

## جامع الشتات جلد دوم

تأليف: الميرزا القمي

تصحیح: مرتضی رضوی

---

[ ۱ ]

جامع الشتات (جلد دوم)

---

[ ۲ ]

جامع الشتات (جلد دوم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمي با تصحيح واهتمام: مرتضی رضوی انتشارات  
کيهان

---

[ ۴ ]

جامع الشتات (جلد دوم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمي با تصحيح واهتمام: مرتضی رضوی چاپ اول: بهار  
۱۳۷۱ - پنج هزار نسخه چاپ مؤسسه کيهان حق چاپ برای انتشارات کيهان محفوظ است خيابان  
انقلاب - مقابل پارك دانشجو - خيابان انوشيروان شماره ۱۰ انتشارت کيهان

---

[ ۵ ]

[ ۶ ]

قفسه کتابخانه مجازی سایت بینش نو

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

---

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 "هیچگونه ویرایشی در مطالبی که از قلم محقق تراوش کرده، انجام نخواهیم داد." منظور از این سخن دخل و تصرف و ایجاد تغییر در کلمات و الفاظ و لغات است نه ویرایش در علائم نگارش ویا تفکیک مطالب ویا... و اینهمه کاری که در احیای این متن پر ارزش انجام یافته همه را می توان 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 مطلوبتر از جلد اول باشد زیرا مواردی که در پاورقی معین شده و نیز مواردی که در میان علامت [ ] قرار داده شده در جلد دوم بیش از جلد اول است. دلیل این تفاوت و نیز دلیل مورد بالا (دویم، سیم) این است که جلد اول را وقتی به من ارجاع کردند که آماده چاپ بود واز 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

---

### [ ۲ ]

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 بزرگواری که بوده) کوتاهی فرموده است. بل سخن از دو سلیقه است واز 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

---

### [ ۳ ]

## کتاب التجارة. من المجلد الاول

**۱- سوال:** چه می فرمایند 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 میرسانند که در وقت فروختن، مغبون بوده‌اند. آیا می‌رسد ورثه 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 نمی‌ارزید، اینها را باید حاکم به بینه و شهود و یا قسم، معلوم کند. و همچنین هر گاه بگوید بلی قیمت آن بیش از این بود، اما وکیل، غبن را صلح کرد. یا مالك، غبن را صلح کرده، این هم دعوی علیحده است و باید مدعی، صلح را اثبات کند. و همچنین هر گاه ورثه، مدعی علیه را گویند که مورث من وکیل در بیع

---

#### [ ۴ ]

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

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

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

**جواب:** بلی هر گاه طرفین علم به غش 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 مشتبه باشد به آن زر سابق و معامله و رواج آن به سبب جهالت حال آن باشد، مشکل است.

**۴- سوال:** 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- سوال:** هر گاه ملكى فيما بين زيد وعمرو، مشاعا مشترك بوده، زيد غايب و عمرو، قدرى از ملك مزبور را از بابت حصه خود فروخته، باغچه و عمارت كه فيما بين ايشان نيز مشاعا مشترك بوده، به مشترى به درك داده كه هر گاه كاشفى در معامله به هم رسد مشترى رجوع به درك نمايد .

**جواب:** فروختن مال مشاع بقدر الحصه ضرر ندارد و در تقسيم و تصرف در آن از جانب غايب، بايد از حاكم شرع، يعنى مجتهد جامع الشرايط مأذون باشد و اصل بيع، صحيح است. و اما آنچه به درك داده پس اگر اشكال در سئوال، از راه اشتراك با غايب است، پس اين درك بيمعنى است و اگر از راه اين است كه مبدا اصل بيع مستحق غير

---

### [ ۵ ]

بر آيد، پس اظهر آن است كه درك دادن از مشاع صحيح است و مجرد تخليه يد، در امور غير منقوله به جهت صحت رهن، كافى است.

**۶- سوال:** هر گاه شخصى مبلغ پنج تومان وجه را، مع يك من برنج مثلا يا مع يك توپ كرباس از شخصى گرفته است به عنوان قرض الحسنه، كه بعد از انقضاى شش ماه، مبلغ شش تومان وجه، مهم سازى مقرض، نمايد كه از جهت فرار از ربا، مدت اجل را، مع يك من برنج يا يك توپ كرباس به ازاي مبلغ يك تومان انداخته است. آيا اين صحيح است يا نه؟ و همچنين هر گاه شخصى مقدار معينى از وجه را از شخص ديگر بگيرد و از قرار ده دو (دو دهم) نفع قرار دهد به اين نحو كه منافع را با مقرض مصالحه كند؟

**جواب:** هر گاه شخصى به كسى پنج تومان قرض الحسنه بدهد و اجلى و مدتى از براى آن شرط كند، خلافى و اشكالى در جواز آن نيست. بلى خلاف در لزوم آن است و شبههء ربا در اينجا راه ندارد، بلى در بيع مثلين با تساوى، شرط مدت كردن ضرر دارد، چون اجل را قسطى از ثمن مى باشد و ظاهرا در اين هم خلافى نيست (آنچه نسبت به شيخ داده اند در خلاف، در آن هم تأمل است) و اما گرفتن يك من برنج يا يك توپ كرباس كه در ازاي آن، يك تومان بدهد، پس اگر قرض را داده است به شرط اين معاملهء محاباتيه، پس آن حرام است و قرض و معامله هر دو حرام است و هر گاه شرط نكرده باشد بلكه قرض را عليحده داده، و اين معامله را عليحده كرده و قصد در معاملهء واقعه كرده باشند ظاهرا جايز است، هر چند داعى بر معامله در نفس الامر جلب نفع باشد، لکن بايد بدانند كه منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام است به ارتكاب بيع صحيح. و لكن حيل ديگر هست از براى استخلاص از ربا، بهتر از اين، و از جملهء آنها معاملهء محاباتيه به شرط قرض است كه عكس صورت مسئله است و از جملهء آنها اين

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 می باشد، زیرا در عصر امام باقر (ع) طرفداران مالك - رئیس یکی از مذاهب چهار گانه فقهی اهل تسنن - به عنوان انتقاد، از آن حضرت میپرسیدند "آیا این فرار از ربا نیست؟!" امام (ع) در پاسخ آنان میفرمود "نعم الفرار من الحرام الی الحلال": چه زیباست فرار از حرام بر حلال؟! پس اصل "حکم" - حکم بر جواز - فی الجمله برای همگان ثابت است. لیکن هر کسی در نحوه عملی آن، برداشت خاصی دارد و معمولاً در اجرای حکم بر "موضوع" دچار (باصلاح فقهی) تفصیل شده‌اند و بعضیها نیز بطور مطلقاً بر هر نوع فرار بوسیله ضمیمه حکم صحت را جاری می کنند. 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 بشکل خاصی حل می کند که بیگمان مبنای يك "اجماع" خواهد شد. بدینشرح: اگر کشاورزی گندم مرغوب و کشاورز دیگری گندم نا مرغوب دارد فرد دوم میخواهد از امسال بذر زراعتش را از گندم مرغوب فرد اول تامین کند بدیهی است قیمت دو گندم در بازار متفاوت است اگر گفته شود که طرفین با وزن مساوی گندمها را مبادله کنند فرد اول مغبون می شود و اگر فرد دوم مقداری گندم اضافه دهد ربا می شود (فرضاً امکان راه دیگر هم غیر از مبادله نیست - در قدیم میان کشاورزان چنین اتفاقاتی بیشتر پیش می‌آمد) در این صورت صاحب گندم نامرغوب می تواند نقدی یا چیزی را بر گندم خویش ضمیمه کند تا تعادل قیمت دو کالا حاصل گردد. رای ایشان بر این است که "فرار از ربا" تنها در این قبیل مورد است که بوسیله ضمیمه تعادل قیمت حاصل شود نه ربح ربوی، و این مطلب گشودن راه ربا نیست که باصلاح، فلسفه احکام مخدوش گردد، و ایشان تصریح می کنند که این، در حقیقت فرار از ربا نیست بلکه فرار از "مماثلث" است - رجوع کنید به "تحریر الوسیله" باب ربا مسئله شماره ۷، و نیز: امام خمینی: کتاب البیع: ج ۲ ص ۴۰۴ و ۴۰۵، مسئله دیگری که در اینجا قابل ذکر است این است: من در یکی از مقالات اقتصادی در یکی از مطبوعات دست اندر کاران فقه را دعوت کرده بودم بر اینکه "آیا نمی توان میان گرفتن وام ربوی از بانک دولتی و میان معامله ربوی بخش خصوصی با بخش خصوصی تفاوت قائل شد؟" و باصلاح نمی توان میان این دو به تفصیل قائل شد؟. یکی از آقایان که اخیراً رساله‌اش را چاپ کرده نوشته است: اگر اجماع، نباشد:.... خلاصه‌اش این می شود که معامله ربوی افراد با بانک دولتی حلال و با بانک بخش خصوصی یا هر فرد دیگر حرام است. زیرا: خطابات این چنینی شامل "دولت" نمی شود یعنی همان طور که خطاب "خمس بدهید" متوجه دولت نیست همان طور هم خطاب "ربا نگیرید" متوجه دولت نیست. و نیز همین خطاب به مردم می گوید که به همدیگر ربا و ربح اضافی ندهید و معلوم نیست که آنان را از ربح ربوی دادن به دولت نیز منع کرده باشد

## [ ۶ ]

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

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

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

---

### [ ۷ ]

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

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

---

### [ ۸ ]

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

بالمصالحه صحیح است و بدون این شرط نه؟ و این شرط با اصل بیع، منافای و مخل و مفسد هست یا منافای 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 یک تومان و شرط کردم با تو که بعد از انقضای یک سال هر گاه رد مثل ثمن را در ظرف پنج روز به سوی تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع و شرط کردم با تو که این خیار، بعد از انقضای این مدت در ظرف این پنج روز، از برای من باشد و مشتری قبول کند پس اظهر جواز آن است و اشکالی ظاهراً در جواز اجاره دادن میباید در ظرف یک سال و مصالحه منافعی در این صورت، نیست و این شرط هم منافاتی با بیع ندارد و مخل و مفسد نیست. و اما هر گاه زمان خیار متصل به زمان عقد باشد مثل اینکه بگوید: فروختم این زمین را به یک تومان و شرط کردم با تو که از حال، الی انقضای یک سال تمام، خیار از برای من باشد که هر وقت در ظرف این سال، رد مثل به تو نمایم مسلط باشم بر فسخ بیع. پس در اینجا در صحت اجاره، بلکه مصالحه اشکال هست و چنانکه صحت آن بر حقیر، ظاهر نیست، بطلان آن نیز معلوم نیست، بلکه صحت آن، خالی از قوت نیست. اما تفصیل میخواهد که وقت، اقتضای بیان آن را نمی کند. لهذا در این صورت، الحال توقف دارم.

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

---

[ ۹ ]

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

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

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

**۱۳- سوال:** زید جنسی را می فروشد به مشتری و می گوید: نقدا یک عباسی و نسیه تا مدت شش ماه مثلاً 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 می گویند آنچه بر مشتری لازم است اقل ثمنین است در انقضای اجل، و این مذهب شیخ است در نهاییه، و یحیی بن سعید در نزهة الالفاظ. و بعض متاخرین نسبت آن را به مفید (ره) و مرتضی (ره) نیز داده‌اند و کلام مفید، صریح در حرمت است. لکن گفته است که هر گاه چنین کاری را بکند بر او لازم می شود اقل

ثمنین در منتهای اجل، و عبارت سید (ره) در مسائل ناصریه دلالت بر کراهت دارد، و لکن دور نیست که او نیز حرمت را خواسته باشد، به جهت آنکه در کلام او و امثال او استعمال می شود کراهت در حرمت. و اما دلالت کلام او بر صحت، پس آن واضح نیست و عبارت او این است که بعد از آنکه عبارت ناصریه را نقل می کند که گفته است: " من باع باکثر سعر یومه مؤجلا فقدر بی " فرموده است: " هذا غیر صحیح و ما اظن ان بین الفقهاء خلافا فی جواز ذلك و انما المکروه ان یبیع الشئ بثمانین بقلیل ان کان الثمن نقدا و باکثر منه نسیة " 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. چنانکه مشهور علما بلکه اجماع است، چنانکه آخوند ملا احمد (ره) در احکام آیات نقل کرده و چنان نیست که ابو حنیفه گفته که همان زیادتی اسقاط می شود و در باقی صحیح است. و بیان ربوی این است که بگوئیم که تراضی به اقل ثمنین واقع شده در اول، پس هر گاه قیمت زیادت را بدهد بعد از انقضای مدت ربا می شود، به جهت آنکه طلب او را زیاد داده از برابر آن زمان .

---

#### [ ۱۰ ]

ولکن از شهید در دروس ظاهر می شود که صحیح است این معامله و اینکه نهی از این معامله وارد شده، به سبب حصول ربا است، و لکن گفته است که نهی دلالت بر فساد نمی کند. 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 حلیت مال مسلم مگر از طیت نفس و اینکه تراضی واقع نشده است، بلکه قصد بیع هم نشده است و عقود تابع قصد است و قصد بیع به این نهج خاص هم نشده که اقل ثمنین در ابعدها 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 يك قيمتی غیر معین بالذات، و شرط کردم با تو که اگر نقد بیاوری آن قیمت غیر معین، این قدر باشد و اگر تا فلان مدت تأخیر کنی اینقدر باشد، یا در این معنی است که به نقد می فروشم اگر اینقدر بدهی و به نسیهء فلان مدت می فروشم اگر نقد به این قدر ندهی و این نیز باطل است، به جهت آنکه تعلیق در انشاء عقد است و آن مبطل عقد است جزما. پس حکم به صحت آن مخالف عقل و نقل است. و علاوه بر همه اینها از رسول خدا (ص) روایت شده از طریق خاصه و عامه " لا یحل صفقتان ۱ فی واحدة "



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

---

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

---

### [ ۱۱ ]

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 و ابعده 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 یدا او ثمنها کذا و کذا نظرة فخذها باى ثمن شئت، و جعل صفقتها 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 والاخر نظرة فلیسم احدهما قبل ۴ الصفقة، و حسنهء دیگر محمد بن قیس عن ابی جعفر (ع) قال: قضی امیر المؤمنین (ع) فی رجل امره نفر لیبئاع 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 تائید دیگر هست، هر چند اظهر عدم اشکال است به جهت آنکه ظاهر آن است که محمد بن قیس، (خصوصاً هر گاه عاصم بن حمید، از او روایت کند و او از حضرت باقر (ع)) خصوصاً قضایای امیر المؤمنین (ع) همان بجلی ثقه، است و ابراهیم بن هاشم ممدوح ۶ است به مدحی

---

۱: همان مرجع باب ۷ ج ۲۲: همان مرجع باب ۲ ج ۲. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۶۷، ابواب احکام العقود باب ۲ ج 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 ۲ ج ۱. ۶: ابراهیم بن هاشم پدر علی بن ابراهیم: مرحوم میرزا (مانند گروهی از دانشمندان) در اینجا یک برخورد کاملاً

فنی خشك با چگونگی شخصیت ابراهیم بن هاشم مینماید. یعنی تنها سخنانی را که اهل رجال در مورد او گفته‌اند معیار قرار میدهد و نتیجه میگیرد که او توثیق نشده تنها مدح شده است. بطوری که گروهی از دانشمندان همین روش را در مورد صدوق به کار میگیرند و طوری سخن می گویند که گویا مثلاً وی هم توثیق نشده است اما حقیقت این است که بزرگان رجال شخصیت‌هایی مانند صدوق و ابراهیم بن هاشم را بین‌بازتر از آن میدانند که در مقام شرح جزئیات و ثافت 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 کوفین بوده و به قم آمده و از غریال سختگیر قمین سالم در آمده است

---

### [ ۱۲ ]

که کمتر از توثیق نیست. و لکن مضمون روایات مخالف قواعد و عمومات ادله عقلیه و نقلیه است، چنانکه گفتیم. و نمی توان عمومات قواعد را به آن تخصیص داد، با وجودی که اخبار آن طرف هم موجود است و بعضی از اینها موثقتند 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 میدهیم و جناب امیر المؤمنین (ع) منع فرموده آن شخص را از گرفتن زیادتی به جهت آنکه محض ریاست و اگر چنین نباشد حمل حدیث بر معنی مقصود، محتاج به تکلفات بسیار و تقدیر و حذف است و مرجع ضمیر منصوب در " معه " هم در این صورت مذکور نیست و ارجاع آن به صاحب شتری که این مرد از او می خرد و در کلام نیست، بعید است. و اما دلیل مفید و امثال او که قائل به حرمتند، و لکن هر گاه بکند صحیح است و رجوع به اقل ثمنین می شود در ابعداجلین. پس ممکن است که آن آخر حسنه محمد بن قیس باشد که در کافی مذکور است که امر شده است به تسمیه ثمن و تعیین آن و امر از برای وجوب است، پس ترك آن حرام است، و لکن حرمت افاده بطلان نمی کند و از اینجا دلیل ابن براج نیز ظاهر می شود، بنا بر آنکه حرمت را دلیل بطلال داند. و تو میدانی که همه اینها تکلف

---

### [ ۱۳ ]

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

فارق. و اما لفظ " ابعدا الاحلین " در روایت سکونی، پس آن، محمول بر تغلیب است و بر حال اطلاق شده است لفظ " اجل " تغلیبا، مثل شمسین و قمرین، چنانکه در خود روایت نیز توضیح آن شده است. و به هر حال، اظهر در این نیز بطلان است، چنانکه مذهب اکثر اصحاب است، بلکه به طریق اولی. والله اعلم بالصواب.

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

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

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

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

**۱۷- سوال:** 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 می شود یا اینکه موقوف است به دادن تمام؟

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

---

## [ ۱۴ ]

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

**۱۸- سوال:** 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- سوال:** هر گاه زید، در حین حیات والد خود از پول والد، ملکی به جهت خود گرفته و والد، متوفی شده، آیا ورثه به قدر سهم خود، مستحق تنخواه می باشند یا مستحق ملک؟

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

**۲۰- سوال:** معاملهء اطفال، که در بازار می کنند 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. ولکن اموری که عادت جاری شده به معامله اطفال در آن، ظاهر این است که این بیع نباشد به این معنی که جمیع احکام بر آن مترتب شود، بلکه همان محض تراضی است، مگر در جایی که اعتماد بر اذن ولی باشد و آن طفل به منزله آلت باشد. مثل آنکه در حضور و به اطلاع ولی بکند که در اینجا احکام بیع بر او جاری شده.

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

---

#### [ ۱۵ ]

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

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

در صورت غبن، والحاصل بعد از ملاحظه، عمومات لزوم عقود و شروط، وجهی از برای بطلان ظاهر نیست آنچه شهید (ره) در دروس به آن متمسک شده در شرط اسقاط خيار رؤیت، است و اسقاط خيار غبن را هم به آن ملحق کرده‌اند، و بعد از آن، بیان فرق کرده. و عبارت دروس این است که در مسئله خيار رؤیت گفته است " ولو شرطاً رفعه فالظاهر بطلان العقد للغرر و كذا خيار الغبن و يحتمل الفرق بينهما لان الغرر في الغبن سهل الازالة بخلاف الرؤية فيصح اشتراط رفع خيار الغبن " و مراد شهید از لفظ " غرر " آن چیزی است که

---

### [ ۱۶ ]

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 خيار غبن منحصر است در صورتی که بایع، عالم نباشد به غبن و فریب نداده باشد و با وجود این، مطلق گفته‌اند که خيار غبن ثابت است، بلکه در غار عالم، اظهر است. واحادیثی که وارد شده در غبن، مثل غبن المؤمنین حرام و غبن المسترسلین حرام و امثال آنها، ظاهر در صورت عمل فریب است و کسی قائل به بطلان نشده است و به جهت رفع آن قائل به خيار غبن شده‌اند. و بعضی در اصل خيار غبن هم تأمل دارند. باقی میماند کلام در جهالت عوضین یا احدهما که ظاهر فقها، اجماع بر بطلان است. و تحقیق در این مسئله نیز این است که هر گاه جهالت راجع به بیع سفه شود باطل می شود، بخصوص دلیلی در آن یا به جهت اجماع که در خصوص جهالت دارند یا به سبب بعضی از اخبار که در آن مسئله مذکور است والا نهی در معاملات مستلزم فساد نیست و قول شهید (ره) در نفی اسقاط خيار 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، خيار فسخ جبر کسر آن را می کند، و هر گاه در همان عقد، شرط اسقاط خيار بشود آن عقد در جهالت عوض، باقی است، پس فاسد خواهد بود. به خلاف شرط اسقاط خيار غبن، به جهت آنکه مبیع و ثمن هیچیک در حال بیع جهالتی نداشته‌اند و اگر جهالتی فرض شود در گنجایش و قیمت مبیع خواهد بود و آن نیز به اثبات خيار غبن در شریعت، مرفوع است .

---

## [ ۱۷ ]

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 بیخس، مشتری مغرور شود به آن، خیار را دارد و به همین ازالهء غرور از او آسان است، چنانکه در همان عبارت دروس به آن اشاره شده. پس خود مقصر خواهد بود به سبب اسقاط خیار و " مباشر " در اتلاف، مقدم است بر " سبب " و همچنین سبب اقوی بر اضعف. و در اینجا نمی توان گفت که سبب اقوی است به سبب غرور، مثل آن جایی که غاصب، مالک را ضیافت کند و مال خودش را که از او غصب کرده به او بخوراند، به جهت آنکه بعد از این به آزار تابانی به او می گوید که در ضمن عقد، شرط کن که اگر غبنی باشد ساقط باشد، هر گاه واقعا جازم شده بود مشتری به اینکه غبنی نیست و قیمت همین است و باز از راه این سد و بند بایع، و شرط کردن، بیدار می شود و راه اختیار غبن را میداند که شرط می کند، والاسفه و 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 غبت نباشد. پس در حقیقت متنبه احتمال غبن شده و بنابر اسقاط آن گذارده به جهت مصلحتی و اگر فرض عدم تنبه بشود با وجود این معنی، پس آن از فروض نادره است که در احکام شرعی و قواعد کلیه، التفاتی به آن نیست. پس عمدهء مؤثر در نقصان، فعل خود او است نه فعل بایع. و اما در اسقاط خیار رؤیت، چون معنی غرر، و اسقاط خیار باعث عود جهالت است، پس رفع غرر، به معنی جهالت به وسیله اسقاط خیار نشده است. به خلاف غبن، که تحویل تأثیر تغیر به خود مشتری، منشا ازالهء غرر به معنی فریب است به آسانی. و از اینکه گفتیم معلوم شد که مراد شهید (ره) از لفظ " غرر " در دروس اعم از جهالت و فریب است تا در اسقاط خیارین هر دو صحیح باشد. بلی در این مقام، سخنی دیگر هست و آن بودن این شرط است مخالف مقتضای

---

## [ ۱۸ ]

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

مقتضای عقد است. و حاصل آنچه تحقیق کرده‌ام در آنجا، همان است که شهید (ره) به آن اشاره کرده در قواعد که هر گاه شرط منشأً اخلال به بعضی ارکان معامله شود فاسد است، مثل شرط عدم تسلیم مبیع یا ثمن یا عدم تصرف در مبین یا در ثمن، و اما هر گاه باعث اخلال به بعضی از احکام و لوازم و توابع بشود ضرر ندارد، مثل شرط اسقاط خیار مجلس و خیار حیوان. و خیار غین هم از آن بابت است، و همچنین خیار تأخیر. اما در خیار رؤیت، اشکال سابق هست و از این جهت، منشأً بطلان می شود و توضیح این مطلب موکول است به مطالعه آن رساله، و الحال، حال بیان بیش از این نیست. عافانا الله عن الامراض الحسمية والالام النفسية بمحمد واله خیر البرية صلی الله علیهم اجمعین. و اما سئوال از ذکر شرط فاسد در ضمن عقد، پس بدان که کسی شرط مخالف شرعی در ضمن عقد بکند، شکی در فساد شرط نیست و در فاسد شدن عقد به فساد شرط، قول اصح بطلان است به جهت آنکه عقد، تابع قصد است و قصد به انشاء عقد نشده است الا به این شرط، پس قصد به انشاء معامله بدون شرط نشده و قصد که واقع نشده، عقد واقع نشده و به جهت آنکه شرط را قسطی از قیمت می باشد، پس هر گاه باطل شود، قیمت مجهول می شود، پس عقد باطل می شود و در رسالهء شرط، مطلب را مبسوط نوشته‌ام. 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

---

#### [ ۱۹ ]

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

**۲۲- سوال:** در وقت چیدن گندم و جو، بعضی خوشه‌ها به زمین میافتند و میریزد و مالک خود یا وکیل او به قدر مقدور، سعی و اهتمام در جمع و ضبط و اخذ آنها می کنند و بعد از عجز از ما بقی اعراض و قطع نظر می کنند. آیا بر چیدن آنها جایز است یا نه؟ و بر فرض جواز، هر گاه کسی بر چیدن به قصد تملك و عین آن حاضر و باقی باشد مالک می تواند 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 تملك، متوجه آب دادن و حفاظت آن بشود و حاصلی از آن به عمل آید، آن حاصل، مال این شخص می باشد یا مال

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

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

---

#### [ ۲۰ ]

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 حیات 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 فى كثير من المواضع التى يكون المعرض عنه شيئا خطيرا و ان كان القول به موجودا مطلقا و فى خصوص بعض المسائل كما لو اطلق الصيد بعد التملك و قصد الخروج عن التملك. فانهم اختلفوا فيه. فالأكثر على عدم الخروج، كما فى المسالك و ذهب بعضهم الى الخروج ونسبه فى الكفاية الى الأكثر. و يتفرع عليه جواز اصطیاده للغير بقصد التملك و عدمه. ثم على القول بعدم الخروج، اختلفوا فى انه مباح التصرف فيه على غير جهة التملك ام لا ايضا) بل اعتمادى فى المسئلة على انه ثبت من الشارع الرخصة فى 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 ساير حقوق المالية فى اموال الناس و تردد الامر بين ذينك الامرين فى المسائل الشرعية غير عزيز. فمنها اثبات حق الشرب والتوضى فى المياه المملوكة فانه يظهر من بعض الاصحاب انه من باب شاهد الحال و من بعضهم انه حق اثبت الله تعالى لعباده فى مال



عباده فاذا تردد الامر بينهما فالاصل يقتضى الحمل على الاخير. اما ثبوت الرخصة عن الشارع فثبوت  
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

---

### [ ٢١ ]

البيع والشراء ولو لم يصر تلك الاشياء ملكا لملتقطها لم يصح البيع. اذ لا بيع الا فى ملك. سواء كان  
بالاصالة او بالنيابة عنه او بالاجازة عنه. فاذا كان الاعراض عن المالك بمنزلة الاباحة المحضة لا يفيد ذلك  
الا من المالك الرخصة فى التصرف ولا يفيد التمليك كما صرحوا به فى نثار العرس وصحة البيع مشروط  
بالتمليك او بالاجازة عن المالك والمفروض عدم التمليك. والنيابة ايضا غير متحققة بالفرض اذهم يبيعون  
لا نفسهم. واما الاجازة فهو موقوف على اطلاع المالك على البيع وامضائه وهو لا يمكن الا بعد اطلاعه  
على وقت البيع لتعقبه بالاجازة ومجرد المعرفة من حاله بشهادة الحال انه لو اطلع على البيع لا مضاه،  
لا يكفى فى الامضاء. لان الاجازة والامضاء يحتاج الى انشاء ولا يكفى فيه مجرد الرضاء. اذا لو كان محض  
الرضاء كافيا فى انعقاد العقود، لتحقق عقد النكاح فيما بين رجل وامرئة يجب كل منهما الاخر ويتمنى كل  
منهما ان يكون زوجا للاخر . و كك البيع و غيره من المعاملات. و لم يقل به احد من القائلون بصحة  
المعاطاة بل القائلون بلزومها. و ايضا لا يقولون بعدم الاحتياج الى الانشاء. غاية 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 التى يحصل الملك فيها بالحيازة  
بقصد التملك .

[ ٣٢ ]

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 يقى 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 للفرد 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 يقى: ان فى مثل الحبوب التى دخل من باب الاتفاق بسبب تصاكك السنابل والا طلاق فى شقوق الارض وثقبها، انها ليست بمال حتى يقى ان ملكية هذا المال مستصحب. ويدل على ما ذكرنا ايضا ان من البعيد من حكمة الله ورافته ترخيص عبده الضعيف فى جمع السنابل والحبوب فى غاية المحنة واللغوب من الصبح الى الليل و كك جلات الحيوانات، ثم تسليط المالك على ان ياخذ منه مجانا. على ان لنا ان نعتمد على ان الاعراض عن الملك يفيد الخروج عنه ايضا. سيما اذا كان الاعراض من جهة الياس لا عدم المالية. بل مع الثبوت فى صورة اليأس مع تحقق المالية العظيمة، يثبت فى صورة الاعراض لا جل الحقارة، بطريق الاولى. و وجه الاستدلال ان الاصحاب ذكروا فى مسئلة البعير التى بقيت فى فلات لا جل كلاله انه تملكه الاخذ واستدلوا عليه بصحيفة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال: من اصاب مالا او بعيرا فى فلات من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليه فانفق نفقته حتى احيها من الكلال ومن الموت، فهى له ولا سبيل له عليها وانما هى مثل ١ الشئى المباح. و يقرب منها غيرها من الاخبار. فان هذه الصحيحة وما فى معناها تدل على ان اعراض المالك وتركه وبأسه عن الانتفاع يجعل المال كالمباح فهو يجرى فيما نحن فيه بل وعلى سبيل الاولوية. و صرح الاصحاب بكون الاعراض منشأ للخروج عن الملك فى غير موضع، منها مسئلة .

[ ٣٣ ]

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

---

### [ ٢٤ ]

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 يباه العقول السليمة والاحلام المستقيمة فانا كثيرا ما يحصل لنا العلم ان المالك لا يخطر بباله تصرف الغير فضلا عن اباحته له بل انما يحصل منه نفس الاعراض فكيف يعتمد فى التصرف فى مال الغير على ما ليس من باب الاذن الصريح ولا الفحوى ولا شاهد الحال. فان معنى شاهد الحال ان يشهد الحال برضاء المالك بتصرفه مع بقائه فى ملك المالك ولا ريب انه مفقود فى اغلب موارد هذه المسئلة. فلو فرض ان احدا جمع السنابل فى مزرعة احد بعد الاعراض عنه راسا على سبيل التدرج حتى يبلغ ثلثمائة من من الحنطة فالان علم المالك ان ملكه باق على تلك الحنطة فكيف يحصل العلم برضاه بتصريف الملتقط فى هذا المجموع سيما اذا اعتبر فى شاهد الحال العلم كما هو ظاهر الاكثر. نعم شاهد الحال يشهد برضاه فى الالتقاط و محض الرضاء بالالتقاط لا يوجب الرضاء بالتصرف فى هذا المبلغ الخطير وهذا كله شاهد على انه خرج عن

---

### [ ٢٥ ]

ملكه بالاعراض. فتأمل بنظر دقيق و فكر عميق فان التمسك بالاستصحاب هنا من الراء البادية والانظار العلية الظاهرة لا من الافكار الغامرة. هذا الكلام فى اثبات خروج المال المعرض عنه عن ملك المالك بالاعراض المترتب عليه خروج الحب، المسنول عنه، عن مال مالكة. واما الكلام فى انه، ح، هل هو ملك من احزره ورباه او ملك مالك الارض فهو وان اشير اليه فى تضعيف الكلام ولكنه قد يستشكل فى ذلك من جهة كونه نماء ملك المالك فيكون كالحشيش النبات فيه ولا يجوز لاحد حيازته بل هو ملك مالك الارض. ومن جهة كونه شياً مباحا دخل فى ارضه وتولد منه زرع فيكون كالطاير الوحشى المتعشش فى دار احد فانه يكون لمن احزره 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 نفي كونه من صاحب البذر. فكيف كان فلا بد من تقييده بما لم 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 البايع الاول؟ الاظهر ان كان المحيز تسقى تلك العروق ورباها قبل نيات الدوى منها فهو مال المحيز اذا علم اعراض المشتري، كما هو ظاهر الحال فى امثال ذلك. وان رباها بعد نياته و صيرورته شيئاً له مالية فهو مال المشتري الا اذا علم منه الاعراض بعد النيات ايضا فيكون مال المحيز، ح، و اما الشركاء فى الارض فلا حق لهم فى اصل الشجرة النابتة جديدا و كذا البايع الاول لانقطاع حقه عنه .

### [ ٣٦ ]

قال فى كتاب المزارعة: ولو زارع رجلا على ارض او اجره اياها فسقط من الحب الحاصل من الزرع فى تلك الارض عاما آخر فهو لصاحب البذر لا لصاحب الارض الا ان يكون صاحب البذر اسقط منه حقه. انتهى. والنسخة التى نقلته منها مغلوبة والظاهر انها نسبت اليه. وقال فى القواعد فى باب المزارعة: ولو تناشر من الحاصل حب فنبت فى العام الثانى فهو لصاحب البذر و لو كان من مال المزارعة فهو لهما. والله العالم باحكامه.

### ٢٣- سوال: 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 حالى كه در ملك مولى است، پس اگر نطفه قبل از دخول در ملك منعقد شده باشد به سبب عقدى يا وطى شبهه و بعد از آن كنيز را بخرد، ام ولد نمى شود، 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 نمى شود. و همچنين هر گاه آزاد بوده، ولكن 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 مى تواند 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 هيچوجه اداى او را نمى تواند بکند و بعضى شرط کرده اند در اين شرط مولى را و ديگران اطلاق کرده اند، و اين اظهر است و آنچه مشهور ميان علما (وظاهر حديثى كه در آن وارد شده است، يعنى صحيحهء 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- سوال:** هر گاه مالك به كنيز خود دخول كند، پيش از استبراء مي تواند بفروشد يا

---

[ ۲۷ ]

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 نديده ولكن در سن كسى است كه حيض مي بيند، يعنى نه سال او تمام باشد چهل و پنج روز با او جماع را ترك كند و بعد از آن بفروشد، چنانكه بر مشترى هم واجب است كه استبراء كند، به همين قدر، هر گاه بايع استبراء نكرده باشد، ولكن 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 مى شود كه ام ولد بوده و بيع او فاسد بوده.

**۲۵- سوال:** هر گاه زید سه دانگ مزرعه را از عمرو، بخرد چون خواهد تصرف کند، عمرو گوید که من سه دانگ از هفت دانگ فروخته‌ام و زید، بگوید که من سه دانگ از شش دانگ خریده‌ام که نصف باشد، چنانکه 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 شديد در زمينها و بلاد. پس به اين سبب، جهالت در بيع به هم مى رسد. خصوصاً در وقتى كه در خصوص مزرعه 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 جمله اهل آن قريه است، سه دانگ را بفروشد و مشترى هم همان اصطلاح را داند، يا

---

۱: مطابق نسخ، و ممكن است صورت جمله چنين باشد: پس اصل در " حقيقت مطلق " بودن آن، در نصف، در " عرف عام " ثابت نيست

---

[ ۲۸ ]

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

**۲۶- سوال:** شیر ماهی و بلغار و پوست فزاعی 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- سوال:** عمرو، کنیزی به زید بفروشد و بعد از بیع، معلوم شود که کنیز حامله بوده است. بیع صحیح و لازم است یا نه؟

**جواب:** شکی نیست در اینکه حمل، از 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 می شود و حکم آن، این است که مشتری مخیر است میان فسخ بیع و رد ثمن و میان آنکه دارد وارش بگیرد. مگر در چند صورت که از 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 می شود و در اکثر آنها ارش. و دلیل تسلط بر فسخ واضح است. و اما دلیل نگاهداشتن و ارش گرفتن خفائی دارد، ولیکن چون ظاهراً خلافی در مسئله در نظر نیست بلکه فی الجملة اجماع بر آن نقل شده و عبارت فقه الرضا هم دلالت بر تخییر میان آن دو امر دارد و همین قدر، در اثبات آن دو امر کافی است. و استثناء شده است از عموم در سقوط خیار عیب به سبب تصرف جایکه کنیزی بخرد و وطی کند

---

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

---

[ ۲۹ ]

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

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

---

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۴۱۶، ابواب احکام العیوب باب ۵ ح ۳ - فروع کافی ج ۱ ص ۲۸۹

---

### [ ۲۰ ]

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

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

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



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

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

**جواب:** حرام است.

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

**جواب:** در 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

---

### [ ۲۱ ]

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

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

**جواب:** تصرفات مشتری که منافای خیار بایع باشد، صورتی ندارد و جایز نیست مثل اینکه بفروشد به کسی که دیگر بایع نمی تواند از او استرداد نماید بالمره آن مبیع را باطل و عاقل کند. و بعضی آزاد کردن بنده را جایز دانسته اند، یعنی هر گاه غلامی را به بیع خیار شرط، خریده باشد و در ایام خیار آزاد کند، می گویند عتق صحیح است و هر گاه بایع، فسخ بیع کند به رد مثل ثمن، قیمت سوقیه غلام را میگیرد. و این قول مشکل است. بل هر گاه مشتری بفروشد ملکی را که خریده است بشرط خیار بایع، قبل از زمان فسخ بایع به رد مثل ثمن، و این مشتری جدید هم علم داشته باشد به این معنی، و به این نیت بخرد که هر گاه بایع فسخ نکند لازم باشد و اگر فسخ کند به او رد کند و ثمن را از بایع ثانی استرداد کند، مانعی ندارد، بلکه ظاهر این است که به تصرف مشتری دادن در این ایام تا قبل رسیدن خیار، به نحوی که منافای 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

---

[ ۳۲ ]

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

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

---

[ ۳۲ ]

**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 ننگه دارم.

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

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

**۲۴- سوال:** بیان فرمایند که بقای حجت بیع شرطی از متوفی و عدم رد مثل ثمن در ایام خیار، اگر چه وجه اجاره مبیع شرطی را، بایع شارط داده باشد، هر گاه بایع در دادن ثمن، ممانعه نماید، آیا وارث را می رسد که مبیع شرطی را متصرف و اجرت المثل سنوات ماضیه آن را از بایع شارط 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 مسئوله که رد مثل ثمن نشده باشد، ملك مال مشتری است و بایع را در آن، حقی نیست و اجرت المثل سنواتی که بایع مستأجر عدوانا در تصرف داشته باشد باید به سوی مشتری رد نماید. و چون در صورت سئوال، مغشوش و غیر واضح بود مفصلا نوشته شد. و این همه مراحل بعد از ثبوت مراتب مذکوره است به مرافعهء شرعیه. والله العالم.

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

---

#### [ ۲۴ ]

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

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

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

---

۱: وسائل ج ۱۷ ص ۳۱۳، ابواب الغصب باب ۱ ح ۱ - فروع کافی: ج ۵ ص ۲۹ ح ۶

---

#### [ ۲۵ ]

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

تلف شده نمی تواند. به جهت اینکه انتقال مال دیگری محتاج است به ناقل شرعی، و مفروض فساد بیع است و ناقلی دیگر در میان نیست و ملك سابق مستحب 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 .

---

### [ ۳۶ ]

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

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

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

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

---

۱: یعنی در بخش مکاسب، از کتاب مناہج. ۲: در ذیل مسئله شماره ۶، توضیح لازم داده شده و نیز نظریه ابتکاری امام خمینی را شرح دادیم. ۳: نوشته مشروحی که موارد مندرج در آن مورد به مورد جداگانه و بطور مشخص نوشته شود

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

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

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

---

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

---

### [ ۳۹ ]

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 بعضی آن را به بیع مراحه 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 متماثله مثل گندم و جو نباشد. و این جنید فرق گذاشته است. بلی هر گاه اعلام کند که من همه را یکجا خریدهام و بعد از آن قیمت کرده‌ام هر يك را به آنچه میارزد تا مطابق شود رأس المال بر جمیع، والحال هر يك را می فروشم و اینقدر زیاده‌تر می‌خواهم از آنچه قیمت کرده‌ام، در این صورت اشکالی نیست و احادیث متعدده دلالت دارد بر آن، ولیکن ظاهر این است که این، دیگر بیع مراحه نیست. و مشهور این است که مکروه است که ربح را نسبت به مال ۱ بدهد (یعنی به قیمت ۲) به این معنی که بگوید که من این متاع را می فروشم به ربح ده 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 می فروشم ده - یازده ۳، یا، ده - دوازده که دلالت آنها بر حرمت، ظهوری ندارد، بلکه ظاهر در کراهتند، بلکه از کلام آخوند ملا احمد (ره) ظاهر می شود منع دلالت بر کراهت نیز، به جهت آنکه مراد از آن اخبار ترغیب به بیع مساومه است و اعراض از بیع مباحه. به جهت آنکه مساومه اسلم است از شیئات .

---

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

---

#### [ ۴۰ ]

و حق این است که اخبار دلالت بر مذهب مشهور دارند، به جهت آنکه کسی ندیده‌ایم که قایل باشد به کراهت مطلق بیع مباحه. پس اخبار محمول است بر این قسم مباحه، چنانکه 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 ذکر رأس المال کند و هر گاه خواهد رأس المال بگوید احتیاط تمام بکند که آنچه مدخلیت دارد در کم و زیاد بودن قیمت، آن را پنهان ندارد، مثل نسیه خریدن، چنانکه پیش گفتیم. و مثل آنکه معامله را با زن یا فرزند خود کرده باشد و امثال ایشان از کسانی که با ایشان مسامحه می شود در معامله. یا مثل آنکه میداند که در معامله مغبون بوده است، یا آنکه به جهت بی وقوفی یا دقت نکردن، گران خریده است و امثال اینها. و از این جمله است حيله‌ای که بعضی می کنند و چیزی را که خریده‌اند به قیمت کمتر، به نوکر یا فرزند خود یا زن خود میفروشند و بعد از آن، از او میخرند به قیمت بالاتر که در وقت گفتن رأس المال، این قیمت معامله دوم را بگویند و بر سر آن، ربح بگیرند و ظاهر این است که این، حرام است به جهت اینکه تدلیس است و گول زدن. و این در وقتی است که مقصود از معامله با آنها همین باشد. و اگر مقصود این نباشد و از راه دیگر هم کوتاهی نشده باشد ضرر ندارد. پس هر گاه این مقدمات را دانستی، بدان که در صورت سؤال، هر گاه رأس المال را میداند دروغ نگوید که نمیدانم و هر گاه واقعا نمیداند رأس المال را، یا نمیخواهد بگوید و سر مشفی 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 میگردد به بیع مساومه ضرر ندارد، ولیکن 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

---

[ ۴۱ ]

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

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

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

---

۱: بنابر این و مطابق این نظریه مرحوم مقق قمی معاملات از قبیل بیمه و سر قفلی باطل است. این همان موضوع مهم " امضائی " و توقیفی " است که در ذیل مسأله ای از جلد اول بیان گردید

---

[ ۴۲ ]

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

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

---

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

---

#### [ ۴۲ ]

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

وقتی که خریدم تو کبیر بودی. یا بالغ با جنون ادواری، بگوید که من در حال جنونم این را به تو فروختم و مشتری گوید که تو در حال افاقه فروختی. مشهور تقدیم قول مدعی صحت است و بعضی مقدم داشته‌اند مدعی فساد را. چنانکه ظاهر علامه در ارشاد است در کتاب حجر. و حقیر در اینجا تفصیلی داده‌ام و چون فهم این مطلب موقوف است به تمهید مقدمه، ما آن را مقدم داریم و می‌گوییم که معنی قول ایشان که ظاهر در عقود و راجح در عقود صحت است، چنانکه پیش اشاره کردیم، خالی از چند وجه نیست: یکی این است که عقدی که واقع شده در آن نزاع شود که آیا بر طریقه مستمره 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 می‌گوید 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 می‌کند بر اینکه اقوال و افعال مسلمین را باید

---

#### [ ۴۴ ]

حمل بر صحت) اقتضای تقدیم قول مدعی صحت، می‌کند و این معنی، قاعده کلیه است مستنبط از ادله شرعیه. پس قاعده اقتضا می‌کند تقدیم قول مدعی صحت، را. و از این راه می‌تواند 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 کافر شود. و گاه است که دعوی از سر چیزی بشود که ملك تعلق به او نمی‌گیرد مطلقاً. مثل اینکه بگوید فروختم این را به آزادی. و دیگری بگوید که خریدم به بنده. و کلام در این هم ظاهر است. و این مسئله نیز مختلف فیهاست، چنانکه از تمهید القواعد ظاهر 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 چنانکه 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 می‌داریم و [ در ] حقیقت در اینجا اصل و ظاهر متطابقت، به جهت آنکه اصل چنانکه بر استصحاب عدم ترتب آثار، اطلاق می‌شود بر استصحاب بقای

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

---

#### [ ۴۵ ]

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 اتفافی طرفین باشد و همچنین اگر در حال صغر بوده، در وقتی بوده که هر دو متفق باشند در صغر، و عدم بلوغ. پس حکم الحاق به غالب و حصول ظن، وجیه است. اما هر گاه تاریخ معلوم باشد و میدانند هر دو که در وقتی که معامله شده که بایع، مراهق مشکوک البلوغ بوده، لکن احدهما مدعی است که در آن وقت، بلوغ و رشد، حاصل شده بود و دیگری منکر است. الحال ادعای اینکه چون غالب صدور معاملات است از بالغ رشید، پس باید حکم کرد که این در آن حال، بالغ و رشید بوده، مشکل است. به اعتبار آنکه اگر ملاحظه مثل معامله تخم و گردو و نان و امثال اینها را میکنیم غلبه در غیر صغیر معلوم نیست و اگر مثل باغ و ملک و امثال آنها را میکنیم در نوع مراهقین غلبه نیست که ظن، اینها را هم ملحق به آن کند، یعنی اصل معامله اینها در این نوع اعیان غلبه ندارد، چه جای آنکه غلبه وقوع اینها را در حال کبر معلوم کرده باشیم، تا متنازع فیه را بر آن حمل کنیم. پس در اینجا فرق باید گذاشت و باید تابع ظن شد. و همچنین در مثال پیش. و از جمله مواردی که به سبب ملاحظه مقام، ظن مختلف می شود، در مسئله " تعارض اصل و ظاهر " که باید ملاحظه ظن را کرد، آن است که هر گاه کسی بیند مصلی را که واجبی از واجبات نماز را ترك کرد، یا لحنی در قرائت کرد، یا کلمه‌ای را حذف کرد. در وجوب تنبیه او، حکم مختلف می شود به سبب اختلاف حال مصلی. پس

---

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

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

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

---

#### [ ۴۸ ]

میدهم ظن مجتهد را در مسائل طهارات، مثلاً از مواضعی که اجماع و اخبار دلالت بر عدم اعتبار ظن مجتهد به نفس الامر آنها دارد، هر چند ظن مجتهد به نجاست از راه غلبه و قراین به هم رسد که باز عمل به آن نمی کنند. پس ظن مجتهد را هم تخصیص میدهم به غیر ظنی که در امثال طهارات و نجاسات باشد. و چون در مسائل تنازع در عقود، اجماع و دلیل قاطعی بر تقدیم قاعده یقین نیست (چنانکه در طهارات و نجاسات هست) آنها را بر حال خود گذاشته به مقتضای تخصیص اول در آنها عمل میکنیم و به هر حال، مجتهد باید هشیار و باخبر باشد و در مقامات تعارض صحت و فساد آنچه اقوی شد از حیثیت حصول ظن، آن را اعتبار کند. پس هر گاه به سبب قاعده یقین، ظنی از برای او از جهت استصحاب حاصل شد، اقوی از آن ظنی که از غلبه و قراین حاصل شده، آن را مقدم میدارد و اگر این طرف غالب باشد، این را اعتبار می کند و اگر اعتبار ظن مجتهد را قطع نظر از دلیل خاص کرده، از نظر نیندازیم، دیگر نزاع در مسئله تعارض اصل و ظاهر، باطل و عاقل خواهد بود، به جهت آنکه عمل به مقتضای ادله 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 جمله اموری است که دلالت دارد بر آنکه بعد از انسداد باب علم، اصل جواز عمل به ظن است از برای مجتهد،

الا ما اخرجہ الدلیل، چنانکه در قوانین، بسط زیادی در آن مسئله 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 فہول، در آن خالی از اجمال نیست. واللہ الموفق بحقایق احکامہ.

**۳۹- سوال:** 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 .

---

#### [ ۴۹ ]

**جواب:** سؤال را خوب نفہمیدم، ولکن بدان کہ هر گاہ کسی چیزی فروخت و تسلیم مشتری نکرد و قیمت را ہم نگرفت و شرط تأخر ثمن نکرد، پس آن بیع لازم است تا سه روز، پس اگر مشتری قیمت را آورد، مبیع ملک لازم او می شود و اگر نیاورد، بایع اختیار دارد کہ فسخ بیع کند. پس هر گاہ یکی از این شروط، مفقود باشد خیاری نیست از برای بایع و لزوم بیع در سه روز اول ظاہرا اجماعی است، چنانکہ تصریح بہ آن کردہ‌اند. چنانکہ عدم لزوم بعد از سه روز در صورت مذکور ہم ظاہر اجماعی است و احادیث معتبرہ دلالت بر هر دو دارد. بلی خلاف دارند در اینکہ آیا بیع، باطل می شود بعد از سه در صورت مزبور، یا آنکہ صحیح است و بایع، خیار فسخ دارد. مشہور، قول دوم است و قول اول را ابن جنید (رہ) و شیخ (رہ) در مبسوط نقل کردہ‌اند و ابن فہد (رہ) و بعض دیگر از متأخرین، مثل آخوند ملا احمد (رہ) و صاحب کفایہ (رہ) گفتہ‌اند کہ ظاہر اخبار بطلان است، ولکن اصحاب حمل کردہ‌اند روایات را بر نفی لزوم. و اظہر در نزد حقی این است کہ اخبار ہم ظہوری در بطلان ندارند. پس ما، دو حدیث را ذکر میکنیم تا حقیقت حال، ظاہر شود. یکی صحیحہ زرارہ از حضرت باقر (ع): قال قلت لہ: الرجل یشتری من الرجل المتاع ثم یدعہ عنده یقول حتی أتیک بثمانہ. قال: ان جاء بثمانہ فیما بینہ و بین ثلاثہ ایام والا فلا بیع ۱ لہ. دوم: صحیحہ علی بن یقطین، انہ سئل ابا الحسن (ع) عن الرجل یشتری المتاع ولا یقبضہ صاحب ولا یقبض الثمن. قال: الاجل بینہما ثلاثہ ایام فان جاء قبض بیعہ والا فلا بیع ۲ بینہما. و وجہ ظہور اخبار در لزوم نہ بطلان این است کہ بیشک و شبہہ، بیع تا سه روز متحقق بود، یعنی اثر او، والا خود بیع همان نقل و انتقال ساعت اولی است و آنچه باقی است اثر اوست نہ نفس او، واگر چہ اقرب، مجازات ۳ بودن " نفی

[ ۵۰ ]

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

[ ۵۱ ]

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



مطالبه ثمن کند، خیار او ساقط نمی شود. به جهت استصحاب و اطلاق اخبار. و هر گاه مشتری بعد سه روز قیمت را بدهد پیش از آنکه بایع فسخ کرده باشد، پس در آن، خلاف است. و اظهر در اینجا نیز بقاء خیار است به جهت استصحاب. و علامه (ره) قایل شده به لزوم، به جهت ارتفاع ضرر و زوال سبب خیار، و آن ضعیف است. چهارم: آنکه بیع حال باشد یعنی شرط تأخیر 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 اکتفاء کرد در آنچه نص در آن دلالت دارد. و بدان که اکثر اصحاب فرق نگذاشته‌اند در این مسئله ما بین حیوان و غیر حیوان. ولکن شهید (ره) و ابن فهد از صدوق (ره) نقل کرده‌اند که در مفتح گفته است که مدت تأخیر در کنیز يك ماه است. چنانکه روایت علی بن یقطین دلالت بر آن دارد. و شهید حکم به ندرت روایت کرده است. و به هر حال، اقوی قول مشهور است به جهت عدم مقاومت این روایت و همچنین مرسله علی بن رباط، با احادیث معتبره معمول بها. هر چند این خاص باشد و آنها عام. تتمه: هر گاه تلف شود مبیع بعد از انقضای سه روز (در صورت مذکوره) از مال بایع تلف شده است. و ظاهراً خلافی در آن نیست. چنانکه از کلام جمعی از اصحاب ظاهر می شود، و مقتضای روایات نیز همین است .

---

#### [ ۵۲ ]

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 ظاهراً که همین قاعده مروی است از رسول خدا (ص) و دلالت می کند بر این، صریح روایت ۱ عقبه بن خالد و ظاهر صحیحه زراره، و صحیحه علی بن یقطین و غیر آنها. و مفید و سید مرتضی (رح) و جمعی دیگر قائل 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 حمزه 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 ولکن تمسك به عموم لزوم عقد و وجوب وفای آن، اقوی است. و رفع ضرر ممکن است به اینکه همان مبیع را از باب تقاض بگیرد هر گاه ممکن باشد گرفتن. و اگر ممکن نباشد، فسخ

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

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

---

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 .

---

[ ۵۲ ]

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

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

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

---

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

---

### [ ۵۴ ]

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

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

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

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

---

### [ ۵۵ ]

است به مساحت. ولكن این شرط از بابت شرط وکالت نیست در ضمن عقد رهن، که محتاج به عقد تازه نباشد. بلکه محتاج است به انشاء عقد جدیدی. و اما هر گاه متعلق به مجموع دایره و بایره شده باشد به ثمن معینی علیحده و در ضمن عقد شرط شده باشد که علاوه بر آن ثمن معین، در ازای هر جریبی از بایره هزار دینار بگیرد. ظاهر در این جا جهالت در ثمن می رسد و صحیح نخواهد بود. و پیشیمانی اگر مبتنی بر دعوی غبن باشد، مسموع است با تحقق شرایط آن. والا فلا.

**۴۳- سوال:** هر گاه کسی ملكی 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 می شود. 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- سوال:** شخصی ملكی را هبه کرد به فرزند صغیر برادر خود، و پدر او ولایتا 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 نمی توان کرد به جهت آنکه جایز است که پدر مال فرزند

---

### [ ۵۶ ]

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

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

**جواب:** طلا را با طلا و نقره را با نقره جایز نیست که تفاضل بگیرد. به جهت آنکه ربا است. جزما. و فرقی ما بین خوب و بد آنها نیست، یعنی نقره بد مثلا هر چند به نصف قیمت نقرهء خوب بیزد، 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 نقره ای که در آن قلع یا مس باشد،

---

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

الف) ملی: ثروتمند: غنی.

ب: ملی: کسی که عمر دراز کرده.

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

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

---

### [ ۵۷ ]

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

---

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.

---

#### [ ۵۸ ]

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

**۴۷- سوال:** 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 هیچیک از اجزاء معلوم نباشد)؟ و آیا ساختن آنها و در میان مردم شایع کردن، جایز است یا نه؟ -؟.

**جواب:** قروش‌های رومی را می گویند مس ندارد. بلکه 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 ۲. 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

### [ ۵۹ ]

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

**۴۸- سوال:** در شرح لمعه می فرمایند که " والمغبون اما البایع او المشتري اوهما " آیا چنین معامله که هر دو مغبون باشند، ممکن الوقوع، است یا نه؟ -؟ و ملا احمد ۲ تونی در حاشیه بر همین عبارت نوشته است " قد عرفت ان الغبن فی طرف البایع انما 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، وح 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 مؤاخذة، درگیری و حتی شکایت و دستگیری باشد. و ممکن است لفظ " می کنند " صحیح باشد در این صورت به معنای " داد و ستد " است. ۲: ملا احمد تونی فرزند محمد معروف به فاضل تونی. برادرش نیز ملا عبد الله تونی صاحب " شرح وافیه " است خود ملا احمد تالیفات متعدد دارد از آن جمله " حاشیه بر شرح لمعه " که در هامش آن، چاپ شده است. با بعضیها که در زمان رضا شاه در تهران به " فاضل تونی " معروف شدند، اشتباه نشود

### [ ۶۰ ]

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

**۴۹- سوال:** هر گاه زید، حیوانی را در معرض بیع در آورد، با ظن به عدم حمل، بدون قید و شرطی، و عمرو هم اتیاع 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 مصلحه است والله العالم.

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

**جواب:** 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

---

[ ۶۱ ]

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 منجیر است به عمل اصحاب. و در کتاب فقیه هم، مرسل 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 تامل کردم دیدم که مسئله اجماعی اصحاب ما هست، عدول کردم از رأی سابق به جهت آنکه اجماع از ادله قطعیه است ". با وجود آنکه عموم حرمة ربا معارض است به عموم " حسن احسان " که در کتاب و سنت و عقل حکم به آن موجود است. به مثل " احسن کما احسن الله الیک " و " ان الله یامر بالعدل والاحسان " و چنانکه می توان این را به آن تخصیص

---

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

---

### [ ۶۲ ]

داد، می توان عکس آن را هم کرد. و احسان ایصال نفع است به غیر، و کسی که دو درهم بدهد درازای یک درهم به قصد نفع، احسان کرده است. و ترجیح مذهب سید (ره) دور نیست به جهت آنکه اجماع منقول به منزله حدیث صحیح ۱، است. و ابن بابویه (ره) در کتاب فقیه مرسلات روایت کرده از حضرت صادق (ع) که " لیس بین المسلم و بین الذمی رباء و لا بین المرئة و زوجها ۲ " و همچنین در کتاب " فقه الرضا " روایت شده است ولیکن 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 می‌آید. و ضعف ۳ آنها منجبر است به عمل اصحاب. و سید مرتضی رحمه الله دعوی اجماع کرده چنانکه گفتیم .

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

و اما روایت زراره: مرحوم میرزا با اینکه آن را " مهجور " مینامد، به آن متمسک می شود. اگر اصحاب بدان عمل کرده‌اند پس نمی تواند مهجور باشد و اگر بدان عمل نکرده‌اند پس ضعفش با عمل اصحاب جبران نمی شود. ضعف این حدیث به دلیل " یاسین الضریر " است که توثیق نشده. و دلیل دیگر ضعف آن، معارض بودنش با ادله دیگر است. گویا میرزا (ره) بخش اول این حدیث را که ناظر به ربا در ما بین پدر و فرزند است میپذیرد همانطور که در چند سطر بعدی خواهد آمد و بخش دوم آن را که ناظر به حرمة ربا گرفتن، از ذمی است، نمیپذیرد، لیکن چنین رفتاری نیز با کلمه " مهجور " نمیسازد. بنابراین تاویل شیخ (ره) بجا می باشد. ۱ و ۲: همان مرجع: ج ۶ و ۷

## [ ۶۲ ]

و ظاهر این است که جد حکم پدر، ندارد به جهت آنکه ظاهر " ولد " در حدیث، فرزند صلبی است. و فرزند رضاعی داخل نیست. به این جهت که گفتیم. و اما ما بین مولی و مملوک پس مشهور نیز در آن، جواز است. خواه قائل بشویم بر اینکه مملوک مالک چیزی می تواند شد یا نه. دلالت دارد بر این روایت عمرو بن جمیع و روایت زراره از حضرت امام محمد باقر (ع) که فرمود " لیس بین الرجل و بین ولده و بینة و بین مملو که و لا بینة 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 چنانکه گفتیم. و ظاهر این است که حکم، مختص مرد، است و غلام او، و دلیل بر جواز در کنیز مرد، و غلام و کنیز زن، نیست. و اما ما بین زوج و زوجه، پس مشهور در آن نیز جواز است و دلیل بر آن بعد از اجماع منقول از سید (ره) به نهجی که گفتیم، روایت زراره است و مرسلهء صدوق، که پیش ذکر کردیم. و مشهور آن است که فرقی ما بین زن دائمی و متعه نیست. و علامه در تذکره در متعه خلاف کرده است و اظهر قول مشهور است.

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

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

**جواب:** خیار از جمله حقوقی است که به میراث می رسد. و چون بیع باز نسبت به وارث در عهده تزلزل است، پس لزوم که حاصل شد به سبب عجز وارث، این لزوم ما بین مشتری و وارث حاصل شده و اقاله بیع الحال موجب رجوع مبیع می شود به وارث، به سبب عمومات اقاله. چنانکه در حدیث وارد شده که " ایما عبد اقال مسلما فی بیع اقال الله عسرته یوم القیامة " و اقاله فسخ بیع است. و بعد فسخ بیع، مالک منحصر است (بالفرض) در وارث، پس کسی را نمی رسد که بگوید که " حق موروث همان خیار بود و آن ساقط شده، پس دیگر انتقال ملک به وارث محتاج است به ناقل جدیدی " به جهت آنکه (قطع نظر از اینکه عمومات اقاله افاده بیع می کند) توارث خیار مستلزم توارث توابع آن، نیز هست. زیرا که اگر بایع در حیات میبود و بعد از لزوم بیع استقاله میکرد، اقاله ناقل ملک، از برای او بود. و همین حق مالی، به وارث او منتقل می شود به میراث. و دلیل انتقال " حقوق " مثل " اموال " - پس آن - فیالجمله اجماعی است. هر چند در بعضی از مواضع خلاف کرده اند، مثل " حق الشفع و " حق الرجوع در هبه ". و عموم " ما ترک " در آیه شریفه، شامل است. و خصوص حدیث نبوی (ص) که " ما ترک المیت من حق فلوارثه ۱ ". و اشکال در هبه (چنانکه علامه در قواعد کرده و اقرب عدم آن را قرار داده، و همچنین شهید (ره) در قواعد) پس شاید وجه آن این باشد که مالک به عقد هبه و اقباض، اعراض

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

از مال کرده و حق از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع به جهت خود واهب خلاف اصل است و به دلیل ثابت شده. و 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 ملک خود بنحوی که ذوالخیار ممنوع از

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

**۵۲- سوال:** چه می فرمایند در باب نمائی که از برای مبیع بهم رسد در مدت خیار شرط. مال بایع خواهد بود یا مشتری - در صورتی که فسخ میبایع، 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 منفصله ایام مدت خیار، مال مشتری است. و هر گاه فسخ به عمل آمد، اشهر و اظهر آن است که نماء منفصله که در آن مدت خیار، حاصل شود، مال مشتری است و نماء متصله مال بایع می شود.

**۵۳- سوال:** هر گاه در " سر کار ۱ " شاه، شخصی وظیفه داشته باشد و خود در صدد تحصیل آن، مطلقاً و اصلاً 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 هذمه می تواند آن را رعایا گرفته و عین آن را به مصرف برساند. یا به رعایا به عنوان قرض محسوب داشته و ایشان به تدریج بالطوع و الرغبه، از مال خود به آن

---

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

---

## [ ۶۶ ]

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

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

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

---

### [ ۶۷ ]

نکند ۱ مگر آنکه آن شخص از مصالح عامه باشد و از فقیه ماذون شود. و از اینجا معلوم می شود حال آن صورت که عامل تنخواه از رعایا بگیرد و در عوض متوجهات او محسوب شود، که در این ضمن وظیفه هم داده شده باشد. و اما آنچه ظاهر می شود در صورت سنوال از فرق ما بین اینکه عامل به رعایا حواله کند یا غیر آن، پس اگر مراد فرق ما بین معلوم الحرمة است، این سخن در مطلق جایزهء سلطان، خوب است. که معلوم نباشد حرمة آن، و نه از وجه خراج بودن آن. و اما بعد از علم به خراج بودن، فرقی ما بین دادن آن از خزانه و حواله کردن، نیست. و اگر مراد فرق ما بین دادن چیز به صاحب وظیفه و چیز نگرفتن از متوجهات دیوانی از او، است به عوض وظیفه، پس جواب آن نیز از آنچه گفتیم معلوم می شود والله العالم .

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

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

**۵۵- سوال:** حاکم عرف ۲، شخص را جریمه کرده است [ و ] پول گرفته. یا مقاطعهء مسلمانان را کرده که مسلمانان سال به سال همان مقاطعه را به حاکم عرف بدهند. و شخص دیگر به حاکم عرف معامله کرده است. حاکم عرف به عوض معاملهء آن شخص، از مقاطعهء مسلمانان حواله کرده است. آیا می توان گرفت یا نه؟ -؟ یا از مقاطعهء نصاری بدهد بیان فرمایند ۲.

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

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

## [ ۶۸ ]

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

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

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

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

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

---

[ ۶۹ ]

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

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

**۵۹ - سوال:** هر گاه کسی گندمی به سلف بخرد از مزرعه خاص. 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 می خرد. پس آن بیع صحیح است. و هر گاه در آن سال حاصل آن مزرعه تلف شود، مخیر است مشتری، میان آنکه فسخ کند و تنخواه خود را پس گیرد، و اینکه صبر کند تا سال آینده. و بعضی گفته‌اند که می تواند قیمت آن گندم در انقضای موعده بگیرد و لکن حقیر در این تأمل دارم. بعضی اخبار صحیحه دلالت بر عدم آن، دارد.

**۶۰ - سوال:** 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

---

[ ۷۰ ]

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

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

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

---

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



احتیاط را در ترك، دانسته‌اند. البته بر اساس آن قول نادر که در بالا یاد شد مسئله مشکلتر است، و آهنگ به هر شکل و با هر تاثیر، مورد اشکال می باشد. نتیجه: مکلف باید موارد مختلف این مسئله را تشخیص دهد و بر اساس آن عمل کند. و آن مکلف راحت است که مقلد قول نادر شود و از هر نوع آهنگ پرهیز کند

---

### [ ۷۱ ]

**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، می شود. و آن مدیون از حق او برئ می شود (در قدری که مساوی قیمت آن است در روز وفا هر چند بعد ترقی کرده باشد هر گاه آن جنس کمتر است از دین. و برئ می شود از تمام آن دین هر گاه مساوی باشد) پس ظاهراً نمی تواند پس بدهد بعد از آنکه قبول کرد در عوض دین. و صاحب متاع هم نمی تواند استرداد کند .

---

### [ ۷۲ ]

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

### کتاب التجارة: مسائل التجارة من المجلد الثانی: ۱

**۶۲ - سوال:** مراد از قبض که در بیع و هبه و امثال آن، معتبر است چه چیز است؟ جواب: بدان که: چون لفظ قبض در کلمات الهی و معصومین (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 می شود مجموع سئوال و جواب است که در دفتر کار محقق قمی جمع میگشت و سپس در کنار هم قرار میگرفت و به صورت کتاب در میآمد. پس از آنکه يك دوره از آنها در قالب کتابی در اختیار نسخه برداران قرار گرفت دوباره مجموعه زیادتی از سئوال و جوابها جمع گردید و در قالب کتاب دیگر ارائه گشت، منظور از مجلد اول و مجلد ثانی همین است

---

### [ ۷۲ ]

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

---

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۹، ابواب احکام العقود، باب ۱۶ ح ۱۱، ۲: وسائل ج ۱۲ ص ۳۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱ - در متن حدیث پس از جمله " ولم يقبضه " جمله " قال أتیک غذا ان شاء الله " آمده است

---

بلا خلاف، و معلوم نیست که کسی قائل باشد که اخراج از بیت بایع به جای دیگر بخصوصه مدخلیت در نقل ضمان داشته باشد. بلکه کافی است نقل حیوان از مکان به مکانی در همان خانه بایع. مثل اینکه از این اصطبل بایع بیرون آورد و در اصطبل دیگر جا کند. پس باید مراد از حدیث جائی باشد که موقوف باشد تحقیق نقل، به اینکه از خانه بایع بیرون آورد و به جای دیگر ببرد که معنی قبض باشد. پس معلوم می شود که نقل از جائی به جائی فی 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 ولیکن ملاحظه حدیث‌های سابق، تأیید تعیین کیل و وزن را، می کند در مکیل و موزون. و قدح در آن، باینکه شاید که کیل و وزن از برای صحت بیع باشد، ضعیف است. به سبب آنچه گفتیم. و به جهت آنکه در روایت استثناء " بیع تولیة " شده. پس اگر اشتراط کیل از برای رفع جهالت مبیع بود، بایست " بیع تولیة " هم صحیح نباشد. پس معلوم شد که از راه اشتراط قبض است به آن. ولیکن میماند اشکال در اینکه روایت دیگر، دلالت به خصوص حیوان، ندارد. ولیکن قائلی صریحا ندیدیم که در غیر حیوان شرط نقل کرده باشد. و در اینجا چند قول دیگر است: یکی این است که قبض، مجرد تخلیه است در منقول و غیر منقول. و این قول محقق (ه) است در شرایع. و قول دیگر این است که در حیوان، نقل است از جائی به جائی. و در غیر حیوان (مثل آنچه محتاج است به اندازه از برای رفع جهالت) کیل و وزن و شماره آن [است] یا نقل آن. و در مثل 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 نمی شود به مجرد تخلیه بلکه محتاج است به کیل و وزن و غیر آن. و دلیل واضحی از برای این اقوال که وفا کند به تمام مطلب ندیدم و شهید ثانی (ره) در مسالك گفته که در قبض رجوع به عرف می شود. و در غیر منقول تخلیه و رفع ید بایع و عدم مانع از برای مشتری از آن، کافی است. و اما در منقول پس متحقق نمی شود الا به اینکه مشتری به دست بگیرد،

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 فائل 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 بنا بر اعتبار کیل و وزن، هر گاه پیشتر بایع کیل و وزن کرده باشد، تصدیق مشتری، کافی است؟ یا ضرور است تجدید آن، به جهت قبض؟ جمعی تصریح کرده‌اند که ضرر است. نظر به حدیث صحیح. و خالی از قوتی نیست. و لکن می‌توانیم گفت، که روایت معمول 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 می‌گوئیم 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، می‌گویند 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

---

#### [ ۷۶ ]

بکند (به دست خود یا امینی) و لکن تخلیه نکند و به دست مشتری ندهد، این را قبض بگوئیم. پس به این سخن‌ها ظاهر شد قوت قول مختلف. اما باید گفت که مراد علامه در مختلف، از تخییر ما بین قبض ید و کیل و وزن، در وقتی است که در صورت کیل و وزن، تخلیه حاصل باشد. نه مطلقا. خلاصه اینکه چون اخبار بسیار وارده شده است در منع بیع طعام، یا مطلق مکیل و موزون قبل از قبض، و همچنین در بسیار وارد شده منع قبل از کیل و وزن، 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 مطلقا) 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 همینکه ۱ گفته‌اند که آیا جایز است بیع متاع قبل از قبض یا نه؟ - جمعی گفته‌اند " بلی با کراهت مطلقا. " و بعضی به حرمة مطلقا. و بعضی در خصوص طعام. و به خصوص کیل و وزن خلافی نکرده‌اند. بلکه خلاف در آن به تبعیت این است که یا قبض در مکیل و موزون،

کیل و وزن، است یا نه؟ -؟ و بالخصوص غرض ایشان متعلق به اشتراط کیل و وزن، نیست. و مجرد صحیحه 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 همینکه

---

### [ v v ]

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

گذشتن زمانی که ممکن باشد در آن، وصول مشتری یا وکیل او به مبیع -؟ در 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 "

---

### [ ۷۸ ]

عرف صادق نباید 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 اشتراط قبض ظهور مبدأ آثار تملك است، که وجهی از تصرف باشد. هر چند به دست گذاشتن، یا پا گذاشتن، یا داخل شدن در ملك، باشد. و این یا باید بالفعل حاصل باشد یا آنکه متمکن از آن باشد. گو خود در آن مسامحه بکند. و شکی نیست که این خود، متمکن نمی شود الا به انقضای زمانی که وسعت آن را داشته باشد. پس گاه هست مانعی از جانب خدا بعد از تخلیه ید بایع حاصل شود در همین ظرف زمان که مانع از وصول به آن باشد، و تلفی عارض شود مثل آنکه سیل بیاید و آن زمین یا باغ را ببرد. پس ظاهر این است که اهل عرف نمی گویند که در این صورت به قبض او داد و بعد از قبض تلف شد. تا ضمان نقل شود به مشتری. به جهت آنکه آن تخلیه، وجود و عدم او، یکسان است در این صورت. پس فرقی میان بلد بعید و قریب نیست، و عمده تمکن از وصول است که حاصل باشد از رفع موانع از جانب بایع به قدری که در تحت قدرت او باشد با تمکن مشتری از آن، که مانع خارجی رو ندهد تا قبض صدق کند عرفاً، بلی هر گاه آنقدر زمان بگذرد و مشتری مسامحه کند و نرود و مانع خارجی بهم رسد، این منافات با قبض عرفی ندارد .

---

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

---

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

---

۱: در نسخه: نمی کند. ۲: استدراک با " بلی " بيمورد است و بهتر بود به جای آن حرف " و " میآید

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

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

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

**جواب:** هر گاه مبیع چیزی است که مکیل و موزون نیست، 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 تفصیل داده‌اند و قائل به تحریم شده‌اند در غیر بیع تولیه. و وجه خلاف در مسئله، اختلاف اخبار است. و

---

### [ ۸۱ ]

قول اول خالی از قوت نیست نظر به "جمع بین الاخبار" و هر چند اخبار مانع از حیثیت سند اقوی است، لکن دلالت آنها ضعیف است. و اجماعات منقوله از ابن زهره و شیخ در مبسوط و بلکه علامه در تذکره (چنانکه از شرح ارشاد آخوند ملا احمد - ره - ظاهر می شود که از او نقل کرده ولیکن 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 منصوصه" دلالت دارد. خلاصه اینکه: با وجود اعتضاد ادله جواز به "اصل" و "عمومات" و "اطلاقات" و "اخبار"، منع مطلق، ضعیف است. و در خصوص طعام هم چون دلالت اخبار، ضعیف است، معتمدی



نیست، ۲ به غیر اجماعات منقوله در برابر ادله جواز، و ترجیح ۳ آنها بر اخبار جواز (با وجود آنکه جمع کثیری از قدمای متأخرین، عمل به آنها کرده‌اند) محل اشکال است. پس از این جهت محقق (ره) در مکمل و موزون به کراهت قایل شده و در خصوص طعام نشده. و این حمل، بد نیست. خصوصا با ملاحظه روایت ابی بصیر که حضرت فرموده است " ما یعجبنی ۴ " یعنی خوشم نمی آید. که ظاهر در کراهت، است .

---

۱: در نسخه: و اگر اخبار... ۲: یعنی: غیر از اجماعات... ۳: در نسخه: بترجیح - به ترجیح. ۴: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۹۰، ابواب احکام العقود، باب ۱۶ ح ۱۶

---

### [ ۸۲ ]

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

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

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

۱: در اصطلاح به فقهای قبل از علامه (حلی)، " قداماء " یا " متقدمین " می گویند و به فقهای بعد از او " متاخرین " و احیاناً " متجددین " نیز می گویند. و متاخرین نیز به " قداماء متاخرین " و " متأخری متأخرین " تقسیم می شوند. ۲: وسائل: ج ۱۳ ص ۶۴، ابواب السلف، باب ۸ ح ۱

---

### [ ۸۳ ]

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

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

**جواب:** معامله اولی با تحقق شرایط سلف، خوب است. و اما معاملهء دوم و ما بعد آن، پس آن صورتی ندارد. ما هر چند تجویز میکنیم که کسی متاعی بفروشد به سلف به دیگری در عوض آنچه از دیگری در ذمهء او دارد، ولیکن آن را در وقتی قائلیم که دین " حال " باشد ۲. که آن در حکم قبض ثمن است که شرط است در سلف. و روایتی ۳ هم هست که دلالت بر آن، دارد. ولیکن در اینجا چون پول سیاه که در ذمه زید است 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 می گوید " به نفس عقد سلف دین حاصل می شود " شامل همین صورت نیز می شود. پس دلیل میرزا بر فساد در " غیر حال " چیست؟ اگر سؤال کننده جمله ای را به متن سؤال بیفزاید و بگوید " زید و عمرو این معاملات مکرر را به فاصله هر سه ساعت انجام میدهند و موعد مقرر هر کدام از سلفها سه ساعت است و در آخر ساعت سوم، حال، می شود " در این صورت پاسخ میرزا چیست؟ حقیقت این است که فتوای میرزا در دو مورد يك فتوای " نادر " است: الف: جواز فروش هزار تومان پول سفید به افزون بر آن از پول سیاه. که قبلاً بحث گردید. ب: جواز معامله سلف بر اساس ما فی الذمه. یعنی همان مسئله فوق. ۳: در این باب چند روایت هست و معلوم نیست مراد میرزا کدام است

---

### [ ۸۴ ]

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

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

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

---

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

که تعریف عیب را به این کرده اند که ((امری باشد که زاید باشد بر اصل خلقت اکثر افراد آن نوعی که این عیب در او یافت می شود. یا ناقص باشد از آن)). خواه عین باشد، مثل زیادتی 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 می‌آید که " خواجه بودن " غلام، و " مو بر زهار نبودن " کنیز، عیب نباشد و حال آنکه (به اتفاق) آنها عیب‌اند. و اخبار هم دلالت دارد. و ایضا هر گاه فائل شویم که عیب است منافات دارد با ثبوت ارش، چون در اینجا ارشی نیست بلکه قیمت گاه هست زیاد می‌شود. 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 می‌شود 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 نمی‌تواند شد. و مراد از صحت ارش، و خیار ارش، در مقامی است که ارش متحقق شود. یعنی مختار است ما بین رد و ارش، اگر ارشی باشد، و اگر نه گاه هست که وقتی بشود که صحیح و معیوب هر دو یک قیمت داشته باشند به جهتی از جهات، و در سوق تفاوتی نگذارند. و به هر حال، چموشی مذکور در استر عیب است و غالباً موجب ارش عظیم است. و بعضی احتمال داده‌اند که در عیب، رجوع شود به عرف. و چاره اختلاف عرف، به همان می‌شود که در جایهای دیگر. و بنابراین، پس آنچه در روایات دلالت بر

---

#### [ ۸۶ ]

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 ] ولیکن 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. ولیکن 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 می شود 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

---

### [ ۸۷ ]

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 مثلاً). پس این از باب تبری از "مالم یجب" نیست که جایز نباشد. پس در همه این صورت‌ها، خیار ساقط می شود با تبری از عیب. دوم: جائی است که علم داشته باشد به عیب، قبل از عقد و با علم به آن بخرد. سوم: جائی است که بعد از علم به عیب بعد از عقد راضی شود به عیب. و ظاهراً خلافتی در این دو امر نباشد. و خلاف است در اینکه آیا تاخیر رد بعد از علم به عیب، منشاء سقوط خیار می شود یا نه؟ - اظهر و اشهر آن است که خیار، فوری نیست به دلیل اطلاق اخبار، و استصحاب. و بعضی فوری دانسته‌اند و دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. چهارم: جائی است که عیبی حادث شود بعد از قبض در نزد او، در جائی که ضمان مبیع، بر او باشد. که این هم باعث سقوط خیار رد است از جهات عیب سابق بر عقد. و اما هر گاه ضمان بر بایع باشد (مثل حیوان که در ظرف سه روز اول، هر گاه عیبی در آن حاصل شود از غیر جانب مشتری، ضمان آن بر بایع است) در آنجا خیار مشتری ساقط نیست. پنجم: تصرف در مبیع (در غیر صورت مستثنی بعد حمل جاریه و تصریه شاة) است. و ظاهر این است که مراد از تصرف امری باشد که دال بر رضای ملزوم عقد باشد. و همچنین در سایر مواضع تصرف در اختیارات. پس مثل سوار شدن حیوان از برای آزمایش یا از برای آب دادن (در وقتی که سرکش باشد و محتاج به سواری باشد، و امثال آنها) باعث لزوم نمی شود. 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: چنانکه خیار رد ساقط می شود به یکی از سه امر اول، خیار ارش نیز ساقط می شود. و ظاهراً خلافی در آن نیست و اما آن دو امر آخر، پس اظهر و اشهر این است که خیار ارش به اینها ساقط نمی شود. و از ابن حمزه نقل شده است قول به اینکه هر گاه تصرف بعد علم به عیب باشد، خیار ارش هم ساقط می شود. و گویا دلیل او این است که در تصرف، دلالت بر رضای به عیب است. و این ممنوع است و مخالف اطلاعات اخباری است که دلالت بر ارش دارد با تصرف.

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

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

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

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

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

---

### [ ۹۰ ]

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 نمی توانند که در بعضی که موافق، است الزام کنند و در بعضی فسخ. چون مستلزم ضرر می شود از راه " تبعض صفقه ". و همچنین: ثابت است این خیار، در وقتی که قبل از این معامله مشاهده حاصل شده به مدتی. و بعد از معامله ظاهر شد خلاف آن. و خلاف کرده اند در فوری بودن این خیار. و هر چند اشهر فوریت است نظر به اینکه خیار خلاف " اصل " است و در بیش از فور، به ثبوت نرسیده. لکن مقتضای استصحاب و اطلاق حدیثی ۱ که در آن وارد شده است، اطلاق خیار است. و این دور نیست. خصوصا با وجود جهالت به خیار و به فوریت آن. بلکه در این صورت بقای خیار متعین است. و اما صلح غبن، پس ظاهر این است که آن منشاء سقوط خیار رؤیت نمی شود به جهت عموم دلیل، و نفی ضرر .

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

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

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

---

۱: وسایل: ج ۱۲ ص ۳۶۱، ابواب الخیار، باب ۱۵ ح ۱. ۲: و در نسخه: است

---

### [ ۹۱ ]

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



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

---

[ ۹۲ ]

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

**۷۱- سوال:** 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 اشرفیها را خرج کرده. در سر موعد، زید پانزده تومان را میطلبد. آیا صحیح است؟ و لازم است یا نه؟-؟

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

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

---

[ ۹۳ ]

جریب آن را می فروشد به احدی. و می گوید يك جریب از این ده جریب را به تو فروختم و او هم قبول می کند. و بعد از آنکه میخواهند قسمت کنند مساحت که می کنند مجموع زمین نه جریب بوده است بایع می گوید به مشتری که تو مستحق عشر زمینی. و مشتری می گوید که من 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 بفروشد از شیئی معین معلومی مختلف الاجزاء (مثل ذراعی از کرباس معینی، یا گوسفندی از گله معینی، یا جریبی از زمین معینی) آن بیع باطل است. ولکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که بر سبیل اشاعه نباشد، و هر گاه بر سبیل اشاعه باشد جایز است. چنانکه هر گاه جزء مشاء معلوم النسبه را به شیئی معین بفروشد، خواه مختلف الاجزاء باشد یا متساوی الاجزاء، مثل ثلث این زمین معین، که اجزای آن مختلف باشد. یا ثلث این قبه گندم معین که مقدار آن معلوم است. در اینجا نیز صحیح است بی اشکال. و به آنچه ما گفتیم که مراد ایشان غیر صورت اشاعه است، در 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 میدانند فروخته است، بیع صحیح و در يك جریب با او شریک است بالاشاعه. به جهت آنکه مطلقاً جهالتی نیست، نه در اصل زمین و نه در اشتغال زمین بر آن مقدار. و نمی تواند به مشتری بگوید که عشر زمین مال تو است. بلکه دور نیست که بگوئیم هر گاه مشتری تمام زمین را دیده باشد، یا تمامی کرباس [ را، ] اجزاء آن هم مختلف باشد. و راضی شود به هر جزء از اجزاء آن، و بر غیر سبیل اشاعه هم بخرد دلیلی بر بطلانش نباشد. چون غرری و فسادی لازم نمی آید. و مختار است مشتری که از هر جا خواهد بگیرد. به هر حال، ظاهر در صورت سؤال این است که معامله بر جزء معلوم النسبه به کل نشده که مراد عشر زمین باشد، بلکه معامله بر يك جریب شده. و مفروض آن است که

---

#### [ ۹۴ ]

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 نمی تواند او را الزام کند به عشر. بلکه مشتری شریک 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. چنانکه در متفق الاجزاء، تصریح به آن کرده‌اند جمعی، و دعوی تبادر کرده‌اند در عدم اشاعه. و ثمره آن ظاهر می شود در جائی که بعض مبیع تلف شود. پس بنابر قول به حمل بر اشاعه بقدر الحصة، مشتری شریک است در نقصان. و بنابر عدم اشاعه، مشتری حصه خود را میگیرد. هر چند همان بقدر الحصة او، باقی مانده باشد. و حدیث ۱ صحیحی هم هست که دلالت بر این دارد. و خلاصه سخن در متفق الاجزاء: اینکه هر گاه بگوید که ده من از این جوال گندم که سی من در او هست، به تو فروختم و مشتری هم قبول کند. و قبل از آنکه مشتری تصرف کند و به تسلیم بگردد، دزدی بیست من آن گندم را ببرد، باز مشتری مستحق

---

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

---

### [ ۹۵ ]

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

جریبی را که خواهد اختیار کند. بلکه باید تقسیم بر سیل 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 میداریم بر "تبادر" لفظی. پس فعل مسلم بودن قرینه بر مجاز می شود و [تعیین] اراده خلاف متبادر از لفظ، می شود.

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

---

[ ۹۶ ]

بنا بر 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 مشاهده یا موصوفی را بخرد بنا بر اینکه چند جریب معین است و بعد از آن معلوم شود که کمتر بوده. اشهر و اظهر این است که خیار از برای مشتری ثابت می شود در فسخ بیع و استرداد مجموع ثمن. یا آنکه بیع را ممضی دارد در آنچه حقیقا دارد از مبیع، و به قدر آنچه کم آمده است استرداد کند از قیمتی که داده. چنانکه در روایتی ۱ وارد شده که خالی از اعتبار نیست. و جمعی قائل شده‌اند به اینکه: اختیار دارد که فسخ کند یا راضی شود به بیع در مقابل تمام قیمت. و بدان که در آخر همان روایت مذکور است که هر گاه بایع در جنب همان زمین، زمینی داشته باشد که تواند نقص همین زمین را تمام کند، لازم است بر بایع که نقص آن را تمام کند. و شیخ در 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. منجر است به عمل ایشان. احوط این است که مشتری در این صورت، فسخ نکند هر گاه بایع نقص را، تمام کند. چنانکه در مسئله سابقه هم، احوط این است که مشتری بنا را به قول دوم بگذارد، نه قول مشهور. و هر گاه این مسئله را دانستی، بدان که این کلام جاری می شود در صورت سوال. و اظهر این است که مشتری مسلط است بر فسخ بیع از اصل، یا استرداد مقابل نقص از

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

**جواب:** بدان که از شرایط صحت بیع، معلومیت مبیع است. و با وجود جهالت مبیع، بیع باطل است به دلیل اجماع که بر آن نقل شده. چنانکه علامه در تذکره ادعا کرده و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و به سبب جهالت مبیع، "غرر" هم لازم میآید و داخل "بیع سفه" می شود، و از آن جهت نیز حرام و باطل است. و اما با وجود ضمیمه (یعنی بیع غیر معین به ضمیمه معین)، خلاف است. و اشهر در آن نیز بطلان است به جهت آنکه جهالت جزء، مستلزم جهالت کل است. و جمعی قائل شده‌اند به صحت آن، به سبب دلالت بعضی اخبار که به حسب سند و دلالت و اعتضاد، مقاومت با دلیل مشهور نمی کند. و جمعی تفصیل داده‌اند که اگر مقصود بالذات در بیع، آن 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 نمی آید. و از این باب است فروختن خانه و عمارت با جهالت اساس و بنا و پی و ریشه آنها. و اخبار را هم حمل بر این کرده‌اند. و این حمل در بعضی از اخبار، تمام نیست. مثل آن حدیثی ۱ که دلالت دارد بر جواز فروختن نیزاری (که مجهول است) به واسطه آنکه يك كف 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

می فروشم با آنچه در نیزار است، به این مبلغ. چون ظاهر است که عمده 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 نمی کند. ولکن عمده، تحقیق مقام است به نحوی که تواند "قاعده" شد، در مسئله ضمیمه. و آنچه به فکر فاتر این قاصر، می رسد، آن است که: مسئله ضمیمه در اینجا مبتنی است بر جواز حيله شرعیه. و تصحیح، بابی است معهود، و طریقه‌ای است ثابت الاصل ۱، که انکار آن نمی توان کرد. بلکه از تتبع اخبار و طریقه علمای اخبار، قطع حاصل می شود به صحت آن، و از جمله امثله آن احتراز از ربا است به ضم ضمیمه، چنانکه در خصوص این، حدیث صحیحی ۲ وارد شده در معامله هزار درهم به ضمیمه يك دينار، 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 يك دينار 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 شمس کردن طلا، "قیاس" کرد. وانگهی خود مرحوم میرزا بحث را به "حکمت احکام" میکشاند. و در زمینه حکمت احکام، خیلی روشن است که فرار از ربا بوسیله ضمیمه یعنی گرفتن ربا واقعی با استفاده از ضمیمه اگر جایز باشد لازم می‌آید "نقض غرض" در احکام الهی و این، اجماعا ممنوع است

---

### [ ۹۹ ]

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

---

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 کاملا تغییر میدهد و آن فسادی که در رکود سرمایه جاری است در رکود شمش نیست. زیرا حجم پول جاری در بازار، همیشه نقش مهم دارد که با حجم طلاهای شمش شده در خانه‌ها فرق فاحش دارد. و در اینجا راز و رمز اقتصادی زیادی هست. مجددا خوانندگان محترم را به مطالعه ذیل مسئله شماره ۶ دعوت میکنیم. ۲: هنگامی که بحث از زمینه " تعبد " خارج می شود و در زمینه " حکمت احکام " جریان پیدا می کند، باید گفت: پس بنابر این، غسل جمعه بر مردمی که زیر بغل شان بو ندارد، مستحب نیست؟! راستی میرزا (ره) چقدر روی این مسئله اصرار دارد که با وضوح تمام وارد مرحله " قیاس " می شود -؟! ۳: گویا در نظر مصنف (ره) عیب ربا تنها در این است که به ضرر " ربح دهنده " است. و مسئله " اکل بیاطل " و مفتخواری " گیرنده سود " که منشاء مفاسد اجتماعی و اقتصادی میگردد، مورد توجه او نیست

---

### [ ۱۰۰ ]

نا خوشی ندارد مستحب ۱ است. و عده از برای زنی که جزما آبی در رحم او نیست واجب است ۲. ولیکن 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 شریک‌اند. و عمدۀ این است که آدمی غرض خود را صحیح کند، و نیت خود را خالص کند، و به عنوان معامله حلال، کسب نفع کند نه حرام. چنانکه در حدیث صحیح است که " نعم الشیئ الفرار من الحرام الی الحلال " ۴. پس ما در ما نحن فیه، نیز می گوئیم 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 نوظافتی است که همیشه مستحب است. ثانیاً: بر فرض تسلیم، باز برای کسانی که بغل‌شان بو ندارد بر اساس " حکمت مطلوبیت نوظافت " مستحب است. نه به خاطر اینکه " ماده غسل جمعه مدخلیت دارد. ۲: عده در این مورد به خاطر حفظ قاطعیت قانون است تا حریم قانون با هر بهانه‌ای مورد تجاوز قرار نگیرد و انگهی، ممکن است حکمت دیگر عده، مهلت دادن به زوجین است که اگر بر اساس احساسات دچار طلاق شده‌اند برگردند. و در مورد زنی که همسرش مرده است برای احترام به همسر متوفی باشد. و در مورد زنانی که سن‌شان بالا رفته و از سن " من تحیض " گذشته‌اند دیگر به مهلت مذکور، نیاز نیست. زیرا در مورد آدمی که در آن سن هم دچار احساسات این چنینی شود، اینگونه مهلت‌ها کار ساز نیست. و بالاخره صرفاً " ماده عده " در محور حکمت قرار ندارد، و عجیب این است که میرزا از سخت گیری اسلام و توجهی که در اسلام به حفظ قانون و حفظ حریم قانون شده، بحث می کند لیکن نتیجه معکوس میگیرد. ۳: باید صورت صحیح این عبارت به شرح زیر باشد: پس هر گاه ممکن نشود که در غالب به بیع منتفع شود، به سبب ضمیمه یا معامله محاباتی ترك ربا بکند و مرتکب بیع شود بر او حرجی نیست. ۴: همان حدیث

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

۱: در متن حدیث هزار درهم در مقابل يك دينار قرار نمیگیرد 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 نمی باشد و لذا در " تعاطی " طبیعی صرفا گیرنده است و هرگز " دهنده " نیست. یعنی ربا خوار همه احتمالات مضر را) که وجودشان در طبیعت، و طبیعت اجتماع واقعیت‌های مسلم است) به سوی سایر اعضای جامعه میغلطاند این استدلال‌های میرزا (قدس سره) در مورد فرار از ربا آنطور که او معتقد است همه بر علیه خود او می باشد. و اگر او مسئله ضمیمه در معامله ماهی نیزار را با مسئله ضمیمه برای فرار از ربا (به شکلی که خودش معتقد است) گره نمیزد هم کلامش غیر قابل انتقاد میگشت. و همچنین است مسئله صلح. مخالفین نظر میرزا می گویند: اساسا تصحیح ربای واقعی با ضمیمه را " فرار از حرام به حلال " نمی گویند بل " فرار از حرام به حرام " یا " دست و پا زدن در درون حرام " است ولذا آن صورت از فرار که میرزا تجویز می کند اساسا مشمول روایت مزبور نیست. رجوع کنید به ذیل مسئله شماره ۶، از همین مجلد



### [ ۱۰۲ ]

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 حیلۀ 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 مشتهی و داعی در آن بیع این است. زیرا که خواهش و شهوت و موافق طبع او بر آن است که عوض در برابر آن مجهول باشد، در بیع مجهول. و در برابر آن وجه عمده باشد در مسئله ربا. مانند خوردن کاسهء دوا ارادهء خود را بالاختیار متعلق 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 نيزار 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 فيه 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

---

### [ ۱۰۳ ]

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 بیشبیه هر دو، منظور نظر بايع 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 " ابق با ضمیمه " که در مسئله " اشتراط قدرت بر تسلیم " گفته‌اند. و اگر ما قطع نظر از این تحقیق بکنیم بر اینها هم وارد می‌آید که ادلهء حرمة غرر حاصل از بیع مجهول و غیر مقدور التسليم، 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 حيله ميکنيم و مبيع را آن شئي معين قرار ميدهيم تا از مورد اجماع فرار کرده باشيم. غايت امر اين است که تملك مجهول، از باب شرط ضمن العقد باشد. و جهالت اين شرط دليلی بر بطلان آن نيست در صورتی که عرفاً غرری بر آن مترتب نشود به جهت آنکه اجماع در خصوص ضميمه نيست. جزما. بلکه بعضی دعوی اجماع (در بعضی صور ضميمه) کرده‌اند بر صحت. و از اخباری که دلالت دارد بر "اشترای معلوميت اشترای"، در ما نحن فيه بر نمی آید. مثل اخباری که منع شده از مکيل و موزون جزافا و امثال آن. و اگر از باب شرط هم نباشد، و جزء مبيع 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 ضميمه همين است که قصد خود را در بيع متعلق به معين، کند از برای فرار از جهالت، مثل روايت ابراهيم کرخی که سند آن خالی از اعتبار نيست. قال: قلت لابی عبد الله (ع) :

---

#### [ ۱۰۴ ]

ما تقول فی رجل اشتری من رجل اصواف مائة نعجة و ما فی بطونها من حمل بكذا و کذا در هما؟ فقال: لا باس بذلك ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف ۱. و به هر حال، در صورت ضم ضميمه با قصد فرار از جهالت، (که ظاهر اين است که مراد مفصلين آن باشد و کلام مجوزين را هم حمل بر آن، کردیم) با عدم لزوم غرر و سفاهت عرفاً، اظهار صحت است. مگر در جائی که اجماعی بخصوص بر بطلان آن باشد والحال چنین جائی در نظر نيست. و دعوی اجماعی که علامه در تذکره بر بطلان "بيع حمل به ضميمه مادرش" کرده در وقتی است که آن را جزء مبيع کند بالاستقلال. نه از راه فرار از جهالت. هر گاه اين مطالب را دانستی، پس در صورت سؤال می گوئيم که: هر گاه قصد بايع، فرار از جهالت نبوده و هر يك از آن ملك معين، و ميراث مجهول، جزء مبيع بوده‌اند بالاستقلال، چنانکه ظاهر سؤال آن است، بيع باطل است. و هر گاه ضم کردن معين به غير معين، 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 احاديث نهی از غرر، و غش، و غبن، و جهالت، همه واقع شده و هر يك معنی علی حده دارند و غالب اين است که غرر را در جهالت استعمال می کنند، و غش مخفی کردن عیب است خواه مثل آب در شیر کردن و خاک در گندم کردن باشد، یا در تاریکی فروختن باشد، یا غير آن. و غبن متعارف گاهی استعمال می شود در فریب خوردن مشتری یا بايع در قیمت، هر چند عمدا فریب نداده باشند يکديگر را. و بيع غش و فریب دادن عمدا حرام است. و اما باطل نيست بلکه بعد از اطلاع، خيار ثابت است. و اما جهالت منشأ بطلان هم هست، به تفصیلی که گفتيم .

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

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۱، ابواب عقد البیع، باب ۱۰ ح ۱

### [ ۱۰۵ ]

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

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

### [ ۱۰۶ ]

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 فرزندى بهم رساند، باید قیمت فرزند را به مالك اول رد کند تا فرزند آزاد بشود و در عوض این چیزی ۲ ندارد، می تواند این غرامت را هم از بايع بگیرد. و همچنین، تفاوت قیمتی که از راه لاغر شدن حیوان به مالك داده است، می تواند بگیرد. و اما غرامت‌هائی که در عوض آن نفع برده مثل آنچه در قیمت شیر حیوان که خورده است، داده. یا اجرت خانه که سکنی کرده است داده است، در آن دو قول است. شاید اظهر در این، جواز رجوع باشد به 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 مغضوب است، و خریده است. پس او رجوع به غاصب نمی کند در غرامت آنچه به مالك داده است. چون تلف در دست او شده و ضمان مستقر بر او شده و او غاصب محض است. و اما ثمن مبيع که به غاصب داده، پس مشهور این است که رجوع نمی کند در آن به بايع به جهت آنکه خود مال خود را بلا عوض به او داده است. چون میدانست که مال غیر است و مال او نمی شود به این بیع. پس این به منزلهء اباحه است. و لکن علامه (ره) تفصیل داده که اگر آنچه در قیمت آن داده باقی است، رجوع می تواند کرد. و اگر تلف شده، رجوع نمی تواند کرد. و تفصیل علامهء خوب است. و جمعی از متأخرین نیز این را پسندیده‌اند چون در صورت تلف به مقتضای اذن، بر او چیزی نیست. چنانکه در اباحه هم چیزی نیست. و اما با بقای عین، پس به جهت بقای ملك و "الناس مسلطون علی اموالهم" 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

---

### [ ۱۰۷ ]

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

می کند مفارقتی که امید ملاقات بعد، در آن نباشد. به هر حال، دور نیست که نظر مشهور علما به " اعراض " باشد. و به هر حال، معلوم نیست که این اعراض منشاء حلال بودن 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. ولیکن 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 " اکل بباطل " است اگر محض اعراض نباشد و اعراض به خاطر تملك مال مغضوب باشد

---

### [ ۱۰۸ ]

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 بائع در صورت تلف دلیل حلال بودن، بر او (به این معنی که معصیت هم نباشد) نیست. و ظاهر این است که مشهور علما هم نفی حرمة تصرف را، نمی کنند. غایت امر این است که ضمان نباشد. با وجود اینکه می توانیم گفت که منافاتی نیست ما بین عدم جواز رجوع مشتری و وجوب رد بائع و ضمان آن، پس بر مشتری حرام است گرفتن آن مگر اینکه بائع خود به او بدهد. و نظیر این در شرع بسیار است. و از این باب است که منکر به دروغ قسم بخورد بر عدم اشتغال ذمه، پس بر او واجب است دادن، واز برای مدعی جایز نیست مطالبه کردن. پس حاصل فتوی در مسئله این است که هر گاه آن قیمت باقی است، جایز است مشتری رجوع کند به آن، و بر بائع واجب است دادن. و در صورت تلف جایز نیست رجوع مشتری، و در وجوب رد، بر بائع اشکال است، و دور نیست که لازم باشد. و شاید که لازم نباشد. لکن فعل حرام کرده است. چون بر غیر وجه صحیح در آن مال تصرف کرده و " اکل مال بباطل " است. و آیهء شریفه دلالت بر ضمان نمی کند بلکه افادهء حرمت می کند. چون از راه معاملهء فاسده خورده

است. پس خوب تأمل کن که بفهمی این معنی را که این اکل بیاطل، 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

---

### [ ۱۰۹ ]

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

---

### [ ۱۱۰ ]

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

**۷۶- سوال:** هر گاه شخصی مبلغ پنج تومان وجه را مع 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، 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 الحسنه بدهد و اجلی و مدتی برای آن شرط کند، خلافی و اشکالی در جواز آن نیست. بلی، خلاف در لزوم آن است. و شبهه ربا در اینجا راه ندارد. بلی، در بیع مثلین با تساوی، شرط مدت کردن، ضرر دارد چون اجل را، قسطی از ثمن می باشد. و ظاهرا در این هم خلافی نیست الا آنچه نسبت به شیخ داده اند 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. ظاهرا جایز است. هر چند داعی بر معامله، در نفس الامر جلب نفع باشد. لکن باید بدانند که منظور استخلاص از عقاب و فرار از حرام ۱ است به ارتکاب بیع صحیح. ولکن حیل دیگر هست از برای استخلاص از ربا بهتر از این. و از جمله آنها معامله 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 ظاهرا جایز

---

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

---

### [ ۱۱۱ ]

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

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

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

**جواب:** خیار در حیوان، از برای مشتری است (علی 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 "الخیار لصحاب الحيوان" بدون قید مشتری. و نظر به حرمة "قیاس" و عدم قطعیت علت، و تبادر مشتری از اخبار.

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

---

[ ۱۱۲ ]

**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 میشکافند و از طلع نخل نر، بر آن میپاشند، تا میوهء آن خوب شود، و ظاهر این است که این حکم مختص بیع، باشد. پس هر گاه درخت خرمانی را به "صداق" زوجهء خود کند یا در عوض "خلغ" 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 می شود. و بعد از ظهور طلع آن (هر چند تأییر نشده است) هر گاه نقل کنند به یکی از این عقود، مال ناقل است. علی الاظهر الا شهر. و اما حکم سایر درخت های میوه: پس هر گاه بیع قبل از ظهور میوه واقع شود، میوه مال مشتری است، و هر گاه بعد از ظهور است مال بایع است، مگر با شرط اینکه مال مشتری باشد، و ظاهر این است که مجرد شکوفه، کافی نیست، بلکه باید خود میوه ظاهر شود.. هر چند بسیار کوچک باشد. بلی، در مثل گل سرخ و امثال آن که ثمر آن که به آن منتفع میشوند، غالباً همان گل است. پس ظهور غنچه در آن، کافی است. هر چند هنوز وا نشده باشد. و در این صورت گل مال بایع است. مگر با شرط. و اما درخت پنبه: پس ظهور گل تنها کافی نیست بلکه باید خوب " جوزق " آن ظاهر شود. و همینکه جوزق آن ظاهر شد و فروخت، درخت آن جوزق مال مشتری است. هر چند جوزق آن شکفته باشد. علی الا شهر .

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

---

### [ ۱۱۳ ]

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

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

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

---

۱: ایجه: نوعی پارچه دستیاف و راه راه، بوده است

---

#### [ ۱۱۴ ]

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

**۸۱- سوال:** تاجری در اصفهان مالی دارد و می گوید که این مال مرا در بلده یزد که در نزد شریک من بود (مثلا) به پنجاه تومان میخریده‌اند و شریک من نفروخته. والحال من به این قیمت می فروشم که مطابق تعارف تجار است که ربیعی علاوه می کنند مناسب تفاوت قیمت یزد و اصفهان، و تاجر دیگر نظر به اعتماد قول او می خرد به همین قیمت. بعد معلوم می شود که آن حکایت بی اصل بوده. آیا مشتری مستحق استرداد تفاوت قیمت (که به 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- سوال:** هر گاه کسی ملک مزرعه‌ای را بفروشد مثلا به سی تومان. و غبن آن را صلح کند به مبلغ پنج تومان. و بعد معلوم او شود که بسیار فاحش بوده است غبن، و آن مزرعه در وقت بیع به صد تومان میارزیده. آیا دعوی " غبن مصالحه " می تواند کرد یا نه؟-

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

---

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

---

### [ ۱۱۵ ]

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

---

### [ ۱۱۶ ]

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

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

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

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

---

### [ ۱۱۷ ]

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

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

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

---

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

---

### [ ۱۱۸ ]

ولیکن به این، اشکال می شود به اینکه این سخن در وقتی تمام است که دلیل اصل مسئله و اخبار غبن، منحصر باشد در نفی ضرر، که بگوئیم چون در ما نحن فیه ضرر نیست پس خیار ثابت نیست. و مفروض عدم انحصار دلیل است در آن، بلکه دلیل بر اصل مسئله، اجماع منقول نیز هست و بعضی اخبار هم اشاره به آن دارد. بلکه می توانیم گفت که هر گاه دلیل منحصر در نفی ضرر باشد هم، باز سخن علامه تمام نیست. چون به محض حصول ضرر در اصل معامله، خیار فسخ ثابت می شود و آن مستصحاب 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 مستصحاب است در حال بذل غابین تفاوت قیمت را.

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

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

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

---

### [ ۱۱۹ ]

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

---

[ ۱۲۰ ]

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 مسئله خیار غبن را در مشتری، کرده‌اند استثناء را هم بر وفق آن کرده باشند. و این از باب مثال باشد. و از این جهت است که در مسالك بعد از آنکه قول محقق را نقل کرده که "ساقط نمی شود خیار غبن به تصرف، به شرطی که تصرف مخرج از ملك یا مانع از رد، نباشد"، گفته است که "این شرط تمام می شود هر گاه تصرف مذکور از آن شخص باشد که مغبون است و خیار با او است. و اما هر گاه تصرف از آن دیگری باشد، پس مغبون می تواند فسخ کند و رجوع کند به مثل یا قیمت، بر آن که تصرف مذکور را کرده". و این را نقل کرده است از جمعی اصحاب. و لکن بر این سخن هم همان بحث سابق شهید وارد است که در صورت جهل به غبن، ضرر لازم می آید بر مغبون خواه بایع باشد و خواه مشتری، پس تصرف مخرج، یا مانع از رد، منشاء سقوط خیار نمی شود، پس تحقیق این است که بعد از اینکه بنا را به این گذاشتیم که تصرف بعد از علم به غبن، دال بر رضا است و مسقط خیار است و گفتگو در صورت جهل است. همه 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 قاعده ضرر، مسلط بر فسخ معامله هست. و به قاعده تصرف در مال غیر، رد مثل یا قیمت می کند. و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آنکه نقل کرده است از علامه در تذکره قول به فرق ما بین تصرف غابن و مغبون، در اینکه هر گاه تصرف از مغبون باشد، خیار باقی است. مگر در صورت خروج از ملك و استیلا. و از شهید در شرح ارشاد و غیر او قول به فرق ما بین بایع و مشتری را. که اگر بایع مغبون است ساقط نمی شود خیار به تصرف مشتری مطلقا. و اگر مشتری [ مغبون ] است ساقط نمی شود مگر با خروج از ملك یا منع مانع، مثل استیلا او. و نیز اشکال کرده است در فرق ما بین تصرف غابن و

---

[ ۱۲۱ ]

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

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

---

### [ ۱۳۲ ]

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

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



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

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

---

### [ ۱۳۳ ]

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

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

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

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

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

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

---

[ ۱۲۴ ]

فروش آن در معنی تلف است و در صورت تلف دعوی اجماع شده بر عدم رجوع، عمرو مطالبه آن را نمی تواند کرد ولکن بر زید لازم است که به او رد کند. پس در این صورت، در ظاهر، معامله با بکر بر هم نمیخورد. ولکن عمرو اگر اجازه بیع کند، ظاهر این است که لازم باشد بر زید که 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 نمی تواند مطالبه کرد. و در صورت رد ملك باید اجرة المثل را هم رد کند.

**۸۹- سوال:** ادعای غبن مبیع، از برای هر يك از بايع و مشتری تا چه وقت می باشد؟

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

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

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

---

[ ۱۲۵ ]

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 -"، ۲۵۴ها ق - است که اطلاع مشخصی از چگونگی بر خورد فقها، با آنان در دست نیست. دومین حکومت شیعی در دولت "بنی حمدان" - ۳۶۹، ۲۸۱ها ق - است که با همت حمدان بن حمدون در موصل تشکیل گردید و توسط ابو الهیجاء عبد الله بن حمدون، حسن ناصر الدوله، علی سیف الدوله، سعد الدوله تداوم پیدا کرد دانشمندان شیعه و سنی و حتی مسیحی بسیار در زیر حمایت و تشویق این خاندان پرورش یافتند و آثار فراوان علمی در رشته‌های مختلف از این نهضت فرهنگی به جای مانده. محدثین و فقهای شیعی از حمایت‌های سیاسی - اجتماعی این خاندان بر خردار بودند لیکن از بر خورد فقهی فقهاء، با آنان اطلاع روشنی در دست نیست. ولی از نظر سیره و رفتار، همه علمای شیعه میانه خوبی با آنان داشتند. خلفای فاطمی مصر: خلافت فاطمی از ۲۹۷ تا ۵۶۷ در مصر تداوم داشت با اینکه شیعه اسماعیلی و هفت امامی بودند مرحوم سید رضی بر وجود آنها میبالد: *احمل الضیم فی بلاد الا عادی - و بمصر الخلیفة العلوی من ابوه ابی و مولاه مولای - اذا ضامنی البعید القصی لف عرقی بعرقه سید الناس - جمیعا محمد و علی معروف است که وی هر گونه هبه و هدیه‌ای از جانب خلفای عباسی (جایر مخالف) را رد میکرد و خلفا فاطمی را به رخ آنان میکشید. دیلمیان: در عضو دیلمیان حوزه درس شیخ مفید در بغداد به رواج کامل رسید و 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 بر خردار بودند. بطوری که به محض اینکه قدرت دیلمیان در بغداد با افول مواجه می شود کتابخانه مکتب مفید را آتش میزنند و شیخ طوسی بناچار به نجف اشرف منتقل می شود*

## [ ۱۳۶ ]

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

سلطان محمد خدا بنده مغول: علامه حلی در دربار وی حاضر میشد و حوزه علمیه حله، از کمک‌های مالی او استفاده میکرد. سر به داران: مرحوم شهید اول نه تنها حکومت آنان را تجویز و تایید میکرد بل بوسیله کتاب "لمعه" که صرفاً برای آنان نوشت، حکومت‌شان را تثبیت کرد و در حقیقت جان خود را نیز در راه این نهضت شیعی گذاشت. لمعه را در زندان و در عرض هفت شبانه روز نوشت و به سر به داران فرستاد. صفویه: با ظهور دولت صفویه، شهید ثانی در لبنان دستگیر شد و به شهادت رسید، بررسی تحقیق نشان میدهد که شهادت او ارتباطی با دولت جوان صفوی داشته است مانند شهادت شهید اول که در ارتباط با دولت سر به داران بود دولت صفوی در ۹۰۶ها ق تاسیس شده و شهید ثانی در ۹۱۱ها ق شهید شده است. محقق کرکی حکومت شاه طهماسب را رسماً و با سند کتبی تنفیذ نمود. رضی الدین ابن جامع الحارثی الهمدانی العاملی النجفی با آن مقام علمی بالا،

سمت قضاوت را در حکومت شاه عباس، داوطلبانه پذیرفت. علمای عصر صفوی از قبیل میر داماد، شیخ بهائی، و پدرش، علامه مجلسی و پدرش، شیخ حر عاملی و... و... همگی عملاً با دولت همکاری میکردند. ب: از نظر فتوی: علمای متقدم در این مسئله معمولاً به شکل " مطلق " فتوی داده‌اند و فرقی میان " جابر مخالف " و " جابر از شیعه " قائل نشده‌اند. مانند: شیخ در باب مکاسب از کتاب نهایی می گوید: و لا باس بشراء الاطعمة و سایر الحبوب و الغلات علی اختلاف اجناسها من سلاطین الجور و ان علم من احوالهم انهم یاخذون مالا یستحقون و یغصبون ما لیس لهم ما لم یعلم شیئا من ذلك بعینه غصبا. و همچنین محقق در " شرایع " و علامه در " منتهی " و " قواعد " و شهید در " حاشیه قواعد " و نیز در " شرح ارشاد " و نیز در " دروس "، و فاضل مقداد در " تنقیح شرح نافع " و سایرین مانند شیخ بطور مطلق و بدون تفصیل میان مخالف و شیعی، سخن گفته‌اند. گویا اولین شخصی که به این موضوع اشاره کرده شهید ثانی است که میرزا در مسائل گذشته جمله " و کذالجابر منا " را از وی نقل کرد با اینکه در این جمله هر دو جابر 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 محرمه شرح لمعه می گوید (و معونة الظالمین بالظلم کالكتابة لهم و احضار المظلوم و نحوه لا معونتهم بالاعمال المحللة کالخیاطة و ان کره التکسب بماله " و در مورد غنیمه در عصر غیبت می گوید "... لکونه مغنوما بغير اذنه الا انهم علیهم السلام اذنوا لنا فی تملکه كذلك - " شرح لمعه فصل

---

### [ ۱۳۷ ]

است که فتح این بلاد را خلیفه ثانی کرده است، اشکال در شرط آن، به هم می رسد. جمعی علما گفته‌اند که فتوحات خلیفه 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

---

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

میدانستند. 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 جمله " خلاف هست " اکتفاء میکرد جای سخنی نبود زیرا نمی توان در مسئله ادعای اجماع کرد لیکن لفظ " خلاف عظیم " باری از معنی دارد که بر تردید قابل اشکال است

---

### [ ۱۲۸ ]

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

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

---

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 کرده اند و مرز شرقی آن کرکوک و عراق عجم، است، یعنی حدود شرقی آن، همان ارتفاعات زاگرس می باشد. و حد غربی آن يك خط (تقریباً) مستقیم، عمود قائم از موصل تا فرات است که قدری هم از فرات میگذرد. اگر با اصطلاح دقیق جغرافی سخن بگوئیم، ارض سواد، آن بخش سرزمین عراق و بین النهرین است که تنها از ۱۰۰ تا ۲۵۰ متر از سطح دریا بالاتر است و سایر قسمت های عراق ارض سواد نیست، همه شهرهای بزرگ عراق در ارض سواد قرار دارند غیر از کرکوک و موصل. طول این سرزمین حدود سه برابر ارض آن، می باشد. ۲: وسائل: ج ۱۱ ص ۱۱۷، ابواب جهاد العدو، باب ۶۹ ج ۲

---

### [ ۱۲۹ ]

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

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

---

۱ و ۲: یعنی: اگر در تصرف جایز مخالف نباشد و در تصرف جایز شیعی باشد. ۲: 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

---

### [ ۱۳۰ ]

عموم است. و در اخبار مذکور است که اگر قائم ما بر خیزد حصه شما بیش ۱ از این می شود که به شما میدهند. که فهمیده می شود که علت در حلیت آن، همین است که به حق خود 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. خصوصاً به ضمیمه نفی عسر و حرج. و هر گاه ضمیمه شد به این، اذن مجتهد عادل، امر آسانتر می شود. و در مسئله " وضع مؤن " علاوه بر این، احتمال اینکه دادن خراج غالباً موقوف علیه زراعت است، پس آن، از وجهی مؤن است (مشهور علما تجویز وضع آن، کرده‌اند) در زکات هم هست. و اقوی نزد حقیر هم، آن است. و اما بیع و شری کردن این زمین‌ها: پس آنچه اقوی است در نظر حقیر (و ظاهراً مشهور است

بین علما بلکه بعضی دعوی عدم خلاف کرده‌اند) این است که جایز است بیع آنها - بیعاً لا ینار 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) می فروشد. و اطلاق بیع بر آن یا مجاز است و مراد صلح کردن باشد، یا بیع معنی عامی

---

۱: حدیث عبد الله بن سنان مذکور. ۲: این خود جای بحث و اختلاف است که آیا در صورت حضور امام (ع) زمین‌های خراجی بین مسلمین تقسیم می شود؟ تا کسی بتواند 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

---

### [ ۱۳۱ ]

دارد که شامل این هم باشد. و به هر حال، اینها در وقتی است که معلوم باشد که ارض مفتوح العنوه 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 نمی‌رود 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- سوال:** هر گاه زید متاعی را به عمرو، بفروشد به صیغه رأس المال. و بعد به

---

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

---

### [ ۱۳۲ ]

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

**جواب:** مشهور علما در صورت ثبوت دروغ یا غلط او در مقدار رأس المال، (و همچنین در جنس قیمت، یا وصف آن) این است که مشتری مختار است ما بین فسخ معامله و رد مبیع و اخذ ثمن، و ما بین امضای مبیعه به همان قیمت که گرفته است. به سبب غرر و تدلیس. و بعضی گفته‌اند که می‌تواند 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 می‌فروشم و بعد معلوم شد که به نه تومان خریده بوده است، یازده هزار دینار پس می‌گیرد و نه تومان و نه هزار دینار را به بایع می‌گذارد. چون مقتضای بیع مباحه این است. و این قول ضعیف است به جهت آنکه عقد به این قیمت واقع نشده. و بنابر این قول، آیا لازم است بر مشتری که قبول این معنی بکند؟- یا اختیار دارد که فسخ کند؟- در آن دو احتمال است. اول، لزوم است. زیرا که رضای او به قیمت کثیر، مستلزم رضای او است به قیمت اقل به طریق اولی، پس تراضی بر آن واقع شده و بیع لازم است. و [ دوم ] احتمال دارد که خیار از برای او ثابت باشد. و می‌تواند شد که غرض صحیحی داشته در قیمت اکثر، که در اقل یافت نمی‌شود. 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 نمی‌شود 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

---

### [ ۱۳۳ ]



تالف یا قیمت آن را رد می کند، و [ یا ] غبن قیمت یا عوض آن را پس میگیرد. 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 خلافی در صحت آن نیست. و بعد از حکم به صحت، خلاف کرده‌اند در ثبوت خیار مشهور این است که خیار ثابت است از برای مشتری ما بین فسخ و قبول به همان قیمت. و از نهایه 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 ابي عبد الله - ع - فی الرجل یشتری المتاع الی اجل؟ فقال: لیس له ان یشتره الا الی الاجل الذی اشتراه الیه، فان باعه مرابحة و لم یخیره فکان للذی اشتراه من الاجل مثل ذلك ۲ ". و در روایت دیگر هم هست که سند آنها هم خالی از قوت نیست اگر چه " صحیح " نیستند. و این روایات مخالف قاعده ایشان است و مخالف عموم کتاب و سنت. و تخصیص آن عمومات به مثل این اخبار مهجوره، کمال صعوبت دارد. و آخوند ملا

---

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 " کوفیین " 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 مذکوره معیار ضعف نامبرگان نمی شود تا چه رسد سکوت اصحاب قم در مورد ابراهیم بن هاشم. ممکن است مراد میرزا چیز دیگر باشد و بوسیله جمله " به سبب ابراهیم بن هاشم " در مقام توضیح و بیان استحکام یکی از دو سند این حدیث باشد، زیرا همین حدیث از طریق " محمد بن اسماعیل بندقی " نیز روایت شده که فرد مجهول است و میرزا می گوید با توجه به طریق ابراهیم بن هاشم سند حدیث، " حسن " می شود. در هر صورت میرزا قدس سره آن اهمیت لازم را به ابراهیم بن هاشم که باید قائل شود، نمی شود. و حدیث در: وسائل ج ۱۲، ابواب احکام العقد، باب ۲۵ ح ۲

---

#### [ ۱۳۴ ]

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

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

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

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

---

[ ۱۳۵ ]

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

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

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

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

---

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۷۴ همین مجلد

---

### [ ۱۳۶ ]

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

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

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

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

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

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

[ ۱۳۷ ]

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 رقیبت او ثابت باشد به بینة یا به اقرار یا به استفاضه، و ادعا کند حریت را، سخن او را نمیشنوند. مگر آنکه بینة داشته باشد بر آزادی. و خصوص صحیحہ عیص بن القاسم دلالت بر آن دارد که در تہذیب و فقیہ روایت شدہ: " عن ابی عبد اللہ (ع). قال: سنلتہ عن مملوک ادعی انہ حر ولم یأت بینة علی ذلک. اشتریہ؟ قال: نعم. " ۱ چون ظاہر این است کہ مراد از مملوک شخصی است کہ مملوک بودن آن، ثابت باشد. و ظاہر این است کہ هر گاه شخصی را ببینی کہ در بازار میخرند و میفروشند، آن ہم در حکم ثبوت رقیبت است. چنانکہ ظاہر فتوای مشہور علما است. و دلالت می کند بر آن خصوص روایت حمزہ بن حمران کہ سند آن قوی است کہ مدح فی الجملہ، دارد و صفوان بن یحیی از او روایت می کند و در ہمین سند ابن ابی عمیر و جمیل بن دراج از جملہ روایات آن است، و علامہ در خلاصہ سند ابن بابویہ را با حمزہ صحیح شمرده، و شہید ثانی ہم در مسالک ہمین حدیث را صحیح شمرده. " قال: قلت لابی عبد اللہ (ع): ادخل السوق فاریدان اشتری جاریة فتقول انی حرة -؟. فقال: اشترها ۲ الا ان یکون لها بینة " و این حدیث معتبر با اعتقاد بہ شہرت (چنانکہ در کفایة تصریح کردہ) کافی است در مطلب. و ظاہر این است کہ فرقی ما بین جاریہ و عبد نیست. و اما هر گاه غلامی یا کنیزی در دست کسی باشد ولکن خرید و فروش آن دیدہ نشده است و ادعا کند رقیبت آن را. پس اگر ان مملوک شخصی است کہ اقرار او مسموع باشد، یعنی بالغ و عاقل باشد، و تصدیق مولی کند. پس حکم می شود بہ رقیبت آن، بی اشکال. و اگر بعد انکار کند مسموع نیست. مگر اینکہ اظهار شبہہ بکند (مثل اینکہ بگوید کہ من نمی دانستم کہ آقا پدرم را آزاد کردہ است و گمان میکردم کہ تولد من در

حال رقیبت بوده است در این وقت دعوی او را می‌شنوند و به مقتضای بینه و یمین حمل می‌کنند، به هر نحو که مرافعه اقتضای آن کند) و اگر تکذیب مولی کند، پس قول مولی مسموع نیست. و حکم می‌شود به آزاد بودن آن مملوک، مگر اینکه مولی بینه بیاورد بر رقیبت او. و هر گاه عاجز شود می‌تواند مملوک را قسم بدهد. و دلالت دارد بر آن صحیحہ عبد الله بن سنان: " قال: سمعت ابا عبد الله (ع) يقول: كان امير المؤمنين (ع) يقول: الناس كلهم احرار الا من اقر على نفسه بالعبودية و هو مدرك 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 مالک 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 " و او " در " ويد المالك " به معنی " او " باشد. و دلیل قول اول صحیحہ عبد الله ۲ بن سنان است که اصل در مردم حریت است مگر اینکه اقرار کند عبد به رقیبت یا بینه باشد بر آن. و دلیل قول دوم این است که ذو الید است و دعوی امری می‌کند و در برابر، منازعی نیست. چنانکه کسی ادعای زوجیت زنی کند یا مالکیت مالی، و کسی مزاحم او نشود. و در مسالك ترجیح داده است این قول را، و این قول خالی از قوت نیست. به جهت آنکه ید علامت ۳ ملک است خصوصا با ادعای ملکیت .

---

۱ و ۲: وسائل ج ۱۶ ص ۳۳ باب ان الاصل في الناس الحرية (ب ۲۹ - كتاب العتق)، ح ۱۳: 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 حیات " است. " و با بیان واضحتر: هر ید انسانی بر انسان دیگر معارض است، با، ید خود آن انسان بر خودش. پس در ما نحن فيه 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 صحیحہ عبد الله بن سنان مستفاد می‌شود ۱) بلا شك مخصص ۲ است به اقرار و بینه چنانکه حدیث ناطق است به آن. و شبهه نیست که مخصص، منحصر در آن دو امر ۳ نیست زیرا که هر گاه از خارج علم ۴ به هم رسد به رقیبت از غیر جهت اقرار و شاهد، یا آنکه مشاهده شود که مکرر در بازارها خرید و فروش می‌شود، حکم به رقیبت 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 مثبتہ

خلاف آن. و یکی از آنها ید و تصرف است به ضمیمه دعوی مسلم و قول او به رقیبت که محمول است بر صدق مادامی که منازعی از برای آن نباشد. و هر گاه کلمه " او " در تحریر به معنی " او " نباشد هم، می توان گفت که تکیه او به

---

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

---

#### [ ۱۴۰ ]

ید، است. که آنچه در سوق فروخته می شود و امام (ع) حکم به رقیبت به سبب ید مالك کرده است، با وجود اینکه روایت حمزه بن حمران که حکایت " شراء در سوق " [ در ان ] مذکور است و لفظ " بیاع فی الاسواق [ در آن ] موجود نیست که دلالت داشته باشد بر تحقق بیع بالفعل، خصوصا بر سبیل مکرر و تعدد. چنانکه ظاهر لفظ " بیاع " است. پس آن حدیث شریف هم دلیل بر این قول می تواند شد. و هر گاه این معنی را اعتبار بکنیم، پس دلیل ان صورتی که بیع تحقق پذیرفته باشد هم، موجود نیست. چون حدیث، ناطق به آن نیست. و در آنجا هم می توان گفت که اصل حریت است، 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 [ علما تصریح به حکم آن نکرده اند. ] دور نیست در اینجا ترجیح حریت بدهیم. چون ظاهر این است که صحیحه عبد الله بن سنان شامل آن باشد. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود که

هر گاه مملوك طفلی باشد و ید کسی بر آن نباشد، و کسی مدعی ملکیت آن باشد. جایز است خریدن آن. و در تذکره اشکال کرده است در آن و ترجیح حریت داده است. و آخوند ملا احمد (ره) میل به جواز کرده. و این مقتضای کلام تحریر است. و اما هر گاه آن طفل بالغ شود و ادعای حریت کند، پس آخوند ملا احمد (ره) گفته است که ظاهر این است که اشکالی نیست در قبول دعوی حریت، بدون بینه. و این سخن مشکل است با وجود تجویز خریدن طفل که در تحت ید متصرف باشد، و استصحاب صحت بیع، و شمول صحیح عبد الله بن سنان این صورت را هم، محل تامل ۱ است. و ظاهر عبارت تحریر در کتاب بیع که گفته است که "ولو اشتری عبدا فادعی الحرية لم يقبل الا بالبینه" شامل این صورت هم هست. و بنا بر 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 مملوك؟ بر علیه همان ید و تصرف، است. و اصالت حریت و نیز صحیحه عبد الله تکیه گاه اوست. پس معارضه هست میان اصل و صحیحه و میان ید و تصرف. و بر فقیه است که یکی از دو طرف را ترجیح دهد، نه اینکه اساسا صحیحه شامل این مورد نمی شود و یا در شمول آن جای تامل است

---

#### [ ۱۴۱ ]

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

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

**جواب:** در صورت مزبوره، بر بايع لازم است كه وجه را تسليم حاكم شرع نمايد. يا به امينى بسپارد (از ثقات مومنين) هر گاه حاكمى نباشد. يا بگذارد در نزد مشتري بنحوى كه مانعى از براى او از اخذ نباشد. و برود. و بايد فسخ كند يعنى بگويد فسخ كردم بيع را. هر گاه چنين كرده، بيع مال بايع مى شود. و هر گاه وجه را نگذاشته است در صورت مزبوره همان مشغول الذمه وجه است. و مبيع مال بايع است. و هر گاه صيغه فسخ را در آن حال نگفته (هر چند به فارسى باشد) بعد هم مى تواند گفت. به جهت آنكه منافاتى نيست ما بين

---

۱: با توجه به " ضمان " و خيار فسخ. و توجه به نتيجه اقرار پس از فسخ به خود بايع، چنين اقرارى بر عليه " خود " هم هست

---

### [ ۱۴۲ ]

اشتغال ذمه به وجه، و تسلط بر فسخ. و تسلط به مجرد تخليه يد حاصل مى شود. به هر حال انشاء فسخ از جانب بايع ضرور است هر چند بعد از انقضاى مدت خيار باشد، در صورت مذكوره.

**۱۰۰- سوال:** هر گاه كسى ملكى را كه پادشاه غصب كرده است و در تصرف او است به عنوان بيع شرط، بفروشد به ديگرى، و آن شخص هم مى خرد به اميد اينكه بلكه تواند به رشوه دادن و واسطه قرار دادن، استخلاص كند، و آن بيع لازم شود. بعد از آن مشتري سعى كند و به رشوه و خسارت، آن ملك را استخلاص كند. بعد بايع دعوى خيار غبن كند. آيا آن دعوى مسموع است يا نه؟ -؟.

**جواب:** شرط است در صحت بيع، اينكه مبيع مقدور التسليم باشد (و اجماع بر آن نقل كرده اند) مگر در بيع " ابق " با ضميمه، و بعض مواضع. و علاوه بر اجماع، ظاهرا غررو سفاهت هم لازم مى آيد. پس اصل بيع كه صحيح نباشد ديگر دعوى غبن و غير ذلك بر جا نيمياند. و شكى نيست كه ملك شاهى، بالفعل مقدور التسليم نيست .

**۱۰۱- سوال:** هر گاه زيد قدرى نيل دارد. و در قزوین موجود و در تصرف او باشد. و وزن آن معين و به وصف تام رافع جهالت، بفروشد به عمرو، در بلده رشت به قيمت معينه در مدت معينه معلومه. و شرط كند كه نيل مزبور را در بلده قزوین تسليم مشتري نمايد. آيا چنين بيعى داخل كدام يك از اقسام بيع است؟ آيا داخل نسيه است و صحيح است -؟ يا داخل بيع غير موجودين، و باطل است -؟. اگر داخل " مؤجلين " است (چنانكه بعض معاصرین می گویند) پس چه معنی دارد كلام فقها (رضوان الله عليهم) كه " اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع و الثمن. و لو امتنعا اجبرا " ؟ و چند قسم بيع از " عدم اطلاق " منشعب می شود؟. و اگر داخل نسيه و صحيح است (چنانكه بعضی قائل به آناند) پس بيع مؤجلين



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

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

---

[ ۱۴۳ ]

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

---

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۶۵ همین مجلد

---

[ ۱۴۴ ]

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

---

۱: نسخه بدل: حالی. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۶۶، ابواب احکام البیع، باب ۱ ح ۲

---

### [ ۱۴۵ ]

هم، ثبوت خیار را واجب دانسته چنانکه مقتضای قاعده شروط است. و خوب گفته است. اما قسم دوم: که بیع کالی ۱ به کالی، است: پس آن باطل است بلا خلاف. و لکن اشکال در معنی آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می شود که فرموده اند که "لا بیع الدین بالدین" این است که ثمن و مئمن 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 آنهم تنها يك حدیث در مورد آن آمده که باز در سلسلهء سند آن " طلحه بن زید " هست که از اهل سند است - وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۱۵ ح (۱۰) 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 فی طعام الی اجل فاذا حل الاجل، يقول الذی حل علیه الطعام، لیس عندی طعام ولكن بعنی اياه الی اجل. فهذه نسبة انقلبت نسبة. نعم او قبض الطعام وباعه اياه لم یکن کالیا بکالی. بنا بر این، صورت مورد بحث، نه تنها مشمول بیع کالی بکالی است بل بارزترین مصداق آن است و طریحی ریشهء مردمی این اصطلاح در عصر قبل از تحریم، را بیان می کند. ۳: این " جزم " از نظر فرهنگ فقهی اهل سنت درست است لیکن اگر از دیدگاه تشیع نگریسته شود مشمول بودن چنین معامله‌ای بر تحریم " دین بدین " مورد تردید است زیرا دو حدیث از امام باقر - ع - و امام صادق - ع - وارد شده که بکر می تواند همان مالی را که عمرو، به زید، برای خرید این دین پرداخت کرده، به عمر بپردازد نه اصل دین را. و اگر زیاده‌ای مانده باشد مال بکر است. این دو حدیث نه تنها حکم به بطلان نمی کنند بلکه برای آن ترتیب اثر هم میدهند و حکم خاصی برای آن تعیین می کنند. درست است که عمل به این دو حدیث دشوار است لیکن وجودشان لا اقل موجب تردید و احتیاط می شود (وسائل: ابواب الدین، باب ۱۵ ح ۲ و ۳). و این دو حدیث از احادیث نبوی ضعیفتر نیستند. و در نتیجه آن صورتی که میرزا تجویز می کند مصداق دین به دین است

---

#### [ ۱۴۶ ]

بعد شش ماه دیگر بگیرد، این معلوم نیست که داخل بیع دین به دین باشد. چون در حال بیع آن گندم دین نبوده بلکه به سبب بیع، دین می شود به گردن او که بعد از بیع به ذمه او قرار میگیرد و دین می شود. و حرمة آن معلوم نیست. و شاید در قسم چهارم توضیح این مطلب بشود. و اما قسم سوم: که بیع نسبه است. که عبارت از این است که متاعی را بفروشد به قیمت معین که آن قیمت را بعد انقضای مدت بگیرد. و باید که مدت باشد. و قابل زیاد و کم نباشد. مثل روز تمام، و يك ماه، و يك سال. و اطلاق ماه و سال، به هلالی منصرف می شود. و تحدیدی از برای مدت در شرع نیست (علی الاظهر الاظهر) نه در جانب اقل و نه اکثر. پس جایز است نسبه فروختن به مدت هزار سال. هر چند " علم عادی " حاصل باشد که آن شخص هزار سال عمر نمی کند. و از ابن جنید قولی نقل شده به اینکه زیاده از سه سال جایز نیست. و آن قول ضعیف است، و مستندی که از برای آن ذکر 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 می شود. به سبب جهالت و غرر. و خصوصا که در

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

---

### [ ۱۴۷ ]

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

---

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

اینکه بگوید گندم آبی، یا دیمی ۱ یا گندم فلان محل. زیرا که غالب این است که گندم‌های بلاد در قسمت مختلف‌اند. و همچنین گندم دیمی را بهتر از آبی، می‌خرند. 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 نمی‌رسد 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، منشأ 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 تعیین 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 چله عمل قم، بیست ذرعی. و مثل اینها. و فرق میان افراد گوشت و پوست و افراد حیوان، خالی از اشکال نیست، که در آنها، تجویز نکرده‌اند و در حیوان

کرده‌اند. بلی، عمده اعتماد، بر اخبار است که در تجویز آن، در حیوان وارد شده. و در منع در گوشت، روایت معللی ۱، هست که دلالت بر حکم پوست هم 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. ولکن شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که : ممکن است جمع بین سلف و مشاهده به اینکه مشاهده کند جمله را که " مسلم فیه، " در میان آن باشد لا علی التعیین. چنانکه هر گاه بگوید که صد من از گندم این قریه می فروشم در این مدت به این مبلغ. و در عادت هم غله آن قریه عیب نمی کند. پس در اینجا هم ملاحظه گلهء گوسفندی که ده من پوست از آن میفروشند جایز خواهد بود. ولکن مشهور خلاف این است. و از جمله شروط، قبض ثمن است در مجلس قبل از مفارقت طرفین. و دعوی اجماع بر آن شده. و ظاهراً خلافتی در آن نیست (الا از این جنید که جایز دانسته تاخیر تا سه روز را، و این قول مطروح است) پس هر گاه متبایعین مفارقت کنند قبل از قبض ثمن، بیع باطل می شود. و اگر بعض آن را قبض کرده باشند نسبت به آنچه قبض نشده، باطل است و در آن قدری که قبض شده صحیح است. لکن هر گاه به تقصیر بایع نشده، اختیار فسخ دارد. به جهت " تبعض " صفاقه. " و خلاف کرده اند که آیا جایز است قیمت را از دینی قرار بدهند که از بایع طلب دارد یا نه -؟ مشهور این است که جایز نیست، چون بیع دین به دین است. و بعضی گمان کرده اند که صحیحه منصور بن حازم، دلالت دارد بر این. " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یكون له علی الرجل طعام او بقر او غنم او غیر ذلك. فاتی

---

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۵۷، ابواب السلف، باب ۲ ح ۱ - تهذیب ج ۲ ص ۱۳۰

---

### [ ۱۵۰ ]

المطلوب الطالب و ابتاع منه شیئا -؟ قال: لا یبیعه نسیا فاما نقدا فلیبعه " ۱. به تقریب اینکه کلمه " مطلوب " مفعول ۲ کلمهء " اتی " باشد و مراد این باشد که میخواهد در عوض همان طلب، چیزی از او بخرد، و آن حضرت فرمود نقد بفروشد نه نسیه. یعنی سلف بفروشد که قیمت آن را از آن طلب محسوب دارد. و بر این، وارد است که در حدیث، مذکور نیست که میخواهد از او چیزی بخرد که طلب او قصد آن ۲ باشد. و همچنین اطلاق نسیه ۴ بر سلف، غیر ظاهر است. و گمان حقیر این است که این حدیث در مسئله بیع نسیه، وارد است که فقها ذکر کرده اند که هر گاه کسی به نسیه چیزی بفروشد و قبل از انقضای اجل خواهد آن را بخرد، جایز است نقدا و نسیتا در غیر صورتی که در ضمن عقد شرط آن کرده باشند. چنانکه احادیث صحیحه دلالت بر آن دارد. و [ شاید ] قید نسیه در کلام فقها اشاره به همین حدیث باشد که منع نسیه در آن شده. و هر چند این هم خلاف ظاهر حدیث است و محتاج است به تقدیر مضافی یعنی " قیمتة طعام او بقر... " ولکن به ملاحظهء حدیث صحیح دیگر که منصور بن حازم روایت کرده ظهور به هم میرساند: قال: قلت لابی عبد الله - ع - : رجل کان له علی رجل دراهم

من غنم اشتراها منه فاتی الطالب يتقاضاه، قال المطلوب: ابيعك هذا الغنم بدر اهمك التی عندی. فرضی. -؟. قال: لا بأس ه بذلك. ". واز 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 ۶ نیست. و به آن استدلال کرده در غایت

---

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ۶ ح ۸: ۲: میرزا در مسئله ۱۳۹: با موضوعی رویرو خواهد شد که نیازی به این فرض ندارد و اگر کلمه "مطلوب" فاعل هم باشد، باز حدیث دلالت خود را دارد. ۳: میرزا کم لطفی میفرماید زیرا مطلب خیلی روشن است. ۴: معنای کالی بکالی را از "مجمع البحرین" نقل کردیم که اطلاق نسبه بر آن عین حقیقت است. ۵: وسائل: ج ۱۳ ص ۷۴، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ۶: ۴: این حدیث از این جهت که هم حکم صورت نسبه و هم حکم صورت نقد را بیان می کند نه تنها مجمل نیست بل مبین و مفصل هم هست. موضوع تقدم و تأخر مفعول و فاعل يك چیز رایج در هر زبان است و کلمه "نسیه" را هم توضیح دادیم. بل وسیله وجود این حدیث، حدیث دوم مجمل می شود که صورت نسبه و نقد را توضیح نداده است .

---

### [ ۱۵۱ ]

اشکال است و محقق در شرایع و نافع و علامه در تحریر قائل به جواز شده‌اند. واز تنقیح نقل نسبت این قول به شیخ شده و خود نیز آن را پسندیده و او هم به همین معنی تکیه کرده که دین شدن آن، بعد معامله است ۱ نه قبل. چنانکه خواهیم گفت. و عموماً هم دلالت بر آن دارد و اجماعی که ادعا شده در لزوم قبض مجلس در اینجا معلوم نیست. و مؤید آن است روایت احمد بن محمد بن عیسی: "قال: حدثنی اسماعیل بن عمر، انه كان له علی رجل دراهم فعرض علیه الرجل انه يبيعه بها طعاما الى اجل. فامر اسمعيل من سنله فقال: لا بأس بذلك. قال: ثم عاد اسمعيل فسئله عن ذلك فقال: انی كنت امرت فلانا فسئلك عنها فقلت " لا بأس " فقال: ما يقول فيها من عند کم -؟. قلت: يقولون فاسد. قال: لا تفعله، فانی ۲ او همت. ". و اخر حدیث محمول است بر تقيه. 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 می شود. و اما هر گاه معامله بر ذمه واقع شود و آن دین را ثمن قرار ندهند و لکن بعد از معامله در همان مجلس، ثمن را از جمله دین محسوب دارند، پس در اینجا مشهور جواز است. به سبب اینکه در اینجا دین، ثمن واقع نشده چون در عرف، ثمن آن را می گویند

---

۱: صاحب تنقیح نقل می کند نقل نسبت این قول به شیخ را، پس چنین چیزی مسلم نیست. علمای متقدم تا عصر مرحوم محقق (حدود اواخر قرن هفتم هجری قمری) همگی صورت مورد بحث را با اطلاق کلامشان حرام

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 .

---

### [ ۱۵۲ ]

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

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

---

۱: منظور، آن صورتی است که معامله بر دین، واقع نشده بلکه پس از معامله ثمن را از دین محسوب داشته‌اند. البته صاحب جواهر (ره) نیز همین اشکال را کرده است. رجوع کنید: جواهر: ج 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 میطلبد، 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

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

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

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

**۱۰۵- سوال:** 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

---

### [ ۱۵۴ ]

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

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

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

**۱۰۶- سوال:** هر گاه مشتری میبوی، بگوید که این متاع را نمیخواهم. و غرض از این لفظ، فسخ باشد. یا غرض معلوم نباشد. چه صورت دارد؟ و در فسخ "قبول" فعلی "که به لفظ نگویید، چه صورت دارد؟  
**جواب:** مجرد لفظ "نمیخواهم" مفهوم فسخ نیست. مگر با او ضم کند چیزی دیگر. مثل اینکه بگوید "مالت را بگیر و من نمیخواهم". ولیکن با وجود این در صورت اقاله محتاج است به قبول بایع و دور نیست که "قبول فعلی" کافی باشد هر گاه به نحوی باشد که مفهوم قبول باشد چنانکه در دروس احتمال داده است. و اما در صورت فسخ به سبب خیار، پس در آنجا قبول شرط نیست.

**۱۰۷- سوال:** 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

---

[ ۱۵۵ ]

باشد، و تلف شود چه صورت دارد -؟.

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

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

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

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

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

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

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

---

#### [ ۱۵۶ ]

معاوضات مثل اجاره و غیره بلکه در نکاح هم گفته اند که زوجه می تواند تمکین ندهد تا مهر را بگیرد هر گاه مهر مؤجل نباشد. الا ابن ادریس که شرط کرده است در این حکم که زوج معسر نباشد. و صاحب کفایه از مسالك نقل کرده که ایراد کرده است بر این کلام، که اگر اجماع ثابت باشد، خوب است و الا می تواند گفت که تکلیف اقتضاء می کند که هر 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 فیها فی ظاهر کلامهم مع انه یلوح منه جواز تاخیر الثمن اذ لم یحکموا باجباره علی النقد ". تحقیق در این سخن ها چه چیز است؟ بیان فرمایند.

**جواب:** بدان که: در مسئله بیع، بعد از اتفاق ایشان ظاهرا بر وجوب تسلیم بر هر دو، خلاف کرده اند که هر گاه تمانع کنند (یعنی هر کدام بگویند نمیدهم تا نگیرم) آیا تقدیم و تاخیری در اینجا معتبر هست یا نه (؟-؟). مشهور این است که دو طرف مساوی است. به جهت آنکه حق هر يك در نزد دیگری است و هر دو مساویاند در اشتغال ذمه به تسلیم. و هر گاه ممانعت کنند حاکم هر دو را اجبار می کند بر تسلیم. و از شیخ و ابن براج و ابن زهره و ابن ادریس نقل شده است قول به اینکه در صورت تمانع، حاکم اولاً بایع را اجبار می کند بر تسلیم. زیرا که ثمن تابع مبیع است. واقوی قول مشهور است زیرا که عقد بیع که لازم شد، فرقی میان ثمن و مئمن باقی نمی ماند. و اما در مسئله اجاره: پس صریح فتاوی ایشان این

است که اجرت به محض صیغه ملك موجر می شود. ولكن 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

---

### [ ۱۵۷ ]

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): ولم 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. والا 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 میآید منع جواز تمانع در مطلق معاوضات. و از شهید ثانی ظاهر می شود که خلافتی ندارد. چنانکه 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 نمی شود. چنانکه در " مفوضة البضع ". و از این جهت در مسالك هم، آن را از باب معاوضات شمرده در صورت ذکر مهر. و به هر حال ظاهر کلام ایشان این است که تمانع [ برای ] استنقاذ حق جایز باشد. و شاید دلیل آن اجماع باشد یا محض " تقاص حق ". چون این تمانع نوعی ۳ تقاصی

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

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

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

بايع قيمت را ندهد و مطالبهء مبيع، کند و بگوید " مبيع را تسليم کن تا من ثمن را تسليم کنم " و بايع قبول کند. معلوم نيست که فتواى ايشان در اينجا هم ثبوت خيار فسخ باشد از براى بايع. ولکن در کلام ايشان تصريحى به اين مطلب نديدم.

**۱۱۱- سوال:** هر گاه كسى ملكى را به مكر و حيله و دروغ بخرد. منافع آن چه صورت دارد؟ و نماز در آن چه صورت دارد؟ و همچنين هر گاه به واسطهء ظالمى بخرد -؟.

**جواب:** بيع غش (خواه از قبيل آب در شير كردن باشد يا در تاريكى فروختن) حرام است. و همچنين عمدا فریب دادن و مغبون کردن حرام است. ولکن اصل بيع، فاسد نيست. و منافع آن حرام نيست. و نماز كردن در آن باطل نيست. بلى. خيار، از براى مغبون و مغرور، در فسخ معامله هست. و اما بيع مجهول: پس آن حرام و باطل است. مگر با ضم ضميمه به تفصيلى که در اوایل کتاب ۱ بيان کردیم. و اما خريدن به واسطه ظالم: پس هر گاه جبر بکند مالك را بر بيع، و به اکراه بفروشد، و بعد از آن اجازه و امضا نکند، هم حرام است و هم باطل. و منافع اين دو

---

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

---

### [ ۱۶۰ ]

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

**۱۱۲- سوال:** هر گاه زيد، دو دانگ ملك مشاعى در جملهء شش دانگ ملكى متصرف باشد. و در آن اوقات تصرف، يك دانگ آن را به بيع خيار شرط، به عمرو، بفروشد و نيم دانگ آن را به خالد. و نيم دانگ ديگر، از براى او به جا بماند. و آن دو بيع شرط هر دو به سبب انقضای مدت خيار، و عدم رد ثمن، لازم شوند. و بعد از اينها بکر بيايد و مدعى شود که يك دانگ از جملهء دو دانگ مشاعا مال من است، و اين تصرفات غصب بوده. و به ثبوت شرعى برساند حقيقت خود را. و به اين سبب ظاهر شود که زيد در حين آن دو بيع شرط، در نفس الامر مالك يك دانگ بيش نبوده. الحال يك دانگ باقى مال کيست؟

**جواب:** بدان که :دانگ و نصف دانگ به منزلهء " نصف " و " ربع " است که در اينجا " حقيقت " در مشاع است، نه " معهود ۱ ". پس در صورت مفروضه هر گاه معلوم شود که زيد در حين مبايعيتن، آن ملك را بالتمام ملك خود ميدانسته و جاهل بوده است به اينکه يك دانگ آن، از مال غير است (مثل اينکه به ميراث به او رسیده يا مجموع آن را از مسلمى خریده و نمى دانست که غيرى در آن حقى دارد). در اين

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

---

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

---

### [ ۱۶۱ ]

باقی است. و در این صورت، مشتریان را خیار " تبعض صفقه " حاصل می شود و به مقتضای آن عمل می شود. ظاهر این است که حکم ساهی و غافل هم، مثل جاهد باشد. بلکه حکم عالم غاصب بی پروا که فرق بین ملك خود و غیر نمی کند (و از حال او معلوم باشد که قصد اشاعه کرده است) هم، چنین است. در صورتی که معلوم شود که زید در حین بیع قصد بیع 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 می شود. و اما در صورت جهالت به حال، یعنی نمی دانیم که حال بایع در آن وقت چه بوده، جاهل بوده یا عالم، متذکر بوده یا غافل. در این صورت اظهر این است که منصرف می شود بیع به حصه خود او، و بر اشاعه حمل نمی شود. و گمان حقیر این است که مراد اکثر فقها که تنزیل بیع را به حصه مالك می کنند هم، در صورت جهل به حال واقعه است. نه اینکه در صورتی که معلوم باشد که مالك نمی دانسته که غیر در آن حقی دارد. یا امثال آن نیز حمل شود بر 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 نمی داند. و هر گاه بیع نیم دانگ خالد مقدم است، نیم دانگ بالتمام مال او است. و عمرو، را خیار تبعض صفقه ثابت است. و از برای مالك چیزی باقی نمی ماند . 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 نمی شود. و اما هر گاه ضم

شود کلمهء نصف یا ثلث به مثل بیع یا صلح یا اجاره یا امثال آن، و گفته شود که " فروختم نصف این خانه - یا ثلث این خانه را ". پس شکی نیست که مقتضای حاضر لفظ نصف و ثلث، این است که نصف معینی که در جانب خاصی باشد یا ثلث معینی را نخواسته. بلی، اشکال کرده‌اند در جایی که اصل مال، مشترك باشد میان دو نفر (مثلا) بالمناصفه. واحدهما بگوید " بعثك نصف هذا الدار " منصرف می شود به نصف مختص خود بایع، یا به نصف مشاع؟ -؟ و بنابر آخری، در ربع " لازم " است و در ربع مال 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 غیره، صح فی 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 فی نصف الاخر على الاجازة ". مجمل استدلال فخر المحققین در شرح آن این است که: اصل در بیع لزوم است. و ظاهر این است که مراد او همان باشد که در مسالك نقل می کند. دوم عبارت مسالك است در کتاب صلح، که در آنجا - بعد از آنکه عبارت محقق را نقل کرده که " ولو ادعى اثنان دارا فی يد ثالث بسبب موجب للشركة ۱ فصدق المدعى عليه احدهما و صالحه على ذلك النصف بعوض، فان كان باذن صاحبه صح الصلح فی النصف اجمع، فكان العوض بينهما. و ان كان بغير اذنه، صح فی حقه خاصه. اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة لم يشتركا فی 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

۱: و در نسخه: الشركة، ش

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



با او در آن نصف. و بعد از آن گفته است که " مصنف و جماعتی مطلب را چنین بیان کرده‌اند ". و گفته است: و فيه بحث، لان هذا، لا يتم الا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الاشاعه، كالا قرار. و هم يقولون به، بل يحملون اطلاقه على ملك البايع و المصالح. حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا، انصرف الى نصيبه. و وجهه ان اللفظ من حيث هو و ان تساوت نسبتة الى النصفين، الا انه من خارج قدير جح انصرافه الى النصف المملوك للبايع. 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 بشيئ، فيستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره. و ح، فالا لزم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقرله، خاصة. فيصح فى جميع الحصه بجمع العوض. و يبقى المنازعة بين الاخر و المتشبه، ان وقع الصلح على النصف مطلقا، او النصف الذى هو ملك المقر له. اما لو وقع على النصف الذى اقر به المتشبه، توجه قول الجماعة. لان الاقرار منزل على الاشاعه، و الصلح وقع على المقر به فيكون تبعاً له فيها. و على هذا ينبغي حمل كلامهم، لئلا ينافى ما ذكره من القاعدة التى ذكرناها. و هذا توجيه حسن لم ينهوا عليه. پس ما در اين مقام متوجه مسئله بيع ميشويم كه مقصود سائل است. بعد از آن

---

#### [ ۱۶۴ ]

متوجه گفتار در مسئله صلح، كه محقق ذكر کرده ميشويم. پس ميگويم كه: قول بايع " بعت النصف من هذه الدار " با وجود آنكه مالك بيش از نصف نباشد، به چندين قسم فرض مى شود: يكى اينكه: جاهلند بايع و مشتري هر دو به اينكه نصف خانه مال غير است، و بيع واقع مى شود. مثل اينكه خانه به ميراث به او رسیده و مجموع آن را مال خود ميدانند، و نصف آن را مى فروشند. و بعد از آن كاشف به عمل ميآيد كه نصف [ آن ] مال غير بوده. يا بايع فراموش کرده كه غير در آن شريك است و همه را مال خود ميداند و مى فروشد. يا آنكه ميداند كه غير شريك است و لكن معتقد اين است كه مال غير را مى توان فروخت. مثل مال زن يا فرزند. يا آنكه غاصب بى دينى است كه حلال و حرام را فرق نمى كند و دو را مال خود ميداند و مى فروشد. در اين صورتهـا (خصوصا صورت اولى)، وارد ميآيد بر آن، دليلى كه در مسالك ذكر کرده كه بيع منصرف مى شود به مال خود، زيرا كه اطلاق بيع حمل مى شود بر آنچه متعارف است در استعمال آن، كه بيع مى گويند و چيزى را اراده مى كنند كه بالفعل مال به سبب آن منتقل مى شود به غير. و اين ممكن نيست الا در مملوك. و ۱ اين سخن در اين اقسام مذكوره جارى نيست به سبب اينكه در همه آنها - خصوصا صورت اول - همهء ملك را مال خود ميدانند، و قصد او متعلق به نصف مجموع ملك خود شده و شرعا هم در آن حال بيع محكوم است به ملكيت او، واحدى را در آن شراكتى نيست، 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

---

[ ۱۶۵ ]

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

---

[ ۱۶۶ ]

عبارت به طفیل آن مذکور است، شاهد بر این است. باقی ماند اشکال در جایی 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 جایی باز گوئیم ظاهر غلبهء تعلق به مملوک است. به هر حال، در اینجا اصل حقیقت در لفظ بیع و نصف، هر دو منفرداً مقتضی اشاعه است. و غلبه، شاهد تعیین مملوک است. و این در مواضع [مختلف] مختلف است. و شکی نیست که در صورتی که بایع متذکر نیست و همء ملک را از خود میدانند و نصف آن را می فروشند و در آخر کاشف به عمل میآید که نصف مجموع مال غیر بوده، غلبه و ظهوری نیست که رافع اصل حقیقت تواند شد. بلکه ظاهر مخالف در مسئله، این است که در صورت علم هم حمل به اشاعه می کند. به جهت اصل حقیقت. چنانکه از کلام مسالك و ایضاح مستفاد می شود. و در مسالك این را که گفتیم، توجیه کلام ایشان نامیده است. و در ایضاح در وجه حمل به اشاعه (که ظاهر این است که مراد او صورت علم به حال و تذکر است) گفته است که: وجه الاشاعه انه بیع صالح لملكه و ملك غیره. ولهذا یقبل بكل منهما. و لفظ النصف، اذا اطلق یحمل على الاشاعة ولم یجعل الشارع صحة التصرف قرينة فی المجازات والمشتركات. این، گفتار بود در مسئله بیع و صلح که حمل بر اشاعه می شود یا به حصهء مختصی. و اما کلام محقق در مسئلهء " صلح مال مشترك، بعد از اقرار ذی الید از برای اchiedهما " 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 مطلقاً، یا نصف معینی که ملك " مقر له " است، از آن بی وجه است. و همچنین الف و لام در کلمهء " فی النصف اجمع " از برای " عهد " است و راجع است به همان نصف. و این ظاهر عبارت بلکه صریح آن است. و این را توجیه نامیدن و نفی تنبیه بر

---

#### [ ۱۶۷ ]

آن را، از کلام قوم کردن، راهی ندارد. ومع هذا، وارد میآید 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 می شود از اقرار، این است که نصف این مال که در دست من است همچنین از کسی دیگر هم نیست به غیر مقر له، هر چند ید ظاهره بر آن داشته باشد. پس قابل این هست که نفی ظاهرهء خود را به تنهایی کرده باشد. یا حقیقت ظاهرهء غیر مقر له، را هم نفی کرده باشد. پس می تواند شد که دیگری هم در آن نصف ید ظاهره داشته باشد. و چون آنچه از اقرار حجت است، همان اسقاط ید ذی

الید است از آن نصف. و اما اثبات مالکیت مقر له، پس تمام نمی شود الا به عدم تکذیب او ذی الید را. یا [ به ] تصدیق او، یا عدم مزاحم. پس می تواند شد که به اقرار، تمام مقر به ثابت شود از برای مقر له. و می تواند شد که بعضی ثابت شود. به جهت ثبوت ید ظاهره دیگر بر آن یا بر بعضی آن. پس از اینجا قابلیت مقر به از برای اشاعه نسبت به مقر له، حاصل می شود که ممکن است که شریک داشته باشد در مقر به. 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) یا دیگری در نصف مقر به، همان اعتراف ایشان است به اینکه ملکیت ایشان از جهت میراث است. که موجب تسویه است. نه از راه اینکه اقرار قابل اشاعه مقر به است. پس در اینجا نیز همان تفصیل است که محقق و جماعت داده اند. که اگر در صلح قصد حصه خود کرده عوض مختص او است. والا مشترك است فی ما بینهما. بلکه هر گاه ذی الید نصف آنچه [ را که ] در دست او است هبه کند به اهدما در اول بار (یا صلح یا بیع کند به وجهی) و ثانیاً آن را به صیغه مصالحه به خود منتقل کند به عوضی. باز سخن همین

---

#### [ ۱۶۸ ]

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 مسئله " صلح در مشترك " کردن و بحث بر آن کردن راهی ندارد. والاحاصل: این " مال مشترك بین الوارثین، باقراهما " به منزله دین است که از جهت سبب واحدی بر ذمه غیر داشته باشند. و اهدما قدری از آن را بگیرد در ازای حق خودش که اشهر واقوی این است که هر دو در آن شریکند. و اقرار ذی الید بعد از انکار اصل دین به بعضی از آن، از برای اهدما به منزله گرفتن اهدما است آن بعضی 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 مقر له، رفع ید از نصف مشاع کرده، پس همین نصف مشاع به منزله همان قدر از دین است که اهدما میگرفت از برای خود. پس هر گاه صلحی یا بیعی واقع شود بر آن از مقر له، و شریک هم اجازه 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 اهدما صلح کند یا بیع کند حصه خود را به ذی الید، منشأ شراکت دیگری نمی شود. و همچنین هر گاه اطلاق کند صلح و بیع را نسبت به آن حصه، و اضافه به خود نکند.

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 حصه خود را در عوض چیزی با آن ذی‌الید، هر دو [ ی ] آنها شریکند در آن، هر گاه به اذن دیگری شده است. ولیکن 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 می‌آید، به ترکه و میراث محسوب می‌شود که هر دو در آن شریک میشوند. و تا به قبض در نیامده است، هنوز به میراث

---

### [ ۱۶۹ ]

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

**جواب:** هر چند فقها تجویز کرده اند بیع اراضی و ثیاب را به مشاهده بدون ذرع و مساحت. و مشاهده را رافع جهالت دانسته اند، ولیکن این سخن بر " اطلاق " خود، باقی نیست. به جهت آنکه مناط در بطلان بیع مجهول، غرر و سفاهت است در عرف و عادت. و آن متعارف است در مثل ثیاب. مثلاً ثوب قلمکار ۱ و ایلیجه و تافته و دارائی ۲ را به همان نام خود میخرند بدون پیمودن به ذراع، و در آن غرری و سفاهتی در عرف و عادت نیست. ولیکن در کرباسهای هشت چله و تابدار و کتان و امثال اینها، بدون ذرع کردن، در عرف و عادت منشأ غرر و سفاهت است. و بیع اولی بدون پیمودن صحیح است. بخلاف ثانی. بیش از این نیست که هر گاه در اولی ناقص بر آید، مشتری خیار فسخ دارد به جهت نقصان. و اما بیع ثانی از اصل باطل است، به سبب جهالت مبیع .

---

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

پس می گوئیم که زمین هم متفاوت است بعضی مزارع عظیمه هست که در عرف نه ذکر مساحت آن می شود و نه " بذر افکن "، و نه وصف به مقدار، و نه مساحت [ به ] بذر. بلکه به مشاهده یا وصف فی الجمله اکتفا می شود، و هیچ ناخوشی ندارد. و اما بعضی قطعات مفروزه که در بعضی بلاد اهتمام تمام دارند به عمارت آن، و شمار ۱ ریختن در آن. و بر سر يك من مبذر کمال دقت می کنند. در آنجا جهالت مقدار و مبذر جزماً مضر است. و مشاهده و تحدید حدود، و تعیین آن بدون مساحت (یا ذکر مقدار آن، که بگویند چند جریب یا چند قفیز است) رافع جهالت نیست. پس هر گاه در صورت سؤال، از

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

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

---

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

---

[ ۱۷۲ ]

**جواب:** مشتری در اصفهان که مطلع شد بر تقلب، مسلط است بر فسخ. نه تخییر ما بین فسخ و ارش. زیرا که این داخل عیب نیست. و بعد از فسخ، روناس مال بایع می شود، و امانت شرعیه است در دست مشتری. زیرا که الحال اذن جدیدی از مالک در آن حاصل نیست، و به اذن شارع در دست او است. و الحال آن در حکم مال جدیدی است که خدای تعالی به بایع عطاء کرده در اصفهان در دست مشتری. مثل اینکه مال بسیاری از تاجری در دست شخصی باشد در هندوستان، تاجر بمیرد و وارثی داشته باشد در عراق و آن منتقل شود به وارث. این مال از بابت امانت شرعیه است در دست تاجر. و هر چند از حکم امانت شرعیه این است که باید فوراً آن را به صاحب داد، اگر تاخیر کند و تلف شود ضامن است. لکن ظاهر این است که مراد ایشان این است که باید فوراً تخلیهء 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 " حسیه " نگاه دارد (و جواز تصرف حسبتا، منافات با عدم [ وجوب ] نگاه داشتن از غیر آن ندارد) و اعلام کند به صاحب تا آنچه ماذون کند، چنان کنند. اما اینکه واجب باشد بر او مجاناً و بلا عوض مبلغی خطیر از مال خود خرج کند تا آن را به صاحب برساند، پس نه. و اما اگر امر

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

---

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

---

### [ ۱۷۳ ]

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



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

---

#### [ ۱۷۴ ]

"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 یا یمین.

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

---

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

---

#### [ ۱۷۵ ]

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

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

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

**جواب:** معنی این سؤال را نفهمیدم ۱. بلی اجاره دادن مشتری ملك " مبیع به بیع خیار " را به بایع در زمان شرط خیار، خصوصا در وقتی که خیار در آخر مدت باشد جایز است. و در صحت عقد اجاره، شرایط اجاره باید موجود باشد. یعنی 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 تخلیه 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 میشد) این بود که برای فرار از ربا ملک را موضوع معامله قرار میدادند. صاحب ملك در مقام بیع به شرط، می‌آمد و صاحب پول، آن ملك را (با شرط خیار فروشنده) می‌خرید و در همان مجلس همان ملك مورد معامله را به فروشنده اجاره میداد. یعنی در حقیقت ربا پولش را تحت نام بیع و اجاره، میگرفت. لحن سؤال از رواج این موضوع در جامعه آن روزی حکایت می کند که به طور يك امر شناخته شده و بدون عیب و ایراد و بدون احساس قبح، سؤال می شود. گویا این گستاخی در شکل سؤال، از مسئله " فرار از ربا " که میرزا به آن رای میداد ناشی شده. رجوع کنید به مسئله شماره ۶ و شماره ۷۴ و ۱۰۱ و توضیحات مربوطه

---

### [ ۱۷۱ ]

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

**۱۱۷- سوال:** هر گاه عمرو، ملكی را از بكر ایتباع نماید. و زید وکیل بكر 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 بكر بود منتقل ساخته. اما قباله را به این مضمون نوشته که ملك معهود که از بیع که ایتباع شده مشترك است فیما بین من و زید، هر چند در قباله که از بكر گرفته‌ام اسم زید مذکور نشده. و بعد از آن زید مذکور، سهم معهود را به عمرو منتقل ساخته، و بعد از مزی مدتی، 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 اکتیاع شده، چون عمرو داده بود و از من طلب داشت محسوب داشته و تتمه وجه مبیعه در نزد عمرو باقی مانده و تاخیر شده و به من نرسیده و خیار فسخ از جهت تاخیر ثمن، از برای من بود، لهذا فسخ نموده به خالد فروختم. و عمرو، در جواب منقلی به اینکه: در مبیعه اول که مجموع ملك از بکر اکتیاع شده، من اصالتاً قبول نمودم، و قصد وکالت نداشتم از ۱ جهت آنکه زید مرا وکیل و اظهار خواهش نموده [ بود ] و بعد از آن من سهم مزبور را به عنوان مبیعه مجدداً به زید منتقل ساخته‌ام به همان قیمت که از بکر اکتیاع 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

#### [ ۱۷۷ ]

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

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

---

### [ ۱۷۸ ]

بیع خالد و فساد آن. عمرو می گوید که معامله خالد باطل است. چون در ملك من شده و من راضی نیستم. و زید می گوید معامله خالد صحیح است چون من مال خود را (که به سبب شراکت با عمرو، 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 نمی شود بلکه آن مشروط است به اینکه مجموع ثمن تسلیم نشود و مجموع مبیع هم تسلیم نشود. و شرط تاخیر ثمن هم نشده باشد. پس اگر همه آنها جمع باشد، خیار فسخ ثابت می شود. و اما هر گاه در صورت مزبوره مبیع تسلیم شده باشد. یا شرط تاخیر ثمن شده باشد، خیار فسخی نمی باشد. و ثانیاً اینکه: دعوی زید، انتقال ملك را به او از راه توکیل عمرو در خریدن برای او، و حصول شراکت به سبب آن، این دعوی خلاف " اصل " و " ظاهر "، است. و محض قباله که نوشته شده به آن روش، حجت شرعی نیست (خصوصاً با ادعای عمرو که من حسب خواهش 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 نمیبخشد. اما خلاف اصل بودن: پس ظاهر است. و اما [ عدم ] حصول سبب خیار: پس به جهت آنکه اصل در بیع، لزوم است. و انفساخ آن محتاج است به حصول سبب. و همچنین تسلط بر فسخ آن، که ۱ اصل عدم

---

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

---

### [ ۱۷۹ ]

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 می گوئیم تمسك به اصل در اینجا بیمعنی 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 بالضرورة باید یا مطلق باشد، یا مقید به احد قیدین آخرین. و مطلق هم در معنی مقید است. چون اطلاق وجهی است از وجوه تلفظ متعاقبین. و احتمال تلفظ به عنوان اطلاق یا به عنوان تقیید، هر دو محتمل است و اصل عدم هر دو است. پس هیچیک موافق اصل نیستند. و با وجود اینکه مطلق هم حمل بر " حال " می شود، مقید بودن آن اوضح می شود. والحاصل: اصل، لزوم بیع است. به سبب قاعدهء ثانیه. پس، از احکام وضعیء شارع است. و موافقت اصل و مخالفت اصل، در آن دخلی ندارد. و ثبوت خیار محتاج است به دلیل و حصول سبب . واصل عدم تحقق است. واصل " عدم تخصیص قاعدهء لزوم " است. و بدان که: آنچه فقها ذکر کرده‌اند که قول بایع مقدم است در تعجیل و تاخیر ثمن، منافات با مطلب ما ندارد. زیرا که نقد و 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. ولیکن چون ایجاب مقدم است طبعاً و وضعاً، او را مقدم میداریم. و دیگر تقدیم در مشتری ممکن نیست. و اما عمرو: پس هر چند اقرار او فروختن، قطع ملکیت او را می کند، و دعوی ۱ و ۲: یاد آوری موجب: گوینده بخش ایجاب صیغه. قابل: گوینده بخش قبول صیغه

---

#### [ ۱۸۰ ]

فسخ زید محتاج است به اثبات، ولیکن دعوی زید انتقال خود را ثانیاً، (که مبتنی است بر فسخ او مبیاعه 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 وکیل بود در اجرای صیغه) دلیل ملکیت عمرو است در مجموع مبیع. و دعوی زید توکیل و تشریک را، خلاف ظاهر واصل، (هر دو) است. پس هر گاه شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در دست داشته باشد و اقرار کند به انقطاع آن و عود آن، سخن او اظهر و ارجح است از قول شخصی که ملکیت ظاهره التحقق در دست نداشته باشد، و با

وجود دعوی انقطاع، دعوی عود کند. با وجود اینکه احتمال جریان استصحاب هم از برای عمرو هست (بعد از 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 می شود بر مجموع مطالبش. که اوفق به ظاهر واصل، است. و قطع دعوی شود. نه اینکه او را قسم دهیم که توکیل و تشریک نبوده و خود بااصاله 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 بیوجه است. و محتمل است که در اصل مسئله، بگوئیم که از باب " تداعی " است و رجوع به

---

### [ ۱۸۱ ]

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

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

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

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

---

۱: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۵۸، ابواب الخیار، باب ۱۰ ح ۱۰۱: مستدرک: ج ۲ ص ۴۷۳

---

### [ ۱۸۲ ]

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

---

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

---

و آنچه به خاطر قاصر می رسد این است که در صورت اخیر، سخن خوب است. چون مشتری مال خود را تلف کرده و غرامتی بر دیگری نیست. نظر به آنچه در مقدمه اول گفتیم که مجرد عقد منشأ حصول ملك است. و اما در دو صورت اول، پس باید رجوع به قاعده " غصب " و اتلاف " کرد، که رجوع به مثل یا قیمت آن است. و اما رجوع به " ثمن مسمی فی العقد "، پس آن دلیلی ندارد. مگر اینکه گوئیم که هر چند [ اقتضای ] قاعده اتلاف این است. ۱ چون 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 گفته اند که " تلف " از مال بایع است " این است که عقد باطل می شود در حین تلف. نه اینکه از روز اول عقد باطل باشد. و در این وقت ثمن مال مشتری می شود و مشتری نمی تواند ۳ مطالبه مثل مبیع، یا قیمت آن را بکند. و بنا بر 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 جعی که فسخ در اینجا متوجه به اصل عقد می شود. پس نمای ما بین عقد و تلف، مال بایع خواهد بود. و اظهر قول اول است. چون موافق اصل و قاعده و استصحاب حال سابقه است که مالك بودن مشتری است. پس بنا بر 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 می شویم به تقدیر دخول ملك در ملك بایع، به زمان بسیار قلیلی، تا آنکه صدق کند که تلف از مال بایع است. و تلف کاشف می شود از آن ملك. مثل دخول " دبه " 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 مشتری را تلف کرده. ۲: و در نسخه: می تواند

ادای دین می شود. یعنی داخل مال او می شود نه دیان یا وارث. و مثل " اعتق عبدك عنی " که تقدیر می شود دخول عبد در ملك آمر. و بعد از آن آزاد می شود. سوم: هر گاه تلف حاصل شود بعد از قبض و انقضای زمان خیار، از مال کسی خواهد بود که مال او است. یعنی مبیع از 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



خيار، پس اگر تلف از جانب خدا است، مشهور این است که تلف از مال کسی است که خياری از برای او نیست. خواه مبيع تلف شود و خيار از برای بايع باشد. يا ثمن تلف شود و خيار از برای مشتری باشد. که در اول، مبيع از کیسه مشتری رفته و در ثانی، ثمن از کیسه بايع رفته. و دلالت می کند بر این (علاوه بر عدم ظهور خلافی در مسئله) روایات بسیار، مثل آنچه کلینی و شیخ روایت کرده‌اند به سند صحیح تا " صفوان " از " اسحاق بن عمار ": " قال اخبرني من سمع ابا عبد الله - ع - و سئله رجل و انا عنده - فقال له: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمشی الى اخيه، قال له ابیعك داری هذه و تكون لك احب من ان تكون لغيرك علی ان تشتترط لی انی اذا جئتک بثمانها الى سنة، تردها علی. (؟). قال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنة، ردها عليه. قلت: فان كانت فيها غلة كثيرة، فاخذ الغلة لمن يكون -؟. فقال: الغلة للمشتري. الا ترى انها لو احترقت لكنت 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 الخيار، باب ۸ ح ۱. ۲: همان مرجع و همان شماره: ۳. همان مرجع: ح ۳. و لکن در سند آن " ابي الجارود " است که ضعیف می باشد

---

### [ ۱۸۵ ]

و شیخ روایت کرده‌اند به سند صحیح، از عبد الله بن سنان: " قال سئلت ابا عبد الله - ع -: عن الرجل يشتري الدابة او العبد و يشتترط الى يوم او يومين . فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث. علی من ضمان ذلك؟. فقال: علی البایع، حتى ينقضی الشرط ثلاثة ايام و نصیر المبيع للمشتري " ۱. و در تهذیب علاوه بر این دارد که " شرط له البایع او لم يشتترط - قال: و ان كان بينهما شرط اياما معدودة فهلك فی يد المشتري قبل ان يمضی الشرط فهو من مال البایع ". و کلینی و شیخ روایت کرده‌اند از عبد الرحمن بن ابي عبد الله به سند معتبر: " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اشتري. امة بشرط من رجل يوما او يومين، فماتت عنده و قد قطع الثمن. علی من يكون الضمان؟. فقال ليس علی الذی اشتري ضمان، حتى يمضی شرطه " ۲. و شیخ و صدوق روایت کرده از ابن رباط مرسلًا: " عن ابي عبد الله - ع -: قال: ان حدث للحيوان حدث قبل ثلاثة ايام، فهو من مال البایع " ۳. و این اخبار هر چند مختص خيار شرط و خيار حيوان‌اند، لکن ظاهر این است که قایل به فرقی ما بین خيارات نباشد. چنانکه بعضی اصحاب تصریح به آن کرده‌اند. و لکن باید تخصیص داد این کلام را به خيار شرط و خيار مجلس و خيار حيوان. چنانکه در مسالك عنوان مسئله را، مختص آنها ساخته نه اینکه قایل به فصلی نیست ما بین

جميع انواع خيار. و در شرح لمعه تصريح کرده است که " خيار ساقط نمی شود به تلف، در وقتی که مشتری مغبون باشد ۴ " و همچنین ظاهر این است که (در آن مسئله که در مقدمهء ثانیه ذکر کردیم) قول خلاف مشهور (که ملك حاصل نمی شود الا به انقضای خيار) هم در همین خيارات باشد .

---

۲ و ۱: ج ۱۲ ص ۳۵۲ - ۳۵۱، ابواب الخيار، باب ۵ ح ۲ و ۳۱: همان مرجع: ح ۵. ۴: یعنی اگر بايع مغبون باشد خياریش با تلف مبيع ساقط می شود. بنا بر این وی به تفصیل قابل است

---

### [ ۱۸۶ ]

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

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

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

والحاصل: معیار در این مقام یکی از دو چیز است: یا اندراج تحت قاعده 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 قاعده " 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 نمی شود. چون ظاهر آنها تلف از جانب خدا است. پس باید رجوع به قواعد " اتلاف " کرد. و شهید ثانی در مسالك گفته است که " هر گاه متلف مشتری باشد، و خيار از برای بايع باشد، یا از برای اجنبی باشد، و اختيار فسخ کند. پس بايع رجوع می کند به مشتری به مثل یا قیمت ". و گویا وجه آن، این است که اتلاف مشتری در زمان خيار بايع، در حکم غصب است و این منافات ندارد با حصول ملك از برای مشتری. چنانکه مشهور و اقوی است. و از این جهت است [ که ] تجویز نمیکنیم بیع آن مبیع را در ایام خيار، از برای مشتری، به عنوان بت و قطع، چنانکه در رسالهء علی حده بیان کرده ایم. و هر گاه غاصب شد پس ضامن مثل یا قیمت هست. و این منافات ندارد با جواز انتفاع به آن ملك به غیر وجه اتلاف، و [ با جواز ] بیع به عنوان [ غیر ] قطع و لزوم، و امثال آن ۱. پس هر گاه فسخ کرد بايع، باید قیمت را رد کند به مشتری و مطالبهء مثل، یا قیمت را از مشتری بکند. و لکن: در هر يك از این مقدمات، می توان خدشه کرد در استحقاق مثل یا قیمت. به جهت آنکه این در وقتی مسلم است که تفویض مال حق غیر کرده باشد. و در اینجا تفویض مال خود کرده. غایت امر این است که تفویض 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

---

### [ ۱۸۹ ]

است بلکه مستحق عوض المثل از حق است. یا همان عقوبت روز جزا. چون [ بايع ] ثمن را در دست دارد، و تضييع مال او نشده ۱. و اما در جواز رجوع فسخ: پس به جهت آنکه متبادر از اخبار بیع خيار و ادله آن، صورت بقای مبیع است که ممکن باشد رجوع در آن. نه در صورت تلف. پس لزوم بیع در تحت قاعده لزوم باقی میماند و بعد از آن گفته است " که هر گاه تلف از بايع به عمل آمده یا [ از ] اجنبی، و خيار از برای مشتری باشد، مشتری اختيار دارد، میخواهد فسخ می کند و رجوع می کند به بايع به قیمتی که داده. و میخواهد ملتزم بیع می شود و مطالبهء مثل مبیع یا قیمت آن را از کسی می کند که تلف کرده ". و گویا وجه آن، این است که اطلاق شرط خيار فسخ، شامل صورت تلف هم هست. پس هر گاه فسخ کرد، ثمن را استرداد می کند. و هر گاه بايع خود، مبیع را تلف کرده، آن در حکم رد به او است، و هر گاه اجنبی تلف کرده، بايع به او رجوع می کند و عوض یا قیمت را از او میگیرد. و هر گاه ملتزم شد بیع را و فسخ نکرد، پس تالف مال او است و متلف غاصب است. خواه بايع 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 می شود. و نیز قول مشهور در مسئلهء " اگر متخلف مشتری باشد و صاحب خیار بایع باشد " این است که مشتری مخیر است یا به مثل رجوع می کند یا به قیمت. میرزا (ره) در مسئله اول همراه مشهور است و در مسئله دوم همراه غیر مشهور. و با استدلال فوق مشهور را به " نتیجه لازم " سخن‌شان الزام می کند. در اینجا توضیح این نکته لازم است: آنان که نامشان را در مسئله اول " مشهور " میگذاریم، عین همان اشخاص نیستند که در مسئله دوم به نام " مشهور " خوانده می شود. تا تصور شود که مشهور در دو مسئله دچار نوعی تناقض شده است. بل منظور " اکثریت " است. در مسئله اول، اکثریت آن نظریه را داده و در مسئله دوم اکثریت این نظریه را داده است. و این اکثریت در مسئله دوم تشکل یافته از تعدادی از اعضای اکثریت اول همراه با تعدادی از اقلیت اول

---

#### [ ۱۹۰ ]

قیمت‌اند و مشتری مطالبه می کند از ایشان. و دیگر فسخ و رجوع مذکور دلیلی ندارد. و بعد از آن گفته است که " هر گاه خیار از برای بایع باشد و متلف اجنبی باشد، باز مختار است بایع به نحوی که گذشت در خیار مشتری ". یعنی اگر خواهد الزام بیع می کند و ثمن را نگاه میدارد و امر مبيع با مشتری خواهد بود، و او رجوع می کند به اجنبی به مثل، یا قیمت. و اگر خواهد فسخ می کند و ثمن را رد می کند به مشتری، و مطالبهء ملك را می کند، و رجوع می کند به مشتری یا اجنبی. و گویا وجه آن در رجوع به مشتری با وجود آنکه اجنبی تلف کرده، این است که در وقت بیع، شرط کرده که وقتی که رد ثمن نماید (مثلاً) فسخ بیع تواند کرد، و استرداد مبيع 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، مبيع عود می کند به بایع، و مفروض این است که خود مبيع اگر چه تلف شده لکن عوض آن در ذمه اجنبی مستقر شده به قاعدهء غصب و اتلاف، پس می تواند به او رجوع کند. و این مقدمات نیز محل مناقشه است. زیرا که دلالت شرط تسلط بر فسخ 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 مبيع است منتفی شده، خیار فسخ منتفی بشود، و باید ملتزم بیع شود، و به همان ثمن که گرفته فایده باشد. چون اصل در بیع، لزوم است. و دلیل خیار در اینجا تمام نیست، و مشتری رجوع می کند به اجنبی، چون مال او را تلف کرده. یا بگوئیم که چون بیع در اول واقع شده به شرطی که آن شرط در نفس الامر تحقق نمیپذیرد، پس آن شرط هر چند

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

---

[ ۱۹۱ ]

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

**۱۱۹- سوال:** شخصی حیوانی فروخت به نسیه به دیگری به موعده معین. و مشتری قبل از انقضای مدت غایب شد، و نیامد تا مدت منقضی شد. آیا بایع خيار فسخ دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه خيار ندارد، مطالبه حیوان یا قیمت آن را می تواند 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 مطلقاً (که آن هم منصرف می شود به حال بدون اشکال) در اینجا شهیدان گفته اند: اگر شرط کنند که باید تاخیر قیمت از امروز نشود (مثلاً) 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

---

[ ۱۹۲ ]

ثمن " را هم ۱ ذکر کرده. بلکه شهید ثانی گفته است که " در صورت اطلاق هم خيار 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، خيار فسخ باشد. به جهت آنکه در این صورت شرطی در ضمن عقد بیع نشده. و آنچه مقتضای ماهیت بیع مطلق، است که محمول بر نقد می شود، این است که می تواند فوراً مطالبه قیمت کند. و این داخل شرط نیست. بلکه این نفس مقتضای بیع، است والا در بیع نسیه هم بایست به مجرد تخلف از زمان نسیه، خيار 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 بیعاند. نه شرط ضمن عقد. باقی ماند کلام در اینکه: هر چند سخن شهیدین (در ثبوت خيار در صورت تخلف از شرط) خوب است نظر به مقتضای قاعده خيار اشتراط. ولکن دو بحث [ بر آن ] وارد است: یکی آنکه: تخصیص کلام به ثبوت خيار از برای بایع در تاخیر ادای ثمن، وجهی ندارد. بلکه هر گاه شرط تعجیل تسلیم مبیع هم بشود و تاخیر در آن شود، خيار از برای مشتری هم خواهد بود. دوم اینکه: هر گاه شرط کند در بیع نسیه، که تاخیر ادای ثمن از حین انقضای اجل نکند. باز همین اقتضای شرط، جاری خواهد بود. پس تخصیص کلام به نقد خالی

---

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

---

### [ ۱۹۳ ]

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

حق خود بکند از مال او. آن حیوان هم از جمله مال او است. پس گمان نکند که می تواند حیوان را بر دارد هر چند قیمت آن مضاعف شده باشد. بلکه مساوی طلب خود را بر میدارد. و کیفیت تقاص و شرایط آن را در کتاب قضای همین مجموعه، بیان کرده‌ام.

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

---

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

---

[ ۱۹۴ ]

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

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

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

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



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

---

### [ ۱۹۵ ]

فسخ باشد. به جهت عیب به " تبعض صفقه ". گوئیم: حصول ملك از برای بکر مشتری، ممکن نیست. و این بیع منشأ تملك مشتری و حصول ملکیت نمی شود به جهت آنکه حصول ملکیت و صحت بیع باید مستلزم ترتب آثار ملکیت و بیع باشد. 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 فيه الشیاع. و در ما نحن فيه بعد از آنکه حکم کردیم به بطلان قسمت زید می گوئیم مراد تو از شیاع در تصحیح بیع نصف آن نصف که ربع مجموع است (که بکر مالک آن می شود علی سبیل الشیاع) آیا اشاعه در همین نصف معین است یا اشاعه در ملك (؟-؟). اگر مراد ثانی است پس آن خلاف مفروض است ۱. و اگر مراد، اول است ۲ می گوئیم که ترتب آثار ملك مشاع که یکی از آن آثار، جواز

---

۱: می توان گفت خلاف مفروض نیست بل عین مفروض است. زیرا فرض این است که منصرف شود به اشاعه در مجموع همان طور که مسئله مورد تنظیر از کلام فقها نیز چنین است. و اگر منظور مصنف از " مفروض " چیزی است که در نظر بایع بوده، باید گفت در مسئله مورد تنظیر هم، همینطور است. پس نیاز به پاسخ دیگر است. و پاسخ قاطع همان است که مصنف (ره) در پاسخ ادعای انصراف این بیع به " نصف مشاع مجموع زمین " خواهند گفت - در آخر همین مسئله - که عقد بر نصف معین شده و تعیین باطل است. و جنس بدون فصل بقائی ندارد. ۲: صورت اول به شکل زیر تصویر می شود: از نصف دیگر زمین که مورد معامله قرار نگرفته، قطع نظر می شود. و میماند يك قطعه زمین (همان نصف مورد معامله) فروخته شده که نصف آن مستحق للغير در آمده. در این صورت، بیع منصرف می شود بر مال بایع که نصف مبیع است و ربع کل زمین. لیکن (همانطور که مصنف (ره) در پاسخ گفته است) نمی توان از نصفی که مورد معامله قرار نگرفته صرفنظر کرد. زیرا مستلزم ضرر شريك است. اما اگر بایع همهء مجموع زمین را (جهلا او غصبا) میفروخت، در صورت جهل بر اینکه نصف زمین مال شخص دیگر است، قابل تصحیح میگردید و در صورت غصب، همان اختلاف جنجالی پیش میآمد که در مسئله شماره ۱۱۲ گذشت. و در هر دو صورت، حل مسئله آسانتر از فروش نصف مفروز 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 ملک، که هر جا به قرعه در آید بعد تعدیل سهام، مال مشتری باشد یا شریک، یا نه؟ -؟ اگر میگوئی بلی، گوئیم آن خلاف قاعده است که شریک تواند اجبار کند شریک را در قسمت مشاع در غیر ما فیه الشیاع، چون مفروض این است که نصف مشاع آن نصف معین را مالک است، و دخلی به نصف دیگر ندارد. و اگر میگوئی نمی تواند، به جهت اینکه مشتری مستحق ربع شایع در این نصف معین، است، و آنچه توان اجبار کرد در آن قسمت آن ربع است در همان نصف معین. چنانکه از جمله آثار ملک مشاع این است. می گوئیم که وجه اجبار در قسمت ربع در این نصف معین، از برای مشتری چه چیز است؟ و استحقاق این اجبار به جهت مشتری از کجا به هم رسید؟ و حال آنکه آنچه به او رسیده همان حقی است که بایع داشت و بایع چنین حقی و تسلطی را نداشت که اجبار کند شریک را در تقسیم این ربع در همین نصف معین. بلکه آنچه تسلط داشت اجبار بر تقسیم و افزای نصف مشاع مجموع بود در مجموع. به جهت آنکه تقسیم کردن نصف گاه است مستلزم ضرر شریک می شود. زیرا که من بعد اگر خواهند نصف دیگر را قسمت کنند، گاه است که تفرقه حاصل شود ما بین اجزاء حصه شریک، و آن مستلزم ضرر است. بخلاف قسمت. جمیع در وقت واحد. پس چون شرکت بایع در ربع مذکور به همین نحو بود که هر گاه خواهند قسمت کنند، توانند اجبار کنند در قسمت در نصف معین. پس از برای مشتری هم شرکت به همان نحو حاصل شده که بتواند اجبار کند شریک را در قسمت مذکوره. و جواز تراضی بر تقسیم نصف مستلزم جواز اجبار، نیست. پس باید این استحقاق مشتری، از راه قسمت بایع باشد و آن خود باطل بود

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

استحقاق " بالامکان " است که هر گاه خواهند قسمت کنند. شارع مقدس تجویز انضمام اجزاء به قدر حصه هر يك کرده. که بعد از انضمام (و تعدیل سهام به قدر حصه هر يك نسبت به مجموع) به قرعه یا تراضی مالک شوند. پس نصف مجموع و ربع مجموع، تحقق نمیپذیرد الا با تعدیل سهام و تقسیم. و قبل از آن هیچیک را استحقاقی در نصف مجموع یا ربع مجموع، علی سبیل التعیین، نمی باشد. پس بایع فروخته است چیزی را که مالک آن نیست، نه نصف را و نه ربع. و اینکه ممکن است که مالک آن، شود (بعد تعدیل سهام و وقوع قرعه بر آن، یا تراضی بر آن)، نفعی به حصول مالکیت بالفعل ندارد. و گاه هست که بعد تعدیل و قرعه، همین نصف و ربع به حصه آن شریک در آید. و بیع به شرط، هم معنی ندارد، که مراد این باشد که این نصف معین نسبت به مجموع را فروخته به تو [ به شرطی ] که بعد از این به حصه من در آید. و اگر فرض صحت آن کنیم، پس باید در مجموع نصف، صحیح باشد. و بدان که: در این مقام، گاه هست در بعضی اوهام در آید که می توان تصحیح این بیع کرد در اصل نصف بر سبیل اشاعه، هر چند بر سبیل تعیین تمام نشود. به تقریب

---

#### [ ۱۹۸ ]

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

۱: پس می توان ادله عدم انصراف این بیع، به یکی از صورتهای تصحیح، را به شرح زیر خلاصه کرد: الف: عدم انصراف به نصف مشاع در مجموع: چون عقد بر معین (که غیر مشاع در مجموع است) واقع شده و جنس بدون فصل بقائی ندارد. ب: عدم انصراف به نصف مشاع در نصف مورد معامله (ربع مجموع ولی مشاع در نصف): به همان دلیل بالا. و نیز به دلیل عدم ترتب اثری (اجبار به تقسیم) از آثار بنا بر دلیل "عدم ترتب اثر"، اگر 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 اجازه 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 نمی تواند شریک را اجبار به تقسیم نماید. چون باز همان "ضرر" حضور دارد. با اینکه انتقال ملکیت در اینجا قهری است. و صحیح است بلا خلاف و بلا 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

---

[ ۱۹۹ ]

**۱۲۳- سوال:** زید خانه و محوطه به عمرو فروخته، به حدود معینی. و بعد از چند وقتی مشخص شده که زید بایع، (عمدا یا سهوا) طریق و معبر و شارع عام را داخل خانه و محوطه خود نموده و به مشتری فروخته. و مشتری که عمرو است همان خانه و محوطه معروضه را (قبل از بروز دخول شارع در مبیع) به زید فروخته به بیع شرط. و قدر شارع بر مشتری، غیر معین [ است ]. بیان فرمایند که جهالت طاریه بعد از عقد موجب جهالت در مبیع و فساد بیع می شود؟ یا آنکه 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 "احیاء الموات" به جهت تعیین طرق و شوارع وارد شده - به این مضمون که پنج ذرع یا هفت ذرع باشد - می تواند تعیین شارع، نماید به این نحو که نصف ذرع به قیاس احیاء موات از ملك خود به جهت معبر عام وضع نماید هر چند عمرو مشتری به این راضی نباشد -؟. یا آنکه باید مشخص شود که چقدر از ملك مزبور شارع و چقدر ملك است. و بعد از آنکه معین شود قدر شارع آیا معامله صحیح است در قدر ملك؟. و بعد از وضع شارع، باید از ثمن به قدر شارع وضع شود (یعنی زید بایع به قدر قیمت ملك خود بعد از وضع شارع، از ثمن اخذ و باقی را تسلیم عمرو مشتری نماید) -؟. یا قسمی دیگر است؟ .

---

[ ۲۰۰ ]

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

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

---

### [ ۲۰۱ ]

می توانست شد، پس هر گاه حکم به صحت بیع در آن بعض کنیم و آن را مستقر سازیم به سبب عدم فسخ، حکم به استقرار مجهول کرده‌ایم. با وجود اینکه همان حکمتی که باعث است بر حکم به بطلان بیع مجهول (یعنی لزوم غرر و سفه غالبا) بعینه در اینجا موجود است. و این سخن که مذکور شد در حکایت اعتبار جهالت حیت استقرار ملك، و وضوح آن بنا بر قول به عدم انتقال ملك به مجرد بیع (مطلقا)، چنانکه مذهب ابن جنید است، و مقیدا به اینکه خیار از برای بایع باشد یا برای هر دو، چنانکه مذهب شیخ است) بیشتر است. خصوصا بنا بر 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 دارا، فیها زیادة

---

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

---

### [ ۲۰۲ ]

عن الطریق. قال: ان کان فی ما اشتری، فلا باس ". ۱ و شیخ به سند معتبر دیگر همین حدیث را روایت کرده، از محمد بن مسلم، از ابی حمزه، از باقر (ع)، و روایت کرده است ایضا از ابی جمیله، از عبد الله بن امیه، " انه سئل ابا عبد الله - ع - عن دار یشتريها، فیکون زیادة عن الطریق. قال: ان کان ذلك دخل علیه فی ما حد له، فلا باس ۲. " و شیخ و ابن ادریس و محقق چنین فهمیده‌اند حدیث را، که قدری از شارع مسلمین داخل خانه بوده است. و توجیه آن به این نحو می شود که فعل مسلم محمول بر صحت است. پس هر گاه قدری از راه داخل خانه بوده و آن را فروخته، محمول است بر اینکه زاید بر حد شرعی بوده است و آن زاید را احیاء کرده. و ممکن است که مراد از طریق در حدیث طریق مملوک باشد، و این اظهر است، به قرنیه آنکه فرموده که هر گاه داخل در حدودی بوده که بایع آن را داخل مبیع کرده، باکی نیست. و صاحب وافی هم این احادیث را در باب حدود مبیع ذکر کرده. و از نهاییه شیخ و ابن ادریس نقل شده که هر گاه آن زیادتی متمیز نیست، بر او چیزی نیست. و هر گاه متمیز است، باید آن را بر گرداند به طریق، و درک را از بایع بگیرد. و محقق در نافع بعد از آنکه تضعیف روایت کرده است، و نقل این قول را از شیخ کرده، تفصیل شیخ را منع کرده و اختیار بطلان بیع کرده است از اصل، در صورت عدم تمیز، و اختیار صحت در مملوک کرده با خیار فسخ به جهت تبعض صفقه، در صورت امتیاز

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

---

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

---

### [ ۲۰۳ ]

وجه اینکه اختیار کرده است بطلان بیع از اصل [ را ]، این است که مبیع مجهول است در صورت عدم تمیز. زیرا که آنچه ملك مالك است، معلوم نیست. بخلاف صورتی که متمیز باشد. زیرا که در آنجا مانعی از صحت بیع نیست. بلی چون صفقه متبعض می شود، خیار فسخ دارد، در صورتی که مشتری جاهل بوده باشد. چنانکه حقیر بیان آن را کردم. اطلاع بر کلام محقق بعد از آن بود که به فهم قاصر مطلب را یافته بودم. و بعد از این مطلع شدم بر کلام ابن فهد حلی در مهذب، و از کلام او بر میآید که در صورت عدم تمیز باز خیار فسخ از برای مشتری هست. به سبب اینکه عیب بزرگی است که مملوك مخلوط به غیر مملوك است. و گفته است که " هر گاه مشتری فسخ نکند و مبیع را نگاه دارد، ارش نمی تواند گرفت. به سبب عدم علم به قدر آن " و مطلقاً متعرض دلیل محقق در حکم به بطلان نشده. و عجیبترا؟ اینکه آنچه را گفته، مقتضای قواعد دانسته. ۱ و اما کلام در اینکه: جایز است که کسی از شارع مسلمین احیا کند یا نه؟ - و بر فرض جواز، حد آن چه چیز است؟. پس بعد از این مذکور می شود. و اما سوال از اینکه: بر فرض صحت بیع، آیا این تصرف مشتری که آن ملك را به بایع فروخته به شرط خیار، مسقط خیار فسخ هست یا نه؟ - ؟. جواب آن را قبل از این نوشته ام. و حاصل آن اینکه تصرفی که مسقط خیار است تصرفی است که دلالت کند بر رضای به ملك با اسقاط خیار. یعنی راضی باشد که آن ملك مال او باشد به عنوان " لزوم " بدون بقای خیار. و بیع شرط مذکور مستلزم آن نیست، بلکه چون متفطن این احتمال نیست (که شاید بعض مبیع مال غیر باشد. خصوصاً 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 می باشد، و در اینجا به دلیل " وحدت دلیل " میان اصل بیع و ارش، ملازمه هست. ۲: مگر در زمان بسط ید حاکم عادل که در شرایطی معنی پیدا می کند، و حکومت اجازه مینماید

---

## [ ۲۰۴ ]

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 احياي زايد بر آن مطلقا يا نه؟ - چهارم اينكه آيا جاز است تبديل شارع به زمين ديگر يا نه؟ - پنجم اينكه تبديل نفعي ميبخشد در رفع جهالت تا تصحيح بيع باشد يا نه؟ - اما اول: پس اظهر اين است كه حد طريق هفت ذراع باشد چنانكه در موثقهء سكوني ۱ و روايت مسمع بن عبد الملك ۲، بلكه در بحار از " نوادر راوندي " هم حديثي ۳ نقل كرده كه اشعار به آن دارد. و اين قول، از اكثر اصحاب نقل شده. و قول ديگر پنج ذراع است. چنانكه موثقهء بقباق ۴، دلالت دارد بر آن. و هر چند كه محقق و علامه اين تحديد را در خصوص طريق مبتكر نقل كرده اند (يعني هر گاه كسي خواهد زمين مواتي را احياء كند و محتاج به راه باشد و كسي ديگر هم خواهد در جنب آن احياي مواتي كند. در كمتر از اين مقدار نمي تواند تصرف كرد) و لكن ظاهر اين است كه اين تحديد از براي مطلق شارع است، چنانكه 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 مي شود 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: وسایل: 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 تاسيس، عنوان مي شود. و روشن است كه نظريه محقق و علامه بر نظريه مصنف رجحان دارد. ۶: اصل در موات عدم مالكيت بخش خصوصي، است و احياء و تملك نيازمند اذن خاص يا اذن عام امام (ع) است. پس به هنگام تعارض " خصوص مورد " با " عموم اعتبار " در اينجا خصوص مورد، مقدم است. زيرا اصل عدم صحت تملك است در مورد شك، و در اينجا تعدد از مورد نص باطل است، پس نظريه مرحوم ميرزا، مرجوح مي باشد. اصل و اساس اين بحث، به راه هاي مزارع مربوط است. و در ساير راه ها به طبيعت جامعه و عرف عملي مردم واگذار شده است. و مطلوب ترين عرض براي راه در اسلام (حد اقل) شصت ذراع است. رجوع كنيد: بحار: ج ۱۰۴، ص ۲۵۴، احياء الموات، ح ۶. موثقهء علي بن ابي حمزه

## [ ۲۰۵ ]

و از اينجا حال مرحله دوم، هم معلوم شد. و اما سوم: پس ظاهر ادله جواز احياي زايد بر اين مقدار است. و بعضي گفته اند كه هر گاه شرعي باشد كه محتاج به بيش از اين باشد مثل محل تردد حاج و زوار كه شتر يا كجاوه عبور مي كند هر قدر حاجت باشد بايد به جا گذاشت. و اين هر چند خالي از



اشکال نیست (زیرا که غالب آن است که به هفت ذراع، رفع حاجت می شود و شتر هم به قطار می تواند رفت .والا گاه هست که هفتاد ذراع هم بس نیست) ولکن 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 .وقرب وبعد تفاوت نکند. خصوصا هر گاه تبدیل، انفع به ماره باشد. واجماع واخباری که دلیل منع تصرف شارع است، شامل چنین جائی نیست. ولکن احوط عدم تبدیل است. واما مرحله پنجم: پس می گوئیم که این تبدیل، نفعی بر جهالت مبیع نمی کند، زیرا که این چاره‌ای است در تعیین مبیع، بعد از آنکه بیع بر مجهول واقع شده، با وجود اینکه بر وجه تصحیح این مطلب هم، مبیع خالی از عیب نیست، و باز مورد خیار عیب هست، چون این مسئله از مسائل اجتهادیه است. بلکه خلاف ظاهر مشهور علما است، پس این بیع در معرض مناقشه و دعوی خواهد بود، و به سبب تجدد رأی مجتهد دیگر (بنابر اینکه نقض فتوی باشد چنانکه مشهور است) محل سنوح عوارض است. پس به این سبب باز خیار فسخ ثابت خواهد بود. و اما اگر مشتری به این معنی راضی نباشد (چنانکه مورد سؤال است) دیگر امر اوضح خواهد بود .

---

#### [ ۲۰۶ ]

باقی ماند در این مقام سخنی که سائل از آن سؤال نکرده و آن این است که :هر گاه بایع بگوید که بلی از شارع داخل آن کرده‌ام. ولکن هفت ذرع 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. خصوصا هر گاه مقدار داخل کرده، را هم تعیین کنند که به هیچ وجه جهالتی باقی نمیماند. در اینصورت بیع صحیح است. ولکن همان شبهه خیار عیب باقی میماند که اشاره به آن کردیم. پس مخیر خواهد بود میان رد وارش. و اما سؤال از صحت معامله بعد از تعیین قدر شارع: پس آن از سخنهای پیش معلوم شد. که بیع صحیح است ولکن خیار تبعض صفقه (در صورتی که بر خلاف شرع داخل کرده باشد) و خیار عیب (در صورتی که بر وجه صحیح داخل کرده باشد) ثابت است. هر چند که عیب بودن در صورت حکم حاکم به ادخال (که نقض آن جایز نیست) معلوم نیست. و همچنین هر گاه به تقلید مجتهدی کرده باشد، که اظهر در نزد حقیر آن است که در اینصورت نقض فتوی هم جایز نیست .ولکن در صورت مسامحه و " رجما بالغیب " هر گاه کرده باشد، مظنه دخول در عیب کمال وضوح [ را ] دارد. واما سوال از کیفیت استرداد قیمت در صورت التزام بیع، و عدم فسخ: پس چون ظاهر این است که این از باب 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 مملوكه را قیمت کرد جدا، جدا. و نسبت داد قیمت احدى 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. مثلا خانه را به شصت ريال خریده است و الحال زیادتی راه را که قیمت میکنیم سی ريال است، و خانه مملوك را که قیمت میکنیم شصت ريال است که مجموع، نود ريال است. و سی نسبت به نود ثلث است. پس مشتری ثلث ثمنی که در عوض مجموع داده - که بیست ريال است - پس میگیرد .

---

### [ ۲۰۷ ]

این طریق را در تقسیم ثمن، بعضی علما ذکر کرده‌اند. و هر چند بر این وارد است که در بعضی صور مستلزم ضرر مشتری می شود - در صورت جهل به حال - چون او ثمن را در ازای مجموع داده است. نه در ازای هر يك. چنانکه در صورت سؤال است. ولیکن این ضرر مندرج می شود به ثبوت خیار از او برای او. و بدان که: بعد حصول بیع و قبض مشتری، بر بایع و مشتری (هر دو) لازم است رد شارع بر حال خود. و غرامتی که به سبب خراب کردن خانه و تسویه شارع حاصل می شود، هر گاه مشتری متحمل آن شده، رجوع می تواند کرد به بایع. چون جاهل و مغرور بوده. و هر گاه رد شارع به حال خود، مستلزم خراب شدن بعضی خانه‌ها ۱ بالتمام یا بعضی آن بعض باشد، آن خسارت راجع به بایع می شود. و اجرت عمل با اوست. و در صورت امضای بیع، آلات و ادوات از اجار و اخشاب و آجر، مال مشتری است. و الحال که خانهء مملوك قیمت می شود منفردا نسبت به این خانه‌های ۲ خراب، مخروبه آنها قیمت می شود. نه خانهء صحیح. و قیمت آلات و ادوات هم از برای بایع ملحوظ می شود. یعنی آن خانهء مملوك را با این آلات و ادوات منفردا قیمت می کنند و زیادتی شارع را منفردا. بعد از آن ملاحظه نسبت را می کنند. چنانکه گفتیم. و اما سؤال از نقصی که در ملك به هم می رسد: اگر همین است که مذکور شد، جواب همین است. والا، باید سؤال واضحتر شود تا جواب گفته شود. باقی ماند کلام در طریقهء تخلص از شارع در صورت جهالت، هر چند در سؤال مذکور نیست لکن آنهم مهم است. پس می گوئیم که هر گاه معیار بنا را در طریق همان هفت ذراع یا پنج ذراع گذاریم و در آن طرف بیرون، طریق معین باشد و جهالت در جانب خانه باشد، پس متمم میکنیم نقص آن راه از مقدار مقرر [ را ]. و هر گاه بنا 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

[ ٢٠٨ ]

خانه نشد. و دوم آنکه به ظن غالب اکتفا کنیم. سوم آنکه به مقتضای اصل برائت، اقل متیقن را وضع کنیم. و شاید اظہر وجه اول باشد. وابن فہد حلی در مہذب اکتفا بہ دو وجہ اول کردہ. و در کلام ابن فہد اغتشاشی ہست، کہ فی الجملہ اشارہ بہ آن کردم کہ غافل از تحقیق محقق (رہ) شدہ. و مقام مقتضی بسط کلام در آن نیست.

**١٢٤- 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 الرقية 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 مجنونا او سفيفا 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. و كذا اجرة ما استوفاه من منافعتها، 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 بثمن الجارية و قيمة الولد التي اخذت منه " ١ 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 " ٢ .

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

[ ٢٠٩ ]

ومنها رواية زرارة فيهما ايضا " قال: قلت لابي جعفر (ع): الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها. ثم يجئني 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 في 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، و اقام على ذلك البينة (؟) قال: يقبض ولده و يدفع اليه الجارية و يعوضه في 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 ابني بغير اذنى، فقال: خذ وليدتك و ابنها. فنا شده المشتري. فقال: خذابه - يعنى الذى باع الوليدة - حتى ينفذك ما باعك. فلما اخذ البيع الابن قال ابوه: ارسل ابني، فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني، 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 شيئى فلا يعارض بمثلها الاخبار الكثيرة المعمول بها عند المعظم عموما و خصوصا، كما عرفت. ثم ان المشتري يرجع الى البائع الغار له بتمنها، و كل ما اغترمه و ان استوفى مقابلته شيئا، على الاظهر. و اما عوض البضع، فالاشهر الاقوى، انه يرجع على المشتري بعشر ثمنها ان كانت بكرة، و نصف العشر ان كانت ثيبا. و عن الشيخ 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. ٢: و فى بعضها " ثم اتاها... بحذف " ان " ٤. المرجع، ح ١

---

### [ ٢١٠ ]

تزوج امرأة حرة، فوجدها امة قد دلست نفسها له (?) قال: ... الى ان قال: و لمو اليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكرة، و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها، بما استحل من فرجها " ١. و صحيفة 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 جاريتته فهى له حلال. قال: نعم يا فضيل. قلت له: فما تقول فى رجل عنده جاريتة له نفيسة و هى بكر، احل لا خيه مادون فرجها، اله ان يقتضاها؟ 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 ينبعى له ذلك. قلت: فان فعل ايكون زانيا؟ قال: لا ولكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها " ٢. و زاد فى الكافى " ان كانت بكرة، و ان لم تكن بكرة 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 عندي " ٤. و الاخبار الواردة فى من اشترى الجارية فظهر بها الحبل، منها صحيفة الحسن بن محبوب عن ابن سنان " قال: سئلت ابا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها فوطاها (?) قال: يرددها على الذى ابتاعها منه و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه اياها " ٥. و قد قال على (ع): لا يرد

التى ليست بحبلى اذا وطئها صاحبها ٦، الحديث. ووجه 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 و ٢: المرجع، ص ٥٣٧، الباب ٣٥ ح ١، ٤: المرجع: ح ٥، ٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٤١٦، ابواب العيوب، باب ٥ ح ١، ٦: المرجع، الباب ٤ ح ١ - وعن الصادق (ع) ايضا: الباب ٥، ح ٣

### [ ٢١١ ]

ربما قيل انهما تدلان بالفحوى على ما نحن فيه. و كيف كان والظاهر ان الشهرة والاجماع المنقول مع ذلك كاف فى اثبات الحكم. و عن الشيخ و ابن ادريس، انه يلزمه مهر امثالها. لانه القاعدة فى عوض البضع، و انه بمنزلة ثمن المثل فى غيره. ثم ان الظاهر عدم الفرق بين علم الامة بالحرية و عدمه. و عن الدروس تخصيص ذلك بصورة الاكراه، لانه لا مهر لىغى، و فيه ان ذلك حق الموالى و لا يعتبر رضاها فى دفعه، واما انتفاء المهر للىغى فالمتبادر هو الحره، سيما مع ملاحظة لفظه " المهر " و اطلاق المهر للحره فى مقابل الامة شاهد عليه، و خصوصا من جهة افادة اللام الاستحقاق الملكى، و هو مفقود فى الامة. و اختلفوا فى جواز رجوع المشتري على البايع بما اغترم من حق عقر الامة و اجرتها، على قولين. اقويهما الجواز. لانه دخل فى البيع على ان ينتفع بها مجانا فاذا اغترم فى عوضها يرجع به على من غره، و ربما يستدل بفحوى ما دل على رجوعه اليه بقيمة الولد، التى اخذه المالك. و لا باس به، اذ قد يكون وطئها مرة ليس مما يقابل بها عقرها اذا كان كثيرا، سيما مع كونها غير نفيسة. و مع ذلك فقد يكون قيمة الولد التى غرمها فى غاية الحقارة فى جنب الولد الذى استفاد منها. فهو مختار المحقق فى النافع و الشهيد الثانى فى المسالك،، و قد بينا ذلك فى اوائل كتاب التجارة من هذه المجموعة و غيرها. و يظهر من الشرايع التردد. و وجه القول الاخر ان المغرور انما يرجع على من غر [ ه ] اذا لم يحصل له نفع فى مقابله. وهو اماره 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 للغير البايع ولم يدع الاذن

١: اى علمها بان ولدها المستولد يكون حرا، او علمها بان استيلادها ينجر احيانا بحريتها، هذا اذا قلنا بصحة لفظه " بالحرية "، و لعلها غلط والصحيح " بالفريه " او " بالفضولية " و ما يؤدى معنى بيع مال الغائب من دون اذنه. ٢: اى اماره للمدعى الجواز. فى نسخة بدل " اماره " اغارة "

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

**۱۲۵- سوال:** شخص تاجرى صاحب مبلغى قرض بوده، و اوضاع و متملكات او منحصر و موقوف در يك باب خانه كه محل سكنای او بوده. بعد از ابراز اوضاع شخص تاجر، مطالبين قروض او، به حاكم عرف، عرض نموده، و خانه كه محل سكنای او بوده بفروش رسانيده و وجه آن را به قروض مذکور داده. اما فروختن او از خوف حاكم جور و هتك آبروى خود، و خواهش اشخاص مشتري بوده، نه به مظنه وقت و قيمت اهل خبره. و در معامله هم، صلح از غبن و غبن در غبن، نموده اند. و بايغ مديون، معنای صلح از غبن و غبن غبن را فهميده. وليكن در اجراى صيغه و تلفظ به آن، نيت و قصد معامله و صلح از غبن نبوده. و در همان حين اجراى صيغه، اشخاص ديگر خانه مسكونه مديون مذکور را، مبلغ بيست تومان فضى، علاوه از قيمتى كه مشتريين كه حال متصرفند ميخرنده. آيا مى تواند شخص مديون، بعد از وسع و استطاعة، خانه خود را از مشتريين پس بگيرد يا نه؟ - و مى تواند ادعاى غبن معامله را، يا فساد معامله را، بطريق معروض نمايد يا نه؟ -

**جواب:** مديون را نمى توانند اجبار كنند به فروختن خانه محل سكنى كه محتاج است به آن، و در خور زى اوست، وليكن هر گاه خود بفروشد و به ارباب طلب بدهد، بيع صحيح است. و باقى مطالب كه بيع جبرى بوده و از خوف بوده، و اينكه به صيغه صلح قصد صلح نداشته، و اينكه مغبون بوده، اينها هم محتاج است به مرافاعه و ثبوت. و

هر كس اهل مرافاعه است ميداند چه حكم كند.

**۱۲۶- سوال:** زيد از عمرو يك باب حصار ابتياع نموده، مدتى در تصرف داشته، بعد همان حصار را فروخته. و مشتري بعد از تصرف از يك طرف حصار كه مشرف به شارع عام بوده مساوى سه چهار ذرع، داخل حصار ابتياعى خود نموده. حال بايغ به مقام ادعا بر آمده كه آنچه زمين، مشتري از شارع داخل حصار نموده حريم حصار است تعلق به من دارد. آيا در اين صورت ادعاى بايغ به جائقى مى رسد يا نه؟ -

؟

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

**۱۲۷- سوال:** دو نفر با هم بر سر ملکی منازعه داشتند و يك نفر از ایشان ملك را (مثلا) به زید فروخته، و مرافعه را پیش عمرو بردند. بعد از ثبوت و وضوح، عمرو حجتی به خط و مهر خود به شخص بایع داده که ملك حق اوست و به زید بر وجه صحیح بیع نموده باید زید شرعا تصرف نماید. و بعد از مدتی عمرو همان ملك را بعینه به خالد بیع نموده که ملك موروثی من است. و زید همان حجت را به خط و مهر عمرو، ابراز داده او را مجاب میسازد. آیا در این صورت که عمرو مرافعه را طی نموده باشد و حجت به خط و مهر خود در اثبات حقیقت زید داده باشد، ثانیاً می تواند به ادعای وراثت ملك را به دیگری بیع نماید؟ و آن صورت، عدم حقیقت او را ثابت مینماید یا نه؟ -

**جواب:** مجرد کاغذ و خط حجت شرعیه نمی شود. هر گاه به ثبوت شرعی برسد که عمرو اعتراف کرده بود به مالکیت بایع، و ادعای مالکیت او به سبب ارث، منافی اقرار سابق او باشد، مسموع نیست. و چون این امور بدون مرافعه طی نمی شود باید بایع با

---

#### [ ۲۱۴ ]

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

**۱۲۸- سوال:** زید ملکی که به مبلغ دو بیست 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 یوم، داده باشد. و بیع لازم و خيار ساقط شده، بایع مزبور رد مثل ثمن، به سوی مشتری مشار الیه ننموده. مشتری، ملك مزبور را میخواهد تصرف ملکی نماید. بایع مزبور می گویند که من اهل وقوف و خبره نبوده‌ام و از راه نادانی ملکی که قیمت آن دو بیست تومان و متجاوز بوده به مبلغ بیست تومان به عنوان بیع شرط داده‌ام. و در این مباحثه مشروط، مغبون و غبن فاحش بل افحش دارم. آیا در مباحثه مزبوره، بایع را می رسد که دعوی غبن نموده ملك را از مشتری به قانون شرع مطاع، انتزاع نماید یا نه؟ -

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

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

**جواب:** هر گاه بایع از اهل خبره و وقوف است و میدانسته که گنجایش بیشتر داشته و به کمتر فروخته، دعوی غبن ساقط است. خواه اظهار اسقاط بکند یا نه. صحت دعوی غبن مشروط است به جهل بایع به ثمن در حال بیع، و ثبوت اینکه واقعا در وقت بیع شرط، بیشتر گنجایش داشته. و در این معنی فرقی ما بین بیع شرط و غیره نیست. و هر گاه نزاع در جهل و عدم جهل داشته باشند، محتاج به مرافعه خواهد بود .

---

[ ۲۱۵ ]

### کتاب التجاره من المجلد الثالث ۱

**۱۳۰- سوال:** زید به عمرو، مالی فروخته به زر معین " باجاقلی " ۲ پنج هزار و هفتصد و پنجاه دینار. و وعده‌ای مشخص و اخذ " تمسک " ۳ نموده، و بعد باجاقلی ترقی نموده و عددی شش هزار شده، عمرو مشتری جواب می گوید که من در حین معامله، زر را معین ننمودم. و از برای آنکه در میان مردم زر باجاقلی داد و ستد میشود، 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 می شود، و هر گاه زر غالب در معاملات متعدد شده و در قیمت و مرغوبیت هر دو مساوی باشند، باز صحیح است و مختار است در دادن هر کدام که خواهد .

---

۱: مراد از مجلد ثالث دفتر سوم است همان طور که قبلا توضیح داده شد جامع الشتات از مجموع سه دفتر تشکیل یافته که دو بار در عصر مرحوم میرزا (توسط نسخه برداران) منتشر شده ابتدا دفتر اول و دوم با هم، سپس هر سه دفتر در کنار هم. ۲: باجاقلی: باجی اوقلی: باجی اوغلو: باجی اوغلی: لفظ مرکب ترکی به معنای " خواهر زاده - پسر خواهر - می باشد. همان طور که در فارسی کلمات مرکب علی زاده، بابا زاده عنوان (یا نام) فامیلی می



شود، در ترکی علاوه بر آن (علی اوغلو، بابا اوغلو)، خواهر زاده، عمه زاده نیز در قالب باجی اوغلو و عمه اوغلو، نام فامیلی قرار میگیرد. سکه باجی اوغلو در کشور عثمانی به مباشرت شخصی به نام باجی اوغلو ضرب میگردد. ۳: تمسک: حجت، سند مکتوب

---

### [ ۲۱۶ ]

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

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

---

### [ ۲۱۷ ]

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

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

**جواب:** 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 بیاید از روی رضا، ظاهر این است که تقایل صحیح است. و سخن آن ملا غلط است، زیرا که توکیل در ادای زکات و وصیت در استیجار صوم و صلوة، فرع تحقق بیع و اشتغال ذمه به قیمت بود. و هر گاه اصل بیع به تقایل باطل شد توکیل و وصیت هم باطل می شود و باز زکات متعلق به زید می شود. و هر گاه تقایل صحیح تحقق نپذیرد، ملك مال عمرو است و قیمت مال زید است، و زید الحال غاصب ملك عمرو است. و چون پشیمانی زید از بیع واخذ او از عمرو (فی الحقیقه در اعتقاد او) رجوع به مال خود است، نه غصب مال عمرو. پس در بر دارد فسخ زید بیع را، فسخ توکیل و رجوع از وصیت را. پس عمرو الحال مشغول ذمه صد تومان است نه صوم و صلوة و ادای

---

۱: نسخه بدل: سؤال

---

[ ۲۱۸ ]

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، می تواند از باب تقاص، قیمت را ندهد. یا از راه عدم تسلیم مبیع، اگر مبیع را تسلیم نکرده بوده است. بلی، اشکال به هم می رسد در صورتی که بعد تسلیم، در لباس فسخ ملك را از عمرو، غصب کرده و عمرو هم از باب تقاص، قیمت را نگاه داشته و به مصرف زید نرساند. و اما اگر بعد تسلطی بر ملك به هم رساند آیا باید قیمت او را به زید یا وارث او رد کند یا نه؟ -؟، ظاهر کلام مشهور (در مسئله مال مغضوب که غاصب قادر بر رد آن نباشد) [ این است ] که گفته اند که هر گاه

مثل یا قیمت را بگیرد - اما نه بر وجه معاوضه و مصالحه - باز مالك مستحق عين مغصوبه 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، ولکن این توهّم 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 تقابیل باید در حال واحد فسخ از طرفین واقع شود. به اینکه بگویند " تقابیلنا - او - تفاسخنا " یا احدهما بگوید " فسخت " یا " اقلت " و دیگری بلافاصله معتد به بگوید " قبلت ". و اما در صورت فاصله معتد به، پس آن را اقاله و تقابیل نمی گویند، و ملك هر يك بر حال خود باقی است.

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

---

#### [ ۲۱۹ ]

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

**جواب:** اگر مراد این است که زید باغ خود را فروخت به عمرو، و شرط کرد که بعد از انقضای مدت، خیار از برای بایع ثابت باشد اگر در آن ظرف معین، رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ بیع باشد والا بیع لازم باشد. این بیع صحیح است. و اگر زمان خیار معین نیست، باطل است. و اما مصالحه کردن مشتری منافع مبیع را در مدت سه ماه به مبلغ معین، آن هم صحیح است. و اما شرط کردن اینکه بعد از لزوم بیع، خیار از برای مشتری باشد در فسخ بیع و استرداد ثمن، آن هم صحیح است، بشرطی که ظرف زمان خیار در آن معین باشد. و الا باطل است. و اما ضامن شدن خالد، که اگر مشتری بعد از لزوم بیع، فسخ کند بیع را به سبب خیاری که شرط شده از برای او و استرداد ثمن کند، که ثمن را به مشتری برساند. پس آن صحیح نیست. چون ضمان " مالم یجب " است. و اما ضامن شده وجه مصالحه را: اگر مراد این است که آن وجه مصالحه است که از منافع ایام سه ماه، است (که باید بایع به مشتری بدهد، و بایع نقد ندارد و در ذمه او بود) خالد ضامن آن هم شد، این ضمان صحیح است. و اگر مراد چیز دیگر است که من نمیفهمم، تقصیر از سائل است که نامربوط نوشته، و آنچه در باب بیع شرط گفتیم، در صورتی است که زمان ۲ خیار را بعد از انقضای سه ماه قرار داده باشند. و اما هر گاه زمان خیار هم

همان مدت سه ماه باشد که هر وقت بایع در ظرف سه ماه رد ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد، پس در آنجا دیگر ضرور نیست که ظرف زمان خیار را علی حده قرار بدهند. بلکه همان تعیین سه ماه کافی است .

---

۱: کذا، و لیکن به جای لفظ " مبیع " لفظ " بیع " باید باشد. ۲: در نسخه: ضمان

---

### [ ۲۲۰ ]

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.

**۱۲۴- سوال:** هر گاه زید قطعه زمینی ابتیاع کرده باشد از عمرو، و این قطعه زمین در آب بکر باشد، یعنی از آب بکر حق الشرب داشته باشد. و بر بکر لازم باشد 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 می‌شوم. آیا بکر در این صورت که مدعی ضرر است، تسلط بر منع زید از بیع آب، دارد یا نه زید می‌تواند آن آب را به خالد بفروشد؟-؟. و آن آب بنیچه متعارفی، هم دارد. هر گاه نفروشد، آن آب از برای آن، فایده ندارد، و به اعتبار آن بنیچه ۱ متضرر می‌شود. آیا بر این تقادیر، زید تسلط دارد یا نه؟-؟.

**جواب:** 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 می‌آید 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: مقرری: مالیات: مالیات ثابت. و از همین ریشه است اصطلاح " بنچاق " که به نوعی سند ملك گفته می‌شود: بنچه - بنچق - بنچاق

---

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

**۱۳۵- سوال:** شخصی پنجاه سال قبل از این به رحمت ایزدی پیوسته. و وارث او منحصر به دو نفر پسر و سه نفر دختر و 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 والده ایشان رسیده، و مدت بیست سال در تصرف والده آنها بوده. در سنهء هزار و دویست آن ضعیفه ملك و آب مزبور را به تصدیق صباپای 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 کسوهه 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 صباپای او مدعی [ این ] که قرار داد و شرطی که در وقت بیع شده، به عمل نیامده، یعنی والده ما به کربلا نرفته. و مشتری [ مدعی ] اینکه مرگ او را امان [ ن ] داد و محرم نداشت و راه هم امن نبود .

گفتگوی آنها به خدمت اهالی شرع کشیده بالاخره جمعی از مسلمین بنای صلح گذاشته مبلغ چهار تومان از مشتری گرفته و تسلیم دو صیبه نموده‌اند. و يك صیبه 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 صیبه ادعا مینمایند که والده ما صلح نکرده و حق او باقی است. آیا مشتری می تواند به وراثت بگوید که شما قسم یاد نمائید (که جدهء 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 می شود. سوم آنکه: او را مشروط کرده به وجود محرم و امنیت راه، و در اینجا هر چند جهالت دیگر هم متصور می شود که آن عدم تعیین زمان است که تا چند وقت باید به این شرط عمل کند. و آیا مادام الحیوة طرفین است که هر وقت میسر شد به عمل آورد یا نه (؟-؟) و مدت حیات هم معلوم نیست. و لکن دفع این را می توان کرد به اینکه به مجرد شرط در ضمن عقد، لازم می شود. و مقتضای اطلاق عقد و شرط، این است که به مجرد عقد و شرط، لازم می شود حالا، با حصول آن دو شرط که وجود محرم و امنیت راه باشد. هر گاه احد هما بمیرد قبل از

---

#### [ ۲۲۳ ]

وفای به شرط، آن مقدار خرجی لازم می شود در مال مشتری، از برای ضعیفه در صورت فوت مشتری، و لازم می شود از برای وراث ضعیفه در ذمه مشتری در صورت فوت ضعیفه. و جهالت اول را هم می توان دفع کرد در صورتی که مراد ضعیفه این بوده است که مشتری امین و وکیل او باشد در خرج کردن ده تومان که در ذمه او هست، از برای نفقه و کسوه او تا هر وقت که تمام شود. پس در این صورت هم جهالتی نیست. پس همان جهالت از راه مقدار خرجی، باقی میماند. و در صورت جهالت شرط، بیع فاسد می شود. و بایع و وارث او رجوع می کنند به مبیع و منافع. و مشتری به ثمن. و چون مفروض این است که دو صبیبه حق خود را صلح کرده اند، پس دعوی این صبیبه دیگر یا وارث او، بر جا میماند. و این هم موقوف است بر اینکه معلوم شود که صلح آن دو صبیبه مطلق بوده یا مقید بوده به نحو خاصی (؟-؟). و لکن با سکوت آنها از دعوی، اشکالی نیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که ادعای صبا یا بر همان ترك شرط، است. که خرجی کربلا دادن است به او، و متعرض فساد بیع نیستند. پس می گوئیم که بر فرضی که بیع صحیح باشد و جهالتی در شرط نبوده، لکن نزاع در سر وفای به شرط و عدم آن است، که در صورت عدم وفا مسلط شود بر فسخ بیع، هر چند بیع صحیح بوده باشد. پس این سخن هم علی الاطلاق نمی شود، بلکه این در وقتی خوب است که اجلی و مدتی از برای شرط، قرار داده باشند، و آن مدت منقضی شده باشد و شرط به عمل نیامده باشد. یا اینکه مدتی تعیین نشده باشد و لکن شرط تعجیل شده باشد و تخلف شده باشد. و اما اگر هیچیک از اینها نباشد، همان تسلط

بر مطالبه وفای به شرط، را دارد که خرجی راه کریلا 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.

---

[ ۲۲۴ ]

پس اول باید دانست که چون شرط خرجی دادن، مشروط است به آن دو شرط، هر گاه ثابت باشد که آن دو شرط حاصل نشده بوده است، پس اصل خرجی دادن لزومی به هم نمیرساند که وارث آن، ادعای آن را بکند. بعد از آنکه ثابت باشد که آن [ دو ] شرط حاصل شده بود و مشتری خرجی را نداده، الحال وارث می تواند ادعای خرجی را بکند، و اگر ندهد، مسلط باشد بر فسخ معامله. و هر گاه هیچیک ثابت نباشد، و وارث ادعا کند بر مشتری که شروط شرط، به عمل آمده و تو وفا نکردی. و مشتری منکر باشد و بگوید آن دو شرط به عمل نیامده و شرط خرجی دادن، بر من لازم نشد. ظاهر این است که قول مشتری مقدم است با یمین. و اگر خواهد تردد قسم بکند و وارث قسم یاد کند که شروط به عمل آمده، ثلث خرجی را بگیرد. بهتر این است که مصالحه کنند خصوصا در صورتی که مرافعه در نزد حاکم شرع جایز الحکم میسر نباشد.

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

**جواب:** بدان که تقاص متحقق نمی شود الا به اخذ مال و تصرف در آن، یا به قیمت کردن، و برداشتن در عوض حق خود، یا برون کردن از برای آنکه بفروشد و مساوی حق خود را بر دارد و زیادتی اگر باشد به صاحب برساند. پس اگر باغچه در تصرف 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

---

[ ۲۲۵ ]

هست. به جهت اینکه تقاص منشأ تحقق ملك لازم، می شود نه متزلزل. به جهت آنکه چنانکه هر گاه مالك ملك خود را بفروشد یا در عوض طلب بدهد. ملك مشتری و صاحب طلب در آن لازم و مستقر می شود. همچنین تصرف به تقاص، چون به اذن شارع است و نایب مالك است در بیع کردن و در عوض طلب دادن. پس مقاص به نیابت ثابۀ از جانب شارع از جانب مالك به غیر می فروشد، یا به خود منتقل می کند از عوض طلب. پس گویا مالك خود آن مال را به او داده در عوض طلب. و چنین نیست که انتقال به او از باب اباحه یا افادهء ملك متزلزل، باشد و مالك بعد از اطلاع تواند او را بر هم زد، هر چند قبول داشته باشد که تقاص بر وجه صحیح شده. تا اینجا سخن در مسموع بودن و ملتزم بودن دعوی بود. پس الحال باید دید که مشتری چه می گوید. پس اگر مشتری قبول دارد طلب داشتن زوجه را و ماطلهء زوج و وقوع تقاص را، پس باید باغچه را رد کند به زوجه. و همچنین هر گاه این مراحل به بینة ثابت شود. و اما هر گاه منکر باشد این مراحل را، یا بعض آنها را، بر زوجه لازم است اثبات. زیرا که مشتری از مسلمی ملکی خریده و معارضی که مطلب را ثابت کند در برابر نیست. و در این صورت اگر زوج تصدیق زوجه کند در این مراحل، چنانکه ظاهر سنوالم است (آنجا که گفته است که زوج عالم به تقاص زوجه نبوده) آن تصدیق و اقرار به صدق زوجه ضرری به مشتری ندارد. چون اقراری است بر غیر. بلی، نفع به زوجه دارد، به این معنی که زوجه مسلطه است که غرامت باغچه را از زوج بگیرد. و بر فرضی قایل باشیم که تقاص افادهء ملکیت لازمۀ مستقره نمی کند هم، چون مفروض این است که زوج بیع را در حال جهالت تقاص، کرده، پس فسخ تقاص نکرده ملك را فروخته، پس در این صورت هر گاه مشتری اقرار به مراحل داشته باشد، یا به بینة ثابت بشود هم، بیع صحیح نیست. چون در حینی که زوج ملك را فروخت عالم به تقاص نبوده که بیع آن

---

### [ ۲۳۶ ]

مبتنی باشد بر فسخ تقاص اولاً، وایجاب بیع ثانیاً. ۱ بلی، هر گاه بعد از اطلاع بعد از بیع، بگوید که الحال فسخ تقاص، کردم و طلب زوجه را از مال خود میدهم و بیعی که 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- سوال:** هر گاه کسی مبیعه کرده باشد با کسی. واز مشتری مطالبهء ثمن مبیع کند، مشتری می تواند در جواب به عنوان عموم بگوید که تو " از من چیزی نمیخواهی - یا - من مشغول ذمهء تو نیستم " یا اینکه جواب باید مطابق سنوالم باشد و باید بگوید که " از باب ثمن مبیع از من چیزی



نمیخواهی " و همچنین هر گاه جواب را مطابق بگوید آیا جایز است قسم را به عنوان عموم یاد کند که " تو حقی بر من نداری " یا نه؟ -؟.

**جواب:** 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 افاده 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 افاده مطلب می‌کند. و در اینجا هم باید ملاحظه 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 مالک، دیگر سلطه‌ای برای " مقاص " نمی‌ماند تا معارض " الناس مسلطون " باشد

---

### [ ۲۳۷ ]

**۱۳۸- سوال:** معامله نمودن از برای صغیر بر قیم و وصی شرعی، لازم است؟ یا نه هر چند محتاج به معامله باشد -؟. یا آنکه موقوف است به اینکه ولی او وصیت کرده باشد که " مال صغیر مرا، وصی معامله نماید و معاش او را به نفع مال بگذارند ". تا لازم باشد معامله -؟ یا حق، تفصیل فی ما بین [ قبول ] وصیت و عدم آن است؟.

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

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

**جواب:** مشهور میان علما [ این است ] (بلکه جمعی دعوی اجماع کرده‌اند) که فروختن آن چیزی که به عنوان سلف خریده، قبل از حلول مدت، صحیح نیست. خواه بگوئیم که سبب این است که هنوز ملك مشتری نشده. و خواه بگوئیم که ملك شده و لکن ممنوع است از تصرف در آن. و ظاهر این است که

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

---

۱: یعنی دلیل حرمة و عدم جواز، اجماع یا هر چند باشد به جای خود، ولی حدیث منصور نمی تواند دلیل آن باشد. ۲: وسائل: ج ۱۲ ص ۳۷۳، ابواب احکام العقود، باب ۶ ح ۸. ۳: این فرمایش میرزا (ره) عجیب است، زیرا حدیث غیر از این پیامی ندارد

---

### [ ۲۲۸ ]

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

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

---

۱: میرزا (ره) پیام حدیث را در بیع نسیه نیز به " کراهت " حمل می کند. زیرا در بیع نسیه غیر از این راهی نیست لیکن در ذیل مسئله شماره ۱۰۱، از مجمع البحرین نقل کردیم که به بیع سلف نیز نسیه می گویند. و پیام حدیث به سلف مربوط است. ۲: زیرا در این صورت، شرط ناقض اصل عقد میگردد و باطل می شود. ۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۷۴، ابواب السلف، باب ۱۲ ح ۴. ۴: بالاخره فتوای میرزا در این مسئله چنین می شود " فروختن چیزی که به عنوان سلف خریده شده قبل از حلول مدت، جایز نیست. و همچنین نمی توان آن چیز را به عنوان قیمت 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 تأیید 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 میخواست در مقابل طلبش جنسی را مجددا بصورت نسیه (سلف) بخرد، ولذا نیاز بود که کلمه " مطلوب " در متن حدیث " مفعول مقدم بر فاعل " فرض شود. که این فرض دلالت حدیث را دچار ضعف میکرد. لیکن در اینجا کسی که سلف فروخته است داوطلب است که در مقابل جنسی که سلف فروخته ملکی را به بیع شرط، بگذارد. و دیگر نیازی به فرض مذکور نیست زیرا این مطلوب است که به طالب پیشنهاد معامله نسیه و سلف دیگر را می کند و لفظ " مطلوب " فاعل می شود. و روشن می شود که حدیث از چنین وضعی منزه است. این نکته که در متن سؤال هست و پیام حدیث را مجسم می کند موجب تغییر رای میرزا نشده است زیرا میبینیم که باز حدیث را به بیع نسیه حواله می کند. و در مسئله شماره ۱۵۱ خواهیم دید که باز بر سر نظریه خویش هست

---

[ ۲۲۹ ]

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

**۱۴۱- سوال:** زید خانه داشته و منافع آن را به صیغه " عمری " به ضعیفه - مادام حیاتها - و گذاشته . بعد از آن زید اراده فروختن خانه مزبور را نموده. و آن ضعیفه منافع مدت عمری را با زید مزبور مصالحه نموده به وجه معینی. و وجه مصالحه را هم اخذ و قبض نموده. و زید را ماذون در مبیعهء خانه مزبوره نموده. زید نیز خانه را به شخصی دیگر مبیعه نموده. در صورت مسطوره، مبیعهء 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 الاظهر). مگر در صورت جهل مشتری به عمری که در آن صورت خیار فسخ از برای مشتری هست. و اما در صورت علم به حال پس بیع لازم است. خصوصاً در وقتی که آن غیر، منافع را به مشتری مصالحه کند و بعد از آن مشتری بخرد آن عین را. یا مصالحه کند منافع را با مالک و بعد از آن مالک آن را بفروشد. و جهالت منافع به سبب جهالت مدت عمر، مضر به صلح نیست. خصوصاً با وجود عدم امکان از تحصیل علم. پس بنا بر این، هم مصالحهء ضعیفه صحیح است و هم بیع زید.

**۱۴۲- سوال:** زید مبلغ چهار تومان به عمرو، داده. از قرار " ده دو " و نقد به نقد بدون بیع شرط، و اجارهء شرعیه. و مدت چند سال از قرار مرقوم بوده تا آنکه چهار تومان از " ده دو " عایدش شده، و چهار تومان اصل، باقی مانده. بعد از رسیدن به هشت تومان، زید چهار تومان اصل را بیع شرط و اجاره قرار داده و حال بیع لزوم یافته. آیا بیع شرط و اجاره صحیح است یا نه؟ -؟ و عمرو مشغول ذمهء زید هست یا نه؟ -؟.

**جواب:** اصل معامله چون ربای صریح است، باطل است. و زید همان مساوی چهار تومان را طلب دارد از عمرو. و عمرو هم مساوی هشت تومان را طلب دارد از زید. پس

---

[ ۲۳۰ ]

عمرو، باید چهار تومان دستی از زید بگیرد. و اما معاملهء بیع شرط در چهار تومان راس المال: پس اگر این هشت تومان که عمرو به زید داده با آن چهار تومان راس المال که زید به عمرو داده مساویاند در جنس و وصف (مثل اینکه هر دو اشرفی معلوم الصفه باشند، یا هر دو ریال معلوم الصفه باشند) در این صورت قبض تازه در کار نیست، بلکه هر يك از کم یکدیگر در میروند. و چهار تومان طلب عمرو میماند از

زید، پس دیگر چهار تومانی زید از عمرو طلب ندارد که به عوض آن ملك به بیع شرط بگیرد. و بیع باطل است. و ظاهر، این است که در صورتی که نقد نباشد آن تنخواه بلکه جنس باشد اما مثلی باشد (مثل گندم و جو و روغن) نیز همین حکم دارد. و اما هر گاه جنس‌های مختلف باشند (مثل اینکه یکی طلا است و دیگری نقره. یا یکی گندم است و یکی جو). یا در جنس متفق باشند اما در وصف مختلف، حتی به سبب تفاوت در حال و مؤجل، یا تفاوت اجل‌ها، یا اینکه نه پول نقد باشد و نه متاع مثلی بلکه هر دو قیمی باشند (مثل اینکه هر دو گوسفند باشند، یا گاو باشند) یا یکی مثلی و دیگری قیمی. در این صورت آنچه را عمرو داده به زید همان را میطلبید. و زید هم مساوی چهار تومان طلب او باقی میماند، و بیع صحیح می شود. و همچنین اجاره 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 کرده‌اند.

**۱۶۳- سوال:** 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، می‌گذاشتند و همان ملك را به اجاره صاحبش میدادند. یعنی در حقیقت وجه اجاره، به منزله سود اصل پول قرار میگرفت. و از متن سنن ابوداؤد پیدا است که در عصر میرزا اینگونه معاملات سخت رواج داشته است. و سنن ابوداؤد عبارت زبانی " بیع شرط و اجاره شرعیه " را به کار میبرد

[ ۲۳۱ ]

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

**جواب:** الاظهر عندی فی تحقق القبض فی غیر المنقول بعد التخلية، اما الوصول بالمبيع (او الموهوب و نحوهما) بالفعل. او مضى زمان يمكن فيه من الوصول اليه. فان الظاهر ان الحكمة فی اشتراط القبض هو ظهور مبدأ آثار التملك، الذى هو وجه من وجوه التصرف. و ان كان بوضع اليد او الرجل والدخول فيه. و هذا لابد 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 الباع اقبضها او قبض المشتري ثم تلف. حتى ينتقل الضمان الى المشتري مثلا. لان هذه التخلية وجودها وعدمها سيان. فلا فرق بين البلد البعيد و القريب، فالعمدة فى القبض هو تمكن الوصول الحاصل من رفع المانع من جانب الباع مع تمكن المشتري [ و ] منه التوقف على عدم حصول مانع خارجى حتى يصدق القبض عرفا. نعم، لو مضى زمان يمكنه ذلك و سامح المشتري و نحوه، ثم حصل مانع خارجى فهذا لا ينافى الصديق العرفى. و اعلم انه: كما يحصل القبض بوضع اليد او الرجل فقد يحصل بالبيع 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. فالبيع مثلا يجعل واحد و لا تقدم هذا للقبض لا وضعا 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 حراماً، 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 .

[ ٢٢٢ ]

**١٤٤- سوال:** تخم در زمين، مثلا پياز و گندم نارويده، بيع و شراى آن صحيح است يا نه؟-؟.

**جواب:** صورتى ندارد مگر با ضم ضميمه. که آن ضميمه مقصود بالذات باشد در بيع.

**١٤٥- سوال:** زعفران غش دار را بيع نمايند، بلکه مصالحه و مواهبه نمايند. صورت دارد يا نه؟-؟.

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

**١٤٦- سوال:** هر گاه كسى درختى در ملك مشاعى داشته باشد، و آن درخت را به ديگرى بفروشد، و مشتری درخت مذکور را قطع نموده، و بعد از آن نهالى از ريشهء آن درخت برويد. [ و شخص ديگرى ] مثلا او را تربيت نموده به عمل بياورد. آيا در اين صورت صاحبان آن ملك مشاع مى توانند ادعاى حصه بر او يا وارث او بكنند؟

**جواب:** شرکا (در آن ارض مشاع) را حقى در آن نیست. و همچنين بايع را. چون درخت را به توابع آن منتقل کرده به مشتری. و اشكال ميماند ما بين مشتری و اين شخصى که درخت را به عمل آورده. پس اگر آن مشتری از آن ريشه اعراض نکرده، نهال مال اوست. و هر گاه اعراض کرده است (مثل اينکه ريشه را هم کنده و بعضى ريشههاى جزئى مانده که ماليتى نداشته)، پس اگر قبل از سبز شدن نهال، آن شخص آبداده و سبز شده و تربيت کرده، ظاهر اين است که مال او شده، و از باب حيازت مباح، باشد. و اگر بعد از سبز شدن و قابليت ملکيت، حيازت کرده و تربيت کرده، ظاهر اين است که مال مشتری مى باشد.

**١٤٧- سوال:** زيد و عمرو، هر دو اهل يك ولايت و با هم (فى الجملة) در بعضى اوقات معامله داد و ستد ميکردند. عمرو به رحمت خدا رفته. بعد از سه سال زيد هم فوت شده. و مدت دو سال هم از فوت زيد گذشته. ورثه عمرو آمده کاغذى آورده اند نزد

ورثه زید که پدر شما فلان ملک را بیع شرط پدر ما کرده به مبلغ سی تومان و رد ثمن نکرده، و بیع آن لازم شده. ورثه زید (از اینکه جاهل به سن و جاهل به مسئله بوده) سخن ایشان را قبول نموده و بنا به فسخ معامله سابقه شده و معامله فسخ شده. ورثه عمرو، با ورثه زید محاسبه نموده که سی تومان در عوض پنج سال منفعت آن، از قرار " ده دو 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 [ ملک ] دیگر [ به آن ] ملک علاوه نموده. بدون اینکه صیغه جاری شود به نزد شرع رفته اقرار رسم القبالة، نموده. که ملک 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 ملک را به تصرف [ ورثه ] عمرو نداده‌اند و نمیدهند. دو سال است بدون معامله شرعیه جدید در تصرف ایشان است. و سخن ورثه عمرو آن است که پدر شما رد مثل ثمن، را به پدر ما ننموده است، و بیع لازم شده و معاملات بعد از آن هم صحیح است، ملک را می‌خواهیم 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 مالک بودن ورثه عمرو است. که اگر آن ادعای ورثه عمرو و، اعتقاد فاسده و ورثه زید به صحت آن، نبود این بیع واقع نمیشد. پس بطلان بیع هم از راه فساد ثمن است و هم از راه عدم قصد به بیع در نفس الامر منجزا. و هر گاه ورثه زید نتوانستند [ اثبات ] کرد خالی بودن حجت را از وجه، و اینکه

ملک مال خود ایشان است. پس به اقرار خود ماخوذند و ملک مال ورثه عمرو می شود در ظاهر شرع. و اقاله صحیح می شود. و بیع ثانی هم در مقابل ثمن مقریه، صحیح است، و ثمرات ملک بر آن مترتب می شود. و اما آنچه در مقابل ربوی 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 مقریه، باقی میماند کلام در دعوی صیغه نخواندن، و در اینکه ورثه زید در نزد حاکم شرع قبالة برده‌اند که مهر کند و حاکم مهر کرده و

الحال ادعا می کنند که اقرار ما علی رسم القبالة بود. و ظاهر این است که مراد ایشان از " اقرار علی رسم القبالة " اقرار به بیع و قبض ثمن بوده چنانکه از صورت سئوال ظاهر می شود. پس اگر مراد ایشان این است که مطلقاً بیع به عمل نیامده بوده، نه به عنوان معاطات و نه به عنوان صیغه بیع. پس آن مسموع نیست. چون ظاهر این است که معاطات به قبض احد متبایعین، حاصل می شود، و به همان اقرار به اشتغال ذمه به وصف ثمن بودن، تمام می شود. هر چند مبیع را به قبض ورثه عمر و نداده باشند. به این معنی که مساومه بیع شده و قیمتی را که اقرار کرده اند به اشتغال ذمه به آن، ثمن حساب کرده اند. و به این سبب اقرار به بیع کرده اند. و اما صیغه نخوانده اند. پس دیگر چه معنی خواهد داشت که بیع بهیچ نحو واقع نشده و اقرار ما علی رسم القبالة بوده. و حاصل این شق این است که تکیه بر عدم تقابض از طرفین است. و اگر مراد ایشان این است که نه ملاحظه ثمن بودن آن وجه، به عمل آمده، و نه تسلیم مبیع. و با وجود این اقرار به بیع کرده اند. پس چنین دعوائی از باب ادعای اقرار به رسم القبالة که غالب الوقوع، باشد و مسموع باشد، نیست. بلکه این بسیار دورتر است از شق اول. پس باقی میماند همین که مراد از " اقرار علی رسم القبالة " این باشد که صیغه نخوانده ایم، و انشاء نقل به معاطات [ هم ] به عمل نیامده. و [ با اینکه ] آن وجه، به وجه " ثمن مبیع بودن " متصف شده و آن ملك هم متصف به اسم " مبیع " شده، لکن صیغه

---

#### [ ۲۲۵ ]

نخوانده ایم. پس در این صورت ظاهر این است که دعوی مسموع باشد. و مدعی آن، باید اثبات کند. یعنی اینکه می گوید " بیع معاطات نیست و صیغه [ هم ] نخوانده ایم " اثبات کند و با عجز از اثبات، قسم متوجه ورثه عمر و می شود که صیغه خوانده شده. و لکن ثمرات معاطات مترتب می شود، پس نمای ملك مال مشتری می شود، مادامی که فسخ نشده. و این کلام مبتنی بر آن است که اصل، در بیع، لزوم است. و ظاهر غالب در استعمال آن، در مثل املاك، بیع با صیغه، است، نه معاطات. و بیع واقعی است نه فضولی. خصوصاً 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 (خصوصاً با آنکه مسبوق است به اقرار مخالف آن) مستحق اسم مدعی علیه و " منکر " است تا قسم متوجه او شود. و اینکه این دعوی را می کند که رسم القبالة بود، مدعی است. - چنانکه فقها ذکر کرده اند - و مجرد اینکه وقوع صیغه خلاف " اصل است، مقابله با این ظواهر نمی کند. آیا نمی بینی که در اقرار به قبض ثمن، (یا ادعای اینکه اقرار [ به ] رسم القبالة بود) قسم متوجه مدعی اقباض است (-؟). با وجود اینکه قبض، خلاف اصل است.

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

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

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

**جواب:** ظاهراً خلافی در بطلان آن نیست .

---

۱: این همان مسئله شماره ۱۰۱ است که مطابق فتوای مشهور باطل است و در مسئله شماره ۱۳۹ نیز راجع به آن بحث گردید

---

### [ ۲۳۶ ]

**۱۵۰- سوال:** متعارف در این بلاد، این است که ملکی را بیع شرط می کنند، و بعد از آن بایع اجاره می کند. آیا در صورتی که بایع در ایام خیار، رد ثمن، نماید به سوی مشتری و فسخ نماید، وجه اجاره را توزیع بر مدت، باید کرد یا نه؟- و در صورتی که توزیع بر مدت کند، آیا هر گاه از برای بعضی 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 ملک را در مجموع آن مدت، و قبل از رسیدن زمان خیار که در آخر مدت است، اتفاق افتد که رد مثل ثمن، کند و مشتری هم قبول کند، و بایع فسخ کند. این از بابت " تقایل " خواهد بود، نه فسخ. و به سبب تقایل در بیع، تقایل در اجاره حاصل نمی شود. مگر اینکه علی حده در آن هم تقایل کنند. و بعد از تقایل در اجاره، مشتری از وجه اجاره به قدر زمان گذشته مطالبه می کند، و ملاحظه از منته در مقدار وجه اجاره می شود. هر گاه زمان خیار فسخ بیع را در مجموع مدت قرار داده اند (هر چند در صحت اجاره اشکالی کرده اند و لیکن اظهر جواز آن است) در صورت فسخ بیع به رد مثل ثمن، مستحق وجه اجاره نسبت به زمان ما قبل فسخ می شود به نحوی که گفتیم.

**۱۵۱- سوال:** زید مقدار معینی ابریشم به صیغهء سلف از عمرو، می خرد ، در گیلان. به مدت معینی، به قیمت معینی. و در سر موعده، عمرو نعل می کند در دادن ابریشم. و میآید به قزوین. و زید هم میآید به قزوین و از او مطالبهء ابریشم می کند، عمرو را ممکن نمی شود دادن ابریشم. بنا به این می شود



که اجناسی چند، زید از عمرو میگیرد به قیمت معینی. الحال آیا ملاحظه 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 کرده اند تسلیم را در آن بلد. یا در بلد عقد بیع، هر گاه مطلقاً شرطی نشده. بنا بر مشهور اقوی .

---

[ ۲۳۷ ]

و هر گاه عاجز باشد، یا به سبب یافت نشدن آن در آن وقت (بعد از آنکه غالب الحصول و مترقب الوصول بوده)، یا به سبب عجز او از تحصیل آن. پس مشهور و اقوی این است که از برای مشتری خیار فسخ حاصل می شود. یعنی رجوع کند به قیمتی که داده یا اینکه صبر کند تا بایع قادر شود بر تحصیل آن جنس. و اما هر گاه بایع قادر بود در سر موعد، و تعلل کرد و نداد تا عجز حاصل شد. پس می تواند مشتری، که قیمت آن جنس را بگیرد. پس در صورت سئوال که زید تعلل کرده و در گیلان که بلد عقد بوده تسلیم نکرده الحال که در قزوین ممکن نیست او را تسلیم عین آن جنس، پس مشتری مسلط است بر اخذ قیمت آن. و هر گاه ممکن نباشد از برای بایع که عین را در گیلان تسلیم کند، در این صورت ظاهر این است که مسلط است که قیمت گیلان را از او بگیرد. زیرا که او مشغول ذمه تسلیم عین در گیلان بود. و بعد از عجز از عین، که رجوع به قیمت می شود، این قیمت بدل آن عین است. و چنانکه قیمت به حسب ازمان، تفاوت می کند، به حسب امکان هم تفاوت می کند. و وجه عدول از مثل به قیمت (در مقامی که مبیع مثلی باشد، و مثل متعذر نباشد) این است که قیمت اضبط اشیاء است در استیفای حق. پس آنچه مدخلیت در استیفای حق دارد باید ملاحظه شود. و مفروض این است که مشتری مستحق این جنس بوده در گیلان. پس در صورت تعذر باز مستحق قیمت آن جنس است در گیلان. و چون بایع در اینجا به سبب تعلل شبیه به غاصب حق، است، و قاعده در صورت تعذر استرداد مغضوب (در مثلی)، رجوع به مثل است. و در صورت تعذر مثل به قیمت. و در 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 می گوئیم که: هر گاه قطع نظر - از ملاحظه گنجایش هر يك از ابریشم و اجناسی که در عوض آن [ قرار ] میدهند - می کنند و راضی میشوند به اینکه این اجناس در عوض ابریشم باشد، و مشتری هم قبول می کند بازاء همین اجناس. پس

---

[ ۲۳۸ ]

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

---

#### [ ۲۳۹ ]

ابریشم در گیلان، یا بیشتر باشد. و این خود معنی معامله جدید است. زیرا که تراضی شرط است. و در صورت اول تراضی شرط نیست. یعنی بعد از آنکه بنا به این شد که قیمتی را که مستحق است بگیرد زیاده از آن را نمی تواند مطالبه کند و بگوید من راضی نمیشوم. به همان قیمتی که در نفس الامر مستحقم. چون بنا به همان شده و قسرا، لازم آن میافتد، که به همان اکتفا کند. و در آن صورت دیگر، می تواند بگوید که آن عین که در ذمه تو است که باید در گیلان تسلیم کنی، به تو وا میگذارم در عوض این مبلغ. که در این صورت هر چند ظاهر شود که این قیمت مضاعف قیمت گیلان است، دیگر نمی

تواند بایع استرداد کند. چون این معامله جدیدی است و بر وجه تراضی واقع شده، و آن بیع است و احکام بیع بر آن مترتب می شود. خواه احکام معاطاتی باشد، اگر صیغه خوانده نشده. و خواه بیع لزومی، هر گاه صیغه جاری شده. و جهالت قیمت گیلان، در اینجا مضر نیست. چون مبیع معین است. بلی، [ باید ] قیمت جهالت نداشته باشد.

**۱۵۲- سوال:** زید متاعی می فروشد به عمرو، به مبلغ ده تومان، از قرار عباسی شماخی به يك عباسی، به موعده معینی. و بعد از آن در حین نوشتن " تمسك " به او می گوید که " بنویس از قرار اشرفی، یا با جاقلو عددی شش هزار دینار ". و تمسك نوشته شود از این قرار. آیا به مجرد همین، زید مستحق عباسی است از آن قرار؟ یا اشرفی از این قرار؟

**جواب:** تعیین ثمن و 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 نمی شود. بلی اگر بگوید که عباسیها که من از تو طلب دارم بدل کن به اشرفی (یعنی در ذمه خود قبول کن که هر نرخی که عباسی را بر میدارند الحال به آن نرخی که اشرفی را بر میدارند به

---

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

---

#### [ ۲۴۰ ]

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 میدانند و شهید حکم به ندرت این قول کرده. و اما اشکال در سر این است که آیا این معامله مستقلی است و بیع نیست، یا اینکه توکیل در بیع، است که زید عمرو را وکیل کرده که از جانب او ایجاب بیع کند، و از جانب خود قبول. و توکیل در بیع، توکیل در لوازم آن هست، که از جمله لوازم آن در معامله صرف قبض مجلس، است. پس وکیل در قبض هم هست و قبض هم ضرور است. به این معنی که دراهم را عمرو، موجود کند و قصد کند، و ثانیاً در ذمه بگیرد. یا اینکه در این مقام، بودن مال در ذمه به منزله قبض است، و مفروض این است که ثمن و مثنی هر دو در ذمه شخص واحد است که زید است. و همین قدر در تحقیق قبض کافی است. و بسیار از این مقدمات محل اشکال و خلاف است. و لکن چون دو روایت معتبر که موثق کالصحیح اند، دلالت دارند بر آن ۱. و اکثر متأخرین عمل به آنها کرده اند. و عمل به آنها از شیخ و ابن جنید هم منقول است. پس تخصیص قاعده

معامله صرف به آنها، ضرر ندارد. و عبارات فقها در این مقام اختلافی دارد. جمعی به این نحو تعبیر کرده‌اند که گفتیم یعنی توکیل است در بیع و قبض. و جمعی مطابق روایت گفته‌اند. و دور نیست که مراد از " تحویل " که در روایت وارد شده همان بیع باشد، و روایت مخصص قاعده صرف باشد. پس هر گاه مدیون قبول تحویل، کند و بگوید " حولت ما فی ذمتی من الدراهم لعمر، الی دنانیر کذا " کافی باشد در انعقاد صیغه بیع. و ضرور نیست که به لفظ " بعث " و اشتريت " باشد. زیرا که وسعی 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

---

#### [ ۲۴۱ ]

می گوید مرا شریک کن در نصف این متاع. پس هر گاه این مشتری اول، بگوید " شرکتک بنصفه بنسبه ما اشتريت به "، در نصف شریک او می شود. و نصف قیمتی که داده به او میدهد. به شرطی که هر دو عالم به قیمت باشند. و آن فی الحقیقه بیع جزء مشاع، است به راس المال. و این بیع منعقد می شود به لفظ تشریک. پس چه مانع دارد که به لفظ " حولت " هم متحقق شود. خصوصا با ورود دو روایات معتبره. و اگر خواهی که آن را داخل بیع نکنی هم ضرر ندارد، بنا بر اینکه این دو روایت معتبر دلیل باشند بر این نوع [ معامله ] و صحت آن مشروط به قبض صریح نباشد. لکن اظهر این است که داخل بیع است. و صحت مباشرت طرفین عقد از برای یک نفر. و مستلزم بودن توکیل در آن، توکیل در لوازم را، که از جمله آن قبض است. و اکتفا نمودن در ذمهء شخص واحد از قبض صریح، همه از این دو روایت ثابت شده باشد. با وجود اینکه بعضی از این مقدمات به دلیل دیگر هم ثابت است. و اما 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): تكون للرجل عندی الدراهم 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 -؟. فقالی لی: اذا كنت قد استقصیت له السعر یومئذ فلا بأس بذلك. فقلت؟ انی لم اوازنه و لم اناقده، انما کان کلام منی و منه. فقال: الیس الدراهم من عندک والدنانیر من عندک؟ قلت: بلی. قال: فلا بأس. ۱. و حاصل تعلیل که در آخر روایت است این است که چون نقدین از شخص واحدند ضرر ندارد. و حدیث دیگر هم باز [ از ] اسحاق بن عمار است. ۲. ولکن [ این ] تعلیل در آن مذکور نیست. و هر چند در لفظ حدیث " قبول " مذکور نیست صریحا، ولکن ظاهر این

---

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.:: همان دو مرجع مذکور

---

### [ ۲۴۲ ]

است که سائل قبول تحویل کرده و اشکال او در همان عدم تحقق وزن و قبض بوده.

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

**جواب:** 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 ربسمان کرباس از پنبه کهنه است، و امثال اینها)، پس اگر مخفی است که مشتری مطلع نمی شود. پس آن عمل حرام است. خصوصاً هر گاه بایع خود عمداً کرده باشد به قصد فروختن. و اما هر گاه مخفی نباشد (مثل اینکه خاک داخل گندم کرده)، پس آن مکروه است. و باطل نیست. هر چند فعل حرام کرده باشد. و تدارك نقصان به خيار غبن و خيار تدلیس می شود هر گاه مطلع شود. و رهر 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 می کنند، پس باکی نیست. هر چند مقدار غش مجهول باشد. و ظاهر این است که خلافتی در آن نباشد. و مقتضای " اصل " و " عموماً " است و نقل اجماع هم بر آن شده. و هر گاه از پول‌های متعارف (که رواج دارد و به آن معامله می کنند) نباشد. بلکه زر کهنه باشد که در میان مردم مهجور و متروک باشد. یا زر نوی باشد که هنوز معروف و متداول نشده باشد. و آن غش به قدری نباشد که مردم مضایقه از آن نمی کنند، و مسامحه می کنند در آن. پس جایز نیست خرج کردن آن. مگر بعد از بیان حال آن و اظهار غش آن. و اگر غش آن به آن قدری [ است ] که مردم به آن مسامحه می کنند و مضایقه نمی کنند. پس باکی نیست .

---

### [ ۲۴۳ ]

و در این مسئله هم گویا خلافتی نباشد و نقل اجماع هم شده و " عموماً حرمة غش " هم دلالت دارد در صورت اول. و بعضی اخبار صحیحه ۱ هم دلالت بر اصل تفصیل مسئله می کند. یعنی آنکه هر گاه از زر مغشوش رایج است در میان مردم، جایز است خرج کردن آن. و هر گاه رواج نیست جایز نیست. مگر بعد

از بیان اینکه مغشوش است. و همین وجه جمع است ما بین احادیثی که از طرفین وارد شده، که بعضی بر منع از خرج کردن مغشوش است مطلقاً ۲، و بعضی بر جواز مطلقاً ۳. و اگر مراد ۴ معامله کردن زر مغشوش است و دیگری خالص. پس اگر با غیر جنس خود معامله می کند (مثل طلای مغشوش با نقره خالص یا به عکس). پس آن جایز است بی اشکال. چون در تحقق ربا تماثل شرط است. و اگر با جنس خود معامله می کند (مثل نقره با نقره یا طلا با طلا) و مقدار غش در مغشوش مجهول است. پس جایز نیست آن معامله. و ظاهراً خلافی در مسئله نباشد بلکه بعضی نقل اجماع کرده‌اند بر آن. و این مقتضای ادلهء حرمة ربا است چون اجتناب از آن واجب است و در صورت جهالت ایمن از ربا نیست. و هر گاه مقدار طلا یا نقره که در مغشوش است معلوم باشد، پس جایز است معامله، هر گاه در آن طرف که زر خالص است زیادتی باشد، که در برابر آن مس یا سربی که در مغشوش است، [ باشد. و ] تواند شد مساوی قیمت آنها نباشد و بسیار کمتر باشد اما به حدی که صدق مال بر آن بشود و " ما یتمول " گویند. که قدری از زر خالص از آن طرف خالص، در برابر این طرف مغشوش، باشد، و زاید بر آن [ در برابر ] مس یا سرب باشد، صحیح است معامله. و ربا حاصل نمی شود. و همچنین است کلام، هر گاه مقدار خالص که در آن مغشوش است، معلوم نباشد، ولیکن زر مغشوش و زر خالص به يك وزن و يك 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 " واگر مراد این است که به پول... ". لیکن در نسخه: که اگر مراد ...

---

#### [ ۲۴۴ ]

است. زیرا که در اینجا هم در طرف زر خالص به قدر آنچه در طرف مغشوش است، [ هست ] و زیادتی هم دارد که در برابر آن خلیط باشد، هر چند مقدار آن معلوم نباشد، و همین قدر از برای خلاص از ربا، کافی است. و هر گاه متمائلان که از يك جنس‌اند، 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 متمائلین چنانکه موجب [ عدم ] تحقق ربا می شود، [ همین طور است ] هر گاه در هر دو طرف باشد. به جهت آنکه ۱ خالص احد طرفین را، در برابر خلیط آن طرف قرار می‌دهیم و خلیط آن طرف را در برابر خالص این طرف. (همچنانکه هر گاه خلیط در يك طرف باشد و معلوم باشد زیادتی خالص آن طرف خالص، بر خالص مغشوش، به قدری که توان قیمت خلیط این طرف کرد. چنانکه گذشت). و این خلیط داخل " ضمیمه "

است که از جمله حیل ربا است. و در حدیث صحیح وارد شده است، که جایز است فروختن دو هزار درهم به یک هزار درهم به ضمیمه دیناری. که هزار در برابر هزار است، و هزار دیگر در برابر دینار ۲. و پیش دانستی که جهالت مقدار در پول‌های رایج ضرر ندارد. پس اشکالی که در اینجا متصور است، همان ربا است و آن مندرفع می شود به تراضی آنها بر اینکه خلیط یک طرف قیمت صافی آن طرف باشد. و صافی آن طرف قیمت خلیط این طرف. پس معامله مثلین با تفاضل نشده ۲ 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 ۳. 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 وسیله ضمیمه در چنین مواردی است بشرط عدم قصد ربا واقعا نه در ضمیمه کردن یک قوطی کبریت به یک هزار تومان در مقابل دو هزار تومان. یعنی ضمیمه فقط مماثلت را توجیه می کند. نه ربا گرفتن را. رجوع کنید به مسئله شماره ۶

---

#### [ ۲۴۵ ]

حدیث صحیح شده به اینکه " نعم الفرار من الحرام الی الحلال ". و بدان که : آنچه مذکور شد، نظر به ملاحظه تحقق ربا و عدم تحقق آن است. و لکن باید مراعات قبض مجلس در همه جا شود. چون معامله طلا و نقره، بیع آنها صحیح نیست الا به قبض مجلس. بلی، اگر به عنوان مصالحه باشد دلیلی بر اشتراط قبض مجلس [ وجود ] ندارد. و در طلا و نقره فرقی ما بین مسکوک [ و غیر مسکوک ] نیست. و لکن باید صدق عرفی طلا و نقره متحقق باشد. و مجرد وجود طلای مخلوط مستهک در غیر، کافی نیست. و از این جهت است که گفته اند که هر گاه مس یا سرب را بفروشد و در آنها قلیلی از طلا یا نقره باشد، می توان به طلا و نقره فروخت. هر چند معلوم نباشد زیادتی آن طلا و نقره که به قیمت میدهند، بر آن مقدار قلیلی که در اینها هست. چون حکم تابع اسم است. و آن قلیلی از طلا و نقره که در آنها است، مستهک است و مقصود بالذات نیست در بیع. و ظاهرا خلافی هم در آن نیست و اخبار معتبره هم دلالت می کند. و از این باب است فروختن خانه که در سقف یا دیوار آن طلا یا نقره مالیده باشند. که اگر آنها را بکنی هم، چیزی عاید نمی شود، به طلا یا نقره. زیرا که در آنجا هم نمی گویند که طلا فروخت.

**۱۵۴- سوال:** زید از عمرو ده درهم طلب دارد، که در انقضای مدت یک ماه بدهد. میآید در نزد عمرو و می گوید: مصالحه کردم ده درهم را با تو به یک دینار که در ذمه تو باشد در سر موعده مذکور بدهی. -

(؟) و آیا جایز است که زید عمرو را وکیل کند که: ده درهمی که از تو میخوام، تو وکیل از جانب من، که آن را بفروشی به يك دينار و در ذمه تو باشد، تا راس موعده که بدهی. -؟  
**جواب:** اما مصالحه 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 صحيح، فی

### [ ٢٤٦ ]

غير الكافى. وفى الكافى فيه " سهل " و هو ايضا سهل. فالحديث اما موثق باسحق، او صحيح - قال: قلت لابی عبد الله (ع): تكون للرجل عندى الدراهم الوضخ. فيلقانى فيقول لى: كيف سعر الوضخ 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، فأتیه 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، فأتیه 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 الروایات مخصصة لقاعدة اشتراط القبض فى بيع الصرف. و خالفهم ابن ادریس فحكم بالطلاق. و لكن المشهور اختلفوا فى تنزيل الاخبار. فجماعة منهم عبروا بما هو ظاهر

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٤٦٣، ابواب الصرف، الباب ٤ ج ١، الكافى: فروع: ج ١ ص ٣٩٩، الفقيه: ج ٢ ص ٩٥، تهذيب: ج ٢ ص ١٤٦. ٢: الوسائل: الباب المذكور: ج ٢. الكافى: فروع: ج ١ ص ١٠٠. و تمام الحديث: سئلت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يكون لى عنده دراهم، فأتیه فاقول: حولها دنانير. من غير ان اقبض شيئا. قال: لا باس، قلت: يكون لى عنده دنانير، فأتیه فاقول: حولها دراهم و... ٣: التهذيب: ج ٢ ص ١٤٦

### [ ٢٤٧ ]



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 الدراهم بالدنانير و يكون الدنانير عندك حتى أخذها " 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 وکيلى فى بيع مالى عندك من الدراهم بالدنيا نير و يكون الدنانير عندك " حتى يوافق قاعدة البيع .

**١٥٥- سوال:** شخصى باغى خريده. و ميخواهد در آن خانه بسازد. و الحال كه زمين را حفر مى كند براى بناى خانه، آثار قبل از آن ظاهر مى شود. و آن زمين هم نزديك به قبرستان است. و آن قبرها كه ظاهر مى شود رو به قبله نيست. و در تحت آن قبرها علامت نهر آب و سنگ بند و آجر و امثال آن ظاهر مى شود. آیا اين زمين محكوم به وقفيت مى شود يا نه؟ -٢. و بر فرض عدم، سنگ و آجرها مال كى است؟ و استخوانها كه ظاهر مى شود چه بايد كرد؟.

**جواب:** ظهور اثر قبر بطلان ملكيت نمى شود. و آن بيع صحيح است. و بناى خانه و مسكن در آن جايز است. خصوصا هر گاه قبور رو به قبله نيست. و اما سنگ و آجر كه در آن زمين ظاهر مى شود، پس هر گاه بايع و 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، مى شود. و هر گاه اينها معلوم نباشد آنها مال بايع است. و به هر حال، هر گاه در ضمن عقد شرط دخول آنها در مبيع شده باشد، اشكال نيست. و استخوانها كه از امثال اين قبور پيدا مى شود، هر چند لزوم احترام آنها معلوم نيست لكن احوط و اولى اين است كه در همان جاى خود دفن كنند .

---

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 ...

---

[ ٢٤٨ ]

**١٥٦- سوال:** هر گاه شخصى متاعى بفروشد به يك تومان، به وعده يك ماه، و در حين بيع اشرفى را به يك تومان بر ميداشتند. و روپيه هم يکى هزار دينار بوده، كه يك دانه اشرفى يك تومان بوده، و ده عدد روپيه هم يك تومان بوده. و در انقضای بوعده روپيه ترقى کرده مثلا نه دانه آن را به يك تومان بر میدارند. بايع الحال مى تواند مطالبه ده عدد روپيه را بکند؟ يا اختيار با مشتري است كه يك دانه اشرفى را بدهد -٢؟.

**جواب:** بدان که هر گاه ثمن نقد را مطلق بگویند - مثلاً بگویند " یک تومان " و نگویند " یک تومان پول اشرفی " یا رویه یا غیر آن - منصرف می شود به آنچه در بلد مباحثه، آن را " یک تومان " می گویند. پس اگر اطلاق به یک چیز می کنند و تعددی در عرف نیست، همان متعین است. و هر گاه عرف بلد و اطلاق بلد متعدد باشد، پس اگر احدی از آنها غالب است بر دیگری باز حمل بر غالب می شود زیرا که غلبه به منزله قرینه است بر احد معانی 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 یک تومان قروش و یک تومان رویه، هر گاه تفاوت در رواج داشته باشد. و اما هر گاه در این امور مساوی باشند (مثل یک تومان رویه به سکهء فلان، یا یک تومان رویه به سکهء بهمان، هر گاه در وزن و قیمت و مالیت در حین بیع مساوی باشند) پس هر گاه در مرغوب بودن هم مساوی باشند. پس صحیح است بیع، و مشتری مختار است. و اما هر گاه در مرغوبیت مختلف باشند، پس اظهر این است که باز فاسد باشد. به جهت لزوم غرر و تطرق نزاع و دعوی و اما هر گاه عرف متعدد باشد، و تفاوت هم در قدر و قیمت مالیت باشد، پس آن معامله باطل است. چون مستلزم غرر و جهالت است نیز.

---

#### [ ۲۴۹ ]

و بدان که: در صورت تعدد و غلبهء احد استعمالات، یا این است که آن غالب بالاستعمال " موضوع له حقیقی " آن لفظ هم هست، یا نه. پس اگر هست، پس آن مقدم است جزماً بر افراد دیگر که نادرند. و اگر موضوع له حقیقی نیست و لکن استعمال در آن بیشتر می شود، پس آیا حمل باید کرد مطلق را بر معنی حقیقی یا بر آن معنی که حقیقی نیست و استعمال در آن بیشتر است (؟-؟). در این همان خلاف است که هر گاه امر دایر شود ما بین حقیقت و مجاز مشهور، کدام مقدم است (؟-؟). از مسالك ظاهر می شود میل به آخری. و دور نیست که قائل به تساقط احد احتمالیین شویم. پس به منزلهء متساویین می شود. یعنی [ مانند ] دو استعمال مساوی که غلبه در هیچیک نباشد، و حکم آن، پیش گذشت. و مثل کلام در " تومان " است کلام در مثل " قروش رومی " و " قروش عجمی " و مثل " اشرفی محبوبی مصری " و اسلامبولی " و مثل " اشرفی پنجهزاری آقا محمد خانی " و فتحعلی شاهی " و مثل " عباسی علی شاهی " و " کریم خانی ". پس باید معیار را در تعیین نقد، جهالت و غرر، قرار داد و لزوم تشاجر و نزاع. و هر جا این باشد، فاسد است. هر گاه این را دانستی، بدان که: در صورت سؤال، اطلاق یک تومان و عدم تعیین اشرفی و رویه، 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- سوال:** هر گاه کسی در جنب خانه حصارى دارد، که ناودان پشت بام آن و برف انداز آن در آن حصار باشد و آن حصار را بفروشد به غیر، بدون شرطی و قیدی. آیا مشتری حصار، می تواند مالک را منع کند از جریان آب و انداختن برف در آن حصار یا نه؟-

**جواب:** ظاهر این است که نمی تواند مانع شد. به جهت آنکه ظاهر حال این است که زمین حصار را بدون این منفعت فروخته. یعنی گویا استثنا کرده است این منفعت را. چنانکه عرف و عادت دلالت بر آن دارد.

---

### [ ۲۵۰ ]

کسی نگوید که: بیع متعلق به اعیان می شود. و منافع تابع اعیان است. پس انتقال عین مستلزم انتقال جمیع منافع است. به جهت اینکه: عین را حالات و حیثیات و صفات می باشد. و در اینجا نقل عین حصار موصوف به اینکه مجرای میزاب و مطرح ثلوج خانهء دیگر باشد، می کنند به غیر، نه مطلقاً. و امثلهء انفکاک منافع از عین بسیار است. مثلاً هر گاه کسی غلامی دارد و وصیت می کند که عین او از زید باشد و خدمت منافع او مادام الحیوة از عمرو. صحیح است. و ثمره در جواز عتق در کفارات ظاهر می شود. پس هر گاه صاحب عین او را آزاد کند، آزاد می شود لکن باید مادام الحیوة خدمت آن دیگری را بکند. و دیگری آنکه: هر گاه کسی صلح کند مجرای باران و مطرح برف را با دیگری. صلح صحیح است علی الاقوی. و مستحق آن حق می شود. پس اگر بعد از آن مالک آن زمین که باران و برف بر آن میریزد، آن را بفروشد به غیر، حق، سابق بر جا است. و مشتری نمی تواند او را منع کند. پس معلوم می شود که انفکاک عین و منفعت در ملک، ممکن است. و از فروع این مسئله است که کسی خانه [ ای ] را بفروشد به غیر، که معبر خانهء دیگر او منحصر باشد در وسط همین خانه. که نمی تواند مانع شد از عبور. بلی، هر گاه مشتری جاهل بوده است به این معنیها، ظاهر این است که این عیب است. و خیار عیب از برای او ثابت است. که خواهد فسخ می کند. و خواهد ارش میگیرد. و همچنین اگر آن حصار را به وصف خریده بود بدون رؤیت، و بعد از رؤیت خلاف آن ظاهر شود، مسلط بر فسخ هست. و همچنین هر گاه به این سبب در قیمت تفاوت فاحشی باشد. دعوی غبن می تواند کرد. و اجتماع خیارات از جهات متعدده، ممکن است.

**۱۵۸- سوال:** اذا باع ضیعة بشرط خيار الفسخ حين رد مثل الثمن فى زمن الخيار، ولم یمكنه الرد. و صار البیع لازماً. ثم ظهر للمشتري الغبن فى المبیع، و رده الى البایع و

اخذ الثمن. فلو فرض ان المشتري أجرها في المدة المشترطة بالبايع، فهل له المطالبة بالاجرة، ام لا؟ - ؟.

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

**۱۵۹- سوال:** هر گاه زید جزء مشاعی از ملک، به عمرو بفروشد. و شرط کند در ضمن عقد که مشتری ملک [ را ] مغرور 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- سوال:** زید ملک می فروشد. به عمرو، و صیغه میخواند، و قباله مینویسد. و نگاه میدارد که عمرو، قیمت را بیاورد و بگیرد. عمرو قیمت را نمیرد تا مدت يك سال، و زید همان ملک را به بكر می فروشد. 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 می شود، در فسخ. و مطالبه بایع ثمن را بعد از سه روز، یا آوردن مشتری ثمن را، هیچکدام منشاء سقوط خیار نمی شود. و شرط است در این حکم که مبیع، عین باشد نه چیزی که در ذمه باشد. پس در این مسئله چند شرط است: اول: اینکه مبیع عین باشد. دوم: اینکه هیچیک از بایع و مشتری قبض ثمن و مثنم بتمامه، نکنند. و سوم: اینکه شرط تاخیر تسلیم از هیچیک از طرفین نشده باشد. و هر گاه یکی از این شروط مفقود باشد، بیع بر لزوم باقی است. و اظهر این است که تلف مبیع در ظرف سه روز از مال بایع است. علی الاظهر. و بدان که: شیخ قولی دارد به اینکه در هر جا که متعذر شود از برای بایع اخذ

ثمن، مسلط بر فسخ هست. به جهت دفع ضرر. و اقوی این است که در غیر صورت مذکوره، بیع بر لزوم خود باقی است. و دفع ضرر به این می شود که تقاص حق خود را از مبیع بکند. و [ تقاص ] منحصر در فسخ نیست. و هر گاه تقاص آن ممکن نشود، فسخ هم 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 می شود. و لکن تصریحی به این، در کلام فقها در نظر 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 بنا بر 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 می کند که قید " بنا بر قول بعضی علما " تنها به دو مورد اخیر یعنی وصیت و تدبیر، مربوط شود. ۳: ظاهراً مراد از " آنها " صغار و صغیرها، باشد و لذا استثنائات را در میان دو هلال قرار دادیم. لیکن ممکن است مراد از آن، همان استثنائات، باشد. و نیز ممکن است تنها وصیت و تدبیر باشد

---

### [ ۲۵۲ ]

است. و اما آنچه بعضی علما استدلال کرده اند به آن، بر جواز در اشیاء کم قیمت (مثل نان و تخم و گردو و امثال آنها) به اینکه در جمیع اعصار و امصار، متداول بوده که اطفال متوجه [ این ] معاملات بوده اند، و علما انکار نکرده اند، پس صحت آن اجماعی خواهد بود. پس آن ضعیف است. به جهت آنکه بر فرض اینکه ثابت باشد که در هر زمانی همین اشیائی که در همین زمان میفروشند، متعارف بوده و علما منع نمی کرده اند. این بیش از اباحهء تصرف را نمیرساند. و اما اینکه به عنوان بیع بوده، پس آن معلوم نیست. پس تحقیق این است که ظاهراً اباحهء تصرف است در امثال این امور. به جهت ظهور تداول در اعصار. و " اصل عدم تغییر "، خصوصاً در اموری که می توان جزم کرد که در همه اعصار چنین بوده. خلاصه: اصل برائت و [ اصل ] اباحه دلیلی است قوی، و ادلهء منع منصرف به آنها نمی شود. خصوصاً اینکه شاهد حال مسلمین، این است که رضایند به تصرف در امر ایشان بر این نهج هر گاه مال از غیر

صغیر باشد. و همچنین اولیا رضیاند 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، اباحه آن است، هر گاه مساوی آن را به صغیر بدهد. و همچنین دانیم که ما در صغیر از مال خود، یا مال صغیر، به او داده است که چیزی بخرد، جایز است بیع با او. و هر چند که ندانیم که ما در، قیم شرعی اوست. چون فعل مسلم محمول بر صحت است. و حمل میکنیم بر اینکه حاکم شرع مادر را قیم او کرده، یا عدول مؤمنین (بر فرض عدم تمکن از حاکم). اما اگر دانیم که آن مال از خود صغیر است. و غیر ولی شرعی به او داده، و بر غیر جهت 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 .

#### [ ۲۵۴ ]

بلی، در بعضی صور می توان قائل شد به جواز تصرف بر سیبیل بیع، مثل آن جائی که بیع به اطلاع ولی باشد و صغیر به منزله آلت باشد، و اعتماد بر همان حضور ولی یا اطلاع او باشد، ولکن این سخن در وقتی خوب است، که معاطات را بیع دانیم و ید صغیر را به منزله ید ولی شرعی دانیم. و اما با اشتراط صیغه (چنانچه مشهور است)، پس این تمام نیست. چون عبرت به کلمات صغیر نیست. و به هر حال، اعتماد بر همان مجرد اباحه است. و دلیل صحت بیع، در اینجا تمام نیست. پس ثمرات منع (مثل لزوم به مجرد تفارق مجلس، و لزوم شرایط ضمن عقد و امثال آن) در اینجا جاری نیست.

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

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

**۱۶۳- سوال:** هل - يجوز بیع الجواهر الکبار المنصوبة علی الحلی (مثل التاج والدملج 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، تمسکا ببعض عبارات الفقهاء الموهمة لكونها من الامور المعتبرة فيها الوزن. مثل ما

ذكره فى التذكرة فى مباحث السلف حيث قال: ولو افضى الاطناب الى عزة الوجود كاللئالى الكبار و الزبرجد و المرجان، التى يفتقر الى الحجم و الوزن و الشكل

---

### [ ٢٥٥ ]

والصفا، لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الاوصاف، و اجتماعها نادر جدا .فيكون بمنزلة السلف فى فى ما يتعذر حصوله فى الاجل. و اما اللئالى الصغار، التى يعم وجودها و يمكن ضبطها بالوزن و الكيل، و ضبط اوصافها التى تختلف القيمة باختلافها. فانه يصح السلم فيها، على الاقوى. و فى القواعد: فلو افضى الاطناب الى عزة الوجود، كاللئالى الكبار، التى يفتقر التعرض فيها للحجم و الشكل و الوزن و الضبط، و اليواقيت و الجارية الحسناء مع ولدها، الى ما اشبهه، لم يصح. - الى ان قال - والا قرب جوازه فى اللئالى الصغار مع ضبط وزنها و وصفها لكثرتها انتهى. و بان ثقات اهل الخبرة يحكمون بان طريقة مبايعة الجواهر الكبار، مراعات الوزن، حتى انهم وصغوا لذلك ميزانا يفصح عن جزء من الف و اربعمائة و ثمانية اجزاء من المنقال الصيرفى. و يعاملون فيها بالوزن.

**جواب:** الظاهر جواز بيع الجواهر الكبار مع المشاهدة. بل الوصف الرافع للجهالة. لان دليل اشتراط المعلوماتية فى العوضين، هو الاجماع المنقول و لزوم الغرر. و انما اشترطوا فى المكيل و الموزون، الكيل و الوزن (و مثلها المعدود و المزروع) بدليل خاص فلا يجوز فيها بدون الكيل و الوزن و العدو الزرع. و المخالف فى الصبرة هو ابن الجنيدي. ربما نقل عن غيره كفاية المشاهدة فى غيرها ايضا. و كيف كان، فالأقوى و الاشهر اعتبار الكيل و الوزن و العدو و الزرع، فى ما كان من هذا الباب. و يدل عليه الاخبار الكثيرة. انما الاشكال، فى ان الجواهر الكبار، هل هى مما يعتبر فيها الوزن ام لا (؟ - ؟) و لم نقف على دليل يدل على اعتبارهما، فيها. و لا تصريح من فقيه. ولا دلالة فى عبارة التذكرة و القواعد على كونها من هذا الباب. ولا فيهما نقل من اهل الخبرة من اعتبار هم الوزن فيها. و تحقيق المقام ان لفظ " المكيل " و " الموزون " فى الاخبار و كلام العلماء فى مسئلة لزوم تعيين المبيع فى مسئلة الرباء و السلم و غيرها، معناه ما يتوقف تعيين المبيع عليه، و تحقيق فى مقداره بعد تعيين اصل المبيع و ماهيته و قيمته . فمرادهم ان اهل العرف اذا

---

### [ ٢٥٦ ]

اصطلحوا فى بيع الحنطة (مثلا) على ان يكون قيمة كل قدر (يملاء كيلا معيناً، اوبوارى صنجة ١ معروفة) درهما، فاذا ارادوا بيع ما يساوى ذلك بالمبلغ المذكور، لابد ان يشخصوه بالكيل و الصنجة 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 الكبيرة) فلا يساوى تومانا. مثلا اذا كان قطعة كبيرة من الياقوت، بمقدار خمسة مثاقيل، يكون قيمته الفا، و اذا كسر و جرى 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 وزنا، اقل قيمة من الوسع الذى هو اخف. نعم، قد ينفع فيه زيادة الوزن ايضا، كما لو اتفق ذلك مع الوسع. و لانه ربما يتفق كسر الجواهر بحيث لا يصلح الا لا جل الدواء، او المنافع الاخر، الغير المهمه، فح، ينفع اعتبار الثقل ايضا. فظهر من ذلك ما 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 " سينيکه: سينيجه ". و بزعمى انها معرب " گنج " لان ضبطه بفتح السين او الصاد، كما فى اقرب الموارد. و فيها ايضا: الصنوج. ما يجعل فى اطار الدف من الهنات المدورة. و الصنج: صحيفة مدورة من الصفر يضرب بها على اخرى مثلها

---

### [ ٢٥٧ ]

ذكره 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، فنلتزمه ١، كما نلتزم مثله فى الحنطة والسمن، ايضا. و يويد ما ذكرنا، انهم ذكروا فى تعريف المثلى، تفسيرات متعددة، منها " انه ما يكون مكيلا او موزونا ". و منها " انه ما يكون اجزائه متساوية فى الحقيقة النوعية مع كونه مما يجوز فيه السلم ". فملاحظة هذين التفسيرين، مع قولهم بعدم جواز السلف فى الجواهر ٢ الكبار، شاهد قوى على ان مراد هم من الوزن



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 يا قوتة وزنه عشرة مثاقيل بمبلغ كذا " لا يتم الا بالوزن و هو مستلزم للوزن. ولكنه لا يلزم من ذلك عدم جواز شراء مثل هذا الياقوت بالمشاهدة بدون الوزن. و المعهود فى مسئلة المكيل و الموزون، و اشتراط الكيل والوزن فى صحته، هو ملاحظة نسبة الثمن الى الزنات بعنوان " الكلى ٣ الافرادى " لا بشرط الاجتماع و لا بشرط الافتراق. و لا بشرط الوحدة و لا 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، كالصفاة والسعة، لا لانه شرط فى صحة البيع من حيث انه وزن للمبيع .

---

١: و فى النسخة: فتلتزمه. ٢ و ٣: و فى النسخة: فى جواهر الكبار. و كذا: الكل الافرادى

---

#### [ ٢٥٨ ]

و لذلك لم يذكروا الجواهر فى مسئلة اشتراط الكيل والوزن فى المكيل والموزون. و ذكروه فى السلم. و لم يقل احدهم (فى ما اعلم) ان الجواهر الكبار مثلى، بل انما هو قيمى. فعلم من جميع ذلك، ان اشتراط الكيل والوزن فى صحة البيع، انما هو لكون الثمن موزعا على الزنات والا كيال، لا على ما كان الثمن فى مقابل مجموع الزنات. فلا دليل على ١ 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: ففيه انه قد يكون فى ما يحصل التفاوت فيه، فى تشخيص الجواهر باعتبار الوزن، لا مطلقا. والمعتبر فى المكيل والموزون جعل الكيل والوزن معيار القيمة فى الجنس. فان قلت: اذا كان المعيار فى معرفة القيمة بالوزن، و دفع الجهالة انما يحصل به، فلا فرق بين احتياج الشخص والجنس. قلت: مقصودنا ان قولهم " لابد فى المكيل والموزون، من الكيل والوزن "، و كذا الاخبار الدالة عليه، انما ينصرف الى ما كان المعيار فى تحديد القيمة، [ و ] هو الكيل والوزن بالنسبة الى الجنس، او الشخص باعتبار جنسه. لا الى الشخص من حيث هو شخص. فاذا فرض رفع الضرر بالمشاهدة والتوصيف فى الشخص، فلا يحتاج الى الكيل والوزن. بخلاف المكيل والموزون الذى اعتبر فيها ملاحظة الجنس. فانه لا 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 .

١: و فى النسخة: مع. ٢: و فى النسخة: محدود است

### [ ٢٥٩ ]

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 الخبرة 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. و اما نفس الذهب والفضة المنصوبة عليها، فهى من الامور الموزونة. و التخلص من الاشكال فيها، بالمصالحة. هذا الكلام فى الجواهر الكبار. و اما الصغار: فالظاهر الاقوى 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 العمرو، و خوفه على التقايل، و اخذ منه الملك. فقال عمرو، فى اللفظ " فسخت "، بلا عقد من القلب. و قال له بعض الطلبة " ان الزكوة انما تعلقت بذمتك ولا ينفع الفسخ ". و لذلك لم يفسخ عمرو، بالنسبة الى الزكوة خاصة. فما يجب على عمرو؟ و ما حكم الملك؟ و هل ينفع الفسخ ح فى اسقاط الزكوة من ذمته؟ و الذى 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

١: و فى النسخة: بنفسها

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 غصب زيد و فسخه يكفى فى ابطال التوكيل والوصية. فعمره، انما يشتغل ذمته بنفس الثمن المسمى فى العقد. والملك مال مغصوب فى يد زيد. والقيمة فى ذمة العمره، و لكن يمكنه الحبس لا جل التمانع فى تسليم المبيع، ان لم يسلمه، اولا جل ان زيدا اعرض عنه باعتقاده ان فسخه وحده يفيد الانفاساخ. و لكن اعراضه ليس بمعنى الاعراض المفيد لسلب الملك، بل بمعنى تسليطه عليه. كما لو اشترى مالا مغصوبا مع علمه بالغصب، بثمن. فلا يجوز له استرداد الثمن، و ان اخذ عنه المال على المشهور، مطلقا، و فى ما لو تلف، على الاقوى. و اما حبسه ١ من جهة التقاص: فلا يصح. لان التقاص فى العين الموجودة، انما هو باخذه ان امكن بلا مفسدة، و لا وجه لاخذ البدل مثلا او قيمة، نعم لو تعذر رد العين للغاصب، فيجب عليه رد البدل مثلا او قيمة، و هو المسئلة المشهورة فى كتبهم حيث قالوا: ان البدل يصير ملكا محضا للمغصوب منه، بلا خلاف. و العين المغصوبة ايضا باق فى ملك المغصوب منه، بلا خلاف بينهم ظاهرا. فاذا تمكن الغاصب من العين بعد التعذر، فقالوا انه لو كان اعطى البدل على وجه المعاوضة، فيسقط حق المغصوب منه، عنها، بعد المعاوضة عينا و منفعة. و الكلام فى اجرة ما قبل المعاوضة. و الاقوى فيه الرجوع ان لم يسقطها فى المعاوضة. و ان لم يعطها على وجه المعاوضة، فيتردان، حتى انه يجبر المغصوب منه، على رد البدل، على الاظهر. و قيل لا يجيز، اخذا للغاصب على اشق الاحوال، فلا ٢ يجبر على رد شىء اصلا، و هو بعيد، ولا دليل على اخذ الغاصب على اشق الاحوال، و لا يمكن توجيه عدم الاجبار،

---

١: و فى النسخة: و اما غصبه. 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

بانه يجوز له رد المثل، او البدل، مما اخذه بدلا (كما ذكره بعض الشافعية). و استشكل عليهم فى المسالك بلزوم الجمع بين العوض والمعوض. فقال: لا بد اما من القول بتزلزل الملكين الى زمان التمكن من العين فيتردان (يعنى ان ملكية الغاصب للعين المغصوبة و ملكية المالك البدل كلاهما متزلزل الى ظهور العين) او ان تملك المالك للبدل موقوف على الياس من العين المغصوبة، و ان جاز له التصرفات فيه. و انت خبير بان مخالفة الاصحاب مشكل. و يمكن دفع الاشكال بان اخذ البدل ح، انما كان لا جل حيلولة الغاصب بينه و بين عين ماله. فلا مانع من ان يكون ذلك نوعا من التملك، و حاصله ان للمالك التصرف فى

البدل حتى بالاتلاف، و البيع و غير ذلك. و ذلك مراعاة الى حين ظهور العين المغصوبة: فان ظهر العين و  
البدل باق، فللغاصب استرداد ماله، اذا كان باقيا. بخلاف ما لو اتلفه. و بالجمللة: لا ريب فى بقاء العين  
المغصوبة فى ملك المالك الى ان يتحقق البدل بعنوان المعاوضة، فح، يرتفع ملكيته عنه. و اما ملكية  
البدل للمالك فهو ثابت، سواء حصل المعاوضة، ام لا. ولكنه مراعاة بعدم ظهور العين المغصوبة مع بقاء عين  
البدل فى يد المالك، و بعد الظهور فيترادان. ولو تركا التراد فيمحض ذلك لا يحصل الملك الجديد. بل يحتاج  
الى عقد جديد. والذي ذكرنا (ان البدل انما يصير ملكا له، على وجه الحيلولة لا العوض) هو الظاهر من  
التذكرة و غيره. و لا ينافى ذلك اعتبار المثل و القيمة، بان يقال انه مناسب للعوض، 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 واحتاج اليه. و يندفع ضرر [ ه  
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

#### [ ٢٦٢ ]

فى شرائه. ولو كان متزلزلا مطلقا، لم يرغب فيه احد، فيتضرر المغصوب منه. و اما ضرر الغاصب فلا  
يلتفت اليه. اذ هو صار بنفسه سببا للضرر على نفسه، والسبب هنا اقوى من المباشر. واعلم: ان ظاهر  
كلامهم فى هذه المسئلة، فى صورة تعذر رد العين المغصوبة على الغاصب. اما لو حبسه الغاصب و  
اخفى على المالك و ادعى التعذر، فالظاهر ان حكمه غير ما نحن فيه. و الاشكال فيه اقل. فانه سلب  
المغصوب منه ح، على البدل. فلا حرج عليه بوجه. و يصير من باب من اشترى مال الغير مع علمه بذلك.  
فلا شئى عليه لو اتلفه. بل ظاهر المشهور عدم جواز الرجوع مع بقاءه ايضا، و ان كان الاقوى خلافه.  
والتفصيل الى هذا الكلام فى المسئلة المعارضة فى البين ١. فنرجع 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 شئىء 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 شئىء ليبيعه و ياخذ حقه منه عما فى ذمته. والمفروض انه ليس فى ذمة المقاص منه، شئىء

بل انما الموجود عنده هو العين .ولا يتعلق شيىء بذمة الغاصب مادام العين باقيا. ولا دليل على انتقال العين الى البدل، الا مع عدم العين، او ما هو بمنزلة العدم فى نفس الامر عند المغصوب منه. و على فرض اسقاط المغصوب منه، للقيمة عن ذمته فبم يرجع الغاصب اذا تمكن المغصوب منه من العين. فالرجوع الى العين مع [ عدم ]

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

### [ 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.

**١٦٥- سوال:** هر گاه كسى معاملهء لازمه (مثل بيع يا صلح) كرده باشد. و در ضمن عقد، شرط خيار فسخ در مدت معينه به جهت احدهما شده باشد. و بينهء عادلش شهادت بدهند كه در عرض مدت مذكوره، صاحب خيار گفته است كه من آن معامله را فسخ كردم. آيا اين قول موجب فسخ است يا نه؟ - ؟.

**جواب:** هر گاه عبارت " فسخ كردم " به قرنيهء مقام معلوم شود كه انشاى فسخ است، و بينه هم بر اين معنى شهادت بدهند. اشكالى ندارد، و فسخ ثابت است. و هر گاه شهادت بدهند به لفظ خبر، يعنى آن شخص خبر داده است كه فسخ كرده ام، و بينه اين اخبار و اقرار را شهادت ميدهند، ظاهر اين است كه اين نيز شهادت بر فسخ هست. و همين قدر كافى است در فسخ. به اعتبار آنكه اخبار از آن با وجود استلزام حصول آن در خارج بقاى آن را، بالفعل دلالت دارد بر اخبار او از حال، به اين معنى كه الحال مال سابق من، مال من است. نظير اين است رجوع در طلاق. چنانكه اتفاق علما است كه اگر زوج در حال عده انكار طلاق بكنند، مى گویند اين رجوع است، و اين نيست الا به جهت اينكه انكار طلاق مستلزم اقرار به زوجيت است. و همچنين احاديثى كه دلالت دارد بر اينكه در حين رجوع شاهد نگرفته باشد بعد از آنكه به خاطرش آيد، شاهد بگيرد، و ظاهر اين اخبار اين است كه در نزد شهود اقرار كند كه من رجوع كرده ام. هر چند به عنوان اخبار از گذشته باشد. و مطلقا دلالتى بر اين ندارند كه ثانيا انشاى رجوع بكنند. و ايضا: هر گاه شهود ميپيوند كه شخصى با زن مطلقهء خود ملاعبه مى كند به قصد اينكه زن اوست، نه به نيت حرام، و لكن معلوم ايشان نباشد كه انشاى رجوع، قبل از اين شده

و این مترتب بر آن است، یا همین اول انشاء است. کافی است در شهادت. پس معلوم شد که علم شهود به حصول ثمری که مترتب باشد بر انشاء از آن شخص، کافی است و باعث علم به حصول نفس انشاء است. گو انشاء به همین ثمر حاصل شده باشد. و همچنین است کلام در فسخ، پس شهادت شهود به عنوان قطع بر اینکه صاحب خیار مطالبهء " مصالحه نامچه " میکرده، و از حال او میفهمند که او الحال هنوز در بین مدت خیار است، ملك را از خود میداند به سبب فسخی که کرده، پس بالفعل علم از برای آنها به حصول انشاء حاصل می شود.

**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 نمی کنند. چنانکه جمعی از اصحاب ذکر کرده‌اند بدون نقل خلافی. و دلالت می کند بر آن حدیث صحیح از محمد بن مسلم " عن احدهما - ع - قال: سئلته عن الورق يوجد في الدار. فقال: ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها، و ان كانت خربة فانت احق بما وجدت " ۱. و صحیحهء دیگر [ او ] " عن ابي 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، فالذي وجد المال احق به. " ۲. و هر چند در آن دو حدیث حکم شده که به صاحب آن زمین بدهند، بدون اینکه تعریف کند از برای او بعد از ادعای او ملکیت را. و لکن ظاهرا خلافی ندارد. چنانکه از بعضی اصحاب ظاهر می شود. و موید آن است موثقهء اسحاق بن عمار - کالصحیح - " قال: سئل ابا ابراهیم - عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيها نحوًا من سبعين درهما

مدفونة، فلم يزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة. كيف يصنع؟. قال: فاسئل عنها اهل المنزل لعلمهم يعرفونها. قلت: فان لم يعرفوها. قال يتصدق بها " ۱. با حمل تصدق بر استحباب. و همچنین صحیحه حمیری " قال كتبت الى الرجل اسئله عن رجل اشترى جزورا او بقرة للاضحى. فلما ذبحها، وجد في جوفها صرة فيها دراهم، او دنانير، او جوهره، لمن يكون ذلك؟ فوقع: عرفها البايع، فان لم يعرفها،

فالشئی 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. ولكن بعضی گفته‌اند که هر گاه مالك 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 مالك 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. ولكن می توان گفت که آنچه از ادله رسیده که " کمتر از درهم را تعریف ضرور نیست " در غیر صورت مسئله ما است. و بدان که: هر چند صحیح‌های محمد بن مسلم در حکم " ورق " - که نقرهء مسکوک یا اعم از مسکوک باشد - در خصوص " دار " است. ولكن ظاهراً قائل به فرقی در مسئله نیست. و حکم شامل مطلق مال و مطلق ارض است.

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

---

۱: همان مرجع: ح ۳، ۲: همان مرجع: باب ۹، ح ۱

---

### [ ۳۶۱ ]

وراث غایب آن میت، حصه خود را به اجنبی مشاعاً فروخته‌اند. آیا مشتری می تواند (حال که استحضار به هم رسانیده که مفروز شده) قبول نکند؟ - و بگوید من حال می‌خواهم 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 نمی رسد که قبول نکند آنچه مؤمنین حسبنا 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 نمی تواند بر هم زند. چون قسمت عبارت است از تمیز حقوق. و بعد از تمیز حقوق خواه قایل باشیم به لزوم قرعه یا آنکه اکتفا کنیم به تراضی بعد قسمت - چنانکه اظهر است - دیگر احدی را رجوعی به حق دیگری نیست. سوم: اینکه هر گاه غایب بعد قسمت، حصهء خود را مشاعاً فروخته باشد. این بیع صحیح نیست، و اجازهء شریک هم نفعی ندارد، که از باب فضولی باشد. زیرا که نه او مالك نصف مشاع است

نسبت به جمیع مال. و نه شریک او، که اجازه تواند کرد. بلکه هر يك مالك نصف معین‌اند. و مفروض این است که " نصف مشاع در جمیع " را فروخته. و هم نمی توان گفت که در " نصف مشاع در نصف خودش " صحیح است، که ریع 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 می تواند در صورتی که " اما " قید باشد صحیح شود لیکن با سلیقه میرزا (ره) در سر تا سر کتاب، ناسازگار است. ۲: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۱۲، از همین مجلد

---

### [ ۳۶۷ ]

که من به این قسمت راضی نیستم و از نو قسمت میکنم. چهارم: آنکه، بر فرضی که بیع قبل از قسمت واقع شده باشد (و الحال مشتری می گوید که من به آن قسمت راضی نیستم، و مجدداً قسمت میکنم) هم ظاهر این است که قسمت، صحیح است، و نمی تواند این سخن را، گفت. زیرا که تقسیم حاکم یا عدول مومنین، از برای رفع ضرر است از طالب قسمت. غائب هر کس میخواهد بوده باشد. پنجم: اینکه، بر فرض صحت قسمت و صحت بیع، هر گاه مشتری مدعی شود که در کیفیت قسمت غلط شده و تعدیل سهام شده. پس آن محتاج به مرافعه است، و بعد از اثبات غلط به بینة، یا به اقرار. قسمت را بر هم میزنند.

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

**جواب:** استقصاء الكلام فی هذا المرام، لا یسعه المجال. لکن نذکر کثیرا من احکام الفضولی هنا، بقدر الوسع. فلنقدم الكلام فی البیع. و نقول: ان بیع مال الغیر من دون ولاية او وكالة، اما ان یکون مع العلم با نه مال ذلك الغیر، اوبدونه. کمن یبیع ماله الذی اشتری من مسلم، او وصل الیه بمیراث، او هبة، او غیر ذلك. ثم ظهر مستحقا للغیر. و علی الاول، فاما ان یبیعه للغیرنا بة 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 باثا، و یسلمه مشتری، او یرخصه فی الاخذ كذلك. و علی الثانی - ای ما یبیعه لنفسه - فاما ان یبیع لنفسه غصبا من دون قصد ان ینقله من المالك الی نفسه. او یبیعه و یذهب بشرطه لیتم البیع لنفسه. و علی الاول فهو غصب. فاما ان ینتقل بعد ذلك الیه بوجه من الوجوه الشرعیة، اولا و علی الاول - ای ما ینتقل الیه بعد ذلك - فاما ان یجیز ثانیاً، ام لا. و سیجی الكلام فی



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 لا بد 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 جاز 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 استدل جماعة بفحوى ما دل عليه فى النكاح، لان الامر فيه اشد، و يدل عليه ايضا رواية عروة بن جعد البارقي، 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 "، العقود الموثقة. و لا ريب انه بالاجازة يصير من جملتها. واضطرب كلام القوم فى طريق الاستدلال بالاية فبعضهم جعله الاصل، نظرا الى العموم الا ما خرج بالدليل، و بعضهم جعل العقود توقيفية على ما ورد به الشرع، وحمل العقود على العقود فى زمن الشارع. والظاهر عندى الان، هو الاول، و توضيح ذلك يحتاج الى زيادة بسط اوردها فى الرسالة التى كتبناها فى مسئلة " الطلاق بعوض " فليراجع هناك، ويدل عليه ايضا ما رواه المشايخ الثلاثة فى بيع الوليدة واجازة سيدها، وفى متنها اختلافات 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 .

فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذنى. فقال: الحكم ان ياخذ وليدته وابنها. فناشده الذى اشتراها. فقال: له خذ ابنه الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك البيع. فلما اخذه قال ابوه: ارسل ابني، فقال لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه " ١. قوله (ع) " خذ ابنه الذى باعك " الظاهر ان المراد اخذه لاجل اخذ الثمن والغرامة، و ربما نوقش فى الرواية بانها تدل على ان المولى رد البيع اولاً، والقائل بالفضولى لا يقول بالصحة بعد الرد ولا تنفع الاجازة بعد الرد، و يمكن دفعه بانها ليست

بصريحة فى الرد ولا ظاهرة، بل غايته الظهور فى عدم الرضا بالاقباض ومطالبة رد الجارية. فلعله كان مترددا فى الفسخ والامضاء. والتردد لا يستلزم الفسخ، والمعتبر انما هو الفسخ كما سنشير اليه. و حجة المانعين الاصل و الاجماع المنقول، و انه تصرف فى ملك الغير، و انه غير قادر على التسليم. و الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، و الناهية 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 ١٢٨ - الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١، ابواب نكاح العبيد والاماء الباب ٨٨ ح ١. و فى كلامه (ره) محل للكلام من جهات: ١): قال قدسه سره " فى الحسن، لابراهيم بن هاشم " و فيه ما اسلفناه من ان محققى المتأخرين قالوا ان جملة ممن ضعفهم اصحابنا القميين (كسهل بن زياد والبرقى ومحمد بن سنان) كانوا ثقات، مؤمنين، عالمين، وان ابراهيم بن هاشم ثقة عين و ما روى عنه، صحيح، و حكايته كحكاية الصدوق (ره). ٢): قد نقل المصنف (ره) الرواية من " التهذيب ". و السند هناك كذا " بالاسناد - عن على بن الحسن بن فضال، عن سندی بن محمد، و عبد الرحمن؟ بن ابى نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس ". و قال الشيخ فى آخر التهذيب: و ما ذكرته فى هذا الكتاب عن على بن الحسن بن فضال، فقد اخبرنى به احمد بن عبدون - المعروف بابن الحاشر - سمعا منه و اجازة، عن على بن محمد بن الزبير، عن على بن الحسن بن فضال. فليس اسم و لا ذكر و لا اثر من ابراهيم بن هاشم، فى سند هذا الرواية فى التهذيب حتى تكون الرواية " حسنة " لذلك. ٣): متن الحديث فى ما نقله المصنف (ره) اشبه بما فى الفقيه والاستبصار، و يفارق ما فى التهذيب فى بعض الالفاظ. ٢: صحيح الترمذى: باب ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عنده - سنن ابى داود: باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده

#### [ ٢٧٠ ]

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

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

عتق فى ما لا تملك، ولا بيع فى ما لا تملك". مرسلًا. ٢: الوسائل: ج ١٢ ص ٢٥٢، ابواب عقد البيع، الباب ٢ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ١٥٩. - وبعض الفاظ الحديث تختلف فى التهذيب والوسائل وما أورده المصنف هنا. والمتمن فى الوسائل كما يلى: كتب الى ابي محمد الحسن بن على العسكري عليهما السلام: فى رجل له قطاع ارضين - ارض، خ - فيحضره الخروج الى مكة، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه، و عرف حدود القرية الاربعة، فقال للشهود: اشهدوا انى قد بعث فلانا، (يعنى المشتري) جميع القرية التى حد منها كذا، والثانى و الثالث و الرابع. و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين، فهل يصلح للمشتري ذلك - و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها -؟، فوقع (ع): لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك. ٣ : الوسائل: ج ١٢ ص ٣٦٨، ابواب احكام العقود، الباب ٢ ح ٤

### [ ٢٧١ ]

و حاصل الجواب عن جميع ذلك: ان الاصل يخرج عنه بالدليل كما عرفت .والاجماع مقدوح بانحصار القول فى مدعيه و من شذممن تاخر عنه. مع وجود القائل فى من تقدم عليه. و قد نسب المدعى خلافه الى قوم من اصحابنا. و اما التصرف :فمع انه ممنوع بمجرد الصيغة، فغايتها النهى و القول بالحرمة - كما يظهر من بعض الاصحاب - فهو لا يدل على الفساد. و اما الاخبار: فلا دلالة فيها. اذالظهور منها المنع من بيع مال الغير لنفسه عدوانا، بان ياخذ الثمن لنفسه، او [ يحمل ] على ما [ لا ] يقدر على تسليمه، و يحمل بعضها (مثل قوله - ص - و لا بيع الا فى ما يملك) [ على ] المنع من بيع الحر، والخنزير، والخمر. او على نفى اللزوم، لا نفى الصحة. مع ان؟ حرمة بيع ما ليس يملكه لا يدل على فساده مع الاجارة. لان النهى لا يدل على الفساد. و لذلك ذهب الاكثر الى صحة بيع الغاصب بعد اجازة المالك. و ربما حملت على ما اذا باعه ثم ذهب يشتريه، كما فى رواية حكيم بن حزام انه (ص) قال فى جوابه (حين سئله عن بيع مال غيره ثم ذهب يشتريه) لا تبع ما ليس عندك. وهو بعيد، فى مطلق الاخبار، سيما ما رواه اصحابنا. مع ان السنوال 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 - فلايد خل فى ملك صاحب المال. و يتفرع عليه ان البايع اذا اشترى به متاعا، فقد اشترىه لنفسه و يصير ملكا له. فلا يجدى فيه اجازة المالك الاصلى. و عن حواشى الشهيد (ره) على القواعد: انه راي بخط المصنف ان الفرق بين علم المشتري و جهله ان البيع انما يتحقق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيها بالصحيح و يقع فى ملك البايع، فينقل منه الى المالك. اما مع علمه، فلا يقع العقد صحيحا بوجه، فلا يستحق البايع الثمن حتى يستحقه المالك. و اما الجواب بمعارضتها بالاخبار المجوزة لبيع ما ليس عنده المشعرة بعضها بان القول بعدم الجواز مذهب العامة (كما سنشير اليها) ولا كراهة فيه. اذالمراد من تلك

الاجبار انه لا يشترط وجود المبيع حال البيع، كما فى السلف. الا انه يجوز بيع مال الغير المعين المشخص فضولا. مع انها معارضة بمثل صحيحة محمد بن القاسم بن الفضل " عن رجل اشترى من امرئة من آل فلان بعض قطايعهم، و كتب عليه كتابا بانها قد قبضت المال ولم يقبضه. فيعطيهما المال ام يمنعهما؟ 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 اشترها بغم 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 سيجى تمام الكلام. و اما عدم القدرة على التسليم: فيه 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: فيه ان الاستثناء منقطع. و حلية التجاره عن تراض، لا ينافى حلية ما يلحقه التراضى. اذا دل الدليل عليه من عموم الاية والخبار. و يتم المقام بذكر امور: الاول: انهم قالوا: لا يكفى فى الاجازة الحضور مع السكوت، و حكمه ح، حكم الغايب. قال فى التذكرة " قاله علمائنا و اكثر اهل العلم و انما نقل الخلاف عن ابن ابي 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

التصريح " و الظاهر انه اراد بـ " ما تقدم " هو ما ذكره فى الاستدلال على كفاية المعاطاة فى البيع، بان الظاهر ان الغرض حصول العلم بالرضا، و هو حاصل. اقول: و كلامه مبنى على القول بصحة الفضولى، والا فهو لا يقول بصحته من الاصل و هو بعيد. و اتفاق الاصحاب هنا ظاهرا على لزوم اللفظ، مما يؤيده اشتراط الصيغة فى اصل البيع. و انه لا يكفى مطلق الرضا. و اما قولهم بجواز الاكتفاء بسكوت البكر فى اجازة النكاح الفضولى، فهو لا يضر لثبوته كاذنها فى اصله بالدليل. و بعض الاخبار الدالة بكفاية السكوت فى نكاح العبد ١ ايضا مهجور و مؤول. الثانى: انه كما يشترط اللفظ فى الرضا، يشترط فى الفسخ ايضا. و عن الشهيد (ره) فى حواشى القواعد - فى باب النكاح - انه قال: لو قال لم اجر 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 فضوليين و حصل التقايل بينهما، لا يوجب بطلان العقد. اذ بمجرد حصول العقد فضولا، تعلق الاجازة للمالك بذلك العقد. و لا يرتفع بتقايل العاقدين. فان المالكين لهما اجازة مضمون العقد. سواء بقى رضا العاقدين بحاله، ام لا. و لم ننف 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

---

### [ ٢٧٤ ]

الخامس: ان الاجازة ليست بفقورية. كما صرح به جماعة. للاصل، والاستصحاب، والعمومات. فيندفع ما يتوهم ان " الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن " لان الاصل لا يعارض الدليل. و يستفاد ذلك - مضافا الى العمومات - من خصوص الاخبار منها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة. ١ السادس: اذا ابى المعقود له فضولا، و اظهر الكراهة، يبطل العقد. ولا ينفع اجازته بعد ذلك. و الظاهر انه لا خلاف فيه ٢، فلا حظ كلامهم فى مسايل النكاح الفضولى. و لان الفضولى خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن. المقام الثانى ٣: فى بيع الغاصب: و الاكثر على انه يصح بالاجازة. كما فى الايضاح. و اختلفوا فى اطراد الحكم (للجاهل والعالم) و عدمه. فعن العلامة فى المختلف، و ولده فى الايضاح، والشهيد فى حواشى القواعد، والعلامة الرازى، اختصاص الصحة بالمشتري الجاهل، و عن الدروس، والمحقق الثانى فى شرح القواعد، تعميمها للعالم. و يظهر من العلامة، الاشكال و التردد فى العالم فى التذكرة [ و ] فى القواعد. بل وعن التذكرة الاشكال فى الجاهل اذا كان الباع فضوليا ايضا، قال " لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الاخر، فاشكال، ينشأ من الاخر انما قصد تمليك العاقد. اما مع العلم، فالاقوى ما تقدم. و فى الغاصب مع علم 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 فى اتلافه. فلا يكون ثمننا. فلا تؤثر الاجازة فى جعله ثمننا ". و يدل على الصحة، عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الظاهر ان بيع الغاصب مع علم المشتري بعد لحوق الاجازة، من العهود الموثقة. و يصدق على الثمن انه عوض عن المبيع

---

١: المرجع المذكور، والحديث المذكور قبيل هذا. ٢: لعل مراده من اظهار الكراهة، الفسخ الصريح. لان ما نقله آنفا من الشهيد (ره) من قوله " لو قال لم اجز، كان له الاجازة بعد ذلك " يخالف ذلك. ٣: قال فى اوائل الجواب: فهنا مقامات: المقام الاول: الكلام فى الفضولى المصطلح ...:

---

### [ ٢٧٥ ]

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 ينافى كونه عوضا عن المبيع بمقتضى عقد البيع. كما انه لا يضر بتجوز التصرف فى ثمن الفضولى المصطلح بالاجازة بعده. و يشكل المقام بما ذكره الشهيد فى وجه اشكال العلامة فى تتبع العقود الواقعة على ثمن المغصوب، من انه مع علمه يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن. فلا يدخل فى 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 دون له فى اتلافه. فلا يكون ثمننا ولا تؤثر الاجازة فى جعله ثمننا. ثم قال: انه يلزم من القول ببطلان التتبع، بطلان اجازة البيع فى المبيع. لاستحالة كون البيع بلا ثمن. اقول: و يمكن دفعه بامكان التزام بطلان التتبع مع صحة اجازة البيع. بان يجوز له التصرف فى الثمن و التسليم الى الغاصب مع التزامه للغرامة لو اجاز المالك. و بهذا يحصل الجمع بين جواز تسليط الغاصب على الثمن، و جواز تصرفه فيه مع صحة اجازة البيع. 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 (فى البيع ولا [ فى [ التتبع) للمالك - فيمكن ان يستدل به على ان للمشتري ان يعاوض الثمن و يلتزم عوضه فى ذمته، مثلا او قيمة، و تسليمه الى الغاصب. فتصح الاجازة للبيع، واخذ العوض. و ان لم يجز المالك التتبع. فلا ملازمة بينهما. و ذلك كما قيل فى جواز بيع المشتري للمبيع فى [ 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 فى صحة البيع) مع ان التزلزل هنا اقوى. لان الملك

هنا مرجو بحصول الاجابة بعد ذلك. و ثمة شائبة لبقاء الملك السابق. و يتضح ما ذكرنا غاية الوضوح، فى ما لو باعه الغاصب فى ذمة المشتري، [ و ] سلمه فى ضمن فرد من الكلى. فلا يصح البيع لان المشتري ليس مستقلا فى تعيين ما فى الذمة فكانه سلطه عليه مجانه، و تصح الاجازة لوردها على ما فى ذمة المشتري. لا يقال: ان فى 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 فى تصحيح التصرف. فتجوزهم التصرف للغاصب، انما هو لعدم كون العقد صحيحا. لانا نقول: - مع انه لا يتم فى الفضولى ايضا على القول بالكشف. لانه اباحة فى التصرف فى 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 الباع 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 الحقيقى، هذا العقد الفاسد بالعقد الصحيح. بل هذا الكلام يجرى فى المشتري الجاهل بالغصب مع علم الباع بانه مال الغير و يبيعه عدوانا. فان معنى ايجاب الغاصب، نقل الملك عن نفسه واخذ العوض لنفسه، والذى حصل من اجازة المالك هو بيعه لنفسه، وهما نوعان متباينان. و اما الفضولى، المصطلح: فهو و ان كان اجراء هذا الكلام فيه. لان المانع من الفضولى، هو الايجاب المشروط المطلق على شرطه ضمنا. والذى اجازة المالك و رضى به هو وقوعه بنا، 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 الا قوى - 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 المتاخر عن اول الفجر، فى تصحيح جزء من الصوم المتقدم عليه. و بعبارة اخرى: نقول: ان هذا الشرط الضمنى هو شرط فى التصرف. نظير ما نقوله فى قول القائل " انت وكىلى فى بيع عبدى اذا قدم الحاج " حيث جوزه العلامة وادعى عليه الاجماع. مع انه ادعى الاجماع فى اشتراط التجيز 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

---

#### [ ٢٧٨ ]

علق التصرف فيها بشرط جاز والحاصل: ان المعتمد هو " عموم اوفوا بالعقود " سواء اتحد مورد العقد والاجازة، او تباينا، ولا يذهب عليك، ان ما اخترنا. من كون ذلك عقدا جديدا لا ينافى القول بالكشف، اذ معناه، ح، انى جعلت هذا العقد فى موضع ما اوقعه الفضولى. لا انى جعلته ناقلا من الحين. كما هو الظاهر من لفظ " العقد الجديد ". فان المراد من الجديد بيان المغايرة. يعنى انه هذا عقد مغاير لما اوقعه الفضولى، و ان اعتبرنا حصوله فى موقعه. لا انه اثر له قبل الاجازة، و يبطل الاثر بمجرد ذلك، فافهم. على انا نقول: يمكن دعوى الاتحاد ايضا، و ان الاجازة قد وقعت على ما اوجبه الغاصب. فان الغاصب انما قصد الايجاب فى حال اعتقاده بكون الملك له، 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 البايع. اذ رضاه غير معلل بكونه بيعا، بل فى حال اعتقاد كونه بيعا. فالغاصب فى ما نحن فيه ينقل المبيع الى المشتري على الاطلاق فى حال



معين، و يجيز المالك النقل المذكور المطلق، 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

---

### [ ٢٧٩ ]

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 رضاء 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، ايضا. 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 للاقباض ايضا، فلا يجوز له المطالبة، الا عن البايع. المقام الثالث: اختلفوا فى ان الاجازة كاشفة عن الانتقال من حين العقد، او ناقلة من حين الاجازة؟ -؟. الاشهر الاقوى الاول. لانها رضاء و امضاء للعقد. و مقتضى العقد هو النقل و الانتقال بمجرد الصيغة. و هو مدلول الايجاب و القبول و مقتضى الانشاء. و المجيز انما اجاز مقتضى العقد. و هو ما قصده الفضولى من النقل حين العقد. و لو كان النقل انما يحصل بالاجازة فلا يكون امضاء للعقد. و المفروض خلافه. ولو كان المراد من الصيغة، النقل من حين الاجازة، فهو ليس امضاء للنقل السابق المستفاد من العقد. و يتضح ذلك - غاية الوضوح - فى الغاصب والجاهل بكونه مال الغير، اذا باعه معتقداً للملكية ثم ظهر استحقاؤه للغير. فانهما يريدان النقل حين العقد جزماً. و يدل

---

عليه فى النكاح خصوص صحيحة ابي عبيدة ١، فى 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 الاردبيلى مع اصراره فيه، محتجا بان الظاهر - من الايات والاخبار، 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 الرضاء كاشفا عن الصحة بالفعل قبل لحوق الرضاء. 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 والا جماع. 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. و قد 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

فهى شرط لاستقرار الانتقال. نظير انقضاء ايام الخيار فى البيع اللازم. فكما ان توقف الاستقرار فيه على انقضاء ايام، لا ينافى ترتب الاثر قبله، فكذا فى ما نحن فيه. و كذا الكلام فى عدم جواز تصرف المشتري اذا علم بكون البايغ 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 تاثير الشرط المتأخر. كما اشرنا سابقا، و اتينا بمثاله. فان علل الشرع " معرفات ". و يظهر بالتأمل فى ما ذكرنا، الجواب عن البواقى. و حاصله: ان الاجازة شرط للزوم، لا سبب للصحة. و جزئه. ولا يضر تاخره عن المشروط فى

تأثيره. كإنقضاء أيام الخيار، و لغسل المستحاضة الصبح بعيد طلوع الفجر لتصحيح الصوم مع تقدم قطعة من النهار بلا غسل. و إن الصحة و ترتب الأثر، اعم من الانتقال المستقر .كما اشترنا، و إن عدم ترتب الأثر إنما هو من جهة الفسخ. لا لأنه كان بيعاً فاسداً. إلى غير ذلك مما يظهر بالتأمل فى ما ذكرنا سابقاً. 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، إذا باعها بعين معينة. على المختار. و لمالك المبيع فى المبيع، و للمشتري فى الثمن. على الآخر. و قال فى الروضة: إنه على الآخر، للمالك المجيز فى الثمن والمثمن كليهما. و ربما علل بان المشتري له التصرف فى ماله، و قد نقله إلى البايء الفضولى بقبوله للعقد. فلا وجه لتوقفه على اجازة غيره. و فيه: أولاً إنه لا يتم فى ما إذا كان المشتري أيضاً فضولياً و اجاز المالكان. و ثانياً إن ما ذكر له وجه فى ما لو كان المشتري عالماً بان المبيع مال الغير، فضولياً كان أو غاصباً. مع الأشكال فى غير الغاصب أيضاً، فإنه كان بقبوله نقل الثمن إليه مجاناً. و أما لو كان جاهلاً، فلم ينقله الأعلى وجه المعوضة، فإذا لم يتحقق فماله ونمائه باق على مالئته. و على القول بكونها نافذة، لا يحصل النقل الحقيقى إلا بالاجازة. فهذا ليس من باب

#### [ ٢٨٢ ]

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: إنه يحكم بقبوله بالملكية الظاهرة، حتى يتحقق سبب الملكية الواقعية فيحكم بها. لا بالملكية الحقيقية المتزلزلة، حتى يستقر تزلزلها. و سيجئ بعض الثمرات فى تعاقب العقود. و ربما يقال: إن من ثمرة النزاع، إنه لا يجوز للمشتري الفسخ قبل الاجازة، على القول بالكشف. و يجوز على القول الآخر. و لعل المراد، إن الاجازة لما كانت كاشفة، أى كاشفة عن بطلان الفسخ لعدم اختياره للفسخ، ح، لثبوت لزوم البيع، ح، فى الواقع. فلا خيرة فيها، إلا بالتقاول. و أما على القول الآخر، فيمكن لعدم تحقق البيع. و فيه: إنه لا معنى لتسميته فسخاً للبيع، بل غاية [ ما ] توجيهه، ابطال تأثير جزء السبب. إذ جواز ابطال ممنوع. لان ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر، 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 بإمكان 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 إذا كان العقد واحداً. و أما لو تعاقبت العقود على المثمن، أو الثمن، أو كليهما، فلا اشكال لو اجاز الجميع. و أما لو اجازوا حداً منها، فإن كان هو العقد الواقع على المثمن، صح فى المجاز و

ما بعده. و يبطل ما قبله. كما لو باع زيد ارض عمرو بيكر بفرس. ثم باع بكر الارض بخالد ببقر. ثم باع خالد الارض بوليد بدراهم. فان اجاز عمرو بيع خالد بدراهم، فيصح بيع الارض بالدراهم. و يبطل ما قبله سواء قلنا ان الاجازة كاشفة، او ناقلة. لان اجازته لبيعها بالدراهم، انما يتم مع بقاء ملكيته عليها. و بقاء ملكه لا يجامع صحة ما قبلها. اذ لو كان ما قبلها صحيحا، لما كان ملكا. بل كان ملكا

---

### [ ٢٨٣ ]

للبيع. فلم يصح اجازته فى بيعها بالدراهم. وان اجاز احد البيوع السابقه، كما اجاز بيعها بالبقر، فيبطل بيعها بالفرس، كما مر. و يصح ما بعده. يعنى بيع خالد بالدراهم، ان قلنا بان الاجازة كاشفة - كما هو المختار - لتبين وقوع بيع خالد فى ماله عند العقد. واما ان قلنا بانها ناقلة، فليس كذلك. لان المالك اذا اجاز البيع الفضولى المتقدم - وهو بيع بكر فى 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 ابلغ من الاجازة. و الاظهر عندي، الصحة، ان اجاز بعد حصول الملك (كما لو باع احد مال الغير فضولا، ثم اشتره منه، او انتقل اليه بنحو آخر. سواء قيل بان الاجازة 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. 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 بدراهم. ومثال الثانى، ان يقع البيع فضولا على الفرس مرارا، مثل ان يبيع الفضولى دار زيد بفرس من عمرو، ثم يبيع الفرس ببقر من بكر. ثم باع بكر الفرس من خالد ببقر. ثم باع خالد الفرس بدراهم من وليد. فاما الاول: فحكمه انه يصح المجاز و ما قبله. ويقف ما بعده على الاجازة. اما الاول، فلان زيدا لو اجاز الفرس من بكر ببيعير، فيعلم منها اجازته لما قبله، حملا لقول المسلم و فعله على الصحة. اذ لا يمكن صحة الاجازة الا مع كونه للفرس. ولا يتحقق ذلك الا

---

### [ ٢٨٤ ]

باجازة بيع داره بالفرس. و اما الثانى - اعنى وقوف ما بعده على الاجازة فلان اجازة بيع الفرس الذى كان ثمن ملكه بالبيع لا يفيد نقل البيع الى خالد، وليس له آخر. فيصدق ان البيع ح، ملك زيد. وان بيع البيع بالدرهم كان فضوليا، فاذا اجازته، صح البيع. و اما الثانى: - اعلى جريان العقود على اصل الثمن - فحكمه ان المجاز منها صحيح. وكذا ما قبله الا العقد الاول، الذى وقع على الثمن، الذى هو فى مقابل اصل المثلث. و اما بعده، ففيه الوجوه الثلاثة المتقدمة، فاذا اجاز المالك بيع بكر الفرس من خالد بيقر، فيصح بيع الفرس بالبيع و بيع الدار بالفرس، و يبطل بيعه ببيع، وفى بيع الفرس بالدرهم الوجوه الثلاثة. اما صحة بيع الفرس بالبيع: 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 بالبيع، اجازته بيعه بالبيع، و لا يتوقف صحته عليه. و لكن لا مناص عن كونه مجيزا لبيع الدار بالفرس، ليصح فعل السلم. و اما جريان الوجوه الثلاثة فى ما بعده - اعنى فى بيع الفرس بالدرهم - فلان خالد باع الفرس بالدرهم فضولا. لانه باع مالا يملكه، والحال صار مالكا له باجازة المالك الاصلى فدخل فى مسئلة " من باع شيئا فضولا او اشترى بثمن فضولا " فان فيه الاوجه الثلاثة، والا ظهر احتياجه الى اجازة خالد لبيعه الفرس من وليد، كما اشترنا 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

---

#### [ ٢٨٥ ]

الدار بالفرس. غير هذه الاجازة حتى يرد الاجازة على الملك. سلمنا عدم لزوم حمل فعل المسلم على الاجازة السابقة المنفردة، و اكتفينا بهذه الاجازة، لكن نقول: ان صيرورة الفرس مال زيد و انتقاله الى خالد باجازته بيع بكر من خالد، حصل بجعل واحد. فيصدق ان زيدا اجاز بيع ماله من خالد، و على القول بالكشف، انتقل الفرس الى خالد ببيع بكر، فبيع خالد من وليد انما هو فى ما له. فان قلت: الفرق بين القول بالكشف والنقل، مع كون الاجازة من المالك حين العقد، هو ان النقل عبارة عن انتقال مال المجيز الثابت المالية الى المشتري حين الاجازة، والكشف عبارة عن انتقاله منه اليه بعد العقد و بسبب العقد، ففى كلا صورتين 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 ينافى حصولهما بجعل واحد، تقدم ماليته لزيد. اذا لمدلول التبعي قد يكون متقدما بالطبع، كمقدمة الواجب (كما قد يكون متاخرا) فليسبب دلالة اجازة بيع بكر من خالد بالبقر على اجازته البيع الفضولى داره من عمرو بفرس تبعا، ثبت مالية الفرس لزيدا ولا ثم ثبت صحة مالية الفرس لخالد. لدلالته عليه ثانيا اصالة بتلك الاجازة. فعلى القول بالكشف يقع بيع خالد عن وليد فى ماله، فيصح. و على القول بالنقل يجيئ الا وجه الثلاثة. لكن يرد، ح، ان التفصيل يجيئ فى نفس المجاز ايضا، فنقول، فى تفصيل المقام، ان اجازة المالك الاصلى و هو زيد، اما ان يتعدد - بان يجيز مرة بيع الدار بالفرس، و اخرى بيع الفرس بالبقر - او يتحد. و فى صورة التعدد: اما يتقدم الاجازة الاولى على بيع بكر: فعلى القول بالكشف، يصح الجميع باجازته الثانية. اذ بيع بكر، ح، وقع على مال زيد، و صار باجازته الثانية مال خالد. و وقع بيع خالد من وليد فى ماله. و على القول بالنقل وقع بيع بكر الفرس بالبقر ايضا فى مال زيد، و اجازته باجازته الثانية. فصار البقر ماله حين الاجازة، و الفرس مال خالد، ح، فيجئ فى بيع خالد من وليد بالدارهم، الا وجه الثلاثة، لانه يدخل تحت مسئلة " من باع مال الغير فضولا او اشترى مالا بئمن هو مال غيره

#### [ ٢٨٦ ]

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. فيجئ - فى انتقال البقر اليه باجازة بيع بكر من خالد - و جهان. الصحة بالاجازة. و البطلان نظرا الى عدم اشتراط وجود المالك المجيز، حين العقد. و انى اشتراطه و هو منفرد بالفرض. فان بكرا باع الفرس حين لم يكن ماله. ولا مال زيد، فاذا اجاز زيد بيع داره بالفرس بعد بيع بكر، فالحين صار صاحب الفرس. و ح، فان قلنا بالبطلان، فيبطل بيع خالد من وليد بطريق اولى. و ان قلنا بالصحة مع اجازته ثانيا، فيجئ 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 التبعي 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 مسئلة 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 يذكرنا توقفه على الاجازة، و كذلك لم يتعرضا للفرق بين القسمين، فى هذه السلسلة. وقد نبه على ذلك المحقق الثانى و الشهيد الثانى. المقام الخامس: قد ظهر مما ذكرنا، حكم الاجازة للفضولى، و اما لو لم يجز: فله ان يرجع الى المشتري، و ينتزع منه العين، و نمائه المتصل و المنفصل، و عوض منافعه المستوفاة

---

### [ ٢٨٧ ]

و غير المستوفاة، و قيمة الهالك من ذلك، ان كان قيميا. و مثله، ان كان مثليا، او قيمة المثل، اذا اعوز المثل، و الحق 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 شيئا. و اما لو كان الفضولى غاصبا فى اول الامر. (او سلمه العين بعد اجراء الصيغة فيكون غاصبا) فيجوز الرجوع اليه. و كيف كان فلا خلاف فى جواز الرجوع الى [ البايع الفضولى ] اذا سلم ١ العين. سواء كانت باقية او تالفة. عالما بكون العين مال الغير، او جاهلا. مدعيا للاذن عن المالك فى صورة العلم، او غيره. و اما جواز الرجوع الى 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، و نمائها، و منافعها، و قيمة التالف منها. انما الكلام فى رجوع المشتري الى البايع: فنقول: ان كان المشتري جاهلا بانه مال الغير، او عالما ولكن البايع كان مدعيا للاذن عن المالك. فقالوا: ان للمشتري الرجوع الى البايع بالثمن، و بما اغترم من قيمة العين التالفة - وان زاد عما دفعه الى البايع - و من كل اغترم ولم يحصل له فى مقابله نفع، حتى بنقص ٢ القيمة الحاصل من الهزال، و قيمة الولد الذى حصل من الامة المشتراة (فانه حر يجب على والده فكاكه باعطاء قيمته الى المالك) لكونه غارما له. و عن جماعة من الاصحاب، دعوى الاجماع. كالعلامة فى المختلف و فخر المحققين فى شرح الارشاد و يظهر نسبته الى الاصحاب من

---

١: وفى النسخة: فى جواز الرجوع الى المشتري اذا تسلم العين ٢: وفى النسخة: ينقص

---

### [ ٢٨٨ ]

غيرهما. ولكن العلامة ادعاه فى صورة الجهل. ويدل على بعض ما ذكر، الاخبار. مثل ما رواه الشيخ فى الموثق، عن جميل بن دراج عن الصادق (ع)، "الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيئ مستحق الجارية؟. قال: ياخذ الجارية المستحق. ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد. ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد، التى اخذت منه ١". وفى القوى، 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 فى قيمة ما اصاب من لينها و خدمتها " ٢. الى غير ذلك من الاخبار. و اما ما اغترمه فى عوض المنافع المستوفاة (مثل اللبن وسكنى الدار): ففيه قولان: احدهما الرجوع - كما هو الظاهر من الاكثر - لانه غره بتسليطه عليه مجانا. و لعله لو كان عالما بانه مال الغير ويلزمه العوض، لم يتصرف فيه. كما لو قدم اليه طعام الغير واكله. او غضب طعاما فاطعمه المالك. و يويده موثقة جميل ايضا. ان لم يجعل الولد من المنافع لانه حر لا يملك. ووجه القول الاخر: الاصل. وانه غرم فى مقابله نفع. فلا عوض له و لا يرجع به الى احد. وان المباشر اولى بالضمان لو وقع التلف فى يده. وفيه: منع كلية الكبرى. و ان المباشر اضعف بالغرور من السبب. و الاصل يخرج عنه ما ذكرنا. والا حوط ترك الرجوع. وان كان القول الاول اظهر. سيما اذا اخذ المالك فى العوض ما يزيد على قيمة الملك [ زيادة ] يمكن الانتفاء [ بها ] مثل المبيع. كما لو كان المبيع نقرة جلابة ٣ واخذ المالك منه عشرة دنانير فى قيمتها و قيمة منافعتها، 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 اباه يزعم انها له " بدل " ثم اتاها من يزعم انها له ". ٣: الجلاب والجلابه: معرب " جلاب " و " جلابه ". والظاهر ان " النقرة " هى ظرف الجلاب. سميت بها لانها من الظروف المنقورة فيها النقوش

---

### [ ٢٨٩ ]

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 " : 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 نسبته الى علمائنا الاجماع مع اختياره التفصيل، ان ذلك فى صورة التلف. فنسب دعوى الاجماع عليه فى صورة التلف. و كيف كان، فالظاهر الرجوع، مع بقاء العين. وعدمه، مع التلف. اما الاول: فلان المفروض بطلان البيع لعدم اجازة المالك. والاصل عدم الانتقال .واستصحاب الملكية. وقولهم عليه السلام " الناس مسلطون على اموالهم "، و لانه دفعه اليه عوض شئى 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 اذاه الى البايع، فلتسليطه اياه على ماله، مع انه ما ياخذه منه لا يصير عوضا له. فهو تسليط مجانا. فهو بمنزلة الاباحة وقد اتلفه. ولعل نظرهم فى 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 صحبة عبد الله بن سنان، فى حكاية الابل الكال فى الصحراء ١

: الوسائل ج ١٧ ص ٣٦٤، ابواب اللقطة، باب ١٣ ح ٢

#### [ ٢٩٠ ]

و غيرها من الاخبار. و التنبيهات التى اشرفنا اليها فى محله ١ - ولكن كونه منه محل نظر حتى ان يكون منظوره الاعراض ان اخذه منه مالكة. نعم، قد يمكن فى مثل ما لو اشترىه بطعام من الغاصب الجائع المضطر الذى يعلم انه يا كله فورا، او يفارقه مفارقا لا يرجى لقائه، مع ان غاية الامر، عدم جواز الرجوع الى البايع. واما حلية اكله للبايع، فمحل اشكال. كما سنشير اليه من عدم المنافاة بين الحرمة و عدم جواز الرجوع. و كيف كان، فالظاهر جواز الرجوع مع البقاء. لما ذكرنا، و لعدم ثبوت الاعراض. بل وقد يستشكل فى صورة التلف ايضا، لو لم يكن اجماعا. لان اكل ذلك الثمن مع العلم بانه يعطيه بازاء المغصوب، حرام. واكل مال للغير. كالرشوة و عوض الخمر. بل وقد يستشكل فى كونه اجماعيا. مع ان المحقق ذهب فى بعض تحقیقاته الى الرجوع مع التلف. كما نقل عنه و نسب فى الشرايع قول المشهور الى " قيل " فقال " و قيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب " واطلق. وقال فى اللمعة " و يرجع المشتري على البايع بالثمن ان كان باقيا. عالما كان او جاهلا. وان تلف قيل لا رجوع به مع العلم. وهو بعيد مع توقع الاجازة ". وقوى الرجوع به فى الروضة ايضا، معللا بما سيحيى من انه يتجه مطلقا. و بان تصرف البايع محرم، واكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه. واما مع بقاء العين، فالامر اوضح. لان مع فرض تسليم الاباحة ايضا، لم يثبت موجب للملك. و قال " فيكون القول بجواز الرجوع مطلقا قويا، و ان

كان نادرا. ان لم يثبت الاجماع على خلافه، والواقع خلافه. فقد ذهب المحقق الى الرجوع به مطلقا " .  
اقول: ما ذكره فى اللمعة من قوله " مع توقع اجازة المالك " فلم يتجه مطلقا ولم يعرض عنه. بل اباحه  
لتوقع ان يجيز المالك [ او ] يرجع الى البايع بالثمن . وهذا مبنى على

١: راجع المسئلة الخامس والسبعين من هذا المجلد

### [ ٢٩١ ]

ان اجازة البيع، اجازة لقبض الثمن اذا كان عينا. كما هو مختاره، او مطلقا كما هو مختار الشيخ وقد مر  
الكلام فيه. نعم يمكن ان يكون المراد توقع الاجازة فى قبض الثمن ايضا، فيتم الكلام مطلقا. وفى  
المسالك: بعد نقل ما ذهب اليه المحقق (معللا بتحريم تصرف البايع فيه، حيث انه اكل مال بالباطل،  
فيكون مضمونا عليه) قال: ولو ادعى العلامة فى التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف، لكان فى  
غاية القوة. و حيث لا اجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعينا. فان قيل: كيف يجامع تحريم  
التصرف للبايع فى الثمن و عدم رجوع المشتري به فى حال. فانه ح غاصب، اكل للمال بالباطل. فاللازم  
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 برده " . اقول: وهذا 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 تؤدى " فأنها لا تدل

على اداء العين. ولا دليل هنا على وجوب العوض. غاية ما يمكن أن يوجه من جانب المعارض، ان المشتري اذن فى 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 وباق فى ملك صاحبه. مع انه ظهر منه الاذن جزما فى التصرف، من غير تعليق على ما ذكر. و يشكل فى صورة تحقق ذلك القصد فى نفس الامر، و دعويه ذلك. الا ان يقال لا يلتفت الى دعويه. وفيه اشكال هذا، ولكن قد يفترق بين التصرف والتلف فى يد البايع. انه لا ضمان جزما فى الصورة الثانية. اذا 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. و يظهر 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 و من تبعه. واما جواز التصرف و عدمه: 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 تجويز تصرفه عند الاصحاب لتسليطه عليه، لا ينافى كونه عوضا. بمقتضى عقد البيع. اذ لو وقع التصريح بمثل ذلك فى عوض العقد الفضولى لمن اوقعه فضولا، لم يكن قادحا فى ثبوت الاجازة للمالك. انتهى. و [ ملخص ] كلامه: انهم يقولون بالجواز. [ و ] توجيهه ان فساد عقد الغاصب بالنسبة الى 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. للمقام 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 التى استوفى منها. لاستقرار الضمان عليه. لكون التلف فى يده. فكان العوض الذى اغترم البايع للمالك، نقل به العين المضمونة الى نفسه، و صار قائم مقام المالك. ولما كان التلف فى يد المشتري، رجع البايع عليه. فان المشتري بسبب علمه كان غاصبا محضا، و غصب المال من

---

#### [ ٢٩٤ ]

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. والاطهر 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 يرددها الغاصب. وان اعوز المثل فقيمه يوم

الدفع - على اشهر الاقوال واطهرها - لانه بسبب الاعواز لا يبرء ذمته عنه. فهو فى ذمته حين الدفع. فيدفع قيمته. وقيل: يعتبر قيمته يوم الاعواز. لانه وقت العدول الى 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،

### [ ٢٩٥ ]

فيستصحب الى زمان الرد. واستدل على القول الثانى، بان اول وقت دخول [ مال ] الغير فى ضمان الغاصب [ هو حين الغصب ]. والضمان انما ١ هو بقيمتها. فيضمن بها حالة ابتدائه. وفيه: منع تعلق الضمان بالقيمة فى اول الامر. بل انما هو اذا تلفت. وقد يستدل عليه 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 اكرى كذا او كذا، فيلزمك ٢ الحديث. واستشكل فيه بان ذلك انما يتم ان كاد المراد القيمة الثابتة يوم المخالفة. واما اذا جعلنا الطرف 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 " فمرادهم ان القيمة بدل عن العين و ما حدث فى اصل الضمان حادث، ولا فى وقتها. و عبارة المصنف (ره) هنا تشبه

عبارة النجفی (ره) فی الجواهر، بل هی عینها، و لعله اخذها من المصنف لتاخره منه، او كلاهما من ثالث، و على  
ای حال، التعبير بلفظ "الضمان انما هو بقيمته" تفسير لقول الغير بما لا يرضى. ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٢، ابواب  
الغصب، الباب ٧ ح ١

---

[ ٢٩٦ ]

يفتضى ان يكون المراد " نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم " يعنى يصير حكمك فى هذا اليوم لزوم قيمة  
البغل ان هلك. [ و ] المتبادر منه - بعد معلوميته انه ليس المراد قيمته ميتا - هو اقرب زمان حيوته الى  
الموت. وهو قبيل التلف. و هذا معنى قيمته يوم التلف. و اما تنكير " البغل "؛ فلعله للاشارة الى انه  
بفرض الميت حيا. والا فلا ريب انه لا يكفى قيمة اى بغل يكون. فيكون ارادة ما ذكرنا اوضح. وهذا ايضا  
يؤيد كون الظرف لغوا متعلقا بـ " يلزمك ". والا فلا يناسب التنكير. اذ البغل يوم المخالفة حتى 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 التاييد  
بالاستصحاب. و اختفاء البغل عن مالكة فى ايام الغصب، فيصعب معرفة القيمة ح. فان قلت: كيف يجتمع  
ما ذكرت مع قوله - ع - " يوم ترده عليه ١ ". فانه يفترض ان يكون تعلق الضمان المعلق بالتلف، او  
بحصول العيب، يوم المخالفة؛ فان جعلت الظرف مستقرا بين متعلقات القيمة فهو ينافى مختارك. فينا  
فى الاسلوب السابق. مع انه لم يقل به احد على الاطلاق. فلا يلايم احد الاقوال. وان جعلته لغوا متعلقا  
بقوله " عليك " فهذا ايضا لا يتم. اذ الضمان المعلق انما يثبت لمجرد المخالفة. والضمان المحقق يثبت  
بمجرد حصول العيب ٢ كما [ هو ] معنى ذلك. و كيف يلايم ما ذكرت. قلت: هنا معنى ثالث. وهو ان  
المراد بقوله - ع - " عليك يلزم رد الارش مع رد البغل " من باب الارشاد، والورود مورد الغالب. يعنى رد  
عليه الارش حين ترد البغل. لا انه يتعلق الضمان بالارش عليك حين رد البغل. و توضيحه: ان ابا ولاد سئل  
عنه " ع " حكم البغل حين المخالفة من حيث الاجرة. فقال - ع - يلزمه كراه. فقال ابو ولاد متعجبا عن  
ذلك حيث كان يعتقد ضمان قيمته ان تلف. و كان يعتقد انه ان بقى البغل و سلمه فهو لوجوب رد العين،  
اذا كانت سالمة .

---

١: وفى النسخة: يوم ترده بعد ذلك. ٢: وفى النسخة: العين

---

[ ٢٩٧ ]

والا فتجب عليه غرامة قيمته، و اذا كان عليه غرامة القيمة بالتلف مكان البغل صار من ماله. لان هذا مقتضى رد القيمة كالبيع، فكيف يجب مع ذلك الكرى ايضا. وقال ١: اليس كان يلزمنى الغرامة ان تلف (؟) فقال (ع): نعم يلزمك القيمة ان تلف و مع ذلك يجب عليك الكرى فى ايام المخالفة ايضا ولا يتداخل الكرى والقيمة. فالمراد انه بسبب المخالفة يلزمك القيمة مطلقا وان لم يتلف. واما الكرى، فيجب سواء تلف ام لا ٢. فبيان وقت القيمة مسكوت عنه، الا على الوجه الذى بيناه من ان المراد وجوب قيمة التالف الذى تعلق بك يوم المخالفة بشرط التلف. وقيمة التالف لما لم يكن له معنى حالكونه تالفا، فالمراد اقرب زمانه بالموت. وهو المراد بـ " يوم التلف " الذى اخترناه. فكان قوله - ع - " يوم خالفته " بمنزلة التعليل لوجوب القيمة ان تلف. يعنى ان هذا الحكم انما هو بسبب المخالفة، لان مجرد المخالفة سبب لتعلق القيمة به مطلقا وان لم يتلف. ثم استشكل ابو ولاد فى حكم ما اصاب البغل نقص ولم يتلف. هل حكمه حكم التالف بالمره من وجوب رد القيمة و تملك البغل لنفسه. او له حكم آخر. فقال (ع) حكمه لزوم الارش مع البغل المعيوب، لا قيمة تمامه. فان البغل لم يخرج عن ملكيته. فقال (ع) عليك تفاوت القيمة مع رد البغل المعيوب. فمعنى قوله (ع): يوم ترده عليه: " 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

---

### [ ٢٩٨ ]

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 -. و يظهر 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. و اخذ 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 دير، 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. اى 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: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى حين الاعواز. ٣: اى القول باعتبار اعلى القيم من حين الاعواز الى حين الرد

---

### [ ٢٩٩ ]

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 النساج (بخلاف القطن والصوف) مع انه لا يتم فيه القيد الاخر، يعنى تساوى نصفه لنصف القيمة، و هكذا... اذ قد يكون الثوب له قيمة معينة و اذا نصف فلا يساوى نصفه بنصف القيمة و لاربعه. بل قد يصير القطن 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 فى المماثلة. كما فى التمر. و تحقق ذلك فى الثوب مشكل. و بالجمله: لا يخل المقام بعد، من شوب الاشكال. وقد عرفوه بتعريفات اخر. اسلمها

---

### [ ٢٠٠ ]

-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 " المقدره 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 ذلك. 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، والقيمى 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 سياتى فى المنفعة والفائدة و يرضى العقلاء بتملك كل منهما مقام الاخر. لا المساوات فى الكم والكيف والوزن والكيل. و، ح، فالحكم بكونه مثلا مصطلحا او قيمة، مسكوت عنه. سواء كان المعتدى به، مثليا او قيميا. وان كان المراد التشبيه المطلق. يعنى يجوز لكم الاعتداء على نحو يماثل لاعتداء المعتدى فى الاعتداء والمعتدى به. فهذا الاطلاق ينصرف الى

العموم فى كلام الحكيم. و ح، فهو يشتمل حكمين: الاول: الرخصة فى الاعتداء والثانى: ان ذلك يكون على سبيل المثلية فى كل

### [ ٢٠١ ]

شئى. وهذا ايضا يشمل المثلى والقيمى. ففى كل منهما يجب اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به، فى كل شئى الا مع التعذر. وهو يناسب مذهب ابن جنيد بلزوم المثل فى القيمى ايضا الامع التعذر. فلا تدل الاية على التفصيل المشهور. فالمناص بان يبنى تفسير الاية على الوجه الثانى، و يخص عمومه بدليل خارجى مثل صحيحة ابى ولاد ١ و يقال ان حكم القيمى ليس داخلا فى الاية. او يعترف بمذهب ابن الجنيد، فيندرج مسئلة الرجوع الى المثل فى المثلى تحت عموم الاية - لا لان لفظ المثل فيها ٢ بمعنى المثلى المصطلح. بل لان المماثل المصطلح من الافراد المماثلة المعتبرة فى الاية بالمعنى الاعم - و يخرج القيمى بالصحيحة المذكورة. و بالجملة: الظاهر عدم الخلاف فى الرجوع الى المثل فى المثلى. كما لا خلاف فى الرجوع الى القيمة فى القيمى، الا عن ابن الجنيد والمحقق فى بعض اقواله ظاهرا. فالدليل فى المثلى هو عموم الاية على التفسير الثانى، و عدم ظهور الخلاف. و فى القيمى، على المشهور هو الصحيحة مويدا بندرة المماثلة العامة فى القيميات، المخالفة للاطراد المطلق فى الاحكام الشرعية المربوطة بالقواعد الكلية. نعم، لما كان فى تحقق المثلى والقيمى خفاء و لا يظهر تفسيرها من الايات والاخبار، و قد وقع الاختلاف فى تفسيرها، فما وقع الاتفاق على كونه مثليا كالحبوب والادهان، يثبت حكمه بلا اشكال. و ما اختلف فيه، فيرجع فى حكمه الى عموم الاية. والمتفق عليه من القيمى مثل الدار والبستان. واما مثل الثوب و نحوه، فان رجحنا احد الاقوال فى المثلى فيبنى عليه. والا فيرجع الى التخيير والبناء على احد الاقوال. وقد عرفت ترجيح المشهور. ولكن على وجه حققناه اذا لمصالحة بما يرضى الطرفان ٣. ثم: ان الظاهر من الاية [ فى ] رخصة المالك باخذ المثل بالمماثلة التامة ارفاق بالمالك. فلا يجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضه ذلك. الا انه لا يجوز للمالك

مطالبة

١: مر متن الحديث فى هذا المبحث و هو فى الوسائل: ج ١٧ ص ٢١٢، ابواب الغصب، ب ٧ ج ٢٠١: وفى النسخة: " فيهما " بدل " فيها ". ٣: كذا

### [ ٢٠٢ ]

الغاصب بالقيمة. فان الظاهر ان التالف فى حكم المثلن 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 برائة الغاصب عن لزوم القيمة لاستصحاب شغل الذمة الموقوف. برائتها باداء حق المالك وارضائه. لكونه مظلوما. ولكن ظاهر فتاويهم تعيين المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى. بمعنى عدم جواز مطالبة المالك قيمة المثلى بدون رضاء الغاصب. ولا مطالبة المثل فى القيمى، ان لم يرضى الغاصب بالمثل. و عدم منع الغاصب المالك عن المثل، الا برضاه ولا امتناع المالك عن القيمة لو بذلها الغاصب فى القيمى الا برضاه. فلعل دليلهم انما هو عدم الخلاف فى المثلى و صحيحة ابن ولاد فى القيمى. ثم: ان ههنا احتمالا آخر فى تفسير الاية، وهو ان يكون وجه الشبه نفس الاعتداء و ايجاد ماهيته. من دون التفات الى المقدار او المماثلة. نظير الصلوة فى قولنا " اللهم صل على محمد وآل محمد كما صليت على ابراهيم و آل ابراهيم " على احد الوجوه فيه. و هو بعيد. سيما بملاحظة الحكمة و ظهور كلمة " ما " فى الموصولية لا المصدرية. و من جميع ما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله تعالى " جزاء سيئة سيئة مثلها " ولعلها اظهر فى ارادة العموم. المقام السادس :الكلام فى شراء الفضولى: [ فهو ] مثل البيع. على ما صرح به جماعة، منهم العلامة فى التذكرة، قال: لو اشترى فضوليا، فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازه. الا ان ابا حنيفة قال يقع للمشتري بكل حال .وان كان فى الذمة لغيره و اطلق اللفظ، قال علمائنا يقف على الاجازة، فان اجازته 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 .

### [ ٢٠٣ ]

اقول: قوله " فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازه " خبره محذوف، يعنى الخلاف المعهود فى البيع موجود فيه. وقوله " الا ان ابا حنيفة.... " [ يعنى انه ] يقول بصحة البيع ولزومه للمشتري سواء قلنا ببطلان العقد لمالك الثمن و عدم الانتقال اليه راسا. او قلنا بوقوفه 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 لمالكه. كما ان مذهبه فى الوكالة ايضا ان الوكيل اذا اشترى فينتقل اليه اولا ثم منه الى الموكل ثانيا. و ظاهر الاصحاب الاتفاق على خلافه. والزموه بانه يلزم اعتناق اب الوكيل و مثله من يعتنق 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 يجز 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 يعين. الثانى: ان يكون فى ذمة نفسه، لا فى ذمة الغير. كما يدل عليه قوله بعد ذلك " لانه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره ". فلا يرد ان

---

١: اى فى البيع الفضولى. و ذكرها فى اوائل هذه المسئلة المبحوث عنها. ٢: المستدرك: ج ٢ ص ٤٦٢، الباب الاخر من ابواب عقد البيع. ٣: اى على حكم البيع الفضولى و حكم الشراء الفضولى

---

#### [ ٢٠٤ ]

يقال كلمة " لغيره " طرف مستقر صفة للذمة. والثالث: ان يكون الشراء فى ذمته لغيره لا لنفسه. والرابع: ان يكون قد اطلق. يعنى لم يقل اشتريت لفلان. بل قال اشتريت. واطلق وانت خبير بان الشراء فى ذمة نفسه لغيره معناه " انى اشتريت فى ذمته 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 العمه والخالة، او الامة على الحرة. وهذا ليس بواحد منها. والمناسب فى هذا المقام، ان يقال: اذا اشترى فى ذمة الغير واطلق اللفظ - يعنى اکتفى 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

### [ ٢٠٥ ]

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. وهكذا 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 اشتره فى ذمة نفسه لغيره (كما هو ظاهر عبارته) فيصح اذا اشتره فى ذمة غيره باجازته بالطريق الاولى. المقام السابع: هل يختص جريان الفضولى بالبيع والشراء [ والنكاح ]؟ او [ يختص [ النكاح ] فقط؟ ] او يعم جميع العقود؟ او يبطل راسا ١. المشهور جريانه فى جميع العقود. للعمومات المتقدمة. ولخصوص رواية 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 الحذاء، فى نكاح الصغيرين ١. و منها رواية محمد بن مسلم عن الباقر - ع - " عن رجل زوجته امه وهو غايب (?) قال: النكاح جايز، ان شاء الزوج قبل. وان شاء ترك " ٢. وحسنة زرارة - لابراهيم بن هاشم - عن ابى جعفر - ع - " قال: سنلته 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 يفضلها المصنف (ره) فى مايلى. ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١١ ح ١. ٣: الوسائل: ج ١٤ ص ٢١١، ابواب عقد النكاح، الباب ٧ ح ٣. ٤: والعجب من المصنف (ره) حيث يجعل حديث ابراهيم بن هاشم " حسنا " و يجعل حديث " ابان بن عثمان "، " صحيحا ". راجع مسئلة ٤٠٤ من المجلد الاول من هذا الكتاب

---

[ ٢٠٦ ]

النخعى واصحابهم يقولون: ان اصل النكاح فاسد فلا يحل اجازة السيد له ،فقال له ابو جعفر - ع :- اذ لم يعص الله. انما عصى سيده. اذا اجازة فهو له جاز " ١ وفى 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 فى 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 فى مثل هذا العقد اذن من الله تعالى من جهة العمومات و غيرها مما يدل على صحة الفضولى بعد الاجازة، فيصح. و عدم اذن السيد غير مضر. وبالجملة :ان المراد ان العقد ليس خاليا عن مقتضى الصحة و ان كان معلقا على اذن المولى ايضا. و يمكن ان يقال: المراد من توجيه الامام (ع) ان النهى هناورد بامر خارج عن المعاملة اجتمع معها فى الوجود. كالمعاملة مع الاجنبية، واجراء الصيغة معها. الى غير ذلك من الاخبار. و يوبدها ايضا ما ورد فى اجازة العمه والخالة نكاح بنت الاخ والاخت. والحره لنكاح الامة. و غير ذلك. وبالجملة: الاظهر صحة النكاح الفضولى مطلقا. للعمومات والاخبار الكثيرة فى موارد الخاصة. و قد تقدم الكلام فى البيع والشراء، ادلتها. و قد يستدل بثبوتها فى النكاح على ثبوتها فى جميع العقود بطريق الاولى، ليطابق الفتاوى والاخبار. على ان الامر فى النكاح اشد، ولا يجوز التسامح فيه بما يتسامح فى غيره. ثم: بعد ما ثبت الحكم فى البيع والشراء والنكاح، فالظاهر ثبوتها فى ساير العقود، كما يظهر من الروضة، حيث قال " ولا قائل باختصاص الحكم بهما. فاذا ثبت فيهما، ثبت فى ساير العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح. وله وجه لوقوفه فى 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

---

[ ٢٠٧ ]

ساير الاقوال: فحجة القائل باختصاصه بالنكاح، هو الاخبار و تضعيف رواية البارقى ١. ولا يحضرنى القائل. و نقله فى الروضة. و نقل القول بالبطلان فى النكاح فى المسالك عن الشيخ فى الخلاف. ولم يظهر منه التحقيق. وقد عرفت الدليل فى غيره ايضا. و اما القول بالبطلان فى جميع العقود، فهو من الشيخ فى المبسوط. و فخر المحققين، و قد مر الاشارة الى ادلتهم. و استدلوا فى خصوص النكاح ايضا، بالاصل. و توفيقية 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 بولى ". و ما رواه جابر عنه (ص) انه قال " ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ". و فى رواية ابن عمر " فنكاحه باطل ". و رواية بقباق قال " قلت لابي عبد الله - ع -: الرجل يتزوج الامة بغير اذن اهلها.؟. قال: هو زنى. ان الله تعالى يقول فانكحوهن باذن اهلهن " ٢. **والجواب:** - بعد القدح فى 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 اعتصادا. والاصل مخرج عنه بالدليل عموما و خصوصا. و اما الكلام فى توقيفية العقود: فقد مر الكلام فيه. من ان الدليل موجود عموما و خصوصا. كما عرفت. و اما الاجماع المحكى عن الخلاف فى الفساد، فهو ضعيف غايته. لعدم ظهور موافق له عدا فخر المحققين. والمعظم على خلافه. المقام الثامن: اختلفوا فى اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال، ام لا. فعن الشهيد و ابن المتوج والمقداد والمحقق الثانى رحمهم الله، عدمه. و رجح العلامة فى القواعد، الاشتراط. و يظهر من بعضهم، التوقف. ولا اشكال. و ربما نسب الى العلامة فى القواعد ايضا. ونحن ننقل عبارته و نذكر ما يظهر لنا منها ثم نتعرض لما فى الايضاح و غيره .

---

١: وفى النسخة رواية الثانى. ٢: ج ١٤ ص ٥٢٧، ابواب نكاح العبيد، الباب ٢٩ ح ١، وفيها " بغير علم اهلها "

---

### [ ٢٠٨ ]

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. فاختر 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 احتفافه بوجود الشرايط وعدم الموانع بالفعل. او بمعنى احتفافه به بالقوة مطلقا. او بالقوة القريبة من الفعل. و لما كان المتبادر من الاخبار الواردة فى الفضولى فى البيع والنكاح مغايرة العاقد والمجيز، و ان المجيز هو المالك حين العقد، والعاقد هو غير المالك. فمراد العلامة انه 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 غير. 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 مجيزته 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

### [ ٢٠٩ ]

رجوع الاشكال على الفرع الثانى ايضا. لوضوح عدم كون المجيز بوصف المجيزية المستلزم للمالكية بالفعل او بالقوة فيه اصلا. بخلاف الفرع الاول. و اما الامكان الذاتى - اعنى قابلية البايع - فهى الفرع بذاته للمجيزية. فلا ينفع فى شىء مع وجود المانع عن الاتصاف بالاجازة المبتنية على كونه مالكا. لكونه متصفا بضده الحقيقى حين العقد. وهو عدم المالكية. فالمعيار فى الحكم بالصحة، هو الامكان الاستعدادى وهو مفقود فى الفرع الثانى. بخلاف الفرع الاول، لحصوله فيه. ووجه اشكال العلامة (ره): ان المعتبر هل هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادى، فلا يصح اجازة الصبى بعد البلوغ. او المعتبر مطلقة، فيصح؟ -؟. والاقوى صحته لما يستفاد من صحيحة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و عمومات العقود. فظهر مما ذكرنا ان فى كلام العلامة مسئلة و فرعين. اما المسئلة، فهو اشتراط وجود المجيز و عدمه حين العقد. واما الفرعان فهو قوله " فلو باع مال الطفل " وقوله " وكذا لو باع [ مال غيره ثم ملكه و اجاز ] ". والاشكال متعلق بالفرع الاول. لا باصل المسئلة، ولا بالفرع الثانى. وليس فيه حرازة الا تقديم الفرع الاول على الثانى، الموجب لابهام اشتراك الفرع الثانى مع الاول فى الاشكال. وقد وقع فى كلام الايضاح هنا مسامحة. حيث قال - بعد ذكر مجموع العبارة التى نقلناها هنا -: مسئلتان: المسئلة الاولى: هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولى فى الحال؟ يحتمل ذلك. و يبتنى على مقدمات: الاولى: معنى صحة بيع الفضولى قبل امكان الاجازة، ترتب اثره عليه، امكانا قريبا، بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى. لانه عبارة عن اجتماع الشرايط. فاذا بقى من شرايط بيع الفضولى شرط واحد وهو اجازة المالك او وليه، و كان حصولها ممكنا امكانا قريبا ايضا، حكم بصحة بيع الفضولى و صلاحيته لان يترتب عليه حال وقوعه .



[ ٣١٠ ]

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 يتانى 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 متزلزا، 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 " فاختر 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

[ ٣١١ ]

الاقرب عدم صحة العقد الفضولى المعهود المصطلح اذا لم يكن مجيز حال العقد متمكنا للاجازة بالامكان الاستعدادى. وهو ما كان وجود شرايطه وانتفاء موانعه على وجه اقرب المراتب من الاستعداد. و يتفرع عليه بطلان اجازة الصبى لبيع ملكه. وح، فيصح جعل بيع الغير مال المالك - ثم تملكه عنه بالاشتراء و نحوه - مسئلة اخرى، معطوفة على مسئلة بيع الفضولى التوصيفى المعهود. يعنى كما لا يصح البيع

الفضولى المصطلح الذى من فروعه بيع مال الصبى اذا لحق اجازته بعد البلوغ فكذا لا يصح بيع الشخص الفضولى مال غيره وان ملكه بعد ذلك. فالمعطوف ليس بداخل فى المعنى المصطلح. بل هو مسئله اخرى. و لذلك فكك (ره) قول المصنف و جاز عنه وساق الكلام فيه على حده. و هو مستلزم لا مكان تحقق فرض هذه المسئلة بدون الاجازة. فاتضح كمال المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه. و مما يوضحه غايه 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 المميز 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. و عدم الصحة فى المسئلة المعطوفة بقوله " و كذا " سواء اجاز ام لا. و لنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات فى كلام الايضاح: قوله " فى الحال " يعنى فى حال العقد. قوله " معنى صحة بيع الفضولى قبل الاجازة " مراده الصحة المترتبة على نفس العقد مع قطع النظر عن الاجازة. و يوضحه تفسيره الصحة بصلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه. قوله " بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادى ": "...اعلم ان لا مكان الخاص ثلاثة اقسام :

١: وفى النسخة: فذهب المصنف

### [ ٢١٢ ]

الاول: الامكان الذاتى. و هو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات. سواء كان محفوقا 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 محفوقا. بمانع مستمر الوجود. كتلبسه بضده الحقيقى او احد اضداده المشهورية. فان كام محفوقا به، فهو وان كان ممكنا بالذات لكنه ممتنع بسبب ما وقع فى الخارج من المانع المستمر. والثالث: الامكان الاستعدادى. وهو الامكان الذاتى بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوة القريبة معه. و يسمى الاول استعداد اتاما، والثانى غير تام. والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعى والاستعدادى. بل ادرجوا الاول فى الثانى. قوله " او صلاحيته لان يترتب عليه الاثر حال وقوعه " عطف على " صحة البيع الفضولى " بكلمة " او " دون الواو، نظرا الى ان الصحة انما هو ترتب الاثر. والاثر هنا اما يتصور بالنسبة الى ماهية البيع وهو انتقال الملك. فهو لا يحصل جزما حال العقد. فلا يمكن ان يقال العقد صحيح، بقول مطلق. انما بمعنى ترتب اثر البيع، اى الانتقال، بل صحته بالنسبة الى الانتقال هو بعنوان الصلاحية. واما يتصور بالنسبة الى هذا العقد الخاص، وهو نفس

صلاحيته لترتب اثر ماهية البيع الذى هو نفس الانتقال. فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق، لان ترتيب الاثر حاصل بالفعل. وهو الصلاحية. فالمعطوف عليه ناظر الى الثانى، والمعطوف الى الاول. فقوله " حال وقوعه " يتعلق بالصلاحية، لا بالترتب. ولك ان تجعله عطفاً على " امكان ترتيب اثره عليه " والمراد ان الصحة عبارة عن ترتيب الاثر فان جعل الاثر هو الانتقال، فهو حاصل بالامكان. وان جعل هو صلاحيته لترتب الاثر، فهو حاصل بالفعل. وهذا اظهر. ثم الظاهر من كلام الشارح انه جعل اجازة الصبى بعد البلوغ من باب الامكان الذاتى. لا الاستعدادى وان كان مقارناً للبلوغ. وهو مشكل، لعدم التفرقة بين فعل الكامل الغائب

### [ ٢١٣ ]

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 شئ، واما قولنا من استقلال العقل باذراكهما فى الجملة، فلا مانع من تجويز بيع مال الصغير و شرائه فضولاً، اذا اقتضت المصلحة ذلك. مع ان قوله تعالى " ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى 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 فضولاً 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 فضولاً مصلحة وفى تركه ايضا مصلحة لكن كان البيع اصلح، فهل يجب العمل بالا صلح ام لا، فذهب الا شاعرة الى العدم. لتجويزهم الترجيح بلا مرجح. بخلاف مذهبنا، لقبحه. والى هذا ينظر كلامه (ره) فى " كتاب الحجر " حيث استشكل العلامة فى القواعد وجوب الاستثناء فى مال

١: وفى النسخة: لا جازته. ٢: وفى النسخة: فجعل بيع مال الصبى فضولا مع المصلحة ليس من فروع ...

### [ ٢١٤ ]

الطفل على الولى بعد ما حكم بوجوب حفظ ما له فقال ١ فى وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب ومن انه منصوب للمصلحة وهذه من اتم المصالح. ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل و نصب الولى لدفعها وبهذا بينى على ان هذا هل هو مصلحة او اصلح. وعلى الثانى هل يجب ام لا. وقد حقق ذلك فى علم الكلام " انتهى كلامه (ره). وحاصل المراد ان فى صورة عدم المصلحة لا يمكن الاجازة لا من الطفل ولا من وليه. اما من الطفل فلعدم الامكان. واما من الولى فلعدم المصلحة. فيصح ان يقال ليس هنا مجيز فى حال العقد، فلا يصح الفضولى الا على القول بكفاية المجيز بالقوة البعيدة.. واما فى صورة وجود المصلحة فى البيع، فمع وجود الولى " ولو كان هو الحاكم " فيجب عليه الاجازة، لوجوب العمل بالاصلح، لئلا يلزم ترجيح المرجوح. وان لم يكن ولى، او كان و ترك العمل بالاصلح و صار معروفا، فيصح من الفضولى. فانه الا حسن، و يجوز العمل به لقوله تعالى " الا بالتى هى احسن " اذ المخاطبون قاطبة المكلفين، لا خصوص الاولياء. فلا يتصور هنا عدم المجيز. واما الا شاعرة، فلما قالوا بجواز ترجيح المرجوح وعدم وجوب الا صلح. فيتصور عدم وجود المجيز، على مذهبهم فى صورة المصلحة وعدم المصلحة. والمقام بعد، لا يخل عن الاجمال والاعلاق. وقد نقل عن الشهيد " ره " انه قال " اعترض بعض العامة على العلامة (ره) لسقوط هذه المسئلة - اعنى اشتراط وجود المجيز - على مذهب الامامية، لانهم يعتقدون وجود الامام فى كل زمان، وانه ولى من لا ولى له. واجاب العلامة بان المراد مجيز فى الحال و يمكن الاطلاع 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 التمكّن 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

### [ ٢١٥ ]

مراد العلامة. بقى الكلام فى مأخذ المسئلتين. و تحقيق المقام والتكلم فى الأدلة التى ذكرها لهما. فنقول: اما المسئلة الاولى، فالتحقيق فيه ان معنى صحة الفضولى هو ترتب اثر نفس العقد وهو صلاحيته لان يترتب عليه اثر البيع، وهو الانتقال بعد الاجازة. فانه يحصل بمجرد العقد و يترتب الانتقال ايضا بعد الاجازة. وانتقال النماء قبل الاجازة على القول بالكشف. واما اشتراط ذلك بكون المجيز فى اقرب مراتب الاستعداد فممنوع، لما نذكره فى الاحتمال الثانى من منع الاشتراط، و سنده الاخبار الواردة فى النكاح مثل صحيحة ابى عبيدة فى نكاح الصغيرين ١، و يدل فى الفحوى على غير النكاح، لكون امره اشد. و يدل عليه عموم قوله تعالى " اوفوا بالعقود " فان الاصل فيها العموم خرج ما خرج بالدليل وبقى 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 الحزازه التامة اذ بنى كلامه فى المسئلة على احتمالين احدهما البطلان رأسا، اى سواء اجاز المالك الاخر الذى هو البايع او لم يجز، هو مختار المصنف، وهو الاحتمال الاخير فى كلامه. والثانى صحته فى الجملة. وهو الاحتمال الذى ذكره 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

---

### [ ٣١٦ ]

لحوق الاجازة، ١ لا يخفى ما فيه اذا الاستدلال بالبلغية المالك من الاجازة يقتضى ان مراده صورة عدم الاجازة. فاذا تم كلامه بالبلغية 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 ينبغي ان يقول فى اول الكلام " ثم ملكه واجاز " . وفى موضع قوله " فملكه ابلغ " ، " فملكه مع الاجازة ابلغ " . الى غير ذلك من الحزازات. و كيف كان، فالامر فى ذلك سهل. والعمدة بيان صحة المأخذ. فنقول: اما قوله " لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فملكه ابلغ " ان اراد ان اجازة المالك الذى هو مالك حين العقد موجبة 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 تاثير اجازة المالك هو المالكية وهو موجود هنا. ففيه منع ظاهر. اذا المسلم من العلية هو عليه المالك حين العقد لا مطلق المالكية. ومن ذلك ظهر ان انضمام الاجازة ايضا لا ينفع. اذا المسلم من اعتباره هو اجازة المالك حين العقد، لا مطلقا. ومن ذلك ظهر بطلان مفهوم الحيثية الاولى من الحيثيتين

١: وفى النسخة: ولا يخفى

#### [ ٢١٧ ]

اللتين ذكرهما فى ذيل قوله " وهل يتوقف على اجازته ". و منطوق الحيثية الثانية ايضا. و مما ذكرنا يظهر الكلام فى قوله " ولان عقد الفضولى " ....لمنع وجود الشرط و زوال المانع. واما ما ذكره من الدليل على احتمال البطلان، فهو 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 العاقد حين العقد بصد كونه مالكا وهو كونه غير مالك. وهو ضد حقيقى لكونه مالكا فضلا عن كونه مالكا مجيزا بالامكان الاستعدادى. وهذا صحيح لكن لمحض عدم تحقق المجيز على اقرب مراتب الاستعداد. لما منعناه فى الصبى. بل لانه ليس هنا امكان الاجازة من المالك حين العقد. لانه ليس بمالك حين العقد حتى يمكن ان يقال يتحقق الامكان الذاتى ايضا. اذ لا رابطة بين امكان تحقق الاجازة من المالك حين العقد و بين امكان تحققه من غيره الذى ملك بعد العقد، و شرط الصحة شرعا هو الاول، لا الثانى . واما امكان ان يصير هذا العاقد فى وقت من الاوقات مجيزا شرعا فى غير هذا العقد، فهو لا دخل له فيما نحن فيه. واما ما جعله التحقيق فى المسئلة اخيرا، فهو مبنى على التخريج من الفضولى، وجعل التملك نازلا منزلة الاجازة فيما لو كان المال ملكا للمجيز حين العقد. وقد يتوهم انه مبنى على 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 شئى 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

---

### [ ٢١٨ ]

فى اصل صحة الفضولى. وربما يقدر فى العمومات بان المراد بالعقود فى قوله تعالى " واوفوا بالعقود " العهود الموثقة مطلقا سواء كان بين الله و عباده، او بين العباد بعضهم مع بعض، او بين العبد و نفسه. و كون الفضولى من العهود الموثقة انما يتم بالاجازة سواء كان من الطرفين كما لو كان فضوليين او من طرف من كان له فضوليا. وقد يطلق عليه العهد الموثق قبل الاجازة ايضا. كما لو كان احد الطرفين فضوليا والاخر لنفسه. فانه موثق فى جانب الآخر بالنسبة الى نفسه وان كان متزلزلا وغير موثق بالنسبة الى الفضولى. فهو يلتزم للعقد ما لم يظهر [ من ] ١ الطرف الفضولى عدم الاجازة، فلا اشكال فى اندراج الفضولى تحت عموم " اوفوا بالعقود " مع الاجازة فى الجملة. ومعنى ايثاق العهد بالاجازة فى الفضولى المعهود هو رضاء المالك الاصلى بالعهد الذى وقع من البايع الفضولى. فبالتزامه البيع الذى وقع على ملكة صار عهدا موثقا منه. سواء قلنا بان الاجازة كاشفة، او ناقلة. واما فى ما نحن فيه اعنى اجازة من ملك العين بعد العقد الفضولى فيشكل تحقق اثبات العهد فيه. اذ العهد المتقدم هو نقل ملك المالك الاول فضولا، ولا يصدق على اجازة المالك ثانيا انه ايثاق للعهد المتعلق بذلك الملك حين كونه ملكا للمالك الاول. و يمكن دفعه و جعله من باب ايثاق العهد، لو جعلنا الاجازة عقدا جديدا. كما هو احد المحتملات فى الفضولى المعهود كما نقل عن صاحب كتاب كشف الرموز، وفاقا لشيخه المحقق، حيث قال فى رد الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده ومالا يملك، بان النهى فى المعاملة لا يقتضى الفساد. وان ليس للبيع لفظ مخصوص. فان مقتضاه ان الاجازة بيع بغير لفظ البيع. فيكون فى الاجازة ثلاثة اقوال: الاول: كونها كاشفة عن النقل من حين البيع. والثانى: كونها ناقلة، بان يكون جزء السبب فالناقل هو الصيغة السابقة مع الاجازة. والثالث: كونها عقدا جديدا مستقلا لا مدخلة 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

---

### [ ٢١٩ ]

وهذا لا ينافى ما اخترناه من ترجيح القول بالشكف كما هو مذهب الاكثر. و عدم تفصيلهم فى المقام  
انما هو لعدم التفاتهم الى هذا الفرد وانما كان نظرهم الى الفضولى المعهود، او مطلق ما كان المميز  
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  
الباع 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 الباع الغاصب لنفسه مركب من امرين: الايجاب. و كونه لنفسه. فاذا بطل كونه  
لنفسه، فيبقى الايجاب، و بسبب اجازة المالك يتحقق لحوق الرضا من المالك بالعقد. فهو من باب لحوق  
الرضا بعقد الفضولى. لانا نقول: ان الفصل علة لوجود الجنس - على التحقيق - فبانتفائه ينتفى الجنس.  
فيرجع الكلام الى تبديل نوع بنوع آخر. لا من باب لحوق الفصل بالجنس، لعدم وجود الجنس بعد انتفاء  
فصله. و كذلك الكلام فى بيع المكروه 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 .

---

#### [ ٢٢٠ ]

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 المكروه والجاهل بكون الملك مستحقا للغير، بعموم " اوفوا  
بالعقود ". وجعل المذكورات من باب العقود الموثقة. ولا يخفى انها لا تصير من العقود 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 واجاز فنقول: اذا كان تصحيح  
العقد باعتبار المعبر 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. فكذا 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 معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا امضاء للعقد السابق. فان العقد السابق انما كان تبعا لنفس الغاصب. وهو مبين لكونه تبعا لنفس المغصوب منه [ و. ] يصحها " اوفوا بالعقود " لانه يصدق عليه انه عهد موثق. فكذا 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

#### [ ٢٢١ ]

موثق دخل فى ذلك العموم. فالاجازة اما يصدر من المالك حين العقد او من غيره. فعلى الاول فاما ان يكون ما وقع من العقد فى مال الغير من باب الفضولى المصطلح، او البيع لنفسه غصبا او جهلا بانه مال الغير، فعلى الاول، الاجازة بمعنى لحوق الرضا بالعقد السابق. وعلى الثانيين بمعنى تعديل عقد بعقد بانشاء جديد. ١ و على الثانى - اى ما يصدر من غيره - فذلك الغير اما هو وارث المالك الاصلى، او غيره. و على الاول فان كان العقد من باب الفضولى المصطلح، فهو من معنى المورث لانه حق انتقل اليه بالميراث. فهو ايضا من باب لحوق الرضا بالعقد السابق. و ان كان من القسمين الاخرين. فهو ايضا تعديل عقد بعقد انتقل اليه ذلك الحق بالميراث. و على الثانى - اعنى غير الوارث - فهو من باب تعديل عقد بعقد. لانه معنى لحوق 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 باجازه 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

### [ ٢٢٢ ]

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 اشتراؤه 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 لا بد من بطلان الفضولى مطلقا، او بطلان القول بالكشف. و يندفع بان صحة الاجازة انما تتوقف على الملكية الظاهرية المستصحبة، و بعد الاجازة ينكشف مالكية المشتري فى الواقع، فلا منافاة بين الحكم بمالكية المالك الاصلى فى ظاهر الشرع الى حين الاجازة و كشف الاجازة عن مالكية 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 فى نفس الامر. مثلا اذا حلف ان لا يتصرف فى مال زيد، والمفروض ان عمرو باع مال زيد فضولا بخالد، ثم اجاز زيد. فاذا تصرف الحالف قبل الاجازة فى هذا المال فيجثت 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 " لا بد ان ينزل على من خالفها عالما بانها مخالفة لليمين، لا بما كان مخالفة فى نفس الامر. فذلك 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. والسرى 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 فففيه اشكال. و اما لحوق 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 فى نفس الامر مع الزوجة او المملوكة، كما يكشف عنه الاجازة. ولعل الترجيح للثانى. فيكشف ان ولد المملوكة نماء ملكه و هى نمائها له بعد الاجازة. ٢ هذا الكلام فى صورة صحة الجازة .

١: و فى النسخة: تراخى الحد. ٢: و عبارة النسخة كذا " و كيف كان قوله المملوكة نماء ملكه و هى نمائها له بعد الاجازة ". و فى العبارة سقط و

و اما انه هل يصح الاجازة مطلقا، او يتفاوت الحال فى المقامات؟ -؟ فيحتاج الى تفصيل. فنقول: اذا نكح الفضولى الهند لزيد والهند تزوجت بعمرو قبل علمها بنكاح الفضولى، مثلا. فهل لها الاجازة بعد الاطلاع؟ و اذا اجازت فينفسخ نكاحها بعمرو، او لا يجوز لها الاجازة؟ و كذلك لو نكح الفضولى زيدا بامرئة و تزوج زيد

قبل الاطلاع بنتها او امها. والظاهر انه ليس لهما الاجازة فانهما قبل الاطلاع عقدا على انفسهما عقدا صحيحا، والفضولى بنفسه لا يؤثر اثرا بلحوق الاجازة، و ان قلنا بكونها كاشفة. فالمرئة فى المثال الاول مزوجة بعقد صحيح ولا يجوز تزوج ذات البعل بغيره. والرجل [ فى المثال الثانى ] متزوج بالام او البنت بعقد صحيح، و لا يجوز له التزوج ببنتها او امها. و ذلك لان الاجازة بمنزلة عقد مستقل و ان قلنا بكونها كاشفة. و لا يمكن جمعها مع ما يحرم الاجتماع معه. بخلاف ما يمكن الاجتماع، كما لو عقد الفضولى لزيد بامرئة و تزوج هو قبل الاطلاع بامرئة اخرى، لا مانع منها. ومن جملة الموانع فى جانب الرجل ان يتزوج برابعة قبل اطلاعه على نكاح الفضولى له برابعة. و من ذلك يظهر الكلام فى البيع ايضا. فالقول باسترداد العين والمنافع لا يتم على الاطلاق فلا تغفل عن ذلك، فانى لا يحضرنى تصريح بذلك فى كلاماتهم. و كذلك يظهر مما ذكرنا، انه لا يرد على القول بالكشف، ان الاجازة المتاخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول الفضولى و عن كون المال ملك 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، والبايع 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 .

---

تصحيح و بزعمى لا سبيل فى الاصلاح الا ما اصلحناه

---

### [ ٢٣٥ ]

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 يفترق 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 يجزه عمرو. ثم باع عمرو ذلك الكتاب بزيد بدينار. فان اجازة زيد، ح، بيعه الفضولى مع بكر فى كتاب عمرو، فيستحق ثمن ذلك البيع و هو الدينار. و ح لما كان البيع الثانى - اعنى بيع عمرو كتابه من زيد - واقعا على مال بكر (لانه صار ماله باجازة زيد بناء على القول بالكشف) فيحتاج العقد الى اجازة بكر، فان اجاز فيستحق ثمن البيع الثانى. و هو دينار ايضا، فيتهاثران. فظهر ان عمرو لا يستحق الكتاب ولا الدينار اصلا. و زيد يستحق

الدينار الذى هو الثمن فى البيع الاول، و لكنه يسقط بالتهاثر. و بكر يستحق عين الكتاب مع الدينار و يسقط بالتهاثر هذا اذا وافق الثمنان. و اما لو كان الثمن فى البيع الاول دينارا و فى الثانى دينارين فللبكر الكتاب و الدينار والزائد بعد التهاثر فى القدر المساوى. ولو كان الثمن فى البيع الاول دينارين وفى الثانى دينار، فله الكتاب و عليه الدينار لزيد، بعد التهاثر فى القدر المساوى. و وجه دفع هذا الاستدلال: ان الاجازة المتاخرة انما يكشف عن كون المال ملكا للمشتري الاول من حين انتقال الملك الى المميز، 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. والبايع الفضولى ثمن البيع الاول. و المشتري الاول عين المبيع. و قوله " وقد كان المبيع له بما بذله من الثمن " يعنى للمشتري الاول، ان كان مراده ان المبيع له قبل الاجازة من المالك و من البايع

#### [ ٢٣٦ ]

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

من البايع الفضولى بعد ما انتقل اليه المال. والجواب هو ما ذكرنا اولاً ان مراده ١ من توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الاخر، لزوم الدور الواقعى، الذى معناه كون كل واحد منهما علة للاخر. ففيه ان علية اجازة البايع الفضولى لما باعه فضولا لتحقق اجازة 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 اولاً ويستحق المشتري الاول للمال، ولا يجيز للمشتري الاول بيع المالك الاصلى. وان كان المراد انه على تقدير اجازة المشتري الاول ايضاً كل منهما يتوقف على الاخر [ ففيه انه ] لا استحالة فيه. اذ هو دور معنى وعليته من احد الجانبين واستلزام من الاخر. فلا يلزم اعجوبة ولا محال. وقد يستدل على البطلان: بان المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه، فعل ما هو من لو ازمهما. ولما باع ماله على الفضولى بالعقد الثانى، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. وهو لا يجامع صحة العقد الاول. فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول - حيث وقع العقد فى ملكه - و تملك المشتري الاول للثمن الثانى، و يبقى المبيع ملكاً 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 فسخاً 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 مبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولى. اقول: ولعل مراده من " اللوازم"، اللوازم المختصة. والا فقد يكون اللازم اعم. [ و ] قوله " وهو لا يجامع صحة العقد الاول " ان اراد الصحة الحاصلة بسبب اجازة المالك، فهو كما ذكره. لكن المفروض خلافه. فان الكلام فى تصحيحه باجازة البايع الفضولى بالاشتراء عن

١: وفى النسخة: ان المراد

المالك. لا باجازة المالك. وان اراد مطلق الصحة، حتى ما حصلت باجازة البايع الفضولى بعد تملكه، فهو اول الدعوى. و يظهر من ذلك ما فى قوله " فانها يقتضى تملك المالك للثمن الاول " يعنى ان صحة العقد الاول يقتضى ذلك، فان اقتضائه ذلك انما هو اذا حصل الصحة باجازة المالك. وهو خلاف الفرض. والتعليل

بأنه وقع العقد فى ملكه ايضا غير تمام، لما عرفت سابقا من امكان وقوع العقد فى ملك شخص، والاجازة المصححة فى ملك المالك المتأخر، وقوله " وتملك 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 " الاجازة " 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 فسحا للبيع الاول وان لم يعلم بوقوعه، [ و ] فيه أن كون ذلك فسحا مع عدم العلم محل نظر، بل نقول كونه فسحا 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 بعثتها وامض وأجز البيع لنفسك، والقول بأشترط أن يكون البيع الفضولى نيابة عن المالك، ممنوع، لما بيناه فى الغاصب والجاهل، فهذا ايضا عهد من العهود الموثقة وداخل فى عموم " او فوا بالعقود " كما بينا، والحاصل: ان المسلم فى البطلان، هو ما صرح المالك بالفسخ، و بدونه يحكم بالصحة، ولا منافات بين الحكم بالصحة بسبب الاجازة المتأخرة، و عدم حصول الصحة فى العقد الاول لعدم اجازة المالك، قوله " فكما أن التصرف المنافى مبطل.... " فيه أن المسلم من الابطال هو مع صورة العلم، فان وهب احد شيئا لغير ذوى رحمته بلا عوض و نسى ذلك، ثم وهبه لغيره ففى الحكم

---

#### [ ٢٢٩ ]

البطلان، نظر، فلا يتم فى الفضولى فى صورة عدم العلم ايضا، فأنت 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 اننا ذكرنا أن ذلك فى حكم عقد جديد، فهو فى معنى أن يقول المالك الذى جاء بعد الف مالك " انى رضيت أن يكون هذا المبيع لمن عقد له الفضولى و يكون الثمن الذى عقد عليه مالى " ويصير بذلك من العهود الموثقة و يدخل تحت عموم " او فوا 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 البايح حقيقة، و الفرض هنا عدم اجازته، وتوجيهه ان فى الفضولى المعروف لا بد أن يكون من وقع عنه العقد مالكا وقادرا على التسليم حين العقد، و راضيا حين 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 الايق. 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

### [ ٢٣٠ ]

صحيح. فأن البيع عليه بمنزلة القدرة على التسليم، وان كان غير قادر عليه بدونه. و من جميع ما ذكرنا فى هذا المقام، ظهر ما فى الاستدلال على بطلان ما لو باع مال الغير فضولا ثم ذهب يشتريه، بأنه بيع مال الغير لنفسه. وهو باطل. اذ عرفت انه لا دليل على بطلانه لصدق البيع عليه عرفا، سيما بملاحظة حكم الغاصب واخوانه، و عرفت توجيه معنى الاجازة و تطبيقه على ما نحن فيه. وقد يستدل عليه بالروايات: ١ مثل ما رواه الكلينى والشيخ فى الصحيح عن يحيى بن الحجاج " قال: سئلت عن أبى عبد الله - ع - عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب وهذه الدابة و بعنيها اربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه قبل ان يستوجبها، او تشتريها " ٢. و ما رواه عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع -:- الرجل يجينى فيقول اشتر لى هذا الثوب اربحك كذا و كذا. قال: اليس ان شاء ترك وان شاء أخذ (؟). 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 يحل وقد يحرم بحسب اختلافه. فان كانت بطريق الالتزام، حرمت المعاملة بذلك. وان كنت بطريق المراضات من دون الزام (وانما يحصل الالتزام بعد شراء الباع بعقد مستأنف) كانت حلالة. و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم، عن ابى جعفر - ع - " قال سئلته عن رجل أنه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلنى اشتره منك بنقده أو بنسيئة. فأبتاعه الرجل من اجله. قال ليس به بأس، انما يشتريه منه بعد ما يملكه " ٤. و ما رواه فى الصحيح عن منصور بن حازم عن ابى عبد الله " فى رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه. قال: لا بأس بذلك. انما البيع بعد ما يشتريه " ٥ .



[ ٣٣١ ]

اقول: فلنذكر هنا رواية يستعان بها على الجواب عن تلك الاخبار. وهى ما رواه الكلينى فى الحسن كالصحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج " قال: قلت لأبى عبد الله - ع -: الرجل يجيئنى يطلب المطاع فأقوله 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: ويستفاد 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 بالمراوحة. ويؤيد الاول نقل صريح الحكم به عن ابيه (ع) وشهرة خلافه عن العامة ح. انتهى كلامه، و لا بأس به. و على هذا فنقول: اما الرواية الاولى: فان كان المراد من اسم الاشارة الشخص المعين، كما هو الظاهر. فوجهه انه لا يجوز بيع مال الغير مع المواجبة والالتزام، مع العلم بأنه مال الغير، وان جاز البيع فضولا مترقبا للاجازة. واما انه لا يصح البيع فضولا مع لحوق الاجازة، فلا دلالة عليه اصلا. غاية الامر كونه منهيا عنه. وهو لا يدل على الفساد. وان كان المراد النوع من الثوب والدابة، 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 فى الذمة، وهو كلى. وهذا كله اذا اجاز المالك. واما كفاية الشراء فقط من دون الاجازة بعده فالظاهر انه

[ ٣٣٢ ]

لا اشكال فى عدم الكفاية. وقد بينا سابقا أن كون الشراء ابلغ من الاجازة عن المالك، ممنوع. بل مساواته ايضا. فأن قلت: ان هذا ايضا عهد موثق، حيث انه باعه بعنوان الالتزام. غاية الامر انتفاء الملكية وقد حصلت بشرائه من المالك، فيدخل تحت العموم. قلت: ان باعه للمالك، فهو متزلزل وموقوف على اجازته. والمفروض عدم الاجازة منه، فأين الايثاق. وان باعه لنفسه، فلا دليل على صحة بيع مال الغير لنفسه. و انما صححنا بيع الغاصب بسبب اجازة المالك لا لمجرد انه باع مال الغير. و ان كان بعنوان الايثاق والمفروض فى ما نحن فيه عدمها، لا من المالك الاصلى و لا من البايع بعد الاشتراء. والاخبار المانعة عن بيع مالا يملك منزلة على ذلك. و كذلك الكلام، ان باعه غير قاصد لمالكة و لا لنفسه، بل يريد صورة ايقاع البيع فى غير ملكه، ليثمنه بحصول الملكية لنفسه بالاشتراء بعد ذلك. وأما ما يظهر من كلام العلامة فى التذكرة من الاجماع على البطلان حيث حمل الاخبار المانعة على ما اذا باع عن نفسه و يمضى و يشتريه من مالكة. لانه (ص) ذكره جوابا لحكيم بن حزام حين سئله عن بيع الشئ فيمضى فيشتريه ويسلمه. قال (ص) ان هذا البيع غير جازي ١ و لا نعلم فيه خلافا. و لعل مراده ايضا ما لو لم يلحقه الاجازة بل اكتفى بمحض الاشتراء. والظاهر وجود المخالف والقول بالصحة مع الاجازة، كما حكى عن ظاهر الدروس والصميرى والمقداد. وقد اشرنا من استشكال بعضهم ايضا. بل احتمال الصحة بمجرد الاشتراء بعد البيع فضولا. كما جعله التحقيق فى الايضاح. على القول بصحة الفضولى. فالظاهر الصحة مع الاجازة بعد الاشتراء. و عدمها بدونها. تذييل: اذا عرفت ان الاقوى فى صورة تملك الفضولى للمبيع بعد العقد، احتياجه الى الاجازة. فأعلم: ان الاقوى ايضا، ان ظهور الملك بعد العقد، ايضا حكمه ذلك، وله فروع كثيرة: منها: ما لو باع مال ابيه بطن الحيوة، فظهر انه كان ميتا و كان ملكه ح. فقبل 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 ابي داود: باب: فى الرجل يبيع ما ليس عنده

---

### [ ٢٣٢ ]

الاجازة. وقيل بالبطلان. والاول هو مختار المحقق فى الشرايع والعلامة فى جملة من كتبه. وربما يظهر منه فى - كتاب الهبة من - القواعد انه اجماعى. حيث قال " واذا باع الواهب بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة، و صح لا معه، على رأى. ولو كانت فاسدة صح اجماعا. ولو باع مال مورثه معتقدا بقائه، او اوصى بمن ١ اعتقه وظهر بطلان عتقه، فكذلك ". و مثله عبارة الارشاد الا فى ذكر الوصية. ولكن يظهر من كلامه فى مسائل البيع ان فيه خلافا. حيث قال " فالوجه الصحة ". و كيف كان فدعوى الاجماع مشكلة، سيما اذا أراد بها اللزوم. كما فسرها ولده و المحقق الثانى و غيرهما. فالعمدة بيان المآخذ 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 الأَحمال عن نهاية العلامة ايضا. حجة الاول: حصول الشرط المعبر فى اللزوم .وهو انه عقد وقع من اهله فى محله. وان المعبر هو قصد المالك للبيع فى ماله، وقد حصل. فالبيع مقصود على ماله، فيصح. وفيه انه لم يقصد البيع اللازم، بل انما قصد بيع مال غيره فضولا. فلا يتم الاجازة و نحن لا نكره. 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 فى احواله اولى " و توضيحه ان البيع اذا كان مدلوله معلوما معينا ولم يلحقه القصد الى المدلول كأنها زل. والمكره لا يكفى مع عدم الاشتباه فى المدلول. وفى ما اشتبه المدلول ايضا، بسبب تعدد الانواع، والقصد هنا اولى بالاعتبار لكون المدلول والمقصود كليهما مجهولا. فمراده بالاحوال، الانواع .

١: وفى النسخة: من اعتقه

#### [ ٢٣٤ ]

وحجة الثانى: هو ما ذكرنا فى رد حجة الاول. مضافا الى ما بيناه سابقا من كفاية الاجازة فيما لو ملك الفضولى المبيع بعد العقد. بل هنا اولى بالصحة لتحقق الملك حال العقد. مع انه ليس بأقل من بيع الغاصب، وقد بينا صحته بالاجازة. وحجة الاحتمال الثالث: انه انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه .ولأنه وان كان منجزا فى الصورة، فهو فى المعنى معلق. والتقدير " ان مات مورثى فقد بعتهك ". و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لأعتقاد ان المبيع لغيره. هكذا ذكر فى الايضاح. وفيه ما فى الاول، فأن ذلك هو معنى الفضولى، وقد اثبتنا صحته موقوفا. واما الثانى، ففيه انه خلاف المفروض، و مناقض للأول. نعم ان فرض هكذا فله وجه اذا ابطنا مطلق التعليق فى العقود. واما الثالث، ففيه مع ورود المنع الواضح، انه مناقض للأولين. ومنها: ما لو باع الواهب الموهوب فى الهبة الجائزة، كالهبة الغير المعوضة للأجنبى. ففيه قولان: البطلان، بمعنى عدم اللزوم، لا عدم قابليته للاجازة ايضا، وهو مختار الشرايع، و دليله انه بيع وقع فى ملك الغير. وليس مسبوقا بالفسخ حتى يرد البيع على ملكه وان قلنا ان البيع فسخ كما نقل الاتفاق عليه، فغاية الامر ان البيع سبب لفسخ الهبة، فقبله لا فسخ و بعده لا بيع. فالبيع سابق على الملك ولم يقع فى الملك. والصحة. وهو مختار العلامة فى القواعد و ولد فى الايضاح والشهيد الثانى. وقد يستدل عليه بوقوع الفسخ والبيع بتحقق واحد. والمفروض ان الفسخ يحصل بالعقد اتفقا، فلو كان فاسدا لم يؤثر

فى الفسخ. وهو فى غاية الضعف اذ الدلالة على الفسخ لا يستلزم الصحة. بل كل ما دل على الفسخ يكفى. وقد توجه الصحة بأن العقد كاشف عن سبق الفسخ، لأن المعتبر فيه هو الرضا الباطنى، واللفظ دال عليه، فوقع البيع بعد الفسخ. ولا منافاة بين كونه بيعا و دالا على الفسخ السابق. وله وجه. وذكر فى الايضاح وجها آخر، وهو انه يؤول جزء منه بتفسخ الهبة فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد. ولعله مبنى على المسامحة فى الفاظ البيع. او مراده ايضا هو التوجيه السابق. وقد ذكر فى المسالك وجها آخر للصحة. وهو انه اذا تحقق الفسخ بهذا العقد

---

### [ ٢٢٥ ]

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، فإنه قاصد للبيع مطلقا. اقول: قد عرفت انه لا يصح، الا بالاجازة. و نقل فى الايضاح عن المبسوط بطلان البيع. و كأنه ناظر الى بطلان الفضولى مطلقا. هذا كله اذا كانت الهبة جازية و اما ان كانت لازمة، فلا يصح بعنوان اللزوم جزما. نعم يقف على الاجازة، على الاصح. و اما ان كانت الهبة فاسدة، فقد عرفت دعوى اجماع العلامة على الصحة، وهو على الاطلاق، مشكل، بل لا بد من التفصيل بصورة العلم بالفساد، و عدمه. فيحكم بالصحة فى صورة العلم. و بعدمها بعنوان اللزوم فى صورة الجهل. ونسب فى الكفاية الصحة فى صورة الجهل الى المشهور ولم ينقل خلافا فى صورة العلم. قال فى المسالك: وجه الصحة فى الجميع - أى فى الهبة اللازمة والجازية و مع العلم بالفساد و عدمه - وقوع العقد من مالك جازية التصرف. فيكون صحيحا. ثم قال " و يحتمل العدم - أى عدم الصحة - على تقدير عدم علمه بالفساد. لأنه لم يقصد نقله عن ملكه لبنائه على انه ملك لغيره والعقود تابعة للقصد ". بل ويظهر منه احتمال عدم الصحة فى صورة العلم بالفساد ايضا حيث قال " ويجوز على تقدير علمه بالفساد ان لا يبيع وانما اقدم على بيع مال غيره بزعمه " يعنى يجوز أن لا يكون مقصوده البيع اللزوم من قبل نفسه بل يكون مقصوده بيع ما هو مال الغير بزعم ذلك الغير - وهو المتهمب - 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 فى حمله على القصد فى العقود الشرعية، الا مع القرينة على خلافه، كما فى المكروه والهازل. فيصح البيع فى صورة العلم بالفساد، وهو جيد. واما فى صورة الجهل بالفساد، فلا يدفع لما ذكره من عدم الصحة. الا ان يجيز بعد ظهور الفساد، على ما حققناه سابقا، الا ان يكون الصحة اجماعية كما يظهر من القواعد. ومنها: ما لو باع مال الغير، ثم ظهر ان وكيله اشتراه له قبل البيع، والكلام فيه كما تقدم، واما لو اوصى بعبد - اعتقه - لاحد ثم ظهر فساد العتق، فيظهر مما نقلنا عن القواعد سابقا كونها اجماعية. وافتنى به المحقق فى الشرايع بدون اشكال. واستشكل فى المسالك بما مر، وزاد عليه ان فى ما نحن فيه - وهو الوصية - كالهازل والعاث، حيث انه يعتقد العتق ومع ذلك يوصى به للغير. و لا ريب انه فى ظاهر الشرع اتى بما هو غير صحيح فى الظاهر. بخلاف بيع مال الغير، فانه فى الظاهر بيع صحيح، غاية الامر كونه متزلزلا بالنسبة الى المالك. وقال: ان القول بتوقفها على تجديد اللفظ يدل على [ ان ] امضاؤها متعين، وهو فى الحقيقة فى قوة وصية جديدة، و يكفى فيها كل لفظ دل عليه، والامضاء من جملتها، ولا ينحصر فى لفظ مخصوص، وهو كما ذكره. والله العالم باحكامه.

**١٦٩- سوال:** هل يجوز لمن باع سلعته من غيره، ان يشتري منه؟ وان جاز فهل يجوز مع شرط ذلك فى ضمن العقد؟ وهل فى ذلك فرق بين ما كان بيع المتاع حالا، او مؤجلا -؟ و بين كون البيع الثانى حالا، او موجلا-؟. وفى خصوص بيع النسيئة، بين كون البيع الثانى قبل انقضاء الاجل وبعده بجنس الثمن و غيره بزيادة او نقصان، او لا -؟-؟.

**جواب:** الظاهر انه لا خلاف بينهم فى بطلان البيع مع الشرط مطلقا. و يظهر من الشهيد الثانى، التردد فيه. حيث قال " مستنده غير واضح ". واما بدون الشرط، فالظاهر ايضا عدم الخلاف من جوازه فى الحال، وانما الخلاف فى النسيئة. فالمشهور فيه ايضا الجواز، وقيل لا يجوز بيعه بعد حلول الاجل بزيادة عن ثمنه الاول. او نقصان عنه. مع اتفاقهما فى الجنس، فهنا مقامات :

الاول: بطلانه مع الشرط. (ومرادهم هنا اعم من الحال والنسيئة. كما صرح به فى الروضة والمسالك وان كان عنوان المسئلة و بعض كلماتهم مختصا بالنسيئة .ووجه التخصيص، ان مراد المخصص بيان الخلاف الواقع فى النسيئة فعقد المبحث له). واحتجوا عليه بوجه: منها: استلزامه للدور، كما حكى عن التذكرة ولا يحضرنى التذكرة. و تقريره فى ما حضر عندنا من الكتب لا يخل عن اغلاق واجمال او فى العبارات بيانه والرد عليه، ما ذكره فى 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 فى 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 تنمة 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 فيبيع 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 .

---

#### [ ٢٣٨ ]

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، و غاية 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 " بعتك

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 الاشتراط المذكور باطل عند المستدل الذى اورد الدور. لانه عند اشتراط [ النقل ممنوع ] ١. فلا وجه للاستناد اليه. لان البطلان عند المستدل مبنى على فهمه من الاشتراط الصادر عن البايع، من حمله على التعليق. ومراد الشارح التنبيه على ان هذا الفهم غلط. قوله - ره - " غايته ان تملك البايع موقوف... ". توضيحه: انه لما منع توقيف النقل

١: و عبارة النسخة: عند اشتراط الحمل محال

### [ ٢٢٩ ]

والانتقال فى هذا البيع المشروط، على شرط - بل المسلم هو توقيف لزومه على شرط تعليقى - تفتن لا احتمال ان يورد الدور ويثبت التوقيف فى النقل والانتقال بوجه آخر. وهو انه على فرض كونه من باب الشرط فى ضمن العقد، لا التعليق، واندفاع الدور من جهة التعليق فى العقد الاول. لكنه يمكن ان يقال ان تملك البايع ثانيا، بعد حصول النقل منه 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 فى ضمن العقد، فيثبت البطلان. واجاب عنه بان غاية الامر ثبوت توقف تملك البايع بالبيع الثانى على تملك المشتري، ولكن تملك المشتري لا يتوقف على تملك البايع. بل انما هو متوقف على مالكية البايع و بيعه فى اول الامر فلا دور اصلا. قوله - ره - " - ولانه وارد فى باقى الشروط " عطف على قوله " ان المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع " والاولى حذف كلمة " اللام " ليصير مدخولا لكلمة " فيه " ١. وهذا جواب عن الدور على سبيل النقض. وبيانه ان هذا الكلام وارد على ساير الشروط [ ايضا ]. خصوصا فى شرط بيعه للغير، مع انه اجماعى، اذ صحة بيعه للغير متوقف على تملك 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 - " ووضح لملك المشتري... " توضيح لكل ما ذكر فى رد الدور من الحل والنقض، الذى مرجعه الى شئ واحد. وهو ان شرط بيع المشتري انما هو من باب الالتزام والالتزام لفعل يفعله المشتري فى ماله بعد انعقاد البيع و ترتب ثمرته. وليس بتعليق شئ على شئ. وقال اوضح الامثلة فى 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 " مد خولا . " ويبدل كلمة " اللام " فى " الكلمة " بكلمة " فى " . لانه ان كان مراده منه الاصطلاح الادبى، فليس لكلمة " فيه " مدخول. و ان كان مراده انه فقرة من الفقرات المذكورة بلفظة " فيه "، فهو داخل فى فقراتها لا مدخول لها

---

#### [ ٢٤٠ ]

المشتري، سواء كان المراد من الاجل، اجل النسيئة، كما هو مفروض المسئلة فى عبارة اللمعة. او [ كان [ المراد ١ اجل ما، ولو كان فى البيع الحال. فان ذلك كاشف عن تخلل ملك المشتري بين البيع الاول والثانى. فانه اوضح فى افادة وقوع البيع الثانى بعد حصول الملك، مما اطلق الشرط ولم يقيده بما بعد الاجل. واما لو شرط بيع المشتري (من البايع بعد البيع الاول) بلا فصل. فيبطل، سواء قلنا بلزوم الدور، او لم نقل. وقد صرح بالبطلان فى هذه الصورة فى المسالك فى احكام بيع المرابحة. فان المحقق (ره) بعد ما ذكر بطلان شرط بيع المشتري من البايع فى مبحث " بيع النسيئة " قال فى مسائل احكام بيع المرابحة " ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز " وقال فى المسالك " قد تقدم الكلام فى ذلك وفى علله، وانها كلها مدخولة ". ومراده ما ذكر من ابطال الدور وغيره. ثم قال " وضمير - لم يجز - ينبغى عوده الى البيع ليقع باطلا، كما هو الواقع، لا الى الشرط، فان عدم جوازه قد لا يبطل العقد. وانما يبطل لو كان الشرط ان يبيعه بعد العقد بلا فصل. فلو شرط بيعه بعد مدة، او اقالته فيه بعدها. صح ". اقول: انه - رحمه الله - لما استفاد من كلام المصنف والجماعة بطلان البيع بهذا الشرط، قال فينبغى ان يعود الضمير الى البيع ليوافق مطلبه. واما لو عاد الضمير الى الشرط، فهو فى قوة كبرى كلية. وهى ان كل شرط غير جايز فهو مبطل للعقد. وليس كذلك اذ قد يبطل الشرط ولا يبطل العقد، كما فى كثير من مسائل النكاح. فلا يمكن الاستدلال بعدم جواز الشرط على بطلان المشروط. الذى هو مراده بعنوان الكلية، نعم، اذا شرط ان يبيعه بلا فصل، فهو مستلزم لبطلان العقد. لانه شرط مخالف لمتقضى العقد. لانه مفوت للقدرة على التسليم، بل التمكن من التصرف منه والانتفاع من المبيع، فالشرط من حيث هو موجب لبطلان العقد. مع قطع النظر عن كونه منغيا عنه ام لا،

---

١: وفى النسخة: اذ المراد

---

#### [ ٢٤١ ]

بخلاف ما لو شرط البيع بعد المدة، او اقالته فيه بعدها، فانهما لا ينافيان صحة العقد، وان فرض كونهما غير جايزين. فبطلان العقد، ح يحتاج الى دليل خارجى و من جميع ما مر يظهر ان مراده من قوله " فلو



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 وغيره) لا على مذاق المحقق والجماعة. ثم انه قد يعترض على ابطال الاستدلال بالدور - بان هذا الشرط، شرط اللزوم لا الصحة حتى يلزم الدور - بان الظاهر من الشرط هو شرط الصحة واصل تحقق العقد. واما النقض بشرط العتق ونحوه، فانما خرج بالاجماع على صحته. لا انه من باب شرط اللزوم. كما انه يمكن ان يقال البطلان فى ما نحن فيه اذا شرط البيع والنقل الى البايع بعد انتقاله الى المشتري انما هو للاجماع لا للزوم الدور. و كذلك على لزوم عدم القصد الى الاخراج، بانه انما يتم فى صورة التعليق الذى هو الظاهر من مرادهم، لا من صورة شرط اللزوم. وحاصل كلام المعترض يرجع الى المستدلين بالدور و بعدم حصول القصد الى الاخراج، انما ارادوا فى صورة التعليق. وان كانوا قائلين بالبطلان فى صورة اشتراط البيع ثانيا، بعد الانتقال من باب شرط اللزوم ايضا بدليل آخر من اجماع وغيره. وانت خبير بانه ينافى اطلاق كلامهم، والدليل ح اخص من المدعى. مع ان الهم بيان دليل بطلان شرط اللزوم، وليس مذكورا فى كلامهم. ومنها: ١ عدم حصول القصد الى نقله عن البايع. وتوجيهه ان البيع عبارة عن نقل الملك الى آخر بعوض معلوم. وهذا النقل المشروط بنقل المشتري اليه ثانيا، ليس بنقل حقيقى. 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 فى الوجه الاول) والا لم يتحقق النقل الثانى، لتوقفه عليه. ومثال الكلام فى هذا الوجه

---

١: عطف على اوائل المسئلة المبحوث عنها، حيث قال: فهيهنا مقامات: الاول: بطلانه مع الشرط... واحتجوا عليه بوجوه: منها ...

---

### [ ٢٤٢ ]

وجوابه، الى ما حققناه فى الوجه الاول، وهو ان هذا من باب اشتباه الشرط المذكور فى ضمن العقد، بالشرط بمعنى التعليق، والمفروض فى ما نحن فيه، هو الاول. لا الثانى. و يزيد عليه النقض بانهم اتفقوا على انهما لو لم يشترطا ذلك فى العقد، صح. وان كان من قصدهما اعادة المبيع الى البايع. والحال ان العقد تابع للقصد. فظهر ان قصد الاعادة الى البايع لا ينافى قصد النقل منه الى المشتري، والذى يضر بالبيع انما هو عدم القصد الى نقل الملك اصلا. بحيث لا يترتب عليه حكم الملك. ومنها: ما رواه الحميرى فى " قرب الاسناد " - على ما نقله فى الكفاية [ و ] قال ولا يبعد الحكم بصحة اسناده - عن على بن جعفر عن اخيه - ع - " قال: سئلته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم، ثم 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 اشتره 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، نفى الحلية. والا لثبت الاهمال فى الجواب، وهو ينافى الحكمة. واما على ما قيل " ان [ ما ] يقال فيه لا بأس فففيه بأس " فالامر اوضح. فان المفهوم ح انتفاء الرخصة الموصوفة بان فيها باسا، ولا 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 وغيره، وسيجئ 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 المشترط فيه باس مطلقا، اى هو حرام و باطل. والا فيكون المشترط حراما ولكن صحيحا. والغير المشترط حراما وباطلا ايضا

---

### [ ٢٤٢ ]

الشرط المبطل للبيع، هو ما يذكر فى بين العقد. مثل ان يقول الباع " بعتك هذا الفرس بالمبلغ الفلانى و شرطت ان تبيعنيه " لا بمعنى التعليق. فاعلم: انه مع حصول الشرط وذكر ذلك فالامر واضح. واما لو شرطاه قبل العقد ونسيا ذكره حال العقد، مع علمهما بانه لا عبرة بما ذكر قبل العقد. او توهمتا انه يلزم بمجرد ذلك (اذا جهلا بانه لا عبرة به) مع قصدهما له فى الصورتين: فالظاهر فيهما البطلان. لانهما انما اقدما على البيع بالشرط المذكور. فهو كما لو ذكر الشرط فى بين العقد. واما لو كان الشرط من قصدهما حال العقد بدون ذكره اصلا، ففيه اشكال. ويظهر عن المحقق الصحة مع الكراهة. حيث قال " ولو كان شرط فى حال البيع ان يبيعه، لم يجز. وان كان ذلك من قصدهما ولم يشترطاه لفظا كره . " واورد عليه بانه ظاهر اللفظ اطلاق النقل ومقتضى القصد تقييده بنقل المشتري اليه ثانيا، والعقد انما يتبع القصد، و مقتضى ذلك البطلان. واجيب: بان القصد وان كان معتبرا فى الصحة، فلا يعتبر فى البطلان. لتوقف البطلان على اللفظ والقصد. و كذلك الصحة. وفى عبارة المجيب اغلاق و تفكيك. ولكل من الاعتبارين فى كلامه معنى آخر. ففى الاول معناه ان القصد الى المدلول مما لا بد منه فى الصحة، ويعتبر حصوله. وفى الثانى معناه ان القصد الحاصل لا عبرة به، ولا يعتنى به بدون اللفظ. لتوقف البطلان على انضمام اللفظ اليه. و كذلك فى الصحة لا بد من انضمام القصد الى اللفظ. والظاهر ان مراد المجيب المعارضة. يعنى انه

إذا كان مطابقة اللفظ والقصد معتبرة، كما أنك تقول ان صحة العقد متوقفة على القصد الى مدلوله. والمفروض عدمه. اذ المدلول مطلق والمقصود مقيد. فنقول ان البطلان انما هو بشرط الاعادة على البايع ونقل المبيع اليه. فكما ان اللفظ بدون القصد ١ [ لا يكفى ] فى الصحة، فالقصد ٢ الى الشرط بدون اللفظ ايضا لا يكفى فى البطلان. واعترض على هذا الجواب بان عدم الصحة الحاصل بانتفاء القصد الى المدلول، يكفى فى

١ و ٢: وفى النسخة: العقد

### [ ٢٤٤ ]

اثبات البطلان. فلا يكفى مجرد العقد. كما لا يكفى فى الساهى والهازل والغالط والمكره. فلا يحتاج فى اثبات البطلان الى ذكر اللفظ. والتحقيق: - كما يستفاد من المسالك ايضا - ان يقال لابد فى العقد من القصد الى المدلول بعنوان البت المترتب عليه اثر الملك للمشتري، وادعان 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 اقدم البايع على ذلك بحسن ظنه بالمشتري انه يفي لوعده ويعيد المبيع الى البايع بحسن طوبته. 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 اللزوم ووجوب الوفاء به، اذا تقدم. بل لابد من تخلله بين الايجاب والقبول. واما حال نفس العقد، اذا كان شرطا فاسدا، مثل شرط الاعادة فى ما نحن فيه. فهل يؤثر فى بطلان العقد بناء على ان بطلان الشرط مستلزم لبطلان العقد -؟ ففيه تفصيل: فان كانا عالمين بعدم العبارة بما يذكر قبل العقد، ولكن نسيا ذكره حال العقد، مع قصدهما له حال العقد. او كانا جاهلين بذلك وتوهما اللزوم بمجرد ذلك وعقدا بهذا القصد. فالظاهر انهما فى حكم ما لو ذكرا فى بين العقد فى البطلان. لان القصد الى البيع انما هو على هذا الشرط الفاسد. واقدمتا 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 فهلم اشترى منك متاعا نسيئة بماتين

ثم ابايعك نقدا بمائة، حتى تنتفع انت وتقضى حاجتى " فتراضيا من دون شرط ذلك بل بنيا الامر على الاختيار والمودة بعد لزوم البيع. وعدم التسلط على الاعادة لزومها لواحد منهما. فهو صحيح، غير مضر. ١ وللمحقق 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 بنى شعيب الثقة " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - قلت: اعطى الرجل له التمرة عشرين دينارا، واقول له اذا قامت تمرتك بشيئ فهى لى بذلك الثمن، ان رضيت اخذت وان كرهت تركت. فقال: انا نستطيع ان نعطيهِ ولا نشترط شيئا. قلت: جعلت فداك، لا يسمى شيئا، الله يعلم من نيته ذلك. قال: لا يصلح اذا كان من نيته. " فافهم. انتهى كلامه (ره). ولعل (ره). ولعل مراده من التأييد ان النية كافية فى البطلان، مع عدم اللفظ ٢. كما ذكره فى صورة ايقاع العقد مع القصد الى الشرط من دون ذكره. المقام الثانى: جواز اشتراء البايع من المشتري بدون الشرط. ولا خلاف فيه فى الحال، ولا اشكال، وكذلك الظاهر من عدم الخلاف والاشكال فى النسيئة، اذا كان قبل حلول الاجل بزيادة على الثمن او نقصان، بجنس الثمن او غيره، حالا و موجلا. للعمومات والخصوصات مثل صحيحة بشار بن يسار " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يبيع المتاع بنساء و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه (؟). قال: نعم لا باس به. فقلت: اشترى متاعى. فقال: ليس هو متاعك، ولا بقرك، ولا غنمك. " ٣.

١: ليت شعرى ما مراد المصنف (ره) من عبارته قبيل هذا " لان القصد الى البيع انما هو على هذا.... والعقد تابع للقصد " وما الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى الا توهم اللزوم هناك والتواطى على اللزوم هنا، نعم، لو صرحا بعدم اللزوم فله وجه. ولكنه خارج عن الفرض. لا ريب فى البطلان فى هذه الصورة كسابقتيه. لكن المصنف (ره) افتى بالصحة على ميناه فى مسئلة " الفرار من الربا " راجع المسئلة ٦ من هذا المجلد. ٢: ولقائل ان يقول: بل هنا النية واللفظ كلاهما موجود معا اذ الصيغة فى الواقع قول المشتري " هلم اشترى منك بماتين ثم ابايعك بمائة " و قبول البايع - على ما قرر فى 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، فاتى الطالب يتقاضاه، فقال المطلوب ابيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندي. فرضى. (؟). قال: لا باس بذلك " ١. فان الظاهر ان المراد بهذا الغنم، التى اشتراها منه. ورواية الحسين بن منذر

- ولا يخل عن مدح و من جملة الروايات عنه ابن ابي عمير فالسند معتبر - : " قال: قلت لابي عبد الله - ع -  
-: يجيء الرجل فيطلب العينة، فاشترى له المتاع مرايحة، ثم ابيعه اياه، ثم اشتره منه ثم اشتره منه  
مكانى (؟). [ قال: اذا كان بالخيار ان شاء باع، وان شاء لم يبيع، 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. فأتى المطلوب الطالب، ليباع منه شيئاً (؟). قال: لا [ يبيعه نسيئاً. فاما نقداً فليبيعه بما شاء ٣. ]  
المشعرة بانه لا يجوز بيعه نسيئاً، ففيها اولاً انها جملة 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 شيئاً هو شيئ من البقر والغنم التى اشتره منه نسيئاً. ولذلك ظن بعضهم  
انها تدل على انه لا يجوز [ كون ] قيمة السلف ديناً فى ذمة البائع. مع انه ايضا خلاف الظاهر. لانه ليس  
فى الرواية انه يريد ان يشتري منه بان يجعل قيمته مما فى ذمة البائع. و كذلك ارادة السلف من  
النسيئة خلاف الظاهر. و كيف كان فلا يعارض بها الاخبار الصحيحة عموماً و خصوصاً. و ربما يحمل على  
الكراهة، يعنى كراهة اشتراء ما باعه نسيئاً 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 البائع من المشتري المبيع الذى باعه منه ". لكن المصنف (ره) نظر الى  
ميناه فى السلف " يكرر البحث عن هذا الحديث، راجع المسئلة ١٠١ و ١٣٩ من هذا المجلد

---

### [ ٢٤٧ ]

المقام الثالث: [ فى ] جواز ان يشتري البائع منه بعد حلول الاجل، اذا باعه نسيئاً. و لا خلاف فى جوازه  
ايضا ظاهراً، 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. للعمومات والخصوصات  
المتقدمة. وقد يستدل بصحيفة ابان بن عثمان عن يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة " :قالا سئلنا ابا  
عبد الله - ع - عن رجل باع طعاماً بمائة درهم الى اجل، فلما بلغ ذلك الاجل تقاضاه. فقال ليس لى درهم  
خذ منى طعاماً. (؟). 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، وبقى: 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 سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل بعته طعاما بتأخير 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. وربما يويد بما رواه الصدوق عن عبد الصمد بن قيس صحيحا، عن ابي عبد الله - ع -: " قال سئله محمد بن القاسم الخياط فقال اصلحك الله ابيع الطعام من الرجل الى اجل فاجيئ وقد تغير الطعام من سعره، فيقول ليس عندى دراهم (?). قال: خذ منه بسعر يومه. قال: افهم اصلحك الله انه طعامى الذى اشتراه منى. قال: لا تاخذ منه حتى يبيعه و يعطيك. قال: ارغم الله انفى رخص لى فرددت عليه فشدد على " ٣. 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 ٢٠١٠: المرجع، الباب ١٢ ح ٣: ٢. الوسائل: ج ١٣، ص ٧٥، ابواب السلف، الباب ١٢ ح ٥ - وفيه " الحناط "

---

#### [ ٢٤٨ ]

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 اشتره 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. وعلة 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 المشتري دراهم ويريد اعطاء الطعام فى عوضها فيلزمه كرا من الطعام وهو ربا. لانه اعطى كرا واخذ كرين. وهذا (كما ترى) مختص بما اخذ الطعام فى عوض الثمن ولا يدل على ما نسبوه اليه بالعموم فانه [ لا ] يشمل لو اعطاه الدراهم ولكن اراد البايع ان يشتريه منه. فعموم كلماتهم يدل على ان الشيخ قال بعدم الجواز اذا كان قيمته اكثر من الثمن الاول او انقص، وليس كذلك. فلاحظ التهذيب و الاستبصار والنهاية، واخصها عبارة النهاية وهى انه قال " ومن باع الشئى 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 فى الدروس: " ويجوز شراء ما باعه نسيئة قبل الاجل مطلقا، وبعده بغير جنس

١: المراد من كتابى الحديث و كتابى الاخبار هما التهذيب والاستبصار

[ ٢٤٩ ]

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 والموافعة و نحوهما. وقد يكون قابلا للامرين كالمضاربة والمنافرة. وكثيرا ما يستعمل فى ما لا يتحقق المبدأ الا من اثنين بمهيته كالمبايعة، فان البيع لا يتحقق الا بالايجاب والقبول من شخصين متغايرين حقيقة او حكما، شأن احدهما الايجاب والاخر القبول. فلما كان فعل كل منهما له مدخلية فى تحقق المبدأ ينسب المبدأ اليهما جميعا، فكان كل واحد منهما فاعلا للمبدأ وهما شريكان فى صدور المبدأ من كل منهما اما مجازا، او من باب التغليب. وحاصل هذا ان المبدأ فى المشاركين فيه قد يكون فردا شخصا 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 الآخر وقبول الاول ثانيا، فكذا المعاوضة يحصل، يجعل احدهما ماله معوضا ومال الآخر عوضا مع قبول الآخر. ولا يحتاج الى جعل الآخر ما له معوضا و مال الآخر عوضا مع قبول الآخر. 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 والآخر عوضا .غاية الامر كون الطرفين مخيرين فى الابتداء بالتعويض، فيصير ماله معوضا والآخر عوضا. فلو بادر احدهما بالتعويض وقبل الآخر فماله معوض و مال الآخر عوض. وبه يتحقق المعاوضة، ولا حاجة الى ان يجعل الآخر ايضا ماله معوضا ومال الآخر 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 مبيعا والفرس ثمنا ليتحقق مفهوم المبيعة .بل لا يصح ذلك، اذ بعدما جعل احدهما ماله معوضا و مال الآخر عوضا، فاما ان يقبل الآخر 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 للآخر " تعاوضنا " يعنى " جعلت مالى وهو الفرس مبدلا عن مالك وهو البغل على ان يجعل مالك مبدلا عن مالى " و بالجملة " نقلت فرسى اليك بعوض بملك " وقال الآخر ايضا " تعاوضنا " بهذا المعنى. فلا يبقى العقد خاليا عن القبول. وذلك كما ذكرنا فى عقد الشركة. قال فى التذكرة " والا ظهر ان يكتفى فى عقد الشركة بان يقول كل منهما اشتركتنا " والظاهر ان مبدأ الاشتقاق بمعنى العقد. وهو اذن كل واحد منهما للاخر فى التصرف فى المال المشترك بينهما بمعنى المخلوط. و كذلك

نقل عن ابي حنيفة الكفاية بـ " تعاوضنا " او " اشتركتنا شركة المعاوضة " و مبدأ الاشتقاق فى " تعاوضنا " العقد الخاص المسى بالمعاوضة. ثم: ان الظاهر ان الشركة اسم المصدر والمصدر هو الاشتراك، كالغسل والاعتسال. فقول القائل " اشتركتنا " معناه اذنت للشريك فى العمل فى هذا المال الممزج، بان يأذن هو ايضا فى ذلك. ويقول الآخر ايضا " اشتركتنا " بهذا المعنى، والحاصل من المجموع هو الشركة التى هو اسم المصدر. وعلى هذا فلا بد من ذكر المتعلق فى " اشتركتنا " مثل ان يقول " فى هذا المال



" . بخلاف " تعوضنا " لان نفس المعاوضة مبدأ مستقل. يعنى " بيننا على ان يكون كل غنم وغرم لنا و علينا بيننا " واما " تعاوضنا " بمعنى المبحوث عنه فلا بد فيه ايضا من ذكر المتعلق، 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 فى كل من المالىين مقصودا. وح نقول: ان عقود المعاوضات التى ذكرها الفقهاء جنس لم يتحقق فيه المعاوضة. سواء كان احدهما عوضا والاخر معوضا كالبيع، والصلح الذى فيه عوض، والهبة المشروط فيها العوض، و ما كان كل من الطرفين عوضا ومعوضا. فالمعاطات ان وقعت غير مسبوقه بمساومة بل انما حصلت بمحض الاعطاء والاخذ فهو نوع تراض وابطاح. ولا يدخل فى العقود بمعنى العهود الموثقة. وان وقعت بعد المساومة على قسم من اقسام المعاوضات، فهى تابعة لها، لكنها ليست لازمة. لعدم الاتيان [ بالصيغة ]، ولا يدخل فى عموم " اوفوا بالعقود ". و كذلك اذا وقعت بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا . واما بعد اجراء الصيغة فيصير عهدا موثقا و يجب الوفاء به ويصير لازما .والمعاوضة المبحوث عنها اذا خلت عن العقد بعد المساومة على ان يكون كل منهما عوضا و معوضا، فهى معاطاة فى المعاوضة - بالمعنى المبحوث عنها - . واذا جرى الصيغة بان يقولوا " تعاوضنا " فيصير معاوضة لازمة بمعنى المبحوث عنها اذا عرفت هذا، ظهر لك انها ليست بيعا حتى يترتب عليها احكامه من الخيارات و غيرها .

#### [ ٢٥٢ ]

نعم، يمكن اجراء كل ما كان الدليل فيه لزوم الضرر، كالغنم وظهور العيب ونحو ذلك. فهو تابع للدالة العامة، لا لخصوص ما ورد فى البيع، فلا يقال بثبوت الخيار الثلاثة فى الحيوان للمشتري، ولا خيار 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 بفارس 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 استدلل بلزوم تقديم الايجاب على القبول فى البيع، بان مورد لفظ " بعثك " معوض و مورد " اشتريت " عوض، والعوض فرع المعوض طبعا فينبغى تقديمه وضا. وتقرير الاعتراض ان العوضية من الامور الاضافية المتعاكسة، فلا مزية لاحدهما بالاختصاص. وفى كل من الاستدلال والاعتراض، نظر. اذ

غاية توجيه كلام المستدل ان كلمة " بعث " مشتملة على نقل المعوض الى المشتري بعوض. و كلمة " اشترت " على نقل العوض الى البائع. والتحقيق فى جوابه منع لزوم تقديم ما هو مشتمل على الموخر الطبيعى. وغاية توجيه الاعتراض، ان كل واحد من الثمن والمثمن قابل لان يسمى عوضا فيمكن تسمية العوض معوضا وبالعكس. اذ كل منهما بدل من الاخر وليس هناك تقدم طبيعى، 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 مئنا وبالعكس. وبه يختل الاحكام .

### [ ٢٥٢ ]

والتحقيق فيه ان القبول الذى لم يكن بلفظ قبلت مثل " اشترت " و " ابتعت " اما ايجاب فى المعنى، يعنى " نقلت منك المبيع بالعوض المعلوم و بعث بعد قبول له " لعدم استحالة ذلك عقلا والا لم يتخلف فى عقد النكاح مع انه جازر فيه، والتعليل بخيار المرئة لا يرفع الاستحالة العقلية، كما هو واضح. او نقول انه قبول ولا استحالة فى تقديمه. والفرعية والتبعية انما يسلم فى مثال " قبلت " لا غير. فالثواب فى تقرير مراد المستدل ان يقال: ان مورد " بعث " هو نقل عين آخر بعوض، ومورد " اشترت " قبول ذلك النقل بذلك العوض بعينه. ولا ريب ان الانتقال مطاوع للنقل ومناخر عنه بالطبع، فلا بد ان يكون اللفظ الدالة عليه مناخرا. وفى تقرير الاعتراض ان يقال: ان النقل كما يمكن تصويره فى المعوض يمكن تصويره فى العوض، فلا تقدم لاحد العوضين بالطبع فى صيرورتها منقولاً او منتقلاً. ويظهر الكلام فيهما بعد تامل ما ذكرنا بادنى تصرف. فيمنع تقديم ما دل 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 شئ من العقود المعهودة [ و ] اعتبار شرايطها) فهى معاطاة محضة. وان كانت بعد المساومة باحد العقود المعهودة فهى المعاطات التابعة لتلك العقد. وان لم يكن بمحض التقابض بل ذكر له صيغة بمثل " عاوضت " او " تعاوضت " او " با ذلت " ونحو ذلك، ووقع القبول، فلا محالة ينفك عن جعل احدهما 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 " اعناض " 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، كالباع والاجارة. فلا يشمل الصلح والهبة المعوضه. فان كان مفعوله عينا فيصير بيعاً. او منفعة فيصير اجارة او مزارعة او نحو ذلك. وح، فلا بد من تعيين المقصود

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 فذلك 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 مسنده مع ٢ الادلة العامة خصوص قوله الصادق - ع - فى حسنة عبد الله بن سنان، قال: اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع ٢. 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 يؤثر بذل الموهوب له. كما سيأتى - ان شاء الله - تحريره. ولا فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره عملا بالاطلاق. ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتعب فيصح بذله عوضا عن ٤ الجملة ". اقول: وفى هذا الكلام تعقيد واشكال. اذ لو كان مراده من " الادلة العامة " مثل " اوفوا بالعقود " و " المؤمنون عند شروطهم " الشامل لعقود المعوضات كالبيع والاجارة، وغيرها كهبة ذى الرحم بدون عوض، والصلح الخالى عن العوض، والنذر، واليمين. بتقريب ان يقال خرج هبة الاجنبى الخالية عن العوض بالدليل وبقى 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: وفى النسخة: المعترض. و كذا " من " بدل " مع ". ٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٤١ ، احكام الهيات، الباب ٩ ح ١.  
٤: وفى النسخة: "؟ فى " بدل " عن "

ففيه: ان منتهى دلالاته حلية الاكل لاقتضاء الاستثناء ذلك، وان كان منقطعا. فمعناه. يجوز الاكل بعنوان التجارة عن تراض، وهو لا يستلزم اللزوم. فليس ههنا 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 الأدلة العامة التى خرجت منها اولاً. فالعمومات فى الموضوعين امر واحد. والحاصل ان [ اعتراض ] المعارض فى الاستدلال الاول، [ اى ] ان هبة الاجنبى بملاحظة كونها معوضة يدخل تحت عموم اوفوا 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 المعوضة داخله 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 المتعبد بقصد العوضية حتى يلزم. فحق الواهب باق فى العين حتى يحصل للزوم سواء شرط العوض فى العقد ام لا. فبعد التعويض يعنى اعطاء المتعبد العوض واخذ الواهب، يصير لازماً لان الهبة المطلقة السابقة معاوضة محضة، فكانه 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 التى لحق بها التعويض. كما يظهر من الاستدلال ومن قوله " ولو لم يرض الواهب باليسير ابتداء او بعد العقد " واما جعل ذلك الكلام عطفاً على اطلاق النص والفتوى ليكون دليلاً لعدم الفرق

---

#### [ ٢٥٦ ]

بين اليسير والكثير، فلا كراهة فيه. ثم، ان مقصودنا من طرح هذا المقال استيناس الى اثبات معنى مستقل للمعاوضة غير العقود المعهودة. فان مراد الشارح من قوله " فيصير بالتعويض معاوضة محضة " لو كان صيرورتها هبة معوضة فيدخل تحت العموم، فيرد عليه ان الاستدلال بالعموم لا يحتاج الى جعلها هبة معوضة. بل يكفى كونه مصداقاً لفظ " العقد ". مع ثبوت الاشكال فى صيرورتها هبة معوضة ايضاً. ولو كان مراده انه ح، يصير واحداً من العقود المعهودة، فالمفروض عدمها. مع انه لا يصح فرض كونها منها. فبقى ان يكون المراد بالمعاوضة المحضة اما نوع معاوضة خاصة لم يكن احد المذكورات. او معنى عام يشملها ويشمل غيرها. فظهر من ذلك امكان تحقق المعاوضة فى غير العقود، المعهودة، ويكون مندرجاً تحت عموم الاية، فيكون لازماً. ومما ذكرنا فى تقرير الاستدلال من ان الغرض محض اخراجها من الهبة المطلقة المستثناة بسبب طرو التعويض، يظهر ضعف الاستيناس. اذا عرفت هذا، فالمعاوضة التى لم يقصد كون احد العوضين معوضاً والاخر عوضاً، 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 فى الخارج من صدور النقل من احد الطرفين، فمن ايهما صدر فيتبعه حكمه. فان صدر من صاحب العين مع ذكر العوض واردة ثبوت العوض فى مهية، فينزل على البيع قسرا. وان صدر من صاحب المنفعة، فينزل على الاجازة قسرا. ولا يضر عدم القصد، ح. فانه اذا قال احد لاجد ١ " يع فرسى بكذا " فباع ولم يخطر ببال احدهما ان معنى " يع " التوكيل فى البيع، ولا قصدا. فهل يمكن لك ان تقول ان هذا باطل لانه لم يقصد التوكيل ولم يفهم الوكيل ذلك. بل هو قاصد ولكن لا يتفطن بانه قاصد. لان العلم بالشيئ لا يستلزم العلم بالعلم. وح، فيبقى الكلام فى اجتماعها بشرابطها مثل معلومية العوض والمعوض فى البيع والاجازة وغيرهما، والتمكن من التسليم و غير ذلك. ومن جملة ذلك، الكلام فى صحة الصيغة

١: وفى النسخة: فانك اذا قلت لاجد

#### [ ٢٥٧ ]

والايجاب بهذا اللفظ. وانه [ هل ] يكفى الكنايات، ام لا. وفى ان الصيغة هل هى شرط الصحة او للزوم. فلا بد فيه من الرجوع الى ما ذكره فى محالها. واما مع عدم الصيغة: فهو معاطاة - كما ذكره - ولا يفيد اللزوم على الاقوى. وح، فاما ان يتحقق فى الخارج محض التقابض ولم يعلم كونه تابعا لاجد من العقود المعهودة، فهو معاطاة بالمعنى الاول. و لا يفيد الا اباحة التصرف. واما لو علم التبعية مثل حصول المساومة والعقد الى احد العقود ثم وقع التقابض من الطرفين بناء على تلك المساومة. فهذه معاطاة تابعة للعقود. فيكون معاطاتا فى البيع او فى الاجازة. وهكذا انما وقع الاختلاف فى ان المعاطاة هل هو بيع، ام لا، انما هو فى المعاطات البيعية لا مطلق المعاطاة. ولما كان ذكر مسألة 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 مسألة 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. والظاهر انها ليس محض الاباحة. بل هو تمليك والا لم ١ يجز وطفى الامة بسبب المعاطاة، وهو خلاف اتفاهم. و محلات الفرج منحصر فى التزويج و ملك اليمين. وان كان بتمليك المنفعة لا يشمل ٢ التحليل. والقول بان اذن المالك واباحته فى التصرف تحليل، ضعيف. لان المراد بالتحليل تحليل الوطفى مع بقائها على ملك المالك. ولا ريب ان المالك هيهنا لم يقصد الا وطفى المشترى فى ملك نفسه. وايضا لا عوض فى عقد التحليل. و [ العوض ] فى المعاطاة موجود. بل الاظهر

[ ان ] ما يكون تابعها للبيع فهو بيع. وقد ادعى المحقق الثاني عليه الاجماع، ويمكن تنزيل عبارات ساير الاصحاب ايضا على ذلك، بان يكون مرادهم من معنى الملكية او التبعية، هي نفى اللزوم.

**۱۷۴- سوال:** معاوضة چیزی به چیزی دیگر، لزوم دارد یا ندارد؟ -؟ ویا وجود لزوم، ظاهر این است که صیغه ولفظ خاصی ندارد. چنانچه داشته باشد، بیان فرمایند. و غبن در

۱: وفى النسخة: وان لم یجز... ۲: وفى النسخة: لیشمل التحلیل

[ ۲۵۸ ]

آن با وجود لزوم آن، جاری است؟ ودعوی غبن را احد طرفین می تواند نمود؟

**جواب:** اظهر در نظر حقیر این است که معاوضه به این معنی که هر يك عوض و معوض باشند، عقدی است مغایر ساير عقود معاوضات. وهر گاه صیغه صریحه بگویند مثل اینکه بعد از مساومه معاوضه الاغ و گاو با هم، بدون ملاحظه اینکه احدهما ثمن باشد و دیگری مثن، هر يك بگوید " تعاوضنا "، عقد لازم است و داخل عموم " اوفوا بالعقود " است. وهر گاه صیغه نگویند، معاطاة است، ولزوم ندارد. ودر صورت لزوم هم احکام بیع در آن جاری نمی شود، مثل خيار مجلس و خيار حیوان. بلی، دعوی غبن وامثال آن که بدلیل " نفی ضرر " ثابت است، در آن جاری می شود. بسبب عموم. نه غیر اینها.

**۱۷۲- سوال:** هر گاه کسی محصول باغ کسی را یا خود خرص مینماید یا خرص میآورد و میبیند، یا صاحب باغ می گوید که من خود خرص نموده‌ام یا خرص آورده‌ام و دیده است وفلان مقدار انگور (مثلا) دارد. آن مشتری اکتفا مینماید و راضی می شود و محصول را به قیمت مشخص و مدت مشخص (با مدت غیر مشخص مثل رفع محصول مثلا) قرار داد مینماید. ولكن صیغه نمیخوانند، بلکه محض تراضی است. من بعد آن مشتری تمامی محصول [ را ] میبرد - چه می فروشد و چه میخسکاند - وهنوز هیچ قدر از قیمت را نداده، می گوید من مغبون میباشم. و گاه باشد که قدری از قیمت را داده است و تلف شده است. یا هنوز تلف نشده است. استدعا آنکه شفقت کرده بیان فرمایند که این چه معامله [ ای ] است؟ و یا معامله نیست -؟ و محصول باغ حقیقتا مال کی بوده است؟ ودعوی غبن در صورتهای مذکوره جاری می شود یا نمی شود؟ -؟

**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 " می گویند، حرام است اجماعاً، هر گاه به ثمن آن درخت باشد. و علی الاشهر الاظهر المدعی علیه الاجماع من بعضهم هر گاه از غیر آن درخت باشد. و بعضی از علما از جمله ادلهء حرمة، احتمال تحقق ربا در آن کرده‌اند، و گفته‌اند که شرط است در صحت

معامله ربوی علم به مساوات آنها، در اینجا چون محتمل است تفاوت، صحیح نیست. پس بنابر این باید که قایل قول به جواز

---

[ ۲۵۹ ]

بیع ثمره غیر آن شجر، تجویز نکند بدون خرص، تا آنکه تفاضل لازم نیاید. ولکن این قول ضعیف است. و همچنین استدلال فائلین به حرمة اصل " مزایبه " 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 " مزایبه "، 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 می کنند که آن درخت هر گاه رطب آن خشك شود و خرما شود خرماي آن چیز قفیز است. و به همان قدر که تخمین کرده بفروشد به صاحب خانه. و این معنی در غیر درخت خرما جایز نیست، و در درخت خرما هم صحیح است بشرط اینکه به خرماي غیر آن درخت بفروشد نه به خرماي آن درخت. تا لازم نیاید اتحاد ثمن و مئمن. و اینکه آن درخت یکی باشد. و اینکه تفاضل در حین عقد حاصل نباشد میان خرمايی که خرص کرده و قیمت آن. هر چند بعد از آن ظاهر شود زیاد و کم، که آن ضرر ندارد. و اینکه بیع حال باشد نه مؤجل. و اما تعیین قیمت به وصف یا مشاهده، پس آن مثل سایر بیوع است. و استنقصای مباحث " عربیه " 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

---

[ ۳۶۰ ]

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 خشك کنی سیصد من مویز بالاتر دارد، و قدر آن

معلوم نیست، و خواهد انگور باغ را بفروشد، خرص می کند باغ را که چه قدر مویز از آن به عمل می آید. و ضامن حصه فقرا شود. پس انگور را می فروشد و مشتری هم می خرد به مجرد مشاهده، و دیگر احتیاجی به خرص نیست. و هر گاه این را دانستیم بر میگردیم بر سر مطلب و می گوئیم: که بایع و مشتری یا این است که هر دو باغ را دیده اند و انگور مجموع باغ را مشاهده کرده اند، پس آن کافی است در صحت بیع. خواه خرص کرده باشند هر دو، یا احدهما، یا اعتماد به خرص ثالثی کرده باشند. و مفروض سوال هم این است که از بابت " مزایه " نیست که قیمت، انگور باشد یا مویز باشد. پس هر گاه خرص شده باشد و نقص ظاهر شود، این از باب ظهور غبن خواهد بود، و دعوی غبن مسموع است، با شرایط آن. و هر گاه هیچکدام مشاهده نکرده اند. یا احدهما مشاهده نکرده و به خرص ثالثی هم نشده، بیع باطل است. بسبب جهالت بیع و اینکه گفتیم که در صورت عدم مشاهده هر دو و اکتفا به خرص ثالث، هر گاه نقص ظاهر شود داخل غبن است، و همچنین در صورت اکتفای احدهما به قول آن دیگری در خرص بدون مشاهده دیگری، این از باب خیار رؤیت و خیار عیب نیست. وجه آن این است که وصف در اینجا خرص است نه بیان مقدار. و گویا گفته است که " باغی که موصوف است به اینکه خرص او این قدر است فروخته به تو به این مبلغ " و ظهور نقص در خرص [ به ] معنی خروج مبیع بخلاف وصف نیست. زیرا که او در وصف صادق است. و تخلفی که شده در مقدار موصوف است بسبب خطای در وصف. نه بسبب ظهور کذب در وصف. پس بر میگردد به ظهور غبن. و در دعوی غبن سه چیز معتبر است: یکی اینکه: در حال عقد احد عوضین انقص بوده از دیگری نه اینکه زیاده یا نقص بعد عقد حاصل شده باشد. دوم اینکه: مغبون عالم به 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

---

### [ ۳۶۱ ]

نزاع شود در صورت امکان جهل، اظهر این است که هر گاه غابن می گوید که تو عالم بودی به قیمت. و مغبون بگوید جاهل بودم. اظهر تقدیم قول مغبون است با یمین. بجهت 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 جهل است و اثبات حق به بینه ممکن نیست، و خصم هم چون عالم به حال نیست قسم نمی تواند یاد کند. و نظر به عموماتی که وارد شده که اخراج حقوق به چند امر است یکی از آنها یمین



است. پس باید قسم بخورد تا مسلط بر فسخ شود. واحادیث مفصله که 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 " نمی گویند. و بسیار دور نیست که بگوئیم ضرورت داعی بر یمین نیست. چون مسلمی سخنی می گوید و معارضی ندارد. چنانکه شهید در قواعد احتمال داده در صورتی که زوجه مدعیه تسمیه معینه در صداق باشد، زوج بگوید که من نمیدانم، یا خاطر من نیست، زوجه مستحق آن هست. چون مسلمی است بلا مزاحم، و قول او محمول بر صدق است. و اما سوال از اینکه: این چه معامله [ ای ] است. پس ظاهر این است - نظر به صورت سوال که در آن ذکر شده که انگور باغ را فروخته و صیغه جاری نشده - این داخل معاطات است. و چون معاطات عبارت است از دادن و گرفتن بدون صیغه، پس آن اقسام بسیار می تواند داشت. و عمده کلام فقها در مسئله بیع است. و ظاهر کلام ایشان این است که هر گاه همه ارکان و شرایط بیع موجود است به غیر صیغه، آیا این هم بیع است یا نه (؟-؟) و هر گاه بیع باشد آیا صحیح است یا فاسد (؟-؟) و هر گاه صحیح باشد آیا مفید محض اباحه تصرف، یا مفید ملك است (؟-؟) و بر فرض افاده ملك آیا ملكیت لازم است یا متزلزل است (؟-؟) و بر فرض افاده اباحه یا ملكیت متزلزله آیا به تلف عینین، یا احدهما، یا بعض کلیهما لازم

---

### [ ۳۶۳ ]

می شود یا نه (؟-؟). واقوی در نظر حقیر این است که مفید ملكیت متزلزله است. بلکه دور نیست که بیع غیر لازمی باشد در جایی که همه 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 می شود دعوی اجماع بر عدم افاده ملكیت) محمول است بر اباحه به معنی اعم از اباحه محضه یا ملكیت متزلزله که معلق بر تصرف است. و مراد آنهایی که نفی ملكیت کرده‌اند ملكیت لازمه است. چنانکه محقق ثانی فهمیده است در شرح قواعد و در شرح حاشیه ارشاد. بلکه در شرح قواعد گفته است که " معروف بین الاصحاب این است که آن بیع است. 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 ملكیت ثابت نشود به معاطات پس چگونه است که بسبب تلف لازم می شود؟ و چه دلیلی دلالت بر آن دارد؟ و همچنین اگر ملكیت ثابت نباشد اباحه تصرف ثابت نمی شود. زیرا که مراد طرفین در معاطات اباحه تصرفی است که مشتری در ملك خود بکند، و مستند باشد آن تصرف به ملكیت رقبه. پس اگر چنین شده مطلب حاصل است. والا اباحه حاصل نمی شود رأسا. چون مقصود ایشان نیست. و بر این متفرع

می شود جواز بیع آن، و آزاد کردن، و ووطی کردن، زیرا اینها نمی باشد مگر در ملك. و ظاهراً خلافی ندارند در جواز بیع آنچه به معاطات منتقل شده، و همچنین عتق و ووطی. و آنچه بعضی توهم کرده‌اند - که اباحهء مطلق تصرفات، منشأ اباحهء بیع و عتق و ووطی هست پس کافی است در جواز تصرفات اذن مالك، و موقوف نیست بر ملكیت، پس جواز تصرف موقوف است بر اذن نه ملكیت، و تملك به تصرف حاصل می شود - خالی از تحقیق است. زیرا که اذنی که در اینجا متصور است، اذنی است در تصرفی که مبتنی باشد بر ملك و رقبه. و این بدیهی است که مراد بایع کنیز، به عنوان معاطات، این نیست که کنیز ملك بایع باشد و

---

### [ ۳۶۳ ]

وطی او را حلال کرده باشد از برای مشتری. چنانکه معنی " تحلیل " همین است. با وجود اینکه اندراج عوض در تحلیل فرج بر میگردد به اجازه فرج و آن بیشیهه حرام است. و مفروض این است که عقد تحلیل هم واقع نشده. و اینکه گفته‌اند که " تصرف متمم ملك است ". بر آن وارد است که در این وقت ووطی 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. چنانکه دانستی که اذن مطلق مجوز اینگونه تصرفات نیست تا منضم به تمليك نباشد. و توهم اینکه ملك حاصل می شود به لمحء یسیری قبل از تصرف. و تصرف مبتنی بر آن است - چنانکه در " اعتق عبدك عنی " که این را تمليك ضمنی می گویند - بیوجه است. چون در آنجا اعتق عبدك عنی به منزلهء توکیل است. یعنی تو وکیل می که غلام خود را مال من کنی و از جانب من آزاد کنی. پس هر گاه صاحب غلام آزاد کرد غلام را از برای آمر بسبب امر، ظاهر می شود که او را ملك آمر کرده هر چند به 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 ووطی کند -؟. اگر بگوئی: که چون اجماع است که بیع و عتق و ووطی جایز است در اینجا، و چون آنها نمی باشد مگر در ملك پس معلوم شد که ملك فی الجمله به لمحء کمی حاصل می شود، و این امور بر آن مترتب می شود. می گوئیم: که آیا این ملك تعبداً به جعل الهی حاصل می شود در صورتی که ارادهء این تصرفات کند -؟. پس چرا گفتی که جواز آن ناشی از اذن مالك است؟ و اگر از اذن مالك حاصل می شود، پس چرا تخصیص میدهی آن را به این امور خاص؟ پس اذن او در همه جا کار می کند. و اما آنچه کلام ملا احمد (ره) موهم آن است - که [ گفته است ] نزاعی نیست در اینکه معاطات در قرض مبیح تصرف است بلکه موجب ثواب است ولیکن ملك حاصل نمی شود مگر

به تصرف - که کسی گمان کند که از [ کلام ] آخوند اجماع ظاهر می شود بر اینکه تصرف منشأ حصول ملك می شود. پس اعتماد به آن بیوجه است. زیرا که عبارت ایشان (بنا بر نسخه [ ای ] که در نزد حقیر است) این است " والظاهر انه لا نزاع فی المعاطات هنا علی تقدیر عدم كونها من العقود اللازمة فیح 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 البیع ". و ظاهر این است که مراد آن مرحوم در اینجا بیان این است که هر چند فائل نباشیم به معاطات در بیع و سایر معاملات، و باطل و فاسد دانیم آن را (چنانکه مذهب علامه است در نهایه) در فرض نزاعی نیست. و کسی فائل به حرمة و فساد آن نشده. بلکه موجب اباحهء تصرف است. و اما اینکه گفته است که ملك حاصل نمی شود به تصرف ۱ بلکه حاصل می شود به تلف ۲. ظاهر این است که مراد او در مثل تصرف در اموال باشد به عنوان اکل و لبس و غیر اینها، که بسبب تلف، ملك حاصل می شود نه قبل از آن. از قبیل طعامی که در نزد مهمان میآورند. [ 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 می گوئیم که کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است: اول: در کتاب بیع بعد از آن که تعریف بیع را می کنند به " انتقال عین مملوکه از شخصی به دیگری به عوض مقداری بر وجه تراضی " چنانکه جمعی کرده اند. یا به " عقدی بر انتقال مذکور " چنانکه علامه در مختلف اختیار کرده. یا به " عقدی که مقتضی استحقاق تصرف است در مبیع و ثمن و تسلیم آنها " چنانکه جمعی دیگر کرده اند. یا به " نقل ملک 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 " چنانکه جمعی کرده اند. بعد از آن می گویند " لابد است در بیع از ایجاب و قبول " و بعد از آن می گویند " ولا یکفی المعاطات " و بعد از آن متوجه احکام معاطات میشوند و قول مفید را در برابر آن نقل می کنند. و عبارت مفید این است که " البیع ینعقد علی تراض بین الاثنین

فی ما یملکان التباع له اذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا وافتراقا بالابدان " و ظاهر این عبارت این است که بیع منعقد و لازم می شود به اینکه تراضی واقع شود میان دو نفر بر معاوضه در آنچه ایشان مالک امر تابع در آن هستند به اینکه ملک ایشان باشد، یا ولی، یا وکیل مالک اینمال باشند. بشرط اینکه آن عوضها معلوم باشند، و هر دو عارف به حال آنها باشند، وراضی 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 (بایدانها) لزوم به عمل نیامده. و فقها از این کلام فهمیده‌اند که مفید شرط ندانسته در صحت و لزوم بیع لفظ وصیغه را. بلکه به مجرد تقابض اکتفا کرده. در برابر این سخن، مشهور علما می گویند که این افاده لزوم نمی کند، هر چند افاده اباحه تصرف بکند. و از علامه در نهاییه نقل شده که این افاده اباحه [ نیز ] نمی کند 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 می شود. یا بیع است اما بیع لازم نیست، بلکه بیع متزلزل است. و از این سخن‌ها (که مذکور شد که در مسئله بیع می گویند) بعضی چنین فهمیده‌اند که این سخن‌ها در وقتی است که سایر شرایط بیع متحقق باشد و نزاع در سر همان صیغه با تنهائی باشد. و لازم این سخن این است که هر گاه اختلال در سایر شرایط باشد، اباحه به هیچ نحو حاصل نمی شود. چنانکه [ در ] مسالك به آن اشاره دارد. و در کلام دیگری ندیدیم. و عبارت او این است که " لو وقع الاتفاق بینهما علی البیع، و عرف کل منهما رضا الاخر بما یصیر الیه من العوض المعین، الجامع لشرایط البیع غیر اللفظ المخصوص، لم

---

#### [ ۳۶۶ ]

یفد للزوم. و لكن یفید اباحه تصرف کل منهما فی ما صار الیه من العوض. نظرا الی اذن کل منهما للاخر فی التصرف. ام یكون بیعا فاسدا من حیث اختلال الشرط و هو الصیغه الخاصة. المشهور الاول... ". الی آخر ما ذکره. و ظاهر این عبارت این است که خلاف در اباحه تصرف و عدم اباحه، همین در صورت اختلال شرط صیغه است. و در صورت اختلال سایر شروط اباحه حاصل نمی شود. و دیگران هم تابع آن شد [ ه ا ] ند. و همچنین از ذکر کلام در معاطات در عقب ذکر اشتراط صیغه چنین فهمیده‌اند که این اباحه مخصوص صورت فقدان شرط صیغه است. نه سایر شروط و دلالت این بر مطلب ایشان نیز ممنوع است. و سایر فقها در این مقام تعلیل می کنند اباحه را به حصول تراضی و مسلط کردن هر یک دیگری را بر مال خود. و در این معنی فرقی نیست ما بین اینکه سایر شرایط متحقق باشد یا نباشد. و مقتضای این تعلیل عدم فرق است ما بین وجود شرایط و عدم آنها. و از شهید (ره) در حواشی قواعد حکایت

شده که تجویز کرده است جهالت ثمن و مثن واجل را. و همچنین مقتضای آنچه ذکر کرده‌اند که در معامله نقدین در صورت معاطات، قبض مجلس شرط نیست. و مؤید این است جواز خریدن نان و غیر آن، از اطفال در بازار، در بعضی صور (چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده‌ایم). و از شیخ در مبسوط نقل شده که گفته است - بعد از گفتار در صیغه بیع -: " اذا ثبت ذلك فكلما جرى بين الناس انما هي استباحات و تراض دون ان يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل ان يعطى درهما للخباز فيعطيه الخبز، او يعطيه للبقلي فيبادل به البقل، و ما اشبه ذلك. ولو ان كل واحد منهما يرجع في ما اعطاه كان له ذلك. لانه ليس بعقد صحيح هو بيع ". و مثل این از خلاف هم نقل شده. و به هر حال ظاهر این است که تراضی در جواز تصرف کافی است هر چند جامع شرایط صحت بیع نباشد. و اینکه از علامه در نهایه نقل شده قول به اینکه معاطات بیع فاسد است، که مبیع تصرف نباشد، ممنوع است. و معلوم نیست که مراد علامه هم عدم جواز تصرف باشد. و بر فرضی که مراد او این باشد، در وقتی تمام است که تصرف را به علت اینکه بیع است بکند، و به اعتقاد اینکه بسبب

---

#### [ ۳۶۷ ]

بیع بودن است. و اما اگر بسبب همان تراضی باشد که در ضمن بیع فاسد باشد، بکند، دلیلی بر حرمة آن نیست. و در مسایل فقهیه جواز تصرف بسبب محض تراضی، بسیار است. و از آن جمله تراضی است که در حیوانات شیرده می کنند به روغن، یا به دراهم، یا غیر آن، با وجود جهالت شیر. هر چند لزوم ندارد. و گفته‌اند که این معاوضه است. و شبیه به این است که ادای دین طلبکار بدون صیغه. شهید (ره) در دروس گفته است " ومن المعاطات ان يدفع اليه سلعة بثمن يوافق عليه من غير عقد، ثم هلك عند القابض. فيلزمه الثمن المسمى. و يشبهها قضاء المدين العوض عن النقد، او عوض آخر. فان ساعره فذاك. والا فله بسعر يوم القبض. ولا يحتاج الى عقد. وليس لهما الرجوع بعد التراضى ". پس گویا این معاطات نیست که احد عوضین تلف شده که آن مالی است که به قرض گرفته شده بود. پس ضرور نیست که ما این معاملات را که بر وجه تراضی می شود مندرج کنیم در تحت عقود متعارفه تا اینکه 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 ملکى را با ملكى معاوضه می کنند بدون قصد اینکه یکی از اینها عوض باشد و ثانى 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 می شود، و داخل بیع و سایر عقود نیست. بلکه عقدی است مستقل که در تحت عموم " اوفوا بالعقود " و امثال آن مندرج

است. چون عقد عبارت است از عهد موثق. وهر گاه بدون صیغه باشد مبیح تصرف است اما لازم نیست. پس در سایر عقود هم هر گاه مساومه بر آنها واقع شود وصیغه خوانده نشود، اگر جامع شرایط دیگر غیر صیغه هست [ از ] معاطات در آن، معاوضه را خواسته‌اند. و مبیح تصرف

---

۱: رجوع کنید به مسئله شماره ۱۷۳، از همین مجلد

---

### [ ۳۶۸ ]

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. چنانکه. بسیاری از فقها در مطلق معاطات می گویند معاوضه‌ای است برأسه. و مخالف در اینجا شیخ مفید است. وبعض متاخرین از اتباع او که با وجود عدم صیغه آن را بیع لازم میدانند ۱ 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 نمی توان باب و عنوان و حتی شکل جدیدی در آنها ایجاد کرد، همه اجماع دارند. سخن در این است که آیا در معاملات هم محکوم به توقیف هستیم یا نه؟ - اکثریت قریب به اتفاق دانشمندان متقدم به توقیف معتقد بوده‌اند و میگفتند فقط معاملات و معاوضاتی که شرع آنها را معین کرده و برای آنها حدود و مشخصات و شرایط تعیین کرده، رسمیت دارند. و سایر صورت‌های معامله باطل می باشند. در این میان با انواع معاطات‌ها رو برو میشدند و چون عمل و سیرهء مسلمین بر معاطات‌ها جاری بوده (از عصر رسول الله صلی الله علیه وآله) آنها را در قالب " نیمه رسمی " میپذیرفتند. حتی در متن همین مسئله دیدیم که شیخ کمترین اهمیت (اهمیتی نزدیک به صفر) به معاطات میدهد. بحث مطاطات در فقه ما 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 " میآورد. میگفت: رسول خدا " ص " و اهل بیت " ع " زیست فردی و اجتماعی مردم را متن قرار میدادند و خود بر آن حاشیه میزدند. هر جا که میدیدند این رفتار، یا این معامله، یا فلان سنت و یا... مردم صحیح نیست، تذکر داده و آن را اصلاح میکردند، بنابر این هر معامله‌ای که از زبان شرع منفی؟ برای آن وارد نشده مشروع است و رسمیت دارد. بدیهی است که معاطات در صدر این معاملات قرار دارد. و عدم ورود منع دلیل این است که شرع آن را امضا کرده است. و شرایط چنین معامله‌ای همان شرایط عامه است. و شرایط خاصه 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 می شود که این جریان فکری در عصر او به فرار قابل توجهی رسیده بوده، که با پیدایش معاملات جدید مانند سر قفلی و بیمه، به کمال خود می رسد. تأثیر مسئله تاریخی توقیف و امضا در این مسئله نقش زیادی دارد همانطور که در سطرهای بعدی کلمه " محصور " که جز " توقیف " معنی ندارد، در بیان شهید ثانی (ره) خواهد آمد

هم می کند و به تلف عوضین لازم می شود. یا قایل به محض اباحه باشیم. و دانستی قبل از این که اقوی افادهء ملکیت متزلزله است، و ضمانی در تلف آن لازم نیست به غیر همان عوضی که قرار داده شده هر گاه تلف شود عوضین یا احدهما، علی الاقوی. و فرقی نیست در تراضی بر معاوضه، ما بین آنکه اگر آن را درج کنیم در ضمن احدی از عقود معهوده فاسد نباشد، و ما بین آنکه برأسه فاسد باشد ۱ و اینکه گفته اند که هر گاه مشتری قبض کند به عقد فاسد، مالک نمی شود و ضامن آن عین است بلا اشکال و خلافی. آن هم منافاتی با ما نحن فیه ندارد. زیرا که آن در صورتی است که اذن در تصرف به شرط اینکه بیع باشد، شده است. نه در صورتی که اذن مبتنی بر تراضی باشد. هر چند در ضمن عقد فاسد باشد. و تفصیل مقام این است که هر گاه شروط صحت بیع از آن مقوله است که در صحت معاطات هم شرط است (مثل بلوغ و عقل و تملك مال و قصد به اخراج) پس آن بیع فاسد است رأساً. و موجب اباحهء تصرف نمی شود. خواه قصد بیع کند در معامله، یا قصد معاطات. و اما اگر از باب صیغه و معلومیت کیل و وزن یا حصول مشاهده، یا وصف و امثال آن باشد، پس هر گاه به قصد بیع نباشد و به محض تراضی معامله کنند، پس آن داخل معاطات است. و موجب جواز تصرف است. و داخل بیع فاسد نیست، که منشأ ضمان باشد، و عدم جواز تصرف. و الحاصل: در صورت ثانیه، هر چند عالم به فساد بیع باشد 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 می کند، در هر دو صورت باطل است. و دلیل آن اجماعات منقول است که نقل کرده اند. و عموم " علی الید ما اخذت حتی تودی " و قاعدهء " ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه، لا یضمن بفاسده " است. و همچنین دلالت دارد بر آن آنچه اشاره به آن شده که مفروض این است در صورتی که مقصود دارد در

---

۱: یعنی فرقی ندارد آن معاطاتی که خود به خود فاسد نیست با آن معاطاتی که اگر آن را در تحت یکی از عقود جای دهیم فاسد نمی شود و گرنه فاسد خواهد شد

تصرف باشد بزعم اینکه عقد بیع صحیحی واقع شده، و حال اینکه در نفس الامر صحیح نیست. پس اذن بر آن واقع نشده. و از آنچه گفتیم ظاهر شده که هر گاه طرفین جاهل به فساد باشند، و ظاهر شود. اشکالی نیست در ضمان. چون تصرف بر غیر وجه ماذون فیه، واقع شده. و همچنین هر گاه هر دو عالم

به فساد باشند و به قصد معاطات و تراضی شده باشد، اشکالی نیست در جواز تصرف و عدم ضمان. و مراد از ضمان در اینجا این است که هر گاه مال باقی است باید رد کند. و هر گاه مال تلف شده باید مثل یا قیمت را رد کند. و الزام نمی توانند کرد بر همانچه به آن معاوضه واقع شده. و مراد از عدم ضمان، آن است که هر گاه هر دو مالها (مثلا) تلف شوند، هر يك به حق خود رسیده اند. و چنان نیست که باید از عهدهء تالف مثلا یا قیمتا بر آیند. و تفصیل این مقام در مسئله معاطات بعد می آید. و اما هر گاه یکی از آنها عالم به فساد بوده و دیگری جاهل، پس نیز اشکالی نیست در اینکه عالم از آنها، ضامن مال جاهل هست. و صاحب مسالك گفته است که در صورتی که مشتری جاهل باشد و بایع عالم باشد، محتمل است که ضمانی بر مشتری نباشد چون بایع او را مسلط کرده بر مال خود با علم به بقای آن بر مال خود بودن. و همچنین گفته است که هر گاه مشتری عالم باشد و بایع جاهل، ضمان بر مشتری ثابت است به طریق اولی. بعد از آن گفته است که در جمیع صور، اقوی ثبوت ضمان است. پس رجوع می کنند هر 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 می شود، و به مقتضای آن عمل می شود. 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

---

#### [ ۲۷۱ ]

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 تمليك متزلزل می کند، و ما بین اینکه این معامله بخصوص من حیث هی مفید تمليك نیست. زیرا که وجوه تمليك مختلف است. پس هر گاه مبیع کنیزی باشد، به مجرد همین، وطنی جایز است. و اگر مفید تمليك نبود [ دلیلی بر جواز نمی ماند و حال آنکه بر جواز آن اتفاق نظر دارند ] چنانکه [ قبلا ] دانستی. و عبارت علامه در تذکره منافاتی با آنچه ما گفتیم ندارد، آنجا که گفته است " اذا كان المبيع بالبیع الفاسد جاریة، فوطنها عالما بالفساد انه یجب علیه المهر " بعد از آن بر خود اعتراض کرده و جوابی گفته است، و آن اعتراض این است که " کیف یجب المهر مع ان السید اذن فی الوطنی ومعلوم لو ان السید اذن فی وطنی جاریته لم یجب المهر ". و جوابی که گفته است این است که حصول اذن از سید ممنوع است، و در سند منع گفته " لانه انما ملکه الجاریة والتملیک اذا كان صحیحا یتضمن اباحة الوطنی. و اذا كان فاسدا لم یبحه. فلم یسقط بذلك ضمانه ". و حاصل کلام او این



است که هر گاه به بیع فاسد جاریه را بگیرد ووطی کند، مهر بر او واجب است. واگر کسی بگوید که چگونه مهر واجب می شود و حال آنکه به اذن مالك ووطی کرده، و معلوم است که هر گاه ووطی به اذن مالك باشد، مهر واجب نیست. می گوئیم که منع میکنیم اذن مالك را در ووطی ..یعنی این نه از باب " تحلیل " است که هر گاه مولی اذن بدهد در ووطی و حلال کند، جایز است ووطی، و مهر لازم نیست. بلکه این از باب تملیک است نه تحلیل، و اباحه. و تملیک هر گاه صحیح باشد متضمن اباحه ووطی است. و هر گاه فاسد باشد، اباحه ووطی نمی کند. و ضمان ساقط نمی شود. و ظاهر این کلام این است که هر گاه منظور ایشان تملیک به بیع فاسد باشد، مبیح ووطی 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 نمیخشد و ملك متزلزل هم حاصل نمی شود. و استبعادی نیست در حصول ملك به مجرد تراضی. و این کمتر از هدایا نیست که مطلقا لفظی در آن نیست، و مفید جواز ووطی است در کنیز، چنانکه در هدایای پادشاهان از برای رسول خدا (ص) گفته اند و ماریه قبطیه از جمله آنها بود .

---

#### [ ۲۷۲ ]

پس استدلال می توان کرد در حصول ملك به معاطات به اباحه ووطی کنیز 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 للتراضی، وهلكت العين في يد احدهما، فلا رجوع له ". وبعد از آن گفته است شهید که " ولعله اراد المعاطات ". دوم: ۱ در اینکه آیا معاطات مخصوص بیع است؟ یا در همه 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 همه 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. چنانکه در مثالی که از شهید نقل کردیم. و بعضی در مثال اجاره گفته اند " اینکه کسی امر کند دیگری را به عملی بر عوض معینی، و آن شخص به جا آورد، بدون صیغه. که او مستحق اجرت می شود ". و ظاهر این است که مراد او این باشد که این معاطاتی است که احد عوضین تلف شده، و به سبب تلف لازم می شود. چنانکه در مثال شهید در دروس مذکور شد سابقا. و مثال واضحتر اینکه: مثلا

شخصی جمعی عمله گرفته از برای کار گل، و شخص دیگری میآید و میایستد و کار می کند مثل آنها، صاحب کار به او اجرت میدهد، و او هم راضی می شود. که این از باب تقابض بالفعل است در اعیان، که اقباض منفعت به عمل آید با اقباض اجرت .

---

۱: عطف است به آنچه قبلا فرمود " کلام در معاطات در عبارات فقها در چند موضع است: اول " ...

---

### [ ۲۷۲ ]

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 می شود. پس آن را داخل ما نحن فیه کردن خالی از اشکال نست. و بعضی را گمان این است که در معاطات تقابض بالفعل شرط است . چون از باب مفاعله است. و این ضعیف است. زیرا که لفظ معاطات در کلمات شارع مذکور نیست، که ما معنی آن را از عرف ولغت 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. چنانکه در لفظ مباحه که بیع از مجموع فعل دو نفر به عمل آمده. نه اینکه هر يك علی حده، بیع کرده اند. 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 می گویند. چهارم: پیش دانستی که اظهر این است که معاطات مفید ملکیت است هر چند متزلزله باشد. نه اباحهء محضه. پس بدان که مادامی که عوضین باقیاند هر يك رجوع می توانند کرد به مال خود به سبب عموم " الناس مسلطون علی اموالهم " و قدری از ملکیت آن دیگری که ثابت شد همان قدر ملکیت متزلزله است. پس حکم تسلط سابق مستصحب است و رافعی ندارد. و هر گاه هر دو تلف شوند، لازم می شود، و رجوع نمی توانند کرد. زیرا که استصحاب منقطع شد به سبب تلف موضوع، و اصل برائت ذمه است از وجوب رد. و اصل عدم جواز رجوع است. و اما هر گاه احدهما تلف شود، پس در جواز رجوع صاحب آن عین باقیه، خلاف است. و اظهر - بنا بر حصول ملکیت متزلزله - عدم جواز رجوع است. چون مستلزم جمع ما بین عوض و معوض است در ملك شخص واحد. چون آنچه را که مال او شد تلف کرد پس اگر این هم مال او شود لازم میآید که دو مال را داشته باشد. و حال آنکه يك مال بیش نداشت. و اگر بگوئی که چه می شود که رجوع کند به عین موجود که مال او بود قبل از این و عوض عین تالفه را رد کند به مالك اول آن. گوئیم که عین تالفه از ملکیت مالك او بیرون رفت بالمره به سبب تلف. و ملك متلف شد دیگر چه معنی دارد که عوض مال تالف خود را بدهد به عوض

مال موجود خود. واگر بگوئی چه می شود که عوض مال موجود را بدهد به صاحب عین تالفه که الحال مالك مال موجود است، وآن را بگیرد. گوئیم که او را چه تسلط بر مال غیر؟! واین محتاج است به بیع و معامله جدید. وآن موقوف است بر تراضی. و به هر حال جمع ما بین عوض و معوض لازمه قول به رجوع است. وآن صورتی ندارد. بلی، بنا بر قول به اینکه معاطات افاده بیش از اباحه نمی کند، جایز است رجوع به عین موجود، از برای صاحب اول. بیش از این نیست که چون صاحب عین تالفه اباحه آن را بدون عوض نکرده، باید عوض تالف را به او رد کند. و در اینجا جمع ما بین عوض و معوض در ملك واحد نمی شود. زیرا که در اینجا قبل از تلف ملك او نشده بود و بعد از تلف چیزی باقی نمانده که ملك او باشد. یا لازم آید جمع ما بین عوضین در ملك شخص واحد. واین منافی استحقاق عوض نیست. به جهت آنکه اباحه بی عوض نکرده بود، و مستلزم بقاء ملکیت نیست که بگوئی شیئی 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 بنا بر قول به افاده ملکیت رجوع نمی تواند کرد. چون لازم میآید 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. چنانکه گفتیم. و بعضی گمان کرده اند که جایز نیست رجوع مطلقاً، مثل تلف جمیع. چون رجوع کردن هر يك به حق خود ممتنع است. زیرا که موجب " تبعض صفقه " و ضرر می شود. وآن مندفع می شود به اینکه لزوم تبعض صفقه منشأ امتناع رجوع کردن نمی شود، بیش از این نیست که به سبب تبعض صفقه خیار فسخ از برای طرف دیگر حاصل می شود، و در قدر فایت رجوع به مثل یا قیمت می شود. واما ضرر، پس آن مستند است به 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

ووقف، یا مثل بیع در زمان خیار وهبه غیر لازمه بعد از قبض. چون اینها هم باعث خروج از ملك است. واما تصرف به غیر این وجوه، مثل پوشیدن جامه، و عمل فرمودن عید و حیوان، و آرد کردن گندم و امثال آن. پس آن مانع از رجوع نیست. و ظاهر این است که رجوع به اجرت آنها و نمائی که تلف شده نمی کند. چون به اذن 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 پستتر، 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 می شود که مساومه بر آن شده هر چند قایل نباشیم که در اول وهله آن معامله است -؟. مثل اینکه معاطات در بیع شد و بعد از قبض، تلف شد. آیا الحال بیع می شود؟ که ثمرات بر آن مترتب می شود، یا نه؟. مثل ثبوت خیاراتی که در بیع ثابت است و بر فرضی که داخل بیع شود آیا آن احکام از حین تلف ولزوم ثابت می شود، یا از روز اول معامله؟ -؟. ظاهر کلام اکثر علما این است که معاطات معاوضهء علی حده ای است. و از بعضی تصریح به آن نقل شده و ظاهر این است که شهید (ره) باشد در حاشیه قواعد ۱ و محقق ثانی در شرح قواعد قایل به این شده که معاطات بیع است. چنانکه پیش نقل کردیم. اما ظاهر این است که مراد او در 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 می شود، آیا در این وقت بیع می شود؟ یا

---

۱: یعنی مراد از آن بعض که تصریح کرده شهید (ره) است

---

### [ ۲۷۱ ]

معاوضه ای است برآسه؟. محتمل است که بیع شود. چون معاوضات محصورند و این هیچیک 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 می شود ثمره 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 می شود. یعنی بیع شدن به مجموع معاطات و تصرف، حاصل می شود. و اقوی عدم ثبوت خیار حیوان است در اینجا، بنابر اینکه معاطات لازم نیست. و تمام نمی شود لزوم مگر به قول مفید و اتباع او. و اما خیار

عیب و غبن، پس آن ثابت است بر هر دو تقدیر. همچنانکه خیار مجلس منتفی است " .تمام شد ترجمهء کلام مسالك. واطهر در نزد حقیر این است که (هر چند قایل شویم که معاطات در بیع که جامع همهء شرایط باشد به غیر صیغه، بیع است ولکن بیع غیر لازم - چنانکه دور نیست - یا قایل شویم که بعد از تلف، بیع می شود - هر چند ضعیف است - هم) خیار حیوان در معاطات ثابت نباشد. هر چند بعد لزوم آن باشد. چون ادلهء خیار حیوان اقتضای بیش از ثبوت آن در بیع لازم در حین عقد، را نمی کند. چنانکه در اخبار صحیحه وارد شده به این مضمون که " البیعان بالخیار ما لم یفترا " و " الخیار فی حیوان ثلاثة ایام للمشتري " چنانکه مخفی نیست بر متأمل. و اگر قایل نشویم که بیع است - چنانکه ظاهر اکثر است - که اشکالی نیست. و همچنین خیار مجلس هم در معاطات معنی ندارد. چون ثابت است بعد از افتراق نیز. و اما خیار عیب و غبن، پس چون آن مبتنی است بر نفی ضرر و خصوصیتی به بیع ندارد، پس، از قول به ثبوت آنها مضایقه نداریم. و همچنین خیار شرط و خیار رؤیت و خیار تدلیس و امثال آنها هم ثابت است. چون تراضی بر نهج خاص واقع شده و ظهور خلاف آن کاشف از عدم حصول

#### [ ۲۷۷ ]

تراضی است بر آن. پس هر يك رجوع به مال موجود عوض تالف می کنند.

**۱۷۳- سوال:** ما معنى الغناء المحرم؟ وهل یعم حرمة؟ او لها مخصص؟.

**جواب:** ذكر جماعة انه " مد الصوت المشتمل على الترجيح المطرب " و نسبه المحقق الاردبیلی (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. وما يتفق منه عدمه، فهو مباح. وما بقى فى مرحلة الشك، فيلحق بالمباح. للاصل. و حرمة فى الجملة اجماعية. بل قيل هو باجماع المسلمين. بل الضرورى من الدين. ويدل عليه الايات والاخبار 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 " ۱. واستثنى الشيخ فى النهاية المغنية فى الاعراس، و حلل اجرتها، اذا لم تفرء بالباطل ولا يدخلن على الرجال ولا يدخل

الرجال عليهن. واختاره العلامة فى المختلف. وكرهه ابن البراج. وقال ابن ادريس " لا باس باجر المغنيات فى الاعراس اذا لم يغنين بالباطل على ما روى ". ولا يخل مختار الشيخ من قوة لصحيحة ابى بصير وروايتين اخريين. ٢ ولكنها

:الوسايل: ج ١٢ ص ٣٢٩ - ٣٢٧، ب ٩٩ من ابواب ما يكتسب به، ح ٩ - ١١ - ١٩ - ٣٢٠ - ٣١٠ - :الوسائل: ج ١٢ ص ٨٥ - ٨٤، ب ١٥ من ابواب ما يكتسب به. واورد فيها حديث ابى بصير من ثلاثة طرق ثم اورد الروايتين. وكذا المرسل من الباب ١٦، ح ٢٠ 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 بالغريال " يعنى الدف. وقوله - ص - ايضا " فصل ما بين الحرام والحلال بالضرب بالدف عند النكاح " - الجواهر: ج ٤١، كتاب الشهادات، ص ٥١٥٢ - ، المسئلة السادسة

### [ ٣٧٨ ]

معارضة بروايات اخر وساير العمومات و ظاهر دعوى الاجماع. و سبيل الاحتياط واضح. و مما استثنى منه الحداء (بالمد) وهو سوق الابل بالغناء لها. واعترف جماعة من الاصحاب بعدم الوقوف على دليل عليه. ولعله ورد فيه الخبر من طريق العامة. قال فى مجمع البحرين " وفى حديث السفر: زاد المسافر الحداء والشعر، ما كان منه ليس فيه جفاء - قال: اى بعد من آداب الشرع - ". و ربما نقل قول باستثناء مراثى الحسين عليه السلام. ولا نعرف قائله. وربما يوجه ببعض الاخبار التى لا دلالة فيها. و بانه من باب النوحه المجوزة. وفيه منع دلالة جواز النياحة على جواز الغناء. وبان النسبة بين مادل على حرمة الغناء و [ مادل على [ رجحان الالباء عموم من وجه. والرجحان للاخير. وفيه منع كون الغناء مبكيا على الحسين عليه السلام. بل انما هو مقتضى طبيعته فى بعض الاحيان، وان كان فى الاشعار الباطلة. غاية الامر حصول بكاء مركب من الحلال والحرام. مع انا نمنع ترجيح هذا المقام مع قوة دلالة العام المشتمل على " النهى " المستلزم لطلب انتفاء الطبيعة راسا. بخلاف " الامر " الذى لا يقتضى الا الامتثال الحاصل بوجود بعض الافراد. واستثنى صاحب الكفاية الغناء بالقرآن. واسنده الى ظاهر كلام الطبرسى (ره). وفيه انه لم يذكر الا تحسين اللفظ، و تزيين الصوت، و تحزينه. ولا يخفى الفرق بين تحسين الصوت والغناء. واستدل (ره) باخبار قاصرة سندا و دلالة لا حاجة الى ذكرها و ذكر ما فيها فلا وجه له اصلا. وقد اطنبنا الكلام بذكر الادلة والاخبار، والجرح والتعديل فى هذه المقامات فى كتاب مناهج الاحكام. و عمدة المقصود هنا التنبيه على ما ذهب الى بعض الاوهام ان " من يقرء القرآن او المرثية لا يقال انه يغنى. بل يقال انه يقرء القرآن، او يقرء المرثية " فيجعل الغناء صفة اللفظ والمقروء، لا للصوت والقرائة. وهو توهم فاسد. كما دل عليه كلام العلماء واهل

اللغة فى عدم ادراجهم المقروء فى تعريف الغناء بل انما جعلوه تعريفا للصوت. وان فرض اصطلاح جديد وعرف خاص، فهو مما لا يعتنى به. مثل ما شاع فى العربى الجديد تسمية " الماست " باللبن مع انه موضوع للحليب. واما ما سبق الى بعض الاوهام " من ان الحداء والرجز والنياحة والرثاء والغناء، انما هى الفاظ فى كلام العرب مستعملة فى معان مقصودة لهم مشتركة الكيفية فى القواعد الموسيقية خارجة على قوانين النسب الصوتية. فالحداء، لتهييج القوة الطبيعية فى المشى والسير، ولها منفعة و مصلحة كانت 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. والرثاء قد ورد الحث بها فى الاحاديث و كانوا يأمرون الرائيين بالرثاء على الحسين عليه السلام. والغناء الذى هو فى اللغة مد الصوت، وزاد بعضهم فيه الترجيح، وبعضهم الطرب - وقد ورد فيه المدح والذم باعتبارين فى الاخبار، فمنها: الغناء نوح ابليس على الجنة ١. ومنها فى الرخصة: ان ذكرك 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 - . والتحقق 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 فى 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 كيفيات الاصوات الخاصة. فان ما هو من جملة موضوع علم الموسيقى انما هو الصوت من حيث هو. وان كان تحقق الصوت غالبا فى قالب الكلام. لا الكلام من حيث انه كلام، ولا من حيث انه مهمل، او موضوع، او

نظم، او نثر، او مدح، او ذم، او مفاخرة و ذكر نسب، او حكاية رزية و تلهف على نازلة. فلا يعتبر فى اتصاف الصوت. بمصطلحات اصحاب الموسيقى ملاحظة المقروئات، و معانيها. كما لا يخفى. بل الملحوظ انما هو نفس الصوت والنغمة .وذلك انما يتم فى الغناء فقط. اذ ليس مدلول ساير الالفاظ المذكورة كيفية من الصوت بدون اعتبار المقروء والمدلول. فان الحداء فى اللغة هو سوق الابل و زجرها فى السير مع الغناء لها ليحث على السير. فالحداء ليس موضوعا لكيفية اخرى من 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

---

### [ ٢٨١ ]

فلا وجه لتخصيمه 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 مصرع 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 الحيثية. فهى كيفية خاصة من الصوت فى نوع من المقروء. وهو ما يشتمل على اظهار الويل والوعيل على الميت. بان يقول واويلاه، يا وبلاه، واى واى، و ما فى معناها. او بعد بعض محاسنه، و ذكر سوانحه و مصايبه. 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 النوحة. فالفرق بينه و بين النوحة من وجهين: اعتبار كيفية الصوت فى النوحة دون المرثية، واعتبار كونه شعرا فى المرثية دون النوحة. واما الغناء: فهو من كيفيات الصوت. ولا يعتبر فيه المقروء والمدلول جزما. والكلام فى حرمة بالعموم او فى بعض المقروئات قد مر. والتحقيق فيه العموم - لما اشرنا اليه - الا ما استثنى منه. (على خلاف فيه). واما الصوت الحسن: فالنسبة بينه و بين الغناء والنياحة عموم من وجه. واما ما ذكر من جعل قول الصادق (ع) - فى صحيحة محمد بن مسلم وابى الصباح الكناني عن قول الله عز وجل " والذين لا يشهدون الزور " هو الغناء. وفى رواية ابى بصير حين سئل عن قول الله عز

#### [ ٢٨٢ ]

وجل " واجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور " قال: هو الغناء - . ان الغناء المنهى عنه هو الغناء الذى وقع فى كلام خرج مخرج الزور، وهو مالا حقيقة له. لا الغناء فى مثل القرآن والمراثى المأمور بها و نحوهما. فهو كما ترى. غاية الامر ان يقال فى تاويل الخبر، ان الغناء مثل قول الزور فى كونه منهيها 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 خرج مخرج اللهو، وهو مايلهى عن الآخرة. فالمرخص فيه هو ما ليس فى كلام لهو او زور كالقرآن والمراثى المأمور بهما والقصيد 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 الآية تفسير الغناء، ثم قال المراد منها ان الغناء الذى فى قول الزور، حرام. وهذا ليس تفسيراً له بل تفصيلاً لحكمه. ومنها ذكر الرواية بان الغناء نوح ابليس على الجنة، مثل انه جعل النوح قسيماً للغناء. ١

**١٧٤- سوال:** زيد فوت شده وقدرى 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 همشيرها. وليكن قرار دادند فى ما بين، كه آنها را راضى كنند. و آن املاك را فى ما بين خود قسمت کردند. يك خانه را يك از برادرها برداشت. و خانه ديگر را برادر ديگر. و باغ و دكان را برادر ديگر. و حال

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

### [ ٢٨٣ ]

وراضی نکرده‌اند، آیا این قسمت ومبايعه صحيح است يا نه؟ -؟

**جواب:** قسمت بدون حضور جميع شركاء واذن آنها - يا وكيل يا ولى آنها - صحيح نیست. پس مال در صورت سؤال، بر اشاعه باقى است. واما بيعى که احدى از آن برادرها به ديگرى کرده، در حصه خودش از آن مال خاص نسبت به مجموع تركه، صحيح است. و در حصه همشیره‌ها و برادر ديگر، موقوف است به اجازه وامضای آنها. پس اگر اجازه کردند، مشتری مالك مى شود. و آنها قيمت را از بايع ميگيرند هر گاه اجازه قبض ثمن را هم کرده باشند. والا از مشتری ميگيرند. مگر اينکه به عینى فروخته باشند و عین را تسليم بايع کرده باشند؟ که در این صورت مى توانند از بايع مطالبه کنند و مى توانند از مشتری، هر گاه عین تلف شده باشد، مثل يا قيمت آن را ميگيرند. و حاصل اينکه: هر گاه قبض ثمن نشده، رجوع به بايع نمى توانند کرد. خواه ثمن عین باشد يا دين. و هر گاه قبض حاصل شده، پس مادامی که اجازه قبض ثمن نکرده‌اند، مشتری برئ الذمه نیست از حق مالك. و مى تواند از او مطالبه کند، نه از غاصب که بايع است. مگر اينکه ثمن عین باشد، که در این وقت از هر يك از آنها مطالبه مى توانند کرد. و در صورت تلف عین، رجوع به مثل يا قيمت مى کنند. بلى، هر گاه بايع فروخته باشد مال را به عوض طلبی که در ذمه او مشتری دارد، در این صورت اجازه بيع مستلزم اجازه قبض است. پس مطالبه نمى تواند کرد، الا از بايع.

**١٧٥- سوال:** زيد پنج دانگ عمارت خود را قيمت نموده به مبلغ بيست تومان، به عوض وجه خمس که در ذمه داشت به سيد جليل القدرى فروخت. و در ضمن العقد شرط نمود که مادامی که خود زيد يا احدی از منسوبان او (ولو نازلا) خواسته باشند در آن خانه توطن نمايند مانع نشود، وادعاى کرايه ننمايد. آیا این شرط صحيح است يا نه؟ -؟ و اگر شرط فاسد باشد، بيع صحيح است يا نه؟ -؟ و سيد مزبور در این خانه حال مدت ده سال مى شود که تصرف دارد و ساکن مى باشد. ودر این مدت تخمینا سی تومان اخراجات نموده است. الان خانه هشتاد تومان، بلکه بیشتر قابليت به هم رسانیده، وهر گاه شرط وبيع فاسد بشود اخراجات را سيد مى تواند گرفت يا 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 می شود که ضمان بر مشتری مترتب می شود در صورت تصلف؟ و نقض آن. و اما هر گاه در خانه زیادتی و منفعتی حاصل شده (به سبب تعمیری که مشتری کرده) و قیمت آن زیاد شده، پس ظاهر این است که - در صورت جهل مشتری به فساد 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 نمی توان کرد و به سبب آن، قیمت زیاد شده پس بايع غرامت آن را میکشد، و به نسبت به تفاوت در قیمت، شريك میشوند.

**۱۷۶- سوال:** زيد ملك خود را به عمرو، می فروشد در حالتی که آن ملك در دست بکر است عدوانا، و قیمت را میگیرد. و زيد، بهیچوجه قادر نیست که ملك را از بکر بگیرد و تسلیم عمرو نماید. آیا این بيع صحیح است یا فاسد؟ -؟ و عمرو رجوع می کند 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 عالمند به این معنی. آن بيع باطل است جزما. چنانکه هر گاه بايع قادر باشد بر استرداد و تسليم آن نیز، صحیح است جزما. همچنانکه صحیح است هر گاه امانت باشد در نزد غیر. و حکایت اجماع بر این هم از تذکره شده. و اما هر گاه مشتری قادر باشد بر انتزاع ملك، و بايع قادر نباشد، پس اظهر در آن نیز صحت است. چنانکه جماعتی از اصحاب قایلند. به دلیل عمومات، و عدم لزوم غرر و سغه. و انتفای قدرت بايع مضر نیست. چون غرض و مطلوب از شرط قدرت بر تسليم، همان تمکن مشتری است از اخذ و تصرف. پس فی الحقیقه مراد از شرط قدرت بر تسليم احد امرین است از امکان تسليم بايع، یا تسلیم مشتری. والا معنی نخواهد داشت اجماع علما

بر اشتراط قدرت بر تسليم، با وجود جماعت ۱ بلکه مخالفی نقل نشده الا از ظاهر کلام شیخ در مبسوط که بيع مغضوب صحیح نیست. و لازم این میافند که مالك 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 بيع باطل نمی شود. بلکه خیار فسخ از برای او حاصل می شود. و ظاهر این است که این هم

داخل در همان قسم دوازدهم از خیار 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 کیسه بایع رفته. و چون عجز از تسلیم نازل منزله تلف نیست - چون ممکن است انتفاع از آن به بعض وجه 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 ارش می‌شود یا نه؟ - شارح احتمال از برای آن داده. و بعد از این تضعیف آن کرده به اصل برائت، و به اینکه ارش در مقابل مطلق نقص نیست بلکه در مقابل عیب است و این را عیب نگویند. و این قول [به] ثبوت خیار، مختار جماعتی است، که از جمله علامه است در قواعد. و قول دیگر قول به لزوم عقد است. چون در حین عقد، خیاری نبود، به جهت تحقق شرط. و موجبی از برای ثبوت آن نیست. و این قول منقول است از علامه در تذکره ولکن عبارتی که از تذکره نقل شده مقتضی آن است که [در صورتی که] مشتری قادر بر تسلیم است [و] عالم است به اینکه بایع قادر بر تسلیم نیست، بیع لازم است و خیاری از برای او نیست. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. و هر گاه جاهل باشد به عدم قدرت بایع، از برای او خیار ثابت است. خواه عاجز شود از تسلیم یا نه. زیرا که لازم نیست بر او تحمل کلفت انتزاع. و آنچه از تذکره حکایت شده، از ابن متوج نیز حکایت شده.

---

۱: زیرا جماعتی معتقدند که در صورت قدرت مشتری بر تسلیم، قدرت بایع بر تسلیم شرط نیست. پس اجماع به احد امرین قائم است والا جماعت مذکور در طرف مخالف قرار میگیرند و اجماع محقق نمی‌شود

---

### [ ۲۸۶ ]

واز آنچه گفتیم ظاهر می‌شود 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 "خیار تعذر تسلیم" اکتفا کرده‌اند به ذکر مظنه قدرت بر تسلیم - که گفته‌اند هر گاه بخرد چیزی را به مظنه امکان تسلیم مثل طایری که عادت دارد بر عود، یا غلام مطیعی بخرد. و آن مرغ بر نگردد و آن غلام بگریزد - ولکن ظاهر این است که فرقی نباشد. چون ماخذ یکی است. بلکه ظاهر این است که اکثر افراد قدرت بر تسلیم، از باب ظن است و آنها را در عرف "قدرت بر تسلیم" می‌گویند. و از این جهت است که علمائی که تجویز کرده‌اند بیع طایر معتاد العود را، بنای آنها بر این است که آن مقدور التسلیم است عادتاً. والا گاه هست که بایع هر گاه اسبی [را] که در اصطبل اوست می‌فروشد به کسی، و بعد از عقد بیع که مشتری می‌خواهد او را ببرد، فی الحال او را دزد برده است. پس در اینجا هم بیع

صحیح است و خیار ثابت است. بلی، در صورتی که مبیع در دست مشتری باشد و بایع آن را بفروشد، در اینجا مقدور التسلیم به عنوان یقین است.

**۱۷۷- سوال:** آیا جایز است بیع چیزی که قدرت بر تسلیم آن موقوف است بر انقضای مدتی، یا نه؟-؟  
**جواب:** ظاهر صحت بیع است. بدلیل عمومات، و عدم مانع از آن. بلی اگر مشتری جاهل به حال باشد، خیار فسخ از برای او حاصل می شود. و محقق در شرایع گفته است که " لو باع ما یتعذر تسلیمه الا بعد مدة، فیه تردد. ولو قیل بالجواز مع ثبوت خیار للمشتري، کان قویا " و اگر مراد او ثبوت خیار است در صورت علم نیز، پس آن دلیلی ندارد. زیرا که دلیلی که دلالت دارد بر اشتراط قدرت تسلیم بیش از قدرت فی الجملة، افاده نمی کند. و اجماعی در اینکه باید قدرت بالفعل باشد، نیست. و در صورت علم به حال، مظنه غرر و سفاهت 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؟-؟ .

---

#### [ ۲۸۷ ]

**جواب:** بیان این مطلب موقوف است به ذکر چند مبحث: مبحث اول: اینکه از جمله شرایط صحت بیع، قدرت بر تسلیم مبیع است. و دلالت می کند بر آن اینکه بدون قدرت بر تسلیم داخل غرر و سفاهت است. و جمع کثیری هم دعوی اجماع و نفی خلاف کرده اند. و بخصوص عدم جواز بیع مرغ در هوا و ماهی در آب و عبد ابق نیز دعوی اجماع کرده اند (هر چند از علامه در تذکره ظاهر می شود وجود قول به جواز بیع ابق بدون ضمیمه، بعد از آنکه خلاف آن را نسبت به مشهور داده. و آن قول مهجور است، و قایل آن معلوم نیست) و استثنا کرده اند بیع مرغی را که عادت به عود دارد، و ماهی را که در آب صاف، باشد و راه آن مسدود باشد، و ابقی را که در دست مشتری باشد. پس ما اولاً معنی مرغ در هوا و ماهی در آب را بیان [ می ] کنیم، بعد از متعرض میشویم از برای حکم در اعتبار عود و محصور بودن ماهی. ظاهر این است که مراد از مرغ در هوا مثل این باشد که چند جفت کبوتر می خرد و می آورد به خانه که عادت بدهد نگاه دارد، هنوز عادت نداده میپزند به هوا. این است که جایز نیست بیع آن به سبب عدم قدرت بر تسلیم. و اما مثل کبوتر مباحی که آن را حیازت کرده و به سبب حیازت مالک شده و عادت نداده به پریدن، و مالک از آن اعراض کند - پس هر چند خلاف است که آیا مجرد اعراض باعث خروج از ملک می شود تا جایز باشد تملک آن از برای دیگری به صید، یا نه. دور نیست ترجیح خروج از ملک. چنانکه در محل خود تحقیق آن کرده ایم - پس در این صورت، عدم صحت بیع از جهت عدم تملک است. نه مجرد تعذر تسلیم. و هر گاه اعراض نکرده پس آن هم مثل آن است که خریده. و از آنچه گفتیم

معنی ماهی مملوك هم ظاهر می شود. واما 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 سفته. واین عادت به منزله قدرت بر تسلیم حقیقی است. وآن به منزله غلامی است که از پی حوائج رفته. و [ به منزله ] حیوانی [ است ] که به صحرا فرستاده‌اند برای چریدن. و علامه در نهایت توقف کرده است. به جهت آنکه اعتمادی به عود آن نیست. چون عقلی ندارد. واز شیخ در مبسوط نقل مخالفت شده، و اینکه جایز نیست مگر در وقتی که در

---

### [ ۲۸۸ ]

برجی باشد و در آن بسته باشد. و به هر حال هر گاه در برج بسته باشد، بیاشکال صحیح است. واما ماهی در آب، پس ظاهرا خلافتی در عدم جواز بیع آن نیست. و نقل اجماع ونفی خلاف در آن متعدد است. مگر به چند شرط: یکی آنکه ماهی مملوك باشد، واین شرط دخلی به ما نحن فیه ندارد. دوم آنکه آب صاف باشد و ماهی مشاهده باشد. وآن 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 وآن این است که آن جوهر ۲ ماهی را به عدد بفروشند. و ظاهر این است که این هم راجع می شود به معلومیت مبیع. و به هر حال عمده در مقام امکان صید است. و مختلف می شود به اختلاف آب از حیثیت صافی و تیرگی، واز حیثیت وسعت برکه و تنگی آن. و با مشاهدهء حال رفع ناخوشی قلت مؤنه و کثرت مؤنه در صید می شود، هر گاه صید در عهده مشتری باشد. والا اشکال کمتر می شود. و گویا که عبارت قواعد که گفته است " ولا السمك فی الماء، الا ان یکون محصورا " اشاره به همان شرط قدرت تسلیم باشد، که مراد این است که آب محصور باشد وراه 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. چنانکه گاه هست که توهم می شود. 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 شيء. و اذا انضم اليه شيء آخر، صح اجماعا " این نیز اشاره به شرط قدرت تسلیم 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

---

[ ۲۸۹ ]

واما بیع عبد آبق منفردا: پس بطلان آن نیز مشهور علما است، و مقتضی ۱ بطلان بیع، غرر و سفه است - و دعوی اجماع بر آن از جماعتی شده - مگر اینکه مشتری قادر باشد بر تسلیم آن، که در آن خلاف است. و جمع کثیری هم قایل به صحت‌اند. و از انتصار سید (ره) ظاهر می شود که از متفردات امامیه است. و اطلاق کلام جمعی از اصحاب به عدم جواز بیع آبق منفردا، دلالت ندارد به اینکه مخالف باشند در این مسئله. زیرا که شاید مراد آنها صورت عدم قدرت است مطلقا. و از این جهت است که نقل مخالفت در مسئله نشده از آنها، و همچنین کلام بعضی آنها که گفته‌اند که صحیح نیست بیع آبق الا به ضم ضمیمه. و حدیثی که در مسئله وارد شده است هم دلالت ندارد بر اینکه قدرت مشتری بر تسلیم صحیح نیست، چنانکه ذکر خواهیم کرد. و اما هر گاه بفروشد آبق را با ضم ضمیمه، پس بیع صحیح است اجماعا. چنانکه جمعی از علما دعوی کرده‌اند، و به مخالفی بر نخوریده‌ایم. و دلالت بر آن [ دارد ] صحیحهء رفاعهء نحاس: " قال سئلت ابا الحسن یعنی موسی بن جعفر - ع - قلت له ایصلح لی ان اشتري من القوم الجارية الابقة واعطيهم الثمن واطلبها انا؟ فقال: لا یصلح شرائها الا ان تشتري معها منهم ثوبا او متاعا، فتقول لهم اشتري منكم جاريتکم فلانة و هذا المتاع، بكذا و كذا درهما. فان ذلك جایز " ۲ و موثقهء سماعة عن ابي عبد الله - ع -: " فی الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن اهله (؟) قال: لا یصلح الا ان تشتري معه شیئا و تقول اشتري منك هذا الشیئ و عبدك، بكذا و كذا، فان لم یقدر علی العبد کان الذی فقده فی ما اشتري 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 خلافتی ظاهر نیست از احدی از اصحاب. و مراد ایشان آن نیست که آن غلام از مبیع بودن بیرون رفت، و مبیع منحصر است در ضمیمه. تا لازم آید خروج

---

۱: و در نسخه: و مقتضای بطلان بیع غرر و سفه است. ۲ و ۳: وسایل: ج ۱۲ ص ۲۶۲۲۶۳ - ، ابواب عقد البیع، باب ۱۱ ج ۱ و ۲. ۴: فقیه: ج ۲ ص ۷۴ - کافی (فروع) ج ۱ ص ۲۸۸

---

[ ۲۹۰ ]

او از ملکیت مشتری. بلکه مراد این است که توزیع نمی شود ثمن بر مجموع عبد و ضمیمه، که مشتری تواند به قدر عبد را پس بگیرد از بایع. و ثمره آن در این ظاهر می شود که در این وقت می تواند آن غلام را آزاد کند از برای کفاره و امثال آن. و چون مقتضای عقد بیع این است - که توزیع شود تمام قیمت به تمام مبیع، و تو هم می شود که در اینجا هم باید توزیع کند. و آنچه در مقابل عبد است پس بگیرد - فقها تنبیه کرده اند بر این معنی که در اینجا چنین نیست. و تمام ثمن مقابل ضمیمه است. پس منافاتی نیست ما بین اینکه جزء مبیع باشد و ثمنی در برابر آن نباشد. و جمعی از علما تصریح کرده اند به اینکه آن جزء مبیع است. و بعضی از علما به سبب منافات جزء مبیع بودن با عدم قیمت در برابر آن، قایل شده اند به اینکه آن ابق 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 می شود اینکه بخصوص قیمتی در برابر آن نباشد. و اگر معیوب بر آید خیار فسخی نباشد، خیار ارشی نباشد. و این بعید است، و بنا بر این فرض، عتق آن صحیح نخواهد بود مادامی که پیدا نشده. و اما اگر شرط منجز باشد امر آسانتر است. یعنی بگوید " فروختم این ضمیمه را و شرط کردم که این غلام هم از تو باشد ". و نظیر آن در احکام شرعی نادر است. چون غالبا شروط از باب " افعال " است نه " انفعال " و در بعضی موارد که انفعال است موقوف به مستقبل است نه حال. مثل شرط رقیت ولد هر گاه احد ابوین حر باشد. یا شرط میراث در عقد متعه، که [ از ] شروط استحقاق میراث است که از شروط قسریه است. و محقق ثانی (ره) گفته است که شاید مراد اصحاب - که گفته اند که ثمن مقابل ضمیمه است - مسامحه و مجاز است. و مراد ایشان این است که آنچه در مقابل ثمن برای مشتری میماند همان ضمیمه است. و همچنین مراد از روایتی که در مسئله وارد شده است. زیرا که بیع بر مجموع واقع شده و صحت وقوع معاوضه بر شیئی مستلزم ترتب اثر است بر آن معامله. پس چگونه می شود که در برابر مبیع ثمنی نباشد، و مبیع ملك مشتری بشود. و فساد مقتضی آن است که تواند رجوع کند به حصه ای از ثمن. پس عدم جواز رجوع به

---

#### [ ۳۹۱ ]

حصه ای از ثمن مستلزم صحت است. و گفته است که قول به حصول ملکیت، متعین است. و خوب گفته است. و مثال این سخن به این بر میگردد که احکام بیع همه در اینجا جاری است، و این جزء مبیع است، و ثمن هم در برابر آن هست. و لکن استثنا شده از آن احکام، خصوص صورتی که ابق 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 ابق " مادام آبقا و من حیث انه ابق. لا



غیر. " و بعد از آن اشکال کرده است در صورتی که ضمیمه مال مالک آبق نباشد. زیرا که اگر بگوئیم صاحب ضمیمه مالک تمام ثمن می شود، آن خلاف مقتضای معاوضه است. چون بیع بر مجموع وارد شده و آبق بیعوض میماند. و هر گاه بگوئیم مستحق بعض ثمن است نسبت به ضمیمه، پس باید بیع آبق باطل باشد. و این خلاف اطلاق اخبار است. و گویا مراد او این است که در صورت توزیع ثمن جزئی از ثمن مقابل ضمیمه می شود و جزء دیگر مقابل آبق. پس گویا این را مستقلا فروخته به قیمت معین، و بیع آبق به استقلال، باطل است. و حال آنکه اخبار در صحت بیع آبق با ضمیمه مطلقند. و جواب گفته از این اشکال که این معامله از اصل صحیح نیست. به جهت آنکه اعتبار ضمیمه، به جهت مالک شدن ثمن است بالتمام. و چون آن در اینجا ممتنع است، پس صحت هم ممتنع است، و در 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. چنانکه مدلول موثقهء سماعه است. و آنچه موافق آن است که دلیل صحت بیع آبق است. و در صورتی که ضمیمه مال غیر باشد، ثمن مال صاحب عبد نمی تواند شد، پس داخل این اخبار نیست. و مندرج می شود در تحت ادلهء منع از بیع آبق، پس صحیح نخواهد بود .

---

#### [ ۲۹۲ ]

و کلام صاحب مسالك اوضح واسلم است از کلام شیخ علی ۱. چون راه منع در بطلان بیع آبق - در صورت استحقاق بعض ثمن - مسدود نیست. و لکن ظاهرا جوابی [ را ] که [ او ] از اشکال گفته می توان راجع کرد به آنچه در مسالك گفته. و حاصل آن این است که این اخبار، ظاهر آنها، صورت مملوکیت ضمیمه است از برای مولای آبق. و ما تعدی از [ ظهور ] آنها نمیکنیم. و بدان که کلام فقها در این مقام غیر محرر است. و تحقیق و گفتن آن در نهایت اشکال است. زیرا که اولاً: در مقام ذکر ضمیمه، جمع کثیری گفته اند که باید ضمیمه، چیزی باشد که صحیح باشد بیع آن منفردا. یعنی مثل آبق دیگری نباشد. یا مثل يك حبه گندم نباشد که آن را مال نمی گویند. و در بعضی عبارات، تعمیم داده اند در قلت و کثرت، یعنی خواه ضمیمه قلیل باشد و خواه کثیر. و ثانياً: بعد از آنکه گفته اند که بیع این جایز نیست بدون ضمیمه و جایز است با ضمیمه. اشکال کرده اند که آیا این مختص بیع عبد آبق است که ضمیمه مجوز آن است؟ یا شامل عبد " ضال " - یعنی گم شده بدون گریختن - و " مجحود " - یعنی غلامی را می فروشد که در نزد کسی است و او دانسته انکار می کند که در نزد من نیست و یا اینکه در نزد من است و غلام بایع نیست - هم [ می شود ]؟. و همچنین اشکال کرده اند که آیا حکم شتر گریخته و اسب گریخته، مثل غلام گریخته است یا نه؟ -؟ و همچنین گم شده و مجحود آنها، یعنی جایز نیست

بیع آنها منفردا و جایز است با ضمیمه -؟. و در الحال مذکورات خلاف کرده‌اند. و بعضی در الحاق متمسک شده‌اند به اشتراك، جمیع در علت. و دیگران در عدم الحاق، به عدم تعدی از نص، چون در آبق وارد شده. و [ به ] عموم دلیل اشتراط قدرت بر تسلیم. و بعضی جایز دانسته‌اند بیع مال ۲ را بدون ضمیمه. و بعضی غیر اینها هم گفته‌اند. ووجه اشکال این قاصر، این است که دلیلی که در مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم گفته‌اند، هم اجماعی است که بر آن ادعا شده است، و هم نص است در بعضی اقسام مثل عبد

---

۱: محقق ثانی شیخ علی بن العال الکرکی. که کلامش در بالا مورد بحث بود. ۲: و در نسخه: مثل

---

### [ ۲۹۳ ]

آبق و جاریه آبقه. و هم لزوم سفه است. و مقتضای این ادله همه جا یکی نیست. پس اگر دلیل را " لزوم غرر و سفه " گیریم، پس باید تابع آن باشیم وجودا و عدما. پس گاه است که غلام گریخته که صد تومان میارزد، شخص می‌خرد پنج تومان به مظنه اینکه پیدا شود. و این منافی " رشد " نیست و مستلزم سفه نیست. چنانکه کسی هزار تومان مال را به دریا میفرستد به امید نفع، با احتمال غرق. یا مال بسیاری بر وجه محاببات به قیمت قلیلی می‌فروشد، چون الحال می‌تواند به آن قیمت قلیل جنسی را بگیرد که مظنه 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 وصال و مجرود 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 ملاحظه رفع سفه باید باشد. و اگر دلیل در اصل مسئله، " اجماع " است، پس بیع غیر مقدور التسلیم صحیح نیست تعبدا، هر چند مستلزم سفه نباشد. پس بنا بر این، استثنای بیع آبق به ضمیمه، نیز تعبدی خواهد بود. یعنی هر چند سفه لازم نیاید بدون ضمیمه، که باید ضمیمه باشد. و این تابع مورد نص است، و عدول از مورد نص 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 می‌رسد که اعتبار ضمیمه در این مقام از

باب حیل شرعیهء مجوزه باشد. ونظر ایشان در این مقام بر ملاحظهء بطلان بیع غیر مقدور التسلیم است تعبدا. واجماعی که بر آن دعوی شده افادهء بیش از " غیر مقدور التسلیم محض " را نمی کند،

پس

---

#### [ ۲۹۴ ]

ما حیله میکنیم که آن را از تمحض عدم مقدوریت بر آوریم ضم ضمیمه میکنیم که نگوئیم بیع غیر مقدور التسلیم محض شده. چنانچه در حیل ربویه که فرار از ربا میکنیم با اشتراك حیل در حصول ربح با ربا. و چنانکه در آنجا علتی که در حرمة ربا وارد شده - که اتلاف اموال وسد معروف و غیره است - آن علت را حمل بر حکمت داعیه بر حرمة قرار میدهیم - مثل رفع اریاح آباط در غسل جمعه واختلاط میاه در عده - نه علت واقعیه. واطراد در آن شرط نیست. پس معلوم می شود که نفس ربا تعبدا ممنوع است، وبه اخراج آن به صورت بیع رفع ناخوشی می شود. ۱ و همچنین در اینجا هر چند حکمت در بطلان بیع غیر مقدور التسلیم، لزوم غرر و سفه، باشد. لکن از اجماع معلوم شد که نفس عدم قدرت منشاء بطلان است هر چند سفه لازم نیاید .

---

۱: ای کاش میرزا (قدس سره) همین استدلال را میکرد بدون اینکه آن را " حیله شرعی " نام گذارد و بدون اینکه موضوع را به ضمیمه ربوی ربط دهد. و نیازی به این نام گذاری و ربط دادن نبود. خواننده محترم توجه دارد، این همان مسئله شماره ۶، از همین مجلد است که مصنف (ره) در مسئلههای مکرر بر مبنای خود در ضمیمه ربوی اصرار دارد. وما هم بر مبنائی که از امام خمینی (ره) در این مسئله نقل کردیم اصرار داریم. موضوع بحث در اینجا با مسئله ربا فرق بنیادین دارد. زیرا در اینجا پایگاه دیگری داریم به نام " جواز فروش چیزی به اضعاف مضاعف قیمت " که در فقه و منابع حدیثی معروف است. و می توانیم ضمیمه را به اضعاف مضاعف قیمت، فروش و خرید کنیم و (هر چه باشد) ربائی پیش نمی آید. اما در ربا، قرار دادن ضمیمه در مقابل بخشی از وجه به عنوان اضعاف مضاعف قیمت ضمیمه، باز نمی تواند ماهیت ربا را از بین ببرد و عقل با کمال بداهت حکم می کند که ماهیت معامله 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 طبیعی در ما نحن فیه " بیع بودن " است ولی اصل طبیعی در آنجا " ربا " است. باز با بیان دیگر: در اینجا میخواهیم يك حلال الاصلی " را که فاقد یکی از شروط شده و دچار حرمة گشته، بوسیله ضمیمه، به حلیت اصلیش برگردانیم، ولی در ضمیمه ربوی میخواهیم يك " حرام الاصلی " را به حلال مبدل کنیم، در حالی که قصد خروج از ماهیت حرام آن، نداریم. پس قیاس این دو با هم، قیاس مع الفارق در طبیعت، و هم قیاس باطل در شریعت است. و اساسا حیله شرعی و یا چاره جوئی شرعی برای تبدیل ماهیت حرام به ماهیت حلال در شرع نداریم. رجوع کنید به مسئله شماره ۶ و مسئله شماره ۷۴ از همین مجلد

---

#### [ ۲۹۵ ]

و چون اجماع بیش از عدم قدرت محض را نمیرساند، پس ما حيله ميکنيم به ضم ضميمه تا از غير مقدور التسليم بودن محض، فارغ شويم. واکتفا کنیم به مقدور التسليم بودن في الجملة. اگر کسی بگوید: هر گاه في الجملة مقدور التسليم بودن کافی است پس باید در مبيع معين که يك جزء آن مقدور التسليم نباشد هم بيع صحيح باشد. و منحصر نیست در ضم ضميمه. گوئيم: که مراد ما از اکتفا به قدرت في الجملة، در جائي است که يك جزء از آن را مقصود بالذات کنیم و ديگری را بالتبع. مثل مثالهای ضم ضميمه، که ضميمه را اصل ميکنيم (هر چند با اراده منفرد باشد) به جعل جاعل نه به موافقت طبيعت. و در مثال مفروض معترض جزئين مساوياند در قصد طبيعى. و به هر حال، آنچه ما اختيار کرديم در دفع اشکال منافات ندارد با آنکه باز ملاحظهء عدم لزوم سفه را بکنيم با ضم ضميمه هم. غايت امر اين است که نسبت ما بين دليل حرمة بيع سفه، و دليل بيع غير مقدور التسليم با ضميمه، عموم من وجه باشد. و راهی از برای ترجيح ثانی نیست. پس باید ما دليل جواز با ضم ضميمه را حمل کنیم بر صورتی که سفهي لازم نيابد، که اخص مطلق شود از دليل حرمة غير مقدور التسليم، و منافى حرمة بيع سفه هم نباشد. و کلام در اینجا بعينه مثل کلام است در بيع مجهول واشتراط ضميمه [ در آن ]، و مادر جلد دوم " جواب مسائل " تحقيق آن را مبسوط کرده ايم. و حاصل کلام اين است که بيع مجهول و بيع غير مقدور التسليم باطل است تعبدًا. هر چند سفهي در آن لازم نيابد. بدون فرقی ما بين اقسام آن. و با ضم ضميمه صحيح می شود در همه جا به شرطی که سفهي لازم نيابد. و بدان که شهيدان در لمعه و شرح آن، در مسئلهء ضال و مجحود، گفته اند صحيح است بيع آنها و مراعى است به امکان تسليم. پس اگر ممکن شود تسليم در وقت نزديکی به سبب

---

#### [ ۲۹۶ ]

آن فوت نشود چیزی معتد به، از منافع، یا راضی شود مشتری به صبر تا وقتی که تسليم او بشود. لازم می شود. و اگر متعذر شود تسليم، مشتری خيار فسخ دارد، اگر خواهد فسخ می کند، و اگر خواهد ملتزم می شود به آن، به مثل عتق در كفاره و امثال آن. و بعد از آن، شارح گفته است که احتمال قوی است اینکه باطل باشد به سبب فقد شرط، که امکان تسليم است. و ظاهر این است که مراد ایشان در صورت عدم ضم ضميمه باشد. و همچنین آنچه در مسالك گفته است - در شتر و اسب گريخته - که " محتمل است صحت بامراعى بودن به تسليم ". بعد از آن که گفته است که " اقوى عدم صحت است. و بعضی گفته اند که عدم صحت اشهر است ". و بنا بر تحقیقی که ما کردیم باید بدون ضم ضميمه باطل باشد. و باضم ضميمه صحيح باشد. هر گاه سفهي در آن نباشد. مبحث دوم: ظاهر این است که شرط است در صحت بيع آبق - بلکه در مطلق بيع غير مقدور التسليم - که بيع آن صحيح 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 خرید. شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که ظاهر این است که باطل می شود بیع نسبت به آنچه مقابل مبیع است در دو صورت اول. و خیار فسخ دارد مشتری در صورت آخری. و در مسالك اشکال کرده است و توقف کرده در اینکه آیا سایر شروط هم ملحق به تعذر تسلیم است یا نه؟ ۲- و اظهر در نظر احقر عدم الحاق است، و مختار شرح لمعه خوب است. و لکن اظهر این است که در صورت ثانیه باطل نباشد بلکه موقوف باشد به اجازه مالك و شاید مراد او هم بطلان باشد در صورت عدم اجازه واز آنچه گفتیم ظاهر می شود هر گاه ظاهر شود معیب بودن آن، [ که ] خیار رد وارث ثابت باشد. واز تنقیح حکایت شده عدم ثبوت رد وارث - در صورت ظهور عیب - از برای

---

#### [ ۲۹۷ ]

مشتری جاهل به عیب. واما هر گاه ضمیمه رد شود به سبب عیبی، یا خیاری، ابق تابع آن خواهد بود. و حکم علی حده ندارد. واز حاشیه شهید بر قواعد نقل شده که این متوج گفته است که اگر ظاهر شود موت ضال یا ابق پیش از بیع، پس باطل نمی شود بیع. و بعد از آن شهید گفته که اولی این است که از برای مشتری خیار فسخ و اجازه ثابت باشد. این آخر کلام شهید است. و ظاهر کلام این متوج این است که بیع باطل نمی شود در خصوص ضمیمه. و محتمل است که مراد این باشد که باز بایع مستحق تمام ثمن باشد، یا به نسبت به آنچه حصه ضمیمه، می شود. چنانکه شهید ثانی اختیار کرده. واولی 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 خیار فسخ است از برای مشتری، و گویا وجه این، تبعض صفة است. که موجب خیار است. و حاصل در این مقام این است که ابق - بلکه مطلق غیر مقدور التسلیم - جزء مبیع است. و احکام بیع همه در اینجا جاری است، از بطلان و خیار عیب و خیار تبعض صفة 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 نمی شود، به سبب عدم وصول به آن. هر چند [ اگر ] به سبب دیگر مثل تلف یا غیر آن [ باشد ] باید آن را هم منظور داشت. و دانستی که معنی احادیث و کلام فقها هم همین است که گفته اند که قیمت از برای بایع در برابر همان ضمیمه است، نه اینکه آن داخل مبیع نیست. واز آنچه گفتیم ظاهر می شود که هر گاه بعد از بیع، غاصبی ابق را غصب کند، یا جنایتی بر آن برساند. قیمت

وارش مال مشتری است. و هر گاه نتواند مشتری که استیغای حق خود کند، از قیمت چیزی کم نمی شود. چنانکه از تنقیح حکایت تصریح به آن شده. و اما هر گاه تلف شود بعد از بیع و قبل از اقباض، پس در آن اشکال است. نظر به اینکه هر مبیعی که قبل از اقباض تلف شود، آن مال بایع است. پس باید قیمت ناقص شود. و از جهت

---

[ ۲۹۸ ]

اینکه در اینجا اقباض واجب نیست، پس ضمان هم بر بایع نیست. [ واقوی ] ترجیح ثانی [ است بر اول ]. زیرا که اظهر ادله آن در این مقام حدیث نبوی است که فرموده است " ان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه " و در تبادر " غیر مقدور التسلیم " از این حدیث، تامل است. خصوصا که جاری از برای ضعف سند آن نیست. مبحث سوم: هر گاه ثمن، غیر مقدور التسلیم باشد، آیا حکم آن حکم مثنی است یا نه؟ -؟. پس بدان که تصریحی در کلام اصحاب به آن، در نظر نیست - به غیر عبارت شهیدین در لمعه و شرح آن - و مقتضای کلام ایشان در نظایر آن، عدم فرق است. چنانکه میبینی که علامه در قواعد می گوید " الفصل الثالث: العوضان. و شرط المعقود علیه الطهارة فعلا او قوة " و معقود علیه اعم است از ثمن و مثنی. بعد از آن می گوید " و صلاحیته للتملك. فلا یصح العقد علی حبة حنطة لقلته " [ و بعد گفته است ] " والقدرة علی التسلیم " هر چند بعد گفته است " فلا یصح بیع الطیر فی الهواء اذا لم تقض عادته بعوده ولا السمك فی الماء الا ان یكون محصورا ". و ظاهر این است که تفریع از باب مثال است. بعد از آن می گوید " والعلم فلا یصح بیع المجهول ولا الشراء به ولا یکفی المشاهدة فی المکیل والموزون والمعدود. سواء كان عوضا او ثمنا ". و در تذکره و غیر آن دعوی اجماع بر اشتراط معلومیت عوضین شده است. و همچنین ظاهر این است که مراد ایشان در عنوان کردن مبیع مثال است با نظر به اطلاق مبیع بر ثمن و مثنی باشد. چنانکه شهید در لمعه می گوید " بشرط کون المبیع مما یملك، فلا یصح بیع الحر، و ما لا نفع فیہ " تا آنجا که گفته است " یشرط ان یكون مقدورا علی تسلیمه " یعنی شرط مبیع این است که مقدور التسلیم باشد. بعد از آن گفته است " فلو باع الحمام الطائر لم یصح الا ان یقضى العادة بعوده. ولو باع الابق صح مع الضميمة ". و بعد از آن گفته است " وفی احتیاج العبد الابق المجهول ثمنا الی الضميمة، احتمال. ولعله الاقرب " و از این کلام ظاهر می شود که مسئله، خلافی است در ثمن. بلکه احتیاج به ضمیمه را احتمالی، قرار داده. و ممکن است که خلاف، بخصوص این، باشد. نه مطلق تعذر التسلیم. و در خصوص ثمن باشد. نه در مثنی. و لکن از علامه در تذکره ظاهر می شود که

---

در صورت بودن آبق مئمن، 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 اباق. وشهید ثانی در شرح آن ۱، گفته است که " چنانکه جایز است گردانیدن آبق مئمن، جایز است گردانیدن آن ئمن. خواه در برابر آبق دیگر باشد یا غیر آن. به جهت حصول معنی بیع در ئمن و مئمن ". یعنی عموم " احل الله البیع " شامل آن است. و بعد از آن در وجه احتمال شهید در احتیاج به ضمیمه واقرب بودن آن گفته است که " این از جهت صدق اباق است " یعنی علتی که در مئمن هست، در ئمن هم هست، که آن اباق است. و به هر حال، ظاهر این است که در اصل مسئله اشتراط قدرت بر تسلیم، فرقی ما بین ئمن و مئمن نباشد. و همچنین در خصوص بیع آبق اظهر عدم فرق است، و اظهر جواز است در ئمن نیز با ضمیمه. نه بدون آن. و اظهر این است که جایز است [ با ] ضمیمه، هر چند مئمن هم آبق باشد با ضمیمه. و کافی نیست در ضمیمه، اینکه آبقی دیگر باشد نه در ئمن و نه در مئمن. چنانکه شهیدین تصریح به آن کرده‌اند. و الحاصل: نظر به اطلاقات کلمات فقها و ظاهر احادیثی که وارد شده در بیع آبق با ضمیمه، فهمیده می شود که علت عدم جواز تعذر تسلیم است رأساً. و جواز با ضمیمه به سبب خروج از عنوان " تعذر تسلیم " است رأساً، با ملاحظه احتراز از لزوم سغه. و در این معانی فرقی ما بین ئمن و مئمن نیست. و اینکه این را شهید احتمالی قرار داده خالی از غرابتی نیست. و ظاهر این است که سایر فقها مفروغ عنه دانسته‌اند اتحاد حکم ئمن و مئمن را که متعرض آن نشده‌اند. و شهید ثانی گفته است " این فرع و آنچه بعد می‌آید، از مختصات این کتاب است " یعنی در جای مذکور نیست. مبحث چهارم: شهید در لمعه گفت است " ولو تعدد العبد، کفت ضمیمه واحده " یعنی هر گاه چند غلام گریخته را بفروشد و يك ضمیمه 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 ئمن 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 می شود به سبب ارش، از کل ئمن

اسقاط می شود. یعنی آبق را اعتبار نمی کنند و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه در مقابل ضمیمه است اعتبار نمی کنند ۱. و از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود که این سخن خالی از اشکال نیست. زیرا که مستفاد از اخبار و کلام فقها این است که آبق جزء مبیع است. واحکام بیع همگی بر آن جاری است به غیر آنکه هر گاه آبق " مادام آبقا ولم یظهر تلفه عند البیع " به دست نیاید بایع مستحق تمام ثمن است، و حصه از برای آبق نیست. پس این حکم خاص، تعبدی است. و تعدی از آن نمیکنیم. پس دور نیست که در ارش بر 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 می کند، در صورتی اخذ ارش.

**۱۷۹- سوال:** هل یصلح العبد لتملك شیئ ام لا؟ -؟ و علی فرض التملك هل هو محجور علیه ام لا؟ -؟  
ثم ان اذن المولى اياه فى التصرف فى شیئ من ماله فهل یفید مجرد الا باحة او یملك التصرف؟ -؟ ثم ان مات المولى قبل تصرفه، فهل یبقى جواز تصرفه ام لا؟ -؟ .  
**جواب:** اختلف العلماء فى ان العبد هل یصلح للتملك اولاً. بل هو كالدابة بالنسبة الى جله او عليه. وفيه اقوال: نسب الاول الى الاكثر الشهيد الثانى، و جعله فى الدروس

---

۱: عبارت نسخه چنین است: و تفاوت قیمت را نسبت به آنچه مقابل ضمیمه است و پس اعتبار کنند

---

#### [ ۴۰۱ ]

ظاهر الاكثر. ولكن 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 زكوة عليه لانه لا يملك اجماعاً " و عن السرائر " اجماع اصحابنا ان جميع ما بيد العبد فهو مال لسيده " و عن نهاية الاحكام و موضع آخر من السرائر " انه غير مالك عندنا " و عن المنتهى نسبه 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، و قيل يملك فاضل الضريبة، وهو المروى، و ارش الجناية، على قول. ولو قيل يملك مطلقا لكنه محجور عليه بالرق حتى ياذن المولى، كان حسنا. و فى النافع " المملوك يملك فاضل الضريبة. و قيل لا يملك شيئاً ". و عن الشيخ فى النهاية " العبد المملوك لا



يملك شيئاً من الاموال مادام رقا. فان ملكه مولاه شيئاً ملك التصرف فيه بجميع ما يريد و كذلك اذا فرض عليه ضريبة يؤديها اليه، و ما يفضل بعد كذلك يكون له، جاز. فاذا ادى مولاه ضريبته كان له التصرف فى ما بقى من المال. و كذلك اذا اصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الارش، كان له ذلك. وحل له التصرف فيه. وليس له رقية المال على وجه من الوجوه. فان تزوج فى هذا المال او يشتري كان ذلك جايزاً. و كذلك ان اشترى مملوكاً، فان اعتقه كان العتق ماضياً ". و عن ابن البراج موافقته لذلك. وعن المهذب البارع وفخر المحققين فى شرح الارشاد ان فى المسئلة اقوالاً ثلثة: الاول: يملك المال لا مستقراً و هو ظاهر الصدوق وابن الجنيد. الثانى :انه يملك التصرف خاصة، و عليه الشيخ فى النهاية. و الثالث: اباحة التصرف خاصة، لا ملك التصرف. و قالا ان الثالث لم يمنع منه احد، بل هو اجماعى. وفرق فى المهذب بين الثانى والثالث بوجهين: الاول: ملك التصرف اقوى من اباحته، فان فى الاباحة لو ظهر له شاهد حال من المالك بكرهه لم يجز ان يتصرف. الثانى: ان فى

---

#### [ ٤٠٢ ]

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 مطلقاً. كما ان الاظهر انه قول الاكثر. والدليل عليه (مضافاً الى الاصل) من وجوه: الاول: قوله تعالى فى سورة النحل " ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيئٍ و من رزقنا منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سرا و جهراً هل يستون " ١ و الظاهر ان المثال للفرق بينه تعالى وبين الاصنام التى يعبدها الكفار، كما يظهر من ملاحظة ما قبلها. وجه الاستدلال انه قد اوغل فى بيان المبينة بين الفريقين فى غاية الغاية كما هو مناسب المقام و شبه الاصنام العبيد و نفسه تعالى بالاحرار. فقال " عبداً " 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 مجازاً فى ما انقضى عنه المبدأ. فح، يكون كلمة " مملوكاً " قيماً توضيحياً بيانياً. لا تقييداً. لعدم انفكاك العبودية بالمعنى المذكور عن المملوكية. وفائدته اظهار كمال مهنته لا طلاق التملك عليه كالذواب والجمادات. لا يقال :ان العبد نكرة مثبتة لا يفيد العموم حتى يثبت الحكم فى كل عبد. اذ - مع تسليم انه ليس من باب " ثمرة 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 شيئٍ " 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 الجارية فى القريش و معيشته، و غيرهم من الاجتماعات فى ذلك الزمان. ثم: هذه الاية مكية ولو كانت  
فى مقام التشريع لا وجبت للعبيد طاعة مواليهم من المشركين كابوجهل والعتبة و غيرهم. وقد نعلم تجرى العبيد و  
عصيانهم على مواليهم بتشويق من ناحية الرسول " ص ". و يجيئ الكلام فى الجملة " ورزقناه منا " ...

### [ ٤٠٣ ]

المملوك، فتشترية. هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه بعد مملوك لا يقدر على شئ " ١ وهو مناسب  
للمقام فان نفى القدرة على نوع الشئ ادخل فى 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 خلقته و طبيعته، كالاكل والشرب والجماع والنوم و غير ذلك. واما يتعلق بغير ذلك من  
الافعال، كالمسافرة والسير فى الاسواق والصحارى للتنزه والتفرج والاستحمام. و بالجملة ما يتعلق  
بتحصيل المال بمثل الاتهاب والاحتطاب و نحو ذلك. واما ما يتعلق بالتصرف فى مال المولى بالبيع والشراء  
و غير ذلك، او فى ما اتعبه 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  
مدخلية فيها للعبد. واما اخترنا كون هذا القيد توضيحيا لا دخلية 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. فالاعتماد 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 ابي العباس، لا من كلام  
الامام " ع "

#### [ ٤٠٤ ]

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 اولاً كون القيد توضيحياً. 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 مطلقاً. ثم منع على تقدير كونه بيانياً، شمول الشئى المنفى المنصرف فى الاموال. بل المراد انه غير قادر على التصرف فى نفسه. ثم قال وعلى فرض تسليم كونه بيانياً و شاملاً لنفى التصرف فى المال. يعنى ان العبد مطلقاً لا يقدر على شئى لا على التصرف فى نفسه ولا فى المال، فهو معنى كونه محجوراً 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 و لا حكم امضائى. سواء كان القيد توضيحياً او تقييدياً. لانه فرق بين توضيح ما وقع و ما كان - بل، ما يكون - و بين امضائه و تثبيته بعنوان حكم من الاحكام ٢. : والانصاف ان القيد تقييدى. اذ من العبيد من لا يقدر على 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 قبلاً لضعف الروحى والنفسانى والخصوصيات التكوينية فى نفس الانسان. و ابن الاية من بيان التشريعات والاجتماعيات؟! و العبد المملوك الذى لا يقدر على شئى مصداق تام للانسان الضعيف نفساً والرذيل طبعاً والعاجز تكويناً و تخصيص جملة " لا يقدر على شئى " بامور المالية والمالكية ابعد شئى الى دليل. بل لا ربط للاية اجتماعية اصلاً. 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 الاية، هو قدرة الاصنام و عدمها فى الامور الاجتماعية؟ ام فى الامور التكوينية؟

#### [ ٤٠٥ ]

بالتملك، فان القائل بالتملك لا يقول انه محجور عليه من التملك. بل يقول انه محجور عليه فى ملكه بعد التملك. ولذلك قال فى الشرايع " المحجور عليه شرعاً هو الممنوع عن التصرف فى ماله " وقال فى المسالك " ومذهب المصنف ان العبد يملك وان كان محجوراً عليه. وح فيدخل فى التعريف. وانما يرد النقض به على من لا يقول بملكه " وعد فى الارشاد من جملة اسباب الحجر الملك، يعنى المملوكية.

قال " فالعبد والامة محجور عليهما لا يملكان شيئا، ولو ملكهما مولاهما ". و من ذلك يظهر الاختلاف فى تعريف الحجر على المذهبيين. اذ ظاهرهم الاجماع على كون العبد محجورا عليه. ولكن لا يصدق الحجر - بالمعنى الذى عرفه فى الشرايع - على حجر العبد، على القول بعدم تملكه. كما يظهر فى الارشاد. فان المحجور على ما فى الشرايع، هو الممنوع عن التصرف فى ماله. و على ما فى الارشاد، الممنوع عن التصرف لانه ليس بماله. و الحاصل: ان البحث فى مسألة الحجر مسبقا 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 شيئ " الحجر. فيلزم ان يكون من باب استعمال لفظ الحجر فى العبد فقط. فاذا لم يعلم ان دين الله تعالى هو مالكية العبد او عدمه، فلا يمكننا ان نقول انه محجور عن ماله، او نقول انه محجور عن مال غيره. و نفى جواز التملك الا باذن المولى - الدال بمفهومه على جواز التملك باذن المولى -

#### [ ٤٠٦ ]

ليس بداخل فى مفهوم الحجر باحد من التعريفين. فكيف يدخل تحت قوله تعالى " لا يقدر على شيئ " الذى هو عبارة عن الحجر، حتى يستفاد منه جواز التملك باذن المولى. فيبطل الاستدلال بالاية على نفى التملك راسا. مع ان تقدير الاستثناء خلاف الاصل و محتاج الى الدليل. و ما دعاه الى ذلك الى جعله لفظ " لا يقدر على شيئ " بمعنى الحجر. وقد عرفت ما فيه. نعم، نحن نسلم المقدمة القائلة بانه اذا اذن له المولى فيجوز له التصرف. و هو لا يستلزم التملك، بل المسلم انما هو جواز التصرف. و هذه المقدمة فى حكم استثناء منقطع منفصل، و ليس من باب الاستثناء المتصل الذى قدره فى الكلام، حتى يلزم ثبوت ما منع القدرة عليه على سبيل العموم. مع انه يمكن القدر 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

مسيوقة لبيان اصل قصور العبد و عدم قابليته لشيئ من جملة ذلك التملك للمال. و هذا هو معنى السابق على الحجر الذى يترتب الحجر و عدمه عليه. والنكرة المنفية تفيد العموم، خرج ما خرج بالدليل، و بقى 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 والايمن والتوفيق والصفات الجميلة و الشجاعة والسماحة و... حتى النبوة. قال تعالى " قال يا قوم ارايتم ان كنت على بينة من ربي 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 فى الجهاد و كذا العفو. قال تعالى " وانفقوا فى سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة " فسروه بالجهاد والشهادة و بذل النفس فى سبيل الله. فالانسان القوى ينفق و يصرف و يبذل و ينتفع سرا و علانية مما آتاه الله من قدرة الجسم والفكر والعقل والشجاعة و قوة النفس و سلامتها و ...

---

#### [ ٤٠٧ ]

بواسطة المولى، و على انه حسن وسيع و لا ضيق عليه فهو ينفق سرا و جهرا، يعنى ليس بمحجور عليه فى شيئ. فيلاحظ نفى تلك المعانى فى جانب العبد ليتم المقابلة. فرزقه بواسطة مولاه وليس بمالك شيئ، بل هو مملوك. لا شعار الوصف بذلك. ولا يقدر على شيئ لا بان يكتسب فيملك، ولا بان يتصرف فى نفسه بشيئ. و بالجملة جعل الممثل له هو الله سبحانه والاصنام يقتضى بيان المباينة غاية الغاية، و لا يتم الا بما ذكرنا. ثم ان هذا الكلام منه (ره) الزامى والا فظاهره انه يقول بتملك العبد مستقلا بدون الحجر. كما يصرح به فى كتاب الحجر، وان ذكر فيه انهم لم يفرقوا فى الحجر بين القول بمالكية العبد و عدمه. وان لا خلاف فيهم فى المحجورية، الا فى الطلاق. فانه بيد من بيده الساق. قال " لعل دليلهم الاجماع ولا نعلمه ". ثم اشار الى ما هو الظاهر عنه. الثانى: قوله تعالى فى سورة الروم " ضرب مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فى ما رزقناكم فانتهم فيه سواء تخافونهم كخيفتكم انفسكم ". بيانه انه تعالى ضرب لكم مثلا منتزعا من احوال انفسكم بعضكم مع بعض، والمثل هو انه ليس لكم شركاء فى ما رزقناكم من نوع المملوكين ١ حتى تكون سواء او تخافون منهم كما تخافون من تغلب بعضكم على بعض فى ما تشتركون فيه كالميراث و غيره ٢ فالمراد بضمير المخاطبين جنس الحرار و من كلمة الموصول فى " ما ملكت " جنس العبيد ٣. و فى " ما رزقناكم " جنس ما يملك.

ولم

ولعل كلمة " رزق " فى الآية دعى بعضهم (قدس سرهم) الى استفادة الحكم من الآية التى لا حكم فيها تاسيسيا كان او امثاليا. ١: الآية ايضا، ليست من آيات الاحكام. اذ لا ريب ان المخاطبين هم المشركون - وان قلنا بان المورد ليس .بمخصص - فهل بيان حال المشركين و شرح آدابهم و سننهم، دليل على انه تعالى يضى 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 مالكةا. 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

#### [ ٤٠٨ ]

يلاحظ نسبة كل عبد الى مولاه بل المراد العموم لا دخليته فى مقام المباينة بين الفريقين، ليقاس عليهما الخالق والمخلوق. مع انه لا معنى للمشاركة فى ما رزق به شخص خاص. اذ هو مختص به فى الاحرار ايضا. فالمقصود نفى الشركة كلية فى العبيد. فان الاستفهام الانكارى فى معنى النفى. و بذلك ثبت مقايسة الخالق والمخلوق. فلا شركة معه تعالى فى العبادة. فما ذكره المحقق الاردبيلى " ره " من ان الكلام فيها مثل الآية 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 يشركهم ". الثالث: الاخبار المستفيضة. فمنها ما رواه الشيخ فى التهذيب فى باب وصية الانسان لعبده، فى الصحيح، عن محمد بن قيس، عن ابي 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 بشيئ. فلا يجوز الا ان يكون الموصى هو المولى. فانه يجوز ان يوصى لعبده على الوجه المقرر فى محله. و يحتمل الوجهين ما رواه ايضا، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن احدهما - ع - " قال لا وصية للملوك " ٢ فيحتمل ان يكون المراد لا يجوز ان يوصى لانه لا يملك شيئا. او لا يجوز ان يوصى له غير مولاه، وان جاز للمولى على الوجه المقرر فى محله. ووجه الاستدلال بالصحيحة على المختار ان اللام حقيقة فى الملك. واورد عليه ان اضافة المال الى العبد ايضا ظاهرة فى الملكية، واجتماع الملكين محال. 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 .

[ ٤٠٩ ]

واجب 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 اولاً، 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 وارىد 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. وفى كلمة " لمواليه " معنى عام شامل للملك و جواز التصرف. و لا مرجح لاحد التجوزين على الاخر. و الاولى فى الجواب: ان يقال: ان الاضافة فى لفظة " ماله " و ان كانت لامية ولكنها ليست كاللام المصرحة، فانهم اكتفوا فى الاضافة اللامية بادنى ملابسة، كما فى قول الاعشى " الواهب المائة الهجان و عبدها " ان اريد بالعبد العبد الحقيقى فانه عبد للواهب و اضيف الى

[ ٤١٠ ]

الهجان بادنى ملابسة. و هذا مرجح لارادة التجوز فى كلمة " ماله ". لان كون ١ العبد ملكا لمواليه جزما دون المال للعبد يرجح التجوز فى كلمة " ماله ". هذا كله، اذا كان اللازم فى " ماله " مضمومة. و ان كانت مفتوحة، فيضعف هذا المرجح ايضا. لكن الأرجح 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 سيجيئ  
الاشارة الى بعضها. مع ان لنا هنا كلاما لم نقف على من نيه عليه، وهو ان قولهم " اللازم للملكية " لا  
يتم على اطلاقه. بل هو انما يتم بملاحظة مدخولها و قابليته للتملك فلايد 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  
لايد ان يكون هذه معناها بحسب اللغة والعرف، لا انها حقيقة شرعية فى ذلك. وايضا لايد ان يعتبر فى  
ذلك معنى الملكية عرفا، لا الملكية شرعا. اذ قد يطلق التملك عرفا - مع قطع النظر عن الشرع - على  
شيئ 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 يزاحمهم فيه احد. ثم بعد ورود الشرع حصل تغيير فى ذلك، مثل  
انه شرط فى حصول الملك لمن حاز المباح، قصد التملك. و [ مثل ] نفى التملك للمرتد الفطرى قبل  
التوبة - على ظاهر المشهور - و مثل ذلك كثير. اذا عرفت هذا، فنقول: المقصود بالذات من قوله - ع - "  
العبد و ماله لا هله " انشاء حكم للعبد و ماله، 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 العبد... - ولعل فيها سقطا

---

### [ ٤١١ ]

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 الموالى ليس بموالى شرعا. فانشاء الحكم بكون مال العبد عرفا للموالى شرعا (ما لم  
يثبت استحقاق الغير فيها) لا يستلزم اجتماع المليك الحقيقيين شرعا لشخصين فى شيئ 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 ينبغي 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 " و يظهر وجه الدلالة مما مر. و منها: ما رواه ايضا فى الحسن (لابراهيم بن هاشم) عن محمد بن قيس، عن ابى جعفر - ع - " فى مكاتب كانت تحته امرئة حرة، فاوصت له عند موتها بوصية. فقال: اهل الميراث لا يجيز وصيتها. انه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه، و يجوز له الوصية بحساب ما اعتق منه. وقضى فى مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية... " ثم ساق مثل هذا فى الربع والسدس. وهو مذكور فى الكافى

١: الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٦، احكام الوصايا، ب ٧٩ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٣

#### [ ٤١٢ ]

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 المعتق لا يملك الوصية و لا يرث. وان هذا الحكم كان ظاهرا عند اصحابهم، و يويده ما ذكره الاصحاب فى مقام المنع عن الوصية لمملوك غير الموصى، من التعليل بعدم المالكية. بل وعن ظاهر التذكرة اجماعهم على ان العلة فيه انما هو ذلك. و لا يمكن ان يقال ان عدم تملكه للوصية، لعله كان تعديا. و لا يلزم منه عدم تملكه اصلا. اذ لا قائل بالفصل بين الوصية و غيره. و ان سلم ذلك فى الميراث لا تفاهم على عدم الارث، واختلافهم فى غيره. مع ان بعضهم علل عدم التملك مطلقا بمادل على منعه من الميراث ايضا، و جعل الاخبار - 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، كالقائل الممنوع من الارث. و ضعف بان الحكمة فى القائل 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 ابى عبد الله - ع - " فى رجل اوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، ثم ينظر ما ثلث الميت. فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة،

استسعى العبد فى ربع القيمة، و ان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد و دفع 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 والتهذيب وجملة " لا يرث " ليست فى بعضها - التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٥ - الفقيه: ج ٢٢ ص ٢٨٠ - فروع الكافى: ج ٢ ب: المكاتبه. ٢: و فى النسخة:.. من تايد لعدم المالكية راسا. ٣: الوسائل: ج ١٢ ص ٤٦٧، احكام الوصايا باب ٧٩ ح ٢

### [ ٤١٣ ]

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 آخر آن سنذكر 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 الكلينى فى الحسن (بابراهيم بن هاشم) ٢ عن زرارة عن احدهما - ع - " فى رجل اعتق عبدا له و له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا تبعه. و الا فهو للمعتق ". و ما رواه الصدوق فى الصحيح عن جميل بن دراج، عن زرارة، عن ابى جعفر و ابى عبد الله - ع - " فى رجل اعتق عبدا له مال، لمن مال العبد؟ قال: ان كان علم ان له مالا، تبعه. و الا فهو للمعتق " ٣. و " فى رجل باع مملوكا و له مال. قال: ان [ كان ] علم مولاه الذى باعه ان له مالا، فالمال للمشتري. وان لم يعلم [ به ] البايع، فالمال للبايع " ٤. و فيه، 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 سببا لثبوت

١: الوسائل: ج ١٢ ص ٣٢، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ١ - والحديث يدل على صحة تملك العبد باذن من مولاه. والا كان مال المذكور فى يد العبد غصبا او سرقة، و ظاهر الحديث على خلاف ذلك. و يرد عليه انه لو كان مالكا لما انتقل ملكه عند بيعه، الى البايع او المشتري، الا ان يقال ان بيع العبد من نواقل ملكه، او مسقط للمالكية، والمورد تعبدى.

و ليس بعيد دليل 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 ٧٢. ٤: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٣. - الفقيه، ج ٢ ص ٣٨

#### [ ٤١٤ ]

المال للمالكة، 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 بمالكية العبد، لابد ان يؤول الاخبار بما ذكر. يعنى ان ذلك كان للمولى المعتق و كان معه و يصير له بالشرط، او ما فى معناه. لا بمحض العلم. فيصلير تلك الاخبار اظهر دلالة المذهب المختار من عدم المالكية. احتج القائل: بانه يملك فاضل الضريبة، بصحيحة عمر بن يزيد: " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن رجل اراد ان يعتق مملوكا له، وقد كان مولاه ياخذ منه ضريبة فرضها عليه فى كل سنة. ورضى بها المولى و رضى بها المملوك. فاصاب المملوك فى تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة. قال: فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه، ما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك. ثم قال ابو عبد الله - ع - اليس قد فرض الله عز وجل على العباد فرايض فاذا ادوها اليه لم يسئلهم عما سواها. قلت له: ما للمملوك ان يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضة التى كان يوديها الى سيده؟ قال: نعم، واجز ذلك له. قلت: فان اعتق مملوكا مما اكتسب سوى الفريضة، لمن يكون ولاء العتق؟ قال: فقال: يذهب فيتوالى من احب. فاذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه وورثه. قلت له: اليس قال رسول الله - ص - الولاء، لمن اعتق؟ قال: فقال: هذا سائبة لا يكون ولاية لعبد مثله. قلت: وان ضمن العبد الذى اعتقه جريرته وحدثه، ايلزمه ذلك ويكون مولاه ويرثه؟ قال: فقال: لا يجوز ذلك ولا يرث عبد حرا " ١. والجواب عنه: ان الرواية وان كانت صحيحة ٢ لكنها لا يقاوم ما ذكرنا من الادلة، وان

١: الوسائل: ج ١٧ ص ٥٤٥، ابواب ولاء، ضمان الجريرة، ب ١ ج ١ - فروع: ج ٧ ص ٧٤٠. ٢: ويويده ما ورد فى " دين العبد " وفى ما " لو قال العبد للمولى: يعنى بسبعمة انا اعطيك ثلاث مائة " وفى " من دفع اليه مملوك، ما لا ليشتريه من مولاه " و ما ورد فى " عدم وجوب الزكاة فى مال العبد ولو بلغ الف درهم " والاخبار كثيرة جدا

#### [ ٤١٥ ]

كانت مطلقة او عامة. لاشتراط التكافؤ فى 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 فى غيرها هو اذا لم يكن باذنه. وفيه: انه انما يتم اذا اسلمنا كون المال للعبد، وقد عرفت منع دلالة ما قدمناه من الروايات عليه، ومنع العمل بالصحيحة لعدم تكافؤها لما قدمناه من الروايات الدالة، على عدم مالكية العبد. و اما حجة القول بتملكه لارش الجناية - كما يظهر من الروضة ان به قولا - وقد نقلناه عن الشيخ فى التهذيب و ابن البراج، و لكنهما ذكراه مع فاضل الضريبة و ما يملكه مولاه. ولكن فى دلالاته على ملك رقبة المال اشكال حيث صرح بعدم ملكه لرقبة المال. بل انما جوز التصرف. ولكنه صرح بصحة العتق مع انه ليس الا فى ملك. فلم نقف على ما يدل عليه صريحا. و يمكن ان يكون دليله ما رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار " قال: قلت لابي عبد الله - ع - ما تقول فى رجل يهب لعبده الف درهم او اقل او اكثر، فيقول حللنى من ضربى اياك و من كل ما كان منى اليك مما اخفتك وارهبتك. فيحلله و يجعله فى حل رغبة فى ما اعطاه. ثم ان المولى بعد، اصاب الدراهم التى اعطاه، فى موضع قد وضعها فيه العبد. فاخذها المولى. احلال هى له؟ قال: فقال: لا يحل له لانه افتدى بها على نفسه من العبد مخافة العقوبة، والقصاص يوم القيامة. قال: فقلت له: فعلى العبد ان يزكيها اذا حال عليها الحول؟

---

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 مالكة، اتكنا على التعبد للنصوص. ٢: قد ظهر سابقا ان الايتين ليستا من آيات الاحكام ولا ربط لهما بما نحن فيه فضلا عن كونهما نصا

---

#### [ ٤١٦ ]

قال: لا. الا ان يعمل له به ولا يعطى العبد من الزكوة شيئا " ١. ففيه: مع القدح فى السند، اذ فيه موسى بن عمر، والظاهر انه موسى بن عمر بن يزيد بن ذبيان (بقرينة روايته عن ابن محبوب) وهو مجهول. لكن المحقق الاردبيلى وصفها بالصحة. ولعله وجد لها سندا آخر فى موضع آخر. ٢ ولا يحضرنى الان غير ما ذكرته نقلنا 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 يملك البضع بالتحليل، مع انهم يقولون ان التحليل اما عقد منقطع، او تملك 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 ٢١١. 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 موثقا. و كذا صاحب الجواهر. راجع باب الزكاة فى كلا الكتابين. ٣: النحل: ٧١

---

#### [ ٤١٧ ]

وثانياً: على فرض تسليم ذلك، انها تخصص بالاخبار المعتمدة الدالة على جواز التحليل للعبد، المعمول بها عند جماعة، ولا يقاومها صحيحة ١ على بن يقطين المانعة عنها سيما مع موافقتها للعادة و كون الراوى هو وزير الخليفة المنعصب. 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 ". وثالثاً: لم لا يكون نوعاً 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. فتأمل فيه، لان هذا الكلام جدلى فى مقابل دعوى اشتراط العوض، مع انه منقوض بالنكاح، الذى هو فيه صادق. 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 مطلقاً. 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، بتأمل. 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 وجهها يروى عن الرضا - ع - وقال انه صاحب الكاظم - ع - وعن جماعة عدوا الرواية من الحسن بل الصحيح " :قال سنلت 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 ٥٢٣، ابواب نكاح العبيد، ب ٣١ ح ٢.٧: الوسائل: ج ١٦، ابواب العتق، ب ٢٤ ح ٥

### [ ٤١٨ ]

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 و اريد المعاوضة و تعليق الرواية على اخذ المال، فلا يتفاوت التقديم والتاخير ايضا. الا ان يقال ان ذلك مبنى على الاجماع الذى ادعاه فى المختلف على جواز اخذه المولى المال من العبد وان قيل بتملكه. فان تاخر ذكر المال لما كان عنده اشبه بالعوضية الظاهرة فى ملك العبد. عدل عنها الى التقديم لانه قبل الحرية - يجوز اخذ المال من يده اجماعا. سواء قيل بالملك ام لا فيشبه التفكيك و عدم التعليق. و كونهما انشائين اولهما تملك ما فى يد العبد واخذه منه بقوله " مالك لى " يعنى عزلتك عن تصرفك فيه. وثانيهما تحريره. و هذا اوفق برفع الشبهة. وان كان المراد فى الحقيقة التعليق، ولذلك قال - ع - " احب الى " والا فالمعنى واحد. و كيف كان فلا يقاوم ما تقدم من الادلة. والعجب من المحقق الاردبيلى (ره) حيث استدل على مختاره (من مالكية العبد مطلقا) 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 بظلاله 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 ٢.٧: وهذا الكلام عجيب منه قدس سره لانه " ع " لا يقول " ملكنا لى ولك " بل يقول " ملكك لى ولك " اى الملك لك ولكن من شأنه ان يكون لى، لانى ان شئت اخذته منك وان شئت انفذت. والرواية نص فى صحة الجمع بين الادلة على نحو اشرنا اليه سابقا. اى " العبد يملك ملكا تاما باذن المولى ولكن لو عرضه العتق او البيع

المختار. و يمكن ان يراد ان ما فى تصرفك كان ملكى كالرقة، و كنت متصرفا فيه باذنى والان جعلت رقبته لك ملكا و تصرفا، و احتج المحقق الاردبيلى (ره) بصحیحة الفضیل بن یسار 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 لابی عبد الله - ع -: انى قلت لمولای: 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 شىئ " ١. فاعل كلمة " قال " الاولى الفضیل. والثانية عبد مسلم. و ما بعده صفة لذلك العبد المسلم الى قوله " قال يا هذا ". والظاهر ان كلمة " دخل " مبنى للمفعول. و فاعل 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 مضمير يعود الى السندى. وقوله " فقال السندى " عطف على كلمة " قال " الثانية. و يكون مقول قول الفضیل. و حاصله: ان ذلك السندى سئل الامام " ع " عن مسئلة وقعت له حين كونه عبدا، فيكون المسئلة علمية لا عملية. لان المولى اعتقه ولم يبعه. لو كان مراده السؤال عما وقع له حين كان مملوكا للمولى الذى كان له قبل العتق، فيكون عملية. وهذه المسئلة لم يعنونها الاصحاب فى ما يحضرنى الان من كلماتهم. بل انما عنونوا المسئلة ب " ما لو قال العبد للمشتري اشترنى ولك على كذا " ٢ فالظاهر ان الاكثر قالوا بانه لا يلزمه شىئ بناء

فللمولى فك الملك عنه ان شاء " ١: المرجع، الباب ٥١، ح ٢. ١: 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 شىئ. وعن الشيخ فى النهاية وابن البراج، انه اذا قال مملوك انسان، لغيره " اشترنى فانك اذا اشتريتنى كان لك على شىئ 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 شىئ. 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 بعتنى 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 محجورا بل للمولى حق الخلع والعزل، وله اعمال ذلك الحق

---

### [ ٤٢١ ]

الشديد فى نسخ كتابه المغلوط. والتعقيد البين فى جميعها. و ثانيا: ان الظاهران مراده " ره " انه على هذا الوجه. يعنى كونه محجورا عليه مع القول بمالكيته. يمكن القول بثبوت المال لمولاه المشتري له فى ذمة العبد. فان العبد مالك لذمته. اذ قد يعتق و يتمكن من الادلاء، ولان المكاتب عبد، و يثبت المال فى ذمته بعقد المكاتب، فكذا هذا العبد، فيصير معنى الحديث ح، انه اذا كان للعبد مال حين الشرط وقلنا بمالكيته وعدم الحجر عليه، فيجب الوفاء. وان قلنا مع ذلك بالحجر عليه فيثبت ذلك فى ذمته. قوله " وايضا قد يكون ذلك مسلما " .... يعنى انا ان قلنا بعدم مالكية العبد، و شرط للمشتري فينتقل الى ذمته، و يصح القول بانه كان مالكا لشيئ وهو اخذ المال فى ذمته. لانه لا معنى لان يقال لما كان العبد لا يملك فلا يصح اشتغال ذمته. بشيئ. لعدم المنافات. اقول: وبشكل 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 استدلال للمشهور بانه يلزم من اثبات المال نفيه. لان المجعول له لا يستحق المجعول الا بالعمل. فلا



يستحق الا بالبراءة. والبراءة يقتضى عدمه. لان المولى لا يستحق على عبده [ بعد بيعه ] شيئا. و لتوقف جعل 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 - لا بد 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 يشمل عموم " المسلمون عند شروطهم " وهذا يتم على القول بعدم مالكيه العبد. و على القول بمالكيته، فيشترط ماله لمولاه لان بيعه. 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 -

#### [ ٤٢٢ ]

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 افتى 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 ابي العلا - و صحح العلامة طريقه اليه فى الخلاصة و فيها ابان بن عثمان ١. و يحتمل كون هذا هو ابن العلا الثقة. و كيف كان فالسند قوى لكون ابان من اهل الاجماع :- " عن ابي عبد الله - ع - عن ابيه، قال: من باع عبدا و كان للعبد مال، فالمال للبايع. الا ان يشترط المبتاع، امر رسول الله " ص " بذلك " ٢ و نقل عن امالى ابن الشيخ ايضا مثلها. و دليل الثانى: صحيفة زرارة المتقدمة. وقد اشرنا سابقا الى ان التفصيل الاول انما يناسب القول بعدم مالكيه 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 بمالكيه العبد - كالمحقق فى الشرايع - و من لم يقل بها. و لقد احسن فى القواعد. حيث عبر عن المسئلة بقوله " ولو كان بيده مال فهو للبايع،

١: هذا بخلاف ما سبق من المصنف قدس سره لان حديث ابان بن عثمان صحيح عنده، وقد نهينا به سابقا خصوصا عند المقايسة بينه وبين ابراهيم بن هاشم، ويمكن 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 الرواة. الاردبيلي " . ٢: الوسائل: ج ١٣ ص ٣٣، ابواب بيع الحيوان، ب ٧ ح ٤

### [ ٤٢٣ ]

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 وبين صيرورته للمشتري بسبب شرط البايع ١. وقال فى المسالك " ولا يندفع الاشكال، الا اذا قلنا بان المراد بملكته تسلط على الانتفاع بما قيل تملكه له. لا ملك الرقبة - كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك - فيكون الملك على هذا الوجه، غير مناف لملك البايع لرقبته. على وجه يتوجه به نقله الى المشتري، او بقائه على ملكه " . ثم قال " ان المصنف حكم هنا بان العبد يملك وان كان محجورا عليه، ثم حكم بان ماله اذا بيع، لمولاه. والحكم فيه اقوى اشكالا. لان مقتضى الملك على هذا الوجه ملك الرقبة بطريق الحقيقة، وان حجر عليه فى الانتفاع به. فلا يناسب ما نقله فى 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 فى دفع الاشكال بما ذكره فى المختلف من الاجماع من القائلين بالملك وغيرهم 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 فى ذلك المال فيستصحب حيث يثبت خلافه. فالمراد من الاشتراط للمشتري اسقاط حق الانتزاع. ولم يخرج بذلك مال العبد من ملكه، وان ثبت للمولى الثانى 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 نهينا 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 للجهاة، 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 الرقبة، 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 انتزاعه. 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 الباع عنه و يبقيها للعبد، لا يصدق عليه انه باع مائة دينار و عبدا بمائة دينار، حتى يحصل الربا. بل اشترى عبدا له مائة دينار بمائة دينار. لا انه اشترى مائة دينار و عبدا بمائة دينار. وبالجملة: الربا هو معاملة المتجانسين قرضا 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 شرائط 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، شرائط البيع، كالعلم به والتحرز عن الربا، وان قلنا بانه يملك " و عن التذكرة ايضا مثله - فى محل تامل. ولا يحضرنى كلامهما لا حظ مرادهما. ولعله الى ما ذكرنا، من عدم تحقق حقيقة الربا فى هذه الصورة. نظير ١ كلام العلامة فى القواعد، حيث اقتصر على تجويره جهالة المال

---

١: وفى النسخة: " ينظر " لعل الناسخ جعله خبر " لعله "

---

### [ ٤٣٦ ]

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، و باعه و ما معه، صار جزء من المبيع، فيعتبر فيه شرائط 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 شرائط 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 المعلومية، او الحضور، فلا يعتبر ايضا. لعدم لزوم غرر فى ذلك. اذا المقصود انه كل ما ملكه لا يؤخذ منه قليلا كان او كثيرا. و لا مدخلية لعلم 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 اشتراطا. ورواية زرارة مصرحة باطلاق جواز زيادة ماله على ثمنه. ". انتهى كلامه (ره). وهو ظاهر للمعة و شرحها. [ و ] صرح به فى المسالك حيث قال " اما لو قلنا بملكه حقيقة لم يشترط فى الثمن ما ذكره. لان ماله ح، جزء من المبيع، فلا يقابل بالثمن ". و على هذا فاطلاق الرواية من مؤيدات القول بالمالكية. وقد مر تاويلها على المختار. الثالث: فى بيان ما نسبه الشهيدان، الى الاكثر من القول بالمالكية. اما نسبة الشهيد،

---

١: و فى النسخة: جملة " انه ليس فى محله " بعد كلمة " بالظهور " لعل الناسخ فهم من قوله " هذه عبارة القواعد " ان المصنف فى مقام التعريض والرد

---

#### [ ٤٢٧ ]

فظاهرة. حيث قال " واختلف فى كون العبد يملك. ظاهر الاكثر ذلك. وفى النهاية يملك ما ملكه مولاه و فاضل الضريبة وارش الجناية، بمعنى جواز التصرف و جواز تزويجه منه و تسرية وعنته. لا بمعنى ملك رقبة المال ". انتهى. و يظهر منه ان الاكثر قائلون بملك الرقبة و لا ينافى كونه محجورا عليه. واما الشهيد [الثانى]، فقال فى المسالك " القول بالملك فى الجملة للاكثر، و مستنده الاخبار. و ذهب جماعة الى عدم ملكه مطلقا. و استدلوا عليه بادلة كلها مدخولة. و المسئلة موضع اشكال. و لعل القول بعدم الملك مطلقا، متجه. ويمكن حمل الاخبار على اباحة تصرفه فى ما ذكر لا بمعنى ملك رقبة المال. فيكون وجها للجمع ". واما فى الروضة، فقال " والاكثر على ان يتملك فى الجملة، فقيل فاضل الضريبة وهو مروي. وقيل ارش الجناية. وقيل يملكه مولاه معهما. وقيل مطلقا لكنه محجور عليه بالرق. استنادا الى اخبار يمكن حملها على اباحة تصرفه فى ذلك بالاذن. جمعا ". اذا عرفت هذا ظهر لك ان الشهيد الثانى لم ينسب الملك الى الاكثر. بل [ قال ] " فى الجملة " بمعنى ان الاكثر لم ينفوا ملكه رأسا. فهم متفقون فى عدم القول بنفى الملك رأسا. وان كانوا مختلفين فى الملك. فبعضهم اثبتة مطلقا وان كان محجورا عليه، كالمحقق. و بعضهم يكتفى بملكه فاضل الضريبة، و هكذا. و من المواضع التى يظهر المليكة ايضا، انهم ذكروا انه لا زكوة فى مال العبد. وما، ذكروا انه لا ربا 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 " فى الجملة " لان ذلك اتفاقى بينهم، ولا يختص بالاكثر. فلايد اما من القول بالمالكية، او ارتكاب تفكيك القرائن فى الرواية بحملها على نغى الحقيقة من جهة عدم الملك. ومنها ما ذكره فى نكاح المولى امته لعبدته واعطائها شيئا من قبله، او من قبل عبده، ان قلنا بوجوبه و صيرورته ملكا لها. ولكنهما غيروا ضحين. و منها غير ذلك وباب التاويل والقدرح فيها مفتوح .

### [ ٤٢٨ ]

وقد ظهر من جميع ذلك ان نسبة القول بعدم الملك الى الاكثر، اظهر واوضح و ادلتهم اقوى. و كذلك الظاهر ان القائلين بالملك مطلقا، متفقون على ان للمولى انتزاعه عنه متى اراد ١ للاجماع الذى ادعاه فى المختلف، فيكون ملكا متزلزلا غير مستقر. و هذا معنى آخر، غير المحجورية. نعم يظهر من المحقق الاردبيلى القول باستقلاله بالملك مطلقا و عدم الحجر عليه. لتامله فى الاجماع. مع انه معترف بعدم ظهور الخلاف. والحاصل: المختار فى المسئلة انه لا يملك رقبة المال مطلقا. بل انما يستباح له التصرف باذن المولى. فلو مات المولى قبل التصرف، فلا يجوز التصرف الا باذن الوراث. و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن جميع ما اشتمل عليه السؤال وحاصله انه لا يملك رقبة المال اصلا. و محجور عليه بالمعنى الاعم من الحجر المصطلح. يعنى ممنوع من التصرفات الا باذن المولى. وان لم [ يكن ] له مال، حتى يتحقق الحجر المصطلح ٢. و متى اذن المولى فيباح له التصرف، ما لم يظهر من المولى كراهته بعد ذلك. و لم يمت. والله العالم باحكامه.

**١٨٠- سوال:** هر گاه زيد ادعا 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 مى کند براى زيد. و بعد همان ملك را از زيد اجاره مى کند، ووجه اجاره را هم ميدهد. و بعد از آنکه از هند زوجهء خود، استفسار مى کند، زوجه منکر طلب زيد مى شود. مى گوید که عبت کردى که چنين کارى کردى. آیا اين مبايعه صحيح است يا فاسد؟ - ووجه 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. يعنى زوج ضامن زوجه شده، و حقى که اين 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 ضمانتى

۱: و علی ما بیناه من " الجمع بین الادلة " 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

---

[ ۴۲۹ ]

نیست. چون شرط است در ضمان، که آن حق مضمون، ثابت باشد در ذمه مضمون عنه. و ضامن هم بداند ثبوت آن را در ذمه او. و مفروض خلاف آن است. خصوصا اینکه اگر واقعا آن شخص طلبی از پدر زوجه داشته، آن حق متعلق به ذمه پدر است. و بعد از آن تعلق به مال او میگیرد، اگر مالی داشته باشد. نه به ذمه دختر او. مگر اینکه مالی داشته و آن دختر آن را تلف کرده. و به هر حال، در حین ضمان ثبوت حق در ذمه دختر معلوم زوج نیست که ضمان صحیح باشد. پس بیع ملک در عوض آن، صحیح نیست. پس زید مستحق ملک و منافع ایام تصرف آن شخص خواهد بود. و محض خیال صادق بودن آن شخص، موجب ثبوت حق در ذمه زوجه، در نزد زوج او نمی شود. و مرافعه با زوجه و اثبات حق در ذمه او - بعد از این ضمان و معامله - نفعی از برای صحت ضمان و معامله ندارد. و آنچه را [ که ] از باب وجه اجاره داده است، ظاهر این است که استرداد می تواند کرد. با بقای آن مطلقا، و با تلف آن نیز در صورت جهل به فساد اجاره. چنانکه مفروض سؤال است. و ممکن است که این مسئله از فروع " بیع دین " باشد. زیرا که چنانکه اشکال است در جواز بیع بایع دینی را (که از غیر می خواهد) 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 مثن نیست. و بنابر قول به صحت بیع دین چنانکه اظهر است، هر چند خلاف اشهر است - این بیع باطل است به سبب جهالت ثمن. زیرا که جهالت ثمن (چنانکه متصور می شود در جهالت عین طلب که چه چیز است. آیا غله است یا نقد یا غیر آن. و [ نیز ] در جهالت مقدار. همچنین متصور می شود در جهالت اصل طلب داشتن. و ثبوت طلب در ذمه مدیون و احتمال دیگر، بعید است که عمرو ملک خود را به مساوی آن وجه در ذمه زید فروخته، و بعد از آن قبول کرده که آن را از ترکه بکر یا وارث او بگیرد. و در این صورت این از باب حواله می شود. و آن هم فاقد شرایط [ است ] گو اصل بیع صحیح باشد؟ تا متفرع باشد بر آن احکام آن .

---

[ ۴۳۱ ]

کتاب الرهن

**۱۸۱- سوال:** کسی زنی بگیرد به صداق معینی، و ملکی را رهن صداق کند. واز او صغیری بماند و فوت شود. و من بعد تزویج بکند زوجهء دیگری را و همان ملك را رهن زوجهء جدیده کند. و بعد از آن زوج بمیرد، و صغیر کبیر شده و با زوجهء ثانیه دعوی دارد؟-

**جواب:** ظاهر بطلان رهن ثانی است، چون مرتهن معلوم نیست. نهایت، احتیاط در صلح است، به جهت حمل فعل ولی مسلم بر صحت، شاید با ملاحظهء مصلحت طفل ملك را 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 مبیع" بشود. و همچنین مشتری هر گاه ملکی را رهن ثمن نماید به جهت ضمان درك. که هر گاه مستحق غیر بر آید مشتری ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنین بایع نسبت به ثمن صحیح است؟ و لازم است؟ یا نه؟

**جواب:** اظهر صحت و جواز است، به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار که حکمت در رهن استیناق 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

---

#### [ ۴۳۲ ]

ملك است رهن آن کرده و ضامن درك گردیده که: چنانچه صغیر ادعا نماید من قطعه ملك خودم که در جنب ملك صغیر است در عوض به او وا میگذارم. و حال زید فوت شده و صغیر ادعای زمین خود را می کند. و ورثهء زید می گویند ما ملك را وا نمیگذاریم. آیا مشتری مستحق ملك صغیر است یا ملك زید؟ - یا هیچکدام؟

**جواب:** تحقیق این مسئله موقوف است به بیان چند مقدمه: اول آنکه: اظهر و اشهر این است که قبض در رهن شرط است. و ظاهر این است که شرط صحت، است. نه محض لزوم. و این مطلب را در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده ام. ۱ دوم: حقی که رهن [ را ] از برای او قرار میدهند مشروط است به اینکه ثابت در ذمه باشد. به معنی اینکه مرتهن مستحق آن باشد هر چند مستقر نشده باشد، مثل قیمت مبیع در زمان خیار، خواه مال باشد مثل قرضی که در ذمه مقترض است و [ مثل ] قیمت مبیع. و خواه منفعتی باشد مثل آنکه اجیر شده باشد که عملی را بکند، و رهن بدهد که هر گاه آن کار را نکند اجرت عمل را از آن رهن استیفا کند. پس هر چیزی که هنوز استحقاق در آن حاصل نشده، صحیح نیست رهن بر آن. مثل اینکه رهن بدهد در ازای دینی که بعد از آن، قرض خواهد کرد. یا عملی که بعد از این، اجیر می شود در آن. و کافی نیست حصول سبب، مادامی که ثابت نشود در ذمه، مثل اینکه



زخمی به کسی بزند و ممکن باشد که او را هلاک کند پس مادامی که نهایت حال آن معلوم نشده دیه مستقر نشده است، پس 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 می گوید " در جواب مسائل سابقه تحقیق کرده‌ام " موخر و مسئله بالا را مقدم کرده‌اند بنابر این رجوع کنید به مسئله شماره ۱۸۶، از همین مجلد

---

### [ ۴۳۳ ]

تمام دیه را باید بدهد. پس تا امر جراحت به نهایت نرسیده و عاقبت آن معلوم نشده، دیه مستقر نشده. و همچنین نسبت به اقسام جنایات، حال مختلف است در اینکه در بعضی متعلق به ذمه جانی است، مثل شبه عمد. و بعضی متعلق به " عاقله " است. و از برای بعضی مدتی در شرع قرار داده شده مثل دیه خطا، که در سه سال می‌دهند. و عاقله مختلف می شود چون معتبر در آن این است که هر کس که یافت شود از عاقله در حین حلول اجل متعلق به او می شود، پس قبل از حلول اجل، معلوم نیست که کیست که این در ذمه 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 دیه کامله است، و بدون مرگ هم دیه آن عضو دیه کامل است. پس در اینجا هر چند هنوز جنایت مستقر نشده. و لیکن موجب آن مستقر شده که تمام دیه. و این سخن دور نیست. و همچنین: صحیح نیست رهن بر مال جعاله مادامی که آن عمل تمام نشده. چون مستقر نمی شود 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 ظاهرا 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 می شود عدم خلاف. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) اشاره به آن کرده. و همچنین نسبت اجماع به تذکره از کلام غیر او هم ظاهر می شود. و همین دعوی اجماع به ضمیمه " اصل عدم " کافی است در اثبات مطلب و احتیاج به تکلفاتی که کرده‌اند در اثبات مطلب، نیست. و اما عین مضمونه مثل عاریه مضمونه (یعنی آنچه به عاریه گرفته است به شرط

ضمان اگر تلف شود) و مثل عین مغصوبه و ماخوذه به سوم، و ماخوذه به بیع فاسد، پس در مسالك گفته است که محقق و جماعتی اطلاق کرده‌اند منع از آن را و بعضی استدلال کرده‌اند بر این به " اصل " و عدم دلیل بر صحت، به جهت اینکه آیه شریفه و اکثر اخبار در دین است - و مطلقات اخباری که وارد شده است در مسایل دین هم حمل بر عموم نمی تواند شد. به جهت آنکه مقصود بیان حکم مطلق بنفسه نیست. و در جائی که ذکر مطلق از برای مطلق دیگری باشد، حمل بر عموم نمی شود. چنانکه در اصول محقق است - و به [ جهت ] منع شمول سایر عمومات، مثل " اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم ". و علامه در تذکره و شهیدین و آخوند ملا احمد (ره) هم اختیار جواز آن، کرده‌اند در اعیان مضمونه بلکه شهید (ره) گفته است که " فی جوازه و جهان والجواز اقوی " و از این کلام ظاهر می شود که قول اول مشهور نباشد. و به هر حال، اظهر در نظر حقیر نیز جواز است. به جهت عموم ادله عامه مثل: اوفوا بالعقود " و " المسلمون عند شروطهم " و علتی که مستفاد می شود از اخبار مستفیضه مثل صحیحه 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 موثقه ۲ سماعه و صحیحه صفوان " عن یعقوب بن شعیب، قال: سئلته عن الرجل یكون له علی الرجل تمر او حنطة او رمان. وله ارض فیها شیئ من ذلك فیرتھنها حتی یرتھن فی الذی له (ع) قال: یرتھن 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 یرتھن فی الحيوان والطعام و یرتھن الرهن (ع). قال: لا بأس تستوثق من مالک " ۴. که از علت منصوصه در این احادیث مستفاد می شود که محافظت کردن مال و وثیقه قرار دادن که اعتماد انسان در محافظت مالش به آن وثیقه باشد، خوب است. و این در عین

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 بگیرد که اگر تعدی و تغریط کند تدارک آن از این رهن کرده شود. و فرقی علی الظاهر میان " رهن بر ودیعه " و " امانت به شرط تغریط " و مثل " عاریة مضمونه " و امثال آن، نیست. و توهم فرق به اینکه " در اعیان مضمونه، ضمان مقارن رهن است و در امانات غیر مضمونه هنوز حاصل نشده " ضعیف است. به جهت

آنکه در عاریهء مضمونه تا تلف حاصل نشود ضمانی نیست. و حق این است که علت منصوصه دلالت آن ظاهر است. به جهت آنکه اشعار شده است در روایت به اینکه جواز رهن (یعنی مال مدیون را حبس کردن) از برای این است که مال این محفوظ بماند. پس هر جا که در عرف و عادت حبس مال را باعث حفظ مال دانند، مستحسن خواهد بود. و توهم اینکه " این در سلم وارد شده وافادهء عموم نمی کند " این همان سخن منکر " حجیت علت منصوصه " است و بنای ما بر حجیت آن است. و همچنین منع حصول استیثاق در ما نحن فیه (به جهت آنکه آن تابع صحت این رهن است وصحت آن اول کلام است) وجهی ندارد. به علت آنکه ما از همین کلام امام (ع) میفهمیم عموم نفع حبس مال غیر از برای حفظ مال خود خرج ما خرج بالدلیل وبقی الباقی. و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر می شود که جایز است در رهن بر درك مبیع و ثمن، چنانکه جمعی از اصحاب به آن قایل شده‌اند، و در مسالك نسبت آن را به شهید (ره) و جماعتی داده و خود نیز اختیار آن کرده، و از عبارات آخوند ملا احمد (ره) هم ظاهر می شود که این مشهور باشد، چون گفته است " ولهذا نجد تجویز هم فی الدرک علی الثمن والبیع و غیر ذلك " و همان عمومات و علت منصوصه شامل این هم هست. و مراد از درك مبیع و ثمن، این است که مالی را بایع رهن کند که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، مشتری استیفای حق خود را از رهن کند. یا اگر ثمن مستحق غیر بر آید (یا کیل و وزن آن کم بر آید، و امثال آن) بایع از رهن مشتری استیفای حق خود نماید. و دلیلی که از برای قول به منع، نقل کرده‌اند " عدم وجود مقتضی ضمان " است در حال رهن. و اینکه بعدا ظاهر می شود، مثل تفریطی است که بعد در امانات غیر مضمونه ظاهر شود. و آن اعتبار ندارد به اجماع، پس این هم اعتبار ندارد. و در مسالك تکلف کرده است در

---

#### [ ۴۳۶ ]

جواب. و آن تکلف این است که در اینجا اسباب موجبات ضمان که ظاهر می شود (مثل مال غیر بودن مبیع، یا ثمن، یا کم بودن کیل و وزن و مقدار) کاشف می شود که در حین عقد رهن این سبب حاصل بوده. بخلاف امانات غیر مضمونه. و این سخن تمام نیست به جهت آنکه در عاریهء مضمونه هم در حین عقد رهن اسباب ضمان حاصل نبود و بعد از اتمام ضمان حاصل می شود و حال آنکه در آن تجویز کرده‌اند رهن را، بکله فارق در مسئله همان اجماع است در عدم جواز. و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکه " مقارنهء استقرار دین با عقد رهن " کافی است؟ یا باید استقرار دین قبل باشد؟. آنچه از اکثرین نقل شده قول دوم است. و از علامه [ نقل شده که ] در تذکره تجویز اول را کرده، و ملا احمد (ره) نیز میل به آن کرده، به جهت عمومات و اطلاقات و عدم مانع. و بعد از آن گفته است " ولهذا نجد تجویزهم فی الدرک علی الثمن و المبیع و غیر ذلك ". و متفرع می شود بر این اینکه بگوید " بعثك هذا العبد

وارتھنت هذا الدار به: فقال المشتري: اشتریت و رھنت ". پس بنا بر اول صحیح نیست. و بنا بر ثانی صحیح است. سوم اینکه: هر گاه کسی رهن کند عینی را بر دین مؤجلی، و شرط کند که اگر دین را در سر اجل وفا نکند، این رهن فروخته شده باشد به مرتھن به همان دین یا به بعضی از آن. این رهن و بیع هر دو فاسد است. اما بطلان بیع پس [ به جهت ] آنکه صیغه متحقق نشده و انشاء به عمل نیامده، و به جهت آنکه در بیع، تعلیق جایز نیست، و در اینجا تعلیق کرده است بیع را به عدم اداء دین. و اما بطلان رهن پس به جهت آنکه رهن عبارت است از محبوس ساختن عینی از برای محافظت دین که تا مادامی که وفا نکند رهن آن دین را، [ مرتھن ] رهن را نتواند تصرف کرد، و در اینجا رهن موقت نشده است به وفای دین، بلکه موقت است به انقضای اجل دین. و [ نیز ] به جهت آنکه رهن در اینجا " بشرط بیع " واقع شده است، و مفروض این است که این بیع فاسد است (چنانکه گفتیم) و اظہر این است که عقد فاسد می شود به فساد شرط. چنانکه در رسالہء " شرط در ضمن العقد " بیان آن را کرده ایم. و اینکه در بسیاری از مسایل نکاح این قاعده تخلف

---

#### [ ۴۳۷ ]

کرده است به دلیل خارج، است و علاوه بر آنچه ذکر کردیم از دلیل (بر بطلان رهن و بیع هر دو) دلالت می کند بر آن " اصالۃ عدم صحۃ " و ظاهر اجماع. چنانکه از مسالک ظاهر می شود. و بدان که: هر گاه رهن 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 رهن بمیرد. و در اینصورت هم باز بیع معلق است به مردن رهن. 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 مرتھن به همین نهج قبض کرده [ باشد ] هر گاه تلفی بر رهن رو دهد، هر گاه بعد مدت اجل دین، است، مرتھن ضامن است. و هر گاه قبل از انقضای اجل دین، است، ضامن نیست، نظر به قاعدهء کلیہء " ما یضمن بصحیحہ یضمن بفاسدہ " یعنی هر معامله که صحیح آن افادہء ضمان می کند فاسد آن نیز افادہء ضمان می کند، و آنچه صحیح آن افادہء ضمان نمی کند فاسد آن نیز افادہء ضمان نمی کند. و چون قبل از انقضای اجل، رهن فاسد است پس بر آن ضمان نیست. به جهت آنکه در صحیح رهن هم ضمان نیست و به منزلهء امانت است هر گاه بدون تفریط تلف شود از کیسہء مالک رفته است. و هر گاه بعد انقضای اجل تلف شود از کیسہء مرتھن رفته، چون مبیع است به بیع فاسد. و چنانکه به مجرد بیع صحیح مبیع مال مشتری است و آنچه رو میدهد به مبیع از مال او تلف شده، همچنین در فاسد آن. و این قاعده از جملهء مسلمات فقہا است و در آن خلافی نکرده اند و در مسالک 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 مالك 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

---

### [ ۴۲۸ ]

می کند قصد ضمان نکرده است بلکه قصد عدم ضمان کرده است، و آن شخص که قبض می کند هم ملزم ضمان نشده است. پس مقتضای ضمان منتفی می شود. و این قسم دوم تمام می شود هر گاه هر دو جاهل باشند به فساد یا هر دو عالم باشند. به جهت آنکه قبض به اذن آن شخص است که میدهد، پس از بابت امانت می شود که ضمانی بر آن مترتب نیست. و همچنین هر گاه آنکه میدهد عالم به فساد باشد و آنکه میگیرد جاهل باشد، و اما صورت عکس (یعنی آنکه میدهد جاهل باشد و آنکه میگیرد عالم باشد) پس حکم آن مشکل می شود. چون قبض به غیر حق شده و آنکه داده است به اعتقاد صحت لزوم داده است، و اگر میدانست که فاسد است مال خود را نمیداد. پس باید آنکه میگیرد ضامن باشد به سبب عموم حدیث " علی الید ما اخذت حتی تؤدی " ولکن اصحاب ما مطلقاً حکم کرده‌اند به قاعده " ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده " واحدی در آن، خلاف نکرده است. و بعد از آن گفته است که: ممکن است که توجیه کنیم صحت را در این قسم آخری نیز (یعنی صورت جهل دهنده و علم گیرنده) به اینکه مالك اذن داده است در قبض بر وجهی که ضمانی در آن نیست، و گیرنده هم بر این وجه گرفته است. و اینکه اگر دهنده علم میداشت به عدم صحت و لزوم به او نمیداد و راضی نمیشد، معلوم نیست. پس اذن حاصل است و مانع معلوم نیست - تمام شد ترجمه کلام مسالك -. و گاه است که در اینجا توهم شود که: اشکالی که صاحب مسالك در قسم آخر کرده بر قسم اول هم وارد می‌آید (یعنی صورت جهل هر دو به فساد) که در آنجا هم مالك اگر علم میداشت به فساد راضی به دادن نمیشد. ولکن این [ توهم ] مدفوع است به اینکه: عمده اشکال از جهت تصرف عالم به فساد است که در حکم غصب است. و در قسم اول این معنی نبود. پس توجیه صاحب مسالك بد نیست. وعمده تکیه بر ظاهر اجماع ایشان است بر مطلق 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 نمی شود و اطلاق حدیث - علی الید ما اخذت - هم منصرف به آن نمی شود " بعید است. خصوصاً قسم اول که غالب عوام الناس این است که طرفین جاهل به 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. ولکن اشکال است در اینکه آیا می تواند که ضامن عهدهء درك آنچه حادث شود بعد از بیع از برای مشتری شود یا نه؟ - مثل اینکه مشتری در ملك مبیع خانه ساخته، یا درخت غرس کرده، و بعد مستحق غیر که بر آید، مالك اصلی مسلط است بر ازالهء آن بناها و درختها، و در کی که حاصل می شود (یعنی تفاوت قیمت درخت و بنادر حالی که بر پا باشد یا کنده شده باشد) آیا بایع می تواند ضامن آن شد یا نه؟ - و معنی صحت و جواز ضمان در اینجا این است که اموری که مترتب بر عقد ضمان می شود بر آن جاری شود والا بایع ضامن همهء این غرامت‌ها هست خواه ضامن بشود و خواه نشود. و ظاهراً اشکالی در ضمان درك اصل ثمن نباشد. و اما درك آنچه بعد حادث می شود پس چون ظاهر این است که داخل " ضمان ما لم یجب " است، صحیح نیست این ضمان از برای غیر بایع، و در آن خلافتی نقل نکرده‌اند. و اما خود بایع پس ظاهر این است که از برای او هم صحیح نباشد. هر چند سبب آن در حین عقد ضمان موجود بوده است، یعنی بودن آن ملك مال غیر که بر آن مترتب شده است استحقاق ارش. و محقق در شرایع گفته است که " این ضمان جایز است. به سبب اینکه ضمان بنفس عقد بیع حاصل است. پس این در حکم تاکید آن خواهد بود " و این سخن خوب نیست چنانکه در مسالك هم اشاره به آن کرده. به جهت آنکه آن ضمان که بنفس عقد

بیع حاصل است نه این ضمانی است که به عقد ضمان مصطلح واقع شود. به جهت آنکه این شرایط و ثمرات دیگر دارد و از جملهء شرایط آن همین است که گفتیم که باید آن ثبوت در ذمه در حال عقد ضمان حاصل باشد. و ضمانی که لازم اصل بیع است این معنی در آن شرط نیست. پس ثبوت ضمان بایع در صورت استحقاق ملك از برای غیر در همهء صورتها بیاشکال است. و اشکال در این است که هر گاه علی حده ضمان هم ببندند ایضا صحیح است یا نه؟ - و ثمرهء آن وقتی ظاهر می شود که مشتری

حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق الرجوع به سبب ضمان باقی میماند. چنانکه هر گاه دو خیار یا بیشتر، از انواع خیار در بیع و شراء حاصل باشد به اسقاط بعضی از آنها بعض دیگر ساقط نمی شود. و همچنین ثمره ظاهر می شود در اینکه در ضمن عقد بیع شرط کند که بایع از برای مشتری ملتزم ضمانی بشود بوجه صحیحی. پس هر گاه بعد از بیع ضامن او شود بر همین درك صحیح خواهد بود، و وفا به شرط کرده خواهد بود. بدان که: علامه (ره) در قواعد اشکالی کرده است در ضمان بایع، درك آنچه را که مشتری احداث می کند از بنایا غرس. و فخر المحققین (ره) وجه اشکال را گفته است که " از این جهت که ضرورت داعی بر آن است پس جایز خواهد بود چنانکه هر گاه احدی از اهل کشتی در حین خوف غرق کشتی بگوید به دیگری که متاع خود را به دریا بینداز و ضمان آن بر من باشد. و از این جهت که - ضمان ما لم یجب - است صحیح نخواهد بود ". بعد از این گفته است که " اصح عدم جواز است " و گویا نظر او به این باشد که در اینجا ضرورتی نیست چون بایع ضامن غرامت است هر چند ضامن نشود پنجم: هر گاه ضامن شرط کند که ضمان را از مال معینی از اموال خود بدهد، صحیح است. و منحصر است وجوب ادا در آن. به مقتضای عمومات شرط و وفای به عقود متعلق می شود حق مضمون له به آن عین. و اشکال در این است که آیا تعلق حق او به آن مال از بابت تعلق حق مرتهن است به رهن؟ یا از باب تعلق ارش است به جانی؟ و مقتضای اولی این است که مادامی که عین باقی است مضمون له مسلط است که حق

---

#### [ ۴۴۱ ]

خود را از آن استیفا کند. و اگر بدون تفریط ضامن، آن عین تلف شود باز آن دین در ذمهء ضامن باقی میماند. چنانکه در مال مرهون هم، چنین بود. و مقتضای دوم این است که همینکه مال تلف شود ذمهء ضامن بری می شود. و مضمون له رجوع می کند به مضمون عنه. چنانکه هر گاه غلام کسی جنایت خطائی کرده باشد و زخمی به کسی زده باشد یا قتل کرده باشد، آقای غلام اختیار دارد می خواهد اقل امرین از دیهء جنایت و قیمت عبد را بدهد، و می خواهد خود غلام را تسلیم ایشان می کند (که غلام خود کنند) به تمامی یا به نسبت جنایتی ۱ که کرده. پس اگر غلام بمیرد پیش از استیفاء حق، دیگر چیزی به 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 می کند مضمون له به ضامن. ششم: خلاف کرده اند در صحت ضمان اعیان مضمونه، مثل عین مغصوبه و عین " مبیع مقبوضه بیع فاسد " یا " مقبوضه بسوم ". علامه (ره) در قواعد در آن اشکال کرده. و ضمان این اعیان یا به این معنی است که در عهده بگیرد که این اعیان را به مالک رد کند [ و ] یا اینکه اگر تلف شود قیمت آنها را به مالک بدهد. و محقق (ره) میل به جواز آن کرده.

و فخر المحققین و شهید ثانی (ره) ترجیح عدم جواز داده‌اند. دلیل جواز این است که ضمان عبارت است از اینکه در عهده می‌گیرد مالی را که مضمون عنه ضامن آن است. و این معنی در ما نحن فیه متحقق است. و در صورتی که ضامن قیمت آن می‌شود اگر تلف شود هم (چون قیمت در ذمه غاصب و اشباه آن ثابت است در صورت تلف) ضامن آن را در عهده خود می‌گیرد. و این سخن بسیار ضعیف است. بلکه اولی این است که گفته شود که سبب تعلق قیمت (در صورت تلف عین) در عقد ضمان متحقق است. ۳

---

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

---

#### [ ۴۴۲ ]

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. چنانکه در مسالك تصریح به آن کرده. و اینهم با قواعد شیعه نمی‌سازد که " ضمان " را مشتق از " ضمن " کرده‌اند نه " ضم ". یعنی این مال از ضمن و ذمه مضمون عنه بیرون می‌رود و به ضمن و ذمه ضامن قرار می‌گیرد. نه چنانکه عامه گفته‌اند که ضم می‌شود ذمه ضامن و ذمه 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 ذمه مضمون عنه. پس اقوی قول به عدم جواز است. و از آنچه اینجا گفتیم ظاهر می‌شود که اگر بایع خود ضامن عین مغضوبه‌ای شود که فروخته است به غیر، اولی است به عدم جواز. چون بیان کردیم در مقدمه چهارم که در جواز ضامن شدن بایع درك مبیع را، خلاف است هر چند اظهر صحت آن بود. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر می‌شود که ضمان در اعیان مضمونه نیز صحیح نیست (مثل مال مضاربه و ودیعه و امثال آن) به جهت آنکه ذمه 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 می شود. و مفروض این است که در حین عقد ضمان تعدی به عمل نیامده و سبب آن هم موجود نیست. بخلاف ید غاصبه ۱ و

---

۱: یعنی چون ضمان غاصب در اینجا نیز با وجود عین در وجوب رد، است نه در اصل مال و در صورت تلف هنوز سبب ضمان (که اشتغال ذمه به قیمت باشد) به عمل نیامده - و معنی ضمان این است که مضمون عنه فارغ شود به سبب ضمان و اینجا مضمون عنه خود غاصب است و به ضمان خود فارغ نمی کند خود را - پس ضمان صحیح نیست. و وجه اولویت عدم صحت ضمان در اینجا این است که با وجود اینکه در مقدمه چهارم سبب ضمان موجود بود در حین عقد ضمان، خلاف داشتند در صحت. پس در اینجا باید هیچ خلاف در عدم صحت نباشد. این پاورقی (حاشیه) از خود مرحوم محقق قمی است

---

### [ ۴۴۳ ]

مثل آن، چنانکه در امثلهء سابقه بود. هر گاه دانستی این مقدمات را میرویم بر سر اصل مسئله و می گوئیم: صورت سؤال قابلیت اراده رهن و ضمان (هر دو) را دارد. و اینکه بایع در وجه صحیح فروخته باشد یا فاسد، پس اگر بایع که ملك صغیر را فروخته بر وجه صحیح فروخته، مثل اینکه وصی بوده یا به اذن حاکم شرع بوده یا از عدول مؤمنین بوده و با عدم تمکن از رجوع به حاکم حسبتا فروخته بیع صحیح است و ضمان در هیچیک از صورتها صحیح نیست. زیرا که هر چند قائل باشیم به جواز ضمان خود بایع درك مبیع را، (خصوصا در مال معین) لکن چون در حین عقد ضمان، شغل ذمه از برای او ثابت نیست ضمان " ما لم یجب " خواهد بود و باطل است، مگر آنکه بگوئیم که گاه هست که ضرورت داعی می شود بر صحت چنین ضمان، مثل اینکه بایع از عدول مؤمنین است و تکلیف او فروختن مال صغیر است از برای نفقهء صغیر، ولکن مشتری خوف می کند که هر گاه صغیر بزرگ شود و دعوی بکند و این بایع ثابت نتواند بکند که " من بر وجه صحیح فروخته ام " و [ لذا ] از او ضمان میطلبد و او هم ضامن می شود در آن ملك معین. و این از باب " الق متاعك فی البحر وانا ضامن " باشد که فقها تجویز آن کرده اند به جهت رفع ضرورت. چنانکه علامه (ره) در تذکره و تحریر و قواعد تصریح به آن کرده (در کتاب کفاله) و نقل خلافی هم نکرده است. و در تذکره تصریح کرده به اینکه هر چند این از باب " ضمان ما لم یجب " است لکن حاجت و ضرورت داعی است بر صحت. و همچنین در تحریر و تذکره بعد از ذکر این کلام گفته است که " اگر این [ را ] از بابت

---

### [ ۴۴۴ ]

جعلاله کنیم خلاص میشویم از التزام ضمان ما لم یجب " بعد از آن گفته است که " اگر خوفی در کشتی نباشد ضمان صحیح نیست، به سبب عدم حاجت. و جعلاله هم صحیح نیست، چون این عمل از اعمال مقصوده عقلاء نیست ". و به هر حال، اظهر در نظر حقیر این است که ضمان در ما نحن فیه صحیح باشد. پس این مخصص قاعده " بطلان ضمان ما لم یجب " است. یا اینکه اینهم قسم علی حده است از ضمان مطلق که فقها آن را تقسیم کرده اند به ضمان خاص و حواله و کفاله. پس باید گفت که مطلق ضمان منقسم می شود. به: ضمان نفسی، که کفالت است. و ضمان مالی که از شخصی حاصل شود که ذمه او بری باشد از کسی که ذمه او مشغول باشد. و ضمان مال به همین نحو از کسی که ذمه او مشغول نباشد. و ضمان مال از کسی که ذمه او مشغول باشد از برای کسی که ذمه او مشغول باشد که این را حواله می گویند. که این چهار قسم است و ما نحن فیه از قسم سوم است. والحاصل: دفع ضرر و حاجت، اصلی است از اصول شرعیه، مستقل است در اثبات احکام. و متفرع می شود بر این نیز که هر گاه ظالمی تعدی کند به کسی و از او وجهی بطلبد و او را زجر بکند، دیگری ضامن او شود. هر چند شرعا بر مضمون عنه چیزی واجب نیست. هر چند در اینجا می توانیم گفت که در اینجا بر او واجب است دادن به ظالم به جهت حفظ نفس و عرض. گو بر ظالم حرام باشد گرفتن. و به همین قدر اکتفا کنیم در اجرای قاعده. و هر گاه بگوئیم مراد در صورت سؤال، ضمان نیست. بلکه مراد این است که قطعه ملك خود را رهن کرده است. پس نظر به آنچه در مقدمات بیان کردیم که شرط حقی که رهن از برای آن قرار میدهند این است که در ذمه ثابت باشد و مفروض برائت ذمه است، پس باید که صحیح نباشد رهن. و این از جمله اعیان مضمونه هم نیست که رهن بر آن صحیح باشد (بنابر مختار) بعلاوه اینکه ظاهر سؤال (اگر مراد رهن باشد) همین است که آن مرهون مبیع باشد در حین ظهور فساد در مبیع و در مقدمات دانستنی که آن نیز باطل است، و نه رهن صحیح است و نه بیع .

---

#### [ ۴۴۵ ]

و ایضا ظاهر سؤال این است که آن قطعه زمین به قبض مشتری داده نشده است و به این جهت هم رهن باطل است. بلی ممکن است در صورت حصول قبض اینکه بگوئیم که این نحو رهن صحیح باشد به جهت قضای ضرورت و رفع حاجت. چنانکه در ضمان گفتیم. ولیکن از کلام فقها در این باب (الحال) چیزی در نظر نیست. و اما اگر بیع بر وجه صحیح نبوده و تصرف در مال صغیر کرده و فروخته به خلاف شرع، پس این شرط یا بر وجه ضمان است یا بر وجه رهن. و چون در مقدمات بیان کردیم جواز رهن بر اعیان مضمونه و ضمان بر آنها را (هر چند از خود بایع باشد) پس رهن و ضمان هر دو صحیح خواهد بود. و اما چون (بر فرض تقدیر رهن) در صورت سؤال ظاهر این است که مبیع بودن مرهون را شرط کرده است، از

این جهت باطل است. پس اگر به عقد ضمان در عهده گرفته و مراد او استیفای ضمان است در مال معین، بیان کردیم جواز آن را و باید از عهده بر آید در همان ملك خاص. پس به مقدار ضمان ۱ از همان ملك میگیرد (هر گاه خصوصیت رقبهء عین را کرده است) و هر گاه اضافه باشد، زیادتی از برای ضامن خواهد بود. و هر گاه به عنوان رهن باشد اگر شرط نکرده مبیع بودن را، صحیح است (هر گاه به قبض واقع شده است). و از آن قیمت استیفا می شود حق صغیر. و هر گاه شرط کرده است مبیع بودن را، رهن باطل می شود و ضمان متعلق به مال میت است، از هر جا که میسر شود از اموال او خواه از همین مرهون باشد یا غیر آن. اینها در وقتی است که معلوم باشد که آیا بیع مال صغیر، بر وجه صحیح واقع شده یا فاسد. و اما هر گاه مجهول الحال باشد، حسب 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

---

#### [ ۴۴۶ ]

**۱۸۴- سوال:** هر گاه کسی فرض 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 شريك 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 قرضدار مرده باشد پس باز مشهور این است که مرتهن اولی است، به همان دلیلی که گذشت، که مقتضای قاعدهء رهن این است. و مقتضای استصحاب تسلط در حال حیات، هم این است. و مخالف در مسئله تصریحاً مذکور نیست در کلام فقها. و بعضی نسبت او را به صدوق (ره) داده اند چونکه در کتاب خود روایتی که دلالت دارد بر خلاف این، ذکر کرده است. و روایتی که وارد شده بر خلاف مشهور (که صریح است در اینکه او

هم مثل سایر غرما است) دو روایت است. و هر دو اینها با وجود ضعف سند، شاذ [ هست ] ند. ۱ و شهید (ره) در دروس فرموده " والروایة مهجورة ". و به هر حال، این دو روایت معارضه نمی کنند با آن دو قاعده و عمل جمهور اصحاب. بلکه بعضی ذکر خلاف نکرده اند. پس هر گاه عین مرهونه وفا کرد به دین فیها المطلوب، و اگر نقص شده با سایر غرما در باقی بالنسبة شریک 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 بن عیسی بن عبید (یا: عبید بن سلمان - در نسخه بدل) و نیز سلیمان بن حفص مروزی، دچار ضعف سند میشوند

---

### [ ۴۴۷ ]

شد، زیادتی ما بین کل غرما مشترک است. و هر گاه به غیر عین مرهونه چیزی نباشد باز مختص مرتهن خواهد بود.

**۱۸۵- سوال:** رهن ملك وقف، صحیح است یا نه؟-؟.

**جواب:** شرط صحت رهن قابلیت مرهون است. و آن در وقف مفقود است.

**۱۸۶- سوال:** در رهن صیغه شرط هست یا نه؟-؟ و همچنین عین مملو که بودن شرط است یا نه؟-؟.

**جواب:** بلی رهن از جمله عقود است و در آن ایجاب و قبول ضرور است. و ظاهرا در آن خلافی نیست.

ولکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن، می توان اکتفا کرد. و باید مدلول لفظ این باشد که " این را به

نزد تو مایه اعتماد و وثوق قرار دادم که هر وقت که عاجز شوم از ادای دین تو استیفای حق خود را از

عین این مال یا قیمت آن بکنی " و لفظ " رهنتك " و " ارتهنتك " و " هذا رهن عندك " و " ثقتك " - به

تشدید ثاء سه نقطه دار - و امثال اینها همه خوب است. و قبول هم به هر لفظی باشد که دلالت کند به

رضاء به آن، کافی است. و ظاهرا لفظ فارسی در صیغه کافی است. و اما اقباض: پس اظهر و اشهر این

است که شرط است. و اجماع منقول و آیه قرآن و بعض اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و اظهر این است

که شرط صحت است. چنانکه مستفاد از موثقه محمد بن قیس است که " لا رهن الا مقبوضا " ۱ و

هم ظاهر غیر آن. که اینها مخصص اطلاقات اخبارند (اگر اطلاق مسلم باشد) بلکه ظاهر بعضی دعوی

اجماع است بر آن. و لکن در قبض، استدامه شرط نیست. پس اگر بعد از قبض بگیرد، رهن صحیح است

بدون خلاف ظاهرا. بلکه از جمعی دعوی اجماع بر آن شده. و همچنین شرط است که عین باشد و

منفعت را نمی شود رهن کرد. بنابر مشهور بلکه در مسالك دعوی اتفاق بر آن کرده. و وجه آن این

است که منفعت را قبض نمی توان کرد و " شیئا فشیئا " فانی

[ ۴۴۸ ]

می شود. و رهن باید چیزی باشد که در حین انقضای مدت دین توان استیفای حق خود را از آن کرد پس نمی توان گفت که منافع خانه، رهن دینی باشد که از من میخواهی و خانه در نزد تو باشد که از منافع آن استیفای حق خود بکنی در حین انقضای مدت دین. به جهت آنکه منافع، تا وقت حلول اجل منعدم شده، و در آنوقت در مقابل، چیز موجودی نیست که از آن استیفا کند. بلی هر گاه بگوید که وجه اجاره این خانه از حال تا انقضای مدت، رهن باشد خوب است. و همچنین، دین را نمی توان رهن کرد به جهت [ عدم ] تحقق قبض. و آنچه [ که ] صاحب طلب مستحق است امر کلی است. و قبض در فردی از افراد آن بعد از تعیین مدیون، نه قبض عین مرهون است. و ظاهراً فرقی نیست ما بین اینکه این دین بر خود مرتهن باشد یا غیر آن. و قیاس آن به هبهء ما فی الذمه دلیلی ندارد با وجود آنکه اظهر و اشهر در هبهء ما فی الذمه، عدم صحت است. و هبه در " ما فی ذمه المتهب " که صحیحهء معاویه بن عمار دلالت بر آن دارد ۲ هم منصرف به " ابراء " می شود. و بهر؟ هر حال دلیل واضحی بر جواز رهن دین نیست مطلقاً. و اما مملوک بودن عین پس آن نیز شرط است. کتاب الرهن. ۳

**۱۸۷- سوال:** زید قدری پول از عمرو، گرفته، و قدری از آب قنات خود را به رهن به تصرف عمرو داده که مادام که پول در پیش زید باشد آب هم در پیش عمرو باشد. آیا می تواند مطالبهء اجرت المثل ایام تصرف عمرو را کرده باشد یا نه؟ -؟.

**جواب:** هر گاه آن آب را از باب زیادتی در قرض داده به این معنی که پول را به قرض گرفته که در عوض مساوی آن پول را بدهد و منافع آن آب هم از او باشد تا وقت

۱: در نسخه: به جای " که "، " را " آمده. ۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱ ح ۱. ۳: مجدداً توضیح داده می شود تکرار جمله " کتاب الرهن " به دلیل تلفیق سه دفتر است که در مقدمه بیان گردید

[ ۴۴۹ ]

استرداد وجه. این داخل ربای صریح است و حرام است. و لازم است که عوض آب را رد کند به صاحب آب. و همچنین هر گاه مجرای آب را رهن کرده است که وثیقهء دین باشد بر وجه صحیحی، باز منافع رهن مال راهن است. و مرتهن ضامن آن است هر گاه در آن تصرف کرده بدون اذن راهن. کتاب الرهن.

**۱۸۸- سوال:** من استدان من احد ورهن عنده شيئا من دون اشتراط مدة للرهن الا للدين. و غاب عنه و لا يعرفه المرتهن. ايجوز له بيعه واستيفاء دينه ام لا؟ -.

**جواب:** لا يشترط فى صحة الرهن كون الدين مؤجلا، بل يصح فى الحال ايضا، كالقرض الغير المؤجل. و لا يصح اشتراط المدة للرهن فضلا عن اشتراطه [ بها ]. بل مدة الرهن انما هو عدم الوفاء بالدين. ثم ان المرتهن فى الصورة المفروضة ان كان وكيفا فى البيع والاستيفاء فلا اشكال. و الا فان امكن مراجعة الحاكم والاثبات فيرجعه و يستاذنه فى البيع والاستيفاء. والا فيجوز له البيع والاستيفاء، للضرر والحرص لو لم يجز. و يدل عليه موثقة اسحاق بن عمار او صحيحته قال " سئلت ابا ابراهيم - ع - عن الرجل يكون عنده الرهن فلا يدري لمن هو من الناس (?) فقال: لا احب ان يبيعه حتى يجيئى صاحبه. قلت: لا يدري لمن هو من الناس. فقال: فيه فضل او نقصان؟ قلت: فان كان فيه فضل او نقصان. قال: ان كان فيه نقصان فهو اهون، يبيعه فيو جر فى ما نقض من ماله، وان كان فيه فضل فهو اشدهما عليه، يبيعه و يمسك فضله حتى يجيئى حتى صاحبه ". ۱ والرواية مذكورة فى الكتب الثلاثة. ۲ واما موثقة عبيد بن زرارة " عن ابي عبد الله - ع - فى رجل رهن رهنا الى غير وقت ثم غاب. هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتى يجيئى ". ۳ و موثقة ابن بكير " قال: سئلت ابا عبد الله - ع - عن الرجل رهن رهنا ثم انطلق فلا يقدر عليه. ايباع الرهن؟ قال: لا حتى يجيئى ۴

---

۱: وسائل: ج ۱۲، ابواب الرهن، باب ۴ ح ۲. ۲: اى. الكافى: الفروع ج ۱ ص ۳۹۵. والتهذيب: ج ۲ ص ۱۶۴. والفقيه: ج ۲ ص ۱۰۱ و ۴: المرجع، الباب، ح ۱ و ۳

---

### [ ۴۵۰ ]

صاحبه ". فلا يقاومان الموثقة السابقة لا عتضادها بعمل الجماعة ونفى العسر والحرص.

**۱۸۹- سوال:** هر گاه كسى ملكى بخرد و به جهت خروج ملك مستحقا للغير، ملك ديگرى از بايع را به رهن بگيرد، كه در اصطلاح " ضامن درك مبيع " بشود. و همچنين مشتري هر گاه ملكى را رهن ثمن نمايد به جهت ضمان درك. كه هر گاه ملك مستحق غير بر آيد مشتري ملك مرهون را در عوض بر دارد و همچنين بايع نسبت به ثمن. صحيح است؟ و لازم است يا نه؟ -

**جواب:** اظهر جواز است به جهت عمومات و اطلاقات و علت مستفاده از اخبار كه حكمت در رهن استيثاق و طلب تحصيل اعتماد است در حفظ مال. ۱

**۱۹۰- سوال:** چه مى فرمايند كه هر گاه راهن ملك مرهون را به زيد منتقل نمود قبل الفك. وبعد الفك به عمرو منتقل نمود، وامضاء و اجازة مرتهن قبل الفك وفسخ او هيچيك به جهت زيد مذکور نرسيد مگر

اینکه بعد الفک اظهار رضامندی و خوشنودی میبایعه زید را نمود. آیا در چنین صورتی ملك مذکور مال زید مزبور است یا عمر؟ و مذکور می باشد؟ -

**جواب:** هر چند راهن ممنوع است از تصرف در عین مرهونه بدون اذن مرتهن و لکن عقد بیعی که واقع شود از او قبل از فك رهن، شرعی است با اجازه مرتهن. ۲ پس اگر اجازه کرد لازم می شود. و اگر فسخ کرد باطل می شود. اما اگر نه اجازه کرد و نه فسخ تا اینکه راهن ادای دین کرد وفك رهن کرد پس اظهار 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 با بیع مال غیر را بفروشد و بعد منتقل شود به او به ارث. یا وکیل او آن را بخرد برای او که بعضی باطل میدانند و بعضی صحیح، و بعضی موقوف میدانند به اجازه با بیع 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 اجازه مرتهن

---

#### [ ۴۵۱ ]

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 متزلزل [ ی ] نبود. چنانکه در بیع فضولی هر گاه احد طرفین فضولی باشد و دیگری از برای خود باشد یا مولی علیه که از طرف خود و مولی علیه لازم است و از طرف فضولی جایز. و این معنی بنا بر قول به کاشف بودن اجازه در فضولی، واضح است. و اما بنا بر قول به ناقل بودن، هر چند توان گفت که اجازه جزء سبب نقل، است. و قبل از آن از جانب فضولی جایز است نه لازم. و لکن در اینجا می گوئیم که این معامله در اینجا از جانب با بیع 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 نمی ماند. 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 کرده اند و

تصریح کرده‌اند، ولكن مسئلهء لزوم به سبب فك راهن را بدون اجازهء مرتهن متوجه نشده‌اند. بلی علامه در قواعد لزوم آن را اقرب شمرده و فخر المحققین و محقق ثانی نیز اختیار آن کرده‌اند. و دلیل و قاعده مقتضی است که این هم کافی باشد. ۲ چنانکه بیان کردیم .

---

۱: مراد از " جواز " معنای مقابل " لزوم " است. ۲: در نسخه " و دلیل و قاعده مقتضای آن است که این هم کافی باشد ". به هر صورت عبارت خالی از اضطراب نیست

---

[ ۴۵۲ ]

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 تأییدی از برای ما نحن فیه است .

---

۱: و در نسخه: عقود راهن .

---

[ ۴۵۲ ]

### کتاب الحجر و التغلیس

**۱۹۱- سوال:** زید صدیقی باید به زوجه خود بدهد. زوجه فوت شده و صدای او مانده، و زید مال او بیش از آن نیست که ادای آن صدای را بکند. با وجود آن زن دیگر بگیرد و این مال را به آن زن یا به اولاد خود میبخشد. این هبه صحیح است یا نه؟-؟.

**جواب:** بلی صحیح است و [ اگر ] صاحب طلب بیاید و به حاکم شرع عرض کند که او را از مال خود منع کند و حاکم هم او را منع بکند. در آن وقت اگر تصرف در مال خود بکند صحیح نیست.

**۱۹۲- سوال:** زید متوفی و زوجه و سه صغیر از او ماند، و برادر زید مزبور يك سال متجاوز بدون اذن حاکم شرع نفقهء آنها را داده. حال از مال صغار می تواند اخذ کند یا نه؟-؟.

**جواب:** هر گاه اذن حاکم شرعی ممکن نبوده و به صلاح [ دید ] جمعی از عدول مؤمنین، این کار را کرده و به نیت قرض نفقه کرده است، می تواند بر دارد. و [ در ] برداشتن قرض با وجود امکان اذن حاکم شرع بدون اذن بر ندارد. 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.



[ ۴۵۴ ]

می تواند نمود؟ و یا خود حسبتا متوجه رتق و فتق ایشان باید بشود - با مراعات صلاح بدون تعیین قيم و ناظر -؟.

**جواب:** بعد از اینکه بنا را بر این گذاشتیم که با وجود تعذر تولی و تصرف حاکم در مال یتیم، تصرف ثقات مؤمنین جایز باشد بر وفق مصلحت، چنانکه اقوی و اظهر است. و مقتضای دلیل آن است که آحاد عدول مؤمنین این کار را می تواند کرد و اجتماع ضرور نیست، هر چند احوط باشد. پس گاه چنین باشد يك نفر ثقهء عدل قيم امر صغير بنفسه می تواند شد چه جای آنکه ضم شود با آن استصواب عالم صالح ثقهء دیگر، یا به استصواب جمعی دیگر از ثقات متوجه رتق و فتق امور او بشود.

۱۹۴- سوال: هر گاه زید متوفی و سه اولاد از دو زوجه دارد. و در حین خرج تعزیه و صوم و صلوة رسد ۱ صغير را منظور نکرده اند و از کل مال بر داشته اند. شرعا چه باید کرد؟. در صورتی که توان از مال بر داشت - قیمی ندارد که محافظت مال صغير تواند کرد - جد مادری صغير می تواند که رسد صغير را مطالبه و بازیافت نماید یا نه؟ -؟ و چه می فرمایند از باب حق الثمن زوجه از مخلفات زید مزبور، از منقول و غیر منقول باید بگیرد یا نه؟ -؟ و حضانت صغير به غیر از والده به گیری می رسد که اولاد پدری باشد یا نه؟ -؟.

**جواب:** هر گاه متوفی وصیت خرج صوم و صلوة نکرده از مال یتیم نمی توان صرف کرد. و هر کی صرف کرده باید غرامت بکشد. و جد مادری در مال طفل اختیاری ندارد. و هر گاه جد پدری و وصیی هم نیست ولایت و اختیار با حاکم شرع است هر کی را او قيم می کند مختار است. و اگر اذن حاکم شرع میسر نشود عدول مؤمنین می توانند متوجه ضبط اموال او بشود، بلکه باید متوجه بشوند. و حق الثمن زوجه : از منقولات (همه چیز) میبرد. و از زمین چیزی نمیبرد. و از

۱: منظور از " رسد " در این اصطلاح " سهم " است

[ ۴۵۵ ]

خانه و باغ و آسیا و عصار ۱ و خانه و امثال آن، قیمت درخت و اسباب و آلات از سنگ و در و پنجره و غیر از آنها را میگیرد. و حضانت صغير به غیر مادر با کسی نیست در صورت سؤال. والله یعلم.

**۱۹۵- سوال:** زید فوت شده و چند زوجه دارد که هر يك صداق خود را از ورثه زید میطلبند. و ورثه زید بعضی صغیر می باشند. و این اجناسی که از زید مانده بعضی از برای صغیر نفع دارند و بعضی نفع ندارند. آیا صداق زوجه های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارند باید داد؟ یا از هر يك زوجه ها خود خواسته باشند؟.

**جواب:** اختیار مال با وارث است. صاحبان صداق حق خود را میطلبند اگر عینی در صداق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است هر مالی را که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد طلب دارند نمی توانند که آنها را الزام کنند که جنسی را که نمیخواهند بر دارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می شود و صلاح او را ملاحظه می کند. و بعد فقد جد و وصی، حاکم شرع - به تفصیلی که در سؤال پیش مذکور شد - عمل می کند. والله العالم.

**۱۹۶- سوال:** در تصرف ولی مصلحت ضرور است یا عدم فساد کافی است؟ -؟.

**جواب:** قال الله تعالى " ولا تقربوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن " ای بالطریقه التی هی احسن. وقد یتوهم ان هذه الایة تدل علی وجوب ابتغاء الطریقه الاحسن والانفع من جمیع الطرائق، و لا یکفی مجرد حصول المصلحة فی التصرف. و اقول: لا دلالة فی الایة علی ذلك. اذ مفهوم الاستثناء هو جواز التصرف علی الطریقه التی هی احسن، فان الکلام فی قوة ان یقال " یحرم قرب مال الیتیم والتصرف فیہ الاعلی الطریقه الاحسن. فانه لیس بحرام " و کون الولی مکلفا باصلاح ماله امر آخر، لادخل له فی الایة. والخطاب فی الایة عام لا یختص بالاولیاء کقوله تعالی " ولا تقتلوا النفس التی حرم الله الا بالحق " قبیل هذه الایة. فاذا جاز ابقائه علی حاله

---

۱: و در نسخه: آسیا و عصا. - در حالی که عصا از منقولات است و حکمش قبلا بیان شده، و مراد از عصا آسیاب مخصوص روغن کشی از حیوانات است

---

[ ۴۵۶ ]

من دون تصرف اصلا، فالتصرف فیہ مع حصول النفع له - وان لم یکن اقصى ما یتصور من النفع فیہ - اولی بالجواز. فلا بد ان یراد من الا حسن، الا حسن، من ترکه علی حاله. وان لم یکن احسن الصور. او یکون المراد ملاحظة الامرین و هو اتلافه واکله مجاناً و ضبطه علیه. او المراد لا تقربوا بالاتلاف بل اقربوا بالحفظ علیه، كما یرتفع ذلك من بعض المفسرین. و علی هذا فتکلیف الولی بملاحظة المصلحة لا یقتضی الا مطلق المصلحة، لا الفرد الا کمل منها. مع ان ملاحظة المصلحة. بمعنی " لزوم اعتبار حصول الربح والنفع له اذا امکن " لم نقف علی دلیله. غایة ما یرتفع من الادلة واصل الولاية هو ان الولی انما هو

لاجل ان المولى عليه لما كان محجورا عليه من جهة عدم الفهم والعقل والرشد وان ابقائه على حاله يوجب اتلاف المال والافساد، فنصب ١ الولي انما هو لاجل رفع الفساد ومحافظة المال. واما وجوب صرفه ٢ فيما يجوز صرفه للمولى عليه (من جهة الانفاق والكساء وغيرهما) على اصلح الاحوال، فلا دليل عليه. قال الشهيد (ره) فى القواعد هل يجب على الولي مراعات المصلحة فى مال المولى عليه؟ او يكتفى بنفى المفسدة؟ يحتتمل الاول لانه منصوب لها و لاصالة بقاء الملك على حاله و لان النقل والانتقال لايد لهما من غاية والعدميات لا تكاد تقع غاية. و على هذا هل يتحرى الاصلح؟ او يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان. نعم الامثل ٣ ما قلناه اولاً، لان ذلك لايتناهى. و على كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الاصلح. و يترتب على ذلك اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة، و غير ذلك. اقول: اراد بقوله " بنفى المفسدة " عدمها لا رفعها. والا فهو ايضا مصلحة جزما. و قوله - ره - " لانه منصوب لها "، فيه انه اول المسئلة ولو سلم ذلك فلا مجال للنزاع و لا معنى للاحتمال. بل المسلم انه انما نصب لاجل حفظ المال، لا لتحصيل المنفعة. ولما كان المولى

---

١: لو كانت الجملة فعلية لكانت جواب " لما " ولكن اسقط قدس سره الجواب. ٢: وفى النسخة: واما وجوب انما المال وصرفه.. ٣: وفى النسخة: نعم لمثل ما قلناه ..

---

### [ ٤٥٧ ]

عليه لا يتمكن من صرف المال فيما يحتاج اليه غالبا الا على سبيل الاتلاف او الافساد، فنصب ١ 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 اولي 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 لايد ان يكون له غاية يعود نفعا الى المولى عليه، فح نقول: ان اراد غاية زائدة على رفع احتياجه فى مصارفة 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 بالدرهم و يشتري بها الخبز، او بان يشتري بالدرهم 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. والموضوعان سيان

---

#### [ ٤٥٨ ]

قوله - ره - " وعلى كل تقدير.. الخ " فيه ما مر من المنع و عدم الدليل . ولا دلالة فى الاية عليه. قوله - ره - " و يترتب على ذلك... "، اقول: نعم ولكن ذلك لعدم احتياجه اليه و عدم ثبوت الاذن فى هذا التصرف. فكيف كان فالظاهر جواز افتراض الولى اذا كان مليا بدون ملاحظة النفع، لدلالة الاخبار عليه. و فى خصوص الاب والجد دائرة الرخصة اوسع.. اذ لم يشترط فيه الملائة ايضا، كما بيناه فى المناهج فى كتاب المكاسب. وفى الغنايم فى كتاب الزكوة. و قال العلامة (ره) فى القواعد " و يجب حفظ مال الطفل 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 ذهب ماله فى النفقة ضرر عظيم. وفائدة نصب الولى رفع الضرر. والاصح عدم الوجوب. و ربما بنى الحكم على ان الواجب الاصلح؟ ام يكفى المصلحة؟ ". و قال فخر المحققين (ره) فى وجه الاشكال " ينشأ من انه اكتساب لا يجب. و من انه منصوب للمصلحة و هذه من اتم المصالح ولانه مفسدة و ضرر عظيم على الطفل، و نصب الولى لدفعها. وهذا مبنى على ان هذا هل هو مصلحة؟ او اصلح؟ و على الثانى هل يجب ام لا؟ - وقد حقق ذلك فى علم الكلام. " انتهى .وانت بعد التامل فيما مر تعرف ما فيه. والله العالم.

**١٩٧- سوال:** آنکه: شخصی صدق زوجه بر ذمه او ثابت است. و آن شخص مزبور در مکانی است که دست به او نمى رسد. و صدق زوجه مزبوره بعضی عینا باقى است و بعضی دیگر بر ذمه زوج است . آیا موافق قانون شرع متروکاتی که از زوج مزبور در این ولایت باقى مانده است - زوجه مزبوره خود یا

شخصی که به او هبه نموده، بدون حضور زوج مزبور - به قدر بقیهء صداق خود می تواند که تصرف نماید یا نه؟ -

**جواب:** بعد مرافعهء شرعیه و ثبوت صداق مزبور، حاکم شرع از مال زوج صداق زوجه را میدهد، و احوط آن است که زوجه قسم بر بقای حق خود هم بخورد. و اما عین، پس اگر معلوم است و مدعی در برابر نیست، زوجه میان خود و خدا می تواند تصرف کند. و اگر حاکم شرع مطلع شود یا مدعی در برابر باشد، باید آن را هم به ثبوت برساند که مال اوست و بر دارد. و در صورت عدم امکان رجوع به زوج و حاکم شرع و عدم مدعی، میان خود و خدا

---

### [ ۴۵۹ ]

هم می تواند تقاص حق خود را (به حسب مصلحت غایب) بکند، ۱ بر وجه صحیح. والله العالم.

**۱۹۸- سوال:** والدهء صغار که حضانت صغار را مینماید. و یکی را شیر میدهد، می تواند که یومیهء خود را از مال صغار بگذراند یا نه؟ -

**جواب:** بلی می تواند، اما به اذن حاکم شرع. و اگر ممکن نباشد، به صلاح [ دید ] عدول. والله العالم.

**۱۹۹- سوال:** اینکه: از مال یتیم صغیر به والدهء صغیر ۲ می توان داد که متوجه احوال صغیر ۳ بوده باشد یا نه؟ -

**جواب:** هر گاه مادر، فقیره باشد، از مال صغیر به او می توان نفقه داد. و هر گاه فقیره نباشد، ولکن صغیر را شیر میدهد، اجرت رضاع را ۲ می تواند بگیرد. و اما اجرت پرستاری طفل را نمی تواند بگیرد، بلکه قیمت مثل صابون و دوا و امثال آن، که به مصرف طفل برساند می تواند گرفت. والله العالم.

**۲۰۰- سوال:** هر گاه مادر طفل صغیر در حال صغر ملك او را فروخته باشد، طفل بعد از بلوغ می تواند استرداد کند یا نه؟

- **جواب:** هر گاه معلوم نباشد که حاکم شرع او را قیم طفل کرده است و به جهت مصلحت طفل فروخته است، می تواند استرداد بکند. و هر گاه مادر ادعای آن بکند که من قیم بودم، یا آنکه دسترس به حاکم نبود و به استصواب ثقات مؤمنین حسبتا کرده ام، باید به اثبات برسد. و هر گاه مادر فوت شده است و ملك در دست مشتری است همچنین می تواند استرداد کرد. و قول بر اینکه " فعل مسلم محمول بر صحت است پس باید حمل کنیم بیع مادر را بر وجه صحیح " بی وجه است. بلی، هر گاه ولی شرعی طفل فروخته باشد دیگر بعد از بلوغ نمی تواند ادعائی بکند. مگر آنکه دعوی کند که بر غیر وجه مصلحت

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: و در نسخه: صغیره. ۴: در نسخه: رضاع را هم می تواند بگیرد

---

### [ ۴۶۰ ]

فروخته است. و در این صورت هر گاه ولی، پدر و جد بوده و بینه در میان نباشد قول پدر و جد مقدم است. و هر گاه غیر پدر و جد بوده مثل وصی و غیر آن، علامه (ره) در تحریر تصریح کرده به اینکه قول، قول صبی است و بایع باید بینه بر مصلحت بیاورد.

**۲۰۱- سوال:** هر گاه کسی بمیرد و زنی از او بماند و طفل صغیری هم از آن زن دارد و زن دیگر هم داشته که قبل از خودش فوت شده و از آن زن هم صغیری باقی است. این ضعیفه دعوی ثمن و صداق می کند، و صداق او هم معین و ثابت است. و صداق ضعیفه که فوت شده هم معین و ثابت است. آیا صداق ضعیفهء موجوده را به نصف یا بیشتر می توان صلح نمود که قسم نخورد یا نه؟ -؟ و مهر ضعیفهء سابقه را چه باید کرد؟

**جواب:** ثمن ضعیفهء موجوده را باید داد. و اما مهر او هر گاه ثابت است شرعا و ضعیفه هم قسم بر بقای آن میخورد و از حال او می توان دانست که هر گاه قسم بدهید قسم میخورد، بلی صلح خوب است. و صلاح حال صغار هم در آن است. و اگر قسم نمیخورد، مستحق مهر نیست. و اما حکم مهر ضعیفه که قبل از خودش فوت شده، پس این است که نمی توان مهری از برای او وضع کرد. به جهت آنکه نه مدعی موجود است و نه وارث اهل دعوی کردن و قسم خوردنی است. و هم دلیلی بر این نیست که به قدر مهر او، را جدا کنیم و بگذاریم که صغیر بزرگ شود تا به بینیم که قسم نفی العلم متوجه او می شود و میخورد یا نه. پس ثمن آن ضعیفه از مجموع مال (بعد از ادای مهر او) داده می شود. و هر وقت صغیر بزرگ شود و دعوی کند، به مقتضای آن عمل خواهد شد. و اگر ضعیفه الحال به قدر مهر آن ضعیفهء میته از ثمن خود به جهت صغیر واگذارد احسانی کرده در حق صغیر.

**۲۰۲- سوال:** هر گاه قیم شرعی صغار املاکی از صغار مزبوره را به مبلغ کلی کمتر از " ثمن المثل " بفروشد. و حال آنکه صرفه و غبطهء صغار هم در فروختن املاک مزبوره نبوده. آیا در صورت مزبوره مبیاعه [ ای ] که قیم مزبوره کرده صورت شرعی دارد؟ یا آنکه مبیاعهء مزبوره باطل [ است ] و صحیح نیست و صغار مزبوره را می رسد که بعد از بلوغ و رشد، املاک

---

### [ ۴۶۱ ]

مزبوره خود را تصرف نمایند، یا نه؟ -؟.

**جواب:** آنچه از دلیل ظاهر می شود این است که جایز نیست بیع مال صغیر مگر در صورت احتیاج به آن جهت نفقه، یا در صورتی که بیع اصلح باشد از برای او. پس فروختن ولی مال صغیر را بدون احتیاج صغیر به فروختن، [ فروختن ] آن به " ثمن المثل " هم معلوم نیست که جایز باشد، چه جای کمتر از ثمن المثل. مگر اینکه فروختن برای او اصلح باشد. و اما با احتیاج صغیر به فروختن، پس بیع صحیح است. مگر اینکه ولی تقصیر کرده باشد در فروختن به کمتر از ثمن المثل. و اگر تقصیر نکرده به سبب اینکه بدون آن ممکن نبوده که امر معیشت صغیر بگذرد، باز صحیح است و بر ولی چیزی نیست. و هر گاه از راه نادانی به قیمت، فروخته بدون تقصیر، باز صحیح است. و لکن دعوی غبن در میان میآید و به مقتضای آن عمل باید کرد، و این هم محتاج است به مرافعه.

**۲۰۳- سوال:** هر گاه قیم شرعی صغار، در صورت عدم صرفه و غبطه، املاک صغار را [ به ] کمتر از ثمن المثل بفروشد (چنانکه در سئوال سابق مذکور شد) چنین میدانسته ۱ که ثمن المثل است و فروخته اما تفحص و تجسس نکرده باشد بعد از مبیعه معلوم شود و به اثبات شرعی برسد که املاک مزبوره 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 میآید و به مقتضای آن عمل باید کرد. و اینکه در سوال نوشته شده است که " تفحص و تجسس از قیمت نکرده و فروخته است "، هر گاه این معنی در ماده ولی در عرف و عادت تقصیر محسوب نمی شود - مثل

---

۱: در نسخه: همچنین میدانسته ...

---

### [ ۴۶۲ ]

اینکه ولی شخصی باشد که رای او صحیح است و غالب معاملات او بر وفق استقامت است و در اینجا غافل شده به جهتی مثل آنکه در آن وقت ترقی در قیمت شده بوده است که او مطلع نبوده و به این فکر نیفتاده که گاه هست تفاوت کرده باشد تا تفحص کرده باشد - بیع صحیح است و بر او غرامتی نیست. و به مقتضای دعوی غبن باید عمل کرد. و هر گاه ولی عادی از طریق و رفتار در معامله باشد (و بلدیت از قیمت ملک نداشته باشد و با وجود این از روی بیپروائی به این قیمت فروخته و بعد معلوم شد

که کمتر از ثمن المثل بوده) آن بیع نیز صورتی ندارد. و به هر حال این امور محتاج است به مرافعه، و در مرافعه حاکم شرع آنچه باید، خواهد کرد.

**۲۰۴- سوال:** هر گاه کسی زمین شاهی، را باغ کند و اشجار در آن غرس کند و فوت شود و از او صغیری بماند. و از راه بیصاحبی آن باغ خراب و ضایع شود. و مسلمین حسبتاً 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 میبایعه و مغارسه صحیح است یا فاسد؟-؟ و صغیر بعد از کبر می تواند آن معامله را بر هم زند یا نه؟-؟.

**جواب:** ظاهراً مراد از " ملك شاهی " در سوال، ملك مجهول المالك محیاتی است که در تصرف شاه است. و حکم مجهول المالك آن است که تصدق به فقرا شود. و چون مقدر نیست به سبب تسلط شاه، پس فروختن آن صحیح نیست. به جهت عدم قدرت بر تسلیم. و ممکن است که به اذن مجتهد عادل هر گاه قیمت یا اجرت آن را به فقرا بدهد جایز باشد تصرف در آن، و غرس کردن اشجار در آن. و آن اشجار ملك غارس می شود و می تواند بیع و شرای آنها را کرد. و اما تصرف در مال صغیر: پس آن موقوف است به اذن ولی شرعی، هر گاه صغیر جد پدری و وصی پدر یا جد ندارد، مجتهد عادل ولی او است. و هر گاه ممکن نشود رجوع به او، ثقات مؤمنین حسبتاً می توانند بر وفق مصلحت او تصرف کنند در آن. پس بنا بر این، نصف باغ و اشجار را در عوض اجرت دادن از برای تعمیر ما بقی، جایز است با

---

#### [ ۴۶۳ ]

شرایط. یعنی اینکه عمل معلوم باشد که چه چیز است، و جهالتی در آن نباشد. و این از باب " مغارسه " نیست، ۱ به جهت آنکه مغارسه آن است که زمینی را به کسی بدهند که درخت در آن بکارد و یک حصه از آن اشجار از او باشد با زمین یا بی زمین. و خواه آن نهالی که غرس می کند مال صاحب زمین باشد یا مال عامل. ۲. و این معامله فاسد است. و حکم آن این است که درخت مال صاحب درخت است. پس اگر مال صاحب زمین است عامل مستحق اجرت المثل عمل است. و اگر مال عامل است پس بر عامل اجرة المثل زمین است در زمانی که درخت [ در ] زمین بوده و می باشد. و صاحب زمین می تواند درخت را بکند با ارش. یعنی تفاوت قیمت را باید به عامل بدهد. به جهت آنکه به اذن او در زمین گذاشته و از باب " عرق ظالم " نیست که حقی نداشته باشد. و طریق اخذ ارش این است که قیمت می کنند درخت را در حالتی که این صفت داشته باشد که " در زمین ایستاده باشد با اجرت و صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش " ۳، و قیمت می کنند درخت را " در حالتی که کنده شود " و



۱: در حواشی جلد اول توضیح داده شد که محقق قمی از طرفداران نظریه " توقیف " است اینان معتقدند که احکام شرع اعم از " عبادات " و " معاملات " کلا و عموما " توقیفیه " هستند. یعنی فقط همان عقودی که 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 " سر قفلی " و یا " بیمه " مثلا باطل است. و چون " مغارسه " در احکام مطرح نبوده و نامی در شرع از آن نیامده پس باطل است. اکثر متقدمین طرفدار این نظریه هستند و اکثریت قریب به اتفاق متأخرین از متأخرین به صحت و جواز آن فتوی میدهند و تنها " عبادات " را محکوم به " توقیف " میدانند. ۲: بعضی از آنانکه مغارسه را باطل میدانند تکیه‌شان بر توقیفی بودن در معاملات نیست بل به دلیل اینکه درخت ریشه‌دار است - به خلاف زرع در مزارعه - و نیازمند زمان طولانی است و تعیین اجل تقسیم و شرایط دیگر دچار مشکلات می شود، آن را باطل میدانند. و این در صورتی است که نهال از یکی و زمین از دیگری باشد. و ظاهر سخن مرحوم شهید در لمعه که می گوید " والمغارسة باطلة لطول مدتها " بر این استدلال تکیه دارد. میرزا با عبارت فوق می‌خواهد بگوید که از طرفداران بطلان اصل مغارسه است به دلیل توقیف. ۳: و در نسخه: این صفت داشته باشد که در زمین ایستاده باشد با اجرت تفاوت و این صفت داشته باشد که صاحب زمین هر وقت خواهد می تواند او را بکند با ارش و همچنین قیمت می کند درخت را در حالتی که ...

#### [ ۴۶۴ ]

تفاوت ما بین قیمتش را به عامل میدهند. و این وجه را شهید ثانی (ره) ذکر کرده و گویا مراد او از لفظ " ارش " در آخر، تفاوت قیمت " درخت ایستاده با لزوم اجرت " و قیمت " همان درخت در حالی که کنده شود " [ است ]. و در اینجا چند وجه دیگر در طریق بیان اخذ ارش کرده‌اند. و آنچه ذکر شد اظهر وجوه است و باز شهید ثانی (ره) گفته است که " در این حال ارش زمین را بر عامل حساب می کنند هر گاه نقضی در آن بهم رسد و همچنین بر کردن گودال [ ها ] نی که بهم برسد، بر او است. " و بعد از آن گفته که " اصحاب حکم را مطلق گفته‌اند و فرق ما بین عالم و جاهل نگذاشته [ اند ]. " ۱ و بعد از آن گفته است که " دور نیست که فرق باشد " و باز رد کرده. و به هر حال نه صاحب زمین را جبر می توان کرد که درخت را مکن واجرت را بگیر. و نه صاحب درخت را می توان جبر کرد که درخت را بکن و از او قیمت را بگیر.

**۲۰۵- سوال:** غیر رشیده بالغه، ولایت آن با کی است؟ و همچنین طفل و مجنون، ولایت ایشان با کی است؟.

**جواب:** بالغه غیر رشیده هر گاه سفه او متصل به صغر باشد، اظهر این است که ولایت او در مال، با پدر و جد پدری است. و احوط این است که اذن حاکم هم به آن ضم شود. و همچنین بالغ غیر رشید. و هر گاه پدر و جد نباشد وصی پدر یا جد پدری. و هر گاه اینها نباشند، با حاکم شرع است. و هر گاه سفه او عارضی باشد بعد بلوغ، ولایت آن با حاکم است. و اما طفل و مجنون پس ولایت آنها با پدر و جد پدری است، هر گاه جنون متصل به صغر باشد. و هر گاه ایشان نباشند، با وصی. و هر گاه نباشد، با حاکم. چنانکه مذکور شد. و هر گاه جنون عارضی باشد، ولایت با حاکم است. و اما در نکاح: پس ولایت

طفل و مجنون که جنون او متصل به صغر باشد، با پدر و جد است. و اما هر گاه جنون عارضی شود بعد از بلوغ و عقل، پس خلافی است در اینکه ولی حاکم است؟ یا پدر؟ و اثبات ولایت از برای پدر و جد بعد از زوال آن، ماخذ واضحی ندارد .

---

۱: یکی از آثار علم این است که چون دانسته به يك معامله باطل اقدام کرده‌اند لذا دادگاه اسلامی می تواند به اختلاف آنها رسیدگی نکند

---

### [ ۴۶۵ ]

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 سغه 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 سغه عارض شود بعد از بلوغ، پس مشهور اقوی آن است که ولایت با حاکم است. و هر گاه پدر و جد نباشند، مطلقاً ولایت با حاکم است. و در احکام نکاح که مذکور شد، فرقی ما بین ذکر و انثی نیست.

**۲۰۶- سوال:** در وقتی که مجتهد نباشد امور حسبیه با عدول مومنین است؟. و اعلمیت مدخلیت دارد یا نه؟ -

**جواب:** امور حسبیه بسیار است - مثل جهاد و امر بمعروف و نهی از منکر و فتوی و قضا و اجرای حدود و اعانت بر طاعت و اخذ لقیط و غیر اینها - و شکی نیست که در بسیار آنها " از جملهء علما بودن " شرط نیست چه جای مجتهد بودن. پس ظاهر آن است که مراد از امور حسبیه در سئوال اموری است که موکول است به حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) مثل تصرف در مال یتیم در وقتی که جد یا وصی پدر یا جد نداشته باشد. و همچنین سغیه و مجنون هر گاه طاری شده باشد جنون و سغه بعد از بلوغ و رشد (یا مطلقاً، بنا بر قولی). و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. و همچنین تصرف در مال غایب و تصرف در ادای دیون و وصایای میت در وقتی که وصی نباشد. همچنین تصرف در بعضی اوقاف که ناظر شرعی نداشته باشد. و گرفتن خمس و زکات از کسی که ممانعت کند. و گرفتن حصهء امام از خمس و به نیابت او از باب تتمه به فقرای سادات دادن . و امثال اینها. و دلیل ولایت حاکم منقول است و عموم نیابتی که از روایات مثل " مقبولهء

---

عمر بن حنظله " ١ و غیر آن فهمیده می شود. و همچنین عموم " العلماء ورثة الانبياء " ٢. و " علماء امتی کانبیاء بنی اسرائیل " ٣. 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 قریت قرابته " ٤. و ایضا دلالت می کند بر این عقل و اعتبار. زیرا که ناچار است از کسی که مباشر این امور باشد، و کسی مثل حاکم عادل نیست. به جهت رجحان او به سبب علم و دیانت. و هر گاه حاکم شرعی نباشد، پس ظاهر این است که ولایت ثابت از برای کسی که اعتماد به دین و امانت او باشد، چنانکه جمعی از علما تصریح به آن کرده اند. و دلالت می کند بر آن آیات و اخبار مثل قوله تعالی " ولا تقریوا مال الیتیم الا بالتی هی احسن و ما علی المحسنین من سبیل " و شکی نیست که این احسانی است به این اشخاص. و بعضی استدلال کرده اند به حکایت خضر و ظاهر آن است که مراد معیوب کردن کشتی باشد به جهت صلاح حال مساکین که صاحب آن بودند که آن پادشاه ظالم کشتی را غصب نکند، و ظاهر از انبیاء سلف حسن متابعت ایشان است. و کسی نگوید ٥ 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 ٦ استدلال به ملاحظه علت است که آن احسان به مساکین

---

١: وسائل ج ١٨، ابواب صفات القاضی، باب ١١ ج ١ - کافی - اصول: ج ١ ص ٦٧ - فروغ: ج ٧ ص ٤١٢ - تهذیب: ج ٦ ص ٣٠١ - فقیه: ج ٣ ص ٥٢. اصول کافی: ج ١ کتاب فضل العالم باب صفة العلم و فضل العلماء، ج ٢، و باب ثواب العالم ج ٣.١. بحار: ج ٢ ص ٢٢٢ ج ٤. نهج البلاغه: قصار الحکم: حکمت ٩٢، ابن ابن؟ الحدید ٩١ - خوئی - ٩٢ فیض ٩٢ صبحی. ٥: در نسخه: از برای کسی که نگوید که خضر... ٦: در نسخ: بر استدلال ...

است. پس هر جا که علت باشد، حکم ثابت می شود ١. و دلالت می کند بر این نیز بعض اخبار صحیحه مثل روایت محمد بن اسمعیل بن بزیع که دلالت دارد بر اینکه تصرف کردن مثل او و مثل عبد الحمید بن سالم از ثقات در اموال یتیم جایز است. بدون رخصت امام. ٢ و همچنین غیر آن از اخبار. و تصریح کرده اند - به قیام عدول مومنین مقام مجتهد در تصرف در اموال ایتام و غیب و غیر آنها - جماعتی از علما. و در خصوص گرفتن خمس و زکات به زور از مانع آنها شهید اول (ره) در قواعد، و همچنین به نیابت امام (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 می شود 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 اعرف باشد به مصارف. خصوصا 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 می شود. و بهر حال البته احوط است. کتاب الحجر و التفلیس من مجلد الثانی

**۲۰۷- سوال:** هر گاه کسی ملکی را بیع کرده به بیع شرط خیار. و در انقضای اجل که وقت رد ثمن است، مشتری پنهان شود که 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 میخواهد رد کند (؟) .

---

۱: لیکن در ماجرای خضر قتل غلام نیز مبتنی بر علت مبین است، بنابر این بهتر است در احکام به ماجرای خضر تمسك نشود. و آن را به مباحث علم کلام وا 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 "

---

#### [ ۴۶۸ ]

**جواب:** در این صورت مثل ثمن را ببرد به نزد مجتهد عادل که ولی غایب است در اموال او، و تسلیم کند و فسخ کند. و باید دانست که مطلق رد مال کافی نیست هر چند به خود مشتری بدهد. بلکه باید انشاء فسخ بکند و بگوید بیع را فسخ کردم. و هر گاه دسترس به مجتهد عادل نباشد، ظاهر این است که می تواند به عدول مومنین تسلیم کند به این معنی که ایشان را ولی غایب داند در مال غایب. چنانکه در مال یتیم هم اظهر این است که هر گاه ولی شرعی نباشد و دست به حاکم شرع نرسد ثقات مومنین تصرف در مال یتیم بر وجه مصلحت می توانند کرد. و ظاهر این است که بر ایشان لازم هم باشد. کسی نگوید که " صلاح غایب هر گاه در لزوم بیع باشد و عدم فسخ، پس این تصرف در مال غایب بر وجه مصلحت نیست ". به جهت اینکه می گوئیم که مقتضای شرط خیار این است که مشتری در سر موعد با وجود تمکن با بیع از رد مثل ثمن و اراده رد و عدم تجافی از آن، دیگر تسلطی بر منع با بیع از تملك ملك ندارد. و تسلط به همین قدر بود که اگر ممانعت از رد ثمن کند لزوم بیع مستمر باشد. و هر گاه با بیع خواهان رد است و بالفعل میدهد مال را، غایب مستحق همان ثمن است و ولی غایب باید مال او را که ثمن است ضبط کند. علی الخصوص در صورتی که پنهان شده به همین علت. و این تفاوت ندارد با آن صورتی که رد مثل ثمن به خود مشتری بکند و او قبول نکند که در امثال این حکم کرده اند که جایز

است که تنخواه را در نزد طلبکار بیندازد و بگوید " بر دار و برو " و در این صورت هر گاه بر ندارد تا آن تلف شود از کیسهء طلب خواه، رفته. و بر آن شخص غرامتی نیست. پس در اینجا هم دادن به دست عدول مومنین مثل انداختن در نزد او است. و هر گاه عدول مومنین مصلحت را در آن دانند که از دست او نگیرند یعنی بگویند " صلاح غایب در این است که آن مال نزد تو باشد " ضرر ندارد. ولکن بایع صیغه فسخ را بگوید و شاهد بگیرد بر فسخ، و ملك مال او می شود. و ظاهر این است که هر گاه مشتری عمدا پنهان نشده باشد و اتفاق افتاده است که

---

### [ ۴۶۹ ]

حاضر نیست، و [ بایع ] نمی تواند به او برساند. یا حاضر است و محبوس است و دست به او نمی رسد، همچنین باشد. و ظاهر این است که همین که تسلط بر فسخ بهم رساند اگر در همان حین غافل بشود و انشاء فسخ نکند تا مدت خیار هم منقضی شود، باز تسلط باقی است. چون کوتاهی در مقتضای شرط نکرده است. و اما اگر بایع فراموش کند رد ثمن را تا مدت خیار. یا فراموش کند آنکه خیاری از برای او هست. یا آنکه مشتری غایب باشد و [ بایع ] جاهل باشد به اینکه باید به نزد حاکم برود یا به عدول مومنین بسپرد تا مدت منقضی شود. پس به مقتضای شرط و مفهوم اخباری که در بیع شرط وارد شده این است که خیار ساقط شود. و تصریحی به حکم این در کلام علما الحال در نظر نیست، ولکن مقتضای دلیل همین است. بلی متوجه این شده اند که هر گاه بایع غایب باشد یا جاهل باشد به خیار، مثل آنکه بایع در بین مدت بمیرد و وارث نداند که خیاری از برای او بود تا مدت منقضی شود. ۱ و گفته اند که در این صورت خیار ساقط می شود. و ظاهر این است که ماخذ هر دو مسئله یکی است، و ماخذ همان است که گفتیم که مقتضای شرط است و مفهوم روایات دلالت بر آن دارد.

**۲۰۸- سوال:** زید اموال بسیار از جمعی گرفته و الحال پریشان، و قلیل مالی دارد و از؟ باب میخواهد آن مال قلیل را میان خود تقسیم کنند، و لکن بعضی از آنها غایب اند و بعضی هنوز موعده طلب ایشان نشده چه باید کرد.

**جواب:** این شخص را در اصطلاح شرع " مفلس " می گویند. و او را حاکم شرع منع می کند از اموال او و تقسیم می کند میان گرماء. و تقسیم اموال او جایز نیست مگر به چند شرط: اول: اینکه دیون ثابت باشد در نزد حاکم شرع. دوم: اینکه دیون حاله باشد، یعنی دینی که مؤجل باشد باعث این نمی شود که او

---

[ ٤٧٠ ]

را به سبب آن حجر کنند. و منع کنند از مال او. و به مجرد حجر دین مؤجل حال نمی شود. چنانکه در میت می شود. سوم: اینکه اموال او قاصر باشد از وفای به دیون. چهارم: آنکه صاحب طلبها بروند به نزد حاکم و از او التماس کنند که او را حجر کند، و حاکم سر خود نمی تواند حجر کند. مگر آنکه صاحب طلب یتیمی باشد یا مجنونی یا سفیهی که حاکم ولی ایشان باشد که ولایتا می تواند حجر کند. و همچنین هر گاه بعضی از آن قبیل باشند و بعضی دیگر از سایر ناس باشند و التماس حجر هم نکنند. و اما هر گاه دیون از غایبی باشد حجر نمی تواند کرد. چون ولایت او بر غایب در حفظ مال او است نه آنچه را غایب در ذمه مردم دارد. بلکه همان حفظ مال غایب را می کند. چنانکه در 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 ولیکن آنها التماس نکنند، حجر نتواند کرد. و این مشکل است در صورتی که طلب یتیم و سایر مولی علیهم زاید بر مال مفلس باشد ۱. و تا حاکم حکم نکند به حجر بعد التماس آنها، او را منع از مال نمی توان کرد. و بدان که: هر گاه حاکم حجر کرد با شرایط در دیون حاله، و قبل از آنکه تقسیم کند طلبکار دیگری پیدا شود و ثابت شود طلب او، او را هم باید شریک کرد هر گاه ثابت باشد که در حین حجر دین او هم حال بوده و موعد آن رسیده بوده است. و اما هر گاه در حین حجر بعضی از دیون مفلس حال نبوده ولیکن 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 خلاقی 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 ذمه او را ابراء کند ولی چنین احتمالی در مورد سایر مولی علیهم وجود ندارد و حاکم مسئول حفظ هر نوع مال و حقوق آنها است و ممکن است مراد صاحب مسالك نیز همین باشد

---

[ ٤٧١ ]

ولکن اشکال در این است که آیا قسمت را بر هم میزنند و از نو قسمت می کنند؟ یا آنکه حصه او را سر شکن می کنند بر غرما و بقدر الحصة از هر کدام پس میگیرد؟ علامه در ارشاد تصریح به اول کرده. و همچنین در تذکره، و قول دوم را احتمالی قرار داده. و در 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 بنا بر 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 رقیهء عبد؟. بنا بر ثانی قسمت " حقیقه؟ " می شود. 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 میگیرند. و هر گاه از باب قسمت حقیقه باشد، باطل است. چون قسمت کل واقع شده است ما بین بعضی مستحقین. و بر این متفرع می شود مسائل بسیار. و اظهر قول دوم است. و دور نیست که همین سخن در صورتی که حصول دین و رسیدن موعد آن بعد از حجر و قبل از قسمت باشد، هم جاری باشد، که هر گاه بعد از قسمت پیدا شود باز همین دو قول در این جاری باشد. چنانکه آخوند ملا احمد (ره) احتمال آن را داده. و بدان که: آنچه مذکور شد که " باید حجر حاکم به التماس غرما باشد نه سر خود " شرط نیست که به التماس هم باشد. بلکه هر گاه بعضی از ایشان التماس کنند هم جایز است حجر کند. اما به شرطی که مال مفلس کمتر از طلب همان شخص باشد. و هر گاه کمتر نباشد حجر نمی کنند. و در صورتی که کمتر باشد و حجر کند نفع حجر به دیگران هم می رسد. و میان همهء ارباب طلب که موعدشان رسیده قسمت می شود. 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 می گوئیم که: آنهایی که موعد طلب ایشان نرسیده حقی ندارند. و آنهایی که غایباند و موعد طلب ایشان رسیده باشد (هر گاه مال مفلس کمتر از طلب اینهایی است که حاضرند و التماس حجر می کنند)

---

### [ ۴۷۲ ]

جایز است حجر. و بعد حجر حصهء غایب را هم باید بر آورد کرد، و حاکم نگاه میدارد از برای او تا بیاید. **۲۰۹- سوال:** هر گاه چند نفر صغیر باشند که اموال آنها مخلوط است، و ولی متوجه انفاق آنها است از مال خودشان. آیا تکلیف ولی در نفقه و کسوهء ایشان چه چیز است؟ حساب نان آنها و خرج آنها را چگونه نگاه دارد که زیاد و کم نشود؟

**جواب:** لباس آنها تفاوت دارد. باید بزرگی و کوچکی [ را ] منظور داشت. و همچنین در نوع لباس از ابریشم و پنبه و کتان تا مال کوچک ضایع نشود. و در خوراک جایز است تسویه آنها در حساب نفقه. چنانکه علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و ظاهر تذکره هم این است. و دلیل مسئله در ملاحظهء مدارک، معلوم است. چون گاه است که مثلا 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

الكسوة فعلى كل انسان منهم ثمن كسوته. و اما الطعام فاجعلوه، جميعا، فان الصغير يوشك ان يا كل مثل الكبير " ۱ و علاوه در تذکره به این جهت استدلال کرده و هر چند در سند آن محمد بن فضیل ۲ هست و لکن علامه در مختلف مکرر تصریح کرده " حدیثی را که محمد بن فضیل از ابی الصباح روایت کرده و مضمون آن هم موافق نفی عسر و حرج است. " و در تذکره که کتاب " نقل خلاف " است خلافتی هم نقل نکرده. و این ادبیس نیز در سرایر تصریح کرده است به

---

۱: وسائل: ابواب ما یکنسب 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 می کند

---

### [ ۴۷۳ ]

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 نمی آید 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 نمی‌خورند و بعضی پنیر نمی‌خورند و دیگرها می‌خورند. مسامحه در اینها کردن بسیار مشکل است، بلکه صورتی ندارد. و چون تزییع مال صغیر است پس ولی باید حساب اینها را نگاه دارد. و در امر نان چون غالب این است که یکجا می‌گیرند و یکجا می‌برند و در سر يك سفره می‌خورند، حساب کم و زیاد آن غالبا مستلزم حرج و عسر است. و همچنین مثل برنج مطبوخ و هریسه و امثال آن. و آن را هم در صورتی می توان مسامحه کرد که تفاوت کم باشد. چنانکه گفتیم.

**۲۱۰- سوال:** آیا جائز است که ولی مال صغیر 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 ملاحظه مصلحت و عدم اضرار. چنانکه آیات قرآنی و اخبار ۱ دلالت بر آن دارد. مثل قوله حق تعالی " وان تخالطوهم فاخوانکم والله يعلم المفسد من المصلح ". بلکه گاه است که مستحب است چون اصلح است، مثل اینکه آرد او را با آرد خود خمیر می کند که خرج علی حده در طبخ آن نباشد، هر چند نمک و هیزم را با او محسوب دارد، لکن فرق است ما بین اینکه



جدا خمیر کنند و جدا تنور بسوزاند از برای طبخ. و همچنین بلکه بهتر این است که در این امور هم مسامحه کند و احتیاطا خوراك

۱: رجوع کنید به روایات باب ۷۲، از ابواب " ما یکتسب به "، وسایل: ج ۱۲

#### [ ۴۷۴ ]

صغیر را کمتر از یکی از عیال‌های خود که بر وزن او باشد حساب کند. و به هر حال با وجود ملاحظه‌ء مصلحت هر گاه مخلوط کردن اصلاح است، مخلوط کند. و هر گاه جدا کردن اصلاح است جدا کند. و در صورتی که مخلوط کرد و ضبط تفاوت خوراك را نتواند کرد و فرق واضحی ما بین او و عیال او نباشد، جایز است که او را مثل یکی از عیال خود محسوب دارد. اگر چه افضل این است که بر او کمتر از عیال خود محسوب دارد. و این که گفتیم در مثل نان خوردن است (چنانکه در مسئله پیش گفتیم). و اما لباس و تفاوت انواع ماکولات پس در آنجا البته باید حساب مال صغیر را نگاه دارد.

**۲۱۱- سوال:** آیا کسی که ولی صغار و قیم به امر آنها است، مستحق چیزی هست از مال آنها؟ و حلال است از برای او اخذ اجرت یا نه؟ -؟ و تا چه مقدار جایز است؟.

**جواب:** در این مسئله خلاف است. بعضی گفته‌اند که مستحق اجرة المثل است 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 می شود که احد قولین شیخ در نهاییه که عمل به کفایت است مقید به فقر نیست. و همچنین از شهید در شرح ظاهر می شود که قولی هست به اختیار کفایت مطلقاً، و خود اختیار قول دیگر کرده و آن این است که اقل امرین را میگیرد، به شرط فقر لا غیر. و این کلام مقداد است در کنز العرفان. و اختلاف در مسئله به خاطر اختلاف اخبار و فهم آیات قرآنی است. و ارجح در

#### [ ۴۷۵ ]

نظر قول به ثبوت اجرة المثل است مطلقا، و دلیل آن این است که عمل غیر محرم است و محترم است که ماذون فيه. بل مطلوب و مامور به است. پس مستحق اجرت می شود، چون مفروض این است که تبرعا نکرده، و هر گاه قایل به اجرت نشویم لازم می آید اضرار ولی که اوقات خود را بلا عوض صرف یتیم کند. خصوصا هر گاه شغل بسیار داشته باشد و مستحق چیزی نباشد. و اگر ترك عمل کند لازم می آید اضرار یتیم و ضرر در اسلام منفی است. و حمل " معروف " در آیه بر این معنی اولی است از حمل آن بر نفقه و کفایت، چون در این جهالت است. و گاه است که عمل مساوی نفقه و کفایت ولی، نباشد. و معایب بسیار بر آن وارد می آید. و 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. چنانکه استاد ما (ره) رد " تعلیقه رجال " تحقیق کرده و او ثقه است. و همچنین ظاهر منقول از ذخیره این است که " حسن کالصحیح " باشد ۲ " قال سنلت 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 السری کرخی از اصحاب امام صادق (ع) می باشد و توثیق شده است مشروط بر اینکه در سند روایت به لفظ " کرخی " تصریح شده باشد. زیرا دو شخص دیگر به نام " علی بن سری کوفی " و " علی بن سری عبدی کوفی " هستند که مجهول می باشند و ممکن است افراد ناشناخته ای باشند و ممکن است مراد از هر سه عنوان، 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 کاملا مجهول می باشد. و اگر او همان ابن سری کرخی است در این صورت موثق می شود با دو شرط بالا که هیچکدام از آن دو مسلم نیست. و علاوه بر این، خیلی بعید است که 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 اینصورت آن توثیقی که (تنها توسط نصر بن الصباح) از وی شده کمی دچار تردید میگردد زیرا متون رجال در عصر امام رضا (ع) چنین شخصی را تحت عنوان " سری " یا " ابن سری " یاد نکرده اند. لیکن تحقیقی که مرحوم میرزا از آن یاد می کند که توسط مرحوم بهبهانی استاد او انجام یافته و نیز مطلب ذخیره در دسترس ما نیست تا چگونگی آن روشن شود. و در هر صورت بدیهی است که نمی توان این حدیث را تحت عنوان " ظاهر آن صحت " است قرار داد و حتی دشوار است که " حسن کالصحیح " نامیده شود. اما پیام حدیث با اصول مسلم عقلی و واقعیات عینی تایید می شود. ۱: وسایل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به باب ۷۲ ح ۵. ۲: مجمع البیان ذیل آیه ۶ سوره نساء. ۳: وسائل همان مرجع، ح ۴. ۴: همان آیه ۶ سوره نساء. ۵: در نسخه: ویا فرصت دادن نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب به شهوات و ...

---

[ ۴۷۶ ]

یا کل منه؟ فقال: ینظر الی ما کان غیره یقوم به من الاجر لهم، فلیا کل بقدر ذلك " ۱. و در مجمع البیان گفته است که " والظاهر فی روایات اصحابنا ان له اجرة المثل، سواء کان قدر کفایته او لم یکن " ۲. و

اطلاق موثقه حنان بن سدیر نیز دلالت دارد " قال: قال ابو عبد الله - ع - سنلنی عیسی بن موسی عن القیم للایتام فی الابل، ما یحل له منها (؟) قلت: اذا لاط حوضها و طلب ضالتها و هنا جرباها، فله ان یصیب من لبنها فی غیر نهك لضرع، و لا فساد نسل ۳ " و به این مضمون روایات دیگر هم هست، و ظاهر آیه موهم اشتراط فقر است چون فرموده است " ومن كان غنيا فليستعفف " ۴ [ و آن ] مدفوع است به منع دلالت آن نیز به وجوب، بلکه علامه در مختلف گفته است که اشعاری در آن نیست به وجوب. بلکه مفهوم آن اولویت است. و همچنین در تذکره گفته است که مفهوم آن استحباب است. و شاید منظور علامه این باشد که معنی استعفاف، طلب باز داشتن نفس است، یا نفس را مهیای ترک شیی کردن. و شکی نیست که آنچه واجب است بر آدمی ترک حرام است. و اما نفس را مهیا و مستعد کردن از برای ترک حرام پس آن مستحب است. پس همچنانکه چیزی که از وسایل محرم است - مثل صرافی و کفن فروشی - مکروه است (چون منتهی می شود گاهی به حرام که ربا و حب موت - خلیق است) [ همچنین ] فرصت ندادن [ به ] نفس و مجاهده فرمودن بر اجتناب از شهوات و قلع ماده آنها که وسیله ترک حرام است،

---

#### [ ۴۷۷ ]

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 می شود. و " مطلوب منه " نفس ولی، یعنی باید طلب کند ولی عفاف را از نفس خود. پس هر گاه مامور به، جناب اقدس الهی، نفس ترک اکل بود بایست بفرماید " فلا تاكل " پس معلوم شد که " مامور به " این است که ولی از نفس خود عفاف را بطلبد. و ظاهرا عفاف ملکه امتناع از محرّمات است. و وجوب تحصیل ملکه معلوم نیست. بلکه معلوم است که مستحب است. پس در اینجا مدلول ماده صیغه با هیئت آن، تنافی دارند و تقدیم ماده اولی است بر هیئت. پس اختیار تجوز را در هیئت باید کرد. غایت امر تعارض و تساقط است و اصل " عدم وجوب " است، چنانکه در " فاستبقوا الخیرات " ۱ همین را می توان گفت. و مؤید آن است آیه " و لیستعفف الذین لا یجدون نکاحا " ۲ زمخشری در کشاف گفته است " ولیجهد فی العفة و ظلف النفس، کان المستعفف طالب من نفسه العفاف و حاملها علیه ". و همچنین مقدار در کنز العرفان و غیر او. و اینکه اهل لغت گفته اند " معنی عف: کف و امتنع عمالا یحل، کاستعفف و تعفف " منافات ندارد با آنچه ما گفتیم. چون اغلب این است که در لغت تفسیر حالات را می کنند نه ملکات. خصوصا در اینجا که وقوع فعل بر مفعول خاص شده، چون متعدی به کلمه مجاوزه ۳ شده. پس ناچار " استعفف " هم هر گاه متعدی شده با آن و گفته شود که " فلان استعفف عن الزنا " معنی آن ترک زنا خواهد بود. بخلاف "

رجل عف " و " عفيف " و " مستعف ". وشكى نیست که معنی حقیقی باب " استفعال " طلب فعل است. و هر گاه استعف " به معنی " عف " شد دیگر معنی از برای " سین " باقی نمیماند. و اینکه صاحب

---

۱: آیه ۱۴۸ بقره. ۲: آیه ۳۳ نور. ۳: مراد لفظ مقدر " عن " می باشد که تقدیر آیه چنین باشد " ومن كان غنيا فليستعفف عن اكل مال اليتيم "

---

### [ ۴۷۸ ]

کشف گفته در ما نحن فيه که " سین از برای طلب زیادتی عفت است " مراد او مبالغه در " امر به عفت " [ است ]. چون زیادتی لفظ دلالت بر زیادتی معنی می کند مانند " قر و استقر ". نه اینکه سین از برای کثرت فعل است. تا بر او وارد آید که سین از برای طلب اصل فعل است، نه کثرت آن. والحاصل: گویا که بسیاری از علما در این مقام، غافل شده‌اند از نکته " مأمور شدن شخص به طلب فعل از خودش " و تفسیر کرده‌اند این را به حاصل مراد که " طلب ترك اكل " است خصوصا به ملاحظه اینکه اهل لغت هم گفته‌اند " يستعفف " به معنی " يعف " است. و تو میدانی که تا ممکن بشود حمل لفظ بر حقیقت، عدول از آن به مجاز، صورتی ندارد. و محمل زمخشری از برای " سین " هم بعد از عدول از معنی حقیقی است و اراده مجاز است. پس نکته خواسته ۱ از برای ذکر لفظ مجازی با تمکن از حقیقی، با وجودیکه مراد از هر دو یکی باشد [ و به همین جهت ] گفته است که برای مبالغه است چون زیادتی مبانی دلالت بر زیادتی معانی دارد. با وجود اینکه می توانیم گفت که هر چند ماده " عف " در لغت " امتنع " و " كف " باشد لکن در عرف از آن، ملکه کف و امتناع میفهمیم، که در اصل عفت به معنی ملکه مأخوذ است و عرف مقدم باشد بر لغت. و مؤید آن است تغییر اسلوب که در آنجا فرمود " لا ياكل " و در اینجا فرمود " فلياكل ". و ایضا امر در " فلياكل " در حقیقت خود مستعمل نیست بلکه رخصت است که " عقیب حطر " واقع شده. چون قبل از این " ولا تاكلوها اسرافا و بدارا ان يكبروا " فرموده است، چون مباشرین امور یتامی اسراف میکردند در خوردن مال آنها و شتاب میکردند و مبادرت میکردند بر اکل (یعنی پیش میانداختند که مبادا بزرگ شوند و از دست آنها بگیرند) ۲ حق تعالی منع کرد

---

۱: یعنی: پس زمخشری در صدد یافتن نکته و قرینه‌ای است از برای ذکر لفظ در معنای مجازی... ۲: به نظر می رسد مراد از " اکل بدارا " و اکل اسراف " در اینجا به معنی خوردن بدون ملاحظه و بدون حساب و کتاب باشد. و مراد از " اکل بمعروف " آن نوع رفتار در برخورد با مال یتیم باشد که وجدان عرف آن را امضاء نماید. در این مورد در آخر همین مسئله توضیح بیشتری داده خواهد شد

آنها را از اکل اموال یتامی، و بعد از آن رخصت داد از برای فقیر به اکل 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 کلمه "اشهدوا" بعد از آن نیز باید حمل بر ارشاد یا استحباب کرد. و به هر حال با وجود اخبار و فهم علما و عدم وضوح دلالت، اعتمادی بر دلالت آیه بر وجوب ترك اجرت بر غنی باقی نمیماند. 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 جمله قبیح شمرده نمی شود، پس داخل مدلول آیه است. و هر گاه معروف را به معنی "معهود" بگیریم همانچه معهود و متعارف است در عمل اجرة المثل است. و اما تفسیر آن به "قوت" چنانکه 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 صحیحه 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 خابیدن و بلعیدن (چنانکه در آیه سوره نور) یا مطلق تصرف [است] چنانکه غالباً در آن استعمال می شود. و ظاهر این است که مراد از آن در آیات و اخبار اکل مال یتیم و اکل ربا [به] معنی دوم باشد. و به هر يك از دو معنی آیا مراد خوردن ولی است؟ یا نفقه عیال واجب النفقه [او]؟ یا اعم از آن هم مراد است؟ و به هر يك 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 ج ۱. ۲: تهذیب ج ۲، باب "الزیادات من الوصایا" ص ۴۰۱

قوت او و عیال او اضعاف مال یتیم است، چه جای اجرت عمل او. پس باید که این مجملات حمل شود بر مبین که مقتضای روایت هشام است، و آنچه به معنی آن است. پس باید بگوئیم که مراد از قوت مؤنه آن است، نه خصوص خوردنی (چنانکه در لفظ اکل گفتیم). و تخصیص بدهیم قدر آن را به اجرت المثل چنانکه مقتضای قاعده و اخبار است. و توهم اینکه "اخبار به حسب سند صحیحتر است و تخصیص موقوف است به مقاومت"، ضعیف است. زیرا که بر فرض تسلیم عدم مقاومت در سند، [لیکن تمسک

به آن [ در وقتی خوب است که دلالت واضح باشد و تو دانستی که دلالت آن اخبار واضح نیست، علاوه بر این که آیه شریفه اقوی است از اخبار، و اکثر افراد اخذ قوت خلاف " معروف " است، و اخذ اجرت المثل مطلقا معروف است. و تخصیص آیه به سبب این اخبار با وجود آنکه نسبت ما بین معروف و قوت عموم من وجه است و محتاج است به مرجع. و تخصیص اخبار اولی است از تخصیص آیه، چون آیه معاضد است به عقل و نقل، قطع نظر از اینکه آن کتاب است و این خبر واحد. پس باید گفت که مراد از قوت در اخبار قوتی که در نظر عرف " منکر " نباشد. و تحدید آن به اقل اجرت المثل هم دلیلی ندارد، زیرا که گاه هست که آن هم منکر است در صورتی که صغیر عمل بسیار داشته باشد و اگر ولی متوجه کسب خود شود مداخل بسیار دارد و به سبب متوجه شدن [ به ] مال صغیر از عمل خود باز میماند و اخذ اجرت المثل اضرار است به ولی. خصوصا هر گاه بگوئیم مراد از قوت، قوت خود ولی است نه عیال او. و خصوصا هر گاه مراد " خوردن و بس " ۱ باشد. اما بعضی بیانات جزئی که در قوت وارد شده مثل روایت حسان بن سدير 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

---

#### [ ۴۸۱ ]

"عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان فقيرا فلياكل بالمعروف - فقال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا باس ان ياكل بالمعروف اذا كان يصلح لهم اموالهم، فان كان المال قليلا فلا ياكل منه شيئا " الحديث ۱. وجه تائید این است که کسب مردم به قدر معاش ایشان است پس به قدری که منع از کسب معیشت می کند از مال صغیر بر میدارد. و لازم آن غالبا اجرت المثل است که مساوی عمل اوست از برای معیشت. یعنی آنچه کسب میکرد از برای معیشت که غالبا مساوی اجرت عمل اوست بردارد. پس اگر مال کم باشد (یعنی مانع او نمی شود از کسب معیشت) پس بر ندارد. چون غالب این است که محتاج به عمل نیست. و یا در صورتی که محتاج به عمل قلیلی باشد که مانع از کسب معیشت او نیست بر ندارد. و در این وقت محمول باشد منع بر کراهت. و به آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف احد قولین شیخ و ابن ادریس که اخذ " مقدار کفایت است به شرط فقر ". زیرا که دلالت امر بر وجوب ترك غنی، ممنوع است. و اخبار کفایه هم اجمال دارد و دلیل ایشان همان ظاهر آیه است (چنانکه ابن ادریس گفته) و اخباری که وارد شده در تفسیر آیه به قوت. و مؤید آن است موثقه سماعه " عن ابی عبد الله - ع - فی قول الله عز وجل - فمن كان فقيرا فلياكل بالمعروف - فقال: من كان پلی

شيئا لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى اموالهم و يقوم فى ضيعتهم فلياكل بقدر و لا يسرف. و ان كانت ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يزران من اموالهم شيئا " ٢ چون ظاهر اين است كه كفايت و نفقه را از اكل استفاده کرده‌اند، و اينكه بر سبيل معروف باشد يعنى بر سبيل اسراف نباشد، از لفظ معروف. و اين مناسب كفايت است نه اجرت المثل. و مى توانيم گفت كه مراد از " قدر " اجرت المثل باشد. چون آن است اندازه در اعمال. و اسراف عبارت باشد از زيادتى بر آن. و اگر تسليم كنيم ظهور در كفايت را سخن‌هاى سابق نيز بر حال خود باقى است. يعنى اجمال در اكل خود و عيال، و تفاوت حال نسبت به اشخاص اوليا و عيال و مال ايتام، به سبب قلت و كثرت. و همچنين ظاهر شد ضعف قول ديگر شيخ در نهايه كه

---

١: همان مرجع: ح ٢.٣؛ همان مرجع: ح ٤

---

#### [ ٤٨٢ ]

همين قول باشد بدون شرط فقر. و دليل آن نيز همين دليل است يا حمل آن به استحباب استعفاف ١. و همچنين ضعف قول به " اخذ اقل الامرین به شرط فقر. و دليل آن اين است كه كفايت اقل است از اجرت. پس همين كه كفايت را اخذ كرد غنى مى شود و واجب مى شود بر او استعفاف به مقتضى ظاهر آيه كه امر به استعفاف است. پس همه اجرت را كه زايد بر كفايت است نمى تواند گرفت. و اگر اجرت المثل اقل است از كفايت، او مستحق بيش از اجرت عمل خود نيست. و اگر عمل براى مكلفى ديگر ميكرد مستحق بيش از عوض عمل خود نبود. پس بطريق اولى هر گاه از براى يتيم باشد چنان خواهد بود. و اين دليل ضعيف است. اما اولاً: پس به جهت اينكه اين سخن مبتنى است بر اينكه اين بناى رخصت و معامله شارع با ولى از باب " جعالة " باشد كه مستحق اجرت نشود مگر به اتمام عمل، نه از باب " اجاره " كه به مجرد عقد اجرت ملك موجد شود. و هر گاه از باب اجاره باشد پس اين قرار داد از براى فقير منافات ندارد باغناى او بعد از عقد اين معامله و شروع در عملى كه از جانب شارع مامور به، است ١ و پس از احتياج مال يتيم به عمل هر گاه ولى مصداق فقير است پس صادق است كه شارع او را در بند عملى كرده در وقتى كه فقير بوده كه عوضى از براى او باشد هر چند با اخذ عوض نمى شود. و اين شبیه است به اينكه شارع تجويز كرده كه به فقير زكات دهند به قدر غنى بالغاً ما بلغ. و ظاهر اين است كه اين معامله از عالم اجاره باشد. پس چون غالب اين است كه متوجه شدن بر مزرع صغير و متاجر آن، مستوعب اوقات متماديه است كه اتصال در آن منظور است. و كسى كه خود را آلوده به آن مى كند بنا ميگذارد كه آن عمل متمادى كه در عادت به يك روز و دو روز نمى شود قبول كند. و

چنین نیست که کسی که متوجه امر زراعت صغیر می شود امروز که گاو می خرد مستحق عوض آن بشود، و ساعت دیگر که بیل می خرد مستحق عوض آن شود، و هکذا تا آخر سال. و ملاحظه این، معنی عسرو

---

۱: و در نسخه: یا حمل آن باستعفاف بر استحباب. ۲: عبارت نسخه: و شروع در عمل واز جانب شارع مامور به است

---

[ ۴۸۳ ]

خرج عظیم است. با وجود اینکه فرض مستدل که " هر گاه کفاف را گرفت غنی می شود " اگر مراد در آخر کار است، قبل از گرفتن بر او صادق است که فقیر است. و غنای بعد منافات با فقر قبل ندارد، و اگر مراد او این است که هر گاه یوما فیوما نان خورد غنی می شود، پس بر فرض تسلیم این معنی، این غنای ساعت و روز است. و غنای ساعت و روز منافات با فقر مطلق ندارد که مقتضای آیه است. و اگر گفته شود که: مراد مستدل این است که این از باب جعله نیست و از باب اجرة است لکن مراد از غنی اعم از غنی بالقوه، چنانکه در زکات شرط است که مستحق آن، کسی باشد که مونهء سال نداشته باشد، یا قادر بر کسبی نباشد که وفا کند به آن. که اینها فقیر نیستند بلکه غنیاند. پس مراد این است که چون ولی در صورتی که کفایت او کمتر از اجرت المثل باشد قادر است بر اینکه متوجه اصلاح مال یتیم شود و به قدر کفاف صرف کند، پس او غنی خواهد بود و غنی مامور است به استعفاف از آن زاید. گوئیم: که متبادر از آیه فقر و غنای بالفعل است [ با ] قطع نظر کردن از مال صغیر، نه غنای بالقوه، خصوصاً غنائی که از مال یتیم حاصل شود. و با تسلیم این (با وجود کمال بعد بلکه وضوح فساد) دلالت آیه بر وجوب استعفاف، ممنوع است، چنانکه گذشت. واما ثانیاً: پس می گوئیم: که مراد از اکل اگر خوردن متعارف است که خائیدن و فرو بردن است و بس. و رخت پوشیدن و مسکن داشتن و غیر آن داخل نیست. پس اگر روال فقر از خوراک منشأ غنای از لباس و غیره نمی شود و تا داخل " من کان غنیا فلیسعف " باشد. خصوصاً با احتیاج عیال او در خوراک. و اگر مراد از اکل اخذ و تصرف باشد به جهت مطلق معیشت، پس حکایت اجمال پیش میآید و اینکه مراد از " معروف " چه چیز است و مقدار آن چه چیز است؟ - و گاه هست ولی خرج بسیار دارد و عیال بیشمار و مال یتیم کم. و اخراج کفایت، منشأ اضرار. و در این معنی تحدیدی از شارع معلوم نمی شود .

---

[ ۴۸۴ ]



بلی در اینجا می توان گفت که تحدید حاصل است به ملاحظه اجرة المثل. یعنی جایز است تصرف مادامی که زاید بر اجرت المثل نشود. پس تکیه عمده به همان منع دلالت آیه است بر حرمة اخذ اجرت غنی، و روایت هشام و امثال آن. و تتمیم کلام در این مقام محتاج است به ذکر چند چیز: اول اینکه: لفظ غنی در آیه ممکن است که مراد از آن غنی عرفی باشد. و محتمل است که غنی شرعی باشد، یعنی کسی که مؤنه سال خود و عیال خود را داشته باشد. و دور نیست که مراد کسی باشد که محتاج به اخذ مالی یتیم نباشد در گذران خود و معیشت سال خود که مناسب معنی شرعی باشد و روایت ابی الصباح به آن اشاره دارد. دوم اینکه: آیا فقیر آنچه بر میدارد (بنابر قول به استحقاق کفایت) آیا از باب " امتناع " است؟ یا از باب تملیک؟ 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 نمی تواند بردارد. مگر اینکه قرض کند به نیت اینکه از آن مال بدهد. و اما بنابر قول " به استحقاق اجرت المثل " پس ظاهر آن، تملیک است و تفاوت نمی کند تقدیم و تاخیر. سوم اینکه: استحقاق اجرت و عوض در صورتی است که عمل را تبرعا نکرده باشد، پس هر گاه تبرعا کرده مستحق چیزی نیست. اما هر گاه غافل شود از قصد اخذ و عدم آن، در مسالك گفته است که ظاهر جواز اخذ است، چون مامور است به عمل از جانب شارع. پس مستحق عوض است مادامی که نیت تبرع نکند، زیرا که عمل محترم است. چنانکه هر گاه مکلفی او را امر کند به عملی که در آن اجرتی باشد چنانکه در باب خود ذکر کرده اند خصوصا بنابر قول " به کفایت "، که حق تعالی اذن داده برای برداشتن بدون تقیید به قصد عوض برداشتن. و این استدلال در نظر حقیر خالی از اشکال نیست. زیرا که امر الهی عباد را به عملی از برای دیگری شبیه نیست به امر بعضی از مکلفین بعضی را به عمل. چون او مالک رقاب عباد است. پس چنانکه بر بندگان واجب کرده انفاق واجب النفقه را بلا عوض، چه مانعی دارد که امر کرده باشد به حفظ مال اینها بلا عوض. غایة امر این است که امر به عمل مستلزم ترك

---

#### [ ٤٨٥ ]

اخذ نباشد لکن منافات با جواز اخذ نداشته باشد. چنانکه در صناعات کفائیه. اما ثبوت استحقاق اخذ، پس آن محتاج است به دلیل. و از اینجا است که در بعضی صور تکلیف مکلفین همدیگر را، نیز خلاف دارند. مثل جائی که عمل از [ اعمالی ] نباشد که در عرف و عادت بر آن اجرت گیرند لکن آن شخص مامور از آن اشخاص است که بر آن عمل اجرت میگیرد. زیرا که دلیل مسئله " امر مکلفین " همان است که امر به استیفای منفعت محترمه کرده که قیمتی دارد در عرف، و تضييع آن جایز نیست. چنانکه در اجارهء معاطاتیه است. و از اینجا ظاهر شد که در اصل دلیل اول که بر " مذهب مختار " اقامه کردیم

محل اشکال هست. و تتمیم آن به دلیل نفی ضرر به ولی و یتیم، محتاج الیه نیست. زیرا که نفی ضرر خود دلیلی است مستقل. پس اولی تمسک به اطلاق آیه و اخبار است که شامل [ و غیر ] ذاهل هستند. 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. چنانکه گفتیم که از باب امتناع باشد نه تملیک. چهارم اینکه: مراد از ولی در اینجا کسی است که قسرا ولایت به او رسیده باشد مانند جد یا به اختیار قبول ولایت کرده باشد مانند وصی. اما هر گاه متبرعی نباشد و حاکم کسی را خواهد تعیین کند و بدون اجرت راضی نشود پس گویا اشکالی در جواز اخذ اجرت نباشد (هر گاه نیت تبرع نکرده باشد) هر چند غنی باشد. و آخوند ملا احمد (ره) در آیات احکام جواز این را بر سبیل امکان و احتمال قرار داده در صورتی که متبرعی نباشد و [ گفته است ] بلکه از کلام ایشان ظاهر می شود که جواز اخذ اجرت اولیا نیز در وقتی است که متبرعی نباشد. 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 ایتم 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

---

#### [ ۴۸۶ ]

صحیحهء عبد الله بن سنان و غیره وارد شده که مراد وصی و قیم است هم منافات با آن ندارد. چون ایشان را عرفا نیز قیم می گویند و حقیقت شرعی در آن ثابت نیست که باید به اذن حاکم باشد، خصوصا هر گاه عدول مؤمنین باشند یا عدول مؤمنین ایشان را نصب کرده باشند در صورت تعذر حاکم. پس ظاهر این است که در صورت تعذر حاکم عدول مؤمنین توانند حسبنا شخصی را قیم کنند و اجرتی از برای او از آن مال قرار دهند. و همچنین از برای حفظ مال غایب، هر گاه متبرعی نباشد. ششم: این خلافات و اشکالات در صورتی است که اجرتی از برای ولی وصیت نشده باشد. اما هر گاه موصی اجرتی از برای او قرار داده باشد پس ظاهر این است که اشکال در جواز نباشد، هر گاه به قدر اجرت المثل باشد. و از تنقیح نقل شده است که خلافتی در این نیست. و همچنین هر گاه زاید بر اجرت المثل باشد و از ثلث مال، بر آید. و یا ورثه در قدر زاید اجازه کنند. و همچنین هر گاه تعیین مقدار را نکرده باشد که در این حال نیز اعتبار ثلث و اجازه در زاید را باید کرد. هفتم: آیا این احکام مختص مال یتیم است؟ یا در مطلق صغیر هم، چنین است؟. هر چند الحال از کتب اصحاب تصریحی به آن در نظر نیست و لکن عبارت مسالك دال بر عموم است. چون در عنوان مسئله گفته است " المراد بالمتولی لمال الیتیم من

له عليه ولاية شرعية، سواء كانت بالاصالة له كالأب والجد، ام لا كالوصى " بعد از آن نقل اقوال در مسئله کرده است. پس گویا مراد ایشان از یتیم در اینجا صغیر باشد. و این دور نیست، و تعلیلات در اخبارهم اشاره به آن دارد. هشتم: بنابر قول به جواز اخذ اجرة المثل، از برای غنی مکروه است اخذ. زیرا که اقل مراتب امر استحباب است، و استحباب ترك فعل، مستلزم کراهت آن است. نهم: هر چند اطلاق کلام فقها عدم فرق است میان اینکه مال کم باشد یا زیاد. لکن بعضی اخبار دلالت بر اشتراط کثرت مال دارد. مثل روایت ابی الصباح کنانی که پیش گذشت، و غیر آن. و احوط اجتناب است. دهم: ظاهر این است که این استحقاق در وقتی است که عملی بکند که مستحق

#### [ ۴۸۷ ]

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 گوشه خانه او باشد، پس اکل از آن مال صورتی ندارد، و اشاره به آن در اخبار متقدمه شده، و دلالت می کند بر آن خصوص آنچه در مجمع البیان و تفسیر عیاشی از حضرت صادق (ع) روایت شده در تفسیر آیه فرموده " هذا رجل تحبس نفسه للیتیم علی حرث و ماشیة و یشغل فیها نفسه، فالی 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 بر نخوردم. و شاید مراد روایت دوم جواز قرض بر داشتن ولی باشد از مال صغیر، قطع نظر از اجرت عمل. چنانکه در محل خود مذکور است. ۴

۱: وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۲ ح ۹ - تفسیر عیاشی: ج ۱ ص ۲۲۲. ۲: همان مرجع: ج ۱۱. ۳: همان مرجع: ج ۷ - مجمع البیان: ج ۳ ص ۴۰۹. ۴: شاید پس از اینهمه 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 " میگویم: اساسا موضوع بحث آیه " ولی " به عنوان ولی نیست. خطباتی از قبیل " لا تقریوا " و " لا تاكلوا " عام هستند. و همینطور اخبار و حدیث مربوطه. برای روشن شدن این مطلب ابتدا باید به نکات زیر توجه کرد: (۱): ولایت ولی عنوانی است که کاملا با کار گزاری يك کار گزار ومباشر 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 " نمی توانند برای انجام وظیفه ولایتیشان اجرتی بگیرند خواه در مورد یتیم و خواه در مورد غایب. شخص ولی صرفا " امین " است: (۲). اگر عدول مومنین کسی را به عنوان ولی بر صغیر بگمارند او نیز از این بابت مستحق چیزی نیست. (۳): اگر عدول مومنین کسی را با تعیین اجر و مزد بر صغیر بگمارند چنین شخصی ولی نمی شود بل يك کار گزار است که استخدام شده و ولایت صغیر مسئولیتی است که در گردن عدول میماند .

**۲۱۲- سوال:** هر گاه صغير 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 صغير مقدم است یا مشتری؟

(۴در 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 صغير پرداخت نمی شود بلکه از " ثلث " است که مال خود میت می باشد و ربطی به بحث ما ندارد. موصی می تواند مقدار ثلث مالش را به هر کسی ببخشد. ۶): همانطور که هر شخص می تواند تحت نظر ولی مال خود را با مال صغير مبادله و معامله کند، یا اجیر و مزدور و کار گزار صغير باشد همینطور هم خود ولی می تواند مبادله و معامله کند و یا اجیر و کار گزار حقوق بگیر صغير 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 نمی تواند برای انجام آن مزد بگیرد؟ و امور دیگر چیست که اگر ولی آنها را انجام دهد مثل سایر اجیرها و مباشرها و کار گزارها و کارگرها می تواند در قبال آن مزد بگیرد؟- پاسخ این سؤال معیارهای عرف است و عرف دقیقا میدانند که ولی نه نوکر است و نه مباشر و نه کارگر. ۸): اگر کسی که بر اساس وصیت یا تبرعا از جانب حاکم و عدول مؤمنین به ولایت انتخاب شده حاضر به انجام وظایف ولایت بطور مجانی نباشد، می تواند استعفا بدهد و مسئولیت ولایت مجانی، مجدداً به عهده عدول یا حاکم بر میگردد. البته در صورت پذیرفتن وصیت صحت استعفا مورد بحث است مگر اینکه واقعا ناتوان باشد. اینک بر میگردیم به اصل مطلب: محور سخن آیه " اکل " است. نه اجر و مزد. نه از باب " جعاله " و نه از باب " اجاره ". همانطور که گفته شد تکلیف صغير و اموال صغير 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 صغير مورد ولایتش، اینهمه نامشخص و " مجمل " و درهم و برهم باشد؟! آیه میفرماید هیچ کس حق خوردن مال یتیم را ندارد. شاید اموال همدیگر را تحت عناوین ظلم یا میهمانی و یا تعارفات معمول بخورید اما مال یتیم را نباید تحت هر نام و عنوانی بخورید. لفظ " بدار " در آیه یعنی هر نوع خوردنی غیر از طریق معاملات تحت نظر ولی. سپس میفرماید " کسی که فقیر است می تواند بخورد " و حدیث هم این جمله را تفسیر می کند و می گوید: مقصود کسی است که یا کار خودش را رها کرده و آمده چند روزی برای فقیر مجانا کار می کند چنین شخص خواه ولی باشد یا دیگری می تواند مثلاً نان چاشتی یا نهار را از مال صغير بخورد. و یا کسی که خودش را وقف

وهر گاه قبول دارد که [ فروشنده با ] ولایت فروخته، لکن مدعی خلاف مصلحت، باشد. و بینه در میان نباشد. قول کدام مقدم است؟. و هر گاه این دعوی به سبب بیع کردن کسی باشد که نه ولی بوده و نه وصی و نه حاکم شرع و دعوی کند بر او که بر وجه غیر شرعی فروخته. و از باب تصرف عدول

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

---

(حیس) برای فقیر کرده که نه اهل و عیال دارد و نه خانه و کاشانه‌ای و نه در فکر داشتن مال است... چنین کسانی پیدا میشدند و میشوند که من همین امروز شخصی را سراغ دارم که در خانه و املاک چند صغیر مشغول به کار است و با جان و دل برای صغار کار می‌کند و در خانه آنها همرا آنها می‌خورد و همه مخارجش از جیب صغیرهاست که پائینتر از حد " معروف " هم هست. و عملا و علنا مصداق " من کان فقیرا " هم 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 میدهد نه اساس اصول و فروع مسلم که شامل معاملات عموم مسلمین هستند از آن جمله معاملات با اموال صغیر. گویا منشاء اینهمه مباحث پیچ اندر پیچ دو چیز است: الف: وصیت موصی در تعیین اجر مشخص برای ولی ب: تعیین يك کار پرداز یا کار گزار از جانب حاکم و عدول مومنین برای اداره امور ایتم با اجرو مزد مشخص، که حقیقت هر دو مورد، بیان گردید و هیچکدام از آنها ولی نیستند هر چندی که ولی نامیده شوند. عامل دیگری که 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 می‌خورد، خوردنش " امتاع " است نه تملیک و همین طور کسی که خودش را وقف (حیس) 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 ۱: و در نسخه: ... و از باب تصرف عدول مؤمنین در حین تعذر که حاکم شرع نبوده

---

[ ۴۹۰ ]

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- سوال:** 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 سیل اجرت در تصرف برادرزاده او می باشد. و حال بفرمایند که مال آن دختر را می توانند تقسیم نمایند یا خیر؟ و بر فرض اینکه تقسیم توانند کرد، آیا برادر آن دختر مفقود الخیر از برادرزاده اش ادعای اجرت مدت مذکوره را می تواند کرد یا نه؟

**جواب:** مفقود الخیر را باید به اطلاع مجتهد عادل چهار سال در چهار جانب تفحص از او کرد. هر گاه هیچ خبری نشد اموال او را میانهء ورثه قسمت می کنند. و مادامی که غایب است و خبر از او نرسیده، ولی او حاکم شرع است. یعنی مجتهد عادل مال او را باید به دست امینی بدهد که محافظت کند بر سیل مصلحت. و منافع آن را ضبط کند تا خبری از او برسد یا از عمر او آنقدر بگذرد که در عادت آن زمان غالباً کسی بیش از آن عمر نمی کند. آنوقت ما بین وراثت قسنت می کنند. و عمر عادی را بعضی تحدید کرده اند به صد و بیست سال. و دور نیست که صد سال هم کافی باشد. و اگر دسترس به مجتهد عادل نباشد عدول مؤمنین مال غایب را ضبط کنند و به

---

[ ۴۹۱ ]

هر کی امین دانند بسپارند.

**۲۱۵- سوال:** شخصی آبی از چند نفر خریداری نمود که صغیر هم شرکت در آن آب داشته، و مشتری گفتگوی رسد صغیر را نموده که بدون اذن ولی صغیر، است. و اشخاص بایعین چیزی که گنجایش [ آن در ] قیمت وقت اضافه بر قیمت آب رسد صغیر است تنخواه قرار داده که به او رد نمایند. آن بیع صحت دارد؟ و غسل کردن و وضو ساختن به آن به جهت مشتری صحیح است یا نه؟ و بر فرض صحت، الحال چه باید کرد؟

**جواب:** 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 می توانند تصرف در مال او کرد. هر گاه به یکی از این وجوه معامله واقع شده معامله صحیح است، و وضو و غسل به آن آب، صحیح. والا باطل. و وضو و غسل صورتی ندارد مگر بر نهج معتاد از سر نهر، یا به قدر حاجت در این امور برداشتن. چنانکه در سایر آبهای غصبی، و آنهم برای غیر غاصب. واز برای غاصب صورتی ندارد.

**۲۱۶- سوال:** هر گاه صبی بگوید که برای من انزال اتفاق میافتد، و بلوغ او از غیر جهت انزال معلوم نباشد، به محض ادعای انزال، قول او مسموع است و عقد او ممضی است؟ یا باید به ثبوت شرعی برسد؟.

**جواب:** مادامی که نزاعی در میان نباشد ظاهر این است که قول او مسموع است در حق خودش و در حق کسی که تصدیق او کند. اما هر گاه نزاع در میان باشد و خصم او منکر باشد اظهر این است که قول او مسموع نیست.

**۲۱۷- سوال:** هر گاه بلوغ صبی ثابت شود و رشدی ثابت نباشد واحدی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند. آن عقد صحیح است یا نه؟ - و هر گاه عدم رشدش ثابت باشد [ چطور؟ ]. بیان فرمایند.  
**جواب:** در صورتی که عدم رشدش ثابت باشد اگر اختیار تصرف با او باشد تزییع مال می کند. از برای ولی هم امضای توکیل و عقد او جایز نیست. و عقدی که بشود آن عقد از اصل باطل است. و ظاهر این است که در صورت تشکیک در حصول رشد و عدم رشد، هم در

---

### [ ۴۹۲ ]

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 می شود به مهر المثل و آنچه زیادت کرده آن زیادتی باطل است.

**۲۱۸- سوال:** هر گاه عاقدی فهمیده باشد که صبی مادامی که بلوغ و رشدش به ثبوت شرعی نرسیده باشد نمی توان عقد وکالتی جهت او کرد. و صبی که ولی شرعی ندارد و شخصی را وکیل کند که زنی برای او عقد کند (با وجودی که به حسب انبات و سن بالغ نیست، واز او سوال شود که انزال شده بگوید بلی) وزنی را برای او عقد کند. و بعد از مقاربت بگوید انزال نشده بود و دروغ گفتم. و احتمال می رود که فرق میان انزال و تعوط نکرده باشد. آیا این عقد صحیح است یا باطل؟ -؟. و بر هر تقدیر مهر زوجه می رسد یا نه؟ -؟.

**جواب:** چون قول او در اول مسموع است (چون مدعی در مقابل ندارد) و توکیل و عقد او محکوم به صحت است - در صورتی که رشید باشد - پس بر او لازم است که حقوق زوجیت را به عمل آورد. و اینکه الحال می گوید دروغ گفتم، رفع حقوق زوجیت نمی کند. هر چند مؤاخذ باشد بر آنچه بر خودش لازم می آید .

**۲۱۹- سوال:** در صورت مزبوره، بعد از عقد وزفاف معلوم شده که داخل در سال چهارده شده بوده و عاقد مقلد آن قبله‌گاه باشد آیا این عقد صحیح است یا نه؟ -؟. هر چند رای عالی در بلوغ (در مرشد العوام اشاره شده است که اقوی) تمام شدن پانزده سال است.

**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

[ ۴۹۳ ]

### کتاب الحجر و تغلیس من المجلد الثالث.

**۲۲۰- سوال:** اذا اراد ولی الصغیر والصغیره الجمع بین اموالهما لیسهل علیه الامر فی المعاملة لهما. و كان لهما مال مشترك بينهما مجهول القدر فی کیس، و مال مختص بكل واحد منهما فی کیسین لا يعلم مقدارهما ایضا. فاراد ان یاخذ من الکیسین اثلاثا و یصب علی الکیس المشترك. و بنی علی ان یاخذ علی التدریج، فاخذ من الکیس المختص بالصغیره عشرة دراهم بارادة ان یاخذ بعده من المختص بالصغیر عشرين و صب علی المشترك. واتفق حین الصب انه كان تسعة و لا یدری ان الاشتباه هل وقع حین الاخذ او حین الصب (؟-؟) فما تکلیفة؟ و ما وجه الاستخلاص؟.

**جواب:** مقتضى اصل العدم کون ما اخذ [ ها ] تسعة. ولكن اذا كان مقصرا او اراد الاحتياط يدخل درهما فی المشترك (لیتم العشرة) من مال نفسه. و یاخذ العشرین من المختص بالصغیر و ينقله الى مجموع الصغیرین حسبنا بعنوان الهبة او المصالحة علی سبیل التردید بان یقصد فی النقل نقله الى الصغیره - لو كان الدراهم تسعة فی نفس الامر - لتحصیل المثلثة بينهما. او الیهما معا اثلاثا لو كان الدراهم عشرة. والظاهر ان مثل هذا التردید غیر مضر فی الانشاء ۱

**۲۲۱- سوال:** چه می فرمایند در اینکه کسی غایبی قدری قرض داشته. و خانه و باغچه دارد که در آن خانه شخص حاضری شریک است. و طلبکار غایب به خدمت ملازمان عالی عرضه نموده و ملازمان سر کار فرموده بودند که عالیجناب مقدس القاب آقا سید مهدی مبیعهء خانه نموده دین او را بعد از ثبوت و قسم ادا نماید. و شرکای خانه که حاضرند مدتی است که احتیاج به قیمت خانه دارند و میخواهند که بفروشند و به علت آنکه مبادا ضرر به مال غایب برسد به علت شراکت شخص خارج، نفروخته‌اند. و در این اوقات شرکای حاضر نیز کمال احتیاج به مبیعه دارند. و خانهء غایب هر گاه کلا فروخته شود علاوه بر دینی است که دارد. و آقا سید مهدی از علاوه احتیاط می کند که بفروشد و قدر دین را نیز به این علت

۱: ولعله " غیر مضر ان شاء الله ". لان عمله قد یصح من دون انشاء ایضا



---

[ ۴۹۴ ]

احتیاط می کند که هر گاه فروخته شود ضرر به آن باقی خواهد رسید یعنی موجب تلف مال غایب که باقی میماند می شود. هر گاه کلا فروخته شود مال غایب می توان عوض آن خانه ابتیاع نموده در مکان مناسبی که علی الظاهر مال غایب تلف نشود، به اینخصوص واجب بود که عرض شود که به هر نحو خدام عالی صلاح دانند مقرر فرمایند که مبیعه را نموده باشند که حق هیچیک 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 غایب (که شریک است در آن خانه) حاضرین در مال خود تصرف نکنند با کمال احتیاج. و چون ولی غایب حاکم شرع است در این صورت که شرکا حصه خود را فروخته، هر گاه مصلحت غایب را در این داند که خانه او را بفروشد و عوض آن خانه دیگر یا آنچه صلاح غایب است چنان کند و آن را محافظت کند. و هر گاه مصلحت داند به همان نحو شراکت بر حال خود بگذارد. و اما حکایت طلبکارهای غایب: باز باید حاکم شرع بعد از اثبات و قسم استظهاری، از مال غایب ادا کند. بلی اشکال در این است که چون خانه او از مستثنیات دین است، بیع آن جایز نباشد. و هر چند که اصل مسئله فی الجمله محل اشکال نیست و لیکن آنچه مستفاد می شود از اکثر احادیث و ظاهر فتاوی این است که محل سکنی و مسقط راس و ظل راس را استثنا کرده اند، چون مدیون محتاج است به آن. و اخبار منصرف نمی شود به خانه [ ای ] که بهیچوجه منتفع از [ آن ] خانه از برای سکنی بالفعل نمی شود. خصوصا در مفقود الخبری که قریب به یاس باشد. با وجود اینکه از فتاوی علما و بعض اخبار ظاهر می شود که خانه [ ای ] که از آن باب باشد که به بعضی آن رفع حاجت می شود - یا هر گاه بفروشند و به بعضی قیمت آن، خانه بتوان خرید که رفع حاجت بکند - در این صورت آن قدر علاوه بر قدر حاجت را میفروشند و تتمه را برای سکنی میگذارند. یا خانه [ ای ] که رفیع است و صاحب قیمت بسیار، میفروشند و خانه [ ای ] که قیمت آن سبکتر است میگیرند. و مقتضای عمومات و جوب وفای دیون هم این است. و از صورت سوال ظاهر می شود که باغچه هم دارد، و این محل سکنی که داخل

---

[ ۴۹۵ ]

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 می شود به غایب، و گفتیم حاکم شرع می تواند فروخت. دلیل بر لزوم خریدن خانه دیگر به قیمت آن نیست. و آنچه مستثنی است از دین، خود مسکن است نه قیمت آن، که الحال مال غایب پول است نه خانه. خصوصا هر گاه توان اقل ما یقنع در

سکنی به آن خرید و ادای دین او هم بشود. پس همه اطراف را ملاحظه باید کرد. و اضرار به شرکا از برای صرفه غایب نکرد. خصوصا با وجود دین ثابت. پس به قدر مقدور جمع ما بین حقوق ثلاثه هر گاه بشود فنعلم 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 می باشد بی تردید برداشت میرزا از متن سوال غیر از این است

پایان جلد دوم

برگرفته از سایت

مکتبه یعسوب الدین علیه السلام الالکترونیة