

جامع الشتات جلد سوم

تالیف: المیرزا القمی

تصحیح: مرتضی رضوی

[۱]

جامع الشتات (جلد سوم)

[۲]

جامع الشتات (جلد سوم) تألیف: میرزا ابو القاسم قمی با تصحیح واهتمام: مرتضی رضوی انتشارات
کیهان

[۴]

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

[۵]

[۶]

قفسه کتابخانه مجازی سایت بینش نو

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

کتاب الدین (۱)

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

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

است که می تواند ادا کند، اما مهیای این باشد که اگر صغار بزرگ شوند ومطلع شوند یا کبیر جاهل ومنکر، مطلع شود بر سر دعوی خود خواهند آمد. و با عجز از اثبات مطلب، باید این کبیر عالم غرامت حصه آنها را بکشد. و بدان که: فقها ذکر کرده‌اند که هر گاه کسی ادعا کند دینی را بر میتی و بعض ورثه اقرار کنند دون بعضی، واجب است بر مقرر که به قدر حصه از عهده بر آید. مثلاً هر گاه وارث دو پسرند باید مقرر نصف دین را بدهد هر چند حصه او اضغاف مضاعف مجموع دین باشد .ودلالیت میکند بر این روایت ابو البختری وهب بن وهب وروایت حکم به عیینه و هر دو روایت در استبصار مذکورند و شیخ

استدلال کرده است به اجماع اصحاب و اخبار ایشان. و این قول شافعی است. و ابی حنیفه قائل شده است به این که تمام دین را از نصف مقرر میگیرند. و ابن ادریس بعد از آن که نقل قول شیخ و قول ابی حنیفه را کرده و قدح در اخبار کرده - به ضعف آنها چون راوی آنها از عامه‌اند - گفته است که: دلیلی در مسأله نیست به غیر اجماع اگر ثابت باشد، بلکه دلیل اقتضا میکند قول ابی حنیفه را. و گفته است: که اصول مذهب ما اقتضا میکند که ورثه چیزی نمیبرند مادامی که دیون میت اداء نشود آیه هم دلالت دارد بر این یعنی (من بعد وصیة یوصی بها او دین). و گفته است که: الحاق این به (اقرار بعض ورثه به وارثی دیگر با انکار باقی) باطل است، زیرا که در آنجا مقرر مدعی حقی از برای خود است پس خود را محروم نکرده، بخلاف اقرار بر دین، چون دین مقدم است بر میراث. پس گویا اقرار کرده بر عدم استحقاق خود. و در مقام منع اجماع، گفته است که: این سخن را کسی نگفته به غیر شیخ ابو جعفر و کسانی که متابعت او کرده‌اند و تقلید او کرده‌اند. و شیخ مفید و سید مرتضی قائل به این نیستند. و به هر حال دور نیست ترجیح قول مشهور در خصوص اقرار، به سبب همان روایتها که ضعف آنها منجر باشد به عمل. و در غیر صورت اقرار مثل آن که بعضی از

[۲]

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

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

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

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

[۴]

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

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

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

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

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

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

۱: یعنی مسأله مورد اختلاف است خصوصا نسبت به مرکب ضروری که اکثر فقها به مستثنی بودن آن نظر داده‌اند.
۲: این فتوای اکثریت قریب به اجماع است لیکن مرحوم میرزا ونیز ابن ادریس (ره) علاوه بر ادله‌ای که دیگران در نظر دارند به مبنای خودشان - که در يك مسأله بالاتر بیان گردید - نیز تکیه دارند، با این همه از جمله (والله العالم) بوی تردید می‌آید .

[۵]

باشد. آیا در این حال ورثه زید مزبور را در متروکات زید مذکور حقی هست یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر هر گاه ورثه زید مذکور گویند که متروکات [را] متصرف می‌شویم و قیمت متروکات را رد مظالم اخراج می‌کنیم، با وجود علم به عدم وفا به این کلام آیا متروکات را به تصرف ورثه باید داد یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه ادعا نمایند که زید مذکور در ایام حیات خود اخراج رد مظالم مینمود جنس مذکور را. وبنه بر صدق کلام ایشان نباشد، آیا متروکات را به ایشان میتوان داد یا نه؟ -؟. وعلی ای تقدیر، هر گاه ورثه غلاب (۱) باشند و متروکات را به جبر متصرف شوند. آیا در بیع وشرای متروکات زید مذکور شاهد میتوان شد؟ ووکالت اجرای صیغه میتوان نمود یا نه؟ -؟. وکتابت مبیعه نامچه جایز است یا نه؟ -؟.

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

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

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

کتاب الدین من المجلد الثاني:

سوال: ٦: هر گاه کسی در دفتر حساب خود نوشته باشد اسم دو نفر را که از او مبلغ معینی طلب دارند. و هر چند فکر میکند آن دو نفر را به هیچ وجه به خاطرش نمی آید که کی استند (٣). و اگر مسمی به آن اسمها را بیند هم جزم دارد که نخواهد شناخت. او را چه باید کرد که بری الذمه شود - ؟.

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

١: توضیح: یعنی در این صورت که سوال شده. ٢: در نسخه: نمی تواند. ٣: کذا - توضیح: نظر به این که در اصل قواعد زبان شناسی غلط نیست لذا تغییری داده نشد زیرا ممکن است که خود نویسنده عمدا چنین نوشته، و شاید در آن زمان رواج هم داشته است. و نمی توان آن را يك غلط چاپی تلقی کرد .

خبری او از نباشد، واجب است که نیت کند ادای آن دین را. و در اخبار وارد شده که کسی که صاحب دینی شود و نیت ادای آن نداشته باشد به منزله دزد است (١). و هم چنین هر دینی را باید نیت ادای

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

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

[۸]

و بعد از آن که سعی کرد و بذل جهد کرد و مایوس شد به نحوی که در عادت محتمل نیست که مطلع شود بر او پس خلاف کرده اند در این. مذهب شیخ در **نهایه** و جمعی از اصحاب (چنانکه در **مسالك** نقل کرده است) قول به وجوب تصدق است. و در **شرح لمعه** نسبت این قول را به مشهور داده. و محقق و علامه توفیق کرده اند. و ابن ادریس گفته است: (کسی که واجب شد بر او دینی و صاحب آن غایب شد به نحوی که نتوان به او رسید واجب است که نیت قضا بکند. و هر گاه مرگ رسید او را به امین ثقه بدهد و او را وصی کند در تسلیم. و هر گاه طلبکار بمیرد به وارث او بدهد. و هر گاه وارثی از برای او نداند اجتهاد کند در طلب، پس اگر نباید تسلیم کند به حاکم. و هر گاه جزم کرد که وارثی ندارد پس آن مال

امام مسلمین است. روایت شده است که هر گاه بر نخورد به وارث تصدق کند آن را از جانب او. و این دلیلی ندارد و این خبر واحدی است که شیخ آن را ذکر کرده است در **نهایه** و معتقد آن نیست (۱) و نه آیه و نه حدیث قطعی و نه اجماعی بر آن دلالت دارد بلکه اجماع و اصول مقرر در مذهب ما شهادت میدهند به این که امام مستحق میراث کسی است که وارثی ندارد) و این آخر کلام ابن ادریس است. و تو میدانی که شیخ این سخن را در (میراث) من لا وارث له) نگفته است. بلکه سخن او در جایی است که به وارث بر نخورده است. و عدم وجدان دلالت بر عدم وجود ندارد. پس این اشتباهی است از ابن ادریس. و اگر مراد او در اینجا که گفته است تسلیم به حاکم کند در این صورت (۲) است پس مخالف در مسأله نخواهد بود. و به هر حال کلام ابن ادریس خالی از تناقض نیست. و (۳) بسیاری از متاخرین مثل شهیدین در **دروس و مسالك** و مقدار در **تنفیح** و ابن فهد در **مهذب** و فخر المحققین و غیر ایشان نسبت این قول یعنی (دادن به حاکم در حال عدم معرفت به مالک) را به ابن ادریس داده‌اند .

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

و ممکن است توجیه کلام ابن ادریس به این که کلام شیخ در صورت عدم ظفر به وارث است و آن اعم است از جزم به عدم وارث. پس بحث ابن ادریس بر عموم کلام شیخ است. ولیکن این خلاف ظاهر کلام شیخ است. و به هر حال مذهب شیخ در (دین مجهول المالک) و جوب صدقه است. و مذهب ابن ادریس در اول کلام ظاهر در منع تصدق است و لزوم رد به حاکم، چنانکه جماعت متاخرین نیز چنین فهمیده‌اند. و از فخر المحققین نیز ظاهر می شود متابعت ابن ادریس، و اینکه وجه دادن به حاکم این است که آن شخص غایب است و ولی غایب حاکم است. و دلیل قول شیخ تتبع نظایر این مسأله است از مسایل مجهول المالک، و اخباری که در تصدق قیمت طلا و نقره (۱) که از خاک دکان زرگران حاصل می شود و ظاهراً خلافی نیست در این که با عدم علم به صاحب، تصدق می شود به فقرا و امثال آن. و خصوص روایتی که ابن بابویه نقل کرده بعد از آن که روایت معاویه بن وهب سابقه را ذکر کرده است گفته است (وقد روی فی خبر آخر ان لم تجد له وارثا و عرف الله عزوجل منك الجهد فتصدق بها). (۲) و دلالت میکند بر آن روایت حفص اعور چنانکه در **تهذیب** است، (۲) و **روایت** نصر بن حبيب صاحب الخان، (۴) و ضعف سند آنها (با عمل جماعة) شاید مضر نباشد. و از اینجا ظاهر شد که قول مقدار و شهید ثانی به این که

نصی در مسأله نیست، خوب نیست . وشهید (ره) در دروس در اول کلام حکم به تصدق کرده ودر آخر گفته است که حق (تخیر) است میان دادن به حاکم ومیان باقی گذاشتن در نزد خود و میان تصدق با ضمان. وشهید ثانی در **شرح لمعه** نیز به این قول فائل شده ولکن قید ضمان نکرده .و مقدار در **تنقیح** گفته است که اولی نگاه داشتن آن است تا ظاهر شود خبر او یا خبر

۱: وسایل: ابواب الصرف، باب ۱۶، ۲: فقیه ج ۴ ص ۲۴۱ ح ۵ - وسایل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ح ۱۱، ۳: وسایل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ح ۳، ۴: وسایل: ج ۱۷، ابواب الارث، باب میراث المفقود ح ۳ .

[۱۰]

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

پس باقی ماند کلام در ترجیح اقوال ثلاثه:

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

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

[۱۱]

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

۱: کافی: فروع، ج ۵ ص ۱۸۳ ۲: وسائل: ج ۱۷، ابواب اللقطة، باب ۷ ج ۲. - تهذیب ج ۶ ص ۳۹۵ ج ۳. ۲۹. وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۲ ج ۱. ۴: وسائل: ج ۱۷ باب میراث المفقود ج ۴ .

[۱۲]

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

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

تصدق کند بر فقراء. ویدان که: در ما نحن فیه خلاف است در این که آیا در صورت تصدق، ضمان ثابت است؟ به این معنی که اگر مالک پیدا شود و راضی نباشد به ثواب صدقه و طلب غرامت مال خود کند، می تواند یا نه؟ -؟. ظاهر مذهب شیخ و اتباع او عدم ضمان است. چنانکه علامه در **مختلف** اولاً نقل قول به تصدق را علی الاطلاق از شیخ و ابن براج کرده و بعد از آن نقل قول ابن ادریس را کرده، و بعد از آن

معتد خود را ذکر کرده، و فرق آن با قول شیخ در همان ضمان است. پس ظاهر می شود که شیخ و اتباع او قایل به ضمان نبوده‌اند. و شهید ثانی هم در **شرح لمعه** ضمان را ذکر نکرده و در **مسالك** اختیار ضمان کرده هر گاه خود صدقه کند. و گفته است که (هر گاه به حاکم بدهد دیگر بر او ضمانی نیست هر چند تلف شود در دست حاکم بدون تفریط و مالک هم راضی نباشد. و اما هر گاه بنا بر این باشد که مال را جدا کند و در نزد خود نگاه دارد یا در دست وارث او باشد، پس حکم آن هم حکم حاکم باشد. چون اذن شارع در جدا کردن مال، آن مال [را] از باب امانت میکند در دست او. پس ضمانی در آن نیست بدون تفریط). بعد از آن احتمال ضمان داده در این صورت، به جهت آن که این امانت شرعی است نه امانت مالکیه. و گاه هست که در امانت شرعی ضمان بهم میرسد. و اظهر در نظر حقیر عدم ضمان است نیز. به جهت این که این شخص محسن است و (وما علی المحسنین من سبیل) و در ضمان او بدون تفریط ضرر و حرج است با رخصت شارع بالخصوص. و ظاهر این است که اذن شارع در اینجا بر سبیل استمرار محافظت این را از قاعده امانت شرعی بیرون میکند. چون ظاهر این است که شارع از باب ولایت مال غایب این اذن را داده. و از امثله امانات شرعیه این است که جامعه را باد از خانه غیر بیاورد به خانه او. و اینکه حسبتا مال مغضوب را از ید غاصب انتزاع کند. و اینکه صندوقی از غیر عاریه کند و در آن متاعی بیاید. و اینکه مال امانتی یا غیر این را ببیند در دست طفلی یا دیوانه [ای] و به جهت خوف تلف از او بگیرد که در این صورت اذن شرعی هست در گرفتن مال، و اذن مالک

[۱۴]

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

۷:سوال: هر گاه شخصی بمیرد و صد تومان رقبات (۱) زمین از او باقی بماند. و صد تومان هم از بابت نقد و حیوان و غیره. و زوجه دارد و پسری. و زوجه چهل تومان صداق بر ذمه زوج دارد. و صداق را از جمله

نقد و حیوان به او داده‌اند. وبعد از آن ثمن او را [از] باقی مانده منقولات داده‌اند. آیا زوجه را دیگر حقی مییابد یا نه؟ -؟.

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

۱: در نسخه: رغبات .

[۱۵]

زوجه از وراثت نمیتوانند منع کرد. (۱)

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

جواب: این مسأله محتاج است به تمهید چند مقدمه:

اول آنکه: ظاهر این است که سخن اول زید که (کرباس‌ها را به مصرف برسان و در عوض کرباس بده) این از باب قرض است و کرباس را به قرض دادن صحیح است. و هر چند در قرض ایجاب و قبول شرط است لکن به هر لفظی که دلالت کند بر آن کافی است. و هر چند در قرض ایجاب و قبول شرط است

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

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

[۱۶]

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

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

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

[۱۷]

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

نظر از عیوب حادثه. واگر اجماع نبود در مثلی، در آن هم اشکال می‌کردیم. پس معیار مساوات عرفیه است در گنجایش، و معیار آن همان قیمت سوقیه خواهد

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

[۱۸]

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

۱: یاد آوری: یعنی دلیل رجوع به مثل مطلقا اعم از آن که جنس مورد قرض قابل ضبط صفات در سلف باشد یا نه. این قول با قول به تفصیل که در بالا گذشت اشتباه نشود. ۲ و ۳: سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶. ۴: مستدرک: ج ۳ ص ۳۹ مکرر باب ۱۶ ج ۶ و ۷ و ۸. (۵) سنن بیهقی: ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶ .

[۱۹]

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

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

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

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

است این نیست الا بر این وجه که عین، ملك مقتضی بشود و عوض در ذمه او ثابت باشد. نه مطلق اذن. و ثمرات خلافی که در اینجا ذکر کرده اند یکی این است هر گاه ملك به مجرد قبض حاصل نشود مقرض می تواند رجوع کند به عین، مادامی که باقی است. و واجب است بر مقتضی دادن هر گاه مطالبه کند. و یکی دیگر این که نمائی که از آن عین حاصل می شود قبل از تصرف، از مال مقرض است - بنا بر این که تصرف ناقل ملك باشد حقیقتا یا ضمنا یعنی يك لمحہ قبل از تصرف، ملك حاصل شود، چنانکه هر گاه کسی به دیگری بگوید که غلامت را از جانب من آزاد کن،. که این متضمن این است که

او را ملك من کن و آزاد کن. که آزاد کردن دلالت دارد بر حصول ملك از برای مالك قبل از عتق ضمنا - واز مال مقترض است، بنا بر مشهور. ومحمتمل الوجهین است، بنا بر قول به کشف از ملك سابق، که تصرف کاشف است از حصول ملك از حین قبض، نه مجرد آن لحمه بسیره که پیش گفتیم. ویکی دیگر در مثل این که آن عین عیدی باشد ومنتقل شود به کسی که به سبب انتقال به او آزاد می شود، مثل پدر نسبت به فرزند. پس بنا بر مشهور قبل از تصرف آزاد می شود. بخلاف قول دیگر. ویکی دیگر در دخول به کنیز [است] هر گاه صیغه تحلیلی در میان نباشد. ودر **مسالك** احتمال جواز داده بر هر دو قول، مثل معاطات در بیع. واین بنا بر این است که معاطات در بیع افاده ملك نکند ومحض اباحه باشد. وآن خلاف تحقیق است، به جهت همین که اگر افاده ملك نکند لازم می آید جواز وطنی امه از غیر جهت ملك وتحلیل. چنانکه پیش اعاده کردیم.

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

[۲۲]

قرض اقتضا نمی کند بعد حصول تمليك از برای مقترض الا وجوب رد عوض را. وآن مختار است که هر چه را خواهد بدهد. بلی: در این مقام اشکالی هست که اتفاق کرده‌اند بر این که قرض از عقود جایزه است، پس چگونه جمع می شود باقول به عدم وجوب ردعین در حین مطالبه؟! بر این وارد است اولاً که نباید مراد از اجماع اتفاق بر معنی مذکور باشد. و [این] چگونه اجماعی است که جل اصحاب - بلکه نزدیک است که کل باشد - قایل شده‌اند به عدم وجوب رد؟! وشهید ثانی (ره) توجیه کرده است این دعوی اجماع را به این که (مراد این است که هر وقت خواهد می تواند مطالبه عوض را کرد، هر چند موافق جوازی که در سایر عقود گفته‌اند نیست. زیرا که عدم لزوم در آنها به این معنی است که هر يك رجوع به عین المال خود می تواند کرد، ومشاحت در اصطلاح نیست). واین مشکل است. به جهت این که همین معنی اصل عقد است وامری نیست که از عوارض باشد. وجواز ولزوم از عوارض است. واز کلام شهید (ره) در **دروس** ظاهر می شود این که جایز است رجوع در مجلس. و عبارت او این است

(وهو عقد جاز من الطرفين، فلكل منهما الرجوع فى الجميع و البعض فى المجلس وغيره) پس مراد این باشد که قبل از حصول انتفاع مقصود به آن، میتوان بر هم زد، و هم چنین قبل از انقضاء زمان تمکن از انتفاع. و در آخر میبحث قرض گفته است (لا یجب على المقرض امهال المقرض الى انقضاء وطره وان كان قضية العرف ذلك) که حاصل مطلب این باشد که هر چند مقتضای عرف و عادت در این صیغه این است که این مال قرض داده به آن قدر در نزد او باشد که ممکن باشد رفع حاجت، لکن بر سبیل جواز است، و جواز آن عبارت است از جواز تخلف از مقتضای آن، هر چند لزوم از حیثیت عدم جواز رجوع به عین بر حال خود باقی است. و بدان که: چنانکه در قرض این دو معنی ملاحظه می شود که از حیثیتی افاده لزوم میکند و از حیثیتی جواز. باز دو معنی دیگر میتوان ملاحظه کرد که چنین باشد. و آن این است که قرض از جانب مقرض لازم است، به این معنی که رجوع به عین نمی تواند

[۲۲]

کرد. و از جانب مقرض جاز است، یعنی می تواند عین را رد کند، چنانکه علامه در **تحریر** تصریح کرده و گفته است (القرض هو عقد لازم من جهة المقرض و جاز من جهة المقرض. على معنى ان للمقرض رد العين او المثل. ولو طلب المقرض العين لم يجبر المقرض على دفعها وقول الشيخ بالخلاف ضعيف). و بعد از آن اشکال کرده است در مثلی که اگر مقرض رد همان عین را بکند آیا واجب است قبول یا نه؟ - ؟ و بنابر آنچه پیش گفتیم، اظهر عدم وجوب قبول است، چون مشغول ذمه قیمت است. بلکه میتوانیم گفت که در مثلی هم که قایل شده است به جواز در جانب مقرض، نه به معنی این است که فسخ قرض کرده باشد، بلکه به این معنی است که همان رد عین را میکند از باب وفای به عوض. پس آن عین را در عوض مثل میدهد که در ذمه او است. همچنانکه هر گاه کسی به بیع خیار ملکی را بفروشد و شرط کند که هر گاه بعد از انقضای مدت خیار رد مثل ثمن کند مسلط باشد بر فسخ بیع. و مفروض این است که با بیع وجهی از مشتری گرفت به دیگری داد در عوض طلب. و ثانیاً متاعی به آن شخص فروخت. و آن شخص همان وجه را بعینه در عوض داد، و او آورد و در انقضای مدت خیار مشتری داد. صادق است که رد مثل ثمن کرده، و حال آن که بعینه همان عین ثمن مشتری است. و این منافاتی بالزوم از جانب مقرض هم ندارد.

پنجم: از آنچه در مقدمه چهارم گفتیم ظاهر شد که عقد قرض از حیثیتی جاز است، و از حیثیتی لازم. پس هر گاه شرط مشروعی در ضمن عقد قرض بشود از حیثیت لزوم، لازم خواهد بود، چنانکه مقتضای عقود لازمه است و مؤید آن است عمومات (اوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم). و از جمله شروط

جایزه است این که در قرض غیر قیمی شرط کند عوض دادن مثل آن را در صفات. و صورت **سوال:** از این قبیل است که شرط کرده است که در عوض باز کرباس بدهد. و ظاهراً اشکالی در جواز شرط کردن امور مشروعه در ضمن قرض نباشد. و در تحریر تصریح کرده است که (اگر در قرض شرط کند که اجاره بدهد خانه‌اش

[۲۴]

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

۱: در نسخه: اما عین را هم رد نمیکنم .

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

وماهم به این معنی قایلیم و می گوئیم که هر گاه وفای به شرط اجل به عمل نیاید مشروط له مسلط است بر فسخ قرض. و ثمره آن جواز رجوع به عین است. و این منافات ندارد با لزوم اصل عقد و عدم جواز رجوع. و یکی دیگر از فواید صحت شرط مزبور و لزوم آن، این است که واجب می شود بر مشروط علیه

وفای به آن، وجواز اجبار مشروط له او را بر وفا هر گاه ممانعت کند وهر چند به اعانت حاکم باشد. پس اگر مراد مشهور، از عدم لزوم این شرط، منع لزوم است از اصل، سخن ایشان تمام نیست. واگر مراد ایشان تسلط بر فسخ است نزد انعدام شرط همچنانکه در صورتی که شرط اجل قرض را در ضمن عقد بیع وامثال آن کرده باشد - پس ما هم قبول داریم، ولكن سخن در این نیست. به هر حال اقوی لزوم این شرط است. چنانکه در مسالك میل به آن کرده (و هم چنین صاحب کفایه) نظر به عمومات لزوم وفای به عقود و شروط، وقاعده (شرط در ضمن عقد لازم داخل احد عوضین است). (۱) ومؤید این است روایت حسین بن سعید (قال سئلته عن رجل اقترض رجلا دراهم الی اجل مسمی، ثم مات المستقرض، ایحل مال القارض عند موت المستقرض منه؟ او للورثة من الاجل مثل ما للمستقرض فی حیاته؟ فقال: اذا مات فقد حل مال القارض). (۲) وگناه هست که در این مقام تو هم بشود که شرط اجل مخالف مقتضای عقد قرض است، به جهت آن که مقتضای آن عدم اجل است، واینکه هر وقت مطالبه کند مسلط باشد بر اخذ عوض. وشرط مخالف مقتضای عقد، فاسد است. واین تو هم فاسد است. به جهت آن که مقتضای عقد این است که اجلی از برای او نیست نه این که باید اجلی نباشد. و (عدم اعتبار تاجیل) در مفهوم غیر از (اعتبار عدم تاجیل) است. ومیانہ اینها فرق واضح است .

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

نیشتم: جایز است بیع دین بعد حلول اجل بر همان شخص که از او طلب دارد، و بر غیر او علی الاشهر الاظهر - وابن ادریس منع کرده است در صورتی که بیع به غیر مدیون باشد، وادعای اجماع کرده، وبا وجود شهرت عظیمه وعمومات اعتنائی به این [ادعای] اجماع نیست - و هم چنین قبل از حلول، علی الاقرب. به جهت عمومات ادله. ودر خصوص سلف چون ظاهرا اجماعی بود - چنانکه از بعضی ظاهر می شود مثل آخوند ملا احمد (ره) ونقل شده است از ابن زهره نیز. - قایل بودیم به عدم جواز. در اینجا اجماعی نقل نشده بلکه شهرتی هم نیست بلکه میتوان گفت که قول به جواز اشهر است. ولكن مطالبه نمیتوان کرد الا بعد حلول اجل. پس اگر دین را بفروشد به عین صحیح است بلا اشکال. و هم چنین به مضمون حال، یعنی به قیمتی در ذمه که حال بدهد. بلکه هر گاه دین سابقی بوده که اجل آن

تمام شده، آنهم چنین است، زیرا که الحال اطلاق دین حقیقی بر آن مشکل است. ومنع بیع (دین بدین) بر خلاف اصل وقاعده است. پس شمول عمومات صحت بیع از برای ما نحن فیه، اقوی است از شمول بیع دین به دین. و به هر حال احوط ترك آن است، لکن بطلان آن معلوم نیست. و اما در صورتی که به ذمه میخرد بدون سبق اجلی، پس ظاهراً اشکالی نیست، و این داخل بدین به دین و (کالی بکالی) نیست. و اما بیع به مضمون مؤجل پس در آن اشکال و خلاف است. و اظهر در آن نیز جواز است، و صدق بیع دین به دین بر آن ممنوع است. زیرا که متبادر از (بیع دین بدین صورتی است که در حین عقد صادق باشد که دین است، و این باید قبل از عقد متحقق شده باشد. نه این که عقد، دین شود. بلی آنچه چنین است در مثل جائی است که زید بگوید: ده تومانی که از تو طلب دارم به تو فروختم به هزار من گندمی که تو از عمرو طلب داری. (۱).

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

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

[۳۹]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

۱: البته در صورتی که دین را به نقد بفروشد. و گرنه مصداق (دین بدین) میشود، و خود میرزا در مسأله بالاتر، آن را به عنوان (صورت اخیر) باطل دانست. ۲: مراد همان دو روایت است که ذیل مقدمه ششم از مسأله هفتم مورد بحث قرار گرفتند) وسایل: ابواب الدین، باب ۱۵).

[۲۲]

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

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

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

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

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

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۷ ح ۱. - هر دو حدیث تحت یک شماره درج شده اند .

[۲۲]

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

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

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

۱۳:سوال: آیا دیون مؤجله به سبب حجر معجل می شود؟ یا این که این معنی مختص موت است؟ و بر فرض اختصاص به موت، آیا به موت، طلبکار هم معجل می شود - یعنی وراثت به مجرد موت او مستحق مطالبه میشوند -؟ یا مختص موت مدیون است؟ که به موت مدیون آنچه بر ذمه او است الحال از مال او میگیرند و انتظار انقضای مدت نمیکشند. و آیا دیتی که در شرع مدتی از برای او هست (مثل دیه شبه عمد یا خطا که در مدت دو سال یا سه سال میگیرند) آنها هم معجل می شود یا نه؟ - و آیا بیع سلم به موت بایع قبل از انقضای مدت حال می شود یا نه؟ - و هم چنین هر گاه مدتی در بعض معاملات شرط

شود در حیل ربویه، مثل این که هشت تومان اشرفی را به ده تومان پول سفید مصالحه کند که بعد از شش ماه بدهد و آن شخص که پول سفید را باید بدهد قبل از انقضای مدت بمیرد (۴).
جواب: اما از **سوال:** اول این است که اشهر و اظهر این است که به حجر، موجب معجل

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

[۲۴]

نمی شود. وقول ابن جنید به الحاق آن به موت، ضعیف است. زیرا که اصل بقای حکم سابق است و دلیلی بر الحاق نیست الا قیاس و آن مع الفارق است. و اما از **سوال:** دوم این است که کسی که مرد، آنچه را بعد از انقضای مدتی بایست بدهد معجل می شود، و این [قول] مشهور علما است، و مدلول چند روایت است مثل صحیحہ حسین بن سعید (۱) و روایت سکونی (۲) و روایت ابی بصیر (۳). و قول دیگر این است که در هر دو معجل می شود، چنانکه مدلول روایت ابی بصیر است، (۴) و این ضعیف است. و اما از **سوال:** سوم: یعنی الحاق دیه مؤجله در شرع و بیع سلم و امثال آن؛ پس این است که در همه آنها به موت مدیون حال می شود، به جهت این که بر همه آنها صادق است که دین است، و داخل در عموم اخباری است که (دین به موت مدیون حال می شود). و این قول را علامه در قواعد اختیار کرده و اقرب شمرده. و آنچه در قواعد مذکور است مال سلم و جنایت است. و قول به (عدم الحاق) را فخر المحققین در شرح آن، احتمال قرار داده، و هم چنین شهید ثانی در مسالك، و لکن فخر المحققین در آخر گفته است که) اصح این است که مال السلم حال نمی شود. و دلیلی که از برای این احتمال گفته‌اند این است که اجل در سلم جزئی است از عوض. پس اگر مال السلم حال شود لازم می آید نقصان عوض. و اما در دیه جنایت پس این است که اجل جنایت تعیین شارع است، و بدون آن دیه شرعی شمرده نمی شود. و فخر المحققین علاوه بر این متمسک به تعارض عمومین شده. یعنی (عموم ادله حلول دین) و (عموم مقتضای بیع سلم و دیه) و گفته است که مراد از جنایت در اینجا آن چیزی است که واجب است بر جانی، مثل شبه عمد یا خطای محض که عاقله در میان نباشد و قایل شویم که دیه متعلق به جانی می شود. و اما در صورتی که متعلق به عاقله

۱ و ۲: وسایل: ابواب الدین، باب ۱۲ ح ۲ و ۳، ۲: این جمله زاید است که گویا از اشتباه نسخه برداران است. ۴: همان مرجع: ح ۱ .

[۲۵]

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

کتاب الدین من المجلد الثالث:

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

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

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

۱۶: سوال: اذا كان لزيد دين على عمرو من سلم او غيره، فاعطاه عمرو امتعة ودابة وضیعة و کتابا مسعرة او غير مسعرة، والضيعة مجهولة الحدود. فكيف حال الوفاء؟ .

جواب: ان كان عمرو يعطيه الامتعة المذكورة بنية الوفاء غير مسعرة، فيصح الوفاء بالنسبة الى المعلومات ويحسب بقيمتها حين الدفع. كما صرحوا به في مسألة وفاء الدين

(ان المعتبر فى مثل ذلك، القيمة يوم الدفع) فان كان الدين من النقود فالامر واضح. وان كان جنسا من الاجناس فيلاحظ قيمة الجنس الذى هو فى ذمة المديون والامتعة التى يؤخذ منه وفاء معا. وكذلك لو كان الدين دراهم والوفاء دنانير. والظاهر انه لا خلاف بينهم فى احتساب القيمة يوم الدفع. وذلك لان قصد وفاء الدين مع مخالفة الدين مع الامتعة لا يصح الا بملاحظة القيمة، فينزل عليها. ويدل عليه ايضا اخبار معتبرة. والظاهر جهالة الحد غير مضر، ح. لان تحقيق الحال موقوف على التقويم، ويظهر الحال بعد تعيين الحدود، ويحتسب على مقدار ما يظهر كونه قيمته يوم الدفع، كقيمة الامتعة الغير المسعرة المعلومة الحال. وبالجملة: ليس هنا بيع لتلك الامتعة بقيمتها، ولا بتلك القيمة بالدين. بل هو اعطاء من باب الوفاء مراعاة باحتساب القيمة وظهور [ال] زيادة [و] النقصان. فان ظهر التساوى، فهو. والا فمرجع كل منهما الى الزيادة والنقصان. وان كان عمرو يعطيها مسعرة، فالظاهر انه بيع، ويحصل الوفاء بقيمتها. فكانه بالمساعرة باع ملك الاعيان بما حصل التقويم عليها واحتسبها القيمة وفاء ح. فيصح البيع فى المعلومات دون مجهول الحد. لاشتراط التعيين فى المبيع. فيحصل الوفاء بمقدار قيمة المعلومات ويبقى الباقي. ولا يضر جهالة احدها فى صحة الباقي. والفرق بين هذا القسم ان القيمة الواقعية فى القسم السابق بعد الرضا بكونه وفاء يحسب فسرا لاستحالة كونه من باب الوفاء الا بملاحظة القيمة الواقعية. وفى هذا القسم انما يستقر القيمة بالتراضى، فيكون بيعا، ووفائه انما يحصل بالقيمة لا بنفس الاعيان. فانتقال الاعيان يكون بالبيع ويترتب عليه ثمراته من خيار المجلس والحيوان وغير ذلك. وكثيرا ما يشبه الوفاء بالبيع حتى انهم استشكلوا فى ما (لو احال من له عليه طعام من سلم يقبضه على من له عليه مثله من سلم) قال فى القواعد (فالاقوى الكراهة). وقال ولده فى الايضاح (يبينى على ان الحوالة معاوضة او استيفاء. فان قلنا بالاول فهل المعاوضة على مال السلم حرام او مكروه) انتهى. ثم: من بعضهم ان وجه الكراهة انه كالمبيع قبل القبض. ومن بعضهم انه للخروج عن مخالفة الشيخ فى احد اقواله بالحرمة .

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

بما اعطاه: فيحتسب بقيمتها يوم التسليم وقبض المقرض (على الاقوى فى قرض القيمي) فيصح فى المعلومات لصحة القرض. ويبطل فى المجهول لاشتراط المعلوماتية فى القرض.

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

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

۱:وسايل: ج ۱۷ ص ۳۳۲، باب ۶، از ابواب احياء الموات .

[۲۸]

۱۸:سوال: مستثنى در دين آيا خانه است يا كرايه آن؟ -؟ و هر گاه كسى خانه [اى] داشته باشد وبيع شرط كرده باشد وديون ديگر داشته باشد، بايد براى او وضع قيمت آن كرد؟ يا كرايه آن؟ و هم چنين ساير مستثنيات.

جواب: الحال در نظرم دليلى بر جواز وضع قيمت خانه از براى كسى كه خانه ندارد، ويا كرايه خانه، نيست. زيرا كه از ادله بيش از (عدم اجبار بر بيع مسكن محتاج اليه لايق به حال او) مستفاد نمى شود. اما در صورتى كه مسكن خود را بيع كرده باشد به شرط خيار فسخ، وبقدر آن داشته باشد كه خانه را از بيع مستخلص كند، پس در استثناء آن، تامل دارم. وحال فرصت تامل تمام، نيست، ورافع هم مستعجل است. تا حق تعالى از فضل ورحمت خود فرصتى بدهد وافاضه رفع اشكال بكنند. واز آنچه گفتيم ساير مستثنيات ظاهر مى شود. هر چند دور نيست كه در مسأله بيع شرط بگوئيم كه به سبب خيار هنوز

علاقه ملکیت او باقی است، واز این جهت جایز نمیدانیم از برای مشتری بیع آن را مادامی که ایام خیار منقضی نشده. وعلتی هم که از احادیث مستفاد می شود مؤید این است. چنانکه در حسنه حلبی فرموده اند (لاتباع الدار ولا الجاریة فی الدین، وذلك لانه لا بد للرجل من ظل یسکنه و خادم یخدمه) (۱).

۱: وسایل: ابواب الدین، باب ۱۱ ح ۱۱ .

[۳۹]

کتاب الضمان وتوابعه

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

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

[۴۰]

باشد از محتال. پس محال علیه که طلب را باید به محیل بدهد، هر گاه راضی نباشد که محتال - چون شدید العجل است - از او بگیرد می تواند قبول حواله نکند. و لکن در دلیل قول ایشان محل تامل است،

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

[۴۱]

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

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

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

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

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

[۴۲]

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

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

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

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

[۴۲]

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

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

جواب: این سوال: مجمل ومغشوش، واندراج آن در تحت ضمان مشکل است. زیرا

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

[۴۴]

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

از عهده دعوی بر آید. مگر این که آن حق حقی باشد که کفیل را ممکن نباشد از عهده آن بر آید، مثل آن که حق قصاص، داشته باشد بر کسی و کفیل او را مرخص کرد [ه باشد]، کفیل را نمیتوان قصاص کرد. چون قصاص بر غیر مباشر، نمی باشد. یا آن که مکفول زنی بود که مکفول له ادعای زوجیت آن، میکرد. در اینجا زوجیت [را] نمیتوان از کفیل استیفاء کرد. پس در

[۴۵]

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

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

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

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

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

۱: این در صورتی که مکفول مرد باشد ومکفول له زن، درست (وبه اصطلاح تمام) است. لیکن در صورت عکس قابل بحث است زیرا مهر المثل قیمت زوجیت زن نسبت به مرد نیست. پس بعید نیست که گفته شود (لاکفالة فی

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

[٤٦]

اینجا خود در حکم مباشر یا سبب اقوی است، و خود تقصیر کرده که به قول يك نفر اعتماد کرده. معلوم نیست که تواند غرامتی از خالد بگیرد. و این از باب آن نیست که کسی بند از پای حیوانی بگشاید و حیوان بگیرد، یا در قفس مرغی را بگشاید و آن مرغ ببرد، و یا کسی را در محل سیاع بیندازد و او را بدرند، یا قیدی از پای غلام دیوانه بردارد و او بگیرد. بلکه از باب آن است که کسی بند از پای غلام عاقلی بردارد و او بگیرد. و در اینجا ضمانی بر (سبب) نیست. بلی اشکال کرده‌اند در غلام عاقلی که گریزپا باشد. و این را داخل مغرور کردن - مثل این که کسی دیگری را ضیافت کند و مال مهمان را بیاورد و در نزد او بگذارد که بخورد، که گفته‌اند صاحب خانه ضامن است نه مهمان - بسیار مشکل است. چون مهمان هیچ به فکر این نیست که این بلکه مال خودم باشد و بالمره مغرور است. و در اینجا به محض سخن يك نفر چنان حالتی حاصل شود که احتمال خلاف نرود، بسیار بعید است. نهایت امر این است که این از باب آن باشد که کسی در قفس مرغی را باز کند، یا بند پای حیوانی [را] باز کند و آن مرغ و حیوان بر حال خود باشند دیگری بیاید و آنها را رم بدهد و آنها بگیرند، که تصریح کرده‌اند که ضمان بر این شخص ثانی است. چون ثانی اخص واقوی است، زیرا که با سبب اول محتمل بود که نگیرند، و در ثانی دیگر احتمال خلاف ندارد، چنانکه کسی چاهی عدوانا بکند، و دیگری او را در آن بیندازد. و به هر حال در اینجا بایع یا مباشر است یا (سبب اقوی). و علامه در تحریر اشکال کرده است در این که هر گاه کسی دزدان را دلالت کند بر مالی و بدزدند، آیا ضامن است یا نه. و [عمل] خالد در اینجا اقوی از آن راهنمائی دزدان نیست. پس چگونه در این هیچ اشکالی نباشد. و [باز] (١) علامه در تذکره گفته است - در کتاب اجاره - (ولو دفع الی خیاط ثوبا وقال له ان كان یکفینی قمیصا فاقطعه. فقال الخياط: فهو کاف. و قطعہ فلم یکفه، فعليه ارش القطع، ولو قال: انظر الی هذا الثوب هل یکفینی

١: در نسخه؛ واینکه ...

[٤٧]

قميصاً؟ فقال الخياط نعم. قال اقطعه. فلم يكفه. لم يلزمه شيئاً وبه قال الشافعي واصحاب الراي. لانه
انما اذن له في الاولى بشرط كفايته فاذا قطعه بدون شرطه كان ضامناً. وفي المسئلة الثانية اذن له في
القطع ولم يشترط. بشيئى، فلا يجب عليه الضمان. اقصى ما في الباب انه غشه وكذب عليه، وذلك لا
يوجب الضمان. ولم يجب عليه الضمان في الاولى باعتبار غروره. بل باعتبار عدم الاذن في قطعه. لان
اذنه مفيد بشرط كفايته، فلا يكون اذناً في غير ما وجد الشرط فيه، بخلاف الثانية. وقال ابو نور لا ضمان
عليه في المسئلتين لانه قد غره في الثانية كما غره في الاولى فتساويا في الضمان. والجواب ما بينا
من ان العلة في الاول ليست الغرور بل عدم الاذن). وبعد از تسليم اين كه مغرور باشد واز باب اكل
طعام مذکور باشد، ولكن ميگوئيم كه مباشر تلف در اينجا عمرو است. وخالد اگر چه سبب باشد لكن
عمرو مباشر است. و در اينجا اقوى بودن سبب از مباشر ممنوع است، بلکه مباشر اقوى است. مثل آن
كه كسى چاهى عدوانا كنده باشد وديگرى در آن بيفتد وهنوز به قعر چاه نرسیده در كمر چاه كسى
باشد و او را با شمشير دو پاره كند. آرى در (١) اين سخن اشكالى هست. وآن اين است كه عمرو در
اينجا ضامن قيمتى است كه از زيد بايع خريده نه ضامن مال است و نه ضامن قيمة المثل آن در حال
استيفاء. و اين دخلى به قاعده اتلاف وسببیت ندارد. واحتمل في التذكرة ايضاً عدم ضمان المستأجر
لهلاك الدابة اذا استأجر ليحمل كيلاً معلوماً وزاد عليه شيئاً آخر عمداً. والموجر جاهل به وكذب المستأجر
وصدقه فكان التفريط منه. والاحتمال الآخر الذي استظهره هو ضمان المستأجر لتغييره و تلبيس الامر
عليه بالكذب، فكان المستأجر كشاهد الزور عند الحاكم فكما انه يلجاء الحاكم شرعاً بالحكم وسقط
الضمان عنه فكذلك ما نحن فيه، فان عقد الاجارة يوجب الوفاء به، واعداد المحمول للحمل بعد عقد
الاجارة مما يوجب العمل على مقتضاه شرعاً. واما لو حمل المستأجر عليها بنفسه، اوامر اجنبياً بالحمل،
فلا اشكال في ان الضمان عليه. ومما ذكر يظهر ان الاحتمال التي ذكره في ما نحن فيه اظهر .

١:در نسخه: آيا ...

اذ غاية الامر اشتراك المسئلتين في لزوم حمل اقوال المسلمين على الصديق شرعاً، ولكن ليس في
ما نحن فيه ما يوجب البيع شرعاً. بخلاف ما فرضه في التذكرة. اذ هناك الوفاء بمقتضى عقد الاجارة
واجب، فكانه الجأه الى الحمل وليس في ما نحن فيه الجائنه. فاذا كان سقوط ضمان الغار ثمة لاجل
تقصيره في الاخلاص اليه احتمالاً، فينبغى ان يكون سقوط الضمان عنه في ما نحن فيه متعينا، او احتمالاً

اظهر من الاحتمال الاخر. قال فى التذكرة - فى آخر كتاب الاجارة - (يجوز شرط الخيار فى الاجارة سواء كانت واردة على العين او الذمة وبه قال ابو حنيفة ومالك، لعموم قوله تعالى: اوفوا بالعقود. وبقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم). وفى شرح النافع فى كتاب الوكالة فى مسألة (اقرار الوكيل) ما يناسب المقام .وقال فى الكفاية فى كتاب الدين (المشهور انه لو شرط التاجيل فى القرض لم يلزم، واحتمل بعضهم لزوم هذا الشرط. ويدل عليه عموم ما دل على لزوم الالتزام بالشروط والوفاء بالعقود. وبه هر حال، چون اين مرحله منتهى به دعوى ومرافعه مى شود، ودر حين مرافعه حكم بر حاكمى كه اهل مرافعه است ظاهر خواهد شد وبدون مرافعه طى نخواهد شد.

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

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

[٤٩]

ابدا، والمكفول هو الذى فى حكم الفار الغير الموثق به وهو الذى صار سببا للاحتياج الى الكفيل. ففى صورة الترامى يستقر وصف الموثوقية فى الكفيل الاخير ويصير البواقى الى الاول فيحكم الفار الغير الموثوق به فالمكفول له اولا يطالب الكفيل الاخير وهو يرجع قهقهرى ويأتى بالفار المتلوله، ثم يأتى بتملوه الى الاول. واما مع الدور: فيعود الموثوقية الى الاول ويستقر فيه فلا يبقى حاجة الى الكفيل له، فيبطل كفالة من تاخر لعدم الحاجة اليه. اذا لاحتياج الى المتاخر انما كان لاجل احضاره واذا صار هو موثوقا به وفى حكم الحاضر، فلا معنى لكفالة من تاخر عنه لاجل احضاره.

٢٧:سوال: اذا ارسل زيد بهيمة فى النهار فافسدت زرع عمرو. فهل على زيد الضمان ام لا؟ -٢.

جواب: قال اكثر الاصحاب (على ما فى التنقيح، والمشهور بينهم كما صرح به جماعة منهم المحقق فى النافع والشهيد الثانى فى الروضة. بل اجماعهم كما عن ابن زهره و الشهيد فى شرح الارشاد) ان ما يفسده البهايم فى الليل فهى مضمونة على صاحبها بخلاف ما افسدت فى النهار. وذهب ابن ادريس وسائر المتأخرين الى التفصيل بالتفريط فى حفظ البهيمة فيضمن فيه ان كان فى النهار. وعدمه فلا يضمن وان كان فى الليل نظرا الى اصل البرائة فى صورة عدم التفريط. وكونه سببا عاديا فى صورة التفريط. احتج الاولون بما روى عن النبى (ص) (على اهل الاموال حفظها نهارا وعلى اهل الماشية ما افسدت مواشيهم بالليل) (١). وحكم به فى قضية ناقة البراء بن عازب لما دخلت حايطا فافسدت (٢) وبالروايات الكثيرة التى روتها الخاصة عن ائمتهم (ع) منها ما رواه الشيخ والكلينى عن السكونى عن جعفر عن ابيه (ع) قال :كان على (ع) لا يضمن ما افسدت البهايم نهارا فيقول: على صاحب الزرع حفظه. وكان يضمن ما افسدته ليلا. (٣)

١: الرواية عامية ما ساعد تنى التوفيق على وجدان مصدرها. ٢: المستدرک: ج ٢ كتاب الديات ابواب موجبات الضمان، الباب ٢٩ ج ٢: الوسائل ج ١٩، كتاب الديات، الباب ٤٠ ج ١

[٥٠]

واجاب الآخرون بعد الاعتراف بشهرتها ان فى السكونى ضعفا، ومن جملتهم المحقق فى النافع. وفيه ان المحقق صرح فى المعتبر فى باب النفاس بان عامى ثقة و هو متأخر عن النافع والموثق حجة سيما مع انجباره بعمل جل القدماء بل لا يعرف خلاف منهم. مع ان الراوى عنه فى سند آخر فى التهذيب عبدالله بن المغيرة وهو من اصحاب الاجماع. مع ما نقل عن الشيخ فى العدة فى شأنه. وكذا غيره من المقويات. وسيما مع الانجبار بالشهرة والاجماعين المنقولين. والروايات الكثيرة الاخر المروية فى التهذيب والكافى. منها (صحيح على الظاهر وهو ما رواه الشيخ والكلينى عن محمد بن يحيى، عن محمد بن الحسين، عن يزيد بن اسحاق شعر وصحح العلامة حديثه وعن الشهيد الثانى توثيقه، نقله العلامة المجلسى فى الرسالة وقال: ان فيه مدحا عظيما) عن هارون بن حمزة (وهو ثقة) قال) سئلت ابا عبدالله (ع) عن البقر والغنم والابل يكون فى المرعى فيفسد شيئا هل عليها ضمان؟ فقال: ان افسدت نهارا فليس عليها ضمان، من اجل ان اصحابه يحفظونه. وان افسدت ليلا فانه عليها ضمان (١) ورويا ايضا عن ابي بصير (قال :سئلت ابا عبدالله (ع) عن قول الله عزوجل: وداود و سليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم. فقال لا يكون النفس الا بالليل، ان على صاحب الحرث ان يحفظ الحرث بالنهار،

وليس على صاحب الماشية حفظها بالنهار انما رعيها بالنهار وارزاقها، فما افسدت فليس عليها. وعلى اصحاب الماشية حفظ الماشية بالليل عن حرث الناس، فما افسدت بالليل فقد ضمنوا، وهو النفس، وان داود (ع) حكم للذى اصاب زرعه رقاب الغنم، وحكم سليمان (ع) الرسل والثلة وهو اللبن و الصوف فى ذلك العام (٢) الحديث. الى غير ذلك من الاخبار لا حاجة الى ذكرها. وقال الشهيد فى شرح الارشاد بعد ذكر رواية السكونى (الحق ان العمل ليس على هذه الرواية بل اجماع الاصحاب. ولما كان الغالب حفظ الدابة ليلا وحفظ الزرع نهارا خرج الحكم عليه. وليس فى حكم المتأخرين رد لقول القدماء، فلا ينبغى ان يكون

١:الوسائل: الباب المذكور، ح ٢٣: المرجع: ح ٤

[٥١]

الاختلاف هنا الا فى مجرد العبارة عن الضابط، اما المعنى فلاخلاف فيه). انتهى، و حاصله ان الرواية واردة فى مورد الغالب فيه تمثيل للتفريط، فالمعيار انما هو التفريط، و فيه نظر ظاهر، اذا التمثيل انما يصح اذا كان كلما وقع من اتلاف البهائم فى الليل تفريطا من المالك، فقد يخرج الدابة من الاصطبل بسبب نقب (١) اللص للجدار بدون تقصير من المالك، وقد يقع مع عدم المسامحة فى النهار من مالك الحرث فى الحفظ لكونه محبوسا او غير ذلك. والتحقيق ان يقال :انه لاينبغى الاشكال فى ضمان صاحب البهيمة لوارسله عمدا فى الحرث. وليس ذلك داخلا فى محل النزاع (وكذلك لوادخلها مالك الزرع فى زرعه و يدعها حتى يفسد .وفى مالوراها دخلت فيه ويفسدها ولم يمنعها مع القدرة اشكال) بل الكلام انما هو فى صورة المسامحة وترتب الفساد على المسامحة، فح نقول: ظاهر الروايات هو ترتب الضمان بملاحظة الوقوع فى الليل والنهار. وما ذكر فى الروايات (من لزوم الحفظ فى الليل والنهار ويستحق الرعى فى النهار (٢) وعلى مالك الزرع حفظه فيه) ليس من باب العلة، لما هو مشاهد من التخلف. بل ذلك من باب الحكمة الداعية على الحكم، ولا يلزم اطراد الحكمة كما فى كون رفع ارباح الاباط داعيا فى تشريع غسل الجمعة واطراد استنجاهه فى مالم يكن هناك ريح. وكذلك تشريع العدة لاجل عدم اختلاط الانساب، مع انه لازم فى مالم يحتمل وجود ماء من الزوج الاول فى رحمها ايضا وهكذا. (٣) فالعمل على الاخبار لامانع منها، فيجب الحكم بالضمان اذا افسدت بالليل وان لم يفرط [وبعدم الضمان اذا افسدت بالنهار] لاجل حماية الحمى واقدام الناس على حفظ زراعتهم فى النهار. (٤) فظهر ان الاقوى قول قدماء الاصحاب .

۱: نسخه بدل: نقص اللص ۲: وفى العبارة سقط وتعقيد كما ان اكثر الضماير فى هذه السطور غير مراعية تذكيرا وتانيئا. ولكن المراد معلوم. ۳: وفى كلامه قدس سره ما اسلفناه فى مسلة (الحيل الربويه) فراجع المجلد الثانى. ۴: نسخه بدل: لاجل حماية الحمى بهائمهم فى الليل واقدام الزارع على حفظ ...

[۵۲]

۲۸: سوال: هر گاه زيد بيست من پنيه بفروشد به عمرو ويكر به شراكت. و هر يك از مشتريها ضامن يكديگر شوند. والحال عمرو مبلغ خطيري مديون است كه از جمله آنها قيمت همين پنيه است، ومال [او] وفابه همه ديون او نمى كند. و قليلى پنيه مانده، آيا اين پنيه مختص زيد است ودر باقى اموال، غرما هر يك نسبت به طلب خود ميبرند -؟. يا اين كه پنيه هم مثل ساير اموال بايد بالسويه [مال] غرما شود؟.

جواب: بدان كه: هر گاه كسى طلب از دو نفر داشته باشد و هر يك از آنها ضامن حصه ديگرى شود، اين ضمان صحيح است، هر گاه نقصى ديگر نداشته باشد، وجامع شرايط ضمان باشد. پس ميگوئيم كه در اين صورت [آيا] طلبها (۱) هر دو مساويند در مقدار و در وقت؟ ودر اين كه هر دو به اذن مضمون عنه شده؟ يعنى هر يك از آنها به ديگرى گفته كه تو ضامن من شو؟. يا مختلفند در اين امور؟ يا در بعض آنها؟ پس اگر مساويند، مثل اين كه هر يك از آنها ده تومان است و حال است .يا موجل است واجل آنها تفاوت ندارد مثل آن كه هر يك وعده يك ماه بدهند و هر يك به اذن ديگرى ضامن شده. پس چنين مينمايد كه فايده بر اين عقد ضمان مترتب شود. چون هر يك بايد ده تومان را بدهند و تا ندهد فارغ نيست. خواه نامش اين باشد كه اين طلبى است كه از خود او داشت يا از رفيق او داشت. ولكن چنين نيست .بلكه فايده آن اين است كه در اصالت وفرعيت متعاكس ميشوند. يعنى آن كه چون مضمون عنه اصل است وضامن فرع، پس عمرو نسبت به طلبى كه زيد از او دارد اصل است ويكر كه ضامن او شده فرع است. واما نسبت [به] طلبى كه زيد از بكر دارد بكر اصل است وعمرو فرع. پس هر گاه عمرو طلبى كه زيد از بكر داشت داد، از دست زيد فارغ است. وديگر زيد از او مطالبه نمى تواند كرد. ولكن بكر مشغول ذمه حصه عمرو هست و تا ندهد از دست زيد فارغ نيست. وفايده اصالت وفرعيت اين است كه هر گاه زيد عمرو را برى الذمه بكنند، عمرو برى الذمه مى شود. زيرا كه به سبب ضمان بكر حصه او ساقط شده بود وحصه بكر را كه ضامن بود كه بدهد به سبب ابراء زيد برى

[۵۲]

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

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

[۵۴]

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

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

۱: در نسخه: و این... ۲: (مضمون عنه) صحیح است که همان رفیقش باشد.

می تواند کرد. و هر گاه نزاع شود میان ضامن و مضمون عنه در قصد، قول ضامن مقدم است بایمین. چون امر با او است و او اعرف است به حال خود، و اگر قصد معینی نکرده پس در آن دو وجه محتمل است: یکی این که توزیع می شود بالنسبه، چنانکه مختار علامه است در قواعد. دوم این که الحال قصد میکند ضامن، هر کدام را که خواهد. و تعیین به دست او باشد. چنانکه مختار ایضاً است. یا رجوع به قرعه کند و بنابر آن بگذارد. و دلیل اول (چنانکه مختار ایضاً گفته است) این است که: منصرف شدن مجموع آن به هر يك از دینها محال است. و هم چنین عدم صرف آن به هیچ يك از آنها محال است. و صرف آن به یکی معین از اینها، ترجیح بلا مرجح است. و دلیل قول دوم را گفته است (لتساویه بالنسبه

اليهما). وگويا مراد او اين است كه آن مال كه ضامن داده نسبت آن به هر دو دين مساوى است. يعنى ضامن مختار بود آن مال را در عوض هر يك كه خواهد بدهد. پس الحال كه بدون قصد داده همان اختيار مستصحب است كه در عوض هر يك كه خواهد حساب كند. وتملك قابض به سبب مجرد قبض ممنوع است ومراعى است به لحوق قصد. با آن كه تملكى است از ما فى الذمه ضامن بدون تعيين. وتعيين در كار نيست. واطهر در نظر حقيير قول اول است. چون به قصد ما فى الذمه داده است وتملك هم حاصل مى شود. وگويا دو طلبكارند كه مشترى را گرفته اند وحق هر دو بر مال مساوى است (۱) وترجيح بلا مرجح محال است. ونظير اين است آنچه كه تحقيق كرده ايم در كتاب زكات، كه هر گاه كسى نصاب اول گوسفند ونصاب اول شتر را مالك باشد ويابد دو گوسفند بدهد، هر گاه يكي را داد به قصد (زكات ما فى الذمه) نصف گوسفند محسوب مى شود از براى زكات گوسفند، ونصفي براى زكات شتر. وثمره در جائي ظاهر مى شود كه اگر بدون تفريط وتقصير در ايصال آن ديگرى به مستحق هر دو نصابها تلف شوند، مالك براء الذمه است از زكات. و هر گاه يكي از نصابها تلف شود ويكي باقى باشد نصف گوسفند ديگر بايد بدهد از براى همين نصاب باقى. ونصف ديگر كه از براى آن نصاب تالف است از او ساقط است .

۱: عبارت نسخه: وآن مصرف گويا دو طلبكارند كه حق مشترى را گرفته اند وهر دو بر مال مساوى است .

واما جواب از **سوال:** از حال پنبه [اى] كه باقى مانده است: پس بدان كه زيد از باب طلبى كه از عمرو داشت رجوع به مال عمرو نمى تواند كرد، حتى به عين موجود پنبه. چون به سبب ضمان بكر منتقل شده به ذمه او. بلكه رجوع به بكر ميكند. وبكر بعد از اداى قيمت مستحق رجوع ميكند به مال عمرو، و هر گاه شرط رجوع متحقق باشد (كه از جمله اين است كه به اذن مضمون عنه ضامن شده باشد) به حسب غرما حق خود را ميگيرد. ودر خصوص پنبه موجود هم حق رجوعى ندارد. چون مال او نبود كه در تحت قاعده (رجوع غريم بعين المال خود) مندرج باشد. بلى زيد از باب طلبى كه از بكر داشت از باب قيمت پنبه وبه سبب ضمان عمرو منتقل شده بود به ذمه عمرو وآن را از مال عمرو مطالبه ميكند، به موافق آنچه برسد نسبت به ساير غرما [مى تواند بردارد]. وباز در عين پنبه موجود در نزد عمرو حقى ندارد، چون اين دينى است كه از بكر طلب داشت. در ازاي پنبه حصه عمرو نبود بلكه در ازاي پنبه حصه خودش بود. وبعد از اين، ورثه عمرو از باب ضمان عمرو از براى حصه بكر بر سبيل غرما داده اند به زيد،

مستحق میشوند که از بکر بگیرند. ولیکن چون مفروض این است که زید حصه عمرو را که بکر ضامن شده بود، از بکر گرفته یا میگیرد، دیگر مستحق نمی شود که از مال عمرو عوض را بگیرد، و مال او وفا به تمام نمی کند بلکه به قدری که غرما اقتصاد کرده اند میگیرد. و از همان قدر که زید گرفته بیشتر نمی شود. پس در این صورت به تقاص و تهاتر رجوع می شود. یعنی حق یکی از ذمه دیگری ساقط می شود. و حاصل کلام این که: زید تمام حصه عمرو را از بکر میگیرد. و ضامن ها - چون ورثه عمرو به قدر سهم غرمائی که داده اند، از بکر صاحب طلبند. و بکر هم به قدر حصه غرما باید رجوع کند به ورثه عمرو و این دو نفر - تقاص میکنند و از هم در میروند.

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

[۵۷]

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

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

مطلب اول: در بیان اشتراط رضای مضمون له و مضمون عنه است: فاعلم ان فی اعتبار رضا المضمون له، قولان. المشهور بین الاصحاب (كما نسبه الهیثم جماعة) الاول. وعن ابن زهره والتحریر الاجماع علیه .

وعن الشيخ فى احد قوليه الثانى. والاول اظهر. لنا: مضافا الى الاصل والاجماع المنقول، ان الناس مختلفون فى سهولة القضاء و عدمها، وبالضمان ينتقل الحق من ذمة الى اخرى فلولم يعتبر لزم الغرر والضرر. و لمفهوم صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) (فى الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء. فقال: اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت). (١) وعبارة فقه الرضا (ع) المعتضدة بالعمل (وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه، قد برء وقد لزم الضامن رده عليك) ويؤيده ما رواه الشيخ بسنده الى عيسى بن عبدالله .

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

[٥٨]

و [رواه] الصدوق مرسلًا (ان عبدالله بن الحسن احتضر فاجتمع عليه غرمائه فطالبوه بدين لهم. فقال: ما عندى ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من اخى وبنى عمى على بن الحسين او عبدالله بن جعفر. فقال الغرماء: اما عبدالله بن جعفر فملى مطول، واما على بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو احبهما لينا. فارسل اليه فاخبره الخبر. فقال (ع): اضمن لكم المال الى غلة. ولم يكن له غلة. فقال القوم: قد رضينا فضمنه. فلما اتت الغلة اتاح الله تعالى له المال فاداه) (١). فقد استدل به فى المختلف، و [لكن] فيه اشكال مع قطع النظر عن السند بعدم استناده الى معصوم. و [الجواب:] لعله اخذه من ابائه عليهم السلام. ووجه الاستدلال انه خير الغرماء فى اختيار ايهما، ولو لم يكن رضاهم معتبرا لما خيرهم. حجة الشيخ حكاية على (ع) وأبى قتاده [وضمانهما] للميت. فقد روى انه) حضر عند النبى جنازة. فقال (ص): هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان . فقال: صلوا على صاحبكم. فقال على (ع): هما على يا رسول الله وانا لهما ضامن . فصلى عليه النبى (ص) ثم اقبل على على فقال: جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك) (٢) فقد حكم (ص) باللزوم مع عدم سبقه بال**سؤال**: عن رضاء المضمون له. بضميمة اصاله عدم رضاه. وفيه: مع الاغماض عن السند، (٣) انه معارض بما هو اقوى منه سندا ودلالة (٤)، لان غايته التمسك بالاصل وهو لا يعارض الدليل. وقد يجاب با نه واقعة فلا تعدم. وفيه: ما لا يخفى، اذا الواقعة الخاصة تكفى لنفى شرطية الرضاء، اذ لو كان وجوده شرطا لصحته لما حكم بها مع عدمه . نعم يتم فى مثل ما لو وقع واقعة من الرضاء، فلم يمكن الاستدلال باشرطه. وبان شاهد الحال يقضى بحصول العلم بالرضاء لضمان مثل على (ع)

١:الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٥ ح ١ ٢: الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٣ ح ٢ - ٢ وحكاية ابي قتاده: الباب ح ٣.٣ و ٤: ولكن روى فى الكافى (ج ١ ص ٣٥٣ وروى فى التهذيب (ج ٢ ص ٥٩) نحو هذا الحديث عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد، عن النضر بن سويد، عن يحيى الحلبي، عن معاوية بن وهب، عن الصادق (ع) ودلالته اوضح .

[٥٩]

مع ان الظاهر ان الميت لم يخلف شيئا. وفيه: ان الرضا المعتبر هنا المقرون بالانشاء المحمول على الارادة، لا مجرد موافقة الطبع الذى هو معنى الشهوة . فلا معنى للاستدلال بشاهد الحال على الرضا بالمعنى الثانى على المعنى الاول الذى هو المعتبر فى المقام. واستدل الشيخ فى النهاية بموثقة اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله (ع) (فى الرجل يكون عليه دين يحضره الموت. فيقول وليه: على دينك . قال: يبرئه ذلك وان لم يقضه وليه من بعده. وقال: ارجوان لا يآثم وانما اثمه على الذى يحبسه) (١) وفيه: مضافا الى عدم مقاومته من حيث النسد والاعتضاد، لادلة المشهور، ان فيه اطلاقا بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه. ومقتضى الجمع حمله على ما دل على اعتباره بالنصوصية. وربما يستدل له بصحيفة حبيب الخثعمى (٢) وموثقة الحسن ابن جهم (٣). وهما مع خروجهما عن محل النزاع مخالفان للاجماع والاصول الشرعية. ولهذا تركنا ذكرهما وذكر ما فيهما. واما رضاء المضمون عنه: فلايعتبر، بلا خلاف صريح. بل ادعى عليه الاجماع جماعة من الاصحاب ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر الاخبار الدالة على كفاية رضا المضمون له كما مرت. ومنها حكاية ضمان على (ع) عن الميت، مع ان العلامة ادعى الاجماع على جواز الضمان عن الميت ولا يتصور رضاه، ويؤيده (٤) صحة اداء دين المديون بدون رضاه. نعم اختلفوا فى ما علم المضمون عنه بالضمان فانكره . والاشهر الاظهر فيه ايضا انه غير مضر، خلافا لما نقل عن الشيخين وابن ابي حمزة وابن البراج، حيث نفوا الصحة بالانكار. ولكن يظهر من الفقهاء خلاف فى فهم مرادهم، فبعضهم فهم ان قولهم بالبطلان لاجل اعتبارهم الرضاء فى الصحة والاستقرار فى اول الامر، فمرادهم ان الانكار لما كان كاشفا عن عدم الرضا اولا، فيبطل. وآخرون فهموا ان الانكار مانع. يعنى انه يصح مع عدم معلومية الرضاء وعدم الرضاء ويستقر، لكن يحكم بالبطلان اذا انكر. وعلى هذا فاصل مسئلة

١:الوسائل: ابواب الدين، الباب ١٤ ح ٢.٢: لم اعثر على هذا الحديث. ٣: الوسائل: ابواب الضمان، الباب ٤ ح ١. ٤: وفى النسخة: ولا يؤده ...

اشتراط الرضاء خلافية ولذلك قلنا (بلا خلاف صريح). وكيف كان فالظاهر قول المشهور. لعدم وضوح دليل للقول الاخر. وان اشعرت عبارة السرائر بوجود رواية تدل عليه. ودلالة ما مر من الادلة، عليه. مضافا الى الاستصحاب واولويته بالنسبة الى الدين حيث حكموا بسقوطه بالاداء وان كره المديون. ثم: انهم اختلفوا (على القول باشتراط رضا المضمون له) فى اشتراط القبول اللفظى الجامع للشرايط، او انه يكفى مجرد الرضاء؟. والظاهر فيه عدم الاشتراط، وفاقا لفخر المحققين والمحقق الاردبيلى. بل لم يظهر تصريح ممن تقدم على العلامة به، وجعله فى القواعد احتمالا. ولكنه رجع اشتراطه فى التذكرة والتحرير. وكذلك المحقق الثانى والشهيد الثانى. لنا: عموم (اوفوا بالعقود) وغيره، نظر الى ان المراد بالعقود هو العقود الموثقة الشاملة لمثل النذر والعهد واليمين، والشرايط المذكورة فى ضمن العقود. بل مطلق الالتزام، كما هو المعنى الظاهر من معانى الشرط. فيندرج تحت قولهم (ع) (المؤمنون عند شروطهم). وتفسير العقود بما ذكر للمطابقة باللغة والعرف. ولما ذكره المحققون من مفسرى العامة والخاصة. ويظهر ذلك من جمهور الفقهاء الا من شذ. وانما خرج العقود الجائزة بدليل. ويدل عليه ايضا صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة، فان اطلاق الجواب فى مقابل **السؤال**: وجعل شرط الصحة هو رضا الغرماء، يقتضى عدم اشتراط شىء آخر، والالزم (تاخير البيان عن وقت الحاجة)، كما هو ظاهر المقام. فهو فى قوة ان يقال (رضاء الغرما وضمان الضامن مبرء لذمة الميت) فلاكراهة فى المناقشة بان المطلق انما يحمل على العموم اذا سبق الكلام لبيان حكم المطلق لا اذا ذكر المطلق لبيان حكم شىء آخر. وقد استدل على ذلك ايضا بقوله تعالى (وانا به زعيم) (١). وهو مشكل. لان حجية شرع من قبلنا انما يثبت فى ما لو ظهر من الشارع حكايته على سبيل المدح. لا مطلق

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

قال بالاشتراط، بالاستصحاب، وبانه من العقود اللازمة، مدعيا عليه الاجماع لا بد فيها من القبول، والاصل لا يعارض الدليل. ولا نسلم ان كل عقد لا بد فيه من القبول، اذ قد عرفت ان العقد اعم من ذلك. بل [اعم [مما يشترط فيه الرضا [فقط [من طرف آخر، اذ قد لا يكون هناك الا التزام او عهد مع الله. انما صدر هذه الغفلة من ملاحظة اصطلاح الفقهاء حيث يقتسمون الفقه الى العبادات والعقود والايقاعات والاحكام. واين هذا من المعانى اللغوية والعرفية التى عليها المدار فى فهم كلام الشارع. والحقيقة الشرعية ايضا غير تامة فى ذلك. واحتجوا ايضا بما روى فى فقه الرضا وقد مر. وفيه مع الاغماض عن السند وفقد الجابر، ان لفظ (قبلت) لا يدل على اعتبار القبول اللفظى الجامع للشرايط المعتمدة عندهم. لان من معانيه المناسبة للمقام المذكورة فى كتب اللغة اما هو الرضا كما ذكره فى تفسير قوله تعالى (فتقبلها ربها بقبول حسن) يعنى رضى بها مكان النذر. او من الاخذ ومنه (القابلة) التى تاخذ الولد. وهو ايضا يرجع هنا الى التلقى والرضا. يعنى لم يعرض عن الضمان واخذه. وقبول العذر ايضا بمعنى الرضا. ويقال بالفارسية (پذيرفتن) واما القول بان المراد من كلمة (قبلت) التكلم بلفظ (قبلت) من حيث المادة والهيئة، فليس من معانيه اللغوية، ولم يثبت فيه حقيقة شرعية، ولو سلم ثبوت الحقيقة الفقهية، فهو لا ينفع فى فهم الالفاظ كما مر، فهذا خلط فى الاصطلاح. فلا تغفل.

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

۱: وفى النسخة: والاستناد الى الاصحاب ...

ونوشته مى شود در آن مقدار ثمن واوصاف آن، ومعجل بودن يا موجل بودن آن، چنانكه علما ذكر کرده‌اند. ودر كتب لغت هم اين را يکى از معانى عهده ذکر کرده‌اند. وعلامه وغير او گفته‌اند كه از آنجا نقل شده، وغالبا استعمال مى شود در اصل ثمن. يعنى هر گاه كسى بگويد (ضامن عهده شدم) معنى آن اين است كه (ضامن ثمن شدم). ودر صحاح مذكور است (العهد: الذكر). وكفته است كه معنى (عهده على) اين است كه (ما ادرك من درك فاصلاحه على) وكفته است كه (درك) به معنى (تبعه) است وتبعه به معنى (مظلمه) است. والحاصل: هر گاه ضامن بگويد از براى مشتري (كه مشوش است از ناخوشى كه رو دهد در آنچه ميخرد) كه عهده آن بر من است. يعنى اگر مظلمه بهم رسد وبه تو ظلمى ونقصانى برسد از جهت اين مبيع - مثل اين كه مبيع مال غير بر آيد يا فساد آن بيع

ظاهر شود - اصلاح امر تو و نقصانی که عاید بشود به تو از باب قیمتی که داده‌ای بر ذمه من باشد. وعده در لغت به معنی ضعف وسست [ی] هم آمده. چنانکه میگویند (فی هذا الامر عهده) و (فی عقله عهده) یعنی امر هنوز محکم نشده (۱) و در عقل فلانی وضعی هست. پس معنی ضمان عهده این است که (من تدارك ضعف وسستی و ناتمامی این معامله را میکنم و آن در ذمه من است). و تعهد به معنی التزام هم هست و عهده به معنی ذمه هم هست. و از این جهت است که علامه در تذکره گفته است که این ضمان را (ضمان عهده) میگویند به سبب این که ضامن ملتزم می شود آنچه را که در عهده بایع است که رد کند. به هر حال اصل ضمان عهده ثمن در صورتی که مشتری ثمن را تسلیم بایع کرده باشد - به این معنی که کسی ضامن شود از برای مشتری از جانب بایع که اگر مبیع مال غیر بر آید و آن غیرهم اجازه بیع نکند او از عهده غرامت بر آید و به مشتری رد نماید - صحیح است. و ظاهراً خلافتی در آن نیست. و از جمعی ظاهر می شود که اجماع است، مثل علامه در تذکره، و صاحب مسالك واخوند

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

ملا احمد اردبیلی (ره). و دلالت میکند بر آن عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن. و هم چنین ضرورت و عسر بدون آن. زیرا که بسیار است که احتیاج می شود به معامله و اعتمادی به بایع نیست، گاه است مال غیر را میفروشد و فرار میکند و دست به او نمیرسد. و این مسأله در صورتی که عین ثمن موجود باشد در حین ضمان از باب (ضمان اعیان مضمونه) می شود که در آن خلاف است. و بعد از این حکم آن مذکور می شود، و لکن گویا که اطلاق ایشان در اینجا مبتنی باشد بر اجماع در این صورت، با حصول ضرورت. و الا قول به آن از برای قائل به منع در اعیان مضمونه صورت نداشتی. و اما در صورت تلف ثمن پس اشکال به هیچ يك از دو قول نیست. و به هر حال چون شرط است در صحت ضمان، اشتغال ذمه مضمون عنه پس قبل از تسلیم ثمن به بایع ضمان آن بی صورت است. و به این سبب قید کرده‌اند صحت ضمان را به این که مشتری ثمن را تسلیم کرده باشد. بلکه تصریح کرده‌اند به عدم صحت در صورت عدم تسلیم. و ظاهر این است که مراد آنهایی که ترك قید کرده‌اند همین باشد. چون قبل از تسلیم از باب (ضمان مالم یجب) است. و لکن گاه است ضرورت داعی بر صحت آن هم بشود، بلکه احتیاط و قصد وثیقه

قبل از دادن مال از دست اهم است در نظر عقلا وعموم منع از (ضمان ما لم یجب) هم ممنوع است، چنانکه در مواضع بسیار واقع شده، مثل (الق متاعك فی البحر وانا ضامن) و مثل ضمان اعیان مضمونه بنابر قول به آن، و غیر اینها، وعمومات هم شامل آن است. و بدان که هر گاه ضامن شود ثمن را قبل از تسلیم، و آن ثمن دین باشد بر ذمه مشتری، در آن اشکال نیست. چون دینی است از دیون و ضمان آن صحیح است. و این ضمان ثمن است نه عهده ثمن. و اما اگر آن ثمن عینی باشد و هنوز تسلیم نشده و ضامن می شود، پس اظهر صحت آن است نیز چنانکه محقق ثانی تصریح به آن کرده است. و اینهم داخل ضمان اعیان مضمونه می شود، و دلیل آن همان [است] که مذکور شد و بعد هم خواهد آمد. و بدان که ظاهر مشهور و (مصرح به) در کلام جمعی، این است که ظهور فساد بیع به سبب وقوع

[۶۴]

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

هم چیزی لازم نیست، بلکه غرامت ثمنی که مشتری داده است به بایع همان است که شفیع به او میدهد. بلی اشکال در چند جاهست: اول: در صورتی که فسخ کند مشتری بیع را به سبب علتی که در حین بیع موجود بوده، و خلاف کرده‌اند که آیا ضمان لازم می‌شود یا نه (؟-؟) جمعی قائل شده‌اند به

[۶۵]

عدم لزوم، و این را در کفایه اشهر نامیده است. و علامه در قواعد اشکال کرده و عبارت آن این است (وللمشتری عن البایع، یعنی یصح ضمان المشتري عنه بان یضمن عن البایع الثمن بعد قبضه متی خرج المبیع مستحقا او رد بعیب علی اشکال). و لکن بعد از قلیلی فاصله گفته است که (الاقرب انه لایصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبیع معیبا ورده، والصحة لو بان فسادا بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر فی البیع او افتران شرط فاسد به) (۱). و بعد از فاصله بسیاری گفته است (ویرجع علی ضامن عهدة الثمن فی كل موضع یبطل فیہ البیع من راس، لامایتجدد له الفسخ بالتقایل او البیع السابق...) ووجه اشکال - چنانچه فخر المحققین و شیخ علی گفته‌اند - این است که چون ثمن به سبب فسخ لازم شده است بر بایع و در حین ضمان چیزی بر او نبود پس از باب (ضمان مالم یجب) است، پس ضمانی لازم نیست. و چون سبب فسخ که عیب است موجود بود در آن حال و حاجت و ضرورت داعی است بر این ضمان، پس ضمان صحیح است و لازم است. و فخر المحققین بعد از آن که وجه اشکال را چنین ذکر کرده گفته است که حق صحت است، به جهت این که عذر غالب اولی است به تجویز رخصت، از عذر نادر. و هر گاه در مثل (القی متاعك فی البحر وعلی ضمانه) قائل به صحت باشیم با وجود ندرت وقوع آن، پس در ما نحن فیہ اولی خواهد بود چون غالب الوقوع است. و هر چند در استدلال به اولویت اشکال است، و لکن اظهر صحت است به سبب ضرورت و رفع حاجت و لزوم عسر، و به جهت آن که پیش گفتیم که دلیلی بر اشتراط) و جوب حق در ذمه مضمون عنه در حین ضمان) ثابت نیست. و عمومات (اوفو بالعقود) و اطلاعات ضمان، همه شامل اینجا هست. و عجب از آخوند ملا احمد (ره) [است] که در مسأله ضمان اعیان مضمونه میل به این نوع استدلال کرده، و در اینجا فتوی به عدم لزوم داده، و اشکال را از علامه در تذکره نقل کرده، و وجه اشکال که در تذکره مذکور است این است که چون بایع تفریط کرده و با وجود امکان، اعلام نکرده، پس گویا استحقاق مشتری مطالبه ثمن را در حین ضمان، ثابت بوده، پس الحال که عیب ظاهر شد [و] فسخ کرد، ضامن باید از عهده بر آید، و

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

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

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

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

دوم: (۱) در جایی است که باطل شود بیع به سبب تلف مبیع قبل از اقباض مبیع و بعد از قبض ثمن، که در اینجا نیز مطالبه نمی تواند کرد مشتری قیمت را از ضامن، بکله رجوع میکند به بایع، چون ظاهرا خلاقی نیست در این که تلف مبیع قبل از اقباض از مال بایع است. و معنی آن این است که قبل از تلف

به لمحہ [ای] مال بر میگردد به بایع واز کیسه او میروود. بلی علامه احتمالی داده که از مال مشتری باشد. وآن ضعیف است. وثمره این خلاف در این ظاهر می شود که نماء مبیع تا حین تلف از مال مشتری است، بنا بر مشهور، واز مال بایع است بنا بر احتمال علامه. و هم چنین سایر ثمرات ملک پس بنا بر این چون در حالت ضمان تلفی واقع [ن] شده بود و بایع مشغول الذمه ثمن نیوده که ضمان بر آن واقع شده باشد. پس از ضامن مطالبه نمیتوان کرد، پس [نه] در مطلق ضمان عهده داخل می شود هر گاه به عنوان اطلاق ضامن شده باشد، و نه صحیح است تصریح بر این که من ضامنم اگر فسادی رودهد به سبب تلف قبل از قبض. ولکن اشکالی که سابق کردیم، در اینجا هم وارد است، که در صورت تصریح چرا صحیح نباشد؟ و حال آن که عمومات شامل آن هست، وعموم دلیل بطلان ضمان مالم یجب، مسلم نیست. و خلافتی در اصل مسأله در نظر نیست الا اشکالی که علامه در تذکره گفته است که اگر قایل باشیم به این که بیع به سبب تلف مبیع قبل از قبض منفسخ می شود از حین تلف، پس رجوع به ضامن نمیتوان کرد. و اگر قایل باشیم که از اصل باطل می شود، رجوع توان کرد. و عبارت منقوله از تذکره این است) فلوتلف المبیع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد، فیطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البیع ینفسخ من اصله فهو كظهور الفساد بغیر الاستحقاق، وان قلنا ینفسخ من حینه، فکالرد بالعیب). یعنی اگر قایل باشیم که بیع از اصل بر هم میخورد، پس آن مانند جائی است که ظاهر بشود از غیر جهت ظهور این که مبیع مال غیر بوده است، بلکه مثل این باشد که به سبب

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

اختلال شرطی از شروط مبیع فاسد باشد، که اظهر در آن رجوع به ضامن است نه بایع . و اگر قایل باشیم که بیع باطل می شود. در حین تلف و قبل از آن مال مشتری بود، پس از قبیل رد به عیب است، که در رجوع به ضامن اشکال کرده بود در آن . و ذکر این تشبیهها در کلام علامه از برای تحقیق مقام تشبیه و مشابهت است و کیفیت این که حکم به عنوان جزم است یا اظهر است یا محل اشکال است. نه این که از باب قید احترازی باشد. این محتاج است به دقت نظر و تأمل. و صاحب مسالك بحث کرده است بر علامه و گفته است که هر چند ما حکم کنیم به بطلان بیع از اصل، اما این حکمی است که لاحق ضمان شده و بعد از آن حاصل شده، و چون مبیع در حال ضمان مال مشتری بود در ظاهر شرع، و در نفس الامر ثمن مال بایع بود و مال مشتری به ذمه او متعلق نشده بود و این تلقی که طاری شده به

سببی شد که خدا حکم کرد به عود ملك بر مالك اولی از اصل، پس ضمان متعلق به ثمن نمی شود. و آخوند ملا احمد (ره) بر او ایراد کرده به آنچه حاصل آن این است که بودن مبیع مال مشتری تا حین تلف در نفس الامر و در حکم خدا در جمیع زمان (۱) بعد وقوع بیع تا حین تلف [بر عود آن به بایع، مردود است. زیرا] آنچه ما میفهمیم از بطلان بیع از اصل، این است که بیع مطلق است و بقاء مبیع تا زمان قبض از شروط صحت آن است و عدم بقاء مانع از صحت آن است، چنانکه در امثال آن گفته‌اند. تمام شد کلام آخوند (ره). و آنچه به فهم قاصر میرسد این است که مراد شهید ثانی (ره) این است که تلف مبیع سبب نقل است از مشتری به بایع، نه کاشف از نقل. و این از باب اجازه فضولی نیست بنابر قول به کشف که ثمرات ملك بر آن مترتب شود از حین صیغه تا حین اجازه. و از باب فضولی بنابر قول به نقل هم نیست که اجازه جزء سبب باشد و نقل به سبب اجازه حاصل شود از حین اجازه و ثمرات اجازه از برای مجیز حاصل شود نه قبل آن. بلکه به سبب بیع، ملك مال مشتری است و ثمرات آن از برای مشتری حاصل است الی حین

۱: و در نسخه: ضمان .

[۷۰]

التلف. و تلف سبب انتقال ملك است از ما بعد عقد مسلوب المنافع. و سر این کلام این است که نظر به حدیثی که وارد شده که (تلف المبیع قبل القبض من مال البایع) (۱) فهمیدن معنی (من مال البایع) مشکل می شود. چون به سبب عقد، مبیع مال مشتری شده. و به این جهت توجیه کرده‌اند و گفته‌اند که این حدیث (بدلالت تبعیه) دلالت دارد بر این که به سبب تلف، مبیع مال بایع می شود به لمحہ [ای [قبل از تلف. و هر گاه دست از قول مشهور علما برداریم (که مراد بطلان بیع است از حین تلف) و قائل شویم به این احتمالی که علامه در تذکره داده است که باطل می شود بیع از اصل، پس باز محتاجیم در صادق آمدن مدلول حدیث به این که مبیع را مال بایع کنیم و بگوئیم که تلف از مال بایع شده. پس میگوئیم باید به سبب تلف بگوئیم که بعد از جریان صیغه بیع مبیع مال بایع شد و تلف در مال او شده هر چند مال بایع شدن با سلب منافع و سایر ثمرات باشد. پس جریان صیغه باعث صحت بیع است و جمیع آثار آن بر آن مترتب می شود که از جمله آنها این است که ثمن حق و مال بایع است و بر ذمه او چیزی از حق غیر نیست، و ضمان بر آن مترتب نمی شود، و نمائی که حاصل می شود مال مشتری است. و تلف همین قدر کار میکند که مبیع مسلوب المنافع و الاثار مال بایع می شود که صادق آید (التلف من مال

البایع). پس با این جمع می شود ما بین حدیث (التلف من مال البایع) ومیان اصل وقاعده صحت بین وترتب آثار بر آن. که از جمله آنها عدم صحت ضمان است. واز آنچه گفتیم فرق ما بین ما نحن فیه وعقد فضولی ظاهر می شود بنابر قول به کشف. که در فضولی اجازه کاشف است از این که اصل عقد در ملك مالك اصلی واقع شده، نه این که بعد جریان عقد مال منتقل می شود به مالك اصلی، یا از مالك اصلی [به مشتری]. ودر ما نحن فیه عقد در مال خود بایع واقع شده وتلف سبب ناقل بیع است از مشتری به بایع بعد از وقوع عقد. ومؤید این

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

[۷۱]

مطلب است آنچه در مسأله غصب گفته اند که هر گاه غاصب نتواند رد عین کند ومالك عوض آن را از غاصب بگیرد بدون عقد معاوضه، این که جایز است از برای مالك انواع تصرفات در آن عوض حتی بیع وهبه وسایر تصرفات متلفه. وبعد از آن هر گاه غاصب قادر شود بر تسلیم مال مغصوب، مالك اصلی رجوع میکند به مال خود. اما غاصب پس آن رجوع به مالك نمی تواند کرد در آنچه تصرف کرده وتلف کرده. هر چند با بقای عین رجوع به مال خود می تواند کرد. چون دادن آن از برای حیلولة او بود میانه مالك اصلی ومال او. واینهم نوعی است از انواع تملك که رقبه عوض، ملك مالك می شود وانواع تصرفات مالکانه می تواند کرد، ولکن مراعی است تا پیدا شدن مال مالك اصلی با بقای عوض. نه در صورت تلف. و غرض تاپید این است که در اینجا هم مانعی ندارد که ملك به سبب تلف منتقل شود به بایع، ولکن منافع او از آن نباشد همان عین فقط مال او می شود تا صدق کند که تلف از مال بایع شده. وحاصل مختار در مسأله این است که در صورت اطلاق ضمان عهده، ما نحن فیه داخل ضمان نیست. هر چند فائل باشیم که تلف سبب باطل شدن بیع باشد از اصل. ودر صورت تصریح به ضمان اگر تلف شود، اظهر صحت ضمان است.

سوم: (۱) هر گاه کسی مالی فروخت به شخصی ودیگری ضامن عهده ثمن شد. و بعد از آن مال معیب بر آید ومشتری مطالبه ارش کند. آیا این ضمان نسبت به دعوی ارش، صحیح است ومشتری می تواند از ضامن مطالبه ارش کند یا نه؟ -؟. جماعتی تصریح به صحت کرده اند. وعلامه در تحریر فائل به عدم صحت شده وجمعی توقف کرده اند. دلیل قول به صحت این است که: ارش در وقت ضمان در ذمه

بایع ثابت بود، پس از (ضمان مالم یجب) نیست. وجهالت مقدار ضرر ندارد به سبب آن که [در] اصل
ضمان

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

[۷۲]

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

[۷۳]

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

[۷۴]

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

۱: در نسخه: منقضی ...

واستیفای این نقصان را که مشتری باید بکند، شارع مقدس به اختیار مشتری قرار داده که فسخ کند و ثمن را استرداد کند یا فسخ نکند وارش بگیرد. پس بایع مشغول ذمه قدر مشترك است و به هر نحو مشتری خواهد استیفای حق خود میکند. پس بر بایع لازم است که در صورت جهل مشتری او را اعلام کند و کتمان نکند امری را که بر او ظاهر نمی شود، تا او به هر نحو که خواهد استیفا کند. و اما رضا شدن مشتری به عیب بعد از اعلام پس داخل اقسام استیفاء نیست. بلکه از باب عفو است. هر گاه

این را دانستی بر میگرددیم به مسأله ضمان ومی گوئیم که هر گاه ضامن بر ذمه گرفت درك وتبعه ثمن را که مشتری داده به بایع، پس ظاهر این است که همین قدر مشترك که بیرون آمدن از غرامت مشتری (به هر يك از دو قسم که خواهد) بر ذمه ضامن قرار میگیرد نظر به اطلاقات ضمان، وعموم اوفوا بالعقود، ومثال آن چنانکه پیش گفتیم. ودلیلی بر خصوص تعیین ارش در حین ضمان نیست که [باید] ضامن متوجه آن باشد لاغیر. ودر صورت تصریح به آن که (ضامن ارش میشود اگر مشتری مطالبه کند) صحت ضمان اوضح واطهر است. پس اظهر این است که استیفای ارش داخل اطلاق ضمان عهده ثمن باشد در صورت اختیار مشتری آن را. ومی تواند مشتری که مطالبه از ضامن کند. و هم چنین هر گاه در عقد ضمان تصریح شود به این که: من ضامنم که اگر معیب بر آید ومشتری مطالبه ارش کند بدهم.

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

۱: پیشتر نیز (در مجلد دوم) با این لغت سر و کار داشتیم واز منابع لغت نقل شد که مراد از آن (ظرف کیل) و پیمانها است ومعرب (سینی) و (سینیچه) است که در مقام کاربرد می تواند در مورد سنگ ترازو هم به کار رود. البته عکس این نیز ممکن است زیرا منابع لغت بیشتر به کار برد روزمره توجه دارند تا به ریشه اصلی. ۲: و هم چنین اگر پیمانهای بیاورد .

[۷۱]

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

مطلب پنجم: هر گاه بعض مبیع مستحق غیر بر آید، پس ظاهرا خلافی نیست که رجوع می شود به ضامن در غرامت آن مقدار از ثمن که مقابل حق غیر است هر چند ضامن عهده مطلق باشد. واما آنچه در مقابل مال مالك است پس در آن خلاف است. ظاهر این است که مشهور علما قایلند به این که رجوع به بایع می شود نه به ضامن. چنانکه در کفایه نسبت به مشهور داده. وظاهر عبارت منقوله از تذکره اتفاق است. چون گفته است (عندنا)، وخلاف را در اینجا همین از شیخ نقل کرده در مبسوط که

تجویز کرده است رجوع به ضامن را در جمیع، به جهت وجود اشتغال ذمه بائع به جمیع ثمن در حال بیع. یعنی (تبعض صفقه) که سبب تسلط بر فسخ و رجوع به ثمن در حال بیع موجود بود. و بر او ایراد کرده‌اند که سبب اشتغال ذمه [بر] آن، فسخ است. و آن بعد حاصل می‌شود. و بنا بر این که تبعض صفقه از جمله عیوب باشد، فرق گذاشتن ما بین این مسأله و مسئله ظهور عیب که پیش گذشت مشکل است. پسر هرکی در آنجا ترجیح داد رجوع به ضامن را (مثل فخر المحققین) باید در اینجا هم قائل باشد. و هم چنین هرکی در آنجا اشکال کرده (مثل علامه در تذکره) باید در اینجا هم اشکال کند. و به هر حال در صورت اطلاق ضمان عهده، دخول این در ضمان ضامن دلیل واضحی ندارد. و اصل برائت ذمه ضامن رافعی ندارد. و اما ضمان خود بائع، پس آن ثابت بود از اصل و رافعی برای آن ثابت نیست. و اما در صورت تصریح به ضمان پس اظهر صحت ضمان است. چنانکه در مسأله عیب

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

[W]

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

مطلب ششم: در بیان صیغه ضمان عهده است. و علامه در تحریر (در سه نسخه که در نزد ما حاضر است) گفته است (ضمان العهدة ان يقول ضمانت عهده، او ضمانت منه، او ضمانت در که، او يقول للمشتري ضمانت خلاصك منه). و ظاهر این است که مراد این است که ضامن بگوید به مشتری که من ضامنم عهده ثمن تو را هر گاه مبیع مستحق غیر بر آید، یا بیع باطل شود من ضامنم که از عهده قیمتی که بائع داده [ای] بر آیم. یا بگوید (ضمانت عنه) یعنی ضامن به مشتری بگوید که من ضامنم از جانب بائع از برای تو، باز مراد ضمان ثمن یا عهده ثمن باشد. یا بگوید (ضمانت در که) یعنی ضامن شدم از برای تو درک ثمن و تبعه و مظلومه که از جهت خسارت ثمن به تو برسد. و این سه صیغه از برای ضمان ضامن است از برای مشتری از جانب بائع. و اما صیغه آخری: یعنی این که ضامن بگوید به مشتری (ضمانت خلاصك منه) پس این از برای ضامن شدن ضامن است از جانب مشتری از برای بائع. و این در صورتی است که مشتری تسلیم ثمن نکرده و ضامن از برای بائع ضامن می‌شود به مشتری میگوید که من ضامنم که هر گاه تو قیمت را نرسانی به بائع من برسانم و تو را از دست بائع خلاص کنم. یا اگر قیمتی که [مشتری] داد مال غیر بر آید، یا ناقص دیگر داشته باشد، من از عهده بر آیم. و ممکن است

که این هم از نوع مثال‌های قبل باشد. یعنی ضامنم که اگر در مبیع عیبی و نقصی بهم رسد تو را خلاص کنم از نقصان که از جهت قیمتی که داده [ای] به بایع به تو برسد. و عبارتی که از تذکره نقل شده این است که ضامن به مشتری بگوید (ضمنت لك عهدته، او ثمنه، او در که، او خلصتك منه). و معنی این عبارت هم از ملاحظه آنچه گذشت معلوم می‌شود. و علامه در تحریر - بعد از عبارتی که از او نقل کردیم - گفته است که (ولو ضمن خلاص المبیع لم یصح. لانه اذا خرج حرا لم یحل تخلیصه، وان خرج مستحقا لم یستطع الا بالبیع. وذلك ضمان ما لم یجب فلم یصح. فان ضمن عهدة المبیع و خلاصه بطل فی الخلاص و صح فی العهدة).

[۷۸]

یعنی هر گاه کسی ضامن شود از برای مشتری از جانب بایع که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، یا بیع فاسد بر آید، ضامن مبیع را خلاص کند و از برای مشتری مسلم دارد، این صحیح نیست. از برای این که اگر فساد بیع از راه این است که مبیع غلامی بوده و الحال معلوم شد که آزاده بوده و تدلیس کرده، تلخیص در اینجا ممکن نیست، چنانکه واضح است. و اگر فساد بیع از این راه باشد که مال غیر بوده و فروخته و مالک هم اجازه نکرده، پس باز ضمان خلاص کردن، صحیح نیست. زیرا که ضمان مشروط است به این که در حین ضمان، آن حق مضمون، در ذمه مضمون عنه ثابت باشد، و خلاص کردن مبیع بر بایع واجب نبود بلکه بر او واجب بود رد مبیع به مالک یا قیمت آن. پس از باب ضمان مالم یجب، است و صحیح نیست. و وجه بهتر از این هم میتوان گفت و آن این است که هر چند منع کنیم عموم (عدم صحت ضمان مالم یجب) را، باز در اینجا ضمان صحیح نیست. چون تخلیص مبیع و ایصال به مشتری علی الاطلاق مقدور نیست. بلکه مشروط است به رضای مالک مبیع، و گاه هست که راضی شود. پس غایت آنچه در تحت قدرت او است سعی کردن در تحصیل مطلب و راضی کردن مالک است. و این معنی هر چند ممکن است و لکن مطلق سعی کردن مستلزم حصول و ایصال به مشتری نیست. و وظیفه ضمان و تحقق ماهیت آن، این است که ضامن ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس این از حقیقت ضمان ملتزم شود امری را که موجب احقاق حق مضمون له شود. پس این از حقیقت ضمان خارج می‌شود. هر چند مضمون له به همین قدر اکتفا کند. و به هر حال، ضمان خلاص کردن مبیع صحیح نیست چنانکه جماعتی تصریح کرده‌اند. و در عبارت آخری که گفته است (فان ضمن عهدة المبیع و خلاصه...) پس آن چندین احتمال دارد. یکی آن که مراد این باشد که بگوید (ضمنت عهدة المبیع و ضمانت خلاص المبیع) که دو جمله مستقله باشد خواه متعاقب بگوید و خواه به فاصله. پس باز در حکم

سابق است. یعنی ضمان اول صحیح است و ضمان دوم باطل. و اما هر گاه به يك جمله ادا کند و بگوید (ضمنت عهده المبیع و خلاصه) یعنی هم ضامنم که از غرامت ثمن بر آیم و هم مبیع را خلاص کنم و به مشتری برسانم، پس (قطع نظر از

[۷۹]

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

صحت ضمان

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

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

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

کنم). خصوصا هر گاه جاهل مسأله باشد. وظاهرا مجهول است (۱) بر او بطلان در ثانی. پس صحیح خواهد بود در اول. واز آنچه ما بیان کردیم در وجه تردید در ضمان ومعنی آن، ظاهر می شود فساد آن. (۲) گاه است در این مقام تو هم شود که بطلان این نوع ضمان از راه ابهام است و جهالت مورد ضمان و ابهام در متعلق عقود مبطل آن است، واگر نه لازم می آید که صحیح باشد که بگوید که (من ضامن

شدم یکی از دو مال را) ویا (ضامن شدم برای یکی از دو شخص). زیرا که ابهام هر چند یکی از معانی کلمه (او) است چنانکه در قول حق تعالی (انا او آیا کم لعلی هدی او فی ضلال مبین). (۳) ولکن این معنی در اینجا مراد نیست جز ما، بلکه از باب تخییر است بر وجهی که ذکر کردیم. وآن دو مثال که متوهم میگوید، از قبیل مانحن فیه نیست. وملازمه [ای] که ذکر کرده است ممنوع است.

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

۱: لفظ (مجهول است) در نسخه قابل خواندن نیست مطابق تشخیص اصلاح گردید. ۲: توضیح: یعنی حتی تو هم بطلان در ثانی، هم يك تو هم فاسد است. ۳: سبأ ۲۴ .

صورت تلف در حین عقد ضمان متحقق است. (۱) واین دلیل‌ها را که ذکر کرده‌اند [ناتمام هستند] به [جهت] این که در صورت اول آنچه را ضامن در عهده گرفته مال نیست بلکه رد مال است. آنچه در ماهیت ضمان معتبر است به ذمه گرفتن مال است. ویه جهت آن که از خواص ضمان، بری شدن مضمون عنه است بعد از تعهد ضامن. ودر اینجا غاصب بری نمی شود به سبب ضمان. بلکه مکلف است بر [رد] آن اجماعاً، چنانکه در مسالك تصریح کرده به آن. واین با قواعد شیعه هم نمیسازد (۲) که ضمان را مشتق از (ضمن) گرفته‌اند. یعنی مال از ذمه مضمون عنه منتقل می شود به ذمه ضامن. نه از (ضم)، چنانکه عامه کرده‌اند که ضم می شود ذمه ضامن به ذمه مضمون عنه وهر دو ضامن‌اند، ومضمون له مخیر است در رجوع به هر يك. واما در صورت ثانی، یعنی ضمان قیمت اگر تلف شود. پس

آن نیز تمام نیست، چون از باب ضمان ما لم یجب است، ووجود سبب ضمان کافی نیست مادامی که خود ضمان متحقق نشود. ومفروض این است که در حین عقد ضمان مال تلف نشده که خود ضمان متحقق نشود. ومفروض این است که در حین عقد ضمان مال تلف نشده که قیمت آن منتقل شود به ذمه ضامن. وآخوند ملا احمد اردبیلی (ره) بعد از آن که گفته است که (صحت ضمان ظاهر نیست به سبب این که ضمان خلاف اصل است واقتصار می شود در آن به محل وفاق وتحقق شرایط صحت که معنی (۳) ومراد شارع [است] (۴). واینها در اینجا معلوم نیست. به جهت این که ضمان در نزد اصحاب، ناقل است. ووجوب رد منتقل نمی شود. بلکه بر غاصب هم واجب است ظاهرا. و قیمت هم با وجود بقای عین ثابت نیست. و ضمان عین بدون این دو وجه معنی دیگر ندارد) گفته است که محتمل است ثبوت صحت ضمان به سبب صدق ضمان عرفا وثبوت

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

[۸۲]

ضمان شرعا علی الاطلاق. ومعلوم نیست که مذکورات، از لوازم شرایط ضمان باشد. بلی، غالبا چنین است وبه این جهت است که علامه در تذکره بعد از آن که اختیار کرده است جواز ضمان اعیان مضمونه و ضمان عهده را، گفته است که (ضمان المال عندنا ناقل وفی ضمان الاعیان المضمونه، والعهده اشکال، اقویه عندی جواز مطالبه کل من الضامن والمضمون عنه. اما الضامن فللضامن. واما المضمون عنه فلووجود العین فی یده او تلفها فیها. وفی العهده ان شاء المشتري طالب البایع، وان شاء طالب الضامن. لان القصد هنا بالضمان، التوثیق لاغیر). وآخوند (ره) بعد از این کلام باز گفته است که: استبعاد نمیکند در ضمان اعیان به معنی جواز طلب عین از آن که در دست او است واز ضامن. یعنی مضمون له مخیر است ما بین رجوع به هر یک، واینکه واجب باشد رد عین [بر] هر یک از آنها با بقای آن. ورد قیمت آن بعد از تلف بعد از ضمان، بلکه دور نیست که ضمان در اینجا ناقل هم باشد به معنی وجوب رد. پس طلب میکند مضمون له عین را از ضامن و او میگیرد از مضمون عنه ورد میکند به صاحبش، اگر قائل باشیم که نقل با دلیل ثابت است مطلقا، واگر قائل نباشیم به ثبوت نقل از ذمه مضمون عنه علی الاطلاق پس میگوئیم که منتقل شدن مخصوص است به جایی که ممکن باشد از اموالی که در ذمه است. وبعد از آن گفته است سخنی [را] که حاصل آن این است که: ممکن است قول به انتقال به

ذمه ضامن، هر چند عین موجود باشد و هر چند مضمون عنه هم مکلف باشد به رد، به تقریب اختلاف حیثیات، یعنی از حیثیت ضمان، منتقل می شود و خوب رد به ضامن، و بر مضمون عنه چیزی نیست، ولیکن از حیثیت (ید) و غاصب بودن، بر مضمون عنه لازم است رد چنانکه در ایدی متعاقبه بر عین مغضوبه، پس گویا الحال مضمون عنه آن را از دست ضامن گرفته و باید به صاحبش برساند، بعد از آن گفته: حاصل این است که دلیلی نیست بر این که ضمان مطلقا ناقل است، زیرا که اجماع و روایت در عین اعیان نیست (۱)، و اعیان در تحت عمومات ادله ضمان باقی

۱: و در نسخه است .

[۸۴]

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

البحر، وامثال آن به سبب اجماع و ضرورت ثابت باشد که آن نوع رابعی باشد از ضمان به معنای اعم. و از این باب است این که ظالمی از کسی خواهد چیزی بگیرد و دیگری ضامن او شود، که ظاهراً صحیح است و لازم است اداء. پس اجماعات

[۸۵]

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

۱: در نسخه: با این که ۲: در نسخه: یا. ۳: در نسخه: تخصص. البته کلمه (تخصیص) هم در اینجا کافی نیست زیرا (ضرورت) بر ادله دیگر (ورود) دارد و مخصص آنها نیست. از این دیدگاه کلمه (تخصص) هم قابل توجیه است. به هر حال باید بگویم اصلاح و تصحیح این بخش از کتاب بیش از حد دشوار و وقتگیر بود .

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

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

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

است. و هر گاه در صورت مزبوره ضامن شود عهده ثمن را از برای بایع از جانب مشتری که اگر ثمن مستحق غیر بر آید بعد از اداء، از عهده بر آید، پس این صحیح است. زیرا که بیع باطل نمی شود و بر مشتری لازم است تبدیل به ثمنی دیگر. بخلاف آنکه بیع بر ثمن مشخص معین واقع شود، که منشأ بطلان بیع است اگر صاحب ثمن اجازه نکند. و ضمان در این صورت باطل است. اینها همه در صورتی بود که قبض ثمن به عمل نیامده باشد. و اما در صورت قبض ثمن، پس می شود که ضامن شود از برای بایع

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

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

[۸۸]

بنابر این آنچه در شرع انبیاء سلف (۱) صحیح بود در شرع ما ثابت است مگر نسخ آن ثابت شود. هر چند استدلال خالی از اشکال نیست در اینجا. و دلالت میکند بر آن نیز آنچه از رسول خدا (ص) روایت شده که فرمود (الامانة مؤداة والزعيم غارم) (۲) که فقها در کتب استدلالیه ذکر کرده اند و در مختلف استدلال کرده به ضرورت، و مس حاجت. چنانکه در (القي متاعك في البحر وانا ضامن) جایز است. و از این باب است ضمانی که میکند از برای گرفتاری در دست ظالمی که از او مطالبه میکند عدواناً، و بر ذمه آن مظلوم چیزی نیست. و بعضی استدلال کرده اند به این که هر چند در حین ضمان مال لازم نیست لکن چون سبب آن موجود است که عقد جعالة و مال [باشد]، کار منجر می شود به لزوم، بعد از عمل. پس ضمان صحیح است، و این از باب ضمان ثمن مبیع است در ایام خیار. و این مستحق تمام نیست به جهت آن که عقد جعالة سبب لزوم نیست، بلکه عقد جزء سبب است و با اتمام عمل، سبب تمام می شود.

بخلاف غصب که سبب تام است در ضمان قیمت عین مغضوبه بعد تلف. و قیاس به ضمان ثمن بیع در ایام خیارهم باطل است. زیرا که در اینجا ثمن لازم است در ذمه به سبب بیع، هر چند متزلزل باشد، پس ثبوت آن موقوف به فعل چیز دیگر نیست، بلکه عدم حصول فسخ کافی است. و از اینجا دلیل قول تذکره وجواب آن ظاهر می شود بنابر این که مراد او از سبب، لزوم شروع در عمل باشد، نه عقد تنها. زیرا که مجرد شروع، سبب نیست. و هم چنین ظاهر می شود از آنچه گفتیم دلیل قول به عدم صحت مطلقاً، وجواب آن. پس قوی قول جماعت است.

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

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

[۸۹]

در آنجا عمارت میسازد و غرس اشجار میکند. و مالک اصلی می آید و ملک خود را میگیرد و عمارت او را خراب میکند و اشجار او را میکند، آن نقصانی که به سبب اینها به مشتری میرسد آیا جایز است که کسی ضامن آنها بشود از برای مشتری که هر گاه چنین امور رود ضامن غرامت باشد؟. ظاهر اکثر، عدم جواز است. و در مسالك خلاف را نسبت به ابو حنیفه داده. و لکن شهید (ره) در لمعه اختیار صحت کرده. و هم چنین شهید ثانی در شرح آن، میل به آن کرده. و دلیل مانعین همان است که این ضمان مالم یجب است، چون در حین ضمان، ذمه بایع مشغول به چیزی از آن جهت نبوده که کسی ضامن آن شود، و اصل عدم صحت است. و دلیل جواز این است که هر چند اشتغال ذمه در آن وقت برای بایع حاصل نیست، و لکن سبب آن که بودن آن مال غیر است در حین ضمان حاصل بود. و اولی این است که استدلال به عمومات ضمان و عموم (اوفوا بالعقود) و امثال آن، بشود، چنانکه پیش گذشت، و ضرورت و حاجت و رفع ضرر هم موید آن است، و دعوی عدم صحت ضمان مالم یجب هم عموماً در محل منع است. و آیا جایز است که خود بایع ضامن درک شود یا نه؟ -؟. محقق در شرایع تجویز آن کرده. و ظاهر علامه در تذکره هم این است. و محقق هم استدلال [کرده] به این که ضمان لازم نفس عقد است. ظاهر این است که مراد او این است که بایع ضامن است اگر نشود هم. پس این ضمان تأکیدی خواهد

بود. بر او وارد است که این ضمان لازم بیع، غیر این ضمانی است که به عقد ضمان متحقق می شود (چنانکه در مسالك هم اشاره به این شده) و این ضمان شرایط و ثمرات دارد و از جمله شرایط آن ثبوت آن حق است در ذمه مضمون عنه در حین عقد ضمان. بخلاف ضمانی که از بیع حاصل می شود. پس ثبوت ضمان در صورتی که ملك مال غیر بر آید، در آن هیچ اشکالی نیست. و اشکال در این است که هر گاه عقد ضمان هم واقع شود، آیا صحیح است یا نه. و ثمره آن ظاهر می شود که در دینی که مشتری حق الرجوع خود را به سبب بیع ساقط کند، حق الرجوع به سبب عقد ضمان باقی میماند. چنانکه هر گاه در بیع و شری چند خیار جمع بشود، به

[۹۰]

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

۱: اصل لفظ در نسخه غیر خوانا میباشد: ۲. ودر نسخه: دستور علم، ۳: در نسخه: و آیا جهالت ...

[۹۱]

کتاب الصلح (۱)

من المجلد الاول

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

جواب: این نوع مصالحه صورتی ندارد. والله العالم.

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

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

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

[۹۲]

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

۳۲:سوال: زوجه با زوج حقوق صداقش را مصالحه نموده به مال المصلحه مشخص معینی. وبعد از مدت دیگر، هر يك به رضامندی فسخ مصالحه اول، نموده و ثانياً زوجه حقوق صداق خود را مصالحه

نموده با زوج به مال المصالحه معینی اضافه از اول. وصیغه جاری شده و حجت معتبری در دست دارند، حال گفتگوئی میان ایشان اتفاق افتاده در صحت و سقم مصالحتین. آیا مصالحه اول باطل است و ثانی صحیح؟ یا بالعکس؟.

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

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

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

۳۴:سوال: هر گاه رودخانه [اى] بوده باشد - ونه دریاچه ده - از قدیم الایام قرار داد آن را به این نوع نموده اند که هر يك از قرای مذکوره بندى بسته اند که سد آب و حد ایشان بوده. (۱) وبندهای مذکوره فوق و تحت یکدیگر واقع شده اند. وفاصله کلی از بندى تا بند دیگر باشد که ریزش بند اول از ثانی، و ثانی از ثالث و هم چنین تا آخر. و هر يك از بند خود نهري منشق و زراعت مینمایند. از آن تاریخ تا به حال به همین استمرار قرار داد که پشت در پشت بنا و بنیاد آن شده بود معمول، و تغییر و تبدیلی در حدود مشخصه سابقه تا این اوقات اتفاق نیفتاده بود که احدی از حد معینه تجاوز کرده باشد. الحال نظر به تنگابی، اهل يك مزرعه دست از استمرار آباء واجداد برداشته بندى که سد ایشان بوده آن بند را موقوف

و واگذاشته، [و] به فاصله کلی از بند خود که محل و مجرای آب و بند آخر است میخواید احداث قناتی کرده باشد. که هر گاه این قنات کنده شود آب مزرعه آخری بالمره خشک می شود، و اهل آن مزرعه متضرر میشوند. آیا میرسد که این احداث را کرده و ضرر به مسلمان برسد یا نه؟ -؟.

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

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

۱: در نسخه: سد آب وجد ایشان بوده. ۲: مطابق روال مباحث فقهی، این مسأله از مسائل باب (احیاء الموات و حیاة المباحات) میباشد. آنچه باعث شده که مرحوم میرزا این مسأله را در کتاب صلح جای بدهد موضوع قرارداد است که در متن سوال آمده است. ۳: یعنی: دروازه‌ای در اول و سر کوچی منصوب است. ۴: مطابق فتوای میرزا که عین کوچی را به مقتضای اصل وقاعده ملك بالنسبه آن دومیداند، صاحب اندرونی که در بخش آخر کوچی قرار دارد می تواند هر تصرفی در بخش آخر کوچی بنماید زیرا مال مختص او میباشد. رجوع کنید به مسأله (تزامم حقوق) - ۴۱ همین مجلد .

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

جواب: چون ظاهر این است که در همه عمارت مرافق عمارت - که معبر از آن جمله است - داخل است بعینه نه محض استحقاق ارتفاع در عبور. پس در صورت جهالت حال، به حکم اصل حکم می شود به استحقاق عین. و چون معبر و مرافق تابع مجموع حصار است پس بیع بعض حصار یا هبه آن مستلزم

انتقال عین مرافق و معبر است به مشتری یا متهب بقدر الحصة. آنچه از نوشته ظاهر می شود (قطع نظر از این که آن نوشته حجت شرعی است یا نه) (۱) شك در انتقال عین باشد بالسویه یا بالنسبه. پس به مقتضای اصل و قاعده باید رجوع کرد به استحقاق از برای هر يك بالنسبه. پس بنا بر این کویچه مشترك است بینهما، و تصرف احدهما بدون اذن دیگری جایز نیست. و دیگری را میرسد که او را امر کند به خراب کردن. خواه به سبب آن سقف ضرری عاید شده باشد یا نه. و اجرت خراب کردن بر غاصب است. و ظاهر این است که در صورت اختصاص عین به اولی و استحقاق دیگری حق العبور را، فقط در صورت تضرر صاحب حق، [صاحب حق] صاحب عین را تواند الزام کرد در خراب کردن. (۲) و جهل به مسأله منشأ سقوط حق غیر نمی شود. و از آنچه گفتیم حکم حق دروازه هم ظاهر می شود که مشترك است بینهما بالنسبه. والله العالم .

۱: در این مورد توجه به عبارت مرحوم شهید در لعمه که شهید ثانی هم آن را تایید کرده است جالب است که میگوید: لانعتبر بالقرطاس. ۲: عبارت نسخه: در صورت اختصاص عین به بالای سقف و استحقاق دیگری... و شاید صحیحتر این باشد: در صورت اختصاص عین به اولیای سقف و استحقاق دیگری ...

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

جواب: وقف ثانی اگر مشتمل بر شق النهر از فوق این وقف اول نبود، و آب آن از نهر دیگر یا جای دیگر بود باکی نبود. هر چند باعث تعطیل وقف اول باشد. لکن چون الحال مفروض مسأله این است که از همان مجری شق النهر شده، بی صورت است. وجه ثانی این است که اصل مجری که این جدول از او شق شده مشترك بود ما بین واقف اول و سایر ملاک که از جمله آنها واقف ثانی است. و واقف اول جزئی

از آن آب را وقف مسجد کرده ووقف جزئی از آب حقیقتا وقف مجری است، به جهت عدم بقای عین درماء که مورد وقف نتواند شد. ووقف جزء مجری مستلزم وقف مرافق و توابع آن است که از جمله آن حافه نهر است. و شق النهر که واقف ثانی میکند تصرف در حافه است و بدون اذن شریک جایز نیست. و شریک در اینجا موقوف علیه است که مسجد است. و اذن و رضای مسجد در تصرف ودر شق النهر معنی ندارد. اگر بگوئی که: وقف بر مسجد حقیقتا وقف بر مسلمین است والا وقف صحیح نخواستی بود به جهت آن که در موقوف علیه اهلیت تملك شرط است. و بنا بر این مفروض این است که مسلمین راضیاند به این شق النهر. گوئیم بلی خوب است این سخن. اما این که اولاً

[۹۶]

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

۱: عبارت نسخه: مراد از خیرخواهی و صلاح بینی متولی و مکلف بودن آن در آن صلاح بینی ایشان است و رای آن وقفی که او متولی آن است. نه صلاح بینی از راه دیگر: ۲. وسائل: ج ۱۲، احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲ .

[۹۷]

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

[۹۸]

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

۱: به کارگیری لفظ (بعد) در فارسی در اینگونه موارد همیشه با (از) همراه میشود، این سلیقه میرزا يك روند عربی است و بر اساس قواعد عربی باید با (فتحه) نوشته شود لیکن آنچه در فارسی مناسبتر است (کسره) است. ۲: قنات مقنی .

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

وآن آلتی که آب را از فوق جدول خاص، بر میدارند بسیار بزرگ باشد که آمدن آب از منبع تدارک برداشتن آن را نمی کند.

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

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

[۱۰۰]

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

۳۷: سوال: هر گاه نهری که بعضی مشاع آن وقف مسجد و حمام است، عبور میکند در میان قریه [ای] و در کنار آن در وسط قریه مسجدی هست و حوضخانه و خلأئی در سر آن نهر در محاذی این مسجد ساخته شده است. و معلوم نیست که جزئی از آن آب وقف آنها باشد. و الحال کسی آمده و از فوق این [حوض] خانه و بیت الخلا مجری را تغییر داده قدری راه برده و بعد [از] آن داخل مجرای قدیم نموده (۲) که هر دو به جانب آن حمام و مسجد که قدری از آن آب وقف آنها است [می‌روند]. و بر سر این مجرای جدید حوضخانه و خلأئی مضبوط ساخته با رضای همه ملاک و شرکای آب. و چون آن حوضخانه و خلأی

قدیم خراب و کثیف و غیر مضبوط بود، و مجرای قدیم هم معیوب بود، و به سبب آنها ضرری به آب انبار وقفی که در جنب آن بود میرسید، و به سبب کثافت آن خلای قدیم مظنه این بود که عوام الناس مسجد را هم نجس کنند، بنای این مجری و حوضخانه و خلای جدید شده. و به این سبب حوضخانه و خلای قدیم معوق و متروک شده. آیا این تغییر مجرای آب جایز است یا نه؟ - ؟. و تصرف در آبی که در این مجرا جدید می شود جایز است یا نه؟ - ؟.

جواب: چون معلوم نیست که قدری از آن آب وقف خلا و حوضخانه قدیم باشد، پس اشتراك او در آب معلوم نیست. و اما شريك بودن حمام و مسجد دیگر در آن آب - هر چند موجب اشتراك می شود به جهت لزوم تصرف در جزئی از حافه نهر و تغییر

۱: با اینهمه تفصیل - که برآستی در پاسخ يك مسأله چندین مسأله بررسی گردید - عدم امکان اذن از ناحیه مسلمین یا از ناحیه (جهت مسلمین) آن طور که میرزا (ره) در اینجا مطرح کرده به مینای او در مورد ولایت حاکم شرع که تا اینجا کتاب مکررا بیان داشته، سازگار نیست. ۲: عبارت نسخه: قدری راه بوده و به آن داخل مجرای قدیم نموده .

[۱۰۱]

مجرای وقف، بلکه تصرف در آب مشاع بر وجهی که در مسأله سابقه بیان کردیم لکن - چون متولی این وقفها بالفرض حاکم شرع است، و موقوف علیهم حقیقت مسلمین میباشند، ظاهر این است که حاکم تواند این تصرف را بکند به جهت عدم حصول ضرر، و تحصیل نفع از برای مسلمین. و شاهد حال واقف آب بر مسجد و حمام هم رضای بر آن است. و مفروض این آن است که حوضخانه قدیم شرکتی در آب ندارد که اشکالی که در مسأله سابقه کردیم وارد آید. خصوصا با ملاحظه عسر و حرج، و ضرر به آب انبار وقفی، و مظنه تلوث مسجد. بلی، در اینجا اشکال هست که حوضخانه و خلای قدیم هر چند شرکت مالکیت نداشته باشند لکن از برای آن حقی باشد. و ثبوت حقی در مال غیر منافات با مالکیت غیر ندارد. خصوصا با ملاحظه حدیث صحیحی که در باب آسیابی وارد شده که بر سر نهر غیری ساخته بودند. و صاحب آب میخواست آب را از نهر دیگر برد. امام (ع) منع فرمود، و فرمود که از خدا بترسد و ضرر به برادرش نرساند و به طریق معروف رفتار کند. (۱) و محقق (ره) در نافع در خصوص مورد حدیث عمل کرده . و صاحب کفایه هم میل به آن کرده. و می توان گفت که در آنجا چون مدعی حقی موجود نیست، و محتمل است که از باب اباحه رخصتی داده بوده اند در ساختن خلا و حوضخانه، نه بر وجه لازمی. پس در آنجا ثبوت حق، ظهوری ندارد. و اما حدیث مذکور: پس با وجود آن که عامل به آن ندیدم - غیر از اینها

که گفتیم - در موضع خاصی است و تعدی از آن محتاج به دلیل است. و اما تعلیلی که [در آن] شده به نفی ضرر (چنانکه در اخبار کثیره نیز مستفاد می شود) پس آن معارض است با عمومات (الناس مسلطون علی اموالهم). و هم چنین معارض است به تضرر آب انبار و مسجد و غیره، و عسر و حرج. و به هر حال اظهار جواز تصرف و صحت عبادات است در آن.

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

۱: وسایل: ج ۱۷: ابواب احیاء الموات، باب ۱۵ ح ۱ .

[۱۰۲]

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

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

۱: مراد يك اطاق ويك سلول است. ۲: يورد يك واژه تركى است كه در اصل معناى مجموعه سلولى گفته ميشود
وگاهى به معناى بوم و وطن هم به كار ميرود. ليكن مراد ميرزا (ره) در اينجا همان يك سلول واحد است .

[۱۰۳]

از توابع آن هست اما محل خاكروبه و برف انداز داخل نيست.

۳۹: سوال: تصرفات قديمه در ملك غير مثل عبور و نصب ميزاب و اجراء آب و انداختن برف (غير معلوم
الوجه لزوما واذنا). آيا محمول است بر لزوم؟ و جايز نيست مالك را اليوم منع آنها؟ يا محمول است بر
عدم لزوم و جايز است مالك را منع آنها؟

جواب: اظهار در نظر حقير آن است كه هر گاه صاحب ملك منع استحقاق صاحب ميزاب و امثال آن نمايد،
و صاحب ميزاب و امثال آن متشبهت به استحقاق سابقه باشد، (۱)! قول قول صاحب ميزاب و امثال آن
است. به جهت آن كه ذاليد است. و چنانكه يد در اعيان موجب ملكيت است) هر چند احتمال اجاره
وعاريه ثابت باشد) همچنين در حقوق و منافع. به جهت آن كه حق نصب ميزاب و امثال آن در ملك غير، از
امورى است كه صلح ابدى در آن جارى مى شود [و] موجب تملك حقوق مزبوره مى شود. و تقارن
ملكيت عين از براى مالك و حق از براى صاحب ميزاب هم ممكن الحصول است. پس اصل تاخر حق
ميزاب هم معنى ندارد، كه صاحب ملك به او بگويد كه تو اثبات حق خود بكن. پس (يد على الاستمرار)
ظاهر در [ت] ملك على الاستمرار است. و علامه (ره) در قواعد و ولدش حكم بر [تقديم] قول صاحب
ملك کرده اند، به جهت اصالة عدم استحقاق غير در ملك ايشان . و آن معارض است به ظاهر يد. و اين
(ظاهر) بر (اصل) مقدم است. و حال اصل را هم دانستى. و دانستى كه ثبوت ملكيت صاحب زمين
منافات با ثبوت حق غير در آن ندارد . و مثل اين است كلام در اين كه چوبهاى سقف همسايه بر سر
ديوار خانه او باشد . و گویا از اين جهت علامه در تحرير توفيق در تقديم قول احدهما کرده است. و در
صورتى كه هيچ يك علم به سبب گذاشتن درخت همسايه بر ديوار نداشته

۱: توضيح: تشبهت به استحقاق سابقه، تفاوت دارد با (ادعاى جازمانه بر حق لزوما). معناى اولى اين است كه
صاحب ميزاب جزم بر حق خود ندارد و تنها با تمسك بر (اصالة اللزوم) اجتهاد ميكند كه صاحب حق است. و چنين
فتوائى خصوصا در ميان متأخرين از شيخ، كمتر طرفدار دارد رجوع كنيد به ذيل مسأله ۴۳، از همين مجلد . و نيز به
مسأله ۴۸ .

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

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

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

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

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

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

مختص عمرو است تا به در خانه عمرو، و از در خانه عمرو که گذشت آن زیادتی که در سر کوچه است مشترك است میان هر دو، و قول دیگر این است که هر دو در مجموع کوچه شریکند، و این قول با قواعد موافقت است، و بر قول مشهور اشکالات وارد است، به جهت آن که مقتضای کلمات ایشان در لزوم

رضای جمیع در اخراج ناودان و بنا گذاردن جناح ورواشن، وامثال آنها، دلالت دارد. والله العالم .کتاب

الصلح من المجلد الثانی.

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

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

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

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

آنچه از منکر میگیرد وجه صلح بر او حلال است. و هر گاه محق نباشد، آنچه میگیرد بر او حرام است در نفس الامر. هر چند در ظاهر حکم می شود به این که مال او است، مال او نمی شود در نفس الامر. چنانکه تصریح به آن واقع است در کلام علما. بلکه در مسالك تصریح کرده که هر گاه احدی دعوی کند که عینی که در دست دیگری [است] از او است. و دعوی او باطل شد و وجهی بدهد و صلح کند که آن عین را بگیرد. پس آن عین بتمامها در دست او غصب و به قدر آن وجهی که داده است هم مالک نمی شود. به جهت این که محق صلح کرده است با مبطل که رفع دعوی دروغ او را بکند. و گاه است که آنچه کرده است از برای رفع ضرر از جان یا مال یا عرض خود کرده باشد. و این را تراضی نمیگویند بلکه اکل مال است به باطل. و هم چنین است صورت عکس. یعنی مدعی محق باشد و منکر مبطل، و منکر

تنخواهی بدهد و صلح کند که آن عین از او باشد، هیچ از آن عین مال او نمی شود، چنانکه گفتیم. و به هر حال هر گاه به بینه یا اقرار ثابت کند مدعی خود را بعد از صلح بر هم [می] خورد و به مال خود رجوع میکند. و این از باب (قسم خوردن منکر) نیست که هر گاه بعد از قسم، مدعی مطلب خود را ثابت کند نمی تواند رجوع کرد، بنابر اشهر واقوی. به دلیل خاصی که در محل خود بیان کرده‌ایم. هر چند منکر به آن، مشغول الذمه مدعی هست و در قیامت مطالبه حق خود میکند. و اما در صلح دلیلی نیست بخصوص، بر عدم رجوع مدعی به مال خود در صورت ثبوت حق. و منتهای آنچه از صلح ثابت شده این است که مادامی که خلاف آن ثابت نشده در ظاهر حکم می شود بر لزوم صلح، نه این که صلح مبطل دعوی او باشد در دنیا مطلقاً حتی بعد ثبوت حق به بینه یا یمین. و می توان استدلال کرد بر این مطلب به عموم حدیث نبوی (ص) که فرموده‌اند (البینه علی المدعی والیمین علی المدعی علیه، والصلح جایز بین المسلمین، الا صلحا احل حراما او حرم حلالا) (۱) و وجه استدلال این است که این حدیث شریف دو احتمال دارد و دو تفسیر در آن ذکر کرده‌اند از برای استثناء، ظاهر اکثر علما آن است که

۱: وسائل: ج ۱۳، کتاب الصلح، باب ۳ ح ۲ .

[۱۰۷]

مراد از (ما احل حراما) این است که صلح کنند مثلاً بر این که احدی شراب بخورد، یا گوشت خوک، و از (ما حرم حلالا) مثل این که صلح کنند بر این که با زن حلال خود جماع نکند. و جمع دیگر مثل این مفلح و مقفاد تفسیر کرده‌اند استثناء را به این که صلح کند با منکر به بعضی آنچه ادعا میکند، یا به منفعت آن، یا بدل آن. و این عبارت ابن مفلح است در شرح شرایع (ولا یصلح مع جهل احدهما و علم الاخر، کما علم زیدان فی ذمته مائة لعمره، ولم یعلم عمرو، فصالحه زید علی اقل من المائة. لم یجز، لانه یلزم منه تحلیل الحرام، لان منع الحق حرام، وهذا الصلح یقتضیه، فیکون باطلا). و از برای لفظ (جایز) هم دو احتمال هست. یکی آن که مراد از ان اباحه و رخصت باشد. پس مستثنی در آن باید محکوم به حرمة باشد. هر چند که بگوئیم حرمة مستلزم فساد نیست در معاملات. و باید فساد از دلیل خارج معلوم شود، و لکن قرینه مقام در اینجا افاده میکند اراده فساد را، چون بعد ذکر بینه و یمین است، و چنانکه آنها مثبت حق و مسقط دعوی میباشند و صلح هم در عداد آنها مذکور است، به همان معنی خواهد بود. و در مستثنی باید مراد عدم تأثیر باشد نه محض حرمة و عدم جواز. و لازم عدم تأثیر اثر، بطلان است. بلکه بطلان عبارت از همان عدم ترتب اثر است. و دوم این که به معنی صحت و امضا باشد. چنانکه در (اقرار العقلاء

علی انفسهم جایز). و بنا بر این استثناء در معنی بطلان خواهد بود. و در جمله الصلح جایز بین المسلمین) هم دو احتمال هست. یکی آن که مباشر شدن هر يك از طرفین صلح را، جایز است. و دوم این که مباشر شدن ثالثی - مثل حاکم یا مؤمنین - جایز است. و بنا بر اول، کلمه (بین المسلمین) ظرف مستقر، خواهد بود. یعنی مصالحه [ای] که واقع شود بین مسلمین جایز است. و بنا بر ثانی ظرف لغو است و متعلق است به صلح. و مراد از صلح ابقاع مصالحه است که ثالثی مباشر آن شود، و هر چند در این صورت حمل کلمه (جایز) بر رخصت انساب است از صحت، لکن چنانکه بین و یمین شان، حاکم و مسقط دعوی است، به همین قرینه میتوان فهمید که اصلاح هم

[۱۰۸]

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

۱: عبارات نسخه: که اصلاح حاکم لم مسقط دعوی باشد. - گویا یکی از نسخه برداران جمله (و یمین شان، حاکم) را (و یمین، شأن حاکم) خوانده و بدین سبب در جمله بعدی هم اشتباه کرده است. و ممکن است اساس جمله اول

(شأن بینہ ویمین، شأن حاکم) باشد که باز مراد از آن حاکم شرع نیست. ۲: عبارت نسخه: آن قدری که از حق محق ...

[۱۰۹]

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

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

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

فهو للميت ياخذ به). (۱) بلی هر گاه مدعی جاهل باشد به استحقاق، لکن راه دعوی داشته باشد - مثل این که به خط مورث خود مکتوبی بیند که از فلان این قدر طلب دارد یا کسی شهادت بدهد از برای او که مقبول الشهاده نباشد، که تواند قسم متوجه مدعی علیه کند - در اینجا جایز است که دعوی خود را صلح کند به چیزی. به جهت آن که قسم دادن از حقوقی است که صحیح است صلح بر اسقاط آن. و هم چنین است هر گاه دعوی بر سبیل مظنه کند - خصوصا در صورت تهمه و خفاء آن امر مدعی

به، که رد قسم در آنجا ممکن نیست - بنابر قول به سماع آن دعوی، (۲) چنانکه اظهر است. و در مسالك نیز اشاره به این کرده. (۳)

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۵ ح ۴. توضیح: در بعضی از چاپ‌ها يك صفحه تمام که این حدیث نیز از محتویات همان صفحه است اشتباهی و عوضی چاپ شده است: ۲. قول مشهور این است: وقتی ادعائی در محکمه قابل سماع است که مدعی به صورت جزم خودش را صاحب حق بداند و اگر ادعایش بر ظن و گمان استوار باشد شکایت او را نمیشنوند. لیکن میرزا به این شرط قائل نیست. و در همین مسأله است که جان کلام میرزا در مسأله شماره ۳۹ روشن میشود. و نیز رجوع کنید به مسأله ۴۸ که بیشتر به (جزم) تکیه شده است. ۳: خود محقق قمی در حاشیه این مسأله یادداشتی داشته که در حاشیه متن نسخه نیز آمده است به شرح زیر: فی (جواب المسائل) لفخر المحققین - وکان السائل مهنا بن سنان: السؤال اذا كان فی ذمة زيد مال لعمرو، ومات عمرو وخلف وارثا ولم يوصل زيد ما فی ذمته الی وارث عمرو. ثم مات الوارث. فلمن يكون هذا المال؟ هل يكون لعمرو؟ ام لوارثه؟ وكذا لو كان وارث بعد وارث؟. الجواب: اذا مات المالك ولم يؤد اليه مع وجوب الاداء، فيكون مستحقا له. وفيه حقوق: احدها لله تعالى، لمخالفته للامر. الثاني للميت وفيه حقان: احدهما تأخير الاداء والثاني عدم الدفع. فاذا مات المالك صار من المالك الی الوارث وبقي على المانع حقان: احدهما لله تعالى، والثاني للمالك. ثم صار الملك حقا للوارث، فيجب عليه ادائه اليه. فان لم يعلم الوارث وجب اعلامه. فان منعه صار عليه ثلاث حقوق حق لله تعالى، وحقان للوارث. كما تقدم، وعلى هذا لو تعدد الوارث. انتهى كلامه (ره). اقول: ما ذكره (ره) موافق للقواعد ولكنه ينافي ظاهر صحيحة عمر بن يزيد. ويمكن ان يحمل الرواية على المصالحة على الاقل مع جهل الوارث بالمقدار وعدم ابرائه المديون. وح فوجه قوله (للميت يوم القيامة) مع انتقال المال الی الوارث، غير ظاهر. الا ان يقال: الاصل بقاء حق الميت الا بادائه تماما الی الوارث، فلا مانع للقول ببقاء حق الميت والوارث كليهما، اما للميت فلانه لم يؤده الی وارثه، واما للوارث، فلذلك ايضا، لبقاء حقه وعدم ابرائه اياه. ولكن يبقى الاشكال فی الاستدلال بالصحيحة على ما نحن فيه. اذ بقاء الحق فی الباقي للميت فی الآخرة لا ينافي سقوط دعوى الوارث عنه فی الدنيا وان بقي له حق فی الآخرة ايضا. فليتدبر. - منه (ره).

[۱۱۳]

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

جواب: در جواب این مسأله محتاج به تمهید سه مقدمه است: مقدمه اول: در بیان حقیقت این که جهالت در صلح، مضر هست یا نه؟ - و بیان آن موقوف است به تمهید مقدمه، وآن این است که صلح در اصل عقدی است که وضع شده از برای قطع منازعه. و خلافی و اشکالی در شرعیت آن نیست، واطلاقات کلمات علما و اجماعات منقوله، واطلاقات آیات و اخبار، بلکه خصوص آیه (وان امرئة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح علیهما ان یصلحا بینهما صلحا). این است که فرقی نیست ما بین رفع

نزاعی که واقع شده باشد با نزاعی که مظنه وقوع آن هست، واما صلح ابتدائی - بدون تحقق و ترقب نزاع و توقع آن - پس ظاهر آن است که در میان اصحاب، نیز خلافتی در آن نباشد. هر چند لفظ (صلح) اشعاری به مدخلیت نزاع در آن دارد. و ظاهر عبارت مسالك و غیر آن دعوی اجماع است. و علاوه بر عدم ظهور خلاف و ظاهر اجماع، عمومات سایر ادله مثل (افوا بالعقود) و غیر آن دلالت بر آن دارد. و بنا بر این شاید منظور [از] بودن رفع نزاع، از باب حکمت باشد نه از باب علت. مثل مشقت در سفر به جهت قصر، و رفع بوی بد در غسل جمعه. پس لازم نیست اطراد آن. هر گاه این را دانستی، پس بدان که ظاهر این است که خلافتی نیست بلکه اجماعی است که صلح صحیح است ظاهرها و باطنا هر گاه هر دو طرف عالم باشند به آن چیزی که در آن دعوی دارند، و [نیز] در مقدار آن، هر گاه مدعی محق باشد. خواه دعوی بر سر عینی باشد یا دین میراث باشد یا غیر میراث. و در صورتی که مبطل باشد، باطنا، در نفس الامر صحیح

[۱۱۳]

نیست. چنانکه در مسأله سابقه گفتیم. پس مراد علما در عنوان این مسأله که گفته‌اند (صحیح است صلح با علم به مصطلحین)، این است که هر دو می دانند که دعوی در سر چه چیز است و مقدار آن چقدر است. نه این که هر دو علم دارند به واقع بودن مطلب و مقدار ماده دعوی هر دو. خلاصه این که در صورت علم به حقیقت داشتن دعوی با علم به مقدار آن از هر دو جانب اشکالی [نیست] و خلافتی در صحت آن ظاهرها و باطنا نیست. و در صورت تعیین مقدار و علم به قدر آنچه در آن دعوی دارند، با باطل بودن دعوی در نفس الامر، صلح صحیح است در ظاهر، و افاده اباحه نفس الامر نمی کند. واما هر گاه هر دو طرف جاهل باشند به عین مدعی به، یا مقدار آن (مثل این که دعوی میکند بر عمرو که مالی از پدر تو بود و پدر تو مشغول ذمه پدر من بود که مرده اما نمیدانم که آن مال چه چیز است عین است یا دین درهم است یا دینار یا غیر اینها. و عمرو بگوید راست میگوئی و لکن من هم نمیدانم مثل تو). در اینجا نیز ظاهرها خلافتی نیست در صحت صلح. خواه دعوی بر عین باشد یا دین، خواه میراث باشد یا غیر آن. و علامه صریحا دعوی اجماع کرده. و دعوی اجماع از مسالك و غیره نیز ظاهر می شود. و احادیث معتبره هم دلالت دارد و عبارت بعضی آنها این است (فی الرجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه. فقال کل واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی ؟) فقال: لا بأس بذلك اذا تراضیا وطابت به انفسهما). (۱) و این در صورتی که به هیچ وجه ممکن نباشد علم به مقدار، بیاشکال است. واما هر گاه ممکن باشد، پس اگر موقوف است بر امری که در آن حال

ممکن نیست - مثل این که ثالثی هست که بر حقیقت حال مطلع است ولكن غایب است، والحال محتاجند به طی دعوی و به سبب انتظار ضرری یا عسری حاصل می شود - در اینجا نیز اظهار جواز است . چنانکه صریح شهیدین در مسالك و دروس و ظاهر اطلاق دیگران است. و دلیل آن اطلاقات وعمومات ونفی ضرر وعسر و حرج، است. و اما هر گاه بالفعل ممکن باشد

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۵ ح ۱ .

[۱۱۴]

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

۱: یعنی یکی از دو شریک میگوید اصل سرمایه من را بده و سود و زیان مال تو. و دیگری راضی میشود. رجوع کنید به مسأله شماره ۵۹، از همین مجلد. ۲: همان مرجع: باب ۴ ح ۱. ۳: همان مرجع: باب ۵ ح ۲.

[۱۱۵]

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

۱: همان مرجع: باب ۵ ح ۳.

[۱۱۶]

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

حاصل کلام آخوند ملا احمد است. و علامه (ره) در تحریر گفته است که هر گاه عوض محتاج تسلیم نیست و راهی به معرفت آن نیست - مثل دو نفر که نزاع در میراث مجهول القدری داشته باشند، یا در حقوق قدیمه، یا عین مالی که هیچ يك نمیدانند که حق او چه چیز است - در اینجا جایز است صلح از طرفین. و هر گاه چیزی است که محتاج است به تسلیم، واجب است که معلوم باشد. و مثل همین

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

[۱۱۸]

کند که تا کجا میرود و آن را مصالحه کند. و گویا نظر او به همان است که پیش گفتیم که تا ممکن باشد معرفت به حال مجهول، باید معلوم و معین کرد هر چند در مصالح عنه باشد. و در کتاب (احیاء موات) تحریر نیز به همین نحو گفته است. و بدان که: مراد علامه از احتیاج به تسلیم و عدم احتیاج به تسلیم، مشتبه است. و استدلال به آن خالی از اشکال نیست، به جهت آن که مراد او از عدم احتیاج به تسلیم این است که در هر جا که از باب ابراء باشد که تسلیم در آنجا معنی ندارد بلکه او را بری میکند از چیزی که در ذمه او بوده است، پس در آن، معلومیت، شرط نیست. و اما در جائی که از باب هبه باشد که تازه منتقل به غیر خواهد بکند، در آن تعیین شرط است. بر این وارد است که هر گاه مراد از اشتراط تعیین در هبه، تعیین شخص و قدر است - [که] اگر قبه طعام مجهول القدری را مثلاً هبه کند جایز نباشد - پس آن در محل منع است. و شهید (ره) در قواعد تصریح کرده به جواز آن. و هر گاه مراد اشتراط تعیین فی

الجملة است به جهت آن که تمليك مجهول مطلق صحيح نیست، پس آن در ابراء هم شرط است. به جهت آن که هر گاه کسی بگوید که (من یکی از دو حقی را که از تو دارم ترا بریء الذمه کردم) معلوم نیست که نفعی داشته باشد در ابراء. واما هر گاه بگوید که (من تو را بریء الذمه کردم از هر حقی که بر تو داشته باشم) هر چند نداند که حق دارد یا نه، ودر صورت داشتن هم نه جنس آن را داند و نه قدر آن را. پس در آنجا تعیین فی الجملة ثابت است. و اگر مراد او از (عدم احتیاج به تسلیم) این است که در دست او است. پس نزاع در استحقاق وعدم استحقاق است. مثل آن که میراث شخص در دست احد وارث بوده واقعا، یا مدعی بر او دعوای آن را میکند، در این صورت نزاع در استحقاق وعدم استحقاق است که هر گاه مدعی علیه دعوی را به وجهی مصالحه کرد دیگر محتاج به تسلیم و تسلیم میراث نیست. و هم چنین هر گاه هر يك دعوی میراثی بر دیگری داشته باشند، و هر يك صلح کنند دعوی را بر آنچه از او ادعا می شود. و از این باب است که کسی قبه طعام مجهول القدری را از کسی تلف کرده باشد و صلح کند به وجه معینی. در اینجا نیز قبه

[۱۱۹]

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

ابتدائی است واز حقوق سابقه هم نیست و محتاج است به تسلیم. به جهت آن که شیر هر گوسفندی [را] تا تسلیم نکند مطلب به عمل نمی آید. و با وجود این شهید تصریح کرده به جواز مصالحه کردن بر آن. و هم چنین تصریح کرده است در دروس به جواز صلح کردن چیزی که عوض او این باشد که از آب خود، زرع او یا درخت او را در مدت معلومه آبیاری کند. و هم چنین صحیح است هر گاه آب دادن مذکوره را به عوض قرار بدهد. با وجود آن که آب مجهول و محتاج است به تسلیم. و هم چنین جواز صلح بر باقی گذاشتن

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

[۱۲۰]

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

تومان معین معلوم دارد. وزید صلح کند حق مجهول را به عمرو به حق معلوم او. در این نیز اشکالی نیست. چهارم: عکس این. ودر این صورت معوض معلوم است و معوض مجهول. ونظر به آنچه از تذکره نقل کردیم محل اشکال می شود. این

[۱۳۱]

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

۱: ۱۲۸ نساء، ۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب الصلح، باب ۳ ح ۲، ۳: که (واحضرت الانفس الشح) است. ۴: در نسخه: تتمه حدیث .

[۱۳۲]

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

ثبوت خیار غبن است در صلح، بلکه سایر عقود. پس معیار (۱) جواز است مطلقاً در صورت تعذر استعمال بالفعل یا تعسر آن. به جهت ضرورت و احتیاج به آن. و از فروع این مسأله است جواز مصالحه میوه باغ و بیستان قبل از (بدو صلاح) چنانکه تصریح به آن در دروس و غیره شده. بلکه بعد از ظهور بعضی از میوه آن و عدم ظهور بعضی دیگر ماقبل از ظهور مطلق آن، به حدی که هیچ منفعت ظاهر در آن نباشد. پس در آن اشکال است، به جهت آن که در این وقت، مصالح عنه مطلقاً تحقیقی ندارد. و این از باب اجاره

حیوان است از برای سواری و بار کردن و صلح کردن منفعت آن در مدت معینی. به جهت آن که مفروض آن است که صلح را بر محض قوه درخت از برای عمل آوردن میوه نمی کند. بلکه مراد نفس میوه باقوه تنمیه نیز با نفس میوه و حصول آن به هیچ وجه معلوم نیست. مگر این که بگوئیم که غلبه حصول میوه قائم مقام حصول آن است، و این منافاتی با طریقه معامله عقلا هم نداشته باشد. همچنانکه صحیح است اجاره دکان به امید کسب کردن در آن و منتفع شدن به آن. و باطل نمی شود اجاره به سبب این که دزد متاع دکان را ببرد، یا آتش بیفتد و بسوزد، و به هیچ نحو دیگر هم منتفع نتواند شد. و موید این، حکایت صحت صلح در گوسفند است به روغن. چنانکه پیش گفتیم زیرا که در کلام فقها تصریح ندیدم به اشتراط وجود شیر بالفعل. و صحیحه عبدالله بن سنان که شهید (ره) آن را حمل بر این کرده هم اعم است مثل سایر احادیث آن باب. و روایت عبدالله بن سنان این است (قال: سئلت ابا عبدالله (ع) عن رجل دفع الی رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه، لکل شاة کذا و کذا فی کل شهر. قال: لا باس بالدراهم، فاما السمن فما احسب ذلك الا ان یکون حوالب فلا باس بذلك). (۲) و ظاهر این است که فرقی ما بین گوسفند حامله و درخت در فصل بهار نباشد، که هر دو مظنه ثمر و منفعت‌اند. و تعیین در هیچ کدام حاصل نیست. و به هر حال، اظهار صحت مصالحه است. بلی ظاهر این است که هر گاه اتفاق افتد که در آن سال اشجار هیچ ثمر نداشته باشد مسلط بر فسخ باشد، بلکه عقد منفسخ

۱: ممکن است کلمه (مختار) صحیح باشد. ۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب عقد البیع، باب ۹ ح ۴ .

[۱۲۴]

می شود. مثل تعذر انتفاع از عین مستأجره به سبب منع عامی. بخلاف آن که میوه را نگرگ بزند یا به غارت برود، که در این صورت خلل به عقد نمیرسد. و هم چنین از فروع مسأله است مصالحه قبه مجهول الوزن به مثل آن از غیر آن جنس. مقدمه دوم این که: آیا ربا در صلح جاری است یا نه؟ -؟. اشهر و اظهر این است که بلی ربا در جمیع عقود ثابت است. و تحقیق آن را در رساله علی حده کرده‌ام. و اما آنچه ظاهر می شود از کلام علامه در تذکره و غیره - که تجویز کرده است که صلح کند پانصد درهم طلب معجل را به هزار درهم طلب مؤجل، یا به عکس. بلکه مطلق صلح متماتلان را با تفاضل. هر چند ربوی باشد - مبتنی است بر این که ربا را مختص بیع میدانند، یا بیع و قرض، دون سایر معاملات. و هم چنین شهید در دروس گفته است) ولو صالح علی الموجل باسقاط بعضه حالا، صح اذا کان بغير جنسه. و اطلاق الاصحاب الجواز اذ الصلح هنا لیس معاوضة. اولان الربا یختص بالبیع. اولان النقیصة فی مقابله

الحلول). و تحقیق این است که ربا مخصوص بیع نیست. و کلام تذکره هر چند در اینجا موهم دعوی اجماع است بر صحت آن مطلقاً چون گفته است (یصح الصلح علی الاعیان المتماثلة جنسا ووصفا. سواء كانت ربویة اولاً. و سواء تفاوتت فی المقدار و الحول و التأجیل اولاً، عندنا. لما تقدم من كون الصلح عقداً مستقلاً بنفسه، لیس يجب ان يتبعه توابع البیع، فلو كان له الف موجلة علی غیره فصالحه منها علی الف حال، او بالعکس، صح، لما مهدناه من القاعدة. و قالت الشافعية لو صالح عن الف حال علی الف موجل، او عن الف موجل الف حال، كان لغوا. لان الاول وعدم من صاحب الدين بالحق الاجل. والثانی وعد من المدیون باسقاط الاجل، والاجل لا يلحق ولا يسقط. وهو ممنوع لانه مبنی علی عدم استقلال عقد الصلح بنفسه). و لكن چنین نیست (۱)، به جهت آن که مراد او از لفظ (عندنا) این است که صلح، عقد مستقلاً است در نزد ما و تابع سایر عقود نیست. چنانکه مذهب شافعیه است که تابع میدانند، و چون در مسأله دین الحاق اجل و اسقاط اجل لزوم ندارد، و صلح هم

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

[۱۲۵]

در اینجا از باب الحاق و اسقاط اجل است، پس لغو خواهد بود. و علامه در مقام رد برایشان میگوید که مذهب ما استقلال است نه تبعیت. پس مراد او دعوای اجماع بر استقلال عقد صلح است نه غیر آن، پس قطع نظر از مسأله الحاق اجل و اسقاط اجل در دین کرده [و گفته] صلح را عقد مستقل میدانیم. و اثر او این است که در اینجا اسقاط اجل و لحوق آن را لازم میکند، هر چند در مسأله دین لزومی ندارد، و چنان است که شافعیه گفته‌اند، و مذهب جمهور علمای ما هم این است چون وفای به وعده را واجب نمیدانند و دلیلی هم از برای لزوم از راه دیگر هم نیست. پس اگر مدیون دین مؤجل را زود خواهد بدهد و مالک راضی نباشد واجب نیست بر او قبول. بلی هر گاه هر دو راضی شوند و مالک قبول کند و بگیرد، اجل و حق هر دو ساقط میشوند. و خلافی در آن نمیدانم و دعوی اجماع بر آن در تذکره کرده است. به جهت صدق وفا و استیفاء. و همچنین هر گاه در عوض درهم شکسته بگیرد. و هر گاه مدیون به دین مؤجل قدری علاوه بدهد که مدت اجل را زیاد کند، جایز نیست. و نه زیادتی در حق ثابت می شود و نه در اجل. و صحیح است تعجیل مؤجل به اسقاط بعض دین با رضای هر دو. و هم چنین تعجیل بعض دین به این که اجل باقی را زیاد کند، و چند حدیث معتبر دلالت بر این سه مسأله دارد که از جمله آنها صحیحه محمد بن مسلم است از حضرت امام باقر (ع) (فی الرجل یكون علیه الدین الی اجل مسمی، فیاتیه

غريمه فيقول: انقدنى من الذى لى كذا وكذا، واضع لك بقيته، او يقول: انقدنى بعضا وامدلك فى الاجل فى مابقى. فقال: لا ارى به باسا ما لم يزد على راس ما له شيئا، يقول الله عزوجل: فلکم روس اموالکم لا تظلمون ولا تظلمون) (۱). واشکالی در این مسائل نیست به جهت دلالت احادیث معتبره وعدم ظهور خلاف. ولكن منشأ لزوم نمی شود، چنانکه گفتیم. وعلامه (ره) در تذکره بعد از عبارت سابقه گفته است که (هر گاه صلح کند از هزار درهم موجد به پانصد درهم حال، صحیح است در نزد ما، به جهت همانچه گفتیم که

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

[۱۳۶]

صلح اصلی است مستقل). وبعد از آن استدلال کرده است به این احادیث. وگویا وجه استدلال این است که به این احادیث حلیت وجواز این معاملات ظاهر می شود، و هر گاه عقد صلح بر آن وارد شد لازم می شود، ومؤید این است که مراد از دعوی اجماع بر جواز ربا در صلح نیست، این که در تحریر کلام او ظاهر در خلاف است ودر قواعد توقف کرده است، واین است عبارت او (ولو صالح علی عین باخری فی الربویات ففی الحاقه بالبیع نظر، وكذا فی الدین بمثله. فان الحقناه فسد له صالح من الف مؤجل بخمس مائة حال، ولو صالح من الف حال، بخمس مائة مؤجل فهو ابراء علی اشکال). ووجه نظر در اول این است که هر گاه صلح را عقد مستقلى دانیم و فرع بیع ندانیم وقایل نباشیم به این که حرمة ربا در همه عقود جاری می شود، پس ملحق نمی شود به بیع در همه احکام. پس احکام بیع را در آن جاری نمیکنیم و هر گاه عقد مستقلى ندانیم یا ربا را در همه معاملات جاری کنیم، پس احکام بیع را در آن جاری میکنیم از منع تفاضل در مثلین واعتبار قبض مجلس در صرف وغیره، و هم چنین در صلح دین. پس اگر ملحق به بیع کنیم پس جایز نخواهد بود. چون بیع دین به دین جایز نیست (۱)، و هم چنین هر گاه ربا را در همه عقود حرام دانیم مصالحه هزار درهم موجد به پانصد درهم حال، جایز نخواهد بود. چون مستلزم ربا است. واما وجه اشکال در مسأله آخری (یعنی مصالحه کردن آن هزار درهم حال به پانصد درهم موجد)، این است که از این حیثیت که عقد معاوضه است و حال وموجد متغایران اند، و هم چنین زاید و ناقص [اند]، پس عقد معاوضه حاصل می شود و حرمة ربا هم در همه عقود جاری نیست، پس صلح صحیح است، واز این حیثیت که مالی که در آخر اجل میدهند. بعض همان مال است که حال

بایست بدهد، پس در اینجا چیزی نیست به غیر اسقاط بعض ما فی الذمه واجل قرار دادن از برای باقی، پس این ابرائی است و

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

[۱۳۷]

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

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

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

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

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

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

[۱۳۰]

تسلیم مبیع قرار میدهند. و هم چنین از باب وصی قرار دادن، نیست که بگوئیم در آنجا هم حیات وصی بعد از موصی نیست به جهت آن که در آنجا اصل عقد، تعلیقی است. یعنی اگر من بمیرم و او بماند وصی من باشد. و هم چنین در وصیت به مال از برای شخصی. و در اینجا مفروض این است که صلح منجز است و معلق نیست. و معنی ندارد که بگوید که صلح کردم این مال را به عمرو که اگر من پیش از او بمیرم این عمل را بکند. به جهت آن که وجه مصالحه در میان نیست الا با این شرط. پس اصل عقد

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

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۴۶ همین مجلد.

[۱۳۱]

پس می‌گوئیم که یا این است که صلح را بلا عوض میکند و عمل صوم و صلوات را شرط ضمن العقد قرار میدهد و یا این است که نفس عمل را عوض قرار میدهد. پس اگر نفس عمل را عوض قرار میدهد پس یا این است که شرط مباشرت خود صوم و صلوات را میکند یا منظور او مطلق مشغول الذمه شدن به عمل است. پس اگر عمل را نفس عوض قرار میدهد و شرط مباشرت نمی‌کند، صحیح است. و هر گاه پسر قبل از پدر فوت شود باید از مال پسر بعد از فوت پدر به عمل آورد، و هکذا وارث او. و هر گاه شرط مباشرت خود ولد، کرده باشد، به موت ولد مسلط بر فسخ می‌شود. و هر گاه عقد مصالحه بی عوض است و عمل از باب شرط ضمن العقد است، باز صحیح است. چون در تحقق صلح عوض شرط نیست. بلکه هر گاه عوض قرار داده شود از عقود معاوضات می‌شود والا فلا. و ظاهراً خلایق در آن نباشد. و باز تفصیل سابق در اینجا جاری است، یعنی شرط مباشرت بنفسه و عدم آن. و حکم همان است که

گفتیم. ولیکن در این مقام سخن دیگر هست (بعد از معارضه با استصحاب حیات پدر او) و آن این است که در عقود منجزه شرط است امکان تملك عوضین از برای هر يك از صاحب‌های آنها، هر چند بالفعل متمکن از او نباشند. و چون عبادت از برای کسی کردن (از قبیل صوم و صلوات) موقوف است صحت آن بر فوت منوب عنه، و دلیلی بر جواز نیابت از حی نیست (به غیر مثل حج و زیارت) پس بالفعل عبادت ولد به نیابت پدر ممکن بالذات نیست در حال عقد که آن را مورد صیغه صلح کند به عنوان عوض یا شرط ضمن العقد. و این مثل عقد سلفی نیست که بایع آن در حین عقد قادر بر مبیع نباشد. زیرا که تملك مبیع ممکن بالذات است. گو تسلیم آن از برای او ممکن نباشد. و این از قبیل آن است که پدرش زنده است صلح کند میراث خود را (که از پدر به او خواهد رسید بعد از موت او) به دیگری، و همچنین استحقاق پدر در حین عقد هر عبادتی را که ولد به نیابت او بکند، آن هم ممکن بالذات نیست. چون در آن حین، حیات دارد. و بنا بر این پس این توجیه که (تعلیق از برای ایقاع آن فعل است نه از برای عقد) نفعی نخواهد داشت. پس حاصل جواب آن مسأله این است که هر گاه آن مال را صلح میکند در عوض يك

[۱۳۳]

سال نماز و روزه، یا صلح کند به عوض معینی، یا بدون عوض شرط کند در ضمن عقد کردن آن يك سال نماز و روزه را، این صلح صحیح نیست. و هر گاه صلح کند آن مال را و شرط کند در ضمن عقد که اگر او بمیرد و ولد زنده باشد، آن يك سال را به عمل آورد، صلح صحیح است و شرط لازم است هر گاه زنده باشد بعد پدر. و هر گاه به عمل نیاورد شرط را وراثت مسلطند بر فسخ مصالحه. و هر گاه وارث منحصر است در خودش، حاکم شرع را میرسد الزام او بر عمل. و خود به ترك آن معاقب خواهد بود در میان خود و خدا هر گاه به جا نیاورد شرط را. بلکه دور نیست که بگوئیم در این صورت حاکم شرع می تواند فسخ مصالحه بکند، یا خود به خود منفسخ شود و مال برگردد به میت. و ثمره آن در وقتی ظاهر می شود که میت دینی داشته باشد یا وصیتی. چون آنها مقدمند بر میراث. و آن مال را صرف آنها بکنند. خصوصا در وقتی که مال او منحصر باشد در آن. و اینکه گفته‌اند میت مالك مال نمی شود ممنوع است. پس حقوق ثابت در ذمه میت به منزله مستحق ناطقی خواهد بود و حاکم نایب آن خواهد بود، چون او (ولی من لا ولی له) است. و دور نیست که همان شرط میت کافی باشد در انفساخ و ضرور به حاکم هم نباشد. بنا بر این آن عمل يك سال که شرط شده به منزله وصیتی خواهد بود که قبل از میراث ملاحظه آن را باید کرد. و اما هر گاه صلح کند به وجه معینی و بگوید در عوض آن وجه آن يك سال را به عمل بیاورد بعد مردن من، پس آن داخل وصیت است، و از ثلث اعتبار می شود. و هم چنین است کلام هر گاه مصالحه

به چیز دیگر باشد غیر عبادت بعد موت، لکن این عبادت کردن را از باب شرط ضمن العقد قرار بدهد. مثل این که بگوید (فلان مال را صلح کردم به عمرو و لدم به مبلغ ده دینار فلوس و شرط کردم با او که فلان عبادت را بعد موت من از برای من بکند). و او هم قبول کند صلح و شرط را. به جهت آن که شرط ضمن العقد داخل احد عوضین است و آن هم باید امر مقدوری باشد. و اما اگر بگوید (صلح کردم این مال را به فلان مبلغ و شرط کردم با او که اگر من پیش از او بمیرم او این عمل را از برای من بکند) این صحیح است و لازم است. و بر فرض صحت ظاهر این است که مقتضای آن

[۱۳۳]

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

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

جواب: صورت **سوال:** مغشوش و متشابه است. و از مجموع عبارت - اولی که يك نفر از عاملها مال را از تصرف عامل دیگر بیرون آورده بدون این که تفریطی از این عامل دیگر شده باشد. و عبارت بعد از آن که عامل عاجز است که رضا و امضای صاحب مال را در فرستادن مال به نزد شریک خود، ثابت کند. و عبارت ثالثه که اجبارا بنا را به مصالحه گذاشته - مستفاد می شود که عامل دیگر که مال از تصرف او بیرون

نرفته، در واقع شغل ذمه بوده (۱). و مستفاد می شود که الحال آن مقدار وجه مضاربه را که این شخص اعتراف به آن

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

[۱۳۴]

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

[۱۳۵]

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

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

۱: و در نسخه: ندهد. ۲: بر اساس قاعده (ید) و سایر ادله. و اینک صلح کرده و مالک آن شده است. ۳: عبارت نسخه: شغل ذمه این مال بوده الحال .

[۱۳۶]

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

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

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

[۱۳۷]

رؤیت ید شهادت بر ملکیت میتوان داد یا نه. و از کلمات ایشان ظاهر می شود که در ذوالید بدون این اشخاص حرفی نیست. بلی اشکال در این است که آیا به مجرد رؤیت این ید میتوان شهادت داد که حق او است یا نه. چنانکه از قواعد شهید ظاهر می شود که در همین مسأله گفته است که (هر گاه کسی مدتی ببیند که مجرای آب کسی در ملک غیر است آیا می تواند شهادت داد که حق او است یا نه). و نظیر این مسأله است آنچه در دروس گفته است (ولو ملکا دارین ملاصقین. فلیس لاحدهما مطالبه الاخر برفع جذوعه عنه. ولا منعه من التجدید لو انهدم السقف. وان لم یعلما علی ای وجه وضع. لجواز کونه بعوض. ونقل الشیخ فیه عدم الخلاف. نعم لو ادعی احدهما الاستحقاق ونفاه الاخر جزماً، احتمال حلف المنکر، وعلیه الفاضل. وظاهر الشیخ ان علی مدعی العاریة البینة والیمین علی الاخر). و حاصل این کلام این است که: هر گاه دو نفر بخرند (۱) دو خانه را که به هم چسبیده باشند، و درختی

که سقف خانه را با آن پوشیده‌اند بر روی دیواری باشد که مشترك است میان هر دو خانه‌ها، صاحب هیچ يك از این دو خانه نمیتوانند به آن دیگری بگویند که دیوار مشترك و مشاع است میان ما هر دو پس تو درخت سقف خود را از سر دیوار که من در آن شریکم بردار. و هم چنین هر گاه سقف خراب شود و خواهد تجدید کند هم منع نمی تواند کرد، و این در وقتی است که هر دو ساکتند از ادعای بطلان حق دیگری، و هر دو [ی] ایشان همین قدر میدانند که این دو خانه [به] همین وضع به آنها منتقل شده. و شیخ (ره) نقل کرده است که در این مسأله خلافتی نیست. بلی هر گاه دعوی واقع شود میان اینها و یکی از آنها ادعا کند که من خود را مستحق میدانم که درختم به روی دیوار مشترك باشد، و آن دیگری به عنوان جزم بگوید که تو حقی در اینجا نداری. در اینجا محتمل است که قول منکر مقدم باشد. چون ثبوت حق در ملك غیر خلاف اصل [است]. و فاضل یعنی علامه این را اختیار کرده است. و ظاهر شیخ این است که بر مدعی علیه بینه است. یعنی آن که میگوید که

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

[۱۳۸]

تو مستحق نیستی. به سبب آن که این تصرف، تصرفی است در ملك غیر و به عنوان عاریه بوده و لزومی ندارد. و مدعی است چون ادعای خلاف ظاهر میکند. چون ظاهر ید، استحقاق است. و باید شاهد بیاورد بر عاریه بودن و اینکه ید او ید عدوان است. پس قول صاحب سقف که درخت او بر سر دیوار است، مقدم است با یمین. این است حاصل مراد شهید (ره) در دروس. و این سخن بعینه جاری است در همه مثالها. یعنی ناودان و مجرای آب و راه آمد و شد و غیر آن. که قول مدعی استحقاق این امور مقدم است. چون ذوالید است بر آن منفعت خاصه ملك. و چنانکه ید بر اعیان، معتبر است، بر منافع هم معتبر است، و چون ممکن است که به وجه صحیحی مثل صلح یا غیر [آن]. این حق به او منتقل شده باشد و ید بر آن دارد. تا عدوان آن ثابت نشده نمیتوان مانع او شد. و از اینجا ظاهر می شود حکم صورت جهل طرفین به حال، و ندانند که وجه تصرف، چه بوده است. چون ید مسلمی به همین نحو بر این بوده به این نهج، و اصل صحت آن است. و بدون دلیلی منع آن نمیتوان کرد. پس هم میانه خود و خدا جایز است تصرف در آن. و هم در ظاهر حکم هیچ يك بر دیگری راهی ندارد. و بعد از ظهور دعوی، حکم آن چیز دیگر است که به مرافعه طی می شود. و حکم آن همان است که گفتیم. و هر گاه این را دانستی، میرویم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که این هم از باب همان مسائل سابقه است که این شخص را یدی بر

انتفاع آن مال غیر که آن آب مشترك است هست ونمی داند که این ید او ناشی از ارث پدر او است، از کجا است. وبه عبارت اخری: میبند که حوضی که از پدر به او منتقل شده حق الشربیی) به این نحو که آب از نهر مشترك داخل آن بشود و بیرون رود وبه همان نهر داخل شود) داشته و نمیداند که سبب وجهت این استحقاق از مال غیر چه بوده. پس میگوئیم که مادامی که کسی با این شخص سخنی نمیگوید و او را منع نمی کند، جایز است از برای او تصرف. و فعل والد او محمول بر صحت است. ومادامی که - شرکا - ظاهر نشده عدوان والد این شخص، ایشان هم مزاحم او نمیتوانند شد. واما هر گاه شرکا ادعا کنند که

[۱۳۹]

والد او عدوان کرده، واین شخص جاهل به حال باشد وبگوید من نمیدانم. پس ظاهر این است که قول شرکا مقدم است با یمین. چنانکه ظاهر فتاوی. جمهور علمای ما است در جانی که مدعی بر کسی دعوی حقی کند و او بگوید که من نمیدانم. که یمین متوجه مدعی می شود. ودلیل مطلب را به بسط تمام در کتاب قضای مناہج الاحکام و در بعضی از رسائل خود، ذکر کرده‌ام. واما اگر این شخص ادعای حقیقت کند وبگوید (به حق مستحکم) وشرکا بگویند که (تو غاصبی، یا پدر تو غصب کرده یا ما به او به عاریه چنین قرار داد کردیم که به این نحو منتفع شود نه به عنوان عقد لازمی). دعوی به همان نحو طی می شود که سابق گفتیم ونقل خلاف در آن کردیم، ودور نیست ترجیح قول مدعی حق انتفاع به آب، با یمین. چون ظاهرا ذوالید است (۱). بلی این مسأله فرقی با سابق دارد در این که در اینجا قدری از عین آب در حوض محبوس می شود وقدری هم تلف می شود، وممکن است رفع حبس به حبس دیوار (۲)) برگذاشتن درختها) نیز. و هم چنین ممنوع بودن صاحب آن راه آمد وشد، ودر اغلب منافع. واما اتلاف بعض پس آن نیز ضرر ندارد به جهت این که ممکن است انتقال به صلح وجهالت در صلح به این قدر معفو است. وعلاوه بر این، محتمل است (به احتمال ضعیفی) آن که این هم نوعی از (حق الشرب والاستعمالات) باشد در میاه مملوکه، وبه هر حال هر گاه خواهد مطمئن باشد، الحال به صیغه صلح حق الشرب آن آب را در آن حوض، باشرکا به وجه معینی مصالحه کند که (لازم) شود واز شبیه بر آید.

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

۱: تفاوت این صورت با صورت بالا در این است که در اینجا (نمیدانم) نمیگوید بلکه میگوید (من مستحق این حق‌ام) خواه دلیل استحقاق خویش را بیان کند و خواه صرفاً با تشبیه به (بد) و استصحاب چنین اظهاری را بکند. آنچه مهم است جا زمانه بودن ادعای او است. لیکن با توجه به مبنی و نظر میرزا (ره) در مسأله ۳۹ و ۴۳ گویا وی صرف تشبیه را بدون جزم نیز کافی میداند. اما در اینجا تصریح بدان نکرده است. ۲: ودر نسخه: رفع جنس به جنس دیوار ...

[۱۴۰]

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

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

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

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

سوم: در تحریر گفته است - در کتاب اجاره - (لو استأجره بطعامه وشرابه وکسوته، او یا حد هما لم یجز. سواء كان ضمرا او غیرها (۱). ولو عين الطعام والشراب والكسوة بما يرفع الجهالة، جاز. بشرط تعیین وقت الدفع. ولو استأجره بعوض وشرط الاطعام والكسوة علیه، ففی الجواز نظر). و مختار او مقتضای اصول وقواعد است.

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

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

۱: ضمیر - با کسر اول و سکون دوم -؛ مادر خوانده، و نیز به معنای (فرزند خوانده). در اصل به شتر و گوسفندی گفته میشد که بچه دیگری را بپذیرد و نسبت به آن عاطفه نشان دهد. گاهی صاحب دام در مورد دامی که بچهایش مرده

با اعمال برنامه خاصی بچه دام دیگر را به عنوان بچه او به حسابش میگذارد. این کلمه در اصطلاح به شخصی که کودکی را بر اساس عواطف (نه بر اساس محاسبات اقتصادی) در داخل زندگی و خانواده خود بپذیرد، گفته میشود .

[۱۴۱]

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

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

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

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

(۱) ودر نسخه: و هر چند .

سئوال است - که وجه مصالحه چهار تومان با نفقه پنج ساله است، وخدمت صغیر در مدت معلومه شرط ضمن العقد است. پس اگر مدعی علیه از صغیر استیفای عمل پنج سال را میکند (بیدله) یا

(باجرته)، خود غرامت نفقه پنج ساله را میکشد. و میخواهد مصالحه را فسخ میکند و هر يك بر سر حق سابق میروند.

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

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

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

مستحق اجرت المثل هست یا نه؟ -؟.

جواب: این محتاج به مرافعه است. و مجرد کاغذ حجت نیست هر چند (اقرت و اعترفت) نوشته باشند در اینجا، چه جای تحقق و ثبت. مگر این که آن کاغذ و نوشته کاغذی باشد که از برای حاکم (یعنی مجتهد عادل) مفید قطع باشد، و این بسیار نادر است. و هر گاه مفید علم نشود باید رجوع کرد به بینه. و از صورت **سوال:** ظاهر می شود که شهادت آن علما (شهادت فرع) بوده، یعنی چون جمعی شهادت داده بوده اند بر اقرار ضعیفه بر مصالحه، آنها شاهد شده اند و نوشته اند که بر ما ثابت شد و محقق شد. پس

اگر آن علما زنده نیستند وشهادت نمیدهند همان است که گفتم که مجرد کاغذ اعتبار ندارد. و هر گاه زنده باشند والحال شهادت بدهند در نزد حاکم به عنوان شهادت فرع پس اگر شهود اصل عادل نیستند ودر حین شاهد شدن شهود فرع، هم عادل نبوده‌اند، شهادت باطل می شود. وشهادت آن علما که شهود فرزند (بر فرض عدالت ایشان) هم مسموع نیست. و اگر اصل وفرع عادلند ولکن الحال شهود اصل منکر شهادتند - وهنوز مرافعه نشده است وحاکم حکمی نکرده است به آن شهادت علما که شاهد فرزند - ساقط می شود واعتبار ندارد. واگر وراث را سخن دیگر باشد باید معلوم شود که جواب آن هم معلوم شود. و به هر حال چون این مطلب بدون مرافعه طی نمی شود، ومرافعه شأن مجتهد عادل است او خود میدانند که چه کم خواهد کرد. این به استفتاء تمام نمی شود. و هر گاه مصالحه به ثبوت شرعی نرسیده ضعیفه مستحق اجرت المثل ایام تصرف هست. و گاه است که آن علما که این مطلب را نوشته‌اند هر گاه در نزد حاکم حاضر شوند وسخن دیگر وتقریر دیگر (که نه به عنوان شهادت فرع باشند) بکنند در آن وقت حکم متغیر می شود. به هر حال این امر بدون حضور طرفین وشهود به انجام نمیرسد. والله الهادی الی سبیل الرشاد.

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

[۱۴۵]

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

جواب: هر چند در کلام فقها خصوص این مسأله در نظر حقیر نیست به غیر عبارت علامه در تذکره آنجا که گفته است (و؟ صالح علی سکنی دار او خدمة عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالاعیان، صح بشرط ضبط المدة. ولا يكون ذلك اجارة بل عقدا مستقلا بنفسه. خلافا للشافعی. فان تلف الدار اوالعبد قبل استيفاء شیء من المنفعة، انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه. وان تلفت بعد استيفاء بعض انفسخ فی مابقی من المدة ورجع بقسط ما بقی) که فی الجملة مناسبتی با اینجا دارد. ولکن نظیر این در مسائل اجاره در کلام ایشان مذکور است و بنا بر قول شیخ که صلح تابع سایر عقود است که ما نحن فیه از باب اجاره می شود. وچون صلح منفعت است در حکم آن اشکال نیست. وبنابر مشهور اقوی که صلح عقدی است مستقل، میتوانیم از باب اتحاد طریق مثلین حکم آن را در اینجا جاری کنیم. بلکه احتیاج به اتحاد طریق نیست. بلکه همان دلیل که در اجاره جاری است در همینجا جاری است. و آنچه

در اجاره در کلمات ایشان مذکور است این است که: هر گاه عین مستأجره تلف شد قبل از قبض یا بعد از قبض و قبل از آن که بگذرد زمانی که توان از آن نفعی برد، باطل می شود اجاره. چنانکه در بیع قبل از قبض. و ظاهر این است که دلیل در مسأله اجماع ایشان باشد. چون خلافتی در مسأله نقل نکرده‌اند، بلکه مقدار تصریح کرده است به عدم خلاف، و در مسالك گفته است که بطلان اجاره واضح است، و لکن تکیه کرده است به این که آن عین احد عوضین است و هر گاه تلف شود باطل می شود، مثل بیع. و استیفای منفعت در اینجا قائم مقام قبض است در بیع. و گویا این مطلب از مسلمات ایشان است نه این که قیاس کرده باشند به بیع. و به هر حال مناص از قول به بطلان نیست. و هر گاه تلف نشده باشد لکن موجر منع کند از تسلیم، در اینجا نیز بعضی قائل به بطلان شده‌اند نظر به این که آن به منزله تلف عین است. و جمعی دیگر از علما قایل شده‌اند

[۱۴۶]

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

که اجاره کرده بالمره غرق شود که به هیچ وجه منتفع نتوان شد، یا قطعه‌ای از آن را سیلاب ببرد، یا بعضی از حجرات خانه خراب شود و ممکن نشود ساختن آن فوراً از برای صاحب. پس حکم در آن بعضی که تلف شده مثل حکم تلف خود عین است، و در باقیمانده عین مختار است ما بین فسخ به جهت تبعض صفقه، و ما بین نگاه داشتن آن

[۱۴۷]

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

[۱۴۸]

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

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

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

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

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

میگوید تو راه يك خانه بیشتر از من طلب نداری.

جواب: ظاهر این است که مانع از راه گذاشتن او در ملك خود نمی تواند شد و لکن می تواند که مانع شود از ترددی که زاید بر تردد يك خانه باشد. به این معنی که هر گاه خواهد در عمارت جدی کس دیگر

را ساکن کند که او هم از همین راه تردد کند، می تواند مانع شود. چون او استحقاق بیش از شارع همین يك خانه بر سییل عرف و عادت ندارد. و اما زیاد شدن اولاد و اتباع اهل همان خانه که در عرف و عادت لازم این کس است - که در اول يك زن و يك مرداند و به تدریج ده نفر اولاد بهم میرسد، یا کنیز و غلام میخرند، یا مهمان به خانه او می آید - پس آن مضر نیست.

سوال: ۵۵: زید خانه و باغچه متصل بهم دارد، و معیر آن باغچه از میان خانه زید است و دیگر راهی ندارد و اطراف باغچه ملك غیر است. هر گاه زید خانه را فروخت به غیر و در حال عقد طرفین ملتفت حال ممر و مدخل باغچه نشدند. آیا حق العبور از برای زید باقی است در خانه؟ یا مشتری می تواند مانع شد؟
جواب: ظاهر این است که حق العبور باقی است. چنانکه عرف شاهد آن است. و حق العبور از اجزاء خانه نیست که داخل مبیع باشد. و منافاتی ما بین خروج عین از ملك و بقای حق غیر در آن، نیست. چنانکه هر گاه میزاب غیر در آن خانه بریزد، یا حق العبور آبی غیر در آن خانه دارد فروختن خانه مستلزم سقوط آن حقوق نمی شود.

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

[۱۵۰]

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

یا به تصرف دیوان بدهند. آیا الحال به مجرد همین، محمد آباد را باید بکر تسلیم زید و عمرو نماید و علی آباد را قبول کند یا نه؟ -؟. و آیا اصل این معامله صحیح است یا نه؟ -؟ .

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

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

[۱۵۱]

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

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

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

۱: و هم چنین با قطع نظر از مسأله (قبض در رهن) که شرط است یا نه. ۲ و ۳: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۲ مجلد دوم. توضیح: گویا این مسأله چهارمین مسأله از کتاب رهن بوده و به دنبال مسأله سوم (که ما آن را تحت شماره ۱۸۲، آورده‌ایم) قرار داشته و در چاپ سنگی یا هنگام ترکیب سه مجلد (السؤال والجواب) به کتاب صلح منتقل شده است .

[۱۵۲]

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

ذمه کسی باشد ومقر به آن باشد ونزاعی هم نباشد، نه مثل این که شخصی خواهد که مال خود را منتقل کند به فرزند خود، یا به مرد صالحی به عنوان صلح. وما نحن فيه از باب (ابتدا به صلح) است از غیر سابقه حقی. وبر این هم وارد است:

اولا: (بر فرض تسلیم تبادل) این که ظاهرا خلافی ندارند در صحت صلح ابتدائی واینکه این هم عقدی است مستقل که منشأ نقل ملك وثبوت حق می تواند شد. بلکه اجماع بر آن نقل کرده‌اند. وعمومات (اوفوا بالعقود) و (المومنون عند شروطهم) شامل آن است.

وثانیا: این که از تعلیلات که در اخبار وارد شده ظاهر می شود که صلح منوط به تراضی است وطیب نفس. وثالثا: از اخباری که در احکام ارضین وارد شده (خصوصا اراضی خراجیه واینکه والی صلح بکند اراضی را به کسانی که در دست آنها ست به قدری که خواهد) این ظاهر

۱: وسایل: ج ۱۳: ابواب الصلح: باب ۳: ح ۱ و ۲ .

[۱۵۲]

می شود.

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

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

وسادسا: میگوئیم که در ما نحن فيه مقصود رفع نزاع وشقاق است وکوتاه کردن دست زوج از زوجه. و هم چنین فقها گفته‌اند (یصح الصلح عن کل مایجوز اخذ العوض عنه، عینا کان کالدار والعبد او دینا او حقا کالشفعة والقصاص. ولا یجوز علی ما لیس بمال مما لایصح اخذ العوض عنه. فلو صالحت المرءة ان تقر له بالزوجية لم یصح. لانه لو ارادت بذل نفسها بعوض لم یجز) واین عبارت تذکره است، ومثل این در تحریر ذکر کرده است. و همچنین در دروس وغیره. [که همه] دلالت بر این مطلب دارند وظاهر این است که در این مطلب خلافی ندارند. واز اینجا معلوم شد اندفاع تو هم این که آنچه از کلام ایشان بر می آید این

است که صلح ابتدائی مخصوص حقوق مالیه است. و شبهه نیست که قصاص از حقوق مالیه نیست. وعمومات سایر ادله سابقه صلح ابتدائی را ثابت میکند خواه مال باشد و خواه غیر آن. (۲) پس هر گاه این را دانستی ظاهر می شود بر تو وجه جواز صلح حق الرجوع. زیرا که جایز است از برای مطلقه رجعیه که چیزی بدهد به شوهرش که در عده به او رجوع نکند و او را بگذارد تا عده او منقضی شود و از شر او خلاص شود، یا به مقصد خود برسد که مطلق

۱: وسایل: ج ۱۳: کتاب الضمان: باب ۶. ۲: راجع به مسأله صلح ابتدائی و لزوم سابقه و عدم آن. در مسأله شماره ۴۴ همین مجلد بحث مستدل دیگری نیز شده است .

[۱۵۴]

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

رجوع جایز است. در غایت فساد است، زیرا که ارتفاع بعضی حقوق منشأ ارتفاع جمیع نمی شود. و هم چنین تو هم

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

[۱۵۵]

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

[۱۵۶]

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

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

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

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

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

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

۱: وسائل: ابواب الصلح: باب ۴، ح ۱ .

[۱۵۸]

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

۶۰: سوال: زینب به مواکلت ثابتة بعضی از اولاد خود، به ادعای قیمومیت از جانب صغیر، وفضولا از جانب بعض دیگر از اولاد خود، ملکی را صلح کند با زید در عوض صد دینار فلوس ویک من تبریز گندم.

وضامن درك شود که هر گاه صغیر کبیر شود، یا غایب حاضر شود و اجازه نکند، از عهده بر آید. آیا این مصالحه صحیح است یا فاسد؟ -؟. و این ضمان صحیح است یا نه؟ -؟. و دعوی غبن در این مرحله جایز است یا نه؟ -؟.

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

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

[۱۵۹]

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

۶۱: سوال: هر گاه زید مالی از پدرش که به میراث دارد، با عمرو صلح کند. و در ضمن عقد صلح شرط نماید که بعد از مدت ده روز که این مال را اخذ نماید، همان مال یا نصفش را بازید صلح نماید به ده دینار.

آیا صلح صحیح است یا نه؟ -؟. و هر گاه این صلح را واقع سازند و از خارج قسم یاد نمایند که عمرو بعد از اخذ مال تمامی آن را به زید فروشد یا صلح نماید به ده دینار. چه صورت دارد؟.

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

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

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

[۱۶۰]

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

جواب: هر گاه عمرو مدعی این باشد که مرا حق انتفاعی از عبور آب تو در باغ من هست و من متصرف این حق ام، و نمی گذارم که تو این حق را ضایع کنی. و زید میگوید که آب مال من است و از هر جا خواهم میبرم. و بد تصرف انتفاع عمرو در عبور آن آب ثابت باشد. اظهار تقدیم قول عمرو است با یمین، در صورتی که بینه از برای زید نباشد که این بر سیل عاریه بوده است یا بر سیل عدوان. و اما هر گاه

عمرو علم به وجه استحقاق خود نداشته باشد مثل این که به این نحو میراث به او رسیده است باغ، که این آب در آنجا عبور میکرده اما نمیداند که به چه کیفیت بوده. در اینجا زید هر گاه مدعی عاریه یا عدوان باشد وشاهدی نباشد، قول او مقدم است با یمین. واما این که در ثانی زید خواهد آب خود را از باغ عمرو ببرد وعمرو مانع شود. در اینجا نیز میگوئیم که اگر زید مدعی این است که مرا در باغ تو حق العبور آب من هست ومن متصرف این حق بودم واینکه چند روزی که از راه دیگر برده‌ام منشأ سقوط حق من نمی شود. وعمرو منکر استحقاق او باشد وبینه هم در میان نباشد. اظهر تقدیم قول زید است با یمین. و هر گاه زید مدعی استحقاق نباشد بلکه جاهل به وجه عبور باشد، و همین بر او واضح است که این آب در اینجا همیشه عبور میکرد. وعمرو مدعی عاریه یا غصب باشد وبینه نباشد. قول عمرو مقدم است با یمین. و هر گاه هیچ يك عالم به

[۱۶۱]

کیفیت استحقاق نباشند هیچ يك مانع دیگری نمیتوانند شد، به طریق مستمره عمل میکنند. وتعطیل طریقه مستمره بدون وجه لازمی، منشأ سقوط اثر آن نمی شود، مگر آن که تفاوتی در کیفیت به عمل آید، مثل این که قبل از این آنچه مستمر بود، آن بود که به باغ برود والحال به زرع میرود ودر آن تفاوتی حاصل شود.

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

جواب: مالکان طاحونه اول از حیثیت این که مالک طاحونه‌اند به هیچ وجه مانع طاحونه جدید نمیتوانند شد، هر گاه ایشان را حقی در مجرائی که تحت طاحونه ایشان است و به طاحونه جدیده میرود،

نباشد. واما هر گاه در آن مجرا حق ملکیت داشته باشند، یا در آب شریک باشند، یا به سبب شرکت یا استحقاق در مجرای فوق سخن داشته باشند و بگویند که نمیگذاریم که طاحونه ثانیه به مجرای ما، یا به آب ما منتفع شود. پس دور نیست که بعد از ثبوت این که در آنجا طاحونه قدیمی بوده که از این

[۱۶۲]

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

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

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

تعمیر و مثل آن. و حریم آن خانه وسط هم راه آمد و شد است و محل ریختن خاکروبه و سمداد و امثال آن. و خواه قایل باشیم به این که اصل در حریم ملك ملکیت است - چنان که اظهر است - و یا به مجرد اولویت، صاحبان حریم منع از تصرف غیر میتوانند کرد و چون مفروض این است که منتهای دیوار جدید در محل حریم دیوار خانه‌های طرفین واقع شده پس صاحبان خانه‌های طرفین را میرسد ازاله دیوار خانه از

آن محل حریم. واما تمسك صاحب خانه وسط به مانع نشدن آنها از دیوار کشیدن پس آن نه دلیل عدم استحقاق آنها است و نه دلیل رضا شدن به عنوان عاریه، و بر فرضی که ثابت شود که به عنوان عاریه راضی شده‌اند که دیوار بکشند، [باز] هم از برای آنها است این که بگویند دیوار را ازاله کن. اما باید غرامت ارش را بکشند.

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

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

[۱۶۵]

و هم چنین مالك آب به ادعای بطلان یا عدم لزوم حقی از برای او نمی کند - پس ظاهر این است که در اینجا از باب آن مسئله‌ای است که کسی مجرای آب خود را در ملك غیر میبندد، یا عبور خود را در ملك غیر میبندد، یا سر درختان سقف خانه خود را بر دیوار غیر میبندد، و وجه این را نه آن میدانند و نه غیر. و ظاهر در اینجا این است که نمی تواند غیر، مانع او شود. و هر گاه نزاع کنند و صاحب آسیا بگوید که من به حق متصرفم. و مالك آب منکر باشد، پس در اینجا خلاف است. و اظهر در نظر حقیق ترجیح قول ذی الید است که صاحب آسیا باشد. و وجه این را در جواب مسائل دیگر ذکر کرده‌ام و حاصل آن (۱) این است که: ملکیت غیر منافات با ثبوت حقی در آن ملك ندارد. و جمع بین الحقیین مهما ممکن لازم است. و ید تصرف چنان که در اعیان معتبر است در حقوق هم معتبر است. و مفروض ثبوت ید صاحب آسیا است بر این حق. و علاوه بر اینها، عمومات نفی ضرر و حرج هم دلالت دارد خصوصا در وقتی مالك آب بهیچ نحو

متضرر نمی شود. وخصوصاً در وقتی که غرض او اضرار ولجاج باشد. و هم چنین دلالت دارد بر آن، خصوص صحیح محمد بن علی بن محبوب (قال كتب رجل الى الفقيه (ع) فی رجل كانت له رحى على نهر قرية، والقرية لرجل او رجلين، فاراد صاحب القرية ان يسوق الماء الى قريته فى غير هذا النهر الذى عليه هذه الرحى ويعطل هذه الرحى. اله ذلك ام لا؟ -؟. فوقع: يتقى الله ويعمل فى ذلك بالمعروف ولا يضار اخاه المومن). (٢) وکلینی نیز همین حدیث را به ادنی تفاوتی در سندی صحیح روایت کرده است. (٣)

١: آنچه مصنف (ره) در اینجا تحت عنوان (حاصل) آورده مشروحتر از آن است که در جواب مسایل دیگر (در سه مسأله از مسائل همین باب صلح که ملاحظه کردید) بیان کرده است. ٢ و ٣: وسائل: ج ١٧، ابواب احیاء، باب ١٥ ح ١ - توضیح: این حدیث در: فروع: ج ٥ ص ٣٩٣ ح ٥ و تهذیب ج ٧ ص ١٦٤ ح ٣٢ و فقیه ج ٣ ص ١٥٠ ح ١٠، آمده و آنچه در متن بالا آمده مطابق روایت من لا یحضره الفقیه است و در فروع کافی به جای (الی الفقیه)، (ابى محمد (ع)) آمده و نیز جمله (الذی علیه هذه الرحى) در آن نیست. و نیز به جای (ولا يضار)، (لا یضر) است. و در هر صورت این حدیث بر (عمل به معروف) امر میکند و اصل انتقال مجرای آب را تحریم نمی کند. خصوصاً در صورتی که اگر صاحب آب در صورت ممنوع شدن از تغییر مسیر آب، متضرر شود .

[١٦٦]

و محقق در نافع به این عبارت فتوا داده (ولو كان له رحى على نهر لغيره لم یجز له ان یعدل بالماء ویصرفه عنها الا برضاء صاحبها). و ظاهر این عبارت مثل ظاهر روایت شامل صورتی که معلوم باشد استحقاق صاحب آسیا، و صورتی که معلوم نباشد. خواه دعوی استحقاق بکند و خواه نکند، همه هست. و مقتضای سایر ادله هم این است. چنان که گفتیم. و لکن ابن ادریس در سرایر به این عبارت گفته است) و اذا كان لانسان رحى بامر حق واجب على نهر لغيره،، و اراد صاحب النهران يسوق الماء فى نهر آخر الى القرية، لم یکن له ذلك الا برضاء صاحب الرحى موافقة). و این عبارت موهم این است که شرط است در این معنی که معلوم باشد که صاحب آسیا حق واجب بر صاحب نهر و آب دارد که آسیای او به آب او بگردد. و این بسیار بعید است، زیرا که در چنین صورتی حاجتی به سوال نبود و سوق جواب هم بایست به نحوی دیگر باشد، و بایست بفرماید که (چگونه حق واجب او را میبرد). و ممکن است که کلمه (بامر حق واجب) از متعلقات ماقبل باشد، یعنی (حصول رحى از برای آن انسان به امر حق واجبى، ثابتى، لازمی شده نه محض غضب و عدوان و نه بر فرض لغو یا به مظنه رضای صاحب نهر و شاهد حال رضای او ساخته شده باشد در زمین صاحب نهر، یا غیر آن. یا این که قبیل عرق ظالم باشد که او را به هیچ وجه حقی نباشد. نه این که مراد این باشد که وصول آن بر آن نهر و دایر شدن آن

به آن نهر به امر حق لازمی باشد. پس مطابق اطلاق روایت خواهد بود. و ظاهر این است که مراد علامه در تذکره نیز همین است، و عبارت او اوضح است در آنچه ما تأویل کردیم کلام ابن ادریس را به آن، زیرا که گفته است (النهر المملوك اذا كان عليه رحى يحق ملك، لم يكن لارباب النهر طم هذه النهر ولاصرف الماء عنه الى املاكهم بنهر غيره، الا باذن صاحب الرحى). و در تذکره خلافی هم در مسأله نقل نکرده

[۱۶۷]

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

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

مغلول است نقل نکردیم.

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

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

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

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

و این نظیر آن است که در هبه جایز می دانیم بخشیدن قبه غله مجهول الوزن را و لکن صحیح نمیدانیم که هبه کند یکی از دو غلام را لاعلی التعیین، یا گوسفندی را از گله - بنا بر قولی - به جهت این که در آنجا قبه موجود هست و زن آن مجهول است و وجود عمر در اینجا معلوم نیست، مگر این که به ظن

استصحابی اکتفا کنیم وفی الجملة عمری از برای او فرض کنیم، و بنا بر این از قبیل صلح منافع يك سال یا دو سال یا ده سال، نخواهد بود. چون در اینجا صلح بر شیئی واحد واقع شده. و چون عمده دلیل بطران معامله غرر، راجع به سفاهت می شود. یا اجماع [است] که در بیع نقل کرده اند. و در اینجا مفروض این است که در عرف سفاهتی نیست. و اجماع هم در صلح معلوم نیست. پس دور نیست صحت آن. و بدان که چنین جهالتی در معاملات محاباتی که نازل منزله تبرع است ضرر ندارد چون سفته و غرری لازم نمی آید. مثل این که کسی صلح کند ملکی را که به صد تومان میارزد، به صغیر خود به يك من گندم و شرط کند که مادام الحیوة منافع آن را خود برده باشد. و تحقیق معنی (جهالت مضرة) در کتاب هبات از همین مجموعه منقح شده.

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

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

[۱۷۰]

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

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

جواب: زید به اعتراف خود مستحق مال المصالحة اول نیست. و عمرو در ظاهر شرع هر چند دعوی از او ساقط شد - به سبب مصالحة اول و تا ثابت نشود که مال المصالحة مال غیر است بر او چیزی نیست -

لکن چون پای دعوی جدید در میان آمد که اگر به انجام برسد باز دعوی اول عود میکند بر حال اول، پس صلح ثانی هر چند از برای رفع دعوی ثانی نباشد باز صحیح خواهد بود. و عدم فسخ و تقایل از طرفین، منشأ عدم صحت آن نمی شود. پس زید مستحق وجه مصالحه ثانیه خواهد بود، لا غیر.

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

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

[۱۷۱]

نسازند، در آن صورت تصرف آنها حرام است. و هر گاه مالك واقعی خواهد تصرف در مال خود کند موقوف می شود بر مہایات و نوبه کردن با غاصبین. در اینجا امر مشکل می شود. و دور نیست که متولی یا حاکم شرعی در اینجا نیز از جانب صاحبان مغضوب یا مالك واقعی مہایات نموده و به قرعه حصه مالك واقعی موجود را تعیین نماید که از برای آن مالك حلال باشد. و اختلافی که به سبب سوانح ایام و ساعات و غیره روی میدهد که باعث تغییر نوبه و مہایات می شود، مضر نیست. مثلاً بنا بر این بود که روز شنبه نوبه مالك موجود واقعی بود و چند روز به سبب هوا و برف و باران، آب را هرز کردند و الحال که بناک آب گرفتن شد مالك واقعی سر نوبه بود او روز شنبه بود الحال که باز سر نوبه می شود روز يك شنبه یا دوشنبه می شود. این ضرر ندارد. و چون معیار در نوبه تقدم و تاخر روز نوبه بود، نه خصوص روز شنبه بودن و يك شنبه بودن. و هم چنین تفاوتی که به سبب کوتاه شدن و بلند شدن روزها بهم میرسد ضرر ندارد. چون اهل عرف در آن مسامحه میکنند. و هم چنین هر گاه يك روز آن را از میان بیندازند به

جهت تنقيه نهر و باز صاحب نوبه، نوبه خود را بگيرد. بلى تعويض و تبديل روز مالك حقيقى با غاصبين صورتى ندارد.

۷۱: سوال: زيد و عمرو هر دو وارث شرعى بكر ميباشند. ومخلفات و متروكات مورث در تصرف زيد بوده است. و عمرو مطالبه حق خود را از زيد مينموده زيد مامله در اداى حصه عمرو کرده، بالاخره عمرو حقوق ارثيه خود را با زيد به عوض معينى مصالحه نموده است. بعد از وقوع مصالحه عمرو دعوى غبن کرده و غبن را هم مصالحه ثانويه نموده است. و بعد از مدتى عمرو مدعى است كه من معنى غبن را در عالم نفهميده ام و بالغرض كه فهميده باشم صيغه مصالحه ثانويه جارى نشده است. و در صورتى كه مصالحه واقع شده باشد، به علت آن است كه متروكات را در اول امر پانزده تومان (مثلا) به قلم داده است و بعد معلوم شده است كه متروكات (مثلا) چهل تومان بوده است، و صلحى كه نموده است به اعتبار مبلغ بيست تومان بوده است. آيا دعوى غبن بعد از اطلاع بر قدر متروكات (كه چهل تومان بوده است) عمرو مى تواند ادعا نمود يا نه؟ - ؟ .

[۱۷۳]

جواب: هر گاه زيد عالم بوده است به مقدار حصه عمرو، و عمرو جاهل و عاجز از اثبات مقدار حصه خود، و به سبب مامله زيد با او صلح کرده است - هر چند در ظاهر شرع صلح اسقاط دعوى ميكند و لكن - زيد ميانه خود و خدا آثم است. و ظاهر اين است كه هر گاه بعد از صلح، عمرو ثابت كرد به بينه (يا به اقرار زيد) كه او دانسته حق او را نگاه داشته، صلح فاسد مى شود و مسقط حق او نيست. مگر اين كه در وقت صلح به طيب نفس راضى شده باشد كه صلح كردم حق خود را هر چند اضعاف مضاعف آنچه تو ميگوئى بوده باشد مثلا. در چنين صورتى كه چهل تومان بوده بگويد صلح كردم هر چند هزار تومان باشد. و اما هر گاه زيد هم جاهل بوده به مقدار و صلح کرده اند، در اين صورت صلح صحيح است ظاهرا و باطنا، و لكن امكان دعوى غبن در اينجا جارى مى شود. پس هر گاه زيد بگويد با من صلح كردى دعوى غبن مصالحه را. و عمرو منكر باشد. و شاهدهى در ميان نباشد، قسمى متوجه عمرو مى شود. و بعد از قسم بر سر دعوى غبن ميآيند و به مقتضای آن عمل مى شود. و هر گاه عمرو منكر (مصالحه غبن مصالحه) نباشد، و لكن بگويد كه چون تو متروكات را پانزده تومان قلم دادى و من حصه خود را كه همان قدر است صلح کرده بودم كه چهار تومان ميآريده من غبن آن را صلح كردم. و لكن غبن اين كه بر فرضى كه چهل تومان متروكات بوده، آن را صلح نكرده ام. پس در اين وقت بايد دانست اولاً كه (۱) بر فرضى كه به عنوان اطلاق گفته باشد كه (غبن مصالحه را صلح كردم) بايد منصرف شود به عرف و عادت كه در

صلح از چه قدر غبن مسامحه میکنند. ودر عرف وعادت بیست تومان را به چهار تومان اسقاط نمیکنند. والا دعوی غبن در صلح ودر (صلح صلح) وغبن صلح الی غیر النهایه جاری می شود. زیرا بر همه آنها صادق است که صلحانند، ودر صلح دعوی غبن جاری می شود. پس یا باید بنا را به متعارف زمان گذاشت وآنچه مطابق است وبه آن ممضی داشت، یا آن که در حین مصالحه غبن صلح، یا (صلح غبن مصالحه صلح غبن) تصریح

۱: یعنی در مرحله اول وقبل از هر چیز باد دانست که

[۱۷۳]

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

۷۲:سوال: شخصی هست نه سال قبل از این، خانه وحصاری داشته. قدر معینی از خانه و حیاط خود را از يك طرف مفروزا ومقسوما، به کمترین فروخته. ودر ضمن عقد مبیعه با کمترین شرط نمود که ممر مستمر بقیه خانه های او - که يك اطاق فوقانی است وطاقی تحت آن - علی الاستمرار (بر سبیل حق المرور بدون تملك عین) از محوطه [ای] که به کمترین فروخته، باشد. ومادامی که آن بقیه در ملك او بوده خود ومتعلقانش (که قلیلی بوده اند) وعمله يك دستگاه نساجی که در اطاق مزبور داشته از محوطه مبتاعه کمترین آمد وشد مینموده اند. بعد از مدتی همان اطاق وطاق مزبور را نیز (مع ما حاذاها من المحوطه ومع حق المرور) ی که از محوطه مبیعه به کمترین داشته با ممر از محوطه به شخص نساج همسایه - که خانه های او متصل به طاق مزبور وبقیه محوطه است ودکان نساجی او وممر عمله نساجی همیشه از دروازه وممر ومحوطه سابق خودش بوده - فروخته، ونساج مزبور بعد از ابتیاع طاق وطاق مزبور پنج شش دستگاه نساجی خود را که در خانه های سابق خود داشته وراه عمله آنها از دروازه ومحوطه سابق خودش بوده نقل به طاق مبتاعه مزبوره نموده، وآمد ورفت بسیاری از عمله پنج شش دستگاه نساجی خود ودیگران را (۱) به محوطه کمترین انداخته. واین معنی موجب اضرار بسیار مالی وعرضی به کمترین میباشد. وسخن شخص نساج مزبور این است که راه اطاق وطاق ابتیاعی مزبوره موافق مضمون قبالچه (قباله چه) که در دست دارم، و [موافق] شرط ضمن العقد، از حیاط تو

است، هر کسی را شغلی با من باشد از عمله و غیرهم هر قدر باشند باید از اینجا آمد و شد نمایند. استدعا آن است که حکم شرعی آن را موافق رای صواب نمای عالی در فوق

۱: ودر نسخه: آمد و رفت بسیاری از عمله داشته وراه عجله پنج شش

[۱۷۴]

عریضه مرقوم و به خاتم شریف مزین و مختوم فرمایند که آن شخص نساج را شرعا میرسد که راه آمد و شد عمله پنج شش دستگاه نساجی خود را (که نیز قبل از خریدن طاق مزبور از دروازه و محوطه سابق خودش بوده) به مجرد این که او را حق المرور در حیاط حقیر مییابد به حیاط حقیر بیندازد یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که هر گاه عمارت را با حق العبور آن بفروشد و استثنا کند از این يك خانه مخصوص را با حق العبور، آن خانه به قدر همانچه در متعارف آن خانه محتاج است به معبر همان قدر را مستحق است. و زاید بر آن را مستحق نیست. مثلا حق العبور خانه مسکن، در متعارف مقدار خاصی است که ساکنین آن خانه و مهمان ایشان و اقربای ایشان که به عبادت و دیدن میآیند، و خدمت ضروریه اهل آن تردد کنند. و حق العبور دکان عطاری و مطب طبیب و امثال اینها، عبور اهل بلد است در آن. پس هر گاه در حین بیع آنچه را استثناء از مال خود کرده حق العبور مسکن یا بعلاوه يك دستگاه جولائی باشد و الحال دستگاههای متعدده و اشود که موجب زیادتی آن بر متعارف شود، صاحب خانه می تواند منع کرد. و این معنی منافات ندارد با این که نمی تواند مانع تصرف صاحب خانه بشود در ملك خود به هر نحو که خواهد. زیرا که آن منع از عبور است نه از دستگاه متعدد کردن.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

اگر فرض شود قیمتی از برای آن به این نحو که قدری از آن آب اجرت بیرون آوردن آن و به مصرف مالک رساندن آن محسوب شود، و تتمه اگر چیزی بماند (به فرض محال) از برای صغیر و غایب و موقوف علیه، منظور دارند، و در باقی تصرف کنند، و آب انبار و اهل آن را معطل نگذارند و عین موقوفه را ضایع نگذارند.

واگر چنین نکنیم عسر عظیم و حرج شدید لازم می آید، و در شریعت سمحه سهله عسر و حرج منتفی است:

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

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

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

[۱۷۸]

صاحب حوض. چون متمیز نیست. و اجبار صاحب حوض بر دادن قیمت هم راهی ندارد. و در صورت ممانعت صاحب آب و مساهله او، دور نیست که بهتر این است که به حاکم شرع عرض حال کند. و حاکم او را الزام به قیمت نمی تواند کرد. و هر گاه مالك غایب باشد، یا صغیر باشد، در آنجا رجوع به ولی شرعی یا حاکم شرعی می شود و ایشان نیز او را الزام به قیمت نمیتوانند کرد. و هر گاه ولی شرعی یا حاکم شرعی هم ممکن نشود، دور نیست که این گفتگو را با عدول مومنین کند به نهجی که گفتیم در حاکم، و هر گاه آنها هم میسر نمی شود خود اگر تواند و امکان داشته باشد که قدری از آن آب را به

مصرف رساند [و باقی را] به مصرف صاحبش [رساند] که کرده باشد. والا بر او چیزی نیست. واحتیاط در چنین صورتی این است که به تصدیق اهل خبره تنخواه او را در ذمه بگیرد و به او برساند. چنانکه جمعی از فقها در صورت (امتناع صاحب طلب از حق خود در حلول اجل) قایل شده‌اند که هر گاه صاحب طلب امتناع کند، به حاکم شرع بدهد. هر چند وجوب آن معلوم نیست. خصوصا در اینجا که موضوع مسأله، عین است نه دین، که امر او مشکلتر است. به جهت این که دین امر کلی است و متمیز نمی شود الا به اقباض صاحب طلب یا کسی که قائم مقام او باشد، مثل حاکم.

۷۸:سوال: مجرای فناتی از قریه خارج می شود. ومصب آن ومزرع آن در خارج قریه است. واز قدیم الایام الی الان قلیلی از این آب داخل چاهی که زید در خانه خود دارد می شود که به آن رفع حاجت زید می شود. وعمرو هم که یکی از مالکان آب است در خانه خود پایابی (۱) حفر نموده که عبارت است از چاهی که پهلوی آن شکافته و پله‌های چند دارد که از آن پله‌ها میروند تا به ته آن چاه میرسند واز آنجا آب بر میدارند. الحال عمرو از آن چاه زید نقبی کنده تا این چاه پایاب، که آب جاری شود به آن چاه، واز آنجا هم نقبی کنده تا به خانه خالد، که در آنجا هم قلیلی از آن آب نهر جاری است که این آب بر سر آن آب افتد. ومجموع میرود به داخل اصل نهر

۱: پای آب. پایگاه آب. جایگاه آب .

[۱۷۹]

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

جواب: ملاکی که راضی نیستند که عمرو آب ببرد به خانه خود به پایاب خود، میتوانند مانع عمرو شوند از بردن آب. چون این معنی تصرفی است در اصل آب شرکاء بدون اذن ایشان. وایضا تصرفی است در خانه نهر مشترك که مجرای آب است به چاه زید. وجواز تصرف زید به سبب استمرار از استحقاق قدیم

منشأً جواز تصرف عمرو نمی شود. هر چند عمرو شق نهري تازه به آن خانه نهر نکرده است. واز اینجا معلوم شد که در درون نوبه خود یا نوبه سایر شرکاء که راضی هستند هم نمی تواند آب از آن مجرا ببرد، هر چند آب مال خود او یا مال شرکائی است که راضیاند. واما سوال از لزوم نوبت ومهایات: پس آن عقد لازمی نیست. وهر وقت بخواهند بر هم میزنند، ووقتی که بر هم زدند آن شخصی که نوبت خود را برده باید اجرت المثل مجرا را به قدر حصه شرکاء به آنها رساند. واما سوال: از مانع شدن عمرو وسایر شرکاء از تصرف در آن: پس اگر مراد منع مطلق است پس آن بی وجه است. و اگر مراد عدم رضای تصرف بر نوبه قدیم [است] و [می] خواهد تجدید بنای نو به ومهایات گذارد، یا هر گاه که ممکن شود خواهد قسمت آب بکند، می تواند که چنین کند. اما ایشان را معطل نمی تواند گذاشت که انتقام بکشد و آب شرکا از میان برود. بلکه باید فوراً بنای درستی بگذارد به رضای شرکا. واما سوال: از سد آب بعد از انقطاع: پس ظاهر این است که بر صاحب نوبه اول

[۱۸۰]

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

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

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

[۱۸۱]

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

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

جواب: اولاً این که ملکیت یخچال مستلزم ثبوت ملکیت مجرا از برای آن، نیست. زیرا که ممکن است که صاحب یخچال به عنوان اجاره یا عاریه، آب از زمین‌های مردمی می‌آورد. و بر فرضی که مستلزم باشد، یا از خارج ثابت باشد که این یخچال ممر ملکیت داشته، ولیکن معلوم نباشد که در کدام زمین است و هر يك از زمین‌ها محتمل است که ممر در آن بوده، در این وقت محتمل است که عمل به قرعه شود. و محتمل است که بگوئیم که بر هیچ يك از ملاک چیزی لازم نیست. مانند جامه [ای] مشترك میان چند نفر که متروک منی در آن یافت شود و بر هیچ يك معلوم نباشد که از او است، که غسل بر هیچ يك واجب نیست. به جهت اصل برائت. و این مانند آن نیست که کسی مشغول ذمه مالی هست که منحصر است در جماعت معینه و نمی‌داند که حق کدام است، و هیچ يك از ایشان هم نمیدانند، که در اینجا گفته‌اند که باید با همه صلح کرد. چون در اینجا شغل ذمه آن شخص ثابت است. و در اینجا شغل ذمه هیچ يك از ملاک ثابت نیست. هر چند در نظر حقیر دور نیست که در این صورت (۱) هم این از باب مجهول المالك باشد و به مصرف مجهول المالك باید رساند، و مصالحه با آنها لازم نباشد. و احتمال دوم اظهر است از احتمال قرعه. اینها در صورتی است که شاهدهی در میان نباشد و هیچ يك از صاحب یخچال و صاحب زمین‌های حوالی آن، عالم به حال نباشند، و دعوی قطعی و انکار قطعی در میان نباشد. و هم چنین هر گاه همین يك نفر شاهد باشد خواه عادل باشد و خواه عادل نباشد، و جهالت ملاک املاك و یخچال هم بر صورت سابق باشد، هم مثل سابق است، و هیچ نفعی ندارد. و اما هر گاه پیا مرافعه به میان آید و صاحب یخچال ادعای جزم کند که ممر آب او در زمین زید است و يك نفر شاهد هم مطابق آن دارد، پس اگر آن شاهد عادل است و صاحب یخچال هم (قسم جزء بنیه) یاد کند، حق ممر او در زمین زید ثابت می‌شود، و هر گاه عادل نباشد آن شاهد، و مدعی دعوی جزم کند بر استحقاق ممر در زمین زید، پس اگر زید منکر است به عنوان جزم و میگوید تو را حقی نیست، در این زمین، در اینجا صاحب یخچال تسلط قسمی دارد بر

زید، و هر گاه نکول کرد و قسم را رد نکرد بر مدعی ممر آب را تسلیم او کند. و هر گاه رد کرد و مدعی قسم خورد باز ممر را میگیرد، و اگر نکول کرد حق او ساقط می‌شود. و هر گاه صاحب یخچال دعوی ظنی کند هم اظهر این است که تسلط قسم دارد. و در اینجا رد قسم نمی‌باشد، به محض نکول حق ممر ثابت می‌شود. و هر گاه زید منکر به عنوان جزم نباشد بلکه بگوید که من علم ندارم که تو را حقی

در اینجا هست. در این صورت اشکال عظیم بهم میرسد. و هر چند ظاهر علما آن است که قسم متوجه او می شود و چون نمی تواند قسم یاد کرد به عنوان جزم و دلیلی هم نیست بر جواز قسم نفی العلم، قسم را رد میکند به مدعی، هر گاه قسم خورد میگیرد، والا حق او ساقط می شود و لکن اظهر در نظر حقیر این است که این قسم مردود نیست. بلکه رجوع قسم به مدعی می شود نظر (۱) به عموماتی که یمین از جمله اموری است که رفع نزاع به آن می شود [در جایی که] طریق دیگر برای رفع دعوی نیست (و تحقیق این مطلب را در کتاب قضای مناہج کرده‌ام) و اما هر گاه (۲) مدعی دعوی ظنی کند و زید بگوید نمیدانم، در اینجا دعوی از اصل ساقط است. (۳)

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

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

۱: یعنی دلیل رجوع قسم، عموماتی هستند که... ۲: یعنی اینجا از مصادیق مدلول عمومات نیست. ۳: این کلام میرزا (ره) از (بلکه رجوع قسم...) تا (از اصل ساقط است) نیازمند توضیح است: میگوید: قسم وقتی متوجه مدعی میشود و به او رجوع میکند که راه دیگری برای قطع دعوی نباشد. و در اینجا راه دیگری هست و آن سقوط اصل دعوی است. پس قسم به مدعی رجوع نمی کند .

[۱۸۴]

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

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

جواب: دور نیست که با وجود بذل تفاوت باز خالو مسلط بر فسخ باشد، به جهت استصحاب خیار چنانکه اشهر و اظهر در خیار غبن هم همین است. هر چند مجال این سخن هست که دلیل ظاهری بر ثبوت اصل (خیار غبن در صلح) به غیر قاعده ضرر نیست. بخلاف بیع که در آنجا اجماع منقول و بعض

اشارات از اخبار هست. وقاعده ضرر در مانحن فیه جاری نیست، به سبب این که مفروض این است که غابن رفع ضرر از مغبون میکند به دادن تفاوت قیمت. پس باید صلح بر لزوم باقی بماند. وهر چند فی الجمله رجحانی در نظر هست از برای آنچه اول گفتیم، به سبب استصحاب، چون خیار در اول اطلاع بر غبن حاصل نشد وارتفاع آن به دادن تفاوت معلوم نیست، وبه سبب شهرت حکم در مسأله بیع وظاهر عدم فرق است. ولکن احوط این است که بنا را در این مقام نیز بر صلح گذارند.

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

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

۱: از آن جمله: رجوع کنید به مسأله ۷۴ .

[۱۸۵]

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

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

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

است. واما سوال: از حال ذکر شرط قبل از عقد: پس اظهر این است که شرط اعتبار ندارد مگر این که ذکر شود ما بین ایجاب و قبول، و اعاده آن بعد از ایجاب و قبول نفعی ندارد.

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

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

[۱۸۶]

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

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

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

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

[۱۸۷]

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

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

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

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

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

شد که انتقال بروجه معامله را محال میدانند. و از این جهت است که وقف ابتدائی بر حمل را هم صحیح نمیدانند، چون وقف تملیک عین است در حین اجرای صیغه، و حمل قابل ملك نیست، بخلاف وصیت که

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

[۱۹۰]

محمول بر صحت است، و این قاعده مقتضی عدم زنا است. و وطی به شبهه هم از امور نادر الوقوع است. و غالب این است که حمل به انقضای اقصی مدت حمل یا [نزدیک] به آن متولد می شود. و بر این ایراد شده که این در حمل کافره تمام نمی شود. و ایضا آن زنی که فراشی دارد (یعنی شوهری یا مولائی) هم که غالب این است که ولد به نه ماه متولد می شود که اقصای حمل است (بنا بر اشهر و اظهر) یا نزدیک به آن. و چنانکه در آنجا (ظاهر) را مقدم میدانند، در اینجا هم میدانیم. و اگر گوئی: که در صاحب فراش به سبب اصل تاخر انعقاد نطفه حکم به وجود حمل نمیکنیم. میگوئیم: که با وجود این که معارض است با اصل تاخر وصیت، این سخن در زن خالی از فراش هم جاری است. و هم چنین اگر بگوئی: که اصل عدم انتقال مال از موصی به غیر، به سبب آن است. [گوئیم:] در اینجا هم جاری

است. بلی میتوان گفت که این سخن در خالی از فراش، محض از راه تقدیم ظاهر بر اصل نیست تا قابل معارضه با [اصل تاخر وصیت] باشد، بلکه به سبب متابعت دلیل وقاعده است. زیرا که حکم به عدم زناى خالی از فراش به سبب حمل فعل مسلم است بر صحت، که از جمله قواعد وادله است. وعدم حصول وطی به شبهه هم از راه اصل عدم حصول شبهه است در خارج، نه محض ندرت. پس در خالی از فراش (حسب الامکان) نفی علوق نطفه میکنیم تا این که اقصی مدت حمل بگذرد. ودر این وقت چون نفی علوق امکان ندارد، پس ملتزم میشویم علوق را مرددا ما بین زنا و شبهه. واما در زن صاحب فراش پس در آنجا چون فراش از ادله شرعیه است و به سبب آن لحوق ولد ممکن است وموقوف نیست بر علم به تحقق جماع بلکه امکان آن کافی، پس در اینجا چیزی نیست که مارا مضطر کند به این که تاخر امکان انعقاد نطفه را اعتبار کنیم (۱). پس تکیه در مسأله به محض تقدم اصل بر ظاهر یا ظاهر بر اصل، نیست. تا مورد معارضات شود .

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

[۱۹۱]

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

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

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

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

۱:ودر نسخه: عدم حکم به صحت وصیت است .

[۱۹۲]

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

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

۹۱:سوال: در صورت مزبوره عمرو در وقت مطالبه پنجاه تومان ثانی به زید گفت که (هر گاه راضی نیستی مصالحه [را] فسخ کن). وزید هم (فسخت) گفت. و بعد عمرو میگوید که تو (فسخت) گفتی

ومن (قبلت) نگفتم. وزید گفت که تو گفتی (فسخ کن) من (فسخت) گفتم به رضای تو. آیا به همین لفظ، فسخ حاصل می شود یا نه؟ -؟. وسخن کدامیک مسموع است؟.

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

[۱۹۳]

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

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

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

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

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

[۱۹۴]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

جواب: نفرض الكلام اولا في البيع ليحصل البصيرة في المسئلة. ثم نتعرض لمسئلة الصلح ونقول: اذا باع زيد متاعا او متاعين من عمرو بعشرة دراهم. فظهر مجموع المبيع مستحقا لبكر. فان اجاز بكر صح، ويصير الدراهم ماله ومجموع المبيع مالا لعمرو. وان لم يجز بطل. ولو ظهر نصف المتاع او احد المتاعين مستحقا لبكر، فان اجاز بكر صح البيع في النصف له ويملك نصف القيمة، والنصف الاخر للبايع، ومجموع المتاع لعمرو. وان لم يجز بطل بيع نصف بكر، ويتخير عمرو في الفسخ لتبعض الصفقة. هذا حال ظهور المبيع مستحقا للغير .

و اما لو ظهر الثمن مستحقا للغير: كما لو باع زيد فرسه من عمرو بدینارین معینین فظهر مجموع الثمن مستحقا للغير. فاذا اجاز مالکة صح، والا بطل. ولو ظهر احدهما مستحقا للغير فان اجاز صاحب هذا الدينار شراء نصف الفرس به صح البيع ويصير شريكا للمشتري في النصف. وان لم يجز فيسترد صاحب

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

[١٩٧]

حق الدعوى. فان قلت: يجيزه بان يكون ثواب الاسقاط له فيصح الانتقال. قلت :مع ان هذا موقوف على جواز نقل العمل بعد الفعل او ثوابه فيه، ان المجاز، ح، غير ما وقع عليه المعاملة، فان معاوضة الفرسين انما وقعت على نفس الدعوى واسقاطها، لاعلى ثوابها. فهذه معاملة جديدة، لا اجازة لما وقعت. نعم، يمكن توجيهه فى الصلح بان يجيز كون فرسه عوضا لاسقاط الحق. لا ان ينتقل اليه فى عوض الفرس دعوى مائة دينار، ولا ثوابه. فان مائة دينار لم يقع عوضا فى اصل الصلح بل اسقاط هو العوض. فح معنى اجازة الصلح الرضا، بان يسقط دعوى المدعى من زيد بفرسه، وليس له شئىء. واما توقع الثواب على هذا الامضاء والاجازة، فهو شئى آخر لادخل له بما نحن فيه كمالا يخفى. اذ ذلك ليس بمعاوضة بالثواب واجازة لها. بل هو ادامة واثبات لامر فيه ثواب، اى فى ذلك الاثبات الادامة .هذا لو لم يطالب صاحب

الفرس قيمته بل اجازہ مجاناً. واما لو اجاز بمعنى (انى رضيت بكون فرسى عوضا عن اسقاط الحق بشرط ان يعطى قيمتها) فهذه ليست من باب الاجازة المصلحة، اى معناه (لا اطالبك العين و استرداده بل اطالبك قيمة عينى). فح يرجع الى مسئلة (من باع مالا فضولا ثم ملكه) و التحقيق فيها انه لا يصح الا مع اجازته بعد الشراء فاذا دفع المدعى عليه الفرسين الى المدعى ولو من باب الغصب ثم اشتراه من صاحبه او انتقل اليه با عطاء قيمتها و غرامتها، فان اجاز المعاملة الاولى صحت، والا، فله الرجوع عن المصالحة. هذا كله اذا ظهر الفرسان مستحقين للغير. واما لو ظهر احد احد الفرسين مستحقا لعمرو ولم يجز: فالظاهر بطلان المصالحة رأساً. لان الدعوى امر بسيط لا يتبعض حتى يبطل نصفها بسبب ظهور استحقاق نصف العوض للغير ويبقى الباقي. وكذا اسقاطها و تبعض المدعى به، لا يستلزم جواز تبعض الدعوى. واما لو اجاز: فالظاهر الصحة. بمعنى اسقاط المصالح للفرسين و اسقاط اصل الدعوى عن زيد، على التفصيل المتقدم، اى اجازہ مجاناً او مع مطالبة القيمة. ولا منافاة بين بساطة احد طرفى المصالحة و بين تركب الطرف الاخر، سواء كان المركب من شخص او شخصين اذا

[١٩٨]

وقع الامضاء. و التحقيق ان يقال: الحكم فى الصلح يختلف باختلاف اقسامه فى الاجازة و التبعض. فلو كان صلحا ابتدائيان بين عينين فهو مثل البيع فى احكام الاجازة و التبعض. وكذا ان كان بين مالين مجهول المقدار مع عدم امكان الاستعلام مع تحقق الاصل، مثل مصالحة احد الميراثين المجهولين بالآخر و ظهور احد هما (بتمامه او بعضه) مستحقا للغير، فيجرى الاجازة و التبعض ايضا. وكذا لو كان احد هما مجهولا و الاخر معلوما، وان كان مجهول المقدار. و بعد التامل فى ما ذكر تعرف احكام ساير الاقسام. فالعمدة هو بيان صحة الفضولى و معنى الاجازة. و اذا جعلت الاصل فى تصحيح الفضولى هو مثل (اوفوا العقود) فيطرد الكلام فى كل ما يصدق عليه انه عهد موثق و لحقه الرضا. فيحكم بصحة الجميع سواء كان الحق استقاطا او تملكا. ولكنهم ادعوا الاجماع على عدم جريانه فى الايقاعات مثل العتق و الطلاق فيبقى الباقي تحت العموم على تفاوت بين موارد.

٩٧:سوال: كسى ادعاى طلبى مر ميتها مينمود واقامه بينه دعوى خود در نزد حاكم شرع نمود. وقيل از ياد نمودن قسم استظهارى صلح نمود به ديگرى حق ثابت خود را به مبلغ معينى . به زعم اين كه به محض اقامه بينه (مدعى به) او ثابت شده. بعد به فتواى بندگان عالى آن مصلحه بر هم خورد. و بعد مدعى رفت در نزد ملائى كه نه مجتهد و نه ماذون از مجتهدى بود قسم استظهارى ياد نمود. و طرفين مصلحه غافل از اين كه قسم دادن وظيفه اين شخص نيست باز مصلحه جديده نمودند همان حقوق -

ثابت به زعم خود - را به مال المصالحه معینی. بعد ذلك بعضی از علما فرمودند که این مصالحه باز صحتی ندارد، چون چنین قسمی مثمر ثمر نیست. وبعضی بر آنند که حکم به فساد صلح نمی تواند نمود و آن صلح مراعی است تا مدعی قسم استظهاری به وجه صحیح یاد نماید. و حال احد طرفین مصالحه طالب فساد و دیگری طالب صحة مصالحه است. و هر يك متمسك به رایى هستند که به جهت او مفید است. فلهذا مدتی است که

[۱۹۹]

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

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

۱: و در نسخه: ... که بعد از این هر دو حکم هم بکنند. ۲ و ۳: هر اظهار نظری که يك فقیه جامع الشرايط بنماید بر دو نوع است: الف: فتوی: هر فتوایی قابل نقض و نقد و انتقاد و بررسی و تحلیل و تایید و ابرام است. ب: حکم: حکم قابل نقض به وسیله فقیه دیگر نیست و مخالفت با آن جائز نیست هر چند بطلان آن در نظر فقیه دیگر مسلم باشد. مگر

این که خلاف آن و بطلان آن در واقع ثابت شود. مثلاً فقیهی بر اساس شهادت افراد عادل حکمی را صادر نماید سپس روشن شود که آنان عادل نبوده‌اند .

[۲۰۰]

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

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

[۲۰۱]

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

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

۹۹:سوال: زینب در حال صحت یا مرض الموت، قدر معینی از اموال خود که زاید بر ثلث اموالش میباشد مصالحه کند با زید برادر خود به ثمن المثل. ودر ضمن العقد شرط کند که قدری از آن مالی که داخل مصالحه است زید به بکر بدهد بعد از وفات زینب. وتتمه را بعد از وفات او به قیمت عادله مقوم کرد و قیمت آن را صرف صوم وصلوة وسایر مبرات به تفصیل معین نماید. ومنظور در این عمل حیلہ به جهت فرار از عدم امضای وصیت در زاید بر ثلث بدون اجازه ورثه، بود. آیا چنین مصالحه [ای] صحیح است؟ یا به جهت اشتغال بر شرط اعطاء قدری از آن مال به بکر، فاسد است؟ و بر تقدیر صحت آیا موقوف است بر اجازه ورثه به جهت اشتغال بر شرط صرف قیمت به مبرات یا نه؟- ؟. وعلی تقدیر عدم التوقف او التوقف مع الاجازه، آیا هر گاه آن قدر مالی که شرط شده که به بکر داده شود (ذو افراد) باشد، مثل آن که چند دست رختخواب داشته و چند من مس داشته وگفته يك دست رختخواب ودومن مس وتعیین عین نکرده باشد، چه باید کرد؟. و بر تقدیر فساد مصالحه مزبوره آیا راجع به وصیت می شود) ودر مقدار ثلث ممضی است؟ یا نه؟. وچنانکه در مرض [موت] وصیت نموده که نعش مرا به نجف اشرف از جمله قیمت آن تتمه بفرستید، چه باید کرد؟.

جواب: ولا یحیی المکر السینی الا باهله. ظاهر این است که این شرط مخالف مقتضای عقد است. زیرا که مقتضای عقد سلطنت مالک است بر ملک خودش. واز باب شرط بیع مشتری به بایع هم نیست که لا اقل مشتری مالک قیمت آن می شود. بلکه شرط اخراج مالک است ملک خود را از تملک خود مجانا. واز باب شرط عتق عبد هم نیست، زیرا که در اینجا نیز عوض از برای مشتری هست که مقصود می تواند بود که آن محض ثواب باشد یا ادای حقی از حقوق الهی مثل کفاره واجبه وامثال آن. خصوصا در وقتی که مشتری چند کنیز میخواهد بخرد بعضی را از برای خدمت وبعضیها را از

[۲۰۲]

برای عتق، و بایع شرط کند که این را اختیار کن برای عتق وآن را برای خدمت . به جهت غرضی از اغراض. با وجود این که ظاهر این شرط عتق، اجماعی است، و به دلیل خارج است. ودر مانحن فیه آنچه مقصود با لذات است از شرط این است که استیجار صوم وصلات بشود. ومقصود از شرط همان انتفاع مصالح است هر چند بالعرض نفعی هم عاید مصالح له بشود. هر چند در اینجا اشکال دیگر در نظر می آید به سبب جهالت مدت حیات وتقدم و تأخر موت هر يك. و به سبب آن، جهالت در منافع مصالح علیه

هم حاصل می شود. و این که تمسك به استصحاب حیات مصالح له معارض است با استصحاب حیات مصالح. ولكن دفع آن ممکن است، به این که این جهالت در صلح محاباتی ضرر نداشته باشد. با وجود این که شرطی که در ضمن عقد می شود، معلق است و منجز نیست که مورد این اباحت بشود. به این معنی که مراد این است که: من صلح کردم این اموال را مثلا به يك من گندم و شرط کردم با تو که بعد از موت من با این اموال استیجار صوم و صلوات بکنی برای من. یعنی که شرط کردم با تو لازم باشد این امر که بعد از حیات من به عمل آید. که اگر او بمیرد آن حق در مال ثابت باشد و وارث به عمل آورد. پس عقد صلح منجز است و شرط هم منجز است، لکن شر معلقی است که منجز شده. و دو احتمال که گفتیم ناظر است به این که (فعل استیجار از خود مصالح له بنفسه مطلوب باشد مباشرتا) یا این که (حصول آن عمل مطلوب باشد مطلقا) و در صورت اول هر گاه مصالح له اول بمیرد، خیار فسخ برای مصالح حاصل می شود. بخلاف صورت ثانی که وارث او باید به عمل بیاورد. و به هر حال، عمده در بطلان صلح همان مخالفت شرط است با مقتضای عقد، و این که به بطلان شرط مشروط باطل می شود. علی الاقوی. و بدان که عقودی که وضع شده‌اند. برای نقل اعیان و رقبات (مثل بیع و صلح اعیان و امثال آنها) مقتضی نقل ملك‌اند از مالك اول ابداء، لا الی غایة. چنانکه پوشیده نیست. اما در صورت خیار که عود میکند به مالك بعد انفساخ پس آن تجدید ملك

[۲۰۲]

است - علی التحقیق - نه این که (نقل ملك الی غایة) بوده. و هم چنین در شرط هبه به غیر (بناثا بر صحت آن) منافاتی با انقطاع ملك مالك اول ابداء، نیست. بیش از این نیست که تملك مالك ثانی الی غایة است. پس شرط هبه در بیع یا صلح، یا شرط بیع به غیر، منافاتی با آنچه گفتیم ندارد. زیرا که اینگونه تصرفات از مالك ثانی صحیح است. چنانکه اینگونه شروط از مالك اول هم صحیح است. زیرا که در اینها هیچ يك منافاتی با خروج رقبه و عین از ید مالك نیست. و لکن هر گاه شرط کند عود ملك را به مالك اول بدون [ناقل] - مثل فسخی که در خیار حاصل می شود یا انتقالی که به سبب بیع حاصل می شود مشروطا او غیر مشروط و امثال آن - پس آن شرط فاسد است. چون مستلزم محدود بودن خروج از ملك مالك اول است. پس عمده اعتراض این است که این عقود محدودا بر رقبات و اعیان واقع نمی شود. چنانکه مقتضای همه آنهاست. و در ما نحن فیه مراد زینب عود ملك است به او و صرف در مبرات. پس شرط منافی مقتضای عقد است. اگر گفته شود که: ظاهر سوال: این است که مساوی قیمت آن را از مال خود صرف مبرات کند. نه این که ملك ثانی عود کند به زینب و صرف مبرات شود، تا لازم آید عدم

انقطاع ابدی ملك، که منافی مقتضای عقد است. گوئیم: که اولاً: ظاهر از این لفظ که (مقوم کند قیمت را [و] صرف میرات کند) این است که قیمت را من حیث انه قیمت صرف کند. خواه قیمت کند بر نفس خود بایع یا بیع کند به دیگری و قیمت را گرفته صرف میرات کند. نه مساوی قیمت را. سلمنا که مراد این باشد که مساوی قیمت را به مصرف میرات برساند. ولکن این قدری که مسلم است رخصت رسانیدن مساوی قیمت است به آن مصرف، نه عزیمت به این معنی که لازم باشد که عین آنها [را] نگاه دارد و قیمت آنها را به مصرف برساند و والا لازم می آید که هر گاه آن مصالح له قادر بر قیمت نباشد و کسی هم نباشد که آن املاک را بخرد و قیمت را بدهد، اما کسی باشد که به عین همان اعیان میرات را به عمل آورد، لازم نباشد بر مصالح له استیجار به آنها. واین

[۲۰۴]

معنی با وجود اهتمام زینب در این امر که مرتکب آن تدبیرات شده (۱) بسیار بعید است. بلکه مراد او این است که به واسطه این اموال، میرات برای او به عمل آید. خواه بعینها باشد یا بقیمتها. سلمنا که مراد عزیمت باشد و اینکه مراد زینب این است که املاک بعینها در ملك مصالح له باقی ماند و در چنین صورتی صرف در میرات، ساقط باشد. ولکن بنابر این، جهالت در شرط لازم می آید. چون قیمت ما بعد موت، در حال عقد معلوم نیست. اگر گفته شود که: جهالت در صلح مغتفر است خصوصاً در وقتی که محاباتی باشد. گوئیم: اولاً منع میکنیم مغتفر بودن را در عوض وجه مصالحه. و ثانیاً منع میکنیم محاباتی بودن را چون شرط قسطی از ثمن است. بلکه گاه است امروز عقد مصالحه میکند به وجه قلیل، و پنج روز دیگر زینب میمیرد و قیمت اعیان مضاعف می شود. وبالجمله قدری که مسلم است از صحت شرط، این است که شرط هبه کند یا شرط (منتقل کردن به غیر) که عوض آن به مشتری یا مصالح له عاید شود. نه در صورتی که عاید مالک اول شود. چنانکه در ما نحن فیه است. و اما سوال: از این که (بر فرض بطلان آیا راجع به وصیت می شود که در ثلث معتبر شود؟ یا بالمره بی ثمر خواهد بود؟). پس جواب آن این است که اظهر این است که راجع می شود به وصیت. زیرا که آن اذن خاص در فروختن آن املاک معینه از برای استیجار صوم و صلوات، در بردارد اذن عام را. و به بطلان خصوصیت، عموم باطل نمی شود. نه از این راه که قایل باشیم که (فصل علت وجود نیست. و جنس منتفی نمی شود به انتفاء فصل) تا مورد منع باشد. بلکه از این راه که عام مدلول التزامی خاص هست به (دلالت اشاره). بلکه (دلالت تنبیه) که مقصود است، چنانکه در بسیاری از مسایل و صایا گفته اند. و اخبار هم در بعضی آنها هست. مثل جائی که وصی فراموش کند مصرف را، که گفته اند به وجوه بر میرساند. و مثل وصیت به خریدن

عبدی به قیمت خاصی و آزاد کردن [آن] که هر گاه یافت نشود الا به اقل از آن قیمت. وامثال اینها در کتاب وصایا مذکور است. وچنانکه در (وکالت) گفته‌اند که در عقد وکالت تنجیز شرط است، وتعلیق به شرط

۱: ودر نسخه: نشده

[۲۰۵]

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

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

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

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

استرداد کند). این نیز موجب جهالت است. چون معلوم نیست که چه چیز باقی میماند پس احد عوضین که وجه مصالحه است مجهول است، به جهت آن که وجه مصالحه در این وقت مجموع آن

وجهی است که میگیرد (هر چند بسیار قلیل باشد) به ضمیمه آن تسلطی که بر آن مال دارد که معلوم نیست که آن تسلط در چه چیز است و چه قدر است. پس ظاهر این معامله فساد است. و حقیقت این جهالتها غالبا راجع می شود به جهالت اصل عوض نه مقدار آن. و آنچه در صلح مسامحه می شود از جهالت غالبا از مقدار است نه اصل عوض. والله العالم.

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

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

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

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

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

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

[۲۰۸]

ماله ببعض اخر من ماله، بل لا بد في المعاوضة ان يكون العوض من الاخر. وفيه ان الصلح لا ينحصر في المعاوضة. بل الاصل فيه انما هو الرضا والاتفاق، واما على قول الشيخ بعدم كون الصلح عقدا مستقلا فالامر اظهر لانه، ح، هبة لبعض ماله ولا يشترط في الهبة العوض. (۱)

۱۰۴:سوال: شخصی صلح میکند ملکی را به دیگری و شرط میکند اختیار فسخ را مادام العمر. آیا این صلح صحیح است؟ و حال آن که صلح از عقود لازمه است و باید نسبت به متعاقدين (هر دو) لازم باشد

و مفروض این است که از برای مصالح لازم نیست مادام العمر، پس چگونه صادق است که مال خود را به عنوان لزوم منتقل کرد به غیر؟!

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

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

۱: وفيه (عنايتا على ما في متن السؤال) ان المفروض وقوع صلح الجزء في مقابل الجزء الاخر، واین هذا من الهبة؟ فيبطل على قول الشيخ ايضا .

[۲۰۹]

این [از] موانع لزوم نیست (۱) و رافع اصل عقد است مثل طلاق. و بعضی به جعل احد متعاقدين است مثل شرط خیار، و بعضی از لوازم شرط ضمن العقد است از باب (خيار اشتراط). و عدم لزوم، مقدر است به مقدار حصول مانع. گاهی مانع امری است که بالمره لزوم را از طرفین بر میدارد، پس لزوم نسبت به آن عقد (مالم يطرء المانع) است. و گاه است که لزوم را از يك طرف بر میدارد و لکن باز حقیقت لزوم باقی است فی الجملة، مثل ما نحن فيه که هر چند لزوم از جانباً مصالح در التزام بوده [آن را از طرف] مصالح بر میدارد. و لکن هر گاه نخواهد فسخ کند پس از نگاه داشتن وجه مصالحه از برای او لازم است، یعنی مصالح نمی تواند استرداد وجه مصالحه کند و مصالح عنه را رد کند. و ایضا ثمره لزوم از برای مصالح بسیار است. مثلاً هر گاه فرض کنیم در مصالحه مزبوره، مصالح اسقاط حق خیار کند (هر چند به سبب

شرط اسقاط آن حق در ضمن عقد لازمی باشد بعد از آن. یا به سبب نذر باشد) باز صلح رجوع میکند به حال اول از لزوم نسبت به مصالح نیز. واین نیست مگر به مقتضای عقد اول. زیرا که بعد از اسقاط حق خیار، صلح تازه نمی شود و عقد دیگر هم احداث نمی شود. و دیگر آن که گاه است در عقدی خیاراتی متعدد میباشد مثل خیار غبن و خیار شرط و خیار تاخیر و غیر ذلك که در بیع میباشد و جواز فسخ به احد خیارات منافات ندارد با عدم اراده فسخ به جهت دیگر، مثلا گاه است که خیار شرط فسخ کند به جهتی از جهات، و خیار غبن را وسیله فسخ میکند. پس در مانحن فیه (بنا بر قول به عدم جریان دعوی غبن در عقد مصالحه) هر گاه به جهتی از جهات مصالح نمیخواهد فسخ مصالحه را به سبب خیار شرط بکند - و دعوی غبن هم که جایز نباشد - بر لزوم باقی است.

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

۱: عبارت نسخه: بلکه این مواضع لزوم نیست .

[۲۱۰]

لزوم اصلا، مثل بیع نسبت به خیار مجلس. و گاه است ملحق است نسبت به هر دو و در مدت العمر. و گاه است عدم لزوم نسبت به احدهما است و با وجود این صادق است که این عقد لازم است فی الجملة. و گاه است که ثمره لزوم نسبت به وارث ظاهر می شود.

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

جواب: الظاهر بطلان الصلح الا ان يلحقه الاجازة والامضاء من الطرفين بعد اليمين والحكم. لان اليمين جزء المثبت، فلم يثبت الملكية فى ظاهر الشرع لزيد بمجرد اقامة البينة، فكانه مما باع مال غيره ثم ظهر انه ملكه، كمالو باع ملك ابيه بطن حيوته ثم ظهر موته حين البيع وانتقاله اليه ح. واما تفاوت المسئلتين - فى انه فى ما نحن فيه عالم با نه ملكه فى نفس الامر دون مسئلة بيع مال الاب - فلا يوجب الفرق. لان المعبر مالكيته فى الظاهر ولا يكفى مجرد نفس الامر. سيما بالنسبة الى المصالح له الجاهل بالحال. فلما كان يحكم بكون المدعى به ملكا للميت ما لم يتم الحكم باليمين فهو محكوم با نه مال الميت فى ظاهر الشرع، وهو لايجامع كونه ملك المدعى فى ظاهر الشرع. فثبت كونه فى ظاهر

الشرع انما هو باليمين وما لم يحصل فلم يحصل الحكم بالملكية له فى ظاهر الشرع، وما لم يحصل له الملكية فى ظاهر الشرع لم يصح نقله الى غيره. فلا يصح الصلح بمجرد ذلك، نعم لواجاز بعد ذلك امكن الصحة على الاقوى من الاقوال الثلاثة فى ما لو باع مال ابيه ثم ظهر موته حين البيع. وتوضيح المقام: ان كل من له دعوى على الغير و اراد المصالحة فاما ان يصالح مع المدعى عليه فهو اما يتحقق باسقاط الدعوى والتجاذب. بشيئى مما يدعيه، او شيئى خارج منه، او بمعاوضة ما يدعيه (بعد ثبوته فى الجملة) بشيئى. واما ان يصالح مع الغير و هو ايضا اما بمصالحة الدعوى بان ينتقل الدعوى الى الغير بشيئى فذلك الغير يصير مدعيا

[٢١١]

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

بالنظر الى الحكم الظاهري او النفس الامرى (بل يكفى فى ذلك كون الدعوى مسموعة) لكن المفروض فى صورة السؤال: انه ليس من باب اسقاط الدعوى الذى لا يتحقق الا مع المدعى عليه. بل انما هو من باب مصالحه المال العينى او الدينى لغير المدعى

[٢١٢]

عليه، ولا بد فيه ان يكون موردها ثابتا معلوما معينا، سواء كان معلوم المقدار او مجهوله، وباقسامها على اختلاف فى بعضها. فالقول بصحة المصالحة مراعا بتتيمم الحكم الظاهري باليمين والحكم، لامعنى له. اذ لا بد من كون المصالحة مسبقة بالملك الظاهري (شرعا او النفس الامرى) المعلوم للطرفين، المفروض خلافا، لعدم الحكم الشرعى الظاهري قبل اليمين وعدم العلم بنفس الامر لذلك الغير وليس هناك صلح على اسقاط حق الدعوى، ولا نقل الدعوى الى الغير حتى لا يحتاج الى ذلك. فان قلت: اليمين الصحيحة بعد اقامة البينة كاشفة عن مالكية المصالح حين العقد، فيصح الصلح ويلزم بوقوعه فى ملكه. كما ما لو اجاز المالك البيع الفضولى المترتب عليه العقود المتعلقة اذا كان المجاز هو البيع، على القول بالكشف. قلت: فرق بينهما. لان ما نحن فيه بعد تنبه المصالح له لعدم الملكية فى ظاهر الشرع يفسخ عقده، لكونه فى مال الغير مع علمه به بسبب تصرف المدعى عليه او برائة ذمته بالاصل. وله الفسخ بعد التنبه بظهور هذا العيب وهو توقف ثبوت الملكية فى الظاهر باليمين. فاذا انفسخ او فسخ فعوده يحتاج الى دليل. والقول بوجوب ترتب الثبوت باليمين بمجرد احتمال الاثبات، لادليل عليه. بخلاف العقود اللاحقة فى الفضولى، لعدم فسخ المشتري فيها ولا انفساخها. ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل اليمين الصحيحة استظهارا، فالظاهر، بقاء خيار الفسخ بالاستصحاب (١). كما فى خيار العيب والغبن اذا ارتفعا قبل الفسخ والامضاء، على الاظهر. فان قلت: نعم، ولكن الانفساخ او البناء على الفسخ انما هو ما لم ينكشف المالكية باليمين لامطلقا، فيعود حكم الصحة بعد الانكشاف باليمين. وبعبارة اخرى نقول ان هذا العيب انما ظهر على ظاهر الشرع، فالانفساخ او الفسخ ايضا انما هو على ظاهر الشرع، فيبقى العقد (٢) على ما هو عليه فى نفس الامر مراعى بظهور عدم العيب فى نفس الامر. وح

١: عبارت النسخة: لعدم فسخ المشتري فيها ولا انفساخها ولو لم يفسخ المصالح له ولم يمض حتى حصل اليمين الصحيحة استظهارا. والظاهر... ٢: وفى النسخة: فيبنى العقد .

يدل على الصحة عمومات الصلح. قلت: سلمنا عدم الانفساخ فى نفس الامر ولكن الظاهر من ثبوت خيار الفسخ (بسبب طرو العيب الذى هو ممنوعيته من التصرف فى ظاهر الشرع) انما هو الفسخ بالنسبة الى نفس الامر. مع انا نقول ان هذا لا يتم اذا قصد الفسخ فى نفس الامر، اذ لا مانع له منه اصلا بعد ظهور العيب. هذا، واما الاستدلال بالعمومات؛ ففيه ان كلما ورد لفظ الصلح فى الايات والاخبار، ظاهرة فى صورة النزاع والشقاق، لا الصلح الابتدائى، حتى قوله (ع) (الصلح جازى بين المسلمين الا ما احل حراما او حرم حلالا). فانه وقع بعد قوله (ع) (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه) (١) فهو ظاهر فى الصلح بين المتداعيين. سلمنا، ولكن المتبادر منه الصلح البات، يعنى صيغة الصلح انما هى الناقلة للحق الى المصالح له من دون حاجة الى شئى آخر كاليمين. حتى انا نقول ان العمدة فى تصحيح الصلح [فى] العقود الفضولية كلها، هى عمومات (اوفوا بالعقود) كما (٢) ورد الاخبار فى بعضها. لا بعمومات البيع والصلح والاجارة مثلا. فنقول: ان قولهم عليهم السلام (الصلح جازى بين المسلمين) له احتمالان: احدهما: الرخصة والجواز. والثانى: انه مسمى و لازم. كما فى قوله (اقرار العقلاء على انفسهم جازى) و (نكاح الوعى على الصغير جازى). وعلى الاول لا يثبت اللزوم، ومع تنبه المصالح له على ان المصالح لم يكن مالكا فى ظاهر الشرع ولا عالما بكونه له فى نفس الامر لا يلزم حتى لا يقدر على الفسخ وعدم الامضاء. وعلى الثانى فلا معنى لكون العقد بعد التنبه المذكور مسمى لازما. غاية الامر جواز ان يمضى بعد اليمين الاستظهارى فيصير مسمى، وهذا ليس معنى كون الصلح ماضيا فى اول الحال من حيث انه صلح، بل هو امضا له بالاجازة. كما انا نعتمد فى لزوم الفضولى. فلم يبق الا الاجماع المنقول وعمومات (اوفوا بالعقود) ونحوه).

١: وسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، باب ٣ ح ٢. ٢: وفى النسخة: وانما ورد الاخبار ...

والاجماع فى موضع النزاع، والعمومات لها شرايط فما كان من العقود من باب نقل ملك الى آخر مشروط بثبوت الملكية للعاقده، او ولاية العاقده، او اجازة العاقده واجازة المالك. والمفروض عدم الاولين، لان المعتبر من الملكية هو ما يحكم بها فى ظاهر الشرع، فيبقى الاشكال على الاجازة والامضاء. نعم يكفى الملكية فى نفس الامر اذا علم بها المصطلحان فى نفس الامر، ان لم نقل باشتراط تمكن التسليم فيه، كما هو الظاهر. بخلاف مثل البيع والاجازة. فلو علم المصطلحان بالملكية الواقعية فنقول بصحتها وان

توقف تمامها على شىء آخر من اليمين وغيرها. واما لو علم بها المصالح وجهل بها المصالح له وظنا كفاية الثبوت بالبينة فقط، فهو نقل لملك الغير فى ظاهر الشرع و قبول النقل كذلك .وان ظنا الملكية فى الواقع بسبب البينة. فهما ممنوعان من النقل والانتقال فى ظاهر الشرع الذى هو المعيار فى صحة النقل بعنوان البت واللزوم. ولا يحصل به النقل الا بالاخاره بعد اليمين. فهما كالمغاصين من الطرفين فى النقل والانتقال ولا ينفعهما ظنهما الغلط بثبوت الملك فى ظاهر الشرع. بل ويشكل المقام فى ما لو كان المصالح غير عالم بنفس الامر الا من جهة البينة، ان قلنا بصحة اليمين ح. لان فيها اشكال، للزوم اليقين فى اليمين. الا ان يقال انه يحلف على عدم الابراء وعدم الوفاء، لا بخصوص يقين البقاء، وقلنا بكفاية ذلك . كما هو الظاهر. والحاصل: ان ادعائهما الفاسد لايكفى فى تصحيح النقل. والمعيار هو ثبوت الملك فى ظاهر الشرع، وهو لايجتمع مع ثبوت يد الوارث على المال وبرائة ذمة الميت على الاشتغال بحق الغير، ولا ينفع الثبوت النفس الامرى فى تصحيح العقد الا فى ما علماه كما قلنا (وان لم نقل بصحته فى مثل البيع لتعذر التسليم لكونه محكوما با نه ما الغير فى ظاهر الشرع). على انا نقول: ان الايجاب والقبول ح وان كانا فى صورة التنجيز والبت بالنظر الى ادعائهما الفاسد بحصول الملك فى ظاهر الشرع، ولكنهما معلقان فى الواقع. اذ لو قال لهما احد انه (لم يثبت بمجرد البينة الملك فى ظاهر الشرع فكيف تنجزان العقد؟) يتفطنان. لان العقد معلق بحصول الملك، والانشاء المعلق لاعبرة

[٢١٥]

به وان كان التعليق تقديريا. كما ذكره بعضهم فى بيع الولد ملك ابيه بظن موته. (١) فهما عالمان بالتعليق وان لم يعلما بكونهما عالمين. و (العلم بالشيء لا يستلزم العلم بالعلم) كما ان (الجهل بالشيء لا يستلزم كونه عالما بالجهل) كما فى الجهل المركب. والحاصل: ان قبول النقل وحصول اثر الانتقال موقوف على قابلية المنقول للانتقال بالفعل فى الواقع. وهو ليس بقابل له لعدم ثبوت الملكية فى ظاهر الشرع. لامتناع احتمال مالكية الناقل والمنقول اليه مع مالكية ذى اليد فى ظاهر الشرع. فغاية الامر كونه مراعى بالاخاره ثانيا من الجانبين، لا انه مراعى بحصول اليمين الناقلة بعد ذلك، اذا لمفروض عدم تأثير الانشاء قبل ثبوت الملك فى ظاهر الشرع وعدم نقل اخر بعد اليمين، فغاية الامر حصول ايجاب وقبول على ملك بدون ثبوت الملكية فهو عقد فضولى. وبالجملة: انا نقول ان معنى قوله تعالى (اوفوا بالعقود) - على ما يظهر من المفسرين من الخاصة والعامة واهل اللغة - الوفاء بالعهود الموثقة، والعهود الموثقة المأمور بايفائها اما عهود موثقة غير ممنوعة من الشارح، او ممنوعة ملحقة بها الاجازة (مثل اجازة المالك لبيع المغصوب، فان الامر بالوفاء انما هو بعد الاجازة) او غير ممنوعة غير لازمة - مثل

الفضولى المصطلح بعد لحوق الاجازة - ونحن وان سلمنا ان المصالح لامنح له فى نفس الامر ولم يكن ممنوعا فى الظاهر ايضا بسبب زعمه الفاسد فارتفع الاشكال من قبله، و لكن لم يكن عهد موثق من جانب المصالح له فى نفس الامر ولا فى ظاهر الشرع بعد التنبيه لفساد زعمه. فليس له عهد موثق الامع الاجازة بعده، ان قلنا بعدم الانفساخ رأسا حتى يجب الوفاء له. وهذا كله فى صورة نقل المدعى لا الدعوى، وفى صورة التنجيز لا التعليق، لبطلان التعليق، وصحة صورة [نقل] الدعوى بدون الاجازة. (٢) نعم يصح الصلح فى صورة علم الطرفين بنفس الامر بلا اشكال، بناء على عدم اشراط التمكّن من التسليم فى الصلح اذا

١: وفى النسخة: فى بيع مال الولد ملك ابيه بطن حيوته. ٢: وفى الكلام لف ونشر مشوش. ولو قال (لصحة صورة نقل الدعوى بدون الاجازة، ولبطلان التعليق) كان مرتبا .

[٢١٦]

بنيا الصلح على نفس الامر. واما الكلام فى لحوق اليمين والحكم: فان كان من حاكم آخر (سواء مات الاول اولم يتمكن من الوصول اليه او امكن الوصول اليه) فالظاهر عدم الكفاية، بل لابد من الرجوع الى الاول او تجديد المرافعة عند الثانى، وان كان من الحاكم الاول فهل يكتفى باليمين ولو بعد مدة مديدة، ففيه اشكال، لظهور الاقوال والادلة فى لزوم كون اليمين فى مجلس الحاكم الا فى بعض الصور كتخليف المخدرات اللاتى لا يحضرن المجالس او المعذور من الحضور

١٠٦: سؤال: اذا صالح زيد بعض املاكه مع بعض ولده الكبار وولده الصغير، و جعل لنفسه خيار الفسخ فى مدة سنة، ثم مات قبل انقضاء السنة. فهل لسائر الورثة الفسخ مع عدم الرضا من المصالح له -؟.

جواب: لم اقف على تصريح بالمسئلة فى كلماتهم فى باب الصلح، ولكنهم ذكروه فى باب البيع. والظاهر ان الحكم لايتفاوت لاتحاد الماخذ. وسيما مع تصريحهم. بجواز شرط الخيار فى الصلح. قال العلامة (ره) فى القواعد (والخيار موروث بالحصص كالمال من اى انواعه كان). الى ان قال (وهل للورثة التفريق؟ نظر. اقرب المنع وان جوزناه مع تعدد المشترى). وتبعه هنا فى المنع ولده فى الايضاح، وهو المحكى عن غيره ايضا، وما ذكره فى الايضاح من وجه الاشكال فى المسئلة: اما من جانب عدم الجواز: فهو (ان التفريق يستلزم تعيب السلع ومقتضى الخيار ردها بلا عيب كما باعها، فان العقد انما وقع لو احد فليس فيه تفريق حقيقة ولا حكما) واما من جانب الجواز: (فانه حق لكل واحد فى الجميع). ثم قال فى وجه ترجيح المنع (انه لاينتقل اليهم الا ما كان لمورثهم ولم يكن الا خيارا واحدا فى الجميع ولانه

ليس له التفريق) ثم قال (ولا وجه عندى لاحتمال التفريق). وقال فى المسالك (لو تعدد الوارث واختلفا فى الفسخ والاجازة، قيل قدم الفسخ. و فيه نظر. وعلى تقديره ففى انفساخ الجميع اوفى حصة خاصة ثم يتخير الاخر لتبعض

[٢١٧]

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

فى الجميع. والتبعض المذكور ليس فى معنى الخيار المشترط فتحقق الخيار المشترط فى هذه الصورة ايضا غير ممكن. والقول بتقديم قول الفاسخ لا وجه له لعدم الامكان. اذ لا وجه الا شرط الخيار وهو انما وقع على الجميع، فيبقى العقد على لزومه لا بمعنى تقديم المجيز على الفاسخ حتى يعارض بما ذكرنا، بل لان الشرط لم يشمل هذه الصورة فيبقى العقد على حاله. ومما ذكرنا يظهر ضعف الوجهين معا مع فرض تقديم الفاسخ، اذ لو بنينا على هذا الفرض المحال فلا معنى لانفساخ الجميع قسرا بفسخ بعض الورثة، بل لادليل. مع ان التفسيرية منافية لمفهوم الخيار، والمفروض ان المتمسك فى المسئلة ليس الا هو. و لا لقبول قول الفاسخ فى حصته وثبوت خيار التبعض للبايع، (١) فانه مستلزم لاضرار الوارث المجيز. مع ان متمسكه نفس العقد لا محض الاجازة، على ما بيناه. فلا يجدى رفع الضرعن البايع (٢) تضرر شريك الوارث. والحاصل ان: فى صورة الاختلاف لا يمكن تصحيح العمل بمقتضى الخيار المشترط. ولا وجه للتفريق كما صرح به فخر المحققين اخيرا، والظاهر انه ايضا اراد ما اردنا، لا انه يصح ولو بالاجتماع قسرا لو قد منا الفاسخ، فلا بد ان يبقى العقد على اللزوم [او يحصل] رضاء الجميع بالفسخ. فان قلت: اذا لم يكن الشرط ممكن الوقوع، فيكون فاسدا، وبانتفائه ينتفى العقد. فليس هذا من باب تقديم الفسخ، بل لاجل انتفاء العقد. والحاصل: ان العقد انما وقع بهذا الشرط ومع انتفائه ينتفى المشروط، فيرجع الى اصل عدم العقد. وهذا يفيد فائدة الفسخ وان لم يكن فسحا. قلت: ان القدر المسلم انما هو عدم تحقق الوقوع بالنسبة الى الوارث، لاعدم امكان الوقوع. فهو باع بشرط الخيار الممكن الوقوع، فى حال انه يعتقد وقوعه، لا بشرط

١ و ٢: والاصح (المشترى). لانه المناسب فى فرض المسئلة وتصويرها، كما فى سوال السائل. ولعله اختار لفظ (البايع) هنا لمراعات التمشى مع العلامة فى القواعد حيث فرض اشتراط خيار الفسخ من جانب المشتري، كما ياتى بعد سطور .

ان يقع ايجاب عقد وشرط صحيح فى الظاهر. فيستصحب صحته، وعدم تحققه من الوارث او عدم الامكان منه بسبب امر خارجى لا يوجب امتناعه بالذات ليكون فاسدا . فيبقى على الزوم من جهة اصل العقد، لامن جهة الاجازة. ولا يستلزم ذلك تبعض الصفقة ولا تفريق الورثة. بل انما هو تفريق فى اوقات الشرط بسبب الوقوع وعدم الوقوع، فيحكم بمقتضاه فى حيوة المورث وفى صورة اتفاق الوارث او وحدته. بخلاف

مالو تعدد واختلّفوا. واما مايتوهم فى وجه تقديم الفاسخ - با نه مقتضى الشرط واعتباره عند الشارع ثابت، وهو يقتضى اعماله فى الجميع، فلا بد ان يعم الجميع - فقد عرفت اندفاعه بمنع ثبوته عن الشارع فى مثل ذلك لعدم الامكان. مع انه معارض بان مقتضاه ايضا جواز اجازة الجميع. والقول بان الاجازة انما هو مقتضى العقد (ولا حاجة فى تحققها الى شىء زائد على العقد بخلاف الفسخ، فليس للمعارض ان يقول ان الاجازة ايضا حق للمجيز ولا يجوز ابطاله ايضا)، فاسد. اذ بعد اشتراط الخيار يصير العقد متزلزلا والفسخ والاجازة فى ذلك سيات. فاذن اتضح ان الحق هو مختار العلامة فى القواعد وولده فى الشرح ومن وافقهما، ولكن للوجه الذى حققناه، لا لما ذكره فى وجهه. ثم: بعد ما عرفت ما ذكرناه [يظهر] لك ان مراده (ره) فى القواعد حيث قال - قبل العبارة التى نقلناها هنا) - والخيار موروث بالحصص كالمال فى اى انواعه كان، الا الزوجة غير ذات الولد فى الارض، على اشكال، اقربه ذلك ان اشترى (١) بخيار فترث من الثمن... انتهى) بيان حكم (٢) مالو اتفق الورثة كلهم فى الفسخ او الامضاء. والعبارة السابقة) التى ذكرناها) فى بيان حكم مالو افترقوا فى ذلك. ولا باس من التعرض لشرح هذه العبارة ايضا لما فيه من الفائدة. فنقول: مراده (ره) ان الخيار من اى نوع كان) خيار الشرط او غيره من الخيارات) موروث بالحصص، كالمال. يعنى ما اقتضاه الخيار من استقرار ما كان متزلزلا للمورث بسبب الخيار ان اختاروا الامضاء جميعا، او رجوع العوض اليهم بسبب الفسخ ان فسخوا جميعا. فهو موروث

١: هذا ما اشرنا اليه من (فرض صورة اشتراط الخيار للمشتري) ووافق المصنف قبيل سطور. ٢: اى: مراده بيان حكم ...

[٢٢٠]

بالحصص كالمال الثابت بالاصل الذى لم يسنحه سانحة من موجبات الخيار. فيرثون ما يستقر لهم ح بالخيار على ما فرض الله لهم من الحصص الا الزوجة - غير ذات الولد - فى الارض، على مختاره من اختصاص المنع بغير ذات الولد. فان عملها بمقتضى الخيار وموافقها لسائر الوراث فيه لاينفع لها فى شئى لحرمانها عن الارض، فلا حق لها فى الخيار على اشكال اقربه المنع فى الارض من الخيار فى الارض ان اشترىه، بخلاف ما لو باعه. وحاصل ما فهمه جماعة من الشراح على ما حكى عنهم (ومنهم ولده (ره)) ان الزوجة غير ذات الولد لا ترث من الخيار المتعلق بالارض على اشكال. والاقرب من هذا الاشكال ارثها ان كان الميت اشترىها بخيار، لانها تفسخ ح فترث من الثمن. لانها ترث من كل ما عدا الارض ومن حملتها الخيار المتعلق بالارض. فانه من جملة المورثات [و] ليس [فيه] نص حتى تمنع

عنها (١)، الا ان يكون العوض ارضا، فلا خيار لها. بخلاف مالو باع بخيار لانها اذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا. والذي يحضرنى من عبارة الشراح هى عبارة الايضاح فقال فى وجه الاشكال (لانه ينشأ من عدم ارثها منها فلا يتعلق بها، فلا ترث من خيارها. ومن ان الخيار لايتوقف على الملك كالا جنبى). ثم قال (ثم فرع المصنف دام ظله انه لو كان المورث قد اشترى بخيار فالاقرب ارثها من الخيار لان لها حقا فى الثمن، ويحتمل عدمه لانها لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ فلو علل بارثها دار. والاصح اختيار المصنف فان الشراء يستلزم منعها من شيئى نزله الشارع منزلة جزء من التركة وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه). اقول: مبنى ما ذكره من وجهى الاشكال على انه هل تعتبر موافقة الزوجة المذكورة لهم حتى يدخل فى مسلة اجتماع الوراث (وان لم يستحق شيئا بالموافقة) ويضر مخالفتها لدخولها فى مسئلة التفريق كذلك؟ -؟. فوجه الاعتبار ان الخيار غير المال وارثه لايتوقف على حصول المال، كما قد يثبت الخيار للاجنبى ولا حظ له فى المال. ووجه عدم الاعتبار ان الزوجة لما انقطعت حقا عن الارض فلا بد من ان ينقطع حقا عما يتعلق بها من الخيار. وعلى هذا فما استقر به العلامة وصححه هو القول بالتفصيل والفرق بين ما اشترى المورث ارضا [وبين ما] لو باع ارضا، فيثبت الخيار لها فى الاول دون الثانى .

١: عبارة النسخة: فانه من جملة المورثات ليس نسا حتى تمنع عنها .

[٢٢١]

اما ثبوت الخيار فى الاول: فلان بالفسخ وموافقها لهم فى ذلك يرجع اليهم الثمن وهو مما يتعلق به حق الزوجة وترث منها، لان لها حقا فى الثمن. واما ما ذكره من احتمال عدم الخيار معللا بلزوم الدور، ففيه ان طرفى الدور مختلفان. لان معنى قوله (لا ترث من الثمن الا بعد الفسخ) ان استحقاق الارث موقوف على فعلية الفسخ وتحققه. ومعنى قوله (ولو علل بارثها دار) انه لو علل استحقاق الفسخ وجوازه لها باستحقاقها للارث من الثمن دار. وانت خبير بان هذا ليس دو را ويصح ان يقال: ارثها من الثمن موقوف على حصول الفسخ ممن يصح عنه الفسخ وجواز فسخها للبيع ايضا موقوف على جواز ارثها من الثمن ولا دور. بل يمكن منع مقدمة الثانية ايضا. واما قوله (فان الشراء يستلزم منعها من شيئى...) فالظاهر ان مراده دفع الدور. و مرجع كلمة (شيئى) يعنى ان الشراء منع الزوجة عن الثمن الذى نزله الشارع بسبب حكم خيار الشرط منزلة جزء من التركة. يعنى انه وان خرج من ماله بسبب الشراء وصار ملكا لصاحب الارض، ولكنه بسبب الخيار نازل منزلة جزء التركة، فكانه مما بقى فى ماله بعد الموت، فصدق ان الخيار

تعلق بما ترث منه ولو بالقوة، فيجوز الفسخ من الزوجة لثرت من الثمن. اقول: وتحقيق المقام ان طرح مسألة الزوجة فى حكم الارض انما يرجع حقيقة الى انه هل يعتبر موافقتها للورثة فى الارض فسحا او امضا ام لا؟-؟. فبعضهم نظر الى عدم تعلق حقها بالارض فلم يعتبره. فكانه خارج عن الوارث ولا مدخل لها فى مسألة التفريق .وبعضهم نظر الى انه حق موروث والكل فيه سواء فيعتبر موافقتها لهم وان لم ترث شيئا. والصواب ان يقال: حق الخيار مما ينتقل الى الورثة بموت المورث. وظاهر كثير منهم يعم هذا الخيار (١)، بل ظاهر بعضهم (الاجماع بجميع انواعه عد ا خيار المجلس ففيه اشكال). و يدل عليه الحديث النبوى - المشهور المنجبر ضعفه بالعمل) - ما ترك به الميت من حق فهو لوارثه (٢) مويدا لسائر العمومات. ولا ملازمة بين ثبوت الحق واستفادة المال .

١: وفى النسخة: عدم الخيار. ٢: الحديث مشهور فى السنن الفقهاء ولكن ما عثرت به فى منابع الحديث من العامة والخاصة، كما اسلفنا الكلام فيه كتاب البيع من المجلد الثانى .

[٢٢٢]

وح نقول: ان الزوجة من الوارث جزما، يصدق عليه عنوان الوارث وترث سائر الحقوق، ولا دليل على اخراج هذا الحق من البين. وقد عرفت عدم الملازمة بين الخيار و حصول المال، كما فى خيار الاجنبى. وكون وضع اصل الخيار للارفاق والمصلحة، لا ينافى طرو عدم المصلحة. اذ الارث معنى ثبت قسرا ولا اختيار فيه للمكلف. والخيار للمورث وان كان منبعثا عن داعى ارفاق الحال ومصلحته وقد انتقل قسرا بالادلة السابقة الى وارثه، فهو ثابت له سواء نفعه ام لا. فرمما كان مال الشخص تقربه عينه ويطيب معه معيشته وهو سم لوارثه (١) كما لو كان لاحد متسلط غالب قاهر جارية تسوى الف دينار وانتقلت الى وارث ضعيف عاجز، وارخت الظلمة بعد فوته عنان التغلب وأذوه بانواع الايذاء. او كان لمورث ضيعة يطيّب العيش بها ولا يقدر احد على ان يظلمه وانتقلت الى وارثه الضعيف الفقير العاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم وانتقلت الى وارثه الضعيف الفقير العاجز عن الانتفاع بها وكل يوم يتعدى عليه اهل الظلم واتباع السلطان فى اخذ المتوجهات الغير المحصورة، ولا مشترى لها ولا يمكنه التخلص عنها. والحاصل: ان الدليل يقتضى ان الزوجة مثل سائر الورثة فى هذا الحق، سواء وصل بها شىء ام لا. ويظهر الثمرة فى دخوله فى مسألة تفريق الورثة وعدمه، ويتفرع عليه احكامه. وقد عرفت التحقيق فى صورة التفريق. فالمستشكيلين فى المسئلة والمفصلين انما نظروا الى ملاحظة المصلحة واستحقاق الزوجة من المال، ونحن انما نظرنا الى ما ثبت من عموم الارث فى الحقوق. وظنى انه لا مناص من

اعتبار الموافقة والمخالفة فيها ايضا. ثم: ان المحقق الثانى اورد على شرح الكتاب (٢) (على ما حكى عنه) اولاً: بان هذا الحكم غير مستقيم لان الارض حق لباقى الوراث استحقوها بالموت. فكيف ابطال استحقاقهم لها واخراجها عن ملكهم. وثانياً: بانها اذا ورثت فى هذه الصورة وجب ان

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

[٢٢٢]

ترث فيه اذا باع الميت ارضا بطريق اولى. لانها ترث ح من الثمن. وحاصل البحثين ان الموت سبب لانتقال الارض الى غير الزوجة من الورثة وليست الزوجة بوارثة بالنسبة اليها، فلا تملك ابطال استحقاقهم بالفسخ. ولو فرض امكان تسلطها على ذلك فى مال الغير فائبات تسلطها فى مال نفسها اولى، كما اذا كان باعها بخيار. اذ ثمن الارض ح ملك للزوجة بقدر حصتها، ففسخها للبيع بقدر حصتها انما يوجب تصرفها فى مال نفسها، لانها ترث من الثمن بقدر حصتها. وقد يعترض عليه: اما على الاول: فبالنقض بما لو كان المال غير الارض والفاسخ هو الزوجة او غير الزوجة، كما لو اشترى الميت فرساً بالخيار فيفسخ الزوجة يلزم انفساخ سبعة اثمان الفرس، ولا حق لها فيه. فلا وجه لتخصيص الكلام بالارض، وهو باطل. واما على الثانى: فيمنع الاولوية، وحاصله ان وضع الخيار انما هو لاجل الارفاق والمصلحة لمن له الخيار والمفروض ان الفسخ مخالف لمصلحتها لو كان الارض مما باعها الميت. بخلاف مالوا اشترىها. لانها ترث من القيمة. فالاولوية ممنوعة. اقول: لم احصل من الاعتراض الاول شيئاً. اذ مراد هؤلاء ان جميع الارض انتقل الى الوارث غيرها وتصرفها فى فسخ الشراء - ولو بالنسبة الى قدر حصتها وهى الثمن - اتلاف وابطال لحق الغير. يعنى ان مقدار حصتها ايضا من حق الغير ولا يجوز ابطاله. لان فسخها فى البعض يوجب ابطال حق غيرها فى قدر حصتهم، ولان فسخ الكل يوجب ابطال حق غيرها. واما فى مثال الفرس فلا ريب انها مالكة لثمنها، ففسخها بقدر حصتها لا يوجب ابطال حق غيرها لا فى الجزء - لانه لاحق لهم فيه حتى يلزم بطلانه - ولا فى الجميع وهو ظاهر. واما الاعتراض الثانى: فنظر المحقق الثانى الى ان فى صورة الاشتراء انقطع حق الزوجة عن الارض، لانها لا ترث منها وعن ثمنها لانه خرج عن ملك الميت قبل موته فلا مورد لتعلق خيارها به. بخلاف مالوا باع الميت ارضا واخذ ثمنها فالثمن من الثمن مال الزوجة و الخيار المتعلق به ارث لها، فيصح فسخها فيه. واما ذكره من كونه خلاف موضع الخيار لعدم المصلحة: ففيه ان كون الحكمة فى

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

بالعقد الى واحد. ويلزم من ذلك انه لو عكس الامر وباع اثنان من واحد بصفقة واحدة و جعل الخيار لهما، فيجوز التفريق ايضا. لان التبعض انما حصل بنفس العقد. واعلم: ان العلامة (ره) بعد ماذكر الاشكال فى

المسئلة ورجح المنع، قال فى احكام العيب (و ليس للمشتريين صفقة، الاختلاف. فيطلب احد هما الارش والاخر الرد. بل يتفقان، على اشكال. اما لو ورثا خيار عيب فلا اشكال فى وجوب التوافق) وهذا ينافى ما تقدم منه من ثبوت الاشكال وان رجح المنع.

۱۰۷:سوال: هر گاه كسى بعضى املاك خود را صلح كند به بعض وراث صغير و كبير، وخيار فسخ از براى خود قرار دهد تا مدت يك سال. وقبل از انقضاء مدت بميرد. بعض وراث امضا كنند، وساير وراث گویند كه ما فسخ ميكنيم مصالحه را. آیا سخن ایشان مسموع است در كل؟ يا در حصه خود؟ يا نه؟.

جواب: هر چند این مسأله را در نظرم نیست كه در صلح متوجه باشند. ولكن در بيع متوجه شده‌اند. وظاهرا فرقى نیست، بسبب اتحاد ماخذ. پس ما متوجه بيع ميشويم و ميگوئيم كه: ظاهر اكثر، بلكه خلاف واضعى نیست در این كه خيار موروث است (بجميع اقسامه) به غير خيار مجلس كه در آن خلاف واشكال است. پس هر گاه مورث بميرد قبل از انقضاء وقت خيار، پس اگر همه اتفاق كنند در فسخ يا امضا، اشكال نیست كه به مقتضای آن عمل می شود. واگر خلاف كنند وبعضى خواهند فسخ كنند و بعضى امضا، اظهار در نظر حقير این است كه امضا مقدم است، وبه مقتضای بيع بايد عمل كرد. وجايز نیست تفریق [تا این كه گفته شود] آن كه راضى به امضا باشد در قدر حصه او ممضى باشد وآنكه راضى نیست وفسخ ميكند در قدر حصه او فسخ می شود. بخلاف آن كه هر گاه دو مشتری ملكى را به شراكت صفقتا واحده بخرند از يك نفر وخيار از براى آنها شرط شود كه در این صورت تفریق جايز است. چون در حكم دو عقد است. و هم چنین هر گاه دو بايع بفروشند ملك مشتركى را به يك نفر وخيار از براى آن بايع‌ها قرار دهند، كه در آنجا هم تفریق جايز است. به همان جهت كه گفتيم .

[۲۳۶]

ويدان كه: خلاف کرده‌اند در این كه هر گاه خيار از براى مورث باشد در زمين كه آیا خيار به ميراث ميرسد از براى زوجه كه ممنوع است از زمين مطلقا) بناير قولی كه مختار ما است) يا غير ذات الولد باشد (بناير قول ديگر) -؟ .واظهر در نظر حقير این است كه خيار به ارث ميرسد به او. يعنى مى تواند فسخ كند وامضا كند، خواه مورث آن زمين را خریده باشد (كه بسبب فسخ، قيمت برگردد واز آن به قدر حصه خود ميراث برد) وخواه زمين را فروخته باشد كه بسبب فسخ زمين برگردد وچيزى از زمين عايد آن نشود. وبعضى تجويز نكرده‌اند. وبعضى تفصيل داده‌اند كه اگر زمين را مورث خریده فسخ به او ميرسد. واگر فروخته نميرسد .وبعضى در صورت خريدن منع کرده‌اند و در صورت فروختن اشكال کرده‌اند. (۱)

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

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

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

[۲۲۷]

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

[۲۲۹]

کتاب الشركة

(من المجلد الاول)

۱۰۹:سوال: هر گاه دو نفر شريك شوند و سرمايه ايشان مساوى باشد، و شرط كنند كه نفع را به تفاوت ببرند، يا سرمايه متفاوت باشد و شرط كنند كه نفع را مساوى ببرند، آيا صحيح است و عمل به مقتضای او لازم است يا نه؟ -؟.

جواب: در اين مسأله سه قول است: اول صحت است، به مقتضای (اوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) وامثال آن. و اين منافاتی ندارد با آن كه شركت از عقود جايزه است. به جهت آن كه ظاهر اين است كه مراد از آن وجوب وفا به مقتضای عقد باشد، اگر جايز است به عنوان جواز و اگر لازم است به عنوان لزوم. و اين مذهب جمعی است، و از سيد مرتضی (ره) نقل اجماع بر آن شده. دوم: عدم لزوم است و اين مذهب جمعی است كه از جمله آنها ابن زهره است و آن نيز دعوی اجماع کرده. و استدلال کرده اند بر اين به اين كه اصل عدم صحت شرط است و اين اكل مال است به باطل. به جهت آن كه عوضی در مقابل آن زيادتی او نيست، و عقد معاوضه در ميان نيست كه اين شرط جزء احد عوضين باشد. و اجماع معارض است به اجماع، و اصل مقاوم دليل نمی شود. و منع عموم عقود و شروط از جهت جايز بودن عقد شركت بی وجه است. به جهت آن كه مراد از (جايز بودن) آن است كه فسخ و قسمت جايز است هر وقت كه بخواهند، نه اين كه جايز است كه

[۲۳۰]

آنچه شده است آن را بر هم زنند و رجوع كنند به اجرت عمل. و فرض معاوضه هم ظاهر است، به جهت آن كه حصه ربح از برای هر يك در ازای عمل است. و چون ربح بالفرض مشاع است به جهت اشاعه راس المال، فی الجملة صادق است كه هر يك به قدر عمل از مال دیگری ميبرند. و در مسأله قول ثالثی هست كه از ابو الصلاح نقل شده، و آن بطلان شرط است با صحت عقد شركت. پس بايد ربح را نسبت به مالها قسمت كرد. چنانكه مقتضای اصل شركت است، و بنا بر قول ديگران (كه با بطلان شرط حكم به بطلان عقد مشروط ميكنند) پس ربح را تابع مال ميكنند و هر يك اجرت المثل عمل خود را بر ميدارند. اينها (همه كه مذکور شد) در وقتی است كه عمل مختص احدهما نباشد يا احدهما از دیگری بيشتر عمل نكند. [زيرا] كه هر گاه چنين باشد، ظاهرا خلاف نيست كه جايز است كه عامل يا آن كه عمل بيشتر ميکند ربح را بيشتر بردارد. و لكن صورت اول داخل (مضاربه) می شود، به جهت آن كه در شركت

شرط کرده‌اند که عمل از هر دو باشد. و جواز زیادتی در این صورت هم موید قول به صحت، است در اصل مسأله. و به هر حال، اظهر قول سید و تابعین او است. هر چند ابن ادریس قول دوم را نسبت به اکثر اصحاب داده است. و هر گاه شرط کنند که خسارت و نقصان هم علی السویه باشد با تفاوت مالین، یا بالعکس (۱)، ظاهر صحت این شرط است. به جهت عموم وفا به عقود و شروط.

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

۱: شرط کنند که خسارت و نقصان به طور متفاوت توزیع شود با مساوی بودن سرمایه‌ها .

[۲۳۱]

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

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

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

۱۱۲:سوال: هر گاه زید و عمرو مالی به شراکت تجارت نمایند، و بکر و خالد نیز در مال دیگر به شراکت تجارت نمایند. بعد ذلك عمرو و خالد که هر يك مال مشترك زید و بکر در دست ایشان است مخلوط نموده در مالین مشار الیهما به شراکت مدتی تجارت نمایند. بعد ذلك خالد مال مشار الیه مشترك را قدری به ولید به عنوان شراکت داده مدتی تجارت نمایند، که در این اثنا عمرو که شريك اصلی زید بوده متوفی

گردد، وکیل بکر آمده به وکالت ثابتة مطالبه سرمایه واریاح تجارت از خالد مینماید. خالد قدری از مال مشار الیه را به وکیل بکر تسلیم نموده. وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ مال از ولید. وکیل قدری مال را از ولید نیز اخذ نموده که خالد نیز متوفی گردد. آیا در این صورت زید را - که شریک عمرو بوده و عمرو شریک خالد و ولید - میرسد که تتمه مالی [را] که در تصرف ولید بوده اخذ نماید؟ و آیا زید را میرسد که مال را که وکیل بکر از ولید و خالد گرفته و به تصرف بکر داده از وکیل یا موکل اخذ

[۲۳۲]

نماید یا نه؟ -؟.

جواب: زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر و خالد و ولید وکیل است از بابت مال مشترک ما بین زید و بکر به قدر الحصة شریک است، و باید این جماعت هر یک به قدر شغل ذمه از عهده حق زید بر آیند. یعنی همان حصه را به او برسانند هر چند بعضی به بعضی دیگر رجوع کنند در غرامت. چنانکه طریقه (ایدی متعاقبه) است در غصب. و در خصوص تتمه مال که نزد ولید مانده زید مستحق بیش از حصه خود نسبت به آن مال نیست، مگر در صورت عجز از استرداد حق خود از بکر (به خودی خود یا به واسطه دیگران) و امکان تقاض از آنچه در نزد ولید است از مال بکر. والحاصل: زید و بکر در مجموع مال مشترک شریک اند، و آنچه موجود است بینهما - بقدر الحصة (۲) اصلا وریحا - قسمت می شود. و آنچه تلف شده به (قاعده اتلاف) رجوع می شود و غاصب مثل یا قیمت را باید بدهد. و در صورت تعاقب ایدی به قاعده او عمل می شود والله العالم باحکامه. (۳)

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

۱ و ۲: عبارت این سوال و جواب در نسخه به صورت زیر است: سوال: ... بعد ذلك عمرو و خالد که هر یک مال مشترک زید و بکر در ذرت ایشان است مخلوط نموده در مالین نرمی الیها به شراکت مدتی تجارت نمایند بعد ذلك خالد مال مشار الیه مشترک ر ا قدری به ولید به عنوان شراکت داده مدتی نمایند که در این اثنا عمرو که شریک اصلی زید بوده متوفی گردد و وکیل دیگر آمده به وکالت ثابتة مطالبه سرمایه واریاح تجارت از خالد مینماید خالد قدری از مال مشار الیه را به بکر وکیل و تسلیم نموده وکیل مزبور را وکیل نموده در اخذ مال از وکیل بگیرد وکیل قدری مال را از ولید نیز اخذ نموده اند که خالد نیز متوفی گردد آیا... جواب: زید در همه اموالی که در دست عمرو و بکر وکیل او خالد آمده است از بابت... دخل ذمه از عهده حق زاید بر آیند یعنی همان حصه در اباو برسانند... از استرداد حق خود که بکر نبرده... بقدر الحسنه... ۳: این مسأله در تحت شماره ۱۱۵ مجددا عنوان شده، رجوع شود .

بالمناصفه باشد. آیا این معامله صحیح است یا فاسد؟ -؟ در فرض تلف این مال، ضمان او با کی است؟
جواب: در دین، هیچ يك از شرکت ومضاربه را قرض دادن صحیح نیست (۱)، و مادامی که مشخص ومعین نشود مال صاحب طلب نمی شود. هر گاه تلف شود از کیسه عمرو رفته است. چنانکه اگر زید ربح هم بگیرد مال عمرو بوده [و به] زید دخل نداشت. والله العالم.

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

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

۱: باید اصل این عبارت ویا منظور از این عبارت چنین باشد: دین را در هیچ يك از شرکت ومضاربه سرمایه قرار دادن صحیح نیست. ۲: ودر نسخه: وزید بینها .

باشد معامله باطل است وعامل مستحق اجرة المثل است وربح تابع راس المال است. و هر گاه مقصود همان عقد جعاله است، ظاهرا صحیح است.

۱۱۵:سوال: هر گاه زيد [را] شريك التجارى بوده و عمرو را نيز شريك التجارى بوده، و اين دو شريك اموال مشتركى فى ايديهما را مزج نموده مدتى به شركت تجارت نمايند، منافع چند حاصل آمده بود. بعد ذلك شريك عمرو بناى شركت با خالد نهاده [و] بعضى از اموال شركت [را] به خالد داده مدتى تجارت نمايند كه در اين اوان بدون آن كه محاسبه مفروق و اموال مشتركه مفروز شده شريك زيد متوفى گردد، و عمرو خود و وكيلش هر يك مطالبه و منافع حسابيه نمايند از شريك خويش. شريك مؤمى اليه قدرى مال را به تصرف عمرو و قدرى را به تصرف وكيل او داده و وكيل مشار اليه را وكيل نموه كه اموال مشتركه كه در يد تصرف خالد بود اخذ و انتزاع نمايد، عمرو و وكيل او هر يك بعضى از مال را از خالد اخذ نموده [اند] و ما بقى در تصرف خالد مانده كه شريك عمرو نيز وفات نموده. آيا در اين صورت (و الحال هه) زيد را ميرسد كه ادعا واخذ حق خود از عمرو يا از وكيل وى يا از خالد، نمايد؟ يا اين كه او را بر ايشان تسلطى نبوده و نيست؟.

جواب: بلى در صورت مزبور زيد به قدر حصه خود از مال و ربح شريك است در آنچه عمرو يا وكيل او گرفته يا در نزد خالد باقى مانده، و مى تواند گرفت. چنانكه عمرو هم شريك است در آنچه كه در نزد شريك زيد بوده به قدر الحصة خود از اصل مال و ربح آن. والله العالم. (۱)

۱۱۶:سوال: هر گاه كسى صد تومان (مثلا) به زيد بدهد كه پنجاه تومان بر ذمه زيد باشد و پنجاه تومان از خودش باشد و شريك باشد و هر دو معامله كنند. و زيد مذكور راضى به اين شراكت نمى شود و مى گويد كه هر گاه سه تومان در عرض (۲) سال از كيسه خودت به من ميدهى اين شراكت را ميكنم. و سه تومان را با يك چهار گندم (۳) مصالحه ميكند

۱: اين سوال و جواب خلاصه‌اى از مسأله شماره ۱۱۲ همين مجلد است، رجوع شود. ۲: ودر نسخه: عوض. و شايد عبارت (در عوض هر سال) باشد. ۳: يك چارك گندم .

[۲۳۵]

(مثلا) بازيد به عوض دو سال (۱). آيا صورتى دارد يا نه؟ -؟. و هر گاه صورت ندارد به هر طريق كه صورت دارد بيان فرمايند.

جواب: (قطع نظر از اين كه شراكت، عقد جايز است و شرط در ضمن او لزومى بهم نميرساند) جواز اين شرط محل اشكال است. (۲) و چاره اين مطلب ممكن است به اين كه در اول صلح كند سه تومان مال

خود را به آن شخص، و در ضمن عقد صلح شرط کند که با او شراکت کند بر نهج مزبور (۳). ولیکن در این صورت شراکت لازم می شود و فسخ نمیتوان کرد مگر به رضای طرفین (۴). والله العالم.

کتاب الشركة من المجلد الثانی:

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

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

۱: در نسخه: به عوض دو غاز. ۲: وجه اشکال: از طرفی نظر به عمومات میتوان گفت چنین شرطی جایز است. و از طرف دیگر نظر به این که در شرکت هر دو شریک عمل و کار میکنند گرفتن سه تومان مشمول (اکل باطل) میشود. ۳: در این صورت اصل معامله (صلح) است و شرط شرکت تابع آن است و اشکالی ندارد ۴: زیرا اصل معامله (صلح) است و شرکت فرع آن است. و در مسأله لزوم و جواز، فرع تابع اصل است. ۵: زنبور عسل، که مگس انگبین هم گفته شده .

[۲۳۶]

جایز است و به هر حال، صورت سوال: داخل مسأله شرکت نیست بلکه از باب (بضاعت) است (۱) و آنهم جایز است و صحیح است و لکن لزومی ندارد (یعنی حکایت مختص بودن عمل به یکی و تنصیف ربح [لزوم ندارد] بلکه هر وقت خواهند بر هم میزنند و خواهند شریک میشوند و خواهند تقسیم میکنند. و اما مسأله گاو: پس آن نیز اگر مثل مسأله مگس باشد حکم آن همان است که در مگس مذکور شد. و آن صورتی که در آخر تفصیل داده شده است - و حاصل آن این است که سه حصه گاو که مال او است او را میدهد به دیگری که در آن عمل کند و محافظت کند از آن که یک حصه منافع از عامل باشد و دو حصه از مالك - این از باب شراکت نیست. چون مال مختص به یکی از اینها است. و از باب مضاربه هم نیست

چون در مضاربه شرط است که مال المضاربه نقد باشد [از قبیل] طلا ونقره. واز باب اجازه هم نمی تواند شود، چون وجه اجازه ومدت، هر دو مجهول است، و هم چنین شرط ضمن العقد که نفقه حیوان باشد غالباً مجهول است. واگر خواهند این معامله را به صیغه مصالحه بکنند. یعنی صلح کنند که يك ثلث منافع گاو را از جمله سه ربعی که مالک است در مدت معینی در ازای این که او را نگاهداری وپرستاری کند ومنافع آن را به عمل بیاورد که نصف مجموع منافع گاو مال مالک گاو باشد ونصف منافع مال آن شخص که به او داده با تعیین مدت.

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

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

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

[۲۳۷]

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

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

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

[۲۳۸]

منفعت (۱) والله العالم.

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

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

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

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

[۲۳۹]

دارند یا نه؟ -؟.

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شرکا جایز نیست.

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

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

۱۲۳ سوال: چه می فرمایند در این مسأله شرعیه که زید وعمرو در وجه معین مشخص، شریک وسهیم شده‌اند ودر ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم ومتحتم کرده‌اند که نما ومنفعت او را به ده سهم

متسهم نمایند شش سهم از زید و چهار سهم از عمرو. و هم چنین در ضمن عقد خارج لازم بر خود لازم
ومتحتم نموده‌اند که نما و

[۲۴۰]

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

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

[۲۴۱]

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

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

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

پس هر گاه حکم شد به بطلان اصل معامله - خصوصا در تحصیل حرام - هر کدام هر چه [تحصیل] کرده مال او است و اجرت المثل شبان بالتمام مال او است و باید از مال برادر بگیرد. و هم چنین است حال [اگر] شرط ضمن العقد در سایر منافع باشد. زیرا که فساد عقد مستلزم فساد شرط است. بلی اشکال در جایی است که احد متشارکین به شرکت ابدان مالی از جمله منافع دیگری تلف کرده باشد.

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

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

۱: و در نسخه: و امر ...

[۲۴۲]

آن سه نفر دیگر در ارث پدر (جمع المال) شده‌اند و مدت چند سال با هم بوده‌اند و در این مدت نیز با هم کار کرده‌اند و قدری املاک و باغات را نیز با هم خریده‌اند. و دو نفر از ایشان در این میانه - از کار کردن هر سه با هم و از نفع املاک ارثی و املاک اکتیاعی - اخراجات عروسی خود را از میانه برداشته‌اند و متاهل شده‌اند. و الحال نیز آن دو نفر دیگر اراده دارند که يك نفر را رد کنند و آن يك نفر میگوید که (آنچه از اخراجات عروسی شده است من هم به قدر يك نفر باید از اخراجات عروسی بردارم، و آنچه املاکاتی را

واجناسی را که در این چند سال با هم خریده‌ایم آنهم موافق يك رسدی خودم، باید وضع بکنید. وبعد آنچه هست موافق شرع تقسیم نمائیم). وایشان را سخن این که (تو کاری نکرده [ای] و آنچه پیدا شده است و نفع شده است و خریده‌ایم از خودمان خریده‌ایم، رسد تو به غیر از بابت ارث پدری به تو نمیرسد). و مطلب دیگر این که قدری قرض هم دارند. آن دو نفر میگویند قرض را نیز به قدر رسد خود شريك باش و بده اما در املاکات ایتیاغی رسد نداری به غیر ارث پدری. بینوا توجروا.

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

[۲۴۴]

و آنچه آن دو نفر برداشته‌اند و خرج عروسی کرده‌اند هر گاه بدون اذن ثالث است، ضامن مال برادر هستند. که اگر باقی مال تلف شود باید حصه او را از کیسه بدهند. و همچنین هر گاه به اذن او باشد لکن چنین اذنی که منوط به همین شرکت ابدان فاسده باشد که منظور این باشد که او هم به قدر آنها بردارد. و اما هر گاه تصرف به غیر این دو وجه باشد بلکه اذن تصرف داده (کیف ما کان) یعنی خواه او هم عوض بردارد یا نه و خواه مال باقی بماند یا تلف شود، پس آن در معنی اباحه تصرف در مال است مطلقاً و در صورت تلف دیگر مطالبه نمی‌تواند کرد. اینها در وقتی است که مقدار مال و کسب منافع هر يك معلوم باشد و مقدار تصرف و اتلاف متصرفین معلوم باشد. و هر گاه مجهول باشد چاره به جز مصالحه نیست، خواه در مال تلفشده و خواه در موجود. به هر حال، چون این عقد (همبهری) و (جمع المال) که آن را (شرکت ابدان) میگویند - که بنای آن بر این است که هر يك هر چه پیدا کنند با هم شريك باشند، بلکه هر چه اموال سابقه هم داشته باشند هم در آن شريك و سهیم باشند، بلکه بعضی افراط میکنند

وعلاوه بر این قرار میدهند که هر چه به هر يك عاید شود از باب هبه یا میراث یا غیره در آن هم شريك باشند، بلکه از این بالاتر که هر چند یکی پنج تومان کسب کند و دیگری هزار تومان باز مساوی باشند - این باطل است. و هر کس مالک مال خود است از اعیان، و مالک منافع خود است از کسب. و گاه است برای یکی هیچ نمیماند و برای دیگری هزار تومان میماند. پس باقیمانده را بر نهج مالکیت و کسب قسمت میکنند، و تلف شده که مبنی بر همین عقد است - نه بر اباحه محضه - موافق حصه متلف محسوب میدارند، و در مجهول الحال صلح میکنند. و در صورت دعوی که یکی ادعای مساوات کند در کسب و مداخل، و دیگری انکار کند، محتاج به مرافعه و بینه و یمین است. و آن بدون حضور طرفین در نزد حاکم شرع صورت نمیپذیرد. و اما قرضی که دارند: پس آن در ذمه کسی است که قرض کرده. مگر این که به اذن دیگری برای او هم قرض کرده باشد. و اگر

[۲۴۵]

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

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

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

نمی تواند کرد و مطالبه از صاحب مال نمی کند. پس هر گاه شرط انفاق از برای شریک مسافر بر نهج همان انفاقی است که از برای مضارب بالذات ثابت است، پس در صورت سوال: حقی از برای آن شریک مسافر باقی نیست از این باب، که صلح کند. پس خواه متذکر باشد و خواه نباشد صلح صحیح است. و هر گاه شرط انفاق بر نهج تملیک باشد که شریک مسافر مستحق آن باشد در ذمه این شریک،

[۲۴۶]

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

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

از او باشد، صحیح است) و این جماعت در آن خلافی ندارند. و دلیل آن همین عمومات است. و اینکه گفته شد که (این از باب قرار دادن مال شخصی است از برای غیر بدون عوض، و این داخل تجارت نیست) هم ممنوع است. به جهت آن که می تواند شد که همان رضا شدن آن شخص به این که او عمل کند در مال مشترک، عوض باشد. که مقصود همان محض تعاون باشد. یا به سبب این که چون مرد زیرکی

است مردم از او تشویش دارند و فریب به آن شريك ديگر هم نمیدهند، هر چند در عمل مطلقاً زیادتی نباشد. ونه از باب (شرکت وجوه) باشد ونه از غیر آن از اقسام شرکت منهیة. واین امری است که عقلاء مرتکب میشوند ودر آن سفاهتی نیست. ومفروض این باشد که داخل استثنائی باشد که بعد مذکور می شود. با وجود این که میتوانیم گفت که اجماع سید اقوی باشد از اجماع این زهره به ملاحظه اقدمیت و ابریت او به زمان ائمه (ع) و کثرت قایل، به نحوی که این طرف خلاف مشهور باشد هم معلوم نیست. بلکه علامه در تذکره در چندین جا به لفظ (عندنا) این مذهب را ادا کرده که لا اقل افاده شهرت میکند. ودر بعضی جاها نسبت خلاف را به شافعی داده ودر بعضی جا به شیخ. با وجود این که شرکت مبتنی بر ارفاق و تسهیل است. واصل، ونفی عسر و حرج و ضرر، هم معاضد این می شود. و بدان که: بنا بر قول به عدم لزوم، ظاهر اکثر این است که چنانکه شرط باطل می شود اصل عقد شرکت هم باطل می شود. یعنی دیگر اذن در تصرف از برای هیچ يك باقی نمیماند. به جهت آن که اذن در تصرف به ملاحظه این شرط بوده و به اعتقاد صحت این بود، و بدون آن اذنی نیست. پس اگر در این صورت عملی بکنند ربح تابع راس المال خواهد بود، و مستحق اجرت المثل عمل می شود بعد از وضع آنچه مقابل عمل او است در مال خودش. و هر گاه صلح کند بعد از ظهور ربح به همان نحوی که شرط کرده بودند (یا غیر آن) جایز خواهد بود. و از ابو الصلاح نقل شده است قول به بطلان شرط دون شرکت .

[۲۴۹]

واما آنچه وعده کردیم که خواهیم گفت: پس این [است] که این سخنها همه در وقتی است که در عمل مساوی باشند. واما اگر عمل مخصوص یکی باشد و زیادتی را از برای او قرار داده باشند، یا آن که زیادتی را برای آن قرار دادند که [عمل] آن بیشتر باشد، پس ظاهراً خلافتی در صحت و لزوم آن نیست. چنانکه از کلام جمعی ظاهر می شود. هر چند اطلاق کلام محقق اقتضای منع میکند مطلقاً، و فخر المحققین در ایضاح گفته است که (هر گاه عمل از برای یکی از آنها باشد یا زیادتی در عمل، و شرط شود از برای آن، زیادتی ربح، مرکب می شود عقد از شرکت و مضاربه. واینکه در مضاربه گفته اند که عمل مختص عامل است در ملك مالك، آن در مضاربه ای است که منقطع باشد از شرکت. نه آن که مشترك باشد با شرکت). و محقق گفته است که (این معامله به مضاربه شبیهتر است). و علامه در تحریر گفته است که) هر گاه مال یکی از آنها دو برابر دیگری باشد پس اذن دهد به آن دیگری در عمل به شرط تساوی در ربح، شیخ گفته است که اگر آن دیگری هم شرط کند که آن صاحب مال هم با آن

عمل کند، شرکت صحیح نیست. و هر گاه شرط نکند عمل را شرکت صحیح است. و این (شرکت قرین) است. یعنی شرکت و مضاربه [است] پس عامل مستحق ثلث ربح می شود به سبب مال خود، و سددس ربح به سبب عمل خود. و اما بنا بر مختار ما هر گاه شرط کند با او عمل را، جایز خواهد بود). تمام شد ترجمه کلام علامه. به هر حال، این معامله هر چند شبیه است به مضاربه (اما مضاربه حقیقه نیست. خصوصا هر گاه مال از طلا و نقره نباشد) و لکن حکم همان است که گفتیم. و شهرت این حکم، با عموم ادله و فاء به عقود و شروط، کافی است در مسئله. دوم: آیا این که شرط نفقه از برای احد شریکین، یا خصوص آنکه سفر میکند، صحیح است یا نه؟ -۴. الحال در کلام فقهای که کتب ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده‌ام. و اینکه گفته‌اند که (مقتضای عقد شرکت این است که شریکین در نفع و نقصان شریک‌اند، چنانکه ربح به ملاحظه سرمایه قسمت می شود خسارت و نقصان هم چنین

[۲۵۰]

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

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

[۲۵۱]

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

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

[۲۵۲]

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

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

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

جعفر است از حضرت کاظم (ع) (قال فی المضاربة ما انفق فی سفره فهو من جميع المال. و اذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه) (۱) و ظاهر حدیث این است که عامل هر گاه در سفر از مال مضاربه نفقه کرده باشد آن را از جمیع مال حساب میکنند، نه از حصه ریح عامل. و هر گاه به خانه اش آمده و از آن

مال نفقه کرده پس آن را از حصه خودش محسوب میدارند. پس حکم این که هر گاه از مال خودش علی حده خرج کرده باشد (خواه به قصد قرض که بعد بردارد از آن مال، یا با غفلت از حقیقت حال) مستفاد نمی شود از حدیث. (۲) وشهید ثانی و دیگران گفته‌اند که (مراعات میکند در نفقه آنچه لایق به حال او است بر سیل میانہ روی پس اگر اسراف کند بر او محسوب میدارند. و اگر بر خود تنگ بگیرد از برای او حساب نمیکنند به جهت این که آن را انفاق نکرده است). و از این عبارت بر می آید که هر گاه نفقه نکرده باشد از آن مال، نتواند مطالبه کند (۳). و این عبارت هم مطابق حدیث است که ثبوت اصل نفقه در ذمه مالک معلوم نمی شود که گفته‌اند چون انفاق نکرده است محسوب نمی شود. و اصل وقاعده هم مقتضی این است. پس هر گاه به نیت قرض هم از مال دیگر خرج کرده باشد که بعد از آن مال بردارد، معلوم نیست که تواند، مگر این که وکیل باشد در این معنی، یا مأذون شود از حاکم. پس آن قدری که از حدیث و کلام علما ظاهر می شود همین قدر است که جایز است از برای عامل این که از اصل مال انفاق کند و این استحقاق از برای او هست. و بیش از این بر نمی آید. هر گاه این را دانستی پس میگوئیم: هر گاه لزوم نفقه به شرط ثابت شود (خواه در

۱: همان حدیث - (ابواب مضاربه، باب ۶ ح ۱) همان طور که گفته شد این حدیث (صحیح) نیست. ۲: با يك دقت روشن میشود که اساساً حدیث در مقام بیان این حکم است، نه در مقام تاسیس اصل و نه در مقام توضیح واضح. ۳: چنین نتیجه گیری از سخن شهید قابل نقد است زیرا مراد او جانی است که بر خود تنگ گرفته و انفاق نکرده، و این فرق دارد با جانی که انفاق کرده لکن از جیب خودش .

[۲۵۵]

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

باشد در نفقه کردن از اصل مال؟ یا شرط کرده است که عامل مستحق مقدار نفقه باشد از اصل مال؟ یا در ذمه مالك اعم از آن مال و اموال دیگر او؟. پس در صورت اول واجب می شود بر صاحب مال که هر گاه نفقه کرده باشد عامل از اصل مال، از مجموع مال حساب کند. نه این که واجب باشد بر او وفا حتی این که اگر عامل از مال خود خرج کرده باشد واجب باشد که صاحب مال عوض را بدهد. و در صورت ثانیه واجب می شود بر او وفای به شرط، خواه عامل از اصل مال خرج کرده باشد، یا نه. پس هر گاه دانستی معنی وجوب را در این دو صورت (۱) پس بدان که: منافاتی نیست ما بین وجوب شرط و لزوم آن، و آنکه عقدی که این شرط در ضمن آن شده از عقود جایزه است. بلی هر گاه فسخ کند عقد را لزوم این شرط هم بر هم میخورد. پس لزوم آن مادامی است که آن عقد بر حال خود باشد. پس هر گاه در اول سفر بر هم زنند عقد را، شرط هم بر هم میخورد. و هر گاه بین سفر فسخ کند به مقداری که از سفر مانده لزوم شرط زایل

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

[۲۵۶]

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

مشهور اقوی) پس، از این شرط چیزی لازم نمی شود الا جواز انفاق ووجوب محسوب داشتن از جمیع مال بر مالك هر گاه شريك انفاق کرده باشد از اصل مال. نه این که هر گاه شريك انفاق از عین المال خود کرده باشد بعد از تفریق محاسبه تواند مطالبه عوض را از شريك بکند. و هر گاه شرط کرده باشند مقدار نفقه را از مجموع مال یا در ذمه آن شريك از برای شريك مسافر، و او از مال خود نفقه کرده باشد، در این صورت لازم است بر آن شريك که

۱: اگر چنین فسخی از ناحیه مالك باشد وموجب ضرر عامل در هزینه بقیه سفر (مثل هزینه برگشت) باشد، لزوم شرط زایل نمیشود .

[۲۵۷]

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

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

جواب: بعد از ثبوت مراتب مزبوره وتحقق شرایط غبن، خيار فسخ به جهت غبن - بل که خيار تدليس هم - از برای مالکان ثابت است. واما جواب از مسأله دوم: پس بدان که آن اجرت المثل که آن يك نفر گرفته به مجرد اخذ او بدون توكيل و اجازه، به قدر الحصة ملك شركا نمی شود، تا این معنی را به نظر بیاورند که به پول خود [شان] ملك خود [شان] را فروخته [اند] تا [به این جهت] باطل باشد. بلکه به قدر الحصة شركا از آن

[۲۵۸]

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

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

جواب: بدون اذن ولی صغیر تصرف شركا جایز نیست.

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

۱: این فتوی با مختار مصنف (ره) در بیع فضولی - در صورت تعاقب ایدی در فضولی - سازگار نیست. رجوع کنید به مسأله مشروح بیع فضولی در اواخر جلد دوم همین کتاب. ۲: این سوال و جواب آن تحت شماره ۱۲۱ گذشت و در اینجا که آغاز دفتر سوم بوده تکرار شده است. برای حفظ امانت حذف نگردید .

[۲۵۹]

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

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

۱۲۰: سوال: هر گاه کسی با دیگری شريك باشد در شارع. مثلا دو نفر باشند هر يك باغی دارند که آن شارع مشترك است میان آنها. الحال ادهما در میان باغ میخواهد عمارتی یا خلایئ بسازد که این امر باعث زیادتی تردد و تطرق و آمد و شد اجانب می شود. آیا بدون رضای شريك جایز است یا نه؟ -؟.

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

۱۲۱: سوال: اذا اشترك الطريق المرفوعة بين جماعة هل يجوز لاحد منهم احداث مستراح او حفر کنيف فی جنب داره ام لا؟ -؟. وهل يجوز منعه لجميع اهل الزقاق، (۳) او يختص بمن تاخر داره عنه الی اخر الزقاق؟ -؟. اولاً يجوز منعه لواحد منهم؟ -؟.

جواب: لایجوز احداث الكنيف والبالوعة فی الطريق المرفوعة. وكذا لایجوز اخراج الاجنحة والرواشن والمیازیب. الا باذن جميع اربابها. وان لم یکن مضرا. والمراد بالمرفوعة، التي لاینتهی الی طریق او مکان مباح يجوز استطرأقه، بل اما یكون را سه مسدودا بجدار او

۱: عبارت نسخه: ... به قصد استیفای حق خود خورد و مانع شدن شريك نزد حضور یا باید اجاره... ۲: سر بود: مبلغ یا مالی که هنگام تقسیم يك چیز، برای تعدیل سهام، از خارج بر سر سهم ناقص میافزایند. ۳: الزقاق: الطريق الضیق .

نحوه او يكون منتهيا الى سد لايحوز استطراره. والمراد باربابها، كل من [له] اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى. لامجرد اتصال حايط داره بها. فلو اتفق زقاق كان فى احد جانبيها ابواب متعلقة ولم يكن فى الجانب الاخر الا باب واحد، فلا مشاركة لارباب الجانب الاخر فى الطريق اصلا، ولا يحوز التصرف فى ارضها ولاهوائها ولا جدرانها، الا باذن جميع اربابها. نعم: لكل صاحب جدار ان يتصرف فيه من حيث انه ملكه، باحداث روزن او شبك وان استلزم الاستعلام والتمكن من الاطلاع على مالا يحوز له. فان المحرم انما هو الاطلاع. فجعل مجرى ماء السطح فى الجدار لايحتاج الى اذن ارباب الزقاق وان كان لهم منع جريان الماء فى زقاقهم. واستدلوا على ذلك بان الزقاق ملك لاربابه فلايحوز التصرف فيه الا باذنهم، واستشكل فيه المحقق الاردبيلى ومنع الا ان يثبت الملكية بوجه شرعى ولو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى. ولكن يشترط ان لايعتمدوا فى دعويهم ذلك باستمرار الاستطراق. فان الذى علم من التصرف بالاستطراق، استحقاقهم ذلك، لا [مالكيتهم به]، وكما كان اكثر الطرق و الاستطراق يحصل فى غير الملك مايعلم منه الملكية التى هى منفيه بالاصل. اذ لا فرق بين المسلك والمرفوع فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر. ثم نقل عن التذكرة عبارات لتأييد مدعاه، منها: انه قال (انها محدودة بسبع او خمس (١) ولو كان ملكا لجاز لهم الاتفاق بما ارادوا بعد البناء) ومنها: انه قال (انهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه، ولو وضعوه على اوسع من السبع فالاقرب ان لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه). اقول: ويمكن ان يقال: مراد العلامة انه لايحوز النقص عن السبع والخمس الا برضا الجميع، لا انه لايحوز مع رضاء الكل. واما الزائد عليها فيحوز المناقشة فيه بمعنى اخراجه من الطريق (٢) مع كونهم مشتركين وبقاء حق الجميع فيه. لا بمعنى جواز اختصاص كل

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

منهم به مجانا. وهذا لاينافى الملكية. وكذلك المراد من قوله (ره) (اذا وضعوه على السبع...) عدم الجواز بدون رضاء الجميع. واما قوله (ولو وضعوه على اوسع من السبع...) فالظاهر ان المراد به جواز

الاختصاص لهم وغير هم اذا تراضوا على ذلك. فالمراد انه ليس مما لايمكن الانتفاع به على سبيل الاستطراق، والا لصار كلامه فاسدا جدا، وحمله على الطرق النافذة مع ظاهر ما نقله عنه فى المرفوعة تهافت. وذكر بعض العبارات فى مقام التأييد يطول المقام بذكرها وذكر ما فيها. ثم ايده بعمل الناس عن دخولهم فى هذه السكك ووقوفهم وجلوسهم بدون اذن اربابها من دون نكير وهو دليل عدم الملكية لعدم جواز دخول ملك الغير بغير اذنه. بل لو كان ملكا لم يجز لاحد من الشركاء الدخول بدون اذن الباقيين. ولو توقف على الاذن لزم الغرر والحرر. اقول: اما دخول الناس فالظاهر انه لاجل شاهد الحال، وهو لاينافى الملكية، كما يجوز الصلوة فى الصحارى المملوكة بدون اذن اربابها الامع ظهور الكراهة. وكذا التوضى من المياه المملوكة ونحوهما. واما عدم توقف تصرف احد الشركاء بدون اذن الباقيين: (فمع انه يجرى فيه ما ذكرنا) فنقول: الظاهر انه لايجوز لاحدهم المنع، وليس هذا من ساير الاعيان المشتركة التى لايجوز التصرف فيها الا باذن الشركاء بل يجوز مع المنع ايضا. اذ كون كل مشترك مما يكون لايجوز له التصرف فيه الا باذن الشركاء، ممنوع. اذ قد يكون اصل التملك ماخوذا فيه كل ما (١) اراد. وان كان فى نوع خاص من التصرف. فالاستطراق وجعل الارض طريقا للدار معناه (انى جعلته موضوعا للعبور متى اردت الدخول). فلو اجتمع جماعة على تملك ارض على هذا الوجه فكل منهم يستحق التصرف على هذا الوجه الخاص كلما اراد. مثل ان جماعة من الجيران اذا اراد كل منهم وضع محل للعبور ثم اتفقوا على احياء ارض موات للطريق بان يمر كل منهم متى اراد. ثم احيوها على التساوى او على الحصص. فيستحق كل منهم الانتفاع به على هذا الوجه بدون

١: كذا فى النسخة. ولكن يمكن ان يكون الصحيح (كلما) زمانية. اى كل وقت من الاوقات، ويويده لفظ (متى اردت) فى مايلى .

اذن الباقيين، وليس لاحدهم منع الاخر. والظاهر ان هذا المعنى مأخوذ فى انشاء الطريق، والمفروض ان كلهم متساوون لهذا العرض، بل هذا المعنى ماخوذ فى وضع الطريق والسييل كما انه (١) على لفظ السييل فى الاخبار وكلام الفقهاء فى الوقف وغيره. فان المراد منه الاطلاق والخلاص عن الحبس. وبالجملة: انواع التملك للمشاع مختلف، فقد يكون المنظور فيه الانتفاع به على التعاور والتبادل، وقد يكون بدون ذلك. مع ان نفي العسر والحرر والضرر من الادلة المستقلة، فقد يصير منشأ لنوع خاص من التصرفات فى الملك. نعم لو اراد التصرف على غير هذا الوجه مثل تقسيمه عرضا او طولاً (بحيث لايمكن

الانتفاع به)، او زرعه، او بناء مسكن فيه، فلايجوز. بل وكذلك لو زاد احدهم المحل المحتاج الى الطريق، بان يشتري دارا اخرى فوق داره، او ارضا او بستاناً، لايجوز له العبور منه اليه بدون اذن الشركاء، اذ هو تصرف زايد على حصته، مع انه رد على المحقق الاردبيلي انه لايجوز التصرف فى الحقوق ايضا بدون اذن اربابها كالاراضى المحجرة للاحياء، فلا ينفعه نفى المليكة فى ما ذكر، الا انه يظهر [من قوله] نفى الاحقية ايضا. ومراده من الاستحقاق الذى ذكره ان الاستطراق لايفيد الا الاستحقاق، وهو مجرد استحقاق التصرف، لا الاحقية. فلا تغفل. وكيف كان فلم اقف فى كلامهم مصرحا بجواز منع بعض الشركاء بعضا عن هذا التصرف. نعم تعرضوا بعبور غير الارباب، وذكروا فيه وجهين. فقد ذكر العلامة (ره) - بعد ذكر جواز الاستطراق لكل احد فى النافذة مسلما كان او كافرا على اى نحو اراد - ان الطرق المقطوعة كذلك مع اذن اربابها، ولو منع واحد منهم، او منعوا باسرههم، فالاقرب عدم المنع. لان لكل، دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ. ثم قال (فيه اشكال .الاقرب ان جواز دخولها، من قبل الايات المستندة الى قرائن الاحوال، فاذا عارضه نص المنع عمل به. واما الجلوس وادخال الدرب اليها، فالاقوى المنع. الا مع اذن الجميع فيه). اقول: والاقرب ما اختاره اخيرا، واختار المحقق الاردبيلي (ره) الاول وجعل

١:وفى النسخة: بينه .

[٣٦٣]

المرفوعة كالنافذة. وقال انه (يبعد ملكية كل احد فيها حتى الكفار فى اقصى بلاد الهند (١) فيكون فى المرفوعة ايضا كذلك). وانت خبير با نه قياس مع الفارق، وما ذكره هو الفارق. و اما ما ذكره سابقا من انه (لا فرق بين المسلوك وغيره فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر) وحاصله ان حصول الاستطراق فى المسلوك والمرفوع مساو فى عدم افادة الملك الا اقلية المترددين وهو لايجب ذلك مع ان الاصل عدم الملك. فلا شئى يوجب تخصيص المرفوع بافادة الملك. ففيه) :مع ما فى التعبير من المناقشة لتطرق المنع الى اكثرية المترددين فى النافذة على الاطلاق) اولاً: ان عدم تحقق المنفذ يوجب افادة الملك فى المرفوعة، (٢) ان اريد كثرة الاستطراق الى الامكنة الخارجة عن الزقاق. وثانياً: ان حمل على ارادة اكثرية الامكنة المستطرق اليها فالامر فى ذلك هين. لانه يرد عليه ان الفرق واضح فان الطرق المرفوعة مع قطع النظر عن اختصاص يد اربابها عليها) سواء كانت انفسهم او ما يستتبع ايدهم من الايدى الذين لهم حاجة الى الارباب وللارباب حاجة اليهم) حريم لدورهم. والاطهر الاشهر (كما فى المسالك) ملكية الحريم. كما سنشير اليه. وللارباب منع حريمهم من التصرفات وان لم تكن مضرة، وجاز

تصرفهم فيه كيف ارادوا. وليس هذا الحريم من باب حریم العين والبئر المحدد فى الاول بالف ذراع او خمسمائة وفى الثانية باربعين او خمسين. لان للحریم اعتبارين: احدهما حریم عين المال كحریم الدار وحریم الجدار وحریم نفس القنوات، مع قطع النظر من منفعتها. والثانى حریم المنفعة كحریم القنوات والبئر باعتبار ملاحظة المنفعة المطلوبة وهو استيفاء الشرب منها والانتفاع بما فيها. فلا يجوز

١: تا اوایل خلافت عباسی کفار ترك وديلم در زبانها معروف بود ومورد مثال قرار میگرفت. با این كه بخش عمده‌ای از ترك‌ها وهمه دیلمیان تا آن وقت مسلمان شده بودند. وپس از آن كفار (اقصای هند) كه تا اقیانوس آرام شامل میشد، معروف ومصطلح گردید. ٢: عبارت النسخة: اولاً الى عدم تحقق المنفذ ولا شيئى يوجب تخصيص المرفوع فإفادة الملك عليه فى المرفوعة ...

[٣٦٤]

حفر البئر والقنات لشخص آخر فى جنبها لئلا ينتفى منفعتها او يقل مما كان قبل ذلك، و ان جاز احياء ما بينهما والتصرفات بالزرع والبناء وغير ذلك. فالحریم لشخص القنات والبئر هو ما يحتاج اليه فى زح الماء ومحط الحماة المستخرجة منها للتنقية والتردد اليها و بينها. ومرجعها الى العرف والعادة. بخلاف حریم المنفعة. وفى بعض اقسام الحریم اشكال، مثل حریم المسجد. لو قلنا به كما روى انه اربعون ذراع. وظاهر الصدوق العمل به فى ان ذلك هل هو لعدم احداث مسجد آخر فى جنبه لئلا يقل المترددون فيه فيقل ثواب بانيه، او انه لحوائج المسجد فى التردد وطرح الالات للعمارة وغيرها. والرواية وان كانت شاذة الا انها محمولة على الاستحباب كحریم المؤمن فى الصيف فقد ورد انه باع. (٢) وقد صرح جماعة بان الاصل فى حریم القرية وامثالها الملك وكذلك حكم الدور، والطريق من جملة الحریم المذكور. فالتحقيق انه ليست المرفوعة كالنافذة، بل هى اما ملك لاربابها او انهم اولى واحق بها. وعلى اى التقديرين لايجوز التصرف الا باذنهم. بقى الكلام فى تحقيق الحال ودليل الملكية، او الاحقية: فنقول: ان الاصل فى الارض هو الا باحة، واليد ظاهرة فى الملك. وثبوت يدهم عليها يقتضى اشتراكهم فى الملك على حسبها. وان تنزلنا من ذلك فلا اقل من كون الطريق حرима. واطهر الوجهين فى الحریم الملكية، لانه مدلول تبعى للتملك من باب دلالة الاشارة. فان قولهم (ع) (من احيا ارضا مواتا فهى له) (٣) المفيد للملك المستلزم لكون الحریم له يقتضى ملكية الحریم بالتبع. ولو سلمنا كفاية استحقاق الانتفاع فى تحقق ذلك فهو لا يستلزم الملك بل الاولوية. فيكفى فى ما نحن فيه من سقوط حق الغير عنه وعدم جواز التصرف الا باذن الارباب. واذ قد عرفت ثبوت الملك لهم او الاستحقاق، فلايجوز لاحد الشركاء تصرفات اخر غير الاستطراق (الا باذن الجميع)، فلو احداث احدهم شيئاً من الاجنحة والرواشن

١ و ٢: الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٠، ابواب احياء الموات، الباب ١١ ح ١٠، و ورد ايضا فى ج ٣ ص ٤٨٤ الباب ٦ من ابواب احكام المسجد، مستندا، وكذا تكرر الحديث فى ج ٨ ص ٤٩٢، باب ٩٠ ح ٤.٣: الوسائل: ج ١٧، ابواب احياء الموات، الباب ١ ح ٥ و ٦.

[٣٦٥]

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

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

من دون تصرف جديد فى مال الشريك، فهو تصرف فى بعض حقه المشترك الجائز التصرف فيه، الغير المحتاج الى الاذن. بخلاف ادخال الباب فى الفاضل. فان الاشتراك فى الفاضل لم يكن من حيث استحقاق العبور. بل من جهة كونه من المرافق المحتاج اليه احيانا لحط الاثقال ونحوه. والتصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء، تصرف فى المشترك بدون الاذن، واسقاط لبعض حق الشركاء. واما الاشكال فى الاشتراك [فى] الفاضل بين الجميع مع اختصاص الادخل فى ما بين البابين،

القاطع لاستحقاق العبور فيه: ففيه: آن المتبادر من قولهم باختصاص الادخل فى ما بين البابين، هو الاختصاص لاجل حق العبور الى اول الدرب .لا مطلق الاختصاص، حتى يمنع من مطلق التردد فيه. اذ مجموع السكة من مرافق مجموع الدور. وكما يكون موضع العبور للخروج والدخول فى الدور حرما ومرافقا، فموضع اجتماع الدواب وحط الاحمال والاثقال ايضا من المرافق. فان اختص الادخل من جهة المرفق الذهابية والايابية. بموضع، لا يمنع من تردد الشركاء فى ذلك المختص لاجل الانتفاع من جهة ساير المرافق. وهذا مما اختلج بالبال. واما ذكره فى المسالك وغيره واستبعده المحقق الاردبيلى (ره): فهو ايضا لا يخل من وجه .وعلى هذا فان كان مراد الشهيد (ره) ايضا اشتراك الجميع فى الجميع فى الجملة، فنعم الوفاق. وهذا لا ينافى المشهور على ما حققناه. وان [كان] مراده الاشتراك فى كل الاجزاء على السواء فهو فى محل المنع. اذ لا دليل فى المسئلة ظاهرا الا الاعتماد على الحریم وهو تابع لمقتضاه، وهو ما ذكرنا. واما الوجوه التى ذكرها المحقق الاردبيلى (ره) فى الايراد على دليل المشهور: ففيه: ان اليد وكونها حرما، قاطع للاصل. ولم افهم معنى قوله (لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل ملكا للاخير) اذ لا ملازمة. لان الفاضل لا يستلزم الاستطراق، ولم يقل احد بان مجرد عدم مرور الغير دليل [لعدم] كونه من المرافق المشترك. واما قوله (ولا نه قد يكون المرفوعة واسعة...)، فيه: انك قد عرفت ان مرادهم اختصاص الادخل من حيث الاستطراق، لامن جميع حيثيات المرافق. واما قوله (ولا نه قد يكون فى مقابله ايضا باب)، ففيه: ان الظاهر ان مرادهم بالادخل اعم من الجانبين، وذكر (ما بين البابين) - الظاهر فى وقوع البابين من جانب واحد - انما هو من باب المثال. وهو واضح. فمرادهم

[٣٦٨]

بالاقدام والادخل مطلق التقدم والتاخر. لاختصاص مالوكان البابين فى سمت واحد. فظهر ان قول المشهور اظهر، لما ذكرنا وللشهرة بين الاصحاب. وحاصل المقام: ان الطريق المنسدة اذا علمت حالها وكيفية وضع اربابها من الاستحقاق والملكية بعنوان الاشتراك فى الكل او البعض وغير ذلك، فهو المتبع، وان جهل الحال فهو المبحوث عنه. فهناك ارض غير معلومة الحال، والاصل فى الارض الاباحة. ولم يعلم فى حقها شيئى الا انه بنى حولها دور ابوابها فى تلك الارض. وتملك الارض من مرافق هذا الدور اما من جهة الاستطراق اليها، او من جهة جريان مياهها اليها من الميازيب. واما من جهة ساير الحوائج كاجتماع دوابها وحط اثقالها وقمامتها، او غير ذلك. فمرادهم من (اشتراك الكل فى راس السكة واختصاص الادخل بما بين البابين) استحقاق الاستطراق والمرور لاجل دخول الدار. لامطلق المشى والمرور لساير التصرفات. و [مرادهم من] (اشتراكهم لاجل الامور) الانتفاع به لاجل الامور، من جمع الدواب وحط

الاثقال ونحوه. وذلك ايضا يستدعى استطرادا من اول السكة الى آخرها لاجل ذلك، فالحيثيات مختلفة ولا مانع من استحقاق الاقدم العبور فى ما بين البابين لاجل الانتفاع بالفاضل، وعدم استحقاقه للعبور بغير ذلك. ويظهر الثمرة فى ما لو القى فى ما بين البابين معاثر (١) ومر عليها الاقدم لاجل دخول دار الادخل بغير اذنه وعثر ووقع وحصل الجناية، فلا ضمان على الملقى لتقدم الاقدم فى التسبيب العادى الذى هو بمنزلة المباشرة. بخلاف مالو عبر لاجل جمع دوابه فى الفاضل، ونحو ذلك. فالضامن هو الملقى لانه ليس عاديا فى هذا العبور. لا يقال: ان تحريم العبور ح انما هو لحرمة دخول دار الغير بغير اذنه. لانا نقول: استحقاق العبور لاجل دخول الدار من مرافق الدار. فهو من هذه الحيثية محرم على غير صاحبه الا باذنه. والمفروض انه لا يعبر الا لذلك، وكذلك اذا وقع العبور الى الفاضل من احد الشركاء لاجل امر لم يتعارف الانتفاع به فى الفاضل. مثل ان يسكن احدهم اجنبيا فى الفاضل وجعله مضريا

١: وفى النسخة: معابر. - كما ان هذه الاوراق من النسخة مملوثة من الاغلاط .

[٣٦٩]

لخيمته ومسكنه بدون اذن الباقين. فالعبور الى الفاضل لاجل ذلك عدوان. ثم: ان ما ذكرناه من كون اجتماع الدواب وحط الاثقال سببا لكون الفاضل فى الصدر مشتركا بين الكل، لا اختصاص له بالفاضل. بل قد يحصل ذلك فى ما بين البابين ايضا. اذ قد يريد صاحب الباب الاقدم ادخال دواب كثير فى بابه، (١) فيجتمع الدواب فوق الباب الذى فوقه باب آخر. او [يريد] حط اوقاد (٢) فى باب الدار ليدخلها بالتدرج لعدم امكان دخولها دفعة محاذات الباب. سيما اذا كانت الاوقاد (٣) حضا وسيما اذ كانت شوكا يستدعى مكانا واسعا. وسيما اذا كانت كثيرة اشترتها دفعة ولا يتيسر ادخالها فى الزقات [الا] بالتدرج (٤). فهذا ايضا من مرافق الدار، ولم يدل دليل على جواز منع الا دخل لذلك. والذى سلمناه من الاختصاص هو محض استحقاق العبور لاجل الدخول فى داره و استحقاق منع الغير عن هذا الاستطراق الخاص، لامطلق الانتفاع المحتاج اليه. ولا بد من ملاحظة جميع ذلك، واعلم: انه يتفرع فى ملاحظة ساير المرافق مالو كانت السكة المرفوعة فوق عشر اذرع او اربعة عشر اذرع، وكان فى كل من جانب [ي] الرقاق ابواب. فلا يجوز لاحد من الشركاء ولا لغيرهم فى الوسط بعد وضع الخمسة او السبعة لكل من الجانبين (٥)، اذ هو مما يختلف فيه الدواب اذا تكثرت. وكذلك فى مازاد على الخمس والسبع فى الجانب الذى ليس فيه باب. ثم انا قد اشرنا سابقا الى ان الطريق المشترك ليس كساير الاموال المشتركة التى يجوز للشركاء المنع عن التصرف بدون الاذن. ووضع الطريق للانتفاع به على التعاور، مع انه غير قابل

للقسمة غالبا. ولا معنى لاجازتها بثالث يشتركوا فى وجه الاجازة، لاستلزامه بطلان الانتفاع بالدار. وايقافه على الاذن حرج عظيم. فيجوز لكل منهم التردد بمقدار الحاجة. ومن يادر اليه فيقدم مع عدم امكان الاجتماع. وان وردوا دفعة و

١ و ٤: عبارات النسخة من موضع رقم ١ الى موضع رقم ٤، مخلوطة ومغلوطة، ولا حاجة لاتيانها هنا طويلة. ٢ و ٣: وفى النسخة: اوقار. اى احوال ثقيلة. واللفظ المناسب للمقام هو (اوقاد) من (الوقود) وان لم يساعده منابع اللغة. ويويده لفظ (حضا) وكذا لفظ (شوكا). ٥: كذا فى النسخة. بحذف فاعل فعل (لايجوز).

[٢٧٠]

وقع التشاح فيرجع الى القرعة. واما ساير افراد الحريم - لمن اراد منهم التصرف فيه من غير جهة انه مرفق وحريم، كما لو اراد احد غرس الاشجار فى حريم الدار او الجدار - فلايجوز الا باذن الشركاء او يمكن القسمة هنا. وكذلك حريم القرى من المراتع والمعالف والمحاطب، فيجوز المنع الا بالتقسيم. يجوز الاحياء والبناء فيها باذن الشركاء ولا يجوز بدونه. واما عدم استيذان كل منهم عن الباقيين فى الرعى والا حطاب المعهود فى الاعصار فلعله من جهة المسامحة لشاهد الحال، (١) اذا تحقق هذا فلنرجع الى المسئلة المسئول عنها. فنقول: من حفر حفرة للخلاء فى جنب داره فان وقعت فى مرافق الكل، فلهم المنع جميعا سواء كانت المرفقية لاجل الاستطراق الخاص بدخول الدار، او الاستطراق الى ما هو مرفق كالفاضل فى صدر السكة. اولاجل كون ذلك الموضوع يصير مرفقا احيانا لاجتماع الدواب والاحمال. فلهم المنع من ذلك سواء كان لاجل مزاحمة ذلك لانتفاعهم اولتاديبهم [من] نتنه، ونحو ذلك مثل احتياجه الى التخلية واخراج قازوراتها الملوثة للزقاق، ونحو ذلك. فان فرض اختصاص مرفقيتها ببعض فيختص المنع به.

١٢٢:سؤال: اذا اشترك زيد وعمرو فى مال، وعملا فيه، وصار بعضها نسيئة و بعضها موجودا. ثم ارادا تفريق المحاسبة، فقال زيد وعمرو (انى آخذ راس مالى من الموجود والباقي من الاجناس والمطالبات لك). ثم اتفق خسارة لعمرو بسبب عدم الوصول. فهل له فسخ ما بنيا عليه ام لا؟ -؟.

جواب: ان وقع تلك المعاملة والبناء على وجه المصالحة ونحوها من العقود اللازمة، فلا تسلط له على الفسخ. والا فيعامل بها معاملة المعاطات فلايرجع مع تلف احد العوضين او كليهما ويرجع بدونه. ولا يكفى فى تحقق المصالحة ان يقول (لى راس المال والربح لك والخسارة عليك). وفى صحيحة الحلبي والكنانى (فى رجلين اشتركا فى مال فريحا فيه. و

١: قال (ره) بعدم لزوم استيذان اهل السكة المرفوعة بعضهم من بعض فى الانتفاع بالدار، وهنا يقول بلزومه فى الرعى والاحتطاب، والفرق بينهما ان الرعى والاحتطاب، حيازة تجر الى الملكية كالاخياء .

[٢٧١]

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

١: الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٤ ح ١. والمراد من الكنانى هو ابو الصباح. ٢: الوسائل: ج ١٣، ابواب الصلح، الباب ٥ ح ١

[٢٧٢]

اللفظ ليس بصريح فى الصلح بل يحتمل البيع والهبة ايضا. ولا بد فى صيغ العقود من التميز ليترتب عليها احكامها. بل هو ظاهر فى الهبة المشروطة بالعوض لظهور اللام فى ذلك. يعنى وهبتك ما فى ذمتك على ان تهبنى ما فى ذمتى. ولو كان صلحا لكفى قول احدهما ذلك مع قبول الاخر بان يقول (قبلت). واما الهبة المشروطة لهبة اخرى فلا بد فيها من صيغة اخرى. ومما يويد ما ذكرنا ان المراد المساومة، استدلالهم بصحيفة الحلبي لصحة الصلح فى مال الشركة، حيث انه فى معنى ان راس المال لى والريح والتوى لك. ولم يكتف فيها بذلك وقال (لا باس اذا اشتركا). ثم يظهر من تتبع كلماتهم اعتبار لفظ الصلح فى الصيغة ليميز عن البيع وغيره. فان قلت: ان البيع مما يعتبر فيه التعيين ويضره الجهالة. فهو كاشف عن ان ما ذكر فى الصحيفة ليس ببيع، بل هو صلح. قلت: مع انه لا يتم فى الهبة المعوضة على بعض الوجوه فيه، ان مانحن فيه لا جهالة فيه بالفرض (١) فان الشريكين عالمان بمقدار العين والدين وراس المال والريح. فكيف يكتفى فيه بهذا اللفظ المجمل. مع انا نقول ما نحن فيه اشبه بالقسمة، وما ورد فى صحيفة الحفص الكنانى، من باب المعاوضة. فلو سلمنا كون ما فى الصحيفة ليس فى باب الصلح، لا يستلزم كون ما نحن فيه من قبيله. نعم لو قلنا بان مطلق التراضى بعد تعديل السهام والتراضى يكفى ويصير لازما، فيكون ح من باب القسمة لا الصلح.

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

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

١: وهذا عجيب منه (ره) لان الكلام فى ماتوديه الصحيحة، وانه هل هى فى مقام بيان حكم من احكام البيع او الصلح. وكون ما نحن فيه شاملا على الجهالة او، لا، لادخل فى الكلام .

ولكن آن شريك ديگر، او را امر کرده به عمل كه من هم به قدر الحصه عمل خواهم كرد، يا اجرت المثل تو را به قدر الحصه خوهم داد، ظاهر اين است كه مستحق اجرت المثل هست. به هر حال آنچه از

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

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

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

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

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

[۲۷۴]

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

جواب: در صورت ثبوت مصالحه کسی را حقی در آن نصف نیست. ودر نصف باقی هم بعد از اداء دین ووصیت (اگر باشد)، دختر مستحق نصف است بالفرض، ومادر مستحق سدس است بالفرض، وزوجه مستحق ثمن. وزیادتی که باقی میماند - اگر اخوه از برای او نباشد که حاجب مادر بشوند از زاید بر سدس - آن زیادتی [را] به عنوان (رد) ارباعاً قسمت میکنند میان مادر ودختر، يك حصه به مادر میدهند ويك حصه به دختر. وبقیه را قسمت میکنند به نود و شش حصه، شصت و سه حصه مال دختر است و بیست و يك حصه مال مادر است ودوازده حصه مال زوجه است. وباید دانست که: زوجه از زمین وآب تابع زمین، میراث نمیرد. خواه زمین ساده باشد یا محل باغ وعمارات وامثال اینها. واز اصل بناء واشجار مستحق قیمت آنها است به قدر حصه. ولکن وارث را میرسد که بگوید قیمت را نمیدهم از اصل بنای عمارات واشجار حصه خود را بگیرد. واز غیر اینها از منقولات و حیوان (همگی) حصه خود را میگیرد. و هر گاه متوفی اخوه دارد که حاجب شوند، پس آن باقی [را] به دختر میدهند ومادر همان سدس خود را میگیرد. ومراد از اخوه دو برادر است یا بیشتر، یا يك برادر ودو خواهر یا بیشتر. وباید که اخوه پدر ومادری باشند یا پدری تنها. و اخوه مادری حاجب نمیشوند .

[۲۷۵]

کتاب القسمة

(من المجلد الاول)

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

جواب: در (قسمه رد) یعنی آن که باید سر بود داد رضا شرط است از طرفین و اجبار نمیتوان کرد. واما باغی که اشجار مختلفه دارد، بدون سر بود توان قسمت کرد. به این نحو که به قیمت در آورند ومساوی حصه هر يك از مجموع باغ آنچه ببرزد قرار بدهند به رضا یا [به] قرعه تقسیم نمایند. مشهور علما آن است که میتوان اجبار کرد بر قسمت. وزید منع عمرو نمی تواند (از قسمت) بکند. خصوصاً هر گاه ضرر

بسیار به عمرو میرسد. بلکه باغ را چهار حصه بکنند و يك حصه را به عمرو بدهند به رضا یا [به] قرعه. و هر گاه به هر دو ضرر میرسد به هر کدام که به او ضرر بیشتر میرسد، ملاحظه جانب او را باید کرد. و بهتر آن است که به مصالحه به نحو خوشی از یکدیگر راضی

[۲۷۶]

شوند ولجاج نکنند. والله يعلم. (۱)

۱۳۷: سوال: خانه [ای] مشترك است میان دو نفر، قسمت آن مشکل است. و یکی از آنها به دیگری

میگوید یا حصه خود را به من بفروش یا حصه مرا بخر. چه باید کرد؟

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

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

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

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

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

کتاب القسمة من المجلد الثانی:

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

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

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

[۲۷۹]

(و هم چنین هر گاه متضرر شود بعضی از آنها به قسمت هر يك علی حده، حق او را باید در يك ناحیه قرار داد). و الحاصل: معیار در قول ابن براج ملاحظه ضرر است از هر حیثیت، و این اقوی است. و اما فرقی که علامه در مابین دکانین متجاوره و بین خانههای متجاوره و مزارع متجاوره گذاشته، و قایل به اجبار شده در دکانین، دون خانه و مزرعه، پس وجه آن ظاهر نیست. و اما سخن در غلامها و کنیزها و حیوانها و درختان و جامهها و امثال آن: پس اگر در جنس مختلف باشند (مثل این که مال مشترك غلام باشد و جامه باشد و گندم باشد) پس ظاهر علما - چنانکه صاحب کفایه نسبت به ایشان داده به عنوان قطع -

این است که اجبار نمیتوان کرد در قسمت اعیان بعضی آنها در بعضی. هر چند قیمت آنها متساوی باشند. و اما هر گاه در نوع متحد باشند مثل چند غلام یا چند اسب یا چند درخت. پس هر گاه توان تسویه و تعدیل کرد در عدد و قیمت (هر دو)، پس نقل کرده است از اکثر که اجبار میکنند در تقسیم اعیان اینها. و از شیخ در مبسوط نقل کرده که او از بعضی اصحاب نقل کرده است قول به عدم اجبار را. و اما هر گاه تسویه در قیمت ممکن باشد و در عدد ممکن نباشد، مثل سه غلام در میان دو شریک، که دوتای آنها در قیمت مساوی یکی از آنها باشد، پس در آن اشکال کرده، و هم چنین هر گاه در وصف مختلف باشند (مثل غلام ترکی و غلام هندی) با تساوی آنها در قیمت. و هم چنین در مثل بار ابریشم و کتان. و هم چنین هر گاه قیمت آنها مختلف باشد. و از جمعی نقل کرده است عدم اعتبار اختلاف در نوع را، با تساوی قیمت. و گمان حقیر این است که این سخنها و اختلافات و اشکالات همه ناشی از تفاوت افهام است در معنی (ضرر). و اگر نه، نصی و اجماعی و دلیلی بر خصوص این مسایل نیست. و چون اصل در این مسأله و دلیل در آن همان (نهی ضرر) است پس باید آن را معیار کرد. پس میگوئیم که: یا این است که ضرر متصور در مقام، همان بقای بر اشاعه و عدم استقلال هر یک، است در تصرف در مال خود. و در نفس قسمت ضرری

[۲۸۰]

متصور نیست. پس در اینجا باید طالب قسمت را اجابت کرد و ممتنع را اجبار کرد. و اگر ضرر در نفس قسمت باشد، پس یا این است که در قسمت به هر دو میرسد، یا به یکی. پس اگر ضرر به یکی میرسد دون دیگری متضرر را نمیتوان اجبار کرد. و آن ضرر اشاعه در جنب ضرر قسمت، مضمحل می شود. به جهت آن که درد را هر دو دارند و در صورت تقسیم منحصر می شود ضرر در متضرر به قسمت. و اگر در قسمت کردن، ضرر به هر دو میرسد لکن احدهما طالب استقلال می شود و ضرر قسمت را بر خود قرار میدهد. پس اگر این، سفته و تضییع مال می شود، اجابت او نباید کرد. و عدم اجابت آن طالب، از دو راه است هم از راه اضرار به غیر و هم از راه تضییع مال. و از اینجا ظاهر می شود که در صورت سابقه که احدهما به قسمت متضرر می شود هم اگر متضرر طالب قسمت شود و موجب سفته و تضییع باشد، اجابت آن نمی شود. و هر گاه در قسمت کردن ضرر به یکی میرسد و در قسمت نکردن به دیگری از راه دیگر (قطع نظر از بقاء بر اشاعه و عدم استقلال، مثل این که اگر بر اشاعه باقی بماند مشتری ندارد و می خواهد حصه خود را بفروشد و برود به جای دیگر که دیگر از این منتفع نمی تواند شد. و آن دیگری حصه قلیلی دارد که اگر تقسیم شود از آن منتفع نمی تواند شد). پس در اینجا ضررها متعارض

میشوند، وگویا چاره آن منحصر به قرعه باشد که از برای هر امر مشکلی است. پس قرعه ضرر به نام هر يك بر آمد او متضرر می شود. یا قرعه را بر قسمت و اشاعه بزنند. و بدان که اجبار در این باب وظیفه حاکم شرع است. [و] محتمل است که شريك نیز تواند.

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

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

[۲۸۱]

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

بعد تعدیل سهام، اتفاق کنند که هر يك حصه معینی را بردارند: پس تصریح شهید در لمعه و شارح آن در شرح و علامه در قواعد این است که لازم می شود. و این دور نیست. به جهت آن که قسمت که وضع شده به جهت تمیز حقوق،

[۲۸۲]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

جواب: بدان که دلیلی بر لزوم (شرط در ضمن قسمت) ندیده‌ام. و عموم (المؤمنون عند شروطهم)

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

دلالتی بر لزوم او در اینجا ندارد. و آنچه در بعض فوائد خود تحقیق کرده‌ام این است که هر گاه التزامی که مکلف بکند واجب است وفای به آن. و التزام مکلف یا به نذر وعهد و یمین است، یا آن که شرط را در ضمن عقد لازمی بکند (۱) به تقریبی که در رساله (شرط ضمن العقد) بیان کرده‌ام. و هر گاه غیر این صورتها باشد، داخل مطلق وعده، می شود. و مشهور علما وفای به وعده را واجب نمیدانند. و وجه دیگر

از برای لزوم آن نمیدانم. ونمی توان گفت که (عموم حدیث شامل وعده مجرد ووعده‌هائی که در ضمن عقود جایزه واکثر ایقاعات باشد، همه هست لکن اینها خارج است به دلیل). به جهت این که عدم وجوب وفای به وعده دلیلی به غیر اصل ندارد. واصل چگونه مقاومت میکند با حدیث صحیح، هر گاه منظور شمول آن [بر] مطلق وعده باشد (۲) بلکه بعض احادیث صحیح دلالت دارد بر وجوب وفای به وعده. و هم چنین وعده‌های خاصی که در ضمن غیر عقود لازمه یا سایر ایقاعات باشد دلیلی نیست که آن [ها] را از وعده بودن بیرون کند. واینکه در ضمن عتق شرط را لازم دانسته‌اند آن به دلیل خارج است که اجماع و اخبار است: نه عموم این حدیث. والحاصل: اگر عموم حدیث شامل است وعده مجرد

و

۱: میرزا (ره) وقتی به لزوم شرط قایل میشود که در ضمن (عقد) آنهم عقد (لازم) شرط شود. یعنی هر شرطی با دو شرط لازم میشود: الف: لازم بودن معامله‌ای که این شرط در ضمن آن مقرر شده. که البته (تقسیم) يك معامله لازم است. ب: مبتنی بودن آن معامله بر (عقد). وبعدا خواهیم دید که او هر شرطی را که همراه عقد نباشد وعده میدانند. بل اساسا تصریح میکنند که شرط کردن در (قسمت) جایز نیست. اما مخالفین میرزا تنها لازم بودن معامله‌ای را که شرط در ضمن آن مقرر میشود، کافی میدانند. وهر شرطی را که بر يك معامله لازم وابسته میشود، لازم میدانند. وآن را صرف وعده نمیدانند. زیرا چنین شرطی بدون مقابل وبدون عوض نیست و نقشی در تعدیل سهام دارد، ویه منزله جزء احد سهمین است. ۲: مخالفین میرزا حدیث را شامل مطلق وعده نمیدانند. زیرا آنان وعده وشرط را عام وخاص مطلق میدانند. هر شرطی وعده است ولی هر وعده‌ای شرط نیست. شرط آن وعده‌ای است که در مقابل وعوض آن، مالی، حقی، عملی و (به اصطلاح امروزی) امتیازی باشد. ولغت وعرف نیز همین معنی را تایید میکنند. پس هر شرطی مشمول حدیث (المؤمنون عند شروطهم) است مگر آنچه به وسیله دلیل خارج شود. مانند شرط در ضمن عقود غیر لازمه که لزوم چنین شرطی به دلیل این که اصل معامله لازم نیست، منتفی میگردد.

[۲۸۶]

سایر وعده‌های مذکور را، باید وعده در ضمن سایر ایقاعات وعقود جایزه هم لازم باشد، و وفا به مطلق وعده هم واجب باشد. ومفروض این است که قسمت از جمله عقود هم نیست، ومحتاج به صیغه هم نیست. و [این که در] مذهب عامه آن را بیع میدانند، هم باطل است. ودر کلام فقها تصریحی به ذکر جواز (۱) شرط در ضمن قسمت، هم الحال در نظر نیست که کسی کرده باشد. بلی شهید در دروس از شیخ در خلاف نقل کرده است جواز شرط خیار را در قسمت. ویر فرض تسلیم جواز آن، شرط خیار اشتراط، است. ودلالت بر مطلق لزوم شرط ندارد. ویر فرض تسلیم آن، این شرط مخصوص - یعنی این که قطعه مجاور حصه برادر بزرگ از او باشد - شرط فاسدی است. به جهت آن که قسمت به این نحو بدون تعدیل سهام وتمیز حقوق [است و] صحت ندارد. واگر بگوئی که: از کلام علامه در تحریر ظاهر

می شود صحت شرط در قسمت، در آنجا که گفته که (هر گاه در حصارى دو خانه باشد که آب باران بام یکی از آنها بر پشت بام دیگری جارى مى شود، و قسمت کنند آنها را، و خواهد صاحب آن خانه که آب از پشت آن نبرد و اینکه منع کنند رفتن آب را). گفته است که (هر گاه در وقت قسمت شرط کرده‌اند منع آب

۱: ودر نسخه: جواز ولزوم... توضیح: نسخه بردار گمان کرده که کلام میرزا در این است که یا شرط ضمن قسمت از نظر عمل به آن (لازم العمل) است یا (جایز العمل). که در اصطلاح از آن به (جایز، لازم) تعبیر میکنند در حالیکه منظور میرزا معنای لغوی (جواز) است. زیرا وی اساساً جایز نمیداند که شرطی در ضمن قسمت مقرر گردد. و شرط را تنها به همراه عقود، صحیح میدانند. و کلام میرزا در اینجا سخت مضطرب است. گاهی اصل جواز شرط در ضمن قسمت را ممنوع میکند و گاهی تنها در اثر آن از نظر لزوم اشکال کرده و آن را در حد صرفاً وعده تنزل میدهد. گاه شرط در قسمت را مانند (شرط ضمن عقد - غیر لازم) میدانند و گاهی اساس چنین شرطی را ممنوع میدانند. عموماً واطلاقات و (اصالة الاباحه) و (اصالة الجواز) همه و همه دلیل صحت شرط در قسمت، هستند. خواه تصریحی از علما بر آن شده باشد یا نه. و اگر میرزا تنها در (لزوم وعدم لزوم) بحث میکرد برایش راحتتر بود. گو این که در همین محور نیز ادله او از قوت کافی برخوردار نیست و در حد تکلف است. همان طور که خودش در پایان خواهد فرمود.

[۲۸۷]

را، می تواند مانع شد. والا فلا، به جهت آن که حقوق خانه داخل خانه است. چنانکه هر گاه خانه را بخرد و شرطی نکرده باشد مستحق حقوق آن، هست). میگوئیم: مراد از این کلام تحقیق معنی قسمت و تعدیل سهام است. یعنی هر گاه در وقت تعدیل سهام این قید شده، می تواند مانع شد. و هر گاه نشده، اطلاق اقتضا میکند بقای حق را، و رضای ایشان بر این قسمت کاشف از ملاحظه این معنی هست در حین قسمت، نه این که این از باب (شرط ضمن العقد) باشد. و اما اگر دعوی غلط و غفلت و جهالت بکند، آن مرحله دیگر است و مسئله جدائی است. بلی: در اینجا اشکال باقی میماند در بطلان اصل قسمت. و هر چند تحقیق این است که هر گاه شرطی که در ضمن عقد می شود فاسد باشد عقد هم فاسد می شود. (چون شرط به منزله جزء احد عوضین است، و تراضی بر مجموع من حیث المجموع شده، و هر گاه جزء آن منتفی شد کل منتفی می شود) و لکن این سخن در قسمت تمام نیست، خصوصاً در قسمت اجباری که رضای طرفین در آن شرط نیست (۱) و اجبار میتوان کرد ممتنع را بر قسمت (۲) مگر این که بنای ایشان به فرعه نبوده و به همان تعدیل و تراضی اکتفا کرده باشد. (۳) و گویا [در اصل سوال:] آن شرط را آن کسی کرده که بدون آن شرط راضی به قسمت نمیشده. که در آنجا میتوان گفت که تراضی به همین نحو واقع شده که این شرط به عمل آید و بدون آن

تراضی نبوده، پس اصل قسمت هم صحیح نخواهد بود. مگر این که بگوئیم که مراد از آن شرط هم این است که بعد تعدیل سهام، این جانب از برادر بزرگ باشد و جانب دیگر از کوچک (۴) نه این که همین محض تعیین جانب، نفس قسمت باشد، تا فاسد باشد. (۵) پس باید تفصیل داد در حین دعوی و مرافعه، تا معلوم

۱ و ۲: اجبار در اصل قسمت است نه در پذیرفتن سهم خاص. بل در اینجا پس از تعدیل سهام قرعه جانشین تراضی میشود. و ممکن است پس از اجبار به اصل قسمت، در تعدیل سهام همگی به تراضی برسند و شرطی را هم شرط کنند. و نیاز به قرعه هم نباشد همان طور که خود مصنف فرموده است. پس خصوصیتی برای (قسمت اجباری) در مانحن فیه نمیماند. حتی در صورتی که حاکم از طرف ممتنع اقدام به قسمت و تعدیل نماید. ۳: عبارت (مگر این که بنا... اکتفا کرده باشند) در اصل نسخه جا به جا و پس از چند جمله آمده است. ۴ و ۵: بنا بر این: میرزا (ره) هم اصل جواز و امکان شرط در قسمت را پذیرفت و هم لزوم آن را. چنانکه در سطرهای بعدی تصریح خواهد کرد.

[۲۸۸]

شود که چه نحو قسمت شده؟ آیا با اجبار بوده یا با تراضی؟ - و آیا با قرعه تعیین شده یا به اختیار؟ -، تا حکم هر يك معلوم شود. تا اینجا بنای کلام در این بود که شرط در ضمن قسمت از قبیل وعده باشد، و به عموم (المومنون عند شروطهم) استدلال نتوان کرد. و در این اوقات فکری تازه به خاطر قاصر میرسد. و آن این است که عموم (المومنون عند شروطهم) را بر حال خود گذاریم و گوئیم که آن عموم مؤسس احکام است فی نفسه. چنانکه علما به این عموم استدلال کرده‌اند در اثبات اصل عقود و لزوم آنها. چنانکه علامه در کتاب مزارعه و مساقات تذکره استدلال کرده بر لزوم عقد. بلکه بر صحت آن به همین حدیث. پس عمده این است که معنی شرط را که (الزام و التزام) است بیان کنیم و تخصیص ندهیم آن را به مثل نذر و عهد، یا حصول آن در ضمن عقد لازمه، و الا لازم می آید که ایجاب وفای شروط از باب اوامر و عطا و آمرین به معروف باشد نسبت به عالمین به واجبات، که این محض تاکید و تذکر می شود. نه تاسیس و اعلام نفس احکام. (۱) و توجیه آن به این نحو می شود که: در هر جا که شبیه معاوضه باشد پای الزام و التزام در میان می آید، حتی در مثل (عتق با شرط دادن عبد چیزی به مولی) زیرا که او اخراج منافع عبد که مال او است از خود میکند در مقابل این عوض. بخلاف وعده محض که در آنجا هیچ نوع الزام و التزامی متصور نیست که داخل عموم این حدیث باشد. پس فرق ظاهر شد میان وعده و شرط در ضمن عقود جایزه. و معنی التزام در عقود جایزه همان التزامی است که در مقابل احد عوضین باشد. و آن منافات با جایز بودن عقد ندارد. چنانکه در کتاب شرکت بیان کردیم. پس بنا بر این شرط در ضمن قسمت

هم لازم می شود نظر به عموم همین حدیث. چون قسمت هم شبیه معاوضه است. و دیگر حاجتی به تکلفات سابقه نیست، که از جمله آنها فرق ما بین خیار شرط و اشتراط بود. زیرا که دلیل شرط خیار هم عموم

۱: که در اصطلاح باید اینگونه اوامر را (اوامر ارشادی تأکیدی) نامید .

[۲۸۹]

این حدیث است. لاغیر. (۱)

۱۴۶: سوال: ملك مشاعی ما بین زید و عمرو و خالد است، و در دست آنها است. و خالد عمرو را وکیل میکند که قسمت کنند آن ملك را . و عمرو به اصالت [از طرف] خود و وکالت خالد بازید قسمت میکند. و بعد سکینه زوجه خالد میگوید که ملك از خالد نبوده و از من بوده است. و من خالد راماذون نکرده‌ام در قسمت و توکیل غیر. و مفروض این است که بعد از قسمت، زید تصرفات در حصه خود کرده (از تعمیر و بنا و غیره). آیا بر فرض ثبوت ملکیت سکینه و عدم ثبوت اذن، اجازه او بعد قسمت، آیا قسمت صحیح است یا باطل؟ - و بر فرض بطلان، غرامت آنچه زید نقصان کرده در تعمیر و غیره باکی است؟.

جواب: در صورت مزبوره قسمت باطل است. و غرامت بر عمرو است هر گاه در حین قسمت زید جاهل بوده به مالکیت سکینه و عمرو عالم بوده. چون عمرو او را مغرور نموده و [زید] به سبب قسمت این نقصان را کشیده. و ظاهر این است که در این صورت عمرو در غرامت رجوع به خالد نمی تواند کرد. و هر گاه عمرو جاهل بوده، غرامت متوجه به خالد می شود. و هر گاه زید خود عالم بوده به مطالب، در این صورت غرامتی از کسی نمی تواند گرفت.

۱۴۷: سوال: هر گاه زید و عمرو مالی مشترك را قسمت کنند. و بعد زید بگوید که من مغبونم. آیا تسلط بر فسخ قسمت هست یا نه؟ -؟.

جواب: دعوی غبن در قسمت بر میگردد به (دعوی غلط در قسمت). به این معنی که تعدیل سهام نشده است. و در این صورت به مجرد دعوی سخن او مسموع نیست و قول منکر غلط، مقدم است با یمین. مگر این که مدعی به اثبات برساند غلط را. به این معنی که دو نفر عادل صاحب وقوف بگویند که در حین قسمت تعدیل سهام نشده بوده است. و ثابت شود که مدعی هم در آن وقت عالم به این معنی نبوده و رضا نشده بوده

۱: بدیهی است با وجود عمومات و اطلاقا و (اصالة الاباحه) و (اصالة الجواز) و (اصالة الصحه) و... و... علاوه بر این که بیانات سابقه تکلف بود همین قسمت اخیر هم محض تکلف است. اعلی الله مقامه و رزقنا شفاعته .

[۲۹۰]

است هم بر فرض علم (۱).

۱۴۸: سوال: فقها گفته‌اند که قسمت بیع نیست. بلکه آن مجرد تمیز در احد نصیبین یا بیشتر، است. هر چند مشتمل بوده باشد [بر نقل و انتقال مال]. و گفته‌اند که ثمره در چند چیز ظاهر می شود از جمله آنها این است که (حق شفیع) از برای شریک ثابت نمی شود و اگر بیع بوده باشد شفیع ثابت باشد. معنی شفیع در قسمت چه چیز است، و تصویر آن چگونه می شود؟.

جواب: ممکن است تصویر آن، بنابر قول ابن جنید و مذهب عامه که حق شفیع را در سه شریک و بیشتر، جاری میدانند. هر گاه فرض کنیم که سه نفر شریک باشند در ملکی و قسمت در میان دو نفر از آنها واقع شود، هر چند [باید] به رضای سومی باشد لکن آن سومی می تواند اخذ به شفیع بکند. و توضیح این مطلب موقوف است به بیان دو مقدمه: اول این که: اولاً تصویر مسأله را در بیع بکنیم تا آسان بشود فهمیدن آن در قسمت. و بیان آن این است که: هر گاه سه نفر شریک باشند در ملکی و یکی از آن سه شریک حصه خود را بفروشد به یکی دیگر از آن دوتا دیگر. پس آن یکی که مشتری نیست می تواند اخذ به شفیع کند و آن قیمتی که به بایع داده است به مشتری بدهد و آن حصه را مالک شود به تمامی، و مشتری اخذ به شفیع نمی تواند کرد. از برای آن که لازم می آید که آن مستحق باشد حقی را بر نفس خود. و محتمل است که بگوئیم که او هم مستحق اخذ به شفیع هست. به جهت این که او هم شریک است. نه به این معنی که از خودش استیفای حق بکند. بلکه به این معنی که مانع شریک است از اخذ حق او. پس آن که نه بایع است و نه مشتری یا به قدر نصیب خود اخذ به شفیع میکند یا عفو میکند .

۱: یعنی: علاوه بر ثبوت غلط، باید ثابت شود که مدعی غلط یا جاهل به غلط بوده و یا عالم به غلط لیکن اعلام رضایت به قسمت، نکرده است .

[۲۹۱]

واین مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج، است. (۱) ویر این قول متفرع می شود این که: هر گاه مشتری بگوید (بعد از آن که آن شخص سوم اخذ به شفعه کر به قدر نصیب خود) که من اسقاط کردم شفع خود را پس تو یا همه را بگیر یا همه را بگذار، صحیح نیست. به سبب آن که ملك مشتری مستقر شده است بر قدر حق خود دیگر شفعی باقی نیست از برای او که ساقط کند. پس گویا اخذ به شفع کرده است و ملکیت او مستقر شده است. مثل آن که هر گاه دو شفیع باشند در بیعی و هر دو اخذ به شفع بکنند و بعد از آن یکی از آنها بگوید که من از حق شفع خود گذشتم. دوم این که: خلاف کرده‌اند در این که آیا اخذ به شفع مختص است به جانی که ثمن مثلی باشد؟ یا در قیمی هم جاری است. اشهر و اظهر، قول ثانی است. به دلیل عمومات و اطلاقات معتضده به شهرت عظیمه. و قول دیگر منقول است از ابن حمزه و علامه در مختلف و شیخ در خلاف با دعوی اجماع. و مستند ایشان موثقه علی بن رثاب است (عن ابی عبدالله ع) فی رجل اشتری دارا برقیق و متاع و بز و جوهر، قال: لیس لاحد

۱: گویا مراد مصنف (ره) این است که (این احتمال مطابق مقتضای استصحاب نفی ضرر و حرج نیز هست). وگرنه، نیازی به استصحاب نیست زیرا او شریک است و اخذ به شفع، حق او است. بلی اگر در خود همین (احتمال) هم شك کنیم، یعنی احتمال در احتمال پیش آید، نیاز به استصحاب به نوعی حاصل میشود. و با بیان دیگر: دلیل احتمال، همان ادله شفعه است نه استصحاب. زیرا مسأله از سه صورت خارج نیست: یا به خاطر لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) دست از ادله شفعه میکشیم، در این صورت حکم قطعی به عدم حق شفعه خواهیم کرد. و یا ادله شفعه را ادله (مؤسسه) دانسته و آن را بر سایر ادله نقلی و عقلی (حاکم) بل (وارد) خواهیم دانست، در این صورت حکم قطعی به حق شفعه او خواهیم داد. و یا در حکومت و ورود ادله شفعه بر سایر ادله از جمله بر (لزوم استحقاق حقی بر نفس خود) شك خواهیم کرد. در این صورت نیاز به استصحاب نفی ضرر و حرج حاصل میشود. و چون مصنف در مقابل احتمال استحقاق شفعه است به دلیل این که (او هم شریک است) دیگر نیازی به استصحاب نیست بلکه اساسا جانی برای استصحاب نمی‌ماند. چون استصحاب دلیل است در جانی که دلیلی وجود نداشته باشد. ولیکن در اصل دلیل این قول اشکال است زیرا شفعه تنها در جانی هست که تعداد شرکا از دو نفر تجاوز نکند. رجوع کنید: وسایل، ابواب الشفعه، باب ۷.

[۲۹۲]

فیها شفعة) (۱). و بعض اخبار دیگر هم ذکر کرده‌اند که دلالت آنها وضوحی ندارد. و در دلالت موثقه هم قرح کرده‌اند که شاید مراد صورت عدم اجتماع شرایط شفعه باشد، و تصریحی نیست در روایت به این که سبب نفی شفعه این است که ثمن قیمی است نه مثلی. و این بعید است به ملاحظه سیاق روایت. بلی میتوان گفت که لفظ دار حقیقت در مجموع دار است و هر گاه مجموع دار فروخته شد، مجالی از برای اخذ به شفع نمی‌ماند (مگر به سبب اشتراك در طریق (۲) و امثال آن) و اراده بعض از [لفظ دار مجاز است. و اولی در رد حدیث همان عدم مقاومت [آن] است با ادله مشهور، و هجر جمهور از

اصحاب عمل به آن را. واما اجماع منقول پس آن ضعیف است. به جهت مخالفت اصحاب، خصوصا این که شیخ در خلاف در موضع دیگر موافق مشهور است. وبدان که: خلاف کرده‌اند - بنا بر قول به ثبوت شفع در صورتی که ثمن قیمی باشد - در این که آیا قیمت روز بیع معتبر است یا قیمت روز اخذ به شفع یا اعلی‌القیم؟ -؟. اشهر و اظهر قول اول است. چون اخذ به شفع کاشف از انتقال است در آن وقت، و اخذ عین آن متعذر است. پس رجوع به قیمت آن می‌شود. و دلیل قول دوم این است که وجوب رد ثمن در حین اخذ به شفع ثابت می‌شود. پس قیمت آن وقت معتبر است. و هر گاه این را دانستی بر میگردیم به اصل مسأله و می‌گوئیم که: آن شخص ثالث که حق او مشاع باقی است و مباحثه قسمت نشده (گو قسمت به رضای او شده باشد) هر گاه قسمت را بیع دانیم، صادق است که شریک او حق مشترک خود را که این شخص ثالث در آن شریک است به آن شریک دیگر که حق او مفروز شده منتقل کرده و ثمن آن را

۱: وسایل: ج ۱۷، ابواب الشفعه، باب ۱۱ ح ۲.۱: توضیح: اشتراك در طریق وقتی موجب شفعه میشود که قبلا خانه‌ای مشترك باشد سپس تقسیم شود و راه آنها در حالت اشتراك (به صورت باقیمانده‌ای از اشتراك قبلی) باقی بماند. وگرنه همه خانه‌های يك كوچه بن بست در آن كوچه شريك هستند. و به عبارت دیگر: مراد از اشتراك در طریق، شرکت ملکی است نه حقی .

[۲۹۲]

مساوی آن از اجزاء این مشاع قرار داده که نصیب او است. و چون ملك مثلی نیست، پس مساوی قیمت آن جزء را میدهد به آن شخص که با او قسمت کرده است. چون ملكی قیمی است و ملك را متصرف می‌شود. و در اینجا وجوه دیگر هم هست در بیان شفع. مثل آن که شرکا دو نفر باشند و ثالثی در راه یا نهر شرکت داشته باشد. پس بعد از تقسیم دو شریک در ملك، این سومی که شریک در راه یا نهر است می‌تواند اخذ شفع بکند و قیمت را بالمناصفه به آنها بدهد، و تمام را صاحب شود. و مثل این که شرکا سه نفر باشند و یکی از آنها حصه خود را جدا کرده باشد و باقی مشاع مانده. پس بعد از تقسیم این دو نفر، آن شریک که حصه او مفروز بود می‌تواند اخذ به شفع بکند در حصه هر دو، بنا بر قول ابن ابی عقیل که شفع را در مفسوم جاری میداند. (۱) و گاهی تصویر می‌شود اخذ به شفع در (قسمت ردی)، بنا بر قول به [ثبوت حق الشفع در ثمن]. مثل این که زید و عمرو شریکند در خانه متخالف الابنیه که تعدیل سهام در آن نمیتوان کرد الا به رد چیزی از خارج، و همان زید با بکر شریک است در قطعه زمینی. پس هر گاه زید و عمرو قسمت کنند خانه را، و چنین اتفاق شود که زید حصه [خود از]

آن زمینی که بابکر شريك است در آن، به عنوان (سر بود) به عمرو بدهد. پس در این وقت هر گاه قسمت را بیع دانیم بکر می تواند اخذ به شفع کند در آن حصه که زید به عمرو داده. (۲)

۱۴۹: سوال: هر گاه املاکی به ارث برسد به جمعی از وراث بعضی صغیر و بعضی کبیر. و آن را قسمت کرده باشند. و به شهادت شش هفت نفری - که فی الجمله وثوق در دیانت و شهادت ایشان هست - اصل وقوع قسمت در زمان صغر دو نفر از ورثه، [به] ثبوت و تحقق پیوسته. لکن کیفیت آن به این نحو است که کبار ورثه در میان خود بدون

۱: البته ابن ابی عقیل نه قسمت را بیع میدانند و نه شفعه را در آن میپذیرد. ۲: عبارت نسخه: بنا بر قول به دین به بیع بودن قسمت. توضیح: حق الشفع در مبیع ثابت است اجماعاً. ولی اگر یکی از شرکا سهم خودش را ثمن قرار دهد، ثبوت شفعه در آن، مورد اختلاف است .

[۲۹۴]

آن که از جانب صغار ولی ای یا مجتهدی یا عدول المومنین (که خود را قائم مقام صغار نموده باشند و از جانب ایشان متصدی قسمت و مدعی شده باشند) املاک موروثی را که در مزارع متعدده داشته [اند] قسمت نموده و اقسام را به قرعه مشخص ساخته [اند]. نیم دانگ ملکی که مزرعه مسمی... (۱) بوده، (۲) از همه املاک شان (علی مقرر و صدقهم الشهود المطلعون) به قرعه حصه ورسد چهار پسر و دو دختر که دو پسر از آنها صغیر بوده‌اند شده. که حال نصف آن نیم دانگ (علی تقدیر الصحه) مختص دو صغیر ویک همشیره‌شان، بوده است. و بعد از وقوع قسمت مزبوره، کبار ورثه حصه مزبوره صغیرین را - لا حسبة عنهما بل به علت ضرورت و اضطراری که خود داشته‌اند - فروخته‌اند. و صغیرها بعد از بلوغ و رشد، اجازه قسمت را نموده [اند] و لکن اجازه (ما یترتب علیها من المعاملات) [را] ننموده‌اند. آیا در صورت معروضه، اصل قسمت که صغار را قائم مقامی سوای همان کبار که خود ارباب سهام‌اند - لکن علی ما قرروا بل وضع عندنا [که] حصه صغار در ملک مرغوبتر از سایر املاک شان نبوده است - صحیح است و لازم؟ یا نه؟. و در صورت صحت و عدم لزوم (که از قبیل عقود فضولیه بوده باشد) اجازه صغار بعد از بلوغ و رشد، با وصف مبیعات واقعه غیر مجازه که در بین واقع شده، مثمر لزوم قسمت می شود یا نه؟ -۲. و صغار را میرسد که حال یک طسوج (۳) ملک مقسوم به نحو مرقوم را از مشتری انتزاع نمایند یا نه؟ -۳.

جواب: بدان که: قسمت عبارت است از تمیز حقوق در صورت اشتراك. وآن حاصل می شود به تعدیل سهام اولاً وبعد از آن به قرعه زدن فقط در قسمت [ی که] قاسم حاکم باشد. یا با تراضی بعد قرعه در [قسمتی که] قاسم غیر حاکم [باشد]

۱: کویا مزرعه مورد نظر اسم ونامی داشته که در نسخه برداری تحریف شده است. ۲: عبارت نسخه:.. که مزرعه مسمی هر يك داشته‌اند که از همه املاك شان... ۳: يك دانگ یعنی ۶ / ۱ مجموع، ويك طسوج مساوی است با ۷ / ۱ دانگ که در بعضی مناطق (چارك) نیز گفته میشود. و فرض این است که سهم دو صغیر نصف نیم دانگ (مساوی يك طسوج) بوده است .

[۲۹۵]

بنابر قول مشهور مطلقاً. یا در قسمت رد بنا بر قولی (۱) یا بدون احتیاج به تراضی بعد از آن بنا بر قولی. واطهر عدم احتیاج به تراضی است بعد قرعه، مطلقاً. و دور نیست که هر گاه بعد تعدیل سهام [اگر] تراضی حاصل شود، همان کافی باشد در تعیین سهام و قسمت لازم شود. چنانکه مختار شهیدین است در لمعه و شرح آن. هر گاه این را دانستی پس بدان که: باید مباشر این امر خود ملاك باشند، یا وکیل آنها، یا ولی آنها. پس در صورتی که غیر مالک و غیر قائم مقام او تقسیم کند، لزومی نخواهد داشت. و اشکال در این است که آیا با اجازه مالک لازم می شود یا نه؟ -؟. و این موقوف است بر (قول به تصحیح فضولی مطلقاً حتی در قسمت). پس اگر قایل شویم به صحت آن، پس اجازه در صورت قرعه واضح است. چون قرعه هم به منزله صیغ عقود می شود. اما هر گاه اتمام قسمت به تراضی باشد مطلقاً، یا به تراضی بعد قرعه، پس اجازه متعلق به تراضی می شود و حاصل آن این است که (راضی شدم به رضای فلانی که از جانب من راضی شده بود). پس در صورت مسأله میگوئیم که: اولاً دلیلی بر صحت فضولی به عنوان عموم که شامل (قسمت) باشد در نظر نیست، و در کلام فقہائی که الحال کلام ایشان در نظر است تصریحی به آن ندیده‌ام و متعرض آن نشده‌اند. و رضای بعد از بلوغ بیش از حصول قسمت و تحقق آن، الحال، نمی کند. (۲) و بنابر [قول به صحت] فضولی [در] قسمت، از اول امر محقق می شود. خصوصاً بنابر آن که اجازه کاشف باشد. سلمنا که ادله فضولی شامل اینجا هست و کاشف از صحت از اول امر، هست که آن دانگ ملک در حین قسمت، ملک صغیر بوده الی الان. و نمای آن مدت هم مال او شود. لکن [این سخن] در وقتی خوب است که آن بیع کبیر در میان نیاید. و با وجود آن بیع، تصحیح قسمت به

۱: عبارت نسخه: در قسمت قاسم امام یا با تراضی بعد قرعه در غیر قاسم اما بنا بر قول مطلقا تا در قسمت رد بنا بر قولی. ۲: یعنی اگر اجازه واعلام رضایت موثر هم باشد تنها در حین اعلام می تواند قسمت را محقق نماید، و تأثیری در زمان گذشته ندارد .

[۲۹۶]

اجازه که کاشف از ملکیت صغیر شود در حین قسمت، مشکل است. به جهت آن که قبل از اجازه، صغیر لزوم قسمت ثابت نبود و ملکیت صغیر به عنوان تعیین متزلزل بود. چون موقوف بود بر اجازه، وی نصیب [ن] بود کبیر، وعدم جواز تصرف [کبیر] در آن هم قبل از اجازه ثابت نبود، و تصرف کردن او به سبب بیع در معنی فسخ قسمت است. پس بیع او در این نیم دانگ به قدر الحصه او نسبت به جمیع ترکه، صحیح خواهد بود، و در باقی موقوف به اجازه. پس دیگر تمیز و تعیین در این ملک از برای صغیر باقی نمیماند. و آن ملک به شیاع خود راجع می شود. و وجه صحت بیع این است که بیع جزء مقسوم به قسمت فاسده، یا قسمت غیر لازمه، واقع شده است. چنانکه این قول اظهر اقوال فقها است در بیع موهوب به هبه فاسده، و در بیع مال مورث به مظنه حیات او و انکشاف موت او قبل از بیع، و امثال اینها، که همان مصادفه ملک را در تصحیح بیع کافی دانسته‌اند. هر چند بایع جاهل به آن باشد. بلکه علامه در قواعد دعوی اجماع بر این کرده، یعنی در صحت بیع موهوب به هبه فاسده. و بعد گفته است (و هم چنین هر گاه بفروشد مال مورث خود را به اعتقاد حیات او، یا وصیت کند به غلامی که آزاد کرده او است و بعد ظاهر شود فساد عتق او). اگر چه در این مقام اشکالی وارد می آید که در صورت اعتقاد به صحت هبه و جهل به فساد آن - خصوصا در هبه لازمه - مقصود او بیع مال غیر است نه مال خود. و عقود تابع قصد است. پس چگونه بیع او از برای خود او صحیح خواهد بود به مجرد این که در نفس الامر مال او است -؟ لکن چون اطلاق عقود تنزیل می شود بر بیع مال خود، حکم می شود بر صحت آن. مگر در جائی که قرینه بر خلاف آن باشد، مثل مکره و هازل. در مانحن فیه قرینه بر قصد او هر چند ممکن است که تقسیم خود او باشد. و لکن چون ممکن است که از باب رجوع از تقسیم باشد - چون [آن تقسیم] لازم نبود - پس اعتماد بر آن قرینه مشکل است. چنانکه بعضی در تصحیح بیع موهوب به هبه غیر لازمه گفته‌اند (بعد از آن که در صحت وعدم صحت آن، دو قول نقل کرده‌اند) این که: ظاهر این است که اجزاء صیغه بیع مسبوق است به فسخ هبه. پس بیع بر ملک

خود [او] وارد شده. نه این که فسخ به لفظ بیع حاصل شده باشد تا بر آن وارد آید که (بیع واقع شده است بر مال غیر چون فسخ بعد از تکلم به آن حاصل می شود و ثانیاً صیغه جاری نشده). (۱) ولکن در اینجا بحثی دیگر هست و آن این است که: در عقد فضولی تزلزل در جانب فضولی است و در جانب مالک لازم است. و آنچه مذکور شد که (بی نصیب نبوده کبیر، وعدم جواز او در آن قبل از اجازه، ثابت نیست) ممنوع است. بلکه او ممنوع است از تصرف در حصه خود نیز. پس آن تصرف کاشف نیست از رجوع به شیاع. بلکه قسمت از جانب صغیر نسبت به کبیر لازم است، و تزلزل نسبت به صغیر است، و بعد از اجازه صغیر نسبت به هر دو لازم می شود. پس [بنا بر] فرض تسلیم جواز فضولی در قسمت، بیع کبیر مضر نیست به صحت و لزوم قسمت بعد از اجازه صغیر. پس در اینجا يك مرتبه سخن ما بین صغیر و کبیر است و يك مرتبه ما بین صغیر و مشتری، و يك مرتبه ما بین بایع و مشتری. اما دعوی صغیر با کبیر (پس [بر] فرض تصحیح اجازه چنانکه دور نیست ترجیح آن هر چند محل اشکال هست): پس به سبب اجازه او و اعتراف کبیر - به این که مال تو را فروختم - باید از غرامت مال صغیر بر آید. هر گاه نتواند عین را استیعاد کند باید غرامت قیمت و سایر خسارات را بکشد. و اما دعوی بایع و مشتری: پس قول مشتری که مدعی صحت است مقدم است. (۲) مگر این که بایع به اثبات برساند فساد را به این که ثابت کند بعد قسمت فروخته است هر چند فضولا باشد بالحقوق اجازه صغیر. زیرا که چنین بیعی لزوم ندارد و فاسد می شود هر گاه صغیر اجازه آن نکند چنانکه دانستی. و اما دعوی صغیر با مشتری: پس در اینجا قول مشتری مقدم است که مدعی صحت است. (۳) مگر این که صغیر اثبات کند که قسمت شده بود و او اجازه کرده بوده

۱: یعنی صیغه بیع تنها این تأثیر را دارد که هبه را فسخ میکند و بیع محقق نمیشود. چون بر مال غیر بوده. و پس از آن صیغه هم صیغه دیگری برای بیع جاری نشده است. - مراد از این توضیح، معنای لفظ (ثانیاً) بود که باید به جای آن لفظ (پس از آن) را بگذارید. ۲ و ۳: و معامله صحیح میشود نسبت به سهم و نصیب خود بایع .

[قسمت را] .

۱۵۰: سوال: زید فوت شد از سر پسری و دو صبیبه و زوجه. و بعد از آن که یکی از آن صبیبه [ها] هم فوت شده از سر ولد و زوجی و والده. و بعد از آن مخلفات زید را قسمت کردند. و يك قطعه باغ که موازی

شش جریب است حصه صبیہ متوفیہ شد. و مادر صبیہ (که مادر دیگران هم هست) سدس خود را از میراث صبیہ از آن باغ فروخته به صبیہ موجوده. وبعد از آن بنا را بر فسخ قسمت گذاشتند به تراضی کل که در مخلفات مشترک باشند. آیا الحال سدس مال آن صبیہ است و بیع صحیح و لازم و غیر منفسخ است؟؟؟ یا باطل می شود؟ یا صبیہ مستحق سدس ربع آن قطعه باغ است - یعنی سدس یک جزء ونیم -؟.

جواب: قسمت موجب تمیز حقوق است و بیع نیست و عقدی نیست. و ظاهر این است که اقاله و فسخ مختص عقود است. وبعد تصحیح قسمت و لزوم آن به قرعه یا تراضی، قسمت هر یک مختص او می شود. و رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در او بدون ناقلی از نواقل شرعیه، وجهی ندارد. و به هر حال بعد از قسمت صحیح که آن باغ حصه آن صبیہ شده و بر وجه میراث، سدس آن به مادر او رسیده و او به خواهر فروخته، دیگر وجهی از برای فساد بیع یا ناقص شدن میباید نیست. و مجموع سدس باغ مشاعاً مال همان صبیہ است که به او فروخته است.

۱۵۱:سوال: زید فوت شده. [و] عمرو را وصی خود کرد [ه بود] وبعد فوت او عمرو مزبور تفریق محاسبات او را با خالد (شريك زید) کرد. و خالد گفت به عمرو که) تقسیم ترکه را موقوف دار تا من اعلام کنم) و رفت. وبعد از رفتن او ورثه گفتند که قسمت امول پدر ما را بکن و حصه ما را بده و ما صبر نمیکنیم. عمرو تقسیم ترکه کرد و حقوق هر یک را داد. وبعد از چند وقت خالد آمد و گفت (مبلغ یکصد تومان ولید از من وزید که شريك من بود طلب داشت). و این مطلب به ثبوت شرعی رسید و خالد حصه خود را به ولید داد. الحال ولید پنجاه تومان حصه زید را از عمرو مطالبه میکند، یا از وراثت به

[۲۹۹]

قدر الحصة. و هر گاه وراثت فقیر شده اند و چیزی ندارند آیا بر عمرو لازم است ادای طلب ولید یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند اظهار در نظر حقیر این است که مال به سبب موت ملك وارث نمی شود (هر گاه دین یا وصیتی داشته باشد) تا اداء دین و وصیت نشود. خواه دین مستوعب ترکه باشد یا نه. و مقتضای این، موهم این است که چون ید عمرو وصی، بر مال وارد شده - که حق دیان متعلق به او است - ضمان متعلق به او شود. لکن چنین نیست زیرا که ید عمرو (ید امانت) است و مادامی که تقصیر نکرده بر او ضمانتی نیست. و مادامی که دین ثابت نشده بود تکلیف او اداء به ورثه بود. با وجود این که ضمانتی که ثابت است در صورتی است که ید غاصبه باشد، یا تصرف در [مال] به غیر حق کرده باشد هر چند عادی نباشد. و در اینجا تصرف به غیر حق نشده. چون تصرف وارث در مال قبل از ادای دین در این صورت

جایز است. واما بنا بر قول ثبوت ملك از برای وراثت: پس اشکالی نیست در عدم ضمان عمرو. پس ولید باید حق خود را از هر يك از ورثه به قدر الحصة بگیرد، ودر صورت فقر و اعسار جمیع، مهلت دهد تا خدا وسعت دهد. ودر صورت قدرت بعضی بعضی پس هر گاه عین مال باقی نیست، بر او هم لازم نیست الا به قدر حصه او. واما اگر عین باقی است وحصه او وفا به همه پنجاه تومان میکند یا زاید بر قدر حصه او [است]، در اینجا اشکال است: از این جهت که دین متعلق بر عین میراث است و مادامی که ادای دین نشده از مال میت بیرون نرفته است بنا بر اظهار. واز این جهت که تعلق دین به مجموع میراث است پس موزع است به جمیع حصص، وزیاده از حصه به آن شخص قادر نمیرسد. ودر صورت ترجیح ثانی.

۱۵۲:سوال: زید با عمرو در يك باب حمام بالمناصفه شريك. و عمرو حمام را مهمل گذاشته. زید به او میگوید که (حمام را اجاره بکن یا اجاره بده). عمرو به هیچ يك راضی نمی شود. در این صورت زید می تواند با عمرو نوبه بکند؟ و حد مناوبه چه نحو است؟ و چنانکه زید ایام نوبه خود را تمام کند و عمرو در نوبه خود حمام را

[۲۰۰]

بخواهاند ودر آن اوقات در حمام خرابی بهم رسد، موافق شریعت مقدسه عمرو ضامن خرابی است - از قراری که اهل خبره واریاب و قوف تصدیق نمایند که خرابی به تقریب خوابانیدن عمرو مزبور حاصل شده - [و] باید از عهده غرامت بیرون بیاید یا نه؟ -.

جواب: چون حمام از جمله اشیائی است که قابل قسمت نیست، پس انتفاع بردن از آن موقوف به رضای آنهاست بر این که هر يك به قدر الحصة خرج کنند در آن و نفعی که حاصل شود قسمت کنند با هم به قدر الحصة. یا آن که احدهما به دیگری اجاره بدهد حصه مشاع خود را. یا به ثالثی اجاره بدهند و وجه اجاره را قسمت کنند. واما (مناوبه) که آن را (مهایات) میگویند پس آن نیز جایز است. به این نحو که يك ماه او منتفع شود از حمام و يك ماه شريك او. ودر این صورت حمام در دست هر يك از آنها امانت است. و هر گاه امین تفریط و تعدی کند ضامن غرامت است. پس خوابانیدن حمام هر گاه منشأ این می شود که ساروج (۱) آن عیب کند و سست شود، یا تیان (۲) حمام جدا شود و آب از آن برود و امثال آن، آن شخص ضامن غرامت می شود. واما هر گاه از این جهات عیب نمی کند به جهت آن که آب سردی در حمام نگاه میدارد و محافظت از این ناخوشیها میکند لکن به سبب سرد ماندن در این مدت نوبه شريك [اگر خراب] شود، که باید بسیار هیزم بسوزاند تا گرم شود، یا به سبب خوابانیدن مشتریهای حمام و مترددین آن حمام به حمام دیگر میروند ودر نوبه شريك دیگر نمیآیند، پس غرامت به این نقصان، معلوم

نیست که لازم باشد، چون این نقصان به خود حمام نرسیده. همچنانکه هر گاه عوامل یا چاروای بار کش به سبب خوابانیدن حمام چند روز (به اصطلاح عوام) حمام (۱) می شود و هر گاه نوبه کنند در عمل، و شریک خود آن را در نوبه بخواباند، نوبه شریک [دیگر] که رسید باید با آن مدارا کند و عمل کامل نمی تواند کرد. به هر حال مهاریات نه از امور لازمه است که تخلف از آن نتوان کرد، و نه هم بعد از

۱: در نسخه: صاروج. - عربی: صهروج. ۲: دیک بزرگ هزینه حمام. ۱: کذا. - (خام) نیز گفته میشود .

[۲۰۱]

ترازی بر مهاریات لزوم دارد. و بلکه بر هم میتوانند زد. پس نگذارند که کار به اینجا برسد که دعوی کنند. **۱۵۳: سوال:** هر گاه شرکا ملکی را قسمت کنند و تعدیل سهام در آن نشده باشد و زیاد و کم داشته باشد و تراضی واقع شود خواه با قرعه یا بدون آن. و بعد از [آن] آن که مغبون است بگوید من راضی نیستم. و چند سال بگذرد و شرکا بر هم زنند قسمت را، و مغبون هم تصرف در آن میکرده باشد، و لکن مکرر اظهار عدم رضا میکرده. آیا این قسمت لازم است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که قسمت صحیح نیست. و محض تراضی منشأ لزوم نمی شود هر چند بعد قرعه باشد. و مغبون هم عالم به غبن بوده باشد. زیرا که حقیقت تقسیم متحقق نمی شود الا به تعدیل سهام و مفروض این است که آن به عمل نیامده و محض تراضی منشأ لزوم نمی شود. و عقد دیگر هم وقوع نیافته که به این سبب لازم شود. [و] مفروض این است که از بابت (قسمت رد) هم نیست که معاوضه بر آن صادق آید بر فرضی که نفعی هم بر آن مترتب شود.

کتاب القسمة من المجلد الثالث:

۱۵۴: سوال: زید و عمرو شریکند در عمارتی که مشتمل است بر بیوتات و فضا و حوض و چاه با نهر آبی که در آن عمارت عبور میکند. و بعد از قسمت و تعدیل سهام، حوض و چاه در حصه زید واقع شده، و هم چنین آن فضا و نهری که در آن عمارت عبور میکند و لکن از برای عمرو حق الشرب همین است که از آن حوض و چاه و نهر آب دارد و بیاید در خانه و فضای حصه خود استعمال کند. آیا می تواند در لب نهر و حوض و کنار چاه بنشیند و استعمالاتی که متعارف است و غسل ثياب و وضو و غیرهم بکند؟

جواب: قسمت عبارت است از تمیز حقوق. پس باید معلوم باشد که چه حقی را از برای این حصه قرار داده‌اند. پس اگر تعیین شده حقوقی که برای عمرو باقی مانده به همان اقتصار میکند. و اگر مجهول است، قسمت باطل است. و هر گاه مدت متمادی

[۲۰۲]

شده باشد و شهود شهادت بر همین لفظ میدهند، باید رجوع کرد به عرف زمان قسمت که معنی آن چه چیز بوده است. و هر گاه عرف آن زمان مجهول است برای ایشان پس اصل مقتضی آن است که صاحب این سمت که عمرو دارد، مستحق باشد انتفاع از حوض و چاه و نهر را بر وفق حالت سابقه که مشترک بودند در آن. زیرا که مجموع بیوتات مشترک بودند در این حق. به این معنی که هر کس در هر يك از آنها ساکن بود در حین شرکت مستحق آن انتفاعات بود و الحال که بیوتات و فضاهاى تابع آنها مفروز شد، هر سمتی چنان که اعیان مال او شده حقوق هم تابع اعیان است. چنانچه علامه در تحریر تصریح کرده به این که (هر گاه یکی از دو خانه که حصه احد شرکا شده و لکن آب باران خانه شریک بر بام خانه او جاری می شود، نمی تواند بعد قسمت منع کند. مگر این که در حین قسمت شرط کرده باشند منع آن را). و این نیست مگر به سبب این که نقل اعیان مستلزم نقل حقوق هم هست. و آن شرط داخل تعدیل سهام است هر گاه تعدیل به این نحو کرده باشند که حق شریک ساقط باشد. و در صورت سوال: زید و عمرو متفق اند بر بقای حق انتفاع فی الجملة، و نزاع دارند در کیفیت آن، قول عمرو مقدم است با یمین. چون موافق اصل و ظاهر (هر دو) است. و بهتر این است که لجاج نکنند و بنا را بر صلح گذارند. و الله العالم.

۱۵۵: سوال: به عرض عالی میرساند که: هر گاه ملکی مشترک و مشاع باشد فی مابین شش نفر شریک. و دو نفر از شرکا وکالة عن قبل الكل ملك مزبور را منقسم به دو قسم متساوی نموده [اند] که نصف، مشاع باشد فی مابین سه نفر و نصف دیگر [مشاع باشد میان سه نفر دیگر (۱)]. بعد از قسمت و تصرف هر يك در حق خود، بعضی از شرکا منکر توکیل گردیده. به جهت عجز از اثبات، بر طبق انکار یکی از منکرین اتیان به قسم نموده. فلماذا بعضی حکم کرده‌اند که به مجرد اثبات بعضی از شرکا به قسم، مجموع قسمت باطل، و احتیاج به قسم خوردن سایر منکرین نیست. زیرا فایده قسمت امیتاز سهم است. و چون سهم آن یکی که قسم خورده به اشاعه مشترک می شود میان کل

[۲۰۲]

شرکا، سهم سایر شرکا نیز به اشاعه بر میگردد، و فایده که از قسمت مطلوب است مفقود می شود. پس قسمت باطل خواهد بود، چنانکه بعضی از علما تصریح به این نموده‌اند در صورتی که قسمت اتفاق افتد و مستحقی دیگر در آن ملك ظاهر بشود، اعم از این که متقاسمین چنین تقسیم، عالم به استحقاق او یا جاهل باشند. و بعضی دیگر از شرکا میگویند که: مقصود از قسمت مزبوره امتیاز تام نبود. بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود که بعضی از شرکا لجاجت مینمایند و نمی گذارند که امر از پیش برود [و می خواهند که] سهم آنها مفروز باشد، و الا ان نیز سهم آنها مفروز است. آن یکی که قسم خورده مضایقه در اشاعه سهم آن نیست، نصف سدس از سهم ما بگیرد و نصف سدس از آن سه نفر دیگر، که اولاً نیز سهم آن بالتمام فی مابین ایشان بالاشاعه بود. مجمل امتیاز اجمالی که مطلوب طرفین باشد الان باقی است. آیا با وجود فایده تامه مطلوبه، قسمت بالمره باطل است؟ یا آن که بر صحت خود باقی است؟ یا سایر منکرین قسم بخورند؟ و تصریحی از احادیث، یا اجماع محقق بر بطلان قسمت مزبوره هست یا نه؟ -؟.

جواب: بدان که: قسمت مابین شرکا [را] میتوان فرض کرد به عنوان تعدیل سهام [به عدد] اشخاص، و می توان فرض کرد به تعدیل سهام جماعتی از آنها با جماعتی دیگر. پس هر گاه قسم خوردن آن بعض شرکا در نزد حاکم شرع واقعی واقع شده بعد از مرافعه، همانچه بعضی حکم کرده‌اند به بطلان قسمت، صحیح است. چون به منزله این می شود که بدون حضور بعض شرکا [قسمت انجام یافته است]. [و اینکه] بعض شرکای دیگر به این متمسک شده‌اند که مقصود ما از قسمت امتیاز تام نبوده بلکه مطلوب امتیاز اجمالی بود (نامربوط است و تشریح است. زیرا که مفهوم و ماهیت قسمت، امتیاز حقوق است بر وجهی که اشاعه بین السهام المفروض باقی نماند. (۱) هر چند در نفس سهام مفروزه (بین الشركاء فیها) اشاعه باقی بماند. (۲) پس قسمت و تعدیل

۱: در نسخه: بین السهام المفروز - توضیح: یعنی اگر فرض بر این است که قسمت در بین احاد مشترکین باشد، و یا در بین دو گروه از شرکا (ویا در بین چند گروه) در هر صورت باید کاملاً افراز به عمل آید و اشاعه نماند. ۲: و در نسخه: نمانده .

سهام یا بین احاد و اشخاص شرکا واقع می شود یا مابین [حصه] دو نفر (مثلا) و حصه دو نفر دیگر. گو حصه هر يك از آن دو نفر باز بر اشاعه باقی مانده [باشد] ودر ما نحن فيه [نه] تمیز مابین سهام کل واحد از اشخاص به جا مانده، و نه تمیز ما بین این جماعت و آن جماعت. و این که میگویند (ما راضی هستیم که آن که قسم خورده نصف حصه خود را که نصف سدس است از این نصف بگیرد و نصف [دیگر [سدس را از آن نصف دیگر.) به اشتهای آنها نیست. گاه است که آن که قسم خورده راضی به آن نباشد. [واگر راضی شود] این محض تراضی است. هر گاه همه راضی باشند به این نحو که او حصه خود را نصف از اینجا بگیرد و نصف از آنجا، این محتاج است به معامله جدید. زیرا که این شخص داخل يك طرف است بالفرض. پس هر گاه قسمت نسبت به او باطل شده و او خواهد که نصف سدس را از طرف دیگر بگیرد، باید آن طرف هم نصف سدسی از آن طرف در عوض آن بگیرد. تا آن که مساوات میان شش نفر حاصل شود. و این معنی قسمت، نیست. و چنانکه این نصف سدس که صاحب قسم از آن طرف میگیرد شایع می شود در (۱) جزء لایتجز [ا] ی، این نصف که شرکای این طرف میگیرند هم شایع می شود در جز لایتجز [ا] ی این طرف، و تمایز حقوق به هیچ يك از آن دو معنی سابق متحقق نمی شود. بلی هر گاه مجددا تراضی واقع شود که مجموع شش دانگ به این نحو قسمت شود که دو دانگ و نیم ما بین آن دو نفر و نصف حصه صاحب قسم باشد، و سه دانگ و نیم ما بین آن سه نفر دیگر و نصف حصه صاحب قسم. و به قرعه یا تراضی راضی شوند. آن قسمت جدیدی است و صحیح است. و به هر حال آنچه بعض شرکا به آن متمسك شده، بی وجه است.

۱۵۶:سوال: لو ظهر بعض المقسم [مستحقا للغير] فهل تبطل القسمة ام لا؟ -؟.

جواب: ان كان [حصة] المستحق معينا وكان كله او اكثره في نصيب احدهما، بطلت القسمة. ووجه ظاهر. لفوات حق من اتفق المستحق في نصيبه. وان كان في

نصیبهما علی السوية، لم تبطل القسمة، ویاخذ المستحق نصيبه. سواء اتحدت الجهة (كما كان حصته ثلث المجموع المتعين بشخصه قد اتفق وقوعه بين الثلثين الذين حصل للمتقاسمين المتساويين) او تعددت - كما لو كان سدسان متمایزان احدهما في اول حصة احدهما والثاني في آخر حصة الاخر. وذلك

اذا لم يجب نقضا فى حصة احدهما، كلزوم سد الطريق او مجرى الماء. اذ حصول الظلم لاحدهما بسبب اخذ المستحق حصته يبطل القسمة ح. لانكشاف عدم تعديل السهام فى نفس الامر. وان كان المستحق مشاعا، فالاقرب البطلان. كما اختاره العلامة فى القواعد و المحقق فى الشرايع والشهيد الثانى فى المسالك وجعله فى النهايه احد قولى الشيخ. وجعله فى الايضاح اصح القولين. ووجه ايضا ظاهر. لان القسمة هو تميز الحقوق برضاء الشركاء. والمفروض عدم رضاء المستحق حين القسمة، فلا يتعين للمتقاسمين بقدر حصتهم ايضا. اذ قد يقول المستحق انى لا ارضى بوقوع حصة هذا الشريك فى سمت المشرق الذى وقع حصته فيه (مثلا) بجهة من الجهات الا ان تقتضيه القسمة الصحيحة برضائى. وما قد قرع سمعك انه يجوز اجتماع [حصة] فى حصة (١) واخرى فى اخرى ولا يجب تميز جميع حقوق احاد الشركاء فى صفة القسمة، فانما هو مع رضاء الكل، لامطلقا والقول بالصحة: نقله فى الايضاح عن المبسوط. ولكنه وان اختار اولا الصحة و لكن يظهر منه اخيرا ترجيح البطلان. وهذه عبارته (وان كان مشاعا بطلت فى قدر المستحق ولم يبطل فى ما بقى). ثم قال (وقال قوم يبطل ايضا .والاول مذهبنا و الثانى ايضا قوى لان القسمة تميز حق كل منهما عن صاحبه وقدبان انه على الاشاعة). و قال ايضا (العلة الجيدة فى ذلك انها قسمها نصفين وثلاثها لغيرهما، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة). فهذه العلة ذكرها اخيرا فلا اشكال فى [انها] ظاهرة فى رجوعه عن القول الاول، ومبطله لتوهم ادعائه الاجماع

١: وفى النسخة: انه لايجوز اجتماع فى حصته واخرى فى اخرى ...

[٢٠٦]

على الصحة بسبب قوله والاول مذهبنا. (١)

١٥٧:سؤال: آیا قسمت دیوار صحیح است یا نه؟-؟ و هر گاه احد شریکین امتناع کند اجبار می شود بر تقسیم یا نه؟-؟.

جواب: اظهر آن است که: جایز است تقسیم دیوار طولا و عرضا با تراضی طرفین . ودر صورت عدم رضا اجبار جایز است در تقسیم طول. به این معنی که نصف مجموع دیوار عرضا و طولا وعمقا از یکی باشد و نصف دیگر از دیگری. تفصیل مقام این است که اولاً باید دانست که معنی قسمت دیوار به چند نحو ممکن است؟ و کدامیک از اقسام موضوع مسأله هست؟ تا حکم مسأله معلوم شود: بدان که هر جسمی قابل ابعاد ثلثه است یعنی طول و عرض و عمق. و مراد از طول و عرض در اینجا آن دو مسافتی

است که در سطح جسم مشاهده می شود. خواه مساوی باشند در مقدار مثل خشت مربع متساوی الاضلاع، و خواه یکی از آنها درازتر باشد از دیگری. ولکن غالب استعمال در طول و عرض این است که یکی از آنها در مسافت درازتر [از] دیگری باشد، و آن درازا را طول میگویند و کوتاها را عرض. و بدان نیز که: هر جسمی را شش جهت است فوق و تحت و یسار و یمین و قدام و خلف. و ملاحظه طول و عرض و عمق به حسب اختلاف جهت مختلف می شود. مگر در جسم مربعی که جمیع اطراف آن در مسافت متساوی باشند که در آنجا اختلافی نیست. پس هر گاه دیواری باشد که ارتفاع آن از زمین تا به جانب آسمان بیست ذراع باشد، و امتداد آن از جنوب به شمال [ده] ذراع، و ثخن و کندی آن دو ذراع باشد. هر گاه سطح [فوقانی] را در نظر آوریم میگوئیم عرض آن دو ذراع است و عمق آن بیست ذراع. و همچنین است سطح تحتانی. و اگر سطح غربی را به نظر در آوریم که همین قسم است عرض او در دو ذراع و طول آن بیست ذراع و عمق آن ده ذراع. و هم چنین سطح شمالی، و چون تقسیم دیوار نسبت به غیر ملاحظه سطح فوقانی یا بی فایده است یا ممتنع. زیرا که

۱: این سوال و جواب آن، در مسأله شماره ۱۴۳ با بیان دیگر بحث شده. رجوع شود .

[۲۰۷]

غرض تقسیم دیوار است با بقایر وصف دیوار بودن. نه از برای جدا کردن سنگ و خاک و آجر و غیر آن. پس کلام را مختص تقسیم آن نسبت به ملاحظه سطح فوقانی کرده اند. و تقسیم آن در این هنگام یا نسبت به عرض است یا نسبت به طول. و کلام فقها در تقریر قسمت طولی و عرضی، مختلف است. آنچه از جمعی نقل شده - که از جمله آنها علامه است در تذکره و شهید در دروس - این است که مراد از قسمت طولی، آن قسمت کردن است در کل طول و نصف عرض. به این نحو که خطی در میان سطح فوقانی بکشند که يك سر آن (مثلاً) از جانب جنوب باشد و سر دیگر به شمال منتهی شود که هر يك از دو شريك نصف عرض را دارند که يك ذراع است. و کل طول دیوار را، مثل این شکل (؟؟؟؟). و مراد از قسمت عرضی این است که قسمت شود در نصف طول و کل عرض. مثل این شکل (؟؟؟؟). و از بعضی به عکس این حکایت شده، که از جمله ایشان است شیخ در مبسوط و علامه در تحریر. و اظهر قول ثانی است. زیرا که مراد از قسمت تمیز حقوق است و جدا کردن آنها از یکدیگر. و قسمت از جانب طول [در] معنی این است که طول را پاره پاره کنیم و عرض به حال خود باقی باشد، چنانکه در شکل دوم تصویر کردیم. (۱) و هم چنین در قسمت عرض، عرض را پاره میکنیم و طول به حال خود باشد.

چنانکه در شکل اول است. وبه هر حال، مشاحه در (اصطلاح) خوب نیست، باید ملاحظه دلیل را کرد که کدام قسم صحیح است و کدام فاسد. پس میگوئیم که ظاهر اکثر جواز قسمت است طولاً و عرضاً. بعضی استدلال کرده‌اند به این که هر گاه هر دو راضی شوند به خراب کردن دیوار، جایز است، پس قسمت به طریق اولی جایز خواهد بود. (۲) و این سخن تمام نیست، بلکه قیاس مع الفارق است. زیرا مراد ما ترتب حکم قسمت است از لزوم وعدم جواز رجوع، و غیر آن. و سخن در جواز مطلق تراضی بر امری نیست.

۱: در نسخه: ... چنانکه در شکل دوم تصویر را نکردیم. ۲: و در نسخه: به طریق اولی جایز خواهد بود.

[۲۰۸]

اولی استدلال به حدیث (نفی ضرر) (۱) است که در اکثر مسایل قسمت همان معیار است (۲). پس به جهت آن که شیاع و منع از تسلط تصرف در مال به هر نحو باشد، موجب ضرر است، پس آن مجوز قسمت است. و بعد از قسمت و تمیز حق، ثانیاً عود به آن، محتاج به دلیل است. چنانکه در محل خود بیان کرده‌ایم. (۳) و از بعضی ظاهر می شود منع از این قسمت در قسم اول - که جماعتی آن را قسمت طولی نامیده‌اند و ما قسمت عرضی نامیدیم - و وجه منع این است که تمیز حق یا به این است که حصه‌ها [را] از یکدیگر قطع کنند (مثل این که چیزی را دونیم میکنند). یا آن که همان خطی که در فوق سطح در میان اصل سطح بکشند که هر گاه هر یک خواهد سر درختی بر سر دیوار گذارد از برای سقف کردن، از آن خط تجاوز نکند. بنا بر اول دیوار ضعیف می شود و تاب تحمل بار ندارد و منتفع نمی تواند شد. و بنا بر ثانی باز لازم می آید که حصه شریک متحمل ثقل حصه شریک دیگر باشد. پس لازم می آید تعدی و ظلم بر شریک. خصوصاً هر گاه آن شریک درختی در مقابل آن نگذارد. و با وجود همه آنها میگوئیم که یکی از احکام قسمت قرعه است که بعد از تعدیل سهام قرعه میکنند. و در اینجا قرعه متصور نیست. زیرا گاه است که قرعه اسم این شریک به طرف شریک [دیگر] در می آید و برای هیچ کدام نفعی ندارد، و مال از مالیت بیرون می رود. و دفع این کلمات به همین می شود که گفتیم که دفع ضرر است، و ملتزم نمیشویم که قرعه از داخل مهیت قسمت باشد، یا از لوازم آن باشد. بلکه هر گاه تعدیل سهام شود [و] تراضی واقع شود و تصرف کنند بدون قرعه، در قسمت واقعی لازم میدانیم (چنانکه از شهید (ره) ظاهر می شود (۴)) پس در اینجا که [قرعه] ممکن نیست، به

۱: وسایل: ج ۱۷، ابواب احیاء الموات، باب ۱۲ ح ۲ و ۴ و ۵: ۲: مشروح این موضوع در مسأله شماره ۱۳۹ گذشت. ۳: مراد مصنف (ره) در اینجا بیان چگونگی (لزوم) در معامله قسمت است، که این لزوم منشائی غیر از حدیث (نفی ضرر) ندارد. ۴: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۴۰ همین مجلد، که نظریه‌های دیگران نیز بحث شده است .

[۲۰۹]

طریق اولی صحیح و لازم می شود. و از اینجا معلوم می شود که تحمل ثقل درختهای شریک هم [به] تراضی و تمیز حقوق که بر این نحو معهود باشد ضرر ندارد. پس این قسمت به همین نحو می شود که خطی بکشند در وسط سطح که احدهما تجاوز از آن نکنند در فوق سطح. گو باقی دیوار بر شراکت فی الجملة باقی باشد. و هم چنین تصرفات دیگر از هر يك در سمت خود که مضر به دیگری نباشد، جایز باشد. و هر گاه ممکن باشد بریدن حصه هر يك از دیگری که ضرر به هیچ کدام لازم نیاید، که دیگر اشکال کمتر است. و به هر حال سخن در این مقام در جواز تراضی طرفین است بر امری. و اما هر گاه یکی از آنها امتناع کنند. آیا اجبار میتوان کرد یا نه؟ -؟ پس علامه منع کرده است در قواعد در هر دو صورت. و از تذکره حکایت شده جزم به عدم جواز اجبار در صورت تقسیم عرضی - یعنی آن که ما او را تقسیم عرضی نامیدیم - و در صورت دیگر گفته است که اگر آن شخص که امتناع میکند متضرر نمی شود به قسمت اجبار میکنند، والا، فلا. و از شهید و محقق ثانی هم موافق او ظاهر است. و از بعضی توقف ظاهر می شود. و دلیل منع در صورت اول، از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. زیرا که اصل وضع [قسمت] در شرع مبتنی بر (رفع ضرر) است که به سبب شیاع و عدم تسلط مالک بر تصرف است. پس هر گاه در تقسیم ضرری اعظم از ضرر شیاع، حاصل شود چگونه جایز باشد. خصوصا با ملاحظه وجوه دیگر که مذکور شد: از عدم تمیز حق بدون جدا کردن و عدم تمکن از قرعه (۱) هر گاه آن را لازم دانیم. و اما راه منع در صورت ثانی - با وجود این که اکثر آن مفاصد در اینجا نیست - این است که در اینجا هم میتوان که تکیه هر يك از آن دو نصف دیوار (از جانب طول) (۲) به آن نصف دیگر است. و هر گاه جدا کنیم ضعیف می شود. و هر گاه جدا نکنیم ثقل هر يك به دیگری میافتد و همان تعدی لازم می آید. و هم چنین به سبب برید [ن] آنها از یکدیگر قدری از اجزاء تلف می شود. و دفع این کلام به این می شود که این ضررها در

۱: عبارت نسخه: ... وجوه دیگر که مذکور شد آن عدم تمیز حق بدون جدا کردن از تمیز و عدم تمکن از قرعه... ۲: در نسخه: آن جانب طول .

برابر ضرر شرکت واقعی ندارد، و باید رفع ضرر زاید را کرد. و بدان که: در عبارت قواعد در این مقام خلافتی هست. چون گفته است (ولو طلبا قسمته طولاً او عرضاً جاز، ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول و نصف العرض. وكذا في نصف الطول وكل العرض. ويصح القرعة في الثانية دون الاولى، بل يختص كل وجه بصاحبه). واز این عبارت معلوم می شود که (قسمت در كل طول و نصف عرض، و نصف طول و كل عرض) صورت دیگر باشد غیر از (قسمت طولی و عرضی) که در اول گفت. و حال آن که مراد از این دو عبارت همان (طولی و عرضی) است که در اول کلام [بود که] سخن در جواز تراضی بود در هر يك از قسمت طولی و عرضی. و در آخر کلام سخن در جواز امتناع و عدم آن است. پس اگر میگفت (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل منهما) کافی بود. منتهای امر نظر به این که منع از اجبار، در تقسیم عرض اظهر بود، [لازم بود] بگوید (ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في العرض. وكذا في الطول). چنانکه به همین کلمه (وكذا) در کلام او اشعار به این معنی هست. پس ذکر (كل العرض و كل الطول) بی فایده است. و کافی بود این که بگوید (في تنصيف العرض وتنصيف الطول). (۱) و اما آن عبارت آخری که صحیح گفته است ([صحت] قرعه در ثانی دون اول) اشاره است به این که یکی از ناخوشیها که در اجبار بر تقسیم لازم می آید، عدم امکان قسمت بود از راه عدم امکان تحقق لزوم که آن [به دلیل عدم] قرعه است. و آن در صورت ثانی وارد نیست، چون ممکن است قرعه (بخلاف صورت اولی که ممکن نیست قرعه. زیرا گاه است که قرعه او به طرف شريك میافتد و منتفع نمی تواند شد به آن) پس منع از اجبار در این صورت اضعف است، هر چند مختار او منع در هر دو صورت است .

۱: عبارت نسخه: في تنصيف نصف عرض وتنصيف الطول .

کتاب المضاربة

(من المجلد الاول)

۱۵۸:سوال: آیا جایز است که شخصی متاعی به شخصی بدهد که معامله کند و [بخرد و] بفروشد. و شرط کند که اخراجات ماکول وملبوس ومرکوب در آن سفر [از] میان باشد، و آنچه ربح حاصل شود به طریق حق السعی يك ثلث آن را بردارد. و هر گاه این جایز باشد آیا می تواند نصف متاع را به او بفروشد به ذمه ویا او شریک باشد و به عقد شراکت این معامله را به نهج مزبور کرده باشند یا نه؟ -؟.

جواب: این معامله مضاربه نیست. به جهت آن که شرط است در مضاربه که آن مال عین موجود باشد و درهم و دینار باشد. و متاع دیگر قابل مضاربه نیست. حتی در پول سیاه هم مضاربه نمیتوان کرد. (۱) و خلاف در مسأله هم ندیده‌ام، و اجماع هم بر آن نقل نشده. و در مضاربه اخراجات سفر (از ماکول وملبوس ومرکب) از آن مال جایز است. خواه شرط شود و خواه نشود. و اگر خواهیم این را از باب (جعاله) بکنیم - چنانکه صورت سوال: دلالت بر آن دارد - دور نیست که صحیح باشد. هر چند مشهور علما شرط

۱: مراد از (پول سیاه) سکه‌های مسی میباشد (یا از هر چیزی غیر از طلا و نقره). و بنابر این مطابق این فتوای میرزا مضاربه در اسکناس هم نمیشود. لیکن متاخرین (معاصرین) عموماً بل اجماعاً مضاربه را در پول سیاه و اسکناس، صحیح میدانند. و این موضوع نیازمند بحث طولانی است خصوصاً از نظر (اعتبار با پشتوانه) و (بدون پشتوانه) یا مطلقاً و ...

[۲۱۲]

کرده‌اند در جعاله که باید عوض معلوم باشد، [و] در اینجا مجهول است. و قول دیگر این است که هر گاه وجه جعاله بذاته معین باشد و منجر به دعوی و نزاع نمی شود، جایز است. مثل آن که بگوید هر گاه غلام گریخته مرا بیاوری نصف آن از تو باشد. یا جامه که من گم کرده‌ام هر گاه پیدا کنی ثلث قیمت آن از تو. و از این باب است حدیث شریف (من قتل قتیلاً فله سلبه) (۱). و ظاهر این است که مانحن فیه از این قبیل باشد و غیر وسفاهتی در این لازم نمی آید. بلی اگر بگوید: هر که گمشده مرا بیاورد من به او احسان خواهم کرد، یا چیزی یا حیوانی به او خواهم داد، و امثال اینها. باطل خواهد بود. و هر چند این سخن هم خالی از اشکال نیست علی الاطلاق. و بر هر تقدیر در صورت فساد عقد رجوع به اجرت المثل عمل می شود. و عمل عبارت است از تمام کردن، و تمام شدن نمی شود مگر به رد گریخته و تسلیم به صاحب و امثال آن. و اما سوال: از شرکت: پس هر چند در شراکت شرط نیست که مال درهم و دینار باشد، و [لکن] ممانعت مالها به هم شرط است. پس باید نصف متاع را بفروشد. و اگر نصف معین را بفروشد. حیلۀ کند در امتزاج به این که در ثانی احدی نصف متاع خود را بفروشد به نصف متاع دیگری، و بعد از آن عمل کنند. ولیکن در شراکت ربح تابع مال است، پس در صورت مزبوره ربح هم نصف می

شود. هر چند در صورت (شرط تفاوت حصه با وجود تساوی مال ها) یا (تساوی حصه با تفاوت مال ها) خلاف است (۲) و جمعی تجویز کرده‌اند. و دور نیست که جایز باشد. و بعضی باطل دانسته‌اند. و بعضی شراکت را صحیح میدانند و شرط را باطل میدانند. و لکن این خلاف در صورتی است که هر دو شریک‌ها عمل کنند. و اما در صورتی که یکی عمل بکند (مثل صورت سوال): پس آن که فقها تجویز کرده‌اند این است که حصه عامل را میتوان زیاد کرد. و در صورت سوال: حصه عامل را کمتر قرار داده‌اند. (۳) و بدان که: تجویز فقها شرط زیادتی را از برای عامل مبتنی بر آن است که این معامله

۱: سنن بیهقی: ج ۶ ص ۳۰۷ و ۳۰۹ و ۳: رجوع کنید به مسایل کتاب شرکت خصوصا به مسأله شماره ۱۲۶، همین مجلد .

[۲۱۳]

مرکب می شود از شرکت و مضاربه، و آن زیادتی در ازای عمل خواهد بود. و در این صورت اشکالی بهم میرسد در صورت سوال: که مال درهم و دینار نبوده است، علاوه بر آن ناخوشی دیگر که حصه او را کمتر کرده‌اند نه زیادتر. پس ما هر گاه خواهیم تصحیح عقد مرکب از شرکت و مضاربه بکنیم باید مال درهم و دینار باشد، و عمل هر گاه از هر دو نباشد زیادتی ربح را از برای عامل قرار بدهیم، یا از برای کسی که عمل او بیشتر باشد هر چند هر دو عمل بکنند.

کتاب المضاربه من المجلد الثانی:

سوال: ۱۵۹: [اگر] زید مبلغ صد تومان به عمرو بدهد به عنوان مضاربه که ثلث ربح از عمرو باشد. و اذن بدهد که به سفر برود. و اتفاق افتد که پنجاه تومان آن در راه تلف شود بدون تقصیری از عامل. و یا پنجاه تومان دیگر معامله کند و صد و پنجاه تومان ربح به عمل آید. آیا پنجاه تومان از ربح مال عمرو است یا نه؟ -؟

جواب: هر گاه آن پنجاه تومان بعد از دوران در تجارت، یعنی شروع در بیع و شرا تلف شده، نه به مجرد دخول در سفر، باید جبر کسر مایه را از ربح، کرد. یعنی پنجاه تومان از ربح را باید از برای مالک قرار داد که راس المال او به جا بماند. و صد تومان دیگر را قسمت کنند، دو حصه را مالک بردارد و یک حصه را عامل. و ظاهر این است که مسأله اجماعی باشد چنانکه از محقق اردبیلی (ره) ظاهر می شود. و دلالت میکند بر او این که گفته‌اند که (ربح وقایه راس المال) چنانکه مشهور است. بلکه خلافی در آن نیست چنانکه از تذکره ظاهر می شود. بلکه از مسالك ظاهر می شود که این اتفاقی است. و دلالت

دارد بر آن اخبار بسیار نیز. مثل صحیحہ محمد بن مسلم (عن احدهما - - ع قال سنلتہ عن الرجل يعطى المال مضاربه، وينهى ان يخرج به فخرج. قال يضمن المال، والريح بينهما). (۱) وغير آن. به تقریب آن که متبادر از ربح، آن چیزی است که زاید بر رأس المال باشد، چنانکه محقق اردبیلی اشاره به آن کرده. پس باید مال را از برای مالك مسلم داشت از ربح، و آنچه زاید بر آن باشد قسمت شود. و در تذکره نیز تصریح شده به این که

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۱ ح ۱ .

[۳۱۴]

معنی ربح فاضل از راس المال است و هر گاه چیزی فاضل نیاید پس ریحی نیست . و گفته است که ما در این خلاقی نمیدانیم. و این سخن را بعد از آن گفته است که ذکر کرده است که (مالك وعامل استحقاق ایشان در ربح متزلزل است تا این که مالك استیفای جمیع راس المال بکند، و هر گاه در مال نفعی و نقصانی بهم رسد نقصان را باید تمام کرد به نفع و بعد از آن ملاحظه نفع را کرد). و بدان که حکم همین است در صورتی که تمام مال مضاربه تلف شود. و مشهور این است که فرقی نیست ما بین این که تلف شود به آفت سماوی (مثل سوختن یا برف و باران و صاعقه) یا به سرقت و غصب [تلف] شود. و در مسالك وغيره نقل شده است قولی به فرق، و این که این حکم در وقتی است که تلف به آفت سماوی باشد. و اما هر گاه به فعل کسی باشد که ضمان به او متعلق می شود، چنین نیست. به سبب این که ضمان به سارق و غاصب می شود و همین جبر نقص را میکند. پس حاجتی نیست به این که جبر نقص از ربح بشود. و به جهت این که این نقصان متعلق به عمل عامل و تجارت او نیست، بخلاف نقصانی که حاصل شود از تفاوت قیمت بازار و نقصانی که ناشی از خود مال باشد، مثل مریض شدن و معیوب شدن. که در این جاها تدارك نقص از ربح می شود. و [لکن] قایل به این قول معلوم نیست که کیست. و در تذکره آن را از بعض شافعیه نقل کرده. و به هر حال، اظہر قول مشهور است. چنانکه ظاهر اخبار هم این است. یعنی اخباری که ظاهر آنها این است که مراد از ربح، زاید بر راس المال است. پس ریحی از برای عامل نیست تا مالك استیفای راس المال کند. و اینها در وقتی است که از غاصب عوضی حاصل شود. و الا عوض از جمله مال خواهد بود و اشکال رفع می شود. اینها در وقتی بود که تلف مال بعد از دوران در تجارت و شروع در بیع شری باشد. و اما هر گاه تلف قبل از شروع در تجارت پس آن اشکال است: وجه اخراج راس المال مثل سابق همان دلیل سابق است. یعنی این که غرض از مضاربه

این است که راس المال باقی بماند از برای مالك و ربح قسمت شود. پس باید راس المال را باقی گذاشت بعد

[۲۱۵]

از آن ربح را قسمت کرد. ووجه عدم اخراج - چنانکه محقق اردبیلی (ره) اشاره به آن کرده است - چند چیز است: اول (اصل) است و (عدم دلیل). بیرون رفت صورت تلف بعد از دوران به اجماع و باقی ماند باقی. (۱) دوم: این که مراد از ربحی که مقصود است در عقد مضاربه به نص، ربحی است که حاصل شود از مالی که به آن معامله می شود و استعمال می شود و (مال التجاره) است. و مال التجاره حقیقت است در بعد از استعمال و دوران. پس باید که راس المال که وضع می شود همان مالی باشد که به آن معامله می شود. از جمله اخبار موثقه اسحاق بن عمار (عن ابی الحسن (ع) قال: سئلته عن مال المضاربة. قال: الربح بينهما والوضیعة علی المال.) (۲) وجه دلالت این است که در حدیث **سوال:** از حکم مال المضاربه شده و آن حکم در جواب ربح و وضیعه مذکور شده، و مراد از ربح نماند مال است در معامله و وضیعه نقصان مال است در معامله. پس مال مضاربه حقیقت خواهد بود در مالی که به آن عمل می شود بالفعل و نسبت ربح و نقصان به آن داده می شود. پس مالی که تا به حال نه ربح از آن حاصل شده و نه نقصان (به سبب عدم معامله)، دخل مال المضاربه نیست تا باید تلافی تلف آن، از ربح شود. بلکه اگر اجماع نبود نسبت ربح را به همان معامله ماضیه میدادیم که ربح در آن شده، و قسمت آن را ما بین مالك و عامل، مختص میکردیم. هر چند تصرف در همه مال شده باشد. چون حقیقتاً ربح از همان معامله حاصل شده. مثلاً صد تومان پول، زید به عمرو میدهد که مضاربه کند. و عمرو به آن پول اسب میخرد و گاو میخرد. و در اسب و گاو نقصان میکند و در پارچه ارتفاع میکند. و مفروض این است که ثلث پول را جدا به اسب داده و ثلثی را به گاو. و در اینجا به سبب اجماع است که تدارك نقصان آن دو ثلث، به ربح این ثلث میکنیم. و اگر ملاحظه ربح هر معامله [را] جدا بکنیم تدارك نقصان آنها را نباید کرد. پس بنابر این، صحیحه محمد بن مسلم و غیر آن (از اخبار بسیار که در آنها مذکور

۱: الاصل عدم الاخراج، و خرج ما خرج بالدلیل (وهو الاجماع بالنسبة الى صورة التلف بعد الدوران) وبقی الباقي. ۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربة، باب ۳ ح ۵ .

است که: الربح بینهما) دلالت میکند که ربح مجموع مال التجاره - که معامله در آن شده - تقسیم می شود بینهما، و آنچه تلف شده قبل از شروع در معامله، از آن وضع نمی شود. والا بایست بفرمایند (والربح بینهما بعد آن یخرج ما تلف قبل المعاملة). وشکی نیست که این زاید بر راس المال معامله را ربح میگویند. هر چند اضعاف مضاعف آن قبل از استعمال و تصرف در مال، تلف شده [باشد]. و آن مال تلفشده مثل مالی است که در خانه مالك تلف شده باشد. پس عموم این روایات بسیار، دلالت میکند که ربح یعنی آنچه زاید بر راس المال معامله است. یعنی از مالی که در آن تصرف شده قسمت می شود ما بین مالك وعامل. وتدارك آن تلفشده از آن نمی شود. سوم این که: عامل مالك ربح می شود به ظهور ربح، وتوقفی ندارد به نقد شدن مال یا قسمت کردن. چنانکه مشهور است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده. بیش از این نیست که متزلزل باشد تا مالك استیفای راس المال بکند. پس ملك او مستصحب است، واصل برائت ذمه او است از ضمان تالف. واطهر در نظر حقیر همین وجه دوم است، به ملاحظه این ادله که مذکور شد. وظاهر محقق اردبیلی (ره) نیز اختیار این، است. وظاهر علامه در تذکره اختیار اول، است. وبدان که: کلام بعضی عام است در این مقام، که شامل تلف جمیع هم هست. و تصویر مسأله در صورت تلف بعضی، ظاهر است. واما در صورت تلف کل: پس فرض آن به این نحو می شود که مالك او را ماذون کرده باشد که به ذمه بخرد، و او مالی به ذمه بخرد به قصد مضاربه، و قبل از تصرف در این مال، همه آن تلف شود. و به مجرد تلف مال، مضاربه باطل می شود و محل اشکال نخواهد بود. وخلاف سابق در فرق ما بین این که تلف به آفت سماوی باشد یا به غیر آن در اینجا نیز جاری است.

۱۶۰:سوال: زید مبلغ صد تومان به عمرو میدهد به عنوان مضاربه در اصفهان که برود به بلد یزد خرید بکند و بیاورد. و [عمرو] در یزد مال را میگذارد و میبرد به مشهد مقدس زیارت میکند. و در معاودت خرید میکند و می آید. و در عرض راه مال تلف می شود. زید میگوید: چرا مال مرا گذاشتی و به زیارت رفتی. آیا عمرو ضامن

است یا نه؟ -؟.

جواب: نظر به سوال: وطریقه عرف وعادت که منظور اهل معامله تحصیل ربح است وتعجیل در خرید کردن و برگشتن مدخلیت تمام دارد در این معنی، و تاخیر آن در ظاهر منشأ نقصان و کم شدن منفعت

است، وگاه است که هر گاه زود خرید میکرد بر میگشت دزد مال را نمیبرد، واین خسارت به سبب تاخیر حاصل شده .بعلاوه این که مال را مالك به مضاربه داده که از خود جدا نکند او را ماذون نکرده که آن را از خود جدا کند و بگذارد و به سفر طولانی برود. پس از این جهت هم يك نوع تفریطی شده. هر چند در نظر ظاهر، تلف مستند به جدا کردن از خود نشده مستند به تاخیر شده. و به هر حال ظاهر ضمان است. مگر این که مضارب عذری داشته باشد که شرعا مسموع باشد. وآن محتاج است به مرافعه. (۱)

۱۶۱:سوال: هر گاه کسی مال به مضاربه گرفته است و به سفر می رود از برای معامله، نفقه او از مال مضاربه جایز است یا نه؟ -۴.

جواب: بلی جایز است که عامل در آن سفر که عمل تجارت میکند در آن تمام نفقه خود را بردارد از جمیع مال. از ماکول و مشروب و ملبوس و اجرت مرکوب و آنچه محتاج شود به آن خيك و مطاره و جوال و کرایه مسکن و غیر ذلك، بنا بر مشهور، بلکه شیخ نقل اجماع بر آن کرده. و صحیحه علی بن جعفر عن اخیه ابی الحسن (ع) (قال فی المضارب (۲): ما انفق فی سفره فهو من. جمیع المال، و اذا قدم بلده فما انفق ضمن نصیبه) (۳) دلالت بر آن دارد. و روایتی دیگر هم هست. و بعضی گفته اند که تمام نفقه بر خود او است مثل حضر. و بعضی گفته اند

۱: بدیهی است که مضارب با اجیر فرق دارد. و این اجیر است که باید در وقت معین کارش را انجام دهد. میرزا (ره) با تکیه بر عرف در صدد است که عامل را نیز موقوف به وقت معین بنماید. به هر صورت اثبات استناد تلف به تقصیر عامل، جای بحث است. ۲: نسخه بدل: قال: فی المضاربة... ۳: وسائل: ابواب المضاربه، باب ۶ ح ۱ .

[۲۱۸]

زاید بر نفقه حضر را بر میدارد، و این دو قول دلیلی که مقاومت کند با دلیل مشهور، ندارند. و باید در آن موافق عادت و شأن (۱) امثال خود را ملاحظه کند. و اگر اسراف کند بر او محسوب باید داشت. و اگر بر خود تنگ بگیرد از برای او محسوب نمی شود. یعنی عوض آن را مطالبه نمی تواند بکند. و بعد از عود از سفر باقی مانده [از] نفقه و کسوه و اسباب، را داخل مال التجاره میکند، یا نگاه میدارد از برای سفر دیگر. اینها در وقتی است که شرط نشده باشد اسقاط نفقه. و هر گاه شرط شده باشد لازم است وفای به آن. و هر گاه بعد شرط اذن بدهد، آن تبرع محض است، و استحقاقی ثابت نمی شود، و شرط در اینجا هر گاه بر انفاق باشد، فایده ندارد، الا تاکید. مگر این که شرط نفقه زاید بر متعارف باشد با تعیین آن. و مقتضای اطلاق نص و فتوی این است که انفاق مشروط به حصول ربح نیست. بلکه هر گاه ربحی نباشد، از راس المال نفقه میکند. و بعضی میگویند که نفقه از ربح برداشته می شود. و مراد از سفر در

اینجا سفر عرفی است نه سفر شرعی. پس اگر قصد اقامه کند در جایی از برای تجارت، نفقه ساقط نمی شود. و هم چنین هر گاه به قدر مسافت قصر نرود. ولیکن باید سفر ماذوق فیه، باشد. پس اگر به جایی رود که ماذون نباشد، نفقه ندارد. و هر گاه به غیر مال مضاربه مال دیگر هم در دست داشته باشد که معامله میکند، نفقه را تقسیم میکند نسبت به آن دو مال. ولیکن اشکال در این است که آیا ملاحظه عمل می شود یا ملاحظه مال؟ -؟.

سوال: ۱۶۲: زید چند سال بوده که تنخواه به عمرو داده که در سفر متوجه تجارت باشد. وبعد از چند سال که از سفر آمده ومدت چهار پنج ماه گذشته، عمرو نزد جمعی از عدول رفته و اقرار نموده که مقدار نهصد تومان از مال زید بر ذمه من ثابت و لازم است که بعد از يك سال به او رسانم. ویر این مضمون تمسکی نوشته و جمعی از عدول مهر کرده [اند.] وبعد از انقضای مدت يك سال که زید مطالبه وجه حجت، میکند، عمرو میگوید که چهار صد و پنجاه تومان از وجه حجت، تنخواهی است که از

۱: ودر نسخه: رای امثال خود .

[۲۱۹]

مال زید نزد جمعی بوده، ودر این عرض سال سیصد و شصت تومان آن را وصول نموده‌ام، تتمه لاوصول مانده. و الحال زید میگوید: نهصد تومان ربط به تنخواهی که نزد مردم بود، ندارد. و الحال نهصد تومان را به انضمام آنچه از مال من وصول نموده، میخواهم. و الحال هذ، قول کدامیک مقدم است؟ وبعد از عجز از اثبات، قسم متوجه کی است؟

جواب: اقرار به مبلغ نهصد تومان در ذمه عمرو، محتمل است که در نفس الامر از مال مالک به غیر عنوان مضاربه در ذمه عامل قرار گرفته باشد و دخلی به مضاربه نداشته باشد. و محتمل است که از بابت وجه مضاربه باشد. یا به این نحو که بعد از مراجعه از سفر و تخمین محاسبه یا تحقیق آن، مالک اصل مایه و ارباب خود را مصالحه کرده باشد با عامل که مجموع به ذمه عامل باشد که در مدت يك سال کارسازی نماید. و [محتمل است] این که راس المال و ربح حصه مالک نهصد تومان شده باشد و عامل در سفر فسخ مضاربه کرده باشد به اذن حاکم شرع (که ولی غایب است) بر وجه مصلحت در مدت يك سال در ذمه عامل. و [محتمل است] این که به جهت تعدی عامل به ذمه او قرار گرفته باشد، و بعد به نحو مصلحت تا يك سال معامله شده باشد. و به هر تقدیر به مجرد اقرار اول که گفته است (نهصد تومان از مال زید در ذمه من است) آن مبلغ را باید بدهد. دیگر هر گاه نزاع شود که مالک بگوید (این غیر وجه

مضاربه است) وعامل بگوید (همان است وبه سبب احد امور ثلاثه به ذمه من قرار گرفته. ومراد همين بود). اين از باب اين است كه كسى اقرار كند كه ده تومان از مال زيد به ذمه من است وبه فاصله بگويد (اين قيمت اسبى است كه به من فروخته وقبل از قبض من تلف شده). كه در اينجا بايد ده تومان را بدهد. وباقى محض دعوى است. پس قول مالك مقدم [است] با يمين .

۱: در نسخه: بى فاصله .

[۲۲۰]

اگر گفته شود كه: [در] مثال مذكور - كه اقرار كند كه ده تومان از مال زيد به ذمه من است وبه فاصله بگويد كه آن را بابت قيمت اسبى است كه به من فروخته - مقر له بر دو قسم است: اول آن كه مقر له منكر بيع شود. دوم آن كه بگويد قيمت اسب من، طلب جدائى است كه از تو دارم. وصورت سوال: از قسم دوم است چون گفته آنچه از مال مضاربه وصول شده طلب جدائى است. وتقدير قول مالك در صورت اول، خوب است. بخلاف صورت دوم. بلكه در صورت دوم ادعاى مقر له مخالف اصل است و (لو ترك ترك) بر او صادق است. وظاهرى هم در اينجا نيست كه معارض اصل باشد. پس در اينجا قول عامل مقدم است. جواب آن اين است كه: در اينجا دو مقام است از كلام: اول آن كه اقرار كردن عامل به نهصد تومان [اگر] به عقب آن، اقرار به خلاف آن شود وآن را از (ظاهر) بيرون كند، حكم آن چيست؟. دوم آن كه حكم بعضى از منازعات ومخالفات كه از مقر له و مقر صادر مى شود، چيست؟. وحالا كلام در مقام اول است. نظير آن مسئله اى است كه فقها عنوان كرده اند كه هر گاه بگويد (له على مائة) وبعد از قطع كلام بگويد (من باب قيمة لم يقبضه). يجب عليه المائة والثانى محض دعوى. پس بايد ديد كه مراد فقها چه چيز است؟ آيا (۱) مراد اين است كه اين كلام مبين اقرار نمى تواند شد واقرار بر حال خود باقى است ولكن اين دعوى جديد است ومدعى مقر است كه شان او بينه است و بعد عجز قسم متوجه مقر له مى شود -؟. ويا مراد ايشان آن است كه اين دعوى غير مسموعه است، وغير ملتفت اليه است -؟. وظاهر اين است كه مراد معنى اول باشد. پس بنا بر اين، ادعاى عامل (بعد اقرار به اشتغال ذمه به نهصد تومان) به اين كه آن از باب وجه مضاربه است كه به سبب يكي از وجوه محتمله ثلاثه متقدمه به ذمه عامل منتقل شده، محض دعوى خواهد بود در بيان اقرار. [پس] هر چند [اين دعوى جديد] مسموعه باشد ويمن متوجه مالك تواند شد. [لكن] اين منافات ندارد با آن كه در طى دعوى ثابيه، اين سخن كشد به جائي كه مدعى

[۳۳۱]

ومنکر منقلب شوند به یکدیگر، وتوجه یمین مختلف شود. پس حاصل سخن در این مقام در تفسیر اقرار است وانکار آن. وآن تفصیلات که در آن میان می شود، مقام دیگر است. واما این دعوی عامل - که چهار صد وپنجاه تومان از مال مزبور که من اقرار کردم، از باب حصه مالک از مال المضاربه وریح آن بود - پس این دعوی مکذب اقرار او است ومسموعه نیست. زیرا که مال المضاربه وریح آن متعلق به ذمه عامل نمی شود مگر در صورت تلف به تفریط عامل. پس آن، انکار چیزی است که اقرار به آن کرده بود، وانکار بعد از اقرار مسموع نیست. بلی اگر عامل بگوید که مراد من از اقرار (که به ذمه من است) این بود که در ذمه من واجب بود جمع آن وتسلیم آن. یا آن که [بگوید]: (گمان میکردم که همین که مال به مردم دادم من مشغول ذمه اصل مال میشوم به مجرد جمع آوری). ودر شان او محتمل باشد اشتباه وغفلت وجهالت. دور نیست که بگوئیم دعوی او مسموعه است. ولکن در این صورت عامل مدعی است ومالك مدعی علیه. وبا عجز از بینه، قول مالك مقدم است با یمین بر نفی جهالت هر گاه انکار قطعی کند جهالت را. [و] بر نفی علم به جهالت هر گاه ادعای علم کند بر او که تو میدانی که من از راه جهالت این اقرار را کردم. وبدون یمین هر گاه هیچ يك از این دو نباشد. ودر اینجا دو سخن وارد می آید: یکی آن که قول عامل در جهل، موافق اصل است که عدم علم باشد. پس منکر خواهد بود دوم آن که در صورت [ی] که مالك (۱) در جواب بگوید که (من نمیدانم که تو صادقی در دعوی جهل یا کاذب) (۲). قول عامل را باید قبول کرد، نه قول مالك را. چون دعوی آن معارضی ندارد. خصوصا بر مختار که در جواب (لا اعلم)، مدعی قسم یاد میکند ودعوی او ثابت می شود. وجواب از اول این است که: هر چند علم خلاف اصل است، لکن جهل هم در اینجا

[۳۳۲]

خلاف ظاهر است. و ظاهر کذب است و غالب علم است، و این ظاهر، مقدم است بر اصل. خصوصاً که این دعوی از اقرار متولد شده و اصل در اقرار اخذ مدلول آن است، پس آن که دعوی خلاف مدلول، میکند، مدعی است. و (لو ترك ترك) در ماده این دعوی جدید هم بر او صادق است برای ادعای خلاف ظاهر. و فیه تامل. [زیرا] علاوه بر این که میگوئیم در صورتی که عامل مدعی جهالت شود (و بگوید که من نمیدانستم که مال المضاربه در ذمه قرار نمیگیرد) ظاهر این است که این جهالت منشأ بطلان عقد مضاربه می شود و ماخوذ است که در ذمه او است و فرض همین است. (۱) پس عامل در این صورت مدعی فساد است. و مدعی صحت بر او مقدم است. و جواب از دوم آن است که: فرق (۲) است مابین دعوی بعد از اقرار و بدون اقرار. و ظاهر آن است که در صورت اقرار با ادعای جهل مزبور و قول مالك (لا علم)، لازم است حکم به مقتضای اقرار (۳) تا خلاف آن به ثبوت برسد. و جهالت حال مضر نیست به مقتضای اقرار، چنانکه در سایر عقود دعوی اتفاق کرده‌اند بر این که (دعوی عدم قصد به مدلول، مسموع، نیست). و چنانکه بینة ویمین احد اطراف اثبات است، اقرار هم احد اطراف است. و محض ادعای جهالت به معنی اقرار و کیفیت مقربه، محل به آن نیست. و در اینجا ما مدعی جهالت را قسم میدهم با وجود قول مدعی علیه (لا اعلم). به سبب آن که محض دعوی مثبت امری نیست. و آن شخص مدعی خلاف اصلی است بر مدعی علیه. و در اینجا مدعی علیه در میان نیست، بلکه بیان مدلول کلام خود را میکند و میگوید مراد من این بود. و مالك میگوید من میدانم و اقرار کردی و مدلول اقرار این است و (اقرار العقلای علی انفسهم جایز ما لم یعلم کذب و خلافه). پس قسمی هم متوجه مالك نمی شود، و به مقتضای اقرار عمل می شود. بلی، اگر ادعا کند عامل که تو هم علم داری که اقرار من از راه جهل بود، قسم

۱: در نسخه: ماخوذ است که در ضمه نیست او فرق ما فرض همین است. ۲: در نسخه: دو فرق است ۳: عبارت نسخه: لا اعلم آن که عالم ام لا اجر تا حاکم است در حکم ...

متوجه می شود به مالك در (نفی علم به این که از راه جهل بوده). و چنانکه در مسأله (تداعی در متاع بیت الزوجین او المرأتین) هر گاه صغیر یا غائب در میان باشد که قسم ممکن نباشد، و حاکم خواهد مال را قسمت کند همچنانکه [اختصاص] علامت تعیین است - مثل این که مختصات رجال از رجال و مختصات نساء از نساء و آنچه قابل هر دو است بینهما - حاکم به آن نحو قسمت میکند بدون دعوی

وقسم. پس اقرار مجهول الحال در نفس الامر کمتر از اختصاص واشتراك، نیست. پس اثر خود را میکند در جایی که تراضی نباشد. پس در اینجا قول مالك مقدم است بدون احتیاج به یمین، در صورت عدم ادعای علم بر او. زیرا که مثبت حق، اقرار است لاغیر، ومعارضی ندارد. واز این باب است که (هر گاه وکیل کسی ملکی بخرد، و بایع در نزد حاکم اقرار کند به اخذ ثمن، وبعد از آن مطالبه کند قیمت را از موکل. وموکل بگوید: تو اقرار کردی بر اخذ ثمن. او در جواب بگوید: اقرار من از باب مواطات بود. موکل بگوید: من علم ندارم به مواطات وتوبه اقرار خود ماخوذي). خصوصا در وقتی که وکیل هم فوت شده باشد. بلی اگر ادعای علم کند بر موکل به مواطات، قول قول موکل است بایمین. واما کلام در مقام دوم (۱) - که فی مابین مالك وعامل دعوی شود به این نحو که عامل بگوید که مایه وکل حصه ربح را منتقل نمودی به من به مبلغ نهصد تومان که من اقرار کردم. وبه غیر نهصد تومان از من چیزی نمیخواهی. ومالك بگوید که سیصد و شصت تومان که اقرار کردی که از مطالبه من وصول کرده [ای] هم میخواهم - :- پس در صورت اول ظاهرا قول مالك مقدم است با یمین. واما در صورت ثانیه باز قول مالك مقدم است با یمین.

۱۶۳:سوال: هر گاه زید تنخواهی به عنوان مضاربه به عمرو می دهد، وعمرو به بلاد بعیده میرود. وبعد از مدتی متمادی زید وعمرو هر دو متوفی شده اند. الحال وارث زید ادعا مینماید که (مافی الید عمرو از بابت مضاربه بهم رسیده). و وارث عمرو ادعا مینماید که (بر من معلوم نیست که مال المضاربه باقی بوده واین مال مخلف از

۱:مراد از مقام دوم همان مطلب است که گفت: جواب آن این است که در اینجا دو مقام است ...

[۲۲۴]

نماء ومنافع مال المضاربه بهم رسیده باشد). ووارث زید میگوید که: مال المضاربه در دست او بوده واز بلد بیرون رفته وبه قصد تحصیل منفعت وداد وستد بیرون رفت، و مال ونماء از مایه بر میخیزد. واصل عدم وجدان [از] خارج است. واستصحاب مقتضی حکم به بقای مافی الذمه، است. (۱) وبدون آن حرج لازم می آید. بلکه سد طرق مضاربات می شود. زیرا که رب المال مال را میدهد وعامل به بلاد بعیده میرود وفوت می شود. کجا ممکن است رب المال را که اقامه شاهد نماید که مال مخلف عامل از رب المال است. پس رب المال بلامال میماند ووارث مضارب بی مال صاحب مال می شود. واحتمال این که ج؟ بتا باشد یا دیگری بخشش کرده باشد، احتمال نادر است. ونادر کالمعدوم. حق ثابت ومضاربه ثابت را با این

قبیل احتمالات آیا میتوان باطل کرد؟ و باید حکم نموده شود به آن که کل ترکه از وارث عمرو است؟. و وارث زید باید به ثبوت رساند که مخلف عمرو الیوم از مال المضاربه میباشد، یا آن که وارث عمرو باید به ثبوت رساند که مورث من این مخلف را از خارج بهم رسانیده؟-؟. و حال آن که شارع [فقط] ترکه‌ای [را] که مال میت است حکم به ارث نموده. و [در اینجا] ید مضارب بر او صدق میکند (۲) با وجود تحقق عنوان مضاربه چگونه وارث عمرو مخلف را مال خود داند؟ حجت او نیست چیزی مگر آن که درید او بوده. و ید او (ید مضارب) (۳) است. پس باید (وصف عنوانی) به استصحاب باقی باشد تا خلاف آن به ظهور رسد. اگر بنا را به این بگذاریم مخالفت قواعد شریعت نشده. وعموم آیات ارث، بعد از تحقق ملکیت مورث است، و در صورت مفروضه ملکیت بالاستقلال تحقق نیافته است. پس [یا باید بنا را بر این گذاشت تا] ضرر و حرج لازم نیاید و سد طرق معروف و تضييع

۱: عبارت نسخه: به بقای ما فی الید است. توضیح: دلیل این اصلاح (علاوه بر هر چیز) پس از حدود دو صفحه خواهد آمد. ۲ و ۳؟؟ ید او مضارب است نه ید مالک .

[۲۲۵]

مال واکل به باطل نشده باشد. یا آن که باید بالمره چشم پوشانید از کل این مراتب (که همگی موافق اصل و استصحاب و ظاهر [و] ید است) و متمسك شد که در ید مورث، اصل، ملکیت است تا خلاف آن به ظهور رسد. توقع آن که بیان شافی (با اشاره به ادله اجتهادیه) بفرمایند.

جواب: این مسأله را محقق و علامه و دیگران به عنوان جزم بدون ذکر خلاف، نقل کرده‌اند. و نظیر آن را در کتاب رهن گفته‌اند. و حاصل آن این است که هر گاه مضارب بمیرد و مال در دست او باشد و معلوم نباشد که مال مضاربه است، حکم می شود به این که میراث است. بلی بعضی اشکال کرده‌اند در ضمان مضارب و تعلق حق به ذمه او. یعنی هر چند علم بهم نمیرسد که آنچه به جا مانده مال المضاربه است که مالک مستحق آن باشد از حیثیت این که عین المال او است. و لکن از راه این که (۱) آن مال متعلق به ذمه او شده، الحال باید از ترکه او برداشت. و وجه این اشکال، این است که: بالیقین مال المضاربه در دست مضارب بود و بقای آن مال با وجود بودنش در دست مضارب مستصحب است تا خلافش ثابت شود. و این استصحاب اقتضا میکند که مساوی مال المضاربه از ترکه جدا شود. زیرا که به سبب استصحاب، در حکم معلوم البقاء است - هر چند علم حاصل نشود به عین مال المضاربه مشخصاً و نه در جمله آنچه در میان است از ترکه. زیرا گاه است که مال المضاربه باقی باشد و در جای دیگر باشد -

ویر مضارب لازم است وفای به آن وتخلص از آن. وچون مال متعین ومشخص نیست پس مضمون خواهد بود در ذمه او، واز ترکه او باید ادا شود. و هم چنین دلالت دارد بر آن عموم (قوله ع): علی الید ما اخذت حتی تودی). (۲) واین اشکال مندفع می شود به این که: اصل برائت ذمه مضارب است از ضمان چیزی در ذمه اش. زیرا که مال المضاربه منتقل به ذمه نمی شود، مگر در صورت تعدی و تفریط. زیرا که ید او ید امانت است، وضمانی به آن متعلق نمی شود، مگر با تعدی و

۱: عبارت نسخه: ولکن چه میشود که از راه این که... ۲: مستدرک: ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲ .

[۲۳۶]

تفریط. وممکن است که تلف شده باشد بدون تعدی وتفریط. پس ذمه او بری خواهد بود. ومفروض عدم ثبوت تعدی وتفریط است. واما استصحاب بقای مال المضاربه در حالی که ید مضارب بر آن ثابت بود، پس آن معارض با این که اصل عدم تعلق حق وتسلط آن صاحب مال است در این مال حاضر که الحال موجود است. پس چنانکه اصل بقای آن مال است، همچنین عدم بودن این مال است مال او. واگر بگوئی: چنانکه اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال خاص که باقی مانده، اصل هم عدم تعلق حق مضارب است به آن. زیرا که تعلق او در وقتی است که این مال [از] صاحب آن مال نباشد. گوئیم: بلی چنین است. ولکن ید فعلیه، مرجح این است که مال مضارب باشد. واستصحاب معارض ید جاری نمی شود. با وجود این میگوئیم که استصحاب بقای يك مضاربه مستلزم این نیست که آن ید بر این مال موجود، باشد. زیرا که گاه است که مال مضاربه را به کسی فروخته به اجلی معین، ودر نزد آن شخص بوده که مضارب مرد. پس چون ید مضارب ید امانت است ضمانی به ذمه او متوجه نمی شود. وچون ید او اعم است - از این که بالفعل در کف او باشد یا به سبب تصرف او در عمل، در دست دیگری باشد، و استصحاب اعم مستلزم استصحاب اخص نیست، وبقای قدر مشترك موجب بقای فرد خاصی از آن نیست - پس استصحاب بقای مال وبقای ید مستلزم بقای ید مضاربه بر این مال خاص، نیست. واما عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودی) : پس آن مخصص است جزما به (ید امانتی) که در آن ضمانی نیست، الا به تعدی وتفریط. بلی اگر علم بهم رسد به وجود مال در ترکه به سبب اعتراف مضارب (در وقتی که بعد از آن تلفی عارض [ن] شده باشد) یا به سبب شهادت عدلین، پس در این صورت صاحب مال در آن مال شریک است. و هم چنین هر گاه علم بهم رسد که تلف شده به سبب تقصیر او. یا این که باقی مانده ولکن مضارب تقصیر کرده است در ترك وصیت به این که این مال مضاربه

است، وبعد از موت او تلف شود. در اینجا بر ذمه او قرار میگیرد و مثل دین می شود، و او با سایر دیان مساویاند در اخذ حق .

[۲۲۷]

واز آنچه بیان کردیم جواب از اکثر سخن‌های سائل، معلوم شد. اما این که گفته است که (اصل عدم وجدان مال [از] خارج است)، آن معارض است به این که اصل عدم تعلق حق صاحب مال است به این مال معین مجهول الحال. و این هر چند معارض است به (اصل عدم تعلق حق مضارب به آن) نیز. ولکن ید حالیه، مرجح اول است. و اما این که گفته است که (استصحاب مقتضی حکم [به] بقای مافی الذمه است)، مندفع است به این که کی آن مال متعلق به ذمه مضارب شد تا بقای آن مستصحب باشد؟! مگر ید مضارب ید امانتی نیست؟! بر ذمه امین چیزی متعلق نمی شود مگر با تفریط. و اما استصحاب بقای مال، هر چند راهی دارد (۱) ولکن این مستلزم اشتغال ذمه نیست تا این که (۲) از این مال وضع شود. زیرا که گاه است که همان مال بر سبیل معامله صحیحه در نزد دیگری باشد و آنهم مرده باشد. یا باشد و کسی نداند. و مضارب هم تقصیری نکرده باشد. بلکه گاه است شاهد گرفته باشد و وصیت هم کرده باشد، لکن شهود مرده باشند، یا غایب باشند. و اما این که گفته است که (این معنی موجب حرج و سد باب مضاربات می شود. چون رب المال، مال را به مضارب میدهد و او به بلاد بعیده میرود، و رب المال را ممکن نیست اشهاد بر این که آن مال از او است)، مندفع است به این که اما فرموده است (الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر) (۳) با آن تاکید و اهتمام هر گاه رب المال اعتنا به کلام امام خود نمی کند و مسائل تجارت را فرا نمیگیرد و معامله میکند و به سبب جهل به مسأله به نقصان عظیم میافتد، تقصیر بر خود او است و بر خدا و حجج او بحثی نیست. هر گاه این مسأله را ندانسته که مال مجهول درید مضارب در حکم میراث است - چنانکه اکثر علما تصریح کرده‌اند - پس خود مقصر است. و هر گاه دانسته است سد و بندی بکند که به چنین بلائی نیفتد. یا [با]

۱: در نسخه: ندارد. ۲: و در نسخه: که باید. ۳: وسائل: ج ۱۲ ص ۲۸۲، ابواب آداب التجاره، باب ۱ ح ۱ .

[۲۲۸]

مضارب خود شرط کند که به غیر فلان شهر مرو، و به آن شهر اعلام کن به آشنایان من که این مال مضاربه است. یا به رفقای مضارب بگوید که باخبر باشند تا شاهد باشند. یا او را وادارد که اقرار کند در نزد رفقا و در آن شهر به این معنی. و امثال این امور. به همین رفع حرج می شود. زیرا که اگر مضارب مخالفت شریک کند و به شهر دیگر برود، ضامن مال هست. خواه باقی ماند و خواه نماند. و وقتی که ترک وصیت کرد، تقصیر کرده و هکذا... و اینکه گفته است که (احتمال این که حسینا باشد یا دیگری به او بخشیده باشد نادر است و النادر کالمعدوم)، هر چند احتمال، بسیار ضعیف باشد و لکن شارع مقدس هر گاه فرموده باشد (اصل برائت ذمه است، و رفع آن محتاج به یقین بر اشتغال ذمه است، و مطلق ظن کافی نیست در رفع آن هر چند قوی باشد)، تا با او چه بحثی داری؟. پس در اینجا هر چند ظن قوی حاصل باشد که این مال مضاربه است، یا ظن حاصل باشد به شغل ذمه مضارب، [لکن] رافع اصل برائت نمی شود. زیرا که حجت‌هایی که اثبات دعوی میکنند محصور است در یقین یا ظنون معینه مثل بینه و اقرار و امثال آن. با وجود این که در اینجا می‌گوئیم: تو باید مسأله را به عنوان کلیه اثبات کنی تا مطلب تمام شود. تو فرض مسأله را در جائی کرده‌ای که مضارب مرد فقیری باشد، و منحصر باشد بضاعت در همین که از رب المال گرفته باشد. ما فرض میکنیم مسأله را در مضاربه‌ای که ده هزار تومان اوضاع دارد و صد تومان هم از دیگری به عنوان مضاربه میبرد و همه را معامله میکند در این بین می‌میرد و معلوم نیست که مال مضاربه در میان این مال باشد. و اینکه گفته است که (شارع ترکه‌ای [را] که مال میت است حکم به ارث کرده. تا به آخر...)، نمیدانم از کدام کلام شارع این را فهمیده است که در میراث بودن شرط است که علم حاصل باشد به این که آن مال در نفس الامر مال مورث است -؟ بلکه در آیات قرآنی همه جا به عموم (ماترك) ادا فرموده. و هر چه ید میت بر آن بوده و گذاشته و از دنیا رفته (ماترك) بر آن صادق است. و همه جا شارع ید حکمی را اعتبار کرده. چنانکه ملاحظه می شود در مسأله (تداعی زوجین و وراثت طرفین در متاع بیت). و در حکم فقها به (آنچه بالقیط یافت شود مال لقیط است هر چند خیمه و فرشی باشد و آن لقیط طفل وضعی باشد

[۲۳۹]

که در بیابانی در خیمه‌ای او را بیابند)، با وجود کمال استبعاد در این که آن طفل صاحب مالی باشد. و اینکه گفته است که (ید مضارب بر او صدق میکرد. تا به آخر...)، سخن عجیبی است. اگر می‌گوئی ید مضارب بر همین معین صدق میکرد، اگر این معلوم است پس این همان مال است. دیگر این دعویها چه چیز است؟ و استصحاب را چه میکنی؟. و این دست و پاها چه چیز است؟. و اگر نمیدانی که آن است یا

نه، چگونه حکم می‌کند به صدق ید مضارب بر او؟. و از آنچه گفته شد جواب از سایر کلمات ظاهر می‌شود، و احتیاج به تطویل بلاطائل نیست. بلی در این مقام سخنی هست. و آن این است که مقتضای آیات و اخبار، وجوب رد امانات است به اهل آنها. و هم چنین ظاهر (علی الید ماخذت) این است که واجب است بر (ید) رد آنچه اخذ کرده از مال غیر. و وجوب رد ساقط نمی‌شود مگر با رسانیدن مال به صاحب. و آنچه مستثنی شده است امانتی است که تلف شده باشد بدون تفریط، یا امین ادعای رد کند یا یمین. و تکلیف به وجوب رد مستصحب [است] تا علم به مسقط بهم رسد. و بعد از موت، تکلیفات مالیه (خواه از باب خمس و زکات باشد، یا از باب ودیعه و عاریه، یا از باب غصب) متعلق می‌شود به ولی میت که از مال او ادا کند. و اصل هم بقای مال است در جمله اموال. یعنی در جمله آنچه در دست او بود، و همان معنی مستصحب است. و هر چند ظاهر ید ملکیت است در آنچه باقی مانده، و اینکه حکم نشود (۱) به چیزی از آن از برای صاحب مال. و لکن چون ید او [بر] مجموع اموال سابقه، مرکب بود در عین المال خود و مال غیر، پس ید او بر مجموع اموال ید ملکیت خالصه (۲)، نبود، و همان حالت مستصحب است. پس جمع بین ادله مقتضی این است که صاحب مال را با مضارب شریک کنیم. و لکن نه به عنوان سایر شراکات که حق او متعلق به عین شود و یا غرما

۱: در نسخه: شود. ۲: عبار نسخه: ید او بر مجموع اموال را ید ملکیت (بر ملکیت - خدل) خالصه نبود.

[۲۲۰]

مخاصه نشود. بکله هر گاه غریمی دیگر باشد با او محاصه کند بالنسبه. خواه او هم مثل این باشد یا (دین ذمه خالص) داشته باشد. و روایت سکونی (عن جعفر، عن آبائه، عن علی علیهم السلام) هم دلالت دارد بر این، و ضعف آن منجر است به شهره بین الاصحاب. چنانکه در ایضاح و تذکره نسبت به ایشان داده‌اند. و روایت این است (عن علی (ع) انه کان یقول: من یموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعینه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم یذکر، فهو اسوة الغرماء). (۱)

کتاب المضاربة من المجلد الثالث:

۱۶۴: سوال: هر گاه زید وجهی به عمرو بدهد که به جهت او مضاربه نماید. و عمرو رفته کنیزی از آن وجه به جهت خود خریداری نموده و متصرف شده الحال صاحب ولد است عمرو از همین کنیز، و وجهی هم در دست عمرو نیست الا کنیز مرقوم. آیا در این صورت عمرو را چه باید کرد؟.

جواب: در صورت مزبوره، عامل غاصب است. پس هر گاه کنیز را به عین مال مضاربه خریده، مال او نمی شود. بلکه [اگر] مالک پول اجازه بیع کند (وقایل به صحت فضولی باشیم در چنین جائی) مال صاحب پول است و اگر اجازه نکند - یا فضولی را [در چنین جائی] صحیح ندانیم - کنیز مال مالک کنیز است و پول باید به صاحبش رد شود. و در این صورتها هیچ کدام، کنیز (ام ولد) نمی شود. زیرا شرط است در ام ولد شدن کنیز، این که کنیز در حین انعقاد نطفه، مال او باشد. و اما حکم ولد: پس هر گاه عالما بالحرمة دخول کرده و فرزند بهم رسیده، آن فرزند هم مملوک صاحب کنیز می شود. پس در صورت عدم اجازه، فرزند مملوک صاحب اول کنیز است. و هم چنین در صورت اجازه - وصحت فضولی باقول به بودن اجازه جزء سبب نقل، وکاشف از نقل ملک در حین عقد. چنانکه اشهر و اظهر است (۲) - آن ولد

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب المضاربه، باب ۱۳، ح ۲.۱: رجوع کنید به اواخر متاخر؟) از جلد دوم .

[۳۳۱]

مملوک صاحب پول می شود که الحال کنیز مال او شده به سبب اجازه. و هر گاه عالما بالحرمة دخول نکرده بلکه شبیه او را عارض شده. پس آن ولد از او است. ولیکن باید پدر قیمت او را (در روزی که زنده متولد شده) به مالک کنیز بدهد. باقی ماند سخن در عوض دخول کردن به کنیز غیر که عوض آن چه چیز است؟. اظهر و اشهر این است که عشر قیمت او است، اگر باکره بوده. و نصف عشر، اگر ثیب بوده. و هر گاه کنیز را به ذمه خریده و بعد از آن، قیمت را از مال مضاربه داده، در این صورت کنیز مال او می شود و ام ولد می شود. و باید مال مضاربه را به صاحبش برساند. و در صورت عجز ظاهر این است که در اینجا ام ولد را توان فروخت به جهت ادای ثمن رقیه او.

سوال: ۱۶۵: زید تنخواهی به (حق السعی) یا به عنوان مضاربه، به عمرو داد که معامله شرعیه نماید. تنخواه مزبور را نیز عامل علی حده جنسی خرید نمود [و] ارسال به ولایت دیگر نموده در نزد شخصی به اطلاع زید. و شخص عامل متوفی گردیده. و حال تنخواه مزبور معلوم نیست که چه شده؟ آیا مراجعه از ولایات بعیده نموده یا نه؟ - و بر تقدیر معاودت آیا بعد از فروش وجه آن مخلوط به مال عامل شده یا به صاحبش رد شده؟ - و احتمال این نیز - نظر به بعضی قراین - میرود که مدفون بوده سرقت شده باشد. آیا از مال عامل با وجود صغار، وصی می تواند تنخواه امانت را رد نماید یا نه؟ - و عدم وصیت تفریط است یا نه؟ - و بر تقدیر تفریط بودن عدم وصیت، آیا عدم فرصت بعد از شدت مرض وطن به موت، عذر هست یا نه؟ - جواب را مفصلا به وجه اوضح قلمی فرموده باشند.

جواب: در صورت سوال: اشکال در عدم دخول مال المضاربه در ترکه نیست، از حیث این که مال المضاربه است. و اما حکایت تعلق ضمان: پس اظهر عدم آن است. به سبب اصل برائت ذمه. و تمسک به (اصل بقای مال در خارج) منشأ ضمان نمی شود مادامی که تقصیر در رد آن نکرده است، و اصل عدم تقصیر است. گاه است که مصلحت اقتضا کرده که او را دفن کرده باشد در جائی، به سبب مانعی رد آن ممکن نشده تا

[۲۳۲]

فوت شده. یا در نزد اهل معامله مانده است بدون تقصیری از او. و هم چنین استصحاب ثبوت ید، و صدق این که در تحت الید او است هر چند در دست دیگری باشد بالفعل، منشأ ضمان و ثبوت در ذمه او نمی شود که متعلق به مال او باشد. و عموم (علی الید ما اخذت) مخصص است به (ید امانت)، و شکی نیست که ید او ید امانت است و ضمانی بر ید امانت نیست مگر با تفریط. و مفروض عدم ثبوت تفریط است. و اگر کسی بگوید: که رد کردن مال غیر واجب است، و این وجوب قاطع اصل برائت است و مستصحب است و محتاج است به رافع. پس دیگر برائت چه معنی دارد؟. گوئیم: که اصل برائت سابقه که (عدم اولی) است در دست است. و آنچه متقین است در دفع آن، همان صورتی است که مالک مطالبه کند به سبب فسخ مضاربه یا غیر آن، با تمکن از رد. یا آن که عامل تفریط کرده باشد در رساندن با تلف، یا بدون تلف. پس چون تحقق این صور معلوم نیست - زیرا که گاه است که خواهش مالک باز بر بقای معامله بوده، تا تلف شده بدون تفریط و عامل فوت شده پس - برائت ذمه از وجوب رد و ضمان بر حال خود باقی است. و فقها در چند موضع تصریح به این مسأله کرده اند در کتاب رهن و کتاب مضاربه و ودیعه و غیر آن. و به هر حال ید فعلیه در اموال میت موجب حکم بر مالکیت او است. و اصل عدم تعلق حق غیر است در آن. و اصل برائت ذمه عامل است. و اما سوال: از ترك وصیت: پس ظاهر این است که ترك وصیت در حین ظن به موت، تفریط است نه مطلقاً. و هر گاه نیز در آن تقصیر نکرده و از برای او دفعی مرض بهم رسیده که موجب فوات فرصت شده، یا فراموش کرده، یا کسی نبوده که وصیت کند و شاهد بگیرد، تفریط نیست. و تا تفریط به اثبات نرسد ضمان بر آن مترتب نیست. اینها همه در صورتی است که علم به وجود مال المضاربه در جمله ترکه نباشد. خواه علم به عدم آن باشد، یا محتمل هر دو باشد چنانکه صورت سوال: است. و اما در صورت علم به وجود آن در جمله ترکه: پس واجب است رد آن. خواه .

بشخصه معلوم باشد یا نباشد، و ظاهر این است که وارث ومالك ومال المضاربه در آن مساویاند. یعنی هر يك به قدر الحصة میبرد. خواه ترکه محیط به همه باشد یا نه. و کلام صاحب المسالك در این مقام خالی از مسامحه نیست. چون موهم این است که (هر گاه مال المضاربه از جماعتی باشد و ممزوج باشد با مال میت، و مال قاصر باشد از حق آنها، غرما [تقسیم] میکنند. و هر يك نسبت به حصه خود میبرند و به وارث چیزی نمیدهند.) و این بی وجه است بلکه وارث هم نسبت به حصه خود میبرد. و کلام او را باید توجیه کرد که منافی این نباشد که ما گفتیم.

سوال: ۱۶۶: زید در وصیتنامه اول مرقوم نموده که پانزده هزار روپیه و خانه و اثاث البیت (مجموع) مال دو صبی (۱) او است بی شرکت گیری. و در وصیتنامه دوم مرقوم نموده که موازی پنجاه هزار روپیه به اولاد خود هبه نمودم به تفصیل معین. و اقرار نموده که موهب را ولایتا [در] تصرف گرفتم. و ما بقی مخلفات را مع مایملک خود - آنچه باشد از نقد و جنس و خانه و غیره - به دو پسرهای خود عبد الکریم و عبد الرحیم هبه نمودم و ولایتا تصرف نمودم. در وصیتنامه سوم مرقوم است که: بنا بر آن که سابق به موجب هبه علی حده بعضی از مایعرف به هر دو طفل خود عبد الکریم و محمد جعفر بخشیده بودم و ولایتا متصرف بودم، آن در تجارت شامل اموال خودم بود. و در این وقت به تفریق محاسبه طولی داشت و از من نمیشد، لهذا در این وقت بنا بر قیاس و تخمین به قدر شصت هزار روپیه به جهت خود منظور داشتم و ما بقی - از جنس و نقد و مطالبات و امانات که در اینجا و در بلاد بعیده مثل بندر ابو شهر و بصره و بنگاله و باقی بلدان قریبه و بعیده به موجب دفتر و تمسکات میباشد - جمله از مال فرزندان مذکور است. و خانهها و املاک مع اثاث البیت و کتب و غیره و آنچه را که من مالک هستم تمام و کمال به میرزا عبد الکریم و محمد جعفر که نور الدین محمد باشد بخشیدم و هبه شرعیه بالمعاوضه، نمودم. دیگر

۱: در نسخه: دو صبی. - توضیح: راجع به چگونگی این لفظ که (صبی) صحیح است یا (صیبه)، در پی نویس صفحات بعد توضیح داده شده .

این بنده را مالی و ملکی باقی نیست. و احدی را در آن حقی و دعوائی نیست. و سواى شصت هزار روپیه که در صدر ذکر شد دیگر دیناری وجه (۱) برای خود نگذارده‌ام. و بعضی از فضلاى عصر فتوى به صحت وصیت اخير داده. متمسک شده به این که قول و تصرف (ذی الید) در (مافی الید) خود، ممضی

و نافذ است، و این منافات ندارد با این که سابق بر این مال اولادش را ولایتا در تصرف داشته. چون علم به بقای عین مال آنها در این حال نیست. و به جهات مختلفه این فتوی را صحیح نمیدانیم. چون ظاهر بلکه صریح عبارت (جمله مال از فرزندان مذکور است) این است (۲) که علی سبیل التخمین شراکتی که داشته است با آن دو طفل (۳) در مال موهوب به ایشان وما یملک خود، [را] به این نهج تفریق نموده که اصل مال خود را شصت هزار روپیه قرار داده و تعیین کرده، و اصل وجه موهوب [را] به ایشان داده با منافع ایام شراکت [و با] ما بقی از جنس و نقد و مطالبات و غیره. پس چنانکه بعد از این اقرار - به این که مجموع ما بقی مال ایشان است از باب اصل و منافع مال شراکت، و مرا مالی نیست سوای شصت هزار روپیه - [اگر] ذکر

۱: این جمله در متن پاسخ میرزا (ره) به صورت (جبه و دیناری برای خود نگذاشته‌ام) تکرار شده. ۲: عبارت نسخه: ... صریح عبارت بنابر این که سابق به موجب هبه نامه جمله مال از فرزندان است مذکور این است. ۳: نسخه: بدل: با آن دو صبیّه. - توضیح: گویا یکی از نسخه برداران نتوانسته مسأله را به طور صحیح در ذهن خود تصویر کند و چنین پنداشته که تفاوت وصیت اخیر با وصیت‌های قبلی این است که ابتدا پانزده هزار روپیه به دو دختر وصیت کرده بوده. سپس در وصیت اخیر همه چیز را به دو پسر داده. و هم چنین ابتدا اثاث البیت را به دخترها داده بوده که بعداً پشیمان شده و به پسرها داده است. در حالی که موضوع فقط میان دو پسر (دو صبی) و خود پدر است. و سخن در این است که اگر وصیت اخیر صحیح باشد همه چیز غیر از شصت هزار روپیه مال دو پسر میشود. و اگر وصیت اخیر باطل باشد حق دو پسر همان پانزده هزار روپیه و منافع آن (به قدر الحصة از مال الشریکه یا مال المضاربه) می شود. و بقیه به عنوان مال میراث میان دو پسر مذکور و سایر ورثه) که احتمالاً نامادری بوده) تقسیم میشود. نسخه بردار مذکور هر کسی بوده خدایش بیامرزد، بر اساس تصور خودش چنان بلاتی بر سر مسأله آورده و جملاتی بدان افزوده که موجب گردید زمان مدیدی برای اصلاح آن صرف شود .

[۲۳۵]

کند که (مابقی و جمیع ما یعرف را بخشیدم و هبه بالمعاوضه کردم) فاسد و عاطل خواهد بود. زیرا که هبه باید از مال خود باشد و خود در وهله اول اعتراف نموده که چیزی ندارم و مالک نیستم سوای شصت هزار روپیه و بقیه همگی مال خودشان است از بابت مال موهوب و منافع آن. و از آن شصت هزار روپیه مال خود چیزی نبخشیده. بلکه همان چیزی که اقرار کرده که مال ایشان است به ایشان بخشیده. و آن باطل است. علاوه بر این، ظاهر عبارت این است که آنچه را هبه بالمعاوضه نموده خانه و اثاث البیت و کتب است که اعیان موجوده است و متعلق هبه باید عین موجود باشد نه دیون و مطالبات و تنخواه متفرقه در بلاد بعیده در نزد مردم، که خودش هم نمی داند که چه چیز و چه قدر است، و قبض و تصرف هم در آنها به عمل نیامده. و اگر لفظ هبه، متعلق به جمیع گرفته شود (به علاوه این که خلاف ظاهر

عبارت است چنانکه مذکور شد) فساد هبه او لازم می آید به دو وجه. بلکه [به] سه جهت: اول: آنچه مذکور شد که هبه [را از] مال ایشان قرار داده بعد از اقرار به این که مال ایشان است از بابت اصل و منافع. [واین] معنی ندارد. دوم آن که: متعلق هبه باید عین مشخص موجود و حاضر عند وقوع الهبه باشد، و قبض و تصرف نیز به عمل آید. نه دیون و مطالبات و تمسکات از مردم و وجوهی که معلوم نیست سوخته و لا وصول و تعویقی آن چقدر، و وصولی آن و قریب الوصولی آن چقدر [است]. بلکه اصل مبلغ آنها معلوم خودش نبوده چه جای موهوب [له]. به علت آن که جنسی در سنوات سابقه به نزد اشخاص متعدده در بلاد بعیده متعدده فرستاده و آنها بعضی فروخته‌اند به وعده‌های بعید، و بعضی نافرورش، که اصل فروش و قیمت او هنوز مشخص او نشده. و تنخواه او بعضی لاوصول و بعضی وصول و بعضی تلف و غرق و قدری به سلامت رسیده. و محاسبه اینها هیچ يك به او نرسیده و اطلاع نداشته. چنین تنخواهی یقیناً هبه آن باطل است. و هم چنین: اعیانی را که در وصایای سابقه بر وصیت لاحق، هبه نموده، (۱) و حال

۱: عبارت نسخه: ... بر وصیت لاحق به بعضی دیگر هبه نموده

[۲۳۶]

داخل در این هبه کرده، نیز باطل است. بلی هبه عین مشخص موجود از آنها، صحیح است در صورتی که مشخص شود که چه بود، و مشخص شود که مال خودش بود. و حال آن که از اول اقرار در صدر عبارت ظاهر شده که سوای شصت هزار روپیه مالی نداشته. پس متعلق هبه نظر بر اشتهال بر فاسد و غیر فاسد [با] عدم تعیین، و هر يك [به طور] مجمل و مبهم و غیر معین [مشمول هبه میشوند] از این راه نیز فاسد می شود. هذا کله بعلاوه آن که از شهود و قراین خارج علم قطعی حاصل است که وجوه موهوب در وصایای سابقه تلف نشده (۱) و داخل در همین جمیع [است] که اقرار نموده است. و قصد آن از این اقرار تزییع حق [ورثه] (۲) و حرمان ایشان بوده. با وجود این مراتب چگونه حکم به صحت این هبه و لزوم آن میتوان نمود؟ و اگر از همه چشم پوشیده [و] (۳) همان اقرار که (آن مال الشراکه اصلاً و نفعاً، جمیع مال ایشان است) را مناط اعتبار نمایند، اولاً مجملی [را که] مصالحه نشده داخل اقرار نمیتوان کرد. و ثانیاً بعد از اقرارهای اول به جهت غیر، (۴) و حصول علم از قراین و شهادات شهود متکثره به این که وجه اقرار و موهوب سابق، داخل در این جمیع می شود. چگونه این اقرار اعتباری دارد؟ و بر فرض عدم علم، ید در این مقام چه اعتباری دارد که تخصیص اصل و استصحاب به آن داده شود؟ به

علت این که ایشان یعنی مقر لهما (۵) نیز صاحب یداند (۶) در این مال، چون صغیر بوده‌اند، و خود ولایتا تحت ید و تصرف خود در آورده و به طریق تجارت مخلوط به مال خود نموده و تجارت کرده، پس اصل (بقای یدولایتی) است بر

۱: عبارت نسخه: ... در وصایای سابقه به سایر وراث تلف شده. - توضیح: لفظ (سایر وراث) از افزوده‌های نسخه بردار است که قبلا توضیح داده شد. و همین طور لفظ) به بعض دیگر) در اصلاحیه قبلی. ۲: در نسخه: به جای (ورثه) لفظ (ایشان) آمده. ۳: در نسخه: به جای (و)، (شود). ۴: یعنی: بعد از اقرارهای اول که به نام دو پسر بوده. ۵: عبارت نسخه: یعنی سایر موروث لهم و مقر لهم. - توضیح: این هم از افزوده‌هاست. ۶: کذا .

[۲۲۷]

مال مقر لهما، (۱) وبقای شراکت و اختلاط ماله به مالهما (۲) ووجود ماله فی جمله اموالهما. (۳)

جواب: اصل در ید (یعنی قاعده [ید] یا ظاهر، اقتضا میکند که (ید اصالتی) باشد، مگر در جائی که ثابت باشد که این [ید] (ید ولایتی) است، یا مشترک ما بین اصالتی و ولایتی است. و این باید در مال مخصوص باشد. بشخصه، [لا] (۴) بعوضه المبدل منه بمثل المضاربه. پس در صورت فرض) عدم العلم بكون ذلك المال المبحوث عنه، عین المال الذی حصل فیہ الید الولایتی او المشترك بینها و بین الاصلتی، تمسك به استصحاب بی صورت است. زیرا که اگر استصحاب را نسبت به ملاحظه بقای مال کذائی اعتبار میکنیم، معلوم نیست که آن مال موجود همان مال باشد که ید ولایتی بر آن عارض شده و منافاتی ندارد با استصحاب بقای آن مال در جای دیگر در نزد کسی دیگر، یا مدفون باشد، یا بر سبیل مضاربه در نزد دیگری باشد. و اگر استصحاب را به ملاحظه [بقاء عوضه المبدل منه، اعتبار کنیم، چنین استصحابی فاقد آن سابقه یقینی است که در) مستصحب) لازم است]. و اگر متمسك شوید به استصحاب عدم تعدد مال که به ضمیمه استصحاب ید، حکم شود که مال همان مال است و این ید همان ید - چنانکه متمسك میشوید به استصحاب طهارت در اثبات (ناقص نبودن). با وجود این که در صحت آن اشکال است و ثبوت حکم شرعی با این استصحاب محل کلام است زیرا که غایت امر) عدم ثبوت ناقضیت) است نه (ثبوت عدم ناقضیت). و بر این، فروعی متفرع می شود در مسائل فقهیه - معارض است با استصحاب عدم ورود (ید ولایتیه) بر این مال خاص. و با تعارض استصحابین رجوع میکنیم به اصل درید که مقتضی (ید اصالتی) است. چنانکه بیان کردیم. و اما اباحت سابقه: پس آنچه ذکر فرموده‌اند در ابطال هبه تا جائی که فرموده‌اند

[۲۳۸]

(بعلاوه این که خلاف ظاهر...). که حاصل آن این است که: مراد موصی تفریق محاسبه شراکت است که به حسب تخمین، شصت هزار روپیه اصل مال و منافع موصی بوده، و تتمه، مال و منافع صغار. پس چیزی باقی نماند که متعلق هبه باشد. و هبه مال غیر بی معنی است. پس میگوئیم که: آنچه به فهم حقیر میرسد این است که غرض موصی این نباشد که تعیین مال طرفین با منافع، شده باشد باجمعها. بلکه مراد این است که حصه مال المشارکه صغار را تخمینا در ضمن باقی اموال منظور داشته‌ام و زیادتی را به آنها هبه کردم، و شصت هزار روپیه هم از برای خود قرار دادم و به آن اکتفا کردم. هر چند حصه من بیش از این میشد. و شاهد بر این همان عبارت آخر موصی است که گفته است (دیگر هبه و دیناری برای خود نگذاشته‌ام). زیرا که اگر مراد تفریق مال المشارکه بود علی سبیل التخمین، جمیع ما يعرف او [همان] شصت هزار روپیه از مال المشارکه بود (۱) و دیگر چیزی باقی نماند که برای خود واگذارد. یا وانگذارد. و قسرا این شصت هزار و آن باقی اموال از باب حصه مال المشارکه (که حق هر يك [بود]) میشد. و شاهد دیگر (چنان که فرموده‌اند) [این است] که اموال مذکوره غیر معلوم المقدار است و هبه آن صحیح نیست پس چگونه می تواند شد که اموال مجهوله [را] در عوض مال المشارکه قرار دهد و از حصه خود تعبیر به شصت هزار کند و از ایشان را در عهده جهالت بالمره گذارد. و شاهد دیگر این که: این مجموع از باب المشارکه صغار نیست که در اول گفته (بعض ما يعرف خود را هبه کردم و به شراکت خود در آنها تجارت کردم) چگونه باشد که حصه خود از مال المشارکه و منافع، آن قلیل وجه شد که شصت هزار است، و حصه صغار که بعض ما يعرف بود با منافع، چندین مضاعف است. اینها همه مبتنی است بر

۱: عبارت نسخه: زیرا اگر مراد تفریق مال المشارکه بود علی سبیل التخمین و جمیع ما يعرف او بعد از وضع شصت هزار روپیه از مال المشارکه بود

[۲۳۹]

این که (بخشیدم) را راجع به مجموع مذکور قبل (بخشیدم) بگیریم. و هر گاه راجع به املاک بندر و کتب غیره بگیریم - چنانکه بعد از ذکر (علاوه) فرموده‌اند - پس هر چند فی الجملة مناسبتی دارد به سبب این که همه باید در اعیان باشد، ولكن گمان حقیر این است که بخشیدم راجع به همه است. و در اول اموال معاملات را ذکر کرده از نقد و جنس و مطالبات، و در ثانی عقارات و اراضی و اثاث البیت و کتب (از اموال ساکنه که منتقل نمی شود از جائی به جائی دیگر) را ذکر کرده. و همان کلمه (چیزی برای خود نگذارده‌ام) در آخر کلام، هم شاهد است. بلی اشکالی که در صحت هبه نموده‌اند در بسیاری از اموال وارد است، بعضی از حیثیت مورد، و بعضی از حیثیت تحقق قبض و عدم آن. و تفصیل آنها محتاج به بسطی [است] که نه حال وفا به آن میکند و نه فرصت. و اما حکایت مسبوقیت این وصیت و هبه، به هبات و اقرارات دیگر: (۱) پس آن بر فرض ثبوت آنها، منافی صحت هبه دیگر نمی باشد. (۲) و حق این است که این امور محتاج است به مرافعه. و استفتنا و فتوی در اینها بی فایده و مورث فساد و فتنه است. خصوصا با اجمال و اهمال آن کاغذها.

۱۶۷:سوال: من مات وکان عنده مال مضاربة - بالاقرار او بالبینه - ولم يعلم وجود مال المضاربة فی ترکته و لاعدمه (بعد الموت) بوجه من الوجوه. فما حکم مال المضاربة؟ و ما تکلیف الوارث فی التركة؟
جواب: صرح المحقق فی الشرايع والعلامة فی بعض کتبه و غیرهما، با نه یحکم بکونه میراثا. و لكن استشکلوا فی ضمان المضارب و تعلق المال بذمته فیخرج من ترکته. فالنظر (۳) الی عموم قوله (ص) (علی الید ما اخذت حتی تودی)، (۴) والی دخوله تحت یدہ بالیقین،

۱ و ۲: عبارت نسخه: و اما حکایت مسبوقیت این وصیت و هبه به هبات و اقرارات برای دیگران پس فرض ثبوت آنها معنی از برای صحت هبه به دیگران نمی باشد. - توضیح: گفته شد که افزوده‌هایی در این سوال و جواب رخ داده است. ۳: در نسخه: نظرا: ۴: مستدرک، ج ۲ ص ۵۰۴، ابواب الودیعه، باب ۱ ح ۱۲ .

[۲۴۰]

و استصحاب حال کونه تحت یدہ، یقتضی اخراجه من ماله. (۱) لان الثابت بالاستصحاب فی حکم البقاء ولما لم یتشخص المال فینتقل الی ذمته ویتعلق بماله و یخرج منه. فیکون رب المال اسوة الغرماء. وهو مختار العلامة فی القواعد علی اشکال. وذهب جماعة من المتأخرین الی عدم الضمان اصلا. والقول الثانی اقرب. و غایة توجیه الاستدلال للقول الاول انه لما دلت الایة (۲) والاحبار المتواترة علی وجوب اداء الامانات و ردھا الی اهلها، او الی من ائتمن علیها. وورد کثیر منها فی (الامانة المالکية)، كما هی الظاهرة عن غیرها ایضا. و دلت الروایة المجمع علیها من ان علی الید ما اخذت حتی تودی، و خرج من

عمومها او اطلاقها ما اذا ثبت التلف بلا تفريط فى الامانة. او ادعى من هى عنده ذلك. او ادعى الرد، مع يمينه، فى بعض الصور. وبقى الباقي - كما نحن فيه - داخلا فيها. وكان الاصل بقاء التكليف بالرد والاداء الى ان يعلم المسقط، ولم يعلم هنا. وكان كل تكليف ما لى تعلق بالانسان - سواء كان اصليا باحد اسبابه المعلومه، او عارضا باحد العقود والايقاعات والغصب وغيرها من الاسباب - ولم يكن بقاءه مشروطا بحياته (كالا نفاق الواجب ونحوه) يتعلق بعد موته بمن يقوم مقامه من وارث او وصى او ولى او قيم ونحوه. بمعنى انه يجب عليه اخراج ذلك المال من تركته وصرفه فى مصرفه. وكان الاصل مع ذلك بقاء المال، حيث لم يعلم تلفه. وكونه فى جملة امواله التى بقيت بعده، حيث كان سابقا كذلك. ولما كانت تلك الاموال فى يده او يد امثائه، ولم يكن يده ح يد ملك على مجموعها وكان ظاهر اليد مع اشتباه الحال هو الملك لما وجد فى تركته وعدم الحكم بكون شىء منها معينا او غير معين لصاحب الامانة، ف (لجميع ذلك) جمع بين الحقين، واقتصر على المتيقن من حق ذى الامانة بعد الحكم بثبوته فى الجملة ونحكم بالضمان لجملة مما ذكر، وبالمحاصة وعدم كون الامانة موجودة بتمامها فى جملة تركة الميت

١: در نسخه: وهو يقتضى احزاجه من ماله. ٢: ان الله يامرکم ان تؤدوا الامانات الى اهلها - نساء ٥٨ .

[٢٤١]

حتى يقدم صاحبها على الغرماء. لاحتمال تلفها بتفريطه كلا او بعضا. فليس ذلك جمعا بين المتناقضين (١) كما قد يتوهم. فظهر قوة القول بالضمان والمحاصة معا، مع الاحتياط بيمين الاستظهارى. وربما يستدل له بما رواه الشيخ باسناده) عن محمد بن على بن محبوب، عن احمد، عن البرقى، عن النوفلى، عن السكونى، عن جعفر، عن ابيه، عن آباءه، عن على - عليهم السلام - انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له .وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء). (٢) ورواها الصدوق فى الفقيه مرسلا عن على (ع). (٣) بتقريب ان صدر الرواية خارج عما نحن فيه، والمراد من آخرها انه ان مات ولم يذكر مال المضاربة ولم يعلم رده او بقاءه بعينه واحتمل اتلافه او تلفه بتفريطه فصاحبه اسوة الغرماء الذين لهم دين فى ذمته. وضعف الرواية منجبر بالشهرة وبورودها فى الفقيه وبما ذكره الشيخ وغيره فى السكونى والنوفلى .اقول: وفى هذا التوجيه والاستدلال مواقع للتامل: اما اولاً: فان الاية واكثر الاخبار [غير] ظاهرة فى الامانات المالكية. (٤) ومن الظاهر ان المراد بالرد فيها ليس وجوبه فوراً مطلقاً. اذ هو مناف لوضع الامانة والايداع. بل الظاهر ان المراد منها عدم الخيانة. وانما يسلم وجوب الرد فوراً، مع المطالبة وبقيتها فى يده، او بدونها مع قصد

الغضب، او تلفه بالتفريط. لا بدون المطالبة وعدم قصد الغضب وتلفه بدون التفريط. وان شئت قلت (يجب عليه الرد عند المطالبة، الا ان يثبت التلف من غير تفريط، او يدعى ذلك، او الرد مع اليمين). واما الوجوب على الوارث: فهو انما يسلم اذا كان المال باقيا بعينه، او فى جملة

١: وفى النسخة: المتنافيين - وجه الاصلاح ياتى بعد صفحات عند نقل قول فخر المحققين. ٢: الوسائل: ج ١٣، ابواب المضاربة، الباب ١٣ ح ١ - التهذيب: ج ٢ ص ٣: ١٧٠٠ الفقيه: ج ٢ ص ٧٥. ٤: كما روى فى تفسير الاية عن الباقر والصادق عليهما السلام ان المراد من الامانات فى الاية، هو الامامة واحكام الله تعالى من الحلال والحرام... وكذا اكثر الاخبار. فالاية ظاهرة فى الاعم من الامانة الملكية وغيرها .

[٢٤٢]

ماترك، او انتقل (١) الى ذمة المورث باتلافه مفرطاً حتى ينتقل الى تركته . واما مع عدم ثبوت شىء من ذلك: فالاصل براءة ذمة الوارث. فالوجوب على الوارث بدون شرايطه ممنوع. واستصحاب بقاء المال لاينافى عدم وجوب الرد. اذ قد يكون باقيا عند غيره وفى غير ماله على وجه صحيح لا يترتب عليه الضمان. واستصحاب بقاءه فى يده بالفعل - مع كمال بعده فى مال المضاربة بعد دوران المال فى التجارة، الذى هو مقتضى نسبته بمال المضاربة. كما اشار اليه المحقق الاردبيلى (ره) - معارض باصالة عدم وجوب الرد: سيما مع كون التركة عين ماله مشخصا . والسر فى ذلك انه فرق بين البقاء الحقيقى والبقاء الاستصحابى. والمسلم فى وجوب الرد عند المطالبة، هو اذا كان باقيا قطعاً لا استصحاباً. وهكذا كلام جار فى كل استصحابيين متعارضين. الاترى؟ انا لانحكم بوجوب تطهير الموضوع الذى القى عليه ثوب الاحتلام بعد تطهيره اذا شك فى زوال عين المنى. وكذلك تطهير الموضوع الذى وقع عليه الذبابة بعدما وقع على النجاسة الرطبة اذا شك فى بقاء رطوبة رجل الذبابة. فوجوب الرد عند المطالبة انما يسلم مع البقاء العينى عنده. لامع البقاء الاستصحابى. (٢) والقول بان (الاصل اشتغال ذمة الميت. حتى يتعلق بالتركة). ايضا فاسد. وكذلك القول بان الامر مردد بين الامرين، (٣) اعنى بقاء المال فى التركة او انتقاله الى ذمته فيتعلق بتركته. لاحتمال الشق الثالث (٤) بان يكون تالفاً من دون تفريط او باقيا عند امينه على وجه صحيح لا يترتب عليه الضمان. والوارث قبل موت مورثه لم يكن مكلفاً برد المال ولا عوضه حتى يستصحب . ولم يكن الطلب متعلقاً بذمة المضارب، لعدم العلم بتلفه. ولا بماله، لعدم العلم بانتقاله الى ذمته حتى ينتقل بعد الموت الى ماله. فكيف ينفع هذا الاستصحاب فى حق الوارث؟ واين الدليل على ان كل تكليف كان ثابتاً فى حال الحيوة فهو متعلق ١ : وفى النسخة: اذا انتقل.

٢: لانه ح يكون اصلا مثبتا، وهو ليس بحجة ٣: عبارة النسخة: وكذلك القول بان الاصل فى الامر المردد بين الامرين... ٤: وفى النسخة: واحتمال الشق الثالث ...

[٢٤٣]

بالولى عموما، الا ما ثبت كونه فى ذمة الميت -؟. والحاصل: ان الميت لم يثبت كونه مكلفا برد المال مادام باقيا. والانتقال الى ذمته لم يكن بقول مطلق، حتى يثبت بقاءه بعد الموت ويتعلق التكليف بالولى. لاحتمال عدم كونه مكلفا بشيىء منهما فى حال حيوته. فكيف يحكم بوجوب الرد عن التركة مطلقا بالاستصحاب؟. فلم يبق شيىء الا التمسك باستصحاب بقاء المال، وهو لا يستلزم وجوب الرد ولا اشتغال الذمة ايضا. [اذ] لادليل عليه الا مع ثبوت التفريط، والاصل عدمه. مع ان الاصل عدم تعلق حق بذلك المال الموجود. سيما مع العلم با نه غير مال المضاربة. واما ثانيا: ففى الاستدلال بالرواية. اذ لا بد فيها من تقدير (مضاف) للموصول. لعدم تعلق التكليف بالاعيان. بل انما يتعلق با فعال المكلفين، والظاهر انه الضمان، لا الرد. لانه لامعنى محصلا لوجوب الردو الاداء حتى يحصل الرد والاداء. ولاريب ان الضمان لايتعلق بالامانات حين الايمان والايذاء. بل انما يتعلق بها بالشرايط المتقدمة. والاصل عدمها. كما بيناه. فالمسلم فى دلالتها على الوجوب انما هو مع المطالبة ح مع بقاء المال و قصد الغصب، او التلف بتفريط، الى آخر ما ذكرنا فى الكلام على العمومات . والحاصل: انا نقول: المراد اما الضمان فى نفس الامر، فاليد الاخذة خائنة فى نفس الامر من حين الاخذ الى حين التأدية. واما الضمان فى ظاهر الحكم حتى يثبت الاداء فى ظاهر الحكم. وكلاهما فى محل المنع. وان قيل: المراد المعنى الاعم من ذلك وهو مطلق الضمان. (٢) كما هو احد معانى كلمة (على). يعنى على اليد ضمانة ما اخذت (٢) حتى توديعها، فان كان وديعة فعليها حفظها وعدم الخيانة حتى توديعها، وان كان غصبا فعليها ضمانه ووجوب المبادرة الى رده. وكذلك المبيع الذى ظهر استحقاؤه للغير، فيكون من الامانات الشرعية التى تضمن بتأخيرها .. وهكذا.. [قلنا:] وهذا ايضا لا يثبت الضمان. فلم يبق هنا الا ارادة ما اريد فى عمومات

١: عبارة النسخة: وبالانتقال الى ذمته لو لم يكن بقول مطلق... ٢: وفى النسخة : مطلق الضرر. ٣: فى النسخة: بنكاية ما اخذت .

[٢٤٤]

رد الامانات الى اهلها. وقد عرفت ان معناها عدم الخيانة ووجوب ردها مع المطالبة وبقاء العين مع امكان ردها. فلم يثبت فى مال المضاربة - بعد دوران المال فى المضاربة الذى هو معيار صدق (مال المضاربة) - تحقق البقاء مع امكان الرد مهما طلبه على الاطلاق فى اول الامر، حتى يستصحب. واما ثالثا؛ فما ذكر (ان الاصل بقاء التكليف)، ففيه انه مسلم عند بقاء المال و المطالبة. والتمسك باستصحاب البقاء، فيه ما عرفت. هذا فى العمومات. واما الرواية فقد عرفت الحال فيها ايضا. واما رابعا؛ ففي التعليل بان (تلك الاموال كانت فى يده او يد امنائه.. الى آخره)، ان ثبوت هذا لقدر المشترك لا يوجب استصحاب القدر المشترك فيحكم الان ايضا بكون المال فى يده او يد امنائه. وثبوت المال فى يد الامين لا يوجب ثبوته فى تركته و لا الانتقال الى ذمته وامكان رده مطلقا. اذ لعله كان باقيا عند امينه ولم يقصر فيه ولم يمكن استرداده ولم ينتقل الى ذمته حيث يستوفى من تركته. فالقول بان (الاصل بقاء المال وكونه فى جملة امواله التى بقيت)، ان اريد منه ما بقيت فى يده مباشرة، فهو ممنوع. وان اريد الاعم من المباشرة ويد الامين مطلقا، فلا ينفع فى شىء. كما لا يخفى. مع ان هذا لا يتم فى ما علم بان الباقي فى يده الان هو عين ما له. فان قلت: ما ذكرت يبطل التمسك بالاستصحاب فى ثبوت مال المضاربة وبقائه. و كما لا يثبت الاستصحاب بقاء مال المضاربة وكون ما تركه المضارب هو مال المضاربة، فكذا لا يثبت الاستصحاب كون ما تركه مال نفس المضارب (١). لامتزاجها سابقا حينما. قلت: لانتمسك فى ذلك بالاستصحاب. بل نتمسك بان ظاهر اليد (الملك) وان كان فى المشتبه. وان حكم اليد عدم تسلط غيره على ما فى يده، الا بجهة شرعيه. واما جواز التصرف لصاحب اليد مع جهالة الحال بينه وبين الله، فهو مسئلة اخرى، ومقتضى الاصل والاخبار الدالة على ان (كل شىء فيه حلال وحرام، فهو حلال حتى تعرف الحرام

١: عبارة النسخة: كون ماترك نفس مال المضاربة .

[٢٤٥]

بعينه) يقتضى حليته. وكذا حليته للغير اذا اعطاه اليد. الا ترى؟ انا لا نمنع السارق والغاصب (الذى نعلم بوجود مال الغير تحت يده) عن التصرف فى امواله. بل نطالبه بالمغصوب والمسروق. فان الاصل هو ملكية صاحب اليد. والغصب والاتلاف ونحوهما من الطوارئ يحتاج الى الدليل. اذ الاصل عدم تسلط الغير على الاخذ منه. مع ان المال لا يبقى بلامالك فاذا بطل استحقاق صاحب مال التجارة فينحصر فى مال المضارب. واما خامسا؛ ففي [ما ذكر با نه] (نحكم بالضمان لجملة مما ذكر.. الى آخره) فانك قد عرفت انه لا دليل على الضمان ولا على بقاء المال فى التركة. فلا وجه للمحاصة و لا لتقديم حق المالك على

غيره. واما سادسا: ففى ما ذكر من ان (ذلك ليس جمعا بين المتناقضين)، يعنى ان الحكم بالمحاصة لاوجب الجمع بين المتناقضين. [وهذا] اجمال وابهام واهمال. و لعله اشارة الى ما ذكره فخر المحققين فى وجه المقول بالضمان، وابطله. وهو كلام واه جدا لاينبغى ان يلتفت اليه. ولكن لما كان كلام فخر المحققين فى دفعه ايضا لا يخلو من اضطراب، فلا باس بايراد كلامه والتعرض لما فيه. لكمال مدخليته فى تحقيق حل المقام: قال العلامة فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوة الغرماء. على اشكال. وان عرف، قدم وان جهلت عينه). اقول: الظاهر فى وجه الاشكال ان يقال: ان وجوب الرد واستصحابه يقتضى ضمانه و تحاصه مع الغرماء. وكون المضارب امينا (لا يثبت فى ذمته شىء الا مع العلم ببقاء المال او تلفه مع التفريط) يقتضى [عدم] اشتغال ذمته للمالك بشىء حتى ياخذ المالك منه شيئا، اصلا. لاحتمال تلفه من دون تفريط. ولكن قال فخر المحققين فى وجه الاشكال ما هذا لفظه (ينشأ من اصالة البقاء. و عدم الوجدان لايدل على العدم. وقوله عليه السلام: على اليد ما اخذت حتى تودى. ومن انه امانة والاصل عدم التفريط ولم يجده بعينه. ولان الضرب مع الغرماء يستلزم الحكم

[٢٤٦]

ببقاء المال. اذ لولاه لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وتعيده (١). والا لما ضرب. لانه حكم العدم مع ظهور (٢) التفريط فيكون مبنيا على النقيضين. والثانى ممنوع، فانا نمنع ان سبب الضمان العدم مع التفريط. بل سببه اما هذا او اشتباهه فى ماله بحيث يتعذر تسليمه). انتهى كلامه (ره). وفيه: ان مبنى قول القائل (ولان الضرب مع الغرماء...) ابطال ما ذكره والده من الحكم بانتقال مال المضاربة الى ذمة المضارب ولزوم تحاصه مع الغرماء الذين لهم فى ذمته شىء. بتقريب انه مستلزم للمحال. ومبنى ما ذكره فخر المحققين فى دفعه حيث قال (والثانى ممنوع...) تصحيح كلام والده، ودفع لزوم التناقض، والتزام صحة الضرب مع الغرماء فى صورة اشتباهه فى ماله بحيث يتعذر تسليمه. وهذا ليس موافقا لمفروض كلام والده. اذا المفروض فيه انتقاله الى الذمة والتحصن مع الديان. لامع الذين وجد مالهم فى ماله مشتبهها. كما يشعر به قوله بعد ذلك (وان عرف، قدم وان جهلت عينه). فمقتضى اول وجهى الاشكال، البناء على وجود المال بالاستصحاب وتقديم صاحب مال المضاربة على غيره من الديان - وان وجد مثله (مثل ان يتعدد ارباب مال المضاربة) فيتحصنون ايضا، ولكن هذا التحاصن ليس من باب التحاصن السابق، وهذا غير مذكور فى كلام العلامة وان كان من لوازم استشكله، اذا بنى على بقاء المال - و مقتضى الوجه الثانى عدم اشتغال ذمته لرب المال بشىء، وعدم تعلق حق له فى ماله ايضا. ومقتضى

مأذكره آآلآ (فى الرء على من اءعى آناقض فى القول بالضرب مع الغرماء) الحكم بوجود المال مشآبها وآآناص .وح فان حملنا آآناص على آآناص مع الغرماء المطالبين فى الذمة؁ فهو لا يتم مع الحكم بوجود المال مشآبها. اذ مقتضاه آقءيم رب المال. لا آآناص مع سائر الغرماء. مع انه آارآ عن موضوع المسئلة. اذ هو مالم يعرف

١: فى الايضاح المطبوع بنفقه كوشانبور - ١٣٨٧ هـ ق؁ ج ٢ ص ٣٢٩ - (بعءمه بءل) آءبها. وكذا (عءم آفرىط) بءل (آهور آفرىط). لكن الصآآ ماآاء به المصنف قءس سره .

[٣٤٧]

بفاء مال المضاربة. (١) وان حملنا على آآناص مع امآاله ممن وءء ماله مشآبها فى امواله؁ فهو وان كان صحآا لكنه اىضا آارآ عن موضوع المسئلة. فلا يحسن آنزىل كلام المآآاصمين فىه على غيره. وممكن ان يقال: قوله (ولان الضرب مع الغرماء... الى آآره) اشكال مسآقل ىرء على كلام العلامة. لا انه من آآمة الوجه الآنى من الاشكال. ىعنى لابد ان يكون آق مع اء الامرين: اما الاستصآاب وآقءيم صاآب المال على غيره. واما برآأة الذمة راسا. فلا وجه لقول المصنف باشتغال الذمة وآآناص مع الغرماء. لاستلزامه المآناقضين. اذ لا يجوز الحكم بالآناص على آقءير عءم المال. اذ على هذا الفرض يحكم با نه مال المضارب؁ لاصالة عءم آفرىط. فلا بء ان يكون الحكم بالآناص على فرض عءمه. و لازم ذلك؁ الحكم بوجود المال وعءمه. وهو آمع بين النقىضين. وءفعه فآر المآققن بمنع الآنى (اعنى استلزام آناص الحكم بعءم المال معللا بان هذا الحكم مآآص به مع آفرىط). ووجه الءفع منع اآآصاص ذلك. اذ قء يكون معه وقء يكون مع وجود المال مع اشآابهه بين امواله. ولازم ذلك ءفع الاشكال عن مآآار والءه بحمل كلامه على الحكم بقاء المال مشآبها. وهو آلاف ظاهر كلام والءه. اذ ظاهره الانتقال الى الذمة و عءم الحكم بوجوده مشآبها وآآناص مع مآلق الغرماء. كما عرفت. وقء عرفت ما فىه. فى المسئلة ووجه اربعه: اءءها: انتقاله الى ذمة المضارب وىآناص رب المال مع مآلق الءيان. وهو ظاهر عبارة القواعد .والآانى: الحكم بقاءه فى المال مشآبها وآقءيمه على الءيان. وىلزمه انه لو وءء مآله فىآناص معه؁ وهو الوجه الاول الذى ذكره فآر المآققن للاشكال .والآالث: الحكم بكونه ميراآا وعءم اسآآاق رب المال شىئا؁ لا فى المال ولا فى الذمة. وهو الوجه الآنى الذى ذكره. والرابع: الحكم بقاءه مشآبها وآآناص مع آمع الغرماء. وهو مقتضى اءء الاحآمالين الذىن ذكرنا هما فى ما ذكره فى ءفع آناقض فى رفع البآآ عن والءه فى حكمه بالآناص .

[٢٤٨]

وجعل ذلك من محتملات عبارة والده بعيد. مع انه بعيد فى نفسه. وان اراد التحاص بين امثاله لامطلق الديان، فهولا يناسب فتوى والده. بل هو مناسب لاول وجوه الاشكال الذى ذكره. فهو غير ملائم لدفع الاشكال عن كلام والده حيث قال) انه اسوة الغرماء). اللهم الا ان يقال ان مراده من (اشتباهه فى ماله بحيث يتعذر تسليمه) الاشتباه فى انه فى ماله ام لا. لوجوده فى المال مشتبهها .ليمكن تطبيقه على كلام والده. والحاصل: ان القائل قال: ان القول بالتحاص يستلزم وجود المال. لان مع العدم، الاصل عدم التفريط. فلاضمان فلاتحاص .ويستلزم عدم المال. لان التحاص انما هو حكم العدم مع التفريط لاغير. وقال فخر المحققين بمنع اختصاص التحاص بالعدم مع التفريط، بل يمكن ثبوت التحاص اما مع العدم مع التفريط، او مع احتمال الوجود والعدم واشتباه الامر فى ذلك. فبذلك يحصل توجيه لكلام والده، ولكنه يرد عليه ان الاصل البرائة بنفى الضمان ولزوم التحاص. لانه امين كما بينه فى الوجه الثانى من الاشكال. وبالجملة كلامه هنا كلام مظلم غايته لايتهدى الى مرامه. واما سابعا: فى الاستدلال برواية السكونى: فتفكيك آخرها عن صدرها يوجب تشويه الكلام واخراجه عن النظام. اذ مفهوم الشرطية الاولى (ح) لايفيد فائدة يعتديها. اذ فيه سكوت عن حكم ما علم وجود مال المضاربة بشخصه مع عدم تسمية مجموعته لاحد معين. (١) بخلاف مالم جعلنا الشرطية الثانية بيانا لمفهوم الشرطية الاولى، وان اريد جعل الثانية بيانا لمفهوم الاولى، فيبقى ضمير المحذوف فى قوله (لم يذكر) بلا مرجع. اذ المفروض ان مال المضاربة المتقدم ذكره هو ما علم بقاءه بعينه، ليمكن صيرورته مشارا اليه لكلمة (هذا)، والمفروض ان المستدل ارجعه الى مال المضاربة [الذى] يعلم بقاءه بعينه، وهو غير مذكور سابقا ولا مدلول عليه، بالمقام. وان سلمنا ارجاعه الى مطلق مال المضاربة، لخصوص المعين المشخص. فهو ايضا شامل للمعين المشخص، فكيف يختص (٢) بمالم يعلم بقاءه بعينه؟ مع ان ما علم بقاءه بعينه الذى هو داخل فى المطلق ليس

١:لابد هنا من ملاحظة الحديث مرة اخرى: عن على (ع) انه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء. ٢: وفى النسخة: مختصة .

حكمه ما ذكره من تسوية جميع الغرماء بل هو مختص بصاحبه. وبالجملة: هذا الحمل مستبعد جدا من وجوه شتى. والرواية ظاهرة فى حكم ما علم بقاء مال المضاربة بعينه. لذلك لم يستدل احد به فى هذا المقام، على ما احاط به خبرنا. وفهم الاصحاب لهذه الرواية ايضا شاهد على ذلك فلاحظ التذكرة قال فيها (اذا مات العامل وعنده مال مضاربة لجماعة متعددين، فان علم مال احدهم بعينه كان احق به. وان جهل كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربة، قضى به ميراثا. ولو سمي الميت واحدا بعينه، قضى له به. وان لم يذكر، كان اسوة الغرماء. لما رواه السكونى عن الصادق (ع) عن آبائه عن على (ع) انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة، قال: ان سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له. وان مات ولم يذكر، فهو اسوة الغرماء.). انتهى كلامه (ره). فان ظاهر كلامه ان قوله (ولو سمي الميت واحدا بعينه) معطوف على اول الكلام المفروض [فيه] وجود مال المضاربة. ولما كان الحكم فى مسألة غرماء الميت تقديم من وجد ماله فى التركة فذكر هنا حكمين من هذه المسئلة: احدهما: انه لو علم بقاء مال المضاربة عن جماعة متعددين، وكان مفروزا من ماله وعلم بالبينة او الاقرار يكون مال معين من جملة تلك الاموال من احدهم، فهو مقدم على غيره. وان جهل، كان الجماعة فى ذلك المال سواء. وثانيهما: انه لو كان عنده مال مضاربة مفروز من ماله واقر فى حيوته ان مجموع ذلك المال من احد من الجماعة، فهو له. وان لم يقر بذلك واحتمل كونه لواحد آخر منهم او لاكثر من الواحد، فالجميع سواء. والحاصل: ان موضع المسئلتين العلم ببقاء مال المضاربة مفروزة قابلة لجماعة معينين غير معلوم حالها باشتراك الجميع فيه او اختصاص بعضهم بجميعة او اختصاص بعضهم ببعضه. فان علم بالبينة او الاقرار كون بعض معين من الجميع، من واحد معين، فيختص به ويعمل بالباقي معاملة الغرماء. سواء شارك معهم لو لم يف ما علم باختصاصه به. او وفى وبقي معاملة الغرماء فى غيره. وان اقر بان الجميع مال واحد من الجماعة، فهو له ويبقى ساير الجماعة داخلين فى مسئلة (من مات وجهل كون ما ترك من مال المضاربة) فيحكم بكونه ميراثا، المعبر عنها بقوله (وان جهل كونه مضاربة قضى به ميراثا). والرواية واردة فى بيان

حكم المسئلة الثانية من المسئلتين المتقدمتين، كما فهمه واستدل بها لها. فتزيل الرواية على صورة العلم ببقاء المضاربة، فى غاية البعد. اذ الظاهر منها ان قوله (ع) (وان مات ولم يذكر) معطوف على قوله (ان سماه.. الى آخره). وتوضيح الرواية ان لفظ (عنده مال مضاربة) ظاهر فى ماتعين وتشخص انه مال مضاربة موجودة متعينة. ويؤيده ما بعده ايضا فان قوله (ع) (ان سماه بعينه) كان قابلا (١) لتسميته [

المال [بمال المضاربة باحتمال كون [مال] المضاربة غير متشخص وغير متميز فى الخارج. يعنى قال (ان هذا المال مال المضاربة) لا (ان مال المضاربة حاصل فى جملة اموالى) و [كان قابلا] لتسميته بمال المضاربة مع تسمية صاحبه وتعيينه. لكن الظاهر ان المراد تسمية صاحبه مع تعيين مال المضاربة. بقريته تفسيره (ع) بقوله (فقال هذا لفلان) من جملة من يحتمل كونه له من ارباب مال المضاربة. فاسم الاشارة حقيقة فى الموجود المتميز المتشخص الحاضر فى الخارج. فلا بد ان يكون المشار اليه هو مال المضاربة المتقدم ذكره فى كلامه (ع) وضمير المفعول فى كلمة (سماه) ايضا راجع الى ذلك المال. فهذه قرائن متعددة لوجود المال وبقائه وتشخصه وتميزه. وحكم (ع) فى هذه الصورة با نه له، اعنى هذا المال المتشخص المتميز لمن سماه وعينه. ثم بين (ع) مفهوم هذه الشرطية على سبيل المنطوق وقال (وان مات) يعنى هذا الرجل الذى عنده مال مضاربة موجودة متميزة، (ولم يذكر) يعنى لم يسمه لاحد ممن يحتمل كونه له من ارباب مال المضاربة، (فهو اسوة الغرماء) يعنى ذلك الرجل الذى فرض كون المال له من جملة المحتملين لكونه لهم فى الشرطية السابقه، اسوة الغرماء. يعنى هو تابع لساير المحتملين لكونهم من ارباب هذا المال. ويحتمل رجوع كلمة (هو) الى المال المذكور. قال فى مجمع البحرين: المال اسوة بين الغرماء: اى شركة ومساهمة بين غرماء المفلس، لاينفرد به احدهم دون الاخر. والحاصل: ان الرواية ظاهرة فى صورة وجود مال المضاربة واريد بالغرماء فيها

١: فى النسخة: ان كان ..

[٢٥١]

الذين هم مشتركون فى مال المضاربة على فرض عدم تسمية الميت اياه لاحدهم، و متساوون فى الاستحقاق على قدر نصيبهم. فلا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه. يعنى فى مال يعلم بقاء مال المضاربة، وان علم بكونه فى يده سابقا. واما ذكره من اعتضاد الرواية بالشهرة: فلم نقف على هذه الشهرة فى ما نحن فيه، ولا على من نقلها. بل ظاهر عبارة التذكرة، عدم الخلاف فى ما نحن فيه. اعنى فى كون المال ميراثا اذا لم يعلم بقاء مال المضاربة. وسكت عن الضمان. (١) كما فى الشرايع قال (اذا مات وفى يده اموال مضاربة، فان علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل، كانوا فيه سواء. وان جهل كونه مضاربة، قضى به ميراثا). وذكر فى المسالك بعد ذلك، الاشكال فى ضمانه لمال المضاربة وعدمه، ورجح الثانى. وفى التحرير قال (اذا مات و فى يده اموال مضاربة، فان علم مال احدهم بعينه، كان اولى به. فان جهل، تساوا فيه. و ان جهل كونه مضاربا، قضى به ميراثا. ولو مات وعلم ان بيده مال

مضاربة ولم يوجد، ففي اخذها من التركة اشكال). وقال فى القواعد (ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة، صار ثابتا فى ذمته وصاحبه اسوة الغرماء، على اشكال. وان عرف، قدم وان جهلت عينه). والحاصل: ان اكثر عبارات الاصحاب (الموجودة عندي) حاكم بصيرورة المال ح ميراثا. انما الاشكال فى الانتقال الى ذمته. ورجح جماعة من محققى المتأخرين العدم، و يظهر وجهه مما تقدم. ولم نقف على هذه الشهرة التى ذكره. نعم ذكروا نظير هذه المسئلة فى الوديعة. ونسبه جماعة الى الاكثر. وذلك لا يوجب كون الرواية (على فرض دلالتها) موافقة للاكثر فى مانحن فيه حتى يعتضد به. مع ان الاشكال فى الوديعة ايضا حاصل. و يمكن ان يكون وجه الفرق بين الوديعة وبين ما نحن فيه ان الوديعة مبنية على محافظة العين من دون تصرف فيه، بخلاف المضاربة. فان الغالب فيه الدوران والانتقال من يد الى اخرى. وظهور البقاء عنده فى الوديعة اكثر. ولكن الدليل الذى ذكرناه فى المضاربة جار فيها ايضا. على انا نقول: ان كلامهم فى الوديعة مبنى على التفريط من جهة

١: فى النسخة: ولكنه سكت عن الضمان .

[٢٥٢]

ترك الوصية. كما يظهر من استدلالهم فى هذا المقام. وكذا استشكل هؤلاء فى الضمان اذا مات فجأة ولم يجد فرصة للايضاء. قال العلامة فى القواعد فى باب الوديعة فى الفصل الثانى المعقود لذكر موجبات الضمان (ولو اراد السفر فدفنها، ضمن. الا ان يخاف المعالجة). اى معالجة الاخذو التلف فى اخذها، او معالجة رفقة السفر. وهكذا فسر فى غير واحد من العبارة. [ثم قال] (ومن حضرته الوفات وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فان اهمل، ضمن. الا ان يموت فجأة على اشكال). قال فخر المحققين: ينشأ من التفريط بترك الاشهاد، لانه نوع حفظ من الوارث لو مات ولم يعلم وهو معرض للموت. ومن الاصل وان مبنى الوديعة على الاخفاء. والاقوى الضمان، لان الوصية بها والاشهاد سبب فى منع الوارث من جحودها، وفى وجوب ادائها ظاهرا ان علم بها، وفى نفس الامران لم يعلم. وذلك كله سبب للحفظ فتركه سبب لترك الحفظ. ولا معنى للتفريط الا ذلك). ثم قال العلامة (ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندي ثوب وله اثواب، ضمن. اما لو قال عندي ثوب ولم يوجد فى التركة ثوب، لم يضمن. تنزيلا على التلف قبل الموت، على اشكال). قال فخر المحققين: قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تودي. (١) وانما يسقط بالتلف من غير تفريط ولم يعلم. فلا يسقط الضمان بالشك. ولعلمنا الوديعة وجهل عينها، فيكون كما لو كان عنده وديعة فدفنها و سافر ولم يطلع

عليها احد فانه يضمنها فى ماله، فكذا هنا. لان السفر والموت فى هذا المعنى واحد. وهذا قول الشيخ فى المبسوط واستدل بهذين. ويحتمل العدم لان الوديعة ليست سببا للضمان. بل سببه التفريط ولم يعلم. والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه محال. ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم يوجد. والاصح الثانى. انتهى كلامه .

١:المستدرک: ج ٢، ابواب الوديعه، الباب ١ ح ١٢ .

[٢٥٢]

اقول: ولعله فرق (١) بين ترك الوصية مطلقا، والوصية بثوب مع وجدانه فى التركة. كما ذكره. وليس هنا تقصير لكفاية الوصية بثوب اذا لم يكن عنده اثواب .بخلاف ما لو كان عنده اثواب، للزوم الاحمال فى الثانى دون الاول. وموضع الاستشهاد فى كلامه هو ما ذكره من الدليل لاكثر العلماء بما ذكره من كونه كالدفن فى المسافر. فاعتماد الاكثر فى الضمان على التفريط. وان جمع بينه وبين الاستدلال بالرواية الاعم من صورة التفريط. واصرح من ذلك عبارة التذكرة حيث انه (بعد ما ذكر حكم السفر والموت) قال (اذا اوصى بالوديعة وجب عليه تبيينها وتمييزها من غيرها بالاشارة الى عينها او بيان جنسها ووصفها. فلو لم يبين الجنس ولا اشار اليها بل قال عندى وديعة، فهو كما لم يوص. ولو ذكر الجنس فقال عندى ثوب لفلان، ولم يصفه، فان لم يوجد فى تركته جنس الثوب، فاكثر علمائنا على ان المالك يضارب الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة. لتقصيره بترك البيان). ثم ذكر باختياره عدم الضمان. ثم قال بعد ذلك (قد بينا الخلاف فى ما اذا كان عنده وديعة ثم مات ولم يوجد فى تركته، وان الذى يقتضيه النظر عدم الضمان .والذى عليه اكثر العلماء منا ومن الشافعية وجوب الضمان). وقال فى الشرايع: اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها، قيل يخرج من اصل تركته ولو كان له غرماء وضاق التركة حاصهم المستودع وفيه تردد. قال فى المسالك: وهذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان اعترافه بالوديعة اوجب بثبوت يده عليها والتزامه بها الى ان يرده الى مالكها. فاذا لم يعلم كان ضامنا لها، لعموم) على اليد ما اخذت حتى تودى، ولانه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن، ولان الاصل بقائها فى يده الى الموت، وبعده يكون فى جملة التركة. فاذا تعذر الوصول الى عينها وجب البدل. فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء. ثم ذكر لتردد المصنف وجهين: احدهما: ان يكون ناظرا الى الاصل الضمان. لاصالة البرائة وعدم التفريط. ولا ينافيها اصالة بقاء المال. لعدم استلزامه تعلقه بالذمة. و ثانيهما: ان يكون ناظرا الى كيفية الضمان. فان اصالة البقاء يقتضى كونها فى جملة

[٢٥٤]

التركة وان كان عينها مجهولة. وهو يستلزم تقديم مالکها على الغرماء، لامحاصته معهم. ثم قال: والاقوى انه ان علم بقاء عينها الى ما بعد الموت ولم يتميز، قدم مالکها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك. وان علم تلفها بتفريط فهو اسوة الغرماء. والا فلا ضمان اصلا. لاصالة براءة الذمة. وقد عرفت مما قدمناه ان ماقويه فى المسالك قوى متين. وظهر ايضا مما ذكرنا ان فتوى اكثر علمائنا بالضمان فى الوديعة، ان كانت مبتنية على التفريط فى الوصية، فالضمان حق. لكن على تفصيل فى تركها راسا او اجمالها بحيث يعلم بقائها فى المال مجهولا. فيضمن فى الاول مع تحاص الغرماء، ويقدم على الغرماء فى الثانى. و لكن الاشكال بعد باق فى ان مطلق عدم معلومية الوصية تفريط، او اذا علم انه شارف الموت ولم يوص؟ -؟. والمسلم انما هو الثانى. لامطلقا. وحاصل الغرض من نقل هذه الكلمات بيان الفرق بين الوديعة والمضاربة. حيث ان الاكثرين ذهبوا الى الضمان فى الوديعة دون المضاربة. فالتمسك بالرواية فى المضاربة لاعتزادها بعمل الاكثرين وهن فى وهن. (١) مع انهم ذكروا مثل هذه الكلمات فى الرهن ايضا. والظاهر ان الاكثرين مختارهم فى الرهن موافق لما اخترناه فى المضاربة. فتوهم (اعتزاد الرواية هنا بعمل الاكثر سبب فتوى الاكثر فى الوديعة بالضمان)، معارض بانها - على فرض مطابقتها لما قال المستدل - مخالفة لفتوى الاكثر فى الرهن. حيث قالوا (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له). كما هو مصرح به فى القواعد و التحرير والشرايع وغيرها، من دون نقل خلاف واشكال. وقال فى المسالك) ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة جازمين بحكمها على الوجه المذكور) الى اخرها ذكره من وجهى الاشكال. ورايت فى بعض الحواشى المنسوبة الى فخر المحققين - وكانه. بخط بعضى الفضلاء - مكتوبا على عبارة القواعد هذه (٢) (هكذا قال بعض الاصحاب).

١: ولعل الاصل: وهم فى وهم. ٢: اى تعليقا على هذه العبارة (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ما له) فى القواعد .

والحاصل: ان ظاهرهم ان فتوى الاكثر هو ذلك. ولا باس ان يشير الى وجهى الاشكال وان كان يستفاد مما تقدم، ولنقتصر بما ذكره فى المسالك، فانه بعد ما ذكر عبارة المحقق حيث قال (ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم بعينه) قال: المراد ان الرهن لم يعلم كونه موجودا فى التركة ولا معدوما، فح يكون كسبيل مال المرتهن. اى يحكم ماله. بمعنى انه لا يحكم للرهن فى التركة بشيىء، عملا بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، واصالة براءة ذمته من حق الراهن اذ الرهن لم يتعلق بذمته لانه امانة، ولا بماله لاصالة بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق احد فيه شيئا. هذا بحسب الظاهر وان كان فى نفس الامر يمكن كونه من جملة التركة. وقوله (حتى يعلم بعينه) المراد به ان الحكم المذكور ثابت الى ان يعلم وجود الرهن فى التركة يقينا، سواء علم معنا او مشتبهها فى جملة التركة، وان كان العبارة تؤذن بخلاف ذلك وان الرهن اذا لم يعلم فى التركة متعينا متميزا فهو كسبيل ماله، (١) وليس بمراد قطعا. اذ لا فرق فى ثبوت حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعينا فى مال آخر، ومتيقنا وان كان مجهول العين. وطريق التخلص ح الصلح. واعلم ان المصنف وغيره ذكروا هذه المسئلة هنا جا زمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة او متحدة. وذكروا نظيرها فى باب الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها. والامر فيه كذلك، فان اصالة براءة ذمة المرتهن معارضة باصالة بقاء المال والحال انه فى يد المرتهن وقد قال صلى الله عليه وآله: على اليد ما اخذت حتى تودى. فاذا مات ولم يعلم بعينه فاصالة بقاءه وثبوت يده يقتضى كونه فى يده. فاذا لم يعلم عينه كان كالمعلوم بقاءه وان لم يتحقق كونه من جملة التركة لاحتمال كونه فى محل آخر. الا ان على المرتهن التخلص منه. وحيث لم يتعين يكون مضمونا. خصوصا اذا امكنه الوصية والاشهاد فلم يفعل. وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود، فيقدم بقدره على غيره من الديان. لانه بمنزلة الشريك حيث حكم ببقاء ماله. ويحتمل كونه بمنزلة الديان، لعدم العلم ببقاء عين المال واصالة بقاءه

١: وفى بعض نسخه المسالك (وان الرهن اذا لم يعلم فى التركة متعينا متميزا والا فهو كسبيل ماله). ولكن الصحيح ما جاع به المصنف هنا .

بحسب الظاهر، فيكون بمنزلة الدين. ويمكن ان يقال - على اصل هذا الاشكال - لا تعارض بين الاصلين السابقين. فان اصالة بقاء المال يمكن ان يجمع اصالة البرائة. لان المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو امانة، ثم يمكن تلفه بغير تفريط. فلا يكون مضمونا. و حديث (على اليد ما اخذت حتى تودى) لا بد من

تخصيصه بالامانات. ولم يعلم هنا مايزيل الامانة. فيبقى اصالة براءة الذمة رافعة لاستحقاق الراهن عن المال والذمة. لعدم التعارض. فيتم ما اطلقوه حيث يشتهه الحال. وهذا البحث جار فى كل امانة يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط. انتهى كلامه قدس سره. وينبغى هنا التنبيه لامور: الاول: ان الجمع فى الاستدلال للضمان - فى الوديعة بين قوله ص (على اليد ما اخذت) وبين قولهم بان ترك تعيينها تفريط، وانه من باب دفن الوديعة لمن اراد السفر - غير جيد. لانهم ان ارادوا انه لم يوص ولم يشهد وقصر فى التعيين فهو ضامن، فهو وجيه. ولكنه لا يصح الاستدلال به فى المسئلة على الاطلاق. وان ارادوا ان مطلق اختفاء امر الوديعة وصيرورته مجهولا كاشف عن التقصير، فهو فى محل المنع. اذ لعله لم يقصر و لم يفريط واوصى واشهد، لكنه خفى الامر بعد ذلك لموت الموصى او الشاهد او غير ذلك. الثانى: ان وجه الفرق بين المضاربة وبين الوديعة غير واضح حيث افتى الاكثر فى الوديعة بالضمان دون المضاربة. ولعل وجه الفرق ما اشرنا سابقا من ان مقتضى المضاربة التقلب فى الايدى وعدم لزوم استمرار يد المضارب عليه مباشرة. بخلاف الوديعة للزوم استمرار اليد المباشرة عليه لاجل الحفظ، بل وستره عن الغير واخفاء امره. فالظاهر بقاء اليد المباشرة على الوديعة واستصحابها. بخلافها فى المضاربة. لكن ذلك لا ينفع فى اثبات التفريط على الامين. ولا ينافى ذلك اصالة براءة الودعى عن الضمان حتى يثبت التفريط. الثالث: ان وجه الفرق بين الرهن والوديعة غير واضح. فما وجه فتوى الاكثريين فى الوديعة بالضمان وفتويهم بعدمه فى الرهن مع كون الرهن ايضا وديعة -؟ ويمكن ان يقال: الفرق هو ان الرهن فى موضع الاتلاف من المرتهن غالبا لكونه وكيفا فى بيعه و

[٢٥٧]

استيفاء حقه، بخلاف الوديعة فانه مأمور بحفظه من دون تصرف فيه اصلا. ولكن هذا ايضا ممالا يصلح لرفع اصالة البرائة وعدم الضمان فى الوديعة كما مر .الرابع: انه (١) فى شرح قول المحقق فى المضاربة (اذا مات وفى يده اموال مضاربة فان علم مال احدهم بعينه، كان احق به. وان جهل، كانوا فيه سواء) قال (٢): ضمير (فيه) يعود الى المال المجتمع من اموال المضاربة. ومعنى استوائهم فى ذلك المال انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم بالسوية، كما فى اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا اذا كان اموالهم مجتمعة فى يده على حدة. واما اذا كان ممتزجا مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك .ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا. [انتهى كلامه ره]. واورد عليه بان الوجه فى حرمان الورثة مع قصور تركته عن مالهم او مساواتها مع فرض وجود مال [الغير] غير واضح الامع ثبوت موجب ضمان التالف من اموالهم من تعد او تفريط. فيثبت امانته وعدم ضمانه

للتالف الامع احد الامرين. والاكتفاء فى الضمان باحتمال احدهما، مرفوع بالاصل. وعموم (على اليد ما اخذت حتى تودى) مخصص بمادل على امانته. فالوجه ضرب الورثة مع الغرماء فى التحاص، واخذهم جميع مال مورثهم مع العلم بعدم تلف شىء منه. ومع احتمالهم يتحاصون معهم بنسبة مالهم. ويمكن حمل كلامه عليه بتعميم (الغرماء) فى كلامه للورثة بضرب من التغليب. ولكن يشكل بتوقف ذلك على معرفة مقدار مال الميت ومعلومية نسبته بالاضافة الى اموالهم. ولو جهل اشكل الحكم فى ضربهم معهم فى التحاص. اقول: ولعل مراده من قوله (ممتزجا مع جملة ما له) عدم كون مال المضاربة مفروزا من ماله بل داخلا فى ماله وممزوجا فيه بحيث اشتبه عينه مع العلم ببقائه وعدم تلفه، على وجه لم يكن مكلفا برده. فصاحب مال المضاربة ح كالشريك للورثة، وليس (٣) كالصورة

١ و ٢: اى: ان الشهيد (فى المسالك) قال..... ٣: عبارة النسخة: ... كالشريك للورثة نعمه انه ليس ...

[٢٥٨]

الاولى حيث يتعلق الحكم بالرد الى صاحب مال المضاربة بالمفروز فقط فيبقى الباقي (١) فى حكم الميراث لاصالة البرائة. بل يتعلق الحكم بالرد هنا الى مجموع الملك لكونه فيه ولو مشتبهها. ولا ريب فى تقديم رب مال المضاربة ح على ساير الغرماء المطالبين منه فى ذمته فضلا على الورثة. فلا معنى لتخاص الورثة معهم. والحاصل: ان الغريم الذى ماله موجود فى التركة مقدم على من لم يوجد ماله فى التركة. سواء كان وجوده معلوما بعينه وشخصه او مشتبهها فى جملة امواله. فح يصح قوله (ره) (ان وسعت التركة اموالهم اخذوها. وان قصرت تحاصوا). وقوله (ره) (كالشريك) دون ان يقول (شريك) اشارة الى ان حق الغرماء فى ذلك المال مقدم على رب المال. و لو كان شريكا حقيقيا لم يقدم على شريكه. ولما كان حساب اموال الغرماء غالبا مضبوطا و حساب مال المضارب غير منضبط - لانه يتصرف منه تدريجا ولا يمنع من التصرف - فهم شركاء فى المال، حيث ان مالهم مخلوط بماله. وليسو بشركاء حيث ان حقهم مقدم على التركة وقد يبقى للوارث شىء وقد لا يبقى. فلذلك قال (كالشريك). فقد لا يبقى مجال لتخاص الورثة معهم، حيث لم يبق الا المساوى لما لهم اواقل. وقد يبقى لكن بمعنى انه ياخذ الغرماء مالهم بحساب اموالهم ويبقى للورثة ايضا حصة. لكن حصتهم غير مبتنية على حساب ما يبقى. فلو فرض انه اعتراف ان (جميع اموال ارباب المضاربة موجودة عندى] و [لم يتلف، ولكن دراهمهم فى الكيس الذى فيه دراهمى، وغلثهم فى الانبار الذى فيه غلثى مخلوطا). واتفق انه صرف منهما تدريجا بظن انه لم يصرف بقدر لم يبق حصتهم او بقى اقل منها. وعلم باقراره عدم تلف مالهم على وجه

لايضمنها، فحقهم متعلق بذلك المال ما بقى شىء منه. ويظهر الثمرة فى عدم تحاصهم مع الغرماء المطالبين عنه فى ذمته لافى ما له. فعلم مما ذكرنا انه لامنافات بين كون مال المضاربة مع جملة الاموال وبين قصور التركة عن مال المضاربة عنده وكونه ممتزجا بماله. ومع هذا ليس هناك شىء يبقى لنفسه حتى يتخاص معهم. فيؤخذ مثل مال المضاربة ان بقى بمقداره، او الاقل ان

١: وفى النسخة: فيبقى الثانى ...

[٢٥٩]

بقى الاقل، فيتخاصون. ثم ان وجد له مال آخر، يستوفى منه. والا فيدخل فى مسئلة (عدم مال المضاربة). وقد عرفت ان الاقرب فيه عدم الضمان، لاصل البرائة وكونه امينا. نعم: يرد كلام المورد اذا ثبت امتزاج مال المضاربة بمال من امواله (او فى جميع امواله) من دون العلم ببقاء جميع مال المضاربة فى ماله. فح يشترك المضارب ورب المال فى هذا القدر او فى جميع التركة. ولا يحكم ح بقاء جميع مال المضاربة، لان القدر المعلوم هو بقاءه فى الجملة لا با جمعه. فيحتمل تلف مقدار ما لا يعلم بقاءه فيه من غير تفريط. فح لابد من التخاص بين المضارب ورب المال. ولما لم يعلم مقدار مال المضارب ولامال رب المال، فيمكن التخاص. وطريق التخاص هو الصلح. فيصح ح ايضا تقديم رب المال على ساير الغرماء، لوجود ماله فى الجملة. وبعد الصلح وتعيين حصة المضارب يستوفى ساير الغرماء الذين لهم حق فى ذمته من حصته بالتخاص بينهم على مقدار حقهم. واما لو علم بقاء تمام حق المضارب فى التركة وجهل عينه فيستوفى تمام حصته من ماله. وان بقى شىء فيكون للمضارب ويتعلق حق الغرماء الذين يستحقون فى ذمته به. فمراد صاحب المسالك من قوله فى مسئلة الرهن ان (طريق التخلص الصلح فى مثله) انما هو الصلح فى جعل بعض الاموال بدلا عن عين ماله المشتبه فى مال المرتهن. لا الصلح فى مقدار المال. للزوم الوفاء بتمامه، للعلم ببقاءه فيه. فالصلح قد يحتاج اليه فى التخلص عن تعيين عين مال رب مال المضاربة او الرهن. وقد لا يحتاج فى التخلص عن اشتباه مقداره. والاول فى صورة العلم بوجود تمام المال مع اشتباهه. والثانى فى صورة العلم بوجوده فى الجملة مع جهالة مقداره. والاول لا يستلزم بقاء شىء لرب المال. والثانى يستلزم بقاء شىء له. ومما حققناه يتضح لك ما اشرنا اليه من وقوع الخلط فى كلام فخر المحققين. كما اشرنا اليه سابقا. وحاصل المختار فى هذا المضمار انه لو لم يعلم بقاء الرهن فى المال ولاعدمه (و كذا الوديعة ومال المضاربة) فالتركة محكومة بكونها ميراثا، والاصل برائة ذمة المرتهن

والمستودع والمضارب. وفي ما علم وجوده با جمعه فيه مع اشتباهه يقدم الراهن والمودع والمضارب على رب المال وسائر الغرماء المطالبين في ذمته. ولا دليل (۱) عليه في ما علم وجوده في الجملة مع اشتباهه. فالمصالحة اولا بين الامين ورب المال و [لا] يتعلق حق الغرماء الطالبين في ذمته، بحصة الامين. واما في صورة تعيين مال رب المال فلا اشكال في تقديمه على الامين وعلى الغرماء المذكورين. هذا ولكن الاحوط البناء على المصالحة في صورة الجهالة مطلقا. سيما في الوديعة .

۱: وفي النسخة: ولا ضمان عليه .

كتاب المزارعة والمسافات

(من المجلد الاول)

۱۶۸:سوال: هر گاه زيد قطعه ملكى بعمرو داده كه باغ نمايد. تا سه سال منافع زمين مختص عمرو باشد وبعد از سه سال باغ مزبور بالمناصفه بوده باشد. بكر آمده ادعا مينمايد كه زمين مزبور مال من بود وزيد غصب کرده. وادعاى بكر هر گاه بثبوت برسد عمرو مى تواند كه اخراجات باغ را از متروكات زيد اخذ نمايد يا نه؟ -؟ و هر گاه بكر محصول باغ مزبور را عنفا برده باشد، بايد عمرو رد نمايد يا نه؟ -؟ ومحصول تابع اشجار است يا تابع زمين؟ -؟ وآيا عمرو تسلط بر قلع اشجار مغروسه خود دارد يا نه؟ -؟. وآيا مى تواند غرامت محصول را از بكر اخذ نمايد يا نه؟ -؟. واجرة الارض چقدر ميباشد؟
جواب: اصل معامله مغارسه باطل است. (۱) و هر گاه كسى اين معامله را کرده باشد

۱: اين همان مبحث (توقيف) و (امضا) است كه در جلد اول ودوم نيز با آن سر و كار داشتيم. وگفته شد كه اكثر متقدمين در اين مسأله طرفدار توقيف هستند. يعنى معتقدند تنها آن تعداد معاملات صحيح ومشروع است كه از ناحيه شارع به نام اعلام شده باشند مانند بيع، اجاره، رهن، مضاربه و... و... وچون معامله اى بنام (مغارسه) از

طرف شارع ودر زبان شارع نبوده واعلام نشده پس چنین معامله‌ای باطل است. ویر این متفرع میشود بطلان (سرقفلی) و (بیمه) وامثال آن. مرحوم صاحب جواهر بر بطلان مغارسه ادعای اجماع کرده است میگوید (...). المغارسة باطله عندنا، لان الاصل الفساد... هذا العقد على نحو عقد المزارعة فان الاجماع بقسميه على بطلانه) - جواهر، ج ۲۷ ص ۹۳ و صاحب مسالك میگوید) المغارسة معامله خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما وهى مفاعلة منه وباطلة عندنا وعند اكثر العامه. ولان عقود المعاوضات موقوفه على اذن الشارع وهى منفية هنا) - مسالك ج ۱ ص ۲۳۹، شهید در لمعه میفرماید) والمغارسة باطله ولصاحب الارض قلعه وله الاجرة، لطول بقاته). پس مشاهده میکنیم که صاحب جواهر اصل در معاوضات را فساد میدانند مگر در جائی که شارع اذن داده باشد. واین نظریه را اجماعی میدانند. واز بیان شهیدین نیز دستکم (عدم الخلاف) ظاهر میشود. اما گویا شهید اول در لمعه به دلیل دیگر غیر از توقیف تکیه میکند وآن (طول بقای مغارسه) است نسبت به مدت بقای مزارعه. واین در صورتی است که (جارو مجرور) را به (باطله) متعلق بدانیم که ظاهراً هم چنین است. زیرا اجرت زمین منوط به طول بقاء وعدم آن نیست همان طور که قبلاً نیز یاد آوری شده فقهای متاخر در مورد (معاملات) اجماعاً به (امضا) معتقدند و مشروعیت معامله را منوط به اعلام عنوان آن از ناحیه شارع، نمیدانند و بدین ترتیب معاملاتی از قبیل بیمه و سرقفلی را صحیح میدانند، با این که این بینش با صریح اجماعی که صاحب جواهر ادعا کرده مخالفت دارد. واین بحث طولانی است و دستکم به ده‌ها صفحه نیاز دارد .

[۳۶۲]

وحکم بطلان شود، زمین مال صاحب زمین و اشجار مال صاحب اشجار است که غرس کرده است. و منافع اشجار مال صاحب اشجار است، و صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است. و هر گاه نهال هم مال صاحب زمین باشد عامل مستحق اجرت عمل خود است. و صاحب زمین می تواند که به صاحب درخت بگوید که درخت خود را بکن. و در صورتی که او را امر کرد به کندن درخت باید ارش درخت [را] به او بدهد. یعنی درخت را قیمت میکنند در حالتی که درخت بر پا باشد بر زمین اجاره دار، و در حالتی که کنده شود و افتاده شود. و تفاوت میان این دو قیمت را به صاحب درخت میدهند. مثل این که درخت در زمین اجاره دار اگر بر پا باشد به يك تومان میارزد، و هر گاه کنده شود و افتاده شود پنج هزار دینار میارزد. باید مالک زمین پنج هزار دینار به صاحب درخت بدهد. و به هر حال اختیار کندن با مالک زمین است. و صاحب درخت هم اختیار کندن درخت خود را دارد هر چند صاحب زمین راضی نباشد، و بعد از کندن درخت باید زمین را هموار کند و ریشه‌ها را بر آورد و تدارک شکستگی و نقص زمین را نموده و به اصلاح آورده به او رد نماید .

[۳۶۳]

و اما مسأله دعوی بکر: اگر دعوی او به ثبوت شرعی برسد زمین خود را صاحب می شود. و لکن درختها مال عمرو است بکر را به درخت رجوعی نیست. و بکر اجرت المثل زمین خود را که در این مدت در تصرف

عمرو بوده از عمرو مطالبه میکند. وعمرو منافع اشجار خود را که بکر عدوانا تصرف کرده، از بکر مطالبه میکند. وعمرو درختهای خود را می تواند بکند وزمین را هموار کرده از عیب بر آورده تسلیم بکر نماید. واما مسأله رجوع عمرو به متروکات زید به جهت استیفای غرامت ونقصان: پس آن تفصیلی میخواهد ومحتاج به تأمل. والحال فرصت نیست. واما مسأله اجرت المثل [اجرت المثل] هر زمینی را اهل خیره آن بلد بهتر میدانند، به آنها باید رجوع کرد. بهتر آن است که اهل خیره دو نفر مرد عادل باشند. وشاید به يك نفر عادل هم توان اکتفا کرد. واگر آنها میسر نشود به قول جماعتی که مظنه به صدق آنها حاصل شود هم میتوان اکتفا نمود. والله العالم.

۱۶۹:سوال: هر گاه زید ملکی را بفروشد به عمرو به بیع خیار شرط، وبیع لازم شود. وبعد از لزوم، زید بدون اذن عمرو در آن زرع کند. ودر حال شغل زمین به آن زرع اجاره کند آن را از عمرو در مدت معینه. وآن مدت تمام شود قبل از کمال زرع و رسیدن هنگام حصاد. عمرو چه تسلطی دارد؟.

جواب: هر گاه میدانند که مدت مزبوره در عادت آن قدر نیست که زرع مذکور در آن زمان برسد، ومقصود او هم قسویل (۱) نیست که هر گاه عمرو راضی نشود به ماندن زرع آن را در حال قسویل بریده به مصرف برسانند. اظهر بطلان اجاره است، وعمرو مستحق اجرت المثل زمان اجاره است. واز برای او اختیار هست که در انقضای مدت، ازاله زرع را بلا عوض بکند، واینکه باقی بگذارد واجرت باقی زمان را بگیرد تا زمان حصاد. و هر گاه قصور زمان مدت اجاره به جهت سانحه خارجیه باشد(مثل سردی هوا) پس باید عمرو بگذارد تا زرع حصاد شود. واجرت المثل این مدت زمان آخری را بگیرد .

۱:قسویل: بوته‌های گندم وجو که قبل از دانه بستن به عنوان علوفه درو شود .

[۳۶۴]

والله العالم.

کتاب المزارعه من المجلد الثانی:

۱۷۰:سوال: زید از عمرو بذری گرفته که زراعت نماید وبه طریق متعارف اربابی ورعیتی معمول دارد. وزراع بذر را کاشته ودر عمل آوردن آن تفریط کرده. آیا صاحب بذر را میرسد که مطالبه بذر ومنافع آن را از قرار بازدید اهل خیره نماید یا نه؟ -؟. و حقیقت مزارعه وبعضی از شرایط آن را بیان کنند.

جواب: از ظاهر سوال: چنین فهمیده می شود که این معامله به عنوان مزارعه بوده است. وشرط شده بذر را به صاحب بذر رد کند .واظهر بطلان این عقد است. واصل مزارعه این است که معامله واقع شود

بر زمین به حصه معینه از حاصل آن، خواه هر يك از بذر وعوامل هم مال صاحب زمین باشد و همان عمل از غیر باشد، و خواه بذر وعوامل یا احدهما از عامل باشد، و خواه مشترك باشد بینهما، و هم چنین خواه زمین و عمل مختص احدهما باشد یا مشترك باشد بینهما، و خواه آن زمین بعینها ملك ایشان باشد، یا منافع آن ملك از ایشان باشد. مثل این که به اجاره گرفته باشند زمین را، و مشهور این است که شرط است تعیین مدت در آن به روز و ماه، و جمعی در این شرط کرده‌اند که مدت باید به مقداری باشد که علم یا ظن حاصل باشد به این که آن زرع در آن زمان میرسد، و بعضی اکتفا کرده‌اند به ذکر تعیین مدت هر چند کمتر باشد از زمان رسیدن حاصل جزما، نظر به این که ممکن است که بعد راضی شوند که زرع باقی بماند، و این ضعیف است، چونکه منشا تفویت غرض است و ظاهرا سغه است، مگر این که به قصیل هم توان منتفع شد، و مقصود آن باشد که اگر مالك راضی بشود قصیل را قسمت کنند، و در اکتفا به تعیین مزروع از ذکر مدت، دو وجه ذکر کرده‌اند، و اگر اجماع در اشتراط تعیین مدت نباشد قول به کفایت آن قوت دارد، چون تعیین مزروع به منزله تعیین مدت است نظر به عادت، و اختلاف جزئی که در بعضی سالها به حسب اختلاف هوا بهم میرسد مغتفر باشد، و لکن مخالفت ظاهر اصحاب مشکل است، و آن از عقود لازمه است، و ظاهرا، خلافی در این نیست، بلکه اجماع بر آن نقل شده .

[۳۶۵]

و عبارتی که در عقد بگویند (زارعتك هذه الارض فى هذه المدة بهذه الحصه المعینه من حاصلها) است، و به فارسی هم میتوان گفت که (به مزارعه دادم این زمین را به تو در مدت شش ماه - مثلا - که ثلث حاصل آن از من باشد) و هم چنین ذکر بذر و عمل را میکنند، و ظاهر این است که هر لفظی که افاده آن بکند کافی باشد، لکن احوط این است که ترك ایجاب و قبول (بروجه متعارف در سایر عقود) نکنند، و به تقایل فسخ می شود، یعنی به رضای طرفین بر هم میتوان زد، بی اشکال، و به موت احد طرفین هم باطل نمی شود، مگر این که شرط شده باشد مباشرت به نفس عامل، و بمیرد عامل قبل از ظهور ثمره، و اما بعد از ظهور ثمره پس در آن اشکال است، نظر به استصحاب ملك، و نظ به عقد شرط دور نیست که این نیز چنین باشد، و نظر به این که استقرار ملك معلوم نیست بلکه مسلم همان ملکیت متزلزله است، و بدان که نماء و حاصل این معامله مشاع است ما بین مالك و عامل و تابع شرط ایشان است به نصف یا ثلث یا غیر آن، و نمی توان تعیین حصه کرد به کیل و زن، و اما هر گاه در ضمن عقد شرط کنند حصه معینی [را] علاوه بر آن نماء مشترك از برای مالك یا عامل، مثل این که مالك به عامل بگوید که صد من گندم از میان بر میدارم که مال من باشد و باقی در میان من و تو ارباعا قسمت شود يك ربع از تو و باقی از

من - پس اظهر عدم جواز آن است. چون منافی مقتضای عقد مزارعه است. و فرقی نیست ما بین آن که غالبا از مثل آن زمین زاید بر مقدار آنچه شرط شده به عمل بیاید یا نه. و بعضی تجویز کرده‌اند این شرط را. و بعضی تخصیص داده‌اند جواز را به استثنای بذر. یعنی صاحب بذر بگوید بذر را از میان حاصل بر میدارم و تتمه را ارباعا (چنانکه گفتیم) قسمت میکنیم. و عدم جواز اظهر و اشهر است. اینها در وقتی است که شرط قدری معین از آن زرع باشد. اما هر گاه شرط کنند در ذمه - مثلا مالك به عامل بگوید که ده درهم تو به من بده و حاصل زرع هم ارباعا قسمت شود، یا صد من گندم در ذمه تو باشد که علاوه بر حصه من به من بدهی - پس اشهر و اظهر جواز آن است به مقتضای عمومات و روایت محمد بن سهل هم دلالت بر

[۳۶۶]

آن دارد. و در این صورت هر گاه آن زرع از آفات سالم ماند به مقتضای آن شرط عمل میکنند. و هر گاه تلفی به آن برسد، از شرط به حساب آن کم می شود. همچنانکه گفته‌اند در بیع میوه باغ در صورتی که استثنا شود قدر معینی از آن. مثل این که بگوید (میوه این باغ را به تو فروختم الا صد من آن را به این مبلغ) که در آنجا هم مشهور جواز است به مقتضای حدیث صحیح (۲). و در آنجا هم گفته‌اند هر گاه تلفی برسد در میوه آن باغ، مالك هم به قدر صد من در آن شريك خواهد بود. و شهید ثانی (ره) احتمال عدم شراکت آن را در مقدار شرط، داده، به جهت اطلاق شرط. بعد از آن که فتوی داده است به این که قرار آن مشروط است به سلامت. چنانکه گفتیم. و احتمال ثانی در نظر حقیر اقوی است و قیاس به میوه باغ نمیتوان کرد، چون در آنجا ظاهرا شرکت مالك باقی است و تلف از مال مشترك شده، و در اینجا شرط مختص مشروط له است و به آن تلفی نرسیده است. و بدان که: در جائی که مزارعه فاسد باشد به جهتی از جهات و حکم شود شرعا به فساد آن، پس حاصل از صاحب بذر است و بر او است که اجرت المثل زمین و عمل را و عوامل را بدهد. و هر گاه از صاحب زمین و عامل هر دو است هر يك به مقدار بذر از حاصل میبرند و نسبت به حصه مالك از اجرت المثل زمین او ساقط می شود، و نسبت به حصه زارع از اجرت المثل عمل و عوامل ساقط می شود. و هر گاه بذر از ثالثی باشد تمام حاصل از او است، و بر او لازم است اجرت المثل زمین و عمل و عوامل، و اطلاق کلمات ایشان اقتضا میکند که اجرت المثل لازم است هر چند حاصل به عمل نیاید. هر گاه این مقدمات معلوم شد پس اگر مراد صاحب مسأله این است که بر عامل شرط (رد کردن بذر) را هم کرده علاوه بر حصه‌ای که معین کرده از حاصل آن، پس آن

معامله فاسد است (علی الاقوی) ومجموع حاصل از صاحب بذر است ومستحق اجرت المثل زمین هم هست هر گاه زمین از او است. وباید اجرت المثل عمل وعوامل را

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب المزارعه، باب ۱۴ ح ۱، ۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب بیع الثمار، باب ۱۵ ح ۱ .

[۳۶۷]

هم بدهد. و هر گاه در عمل تقصیر شده اجرت عمل بر مقتضای آن معمول می شود . گاه است در عرف اهل خبره چنان عملی بی اجرت میماند، چون بر غیر وجه متعارف ومعتبر منظور عقلا شده. و گاه است اجرت از متعارف کمتر می شود. و هر گاه مراد تو این است که مزارعه بروجه صحیح شده و شرط بذر نشده ولکن عامل در تربیت آن تفریط وتقصیر کرده، پس در آنجا بعد اثبات تفریط باید عامل از عهده آن خسارات بر آید وتفاوت حصه او را از حاصل - ما بین صورت تفریط وعدم تفریط به بازدید اهل خبره آن را - به او رد کند (۱). مثلاً هر گاه اهل خبره بگویند که هر گاه این شخص متوجه شده بود وعمل بر وجه متعارف کرده بود هزار من گندم عاید صاحب بذر میشد، الحال که تقصیر کرده پانصد من شده. باید از عهده پانصد من بر آید، و همچنین... والله العالم.

کتاب المزارعه من المجلد الثالث:

۱۷۱:سوال: اذا زارع بطن (من بطون الموقوف عليهم) الارض الموقوفة ومات قبل انقضاء المدة. فهل يبطل المزارعة ام لا؟ -؟.. وكذا بموت العامل؟ -؟.

جواب: الظاهر عدم البطلان في ظاهر فتاويهم في كتاب المزارعة. واطلاق كلماتهم يقتضي عدم البطلان. فانهم صرحوا بان المزارعة لا يبطل بالموت. بل لم نقف على مخالف فيه على الاطلاق. ويظهر عدم الخلاف من جماعة من الاصحاب منهم المحقق الثاني في شرح القواعد (۲) وكذلك الكلام في المساقات. ولم اقف في كلامهم على تصريح باستثناء الوقف، بل انما ذكروا حكم عدم بطلان المزارعة ولم يستثنوا ذلك. كما استثنى جماعة ممن قال بعدم بطلان الاجارة بموت المور او المستاجر اذا كان العين المستاجرة وقفا فأجره الموقوف عليه. نعم استثنوا ما لو اشترط على العامل ان يعمل بنفسه ومات العامل قبل ظهور الثمرة، فيبطل بموته. مع خلاف في ما لو مات بعد ظهور الثمرة .

۱: در نسخه: از او بگیرد. ۲: المسمى بجامع المقاصد .

ودليل عدم البطلان: (١) انها من العقود اللازمة، والاصل بقائها. فان مات المالك اتم العامل العمل. وان مات العامل قام وارثه مقامه. والا استاجر الحاكم (من ماله او مما يخرج من حصته) من يقوم مقامه واما دليل البطلان اذا مات العامل مع الشرط المذكور: فهو مقتضى الشرط. واما دليل عدم البطلان ح اذا مات بعد ظهور الثمرة: هو سبق ملكه فيستصحب. ويشكل بان الملكية مراعى بتمام العمل فهى متزلزلة ولا يستقر الابيه. ويشكل المقام بفرقهم ما بين مسئلة المزارعة والاجارة. فانهم ذكروا فى الاجارة اقوالا ثلاثة: احدها بطلانها بموت كل من الموجر والمستأجر. والثانى بطلانها بموت المستأجر (٢). [والثالث عدم بطلانها بموت احدهما]. ونسب فى الشرايع الاول الى المشهور بين الاصحاب. وعن ابن زهره انه ادعى الاجماع عليه وفاقا للخلاف. والثانى محكى عن جماعة منهم الشيخ فى المبسوط. والثالث هو المشهور بين المتأخرين، وفى المسالك انه قولهم اجمع. والاقوى هو هذا القول واسنده ابن ادريس الى المحصلين المحققين من اصحابنا. ويدل عليه عمومات الكتاب والسنة فى العقود والشروط. و عموم مثل صحيحة على بن يقطين (٣) فى الاجارة. والاصل، والاستصحاب، وان المنفعة صارت ملكا للمستأجر والاجرة للموجر وينتقل الى الوارث كساير الحقوق والاموال. و ربما استدل بروايات قاصرة عن المطلوب سنداً ودلالة، ويمكن جعل بعضها دليلاً على التفصيل مع اشكال ايضا. اذا السؤال: فيها عن حال الموجر (٤) ولا عموم فى الجواب. بل انما دلت على ان موت الموجر غير مضر. وليس المقصود هنا البسط فى هذا المقام. بل الغرض شىء آخر. وهو ان جماعة (من القائلين بعدم بطلان الاجارة بموت احدهما) استثنى مواضع من ذلك. احدها صورة اشتراط انتفاع المستأجر بنفسه مع موته، لفقد الشرط. والثانى اذا كان الموجر هو الموصى له بمنفعة

١: اى دليل عدم البطلان اذا مات العامل من دون شرط بينهما. ٢: وفى النسخة: احدهما. ٣: الوسائل: ج ١٣، ابواب الاجاره الباب ٧ ح ١. ٤: المرجع: باب ٢٥ .

مدة الحياة، لو أجزها ومات قبل انقضاء المدة. لانقضاء مدة الاستحقاق . والثالث ما اذا كان العين وقفا وأجزها الموقوف عليه ومات قبل انقضاء المدة، الا اذا كان ناظرا على الوقف وأجزه لمصلحة الوقف او

البطون. فلا يبطل من حيث انه ناظر، لامن حيث انه موقوف عليه. واستدلوا عليه با نه كاشف عن تصرفه فى حق الغير لانتقاله الى البطن الثانى حين الموت. ولان البطن الثانى يتلقى الوقف عن الواقف لا البطن الاول. فان الواقف جعله للبطن الثانى بالاصالة. بخلاف الوارث [فانه] يتلقى الملك عن الميت. واما القائلون بعدم بطلان المزارعة بالموت، فلم اقف فى كلماتهم الا استثناء اشتراط العمل للعامل بنفسه. وسكتوا عن حال الوقف. بل ظاهر هم انه ليس مستثنى عندهم والا ذكروه كما هو دينهم فى امثال ذلك، والفرق بينهما فى غاية الاشكال. اذ كما ان انتقال منفعة العين فى الاجارة الى البطن الثانى يوجب بطلان الاجارة، فهو بعينه جار فى المزارعة. فاما لا بد من الحكم بعدم البطلان فى كليهما واما بالبطلان فيهما. وانى كلما امعنت النظر فلم اجد فرقا. فالاولى ان يقدر فى مسئلة الاجارة. اذ القائلون ببطلانه فى الوقف ليس جميع القائلين بعدم بطلان الاجارة بموت احدهما، بل جماعة منهم. فلا بد للباقيين من اصحاب هذا القول ذكر المناس عن دليل الجماعة فى استثناء الوقف. فما هو دليلهم ومناصهم فى ابطال متمسك الجماعة المستثنى، فهو دليل جميع الفقهاء الساكتين عن حكم الوقف فى المزارعة. والذى يختلج بالبال انهم يجعلون المناس تسليم (تلقى البطن الثانى عن الواقف دون الاول) ولكنهم يعمون التلقى. فان جواز اجارة الوقف فى مدة يموت المورث قبل انقضائها مبنى على الاعتماد على استصحاب البقاء. فكان الواقف رخص فى هذا العقد بناء على الاستصحاب. حيث جعل الوقف اولا للطبقة الاولى - المستلزم ذلك انواعا من التصرفات من قبيل الاجارة والمزارعة والقبالة ومصالحة المنافع فى مدة معينة - فكانه رخصهم فى جميع ذلك. فالرخصة فيها (مع انه لا يعلم غاية عمرهم) مستلزم لرخصة الطبقة الاولى فى جعل المنفعة فى مقابل الاجرة فى زمان يمكن بقائهم الى آخره مع احتمال موتهم قبل انقضائه ومصادمة تنمة الزمان لانتقال الحق الى الطبقة الثانية. فكانه قال: وقفت هذا الملك على

[٢٧٠]

هؤلاء بان يكون الطبقة الاولى مستحقة للانتفاع بالعين ومنافعها والطبقة الثانية مستحقة للانتفاع بعينها او بالاجرة التى جعلت فى اذائها. فلذلك نقول بجواز اجارة الوقف للطبقة الاولى فى مدة تزيد على العمر العادى. فذلك من تصرفات الواقف. وداخل فى عمومات الكتاب والسنة. فيصدق ان استحقاق الاجرة - دون اخذ العين - للطبقة الثانية متلقى من الواقف. وهذا الكلام يجرى فى المالك والوارث ايضا. اذ استحقاق المالك لاجرا المالك عن ملكه راسا لا يستلزم صحة اجارته للعين فى مدة يحصل العلم العادى بعدم بقائه الى ذلك الحين كالف سنة فى امثال زماننا. لانه بعد العمر العادى هو مال الوارث فكيف ينتقل

منفعته فى حال حيوته الى الغير. وقد استدرك ذلك الشهيد الثانى فى الروضة فى مسألة الوقف .حيث لم يجوز اجارة البطن الاول باكثر من مدة العمر العادى. والحق انه يجرى فى المالك والوارث ايضا، وان لم يحضرنى الان تصريح فى كلماتهم. بل صرح جماعة با نه لايتقدر مدة اجارة الارض بقدر بل حكى الاجماع عليه عن الخلاف والتذكرة .حتى انه قال بجوازه الى مائة الف سنة، قال (وهو قول علمائنا اجمع). ولعل ماذكرنا هو السر فى تداول العلماء فى الاعصار والامصار من دون نكير انهم يجعلون منتهى مدة الاجارات وعقد التمتع وغيرهما تسعين سنة بملاحظة اوائل البلوغ للمكلفين فى المعاملات لئلا يزيد على العمر العادى. وان كان يمكن الفرض فى مالو وقع العقد للصغير بمائة سنة وازيد. ولا يرد النقص بالوقف لانه اخراج عن الملك تبرعا ابدا مع خروج العين عن الملك، على الاصح. نعم: يشكل ذلك على القول بعدم خروجه عن ملك الواقف، بالحبس اذا حبس العين على مصرف فى مدة تزيد على العمر الطبيعى، وبالوقف على مصرف لم ينقرض غالبا (بناء على صحته بارجاعه الى الحبس او غيره). [و] بالحبس على رجل واعقابه اذا لم ينقرضوا فوق العمر الطبيعى. وبالرقبى مدة معينة تزيد عليه. ويمكن دفعه بان كل ذلك تبرعات لايجب نقل عوض الى المالك كالاجارة. فلايضر بقاء الملك على ملكية مالكة ورجوعه اليه او الى وارثه بعد انقضاء المدة، مع ان المذكورات ثابتة بالنص. بخلاف الاجارة فوق زمان العمر الطبيعى، فان مقتضاه انتقال الاجرة الى الموجر

[٢٧١]

بمجرد العقد، وانتقال المنفعة الى المستاجر. والمفروض عدم مالكيته ح لمنفعته ما بعد العمر الطبيعى. ومالكيته فى الوقف لطرائة تبعية العين. اذ اخراج المنفعة يتبعه اخراج العين اما دائما او بمدة محدودة. وعلى هذا فالاولى ان يقال بعدم بطلان الاجارة فى الوقف ايضا اذا مات كل منهما اذا جعل مقدار المدة مالايزيد على العمر العادى. اعتمادا على استصحاب البقاء. فيصح عقد الاجارة التى مقتضاه اللزوم، ويتلقى البطن الثانى وجه الاجارة عن الوقف بواسطة جعل البطن الاول وتصرفه. ويتم الكلام فى اطلاقهم فى المزارعة وعدم استثنائهم. وظهر من جميع ذلك ان المصحح لاجارة المالك - فى مدة لايفى عمره بها فى علم الله وانتقال العين قبل انتهائها الى الوارث فى نفس الامر - انما هو الاستصحاب. مثل اجارة الوقف بعينها. لا لانه ملكه بعد فوته ايضا. كما هو واضح. فكان ينبغى ان يكون حكم الثلاثة واحدا وهو جواز الاجارة والمزارعة فى مادون العمر العادى. ويكتفى فى الصحة بصحة تملك العوض (١) الحاصل بالمعاملة اعتمادا على الاستصحاب. لكن سوال: الفرق بين المزارعة والاجارة فى الوقف بعد باق. ومن ذلك يظهر حكم المصالحة ايضا. وقد يختلج فى بادى النظر فرق بين الاجارة والمزارعة بان المنفعة بمجرد

العقد يصير ملكا للمستاجر والاجرة للموَجِر، ولكن لايجب عليه اداء الاجرة الا بعد استيفاء المنفعة. بخلاف المزارعة، فان حصة الزرع الحاصلة بعد عشرين سنة لاينتقل الى صاحب الارض فى ابتداء عقد المزارعة يوم معلوميتها اصلا فيصح فى اجارة الوقف انه نقل المنفعة المملوكة للبطن الثانى بعد مدة الى الغير. بخلاف المزارعة، فانه لاينتقل الحصة حين العقد. ولا يخفى وهنه. اذ استحقاق الحصة للبطن الثانى هو يجعل البطن الاول (٢) ولا فرق بين تعيين الحق ومعلوميته وبين اطلاقه وجهالته.

١٧٢:سوال: زيد قدر معينى از ملك وقفى را باذن امانى شرع به يك عشر به مزارعه داده. وبعد مال المزارعه را مصالحه به مقدار معينى نموده. الحال از جهت شخص مذکور علم بهم رسیده كه قدر ملك وقف مزبور سه مساوى مقدار مزبور در حين مزارعه ومصالحه

١:عبارة النسخة: ويكتفى بالصحة تملك صحة العوض... ٢: وفى النسخة: اذ استحقاق الحصة هو للبطن الثانى ويجعله البطن الاول .

[٢٧٢]

گنجایش داشته. وزید مزبور هم از اهل خبره ووقوف نبوده. آیا در این صورت غبن فاحش به جهت زيد میباشد؟. ودر صورت بودن غبن فاحش اختیار دارد كه عقدين را فسخ نماید ويا عمرو (مثلا) بناى عقد جدیدی بگذارد؟.

جواب: هر گاه مزارعه ومصالحه بر وجه صحيح شده (يعنى متولى وناظر خاص يا عام آن وقف را به مزارعه داده وبعد مصالحه كرد) هر گاه غبنى از هر يك از آن دو عقد ظاهر شود اظهر اين است كه دعوى غبن در آنها مسموع است. ويا جامعيت شرايط غبن تسلط بر فسخ حاصل مى شود. وشرايط آن اين است كه آن شخص مزارع ومصالح از اهل وقوف وخبره نبوده باشد. وأن تفاوت هم در حال عقد حاصل بوده، نه اين كه بعد عقد ترقى کرده باشد. واینکه آن تفاوت هم به قدری باشد كه عقلا در عرف وعادت در آن قدر مسامحه نمیکنند.

١٧٣:سوال: شخصی مزارعه شرعيه نموده محل وقفى را به مدت معينى .ومتولى شرط کرده كه اگر آبادى محل شود، وحساب اخراجات نگاه داشته [شود]، بعد از مدت محاسبه نمایند چنانچه نیم عشرى كه به جهت حق المزارعه قرار داد شده تاب طلب مزارع نمود (١)، فيها المطلوب. والا مباشر وقف آنچه مزارع طلب داشته باشد ادا نموده، محل را متصرف شود. وشخصى كه محل وقف را آباد نموده ميگويد كه محاسبه ندارم. وادعا ميکند كه اهل خبره بيايد هر قدر مشخص كه نمود اخراجات

شده به من بدهید و به کنار میروم. و نظر به این که خرابی و آبادی این محل، معلوم اهل خبره نبوده نمی تواند مشخص نمود قدر اخراجات این شخص [را]. آیا در این صورت قدر معین را به او باید داد و زاید را اثبات نماید؟ - و بعد از عجز هر گاه متولی قسم نفی العلم بخورد قطع نزاع می شود؟. و هر گاه این شخص ادعای قدر معینی کند و بگوید (من امین بودم و نیستم بر من مگر قسمی)، این سخن از او مسموع است؟ یا این که مزارعه مشروط به نگاه داشتن محاسبه بود و عمل نکردن به شرط، مستلزم انتفاء مشروط، می شود؟. و هر گاه در اینجا انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط نباشد، لا اقل تفریط کرده. و قسم وقتی متوجه امین می شود که خیانت از او ظاهر نشود. و حال آن که او بیرون رفته از

۱: در نسخه: تا بطلب مزار عین نمود .

[۲۷۳]

امانت.

جواب: ظاهر این است که این نوع معامله منوط به شرط بوده. به این معنی که جواز تصرف و عمل در آن که به مقتضای شرط ضمن العقد است مشروط و مقید به این نحو از عمل بوده لا غیر. پس تصرف و عمل بدون آن، تصرف ماذون و عمل مامور به نبوده، و از باب عمارت فضولی بلکه غصبی می شود و مستحق اجرتی بر آن عمل نمی شود. و این از باب عدم عمل به شرط ضمن العقد نیست که خلاف دارند علما در آن که آیا به فساد شرط، عقد باطل می شود یا نه، یا بسبب عدم عمل به شرط مسلط بر فسخ می شود یا نه.

۱۷۴: سوال: شخصی چند پارچه املاک داشت که آنها را وقف کرده و تولیت آن را به ارشد اولاد خود قرار داد کرده، و بعد از فوت واقف به تقریب انقلابات زمان پاره [ای] از آنها بالمره خراب و منطمس و لم یزرع افتاده بود. ارشد اولاد که متولی بود یکی از آن املاک مخروبه را به چند نفر به مزارعه نود ساله داده، و آن اشخاص مبالغی خطیر در قنات آن خرج کرده [اند] که آب آن را جاری کرده اند و تخمیناً پنجاه سال هم در تصرف داشتند. و آن شخص متولی در مزارعه نامچه قید کرده است که بعد از آبادی محل آنچه منافع به علم بیاید صد يك آن را به موقوف علیه تسلیم نماید. بعد از چند مدت دیگر متولی نیز فوت شده. در این صورت متولی ثانی مدعی می باشد که متولی اول ترضیع اموال بطون لاحق را کرده است، و این عقد صحیح نیست، و مزارعه باطل است. در صورتی که - دیناری عاید موقوف علیه نمیشد - بعد از آبادی صد يك منافع و مداخل عاید موقوف علیه شده باشد، می تواند شد که این مزارعه باطل باشد؟.

جواب: بدان که شرط است در صحت مزارعه وجود آبی که به آن توان زرع کرد، هر چند به آب باران باشد، یا توان از خارج آب به آنجا آورد. و اما هر گاه آن زمین به آب باران زراعت به عمل نمیآورد و آب از جای دیگر هم نمی تواند آورد، عقد مزارعه فاسد می شود. و بعد از اجتماع شرایط مزارعه جایز است مزارعه زمین وقف با تعیین مدت. و ظاهر این است که طولانی کردن مدت ضرر ندارد، مگر این که واقف شرط کرده باشد که از مدت خاصی تجاوز نکند و او تجاوز کرده باشد. بلی هر گاه منتفع نشد از آن الا به

[۲۷۴]

مزارعه به مدت زاید بر شرط واقف، ظاهر این است که توان مخالفت شرط کرد. و مزارعه به موت متولی باطل نمی شود مانند اجاره، خصوصا هر گاه آن متولی مزارع، ناظر باشد بر بطون و به جهت مصلحت وقف یا مصلحت وقف و بطون کرده باشد. چنانچه در اجاره وقف هم چنین است، به جهت اتحاد طریق مسئلتین، و کلام علما در این که مزارعه به موت باطل نمی شود، مطلق است و استثنای وقف نشده. و هر چند دور نیست که هر گاه مزارع ناظر وقف و بطون نباشد، و موقوف نباشد انتفاع مزارعه به این مدت طولانی، آن هم باطل شود. چنانکه در اجاره، اما در صورت سوال: که انتفاع ممکن نباشد به غیر آن، پس اظهر لزوم است هر چند متولی مزارع ناظر بر بطون نباشد. به دلیل عمومات (و جوب وفا به عقود) و ظاهر این است که آن شرط دادن صد يك بعد از آباد شدن هم مضر نباشد هر چند فی الجمله جهالتی در آن هست. (۱)

سوال: ۱۷۵: زید محل خراب خالی از سکنه و بنیان و قنوات که از جمله بایر از قدیم [و معروف] به وقفیت بوده است [را] از مجتهد جامع شرایط (۲) مزارعه نموده به شرایط این که يك عشر بازای حق الارض مهم سازی مباشر وقف نماید که به مصرف موقوف علیهم رساند. در ضمن مزارعه نامچه شرط نموده اند که هر گاه اشجار ثمری و غیر ثمری در محل مزبور به عمل آورند، از منافع آن نیز يك عشر بازای حق الارض تسلیم مباشر وقف نماید بعد از مدت مزارعه. آیا اصول اشجار معنب و مشجر که مزارع غرس نموده عین مال مزارع میباشد یا متعلق به وقف است؟ -؟.

جواب: هر گاه شرط نموده (۲) در ضمن عقد مزارعه که عامل غرس اشجار از برای

- ۱ مراد از جهالت آن مقدار از حصه موقوف علیه است از حاصل زراعت که در قبال آباد کردن زمین قرار میگیرد. نه جهالت در (صد يك). زیرا صد يك عبارت است از مابقی حصه موقوف علیه. و دلیل این که چنین جهالتی مضر نیست این است که در حقیقت تنها يك معامله انجام یافته و آن به مزارعه دادن زمین است به حصه مقرر صد يك. و آباد

بودن زمین قبل از عقد، شرط صحت عقد مزارعه نیست. بیش از این نیست که تحت عنوان (قباله) قرار میگیرد. که در اصطلاح قسمی از مزارعه است. ۲: عبارت نسخه: از مجتهد جامع الشرائط بوقفیت مزارعه نموده. ۳: این سوال تنها يك پاسخ دو جمله‌ای دارد (عمل مجتهد جامع الشرائط صحیح است و باید بر طبق قراری که او گذاشته رفتار شود). زیرا هر فتوایی که میرزا (ره) بر خلاف عمل و قرار داد آن مجتهد بدهد بلا اثر و غیر قابل عمل خواهد بود. زیرا هر مطلبی که فقیه به عنوان فقیه ابراز دارد یا (فتوا) است ویا (حکم). فتوای يك مجتهد قابل نقض است. ولی حکم قابل نقض نیست. در این مسأله نیز سوال کننده از يك (عمل) و (کار) مجتهدی که جامع الشرائط است، سوال میکند. و میدانیم که آن مجتهد در این مسأله شخصا اقدام کرده و مطابق نظریه خودش اصول و فروع معامله را انجام داده است، و به اصطلاح نظر فقهی خودش را در (مورد جزئی) عملاً پیاده کرده. و این حکم است نه فتوا اساساً ممکن است آن مجتهد اصل مغارسه را باطل نمیدانسته. همان طور که فقهای امروزی نمیدانند. شاید میرزا (ره) همان پاسخ دو جمله‌ای را به سوال کننده داده است سپس برای این که بحثی را باز کرده و روی آن به شرح و استدلال بپردازد مسأله را بدین صورت در کتاب آورده است. لیکن جملات بعدی با این توجیه، سازگار نیست. گویا آنچه باعث شده که میرزا حکم يك مجتهد جامع الشرائط را بدین گونه مورد نقد قرار دهد اعتقاد میرزا به (اجماعی بودن بطلان مغارسه) است که محققین متاخر عدم ثبوت اجماع را اثبات کردند. میرزا برای شرح و تحقیق بیشتر، همین مسأله را بلا فاصله در مسأله ما بعد با زبان عربی به طور مشروح آورده است. ۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۶۸، از همین مجلد. ۲: اشاره به تفاوت حکم بافتوی در نقض پذیری و عدم نقض پذیری است که قبلاً توضیح داده شد .

[۲۷۵]

خود بکند، شرط صحیح است با تعیین، که چقدر زمین را زرع کند و چقدر را غرس کند. و اما شرط شراکت آنها در اشجار پس آن داخل (مغارشه باطله) (۱) است، و شرط آن صحیح نیست. و هم چنین شرط شرکت در ثمار، که وجه صحیح از برای آن ظاهر نیست. و به هر حال جهالت شرط از برای بطلان آن کافی است. و به بطلان شرط هم عقد باطل می شود، علی الاظهر. اما اگر مجتهد جامع الشرائط متوجه [این شرط] شده البته بر وجه صحیح کرده. (۲) و از صورت سوال: معلوم نیست که او باشد. و به هر حال بر فرض صحت شرط، اشجاری که مال عامل بوده و غرس کرده مال او است. و لکن بعد از انقضای مدت مزارعه اظهر این است که مالک (یا متولی و مباشر وقف) میخواهد اشجار را به حال خود میگذارد و اجرت آن را میگیرد، و می خواهد میکند و تسلیم صاحب آن میکند وارش درخت او را به او میدهد .

[۲۷۶]

١٧٦:سؤال: اذا زارع زيد ارضا باثرة (معروفة) بالوقفية مع الحاكم بعشر نمائها. و وقع الشرط على انه لو غرس فيها اشجارا مثمرة او غير مثمرة، عشر منافعها لارباب الوقف. فهل يصح هذه المزارعة ام لا؟ -٢.
وعلى فرض الصحة فلمن يكون اصول الاشجار بعد انقضاء المدة؟.

جواب: اما المزارعة فان اجمعت شرايط المزارعة فيها فلا اشكال فيه. اما الشرط المذكور ففيه اجمال كثير من كلام الفقهاء. فلا بد اولا من بيان مهية المزارعة، والاجارة للزراعة، والمساقات، والمغارسة. حتى يظهر الحال. فنقول: المزارعة: هى معاملة على الارض بحصة مشاعة معلومة مما يخرج منها من حاصلها (مثل النصف او الثلث او العشر) فى مدة معينة .سواء كان البذر من مالك الارض او العامل او منهما او من ثالث. ومن افراد القبالة وهو ان يتقبل الارض ليعمرها ويؤدى خراجها و يكون الباقي من النماء بينهما. والاجارة للمزارعة: هى فرد من افراد الاجارة. ولا بد فيها من تشخيص وجه الاجارة من غير منافع الارض، وتعيينه من دون اشاعة. والمساقات: وهى ان يعامل الانسان غيره على الاصول الثابتة من نخل او شجر، ليعملها بالسقى والتربية، على ان يكون الثمره بينهما على ما يشترطانه من نصف او ثلث او عشر او غير ذلك. والحاصل: انها معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها. والظاهر ان الشجر الذى لا ثمر له ولكن ينتفع بورقه كالتوت، او زهره كشجرة الورد الاحمر، او باغصانه كشجرة الخلاف (١)، يصح مساقاته. واما شرط كون ثمرة الاشجار اليسيرة الواقعة فى ارض المزارعة للعامل: فهو ليس من باب المساقات حتى يقال انه ينافى مهيتها من اشتراط تمام الثمرة للعامل. بل هذه مزارعة شرط فيها شىء للعامل من خارج النماء وخالف فى ذلك لمنافاته المساقاة، وليس بشىء. ١: ويسمى ايضا (صفاف)، نوع منه تستعمل اغصانه الطرية المرنة فى صنع السلال. ونوع آخر يصلح للتزيين .

[٢٧٧]

واما المغارسة: فهى ان يدفع ارضا الى غيره ليغرسها على ان يكون الغرس بينهما على ما يشترطانه. او يكون الارض والغرس بينهما. والظاهر ان بطلانه اجماعى، كما يظهر من جماعة من الاصحاب. (١) اذا عرفت هذا فنقول: المردى المقلوع (٢) والغصن اللذان يغرسان ليستا بمنزلة البذر المعتبر فى المزارعة . فلا يصح المزارعة بالغرس ولا المساقات. لان كون المعاملات على الاصول الثابتة داخل فى ماهيتها. فالشرط المذكور فى السؤال: يشبه ان يكون مغارسة، وليس بها .لاشترط عشر المنفعة عنه دون نفس الاشجار. فكيف كان فالمغارسة هذا فاسد بالذات ومن جهة الجهالة لان المفروض عدم تعيين الاشجار ومقدارها. نعم هنا كلام آخر وهو شرط الغرس المذكور فى كلام الفقهاء فى باب المزارعة. فلا يخل بعض عباراتهم عن الاجمال.. قال العلامة فى الارشاد فى باب المزارعة (وله زرع ماشاء مع الاطلاق. فلو عين

فزرع الاخر تخير المالك فى الفسخ فياخذ اجرة المثل، والامضاء فياخذ المسمى مع الارش. ولو شرط الزرع والغرس افتقر الى تعيين كل منهما. وكذا الزرعين متفاوتى الضرر). ثم قال بعد ذلك بسطرات (ولو كان الغرس يبقى بعد المدة، فعلى المالك الابقاء، والارش لو ازاله). فان الظاهر ان هاتين المسئلتين انما هما فى اجارة الارض. وتكلف المحقق الاردبيلى (ره) تبعا للمحقق الثانى فى تعميم المقام الاجارة والمزارعة، وقال فى شرح قوله (ولو شرط الزرع والغرس): وجه لزوم الشرط عموم الادلة. ووجه الاحتياج الى تعيين الزرع والغرس هو اشتراط العلم وعدم الجهل والغرر، فلا بد من تعيينها. واشتراطهما فى الاجارة ظاهر وهو ان يواجر ارضا للزراعة والغرس. واما فى المزارعة فاشتراط الغرس بان يكون شرط مع المزارعة غرس اشجار له، قال المحقق الشيخ على (٣) (وكذا لا بد من تعيين كل واحد من الزرعين المتفاوتين فى الضرر فى الاجارة والمزارعة كالحنطة والشعير. بل غير المتفاوتين فى الضرر ايضا، خصوصا فى المزارعة. لما تقدم من ان الحصة هى الغرض الاصلى) ويحتمل الصحة مع

١: رجوع كنيد به ذيل مسأله شماره ١٦٨، از همين مجلد. ٢: ويحتمل: الودى المقلوع، وهو الاصح. ٣: تذكاري: يقول المحقق الاردبيلى: قال الشيخ على ...

[٣٧٨]

الاطلاق ويحكم على النصف. فحاصله تجويز انتفاع شخص بارض آخر بنوعين. فيحمل على الشركة والمنافسة. كما يحكم فى مثلها لعدم الترحيح وجواز المسامحة فى المزارعة حيث جوزت بالحصة الغير المعلومة فى الجملة. لاحتمال عدم حصول شىء اصلا. وعلى تقدير الحصول، الحاصل غير معلوم. فالاحتياط واضح. انتهى كلامه. وقال فى شرح العبارة الثانية: يعنى اذا استاجر ارضا للغرس مدة معلومة مع العلم ببقاء الغرس بعد تلك المدة، فيجب على مالك الارض ابقاء الغرس باجرته مادام باقيا، او الارش لو قلعه. فليس له القلع مجانا. وكذا الكلام فى الاجارة للزراعة والمساقات ايضا.. وكان ينبغى ذكرها فى الاجارة. ثم ذكر دليل المسئلة. وليت شعري من يقلد كتب الفقهاء وليس له مادة التمييز كيف يفهم المدعى من عبارة الارشاد؟. وعبارة المحقق فى الشرايع اوضح من ذلك حيث صرح بكون الكلام فى الاجارة. ووجه الالغاز والاشكال فى كلامه (ره) لو اريد به حكم المزارعة، ان الظاهر عطف (الغرس) على (الزرع). فان قلنا ان المراد منه بيان حكم المزارعه يكون الزرع والغرس كلاهما مشتركان بين المالك والعامل، والحال ان المراد كون الغرس للعامل. (١) ومثل عبارة الارشاد فى الاغلاق عبارة التذكرة. حيث قال فى باب المزارعة (ولو شرط الزرع والغرس فى الاجارة افتقر الى تعيين كل واحد منهما. لتفاوت

ضربيهما، وكذا لو شرطهما فى المزارعة، وكذا لو استجار لزريعين وغرسين متفاوتى الضرر) انتهى كلامه (ره)، وكان ينبغى ان يقول بعد ذلك) وكذا لو زارعه بزريعين وشرط غرسين متفاوتى الضرر). ووجه الاغلاق والالغاز ان الشرط فى الاجارة مغاير للشرط فى المزارعة، لان الزرع والغرس فى الاجارة كلاهما للمستاجر. وفى المزارعة الغرس للعامل والزرع بينه وبين المالك. ثم قال فى التذكرة بحذاء العبارة الثانية فى الارشاد (فو استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة غالبا، لم يجب على المالك ابقائه ولا الارش مع ازالته، وقيل يجب، وفيه اشكال. لان له ازالته لو غرس بعد المدة فكذا له الازالة بعد انقضائها) انتهى. و [فى] تعليقه

١: ولقائل ان يقول: ليس المراد كون الغرس للعامل، بل المراد ان الغرس للعامل ولو كان قصدهما حين العقد الاشتراك فى الغرس، لبطلان المغارسة، والعطف لا يمنع من هذا، فالعبارة تشتمل الاجارة والمزارعة .

[٣٧٩]

نظر، وكان ينبغى ايضا الحاق حكم المزارعة مع شرط الغرس، ولعله اعتمد على ما ذكره اولا، وتوضيح الاستدلال فى هذه المسئلة - يعنى فى ما غرس فى الارض المستاجرة او زرع فيها مع كون مدة الاجارة مما يعلم بقاء الغرس او الزرع بعد انقضائها، وكذلك الزرع والغرس الذى غرسه العامل لنفسه مع شرط الغرس لنفسه فى المزارعة - والكلام فيها اما فى جواز ذلك اولا، واما فى وجوب التبقية حتى يدرك على فرض الجواز، وفى كليهما اشكال، اما فى الاول: فيحتمل [الصحة] مطلقا وعدمها كذلك، والصحة مع امكان الانتفاع، اما وجه الاول فهو السبب من العقد الجامع للشرايط مع ضبط المدة وامكان الانتفاع وانتفاء المانع، اذ لا يتصور هناك مانع، [لان] جواز القلع بعد انقضاء المدة، [الذى] لا يحصل الانتفاع معه، لا يصلح للمانع، اذ ليس القلع بمتيقن، لجواز الابقاء بالاجرة [او] تبرعا او صلحا، والعلم بحصول استمرار الانتفاع الى آخر المدة، ليس بشرط (بل هو شرط فى انتفاء الخيار، وهو خارج المبحث). والا لم يصح اجارة اصلا، ووجه البطلان: انه لو لم يمكن الانتفاع فقد استاجر عينا خاليا عن الانتفاع، فيبطل، لانه اولى من بطلان مع عين لا ينتفع بها، لان الاجارة تملك المنافع واذا لم يمكن منفعة لم تصح، ووجه الثالث: حصول الانتفاع فى الجملة، كما لو امكن الانتفاع بالتفصيل، او بالجذع، و اشار الى الوجوه الثلاثة فى القواعد، وبين وجهها فى الايضاح كذلك، ولا يبعد ترجيح الاول، للعمومات وعدم لزوم السفه، نعم لو لم يكن هناك انتفاع اصلا ولا ترقب لامكان الابقاء بالاجرة او بالصلح، فيبطل، لدخوله فى معاملة السفهاء، وهو فرض نادر غير ملتفت اليه، واما فى الثانى: ففيه اشكال وخلاف، قال فى الشرايع (اذا

استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها مايبقى بعد المدة غالبا، قيل يجب على المالك ابقائه او ازالته مع الارش. وقيل له ازالته، كما لو غرسه بعد المدة. والاول اشبه. وما اختاره (ره) هو مختار فخر المحققين. ويظهر من المسالك اختيار القول الثانى، ومال اليه المحقق الاردبيلى (ره) وقال (انه لا يخل عن قوة الا ان الاول احوط وبالنصف اقرب). وقد عرفت مختار العلامة فى التذكرة والارشاد. ويظهر منه التردد فى القواعد. ويظهر من فخر المحققين احتمال وجوب الابقاء مجانا، وذكر فى وجهه (انه زرع وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه، ولان عدم وجوبه يستلزم

[٢٨٠]

عدم ملكية المستاجر منفعة متقومة مطلوبة بالاجارة. فلا يصح). ثم قال) والا صح وجوب الابقاء باجرة المثل. لانه جمع بين الحقين لقوله (ع): ليس لعرق ظالم حق. (١) واتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم فى هذا الحديث). واحتج فى المسالك على القول الثانى - اعنى ان المالك الازالة مجانا - (لان المستاجر دخل على انه (٢) لاحق له بعد المدة. لان منفعة المدة هى المبدولة فى مقابلة العوض، فلا يستحق بالاجارة شيئا آخر. فللموخر قلعه مجانا، كما لو غرس المستاجر بعد المدة. وهذا هو الاقوى. وعدم تعدى المستاجر بزعه فى المدة لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير اليه. والمفهوم ضعيف، ودعوى الاجماع على العمل به هنا لم يثبت. وعلى تقدير صحته، يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم. لانه واضح عرقه فى ارض لاحق له فيها. والزام المالك باخذ الاجرة على الابقاء او تكليفه الارش، على خلاف الاصل. فلا يصار اليه بمثل ذلك. ومثله مالو استاجر للزرع مدة يدرك غالبا لكن قصر الزارع فى الزرع الى ان انقضت المدة. اما لو كان التأخير لا بتقصير بل لكثرة الامطار او تغيير الاهوية او شدة البرد ونحوها، توجه وجوب الصبر الى بلوغه بالاجرة. فانهما وان اشتركا فى عدم استحقاق ما بعد المدة الا انه حيث لم يقصر وقد زرع بحق، يجمع بين الحقين بالاجرة. بخلاف ما اذا قصر او قدم على ذلك كالسابق، فانه يسقط حقه اذ لا معارض له) انتهى كلامه (ره). (٣) اقول: ما ذكره فخر المحققين من اتفاق الاصوليين على حجية المفهوم فى هذا الحديث، كلام مظلم لا يتضح معناه بظاهرة. لان الاصول من حيث انه اصول لا حظ له فى المسئلة الفقهية الجزئية. انما حظه بيان القواعد الكلية، وهو لا يناسب قولهم بحجية المفهوم فى هذا الحديث الخاص. نعم لو كان المراد ان الاصوليين اتفقوا على حجية مفهوم الوصف اذا قارن قرينة كما فى الحديث الصحيح القائل بان) البيعان بالخيار ما لم يفترقا وللمشترى الخيار فى ثلاثة ايام) فله وجه. اذ ح يصير قاعدة كلية يكون هذا الحديث من افرادها لو سلم

١:الوسائل: ج ١٧، ابواب الغصب، الباب ٣ ح ١. وج ١٣، ابواب الاجارة، الباب ٣٣ ح ٣. ٢: وفى المسالك (نسخة دار الهدى. قم): دخل على ان لاحق له بعد المدة وهو الصحيح، خصوصا لو جعلنا لفظة (آن) زمانية. اى دخل على آن من الاوان بعد المدة المقررة. ٣: الا انه قال عقيب الكلام: واعلم ان هذه المسائل كلها استطرادية، كان تاخيرها الى باب الاجارة انسب .

[٢٨١]

كونه كذلك. وهو لايناسب تخصيصه بالحديث المذكور. وان كان مراده من الاصوليين الفقهاء المجتهدين المباحثين عن الفقه على مقتضى قواعد الاصول، فلا معنى لاتفاقهم من حيث انهم فقهاء الا على ثبوت الحكم تعبدا بالدليل الشرعى من عقل او نقل. ولا حاجة الى التمسك بالاتفاق على حجية المفهوم. بل ينبغي لهم ان يقولوا (ان العرق الغير الظالم له حق) بالاتفاق الكاشف عن قول الحجة. ثم اذا بنينا على الاستدلال بالمفهوم وقلنا با نه حجة، توجه الاستدلال به فى وجوب الابقاء او قلعه مع الارش، هو ان مفهوم قوله (ع) (ليس لعرق ظالم حق) ان العرق الغير الظالم له حق. والكلام فيه فى مقامات: الاول: ان الالفاظ وان كانت اسامى للامور النفس الامرية ولكن الاظهر ان المراد بها فى التكاليف الشرعية هو ما علم كونه ذلك. كما حققنا فى مواضع من تاليفاتنا فعلى هذا معنى (ليس لعرق ظالم حق) ليس لعرق ما علم انه ظالم حق. ومفهومها (ان كل عرق علم انه ليس بظالم [له] حق) وح فيمكن ثبوت الواسطة بين الامرين، وهو مالم يعلم فيه اتصافه باحدهما. وحكمه مسكوت عنه. ولا بد فيه من الرجوع الى الادلة الخارجية. الثانى: مقتضى قولنا (ليس له حق) نفي جميع الحقوق كما هو مقتضى النكرة فى سياق النفى. ونقيضه ثبوت جميع الحقوق، فقد ثبت جميع الحقوق كالمحق المحض الذى علم كونه محقا وقد يثبت بعض الحقوق بمقتضى الدليل الخارجى. كما هو مقتضى الجمع بين الحقين فى ما نحن فيه كما سنبينه. الثالث: المشتقات (بل الجوامد ايضا) حقايق فى التلبس بالمبدأ والوصف العنوانى. فلايكفى فى صدقهما تحققهما فى الزمان السابق على النسبة الحكمية. ومقتضى ذلك عدم كفاية كونه محقا فى الان الاول فى كونه محقا بعد انقضاء المدة فى ما نحن فيه. فنقول هنا: قد تعارضت الامارات من الجانبين. اما من جانب المالك فلما اقدم على الاذن فى الغرس والزرع مع علمه بالاحتياج الى البقاء بعد المدة - سيما اذا كانت المدة قليلة لايعود نفعها الى المزارع والمستأجر، سيما فى مثل رضا المستاجر والمزارع بالقلع بعد المدة يلزم سفه

[٢٨٢]

لايرضى به غالبا - فان اقدامه مع ذلك كاشف عن اذنه بالبقاء (وان لم يكن مجانا) او استحقاؤه للارش لو قلعه. ولا ينافى ذلك تعيين المدة. اذ لعلها لاجل القطع بتسلط المستاجر والمزارع للزام التبقية بلا اجرة سوى الاجرة او الحصة الاوليين، والاباحة السابقة مستحبة ولا يعلم كونه ظالما محضا. ح. واما من جانب المزارع والمستأجر: فلما اقدم المستاجر والمزارع على المعاملة مغيى بمدة معينة فكانه رضى بقلعها بعد المدة مجانا، مضافا الى عموم (الناس مسلطون على اموالهم) و (لايحل مال امرء مسلم الا من طيب نفسه) واستصحاب عدم بطلان التسلط السابق. فاذا تعارضت الامارات من الجانبين فغاية الامر عدم ظهور كون العامل بعد المدة ظالما ولا غير ظالم. وح نقول انا نعلم بثبوت حق ما لواحد منهما ولانعرف الحق معيننا. فمقتضى ملاحظة عدم جواز الترجيح بلا مرجح اثباته لكليهما فى الجملة. ولا يمكن الا بالتبقية بالاجرة او القلع مع الارش. ومن جميع ذلك ظهر ان دعوى اجماع فخر المحققين لاينفع فى ثبوت الحق مجانا، ولو قلنا بثبوتيه. اذ هو انما ينفع اذا سلم انه محق محض. وكذا لا يصح منع الاجماع من المسالك مع تسليم كونه محقا ولا لمنع كونه محقا مستندا با نه ظالم ح. لان كونه ظالما اول الكلام .

[٢٨٢]

كتاب الوديعة

(من المجلد الاول)

١٧٧:سؤال: هر گاه كسى قرآنى به نزد كسى به امانت بگذارد وماذون كند به قرائت آن. ووكيل كند او را در بيع آن. وقرآن تلف شود. غرامت بر آن شخص لازم است يا نه؟ -؟ وبر فرض ثبوت، در مقدار قيمت قول مالك مقدم است يا غارم؟ -؟.

جواب: بر مستودع ووكيل غرامتى نمى باشد، وقول ايشان در تلف مسموع است. و هر گاه ادعاى تعدى وتفريط بر ايشان بشود وايشان منكر باشند هم قول ايشان مقدم است بايمين، وبر فرض اثبات تعدى وتفريط واختلاف در قيمت، قول منكر زيادتى، مقدم است بايمين.

١٧٨:سؤال: زيد امانتى در نزد عمرو گذارده واز عمرو قدرى تنخواه به عنوان قرض الحسنه گرفته. و نيز زيد مذکور از بكرهم قدر ديگر تنخواه قرض کرده، والحال زيد مذکور مفقود الخبر ميباشد. آیا عمرو مى تواند تقاص حق خود را از امانت زيد بکند يا نه؟ -؟ و بکر نيز مى تواند به قدر تنخواه خود از عمرو بگيرد از مال زيد يا نه؟ -؟.

جواب: صاحب اختیار مال غایب حاکم شرع است، یعنی مجتهد عادل، و هر گاه این مطلب را به حاکم شرع بگویند باید مدعیان طلب در نزد حاکم طلب خود را به ثبوت شرعی برسانند، بلکه احتیاطاً قسم هم بر بقای حق خود یاد نمایند. و هر يك به قدر حصه خود از آن مال استیفای حق خود بکنند. و هر گاه به ثبوت نرسانند حاکم به ایشان

[۲۸۴]

چیزی نمیدهد. و هر گاه از اثبات عاجز باشند و حاکم شرع مطلع نباشد، آیا میانه خود و خدا میتوانند [به عنوان] تقاص به قدر حق خود بردارند یا نه؟ -؟ آن شخص که امانت در نزد او است نمی تواند سر خود از آن مال به صاحب طلب دیگر، چیزی بدهد. و خود صاحب امانت هم تصرف در امانت کردن او مشکل است. مگر این که آن امانت به عنوان رهن بوده باشد که در آن وقت تقاص جایز است هر گاه ممکن نباشد اثبات حق در نزد حاکم. حاصل این که تقاص از مال امانت خصوصاً بدون اذن حاکم خالی از اشکال نیست. خصوصاً در مال غایب. و الحال در آن تامل دارم.

کتاب الودیعة من المجلد الثانی.

۱۷۹:سوال: هر گاه زید بر عمرو مکاری امین ادعا کند که فلان مبلغ به تو امانت دادم که ببری به فلان ولایت تسلیم بکر نمائی و تو تسلیم او نکرده‌ای، عمرو در جواب انکار امانت دادن، کند. وزید بینه عادله اقامه کند بر دادن امانت، و عمرو تصدیق کند و بگوید غرض من از انکار این بود که مال ترا دزد برده و من مشغول الذمه تو نیستم شرعاً. آیا تسلط زید بر عمرو چه خواهد بود؟.

جواب: در این مسأله چند قول است:

اول اینکه: دعوی او را نمیشنوند، چون انکار سابق او مکذب دعوی لاحق او است. و بینه او را قبول نمیکنند. چون انکار او در معنی اقرار به غضب است، چون انکار امانت هم از اسباب ضمان است. و این قول شیخ است، چنانکه فخر المحققین ذکر کرده. و قول علامه است در قواعد، و فخر المحققین در شرح آن. و هم چنین علامه در تحریر و شهید در لمعه، و لکن فخر المحققین حکم را به عنوان جزم کرده در صورت بینه و عدم بینه. و کلام قواعد هم مثل آن است در کتاب وکالت در نظیر این مسأله. و اطلاق کلام شهید در لمعه هم این است، و کلام دیگران به عنوان جزم است در صورت عدم بینه، و علی الاقوی والاقرب است در صورت وجود بینه. و در کلام ایشان تصریح هست به این که این در صورتی است که انکار امانت به لفظ صریح در آن باشد، مثل این که بگوید (توبه من امانتی ندادی و من هم از تو نگرفتم) اما اگر بگوید (تو مستحق چیزی نیستی در نزد

(من) ویا (من مشغول الذمه تو نیستم) پس دعوی او مسموع است.

دوم: دعوی او مسموع است. هر چند بینه بر تلف نداشته باشد. واین قول ابن جنید است چنانکه در ایضاح نقل کرده، و [قول] علامه [است] در تذکره، چنانکه در کفایه نقل کرده. پس ساقط می شود از او ضمان بایمین. ووجه این قول عموم حدیث (البینه علی المدعی والیمین علی من انکر) (۱) است، واینکه شاید انکار او از راه سهوی و نسیانی یا عذر دیگر باشد. و استدلال به حدیث علی الاطلاق بی صورت است.

سوم اینکه: اگر تاویلی از برای انکار خود بگوید (مثل این که بگوید: مرادم این بود که امانتی که لازم باشد بر من رد آن، یا ضمان آن بر من باشد، به من ندادی. یا در نزد من نیست) در این صورت دعوی او مسموع است. واین را شهید ثانی (ره) در شرح لمعه اقوی شمرده. وگفته است که این مختار مصنف است در بعضی تحقیقات خود. و صاحب کفایه هم این را پسندیده است. و در مسالك هم میل به آن کرده در صورت عدم تصدیق مالك او را در آن عذر. وجزم به سماع آن هم کرده در صورت تصدیق. واز علامه در تذکره نقل کرده است که قریب شمرده ضمان را در صورت عدم تصدیق. واین منافی نقلی است که از کفایه کردیم در نقل قول او در تذکره و الحال تذکره حاضر نیست که رجوع کنم.

چهارم: در کفایه از مختلف نقل کرده است منع از سماع دعوی او، واز قبول بینه او. یعنی قول مستودع را مقدم نمیدارند با قسم، و لکن مستودع را میرسد که قسم بدهد مودع را، و اظهر در نظر حقیر قول شهیدین و صاحب کفایه است، به جهت استصحاب حکم امانت، واینکه مستودع امین بود و محسن بود و احسان کرده بود به مودع در قبول مال او به جهت او، و به مجرد انکار - در صورتی که عذری ظاهر و غالب اظهار کند خصوصا در وقتی که بینه هم به آن ضم شود - جایز نیست رفع یقین سابق به

۱: این حدیث به همین لفظ در میان مسلمین مشهور است. ودر حقیقت با این لفظ بیشتر چهره يك (قاعده) را دارد تا حدیث. در منابع حدیثی شیعه بالفظ (والیمین علی من ادعی علیه) یا (علی المدعی علیه) آمده است، رجوع کنید: وسائل: ج ۱۸، ابواب کیفیة الحكم، باب ۳ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶ .

عدم ضمان. واین هم از قبیل دعوی بایع است که (من اقرار به اخذ ثمن را علی رسم القیاله کرده بودم). پس مقدم میداریم قول او را با یمین، هر چند بینه اقامه نکند بر تلف. و بدان که: این مسأله در جائی است که مودع مطالبه کند امانت [را] و مستودع انکار کند. چون انکار را از موجبات ضمان شمرده‌اند، چون انکار او در معنی این است که (دست من در مال دست امانت نیست و از جانب صاحب مال بر او دستی نداشتم) و این در معنی غصب است و غاصب ضامن است. و اما هر گاه قبل از مطالبه خود سر این سخن را بگوید، یا دیگری غیر از مالک از او سوال: کند و او انکار کند، این معنی موجب ضمان نیست. بلکه گاه است که مصلحت و دیعه در پنهان داشتن است. و در صورتی که مالک سوال: کند از حال آن مال بدون این که مطالبه آن کند، هر گاه انکار کند، علامه در قواعد در این اشکال کرده. و فخر المحققین حکم به ضمان کرده. و در مسالك این را از تذکره و از محقق شیخ علی نقل کرده و پسندیده است آن را. و وجه عدم ضمان این [است] که دست خود را بر آن بدون رضای مالک نگهداشته، چون مالک مطالبه آن نکرده، و آن را از برای خود نگاه نداشته و مجرد سوال:، امانت را باطل نمی کند. بخلاف طلب. و مال این کلام تمسک به استصحاب حال سابق است. و وجه قول به ضمان این است: که انکار آن اقتضا میکند که او اخبار میکند از این که دست او بر آن از جانب مالک و به نیابت آن نیست، به جهت آن که نفی ملزوم، نفی لازم است از این حیثیت که لازم او است. پس او امین نخواهد بود از جانب او. پس در معنای غصب است و ضامن است. و این قول در نظر حقیر اقرب است.

۱۸۰:سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد و او اعتراف کند ولیکن ادعا کند تلف را، یا ادعا کند که رد کردم به تو. قول او مسموع است یا نه؟ - ؟ .

جواب: هر گاه اعتراف کند و ادعای تلف کند و شاهی نباشد، مشهور این است که قول او مسموع است و قبول می شود با قسم. و این از مواضعی است که (ظاهر) مقدم است بر (اصل)، و در مسأله دو قول دیگر هست: یکی قول شیخ است در مبسوط که گفته است :

اگر دعوی کند تلف [را] به نحو پوشیده و پنهان - مثل این که بگوید دزدیدند - که غالب مردم مطلع نمیشوند، در اینجا میثنوبیم قول او را. و اگر دعوی تلف به مثل غرق شدن و سوختن بکند، که غالب مردم مطلع میشوند، پس آن را نمیشنوند بدون بینه. مگر این که به مشاهده یا استفاضه معلوم شود به نحوی که ممکن باشد که آن مال را غرق کرده است. و اظهر قول مشهور است. و این در صورتی است که ذکر سبب تلف بشود، و اما هر گاه مطلق بگوید هم اظهر این است که مثل سابق است.

دوم: قول صدوق است در مقنع. و آن این است که قبول می شود قول او بدون یمین. و این قول نیز ضعیف است. و اما هر گاه ادعای رد کند: پس اگر دعوی کند که به همان صاحب مال رد کرده، پس مشهور واقوی قبول قول او است با یمین. چونکه امین است و ادعای امر ظاهر میکند. پس در معنی مدعی علیه خواهد بود، نه مدعی. و اصل عدم، معارض آنها نمی شود. و ظاهر این است که ادعای رد بر وکیل مودع، هم چنین است. و اما هر گاه ادعا کند که رد کردم به وارث مودع و امثال آن، پس در آنها محتاج است به بینة. چون وارث او را امین نکرده که مکلف باشد به تصدیق او. پس به مقتضای اصل باید عملکرد.

۱۸۱: سوال: زید امانتی نزد عمرو داشته، و در حین مطالبه چون عمرو طلبی از زید داشته بگوید که من امانت را به عنوان تقاص خود برداشته‌ام. و بعد از آن در ثانی زید مطالبه امانت را میکند، عمرو میگوید که من امانت را به تو رد کرده‌ام، و از اثبات هم عاجز است. آیا در این صورت عمرو بر امانت باقی است؟ و تسلط قسم بر او هست؟ یا باید بعد از عجز از اثبات قسم به زید داد، و عمرو از عهده بر آید؟.

جواب: ادعای رد کردن بعد از اعتراف به تقاص کردن، مسموع نیست. و عمرو هم به سبب ادعای تقاص از امانت بیرون نمی‌رود و باز امین است. چون اقوی جواز تقاص است از ودیعه با اجتماع شرایط. و فعل مسلم محمول بر صحت است، نه به این معنی که به مجرد همین قول او را قبول کنند و حق مالک ساقط شود. بلکه به این معنی که ادعای او محمول است بر ادعای تصرف صحیح، و ادعای تصرف صحیح مستلزم حکم به صحت

[۲۸۸]

تصرف نیست. و فایده در این ظاهر می شود که این از باب انکار اصل امانت نیست در حین مطالبه که آن مستلزم اقرار به غصب است. چون انکار امانت مستلزم این است که ید آن بر آن مال به اذن مالک واقع شده. و این در معنی غصب است و موجب ضمان است، پس در این صورت دعوی متوجه تقاص می شود. پس یا این است که زید منکر طلب عمرو می شود، یا مقرر. و هر گاه منکر است بینة بر عمرو است و قسم با زید. و هر گاه مقرر باشد و ادعای رد کند بینة بر زید است و قسم بر عمرو. و هر گاه مقرر باشد به طلب عمرو و معترف باشد که شرایط صحت تقاص هم موجود بوده، و لکن منکر تحقق تقاص باشد (یعنی بگوید که تقاص نکرده. و فرض این ممکن است مثل این که امانت در نزد عمرو بوده و عمرو هم طلبی از زید داشت و زید مماله میکرد در ادای آن تا روز مطالبه پس چون زید مطالبه امانت کرد عمرو گفت من تقاص کردم. زید بگوید دروغ می‌گوئی تقاص نکرده‌ای و تو هرگز این امانت را راغب نیستی

وبه مصرف هم نمیتوانی رساند بلکه در گرو خود نگاه داشته‌ای ومن الحال طلب تو را میدهم تو امانت مرا رد کن. وعمرو بگوید من تقاص کرده‌ام وبه من منتقل شده و دیگر رد نمیکنم) در اینجا نیز قول عمرو مقدم است با یمین. زیرا که این هم از قبیل (دعوی رد به مالک) می شود. که اقوی قبول قول او است با یمین. چون تقاص از قبیل ید مالک است در ادای حق، به حکم شارع بر جواز آن. واما هر گاه مقر باشد به طلب عمرو، ولکن منکر تحقق شرایط تقاص باشد در تمام مدت. (مثل این که بگوید: من هرگز ملاحظه نکرده‌ام در اداء یا این که: تو هیچ بار مطالبه نکرده‌ای). یا در بعض مدت - مثل این که بگوید: هر چند من تا امروز ملاحظه می‌کردم و شرایط تقاص موجود بود، ولکن امروز که من طلب تو را فرستادم الحال به فکر این افتاده‌ای که این امانت را تصرف کنی به دعوی تقاص قبل - ودر اینجا ظاهر این است که قول ودعی مقدم است با یمین. و فرق ما بین این صورت و صورت قبل، این است که در صورت قبل، زید قبول دارد که در صورت وقوع تقاص آن تقاص صحیح است و به اذن شرع است و آن در معنی اذن مالک است ودر معنی رد است وقول امین در رد مسموع

[۲۸۹]

است. لکن منکر وقوع آن، است. ودر صورت ثانی قبول ندارد که در صورت وقوع صحیح باشد، وبه اذن شارع باشد. واین تصرفی است در مال مالک بدون اذن او، ومحتاج است به اثبات اذن. واثبات اذن شارع در محافظت مال امانت ورد مال امانت، مستلزم اذن در تبدیل مال مالک به طلب امین، نیست که از توابع امانت باشد. و خلاصه کلام این که: در صورت اول قبول هر دو طرف هست که تقاص در معنی رد است. ولیکن نزاع در وقوع وعدم وقوع آن است. ودر صورت ثانی نزاع در این است که آیا آنچه واقع شده در معنی رد است یا نه. و مالک مدعی آن است که این رد نیست، چون شرایط آن متحقق نیست واصل عدم تحقق آن است، پس قول مالک موافق اصل است [و.] در تقدیم قول امین در رد (ظاهر) را بر (اصل) مقدم میداریم، ولکن در این ماده آن ظهور ثابت نیست. واما در صورت تحقق شرایط تا زمان مطالبه امانت هر گاه امین ادعای حصول آن کند، ظاهر صدق او است. چنانکه در صورت ادعای رد حقیقی ظاهر صدق او است. و هم چنین در صورت ادعای تلف، خصوصا هر گاه مستند نکند آن را به امر ظاهری مثل غرق و حرق که اغلب مردم بر آن مطلع میشوند. بلی در اینجا میتوان گفت که هر چند ظاهر قول مدعی تقاص است. ولکن به سبب قول دوم او که (رد کرده‌ام به مالک) آن ظهور زایل می شود وقول مالک مقدم می شود به سبب اصل. مگر این که عذر مسموعی بگوید، مثل این که (قول دوم من به جهت این بود که از قائله دعوی تقاص فارغ شوم، چون شنیده‌ام که قول امین در رد مسموع

است با یمین، این را گفتم والا حقیقت همان بود که تقاص کردم). ولکن این خود نفعی ندارد چون در این صورت هر گاه تقاص موافق صورت اول است که مالک قبول دارد شرایط تحقق آن را تا زمان مطالبه، باز بدون قسم فارغ نیست. و هر گاه مالک قبول ندارد، که امر شدیدتر خواهد بود. و گرفتار اثبات صحت تقاص هم می شود. پس کلام دوم از درجه اعتبار ساقط است به اعتبار اقرار اول با این که مؤل است به همان اقرار اول، یعنی مراد او از (رد کردم به زید) این باشد که تقاص در حکم رد

[۲۹۰]

است. و چون ید مقاص مقاص مثل ید مالک است در اداء دین او، پس گویا به مالک رسیده چون دین او ادا شده. و باز رجوع می شود به همان تفصیلی که در تقاص دادیم. والله العالم.

۱۸۲:سوال: هر گاه کسی امانتی به کسی بسپرد، و مالک بمیرد و وارث او مطالبه امانت را بکند، و آن کس بگوید امانت را رد کرده‌ام به مالک. آیا قول او مسموع است یا نه؟-؟

جواب: مشهور این است که قول او مسموع است با یمین. بلکه ظاهراً خلافی نیست مگر از علامه در مختلف در کتاب وکالت، که اشکال کرده در آن بعد از آن که تقویت [و] قبول کرده و دعوی اجماع از ابن ادریس بر آن، نقل کرده. و از ابن فهد در مهذب نیز دعوی اجماع ظاهر می شود چونکه گفته است در کتاب وکالت (الامناء علی ثلاثة اقسام: الاول من یقبل قوله فی الرد اجماعاً: وضابطه من قبض العین لنفع المالك، فهو محسن محض. فیقبل قوله فی ردها، حذراً من مقابلة الاحسان بالاسائة. کالمستودع. واستشکله العلامة من حیث ان الاصل عدم الرد وهو قادر علی الاشهاد. وجزم فی کتاب فتواه بموافقة الاصحاب. و الثانی: مقابله. وضابطه من قبض العین لنفعه ومصالحته. کالمستعیر والمستترهن والمستأجر. الثالث: من قبض العین ونفعها مشترك بین المالك والقابض، کالمضارب والوكیل بجعل. فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك. ومن غلب جانب الامانة اعتبر قول العامل). و از ابن مفلح نیز دعوی اجماع نقل شده. و به هر حال مقتضای اجماعات منقوله، و قول حق تعالی (وما علی المحسنین من سیل) و (هل جزاء الاحسان الا الاحسان) و غیر آن، قول مشهور است. و یمین هر چند سبیلی است ولکن به دلیل خارج شده. و ظاهراً خلافی نیست در این که دعوی رد بر وکیل مودع، نیز مثل دعوی رد بر موکل است. چون ید وکیل در معنی ید موکل است. بلی هر گاه مستودع دعوی کند (رد بر وارث مودع را) در آنجا محتاج است به بینه. چون [وارث] او را امین نکرده که مکلف باشد به تصدیق او. و [هر گاه وارث امانت را مطالبه کند و مستودع ادعا کند که به خود مالک قبلاً رد

کرده است، قول مستودع مسموع است. [ومدعی بودن وارث در اینجا منافات ندارد با قبول قول مستودع. چون مستودع ادعای رد بر خود مالک کرده، و اطلاق اجماعات منقوله وادله سابقه شامل این صورت نیز هست.

۱۸۳:سوال: هر گاه جمعی از مؤمنین قدری مال اطفال صغار را بسپارند نزد ظاهر الصلاحی، و بعد از آن اراده کنند که تقسیم اموال را بر وفق فتوای مجتهدی به عمل آورند، به آن مرد بگویند: مال را بیاور تقسیم کنیم با سایر اموال میان ورثه. و آن شخص می رود آن وجه امانت را بیاورد. و وقتی که داخل مجمع آنها می شود فراموش میکند و به خانه معاودت میکند در آنجا به خاطرش می آید میگوید الحال کار ضروری دارم بعد از این، تنخواه را به صاحبش خواهم رسانید. و چون زوجه خود را امین میدانسته به او میسپارد و می رود به دهی که در آنجا سنبلی داشته. زوجه آن وجه را در میان اسباب خود میگذارد. دزد آن را میبرد. آیا آن مرد ضامن است یا نه؟ -

جواب: هر گاه مؤمنین عدول بوده اند، یا عادلای در میان آنها بوده، و حسبتا آن مال صغار را به او میسپارند در وقتی که اذن حاکم شرع یعنی مجتهد عادل میسر نبوده، آن ودیعه محکوم به صحت است. و لکن در نزد مطالبه واجب بود که فوراً تسلیم آنها نماید، و هر گاه بدون عذر تأخیر کرده ضامن است. و هر گاه معذور بوده (چنانکه در صورت سوال: عذر او نسیان (۱) بوده) از آن جهت ضمان دفع می شود. و لکن بعد از تذکر باز بایست فوراً رد کند و تأخیر بدون عذر موجب ضمان است. و با وجود این ودیعه گذاشتن نزد زوجه - هر چند ثقه باشد - هم داخل تفریط است و موجب ضمان است. چون ماذون نبود در تودیع نزد غیر.

کتاب الودیعه من المجلد الثالث:

۱۸۴:سوال: هر گاه زید تنخواهی به عمرو به رسم امانت داده است، و عمرو تنخواه مزبور

۱: در نسخه: عذر او بسیار بوده .

را در میان خورجین گذارده و خورجین را در محل عبور مردم و به دست امینی نسپرده و رفته است در بازار از پی شغل و بعد از دو یوم که به زید رسیده است مذکور مینماید که تنخواه مزبور را سرقت نمودند. آیا در این صورت عمرو تقصیر کرده است یا نه؟ - و هر گاه تقصیر کرده است حکم آن را بیان فرمایند.

جواب: در امانتداری واجب است که امانت را در حرزی که مناسب آن است محافظت کنند. و هر گاه تفریط کرد و در غیر حرز گذاشت - مثل صورت سوال: - ضامن است. و ظاهر این است که هر گاه تفریط کرد در محافظت (مثل صورت سوال:) بعد از این تفریط باز [اگر] خورجین را در جای مضبوطی بگذارد و در آنجا تلف شود هر چند به سبب آن تقصیر، نشده، باز ضامن است. و ظاهراً خلافی در آن نباشد. بلی هر گاه رد کند به مالک و ثانیاً او را امین کند و به او رد کند و بدون تقصیر تلف شود، ضامن نیست. و هر گاه رد نکند به مالک و لکن بعد از اطلاع مالک به آن تفریط و تقصیر، بدون این که ثانیاً بگوید که (در نزد تو امانت باشد) و بدون تقصیر تلف شود، در اینجا اشکال و خلاف است که آیا ضامن هست به تلف یا نه؟ -؟. و ظاهر در اینجا نیز عدم ضمان است. و آن اشکال و خلاف، ضعیف است و راهی ندارد. (۱) و عموم (علی الید ما اخذت حتی تودی) مدفوع است به این که آن مخصص است به (ید امانت) (۲). و مفروض این است که به سبب اذن ثانی به آن، ید او ید امانت است و به منزله ید مالک است. بلکه جمع کثیری از علما قایلند که امین کردن (در نزد) غاصب هم او را از ضمان بیرون می‌آورد. و به هر حال: هر گاه ثابت باشد که به سبب تفریط تلف شده ضامن است. و هر گاه نزاع کنند در این که رد حال امانت تلف شده یا در حال ضمان - مثل این که آن خورجین در اول بار در محل مضبوط بوده و بعد تفریط کرده، یا در اول تفریط کرده بود و بعد به اذن مالک ثانیاً در جای مضبوط گذاشت - و مالک بگوید: در حال تفریط تلف شده. و

۱ و ۲: عبارت نسخه: راهی ندارد بعد عموم علی الید ما اخذت حتی تودی و آن مدفوع است به این که مخصص است به ید امانت ...

[۲۹۳]

مستودع بگوید: در حال امانت. پس آن محتاج به مرافعه و هر چه رای حاکم شرع اقتضا کند به آن عمل خواهد شد. و دور نیست که در صورت عدم بینة قول مستودع مقدم باشد با یمین، نظر به اصل برائت و استصحاب امین بودن، در صورتی که تفریط بعد از ضبط در حرز نباشد (۱) به جهت آن که او اعرف است به آنچه کرده. هر چند استصحاب بقای مال هم مرجح قول مالک است در صورت تاخر تفریط. بلکه میگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده و مستودع بگوید قبل از تفریط تلف شده، آن در معنی انکار تفریط است و قول او مقدم است در تلف بعد از استیمان ثانی. و استصحاب هم موید آن است علاوه بر آنچه مذکور شد. خلاصه جواب استفتا این است که: هر گاه ثابت باشد که امانت را به همین نحو که

۱: ودر نسخه: باشد. شاید تصویر صورت‌های مختلف مسأله ضرورت داشته باشد خصوصا برای توضیح اصلاح لفظ (باشد) به (نباشد). مسأله چهار صورت دارد: الف: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و امانت تلف شده. در این صورت ضامن است. ب: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس امانت را در جای مضبوط قرار داده، و امانت تلف شده. باز ضامن است. ج: شخص امین ابتدا امانت را در محل مضبوط قرار داده و بعد تفریط کرده و آنگاه با اذن جدید استیمان کرده، امانت تلف شده، اینک مالک میگوید پس از تفریط و قبل از استیمان مجدد، تلف شده (یعنی همان صورت الف) پس ضامن است. و امین میگوید پس از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستم. در این صورت نظر به این که مرحله ماقبل تلف، تفریط است زمینه برای اصالت برائت مساعد نیست. پس قول مالک مقدم است. د: شخص امین ابتدا تفریط کرده و سپس آن را در جای مضبوط قرار داده، آنگاه مجددا استیمان کرده، امانت تلف شده. اینک مالک میگوید قبل از استیمان مجدد تلف شده (یعنی همان صورت ب) پس ضامن است. و امین میگوید بعد از استیمان مجدد تلف شده پس ضامن نیستم. در این صورت چون مرحله ماقبل تلف، حالت ضبط است زمینه برای اصالت برائت مساعد است و نیز برای استصحاب. پس قول امین مقدم است. میرزا (ره) با جمله (بکله میگوئیم در صورتی که اول مضبوط بوده و بعد تفریط شده...) استدراک میکند و در صورت (ج) نیز قول امین را مقدم میدارد .

[۲۹۴]

تصرف کرده که در خورجین گذاشته در سر راه بدون این که به امینی سپرد، و به سبب همین تلف شده، یا این که بعد از آن تقصیر به جای محفوظ ضبط کرده در آنجا تلف شده بدون اذن جدیدی از مالک، ضامن است در هر دو صورت. و اگر نزاع باشد در این معنی، ها محتاج است به مرافعه .

[۲۹۵]

کتاب العاریة

(من المجلد الاول)

۱۸۵: سوال: هر گاه شخصی قدری زیور زنانه از طلا و نقره عاریه نماید بدون تفریط و تعدی تلف شود. ضمان بر مستعیر متوجه می شود یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر در نزد حقیر آن است که ضمان متوجه نمی شود. مگر این که شرط ضمان کرده باشد. فان شئت توضیح المقال علی سبیل الاستدلال، فاعلم: ان الاخبار الواردة فی العاریة منها علی اقسام: منها: ما يدل علی عدم الضمان فی العاریة مطلقا. مثل صحیحة الحلبي عن الصادق (ع) (قال: لیس

على مستعير عارية ضمان. وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (١) وحسنته عنه (ع) (قال اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه. الا ان يكون اشترط عليه) (٢) وصحيحة عبدالله بن سنان (قال سئلت ابا عبدالله (ع) عن العارية. فقال: لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت، اذا كان مامونا) (٣) وفى معناها صحيحة محمد بن مسلم. (٤) ومنها: مايدل على اخراج الذهب والفضة من هذا الحكم. مثل صحيحة زرارة (قال: قلت لابي عبدالله (ع): العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعرتته فتوى فلا يلزمك تواه، الا

١:الوسائل ج ١٣، ابواب العارية، الباب ١ ح ٦. ٢ و ٣ و ٤: المرجع: ح ١ و ٣ و ٧. وكذا فى معناها رواية مسعدة بن زياد: ح ١٠ .

[٢٩٦]

الذهب والفضة، فانهما يلزمان. الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه. وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك، لزمك. والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك) (١) وموثقة اسحاق بن عمار عن الصادق (ع) والكاظم (ع) (قال العارية ليس على مستعيرها ضمان. الا ما كان من ذهب او فضة فانهما مضمونان، اشترطا او لم يشترطا) (٢). ومنها: ما يدل على استثناء الدراهم وما يدل (٣) على استثناء الدنانير (مع عدم القائل بالفصل بجعل كل منهما صنفا واحدا) (٤) مثل حسنة عبدالله بن سنان (قال: قال ابو عبد الله: لا يضمن العارية، الا ان يكون قد اشترط فيها ضمان. الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمان) (٥) ورواه الشيخ فى الصحيح عن ابن مسكان. (٦) وحسنة عبد الملك بن عمر عنه (ع) (قال: ليس على صاحب العارية ضمان، الا ان يشترط صاحبها. الا الدراهم فانها مضمونة، اشترط صاحبها او لم يشترط) (٧). اذا عرفت هذا، فليل بتخصيص العمومات بالذهب والفضة. لان المخصص منحصر فى الدرهم والدينار والذهب والفضة فى الاخبار. ولا منافات بين [هذه] المخصصات، فليبق على حالها. مع ان مادل على اخراج الدرهم والدينار قاصرة، لانفراد كل منهما فى الذكر فى الرواية. ولم يقل به احد. وايضا فابقاء الذهب والفضة فى مادل عليهما على حقيقتهما او لى من ابقاء العام المخصص بالدينار والدرهم جزما على الباقي بعد التخصيص. وقيل بان بين المخصصات تعارضا بالعموم والخصوص. فيخصص مطلق الذهب والفضة بالدرهم والدينار. وانت خبير بضعف القولين. والتحقيق ان يقال: عمومات العارية وما دل على عدم الضمان مطلقا، قد خص بتلك

١ و ٢: المرجع: الباب ٣ ح ٢ و ٤. ٣: وفى النسخة: ومنها مايدل: ... ٤: عبارة النسخة وعدم القائل بالفصل يجعلها صنفا واحدا. ٥: المرجع: الباب ٣ ح ١. توضيح: كان ينبغي هنا ان ياتى بحديث الدراهم اولا، ثم حديث الدينار. قد عكس المصنف على اللف والنشر المشوش. ٦: التهذيب، ج ٢ ص ١٦٧، ولكن ترك فيها (الا الدينار... الى الاخر) فلا ربط له بما نحن فيه. ٧: الوسائل: ج ١٢، ابواب العارية، الباب ٣ ح ٣ .

[٢٩٧]

الايخار فى الجملة. والنسبة بين ما دل على اخراج الذهب والفضة وما دل على اخراج الدرهم والدينار، عموم من وجه. لان للحصر بكلمة (ما) و (الا) جزئان :ثبوتى وسلبى. فالجزء الثبوتى من خبر الذهب والفضة يدل على الضمان فيهما سواء كان درهما ودينارا او غيرهما. والجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار يدل على انه لا ضمان فى غيرهما سواء كان فضة وذهبا او غيرهما. فبطل القول بعدم تحقق التعارض بين المخصصين. وح فلا بد من الترجيح. وبعد ملاحظة تكافؤها فى السند فالترجيح للجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار. لموافقته للاصل واعتضاده بساير العمومات الكثيرة النافية للضمان الا مع الشرط. والقدح فى ضعف الدلالة بعد ملاحظة عدم القول بالفصل، لوجه له. مع انه يمكن ان يقال ان الجزء السلبى منطوق والجزء الايجابى مفهوم - ان قلنا بان مفهوم الحصر فى (ما) و (الا) من جملة المفهومات - واين يمكن ان يقال دلالة الجزء الايجابى فى خبر الذهب والفضة اظهر دلالة على مطلق الذهب والفضة، من الجزء السلبى فى خبر الدرهم والدينار على غيرهما من افراد الذهب والفضة. ولكن مثل هذا المرجح لا يمكن ان يعتمد عليه. وبالجملة: فالاقوى عدم الضمان للعمومات فى العارية وغيرها المعتضدة بنفى العسر والجرح. مضافا الى اعتضاد خبر الدرهم والدينار باصل البرائة واصل العدم. والله العالم. ثم ان الصدوق (ره) بعد ما روى حسنة الحلبي المتقدمة قال (وفى حديث آخر: اذا كان مسلما عدلا فليس عليه ضمان). وهو يشعر بان عدم الضمان مشروط بالعدالة. وكذلك صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة دلت على اشتراط كونه مامونا. وفى صحيحة محمد بن مسلم (اذا كان امينا فلا غرم عليه) وهذا القيد فى غيرها ايضا موجود. وهو بظاهره مشكل ولا يحضرنى مصرح باشتراط ذلك الان. ويمكن ان يكون المراد: مالم يظهر منه خيانة فاذا ظهر التعدى والتفريط فيلزم الغرم. او ليس عليه شىء مادام هو مامون ولم يتهم، ومع الاتهام فيلزمه شىء. ولو كان ذلك الشىء هو الاحلاف.

كتاب العارية من المجلد الثانى:

١٨٦:سؤال: هر گاه زيد عمارتى دارد، وآن عمارت درى دارد كه از آنجا تردد در آن مى شود. زيد آن را در را سد كند. وبه اذن عمرو درى از براى عمارت بگشايد كه عبور به آن از

ملك عمرو می شود. بعد از آن عمرو فوت شود و وارث او همان ملك را به بكر بفروشد در حالی که طرفین خالی الذهن باشند از این که معبر زید در آنجا هست . آیا بكر می تواند مانع زید شود از عبور یا نه؟ -؟ و بر فرضی که نتواند آیا این معنی منشأ جهالت مبیع و تسلط بكر بر فسخ بیع می شود یا نه؟ -؟

جواب: این فعل عمرو از بابت عاریه است. و عاریه از عقود جایزه است. و هر يك از طرفین میتوانند فسخ کنند، مگر در مواضع چند که استثنا شده که از جمله آنها عاریه دادن زمین است برای زرع غرس یا عمارت ساختن و بنا نهادن. که بعضی علما گفته‌اند که رجوع نمی تواند کرد مادامی که آنها در محل خود هستند. و مشهور جواز رجوع است در اینها نیز ولکن با ارش، یعنی تفاوت قیمت آنها در حالی که بر جای خود باشند و در حالی که کنده شوند از جای خود. یعنی معبر باید تفاوت قیمت را بدهد و رفع نقصان مستعیر را بکند و ازاله کند، بلکه خود معبر بدون اذن او مباشر ازاله شود و بلکه او را امر کند یا ازاله کند یا مخیر کند که معبر ازاله کند. و به این جمع بین حق معبر و مستعیر می شود، و مقتضای جواز عقد وعدم لزوم وقاعده نفی ضرر (هر دو) به عمل می آید. و ظاهر این است که مورد سوال: از این باب نیست و ملك مال معبر است که عمرو است. و مادام الحیوة اختیار دارد که رجوع کند. و بعد از عمرو مال وارث است و او نیز اختیار دارد که رجوع کند. و وارث که فروخت به بكر آن نیز اختیار دارد. به هر حال حق لازمی به جهت زید که مستعیر است حاصل نشده. و کسی که خواهد لزوم بهم رسد در چنین مواضع، به عقد مصالحه یا وجهی دیگر از وجوه لازمه به خود منتقل کند. و بدون آن زید نمی تواند متصرف شود. بلی این هر گاه از باب عاریه زمین از برای غرس و بنا و امثال آن باشد و مالك آن را فروخته و مشتری جاهل آن بوده، بعد از حصول علم از برای مشتری خيار فسخ بیع حاصل می شود از راه خيار عیبی (۱) که به جهت شرکت غیر حاصل می شود، هر چند به

۱: در نسخه: غبنی .

همین قدر باشد که مستعیر مانع از تصرف می شود و تمکین نمیدهد الا بعد از گرفتن ارش. و مفروض این است که این مورد سوال: ما از این باب نیست. پس خيار فسخ (۱) هم در اینجا به جهت بكر حاصل نمی شود.

۱۸۷:سوال: زید زمینی را به عمرو میدهد که در آنجا خانه بسازد وساکن شود. بعد از مدتی عمرو از آنجا می‌رود و خانه را به دیگری می‌فروشد. الحال زید میگوید به آن دیگری که بیرون رو از خانه، وملك از من است، آیا تسلط دارد یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه به عنوان صلح یا بیع یا نحو آن منتقل نکرده به او، این ارباب عاریه است، و هر وقت میخواهد بر هم میزند. و او را می‌تواند امر کند به ازاله بنا و عمارتی که از مال خود در آنجا ساخته. و تفاوت قیمت را باید به مستعیر بدهد. و مستعیر نمی‌تواند آن خانه را به غیر بفروشد یا عاریه بدهد. بلی جایز است بیع چوب و سنگ و آجری که از خارج آورده، و ظاهر این است که حکم وارث مستعیر حکم خود او است در استحقاق انتفاع و عدم تسلط معیر بر ازاله الا به ارش.

۱۸۸:سوال: مستعیر چگونه انتفاعی می‌تواند از عاریه ببرد؟ و تا کی می‌تواند انتفاع ببرد در وقتی که مدتی معین قرار داده نشده باشد -؟.

جواب: هر گاه در عاریه تعیین مدت نشده و به عنوان اطلاق رخصت در منتفع شدن داده، رجوع می‌شود به عرف و عادت. پس هر گاه گلیمی یا نمدی و امثال آن به عاریه بدهد، در عرف و عادت فرش کردن و نشستن بر آن، فهمیده می‌شود. و هر گاه لحاف بدهند، پوشیدن فهمیده می‌شود، پس جایز نیست فرش کردن آن، و در الاغ و قاطر بار کردن، و در اسب نجیب سواری. پس جایز نیست اسب نجیب را بار کردن، و به الاغ و قاطر شیار کردن زمین مگر در جائی که متعارف باشد. و هر گاه راه انتفاع در عرف و عادت متعدد باشد - مثل قاطر که بار میکنند و سوار هم میشوند و در بعضی بلاد چرخ خرمن کوبی را هم به آن میگردانند - پس در صورت تعدد انتفاع و عدم تعیید، اگر به عنوان عموم گفته است که هر نفعی که خواهی

۱: توضیح: مراد خيار فسخ بیع است .

[۴۰۰]

ببر، اشکالی در جواز همه نیست. و هم چنین در صورت اطلاق - مثل این که بگوید در نزد تو باشد و از آن نفع ببر - و لکن در اینجا اکتفا کنند به افراد شایعه. و هر گاه معیر معین کند نفع خاصی را، جایز نیست تعدی از آن. هر چند تصریح نهی از غیر نکند علی الاظهر، خصوصاً هر گاه ضرر آن بیشتر باشد. و بعضی تجویز کرده‌اند. تعدی به مساوی و به آنچه ضرر آن کمتر باشد، خصوصاً در اقل ضرر، از راه (قیاس بطریق اولی). و این ضعیف است. بلی هر گاه از قراین معلوم شود رضای به اقل یا مساوی، جایز است.

و هم چنین در مقدار انتفاع، رجوع به عرف و عادت می شود، مثل این که متعارف بار الاغ سی من تبریز است. پس جایز نیست بیشتر بار کند. و بدان که: بعد از آن که بنا به عدم جواز تعدی شد - یا به سبب نهی معیر، یا به سبب تعیین معیر نوع خاصی از منفعت، یا به سبب اقتضای عرف و عادت مقدار خاصی را - پس هر گاه تعدی کند، ضامن عین معاره می شود. و اظهر این است که باید تمام اجرت عمل را بدهد، نه این که مساوی اجرت آن عمل ماذون فیه را ساقط کند و تتمه را بدهد. به جهت این که مجموع این عمل غصب است و تصرفی است در مال غیر بدون اذن. و ثمره این خلاف ظاهر می شود در صورت تعدی به (اقل ضررا) یا مساوی. که بنابر قول به ملاحظه نسبت و اسقاط مساوی اجرت، در اینجا به غیر معصیت ضرری حاصل نیست. بلی هر گاه ماذون فیه داخل منهی عنه باشد - مثل این که شرط کرده بود که حیوان را بیست من بار کند او سی من بار کرده، یا خود تنها سوار شود او شخص دیگر را به ردیف خود کرده، یا زمین را گندم زرع کند او جو و گندم هر دو را زرع کند - در اینجا به قدر اجرت ماذوق فیه را اسقاط میکند. بخلاف آن که نوع منفعت مختلف باشد مثل سواری و بار کردن و زرع و غرس اشجار، چنانکه در مسالك و غیر آن تصریح به آن شده.

۱۸۹: سوال: هر گاه عین معاره تلف شود یا نقصان بهم رساند در نزد مستعیر، ضامن تلف هست یا نه؟ - ؟.

[۴۰۱]

جواب: مشهور علما این است که ضامن نیست، مگر در صورت تفریط و تعدی با شرط ضمان. و در خصوص طلا و نقره. و ابن جنید عاریه حیوان را نیز استثناء کرده. پس هر گاه جامه کهنه شود به استعمال، یا حیوان ضعیف شود یا تلف شود، بر او ضمانی نیست. و قولی هست به این که هر گاه به سر حدی برسد استعمال که از آن نازلتر قیمتی برای آن باقی نمی ماند و باز استعمال کند، در این صورت هر گاه تلف شود ضامن است. به جهت آن که از اذن مالک این فرد استعمال فهمیده نمی شود بلکه ظاهر عاریه آن است که باز عین باقی بماند به نحوی که از برای آن مالیتی باشد هر چند قلیل باشد. اما عدم ضمان در غیر صورت استثناء: پس ظاهر این است که اجماعی است، چون از باب امانت است و در کفایه و غیر آن تصریح به عدم خلاف شده، و در مسالك تصریح به اجماع علمای ما و اکثر عامه شده، و اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن (۱). و خلاف این جنید هم ضعیف است و روایتی که در آن متمسک شده شاذ است و مستند آن هم قاصر است. (۲) و اما صورت استثناء: پس در صورت تعدی و تفریط نیز ظاهرا خلافی نیست، و دلالت دارد بر آن مفهوم اخباری که نفی غرامت در آنها مشروط است به امین

بودن مستعیر ومؤتمن بودن [او] . و متعدی و مفرط نیست. پس باید غرامت بر آنها باشد. و عموم حدیث (علی الید ما اخذت حتی تودیة) هم شامل آن است. بلکه خصوص بعض اخبار صحیحه هم دلالت دارد بر آن. و هم چنین در صورت شرط ضمان هم خلافی نیست که ضمان ثابت است. و در مسالك و غیر آن تصریح به اجماع شده، و اخبار صحیحه و غیر صحیحه هم دلالت دارد بر آن. و اما استثنای طلا و نقره: پس آن نیز فی الجمله اجماعی است. و لکن خلاف است

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۸۵ (اولین مسأله باب عاریه) که اخبار باب به طور مشروح و تحقیقی بررسی شده است. ۲: به نظر میرسد مراد روایت ۱۱، از باب ۱، ابواب عاریه است .

[۴۰۲]

در این که مطلق طلا و نقره حکم او این است؟ یا مخصوص درهم و دینار است؟ و جمع مابین اخبار در این مسأله خالی از صعوبتی نیست. و حقیر این مسأله را در جواب مسائل سابقه که در مجموعه علی حده است (۱) تحقیق کرده‌ام، و جمع اخبار به قدر طاقت خود کرده‌ام. (۲) و حاصل مختار (تفصیل) است که: در درهم و دینار ضمان هست، هر چند شرط ضمان نکرده باشند. و در سایر افراد طلا و نقره مثل زینت زنان و غیر آن ضمانی نیست (مثل سایر افراد عاریه) مگر با تعریط یا تعدی یا شرط ضمان. و [در] درهم و دینار هر گاه شرط عدم ضمان کنند هم ضمان ساقط نیست. و ظاهراً خلافی در آن هم نیست. و حسنه زراره یا صحیحه او (۳) هم دلالت بر آن دارد. بدان که: در عاریه [ای] که شرط ضمان در آن می شود ضمان تنها [عین] می شود، یا شرط نقصان تنها، یا شرط ضمان هر دو، یا اطلاق شرط ضمان می شود. و در سه صورت اول باید تابع شرط بود، و اما در صورت اطلاق: پس بعضی گفته‌اند تنزیل می شود بر ضمان عین. پس بر مستعیر لازم می شود قیمت عین در روز تلف آن. به جهت آن که نقص حاصل به سبب استعمال ماذون فیه است، و بر آن غرامتی نیست. و بعضی فرق گذاشته‌اند ما بین نقصی که در اجزاء عین به سبب استعمال حاصل شود - مثل سائیده شدن جامه به سبب پوشیدن، و کوتاه شدن گواهن به سبب شیار کردن و امثال آن - و ما بین نقصی که از غیر جهت استعمال باشد مثل جدا شدن قطعه [ای] از جامه به سبب آن که به درختی بند شود. و قطعه‌ای از گواهن که بر پشته علف بند شود

۱ و ۲: مراد اولین مسأله از کتاب عاریه است که در اصطلاح تنظیم کننده جامع الشتات اولین مسأله از کتاب عاریه مجلد اول، میباشد، وما آن را تحت شماره ۱۸۵ قرار دادیم. ۲: وسائل: ابواب العاریه، باب ۳ ح ۲ - توضیح: تا اینجا بحث از مجلدات جامع الشتات به طور مکرر راجع به بر خورد میرزا (ره) با احادیث (ابراهیم بن هاشم) سخن داشتیم و دیدیم که میرزا احادیث او را به عنوان (حسنه) میپذیرد، این اولین بار است که مشاهده میکنیم میرزا از حدیث او با (حسنه یا صحیحه) تعبیر میکند. والحمد لله. واینک سند حدیث: محمد بن یعقوب، عن علی، عن ابیه (ابراهیم بن هاشم)، عن ابن ابی عمیر، عن جمیل، عن زراره .

[۴۰۳]

بدون تقصیر و تفریطی. پس ضمان در دومی ثابت است نه در اولی. و این دور نیست. و بعضی قایل شده به ضمان مطلقا. خواه تلف شود اصل عین و خواه رد نکند به مالک و خواه نقص به سبب استعمال باشد یا غیر آن. به جهت آن که تضمین عین مستلزم تضمین اجزا است، چون عین مرکب است از آنها. و اذن در اصل منافی ضمان نیست، و حال آن که شرط ضمان هم شده و نقص از لوازم استعمال نیست. پس جایز است که استعمال ماذون فیه باشد و نقص هم مضمون علیه باشد. و این قول را در مسالك تقویت کرده، و اظهر در نظر حقیر این است که نقصی [که] به سبب استعمال باشد مضمون نیست. چنانکه مختار محقق است در شرایع. و منقول است از تذکره. و بنا بر قول به ضمان نقص، هر گاه ناقص شود و تلف شود اعتبار می شود اعلای قیمت های عین از روز قبض تا روز تلف، هر گاه تفاوت قیمت به سبب نقص اجزا باشد نه به سبب قیمت سوقی. به جهت این که این مدلول ضمان عین نیست. و بنا بر قول به عدم ضمان نقص، هر گاه تلف شود ضامن است قیمتی را که در آخر حالات تقویم است.

۱۹۰: سوال: هر گاه کسی مالی عاریه بگیرد از غاصب. حکم آن چه چیز است؟ و ضمان بر کی قرار میگیرد؟.

جواب: مستعیر یا عالم است به این که مال غیر است و عاریه میکند، یا جاهل است. پس اگر مستعیر عالم است، خود، غاصب است و ضامن عین و منفعت و نقصان (همه) هست. هر چند عاریه مضمونه نباشد. و مالک می تواند به هر يك از معیر و مستعیر رجوع کند به عین و منفعت. و هر گاه رجوع کرد به مستعیر دیگر مستعیر رجوع نمی تواند کرد به معیر در آنچه مالک از او گرفته. چون تلف در دست او شده و ضمان بر او قرار گرفته. چنانکه در مسأله ایدی متعاقبه در غصب محقق شده، و خلافی در آن ندارند. و هر گاه رجوع کند به معیر، پس او می تواند رجوع کند بر مستعیر، چون مستعیر به منزله غاصب است از معیر به سبب علم به حال، و ضمان هم بر مستعیر قرار گرفته چون تلف در دست او شده .

و هر گاه قبل از عاریه زیادتی در دست معیر حاصل شده باشد واز دست رفته باشد. مالک در آن رجوع نمی تواند کرد به مستعیر. چون غصب در آن زیادتی مختص معیر است، مثل این که قیمت سوقی آن در نزد معیر ترقی کرد وبعد تنزل کرده بنابر قول به ضمان اعلی القیم در غصب، یا نقصانی در عین بهم رسیده در نزد معیر که منشأ نقصان آن شده، و اگر ممالک از معیر غرامت آن را گرفته دیگر او نمی تواند رجوع کند به مستعیر. و اما اگر مستعیر جاهل باشد به حال: پس باز او ضامن عین و منفعتی که بعد از عاریه به دست آمده، است. چنانکه قاعده است در ایدی متعاقبه بر مغضوب، و اظهر و اشهر این است که مالک به هر يك از اینها می تواند رجوع کرد در عین و منفعت. پس هر گاه رجوع کرد بر مستعیر، رجوع میکند مستعیر به آنچه غرامت کشیده بر معیر. چون معیر او را ماذون کرده بود در استیفای منفعت بدون عوضی از برای منفعت، و بدون ضمانی از برای عین اگر تلف شود. مگر این که عاریه مضمونه باشد که در این وقت رجوع نمی تواند کرد در قیمت عین، بلکه رجوع میکند به اجرت منفعتی که مالک از او گرفته. به جهت آن که ضمان در عاریه مضمونه متعلق به عین است و وضع عاریه برای منفعت بودن است، پس مضمون بودن منفعت معنی ندارد. بلکه اظهر این است که رجوع میکند به غرامتی که مالک گرفته از جهت نقصان عین هم که به سبب استعمال حاصل شده. مگر آن که شرط کرده باشد ضمان آن را، چنانکه در مسأله سابقه بیان کردیم. و وجه استثنای عاریه مضمونه این است که مستعیر بر خود قرار داده ضمان را که عاریه مضمونه کرده. و انکشاف فساد عاریه ضرر ندارد نظر به قاعده مسلمة [ای] که فقها دارند که) كلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) و چون در صورت صحت عاریه هر گاه شرط ضمان بشود ضامن است. پس باید در صورت فساد آن هم ضامن باشد. و آنکه در صورت علم مستعیر گفتیم (ضامن است هر چند مضمونه نباشد) مسامحه است در عبارت، و الا حقیقتاً مستعیر در صورت علم غاصب است، و مستعیر بر او صدق نمی کند، هر چند در صورت عاریه بدهد.

و اینکه گفتیم (اظهر و اشهر این است که مالک به هر يك می تواند رجوع کند) اشاره است به خلاف محقق که اختیار کرده است عدم جواز رجوع به مستعیر را، مگر در صورت جهل، و مگر در صورتی که عاریه مضمونه باشد. و این استثنا از اطلاق کلام او در مسأله (١) (عدم ضمان در عاریه در غیر صورت مستثنیات) ظاهر می شود. هر چند کلام او در اینجا مطلق است و استثنا عاریه مضمونه نکرده. و وجه آن چنانکه در مسالك اشاره کرده) این است که مستعیر مغرور است، و غاصب هر چند سبب است

ومستعير مباشر. لكن سيب غار اقوى است از مباشر مغرور. ودليل مشهور همان قاعده ضمان است که در ایدی متعاقبه گفته‌اند على الاطلاق. به دليل حديث نبوی (ص) مشهور (على الید ما اخذت حتى تودی) که اصحاب به آن عمل کرده‌اند. واین اقوی است. ودر مسالك احتمال ضعيفی نقل کرده که مطلقا رجوع نمی کند به معیر هر چند عاریه مضمونه باشد. نظر به این که فساد عاریه ظاهر شد. پس وجهی از برای ضمان آن نیست، به سبب این که مغرور است در غضب. پس رجوع میکند. به غار. وجواب این از آنچه پیش گفتیم ظاهر شد که تکیه در این مسأله به قاعده مسلمه است که فرقی ما بین صحیح وفساد نیست. وغضب را در این مسأله دخلیتی نیست. و هر گاه مالك رجوع کند بر معیر غاصب، او رجوع نمی تواند کرد بر مستعیر. مگر این که عاریه مضمونه باشد. اما اول: پس به سبب آن که مغرور است وغاصب او را واداشته بر منتفع شدن بدون عوضی. واما ثانی: پس به جهت مقتضای ضمان که خود مستلزم شده وفساد عاریه در نفس الامر ضرر ندارد. چنانکه دانستی. وفرق مابین تلف عین ومنفعت ونقصان عین نیست. والله العالم.

كتاب العاریه من المجلد الثالث:

۱۹۱: سوال: اذا مات زيد عن بنت وبنين وله دور. فسئلت البنت اخوانها ان يسكنوها في دار معينة من تلك الدور. فاجابوها وقالوا انه من مال ابينا وابيك فاسكني فيها. وقالت البنت لزوجها: عمر هذه الدار نسكن فيها فان اخواني اجازوا لي سكونتها. فعمرها الزوج و صرف في عمارتها مالا كثيرا. فلما عمرت الدار ندم الاخوان ومنعوها عن السكنى. ولم

۱: عبارت نسخه: از اطلاق كلام او بعد از این در مسأله ...

[۴۰۶]

بزرگمهم اختهم فی ذلك. فكيف حال الزوج والمال الذي صرف فيها والعمل الذي عمل فيها؟ -؟. **جواب:** الظاهر ان هذه الاجازة من الاخوان لاختهم من باب العاریه فی قدر حصتهم، لجواز اعارة المشاع وكفاية مطلق اللفظ الدال على العاریه، لكونها من العقود الجائزة. فيكفي فيها لفظ (اسكني فيها) بل وقد يكفي الفعل الدال على الابجاب. بل ربما قيل بكفاية حسن الظن بالصدق بالانتفاع بماله في تحقق العاریه، كما ذهب اليه العلامة في التذكرة وجماعة، والظاهر ان مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال في تحققها. يعني ان هذا اذن في الانتفاع. واما المعتبر في (شاهد الحال) هل هو القطع او يكفي الظن،

فهو كلام آخر والاحوط فيه القطع. وليس المراد ان آية سورة النور (١) تدل على ذلك (بمفهوم الموافقة اذ الانتفاع بـ [مال] الغير مع بقائها بحالها اسهل من اكلها واتلافها. وعلى هذا فلا يتعدى مما ذكر فى الاية من الارحام وغيرهم) كما ظنه الشهيد الثانى (ره) فى الروضة. وذكروا من جملة ما دل على [كفاية] شاهد الحال، جواز الاكل من الهدايا فى ظروفها. فكان ذلك من باب المعاطات فى العارية. وبالجملة : لاينبغى الاشكال فى كون قول الاخوان لاختمهم (اسكنى فى الدار) من باب العارية وتحققها به. ثم ان العارية لاحد تدل على جواز انتفاع اهله وعياله والضيف ونحو ذلك. فالعارية لاختمهم تدل على اباحة انتفاع زوجها ايضا بالسكنى. ولكن الظاهر ان المستعير انما هو الاخت، لا الزوج. حتى يتفرع عليه احكام العارية فى حقه اذا تفرد. فنقول ان الدار المذكورة اما هى قابلة للسكنى او مخروبة لاتقبل السكنى الا بالعمارة. فعلى الاول: لو صرح بالاذن فى العمارة والبناء او اطلق فى الاذن اطلاقا ينصرف اليه، فلورجع فى العارية يتفرع عليه ضمان الغرامة والارش. بخلاف ما لو منعها عن ذلك، فانها

١: ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم ليس عليكم جناح ان تاكلوا جميعا او اشتاتا: ٦١ نور .

[٤٠٧]

عمارة فضولية. وعلى الثانى: فالظاهر ان اطلاق الرخصة فى السكنى متضمن للاذن فى البناء والعمارة. ثم: على فرض ثبوت الاذن صريحا او ضمنا، فلكل منهما الرجوع. لكونها من العقود الجائزة. ولكن التحقيق هو ان كل واحد منهما ان اردا الفسخ فيدخل الضرر على نفسه، كما يظهر من التذكرة. مثلا اذا اعار الارض للغرس، فغرس المستعير ثم ندم المعير وامره بالازالة. فيلزم المستعير القبول. ولكن يلزم المعير الارش، يعنى تفاوت قيمة الشجرة قائما ومقلوعا. وليس على المستعير طم الحفر وتسوية الارض، وله ان يمنع حتى يقبض الارش (لاحتمال طرو عجز للمعير عن الارش او فلس او نحو ذلك) دفعا للضرر. ولو ندم المستعير فيجوز له القلع وليس للمعير منعه ولكن عليه طم الحفر وتسوية الارض، وكل ذلك للجمع بين الحقين وعملا بمقتضى جواز العقد وعدم لزومه. وعساک ان تتوهم انه لامجال لايجاب الارش، اذ المستعير هو الذى ادخل النقصان على نفسه لاقدامه على العقد الجائز الذى يترتب عليه ذلك. ويندفع هذا التوهم بان المسلم من جواز العقد وعدم لزومه انما هو جواز الرجوع فى الجملة، لامجانا مطلقا. فان السكون على فعل المسلم وقوله ووعده والاطمينان والاخذ اليه انما صار سببا لاقدامه على غرس الشجر الذى جرى العادة بان يفعل لاجل الانتفاع بثمره. فمن البعيد من حكمة الله تعالى تسويغ هذا

العقد وتجويزه ان يترخص احد فى بناء دار فى ارضه او غرس شجر، مع تحمل المشقة والغرامة وصرف الاموال الكثيرة، واذا تم البناء وبلغ الغرس بالثمر، جاز للمعير الرجوع مجانا فى ما كان البناء مجموعة من طين ذلك الارض ولم يكن شىء عن مال المستعير فيه حتى يستردها. فالقدر المسلم من كون العقد جايزا انما هو مع ملاحظة حق المستعير ايضا. وكذا من جانب المستعير اذا اراد الرجوع واضرار المعير بذلك. والحاصل - كما عليه معظم المتأخرين، بل [لم] نقف على مخالف فيهم - ثبوت الارش ح. ثم: ان فى مانحن فيه لما لم يراحمهم لاخت فى الاسترداد ورجعوا عن عقد هم فى السكنى، فسقط دعوى الاخت فى العمارة، ويبقى الاشكال فى حق الزوج. فهل هو يرجع

[٤٠٨]

اليهم فى ما اخرجهم من العمارة؟ او الى الزوجة؟. الظاهر انه لا كلام [له] مع الاخوة، وانما هو مع زوجته. وذلك لانهم لم يعيروه الدار ولم ياذنوه فى العمارة. ورضاهم بسكناه مع اختهم فيها انما كان من باب دلالة الاشارة التبعية فى نفس الانتفاع، وهو غير اذنتهم فى البناء والعمارة. وح نقول: ان الزوجة امرت زوجها بعمل له اجرة عرفا وعادة، فيجب عليها اجرة ما عمله. وتحقيق ذلك يتوقف على بيان ان الامر بالعمل يقتضى وجوب الاجرة ام لا؟ -؟. ثم لتعرض لبيان ما نحن فيه. فنقول: قال المحقق فى الشرايع (اذا دفع سلعة الى غيره ليعمل فيها عملا فان كان من عادته ان يستاجر لذلك العمل (كالغسل والقصار) فله اجرة مثل عمله. وان لم يكن له عادة وكان العمل مما له اجرة، فله المطالبة، لانه ابصر بنيته، وان لم يكن مما له اجرة عادة لم يلتفت الى مدعيها). وقال فى المسالك) لما كان الامر بالعمل يقتضى استيفاء منفعة مملوكة للمامور متقومة بالمال، وجب ثبوت عوضها على الامر كالاتيجار معاطاة. وقد شرط المصنف فى لزوم الاجرة احد الامرين: اما كون العامل من عادته ان يستاجر بمثل ذلك العمل، او كون العمل له اجرة فى العادة. والعلامة - ره - اعتبر فى لزومها كون العمل ذا اجرة عادة خاصة، ويتخرج على ذلك صور اربع: الاولى: ان يكون العمل مما له اجرة عادة والعامل مما يستاجر لذلك كذلك. كما لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره، او جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق له، فله الاجرة على القولين. الثانية: انتفائهما معا، فلا اجرة عليهما، ولا فرق بين كون العمل ح متقوما باجرة وعدمه، اذا لم يكن له فى العادة اجرة ولا اعد العامل نفسه لها. الثالثة: ان يكون العمل مما له اجرة فى العادة ولكن العامل ليس من عادته الاتيجار له، فتثبت على القولين ايضا. لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة، واحد الشرطين عند المصنف. الرابعة: عكسه. فتثبت له الاجرة عند المصنف دون العلامة. ومختار المصنف اوضح، لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر، فلا يحل بدون العوض الا باباحة

مالكه، ولم يتحقق) انتهى كلامه (ره). وقال فى الكفاية (ولا ريب فى لزوم الاجرة عند اجتماع الامرين، وعدمه عند

[٤٠٩]

عدمهما). وقال فى الثالث من الاقسام الابعة (ان مقتضى القولين لزوم الاجرة وللتامل فيه مجال) و [قال فى الرابع (ثبت فيه الاجرة عند غير العلامة). اقول: وتحقيق المقام ان عمل شخص لآخر من دون مطالبة العمل والامر به، لا يقتضى عوضا. لاصالة براءة ذمة الطالب. وذلك كالهبة المطلقة. فانها يقتضى الثواب مطلقا على الاصح. وكذلك ان طلب منه طالب ولم يشترط المطلوب منه العوض (كمن التمس من غيره ان يهب له شيئا ووهبه) الا اذا فهم من المقام رضا الطالب بذلك وحصل التراضى. فالعمدة بيان موضع التراضى: فمن مواضع التصريح بذلك، ولا اشكال فيه. ومن مواضع كون العامل ممن يكون عاداته اخذ الاجرة على ذلك العمل. سواء كان نفس العمل مما يوخذ عليه الاجرة (كالغسال والقصار فى مثال المحقق، والحلاق فى امثلة الشارع) او لم يكن كذلك ولكن اعد نفسه لذلك - مثل ان يحتاج رجل اعمى فى معرفة زوال النجاسة من بدنه حين غسلها، او المبصر فى الموضوع الذى لا يراه من بدنه فيقول للاخر انظر الى هذا الموضوع هل زال النجاسة لا - فان مجرد هذا النظر لا يعد فى العرف مما يكون له اجرة. بخلاف مالو اعد شخص نفسه لذلك وجلس مياضة الناس لياخذ الاجرة على ذلك لو اتفق اليه حاجة. فيظهر الثمرة ويصح القول بان له اجرا مع انه ليس مما يوخذ عليه الاجر عادة. نعم يصح ان يجعل ذلك من قبيل ما له اجر فى مالو آجره غسال اعمى ليراقبه فى ذلك. وذلك لان العمل ح مجموع النظرات التى اعطى الغسال فى ظرف يوجه لذلك (١). فهو خارج عما نحن فيه. ومقصودنا بيان ان كل نظر منه لكل شخص يحتاج اليه، هل هو مما يوخذ عليه الاجرام لا. فنحن نقول بكفاية اعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين ايضا ويكفى فى لزوم الاجرة. بخلاف مختار العلامة. والظاهر ان من اعد نفسه لاخذ الاجرة على عمل يراه منه ايضا من قبيل اعداده نفسه لعمل خاص. ثم: ان ذلك يشمل مالو طلب لفظا وقال (اغسل ثوبى او قصر كرباسى) او (انظر الى موضع النجاسة). او بغير اللفظ مثل ان يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع

١: عبارة النسخة: التى عطله الغسال فى طرف ...

كشفت راسه له وهذا يكون من باب المعاطات، فانه لايجوز فى المعاطات ايضا تصرف احدهما فى مال الاخر بلا عوض. والكلام فى اللزوم وعدم اللزوم، شىء آخر لادخل له فى لزوم العوض. واما كون العمل مما يوخذ عليه الاجر مع عدم كون العامل ممن يستاجر لذلك، فلايكفى فى ذلك. ولعل تامل صاحب الكفاية انما هو لذلك. وما ذكره المحقق فى وجهه من انه ابصر بنيته، لايكفى فى دفع براءة ذمة الطالب. اذ الطالب لم يلزم المطلوب بشىء ولم يقهره ولم يساوم معه على اجرة، ولم يفهم [من] المقام التراضى على العوض. نعم ما ذكره انما يناسب صورة الدعوى بان يدعى المامور بناء العمل على الاجرة والتراضى على ذلك وانكره السائل. فالقول قوله مع يمينه، لانه فعل وهو ابصر بنيته. ولكن لا يتم توجيه كلامه بذلك. لمنافاته لما قبله وما بعده. لان الدعوى والنزاع يمكن تطرقه اليهما ايضا، والحق فى الاول تقديم قول المامور وفى الثانى تقديم قول الامر. ولكن قوله (لم يلتفت الى مدعيها... الى الاخر) يأتى عن ذلك. كما ان قوله (فله اجرة مثل عمله) فى الاول يأتى. فظهر ان سبك الكلام ليس لبيان الدعوى والنزاع. فتوجيه كلام المحقق - حيث غير العبارة فى تادية المقام - ان مراده فى الاول ان مجرد كون المامور ممن ياخذ الاجر على العمل يكفى فى ثبوت الاجرة على الامر بينه وبين الله، وبذلك يرتفع اصل البرائة لظهور ذلك فى المعاوضة كالمعاطات، ومراده فى الثانى انه وان كان المقام محتملا لفعله مجانا (ك... التى اخذها منه طلب احد) (١) ولا يرفع اصل البرائة (٢) اذا لم يطالب المامور العوض. ولكن اذا طالبه فيجب عليه، لانه ابصر بنيته والمسلم مصدق على قوله وفعله فلذلك غير العبارة وقال فى الاول (له اجرة مثل عمله). يعنى فى نفس الامر بلا توقف على شىء. وفى الثانى (له المطالبة فانه ابصر

١: كذا. وما فهمت المراد من العبارة وما قدرت على اصلاحها. ٢: وفى النسخة: لاصل البرائة .

بنيته). ومراده فى الثالث انه لاشىء هنا يوجب رفع اصل (١) البرائة لاشىء [ولا] بمطالبته ولا يلتفت الى مدعيها. فان المفروض عدم المساومة والمعاوضة [(٢) لانه] لاعقد ولا معاواة، ولا قرينة (٣) فى المقام ايضا. فلا شىء يقاوم (٤) اصل البرائة ولا ينفع هنا كونه ابصر بنيته. اذا لنية لايجب شيئا مع عدم شىء [يدل] على التراضى على الاجرة. واما ما ذكره الشارح (ره) من التعليل با نه (عمل محترم بالامر فلايجل بدون العوض): فهو انما يتم فى مالو كان العامل ممن يستاجر للعمل، ولا يتم فى غيره. سيما اذا لم يكن للعمل اجرة عادة، لان غاية الامر ان يكون هذا الامر سببا والمباشر مقدم على السبب. وليس

هذا من مواضع تقديم السبب على المباشر. ثم ان مافهمه الشارع من مختار المصنف (٥) - حيث قال (ان مذهبه لزوم الاجرة مع وجود احد الامرين) - فهو صحيح. لان مقتضى اطلاق كلامه فى الاول هو الامر الاول، فهو يقول بثبوت الاجرة مع كون المامور ممن يستاجر للعمل وان لم يكن العمل ممن يستاجر عليه. وذكر الغسال والقصار (من باب المثال والتمثيل) غير مخصص للعلم على التحقيق. واما الامر الاخر (٦) فاستند حكمه من قوله (وان لم يكن له عادة وكان العمل مما له اجرة) [عليه .] واما قوله (وان لم يكن مما له اجرة بالعادة فلم يثبت.. الى الاخر (٧)) فهو معطوف على قوله وكان العمل مما له اجرة) من اقسام من لم يكن له عادة. ثم انى بعدما كتبت ذلك لاقيت (٨) عبارة المحقق الاردبيلى (ره) فى شرح الارشاد حيث قال بعد قول العلامة ٩ (ره) (ولو امره بعمل له اجرة (١٠) بالعادة فعليه الاجرة. والا، فلا) ما هذا

١: وفى النسخة: فعل البرائة ٢: فى النسخة: المعادلة. ٣: وفى النسخة: وعدم قرينة. - ويناسبه لفظة (ايضا) ولكن يشكل فى العطف. ٤: وفى النسخة: بقاءه. ٥: فى النسخة: لمن مختار المصنف. ٦: فى النسخة: وما الا الامر... ٧: وفى النسخة: الى من يوم. ٨: وفى النسخة: (فى عمل عبارة المحقق الاردبيلى... ٩: فى النسخة: حيث يوم لا بد قول العلامة.. ١٠: وفى النسخة: ولو امره بعمل خعصير وبالعادة .

[٤١٢]

لفظه (١) (هذا الحكم مشهور ويحتمل ان يكون مجمعا عليه ولعل سنده العرف انه يقتضى ان يكون مثل هذا العمل باجرة. فالعرف مع الامر بمنزلة قوله: افعل هذا ولك على الاجرة. فيكون جعالة او اجارة بطريق المعاطات مع العلم بالاجرة، ولو كان بالعادة مثل اجر الحمامين. ويبعد كونه اجارة باطلة. وينبغى تقييده بان المامور ايضا ممن ياخذ الاجرة. ويمكن ادخاله فى العمل. فتأمل. ولو لم يكن العرف يقتضى الاجرة، لا اجرة له. وهو ظاهر. ولا ينظر الى ان الاصل عدم الاجرة، والمرء من كونه بالاجرة ام لا. لما تقدم والاحتياط ايضا يقتضيها). انتهى كلامه ره. اقول: مراده (ره) من هذا الحكم هو لزوم الاجرة. اى (امره بعمل له اجرة فى العادة) لاجممع ما ذكره المصنف الى قوله (والا فلا). اذ قد عرفت ان المحقق لا يرضى باطلاق قوله (والا فلا) بل يقول بلزوم الاجرة ان كان المامور ممن ياخذ الاجرة وان لم يكن العمل مما يوخذ عليه الاجرة عادة. بل غير العلامة يقولون بذلك، كما يظهر من الشهيد الثانى (ره) فكيف يدعى الشهرة بل الاجماع. وايضا مرادنا من قولنا (ان مراده (٢).. (٣) انما هو فى الجملة لامطلقا. والا فكيف يقول (ينبغى تقييده بان المامور... الخ) مع ادعائه الشهرة او الاجماع على الاطلاق. فقد وافقنا (ره) فى قوله (وينبغى تقييده) خلافا للمحقق. وخالفنا فى قوله (ولم يكن العرف يقتضى الاجرة، لا اجرة له)

باطلاقه .اذ نحن نقول بثبوتها اذا كان المامور ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على هذا العمل وفاقا للمحقق. وظاهر الكفاية موافقته لما اخترناه. وحاصل ما اخترناه: انه اذا امر الامر بفعل وكان المامور ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على ذلك الفعل، فهو يستحق (٤) الاجرة. سواء كان الفعل مما له اجرة فى العادة ام لا. و [لا] يستحق فى غيره وان كان الفعل مما يكون له اجرة فى العادة. وليس لاحد ان يقول

١: فى النسخة حظه... ٢: وفى النسخة: وايضا مراده ره قلنا ان مراده انا هو فى الجملة... ٣: اى مرادنا من قولنا: اقول مراده ره من هذا الحكم هو لزوم الاجرة. ٤: فى النسخة: لا يستحق .

[٤١٣]

هذا قول جديد وخرق للاجماع المركب. اذ الاجماع المركب فى امثال هذه المسائل مما لا ينبغي دعويه. مع انه يلزم ذلك على العلامة بالنسبة الى من تقدمه. بل على المحقق الاردبيلي (ره) ايضا. واعلم: ان فى كلماته (ره) مواضع اشتباه لا ينبغي الغفلة منها. فمراده من (اقتضاء العرف) فى اول كلامه، اقتضائه ان ذلك معاوضة. ومراده من قوله (فانه يقتضى... الخ) بيان فهم المعاوضة عرفا. وتوضيحه ان اقتضاء العرف فى نفس العمل انه مما يوجب عليه الاجرة بانضمام امر الامر مقتضاه حصول المعاوضة. فهو بمنزلة (افعل ذلك وعلى الاجر). فمعنى لفظ (العرف) ومورده مختلف فى كلامه. ففى قوله (فانه يقتضى) نوع استخدام. وقوله (مع العلم بالاجرة) قيد للاجارة لا للجعالة. لان معلوميتها شرط فى صحتها ولو كان المعلوماتية بسبب العادة لا بنفسها. واما قوله (فيمكن ادخاله فى العمل) لعله اراد به ان العمل بمعنى الشغل والحرفة والكسب المتضمن لاعداد نفسه لذلك وصيرورته ملكه. لامجرد الفعل فيكون المراد (امر بفعل من عامل وكاسب وذى حرفة) ليدل على اشتراط كون المامور ممن اعد نفسه لذلك العمل، وهو كما ذكره بعيد. وقوله (ولا ينظر الى الاصل... الخ) كلام على اصل المسئلة. يعنى ان العرف الدال على انه معاوضة وموجب لثبوت الاجرة يرفع اصالة البرائة، فلا يمكن التمسك بها ويقال الامر بالفعل وطلبه اعم من وقوع التراضى على وجه المعاوضة فلا يلزم اجرة لا صالة البرائة. اذ الاصل لا يعارض الدليل. اذ عرفت هذا فنرجع الى اصل المسئلة اعنى امر الزوجة زوجها بعمارة الدار ونقول: ان الظاهر انها داخله فى هذا الاصل من باب الفحوى. فانه طلب العمل مع ذكر الاجرة فى الجملة. فانها جعل سكنى الزوج وسائر اهله وسكنائها الواجبة عليه فى مقابل العمل. سيما اذا كان الزوج ممن اعد نفسه لاختذ الاجرة على العمل، وان كان لمطلق الاعمال لا لخصوص عمارة الدار (كما اشرنا اليه سابقا) فيجب على الزوجة اجرته. فانه اما من باب الجعالة او الاجارة المعلوماتية اجرتها بالعادة، كما اشار اليه المحقق الاردبيلي. او

الاجارة الفاسدة المستلزمة لثبوت اجرة المثل. ولا يضر فى ذلك كون الزوج عالما بكون استحقاق الزوجة لذلك من باب العارية الجائزة (١) حتى يقال انه اقدم على تفويت ماله لعلمه بان للاخوة الرجوع. لانه لم يقدح ح على تفويت ماله مجانا. بل انما اقدم عليه لعوض هو اما سكناه فيه، او ذلك مع الاسكان الواجب عليه [اعنى اسكان] الزوجة. واما الغرامة التى تاخذها الزوجة - على فرض رجوع الاخوة الى العارية (٢) - من البناء والعمارة المستلزمة لخرج المال فيه وتستحقها على الاخوة. فان ماياخذها الزوجة منهم فى عوض العمل. والمفروض ان العمل من الزوج بامرها المبتنى على العوض، لامجانا. فابراء الزوجة اخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج، فعليها الغرامة. لايقال: ان الزوجة انما تستحق من اخوتها احد الامرين اما السكنى والاسكان، او اخذ العوض على العمارة على فرض رجوعهم. وانما امر الزوجة الزوج بالعمل فى الاول للامر الاول، لا الثانى. فما الذى اوجب الامر الاخر اذا فات الاول برجوع الاخوة. لانا نقول: على فرض التسليم انما يتم على فرض العلم بالحال والمسئلة، [و] لا يتم فى صورة الغفلة. اذ غاية الامر فساد هذه الاجارة او الجهالة من جهة استقرار استحقاقه (٣) للزوجة وامكان عدم استقرار استحقاقه للزوجة وامكان عدم قدرتها على تسليمها لعدم تمكين الاخوة. والمفروض غفلة الزوج عن ذلك وجهالته بمآل الامر ولم يعمل فى الدار مجانا، والمفروض ان الزوجة ايضا لم يطلب منه العمل مجانا، بل انما حصل التراضى على العمل فى اداء شىء يزعمانه مملوكا مستقرا. فيأتى على ذلك، الكلام الذى ذكرها الشهيد الثانى (ره) من انها فوتت مالا محترما، ويزيد عليه هنا انه يقصد ان يكون له عوض. والظاهر ان اجرة البناء والعمل والطين والجص والاشباب الداخلة، كلها داخلة فى (امر احد ببناء دار له او عمارتها فعلى الامر غرامتها). ولو فرض عدم دلالة العرف والعادة

١: وفى النسخة: الاجارة الجائزة. ٢: وفى النسخة: الى الاعادة. ٣: فى النسخة :من جهة عدم استقرار استحقاقه ...

فى بعضها فهو المتبع. ويظهر الثمرة فى رجوع المعير ولزوم غرامة ما اخرجته المستعير فى مالم يعلم استيفائه. والا غلب ان المذكورات مما يتوقف عليه العمل، كالمداد للكاتب والخيط للخياط. وكلما لم يدل

العرف فى دخولها فاعيانها ملك لمالكها و يستوفيهها، وليس عليه غرامة النقص الحاصلة بسببها، اذ المفروض ان المستاجر والمستعير لم يقدم على ذلك، بل حصل ذلك من جهة المعير الذى منع عن انتفائه بها. والامر الذى اوجب لذلك (ولا مسرح) منع مالك الاعيان عن الانتفاع بها مع عدم ظلمه فى ذلك .

[٤١٧]

كتاب الاجارة

(من المجلد الاول)

١٩٢:سوال: هر گاه در عقد اجاره تعيين شود عمل معينى در مدت معينه، مثل خياطت ثوبى در روز معينى، يا در دو روز معين. ومدت تمام شود وهنوز در آن هم شروع نكرده باشد. اجاره باطل است؟ يا آن كه خيار فسخ ثابت مى شود؟ و هر گاه بعضى آن عمل شده باشد ومدت تمام شود، آيا چه حكم خواهد داشت؟.

جواب: هر گاه معلوم باشد كه مراد عمل معين در مدت معينه است - مثل اين كه اجاره كند از براى يك ختم كردن قرآن در ماه مبارك رمضان، يا روزه گرفتن تمام ده روز از ماه رجب يا شعبان - پس در صورت اولى (يعنى صورت خروج مدت قبل از شروع در عمل اجاره) باطل است. و هر گاه بعد از مدت، عمل را بكنند مستحق اجرت نخواهد بود. و در صورتى كه بعض عمل را كرده است، اظهار در نظر حقير آن است كه هر گاه عمدا ترك كند تا زمانى كه جزم حاصل باشد به اين كه آن زمان ديگر ظرفيت آن فعل را ندارد، باز هم باطل خواهد بود. و به آن عمل مستحق مزدى نخواهد بود. و هم چنين هر گاه تقصير نكرد و لكن عذرى پيش آيد تا آن كه وقت آن قدر باقى نماند كه تمام عمل را توان كرد، باز مستحق چيزى نخواهد بود به آن قدرى كه كرده. و اما هر گاه تقصيرى نكرد و در اول وقت شروع كرد، يا در وقتى كه مظنه داشت كه تمام مى شود، و لكن عايقى رو داد كه مانع از اتمام شد، يا كاشف به عمل آمد كه ظن او به

[٤١٨]

بقای آن قدر وقت خطا بوده است، در این دو صورت به قدر عمل از اجرت) المسمى فى العقد) مستحق می شود ودر باقی نیز باطل است. و هر گاه مقصود اصل تعیین عمل باشد، اما تعیین زمان به جهت تعجیل باشد واز باب شرط ضمن عقد باشد، پس مقتضای آن تسلط بر فسخ است به جهت مستأجر هر گاه شرط به عمل نیاید. ودر آنچه کرده است از عمل مستحق اجرت المثل است. مگر این که شرط شده باشد عدم استحقاق اجرت هر گاه به شرط عمل نکرده باشد. واینها در صورتی است که عمل تطبیق به مدت نکرده باشد. مثل این که بگوید (این کار را در ظرف این مدت بکن). وآن مدت یقیناً اصابه بر گنجایش آن عمل وسعت دارد. واما اگر شرط تطبیق کرده باشد به این که بگوید که (باید ابتدای عمل در ابتدای مدت باشد وبه انتهای مدت، عمل تمام شود). پس اصل آن اجاره باطل است. و هر گاه چنین کاری کرده باشد مستحق اجرت المثل خواهد بود چنانکه حکم اجاره فاسده است. والذی یحضرنی من کلمات الاصحاح یوافق ما اخترته من التفصیل، ولكن اجد مخالفتی (۱) لما ذکرته (۲) فى هذا المقام. قال الشہید الثانی فى شرح اللمعة - بعد ان ابطال اشتراط تطبیق العمل على المدة - (ولو قصد مجرد وقوع الفعل فى ذلك الزمان صح مع امکان وقوعه فيه، ثم اوقع فيه، ملك الاجرة، لحصول الغرض. وان خرجت المدة قبله فان كان قبل الشروع فيه، بطلت. وان خرجت فى اثنايه، استحق المسمى لما فعل، وفى بطلانها فى الباقي او تخيير المستاجر بين الفسخ فى الباقي او الاجازة (فيكمل خارجه ويستحق المسمى) وجهان. وقيل يستحق مع الفسخ اجرة مثل ما عمل، لا المسمى. والاوسط اجود) انتهى. ولعل هذا القول الاخير هو الذى نقله فى المسالك قال فيه (واختار فى المختلف الصحة. محتجا بان الغرض انما يتعلق فى ذلك غالبا بفرغ العمل، ولا ثمرة مهمة فى تطبيقه

۱: وفى النسخة: ولن اجد موافقا لما ذكرته. ۲: اى: ولكن اجد فى نفسى مخالفة لما ذكرت .

على الزمان. والفرغ امر ممكن لاغرر فيه. (۱) فعلى هذا ان فرغ قبل آخر الزمان، ملك الاجرة. لحصول الغرض. وان خرجت المدة قبله فللمستاجر الفسخ. فان فسخ قبل عمى شىء، فلا شىء. او بعد شىء فاجرة مثل ما عمل - يحتمل ان يكون مراده اجرة مثل ما عمل من جملة المسمى ولكنه بعيد - (۲) وان اختار الامضاء لزم الاكمال خارج المدة وليس له الفسخ). انتهى ما اورده من عبارة المسالك. وقال العلامة فى التحرير (وهل يجوز تقييد المنفعة بالمدة والعمل معا، كما لو استاجر ليخيط له هذا الثوب فى هذا اليوم -؟. قال الشيخ: لايجوز لامكان الفعل فى اقل من ذلك او اكثر. ويحتمل الجواز لان الاجارة وقعت

على العمل، والمدة ذكرت للتعجيل. فح ان فرغ قبل المدة لم يكن له الزامه بالعمل فى باقيها. وان خرجت المدة قبله فللمستاجر فسخ العقد. فان فسخ قبل عمل شىء، فلا اجرة. وان كان بعده، كان عليه اجرة مثل ما عمل. وان اختار الامضاء لزمه باقى العمل خارج المدة، لاغير. وليس للاجبر الفسخ). وقال فى المسالك - بعد ذكر العبارة المتقدمة - (والحق ان ما ذكره انما يتم لو لم يقصد المطابقة، وهو خلاف موضع النزاع. فلو قصدنا بطل كما قالوه. ومع ذلك يشكل لزوم اجرة المثل مع زيادتها على المسمى. فان الاجير ربما يجعل التوانى فى العمل وسيلة الى الزايد، فينبغى ان يكون له اقل الامرين من المسمى ان كان اتم العمل، وما يخصه منه على تقدير التقسيط ان لم يتم. ومن اجرة مثل ذلك العمل. والاقوى البطلان، الا مع ارادة الطرفية المطلقة وامكان وقوع الفعل فيها). انتهى. اقول: ولى فى ما ذكره محل تامل. فانهم ذكروا فى تحقيق اركان الاجارة وشرائط الاركان، امورا. مثل كون المتعاقدين بالغين عاقلين رشيدين، والاجرة معلومة ومباحة ومقدورة تسليمه وهكذا.. وهذه الامور من مقومات العقد ومصماته. فاذا تخلف احد هذه الشرائط يصير الاجارة باطلة. وليس هذه الامور من باب الشروط التى تذكر فى ضمن العقد الموجب فقدانها لثبوت خيار الاشتراط. وقد تريهم يذكرون فى شرائط المنفعة ان تكون

١: فى النسخة: لاغدر فيه. ٢: العبارة الواقعة بين العلامتين، من كلام ميرزا (ره). وليست فى المسالك ولا فى المختلف، فراجعهما .

[٤٢٠]

معلومة معينة، وذكروا ان التعيين اما بالزمان او بالعمل. والظاهر ان الحصر على سبيل منع الخلو. فقد يكون التعيين بكليهما. واشكالهم فى هذه الصورة انما هو من اجل ملاحظة التطبيق. والا فلا ريب ان التعيين بهما معا اكمل، وهذا هو الذى نتكلم فيه. فاذا كان التعيين حاصل بالامرين معا فالمنفعة التى ورد عليها عقد الاجارة، وهو العمل الخاص فى العين الخاصة فى الوقت الخاص، لا انه عمل معين اشترط فى ضمن العقد ان يوقع فى وقت معين. ولا ريب ان تعيينهما معا كثيرا مايكون منظور نظر العقلاء بحيث يعلم ان لهما مدخلية فى التعيين. لابلان يكون ذكر الزمان من باب الشرط فى ضمن العقد مثل الاجارة لتلاوة القرآن فى شهر رمضان، او للصوم فى رجب او شعبان، ومثل ان يستاجر لاثارة الارض وتعميرها لاجل زرع مخصوص لايمكن زرعه الا فى زمان خاص. فتعيين العمل والمدة معا، لهما مدخلية فى تعيين المنفعة. فمقتضى ذلك بطلان العقد بانتفاء المنفعة الخاصة. فلا معنى للفسخ ولا للامضاء والاجارة فى الصور

المذكورة. وإنما اخترنا ثبوت المسمى بالنسبة فى بعض الصور المتقدمة - وهو مثل ما لو شرع فى العمل حين حصول العلم بالتمكن عنه فيها او الظن به، ومنع مانع بدون تقصيره، مع اشتراكه للباقي فى عدم تحقق المنفعة الخاصة فى الخارج - لان عقد الاجارة لازمة يستقر الاجرة بالعمل شيئاً فشيئاً. بخلاف الجعالة، فانه لا يستقر الا بعد تمام العمل، الا فى بعض الصور كما احتمل الشهيد فى الدروس مثل ما لو كان الجعل على خياطة ثوب مما لبعضه اجرة فخاط بعضه. ويقوى الاحتمال لو مات او شغله ظالم عن ذلك. بخلاف ما لو كان الجعل على رد الضالة. فان المطلوب هنا نفس رد الضالة. و الحاصل: ان عقد الاجارة يوجب تملك المنفعة و الاجرة للطرفين بمجرد العقد. ويستقر الملك على حسب ما يتحقق من العمل شيئاً فشيئاً. والمفروض ان هذا الموجر آت بالعمل فى اول زمانه الممكن، كما لو استأجره لمطلق العمل فى مدة السنة، فانه يستحق به بالنسبة الى المسمى وان لم يتم العمل ولو بالتقصير، الا ان يشترط العدم عند عدم الاتمام. والمفروض فى ما نحن فيه عدم هذا الشرط ايضا. فان الاجارة على العمل المعين فى

[٤٢١]

اليوم المعين، غير عدم استحقاقه بشيىء اذا انقص شيئاً من العمل. والمفروض هو الاول ولم يحصل الشرط الثانى فى ضمن العقد. فما دام الموجر يعتقد باتيان الفعل واتمامه، يستحق الاجرة ويستقر له وعمله محترم. بخلاف ما لو جزم بعد [م] الاتيان. فانه لاظن له باتيان المنفعة المسماة فى العقد، بل يجزم بعدمه. فلا حرمة لعمله. ويحتمل ثبوت اجرة المثل فى الصورة الاولى ايضا. فلا بد ان ينزل اطلاق كلامهم على جعل اعتبار الزمان، الشرط الخارج عن العقد المذكور فى ضمنه. ومقتضى انتفائه (١) ثبوت الخيار فى الفسخ. لعل السر فيه ان ماذكرناه من الفروض التى جعلنا الزمان فيها مقوما للمهية هو ما لو كان تقييد العمل بالزمان قبل الاجارة. وكلامهم فى هذا المقام فى ما كان التقييد به عند الاجارة. ففى ماذكرناه من الامثلة مورد الاجارة هو العمل الحاصل فى الزمان بان يكون الطرف مستقراً. ومرادهم فى موضوع المسئلة هو الاجارة على العمل فى ذلك الزمان، بان يكون الطرف لغوا. والا فلا اظنهم يقولون بالصحة او بثبوت الخيار فى مالم يتحقق مورد الاجارة. واذا بنينا الكلام على جعله من باب كون الزمان من جملة الشروط فى ضمن العقد فمقتضاه ثبوت الخيار. فح يتفرع الاختلافات المذكورة فى كلماتهم على ان فقدان الشرط هل يستلزم بطلان العقد (لان العقود تابعة للقصد والعقد لم يقع الا على الشرط المذكور)؟. ام لا (٢) (لتحقق وجه ذلك فى الشروط السائغة. فان طريقتهم فيها ثبوت الخيار بانتفاء الشرط. لا البطلان)؟. او ان الشرط امر والعقد امر آخر - وانتفاء الشرط لا يستلزم بطلان العقد. غايته ثبوت

خيار الفسخ -؟. او ان البطلان لا يستلزم تفويت العمل مطلقا (فيجب اجرة المثل لئلا يخلو العمل المحترم من اجر)؟. ثم: ان الشرط فى ضمن العقد يتصور على وجهين: احدهما: التزام هذا الشرط والسكوت عن النفى والاثبات فى صورة فقدان .والثانى: ان يتعرض لانتفاء استحقاق الاجرة على تقدير انتفاء العمل فى الزمان المعين. وما ذكرنا من التوجيه انما يتم على الاول .

١: فى النسخة: مقتضى انتفاء ثبوت الخيار.. ٢: وفى النسخة: (لم) بدل (ام لا).

[٤٢٢]

والثانى يقتضى عدم الاستحقاق اصلا، تبعا للشرط. فح الاولى التفصيل، بان يقال: ان كان المراد فى تعيين العمل والمدة معا، هو ما ذكرنا من كونهما من مقومات الاجارة ومعينات المنفعة، فالحق بطلان الاجارة بانقضاء المدة قبل الشروع فيه، بل وبعد فعل بعض منه ايضا، ولكنه يستحق فى بعض اقسام الصورة الثانية بشيىء. مثل ما لو شرع فيه حين العلم بالتمكن من اتيان الجميع فى المدة او الظن به، ثم منع مانع عن التمام من دون تقصير وتفریط، فيستحق من المسمى بقدره، لما مر. ويحتمل اجرة مثله ايضا. بخلاف ما لو شرع فيه حين حصول العلم بعدم التمكن من الاتمام فيها، فلا يستحق شيئا. وان كان المراد تعيين العمل وكان هو المقصود بالذات ولكن الزمان انما ذكر لاجل التعجيل من باب الشرط فى ضمن العقد. فيعمل على مقتضى باب الشروط. فان شرط عدم الاجرة ان لم يفعله فى المدة، فيعمل على مقتضاه و ليس له شيىء. و ان ذكر الشرط فى ضمن العقد و لم يشترط العدم عند العدم فيعمل على مقتضى الشرط من ثبوت خيار الاشتراط عند انتفاء الشرط. فاما البطلان كما ظهر من الشهيد الثانى فى الروضة - حيث ذكر البطلان فى جملة الاحتمالات على فرض خروج المدة قبل العمل او فى الاثناء - فلم اعرف وجهه على طريقتهم. بقى الكلام فى انه (هل يجب عليه اذا فعل منه شيئا. اجرة المثل او المسمى؟). والاطهر لزوم اجرة المثل. فان لزوم المسمى الذى هو من ثمرات عقد الاجارة اما لموافقته لمقتضى العقد والشرط باجمعها وذلك اذا فعل الجميع فى المدة. او بسبب الموافقة فى البعض مثل ما لو لم يقصر وشرع فى العمل فى المدة وعاقه عائق عن الاتمام، بالتقريب الذى ذكرنا من استقرار الاجرة شيئا فشيئا بحسب حصول العمل. واما العمل الذى هو خلاف مقتضى الشرط (مثل ما لو شرع فى العمل فى زمان يعلم انه لايفى باتمامه فيه) فلا يجب المسمى بمقدار العمل. لانتفاء مقتضى عقد الاجارة وعدم دخوله فى العمل على مقتضاه. واما لزوم اجرة المثل: فلان المفروض ان الرخصة كانت حاصلة من جانب المستاجر فى تفويت المنفعة للموخر، غاية الامر كونه مراعى بالفسخ وعدمه. فالعمل

ح محترم ولم يفعله الموجر مجاناً بالفرض، فلا يبقى الا الزام اجرة المثل. ومن ذلك يظهر انه لو فعل بعد انقضاء

[٤٢٣]

المدة قبل فسخ المستاجر ايضا يكون له اجرة المثل. ولا اختصاص لذلك بما لو فعل بعض العمل فى المدة، كما اختاره فى المختلف. ويمكن ان يقال: ان استقرار الاجرة شيئاً فشيئاً على حسب العمل اذا عمل على وفق مقتضى العقد والشرط، ايضا مراعاة بملاحظة الاتمام. فاذا لم يتم (ولو من غير جهة تقصيره) فيرجع ايضا الى اجرة المثل، ويعطى من اجرة مثل مجموع العمل بمقدار ما عمل. فالاولى القول باجرة المثل مطلقاً. واما ما ذكره آخراً فى المسالك من اعتبار اول الامرين: فهو مما لا يمكن ان يعتمد عليه وتخص به القاعدة. والله العالم بحقايق احكامه.

١٩٣:سوال: هر گاه زيد اشجار موقوفه را استیجار نماید. ودر زمان اجاره اشجار مذکوره را قطع نماید. آیا باید قیمت اشجار مزبوره را ثابتاً بدهد یا مقطوعاً؟-؟. مع وجه اجاره یا نه؟-؟.

جواب: اجاره اشجار به جهت انتفاع به ثمار، باطل است. واگر به جهت دیگر باشد - مثل آن که خواهد ریسمانی به آنها به بندد به جهت معلق کردن رختی یا انداختن جامه بر آن از برای سایه کردن وامثال آن - صحیح است. و هر گاه مستأجر قطع اشجار کرده باشد، عین درخت مقطوعه در ملک موقوف عليهم باقی است، وموقوف عليه مستحق ارش نیز هست. یعنی تفاوت قیمت درخت ثابتاً ومقطوعاً. [و] در صورت صحت اجاره اجرت المثل را نیز مستحق است، بلکه مسمى را. (١) [و] در صورت اتلاف ثمار غرامت آن را هم مستحق است.

١٩٤:سوال: آیا در صورت مزبوره بعد از اخذ قیمت، آیا باید اشجار دیگر ابتیاع نموده وغرس شود، یا صرف موقوف عليهم شود؟-؟.

جواب: اظهر آن است که قیمت را صرف غرس درخت کنند که انسب به غرض واقف باشد .

١: بدیهی است در صورت صحت اجاره، مستحق اجرت مسمى است وسخن مصنف که میگوید) اجرت المثل را نیز مستحق است بلکه مسمى را) مبنی بر این تصویر است که مستأجر قبل از بهره برداری از رخت آویزی یا سایه ومیوه، درختها را قطع کرده باشد. وگرنه، در تعیین اجرت مسمى تردیدی نیست .

[٤٢٤]

۱۹۵:سوال: هر گاه زینب باغی را به عمرو اجاره بدهد در مدت ده سال به مبلغ مشخص. وبعد زینب مذکوره مریضه وصاحب فراش گردد. در حال مرض موت بکر را وصی شرعی خود گرداند ووصیت به او نماید که من مشغول ذمه به صوم وصلات میباشم، وما یعرفی - ما سوای باغ که در اجاره عمرو مستأجر است - ندارم. البته بعد از فوت من باغ موجریه را در معرض بیع در آورده واز ثمن او به قدر پنج سال از برای من صوم وصلات استیجار نما که شاید مرا برائتی از این شغل ذمه حاصل شود. والحال زینب مذکوره متوفی، وهنوز مدتی به انقضای اجل مانده وعمرو مستأجر نیز راضی به فسخ نمی شود. وکسی هم باغ مذکوره را حال، ابتیاع نمینماید که بعد از انقضای مدت مذکور متصرف شود. وبکر وصی هم مظنه یقائیه در خود تا انقضای مدت مذکوره نمییند. آیا - والحاله هذ - چه باید کرد؟ وصی می تواند باغ موجریه را به معرض بیع در آورد وصوم وصلات از برای زینب موجره متوفیه بدهد با وجود آن که عمرو مستأجر راضی نباشد، یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر آن است که اجاره به موت موجر و مستأجر بر هم نمیخورد. و هر گاه کسی در این حال باغ را نمیخرد، صبر کند تا بعد از انقضای مدت. و هر گاه مظنه موت داشته باشد، اشهاد واعلام کند نفس وصیت را. و هر گاه ماذون هست در وصیت کردن، غیر را وصی کند. و هر گاه ماذون نیست، حاکم شرع بعد از موت او بعد از انقضای مدت میفروشد و از برای او استیجار صوم وصلات میکند. و هر گاه دسترس به حاکم نداشته باشد عدول مؤمنین وصیت را به عمل آورند - والله العالم. وآن ضعیفه اختیار بیشتر از ثلث مال خود ندارد. ودر بیش از ثلث موقوف به رضای وارث است. والله العالم.

۱۹۶:سوال: هر گاه زید وجهی به عمرو میدهد بر سبیل استیجار که نماز به جهت زینب بکند. عمرو را گمان این که به جهت هند بوده به نیت او به جای آورد. مستحق اجرت هست یا نه؟ -؟ واین نماز مجزی است یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه اشتباه در محض اسم شده ومفروض انحصار آن شخص متوفی است در

واحد، نماز صحیح است. به جهت آن که در حکم (سهو اللسان) است در اسم. واز بابت (تقدیم اشاره) خواهد بود در عبارت یا نظر. واما هر گاه اشتباه در شخص باشد واجاره از برای شخص شده و او از برای شخص دیگر کرده، صحیح نیست. ومستحق وجه اجاره هم نیست.

۱۹۷:سوال: هر گاه زید شخصی اجیری بگیرد که متوجه خدمات مرجوعه او بشود. وآن اجیر قدری از مدت را خدمت بکند وبعد برود از برای خود کار کند. هر چند مستأجر به او بگوید که بیا به سر کار خود،

آن شخص نیاید. ودر آن مدت آن قدر منافع تحصیل کند که مساوی تمام اجرت مدت معینه مسمی فی العقد خود باشد یا بیشتر. آیا می تواند مطالبه وجه اجرت ایامی که برای مستأجر [کار] کرده مطالبه کند یا نه؟ - (۱) وحکم تتمه مدت که برای خود عملکردده چه چیز است؟.

جواب: عقد اجاره از عقود لازمه است. واجیر خاص (یعنی آن که خود را به اجاره داده که به خودی خود خدمت کند در هر عملی که پیش آید در مدت معین) جایز نیست که بدون اذن مستأجر، کار برای دیگری بکند در آن مدت. و هر گاه کار برای غیر مستأجر بکند، پس اگر خواهد مساجر می تواند فسخ اجاره بکند و می تواند که فسخ نکند. ودر صورتیکه فسخ کرد اجیر به قدر ایام گذشته از وجه اجاره میگیرد. به این نحو که به او رد (۲) میکند اجرت المثل مجموع مدت اجاره را، واجرت المثل آن قدر از زمان را که از برای مستأجر کار کرده ملاحظه کنند که اجرت المثل آن جزء زمان که برای مستأجر عمل کرده چند يك اجرت المثل مجموع است، وبه همان نسبت از وجه مسمی فی العقد به اجیر میدهند و تتمه را نمیدهند. و اگر پیش داده باشد استرداد میکند. و آیا در این صورت که فسخ کرد مستأجر (۳) و تقسیط مسمی شد، هر گاه آن شخص اجیر

۱: آنچه در مقدمه جلد اول راجع به ابعاد جامعه شناسی و روان شناسی اجتماعی این کتاب گفته شد، مجددا یاد آوری میشود. ۲: البته لفظ (بر آورد) صحیح است. ۳: لازمه تقسیط اجرت بین مدتی که کار کرده ومدتی که کار نکرده، فسخ است. یعنی تقسیط مبتنی بر فسخ است .

[۴۳۶]

دیگری شده باشد، آن عقد صحیح است یا نه؟ -؟. بعضی در اینجا دو وجه ذکر کرده اند و استخراج کرده اند آن دو وجه را از این که (هر گاه کسی مال غیر را بفروشد وبعد از آن خود مالک آن شود واجازه کند آیا صحیح است؟). پس اگر بگوئیم صحیح است بعد از اجازه، اشکالی نخواهد بود. و اگر نه، پس باید رجوع کرد به اجرت المثل، مثل جانی که عقدی نباشد. وحقیر در مسأله اجاره بعد حصول ملك، تأمل دارم، تا به حال بطلان آن ظاهر نشده است. ودر صورتی که فسخ نکند باید تمام وجه اجاره تمام مدت را به اجیر بدهد. واما استیفای حق مستأجر به سبب ترك عمل در تتمه مدت از اجیر، پس آن تفصیلی دارد. وآن این است که میگوئیم که: یا این است که این تتمه مدت عمل برای غیر کرده به عنوان عقدی از عقود - مثل این که اجیر شده برای دیگری - یا نه. ودر صورت اول مستأجر اختیار دارد اگر خواهد اجازه میکند آن عقد را و ممضی میدارد. و اگر خواهد فسخ میکند. ودر صورتی که اجازه کند مستحق وجه اجاره ثانیه می شود و اگر خواهد وجه اجاره را از اجیر میگیرد، و اگر خواهد از مستأجر دوم میگیرد. به جهت آن

که منافع اجیر در مجموع مدت مال او است، ومفروض این است که هر دو اینها در آن تصرف کرده‌اند. ودر این جا احتمال تفصیل دیگر داده‌اند. وآن این است که: یا اجیر قبض وجه اجاره از مستأجر دوم کرده است، یا نه. پس اگر قبض کرده است پس مستأجر اول مختار است در این که اجازه کند قبض را و ممضی دارد یا نه. پس اگر ممضی دارد قبض را، در این وقت نمی تواند مطالبه کند وجه اجاره را الا از اجیر. واگر (۱) ممضی ندارد پس می تواند مطالبه کند از مستأجر دوم. وبعد از آن رجوع میکند مستأجر دوم و آنچه به اجیر داده میگیرد با جهل به حال مطلقا. ویا علم به حال هر گاه عین باقی باشد (۲).

۱: در نسخه: والا. ۲: این بر خلاف فتوای میرزا است در مسأله (بیع مغبوب). رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم .

[۴۲۷]

و هر گاه در صورت علم به حال عین تلف شده باشد، پس مشهور عدم رجوع است. واگر قبض نکرده است اجیر: پس اقرب این است که مطالبه نمی تواند کرد الا از مستأجر دوم. چنانکه هر گاه فضولی ملك غیر را بفروشد و مالك اجازه کند نمی تواند قیمت را از فضولی مطالبه کند. اینها همه در صورتی بود که اجیر در تتمه مدت کار کرده باشد برای غیر به عقدی از عقود. و هر گاه کار کرده باشد بدون عقدی از عقود، پس مستأجر اول مستحق اجرت المثل عمل اجیر می شود در آن تتمه زمان. و به هر يك از اجیر و آن شخصی که برای او عمل کرده، می تواند رجوع کند و مطالبه کند. به جهت آن که هر يك از آنها در حق او تصرف کرده‌اند.

۱۹۸: سوال: هر گاه کسی اجیر شود که از برای میتی نماز یا روزه بکند. آیا می تواند آن شخص دیگری را اجیر کند که او نماز و روزه را به جا آورد، یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه در ضمن عقد شرط شده باشد که خود آن شخص بکند نمی تواند دیگری را اجیر کرد. و هم چنین هر گاه از قراین حال این معنی [را] بفهمد که به دیگری راضی نیست. و هم چنین هر گاه مرخص کند که به دیگری بدهد در جواز آن هم اشکال نیست. و هر گاه اجیر مطلق کند و شرطی مذکور نشود، و از قراین هم چیزی معلوم نشود. پس هر گاه به همان مقدار که خود گرفته به دیگری میدهد یا بیشتر از آن هم بدهد جایز است که بدهد. و اما هر گاه به کمتر از آن اجاره کند، پس در آن خلاف است. اشهر حرمة است. مگر آن که عملی در آن کرده باشد - مثل آن که يك سال نماز و يك ماه روزه گرفته باشد به مبلغ معینی و نماز را خود کرده باشد و روزه را به اجیر بدهد و اجیر شخصی باشد که نماز بر او

دشوار باشد و روزه آسان باشد و مفروض این باشد که کسی نباشد که روزه تنها خواسته باشد - پس در این حال اجیر اول عملی کرده است که منفعت آن به اجیر دوم میرسد. و هم چنین هر گاه يك سال نماز گرفته باشد و قدری از آن را خود کرده باشد، و اجیر دوم به غیر مقداری که باقی مانده است فرصتی ندارد و محتاج است به وجه اجاره.

[۴۲۸]

جمعی از اصحاب ما قایل به کراهت شده‌اند. و این دور نیست.

۱۹۹:سوال: چه میفرمایند به این که حقیر آبی و املاکی اجاره کرده. به اعتبار خشکی سال آبی که منظور بوده که به آن زرع شود کم آمده و به جانی نمی‌رسید. فسخ اجاره کردم. آیا اختیار فسخ با حقیر بود - در صورت مفروضه - یا نه؟ -؟. و اگر بالمره خشک شود، آیا اجاره مذکوره منفسخ می‌شود یا نه؟ -؟. و اگر بالفرض کسی فسخ کرد و بعد از فسخ زمین مفروض را به آب دیگر غیر از آب عین مستأجره زراعت کند، چه صورت دارد؟. و هر گاه زمینی را کسی اجاره کند برای زراعت و به سبب وزیدن باد خاک رمل بسیار در آن جمع شود که مانع از انتفاع از بسیاری از آن می‌شود، چه حکم دارد؟.

جواب: هر گاه زمین را از برای زراعت اجاره کرده است و آب آن قطع شود، یا بسیار کم شود، مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره. و بر او لازم است از وجه اجاره به مقدار زمان گذشته. و هم چنین هر گاه زرع کرده باشد و در بین ایامی که زرع محتاج به آب است این قطع یا نقص عارض شود. لکن در این صورت بعد از فسخ، موجر اختیار قلع زرع ندارد، باید بگذارد تا ایام حصاد. و باید در این وقت مستأجر اجرت المثل چنین زمین کم آب یا بی آب را از حین فسخ الی اوان حصاد به موجر بدهد. و هر گاه در صورت اولی بعد از فسخ بدون اذن موجر زرع کرده باشد باز باید اجرة المثل چنان زمین را به موجر بدهد.. و هم چنین ظاهر این است که مسأله دوم نیز همین حکم [را] دارد. و این نظیر خانه است که اجاره کرده باشد و در بین مدت قدری از آن خراب شود که موجب نقص انتفاع شود. (۱)

۲۰۰:سوال: هر گاه قصابی اجیر شود که گوسفندی را ذبح کند. و در حین ذبح حلقوم را قطع کند و چیزی از حلقوم متصل به سر باقی نماند. آیا ذبیحه در این صورت حلال است یا حرام؟ -؟ و غرامتی متوجه قصاب می‌شود یا نه؟ -؟ .

۱: این مسأله در مسأله شماره ۲۲۴ نیز شرح داده شده. و همین طور در مسأله ۲۴۲ .

جواب: ذبیحه در صورت مزبوره حرام است. و غرامت بر قصاب لازم است. (۱)

۲۰۱: سوال: هر گاه زنی در خانه شوهر (نقش زنانه) یا (سوزنی) و امثال اینها دوخته باشد. و ایریشم و ریسمانی و پارچه که بر آن دوخته تمام از مال شوهر باشد. و زن بمیرد و وارث او بگوید که این مال زوجه است. و زوج بگوید که چون زوجه در نفقه و کسوه من است مداخل او مال من است. چه باید کرد؟. و هم چنین يك رأس گوسفند هست که از والد زوجه به خانه زوج آمده، والد زوجه مدعی آن که من او را به صبیخه خود بخشیده بودم. و زوج مدعی آن که من از والد زوجه خریده‌ام. چه باید کرد؟.

جواب: نفقه و کسوه دادن زوج منشأ این نمی شود که زوج مالک منافع زوجه شود. و از برای زوجه هست که خود را به اجاره بدهد در امری که منافات با حقوق زوج نداشته باشد، یا داشته باشد و زوج اذن بدهد در آن. [و] وجه اجاره مال زوجه (۲) می شود. و لکن نقش و سوزنی، در صورت مزبوره مال زوج است، و زوجه را در آن حقی نیست، مگر آن که ثابت شود که زوج او را امر کرده به دوختن آن. و به امر زوج دوخته باشد. پس اگر با وجود ثبوت نیز ثابت شود که اجرت معینه یا جعاله معینی از برای زوجه قرار داده، به مقتضای آن عمل باید کرد. و اگر همین امر به دوختن به تنهایی ثابت شود، ظاهر این است که زوجه مستحق اجرت المثل عمل هست. و در اصل مسأله دو قول است: یکی آن که هر گاه کسی دیگری را امر کند به عمل و آن شخص به جا آورد. هر گاه مامور شخصی است که عادت دارد که در ازای آن عمل اجرت میگیرد - مثل گازر و دلاک در جامه سفید کردن و سر تراشیدن - یا آن که آن عمل عملی است که عادت جاری شده به این که در ازای آن اجرت میگیرند (گو عادت آن شخص مامور، به گرفتن اجرت نباشد. در هر يك از این دو صورت مامور مستحق اجرت است .

۱: رجوع کنید به مسأله شماره، ۲۲۰، از همین مجلد که توضیح بیشتری داده شده: ۲. و در نسخه: مال زوج میشود .

و قول دیگر این است که هر گاه آن عملی است که در عادت بر آن اجرت گرفته می شود، باید اجرت را داد. و هر گاه عرف و عادت بر گرفتن اجرت بر آن عمل جاری نشده، لازم نیست دادن. و فرق میان این دو

قول ظاهر می شود در مثل عملی که در عرف و عادت بر آن اجرت نمیگیرند ولیکن این شخص مأمور بر آن اجرت میگیرد. در این صورت بنا بر قول دوم مستحق اجرت نیست. و بنا بر قول او [ل] مستحق اجرت هست و محل اشکال همین صورت است و گویا در باقی صور خلافی نباشد. و دور نیست که اقوی در این صورت هم لزوم اجرت باشد. (۱) اما دعوی گوسفند: پس ظاهر آن است که بر زوج است که اثبات کند خریدن را. و با عجز از اثبات، قسم متوجه والد زوجه می شود.

۲۰۲:سوال: کمترین (۲) کاروانسرای [را] از صاحبش اجاره کرده. و تجار میآیند و در آنجا نزول میکنند و جنس میفروشند. و کمترین به هر کس که تجار جنس میفروشند، به يك تومان جنس صد دینار میگیرم. آیا این حلال است یا حرام؟ - با وجود که تجار خودش (۳) میدانند (۴) که اگر در کاروانسرا یا بازار کمترین بیفتد این وجه را میگیرم. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر آن است که اجاره دادن کاروانسرا و دکان به تجار صحیح است در صورت علم ایشان به این شرط. که در معنی این است که من این حجره را در فلان مدت به فلان مقدار به تو به اجاره میدهم به جهت سکنی و معامله کردن در آن، به شرط آن که این تسلط را داشته باشم که هر کس از مشتریان (۵) که در يك تومان معامله صد دینار به من ندهند مانع آن شوم از معامله، پس مطلق منفعت را در عوض وجه اجاره معین قرار نداده است. بلکه منفعت خاصه را قرار داده، و این صحیح است .

۱: برای شرح و توضیحات مستدل مشروح، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۱، از همین مجلد. ۲: و در نسخه: شخصی. ۳ و ۴: کذا. ۵: مراد از (مشتریان) تجار هستند که مشتری اجاره کردن حجره در کاروانسرا هستند .

[۴۳۱]

و اما حلیت اخذ صد دینار از مشتری: پس هر گاه در صورت مزبوره مشتری نیز علم به شرط مزبور دارد و راضی می شود به این که صد دینار را بدهد و متاع را بخرد، ظاهر حلیت است، به جهت این که این نوعی است از تراضی، اما لزوم آن معلوم نیست. زیرا که این داخل هیچ يك از عقود لازمه نیست. پس اگر خواهد لازم شود در اول به صیغه صلح یا نحو آن، لازم کند. تا من بعد مشتری نتواند پشیمان شد. و بر فرض عدم لزوم ظاهر این است که صاحب کاروانسرا از او نمی تواند بگیرد. غایت امر آن است که در ازای حق کاروانسرا که در شرط ضمن عقد اجاره به جهت خود استثنا کرده بود، عوض المثل آن را از او بگیرد. و اما هر گاه مشتری به مقدمات مزبور جاهل بوده، پس هر گاه بعد از علم به تراضی از همدیگر گذشت کنند، فیها . والا باز صاحب کاروانسرا مستحق عوض المثل حق مزبور خواهد بود.

۲۰۲:سوال: این که مبیع را در مدت خیار مشروط که متعارف است که بعد از جریان صیغه مبیاعه شرطیه، به اجاره میدهند در مدت خیار به فلان مبلغ. آیا چه صورت دارد؟ و در صورت مفروضه چون مدت اجاره معین شده است و ممکن است که در این بین موجب فسخ مبیاعه و انتقال ملک به بایع بهم رسد. (بعینه همین حال دارد املاکی که وقف اولاد است. و حال آن که تصریح به صحت اجاره دادن نود ساله یا کمتر از [آن را] فرموده‌اند). و آیا می‌تواند شد هر گاه آن اصل اجاره صحیح باشد و عیوبی دیگر از برای آن نباشد، مال الاجاره تقسیط شود در مدت گذشته و باقیه، و مشتری آن قدر از مال الاجاره [را] مالک باشد -؟ یا آن که مشتری مالک مال الاجاره کلاً باشد و بایع ملک را مسلوبه المنافع در آن مدت مالک شود، به جهت آن که خودش منافع [را] مختص او قرار داده -؟ و هم چنین هر گاه مال بایع باشد آن وقت که خودش قبول اجاره را نموده اذن در تصرف و تملک نما باشد. و هم چنین بیان فرمایند که هر گاه منافع مبیع در مدت خیار مشروط حسب المصلحه مختص بایع شده باشد.

جواب: اظهر در نظر حقیر جواز است. خصوصاً هر گاه زمان متأخر از مدت

[۴۳۳]

مشروطه باشد. مثل این که بفروشد مبیع را و شرط کند که بعد از شش ماه دیگر در طرف پنج روز هر گاه بایع (۱) رد مثل ثمن کند مسلط بر فسخ بیع باشد. که در این هیچ اشکالی نیست. و هم چنین اظهر جواز است هر گاه خیار در مجموع مدت باشد، یعنی شرط کرده باشد که در بین شش ماه هر وقت رد مثل ثمن نماید مسلط بر فسخ باشد. و دلیل این مطالب در رساله مبسوطه نوشته شده (۲). و هر گاه خیار در طرف تمام مدت باشد، به رد ثمن در هر وقت از اوقات آن مدت بایع مسلط بر فسخ بیع می‌شود. و با فسخ [بیع] اجاره هم منفسخ می‌شود. به جهت آن که به سبب فسخ معلوم می‌شود که مشتری مالک منافع تتمه نبوده است. و اصل اجاره هم متزلزل می‌شود، و مراعی بوده است نسبت به حصول فسخ از جانب بایع به سبب رد ثمن. و هر گاه اجاره منفسخ شد، باید تقسیط اجرت کرد بر تمام مدت، و به قدر آنچه از مدت باقی مانده استرداد نمود. و طریق تقسیط این است که بر آورد میکنند اجرت المثل آن مبیع را در مجموع مدت زمان اجاره، و هم چنین بر آورد میکنند اجرت المثل آن جزء زمان گذشته را و ملاحظه میکنند که اجرت آن جزء چند يك مجموع است و به همان نسبت از وجه اجاره مسمی فی العقد، بایع به مشتری میدهد، و تتمه را نمیدهد. و اما هر گاه خیار بعد انقضاء مدت بوده و اجاره در مجموع آن مدت بوده، و اتفاق شود که طرفین راضی به فسخ بیع شوند قبل از انقضای مدت اجاره، پس در اینجا اجاره منفسخ نمی‌شود، الا به رضای مستأجر (۳) به جهت این که منافع

مجموع مدت مال مستأجر (۴) است و می تواند استیفای تمام منافع مال الاجاره را بکند (۵). واگر خواهند که فسخ اجاره بکنند، باز باید تقسیط وجه اجاره گردد بر تمام مدت، وچنانکه گفتیم معمول دارند. واما هر گاه منافع مبیع به عنوان مصالحه منتقل به بایع شده باشد، پس آن صحیح

۱: در نسخه: مشتری. ۲: و نیز رجوع کنید به مسایل ((بیع شرط)) در مجلد دوم از همین مجلدات. ۳ و ۴: و در نسخه: مشتری. ۵: در نسخه: و می تواند استیفای تمام وجه اجاره را بکند .

[۴۳۳]

است و لازم است در صورت ثانیه بی اشکال. مگر باتقایل و تفاسخ به رضای طرفین. واما در صورت اولی، یعنی در وقتی که خیار در ظرف تمام مدت باشد. پس آن نیز چنین است هر گاه همان حقی که فی الجمله دارد (که مردد است ما بین منافع جمیع مدت و منافع بعضی مدت باشد) صلح کرده باشد. و هر گاه صلح بر مجموع کرده باشد، پس ظاهر آن است که در اینجا نیز وجه مصالحه تقسیط می شود. به جهت این که صلح کرده است ملك متزلزل را که محتمل است که مال غیر بشود. پس بعد از انتقال به غیر، منافع آن هم منتقل به غیر می شود. والله العالم.

۲۰۴: سوال: زید خود را به عمرو به اجاره بدهد به مدت معینی، که در عرض مدت عمل خاصی بکند به مال الاجاره معینی، مشروط به این که اجیر در خانه مستأجر در عرض مدت، سکنی داشته باشد. و هم شرط شود در ضمن العقد که بدل وجه اجاره را در عرض مدت، اخراجات ماکول و ملبوس و ما یحتاج اجیر نماید، و علاوه از اخراجات را در آخر مدت از اجیر مطالبه نماید. و نیز شرط شود که چنانچه اجیر قبل از مدت اجاره خواسته باشد از پیش مستأجر برود اخراجات ایام ماضیه را به تصدیق امنای اهل خیره و وقوف تسلیم مستأجر نماید، چه صورت دارد؟

جواب: چون شرط مذکور جهالت دارد (چنانکه آخر صورت سوال: هم به آن دلالت دارد) منشا فساد عقد اجاره می شود. و بنا بر این شرط دوم هم لزومی ندارد، چون در ضمن عقد فاسد است. خصوصاً با وجود جهالت آن نیز. و ظاهر این است که اجیر در این وقت مستحق اجرت المثل عمل است. و ثمن المثل اخراجات هم باید رد شود. هر گاه معلوم نباشد به مصالحه طی شود. والله العالم .

۲۰۵: سوال: زید متولی، ملك وقفی را به عمرو تا مدت بیست و پنج سال به اجاره داده است، و زمان اجاره منقضی نشده که موجر و مستأجر فوت شده اند، یا آن که احدهما متوفی گردیده است، چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه متولی وقف صلاح وقف و اهل وقف را در سایر طبقات، در آن دیده که به آن مدت به آن وجه معین اجاره بدهد، به موت هیچ يك از موجر و مستاجر فسخ

[۴۲۴]

نمی شود. علی الاظهر. والله العالم.

۲۰۶:سوال: بفرمایند که مثلاً زید ملکی را - که به قول عمرو وقف [بوده] و ادعای تولیت آن [را] میکرد - از عمرو مزبور تا مدت بیست و پنج سال اجاره نموده به مبلغ بیست توما تبریزی. از قراری که در اجاره نامچه شرط شده، به این مضمون که موجر مزبور واگذاشت مبلغ مزبور فوق را به مستأجر که او رفته و از مال خود کل ششصدانگ ملك بایره [ای] به حلیه آبادی بر آورد به این شرط که: هر گاه اضافه از این مبلغ اخراجات بشود، دیناری وجهه‌ای از موجر مطالبه ننماید، و هر گاه کمتر از این مبلغ خرج بشود، دیناری وجهه‌ای از مستأجر مطالبه ننماید. و مستاجر به امر خود قیام نموده ملك را به حلیه آبادی بر آورده، واحدی ادعای يك دانگ و نیم ملك وقف را به مستأجر نموده و ادعای خود را به ثبوت شرعی رسانیده که يك دانگ و نیم مزبور ملك طلق او میباشد. و بعد از اثبات شرعی يك دانگ و نیم را به ملکیت متصرف گردیده و به اجاره زید مستأجر داده و هر سال وجه اجاره را گرفته است. و چهار دانگ و نیم دیگر [را] زید مستأجر تصرف نموده. و در اجاره نامچه شروط دیگر هم نموده‌اند به این مضمون که: در این مدت اجاره هر سالی مقدار دو خروار تبریزی گندم از مال موجر، مستأجر به دواب خود بار نموده به طاحونه برده آرد نموده و اجرت مطالبه ننماید. و موجر و مستاجر هر دو فوت شده‌اند. و ورثه موجر الحال از دو سه بابت ادعا بر ورثه مستأجر مینماید. اولاً این که: به فوت موجر و مستاجر فسخ اجاره می شود. ثانیاً این که: تخلل در وجه اجاره مسطوره بهم رسیده. و حال آن که در اجاره نامچه شرط نشده که هر گاه تخلل در اجاره بهم رسد فسخ اجاره با موجر بوده باشد. آیا ورثه موجر را حقی میباشد بدون اثبات شرعی این که (ملك مزبور وقف میباشد و تولیت با والد آنها بوده)؟ و در خصوص وجه اجاره مدت مسطوره مادام حیات موجر و مستاجر الله اعلم که وجه اجاره داده (۱) یا این که باقی است. و از تاریخ اجاره متن مدت پنج سال باقی است که هنوز

منقضی نشده است. میرسد ورثه موجر را که وجه اجاره مدت مسطوره تمام وکمال از ورثه مستأجر بگیرند؟. بینوا.

جواب: هر گاه عمرو به عنوان تولیت در آن وقف تصرف میکرده بلا منازع، تصرف او محمول بر صحت است تا بطلان آن ثابت شود. واطهر این است که اجاره به موت موجر و مستأجر هیچ کدام باطل نمی شود. ومواضعی که استثناء شده. یکی جائی است که موجر شرط کرده باشد که مستأجر به خودی خود استیفای منافع نکند نه غیر آن. دوم جائی است که وقف باشد بر بطون چند که هر يك از آنها اختیار تصرف ایام حیات خود را دارد. مگر این که موقوف علیه متولی و ناظر وقف باشد ومصلحت وقف را مطلقاً یا در آن مدت در آن اجاره دانسته باشد. که در اینجا نیز منفسخ نمی شود. سوم جائی است که وصیت کرده باشد کسی از برای شخصی که مادام الحیات از ملك او به علتی منتفع شود، و آن شخص به اجاره بدهد ملك را. و این دخلی به مانحن فیه ندارد. پس هر گاه عمرو متولی صلاح وقف را در آن دیده، اجاره بر حال خود باقی است. و ادعای تخلل در وجه اجاره را نفهمیدم. اگر مراد این است که به سبب دعوی يك دانگ و نیم مقدار اجاره متبعض شده و به این سبب خواهد فسخ کند، این منشأ خیار فسخ نمی شود. بلکه این اگر منشأ خیار شود از برای مستأجر می شود نه موجر. و اما دعوی این که وجه اجاره داده شده است یا باقی است، پس آن محتاج است، به مرافعه اینها همه در وقتی است که اصل عقد اجاره صحیح واقع شده باشد، و جهالتی در شرط آن نباشد. مثل این که معلوم باشد که خرج تعمیر ملك چه قدر می شود. و هر گاه جهالت باشد اصل عقد باطل می شود و مستأجر مستحق اجرت المثل عمل است. و موجر مستحق اجرت المثل ایام تصرف ملك. و این نیز محتاج به مرافعه خواهد بود. والله العالم باحکامه.

۲۰۷: سوال: کسی زمینی به کسی اجاره بدهد به وجه معینی در مدت ده سال به مبلغ معینی. وبعد از آن ظاهر شود که مغبون است. در سال اول در حین اطلاع بر غبن ادعای غبن کرده. و مستأجر به قدر نقص وجه اجاره را هم علاوه بر مسمی فی العقد

به موجر داده و موجر ساکت از فسخ شده تا سال آینده. الحال مستأجر میگوید که من به موافق مسمی فی العقد وجه اجاره را میدهم. و موجر میگوید من مغبونم و تمام اجرت را میخواهم. آیا خیار فسخ باقی است یا نه؟ -؟ و موجر مستحق چه چیز است؟.

جواب: هر گاه موجر فسخ معامله نکرده باشد، ظاهراً خیار فسخ ساقط می شود. به جهت آن که خیار غبن فوری است. و در این صورت مستحق اجرت المثل سال دوم است، مگر این که موجر جاهل به فوریت خیار باشد و به آن سبب تأخیر کرده، که باز بر خیار خود باقی است و مستحق اجرت المثل است در آن سال گذشته.

۲۰۸:سوال: هر گاه زید باغ مشجری به اجاره بدهد به عمرو، به این نحو که اراضی داخله و خارجه باغ را با مجرای حقا به آن اجاره دهد (۱) و شرط نماید در ضمن عقد اجاره که منافع اشجار مال مستأجر باشد. (۲) و بعد از تصرف مستأجر در باغ مذکور ظالمی متغلبی اشجار را قطع نماید. آیا در این صورت مستأجر اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟. و در نظر مستأجر منافع اشجار بوده، که اگر او نمیبود به این مبلغ اجاره نمیکرد. و چنانچه اختیار فسخ نداشته باشد آیا در مقابل فوت منفعت اشجار، از بابت وجه اجاره چیزی کم می شود یا نه؟ -؟.

جواب: بیان این مسأله موقوف است به ذکر چند مقدمه:

اول اینکه: مورد اجاره باید عینی باشد که صحیح باشد انتفاع به او به ابقاء آن عین. و هر چیزی که چنین نباشد صحیح نیست اجاره آن، مثل نان و میوه و امثال آن. و اگر آن منفعت، عینی دیگر باشد، صحیح نیست اجاره، مثل این که گوسفند را به اجاره بدهد از برای آن که شیر او را بخورد. یا باغ و بیستان را اجاره بدهد که میوه او را بخورند. و حال آن که ماهیت وقف (حبس عین است و تسبیل منفعت). بلکه از جهت آن است که در اجاره دعوی اجماع کرده‌اند بر این که آن منفعت تالفه، عین نباشد. - چنانکه علامه در

۱: عبارت نسخه: ... که اراضی داخله و خارجه باغ را یا مجرای حق آبه تا بعد از آن اجاره دهد ۲: توضیح: برای گریز از بطلان اجاره میوه اشجار، موضوع اجاره را زمین و حقا به قرار داده‌اند و درختان را تابع آنها کرده‌اند .

[۴۳۷]

تذکره دعوی کرده. و غیر او نیز دعوی کرده - و عاریه هم مثل اجاره است در این معنی. و گوسفند به دلیل خارج استثنا شده در عاریه که جایز است آن را به عاریه بدهند از برای خوردن شیر آن. بلی اشکال در چند چیز وارد می آید که تجویز اجاره آنها شده با وجود آن که منافع آنها عین تالفه است. مثل اجاره زن از برای شیر دادن طفل، و چاه از برای کشیدن آب، و قنوات و نهر از برای آب دادن زرع و غیر آن، و صباغ از برای رنگ کردن با وجود تلف رنگ، و حمام با وجود آن که آب او تلف می شود، و فحل از برای جهانیدن بر

ماده با وجود آن که منی عین تالفه است، وامثال اینها. و بعضی از اینها اجماعی است و منصوص علیه است. مثل رضاع. و بعضی مختلف فیه، مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن. و قطع نظر از اجماع و نص، فقها در اینها توجیها کرده‌اند. مثل این که در رضاع اجاره را بر سایر افعال مرضعه وارد کرده‌اند، از حمل و نقل و گذاردن پستان در دهن رضیع و نحو آن. و شیر را تابع بالقصد گرفته‌اند، هر چند از وجهی دیگر مقصود بالذات شیر باشد. و از اینجا حال فعل هم معلوم می‌شود، با وجود آن که منی را قیمتی نمی‌باشد. و همچنین انتفاع به مجرای آب و اصل چاه را اصل قرار داده‌اند و آب را تابع. و معنی تابعیت در این مقام دو احتمال دارد: یکی آن که: عرف و عادت دلالت میکند به رضای صاحب این اعیان در تصرف آنها. در این، اشکال وارد می‌آید، و آن این است که محض رضا به تصرف، از وجوه ملزمه نیست (۱) پس باید که صاحب عین قبل از تلف عین تواند رجوع به آن نمود، و آن خلاف فرض است. بلی اگر این معنی را در ضمن عقد اجاره شرط کند و جهالتی در آن نباشد، خوب است، و شرط محتاج به ایجاب و قبول است. و محض رضا به سبب عادت مستلزم ایجاب شرط نیست. و احتمال دوم این که: مراد از تبعیت این است که اجاره آن عین مستلزم ممنوعیت

۱: از جانب دیگر: تمسک به (تراضی در این مسأله، مصادره به مطلوب است. زیرا ادله منع اجاره اشیائی که منفعت آنها عین تالفه است، بر (الا ان تكون تجارة عن تراض) حکومت و بلکه (ورود) دارد، بنابر این اگر تراضی از وجوه ملزمه هم باشد، در اینجا نمی‌تواند نقشی داشته باشد.

[۴۲۸]

صاحب از تصرف در آن عین که منفعت می‌شود. و چون این ممنوعیت به اختیار خود مالك است، پس در آن، حکم این است که کسی قطع نظر از مال خود بکند و در صحرا بیندازد [که] داخل مباحات می‌شود و به حیات، مملوک مستأجر می‌شود. و گویا کلام ابن ادریس در سرایر در تقسیم آبار، اشاره به این دو وجه باشد. و آنچه در نظر حقیر معتمد است در دلیل استثنای مذکورات، این است که اشتراط (بودن منفعت عین مستأجره) (۱)، مقتضای مفهوم لفظ اجاره نیست لغتا و عرفاً. پس اعتبار این شرط محتاج به دلیل است. و آن اجماع است. و صور مذکوره داخل اجماع نیست. بلکه اجماع در اکثر آنها بر صحت است. و بعضی که مختلف فیه است مثل اجاره چاه از برای آب کشیدن - چنانکه در قواعد در آن اشکال کرده و در تذکره منع از آن کرده. و شیخ علی نیز اختیار این کرده - پس در آن نیز همین سخن را میگوئیم. و اما استیجار خانه که در او چاهی باشد به جهت آب خوردن: پس آن بالتبع داخل اجاره خانه است. و اگر چاه هم ضمیمه خانه باشد دو تبعیت بهم میرسد.

مقدمه دوم: آن که باید که آن منفعت که مورد اجاره می شود مستقلا قابل قیمت باشد. پس آنچه تو هم می شود که رسانیدن میوه یا به عمل آوردن شیر مدتی میخواهد که در آن مدت درخت وگوسفند مشغول به عمل آوردن میوه و شیرانند، پس اجاره بر آن نفع وارد می شود نه بر عین. این باطل است به جهت این که این معنی را منفردا قیمت ومالیتی نمی باشد، و چیزی را که در عادت قیمتی نباشد اجرت در عوض آن دادن سغه است وباطل است، واعیانی که از اینها بهم میرسد خود مورد اجاره نمی تواند شد. بلکه هر گاه منفعت، صاحب قیمت ومالیت هم باد شد هر گاه او را ضم کنیم با آنچه جایز نیست اجاره آن - خواه به سبب عدم قیمت وقابلیت باشد، یا به سبب حرمة اجاره آن مثل خنزیر ومیتنه ونحو آن، واز آن قبیل

۱: عبارت نسخه: که اشتراط بودن منفعت مستأجره عین مقتضای... - وبهتر از هر دو این است: (که اشتراط مستأجره بودن منفعتی که عین تالفه است) مقتضای ...

[۴۳۹]

است اجاره به جهت انتفاع به عین مثل میوه ولبن - آن نیز مفید اباحه اجاره آن چیز (۱) علی الاطلاق نخواهد بود. واما در قدری که متعلق به منفعت صحیح الاجاره، می شود، محل اشکال است. واز فروع مسأله آن است که زمین را به اجاره میدهند به ضمیمه باغی که مشتمل بر اشجار است، یا زمین همان باغ را اجاره بدهد به جهت فصیل کردن وامثال آن، با اشجار آن به جهت میوه آن، به مبلغی. پس ظاهر این است که اجاره نسبت به اشجار باطل است. ودلیلی بر صحت آن نیست. واما در زمین: پس احتمال بطلان هست بالمره. به جهت آن که تراضی در عقد بر مجموع شده، وجزء غیر از کل است. پس گویا عقد به آن جزء وارد نشده است. چنانکه اخوند ملا احمد این احتمال را در (بیع ما یملک ومالا یملک) داده. واحتمال دارد که بر فرض جهالت وجه (۲) اجاره باغ، مسلط بر فسخ اجاره باشد، به جهت تبعض صفقه. وظهور نقص وعیب در عین مستأجره با قبول در منفعت محلله واسترداد مساوی وجه اجاره منفعت غیر محلله به هر نحو که تقسیط وجه اجاره اقتضای آن کند. ویا علم به حرمة، اجاره [در] محلله صحیح باشد ودر غیر [محلله] فاسد. ولکن استرداد وجه اجاره با وجود تسلط غیر در مال خود با علم به عدم استحقاق شرعا در اینجا، محل اشکال است. واما هر گاه تلف نشده باشد ومنفعت نیز استیفا شده باشد، پس ظاهر این است که استرداد بی وجه است. واما هر گاه باقی باشد یا آن که هنوز اقباض وجه اجاره به عمل نیامده است، پس ظاهر جواز استرداد است، هر چند منفعت را تلف

کرده باشد. و محتمل است که در صورت تلف منفعت، بر مستأجر باشد رد مساوی منفعت. هر چند از برای موجر جایز نباشد مطالبه آن. و احتمال می‌رود که در صورت علم به بطلان اجاره در بعض غیر محله، اصل اجاره باطل باشد. به جهت جهالت وجه اجاره در صورت عدم توزیع با عدم علم به مقدار آنچه در برابر منفعت محله است. و این سخنها در باب اجاره در کلام فقها محرر نیست.

مقدمه سوم: جایز است شرط مشروع در ضمن عقد اجاره و لازم است. مثل سایر

۱: در نسخه: آن خواه علی الاطلاق... ۲: در نسخه: به جهت .

[۴۴۰]

عقود لازمه. و هر چند کلام فقها در تحدید شروط جایزه و غیر جایزه، محرر نیست. و نهایت آنچه محقق می‌شود از دلیل، آن است که (هر شرطی که معصیت نباشد یا موجب جهالت در احد عوضین نباشد صحیح است). پس اگر در اجاره شرط کند چیزی را که موجب جهالت احد عوضین باشد، آن شرط باطل است. بلکه ظاهر این است که اصل عقد هم باطل می‌شود. خصوصاً هر گاه عمده مقصود آن شرط باشد، و از جمله، اشتراط میوه باغ است در ضمن عقد اجاره زمین در وقتی که هنوز [میوه] ظاهر نشده باشد، یا بدو صلاح آن نشده باشد. اما هر گاه میوه از آفت ایمن شده باشد، یا هنوز ایمن نشده باشد اما شرط کند چیدن آن را، پس ظاهر آن است که توان شرط کرد با خرص و تخمین. و این به جهت آن است که در صورت اولی معوض مجهول می‌شود، و در ثانی معلوم است، و جهالت منشأ غروسفه است. و معامله غرو سفه مطلقاً منهی عنها است. و در صورت بطلان عقد یعنی صورت اولی، صاحب زمین مستحق اجرت المثل زمین است و مساوی منافع که از اشجار به او عاید شده. و این در صورت جهل به بطلان است. و اما در صورت علم، پس آن مشکل است. و از تامل از آنچه پیش گذشت حال او معلوم می‌شود. و در صورت صحت عقد (یعنی صورت ثانیه بعد تصرف مستأجر) موجر مستحق تمام اجرت است، هر چند ظالم متغلبی آن میوه را، یا آن درخت را با میوه قطع کند. هر گاه این مقدمات را دانستی، پس بر میگردیم به اصل مسأله. پس میگوئیم: اگر شرط منافع اشجار را قبل از ظهور میوه کرده، پس ظاهر این است که شرط باطل است. بلکه اصل اجاره هم باطل است. و در صورت جهل به بطلان عقد، اجرت المثل زمین و منافع اشجار را مستأجر باید به موجر بدهد. و موجر مستحق وجه اجاره نیست. و در صورت علم به بطلان و تلف وجه اجاره و منافع یا احدهما، صاحب مال تالف (ظاهراً) رجوع

نتواند کرد. به جهت آن که خود مسلط کرده غیر را بر تلف مال با علم به عدم استحقاق. و با بقای مال رجوع می تواند کند. و دور نیست که در صورت تلف، بر متلف، رد لازم باشد و بر صاحب مال تالف

[۴۴۱]

مطالبه جایز نباشد. و بر فرض تقدیر ورود عقد اجاره بر اراضی و اشجار، و اینکه قایل شویم به صحت این عقد - چون اشجار را قبل از استیفای منافع، ظالم تلف کرده - در قدر عین تالفه اجاره باطل است و در باقی خیار فسخ دارد. به جهت آن که تبعض صفقه، عیب است. خصوصاً هر گاه عمده مقصود، عین تالفه باشد. و بر تقدیری که اختیار فسخ هم نداشته باشد، آنچه در مقابل اشجار بوده از ذمه او ساقط است، و اگر داده باشد پس میگیرد. [و] اگر شرط دخول اشجار بعد ظهور میوه یا بدو صلاح آن شده باشد و به قبض مستأجر داده [باشد]، پس اجاره صحیح و لازم است. و بر موجر چیزی لازم نیست و مستحق تمام وجه اجاره است. هر چند ظالم اتلاف ثمار و اشجار کرده باشد.

۲۰۹:سوال: هر گاه شخصی حجره [ای] از کاروانسرا به کرایه گرفته، و به خاطر جمععی حراست او مال خود را در آنجا گذارده. شب دزد آمده و پشت بام حجره را سوراخ کرده اموال او را برده است. آیا ضمانی بر کاروانسرا دار هست یا نه؟ -

جواب: دلیلی بر ضمان نیست. بلی هر گاه او را خبر کند که محافظت و پاسبانی کند، و تفریط او را ثابت کند، ضامن است. والله العالم.

۲۱۰:سوال: هر گاه موقوف علیه ملک موقوف را به اجاره بدهد در مدتی، و قبل از انقضای مدت، موجر بمیرد. اجاره منفسخ می شود یا نه؟ -

جواب: مشهور میان علما آن است که منفسخ می شود. و ظاهر هم همین است. لکن استثنا کرده اند از این، صورتی [را] که موقوف علیه ناظر بر وقف باشد و به جهت مصلحت بطون، یا مصلحت کل، اجاره داده باشد. که در آنجا فسخ نمی شود.

۲۱۱:سوال: هر گاه کسی نصف نفس خود را به اجاره بدهد در مدت يك سال به مبلغ يك تومان به جهت عمل در تجارت مشترکه مابین موجر و مستأجر. و بعد از آن موجر پنج تومان از مستأجر قرض کند و ده تومان هم از خود علاوه کند و ضم کند به مبلغ پانزده تومان از مال مستأجر. و عقد مشارکت در میانه بسته شود، و به مقتضای آن عمل شود. صحیح است یا نه؟ - .

جواب: اجاره نصف نفس معنی ندارد. مگر به اراده این که نصف جمیع منافع در عرض آن مدت از مستأجر باشد. به این نحو که قرار بدهند که نصف روز از برای مستأجر عمل کند و نصف برای خود. یا نصف سال برای او عمل کند و نصف برای خود. خواه تعیین شود هر يك يا مشاع باشد. مثل این که شخصی اجیر شخصی شده و آن شخص عمل مخصوصه نداشت که بکند، او را ماذون کرده که در تمام سال مشغول عمل مردم باشد. و او هم تمام سال عمل به جا آورده. این وقت نصف منافع او از مستأجر است و نصف از خودش. ولیکن این معنی در صورت سوال: تحقق نمیپذیرد. به جهت جهالت مقدار عمل او، از راه این که محتمل است که نصف منافع این شخص وقوت عمل او بیش از عمل، در نصف مال المشاركه، باشد، و در آن می تواند عمل دیگر بکند. پس احاطه به نصف منافع او نمی شود. پس بنا بر این، اجاره صحیح نیست. بلی هر گاه اجاره کند او را از برای این که در مدت يك سال عمل خاصی را بکند، صحیح است. و هر وقت که ضرور است از وقت خود مصروف آن میدارد، و باقی وقت عمل دیگر میکند. به جهت آن که آن عمل منافی عملی که از برای آن اجیر شده است، نیست. [لکن] به نهایت در مانحن فیه اشکال بهم میرسد به جهت آن که اجاره از عقود لازمه است و شرکت از عقود جایزه. و تعیین مدت و شرط در ضمن عقد شرکت لزومی ندارد. بلکه فایده هم ندارد. به غیر آن که بعد از مدت مزبوره تصرف در مال المشاركه، جایز نیست (۱). و ایجاب عقد لازم در ضمن عقد متزلزل، محل اشکال است. ولیکن اظهار در نظر حقیر جواز آن است. و بیان آن را در رساله [ای] که در مسأله (قرض بشرط نفع) نوشته‌ام، کرده‌ام. و

۱: یعنی تعیین مدت (مثلاً يك سال) برای اجاره، موجب نمیشود که حتما شرکت هم باید به مدت يك سال ادامه داشته باشد. و اثری در دوام شرکت ندارد. اما برای از هم پاشیدن شرکت، مؤثر است. زیرا اگر بر اساس چنین قرار دادی يك سال به شرکت شان ادامه دهند در پایان سال، شرکت هم محکوم به پایان یافتن است. و همین طور است تعیین مدت در مضاربه. زیرا مضاربه (جایز) است از هر دو جانب. و هر کدام از آنها در هر وقتی که بخواهند میتوانند مضاربه را فسخ کنند. و تعیین مدت در آن صحیح نیست. لیکن اگر مدتی را تعیین کنند تنها تأثیری که دارد این است که با فرا رسیدن همان مدت، مضاربه هم محکوم به پایان است. مگر مجدداً مضاربه جدیدی را بنا گذارند.

حاصل این که اجاره لازم است مادامی که شرکت بر هم نخورده است. واگر خواهیم در اینجا عقد اجاره را مستقل کنیم - به این معنی که او را اجیر کند به يك تومان که در عرض سال مبلغ پانزده تومان از برای او عمل کند - پس در صورت (۱) بودن انتفاع پانزده تومان او، تملك ربح آن از برای مستأجر ثابت است بدون شرکت. و شرکت را در این مدخلیتی نمی باشد. هر چند بعد از ده روز شرکت را فسخ کنند که اجیر در تمام سال در ازای آن يك تومان از برای مستأجر عمل کند. و در صورت سوال: اشکال دیگر هم دارد. و آن این است که اگر این اجاره محاباتیه را از برای خاطر آن قرض، کرده است (۲) - یعنی آن پنج تومان را قرض داده باشد به شرط این اجاره - از این جهت هم حرام و باطل است. واگر شرط نکرده باشد، باکی نیست. و همچنین هر گاه اجاره محاباتیه را کرده باشد به شرط قرض (یعنی موجر بگوید خودم را اجاره دادم به این مبلغ در این مدت به شرط این که پنج تومان به من قرض دهی) هم ظاهر صحت است. و همچنین هر گاه در ضمن عقد اجاره شرط کند که با او يك سال شرکت کند، ظاهر آن است که صحیح است، و شرکت مزبور لازم می شود. والله العالم.

۲۱۲: سوال: هر گاه پدر، طفل صغیر خود را اجاره بدهد به چیت سازی. و بگوید (عمل او باید همین رنگ مالیدن باشد). و آن صانع او را امر کند که سنگ... (۳) را بردارد و به فلان موضع بگذارد. و در حین برداشتن سنگ بغلطد بر دست او و انگشت او را ضایع کند. آیا صانع ضامن این جنایت است یا نه؟-؟. و بر فرض عجز از اثبات و انکار صانع، آیا میتوان او را قسم داد یا نه؟-؟ .

۱: در نسخه: پس در این صورت. ۲: عبارت نسخه: اگر این اجاره محاباتیه را کرده از برای خاطر آن قرض است. ۳: کلمه جای نقطه چین، خوانده نشد. چیزی شبیه (قلبا) یا (قلبات) آمده است. به گمانم (قلیمیا) باشد. همان طور که طرفی که در آن طلا ذوب کنند (طرف قیلیمیا) نامیده میشود، ممکن است طرف سنگ رنگرزی هم (سنگ قیلیمیا) نامیده شود .

[۴۴۴]

جواب: بلی در صورت مزبوره صانع ضامن است. به جهت آن که سبب جنایت شده و او را به فعل غیر ماذون فیه، واداشته. و مباشر بودن طفل با وجود اقوی بودن سبب، باعث ابطال حکم سبب، نمی شود. و موید این است که آن که فقها در (معلم شناوری) گفته‌اند. که هر گاه طفل در شناوری هلاک شود، دیه او بر معلم است. و بعضی مطلقا ضامن دانسته‌اند. و بعضی گفته [اند] به شرط تفریط. و بعضی در این اشتراط توقف کرده‌اند. و اینهمه در وقتی است که ولی طفل او را به معلم داده باشد، و اگر نه، اشکالی در ضمان نکرده‌اند خواه تفریط باشد یا نه. و موید اطلاق ضمان است حکم ایشان در غرامت در

صنعتگران، هر چند جد و جهد کرده باشند در محافظت مال، و در صورت دعوی محتاج است به مرافعه. و با عجز از اثبات، ولی قسم می تواند داد. والله العالم.

۲۱۳:سوال: شخصی ملکی از شخصی اجاره نموده. و ملک مزبور مشتمل است بر دو رشته قنات که آب هر دو قنات با هم به يك نهر جاری و زراعت می شود. در اثنای سنوات اجاره آب يك قنات بالمرة خشك. و آب دیگر قنات نیز بسیار کم. و بعضی از مالکین مزرعة مزبوره ترك زراعت نموده. آیا در این صورت مستأجر را تسلط فسخ اجاره هست یا نه؟ -؟.

جواب: بلی تسلط بر فسخ اجاره هست. (۱)

۲۱۴:سوال: در صورت تسلط بر فسخ، هر گاه موجر قبول فسخ ننماید و دو سال بر این نهج بگذرد، آیا باعث تقلیل وجه اجاره می شود؟ یا این که باید تمام وجه اجاره را از مستأجر بگیرد -؟.

جواب: فسخ احتیاج به قبول موجر ندارد. و به مجرد فسخ مستأجر، اجاره باطل می شود. هر گاه حقیقتاً مستأجر فسخ اجاره کرده و به سبب جهالت و گمان این که رضای طرفین شرط است باز در ملک تصرف کرده، در این صورت ظاهراً موجر مستحق

۱: برای توضیحات بیشتر، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و نیز ۲۲۴ و نیز به مسأله (۲۱۴) ما بعد همین مسأله) و نیز به مسأله ۲۴۲ .

[۴۴۵]

اجرت المثل بعد زمان فسخ است. و هر گاه در اول گمان میکرده که فسخ ممکن نیست مگر با تقابل و رضای طرفین بر اقاله، و اجاره را بر حال خود گذاشته، پس ظاهراً موجر مستحق وجه اجاره هست. و احتیاط در صلح است به اجرت المثل. به جهت آن که هر چند تصرف مسقط خیار عیب باشد (۱) نسبت به رد عین، لیکن اختیار ارزش معلوم نیست ساقط باشد. و به هر حال احوط صلح است به اجرت المثل.

۲۱۵:سوال: زید قدری ملك از نایب عمرو اجاره چند ساله نموده. در سال اول اجاره، آب به قدر كفاف بوده، و در سال دیگر بسیار کم شده. آیا مستأجر را در این صورت تسلطی بر فسخ اجاره هست یا نه؟ - ؟. و هر گاه موجر اصل حاضر نباشد همان نایب اختیار فسخ را دارد یا نه؟ -؟. و در صورتی که نایب قبول ننماید چه باید کرد؟.

جواب: بلی مستأجر را اختیار فسخ هست. و حضور و رضای آن (۲) در فسخ شرط نیست. و هر گاه آن نایب، نایب در جمیع تصرفات نباشد و موجر حاضر نباشد که ملك را به تصرف او بدهد، به حاکم شرع رجوع کند و به او واگذارد. والله العالم.

۲۱۶:سوال: شخصی قدری ملك از دو مزرعه علی حده به وجهی اجاره نموده. و در اثنای مدت اجاره، آب یکی از مزرعتین خشك شده. آیا مستأجر تسلط بر فسخ دارد یا نه؟ و در صورت مذکوره فسخ کل باید بکند؟ یا همان مزرعه که آبش خشك شده؟ و اختیار فسخ مزرعه دیگر با موجر است یا با مستأجر؟

جواب: هر گاه اجاره مزرعتین به صیغه واحده و در يك معامله شده، ظاهراً مستأجر تسلط بر فسخ جمیع دارد. و هر گاه خواهد فسخ مزرعه خشك شده تنها را بکند، ظاهراً نمی تواند الا به رضای موجر. والله العالم. (۳)

۲۱۷:سوال: هر گاه شخصی ملكی به احدی به اجاره داده باشد و حین الاجاره بنابر آن شده باشد که مالیات ملك مزبور در عهده موجر باشد. و چند گاه بعد از اجاره

۱: در نسخه: هر چند تسلط تصرف مسقط... ۲: مراد موجر است. ۳: در این موضوع، رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۴ و ۲۲۴.

[۴۴۶]

ممیز آمده و مالیات ملك مزبور زیاد شده. آیا آن زیادتی را باید موجر از عهده بیرون آید یا مستأجر؟ -۴.

جواب: خراج زمین بر صاحب زمین است. خواه سلطان زیاد کند یا کم کند. مگر این که بر مستأجر شرط کند که او بدهد. و در صورتی که بر مستأجر شرط کند، بر او واجب می شود. و اینکه در این بین سلطان زیاد کند وجهی [را] که متعارف نبود قبل از این، ظاهر این است که زیادتی بر صاحب زمین باشد.

۲۱۸:سوال: هر گاه شخصی ملكی اجاره نموده باشد. و بدون اذن مالك قلعه [ای] بنا کرده باشد. آیا مالك می تواند که قلعه را خراب کند و زراعت نماید؟ یا آن که باید بعد از دادن اجرت المثل قلعه را خراب کند؟

جواب: هر گاه در اجاره این معنی در نظر نبوده، می تواند قلعه را خراب کند و بر او چیزی نیست در عوض خرابی قلعه. بلکه باید آن شخص که آن قلعه را ساخته خود خراب کند و زمین را هموار نماید و به

دست صاحب بدهد. و هر گاه در میان ایشان سخنی مذکور شده باشد [و] بنا بر آن قلعه را ساخته، باید به مرافعه شرعی حاضر شوند.

۲۱۹:سوال: هر گاه شخصی نمازی یا روزه‌ای به جهت میتی قبول کرده. آیا به اذن وارث می تواند که روزه‌اش را به دیگری بدهد یا نه؟ -؟. و بر فرض جواز، دو نفر با هم میتوانند گرفت یا نه؟ -؟.

جواب: بلی میتوانند. و ظاهر عدم وجوب ترتیب است در روزه، و دو نفر میتوانند بگیرند. والله اعلم.

۲۲۰:سوال: هر گاه کسی جامه‌ای بدهد به صباغ که رنگ کند. و در وقت گرفتن، صباغ جامه دیگر به او بدهد. و آن جامه در دکان صباغ عوض شده است، آیا صاحب جامه را میرسد که آن جامه را بگیرد؟ یا آن که نمیرسد ولیکن می تواند قیمت جامه خود را از او بگیرد؟ و یا آن که قیمت را هم نمی تواند بگیرد؟ و حکم آن چه چیز است؟.

جواب: ظاهراً خلافی در این نیست - و در مسالك دعوی اجماع کرده - افسادی که اهل صنعت به دست خود بکنند در آن عینی که به آنها میدهند از برای اصلاح، موجب

[۴۴۷]

ضمان است مطلقاً. خواه حاذق باشند و خواه نه. و خواه امین باشند و خواه نه. و خواه تفریط و تعدی کرده باشند یا نه. مثل آن که جامه را به گازر بدهی که گازی کند، آن را پاره کند یا بسوزاند. یا به خیاط بدهی که بدوزد، ضایع کند. و هم چنین نجار تخته را ضایع کند و رنگرز رنگ را معیوب کند. و هم چنین ختان و حجام و قصاب و غیر ذلك. و احادیث صحیحه (۱) و غیر صحیحه (۲) بسیار دلالت بر آن دارد. و [در] بسیاری [از] آنها تعلیل فرموده‌اند ضمان را به این که آن شییء را داده‌اند به آنها از برای آن که اصلاح کنند، نه از برای آن که فساد کنند. (۳) و از بسیاری از آنها بر می آید که این از برای احتیاط در اموال مردم است. یعنی این که این بنا اگر نباشد اهل صنعت بی پروائی میکنند و مال مردم را ضایع میکنند. (۴) و در پاره‌ای از این اخبار این قید مذکور است که هر کس مزد میگیرد بر عملی و فساد میکند ضامن است. (۵) که از مفهوم این برمی آید (۶) که هر گاه کسی تبرعاً عمل را بکند، ضامن نیست. و لکن متبرع هم هر گاه تقصیری بکند، باید ضامن باشد. و علامه در قواعد استثنا کرده صورتی را که طبیب و کحال اخذ برائت ذمه بکند از بالغ عاقل، یا ولی صبی و مجنون. و هم چنین شهید در لمعه. و روایت سکونی هم دلالت بر آن دارد. (۷) و هم چنین نفی عسر و حرج، و لزوم سد باب معالجه هر گاه چنین نباشد. و شهید ثانی اشکال کرده به جهت ضعف روایت، و اینکه اخذ برائت قبل از اشتغال ذمه معنی ندارد. و این هر دو سخن ضعیف است. به جهت اعتضاد روایت به عقل و اعتبار با وجود این که سکونی

موثق است. ونفی عسر و حرج دلیل قوی است. و دلیل بر (عدم صحت اخذ برائت قبل از اشتغال) از عقل و نقل قائم نشده و اجماعی که از محقق

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الاجاره، باب ۳۹ احادیث ۱ تا ۳.۲۳: همان باب، احادیث: ۱، ۸، ۱۳، ۱۹، و ۳۲. ۴: همان باب، احادیث: ۴، ۶، و ۵۷: همان باب، احادیث: ۱، ۲ و ۶.۱۹: عبارت نسخه: که از این مفهوم بر می آید. ۷: وسائل: ج ۱۹، ابواب موجبات الضمان، باب ۲۴ ح ۱.

[۴۴۸]

و این زهره نقل شده بر ضمان طبیب، معلوم نیست که در صورت اخذ برائت هم باشد. و همچنین روایتی که در (ختان) وارد شده که ضامن است محمول است بر صورت تفریط. با وجود آن که [در] اصل مسأله ضمان خلاف است، و مخالف، ابن ادریس است در وقتی که طبیب ماذون باشد و عالم باشد و اجتهاد خود را بکند، روایت سکونی را هم بر این حمل کرده. و علامه هم در تحریر گفته (هر گاه ختان حاذق باشد و از محل قطع حشفه تجاوز نکرده باشد، ضامن نیست. و آخوند ملا احمد (ره) نیز میل کرده است به سخن علامه در هر دو جا. بلکه در صباغ و قصاب هم بعید شمرده است ضمان را در صورتی که تقصیر و تفریط نکرده باشد. شاید (۱) جامه خود مهبای این نوع فساد به مجرد گازی و صباغی، بوده و همین قدر بوده باشد که اگر گازی و صباغی نبود فساد نبود. و صاحب کفایه هم در هر دو جا متابعت او کرده. و آخوند ملا احمد (ره) وجه جمعی قرار داده که اگر حمل کنیم اخبار ضمان را بر غیر صورتی که به اقرار مالک یا بینه، علم بهم رسد به این که پاره شدن یا عیب کردن نه از خصوصیت عمل ایشان بوده، بلکه جامه مستعد این بوده که مطلق عمل در آن، [آن] تأثیر را بکند. پس هر گاه علم بهم رسد که فساد مستند به خصوصیت فعل ایشان است یا مجهول الحال باشد، ضامن اند. و هر گاه غیر این باشد، ضامن نیست. و این سخن آخوند (ره) بد نیست و لکن تعمیم اظهر است از جهة ملاحظه حکمت و سد باب فساد و تنبیه اهل صنعت که دقت تمام بکنند. چنانکه از تعلیل سابق که ذکر کردیم مستفاد می شود. و اطراد در حکمت ضرور نیست. و بدان: که در ضمان طبیب در صورتی که دوا را به دست خود به مریض بیاشاماند، اشکال نیست. و هم چنین اظهر آن است که امر او به خوردن هم چنین باشد. و اما

اگر

۱: در نسخه: بلکه. - توضیح: گویا اصل کلمه در نسخه‌های قبلی مسقوط یا ناخوانا بوده، نسخه بردار بعدی اصلاح کرده ولی معنای عامیانه لفظ (بلکه) را در نظر داشته است. که در اصطلاحات فقهی (خصوصا در ادبیات میرزا) جایی ندارد و غلط است .

[۴۴۹]

بگوید که فلان دوا از برای این مرض خوب است، یا فلان دوا از برای فلان مرض خوب است، اشکال است. خصوصا صورت اخیر، واصل عدم ضمان است. و آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه اشکال کرده‌اند در صورت وجوب عمل نیز، به این که منافات دارد با وجوب، تضمین. اینها همه در وقتی بود که صباغ خود مباشر اتلاف شود. و اما مالی که در دست اهل صنعت باشد و تلف شود به غیر فعل ایشان، پس آنچه از اکثر نقل شده این است که (اگر تقصیر و تعدی و تفریط از صباغ باشد، ضامن است، والا، فلا). و دلیل ایشان (اصل) است و اینکه صباغ امین است و تصرف ایشان به اذن مالک است و بدون تفریط، بر آنها چیزی نیست. و صحیحه (۱) معاویه بن عمار (و غیر آن) [دلالت بر این دارد] که مضمون آن این است که (قصار و صباغ ضامن نیستند) و شیخ او را حمل کرده بر صورتی که مامون باشند، نه متهم. چنانکه از اخبار بسیار (۲) مستفاد می شود که معصومین (ع) مامون را تفضیلا تضمین نمی‌کردند (۳) که از آنها ظاهر می شود که عدم تضمین مامون مستحب باشد. و اینکه مقتضای حکمت تضمین است مطلقا، به جهت احتیاط در حفظ مال مردم، و لکن چون اخبار [ی] که مقید شده ضمان در آن [ها] به عدم امانت و وثقه بودن، بسیار است، حمل بر استحباب مشکل است. و بعضی گفته‌اند که آنها را تکلیف میکنند به بینه، هر گاه بینه آورند که تقصیری نکرده‌اند، ضمانی نیست. و صحیحه (۴) ابی بصیر و صحیحه (۵) حلبی هم دلالت بر آن دارند. و سید مرتضی (ره) در انتصار قایل به ضمان شده مطلقا، و دعوی اجماع بر آن کرده، مگر در صورتی که ظاهر شود و مشهود شود که هلاک آن مال به سبب امری که ممکن نبوده رفع آن، (۶) [بوده است]. و ظاهرا مراد آن مثل این است که به سیلاب یا نهب و غارت

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۲۹ ج ۲. ۱۴: همان مرجع، ج ۷، ۱۱، ۱۶ و ۳: ۱۸۰ و در بعضی از آنها قید (تفضیل) هم نیست. ۴ و ۵: همان مرجع، ج ۵ (با حدیث ۱۱، اشتباه نشود)، ۶.۳: عبارت نسخه: مگر در صورتی که ظاهر شود هلاک آن مال و مشهور شود به سبب امری که ممکن نبود نیست رفع آن. توضیح: و ممکن است کلمه‌های (مشهود) و (دفع) صحیح باشند .

[۴۵۰]

عسگری برود، وامثال آن، در صورتی که بینه بر آن قائم شود. ودلالت میکند بر مذهب او روایت سکونی (۱) و آنچه ابن ادریس از کتاب احمد بن ابی نصر بزنطی روایت کرده. (۲) در خصوص بینه هم صحیحه حلبی و صحیحه ابی بصیر دلالت دارند. پس اظهر اقوال آن است که تضمین صباغ بکنیم در غیر صورت ثقه بودن وامین بودن، و غیر صورت بینه بر عدم تفصیر و اینکه اتلاف ایشان نشده. ولکن در صورت سؤال ظاهر این است که تضمین میکنیم. به جهت آن که عوض شدن جامه، ظاهرا از فعل صباغ است. بلکه ظاهر است که مسامحه کرده و تفریط کرده، پس قیمت جامه [را] از او میگیرد. باقی ماند کلام در حکم این جامه موجود: ودر آن تفصیلی است. وآن این است که اگر از قراین معلوم شود که صاحب این جامه عمدا این را در عوض آن به جا گذاشته، واین جامه هم از او پستتر است، در اینجا جایز است تصرف در این، از باب تقاص. و تعریف هم ضرور نیست. و هر گاه حال مشتبه باشد (۳) - مثل این که ندانیم که این مال همان شخص است که جامه را برده، هر چند پستتر باشد، یا آن که مال او است ولکن اشتباه گذاشته است، خواه بهتر باشد و خواه پستتر باشد. وغالب این است که جامه بهتر را هم در غیر حال اشتباه کسی به جا نمیگذارد در این صورتها - در حکم لقطه است. و باید يك سال تعریف کند و بعد يك سال هر گاه این جامه بهتر است و معلوم است که مال آن صاحب جامه است، مساوی قیمت جامه خود را از آن بر میدارد، و باقی را حکم لقطه در آن جاری میکند. یعنی مالك می شود، یا تصدق میکند از برای صاحبش. یا به امانت نگاه میدارد. و هر گاه معلوم نباشد که مال او است، در همه آن حکم لقطه جاری میکند. واز اینجا ظاهر می شود حکم آن که دانیم که مال آن شخص است که برده است، لکن معلوم نباشد که عمدا برده هر چند بهتر از آن نباشد. که بعد تعریف، آن را عوض مال خود میدارد. واز اینجا ظاهر می شود حکم جامه‌ای که در حمام عوض می شود. و در تذکره و تحریر اشاره به آن شده، و هم چنین ظاهر می شود حکم عوض شدن کفش در مساجد و غیر آن .

و ۲: همان مرجع، ح ۶. ۲: عبارت نسخه: و هر گاه مال مشتبه باشد .

۲۲۱:سوال: هر گاه کسی ملکی را اجاره کرده به يك سال. ودر سال دیگر شخصی دیگر اجاره کرد. ودر محل زرع مستأجر اول بذری از زرع او در زمین مانده وزرعی خودرو به عمل آمده. مستأجر اول میگوید این نمای بذر من است. و ثانی میگوید این نمای ملکی است که در اجاره من است. این نما از کدام است؟.

جواب: هر گاه صاحب بذر اعراض کرده بوده است از آن، ومستاجر ثانی آن را حیازت کرده وتربیت کرده، اظهر این است که ملکیت او از بذر منقطع می شود، ونما مال صاحب زمین، است، یعنی آن که مستحق منافع زمین است که الحال مستأجر ثانی است (۱). و هر گاه اعراض نکرده است، زرع مال صاحب بذر است. و هر گاه نزاع شود، در اعراض وعدم اعراض، قول، قول منکر اعراض است با یمین. والله العالم.

۲۲۲:سوال: هر گاه کسی ملکی را اجاره کند به وجه معینی وزراعت کند. وزرع آن به آفت سماوی مثل تگرگ وسرما، ویا زنگ، ویا به آفت ارضی مثل سوختن وچرانیدن غاصبی تلف شود. حکم آن چه چیز است؟.

جواب: ضمانی بر موجر نیست. وخیار فسخ هم برای مستأجر نیست. بلکه اگر آب زمین کم شود (۲) یا نقصی به زمین برسد که منشأ تلف زرع یا کم شدن آن شود، خیار فسخ ثابت می شود.

۲۲۳:سوال: هر گاه شخصی کسی را اجیر کند به مبلغ معینی که در ظرف ده روز مکتوب او را ببرد به بلدی وجواب بیاورد. وآن اجیر در بین راه بیمار شود ویکی از خویشان او مکتوب او را ببرد وبعد از بیست روز جواب بیاورد. آیا اجیر مستحق چه چیز است؟ وآن شخص خویش، مستحق چه چیز است؟ .

۱: تعبیر با (صاحب زمین) یا (آن که مستحق منافع زمین)، خالی از اشکال نیست. زیرا آن زرع مال حیازت کننده وتربیت کننده است ولو نه مالك زمین باشد ونه مستأجر زمین. بل ولو كان غاصبا. رجوع کنید به مسأله ۲۲ - از مجلد دوم، ۲: در مورد کم شدن آب زمین مورد اجاره، رجوع کنید به مسئله‌های ۱۹۹، ۲۲۴، و ۲۴۲ .

[۴۵۲]

جواب: اولاً بدان که آن شخص خویش اجیر مستحق چیزی نیست که از مستأجر بگیرد. بلی هر گاه آن اجیر او را اجاره کرده، مستحق اجرتی از او می شود. خواه اصل اجاره باشد خواه مشروط به این که اجیر بنفسه این عمل را بکند، واما حکم خود آن اجیر؛ پس ظاهر این است که طی مسافت داخل عمل است وجزء آن است، به قرینه مقام. مثل کسی که اجیر شود که حج بلدی از برای میت بکند (نه از برای حج تنها) که هر گاه نایب بدون تقصیری ممنوع از حج شود. مثل این که. بمیرد قبل از احرام، مستحق می شود از اجرت به قدر طی مسافت تا آنجا. (۱) پس در ما نحن فیه میگوئیم که: یا این است که خصوصیت زمان مدخلیتی در حقیقت اجاره دارد - به این معنی که عقد اجاره بر طی مسافت رفتن وآمدن و آوردن جواب در خصوص این ده روز، متصل به قصد اجاره شده، مثل این که کسی شخصی را اجیر کند که ایام البیض ماه رجب را روزه بگیرد وبدون عذر (۲) به جهت بیماری نتوانست که

تمام کند مسافت و عمل را. چنانکه مفروض این است - پس ظاهر آن است که مستحق اجرت است به قدر آن که طی مسافت کرده. و در باقی باطل است. و اما هر گاه خصوصیت زمان داخل حقیقت اجاره نبوده، بلکه مقصود مطلق جواب کاغذ آوردن است و لکن این شرط را از برای تعجیل و اهتمام در عمل کرده، پس تعیین این مدت از باب شرط ضمن العقد می شود، نه جزء حقیقت اجاره. و در این وقت میگوئیم: یا این است که شرط میکند عدم استحقاق چیزی را، هر گاه در این مدت جواب را نیاورد. یا این است که شرط را مطلق ذکر میکند و عدم استحقاق را با عدم تحقق شرط، ذکر نمی کند، پس اگر صورت اولی است، پس به مقتضای آن مستحق چیزی نیست. و بر وفق آن عمل میکند. خواه شرط کند عدم استحقاق را با تقصیر اجیر، یا بی تقصیر. و اما صورت ثانیه که همان طریقه معهوده است که شرط ضمن العقد میکند، پس

۱: رجوع کنید به (کتاب الحج) از جلد اول. ۲: ظاهراً در اصل (بدون تقصیر) بوده .

[۴۵۲]

بنابر مشهور واقوی در طریق (مخالفت شروط جایزه) این است که عقد اجاره باطل نمی شود. و لکن مستأجر مسلط بر فسخ عقد اجاره می شود. پس اگر فسخ اجاره کرد، اجیر مستحق اجرت المثل قدر عمل می شود که کرده است. و هر گاه تمام نکرده، مستحق مساوی همان قدر عمل که کرده است، می شود از اجرت مسمی فی العقد. و الحاصل این که: در این مسأله که اجاره کنند کسی را که عمل را در مدت معینی بکند و مدت تمام شود پیش از تمام شدن عمل و بعضی آن عمل را کرده باشد، سه قول نقل کرده اند: اول این است که مستحق مسمی می شود بالنسبه در آنچه کرده است. و مستأجر اختیار دارد در میان این که فسخ کند اجاره را، و میان این که اجازه کند باقی را و اجیر مستحق تمام مسمی فی العقد بشود. سوم این است که مستأجر اختیار دارد میان فسخ اجاره و دادن اجرت المثل در عوض آنچه کرده است، و میان آن که اجازه کند در باقی مدت و تمام مسمی فی العقد را بدهد. و اظهر در نزد حقیق این قول آخر است والله العالم.

کتاب الاجاره من المجلد الثانی:

۲۲۴: سوال: هر گاه کسی زمینی را اجاره کند. و قنات آن خراب شود. و به آن زمین و آب، منتفع نتواند شد. آیا موجب فسخ اجاره می شود یا نه؟ -؟

جواب: بلی هر گاه قنات خراب شود و آب منقطع شود، مسلط بر فسخ می شود. بلکه ظاهر کلام ایشان در اجاره خانه و مسکن این است که هر گاه خرابی به نحوی باشد که به هیچ وجه نتوان منتفع شد، اجاره باطل می شود. و ظاهر این است که فرقی ما بین خراب شدن خانه و غیر آن نباشد، بلکه معیار همان تعذر انتفاع از آن است. چنانکه علامه در تذکره تصریح کرده که (هر گاه خراب شود خانه یا منقطع شود آب زمینی که اجاره شده از برای زراعت که به هیچ وجه منتفع نتوان شد، در حکم تلف عین مستأجره است) که اجاره باطل می شود. و اما هر گاه منتفع نتوان شد به بعضی وجوه از آن خانه یا زمین، پس خیار فسخ حاصل می شود از برای مستأجر، هر چند به قدری از آن عین مستأجره منتفع شده باشد. پس بعد از

[۴۵۴]

فسخ، موجر مستحق اجرت به آن مقدار هست. و این تصرف منشأ خیار نیست. به جهت آن که آنچه موجب سقوط خیار است تصرف در آن چیز است که معاوضه بر آن واقع شده. و آن در اینجا منفعت است، نه عین خانه و زمین. و منفعت کم‌کم پیدا می شود. و این خیار فسخ در منافع بعد زمان ظهور عیب است. و مفروض این است که در آن تصرف نشده است. و اما هر گاه موجر خانه را به زودی تعمیر کند یا آب را به زودی جاری کند که منفعت معتد بها از مستأجر فوت نشود، پس در آن خلاف است. و شاید اقوی سقوط خیار باشد. چون دلیل معتمد در این مسأله لزوم ضرر است، و آن خود مندفع است بالفرض. پس عقد بر اصل لزوم باقی خواهد بود. و دلیل قایل [به] بقای خیار این است که به مجرد خراب شدن خانه و انقطاع آب، خیار ثابت شده و آن مستصحب است. و این ممنوع است. و بعضی قایل شده‌اند به این که مستأجر می تواند الزام کند موجر را به تعمیر خانه. و اظهر این است که نتواند الزام کند. به جهت عدم دلیل. بلکه آنچه بر او واجب بود تسلیم عین مستأجره بود با آنچه موقوف علیه انتفاع به آن باشد. مثل کلید در خانه و گشادن راه او که بسته بوده است و برداشتن خاکی که مانع از سکنی باشد، و امثال آن. و عقد بر تعمیر خانه واقع نشده. و لزوم ضرر به همان ثبوت خیار مندفع می شود. و بدان که: بسیار کم شدن آب در بین سال هم از موجبات خیار فسخ است. هر چند به خرابی قنات نباشد. و هم چنین خرابیهای دیگر که به زمین برسد. مثل این که باد خاك ورمل در آن جمع کند که انتفاع کامل حاصل نشود، یا آفتی به اصل زمین برسد که باعث ضعف آن بشود، از روئیدن گیاه. و یا بعضی جاهای آن آب بر آورد، و هم چنین... و اما هر گاه باعث سلب انتفاع از همه آن زمین بشود، پس اصل اجاره باطل می شود. و اما آفتهای بیرونی مثل ملخ و زنگ و تگرگ و امثال آنها، نه منشأ بطلان اجاره و نه موجب خیار فسخ است. و چیزی

هم از اجرت زمین کم نمی شود. واز قبیل این است که دکانی اجاره کند به جهت بزاری و دزد متاع او را بدزدد، یا آتش بسوزاند. و اما زیاد شدن منفعت عین مستأجره، مثل این که آب مزرعه بسیار زیاد شود و امثال آن: پس باعث خیار از برای ماجر نمی شود. چون منافع مال مستأجر است و نماء در مال

[۴۵۵]

او است. (۱)

۲۲۵:سوال: آیا طبیب اجرت می تواند گرفت بر معالجه مریض یا نه؟ -؟. و بر فرض جواز، کیفیت آن به چه نحو است که حلال باشد -؟. و آیا مقاطعه میتوان کرد به این نحو که (پنج تومان میخواهم که تو را چاق کنم) و حال آن که علم ندارد به این که چاق می شود یا نه -؟. و آیا جایز است نظر کردن به عضو مریض از برای کسی که حرام است بر او نظر در غیر معالجه یا نه؟ -؟.

جواب: اجاره طبیب از برای معالجه جایز است. و اجرت آن حلال است. و این از جمله صناعاتی است که نظام عالم مبتنی بر آن است. و هر چند از واجبات کفائیه است و لکن وجوب آن منافات با جواز اخذ اجرت ندارد، مثل خیاطی و نجاری و حدادی. و در کیفیت آن باید مدت عمل را معین کرد که چند روز متوجه معالجه باشد و در روزی چند مرتبه، یا در چند روز یکمرتبه بیاید و مریض را ببیند و معالجه کند. و هر گاه در بین حاجت افتد به زیادتر از آنچه شرط کرده در آن، نیز بخصوص علی حده اجیر شود. و ظاهر این است که جایز است که شرط کند که دوا با طبیب باشد، لکن باید معلوم باشد که دوا چه چیز است و قیمت آن چند است. و اما مقاطعه بر چاق کردن: پس آن جایز نیست جزما. و اگر خواهد مقاطعه کند بر طریق (جعاله) بکند، نه (اجاره). پس میگوید) اگر بیمار مرا چاق کردی این قدر میدهم). و در این صورت تا چاق نشده مستحق چیزی نیست. بخلاف صورت اجاره که به قدر عمل مستحق وجه اجاره می شود. پس اگر مدت تمام شود و مریض چاق شود، مستحق تمام وجه اجاره هست. و اگر در بین مدت چاق شود یا بمیرد، در قدر باقیمانده از زمان اجاره باطل می شود. و نسبت به گذشته از زمان، مستحق اجرت خود هست. و هر گاه مریض مانع شود که مدت را تمام کند، باز مستحق اجرت هست. و هر گاه در بین مدت اطبا بگویند که معالجه او ضرر دارد، در اینجا نیز منفسخ می شود. چنانکه در صورتی که در بین مدت چاق شود، و حکم کحال هم حکم طبیب

است، به تفصیلی که مذکور شد. واما نظر کردن به اعضای مریض: پس آن در صورت اضطرار جایز است
ولکن به قدر حاجت نظر کند، واز روی شهوت ولذت نباشد. و هم چنین دست گذاشتن به بدن او.
۲۲۶:سوال: هر گاه رخت کسی را در حمام برده باشند. وحمامی هم تقصیر کرده باشد. باید حمامی
غرامت بکشد یا نه؟-؟.

جواب: هر گاه به حمامی سپرده باشد، وحمامی هم قبول کرده باشد که محافظت کند وثابت کند که
تقصیر کرده است، ضامن است. و هر گاه عاجز باشد از اثبات، قسم متوجه حمامی می شود. واما اگر
در نزد او کنده باشد وبه او نسپرده باشد، یا گفته باشد به او که ضبط کن، و او قبول نکرده باشد ورد
کرده باشد، بر او ضمانتی نیست. هر چند تقصیر کرده باشد، به این معنی که در را باز گذاشته باشد
و بیرون رفته باشد (وامثال آن) که موجب تلف شود. بلکه هر چند به او گفته باشد که ضبط کن و او
ساکت باشد از رد وقبول هر دو، باضمانی نیست. والحال خلافی هم در این مسائل در نظر نیست.
واخبار هم دلالت بر او دارند. (۱)

۲۲۷:سوال: آیا اجرت گرفتن بر خواندن مراثنی سید الشهداء علیه السلام جایز است (باشروط یا بدون
شرط) یا نه؟ .

جواب: اظهر جواز است مطلقا.

۲۲۸:سوال: هر گاه زید دکانی به اجاره بدهد به عمرو به مدت شش ماه وتسلیم او کند. وبعد از دو
ماه دکان را عدوانا از او بگیرد. آیا عمرو مستحق این هست که در عوض باقی مدت [اجرت آن دو ماه را
[به مثل مدت آن، نگاه دارد یا نه؟-؟ و آیا اجاره باطل می شود یا صحیح است؟-؟ .

جواب: موجر مستحق اجرت آن مدتی است که مستأجر در تصرف داشته است. و در بطلان اجاره در
زمان غصب موجر، دو قول است. اظهر عدم بطلان است با ثبوت

۱:وسائل: کتاب الاجاره، باب ۲۸، ح ۱ تا ۳ .

خيار فسخ [مستأجر]. ومستأجر مستحق اجرت المثل آن زمان است هر گاه اجرت المثل بيش از وجه اجاره باشد. واگر اجرت المثل کمتر از وجه اجاره باشد، اقرب این است که موجر ضامن زايد بر اجرت المثل نیست. چنانکه مختار علامه است در تحرير وظاهر قواعد وايضاح. وقول ديگر قول شيخ است به بطلان. چون این بمنزله اتلاف عين مستأجره است که آن مستلزم بطلان اجاره است. خواه قبل از قبض باشد يا بعد از قبض - [چنانکه اگر] قبل از زمان تمکن از تصرف [باشد، باطل است] بلا خلاف ظاهري - ويا صحت اجاره لازمی می آید جمع ما بين عوض ومعوض، که منفعت عين مستأجره است با اجرت مسمی فی العقد. وگویا نظر او به صورت (کمتر بود اجرة المثل است از مسمی فی العقد). و این مدفوع است به این که معوض که منفعت است و مال مستأجر است، موجر آن را غصب کرده. والحال لازم است بر او قیمت آن که اجرت المثل است. هر چند کمتر باشد. پس جمع ما بين عوض ومعوض نشده. و این ضرری که متصور است، به خيار فسخ منجبر می شود. والحاصل: هر گاه موجر منع کند از عين مستأجره، در آن دو قول است. واطهر و اشهر ثبوت خيار است مابين فسخ وسقوط اجرت. وما بين الترام اجاره ورجوع به تفاوت اجرت المثل، اگر اجرت المثل زايد باشد. وظاهرا فرقی نباشد ما بين منع از تمام مدت يا بعض آن، بنا بر هر دو قول. ودلیل قول به بطلان (که تنزيل به منزله اتلاف است) ضعیف است. زیرا که آن قیاس است. بلکه اگر ظاهر اجماع نبود، در صورت اتلاف نیز اشکال بود. زیرا که به سبب عقد، منفعت مال مستأجر شده و تلف از مال او شده، دیگر چرا غرامت بر دیگری باشد؟. بلی اگر تلف به فعل موجر باشد، بر اوضمان لازم است. ودر حکم تلف جميع است تلف بعض. ولکن بطلان در اینجا نسبت به همان تالف است لاغير. در غیر تالف مخیر است ما بين فسخ وامضا. به جهت تبعض صفقه. ورجوع میکند از اجرت به آنچه بعض ممنوع است از مسمی. وقول ديگر در اصل مسأله هست، که اجرت مسمی مطلقا ساقط می شود. یعنی

[٤٥٨]

خواه فسخ بکند وخواه نکند. ولکن علامه در تذکره مقید کرده است این قول را به صورتی که (موجر منع کرده باشد مستأجر را بدون این که خود استیفای منافع آن، کرده باشد). ودر صورت استیفای منافع حکم (١) به ثبوت خيار کرده، چنانکه مذکور شد.

٢٢٩:سوال: هر گاه عين مستأجره را ظالمی (غير موجر) غصب کند، چه حکم دارد؟.

جواب: هر گاه غصب ظالم قبل از قبض عين مستأجره است، مشهور این است که مستأجر مختار است ما بين این که فسخ اجاره کند ووجه اجاره را از موجر پس بگیرد. و این که اجاره را بر حال خود

گذارد واجرت المثل را از ظالم بگیرد. وبنای ایشان بر این است که موجر ضامن عین مستأجره است قبل از قبض. پس منفعت از کیسه او رفته است. پس مستأجر می تواند آنچه داده است پس بگیرد، و می تواند که راضی شود به اجاره، واجرت المثل را از غاصب بگیرد. چون او مباشر اتلاف است عدوانا. ودر مسالك احتمال ضعیفی داده است که مستأجر تواند رجوع کند به موجر به اجرت المثل. چون او ضامن عین مستأجره است. وتضعیف این احتمال کرده به این که بر تقدیر ضمان، ضامن سومی است، نه اجرت المثل. بعد از آن گفته است که (ساقط نمی شود این خیار به سبب عود عین به مستأجر در اثنای مدت، بلکه می تواند فسخ کند در جمیع واجرت مسمی را پس بگیرد، به جهت استصحاب بقای خیار، و می تواند امضا کند وباقی منفعت را ببرد، واجرت المثل گذشته را از غاصب بگیرد، واز برای او نیست فسخ در زمان گذشته به تنهایی چون مقتضی (تبعص صفة است). و هر گاه غصب ظالم بعد از قبض باشد، پس ظاهراً خلافی نیست که اجاره باطل نمی شود، واز برای مستأجر خیار فسخی نیست. به جهت استقرار عقد به سبب قبض وبراءت ذمه موجر. و رجوع میکند مستأجر به ظالم به اجرت المثل. و فرقی نیست ما بین این که غصب در ابتدای مدت باشد یا در اثناء. ومستأجر را نمیرسد

۱:در نسخه: اخبار .

[۴۵۹]

که الزام کند موجر را که عین مستأجره را از دست غاصب بگیرد وتسلیم نماید هر گاه قادر باشد بر آن. به جهت این که خیار فسخ دفع ضرر از او میکند. چنانکه علامه در تحریر تصریح به آن کرده. و هم چنین ظاهر کلام او است در ارشاد. وآخوند ملا احمد (ره) احتمال جواز الترام داده به جهت آن که تسلیم واجب است. و مفروض این است که موجر قادر بر تسلیم هست. واین ضعیف است به جهت این که قدر مسلم از وجوب تسلیم، رفع ید خود است از عین. نه رفع ید غاصب، وضرری هم بر مستأجر لازم نمی آید، به جهت خیار فسخ.

۲۳۰:سوال: هر گاه شخصی وجهی به کسی داد که چند سال صوم وصلات به جهت زید بکند. هر گاه سیغه اجاره به عربی وفارسی هیچ کدام خوانده نشود. آیا این جایز است یا نه؟ -؟ و هر گاه جایز باشد، آیا بر موجر واجب است که فوراً به عمل بیاورد در صورت اطلاق، یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب شد، آیا متحقق می شود فوریت به این که هر روز، يك روز یا دو روز آن را بکند یا نه؟ -؟ و هر گاه فوراً واجب باشد موجر تاخیر کرد تا سه چهار سال، هر گاه بعد بکند ذمه اش بری می شود یا نه؟ -؟ و هر گاه در

این ایام که ترك کرده لباسی به آن وجه بخرد و به آن لباس نماز خود را کرده باشد، آن نماز صحیح است یا نه و غافل بالمره نبوده -؟- و آیا موجر در صورتی که صیغه نخوانده می تواند کسی دیگری را استیجار کند به جهت صوم و صلات مستأجر؟ یا باید اذن بگیرد؟ و هر گاه خودش قدری را بکند جایز است که غیر را استیجار کند هر چند به کمتر از آن اجرت باشد که مستأجر به او داده -؟ آیا هر گاه روزه را گرفته و از نماز هیچ نکرده می تواند نمازش را به کمتر اجاره بدهد یا نه؟-.

جواب: مشهور علما - بلکه ظاهراً خلافی نیست. چنانکه از بعضی ظاهراً می شود - اشتراط ایجاب و قبول در عقد اجاره، [است]. و دور نیست معاطات در آن جاری باشد. چنانکه بعضی اصحاب به آن قایل شده‌اند. پس به سبب آن اباحه تصرف می تواند شد هر چند لزوم نداشته باشد. و اظهر آن است که در معاطات فعلیت اقباض از جانبین شرط نباشد. پس چنانکه در بیع معاطات هر گاه کسی متاعی را مساومه کند و به قیمت

[۴۶۰]

معینی قرار گیرد، و بعد از آن متاع را تسلیم کند و قیمت را بالفعل نگیرد، باز حکم معاطات در آن جاری است. و هم چنین بالعکس. بعینه همین کلام در اجاره و غیر آن جاری است و ما نحن فیه از این قبیل است. چون وجه معین موجود را میدهد در ازای منفعت غیر مستوفات و غیر مقبوضه. پس به محض حصول تراضی از طرفین این نوع معامله منعقد می شود، و لکن لزوم ندارد. و بنا بر هر يك از دو قول - که آیا معاطات موجب حصول ملك متزلزل است (چنانکه اظهر است)، یا افاده نمی کند الا اباحه تصرف را - تصرف در آن وجه قبل از اتیان عمل، جایز خواهد بود. و نماز در آن صحیح خواهد بود. مگر در صورتی که قصد کردن نماز نداشته باشد و در مسأله معاطات هم بنا را بر افاده اباحه گذاریم. (۱) چون در این صورت، اباحه معلوم نیست (۲) و نماز صورتی نخواهد داشت. و هم چنین در صورت تطفن به مسأله و شك در این که آیا میتوان در این وجه قبل از عمل تصرف کرد یا نه، و مسامحه در سئوال، باز صحت نماز در آن جامه مشکل است. نه از راه این که نماز در جامه مغصوب کرده. بلکه از این جهت که در این مسأله [باید به چیزی] اعتماد شود، و این چیزی نکرده نه اجتهاد و نه تقلید. هر چند در نفس الامر تصرف جایز بوده باشد. سخن تا اینجا با قطع نظر است از تعیین مدت و اطلاق و تقیید. و اما کلام در این مسأله: پس باید دانست که در اجاره تعیین منفعت شرط است یا به زمان یا به عمل. پس

۱: بنابر (افاده ملك در معاطات)، اگر در حین معامله قصد انجام عمل را داشته و پس از معامله تصمیم بر عدم انجام آن گرفته، نمازش صحیح است. زیرا آن وجهی که گرفته مال او است و او تنها مشغول ذمه عمل است. و اگر از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته اصل معامله در نفس الامر نسبت به او باطل است و آن نماز در آن لباس باطل است. و بنابر (افاده اباحه در معاطات)، خواه از ابتدا قصد انجام عمل را نداشته باشد خواه در مراحل بعدی، در هر دو صورت تصرف در آن وجه و مال که گرفته برایش جایز نیست. زیرا این اباحه (اباحه مشروط) است، اگر قصد انجام عمل داشته باشد برایش مباح است وگرنه مباح نیست. ۲: بل عدم اباحه معلوم است .

[۴۶۱]

اگر اجیر خاص است - به این معنی که اجیر می شود که از حین عقد اجاره الی انقضای يك سال تمام که هر عملی که از او خواهد واز او بر آید (از نماز وروزه و غیر آنها) بکند تا آخر سال. یا اجیر او شد که در این مدت از برای او نماز کند به نحوی که در آن عمل سستی نکند و بر وفق عادت عمل کند. یعنی در خورد و خواب و فضای حوائج ضروریه ملاحظه عرف و عادت را بکند. یا آن که اجیر شود که يك سال نماز کند که ابتدای شروع در آن، حین عقد اجاره باشد تا وقتی که يك سال نماز تمام شود، بدون تهاون و سستی، بر وفق عادت. همه اینها - صحیح است. و در بین این مدت برای دیگری کار نمی تواند کرد. و اگر اجیر مطلق باشد (وما اقسام آن را در کتاب حج بیان کردیم) و صورت سؤال از این قسم است، که اجیر می شود از برای عمل معینی با مباشرت، بدون تعیین مدت. پس اگر اجیر می شود که يك سال نماز در ظرف يك سال به عمل آورد، و شرط فور و تراخی نکند. اظهر در نزد حقیق عدم وجوب فور، است. و در ظرف يك سال هر وقت خواهد می تواند کرد. و اگر تعیین نکند که در ظرف يك سال باشد یا دو سال، پس موافق قاعده ایشان این است که صحیح باشد. زیرا که مجرد عقد، منفعت که آن عبادت است، مال مستأجر می شود و اجرت مال موجر . و مستأجر مسلط است که فوراً مطالبه عمل کند. چنانکه موجر هم مسلط است که به مجرد کردن عمل، اجرت را بگیرد. و بدون مطالبه واجب فوری نیست. علی الاقوی . ولیکن این سخن علی الاطلاق صحیح نیست. زیرا که گاه است که مساومه میکنند و موجر نمیخواهد که زمان بر او تنگ شود و رازی به تسلیم (۱) نیست فوراً، یا آن که مستأجر اجرت را تمام نداده و می خواهد به دفعات بدهد. در این صورت هر گاه بدون تعیین مدت صیغه بخوانند، در صحت آن اشکال است. زیرا که به استحقاق فوری راضی نیستند و تعیین وقت رخصت را هم نکرده اند و این مستلزم غرر و جهالت است. این در

صورتی است که در اول متفطن هستند و لکن در وقت عقد غافل میشوند از تعیین مدت. مثل این که بناى متبایعین بر بیع نسبه باشد و در حین عقد فراموش کنند تعیین مدت را. همان اشکالی که در (تعیین منفعت به مدت با عدم تعیین اول آن) کرده اند (۱)، بر این هم وارد است. و مشهور در اینجا انصراف به فور است از حین عقد. و بعضی قایل به بطلان شده‌اند به سبب جهالت. مثل آن که بگویند (اجاره دادم خود را برای خیاطی در مدت سه روز) و تعیین ابتدای آن نکنند. و اظهر در نزد حقیر این است که هر گاه عهده و قرینه [ای] میان موجر و مستأجر باشد که از زمان معینی تا خیر نشود که رفع غرر و جهالت بشود، صحیح است و باز فوری نیست، و در مجموع آن زمان میتوان به عمل آورد. و ظاهراً این است که در عرف و عادت هم در این معنی کافی باشد. مثل این که متعارف است در آن بلد که هر گاه کسی چهار پنج سال نماز و روزه میگیرد، آن را در ظرف دو سال یا کمتر به مقدار متعارفی، به عمل می‌آورد. و همین قدر موجب رفع غرر می شود، و فوریت لازم نیست. و اما هر گاه موجر با وجود این از آن مدت معهوده یا مدت متعارفه، تاخیر کند، مستأجر مسلط بر فسخ خواهد بود چنانکه در جانی که تعیین کند مدت را و غرض او از تعیین مدت تعجیل عمل باشد، نه خصوص ایقاع در مدت معینه، مادامی که فسخ نکرده هر وقت بکند ذمه او بری می شود. و هر گاه معلوم باشد که مقصود او ایقاع در آن مدت معینه یا معهوده یا متعارفه است، و از آن تاخیر کند، اصل اجاره باطل می شود. و اما جواز استیجار غیر: پس اگر تصریح کرده باشد مستأجر که (هر گاه خواهی به غیر بدهی ماذونی) یا گفته باشد که (این وجه را میدهم که تو تحصیل این نماز بکنی برای میت من)، می تواند به غیر بدهد. و هر گاه بگوید که (این وجه را میدهم که نماز بکنی یا روزه بگیری) یا تصریح کند که (به خودی خود بکنی)، نمی تواند به غیر بدهد و در صورت اولی جایز است اجاره دادن به غیر به مساوی

۱: عبارت نسخه: همان اشکالی که در تعیین منفعت به مدت کرده‌اند با عدم تعیین اول آن ...

وجه اجاره یا بیشتر از آن. واما اگر خواهد به کمتر بدهد، جایز نیست، الا در صورتی که خود قدری از را کرده باشد. (۱) وظاهر این است که کردن روزه کافی باشد در صورتی که اجیر شده به عقد واحد از برای نماز وروزه هر دو.

۲۲۱:سوال: هر گاه حمامی مشترك باشد میان ده نفر. و شخصی می آید از جمعی از آن شرکا که شريك عمده‌اند حمام را اجاره میکند از قرار سالی بیست تومان به شرط این که خود و عیال ایشان هر گاه به حمام آیند اجرت حمام را ندهند. و هر دو سه نفر از آنها که هر يك قليلی دارند به این معنی راضی نمی شوند و می گویند (ما به قدر الحصة مثلا ده تومان میخواهیم واجرت حمام هم نمی دهیم). و حال آن که نظر به وجه اجاره که با آنها بنا گذارده حصه اینها در بیست تومان يك تومان می شود. ووجه اجرت حمام آمدن خود و عیال آنها هم يك تومان می شود. و مستاجر میگوید که یا شما هم مثل شرکا قبول کنید. یا حصه خود را به دیگری اجاره بدهید که در پهلوی من بنشینید واجرت حصه شما را به شما بدهد، یا خود تمام حمام را قبول کنید، یا آن که در عرض سال هر فصلی که مرغوبتر است به شما وا میگذارد که استیفای حصه خود را بکنید. و این شرکای جزئی، از باب لجاج به هیچ يك از اینها راضی نمیشوند. میگویند [یا] این که ما میگوئیم قبول کن، یا در حمام ببند، والا غصب خواهد بود و ما راضی نیستیم. آیا این سخن آنها مسموع است؟ یا اجاره سایر شرکا صحیح است؟.

جواب: اجاره عین مشاع به قدر حصه موجرین صحیح است. و به سبب عدم رضای آنها باطل نمی شود. و در اجاره هم حق شفعی نمی باشد. خصوصا با این کثرت شرکا. خصوصا

۱: و مساوات نسبت در تفسیط وجه میان آنچه خودش انجام داده با آنچه به دیگری واگذار کرده، ضرورت ندارد. یعنی می تواند بقیه عبادت را طوری اجیر دیگر واگذار کند که وجه اجاره آن کمتر از آنچه باشد که خودش از موجر اول، گرفته است. زیرا آنچه در این مسأله باید مراعات شود این است که آن وجه در مقابل عبادت قرار گیرد. و اگر چیزی از آن عبادت را خودش انجام نداد و در عین حال مقداری از وجه را به عنوان سود (یا هر چیز دیگر) بردارد، صحیح نیست .

[۴۶۴]

در صورتی که مستأجر اقاله میکند و همه را به آنها وا میگذارد. و چون تقسیم حمام غالبا ممکن نیست به جهت لزوم ضرر، و با وجود رضای مستأجر به همه این شقوق، غصبی و عداوتی و منع حقی هم لازم نمی آید. و تعطیل حق سایر شرکا هم صورتی ندارد. پس باید حاکم شرع الزام و اجبار کند آن شرکای ممتنعین را به احد شقوق مذکوره. و هر گاه آنها (۱) خود اختیار هیچ کدام از شقوق را نکنند، حاکم

آنچه صلاح داند چنان میکند. و هر گاه دسترس به حاکم شرع نباشد ظاهر این است که عدول مومنین نسبتاً میتوانند آنها را اجبار کنند بر احد امور. و به هر حال افراد شرکا به سبب لجاج اینها صورتی ندارد.

۲۲۲:سوال: هر گاه کسی ملك خود را وقف اولاد کرده باشد. و شرط کرده باشد که بیش از سه سال اجاره ندهند، و تا مدت اجاره منقضی نشود دیگر به اجاره ندهند. آیا جایز است که موقوف علیهم آن ملك را اجاره بدهند به شخصی در مدت سه سال و در ضمن عقد اجاره شرط کنند که بعد از انقضای مدت سه سال، باز به آن شخص اجاره بدهند در مدت سه سال دیگر. و هم چنین بعد از انقضای این، سه سال دیگر به اجاره بدهند؟ یا نه؟.

جواب: بلی هر گاه از حال واقف معلوم نباشد که غرض آن تبدیل مستأجر، نیست - چنانکه ظاهر اطلاق سوال: این است - جایز است، ووجهی از برای منع او نیست. (۲)

۲۲۳:سوال: آیا در صورت مذکور هر گاه شرط نکنند این معنی را ولکن وکیل کنند مستأجر را که بعد از انقضای مدت سه سال تجدید صیغه اجاره کند از برای خود

۱: در نسخه: او. ۲: فتوای میرزا (ره) در این مسأله خالی از اشکال نیست. زیرا بالاخره واقف غرضی از قید سه سال داشته. اگر غرضش تبدیل مستأجر نبوده لا اقل چیز دیگری بوده است. همان طور که پس از بررسی دریافتیم که خودش در (کتاب وقف) همین جامع الشتات در خلاف این فتوای داده است. رجوع کنید به سیزدهمین مسأله از مسائل کتاب وقف در چاپ سنگی که مطابق تقطیع ما (ان شاء الله) در مجلد چهارم قرار خواهد گرفت. توضیح: لازم است نظر خواننده محترم را به این موضوع جلب کنند که فتوای میرزا در اینجا از نظر زمانی موخر است از فتوایی که در کتاب وقف داده است. زیرا در اینجا در ضمن و محتوای (دفتر دوم) چنین فتوایی را داده است. اما فتوایی که در کتاب وقف داده از مسائل (دفتر اول) است. بنابر این، فتوایش در اینجا ناسخ آن فتوای کتاب وقف میشود. با این همه بدیهی است فتوای اول قویتر است که در کتاب وقف آمده است. راجع به توضیح دفتر اول، دفتر دوم و دفتر سوم، رجوع کنید به مقدمه جلد اول.

[۴۶۵]

تا سه سال دیگر، و هکذا.. جایز است یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که در صورت مذکوره وکالت صحیح نباشد. چون موکل در حین عقد وکالت مالک موکل فیه نیست. چون واقف شرط کرده است که تا مدت منقضی نشود به اجاره ندهند. و فقها شرط کرده‌اند در صحت وکالت، تسلط موکل را در امر موکل فیه. بلی در اینجا سخنی هست که هر چند وکالت باطل باشد باز آن تصرف جایز خواهد بود، نظر به عموم اذن که در ضمن وکالت فهمیده می شود. هر چند وکالت صحیح بر آن صدق نکند. و ثمره نزاع در صورت نادره ظاهر می شود، و این در وقتی است که عزل موکل یا عدم رضای او بعد ظاهر نشود. بلی هر گاه واقف شرط نکرده باشد که تا مدت منقضی

نشود اجاره جدیده نکنند، ممکن است که وکالت صحیح باشد بنابر این که اقرب این است که شرط نیست در صحت عقد اجاره، اتصال مدت اجاره به عقد اجاره. و جایز است عقد اجرات متعاقبه بر عین واحده در مدت‌های متعین متعاقبه. و در این صورت صادق است که موکل مالک آنها همه، هست. (۱)

۲۲۴:سوال: هر گاه کسی را اجیر کند که ده خروار هیزم از صحرا از برای او بیاورد. و بعد از آن که پنج خروار آورد. اجیر مرد. آیا مستأجر مستحق پنج خروار هیزم است که از ترکه اجیر بگیرد؟ یا مستحق وجه اجاره است که پس گیرد به قدر عمل پنج خروار هیزم-؟.

جواب: ظاهر این است که از باب تلف عین مستأجره باشد بعد گذشتن بعض مدت عمل، که اجاره نسبت به ماضی صحیح است و در باقی باطل می شود، و مستحق استرداد وجه اجاره می شود نسبت به باقیمانده عمل.

۲۲۵:سوال: هر گاه کسی زمینی اجاره کند، و شرط کند که خراج سلطان آن، بر مستأجر باشد. و اتفاق افتد که سلطان زیادتر از وجه خراج بگیرد. آیا اصل اجاره صحیح است یا فاسد؟-؟. و زیادتی بر موجر است یا مستأجر؟-؟ و هر گاه شرط کند زیادتی را بر مستأجر، حکم آن چه خواهد بود؟

۱: برای پاسخ مشروح و مستدل این مسأله رجوع کنید به هفتمین مسأله از مسائل کتاب وقف .

[۴۶۶]

جواب: ظاهر این است که همچنانکه در مزارعه خراج با صاحب زمین است، در اجاره هم خراج بر صاحب زمین باشد. به جهت این که خراج بر زمین وضع شده. و در مسالك در مسأله مزارعه گفته است که (این مطلب در روایت هست) و گفته است که (در روایتی هست که: هر گاه سلطان زیاد کند زیادتی و بطلد آن را از زارع، واجب است که صاحب زمین آن را بدهد. بعد از آن سائل پرسید و گفت: من ظلم نکرده‌ام و زیاد نکردم بر آنها. امام (ع) فرمود که: ایشان زیاد نکرده‌اند این را مگر بر زمین تو. و هر گاه شرط کند صاحب زمین که خراج بر زارع باشد، لازم می شود، هر گاه قدر خراج معلوم باشد. و هم چنین هر گاه بعض معینی را از خراج شرط کند یا بعض مشاعی را. مثل ثلث یا ربع با مضبوط بودن مقدار). و بعد از آن گفته است که (هر گاه شرط کند خراج را بر زارع، و سلطان چیزی زیاد کند، پس آن بر صاحب زمین است. به جهت آن که داخل شرط نیست. و به جهت آن که ممکن نیست شرط آن به سبب جهالت). و صاحب کفایه در این اشکال کرده است نظر به صحیحه داود به سرحان (۱) و روایت یعقوب بن شعیب (۲) که دلالت دارند بر آن که این جهالت مضر نیست. پس بنابر این، شرط زیادتی بر

زارع جایز خواهد بود هر چند مجهول باشد. وموافق قواعد باید فرقی ما بین مزارعه واجاره نباشد. ودر صورت شرط بر زارع یا مستأجر، شرط لازم خواهد بود واین جهالت مضر نخواهد بود. بلکه صحیحه داود بن سرحان ظاهر در اجاره است، واین است عبارت حدیث (عن ابی عبدالله (ع) فی الرجل یكون له الارض علیها خراج معلوم، وریما زاد وریما نقص. فیدفعها الی رجل علی ان یکفیه خراجها ویعطیه مأتی درهم فی السنة. قال: لا بأس). ومثل آن است روایت یعقوب بن شعیب .وچون عمده دلیل در بطلان به سبب جهالت، اجماع است یا غری که منشأ لحوق معامله شود به اعمال سفها، ومفروض این است که در مانحن فیه هیچ کدام ظاهر نیست. پس اظهر جواز خواهد بود.

۲۳۶:سوال: هر گاه کسی اجاره بدهد خانه را، یا اجیری [خود] را، هر ماهی به پنج

۱ و ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ ح ۱ (هر دو حدیث تحت یک شماره هستند).

[۴۶۷]

دینار مثلا. وتعیین نکند که چند ماه باشد یا بگوید (به اجاره دادم این خانه را، یا اجیر شدم، به مدت یک ماه به پنج دینار و هر چه بعد منتفع شوی به همان حساب باشد). آیا صحیح است یا نه؟-
جواب: اما مسأله اول، پس در آن سه قول است. اول بطلان است. به جهت جهالت مدت، که لزوم تعیین آن اتفاقی است .وتعیین بعض مدت که یک ماه است مستلزم تعیین مجموع نیست. واین مختار ابن ادریس وقواعد وایضاح است. و [نیز] مسالك ومحقق ثانی در شرح قواعد علی الظاهر .وقول دوم این است که صحیح است در یک ماه وباطل است در باقی. نظر به این که این کلام، یعنی (أجرتك كل شهر بدرهم) در قوه این است که بگوید (أجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا مابعدہ دائماً). واین قول مفید وشیخ است در نهاییه ومحقق در شرایع. ووجه این قول این است که شهر معین است واجرت آن هم معین. واز عدم تعیین غیر، بطلان آن لازم نمی آید. وجواب گفته‌اند از این، به منع این که این در قوه آن باشد. بلکه مدت، مجموع من حیث المجموع است، وآن مجهول است. وآنچه به گمان حقیر میرسد این است که نظر این جماعت به این است که چون اصل عقد اجاره مشروط است به تعیین مدت واجرت، ولفظ (شهر) هم مذکور است، پس ناچار باید - بنابر لزوم حمل قول مسلم بر صحت - حسب المقدور در یک ماه مورد اجاره بودن جزما مطلوب باشد. وبه این سبب لازم است. وچون در باقی مشکوک فیه است، مراد آنها این است که آنهم متعلق اجاره باشد که باطل باشد، یا از باب (مراضات) باشد. یعنی ما بعد آن را به اختیار مستأجر گذارده که هر قدر که منتفع شود به همان نسبت از اجاره معینه یک ماه

از همان وجه مسمی بدهد، و در این صورت این تراضی موجب حلّیت می شود ولیکن لزوم ندارد. و چون
مراضات بر همین وجه واقع شده مستأجر نمی تواند بگوید که هر گاه لازم نیست [پس] من اجرت
المثل میدهم در زاید بر يك ماه و تصرف میکنم. زیرا که این غصب است، بلکه هر گاه تصرف هم کرده
باشد و بگوید چون عقد لازم نبود، بر من بیش از اجرت المثل لازم نیست، از او نمیشنوند .

[٤٦٨]

و در ایضاح از ابن جنید نقل کرده است این عبارت را (ولا باس ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم
بكذا ولا يذكر نهاية الاجارة). و دور نیست که مراد ابن جنید هم همین قول شیخ باشد. و از این جهت
است که محقق اکتفا کرده است به نقل همان دو قول. و اما مسأله دوم: پس مختار علامه در قواعد
صحت آن است در يك ماه، و بطلان در باقی. و وجه آن از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود. و فخر
المحققین و محقق ثانی اختیار بطلان کرده اند در مجموع، نظر به این که عوضین عبارت از مجموع است
و مجموع مشتمل بر جهالت است. و اگر زاید بر يك ماه را از باب شرط دانیم هم جهالت شرط منشأ
بطلان آن است، و بطلان شرط مستلزم بطلان عقد است. و اظهر در نظر حقیر در عبارت (أجرتك الدار
شهرًا بكذا وان زدت فبحسابه) این است که مورد عقد اجاره همان يك ماه است، و تتمه از باب تراضی بر
تصرف است به حساب مسمی فی العقد، و لزومی ندارد ولیکن تصرف حلال است و اجرت حلال است
و وفا به دادن این اجرت نسبت به مسمی در شهر به قدر تصرف لازم می شود. و بقای بر مقتضای اجاره
ما بعد يك ماه لزومی ندارد.

٢٢٧:سوال: هر گاه کسی اجیر شود که خاکی را از زمینی نقل کند خرواری به يك درهم. یا خرمن
گندم مشاهده مجهول المقداری را به خانه او بیاورد از قرار معینی به يك درهم. صحیح است یا نه؟-
جواب: علامه و ولد او در قواعد و شرح آن، اختیار بطلان اجاره کرده اند. به سبب جهالت عمل و اجرت.
و لازم قول شیخ در نهاییه - در مسأله اجاره خانه هر ماهی به درهمی که میگفتند: در يك ماه لازم است
دوون باقی - این است که اجاره در يك خروار صحیح باشد دون باقی. و به هر حال شکى در بطلان زاید بر
يك خروار نیست. (١) بلی فخر المحققین از مبسوط نقل کرده که هر گاه اجاره کند کسی را برای حمل
ده قفیز از خرمن مشاهدی هر قفیزی به يك درهم، صحیح است، و هم چنین هر گاه بگوید (فروختم

١: آیا مراد از بطلان: عدم اللزوم است؟ یا حرمت اجرت؟ با توجه به بیان مصنف در مسأله پیش، مراد صورت اول
است. و سیره عملی مسلمین هم بر این جاری در همه اعصار و امصار .

ده قفیز از آن را هر قفیزی به يك درهم) صحیح است. و فرق گذاشته است ما بین این و ما بین (آجرتك كل شهر بدرهم). چون در اینجا مدت مجهول است و در آنجا قبه گندم مجهول نیست. (۱) چون مشاهد است.

سوال: ۲۳۸: زید کاروانسرائی به اجاره میدهد به عمرو در مدت معینه، به وجه معینی. و شرط میکند که آنچه متاعی که عمر در آنجا بفروشد در هر بیست من يك (چهارك يك) آن را به صاحب کاروانسرا بدهد که زید است. به این نحو که اگر تواند به طیب نفس به گردن مشتری بگذارد. و اگر نه، خود بدهد. آیا این شرط صحیح و لازم است یا فاسد است؟ -؟. و گرفتن آن حرام است یا حلال؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که صحیح باشد و حلال باشد. و امری که منشأ فساد باشد - به غیر این تو هم که جهالت آن شرط منشأ جهالت وجه اجاره می شود، چون شرط به منزله جزء احد عوضین است - در نظر نیست. و ظاهر این است که این تو هم فاسد باشد. چون فی الحقیقه شرط راجع می شود به تسلط زید بر اخذ آن مقدار از مال هر گاه اتفاق افتد. و این امر جهالت ندارد، و مقدار آنچه از مقتضای آن حاصل می شود هر گاه معلوم نباشد ضرر ندارد و غرری در عرف و عادت لازم نمی آید. و عقلاً آن معامله را معامله سفها نمیگویند. بلکه از باب فطانت و عقل این معامله را (رشد) میدانند (۲).

سوال: ۲۳۹: زید الاغی به کرایه میدهد به عمرو تا منزل معینی. و آن شخص بیمار می شود و رفقا او را بر آن الاغ بسته و از آن منزل تجاوز میکنند تا منزل دیگر که داخل اجاره نبوده. و در معاودت بعد از تجاوز از منزلی که انتهای کرایه بوده، الاغ تلف شده. آیا ضامن الاغ هست یا نه؟ -؟ .

۱: بدیهی است که قبه گندم مشاهد است ولی مجهول الوزن هم هست. پس بهتر بود با جمله (ده قفیز گندم مجهول نیست) تعبیر میشد. اساساً انگیزه نقل کلام فخر المحققین در اینجا از نظر ارتباط با اصل مسأله، ابهام آمیز است. ۲: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۰۲، از همین مجلد .

جواب: بلی از همان روزی که از منزل معین تجاوز کردند الاغ مغضوب شد. و بر غاصب غرامت لازم است در هر جا که تلف شود مادامی که به دست صاحب نرسیده. و هر گاه مستأجر بی اختیار بود، غرامت بر

رفیقی است که آن را برده. واطهر این است که ضامن قیمت روز تلف است نه روز غصب و نه غیر آن.
(۱)

۲۴۰:سوال: اجاره دادن زمین و مجاری میاه به نحوی که هر چه عارضه دیوانی شاه شود با مستأجر باشد. با این که عوارض مجهول است، چه صورت دارد؟

جواب: ظاهر جواز است. و این جهالت مضر نیست. چنانکه از بعضی اخبار ظاهر می شود. (۲)

۲۴۱:سوال: هر گاه در ضمن عقد اجاره قرار دهند که حادثات ارضی و سماوی به دستور متداول آن سال باشد. چه حکم دارد؟

جواب: اگر مراد این است که شرط کند در ضمن عقد اجاره که هر گاه آفت ارضی و سماوی به آن زمین برسد، اجرت آن به موافق اجرت المثل آن سال باشد، ظاهر این است که این شرط جایز باشد. هر چند بدون این شرط بر ماجر غرامتی نیست. (۳)

۲۴۲:سوال: زید قناتی را به عمرو به اجاره میدهد در مدت معینی. و در بین مدت اجاره، قنات خشک شود. آیا در این صورت اجاره به خودی خود منفسخ می شود یا نه؟ -؟. و آیا عمرو اختیار فسخ دارد یا نه؟ -؟ و هر گاه در ضمن عقد شرط کرده باشند که اگر در بین مدت قنات خشک شود اختیار فسخ از برای عمرو نباشد، این شرط صحیح است یا نه؟ -؟ و هر گاه عمرو با وجود خشکیدن قنات راضی باشد به اجاره، به جهت آن که بعد از این که آب بیرون آید منفعت بسیار از برای او دارد. آیا زید می تواند فسخ اجاره بکند - در صورتی که در ضمن عقد شرط فسخ از برای خود نکرده باشد - یا نه؟ -؟ .

۱: برای توضیحات بیشتر رجوع کنید به مسائل کتاب الضمان) از همین مجلد. ۲: وسائل: ج ۱۳، احکام المزارعه، باب ۱۷ و ۱۰. ۳: و اگر مراد این باشد که اگر آفت‌های سال آینده بیش از امسال باشد مقدار اضافی آن بر عهده موجر است. و یا مراد این باشد که به همان میزانی که امسال به عهده موجر بوده، سال آینده نیز همان طور باشد، در همه این صورت‌ها صحیح است .

[۴۷۱]

جواب: در کلام فقها مثل محقق و علامه و شیخ علی و شهید ثانی و غیرهم، حکم زمینی که اجاره شود از برای زراعت و در بین مدت آب آن خشک شود، مذکور است. و دور نیست که حکم قنات هم حکم زمین باشد. و آنچه در زمین گفته‌اند این است که مستأجر به سبب کم شدن آن یا قطع شدن آن، مسلط بر فسخ هست. چنانکه در مزارعه هم چنین است. هر چند شهید ثانی در این اشکال کرده به جهت آن که شرط مزارعه وجود آب است و همچنین اجاره [ای] که از برای زراعت باشد. و به انتفای شرط

مشروط فاسد می شود. پس عقد منفسخ می شود، دیگر مجالی از برای خیار فسخ نیست. ولکن علامه و محقق حکم به خیار فسخ کرده‌اند. و شاید نظر ایشان به این است که عقد صحیح بود و مستصحب است، و ضرری که حاصل می شود منافع می شود به خیار فسخ. و در مسأله تأمل کرده است و اشکال کرده است. و شیخ علی گفته است که (خیار در وقتی خوب است که ممکن باشد ازاله مانع، یا اصل انتفاع ممکن باشد و بدون اینها باطل می شود اجاره. به جهت تعذر انتفاع). و گویا این را از باب (تلف عین مستأجره در بین مدت) گرفته‌اند، که منشأ بطلان می شود. و در صورت اجاره، موجر مستحق اجرت زمین است به قدر زمان گذشته. و در مزارعه چیزی نیست. چون حق زمین همان حصه [ای] از زرع است، و مفروض این است که تلف شده است. اینها در وقتی است که اجاره زمین از برای زراعت باشد. و اما هر گاه مطلق باشد و منفعت دیگر در آن متصور باشد، پس در آنجا به غیر خیار فسخ چیزی نیست. و این خیار ناشی از حصول عیب است در عین مستأجره و نقص در منفعت آن و وجه ثبوت خیار لزوم ضرر است و تصرف در اینجا مسقط خیار نیست، به جهت لزوم ضرر در صبر بر معیب، و به جهت آن که فی الحقیقه معاوضه متعلق به منفعت است و منفعت متجدد می شود یوما فیوما. پس هنوز در منفعت آینده تصرفی نشده. و هر گاه زمین را اجاره کرده باشد و شرط کرده باشد منفعت خاصه را، مثل زراعت. و آن زمین غرق آب شود، یا بالمره آب آن قطع شود به نحوی که به هیچ وجه نتوان از زراعت آن منتفع شد، هر چند انتفاع دیگر توان برد. در این صورت اجاره باطل می شود. و این مثل

[۴۷۲]

تلف عین مستأجره است. و شیخ علی در مسأله، قول به خیار فسخ را از بعض شافعیه نقل کرده است که در آنجا شرط زراعت نشده بود، و فرق واضح است میان اجاره از برای زراعت، و اجاره به شرط زراعت. چون نفی غیر در اینجا منظور است، بخلاف اول. و هم چنین فرق ظاهر است ما بین این دو صورت و صورت اطلاق اجاره زمین بدون ذکر منفعتی (۱). و اما مسأله قنات: پس میگوئی که ظاهر این است که با وجود رجای رفع مانع و توقع بیرون آمدن آب در مدت اجاره و منتفع از آن، به غیر حصول خیار فسخ، چیزی نباشد. به جهت آن که شرط صحت اجاره قنات، وجود آب [به طور] دائمی، نیست. بلکه مطلق انتفاع به مجرا است، هر چند که غالباً منظور انتفاع [از] آب دائمی باشد. به جهت آن که انتفاع متفرق هم انتفاع است. بیش از این نیست که این عیبی است که در عین مستأجره (و نقصی است که در منفعت آن) حاصل شده، و منجر می شود به خیار فسخ. و موجر مستحق وجه اجاره به قدر زمان گذشته است. لاغیر. و اما سوال: از صحت شرط در ضمن عقد: پس ظاهر این است که این شرط صحیح و لازم

است. زیرا که این شرط منعی از آن در سنت و کتاب نرسیده، و منافاتی هم با مقتضای عقد ندارد. چنانکه در بیع جایز است شرط عدم انتفاع مشتری در مدت معینی با اسقاط خیار، و از آنچه گفتیم ظاهر شد که زید را در هیچ وقت خیار فسخ نمی باشد. مگر این که شرط کرده باشد خیار را از برای او در ضمن عقد.

۲۴۲: سوال: هر گاه کسی يك راس عوامل (۲) وده راس گوسفند به اجاره بدهد به شخصی به ده تومان در مدت ده سال. ودر حین انقضای مدت که موجر مطالبه وجه اجاره میکند مستأجر میگوید که من این مبلغ را در نفقه حیوانات خرج کرده‌ام. آیا نفقه حیوانات بر مالك است یا بر مستأجر؟- و مفروض این است که شرط نفقه نشده است .

جواب: در مسأله اجاره حیوان دو قول است. اقوی این است که بدون شرط

۱: در مورد مسأله (خشکیدن آب زمین مورد اجاره) رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۹ و ۲۱۳ و ۲۱۴ و ۲۲۴. ۲: گاو نر: گاوی است که از نیروی کاری او استفاده میشود، نه از شیر او .

[۴۷۳]

بر مستأجر لازم نیست که از مال خود نفقه بدهد. به دلیل (اصل) و اینکه اجاره عقد معاوضه است که شرط است در آن معلومیت عوضین. پس هر گاه نفقه داخل عوض باشد، مستلزم جهالت می شود. واصل، وجوب نفقه مملوك است بر مالك. و دلیلی بر تخصیص آن ثابت نیست، و استصحاب موجب بقای حکم است. و این مذهب ابن ادریس و جمعی از محققین است. و قول دیگر وجوب آن است بر مستأجر. و این قول را در مسالك نسبت به جماعتی داده. و فخر المحققین نیز نسبت به شیخ داده. عبارات بعضی از این جماعت منافات با قول اول ندارد. مثل عبارت شرایع که گفته است (يجب على المستأجر سقى الدابة وعلفها. ولو اهل ضمن). و دور نیست که مراد او این باشد که هر گاه مستأجر متکفل حیوان است و مالك حاضر نباشد، واجب است بر او آب و علف دادن حیوان. و اگر کوتاهی کند، ضامن است. و این دلالت ندارد بر این که علف باید از مال مستأجر باشد. و علامه در قواعد بعد از آن که به مثل این، گفته است، گفته است (ولو قيل بوجوب العلف على المالك و النفقة على الاجير، كان وجيها). و این اشعار دارد بر این که مراد محقق هم همان باشد که در مسالك نسبت به جماعت داده و تفسیر کلام محقق را هم به همین کرده. و علی ای تقدیر دلیلی بر این قول، واضح نیست. و آنچه استدلال کرده‌اند از برای این قول، این است که مستأجر مستحق منافع است در آن مدت و نفقه از برای این است که حیوان زنده

بماند از برای این که استیفای منفعت از آن بشود. پس واجب نیست بر مالک که مال خود را خرج کند از برای تحصیل حق غیر. و بر این وارد است منع این که نفقه دادن از برای باقی ماندن حیوان است محض از برای استیفای مستأجر منفعت آن را. بلکه از برای این است که بر مالک واجب است محافظت مال خود و انفاق بر آن. و دلیل دیگر ایشان این است که چون مستأجر مالک منافع شد باقی نماند از برای او عوضی در گردن مالک از برای تحصیل منفعت. یعنی این که کسی نمی تواند گفت که بر مالک واجب است دو چیز یکی خود منفعت که آن را منتقل کند به مستأجر. دوم تحصیل آن منفعت و رسانیدن آن به مستأجر. که وجه اجاره عوض اصل منفعت

[۴۷۴]

باشد و نفقه در عوض تحصیل منفعت و رساندن به مستأجر باشد. به جهت آن که حصول ملک از برای او مستلزم سقوط توابع آن است از مالک اول. و بر این وارد است که این منافات ندارد با آن که واجب باشد بر مالک نفقه. چون واجب است بر مالک انفاق مال، و دلیلی بر سقوط آن نیست. و لازم نیست که ما این را عوض تحصیل منافع بگیریم تا این که این سخن بر آن وارد آید. و مع هذا میگوئیم که منفعت احد عوضین است و تدریجی الحصول است، و تسلیم عین مستأجره هر چند از برای استحقاق اجرت و تملک آن کافی است، و لکن این تسلیم عین بمجرده کافی نیست. بلکه باید منافع متجدده را مستمر دارد از برای مستأجر که متمکن باشد از تحصیل آن. پس عوض همان نفس منفعت است با حصول آن. (۱) نه منفعت و تحصیل آن، که گفته شود تحصیل آن واجب نیست. و گاه است که استدلال شود در این مقام به روایت سلیمان بن سالم (عن الرضا (ع) عن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة و لم یفسر شیئا علی ان یبعثه الی ارض اخری فما کان من مؤنة الاجیر من غسل الثیاب و الحمام، فعلى من؟ قال: علی المستأجر). (۲) و بر آن وارد است که این حدیث در حیوان نیست، بلکه آن در اجیری است که آن را اجیر کرده که بفرستد از برای قضای بعضی از حوائج خود. و در این مسأله هم دو قول است هر گاه شرط نفقه نشده باشد. و اظهر در اینجا نیز قول به عدم وجوب است. و روایت ضعیف است (۳) و در دلالت آن هم تأمل است. و مشتمل است بر مطالب چند که مخالف اصحاب است. (۴) و به هر حال بنابر قول مختار در مسأله، هر گاه مستأجر تبرعا نفقه بدهد به حیوان، ۱: و در نسخه: یا حصول آن. ۲: و سائل: ج ۱۳، احکام الاجارة، باب ۱۰ بخش آخر حدیث ۱. ۳: به دلیل خود سلیمان بن سالم. و بقیه سلسله سند افراد قوی و موثق هستند. ۴: مخالف اصل و قواعد است .

نمی تواند استرداد کرد، و هر گاه تبرعا نمی کند باید به اذن مالك باشد. و اگر مالك حاضر نباشد به اذن حاکم شرع باشد. و اگر آن هم ممکن نباشد به نیت استرداد بدهد و شاهد بگیرد. و در صورت عدم اشتهاد هم میان خود و خدا مستحق هست. و هر گاه نزاع کنند و مستأجر ادعا کند که به نیت استرداد دادم نه تبرعا، و شاهدهی نباشد، ظاهر این است که قول او مقدم است با یمین. و به هر حال در صورت عدم حضور مالك، هر گاه کوتاهی کند در انفاق و به آن سبب حیوان هلاک شود یا نقصی بهم رساند، ضامن است. مگر این که مالك او را منع کند از انفاق. باقی ماند کلام در اجاره گوسفندها. و آن محکوم به فساد است. زیرا که اجاره گوسفند از برای شیر آن، باطل است، و اجاره که باطل شد مالك مستحق منافع آنها است که مستأجر تلف کرده، که عوض المثل را باید به مالك بدهد. و هر گاه مجهول باشد به غیر مصالحه چاره ندارد. و کلام در تقسیط اجرت بر گاو و گوسفندها: هر گاه به صفقه واحده باشد، ظاهر این است که مثل بیع مملوك و غیر مملوك باشد با هم، مثل بیع حر با عبد (۱) و بدان که: آنچه ذکر کردیم که نفقه لازم نمی شود بر مستأجر مگر با شرط خواه در حیوان و خواه در انسان، در این صورت هر گاه خواهند شرط نفقه بکنند باید تعیین نفقه بکنند از حیثیت مقدار و وصف، تا رفع جهالت بشود. و اما بنا بر قول به لزوم بر مستأجر بدون شرط، پس در آنجا رجوع به عرف و عادت و امثال او می شود در تعیین نفقه. و بدان که نیز که در مسأله اجیر هر چند روایت (۲) در خصوص اجیری است که او را اجیر کنند که از برای قضای بعض حوائج روانه کنند، و فتاوی علما هم در ذکر این مسأله مطابق روایت است، و لکن ظاهر این است که فرقی نیست ما بین اجیر مطلق (یعنی کسی را اجاره کنند از برای متوجه شدن جمیع امور مستأجر)، و ما بین این صورت

۱: در نسخه: مثل بیع حر یا خمر یا عبد و گوسفند. ۲: مراد روایت سلیمان بن سالم است .

خاصه. و در آنجا هم اظهر این است که نفقه بر اجیر است، مگر شرط کند که بر مستأجر باشد. و ظاهر اختیار علامه در تذکره همین است بلکه ظاهر او این است که در غیر این صورت (۱)، خلافی نیست که بدون شرط نفقه بر مستأجر نیست. و هم چنین ظاهر دیگران هم این است (۲). و چون عنوان مسأله را در (استیجار اجیری که او را بفرستند در قضای حوائج) کرده اند و روایت سلیمان را نقل کرده اند و گفته اند که این محمول است بر صورت شرط، و بدون شرط لازم نیست، مثل غیر او از اجیرها. و این مقتضای اصل

وقواعد ایشان است. مگر این که عرف و عادت باشد که اقتضا کند لزوم نفقه را بر مستأجر که منصرف شود اطلاق اجاره به آن. و کلام در اشتراط تعیین قدر و وصف: بنا بر مختار رجوع به عرف [است]. و بنا بر قول آخر همان است که مذکور شد.

۲۴۴:سوال: شخصی دکانی به اجاره بدهد به دیگری در مدت يك سال به اجرت معین، و تعیین وقت ادای اجرت نکند. آیا به مجرد اجرای صیغه، موجر می تواند وجه اجاره را مطالبه کند یا نه؟ -

جواب: شکی نیست که به مجرد اجرای صیغه، وجه اجاره ملك موجر می شود چنانکه منفعت ملك مستأجر می شود. حتی این که هر گاه وجه اجاره عینی باشد و از آن نمائی حاصل شود، ملك موجر است و هم چنین سایر ثمرات ملك بر آن مترتب می شود. و لکن واجب نیست تسلیم اجرت مادامی که عین موجه را موجر تسلیم نکند. و هم چنین واجب نیست تسلیم عین موجه تا اجرت را نگیرد، و ظاهر این است که هر يك از آنها میتوانند منع از تسلیم کنند تا آن دیگری تسلیم کند، همچنانکه در بیع و شری گفته اند. و آخوند ملا احمد (ره) اشاره به این کرده، و تسلیم در اجاره اعیان مملوکه مثل دکان و حیوان و غیره، به این است که آن اعیان را تسلیم کند. ۱: یعنی در غیر صورت خاصه ای که در روایت آمده، خلافی نیست بلکه خلاف تنها در همین صورت است. ۲: یعنی نفقه را بر عهده اجیر میدانند. - توضیح: لفظ (این) اشاره به بخش اول کلام علامه در تذکره است، نه به بخش دوم. و عدم توجه به این نکته سیمای کلام میرزا را متناقض نشان میدهد .

[۴۷۷]

و در اجاره انسان نفس خود را، به این است که آن عمل را تمام کند. و ظاهر این است که در مسأله خلافی نباشد. چنانکه از آخوند مرحوم ظاهر می شود، و اصل، و لزوم ضرر و غیر آن، نیز معاضد آن است. بلی خلاف کرده اند در این که هر گاه در عمل انسان، باشد آیا همان اتمام عمل کافی است؟ یا شرط است تسلیم آن؟ مثل این که خیاط اجیر شد که جامه شخصی را بدوزد و دوخت و تمام کرد. آیا همین کافی است در وجوب تسلیم اجرت؟ یا باید جامه را تسلیم کند و اجرت بگیرد؟. بعضی واجب دانسته اند تسلیم را به جهت این که این عقد معاوضه است و واجب نیست تسلیم عوض بدون معوض. و این مختار علامه است در قواعد و ولد او در شرح آن، و این را از شیخ در مبسوط نقل کرده. و شهید ثانی (ره) نیز این را اختیار کرده. و قول دوم عدم لزوم تسلیم است، به جهت آن که مالك اجرت شده است به عقد، و مانعی از طلب اجرت نیست به غیر اكمال عمل. و مفروض این است که [اكمال] حاصل شد [ه]. و اصل، عدم مانع دیگر است. و این مختار آخوند ملا احمد (ره) است. و بعضی گفته اند که هر گاه عمل در

ملك مستأجر است، احتیاج به تسلیم نیست. چون در تحت ید او است. بخلاف آن که در ملك او باشد. مثل این که اجیر شود شخصی که از خاک زمین خود یا ارض مباح خشت بمالد، یا کوزه بسازد از برای دیگری. و اظهر در نظر حقیر قول اول است. که تسلیم واجب است. و اما تسلیم در مواضع مختلف، [مختلف] است. پس در بعضی از مواضع به همان اتمام عمل حاصل می شود، مثل عبادت کردن به نیت مستأجر. و در بعضی جا موقوف است بر تسلیم محل عمل. یعنی تخلیه ید و عدم منع موجر عدوانا. گویا این معنی سبب اختلاف شده که بعضی نظر به مثل عبادت کرده اند و تسلیم را شرط ندانسته اند، و بعضی نظر به خیاطی و خشمالی کرده اند و شرط کرده اند. و اما قول به تفصیل: پس (با وجود آن که حصر این قایل فاسد است، چون میتواند شد که عمل نه در ملك موجر باشد و نه مستأجر، مثل عبادت) تمام نیست. زیرا که انتقال خاک و گل از ملك موجر باید به عقد دیگر باشد. و آن دخلی به اجاره ندارد.

[۴۷۸]

پس باید عمل به مقتضای آن عقد کرد. و هم چنین حیات مباح هم چون به نیت ملکیت مستأجره شده هم مال او می شود. چون اقوی این است که نیت شرط است در حیات مباحات. و به این سبب توکیل در حیات آنها جایز است، علی الاظهر. و این عقد اجاره مشتمل بر عقد وکالت هم هست. پس کسی که اجیر شود که هیزم از صحرای مباح بیاورد یا خشت در زمین مباح بمالد، بعد از حیات، خشت و هیزم ملك مستأجر می شود. و او به مجرد عمل مستحق اجرت می شود. پس هر گاه مانع خارجی از تسلیم بهم رسد - مثل این که هیزم را غاصب ببرد یا خشت را باران ضایع کند - موجر مستحق اجرت خود هست. و هر گاه موجر خود منع کند مستأجر مطالبه عین خود را میکند، و آن دخلی به اجرت ندارد. بلی هر گاه ممکن نشود، از باب تقاص عوض عین می تواند اجرت را نگاه دارد، و این [نیز] دخلی به عدم وجوب تسلیم اجرت ندارد. و در این معنی فرقی مابین حکم جامه که ملك مستأجر بوده (هر گاه غاصب مانع شود) و غیر آن نیست. باقی ماند کلام در این که در صورت عدوان موجر آیا چنانکه غرامت عین را باید بدهد، غرامت عمل را هم باید بدهد یا نه؟ -؟ محتمل است که بگوئیم: بلی غرامت عمل را هم میکشد، و لکن اجرت را میگیرد. و ممکن است که بگوئیم: غرامت عمل را نمیکشد و اجرت را هم نمی تواند بگیرد. و اول اظهر است. چون عمل و منفعت ملك مستأجر شده. و ثمره ظاهر می شود در صورت تفاوت عوض المثل عمل، با اجرت مسمی. هر گاه این را دانستی باز میگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم که: شرط است در وجوب تسلیم اجرت، تسلیم عین یا اتمام عمل. و خلافی ظاهرا در آن نیست. حتی این که هر گاه مستأجر وصی یا وکیل باشد در مثل استیجار عبادت یا غیر آن، جایز نیست از برای

او تسلیم اجرت قبل از قبض عین یا اتمام عمل. مگر با اذن صریح یا شاهد حال. و هر گاه این عمل موقوف باشد به اخذ اجرت قبل از عمل (مثل حج) و امتناع کند مستأجر از تسلیم اجرت به موجر: شهید ثانی در مسالك و شرح لمعه گفته است که

[۴۷۹]

(موجر مسلط است بر فسخ اجاره) (۱). و شاید دلیل آن این باشد که غالب این است که در اجاره حج (۲) وجه اجاره را بالتمام یا بعض آن را قبل از عمل میگیرند. و اجیر هم به همان اعتقاد اجیر شده. و هر گاه خیار فسخ نباشد ضرر و حرج لازم می آید. بلی هر گاه در ضمن عقد شرط کند تسلیم اجرت را قبل از عمل یا قبل از تسلیم عین، عمل به مقتضای آن لازم است. هر گاه این را دانستی بدان که: بعد از آن که موجر تسلیم عین را کرد یا عمل را تمام کرد. یا این است که در حال عقد اجاره اطلاق کرده اند و شرط تعجیل و تاخیر نکرده اند. یا شرط کرده اند یکی از اینها را. اما صورت اول که اطلاق است، پس ظاهراً خلافی ندارند در لزوم تعجیل، ودلالت دارد بر آن این که به مجرد عقد اجرت ملك موجر بود و نهایت آنچه باعث ممنوع بودن از اخذ و تصرف بود عدم تسلیم عوض بود، یا خصوص اجماع [بود]. و در اینجا که تسلیم به عمل آمده مانعی باقی نمی ماند و (الناس مسلطون علی اموالهم) و وقت معینی در شرع از برای تصرف در مال قرار نداده اند. پس واجب می شود اداء در اول وقت تعلق وجوب اداء، و اخبار هم دلالت دارند مثل آنچه فرموده اند که (اجرت اجیر را باید داد پیش از آن که عرق او بخشکد). (۳) و صاحب کفایه گفته است که این سخن فقها خوب است در جایی که عرف و عادت حکم به آن کنند. یعنی هر گاه در عرف و عادت اجرت را فوراً مطالبه نمیکنند واجب نیست تعجیل. و این سخن تمام نیست، به جهت آن که ظاهر این است که مراد فقها این باشد که هر گاه موجر مطالبه کند به لسان یا شاهد حال، واجب است تعجیل، نه این که هر گاه مجهول باشد حال، هم واجب باشد اداء فوراً، تا محتاج این تقیید باشد. و الحاصل: مراد ایشان این نیست که وفای به اجرت از باب وجوب حج است، نه از باب [وجوب] نماز ظهر. بلکه مراد ایشان این است که این از باب دین است که هر گاه

۱: در نسخه: مستأجر مسلط است بر فسخ اجاره. ۲: و در نسخه: اجراء حج. ۳: وسائل ج: ۱۳، احکام الاجاره، باب ۴ ج ۱ و ۲.

مطالبه میکند صاحب طلب به زبان یا شاهد حال (مثل فقرا و محتاجین در زکات و خمس و امثال اینها) واجب است [اداء] فوراً. والا موسع است. وسخن صاحبه کفایه در فرض اول خوب است نه فرض ثانی. وظاهر این است که مراد ایشان هم فرض ثانی باشد. وظاهر این است که آن اخباری که دلالت دارند بر ادای اجرت پیش از خشکیدن عرق، محمول بر استحباب باشند، یا بر صورت مطالبه اجیر به زبان یا به شاهد حال. واما آ صورت ثانی یعنی شرط تجیل: پس در آن نیز واجب است تعجیل. و فقها گفته‌اند که فایده شرط در اینجا تاکید است. والا اطلاق هم این افاده را میکرد. و بعضی زیاد کرده‌اند این که فایده آن تسلیط بر فسخ است در صورت تخلف از شرط، چنانکه مقتضای قاعده اشتراط است. همچنانکه در صورت شرط تقدیر اجرت بر تسلیم هم چنین است. و در اینجا در معنی تعجیل باید تفصیل داد که: اگر مراد شرط استحقاق طلب است فوراً و اینکه مستأجر در اول زمان وجوب بیاورد و تسلیم کند، واجب است اداء فوراً، مگر این که به اذن صریح یا شاهد حال معلوم شود رضا به تاخیر) پس اصل فور است تا ثابت شود خلاف آن. و اگر مراد (شرط تسلط بر اخذ اجرت باشد فوراً)، پس آن منافاتی ندارد با عدم وجوب فور در مجهول الحال. و بنا بر این این مشکل می شود بحث سابق که بر صاحب کفایه کردیم. چون فقها در این مقام علی الاطلاق گفته‌اند که (شرط تعجیل مفید تاکید است). و این تمام نمی شود مگر این که شرط تعجیل را به معنی استحقاق اخذ فوراً، بگیریم. نه وجوب اداء فوراً علی الاطلاق. و لکن شرط کردن در هر دو صورت ممکن است. و دور نیست که مراد ایشان هم در شرط، شرط تعجیل به همان معنی استحقاق باشد، و از آن قسم دیگر ساکت باشند. و اما صورت ثالث، یعنی شرط تاجیل: پس آن نیز صحیح است با تعیین مدت به نحوی که جهالت نباشد، هر چند به عنوان تقسیم به شهرور باشد. مثل این که بگوید که: در مدت پنج ماه هر ماه قسط معینی بدهد.

۲۴۵: سوال: هر گاه موجر قدرت بر تسلیم عین موجه نداشته باشد، به این معنی

که تسلیم آن موجب فتنه و فساد شود. آیا صحیح است اجاره، یا نه؟-
جواب: از شروط صحت اجاره، قدرت بر تسلیم است. بلا خلاف ظاهری. و از این زهره و شرح ارشاد آخوند ملا احمد (ره) نقل اجماع بر این شده. و لزوم غرر و سفاهت نیز دلالت بر آن دارد. و ظاهر این است که عدم قدرت شرعاً، هم در معنی عدم قدرت عقلاً، باشد. و در صورت لزوم فساد ممنوع است شرعاً،

هر چند امکان عقلی باشد. و در صحت آن با ضمیمه اشکال است. و تحقیق حال در مسایل (بیع غیر مقذور التسلیم) در کتاب بیع گذشت. (۱)

۲۴۶: سوال: زید مبلغ معینی از عمرو قرض میکند و ملکی را رهن آن میکند. و مدتی از برای آن دین معین میکند. و بکر در آن ملك شراکت دارد و از او ماذون نشده در رهن. و منافع مرهون را با مرتهن صلح میکند به مبلغ یکصد دینار فلوس و یک من گندم. و بعد از مصالحه، رهن همان ملك را از مرتهن اجاره میکند به مبلغ معین (۲) و مفروض این است که عین مرهونه را به قبض مرتهن نداده. آیا این اجاره صحیح است یا باطل؟ -؟. و در صورت بطلان آیا سبب بطلان شراکت بکر است؟ یا به جهت آن که عین مرهونه مال مرتهن نیست؟ یا به سبب هر دو؟.

جواب: هر گاه ملك مزبور را رهن کرده و در ضمن عقد رهن شرط کرده مصالحه مزبوره را، ظاهر این است که مصالحه مزبوره فاسد باشد، چون در صحت رهن قبض شرط است، علی الاظهر. و مفروض این است که قبض به عمل نیامده به جهت این که بر فرضی که همین مصالحه را کافی دانیم در عوض قبض لکن معلوم نیست که بدون تخلیه ید کافی باشد. و اینکه بعض معاملات را کافی دانسته‌اند در قبض، به شرط تخلیه ید است. و این معامله‌ها قائم مقام گذشتن آن زمانی است که ممکن باشد در آن حصول قبض با دست

۱: رجوع کنید به جلد دوم: مسایل فروش ماهی نیزار، عبد آبق و مسئله ۲.۷۴: این همه خم و بیچ به خاطر حلال کردن ربای آن فرض است و به اصطلاح حیل‌هائی برای ربا گرفتن است. که در جلد دوم در این مورد بحث‌ها داشتیم. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۵۴ همین مجلد. و ۶ و ۷۴، از مجلد دوم .

گذاشتن بر آن (۱)، یا پا در آن نهادن. پس بنا بر این چون مصالحه قبل از تخلیه واقع شده و قبض در رهن متحقق نشده، پس رهن فاسد می شود. و شرط ضمن عقد رهن هم جزء عقد رهن است، آن هم فاسد می شود. بلی ممکن است که گفته شود که هر چند از آن حیثیت فاسد باشد. لکن چون مصالحه امری است مستقل و از آن جهت که جزء رهن است فاسد باشد، لکن از این جهت که عقدی است علیحده، از باب فضولی باشد، و هر گاه رهن ثانیاً اجازه و امضا کند، صحیح شود. ولیکن در مسأله (کفایت اجازه خود مالک عقد فضولی را بعد از آن که خود عقد کرده باشد) اشکال است. بلی بکر که شریک است ظاهر این است که هر گاه به قدر حصه خود اجازه کند، در در قدر حصه خود او لازم می شود. و اما هر گاه عقد مصالحه را از باب شرط ضمن العقد نکرده، بلکه رهن را علی حده کرده و مصالحه

را علی حده (چنانکه ظاهر سوال: این است. و متعارف در حیل ربویه هم این است) در این صورت هر چند عقد باطل باشد به جهت عدم حصول اقباض و تخلیه، لکن عقد صلح صحیح است و منافع که منتقل شد به مرتهن از جهت صلح جایز است اجاره دادن آن هر چند به خود مالک راهن باشد. به جهت آن که در عقد اجاره مطلق مملوکیت، منفعت، کافی است خواه تابع ملک باشد و خواه منفردا مملوک او شده باشد. و از این جهت است که جایز است از برای مستأجر اجاره دادن عین مستأجره به دیگری. به سبب مملوکیت منفعت. گو عین آن، ملک او نباشد. پس هر گاه اجاره صحیح شد الحال حکایت شراکت بکر به میان می آید. پس اگر بکر هم اجازه و امضای آن کرد به قدر حصه، اجاره بتمامها لازم می شود. و هر گاه اجازه نکرد، به قدر حصه او باطل می شود، و به قدر حصه راهن لازم می شود.

۲۴۷: سوال: زید وجهی از عمرو میگیرد که از برای پدر متوفای وی يك سال نماز بگذارد. و زمان اشتغال را نیز معین میکند. اما صیغه جاری نمیسازد. بلکه منحصرأ به دادن وجه و متعهد شدن مصلی. و بعد از این زید هر وقت که مشغول می شود به نماز به قصد

۱: عبارت نسخه: ممکن باشد وصول با تعین و دست بر آن گذاشتن .

[۴۸۲]

و خوب نماز را میکند. چون صیغه اجاره جاری نشده، آیا به مجرد گرفتن وجه و تعیین زمان، گذاردن نماز بر او واجب شده؟ یا آن که تا صیغه عربی جاری نشود و خوب بهم نمیرساند؟ و در صورت مفروضه، این عمل که اتفاق افتاده ممضی است؟ یا آن که باید نوبتی دیگر به جا آورد؟. [و] مراد از صیغه فارسیه چه چیز میباشد آیا باید مطابق ترجمه صیغه عربیه باشد؟ یا آن که آنچه مفاد و لازم صیغه عربیه است کافی است؟

جواب: اجاره بدون صیغه لزوم ندارد و از باب معاطات است. و لکن چون اجرت را اجیر میگیرد که عمل را بکند پس بر او لازم است که یا عمل را به جا آورد یا اجرت را رد کند. پس بعد از اخذ اجرت احد امرین بر او لازم است. و هر يك از اینها احد فردین واجب تخیری میباشد، نه واجب عینی. پس هر گاه قصد و خوب را به این معنی کرده ظاهر صحت آن است. و اما هر گاه قصد و خوب عینی کند صحت آن مشکل است، مگر این که وجه اجاره را تلف کرده باشد. که در این صورت قصد و خوب عینی کردن هم ظاهرا جایز است. بلی. بی اشکال در صورتی است که جاهل به مسأله بوده و تقصیر در اخذ مسأله کرده از اهل آن، و علی العمیاء کرده باشد. که در آن صورت معلوم نیست که صحیح باشد. و صیغه عربیه را در

عقد اجاره لازم نمیدانیم. بلکه به فارسی وسایر لغات هم جایز است. و مراد از صیغه انشاء نقل و انتقال است. هر گاه لفظی بگوید که مفهم این معنی باشد، کافی است. مثلا در صیغه اجاره اجیر بگوید که: من خود را مزدور تو کردم که در فلان مدت فلان عمل را بکنم در ازای فلان قدر معین از طلا یا نقره یا غیر آن یا پنجهزار دینار تبریزی (در وقتی که منصرف شود به شیئی معین هر چند به سبب غلبه در معاملات باشد). و مستاجر بگوید: خوب است. یا قبول کردم. همین کافی است.

۲۴۸:سوال: هر گاه زید ملکی را به اجاره بدهد به عمرو در مدت يك سال، و شرط کند در ضمن عقد که در سر هر سه ماهی خیار فسخ از برای او باشد. و بعد عمرو به اجاره بدهد آن ملک را به بکر بدون شرط خیار. و زید خواهد فسخ کند در وقت خیار و بکر راضی نمی شود و می گوید من شرط خیار با عمرو نکرد [۱۵ م. (۴).

جواب: این سوال: مشتمل است بر سه مطلب :

[۴۸۴]

اول اینک: آیا جایز است که مستأجر عین مستأجره را اجاره بدهد به غیر بدون اذن موجر یا نه؟ -؟. و ظاهر این است که خلافی در جواز آن نباشد. و از صریح تذکره نقل اجماع حکایت شده. و هم چنین از ظاهر ابن زهره. و اخبار بسیار هم دلالت دارد بر آن. (۱) بلی استثنا شده از این، صورتی که موجر شرط کند بر مستأجر که خود استیفای منفعت کند، که در این صورت ظاهرا خلافی نیست در عدم جواز. و از بعضی نقل اجماع حکایت شده. و دلالت دارد بر آن صحیحه علی بن جعفر در دابه (عن اخیه ابی الحسن (ع) قال: سئلته عن رجل استاجر دابة واعطاها بغیره فتلفت. فما علیه؟. قال: ان كان شرط ان لا یرکبها غیره فهو ضامن لها. وان لم یسم فلیس علیه شیئی) (۲). و صحیحه محمد بن مسلم در زمین. (۳) بلی هر گاه در این صورت مستأجر اول شرط کند با مستأجر دوم که خود استیفای منفعت کند، از برای مستأجر دوم صحیح باشد اجاره. چون این منافات ندارد با شرط موجر اول. و اما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول که اجاره ندهد به دیگری، این صورت هم صحیح نخواهد بود. (۴) و خلاف کرده اند در جائی که جایز است از برای مستأجر اجاره دادن به غیر، که آیا اذن مالک شرط است در تسلیم به مستأجر ثانی یا نه. بعضی گفته اند: بلی. زیرا که استحقاق منفعت بردن و ماذون بودن در گرفتن عین، مستلزم جواز تسلیم به غیر نیست. پس اگر تسلیم کند ضامن است. و بعضی گفته اند که

۱: علاوه بر عمومات و اطلاقات، دلالت میکند بر آن حدیث ۱، از باب ۱۹، احکام الاجاره، وسایل، ج ۱۳ و همچنین احادیث ابواب ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲: همان مرجع باب ۱۶ ج ۱. ۳: همان مرجع، باب ۱۹ ج ۱. ۴: ظاهر عبارت مصنف (ره) در اینجا مجمل است به طوری که خواننده گمان میکند که تکرار مطلب سابق و توضیح واضح است. در حقیقت مراد میرزا بدین شرح است: واما هر گاه موجر اول شرط کند با مستأجر اول که اجاره ندهد به کسی که او مجدداً به شخص دیگری اجاره دهد. یا: ... که اجاره ندهد مستأجر دوم به دیگری. یعنی در ابتدای معامله شرط میکند که مورد اجاره به مستأجر سوم، اجاره داده نشود .

[۴۸۵]

محتاج نیست به اذن و جایز است تسلیم بدون ضمان. زیرا که هر گاه از شرع رسید جواز اجاره به غیر، قبض از لوازم ضروریه اجاره است، و اذن در شیئی اذن در لوازم آن است. و این قول اظهر است. چنانکه مختار جمعی از محققین است. و صحیحه (۱) علی بن جعفر دلالت بر آن دارد. بلکه صحیحه (۲) محمد بن مسلم نیز. و صاحب کفایه گفته است که دور نیست که شرط کنیم در جواز اجاره دادن به غیر بدون اذن مالک، این که مستأجر ثقه و امین باشد. و شاید نظر او این باشد که مستأجر امین باشد و اجاره دادن به غیر امین ثقه، تفریط است و منهی عنه است، پس فاسد خواهد بود. با این که انتقال منفعت از موجر به مستأجر به سبب صیغه اجاره در اموری است که مقصود عقلاً باشد غالباً در عقود و [لکن] ظاهر این است که مالک در عقد اجاره قصد نقل این نوع انتفاع را نکرده. و اطلاق صحیحه علی بن جعفر که فرموده‌اند (وان لم یسم فلیس علیه شیء) محمول است بر ظاهر افعال مسلمین که صحت است و غیر صورت خیانت و تفریط است. خصوصاً به ملاحظه (نکرده در سیاق نفی) که افاده میکند که معصیت هم ندارد. و شکی نیست که تفریط در امانت، معصیت است. غایت امر این است که صحیح باشد و موقوف باشد بر اجازه مالک. پس به این نمیتوان استدلال بر لزوم کرد.

مطلب دوم: این که چنین شرطی در اجاره صحیح است یا نه. حق این است که صحیح است. نظر به عموم ادله، و عدم مخالفت آن از برای کتاب و سنت، و عدم منافات، با مقتضای عقد. چنانکه در بیع جایز است.

مطلب سوم: این که در صورت چنین شرطی، آیا جایز است که مستأجر بدون شرط خیار مذکور به اجاره بدهد به غیر؟. اظهر عدم جواز است. زیرا حق موجر متعلق است به عین در این وقت به سبب خیار. پس نقل منفعت عین به عنوان بت و قطع به مستأجر ثانی، جایز نیست. چنانکه تحقیق این در (بیع بخیار شرط) کرده‌ایم در رساله علی حده. (۳) و این که جایز نیست از برای مشتری فروختن مبیع به عنوان بت و لزوم، هر چند جایز باشد

۱ و ۲: همان دو حدیث مذکور در بالا، ۳: و نیز در مسائل (بیع بشرط) کتاب تجارت از همین مجلدات. رجوع کنید به جلد دوم .

[۴۸۶]

به عنوان تزلزل و توقیف بر اجازه بایع، یا لازم شدن بیع به سبب عدم رد [مثل] ثمن و انقضای خیار. پس هر گاه چنین اجاره [ای را] داد و مالک اجازه نکرد، فسخ میکند اجاره را. و هر گاه مستأجر، مستأجر ثانی عالم بوده به حال ووجه اجاره تلف شده، از کیسه او رفته (۱) و هر گاه باقی باشد رجوع میکند به مقدار حق ثابت. و هر گاه جاهل بوده، رجوع میکند به عمرو به غرامتی که به او رسیده، مثل آن که اجرت المثل خانه پیش از اجرت مسمی فی العقد باشد. آن تفاوت را از او مطالبه میکند. (۲)

کتاب الاجاره من المجلد الثالث:

۲۴۹:سوال: هر گاه زید کاروانسرای از عمرو اجاره نموده. و سالهای قبل از اجاره طایفه [ای] از مترددین بلاد دیگر (از مکاری و تاجر) عادت داشته‌اند که به آن کاروانسرا وارد، و در آنجا ساکن. و برخی از منفعت کاروانسرا مستأجره از ایشان عاید مستأجر. و حین عقد اجاره همان طایفه و تاجر به عادت سابق بوده. و شخصی دیگر از ارباب مناصب کاروانسرای جدیدی در آن ولایت بنا نموده و همان طایفه از مکاری و تاجر را که قبل از اجاره و در حین الاجاره به عادت سابق در کاروانسرای قدیم منزل مینمودند و از ایشان منفعت عاید مستأجر میشد، کوچانیده به کاروانسرای خود برده. و هم چنین تجاری را که ساکن کاروانسرای قدیم بوده‌اند کوچانیده و به کاروانسرای خود برده. به این جهت نقصانی در منفعت عین مستأجره کلا او بعضا حاصل شده و می شود. بیان فرمایند که زید مستأجر در بین مدت اجاره اختیار فسخ اجاره دارد به جهت ضرر منفی؟ یا این که در صورت معروضه فسخ نمی تواند نمود و باید مال الاجاره را به موجر کارسازی نماید و متحمل ضرر شود؟ و دیگر این که بیان فرمایند که در صورت مزبوره آیا غبن در اجاره ثابت می شود در بین مدت به سبب تدریجی بودن منفعت مقصوده از اجاره -؟ یا این که با وجود این نقصان باید وجه اجاره بالتمام کارسازی موجر نماید و متحمل این ضرر شود، و عموم ضرر منفی شامل چنین مستأجری نیست -؟ جواب

۱ و ۲: برای توضیح و شرح بیشتر رجوع کنید به مسأله (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم .

[۴۸۷]

مراتب مذکوره را بیان فرمایند.

جواب: دلیلی از برای خیار فسخ در اینجا نیست. وعموم نفی ضرر در اینجا کار نمی کند. وتقصیری نه از موجر حاصل شده و نه علتی در عین مستأجره حاصل شده که منشأ قلت انتفاع شود. واین از آن قبیل است که دکانی اجاره کند از برای بزازی و متاع او را دزد ببرد، یا زمینی را اجاره کند از برای زرع و زراعت و به سبب تگرگ یا زنگ یا چرانیدن قشون بر تلف رود، بلکه هر گاه عین مستأجره را بعد از قبض، غاصبی غصب کند (۱) نیز موجب خیار فسخ نمی شود. اما سؤال از خیار غبن: پس بدان که در اینجا نه خیار عیب هست و نه خیار غبن. اما خیار عیب پس وجه آن سابقاً مذکور شد. واما خیار غبن پس آن نیز در اینجا جاری نمی شود. زیرا که مفروض این است که حین العقد گنجایش اجرت مسلمات را داشته. و تدرج حصول منفعت منشأ تدرج انعقاد عقد نمی شود.

۲۵۰:سوال: شخصی خانه خود را به بیع فروخته و ثانیاً در ید مشتری اجاره نموده و در نصف زمان اجاره خانه مزبوره سکنی، بعد وفات نموده. و مدیون هم بوده و ترکه وی هم قاصر از دیون. آیا مشتری می تواند که کل مال الاجاره را با سایر دیون ضم نموده از ترکه قاصر، به قدر حصه بردارد؟ یا مال الاجاره زمان سکنی را مستحق است که از ترکه به قدر حصه بردارد؟ -.

جواب: چون وجه اجازه ملك موجر می شود به محض صیغه بالتمام - خصوصاً بعد از اقباض عین مستأجره - پس تمام مال موجر است. و اجاره به سبب موت باطل نمی شود. پس با غرما نسبت به تمام وجه اجاره شريك است. نه به خصوص قدر حصه سکنی (۲). و هم چنین منافع خانه در بقیه مدت اجاره داخل ترکه است و غرما در آن شريك اند .

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۲۹، از همین مجلد. ۲: در نسخه: نه بخصوص قدر حصه التام سکنی .

۲۵۱:سوال: اشجار مثمره را اجاره نمودن صحیح است و لزوم دارد؟؟. یعنی اجاره نماید که ثمر او را استیفا نماید. یا صحیح نیست؟

جواب: این اجاره باطل است و ظاهراً خلافتی در آن نیست. (۱)

۲۵۲:سوال: هر گاه کسی وجهی بگیرد که نماز لیلۃ الدفن، یا ختم قرآن، یا صوم و صلوات به جا بیاورد. وصیغه نخوانده. هر گاه به جا آورد صحیح است یا نه؟ -؟. و در صورت عدم صحت، وجه را میتوان از موجر استرداد کرد یا نه؟ -؟.

جواب: در صورتی که به جا آورد صحیح است. و در صورتی که هنوز به عمل نیامده و همان وجه موجود است، میتوان استرداد کرد و فسخ معامله کرد. و هم چنین هر گاه تلف کرده باشد وجه را بدون اذن مستأجر قبل از عمل. و اما هر گاه ماذون بوده در تصرف در آن قبل از عمل، پس در این صورت مستأجر نمی تواند (۲) او را الزام کند به رد. و لکن موجد هم نمی تواند ترك عمل و [ترك] رد عوض هر دو را بکند. بلکه باید یا عمل را بکند یا [عوض] وجه را رد کن.

۲۵۳:سوال: زید ملکی به عمرو به مبیعه خیاره به مدت معینه به مبلغ مشخص مبیعه نموده که مدت [خیار] مبیعه مزبوره يك سال بوده. و مدت شش ماه دیگر مانده از مبیعه خیاره زید که منقضی شود زید مزبور همین ملك را بدون اذن عمرو مشتری به مدت شش سال به اجاره داده است. به خالد.

آیا در صورت مفروضه این اجاره نافذ و ممضی می باشد؟ یا خلاف شرع است؟

جواب: سائل گویا فرق مابین خرو گاو نکرده (۲). و گمانم این است که مراد او این است که زید با بیع شرایط قبل از انقضای اجل شش ماه، آن مبیع را به اجاره داده است به خالد در

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۱۹۳ و ۲۰۸، از همین مجلد. ۲: در نسخه: می تواند: ۳. از آغاز این کتاب (جامع الشتات) تا اینجا این سومین مورد است که میرزا (ره) در مقابل (به اصطلاح) فضل فروشی سوال کننده عکس العمل نشان میدهد. شاید برای بعضیها عجیب باید لیکن کسی که این کتاب را به طور مرتب مطالعه کند از بردباری میرزا شگفت زده میشود.

[۴۸۹]

مدت شش سال. این اجاره بدون اذن و اجازه عمرو مشتری، صحیح نیست.

۲۵۴: سوال: بلادی که [در آنها] ضابطه شده است که اشخاصی چند معین باشند از برای تغسیل موتی، و حاکم هم از ایشان چیزی میگیرد. و اجرت مرده شستن متعارف شده. و اگر نصف اجرت متعارفه بدهند غسل نمیدهند. و بعضی حيله میکنند که ما برای مستحبات اجرت میگیریم. آیا این حيله صحیح است یا نه؟ -؟. و اجرت گرفتن حرام است یا نه؟ -؟. و مردم آن بلد بالتمام فاسق اند یا نه؟ -؟.

جواب: اجرت گرفتن در ازای تغسیل موتی حرام است. و ظاهر این است که مستحبات توقیفیه آن (مثل وضو دادن و امثال آن) نیز چنین است. اما مستحباتی که از این باب نباشد (مثل شستن فرج به اشنان (۱) و امثال آن) پس ظاهر جواز آن است. و حيله کردن در این امور هر گاه از راه دینداری باشد و مقصود واقعی همان باشد، باکی نیست. و اگر مقصود خدعه باشد، خدا فریب نمیخورد (۲). و اما سوال: از

فاسق بودن اهل آن بلد: پس هر گاه معلوم باشد که غسال بوجه صحیح غسل نمیدهد، هر کس که قادر

۱: گیاهی (بوته: درختچه) دارای ریشه‌های کلفت و ترد، ریشه آن را میخسکانیدند که خود به خود حالت پودر پیدا میکرد، با آن لباسشویی و تنشویی میکردند. هنوز هم در بعضی مناطق کویری کاملاً متروک نشده است. ۲: چرا مصنف بزرگوار در مورد) حیل ربوی) هرگز چنین جمله‌ای را نیاورده است؟! این همه معاملات که در صورت) بیع به شرط) در عصر میرزا رواج داشت و تا این اواخر هم ادامه داشت که اکثر قریب به اتفاق آنها به خاطر انجام معامله ربوی در قالب بیع‌هائی به شرط خیار، انجام مییافت. عملاً و علناً تأثیری برای (تحریم ربا) در جامعه باقی نمیگذاشت. ماجرای ماهیگیران (اصحاب السبب) بنی اسرائیل نه در يك قریه بل در سرتا سر جامعه به اجرا گذاشته میشد، که ده‌ها مسأله مربوط به آن را در همین جامع الشتات مشاهده کردیم از جمله همین مسأله ۲ و ۵۲ و ۲۶۱. ای کاش در این مورد هم با چنین جمله‌ای رو به رو میشدیم چه فرقی میان قریب خوردن از مرده شوران و قریب خوردن از تاجران است؟! میرزا در این موضوع هم به دست اندرکاران چنین معاملات تذکر داده که به نیت فرار از ربا این حیل‌ها را انجام دهند و در نیت شان صادق باشند و نیز ادله خودش را در مورد این روند توضیح داده. ما نیز در مقابل آن نظر محققینی دیگر از جمله نظریه امام خمینی (ره) را قرار دادیم و توضیح لازم نیز داده شد. رجوع کنید به ذیل مسأله شماره ۶، از جلد دوم و مسئله‌هائی که در همانجا به شماره آنها اشاره شده است .

[۴۹۰]

است بر غسل دادن و ترك آن میکند فاسق می شود.

۲۵۵:سوال: قیم یا وصی شرعی یا احدی از عدول المومنین - که حسبتا متوجه اموال صغیر باشند از معامله وغیره - بدون تعیین اجرت، از [ناحیه] موصی یا حاکم شرع میتوانند اجرت المثل برداشت [کنند] یا نه (؟ - ؟) با وجود احتیاج این جماعت. و آن معامله نیز به حسب تعارف اجرت از برای او باشد -؟ یا باید اکتفا به اقل از اجرت المثل وما یعیش، نمایند؟.

جواب: هر گاه وصیت شده باشد وزاید بر ثلث نباشد، اشکالی در جواز نیست. و بدون وصیت هم در نظر حقیر این است که جایز باشد از برای قیم صغیر - خواه وصی باشد یا حاکم یا ولی شرعی از باب جد و پدر، و خواه از عدول مومنین باشد که حسبتا متوجه شده باشد در نزد فقد حاکم - این که اجرت المثل بردارد. مگر آن که به قصد تبرع کرده باشد، واحوط اخذ اقل امرین است از اجرت وما یعیش. و هم چنین احوط در غنی ترك اخذ اجرت است، هر چند اظهار جواز [اخذ] ست. و این مسأله را در کمال استقصای ادله وفروع آن در (جواب مسائل ثانیه) نوشته‌ام. (۱)

۲۵۶:سوال: شخصی ملکی را وقف نموده و شرط کرده که متولی به اجاره طویله ندهد. آیا مدت طویله چه قدر است؟ هفت سال طویل است یا نه؟ -؟ .

جواب: ظاهر این است که مراد واقف در منع اجاره در مدت طویله مراعات مصلحت وقف است.، که طول زمان گاه است که موجب تناسبی وقف وانکار مستأجر وقفیت را به سبب استمرار، می شود. و فهم مقدار آن موکول به فهم عرف است در ماده اجاره مطلقه یا اجاره وقف. و تحدید آن در عرف به ملاحظه مضاف الیه، می شود. پس طول و

۱: فراموش نشود که اینجا از (مسایل باب اجاره از دفتر سوم) است. و همان طور که دیدیم مسأله مورد اشاره در میان مسائل باب اجاره از دفتر دوم نیز نبود. مراد میرزا (ره) مسئله‌ای از مسائل مجلد دوم است که در باب (حجر) دفتر دوم قرار داشته و دارد. در آنجا نظریه وادله مخالفین میرزا نیز بیان شده است. رجوع فرمائید .

[۴۹۱]

قعر در هر چیزی از ملاحظه (متعارف الاوساط) مستفاد می شود چنانکه انسان طویل و انسان قصیر، و درخت طویل و درخت قصیر، و چون طول عبارت است از ابعاد واکثر آنها به حسب کم در جسم و اجسام به حسب انواع در این معنی مختلفاند، پس، از آن متعارفی که اغلب افراد آن به آن به آن اندازه میباشند مقداری از برای ابعاد ثلاثه آن هست، پس هر گاه زاید بر آن مقدار شد آن را طویل میگویند. و اگر قصر باشد آن را قصیر میگویند. پس مبدأ اشتقاق در (زمان طویل) (۱) غیر [از] اصل معنی طول، است که در مطلق جسم ملاحظه می شود. پس طویل و قصیر را در زمان که (کم غیر قار) است (۲) نیز به ملاحظه اوساط از منہ ملاحظه میکنند. پس باید ملاحظه (ایام متعارف مطلق اجاره با اجاره اعیان موقوفه) را اعتبار کرد که غالباً مطلق املاک یا املاک موقوفه را بیش از آن اجاره نمیدهند، زاید بر آن را طویل مینامند. و هر گاه تحدید آن اضطرابی داشته باشد علاج آن همان است که در سایر امور موکوله به عرف منصرف میکنند، که متقین المصداق بی اشکال را، در طرفین نفی واثبات وضع میکنند، چون معلوم الحکم است. و در مشکوک فیه رجوع به اصل میکنند. مثلاً غالب این است که از سه سال بیشتر اجازه نمیدهند. پس اجاره بیست سال و سی سال خارج است از متعارف جزماً. و اجاره يك سال و دو سال داخل است جزماً. و اجاره هفت سال و هشت سال و ده سال مشکوک فیه است، و اصل اقتضای جواز میکند، مگر این که بالخصوص خلاف مصلحت باشد. و در آن نه از راه این است که قید (طویل) مانع است، بلکه به جهت عدم مصلحت است.

۲۵۷: سوال: زید در مرض الموت به اجاره صحیحه شرعیه بداد همگی شش‌دانگ مزرعه (ارشت) (۳)

و چند مزرعه و خانه دیگر را به اولاد ذکور خود صغیرا و کبیرا در مدت

۱: در نسخه: در آن سال طویل. ۲: ودر نسخه: زمان کم که غیر قار است. ۳: نام دهکده‌ای است. توضیح: نظر به قراین و خصوصیات سوال و جواب، گویا خود میرزا (ره) با نام (ارشت) آشنائی کامل داشته. و سوال کننده عطف به ذهن مخاطب و حواله به (عهد ذهنی) کرده است. در نزدیکی

[۴۹۲]

پنجاه سال - که عبارت از (پنجاه رفع محصول) شتوی و صیفی، بوده باشد - در عوض مبلغ معین. ودر ضمن عقد اجاره شرط نمود که تعمیرات خانه‌ها و مزارع جزئا و کلا، و تحمیلات دیوانی مزارع کلا و جزئا در عهده مستأجرین باشد. و صیغه مواجره اصالتا و ولایتا بینهم جاری شده. چون سه دانگ از مزرعه (ارشت) را موجر به جهت ترکه خود به موجب وصیت نامچه علی حده موضوع داشته، لهذا در ضمن عقد مواجره شرط شده که بعد از آن که موجر قبل از انقضای مدت اجاره فوت شود اختیار فسخ اجاره سه دانگ مزرعه ارشت، با وصی باشد که فسخ اجاره را نموده و به وصیت عمل نماید. و هم چنین: اجاره داد زید مزبور کل شش دانگ يك حجر طاحونه خود را با اولاد ذکور خود به مدت معین و مبلغ معین. و صیغه مواجره اصالتا و ولایتا جاری. حال سایر ورثه زید، اجاره را قابل (۱) نمیشوند. دعوی ایشان مسموع است یا نه؟ - ؟ و اگر اجاره مزبوره مبنی بر محاببات باشد، داخل منجزات مریض می شود؟ آیا منجزات مریض اصل مال محسوب است یا از ثلث؟ - ؟.

جواب: اولاً تفسیر (پنجاه سال) مدت اجاره به (پنجاه رفع محصول)، موجب جهالت مدت اجاره است. و به سبب آن عیب میکند اجاره. چون رفع محصول در سنوات مختلف می شود. و هم چنین شرط تعمیر خانه و دهکده و مزرعه، هم شرط مجهولی است. چون مقدار آن معلوم نیست. و جهالت شرط موجب فساد عقد می شود. و هم چنین شرط تحمیلات دیوانی، هر گاه معین نباشد مشکل است به همین جهت. و اما حکایت سه دانگ قریه ارشت: پس اصل مطلب در آن واضح نیست. اگر مراد این است که وصیت کرده است که به مجرد فوت او وصی او [ثلث] آن قریه را با منافع آن، به مصرف صوم و صلوات و میرات و سایر حقوق برساند، و به جهت استصحاب حیات و امید بقا

(شفت) محل زندگی پدر میرزا آبادی بنام (ارشت) وجود دارد که شفت در پهلو شمالی ارتفاعات و ارشت در پهلو جنوبی آن قرار دارد. رجوع کنید به مقدمه جلد اول. ۱: قائل (نسخه بدل).

به اجاره پنجاه ساله داده. نه به این معنی که عین از برای او ثابت باشد و منافع برای مستأجرین اگر موت حلول کند قبل از انقضای مدت اجاره. پس در این صورت نظر به مقتضای وصیت به مجرد موت، آن ملك با منافع باید به مصرف وصیت او برسد. دیگر شرط فسخ معنی ندارد. بلکه خود اجاره در تتمه مدت منفسخ می شود. و هم چنین هر گاه غرض موصی این باشد که منافع آن ملك را از روز موت ابد الدهر، یا در مدت مدید، از برای وصایای او باشد و عین مسلوب المنفعه از برای وارث باشد. در این صورت باز به سبب اجاره منافع آن ملك بعد از موت موصی، حق مستأجرین نمی تواند شد. پس داخل مدت اجاره نمی تواند شد. بلکه هر قدر از زمان که قبل از موت گذشته اجاره در همان صحیح است و در باقی باطل. بلی اگر غرض از وصیت همان عین مسلوب المنفعه باشد - هر گاه زمان اجاره تمام نشود قبل از موت و آن عین مسلوب المنفعه قیمت قلیلی داشته باشد که موصی در وصیت خود به آن اکتفا کند با منافع بعد از انقضای مدت اجاره و بقای آن به حال خود تا انقضای مدت - صورت ندارد. اما ظاهر صورت سؤال همان احتمال اولی است از احتمالات مذکوره. و حکم آن مذکور شد. و اما اجاره آسیا: پس در ظاهر صورت سؤال:، عیبی از برای آن نمیدانم. و معامله محاباتی و سایر منجزات مریض در مرض موت در نظر احقر) از اصل مال وضع می شود به غیر (اقرار در صورت اتهام به قصد حرمان وارث)، که آن را از ثلث اعتبار میکنیم.

۲۵۸:سوال: هر گاه زید صلات يك ساله استیجار نماید به عنوان اطلاق. آیا منصرف به سال شمسی می شود یا قمری؟ - و بر فرض انصراف به شمسی، آیا خمس مستترقه (۱) جزء سال خواهد بود یا نه؟ -؟

جواب: باید دانست که در عقد اجاره تعیین منفعت شرط است. و آن یا به تعیین زمان

۱: پنجه مستترقه: پنج روز دزدیده شده: سال شمسی قبل از عصر ملك شاه سلجوقی دوازده ماه و پنج روز بود. یعنی دوازده ماه هر کدام سی روز که مجموعاً ۳۶۰ روز میگردد و پنج روز تا آخر سال میماند که به پنجه مستترقه معروف بود. به دستور ملك شاه و مباشرت عمر خیام تعداد ایام ماهها به صورت امروزی تنظیم گردید. سوال کننده هفتصد سال پس از آن، از پنجه مستترقه میپرسد .

است یا به تعیین عمل. تعیین زمان مثل این که کسی اجیر میکند کسی را به این که يك سال از برای او خیاطی کند یا کتابت کند یا نماز کند. در این صورت باید آن شخص در يك سال مشغول آن عمل باشد.

واستثنا می شود از آن، زمان اكل وشرب و خواب وسایر ضروریات به عنوان متعارف، و باقی زمان را باید مشغول باشد. و در این صورت سال و ماه منصرف می شود به قمری در صورت اطلاق، مگر این که شرط کند سال شمسی را. و ظاهر این است که معتبر در آن نزول شمس است در برجی تا این که باز نازل شود در آن برج. پس در این صورت که اجیر شود از برای يك سال نماز، معنی آن این است که از غره این ماه مثلا مشغول شود به عمل تا غره آینده همین ماه. هر چند عدد ایام نسبت به سال شمسی کمتر باشد. و اما تعیین عمل: پس باید مقدار عمل معین باشد و آن نمی شود الا به تعیین عدد نماز. به جهت آن که عدد نماز در شمسی و قمری مختلف می شود و مقدار آن عمل مجهول میماند. و متعارف در زمان ما این است که آن که اجیر می شود برای نماز کردن، به حسب صلوات خمس اجیر می شود که دوازده روز (۱) سی مرتبه نماز یومیه بکند. و اگر این متعارف نباشد اجاره باطل می شود به سبب جهالت مقدار عمل. پس سوال: از اعتبار سال شمسی و قمری بی وجه است. زیرا که مقدار عمل سال قمری مختلف می شود و ضابطه معینی ندارد.

۲۵۹: سوال: اذا استاجر زيد عمرا لان يحج لوالده بمبلغ معين. وظهر للموخر في الطريق او قبل اتمام الحج او بعده غبن فاحش. فكيف الحال؟.

جواب: هذه المسئلة مما لم يحضرنى فيها من كلام الفقهاء شينئى، وتحقيق الكلام فيها يستدعى رسم مقدمات:

الاولى: ان استحقاق الاجرة متوقف على قصد العمل للمستاجر، سواء كان من الاعمال التوقيفية فعلا نيابة عن المنوب عنه - كالعادات الواجبة، او من الاعمال المندوبة المقصود حصول ثوابها للمستاجر، والا لم يقصد النيابة فى اصل الفعل .

۱: یا سی مرتبه نماز یومیه را دوازده بار به جای آورد .

[۴۹۵]

كلاستيجار لقراءة القرآن والصلوة المندوبة التى يجعل ثوابها للمستاجر، لافعلها نيابة عنه - او من الاعمال التوصلية. (۱) كالخياطة وعمل اللبن وغيرهما. حتى لو استاجره لخياطة ثوب معين وقصد الموخر الغصب، ثم راه مخطا، فان خاطه بعد الغصب فلا اجرة له، انما قصد الخياطة لنفسه. واما جواز نقل ثواب العبادة المندوبة والقراءة بعد اتمامهما الى الغير واخذ العوض على ذلك: فهو خارج عما نحن فيه، وموقوف على صحة مثل هذه المعاوضة. والظاهر الصحة، للعمومات.

الثانية: ان الاعمال بعضها مما يكون المقصود منها نفس العمل كالاستيجار للحج والصوم والصلوة وبعضها مما يكون المقصود منها [اما] حصول اثرها فى عين خارجى، كالخياطة وعمل اللين ونحوهما. او اهداء ثوابها واجرها الى المستاجر بعد تمامها، كالعبادات المندوبة وقراءة القرآن.

الثالثة: ان الاجرة فى الاجارة تصير ملكا للموخر وكذلك المنفعة تصير ملكا للمستاجر، بمجرد الصيغة. ولكن لا يجب تسليم احدهما لامع تسليم الاخر. فان كان المنفعة هى منفعة الاعيان كالداية والعبد والدار والد كان، فيكفى فى تسليمها تسليم العين المستاجرة، ويستحق الموخر بتسليمها تسلم الاجرة. واما اذا كان عمل الانسان: فقول انه يحصل باتمام العمل. وقيل انه لا بد معه من شئى آخر، ومثلوا له بتسليم الثوب بعد اتمام الخياطة، فلا يستحق الاخذ قبل تسليم الثوب. وقيل بالتفصيل بان العمل ان كان فى ملك المستاجر، فيكفى اتمام العمل، كما لو استاجره لعمل اللين فى ارضه. وان كان فى ملك الموخر او فى ارض مباحة، لا بد من التسليم. والاوسط عندى القول الاوسط. ولعله مختار الاكثر. وظنى ان القائل بالقولين الاخرين غفل عن معنى التسليم، واشتبه عليه الامر. وهذا هو السر فى الاختلاف. ووجهه ان التسليم يختلف باختلاف المواضع. فكانهم ذكروا فى كتاب البيع اقوالا فى معنى القبض، واختلفوا فى معناه. وفرقوا بين المنقول وغير المنقول. فينبغى

١: برأى توضيح اصطلاحات وتقسيمات: توقيفيه، توصليه - معاملات، عبادات، عقود، ايقاعات - رجوع كنيده به مسئلههاى ٣٤٢، ٣٤٤ ج اول و ٢٩ ج ٣ و ٤١، ٨٢ ج ٤ .

[٤٩٦]

التعرض لمعنى التسليم هنا ايضا. والحق ان التسليم موكول الى العرف. وفى كل موضع يتحقق [بنحو]، فقد يحصل فى المنفعة باتمام العمل. وقد يحتاج الى شىء آخر. فالموضع الذى يحصل باتمام العمل، تسليمه انما هو ذلك. لا انه لا يحتاج الى التسليم. فغفل القائل بعدم الاحتياج [الى التسليم] عن كون ذلك تسليميا فى هذا الموضع، وقال بان لا يحتاج الى التسليم اليه. فمن (١) لاحظ موضعا يحتاج الى شىء آخر غير اتمام العمل شرطا للتسليم، فصل. ومن غفل عن حصوله باتمام العمل فى موضع، حسب انه لا يحتاج الى التسليم. فالتحقيق هو القول بالاحتياج الى التسليم لكنه يختلف فى المواضع. وتوضيحه يحتاج الى تمهيد مقدمة. وهو ان الاجارة لعمل الانسان يمكن ان يقع على وجوه: الاول: ان يكون المقصود ان يقع فى ملك المستاجر، كخياطة ثوبه او عمل اللين فى ارضه. والثانى: ان يقع فى ملك الموخر او الارض المباحة. والثالث: ان يوجد نفس العمل بان لا يحتاج العمل الى قيامه بشىء آخر

كالصوم والصلوة والحج وتلاوة القرآن . فالمقصود بالذات هنا حصول نفس العمل بخلاف القسمين الاولين، فان المقصود فيها بقاء الاثر فى عين موجود خارجى كالثوب والطين. ولما كان (٢) الاعراض لا بد لها من القيام بمحل فالعبادات لا ينفك عن القيام بيدن الموجر او بمحل يودى فيه . فهو من لوازم العرض من حيث هو، لامن حيث انه مقصود المستاجر. والا فهو موجود فى القسمين الاولين ايضا. ومن جملة امثلتها فى غير العبادات حراسة الزرع والبستان من الطيور والموزيات بالتصفيق والتصويت وغيرهما من خارج الزرع والبستان وحريمهما ايضا. ومن جملتها تنقية النهر الذى ليس للموجر ولا للمستاجر بل انما كان لوقف على مصلحة عامة وغرض المستاجر حصول نفس ذلك العمل [او.] (٣) السلطان الجائر الزم الرعايا بالتنقية وهم يستاجرون لرفع النكايه عن انفسهم .

١: وفى النسخة: ومن. توضيح: على كونه (ومن) ينقلب المطلب والكلام. ٢: فى النسخة: واما ان... ٣: وفى النسخة: نفس ذلك العمل اذا السلطان الجائر الزم

[٤٩٧]

فيصير حصر القول بالتفصيل غير حاصر. ويمكن ان يتكلف فى المثاليين الاخيرين بتعميم ملك المستاجر بحيث يشمل مثلهما. اما المثال الاول: فكان الحفظ الذى حصل بالتصفيق والتصويت، قام بالزرع والبستان، لحصول اثرهما فيهما بصيرورتهم محفوظا. واما المثال الاخر: فكانه بقصد الخير او الشر، صار قائما مقام المالك. فالمراد بالمالك من يريد وقوع المنفعة فى ملك له علقه بامرته. فيصير نائبا عن المالك او المتصرف. ويقدر بالقول بالتفصيل ايضا ان الامثلة التى ذكرها من عمل اللبن فى ملك الموجر او فى الارض المباحة، ليس على ما ينبغي. فان الاجارة ح مسبوقة بنوع من التمليك يجعل عين ارض الموجر اولا منتقلا الى المستاجر ولو بالاباحة، ثم يعمل فيه باللبن. وكذلك فى المباح مسبوقة بالتوكيل فى حيازة المباح فيصير بذلك للمستاجر ولو بالاولوية ثم يقع العمل عليه. فهذه من امثلة وقوع العمل على ملك المستاجر. سيما مع ملاحظة التوسع الذى قدمناه فى المثاليين المتقدمين. وايضا تسليم ثوب المستاجر بعد الخياطة وتسليم اللبن الذى عمله فى ارضه امر لازم مع قطع النظر عن العمل. غاية الامر انه يمكنه الحبس من جهة التقاص لو امتنع عن الاجارة. وهو امر آخر غير تسليم العمل. ولعلمهم لما لم يتفطنوا المثال من امكان (١) تحقق العمل بدون ان يكون المعمول فيه فى ملك الموجر او المستاجر، فمثلوا بتسليم الثوب بعد الخياطة وتسليم اللبن. والحق انه لا بد من تحقيق امكان تسليم العمل بدون ملاحظة المحل، والقول به. مع قطع النظر عن المحل سواء وقع فى ملك الموجر او المستاجر فذلك قد

خفى عليهم فلا بد من تصوير التسليم فى مالم يكن قائما بملك احدهما، وفى ما يكون قائما بملك احدهما مع قطع النظر عن المحل. وقد ظهر مما ذكرنا فى المقدمة الثانية ان العمل اذا كان من التوقيفات التى قصد بها النيابة وتم بنية كونه للمستاجر فلا يبقى معنى لعدم التسليم، بل يصير ذلك بمنزلة (التلف بعد الاجل) فلا يبقى شىء حتى يصير مورد التسليم. بل انا تسلم بالاتمام واما اذا كان من غيرهما مما يكون المقصود منها حصول الاثر فى شىء خارجى فلا يتم التسليم الا بتسليم العين التى اقام بها الاثر، او بعدم رجوع الموجر عن الاهداء بجهة من الجهات. فهذا يصير قولاً

١: فى النسخة: (يمكن) بدل (من امكان).

[٤٩٨]

بالتفصيل فى معنى التسليم. لا التفصيل فى اشتراط التسليم وعدمه. وح فنقول: بعدما عرفت فى المقدمة الاولى ان استحقاق اخذ الاجرة موقوف على كون العمل بقصد يكون للمستاجر، ان استحقاقه ايضا موقوف على التسليم. وتسليم المنفعة فى العرف انما هو كونها فى محل للمستاجر بلا مانع. وهو قد يكون بنفس اتمام العمل كالعبادات الواجبة التى فعلها نيابة عنه، فان اتمام العمل على هذا الوجه لا يبقى معه وجه لاشتراط شىء آخر فى حصول التسليم، ولا يتصور مانع عن التسليم يحتاج الى دفعه، كتحصيل التخلية. بل نفس اتمام العمل نيابة عنه تسليم له. واما ما يتصور فيه مانع آخر عن كونه مغلخى (كالاعمال الواقعة على الاعيان الخارجية): فما ما كان من التخلية من جانب الموجر عدوانا - مع عدم منعه من اعطاء الاجرة او لبنه المضروب فى ارضه او ارض الموجر او المباح بعد انتقال الطين الى المستاجر بتملكه اياه او [ب] حيازة المباح وكالة عنه - فح يضمن [اما] العين لو تلفت، واما العمل. فان شئت قلت: انه لا يستحق اخذ الاجرة عليه لعدم التسليم، ولا يضمن العمل. وان شئت قلت: انه يضمنه ايضا لانه صار بالعمل بنيته ملكا للمستاجر وفوته، ولكنه يستحق الاجرة عليه. ويظهر الثمرة فى ما لو تفاوت عوض المثل مع المسمى فى العقد ولعل الترجيح للثانى والقول بان يراد بنفى لزوم الاجرة ايضا هو اذا لم يعزم العمل. واما ما لم يكن المنع عن التخلية من جانب الموجر عدوانا - كما لو خاط الثوب وتممه ويريد التسليم على الصباح، وسرقه سارق فى الليل بدون تفريط منه - فالقول بعدم لزوم الاجرة وصيرورة العمل لغو (لاجل عدم الاقباض)، فى غاية البعد. فانه فعل فعلا محترما بعقد لازم ولم يحصل منه تفريط. فهو ظلم صريح واجحاف فضيح. فالصواب ان يقال: ان استحقاق الاجرة يتوقف على تسليم العمل ولكن بمعنى ان يتم العمل بقصد كونه للمستاجر مع التخلية وعدم الموانع العدوانية من قبل الموجر.

سواء كان عدم المانع باعتبار عدم امكان تحقق المانع (كالعبادات المذكورة) او باعتبار عدم حصوله من الموجر ان امكن تحققه. فيبقى صورة عدم التسليم الموجب لعدم استحقاق الاجرة فى ما امكن وجود المانع من قبل الموجر عدوانا. وانما قيدنا بكونه عدوانا، احترازا عما حيس لاجل مماثلة المستاجر فى

[٤٩٩]

الوفاء بالاجرة. فظهر ان قول المفصل لا يصح على الاطلاق حيث قال (ان كان فى ملك المستاجر فلاحاجة الى شىء آخر غير اتمام العمل، بخلاف ما لو كان فى ملك الموجر) اذ قد عرفت انه لا يتم فى الثوب المخيط اذا حبسه عدوانا. نعم يتم فى مثل تطيين سطح بيته الساكن فيه. وكذا لا يتم اذا كان فى ملك المستاجر وتحت يده ولكن منعه الموجر عن التصرف فيه، كاللبطن المضروب فى ارض المستاجر. مضافا الى كون حصره غير حاصر للعبادات الواقعة نيابة عن المستاجر. وكذلك القول الاخر (اعنى اشتراط شىء وجودى آخر غير اتمام العمل) لا يصح مطلقا. لتخلفه فى العبادات المذكورة.

الرابعة: ان دعوى الغبن تجرى فى الاجارة. بل فى ساير العقود كالصلح والمزارعة وغيرهما، ولا يختص بالبيع. ممن صرح به المقداد فى التنقيح، قال (هذا الخيار ثابت فى كل معاوضة مالية محضة. كالبيع والمزارعة والمساقات والصلح وغيرها من المعاوضات المالية عوضا). فالعلاقة هو اشتراك الكل فى نفى الضرر. وفى الدروس ايضا تصريح بثبوتها فى الصلح. وفى آخر كتاب الوقف منه ايضا بثبوتها فى الاجارة وفى اواخر قواعد الشهيد قال (اما خيار الغبن :فيمكن الحاقه بالصلح والاجارة، وكذا خيار الرؤية. بل وبالمزارعة والمساقات .وخيار العيب يدخل فى الجميع. اما الارش فيختص بالبيع، ويحتمل دخوله فى الصلح والاجارة).. وقال الشهيد الثانى (ره) فى الروضة فى كتاب الصلح (فى ثبوتها وجه قوى لدفع الضرر المنفى الذى يثبت بمثله الخيار فى البيع) واختار اجرائه فى الصلح فى المسالك ايضا.

الخامسة: المشهور عندهم - على ما نسبه فى الروضة اليهم فى كتاب البيع - ان خيار الغبن لا يسقط، سواء كان من الغابن او المغبون، وسواء كان مخرجا عن الملك كالبيع والعتق، وا مانعا عن الرد، كالاستيلاد فى الامة. الا ان يكون المغبون هو المشتري واخرجه عن ملكه او فعل ما يمنع من الرد كالاستيلاد، لعدم امكان الرد. واورد عليهم الشهيد (ره) فى اللمعة فى هذا الاستثناء، للزوم الضرر على المشتري ح فى صورة الجهل بالغبن او بخياره، مع ان الحكمة فى الكل رفع الضرر. فيمكن ان يكون له الفسخ مع رد المثل او القيمة .للجمع بين الحقيين. وكذا فى صورة التلف كما لو كان المتصرف هو المشتري والمغبون هو

البايع، فإذا فسخ البايع يرجع الى المثل او القيمة. وقويه فى الروضة وقال) لكنى لم اجد به قائلًا) يعنى غير الشهيد، ثم قال (نعم لو رجع اليه بفسخ او اقالة او بموت الولد، جاز الفسخ ان لم يناف الفور). اقول: ويرد عليهم مضافا الى ما اورده الشهيد (ره) ان هذا الكلام لا اختصاص له بما كان المغبون هو المشتري، بل يجرى فى ما كان المغبون هو البايع وتصرف فى الثمن كذلك. لان العلة هو عدم التمكن من الرد، موجودة فيه ايضا. ولهذا [قال] فى المسالك - بعد ما ذكر كلام المحقق حيث قال: لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن الملك او لم يمنع مانع من الرد كالاستيلاد فى الامة والعتق - (وهو يتم اذا كان التصرف المخرج من ذى الخيار، فانه لا يمكنه رد العين المنقلة عنه. واما الاخر فيمكنه الفسخ والرجوع بالمثل او القيمة على من نقل العين) وبهذا صرح جمع من الاصحاب ولكن يرد على هذا ايضا ما اورده الشهيد عليهم، فان فى صورة جهل المغبون يلزم الضرر عليه. سواء كان بايعا او مشتريا. فالتحقيق ان يقال :اذا بنينا على ان التصرف بعد العلم بالغبن دال على الرضا ومسقط للخيار وهذا الكلام (١) انما هو فى صورة [العلم فقط] فيدخل جميع الاقسام تحت لزوم الضرر ولا مسقط له. فيسلط على الفسخ بقاعدة الضرر على اخذ المثل، او القيمة بقاعدة الاتلاف.

السادسة: هل يمكن نقل العمل الذى فعله المكلف لنفسه او لغيره الى شخص آخر؟. الظاهر نعم فى الجملة. اما جوازه فى غير العبادات: فيمكن فرضه فى مثل ما قدمناه من حكاية تنقية النهر. فان من اجر نفسه لشخص يوما باجرة معينة واتم العمل، ثم جئه آخر واراد منه استيجاره لتنقية ذلك النهر يوما، وله (٢) فى ذمة الموجر دين يساوى اجرة يوم لهذا الطالب، وهو يريد الخلاص من دينه فيجيب عند المستاجر الاول ويستقبله مما عمل له الاجارة، ويقبله (٣) ايضا، ويجعله فى عوض دينه. ولكن هذا ليس من باب الاجارة بل هو معاملة

١: وفى النسخة: وان الكلام... ٢: وفى النسخة:.... ذلك النهر يوما. وكذلك فى ذمة الموجر... ٣: فى النسخة: ويقبله .

اخرى ومعاوضة بنقل شىء (١). بل هذا ليس من باب نقل العمل، لعدم امكانه، لانه عرض زال. بل انما هو نقل لاثره. وهو الكيفية الحاصلة منه فى الجسم، التى تنتقل بتبعية ذلك الجسم. كاللبن المسطوح فى ارض الموجر. لعدم انتقاله الا بذلك. فانتقال الجسم بتبعية نقل الاثر، لانه المقصود بالذات، وان كان

الجسم هو الاصل فى قوام ذلك الاثر. وفى مثل تنقية النهر انما ينتقل الاثر وهو كون قطعة من النهر منتقى بعمله. اى الكيفية الحاصلة للنهر بسبب عمله. اذ قد حصل له بايجاد هذه الكيفية حق الانتفاع بها لحصولها على وجه قدم (٢). فيصح نقله الى الغير، ولا دليل على بطلانه. لعمومات الادلة. ويظهر من ذلك جوازه اذا فعل هذا العمل لنفسه، بطريق اولى. واما فى العبادات: فهى اما مما فعله لنفسه او لغيره. وما فعله لغيره اما وقع على وجه النيابة تبرعا او بالاجارة.. او فعله واهدى ثوابه اليه. وكذلك ما فعله لنفسه اما ان يكون من باب قضاء ما تركه او من الاعمال الابتدائية، كالنوافل وقراءة القرآن.. فاما ما كان من قبيل ما فعله بقصد الاجارة نيابة عن الغير كقضاء الصلوة والصوم والحج، المحتاج الى نية النيابة: فلا يجوز النقل. لانه بمنزلة اداء دين الميت، او الحى فى ما امكن كالحج عن العاجز، وصلوة الزيارة التى وجب عليه. فلا معنى لاستقالة المستاجر فى ذلك، ويكون العمل وادائه للمنوب عنه نيابة، وان لم يود اليه الاجرة. بل انما يستحق الاجرة، والحى يتبدل حق الله عليه بحق الناس. وحق يواخذ الله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجرة (٣). وكذلك ما فعله قضاء عن نفسه. فانه ايضا وفى به دين الله، فلا رجوع و [لا] نقل فيه. (٤) واما ما فعله واهدى ثوابه الى الغير: فلا يخل اما ان يكون على وجه الاجارة، او بدونها. اما الاول: فكما لو استاجر لاجل ان يقرأ القرآن على راس قبر ميت المستاجر، فان هذا

١: عبارة النسخة: بل هو معاملة اخرى ذات معاوضة باقل شىء. ٢: كذا. ٣: عبارة النسخة: وحق آخر لله عليه بمعصيته فى ترك اداء الاجرة. ٤: وفى النسخة: ولا الرجوع والنقل فيه .

[٥٠٢]

ليس من باب الاستيجار لغوايت صلوات الميت. بل هو استيجار لعمل مباح له ثواب ويريد المستاجر ان يفعله الاجير بنية ان يكون ثوابه لميته ويهدى ثوابه اليه. فان هذا جائز، والظاهر انه لاختلاف فيه كما يظهر من التذكرة قال فيها: يجوز ان يستاجر الانسان غيره لقراءته القرآن على رأس القبر مدة. كما يجوز الاستيجار للاداب او تعليم القران. وقد سبق انه يجب عود المنفعة الى المستاجر. فان ذلك شرط فى صحة الاجارة. وهنا يجب عود المنفعة الى المستاجر او ميته. فعندنا ان ثواب ذلك يصل الى الميت اذا نوى الاجير ذلك. خلافا للشافعية، فانهم قالوا (المستاجر لا ينتفع بان يقرأ الغير) ومشهور عندهم ان الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة. فقالوا لما قرروا جواز الاستيجار: لابد من انتفاع الميت بالقراءة وفيه طريقان: احدهما ان يعقب القراءة بالدعاء للميت، فان الدعاء يلحقه. والدعاء بعد القراءة اقرب الى الاجابة واكثر بركة. والثانى انه لو نوى القارىء بقراءته ان يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن لو قرأ ثم جعل ما

حصل من الاجر له، فهذا دعاء بحصول الاجر للميت، فينتفع الميت. انتهى كلامه ره. فهذا ايضا يوجب ثبوت الثواب للميت، ولا يمكن الاقالة ولا يمكن الرجوع. وان لم يود الاجرة. بل وانما يثبت له استيفاء الاجرة، كما تقدم. واما الثانى يعنى مالم يكن على وجه الاجارة: فان كان تكليفه ذلك العمل كصدقة مجهول المالك او اللقطة مع الضمان، فيمكن فيه النقل. كما ورد فى الاخبار. (١) لكن الظاهر انه ايضا ليس من باب نقل العمل. بل انما هو نقل لاثره وهو الثواب، فكانه عاوض الثواب الذى قصده للمالك بتصديق ماله، بما يغرمه للمالك، وان لم يكن تكليفه ذلك. واما فعله تبرعا: (٢) فالظاهر عدم جواز النقل لا لنفس العمل ولا لثوابه. اما الاول فظاهر لعدم امكانه بالذات وعدم حصول النية فى العمل. واما الثانى فلانه بمنزلة تلف الهدية. واما ما فعله من الاعمال المندوبة الابتدائية لنفسه كقراءة القرآن والصلوة والصوم: فالظاهر جواز النقل فيه بعد العمل. ولكنه ايضا نقل الثواب لا العمل فهو يدعو ويسأل الله ان

١: وسائل: ابواب اللقطة، الباب ٢ ح ١، ٥، ١٤. والباب ١٨ ح ١. ٢: عبارة النسخة: ... وان لم يكن تكليفه ذلك ولكن فعله تبرعا ...

[٥٠٣]

يجعل ثواب ما فعله للغير. ثم ان الاشكال باق فى جواز اخذ العوض فى صورة (١) امكان النقل بعد العمل. اذ غاية ما ثبت من ادلة اخذ الاجرة انما هو فى صورة الاستيجار اما فى خصوص النيابة فى الفعل كالحج والصوم والصلوة، او فى مثل قراءة القرآن للميت بقصد ان يكون الثواب للميت وان لم يقصد النيابة. كما يشعر عبارة التذكرة با نه مذهبنا. ويمكن الاستدلال على جواز التعويض فى الثواب ونقله بعد العمل فى ما جوزنا فيه ذلك بعنوان المعاوضة، بعمومات (اوفوا بالعقود) وغيرها. ويستأنس له بالروايات الواردة فى اللقطة (٢) وغيرها مما دل على انه لو تصدق بها مع الضمان ثم جاء صاحبها وطالب المال فيعطيه وينقل الثواب اليه.

السابعة: اذا اجرينا الغبن فى الاجارة وفسخ الاجارة، ففى معنى الرجوع الى المنفعة خفاء. لكون العمل من الاعراض التالفة. فيمكن فرضه فى ما قام بعين فالرجوع الى الاثر الحاصل منه فى الخارج، كالهبة الحاصلة من الخياطة فى الثوب ومن عمل اللبن فى الطين. واما فى مثل العبادات فلا يمكن الا بالرجوع الى الاثر المترتب عليه من الثواب وهو ليس فى يد المستاجر حتى يرجع اليه. فالرجوع فيه انما هو الى الله تعالى وسواله بان ينتقل ما قرر للعمل من الثواب الى الموجد. بل ويشكل فى الصورة الاولى اذا كان العين التى قام بها الاثر، ملك المستاجر. او صار ملكا له بتبعية نقل العين من ملكه اليه، او حيازة

المباح بنيته. ويمكن ان يقال: ان المنفعة فى معنى النالف فى البيع ولا يمكن الرجوع اليها بعينها. فيرجع الى المثل او القيمة. والاقرب المثل..

الثامنة: اختلفوا فى فورية خيار الغبن. نظر الى الاستصحاب واصالة عدم الفورية، والى ان الاصل فى العقود للزوم خرج عنه موضع الوفاق وهو الفور، وبقي الباقي (٣). وان وضع هذا الخيار لدفع الضرر وهو يحصل بالفور. ولا يبعد ترجيح الاخير. نعم لو جهل بالخيار او بفوريته فلايسقط بالتاخير، كما كان له عذرا آخر فى الاظهار) مثل كونه محبوسا او خائفا او لغيبة الغابن وعدم امكان الوصول اليه والى ولى وكيله او وليه. او تعسره) من الاعذار. وكذلك اذا

١: وفى النسخة: فى شؤب.. ٢: المرجع، الاحاديث. ٣: عبارة النسخة:... الاصل فى العقود للزوم خرجنا عنه فى وضع الوفاق وهو الفور وبقي الباقي .

[٥٠٤]

اختلفا فيه ولم يمكن الرجوع الى الحاكم.

التاسعة: قد اشرنا سابقا الى ان عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف. انما هو اذا كان جاهلا به. واما اذا علم به وتصرف فيسقط الخيار. ولكن لابد ان ينبه على ان التصرف الحاصل بعدم العلم بالغبن، هو التصرف الذى ذكره فى مسقطات الخيارات. والتحقيق فيه انه هو التصرف الدال على التزام العقد ويجابه لامطلق التصرف. والمعيار فيه اما حصول القطع بارادة الالتزام، او صدور فعل منه لا يصد فى العرف والعادة الا ممن يلتزم الملك. كتقبيل المسلم للامة او وطئها، ونعل الفرس، وامثال ذلك. وان لم يوجب العلم بذلك فى نفس الامر. فلو ادعى السهو او الخطأ فلا يسمع الا بالبينة او ما يقوم مقامها. وكذلك لو ادعى الجهل بان مثل هذا التصرف موجب للالتزام ومناف لدعوى الغبن. مضافا الى الاشكال فى معذورية الجاهل فى مثل ذلك. اذا تمهدك هذه المقدمات فنرجع الى المسئلة ونقول: اذا ظهر للاجير غبن بعد عقد الاجارة، فاما ان يكون الاطلاع بعد اتمام الحج او قبله. فان كان بعد اتمام العمل. فالظاهر ان له ان يفسخ الاجارة ويرجع الى العمل. ولما حصل فيه التسليم يقتضى ما ذكرناه فى المقدمة الثالثة، من ان التسليم فى مثل ذلك هو اتمامها بنية المستاجر. فلا تقصير من جانب الموجر. ولما كان العمل تالفا ليس له وجود فى الخارج ولم يبق منه اثر فى الخارج (كالعمل المتعلق بالاعيان كالخياطة وعلم اللبنة) فيرجع الى المثل او القيمة. كما مر فى المقدمة الخامسة من اقتضاء علة الضرر ذلك. وان كان مامر فى المقدمة هو العجز عن الرد وهذا من باب العجز عن الاسترداد. فلو فرضنا كون العمل مثليا - فلا يمكن

تحصيله فى هذه السنة بان يجعله الموجر لميته ولو فرضنا كونه بعنوان الاطلاق لا المباشرة بنفسه . لانقضاء ايام الحج - فالحكم فى المثلى حين عدم التمكن منه، الرجوع الى قيمته يوم اعواز المثل. لايقال (انه يمكن الغرامة بحج مثله فى السنة الاتية). لانا نقول: كيف يمكن استحقاق المستاجر لاجرة من الموجر و ابقاء عوضه عنده الى السنة الاتية والمفروض ان المعاملة حالة لا موجلة. فيؤل الكلام الى اعواز المثل. والاظهر ان يقال: ان العمل ليس بمثل. سيما الحج لتفاوت الاعمال بالنسبة

[٥٠٥]

الى الاشخاص والاوقات والسنوات، فربما يصير الحج فى القابل من باب الاضطرار، او الفاقد لكثير من افعال الحج. او يصير احسن من هذه السنة. فهو من القيميات. فلامنص عن الرجوع الى القيمة. وليس قيمته الا اجرة مثله.. ثم ان هنا دققة لابد ان ينبه عليه: وهو ان المعتبر فى قيمة القيمي يوم التلف، و [فى] قيمة المثلى يوم اعواز المثل، هو قيمة قبل التلف والاعواز. والا فقد يتفاوت القيمة فى الانين. ويظهر الثمرة فى مانحن فيه. اذا لو اعتبرنا قيمة العمل حين التلف وهو آن الاتمام، فلا قيمة للحج. سواء كان قيميا او مثليا. فلا بد من اعتبار قيمته قبل انقضاء ايامه وقيمة مثله كذلك. فحصل من جميع ذلك ان المعيار هو قيمة مثل الحج الذى فعل، او هو اجرة مثله. هذا كله اذا كان المستاجر حاضرا وتوافقا على الغبن او ترافعا عند الحاكم وحكم به. وان كان المستاجر غائبا، فان رضى الموجر بالغبن فلا كلام. وان لم يرض به فيرجع الى الحاكم ويصح حكمه على الغائب ان ثبت عنده. والغائب على حجته. فيحكم الحاكم بعد ثبوت الغبن وفسخه باستحقاق اجرة المثل حتى يحضر الغائب ويأتى بحجته. وان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهذا من الاعذار فى تاخير دعوى الغبن. كما مر فى المقدمة الثامنة. (١) فيبقى على دعوته حتى يمكن حضور المستاجر او يتمكن من الحاكم. ثم: بعد ثبوت الغبن والحكم بجواز الفسخ، فاذا فسخ المغبون فيستحق المستاجر الاجرة المسماة و الموجر اجرة مثل الحج. فاذا ترادا فيرجع الاجرة المسماة واجرة المثل التى هو عوض العمل الى الموجر. ويقاص الموجر (٢) الاجرة المسماة (ان اخذها قبل الحج) عن بعض اجرة المثل وياخذ الباقي. فيقع الاشكال فى برائة ذمة المستاجر وميته عن الحج. فمن حيث ان العمل رجع الى الموجر بالفسخ (وانما اخذ اجرة المثل لعدم تمكنه من رد العمل) فيشكل وقوعه عن المستاجر والميت. ومن حيث انه صار معاوضة ثانية [و] عاوض العمل بعد الفسخ باجرة المثل، يمكن القول بوقوعه عنه. لانه عقد معاوضة ولا دليل على بطانه، لعموم (اوفوا بالعقود) و (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم). ١: وفى النسخة: الثانية. ٢: وفى النسخة: او يقاص الموجر ...

سيما والمفروض وقوعه بينة المستاجر فى ظاهر الشرع. بمقتضى العقد اللازم. فهو محكوم فى ظاهر الشرع بكونه للمستاجر ولميته. بل ولو كان مغبونا فى نفس الامر و عجز عن الاثبات وكان المستاجر جاهلا بغبنه. فقد عمل بتكليفه ووفى بما امره الله فيجزى عنه وعن ميته. نعم ان كان المستاجر عالما بالغبن ح (اى حين العمل بالتكليف وهو زمان الاستيجار) [و] منعه حقه فلايجزى عنه فى نفس الامر ولا عن ميته. لانه كان ح مع العلم [بالغبن] (١) يقصد ان يرضى الموجر بعد اطلاعه على الغبن وعدم رضاه به ويقيمه على العمل على هذا الوجه. فلو اقامه على العمل يقصد ان لايرد عليه عوض عمله لو اطلع واراد الفسخ، فهو غاصب للعمل. ولا يحصل الامتثال بمثل ذلك. نعم لو كان فى الاول قاصدا لذلك (٢) وطء خيال المنع بعد تمام العمل، لكان للاجزاء عن المستاجر وميته، وجه. لانه كان ذمته مشغولة باجرة المثل. وكذا لو جهل حين الاجارة وحصل له العلم بعد اتمام العمل ومنع عن حقه. بل وكذا لو كان عالما وقاصدا للمنح حين الاستيجار وطء له الرضا بتسليم اجرة المثل بعد التمام. وحاصل الكلام: [ان] ثبوت الحج للمستاجر (٣) وانتقاله اليه، اما يرجع الى اتمام نقص ما حصل من العقد الاول، او الى معاوضة جديدة. ولما كان الغالب (فى الفسخ بسبب الغبن) هو الرجوع الى عوض الحج، يرجع الى اخذ الارش، حيث كان العوض من النقود. فيرجع الى رضاء الموجر باخذ التفاوت وان يكون العمل للمستاجر، وان لم يكن اخذ الارش من مقتضيات الغبن. وح فيبقى العمل بما له للمستاجر بالعقد الاول. اما لو كانت الاجرة المسماة لها خصوصية، مثل ان يكون ضيعة او عبدا ويكون مطلوبا للمستاجر، فينحصر المناص فى الرجوع الى المعاوضة الحاصلة بعد العمل. بان يعطيه اجرة المثل بتمامه من الخارج ويتملك الحج. وقد ذكرنا ان الاظهر اجزائه عنه وعن ميته .

١: وفى النسخة: مع العلم مطلقا، توضيح: لعل احد النساخين غيره نظر الى الصورة الاتية بقوله (نعم لو كان قاصدا فى الاول لذلك) ولكن ليس فى محله. ٢: اى قاصدا ان يرد عليه عوض عمله. ٣: فى النسخة: فى ثبوت الحج للمستاجر .

بخلاف ما لو كان احد حج لنفسه ندبا، ثم اراد نقله الى الغير. فانه لا دليل على كفاية ذلك عن الحج الذى وجب على الميت. اذا لدليل انما دل على وجوب الاستيجار عنه واتيان الفعل نيابة عنه، الا ان يتبرع. نعم يمكن نقل الثواب كما دل عليه اخبار التصديق فى اللقطة وغيرها. كما اشرنا اليه فى المقدمة

السادسة. وربما توهم ان اخبار اللقطة لايناسب المقام حتى يستدل به على جواز معاوضة ثواب العمل. لان المالك لم يعمل مايوجب الثواب حتى ينقله الى الملتقط ولكنه مراعى بعدم رضا المالك. فاذا رضى به فى عوض ماله، فيكون الثواب له .وايضا يمكن الاشكال فى (نقل الثواب بعوض) من الاصل. لعدم العلم بحصوله ولا مقداره. لامكان عدم تحقق شرايطه ووقوعه على الوجه المطلوب، او خبطه بعصيانه، او نقصه بسبب نقص بعض شرايطه. فيكون من باب معاملة السفهاء. لاستلزامه الغرر والجهالة. وفيه: ان المقصود من الاستشهاد باخبار اللقطة، هى مجرد جواز نقل الثواب بعد العمل. ولا يمكن انكار دلالتها عليه. اذ لايفى ان الملتقط انما تصدق نيابة عن المالك وفعل فعلا يوجب فى ماله. لا لانه يقصد تملك المال لنفسه ثم يتصدق. والا لم يتبين وجه لجعل التصديق قسما ثالثا من الاقسام المذكورة فى اللقطة بعد التعريف. اعنى تملك الملتقط لنفسه، او ضبطه المال امانة لصاحبه، او التصديق عن المالك مع الضمان. اذ يندرج التصديق اذا كان من الملتقط لنفسه مراعا بعدم رضاء المالك به فى القسم الاول. اذ من يملك مالا فهو مختار فى وجوه التصرف. فالمغايرة انما يحصل بان ينوى التصديق به عن مالكة بدون قصد تملكه لنفسه. ففاعل الثواب وان كان هو نفسه، لكن لا لنفسه بل للمالك مراعا بعدم ظهور عدمالرضا من المالك ومطالبته للمال. لا انه فعله لنفسه مراعا رضاء المالك بان يكون الثواب له. فح يصير الثواب للمالك. وهو واضح. نعم للملتقط ثواب لنفسه من جهت ارتكاب هذه النيابة. كما فى استئجار العبادات فان من فعل العبادة نيابة عن ضامن الاجرة [قد] عمل [عملا] يمكن رجحانه، يترتب الثواب عليه. ولذلك يصححه. ولكن لادخل له فى ما نحن فيه وهو ترتب الثواب على نفس العمل من حيث هو. لالفعله نيابة عن غيره. وهو نظير الزراعة والتجارة والخياطة ونحوها. فالاستشهاد بتلك

[٥٠٨]

الاخبار انما هو لبيان امكان نقل الثواب بعد العمل. ولا فرق فى ذلك من كون الثواب لصاحبه مستقرا او متزلزلا. واما توهم لزوم الغرر والسفاهة فى نقل الثواب: فهو اوضح فسادا. لاستلزامه بطلان الاستئجار للحج المندوب (والزيارات وتلاوة القرآن وامثالها، وهو واضح البطلان) لكون حصول الثواب فيها مجهولا، وكذا مقداره مع الحصول، ولا ريب ان مراد المستاجر من هذه الاعمال انما هو الثواب، لانفس العمل من حيث هو، كما قد يكون مطلوبات فى الواجبات لترتب الثمرة عليها باسقاط القضاء ورفع العقاب وان لم يوجب الثواب. فح يكون الاستئجار فى المستحبات سفاهة ومتضمنا للغرر. وهو باطل جدا. والاصل فى ذلك ان الشارع سن افعالا حسنة وجعل لها هيئاتها من حيث هى ثوابا ووعد ايصاله الى فاعلها، وهو لا يخلف وعده، وافعال المسلمين محمولة على الصحة، فهو يستاجر الاجير لذلك العمل على الوجه الصحيح

المستلزم لذلك الثواب، وهو لا ينافى عدم حصول الثواب أو نقصانه عن القدر المقرر للمهية، وهو بمنزلة ظهور العيب فى المبيع، فإذا ظهر العيب فى الدنيا فيعامل به معاملة العيب ولا سفاهة فيه، وإن لم يظهر إلا فى الآخرة فعلى الاجير أيضا غرامة العيب اما باستيفائه عن الاجير من ساير اعماله ان كان له عمل. او بتحميله او زار المستاجر ان لم يكن .وبالجملة: اشتراط معلومية الثواب فى المعاملات، مفاسته اكثر من ان يحصى، منها لزوم كون التصديق سفاهة، لعدم حصول العلم بالعرض، ومقداره، وقدر رأيت فى كلماتهم الاستدلال على لزوم عقد الصدقة بانها هبة عوض عنها، فالمعيار هو ظاهر الحال، والله اعلم بحقايق الاحوال. هذا كله اذا كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان قبله فان كان قبل الشروع فى العمل، فان حضر المستاجر وتوافقا على الغبن والفسخ او على الرضا بالغبن، فلا كلام. والا فيرجع الى الحاكم فان ثبت عنده يحكم بالخيار، والغايب على حخته. فان حضر الغايب واقام الحجة عليه - مثل جرح الشهود على الغبن، او اثبات شرط اسقاط الخيار، او صلحه - فان كان

[٥٠٩]

ذلك قبل الحج فيلزمه بالحج ويسترد منه عوض ما بنى (١) من العمل لنفسه وان كان من باب قطع المسافة. وان كان بعده، فان كان الحج مشروطا بتلك السنة، او مطلقا ينصرف اليه، (٢) فيبطل الاجارة ويرجع [المستاجر] الى اجرة مثل الحج فى تلك السنة، ويبقى ذمة المستاجر او ميتة مشغولة. لعدم امكان نقل ما عمله لنفسه او لغيره، الى المستاجر، كما مر، وان كان مطلقا (٣) فعليه ان ياتى به فى القابل. فان لم يمكن الرجوع الى الحاكم فهو مأمور بالاتمام له فى ظاهر الشرع لاصالة لزوم العقد، فلا يمكنه الفسخ فى ظاهر الشرع وترك الحج، وهذا من الاعذار فى تاخير دعوى الغبن، ثم هو باق على دعويه بعد التمكن من الوارث او الوصى او الحاكم. وما قد يتوهم من (عدم صحة التمسك باصالة اللزوم لانه انما يتم فى ما شك فى ثبوت خيار الغبن وعدمه واما اذا بنى على ثبوت خيار الغبن فى الاجارة فلا معنى لاصالة اللزوم) فهو فاسد، اذ مرادنا ان [اصالة اللزوم] بعد قبول دعوى الغبن جارية فى الاجارة.] لانا [نقول ان مجرد ظهور الغبن للاجير لا يضر باصالة اللزوم، لان الاصل عدم ثبوت خيار الغبن، لان الاصل فى العقود اللزوم، فان الحكم بالخيار موقوف على اثبات سببه فى الخارج، وان سلمنا ثبوت الخيار فى اصل العقد، فاذا باع زيد فرسه بعمرو، ووقع التسليم من الطرفين، فيحكم بمالكية زيد للثمن وعمرو للفرس، ولا يجوز لزيد بمجرد حصول العلم له بالغبن ياخذ الفرس، حتى لو كان عمرو غائبا والفرس فى داره، جاز له اخذ الفرس ولو كلائه ونوابه المنع عن ذلك حتى يثبت ذلك عند الحاكم، وما ذكره من عيوب الرجل والمرأة انه لا يحتاج الى المرافعة الى الحاكم الا فى دعوى الغبن، معناه انه لا يكفى اتفاق الزوجين

فى ثبوت الغبن فى التسلط على الفسخ بدون المرافعة. بخلاف مالو اتفقا فى سائر العيوب فان الفسخ لا يحتاج هنا الى المرافعة. وفى صورة اختلافهما فى ساير

١: ما بنى - انه ماياتى -: لا يكاد يقرء فى النسخة. ٢: اى ان كان الحج مشروطا بتلك السنة او غير مشروط بها ومطلقا، ولكن ينصرف اطلاقها بتلك السنة، -والاصح فى ضمير (اليه) ثانيته، اى: اليها. ٣: اى مطلقا لا ينصرف بتلك السنة .

[٥١٠]

العيوب ايضا يحتاج الى المرافعة، والمحتاج الى المرافعة فى ما نحن فيه انما هو اثبات الغبن لا التسلط على الفسخ فان اتفاق الطرفين فيه كاف من الخيار. والحاصل: ان فى صورة ظهور الغبن قبل تمام العمل وبعد العجز عن الاثبات لعدم حضور الوارث او الوصى او الحاكم، فهو معذور ومأمور بالاتمام. فيفعله للمستاجر مراعا باثبات الغبن وعدمه، ثم يحكم على مقتضاه بعد التمكن. وهل يجوز للحاكم فى غيبة المستاجر ان يصلح عن الغائب فى دعوى الغبن بعد ثبوته، بشىء ولو بقرض فى ذمة الغائب، - يجعله فى ذمته ليكون الحج له فى تلك السنة اذا راي المصلحة فى ذلك، نظر الى ان ذلك الحج حق من حقوق الغائب وفى معرض الزوال، فكما انه ولى الغائب فى حفظ ماله فهو وليه فى حفظ حقوقه. فيجوز صرف بعض امواله لمحافظة بعض اخر اذا راي المصلحة فيه، فكذا فى محافظة حقه -؟. الاظهر ذلك، وهل يجب ام لا؟ -؟ الاظهر العدم. نظرا الى عدم وجوب الاصلح، ثم :هل يجوز ذلك لعدول المومنين مع تعذر الحاكم؟ الاظهر ذلك، لانه احسان و (ما على المحسنين من سبيل) ومعاونة على البر والتقوى. والاطهر ان هذا الكلام يجرى فى صورة الاولى ايضا، اعنى ما كان الاطلاع بعد اتمام العمل، واذا كان الاطلاع بعد الشروع فى العمل والاتيان. بشىء منه، فالكلام فى الرضا بالغبن او الفسخ مع حضور المستاجر او مع المرافعة الى الحاكم فى غيبته وغير ذلك، مثل ما مر، ولكن الاشكال العظيم فى استرداد العمل، والامر فى ما بقى فى زمان يمكنه الاتيان بالحج بعد الفسخ، اسهل، كما لو اطلع على الغبن فى اثناء طى المسافة مع دخوله فى الاحرام، او بعد شىء من اعمال الحج، يمكن بعد الفسخ استئناف حج يتمكنه (١) من الرجوع الى الميقات. فيفسخ ويرجع بعوض مافعل (لعدم امكان استرداد عين العمل او مثله، لما مر) ويستأنف الحج لنفسه او ينوب عن غيره، ويبقى ذمة المستاجر مشغولة بالحج. واما لو ظهر الغبن بعد ما اتى بمعظم افعال الحج ولم يبق الباقي الاعمال قابلية الانتفاع لاحد منهما، فالقاعدة تقتضى استحقيقه لاجرة مثل ما عمل، ويبقى الاشكال فى الباقي،

[۵۱۱]

ويمكن القول با نه بمنزلة اتمام العمل، لانه يجب عليه اتمامه، اذ ليس باقل من الحج المندوب الذى يجب بالدخول فيكون بمنزلة ما اتم العمل وسلمه ولا يمكن استيفائه الا باجرة المثل، وح فيصير الحج كله للمستاجر ويبرء ذمته ويستحق الاجير اجرة مثل الجميع. وذلك لان مقتضى وجوب الاتمام ان يكون للمستاجر بملاحظة اول الدخول فى الحج. ويمكن القول با نه انما يجب عليه الاتمام لنفسه حيث فسخه. يعنى يكون الباقي لنفسه والماضى يكون للمستاجر. لان الموجر اخذ عوضه فيستحق من اجرة المثل ما قابل الذى فعله قبل الفسخ. ويبقى ذمة المستاجر مشغولة لعدم حصول اتمام الحج له، وانما يكون للموجر ثواب الاتمام، لانفس الحج، لان الماضى منه انتقل الى المستاجر بالعوض. ولعل الثانى اوفق بالقواعد.

سوال: ۲۶۰: هر گاه كسى چاروائى كرايه كند براى سفرى، وآن شخص بيمار شود، تسلط فسخ دارد يا نه؟ -؟.

جواب: عذر مستأجر به تنها منشأ تسلط بر فسخ نمى شود، چنانكه تصريح كرده‌اند در اجاره دكان در وقتى كه متاع ومايه مستأجر تلف شود و نتواند در آن دكان عمل نمايد، بل هر گاه عذر عام باشد، مثل خوف راه از براى هر دو يا برف مانع شود، در آن وقت هر يك مسلط بر فسخ هستند .

سوال: ۲۶۱: هر گاه كسى مسكنى را اجاره كند، يا كاروانسرائى، يا اجيرى را، جايز است كه به غير اجاره دهد [به] زياده بر آنچه اجاره كرده است -؟، وآيا فرق مابين اينها و غير اينها از اعيان مستأجره است يا نه؟ -؟.

جواب: هر چند علما فرق نگذاشته‌اند در همه اينها، و جمعى قائل به حرمة شده‌اند و جمعى قائل به كراهت شده‌اند به شرط اين كه وجه اجاره از همان جنسى باشد كه به آن اجاره كرده، يا در آن تصرف واحداث حدثى و اصلاحى نكرده باشد كه در برابر آن، زيادتى باشد. والا ضررى ندارد. (۱) ولكن اظهر اين است كه فرق باشد، چون) اجماع مركب)

معلوم نیست. و محقق قایل به فرق است. چون در کتاب مزارعه تصریح به کراهت اجاره زمین کرده و در کتاب اجاره به حرمة مسکن و خان واجیر، کرده. واحادیث دال بر فرق صریحا موجود است. (۱)

۳۶۲:سوال: اذا أجر زيد دابة يعمرها الى موضع خاص ولم يصاحبه، فمرض الدابة ومات. وادعى المالك عليه التقصير فى المعالجة، فهل يضمن المستاجر اذا ادعى الجهل بالمرض وكيفية العلاج-؟.

جواب: الظاهر عدم الضمان، الا مع اثبات التفريط، لانه امين، فغاية الامر تسلطه على اليمين فى عدم التفريط.

۳۶۳:سوال: شخصی زمینی را اجاره کرده به مبلغ معینی، و آب آن زمین بسیار کم شده است و نقصان بسیار به مستأجر میرسد، مسلط بر فسخ هست یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر ادله و فتاوی علما و صریح جمعی این است که بلی. و خلافتی در نظر نیست، و این مقتضای نفی ضرر و حرج است. (۲)

۱: وسایل: ج ۱۳، ابواب الاجاره، باب ۱۹ و ۲۰. ۲: برای پاسخ مشروح و مستدل رجوع کنید به مسئله‌های شماره ۱۱۹، ۲۱۳، ۲۱۴، ۲۲۴، از همین مجلد .

کتاب الوكالة

(من المجلد الاول)

۳۶۴:سوال: هر گاه کسی شخصی را وکیل کند که زن او را طلاق بگوید، و وکیل هم قبول کند، بعد از آن غایبانه به زوج بگوید که من نمیگویم این طلاق را، و خود را عزل کند، آیا بعد از آن می تواند بدون اذن جدید آن زن را طلاق بگوید؟.

جواب: هر چند اشهر آن است که عزل وکیل خود را، موجب بطلان وکالت است، اما اظهار در نزد حقیر جواز است، نه به جهت این که گفته‌اند که (توکیل از باب اباحه است یا از قبیل رخصت در اکل طعام است که به مجرد رضای موکل میتوان آن امر را به عمل آورد). به علت این که در اکل طعام و نحو آن

مطلق رضا کافی است وانشائی در کار نیست، چنانکه در تصرفات به شاهد حال در اراضی و میاه، و توکیل غالباً در بیوع و انکحه و غیر آن از اموری است که محتاج است به انشائی، و اگر وکالت از جمله عقود است (چنانکه ظاهر آن است) پس آن به بطلان احد جزئین که (قبول) است باطل می شود، و اباحتی که مستفاد از عقد بر طرف می شود. و اگر گوئی: اباحه مطلق که در ضمن این اباحه خاص مستفاد می شود، باقی است. گوئیم: که جنس را بدون فصل بقائی نیست، و زوال فصل منشأ زوال جنس است، چنانکه در اصول تحقیق کرده‌ایم. و اگر گوئی: که قطع نظر از اباحه موجوده در ضمن وکالت، از توکیل، اباحه مطلق [را] نیز میفهمیم، و آن باقی است بعد از زوال خصوصیت. گوئیم: که

[۵۱۴]

دعوی فهم این معنی از عقد وکالت، مکابره است، با آن که اذن غیر در تصرف، خود معنی وکالت است، پس اگر اذن حاصل شود در بیع یا در نکاح یا طلاق، پس نفس توکیل حاصل است. به جهت این که ظاهراً اشکالی نیست در این که توکیل به مثل (بیع فرسی) و (طلاق زوجتی) حاصل می شود، و احتیاج به گفتن (وکلتک) یا (انت وکیل) نیست. بلی دعوی فهم رضا صحیح است و اما آن نه از بابت (انشاء) است، بلکه از قبیل شاهد حال است، چنانکه گفتیم، مگر این که بگوئیم: منافاتی ما بین فساد وکالت و صحت تصرف در موکل فیه نیست هر چند نه از حیثیت وکالت باشد، بنا بر آن که رضا وادنی که در ایجاب وکالت معلوم می شود اعتبار دارد، گو در رضا وادن نباشد، که رفتن یکی باعث دیگری نباشد. زیرا (۱) دو حیثیت دارند و رفتن اذن از حیثیت وکالت و به علت آن که وکالت است، مستلزم رفتن از حیثیت آن که مجوز تصرف است، نیست. و بالجمله: تصرف در موکل فیه معلل نیست به قید (رضای و کالتی)، بلکه از حیثیت آن که وکالت است مقید است به رضا از حیثیت آن که رضا است، چنانکه در مسأله سابقه گفتیم، و بیان ثمرات وکالت [را] گفتیم به حیثیتی که منافات با ترتب اثرهم فی الجملة نداشته باشد که مقتضای صحت است. و به هر تقدیر: اختیار جواز نه همین (۲) از این راه است، بلکه از جهت استصحاب حکم (ایجاب) است. و بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست. و دلیلی بر لزوم مقارنه (قبول) از برای (ایجاب) نیست. و همچنین رد بعد قبول، موجب حکم [به] بطلان آن نیست. چنانکه (رد اولاً ثم القبول) نیز مانعی ندارد. پس گویا بعد از رجوع، عقد وکالت مجدداً منعقد می شود. و موید این مطلب است آنچه مکرر در کلام علامه ذکر شده که) وکالت مثل امر است خصوصاً بنا بر قول به عدم دلالت بر فور (۳) و این کلام نیز منطبق بر اعتماد بر ایجاب است. نه بر مطلق عقد. و بعضی استشهد به عمومات اخبار نیز کرده‌اند. اما دلالت آن خالی از خفائی نیست .

۱: در نسخه: ۲. ولكن. تذکر: یعنی نه فقط... ۳: یعنی خصوصا بنابر این که (امر) دلالت بر فور ندارد .

[۵۱۵]

مثل صحیح هاشم بن سالم که میفرماید (الوکالة ثابتة حتی یعلم بالخروج منها، کما اعلمه بالدخول) (۱) بلکه مطلقا دلالت ندارد. به جهت آن که ظاهرا روایت بلکه صریح آن حکم عزل موکل اسات وکیل را، نه عزل وکیل خود را. به اعتبار این که اگر اراده شود از لفظ وکالت مجموع عقد، پس بلا شبهه بعد از رد وکیل و عزل او خود را، عقد منفسخ می شود بالاجماع، و تا رجوع نکند اتفاقی است که وکالت منفسخ است. پس دیگر چگونه امام علیه السلام می فرماید که (الوکالة ثابتة حتی یعلم). بلی این در صورت عدم علم وکیل به عزل موکل او را، خوب است . به این که اراده کنیم حکم عقد را واستصحاب حکم عقد را. و اگر مراد از وکالت ایجاب است مطلقا، پس آن نیز خوب است و مطابق است با آنچه گفتیم نهایت آن نیز خلاف ظاهر حدیث است. چنانکه پوشیده نیست. بلکه ظاهر حدیث بقاوی وکیل بودن وثبوت وکالت است در صورت عدم عزل او خود را (هر چند در نفس الامر موکل او را عزل کرده باشد) مادامی که عزل به او نرسیده است. نه مطلقا. و به هر تقدیر: اظهر جواز طلاق مزبور است خصوصا با موافقت نفی عسر و حرج، و سماحة ملة حنیفه بیضاء والله العالم. (۲)

۱: وسائل: ابواب الوکالة، باب ۱ - توضیح: این روایت از معاویه بن وهب و جابر بن یزید است. نه از هاشم بن سالم، و حدیث هاشم نیز دلالت به مطلب دارد: باب ۲ ح ۱. ۲: بیان میرزا (ره) در این مسأله به توضیحات بیشتری نیازمند است: اولاً: این همه بحث و نظریه‌های مختلف در صورتی است که یقین داشته باشیم مقصود موکل صرفا انجام طلاق بوده خواه مجری صیغه طلاق به عنوان (وکیل) اجرا کند یا به عنوان (مادون). و در صورت شك در چگونگی مقصود او زمینه‌ای بر ای جواز نمی‌ماند. ثانیاً: میرزا ادله دیگران را (که بر جواز اقامه کرده‌اند) رد میکند و خود به استصحاب ایجاب) تمسک میکند و می گوید (بطلان عقد مستلزم بطلان ایجاب نیست) و می گوید (گویا بعد از رجوع، عقد وکالت مجددا منعقد میشود) که نه دلیل دارد و نه میتوان با تکیه به (گویا) حکمی داد. و استصحاب (ایجاب مردود) معنی ندارد مگر با تمسک به (اذنی) که در درون آن بوده. و این نیز مورد قبول خود میرزا نیست آنجا که میگوید (نه به جهت این که گفته‌اند: که توکیل از باب ایحاحه است یا از قبیل...). بنابر این، ایجاب خصوصیتی دا رد که آن خصوصیت نیز به وسیله (رد) منتفی میشود. پس چیزی باقی نمی‌ماند تا استصحاب شود. و به همین جهت فقهای دیگر به استصحاب ایجاب) تمسک نکرده‌اند. و اصل در عقود، فساد است تا صحت آنها ثابت شود .

[۵۱۶]

۲۶۵: سوال: هر گاه زيد هديه به دست عمرو بدهد كه به خالد برادر او برساند. ويكر را وكيل كند كه هديه را از عمرو گرفته به قبض خالد بدهد. وقبل از ايصال واقباض هديه، زيد بميرد ويكرهم بميرد، آيا خالد مي تواند هدايا را از ورثه بكر بگيرد؟ وآن هدايا مال خالد است؟ يا به وارث زيد منتقل مي شود؟

جواب: وكالت بكر در اقباض هدايا به خالد به موت زيد موكل باطل مي شود، و هم چنين هبه وهديه به موت مهدي وواهب قبل از قبض، باطل مي شود. وبنابر قول به عدم بطلان هم موقوف است لزوم آن به امضا واجازه وارث مهدي يعني زيد. وبعد از امضا وتنفيز ورثه هبه را، بايد قبض كردن خالد هم به اذن وارث باشد. وبه هر حال با وجود وارث اقرب به زيد از خالد، خالد را نصيبي در آنچه در نزد ورثه بكر است نمي باشد. واگر خالد از جمله وراث باشد ودر طبقه ايشان باشد، به قدر الحصه مستحق اخذ مال از ورثه بكر از باب ميراث (نه از باب هبه) ميباشد. والله العالم.

۲۶۶: سوال: شخصي ذمي كشتي را ميفرستد نزد مسلماني. ودر هر باب او را

ثالثا: بي ترديد اقدام به طلاق با چنين كيفيتي با (سماحت) و (حنيفيت) سازگار نيست. هر چند در موارد ديگر سازگار باشد. رابعا: اگر مراد از (عسرو حرج) اين است كه در صورت منع از اين فعل مردم در كارهاي مختلف شان - اعم از هر معامله اي - دچار تنگنا ميشوند. بايد گفت اگر چنين توسعه اي به کاربرد عسر و حرج بدهيم ديگر حكمي روي موضوعي قرار نميگيرد. واگر مراد تنها در (خصوص طلاق زني كه شوهرش زمان مديدي است او را ترك كرده)، در اين صورت طلاق چنين زني حكم خودش را همراه با ادله خود دارد، ونيازي به تمسك به (استصحاب ايجاب) يا به تمسك بقايای اذني كه در محتوای توكيل بوده، نيست. ونباید دو موضوع را كه دو حكم جدا وادله جدا دارند، با هم خلط كنيم. اذن عام تنها در يك صورت مفيد است كه در پايان مسأله شماره ۲۵۱ خواهد آمد. وآن صورتی است كه وكيل با اعلام عزل خود اساس اذن را از بين نبرده باشد. علامه در قواعد حكم به صحت وجواز كرده. ودر تذكره احتمال صحت داده. ودر تحرير وارشاد باقول مطلق، آن را باطل دانسته. يعني اطلاق كلامش شامل بطلان مانحن فیه نیز شده است. خامسا: در مرحله ديگر ونهائي، اصل عدم تاثير صيغه طلاق، ونيز اصل بقای زوجيت است. ودر مرحله ماقبل اين، اصالت عدم جواز قرار دارد. وقبل از آن نیز با اصالت (قصد توكيل) و (قصد خصوص توكيل در وكالت) - نه اذن وابعاحه مطلق - حضور دارد. رجوع كنيد به ذيل مسأله ۲۵۱ همين مجلد .

[۵۱۷]

مختار ميکند. ومسلمان صرفه او را در اين ميدانند كه كشتي را به اجاره بدهد. وبعد از اين كه به اجاره بدهد دو حصه را آن شخص ويك حصه را خود بردارد، يا به آن كه اجاره داده است خودش به يك حصه باشد (؟).

جواب: صورت سوال: مغشوش است. اگر مراد اين است كه ذمي مسلمان را وكيل وصاحب اختيار كرده در امر كشتي، ومسلمان صلاح را در اين دانست كه كشتي را به اجاره بدهد، وينا را به اجاره گذاشته. لکن يك حصه را خود به اجاره برداشته ودو حصه را به ديگري به اجاره داده. صحيح است يا نه؟

۴- جواب آن این است که اظهر جواز است مگر این که در برداشتن از برای خود تهمت و ردالتی برای او حاصل شود، یا اینکه از جانب نفس خود مطمئن نباشد. یعنی هر گاه خوف این باشد که نفس او را فریب دهد که اجرت را کم قرار بدهد. [در این صورت] این کار را نکند بلکه به دیگری به اجاره بدهد. و مراد از سوال: دوم اگر این است که بعد از آن که صلاح دانست اجاره دادن کشتی را، و اجاره را هم به غیر داد، لکن بعد خود با او شریک شد. و این معنی صورت نمیپذیرد مگر این که ثانیاً از مستأجر يك حصه را برای خود اجاره کند، یا به غیر اجاره مثل صلح کردن آن يك حصه با او از برای خود. پس جواب آن این است که هر گاه در اجاره شرط نکرده است که او به خودی خود منتفع شود، جایز است اجاره هر گاه به همان قدری که اجاره کرده است مستأجر، ثانیاً به همان [قدر به] وکیل اجاره بدهد. و هر گاه بیشتر بگیرد تفصیل دارد. (۱) و دور نیست که مکروه باشد.

سوال: ۳۶۷: مسلمان می تواند وکیل شود از جانب کافر به ضرر مسلمان دیگر، یا نه؟ -؟.

جواب: اشهر و اظهر جواز است با کراهت. (۲)

سوال: ۳۶۸: هر گاه زید به عمرو بگوید که تو وکیل منی در هر چیز، صحیح است یا نه؟ -؟ .

۱: تفصیل همان است که در مسأله ۳۶۱ بیان گردید که اگر احدائی، کاری و تغییری روی مال مورد اجاره انجام داده، می تواند به بیش از وجه الاجاره ای که خود پرداخت کرده، اجاره بدهد. وگرنه، نه. ۲: برای توضیح بیشتر رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۳ همین مجلد .

[۵۱۸]

جواب: هر گاه بگوید (تو وکیل منی در اموال من در خرید و فروش و هر چیز پیش آید)، صحیح است. و باید بر وفق مصلحت موکل باشد. و هر گاه بگوید (تو وکیل منی در هر امری که از برای من باشد از قلیل و کثیر)، بعضی میگویند صحیح نیست. به جهت آن که مستلزم غرر و ضرر می شود در نکاح های متعدد و طلاق های متعدد عقیب آن، و نکاح های دیگر بعد از آن و طلاق های بعد از این، بدون حاجت و هکذا... و بعضی میگویند صحیح است. به جهت آن که چون امر وکیل باید که منوط به مصلحت باشد اتفاقاً، دیگر این ناخوشیها لازم نمی آید. (۱)

سوال: ۳۶۹: هر گاه کسی به سفر برود و بگوید که زید وکیل من است که هر گاه من بعد از دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوید. و يك مرد وزن شاهد بر این هستند. و الحال ده سال است که آن کس مفقود الخبر است. و آن زن نفقه ندارد و صبر نمی تواند کرد، و خوف وقوع زنا هم هست. چه کند؟.

جواب: اولاً باید دانست که در ثبوت وکالت شرط است که دو مرد عادل شهادت بدهند. وشهادت زنان اعتبار ندارد. بلی اگر یقین حاصل شود از [شهادت] زن بر وکیل کردن، (۲) جایز است عمل به آن. ولیکن اشکال در صورت سوال در چیز دیگر است. وآن معلق کردن وکالت است به شرط نیامدن بعد از دو سال وظاهر علما اجماع است بر بطلان توکیل در صورت تعلیق به شرط. چنانکه در تذکره ومسالك دعوی کرده‌اند. ومخالفی هم در آن ندیده‌ام به غیر از آخوند ملا احمد ره وصاحب کفایه که در این اشکال کرده‌اند. واگر دعوی اجماع نبود سخن ایشان متین بود. به جهت این که انشاء منافاتی با تعلیق ندارد. چنانکه در نذر زجری وغیر آن. وموید آن است این که تجویز کرده‌اند تعلیق در تصرف را باتتجیز (۳) توکیل. مثل این که بگویند که (تو وکیل منی در طلاق دادن زن من، لکن دو ماه دیگر طلاق بده). وچنانکه بگویند (انت)

۱: این مسأله در آینده (تحت شماره ۲۵۴) تکرار شده است. ۲: عبارت نسخه: اگر یقین حاصل شود از زن برای وکیل نفر این جایز است عمل به آن. ۳: در نسخه: تخمین .

[۵۱۹]

وکیلی فی بیع عبیدی اذا قدم الحاج). به جهت آن که مآل آنها یکی می شود ومغایرت در لفظ است. وصحت اینها اجماعی است. چنانکه در تذکره دعوی کرده. ودر اینجا کلام دیگر هست. وآن این است که علما بعد از آن که اتفاق کرده‌اند ظاهراً بر این که (تعلیق به شرط، مبطل وکالت است)، اختلاف کرده‌اند در این که آیا تصرف در موکل فیه با وجود بطلان توکیل، صحیح است یا نه. وشهید ثانی رحمه الله در شرح لمعه گفته است (در این دو قول است). وعلامه در تذکره گفته است (اقرب صحت است). ومحقق شیخ علی در شرح قواعد توقف کرده. وفخر المحققین اختیار عدم صحت کرده است. وبنابر سخن آخوند ملا احمد (ره) وصاحب کفایه به طریق اولی صحیح خواهد بود. (۱) وبه هر حال، چون دلیل بطلان تصرف، اجماع بر (بطلان توکیل معلق) است، وآن خود در اینجا منعقد نیست، پس قول به صحت موکل فیه - مثل طلاق در ما نحن فیه - دور نیست. بلی در اینجا اشکالی هست که بنابر بطلان توکیل معلق، چه معنی دارد صحت موکل فیه؟ ووجه اشکال این است که فرق مابین صحیح وباطل، ترتب اثر وعدم ترتب اثر است. ودر اینجا فرقی باقی نمی‌ماند. وکلام شیخ علی وشهید ثانی در شرح کلام علامه در بیان فارق، خالی از اغلاق واشکال نیست. وحاصل آنچه در توجیه صحت گفته‌اند این است که رضای ضمنی بعد بطلان توکیل، باقی است و همان قدر در تصحیح موکل فیه کافی است. ودر وجه بطلان

گفته‌اند که اذن ووکالت شیئیء واحداند در وجود، وجنس را بعد از زوال فصل بقائی نیست . و تحقیق آن است که آنچه زایل شده است (جهت تعلیلیه) است. نه (جهت تقییدیه). پس میگوئیم جایز نیست تصرف در موکل فیه بعد از بطلان وکالت، از جهت آن که اذن ورضای حاصل از راه وکالت است. واما از حیثیت مطلق رضا، پس مانعی از برای آن نیست چنانکه در بیع معاطات بنا بر قول به این که بیع فاسد است - چنانکه علامه در نهاییه قایل شده - میگوئیم که تصرف جایز است. به جهت این که گاه است که مطلقاً طرفین متفطن این

۱: صاحب جواهر (ره) میگوید: علامه در قواعد احتمال صحت داده، و در تذکره صحت را قریب دانسته، و در تحریر وارشاد با اطلاق کلامش حکم به بطلان کرده - رجوع کنید: جواهر، ج ۲۷ ص ۲۵۶ ط دار احیاء .

[۵۲۰]

نیستند که این نوع تصرف از راه بیع بودن است. بلکه از راه تراضی است که از طرفین مستفاد شده. بلی هر گاه تصرف کنند به علت این که بیع است لاغیر، جایز نخواهد بود. پس میتوان گفت که آن صورتی که تعلیق مستلزم بطلان موکل فیه است صورتی است که معلوم شود از موکل که اذن او منحصر است در آنچه حاصل شده به توکیل معلق. (۱) یعنی مراد او این باشد که راضی نیستیم به فعل وکیل الا از راه توکیل مشروط، و به شرط این که تصرف از این راه باشد. و در این صورت ظاهراً اشکالی در بطلان نباشد. و دیگر آن که بطلان حاصل می شود به سبب عدم ترتب بعض آثار. پس (صحیح آن است که همه آثار بر آن مترتب شود) و (باطل آن آن است که همه آثار بر آن مترتب نشود. گو بعض آثار که جواز تصرف است بر آن مترتب شود). مثلاً میگوئیم: از آثار وکالت صحیح این است که هر گاه شرط شود در ضمن لازمی، لازم می شود. یا هر گاه کسی جعاله قرار بدهد برای دو نفر که ایجاب و قبول توکیل صحیح [را] بکنند. یا نذر کند که [به] کسی که چنین توکیلی را به جا آورد، چیزی بدهد، یا [به] کسی که بر وجه صحیح وکیل کند در ادای دیون خود. پس در مانحن فیه اگر چه بگوئیم که توکیل باطل است و هیچ يك از این آثار و ثمرات (که نذر و لزوم جعاله و نحو آن باشد) بر او مترتب نشود، لکن صحت فعل موکل فیه بر او مترتب [می] شود. پس کافی خواهد بود استمرار رضای موکل و متصل شدن آن رضا به فعل موکل فیه (۲) از طلاق و بیع و امثال اینها .

۱: پس در هر جا که علم به انحصار نداشته باشیم، صحیح خواهد بود. لیکن باز با اصل عدم جواز رو بر و می‌شویم. شاید بهتر این باشد که گفته شود: در هر جا که علم به عدم انحصار داشته باشیم، صحیح می‌شود. رجوع کنید به ذیل مسأله ۲۴۶ همین مجلد و نیز مراجعه کنید به پی‌نویس بعدی که خود میرزا به اصل نکته توجه خواهد کرد. ۲: بنا بر این (علم به رضا) شرط است در صحت فعل موکل فیه. و در صورت عدم علم به رضا، صحیح نمی‌شود. این سخن میرزا (ره) با سخنی که در چند سطر پیشتر فرمود وما تعلیقه بر آن زدیمن منافات دارد. در آنجا فرمود (علم به انحصار، دلیل بطلان است). و در اینجا می‌فرماید (علم به بقا و استمرار رضا دلیل صحت است) و این دو منافی همدیگرند.. اشکال کلام وی در مسأله ۲۴۶ نیز در همین نکته است .

[۵۲۱]

بلی در اینجا اشکالی که هست در این است که بیع و نکاح و طلاق و سایر امور موکل فیها از اموری هستند که محتاج است صحت آنها به دلیل قوی، و اصل عدم [صحت] آنها است، آیا محض همین رضا و استمرار آن و اتصال به عقد کافی است در تحقق آنها یا نه؟ -؟ با منع انصراف ادله اذن و رضا و کفایت مطلق آنها در این افراد . و ممکن است دفع آن به این که نظیر آن در شرع موجود است. چنانکه در بیع مکره و فضولی و غیر آن. خصوصاً در مثل صورت سوال که لزوم عسر و حرج و ضرر عظیم معاضد آن می‌شود. پس اگر گفته شود که طلاق مزبور که از آن سوال شده صحیح باشد، دور نخواهد بود. (۱) پس هر گاه کسی خواهد که بی اشکال باشد در چنین جاها، می‌گوید) فلان را وکیل کردم که بعد دو سال زن مرا طلاق بگوید) و نگوید که (اگر من نیایم و کیل باشد که طلاق بگوید). و بدان که بعضی از اصحاب قایل شده‌اند به جواز تصرف وکیل هر گاه خود را عزل کند و موکل نداند، و بعد از آن پشیمان شود و آن کار را بکند، هر چند وکالت باطل شده است. نظر به اذن عام. و آن نیز موید مطلب است. (۲)

۲۷۰: سوال: هر گاه شخصی جنسی بفرستد به نزد شخصی دیگر، او را وکیل کند که بفروشد. آیا می‌تواند به قیمتی که سایر مردم می‌خرند وکیل به جهت خود بردارد - یا نه؟.

جواب: هر گاه داند که موکل به این معنی راضی است، صحیح است. چنانکه هر گاه

۱: طلاق دادن زوجه مردی که به مدت طولانی غایب است با تمسک به عسر و حرج، يك موضوع خاص است، و امری است که توسط حاکم شرع یا عدول مومنین انجام می‌یابد .. و موضوع توکیل و تمسک به اذن عامی که در ضمن توکیل بوده، امر دیگر است. این دو موضوع جدا با دو حکم جدا و با دو نوع ادله جدا، هستند. ۲: در این صورت وکیل عزل و انصراف خودش را اعلام نکرده، یعنی آن اذن عام را از بین نبرده و به بقای آن یقین دارد. و دیدیم که خود میرزا (ره)) (علم به رضا) را شرط دانست. پس وکیل می‌تواند بر اساس آن اذن عمل کند. اما در جائی که خود وکیل به وسیله اعلال عزل خود، اساس اذن را نیز از بین برده است (و شاید موکل پس از آن از طلاق دادن همسرش منصرف شده است) نمی‌تواند عمل کند. پس در صورت مورد بحث نه تأییدی برای صحت اقدام وکیل در موضوع مسأله شماره ۲۴۶ هست، و نه تأییدی بر مانحن فیه می‌باشد .

داند راضی نیست، صحیح نیست. ودر ثانی اشکال این است. ودر اول اشکالی نیست الا از جهت اتحاد موجب وقابل. واطهر این است که ضرر ندارد. ودر خصوص نکاح از طبرسی (ره) نقل اجماع شده بر کفایت تغایر اعتباری. ودر غیر آن به طریق اولی ثابت می شود وبعضی اخبارهم دلالت بر جواز دارد. واما هر گاه رضا وعدم رضا هیچ کدام معلوم نباشد: پس خلاف است. واطهر جواز است هر چند از اطلاق کلام موکل، عمومی نفهمیم که وکیل داخل آن باشد. و اخبار منع (۱) را حمل میکنیم بر کراهت، یا بر صورتی که از تلبیس نفس خود و حصول خیانت در صلاح موکل مطمئن نباشد. یا منشأ اتهام و ردالت وپستی او شود. چنانچه بعضی احادیث دلالت بر آن دارد. (۲) :

۲۷۱ سوال: آیا جایز است که ذمی وکیل کند مسلم را بر ضرر مسلمی دیگر؟ یا مسلم وکیل کند ذمی را بر ضرر مسلمی؟ یا نه؟.

جواب: بدان که جایز است که مسلمان وکیل شود از برای استیفای حق مسلمانان از مسلمان و ذمی، بی اشکال و خلاف. و هم چنین جایز است که وکیل شود از برای مسلم و ذمی بر ضرر ذمی. بلکه جمعی دعوی اجماع بر جواز کرده اند. واما وکیل شدن مسلمان از برای ذمی بر ضرر مسلمان: پس در آن خلاف است. و مشهور میان متاخرین جواز است با کراهت. واز اکثر قداما قول به منع نقل شده. واز هر دو طرف دعوی اجماع نقل شده است. و شاید اقوی وارجح جواز باشد. به جهت اصل، وعموم، و منع شمول آیه داله بر (نفی سبیل بر مومنین) (۳) ما نحن فیه را. به جهت آن که ذمی را جایز است مطالبه حق خود به دست خود، و دست مسلم اولی است از او. واما وکیل شدن ذمی از برای مسلمان یا ذمی بر ضرر مسلمان: پس جایز نیست. واز جمعی اصحاب نیز نقل دعوی اجماع بر آن شده. وظاهر این است که در این مسائل فرقی مابین ذمی وسایر کفار نباشد. هر چند در عبارت فقها لفظ (ذمی) مذکور است غالباً. و بعضی به لفظ (کافر) ادا کرده اند. (و اولویت) هم موید این است. و جمعی از متاخرین مثل آخوند

۱ و ۲: وسایل: ج ۱۲: ابواب آداب التجارة، باب ۶. ۲: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا. - نساء ۱۴۱ .

ملا احمد (ره) و صاحب کفایه (ره) منع را مختص جائی کرده‌اند که در تصرف کافر نوعی از قهر و غلبه و تسلط باشد. چنانکه در کلمات ایشان به لفظ (علی) ادا شده که افاده ضرر میکند. پس ظاهر این است که مثل وکالت در (ایصال حق) یا اجرای صیغه) داخل نباشد. بلی از ابن زهره حکایت شده دعوی اجماع بر عدم جواز وکیل شدن آن در تزویج مسلم به مسلمه، مثل وکیل شدن مسلم در تزویج مشرکه به کافر.

۲۷۲:سوال: در وکالت تعمیم جایز است - که بگوید تو وکیل منی در جمیع اموری که متعلق به من است از قلیل و کثیر - یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه تعمیم در جهت خاصه باشد (مثل این که او را وکیل کند در امر املاک و اموال خود) ظاهراً خلافی در صحت نیست. و باید به مقتضای مصلحت عمل کند. و هر گاه تعمیم در جمیع امور باشد مثل آن که بگوید (تو وکیل منی در هر امری که تعلق به من دارد از قلیل و کثیر)، در این خلاف است. بعضی گفته‌اند جایز نیست. به جهت این که مستلزم غرر و ضرر می شود. و گاه است چهار زن از برای او عقد کند و قبل از دخول یا بعد از دخول همه را طلاق بگوید و باز چهار زن دیگر از برای او عقد کند و باز طلاق بگوید بدون احتیاجی به اینها. و اینها همه ضرر است. و بعضی میگویند: صحیح است. به جهت عموم ادله، و چون تصرفات وکیل منوط به مصلحت باید باشد، دیگر لزوم غرر و ضرر مرتفع می شود. و این قول اظهر است. (۱)

۲۷۳:سوال: هر گاه زید ادعا کند که من از جانب عمرو وکیلیم. و خواهد که ملکی را از عمرو بفروشد، یا زنی از برای او نکاح کند. و وکالت آن ثابت نباشد. و خواهد اجرای صیغه نماید. باید او را تکلیف نمود که وکالت خود را ثابت کند (۲)، و بعد الثبوت اجرای صیغه نماید؟ و یا آن که به مجرد ادعای آن، کفایت می شود، و اجرای صیغه بشود -؟ .

۱: این مسأله قبلاً (تحت شماره ۲۵۰) آمده بود. در اینجا با مختصر تفاوتی در لفظ، تکرار شده است. ۲: مگر در صورتی که تصرف مدعی وکالت با وظیفه شرعی او تعارض داشته باشد مانند امین. که می تواند از تصرف در مال جلوگیری کند تا مدعی وکالت، وکالتش را اثبات کند .

جواب: هر گاه مسلمی ادعای وکالت کند از جانب احدی در باب ملک او یا عقد کردن به زنی و غیر ذلك، کسی مزاحم او نمی تواند شد. و معامله او صحیح است مادامی که بطلان او ثابت نشود و کذب او معلوم نشود. و آن شخص که وکیل ادعای وکالت او را میکند، بر حجت خود باقی است. و هر گاه حاضر

شود وانکار توکیل کند وینه بر آن نباشد، قول، قول او است با یمین. وبه هر حال کسی نمی تواند به مدعی وکالت بگوید که تصرف مکن تا وکالت خود را ثابت کنی. (۱) والله العالم.

کتاب الوکالة من المجلد الثالث:

۲۷۴:سوال: زینب زید را در حضور جمعی عدول وکیل کرد که او را نکاح کند از برای عمرو. وبعد از چند روز هند آمد در نزد زید و گفت که زینب میگوید که هر گاه صیغه را نخوانده‌ای دیگر نخوان که من راضی نیستم. آیا به مجرد این، وکالت باطل می شود؟ یا جایز است عقد کردن؟.

جواب: هر چند اشهر واطهر این است که به مجرد عزل موکل، وکیل معزول نمی شود، هر چند جمعی را شاهد بگیرد بر عزل. بلکه وکالت ثابت است تا وکیل علم بهم رساند به عزل قبل از فعل موکل فیه. لکن جمعی تصریح کرده‌اند به جواز عمل به قول ثقه واحد. نظر به صحیح هشام بن سالم که در آخر آن فرموده است (والوکالة ثابتة حتی یبلغه العزل عن الوکالة بثقة یبلغه، او یشافهه بالعزل عن الوکالة). (۲) و اطلاق (ثقه) شامل مرد وزن هست. وعمل به این قول دور نیست. وظاهر این است که مجرد معتمد بودن در صدق کافی است وعدالت شرط نیست. وبه هر حال، با وجودی که وکالت از عقود جایزه است وجایز است که وکیل خود را معزول کند، در چنین صورتی که امر فروج در میان است، هر چند آن مخبر ثقه هم نباشد احتیاط را از دست ندهد. ودر صورت وثوق واعتماد که اظهر این است که نمی تواند به ۱:گویا نسخه بردار چاپ سنگی مسایل مجلد اول ودوم را یکجا آورده ونامی از مجلد ثانی به میان بیاورده. و تکرار مسئله‌ها هم شاهد این است. ۲: وسائل: ج ۱۳، ابواب الوکالة، باب ۲ ح ۱ .

[۵۲۵]

عمل آورد.

۲۷۵:سوال: زید عمرو را وکیل کرد که زینب را برای من تزویج کن، ومهر او را ده تومان کن. عمرو رفت ویا او گفتگو کرد. زینب قبول نکرد که به ده تومان مهر راضی شود. عمرو فضولتا مهر او را بیست تومان کرد. آیا عقد صحیح است یا باطل؟ -؟ یا موقوف است بر اجازه؟ وبر فرض صحت آیا زیادتى مهر را کی باید بدهد؟ و هر گاه او را قبل از دخول طلاق گفته، چه باید کرد؟.

جواب: الحال از کلام فقها در نظر نیست که کسی متعرض این مسأله شده باشد (حتی علامه در تذکره وقواعد، که کتاب وکالت آنها را مرور کرده‌ام واین مسأله را ندیدم) به غیر علامه در تحریر که در کتاب وکالت متعرض آن شده - وبسیاری از کتب فقه فقها در نزد حقیر موجود نیست - وعبارت تحریر این

است که (ولو وکله فی تزویج امرأة وعین المهر، لم یجز له التجاوز. فان زوجه باکثر، لم یلزم الموکل. ووقف علی الاجازة. فان لم یرض، ففی الرجوع الی مهر المثل او الزام الوکیل بالزاید، اشکال. ولو اختلفا فی الاذن فالقول، قول الموکل مع یمینه، ثم ان صدقت المرثة الوکیل، لم ترجع علیه، بشیء والا لکان الحکم ما تقدم من التردد). وحاصل عبارت اول این است که در صورت مذکوره عقد صحیح است و لازم است، ولكن زیادتی که مهر کرده، بر موکل لازم نیست وموقوف است بر اجازه، یعنی اجازه مهر نه اجازه عقد. پس اگر اجازه نکند وراضی نشود، پس در آن اشکال است واحتمال دارد که زوجه مستحق مهر المثل باشد از زوج، وممکن است که آن زیادتی مهر را از وکیل بگیرد. و گمان حقیر این است که وجه صحت عقد این است که مهر در عقد دائم از ارکان نکاح نیست و به فساد آن، نکاح فاسد نمی شود. چنانچه از کلمات علما در مواضع بسیار ظاهر می شود. و اخبارهم دلالت بر آن دارد. از آن جمله آن موضعی است که شرط مخالف شرعی در ضمن عقد شده باشد (۱)، یا

۱: از جمله رجوع کنید: وسایل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۰ .

[۵۳۶]

شیء محرمی در صداق کرده باشد (۱)، یا بالمره ذکر مهر نشده باشد (۲). پس گویا او را در دو چیز وکیل کرده و به بطلان احدهما دیگری باطل نمی شود. بلی اگر تصریح کند که (تو وکیل منی در تزویج به این شرط که مهر ده تومان باشد و اگر راضی نشود عقد مکن ووکیل نیستی در عقد)، پس در این صورت عقد لازم نیست، مگر به اجازه. و اما حکایت مهر پس راه رجوع به مهر المثل این است که آن در حکم (مفوضة البضع) می شود چون ذکر این مهر در حکم عدم ذکر است، ولكن در این اشکال است، چنانکه خواهیم گفت، با وجود این که حکم مفوضة البضع (که رجوع به مهر المثل می شود) بعد دخول است، نه مطلقا. و اما راه رجوع در زاید به وکیل: پس گویا این مستخرج باشد از مسأله مشهوره که در کتب فقها مذکور است، و آن این است که: هر گاه شخصی زنی را تزویج کند از برای شخص دیگر به ادعای وکالت از جانب او پس انکار کند آن شخص توکیل او را. قول منکر را مقدم میدارند با یمین وبعد از این خلاف است در مهر که در ذمه کیست و چه قدر است؟ -؟. و در آن سه قول است: قول اول آن که: بر وکیل لازم است که تمام مهر او را بدهد. و این مذهب شیخ است در نهاییه، و ابن براج، به جهت این که مهر واجب می شود به عقد بالتمام و اگر طلاق بگوید قبل از دخول، تنصیف می شود، و اینجا که طلاق نیست، و چون وکیل تقصیر کرده وشاهدی نگرفته بر توکیل، پس حق زوجه را به تلف آورده، پس باید

غرامت بکشد. وقول دوم این است که بر وکیل نصف مهر لازم است، چنانکه صحیحه ابو عبیده دلالت بر آن دارد (رواها الشيخ فى كتاب النكاح فى باب الزيادات، عن ابى عبدالله (ع) فى رجل امر رجلا ان يزوجه امرأة من اهل البصرة من بنى تميم . فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنى تميم؟، قال: خالف امره، على المامور نصف الصداق لاهل المرأة، ولا عدة عليها، ولا ميراث بينهما. قال: فقال له بعض من حضر: فان امره ان يزوجه امرأة ولم يسم ارضا

۱: همان مرجع، باب ۳، ۲: همان مرجع، باب ۱۲ .

[۵۲۷]

ولا قبيلة، ثم جحد الامر ان يكون امره بذلك بعد ما زوجه؟. فقال ان كان للمامور بينة انه كان امره ان يزوجه، كان الصداق على الامر، وان لم يكن له بينة كان الصداق على المامور لاهل المرثة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها .ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا. وان لم يكن سمي لها صداقا، فلا شىء لها). (۱) و (روى فى باب الوكالات عن عمر بن حنظلة عنه عليه السلام، فى رجل قال الاخر: اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قاوت من صداق، او ضمنت من شىء، او شرطت، فذلك رضائى وهو لازم لى. ولم يشهد على ذلك. فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسئلوه. فلما رجع اليه انكر ذلك كله؟ لا قال :يغرم لها نصف الصداق عنه. وذلك انه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قاله حل لها ان تتزوج، ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله عزوجل الا ان يطلقها - لان الله تعالى يقول: فامسك بمعروف او تسريح باحسان - فان لم يفعل فانه ماثوم فى ما بينه وبين الله عزوجل. وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام. وقد اباح الله عزوجل لها ان تتزوج). (۲) وضعف سند منجبر است به عمل مشهور. وابن قول مشهور علما است واقوى است. به جهت آن که وجوب تمام مهر به عقد، در صورتی که عقد صحیحی باشد و زوجیت ثابت باشد، در اینجا که حکم به زوجیت نمی شود. وبر فرض صحت هم مهر بر کسی است که عقد برای او شده باشد. وتعلیل به این که (تفویت حق زوجه کرده) هم مطلقا صحیح نیست، زیرا که گاه است که شهود گرفته بوده لکن مرده‌اند، یا مانعی از برای اقامه ایشان حاصل شده باشد. با وجود آن که اشهاد شرعا بر او لازم نبود که تقصیری کرده باشد. هر چند در روایت عمر بن حنظله تعلیل به آن واقع شده. واین اشکالات هر چند بر قول مشهور نیز وارد است لکن به جهت اخبار معمول بها تعبدا بنا را به آن میگذاریم. ودر آن قول دیگر، نصی موجود نیست .

۱: وسایل: ابواب عقد النکاح - باب ۳۶، ج ۱. توضیح: جمله (وان لم یکن سمی لها صداقا، فلا شیئیء لها) در روایت شیخ نیست، ودر روایت صدوق هست. رجوع کنید: تهذیب ج ۲ ص ۲۴۸ و فقیه ج ۲ ص ۱۳۴. ۲: وسایل: ج ۱۳، ابواب الوکالة، باب ۴ ج ۱، تهذیب ج ۲ ص ۶۷.

[۵۲۸]

وقول سوم آن که نکاح در ظاهر باطل است ومهری نیست. واین قول را محقق در شرایع نقل کرده وقائل آن، معلوم نیست. وجمعی از متاخرین که از جمله ایشان صاحب کفایه است تقویت آن کرده‌اند. واگر آن احادیث نمیبود معین بود عمل به آن. ویدان که: به هر حال لزوم طلاق در نفس الامر در صورت توکیل، و [نیز] رساندن نصف مهر لازم است. چنانچه در روایت عمر بن حنظله مذکور است. ولکن زوجه بدون طلاق می تواند شوهر کرد. چنانکه در آن روایت نیز مذکور است. بلی جمعی از علما گفته‌اند که هر گاه زوجه تصدیق وکیل کرده باشد در توکیل، نمی تواند شوهر کند. زیرا که ماخوذ است به اقرار خود. واینکه در روایت مذکور است که می تواند شوهر کرد، محمول است بر این که تصدیق نکرده باشد. ودر این صورت کار آن زن صعب می شود. زوج به سبب انکار توکیل، نمی تواند طلاق داد در ظاهر، وزوجه به سبب اقرار خودش، شوهر نمی تواند کرد. ودور نیست که اگر زوج طلاقى به این نحو بگوید که (اگر زن من است طالق است) بد نباشد تا از غائله اقرار به زوجیت فارغ باشد. وتعلیق در طلاق هم لازم نیامده. چون این از باب (تعلیق بر امر واقعی) است که آن را (وصف) میگویند. نه بر غیر واقع که آن را (شرط) میگویند. اما اگر حال بر او مشتبه باشد - مثل این که انکار او از راه نسیان توکیل باشد، پس تعلیق مشکل است. هر گاه این را دانستی، پس شاید وجه قول به رجوع به وکیل در زیادتی مهر، همان اعتماد به دلالت تنبیه روایت عمر بن حنظله باشد. بلکه علت منصوصه بر آن دلالت دارد. لکن اشکال بر آن وارد می آید بنا بر رجوع به مهر مثل (که ظاهر عبارت تحریر این است) که مجموع مهر المثل از زوج گرفته شود. ودور نیست که بگوئیم که ملاحظه مهر المثل را با مجموع بیست تومان (مثلا) بکنیم و در ده تومان، مسمی را صحیح دانیم، و مهر المثل را بالنسبة ملاحظه کنیم با ده تومان دیگر. مثلا هر گاه در مانحن فیه که مهر بیست تومان شده هر گاه مهر المثل پانزده تومان باشد باید هفت تومان ونیم علاوه کنیم برده تومان که نصف مسمی را بدل کنیم به نصف مهر المثل، چون نصف آن صحیح است واین از باب این مسأله می شود که کسی دو عبد را مهر کند هما مستحق

غیر بر آید. ومی توان گفت که باید دست از مجموع مسمی بردارد وتمام مهر المثل را بگیرد. چون نکاح بر مجموع من حیث المجموع وارد شده، و مجموع من حیث المجموع فاسد شده. چنانکه ظاهر تحریر است. لکن این سخن در وقتی خوب است که قبل از دخول طلاق نگوید. اما اگر قبل از دخول طلاق بگوید، پس باید که اکتفا کند به نصف مسمی و نصف مهر المثل ساقط می شود بنابر تنصیف. یا تمام [مهر المثل] ساقط می شود بنابر مجموع من حیث المجموع، و رجوع به (متعہ) (۱) می شود، یعنی زوج چیزی ببخشد به زوجه در خور وسع او. ولکن اشکال باز باقی است در این که از باب (مفوضۃ البضع) باشد. چون مسمی فی الجمله مذکور است. پس شاید اظہر این باشد که رجوع شود به تمام مهر المثل بعد از دخول و طلاق و قبل از هر دو. و به نصف مهر المثل قبل از دخول و بعد طلاق. و محتمل است که توزیع کنیم بر نصف مسمی و نصف مهر المثل. و مبنای این مسأله بر این می شود که (مهر المثل عوض مهر فاسد است علی الاطلاق) و از باب مفوضۃ البضع نیست که (دخول) در ثبوت آن مدخلیت داشته باشد. و ظاهر عبارت تحریر هم همین است. و این منافات ندارد با آیه (۲) و اخبار [ی] (۳) که تفصیل داده اند به حکم به تنصیف مهر به طلاق در زنی که فریضه و مسمی از برای او باشد، و متعه از برای آن که فریضه از برای او نباشد (۴) زیرا که مهر فاسد هم داخل فریضه

۱: اصطلاحاً به (مهر المتعه) معروف است. و آن در جائی است که عقد نکاح جاری شده و نامی از مهر به میان نیامده و اینک قبل از دخول طلاق میدهد. در این صورت به میزان در خور حال خود، مهر میپردازد. رجوع کنید به پی نویسهای بعدی که آیه مربوطه آمده است. ۲: لا جناح علیکم ان تطلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فریضه و متعوهن علی الموسع قدره و علی المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا علی المحسنین - و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم... - ۲۳۶ و ۲۳۷ سوره بقره. ۳: وسایل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۸ ح ۸، ۷، ۱۰ و ۱۲. و نیز باب ۴۹، ح ۸، ۴: توضیح: یعنی تفصیل داده اند که اگر مهر فریضه (مسمی) معین شده، پس باید نصف آن را بدهد و اگر نامی از مهر به میان نیامده، پس باید (مهر المتعه) بپردازد.

است و لکن متبدل می شود به مهر المثل و نصف آن اعتبار می شود. و اما وجه دوم: پس اشکال آن بیشتر است. چون اصل نکاح در اینجا ثابت است و (ترك اشهاد) ضرری ندارد، به جهت آن که در اینجا اشهاد معنی ندارد. چون مفروض این است که زوج همان ده تومان را گفته است مگر همین معنی ملاحظه شود که استهانت به بضع زوجه شده از جانب وکیل در ازای مجموع مهر، پس باید از عهده

آنچه خود باعث شده بر آید واین (علت استهانت) از حدیث مستفاد می شود. (۱) ولکن این معنی افاده بیش از این نمی کند که بر او لازم باشد که مهر المثل را تمام کند هر گاه آنچه زوج گفته است کمتر از مهر المثل باشد. زیرا که استهانت به بضع، افاده [ای] بیش از استحقاق عوض المثل آن، نمی کند. واینها همه در وقتی است که بر زوجه ظاهر شود که در آن مقدار فضولی کرده. والا بر او چیزی نیست. چنانکه از عبارت آخری تحریم هم ظاهر می شود. وبه هر حال وجه اول اظهر است از وجه دوم.

۲۷۶:سوال: شخصی غایبی کسی را وکیل میکند که زوجه او را طلاق بگوید. واز قرائن احوال واقوال علم حاصل می شود از برای وکیل که غایب او را وکیل کرده است. لیکن آن شخص که کاغذ وکالت را آورده است [پس از] مدت چند سال که از ما بین گذشته است کاغذ را به وکیل داده است. الحال وکیل چه باید بکند؟ طلاق را بگوید؟ یا احتیاج به وکالت جدید دارد؟.

جواب: اگر چه ظاهراً خلایقی نیست در این که توکیل به غیر شهادت عدلین ثابت نمی شود، ولیکن دور نیست که هر گاه علم حاصل شود از برای وکیل از قرائن کافی باشد در ثبوت توکیل از برای وکیل. لکن شوهر کردن زوجه به محض همین بدون این که از برای زوجه نیز علم به توکیل، حاصل شود، مشکل است. بلی اگر علم از برای حاکم شرع حاصل شود و حکم کند به وکالت، کافی است از برای زوجه. واما طول مدت وتمادی زمان: پس آن مضر به وکالت نیست هر گاه اصل وکالت ثابت باشد .

۱:مراد حدیث عمر بن حنظله است .

[۵۲۱]

۲۷۷: سوال: به عرض اقدس عالی میرساند که کمترین صبیبه خود را به پسر همشیره خود تزویج کردم. وگویا قبل از زفاف، ملاقات فی مابینهما افتاده. یا به جهت صدور حرکت ناخوش، یا به جهت عدم ملایمت اخلاق، دختر اظهار کراهت شدید نمود. وکمترین نیز بعد از مواعظ او را ساکت نمودم. و بعد از آن که دختر را به تصرف او دادم وزفاف اتفاق افتاد، کراهت شدیدتر شد از سابق. ولیکن از راه حیاء و مراعات احترام جانب پدر، تفضیح حال خود نمینمود. ودر اغلب اوقات آثار حزن واندوه وگریه از وجنات احوال او ظاهر بود. وناملایمی که زوج نسبت به او به عمل میآورد دیگران در بعض اوقات مطلع میشدند. ولیکن از کمترین مخفی میداشتند. وکمترین به مراتب مرقومه مطلع بود ودر مراتب مرفوعه هم خفائی نیست. و سه چهار سال بر این مقدمه گذشت وپسر را قدرت بر مباشرت بهم نرسید. واول وهله ادعا مینمود که دختر تمکین تام نمی کند. وکسان دختر، دختر را نصیحت کردند. و دختر ایمان مغلظه یاد

نموده که من تقصیر ندارم و پسر مکره است و می خواهد که بدون حق، تقصیر را بر من قرار دهد. و این معنی موجب زیادتای حزن و اندوه و کراهت او شد. آخر الامر پسر اعتراف کرد به عجز، و مشغول معالجه شد. و در این اوقات بعضی از عوام مذکور نموده که آن پسر (مربوط) است و در حال اجرای صیغه او را بسته‌اند. باید زوجه را طلاق دهد و ثانیاً او را نکاح کند تا ناخوشی از او رفع شود. و زوج خوف داشت که بعد از طلاق زوجه راضی به نکاح نشود، بلکه یقین بود، لهذا شخصی به نزد دختر آمد که (تو مرا وکیل کن که بعد از طلاق تو را تزویج کنم به زوج به مبلغ قلیل که عبارت از يك تومان یا کمتر به قلیلی یا بیشتر). و زوجه جاهله به این که طلاق غیر مدخوله موجب استرداد نصف صداق است، بلکه چنین میدانست که صداق ثانی علاوه بر صداق اول است. و چون مظنه استخلاص از برای خود نداشت و این وکیل را جالب نفع میپنداشت، لهذا او را وکیل نمود که او را بعد از تطبیق دوباره نکاح کند. و چنانچه به مراتب مشروحه علم میداشت البته او را وکیل، نمینمود. یا آن که بعد از تطبیق مزبور تحصیل اذن

[۵۲۲]

میکردند با علم او به حصول طلاق، البته اذن نمیداد. در صورت مذکوره، آیا این توکیل صحیح است یا نه؟ - و عقد نکاح مزبور باطل است یا صحیح و لازم؟ - و یا در حکم فضولی و موقوف است بر اجازه؟ - و حال آن که عاقد در حین اجرای صیغه تکیه او بر همان توکیل بوده و آن توکیل را صحیح دانسته و صیغه را مقید به قید وکالت نموده و مطلقاً استفاده [از] (اذن عام) بر خاطرش خطور نکرده. بل ظن غالب این بود که تحصیل اذن بعد از طلاق ممکن نیست. و بر تقدیر فضولی: هر گاه زوجه علم به خیار نداشته باشد، بلکه یقین داند که وکالت صحیح، و عقد مذکور لازم، و بر او اطاعت زوج واجب، و حتی احدی از او طلب اجازه ننموده و اصل اجازه گوشزد او نشده، ولیکن از جهت امثال امر شارع اطاعت زوج نموده. آیا در این صورت این اطاعت به منزله [اجازه عقد فضولی] است؟ یا نه؟ و بعد از اطلاع، استنکاف و استنکار او مفید ثمره هست یا نه؟ -؟.

جواب: بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله تعالى. چون از شروط صحت توکیل این است که موکل آنچه [که] (۱) در آن وکیل میکند، امری باشد که محال عقلی نباشد، و شرعاً هم ممنوع نباشد (مثل قتل، و زوری، و امثال آن). بلکه جمعی شرط کرده‌اند که باید از حین توکیل تا حین وقوع موکل فیه، موکل تواند آن را شرعاً به عمل آورد. و محقق ثانی ظاهراً دعوی اجماع بر آن کرده. و هم چنین از عبارت علامه در تذکره ظاهر می شود. پس جایز نیست که وکیل کند شخصی را در طلاق زنی که بعد از این می خواهد بگیرد. و [در] آزاد کردن بنده [ای] که بعداً می خواهد بخرد. و اشکالی که بعضی متأخرین بر این

کرده‌اند، بی وجه است. چنانکه در محل جدائی بیان کرده‌ایم. و بناء علی هذه توکیل زوجه شخصی را که (تو وکیلی که مرا از برای شوهرم عقد کنی بعد از آن که او مرا طلاق بگوید) توکیل است در امری که از برای او جایز نیست مباشرت آن بالفعل. پس صادق است که موکل از حال توکیل تا وقت اجرای صیغه عقد

۱: در نسخه: آنچه را .

[۵۲۳]

در مجموع آن زمان مالك این امر و متمکن از این عمل نیست. گو بعد از اجرای صیغه طلاق متمکن باشد از شوهر کردن با او ثانیاً. و در این حال مورد دو اجماع منقول می شود. پس چنین توکیلی فاسد است. اگر بگوئی: که این توکیل منجر نیست. بلکه معلق است به شرط طلاق دادن زوج، و آن متمکن الحصول است. گوئیم: چنانکه تملك و متمکن مذکور شرط است، تنجیز توکیل هم شرط صحت نکاح است. و خلافی نکرده اند در این که تعلیق توکیل به شرطی یا وصفی (۱) منشأ بطلان توکیل است، و ظاهراً خلافی هم در آن نیست. بلکه ظاهر جمعی - مثل شهید ثانی و ابن مفلح، بلکه صریح علامه در تذکره - دعوای اجماع است بر آن. و اشکالی که بعض متأخرین مثل آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه کرده‌اند و نقضهائی که بر آن کرده‌اند، را در موضع دیگر جواب گفته‌ام. بلی در این مقام سخنی هست که فقها بعد از آن که اتفاق کرده‌اند بر بطلان توکیل، خلاف کرده‌اند در این که (با وجود بطلان توکیل آیا آن تصرف صحیح است یا نه؟ -؟). بعضی قایل‌اند به صحت تصرف وکیل در آن امر. به جهت عموم اذنی که از نفس توکیل مستفاد می شود. و مثال زده‌اند از بر ای آن به آن که کسی دیگری را وکیل کند در بیع متاعی و شرط کند که عشر ثمنی که میفروشد حق السعی او باشد و جعله او باشد. پس چون جعله مجهول است، شرط مجهول می شود و به جهالت شرط، عقد وکالت فاسد می شود. لکن چون معلوم است که صاحب مال راضی هست که این تصرف را بکند و عشر قیمت را بردارد، به همان اذن عام این تصرف را جایز میدانیم. هر چند وکالت باطل باشد .

۱: یاد آوری. تعلیق طلاق بر شرط، منشأ بطلان است ولی تعلیق طلاق بر وصف موجب بطلان نیست. لیکن تعلیق توکیل طلاق (یا هر توکیل دیگر) بر شرط و بر وصف (هر دو) موجب بطلان توکیل است و در نتیجه موجب بطلان طلاق میگردد. این توضیح به خاطر آن داده شد که با کلام میرزا (ره) در ضمن مسأله شماره ۲۵۷ مشتبّه نشود .

و بعضی دیگر قایل اند به بطلان تصرف بعد از فساد توکیل، نظر به این که اذن حاصل نشده الا در ضمن توکیل و به انتفای فصل، منتفی می شود. خصوصا که اصل در عقود فساد است. و غیر اینها نیز دلیل گفته اند. و هر چند در محل خود در بعضی از این سخنها نیز خدشه کرده ام (۱) که اینجا مقام ذکر آن نیست. و به هر حال غرض این است که هر گاه زوج متمسک شود به این که بطلان توکیل مستلزم بطلان تصرف وکیل نیست در امر موکل فیه، نظر به قول اول از این دو قول، جواب او این است که (بر فرض این که قبول کنیم صحت قول اول را و گوئیم که حاصل (۲) قول اول این است که از حال زوجه معلوم است که اذن عام داده و در ضمن توکیل رضا هم از او فهمیده می شود که تکیه عاقد بر آن رضا است) با وجود این همه فراین (۳) که در سوال درج است و مذکور شده است که مسلم الثبوت است، دیگر مطلق رضا و اذن عام از کجا معلوم می شود. بلکه ظاهرا از آنچه در سوال مندرج است معلوم می شود که عاقد وکیل است هم جزما می دانسته که اگر بعد از طلاق او را مطلع میساخت و اعلام میکرد که هنوز صیغه نکاح خوانده نشده، اذن نخواستی داد، یا متردد بود در اذن و رضا که آیا حاضر هست یا نه. و با وجود این چگونه اعتماد بر اذن سابق کرده صیغه میخواند؟ خصوصا به قید توکیل و به قید وکالت. پس ظاهر بطلان نکاح است راسا. و احتمال این که فضولی باشد و تمکین زوجه ثانیاً، در معنی اجازه باشد، آن نیز بی وجه است. به جهت آن که اجازه در صورتی تحقق میپذیرد که زوجه دانسته باشد که آن عقد متزلزل است و اختیار در اجازه و عدم اجازه دارد. و حال آن که مفروض این است که زوجه جاهله است به این معنی و گمان او این است که این عقد لازم است و بر او تمکین واجب است شرعا. و مفروض هم این است که مطلقا کلامی دال بر اجازه باشد از او صادر نشده. و با وجود این که زوج سعی او در این بود که زوجه مطلع نشود که کی صیغه خوانده می شود - و به این

۱: رجوع کنید به مسأله شماره ۲۵۷، از همین مجلد. ۲: عبارت نسخه: ... قول او را میگوئیم که حاصل ... ۳: عبارت نسخه: ... عاقد بر آن رضا است جواب او این است که با وجود ...

جهت قبل از اطلاق، او را گفته است که وکیل کن که بعد از طلاق گفتن من صیغه تو را بخوانم - نمی تواند ادعا بکند بر زوجه [که] تو اذن مطلق داده‌ای و به هر حال رضا بوده [ای] که صیغه تو را بعد از طلاق بخوانند. و بر آن مترب کند این معنی را که هر چند توکیل باطل باشد عقد صحیح است به جهت رضای مطلق و اذن عام. و اگر فرض کنیم که بالمره چشم از حق بیوشد و این دعوی را بر زوجه کند بیش از تسلط قسمی بر او ندارد. والله العالم باحکامه.

۲۷۸:سوال: زید عمرو را وصی کند که ده تومان مال مرا به وجوه بر ورد مظالم برسان. و بعد از فوت موصی، وصی دیگری را وکیل کند که آن وجه را آن وکیل اخذ نموده به مصارف مزبوره برساند. و آن دیگری وجه را بالتمام از ورثه گرفت و لکن رسانیدن به مصارف معلوم نیست. آیا ورثه میتوانند استرداد وجه نمایند و خود به مصارف مزبور برسانند؟ .

جواب: هر گاه وصیت به این نحو شده که عمرو خود مباشر امر باشد، یا از قراین چنین فهمیده شود، جایز نیست توکیل دیگری، ووصی ضامن وجه است. و هر گاه بر صفت عدالت باقی است ثانیاً باید خود وصیت را به عمل آورد. والا حاکم شرع باید از او بگیرد به مصرف برساند. و هر گاه وصیت مطلق باشد یا عام باشد (یعنی راضی باشد به توکیل غیرهم)، دور نیست که توکیل صحیح باشد. مانند توکیل در ادای زکات. اما باید وکیل امین باشد. و در این صورت ظاهر این است که علم به وصول به مصرف، شرط نباشد.

۲۷۹:سوال: وکالت به استفاضه ثابت می شود یا نه؟ اگر منحصر در شهادت عدلین باشد کار تنگ می شود. آیا علم کافی است؟ یا بدون شهادت عدلین نمی شود؟.

جواب: ظاهر این است که هر گاه حاصل شود از راه استفاضه یا غیر آن کافی باشد. (۱)

۲۸۰:سوال: هر گاه زید ملکی را در نزد عمرو مرهون نماید که بعد از انقضای

۱: توضیح: البته کافی است ثبوتاً. اما اثباتاً تنها شهادت عدلین می تواند کافی باشد. همان طور که در مسئله‌های گذشته (مثل انکار موکل، اصل وکالت را) بیان گردید .

مدت معین وکیل باشد در بیع آن به قیمت عادلانه. و عمرو آن ملك را در آن وقت به کمتر از قیمت عادلانه بفروشد. آیا زید بعد از اثبات این مطلب مستحق تمام قیمت عادلانه هست که از عمرو بگیرد یا نه؟ -
و در صورتی که مشتری شخص متغلبی است که زید ملك خود را از او نمی تواند استرداد کند، چه کند؟

۴- ودر حین مبیعه، وکیل شرط کرده است با بایع که هر وقت تمسکی وحجتی از جانب موکل (۱) بیاید که او مشغول الذمه ثمن است، وکیل بری باشد. آیا شرط جایز است یا باطل؟- ؟

جواب: هر گاه ثابت شود که عمرو با وجود علم به قیمت عادلانه به کمتر فروخته، در این صورت به مقتضای وکالت عمل نکرده، وبیع وکالتی به عمل نیامده. بلکه چنین است حکم هر گاه تصریح به قیمت [عادلانه] نکرده باشد، و او را وکیل مطلق کرده باشد. زیرا که آنهم منصرف می شود به قیمت عادلانه. زیرا که مراد از قیمت عادلانه همان (ثمن المثل) است که در کلام فقها مذکور است. بلی، اگر زید اجازه کند او را از باب بیع فضولی، صحیح می شود، دیگر ادعائی بر او نمی کند، علی الاظهر. و هر گاه اجازه نکند بیع فاسد است. و می خواهد زید رجوع میکند بر مشتری و مال خود را میگیرد، و می خواهد رجوع میکند به وکیل که اگر تواند عین را رد کند والا قیمت عادلانه آن را غرامت بکشد. و کیفیت رجوع وکیل و مشتری به یکدیگر در کتاب متاجر گذشت، به آنجا رجوع کن (۲). و اما هر گاه عمرو جاهل بوده به قیمت، و به سبب جهالت به کمتر از قیمت عادلانه فروخته، پس اگر تقصیر کرده از تفحص و از اهل وقوف نبوده، باز حکم آن مثل سابق است. و اگر تقصیر نکرده و امر بر او مشتبه شده و به نادانی به کمتر از ثمن العقل فروخته، پس در این صورت وکیل مغبون است، و بیع از برای موکل واقع شده و از برای او خیار فسخ هست. چنانکه هر گاه او را وکیل کرده باشد در خریدن مبیع به قید سلامت (یا به سبب انصراف اطلاق به سالم)، و آن مبیع معیب بر آید که باز بیع صحیح است از برای موکل، در

۱: در نسخه: وکیل. ۲: رجوع کنید به مسأله طولانی و مشروح (بیع فضولی) در اواخر جلد دوم از همین مجلدات.

صورت جهل وکیل به عیب با عدم تقصیر. و خیار عیب از برای موکل ثابت است. بلی، از علامه در قواعد ظاهر می شود فرق میان عیب وغبین. ودر غبن علم و جهل وکیل را مساوی کرده ودر هر دو صورت بیع را از برای موکل ثابت نمیدانند، بلکه موقوف بر اجازه میدانند. وگفته است که: این در صورتی است که وکیل شرا را نسبت به موکل بدهد، یعنی با نام او بخرد. و اما هرگاه عقد خالی باشد از (نسبت به موکل) و بایع هم تصدیق وکیل نکند در نسبت دادن به موکل، حکم می شود بر وکیل به شرا، و مطالبه قیمت از او میکند. بخلاف معیب که در صورت جهل، بیع را از برای موکل میدانند و خیار فسخ دارد. و اما در صورت علم، پس حکم آن همان است که مذکور شد که اگر اجازه کند، صحیح می شود، والا، فلا. به همان نحوی که گفتیم و شاید وجه فرق چنانکه شیخ علی (ره) در شرح گفته است واز مسالك [نیز] ظاهر

می شود، این است که عیب گاه است که مخفی میماند. پس ممکن نیست تکلیف به شرای صحیح .
بخلاف غبن که ممکن است اطلاع بر آن به ادنی ملاحظه [ای] به سبب اشتها قیمت نزد ارباب
معرفت. وبعد از آن شیخ علی (ره) از حواشی شهید (ره) نقل کرده که گفته است که (این فرق - یعنی
فرق ما بین غبن و عیب در صورت جهل - از جمله فرقهائی است که منسوب به مصنف است). و [شیخ
علی] گفته که این کلام مشعر به این است که سایر فقها قبل از علامه قایل به این نیستند،
وگویا صاحب مسالك هم که گفته است (کذا قرره) یعنی بیان فرق را چنین کرده اند، هر چند فرق
مختص علامه باشد. نه این که سایر فقها هم به این فرق قایل باشند. به قرینه کلام شهید. یا این که
علامه وکسانی که بعد از او تابع شده اند چنین تقریر کرده اند. وبعد از آن باز از شهید (ره) نقل کرده که
بعد از آن کلام گفته است که (در این فرق علامه اعتراف است به این که عیب هر گاه عیبی است که
مثل آن عیب مخفی نمیماند بر مثل این وکیل، آنهم مثل غبن است. و هم چنین هر گاه مثل آن غبن
مخفی میماند بر مثل این وکیل، آنهم مثل عیب خواهد بود). و شیخ علی گفته است که در این مناقشه
هست. زیرا که خفا بر مثل وکیل هر گاه از اهل معرفت نیست، اثری ندارد، زیرا که واجب

[۵۲۸]

است بر او تفحص از اهل معرفت. بلی ممکن است که بعضی غبنها البته چنان است که مخفی
میماند. همچنانکه در قیمت جواهر، آنچه از آن قبیل باشد. و بعضی عیوب گاه است که سهل است
اطلاع بر آن، و اهل خبره به سهولت مطلع بر آن میشوند. پس مقتضای فرق مذکور لزوم است در هر چه
غالباً مخفی میماند در عیب و غبن هر دو. نه آنچه مخفی نمیماند از هر دو. (۱) و شهید ثانی (ره) هم
تابع او شده (۱) در این کلام، و این کلام متین است. و اطلاق علامه راهی ندارد. (۲) و در حاشیه بعضی
نسخ ایضاً به خط بعضی از فضلا نوشته شده است و در آخر حاشیه کلمه (منه) و علامت (ظ) بر سر آن
نوشته که ظاهر این است که از فخر المحققین است. و مضمون آن بحثی است بر مصنف (ع) که در
صورت جهالت غبن گفته است موقوف است بر اجازه. [در آن حاشیه] گفته است که بلکه از برای او
خیار فسخ است به جهت غبن. و اصل بیع واقع شده است از برای موکل، و لکن (موقوف الحل) است. نه
این که واقع نشده باشد از برای او مگر با اجازه، که (موقوف العقد) باشد. و الحاصل: بنا بر وقوع بیع از
موکل، بیع صحیح است. و خیار فسخ در آن هست. و بنا بر عدم وقوع از آن، بیع صورتی ندارد و بیع شدن
آن موقوف است بر اجازه. و ثمره فرق این دو کلام در جانی ظاهر می شود، که چنین بیعی واقع شده

باشد، ومعلوم نباشد که آیا اجازه شده است یا رد شده؟ -؟. بنا بر قول علامه حکم به بطلان می شود،

و بنا بر قول

۱: پایان کلام شیخ علی (کرکی: محقق ثانی) ره. ۲: میرزا (ره) میگوید که شهید ثانی هم از کلام شهید اول تبعیت کرده. ۳: شاید بتوان گفت: مراد علامه تعیین (اصل) است و می گوید: اصل در عیب، وقوع شراء برای موکل، است. و بیش از این نیست که (موقوف الحل) به وسیله خیار باشد. و اصل در غبن عدم وقوع شراء برای موکل، است. و (موقوف العقد) به وسیله اجازه است. پس اطلاق علامه ناظر به این نکته است، و تفریع فروع را به مسائل و ادله دیگر وا میگذارد. و از اینجا روشن میشود که مناقشه مرحوم کرکی نیز خالی از بحث نیست. ۴: یعنی بر علیه نظریه علامه .

[۵۳۹]

دیگر حکم به صحت. و به هر حال، اظهر از ادله وعمومات و فتاوی اصحاب، ثبوت خیار غبن است لا غیر. و اطلاقات عبارات ایشان که (در صورت بیع به اقل از ثمن المثل، موقوف است. بر اجازه). و اینکه (در صورتی که معیب بخرد موقوف است بر اجازه) و غیر اینها، ظاهر این است که مراد صورت عمد است. خصوصا در معیب که تصریح کرده اند که جاهل، بیع او صحیح است از برای موکل، و از برای او خیار است. و در خصوص غبن علامه چنان گفته است. پس خوب تامل باید کرد تا امر واضح شود. اما سوال از حال شرط مذکور: پس بدان که هر گاه بخرد مال را از برای موکل، پس اگر علم دارد بایع به وکالت و وکیل هم به ذمه میخرد، پس آن قیمت در ذمه موکل است، و بایع از او مطالبه میکند. و هر گاه جاهل باشد به وکالت، از وکیل مطالبه میکند. و اگر وکیل را بری کند، موکل بری نمی شود. چون در نفس الامر ثمن در ذمه او هست و در ذمه وکیل نیست. و اما هر گاه در دست وکیل باشد ثمن، پس بایع از او هم مطالبه می تواند کرد. خواه آن چیز را بعینه در عقد بیع قرار بدهند به ازای ثمن یا نه. به این معنی که موکل داده است. که به مصرف ثمن برساند و وکیل در ذمه بخرد. و در صورتی که بایع به همان عین بفروشد، در جواز مطالبه از موکل، اشکال هست. چون حق بایع منحصر شده در آن. هر گاه این را دانستی میگوئیم: که این شرط صحیح است. و مقتضای عقد وکالت هم این است. نهایتا امر این است که این وکیل ضامن شده باشد که اگر تمسکی از جانب موکل نباید خود بدهد. پس هر گاه قبول شرط کرد، هر وقت تمسک آید او بری می شود.

پایان جلد سوم کتاب جامع الشتات

مولى : ميرزا ابوالقاسم قمى

تصحیح : مرتضى رضوى

برگرفته از سايت

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية