینجا به معنی خوردن بدون ملاحظه و بدون حساب

و کتاب باشد. و مراد از " اکل بمعروف " آن نوع رفتار در برخورد با مال یتیم باشد که وجدان عرف آن را امضاء نماید. در این مورد در آخر همین مسئله توضیح بیشتری داده خواهد شد

آنها را از اکل اموال یتامی، و بعد از آن رخصت داد از برای فقیر به اکل و لکن مقید ساخت آن را به معروف.

و هر چند مفهوم قید "عدم رخصت زاید به معروف" بالتبع مستلزم وجود عدم تجاوز از معروف، است، لکن این مدلول مطابقی امر، نیست. و مؤید آن است که

حمل

کلمهء "اشهدوا" بعد از آن نیز باید حمل بر ارشاد یا استحباب کرد. و به هر حال با وجود

اخبار و فهم علما و عدم وضوح دلالت، اعتمادی بر دلالت آیه بر وجوب ترك اجرت بر

غنی باقی نماند. خصوصا با اعتضاد آن به "نفی ضرر" و اصل "برائت" و کثرت عاملین به آن.

هر گاه این را دانستی، پس بدان که: معروف در لغت ضد منکر است. و شکی نیست

در اینکه اخذ اجرة المثل از جملهء قبایح شمرده نمیشود، پس داخل مدلول آیه است. و هر گاه معروف را به معنی "معهود" بگیریم همان چه معهود و متعارف است در

عمل

اجرة المثل است. و اما تفسیر آن به "قوت" چنان که در اخبار وارد شده مثل صحیحه

عبد الله بن سنان "عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل: فلیا کل بالمعروف. قال:

المعروف هو القوت و انما عنی الوصی او القیم فی اموالهم و ما یصلحهم" ۱ و صحیحهء دیگر

او ۲ که در آخر آن نیز همین مضمون مذکور است - پس آن خالی از اجمال نیست. بلکه

مجمل است به چند جهت: اولاً از جهت لفظ "اکل" که مراد محض خوردن است. یعنی

خاییدن و بلعیدن (چنان که در آیهء سورهء نور) یا مطلق تصرف [است] چنان که غالباً در آن

استعمال میشود.

و ظاهر این است که مراد از آن در آیات و اخبار اکل مال یتیم و اکل ربا [به] معنی دوم باشد. و به هر یک از دو معنی آیا مراد خوردن ولی است؟ یا نفقهء عیال واجب

النفقهء

[او]؟ یا اعم از آن هم مراد است؟ و به هر یک از این تقدیرات، آیا مختص است به

صورتی  
که عمل او مساوی آن مقدار از قوت باشد؟ یا اعم است از آن؟ و گاه هست که  
قوت او یا

-----  
۱: وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۱.  
۲: تهذیب ج ۲، باب "الزیادات من الوصایا" ص ۴۰۱

قوت او و عیال او اضعاف مال یتیم است، چه جای اجرت عمل او. پس باید که این مجملات حمل شود بر مبین که مقتضای روایت هشام است، و آنچه به معنی آن است.

پس باید بگوئیم که مراد از قوت مؤنه آن است، نه خصوص خوردنی (چنان که در لفظ

اکل گفتیم). و تخصیص بدهیم قدر آن را به اجرت المثل چنان که مقتضای قاعده و اخبار است.

و توهم اینکه " اخبار به حسب سند صحیح تر است و تخصیص موقوف است به مقاومت "، ضعیف است. زیرا که بر فرض تسلیم عدم مقاومت در سند، [لیکن تمسک به

آن] در وقتی خوب است که دلالت واضح باشد و تو دانستی که دلالت آن اخبار واضح

نیست، علاوه بر این که آیه شریفه اقوی است از اخبار، و اکثر افراد اخذ قوت خلاف

" معروف " است، و اخذ اجرت المثل مطلقا معروف است. و تخصیص آیه به سبب این

اخبار با وجود آنکه نسبت ما بین معروف و قوت عموم من وجه است و محتاج است به

مرجع. و تخصیص اخبار اولی است از تخصیص آیه، چون آیه معارضه است به عقل و نقل،

قطع نظر از اینکه آن کتاب است و این خبر واحد.

پس باید گفت که مراد از قوت در اخبار قوتی که در نظر عرف " منکر " نباشد. و تحدید آن به اقل اجرت المثل هم دلیلی ندارد، زیرا که گاه هست که آن

هم منکر است در صورتی که صغیر عمل بسیار داشته باشد و اگر ولی متوجه کسب خود

شود مداخل بسیار دارد و به سبب متوجه شدن [به] مال صغیر از عمل خود باز مماند و

اخذ اجرت المثل اضرار است به ولی. خصوصا هر گاه بگوئیم مراد از قوت، قوت خود ولی

است نه عیال او. و خصوصا هر گاه مراد " خوردن و بس " ۱ باشد.

اما بعضی بیانات جزئی که در قوت وارد شده مثل روایت حسان بن سدید ۲ (و

آنچه به مضمون آن است) پس آن نیز [در مقام] بیان نیست، و مقدار آن معلوم نیست. و مؤید اینکه گفتیم "مراد از قوت مقدار اجرة المثل باشد" روایت ابو الصباح کنانی است

-----  
۱: یعنی مراد تنها خوردن باشد.

۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۲

" عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: ذلك رجل

یحبس نفسه عن المعیشة، فلا یاس ان یاکل بالمعروف اذا كان یصلح لهم اموالهم، فان كان المال

قلیلا فلا یاکل منه شیئا " الحدیث. ۱ وجه تایید این است که کسب مردم به قدر معاش

ایشان است پس به قدری که منع از کسب معیشت میکند از مال صغیر بر مدارد. و لازم آن غالباً اجرت المثل است که مساوی عمل اوست از برای معیشت. یعنی آنچه کسب

مکورد از برای معیشت که غالباً مساوی اجرت عمل اوست بردارد.

پس اگر مال کم باشد (یعنی مانع او نمیشود از کسب معیشت) پس بر ندارد. چون غالب این است که محتاج به عمل نیست. و یا در صورتی که محتاج به عمل قلیلی باشد

که مانع از کسب معیشت او نیست بر ندارد. و در این وقت محمول باشد منع بر کراهت.

و به آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف احد قولین شیخ و ابن ادریس که اخذ " مقدار کفایت

است به شرط فقر ". زیرا که دلالت امر بر وجوب ترك غنی، ممنوع است. و اخبار کفایه

هم اجمال دارد و دلیل ایشان همان ظاهر آیه است (چنان که ابن ادریس گفته) و اخباری

که وارد شده در تفسیر آیه به قوت.

و موید آن است موثقه سماعه " عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان

فقیرا فلیاکل بالمعروف - فقال: من كان یلی شیئا للیتامی و هو محتاج لیس له ما یقیمه

فهو یتقاضی اموالهم و یقوم فی ضیعتهم فلیاکل بقدر و لا یسرف. و ان کانت ضیعتهم لا تشغله عما یعالج بنفسه فلا یزران من اموالهم شیئا " ۲ چون ظاهر این است که کفایت و

نفقه را از اکل استفاده کرده‌اند، و اینکه بر سبیل معروف باشد یعنی بر سبیل اسراف نباشد، از لفظ معروف.

و این مناسب کفایت است نه اجرت المثل. و میتوانیم گفت که مراد از " قدر " اجرت المثل باشد. چون آن است اندازه در اعمال. و اسراف عبارت باشد از زیادتی

بر  
آن. و اگر تسلیم کنیم ظهور در کفایت را سخن‌های سابق نیز بر حال خود باقی  
است.  
یعنی اجمال در اکل خود و عیال، و تفاوت حال نسبت به اشخاص اولیا و عیال و  
مال  
ایتام، به سبب قلت و کثرت. و همچنین ظاهر شد ضعف قول دیگر شیخ در نهاییه که

-----  
۱: همان مرجع: ح ۳.

۲: همان مرجع: ح ۴



همین قول باشد بدون شرط فقر. و دلیل آن نیز همین دلیل است یا حمل آن به استحباب استعفاف ۱. و همچنین ضعف قول به " اخذ اقل الامرین به شرط فقر. و دلیل آن این است که کفایت اقل است از اجرت. پس همین که کفایت را اخذ کرد

غنی میشود و واجب میشود بر او استعفاف به مقتضای ظاهر آیه که امر به استعفاف است. پس همه اجرت را که زاید بر کفایت است نمیتواند گرفت. و اگر اجرت المثل اقل

است از کفایت، او مستحق بیش از اجرت عمل خود نیست. و اگر عمل برای مکلفی

دیگر مکرم مستحق بیش از عوض عمل خود نبود. پس بطریق اولی هر گاه از برای یتیم باشد چنان خواهد بود.

و این دلیل ضعیف است. اما اولاً: پس به جهت اینکه این سخن مبتنی است بر اینکه این بنای رخصت و معامله شارع با ولی از باب " جعاله " باشد که مستحق اجرت نشود

مگر به اتمام عمل، نه از باب " اجاره " که به مجرد عقد اجرت ملك موجر شود. و هر گاه

از باب اجاره باشد پس این قرار داد از برای فقیر منافات ندارد باغنائی او بعد از عقد این معامله و شروع در عملی که از جانب شارع مامور به، است ۱ و پس از احتیاج مال

یتیم به عمل هر گاه ولی مصداق فقیر است پس صادق است که شارع او را در بند عملی

کرده در وقتی که فقیر بوده که عوضی از برای او باشد هر چند با اخذ عوض نمیشود. و این شبیه است به اینکه شارع تجویز کرده که به فقیر زکات دهند به قدر غنی

بالغا ما بلغ.

واظهر این است که این معامله از عالم اجاره باشد. پس چون غالب این است که متوجه

شدن بر مزرع صغیر و متاجر آن، مستوعب اوقات متمادیه است که اتصال در آن منظور

است. و کسی که خود را آلوده به آن میکند بنا مگذارد که آن عمل متمادی که در عادت به يك روز و دو روز نمیشود قبول کند. و چنین نیست که کسی که متوجه امر

زراعت صغیر میشود امروز که گاو مخرد مستحق عوض آن بشود، و ساعت دیگر

که

بیل منخرد مستحق عوض آن شود، و هکذا تا آخر سال. و ملاحظه این، معنی عسرو

- 
- ۱: و در نسخه: یا حمل آن باستعفاف بر استحباب.  
۲: عبارت نسخه: و شروع در عمل و از جانب شارع مامور به است

حرج عظیم است. با وجود اینکه فرض مستدل که " هر گاه کفاف را گرفت غنی مشود " اگر مراد در آخر کار است، قبل از گرفتن بر او صادق است که فقیر است. و غنای بعد منافات با فقر  
 قبل ندارد، و اگر مراد او این است که هر گاه یوما فیوما نان خورد غنی مشود، پس بر  
 فرض تسلیم این معنی، این غنای ساعت و روز است. و غنای ساعت و روز منافات با فقر  
 مطلق ندارد که مقتضای آیه است. و اگر گفته شود که: مراد مستدل این است که این از باب جعله نیست و از باب  
 اجرة است لکن مراد از غنی اعم از غنی بالقوه، چنان که در زکات شرط است که مستحق آن،  
 کسی باشد که مونهء سال نداشته باشد، یا قادر بر کسبی نباشد که وفا کند به آن. که  
 اینها فقیر نیستند بلکه غنایند. پس مراد این است که چون ولی در صورتی که کفایت  
 او کمتر از اجرت المثل باشد قادر است بر اینکه متوجه اصلاح مال یتیم شود و به قدر  
 کفاف صرف کند، پس او غنی خواهد بود و غنی مامور است به استعفاف از آن زاید. گوئیم: که متبادر از آیه فقر و غنای بالفعل است [با] قطع نظر کردن از مال صغیر،  
 نه غنای بالقوه. خصوصاً غنائی که از مال یتیم حاصل شود. و با تسلیم این (با وجود  
 کمال بعد بلکه وضوح فساد) دلالت آیه بر وجوب استعفاف، ممنوع است، چنان که  
 گذشت. و اما ثانیاً: پس مگوئیم: که مراد از اکل اگر خوردن متعارف است که خائیدن و  
 فرو بردن است و بس. و رخت پوشیدن و مسکن داشتن و غیر آن داخل نیست. پس اگر  
 روال فقر از خوراك منشأ غنای از لباس و غیره نمیشود و تا داخل " من كان غنيا فليستعفف "  
 " باشد. خصوصاً با احتیاج عیال او در خوراك. و اگر مراد از اكل اخذ و تصرف باشد  
 به جهت مطلق معیشت، پس حکایت اجمال پیش مآید و اینکه مراد از " معروف " چه

چیز  
است و مقدار آن چه چیز است؟ -؟ و گاه هست ولی خرج بسیار دارد و عیال  
بشمار و  
مال یتیم کم. و اخراج کفایت، منشأ اضرار. و در این معنی تحدیدی از شارع معلوم  
نمیشود.

بلی در اینجا میتوان گفت که تحدید حاصل است به ملاحظه اجرة المثل. یعنی جایز است تصرف مادامی که زاید بر اجرت المثل نشود. پس تکیه عمده به همان منع دلالت

آیه است بر حرمة اخذ اجرت غنی، و روایت هشام و امثال آن. و تتمیم کلام در این مقام

محتاج است به ذکر چند چیز:

اول اینکه: لفظ غنی در آیه ممکن است که مراد از آن غنی عرفی باشد. و محتمل است که غنی شرعی باشد، یعنی کسی که مؤنهء سال خود و عیال خود را داشته باشد. و دور

نیست که مراد کسی باشد که محتاج به اخذ مالی یتیم نباشد در گذران خود و معیشت سال

خود که مناسب معنی شرعی باشد و روایت ابی الصباح به آن اشاره دارد. دوم اینکه: آیا فقیر آنچه بر مدارد (بنابر قول به استحقاق کفایت) آیا از باب " امتناع "

است؟ یا از باب تملیك؟ و دور نیست که اظهر امتناع باشد، پس هر گاه در اول بر ندارد، یا

روز به روز بر ندارد، و به قرض و امثال آن مدار کند، در آخر نمیتواند بردارد. مگر اینکه قرض

کند به نیت اینکه از آن مال بدهد. و اما بنابر قول " به استحقاق اجرت المثل " پس ظاهر آن،

تملیك است و تفاوت نمکند تقدیم و تاخیر.

سوم اینکه: استحقاق اجرت و عوض در صورتی است که عمل را تبرعا نکرده باشد، پس

هر گاه تبرعا کرده مستحق چیزی نیست. اما هر گاه غافل شود از قصد اخذ و عدم آن، در

مسالك گفته است که ظاهر جواز اخذ است، چون مامور است به عمل از جانب شارع. پس

مستحق عوض است مادامی که نیت تبرع نکند، زیرا که عمل محترم است. چنان که هر گاه

مکلفی او را امر کند به عملی که در آن اجرتی باشد چنان که در باب خود ذکر کرده اند

خصوصا بنابر قول " به کفایت "، که حق تعالی اذن داده برای بر داشتن بدون تقیید به قصد

عوض برداشتن.  
و این استدلال در نظر حقیر خالی از اشکال نیست. زیرا که امر الهی عباد را به عملی  
از برای دیگری شبیه نیست به امر بعضی از مکلفین بعضی را به عمل. چون او مالک  
رقاب  
عباد است. پس چنان که بر بندگان واجب کرده انفاق واجب النفقه را بلا عوض،  
چه مانعی دارد  
که امر کرده باشد به حفظ مال اینها بلا عوض. غایة امر این است که امر به عمل  
مستلزم ترك

اخذ نباشد لکن منافات با جواز اخذ نداشته باشد. چنان که در صناعات کفائیه. اما ثبوت

استحقاق اخذ، پس آن محتاج است به دلیل. و از اینجا است که در بعضی صور تکلیف مکلفین همدیگر را، نیز خلاف دارند. مثل جائی که عمل از [اعمالی] نباشد که در عرف و عادت بر آن اجرت گیرند لکن آن شخص مامور از آن اشخاص است که بر آن عمل اجرت مگيرد. زیرا که دلیل مسئله " امر مکلفین " همان است که امر به استیفای منفعت محترمه کرده که قیمتی

دارد در عرف، و تضييع آن جایز نیست. چنان که در اجارهء معاطاتیه است. و از اینجا ظاهر شد که در اصل دلیل اول که بر " مذهب مختار " اقامه کردیم محل اشکال هست. و تتمیم آن به دلیل نفی ضرر به ولی و یتیم، محتاج الیه نیست. زیرا که نفی

ضرر خود دلیلی است مستقل. پس اولی تمسك به اطلاق آیه و اخبار است که شامل [و غیر]

ذاهل هستند. و لکن این سخن مشکل است در صورتی که عمل تمام شده باشد، یا شبانه روز

منقضی شده باشد و او قوت مدت را یا شبانه روز را از جای دیگر خورده باشد. چنان که

گفتیم که از باب امتناع باشد نه تمليک.

چهارم اینکه: مراد از ولی در اینجا کسی است که قسرا ولایت به او رسیده باشد مانند جد یا به اختیار قبول ولایت کرده باشد مانند وصی. اما هر گاه متبرعی نباشد و حاکم کسی را خواهد تعیین کند و بدون اجرت راضی نشود پس گویا اشکالی در جواز

اخذ اجرت نباشد (هر گاه نیت تبرع نکرده باشد) هر چند غنی باشد. و آخوند ملا احمد (ره) در آیات احکام جواز این را بر سبیل امکان و احتمال قرار داده در صورتی

که متبرعی نباشد و [گفته است] بلکه از کلام ایشان ظاهر میشود که جواز اخذ اجرت

اولیا نیز در وقتی است که متبرعی نباشد. و لکن این را بعد اختیار قول به استحقاق اجرت المثل، گفته. و اطلاق آیه مقتضی جواز است مطلقا خصوصا بنابر قول به " کفایت ". و احوط اجتناب است در صورت وجود متبرع مطلقا.

پنجم اینکه: آیا کسانی که مال ایتام در دست آنها باشد مثل برادر یا عمو یا خالو یا غیر اینها بدون وصیت و بدون نصب حاکم یا تعذر حاکم، آیا همین حکم دارند یا نه؟ - عموم ادله شامل اینها همه هست، و همچنین عموم اخبار بسیار. و آنچه در



صحیحہء عبد اللہ بن سنان و غیرہ وارد شدہ کہ مراد وصی و قیم است ہم منافات با آن ندارد. چون ایشان را عرفا نیز قیم مگویند و حقیقت شرعیہ در آن ثابت نیست کہ باید بہ اذن حاکم باشد، خصوصاً ہر گاہ عدول مؤمنین باشند یا عدول مؤمنین ایشان را نصب کردہ باشند در صورت تعذر حاکم. پس ظاہر این است کہ در صورت تعذر حاکم عدول مؤمنین توانند حسبنا شخصی را قیم کنند و اجرتی از برای او از آن مال قرار دهند. و همچنین از برای حفظ مال غایب، ہر گاہ متبرعی نباشد. ششم: این خلافات و اشکالات در صورتی است کہ اجرتی از برای ولی وصیت نشدہ باشد. اما ہر گاہ موصی اجرتی از برای او قرار دادہ باشد پس ظاہر این است کہ اشکال در جواز نباشد، ہر گاہ بہ قدر اجرت المثل باشد. و از تنقیح نقل شدہ است کہ خلافی در این نیست. و همچنین ہر گاہ زاید بر اجرت المثل باشد و از ثلث مال، بر آید. و یا ورثہ در قدر زاید اجازہ کنند. و همچنین ہر گاہ تعیین مقدار را نکرده باشد کہ در این حال نیز اعتبار ثلث و اجازہ در زاید را باید کرد.

ہفتم: آیا این احکام مختص مال یتیم است؟ یا در مطلق صغیر ہم، چنین است؟ ہر چند الحال از کتب اصحاب تصریحی بہ آن در نظر نیست و لکن عبارت مسالک دال بر عموم است. چون در عنوان مسئلہ گفتہ است " المراد بالمتولی لمال الیتیم من لہ علیہ ولایة شرعیة، سواء کانت بالاصالة لہ کالاب والجد، ام لا کالوصی " بعد از آن نقل اقوال در مسئلہ کردہ است. پس گویا مراد ایشان از یتیم در اینجا صغیر باشد. و این دور نیست، و تعلیلات در اخبار ہم اشارہ بہ آن دارد.

ہشتم: بنابر قول بہ جواز اخذ اجرة المثل، از برای غنی مکروه است اخذ. زیرا کہ اقل

مراتب امر استحباب است، و استحباب ترك فعل، مستلزم كراهت آن است. نهم: هر چند اطلاق كلام فقها عدم فرق است میان اینکه مال کم باشد یا زیاد. لکن بعضی اخبار دلالت بر اشتراط كثرت مال دارد. مثل روایت ابی الصباح کنانی که پیش گذشت، و غیر آن. و احوط اجتناب است. دهم: ظاهر این است که این استحقاق در وقتی است که عملی بکند که مستحق

عوض باشد، مثل زراعت و تجارت و غیر آن. و اما ضبط مال و محافظت آن مثل اینکه

دراهم و دنانیر او در صندوق او باشد که حاجتی به آن ندارد، یا ظروف او در گوشهء خانهء

او باشد، پس اکل از آن مال صورتی ندارد، و اشاره به آن در اخبار متقدمه شده، و دلالت میکند بر آن خصوص آنچه در مجمع البیان و تفسیر عیاشی از حضرت صادق (ع) روایت شده در تفسیر آیه فرموده " هذا رجل تحبس نفسه للیتیم علی حرث و

ماشیه و یشغل فیها نفسه، فالیا کل بالمعروف و لیس له ذلك فی الدنانیر والدارهم التی

عنده موضوعة " . ۱

یازدهم: در بعضی اخبار از حضرت باقر (ع) روایت شده که این آیه منسوخ است ۲ و در

مجمع البیان روایتی نقل کرده از آن جناب که فرموده " من كان فقیرا فلیأخذ من مال الیتیم قدر الحاجة والكفاية علی جهة القرض ثم یرد علیه ما اخذ اذا وجد " . ۳ . و به قائلی از

اصحاب به مضمون آنها برنخوردیم. و شاید مراد روایت دوم جواز قرض بر داشتن ولی باشد

از مال صغیر، قطع نظر از اجرت عمل. چنان که در محل خود مذکور است. ۴

---

۱: وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۹ - تفسیر عیاشی: ج ۱ ص ۲۲۲.

۲: همان مرجع: ح ۱۱.

۳: همان مرجع: ح ۷ - مجمع البیان: ج ۳ ص ۹.

۴: شاید پس از این همه بحث مفصل که مرحوم میرزا در این مسئله بیان فرموده ابراز يك نقد اساسی بر آن جای

شگفت باشد لیکن با تکیه بر اصل " ما طلبه ایم و کار طلبه بحث است " مگوییم: اساسا موضوع بحث آیه " ولی " به عنوان ولی نیست. خطاباتى از قبیل " لا تقربوا " و " لا تاكلوا " عام هستند. و همینطور اخبار و حادثی مربوطه.

برای روشن شدن این مطلب ابتدا باید به نکات زیر توجه کرد:

(۱): ولایت ولی عنوانی است که کاملاً با کار گزارى يك کار گزار و مباشر و نوکر و یا عملکرد يك کارگر تفاوت بل

غیریت تام دارد يك ولی به عنوان " ولی " مستحق هیچ چیزی نیست همانطور که " عدول مومنین " نمیتوانند برای انجام وظیفهء ولایتشان اجرتی بگیرند خواه در مورد یتیم و خواه در مورد غایب. شخص ولی صرفاً " امین " است.

۲): اگر عدول مومنین کسی را به عنوان ولی بر صغیر بگمارند او نیز از این بابت مستحق چیزی نیست.  
۳): اگر عدول مومنین کسی را با تعیین اجر و مزد بر صغیر بگمارند چنین شخصی ولی نمیشود بل يك کار گزار

است که استخدام شده و ولایت صغیر مسئولیتی است که در گردن عدول مسماند.

۴): در مورد ردیف ۲ و ۳ اگر حاکم شرع نیز اقدام کرده باشد، همینطور است.

۵): اگر موصی شخصی را بر صغار خود قیم کند و برای او اجر و مزدی تعیین کند قیمومت و ولایت آن شخص

صحیح است لیکن اجر و مزد او ربطی به ما نحن فیه ندارد. زیرا اجر و مزد او از مال صغیر پرداخت نمیشود

بلکه از "ثلث" است که مال خود میت میباشد و ربطی به بحث ما ندارد. موصی میتواند مقدار ثلث مالش را

به هر کسی ببخشد.

۶): همانطور که هر شخص میتواند تحت نظر ولی مال خود را با مال صغیر مبادله و معامله کند، یا اجیر و مزدور

و کار گزار صغیر باشد همینطور هم خود ولی میتواند مبادله و معامله کند و یا اجیر و کار گزار حقوق بگیر

صغیر باشد. اما در امور و کارهایی که خارج از مسئولیت مشخص ولی باشد. یعنی در این صورت او علاوه بر

سمت ولایت که صرفا مجانی و تبرعا باید انجام بدهد با عنوان دیگر برای امور دیگر نیز میپردازد.

۷): امور مربوط به ولایت چیست که ولی نمیتواند برای انجام آن مزد بگیرد -؟ و امور دیگر چیست که اگر ولی

آنها را انجام دهد مثل سایر اجیرها و مباشرها و کار گزارها و کارگرا میتواند در قبال آن مزد بگیرد -؟

پاسخ این سؤال معیارهای عرف است و عرف دقیقا میداند که ولی نه نوکر است و نه مباشر و نه کارگر.  
۸): اگر کسی که بر اساس وصیت یا تبرعا از جانب حاکم و عدول مؤمنین به ولایت انتخاب شده حاضر

به انجام

وظایف ولایت بطور مجانی نباشد، میتواند استعفا بدهد و مسئولیت ولایت مجانی، مجددا به عهده عدول یا

حاکم بر میگردد. البته در صورت پذیرفتن وصیت صحت استعفا مورد بحث است مگر اینکه واقعا ناتوان باشد.

اینك بر مگردیم به اصل مطلب:

محور سخن آیه " اكل " است. نه اجر و مزد. نه از باب " جعاله " و نه از باب " اجاره ". همانطور که گفته شد

تکلیف صغیر و اموال صغیر در باب جعاله و اجاره با همه کس روشن است حتی اگر اجیر یا طرف جعاله خود

ولی باشد. چگونه ممکن است شرایط جعاله و اجاره میان مردم بالغ دقیقا واجب الرعايه باشد لیکن میان ولی

و صغیر مورد ولایتش، این همه نامشخص و " مجمل " و درهم و بر هم باشد؟!.

آیه مفرماید هیچ کس حق خوردن مال یتیم را ندارد. شاید اموال همدیگر را تحت عناوین ظلم یا میهمانی و یا تعارفات معمول بخورید اما مال یتیم را نباید تحت هر نام و عنوانی بخورید. لفظ " بدار " در آیه یعنی

هر

نوع خوردنی غیر از طریق معاملات تحت نظر ولی.

سپس مفرماید " کسی که فقیر است میتواند بخورد " و حدیث هم این جمله را تفسیر میکند و مگوید: مقصود کسی است که یا کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی برای فقیر مجانا کار میکند چنین شخص خواه ولی باشد یا دیگری میتواند مثلا نان چاشتی یا نهار را از مال صغیر بخورد. و یا کسی که خودش را وقف

(حبس) برای فقیر کرده که نه اهل و عیال دارد و نه خانه و کاشانه‌ای و نه در فکر داشتن مال است... چنین کسانی پیدا میشوند و میشوند که من همین امروز شخصی را سراغ دارم که در خانه و املاک چند صغیر مشغول به کار است و با جان و دل برای صغار کار میکند و در خانه آنها همراه آنها منحورد و همه

مخارجش از جیب صغیرهاست که پائین تر از حد " معروف " هم هست. و عملا و علنا مصداق " من کان فقیرا " هم میباشد.

اکنون ببینید کدام آیه و کدام حدیث با جزء، جزء مطالب بالا ناسازگار است. بحث مفصل میرزا (قدس سره)

وقتی قابل عنوان کردن است که " رابطه ولی با صغیر " را يك عنوان و معامله خاص بدانیم که غیر از معاملات شناخته شده در اسلام باشد. شاید گفته شود که میرزا نیز به " اجرت " معتقد است ولی باید دانست که میرزا با تکیه بر این آیه و احادیث مربوطه چنین نظری را مدهد نه اساس اصول و فروع مسلم که شامل معاملات عموم مسلمین هستند از آن جمله معاملات با اموال صغیر.

گویا منشاء این همه مباحث پیچ اندر پیچ دو چیز است:

الف: وصیت موصی در تعیین اجر مشخص برای ولی

ب: تعیین يك کار پرداز یا کار گزار از جانب حاکم و عدول مومنین برای اداره امور ایتم با اجر و مزد مشخص، که

حقیقت هر دو مورد، بیان گردید و هیچکدام از آنها ولی نیستند هر چندی که ولی نامیده شوند. عامل دیگری که میتواند موثرتر از دو عامل بالا باشد این است که موردی، مصداقی و مثال مشخصی برای عنوان " فقیری که خودش را وقف صغار کند به نظر بعضی از بزرگان نرسیده باشد و لذا بحث را بر روال دیگر انداخته‌اند... و با مثالی که در بالا بیان گردید این مشکل حل میشود.

شخصی کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی بطور مجانی برای صغیر کار میکند خواه ولی باشد یا شخص دیگر نان چاشتی (مثلا) یا نان نهار را از مال صغیر منحورد، خوردنش " امتاع " است نه تملیک و همین طور کسی که خودش را وقف (حبس) کرده برای امور صغیر - همان مثال بالا - نیز به صورت امتاع

از مال صغیر گذران میکند نه به صورت تملیک. او " فقیر " به معنای اتم کلمه است و مالی در دنیا ندارد

۲۱۲ - سوال: هر گاه صغیر بعد از بلوغ ادعا کند که پدرم یا جدم که مال مرا فروخته‌اند به زید به عنوان غصب بوده، نه از باب ولایت. و پدر یا جد در حیات نباشند. یا باشند و تصدیق او کنند و بینه در میان نباشد. قول صغیر مقدم است یا مشتری؟

و هر گاه قبول دارد که [فروشنده با] ولایت فروخته، لکن مدعی خلاف مصلحت، باشد.

و بینہ در میان نباشد. قول کدام مقدم است؟.

و هر گاه این دعوی به سبب بیع کردن کسی باشد که نه ولی بوده و نه وصی و نه حاکم

شرع و دعوی کند بر او که بر وجه غیر شرعی فروخته. و از باب تصرف عدول مومنین در حین

تعذر حاکم شرع، نبوده ۱. و مشتری گوید که حسبتا بوده بر وجه صحیح. یا [صغیر] قبول

داشته باشد که از آن باب بوده و لکن ادعا کند که بر وجه غیر مصلحت بوده. احکام آنها چه

-----  
۱: و در نسخه:... و از باب تصرف عدول مؤمنین در حین تعذر که حاکم شرع نبوده

چیز است؟

جواب: در مسئله اولی ظاهر این است که قول صغیر مقدم است با یمین. و در مسئله

ثانیه قول مشتری مقدم است با یمین. و در مسئله ثالثه نیز قول صغیر مقدم است با یمین.

و هر گاه عالم به حال نباشد و همین گوید که " فلان کس که ولایت شرعی او ثابت نیست

تصرف در مال من کرده " این در حکم غاصب است و [اگر] مشتری بر او ادعای علم کند،

قسم او قسم " نفی العلم " خواهد بود.

و در مسئله رابعه قول مشتری مقدم است با یمین، علی الاظهر. و در کتاب قضای همین مجموعه اشاره به این مسئله شده با مأخذ.

۲۱۳ - سوال: والد صغیر مال صغیر را میتواند مصالحه نماید یا نه؟

جواب: هر گاه مصلحت صغیر را در آن داند، بلی میتواند.

۲۱۴ - سؤال: از زید سه نفر اولاد مانده که یکی از آن سه نفر ذکور میباشد و دو

نفر دیگر اناث. و یکی از آن دو اناث مدت پنجاه سال است که مفقود الخبر میباشد. و حال

قدری مال از او به جا مانده و بر سبیل اجرت در تصرف برادرزاده او میباشد. و حال

بفرمایند که مال آن دختر را میتوانند تقسیم نمایند یا خیر؟ و بر فرض اینکه تقسیم

توانند کرد، آیا برادر آن دختر مفقود الخبر از برادرزاده اش ادعای اجرت مدت

مذکوره را

متواند کرد یا نه؟

جواب: مفقود الخبر را باید به اطلاع مجتهد عادل چهار سال در چهار جانب

تفحص از

او کرد. هر گاه هیچ خبری نشد اموال او را میانہء ورثه قسمت میکنند. و مادامی که

غایب

است و خبر از او نرسیده، ولی او حاکم شرع است. یعنی مجتهد عادل مال او را

باید به دست

امینی بدهد که محافظت کند بر سبیل مصلحت. و منافع آن را ضبط کند تا خبری از

او

برسد یا از عمر او آنقدر بگذرد که در عادت آن زمان غالباً کسی بیش از آن عمر

نمکند.

آن وقت ما بین وراثت قست میکنند. و عمر عادی را بعضی تحدید کرده اند به صد و



بیست

سال. و دور نیست که صد سال هم کافی باشد.  
و اگر دسترس به مجتهد عادل نباشد عدول مؤمنین مال غایب را ضبط کنند و به

هر کی امین دانند بسپارند.

۲۱۵: سؤال: شخصی آبی از چند نفر خریداری نمود که صغیر هم شرکت در آن آب

داشته، و مشتری گفتگوی رسد صغیر را نموده که بدون اذن ولی صغیر، است. و اشخاص

بایعین چیزی که گنجایش [آن در] قیمت وقت اضافه بر قیمت آب رسد صغیر است تنخواه

قرار داده که به او رد نمایند. آن بیع صحت دارد؟ و غسل کردن و وضو ساختن به آن به جهت

مشتری صحیح است یا نه؟ و بر فرض صحت، الحال چه باید کرد؟

جواب: تصرف در مال صغیر بدون اذن ولی شرعی جایز نیست. و هر گاه ولی شرعی

نباشد حاکم شرع ولی اوست یعنی مجتهد عادل. و هر گاه دسترس نباشد عدول مومنین بر

وجه مصلحت مصلحت متوانند تصرف در مال او کرد. هر گاه به یکی از این وجوه معامله واقع شده

معامله صحیح است، و وضو و غسل به آن آب، صحیح. و الا باطل. و وضو و غسل صورتی ندارد

مگر بر نهج معتاد از سر نهر، یا به قدر حاجت در این امور برداشتن. چنان که در سایر آبهای

غصبی، و آن هم برای غیر غاصب. و از برای غاصب صورتی ندارد.

۲۱۶ - سؤال: هر گاه صبی بگوید که برای من انزال اتفاق مافتد، و بلوغ او از غیر جهت انزال معلوم نباشد، به محض ادعای انزال، قول او مسموع است و عقد او ممضی است؟

یا باید به ثبوت شرعی برسد؟.

جواب: مادامی که نزاعی در میان نباشد ظاهر این است که قول او مسموع است در حق خودش و در حق کسی که تصدیق او کند. اما هر گاه نزاع در میان باشد و خصم او منکر

باشد اظهر این است که قول او مسموع نیست.

۲۱۷ - سؤال: هر گاه بلوغ صبی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد واحدی را وکیل کند

که زنی برای او عقد کند. آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه عدم رشدش ثابت باشد

[چطور؟]. بیان فرمایند.  
جواب: در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد اگر اختیار تصرف با او باشد تضييع مال  
میکند. از برای ولی هم امضای توکیل و عقد او جایز نیست. و عقدی که بشود آن  
عقد از  
اصل باطل است. و ظاهر این است که در صورت تشکیك در حصول رشد و عدم  
رشد، هم در

حکم غیر رشید است. بلی استثنا کرده‌اند صورتی را که غیر رشید مضطر ۱ و محتاج باشد به

عقد نکاح، پس در این صورت جایز است که ولی او را تزویج کند و اذن بدهد در نکاح بر

وفق مصلحت. و بعضی شرط کرده‌اند تعیین زوجه را. و بعضی شرط نکرده‌اند و گفته‌اند که

هر گاه بدون اذن ولی بکند هم عقد صحیح است و لکن در مهر رجوع مشهود به مهر المثل

و آنچه زیادتر کرده آن زیادتی باطل است.

۲۱۸ - سوال: هر گاه عاقدی فهمیده باشد که صبی مادامی که بلوغ و رشدش به ثبوت

شرعی نرسیده باشد نمیتوان عقد و کالتی جهت او کرد. و صبی که ولی شرعی ندارد و شخصی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند (با وجودی که به حسب انبات و سن بالغ

نیست، و از او سوال شود که انزال شده بگوید بلی) و زنی را برای او عقد کند. و بعد از

مقاربت بگوید انزال نشده بود و دروغ گفتم. و احتمال مرود که فرق میان انزال و تغوط

نکرده باشد. آیا این عقد صحیح است یا باطل؟ -؟. و بر هر تقدیر مهر زوجه مرسد یا نه

؟ -؟.

جواب: چون قول او در اول مسموع است (چون مدعی در مقابل ندارد) و توکیل و عقد

او محکوم به صحت است - در صورتی که رشید باشد - پس بر او لازم است که حقوق زوجیت

را به عمل آورد. و این که الحال مگوید دروغ گفتم، رفع حقوق زوجیت نمکند. هر چند

مؤاخذ باشد بر آنچه بر خودش لازم می‌آید.

۲۱۹ - سوال: در صورت مزبوره، بعد از عقد و زفاف معلوم شده که داخل در سال چهارده شده بوده و عاقد مقلد آن قبله‌گاه باشد آیا این عقد صحیح است یا نه؟ -؟.

هر چند

رای عالی در بلوغ (در مرشد العوام اشاره شده است که اقوی) تمام شدن پانزده سال است.

جواب: در اینجا اعتقاد بر ادعای انزال بود نه بر سن. و ظهور خلاف نظر به سن،  
مضر  
نیست.

-----  
۱: بعضها لفظ " مضطر " را نیاورده‌اند و به عبارت " احتیاج و مصلحت " بسنده کرده‌اند

کتاب الحجر و تفلیس من المجلد الثالث.  
۲۲۰ - سوال: اذا اراد ولى الصغير والصغيره الجمع بين اموالهما ليسهل عليه الامر فى المعاملة لهما. و كان لهما مال مشترك بينهما مجهول القدر فى كيس، و مال مختص بكل

واحد منهما فى كيسين لا يعلم مقدار هما ايضا. فاراد ان ياخذ من الكيسين اثلاثا و يصب على

الكيس المشترك. و بنى على ان ياخذ على التدرىج، فاخذ من الكيس المختص بالصغيرة عشرة دراهم بارادة ان ياخذ بعده من المختص بالصغير عشرين و صب على المشترك. واتفق حين الصب انه كان تسعة و لا يدري ان الاشتباه هل وقع حين الاخذ او حين

الصب (؟-؟) فما تكليفة؟ و ما وجه الاستخلاص؟.

جواب: مقتضى اصل العدم كون ما اخذ [ها] تسعة. ولكن اذا كان مقصرا او اراد الاحتياط يدخل درهما فى المشترك (ليتم العشرة) من مال نفسه. و ياخذ العشرين من المختص بالصغير و ينقله الى مجموع الصغيرين حسبنا بعنوان الهبة او المصالحة على سبيل

الترديد بان يقصد فى النقل نقله الى الصغيرة - لو كان الدراهم تسعة فى نفس الامر - لتحصيل المثالية بينهما. او اليهما معا اثلاثا لو كان الدراهم عشرة. والظاهر ان مثل هذا الترديد غير مضر فى الانشاء ۱

۲۲۱ - سوال: چه مفرمايند در اينكه كسى غايى قدرى قرض داشته. و خانه و باغچه

دارد كه در آن خانه شخص حاضرى شريك است. و طلبكار غايب به خدمت ملازمان عالى

عرض نموده و ملازمان سر كار فرموده بودند كه عالجناب مقدس القاب آقا سيد مهدى

مبايعهء خانه نموده دين او را بعد از ثبوت و قسم ادا نمايد. و شركاى خانه كه حاضرند مدتى

است كه احتياج به قيمت خانه دارند و مىخواهند كه بفروشند و به علت آنكه مبادا ضرر به

مال غايب برسد به علت شراكت شخص خارج، نفروخته‌اند. و در اين اوقات شركاى حاضر

نيز كمال احتياج به مبايعه دارند. و خانهء غايب هر گاه كلا فروخته شود علاوه بر دينى است

كه دارد. و آقا سيد مهدى از علاوه احتياط مىكند كه بفروشد و قدر دين را نيز به

این علت

۱: ولعله " غیر مضر ان شاء الله ". لان عمله قد یصح من دون انشاء ایضا

(۴۹۳)

احتیاط میکند که هر گاه فروخته شود ضرر به آن باقی خواهد رسید یعنی موجب تلف مال غایب که باقی ممانند میشود. هر گاه کالا فروخته شود مال غایب متوان عوض آن خانه ابتیاع نموده در مکان مناسبی که علی الظاهر مال غایب تلف نشود. به این خصوص واجب بود که عرض شود که به هر نحو خدام عالی صلاح دانند مقرر فرمایند که مبیعه را نموده باشند که حق هیچ یک از میان نرود.

جواب: اما حکایت بیع شرکاء حصه خود را به جهت احتیاج و ضرورت: پس مانعی از آن نیست. و حق تعالی نفرموده است که به سبب خوف از تضرر رغایب (که شریک است در آن خانه) حاضرین در مال خود تصرف نکنند با کمال احتیاج. و چون ولی غایب حاکم شرع است در این صورت که شرکا حصه خود را فروخته، هر گاه مصلحت غایب را در این داند که خانه او را بفروشد و عوض آن خانه دیگر یا آنچه صلاح غایب است چنان کند و آن را محافظت کند. و هر گاه مصلحت داند به همان نحو شراکت بر حال خود بگذارد. و اما حکایت طلبکارهای غایب: باز باید حاکم شرع بعد از اثبات و قسم استظهاری، از مال غایب ادا کند. بلی اشکال در این است که چون خانه او از مستثنیات دین است، بیع آن جایز نباشد. و هر چند که اصل مسئله فی الجمله محل اشکال نیست و لیکن آنچه مستفاد میشود از اکثر احادیث و ظاهر فتاوی این است که محل سکنی و مسقط راس و ظل راس را استثنا کرده اند، چون مدیون محتاج است به آن. و اخبار منصرف نمیشود به خانه [ای] که به هیچ وجه منتفع از [آن] خانه از برای سکنی بالفعل نمیشود. خصوصا در مفقود الخبری که قریب به یاس باشد.

با وجود اینکه از فتاوی علما و بعض اخبار ظاهر میشود که خانه [ای] که از آن باب باشد



که به بعض آن رفع حاجت مشود - یا هر گاه بفروشند و به بعض قیمت آن، خانه  
بتوان  
خرید که رفع حاجت بکند - در این صورت آن قدر علاوه بر قدر حاجت را  
مفروشند و تتمه  
را برای سکنی مگذارند. یا خانه [ای] که رفیع است و صاحب قیمت بسیار،  
مفروشند و  
خانه [ای] که قیمت آن سبک تر است مگیرند. و مقتضای عمومات و جوب وفای  
دیون هم  
این است. و از صورت سوال ظاهر مشود که باغچه هم دارد، و این محل سکنی که  
داخل

مستثنیات دین باشد هر گاه سکنی به وقتی بر آن نداشته باشد. ۱  
و ایضا: در صورتی که بعد از بیع سایر شرکا، بقای حصه غایب در مال مشترك  
منشاء  
ضرر مشهود به غایب، و گفتیم حاکم شرع میتواند فروخت. دلیل بر لزوم خریدن  
خانه  
دیگر به قیمت آن نیست. و آنچه مستثنی است از دین، خود مسکن است نه قیمت  
آن، که  
الحال مال غایب پول است نه خانه. خصوصا هر گاه توان اقل ما یقنع در سکنی به  
آن خرید و  
ادای دین او هم بشود. پس همه اطراف را ملاحظه باید کرد. و اضرار به شرکا از  
برای صرفه  
غایب نکرد. خصوصا با وجود دین ثابت.  
پس به قدر مقدور جمع ما بین حقوق ثلاثه هر گاه بشود فنعم الاتفاق. و هر گاه  
ممکن نشد  
حق حاضرین که بیع حصه ایشان است مقدم است. چون آلت معطله ندارد. و بعد از  
آن در  
مال غایب و ادای دین او به مقتضای آنچه مذکور شد معمول دارند.

-----  
۱: اگر مراد از "خانه و باغچه" همان "خانه باغچه" - بدون حرف واو - باشد معنای باغچه، آن یکی  
رو کورت است که در حیاط خانه میباشد بی تردید برداشت میرزا از متن سوال غیر از این است