



شرح مکاسب

جلد پنجم

علی محمدی خراسانی

شرح مكاسب

جلد پنجم

شرح بیچ



تألیف: علی محمدی

علی محمدی خراسانی.

شرح مکاسب، علی محمدی خراسانی، - قم: الامام الحسن بن علی علیه السلام،

۱۳۸۸.

۹ مجلد.

ISBN 978 - 964 - 7686 - 17 - 4 (ج. ۵) ۵۷۶ ص.

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه: به صورت زیر نویس

۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. شرح مکاسب استاد محمدی

خراسانی. ۲. فقه شیعه. الف. انصاری، مرتضی، مکاسب. شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب.

شناسنامه کتاب



- نام کتاب: شرح مکاسب جلد ۵
- علی محمدی خراسانی
- ناشر: الامام الحسن بن علی علیه السلام
- نوبت چاپ: دوم / ۱۳۸۸
- تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه
- قیمت: ۵۷۰۰ تومان
- چاپخانه: قلم
- صحافی: ممتاز

مرکز پخش:

۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(مقبوض به عقد فاسد)

قوله : مسئله:

تا اینجا مباحث بخش اول «شرائط عقد» بیان شد .

در خاتمه مسئله ای را تحت عنوان : «مقبوض به عقد فاسد» عنوان می کنند که با فروعات هفتگانه اش تا اول بخش دوم «شرائط متعاقدين» ادامه دارد، و قابل دقت است :

بطور کلی قبض و اقباضی که بدنبال عقد بیع انجام می پذیرد، از سه حال خارج نیست :

۱- قبض و اقباض بدنبال عقد صحیح و جامع جمیع شرائط و اجزاء، حاصل شود . چنین چیزی هم مشروعیت دارد و هم موجب ملک متفابضین می گردد، و تمام آثار ملک بر آن مترتب می گردد .

۲- قبض و اقباض بدنبال عقد فاسد و فاقد برخی از اجزاء و شرائط، واقع شود، ولی مبتنی بر بیع فاسد و بانیاً علیه نیست . بلکه قبض و اقباض همراه با قصد

تملیک جدید است. چنین چیزی معاطات است و مبسوطاً در تنبیه هشتم از مباحث معاطات حکمش بیان شد، که برمبنای مشهور مفید اباحه تصرف است. و برمبنای محققین از متأخرین، مفید ملک جایز است.

۳- قبض و اقباض بدنبال عقد فاسد، و بناگذاری بر آن انجام گیرد، یعنی در واقع معامله باطل بوده ولی طرفین در اثر اعتقاد به صحت، خود را ملزم به پرداخت مال به دیگری می دانند. و با این نیت می پردازند. محور مباحث این مسئله، در این فرض است. فنقول:

آیا مالی را که مشتری به عقد فاسد از بایع دریافت می کند، و مقبوض به بیع فاسد است

[دو نکته:

۱- منظور شیخ از عقد فاسد یا خصوص عقدی است که به خاطر نداشتن برخی از شروط صیغه فاسد است. و یا مطلق عقد فاسد است چه از ناحیه فقدان شرط العقد و یا شرایط عوضین و متعاقدین.

قرینه احتمال اول: ذکر مسئله بدنبال شروط صیغه است. و قرینه احتمال دوم: عدم اختصاص حکم مسئله به عقد فاسد از ناحیه شروط صیغه است.

۲- اینکه عنوان مسئله را قبض مشتری نسبت به مبیع قرار دادند برای آنست که در ناحیه بایع معمولاً مالی که از مشتری دریافت می کند نقد رائج است و مشکلی ندارد. ولی در ناحیه مشتری، مال مأخوذ کالا و جنس است و محور ضمان و متفرعات آن همین عین و متاع است. و اگر جنس به جنس معامله شود، تمام این بحثها در ناحیه بایع هم مطرح می شود. [چه حکم دارد؟

فعلاً در صدر مسئله به دو حکم از احکام آن اشاره می کنند و در ادامه احکام زیاد دیگری هم مطرح خواهد شد:

۱- مشتری متاعِ مقبوض را مالک نمی‌شود.

۲- ضامنِ کالای مأخوذ هم هست.

دلیل عدم ملک: ملکیت علقهٔ خاصی است که حادث است. و هر حادثی

سبب می‌طلبد، و اسبابِ مملکه در اسلام مضبوط است [از قبیل:

صلح- هبه- وصیت- اجاره- بیع- نکاح نسبت به مهر و ...] و در مورد بحث فرض

اینست که: هیچکدام از این اسباب وجود ندارد، مگر بیع که آنهاست فاسد است

پس سببی برای مالک شدن مبیع وجود ندارد.

(۱- ضمان)

واماً ضمان: ابتدا ضمان را معنی می‌کنند: بالضممان ای کون تلفه علیه. مشتری ضامن است یعنی تلف مبیع از مال مشتری است. [وجه این تفسیر آنست که: ضمان در اسلام از جهتی دو نوع است:

۱- ضمان تنجیزی: آنست که ضمانت منجز و حتمی شده و بالفعل انسان ضامن است. مانند: بدهکاری که مدت بدهی او سررسیده و باید از عهده برآید و عوض را بپردازد. و مانند غاصبی که مال کسی را غصب کرده و نزد او تلف شده که هم اکنون باید تدارک کند و مثل یا قیمت را بپردازد.

۲- ضمان تعلیقی: آنست که بالفعل ضمانتی به عنوان حکم وضعی مطرح نیست. و صرفاً یک سلسله احکام تکلیفی از قبیل: وجوب حفظ، وجوب ردّ، حرمت امساک و تصرف و... دارد، ولی بالقوه و به صورت معلق ضمانت هست. بدین معنی که: اگر تلف شد ضامن است و باید غرامت را بپردازد. مانند: غاصبی که هنوز عین مغضوبه در اختیار او است و تلف نشده وظیفه دارد آن را به صاحبان اصلی اش مسترد دارد، ولی اگر تلف شد، باید تدارک کند. و ما نحن فیه از این قسم است، یعنی فعلاً که مشتری عین مبیع را در اختیار دارد، موظف به ردّ آن است. ولی اگر یک زمانی تلف شد ضامن است. حال، اینکه

فرمود: کون تلفه علیه، منظور همین ضمان تعلیقی است. [

سپس اشاره ای دارند به اینکه: ضمانت یکی از متفرعات گوناگون مقبوض به عقد فاسد است [و غیر از آن شش امر دیگر هم براین مبتنی و متفرع است که به ترتیب خواهد آمد.]

و سپس به ادله ضمان می پردازند: فعلاً به چهار دلیل متوسل می شوند:

۱- شهرت فتوائیه: این را با کلمه «وهو المعروف» متعرض می شوند.

۲- اجماع منقول: گروهی از بزرگان ادعای اجماع کرده اند:

الف: شیخ طوسی در دو جا از کتاب مبسوط صریحاً ادعای اجماع برضمان

کرده است:

یکی در باب رهن^(۱) و دیگری در باب بیع^(۲).

ب: فقیه عصر خویش [منظور مرحوم کاشف الغطاء است که در عصر خود

فقیه بی بدیل بوده و مدعی بود که اگر روزی تمام فقه معدوم شود، قدرت دارد

یک دوره فقه استدلالی بنویسد.]

هم در شرح قواعد خود، از شیخ طوسی ره پیروی نموده و برضمان ادعای

اجماع کرده است.^(۳)

ج: ابن ادریس ره در سرائر یکجا فرموده: بیع فاسد در نزد علماء و

دانشمندان جاری مجرای غصب است و ضمان آور است.^(۴) [و در غصب

ضمانت اجماعی است. پس در بیع فاسد هم اجماعی خواهد بود.] و جای دیگر

فرموده: فقهاء امامیه قائل به ضمان می باشند^(۵)

(۱) المبسوط، ج ۲، ص ۲۰۴.

(۲) المبسوط، ج ۲، ص ۱۵۰.

(۳) شرح قواعد خطی و در اختیار ما نیست.

(۴) السرائر، ج ۲، ص ۲۸۵.

(۵) السرائر، ج ۲، ص ۳۲۶.

۳- حدیث نبوی: علی‌الید ما اخذت حتی تؤدی: (۱)

در ارتباط با حدیث مذکور دو مناقشه باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد تا دلالت و سند آن کامل گردد:

الف: بحث سندی: مرحوم شهیدی فرموده:

المناقشة فی سنده تارة بعدم وجوده فی كتب الامامية المعتبرة، وفي صحيح البخاری ومسلم، وان كان قد وجد في سایر الصحاح الست المزیل

اما بقوله: حتی تؤدی كما فی صحيح الترمذی وابی داود، او بقوله: حتی تؤدیه كما فی غیرهما.

واخری بان راویه سمرة بن جندب الذی هو احد الثلاثة التي حکى عن ابيحنیفة انه قال: اعمل برای کل صحابی الا ثلثة وعدّ منهم سمرة، وحکایته مع الانصارى مذکورة فی بعض احادیث نفی الضرر والضرار، وضربه ناقة النبی ﷺ مروی ...

وقال ابن ابی الحدید: انه عاش الی زمن ابن زیاد لعنه الله وصار من شرطة خمیسه، وكان یحث الناس علی قتل الحسین ﷺ و... (۲) مشهور فقهاء مشکل سندی را حل کرده و فرموده اند: حدیث مذکور شهرت عملی دارد و بدین وسیله ضعف سند آن جبران می شود. و مرحوم شیخ با کلمه «النّبوی المشهور» به این نکته اشاره دارند و معروف است که: کلّمَا ازداد صحّة ازداد وهنًا، وکلّمَا ازداد وهنًا ازداد صحّة.

و مرحوم شهیدی فرموده:

(۱) آدرس حدیث را بعداً آورده ام ولی اجمالاً این حدیث در کتاب: سنن بیهقی، ج ۶،

ص ۹۰، کتاب العاریة و کثر العمال، ج ۵، ص ۲۵۷ ذکر شد.

(۲) هدایة الطالب، ص ۲۰۴.

بعد اشتہار العمل به واستناد الفقہاء من الخاصّة والعامّة الیہ الموجب
 لکمال الوثوق بالصدور، لا وجه للمناقشة فی سندہ... حیث أنّه بلغ من
 الاشتہار مرتبة جعلہ غیرہ من القطعیات، مع أنّ مضمونہ من المرتکزات
 ولو فی الجملة^(۱)

ولی برخی از فقہاء برای شهرت عملی ارزش قائل نیستند، از جمله مرحوم
 آقای خوئی فرموده:

ودعوی أنّ الحدیث المزبور وان کان ضعیف السند، ولكن ضعفه منجبر
 بعمل المشهور به، وارسالهم آیاه ارسال المسلمات. دعوی فاسدة، لأنّ
 ذکرنا مراراً: أنّ عمل المشهور بروایة ضعیفة لا یوجب اعتبارها. كما
 أنّ أعراضهم عن العمل بالروایة الصحیحة لا یوجب وهنها،
 لأنّ الشهرة فی نفسها لیست بحجة، فلا تكون موجبة لحجیة الخبر،
 وجابرة لضعف سندہ، وعليه فلا بدّ من ملاحظة نفس الخبر، فان کان
 جامعاً لشرائط الحجیة اخذ به، والآ فان ضمّ غیر حجة الی مثله لا ینتج
 الحجیة.^(۲)

در خاتمه بحث سندی خود روایت را کاملاً می آوریم:

عوالی اللثالی: روی انس ابن مالک وابی بن کعب و ابوهریره کل واحد
 علی الانفراد عن النبی ﷺ انه قال اذّ الامانة الی من ائتمنک ولا تخن من
 خانک وکان عنده ﷺ ودائع بمكة فلما اراد ان یهاجر اودعها ام ایمن وامر
 علیاً ﷺ بردها روی سمرة عنه ﷺ انه قال: علی الید ما اخذت حتی
 تؤدّی^(۳)

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۰۴.

(۲) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۸۸-۸۹.

(۳) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، باب اول، ص ۷، حدیث ۱۵۹۴۴ و عوالی اللثالی، ج ۱،

الشیخ ابوالفتوح الرازی فی تفسیره رواه مثله و فیه حتی تؤدیه. ^(۱)
 واما بحث دلالتی: در ارتباط با مدلول حدیث علی الید دو نظریه وجود
 دارد: [البته احتمال ثالثی هم متصور است ولی قائل ندارد و آن دلالت حدیث
 برهریک از حکم تکلیفی و وضعی است.]

۱- گروهی از قبیل: شیخ طوسی و علامه و فاضل نراقی در عوائد الایام [به
 نقل مرحوم شهیدی] فرموده اند: این حدیث برحکم تکلیفی دلالت دارد. [و در
 اینکه مراد از حکم تکلیفی چیست؟ احتمالاتی وجود دارد:

الف: وجوب حفظ از ضایع شدن و تلف گردیدن، تا زمانی که به مالک
 اصلی ردّ کند. مختار فاضل نراقی در عوائد همین است. دلیلی هم دارد که
 مرحوم شهیدی در حاشیه آورده است. ^(۲)

ب: وجوب ردّ و اداء آن به صاحبش، مختار شیخ طوسی در مبسوط و
 علامه در تذکره، و دلیل آن از زبان شهیدی ره در حاشیه آمده. ^(۳)

ج: وجوب ردّ مثل یا قیمت به هنگام تلف عین، دلیل این وجه نیز در حاشیه
 شهیدی آمده. ^(۴)

د: اعمّ از وجوب ردّ عین و ردّ بدل به نحو طولیّت و ترتب. دلیل آن در
 حاشیه شهیدی آمده. ^(۵)

دلیلی که مرحوم شیخ در مکاسب برای دلالت حدیث برحکم تکلیفی
 آورده اند عبارتست از: کلمه علی که ظهور در حکم تکلیفی دارد و علیک کذا ای
 یجب کذا و ...

نتیجه: این حدیث به درد اثبات حکم وضعی یعنی ضمان نمی خورد.

۲- مشهور و منجمله خود مرحوم شیخ برآنند که: این حدیث ظهور در حکم

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۷، باب اول، ص ۸۸، حدیث ۲۰۸۱۹.

(۲-۵) هدایة الطالب، ص ۲۰۴ و ۲۰۵.

وضعی دارد و متبادر به ذهن همین است و در مقام ردّ وجه اوّل فرموده اند: هرگاه کلمه علی که ظرف یا جار و مجرور است [این دو مانند فقیر و مسکین هستند که: اذا فترقا اجتماعا و اذا اجتماعا افترقا.] به فعلی از افعال اختیاریّه مکلفین مستند شود و تعلق بگیرد، دالّ بر حکم تکلیفی است [مانند: علیکم انفسکم ولله علی الناس حجّ البيت، علیک بصلوة اللیل، لله علی ان افعل کذا و کذا و ...]

ولی هرگاه به مالی از اموال اسناد داده می شود مانند: خذ هذا و علیک عوضه، لزید علی مال، علیه دین و ... دالّ بر حکم وضعی ضمان است. یعنی صرفاً برای بیان این مطلب است که: فلان حقّ مالی برگردن شخص مستقرّ شده است و به نوعی باید از عهده برآید. و فرقی ندارد که آن مال عینی از اعیان خارجی باشد یا دینی از دیون باشد. در باب قرض آن مال دین و به ذمه است و در ما نحن فیه کلمه «علی الید» به «ما اخذت» اسناد داده شده است و مراد از ماء موصول، مال است و منظور عین خارجی است. یعنی مالی را که انسان از دیگری گرفته بر ذمه اش مستقرّ می شود و تا ادا نکند از عهده بر نیامده و کما کان مشغول الذمه است.

نتیجه: حدیث نبوی کاملاً با حکم وضعی دمساز و متناسب است.

قوله: ومن هنا:

مقدمه: می دانیم که یکی از فروق حکم وضعی و تکلیفی آنست که: حکم تکلیفی مخصوص مکلفین است. ولی حکم وضعی تعمیم دارد و در حقّ غیر مکلفین هم ثابت است. با این مقدمه می گوئیم:

حال که حدیث نبوی ﷺ مفید حکم وضعی شد، پس بجا است که برای اثبات ضمان صغیر یا مجنون، بدان استدلال شود [یعنی اگر غیر بالغی یا غیر عاقلی مال مردم را تفویض یا سرقت کرد و ... مثلاً شیشه کسی را شکاند و ... ضامن است و باید ولی او از اموال او بپردازد، یا خود او پس از بلوغ یا عقل از

عهده برآید. [البته مشروط بر اینکه ید صغیر یا مجنون ضعیف نباشد. بیان ذلک: گاهی صبی غیر ممیز است در اینجا ید او ضعیف است و مشمول علی الید... نیست زیرا ظاهر کلمه علی الید آنست که با اراده و اختیار و عمد و قصد مال کسی را برداشته یا تلف کرده باشد، و این معنا برید غیر ممیز صادق نیست. و گاهی صبی ممیز است. که عرف برای او ید قائل است. و مشمول حدیث می باشد.

و نیز مجنون گاهی شدید است که غیر ارادی کار می کند، و ید او مثل باد و طوفانی است که به مال کسی آسیب می رساند باز ضمان نیست. ولی گاهی جنونش خفیف است و عرف او را دارای اختیار و شعور فی الجمله و ید می داند.

۴- مرسله جمیل بن درّاج: چهارمین دلیل از ادله ضمان مقبوض به بیع فاسد، این روایت است: شخصی از بازار جاریه ای خریده، و با او واقعه نموده، و او را مستولده ساخته است. پس از آن معلوم گردیده که: کنیز دزدی بوده و فروشنده آن را سرقت کرده و به این مشتری فروخته بود، و اینک صاحب اصلی پیدا شده است. [در اینجا دو فرض متصور است:

۱- مالک اصلی بیع را اجازه کند، این داخل در مسئله سوم از مسائل بیع فضولی است و در باب خود خواهد آمد.

۲- صاحب اصلی بیع را رد کند، فعلاً این فرض مطرح است. و در چنین موردی امام علیه السلام فرموده: جاریه را صاحب اصلی آن می گیرد، و فرزند آن را مشتری می گیرد [چون از صلّب او است و به او ملحق می شود اُدْعُوهم لِآبائهم]. [البته اول باید ولد را قیمت گذاری کنند که اگر عبد یا امه بود چه مقدار ارزش داشت؟ سپس مشتری قیمت ولد را به صاحب جاریه پردازد، [تتمه ای هم دارد که: مشتری هم به سارق مراجعه کرده و ثمن جاریه و قیمت ولد را از او دریافت می کند.]

[در ارتباط با حدیث مذکور یک بحث سندی مطرح است که: مرسله است و قابل احتجاج نیست. ولی روایات دیگری به این مضمون وجود دارد و قرینه بر صدق آنست و متن حدیث چنین است:

عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله علیه السلام فی رجل اشتری جاریه، فاولدها، فوجدت مسروقه؟ قال: يأخذ الجاریه صاحبها، ویاخذ الرجل ولده بقیمته.

و به مضمون فوق روایتی از زراره از امام باقر علیه السلام و جمیل بن دراج از امام صادق علیه السلام و زراره از امام صادق علیه السلام نقل شده است. ^(۱) و یک بحث دلالتی وجود دارد: [

کیفیت استدلال: بلاشک ولد نماء جاریه است، [نماء کل شیئی بحسبه] آنهم نمائی که مشتری آن را استیفاء نکرده است [چون نطفه او آزاد بسته شده و قابل تملک نیست]. [و لا شک در اینکه: نماء و نتاج تابع اصل و عین است، و فرع زائد بر اصل نداریم، حال اگر به حکم حدیث، مشتری نماء غیر مستوفات را ضامن است] [و چون قیمی است باید قیمت را بدهد. [پس به طریق اولی خود اصل [جاریه] را ضامن خواهد بود. [به ضمان تعلیقی که اگر تلف شد باید از عهده خسارت آن برآید. [

قوله: ولیس:

اگر کسی بگوید: این حدیث از مورد بحث ما اجنبی است.

بیان ذلک: ضمان در تقسیمی دو قسم می شود:

۱- ضمان تلف: مالی که قهراً تلف شده در مواردی ضمان آور است. مانند

مال غضبی در دست غاصب، مقبوض بالسوم و ...

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۱ و ۵۹۲، حدیث ۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۵، باب ۸۸، ابواب نکاح العیید و الاماء.

۲- **ضممان اتلاف:** مالی که شخص با عمد و اختیار آن را تلف کرده است ضامن است. حال حدیث با ضمان بالاتلاف متناسب است، زیرا مشتری با عمد و اختیار با جاریه مواجهه کرده و او را مستولده ساخته و کار او موجب این شده که صاحب جاریه از ولد نتواند انتفاع ببرد، پس مشتری کالمُتلف است و من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، و به درد ضمان بالتلف که مورد بحث ما است نمی خورد.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: کار مشتری اتلاف نماء نیست بلکه احداث انماء یعنی نماء دار کردن باردار نمودن و کشت و زرع است. آنگاه این امر خود به خود قابلیت آن را دارد که کسی بگوید: نماء مال صاحب جاریه است. ولذا اگر شرط رقیّت کند، رقی می شود. ولی شارع مقدّس حکم به حریت نموده و ولد را از قابلیت تملک انداخته است. و این ربطی به مشتری ندارد و خارج از اختیار او است ولذا شبهه تلف است نه شبهه اتلاف، پس متناسب با بحث بوده و قابل استدلال است.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: مورد حدیث با ما نحن فیه از جهت دیگر فرق دارد و قیاس مع الفارق است.

بیان ذلک: در مقبوض به بیع فاسد، مشتری مبیع را از مالک اصلی آنهم با رضا و طیب نفس مالک می گیرد. ولی در مورد حدیث، مشتری جاریه را از سارق گرفته و صاحب اصلی هم راضی نشده است آنگاه اگر در مورد حدیث ضمانت باشد دلیل آن نیست که در ما نحن فیه ضمانت باشد.

پس از استدلال به حدیث مذکور طرفی نیستیم.

قوله: ثم ان:

تا اینجا فرع اول از فروع مقبوض به بیع فاسد که ضمان بود بیان شد ولی

قبل از ورود در متفرعات بعدی [تحت عنوان: الثاني- الثالث و ...] دو قاعده کلی را مطرح کرده و می‌فرمایند: مسئله ما صغرائی و مصداقی و فردی از صغریات و مصداقی و جزئیات قاعده معروفه ذیل است: [این قاعده دو بخش دارد: یکی اصل و دیگری عکس]

اما اصل: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان خواهد بود. مانند عقد بیع، عقد اجاره نسبت به منافع و ...

و اما عکس: «کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» یعنی: و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد فاسدش نیز ضمان آور نخواهد بود. مانند عقد هبه، عاریه غیر مضمونه، اجاره نسبت به عین، عین مرهونه برای مرتهن، ودیعه و ... مگر افراط یا تفریط کند.

قوله: وهذه:

تاریخچه قاعده مذکور: قاعده مذکور با تعبیر مذکور [اصلاً و عکساً] از زمان علامه ره و در سخنان ایشان مطرح شده و قبل از ایشان فقیهی بدان تصریح نکرده است. آری پاره ای از تعبیر شیخ طوسی در بسیاری از عقود فاسده فتوی به ضمان داده و قاعده اول یا اصل: شیخ طوسی در بسیاری از عقود فاسده فتوی به ضمان داده و در مقام تعلیل چنین فرموده: خود شخص وارد معامله شده و اقدام کرده است آنهم با بناگذاری بر ضمان مال.^(۱)

مرحوم شیخ می‌فرماید: حاصل این سخن آنست که: قبض مال از طرف با اقدام بر ضمان به عوض واقعی آن [مثل یا قیمت] یا عوض جعلی آن [عوض المسمی] موجب ضمان می‌گردد. و این سخن مقبوض به عقود فاسده ای را هم که صحیح آنها ضمان دارد شامل می‌شود. [این اشاره به قانون: کل عقد یضمن

(۱) المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶، کتاب البیوع و ج ۳، کتاب الاجارات، ص ۲۴۳.

بصحيحه يضمن بفايده است .]

وامّا قاعدة ثانية يا عكس : شيخ طوسی در رابطه با این مسئله که رهن فاسد ضمان آور نیست فرموده : صحيح آن موجب ضمان نبود ، پس فاسدش هم موجب ضمان نیست .^(۱) [این اشاره به قاعدة ثانية یعنی : وكل ما لا يضمن ... دارد .]

قوله : ولم اجد :

شيخ اعظم می فرماید : احدی از فقهاء در قاعدتین مذکور تین ، تأمل و تردید نکرده ، مگر جناب شهید ثانی در مسالک در رابطه با عقد مسابقه که : صحيح آن ضمان آور است . ولی اگر چنین عقدی فاسد شد [مستحق اجرة المسمی نمی شود . امّا آیا] اجرة المثل عمل را استحقاق پیدا می کند یا نه ؟ شهید فرموده : فیه نظر ، و مردّد شده .^(۲) ولی غیر از او سایر فقهاء آن را پذیرفته اند .

قوله : وكيف كان :

در قاعدة مذکور کسی تأمل کرده باشد یا نه ، مهمّ برای ما بیان دو مطلب است :

۱- معنای دو قاعدة مذکور [اصل و عکس] ۲- مدرک دو قاعدة مذکور .

امّا معنای دو قاعدة : ابتدا قاعدة اصل را معنا می کنیم : در این قاعده چندین کلمه وجود دارد :

۱- کلمه کلّ عقد : این کلمه به سه نکته اشاره دارد :

الف : عقد اگرچه در لغت به معنای مطلق عهد یا خصوص عهد مشدّد

آمده ، ولی در اصطلاح فقهاء به معنای صرف ایجاب و قبول آمده ، و

در اینجا همین معنا مراد است . پس هریک از عقد جایز و لازم را

(۱) المبسوط ، ج ۲ ، ص ۲۰۴ .

(۲) مسالک الافهام ، ج ۱ ، ص ۳۸۶ .

شامل می شود. و اختصاص به عقد لازم ندارد. بیع جایز را هم می گیرد.

ب: معاملات در تقسیمی سه دسته می شوند:

۱- معاملاتی که به اتفاق کلمه از عقود بوده و دارای ایجاب و قبول است.

مثل بیع، اجاره و ...

۲- معاملاتی که به نظر همه فقهاء از ایقاعات بوده و تنها دارای ایجابند.

مانند: طلاق - عتق و ...

۳- معاملاتی که مورد اختلاف است که آیا از عقودند؟ یا ایقاعات؟ مانند:

وصیت که قبلاً در شرط بقاء برقابلیت بررسی شد، و جعاله که به قولی از ایقاعات است، و مرحوم شیخ می فرماید: بوی ایقاع از آن استشمام می شود، یعنی احتمال ایقاع در آن موجود است.

[زیرا که اولاً قبول قولی لازم ندارد.

ثانیاً قبول موالاتی لازم ندارد.

ثالثاً طفل نابالغ هم می تواند قبول کند و عمل را برای جاعل انجام دهد و

مستحقّ عوض شود.] و مانند طلاق خلع که گرچه طرفینی است و نوع معاوضه

است و منوط به تراضی طرفینی است یعنی زوج راضی به تفویض بضع زوجه به

زن باشد، و زوجه هم راضی به پرداخت تمام یا بعض مهریه باشد. ولی بقول

شیخ اعظم به ایقاع نزدیکتر است. [زیرا که در واقع نوعی از طلاق است که با

شرط بذل عوض انجام می پذیرد. و طلاق هم از ایقاعات است.]

حال مراد از عقد در قاعده مذکور: خصوص بخش اول نیست. بلکه اعم از

بخش اول و دوم است. و همه معاملات را که دو طرف داشته و دادوستدی

دارد، شامل می شود. [و به قول مرحوم شهیدی:

هذا بناء على اشتمال القاعدة على لفظ العقد كما في عبارة التذكرة و اما

اذا كان الموجود فيها بدله لفظ ما كما في السبق و الرمايه من المسالك و شرح الارشاد للاردبیلی ره فی عبارة الآتیه و فی بعض کلمات المصنف فلا ینبغی الاشکال فی عموم موضوعها لكل ما یتطرق فیہ الضمان ولو كان ايقاعاً مثل الجمعالة، و التملك فی باب اللقطة او كان حکماً کالآخذ بالشفعة ... (۱)

ج: نکته سوّم در ارتباط با کلمه «کلّ عقد» بعداً خواهد آمد.

۲- کلمه ضمان: این کلمه چهار بار در دو قاعده مذکور تکرار شده، و در اینکه مراد از آن چیست؟ مرحوم شیخ دو احتمال ذکر می کنند، [البته احتمالات دیگری هم در حواشی آمده (۲)]

الف: عقیده خود ایشان همان است که در اوّل مسئله عنوان شد، و فرمودند:

«وأمّا الضمان بمعنی کون تلفه علیه» و در اینجا به بیان دیگر می فرمایند: ضمانت نوعی تعهد مالی [در قبال کفالت] است و عبارتست از اینکه: درک و خصارت و غرامت مال مضمون و به عهده گرفته شده در مال اصلی ضامن است. و ضمان یعنی تدارک این خسارت از مال اصلی ضامن، یعنی اگر مال مضمون تلف شد، باید ضامن از مال اصلی خود [در قبال احتمال بعدی است] آن را جبران کند، و براین اساس، نقص و کمبودی در مال اصلی ضامن پدید می آید. [و در ضمان مصطلح و رائج هم که فردی نزد حاکم شرع از کسی ضمانت می کند.

مطلب همین است که اگر مضمون له از عهده برنیامد، ضامن باید از جیب خود مال را بپردازد. [دلیل این احتمال: انّ العرف لا يفهمون من كون الشيء الخارجی علی شخص الاّ کون ما یتدارک به علیه.]

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۰۷.

(۲) هدایة الطالب، ص ۲۰۵.

ب: قوله: وأما:

برخی توهم کرده اند که: [متوهم یا مرحوم شیخ علی کاشف الغطاء صاحب حاشیه بر شرح لمعه است و یا مرحوم صاحب ریاض.^(۱)] منظور از ضمان اینست که: اگر مبیع تلف شد، این تلف از ملک مشتری و در مال او محسوب می شود [نظیر آنچه در معاطات بر مبنای مشهور گفته آمد که: مفید اباحه است و آناماً قبل از تلف به ملک مشتری داخل شده و از مال او تلف شده است.] و حق ندارد به بایع مراجعه نموده و ثمن را از او استرداد کند.

مرحوم شیخ می فرماید: ضمان که معنایش این نیست. تا به حال نشنیده ایم که کسی بگوید: انسان ضامن اموال خویش است. چنین چیزی نا معقول است و ضمان همیشه نسبت به مال دیگری است. پس همان معنای اول صحیح است.
قوله: ثم تدارك:

حال که ضمان به معنای تدارك و جبران مال غیر شد، می گوئیم: تدارك مال دیگری سه نوع است:

۱- تدارك به عوض جعلی: و آن عوضی است که طرفین معامله بر آن توافق و تراضی کرده اند و شارع مقدس هم این موافقت را امضاء فرموده است. مانند کلیه معاملات صحیح شرعی که: پس از صحت و امضاء هر کدام از طرفین باید به التزام و تعهدی که سپرده وفا کند و عوضی را که مقرر شده پردازد. این نوعی تدارك و پرکردن جای خالی مال دیگری است. و تدارك در بیع صحیح به ثمن المسمی، و در اجاره صحیح به اجرة المسمی، و در جعالة به عوض المسمی، و در نکاح به مهر المسمی و ... می باشد.

۲- تدارك به عوض واقعی: و آن در مثلیات به مثل و در قیمیات به قیمت است. که در نوع ضمانات همین است. و در اینجا تراضی طرفین ملاک نیست.

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۱۰.

و شارع و عرف چنین حکمی دارند. و لا فرق که عوض مجعول طرفینی بوده و شارع امضاء نکرده [در معاملات فاسده] یا اصلاً توافقی هم نبوده [در مغضوبات، مقبوض بالسوم و ...]

۳- تدارک به اقل الامرین از عوض واقعی و عوض جعلی: یعنی هرکدام که ارزش کمتری دارد با همان تدارک شود و به بیش از آن لازم نیست. بعضی از فقهاء در بعضی از مقامات این قسم را فرموده اند، مانند شهید ثانی در مسالک در ارتباط با فرع ذیل:

زید کتابی را به بکر هبه کرد، البته مشروط به اینکه بکر هم فرشی را به زید هبه کند،

سپس آقای متهّب «بکر» مال موهوب «کتاب» را گرفت، و قبل از اقباض عوض «فرش» مال موهوب تلف شد «بدون افراط و تفریط»

در اینجا شهید فرموده: اقل الامرین از قیمت واقعی کتاب و ارزش فرش را به واهب بدهد. یعنی اگر ارزش فرش بالاتر است، قیمت کتاب را بدهد، و اگر ارزش کتاب بالاتر است خود فرش را بدهد.^(۱)

[البته اقوال دیگری هم وجود دارد که مرحوم سیّد بدان اشاره کرده است، از قبیل: ۱- شرائع و علامه و فخرالدین گفته اند: متهّب ضامن نبوده و عوض واجب نیست. ۲- عدّه ای گفته اند: عوض المسمّی را باید پردازد. و ...^(۲)]
قوله: فاذا ثبت:

حال که با انواع تدارک آشنا شدیم می گوئیم:

احتمالاتی که در رابطه با معنای کلمه ضمان، وجود دارد. پنج احتمال است:

۱- ضمان مشترك لفظی میان سه معنی باشد، یعنی یکبار برای تدارک به عوض

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۷۸.

(۲) حاشیه السیّد علی المکاسب، ص ۹۳.

واقعی وضع شده، و بار دیگر جداگانه برای تدارك به عوض جعلی، و بار سوم برای تدارك به اقل الامرین. این احتمال را مرحوم شیخ متعرض نمی شوند، زیرا که: اشتراك لفظی دلیل می طلبد، و دلیلی بر آن نداریم، و برفرض شک در آن، از اصالة عدم الاشتراك استفاده می کنیم.

۲- ضمان مشترك معنوی میان سه قسم مذکور باشد، یعنی برای قدر جامع و مطلق تدارك به عوض وضع شده و خصوص هر قسمی از افراد این کلی و قدر جامع است. و اراده مشخصات فردی محتاج قرینه است. شاید کلمه فافهم در ادامه اشاره به این احتمال باشد که توضیح آن خواهد آمد.

۳- ضمان همیشه یک معنی دارد و عند الاطلاق [وقتی که از هر قرینه ای مجرد باشد]. همان معنا اراده می شود و آن عبارتست از تدارك مال تلف شده دیگران به عوض واقعی آن [مثل یا قیمت] و دو قسم دیگر نیازمند قرینه و دلیل خاص است. و دلیل این احتمال آنست که: تدارك حقیقی و واقعی [و به معنای حقیقی کلمه] همین است. و عرفاً همین معنی متبادر است، و تا گفته می شود: باید مال فلانی را تدارك و جبران کنی، فوراً به ذهن می آید که: جای خالی آن را بتمامه و کماله پُر کنی، و آن در فرض پرداخت مثل یا قیمت واقعی است. [و کسی که عوض جعلی یا اقل الامرین را می دهد در حقیقت مال تالف را تدارك ننموده است.]

قوله: ولذا:

شاهد براینکه: ضمان به معنای تدارك به عوض واقعی می باشد، آنست که: در باب عاریه که زید به بکر عبائی را عاریه می دهد و با او شرط می کند که: اگر مال عاریه ای تلف شد تو ضامن باشی. همه گفته اند: مراد، ضمان به مثل یا قیمت است. و از اطلاق کلام معیر و مستعیر همین را فهمیده اند.

قوله: ولم یرد:

خوشبختانه در لسان اخبار و روایات ضمان مضمونات [چه مغضوبات و اموالی که از دیگران به ناحق گرفته شده و غصب است، و چه سایر مضمونات از قبیل: معاملات فاسد که مورد بحث ما است، و نظیر مقبوض به سوم، تملک لقطه و ...] هم کلمه ضمان به نحو مطلق آمده و مقید به خصوص عوض واقعی یا جعلی و ... نشده است. و اطلاق بر همان معنای متبادر حمل می شود. [بد نیست به برخی روایات اشاره ای داشته باشیم:

۱- عن وهب، عن جعفر عن ابیه رضی الله عنهما انّ علیاً رضی الله عنه کان یقول: من استعار عبداً مملوکاً لقومٍ فعیب فهو ضامن، وقال: من استعار حراً صغیراً فعیب فهو ضامن. ^(۱)

۲- عن اسحاق بن عمّار، عن ابی عبدالله او ابی ابراهیم رضی الله عنهما قال: العاریة لیس علی مستعیرها ضمان الا ما کان من ذهب وفضة فانهما مضمونان اشتراطاً او لم یشرطاً ^(۲) قوله: واما تدارک:

پس ضمان عند اطلاق بر تدارک به عوض واقعی حمل می شود، و تدارک به غیر آن [به عوض جعلی و ...] از اطلاق استفاده نمی شود و نیازمند طریق دیگر است فی المثل طرفین توافق و تراضی به عوض پیدا کنند، و شرع مقدّس هم آن را امضاء کند، آنگاه است که عوض جعلی مطرح می شود.

۴- قوله: فاحتمال:

مراد از ضمان در هر دو قسمت قاعده [یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده] ضمان به عوض جعلی باشد، یعنی همانطوری که در عقد صحیح طرفین به عوض جعلی ضامن می باشند، هکذا در عقد فاسد هم ضمان به عوض جعلی باشد،

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۳۸، حدیث ۱۱، باب اول از احکام عاریه.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۴۰، حدیث ۴، باب سوم از احکام عاریه.

[مدرك احتمال: وحدت سیاق به ضمیمهٔ حتمی بودن ارادهٔ عوض جعلی در عقد صحیح.]

مرحوم شیخ می فرماید: این احتمال خیلی ضعیف است. وجه ضعف از زبان بعضی اینگونه تقریر شده: اینکه عقد فاسد را هم مثل عقد صحیح موجب ضمان به عوض جعلی بدانیم، مستلزم عدم فساد است، و در واقع بدان معنی است که: عقد فاسد نیست. و این خلاف فرض است. پس نتوان آن را پذیرفت. این وجه مورد پسند شیخ اعظم نیست و می فرماید: منافاتی بین فساد و حکم به ضمان به عوض جعلی نیست. چرا که فساد عبارتست از اینکه: عقد اثر نگذاشته، و مبیع را در ملک مشتری داخل نکرده و کماکان به ملک بایع است و همین اندازه برای حکم به فاسد کافی است. اگرچه بگوئیم: پس از تلف مبیع از ملک مشتری تلف شده و فروشنده حق مراجعه به مثل یا قیمت ندارد.

[نظیر آنچه در باب معاطات بر مبنای مشهور گذشت که: معاطاتی که به قصد تملیک انجام شده، مفید ملک نیست و اثر مقصود بر آن مترتب نشده و از این حیث فاسد است ولی در عین حال یک آن پیش از تلف به ملک گیرنده داخل شده و تلف از ملک او محسوب می گردد، و حق مراجعه به دیگری ندارد.] از مرحوم شیخ می پرسیم: پس وجه ضعف کدام است؟

در جواب می فرمایند: وجه ضعف همان است که در احتمال ثالث گذشت که: ضمان یک معنی دارد و آن تدارک به عوض است، و متبادر هم عوض واقعی است. و غیر آن محتاج دلیل است. و در مورد عقد صحیح این دلیل و قرینه موجود است. [توافق طرفین به ضمیمهٔ امضاء شارع] و از باب تعدد دالّ و مدلول می شود. [همانطوری که در اعتق رقبهٔ مؤمنهٔ می گوئیم: رقبه دالّ بر جنس و مؤمنه بروصف ایمان است و دو دالّ و دو مدلول است و مجازی پیش نیامده هکذا در ما نحن فیه هم در عقد صحیح، ضمان، تدارک به عوض جعلی است ولی

تدارك به عوض از كلمه ضمان فهمیده می شود و جعلی بودن از قرینه مذکور . [۵- قوله : لا لانّ :

معنای ضمان در عقد صحیح مغایر با معنای آن در عقد فاسد باشد . و از هرکدام معنایی اراده شود ، در عقد صحیح ضمان به معنای تدارك به عوض جعلی باشد ، و در عقد فاسد به عوض واقعی باشد . این احتمال هم مردود است چرا که موجب تفکیک در عبارت است . یعنی با حفظ وحدت سیاق از دو کلمه دو معنای متفاوت اراده شده و صحیح نیست .
قوله : فافهم :

شاید اشاره باشد به اینکه : از هرکدام معنایی اراده شدن ، موجب مغایرت و تفکیک مذکور نیست . چرا که شاید کلمه ضمان مشترك معنوی و به معنای مطلق تدارك به عوض باشد و در عقد صحیح بدلیل خاص فردی اراده شده ، و از عقد فاسد هم فرد دیگر .
قوله : ثم العموم :

نکته سوّمی که در ارتباط با واژه «کلّ عقد» در قاعده اصل ، مطرح می باشد اینست که : مقدمه : معاملات و عقود از یک نظر سه دسته می شوند :

۱- عقودی که به نوع و کلی و طبیعت و ماهیتش موجب ضمان است . و در ضمن هر فرد و صنفی از افراد و اصناف و اقسام خود که محقق شود ، ضمان آور است . مانند بیع ، اجاره ، نکاح و ... بیع نسیه و نقد ، بیع سلم ، بیع صرف ، بیع مرابحه ای و ... ، اجاره برعین ، اجاره برعمل و ... نکاح دائم ، نکاح منقطع و

۲- عقودی که نوع و طبیعی آنها بطور مطلق و در ضمن هر فرد و صنفی موجب ضمان نیست ، مانند ودیعه و وصیت و

۳- عقودی که نوع و کلی آنها ضمان آور نیست ولی برخی از اصناف آنها

ضمان آور است. مثلاً صلح در بعض موارد مفید فائده هبه مجانی و بلاعوض است. همانند مال حلال مخلوط به حرام، با علم به صاحب آن که مالک باید مقداری به صاحب آن بدهد تا راضی شود. ولی در قبال صاحب مال چیزی نمی دهد و در بعض موارد مفید ابراء و اسقاط حق است و معاوضه نیست ولی در بعض موارد هم موجب ضمان است و آن صلح معوض می باشد.

و مانند هبه که بعض از اصناف آن یعنی هبه بلاعوض ضمان آور نیست. ولی بعض دیگر که هبه معوضه باشد ضمان آور است. [البته اگر معاوضه باشد نه هبه با شرط ضمنی، کما سیأتی] و مانند عاریه که عاریه ذهب و فضه یا درهم و دینار، ضمان آور است. عاریه بشرط الضمان ضمان آور است، ولی عاریه بدون خصوصیات مذکور، ضمان آور نیست.

با این مقدمه می گوئیم: در اینکه مراد از کلّ عقد به چه اعتبار است؟ خصوص عموم انواعی؟ خصوص عموم اصنافی؟ خصوص عموم افرادی؟ یا اعم؟ چهار احتمال متصور است:

۱- مراد خصوص انواعی باشد، و کلّ عقد یعنی کلّ نوع من انواع العقد که صحیح آن ضمان آور است فاسدش هم کذا، مثل بیع و اجاره و ... اشکال این احتمال: قاعده کلیت نداشته و عقود از قبیل: عاریه- صلح- هبه و ... را شامل نیست.

۲- مراد خصوص اصنافی باشد، کلّ عقد یعنی کلّ صنف من اصناف عقدی ... مثل صلح و عاریه و ... اشکال آن: باز اگر بشرط لا شد شامل قسم اوّل [بیع و امثال آن] نمی شود.

۳- مراد خصوص افرادی باشد، [در ادامه بحث و در جای خود توضیح خواهیم داد].

۴- مراد اعم از صنف و نوع باشد، و کلّ عقد، یعنی کلّ عقد ولو به لحاظ

صنفی از اصنافش صحیح آن ضمان آور بود ... پس قاعدهٔ ما کلیت پیدا می کند و مانند صلح و هبه و عاریه را می گیرد.

قوله: نعم:

در خصوص عاریه در این فرع فقهی که: شخصی در حال احرام صیدی را از کسی عاریه گرفته و در دست او تلف شد یا فرار کرد، آیا ضامن است یا نه؟ فقهاء فرموده اند: ضامن نیست. و در مقام ذکر دلیل چنین گفته اند: عاریهٔ صحیح ضمان آور نیست پس فاسد آن هم نباید ضمان آور باشد از این دلیل کلی و عمومی مستفاد است که عاریه به نوعش و کلیتش ضمان آور نیست. و با مطلب قبل منافی است.

قوله: ولعلّ:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید منظورشان عاریهٔ غیر ذهب و فضّه و عاریهٔ غیر مشروط به ضمان است. و گرنه در این دو صنف حتماً ضامن است.

قوله: ثمّ المتبادر:

از قانون کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، این نکته مستفاد است که: عقد فاسد از حیث موجب ضمان بودن، تابع عقد صحیح است و هر عقدی که صحیح آن سبب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان است. ولی مطلبی که در این فراز مطرح می باشد، آنست که:

گاهی عقد صحیح بنفسه مقتضی ضمان است، یعنی خود عقد فی ذاته ضمان آور است، مانند عقد بیع و اجاره و نکاح و

و گاهی خود عقد صحیح ضمان آور نیست بلکه شرطی که در ضمن آن مطرح می شود، موجب ضمان است. مانند موارد ذیل:

۱- عاریهٔ غیر ذهب و فضّه [مثل عاریهٔ اتومبیل، ظرف، فرش، لباس و ...] بدون شرط ضمان آور نیست. و مستعیر ضامن نمی باشد [مگر افراط یا تفریط

کند.] ولی اگر در ضمن عقد عاریه مُعیر با مستعیر شرط ضمان کند مثلاً بگوید: این اتومبیل را به شما می‌دهم تا از سفر مشهد مقدس برگردید ولی هر نوع خسارتی پیدا شد خود شما جبران کنید. چنین عاریه‌ای ضمان آور است.

۲- در اجاره منزل و مرکب و مانند آن، بدون شرط ضمان، مستأجر ضامن عین مستأجره نیست، و عین نزد او امانت است. ولی اگر در ضمن عقد اجاره شرط ضمان شد و موجر با مستأجر طی کرد که هر خسارتی به منزل وارد شد، شما باید از عهده برآئید، چنین اجاره‌ای اگر صحیح و جامع الشرائط باشد، ضمان آور است.

۳- در هبه معوضه دو مبنا وجود دارد:

الف: در حقیقت نوعی هبه است که تملیک مجانی باشد، ولی در ضمن آن شرط عوض هم شده است.

ب: در حقیقت نوعی معاوضه است که هریک از طرفین ملتزم به پرداخت عوض شده‌اند.

حال اگر نوعی معاوضه [بیع یا صلح یا معاوضه مستقل] باشد که حتماً موجب ضمان است. و نفس معاوضه مقتضی ضمان است نه شرط در ضمن آن. ولی بنابر اینکه نوعی هبه باشد خود عقد هبه موجب ضمان به عوض نیست، ولی شرط در ضمن آن خواهان چنین ضمانی است.

حال سؤال اینست: عقد فاسد که از حیث اقتضاء ضمان تابع عقد صحیح است.

آیا در قسم اول تابع است؟ یعنی آنجاها که عقد صحیح بنفسه موجب ضمان بود، فاسد العقد هم موجب ضمان است یا در قسم ثانی هم تابع است یعنی حتی اگر عقد صحیح بشرطه موجب ضمان باشد باز فاسد چنین عقدی موجب ضمان است؟ پس اگر به اجاره فاسد شرط ضمان عین شد، باز هم مستأجر ضامن باشد؟

و اگر به عاریهٔ فاسده ای شرط ضمان شد باز مستعیر ضامن باشد و ... کدام وجه صحیح است؟

مرحوم شیخ می فرماید: متبادر از قاعدهٔ کلّ عقد یضمن ... آنست که: خود عقد بنفسه مقتضی ضمان باشد و ضمیر بصحیح به عقد برمی گردد، یعنی ضمان به سبب عقد صحیح باشد، ظاهرش اینست که: خود عقد ضمان آور باشد. و اینکه شرط ضمن آن موجب ضمان باشد، بذهن نمی آید. ولذا کسی بگوید: اجارهٔ فاسدی که مشروط به ضمان عین باشد موجب ضمان است. و به قانون فوق تمسک کند، قابل قبول نیست. و هکذا در عاریهٔ فاسدی که مشروط به ضمان شده ...

ولی مرحوم صاحب ریاض^(۱) به پیروی از مرحوم صاحب مسالک^(۲) تعمیم داده و مدعی شده که عاریهٔ فاسد مطلقاً موجب ضمان است چه عاریهٔ مضمونه ای که ضمان به اقتضاء خود عقد باشد مثل عاریهٔ ذهب و فضّه و چه عاریهٔ مضمونه ای که ضمان به اقتضاء شرط ضمن آن باشد.

قوله: **وربّما یحتمل:**

این همان احتمال سوّمی است که قبلاً در رابطهٔ با موضوع قاعده یعنی کلمهٔ کلّ عقد بدان اشاره شد.

و اینک بیان مطلب: ممکن است کسی بگوید: مراد از «کلّ عقد» عبارتست از کلّ شخص عقد ... یعنی هر فرد معین و شخص خاصی از عقود خارجی [مثلاً معاملهٔ خاصی که زید با بکر کرده و ...] که صحیح آن موجب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان است. و بر احتمال مذکور دو فرع ذیل مرتّب شده:

(۱) ریاض المسائل، ج ۱، ص ۶۲۵.

(۲) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۱۵.

۱- اجاره بدون اجرت: موجر به مستأجر بگوید: آجرتک داری بلا اجرة، یا مستأجر به اجیر بگوید: استأجر تک للعمل الفلانی بلا اجرة چنین اجاره ای شرعاً باطل است. ولی شهیدین فرموده اند: اگر این اجاره صحیح بود مستأجر ضامن اجرت نبود، حالا هم که فاسد است. پس مستأجر ضامن نیست. و در خصوص اجاره مذکور به قانون کل عقد یضمن... تمسک کرده اند.^(۱)

۲- بیع بلا ثمن: فروشنده به خریدار بگوید: بعثک بلا ثمن، یا خریدار بگوید: اشتریت منک الشیء الفلانی بلا ثمن. چنین بیعی شرعاً فاسد است و ما در اسلام بیع بلا ثمن نداریم ولی علامه دو احتمال داده که یکی اینست: اگر چنین بیعی صحیح بود که ضمان آور نبود، و مشتری ضامن ثمن نبود، حالا هم که فاسد است، پس مشتری ضامن نیست. به دلیل کل عقد... که شخص همین عقد اراده شده و گرنه نوع بیع یا صنف آن ضمان آور است.^(۲)

قوله: ویضعف:

مرحوم شیخ این احتمال را که مراد شخص هر عقدی باشد تضعیف می کند. مقدمه: صحیح و فاسد دو گونه است:

۱- صحیح و فاسد فعلی و تنجیزی: و آن در موردی است که چیزی بالفعل هم دارای صحیح است و هم فاسد.

۲- صحیح و فاسد فرضی و تعلیقی: و آن در صورتی است که چیزی صحیح و فاسد فعلی ندارد، بلکه فعلاً فقط فاسد است. و صحّت آن فرض و آگری است.

با این مقدمه می گوئیم: ظاهر قاعده کل عقد یضمن... آنست که عقد بالفعل فرد صحیح و فرد فاسد دارد [و مشتقات ظهور در فعلیت دارند، پس صحیح

(۱) مسالک، ج ۱، ص ۳۲۲ و حاشیه شهید بر قواعد علامه که خطی است.

(۲) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۳۴.

یعنی صحیح فعلی و فاسد یعنی فاسد فعلی].

و اگر مراد شخص هر عقدی باشد، فرد معین بالفعل نمی تواند هم صحیح باشد و هم فاسد، چون اجتماع متقابلین است. بلکه باید صحیح فرضی منظور شود یعنی هر شخص عقدی که اگر [فرضی است] صحیح بود موجب ضمان بود حالا هم که فاسد است موجب ضمان است. و این با ظاهر قاعده نمی سازد پس ناچار از کلمه کلّ عقد نوع یا صنف اراده می شود، و به این اعتبار اجاره بلا اجرت هم ضمان آور است چون نوع و کلی آن در ضمن هر صنفی ضمان آور است. بیع بلا ثمن هم ضمان آور است چون نوع بیع صحیح و فاسد فعلی دارد و موجب ضمان است.

قوله: نعم:

شیخ طوسی و به پیروی از ایشان شهید ثانی^(۱) [ذیلاً خواهد آمد.] در مقام استدلال بر قانون کلّ عقد ... به قاعده اقدام تمسک کرده اند و فرموده اند: هر یک از طرفین خودشان اقدام بر ضمانت کرده اند و لذا ضامن هستند. حال اگر مدرک قانون کلّ عقد ... قاعده اقدام باشد، باید در بیع بلا ثمن و اجاره بلا اجرة، حکم به عدم ضمان کنیم چون مشتری یا مستأجر اقدام بر ضمان نکرده است بلکه اقدام براهند میباید مجاناً کرده است.^(۲)

و لکن فعلاً بحث ما در مفاد قانون کلّ عقد ... می باشد، نه در مدرک و دلیل آن که قاعده اقدام است؟ یا قاعده علی الید؟ و ... و آن را به زودی بحث خواهیم کرد.

قوله: ثمّ انّ:

[بجا بود مرحوم شیخ فراز ثمّ المتبادر ... تا ربّما یحتمل را پس از این فرازی

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۳۳.

(۲) المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶.

که الان مطرح است می آورند، چون ثم المتبادر ... مبتنی بر یکی از دو احتمالی است که ذیلاً خواهد آمد. چه اینکه انسب این بود که و ربّما یحتمل قبل از ثم المتبادر می آمد چون با فراز ثم العموم ... سازگار است. [تا اینجا دو کلمه را در قاعده کلّ عقد ... معنا کرده و نکاتی را در اطرافش آوردیم:

۱- کلّ عقد: سه نکته در این رابطه ذکر شد.

۲- ضمان: نکاتی را هم در این قسمت تقدیم کردیم.

و سومین کلمه در قاعده مذکور، حرف باء است. کلمه باء معانی عدیده ای دارد، که دو معنا با ما نحن فیه مناسب است.

۱- به معنای و برای ظرفیت باشد [مانند: جلست بالمسجد] یعنی کلّ عقد یوجد الضمان فی صحیحه یوجد فی فاسده، هر عقدی که در صحیح آن ضمان باشد در فاسد آن هم ضمان خواهد بود.

[و اما منشأ ضمان و سبب آن چیست؟ آیا خود عقد است؟ یا قبض است؟ یا عقد به ضمیمه قبض است؟ همه اینها محتمل است. و هیچکدام بیان نشده است.]

۲- برای سببیت باشد [همانند: ضربت زیداً بسوء ادبه] یعنی کلّ عقد یكون صحیحه موجباً و سبباً للضمان یكون فاسده كذلك. اما سببیت دو شعبه دارد:

۱- سببیت تامه: عقد علّت تامه ضمان باشد.

۲- سببیت ناقصه: عقد علّت ناقصه ضمان باشد.

حال خصوص سببیت تامه مراد نیست. [چون ماده نقض دارد.] و خصوص سببیت ناقصه هم مراد نیست. [چون ماده نقض دارد.] پس مطلق سببیت که اعم از تام و ناقص باشد مراد است.

قوله: فانّ العقد:

سؤال: چرا مطلق سببیت مراد باشد و خصوص سبب تام مراد نباشد؟

جواب: زیرا در مواردی عقد صحیح به تنهایی موجب ضمان نیست، بلکه بعد از قبض و اقباض، ضمان آور است. [و اگر خصوص سبب تام مراد باشد در اینجاها نقض می شود]. مثال: در بیع سلم: خود عقد علت تامه ضمان نیست، بلکه وقتی ثمن فی المجلس قبض شد، ضمان می آید و فروشنده ضامن است که در وقت خود مبیع را به مشتری تحویل دهد.

در بیع صرف: باز نفس عقد علت تامه ضمان نیست بلکه تا تقابض فی المجلس نیامده ضمان نمی آید. بلکه در مطلق بیع [چه صرف و سلم و چه بیعهای دیگر] چنین است که تا قبض نیاید ضمانتی نیست. زیرا قانونی داریم که: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه، یعنی قبل از قبض اگر مبیع تلف شد ضرر به بایع می رسد، و مشتری ضامن نیست و باید ثمن را بایع به مشتری رد کند. پس تا قبض نیامده مشتری ضامن پرداخت ثمن نیست.

قوله: فتأمل:

مرحوم ایروانی فرموده:

لعله إشارة الى انّ عدم ضمان المبيع قبل القبض ليس لنقص في سببية العقد بل العقد بنفسه قبل التلف أناماً ويتقل المبيع الى مالكة الأوّل ويتقل الثمن الى المشتري ثم يتلف من ماله فلا بيع لا انّ البيع باقٍ ولا يؤثر في الضمان حتى يتحقق القبض^(۱)

و مانند بیع است، اجاره و نکاح و خلع: در هر کدام از اینها تا مثنی و معوّض به قبض طرف نرسیده باشد [از موجر به مستأجر، از زوج به زوجه، از زوجه به زوج] اگر تلف شد ضرر و خسارت را خود منتقل عنه متحمل می شود نه منتقل الیه، و او ضامن به عوض نخواهد بود. پس در موارد زیادی از عقود صحیحه چنین نیست که خود عقد علت تامه ضمان باشد. و گرنه موارد مذکور

(۱) حاشیه المکاسب، ص ۹۴.

نقض مطلب بود.

و اما در عقد فاسد که همه جا چنین است یعنی هیچ جا خود عقد فاسد به تنهائی موجب ضمان نیست بلکه محتاج به قبض است و بعد از قبض ضمان می آید.

قوله: فجعل:

سؤال: اگر ضمان متوقف به قبض است پس چرا می گوید: یضمن بفاسده یعنی عقد فاسد سبب ضمان است؟ جواب اینکه ما عقد فاسد را سبب ضمان قرار می دهیم: یا بخاطر اینست که: عقد فاسد منشأ قبض و قبض سبب ضمان است. پس عقد فاسد سبب سبب است. و یا از باب اینکه: واقعاً عقد فاسد مقتضی ضمان است ولی علت تامه نیست. و شرط تأثیر آن در ضمان، قبض است، فالقبض شرط التأثير، و بدین سان سببیت را به عقد فاسد نسبت می دهیم. قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه: خود فاسد هم سبب ضمان واقع می شود، تعلیل شیخ طوسی و دیگران [شهید ثانی] است. که فرموده اند: در عقد فاسد مشتری ضامن است، بدلیل اینکه خودش اقدام بر ضمان کرده است.^(۱) قوله: ولا ریب:

کیفیت استشهاد به تعلیل شیخ طوسی است: شیخ فرموده: او اقدام بر ضمان کرده و ما می گوئیم: این اقدام بر ضمان به سبب انشاء عقد فاسد بوده، پس عقد فاسد هم سبب ضمان مقبوض می گردد. و نحوه سببیت آن قبلاً ذکر شد.

قوله: والغرض:

سؤال: اینهمه اصرار بر اینکه مراد مطلق سببیت است، و عقد فاسد هم

(۱) المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶.

سببیت دارد، برای چیست؟

جواب: در رابطه با عقد فاسد سه احتمال متصور است:

۱- برخی توهم کرده اند که: قیاس عقد فاسد به عقد صحیح باطل است [و نباید گفت: کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده که ضمان به عقد فاسد بر ضمان به عقد صحیح متفرع و قیاس شده] زیرا در عقد صحیح خود عقد سبب ضمان است. ولی در عقد فاسد قبض سبب تامّ ضمان است.

شیخ اعظم می فرماید: از ما! ذکرنا دفع این توهم روشن شد که در عقد صحیح هم همه جا خود عقد سبب تام نیست در عقد فاسد هم نحوه سببیت خود عقد را تصویر کردیم.

۲- برخی به مقتضای ظاهر قانون کل عقد... گفته اند: متبادر اینست که همه جا [چه در عقد صحیح و چه فاسد] خود عقد علت تامّه ضمان است. منتها عقد فاسد بدلیل خاص [اجماع و مانند آن] استثناء شده و در آنجا خود عقد علت تامّه نیست. و گرنه علی القاعده باید در هر دو خود عقد علت ضمان باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: این توهم نیز باطل است. زیرا کاملاً روشن شد که در عقد صحیح هم خیلی جاها نفس عقد علت تامّه نیست، بلکه قبض هم لازم است.

۳- مختار مرحوم شیخ این شد که: مراد مطلق سببیت است. به بیانی که گذشت.

[آخرین کلمه در قاعده مذکور، کلمه صحیح و فاسد است که به سبب وضوح معنای آن، مرحوم شیخ عنوان نکردند، صحیح یعنی عقد و معامله ای که تامّ الاجزاء و الشرائط باشد. و فاسد یعنی عقدی که فاقد برخی اجزاء یا شرائط باشد.]

قوله: ثم انّ المدرك:

تا اینجا مقام تصوّر و بیان مفاد قاعده کل عقد... تمام شد. و اما مقام تصدیق و بیان مدرك قاعده مذکور: قانون مذکور در کتاب یا سنت یا اجماع که نیامده تا محتاج به اثبات نباشد، در لسان فقهاء و از زمان علامه ره^(۱) مطرح شده و لذا باید دید: به کدام دلیل چنین ملازمه ای ثابت است که: کل عقدی یضمن بصحیحه یضمن بفاسده؟

مرحوم شهید ثانی در مسالک در مسئله رهن مشروط، دو دلیل برای قاعده مذکور آورده است: اما فرض مسئله: زید از خالد مبلغی قرض می خواهد، خالد وثیقه ای مطالبه می کند، زید فرشی را گرو می گذارد، خالد که مرتهن است می گوید: به این شرط رهن را قبول می کنم که پس از مدت معین [مثلاً یکسال] اگر بدهی خود را ندادی این فرش بابت آن بدهی به من فروخته شده باشد [شرط نتیجه است، یعنی نمی گوید: بشرط اینکه پس از یکسال به من بفروشی که شرط فعل است، بلکه می گوید: پس از یکسال خود بخود به من مبیع باشد].

حال این معامله فاسد است. هم رهن باطل است چون معلق و مشروط است. و هم بیع باطل است چون بیع انشاء تملیک لازم دارد و معنا ندارد که خود به خود مبیع شود. ولی تا یکسال که رهن فاسد است ضمان ندارد، زیرا که صحیح آن ضمان آور نیست. و پس از آن بیع فاسد است. و ضمان دارد، چون صحیح البیع موجب ضمان است.

[لو قبضه المرتهن علی هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبل الاجل لانه فی مدة الاجل رهن فاسد وبعده مبیع فاسد و فاسد کل عقد یتبع صحیحه فی الضمان وعدمه.]

حال شهید در مسئله مذکور دو دلیل آورده:

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۲.

۱- قاعدهٔ اقدام: خود گیرنده [مرتهن دیروز و مشتری امروز] اقدام برضمان کرده، یعنی پس از یکسال که آن را به عنوان مبیع می‌گیرد، معنایش اینست که در قبال آن ثمن را به فروشنده بدهد که همان ما فی الذمهٔ زید باشد. و هرکس خودش اقدام برضمان کند ضامن است.

۲- حدیث نبوی ﷺ: علی الید ما اخذت حتی تؤدّی: از عموم حدیث ید امانی خارج شد و ید معاملی در عموم حدیث باقی است. و پس از یکسال ید خالد ید معاملی است. پس ضامن است. و اگر فاسد درآمد باید مثل یا قیمت را بپردازد. (۱)

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می‌فرماید: به گمانم شهید ثانی در استدلال به قانون اقدام از جناب شیخ طوسی پیروی کرده است. و اولین کسی که قانون اقدام را اختراع کرده و در موارد متعدّدی بدان استناد کرده جناب شیخ طوسی است که در جاهای زیادی از بیع فاسد و اجارهٔ فاسد چنین فرموده: طرفین هر کدام اقدام برضمان به عوض المسمّی کرده اند؛ و پس از فاسد در آمدن بیع و اجاره، عوض المسمّی که به آنها منتقل نمی‌شود، نوبت به عوض واقعی یعنی مثل و قیمت می‌رسد. پس چون خودشان اقدام برضمان کرده اند باید از عهدهٔ مثل یا قیمت برآیند. (۲)

قوله: وهذا الوجه:

مرحوم شیخ استدلال به قانون اقدام را قبول ندارد و در مجموع سه اشکال دارند:

۱- مقدّمه: مطلق الضمان کلی و قدر جامع است و دارای دو فرد است:

الف: ضمان به عوض المسمّی

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۳۳.

(۲) المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۶.

ب: ضمان به عوض واقعی که هرکدام خصوصیت دارند.

با این مقدمه می گوئیم: درست است که طرفین اقدام برضمان می کنند، ولی نه اقدام برمطلق ضمان بلکه اقدام برضمان خاص که عوض المسمی باشد، و فرض اینست که: با فاسد شدن عقد، عوض المسمی به طرفین منتقل نمی شود و این ضمانت از بین می رود.

و اما ضمان به فرد دیگر یعنی به عوض واقعی که مثل یا قیمت باشد، مورد اقدام نبوده و اگر هم ثابت شد یک حکم شرعی است که به دلیل خاص ثابت است و ربطی به اقدام ندارد. پس در واقع ما اقدماً علیه لم یحصل و ما حصل لم یقدماً علیه، به عبارت دیگر: ما قصد «عوض المسمی» لم یقع «لبطلان العقد» و ما وقع «عوض واقعی» لم یقصد «بلکه بدلیل خارجی ثابت و واقع شده است» بنابراین برای اثبات ضمان به عوض واقعی به قاعده اقدام استناد کردن ناتمام است.

۲- مقدمه: دلیل باید با مدعا مساوی باشد نه اعم یا اخص مطلق یا من وجه، وگرنه این دلیل به درد آن مدعا نخواهد خورد. با این مقدمه، میان قانون اقدام با مدعا که ضمانت باشد، عموم من وجه است، و چنین دلیلی مثبت چنان مدعائی نیست. بیان ذلک:

ماده افتراق از ناحیه قاعده اقدام یعنی آنجا که اقدام برضمان باشد ولی ضمان نباشد، تلف مبیع قبل از قبض است. که از مال بایع بوده و به او ضرر می رسد و مشتری ضامن نیست. در اینجا اقدام برضمان هست چون مشتری با انشاء عقد ملتزم به پرداخت ثمن شد، ولی ضمان نیست. و ماده افتراق از ناحیه ضمان، یعنی ضمان هست ولی اقدام برضمان نیست. مانند سه مثال ذیل:

الف: مشتری در متن عقد شرط کند که اگر مبیع تلف شد بایع ضامن باشد،

و ضرری به مشتری وارد نشود، حتی اگر تلف بعد از قبض باشد، چنین معامله ای فاسد است، و ضمان هست یعنی بعد از قبض و تلف شدن در دست مشتری، مشتری ضامن است و باید مثل یا قیمت بدهد، ولی اقدام برضمان نیست، چون از اول با شرط مذکور خود را تبرئه کرده است.

ب: فروشنده بگوید: بعثک بلائمن و مشتری هم قبول کند. باز این معامله فاسد است و نزد مشهور، مشتری ضامن مثل یا قیمت است. در حالیکه اقدام برضمان نکرده است. و تنها علامه ره در اینجا اشکال کرده و دو وجه مطرح کرده است.^(۱)

ج: اجاره بلااجرت: باز معامله فاسد است و مستأجر ضامن اجرة المثل است، در حالی که اقدام برضمان نکرده است. و تنها شهیدین در اینجا مخالفت کرده اند.^(۲)

و مادهٔ اجتماع ضمان و اقدام در معاملات صحیحه بعد از قبض مبیع و در معاملات فاسده در غیر سه مورد مذکور است، که هم طرفین اقدام برضمان دارند و هم ضامن به مسمی یا ضامن واقعی هستند.

۳- قوله: مع انه:

قانون اقدام خود نیازمند دلیل و مدرک است و دلیلی ندارد، پس چگونه آن را مدرک قانون کل عقد یضمن ... قرار دهیم؟
و بالجمله: قاعدهٔ مذکور علاوه بر اینکه پشتوانه ندارد، و ما دلیلی بر آن نیافتیم، طرداً و عکساً منقوض است یعنی نه مانع اغیار است که هر جا اقدام نبود ضمان نباشد. [دیدیم که گاهی چنین نیست.] و نه جامع افراد است که هر جا اقدام بود ضمان باشد. پس مادهٔ نقض دارد.

(۱) المبسوط، ج ۳، ص ۲۴۳.

(۲) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۲۲ و حاشیهٔ خطی شهید اول بر قواعد.

قوله: واما خبر:

دلیل دوّمی که شهید ثانی برای قانون کُلّ عقد... آورد، حدیث علی الید بود. مرحوم شیخ می فرماید: ما نیز دلالت این حدیث را قبول داریم و سابقاً هم در اوّل مسئله برای اثبات ضمان مقبوض به بیع فاسد، از آن ضمان را استفاده کردیم، و اشکال سندی آن را هم دفع کردیم [حدیث عامی است ولی مشهور فقهاء به آن عمل کرده اند]. ولی ایرادی که حدیث مذکور دارد اینست که تمام مطلوب را ثابت نمی کند.

بیان ذلک:

بحث ما در قانون کل عقد یضمن... اختصاص به اعیان ندارد بلکه منافع را شامل است عمل شخص حرّ [اجاره بر عمل] را شامل است، در تمام موارد می گوئیم: صحیح اینها ضمان آور است فاسدشان هم ضمان آور است. ولی حدیث علی الید به دلیل اینکه موضوعش «ما اخذت» می باشد و ظهور در عین خارجی دارد [چون عین است که قابل اخذ است منافع و اعمال قابل اخذ نیستند بلکه اموری هستند که تدریجاً موجود و معدوم می شوند]. و تنها در بیع که مبیع عینی از اعیان است دلالت بر ضمان می کند. و شامل اجاره بر عین و عمل نمی شود.

قوله: اللّٰهم:

مگر کسی در باب منافع و اعمال به دو قاعده دیگر تمسک کند:

۱- قاعده احترام مال مسلم و عمل او: این قاعده از چندین طائفه روایت

مستفاد است:

الف: اخباری که می گوید: لا یحلّ مال امرء الا عن طیب نفسه^(۱)

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۳۷ و ۱۳۸ پاورقی.

ب: اخباری که می گوید: حرمة مال المسلم كحرمة دمه^(۱)

ج: اخباری که می گوید: لا یصلح ذهاب حقّ احد^(۲)

۲- قاعده لا ضرر: که از روایات مستفاد است:

[عن زرارة عن ابی جعفر علیه السلام فی قضیة سمرة بن جندب، عن رسول الله صلی الله علیه و آله:

لا ضرر، ولا ضرار، وعن النبی صلی الله علیه و آله: لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام. و...^(۳)]

از این دو دسته قانون استفاده می شود که مال مسلمان محترم است و باید بهای آن پرداخت شود، عمل مسلم محترم است و نباید ضرری متوجه او شود. مگر اقدام مجانی و تبرعی باشد، که علی الفرض نیست. معامله است، پس باید جبران شود و اجرة المثل داده شود. پس به کمک سه قانون: علی الید، احترام مال مسلم، لا ضرر، حکم ضمان در هر عقد فاسدی روشن می شود. وهو المطلوب.

قوله: ثم انه:

مقدمه: از فراز قبلی روشن شد که قاعده کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده دائره وسیعی دارد و هریک از معاوضه برعین و منفعت و عمل را شامل می شود.

اما معاوضه برعین: مانند صلح معوض برعینی از اعیان، هبه معوضه برعینی از اعیان.

بنابراینکه نوعی معاوضه باشد، و بیع که همیشه برعین تعلق می گیرد، و بیع از اعیان است.

و اما معاوضه برمنفعت: مانند صلح معوض برمنفعتی از منافع، هبه

(۱) وسائل الشیعه، ج ۸، باب ۱۵۲، ص ۵۹۹، حدیث ۱۲ و باب ۱۵۸، ص ۶۱۰، حدیث ۳.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۳۹۰، باب ۲۰، حدیث ۱ و ۳ و ۵.

(۳) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۹۳ و ۹۴ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۱۴۶، حدیث ۳۶ و ...

کذائی، و اجاره برعین که همیشه به منفعت آن تعلق می گیرد.

و اما معاوضه بر عمل مانند عامل در باب جعاله و عمل حدّ در باب اجاره بر عمل که شخصی اجیر می شود و برای دیگری خیاطی، بنّایی و ... می کند.

حال در تمام این موارد صحیح العقد موجب ضمان است. و به حکم قانون مذکور، فاسد آن هم باعث ضمان است. متنها دلیل ضمان در معاوضه برعین، قانون علی الید است و در معاوضه بر منفعت قانون احترام مال مسلم، و در معاوضه بر عمل قانون لا ضرر است.

و اما قانون اقدام که در هریک از سه مورد مذکور می توانست دلیل باشد، ردّ شد.

با این مقدمه، مرحوم شیخ می فرماید: بعید نیست که غرض شیخ طوسی و پیروان او از استدلال به قاعده اقدام، تکمیل و تتمیم استدلال به قانون ید و احترام و لا ضرر باشد، نه ذکر دلیل مستقل بر ضمان.

بیان ذلک: هریک از سه قانون مذکور، مقتضی از برای ضمان هستند و نه علت تامه، یعنی چنین نیست که به صرف اینکه کسی بر مال دیگری ید پیدا کرد ضامن هم باشد. بلکه ای چه بسا ید باشد و ضمان نباشد همانند مواردی که شخص مجاناً مال دیگری را اخذ کرده، یا به عنوان هبه، عاریه، امانت، وکالت و ... در تمام اینها ید بر مال دیگری هست ولی ضمان بالاتفاق نیست. پس ید علت تامه ضمان نیست. و نیز مجرد احترام مال مسلم علت تامه ضمان نیست.

زیرا ای چه بسا شخص، مال مسلمان را مجاناً تسلّم و قبول کرده باشد. [به عنوان هبه و مانند آن] و نیز قانون لا ضرر که می گوید: نباید مسلمان متضرر شود، علت تامه ضمان مستأجر در مقابل عمل اجیر نیست.

زیرا چه بسا مسلمان برای مسلمان دیگر تبرّعاً و مجاناً کاری انجام داده باشد

خلاصه اینکه: سه قانون مذکور مقتضی ضمان هستند، و خاصیت مقتضی آنست که: اگر مانعی نباشد تأثیر خود را می گذارد، و مع المانع اثر ندارد، و موانع عبارت شد از اخذ و قبول مجانی عمل تبرّعی و ...

حال از کجا بفهمیم که این موانع مفقود است؟ به برکت قانون اقدام، یعنی می گوئیم: طرفین خودشان اقدام بر ضمان کرده اند پس سخن از تسلیط و اخذ مجانی و اقدام تبرّعی نیست. پس نقش قاعده اقدام عبارت شد از رفع مانع، و وقتی عدم المانع محرز شد، آنگاه مقتضی تأثیر خود را می گذارد، و علی الید و احترام مال مسلم و لا ضرر، حکم به ضمان می کند پس نیاز به قانون اقدام داریم ولی نه به صورت یک دلیل مستقل، بلکه متمم دلیل علی الید و ...
 قوله: نعم:

استناد شیخ طوسی به قانون اقدام را توجیه کرده و پذیرفتیم ولی از کلام شهید ثانی در مسالک استفاده می شود که قانون اقدام یک دلیل مستقلی در عرض قاعده علی الید است و اشکالات ثلاثه ای که قبلاً به قانون اقدام داشتیم بر شهید ثانی وارد است.

قوله: و یبقی الکلام:

تا به حال وضع اعیان مضمونه و منافع مضمونه [البته منافع یا مستوفات است و یا غیر مستوفات که مبسوطاً در امر سوم از متفرعات مقبوض به عقد فاسد خواهد آمد.] و عمل حرّ در باب اجاره و جعاله، روشن شد. و اینک کلام در برخی از اعمالی است که شخص شرعاً نسبت به آنها ضامن است [البته به فتوای عدّه ای] بدون اینکه از آن عمل نفعی عائد ضامن شود، و بدون اینکه عمل به امر او باشد.

مثلاً دو نفر هر کدام مبلغی را متعهد می شوند و یا یکی از آندو مالی را به عهده می گیرد و با یکدیگر مسابقه می گذارند تا هر کس برنده شد آن مبلغ از آن او باشد.

حال اگر مسابقه یا مرامات صحیح باشد، بدلیل خاص، ضامن و متعهد باید مبلغ مذکور را به برنده پردازد. ولی اگر مسابقه فاسد بود در اینجا عمل و سبقت به نفع ضامن نیست تا علی القاعده ضامن باشد. و نیز به امر او هم نیست تا ضامن باشد [حیث ان سبق کل منهما خلاف مقصود الآخر فکیف یامر به ذلك الآخر] مشمول علی الید هم که نیست. چون ضامن بر مال کسی ید پیدا نکرده و مشمول قاعده احترام مال مسلمان هم نیست، چون ضامن مال کسی را نخورده و از آن استفاده ای نکرده است. و مشمول قاعده لا ضرر هم نیست، چون اگر به برنده چیزی هم ندهد او متضرر نشده است.

پس تنها مدرکی که می ماند قانون اقدام است که چون ضامن اقدام بر ضمان کرده است باید از عهده برآید، و قانون اقدام هم که رد شد، اینست که می فرمایند: وبقی الکلام حیثئذ [ای حین ان لم یکن الاقدام دلیلاً مستقلاً] فی بعض الاعمال ...

حال راجع به این اعمال مضمونه در مسابقه فاسد چه بگوئیم؟ دو نظر مطرح

است:

۱- شیخ طوسی^(۱) و محقق اول^(۲) و دیگران فرموده اند: برنده نه استحقاق عوض المسمی را دارد [چون معامله فاسد است.] و نه اجرة المثل را [چون دلیلی بر ضمان نیست.]

۲- عدّه دیگری از فقهاء فرموده اند: ضامن باید اجرة المثل را پردازد.

قوله: ووجه:

دلیل قول اوّل یا عدم ضمان: اگر عمل یک عملی بود که نفعش به باذل و ضامن برمی گشت، قانون احترام مال مسلم و عمل او [که عمل هم از اموال

(۱) المبسوط، ج ۶، ص ۳۰۲.

(۲) شرائع، ج ۱، ص ۲۴۰.

است. [حکم به ضمان می‌کرد.] همانند منافع مستوفات که به زودی ضمان نسبت به آن خواهد آمد. [ولی فرض اینست که: عمل نه به نفع ضامن است و نه به امر او، و نه منافی از آن استیفاء کرده است. و نه به کسی ضرر زده است و نه مال کسی دست او است. پس علی القاعده باید بگوئیم: ضامن نیست.

آری در خصوص مسابقه صحیح به دلیل خاص و روی اهداف مخصوص [الصحیح منها انما یوجب الضمان من جهة امضاء الشارع هذه المغالبة، لاجل الاهتمام بامر الجهاد مع الکفار، حیث ان فی المسابقه والمرامات تمریناً للحرب، وتهيئاً لیها...] ضامن است، ولو نفعی به او عود نکند، ولی در مسابقه فاسد، ضمانت هم خلاف قاعده است [لأنه بذل مال فی مقابل عمل لا ینفع البذل] وهم دلیل خاص ندارد. پس وجهی برای ضمان نیست.

وتمام الکلام فی بابه: ای بابه السبق والرمایة.

قوله: ثم انه:

آخرین نکته: قبض و اقباضی که به دنبال عقد فاسد انجام می‌گیرد، چهار فرض دارد:

۱- هریک از دافع [مثلاً بایع] و قابض [مثلاً مشتری] عالم به فساد عقد می‌باشد و معذک اقباض می‌شود.

۲- هریک از دهنده و گیرنده جاهل به فساد بوده و به خیال صحّت، قبض و اقباض می‌کنند.

۳- دهنده جاهل به فساد است، ولی گیرنده با علم به فساد قبض می‌کند.

۴- دهنده عالم به فساد است و گیرنده جاهل به فساد است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: در تمام این صور اگر مال مقبوض در دست قابض تلف شد، ضامن به مثل یا قیمت است.

و تفاوتی میان فرض علم یا جهل او، علم قابض یا جهل او نیست.

به دو دلیل:

۱- عموم قانون علی الید و قانون احترام و قانون لا ضرر، که فرقی میان فرض علم و جهل نمی گذارند.

۲- فتاوی فقهاء نیز اطلاق دارد و فرموده اند: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد کان ضامناً و تقیید به جهل یا علم نکرده اند.

سپس به سه توهم و جواب آنها اشاره می کنند که هر سه در رابطه با فرض چهارم است:

۱- قوله: و توهم:

در فرض اخیر دافع وقتی با علم به فساد متاع را می دهد، در واقع با دست خود مشتری را به مالش مسلط می کند و تسلیط مجانی است [همانند اباحه طعام برای ضیف] و مشتری جاهل هم که مقصر نیست. پس اگر تلف یا اتلاف نشد نباید ضامن باشد.

جواب: اطلاق نصوص و فتاوی این توهم را دفع می کند.

۲- قوله: ولیس:

قانونی در فقه داریم به عنوان: المغرور یرجع الی من غره، یعنی مغرور و فریب خورده به غار و فریب دهنده و یا در جهل افکننده رجوع می کند، و در صورت علم دافع و جهل قابض، دافع غار و قابض مغرور است. و جاهل مغرور اگرچه مال عالم غار را ضامن است [لاجل الید و للاتلاف ایضاً لو اتلفه] منتها مغرور هم حق رجوع به غار دارد و در نتیجه حق رجوع هر یک به دیگری تهاتر می کند و نتیجه نهائی عدم ضمان مغرور است، یعنی بر جاهل لازم نیست بدل مال تالف را بپردازد.

مرحوم شیخ می فرماید: خیر جاهل به فساد در ما نحن فیه مغرور نیست و از مصادیق قانون مذکور نمی باشد زیرا که: قابض با قصد و عزم و جد اقدام بر ضمان

کرده [و جاهل به ثمن یا مثن نبوده تابع غرری و وی مغرور باشد]. [مضافاً به اینکه: مقتضای قانون مذکور عدم الضمان رأساً نیست بلکه عدم استقرار ضمان است. یعنی صاحب متاع حق رجوع دارد، ولی مغرور هم متقابلاً حق رجوع دارد. و استقرار ضمان بر غار است، نه اینکه ابتداءً ضمانتی بر مغرور نباشد، و بحث ما در دومی است نه اولی که استقرار باشد.]

۳- قوله: و تسلیط:

آیا اینکه دافع با علم به فساد مالش را به دیگری دفع می کند بدان معنا نیست که: این مال من نزد شما امانت یا عاریه و... باشد، و در نتیجه قابض ضامن نباشد؟ جوابش اینست که: خیر، اگر از خود دافع هم بررسی: به چه عنوان دفع می کنی؟ خواهد گفت: به عنوان اینکه معامله ای شده و ملک قابض است. [و اعتنائی به فساد شرعی ندارد و یا تشریحاً و بدعاً می گوید: صحیح است.] نه به عنوان امانت و عاریه و... پس سخن از امانت مالکی نیست تا گیرنده ضامن نباشد.

قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه عاریه و تسلیط مجانی نیست، آنست که: اگر عاریه و مانند آن بود که قابض حق داشت بگیرد و تصرف کند، در حالی که در مال مذکور حق تصرف ندارد [البته اگر تصرف او پس از علم به فساد باشد حرام فعلی هم هست و عقاب دارد و اگر قبل از علم باشد عقاب ندارد، ولی در واقع حرام است.] نتیجه: در همه چهار فرض، قابض ضامن است.

ضمناً تتمه این بحث در باب بیع فضولی در مسئله بیع غاصب مال مغضوب را با علم مشتری به غصبیت، خواهد آمد. [که اگر مشتری متاعی را از باיעی خریداری کند، و بایع فضولی باشد، ولی مشتری خبر نداشته، اینجا مالک حق دارد امضاء یارد کند، و اگر امضاء کرد ثمن مال او می شود، ولی اگر رد کرد،

مشتري پولی را که به بايع فضولی داده پس می گیرد. و اما اگر عالم به فضولی بوده و معذک خریده و پول داده آیا حق دارد ثمن را پس بگیرد یا نه؟

جمعی گفته اند: نه حق ندارد چون علم داشته و بدست خودش ثمن را داده، و شیخ اعظم در آنجا خواهد فرمود: ضامن است بلافارق بین العلم والجهل]

قوله: هذا:

بحثهایی که تا به حال شد در رابطه با اصل قاعده یعنی کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده بود و در دو مقام بحث شد: ۱- مفاد قاعده ۲- مدرک آن.

(واماً عكس)

قوله: واما عكسها:

عكس قاعده مذکور آنست که: و کلّ عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده در رابطه با این قضیه کلیّه نیز در مقام دو بحث وجود دارد: ۱- مفاد آن ۲- مدرك آن. اما مفاد قاعده: کلمات و مفردات این قضیه در قاعده اصل [کلّ عقد یضمن ...] مبسوطاً بیان شد و در اینجا آنها را تکرار نمی کنند، فقط بطور کلی می فرمایند: مفاد قاعده عکس اینست: هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان نسبت به مورد عقد [به فرموده مرحوم شهیدی: مراده من

مورد العقد اعمّ من نفس ما تعلق به العقد ومن متعلّقه فیعمّ العین المستأجرة التي هی متعلق و مورد لّمّا تعلق به عقد اجارة و هو المنفعة لا خصوص متعلّقه و مورد. (۱)

خلاصه اینکه مراد از مورد عقد اعمّ است از چیزی که مستقیماً متعلّق عقد است مثل منفعت در باب اجارة، و چیزی که متعلّق متعلّق است. و غیر مستقیم متعلّق عقد است مثل عین مستأجره که اجاره به منفعت و منفعت به عین تعلق دارد.

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۱۵.

و شاهد این تعمیم در ادامه خواهد آمد. [نیست. فاسد چنین عقدی هم مفید ضمان نخواهد بود [لا یفید ضماناً، نکره در سیاق نفی است، یعنی هیچ ضمانی را افاده نمی کند نه ضمان مورد عقد را و نه غیر آن را] چند مثال:

۱- عقد رهن: اگر چنین عقدی صحیح باشد، عین مرهونه در دست مرتهن امانت بوده و ضامن نیست. حال اگر فاسد هم باشد، باز مرتهن امین است و لیس علی الامین الا الیمین، پس ضامن نیست. مگر افراط یا تفریط کند و مسبب تلف گردد که در حقیقت اتلاف است نه تلف، و از بحث خارج است.

۲- عقد وکالت: اگر چنین عقدی صحیح باشد، وکیل امین موکل است و ضامن نیست. حال اگر عقد وکالت فاسد درآید، باز وکیل ضامن نیست. زیرا که: لا یضمن بصحیحه، فلا یضمن بفاسده.

۳- عقد مضاربه: اگر این عقد صحیح باشد عامل مضارب امین است و ضامن نیست. پس اگر فاسد هم بود باز مطلب همین است و عامل مضارب ضامن نیست.

۴- عقد عاریه: صنفی از عاریه که عاریه ذهب و فضه باشد به حکم روایات^(۱) صحیح آن موجب ضمان است. پس فاسدش هم ضمان آور خواهد بود، و در اصل قاعده داخل است.

ولی صنف دیگر آن یعنی عاریه اشیاء دیگر، صحیحش موجب ضمان مستعیر نسبت به عین معاره نیست. فاسدش هم موجب ضمان نخواهد بود، و در عکس قاعده داخل است. و بلکه عاریه ای هم که مضمونه باشد ولی ضمانت در آن به سبب شرط ضمن عقد باشد نه به نفس عقد، [در عاریه غیر ذهب و فضه اگر شرط ضمان کند مستعیر ضامن است و گرنه، نه.] باز فاسد آن ضمان آور نیست.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۳۹ و ۲۴۰، حدیث ۱ و ۲ و ۳ و ۴، باب سوم از ابواب احکام عاریه.

اگرچه صحیح آن به حکم شرط ضمان آور باشد. و دلیل عدم ضمان آنست که: تبعیت عقد فاسد از عقد صحیح در ضمان آنجائی است که عقدی بنفسه و فی ذاته مقتضی ضمان باشد، نه عقدی که بشرط موجب ضمان است. و در عاریه مزبور شرط ضمنی ضمان آور بود نه خود عقد.

۴- و غیر ذلک از عقود لازمه [مثل اجاره که مبسوطاً مطرح خواهد شد.] و جایزه [مثل هبه که صحیح آن ضمان آور نیست. فاسدش هم کذلک.] قوله: : ثمَّ انَّ:

در باب اجاره، اجاره صحیح نسبت به خود منفعت ضمان آور است، فاسدش هم چنین خواهد بود، ولی نسبت به عین مستأجره صحیح اجاره ضمان آور نیست، آیا فاسدش ضمان آور هست یا نه؟ شیخ اعظم می فرماید: از معنائی که برای عکس آوردیم [با تفسیری که از کلمه مورد داشته‌یم.] روشن می شود که در اجاره فاسد مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست. چون صحیح آن ضمان آور نبود، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، ولی کلاً در این رابطه دو نظریه وجود دارد:

۱- عده‌ای از فقهاء فتوی به عدم ضمان داده‌اند، برخی به صراحت، از قبیل: علامه در قواعد^(۱) و تحریر^(۲) و از تذکره او نیز حکایت شده^(۳) و برخی اطلاق کلامشان عین مستأجره را می گیرد.

۲- صاحب ریاض به صراحت در کتاب خود^(۴) فتوی به ضمان داده و فرموده: مستأجر به اجاره فاسد، عین مورد اجاره را ضامن است. و از بعضی

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۳۴.

(۲) تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۵۲.

(۳) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۱۸.

(۴) ریاض المسائل، ج ۲، ص ۸.

فقهاء این مطلب را نقل کرده که: وی حکم به ضمان را به کلام اصحاب منتسب کرده و فرموده: از کلام اصحاب این امر مفهوم است.

مرحوم شیخ می فرماید: مراد صاحب ریاض از این بعض، جناب محقق اردبیلی در مجمع الفائدة است^(۱)

سپس در کمال تعجب می فرماید: چقدر فاصله است میان این کلام [که به اصحاب ضمان را نسبت داد] و میان کلام محقق ثانی در جامع المقاصد،^(۲) که در باب غصب از کتابش فرموده: آنچه از کلام فقهاء آشکار می گردد، عدم ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره است. که اگر اجاره ای فاسد بود، و در سایه استیفاء منفعت، عین تلف شد، ضامن نیست.

قوله: والذی:

محقق ثانی فرموده: آنچه که نظر فقیه طبق قواعد و ضوابط فقهی او را بدان سومی کشانده مسئله ضمانت است. یعنی مستأجر ضامن عین مستأجر است. بدلیل اینکه با فرض فساد اجاره، وی مجوزی برای تصرف ندارد و تصرف جایز نیست، [اگر با علم به فساد تصرف کرده حرام منجز است و عقاب دارد، و اگر با جهل به فساد تصرف کرده ولو در واقع حرام است ولی به درجه تنجز نمی رسد]. زیرا وی غاصب است و چنین تصرفی غصب است [یعنی بدون مجوز شرعی در مال کسی تصرف کردن]. و غاصب هم که ضامن است.

پس به مقتضای قواعد وی ضامن است.

منتها مطلب دیگری هم وجود دارد و آن اینکه: اجاره صحیح موجب ضمان نسبت به عین مستأجره نبود، و قاعده هم اینست که: وکل عقد لا یضمن بصحیحه... پس در اجاره فاسد هم نباید ضامن باشد، و قانون اقدام هم

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۵۰.

(۲) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۱۶.

می گوید: مستأجر نسبت به عین اقدام برضمان نکرده و استیلاء برآن و ید به نحو ضمان هم که ندارد، پس نباید ضامن باشد. و لااقل در برخورد قواعدی که موجب ضمان است با قواعدی که موجب ضمان نیست. ما شک در ضمان می کنیم و از اصل براءت استفاده می کنیم. پس مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست.

سپس برای تکمیل بحث فرموده: عین مستأجره در اجاره فاسد مثل عین مرهونه در رهن فاسد است. و همانطور که فساد رهن سبب ضمان مرتهن نسبت به عین مرهونه نمی شود، هکذا فساد اجاره هم سبب ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره نمی شود.

قوله: ولعل:

پس در رابطه با ضمان دو نظریه عنوان شد، مرحوم شیخ در این فراز اشاره ای به ادله ضمان داشته و می فرماید: شاید دلیل حکم به ضمان عین مستأجره یکی از دو امر ذیل باشد:

۱- مسئله عین مستأجره تخصصاً و موضوعاً از قانون: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده خارج است.

بیان ذلک: قاعده اصل و عکس که سخن از ضمان و عدم ضمان دارند، موردشان همان چیزی است که مستقیماً مورد و متعلق عقد است، و مراد از کل عقد یضمن... مورد عقد است. و در مسئله ما مورد و متعلق عقد اجاره منفعت است نه عین مستأجره، و وقتی عین مستأجره مورد اجاره و عقد آن نبود، پس مشمول قاعده اصل یا عکس هم نخواهد بود، و در نتیجه باید به مقتضای قواعد دیگر فقهی با آن برخورد شود، و مقتضای قاعده اینست که: اگر عقد اجاره صحیح باشد، عین مستأجره در دست مستأجر امانت خواهد بود، هم امانت مالکی و هم امانت شرعی، و لا ریب در اینکه انسان امین ضامن نیست. ولیس

علی الامین الا الیمین .

ولی اگر عقد اجاره فاسد بود [که مورد بحث است] مجوزی برای اخذ عین مستأجره نیست . زیرا فرض اینست که : مالک که خانه را به مستأجر می دهد ، بنا بر اینست که خیال می کند او استحقاق دارد ، و در واقع عقد فاسد است و او استحقاق ندارد ، و شرع آن را امضاء نکرده ، پس ید مستأجر بر عین مستأجره در اجاره فاسد ، ید عدوانی [یعنی غیر امانی] خواهد بود و اطلاق علی الید ما اخذت ، ید او را شامل می شود ، و ید عدوانی هم که ضمان آور است . [اینست وجه ضمان مستأجر نسبت به عین مورد اجاره]

۲- مسئله عین مستأجره موضوعاً داخل در قانون عکس است [بر اساس همان معنایی که از کلمه موردده قبلاً داشتیم که اعم از متعلق و متعلق متعلق بود .] ولی حکماً و تخصیصاً خارج شده ، زیرا که علی الید چنین یدی را شامل می شود و در نتیجه موجب تخصیص عموم قاعده مذکور می شود . و مامن عام الا وقد خص .

[نکته : مرحوم شهیدی فرموده : ما نیز قبول داریم که عموم علی الید با عموم قاعده ما لا یضمن معارض است ولی نه به صورت عام و خاص مطلق ، بلکه بطور العموم من وجه كما صرح به صاحب الجواهر فالمرجع بعد التساقط فی مورد التعارض مثل ما نحن فيه هو البرائة ، لا بطور العموم المطلق بان یكون قاعدة الید اخص منها فتقدم علیها فی حکم بالضمنان كما هو الظاهر من المنصف ... والعموم من وجه : لصدق قاعدة الید بدون قاعدة ما لا یضمن كما فی غیر موارد العقد وصدق الثانية بدون الاولى كما فی مورد العارية المضمونة بالنسبة الی المنافع حیث ان المنفعة لا ترد علیها الید .^(۱)

قوله : والاقوی :

عقیده خود مرحوم شیخ آنست که : مستأجر ضامن عین مستأجره نیست . و

عین مستأجره مشمول قانون کل عقد لا یضمن ... می باشد [بنابر تعمیم کلمه مورد] و نه تخصیصی در کار است [چون علی الید اخص من وجه است نه خاص مطلق] و نه تخصّص و خروج موضوعی [چون مورد را تعمیم دادیم]. پس کاملاً عدم ضمان عین مستأجره علی القاعده و قانون است.
 قوله: ثمّ انه:

تا اینجا با مفاد قاعده عکس آشنا شدیم، در این فراز می گوئیم: به کلیت و عمومیت قاعده مذکور اشکالاتی وارد شده و مواد نقضی برای آن ذکر شده که برخی از آنها قابل دفع است ولی پاره ای از اشکالات وارد است. و چهار مورد از این موارد را ذکر می کنند:

۱- استعاره مُحرم: از نظر تکلیفی بر شخص محرم صید حرام است و قرآن می گوید: ﴿وحرّم علیکم صید البرّ مادّتم حرماً﴾^(۱) و نیز می گوید: ﴿واذا حللتم فاصطادوا﴾^(۲) و نیز می فرماید: ﴿لا تقتلوا الصيد وانتم حرم﴾^(۱) آنهاً جمیع تقلّبات در آن [از اصطیاد و حیازت و تملک و بیع و شراء و اعاره و استعاره و استیمان و امساک و ...] حرام است. و از نظر وضعی هم محرم مالک صید نمی شود، و حتی اگر قبل از احرام آن را صید کرده و مالک شده ولی به مجرد احرام از ملک او درمی آید و واجب است آن را رها کند و ...

حال مسئله چهار صورت دارد:

الف: استعاره مُحلّ از مُحلّ: این قسم بلا مانع است، زیرا محلّ مالک صید است و شرعاً ارسال صید در او واجب نیست و مالک حق دارد مال خود را به محلّ دیگر که مانعی ندارد عاریه دهد. [البته به فرموده امام خمینی سلام الله علیه: ولا بد من فرض الکلام فی اعارته خارج الحرم، وهو موضوع کلام القوم، حیث جعلوا المانع عدم جواز امساک المستعیر المحرم، اذ فی الحرم لا يجوز

الاعارة ايضاً، بل يجب الارسال على المحل و المحرم. ^(۱)

ب: استعاره محرم از محرم: به فرموده مرحوم شهیدی: وان استعار المحرم من المحرم و جب على عليه ارساله و يحرم امساكه لان حرمة الصيد بمعنى الاصطياد اعم من الاحداث و الابقاء الذي منه الاعارة و الاستعارة، و تفسد الاستعارة و لا ضمان للمعير على المستعير اصلاً لان نسبته اليهما بالقياس الى عدم الملكية و حرمة التصرف و الانتفاع به على حد سواء و لزم على كل منهما كفارة عليحدة ^(۲)

ج: استعاره محل از محرم: باز به قول شهیدی: فاذا استعاره المحل من المحرم يملكه بالاستعارة و الاخذ ان قصد التملك و الأ فهو من المباحات في يده يلزم على المعير الفداء و الكفارة. ^(۳)

د: استعاره محرم از محل: فرض مسئله اينجا است: بلا اشكال اين استعاره تكليفاً حرام است [لصدق الاصطياد عليها] ولي آيا وضعاً فاسد است يا صحيح؟ باطل است. نه به خاطر اينکه نهی در معاملات [به معنای اعم کلمه که عاربه را هم شامل می شود]. موجب فساد است، تا کسی بگوید: ما اين مبنا را قبول نداريم. بلکه به خاطر اينکه: قوام عاربه به جواز انتفاع مستعير از معار است و در فرض مورد بحث اين جواز منتفی است [لحرمة الامساك المتوقف عليه الانتفاع، اما لوجوب ارساله شرعاً كما هو صريح التذكرة و اما لوجوب رده الى المالك المحل تقديماً لحق الادمي على حق الله عند التعارض كما اختاره صاحب الحدائق].

حال بنابر اينکه عاربه مذکور فاسد باشد، فقهاء فتوى به ضمان داده اند و

(۱) كتاب البيع، ج ۱، ص ۳۰۲.

(۲) هداية الطالب، ص ۲۱۷.

(۳) هداية الطالب، ص ۲۱۷.

فرموده اند: محرم باید قیمت صید را به محلّ بپردازد. در حالی که اگر عاریه صحیح بود ضمان آور نبود، و بر همین اساس که صحیح عاریه لا یضمن، مرحوم شهید ثانی فرموده: چه عاریه صحیح باشد و چه فاسد، ضمان مشکل است. ^(۱) و اشکال اینست که:

شما گفتید: کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، در حالی که در فرع و فرض مذکور، صحیح عاریه ضمان آور نیست. ولی فاسد آن ضمان آور شده است. فبعض العقود لا یضمن بصحیحه و لکن یضمن بفاسده و این ماده نقض است.

قوله: الا ان یقال:

در این فراز در صدد دفع نقض مذکور برآمده و می فرماید: مقدمه: بحثی است که بر محرم که امساک صید حرام است، آیا شرعاً واجب است آن را به ملک اصلی برگرداند و ارسال حرام است؟ یا شرعاً بلا فاصله باید صید را رها کند و قیمت آن به عهده محرم می آید؟ فعلاً فرض مسئله بنابر وجوب ارسال و اداء قیمت است.

با این مقدمه می فرماید: اینکه محرم ضامن صید است، برای آنست که: تا عاریه گرفت، شرعاً مجبور به ارسال است و باید رها کند و در نتیجه محرم با دست خود موجب اتلاف مال محلّ گردیده و از باب وجوب اتلاف تعبدی ضامن است. و در حقیقت ضمان بالاتلاف است، نه ضمان بالتلف، و فرض بحث ما در ضمان بالتلف است. پس این مورد نقض بر ما نبوده و از ما نحن فیهِ اجنبی است.

۲- قوله: و یشکل:

ماده نقض دوم: اگر بیعی صحیح بود مشتری تنها ضامن عین است و در

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۳۱۴.

مقابل عین مبیع باید ثمن المسمی را پردازد، و اما نسبت به منافع آن - چه منافع مستوفات و چه غیر مستوفات - ضامن نیست و در قبال آنها چیزی به بایع نمی پردازد، بلکه پس از تملک عین مجاناً حق هر نوع تصرفی در عین دارد، و الناس مسلطون علی اموالهم.

[حال اگر همین بیع فاسد باشد چنانچه خود عین باقی است و خوب ردّ به مالک دارد، و نسبت به منافع مستوفات آن از باب اتلاف ضامن است. و نسبت به منافع غیر مستوفات آن هم از باب تلف ضامن است. و اگر عین هم تلف شده، هم ضامن خود عین است و هم ضامن منافع مستوفات، و هم غیر مستوفات.

حال در عقد صحیح نسبت به منافع غیر مستوفات ضامن نبود در حالی که در عقد فاسد ضامن است. و این نقض و اشکالی است بر کلیت و اطّراد قاعده عکس، یعنی شما گفتید: کل عقد لا یضمن ... در حالی که طبق این بیان، بعض العقود ...

قوله: الا ان یقال:

مگر کسی در صدد دفع اشکال برآمده و بگوید: در بیع صحیح هم مشتری نسبت به منافع مستوفات و غیر مستوفات ضامن است. متها ضمان منفعت تابع ضمان عین است. و ضمان عین مستلزم ضمان منافع است. و در واقع عین را بالاصالة و منافع را بالتبع ضامن است. آنگاه در بیع فاسد هم ضمان خواهد بود. و این داخل در قاعده اصل است که: کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ربطی به قاعده عکس نداشته، و ماده نقضی برای آن به حساب نمی آید.

قوله: و فیه نظر:

مرحوم شیخ دفاع مذکور را قبول نداشته و می فرمایند: هرگز در صحیح بیع مشتری ضامن منافع نیست. بلکه تمام ثمن در مقابل خود عین قرار می گیرد، و انتفاعات بعد از شراء مجاناً است. پس اشکال به قوت خود باقی است. [کما

اینکه در مادهٔ نقض پیشین .

جا دارد که کسی بگوید: این از قبیل استیلاء جاریه است که قبلاً در روایت جمیل بن درّاج در اوائل مسئله مطرح شد، و چون ارسال واجب شرعی است و مُحَرَّم مقهور است پس کالتالف است نه کالمتلف، و ضمان مذکور از نوع ضمان تلف است نه اتلاف و اشکال به قوّت خود باقی است . [

۳- قوله: ویمکن:

مادهٔ نقض سوّم: اگر حیوان حامله ای را به کسی بفروشند، تکلیف حمل چه می شود؟ در بیع صحیح حکمش آنست که: اگر شرط کنند که حمل هم داخل در مبیع باشد و به مشتری منتقل شود، شرط مذکور واجب الوفاء است و منتقل می شود و مشتری هم در قبال آن ضامن است و قسمی از ثمن در برابر آن است . و اگر شرط کنند که به ملک بایع باقی باشد باز بحثی نیست . ولی اگر عقد را مطلق بگذارند، محلّ بحث است که آیا حمل از آن بایع است یا از آن مشتری؟ فرض مسئله فعلاً بنابر آنست که: حمل مال بایع باشد . آنگاه اگر بیع صحیح باشد، حمل مال بایع است و مشتری در قبال آن ضامن نیست . ولی اگر بیع فاسد بود و حمل یا حمل و حامل هر دو تلف شدند،

عدهٔ زیادی از فقهاء از قبیل شیخ طوسی در مبسوط^(۱) و محقق اوّل در شرایع^(۲) و علامه در تذکره^(۳) و تحریر^(۴) فرموده اند: مشتری ضامن حمل هم خواهد بود . البته در قبال اینها گروهی از قبیل: شهید اول^(۵) و شهید ثانی^(۶) و محقق

(۱) المبسوط، ج ۳، ص ۶۵ .

(۲) شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۳۶ .

(۳) التذکره، ج ۲، ص ۳۹۷ .

(۴) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۷ .

(۵) الدروس، ص ۳۰۸ .

(۶) المسالک، ج ۲، ص ۲۵۵ .

ثانی^(۱) و بعض دیگر^(۲) و علامه در قواعد^(۳) فتوی به عدم ضمان داده اند. ولی بالاخره طبق رأی گروه اول اشکال وارد است که: در بیع صحیح مشتری ضامن حمل نبود ولی در بیع فاسد ضامن شده است. و کلیت قاعده عکس زیر سؤال می رود. البته شهید اول در دروس در صدد توجیه برآمده و فرموده: علامه و مانند او که مشتری را ضامن حمل می دانند، در صورتی است که: در متن عقد شرط کرده باشند که حمل هم داخل در معامله باشد، که در این فرض صحیح عقد موجب ضمان است. و فاسد آنها هم موجب ضمان خواهد بود^(۴) و فرع مذکور در اصل قاعده داخل می شود. نه در عکس آن، پس نقضی بر قاعده عکس نیست.

۴- قوله: ویمکن:

ماده نقض چهارم: در باب شرکت: اگر عقد مشارکت صحیح باشد هر کدام از دو شریک امینی بوده و حق دارند در مال مورد شرکت تصرف کرده و با آن به تجارت پردازند، ولی اگر فاسد باشد، محل بحث است که آیا تصرف شریک در آن حلال است یا حرام؟

فعلاً بنابر حرمت و عدم جواز بحث می کنیم، و می گوئیم: صحیح شرکت سبب ضمان نبود ولی فاسد آن موجب ضمان هست. و این نقض دیگری بر قاعده عکس است.

[نکته: اگر قاعده مذکور آبی از تخصیص باشد، یک ماده نقض هم آن را از قانونیت می اندازد ولی اگر مثل عموماً دیگر قابل تخصیصی باشد، کما هو الحق، محذوری نبوده و موارد مذکور، تبصره ها و مخصّصات آن خواهند بود. و ما من عامّ الا وقد خصّ.]

(۱) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۱۶.

(۲) مجمع الفائده، ج ۱۰، ص ۵۱۱.

(۳) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۲.

(۴) الدروس، ص ۳۰۸.

قوله : ثم ان مبني :

واما مدرک قاعده :

تا اینجا با مفاد قاعده عکس و مواد نقض آن آشنا شدیم، و اینک راجع به مدرک و مستند آن بحث می کنیم: می فرماید: مبنا و مدرک این قضیه سالبه [از نظر فتی این قضیه از چند حال خارج نیست: یا در اصل یک قضیه شرطیه است یعنی اذا یا کلاً کان صحیح العقد لا یضمن به ففاسده کذلک پس موجه است نه سالبه زیرا ملاک در سلب و ایجاب در قضایای شرطیه حکم به تلازم و سلب تلازم یا اتصال و سلب اتصال است چه مقدم و تالی آن موجه باشند یا سالبه، و در قضیه مذکور حکم به تلازم و اتصال دو نسبت شده، پس موجه است نه سالبه. و یا در اصل دو قضیه حملیه است که: صحیح فلان عقد موجب ضمان نیست. پس متفرع بر آن فاسدش هم موجب ضمان نخواهد بود. که دو سالبه است نه یک سالبه، و بهتر بود به جای قضیه سالبه، قضیه عکس می فرمودند. [طبق آنچه از کلام شیخ طوسی مستفاد می باشد، اولویت است. [وی در رابطه با رهن فرموده: صحیحه لا یضمن فکیف بفاسده، از این کلمه کیف مرحوم شیخ اولویت را فهمیده، ولی به قول مرحوم شهیدی: ویمکن ان یرید منها التعجب لا الاولویة و منشأ التعجب توهم الفرق بین صحیح ما لا یضمن و فاسده فی الضمان فی الثانی دون الاول مع اشتراکهما فی عدم العلة للضمان او العلة لعدمه لانّ علة الضمان اما اقدام المالك علیه او حکم الشارع به او المركب منهما والکل منتف فی صحیح ما لا یضمن فکذا فی فاسده بعد ان کان وجوده کعدمه والاشترک فی العلة یتلزم الاتحاد فی الحکم فبعد ان کان صحیح الرهن مثلاً لا یضمن به فکیف یتوهم ان فاسده یضمن به فالفرق بین الصحیح والفاسد فی الرهن بما ذکرناه مورد التعجب. (۱)]

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۱۸.

حاصل فرمایشات شیخ اعظم در رابطه با بیان اولویت را با یک مقدمه می آوریم:

سبب ضمان در رهن فاسد و مانند آن یا اقدام بر ضمان است، و یا حکم شارع به ضمانت است، و یا هر دو باهم، و علی الفرض هیچکدام وجود ندارد، زیرا نه مرتهن اقدام به ضمان کرده و نه شارع حکم به ضمان، و سبب که نبود مسبب هم ناپود است. با این مقدمه می گوئیم: رهن صحیح یک امر موجود و سبب مؤثر است و شارع هم آن را امضاء کرده و معذک موجب ضمان نیست. پس رهن فاسد که لغو و بی اثر است و وجودش کالعدم است به طریق اولی مفید ضمان نخواهد بود.

قوله: ولکن:

مرحوم شیخ اولویت را قبول نکرده و می فرماید: اولویت مخدوش است، و وجه الخدشه آنست که: قیاس مع الفارق است

بیان ذلک: رهن یا اجاره صحیح و ... شرعاً مورد امضاء است و از نظر مالک و شارع، موجب تسلط مرتهن و مستأجر و ... بر عین می گردد و چون خود مالک با دست خود، طرف را مسلط کرده آنهم بلاعوض، و شارع هم موافقت کرده است، این تسلط موجب رفع ضمان است. ولی در فاسد این عقود، شارع موافقت نکرده و شرعاً سلطنتی نیست، و در نتیجه موجبی برای رفع ضمان نیست. پس اولویتی هم نیست و قیاس مع الفارق است.

قوله: فان قلت:

[از ظاهر عبارت چنین توهم می شود که این فراز اشکالی به مناقشه و خدشه مرحوم شیخ، و دفاع از اولویت باشد. ولی چنین نیست، بلکه این فراز به اصل قاعده عکس اشکال دارد و می گوید: ما قبول نداریم که: کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

و بیان اشکال اینست که: در فاسد عقود مذکور [رهن - وکالت - مضاربه و ...] ضمان هست و اینها مثل صحیح نیستند، زیرا که اگرچه اقدام به ضمان نیست تا قانون اقدام پیاده شود، ولی ید بر مال غیر هست، یعنی مرتهن بر مال راهن، مستأجر بر عین مستأجره و ... ید و سلطه پیدا کرده و عموم حدیث نبوی: «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» می گوید: ید عدوانی ضامن است. ید معاملی ضامن است، ید مرتهن و وکیل و ... نیز ضامن است، از تحت عموم علی الید، صحاح از این عقود به دلائل خاصه [اخبار و روایات باب رهن و اجاره و وکالت و ...] خارج شده اند و ضمان آور نیستند.

اما نسبت به فاسد از این عقود، عموم علی الید آنها را می گیرد و مخصّصی هم نیامده، پس اینها در تحت قاعده ضمان باقی مانده و به عموم علی الید در اینها حکم به ضمان می شود. پس چنین نیست که: اگر صحیح عقدی به دلیل خاص ضمان آور نبود، فاسدش هم ضمان آور نباشد.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ در جواب اشکال می فرمایند: دقیقاً به همان دلیل که صحیح از عقد رهن و ... از قاعده ضمان [عموم علی الید] خارج شده، به همان دلیل فاسد از عقود مذکور، از عموم علی الید خارج می شود. و آن دلیل مُخْرَج و مخصّص عبارتست از: این موجب کلیه که چکیده اخبار مختلف است: «کلّ مَنْ لَمْ یضْمَنْهُ المالك فهو غیر ضامن»

به عبارت دیگر که در آخر این بخش می آورند: «کلّ من دفع المالك اليه ملكه علی وجه لا یضمنّه بَعوض واقعی «مثل و قیمت» و لا جعلی فلیس علیه ضمان»

یعنی هر کس که مالک اصلی، او را بر مال خود مسلط می سازد و مال خویش را به او می دهد آنها هم بگونه ای که او را ضامن قرار نمی دهد آن گیرنده ضامن

نخواهد بود .

حال تسلیط بدون تضمین اعم است از اینکه تملیک بلاعوض باشد یعنی مالش را به کسی هبه کرده و شرط عوض هم نکند، و یا وصیت تملیکی کند [که بالا جماع متهب ضامن نیست .] و یا مالش را در اختیار او بگذارد و او را برانستفاد از مال مسلط سازد، بدون تملیک عین مثل عاریه که روایاتی دارد^(۱) و یا مالش را به عنوان امانت به کسی داده تا برایش حفظ کند . مثل ودیعه که روایاتی دارد .^(۲) و یا مالش را در اختیار دیگری قرار می دهد تا دیگری از آن مال حق خود را استیفاء کند، مثل باب اجاره عین که روایاتی دارد^(۳) و مثل باب رهن که پس از انقضای اجل و عدم پرداخت دین، مرتبه حق استیفاء دارد، و روایاتی هم دارد .^(۴) یا مالش را در اختیار دیگری می گذارد که برای او در آن مال کاری بکند حال با اجرت باشد مثل اجاره بر عمل که روایاتی دارد .

[البته روایات باب ۲۹ و مسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۷۱ دلالت بر ضمان خیاط و گازر و ... دارد .] و یا تبرعاً و مجاناً برای مالک کاری انجام دهد . و مانند آن، حال در تمام این ابواب ضمانت نیست .

قوله : **أما فی غیر :**

بیان مخصّص بودن این ادله نسبت به عموم علی الید :

اما در غیر تملیک مجانی یعنی هبه [که غیر این، بقیه موارد فوق است .] دلیلی که عموم قانون ضمان یعنی علی الید را تخصیص می زند، عمومی است که می گوید : هر کس مالک او را امین شمرد ضامن نیست نه تنها ضامن

(۱) و مسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۳۶، باب اوّل و ص ۲۳۹، باب سوّم از ابواب احکام عاریه .

(۲) و مسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۲۷، باب چهارم از ابواب احکام ودیعه .

(۳) و مسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۸۱، باب ۳۲، فی احکام الاجاره .

(۴) و مسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۲۵، باب ۵، فی احکام الرهن .

نیست که حق ندارید او را متهم سازید^(۱) و این عموم صحیح و فاسد این عقود را می گیرد.

و اما در خصوص تملیک مجانی یا هبه فاسده: در موارد استیمان عین مال را به امین تملیک نکرده و تسلیط مطلق نیست و معذک ضامن نبود، در مورد هبه که تسلیط مطلق وجود دارد و اصل مال را هم به او تملیک کرده و در اختیار او گذاشته و او را مجاناً مسلط کرده به طریق اولی ضامن نیست.

قوله: والتقیید:

چرا گفتیم: تسلیط مجانی کرده و قید مجانی بودن را آوردیم؟ برای اینکه تسلیط به عوض را خارج کنیم زیرا که در موارد تسلیط به عوض کما فی المعاوضات، نه تنها عدم ضمان نیست بلکه عین تضمین و ضامن قرار دادن است. و از بحث ما خارج است. [نکته: آیا عمومات مذکور فاسد این عقود را هم شامل می شود یا خیر؟ به نظر می آید که: متبادر از آنها عقد صحیح باشد و یا انصراف به آن دارند، پس شمول نسبت به عقد فاسد مشکل است و شاید حق با مستشکل باشد و جواب شیخ اعظم مخدوش است.]

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۲۹، باب چهارم در احکام ودیعه، حدیث ۹ و ۱۰.

(۲)
(وجوب ردّ فوری)
یا
(حرمت امساک)

قوله : الثانی :

امر اوّل از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد، متفرع و مترتب شد ضمان بود که تا به حال مبسوطاً بحث شد.

امر دوّم از امور متفرّع بر مقبوض به عقد فاسد حرمت امساک یا وجوب ردّ فوری است. یعنی مشتری حق ندارد مبیعی را که به معامله فاسد اکتیاع و قبض کرده است، نزد خود نگهدارد، یک لحظه هم امساک جایز نیست و فوراً باید آن را به مالک اصلی مسترد کند. منتها اگر جاهل به فساد باشد این حرمت امساک و وجوب ردّ در حقّ او به درجه تنجّز نرسیده و عقاب آور نیست. ولی اگر عالم بود حکم در حقّ وی منجّز شده و مخالفت آن موجب استحقاق عقوبت است.

[نکته : چنانچه در ادامه از ادلّه مسئله روشن خواهد شد، آنچه در لسان روایات آمده مسئله حرمت امساک است. و عنوان وجوب ردّ فوری نیامده و لکن از باب اینکه ردّ ضدّ امساک است، نهی از شیئی مقتضی امر به ضدّ است پس نهی از امساک مستلزم امر به ردّ فوری است.]

وأمّا دلائل مطلب : در مجموع سه دلیل می آورند :

۱- ادّعی نفی خلاف : البته این ادّعا بنا بر فرض عدم جواز تصرف است [کما هو الحقّ] و این مطلب از سخنان محقّق اردبیلی استشمام می شود. ^(۱)
 قوله : بل :

در حقیقت این فراز به قبل از ذکر ادله مربوط است ولی برای مراعات ترتیب کتاب اینجا می آوریم : نه تنها ردّ مبیع به بایع واجب است و مشتری باید این کار را بکند بلکه به فرموده علامه در تذکره ^(۲) و محقّق ثانی در جامع المقاصد ^(۳) اگر ردّ مال به مالک اصلی مؤنه و مخارجی هم دارد [از قبیل : کرایه حمل و نقل و ...] باید پردازد. به این دلیل که : تحمّل مخارج ردّ مقدمه واجب [ردّ] است. و مقدمه واجب واجب است، پس پرداخت مخارج واجب است.

و اگر خواستی بگو : مخارج مذکور ممّا لا یتّم الواجب الابه، و ما لا یتّم الواجب الابه فهو واجب پس مخارج کذائی واجب است.

و ضمناً کلام این دو بزرگوار اطلاق دارد، و فرضی را هم که مخارج زیادی باید بدهد، شامل می شود یعنی ردّ مطلقاً واجب است چه مستلزم اداء مالی و مخارجی نباشد و یا مخارج کمی داشته باشد و یا حتی مخارج سنگینی داشته باشد. مگر کسی این اطلاق را به ادله نفی ضرر ^(۴) تقیید کند، و بگوید : به حکم لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام تحمّل مخارج کلان لازم نیست. [ولی اگر به لا ضرر متمسک شویم، باید بگوئیم : پرداخت مؤنه کم نیز واجب نیست، چون

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۱۹۲.

(۲) التذکره، ج ۱، ص ۴۹۵.

(۳) جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۳۵.

(۴) فروع کافی، ج ۵، ص ۲۸۰، حدیث ۴ و ص ۲۹۲، حدیث ۲.

ضرر است. و لا ضرر فرقی میان آندو نمی گذارد. در نتیجه وظیفه مشتری رفع منع و تخلیه سبیل است و ردّ واجب نیست.]

۲- حدیث حضرت حجّت عجل الله تعالی فرجه الشریف:

«لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه»^(۱)

کیفیت استدلال:

امساک نوعی تصرف در مال غیر است «صغری»

[بنابراینکه از امساک مطلق استیلاء بر مال غیر اراده شود] و هرگونه تصرفی

در مال غیر بدون طیب نفس مالک جایز نیست «کبری»

پس امساک مال مردم جایز نیست. «نتیجه»

۳- اگر کسی در حدیث مذکور مناقشه نموده و بگوید: از کلمه تصرف که در

حدیث بود، امساک تبادر نمی کند بلکه تصرفاتی از قبیل: اگر لباس است بپوشد،

اگر ماشین است سوار شود، و اگر منزل است ساکن شود و ... به ذهن می آید.

پس حدیث مذکور به درد مدّعی ما نمی خورد.

مرحوم شیخ می فرماید: ما به عموم حدیث نبوی ﷺ تمسک می کنیم که

فرموده:

لا يحلّ مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب نفسه^(۲)

کیفیت استدلال:

در این حدیث حکم عدم حلّیت یا حرمت به مال که عین خارجی است نسبت

داده شده، و در اوائل مکاسب محرّمه در ارتباط با حدیث انّ الله اذا حرّم شیئاً

حرّم ثمنه گذشت که: هرگاه تحریم به خود عین خارجی مستند شود، بدان معنا

است که تمام یا معظم امور و اعمال مربوط به آن شیئی تحریم شده و اطراف آن

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۰۹، حدیث ۴، باب اوّل از ابواب غضب.

(۲) عوالی اللثالی، ج ۱، ص ۱۱۳، حدیث ۳۰۹.

شیئی را باید خط قرمز کشید. و یکی از امور مربوط به مال غیر امساک آن است، پس به حکم عموم حدیث، امساک مال غیر هم بدون رضای مالک جایز نیست. وهو المطلوب.

قوله: **وَأَمَّا تَوْهَمٌ:**

اگر کسی بگوید: در دو حدیث مذکور حکم به حرمت به عدم طیب نفس مقید شده بود، و در ما نحن فیه یعنی بیع فاسد طیب نفس مالک هست چون با اختیار و رضایت این مبیع را به مشتری داده، پس مشمول آن دو حدیث نخواهد بود.

در جواب می گوئیم: آری به رضایت داده ولی مجانی که تملیک نکرده، به عنوان عوض داده و در واقع طیب نفس مالک مقید به صحت بیع و عنوان عوض است. این قید هم که حاصل نیست. چون بیع فاسد است و طیب نفس مطلق هم که ندارد پس امساک این مال، تصرف یا تقلب در مال مردم بدون رضای مالک است.

قوله: **وَكُونُهُ:**

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که مبیع کذائی ملک بایع باشد ولی در نزد مشتری امانت باشد؟ و امساک حرام نباشد؟

در جواب می گوئیم: اولاً فرض اینست که به عنوان امانت اذن و رضایتی حاصل نشده و ثانیاً بر فرض که چنین اذنی بیاید، یک استیداع و امانت سپاری جدیدی خواهد بود که ربطی به قبض و اقباض قدیم ندارد، کما اینکه اگر پس از فساد بیع، یک تملیک مجانی انجام دهد، هبه جدیدی خواهد بود که بدنبال بیع فاسد، مستقلاً انجام شده و از مفروض بحث خارج است.

قوله: **وَلَكِنْ:**

نظر مشهور این شد که: امساک چنین مقبوض به عقد فاسدی جایز نیست.

ولی از کلام شیخ طوسی در مبسوط^(۱) و ابن ادریس در سرائر^(۲) استفاده می شود که: اگر امساك کرد و رد نکرد گناهی ندارد، و بلکه ابن ادریس این مطلب را به اصحاب نسبت داده است.

مرحوم شیخ می فرماید: اصل فتوای مذکور ضعیف است [چون روایات خلاف آن را گفت]. و نسبتی هم که ابن ادریس به اصحاب داد، ثابت نیست.
قوله: ولا یبعد:

از باب اینکه کلام بزرگان را باید توجیه کرد، می گوئیم: شاید مراد این دو بزرگوار از عدم الاثم، فرض جهل باشد، یعنی تا مادامی که مشتری جاهل به فساد است، امساك حرام نیست و اگر امساك کرد عقابی ندارد. [چون حرمت در حق او منجز نمی شود]. و گرنه پس از علم به فساد و تنجز حرمت امساك، وجهی برای عدم اثم نیست.

(۱) المبسوط، ج ۲، ص ۱۴۹.

(۲) السرائر، ج ۲، ص ۳۲۶.

(۳)

(منافع مستوفات و غیر مستوفات)

قوله: الثالث:

سوّم از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد متفرع می شود، ضمان منافع است. بطور کلی در رابطه با مقبوض به عقد فاسد از لحاظ حکم وضعی [ضمان] سه بحث مطرح است:

۱- راجع به خود عین: تا به حال مبسوطاً بحث شد که کلّ عقد یضمن ...
۲- راجع به منافع مستوفات آن: اگر مشتری مبیع به بیع فاسد را قبض کرده و پیش از اینکه آن را به مالک اصلی ردّ کند از منافع آن استفاده کرده است. [مثلاً یکسال در منزل ساکن شده، یا یکماه از ماشین استفاده کرده و ...] آیا پس از ردّ عین به مالک نسبت به این منافع ضامن است و باید عوض آنها را هم به بایع پردازد؟ یا ضامن نیست؟ دو نظریّه مطرح است:

الف: عقیده شیخ اعظم و جماعتی آنست که: مشتری منافع مستوفات را ضامن است به چند دلیل:

- ۱- شهرت فتوائیه: شیخ مدعی شهرت محصله است.
- ۲- بلکه ابن ادریس در سرائر^(۱) ادعای اجماع کرده و فرموده: مقبوض به

(۱) السرائر، ج ۲، ص ۳۲۶.

عقد فاسد مثل مغضوب است بالاجماع [و در مغضوب منافع کذائی را ضامن است . پس در مقبوض به عقد فاسد هم ضامن است .]

۳- عموم حدیث نبوی ﷺ :

لا یحل مال امرء مسلم لاخیه الا عن طیب نفسه^(۱)

کیفیت استدلال :

منفعت مال است «صغری»

و مال مسلمانی برای دیگری حلال نیست مگر با طیب نفس مالک «کبری»

پس منافع نیز بدون طیب نفس حلال نیست . «نتیجه»

و برای بیان صغری دو شاهد می آورند :

۱- شرعاً صحیح است که منافع را ثمن مبیع قرار دهیم مثلاً بگوئیم : بعثک الشئی الفلانی بازاء رکوب دابتک او سکنی دارک و ... و اگر منفعت مالیت نداشت که ثمن مبیع واقع نمی شد . زیرا بیع مبادله مالی به مالی است .

۲- شرعاً می توان منفعت را صداق و مهر در باب نکاح قرار داد ، مثلاً مرد به زن بگوید : با تو ازدواج می کنم به مهریه منافع فلان یا منزل تا ده سال . و ... [نکته : حدیث مذکور فقط حکم تکلیفی را دلالت دارد که حرمت هر نوع استفاده ای از مال دیگری باشد .

و اما حکم وضعی از آن فهمیده نمی شود و در معاملات هم میان نهی و فساد ملازمه نیست . آری می توان به قاعده ضمان اتلافی تمسک کرد ، که : من اتلف مال الغیر فهو له ضامن ، و مشتری مُتلف مال بایع است و منافع را استیفاء کرده ولذا ضامن است البته قاعده من اتلف به تعبیر مذکور در روایات نیست ولی قاعده ای است که از روایات مختلف استفاده شده و به فرموده مرحوم آقای خوئی :

(۱) عوالی اللئالی ، ج ۱ ، ص ۲۱۹ .

قاعده من اتلف مال غيره فهو له ضامن، وهى بهذه الكيفية والخصوصية وان لم تذكر فى رواية خاصة، ولكنها قاعدة كلية متصيّدة من الموارد الخاصة التى تقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة فى كل مورد تمس بها الحاجة، والموارد التى اخذت منها هذه القاعدة هى الرهن، والعارية، والمضاربة، والاجارة، والوديعة وغير ذلك من الموارد المناسبة لها فانه قد وردت فيها الاخبار الكثيرة الدالة على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان، وقد استفاد منها الفقهاء قاعدة كلية اعنى بها قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن. و در پاورقى همان بحث رواياتى را كه قاعده مذکور از آنها اصطیاد شده آورده است. ^(۱)]

ب: قوله: خلافاً:

در قبال شیخ اعظم و مشهور، جناب ابن حمزه طوسی در کتاب وسیله ^(۲) فرموده: مشتری منافع مستوفات را ضامن نیست و به حدیث مرسل نبوی ﷺ تمسک کرده: الخراج بالضمان ^(۳).

فى ج ۵ سنن البيهقى ص ۳۲۱ عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان وفى جملة اخرى من الروايات: أنه قضى رسول الله ﷺ: انّ الخراج بالضمان وفى ص ۳۲۲ عن عائشة عن رسول الله ﷺ: العلة بالضمان.]

کیفیت استدلال:

بطور کلی در ارتباط با حدیث مذکور چهار احتمال مطرح است:

۱- منظور از خراج، خراج اراضی خراجیه باشد و مراد از ضمان، ضمان

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۳۱ و ۱۳۲.

(۲) الوسيلة، ص ۲۵۵.

(۳) عوالی اللثالی، ج ۱، ص ۲۱۹، حدیث ۸۹ و سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۵۴.

خصوصاً ارض مفتوحه عنوة باشد، و در نتیجه مربوط به باب خراج و مقاسمه و از اخبار آن باب بوده و در مقام بیان مقدار خراج است. و خلاصه اینکه: الخراج بحسب الضمان، یعنی خراج ارض خراجیه برحسب آن مقداری است که شخص عامل و متقبل ارض ملتزم شده و به عهده گرفته [۱/۳ محصول و ...] و والی هم پذیرفته است. و از نظر کمی و زیادی بسته به الزام و التزام طرفین است. بنابراین احتمال حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

۲- منظور از خراج منافع و فوائد مال و عین خارجی باشد و منظور از بایع یا برای سببیت باشد و یا مقابله [یعنی خراج در مقابل ضمان است و باهم قابل جمع نیستند که شخصی هم ضامن عین باشد و هم ضامن خراج و منافع آن، پس اگر ضامن عین بود دیگر منافع را ضامن نیست. و یا خراج به سبب ضمان است، یعنی چون ضامن عین است پس خراج مال او است و حق استیفاء دارد.] و منظور از ضمان مطلق ضمان است: چه ضمانی که خود شخص با اختیار اقدام به آن کرده و چه ضمانی که مورد اقدام نیست و اختیاری نیست بلکه قهری است و شارع به گردن طرف گذاشته، و در صورت [بیع فاسد] و صورت ضمان قهری مثل ضمان مال مغضوب و مقبوض بالسوم، و منافع عین در معاملات و ... [که غاصب اقدام برضمان نکرده ولی شرعاً ضامن است، کسی که متاعی را گرفته تا اختبار و آزمایش کند و سپس خریداری کند، اتفاقاً از دست او افتاد و شکست، وی اقدام برضمان نکرده ولی شرعاً و قهرراً ضامن است. و هكذا در معاملات نسبت به ضمان عین اقدام کرده ولی نسبت به ضمان منافع اقدام نکرده معذک شرعاً ضامن است و ...] پس به طور کلی و در تمام موارد خراج و منافع و فوائد و غنائم عین در مقابل ضمان آن است.

مختار ابوحنیفه همین احتمال است و براساس آن گفته: غاصب هم منافع مستوفات را ضامن نیست زیرا که ضامن عین است و خراج عین در مقابل این

ضمانت است .

ظاهر حدیث هم با این احتمال می سازد زیرا که یا الف و لام برای جنس است و یا استغراق، و در هر حال مفید عموم است . ولی این احتمال از نظر فقهاء امامیه باطل است زیرا هم اجماع قائم است بر اینکه : غاصب منافع مغضوب را ضامن است . و هم صحیحۀ ابی ولاد که مبسوطاً خواهد آمد، این معنا را دلالت دارد که منافع مغضوب مورد ضمانت است .

۳- مراد از خراج، منافع باشد و باهم برای مقابله یا سببیت باشد، ولی مراد از ضمان، ضمان خاصی باشد یعنی ضمان مقید به قید اقدام، خراج در مقابل ضمان است .

اما ضمان اختیاری نه مطلقاً، و منظور از اختیاری یعنی ضمانی که خود شخص بر آن اقدام کرده است و آن در معاملات است که بایع او را تضمین می کند و او قبول ضمانت کرده و ضامن می شود، اما از این حیث اطلاق دارد که شارع مقدس هم این اقدام بر ضمان را امضاء بکند [همانند معامله صحیح] و یا امضاء نکند [همانند معامله فاسد] .

حال به نظر ابن حمزه معنای حدیث نبوی همین است، الخراج بالضمن یعنی هرکس اقدام کرد و چیزی را ضامن شد و آن را برای خود تقبل کرد، خراج آن شیئی هم مال او خواهد بود . و مشتری در مورد بحث ما چنین اقدامی کرده و بایع او را تضمین کرده و او هم قبول ضمانت کرده که در برابر عین چیزی بدهد و در عوض استفاده از عین برای او مجانی باشد و لازمه این اقدام آنست که اگر معامله فاسد هم درآمد خراج مال او باشد کما اینکه ضمانت برعهده او است . و خلاصه : ضمان و خراج در مقابل هم هستند، و همانطوری که در صحیح و فاسد مشتری ضامن عین است پس در هر دو مورد خراج و منافع مال او است .

قوله : وهذا المعنی :

مرحوم شیخ در تأیید سخن ابن حمزه می فرماید از برخی روایات هم این مطلب مستفاد است. از جمله روایتی که در رابطه با اینکه منفعت مبیع در زمان خیار، مال مشتری است وارد شده و استشهاد امام علیه السلام به این است: الا تری أنّها لو احترقت کانت من مال مشتری؟ یعنی مگر نه اینست که: اگر عین در مدت خیار بسوزد ضرر به مشتری وارد می شود،؟ آری چنین است. پس منافع هم مال او است.

[و متن روایت اینست:

فی موثقة اسحاق بن عمار، قال: سمعت من یسئل ابا عبد الله علیه السلام یقول و قد سئله عن رجل مسلم احتاج الی بیع داره فمشی الی اخیه فقال له ایبعک داری هذه ویكون لك احب الی من ان یكون لغيرك علی ان تشتترط لی انی اذا جئتک بثمانها الی سنة تردّها علی، قال علیه السلام: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها ردّها علیه، قلت: ارایت لو كان للدار علة لمن یكون؟ قال علیه السلام للمشتري، الا تری أنّها لو احترقت كان من ماله. ^(۱)

و روایت معاویة بن میسرة از امام صادق علیه السلام نیز چنین است. ^(۲)

و از جمله روایتی است در باب رهن [خبر اسحاق بن عمار: قلت لابی ابراهیم عن الرجل یرهن الغلام والدار فتصیبه الآفة علی من یكون؟ قال علیه السلام علی مولاه ثم قال علیه السلام ارایت لو قتل قتیلاً علی من یكون؟ قلت هو فی عنق العبد، قال علیه السلام الا تری فلم یذهب مال هذا ثم قال علیه السلام: ارایت لو كان ثمنه مائة دینار فزاد ویبلغ مأتی دینار لمن كان یكون؟ قلت: لمولاه، قال علیه السلام: كذلك یكون علیه ما یكون له ^(۳)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۵، باب ۸، من ابواب الخیار، حدیث اول.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۵، باب ۸، من ابواب الخیار، حدیث سوم.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۲۶، باب ۵، فی احکام الرهن، حدیث ششم.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در ردّ تفسیر ابن حمزه می فرماید: شما گفتید: حدیث الخراج بالضمنان ضمان اختیاری را شامل است، یعنی ضمان که طرفین بر آن اقدام کرده اند، اشکال ما این است که: طرفین بر ضمان عین اقدام کرده اند، نه بر ضمان منافع، و منافع مستوفات از اموری نیست که اقدام بر ضمان آن شده باشد تا «الخراج» در مقابل «الضمنان» باشد بلکه ضمان منافع امری است قهری که شارع مقدس طبق حدیث لایحلّ... بدان حکم کرده است. همانطوری که در مال مغضوب و مقبوض بالسوم و ... اقدام بر ضمان نیست ولی ضمان هست و قهراً علیه، شارع بدان حکم کرده است.

۴- قوله: فالمراد:

مراد از ضمان در حدیث، ضمانی است که دارای دو قید باشد:

۱- طرفین بر آن اقدام کرده باشند، یعنی ضمان اختیاری باشد. و هو المتبادر از اطلاق ضمان.

۲- شارع هم این اقدام و تضمین را امضاء کرده باشد. مختار شیخ انصاری و مشهور همین است.

[شگفتا مرحوم شیخ در آخر امر اول از متفرعات در مقابل علی الید به عموم روایات باب هبه و عاریه و ودیعه و ... تمسک کرد و فرمود: مراد اینست: کلُّ من دفع ماله الی غیره ولم یضمّنه فهو لیس بضامن و این اطلاق را به عقد صحیح و فاسد هر دو توسعه داد، ولی اینجا به توسعه قائل نیستند.]

قوله: وربّما ینتقض:

طبق تفسیر مشهور و شیخ اعظم (ره) از حدیث نبوی ﷺ که دو خصوصیت را لحاظ کردند، و در معاملات صحیح فرمودند: الخراج بالضمنان، یک ماده نقضی از باب عاریه مضمونه وارد می شود،

بیان ذلک: اگر کسی ذهب و فضه را به دیگری عاریه دهد که عاریه مضمونه است. یا شیئی دیگری را با شرط ضمان عاریه دهد، که باز هم عاریه مضمونه است. و مستعیر اقدام بر ضمان کرده و معیر او را تضمین کرده و او تضمّن یا قبول ضمان نموده، و فرض هم بکنیم که شارع مقدس آن را امضاء کرده و معامله صحیح است. در اینجا هر دو خصوصیت وجود دارد.

و طبق تفسیر چهارم باید بگوئیم: چون مستعیر ضامن عین است پس باید خراج و منافع ملک او باشد «الخراج بالضمنان» در حالی که فقهاء چنین فتوایی نداده اند، و خراج عین مورد عاریه ملک مستعیر نیست، زیرا که مستعیر مالک منفعت نیست [بر خلاف مستأجر]. بلکه صرفاً مالک انتفاع است یعنی حق دارد در عین آنهم در محدوده ای که معیر معین کرده تصرف کند، و تصرف برای او مباح است [آنگونه که میهمان حق تصرف در طعام میزبان دارد].

[و ثمره ملک منفعت و ملک انتفاع در اینست که: در ملک منفعت مستأجر که مالک منفعت است به حکم الناس مسلطون علی اموالهم حق دارد خود از آن منفعت منتفع شود، یا به دیگری هبه کند یا اجاره دهد و... ولی در ملک انتفاع فقط خود مستعیر حق انتفاع دارد آنهم در محدوده ای که مالک اصلی معین کرده وگرنه حق هبه و اجاره و اعاره و... ندارد].

حال در مورد عاریه مضمونه، ضمان اختیاری و اقدامی هست ولی خراج در مقابل آن نیست و ملک او نمی شود، و این ماده نقض است.
 قوله: فتأمل:

وجه تأمل از سوی محشّین به وجوهی بیان شده است، بهترین وجه اینست که: عاریه هم ملک منفعت است و از این حیث با اجاره فرقی ندارد و در حقیقت عاریه و هبه در قبال اجاره و بیع است:
 بیع تملیک عین به عوض است.

هبه تملیک عین بدون عوض و رایگان است .

اجاره تملیک منفعت در مقابل عوض است .

و عاریه تملیک منفعت بدون عوض و به طرز رایگان است .

پس عاریه هم تملیک منفعت است و مستعیر مالک منفعت است و الخراج

بالضمان و ماده نقضی نیست .

[و به قول مرحوم شهیدی: والذی یختلج فی ذهنی ویترجح فی نظری عاجلاً

انّ العاریة فی المنافع کالهبه فی الاعیان فهی تملیک منفعة مجاناً والهبه تملیک عین

کذلک، کما انّ الاجارة فی المنافع مثل البیع فی الاعیان تملیک بعوض سپس

شواهدی از کلام بزرگان آورده اند که طالبین مراجعه کنند. ^(۱)]

و ممکن است اشاره باشد به اینکه: میان ملک منفعت و ملک انتفاع تفاوتی

وجود دارد زیرا که مراد از بودن خراج برای ضامن آنست که: او ضامن این منافع

نیست و خسارت آنها را نباید بدهد نه اینکه حتماً ملک او هم باشد، و این معنا در

عاریه مثل اجاره وجود دارد. و شاید اشاره باشد به اینکه: ضامن مورد نظر در

حدیث ضمان معاوضی است آنهم معاوضه ای که شارع امضاء کرده است. و

عاریه معاوضه نیست. پس نقضی بر ما نحن فیه و تفسیر حدیث نخواهد بود.

قوله: والحاصل:

چکیده سخن اینکه: حدیث نبوی هم از لحاظ سند قصور و اشکال دارد

[چون در کتب امامیه نیست و از طریق عامّه نقل شده و به فرموده شیخ اعظم:

مرسل است] و هم قصور دلالتی دارد [چون احتمالاتی در آن مطرح بود و ما

احتمال چهارم را برگزیدیم که طبق آن، حدیث به معامله صحیح مربوط می شود

و ربطی به معامله فاسد که مورد بحث ما است ندارد. [پس ضعف سند کمتر از

ضعف دلالت نیست و ضعف دلالت کمتر از ضعف سند نیست.

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۲۱.

[البته جادارد بگوئیم: ضعف سند را فتوای مشهور جبران می کند. ولی مشکل دلالت کما کان باقی است.] آنگاه به خاطر یک روایت ضعیف السند والدلالة، ما هرگز از قواعد مسلم شرعی و فقهی رفع ید نمی کنیم، و آن قواعد عبارتند از:

۱- قاعده ضمان مال مسلم: علی الید ما اخذت و ...

۲- قاعده احترام: حرمة ماله كحرمة دمه و ...

۳- قاعده عدم حلیت مال مسلم مگر با طیب نفس: لا یحل مال امرء مسلم ...

۴- قاعده اتلاف: من اتلف مال غیره فهو له ضامن

۵- قاعده لا ضرر: لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام و ...

که مفاد تمام اینها ضمانت نسبت به منافع مستوفات است. و ما طبق این قواعد فتوی به ضمان می دهیم.

قوله: وربّما یردّ:

بعضی از فقهاء که در مدعا با ما موافقت و طرفدار ضمان منافع مستوفات هستند، و قول ابن حمزه [عدم ضمان] را قبول ندارند، در ردّ آن به حدیث جاریه مسروقه تمسک کرده اند:

[در این رابطه پنج روایت در وسائل الشیعه آمده که کاملترین آنها روایت چهارم یعنی روایت زراره از امام صادق علیه السلام است:

عن زرارۃ قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام: رجل اشتری جاریةً من سوق المسلمین فخرج بها الی ارضه فولدت منه اولاداً ثمّ انّ اباها یزعم أنّها له، واقام علی ذلك البیت، قال: یقبض ولده ویدفع الیه الجاریة ویعوضه فی قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها. ^(۱)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۲، حدیث چهارم، باب ۸۸، من ابواب نکاح العبیّد والاماء.

کیفیت استدلال:

این حدیث دلالت دارد بر اینکه: مشتری هم جاریه را و هم منافع مستوفات را [ولد، لبن، خدمات جاریه] ضامن است. و رأی ابن حمزه باطل می شود.
قوله: وفيه:

مرحوم شیخ می فرماید: این حدیث ردّ برابن حمزه نیست، و از محلّ بحث ما اجنبی است. زیرا کلام در بیع فاسدی است که میان دو مالک اصلی انجام گرفته باشد، و مالک مبیع به اختیار و طیب نفس متاعش را در اختیار مشتری گذاشته البته در ازاء اینکه مشتری هم ثمن را در اختیار او بگذارد، و از قضا معامله آندو فاسد درآمده، ابن حمزه در اینجا طرفدار عدم ضمان است.
 و اما مورد حدیث مذکور، جاریه مسروقه است و فساد بیع از ناحیه اینست که: بایع مالک نیست و سارق است و حقّ تصرّف ندارد و اگر در چنین موردی مشتری منافع مستوفات را ضامن بود [که البته بعداً به سارق مراجعه کرده و از او مطالبه می کند و استقرار ضمان به عهده او است]. [دلیل آن نیست که در مورد بحث هم مشتری آخذ عین از دست مالک، ضامن منافع مذکور باشد.
قوله: واضعف:

ضعیفتر از استدلال به روایت جاریه مسروقه در ردّ ابن حمزه، تمسک به صحیحه ابی ولاد است در ردّ ایشان،
 بیان ذلک: صحیحه ابی ولاد که مبسوطاً خواهد آمد.

در مقام ردّ فتوای ابی حنیفه است که وی فتوی به عدم ضمان غاصب نسبت به منافع مستوفات قاطر داده به دلیل الخراج بالضمنان، امام این فتوی را به شدت محکوم کرده و فرموده: غاصب منافع مستوفات را ضامن است^(۱) حال بعضی به حکم این حدیث در ما نحن فیه قول ابن حمزه را ردّ کرده و طرفدار ضمان مشتری

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۱۳، باب هفتم، حدیث اول.

نسبت به منافع مستوفات شده اند .

مرحوم شیخ می فرماید : استدلال به این صحیححه در ردّ ابن حمزه ، از استدلال به روایت جاریه مسروقه ضعیفتر است . [وجه الضعف : اولاً مورد صحیححه هم غاصب است و تصرفات غصبی و بحث ما در معامله دو مالک اصلی است . و ثانیاً در روایت جاریه لا اقلّ سخن از بیع بود و در مورد صحیححه سخن از بیع هم نیست و مجرد تصرف غصبی است . و قیاس ما نحن فیه به آن باب مع الفارق است .]

قوله : نعم :

اگر عقیده ابن حمزه همان عقیده ابی حنیفه باشد که قبلاً در احتمال دوم از چهار احتمال حدیث «الخراج بالضمنان» گذشت ، و وی بقول مطلق می گفت : خراج و منافع در مقابل ضمان است . چه در ضمان اختیاری و چه قهری ، چه اقدام به ضمان را شارع امضاء کرده باشد یا نه ، همان را که اقدام کرده اند امضاء کند یا غیر آن را .

حال اگر رأی ابن حمزه هم این باشد آنگاه حدیث جاریه مسروقه و روایت صحیححه ابی ولّاد ، دلیل برد آن است . و لیس فلیس .

۳- راجع به منافع غیر مستوفات : مشتری متاعی را به بیع فاسد قبض کرده و مدتی هم [مخصوصاً اگر طولانی باشد مثلاً یکسال] مبیع در اختیار او بوده و بدون آنکه از منافعش استفاده ای برده باشد ، خود به خود منافع فوت و تلف شده [مثلاً یک سال تمام از سکنای منزل استفاده ای نشده ، از رکوب دابه منتفع نشده و ...]

حال پس از یکسال که معلوم شد بیع فاسد بوده و باید عین را به مالک اصلی مسترد کند ، آیا منافع غیر مستوفات را هم ضامن است و باید تدارک کند یا خیر ؟

مرحوم شیخ در این رابطه چهار قدم برمی دارند : [و به فرموده مرحوم آقای خوئی : لا یخفی ما فی کلام المصنّف من الاضطراب ، فأنّه تارة یفتی بالضمنان ،

واخری یفتی بعدمه، وثالثه یتوقف فی المسأله^(۱) و باز به قول ایشان:

ثم لا يخفى عليك: انّ التكلّم هنا في الضمان وعدمه أنّما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان في المنافع المستوفات واما اذا لم نقل به هناك فعدمه هنا بالاولوية القطعية. ^(۲)

قدم اول: مشهور برآند که: همانطور که مشتری منافع مستوفات را ضامن بود هكذا منافع غیر مستوفات را هم ضامن است. و عبارت ابن ادریس در سرائر هم همین را دلالت داشت که می فرمود: مقبوض به عقد فاسد همانند مغضوب است مگر در عدم الاثم [و در مغضوب منافع را مطلقاً ضامن است. پس در مقبوض به بیع فاسد هم كذلك، و ادّعی اجماع هم داشت. و این دلیل اول است.]

قوله: ولعلّ:

دلیل دوم برضمان: کسی بگوید منافع هم مال هستند [قبلاً ثابت شد] و مشتری همانطوری که برعین مال ید و سلطه و استیلاء دارد، براینها هم ید دارد، پس اینها هم مع الواسطه مقبوض و مأخوذ هستند، پس مشمول علی الید ما اخذت حتی تؤدی می باشند، و علی الید دلیل برضمان است.

قوله: ولذا:

شاهد بر مقبوض بودن منافع به واسطه عین، آنست که شرعاً بر منفعت احکام مقبوض را مترتب کرده اند و مواردی که نیازی به قبض منافع بوده، قبض آن را به قبض عین دانسته اند، منجمله در باب اجاره که موجر منافع را به مستأجر تملیک کرده و باید به قبض او بدهد گفته اند: قبض منافع به قبض عین مستأجر است.

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۳۷.

(۲) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۳۷.

و نیز در باب بیع سلم که قبض ثمن فی المجلس لازم است، و کسی خدمات و منافع جاریه را ثمن مبیع قرار داده و در بیع قبض و اقباض لازم است و فقهاء فرموده اند: قبض ثمن یعنی خدمت جاریه به قبض خود جاریه است. و هکذا اگر سکناى منزل را ثمن مبیع قرار داده باز قبض ثمن به قبض خود منزل است و...
قوله: مضافاً:

دلیل سوّم بر ضمان قانون احترام مال مسلم است: منافع مال مسلم است، و مال مسلم محترم است و بها دارد و اینکه مدّت مدیدی در دست مشتری باشد و وی ضامن اجرت هم نباشد، با احترام مال مسلم منافات دارد، و به حکم قانون مذکور مشتری ضامن است.
قوله: ولکن:

قدم دوّم: در این مرحله مرحوم شیخ دو کار می کنند:

۱- دلائلی که در قدم اوّل برای ضمان اقامه شد ردّ می کنند:

۲- دلائل دیگری برای عدم ضمان اقامه می کنند:

اما کار اوّل: اوّلاً ما قبول نداریم که منافع هم مال باشند و حقیقتاً بر آنها مال صدق کند تا مشمول دو کبرای کلیّ مذکور باشند.

ثانیاً بر فرض قبول مالیت منافع، می گوئیم: مجرد مال بودن منافع، دلیل بر ضمان آنها نیست، بلکه باید مشمول علی الید ما اخذت باشند تا ضمان داشته باشند، و متأسفانه علی الید اینها را شامل نیست چون کلمه ما اخذت دارد، و صله موصول یعنی اخذ یا مأخوذ بودن منافع را شامل نیست. اخذ برعین خارجی صادق است که با دست آن را می گیرد نه بر منافع.

اگر کسی بگوید: منافع هم به واسطه عین قبض می شوند پس اینها هم مأخوذند، خواهیم گفت: مقبوض مع الواسطه بودن دلیل بر صدق اخذ نیست.
[چون اخذ ظهور در اخذ استقلالی دارد نه تبعی]

و اگر کسی ادّعا کند که اخذ کنایه از مطلق استیلاء و سلطه است که در منافع هم وجود دارد و با قبض علیه تسلّط بر منافع حاصل می شود، پس مشمول علی الید می باشند. شیخ می فرماید: اینهم مشکل است [چون متبادر از اخذ، اخذ به ید است که مخصوص عین است. نه مطلق استیلاء].

وامّا قاعده احترام مال مسلم: مفاد این قانون هم اینست که: چون مال مسلم احترام دارد [و در حقیقت از شئون احترام خود مسلمان است. پس کسی حق ندارد بدون اجازه مالک در آن تصرف کند و بدون طیب نفس مالک آن را اتلاف کند، لا یجوز لاحد ان یتصرّف و... و بالاخره مربوط به منافع مستوفات است و ربطی به منافع غیر مستوفات ندارد.

وامّا کار دوّم:

قوله: فالحکم:

حال که دلیلی بر ضمان نیافتیم، فتوی به عدم ضمان می دهیم یا می گوئیم: مطلقاً ضامن نیست [چه بایع عالم به فساد بوده و داده و چه جاهل بوده]

و یا در فرض علم بایع به فساد، مشتری ضامن نیست. [و در صورت جهل ضامن است.] که رأی اوّل از فخرالدین در ایضاح^(۱) است. و رأی دوّم از بعض دیگر.

دلایل عدم ضمان:

۱- اصل برائت: وقتی دلیلی بر ضمان نداشتیم و شک کردیم از اصل برائت استفاده می کنیم و می گوئیم: ضامن نیست. و این اصل سلیم از معارض بوده و حجّت است.

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۹۴.

۲- منافع غیر مستوفات مشمول قاعده کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده است.

بیان ذلک: اگر معامله صحیح بود مشتری نسبت به منافع غیر مستوفات ضامن نبود، حال که بیع فاسد درآمده باز هم می گوئیم: ضامن نیست. زیرا کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده

سؤال: از کجا می گوئید: مشتری منافع غیر مستوفات را ضامن نیست؟

جواب: از اینجا که در بیع صحیح تمام ثمن در مقابل عین مثن است و بر منافع تقسیط و توزیع نمی شود و منافع مجاناً و رایگان در اختیار مشتری قرار می گیرد. ولذا ضامن نیست.

سؤال دیگر: در بیع صحیح منافع مستوفات را هم ضامن نیست. پس چرا در فاسدش حکم به ضمان کردید و از قانون کل عقد لا یضمن... استفاده نکردید؟
جواب: در منافع مستوفات عنوان اتلاف مطرح است و مشتری از این منافع استفاده کرد. و متلف است و به قانون: من اتلف مال غیره فهو له ضامن، ضامن است و قانون مذکور مربوط به ضمان تلف است نه ضمان اتلاف.

۳- قوله: مضافاً:

اخباری داریم که در مقام بیان بوده و معذلک تنها ضمان منافع مستوفات را مطرح ساخته و نسبت به منافع غیر مستوفات سکوت کرده است، و این دلیل آنست که: منافع کذائی مورد ضمان نیست. و گرنه امام علیه السلام بیان می کرد. و به دو نمونه از این اخبار اشاره می کنیم:

۱- روایت جاریه مسروقه که قبلاً در رابطه با رد قول ابن حمزه در منافع مستوفات آن را ذکر کردیم و دلالت داشت که: مشتری منافع مستوفات را ضامن است ولی از غیر مستوفات سخنی نگفت^(۱)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۲، حدیث چهارم، باب ۸۸، نکاح عبید و اماء.

۲- صحیحہ محمد بن قیس: عن ابی جعفر علیه السلام قال:

قضى فى وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيدها الاوّل فخاصم سيدها الاخير، فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليدة حتى ينفذلك ما باعك، فلما اخذ البيع الابن، قال ابوه: ارسل ابنى، فقال: لأرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة الاوّل اجاز بى ابنه^(۱)

در اینجا هم سخن از اخذ ولیده و فرزند او است یعنی مشتری تنها در برابر عین و منفعت مستوفات [ولد] ضامن است، و نسبت به سایر منافع سکوت شده است.

حال وقتی در مثل مورد دو روایت مذکور که بایع خود مالک اصلی هم نیست، بلکه غاصب و سارق یا فضولی است، و جادارد که سختگیری شود [الغاصب یؤخذ با شقّ الاحوال] معذک راجع به منافع غیر مستوفات بحثی نشده و مشتری ضامن نیست. پس در ما نحن فیه که خود مالک اصلی طرف بیع است به طریق اولی مشتری نسبت به منافع فائده و تالفه و غیر مستوفات ضامن نیست.

قدم سوّم:

قوله: والانصاف:

در قدم سوّم به ادله عدم ضمان هم خیلی توجهی نکرده و می فرمایند: انصاف اینست که: در مسئله منافع غیر مستوفات، جای توقف می باشد [یعنی برای ما روشن نیست و نمی دانیم که آیا ضامن است یا خیر؟] چه اینکه عده ای از فقهاء نیز توقّفی شده اند.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۱، حدیث اوّل، باب ۸۸، نکاح عبید و اماء.

از قبیل: شهید ثانی در مسالک^(۱) و شهید اوّل در دروس^(۲) و فاضل مقداد در التنقیح^(۳) و از فرمایشات علامه ره در کتاب قواعد باب الغصب مبحث احکام بیع فاسد^(۴) اینطور استظهار شده که: اگر بایع جاهل به فساد بوده و مبیع را به قبض مشتری داده، مشتری ضامن است. و اگر عالم به فساد بوده جای اشکال و توقّف است، و توقّف را به این فرض منحصر کرده است. مرحوم سیّد عمید صاحب کتاب کنز الفوائد و محقق ثانی در جامع المقاصد^(۵) از عبارت قواعد همین استنباط را کرده اند. ولی فخرالدین فرزند علامه از عبارت پدرش در قواعد اینطور برداشت کرده که: وی مطلقاً در منافع غیر مستوفات توقّفی شده چه در فرض علم بایع و چه جهل بایع^(۶)

قوله: فیتحصّل:

حال که مبانی گوناگونی در مسئله پیدا شد، بجا است یک جمع بندی کرده و حاصل اقوال را فهرست کنیم: بطور کلی درباره ضامن منافع غیر مستوفات پنج قول وجود دارد:

۱- ضامن به قول مطلق [چه بایع عالم باشد و چه جاهل] قول اکثر فقهاء همین است.

۲- عدم ضامن مطلقاً، قول فخرالدین در ایضاح.^(۷)

۳- تفصیل بین صورت علم و جهل بایع: اگر جاهل بوده مشتری ضامن

(۱) مسالک، ج ۱، ص ۱۷۱.

(۲) الدروس، ص ۳۳۵.

(۳) التنقیح، ج ۲، ص ۳۲.

(۴) القواعد، ج ۱، ص ۲۰۸.

(۵) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۲۴.

(۶) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۹۴.

(۷) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۹۴.

است. و اگر عالم بوده مشتری ضامن نیست. این قول از برخی شارحان و محشیان شرایع مستفاد است.

۴- تفصیل دیگر: اگر بایع جاهل بوده مشتری ضامن است و اگر عالم بوده و داده توقّف کرده و می گوئیم: مسئله محلّ اشکال است و نمی دانیم که ضامن است یا نه؟ جامع المقاصد و کنز الفوائد از عبارت قواعد این قول را استظهار کردند.

۵- مطلقاً توقّف کنیم، این قول هم رأی دروس و مسالک و تنقیح بود، و طبق احتمالی که فخرالدین در کلام علامّه داد رأی قواعد هم همین بود.

مرحوم شیخ هم در این مرحله همین قول را به انصاف نزدیکتر دانستند.

قدم چهارم:

قوله: الآن:

در آخرین قدم به حکم دو اجماع منقول فتوی به ضمان مشتری نسبت به منافع غیر مستوفات داده و طرفدار رأی مشهور می شوند:

۱- اجماع منقول از علامّه در تذکرة: به عقیده علامّه انسان منافع اموال را [از قبیل: منافع عبد، جامه، باغ و ...] مطلقاً ضامن است چه مفوّت و متلف آنها باشد و چه آن منافع خود به خود در دست عدوانی تلف شود. متفرع براین: اگر عبد یا امّه یا باغ یا حیوانی را غصب کند منافع آنها را ضامن است چه آن منافع را اتلاف کرده و بکار گرفته باشد و چه آن منافع در دست او خود به خود فوت شده باشد یعنی مدتی عین در دست او بوده و از آن استفاده نکرده و منافعش فوت شده است. و دلیل ضمان را اجماع علماء امامیه قرار داده و فرموده: عند علمائنا اجمع^(۱)

قوله: ولا یبعد:

گویا کسی به مرحوم شیخ اعتراض کرده و می گوید: سخن علامّه در مورد

(۱) التذکرة، ج ۲، ص ۳۸۱.

ید عدوانی و غاصب است و ربطی به مشتری در بیع فاسد ندارد، چگونه بدان استشهاد می‌کنید؟ در جواب می‌فرمایند: مراد علامه از ید عدوانی در مقابل ید حقّه است یعنی یدی که به حقّ مالیرا نگرفته، و ید مشتری هم ید حقّه نیست پس عدوانی است. علی‌الخصوص اگر مشتری عالم به فساد بوده و بایع هم جاهل بوده و قبض و اقباض صورت گرفته که در این فرض ید عدوانی است. علی‌الخصوص اگر مشتری عالم به فساد بوده و بایع هم جاهل بوده و قبض و اقباض صورت گرفته که در این فرض ید عدوانی بودن واضحتر است. [اشاره به چهار صورتی است که سابقاً در قاعده اصل، ثمّ انه لا فرق ... داشتیم که: هردو عالم باشند یا هردو جاهل و یا بایع عالم و مشتری جاهل و یا بالعکس]

۲- قوله: و اظهر منه:

عبارت ابن ادریس در سرائر در اواخر باب اجارة:

وی در باب اجاره فرموده: اجماع قائم است بر اینکه غاصب منافع مال مغضوب را ضامن است حتّی منافع فوت شده و غیر مستوفات را^(۱)

و در باب بیع فرموده: بیع فاسد نزد علماء امامیه [همین جمله ظهور در ادّعی اجماع دارد.] به منزله غضب بوده و احکام آن را دارد مگر یک حکم که: نبود اثم و گناه باشد. [و یکی از احکام غضب ضمان منافع غیر مستوفات بود پس در بیع فاسد هم این ضمان هست.]^(۲)

با وجود این اجماعات منقوله به نظر ما قول به ضمان در منافع غیر مستوفات خالی از قوت نیست.

قوله: وان كان:

ممکن است کسی بگوید: طبق آنچه از صحیحه ابی ولّاد [خواهد آمد]

(۱) السرائر، ج ۲، ص ۴۷۹.

(۲) السرائر، ج ۲، ص ۳۲۶.

مستفاد است حتی در مغصوب هم فقط ضمان نسبت به منافع مستوفات است پس در غیر مغصوب [بیع فاسد] به طریق اولی باید چنین باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: به صحیحۀ مذکور، از این جهت در مورد خودش هم عمل نشده و در باب غصب کسی نگفته: منافع غیر مستوفات را ضامن نیست. پس نتوان باب دیگر را [بیع فاسد] به آن قیاس کرد.

(۴)

(مثلی و قیمی)

قوله: الرابع:

چهارم از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد متفرّع می شود آنست که: اگر مبیع در دست مشتری تلف شد [به آفت سماوی باشد یا با اتلاف خود مشتری] بلاشک مشتری ضامن است و باید عوض یا بدل عین تالف را به بایع پردازد، ضمان هم به عوض واقعی است نه عوض المسمّی

ولی سخن در اینست که: فقهاء به پیروی از عرف عام و عقلاء اجناس را به دو دسته تقسیم کرده اند: ۱- مثلی ۲- قیمی

و فرموده اند: اگر مبیع تالف، مثلی بوده مشتری باید مثل آن را پردازد و اگر قیمی بوده باید قیمت آن را پردازد. و در این جهت احدی مخالفت نکرده مگر ابن جنید اسکافی که از ظاهر کلامش مخالفت حکایت شده.

[مرحوم شهیدی می فرماید: حاکی مقدس اردبیلی در شرح ارشاد است آنجا که می گوید: ان تلف المغصوب دفع قیمته او مثله ان رضی به صاحبه، و این کلام اطلاق دارد یعنی مغصوب مثلی را هم شامل است و خلاصه جناب اسکافی به قول مطلق و بطور کلی فرموده: ضمان تالف در قدم اول به قیمت است و

پرداخت مثل منوط به تراضی طرفینی است.^(۱) [حال اصل مطلب که در مثلی مثل باید داده شود جای بحث نیست و اجماعی است ولی مطالبی در رابطه با آن مطرح است که به ترتیب کتاب می آوریم:

مطلب اول: تعریف مثلی و قیمی: بالطبع اولین مطلبی که مطرح می شود مقام تصور آندو عنوان است تعاریف مختلفی از سوی فقهاء شیعه و سنی درباره مثلی و قیمی مطرح شده که مرحوم شیخ هفت نوع تعریف ذکر می کنند و هیچکدام را هم قبول ندارند:

تعریف اول: مرحوم شیخ طوسی^(۲) و سید بن زهره^(۳) و ابن ادریس حلی^(۴) و محقق اول^(۵) و شاگرد محقق جناب کاشف الرموز^(۶) و علامه^(۷) و دیگر بزرگان و بلکه به قول بعضی: مشهور فقهاء در تعریف مثلی و قیمی چنین گفته اند:

المثلی ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة. و در مقابل: القیمی ما لا يتساوى... برای توضیح این تعریف توجه به دو نکته لازم است:

۱- مراد از اجزاء چیست؟ ظاهر کلمه جزء در مقابل کلی است مثلاً یک حبه گندم یا یک درهم و... کل است و شکسته های آنها اجزاء او هستند، ولی در ما نحن فیه مراد از جزء در قبال کل نیست بلکه مراد از اجزاء افراد و مصادیق

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۲۴.

(۲) مبسوط، ج ۳، ص ۵۹.

(۳) غنیة النزوع، ص ۵۳۷.

(۴)

(۵) سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.

(۶) سرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۳۹.

(۷) کشف الرموز، ج ۲، ص ۳۸۲.

قواعد، ج ۱، ص ۲۰۳.

است و به قول مرحوم شیخ: مراد آن چیزی است که طبیعت بر او صدق می کند یعنی مثلاً گندم که نام کلی و طبیعت است بر آن صادق باشد و کلمه گندم بر نصف حبه صدق نمی کند بلکه بر حبه کامل صادق است پس مراد از جزء یعنی فرد، آنهم نه هر فردی بلکه خصوص آن فردی که دارای قیمت و مالیت باشد مثل یک مشت گندم مثلاً یا یک کیلو مثلاً.

[سؤال: اگر مراد از اجزاء همان افراد است پس چرا تعبیر به اجزاء کرد نه

به افراد؟]

جواب: سرّش آنست که ولو حبه های گندم در یک کیلو مثلاً هر کدام فردند ولی از آنجا که به تنهایی ارزش ندارند، چون شیئی سیر هستند، و در کنار سایر حبه ها مالیت پیدا می کنند پس گویا که هر بخشی فرد نیست بلکه جزء است.]

۲- مراد از تساوی اجزاء از حیث قیمت چیست؟ مراد اینست که اگر فرضاً صد من گندم داشته باشیم که بیست هزار تومان قیمت دارد، چنانچه آن را به دو نصف تقسیم کنیم هر نصفی قیمت نصف مجموع را تأمین کند و اگر به سه ثلث کنیم هر ثلثی قیمت ثلث مجموع را و هکذا ربع و عشر و ... براین اساس گندم و جو و مانند آن مثلی است چون اگر مقدار معینی از آن را تنصیف یا تثلیث کنیم هر کدام از حصّه ها به نسبت مجموع قیمتی را تأمین می کند. ولی فرش دستباف مثلاً قیمی است چرا که اگر فرش کامل مثلاً یک میلیون تومان ارزش داشته باشد چنانچه آن را تنصیف کنیم هر نصفی را به نصف قیمت مجموع خریداری نمی کنند ... و

قوله: ومن هنا:

بر اساس توضیحی که دادیم جناب شهید ثانی فرموده: گرچه خود نقدین یعنی درهم و دینار مثلی است ولی چیزهایی که از آندوریکته می شود زرگر آنها را می ریزد از قبیل انگشتر، النگو، دستبند و ... قیمی هستند چرا که انگشتر سالم

طلا مثلاً ده هزار تومان ارزش دارد ولی اگر آن را بشکنیم و به دو نصف قسمت کنیم از قیمت آن کاسته شده و هر نصفی قیمت نصف مجموع را تأمین نمی‌کند،^(۱) [زیرا هیئت اجتماعی نقش داشته که از بین رفته است .]
قوله : قلت :

مرحوم شیخ می‌فرماید : طبق توضیح قبلی از تساوی اجزاء اشکالی به تعریف مشهور به ذهن می‌آید و آن اینکه : اگر ما یک درهم را در نظر بگیریم نباید آن را مثلی بدانیم چرا که وقتی آن را شکسته و به دو نیم درهم تبدیل کنیم هر نصفی قیمت نصف مجموع را تأمین نمی‌کند و از ارزش آن کاسته می‌شود، پس تعریف مذکور بر آن منطبق نیست پس نباید مثلی باشد در حالی که بالاجماع درهم و دینار از مثلیات شمرده شده است . پس تعریف مذکور جامع افراد نیست .
قوله : الا ان يقال :

مرحوم شیخ از اشکال خودش جواب داده و می‌فرماید :

[مثلی بودن یک درهم نسبت به شخص همان درهم نیست زیرا که این معنی ندارد شخص شیئی که مثل خودش نیست و اصولاً مثلیت و مماثلت دلیل برائینیت و دوئیت است ، واحدی هم بدان تفوه نکرده] باقی می‌ماند اینکه مثلی بودن آن یا به لحاظ جنس باشد که جنس درهم فضّه و نقره است چه سالم و چه مکسور و شکسته شده ، و یا به لحاظ نوع درهمهای سالم در دنیا باشد و یا بهتر آنست که بگوئیم به لحاظ صنف آن است که هر نوعی خود اصنافی دارد و هر صنفی افرادی دارد و هر فردی از صنف درهم عراقی مثلاً با فرد دیگری از همان صنف مثل هم می‌باشند و به این لحاظ درهم واحد هم مثلی است .
قوله : ولذا :

شاهد این مطلب که مثلی بودن در هم به لحاظ نوع یا صنف آن یعنی

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۰ .

درهمهای سالم است، آنست که: از نظر عرف کسی جریش یعنی بلغور یا شکسته‌ها و خورد شده‌های گندم را مثل گندم به حساب نمی‌آورد، مثل گندم، گندم سالم دیگر است. و نیز خورد شده‌های برنج را مثل خود برنج نمی‌دانند بلکه مثل برنج، برنج سالم است و
 قوله: **ومن هنا:**

از مطالبی که در رابطه با جواب اشکال ذکر شد به این نتیجه می‌رسیم که چنین نیست که هر جنسی بطور کلی مثلی باشد مثلاً جنس گندم در ضمن هر نوع یا صنف آن که باشد مثل گندم از نوع دیگر باشد خیر ای چه بسا قیمت‌ها کاملاً متفاوت باشد. بلکه مراد اینست که هر نوعی از انواع یک جنس با یکدیگر مثلی اند یعنی افراد همین نوع با یکدیگر، بلکه بهتر اینکه بگوئیم: هر صنفی از اصناف یک نوع با یکدیگر مثلی اند و نسبت به افراد همان صنف مثلی می‌باشند و لو نسبت به افراد صنف دیگر مثلی نباشند.
 قوله: **فلا یرد:**

مرحوم مقدّس اردبیلی به تعریف مشهور اشکالی کرده و آن اینکه: مراد شما از این تساوی اجزاء و افراد از حیث قیمت چیست؟ آیا منظور تساوی بالجمله و به نحو کلی و صددرصد است یعنی تمام انواع یک جنس و اصناف یک نوع و افراد یک صنف با هر خصوصیت و صفتی که دارند مثلی هستند و مثلاً صد من از هر نوع گندمی با صد من از هر نوع دیگر از حیث قیمت برابرند؟ یا منظور تساوی فی الجمله است یعنی برخی از انواع یک جنس یا اصناف یک نوع با یکدیگر در قیمت برابرند نه همه آنها؟ اگر مرادتان تساوی به نحو موجهه کلیه باشد تعریف شما جامع افراد نیست بلکه اصلاً فرد ندارد و بر هیچ فردی از افراد معرف [مثلی] صادق نیست. زیرا که شما روی هر کالای مثلی که انگشت بگذارید خواهید دید که اجزاء و افراد آن صددرصد از حیث قیمت برابر نیستند فی المثل گندم که همه

می‌گویند مثلی است یک پیمانۀ از گندم آبی یا دارای رنگ کذا و یا با حجم فلان را با پیمانۀ دیگر از گندم دیم یا رنگ دیگر و ... که مقایسه کنید خواهید دید که قیمت‌ها یکسان نیست. پس در عالم ما نباید جنس مثلی داشته باشیم و اگر مرادتان تساوی فی الجمله است خواهیم گفت: تعریف شما مانع اغیار نیست، زیرا تساوی فی الجمله اختصاص به مثلیات ندارد، در قیمت‌ها نیز وجود دارد فی المثل پارچه، زمین و ... که بطور مسلم از قیمت‌ها محسوب شده طبق این فرض باید مثلی باشند زیرا فی الجمله و در بعض موارد پارچه‌ای با پارچه دیگر، زمینی با زمینی دیگر و ... از حیث قیمت برابری می‌کنند. پس باید مثلی باشند و لا یلتزم به احد. (۱)

قوله: وقد لَوَّح:

خود محقق مذکور در آخر کلامش تلویحاً از اشکال مذکور جوابی داده که ما از اشکال درهم دادیم و آن اینکه: منظور از اینکه حنطه مثلی است نه اینست که: تمام افراد این جنس یا نوع با همه اصنافی که دارند و هر صنفی هم با خصوصیتی که دارد همه و همه مثل هم و مساوی در قیمت هستند بلکه مراد اینست که: هر صنفی از اصناف مختلف گندم مثلی است یعنی افراد همان صنف معین با یکدیگر مثلی اند نه با افراد اصناف دیگر.

در نتیجه اگر مقداری و فردی از صنف معینی به عهده کسی آمد [مثلاً گندم زرد کذا و کذا] در مقام ادا باید فردی از همان صنف را بدهد نه فردی از صنف دیگر را و نه قیمت را چون با وجود مثلی نوبت به قیمت نمی‌رسد. (۲)

پس اردبیلی ره نیز مثلی بودن را به لحاظ افراد یک نوع یا یک صنف عنوان کرد نه انواع گوناگون یک جنس با آنهمه اختلاف در خصوصیات و صفاتی که در

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۵۲۲-۵۲۳.

(۲) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۵۲۳.

زیاده و نقصان قیمت دخیل هستند .

قوله : ولکن :

گرچه تا به حال اشکالهای تعریف مشهور را جواب دادیم و لکن به عقیده ما دو ایراد اساسی بر تعریف مذکور وارد است که قابل جواب نیست :

ایراد اول : این ایراد دو شق دارد [اگر چه در عبارت کتاب به این صورت

بیان نشده]

شق اول : اگر تساوی اجزاء به لحاظ افراد یک نوع یا صنف باشد [که تا به

حال مطرح بود] اشکالش اینست که : برخلاف ظاهر کلام فقهاء است ، زیرا

فقهاء وقتی می گویند : الحنطة مثلیّة ، الشعیر مثلیّ و ... الف و لام برای جنس

است و ظاهرش آنست که جنس حنطه مثلی است در ضمن هر نوع یا صنفی که

باشد و طبق بیان شما تعریف بر جنس صادق نیست و این مخالف با ظاهر کلمات

قوم است .

قوله : واطلاق :

اگر شما بگوئید : منظور فقهاء هم از اینکه می گویند : الحنطة مثلیّة و ... و

بر جنس اطلاق مثلی می کنند بلحاظ خود جنس نیست بلکه به لحاظ نوع یا صنف

است و بیان ما منافاتی با منظور آنان ندارد .

در جواب می گوئیم : اگر چه این توجیه ، توجیه بعیدی نیست [زیرا که

جنس فی نفسه امری مبهم است و امرش میان این و آن دائر است و همیشه در

ضمن نوعی از انواع و صنفی از اصناف تحقق می یابد .]

ولی اینکه در مقام تعریف بر جنس اطلاق مثلی بودن بکنند اما منظورشان

نوع و صنف باشد اشکال دارد ، زیرا که مقام تعریف مقام تدقیق است نه تسامح و

طبق توجیه شما باید گفت تعریف مذکور نیاز به تقدیر دارد و منظور اینست که : ما

یتساوی اجزائه ای اجزاء نوعه او صنفه ... پس اشکال به قوت خود باقی است که

مثلی بودن حنطه و مانند آن اگر به لحاظ نوع یا صنف باشد با ظاهر اطلاق فقهاء منافی است .

قوله : الأان یهملوا :

در واقع این فراز شقّ دوّم اشکال است .

بیان ذلک : و اگر تساوی اجزاء به لحاظ خود جنس باشد و در مقام تعریف خصوصیات نوعیه و صنفیه ای که در زیاده و نقص قیمت دخیلند مدّ نظر نباشد و مسکوت گذارده شود و جنس بما هو هو مورد تعریف باشد [تا با ظاهر اطلاقات هم منافی نباشد .] ولی در مقام عمل و اداء که شخصی نسبت به مال کسی ضامن شده یا مال مثلی را از کسی قرض کرده و می خواهد بدل آن را بپردازد حتماً باید خصوصیات را مراعات کند و اگر از صنف کذا تلف کرده فرد دیگری از همان صنف را بپردازد و جنس کافی نیست .

مرحوم شیخ می فرماید : اینکه بعیدتر است . [زیرا که وقتی شما مثلی را تعریف می کنید و می گوئید : ما یتساوی اجزائه یعنی اجزاء خود جنس ، بدان معنا است که آنچه تعریف بر آن صادق است همان را در مقام اداء بدهد و معنی ندارد که رعایت خصوصیات کند و گرنه تعریف بطور کلی لغو و بی فائده خواهد بود .
قوله : هذا مضافاً :

ایراد دوّم : این ایراد نیز دو شق دارد ، بیان ذلک :

بر فرض که از اشکال قبلی صرف نظر کرده و بگوئیم تعریف به لحاظ نوع یا صنف است و تساوی اجزاء یعنی اجزاء صنف و نوع ، می گوئیم : مرادتان از تساوی اجزاء نوع یا صنف چیست ؟

شقّ اوّل : آیا مراد تساوی حقیقی و صددرصد و به دقت عقلی است که یعنی این فرد از صنف معین از گندم با فرد دیگر از همان صنف از حیث خصوصیتی که در زیاده و نقصان قیمت نقش دارند کاملاً برابرند و هیچکدام خصوصیت بیشتری

ندارند؟ اگر این باشد می‌گوئیم: تعریف جامع افراد نیست زیرا در همان اموری هم که بالاجماع از مثلیات هستند خیلی کم اتفاق می‌افتد که دو یا چند فرد از نوع یا صنف معینی از لحاظ صفات و خصوصیات کاملاً مساوی باشند [ای چه بسا دو فرد از حنطه در دو زمین مجاور باهم متفاوت باشند یا حتی در یک زمین که قسمت‌هایی از آن مرغوبتر است باهم متفاوت باشند و ...]

شقّ دوم: آیا مرادتان تساوی عرفی مسامحی است که یعنی این فرد با فرد دیگر از همین نوع یا صنف متقارب الصفات بوده و از لحاظ صفاتی که در قیمت دخیل می‌باشند برابرند اگرچه تساوی حقیقی ندارند، خواهیم گفت: این معنا در بیشتر اجناس قیمی هم وجود دارد یعنی آنها هم افرادشان خیلی جاها متقارب الصفات هستند، در نتیجه تعریف شما مانع اغیار نیست.

قوله: فان:

در اینجا شواهدی بر مدّعی مذکور اقامه می‌کنند:

- ۱- بلا اشکال عبد و امه از قیمیات هستند ولی معذلک افراد جاریه یا عبد یا غنم و هر حیوان دیگر هم گاهی متقارب الصفات هستند و از حیث صفاتی که در قیمت دخیل از مثل هم می‌باشند و قیمت برابری دارند، پس تساوی عرفی در قیمیات هم وجود دارد.
- ۲- قوله: وبهذا:

در بیع سلم که متاعی را پیش فروش می‌کنند باید آن را توصیف کنند تا رفع غرر و جهالت شود ولی نباید بقدری اوصاف بیاورند که آن شیئی نایاب یا کمیاب بشود، وگرنه معامله باطل است. حال فقهاء فرموده‌اند پیش فروش کردن جاریه صحیح است و این براساس همین تقارب صفات و اعتبار تساوی عرفی است و الا اگر تساوی حقیقی بود که چه بسا اصلاً چنین جاریه‌ای پیدا نمی‌شود و معامله باطل بود.

۳- قوله: ولذا:

علامه در تذکره در باب قرض فرموده: آنچه از اجناس قیمی در آن بیع سلم صحیح است در باب قرض مضمون به مثل است. ^(۱) [پس قیمیات هم مثل دارند و این مثل صددرصد نیست بلکه تماثل و تساوی عرفی و تقارب صفات است.]

۴- قوله: وقد عدّ:

شیخ طوسی هم در مبسوط ^(۲) فرموده: رطب و میوه جات از قیمیات است در حالی که در اکثر آنها این معنی وجود دارد که فردی با فرد دیگر متقارب الصفات و یا حتی از حیث صفات دخیله در قیمت برابرند. پس اگر مراد تساوی عرفی باشد باید تمام اینها را مثلی بدانیم پس تعریف مانع اغیار نیست.

قوله: ثم لو فرض:

گویا کسی می خواهد از اشکال دوم شیخ جواب دهد و بگوید: مراد از تساوی اجزاء تقارب در صفات است و این معنا در پاره ای از قیمیات هم هست با این تفاوت که در انواع مثلی افراد متقارب الصفات فراوان است و در انواع قیمی چنین چیزی نادر الوجود است و لذا تعریف شامل مثلیات می شود نه قیمیات.

مرحوم شیخ می فرماید: اولاً کثرت و قلت مذکور را قبول نداریم و مدعی هستیم که در قیمیات افراد متقارب الصفات بسیارند.

و ثانیاً بر فرض قبول، می گوئیم: کثرت و قلت افراد متساوی الصفة اشکال را برطرف نکرده و مشکل مانع اغیار بودن تعریف را اصلاح نمی کند [زیرا بناء تعریف بر شرح و بیان حقیقت و ماهیت است و کاری به افراد ندارد پس افراد کم را هم می گیرد و اشکال کما کان باقی است.]

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵.

(۲) مبسوط، ج ۳، ص ۹۹.

قوله : نعم :

آری کثرت و قلت وجود افراد متقارب الصفات در جهت دیگر نقش دارند و آن حکمت و ملاک و فلسفه حکم است یعنی اینکه فقهاء فرموده اند : در مثلیات باید مثل پردازد برای آنست که مثل زیاد است و ضامن دچار زحمت نمی شود ولی در قیمیات مثل کم است و مشقت دارد و لذا قیمت را که بدهد کافی است ولی این ربطی به تعریف و شمول آن ندارد .

قوله : ثم انه :

علاوه بر تعریف مشهور ، تعریفهای دیگری هم از مثلی و قیمی صورت گرفته که از لحاظ نسبت سنجی پاره ای از آنها از تعریف قبلی اعم و پاره ای اخص می باشند و در هر حال اینها نیز مبتلا به اشکال می باشند .

تعریف دوم : یکی از این تعریفها از علامه در تحریر است که فرموده :

المثلی ما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته^(۱) این تعریف از جهاتی اعم است :

الف : بجای تساوی تعبیر به تماثل کرده و مثل شاید اعم از مساوی باشد .

ب : قید بحسب القیمه را نیاورده و از این جهت هم اعم است .

ج : کلمه و تقاربت صفاته را آورده که در قیمیات هم هست پس باز هم اعم است .

و اشکال تعریف اینست که :

اولاً دوری است چون در تعریف مثلی تماثل را آورده .

و ثانیاً آیا تماثلی حقیقی مراد است یا عرفی ؟ همان اشکال تعریف قبل .

ثالثاً مانع اغیار نیست .

تعریف سوم : شهید اول در دروس^(۲) و شهید ثانی در شرح لمعه^(۳) چنین

(۱) تحریر الاحکام ، ج ۲ ، ص ۱۳۹ .

(۲) دروس ، ص ۳۰۹ .

(۳) شرح لمعه ، ج ۷ ، ص ۳۶ .

فرموده اند:

المثلی المتساوی الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات .

این نیز از جهاتی اعمّ و از جهاتی اخص است از اینکه متساوی الاجزاء را به قید بحسب القيمة مقید نکرده اعمّ است ولی از حیث آوردن والمنفعة اخصّ است و در هر حال همان اشکال تعریف اول را دارد. و در عین حال مرحوم شهید ثانی در مسالک^(۱) و سبزواری در کفایه^(۲) فرموده اند: این تعریف از همه تعریفها سالمتر است.

تعریف چهارم: شهید اول در غایة المراد فرموده: المثلی ما تساوی اجزائه فی الحقیقة النوعية^(۳) این نیز از جهتی اعم است چون تساوی اجزاء را مقید به قید بحسب القيمة نکرده و ظاهرش تساوی افراد یک نوع در صدق کلی و نوع بر آنها است و اختصاص به مثلیات ندارد.

تعریف پنجم: بعض از فقهاء عامّه گفته اند: المثلی ما قدر بالکیل والوزن، یعنی مثلی آن کالائی است که با کیل و وزن اندازه گیری شود و خلاصه: مکیل یا موزون باشد.^(۴) اشکال این تعریف هم آنست که: نه مانع است و نه جامع زیرا که برخی چیزهائی که مکیل و موزون هستند مثل میوه جات مثلی نیستند و برخی چیزهائی که مثلی هستند مکیل و موزون نیستند مثل پارچه های یک کارخانه که با متر و زرع معامله می شوند.

تعریف ششم: بعض دیگر از عامّه گفته اند: مثلی آنست که با کیل و وزن تقدیر شود و ببع آن به طور سلم و پیش فروش جایز باشد.^(۵) این نیز اشکال دارد

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۹.

(۲) کفایة الاحکام، ص ۲۵۷.

(۳) غایة المراد، ص ۱۳۶.

(۴) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱۷.

(۵) فتح العزیز، ج ۱۱، ص ۳۶۶.

زیرا اختصاص به مثلی ندارد قیّمیات هم مثل جاریه به بیع مسلم معامله اش صحیح است البته به شرط اینکه زیاد توصیف نکنند که موجب کمیابی یا نایابی شود.

تعریف هفتم: برخی دیگر از عامّه علاوه بر دو قید مذکور قید سوّمی افزوده و گفته اند: مثلی آنست که: قدر بالکیل والوزن، و جاز بیعه سلماً، و جاز بیع بعضه ببعض آخر، یعنی بتوان فردی از او را با فردی دیگر معامله کرد مثل صد من گندم به صد من دیگر.^(۱)

اشکال این تعریف هم آنست که اختصاص به مثلی ندارد در قیّمیات هم شما زمینی را به زمین دیگر معاوضه می کنید. و تعریفهای دیگری که علامّه در تذکره از قول عامّه ذکر کرده اند.^(۲)

نتیجه: از تعریفهای مذکور نتیجه ای نگرفتیم و نتوانستیم یک معنای جامعی برای مثلی و قیمی ذکر کنیم باید دید قدم بعدی چیست؟

مطلب دوّم:

قوله: ثم لا یخفی:

گرچه تعریفهای مثلی تماماً مورد مناقشه قرار گرفت و ردّ شد ولی مهمّ نیست.

بیان مطلب: مقدّمه: همانطوری که در کتب اصولی و منطقی آمده یک سلسله حقائق لغویّه وجود دارد از قبیل انسان-اسد-ارض و ... و یک سری حقائق عرفیّه عامّه از قبیل دابه، سیّاره، طیّاره و ...، و یک عدّه حقائق اصطلاحیه یا عرفیّه خاصّه مانند: معرفّ و حجّت در علم منطق و اماره و اصل عملی در علم اصول و ... و یک تعداد حقائق شرعیّه از قبیل: صوم، صلوة، حجّ و ...، و یک

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۱.

(۲) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۱.

مقداری حقائق متشرعیه از قبیل: وجوب، استحباب، کراهت و ... با این مقدمه می گوئیم:

واژه مثلی از حقائق شرعیه که نیست و گرنه نقل می شد و بدست ما هم می رسید. و نیز از حقائق متشرعیه هم نیست که در لسان مسلمین بما هم مسلمون در اثر کثرت استعمال در معنای شرعی حقیقت شده باشد.

آری حقیقت لغویّه دارد و در لغت به معنای مماثل آمده ولی در ما نحن فیه این معنا مراد نیست زیرا اگر مثلی عبارت باشد از شیئی ای که دارای مماثل است، خواهیم گفت: همان اشکالی که بر تعریف مشهور بود بر این هم وارد است و آن اینکه: مراد از مماثل داشتن چیست؟

اگر منظور اینست که: مماثل همه جانبه و از همه جهات و صد در صد داشته باشد اشکالش اینست که: این بیان جامع افراد نیست، زیرا خیلی کم است و یا اصلاً نیست مثلی ای که تمام افراد و انواع و اصناف آن با یکدیگر تماثل کلی و صددرصد داشته باشند.

و اگر مراد این باشد که مماثل از بعض جهات و فی الجمله داشته باشد. اشکالش اینست که: بیان شما مانع اغیار نیست زیرا هیچ متاع قیمی ای نیست مگر اینکه بعضی از افراد یا اصناف آن با بعضی دیگر مماثلت و تقارب در صفات دارند پس حقیقت لغویّه هم مدّنظر نیست. و از طرف دیگر قطع نظر از حقیقت بودن در یک معنا، اصولاً واژه مثل و مثلی در لسان آیات و روایات هم موضوع حکمی قرار نگرفته و شارع نفرموده: یجب فی المثلی المثل تا نیاز به بحث از معنای آن و کنکاش از حدود آن پیدا کنیم.

قوله: نعم:

آنچه مسلم است اینکه: عرف عام و عقلاء عالم عملاً در امور و شئون زندگی خود چنین می کنند یعنی در بعض موارد اگر مالی تلف شود مثل آن را

دریافت می کنند، و فقهاء عظام هم که خود از اهل عرف هستند.

در اینجا از همین روش عقلاء پیروی کرده و اجماع نموده اند بر اینکه: در مثنی باید مثل پرداخت شود و در غیر مثنی باید قیمت را پردازیم ولی در معنای آن که اجماع ندارند، و در تعیین معنای مثنی که معقد اجماع بود نتوان به قول بعض و تعریف جمعی اکتفا کرد. اینست که تعریف مهمّ نیست.

قوله: فحیثئذ:

حال چه باید کرد؟ باید انواع و اقسام اجناس و کالاها را ملاحظه کنیم: آندسته از امتعه که به اتفاق همه فقهاء بلکه همه اهل عرف [چون این اجماع فقهاء از آن اجماعات شرعی و تعبّدی کاشف از رأی معصوم نیست.] از مثلیات هستند از قبیل: گندم - جو - برنج، درهم - دینار و ... ، حکمش روشن است یعنی ضامن باید مثل آنها را به مالک اصلی بدهد و دلیل وجوب دفع مثل، اجماع است. و آندسته از کالاها که بالاجماع قیمی هستند از قبیل: منزل، فرش، حیوان، میوه جات و ... باید قیمت آنها را پردازد. و دلیل مطلب هم اجماع است.

ولی اجناسی هم وجود دارد که در نزد فقهاء مورد نزاع است و گروهی آنها را مثنی دانسته اند و گروهی قیمی، مهمّ تعیین وضع اینها است و گرنه موارد اجماع که دلیل خاص دارد و مشکلی ندارد. ابتدا چند مثال برای موارد اختلافی:

۱ - طلا و نقره غیر مسکوک [یعنی غیر درهم و دینار] شیخ طوسی ره در مبسوط^(۱) صریحاً فرموده: آندو از قیمیّات هستند. ولی دیگر فقهاء آندو را از مثلیّات دانسته اند.

۲ - آهن، مس، سرب و ... ظاهر عبارت شیخ در مبسوط^(۲) و ابن زهره در غنیه^(۳)

(۱) مبسوط، ج ۳، ص ۶۰.

(۲) مبسوط، ج ۳، ص ۶۰.

(۳) غنیه الزروع، ص ۵۳۷.

و ابن ادریس در سرائر^(۱) آنست که اینها از اجناس قیمی هستند. ولی عبارت علامه در تحریر صریحاً دلالت دارد بر اینکه: اصول این اجناس [قبل از اینکه ریخته شوند و ذوب شوند و تبدیل به تیر آهن یا ظرف مسی و ... شوند.] مثلی هستند. اگر چه بعد از ریخته شدن الآن که ظرف و ... شده اند قیمی می باشند.^(۲)

۳- رطب، تمر، عنب، زیبب: شیخ طوسی در مبسوط فرموده: رطب و عنب قیمی هستند و تمر و زیبب مثلی هستند^(۳) ولی علامه در مختلف فرموده: این فرق گذاری محل اشکال است^(۴) و دلیلی ندارد که رطب و عنب را مثلی ندانیم یا تمر و زیبب را قیمی ندانیم، و بعضی از قریب العصرهای ما از اشکال و تردید قدم را فراتر نهاده و صریحاً فرموده اند: رطب و عنب هم مثلی هستند.^(۵)

۴- پارچه: محقق ثانی در جامع المقاصد یکجا فرموده: پارچه مثلی است^(۶) ولی مشهور با او مخالفت کرده و پارچه را قیمی دانسته اند. [در اینجا به نکته ای اشاره می کنم. و آن اینکه در زمان قدیم که پارچه ها دستباف یا با وسایل ابتدائی بافته می شد و هکذا فرشها و گلیم ها و ... قیمی محسوب می شد ولی امروزه که با ابزار صنعتی و پیشرفته نساجی می شوند و هزار هزار فرش یا پارچه صد در صد مثل هم عرضه می شود باید گفت مثلی هستند و اینست تأثیر زمان در اجتهاد و تکامل آن و منظور از زمان همین پیشرفتهای علمی و صنعتی و تحولات است و گرنه خود زمان اگر میلیونها سال بگذرد و زندگی بشر مثل زندگی مورچه ها و زنبور عسل باشد که نقشی ندارد و موجب تمدن و پیشرفت نمی شود. پس به

(۱) سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.

(۲) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۹.

(۳) مبسوط، ج ۳، ص ۹۹.

(۴) مختلف الشیعه، ج ۱، ص ۱۸۱.

(۵) محقق قمی در جامع الشتات، ج ۲، ص ۵۴۳.

(۶) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۴۴.

حسب ازمه مطلب فرق می کند .

و به فرموده مرحوم آیت الله خوئی :

ثم لا يخفى عليك : انّ المثلى والقيمي يختلفان بحسب الازمنة والامكنة فانّ الاثواب وان كانت من القيميات فى الايام السالفة ، ولكنها اصبحت من المثليات غالباً فى العصر الحاضر ، لانّ اكثرها منسوج بنسج واحد و انّها متماثلة الافراد فى الخارج غالباً .^(۱)

۵- حتى مواردی که همگان برای مثلی بدان مثال زده اند و مثلاً گندم یا جو ... را مثلی به حساب آورده اند باز جهات ابهامی وجود دارد و معلوم نیست که آیا به لحاظ نوع است؟ یا به لحاظ اصناف و هر صنفی نسبت به افرادش مثلی است؟ بر فرض که معیار صنف باشد و به لحاظ صنف مثلی محسوب شوند باز روشن نیست که معیار و ضابطه صنف چیست؟ آیا رنگ ملاک است؟ طعم ملاک است؟ حجم ملاک است؟ آبی و دیم بودن؟ و ...

۶- در مورد تمر و خرماى خشک هم که بالاجماع آن را مثلی دانسته اند همین مباحث مطرح است که ملاک چیست؟ نوع؟ صنف؟ کدام صنف؟ و ...
 قوله : وبالجملة :

خلاصة كلام : مواردی که اجماعی بر مثلی یا قیمی بودن نداریم و اختلافی است ، فراوان است و نمونه های مذکور مثنی از خروار بود که ذکر شد .
 قوله : فلا بدّ

حال نسبت به مصادیق مشکوک چه باید کرد؟ مرحوم شیخ دو مرحله بحث دارند :

۱- مقتضای اصل عملی در این موارد .

۲- مقتضای اصول لفظیه .

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۵۲ .

البته این شیوه از بحث مطابق با نظام قدیم است و گرنه در نظام جدید که خود شیخ پایه گذار آنست، اوّل بحث از مفاد اطلاقات و عمومات می شود و دلیل اجتهادی مقدم است و سپس نوبت به اصل عملی می رسد. به هر حال مقتضای اصل عملی چیست؟

مقدمه: در اصول خواندیم: گاهی شبه بدویّه است و گاهی مقرون به علم اجمالی، و در موارد علم اجمالی یا دوران بین محدورین است و احتیاط ممکن نیست. و یا ممکن است. در موارد امکان هم یا دوران بین متباینین است و یا اقل و اکثر، و هر کدام در اصول احکام و قواعد مخصوص به خود را دارند و فعلاً سه فرض علم اجمالی، مبانی بحث ما است. با این مقدمه می گوئیم:

در اینکه مقتضای اصول عملیه چیست؟ چهار احتمال و بلکه وجه و بلکه قول وجود دارد:

۱- مقتضای اصل در مصادیق مشکوک ضمان به مثل است و ضامن معیناً باید مثل پردازد و نوبت به قیمت نمی رسد. دلیل این قول: ضامن علم اجمالی دارد که یا باید مثل بدهد یا قیمت، و مورد هم از موارد اقل و اکثر است [منظور از اقل یعنی جبران مطلق مالیت شیئی تالف ولو حیثیت مماثلت تدارک نشود. و منظور از اکثر مالیت خاصه است یعنی مالیتی که مثلیت هم در آن جبران شود. و مقید نسبت به مطلق اکثر است.] و در این موارد این قائل طرفدار احتیاط و اتیان اکثر است. پس باید مثل بدهد.

۲- مقتضای اصل ضمان به قیمت است. دلیل این وجه: علم اجمالی و اقل و اکثر است. ولی به عقیده این قائل در این مورد احتیاط و اتیان اکثر لازم نیست بلکه باید اقل را بیاورد، و اکثر با اصل عملی دفع می شود. [هر دو وجه باطل است زیرا مثلی و قیمی متباینان هستند نه اقل و اکثر.]

۳- مقتضای اصل آنست که: مالک اصلی مخیر است که از ضامن مثل را

مطالبه کند یا قیمت را و دلیل مطلب دو امر است [اصالة الاشتغال و عموم علی الید] که خواهد آمد.

۴- اصل آنست که: ضامن میان پرداخت مثل یا قیمت مخیر است و هرکدام را داد مالک باید بپذیرد و دلیل این مطلب هم آنست که: ضامن علم اجمالی به اشتغال ذمه به مثل یا قیمت دارد و دوران بین متباینین است، آنگاه قاعده در این مورد احتیاط و موافقت قطعیه است ولی در ما نحن فیه موافقت قطعیه لازم نیست هم به دلیل اجماع و هم به حکم لا ضرر و ... ولذا مهم تحصیل موافقت احتمالی و اجتناب از مخالفت قطعیه است و آن با پرداخت هریک از مثل و قیمت حاصل می شود و نسبت به دیگری اصل براءت جاری می شود و اینست معنای تخییر ضامن.

قوله: ولا یبعد:

مرحوم شیخ در رابطه با چهار قول مذکور، چهار مرحله بحث دارند:

۱- بعید نیست کسی بگوید: الاصل تخییر الضامن، به دلیل اینکه وی شک دارد که آیا به زائد برمختار خودش مکلف و مشغول الذمه است یا خیر؟ اصل براءت می گوید: نسبت به ما زاد مکلف نیستی و آزادی. پس هرکدام را اختیار کرد از دیگری براءت جاری می شود.

۲- اگر چنانچه اجماعی قائم شد مبنی بر اینکه جای تخییر ضامن نیست، صد البته اجماع دلیل اجتهادی و مقدم است و نوبت به اصل عملی نمی رسد، آنگاه می گوئیم: قول ثالث زنده می شود یعنی الاصل تخییر المالك و دلیل آن چنانچه قبلاً وعده کردیم، دو امر است:

الف: اصالة الاشتغال: بلاشک ضامن مشغول الذمه است و اشتغال یقینی دارد و این امر مستدعی فراغت یقینی است آنگاه اگر مختار مالک را پرداخت علی کلّ حال فراغ قطعی آمده زیرا یا در واقع همان مختار بدل اصلی تالف است و

یا بدل بدل است و چیزی است که خود مالک اصلی بدان راضی شده و به هر حال مافی ذمه الضامن ادا شده ولی اگر مالک اصلی خواهان مثل بود و ضامن قیمت را داد در اینجا یقین به فراغ ذمه حاصل نشده، چرا که اگر جنس تالف در واقع قیمی بوده، ضامن از عهده برآمده ولی اگر در واقع مثلی بوده او از عهده برنیامده و لذا اشتغال یقینی باقی است، پس اصل اشتغال مقتضی تخییر مالک است.

ب: عموم علی الید: قاعده علی الید ما اخذت حتی تؤدی، می گوید: باید عین مال را به مالکش بدهی و تا نداده ای ضامنی و عین مال با قدری توسعه مثل را هم می گیرد و عرفاً عین مال است با مسامحه ولی قیمت را نمی گیرد و تا ضامن عین را نداده کما کان ضامن و مشغول الذمه است مگر اینکه مالک اصلی راضی به قیمت شود که در آن صورت مشکلی نیست باز از این هم می فهمیم که مالک مخیر است و رضای او کارساز است.

۳- در قدم سوم می فرماید: اقوی اینست که مالک اصلی از اول امر مخیر است. یعنی تا به حال تخییر مالک در طول تخییر ضامن بود و گفتیم: با اجماع برخلاف تخییر ضامن نوبت به تخییر مالک می رسد. حال می گوئیم: چه اجماعی باشد یا نه از اول مالک اصلی مخیر است. و دلیل ما هم اصالة الاشتغال است که گذشت.

ان قلت: پس اصالة البرائة که دلیل تخییر ضامن بود چه می شود؟
قلت: اصل برائت جاری نمی شود. [زیرا اصل مثبت است و حجّت نیست.

بیان ذلک: اصل برائت می گوید: ضامن نسبت به غیر مختار خودش مشغول الذمه نیست، لازمه عقلی این معنا آنست که: پس ما یختاره الضامن، همان در حقّ او متعیّن می شود و این تعین ما یختاره... اثر شرعی نیست تا اصل نسبت به آن حجّت باشد.]

۴- قوله: نعم:

در قدم چهارم می گوئیم: اگر چنانچه از طرفی هیچ دلیلی بر ترجیح یکی از اقوال اربعه بردیگری نداشته‌یم، و از طرفی هم اجماع داشتیم بر اینکه مالک مخیر نیست نوبت می‌رسد به تخییر ضامن در مقام اداء که مثل بدهد یا قیمت و این همان تخییری است که در باب دوران بین محذورین مطرح است یعنی ما نحن فیه از مصادیق آن باب می‌شود.

به این بیان: امر دائر است میان اینکه مثل متعیّن باشد و ضامن معیناً مثل را بدهد، بگونه‌ای که مالک حق نداشته باشد قیمت را بطلبد و ضامن هم حق امتناع از پرداخت مثل نداشته باشد و یا قیمت متعیّن باشد بگونه‌ای که نه ضامن از دادن حق امتناع داشته باشد و نه مالک از گرفتن و چون قدر متیقنی در بین نیست و اگر تنازع کردند احتیاط و تحصیل فراغ یقینی میسور نیست مطلب از باب دوران بین محذورین می‌شود و نوبت به تخییر می‌رسد.

نظیر تخییر مجتهد در فتوی دادن به یکی از متعارضین که چاره‌ای ندارد از اینکه به یکی از آندو فتوی دهد و چون معین نیست نوبت به تخییر می‌رسد.
قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به تفاوت تخییر در دوران بین محذورین با تخییر در فتوی به اینکه در دوران بین محذورین تخییر عقلی است و در باب فتوی تخییر شرعی ظاهری است. و شاید اشاره باشد به اینکه در ما نحن فیه حکم به تخییر ضامن از باب دوران بین محذورین مبتنی بر دو مبنا شد

۱- عدم ترجیح یکی از اقوال

۲- وجود اجماع بر عدم تخییر مالک، ولی ما این دو مبنا را قبول نداریم و دلیل بر ترجیح قول سوم داشتیم و اجماعی هم برخلافش نبود و لذا نوبت به تخییر ضامن از باب دوران بین محذورین نمی‌رسد.

[نکته: فرق بین مرحله اول که تخییر ضامن بود با مرحله چهارم که بازهم تخییر ضامن است چیست؟ جواب: به قول مرحوم شهیدی:

وتوهم انه اعادة للامر السابق مدفوع بانه فرق بينهما من حيث المدرك اذا المدرك فيه هنا الاضطرار وفي السابق اصل البرائة وايضاً التخيير هنا عقلي و هناك شرعى^(۱)

قوله: ولكن يمكن:

مقتضای اصل لفظی چیست؟ مطالبی که تا به حال تحت عنوان مقتضای اصل عملی مطرح شد و چهار قول با دلائل آنها و چهار مرحله بحث با مختار شیخ اعظم ذکر شد تماماً براین فرض است که در مسئله یک اصل لفظی و دلیل اجتهادی نداشته باشیم و گرنه با وجود اینها نوبت به اصل عملی نمی رسد و الاصل دلیل حیث لا دلیل.

سؤال: آیا عمومی، اطلاقی، اصل لفظی ای داریم که وضع را روشن کند؟
جواب: آری اطلاقات گوناگون در ابواب مختلف داریم که از آنها این قاعده کلی را استفاده می کنیم: بطور کلی شخص ضامن به مثل است مگر موارد خاصه.

بیان ذلك: آنچه که در میان عقلاء مرسوم و متعارف است آنست که: حتی الامکان وقتی مالی از آنها تلف می شود از ضامن مثل آن را مطالبه می کنند و با وجود مثل نوبت به قیمت نمی رسد زیرا که مثل از دو جهت شبیه به مال تالف و نزدیکتر به آن است:

۱- از حیث صفاتی که در زیاده و نقصان قیمت دخیل اند.

۲- از حیث مالیت و ارزش هم مثل شبیه تالف است.

و با مقداری تسامح و توسع در عبارت می توان گفت: هو هو یعنی این مثل،

خود همان تالف است و کان مالک خود عین تالف را اخذ کرده است. و چون علی الید ما اخذت حتی تؤدی یعنی ضامن باید خود مال مردم را بدهد، با پرداخت مثل گویا خود آن را داده و لذا مقدم است و الاقرب یمنع الا بعد.

در قدم بعد اگر چنانچه به دلائلی مثل متعذر شد و شیئی تالف مثل نداشت یا مثل داشت ولی دسترسی به آن ممکن نبود و یا ممکن بود ولی عسر و دشواری داشت. نوبت به قیمت شیئی تالف می رسد و عرف قیمت را اخذ می کند آنهم از نقدین و شبه آندو و خلاصه از نقد رائج بلد اخذ می کند و به قول معروف پول آن را می گیرد چرا که قیمت کذائی اگرچه از حیث صفات و ماهیت به تالف شباهتی ندارد، فی المثل تالف پارچه است و قیمت پول است ولی از حیث مالیت و ارزش بدان نزدیک است و الاقرب فالاقرب باید پیش رفت.

سؤال: چرا قیمت را از نقدین و مانند آن مطرح کردید؟

جواب: زیرا که سایر اشیاء هم به آندو ارجاع می شوند.

بیان ذلک: حیوان کسی را تلف کرده و می خواهد در عوض فرشی بدهد ما از کجا بدانیم که این فرش به اندازه آن حیوان مالیت دارد؟ راهش اینست که: اوّل فرش را به نقد رائج قیمت کنیم و سپس با مال تالف محاسبه نمائیم. حال این بود روش عقلاء که در همه جا چه مثلیات و چه قیمیات حتی الامکان خواهان مثل هستند و اگر نشد قیمت را از پول رائج می گیرند.

حال به شرع که مراجعه می کنیم، می بینیم که در ابواب مختلف شارع حکم به ضمان کرده است مثلاً در باب مغصوبات حکم به ضمان کرده، در باب امانتهائی که به افراط یا تفریط تلف شده حکم به ضمان کرده [مثل وکیل نسبت به مال موکل، مستأجر نسبت به عین مستأجره، مرتهن نسبت به عین مرهونه، ولی نسبت به مال مولیّ علیه، ودعی نسبت به ودیعه، وصی نسبت به اموال موصی و ...] در باب اتلاف عمدی حکم به ضمان کرده، در باب مقبوض به عقد فاسد

حکم به ضمان کرده، در باب قرض هکذا و ... و در هیچکدام از این موارد کثیره ذکری از مضمون به [مثل یا قیمت] به میان نیامده و به صورت قاعده و قانون کلی نفرموده: الغاصب ضامنٌ بالمثل او بالقيمة و ...

آری در موارد شاذ و نادری در مصادیق جزئی حکم به ضمان قیمت کرده [مثل قیمت بغل در صحیحۃ ابی ولاد که خواهد آمد، و قیمت ولد در جاریه مسروقه که قبلاً گذشت و ...] ولی اینها قانونیت ندارد.

آنگاه می گوئیم: با اینکه شارع مقدس در مقام بیان بوده چرا نفرموده: مثل یا قیمت؟ این با حکمت مولی چگونه می سازد؟ جواب: نیازی به بیان نداشته زیرا که در مسئله روش عقلائی وجود دارد و شارع هم بدان اتکالی و اعتماد نموده و نیازی به بیان ندیده است.

نتیجه: مقتضای عمومات و اطلاقات اینست که: همه جا ضمان به مثل مطرح است چه در مثلیات و چه قیمیات و چه موارد اختلاف، ولی از این عموم و اطلاق مواردی که بالاجماع قیمی باشد خارج شده و در آنجا ضمان به قیمت است اما مواردی که چنین اجماعی نیست چه اجماع بر مثلی بودن باشد و چه مختلف فیها باشد، از اصالة العموم والاطلاق یا از سیره غیر مردوعه بلکه مورد امضاء شارع استفاده می کنیم و حکم به ضمان مثل می کنیم و حیث اینکه مسئله ضمان به مثل و قیمت مسئله ای مورد ابتلاء است اگر شارع این سیره را قبول نداشت حتماً ردع می کرد.

قوله: وقد استدللّ:

مدّعی مشهور این شد که در مثلیات به مثل و در قیمیات به قیمت ضامن است. برای مدّعا دلائلی اقامه شده که سه دلیل در مکاسب مطرح شده است [مضافاً به دلائلی که در مصباح الفقهة عنوان شده از قبیل: عموم علی الید، عموم ما دلّ علی احترام مال المؤمن وان حرمة ماله كحرمة دمه، روایات امه مسروقه

نسبت به ولد آن^(۱)]

امّا سه دلیل مکاسب:

۱- اجماع: قبلاً مطرح شد و فرمودند: معقد الاجماع...

۲- مقتضای عرف و اعتماد بر متعارف عند العرف که در فراز قبلی عنوان

شد.

۳- مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب مبسوط^(۲) و خلاف^(۳) به آیه اعتداء به

مثل استدلال کرده است. و آیه اینست:

﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(۴)

کیفیت استدلال: آنطوری که از حاشیه محقق ایروانی^(۵) و حاشیه مرحوم

شهیدی^(۶) به نقل از میرزای قمی استفاده می شود در رابطه با مفاد آیه شریفه چهار

احتمال وجود دارد:

۱- آیه شریفه در مقام بیان اصل جواز اعتداء به مثل است فی الجمله و در

مقابل سلب کلی، یعنی کسی خیال نکند که اسلام هم مثل مسیحیت محرف

می گوید: اگر کسی به گونه راست صورتت سیلی زد توگونه چپ را هم آماده

کن و تن به ظلم بده، خیر اسلام می گوید:

اگر کسی بر شما اعتداء و تجاوز و تعدی و ظلم کرد، شما هم در مقابل حق

دارید مقابله مثل کنید و اعتداء به مثل داشته باشید و امر فاعتدوا از امرهای عقیب

حظر یا توهم حظر است که دال بر ترخیص و تجویز می کند نه بروجوب، یعنی

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۱۴۶ و ۱۴۷.

(۲) مبسوط، ج ۳، ص ۶۰.

(۳) خلاف، ج ۳، ص ۴۰۲.

(۴) سوره بقره، آیه ۱۹۴.

(۵) حاشیه المکاسب، ص ۹۸.

(۶) هدایة الطالب، ص ۲۲۹ و ۲۳۰.

شما حق دارید و می‌توانید اعتداء به مثل داشته باشید اما از نظر مقدار اعتداء [به کمتر از مقدار یا به اندازه یا بیش از مقدار اعتداء او حق اعتداء دارید] و نیز از نظر مُعتدا به [فعلی که شما به عنوان اعتداء به مثل انجام می‌دهید، و چیزی که به وسیله آن اعتداء مجازاتی انجام می‌گیرد، آیا مثل مالش را بگیرید، قیمت آن را، شما هم تلف کنید و ...] در مقام بیان نیست. طبق این احتمال آیه از مدّعی مشهور اجنبی است.

۲- کلمه ما در ما اعتدی مصدریه باشد و ما بعد را به تأویل مصدر ببرد و معنای آیه این باشد که فاعتدوا بمثل اعتدائه علیکم که از جهت مقدار اعتداء در مقام بیان است که اعتداء شما به اندازه اعتداء او باشد و به همان میزان به او آسیب برسانید نه بیشتر، اما از جهت مُعتدا به که این مقدار را از چه مالی از او بگیرید؟ چه کاری با او بکنید؟ مثل را؟ یا قیمت را؟ از این جهات در مقام بیان نیست، و نظیر و جزاء سیئه سیئه مثلها، وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم، و ... می‌باشد. بازهم آیه مدّعی مشهور را نمی‌رساند.

۳- کلمه ما موصوله و به معنای شیئی باشد و ما اعتدی ای الشیء الذی به اعتدی علیکم و آیه شریفه در مقابل تشبیه مطلق است یعنی هم از حیث مقدار اعتداء و هم از حیث مُعتدا به در مقام بیان است و منظور اینست که: هرکس به شما تعدی و تجاوز کرد شما هم حق دارید به مثل آنچه او تعدی کرد، تعدی کنید. آنگاه در امور مالی هم اگر مال شما را تلف کرده شما حق دارید مثل آن را از او بگیرید. و از این حیث اطلاق دارد که چه مال تالف شما مثلی باشد و چه قیمی باشد در هر حال مثل را بگیرید. بازهم به درد مشهور نمی‌خورد.

۴- منظور آیه این باشد که هرکس به شما اعتداء کرد شما هم به مثل آن چیز براو اعتداء کنید ولی مماثل کل شیئی بحسبه یعنی مثل هر چیزی متناسب با خود او است، مثل مثلیات همان مماثل در صفات و مالیت هر دو است، و مثل قیمیات

همان قیمت است که مماثل در مالیت است .

حال استدلال شیخ طوسی ره طبق همین احتمال است که شیخ اعظم فرموده: بتقریب انّ ...
 قوله: واختصاص:

مناقشاتی در رابطه با استدلال به آیه شده که در مکاسب سه مناقشه مطرح شده است که دو مناقشه اوّل را نمی پذیرد، ولی سوّمی از خود ایشان است:
 مناقشه اوّل: آیه از ما نحن فیه اجنبی است زیرا بحث ما در ضمان مشتری نسبت به مبیع مقبوض به بیع فاسد است و مورد آیه مربوط به اتلاف عدوانی است که کسی از باب اعتداء و تجاوز و ظلم عمداً مال کسی را تلف کرده است ... پس ربطی به مورد بحث ما ندارد.

جواب: کسی قائل به فصل نشده که در اتلاف عمدی حکمی و در تلف یا اتلاف غیر عدوانی حکم دیگری باشد و به ضمیمه عدم الفصل از آیه در ما نحن فیه استفاده می کنیم.

مناقشه دوّم: مدلول آیه احتمال دوّم از چهار احتمال مذکور است و تنها از حیث مقدار اعتداء در مقام بیان است نه از لحاظ معتدا به ... و در نتیجه قابل استدلال بر مختار مشهور نیست.

جواب: مرحوم شیخ می فرماید: و فیه نظر: وجه نظر اینست که ما موصوله است و ما اعتدی ای الشیخی الذی اعتدی ... و کاملاً معتدا به را هم گفته و به بیان دیگر مولای حکیم وقتی مطلق می آورد بدان معنا است که از حیث مقدار اعتداء و معتدا به هر دو تشبیه کرده نه از یک حیث.

مناقشه سوّم: قوله: نعم:

خود مرحوم شیخ می فرماید: انصاف اینست که نه دلیل سابق، یعنی دلیل دوّم که متعارف عرفی ... بود و نه این دلیل یعنی آیه اعتداء هیچکدام به درد قول

مشهور نمی خورد و تفصیل را دلالت ندارد که: فی المثلی المثل و فی القیمی القیمة، بیان ذلک:

اما دلیل سابق: قبلاً بیان شد که سیره عقلاء آنست که: حتی الامکان دنبال مماثل شیئی تالف هستند تا هم قیمت و هم ماهیت و صفات هر دو تأمین شود... و اما آیه شریفه: به نظر شیخ اعظم از احتمالات چهارگانه احتمال سوم مفاد آیه است و به قول مطلق می گوید: شما حق دارید مماثل معتدا به را بگیرید چه معتدا به قیمی باشد و چه مثلی و تفصیل را دلالت ندارد. و بالجمله مفاد مقتضای دو دلیل آنست که باید مماثلت عرفیه مراعات شود و مماثلت عرفی هم در ماهیت و جنس است و هم در مالیت و ارزش.

و در نتیجه به مقتضای دو دلیل مذکور باید گفت: همیشه و همه جا مثل باید پرداخت شود حتی در قیمیات و در این جهت لا فرق که جنس قیمی دارای مثل باشد و مثلی برای او یافت بشود یا چنین نباشد در هر حال دلیل می گوید: مثل را حق داری بگیری و نوبت به قیمت نمی رسد و این با رأی مشهور نمی سازد.

قوله: اما مع وجود المثل:

چند مثال برای آنجا که جنس قیمی مثل دارد:

۱- فرض بفرمائید کرباس یا پارچه ای است به طول بیست متر که هر مترش با متر دیگر از هر جهت مثل هم می باشند و شخص یک متر کرباس دیگری را تلف کرده و ضامن شده در اینجا به مقتضای دو دلیل باید گفت: او ضامن به مثل است و باید یک متر کرباس سالم و لو صد برابر قیمت واقعی خرابداری کرده و پردازد چون با وجود مثل نوبت به قیمت نمی رسد. اما مشهور چنین فتوایی ندارد، آنها پارچه را قیمی دانسته و می گویند: اگر تلف شد باید قیمت آن را بدهد.

۲- زید به ذمه بکر عبدی یا حیوانی طلبکار است که یا از باب قرض طلبکار است و به او قرض داده و یا از باب بیع سلم عبدی را با او صافی از بکر خریده است. حال در خارج آقای بکر عبدی دارد با او صاف کذا و آقای زید عبد او را تلف کرد و عبدی با او صافی به ذمه اش آمد و بکر از او طلبکار شد و اتفاقاً تمام او صاف عبدی که به ذمه بکر بود با آنکه به ذمه زید آمده یکی بود و مثل هم بودند در اینجا به مقتضای دلیلین باید دو ذمه تهاتر قهری داشته باشند و مماثلی را که این به ذمه او طلبکار است با مماثل بالعکس هر دو آنآما ملک صاحب ذمه شده و قهراً علیه سقوط می کنند. ولی مشهور حکم به تهاتر و تساقط نکرده اند.

قوله: کما یشهد:

گویا کسی می پرسد: شما از کجا می گوئید: مشهور فتوی به تهاتر نداده اند؟

در جواب می فرمایند: شاهد ما ملاحظه کلمات مشهور است در مسئله بیع عبدی از عبدین، [ظاهر مسئله فروختن یکی از دو عبد است که بیع غرری و باطل می باشد ولی مراد اینست که: مشتری از بایع عبدی را به ذمه بایع خریده و سپس بایع دو تا عبد دارد و آندو را به مشتری می دهد و می گوید: یکی از آندو را اختیار کن و قبل از اختیار احدهما، یکی از آندو آبق شد و فرار کرد در این رابطه فقهاء فتاوائی دارند که نشانگر عدم قول به تهاتر است.]

قوله: نعم:

مسئله: اگر شخصی جنس قیمی را از دیگری یکساله قرض کرد و اتفاقاً در ظرف یکسال آن مال را مصرف نکرد و عین آن موجود بود آیا می تواند بابت اداء دین خود عین را بپردازد یا خیر؟ عده ای از قبیل محقق اول و علامه و ... فرموده اند: خیر نمی تواند ولی عده ای از قبیل شهید اول در دروس^(۱) و شهید

(۱) دروس، ص ۳۷۵.

ثانی در مسالک^(۱) فرموده اند: آری می تواند و ردّ خود عین بلامانع است. ما گفتیم: مشهور در قیمیّات فتوی به وجوب دفع قیمت داده اند، حال می گوئیم: آری چنین مسئله ای هم داریم ولی این از باب ضمان قیمی به مثل نیست، یعنی از باب این نیست که چون مشهور در قیمیّات هم ضمان به مثل را می گویند و معتقد به مثل هستند اینجا فتوی به جواز داده اند و گفته اند: خود عین به طریق اولی جایز الرّد است. بلکه از باب اینست که: مهمّ اداء دین است و با دفع خود عین هم چون اداء دین می شود لذا تجویز کرده اند.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه تجویز مذکور از باب اداء دین است نه لزوم دفع مثل است، اینست که: اگر مقترض خود عین را تلف کرده ولی مماثل صددرصد آن را در اختیار دارد و می خواهد این مماثل را بابت قرض بدهد، آیا بر مقترض واجب است آنرا بگیرد؟ مشهور متفق القول می گویند: خیر واجب نیست و می تواند تقاضای قیمت کند، حال اگر آنها مقید به مثل بودند و مثل را لازم می دانستند باید فتوی به وجوب قبول مثل می دادند. خلاصه: عند المشهور در قیمیّات قیمت لازم است نه مثل.

قوله: واما مع عدم:

تا به حال مثالهایی که آوردیم مربوط به موردی بود که جنس تالف قیمی مماثل داشته باشد و مثل آن در خارج موجود باشد. حال فرض را می بریم در آنجا که قیمی مثل هم ندارد، در اینجا هم باز مقتضای دلیلین اشتغال ذمه به مثل است و با تعدّر مثل، مثل از ذمه ساقط نشده و تبدیل به قیمت نمی شود، [چنانچه در مثلیّات چنین است که او تعدّر المثل هم باز اشتغال ذمه به مثل است و در امر سادس خواهد آمد] زیرا آیه شریفه که اعتداء به مثل معتدا به را تجویز می کرد اطلاق

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۲۲۰.

داشت و صورت تعدّر مثل را هم می گرفت، پس باز هم مثل را بدهکار است متنها وقتی مالک اصلی از او مطالبه کرد یا او خواست اداء ذمه کند چون دسترسی به مثل ندارد، نوبت به قیمت می رسد و ملاک قیمت یوم الاداء و یوم الدفع است نه یوم التلف.

ولی به فتوای مشهور چون جنس تالف قیمی بوده به مجرد تلف قیمت آن به ذمه ضامن می آید و در نتیجه قیمت یوم التلف ملاک است.
 قوله: وایضاً:

موارد مذکور از قیمتات بود و مقتضای دلیل و رأی مشهور بیان شد.

حال موردی را هم از عکس موارد مذکور بیاوریم:

مالی است که به اتفاق آراء مثلی است ولی از حیث قیمت و ارزش خیلی پائین آمده و نقصان فاحش پیدا کرده، مثلاً یک قالب یخ در هوای گرم تابستان در بیابانهای حجاز چه بسا ۵۰ درهم ارزش دارد و شخصی قالب یخ دیگری را در آن شرایط تلف کرده، و الان که می خواهد جبران کند و بپردازد هوا بسیار سرد شده و نیازی به یخ نیست و یا خیلی کم ارزش شده و یخ ۵۰ درهمی را الان ۵ درهم مثلاً می خرند.

در چنین فرضی مقتضای دو دلیل مذکور آنست که: ضامن حق ندارد مالک را ملزم به اخذ مثل نماید بلکه باید قیمت یوم التلف را بدهد، چرا که باید این مثل هم در صفات و هم مالیت، مثل تالف باشد و رکن اصلی مالیت است و در مالیت مثل تالف نیست، پس قیمت را باید بدهد. تا اقلاً مماثلت از حیث مالیت جبران شود.

ولی مشهور این حرف را نمی زنند بلکه می گویند: مالک اصلی ملزم است که مثل را دریافت کند. اگرچه برخی مخالف کرده اند ولی عده ای الزام را گفته اند.

قوله: بل:

فرض مسئله تا به حال نقصان فاحش بود ولی مثل صد درصد از ارزش نیفتاده بود. حالا می گوئیم: بلکه بعضی گفته اند: حتی اگر مثل به کلی از قیمت ساقط شود و قالب یخ را به یک درهم هم کسی معامله نکند باز ضامن همان مثل را می دهد و مالک ملزم به اخذ است. البته ما قبول نداریم، ولی عدّه ای چنین گفته اند. پس موردی هم پیدا شد که مثلی است و مقتضای دو دلیل قیمت است ولی رأی مشهور اداء خود مثل است.

قوله: فتیین:

از مطالبی که از: نعم الانصاف... تا به حال ذکر شد به این نتیجه می رسیم که نسبت میان مذهب و مختار مشهور با مقتضای دو دلیل مذکور، عموم و خصوص من وجه است ماده افتراق از جانب دلیلین: در مواردی به مقتضای دو دلیل حکم به ضمان مثل شد و آن باب پارچه و عبد بود ولی مشهور حکم به قیمت کردند. و ماده افتراق از جانب مشهور: در مواردی هم مقتضای دو دلیل ضمان به قیمت بود ولی مختار مشهور ضمان به مثل شد و آن فرض نقصان فاحش و یا سقوط مثلی از قیمت بود.

و ماده اجتماع: در غالب مثلیات که ارزش و مالیت هم دارند از قبیل: حنطه- شعیر و... هم مقتضای دلیلین و هم مذهب مشهور ضمان به مثل است. نتیجه: چنین دلیلی به درد چنان مدعائی نمی خورد و آن را بتمامه و کماله ثابت نمی کند.

قوله: ثمّ انّ:

ما مدعی شدیم که به مقتضای اطلاقات باب ضمانات و اطلاق یا عموم آیه اعتداء در موارد مشکوک هم که مثلی یا قیمی بودن آنها محرز نیست، باز ضمان به مثل مطرح است. حال گویا کسی در صدد اشکال برآمده و می گوید: اینجا

نسبت به موارد مشکوک جای تمسک به عمومات و اطلاقات نیست، زیرا که اگرچه از یکطرف ما این عموم را داریم ولی از طرفی هم اجماع قائم شده براینکه: در قیمیات قیمت لازم است و این اجماع مخصّص آن عموم گردیده و بعد از تخصیص در ما عدای قیمیات حجّت است و موارد مشکوک را نمی دانیم که از قیمیات هستند تا خارج باشند یا نیستند تا داخل در عام باشند، در اینجا تمسک به عام از نوع تمسک به عام در شبهه مصداقیّه دلیل خاصّ است که مشهور می گویند:

چنین عامی حجّت نیست و چنین تمسکی جایز نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: خیر این اجماع و دلیل خاص مزاحم عام نبوده و جلوی حجّت عام را نسبت به موارد مشتبه نمی گیرد.
بیان مطلب: مقدمه: در علم اصول خواندیم که:

عامّ مخصّص گاهی به مخصّص مبین تخصیص می خورد و گاهی به مخصّص مجمل، و اجمال مخصّص یا دلیل خاص گاهی مفهومی است [شبهه مفهومیّه] و گاهی مصداقی است [شبهه مصداقیّه] در موارد اشتباه مفهومی هم یا مخصّص متصل به عام است و یا منفصل و در هریک از دو صورت یا دوران بین متباینین است و یا میان اقل و اکثر، آنگاه آنجا که مخصّص با مجمل مفهومی باشد و منفصل هم باشد و امرش دائر میان اقل و اکثر باشد.

مثالش این بود که: از طرفی مولی فرموده: اکرم العلماء که شامل عدول و فساق می گردد، و از طرفی هم در کلام منفصلی فرموده: لا تکرّم الفاسقین من العلماء و ما نمی دانیم که معنای فاسق چیست؟ آیا فاسق یعنی خصوص کسی که مرتکب کبائر می شود [اقل] و یا فاسق یعنی هرکس که خدا را معصیت می کند و از اطاعت او خارج است [اکثر] چه مرتکب کبیره و چه صغیره؟ اینجا اقل را متیقّن است اخذ کرده و خاص نسبت به آن حجّت است ولی نسبت به اکثر و ما

زاد دلیل عام آنها را شامل شد و حجّت بود و دلیل خاص در اثر اجمال آنها را شامل نشد و حجّت مزاحم اقوائی پیدا نشد، پس دلیل عام حجّت خواهد بود و تمسک به عام نسبت به آنها بلا مانع است.

با این مقدمه می گوئیم:

ما نحن فيه از همین قسم است یعنی عامی داریم که: همه جا ضمان به مثل است چه در مثلیات و چه قیمیات و چه مختلفات، و خاصی داریم که اجماع قائم شده بر ضمان قیمت در قیمیات، و مفهوم قیمی که دلیل خاص است مثل مفهوم فاسق برای ما روشن نیست و نمی دانیم که قیمی یک معنای محدودی دارد که تنها موارد اجماع را شامل است؟ یا یک معنای وسیعتری دارد و موارد اختلافی را هم شامل می شود؟ چون اجمال دارد نسبت به اقل و قدر متیقن و موارد اجماع از دلیل خاص استفاده کرده و حکم به ضمان قیمت می کنیم. و نسبت به اکثر و مازاد و موارد مشکوک از عموم عام، و این عام حجّت بلا مزاحم است.

[البته این بنا بر این است که اولاً شبهه مفهومیه باشد نه مصداقیه و گرنه جای تمسک به عام نیست، و ثانیاً در شبهه مفهومیه و اقل و اکثر تمسک به عام را جایز بدانیم و گرنه نوبت به عام نمی رسد و در نتیجه ناچار می شویم از این که به اصول عملیه مراجعه کنیم که قبلاً احتمالات و اقوال در این رابطه مطرح شد.]
 قوله: فحاصل الکلام:

به دنبال بحثهایی که درباره مقتضای دلیلین و رأی مشهور داشتند، در پایان یک جمع بندی کرده و در سه جمله چکیده نظر خویش را می آورند:

۱- نسبت به هر متاعی که بالا اجماع مثلی است به حکم آیه اعتداء و مانند آن، قانون ضمان به مثل است و ضامن باید آن را به مالک یا مضمون له بدهد.

البته با مراعات صفاتی که در زیاده و نقصان قیمت دخیل اند. [یعنی اگر مال تالف از فلان صنف معین از مثلی است باید فردی از همان صنف را بدهد.] و در

این حکم فرقی نیست میان تساوی قیمت مثل با قیمت تالف، یا ازدیاد قیمت آن [که در امر خامس به زودی خواهد آمد] و یا نقصان قیمت مثل از قیمت تالف، یعنی فرضاً تالف صد درهم ارزش داشت ولی مثل را که می دهد در زمان دفع [یکماه دیگر] یا مکان دفع [در بلدی که مثل را می دهد] ارزشش از قیمت تالف کمتر است. باز هم مثل تالف را باید بدهد، و دلیل آن دو امر است:

۱- اجماع قائم است بر اینکه: تفاوت قیمت مذکور مهم نیست و نادیده گرفته می شود. [البته بناءً... یعنی اگر اجماعی باشد.]

۲- در بعضی روایات هم آمده که: شخصی بر ذمه شخص دیگر صد درهم طلبکار است [بابت بیع و مانند آن] و مثلاً شش ماه دیگر باید بدهد، حال قبل از موعد سلطان جدیدی آمد و آن درهمها را از درجه اعتبار ساقط کرد و درهم جدیدی سکه زد و آن را نقد رائج بلد گردانید، آیا بدهکار می تواند از همان درهم قدیمه و ساقطه از رواج، مافی الذمه را ادا کند؟ یا حتماً از نقد رائج باید بدهد؟ روایات می گوید: از همان درهمهای اولی می تواند بدهد. [با اینکه درهم سابق در اثر اسقاط سلطان و خروج آنها از نقد رائج بودن از قیمت آنها کاسته شده ولی به هر حال جنس آنها نقره است و نقره ارزش دارد، و لذا نقصان قیمت است نه سقوط از قیمت بطور کلی.]

[و اما روایات:

عن یونس قال: کتبت الی ابی الحسن الرضا اّنه کان لی علی رجلٍ درهم وانّ السلطان اسقط تلك الدرهم، وجاء بدرهم اعلی من تلك الدرهم الاولی، ولها الیوم و ضیعة، فای شیئی لی علیه؟ الاولی التي اسقطها السلطان؟ او الدرهم التي اجازها السلطان؟ فکتب علیه السلام: الدرهم الاولی. (۱)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۴۸۸، باب ۲۰، من ابواب الصرف، حدیث ۲.

وعن صفوان، قال: سألته معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل، وسقطت تلك الدراهم، او تغيرت، ولا يباع بها شيئاً الصاحب الدراهم، الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس؟ قال: فقال: لصاحب الدراهم، الدراهم الاولى^(۱)]

۲- جمله دوم: و نسبت به هر متاعی که اجماع بر قیمی بودن آن قائم شده حکم آنست که بالا جماع ضمان به قیمت است و در امر هفتم از امور مورد بحث خواهد آمد. حتی اگر آن قیمی مثل هم داشته باشد مثل یک متر کرباس تالف که بیست متر دیگر مثل او وجود داشت. و یا مثل آن قیمی در ذمه مالک باشد، مثل مثال اتلاف عبد موصوف به صفات کذا... باز هم چون اجماع بر قیمت قائم شده نوبت به مثل نمی رسد.

۳- جمله سوم: نسبت به امتعه ای که مورد اختلاف است که آیا از مثلیات هستند یا از قیمیات: قبلاً مرحوم شیخ فرمودند: به حکم اطلاق آیه در این موارد هم ضمان به مثل مطرح است ولی در پایان بحث احتیاط را از دست نداده و تفصیل می دهند.

و آن اینکه: اگر این مثلی که ضامن به مالک می دهد با آن عین تالف از لحاظ قیمت تفاوتی نداشته باشد حکم آنست که: ضامن به مثل است و باید مماثل تالف را بدهد ولی اگر اختلاف و تفاوت قیمت میان مثل و تالف وجود داشت، چنین متاعی در حکم قیمی و ملحق به آن است و احکام آنها را دارد.
 قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: تفصیل مذکور با عموم آیه اعتداء منافی است و ظاهر آیه اینست که همه جا مثل معتدی به را بگیرد ولو تفاوت قیمت باشد.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۴۸۸، باب ۲۰، من ابواب الصرف، حدیث ۴.

(امر پنجم)

قوله : الخامس :

یکی از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد مترتب و متفرع می شود آنست که : اگر مبیع تالف مثلی باشد مقتضای قواعد این شد که مشتری ضامن به مثل باشد ولی در اینجا صوری متصور است .

۱- گاهی مثل فعلاً متعذر است . حکم این صورت در امر ششم خواهد آمد .

۲- و گاهی مثل بالفعل موجود است و یافت می شود و به قیمت عادلانه و مناسب و مساوی با تالف هم یافت می شود . حکم این صورت هم روشن است که باید مثل را بدهد .

۳- و گاهی مثل یافت می شود آنهم به قیمت کمتر از تالف یعنی در اثر تنزل و پائین آمدن قیمتها این مبیع تالف در روز تلف مثلاً صد درهم ارزش داشت ، ولی حالا که پس از یکماه مثلاً مشتری می خواهد مثل آن را بپردازد این مثل ۲۰درهم ارزش دارد . حکم این فرض هم در ادامه همین امر پنجم خواهد آمد .

۴- و گاهی مثل موجود است ولی به اضعاف مضاعف یعنی چنین برابر قیمت تالف ، مثلاً مال تالف صد درهم ارزش داشت ولی الآن مماثل آن هزار یا دو هزار درهم ارزش دارد این فرض مورد بحث ما است و سؤال اینست که : باز هم باید آقای مشتری مثل را بدهد؟ و واجب است مثل تالف را به چند برابر قیمت آن خریده و تحویل بایع دهد یا خیر؟

جناب علامه در کتاب قواعد^(۱) فرموده : در فرض که مثل یافت نمی شود مگر به بیش از ثمن المثل ، آیا برضامن واجب است که همان مثل را خریداری

(۱) قواعد الاحکام ، ج ۱ ، ص ۲۰۴ .

کند؟ محلّ اشکال و تردید است. به قول مرحوم شهیدی^(۱): همین علامه در تذکره منشأ اشکال و تردّد را بیان کرده و فرموده: و جهان:

۱- خیر در این فرض خریدن مثل واجب نیست [دلیل آن دو امر است که در ادامه بحث خواهد آمد.]

۲- آری باز هم خریدن مثل واجب است. زیرا که: مثل حکم عین را دارد والمثل کالعین همانطور که اگر خود عین موجود بود به هر قیمتی باید آن را تهیه کرده و به مالک برساند، هکذا مثل هم چنین است. مرحوم شیخ دو صورت تصویر کرده و می فرمایند:

۱- گاهی منشأ ازدیاد قیمت مثل از قیمت تالف، ترقّی قیمت بازار است. یعنی این گندم دو ماه پیش صد تومان ارزش داشت و مشتری آن وقت تلف کرد، ولی الان پانصد تومان در بازار خرید و فروش می شود و بازار داغی دارد و قیمت مثل الان چندین برابر قیمت تالف در روز تلف است. در این صورت بلا اشکال برضامن شراء مثل واجب است و حق ندارد ابا و امتناع کند.

و شیخ طوسی ره در کتاب خلاف در باب غصب^(۲) فرموده: اگر غاصبی مالی را که مثلی است و مماثل دارد غصب کرد، مثلاً حبوبات، روغنها و... را غصب کرد و تلف کرد، براو واجب است به هر قیمتی که شده مثل مال مغضوب تالف را خریده و به مالک اصلی تحویل دهد. و در این جهت خلافی نیست. و در کتاب مبسوط^(۳) فرموده: این مطلب اجماعی است [که بالاتر از نفی خلاف است.]

دلیل ما بروجوب شراء مثل ولو به چند برابر قیمت:

(۱) هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص ۲۳۲.

(۲) خلاف، ج ۳، ص ۴۱۵.

(۳) مبسوط، ج ۳، ص ۱۰۳.

۱- عموم النصّ: نصّ که همان آیه اعتداء و مانند آن باشد به قول مطلق فرموده: مثل باید بدهد و فرقی میان نقصان یا ازدیاد قیمت آن نگذاشت.

۲- عموم الفتوی: فتاوی قوم هم اینست که: در مثلی مثل واجب است.

۳- مؤید مطلب مذکور هم فحوی یک حکم از مشهور است، بیان ذلک:

در عکس فرض ما یعنی صورت تنزل قیمت بازاری مثل از تالف که یوم التلف مثلاً صد درهم ارزش داشت و الآن مثل آن بیست درهم ارزش دارد. کسی نگفته: که تنزل قیمت موجب سقوط مثل است و ضامن باید همان قیمت روز تلف را بپردازد.

بلکه همه گفته اند: مثل را که بپردازد کفایت می کند، بلکه حتی در فرض نقصان فاحش هم مثل را گفته اند، و بلکه حتی در فرض سقوط مثل از قیمت و بکلی بی ارزش شدن آن نیز احتمال داده اند که همان مثل واجب باشد و نوبت به قیمت نمی رسد. مانند مثال قالب یخ یا برف که قبلاً تشریح شد، و مثال آب در کنار شطّ که شخصی مشک آبی را از کسی در وسط بیابان بی آب و علف تلف کرده و آنموقع آب خیلی قیمت داشت ولی الآن که کنار رودخانه نشسته اند لیوان آب یا مشک آب قیمتی ندارد و معذالک گفته اند: وی ضامن به مثل است و پرداخت قیمت براو واجب نیست.

حال در کلمه فحوی دو احتمال وجود دارد:

۱- فحوی یعنی مفهوم یعنی صورت زیادی قیمت مثل صورت نقصان و تنزل قیمت است و اگر در فرض تنزل مثل باید بدهد پس در فرض ترقی هم باید مثل بدهد.

۲- فحوی یعنی اولویت: اگر در فرض تنزل با اینکه مالک مشغول الذمه نیست، مقصر هم نیست. معذالک دفع مثل واجب باشد، پس در فرض ترقی که مشتری مشغول الذمه است و ای چه بسا ضامن غاصب است و کار حرامی هم

کرده پس به طریق اولی باید مثل بدهد و متحمل خسارت بشود.

۲- و گاهی منشأ ازدیاد قیمت آنست که: مثل کمیاب شده و به دست عدّه‌ای سودجو افتاده و آنها چون می‌بینند که ضامن راغب به مثل است و در صدد خریدن آن است چه بسا چندین برابر قیمت، جنس را می‌خواهند بفروشند و گرنه قیمت سوقیه تفاوت نکرده است و مالک مثل خیلی طمّاع است و مال بیشتری برای فروش مثل مطالبه می‌کند که این مقدار عرفاً ضرر برضامن محسوب می‌شود و مشمول لا ضرر است.

حال مرحوم شیخ می‌فرماید: اینکه علامه در قواعد فرمود: ففی وجوب شراء المثل تردّد، منظورش آن صورت اوّل نیست زیرا که در آنجا قیمت بازار بالا رفته و اگر کسی پول بیشتر داد و کالائی را خرید کسی نمی‌گوید: به بیشتر از ثمن المثل خرید، خیر به خود ثمن المثل خریده چون ثمن امثال این جنس در بازار همین است.

آری در مقایسه با ثمن تالف این ثمن مثل الان بیشتر است ولی در اصل زیادتر نیست. و علامه فرمود: بازید من ثمن المثل، پس این فرض مورد نظر علامه نیست.

آری منظور علامه صورت دوم است که الآن مطرح است و در اینجا فرموده فی وجوب الشراء تردّد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر این باشد ما نیز می‌گوئیم: یمكن التردّد یعنی چنین تردّدی جا دارد، و وجه تردّد اینست که: از طرفی به دو بیان ممکن است کسی بگوید: شراء مثل واجب نیست.

۱- گرچه مثل موجود است ولی موجود کذائی [که به چند برابر قیمت فروخته می‌شود.] کالمعدوم است و گویا مثل ندارد و در نتیجه تبدیل به قیمت می‌شود و قیمت تالف را در روز تلف می‌دهد نظیر باب کفّاره که باید یک رقبه

آزاد کند ولی اگر رقبه ای به او نمی فروشند مگر به ده برابر قیمت، اینجا عتق رقبه ساقط است و الموجود الکذائی کالمعدوم، و نیز در باب هدی و قربانی حج اگر گوسفند یافت نمی شود مگر به چندین برابر قیمت، باز خریدن آن برحاجی لازم نیست و به نحو دیگری که در جای خود مذکور است باید جبران کند.

۲- اگر ضامن را ملزم به مثل ساخته و بگوئیم: بازهم مثل واجب است لازمه اش اینست که ای چه بسا بایع از باب عناد و دشمنی وارد شده و صد برابر قیمت واقعی مثل را از ضامن مطالبه کند و این بلاشکال ضرر است و قانون لا ضرر چنین وجوب مثلی را برمی دارد.

[از طرفی هم جا داشت احتمال وجوب شراء را هم بیاورند که ما قبلاً بدان اشاره کردیم.

قوله: ولکن:

گرچه در صورت دوّم تردّد و اشکال ممکن و معقول است و لکن در عین حال به عقیده ما: اقوی آنست که در همینجا بر مشتری شراء العین واجب باشد، و دیگران هم مثل ما گفته اند.

از قبیل: علامه در تحریر^(۱) و فخرالدین در ایضاح^(۲) و شهید اوّل در دروس^(۳) و محقق ثانی در جامع المقاصد^(۴) ابن ادریس در سرائر^(۵) شیخ طوسی در کتاب خلاف^(۶) دلیل مطلب: عیناً همان دلیل صورت اوّل [صورت ترقی قیمت بازار] است یعنی اطلاق و عموم نص و فتوی و فحوای مذکور فرقی میان

(۱) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۹.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۸.

(۳) دروس، ص ۳۰۹.

(۴) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۵۷.

(۵) سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.

(۶) خلاف، ج ۳، ص ۴۱۵.

این صورت با صورت قبلی نمی گذارد.

[نکته: مرحوم شهیدی فرموده:

ولا مانع من العمل به الآقاعدة نفی الضرر وهی من جهة دوران الامر بین
ضرر المالك وضرر الضامن غیر جاریة لعدم امکان نفی کلیهما وكون نفی
ضرر احدهما بالخصوص ترجیحاً ومع عدم جریانها لا مانع من العمل^(۱)]

قوله: ثم انه:

بلا شك مالک مال تالف حق مطالبه دارد ولی آیا این حق از لحاظ شرائط
زمانی و مکانی و غیره محدودیتی دارد یا خیر؟ مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما
محدودیتی ندارد و از لحاظ جواز مطالبه به مثل میان مکان تلف و غیر آن فرقی
نیست یعنی در مکان تلف حق مطالبه دارد در مکانهای دیگر هم حق مطالبه
محفوظ است، و در امکان دیگر هم که حق مطالبه دارد باز فرقی ندارد که قیمت
مثل در مناطق دیگر بیشتر از قیمت مثل در بلد تلف باشد و یا مساوی یا کمتر باشد.

[دلیل تمام اینها عموم نص و فتوی است]

و در این نظر عده ای از اعظام فقهاء باما موافق اند از قبیل: علامه در
تحریر^(۲) و تذکره^(۳) فخرالدین در ایضاح^(۴) شهید اول در دروس^(۵) و محقق ثانی
در جامع المقاصد^(۶)، و ابن ادریس در سرائر^(۷) فرموده: اینکه حق مطالبه مطلقاً
محفوظ باشد عین عدالت اسلامی و مقتضای ادله و اصول و قواعد مذهب ما

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۳۲.

(۲) تحریر، ج ۲، ص ۱۳۹.

(۳) تذکره، ج ۲، ص ۳۸۳.

(۴) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۷.

(۵) دروس، ص ۳۰۹.

(۶) جامع المقاصد، ص ۲۵۷، ج ۶.

(۷) سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.

است .

مرحوم شیخ می فرماید: سخن ابن ادریس صحیح است، چرا که شرع و عرف می گویند: الناس مسلطون علی اموالهم و مالک بر مالش سلطنت دارد و محجور نیست و از جمله شُعب سلطنت مطلقه همین حق مطالبه است . البته تمام مطالبی که در امر خامس آوردیم در فرضی بود که مثل یافت بشود و گرنه با تعدّر مثل احکام دیگری پیدا می شود که ذیلاً در امر ششم خواهیم آورد .

(امر ششم)

قوله: السادس:

امر ششم از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد متفرع می شود آنست که: در مثلیات قاعده مسلم عبارت شد از ضمان به مثل، ولی همانطور که در آخر امر پنجم اشاره شد اگر مال تالف فعلاً در خارج مماثلی دارد که مشکلی نداریم و صور آن در امر قبلی گفته آمد .

اما اگر چنانچه مثل متعدّر شد فرضاً گندم کسی را که مثلی است تلف کرده و باید گندم بدهد ولی گندم یافت نمی شود [یا از اوّل تلف، قحطی بود و گندمی نیست و یا پس از مدّتی این جنس نایاب شد .]

در اینجا چه باید کرد؟ مرحوم شیخ قائل به تفصیل شده و فرق گذاشته میان صورت مطالبه و صورت عدم مطالبه و فرموده: اگر چنانچه در فرض تعدّر مثل آقای مالک صبر نکرده و از ضامن مطالبه مال می کند در اینجا به دو دلیل بر ضامن دفع قیمت واجب می گردد:

الف: جمع بین حقیقین: از طرفی مالک حق مطالبه دارد و کسی نمی تواند جلو او را بگیرد و ممانعت از مطالبه او منافی با سلطنت او و موجب ظلم و تعدی به او است و ظلم حرام است . و از طرفی هم در فرض تعدّر مثل، کسی نمی تواند

ضامن را به پرداخت مثل محکوم و ملزم سازد و چنین الزامی شرعاً و عقلاً منفی است چرا که یا مقدور مکلف نیست و تکلیف بما لا یطاق است [در فرض تعذر] و یا مقدور است ولی وجوب کذائی حرجی است و تکلیفی حرجی نداریم [در فرض تعسر] حال جمع میان حق مالک و حق ضامن ایجاب می کند که: ضامن قیمت را بپردازد.

ب: آیه شریفه اعتداء می گوید: و من اعتدی ... فاعتدوا بمثل ما اعتدی و چنانکه قبلاً بیان شد این مماثلت هم از حیث مقدار اعتداء بود و هم از حیث معتدا به و در فرض تعذر از حیث شیئی معتدا به مماثلت نیست و امکان ندارد که مثل همان شیئی را بگیرد چون علی الفرض مثلی وجود ندارد ولی مماثلت از حیث مقدار اعتداء باید مراعات شود یعنی به اندازه تالف که به مالک ضرر زده از مال قیمی باید بدهد و تدارک کند. و الزام ضامن به قیمت دادن در فرض تعذر مثل اعتداء به زیادتر از اعتداء ضامن نیست بلکه به مقدار او است و جایز است.

قوله: و اما مع عدم:

اما اگر در فرض تعذر مثل آقای مالک از ضامن مطالبه مال نکرد و گفت فعلاً صبر می کنم تا شاید مثل یافت شود آیا ضامن حق دارد بگوید: فعلاً که مثلی یافت نمی شود و من قیمت گندم شما را می دهم و شما هم باید قبول کنی؟ آیا مالک ملزم به قبول قیمت است؟

می فرماید: خیر هیچ دلیل بر الزام او به قبول قیمت نیست، زیرا که حکم اوّلی و اصلی و به مقتضای قاعده این شد که مثل را بدهد و قیمت دادن خلاف اصل است و در امور خلاف اصل به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقن از دادن قیمت فرض مطالبه مالک است که اگر تقاضا کرد ناگزیریم از باب جمع میان حق مالک و حق ضامن [که تشریح شد] بگوئیم: ضامن باید قیمت را بدهد و مالک هم باید بپذیرد چون خودش خواسته و اقدام کرده، و اما اگر خود مالک سکوت کرده

و فعلاً بنا را بر صبر و انتظار گذاشته ما هیچ دلیل بر سقوط مثل از عهده ضامن و تبدیل مثل به قیمت نداریم . پس باید تفصیل داد .

قوله : وما ذکرنا :

تفصیل ما از کلمات برخی از فقهاء عظام هم مستفاده است از قبیل : علامه در تذکره^(۱) و فخرالدین در ایضاح^(۲) آنجا که احتمالات مختلف مسئله را عنوان کرده اند [پنج احتمال است که به زودی خواهد آمد .] در ردّ برخی از احتمالات فرموده اند : مثل با اعواز و تعذّر و نایاب شدن از گردن ضامن ساقط نمی شود و کما کان مشغول الذمه به مثل است . سپس مثال زده اند : اگر در باب غضب آقای مغضوب منه یا مالک اصلی مالش را از غاصب مطالبه نکرد و صبر کرد تا زمانی که مثل مال مغضوب یافت شد حقّ دارد مثل را مطالبه کند و اگر مثل نشد نوبت به قیمت وقت تغریم یعنی یوم الدفع والاداء می رسد .

قوله : ولکن :

ما قائل به تفصیل شدیم ولکن وقتی به کلمات و فتاوی فقهاء مراجعه می کنیم ، بسیاری از آنها تفصیل نداده و بطور مطلق فرموده اند : همینکه مثل متعذّر شد ، نوبت به قیمت می رسد و مشتری ضامن به قیمت است .

قوله : ولعلّهم :

مرحوم شیخ می فرماید : اگرچه کلام اینان مطلق است ولی شاید منظور آنان هم صورت مطالبه باشد و گرنه بقول مطلق دلیل بر تبدّل به قیمت و ضمان به آن نداریم .

قوله : ویؤید :

از اکثر فقهاء در باب قرض مطلبی نقل شده که مؤید تفصیل ما است و آن

(۱) تذکره الفقهاء ، ج ۲ ، ص ۳۸۳ .

(۲) ایضاح ، ج ۲ ، ص ۱۷۵ .

اینکه: اگر زید به بکر مالی را که مثلی است قرض داد و الآن که بکر می خواهد قرضش را ادا کند مثل یافت نمی شود، چه باید کرد؟ فرموده اند: ملاک قیمت یوم المطالبه است.^(۱)

حال اگر به مجرد تعذر مثل مسئله قیمت مطرح می شد که نوبت به طرح یوم المطالبه نمی رسید. آری برخی از آنان هم به جای یوم المطالبه به یوم الدفع تعبیر کرده اند که اشاره ای به فرض مطالبه و عدم آن ندارند ولی باز هم یوم التعذر مطرح نیست.

[نکته: چرا این را مؤید قرار داد؟ جواب: شاید برای اینکه ممکن است کسی بگوید این مخصوص قرض است و ربطی به ما نحن فیه یعنی بیع فاسد ندارد. و چون این احتمال هم هست مؤید می شود.]
 قوله: فلیتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه یوم الدفع هم به یوم المطالبه برمی گردد و منظور یوم وجوب دفع است که همان روز مطالبه باشد.
 قوله: وکیف کان:

مهم بیان حکم مسئله است: چه بر مبنای تفصیل ما که در فرض مطالبه سخن از دفع قیمت به میان آوردیم و چه بر مبنای اطلاق کلام اکثر که در فرض تعذر مثل سخن از قیمت مطرح کردند، این سؤال مطرح می شود: که قیمت چه روزی ملاک است؟ یوم الاخذ؟ یوم التلف؟ یوم المطالبه؟ یوم الدفع؟ اعلی القیم از یوم اخذ تا یوم تلف؟ یا تا یوم مطالبه؟ یا تا یوم الدفع؟ یا اعلی القیم از یوم التلف تا یوم الدفع؟ و...

فعلاً مرحوم شیخ دو احتمال اساسی را مطرح می کنند:

(۱) از قبیل ابن ادریس در سرائر، باب قرض، ج، ص و شهید ثانی در مسالک، باب قرض، ج، ص.

احتمال اول: مشهور برآنند که: در فرض تعدّر مثل، ملاک قیمت یوم الدفع است یعنی روزی که ضامن می خواهد اسقاط ذمه نموده و قیمت بدهد، قیمت آن روز را باید پردازد.

و دلیل مطلب همان است که مکرّر گفتیم که: به حکم عمومات و اطلاقات در مثلیات ضامن به مثل است و مثل در ذمه او مستقرّ می شود و هیچ دلیلی نداریم که در فرض تعدّر، مثل از ذمه ساقط شود، بلکه دلیل از عموم و اطلاق و استصحاب برخلاف آن حکم می کند و استمرار مثل را بازگو می کند.

تنظیر: همانطوریکه اگر بدهکار نتواند دین خود را بدهد با عجز و تعدّر اداء، بدهی از گردن او ساقط نمی شود و کما کان مدیون است تا هروقت که پردازد. در ما نحن فیه هم ضامن و مشتری چنین است.
 قوله: و قدصرّح:

گروهی از فقهاء از قبیل: محقق ثانی در جامع المقاصد^(۱) و علامه در تذکره^(۲) و فخرالدین در ایضاح^(۳) به همین مطلب تصریح کرده اند.
 قوله: و یحتمل:

احتمال دوم: عده ای هم ملاک را قیمت یوم التعدّر دانسته و گفته اند: قیمت همان روز را باید پردازد، نظر ابن ادریس در سرائر مبحث بیع فاسد^(۴) همین است، علامه در تحریر باب قرض^(۵) همین را گفته، از شهید ثانی هم در مسالک^(۶) همین رأی حکایت شده، و دلیل این عده آنست که: یوم التعدّر وقت

(۱) جامع المقاصد، ج ۶، ۲۵۴.
 (۲) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۳.
 (۳) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۵.
 (۴) سرائر، ج ۲، ص ۲۸۵.
 (۵) تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۰.
 (۶) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۹.

انتقال به قیمت است چون تا مثل متعذر نبود که نوبت به قیمت نمی رسید، وقتی متعذر شد قیمت مطرح شد و ملاک قیمت آن وقت است .
 قوله : و یضعفه :

مرحوم شیخ در ردّ این استدلال می فرماید : مرادتان چیست؟ اگر منظورتان اینست که تا قبل از تعذر ذمه ضامن، به مثل مشغول بود ولی پس از تعذر انقلاب ما فی الذمه پیدا شده و از این به بعد واقعاً ذمه او مشغول به قیمت است .
 خواهیم گفت : قبل التّعذر مثل به ذمه بود الآن هم کما کان مثل به ذمه است و هیچ دلیلی برانقلاب ما فی الذمه نداریم و بلکه دلیل برخلافش قائم است . و اگر منظورتان اینست که : تا قبل از تعذر برضامن واجب بود که ذمه اش را با دادن مثل آزاد سازد و مافی الذمه را با اداء مثل اسقاط کند، ولی پس از تعذر اداء مثل واجب نیست [چون مقدور نیست .] و تنها وجوب اسقاط به قیمت مطرح است آنهم در فرض مطالبه و گرنه همین هم واجب نیست .

حال اگر مقصود این شد، ما نیز قبول داریم ولی این دلیل آن نیست که پس قیمت یوم التّعذر را بدهد، خیر اگر همان روز قیمت را داد که بحثی نیست و الاً اگر آن روز به هر دلیل اسقاط ما فی الذمه نکرد و مثلاً ده روز دیگر خواست بدهد باید قیمت همین ده روز بعد را بدهد نه یوم التّعذر را .
 قوله : هذا :

این بحثهایی که کردیم و دو احتمال دادیم تماماً بنابر این بود که دلیل ما بر وجوب مثل در مثلیات اجماع باشد، و اما اگر مستند ما آیه اعتداء و عمومات و اطلاعات ضمان بود باید بگوئیم : ملاک قیمت یوم التّعذر است چرا که عموم و اطلاق مذکور ملاک را اقرب الی التالف قرار داده و در زمان وجود مثل، همان به تالف نزدیکتر است هم از لحاظ مالیت و هم صفات و روی اقریبیت باید آن را بدهد و در زمان تعذر مثل آنکه به تالف نزدیکتر است همان قیمت او به نقد رائج

است چون در مالیت بدان نزدیک است .

و روی این محاسبه باید به مجرد تعذر مثل اقرب الی التالف را که قیمت است بپردازد، و احتمال دوّم درست می شود. [نکته: به نظر می رسد این سخن شیخ با سخنان قبلی او منافی است زیرا تا به حال به حکم اطلاق و عموم اصرار بر استقرار مثل بردمه بود حتی در فرض تعذر مثل، ولی الآن فرمودند: به حکم همین عموم و اطلاق در فرض تعذر مثل قیمت به ذمه می آید و ایندو متنافی اند.]
 قوله: اذ لافرق:

گویا کسی می گوید: این مطلب که به حکم عموم و اطلاق در فرض تعذر مثل حکم به ضمان قیمت کریدید مربوط به صورتی است که: از ابتدا مثل متعذر باشد و مثلی مانند قیمی باشد و امّا آنجا که اول مثل موجود و میسور بوده و سپس تعذر بر آن عارض شده است اینجا جای ضمان به قیمت نیست بلکه همان مثل مستقر می شود.

مرحوم شیخ می فرمایند: از این جهت اطلاقات فرقی میان تعذر ابتدائی و تعذر عارضی نگذاشته و فرق گذاری به استناد این ادله تحکّم و زورگوئی است.
 قوله: ثمّ انّ:

تا به حال دو احتمال را در رابطه با قیمت مثل متعذر مطرح کردیم:

۱- قیمت یوم الدفع

۲- قیمت یوم الاعواز، ولی باید بدانیم که احتمالات دیگری هم در مسأله وجود دارد که بیشتر آنها را علامه در قواعد^(۱) آورده، و برخی از آنها را فخرالدین در ایضاح^(۲) تقویت کرده و بعضی دیگر را هم بعض الشافعیه آورده و یا تقویت کرده اند و در اینجا تمام آن احتمالات را جمع بندی و تنظیم کرده و با

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۵.

مبانی و مدارك هریک، عرضه می‌کنیم و به ترتیبی که علامه احتمالات را آورده ما نمی‌آوریم و شیوهٔ بهتری داریم و آن اینکه:

بطور کلی در فرض تعدّر مثل یا معتقد می‌شویم که: بازهم کما کان مثل در ذمهٔ ضامن مستقر است و تا وقتی با پرداخت قیمت، آن را ادا نکرده همچنان مشغول الذمه به مثل است. این همان احتمالی است که ما به پیروی از اکثر فقهاء اختیار کرده و ملاک را قیمت روزی که ضامن قیمت را به مالک می‌دهد یعنی یوم الاداء او الدفع او الاقباض، دانستیم و علامه ره این را به عنوان احتمال پنجم آورده است.

و یا معتقد می‌شویم به اینکه: با تعدّر مثل انقلابی حاصل شده و مالی که اولاً و بالذات مثلی بود ثانیاً و بالعرض قیمی می‌شود و احکام قیمی را پیدا می‌کند [که مبسوطاً در امر هفتم خواهد آمد و به اهمّ احتمالات در آن باب در همین بحث اشاره خواهیم کرد]. خود این احتمال سه صورت دارد:

۱- یا آنیکه بالعرض قیمی می‌شود و احکام قیمی بر آن بار می‌شود مثل تالف است نه عین آن، یعنی قیمی بودن از اوصاف مثل است نه عین.

۲- و یا آنیکه قیمی بودن براو عارض شده خود عین تالف است و وصف به حال او است.

۳- و یا آنیکه قیمی بالعرض می‌گردد جامع بینهما و احدهما است [به بیانی که خواهد آمد]. اگر با تعدّر مثل خود مثل قیمی می‌گردد این خود سه احتمال دارد:

۱- اگر ملاک را در قیمیّات قیمت یوم التلف دانستیم [که یکی از اقوال در مسئله است و سیّاتی] در ما نحن فیه ملاک قیمت مثل در روز اعواز و تعدّر است زیرا که یوم التلف مثلی بالذاتی که حالا قیمی بالعرض شده همین روز اعواز است نه قبل از آن. و گروهی از قبیل ابن ادریس در کتاب البیع سرائر^(۱) و علامه در

باب قرض از تحریر^(۱) بدان تصریح کرده اند.

۲- و اگر ملاک را در قیمی قیمت یوم الضمان [روز که عین را مشتری از بایع گرفت همان روز ضامن به عین شد و علی الید ما اخذت آن را شامل شد.] دانستیم [چنانکه یکی از اقوال همین است.] در ما نحن فیه ملاک همان روز تلف عین است، چرا که تا آن روز خود عین مضمونه بود و از آن روز به بعد است که مشتری ضامن به مثل می گردد و مثل برعهده اش ثابت می شود.

۳- و اگر ملاک را در قیمیات اعلی القیم از زمان ضمان تا زمان تلف [اگر فرضاً از روزی که مالیرا غصب کرد تا روزی که در دست او تلف شد یکماه طول کشید و در ظرف این مدت از حیث قیمت فراز و نشیبهایی داشت، آن روزی که قیمت به اوج خود رسیده و از بقیه روزها بیشتر باشد آن ملاک است.] بدانیم [چنانکه عدّه ای از قدماء در باب غصب همین را گفته اند] در ما نحن فیه ملاک اعلی القیم از زمان تلف عین [که روز ضمان به مثل است.] تا زمان اعواز و تعدّر مثل [که روز تلف مثل است.] خواهد بود. علامه در قواعد این احتمال سوم را به عنوان احتمال دوم ذکر کرده است.

قوله: وان قلنا:

و اگر با تعدّر مثل خود عین تالف تبدیل به قیمی بالعرض می شود باز همان احتمالات مطرح است:

۱- اگر ملاک را در قیمیات قیمت یوم الغصب یعنی همان روز اخذ و ضمان دانستیم در ما نحن فیه قیمت عین را در روز اول یعنی روز اخذ آن باید بدهد و این ملاک است چون یوم الاخذ روز ضمان به عین است.

۲- و اگر ملاک را در قیمیات قیمت یوم التلف گرفتیم در ما نحن فیه ملاک قیمت خود عین در روز تلف آن است نه وقت دیگر. [این احتمال را شیخ نفرمود

(۱) تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۰.

چون پرواضح است .]

۳- و اگر ملاک را در قیمیات اعلی القیم از یوم ضمان تا یوم التلف دانستیم در ما نحن فیه ملاک اعلی القیم از روز ضمان به عین یعنی روز اوّل تا روز تلف آن است و این شقّ را علامه در قواعد به عنوان اوّلین احتمال آورده .

قوله : وان قلنا :

وامّا اگر در فرض تعدّر مثل ، معیناً خود عین یا نفس مثل تبدیل به قیمی نمی شود بلکه کلی و قدر جامع میان عین و مثل انقلاب به قیمی پیدا می کند [منظور از قدر مشترك عبارتست از صفات و مالیت ، چرا که عین و مثل از یک جنس و یک نوع و یک صنف اند با اوصاف مشترکی که در زیادی یا نقصان قیمت نقش دارند و دارای مالیت و ارزش مساوی هستند .] و منظور از تبدیل کلی و قدر جامع به قیمی آنست که : تا هر دو فرد کلی یعنی هم عین و هم مثل باشند قطعاً جای قیمت نیست حتی در قیمیات اصیله و نیز تا یکی از آندو باشد باز نوبت به قیمت نمی رسد زیرا که الطبیعی بوجود وجود فردما ، آری هنگامی که هر دو تلف شدند نوبت به قیمت احدهما می رسد و الطبیعی تنعدم بانعدام جمیع افرادها ، حال که کلی و جامع قیمی شد احکام قیمی هم بر آن مترتب می شود :

[اگر در قیمی ضمان را به یوم الغصب دانستیم در ما نحن فیه مردّدیم چون نمی دانیم ملاک یوم الضمان خود عین است یا یوم الضمان مثل و کلی بر هر دو قابل صدق است .

و اگر در قیمی ملاک را یوم التلف دانستیم باز در ما نحن فیه مردّدیم که ملاک روز تلف خود عین است و یا یوم التلف مثل .

و اگر ملاک در قیمی ضمان یوم المطالبه باشد در ما نحن فیه مشکلی نداریم .

و اگر ملاک در قیمی ضمان به یوم الدفع باشد باز بحثی نیست .]

و اگر در قیمی ضمان را به اعلی القیم از روز ضمان تا روز تلف دانستیم ، در

ما نحن فيه شخص ضامن به أعلى القيم از روز ضمان تا روز تعدّر و اعواز مثل خواهد بود، زیرا که تا وقتی یکی از عین یا مثل وجود دارند کلی و قدر جامع بر آنها صادق و در ضمن آنها موجود است و نوبت به قیمت نمی رسد آری وقتی هر دو متعدّر شدند قیمت مطرح می شود. علامه در قواعد این وجه را به عنوان احتمال سوّم آورده و اگر در قیمیات ملاک را عالیترین قیمت از روز ضمان تا روز دفع دانستیم به دلیل اینکه: الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال [کما سیأتی]

در ما نحن فيه باید بگوئیم: عالیترین قیمت از هنگام ضمان تا هنگام دفع قیمت مثل [عبارت کتاب دفع المثل است ولی باید چیزی در تقدیر باشد ای دفع قيمة المثل و شاهد مطلب تصریح شیخ ره در و حاصله ... است که فرموده: وجوب دفع قيمة المثل .] را باید بدهد [و در عبارت قواعد این احتمال چهارم است .] و دلیل این احتمال از زبان علامه در تذکره^(۱) و فخرالدین^(۲) در ایضاح، چنین است: به مجرد اعواز و نایاب شدن مثل، انقلاب ذمه پیدا نشده و مثل از عهده ساقط نمی شود. پس بعد از تعدّر هم اگر تا روز اداء قیمت، ارتفاع قیمتی پیش آمد آن را هم باید ادا کند و لذا ملاک تا یوم الدفع است. سپس علامه و فخر شاهی آورده اند که:

اگر مالک اصلی قیمت را مطالبه نکرد و گفت: من تا زمان وجدان مثل صبر می کنم، بلا اشکال مستحق مثل خواهد بود، پس بعد از تعدّر هم مثل در ذمه است آری به هنگام تغریم و خسارت دادن چون مثل متعدّر است قیمت آن را باید بدهد.

قوله: والقيمة الواجبة:

این مبنای احتمال مذکور است بنابراینکه بر غاصب واجب باشد که اعلی

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۵.

القیم را بدهد در ما نحن فيه احتمال فوق مطرح می شود .

قوله: وحاصله:

خلاصه این احتمال و آن وجه علامه و فخر این است که: وجوب دفع قیمت مثل از زمان وجوب دفع تا زمان وجوب مُبدل یعنی خود عین است و اعلی القیم در این مدت را باید پردازد .

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: انقلاب عین به قیمی بودن و گردیدن مثل قیمی معقول است ولی انقلاب احدهما یا قدر جامع معنا ندارد چون قدر جامع که چیزی جدای از افراد و مصادیق نیست .

[در خاتمه به دو نکته اشاره می کنیم:

۱- مرحوم سید در حاشیه در رابطه با احتمالات پانزده احتمال با وجه و دلیل آورده است که دیدن آنها خالی از لطف نیست . مضافاً به ده مطلبی که به مناسبت ذکر کرده است^(۱)

۲- پنج احتمال مذکور از زبان علامه چون در مکاسب به غیر ترتیب علامه آمده بود، بجا است که به ترتیب خود علامه بیاوریم:

احتمال اوّل: اعلی القیم از یوم الغصب تا زمان تلف، بر مبنای انقلاب خود عین به قیمی بودن .

احتمال دوّم: اعلی القیم از زمان ضمان مثل تا زمان تلف مثل، بر مبنای انقلاب مثل به قیمی .

احتمال سوّم: ضمان اعلی القیم از زمان غصب عین تا زمان تعدّر مثل، بر مبنای انقلاب جامع بین عین و مثل به قیمت .

احتمال چهارم: اعلی القیم از زمان ضمان تا زمان اداء قیمت مثل، بر مبنای

(۱) حاشیة السید علی المکاسب، ص ۹۹- ۱۰۰ .

ضمان جامع بین مثل و عین با عدم تبدل مثل به قیمت عند التعدّر ...

احتمال پنجم: ضمان به قیمت مثل در روز تفریغ ذمه، بر مبنای بقاء و استقرار مثل در ذمه و عدم سقوط آن با اعواز و تعدّر. [قوله: اذا عرفت هذا:

تا به حال در صدد بیان احتمالات و وجوه در کلام علامه بودیم و کاری به صحت و سقم آنها نداشتیم و اینک اشاره ای به مبانی کرده و وجه حق و صحیح را اختیار می کنیم:

بر مبنای مشهور که بطور مطلق گفته اند: «در مثلیات مثل واجب است» و اطلاق کلام آنها هم فرض میسور بودن مثل و هم فرض تعدّر آن را شامل می شود، باید گفت: بر فرض تعدّر هم مثل از ذمه ساقط نمی شود بلکه کما کان ضامن مشغول الذمه به مثل است متنها اگر مالک اصلی مطالبه نکرد که بحثی نیست ولی اگر مطالبه کرد بر ضامن واجب است که اسقاط ذمه کند و چون مثل میسور نیست، نوبت به قیمت می رسد و قیمت همان روز دفع را باید بدهد و قیمت روزهای دیگر کافی نیست.

و اما بر مبنای ما که از اطلاقات ضمان و عموم آیه این معنی را فهمیدیم که ملاك اقربیت الی التالف است: اگر مثل یافت می شود که مثل اقرب است چون هم در صفات و هم در مالیت شبیه و مثل تالف است، ولی اگر مثل متعدّر شد نوبت به قیمت رسیده و در این مرتبه قیمت اقرب الی التالف است چون در مالیت مثل او است ولو در صفات نیست. آنگاه در فرض تعدّر مثل [چه از آغاز متعدّر باشد یعنی از هنگام تلف عین، مثل متعدّر بوده چنانکه در قیمیات چنین است که از اول مثل ندارند و چه بعد از مدتی تعدّر بر آن عارض شود یعنی اول مثل داشت و سپس متعدّر شد.]

در هر حال قیمت متعین می شود، و این قیمت هم قیمت خود عین مضمونه

است نه مثل، آنهم قیمت عین از وقتی که بالعرض قیمی شده نه قبل از آن، و وقت قیمی شدن وقت تعذر مثل است.

با این محاسبه حال تعذر ملاک قیمی شدن مثلی است اما نه از باب اینکه: مثل قیمی می شود بلکه از باب اینکه عین تالف از حالا قیمی می شود و تا حالا مثلی بود و قیمت مال خود عین است. حال که بر مبنای ما از حین تعذر خود عین قیمی می شود طبعاً باز مبانی پیش می آید:

[اگر در قیمیات ملاک را روز ضمان دانستیم در ما نحن فیه هم ملاک قیمت یوم الاخذ است و اگر در قیمیات ملاک را روز مطالبه یا روز اداء دانستیم در ما نحن فیه هم مطلب همان است]

ولی اگر در قیمیات ضمان یوم التلف مطرح بود، در ما نحن فیه سخن ابن ادریس زنده می شود و حق با او است که قبلاً در بیع فاسد می گفت: به مجرد تعذر مثل نوبت به قیمت می رسد و ملاک قیمت آن روز است [چرا که آن روز تلف عین با وصف قیمی بودن است و قبل از آن روز عین تالف مثلی بود نه قیمی، قیمی بودن با تعذر و اعواز مثل حاصل شد و قیمی بودن الآن حاصل می شود ولذا قیمت این روز ملاک است.

و اما اگر در قیمیات ملاک را ضمان به اعلی القیم از هنگام غصب و ضمان تا هنگام تلف عین دانستیم، در ما نحن فیه اعلی القیم از هنگام ضمان تا هنگام تعذر مثل مطرح می شود، چرا که تا وقتی خود عین بود اگر آن را رد می کرد نسبت به ارتفاع قیمت مشغول الذمه نبود و ضمان ارتفاع قیمت مراعا و متزلزل و مشروط بود که اگر عین تلف شد ... و بعد از آنهم چون فرض ما در مثلیات است باز تا وقتی که مثل موجود باشد اگر مثل را رد کرد نسبت به ارتفاع قیمت ضامن نیست و ضمان آنها اگر می بود که شرطش حاصل نشده در نتیجه تا عین یا مثل هستند نسبت به ارتفاع قیمت یک ضمان متزلزل است که اگر عین یا مثل را نداد باید

ارتفاع قیمت را جبران کند و وقتی ضمان مذکور مستقر می شود که مثل و عین هردو تلف شوند آنگاه اینجا دو فرض پیدا می شود :

۱- اگر گفتیم با تعذر مثل، مثل ساقط می شود همانگونه که با تلف عین، اداء عین ساقط می شد نتیجه آنست که : اعلی القیم از هنگام ضمان تا هنگام تعذر مطرح است . و به عقیده شافعیّه این احتمال اصح الاحتمالات است .

۲- ولی اگر مثل مشهور گفتیم : با تعذر مثل هم مثل ساقط نمی شود و تعذر مثل مانند تلف عین نیست که مسقط باشد بلکه مثل باقی است در اینجا ارتفاع قیمت پس از تعذر مثل تا زمان دفع را هم ضامن می شود و بهتر آنست که بگوئیم : اعلی القیم از هنگام غصب تا هنگام دفع قیمت ملاک است . و این وجه از فخرالدین در ایضاح حکایت شده ، و مرحوم شیخ هم می فرماید : بر مبنای قول به ضمان اعلی القیم آنهم به صورت مراعا و مشروط به عدم ردّ عین یا مثل ، همین قول وجیه تر است . و ما هم این را می پسندیم .

قوله : ثم اعلم :

تا به حال اصل مسئله تعذر المثل در مثلیّات با احتمالات و مبانی آنها و انتخاب قول حق بیان شد ، اینک اموری را به عنوان فروعاًت مسئله یا چیزهائی که مربوط به زوایای گوناگون آن است ذیلاً مطرح می کنند :

مطلب اوّل : تعذر یا اعواز مثل دو گونه است :

۱- تعذر ابتدائی : آنست که از روز اوّل که عین تلف شد مثل آن به هر دلیل یافت نمی شد و متعذر بود ، همانند قیمیّات که آنها هم بالاصالة و من اوّل الامر مثل ندارند .

۲- تعذر عارضی : آنست که در بعضی از منة تلف عین ، مثل موجود بود و پس از آن نایاب و متعذر شد ، مثلاً عین مال امروز در دست غاصب یا مشتری تلف شد ، و تا ده روز دیگر هم مثل داشت و از روز یازدهم مثل نایاب شد .

حال آیا احتمالات و اقوال و مطالبی که قبلاً در رابطه با تعذر مثل گفتیم اختصاص به نوع خاصی از تعذر دارد؟ یا فرقی میان دو قسم تعذر نیست؟
 علامه ره مسئله را اینطور عنوان کرده: لو تلف المثلی والمثل موجود ثم أعوز... و در چنین فرضی فرموده: پنج احتمال وجود دارد... که مبسوطاً بحث شد، ظاهر این عنوان آن است که احتمالات و احکام مذکور مخصوص تعذر عارضی است چون اینجا است که عنوان مسئله صدق می کند، و در تعذر از اول امر این احتمالات نیست^(۱)

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد^(۲) در تکمیل سخن علامه فرموده: در فرض تعذر ابتدائی جای احتمالات گوناگون نیست و معیناً قیمت را باید پردازد آنهم قیمت یوم التلف را.
 قوله: ولعله:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید دلیل جناب محقق ثانی بر تعیین قیمت این است که: شخص ضامن در فرض تعذر ابتدائی در هیچ حالی از حالات و وقتی از اوقات مشغول الذمه به مثل نشد و هیچگاه وجوب مثل در حق او منجز و حتمی نشد نه در وقت وجود عین که ضامن به خود عین داشت و نوبت به مثل نمی رسید، و نه در وقت تلف عین که چون مثل از اول متعذر بود باز تکلیف به آن نوعی تکلیف بما لا یطاق است و از مولای حکیم صادر نمی شود.

آری به صورت معلق و قضیه اگرچه می توان گفت: اگر در هنگام تلف عین، مثل متعذر نبود بلکه میسور بود، وی ضامن به مثل می شد ولی این شرط و اگر محقق نشد و در هنگام تلف مثل متعذر بود، پس هیچوقت وجوب مثل در حق ضامن منجز نشد، و وقتی عین نبود و مثل هم نشد قهراً نوبت به قیمت می رسد و

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۳.

(۲) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۵۲.

این احتمال تعیین می‌یابد و جای تعیین مثل یا تخییر میان مثل و قیمت نیست .
 قوله : ویمکن :

مرحوم شیخ به دلیل مذکور خدشه وارد کرده و در آن مناقشه می‌کنند : و بیان ایشان اول به تعبیری و سپس در و بالجمله به تعبیر دیگری است که ما یکجا و به یک بیان ذکر می‌کنیم و آن اینکه : از شما می‌پرسیم آیا عقلاً تمکن و قدرت بر اداء مثل شرط و قید و جوب مثل در ذمه هست یا نیست ؟ اگر تمکن را شرط و جوب می‌دانید پس نباید میان تعذر ابتدائی و استدامه‌ای فرق بگذارید ، بلکه باید بگوئید : آنجا که از اول مثل نایاب است و جوب مثل هم ساقط است و آنجا هم که بعد از مدتی و در ادامه مثل نایاب می‌شود باز و جوب مثل ساقط می‌شود زیرا که اذا انتفی الشرط او القید انتفی المشروط او المقید ، پس در فرض تعذر عارضی هم بگوئید : و جوب مثل ساقط می‌شود و جای احتمالات گوناگون نیست بلکه معیناً قیمت را باید بدهد . در حالی که شما به این لازم ملتزم نیستید و خود معترفید که با طرد تعذر هم مثل در ذمه می‌ماند ...

و اگر تمکن را شرط و جوب مثل نمی‌دانید باز هم نباید میان دو تعذر فرق بگذارید بلکه باید بگوئید : همانطوری که تعذر استدامه‌ای مسقط و جوب مثل نیست هکذا تعذر من اول الامر هم مسقط و جوب مثل نیست . و عقل میان آندو نفیاً و اثباتاً فرق نمی‌گذارد . و بر همین اساس فقهاء در باب قرض این تفصیل را نداده‌اند که اگر متمکن از مثل بود مثل واجب است و گرنه قیمت ، خیر چه متمکن باشد یا نه مثل واجب است ، عدم تمکن هم چه از اول امر باشد و چه در ادامه راه .

قوله : الا ان يقال :

سپس به دفاع از محقق ثانی از خدشه مذکور جواب می‌دهند :
 درست است که عقل فرقی میان دو نوع تعذر نمی‌گذارد و لزوم یا عدم لزوم

تمکّن را در هر دو یکسان می بیند ولی ممکن است کسی ادّعا کند که: مقتضای ظاهر ادلّه و جوب مثل در مثلی فرض تمکّن از مثل است و ادلّه در این فرض ظهور دارند [دلیل یا اجماع است که دلیل لَبّی می باشد و باید به قدر متیقّن آن اکتفا شود و آن وجوب المثل است عند التّمکّن و یا اطلاق آیه اعتداء و مانند آنست که می گوید: فاعتدوا بمثل ... و کسی بگوید: این اطلاق انصراف به فرض تمکّن دارد و فرض تعذّر را شامل نیست.] که اگر این ظهور پذیرفته شد می گوئیم: خود ادلّه و جوب مثل فرض عجز و تعذّر را شامل نیست و لسان دلیل میان دو نوع تعذّر فرق گذاشته و تفکیک قائل شده است.

آنگاه اگر تعذّر مثل ابتدائی بود، ظواهر ادلّه آن را شامل نیست و حکم به وجوب مثل نمی کند و نوبت به قیمت می رسد، ولی اگر تعذّر استدامه ای بود، از آنجا که روز اوّل تلف عین، مثل میسور بوده ظاهر ادلّه اینجا را شامل شده و حکم به وجوب مثل کرد.

حالا پس از مدتی هم اگر احیاناً تعذّری عارض شد مانع از وجوب مثل نیست و سبب انقلاب مثلی به قیمی نمی شود و دلیلی هم بر سقوط مثل نداریم، [بلکه دلیل برخلاف آن است که استصحاب بقاء باشد.]

[ولی در اینجا قضاوت نمی کنند که آیا ظاهر ادلّه مخصوص صورت تمکّن است یا خیر؟ اما قبلاً در ذیل آیه اعتداء فرمودند: به حکم اطلاقات ضمان و آیه، مثل به ذمه می آید آن هم مطلقاً یعنی چه در مثلی و چه در قیمی در قیمی هم چه مثل داشته باشد و چه نداشته باشد و این دو مطلب باهم سازگار نیست.]

قوله: و قد یقال:

بعضی ها اشکال دیگری به محقّق ثانی کرده اند: فرض را در نظر بگیرید که در هنگام تلف عین مثل متعذّر بود ولی پس از مدتی موجود شد که تیسّر و وجدان عارضی است.

حال لازمه کلام محقق ثانی که فرمود: *یتعیّن القیمة ...* آنست که در فرض مذکور هم معیناً قیمت واجب باشد و مالک حق نداشته باشد مثل را مطالبه کند در حالی که هیچ فقیهی به این لازم ملتزم نیست. پس تعین قیمت در فرض تعدّر تالی فاسد دارد.

قوله: *وفیه*:

مرحوم شیخ به دفاع از محقق می فرماید: این اشکال هم قابل تأمل و مورد نظر است [زیرا که جا دارد محقق بگوید: من طرفدار تعین قیمت هستم اما مادامی یعنی تعین قیمت و انقلاب مثنی به قیمی مادامی است که مثل آن یافت شود و همینکه یافت شد جای این تعین هم نیست پس هم تعین قیمت صحیح است و هم اشکال وارد نیست.

قوله: *ثمّ انّ*:

گفتیم در فرض اعواز یا تعدّر مثل احکامی مطرح است، موضوع بحث ما فرض تعدّر یا اعواز است و طبعاً این سؤال مطرح می شود که ضابطه اعواز چیست؟ معیار در تعدّر کدام است؟ در مجموع چهار ضابطه از سوی فقهاء عنوان شده:

۱- علامه در تذکرة^(۱) فرموده: ملاک در اعواز آن است که مثل تالف در همان بلد تلف یا مطالبه [ولی اوّلی اظهر است]. و در حومه آن یافت نشود. فی المثل اگر در قم و اطراف آن مثل پیدا نشد می گوئیم: مثل متعدّر شده، نایاب شده و نوبت به قیمت و احتمالات می رسد.

۲- شهید ثانی در مسالک^(۲) جمله ای را برسخن علامه افزوده: ملاک در تعدّر آن است که مثل نه در بلد تلف یافت شود و نه در حوالی آن و نه در شهر

(۱) تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۳.

(۲) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۹.

دیگری که معمولاً با این شهر دادوستد و نقل و انتقال دارند و گندم می‌برند و می‌آورند و... [مثلاً شهر تهران] اما اینکه در بلاد دورتر مثل خراسان و... مثل یافت بشود ملاک نیست، همینکه در بلد و ما حوله و... نبود، تعذر و اعواز صدق می‌کند و بدنبال آن احکامش می‌آید.

قوله: کما ذکرنا:

همانطوری که فقهاء در باب بیع سلم گفته‌اند که: اگر مُسَلِّمَ فیه یعنی کالائی که پیش فروش شده و معامله سلفی روی آن انجام گرفته، منقطع شد یعنی فروشنده قدرت بر تحویل آن نداشت نوبت به تخییر مشتری میان نسخ و صبر می‌رسد. و ملاک را در انقطاع، عدم قدرت بر اداء در بلد و ما حوله و بلد دیگر قرار داده‌اند.

۳- محقق ثانی معیار را مراجعه به عرف دانسته و فرموده برای تعیین حدود تعذر و اعواز باید به عرف مراجعه کنیم و هر جا را که عرف متعذر دانست همان ملاک است.^(۱)

۴- قوله: ویمكن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما هیچ دلیلی بر ضابطه‌های مذکور نداریم. ولذا می‌گوئیم: باید دید از اطلاق ادله چه استفاده می‌شود؟ مقتضای عمومات که می‌گوید: باید مال مردم را به آنها رد کنید. [علی الید ما اخذت حتی تؤدی، الغصب کله مردود]

و مقتضای ادله تسلیط مردمان بر اموالشان [الناس مسلطون علی اموالهم و...] آنست که: در قدم اول خود عین مال مردم را باید به صاحبانش مسترد کرد و در این جهت فرقی نیست میان اینکه رد عین مخارجی داشته باشد یا نه، حتی اگر مؤنه و مخارج فراوانی هم داشته باشد باید ضامن متحمل شود و عین را به مالک

(۱) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۴۵.

برساند، [مقدمه واجب واجب است]

و در قدم دوم از آنجا که مثل اقرب الی التالف است نوبت به پرداخت مثل می‌رسد، باز مثل هم حکم عین را دارد یعنی برضامن واجب است که از هر کجا و به هر قیمتی و با هر مخرجی که شده آن را تهیه کرده و به مالک اصلی تحویل دهد، ولذا قبلاً در امر خامس گفتند: **يجب تحصيل المثل باي ثمن کان.**

با این محاسبه ضابطه اول و دوم ابطال می‌شود و شهر و حومه یا حداکثر شهر مجاور مطرح نیست و مقتضای ادله غیر از این نیست. پس دو معیار مذکور دلیلی ندارد و مجرد ادعا است بلکه دلیل برخلاف آن است. [البته شاید مراد علامه و شهید ثانی تعیین و خصوصیت نیست بلکه مرادشان حواله به عرف است و آن را که ذکر کردند به عنوان مصداق برای فهم عرف است نه اینکه موضوعیت داشته باشد.]

قوله: نعم:

اگر اجماعی به این عنوان منعقد شود که: اگر مثل نایاب شد قیمت ثابت می‌شود، معقد اجماع اعواز مثل است و چون معنای شرعی آن مطرح نیست، ملاک رجوع به عرف است [چنانکه در خود تعریف مثنی و قیمی این را گفتیم].
 آنگاه معیار محقق ثانی درست می‌شود.

چه اینکه اگر خود مجمعی دو گروه بودند و یک دسته گفتند: عند الاعواز قیمت مطرح می‌شود و عده‌ای هم تعبیر به تعذر کرده و گفتند: مع التعذر يجب القیمه، باید آن واژه‌ای را که اخص است همان را بگیریم چون او قدر متیقن و مورد قبول همه مجمعی است و آن تعذر است که اخص از اعواز است زیرا که تعذر در موردی است که عقلاً دسترسی به مثل ممتنع باشد، ولی اعواز عرفی است و در جایی گفته می‌شود که عرفاً مثل نایاب باشد اگرچه عقلاً محال نیست.
 آنگاه تنها در فرض تعذر عقلی نوبت به قیمت می‌رسد و در فرض اعواز

نوبت قیمت نیست بلکه جای مثل است ولو باضعاف قیمت [البته در حدی که اجحاف و ظلم فاحش در حق ضامن نباشد و مستلزم ضرر فاحش نگردد و گرنه واجب نیست.]

[مرحوم سیّد در حاشیه فرموده:

الظاهر انّ المراد من التّعذر العرفی و حیثیّذ فی تحدّد مع الاعواز الذی بمعنی کونه مفقوداً عرفاً وان ارید العقلی فیهما فهما متحدان ایضاً فالاحصیة انما تتمّ مع التفکیک بارادة العقلی من ارادة الاوّل والعرفی من الثانی^(۱)]

[ولی اساساً چنین اجماعی نیست تا معقد آن را بررسی کنیم چرا که مشهور گفتند: مع تعذر المثل هم باز اشتغال ذمه به خود مثل است و تعذر مسقط آن نیست. پس همان سخن قبلی زنده می شود که: مع التعذر العقلی قیمت ولی مع الاعواز العرفی باز جای مثل است.]

قوله: نعم:

استدراك از اینکه ملاک تعذر عقلی باشد و مجمع علیه این باشد:

در بعض روایات بیع سلم چنین آمده: اگر مسلم الیه [بایع] نتواند مسلم فیه [مبیع] را به مشتری بدهد مشتری مخیر است [میان فسخ معامله یا صبر و انتظار کشیدن]

[و مراد از روایت، حسنه حلبی است:

عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام: انه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك الى اجل مسمى؟ قال: لا بأس ان لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها ويأخذ رأس مال ما بقي من الغنم دراهم، ويأخذون دون شروطهم، ولا يأخذون فوق شروطهم، قال: والاكسية ايضاً مثل الحنطة والشعير

(۱) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۰۲-۱۰۱.

والزعفران والغنم^(۱)

[البته غیر از تخییر مشتری احوال دیگری هم در باب بیع سلم هست که مرحوم سید در حاشیه ص ۱۰۲ ذکر کرده] و چون در لسان روایت فرموده: ان لم یقدر ... و خطاب به عرف است، طبعاً مراد عدم قدرت عرفی است یعنی نایاب بودن در محدوده زندگی او نه عدم قدرت عقلی که استحاله تعذر باشد.

حال در ما نحن فیہ هم کسی می تواند از آن حکم استیناس کرده و بگوید: ملاک تعذر عرفی است نه تعذر عقلی. پس اگر معقد اجماع درست شد همان اعواز عرفی ملاک می شود. وگرنه ما هستیم و مقتضای ادله که گذشت.
قوله: ثم ان:

مطلب دیگری که مطرح است اینکه: در فرض تعذر مثل نوبت به قیمت می رسد [حالا قیمت یوم الضمان یا یوم التلف یا یوم المطالبه یا یوم الاداء و ... فعلاً مطرح نیست و کاری به اینها نداریم].

اما فرض اینست که فعلاً مثل متعذر و نایاب است، آنگاه با فرض نبود آن در بازار چگونه قیمت گذاری شود؟ و ضابطه در تقویم مثل متعذر و معدوم چیست؟ می فرماید: فرض وجود مثل می کنیم و سپس تقویم انجام می دهیم، یعنی می گوئیم: اگر چنانچه الآن مثل در بازار وجود می داشت فلان مقدار قیمت داشت، و بدین وسیله قیمت را بدست می آوریم. ولی اینهم کافی نیست زیرا وجود مثل در خارج چند نوع است:

۱- گاهی وجودش در نهایت عزت و کمی است یعنی مثل هست ولی خیلی خیلی کمیاب و به خاطر کمی عزیز الوجود است و مردمان آن را عزیز می شمارند. مانند میوه ای که در اوّل بهار یا تابستان یا پاییز [خلاصه میوه هر فصلی در فصل خودش] تازه به بازار آمده و نوبری و کم است. یا میوه ای که آخر فصل

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۶۸، باب ۱۱، حدیث اوّل.

آن رسیده و در شُرْف تمام شدن است باز در غایت عزّت و کمی است. [و حکم میوه شب یلدا را دارد.]

۲- و گاهی وجود مثل در نهایت کثرت و زیادی است و خیلی فراوان است و به خاطر همین کثرت، ذلیل الوجود است و خیلی برای آن ارزش قائل نیستند. مثل میوه ای که اوج بازار آن و فصل آن فرا رسیده باشد که از هر طرف به بازار سرازیر می شود.

۳- و گاهی وجود مثل یک وجود متوسط است یعنی نه خیلی کم است تا قیمت آن بالا باشد و نه خیلی زیاد تا قیمت آن کم شود، بلکه متعادل و به اندازه ای هست که بازار اشباع شود و قیمت هم عادلانه و حدّ وسط است.

حال اینکه فرض وجود نموده و قیمت را بدست می آوریم فرض کدام وجود؟ ملاک کدام وجود است؟ وجود عزیز؟ یا وجود ذلیل؟ یا وجود متوسط؟ مرحوم شیخ می فرماید: ما اولی را اختیار کرده و می گوئیم: ملاک در تقویم فرض وجود مثل است هر چند وجودش در غایت عزّت فرض شود و در نتیجه قیمت بالا باشد و ضامن مجبور باشد که همین قیمت بالا را بپردازد [شاید به خاطر اطلاعات ضامن باشد که قبلاً در امر پنجم بیان شد.]
 قوله: لکن:

وجود عزیز و کمیاب هم دو گونه است:

۱- گاهی بگونه ای است که اگر چه کم است و در نتیجه قیمت بالا است اما معدلک آن جنس راغب دارد و عقلاء در خرید آن رغبت می کنند و برای رفع نیازهای روزمره اقدام به معامله می کنند و در حدّی نیست که بازار معامله آن تعطیل شود. [مثلاً آهن اگر زیاد باشد، هر شاخه ای ده هزار تومان معامله می شود، ولی حالا که کم است تا بیست هزار تومان هم معامله می شود.]

۲- و گاهی در حدّی است که هیچ عاقلی برای رفع نیازهای معمولی اقدام

به خرید آن نمی‌کند، دارنده جنس هم چون نیاز به پول آن ندارد یک مبلغ گزاف و سرسام‌آوری را مطرح می‌کند. [مثلاً هر شاخه آهن را به صد هزار تومان می‌فروشد.]

حال ملاک آن قسم اول است که بای ثمن کان معامله می‌شود، نه این قسم دومی که در حال اختیار و با میل و رغبت کسی حاضر به خریدن آن به فلان مبلغ نیست.

البته گاهی ممکن است ضرورتی پیش آید و شخص مجبور به پرداخت آن مبلغ سنگین در قبال این جنس باشد ولی بطور معمول چنین نمی‌کنند، و آن فرض اضطرار والجزاء هم که ملاک نیست.

به عنوان مثال: فرض کنید مقداری جمَد [این کلمه هم جمَد به فتح میم و هم جمَد به سکون میم ضبط شده و هر دو به معنای الماء الجامد یعنی یخ و برف است.] در فصل تابستان در اختیار سلطان عراق است و وقتی کسی برای خریدن به او مراجعه می‌کند، او می‌گوید: این یک قالب یخ را در مقابل مثلاً یک گله اسب عتیق [اسبهای اصیل که پدر و مادر آنها عربی است در مقابل اسب برزون و ...] می‌دهم.

یا در برابر هزار گوسنغد یا هزار اشرفی و ... می‌دهم، که هیچ انسان عاقلی صرفاً برای رفع عطش و خنک کردن جگر، راضی به پرداخت مبلغ مذکور نمی‌شود.

آری گاهی ممکن است برای عرض‌های مهم و اضطراری چنین کاری بکند، فی‌المثل برای هدیه کردن فلان شیئی گرانبها به فلان سلطانی که برعراق وارد شده و مهمان او گردیده، حاضر است آن را به مبلغ هنگفتی خریداری کند، یا برای مداوای بیماری که در شرف هلاکت است، حاضر است چند برابر بدهد تا طبیب او را جراحی کند و ... که اینها موارد نادر است و چنین وجودی ملاک

نیست و موجود کذائی کالمعدوم است و مانع از قیمت نیست و معیار در تقویم مثل هم فرض چنین وجودی نیست بلکه فرض وجودی است که ولو فی غایه العزّه هست ولی معامله می شود و انسانها ولو با قدری کراهت آن را خریداری می کنند .

قوله : ثم انك :

مطلب چهارم در حاشیه مبحث تعدّر المثل ، راجع به مطالبه مالک است : تردیدی نیست در اینکه حق مطالبه برای مالک محفوظ است ولی گاهی مثل موجود است و ضامن هم متمکن از خریدن و دفع آن به مالک است . در اینجا مطلقاً مالک حق مطالبه دارد ، چه در بلد تلف عین و چه در بلد مطالبه ، در بلد مطالبه هم چه قیمت مثل در آنجا بیشتر از قیمت مثل در بلد تلف باشد و چه مساوی باشند ، در هر حال حق مطالبه دارد . [دلیل آن قبلاً در مسئله پنجم گفته آمد که : عموم الناس مسلطون و ... باشد .

ولی گاهی مثل متعذر است و فرض بحث ما اینجا است ، در اینجا هم گاهی قیمت جنس در بلد تلف با بلد مطالبه مساوی است و فرقی ندارند ، باز حق مطالبه محفوظ است مطلقاً .

و گاهی قیمت ها مختلف و متفاوت است در اینجا و جوهی مطرح شده :

۱- مالک مخیر است که قیمت بالاتر را اختیار کند : اگر قیمت بلد تلف بیشتر است همان را مطالبه کند و اگر قیمت بلد مطالبه بیشتر است این را بطلبد . [شاید دلیل آن اطلاقات ضمان و اطلاقات حق المطالبه باشد . و یا مسئله احتیاط و اشتغال ذمه باشد که تا مختار مالک را ندهد فراغت یقینی معلوم نیست .]

۲- معیناً حق دارد قیمت بلد مطالبه را بگیرد . [شاید به این دلیل که فعلاً در این شهر خواهان قیمت است و باید جنس را به قیمت این بازار معامله و قیمت گذاری کنند .]

۳- معیناً حق دارد قیمت بلد تلف را مطالبه کند. [شاید به این دلیل که اصل در ضمان، ضمان بلد تلف است و از روز اوّل این به ذمه آمده نه بلاد دیگر].
 قوله: **وفصل:**

مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب غصب تفصیلی داده و آن اینکه: گاهی مثل از اموالی است که نقل و انتقال آن از شهری به شهر دیگر نیازمند مؤنه و مخارج نیست، مانند درهم و دینار و در یک کلام: نقد رائج مملکت، در چنین فرضی مالک حق دارد در شهر دیگر مطالبه به مثل کند و از ضامن بخواهد که مثل درهم و دنانیر تالف را به او پردازد.

در این حکم فرقی نیست میان اینکه قیمت و ارزش نقدین در بلد تلف و بلد مطالبه برابر باشد یا مختلف و متفاوت باشد. [دلیل مطلب همان اطلاقات سلطنت ناس بر اموال و... است].

و گاهی مثل از اموالی است که نقل و انتقال آن به مخارجی از قبیل: کرایه ماشین و... نیازمند است. [مثل گندم و جو و... در اینجا هم اگر قیمت گندم در بلد تلف عین و بلد مطالبه یکی باشد باز مالک حق مطالبه دارد و ضرری هم بر ضامن وارد نمی شود تا بگوئیم: به حکم لا ضرر چنین حقی نیست.

ولی اگر قیمتها مختلف بود فتوی اینست که: یا قیمت بلد تلف را بگیرد و یا صبر کند تا از سفر برگشته و در بلد تلف، مثل را خریده تحویل مالک نماید. سپس فرموده: سخن در قرض هم مثل سخن در غصب است. [در باب قرض هم اگر مال مثلی را قرض کرد و مدت قرض به سر آمد، و باید مثل بدهد چنانچه از قبیل درهم و دینار باشد حق مطالبه در همه جا محفوظ است و اگر از قبیل گندم و جو باشد و... همان حرفها که در مغصوب گفتیم، الکلام الکلام.^(۱)

وهمین فتوی از جناب قاضی ابن برّاج هم حکایت شده است. (۱)

قوله: فتدبر:

شاید اشاره باشد به اینکه: کلاً تفصیل شیخ طوسی از مورد بحث ما اجنبی است چون بحث ما در فرض تعدّر مثل است و تفصیل شیخ مربوط به فرض تمکن از مثل است. و شاید اشاره باشد به اینکه با فرض تفاوت قیمتها هم حق دارد قیمت بلد مطالبه را بخواهد و فتوی به صبر یا اخذ قیمت بلد تلف ناتمام است.

قوله: ویمکن:

اشکال به تشبیه شیخ طوسی است باب قرض را به باب غضب، شیخ اعظم می فرماید: ممکن است میان باب قرض و بیع سلم با باب غضب فرق بگذاریم: در باب قرض و سلم چون عقدی منعقد شده و از اول توافقی بوده ممکن است کسی بگوید: اطلاق عقد به همان بلد مال منصرف است و وقتی بدهکار می گوید: قبلت که یکسال دیگر گندم شما را بدهم یعنی به ارزش همین بلد قرض یا وقتی بایع می گوید: یکساله فلان متاع را پیش فروش کردم، بدان معنا است که سر سال خود آن متاع را بدهم و اگر نتوانستم قیمت را طبق معامله همان بلد سلم بدهم.

اما در باب غضب که غاصب مالک توافقی نکرده اند، مشتری هم در بیع فاسد اگرچه توافق کرده بود ولی امضاء نشد و وجودش کالعدم است. و لذا چیزی که موجب انصراف به بلد غضب باشد وجود ندارد و به حکم اطلاقات ضمان در هرکجا حق مطالبه دارد چه قیمتها برابر باشند یا نه.

قوله: بقی الکلام:

مطلب پنجم: گاهی مثل متعدّر نیست بلکه موجود است و خیلی هم زیاد

است ولی بگونه ای است که به کلی از قیمت و مالیت افتاده و کسی آن را خریداری نمی کند. مثلاً شما یک مشک آب کسی را در وسط بیابان گرم و سوزان تلف کردید و آنجا مشک آب ارزش داشت.

ولی حالا در کنار شط روان می خواهید مشک آبی بدهید که احدی این مشک آب را خریداری نمی کند یا در تابستان گرم قالب یخی را از کسی تلف کردید و حالا در اثناء زمستان سرد می خواهید تحویل دهید که فعلاً هیچکس یخ را نمی خرد و مجانی هم از شما نمی گیرد.

اینها را صور سقوط مثل از ارزش می گوئیم، حال آیا فرض سقوط مثل از قیمت هم مثل فرض تعذر مثل است و همان احکام را دارد یا خیر؟ اقوی بلکه متعین [اقوی در مقابل قوی است ولی متعین در مقابل باطل است یعنی معیناً همین وجه صحیح است.] الحاق این فرض به صورت تعذر مثل است.

و بعضی ها این وجه را به اصحاب [امامیه] و غیر اصحاب [عامه] نسبت داده اند. [دلیل مطلب: چون در فرض مذکور مماثلت در مالیت نیست و لذا نوبت به قیمت می رسد.]

حالا که ملحق به صورت تعذر شد و باید قیمت را بدهد، ملاک قیمت چه روزی است؟ علامه در تذکره^(۱) فخرالدین در ایضاح^(۲) و شهید اول در درس^(۳) فرموده اند: باید قیمت مثل آن مشک آب را در همان بیابان بپردازد، یا قیمت مثل قالب یخ را در تابستان بپردازد، و آن ملاک است.

شیخ می فرماید: احتمال هم دارد بگوئیم: ملاک آخرین مکان یا زمانی است که پس از آن مثل از مالیت سقوط کرده و از ارزش می افتد [مثلاً در مثال مشک

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۷.

(۳) درس، ص ۳۰۹.

آب ملاک آن نقطه ای است که به آب نزدیک شده و کم کم مشک آب ارزش خود را از دست می دهد و چند قدم بعد، دیگر کسی آب را خریداری نمی کند.

یا در مثال یخ، ملاک آن زمانی است که کم کم به اواخر پائیز و اوائل زمستان نزدیک شده و قالب یخ ارزش خود را از دست می دهد و به نازلترین قیمت معامله می شود. باید قیمت این زمان یا مکان را بدهد.

قوله: فرع:

مطلب ششم: اگر چنانچه مثل متعذر شد و در فرض تعذر، مالک مطالبه مال نمود و یا طرفین توافق کردند که ضامن قیمت را بدهد و ضامن هم قیمت را پرداخت کرد، آنگاه پس از مدتی مثل مجدداً موجود شد و ضامن از پرداخت آن متمکن گردید آیا مالک حق دارد از نو اقامه دعوا کرده و به ضامن بگوید: من که از شما قیمت را گرفتم از روی ناچاری بود، حالا که مثل پیدا شده بیا و این قیمت را از من بگیر و مثل مالم را خریداری کن و به من بده؟ یا چنین حقی ندارد، ضامن دینش را ادا کرده و ملزم به پرداخت مثل نیست؟

مرحوم شیخ مطلب را براساس سه مبنا محاسبه می کنند:

الف: بر مبنای مشهور که می گفتند: در مثلّیات مثل به ذمه می آید و با تعذر مثل هم ساقط نمی شود و کما کان مشغول الذمه به مثل است تا وقت اداء و آن روز اگر مثل نبود باید قیمت مثل را محاسبه کرده و بپردازد. براین مبنا می فرمایند: مثل عود نمی کند و ضامن مشغول الذمه به آن نمی شود و مالک هم حق الزام ندارد، و علامه ره^(۱) و متأخرین از ایشان هم همین نظر را دارند.

دلیل مطلب: مثل یک دینی است به گردن ضامن و او مدیون به مثل است آنگاه اگر خود مثل را می داد قطعاً دین از گردن او ساقط می شد، حالاهم که قیمت مثل را که بدل و عوض مثل است داده آنهم با تراضی طرفین باز دین ساقط

می شود و گرنه جمع میان بدل و مبدل یا عوض و معوض است. و وقتی دین ساقط شد و ذمه ضامن آزاد شد، دوباره معنا ندارد که دین زنده شود و برگردد، الساقط لا یعود، المیت لا یحیی.

تنظیر: همانطور که اگر مثل موجود بود و در فرض تیسر آن طرفین تراضی بر قیمت می کردند و ضامن قیمت را می داد همه می گفتند: دین از عهده او برداشته شد، هکذا در فرض تعدّر و مسئله ما که بیان شد.

۲- بر مبنای جماعتی: عده ای از قبیل ابن ادریس و دیگران می گفتند: به مجرد تعدّر مثل یصیر المثلّی قیمیاً و انقلاب به قیمت مطرح می شود، و الکلام اینها دو احتمال داشت:

احتمال اوّل: بعد از تعدّر، خود عین مغضوب از مثلی بودن بدر آمده و قیمی می شود: بر این مبنا هم حق اینست که پس از تمکن از مثل، مثل عود نمی کند، چرا که بر این مبنا خود قیمت به ذمه آمده و خود ما فی الذمه را ادا کرده نه بدل آن را پس به طریق اولی دین ساقط می شود.

۳- احتمال دوّم: با تعدّر مثل که به منزله تلف مثل است [مراد تعدّر عرفی است]. [خود مثل قیمی می شود و باید قیت مثل را پردازد، آنگاه بر این مبنا هم حق اینست که: مثل عود نمی کند به همان دلیل که: قیمت داده شده یا خود دین و ما فی الذمه است و یا بدل و عوض آن است که با تراضی داده شده و در هر حال وجهی برای عود نیست و ذمه آزاد شد و دین ساقط گردید.

ولی احتمال هم دارد که در این فرض، پس از وجود مثل، مثل واجب شود، از این باب که: ضامن مشغول الذمه به مثل شد و مثل دو جهت دارد: ۱- صفات و حقیقت ۲- مالیت و ارزش، و قیمتی که ضامن داده در واقع بدل از مالیت مثل است نه از خود آن پس با وجود مثل باید مثل پردازد، و این را در اصطلاح بدل حیلولة گویند.

حیلولة که مصدر جعلی حال یحول حائل است به معنای حائل شدن شخص میان مالک و مالش می باشد و بدل حیلولة یعنی عوض همین فاصله شدن، مانند اینکه زید انگشتر یا کتاب بکر را گرفته و آن را بدریا افکنده یا گم کرده و ... الآن زید حائل شده میان بکر و انگشتر یا کتاب و باید قیمت آن را بدهد تا فعلاً جنبه مالیت جبران شد، ولی خصیصه بدلی حیلولة آن است که موقتی و مادامی است که خود مبدل پیدا نشود و به مجرد دسترسی به مبدل وظیفه عود مبدل است و ضامن پولش را می گیرد و خود عین را ردّ می کند.

در مورد بحث ما هم بگوئیم: قیمت، بدل حیلولة از مثل است و جنبه مالیت آن را تامین کرده و طبعاً موقتی است و وقتی که خود مثل یافت شد، همان را باید پردازد و بدل از بدلیت می افتد. حال این احتمال هم وجود دارد. پس مسئله روی مبانی محاسبه شد.

(امر هفتم) (قیمیات)

قوله: السابع:

امر هفتم و آخرین امر از اموری که بر مقبوض به عقد فاسد متفرع شده راجع به ضمان قیمیّات است. قبل از هر چیز باید بدانیم که: از تعاریفی که سابقاً برای مثلی ذکر شد و طبعاً ضد آن برای قیمی مطرح می شد، معلوم گردید که تعریف جامعی نداریم. ولی در عین حال در کلمات بزرگان معیارها و ضوابطی برای باز شناسی مثلی از قیمی ذکر شده که در این مقدمه به دو ضابطه اشاره می کنیم:

۱- مرحوم شهیدی فرموده: مالیت اشیاء مختلف است: گاهی مالیت به اعتبار قدر جامع و صفات کلی است بگونه ای که خصوصیات فردیه و شخصیه در آن دخیل نیست. مانند گندم و جو و سایر حبوبات و آب و ... اینها را مثلی گویند. و گاهی مالیت و ارزش یک شیء به اعتبار خصوصیات فردیه آن است و کاری به جامع نداریم. مانند حیوانات، مرکبات و ... اینها را قیمی گویند.^(۱)

۲- مثلی آن اموالی را گویند که مماثل آنها و چیزی که از هر جهت شبیه آنها باشد، فراوان یافت می شود و غالب الوجود است و به سهولت می توان بدان

دسترسی پیدا کرد، همانند حنطه، شعیر و ... ولی قیمی آن مالی است که یا اصلاً مماثل کذائی ندارد و یا اگر دارد اتّفاقی و تصادفی و نادر الوجود است مانند حیوانات که دو گوسفند از هر جهت مثل هم باشند نایاب یا کمیاب است و هکذا میوه‌ها که دو خریزه از هر جهت مثل هم مگر اتّفاقی پیدا شود و ...

حال اصل مسئله اینست: اگر مبیعی که مشتری به بیع فاسد از بایع قبض کرده و در دست او تلف شده از اجناس قیمی باشد [که مثل یا ندارد و یا بسیار کم دارد]. آیا وی ضامن به قیمت عین تالف است؟ یا مثل را هر چند کم است باید بپردازد؟

از مجموع صدر و ذیل کلام مرحوم شیخ سه نظریه در این باره بدست می‌آید:

۱- مشهور بر آنند که: در مثلّیات مثل واجب بود، و در قیمّیات هم قیمت واجب است برای قول مشهور می‌توان سه دلیل اقامه کرد:

۱- اجماع: بعضی‌ها مدّعی شده‌اند که: وجوب قیمت در قیمّیات اجماعی است.^(۱)

۲- اخبار پراکنده‌ای که در اموال قیمی وارد شده و برضمان به قیمت دلالت دارند.

[منظور روایاتی است که مرحوم سیّد^(۲) در حاشیه آورده، و ذیلاً برخی را می‌آوریم: روایت سکونی از امام صادق علیه السلام در رابطه با سفره مطروحه در طریق:

قال عليه السلام انّ امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال

(۱) مفتاح الكرامة، ج ۶، ص ۲۴۳.

(۲) حاشیه السیّد علی المکاسب، ص ۱۰۳.

امیرالمؤمنین علیه السلام: یقوم ما فیها ثم یؤکل لانه یفسد و لیس له بقاء فان جاء

طالبها غرموا له الثمن، فقیل یا امیرالمؤمنین علیه السلام لا یدری سفرة مسلم او

سفرة مجوسی؟ فقال علیه السلام هم فی سعة حتی یعلموا. ^(۱)

مرسله صدوق از امام صادق علیه السلام: وان وجدت طعاماً فی مفازة فقومه علی

نفسک لصاحبه ثم کله فان جاء صاحبه فردّ علیه القیمة . [

و با وجود اینهمه روایات، نیازی به صحیحۀ ابی ولاد [مبسوطاً خواهد

آمد. [نداریم و بدان استناد نمی کنیم تا کسی در این استدلال مناقشه کرده و

بگوید:

شاید فراز اول آن دلیل بر ضمان به مثل باشد نه قیمت، و مناقشه نماید.

[مبسوطاً خواهد آمد.]

و نیز نیازی به روایت تقویم عبد هم نداریم که: دو نفر در عبدی شریک بودند

و یکی سهم خود را آزاد کرد، آنگاه از آنجا که بقیه عبد هم در شرف آزادی است

و آزاد می شود و مالک بعض دیگر متضرر می شود در اینجا آن نصف را قیمت

گذاری کرده و از آزاد کننده عبد می گیریم و به شریک او می دهیم. که باز

صحبت از مثل نکرده بلکه از ابتدا به سراغ تقویم نرفته، ولی ما به اینهم استناد

نمی کنیم تا کسی اشکال کند و بگوید: این یک حکم تعبّدی است و مخصوص

باب عتق عبد است که بناء اسلام بر عتق و آزاد کردن است و جانب حریت غلبه

دارد و ... از این بابتها صحبت از قیمت گذاری شده نه از مثل، و چنین چیزی

قانونی نشده و ضابطه کلی نمی گردد.

[متن روایت: در این رابطه چندین روایت در مصباح الفقاهه ^(۲) آورده که به

یکی اکتفا می کنیم:

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۷۲، باب ۲۳، حدیث اول.

(۲) مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۷۴ و ۱۷۵، پاورقی کتاب.

عن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء، فاعتق احدهم نصيبه فقال ﷺ هذا فساد على اصحابه، يقوم قيمة، ويضمن الذي اعتقه، لأنه افسده على صاحبه^(۱)]

ما نیازی به اینگونه روایات نداریم تا قابل مناقشه باشد، بلکه اخبار در رابطه با ضمان قیمت فراوان است که به برخی اشاره شد.

۳- سابقاً در بحث مثلی قبل از استدلال به آیه اعتداء دانستی که: اطلاعات ادله ضمان حمل بر متعارف و متفاهم عرفی می شود و سیره عقلاء بر این است که: در مثلیات مثل می گیرند و در قیمیات قیمت، پس به حکم سیره عقلائیّه در ما نحن حکم به ضمان قیمت می شود.

[البته سابقاً فرمودند: اطلاعات و سیره می گوید: چه در مثلی و چه قیمی مطلقاً مثل را باید گرفت و ضامن به مثل است ولی اینجا چیز دیگری می فرماید. فتأمل]

قوله: الا ان المتیقن:

مرحوم شیخ از هر سه دلیل مشهور جواب می دهند:

اما دلیل سوم یا سیره عقلاء: از آنجا که سیره عمل است و عمل مجمل است باید به قدر متیقن از آن اکتفا شود و قدر متیقن از سیره عقلاء بر ضمان به قیمت و اخذ قیمت در قیمیات، فرضی است که مثل [ولو نادراً و اتفاقاً] متعذر و نایاب باشد، و گرنه با وجود مثل هم سیره بر اخذ قیمت باشد معلوم و محرز نیست.

و اما دلیل دوم یا اخبار کثیره: بعید نیست کسی بگوید: این اطلاعاتی که هر کدام در مورد یک مال قیمی مخصوصی وارد شده [از قبیل صحیحه ابی ولاد در رابطه با بغل، روایت سماعة در رابطه با تقویم عبد، روایت سکونی در رابطه با سفره مطروحه و ...] همانند سیره مذکور به فرض تعذر مثل حمل می شود و در

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۶، باب ۱۸، من ابواب العتق، حدیث ۵.

این صورت ضامن به قیمت است و گرنه با فرض تیسر ضامن به مثل است. و منشأ این انصراف هم غلبه است یعنی از آنجا که غالباً در خارج قِیمِیَّات مثل ندارند، و موارد مثل داشتن نادر است، این روایات نادر را کالمعدوم گرفته و بطور مطلق فرموده: قیمت را باید بدهد.

اما اگر در موردی مثل یافت شد، روایات کاری به او ندارد و علی القاعده باید مثل داده شود. [شگفتا از مرحوم شیخ که به انصراف بدوی که منشأ غلبه الوجود است اعتماد کرده و بدین وسیله از اطلاقات رفع ید کرده که بر خلاف مبنای اصولی قوم است.]

و اما دلیل اول یا اجماع: پس از ردّ دو دلیل قبل می فرماید: یگانه دلیلی که بتواند به درد مشهور بخورد و ثابت کند که در قِیمِیَّات حتی با فرض میسور بودن مثل هم باز ضامن به قیمت است، اجماع می باشد. [در این وسط دو مثال برای میسور بودن مثل می آورند که قبلاً هم در مثلیات در اعتراض به استدلال آیه اعتداء آوردند: یکی مثال عبدی که زید از بکر خریده و به ذمه او طلبکار است و متقابلاً عبدی با همان اوصاف را از بکر تلف کرده ... و یکی مثال یک متر از صد متر کرباسی که کماً و کیفاً تمام آن یکسان بافته شده تلف کند ... که مثل دارد و آن ۹۹ متر دیگر است.]

ولی اجماع هم دردی را دوانمی کند، زیرا اولاً اصل تحقق اجماع مسلم نیست چون در مسئله مخالف هم داریم که در ادامه خواهد آمد.

ثانیاً بر فرض تحقق اجماع، یک اجماع تعبّدی شرعی کاشف از رأی معصوم نیست بلکه از بناء عقلاء سرچشمه می گیرد و فقهاء به عنوان اینکه از عقلاء هستند چنین حکمی کرده اند و جوابش قبلاً گذشت.

و ثالثاً بر فرض وجود چنین اجماعی می گوئیم: اجماع نیز یک دلیل لَبّی است و باید به قدر متیقن آن اکتفا شود، و قدر متیقن از اجماع بر قیمت، موردی است

که مثل متعذر باشد و اما آنجا راهم که مثل من جمیع الجهات موجود است، شامل شود جای تأمل و درنگ دارد و معلوم نیست. پس از اجماع هم طرفی نیستند.

قوله: خصوصاً:

بویژه اینکه با در نظر گرفتن استدلال مشهور به آیه اعتداء به بیان شیخ طوسی که مثل در مثلیات مماثل شیئی است و در قیمیات قیمت آن است، اشکال ما به مشهور تأیید و تقویت می شود، چرا که شیخ طوسی و غیره قیمت را در قیمیات مماثل تالف دانستند به مناط اینست که: چون در فرض تعذر مثل، قیمت اقرب الی التالف است لذا سخن از قیمت گفتند.

و واضح است که با فرض تیسر مثل نوبت به قیمت نمی رسد. پس مشهور بقول مطلق گفتند: در قیمیات قیمت، ولی شیخ اعظم تفصیل داد و فرمود دلایل شما تنها فرض تعذر مثل را می گیرد و به درد تیسر مثل نمی خورد.

۲- گروهی از فقهاء از قبیل: ابن جنید اسکافی^(۱) و شیخ طوسی در خلاف^(۲) و محقق اول در شرائع^(۳) در کتاب القرض با رأی مشهور مخالفت کرده و مدعی شده اند: در قیمیات هم شخص، ضامن به مثل است.

مرحوم شیخ می فرماید: منظور حضرات چیست؟ اگر مرادشان اینست که: در قیمیات هم مثل مثلیات مطلقاً ضامن به مثل مطرح است چه مثل آن میسر باشد و چه متعذر باشد و در نتیجه قیمت بدل مثل است نه خود ما فی الذمه، و بالاخره روزی هم که قیمت را می دهد باید قیمت همان روز را محاسبه کنند [آنگونه که در مثلیات بر مبنای مشهور بیان شد].

(۱) به نقل شهید در غایة المراد، ص ۱۳۶.

(۲) خلاف، ج ۳، ص ۱۷۵.

(۳) شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۶۸.

می گوئیم: این مطلب برخلاف اطلاقات فراوانی است که دالّ بر وجوب قیمت در قیمیّات اند از قبیل: صحیحۀ ابی ولّاد که می گوید: قیمت بغل یوم خالفتہ ... و خواهد آمد.

و روایت عبد شراکتی که فرمود: قومّ علیه ... و روایت رهن که اگر مرتهن کوتاهی کرد و عین مرهونه تلف شد.

امام علیه السلام فرموده: باید مثل آن را بدهد و مشغول الذمه به مثل است بلکه فرمود: آن بخش تالف از مال رهن را قیمت می کنند و به همان نسبت از طلب او از رهن کم می شود. و اگر ضمان به مثل بود که سخن از سقوط دین و ... نبود. [متن روایت:]

موتّقه ابن بکیر: قال: سئل ابا عبد الله علیه السلام عن الرهن؟ فقال: ان كان

اکثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن وان كان

اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن

سواء فليس عليه شيء. ^(۱)

و مانند اینها از روایات متفرقه [نظیر روایت سفره مطروحه که قبلاً ذکر

شد.] تمام اینها بطور مطلق سخن از ضمان قیمت دارند نه مثل.

[نکته: مرحوم شیخ اوّل فرمود: ما نیازی به استدلال به صحیحۀ ابی ولّاد و

روایت تقویم عبد نداریم ولی چند سطر بعد به اینها استناد کرد و اینها را دلیل قرار

داد.]

و اگر مراد این جماعت آنست که: در قیمیّات هم در فرض میسور بودن مثل

جای قیمت نیست بلکه مثل را باید بدهد، ما نیز قبول داریم و حرف بعیدی نیست

و دو دلیل هم برای آن دست و پا می کنیم: یکی آیه اعتداء [طبق تفسیر خود

مرحوم شیخ که قبلاً احتمال چهارم را اختیار کردند که: در همه جا اعتداء به مثل

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، باب ۷، من ابواب الرهن، حدیث سوم.

مطرح است در مثلی هم مثل، در قیمی هم مثل] و یک دلیل لاضرر که با وجود، مثل بگوئیم: مالک ملزم به قبول قیمت است نوعی ضرر بر مالک است از این حیث که گاهی خود عین خارجی مطلوب عقلاء است و قیمت را نمی خواهند و لاضرر این را برمی دارد، پس حق دارد مطالبه به مثل نماید و ملزم به قبول قیمت نیست.

۳- از محاسباتی که مرحوم شیخ در رابطه با دو قول قبلی داشتند می توانیم رأی ایشان را حدس بزنیم که: قول به تفصیل باشد. اگر در قیمیات مثل [هر چند کم] یافت می شود ضامن به مثل است. و اگر مثل متعذر بود، ضامن به قیمت است.

قوله: اللهم الا:

اما تفصیل شیخ هم ایراد دارد و احداث قول ثالث و برخلاف اجماع مرکب است زیرا مشهور فرمودند: در قیمیات مطلقاً باید قیمت را بدهد و فرقی میان صورت تعذر مثل یا تیسر آن نگذاشتند. و گروهی هم که ظاهر کلامشان اطلاق داشت [گرچه ما مراد آنها را تشقیق و تفسیر کردیم] می گفتند: در قیمی هم ضامن به مثل است و فرقی میان فرض تعذر و تیسر نمی گذاشتند. آنگاه تفصیل و فرق گذاری بینهما که ما در صدد آنیم مخالف اجماع مرکب بوده و مردود است. [حق با مشهور است و دلیل دوم آنها که اطلاقات و اخبار کثیره بود تام است و اشکال مرحوم شیخ به اینکه اینها انصراف دارند... وارد نیست، پس در قیمیات مطلقاً ضامن به قیمت است چه مثل یافت بشود و چه یافت نشود.]

قوله: ثمّ انهم:

بالاخره اصل اینکه در قیمیات باید قیمت پرداخت شود، مسلم شد [یا مطلقاً و یا در فرض تعذر مثل] و لکن قیمت بازار که ثابت نیست، ای چه بسا هر روز متحوّل و متکامل یا متنازل باشد، روزی که مال را گرفت و ضامن شد قیمت بازار

مثلاً ۱۰۰ درهم بود، سپس روزی که در دست او تلف شد ۲۰۰ درهم بود، و روزی که می خواهد از عهده برآید ۵۰۰ درهم شده و ... حال ضامن، قیمت چه روزی را باید بدهد؟ معیار چیست؟ شش احتمال متصور است:

۱- قیمت یوم الضمان را بدهد، و یوم الضمان در مغضوب یوم الغصب است و در بیع فاسد یوم القبض او الاخذ است.

۲- قیمت یوم التلف را بدهد.

۳- قیمت یوم الاداء والدفع وتفریغ الذمه را بپردازد.

۴- اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم التلف را ضامن است.

۵- اعلی القیم از یوم التلف تا یوم الاداء را ضامن است.

۶- اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم الاداء را ضامن است.

اما کلمات فقهاء در این باب مختلف و متفاوت است:

نظریه اول: آنچه از شیخ طوسی^(۱) و شیخ مفید^(۲) و پیروان آندو نقل شده

آنست که: معیناً باید قیمت یوم التلف را بدهد، نه تخییر و نه تعیین یوم دیگر و نه اعلی القیم.

و مرحوم شهید اول در دروس^(۳) و شهید ثانی در شرح لمعه^(۴) این نظریه را

به اکثر نسبت داده و فرموده اند: اکثر فقهاء چنین عقیده دارند.

دلیل این گروه طبق آنچه عده ای و از جمله آنها علامه در تحریر^(۵)

فرموده اند، آنست که: تا وقتی که عین مال تلف نشده بود و در اختیار مشتری

بود وظیفه داشت خود عین را رد کند و ضامن به خود عین بود نه بدل، کدام

(۱) غایة المراد، ص ۸۶.

(۲) آدرس قبلی.

(۳) دروس، ص ۳۱۰.

(۴) شرح لمعه، ج ۷، ص ۴۱.

(۵) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۹.

روز مسئله قیمت مطرح شد و ضمان منتقل به قیمت شد؟ روز تلف عین، پس یوم التلف یوم انتقال ضمان و ذمه به قیمت است، پس باید قیمت آن روز را پردازد.

قوله: وریما یورد:

بر استدلال مذکور اشکالی وارد شده که: ما نیز قبول داریم که روز تلف روز انتقال به قیمت است اما انتقال به قیمت چه روزی؟ انتقال به کدام قیمت؟ آیا به قیمت خود همان یوم التلف؟ یا به قیمت ایام دیگر که در احتمالات ذکر شد؟ این بخش را دلیل شما مجمل گذاشت و گذشت و تبیین نکرد.

و به عبارت دیگر: ما یک انتقال داریم و یک منتقل الیه، یوم التلف یوم انتقال است ولی منتقل الیه چیست؟ آن روز به چه چیز منتقل شد؟ به قیمت کدام روز؟ پس دلیل شما ناقص و غیر وافی به مراد است.

قوله: ویدفع:

مرحوم شیخ اشکال مذکور را دفع کرده و یک تحلیلی کوتاهی از حقیقت ضمان بیان می نمایند: [که مبسوط آن در اوّل مسئله مقبوض به عقد فاسد در بیان قاعده کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده ذکر شد.]

اینکه می گوئیم: غاصب وقتی مال غصبی را گرفت ضامن می شود، یا مشتری از وقتی مبیع به بیع فاسد را گرفت ضامن شد و ... منظور از ضمان چیست؟ منظور به عهده آمدن است یعنی آن مال به ذمه و عهده ضامن آمد و بابت آن مشغول الذمه شد. و معنای به عهده آمدن و اشتغال ذمه آنست که باید به نوعی از عهده برآید و اگر چنانچه مال مذکور تلف شد حتماً باید عوض و بدل آن را به مالک اصلی پردازد، آنهم به گونه ای که جای خالی عین را پر کند بطوری که گویا اصلاً مال تلف نشده، و جبران کذائی به آنست که همان آن تلف بلافاصله مالی معادل با مال تلف شده را پردازد یا به ذمه اش بیاید، بگونه ای که کاملاً سدّ مسدّد

کرده و قائم مقام شود و جای خالی آن را پر کند، و آن مال معادل کذائی چیزی جز قیمت یوم التلف نیست. پس قیمت همان روز متعین است.
 قوله: و ما ذکرنا:

از تحلیلی که داشتیم به یک اصل کلی و قاعده اولیه در باب ضمانات می‌رسیم و آن اینکه: در کلیه موارد ضمان در فقه [باب غضب، بیع فاسد، امانتهای تفریط شده، مقبوض بالسوم و ...] اصل اولی ضمان به قیمت یوم التلف است.

آنگاه اگر چنانچه در خصوص باب غضب حکم دیگری صادر کرده و ملاک را یوم الغصب یا اعلی القیم دانستیم [کما سیأتی مفصلاً] نه یوم التلف، می‌گوئیم: باب غضب دلیل خاص دارد [صحیحۃ ابی ولاد] و به دلیل خاص از قاعده مذکور خارج شده است و حکم آن برخلاف اصل و به اقتضای دلیل خاص است.
 قوله: نعم:

ابن ادریس حلی در باب بیع فاسد سخنی داشت که در اوائل مسئله مقبوض به عقد فاسد آوردیم، و آن اینکه: وی ادعای اجماع کرد بر اینکه: بیع فاسد از هر جهت حکم غضب را دارد و مبیع کذائی مثل مغضوب می‌ماند، مگر در یک حکم که مسئله اثم و معصیت باشد. یعنی از نظر حکم تکلیفی با یکدیگر فرق دارند، غاصب اثم و مستحق عقوبت است و مشتری در بیع فاسد چنین نیست و اثم از او مرتفع است.

اما از لحاظ احکام و آثار وضعیه همانندند، یعنی هر حکمی غضب داشت بیع فاسد هم دارد، حال طبق این ادعا کسی می‌تواند بیع فاسد را هم به باب غضب ملحق کرده و اگر در باب غضب حکمی برخلاف قاعده بود اینجا هم بیاورد. و نتیجه آن است که دو مورد از تحت اصل اولی خارج می‌شود:

۱- باب غضب،

۲- باب بیع فاسد، و هر دو حکمشان خلاف اصل است، هر کدام به دلیلی:

باب غضب به حکم صحیحۀ ابی ولّاد، و باب بیع فاسد به حکم اجماع.

قوله: بل یمكن:

در این فراز قدم را فراتر گذاشته و می فرمایند: قطع نظر از ادّعی اجماع مذکور و صحت و سقم آن، ممکن است قاعدهٔ ثانویه ای از اخبار و ادلّه استفاده کنیم که برخلاف قاعدهٔ اولیّه باشد و در باب غضب و غیره از آن استفاده کنیم و بگوئیم: همه جا حکم ضمان به یوم الضمان است نه یوم التلف و این مطلب را به دو دلیل ثابت کنیم:

۱- مطلقاتی داریم در باب ضمانات که به نحو اطلاق حکم به ضمان کرده و تعیین نکرده که قیمت چه روزی ملاک است. و مقید یا مقیداتی داریم از قبیل صحیحۀ ابی ولّاد که قیمت یوم الغصب را مطرح و معین کرده و فرموده: قیمت بغل یوم خالفته، آنگاه این مقید کاشف از این باشد که از مطلقات هم همین مقید اراده شده، روی قانون جمع بین مطلق و مقید.

۲- می دانیم که قیمت علی الدوام متحوّل است و ای چه بسا تا روز تلف خیلی ترقّی کند.

حال با اینکه احتمال مذکور وجود دارد معذک صحیحۀ در مورد غاصب حکم به ضمان یوم الغصب کرده و به زیاده های فرضی اعتنا نکرده و آنها را واجب التدارک ندانسته، اگر در باب غضب چنین بود پس در باب بیع فاسد و مانند آن به طریق اولی ضمان به یوم القبض خواهد بود و زیاده های قیمت را پس از آن روز ضامن نیست، و گرنه لازم می آید: غاصب أحسنٌ حالاً باشد و غیر غاصب اسوءٌ حالاً باشد که قابل قبول نیست.

پس قاعدهٔ ثانویه ضمان به یوم الاخذ شد.

قوله: نعم لو فرض:

صحیحه فرازهای متعدد و مفادهای متفاوتی دارد [کما سیأتی] تا به حال بر این اساس بحث کردیم که مستفاد از صحیحه عبارت باشد از ضمان غاصب به قیمت یوم الغصب، و تأسیس اصل ثانوی کرده و بقیه را به آن ملحق ساختیم. ولی حالا بر اساس دیگری بحث می‌کنیم: اگر مستفاد از صحیحه این باشد که غاصب به اعلی القیم ضامن است والغاصب یؤخذ باشق الاحوال، خواهیم گفت: این حکمی است مخصوص غاصب که متعدی و متجاوز است و باید بر او سخت گرفت تا سر جایش بنشیند. و به سایر ابواب ضمانات تعدی نمی‌کند، در نتیجه در مثل ما نحن فیه یعنی بیع فاسد به مقتضای قاعده اولیه یعنی ضمان یوم التلف عمل می‌شود.

قوله: فالهمم:

حال که مقتضیات اصل اولی و ثانوی متفاوت شد، مفاد صحیحه هم متفاوت است و حکم سایر ضمانات هم مبتنی بر استفاده حکم غصب شد و عمده دلیل در باب غصب هم صحیحه ابی ولاد است. پس برای ما مهم است که اول صحیحه را ذکر کنیم سپس در اطراف آن بحث کنیم تا اگر حکم جداگانه‌ای داشت بیع فاسد را هم به آن ملحق کنیم. یا بر مبنای ابن ادریس که ادعای اجماع بر یگانگی و وحدت دو باب داشت و یا بر مبنای ما که گفتیم: صحیحه قانون جدید عرضه می‌کند و کاشف از آنست که: معیار در همه مضمونات یوم الضمان است.

[۲- همینجا به نظریه دوم اشاره‌ای بکنیم: یکی از اقوال در بیع فاسد هم ضمان به یوم الاخذ است.] و چون صحیحه مشتمل بر احکام و فوائد فراوانی است جا دارد که تمام آن رایب‌اوریم، اگر چه محل شاهد ما بعضی از فرازهای آن است.

اما صحیحه: شیخ طوسی ره در روایت صحیح از ابی ولاد چنین نقل

کرده^(۱): او گفت: قاطری را کرایه کردم تا با آن به قصر بنی هبیره بروم و برگردم، در مقابل فلان مبلغ به صاحب قاطر بدهم، و با قاطر در جستجوی بدهکارم از محلّ خارج شدم، هنگامی که به نزدیک پل کوفه رسیدم، با خبر شدم که صاحب من [بدهکار] به سمت نیل [قریه ای در اطراف کوفه یا شهری میان کوفه و بغداد] رفته، بدانسوی روانه شدم، و هنگامی که به نیل رسیدم با خبر شدم که وی به سمت بغداد رفته، من هم دنبال او رفته و او را یافتم و مطالباتی که با او داشتم محاسبه کرده و انجام دادم و به کوفه باز گشتم و مجموع رفت و برگشتم پانزده روز به طول انجامید، وقتی به نزد صاحب قاطر رفتم عذر خود را گفتم و خواستم از او حلالیت طلبیده و او را با پرداخت مبلغی از خود راضی کنم بدین منظور پانزده درهم به او دادم ولی او از پذیرفتن این مبلغ امتناع کرد و با هم توافق کردیم که نزد ابوحنیفه رفته و فتوای او را عمل کنیم، بدنبال توافق مذکور با همدیگر نزد ابوحنیفه رفته و من قصّه را برای ابوحنیفه تعریف کردم.

صاحب قاطر هم قصّه را بازگو کرد.

ابوحنیفه از من پرسید: با قاطر چه کردی؟

گفتم: آن را سالم به مالکش برگرداندم، آن مرد بلافاصله گفت: آری به

من برگرداند.

اما پس از پانزده روز.

ابوحنیفه گفت: حال از این مرد که قاطر تو را غصب کرده چه می خواهی؟

گفت: کرایه قاطرم را که پانزده روز مرا از استفاده از آن محروم ساخته.

ابوحنیفه گفت: من حقیّی برای تو نمی بینم و به نظر من تو حق نداری کرایه

از او مطالبه کنی، زیرا وی قاطر تو را کرایه کرده تا به قصر بنی هبیره برود، ولی

از آنجا مخالفت کرده و به نیل و سپس به بغداد رفته، و در تمام طول مدّت غصب

(۱) التّهذیب، ج ۷، ص ۲۱۵ و ۲۱۶، حدیث ۲۵، باب الاجارات.

اگر قاطر تو تلف می شد او ضامن بود، و در مقابل کرایه هم ساقط است. و حال که حیوان تو را سالم به تو برگردانده کرایه ای بر عهده او نیست. [الخراج بالضمنان]

راوی می گوید: ما دو نفر از پیش ابوحنیفه رفتیم در حالی که رفیق من [صاحب قاطر] استرجاع می کرد [و می گفت اِنَّالله وَاَنَا الیه راجعون] من دلم به حال او سوخت، مبلغی به او داده و وی را راضی ساخته و از او حلالیت طلبیده. همان سال به حج مشرف شدم، در موسم حج به محضر امام صادق علیه السلام شرفیاب شدم و جریان فتوای ابوحنیفه را به امام علیه السلام عرض کردم. امام علیه السلام فرمود: این قضاوت و امثال آن است که [اثر وضعی دارد] و موجب می شود تا آسمان باران رحمتش را دریغ کند، و زمین برکات و نعمتهایش را بیرون نیاورد، و آنها را در دل خود زندانی کند.

به امام علیه السلام عرض کردم: نظر مبارك شما چیست؟

حضرت فرمود: به نظر من باید اجرة المثل آن قاطر را به مالکش پردازی، اجرة المثل رفتن از کوفه تا نیل، از نیل تا بغداد، و اجرة المثل از بغداد تا کوفه [چون کرایه ها مختلف بوده لذا هر کدام را جداگانه آورده]

عرض کردم: من در آن مدّت چندین درهم بابت علوفه حیوان پرداخته ام، آیا حق دارم عوض علوفه ها را از مالک بگیرم؟ حضرت فرمود: خیر، زیرا تو غاصبی [پس حق نداری، این قسمت با الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال می سازد.]. عرض کردم: اگر حیوان در آن مدّت هلاک می شد [در اثر سقوط کردن] یا هلاک می شد [در اثر مرگ طبیعی و موت حتف انف] آیا من ضامن بودم؟ و چیزی بر گردنم ثابت می شد؟

حضرت فرمود: آری قیمت قاطر را در روزی که مخالفت کردی و غاصب شدی. [این فراز هم محلّ شاهد است که مبسوطاً خواهد آمد.].

عرض کردم: اگر بر قاطر جراحی وارد می شد یا شکستگی و لنگش پیدا می کرد، یا زخمی بر پشت مرکب پدید می آمد کی ضامن بود؟ حضرت فرمود: تفاوت ما بین صحیح و معیب را تو باید به مالک می دادی آن روزی که قاطر را بر او ردّ کردی [این فراز هم محلّ بحث است].

عرض کردم: چه کسی باید این تفاوت قیمت را بشناسد؟

حضرت فرمود: خود تو و صاحب حیوان، به این صورت که اگر اختلاف کردید یا باید او قسم بخور و تو ملزم به پرداخت ما به التفاوت بشوی و یا اگر ردّ یمین به تو کرد و گفت: تو قسم بخور، و قسم خوردی او باید بپذیرد، و یا صاحب حیوان چند شاهد بیاورد مبنی بر اینکه: قیمت حیوان روز اوّل کرایه، فلان مبلغ بود و الان کم شده باز تو ملزم به پرداخت می شوی.

عرض کردم: حالا کار از کار گذشته و من چند درهم به او داده و او را راضی کرده ام و قضیه خاتمه یافته،

امام علیه السلام فرمود: آری او راضی شده اما از روی ناچاری یعنی وقتی فتوای جائزانه و ظالمانه ابوحنیفه را دیده به این عمل تو راضی شده، ولی از عهده تو برداشته نشده، هنگامی که از حج برگشتی فتوای مرا برای او بازگو کن، اگر پس از آگاهی از حکم شرعی تو را حلال کرد بحثی نیست و گرنه تو مشغول الذمه هستی.

قوله: الخبر...

یعنی حدیث مذکور دنباله ای هم دارد که چون محلّ شاهد نبوده نیاوردیم.

[به قول مرحوم شهیدی: دنباله حدیث اینست:

قال ابوولاد: فلما انصرفت من حجّتی ذلك لقيت المكارى فاخبرته بما

افتی به ابو عبدالله علیه السلام وقلت له: قل ما شئت حتى اعصيكه؟ فقال: قد

حبّبت الىّ جعفر بن محمد علیه السلام ووقع له فى قلبى التفضيل وانت فى حلّ

وان احببت ان اردّ عليك الذی اخذته منك؟ فقلت: لا .

سپس مرحوم شهیدی فرموده: و فيه اشعارٌ باستبصار المکاری^(۱) [

قوله: ومحلّ الاستشهاد:

سه فراز از حدیث مذکور مورد استشهاد است،

ولی مرحوم شیخ دو فراز آن را قبول دارند و قابل استدلال می دانند، لذا از

ابتدا به صورت تشبیه می فرمایند: ومحلّ الاستشهاد فيه فقرتان .

حال هر سه را مطرح می کنیم:

فراز اول: وقتی راوی جریان را به عرض امام رساند، حضرت فرمودند: تو

ضامنی، و وقتی از امام پرسید: پس علفه ای که داده ام چه می شود؟ فرمودند:

مالک بدهکار نیست و حق مراجعه و مطالبه نداری، چون تو غاصب هستی .

و وقتی پرسید: مگر نه اینست که: اگر قاطر هلاک می شد من ضامن بودم؟

امام فرمودند: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» محلّ شاهد همین جمله است .

در این جمله مرحوم شیخ سه احتمال ذکر می کنند:

۱- عبارت به صورت اضافه باشد، یعنی کلمه قیمت به کلمه بغل و کلمه بغل

به کلمه یوم اضافه شده: «قيمةُ بَغْلٍ یومٍ» و بر حسب قواعد هر مضاف الیه ای قید

مضاف خود است، پس بغل قید قیمت است و یوم قید بغل است، ولی از آنجا که

قید بغل بودن آن معنا و مفهومی ندارد و قاطر یوم المخالفة مفید معنی نیست، پس

قید قیمت و متعلق به او می باشد [نظیر ضَرَبُ زیدِ یومِ الجمعة که زید یوم الجمعة

لغو است و لذا یوم قید ضرب است یعنی زدن روز جمعه زید .]

آنگاه معنای کلام یا این است که: قیمت یوم المخالفة قاطر را ضامنی [پس

در کلام قلب بکار رفته] و یا اینست که: قیمت قاطر یوم المخالفة را ضامنی .

سؤال: مگر چند قاطر وجود دارد که مقید به یوم الجمعة شده؟

جواب: یک قاطر است ولی چون زمانها و مکانها در قیمت آن دخیل اند و به اصطلاح: مفرقات هستند، از این جهت می گوئیم: قیمت قاطر آن روز نه قاطر روزهای دیگر، که قاطر همان قاطر است ولی به لحاظ تفاوت قیمتها بر حسب از منه و امکانه قاطر این روز و آن روز مطرح می شود. و یا اصلاً قلبی هم مطرح نیست و وقتی یوم قید قیمت شد در معنی کردن باید جلوتر ذکر شود و همانظوری که مرحوم شیخ فرموده: یعنی قیمة یوم المخالفة للبغل.

طبق این احتمال از این فراز به وضوح استفاده می شود که: در باب غضب، ملاک قیمت یوم المخالفة یعنی یوم الغضب است نه یوم التلف. [به این احتمال یک اشکال ادبی شده که: یوم ظرف است و باید به فعل یا شبه فعل تعلق بگیرد، در حالی که در این احتمال به کلمه قیمت تعلق گرفته که از اسماء جامده است. و لکن جواب داده شد:

انها وان لم تکن معنی حدیثاً ولكن فيها شائبة الحدیثية، لأنها لیست من

الجوامد المحضه حتى لا یصح تعلق الظرف بها^(۱)

قوله: فیکون:

به فرموده مرحوم شهیدی^(۲): طبق نسخه وافی و حدائق، کلمه بغل با الف و

لام است ای قیمة البغل یوم... .

بنابراین که مشکلی نیست و منظور قیمت همان قاطر معین است و صحبت

از مثل اصلاً مطرح نیست. ولی طبق نقل مرحوم شیخ که بدون الف و لام مطرح

کرده می فرماید: طبق تفسیر ما در واقع کلمه بغل معرفه است منتها در اثر اضافه

آن به ما بعد الف و لام حذف شده [زیرا از لحاظ قواعد نحوی اسم معرف به لام

به ما بعدش اضافه نمی شود.] و منظور قیمت روز مخالفت یا یوم الغضب همان

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۸۱.

(۲) هدایة الطالب، ص ۲۳۷.

قاطر است .

و بنابراین نوبت نمی رسد به اینکه کسی [مثل ابن جنید و محقق و ... که قبلاً اشاره شد] بگوید: کلمه بغل نکره است و قیمت بغل یعنی قیمت یک قاطری از قاطرها [مثل قیمت یک فرش از فرشها] و در نتیجه مراد قیمت قاطری است که مثل آن قاطر باشد .

بالاخره نتیجه نهائی اینکه: در قیمیّات هم اصل اولی ضمان به مثل است و قیمتی که می دهد در واقع قیمت مثل آن قاطر است و عوض از عوض واقعی و بدل البدل است ... خیر اصلاً جای این حرفها نیست . و از اول به سراغ قیمت رفته و اصل در قیمیّات ضمان به قیمت است .

۲- عبارت به صورت منقطع از اضافه باشد: ای قیمةُ بغلِ یومٍ خالفته ، و باز هم کلمه یوم قید قیمت باشد ولی نه خود قیمت بلکه قید اختصاصی باشد که از اضافه قیمت به بغل حاصل می شود .

بیان ذلک: بی شک کلمه قیمت به بغل اضافه شده، و اضافه یا به تقدیر لام است و یا من و یا فی و ... و اینجا به تقدیر لام است ای قیمةُ للبغل ، و لام برای اختصاص است ای القیمة المختصّة للبغل یوم خالفته ، و یوم متعلّق به آن اختصاص یا مختصّه است یعنی قیمتی را که مختصّ به بغل است ضامن می باشی، و این اختصاص در روز مخالفت و غصب است یعنی قیمت مخصوص آن روز نه روز تلف و ادا و مانند آن .

طبق این احتمال هم فراز مذکور دلیل بر ضمان به یوم الغصب است . [اگر همان سخن را مطرح کنید که بغل نکره است ... خواهیم گفت .

اولاً چه مانعی دارد تنوین عوض از مضاف الیه محذوف باشد ای بغله؟

ثانیاً بنابر بعض نسخ قیمة البغل با الف و لام آمده .

و ثالثاً به صورت نکره هم باشد مجموع کلام که قیمت مخصوص به قاطری

در روز مخالفت باشد، می‌رساند که مراد قیمت همان قاطرِ مورد کرایه است نه مثل آن . [

[اشکالی که به این احتمال شده آنست که: متعلق یوم باید فعل یا شبه آن باشد و چیزی باشد که قابل تقييد است، و اختصاص که مفاد لام است یک معنای حرفی است و از نظر مشهور قابل تقييد نیست، پس چگونه متعلق واقع شده؟ ولی جوابش اینست که: بجای لام خود اختصاص یا مختصه را می‌آوریم که شبه الفعل هستند، مضافاً به اینکه طبق مسلک متأخرین حروف هم معنای کلی دارند و وضع و موضوع له شان عام است و قابل تقييد هستند . [

۳- عبارت به صورت منقطع باشد و کلمه یوم قید و ظرف قیمت نباشد بلکه ظرف برای نعم و متعلق به نعم باشد.

[اگر بگوئید: متعلق ظرف باید فعل یا شبه فعل باشد و نَعَمْ حرف ایجاب است که شش تا هستند: اجل، نعم، ای، انّ، جیر، بلی، و چگونه ظرف به او متعلق شده؟

در جواب می‌گوئیم: این نعم قائم مقام فعل است و آن فعل یلزمک و یثبت علیک و یجب علیک است که به قرینه سؤال سائل مشخص می‌شود، و یا پس از نعم فعل مذکور مقدر است و به هر حال متعلق واقعی همان یلزمک است که فعل می‌باشد . [

و معنای عبارت اینست که: از روزی که مخالفت کردی و غضب مرتکب شدی، همان روز قیمت قاطر را ضامن شدی . و کلمه یوم المخالفة بدنبال یلزمک معنا می‌شود ای یلزمک یوم المخالفة قیمة بغل او البغل، یعنی آن روز و خوب قیمت و ثبوت و لزوم آن در ذمه آمد . [باز هم فراز مذکور دلیل بر ضامن به قیمت یوم المخالفة است . [

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: این احتمال جداً بعید است . [شاید از باب

اینکه: الاقرب یمنع الابد و با وجود متعلقاتی از قبیل: قیمت، اختصاص که نزدیکترند، نوبت به نعم که دورتر است نمی رسد. [و بلکه اصلاً ممکن نیست که اراده شود، زیرا که طبق این احتمال امام علیه السلام از اصل لزوم و وجوب جواب داده اند که:

آری به مجرد مخالفت بر تو واجب شد و تو ضامن شدی ... در حالیکه از استفهام تقریری و سؤال سائل مستفاد است که او اصل لزوم و وجوب را می دانسته و آگاه بوده که به مجرد مخالفت و غصب ضامن شد، و دنبال این بوده که قیمت چه روزی را؟ و در کم و کیف قضیه اشکال داشته نه در اصل آن.

پس امام از چیزی جواب داده که خود سائل می دانسته، و جواب امام لغو و بی فائده است و کلام لغو از معصوم صادر نمی شود، لذا صوتاً لکلام المعصوم عن اللغویة می گوئیم: متعلق به نعم و یلزمک نیست بلکه دو احتمال قبل صحیح است. [محشّین نوعاً در مقام اعتراض برآمده و گفته اند:

اولاً اینکه فرمودید: این احتمال بعید است جداً و هیچ شاهدهی از لغت و متفاهم عرفی ندارد، ما قبول نداریم بلکه احتمال قریبی است، زیرا بر اساس قواعد نحوی باید ظرف به فعل یا شبه فعل تعلق بگیرد.

و ثانیاً اینکه فرمودید: بلکه اصلاً ممکن نیست ... ما قبول نداریم زیرا چه مانعی دارد که سؤال از اصل لزوم و وجوب باشد؟ شما فرمودید: آن را خود سائل می دانسته، ما می گوئیم: از کجا او می دانسته؟ از کجا استفهامش تقریری باشد؟ خیر استفهام حقیقی است و از حیرت و سرگردانی او ناشی می شود، و منشأ تحیر هم دو نوع فتوای متضاد است که ابوحنیفه گفت: ضامن نیستی.

امام می فرماید: ضامن هستی ... و جا دارد که پرسد: آیا ضامن هستم یا نیستم ... و امام رفع حیرت کرده و فرماید: نعم یعنی ضامن هستی و جواب هم لغو و بی فائده نباشد.]

فراز دوّم:

قوله: الثانية:

وقتی سائل از مسئله عیب و نقص و اختلاف او با مالک سؤال کرد امام علیه السلام فرمود: اگر اختلاف دارید سه راه وجود دارد:

الف: یا مالک بغل قسم بخورد و تو طبق قسم او عمل کنی.

ب: و یا اگر نکول کرد تو قسم بخور و او ملزم است.

ج: و یا صاحب قاطر شاهدہائی بیاورد که آنها بگویند: قيمة البغل يوم اكثرى كذا وكذا، تا تو ملزم باشی [البته در اصل روایت کلمه حین بجای يوم داشت ولی منظور یکی است].

کیفیت استشهاد: در این فراز سخن از قیمت روز کرایه قاطر است ولی از خارج می دانیم که قیمت روز کرایه به عنوان روز کرایه ملاک نیست و موضوعیتی ندارد چون آن روز که کرایه کننده امین است و امین ضامن نیست. پس یا مراد از روز کرایه روز مخالفت و غصب است و یا روز تلف عین است. دوّمی قطعاً مراد نیست زیرا نه شاهدهی دارد و نه به روز کرایه نزدیک است تا از يوم الاکتراء يوم التلف اراده شود.

پس احتمال اوّل مراد است که مراد يوم المخالفة است و چون روز مخالفت همان روز کرایه بوده لذا تعبیر به يوم الاکتراء کرده.

بیان ذلک: از روایت به خوبی استفاده می شود که: شخص به مجرد خروج از کوفه و نزدیکی پُل کوفه مسیر را عوض کرده و به جای رفتن به طرف قصر بنی هبیره [محلّ کرایه] به طرف نیل و ... رفته و واضح است که این مقدار راه از کوفه تا قنطرة آن راه کمی است و همان روز اوّل یا نصف روز کرایه می شود طی کرد پس در واقع همان روز اوّل مخالفت کرده و معمولاً در مدت کم تفاوت

قیمتی پیدا نمی شود. لذا تعبیر به یوم اکتری کرده است. پس این فراز هم به درد می خورد و دلیل بر ضمان به یوم المخالفة او الغصب است.

فراز سوّم:

قوله: و اما قوله ﷺ:

وقتی سائل مجدداً از مسئله عقر و کسر و دبر و عیوب پرسید، امام ﷺ فرمود: علیک قيمة ما بین الصحة و العیب یوم ترده علیه، در این فراز هم کلمه یوم ترده آمده و در آن سه احتمال وجود دارد:

۱- ظرف زمانی یوم ترده به کلمه علیک تعلق گرفته باشد [علیک اسم فعل و به معنای الزم یعنی بر تو است و ملزومی که ... و مانعی ندارد که متعلق ظرف باشد]. [و قید علیک باشد، یعنی بر تو واجب است که همان روزی که خود عین [بغل] را به صاحبش رد می کنی، تفاوت ما بین صحیح و معیب را هم رد کنی، اما تفاوت چه روزی؟ یوم الحدوث عیب؟ یا یوم الغصب؟ مطرح نیست، و از این جهات فراز مذکور ساکت است.

۲- کلمه یوم ترده متعلق به کلمه قیمت و قید آن باشد که معنا این می شود: باید ارزش و تفاوت قیمت صحیح و معیب را حساب کنی و قیمت یوم الرد مطرح است که اگر روز اول ۱۰۰ درهم ارزش داشت و روزی که می خواهی به صاحبش برگردانی ۸۰ درهم ارزش دارد تفاوت را محاسبه کن و تفاوت آن روز مطرح است. طبق این احتمال، فراز مذکور معیار جدیدی عرضه می کند که: ملاک یوم الرد است نه یوم الغصب ولی این احتمال مردود است و به حکم اجماع قیمت یوم الرد ملاک نیست، زیرا عیب و نقصی که در عین پدید می آید و در حقیقت وصف صحت آن از بین می رود، حکم جدیدی ندارد، بلکه تابع خود عین است، اگر در خود عین ملاک ضمان به یوم التلف بود، در وصف صحت هم

ملاك قيمت يوم حدوث العيب است که يوم التلف وصف صحّت باشد، و اگر چیز دیگری بود، در وصف صحت هم همان مطرح است.

۳- کلمه يوم ترده قید کلمه عیب در عبارت باشد، و منظور آنست که: عیب از روزی که حادث می شود و وصف صحّت از بین می رود تا روزی که عین معیب به مالک مسترد می شود مراتبی دارد:

عیب يوم الحدوث، عیب ایام استمرار آن، عیب يوم الردّ، و ملاك عیب موجود در روز ردّ است نه ایام ما قبل آن، و باید قیمت عیب موجود در روز ردّ را بپردازد.

و دلیل این احتمال آنست که: ای چه بسا روز اولی که عیب حادث می شود بسیار کم است، ولی کم کم زیاد می شود و چون احتمال افزایش دارد پس ملاك عیب موجود در حال ردّ است. نه عیب کم و ناچیزی که روز اول حادث شد.

این احتمال هم مردود است، زیرا همانگونه که احتمال ازدیاد عیب می رود، همچنین احتمال انتقاص و کم شدن آن می رود، یعنی ممکن است در اثناء یا روز اول، عیب بزرگی از قبیل شکستگی دست و پا و ... وجود داشته ولی در اثر مداوا روز به روز بهتر شده و به کلی عیب برطرف شده و یا بسیار کم شده، آنگاه اگر ملاك عیب يوم الردّ باشد، در این فرض باید گفت: غاصب همان عیب قلیل را ضامن است، در حالی که این برخلاف فتوای فقهاء است که می گویند: عیبی که حادث شد، غاصب هم ضامن شد، اگر چه بعداً مرتفع شود، اصل ضمان برداشته نمی شود.

پس احتمال ثالث هم به جهت ابتلاء به معارض ضعیف و باطل است. در نتیجه از میان سه احتمال مذکور، احتمال اول تعیین پیدا می کند و معیناً همان مراد است که: در روز ردّ عین بر تو واجب است که تفاوت و ارش صحیح و معیب را بدهی، اما ارش چه روزی را؟ قیمت کدام روز را؟ از این جهت ساکت است و

دو احتمال دارد:

- ۱- قیمت یوم الغصب و تفاوت صحیح و معیب با آن قیمت مطرح باشد.
- ۲- قیمت یوم الحدوث، یعنی روزی که عیب حادث شد که در واقع یوم التلف است چون روز حدوث عیب روز تلف وصف صحّت است و در باب معاملات و ضمانات، وصف صحت به منزله جزء عین است و تلف جزء موجب ضمان به آن جزء تالف، یوم التلف است، هكذا تلف وصف صحّت. پس این فراز اجمال دارد و دو احتمالی است ولی دو فراز قبلی مبین بود و روشن شد که ملاک را یوم الغصب او المخالفة دانسته اند، به برکت آندو فراز این فراز هم تبیین می شود و بر یوم الغصب حمل می شود. القرآن یفسّر بعضه بعضاً، کلام معصوم هم یفسّر بعضه بعضاً.

نتیجه: تا به حال از صحیحه ابی ولاد این مطلب را استظهار کردیم که: در باب غصب ملاک یوم الغصب است نه یوم التلف، و برخلاف قاعده اولیه در ضمانات است.

قوله: نعم:

از اینجا به بعد تا آخر صحبت از این است که: باب غصب برخلاف قاعده اولیه نیست و در این باب هم ملاک یوم التلف است نه یوم الغصب، و مجدداً به فرازهای مذکور و متن روایت برگشته و دقت بیشتری می کنیم تا ببینیم نتیجه چیست؟

میفرماید: اینکه امام علیه السلام فرمود: «قیمة بغل یوم خالفة» و یوم المخالفة را عنوان فرمودند، نه از باب اینست که: روز مخالفت یعنی همان روز غصب موضوعیتی دارد، و ضمان دایر مدار او است، بلکه این تعبیر و حکم به ضمان قیمت یوم المخالفة، از باب حمل بر غالب است یعنی از آنجا که غالباً در مثل مورد حدیث که بَعْلُ است، آنهم در مثل مدّت پانزده روز، آنهم در آن زمانها [که

سال به سال قیمتها فرق نمی کرد و مثل حالا نبود که هر روز قیمت متحول باشد. [قیمت تفاوت پیدا نمی کرد، از این جهت فرقی ندارد که یوم المخالفة بگوئیم، یا یوم الردّ یا یوم التلف، و گرنه یوم المخالفة بما هو یوم المخالفة خصوصیتی ندارد.

قوله: و یكون السرّ:

اگر کسی بگوید: حالا که یوم المخالفة موضوعیتی ندارد، پس چرا امام علیه السلام قیمت را به آن مقید کرد؟ چرا یوم التلف نفرمود؟ چرا مطلق نفرمود تا برطبق قاعده حمل شود؟ در جواب می گوئیم: این تقیید برای احتراز است اما نه از یوم التلف که امام می خواهد بفرماید: یوم الغصب ملاک است نه یوم التلف، بلکه برای احتراز از یوم الاشتراء است.

بیان ذلك: فرض کنید شخصی دو سال قبل قاطری یا کتابی را به صد تومان خریداری کرده و در طول این مدت از آن استفاده برده است حال پس از دو سال که قیمت می کنند می گویند: این حیوان خیلی بار کشیده و لاغریا پیر شده، این کتاب خیلی مورد استفاده واقع شده و مستعمل و دست دوم است و ... و مثلاً پنجاه تومان ارزش دارد.

ولی در عین حال اگر کسی همین کتاب یا حیوان را تلف کند مالک اصلی و صاحب حیوان که نوعاً از عوام مردم است، در مقام قضاوت می گوید: من این متاع را به صد خریده بودم و تو صد تومان به من خسارت زدی و باید پردازی.

حال امام علیه السلام می خواهد بفرماید: قیمت روز خریداری ملاک نیست، چون مالک از مال خیلی استفاده کرده است. ملاک قیمت از حالا به بعد است. پس تقیید برای دفع توهم مذکور است که مالک خیال نکند که حق دارد تمام صد تومان را بگیرد، بلکه ملاک قیمت از حالا به بعد است و همین مبلغ را می گیرد.

قوله: و یؤید:

در ادامه شواهد و مؤیداتی مبنی بر عدم اعتبار به یوم الغصب، اقامه می‌کنند:

مؤید اول: تعبیرات متفاوت در خود روایت است که یکجا فرمود: قِیمَةُ بَغْلِ یَوْمِ خَالَفْتَهُ .

و جای دیگر فرمود: قِیمَةُ الْبَغْلِ یَوْمِ اَکْثَرِی ...

و جای دیگر فرمود: قِیمَةُ مَا بَیْنَ الصَّحَّةِ وَ الْعِیْبِ یَوْمِ تَرَدَّه .

حال اگر یوم المخالفة موضوعیت داشت، امام علیه السلام عنایت بیشتری به خرج داده و اهتمام می‌ورزیدند و خود همان را همه جا می‌آوردند، ولی چنین نکردند و هر بار به مناسبت، تعبیری آوردند، و این شاهد عدم اهتمام و اعتبار به یوم الغصب است. و برمی‌گردیم به مقتضای قاعده.

قوله: الا ان یقال:

ممکن است کسی از مؤید اول ما چنین جواب دهد: ملاک در باب غصب همان یوم الغصب است و آن روز موضوعیت دارد، منتها سر اینکه امام علیه السلام در فراز دوم به جای یوم الغصب به یوم الاکتراء تعبیر کردند، آنست که خواستند سائل را به یک نکته توجه دهند و آن مسئله سهولت اقامه شاهد است، که در روز کرایه معمولاً حیوان را از بازاری، محلی، کاروانسرائی و ... کرایه می‌کنند و معمولاً در آن مکان جمعی از انسانها و کرایه دهندگان هستند و ناظر و شاهد بر این کرایه دادن هستند و اگر بعداً اختلافی شد آنها راحت می‌توانند شهادت دهند که: قیمت روز کرایه چقدر بوده، همانطور که قسم هم در فراز بعدی و در همه جا تشریح شده برای سهولت در رفع نزاع و قطع ماده دعوا.

اما یوم الغصب در وسط بیابان است و معمولاً غیر از غاصب کسی خبر ندارد تا شهادت دهد و حلّ نزاع شود و ... پس تعبیر به یوم الاکتراء برای تفهیم این نکته است نه برای اینکه یوم الغصب موضوعیتی ندارد.

قوله: فتأمل :

اشاره است به اینکه در مورد روایت روز کرایه دادن با روز غصب یا یک روزاند و یا تفاوت یسیری دارند یعنی دیروز کرایه کرده و امروز مخالفت کرده، و از نظر سهولت اقامهٔ بینه و شهود فرقی بینهما نیست. پس اگر یوم المخالفة موضوعیت داشت، تعبیر به یوم الاکتراء نمی شد.

قوله: ویؤیده ایضاً:

مؤید دوم: وقتی سائل [ابی ولاد] از امام سؤال کرد: اگر عقری یا کسری یا دبری پیدا شد چه بکنیم؟ امام فرمودند: اگر در قیمت و تفاوت میان صحیح و معیب اختلاف کردید یا مالک اصلی قسم می خورد که قیمت فلان مقدار است و غاصب ملزم به قبول است و یا اگر مالک ردّ قسم کرد، غاصب قسم می خورد و مالک باید تسلیم شود، و یا خود مالک اصلی دو شاهد بیاورد مبنی بر اینکه قیمت حیوان روز کرایه فلان مبلغ بوده ...

کیفیت استشهاد: اگر ملاک در قیمت، یوم المخالفة باشد و اختلاف طرفین در قیمت آن روز باشد که معمولاً به این صورت است که مالک مدعی است که قیمت زیاد شده بود و صد تومان بود و غاصب منکر زیادی است و می گوید: هشتاد تومان بوده، در چنین فرضی دو مخالفت قاعده در روایت پیدا می شود:

الف: امام فرمود: مالک اصلی قسم بخورد و او را منکر شمردند، در حالی که مالک اصلی مدعی است و غاصب منکر است زیرا یکی از معیارهای شناخت مدعی از منکر آنست که: مدعی آنست که: قول او مخالف اصل باشد و منکر آنست که قول او موافق اصل باشد و در مانحن فیه مالک مدعی زیاد است و قول او مخالف اصل است زیرا الاصل عدم الزیادة یا الاصل البرائة من الزیادة، و غاصب منکر است چون قول او موافق اصل است. آنگاه قاعده آنست که مالک شاهد بیاورد چون مدعی است نه اینکه قسم بخورد، پس چرا امام علیه السلام فرمود:

مالک قسم بخورد، این مخالف قاعده است.

ب: بر فرض اینکه قول مالک باشد و قسم خوردن او صحیح باشد و او را منکر بدانیم، می گوئیم: دنبالش فرمود: او یأتی بشهود... این برخلاف قاعده است زیرا در یک نزاع مالک یا منکر است که تنها باید قسم بخورد و یا مدّعی است که تنها باید شاهد بیاورد، البیّنة للمدّعی والیمین علی من انکر، و معنا ندارد که مالک میان قسم خوردن و اقامه شهود مخیر باشد، این مخالف قاعده است. حال با این دو مشکل چه کنیم:

قوله: و حمل الحلف:

بعضی در صدد رفع اشکال برآمده و گفته اند: اگر قسم مذکور در صحیحه آن قسم مصطلح بود که در باب قضا و شهادات مطرح است و باید با شرائطی در محکمه و نزد قاضی انجام شود، البته اشکال وارد بود که:

اولاً مالک مدّعی است نه منکر.

و ثانیاً یا قسم یا اقامه بیّنه

ولی قسم مذکور قسم معمولی و عرفی است که معمولاً دو نفر با هم در امری و مالی نزاع دارند، یکی از دیگری می خواهد که: او قسم بخورد و طرف قبول کند و نزاع ختم شود، در چنین مواردی هیچ اشکالی ندارد که مدّعی هم بتواند چنین قسمی بخورد و مخصوص منکر نیست. پس دو اشکال مذکور رفع شد^(۱).

قوله: والتعبیر:

گویا کسی به بعض مذکور اشکال کرده و می گوید: اگر قسم مصطلح مراد

(۱) مرحوم آقای خوئی در مصباح الفقاهة، ج ۲، ص ۱۹۱، و مرحوم ایروانی در حاشیه بُر مکاسب، ص ۱۰۲، و مرحوم سیّد در حاشیه بر مکاسب ص ۱۰۵ همین حمل را اختیار کرده اند.

نیست پس چرا امام فرمود: وان ردّ... یعنی اگر مالک نکول کرد و قسم را به غاصب ردّ کرد... این با قسم مصطلح و در محکمه می سازد.

این بعضی می گوید: خیر، این تعبیر هم از باب این است که معمولاً مالک اصلی به قیمت مالش آگاهتر است لذا معمولاً او را قسم می دهند، ولی اگر او گفت: قسم مکروه است و من قسم نمی خورم ولی از توی غاصب می خواهم که قسم بخوری و به هر چه قسم خوردی قبول دارم، این حق به غاصب می رسد و با تراضی طرفین و برای راضی کردن مالک قسم می خورد و نزاع می خوابد و صحبت از محکمه نیست.

قوله: **خلاف الظاهر:**

مرحوم شیخ می فرماید: حمل و توجیه مذکور خلاف ظاهر است، زیرا وقتی امام علیه السلام بما هو امام در مقام بیان حکمی برمی آیند، ظاهرش اینست که بما هو احد من العقلاء سخن نمی گویند بلکه بما هو امام و حاکم و وظیفه دارد حکم شرعی را بگوید، سخن می گویند پس کلام امام بر همان قسم شرعی و در محکمه حمل می شود و اشکال به قوّت خود باقی است.

قوله: **و هذا بخلاف:**

اگر ملاک را در قیمیّات و از جمله در مغصوبات، قیمت یوم التلف بدانیم، هر دو مشکل حدیث به آسانی قابل حلّ است، به این بیان که: نزاع و اختلاف میان مالک و غاصب به چند صورت متصور است و فرمایش امام که اوّل فرمود: مالک قسم بخورد، و سپس فرمود: مالک اقامه شاهد بنماید، هر کدام از این حکمها مربوط به فرضی از فروض اختلاف بینهما است، و در مجموع سه صورت ذکر می کنند:

صورت اوّل: مالک و غاصب هر دو قبول دارند که قیمت قاطر در روز کرایه یا یوم المخالفة و خلاصه روز اوّل مثلاً صد تومان بوده، یا حاکم شرع از خارج و

به قرائن و دلائلی متوجه شده که روز اول قیمت صد تومان بوده، ولی در قیمت روز تلف عین اختلاف دارند به این نحو که: غاصب مدعی است که یوم التلف قیمت تنزل پیدا کرده بود و مثلاً هشتاد تومان شده بود و من به این کم مشغول الذمه هستم، ولی مالک این معنا را منکر است و می گوید: خیر قیمت پائین نیامده بود و کما کان ثابت بود.

البته اگر نزاع به این شکل باشد، بی تردید مالک منکر است و منکر باید قسم بخورد.

و امام علیه السلام که فرمود: اما ان يحلف المالك ... مربوط به این فرض است و کاملاً حکم امام قانونی و بر طبق قاعده است، و ایرادی نیست.

صورت دوم: هر دو قبول دارند که قیمت عین از روز اول هر مقدار بوده تا روز آخر یعنی یوم التلف به همان مبلغ ثابت مانده و کم و زیاد نشده ولی اختلافشان مربوط به همان قیمت روز اول است که مالک می گوید: روز اول که من حیوان را به شما کرایه دادم مثلاً صد تومان ارزش داشت و مدعی زیاده است، ولی غاصب می گوید: خیر از روز اول هشتاد تومان قیمت داشت و منکر زیاده است.

البته در این فرض بلاشک مالک مدعی و غاصب منکر است. و مدعی باید که بیینه اقامه کند.

و اینکه امام علیه السلام فرمود: او یأتی صاحب البغل بشهود ... مربوط به این فرض است. باز هم حکم امام علیه السلام صد در صد علی القاعده است و هیچ مخالفتی با قانون مسلم و منصوص و مفتابا به: «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» ندارد. پس اشکال ثانی هم مرتفع شد.

صورت سوّمی هم می توان فرض کرد، به این صورت که: هر دو قبول دارند که روز اول یعنی یوم المخالفة او الاکتراء قیمت حیوان مثلاً صد تومان بوده

ولی در قیمت یوم التلف اختلاف دارند آنهم به این صورت که: مالک ادعا می کند که در روز تلف قیمت بالا رفته بود و صد و بیست تومان ارزش داشت ولی غاصب منکر زیاده است و می گوید: قیمت روز اول ثابت بود. باز در این فرض هم پرواضح است که: مالک مدعی است و باید بینه اقامه کند و گرنه غاصب که منکر است قسم می خورد و به نفع او حکم می شود.

قوله: واما علی تقدیر:

بر فرض اینکه ملاک یوم التلف باشد به خوبی محاسبه کرده و از عهده اشکالات برآمده و توجیه قریبی داشتیم، ولی اگر ملاک را یوم المخالفة بدانیم توجیه دو اشکال مذکور برطبق قواعد بعید و خنک است، به این صورت که: باز دو فرض تشکیل بدهیم:

۱- طرفین در روز قبل از یوم الغصب هر دو متفق بودند و هستند که قیمت قاطر مثلاً صد تومان بوده و در قیمت یوم المخالفة که یک روز بعد است اختلاف دارند و غاصب می گوید: قیمت تنزل پیدا کرده بود و مالک این امر را انکار می کند، آنگاه در این فرض مالک منکر است و باید قسم بخورد و قول امام علیه السلام: فاما ان يحلف ... مربوط به این صورت است.

۲- طرفین در روز پس از یوم الغصب متفق اند و هر دو قبول دارند که قیمت روز لاحق مثلاً صد تومان بوده ولی نسبت به یک روز قبل از آن یعنی یوم الغصب اختلاف دارند و مالک می گوید: یک روز قبل صد و بیست تومان ارزش داشته و غاصب این معنا را انکار می کند. باز مالک است که باید شاهد بیاورد، و قول امام علیه السلام: او یأتی بشهود ... مربوط به این فرض است. پس مشکلات حل شد.

مرحوم شیخ می فرماید: ولا يخفى بعده یعنی چنین حمل و توجیهی از ظاهر کلام امام بعید است، زیرا که معمولاً قیمت دیروز با امروز یا امروز با فردا تفاوتی نمی کند یا تفاوت محسوسی نمی کند تا طرفین اختلاف کنند، و کم است

چنین تفاوتی.

و اگر بگوئیم: منظور امام علیه السلام این است، کلام امام را بر فرد نادر حمل کرده ایم که با شأن امام تناسب ندارد.

اما توجیه ما که بر اساس یوم التلف بود کاملاً توجیه قریبی است. زیرا معمولاً از روز اوّل تا روز تلف فاصله زیادی می شود و تفاوت قیمت غالب است و جای تنازع و اختلاف هست.

[دو تأمل: ۱- این توجیه با مورد حدیث نمی سازد زیرا خود شما قبلاً فرمودید که در مثل مورد حدیث که قاطر است معمولاً در مدت ۱۵ روز اختلافی پیش نمی آید، و از نظر فنی این توجیه مستلزم خروج مورد است.

۲- ظاهر حدیث آنست که یک نزاع بیشتر نیست و در همان یک نزاع امام علیه السلام گاهی می فرماید: مالک قسم بخورد، و گاهی حکم به اقامه بیّنه می کند، پس اینکه شما هر کدام از این حکمها را به فرض خاصی حمل کردید، با ظاهر حدیث منافی است.]

قوله: و ابعده منه:

بعضی ها مثل شیخ طوسی در باب اجاره^(۱) و باب غضب^(۲) فرموده اند: این روایت صحیحه که هم قسم و هم شاهد را برای یک نفر مطرح کرده برخلاف قواعد مسلم باب قضاء [البیّنه علی من ادّعی والیمین علی من انکر] است و چون نصّ خاص دارد می گوئیم: این یک حکم تعدّی است که مخصوص به دابّه مغصوبه است و یا حداکثر به سایر مغصوبات تعدّی می کند و همه ابواب ضمانات از قبیل: بیع فاسد و... را شامل نیست. و در واقع قانون بیّنه و قسم به باب مغصوبات تخصیص خورده و ما من عامّ الاّ وقد خصّ.

(۱) نهاییه، ص ۴۴۶.

(۲)

مرحوم شیخ می فرماید: این توجیه از توجیه طرفداران یوم المخالفة هم بعیدتر است، زیرا وجهی ندارد که ما بگوئیم: امام علیه السلام در باب غضب همه قواعد مسلم و منصوص و مجمع علیهای باب قضا و شهادت را زیر پا گذاشته است. و صرفاً یک حکم تعبدی و خلاف قاعده فرموده است.

نتیجه: با محاسباتی که از: نعم ممکن ... تا اینجا شد به این نتیجه می رسیم که: از صحیحه ابی ولاد هم حکمی برخلاف قاعده ضمان به یوم التلف استفاده نمی شود و یوم المخالفة موضوعیتی ندارد.
قوله: و اضعف منه:

در باب قیّمیات این نکته مسلم شد که: قیمت به ذمه می آید نه مثل، ولی در اینکه قیمت چه روزی به ذمه می آید، اختلاف پیدا شده و اقوالی مطرح است:

- ۱- میزان قیمت یوم التلف است. [وهو المشهور والموافق للاصل]
- ۲- میزان قیمت یوم الغضب و الضمان است. [که از صحیحه استفاده می شد.]

۳- میزان اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم التلف است. الآن این نظریه مطرح است، دلائلی بر این مدعا اقامه شده:

دلیل اوّل: از مرحوم شهید ثانی^(۱) حکایت شده^(۲) که ایشان برای اثبات ضمان به اعلی القیم از صحیحه استفاده کرده اند و فرموده اند: این حدیث دلیل بر اعلی القیم است.

مرحوم شیخ می فرماید: من هر چه فکر می کنم یک وجه صحیح و مقبولی برای این سخن نمی یابم، و دیگران هم در این رابطه چیزی نگفته و توجیه مقبولی نکرده اند که شهید ثانی از کجای حدیث این استفاده را کرده اند؟

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۰.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۰۳.

دلیل دوّم:

قوله: نعم:

مشهور برای اثبات اعلی القیم اینگونه استدلال کرده اند: در تمام مدّت از روز ضمان تا روز تلف، عین مضمونه بود و غاصب یا مشتری ضامن بود و عموم انحلالی علی الید ما اخذت... هر روز را شامل می شد، و هر روز وی ضامن بود، و از جمله روزها همان روزی است که قیمت عین به اوج رسیده بود آن روز هم علی الید گفت: تو ضامنی و اگر تلف شد باید قیمت آن روز را هم بدهی.

[منتها منظور این نیست که قیمت هر روز را جداگانه باید بپردازد، بلکه به شکل تداخلی عمل می شود یعنی قیمت های نازلتر در قیمت عالیتر داخل هستند و عالیتر را که داد نازلتر هم ادا شده، چونکه صد آمد نود هم پیش ما است.]

حال که آن روز هم مشغول الذمه شد پس باید قیمت همان روز را بدهد.

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: منظورتان از اشتغال ذمه و استقرار ضمان آن روز چیست؟ سه احتمال وجود دارد:

۱- اگر مرادتان اینست که: در صورتیکه اتّفاقاً عین در همان روز ارتفاع قیمت بمیرد، ضامن باید اعلی القیم [و در واقع قیمت یوم التلف] را بدهد، ما هم قبول داریم، زیرا هر روزی که تلف شده باید قیمت همان روز را بدهد و گرنه تدارك صدق نمی کند [قبلاً هم در بیان اصل اوکی در ضمان در قِیمِیَات گفتیم].

ولی فرض اینست که: آن روز عین تلف نشد تا قیمت همان روز را بدهد.

۲- و اگر مرادتان اینست که: به مجرد رسیدن عین به عالیترین درجه از قیمت، همان اعلی القیم بر ذمه ضامن مستقر می شود و باید آن را تدارك کند مطلقاً یعنی چه عین همان روز تلف شود و چه روزهای بعد که قیمت تنزل کرده بود، و باز چه عین تلف بشود و چه حتی تلف هم نشده ولی قیمت پائین آمده باز

روزی که عین را ردّ می کند باید تفاوت قیمت را بپردازد و اعلی القیم جبران شود.

این احتمال برخلاف اجماع فقهاء است زیرا آنان تسالم و اتفاق دارند بر اینکه: اگر خود عین را ردّ کند نقصان و تنزّل قیمت را هر چند فاحش باشد ضامن نیست.

۳- و اگر مرادتان اینست که: شخص اعلی القیم را ضامن است اما به صورت مراعا و متزلزل یعنی اگر بعداً تلف نشد و خود عین را ردّ کرد که هیچ، اما اگر بعداً تلف شد و قیمت هم پائین آمده بود، باید آن روز ارتفاع قیمت را در نظر گرفته و از عهده برآید نه یوم التلف را.

مرحوم شیخ می فرماید: این احتمال مخالف اجماع نیست. [چون عدّه ای آن را پذیرفته اند.] ولی مخالف اصل برائت است.

بیان ذلک: فرض کنید یوم التلف صد تومان و یوم الارتفاع ۱۵۰ تومان ارزش داشت، حال در روز تلف دوران بین اقل و اکثر استقلالی است که ضامن همین صد را بدهد یا صد و پنجاه را و در اقل و اکثر کذائی، اقل متیقّن و واجب است و اکثر و مازاد مشکوک به شک بدوی است و اصل برائت جاری می شود و چیزی هم که شاغل باشد و اشتغال ذمه بیاورد و جلو برائت را بگیرد وجود ندارد. پس این دلیل هم ناتمام است.
قوله: عدا ما حکاه:

دلیل سوّم: مرحوم صاحب ریاض^(۱) از دائی بزرگوارش مرحوم آقا وحید بهبهانی نقل کرده که: ایشان برای اثبات ضمان اعلی القیم به قانون لا ضرر تمسک کرده اند و فرموده اند: اگر بگوئیم: مالک حق ندارد ۱۵۰ تومان مثلاً بگیرد بلکه باید به همان صد راضی باشد این ضرر بر او است و قانون لا ضرر آن را نفی

می‌کند پس حق دارد همان اکثر را مطالبه کند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: و فیه نظر: یعنی این دلیل هم نارسا است و اینجا جای لا ضرر نیست زیرا که اگر کمتر بگیرد مالک ضرر کرده و اگر بیشتر بگیرد ضامن ضرر کرده و دوران امر بین ضررین است و در تعارض ضررین قانون لا ضرر که در مقام امتنان وارد شده، جاری نمی‌شود.

قوله: نعم: دلیل چهارم:

در واقع دلیل چهارم نیست بلکه بیان دیگری از دلیل دوّم یا دلیل مشهور است که به بیانی که قبلاً گذشت قابل خدشه بود، و حالا به بیان دیگری که قدری موجه است عرضه می‌کنیم: ما هم قبول داریم که: عین در تمام مدّت از هنگام قبض یا غصب تا هنگام تلف مضمون است، و علی‌البدهر یک از زمانهای مذکور را شامل است، و منجمله آن روزی را که قیمت عین به اوج خود رسید نیز شامل است؛ ولی بدنبال این مطلب نمی‌گوئیم: پس قیمت آن روز مستقر شد... بلکه می‌گوئیم: از دو حال خارج نیست:

۱- یا همان روز ارتفاع قیمت تلف می‌شود، در این فرض که بلاشک باید همان اعلی‌القیم را بدهد از باب اینکه قیمت روز تلف عین است و تدارك به آن واقع می‌شود، و گرنه اعلی‌القیم موضوعیتی ندارد.

۲- و یا تا روزهای بعد که قیمت تنزّل پیدا می‌کند، عین باقی است، خود این دو فرض دارد:

۱- یا بعدها خود عین را ردّ می‌کند، در این فرض تنزّل و ترقّی قیمت وجودش کالعدم است و بار ردّ خود عین تمام اینها از بین می‌رود و هیچکدام جداگانه محاسبه نمی‌شود.

۲- و یا بعدها عین تلف می‌شود و قیمت آن را می‌پردازد، در این فرض است که می‌گوئیم: اگر چه روز ارتفاع قیمت و رسیدن آن به اعلی‌المراتب عین تلف

نشد، ولی در حکم تلف بود و متعذر الوصول بود، و ضامن یا غاصب میان عین و مالک آن حائل و مانع شده بود و نگذاشت که مالک به اختیار خود از مالیت آن روز عین استفاده کند.

آنگاه صد تومان مثلاً قیمت یوم التلف است که می پردازد و پنجاه تومان بدل حیلوله غاصب نسبت به مالیت روز ارتفاع قیمت است که باید بدهد. پس مسئله تلف نیست مسئله حیلوله است.

قوله: نعم لو ردّت:

اگر کسی بگوید: با این اوصاف پس اگر در هنگام تنزل قیمت خود عین را هم مسترد نمود باز باید بدل حیلوله و تفاوت قیمت روز ارتفاع و اوجگیری را پردازد، به همان بیان مذکور ما می گوئیم: خیر با ردّ خود عین نوبت به این امور نمی رسد و اجماعی است که تنزل و ترقی قیمت در این فرض نقشی ندارند، و صرف ارتفاع قیمت بازار که مال نیست و مالیت ندارد تا در قبالتش ضامن باشیم بلکه ارتفاع یک امر اعتباری عقلائی است که مقوم مالیت مال است و ملاک بیشتر یا کمتر ارزش داشتن آن است نه اینکه خود آن مال باشد و ما در قبالت آن ضامن باشیم.

قوله: و الحاصل:

خلاصه و چکیده توجیه ما این است که: عین مال در هر روزی از ازمینه غصب که در دست غاصب بود دارای مرتبه ای از مالیت بود [روز اول صد تومان قیمت داشت، روز دهم ۲۰۰ تومان، روز بیستم ۴۰۰ تومان، روز سی ام ۱۰۰۰ تومان و ...] و در هر مرتبه ای و نسبت به هر روزی هم دست مالک از این مال کوتاه شده و سلطنت او منقطع شده بود و غاصب سبب این ازاله ید و قطع سلطه است، آنگاه پس از مدتی اگر خود عین را ردّ کرد فهو المطلوب و چیز دیگری بدهکار نیست، ولی اگر عین تلف شد باید اعلی المراتب از قیمت ها را پردازد.

[البته مراتب مادون در مرتبهٔ مافوق داخل بوده و جداگانه محاسبه نمی شوند .

تنظیر: اگر عبدی دارای منافع متفاوت است مثلاً خیاطی می کند، بنائی می داند، کتابت می تواند و ... و علی الفرض این منافع متعدّد متضادّ هستند یعنی در زمان واحد قابل جمع نیستند و امکان ندارد که عبد هم خیاطی کند و هم بنائی و ... و فرضاً از نظر ارزش و مالیت هم متفاوت باشند .

در اینجا چنانچه کسی عبد دیگری را غصب کند و مانع شود از اینکه مالک اصلی از آن انتفاع ببرد وی حق دارد که آن منفعت ارزشمندتر از همه را مطالبه کند و قیمت مثلاً بنائی عبد را از ضامن بگیرد و سایر فنون که کم ارزشترند در آن اعلی داخل می شوند .] و این از باب ازالهٔ ید یا حائل شدن میان مالک و مالیت روز ارتفاع است ... که مبسوطاً بیان شد .

۵- قوله: **ولا جمل ذلك:**

بیان پنجم که باز به نحوی همان بیان چهارم و دوم می باشد، عبارتست از استدلال علامه در تحریر^(۱) مدّعی علامه ضمان یوم الغصب است، و ما فعلاً کاری به این مدّعا نداریم، ولی دلیل ایشان آنست که: یوم الغصب روزی است که دست مالک از مالش ازاله و برطرف شده و غاصب آن را ازاله کرده است، لذا باید قیمت همان روز را بدهد .

مرحوم شیخ می فرماید: ما همین تعلیل را گرفته و تعمیم می دهیم [زیرا العلة تعمّم] و می گوئیم: تنها یوم الغصب یوم الازاله نیست بلکه هر زمانی از ازمئهٔ غصب روز ازالهٔ ید مالک است و علی الفرض قیمتها متفاوت است، پس در حقیقت آقای غاصب هر روز مالک را از مرتبه ای از مالیت محروم کرده است در روز اوّل دست مالک از یکدرهم مثلاً کوتاه شد و روز دوم از دو درهم، و روز سوم از سه درهم، و همچنان این ازالهٔ ید ادامه یافت تا عین در دست غاصب

(۱) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۹ .

تلف شد، پس غاصب مزیل و حائل است و باید بیشترین غرامت را بپردازد.
 قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: در ما نحن فیه نوبت به بدل حیلوله نمی رسد زیرا بدل مذکور یک بدل موقتی است و تا وقتی است که ردّ عین نکرده و در ما نحن فیه عین تلف شده و ردّ آن ممکن نیست تا سخن از بدل موقتی باشد.
 ۶- قوله: وقد استدلل:

بیان ششم: ابن ادریس در سرائر^(۱) برای اثبات ضمان به اعلی القیم به قاعده اشتغال تمسک کرده، بیان ذلک:

تردید نیست در اینکه غاصب یا مشتری در بیع فاسد ضامن و مشغول الذمه هستند پس اشتغال یقینی دارند. و قاعده کلی هم آنست که: اشتغال یقینی خواهان فراغت یقینی است یعنی باید کاری کند که یقین کند که از عهده برآمده و آنچه بر ذمه داشته انجام داده، و تحصیل فراغت یقینی در ما نحن فیه به اینست که اکثر واعلی القیم را بپردازد. و هو المطلوب.

از این استدلال می توان چنین جواب داد: اینجا نسبت به اکثر و مرتبه بالاتر جای اصل برائت است نه اصل اشتغال، زیرا که مسئله اقل و اکثر استقلالی است که صد تومان بدهکار است یا ۱۵۰ تومان و در علم اصول خواندیم که در چنین مواردی علم اجمالی به یک علم تفصیلی نسبت به اقل و یک شک بدوی نسبت به اکثر، منحل می شود و در نتیجه اقل را که متیقن است اتیان می کنیم و نسبت به اکثر و مازاد که مشکوک است اصل برائت جاری می کنیم.

۷- قوله: نعم لا بأس:

بیان هفتم: حدیث علی الید حکم به ضمان عین نمود و تا مادامی که عین بود خود عموم دلیل بر ضمان بود، و پس از تلف هم تا قیمت روز تلف را نداده باز

علی الیید دلیل بر ضمان است و یا اگر علی الیید فرض تلف را شامل نشود استصحاب بقاء ضمان جاری می شود حال پس از پرداخت اقل، نسبت به بقاء ضمان شک می کنیم، از استصحاب بقاء ضمان استفاده می کنیم و به وجوب اداء اکثر و اعلی القیم حکم می کنیم.

[مرحوم شیخ از این دلیل جوابی نداده بلکه از استدلال به آن نفی بّاس کرده که نشانه قبول آن است در حالی که جناب ایشان قبلاً قیمت یوم التلف را مطابق اصل و قاعده دانستند، و در نظر ظاهری میان این دو تهافتی مشاهده می شود. و حق آنست که استصحاب هم قابل جواب است زیرا که این استصحاب از قبیل کلیّی قسم ثالث است که نه در خود کلیّی قابل جریان است و نه در خصوص این فرد و آن فرد، زیرا یک فرد که اقل باشد با پرداخت آن مقطوع الارتفاع است، و فرد دیگر که اکثر باشد از اوّل امر مشکوک الحدوث است، مگر کسی بگوید: ضمان اکثر از اوّل مشکوک الحدوث نیست و بلکه به صورت تعلیقی متیقن است یعنی آن روز که قیمت به اوج رسید اگر تلف شده بود همان اعلی القیم مستقر می شد. و همین مقدار از وجود تعلیقی برای استصحاب کافی باشد.]

قوله: ثمّ انه:

مجموعه اقوال یا احتمالات در قیمیّات [بر مبنای مشهور که یجب فی القیمی

القیمّة] شش احتمال است:

۱- ملاک قیمت یوم التلف باشد.

۲- ملاک قیمت یوم الغصب و الضمان باشد.

۳- ملاک اعلی القیم باشد. تا به حال این انظار بررسی شد.

و اما احتمال چهارم: از عده ای از قدماء از قبیل شیخ مفید^(۱)

(۱) به نقل علامه در مختلف الشیعه، ج ۱، ص ۲۰۷.

وقاضی ابن برّاج^(۱) و ابو الصلاح حلبی^(۲) قول به تفصیل نقل شده، یعنی فرموده اند: در کلیه بیوع فاسده، مشتری قیمت روز تلف را ضامن است، ولی در خصوص بیع فاسدی که منشأ فساد آن تعویض الحکم الی مشتری باشد [فرض مسئله چنین است: زید وارد مغازه بکر می شود و جنس معینی را از او خریداری می کند و می گوید: این متاع را به چه مبلغی می فروشی؟ بایع می گوید: این جنس را ببر و به هر قیمتی که خواستی حساب کن و پولش را بده، که تعیین ثمن را به مشتری واگذار می کند. البته از نظر مشهور این معامله باطل است زیرا که از مشروط صحت بیع علم به عوضین و تعیین ثمن و مثن است و اینجا تعیین نشده] ملاک را قیمت یوم البیع دانسته اند.

مرحوم شیخ می فرماید: ما وجهی برای این تفصیل نمی شناسیم و آن را قبول نداریم.

[مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده:

لعلّ نظرهم فيه الى صحیحة النخاس فی مسئله اشتراط العلم بمقدار الثمن، قال: سئل ابا عبد الله عليه السلام فقلت: ساومت رجلاً بجارية له فبا عنيها بحكمي فقبضتها منه ثم بعثت اليه الف درهم فقلت له هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فابي ان يقبلها مني و قد كنت مستها قبل ان ابعث اليه بالف درهم، فقال عليه السلام: ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة فان كان اكثر مما بعثتها اليه كان عليك ان تردّ عليه ما نقص من القيمة وان كان قيمتها اقل مما بعثتها اليه فهو له ... بناء على فساد البيع بحكم المشتري الذي هو مورد الرواية ... اذ بناء على صحته تخرج المساله عن مسئله المقبوض بالعقد الفاسد ...^(۳)

(۱) مقنعه، ص ۵۹۳.

(۲) الكافي في الفقه، ص ۳۵۳.

(۳) هداية الطالب، ص ۲۴۱.

قوله: و لعلهم:

سپس مرحوم شیخ در صدد توجیه برآمده و می فرماید: شاید مراد این جماعت از یوم البیع، یوم القبض باشد [که روز ضمان است و قائل دارد و قبلاً در صحیحه ابی ولاد بحث شد.] و اگر پرسید: پس چرا تعبیر به یوم البیع کرده اند؟ خواهیم گفت: برای اینکه معمولاً زمان بیع و زمان قبض یکی است، یعنی همان لحظه که معامله می کنند قبض و اقباض هم صورت می گیرد، بدین جهت تعبیر به یوم البیع کردند. [نظیر یوم المخالفة و یوم الاكتراء که در صحیحه گذشت.]

قوله: فافهم:

شاید اشاره به بُعد این توجیه باشد زیرا این بزرگان اهل فن بوده و روی تعبیر آنان حساب می شود و اگر یوم البیع می گوید یعنی آن روز برایش ملاک است ولی با همه بُعد توجیه، ناچاریم از این حمل زیرا ظاهر کلامشان بین الفساد است.

قوله: ثم انه لا عبرة:

احتمال پنجم و ششم:

اگر مال قیمی که تلف شده پس از تلف هم تا روزی که ضامن قیمت را بدهد [یوم الاداء] کما کان ارتفاع قیمت داشت، آیا این زیادی قیمت را هم ضامن باید پردازد یا خیر؟ همه فقهاء در قیمیات متفق القول می گویند: ارتفاع قیمت پس از تلف مضمون نیست. ولی در عین حال محقق در شرایع^(۱) در این مورد تردید کرده و فرموده: «فیه تردّد».

حال اگر ارتفاع قیمت پس از تلف را هم مطرح کنیم دو احتمال پدید می آید:

۱- شاید مراد این باشد که قیمت یوم الاداء را بدهد.

۲- و شاید ملاک اعلی القیم از روز غصب تا روز اداء را باید بدهد.

مرحوم شیخ می فرماید: شاید وجه این تردّد آن باشد که: در قیمیات هم

(۱) شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۴۰.

ضمان را به مثل بدانیم نه به قیمت که اگر مبنای ما این شد باید بگوئیم: تا روز اداء مثل به ذمه باقی است و آن روز تبدیل به قیمت می شود و باید قیمت آن روز را بدهد، ولی قبلاً گذشت که اصل مبنا را قبول نکرده و گفتیم: این مبنا برخلاف نصوص و فتاوی قوم است و حق آنست که: در قیمیات ضمان به قیمت است نه به مثل.

قوله: ثم انّ ما ذکرنا:

ارتفاع قیمت عین دو گونه است:

۱- گاهی بر حسب ازمه است، یعنی امروز قیمتی دارد، فردا قیمت دیگری، و روز سوم قیمت سوّمی و ... به بیان دیگر: یوم الضمان قیمتی دارد و یوم التلف قیمت دیگر و یوم الاداء قیمت دیگر و ...

۲- و گاهی به سبب امکانه است، یعنی در بلد ضمان قیمتی دارد و در بلد تلف قیمت دیگری و در بلد مطالبه قیمت سوّمی و در بلد اداء قیمت چهارمی و ...

حال مطالبی که تا به حال در رابطه با ارتفاع قیمت بیان کردیم و احتمالاتی که ذکر کردیم [قیمت یوم التلف، یوم الضمان، اعلی القیم و ...] تماماً در رابطه با ارتفاع قیمت بر اساس ازمه مختلف بود، و اما اگر ارتفاع قیمت به سبب مکانهای مختلف باشد حکم چیست؟ فرض کنید: غاصب یا مشتری و در یک کلام شخص ضامن عین مضمونه را در شهر قم تحویل گرفته و ضامن شده، سپس آن را به شهر تهران منتقل کرده و در آنجا تلف شده، سپس مالک اصلی ضامن را در اصفهان یافته و عوض مالش را مطالبه می کند و ... و علی الفرض قیمت جنس در هر یک از شهرها با شهر دیگر تفاوت دارد، در اینجا ملاک کدام بلد است؟

می فرمایند: به نظر ما مکان تلف ملاک است و در هر شهری تلف شده باید

به قیمت همانجا محاسبه شود، و دلیل ما عبارتست از:

ضمان یعنی تدارك و از عهدهٔ دَرَك و خسارت برآمدن، و تدارك هر چیزی برحسب مالیت و ارزش آن شیئی است، و گرنه تا مالیت جبران نشود تدارك صدق نمی کند «صغری».

و مالیت اشیاء برحسب اماکن مختلف فرق دارد و متفاوت است «کبری».

پس تدارك هم برحسب امکانه متفاوت است «نتیجه».

پس باید قیمت بلد تلف را بدهد تا عرفاً تدارك صدق کند و اهل بلد بگویند: بلافاصله جای خالی عین را پر کرد بگونه ای که گویا عین تلف نشده است، پس قیمت بلاد دیگر مطرح نیست.

قوله: ثم ان جمیع:

بطور کلی ارتفاع قیمت عین از جهت منشأ ارتفاع سه گونه است:

۱- گاهی بالابودن قیمت بخاطر اینست که: جنس در بازار کمیاب شده و شخصی که آن را دارد بدون اینکه قیمت بازار ترقی کرده باشد و بناحق گران می فروشد و ده برابر قیمت می دهد بگونه ای که عقلاء در خریدن آن رغبت نمی کنند. این قسم از ارتفاع قیمت سابقاً در امر پنجم حکمش بیان شد: که ملاك نیست زیرا اجحاف و ظلم فاحش در حق ضامن است.

۲- و گاهی ارتفاع قیمت برای اینست که: قیمت بازار ترقی کرده و نرخ روز این متاع فلان مبلغ است. این قسم هم تا به حال حکمش روشن شد و احتمالات و اقوالی که گفتیم در این فرض بود.

۳- و گاهی بالارفتن و زیاد شدن قیمت از پیدا شدن زیاد، و افزایشی در خود عین سرچشمه می گیرد و زیاده العین سبب ارتفاع قیمت می گردد، [این بخش را مرحوم شیخ به اجمال برگزار کرده ولی ما تفصیلاً و همهٔ شقوق را با احکام آنها ذکر می کنیم:] این زیاده خود دو شعبه دارد:

۱- گاهی زیادی منفصل و جدای از خود عین است [نماتات منفصل] مانند میوه درخت، بره گوسفند، شیر و پشم و کرک و موی حیوان و ... این قسم از زیاده و نماء تابع خود عین است و همانگونه که غاصب یا مشتری خود عین را ضامن است اینها را هم ضامن است، اگر مثلی باشند ضامن به مثل است و اگر قیمی باشند به قیمت آنها با اختلاف اقوالی که بیان شد.

۲- و گاهی زیادی متصل و چسبیده به خود عین و جزء خود عین است، که این خود دو بخش دارد:

۱- جزء کمی همانند رشد و نمو درخت، چاقی گوسفند و

۲- جزء کیفی همانند خیاطت و بنائی و کتابت عبد و ... که نزد ضامن پیدا کرده است.

حال حکم زیادی متصل به هر دو قسمش آنست که:

اگر بعداً عین را در حالی که واجد اجزاء مذکور است به مالک مسترد کرد که بحثی نیست و ضامن بریئ الذمه می شود، و ضمناً بابت علوفه و مخارج دیگر حق ندارد به مالک مراجعه کند.

چنانکه قبلاً در صحیحہ ابی ولاد آمده بود: فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه؟ قال ﷺ: لا، لآنک غاصب، و اگر بعداً عین مال تلف شد چه در حال چاقی و وجدان اجزاء مذکور و چه در حال لاغری و فقدان اجزاء مذکور، باید قیمت یک گوسفند چاق و یا یک عبد کاتب و ... را بپردازد.

و اگر بعداً حیوان لاغر شد یا عبد و صف کتابت را فراموش کرد و فاقد اجزاء کمی و کیفی شد و خود آن را به مالک رد کرد باید قیمت آن اجزاء فائده و تالفه را بپردازد، زیرا وقتی مثلاً چاقی پیدا شد و حیوان ۲۰ کیلوئی ۳۰ کیلو شد تمام اینها مال مالک اصلی است و سپس که لاغر می شود به همان نسبت از اجزاء کم شده و هر حکمی کل داشت اجزاء دارند پس قیمت جزء تالف را ضامن است، منتها این

بحث مطرح می شود که : قیمت چه روزی؟ آیا روزی که چاقی حادث شد که روز
 ضمان به جزء است؟ یا روزی که لاغر شد که یوم التلف جزء است؟ و یا أعلى
 القیم از روز ضمان تا روز تلف جزء؟ اینها همان مباحثی است که مبسوطاً
 گذشت .

بدل حیلوله

قوله: ثمَّ آن فی حکم:

به طور کلی ما در باب مثلیات و قیمیّات و ضمان آنها چهار عنوان داریم:

۱- عنوان تلف و هلاکت: اگر متاع تلف شد حکمش چیست؟ مطالبی که در امر چهارم و پنجم و ششم و در امر هفتم تا اینجا بیان کردیم تماماً حکم تلف بود، که شخص ضامن است و اگر مال تالف مثلی بود باید مثل آن را بدهد و اگر قیمی بود قیمت را، با آنهمه اقوال و احتمالاتی که داشت.

۲- عنوان تعذّر وصول: یعنی کالاتلف نشده، و موجود است ولی فعلاً دسترسی به آن نداریم، فی المثل انگشتر کسی نزد شما بود و در دریا افتاد و غرق شد، مال کسی نزد شما امانت یا رهن بود و شما کوتاهی کردید و آن مال گم شد، عبد کسی نزد شما بود و در اثر افراط یا تفریط آبق و فراری شد، کبوتر کسی پرید و... که در همه این موارد مال تلف نشده ولی دسترسی به آن نداریم. حال آیا تعذّر وصول هم در حکم تلف است؟ می فرماید: آری محکوم به همان حکم است و این نیز موجب ضمان به مثل یا قیمت است. [البته بدل حیلوله است که موقّتی و تا زمان وصول به عین است و سیّاتی مفصّلاً] و دلائل ضمان در مجموع چهار دلیل است:

۱- قاعدهٔ ید: این قاعده می گوید: تا خود عین هست باید آن را رد کنی و وقتی عین نبود باید بدل را رد کنی.

۲- قانون لا ضرر: اینکه بگوئیم: مالک باید صبر کند و انتظار پیدا شدن مال را بکشد، در حق او ضرر است و قانون لا ضرر آن را نفی می کند، پس حق دارد صبر نکند و بدل را مطالبه کند.

۳- قاعدهٔ سلطنت: مالک بر مالش سلطنت مطلقه دارد و از شئون سلطنت کذائی حق مطالبه است. [تا عین موجود است خود آن را و وقتی تلف شد بدلش را]

۴- اخبار پراکنده در باب امانت‌های مضمونه [در اثر افراط یا تفریط] که می گوید: اگر این امانت در اثر افراط یا تفریط گم شد یا به سرقت رفت یا غرق شد و ... امانت دار ضامن است و مورد تمام اینها تعدّر و وصول است، پس تعدّر وصول سبب ضمان است [به بخشی از اخبار خاصه اشاره می کنیم]:

۱- عن اسحاق بن عمار قال: سألت ابا الحسن علیه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم، فضاعت، فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر: إنما كانت عليك قرضاً قال: المال لازم له إلا أن يقيم البينة أنّها كانت وديعة.

۲- عن ابن محبوب قال: كتب رجلٌ الى الفقيه علیه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة و امره ان يضعها في منزله او لم يأمر، فوضعها في منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه اذا خالف امره و اخرجها عن ملكه؟ فوقع علیه السلام: هو ضامن لها انشاء الله.

۳- و عن ابان بن محمد عن ابي جعفر علیه السلام قال: سأله عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك او تسرق؟ قال فقال: اذا كان اميناً فلا غرم عليه و ... ^(۱)

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۰۹، پاورقی و حاشیهٔ سید، ص ۱۰۶.

قوله: و هل یقید:

ضابطه تعذر وصول چیست؟ چهار وجه در این رابطه ذکر می کنند:

۱- ملاك تعذر وصول عبارتست از: یأس و نومیدی از دسترسی به مال و به عبارت دیگر: اطمینان به عدم وصول، یعنی ضامن اطمینان و علم عادی دارد که متمکن از عین نخواهد شد.

۲- ملاك عبارتست از عدم رجاء وجدان یعنی به حدی یأس و ناامیدی کامل نرسیده ولی چندان امیدی هم به یافتن آن ندارد، و به عبارت دیگر: ظن به عدم وصول دارد که اعم از اطمینان است.

۳- ملاك اینست که: فعلاً دسترسی ندارد ولو یقین دارد که در آینده و پس از مدت مدیدی [مثلاً پس از پنج ماه، یکسال و ...] به عین خواهد رسید، ولی این مدّت بقدری طولانی است که صبر کردن و انتظار کشیدن باعث ضرر بر مالک است.

۴- ملاك اینست که فعلاً دسترسی ندارد ولی یقین دارد که در آینده حتی پس از مدّت کمی [مثلاً چند روز یا چند ساعت دیگر] به عین خواهد رسید و از آن متمکن خواهد شد، ولی باز هم به لحاظ حال فعلی وی ضامن است و باید بدل را بدهد.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما ظاهر اخبار متفرقه در باب امانات را ملاك و دلیل قرار دهیم از آنها وجه اول و دوم مستفاد است. و ملاك تعذر، خاص و مضیق است و صورت سوم و چهارم را که علم به وجدان دارد شامل نیست. ولی ظاهر اطلاق فتاوی و عموم علی الید، دائره تعذر را توسعه داده و حتی وجه چهارم را شامل است که به طریق اولی وجوه قبلی را می گیرد.

بیان ذلک: اما عموم علی الید: [طبق نسخه مکاسب کلمه و قاعده الید نیست ولی طبق بیان محشین بدنبال اطلاق الفتاوی و قاعده الید دارد.] اطلاق آن این

فرض اخیر را هم که فعلاً متعذر است شامل می شود و حکم به ضمان می کند .
 و اما اطلاق فتوی: اگر شخصی تخته ای را از دیگری غصب کرده و آن را در بدنه کشتی بکار ببرد و در وسط دریا مالک اصلی تخته پیدا شود و مالش را مطالبه کند، اگر چنانچه خوف از خطر و ضرر مالی یا جانی برای مسافری نباشد، یا خوف مالی بر خود غاصب باشد، وی می تواند همانجا مال خود را مطالبه کند و از بدنه کشتی جدا سازد، ولی اگر خوف از ضرر مالی در حق مسافری باشد، حق ندارد مالش را بگیرد، در چنین فرضی فعلاً دسترسی به عین متعذر شده .
 و فقهاء فرموده اند: غاصب باید قیمت چوب را به عنوان بدل حیلوله بدهد تا وقتی که به ساحل برسند که در آنجا مالک اصلی قیمت را برمی گرداند و چوبش را می گیرد .

حال حضرات فقهاء در این فرع فقهی به قول مطلق فرموده اند: قیمت را ضامن است و ضمان به قیمت منتقل می شود و تقیید نکرده اند که: مدت غصب طولانی باشد یا کوتاه، یأس باشد یا نه، ظن به عدم باشد یا نه، اطلاق کلام وجه چهارم را هم که از همه عامتر است می گیرد و این ملاک است .
 قوله: ویؤیّده:

مؤیدی هم برای وجه چهارم ذکر می کنند: ضمان به بدل در فرض چهارم، به مقتضای جمع بین دو حق است و الجمع مهما امکن اولی:

- ۱- مالک هر زمانی بخواهد به حکم قانون سلطنت حق مطالبه دارد .
 - ۲- ضامن در فرض تعذر فعلی قدرت بر ردّ عین ندارد .
- جمع بینهما ایجاب می کند که فعلاً ردّ بدل کند تا وقتی که عین بدست او برسد، آنگاه خود عین را ردّ کرده و بدل و قیمت پرداخت شده را پس می گیرد .
 نظیر این مطلب سابقاً در مثل متعذر گفته آمد که مالک مثلی می تواند صبر کند و می تواند مطالبه کند و اگر مطالبه کرد ضامن باید قیمت را بدهد، و اگر داد

ضمانت اسقاط می شود و این همه براساس جمع بین حقیقین است .
 قوله : نعم :

اگر چه وجه چهارم را ترجیح دادیم ولی باید بدانیم که گاهی مدّت خیلی خیلی کم است [فرضاً تا غروب دسترسی به عین پیدا می شود .] بگونه ای که برای این مدّت کم عرف نمی گوید : مالک متضرر می شود و ضامن باید از عهده برآید و غرامت بپردازد ، بلکه عرف این را میسور به حساب می آورد نه متعذر ، حال در چنین فرضی حکم به ضمان مشکل است :

وجه اشکال : از طرفی عموم الناس مسلطون این فرض را هم شامل می شود ، پس حقّ مطالبه محفوظ است و وی ضامن است . و از طرفی اینجا عرفاً صدق می کند که فلانی متمکّن از عین است و با تمکن از عین انتقال ضمان به قیمت مقتضی ندارد .

قوله : ثمّ الظاهر :

تعذر وصول از یک نظر دو نوع است :

۱- تعذر عقلی : عقلاً تعذر در مقابل تعسر است و تعسر یعنی وصول به عین دشوار است ولی تعذر یعنی وصول به آن محال و ناممکن است . و منظور از تعذر عقلی آنست که : بالفعل و بالقوه وصول به عین ممکن نباشد ، و وی یقین دارد که هرگز به عین دسترسی پیدا نخواهد کرد .

۲- تعذر عرفی : عرفاً تعذر اعمّ بوده و تعسر را هم شامل است ، یعنی فعلاً دسترسی به عین نداریم اگر چه بالقوه و پس از مدتی سعی و کوشش دسترسی پیدا می شود .

حال بلاشک تعذر وصول سبب ضمان به بدل حیلوله است ، ولی کدام تعذر؟ تعذر عقلی؟ یا عرفی؟

شیخ می فرماید : به نظر ما آن تعذری که مسقط تکلیف به ردّ عین می باشد

[یعنی تعذّر عقلی] معتبر نیست و ملاک در ضمان نیست، بلکه اگر وصول به عین هم ممکن باشد [منتها با مقداری سعی و کوشش] و از باب مقدمه واجب در مقام سعی و کوشش و جستجو برای یافتن هم برآمده باشد باز در مدّت سعی و تا متمکن از عین نشده قیمت ساقط نیست و باید بدل حیلولة را بدهد، یعنی ملاک تعذّر عرفی است نه عقلی، [دلیل ایشان همان اطلاق فتوی در لوح مغضوب و اطلاق علی الید و مانند آن است].

و لکن عدّه‌ای از فقهاء^(۱) تعبیر به تعذّر کرده‌اند و فرموده‌اند: اذا تعذّر الوصول... قیمت واجب می‌شود و اطلاق کلام آنها بر تعذّر عقلی حمل می‌شود، و ظاهرش آنست که تعذّر عقلی موجب ضمان است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از قضا همین تعذّر عقلی با اصول و قواعد موافقتر و سازگارتر است. بیان مطلب: اصل اوّلی آنست که هیچکس بر دیگری سلطنت نداشته و حق الزام ندارد، از جمله مالک هم بر ضامن مسلط نبوده و نمی‌تواند او را ملزم کند، مگر در صورتی که عین مال مالک را غصب کرده و بناحق گرفته که در این صورت حق الزام نسبت به خصوص ردّ العین پیدا می‌کند و می‌تواند ضامن را به ردّ عین مجبور کند پس اصل اوّلی آنست که فقط نسبت به ردّ عین حق الزام دارد نه نسبت به ردّ بدل، آنگاه الزام به ردّ بدل خلاف اصل است و باید به قدر متیقن اکتفا شود، و قدر متیقن از جواز الزام به بدل فرض تعذّر عقلی عین است، آنگاه این فرض از اصل عدم سلطنت بر الزام خارج می‌شود و بقی الباقی یعنی فرض تعذّر عرفی در تحت اصل می‌ماند و با تعذّر عرفی جای الزام به بدل نیست یعنی تعذّر عرفی سبب ضمان نیست و باید تعذّر عقلی حاصل شود.

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: با وجود عموماتی از قبیل: الناس مسلطون علی اموالهم،

(۱) شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۴۱.

علی الید ما اخذت حتی توذی، لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، نوبت به اصل مذکور نمی رسد و الاصل دلیل حیث لا دلیل، و عمومات تعذر عرفی را ملاک قرار داد و نه عقلی را.

قوله: ولعل:

در اینجا در صدد توجیه کلام بعض برآمده و می فرمایند: شاید مراد این بعض هم از تعذر، تعذر فعلی و فی الحال است که همان تعذر عرفی است نه تعذر عقلی، حال منشأ تعذر فی الحال هر چه باشد، مدت زمانی لازم دارد تا پیدا شود و به خاطر آن ذی المقدمه به تأخیر می افتد یا جهات دیگر باشد.

نتیجه: تعذر عرفی ملاک ضمان است.

قوله: ثم ان:

هم در فرض تلف عین ضمان به بدل ثابت شد و هم در فرض تعذر وصول، به عبارات دیگر: هم تلف سبب ضمان به بدل است و هم تعذر سبب ضمان به قیمت است، با این تفاوت که: در فرض تلف عین قیمت متعین شده و ضامن حق دارد آن را پردازد و ذمه خویش را فارغ سازد و مالک اصلی هم حق ندارد از قبول قیمت امتناع بورزد.

ولی در فرض تعذر وصول اختیار دست مالک است، اگر از ضامن مطالبه نمود او باید قیمت و بدل را بدهد، ولی اگر مطالبه نکرد و گفت من فعلاً صبر می کنم تا عین مالم یافت شود، ضامن حق ندارد او را به اخذ قیمت ملزم ساخته و بگوید: قیمت را بگیر و خیال مرا راحت کن.

[نظیر تعذر مثل در مثلیات که مالک حق دارد صبر کند تا مثل یافت شود و

ضامن حق اجبار ندارد.] شیخ طوسی هم در کتاب مبسوط^(۱) به این امر تصریح کرده و دلیل مطلب هم قاعده سلطنت است که می گوید: مالک بر مالش مسلط

(۱) مبسوط، ج ۳، ص ۹۵.

است و کسی نمی تواند او را مجبور سازد، او مختار است در اینکه صبر کند و انتظار بکشد و یا مطالبه بدل نماید.

۳- قوله: وکما انّ:

در اوّل بدل حیلولة گفتیم: سه عنوان داریم ۱- تلف که مبسوطاً حکمش بیان شد.

۲- تعدّر وصول که در مقام بیان احکام آن هستیم.

۳- خروج از مالیت که در این فراز مطرح است: اگر عین مال موجود است و دسترسی هم داریم ولی به کلی از قیمت و ارزش و مالیت افتاده مثل مشک آب در کنار یک رودخانه آب، برف در زمستان و ... چه حکمی دارد؟ می فرماید: همانگونه که تعدّر در حکم بود، هکذا خروج از مالیت و سقوط از قیمت هم حکم تلف را دارد و موجب ضمان به بدل می گردد.
قوله: ثمّ انّ:

در فرض تعدّر که ضامن است و بدل حیلولة را باید بدهد، حال بدل حیلولة را داد در اینجا دو بحث مطرح می شود: ۱- راجع به خود این مال مبذول به عنوان بدل ۲- راجع به عین مال که موجود ولی متعدّر الوصول است:

اما راجع به بدل: آیا مالک اصلی پس از اخذ بدل از ضامن، این بدل را مالک می گردد؟ یا فقط اباحه تصرف پیدا می کند؟ عده ای از قبیل: شیخ طوسی در مبسوط^(۱) و خلاف^(۲) و سید بن زهره در غنیه^(۳) و ابن ادریس در سرائر^(۴) ادّعیای اجماع و نفی خلاف کرده و فرموده اند: لاخلاف در اینکه: مالک این بدل را

(۱) مبسوط، ج ۳، ص ۹۵.

(۲) خلاف، ج ۳، ص ۴۱۲.

(۳) غنیه النزوع، ص ۵۳۸.

(۴) سرائر، ج ۲، ص ۴۸۶.

مالک می شود و در ملک او داخل می شود، و ظاهر این تعبیر هم نشان می دهد که منظور نفی خلاف میان همه مسلمانان از شیعه و سنی است [چون نفی خلاف را مطلق آورده و مقید نکرده اند به اینکه: لاخلاف عندنا و ...]

مرحوم شیخ می فرماید: شاید وجه این قول آن باشد که: ضمان یعنی تدارک، و در ما نحن فیه تدارک صدق نمی کند مگر به دخول در ملک، یعنی تا بدل ملک مالک نشود، عقلاء نمی گویند: تدارک کرد و از عهده برآمده، پس باید ملک باشد تا تدارک صدق کند. [این دلیل بعداً در اقول ... ردّ خواهد شد].
قوله: و لولا:

عمده دلیل ملکیت بدل دو امر است:

۱- اجماع که در بالا اشاره شد.

۲- ادله و اخبار غرامت و ضمانت در ابواب ضمانات که ظهور در تملک بدل دارند.

حال اگر این دو دلیل نبود جا داشت کسی این احتمال را بدهد [و بلکه قاطع شود] که مال مبذول به عنوان بدل حیلوله ملک مالک اصلی نمی شود و تنها اباحه تصرف دارد و حق دارد موقتاً به جای انتفاع از عین متعذر، از این بدل منتفع شود، آنهم حق هر نوع تصرفی دارد و اباحه مطلقه است یعنی حتی تصرفات متوقف بر ملک هم برای مالک جایز و مباح است [از قبیل: عتق، وطی، بیع، هبه و ...] نظیر آنچه در معاطات گذشت که علی المشهور مفید اباحه تصرف بود و بحث شد که آیا اباحه مطلقه؟ یا مقید به تصرف غیر ملکی؟ و دلیل این احتمال در اقول ... خواهد آمد.

آنگاه بنابراین احتمال مادامی که عین متعذر موجود است، بدل به ملک مالک داخل نمی شود، و دخول در ملک مشروط به تلف عین است، و اگر عین قبل از ردّ به مالک تلف شد، این بدل را مالک می شود، و الا فلا، حال ما این مطلب را

به عنوان یک احتمال ذکر کردیم ولی محقق قمی در کتاب اجوبه المسائل^(۱) بدان قاطع شده و حکم به عدم ملکیت بدل نموده است .

قوله : وعلیّ ایّ حال :

تا به حال حکم بدل روشن شد، حال می گوئیم : علی ایّ حال یعنی چه بدل در ملک مالک اصلی داخل بشود یا نشود، در هر حال عین متعذر کما کان به ملک مالک اصلی باقی است و از ملک او به ملک ضامن منتقل نمی شود .

سؤال : آیا این امر جمع میان بدل و مبدل، عوض و معوض در ملک یک نفر نیست؟ و آیا جمع بینهما برخلاف قانون معاوضه نیست؟

جواب : اصولاً این معاوضه نیست و بدل بدل عین نیست تا مبدل جای بدل را بگیرد، بلکه بدل حیلوله از عین است و یک غرامت و خسارت و ضمانت است که حکم شرعی خاصی است و باید پردازد، و محذور بالا هم لازم نمی آید .

تنظیر : همانطور که در فرض تلف عین، بدل و قیمت عوض عین نیست و معاوضه ای صورت نمی گیرد و گرنه معامله بین موجود و معدوم می شود که قطعاً باطل است . بلکه یک حکم شرعی است که از ادله ضامن و غرامت مستفاد است . هکذا در ما نحن فیه که فرض تعذر عین باشد . [و نظیر دیه قتل یا جراحت که عوض از مقتول و ... نیست بلکه حکم شرعی خاصی است که باید پرداخته شود .]

قوله : وقد استشكل :

به نظر ما و مشهور عین متعذر به ملک مالک اصلی باقی می ماند و به ضامن منتقل نمی شود ولی جناب محقق ثانی و شهید ثانی در این حکم اشکال کرده اند :
 اما محقق ثانی^(۲) : وی فرموده : در اینجا اشکالی به نظر می آید و آن اینکه :

(۱) جامع الشتات، ج ۱، ص ۱۵۲ .

(۲) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۶۱ .

چگونه است که ضامن باید قیمت را بپردازد، و مالک اصلی یا گیرنده هم آن را مالک می شود، و در عین حال عین متعذر هم در ملک مالک اصلی باقی می ماند؟ [آیا این جمع بین عوض و معوض نیست؟] سپس دفع دخل کرده.

اگر کسی بگوید: این بدل از خود عین نیست بلکه بدل از حیلوله است، و منافاتی ندارد که مالک اصلی هم مالک عین باشد و هم بدل.

ما در جواب می گوئیم: بدل حیلوله دیگر چه صیغه ای است؟ برای ما که معنای آن روشن نیست، آنچه ما از بدل می فهمیم بدل از خود عین است نه از حیلوله.

و اما شهید ثانی: وی فرموده: این مطلب که عین به ملک ضامن منتقل نمی شود، مبتلا به اشکال است، و آن اینکه: بدون هیچ دلیل واضح و روشنی جمع میان عوض و معوض در ملک مالک اصلی شده و این جایز نیست.

سپس راهی را پیشنهاد کرده که ملک متزلزل باشد یعنی بگوئیم: فعلاً هر کدام از مالک و ضامن نسبت به بدل و عین یک ملک متزلزل دارند یعنی مالک اصلی مالک بدل است و ضامن هم مالک عین ولی ملکیت هر دو متزلزل است که اگر بعداً عین تلف شد ملکیت مالک نسبت به بدل مستقر می شود و قبل از آن تنها حق تصرف دارد، و اگر عین یافت شد که ملکیت‌های متزلزل بهم خورده و عین به مالک اصلی و بدل به ضامن برمی گردد.^(۱)

و محقق سبزواری هم در کفایة الاحکام^(۲) همین راه را پسندیده است.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در یک تحلیل جانانه می فرمایند: سخنی که شایسته گفتن باشد اینست که: در فرض تعذر قطعاً ضمان هست، و ضمان به معنای تدارك کردن و

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۲.

(۲) کفایة الاحکام، ص ۲۵۹.

خسارت دادن و غرامت کشیدن است یعنی اگر عین تلف شد ضامن باید خسارت بدهد و از مال او تلف شده و از جیب او رفته است. و لازمه این امر آنست که پس باید به اندازه مال تالف، از مال ضامن بجای آن بیاید و قائم مقام آن شود تا عرف گوید: این مال از کیسه او خارج شد و ضرر به او وارد شده به مالک، [این اصل معنای ضمان] آنگاه ذهاب عین دو گونه است:

۱- گاهی به نوع تلف است یعنی عین در دست ضامن تلف شد چه تلف حقیقی [مثل اینکه حیوان مرد، یا شیشه شکست و ...] و چه تلف عرفی [مثل آب در کنار شط، فاسد شدن گوشت، یخ در زمستان که عرفاً ارزشی نداشته و آن را مال به حساب نمی آورند.] و چه تلف شرعی [مثل موطوئه شدن گوسفند که سبب سوزاندن آن گردیده و از حالا تالف شرعی است.]

در این فرض هم مالیت رفته و هم سلطنت مالک منقطع شده و هم ملکیت منتفی شده، و بدلیت بدل به اینست که جای خالی را از هر جهت پرکند و قائم مقام مال تالف شود یعنی از حیث مالیت و سلطنت و ملکیت باید جبران کند و این به دخول بدل در ملک طلق مالک اصل است. و تدارک در این فرض به دخول در ملک محقق می شود.

۲- و گاهی به نوع تعذر و منقطع شدن سلطنت مالک از مال و فوت شدن انتفاعات او از عین است یعنی تلف نشده ولی در دست ضامن گم شده یا غرق شده و ... که فعلاً یا برای همیشه مالک بر عین سلطه ندارد و نمی تواند در آن جهاتی که عین دارای منافع است از آن سود ببرد در چنین فرضی بدلی که پرداخت می شود باید مطابق با مبدل بوده و جای خالی آن را پرکند و جای خالی در مالیت و سلطنت است نه در اصل ملکیت، ملکیت که از بین نرفته بلکه به حال خود باقی است، انتفاعات، تصرفات، سلطنت منتفی شده و باید جای خالی آن را پرکند.

اینجا است که تدارک کردن و بدل دادن موجب دخول آن در ملک مالک

نیست، آری در تحت اختیار او است و برای او جایز التصرف است ولی ملک نیست، و عرفاً تدارك در این فرض به این نحو است نه بیشتر.
 قوله: نعم:

در فرض تعذر عین، مهم تدارك سلطنت فائده و مسلط کردن مالک بر بدل و ایجاد سلطنت مطلقه برای او است، و لکن از آنجا که سلطنت مطلقه متوقف بر ملک است [زیرا بخشی از دخل و تصرفها مخصوص مالک است و بدون ملکیت حاصل نمی شود، از قبیل: بیع، عتق، وطی و ... که لا بیع الافی ملک ولا وطی الافی ملک ولا عتق الافی ملک و ...] ناگزیر به مالک شدن وی نسبت به بدل حکم می شود، و می گوئیم: مالک اصلی این بدل را تملک می کند، اما مالک شدن موضوعیتی ندارد، بلکه بهانه و زمینه ای برای تحقق تدارك است که تا مالک نشود سلطنت مطلقه پیدا نمی کند و تا سلطنت نیاید تدارك صدق نمی کند.
 قوله: وعلی ای تقدیر:

چه بگوئیم: مالک اصلی بدل را مالک می شود، و چه بگوئیم: صرفاً سلطنت مطلقه پیدا کرد و اباحه تصرف درست می شود، در هر حال تردیدی نیست که عین متعذر در ملک مالک اصلی باقی می ماند.

[چون اولاً بدل بدل حیلوله است نه بدل عین.

ثانیاً غرامت یک حکم شرعی است نه یک معاوضه.

ثالثاً بر فرض شک استصحاب بقاء ملک جاری می شود. [و جای تردید نیست، سخن در بدل است که به ملک مالک اصلی در می آید؟ یا در ملک ضامن باقی می ماند؟ در باب بدل هم اباحه مطلقه و سلطنت مطلقه مسلّم و لاریب فیه است و گرنه تدارك صدق نمی کند، پس حتی نسبت به تصرفهای وابسته به ملکیت هم مجاز است.

ولی سخن در اینست که: از اوّل امر که بدل را به مالک داد، وی مالک بدل

می شود تا بتواند سلطنت مطلقه خود را اعمال کند؟ یا از هنگام شروع در تصرف ملکی و یک آن قبل از آن ملکیت می آید؟ این مبحث سابقاً در باب معاطات مبسوطاً بحث شد و حق این بود که ملکیت آنی و یک آن قبل از تصرف درست می شود نه ملکیت از ابتداء امر، و دلیل مطلب جمع میان ادله بود. [دلیل سلطنت مطلقه، دلیل استصحاب بقاء ملک ضامن بر بدل، دلیل لایع ولا عتق ولا و طی و... الافی ملک]

قوله: ثمّ الله:

عین مال که متعذر الوصول شده گاهی بگونه ای است که جمیع انتفاعات و یا دست کم معظم انتفاعات آن متعذر شده و سلطنت مالک نسبت به آن منقطع شده است و گاهی بگونه ای است که بخشی از انتفاعات آن متعذر شده و دست مالک از آن کوتاه شده و گرنه نوع منافع آن میسور است.

حال مطالبی که تا به حال گفته آمد که آیا بدل به ملک مالک در می آید؟ یا در ملک با ذل و ضامن باقیمانده و مالک حق تصرف و سلطنت مطلقه دارد؟ تمام اینها مربوط به فرض اوّل یعنی تعذر جمیع یا معظم انتفاعات بود.

و اما در فرض دوّم و تدارک بخش قلیلی از منافع عین، چنین بدلی نه در ملک مالک داخل می شود و نه مالک بر آن سلطنت مطلقه پیدا می کند. [زیرا این در واقع بدل نیست و تدارک بر آن صدق نمی کند، چون تدارک در جایی است که: چیزی از بین برود و این بدل قائم مقام آن شود و در فرض مذکور که چیزی منتفی نشده نه ملکیت و نه مالیت و نه سلطنت مطلقه، تنها نسبت به برخی انتفاعات غیر اصلی محدودیتی پیش آمده]

حال در چنین فرضی اگر شارع مقدس فرمود: باز هم ضامن باید تمام قیمت عین را کامل بپردازد می گوئیم: این حکم شرعی از باب تعبد محض که بعید است، لابد از باب معاوضه است، یعنی کاشف از اینست که: شارع این را

معاوضه حساب کرده و ضامن تمام قیمت را داده و در عوض عین مال به ملک او منتقل شده است، و این قانونی است.

قوله: ولذا:

شاهد بر معاوضه بودن و انتقال عین به ضامن این فرع فقهی است که اگر شخصی حیوان دیگری را [منظور حیواناتی از قبیل: قاطر و الاغ و مانند آن است که هدف از معامله آنها رکوب و بارکشی است، نه حیواناتی از قبیل: گوسفند و ... که مقصود لحم و لبن آنها هم هست و حکم آنها سوزاندن است] و طی کرد، حکم حیوان آنست که نفی بلد شود و او را از بلد و طی تبعید کنند و در بلاد دیگر که کسی از سرّ او خبر ندارد بفروشد تا سبب تعییر و سرزنش و سرافکنندگی واطی و مالک نباشد.

حال در اینجا به مجرد و طی، غاصب واطی باید تمام قیمت آن را بدهد و فقهاء از این حکم استظهار کرده اند که: پس وی مالک حیوان می شود. یعنی معاوضه را فهمیده اند.

[متن روایت:

عن سدیر، عن ابی جعفر علیه السلام فی الرجل یأتی البهیمة، قال: یجلّد دون الحدّ و یغرم قیمة البهیمة لصاحبها لانه افسدها علیه و تذبح و تحرق ان کانت ممّا یؤکل لحمه، و ان کانت ممّا یرکب ظهره غرم قیمتها و جلّد دون الحدّ و اخرجها من المدينة التي فعل بها فیها الی بلاد اخرى حیث لا تعرف، فبیعها فیها کیلا یعیّر بها صاحبها. ^(۱)

با اینکه با نفی بلد و بیع در بلاد دیگر، مالیت منتفی نشده، تنها استفاده کردن از آن و سوار شدن یا بار کشیدن در بلد و طی ممنوع شده است، معذک حکم به پرداخت کل قیمت شد، پس لازمه اش آنست که خود حیوان در ملک واطی

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۵۷۱، باب اوّل از ابواب نکاح بهائم حدیث چهارم.

داخل شود .

قوله : هذا كله :

همانطور که قبلاً ذکر شد، چهار عنوان وجود دارد :

۱- عنوان تلف : در این فرض هم سلطنت مالک منقطع شده و هم مالیت از بین رفته و هم ملکیت و لذا بدلی هم که می دهد باید جای خالی تمام اینها را پر کند تا حقیقتاً تدارك صدق کند .

۲- عنوان تعذر : در این فرض ملکیت و مالیت از بین نرفته و جای آندو در ملک مالک خالی نیست و تنها سلطنت مطلقه منقطع شده است که بدل هم باید جای خالی سلطنت را پر کند و قائم مقام آن شود و اما ملک مالک شدن محل بحث بود که گذشت .

۳- خروج از قیمت یا سقوط از مالیت : عین مال موجود است و سلطنت مالک بر آن هم منقطع نشده، و ملکیت او هم از بین نرفته و تنها مالیت و ارزش منتفی شده و عین مال در دست ضامن به کلی از قیمت افتاده .

و نظیر ماء بر شاطی، و ثلج در شتاء گردیده حکم این فرض آنست که : به حکم قانون ضمان و تدارك باید تمام قیمت عین را بپردازد، و بدل در ملک مالک داخل می شود، ضمن اینکه عین مال کما کان به ملک مالک باقی است . و دلیل بقاء عین در ملک مالک آنست که : بدلی که پرداخت شده عوض از خود آن عین نیست تا در عوض عین هم از ملک مالک خارج و به ضامن منتقل شود تا جمع بین عوض و معوض لازم نیاید بلکه بدل بدل اوصاف و اجزائی است که با فوات آنها عین هم از قیمت و ارزش خارج گردیده است .

قوله : كما فی الرطوبة :

در اینجا فروعات زیادی را به عنوان شاهد مثال می توان آورد، ولی فعلاً دو فرع در کلام شیخ مطرح شده : [و دو فرع دیگر در مصباح الفقاهة ج ۳ ص ۲۱۸ و

۲۱۹ مطرح شده]

۱- شخصی جاهل به غضب بود و با آب غصبی وضو ساخت، در اثناء وضو و پس از تکمیل غَسَلات آگاه به غصبیت شد، و طبق علی الید... ضامن شد و قیمت آب را هم داد، ضمناً آب مذکور با مصرف کردن از قیمت افتاده و رطوبت موجود در اعضا وضو هم که مالیت و بیع و شراء ندارد.

ولی اگر گفتیم: این رطوبتها کالتالف است، پس قیمت را که داد حق دارد به همین رطوبتها مسح کند و نیاز به اجازه نیست، ولی اگر گفتیم: این عین ولو از ارزش افتاده ولی به ملک مالک باقی است [که مفروض ما است] صحّت مسحات و در نتیجه صحّت وضو، منوط به اجازه از مالک این رطوبت است. و منافاتی هم نیست میان اینکه هم کلّ قیمت آب را بدهد و هم این عین به ملک مالک باقی باشد، زیرا که قیمت بدل از خود عین نیست.

۲- محقق ثانی در شرح قواعد علامه [یعنی در جامع المقاصد] در ذیل این فرع که: اگر کسی جامه اش را با نخهای غصبی خیاطت کرد... فرموده: اگر مالک نخها را از غاصب خواست که نخها را از جامه کنده و تحویل او دهد، بر غاصب واجب است اجابت کرده و نخها را بکند و تحویل مالک دهد چه در سایه این نزع و کندن ارزش نخ کم شود و چه به کلیّ از ارزش ببینند، که در اولی باید ارزش و تفاوت را به مالک پردازد و در دومی هم قیمت کامل نخها را باید بدهد.

سپس فرموده: خروج نخها از ارزش [به وسیله کندن و پاره پاره شدن] موجب نمی شود که از ملک مالک شدن هم خارج شوند بلکه به ملک مالک باقی است و تمام قیمت را هم باید پردازد، و قیمت بدل از مالیت است نه از ملکیت^(۱).

(۱) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۰۴.

جناب شهید ثانی^(۱) هم همین مطلب را فرموده که: اگر با کشیدن نخ از جامه بکلی قیمت آن از بین برود غاصب باید تمام قیمت را بپردازد، و در عین حال نخها از ملک مالک خارج نمی شوند، و بدل هم به ملک او برمی گردد. و جمع میان بدل و عین در ملک مالک اصلی می شود، ولی این جمع میان عوض و معوض نیست زیرا که قیمت عوض از خود عین نیست تا جمع بینهما شود.

[نکته: ملکیت و مالیت از نسب اربع چه نسبتی دارند؟ دو گونه می شود

محاسبه کرد:

۱- عام و خاص من وجه باشند: در مثل آبهای دریاها، ماهیان دریاها و اقیانوسها و ... مالیت هست ولی ملکیت نیست، زیرا اینها ملک شخصی خاصی نیستند. و در مانند حبه گندم و ... ملکیت هست و لذا غاصب ضامن است ولی مالیت نیست و عاقلی در قبال یک حبه مال نمی دهد. و در اکثر اموالی که در اختیار انسانها است هم مالیت وجود دارد و هم ملکیت و هر دو تصادق دارند.

۲- عام و خاص مطلق باشند: هر جا مالیت باشد ملکیتی هم هست از قبیل: ملک خداوند، یا ملک پیامبر و امام علیهم السلام یا ملک دولت یا ملک عنوان در وقف خاص یا ملک مسلمین در اموال بیت المال و یا ملک شخص خاص در سایر اموال، و اگر اینگونه محاسبه کنیم در عالم هیچ مالی نیست که ملک نباشد. ولی در بغض موارد ملک هست اما مال نیست همانند حبه گندم و ... [

قوله: لکن:

مرحوم مقدس اردبیلی در دو فرع مذکور با مشهور مخالفت کرده و فرموده: در مسئله خیاطت با نخ غصبی پس از پرداخت قیمت نخها اگر مالک از غاصب خواست که نخها را تحویل دهد، اجابت و کندن نخها واجب نیست، و بلکه حتی جایز هم نیست [چون مالک جامه متضرر می شود، یا چون نخ مستعمل

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۸.

کالتالف محسوب می‌شود و ملک مالک نیست. [و تنها سخن از قیمت است. و بدنبال آن فرموده: حالا که نخها کالتالف است و کندن آنها واجب نیست، پس نماز خواندن با آن جامه هم صحیح است و اجازه هم لازم ندارد. کما اینکه در فرع اول یعنی وضو به آب غصبی هم اگر از اول علم به غصبیت داشته که وضوی او باطل است چون قصد قربت متمشی نیست. ولی اگر از اول جاهل بود و به قصد قربت شروع کرد و قبل از مسحات و پس از غسلات آگاه به غصبیت شد، و قیمت آنها را داد، باز مسح با رطوبت باقیمانده صحیح است و نیازی به اجازه ندارد. ^(۱)

قوله: و استجوده:

مرحوم صاحب جواهر نیز فتوای محقق اردبیلی را پسندیده و فرموده: وقتی قیمت کامل عین را پرداخت، خود عین به ملک ضامن منتقل می‌شود، به این دلیل که: چون مالک اصلی مالک بدل می‌شود پس لازمه اش آنست که: عین هم از ملک او خارج شود زیرا شرعاً این یک معاوضه محسوب می‌شود و جمع بین عوض و معوض در ملک یک نفر نشاید.

و این مطلب را بر استصحاب بقاء ملکیت مالک نسبت عین، ترجیح داده و فرموده با این دلیل جائی برای استصحاب نیست ^(۲).

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در اعتراض به صاحب جواهر می‌فرماید: ما هیچ دلیلی بر این اقتضاء نداریم، یعنی دلیل نداریم بر اینکه چون مالک اصلی قیمت و بدل را مالک می‌شود پس باید عین از ملک او خارج شود، خیر عوض و بدل که در قابل خود عین نیست تا جمع بینهما نشاید، عوض در قبال او صاف و اجزاء است که تلف

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰، ص ۵۲۱.

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۸۰.

شده و از بین رفته است، پس عین به ملک مالک باقی است و بر فرض شک از استصحاب مذکور استفاده می کنیم.

قوله: **وَادَّةُ الضَّمانِ:**

گویا کسی می گوید: دلیل ما بر خروج عین از ملک مالک و انتقال آن به ضامن، ادله و اخبار ضمان و غرامت است. مرحوم شیخ می فرماید: مکرر دانستیم که مفاد این ادله و جوب ضمان است و ضمان یعنی تدارك و جای خالی مال را پر کردن، آنگاه بستگی دارد که چه چیزی جایش در ملک مالک خالی شده تا تدارك به همان باشد؟

سپس همان سه صورت را که تا به حال دوبار ذکر کردند، برای بار سوم و بصورت فشرده و منسجم بیان می کنند:

۱- گاهی عین مال در دست ضامن تلف شده، در اینجا هم سلطنت مالک منقطع شده و هم مالیت از بین رفته و هم جای ملک خالی است. و بدل و غرامتی که می پردازد باید جای خالی هر سه را پر کند.

۲- و گاهی عین مال تلف نشده و مالیت آنها سقوط نکرده و تنها سلطنت مالک از آن منقطع شده در این فرض بدل و غرامت باید جای خالی سلطنت را پر کند نه چیز دیگر، و معنای بدل حیلوله هم جز این نیست. [یعنی چون غاصب میان مالک و مالش حائل شده و فاصله افکنده و باعث شده تا مالک نتواند از عین مالش بهره برداری کند و ... باید مثل یا قیمت را در اختیار او بگذارد که او بتواند از آن انتفاع ببرد.]

۳- و گاهی عین مال هست و ملک مالک هم هست ولی مالیت آن منتفی شده و صد درصد از ارزش افتاده که فعلاً مورد بحث ما است و در این فرض بدل و غرامت جای مالیت را پر می کند و عوض از اوصاف و اجزائی است که در ارزش عین دخیل بودند، نه جای خود عین را، زیرا عین که تلف نشده و جای او خالی

نیست تا نیازمند بدل باشد، تازه بر فرض تلف هم ضمانت مالی ندارد [چون ارزشی ندارد].

و اگر مشهور فتوی به وجوب رد آن داده اند صرفاً یک وجوب تکلیفی است نه وضعی که اگر رد نکرد ضامن باشد و در مقابل مالی پردازد [خیر با پرداخت قیمت کامل ضمان از عهده اش مرتفع شد]. [و تازه وجوب رد هم بر فرض است که غاصب متضرر نشود] مثلاً خانه اش خراب نشود، کشتی اش غرق نشود، جامه اش پاره و تباه نگردد و... [و اگر ضرری شد ممکن است حکم به سقوط چنین وجوبی بشود و بگوئیم: در صورت ضرر رد واجب نیست]. [اصولاً هر حکم تکلیفی ضرری به حکم لا ضرر در اسلام منفی است از وجوب صوم ضرری، غسل ضرری، وضوء ضرری و... [پس عین مالک حساب خود را دارد و به ملک مالک باقی است و عندالمطالبه واجب الرد می شود، و مالیت آنها که در دست ضامن تلف شده حکم خود را دارد که باید جبران و تدارک شود. قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به این که: اگر مالک خانه یا کشتی یا پارچه شخص دیگری غیر از غاصب باشد مثلاً غاصب برای دیگری نجاری کرده و از لوح غصبی در کشتی او بکار برده، یا بنائی کرده و آجر غصبی مصرف کرده، یا خیاطی کرده و با نخ غصبی جامه کسی را دوخته و...

در اینجا ممکن است بگوئیم: اگر ضرر به مالک می رسد رد عین مغضوب واجب نیست و غاصب باید قیمت آن را بدهد، ولی اگر مالک خود غاصب باشد و اینها را برای خود مصرف کرده، عندالمطالبه باید مال مغضوب را به مالکش برگرداند ولو متضرر هم بشود.

و اینجا لا ضرر جاری نمی شود، چرا که لا ضرر در مقام امتنان و ارفاق و آسانگیری بر امت است و غاصب مستحق این امتنان نیست بلکه مستوجب اشد

مجازات است تا عبرتی برای دیگر غاصبان و متعدیان باشد.

قوله: ولعلّ:

مرحوم شهید ثانی در مسالک در جائی فرموده: ظاهر فقهاء آنست که: اگر نخ غصبی با بیرون کشیدنش از جامه به کلی از مالیت می افتد، در اینجا اخراج و نزع واجب نیست و نوبت به قیمت می رسد و غاصب فقط باید قیمت را بپردازد. (۱)
و جای دیگر فرموده: این نخها ولو در جامه بکار رفته ولی کماکان به ملک مالک باقی است، و غاصب باید قیمت آنها را بدهد و معذک ملک مالک است. [لازمه بقاء بر ملک آنست که: اگر مالک مطالبه کرد ضامن باید آن را به مالک ردّ کند و وجوب ردّ دارد. (۲)]

حال به نظر می آید: این دو بیان متنافیاند و جناب شهید ثانی تناقض گوئی کرده، آیا راهی برای حلّ آن داریم؟

مرحوم شیخ می فرماید: جمع میان دو کلام به اینست که: کلام اوّل که سخن از عدم وجوب ردّ بود مربوط به فرض ضرر است یعنی اگر با ردّ عین مالک پارچه یا خانه یا کشتی [ولو خود غاصب باشد] متضرّر می شود، اینجا به حکم لا ضرر ردّ واجب نیست و همان اداء قیمت کافی است. و کلام دوّم ایشان که سخن از بقاء عین بر ملک مالک و بالملازمه سخن از وجوب زدّ داشت، به فرض عدم تضرّر حمل می شود، یعنی فرضیکه مالک از ردّ عین دچار زیان نمی شود. پس منافاتی نیست.

قوله: ثم انّ هنا:

سه فرض:

۱- تلف

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۸، سطر ۲۵-۲۷.

(۲) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۵۸، سطر ۳۷-۳۸.

۲- تعذّر و وصول

۳- سقوط از قیمت و خروج از مالیت، تا به حال بحث شد، اینک عنوان چهارمی مطرح است، و آن اینکه: اگر عین مضمونه در دست، غاصب هم از مالیت و ارزش افتاد و هم از ملک مالک خارج شد، و فعلاً نه مالیتی دارد و نه شرعاً ملک محسوب می‌شود، و تنها یک حق اولویّتی از برای مالک اصلی باقیمانده، اینجا چه باید کرد؟

مثال: زید سرکه بکر را غصب کرد و در دست او تبدیل به شراب شد، که این شراب، نه شرعاً مالیت دارد و نه قابل تملک است، ولی مالک اصلی زید است که آن را گرفته و مثلاً به پای درختانش بریزد و ...

حال در اینجا بلاشک باید غاصب تمام قیمت را بدهد و مالیت عین را جبران کند، و عوض هم ملک مالک اصلی می‌شود تا ملکیت او هم جبران شود، ولی سخن در اینست که: آیا باز هم بر غاصب واجب است که این شرابها را به مالک اصلی ردّ کند یا خیر؟

علامّه در قواعد در این رابطه اشکال کرده و فرموده: و جوب ردّ عین مبتلا به اشکال است^(۱).

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: شاید وجه الاشکال این باشد که:

از طرفی قبل از تبدیل شدن سرکه به شراب که ردّ آن واجب بود، حال پس از انقلاب خلّ به خمر در بقاء و جوب ردّ شک می‌کنیم، استصحاب بقاء و جوب ردّ جاری می‌شود. این وجه و جوب ردّ.

از طرف دیگر آنکه موضوع مستصحب ما [و جوب ردّ] است ملک است زیرا که الملک یجب ردّه الی مالکه نه غیر ملک، و این عین وقتی که سرکه بود ملک بود و الان که خمر شده دیگر ملک نیست پس موضوع عوض شد و در

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۶.

استصحاب بقاء موضوع و وحدت قضیه متیقنه و مشکوکه لازم است، که اینجا نیست. پس جای استصحاب نیست و این قیاس و اسراء حکم موضوعی به موضوع دیگر است. اینهم وجه عدم وجوب ردّ.

قوله: الا ان يقال:

مگر کسی از وجه ثانی جواب داده و بگوید: در استصحاب بقاء موضوع لازم است اما به دید عرفی و اینجا عرف می گوید: این موضوع همان موضوع است و انقلاب به خمر را از قبیل تبدل حالات می داند، پس ارکان استصحاب تام است و جاری می شود. پس باز هم ردّ عین واجب است. و لذا جماعتی از فقهاء فتوی به وجوب ردّ خمر داده اند از جمله شهید اول^(۱) شهید ثانی^(۲) محقق ثانی^(۳).

و مؤید وجوب ردّ آنست که: اگر مجدداً شراب تبدیل به سرکه شد، همه می گویند: ضامن باید خود این سرکه ها را رد کند، و اگر موضوع عوض شده بود که دلیلی بر وجوب ردّ نبود.

قوله: ثم انّ:

فروعاتی در رابطه با تعدّر و وصول:

فرع اوّل: پس از تعدّر و وصول که ضامن قیمت کامل عین را پرداخت، حکم آنست که: بدین وسیله از عهده برآمده و ضمانت را اداء کرد، و از این پس هر چه قیمت عین بالا برود، چه ارتفاع قیمت مربوط به قیمت بازار باشد و چه مربوط به زیاده ای در خود عین باشد آنهم چه متصل مثل چاقی و چه منفصل مثل میوه و ... هیچکدام مربوط به ضامن نیست، او وظیفه داشت بدل را بدهد که داده و پس از

(۱) دروس، ص ۳۰۸.

(۲) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۶۷.

(۳) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۹۲.

اداء ذمه باز ضمانت معنی ندارد.

همچنین پس از پرداخت بدل منافع عین متعذر الوصول [رکوب دابه و ...] را هم ضامن نیست، و مالک حق ندارد مضافاً به گرفتن قیمت، خواهان عوض منافع هم باشد. ولی علامه در تذکره طرفدار ضمان منافع شده است^(۱).
 و شیخ طوسی در مبسوط فرموده: اقوی عدم ضمان است ولی قول به ضمان هم قوی است^(۲) و محقق ثانی در جامع المقاصد یکجا متوقف شده^(۳) و جای دیگر ضمان منافع را ترجیح داده است^(۴) پس در مجموع راجع به ضمان منافع ۳ قول شد:

۱- ضامن نیست.

۲- ضامن است.

۳- توقف

قوله: ثم انّ:

فرع دوّم: حضرات فقهاء در بحث ضمان مثلی و قیمی، عنوان تعذر وصول را به عنوان تلف عطف کرده یا تشبیه کرده و فرموده اند: التّعذر کالتلف اوفی حکمه.

ظاهر این عطف یا تشبیه آنست که: فرض تلف هر حکمی داشت فرض تعذر هم همان حکم را دارد، یکی از احکام تلف این بود که ضامن قیمت تا روز تلف را ضامن است [یا یوم الغصب یا یوم التلف یا اعلی القیم از یوم غصب تا یوم تلف] و پس از یوم التلف قیمت عین تلف هر چه بالا رود، ربطی به ضامن ندارد [و فرض بحث هم موردی است که هنوز قیمت را نداده این ترقی حاصل شد و

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۲.

(۲) مبسوط، ج ۳، ص ۹۶.

(۳) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۵۱.

(۴) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۷۳.

گر نه پس از دفع قیمت که در فرع قبلی مطرح بود. [حال ظاهر عطف آنست که: در فرض تعذر هم ملاک قیمت یوم التعذر است و ضامن همان را باید بدهد [یوم التعذر معیناً یا یوم الغصب یا اعلی القیم تا روز تعذر] و ارتفاع قیمت پس از یوم التعذر را ضامن است اگر چه هنوز بدل را نپرداخته است.
 قوله: ولكن:

ولی مرحوم شیخ می فرماید: از این جهت تلف با تعذر فرق دارد: در باب تلف به مجرد تلف قیمت در حق ضامن متعین می شود، و باید قیمت را بدهد و اصل هم قیمت یوم التلف بود، و مالک حق امتناع ندارد، و لذا قیمت روزهای بعد به ضامن ارتباط ندارد.

ولی در فرض تعذر چنین نیست که به مجرد تعذر عین، قیمت متعین شود و مالک از اخذ آن ناگزیر باشد و حق امتناع نداشته باشد، بلکه کما کان عین در ذمه است و مالک حق دارد صبر کند و انتظار بکشد و تا مطالبه قیمت نکرده تبدیل به قیمت نمی شود، و هر روز مطالبه کرد قیمت آن روز ملاک است.

پس ما نحن فیه همانند مثل متعذر در مثلی است که ملاک یوم الاداء و الدفع بود. و اگر احیاناً در مدت تعذر تلف شد، ملاک یوم التلف است نه یوم التعذر و یا بر مبنای اعلی القیم، تا یوم تلف مطرح است نه تا یوم تعذر و

خلاصه: از این جهت تعذر مثل تلف نیست، در تلف به مجرد تلف قیمت همان روز می آید، ولی در تعذر تا قیمت را نداده خود عین به ذمه است و ملاک قیمت یوم الاداء است نه یوم التعذر.

قوله: والحکم:

این فراز در واقع شاهی بر مدعای شیخ اعظم^(۱) [فرق تلف و تعذر]

است.

بیان مطلب: از طرفی مشهور فرموده اند: **یوم التّعذر** به منزله **یوم التلف** است و ظاهرش آنست که: ارتفاع قیمت و منافع و ... را پس از روز **تّعذر** ضامن نیست، همانطور که در تلف ضامن نبود. و از طرفی همین مشهور در باب **تّعذر** فرموده اند:

پس از **تّعذر** عین هم تا زمانی که بدل را نپرداخته اگر عین دارای اجرتی باشد [مثل دابّه که رکوب آن اجرت او است و عبد که عمل او اجرت دارد و ...] ضامن است و باید بدهد، و نیز نماء آن را [متصل یا منفصل] ضامن است. و این بدان معنی است که روز **تّعذر** ملاک نیست و ارتفاع قیمت پس از آن را هم ضامن است. و این دو فتوی بر حسب ظاهر با یکدیگر تناقض دارند و قابل جمع نیستند. [و چون فتوای دوم نص است آن را اخذ کرده و می گوئیم: ملاک روز **تّعذر** نیست و از این جهت با تلف فرق دارد، و فتوای اول را که ظاهر است توجیه کرده و می گوئیم: منظور از عطف **تّعذر** بر تلف یا تشبیه آن، در اصل سبب ضمان بودن است نه در خصوصیات و کمّ و کیف آن.]

[نکته: چرا فرمود: این دو فتوی در ظاهر با هم قابل جمع نیستند؟ وجه تقیید به «ظاهرأ» چیست؟ مرحوم شهیدی فرموده:

لعلّ قوله ظاهرأ من جهة الاشارة الى ان عدم الاجتماع بينهما مبنى على ظاهر حکمهم بكون يوم التّعذر بمنزلة يوم التلف من كونه بمنزلة في تمام الاحكام حتى في عدم ضمان ارتفاع القيمة بعده و اما بناء على كون المراد منه كونه منزلته في جواز مطالبة القيمة بعده فلا تنافي بين الحكمين.]

قوله: فمقتضى:

با محاسباتی که کردیم به این نتیجه می رسیم که: فرض **تّعذر** عین در قیمتات همانند فرض **تّعذر** مثل در مثلثات است که به مجرد **تّعذر**، عین از ذمه ساقط نمی شود و غاصب خود عین را ضامن است تا زمانی که مالک مطالبه کند و

عندالمطالبه تبدیل به قیمت می شود پس روز اداء و پرداخت بدل و قیمت ملاک است نه روز تعدّر.

قوله: ثمّ انه:

فرع سوّم: فرضاً عین مال در دست ضامن گم شد و متعدّر الوصول گردید و بدنبال آن با مطالبه مالک یا تراضی طرفین، ضامن بدل آن را به مالک داد [بدل حیلوله] حال تا زمانی که عین مال متعدّر است که بحثی نیست، ولی هنگامی که مجدداً عین مال پیدا شد و ضامن به آن دسترسی پیدا کرد و حالت تمکّن از وصول پیدا شد، سؤال اینست که: پس از مرتفع شدن عذر و تعدّر وصول، و متمکّن شدن از ردّ عین، وظیفه غاصب چیست؟ آیا در قبال عین هیچ وظیفه ای ندارد؟

می فرماید: همانطوری که در فرض تمکّن ابتدائی و اصلی یعنی قبل از تعدّر، ردّ عین واجب بود همچنین در فرض تمکّن ثانوی و پس از تعدّر هم بر ضامن واجب است که فوراً عین را به مالک اصلی مسترد دارد و حق لحظه ای امساک ندارد، [فتوای جامع المقاصد^(۱) هم چنین است.] و حتی اگر ردّ آن منوط به یک سلسله مخارج باشد باید از باب مقدمه واجب آنها را متحمّل شود [مگر مخارج به قدری سنگین باشد که اجحاف و ظلم فاحش بر ضامن باشد که در این صورت چه بسا به حکم لا ضرر ردّ واجب نیست، و شاید هم میان غاصب و سایر ضامنها فرق باشد.]

دلیل وجوب ردّ: عموم علی الید ما اخذت حتی تؤدّی است که در ادامه و پس از دفع دو اشکال تبیین خواهد شد.

قوله: ودفع البدل:

اگر کسی بگوید: ضامن که بدل را پرداخت و از عهده برآمد، مجدداً چرا پس از تمکّن از عین وظیفه داشته باشد که آن را به صاحب اصلی اش ردّ کند؟

(۱) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۷۱.

در جواب می گوئیم: آن بدل بدل حیلوله و حائل شدن ضامن میان مالک و مال او است نه بدل از عین و بدل حیلوله مادامی است یعنی تا زمانی است که مُبدل و عین یافت نشده و همینکه یافت شد، باید خود عین را ردّ کند.

سؤال: پس فائده بدل حیلوله چیست؟

جواب: مضافاً به اینکه مالک بر بدل سلطنت یافته و از آن کمال انتفاع را می برد و جای سلطنت فائده را برمی کند، دو فائده دیگر هم دارد:

۱- چنانچه پس از پرداخت بدل عین تلف شود، ضامن در قبال آن مسئولیتی نداشته و مجدداً موظف به پرداخت قیمت یوم التلف و مانند آن نیست.

۲- طبق مبنائی که ما قبلاً در فرع اول اختیار کردیم و گفتیم: ثم ان مقتضی صدق الغرامة علی المدفوع خروج الغارم عن عهدة العین و ضمانها... در ما نحن فیه می گوئیم: پس از پرداخت بدل در هنگام تعدّر، نسبت به منافع عین و نیز نسبت به نمائات و نتایج متصله [چاقی] و منفصله [نمره، ولد و ...] آن ضمانتی نداشته و مشغول الذمه نیست.

قوله: وسقوط:

اگر کسی بگوید: در برهه ای از زمان که عین متعدّر شد، وجوب ردّ هم ساقط شد، حال پس از تمکن از عین شک می کنیم: آیا سقوط ردّ باقی است یا نه؟ استصحاب بقاء سقوط جاری کرده و می گوئیم: خیر ردّ واجب نیست.

در جواب می گوئیم: این سقوط وجوب ردّ به خاطر عذر عقلی یعنی تعدّر وصول به عین بود که عقل می گفت: تکلیف بما لا یطاق محال است، و احکام عقلیه استصحاب بردار نیستند [به بیانی که در رسائل مرحوم شیخ آمده^(۱)]

قوله: بل:

به عقیده ما به دو دلیل پس از تمکن از عین باید آن را به مالک اصلی ردّ کند:

(۱) رسائل محشی، ص ۳۲۵ و ص ۳۷۸.

۱- استصحاب وجوب ردّ: قبل از تعذّر ردّ عین واجب بود، پس از تعذّر و رفع آن الآن در بقاء وجوب ردّ شک می کنیم، از استصحاب استفاده می کنیم.
[نکته: مرحوم شهیدی فرموده:

بعد ارتفاع الضمان بدفع الغرامة بعد التعذّر علی ما اختاره لا مجال للاستصحاب لکن يمكن ان يقال: انّ المتيقن فی السابق هو الضمان مطلقاً فی حالتی التعذّر والتمکن فبدفع الغرامة فی حال التعذّر يشکّ فی انّ المرتفع به اصل الضمان او خصوص الضمان فی حال التعذّر ومادام متعذراً فاین القطع بارتفاع الضمان بالمرّة بل هو مشکوک لاحتمال ان يكون المرتفع هو الضمان الخاص فيستصحب اصل الضمان فی حال التمكن ویرتّب علیه وجوب الردّ لوجود المقتضى وهو الضمان وعدم المانع عنه وهو التعذّر^(۱)]

۲- عموم علی الید ما اخذت: این حدیث حکم به ضمان می کند و می گوید: کسی که بر مال دیگری ید پیدا کرد مشغول الذمه می شود و سپس این حکم را مغبّاً به غایتی کرده و می گوید: حتّی تؤدّی یا تؤدّیه، یعنی تا زمانی که خود عین را ادا نکرده ای ضامنی، پس غایت ضمان ردّ العین است و در ما نحن فیه پس از رفع تعذّر ردّ عین ممکن است پس ضامن باید آن را ردّ کند و گرنه از عهده برنیامده است.

قوله: وهل الغرامة:

فرع چهارم: عین در دست ضامن بود، مدّتی متعذّر شد، و ضامن بدل آن را به مالک اصلی داد، و ملک مالک هم شد، حال پس از مدّتی عین میسور شده و ضامن از آن متمکن گردیده، حال آیا به مجرد تمکن از ردّ، بدل هم از بدلیت درآمده و غرامت هم از ملک مالک اصلی خارج و به ملک ضامن برمی گردد؟ یا

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۴۵.

کما کان غرامت و بدل بر ملک مالک اصلی باقی است و تا عین به مالک اصلی ردّ نشود بدل از ملک او خارج نمی شود؟ در مجموع سه وجه از عبارت مرحوم شیخ استفاده می شود:

۱- آری به محض عروض تمکّن، بدل و غرامت به ملک ضامن برمی گردد، نتیجه این وجه: ضمانت قبل از تعدّر و حین تعدّر باطل شده و ضمانت جدیدی از هنگام تمکّن مطرح می شود، و ضامن گویا تازه عین را غصب کرده و ضامن شده است و همان احوال در ضمان مطرح می شود که آیا: ملاک یوم الضمان [در اینجا یوم التّمکّن یوم ضمان می باشد] است؟ یا یوم التلف است؟ [یعنی اگر فرضاً بعد از تمکّن، عین در دست ضامن تلف شد، قیمت آن روز مطرح است] یا اعلی القیم؟ دلیل این وجه در ادامه خواهد آمد.

۲- خیر به مجرد تمکّن از عین، بدل حیلوله از ملک مالک اصلی خارج نشده و در ملک ضامن داخل نمی شود بلکه بر ملک مالک باقی است. نتیجه این احتمال: ضمانت جدیدی مطرح نیست و چیزی بر ذمه ضامن نمی آید و از نظر حکم وضعی همان بدل و غرامت در مقابل عین است نه چیز دیگر، و صرفاً یک حکم تکلیفی به عنوان وجوب ردّ دارد.

مرحوم شیخ همین وجه را تقویت کرده و دلیل آن را استصحاب بقاء ضمان به همان بدل و غرامت می داند و می فرماید: چیزی که ضمانت جدیدی بیاورد و ضمان قبلی را از بین ببرد، و ملکیت مالک اصلی را از عین ازاله و ابطال نماید، تحقق نیافته است، پس مانعی از ابقاء همان ضمانت سابق نیست.

قوله: و مجرد عود:

این فراز در واقع دلیل وجه اول است که به صورت دفع توهم مطرح شده،

بیان ذلک:

اگر کسی بگوید: وضعیّت فرق کرده و چیزی که مزیل ملکیت سابق و

موجد ضمان جدید باشد حاصل شده و آن مسئله عروض تمکن است که قبلاً نبود و الآن حاصل است و اگر پس از تمکن هم به بقاء بدل در ملک مالک اصلی حکم شود، سر از جمع میان عوض و معوض در می آورد که جایز نیست. پس ناچاریم بگوئیم: پس از تمکن، بدل به ملک ضامن بر می گردد.

مرحوم شیخ می فرماید: در جواب می گوئیم: دو مطلب است:

۱- تمکن از ردّ عین به مالک.

۲- سلطنت فعلی مالک بر آن، و عود تمکن که سبب سلطنت فعلی مالک نمی شود تا بگوئید: جای خالی سلطنت پرشد، پس باید بدل از سلطنت و ملک مالک خارج شود تا جمع میان عوض و معوض نشود.

آری نهایت چیزی که پس از پیدا شدن عین حاصل می شود عبارتست از: قدرت یافتن ضامن بر ردّ عین و اعاده سلطنت فائده مالک نسبت به ملک، و بدنبال قدرت بر ردّ، مسئله وجوب ردّ درست می شود، که بر غاصب ردّ عین واجب است.

قوله: و حیثئذ:

حال که بر ضامن ردّ عین واجب شد از دو حال خارج نیست:

۱- یا عین را به مالک اصلی پرداخته.

۲- و یا دفع نکرده و نپرداخته، اگر پرداخته باشد، بی تردید مالکیت مالک از بدل و غرامت زائل شده و بدل به ملک ضامن بر می گردد.

۳- قوله: و توهم:

این در واقع وجه سوّم است و آن اینکه: نه تنها به مجرد تمکن از عین، غرامت عود نمی کند و ملکیت مالک نسبت به آن از بین نمی رود، بلکه حتی پس از ردّ عین و حصول سلطنت فعلیه مالک هم، غرامت به ضامن بر نمی گردد، زیرا غرامت در مقابل سلطنت فائده است [که در مدت چند ماه تعذر بود.] و همانطور

که سلطنت فائته بر عین برنمی گردد و محال است برمی گردد، زیرا زمان برگشتنی نیست، و مافات ماضی و الماضی ما ماضی و قته و لزوم اجله، هکذا بدل هم برنمی گردد.

مرحوم شیخ می فرماید: بدل، بدل از سلطنت فائته نیست تا شما آن حرف را بزیند بلکه بدل از اصل سلطنت مالک بر مال خود در مدت تعذر است و هدف آن است که جای خالی سلطنت پر شود، حال عملاً مالک در آن مدت استفاده ای ببرد و از عین بهره ای ببرد یا نه، و اگر بدل از اصل سلطنت بود، با ردّ عین اصل سلطنت آمد پس باید غرامت هم برگردد و ملک ضامن شود و گرنه جمع میان عوض و معوض می شود.

در نتیجه: وقتی ضامن عین را به مالک داد، مالک هم باید غرامت را به ضامن بدهد و اگر بدل در دست او تلف شده باید بدل بدل را بدهد و اگر به تصرف ناقل آن را به دیگری منتقل کرده چه به نقل لازم [کالبیع اللازم] و چه نقل جایز [بیع خیاری، و هبه و ...] باید عوض آن را به مالک پس دهد.

و نیز از عهده نمائات متصل غرامت باید برآید. آری نمائات منفصل آن [از قبیل: شیر، پشم و ... که حق داشته استفاده کند و کرد.] در ملک مالک اصلی باقی مانده و به ضامن عودت داده نمی شود.

قوله: ولو لم یدفعها:

و اگر عین را به مالک نپرداخته باشد آیا ابتدا به ساکن و قبل از دفع عین حق دارد از مالک مطالبه غرامت کرده و بگوید: بدلی را که به شما داده بودم به من برگردانید؟ خیر حق مطالبه ندارد، زیرا تا هنگامی که عین را به مالک اصلی ردّ نکند و سلطنت مالک بر عین جامه عمل نپوشد، بدل از ملک مالک اصلی خارج نمی شود تا ضامن حق مطالبه نسبت به بدل داشته باشد، و مالک چیزی نیست تا خواهان آن باشد، و اگر بگوئید: تمکن از عین پیدا کرده خواهیم گفت: غرامت

بدل و عوض از سلطنت فعلی است که هنوز حاصل نشده نه عوض از قدرت و توان غاصب بر تحصیل و ایجاد سلطنت برای مالک، تا بگوئیم: این قدرت و تمکن آمده پس حق مطالبه دارد.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اینجا از باب تراذ است و ضامن هم حق مطالبه دارد.

قوله: نعم:

ضامن حق مطالبه ندارد، ولی مالک اصلی قبل از دادن بدل هم حق مطالبه دارد و می تواند ضامن را به دادن عین ملزم سازد، و دلیل این حق عموم الناس مسلطون علی اموالهم می باشد که از شعب سلطنت، همین سلطنت مطالبه است.

قوله: ولیس ما عنده:

اگر کسی بگوید: مالک که بدل را در اختیار دارد، پس حق مطالبه برای

چیست؟

در جواب می گوئیم: غرامت که عوض از سلطنت مطلقه [سلطنت انتفاع و سلطنت مطالبه] نیست تا با در اختیار داشتن بدل حق مطالبه نباشد، غرامت بدل از سلطنت بر انتفاع است که ضامن این سلطنت را از مالک گرفته بود و باید جای آن را پر کند، و پر کرده، پس حق مطالبه جایش خالی و محفوظ است.

قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه غرامت بدل از سلطنت مطلقه نیست و جای سلطنت بر مطالبه را نگرفته، آنست که: اگر غرامت جای خالی سلطنت مطالبه را هم پر کرده باشد. پس مالک اصلی نباید حق مطالبه داشته باشد، و لازمه حق مطالبه نداشتن نبود سلطنت مطلقه است و لازمه آن نبود ملکیت است، پس عین هم نباید

ملک او باشد، و اگر ملک او نبود ملک دیگری هم که نیست پس باید از مباحات باشد و دیگران حق داشته باشند در آن تصرف کنند و در سایه حیازت و سبقت و ... مالک شوند، در حالی که هرگز چنین نیست و برای دیگران مباح نمی شود، پس از ملک مالک خارج نشده، پس این سلطنت محفوظ است و حق مطالبه دارد.

قوله: و ممّا ذکرنا:

فرع پنجم: آیا غاصب حق دارد پس از اینکه عین را پیدا کرد و متمکّن شد آن را حبس کند و به مالک اعلام کند که تا بدل را نپردازی من هم عین را به شما نخواهم داد و نگه می دارم؟ یا حق حبس کردن ندارد؟

مرحوم شیخ می فرماید: ممّا ذکرنا [که غرامت به ملک غاصب بر نمی گردد بعد از سلطنت مالک بر عین او حق مطالبه ندارد ...]. معلوم شد که: غاصب حق ندارد عین را حبس کند و خواهان ردّ بدل از سوی مالک شود [دلیل مطلب آنست که: وی فعلاً مالک بدل نیست تا در عوض مبدل را حبس کند، برخلاف معاوضات متعارف که هر کدام از طرفین حق دارند عوض را حبس کنند تا طرف مقابل مالی را که در دست دارد بپردازد]. و مختار علامه در تذکرة^(۱) و فخرالدین در ایضاح^(۲) و محقق ثانی در جامع المقاصد^(۳) همین است.

ولی علامه در تحریر قاطعانه فرموده: ضامن حق حبس دارد^(۴).

شیخ اعظم می فرماید: شاید دلیل جواز حبس این است که: قیمت و غرامت یا عوض از خود عین است و یا عوض از سلطنت مالک بر عین است، و هر کدام

(۱) تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۳۸۵.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۸.

(۳) جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۶۱.

(۴) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۱۴۰.

که باشد معاوضه شرعی است و جای تراذ است، و در نتیجه هر یک از طرفین حق دارند مالی را که از دیگری در دست آنها است حبس کنند تا مافی‌الآخر را بگیرند.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به این دلیل اشکال کرده و می‌فرماید: اما عین مال نه عوض از چیزی است و نه معوض که عوض داشته باشد، شاهد مطلب هم اینست که: کرار آگفتیم: جمع میان عین و غرامت در ملک مالک جایز است و اگر معاوضه بود که جمع جایز نبود، پس مالک بر خود عین مسلط است، و آنکه غرامت، عوض از او و او معوض غرامت می‌باشد سلطنت فائده است که در معرض عود است و امکان عود دارد [باتراذ طرفینی عین و غرامت] پس اگر مالک مطالبه عین کرد ضامن باید از عهده برآید و حق حبس ندارد.

قوله: اللهم:

مگر کسی بگوید: اگر چه در مقابل خود عین چیزی قرار ندارد تا حق حبس عین داشته باشد ولی در مقابل سلطنت که چیزی قرار گرفته و غرامت بدل از سلطنت فائده و سلطنت مبدل آنست،

آنگاه بگوئیم: ضامن حق دارد خود عین را حبس کند از باب اینکه: حبس عین مستلزم حبس معوض و مبدل غرامت است که سلطنت فائده باشد.

ولی به هر حال به نظر ما قول اول اقوی است و ضامن حق حبس ندارد، چون این معاوضه نیست تا حق حبس باشد و هر یک از متعاضین و متعاملین حق امتناع داشته باشد، غرامت یک حکم شرعی است که به دلیل ضمان ثابت شده و باید بدهد و معامله نیست تا جواز حبس داشته باشد، خود غاصب این بازی را شروع کرده و خود او هم باید ختم کند و عین را رد کند تا مالک هم بدل را رد کند و جای حبس نیست.

قوله: ثم لو قلنا:

فرض ششم: بر فرض که غاصب حق حبس کردن داشته باشد، حال از این حق استفاده کرد و عین را حبس کرد، و تصادفاً در مدت حبس عین محبوس تلف شد، چه باید کرد؟

می فرماید: احکام مختصّ به غصب در اینجا جاری نیست [حکم مختص یک حکم تکلیفی است که وجوب ردّ و حرمت امساک باشد و اگر نکرد گناهکار و مستحق عقاب است]. [زیرا که از این پس وی غاصب نیست و به ناحق حبس نکرده بلکه به حق حبس کرده [زیرا اطمینان به مالک ندارد و می خواهد عین را حبس کند و تا غرامت را بدست نیاورده آن را اگر و گان نگهدارد و از دست ندهد]. آری حکم وضعی ضمان در اینجا برقرار است و وی ضامن عین محبوس است. زیرا که از عموم الید تنها ید امانی خارج شده و ید حابس ید امانی نیست چون برای مصلحت مالک آن را نگهداری نمی کند، بلکه برای مصلحت خودش حبس کرده، پس به حکم عموم علی الید وی ضامن است.

قوله: والظاهر:

حال قیمت چه روزی را ضامن است؟ ضمانت قبلی از بین رفت و با تمکن از عین، بدل به ملک مالک برگشت، و از حالا که حبس می کند ضمانت جدیدی مطرح است، آنگاه اقوال در ضمانت قیمیّات یا مثلیّات مطرح می شود. به نظر ما اصل در ضمانت در قیمیّات یوم التلف بود، اینجا هم یوم التلف ملاک است و قیمت روزی را که در حبس در دست ضامن تلف شد باید بدهد. ولی کسانی که اعلی القیم را می گفتند، اینجا می گویند: اعلی القیم از روز حبس [یوم الضمان] تا روز تلف ملاک است.

علامه ره در قواعد^(۱) فرموده: اگر عین تلف شد حکم آنست که قیمت الآن

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۰۴.

را ضامن است و بدل هم به ضامن برمی گردد، شیخ اعظم می فرماید: مراد علامه از الآن یوم التلف نیست، بلکه الآن در مقابل سابق است، یعنی آن قیمتی که قبل از تمکّن از عین داده بود ملاک نیست و این قیمتی که بعد از حبس پیدا کرده ملاک است و منافاتی ندارد که ایشان هم اعلی القیم را بگویند نه یوم التلف را. ضمناً کلمات فقهاء در این باب مضطرب است.

قوله: ثم انّ:

در خاتمه می فرماید: بیشتر مطالبی که در مقبوض به بیع فاسد عنوان کردیم، در کلمات فقهاء در باب غضب عنوان شده ولی به نظر ما غضب خصوصیت و موضوعیت ندارد تا حق تعدی نباشد بلکه اگر غضب هم آن احکام را دارد به مناط آنست که موجب ضمان است، و همین مناط در بیع فاسد و سایر ضمانات هم هست، پس در اینجاها نیز آن احکام جاری می شود.

قوله: نعم:

چند حکم هست که ممکن است مخصوص غضب باشد:

- ۱- طبق صحیحۃ ابی ولاد در باب غضب، قیمت روز غضب ملاک است نه روز تلف، ولی ما قبلاً این را رد کرده و گفتیم: روایت مخالف قاعده نیست.
- ۲- به قول شهید ثانی ره از صحیحۃ مذکور اعلی القیم مستفاد است. این نیز قبلاً رد شد.

۳- مشهور است که: الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال، ولی شیخ می فرماید: ما برای این سخن مدرک درستی پیدا نکردیم و از آن مشهوراتی است که لا اصل له.

۴- تنها حکم تکلیفی غضب با سایر ضمانات فرق دارد که: الغصب حرام والغاصب عاص ...

تا اینجا بخش قابل توجهی از احکام بیع فاسد بیان شد، ولی بخش اعظم آن

هنوز باقیمانده است [از قبیل: اگر ضامن در عین غصبی تصرف ناقل یا مغیر انجام داد چه باید کرد؟ مسئله تعاقب و ترتب ایدی بر مال غصبی چه می شود و ... که مرحوم سیّد در حاشیه به هفت مسئله اشاره کرده^(۱)] و قسمتی از آن در بیع فضولی خواهد آمد، و فعلاً این مبحث را ختم می کنیم.

(۱) حاشیه السیّد علی المکاسب، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

(شروط متعاقدين)

مجموع مطالب کتاب البيع در دو بخش خلاصه می شود:

الف: بحث معاطات یا بيع فعلی: این بخش مبسوطاً در جلد چهارم این

شرح بررسی شد.

ب: مبحث بيع قولی یا بيع به صيغه: هدف اصلی: در کتاب البيع بیان احکام

این بخش است، باز مجموع مطالب این بخش در سه قسمت خلاصه می شود.

الف: شرائط صيغه یا عقد یا ایجاب و قبول

ب: شروط متعاقدين یا موجب و قابل

ج: شروط عوضين یا ثمن و مثن

تا به حال قسمت اول طی چند مسئله مطرح شد و شروط صيغه عبارت بود

از: صراحت یا ظهور الفاظ، عربیت، ماضویت، ترتیب، موالات، تنجیز و ...

و بدنبال آن مسئله مهمی با عنوان مقبوض به عقد فاسد مطرح شد که از آغاز جلد

پنجم این شرح تا حال پیرامون آن بحث می کردیم.

اینک وقت آن رسیده که درباره قسمت دوم یعنی شرائط متعاقدين گفتگو

کنیم: منظور از متعاقدين یعنی موجب و قابل، کسانی که ایجاب و قبول را انشاء

می کنند، خواه هر دو مالک باشند، یا هر دو وکیل یا ولی باشند که از ناحیه مالک و

شارع مأذونند، و یا هر دو فضولی باشند و یا مختلف باشند یعنی مثلاً موجب خود مالک است ولی قابل وکیل و ... می باشد، و فعلاً کاری به این خصوصیات نداریم.

(۲۰۱) (بلوغ و عقل) (مسئله اوّل)

اولین شرط از شروط متعاقدین آنست که: طرفین عقد باید هر دو بالغ باشند، یعنی اگر دختر هستند باید نه سال آنها کامل و به ده سال وارد شده باشند و اگر پسر باشند باید پانزده سال را تکمیل و به سن شانزده سالگی رسیده باشند [البته مضافاً به مسئله سنّ، علائم دیگری هم برای بلوغ ذکر شده از قبیل: احتلام و لو قبل از سنّ مذکور، روئیدن موی خشن برعانه، و بعضاً انبات الشعر علی الوجه را گفته اند که در جای خود در کتب فقهی مطرح شده است.

منجمله در کتاب الصوم شرح لمعه. [متفرّع بر شرط مذکور: پس اگر دو طرف عقد هر دو یا یکی بچّه نابالغ [صبّی یا صبیّه] بودند، آن عقد باطل است. [قبل از بررسی دلائل این نظریّه می گوئیم: درباره صبّی و صبیّه دو بحث مطرح است:

۱- عبادات صبّی: آیا نمازها و روزه های قبل از بلوغ صرفاً جنبه تمرینی دارد؟ یا مشروعیت داشته و مستحبّ عبادی است و موجب ثبوت است؟ رأی مشهور مشروعیت است. ولی فعلاً در صدد این بحث نیستیم و در لابلای مطالب آتیه اشاراتی خواهد آمد.

۲- معاملات صبیّی: منظور مطلق تصرفات و بلکه مطلق افعال غیر

عبادی صبیّی است، و در این رابطه سه بحث مطرح است:

۱- تصرفات استقلالی: اینکه بچه نابالغ همانند افراد بالغ و رشید، بدون اذن

قبلی یا اجازه و انفاذ و امضاء بعدی ولی هر نوع دخل و تصرفی در مال خود انجام دهد و نیازی به اذن و اجازه و رضایت ولی نباشد.

اینگونه تصرفات برای صبیّی در اموال خودش تجویز نشده و شرعاً از اینها

محجور است و این محجوریت هم حکیمانانه و به صلاح خود طفل است که سرمایه اش را برباد نداده و گاهی را به کوهی معامله نکند.

۲- تصرفات غیر استقلالی: اینکه صبیّی تحت نظر باشد و با صلاحدید ولی و

اذن قبلی یا اجازه بعدی او کاری انجام دهد. این قسم از تصرفات در ادامه وضعیتش روشن خواهد شد.

۳- انشاءات صبیّی: اینکه بچه غیر بالغ صرفاً عقد یا ایقاعی را انشاء کرده و

برای خود یا ولی یا موکل و ... با اذن ولی یا بدون آن، با اجازه یا بی اجازه، ایجاب یا قبول را انشاء نماید. [مثل اینکه دو نفر عامی از یک طلبه غیر بالغ خواهش می کنند که عقد بیع یا نکاح را برای آنها انشاء کند.] فعلاً این قسم مدنظر است:

سؤال: آیا انشاءات صبیّی و صبیّه و عقود و ایقاعات آنها به کلی و صددرصد

باطل و بی اثر است؟ یا مطلقاً و صددرصد مؤثر و کارگر است؟ و یا با اذن و اجازه اثر دارد ولی بدون آندوبی اثر است؟

جواب: جمع کثیری بلکه اکثر فقهاء برآنند که عقد صبیّی [اختصاص به عقد و

صبیّی ندارد و این دو از باب مثال است و ایقاعات و صبیّه را هم شامل است.]

کلاً باطل است و اذن یا اجازه هم کارگر نیست. دلایلی که برای این قول ذکر شده عبارتند از:

دلیل اوّل: شهرت فتوائیه: نزد کسانی که آن را حجت بدانند یک دلیل

بر مدّعی مذکور است و در مسئله ما مرحوم شهید اول در دروس^(۱) و سبزواری در کفایه^(۲) ادّعی شهرت کرده اند.

دلیل دوّم: اجماعات منقوله: عدّه ای از بزرگان در رابطه با بطلان انشاءات صبی ادّعی اجماع کرده اند، که ذیلاً به سه عبارت اشاره می شود:

الف: سید بن زهره در کتاب غنیه^(۳) فرموده: بالاجماع عقد صبی باطل است آنهم مطلقاً یعنی حتی اگر ولی طفل بعداً آن عقد را اجازه و تنفیذ هم بکند فایده ای ندارد.

ب: فاضل مقداد در کتاب کنز العرفان^(۴) بطلان یا عدم صحت عقد صبی را به اصحاب و فقهاء امامیه نسبت داده است. و چون مطلق فرموده، ظاهر اطلاق کلامش آنست که: حتی اگر اذن قبلی ولی هم باشد فایده ای ندارد تا چه رسد به اجازه بعدی یا عدم الاذن و الاجازه.

ج: علامه در تذکره^(۵) فرموده: به حکم نصّ [از قبیل حدیث رفع قلم و ... که خواهد آمد] و به حکم اجماع صبی و صغیر چه ممیّز باشد [که خوب و بد و نفع و ضرر را می شناسد و تمیز می دهد و مرحله تمیز در اطفال مختلف است: در بعض از آنها دوازده سال و در بعضی ده سال و ای چه بسا بعضی در چهار سالگی به این درجه نائل شوند.] و چه غیر ممیّز، از کلیّه تصرّفات [و بلکه بعداً خواهیم گفت: از مطلق افعال ولو بر آن تصرّف اطلاق نشود.] محجور و ممنوع است و حقّ هیچگونه تصرّفی ندارد، مگر نسبت به چند چیز که استثناء شده اند:

(۱) دروس شرعیّه، ص ۳۳۵.

(۲) کفایه الاحکام، ص ۸۹.

(۳) غنیه النزوع، ص ۵۲۳.

(۴) کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۰۲.

(۵) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۷۳.

- ۱- عبادات صَبَّی: بنابر مسلک مشهور که شرعیّت داشته و در حقّ طفل مستحب می باشند و گرنه بر مبنای تمرینیت از بحث خارج است.
 - ۲- اسلام صَبَّی: بنابر مشهور اگر بچه قبل از بلوغ اسلام آورد، اسلامش قبول شده و در نتیجه اگر عمودین آنها کافر باشند، وی محکوم به حکم آنها نبوده و از قانون تبعیت خارج می شود.
 - ۳- احرام صَبَّی: که همراه والدین مکه رفته و لباس احرام پوشیده و اعمال حج را انجام می دهد که باز هم شرعیّت داشته و موجب مشوبت است، و مبسوطاً جزئیات آن در کتاب حج آمده.
 - ۴- تدبیر صَبَّی: که عبد یا امه ای دارد و به او می گوید: انت حر دبر وفاتی، و این انشاء یا تصرفِ قولی او نافذ است.
 - ۵- وصیت صَبَّی: در مورد صَبَّی ده ساله اختلاف است و از نظر علامه وصیت او هم از جمله افعال و تصرفهای او است که استثناء شده و ممنوع نیست.
 - ۶- رساندن هدیه: پدر بچه هدیه ای را به او می دهد که به فلان شخص [مثلاً معلّم] برساند و او تنها مأمور به رساندن است، از این کار هم محجور نیست.
 - ۷- اذن دخول: شخصی دقّ الباب می کند و بچه می رود و درب منزل را به روی او باز می کند و او را به درون خانه دعوت می کند، این نیز از اعمالی است که استثناء شده البته این آخری مورد اختلاف است که آیا طفل از آن محجور شده یا خیر؟
- قوله: واستثناء:
- مقدمه: افعال دو قسم اند:
- ۱- برخی از آنها تصرف اطلاق می شود، از قبیل: بیع و شراء و هبه و ...
 - ۲- بر قسمی از آنها تصرف اطلاق نمی شود، از قبیل: ایصال هدیه، بازکردن

درب منزل بدون اینکه زبانا بگوید: بفرمائید داخل شوید، یا عملاً دست او را گرفته و بداخل منزل هدایت کند، و امساك مال [اگر آن را نوعی تصرف ندانیم]. حال علامه اوّل که مستثنی منه را بیان می کرد کلمه تصرف را آورد و فرمود: الصغیر محجور... عن جمیع التصرفات... سپس که مستثنیات را می شمردند، به ایصال هدیه و اذن دخول مثال زدند و آنها را هم استثناء کردند، آنگاه اگر تصرفات را به معنای خودش بگیریم باید اینها را استثنای منقطع بدانیم.

ولی اصل در استثناء آنست که متصل باشد نه منقطع، روی این اصل و به قرینه استثنائات مذکور، در مستثنی منه یعنی کلمه تصرف، تصرف کرده و می گوئیم: مراد از آن مطلق افعال صبی است ولو بر آن تصرف اطلاق نشود، پس ایصال هدیه را هم شامل می شود زیرا ایصال اگر چه تصرف نیست [و شاهدش آنست که: چه بسا توسط چهار پائی آن را بفرستد، واحدی نمی گوید: چهار پا در هدیه تصرف کرد.]

ولی فعل صبی هست، اذن دخول هم که صرفاً با باز کردن درب انجام می گیرد فعل بچه است ولو در کنارش نه اذن قولی به دخول داده و نه اذن فعلی که دست او را بگیرد... بلکه گشودن درب منزل کاشف از رضایت صاحب منزل است و رضای او تمام موضوع برای جواز ورود است نه کار طفل. پس مستثنا منه اینها را نیز شامل است و با استثناء خروج حکمی پیدا می کنند و استثناء بدان معنی است که لولا الاستثناء داخل در مستثنی منه بودند.

حال که مراد از تصرفات مطلق افعال صبی شد می گوئیم: از جمله افعال صبی همین انشاءات او است [که فعل زبان است] و مستثنی منه این نوع از افعال را هم شامل شد و دلیلی بر استثناء آن نرسیده، پس در تحت مستثنی منه باقی مانده و صبی محکوم به حجر و منع از آنها است، و اوّل کلام ادعای اجماع شد که چنین تصرفات یا افعالی در حق صبی تجویز نشده است.

پس در حقیقت سخن شیخ اعظم [و استثناء الایصال ...] دفع اشکال مقدر است که اگر کسی بگوید: اصلاً سخن علامه در تصرفات است و از ما نحن فیه اجنبی است زیرا مجرد انشاء عقد که تصرف نیست و ... در جواب می گوئیم: به قرینه دو استثناء مذکور، مراد از تصرفات، افعال است و ... پس کاملاً سخن علامه با ما نحن فیه دمساز است.

دلیل سوّم:

قوله: واحتجّ:

عده ای از بزرگان برای بطلان عقد صببی به حدیث رفع قلم استدلال کرده اند: [متن حدیث: عن النبی ﷺ: رفع القلم عن ثلاثة:

۱- عن الصبی حتّی یحتلم

۲- وعن المجنون حتّی یفیک

۳- وعن النائم حتّی یتقیظ^(۱)]

از قبیل: سید بن زهره در غنیه^(۲) شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب اقرار^(۳) وابن ادریس در مسئله عدم جواز وصیت بچه ده ساله در سرائر^(۴) و علامه^(۵) و دیگران^(۶).

کیفیت استدلال: در این حدیث به قول مطلق قلم از صبّی برداشته شده و قلم ابزار نوشتن است، و قلم رفع شده یعنی خداوند در حق او چیزی ننوشته،

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۳۲، باب ۴، حدیث ۱۱.

(۲) غنیه النزوع، ص ۵۲۳.

(۳) مبسوط، ج ۳، ص ۳.

(۴) سرائر، ج ۳، ص ۲۰۶-۲۰۷.

(۵) تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۱۴۵.

(۶) مثل ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۴۷۸ و محقق ثانی در جامع المقاصد، ج ۱۰، ص ۳۴.

فرشتگان کراماً کاتبین در حق او چیزی نمی نویسند، یعنی نفیاً و اثباتاً کار او نوشته نمی شود و برفعل او اثری بار نیست، پس کلام و انشاء او هم مثل انشاء نائم، هاذل، غافل و ... بوده و هیچ حکم و اثری ندارد یعنی انشاء او وجودش کالعدم است و معنای بطلان هم همین است که اثری بر کار او مترتب نمی شود و سبب نقل و انتقال و ملکیت و زوجیت و ... نمی شود و گرنه فرشتگان آن را می نوشتند و رفع قلم معنا نداشت.

دلیل چهارم:

قوله: واستدلّوا:

دلیل چهارم از ادله مشهور برای بطلان عقد صبی روایاتی چند است که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می شود:

الف: روایت حمزة بن حمران از امام باقر علیه السلام:

امام فرمود: جاریه «دختر بچه» هنگامی که تزویج شد [و مردی با او ازدواج کرد]. و با او آمیزش کرد، و دارای نه سال تمام بود، حکمش آنست که: یتیم بودن از او برداشته می شود، و اموال او [اگر به سبب ارث یا مهریه و ... اموالی پیدا کرده] به او پرداخت می شود، [صاحب اختیار اموالش می گردد]. و امر و فعل این جاریه جایز و نافذ و ماضی و مؤثر واقع می شود.

یعنی اگر در مال خود تصرفی کرد و با آن چیزی خرید معامله اش صحیح است و بر آن اثر مترتب می شود. [مفهوم این بخش آنست که: پس اگر به سن بلوغ نرسیده باشد امر و فعل او نافذ و کارگر نیست، و از جمله امور و افعال او انشائات او است که بی اثر خواهد بود و هو المطلوب].

و اما غلام «پسر بچه» امر و کار او در بیع و شراء نافذ و گذرا نیست و از یتیم بودن خارج نمی شود تا زمانی که پانزده ساله شود یا قبل از آن محتمل شود و یا

انبات الشعر الخشن برعانه شود و یا انبات شعر برصورت شود. ^(۱) [این بخش هم منظوقاً بر عدم جواز و مضیّ فعلِ غلام دلالت داشت که به عموم یا اطلاق انشائات او را هم می گیرد.]

ب: روایت ابن سنان: از امام علیه السلام پرسیدم: چه زمانی امر و کار یتیم نافذ و مؤثر می شود؟ فرمود: آن زمانی که به مرز آشنده برسد، پرسیدم: آشنده او چیست؟ فرمود: محتمل شدن او است ^(۲) [یعنی به سن بلوغ برسد و تا نرسیده نافذ نیست، و از جمله افعال او عقد و ایقاع او است پس بی اثر است.]

ج: و روایات دیگری هم به این مضمون وارد شده است. ^(۳)

[نکته: تا اینجا با مسلک مشهور امامیه آشنا شدیم، و اما عامّه و اهل سنت در

این رابطه نظراتی دارند که فهرست گونه بیان می شود:

حنفیّه می گویند: بچه اگر غیر ممیز باشد هیچ یک از تصرّفات او منعقد نمی شود، ولی اگر ممیز باشد تصرّفات او سه نوع است.

۱- یا ضارّ به مال خود است آنهم ضرری بین و آشکار مثل طلاق دادن زوجه، آزاد کردن بنده ها، قرض دادن یا صدقه دادن تمام اموال و ...

۲- و یا نافع است به نفع بین مثل قبول هدایا، دخول در اسلام و ...

۳- و یا میان نفع و ضرر متردّد است مثل بیع و شراء، اوّلی بلا اشکال نافذ نیست اگر چه ولی طفل اجازه کند، دوّمی بلا اشکال نافذ است ولو ولی اجازه نکند، سوّمی هم موقوف بر اجازه ولی است که اگر اجازه داد منعقد می شود و الاّ فلا، ضمناً اگر معامله غبنی است ولی حق ندارد آن را اجازه کند.

مالکیّه می گویند: تصرّفات صبی ممیز به مانند بیع و شراء و هر آنچه در آن

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۳۰، باب ۴، حدیث ۲.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۴۳، حدیث ۵، باب دوّم.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۳۰، حدیث های باب.

نوعی معاوضه باشد، موقوف به مصلحت و اجازه است، اگر در این معاملات مصلحت باشد و اجازه ولی حکیمانه باشد حتماً باید اجازه کند و حق رد ندارد، و اگر مصلحت در رد آن باشد حتماً باید رد کند و مخیر نیست.

شافعیه می گویند: بطور کلی صبی چه ممیز باشد یا غیر ممیز، تصرفات او صحیح نیست. پس هیچ عبارتی از او منعقد نمی شود، و هیچ ولایتی برای او نیست، زیرا او مسلوب العبارة و الولاية است، پس اگر ولد کافر شهادتین گفت و نطق به اسلام کرد، اسلام او نافع نیست، و اگر نکاحی را متولی شد منعقد نمی شود، فقط چیزی که هست عبادات صبی ممیز صحیح است و اذن دخول در دار هم از ناحیه صبی، صحیح است.

حنابله می گویند: صبی غیر ممیز تصرفاتش باطل است مطلقاً، ولی صبی ممیز منوط به اذن ولی است، اگر اذن داد تصرف او صحیح است و الأفلأ^(۱) قوله: لکن الانصاف:

مدعای مشهور عبارت شد از: بطلان عقد صبی، و دلائل مشهور هم عبارت شد از: چهار دلیل، حال مرحوم شیخ در این ادله مناقشه دارند: اما دلیل چهارم یا اخبار: این دلیل اخص از مدعا است، زیرا مدعا بطلان عقد صبی است مطلقاً یعنی چه استقلالاً و چه تحت نظر و با اذن یا اجازه ولی، ولی دلیل تنها تصرفات استقلالی صبی را رد می کند.

بیان ذلک: تعبیر به: «جاز امرها» که کلمه امر و فعل به ضمیر «ها» اضافه شده، و لایجوز امره یا یجوز امر الیتیم و ... که امر به خود یتیم یا ضمیر او اضافه شده است و معنایش اینست که امر و فعل خود او باشد و این در فرض استقلال است و گرنه در فرض توقّف بر اذن یا اجازه که امر یتیم و فعل او محسوب نمی شود.

(۱) مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۲۳۴ و ۲۳۵، به نقل از فقه المذاهب، ج ۲، ص ۳۶۳ تا ۳۶۶.

[و بر فرض عدم ظهور در این امر نوبت به اجمال می رسد و قدر متیقن آن همین فرض استقلال در تصرف است نه مطلقاً]

آنگاه منافاتی با صحت عقد با اجازه ولی ندارد، همانگونه که در بیع فضولی از طرفی می گوئیم: ماضی و گذرا نیست و از طرفی می گوئیم: موقوف به اجازه مالک است، و این دو منافاتی ندارند، زیرا ماضی نیست یعنی استقلالاً و بدون اجازه مالک اصلی نافذ نیست نه مطلقاً، ما نحن فیه هم چنین است.

[دلیل ظهور در استقلال در تصرف همان است که ما آوردیم که اضافه امر به خود جاریه یا غلام باشد، و در کلام شیخ اعظم آمده: لَانَّ الْجَوَازَ مُرَادَفٌ لِلْمَاضِي، و منظور آن است که: اگر چه کلمه امر مطلق فعل صبی را شامل است ولی اسناد کلمه یجوز به معنای یمضی، به امر الصبی و مناسبت ماضی با امر و فعل صبی مقتضی است که مراد سلطنت صبی بر اموالش باشد و اینکه مطلق العنان باشد و هر گونه خواست تصرف کند، با اذن ولی یا بی اذن.]
 قوله: و یشهد:

شاهد ظهور مذکور آنست که: در بعضی از همین اخبار از قبیل روایت ابوالحسین خادم سفیه را استثناء کرده و فرموده: «الْأَنْ يَكُونَ سَفِيهًا»^(۱) و در مورد سفیه این مطلب مسلم است که تصرفات استقلالی او مردود و ممنوع است نه مطلق تصرفات او، این نیز قرینه ای است بر ظهور روایات در تصرف استقلالی.
 قوله: فلا دلالة:

متفرع بر ظهور مذکور می گوئیم: مواردی را که انشاء و عقد صبی تحت نظر ولی باشد، این روایات شامل نیست. مثلاً اگر ولی با مالک اصلی مساومه بیع [گفتگوهای قبل از بیع برای توافق بر قیمت] را انجام دهد و قیمتی را معین کرد،

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۴۳، باب دوم، حدیث ۵.

سپس به صبی گفت: تو عقد را بخوان این روایات دلیل بر بطلان آن نیست. یا مثلاً اگر با اذن ولیّ ایجاب یا قبول عقد نکاح را برای شخصی [مثال طلبه که در اوائل مسئله آوردیم] انجام دهد باز از این اخبار بطلان آن مستفاد نیست. پس دلیل چهارم مشهور ردّ شد و به درد مدّعی آنها نمی خورد.

قوله: واما حدیث:

دلیل دیگر مشهور بر بطلان عقد صبی مطلقاً [چه نسبت به اموال خویش و یا اموال دیگران، چه با اذن و اجازه ولیّ و چه بدون آن] روایت رفع قلم بود، به تقریبی که گذشت. مرحوم شیخ از این دلیل هم سه جواب می دهند:

جواب اوّل: دو نوع قلم داریم:

۱- قلم سابق که همان قلم تکلیف و تشریح و جعل احکام از سوی مولی است.

۲- قلم لاحق که قلم مؤاخذه و استحقاق عقوبت و سیئه باشد، حال مرحوم شیخ می فرماید: مراد از قلمی که در روایت رفع شده قلم لاحق یعنی قلم مؤاخذه است.

و منظور حدیث اینست که اگر صبی کار حرامی یا ترك واجبی کرد درباره او گناه و معصیت و سیئه و بدنبالش استحقاق عقاب نوشته نمی شود و فرشتگان حافظ در نامه عمل او نمی نویسند: فلانی عاصی و مستحق کیفر است. نه قلم سابق یعنی قلم جعل احکام تا منظور حدیث این باشد که در حق صبی هیچ حکمی جعل نشده است نه وضعی و نه تکلیفی، تکلیفی هم نه الزامی و نه غیر الزامی.

دلیل مطلب در کلام شیخ دو امر است: ۱- الظاهر... که روی ظهور تکیه کرده ۲- ولذا بنینا که شاهدهی است بر مدّعی ایشان، ولی با توضیح کامل به سه امر اشاره می کنیم:

الف: ظهوری که شیخ مدّعی است از کجا سرچشمه گرفته؟ از اینجا که

شیخ در رسائل در مبحث اصل برائت در رابطه با حدیث رفع [رفع عن امتی تسعة اشیاء ...] سه احتمال ذکر کردند:

- ۱- جمیع الآثار مقدرّ باشد و مقصود این باشد که: تمام آثار وضعی و تکلیفی، ذنبوی و اخروی خطاء و نسیان و جهل و ... رفع شده است.
- ۲- خصوص اثر بارز مقدرّ باشد که در هر فرازی متناسب با آن اثر بارز غیر از فراز دیگر است.
- ۳- خصوص مؤاخذه و عقاب مقدرّ باشد، یعنی شخص خاطی و ناسی و ... عقاب نمی شود.

و خود مرحوم شیخ احتمال سوّم را برگزیدند که خصوص مؤاخذه مقدرّ باشد و دلیل مطلب هم ورود حدیث رفع در مقام امتنان است که با رفع مؤاخذه می سازد نه با رفع جمیع آثار و یا خصوص اثر بارز.

آنگاه می گوئیم: در ما نحن فیه هم کلمه رفع القلم عن الصبی ... دارد، و منظور رفع قلم مؤاخذه است به همان بیانی که ذکر شد. و نتیجه آنست که: حدیث مذکور قلم مؤاخذه را از صبی برمی دارد نه مطلق احکام تکلیفیّه را و کاری با اصل وجوب و حرمت و استحباب و ... ندارد و آنها را از صبی بر نمی دارد تا چه رسد به احکام وضعیّه از قبیل: سببیت و صحّت و فساد و ...

و بحث ما فعلاً در رابطه با صحّت و فساد عقد صبی و سببیت و عدم سببیت آن برای ملکیت و زوجیت و مانند آن است نه در استحقاق عقوبت و عدم آن، پس حدیث رفع قلم از ما نحن فیه اجنبی است.

[نکته: مرحوم شیخ مؤاخذه را در تقدیر گرفتند ... ولی از آنجا که مؤاخذه حکم عقلی است و وضع و رفع آن به ید شارع نیست مرحوم آخوند در کفایه خود الزام و تکلیف الزامی را در تقدیر گرفتند، یا در فراهائی که ماء موصول در

حدیث رفع داشت از خود موصول حکم الزامی را اراده کردند و نیازی به تقدیر نداشتند و حدیث رفع چون در مقام امتنان و رفع کلفت و مشقت و سنگینی است لذا الزام را که کلفت است برمی دارد و کاری به رفع سایر احکام تکلیفیه و نیز احکام وضعیه ندارد.

حال بر این اساس هم باز حدیث رفع قلم از ما نحن فیه اجنبی است به بیانی که گذشت.

ب- بحثی است اصولی در رابطه با واجبات مشروطه که آیا این شروط و قیود، به مفاد هیئت و اصل وجوب برمی گردد و در واجب مشروط و مقید اصل وجوب و تکلیف مشروط و مقید است؟ یا به مفاد ماده و واجب برگشته و در واجب مشروط اصل وجوب قبل از شرط هم هست ولی واجب و امثال پس از حصول شرط است؟

مشهور رأی اول را معتقد شده اند، صاحب فصول در خصوص واجبی که شرطش وقت باشد قول ثانی را گرفته و واجب معلق را اختراع کرده.

ولی جناب شیخ اعظم معتقد است که کلیه واجبات مشروطه چه آنها که مشروط به شرائط خاصه هستند [آنهم اعم از اینکه شرط خاص وقت باشد یا استطاعت و مانند آن] و چه آنها که مشروط به شروط عامه هستند [بلوغ - عقل - قدرت و ...] در همه جا اصل وجوب و تکلیف همواره فعلی و مطلق است و مقید به قیدی نیست، آری واجب و امثال مقید است.

حال با این مقدمه و مبنا می گوئیم: اصولاً بلوغ شرط اصل وجوب نیست بلکه شرط واجب است و تا نیامده امثال صحیح نیست و گرنه قبل از آنها تکلیف ولو الزامی هست. حال بر این مبنا پر واضح است که در ما نحن فیه مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل و تشریح احکام نیست، بلکه رفع قلم مؤاخذه است، باز هم حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

ج: قوله: ولذا:

در جای خود در فقه بحث شده که آیا عبادات صبی شرعیّت دارد و مستحقّ ثبوت است؟ یا صرفاً جنبهٔ تمرین و ممارست دارد تا عادت شود و پس از رسیدن به مرز بلوغ از انجام آن سرباز نزند؟

گروهی طرفدار تمرین شده اند، ولی مشهور قائل به شرعیّت بوده و مرحوم شیخ هم می فرماید: مبنای ما همین است، باز بر این اساس صوم و صلوة و حج صبی و هكذا وضوء او شرعی بوده و یا مستحب است یا واجب ولی واجبی که اگر انجام داد ثواب دارد ولی اگر ترك کرد عقاب ندارد، پس باز قلم تشریح از صبی برداشته نشده و نتوان گفت: رفع القلم ای قلم جعل الاحکام، بلکه مراد خصوص مؤاخذه است و حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

جواب دوّم:

قوله: وثانیاً:

مقدمه: احکام شرعیّه دو قسم است:

۱- حکم تکلیفی: وجوب و استحباب و حرمت و کراهت و اباحه که از نظر مشهور مخصوص مکلفین است.

۲- حکم وضعی: صحت و بطلان، ضمان، سببیّت، ملکیت، زوجیت، و... که از نظر مشهور مخصوص مکلفین نبوده و در حقّ صبیان هم ثابت است. با این مقدمه می گوئیم: بر فرض بیذیریم که مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل احکام است ولی جواب می دهیم که: این حدیث مخصوص احکام تکلیفیّه است و آنها در حق صبی جعل نشده [علی المشهور نه بر مبنای خود شیخ] ولی احکام وضعیّه را شامل نیست چون از نظر مشهور اینها مخصوص مکلفین نیستند و غیر مکلف نیز این احکام را دارد. و ما نحن فیه من هذا القبیل یعنی بحث ما در

صحّت و بطلان عقد صبی، راجع به حکم تکلیفی آن یعنی وجوب و فاء و... نیست بلکه راجع به حکم وضعی آن است، و حدیث این را شامل نیست، آنگاه اطلاعات می گوید: عقد جامع شرائط سبب ملکیت و زوجیت و... است، چه مانعی دارد که این اطلاعات عقد و فعل صبی را شامل شود؟ چه مانعی دارد که عقد صبی سبب ملکیت از حین عقد و سبب وجوب و فاء از حین بلوغ باشد؟ و اگر به اذن ولی بوده از هم اکنون بر ولیّ و فاء به آن واجب باشد؟

تنظیر: همانطوری که اگر صبی جنب شد [در اثر وطی که واطی شود یا موطوء] جنابت او احکام وضعی دارد و آن اینکه: سبب وجوب غسل بعد از بلوغ است، سبب حرمت تمکین طفل از خط قرآن است. [بر والدین حرام است که بچه جنب را از دست زدن به خطوط قرآن متمکن سازند و مصحف را در اختیار او بگذارند] و سببیت جنابت برای امور مذکور مسلم است. پس باز هم حدیث از ما نحن فیه [صحّت و بطلان عقد صبی، سببیت و عدم سببیت آن برای حصول مسبب آن عقد] اجنبی است و قلم جعل احکام تکلیفی را رفع می کند، و کاری به حکم وضعی ندارد.

[نکته: اینکه فرمودند: علی المشهور چنین است، بدان جهت است که:

با مبنای خود شیخ نمی سازد.

بیان مطلب: در اصول بحثی است که آیا احکام وضعیه استقلالاً مجعول هستند و همانند احکام تکلیفی مستقیماً و مستقلاً از سوی شارع تشریح شده اند؟ و یا تبعی بوده و انتزاعی هستند و از احکام تکلیفی انتزاع می شوند؟ مسلک مرحوم شیخ انتزاعی بودن است و بر این مسلک وقتی حدیث رفع قلم حکم تکلیفی را از دوش صبی برداشت و منشأ انتزاع رفت حکم وضعی و امر منتزاع هم می رود و جاندارد بگوئیم: این احکام باقی است. آری بر مسلک مشهور مانعی ندارد که حکم تکلیفی نباشد ولی وضعی باشد پس این جواب بر مبنای مشهور است.]

جواب سوّم:

قوله: وثالثاً:

بر فرض بپذیریم که مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل و تشریح حکم است آنهم نه خصوص احکام تکلیفیّه بلکه مطلق الاحکام اعمّ از تکلیفی و وضعی، تمام اینها از صبی برداشته شده و در حقّ او هیچکدام از اینها جعل نشده است، تمام احکام شرعی مخصوص بالغ و مکلف است.

و لکن جواب سوّم اینست که: ما فعلاً راجع به حکم صبی بحث نداریم، بلکه سخن از احکام بالغین و مکلفین است و اینکه آیا اگر صبی به وکالت از دو انسان کامل عقد بیع یا نکاح یا اجاره و... را خواند، این عقد در حقّ آنها سببیت دارد یا نه؟ ملکیت و احکام تابعه آن را می آورد یا نه؟ زوجیت و احکام تابعه را در حقّ موکّل ها می آورد یا نه؟ یا اگر برای خود عقدی خوانده فعلاً که صبی است اثری ندارد.

کلام در اینست که: پس از بلوغ آیا آن عقد و جوب و فاء دارد یا نه؟ پس سخن در احکام صبی نیست تا بگوئیم: صبی هیچ حکمی ندارد، سخن در احکام بالغین است و اینکه عقد صبی سبب این احکام برای بالغین می شود یا خیر؟ آیا صبی مسلوب العبارة است یا خیر؟ و حدیث رفع قلم اینها را شامل نیست پس باز هم از ما نحن فیه اجنبی است.

قوله: وبالجملة:

با توجه به اشکالهای وارده از خیر حدیث مذکور هم گذشتیم.

قوله: فالعمدة:

عمده دلیل قول مشهور [که صبی را مسلوب العبارة دانسته و عقد او را باطل دانسته و هیچ اثری برای آن قائل نیستند]. عبارتست از: اجماع منقول [که در

صدر مسئله از زبان سیّد بن زهره و فاضل مقداد و علامه نقل شد. [و شهرت عظیمه [که نوع فقهاء فتوی به بطلان عقد صبی داده اند.] که پشتیبان اجماع است. [سرّ تقویت اجماع با شهرت آنست که: در اصول خواندیم که بر مسلک شیخ اعظم اجماع منقول به تنهائی حجّت نیست، شهرت هم به تنهائی حجّت نیست، ولی اجماع منقول به ضمیمه شهرت محصله و محققه ارزشمند است.] و اگر از این دو بگذریم مسئله [بطلان عقد صبی] خالی از اشکال نیست.

قوله: ولذا:

در این فراز عبارات فراوانی در رابطه با محلّ اشکال بودن مسئله ذکر می کنند:

الف: محقق در شرایع ابتدا به طور جزم و صدر صد فرموده: عاریه دادن صبی صحیح است و سپس در مورد اجاره صبی ممیّز آنهم با اذن ولی [و گرنه بدون اذن قطعاً باطل است.] مردّد شده است^(۱) پس خیلی مسئله قرص و محکم و اجماعی نیست.

ب: علامه در قواعد^(۲) و تحریر^(۳) در صحت عاریه صبی اشکال کرده است. و اگر بطلان آن مسجّل و اجماعی بود که جای اشکال نبود.

ج: علامه در قواعد^(۴) فرموده: صحت بیع صبی ممیّز با اذن ولی مورد نظر و تأمل است. و اگر بطلان اجماعی بود که جای نظر و تأمل نبود. و بلکه فخرالدین در شرح قواعد^(۵) فرموده: اقوی صحت این بیع است [وجه بل ترقی همین است که نه تنها بطلان را قطعی نگرفته بلکه جانب صحت را تقویت کرده که به طریق

(۱) شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۱۸۰.

(۲) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۲۲۴.

(۳) تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۴۴.

(۴) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۹.

(۵) ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۵۵.

اولی مخالف اجماع بر بطلان است. [و استدلال هم کرده به اینکه: وقتی عقدی با اذن ولی انجام می‌گیرد گویا از خود ولی صادر شده است و لسان صبی لسان ولی است و اینکه اشکالی ندارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر چه حاکی این استدلال را از زبان فخرالدین نقل کرده ولی ما در شرح قواعد او نیافتیم.

د: محقق اردبیلی هم صحت عقد صبی را تقویت کرده است. ^(۱)

ه: از کلام علامه در تذکره هم استظهار می‌شود که بطلان عقد صبی اجماعی نیست و ثابت نشده آنجا که فرموده: آیا بیع و شراء صبی ممیز صحیح است یا نه؟ وجه و احتمال قابل قبول نزد من عدم صحت است ^(۲) ملاحظه می‌فرمائید که سخن از عندی است نه عندنا یا عند الامامیه تا اجماعی شود.

و: علامه در تحریر فرموده: بیع صبی در مقام اختبار و امتحان رشد [که قرآن می‌فرماید: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ^(۳)] صحیح است. ^(۴)

ز: محقق ثانی فرموده: هیچ بُعدی ندارد که مسئله صحت و بطلان عقد صبی بر مسئله شرعیّت یا تمرینی بودن عبادات و افعال و اقوال او مبتنی باشد [هر کس افعال و اقوال او را شرعی می‌داند حکم به صحت عقد او کند و هر کس تمرینی می‌داند حکم به بطلان کند.]

سپس خود او شرعی نبودن را برگزیده و فرموده: اصحّ نزد من بطلان عقد صبی است. ^(۵)

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۱۵۲.

(۲) تذکره الفقهاء، ج ۳، ص ۸۰.

(۳) سوره نساء آیه ۶.

(۴) تحریر الاحکام، ج ۱، ص ۲۱۸.

(۵) جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۹۴.

ح: علامه در مختلف در باب مزارعه از قاضی ابن برّاج کلامی را نقل کرده که بر صحت بیع صبی دلالت می‌کند.^(۱)

قوله: وبالجملة:

با اینهمه مخالفتها و تردیدها از سوی قدما و متأخرین، مسئله صحت و بطلان عقد صبی خالی از اشکال نیست و نتوان قاطعانه فتوی به بطلان داد، اگر چه بعض المعاصرین [جناب صاحب جواهر] مسئله بطلان را مسلم گرفته و خیلی در تبیین آن اطاله کلام داده و به نظر خویش تا آنجا پیش رفته که بطلان را به بدیهیات ملحق کرده است^(۲) ولی به نظر ما مسئله خیلی صاف نیست.

قوله: فالانصاف:

پس از مناقشه در اخبار جواز امر صبی و خبر رفع قلم می‌فرمایند: انصاف اینست که حجّت و مدرک ما در مسئله بطلان عقد صبی عبارتست از: شهرت محققه [که خود شخصاً تحقیق کرده و تحصیل شهرت و فتوای مشهور نموده ایم] به ضمیمه اجماع محکمی از تذکره و غنیه.

قوله: بناءً:

ممکن است کسی توهم کند که منظور علامه از «الصغیر محجور علیه بالنص و الاجماع...» محجوریت صبی از خصوص تصرفات و افعال استقلالی باشد و ادّعای اجماع بر این امر کرده نه اینکه مرادش محجوریت مطلقه باشد که حتی با اذن یا اجازه ولی و در یک کلام با رضایت ولی هم محجور باشد، و در نتیجه این اجماع به درد آن مدّعا نمی‌خورد، زیرا مدّعا بطلان عقد صبی است مطلقاً، مسلوب العبارة بودن اوست مطلقاً [استقلالی یا تحت نظر و با رضایت]. مرحوم شیخ در دفع این توهم می‌فرماید: مراد علامه از اجماع بر حجر،

(۱) مختلف الشیعه، ج ۲، ص ۱۲.

(۲) جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۶۱.

محجوریت مطلقه است یعنی اذن ولی باشد یا نباشد صبی حق هیچ کاری ندارد و عقد او هم باطل است. و شاهد این ادعا استثنائی است که در کلام علامه آمده که فرموده «الصغیر محجور علیه بالاجماع... الا عن الاحرام یعنی از احرام برای حج و محرم شدن محجور نیست و احرام جایز است و از خارج می دانیم که احرام تنها در صورت اذن ولی جایز است نه مطلقاً.»

آنگاه اگر مراد از مستثنی منه یعنی «الصغیر محجور علیه» خصوص حجر از تصرفات استقلالی وبدون اذن باشد، و مراد از استثناء احرام، خصوص صورت اذن ولی باشد، این احرام از اول از مستثنی منه خارج بوده و استثناء آن منقطع خواهد بود نه متصل.

و با توجه به اینکه اصل در استثناء متصل بودن است [یعنی باید بگونه ای باشد که لولا الاستثناء این مستثنی موضوعاً و حکماً در مستثنی منه داخل بود و استثناء آمد و حکماً آن را خارج کرد.]

می گوئیم: این در صورتی است که از مستثنی منه عموم و اطلاق اراده شود یعنی صغیر مطلقاً محجور است چه با اذن چه بی اذن، مگر از احرام که با اذن ولی محجور علیه نیست. پس ادعای اجماع بر حجر مطلق است و اینکه عقد او هم مطلقاً باطل است. وهو المطلوب.

قوله: وكذا اجماع الغنية:

در رابطه با ادعای اجماع سید بن زهره هم ممکن است کسی توهم کند که: اینکه سید فرمود: عقد صبی بالاجماع باطل است وان اجاز الولی، تکیه روی صبی بودن و مسلوب العبارة بودن او نیست بلکه تکیه روی اجازه لاحقه است، یعنی به نظر ایشان عقد و بیع متعقب به اجازه صحیح نیست و اجازه بعد از معامله فائده ای ندارد چه این اجازه لاحقه از ولی نسبت به معامله صبی باشد و چه از مالک اصلی نسبت به فضولی بالغ و کامل باشد، و در آینده هم در بیع فضولی سید

طرفدار بطلان آن است به همین دلیل که باید تجارت عن تراض باشد و از تراضی طرفین سرچشمه بگیرد و تراضی سابق بر معامله و از آغاز باشد، نه اینکه بعداً عارض شود.

پس تکیه روی عقد صبی بما هو صبی و مسلوب العبارة نیست، بلکه تکیه سید در اجماع بر بطلان روی حقوق اجازه است و اینکه اجازه بعدی کافی نیست ولو نسبت به عقد شخص غیر مسلوب العبارة.

آنگاه منافاتی ندارد که کسی بگوید: پس با اذن قبلی ولی، عقد صبی نباید اشکال داشته باشد و باید صحیح باشد و کلام سید این را نفی نکرد، باز هم ادعای اجماع او به درد مدعای مشهور نمی خورد.

مرحوم شیخ برای دفع توهم می فرماید: ما از کلام خود سید شاهی داریم مبنی بر اینکه: مدعای او بطلان عقد صبی است مطلقاً ولو با اذن سابق، و آن شاهد اینست که: سید به دنبال استدلال بر اجماع به حدیث رفع قلم استدلال کرده و قبلاً کیفیت استدلال مشهور را به حدیث مذکور ذکر کردیم که: مراد قلم جعل احکام است و منظور اینست که هیچ فعلی از افعال صبی نفیاً و اثباتاً نوشته نمی شود، پس عقد او هم کذلک حال اذنی باشد یا نه.

و ظاهر استدلال به دو دلیل بر مدعای واحد آنست که: مفاد و مؤدای دو دلیل از حیث عموم و خصوص مثل هم است و چون مفاد حدیث تعمیم دارد پس مفاد اجماع و معقد اجماع نیز عمومیّت است. [اگر خواستی بگو: مراد سید از اجازه اجازه مصطلح در قبالی اذن نیست بلکه مراد مطلق رضایت است چه سابق و چه لاحق، یعنی حتی اگر ولی راضی هم باشد عقد طفل باطل است]

قوله: ویؤید:

ادعای اجماع کنز العرفان هم دو اجماع منقول مذکور را تأیید می کند.
بیان ذلک: کنز العرفان عدم صحت عقد صبی را به اصحاب نسبت داد، ولی

در کلام او تصریح نشده بود به اینکه: ولو ولیّ اجازه دهد و ... ما گفتیم: ظاهر این عبارت ارادهٔ تعمیم است و می‌خواهد بفرماید: عند الاصحاب عقد صبی مطلقاً [با اذن و بی اذن ولی] باطل است، ولی احتمال هم دارد که منظور وی از نسبت بطلان عقد به اصحاب، تنها در فرض عدم اذن ولی باشد نه مطلقاً و روی همین احتمال تعبیر به «یؤید» کردیم.

قوله: نعم:

گرچه اجماعات منقول را با زحمت توجیه کرده و با مدّعی مشهور وفق دادیم ولی جا دارد کسی بگوید: با توجه به آنهمه مخالفتها و تردیدهایی که از سوی گروهی از اعاظم قدماء و متأخرین، از قبیل محقق و علامه و فخرالدین و قاضی ابن براج و محقق اردبیلی و سرائر و مخصوصاً محقق ثانی ذکر شد، دیگر چه جای ادّعی اجماع است؟ کدام اجماع؟ اجماع خیالی بیش نیست. پس این ضمیمه هم از دست ما گرفته شد.

[نکته: چرا فرمود: خصوصاً المحقق الثانی ...؟ علت آنست که: وی صحت و بطلان عقد صبی را بر مشروعیت و عدم مشروعیت افعال صبی مبتنی کرد. آنگاه اگرچه خود تمرینی بودن را اختیار کرد و حکم به بطلان عقد کرد، ولی با توجه به اینکه مشهور اعمال صبی را شرعی می‌دانند، و صحت را هم بر مشروعیت مبتنی کرد، پس باید گفت: لازمهٔ کلام ایشان آنست که: مشهور طرفدار صحت عقد صبی هستند، و با وجود مخالفت مشهور به طریق اولی جای ادّعی اجماع نیست.]

قوله: کیف کان:

ولی در عین حال عقیدهٔ ما اینست که: باید به فتوای مشهور عمل کرد و به بطلان عقد صبی حکم کرد. [البته از باب احتیاط خواهد بود نه روی اصل و اساسی و دلیلی]

قوله: ویمکن:

نه تنها از باب احتیاط رأی مشهور را گرفته و با آنان مخالفت نمی کنیم، بلکه از روایاتی هم می توان بر مطلب مشهور و بطلان عقد صبی استیناس کرد [البته فعلاً تعبیر به استیناس است ولی بعداً روی همین روایات تکیه شده و به عنوان استدلال مطرح است و در حقیقت دلیل پنجمی بر رأی مشهور است.]

بیان ذلک: در اخبار مستفیضه از قبیل صحیحہ محمد بن مسلم^(۱) و غیر آن^(۲) چنین آمده: «عمد الصبی و خطاه واحد» یعنی بچه نابالغ چه کاری را عمداً و با اختیار و توجه و قصد انجام دهد و چه از روی خطا و اشتباه، هر دو یکی است، و به عبارت دیگر: عمد الصبی خطأ یعنی شرعاً کار عمدی بچه هم کار خطائی محسوب می شود و احکام فعل خطائی را دارد، آنگاه اصحاب جوامع حدیثی [مرحوم کلینی، مرحوم صدوق، شیخ طوسی ره و ...] این طائفه از روایات را در کتاب دیات و در باب جنایات صبی ذکر کرده اند.

فقهاء سه نوع جنایت بیان کرده اند:

۱- جنایاتی که عمد محض باشد مثلاً عمداً و به قصد، شخصی دیگری را بکشد یا بر او نقص عضوی وارد کند، حکم آن قصاص است.

۲- جنایت شبه عمد، حکم آن دیه است و دیه بر عهده خود جانی است.

۳- جنایت خطأ محض، حکم آن دیه است و دیه را باید عاقله جانی یعنی منسوبین ذکور پدری او از قبیل برادرها، عموها و ... پردازند، و حکمت مطلب هم یک امر عقلائی است که شرعاً امضاء شده و عرف مردم عملاً چنین کاری را می کنند که اگر یکی از بستگان آنها اشتبهاً جنایتی مرتکب شد اقوام او جمع می شوند و بار را از دوش او برمی دارند و هر کدام به قدر توان می پردازند تا

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۱۱، ص ۳۰۷، حدیث اول.

(۲) آدرس قبلی روایات دیگر باب

طرف از هستی ساقط نشود.]

و در رابطه با جنایت صَبِّ می گویند: عمد او خطا است یعنی اگر عمداً هم کسی را بکشد یا جنایت دیگری وارد کند باز شرعاً حکم قتل خطائی را دارد و باید عاقله طفل دبه را بپردازند.

ولی اگر ما در خود روایت صحیحه و غیر آن دقت کنیم می بینیم تعبیر اطلاق دارد و اختصاص به باب جنایات صَبِّ ندارد بلکه بقول مطلق فرموده عمده و خطاه واحد یا عمده خطاً و ندارد که عمده فی الجنایة و
قوله: ولذا:

شاهد بر این اطلاق آنست که: شیخ در مبسوط^(۱) و ابن ادریس در سرائر^(۲) در رابطه با اخلال صَبِّ محرم در حال احرام که یکی از محرّمات احرام را انجام دهد، آنهم محرّماتی که اگر عمداً انجام شوند کفّاره دارند نه مطلقاً؛ در این رابطه فتوی داده اند به اینکه: اگر صَبِّ در حال احرام یکی از این گونه محرّمات را مرتکب شد کفّاره نه بر خود او لازم است و نه بر ولی طفل واجب است که به نیابت از طفل بدهد، سپس استدلال کرده اند به اینکه: عمد الصبی خطاً پس کفّاره ندارد.

ملاحظه می فرمائید که اینجا سخن از جنایت صَبِّ نیست و سخن از ارتکاب یک عمل حرام الهی است و معذک برای نفی کفّاره در چنین موردی به حدیث مذکور استناد شده.

قوله: وحيثئذ:

حال که روایات اختصاص به جنایات صَبِّ ندارد و مطلق است می گوئیم: هر حکمی از احکام شرعیّه که بر افعال قصدی [افعالی که باید با قصد و اختیار و

(۱) مبسوط، ج ۱، ص ۳۲۹.

(۲) سرائر، ج ۱، ص ۶۳۶.

عمد انجام شوند تا آن حکم را داشته باشند. [مترتب باشد، بر فعل صبی ولو با قصد، مترتب نیست لانّ عمده خطأً و قصد او مثل عدم قصد است. قوله: فعقد:

متفرع بر محاسباتی که کردیم می گوئیم: پس انشاءات صبی و عقود و ایقاعات او هم فائده ای ندارد ولو با قصد انشاء هم صادر شود، و همانند عقد انسان هاذل و خاطی و نائم و ... می باشد که ارزشی ندارد. و می توان به صورت منطقی گفت: قصد صبی ملغی است «صغری» و دلیل آن روایات مذکور است. و عقود هم تابع قصود است «کبری» زیرا هر انشائی بدون قصد محقق نمی شود. پس عقود صبی ملغی است «نتیجه».

قوله: بل یمكن:

مقدمه: اخباری که درباره جنایات صبی و اینکه عمد و خطای صبی یکسان می باشد وارد شده سه دسته است

الف: روایاتی که تنها بر «عمد الصبی و خطاه واحد» دلالت دارند و مقید به هیچ قیدی نیستند. [مثل صحیحۀ محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام، قال: عمد الصبی و خطاه واحد^(۱)] تا به حال مرحوم شیخ از اطلاق این دسته استفاده کردند.

ب: روایاتی که دالّ بر حکم مذکور هستند به اضافه یک قیدی و آن اینکه: دیه جنایت صبی بر عاقله او است. [مثل روایت اسحاق بن عمّار از امام صادق از پدرش از امام علی علیه السلام: عمد الصبیان خطأً تحمله العاقله. ^(۲) ولی میان آن مطلق و این مقید منافاتی نیست تا بناچار آن مطلق را بر این مقید حمل کنیم، بلکه به هر دو عمل می شود و سرّ مطلب آنست که: اگر مطلق و مقیدی متنافیان بودند.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۰۷، باب ۱۱، حدیث اول.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۰۷، باب ۱۱، حدیث سوم.

نوبت به جمع عرفی و حمل مطلق بر متیّد می‌رسد، ولی اگر متوافقان بودند به هر دو عمل می‌شود مثل: فی الغنم زکاة، و فی الغنم السائمة زکاة، و ما نحن فیہ من هذا القبیل.

ج: روایاتی که مشتمل بر سه امر است:

۱- عمد الصبی خطا است، ۲- دیه جنایت او بر عاقله است ۳- قلم از صبی برداشته شده است [البته روایت هم در مورد صبی و هم مجنون است ولی فعلاً بحث ما در صبی است. و آن روایت در متن مکاسب آمده که بعداً توضیح می‌دهیم.]

با این مقدمه می‌گوئیم: اگر چه تا به حال از استدلال مشهور به حدیث رفع قلم جواب داده و آن را ردّ می‌کردیم و می‌گفتیم: به جهات عدیده قابل استدلال نیست، ولی حالا می‌گوئیم: به ملاحظه روایات جنایت صبی و ورود حدیث رفع قلم در ذیل این روایات، می‌توان به آن نیز استدلال کرد.

بیان مطلب: قرب الاسناد به سند خود از ابوالبختری از امام صادق از امام علی علیه السلام چنین نقل کرده^(۱): دیوانه‌ای که نقص عقل داشته و قابل افاقه نیست، تا مادامی که خوب نشده، و نیز بچه‌ای که هنوز به سن بلوغ نرسیده، مادامی که بالغ نشده، حکم هر دو آنست که: عمد آندو خطا است [یعنی کاری را که با عمد و قصد و تعمداً انجام دهند همانند کاری است که بزرگترها و مکلفین از روی خطا انجام دهند و احکام کار خطای را دارد، منتهی نفی حکم به لسان نفی موضوع شده یعنی بجای اینکه بفرماید: کار عمدی صبی فلان حکم را ندارد و مثلاً موجب قصاص نیست.

فرموده: کار عمدی صبی مثل غیر عمدی می‌ماند، و شرعاً کار خطای محسوب می‌شود و وقتی موضوع فعل خطای درست شد، حکم هم خواهد

(۱) قرب الاسناد، ص ۷۲، حدیث ۵.

آمد. [و اگر جنایتی بر کسی وارد کرد دیه آن بر عهده عاقله صبی است.] قانون جنایت خطای همین است. [و قلم هم از صبی و مجنون برداشته شده است.]
 قوله: فان:

کیفیت استظهار مطلب از این جمله اخیر: تردیدی نیست که بدون جمله اخیر هم کلام کامل بوده و مفید فائده است، هم موضوع را بیان کرده که عمده خطا و هم حکم را بیان کرده که: دیته علی عاقلته، مع الوصف چرا جمله سوم آمده؟ چه نیازی به آن داریم؟ آن جمله در چه مقام وارد شده؟

مرحوم شیخ دو احتمال ذکر می کنند: [البته محشین مکاسب احتمالات دیگری هم داده اند.]
 ۱- این جمله علت اصل حکم باشد.

بیان ذلک: منظور از اصل حکم همان دیته علی عاقلته است. گویا کسی می پرسد: چرا دیه جنایت بچه را عاقله او بدهند؟ چرا از مال خود او ندهیم؟ امام در جواب فرموده: برای اینکه: قلم از دوش صبی برداشته شده، به این دلیل او مؤاخذه ای ندارد، دیه از او گرفته نمی شود، پس از عاقله او می گیریم.

۲- جمله اخیر معلول جمله اول و حکم اول باشد، یعنی اول فرمود: شرعاً عمد صبی به منزله خطا است و آثار فعل عمدی بر آن مترتب نمی شود، پس اگر عمدا کسی را کشت قصاص نمی شود، سپس فرمود: و رفع القلم عنهما گویا کسی می پرسد: چرا قلم از صبی و مجنون برداشته شده؟ جواب امام آنست که: از آن رهگذر که عمد او خطا است و شرعاً کارهای قصدی و عمدی او مثل کار خطای بزرگترها می ماند، به این دلیل وی آزاد است و مؤاخذه نمی شود و قلم از او برداشته شده، و گویا کاری نکرده است.

حال اگر رفع قلم را به رفع مؤاخذه و عقاب اخروی بزنیم با هیچکدام از دو احتمال تناسب و ارتباطی ندارد نه با احتمال علت بودن که علت نبود دیه و مؤاخذه

مالی است نه عقاب و مؤاخذه اخروی، و نه با احتمال معلول بودن که معلول نبود قصاص و مؤاخذه جانی در دنیا است نه عقوبت اخروی.

برای حفظ ارتباط و سنخیت میان علت و معلول می گوئیم: از رُفَع القلم تنها مؤاخذه اخروی و عقوبت اراده نشده بلکه اعم از مؤاخذه اخروی و دنیوی، وضعی و تکلیفی اراده شده است و به عبارت دیگر: مراد رفع قلم جعل احکام است، پس صبی اگر کار حرامی کرد عقاب ندارد، اگر جنایت عمدی کرد قصاص ندارد، اگر شبه عمد بود دیه ندارد و ... همه اینها مرفوع است.

و افعال الصبی ولو عن عمد و قصد صادر شود هیچ اثری ندارد، پس انشاءات او هم لغو و بی اثر خواهد بود، اقرارهای او هم که مالی را به عهده می گیرد و به نفع زید و اقرار می کند اثر ندارد، و از این جهت حدیث رفع قلم اطلاق دارد و فرقی میان صورت اذن و عدم اذن نمی گذرد و مفادش آنست که: مطلقاً انشاءات و اخبارات صبی اثر ندارد، نه اینکه منظور این باشد که استقلالاً محجور است ولی مع الأذن بلامانع است، خیر مطلقاً محجور است، یعنی صبی کلاً مسلوب العبارة است، مسلوب القصد است، وهو المطلوب.

پس استدلال به حدیث رفع قلم هم صحیح است. [نکته: می توان گفت: چون در روایات رفع قلم صبی را در کنار مجنون و نائم ذکر کرده و از هر سه رفع قلم شده، و بلاشک در مورد مجنون مراد قلم جعل احکام است، به این مراد از رفع قلم در مورد صبی هم قلم جعل احکام باشد، و نیازی به این تفصیلات نیست.]

قوله: ثم انّ:

حال که از حدیث رفع قلم عمومیت استفاده شد و گفتیم: مراد قلم جعل احکام است و صبی هیچ مؤاخذه ای ندارد، نه اخروی نه دنیوی، نه وضعی، نه تکلیفی، می گوئیم:

بنابر احتمال اول از دو احتمال مذکور، [یعنی بنابر علت بودن جمله رفع القلم و دیته علی عاقلته، و اینکه چون قلم احکام کلاً برداشته شده پس دیه شبه عمد از مال عاقله است نه خود صبی، و او مؤاخذه مالی ندارد.] یک محذور بزرگی پیدا می شود و آن اینکه: لازمه این تعمیم علت است که: پس اگر صبی و مجنون مال کسی را هم اتلاف کردند مؤاخذه نداشته باشند و ضامن نباشند، بدلیل رفع قلم، در حالی که نوع فقهاء به این لازم ملتزم نشده و در مورد اتلاف فتوی به ضمان صبی داده اند، با این محذور چه کنیم؟

ممکن است کسی در صدد توجیه برآمده و بگوید: جمله رفع القلم تعمیم دارد و هر نوع مؤاخذه ای را از دوش صبی برمی دارد حتی ضمان عند الاتلاف را ولی از خارج می دانیم که: ما من عام الا و قد خص یعنی اغلب عمومات مبتلا به تخصیص شده اند.

حال چه مانعی دارد بگوئیم: این عام نیز به باب اتلاف تخصیص خورده یعنی همه جا و نسبت به هر مؤاخذه ای رفع عن الصبی مگر نسبت به اتلاف و ضمان که رفع قلم نشده و حکم مذکور نیست؟

مرحوم شیخ می فرماید: این توجیه بعید است. [شاید وجه مطلب آن باشد که: حدیث رفع قلم در مقام امتنان وارد شده و آبی از تخصیص است. و شاید مراد این باشد که علت به منزله نص به این موارد است و نص توجیه بردار نیست.]

پس محذور به قوت خود باقی است ولی در عین حال لطمه ای براستدلال به حدیث رفع قلم نمی زند چرا که احتمال دیگری هم بود که جمله رفع القلم معلول جمله عمد الصبی خطا باشد، و اگر معلول شد از حیث توسعه و تضييق تابع علت خواهد بود، و علت مخصوص کارهای عمدی و قصدی است یعنی اعمالی که در آنها تعدد و قصد دخیل است نسبت به آنها رفع القلم عن الصبی [مثل معصیت که

تا فعلی با عمد و قصد انجام نشود معصیت نیست و موجب استحقاق عقوبت نمی شود، و مثل قصاص و دیه از مال جانی و ... [و مسئله اتلاف مال الغير موضوعاً و تخصصاً از این عنوان خارج است زیرا در اتلاف عمد و قصد دخیل نیست بلکه چه عمداً و چه سهواً و خطأً و به هر شکل که موجب تلف مال مردم شود ضامن است .

[نظیر ملاقات با نجاست که سبب تنجّس ملاقی می گردد ولی ترتّب نجاست بر ملاقات به خاطر این نیست که ملاقات یک فعل اختیاری است و با عمد و قصد از او صادر شده بلکه مطلقاً این اثر بر آن بار می شود چه بالارادة و الاختیار باشد و چه بالجهل باشد یا بالغفلة والنسیان والقهر ...]
 قوله : ثم انّ:

قلمی که از صبی و مجنون مرفوع است منظور خصوص قلم مؤاخذه ای است که در حقّ بالغ ها و مکلف ها موضوع و ثابت است، یعنی آن مؤاخذاتی که اگر مکلف بود آنها را داشت، حالا که صبی است که آن آثار و مؤاخذات را ندارد. [اگر بالغ بود و عمداً شرب خمر می کرد مستوجب عقاب اخروی و حدّ شرعی بود، اگر عمداً جنایتی می کرد قصاص داشت، اگر شبه عمد بود دیه از مال جانی بود. و ... حال که صبی است که اگر این کارها را کرد آن مؤاخذه ها را ندارد] نه اینکه هیچ حکمی ندارد، حتّی احکامی هم که موضوعش صبی است و در حقّ او ثابت است، آنها را هم ندارد، خیر این احکام ثابت است، فی المثل تعزیرات در حقّ صبیان هم ثابت است؛ که اگر سرقت کرد قطع ید ندارد ولی انگشتان او را می مالند تا قدری زخم شود و عبرت بگیرد، یا در بعض موارد چند تازیانه می خورد تا تأدیب شود، اینگونه احکام ثابت است .

[نظیر حدیث رفع الخطأ والنسیان و ... که احکامی را که افعال مادر در حال اختیار و ذکّر والتفات دارند در حال خطأ و نسیان برمی دارد نه احکامی را که

موضوع آنها خطا و نسیان است مثل دیه که موضوعش قتل خطائی است و سجده سهو که موضوعش نسیان است و ... که اینها با خود خطا و نسیان ثابت می شوند و معنا ندارد که بوسیله خود اینها مرتفع شوند و از اثبات شیئی عدمش لازم آید .
قوله: والحاصل:

نتیجهٔ اجماعات منقول، اخبار عمد الصبی خطأ، اخبار رفع القلم، [که مورد استدلال ما واقع شدند] آنست که: در آن افعالی که قصد و عمد معتبر است و بدون قصد اثر ندارند، اگر این افعال از صبی صادر شد آن آثار را ندارد و قصد و عمد صبی وجودش کالعدم است. بنابراین انشاءات که قوامش به قصد است از صبی اگر صادر شد اثر ندارد و ملغی است و فرقی ندارد که اصالةً و برای خود عقدی بخواند و یا به وکالت از بزرگترها، و نیز قبض و اقباض او هم ارزشی ندارد و مثل عدم قبض و اقباض است، کلیه تعهدات و التزامات او نیز ملغی است مثلاً اگر از کسی ضمانت کند، به نفع کسی اقرار کند، مالی را نذر کند، خانه ای را اجاره دهد و ... هیچ کدام مؤثر نخواهد افتاد.
قوله: وقال في التذكرة:

جناب علامه در تذکره مطلب جامعی دارند که در تایید کلام خود از آن استفاده می کنیم: ایشان فرموده: همانطوری که تصرفهای لفظی و قولی صبی صحیح و مؤثر نیست [انشاءات او، عقود و ایقاعاتش و ...] همچنین تصرفهای فعلی و عملی او هم بی فائده است، متفرع براین مطلب:

۱- اگر کسی مالی را به طفلی هبه کرد و ولی طفل هم هبه را قبول کرد، ولی مال موهوب را به دست صبی داد با این قبض ملکیت حاصل نمی شود، و بچه مالک مال نمی شود، زیرا در هبه شرط ملک قبض است و قبض صبی کلا قبض است و اثر ندارد. پس کما کان مال به ملک مالک اصلی باقی است.

۲- اگر شخصی مالی را به دیگری هبه کرده و دیگری هم قبول کرده ولی به

بچه گفته: تو برو و مال را قبض کن باز قبض صبی فائده ای ندارد و بدین وسیله متّهب یا موهوب له مالک نمی شود.

۳- اگر طلبکاری به بدهکار بگوید: طلب مرا به فلان بچه بده و بدهکار هم چنین کند، با دادن به بچه دین از دوش او برداشته نمی شود و کما کان مشغول الذمه است و مبلغی را هم که به صبی داده به ملک خود مدیون باقی است و اگر حیثاً در دست بچه تلف شد ضرر به خود مدیون می خورد، چون خود او اقدام کرده و با دادن مال به بچه موجب تضییع و از میان رفتن مال گردیده، و هر کس به ضرر خویش اقدام کند دیگران در قبال مال او مسئولیتی ندارند، و کما کان مدیون است زیرا دین امری است در ذمه و تا ذمه را به طرز صحیح فارغ نکند برداشته نمی شود، و قبض صبی شرعاً صحیح نیست پس قرض از گردن او برداشته نمی شود.

تظنیر: همانطور که اگر طلبکار به بدهکار بگوید: مبلغی را که از شما طلبکار هستم به دریا بیاندازید، بدهکار حق ندارد و چنان کند و اگر کرد به خود ضرر زده و جداگانه باید بدهی خود را بپردازد از ذمه اش برداشته نمی شود.

اما اگر شخصی نزد ودعی و امانت نگهدار، مالی را به امانت سپرده که حق مالک بر ذمه ودعی نیست بلکه به عین خارجی تعلق دارد، در این صورت اگر به ودعی گفت: مال مرا به این طفل بده، یا بدریا بیانداز، و ودعی چنان کرد، ضرر به خود مالک می رسد و امانت دار مسئولیتی ندارد، سر مطلب آنست که: اینجا از اول حق مالک معین و مشخص است و به عین خارجی تعلق دارد، و الناس مسلطون علی اموالهم پس می تواند آن را بدریا بریزد یا تلف کند و ...

۴- اگر مال ودیعه مال طفل بود و ودعی آن را به خود طفل داد و در دست او تلف شد، در اینجا ولو با اذن ولی هم به بچه داده باشد ضامن است، زیرا ودعی حق ندارد اموال صبی را حتی با اذن ولی طفل تضییع کند، و دادن مال به صبی

یعنی تضييع آن، که جایز نیست.

۵- اگر بچه ای دینار یا اسکناسی را نزد صراف برده و از او می خواهد آن را خورد کند، یا کالائی را نزد خبیره و قیمت شناس برده و از او می خواهد آن را قیمت کند، به مجرد اینکه صراف یا کارشناس این دینار و متاع را از بچه گرفت، حق ندارد آن را به خود صبی برگرداند بلکه باید به ولی طفل برساند، و گرنه ضامن است.

۶- اگر ولی بچه گفت: فلان مال را به بچه پرداز، چنانچه مال خود ولی بود و به بچه داد، ضامن نیست زیرا ولی بر مال خود مسلط است و اگر به دریا هم بیافکند به کسی مربوط نیست، ولی اگر مال بچه باشد حق ندارد به بچه بدهد، چنانچه حق ندارد مال صبی را به دریا بیفکند ولو ولی اذن هم بدهد.

۷- اگر دو بچه با یکدیگر معامله ای کرده و عوضین را از یکدیگر گرفته و تلف کردند، چنانچه معامله با اذن ولی بچه ها بوده، اولیاء ضامن هستند و باید جای مال تالف را در ملک طفل پر کنند، و اگر بی اذن بوده، و خود بچه ها مال یکدیگر را تلف کرده اند، خودشان ضامن هستند.

۸- آری اگر کسی دق الباب کرد و بچه فتح باب کرد و شخص وارد شد، یا هدیه ای را به کسی رساند و طرف آن را گرفت که صرفاً بچه نقش ایصال دارد، اینها اشکالی ندارد و شخص می تواند هدیه را بگیرد یا مهدی آن را بوسیله بچه ارسال کند، و دلیل جواز هم مسامحه سلف و فقهاء گذشته در این امور می باشد و عرفی هم هست. ^(۱)

قوله: ثمَّ اِنَّه ظهَر:

نظریه مرحوم شیخ به پیروی از مشهور عبارت شد از: بطلان معاملات صبی آنهاً مطلقاً یعنی چه بالاصالة و چه بالنیابة و در هر صورت با اذن و اجازه ولی یا

(۱) تذكرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۲.

بدون اذن، و دلائل ایشان عبارت شد از: شهرت محصله به ضمیمه اجماع منقول، اخبار عمد الصبی خطأ، و اخبار رفع قلم.

حال می فرمایند: در حکم به بطلان فرقی میان اشیاء سیر و حقیر و کم ارزش با اشیاء خطیر و گرانقیمت و پرارزش نیست، و ما میان این دو دسته تفصیل نمی دهیم، بلکه به طور کلی می گوئیم: معاملات صبی باطل است چه شیئی کم ارزش را خرید و فروش کند و چه چیز پرارزش را، و دلیل ما بر این اطلاق و عموم عبارتست از: عموم نصّ و فتوی، یعنی هم نصوص رفع قلم و عمد الصبی خطأ مقید به چیزی نبود، و هم فتاوی مشهور به بطلان مقید به اشیاء خطیر و مانند آن نبود، و به اطلاقش معامله بر اشیاء حقیر و کم ارزش را نیز شامل می شد.

قوله: حتی ان:

گروهی از عامه و خاصه در این نظریه با ما مخالف بوده و قائل به تفصیل گردیده و میان معاملات صبی فرق گذاشته و گفته اند: اگر شیئی کم ارزش را خرید و فروش کند معامله اش صحیح است. ولی اگر شیئی گرانقیمت و پرارزشی را معامله کند باطل است. از مجموع سخنان این گروه چند دلیل مستفاد است که ذیلاً آنها را نقل و نقد می کنیم:

اولین سخن از بعض العامه است که برای جواز بیع صبی در اشیاء حقیر به قصه ابوالدرداء [هو عویمر بن عامر بن زید الخزرجی الانصاری المدنی الصحابی المجهول الحال^(۱)] استناد کرده اند، و آن اینکه: ابوالدرداء گنجشکی را از بچه ای خریداری کرده و آن را رها کرد. پس معلوم می شود: معامله با صبی بر شیئی سیر بلامانع است.

مرحوم علامه در تذکره از این قضیه جوابهایی داده که مورد پسند مرحوم

(۱) تنقیح المقال، ج ۳، من فصل الکنی باب دال و ذال و راء، ص ۱۶، سطر اوّل و دوّم.

شیخ است و همانها را نقل کرده:

۱- چنین قصه‌ای برای ما ثابت نیست. [چون تنها از طریق برخی از عامه نقل شده است^(۱)]

۲- بر فرض ثبوت، ارزشی ندارد. [زیرا ابوالدرداء که معصوم نیست تا عمل او برای دیگران حجّت باشد.]

۳- بر فرض ثبوت و حجّیت، قابل توجیه است بگونه‌ای که از محلّ بحث خارج شود^(۲) [به اینکه: شاید ابوالدرداء ولیّ طفل بوده که اگر ولیّ باشد شرعاً می‌تواند مال صبیّ و مولیّ علیه را به خودش یا دیگران بفروشد، و ربطی به معاملات صبیّ با دیگران ندارد.]
 قوله: و به یظهر:

دوّمین سخن از مرحوم فیض کاشانی در کتاب مفاتیح است که فرموده: به نظر ما اظهر آنست که معاملات صبیّ نسبت به چیزهایی که عادت مردمان بر آن جاری شده که به بچه می‌سپارند و با او معامله می‌کنند، یعنی نسبت به اشیاء سیر و کم ارزش، صحیح است و بیع و شراء او بلامانع است. و سپس برای جواز به قانون نفی حرج استدلال کرده و فرموده:

منع صبی از معاملات عسر و حرج است «صغری»

و عسر و حرج در اسلام منفی است «کبری».

پس منع و تحریم مذکور منفی است «نتیجه».

پس معامله با صبی جایز است و هو المطلوب^(۳).

مرحوم شیخ می‌فرماید:

(۱) فقه المذاهب، ج ۲، ص ۱۶۰، حنا بله این استدلال را کرده‌اند.

(۲)

(۳) مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۴۶.

اولاً دلیل شما را قبول نداریم، زیرا منظورتان از اینکه معامله نکردن با صبی مستلزم حرج است چیست؟ آیا منظور اینست که: برای هر معامله کوچکی بزرگترها و بالغین و پدر و مادرها اقدام کنند؛ برای آنان حرج و مضیقه است؟ وجداناً چنین نیست. یا منظورتان اینست که: معمولاً مردمان بچه‌ها را به کارها و معاملات کوچک می‌گمارند و سر چهارراهها و میادین و ... مقداری جنس از خوراکی و غیره به بچه‌ها داده و آنها می‌فروشند، آنگاه اگر بنا باشد ما با آنان معامله نکنیم و بدنبال مغازه یا فروشنده بزرگسال بگردیم برای ما حرجی است؟ باز هم وجداناً چنین نیست، و در یک کلام اینکه بزرگترها و مکلفین خریدار یا فروشنده شوند و متقابلاً از مکلفین خریداری کنند یا به آنها بفروشند هیچ مضیقه‌ای ایجاد نمی‌کند تا از راه نفی حرج فتوی به جواز معامله با صبیان بدهیم.

و ثانیاً اصل فتوی و حکم شما را [که به طور مطلق فرمودید: بیع و شراء صبی در اشیاء حقیر جایز است] نیز قبول نداریم، زیرا اگر منظورتان از اطلاق مذکور این باشد که صبی حتی مستقلاً و بدون اذن ولی هم می‌تواند اقدام کند آنهم نسبت به مال خودش و بالاصالة طرف معامله قرار بگیرد و نیازی به جلب رضایت ولی نیست. خواهیم گفت: این برخلاف اجماع است زیرا اجماع قائم است که صبی نسبت به مال خود حق ندارد مستقل از ولی اقدامی کرده و بیع و شرایی انجام دهد.

قوله: واما ما ورد:

این فراز در حقیقت ربطی به تفصیل مذکور ندارد، و به اصل مطلب مربوط است، بیان مطلب:

اصل مطلب این بود که: معاملات صبی کلاً باطل است به دلائلی که ذکر شد، حال ممکن است کسی در قبال مشهور به روایت سکونی تمسک کرده و بگوید: معاملات صبی صحیح و مشروع است [البته با قیودی که در روایت

خواهد آمد.]

اما متن روایت :

عن السكونی عن الصادق علیه السلام قال : نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن کسب الاماء ،
فانها ان لم تجد زنت ، الامة قد عرفت بصنعة ید ونهی عن کسب الغلام
الصغیر الذی لا یحسن صناعة بیده ، فانه ان لم یجد سرق ^(۱) .

و اما کیفیت استدلال : در بخش دوم روایت که محل شاهد می باشد ، دو

نکته به چشم می خورد :

۱- جمله وصفیه : فرمود : پیامبر از کسب و داد و ستد بچه صغیری که صنایع

دستی را نیک نمی داند [و از عهده ساختن آنها به خوبی بر نمی آید .] نهی فرمود .

حال نفرمود که : کسب صبی مطلقاً منهی است چون صبی است و افعال و

تصرفات و معاملات او ارزشی ندارد ، بلکه روی وصف : الذی لایحسن صناعة

بیده ، تکیه کرد و مفهوم وصف کلام آنست که : فالذی یحسن صناعة بیده لانهی

عن کسبه یعنی اکتساب و معامله چنین طفل صغیری بلامانع است . [البته

جمله وصفیه مفهوم ندارد .]

۲- جمله شرطیه یا تعلیلی که ذیلاً برای نهی از کسب صبی آورد که

فرمود : فانه ان لم یجد سرق ، یعنی روی صبی بودن و مسلوب العبارة بودن و

رفع قلم و ... تکیه نکرد بلکه روی این جمله که : صبی اگر مالی نیابد دست به

سرقت می زند و ما از ناحیه او مطمئن نیستیم و ... تکیه شد ، و مفهوم شرط کلام

یا دوران حکم در مدار علیت ، اقتضا می کند که بگوئیم : پس اگر این احتمال در

حق صبی و طفلی داده نشد و مطمئن بودیم که سرقت نمی کند ، معامله با او

بلامانع است . وهو المطلوب که : فی الجملة و با قیودی معاملات صبی جایز

است .

(۱) وسائل الشیعه ، ج ۱۲ ، ص ۱۱۸ ، باب ۳۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث اول .

قوله: فمحمول:

مرحوم شیخ می فرماید: از آنجا که روایت مذکور مخالف اجماع و شهرت و روایات فراوان رفع قلم و عمد الصبی خطاً و ... می باشد و نمی تواند در قبال آنها مقاومت کند، ناگزیر باید توجیه کرده و آن را برخلاف ظاهرش حمل کنیم.

بیان ذلک: کلمه کسب مصدر است و ظاهرش همان اکتساب و داد و ستد است، ولی بگوئیم: اینجا از کلمه کسب معنای اسم مصدری اراده شده و الاکتساب ای المکتسب و منظور از مکتسب هم عوض و فائده و ربح کسب است، یعنی مالی که به چنگ آورده و جزء ما یملک او است، چه آن عوض و مال از راه التقاط [حیازت مباحات، احیاء موات، سبقت بسوی چیزی که احدی بدان سبقت نگرفته و ...] بدست آمده باشد، یا اجرتی است که بابت عمل صبی به او داده شده و ملک او گردیده [منتها اجاره ای که به اذن ولی منعقد شده تا صحیح باشد و طفل مستحق اجرة المسمی شود]. [یا اجرتی که طفل در مقابل عملش گرفته منتها بدون اذن ولی خود اجاره بسته که اجاره اش باطل است ولی از آنجا که عمل محترم است، مستحق اجرة المثل می شود.

و یا به امر مالکی برای او کاری انجام داده [ولو اجاره ای منعقد نشده] ولی عمل محترم و عوض دارد، که باز مستحق اجرة المثل می شود، تمام این اموال ملک صبی است. و منظور از کسب یعنی مکتسب یعنی مالی که در اختیار صبی و ملک او است و رسول خدا ﷺ از این اموال نهی کرده است.

ممکن است برسید: اینها که ملک صبی است، پس چرا ولی و دیگران از آن نهی شده اند؟ جواب آنست که: این نهی یک نهی تنزیهی و کراهتی است که نزدیک شدن به آن مکروه است و اجتناب از آن مستحب است [نه نهی تحریمی] و سرّ مطلب همان است که در حدیث گفته آمد که: از ناحیه او مطمئن نیستیم و احتمال سرقت می دهیم و از مال مشکوک اجتناب کردن بهتر است. و

البته این در صورت عدم اطمینان است اما اگر علم و اطمینان به صدق ادّعی صبی داشتیم و مطمئن شدیم که دروغ نمی گوید، سرقت نکرده، بلکه کار کرده و مال را به چنگ آورده، اجتناب مستحب نیست. و این جهت اختصاص به صبی هم ندارد، بلکه بطور کلی هر انسانی که بی مبالات است و از حلال و حرام پرهیزی ندارد و ما احتمال می دهیم که اموال او مخلوط به حرام باشد، اجتناب از مال او بهتر است. پس این روایت هم ردّ بر نظریّه مشهور نشد.

قوله: و کیف کان:

برگردیم به تفصیلی که ذکر شد، و مجدداً بگوئیم: قول به تفصیل خیلی

باطل است.

قوله: نعم:

سوّمین سخن از مرحوم صاحب ریاض است^(۱): جناب ایشان همان تفصیل

را داده و فرموده: نسبت به اشیاء حقیر معامله صبی جایز است، منتها یک قیدی هم افزوده و آن اینکه: در صورتی صحیح است که صبی صرفاً آلتی بیش نباشد که از سوی ولیّ و کسی که اهلیت تصرف دارد نصب شده باشد [یعنی حتی در اشیاء حقیر، از خود اظهار نظری ندارد و دقیقاً قیمتی را که ولیّ او در اختیار او گذاشته همان را بیان کرده و متاع را به مشتری می دهد و پول را هم گرفته و در دخل پدر می اندازد.]

و برای این مطلب به سیره مستمره استدلال کرده و فرموده: در طول تاریخ پیوسته چنین بوده که در اشیاء حقیر آنهم با کیفیتی که ذکر شد به بچه ها هم مراجعه می شد.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در ردّ این استدلال می فرماید: اینگونه سیره ها ارزشی ندارد،

(۱) ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۱۱.

زیرا از کم مبالغاتی و بی توجهی مردم نسبت به امر دین سرچشمه می گیرد و همانند بقیه سیره های فاسد و باطل آنها اعتباری ندارد.

و مؤید ادعای مذکور آنست که: در اثر بی مبالغاتی فرقی میان صبّی ممیز و غیر ممیز نگذاشته و در امور حقیر با هر دو معامله و داد و ستد می کنند، [در حالیکه قطعاً با غیر ممیز معامله صحیح نیست.] و نیز فرقی میان صبّی و مجنون نمی گذارند. [در حالی که قطعاً در امر یسیر هم معامله با مجنون صحیح نیست.] و نیز فرقی میان استقلال در تصرف و غیر استقلال نمی گذارند، و ای چه بسا روزانه مبلغی به فرزندان پول داده و آنها هر گونه مایل بودند خرج و صرف می کنند و والدین اصلاً اطلاعی هم پیدا نمی کنند، [در حالی که قطعاً و بالاجماع معاملات استقلالی او ممنوع است.] پس خیلی نتوان به سیره اعتماد کرد.

قوله: مع أنّ الاحالة:

در سخنان فیض کاشانی سخن از: ماجرت العادة ... به میان آمد، و مطلب را به عادت مردمان حواله کردند، مرحوم شیخ می فرماید: اینهم حواله بر مجهول بوده و صحیح نیست زیرا ضابطه مشخصی ندارد، بلکه آنچه از مردمان معمول است عبارتست از اینکه: به هر بچه ای آنچه را که در آن زیرک بوده و فریب نمی خورد می سپارند.

فی المثل به بچه شش ساله این مقدار اجازه می دهند که برود و یک بسته سبزی یا یک تخم مرغ خرید و فروش کند، به بچه هشت ساله اجازه می دهند که برود گوشت بخرد، نان تهیه کند و ...، به بچه چهارده ساله بیش از اینها اجازه می دهند که: با مبلغ بیشتری برود و پارچه یا جامه ای خریداری کند، حیوانی خریداری کند و بلکه امر تجارت را عهده دار شده و همراه کاروان به سفر تجارتي برود و فرقی میان ۱۴ ساله که بالغ نیست با ۱۵ ساله که بالغ شده نمی گذارند، ولی کارهایی بسیار عظیمی از قبیل: معامله باغها و منزلها و ... را به او واگذار

نمی‌کنند.

آری وقتی خیلی خبره و کارکشته شد و تجربه تجاری کسب کرد کم کم این گونه امور را هم بدانها واگذار می‌کنند. پس یک ضابطه کلی ندارد و قدم به قدم به تناسب سن بچه‌ها و ارزش مال مطلب فرق می‌کند و چیز مشخصی نیست که سیره بر آن جاری شود.

قوله: و کیف کان:

سخن صاحب ریاض هم مثل سخن فیض کاشانی با فتوای مشهور مخالف است و قبلاً کلام علامه را از تذکره نقل کردیم که فرموده بود: اگر طفلی دیناری را به صراف داد تا نقدش کند، یا کالائی را داد تا قیمت گذاری کند، به مجرد اینکه صراف یا مقوم آن را گرفت حق ندارد به بچه برگرداند، با اینکه بچه در اینجا آلتی بیش نیست ولی معذک علامه فرمود: قابل رد نیست.

و نیز فرمود: ودعی حق ندارد حتی با اذن ولی هم مال طفل را به خود طفل بدهد، با اینکه در این فرض طفل به منزله آلت برای ولی است و از خود اختیاری ندارد، معذک فرمود: صحیح نیست. پس تفصیل صاحب ریاض هم ناتمام است.

قوله: وقال کاشف الغطاء:

بطور کلی در رابطه با معاملات صبی دو بحث وجود دارد:

۱- از نظر حکم وضعی: آیا معاملات صبی موجب ملکیت و نقل و انتقال و ترتب اثر هست یا نه؟ مطالبی که تا به حال ذکر شد در همین رابطه بود و بطور خلاصه سه نظریه وجود داشت:

الف: معاملات صبی مطلقاً باطل است، رأی مشهور و شیخ اعظم همین

بود.

ب- معاملات صبی مطلقاً صحیح است، این رأی قائل نداشت و به صورت

یک احتمال مطرح است .

ج- در اشیاء کم ارزش معاملات صبیان صحیح و مملک است ولی در اشیاء خطیر و پرقیمت معامله بچه ها باطل است . رأی فیض کاشانی و صاحب ریاض این بود .

۲- از نظر حکم تکلیفی : آیا معامله با صبی و سپس گرفتن متاع از دست او سبب اباحه تصرف می گردد و گیرنده حق دارد در آن هر نوع تصرفی بکند [ولو ملک او نشود] یا اباحه آور هم نیست؟ از حالا تا پایان این مسئله درباره همین حکم تکلیفی بحث می شود :

مرحوم کاشف الغطاء فرموده : عقد صبی [و کذا ایقاع او بلکه به طریق اولی] مطلقاً باطل است چه بالاصالة و برای خود خرید و فروش کند و چه بالوکالة و برای دیگران . [رأی ما همین بود که دلائل آن گذشت] سپس فرموده : با یک سلسله شرائطی معامله صبی موجب اباحه تصرف می گردد : [فعلاً همین مورد بحث است] .

۱- تمیز : معامله با صبی ممیز باشد . [پس با غیر ممیز حتی مفید اباحه نیز نمی باشد .]

۲- به صورت تردید احد الامرین شرط است :

الف : صبی در جای ولی خود نشسته باشد . [در مغازه و محل معامله پدر ، فرضاً برای ساعتی پدر بیرون می رود و بچه را جای خود می نشاند که او مغازه را بچرخاند و معامله کند .]

ب : صبی علی رؤوس الأشهاد یعنی در مرئی و منظر و مسمع مردمان معامله کند که کاملاً مردم او را می بینند و در معرض مشاهده است [مثلاً جلوی درب منزل ، سر کوچه ، سر چهارراه ، در میدان ، در بازار ، در خیابان و ...] هدف از ذکر این شرط با هر دو بخش آن عبارتست از اینکه : بدین وسیله و با این امارات

ظنّ و اطمینان به اذن و رضایت ولیّ حاصل شود، یعنی مطمئن شویم که ولیّ طفل او را به این کار گماشته و به او اذن داده است.
 قوله: خصوصاً:

یعنی با احراز شروط مذکور، معامله با صبی مطلقاً موجب اباحه تصرف است [چه در اشیاء خطیر و چه حقیر] و به ویژه در اشیاء حقیر و کم ارزش که بناء عرف بر مسامحه است [در ادامه خواهد آمد] و به طریق اولی موجب اباحه تصرف است.

سپس کاشف الغطاء فرموده: اگر قدم را فراتر گذاشته و بگوئیم: پس از احراز اذن ولیّ و مأذون شدن طرف معامله با طفل در جمیع تصرفات و حصول اباحه مطلقه، اگر کسی بگوید: این مأذونیت و مجاز بودن کاشف از ملکیت است و گیرنده مالک هم می شود، و متفرّع بر آن وی هم موجب است [به نیابت از مالک اصلی و ولیّ، این مال را به خود تملیک می کند] و هم قابل است [برای خود هم قبول می کند]. چنین چیزی بعید نخواهد بود^(۱) [زیرا از لحاظ ظاهری مشکلی ندارد، چون در حقیقت هر دو طرف معامله به دست انسان کبیر انجام گرفته، هم او موجب است و هم او قابل است، و نقصی ندارد].
 قوله: واما:

[این فراز چون عدلّ فراز بعدی یعنی: وان اراد بذلک ... می باشد بهتر بود بفرماید: ان اراد بذلک ای ثبوت الاباحه انه ناش من اذن الولیّ وانّ المؤثر فی الاباحه اتما هو تصرفه و معاملاتہ باذن الولیّ فقد عرفت ...].

مرحوم شیخ در نقد و بررسی کلام کاشف الغطاء دو مطلب دارند: مطلب اوّل نقدی بر بخش اوّل کلام کاشف است: شما که فرمودید: نعم ثبت الاباحه ... منظورتان چیست؟ آیا منظور این است که در فرض احراز اذن و

(۱) شرح قواعد خطی:

رضایت ولیّ و وجود شروط مذکور، این خود تصرّف و معامله صبیّ است که موضوعیت داشته و مؤثر بوده و سبب اباحه می گردد؟ اگر این باشد که باطل است و خلاف مشهور است. زیرا از چند حال خارج نیست:

۱- یا این معامله قولی و دارای انشاء و عقد بوده که مبسوطاً بحث کردیم و به این نتیجه رسیدیم که صبیّ مسلوب العبارة است و انشاء او هیچ اثر ندارد پس سبب اباحه هم نمی شود.

۲- و یا معامله فعلی و معاطاتی انجام داده که این نیز فروضی دارد:

۱- یا معاطات را قسمی از بیع می دانیم پس همان شروط بیع را دارد و اگر از صبیّ صادر شود بی اثر است.

۲- و یا معامله و معاوضه مستقل می دانیم، باز هم شرط بلوغ را دارد و از صبیّ بی اثر است.

۳- و یا اصلاً آن را معاوضه نمی دانیم ولی نوعی تصرّف که هست باز هم تصرّف صبیّ بما هو صبیّ موضوعیت نداشته و ارزشی ندارد. پس علی ای حال وجهی برای سببیت معاملات صبیّ للاباحه پیدا نشد. یا اینکه منظور شما آنست که: خود معامله صبیّ اثری نداشته و مفید اباحه نیست، ولی این معامله آنهم با شروط مذکور، از رضایت و اذن ولیّ کشف می کند و پرده برمی دارد، و آنکه مؤثر و مفید است همین منکشف و اذن است نه آن کاشف و معامله، و چون رضایت ولیّ محرز شده حقّ تصرّف و اباحه درست می شود. [تنظیر: بعضی ها در باب عاریه دادن صبیّ گفته اند: نفس اعارة صبیّ موجب اباحه عین مورد عاریه برای مستعیر نمی گردد، ولی از آنجا که این عاریه دادن کاشف از اذن و رضایت مالک اصلی و ولیّ و معیر واقعی است لذا مجوّز تصرّف است.] اگر مرادتان این باشد خواهیم گفت: این در واقع نوعی معاطات می شود و توضیح آن را از زبان مرحوم محقق تستری [از شاگردان مرحوم کاشف الغطاء بوده] در کتاب مقابیس

می آوریم:

وی فرموده: با توجه به چهار مطلب نتیجه می گیریم:

الف: در معاطات دقت لازم و سخت گیریهای باب بیع قولی مطرح نشده بلکه بنای معاطات بر اینست که: طرفین و متعاطیین تراضی داشته باشند و با رضایت طرفینی اخذ و اعطاء یا ایصال و وصول حاصل شود، حال احراز رضایت به هر گونه ای که پیش آید.

ب: معاطات از نظر مشهور مثل بیع مفید ملک نیست تا بگوئیم: معامله صبی ملک آورنیست بلکه امر معاطات آسان بوده و مفید اباحه تصرف است.

ج: عادت مردمان هم بر اینست که در اشیاء سبیر و کم ارزش مسامحه نموده و دقت و سختگیری نداشته و راضی هستند که دیگران با احراز رضایت مالکین، در این اموال تصرف کنند و نیازی به اذن صریح و قولی و انشاء لفظی نمی بینند، بلکه احراز اماراتی که در باب معاوضات دال بر رضا باشند را کافی می دانند [منظور همان جلوس در مقام ولی یا معامله علی رؤوس الاشهاد است].

د: معمولاً هم در اشیاء سبیر یا قیمت صددرصد مقطوع و معین است و می توان به قول صبی اعتماد کرد، و یا اگر هم اختلافی باشد بسیار ناچیز است [مثلاً جنس ۵۰ تومانی را به ۵۲ تومان می فروشد.] که باز هم عرف و عادت برای آن حسابی باز نکرده و بدان اعتنائی ندارد.

قوله: فلاجل ذلك:

این فراز جواب لما کان است، یعنی از آن رهگذر که این چهار امر مسلم است.

می گوئیم: به خاطر همین امور می توان مثل کاشف الغطاء فتوی داد به اینکه: به معامله صبی هم می توان اعتماد کرد و آن را موجب اباحه دانست زیرا که در واقع این معامله و بیع و شراء صوری و شکلی و ظاهری است و گرنه آنکه

حقیقتاً مؤثر در اباحه می باشد همان اذن و رضای ولی است. البته اعتماد به بیع و شراء صبی هم با همان شروط مذکور در کلام کاشف الغطاء است [متمیز بودن و جلوس در مقام ولی یا معامله علی رؤوس الاشهاد].
قوله: كما يعتمد:

تنظیر: در ما نحن فیه اعتماد کردن بر قول صبی، همانند اعتماد بر فعل صبی در دو باب دیگر است: یکی باب باز کردن درب منزل و اذن دخول دادن به شخصی که پشت درب است. و یکی هم ایصال هدیه و رساندن آن به مُهدی الیه، که در هر دو می توان به کار بجهت متمیز اعتماد کرد، البته مشروط بر اینکه: امارات و نشانه های صدق گفتار صبی برای ما آشکار شود.
قوله: بل:

بلکه در ما نحن فیه به قول صبی اعتماد کردن به مراتب و از جهاتی از اعتماد به ایصال صبی در باب هدیه اولی است:
 [۱- ایصال هدیه سبب تملک مُهدی الیه می گردد ولی معامله صبی سبب اباحه تنها است.

۲- هدیه مخصوص اشیاء یسیر نیست، اشیاء خطیر را هم شامل است ولی معامله صبی مخصوص اشیاء کم ارزش است و اینجا اباحه می آورد.

۳- هدیه عوض ندارد ولی معامله صبی عوض دارد: در معامله امارات ظنیّه بر اذن ولی واضحتر از هدیه است. و ... پس اگر ایصال صحیح است باید معامله به طریق اولی صحیح باشد یعنی موجب اباحه شود.]
قوله: وقد استند:

علامه هم در تذکره برای جواز ایصال هدیه و اذن دخول به تسامح سلف استناد کرده و اینها را تجویز کرده است. ما نحن فیه هم با چهار امری که ردیف کردیم همین تعلیل را دارد، پس باید جایز باشد.

قوله: وبالجملة:

خلاصه سخن ما [محقق تستری] آنست که: ما در این معاملات و اخذ و اعطاء هائی که با صبیان انجام می دهیم در حقیقت تکیه بر روی اذن و رضایت مالک داریم و چون این امر برای ما محرز است و غالباً هم صبیان صحیح التصرف اند یعنی با اذن ولی اقدام به داد و ستد می کنند، لذا اقدام می کنیم نه اینکه صرفاً بر قول صبی و معامله او به عنوان اینکه قول صبی است، اعتماد کنیم و برای آن حسابی باز کنیم.

قوله: وکثیراً ما:

و اگر ملاک احراز رضایت شد قدری دامنه بحث را توسعه داده و می گوئیم: حتی وجود شخص ذوالید هم [صغیر یا کبیر] لازم نیست، بلکه چه بسیار مواردی که عرف به اذن و رضایت مالک اعتماد می کنند و با احراز آن اقدام می نمایند اگر چه شخصی هم در ظاهر نیست که دست به دست با او داد و ستد کنند، و نمونه های زیر شاهد است:

الف: وارد حمام شده و از آب آن استفاده کرده و پس از استحمام و بیرون آمدن از حمام، پول و بهای آبهای مصرف شده را در صندوقچه صاحب حمام گذاشته و می رویم و منتظر قدوم حمامی نمی شویم.

ب: از مغازه سبزی فروشی مقداری سبزی که بسته بندی شده یا وزن شده و قیمت آن کاملاً معین است، برداشته و قیمت متعارف آن را در جایی که برای پول آماده شده می گذاریم و می رویم.

ج: از مشک و کوزه آب فروش یک لیوان آب برداشته و می نوشیم و بهای آن را در جای مخصوصش گذاشته و می رویم و منتظر آمدن سقا و سبزی فروش و ... و سپس اذن او و معاطات با او نمی شویم.

قوله: کما یعتمد:

اینکه با احراز رضایت مالک، اعمال مذکور را انجام می‌دهیم اختصاص به معاوضات ندارد بلکه در غیر معاوضات از انواع و اقسام تصرفات نیز مطلب از این قرار است. [فی‌المثل با احراز رضایت و اذن مالک ساعتی در زیر سایه درخت او استراحت می‌کنیم، در باغ او نمازی بجای می‌آوریم، وضوئی می‌سازیم و ...]

قوله: فالتحقیق:

آیا این فرضی که تا به حال تصویر کردیم و روی رضایت و اذن مالک تکیه نمودیم، مخالف با کلام مشهور است؟ منافی با آن است؟ تبصره و تخصیصی بر کلام مشهور است؟ خیر، زیرا مشهور می‌گفتند: تصرفات و معاملات صبی به عنوان اینکه تصرف و فعل او است نافذ نیست. و ما می‌گوئیم: اذن و رضای ولی نافذ و مؤثر است و در واقع معامله میان دو کبیر [ولی و مشتری] واقع شده و صبی حکم آلت را دارد و صرفاً طریقی است برای استکشاف رضایت ولی و گرنه نقش دیگری ندارد.

قوله: ولا یعتمد:

اینکه از راه اماراتی رضای مالک را احراز کردیم صرفاً در مواقع عادی به درد می‌خورد و مفید فائده است و گرنه در مقام نزاع و دعوا ارزشی ندارد، دو فرع از صور نزاع:

۱- مشتری مدعی است که: ولی بچه به بچه اذن داده بود و معامله من صحیح است. و ولی بچه منکر اذن است و می‌گوید: من اجازه نداده بودم و او را منع کرده بودم پس معامله تو ارزشی ندارد. در اینجا قول مشتری موافق ظاهر حال و امارات ظنیّه مذکور است و قول ولی موافق با اصل عدم اذن است. و اینجا جای استفاده از ظاهر حال و ظنون نیست [اذلم یثبت جریان العادة علی حجیته حتی فی

مثل المقام]

۲- مشتری مدعی اذن و رضایت ولی است و لذا از ولی و مالک حق خود را می خواهد و مطالبه می کند و متقابلاً مالک اظهار عدم رضا می کند یعنی اظهار بی اطلاعی نموده و می گوید: من روحم از این امر خبر ندارد و نمی دانستم بچه ام چنین کاری می کند تا اجازه بدهم یا نه، مدعی جهل به حال است و ساکت است نه اینکه منکر باشد. باز هم امارات مذکور فایده ای ندارند.^(۱) تا اینجا سخنان محقق تستری به پایان رسید.

قوله: و حاصله:

مرحوم شیخ در یک جمع بندی می فرماید: حاصل سخنان تستری آنست که: در معاطات مناط و مدار اباحه [که علی المشهور مفید اباحه است] بر این نیست که حتماً دو کس باشند و تعاطی میان آندو انجام بگیرد، یا یک شخص باشد ولی نازل منزله دو نفر باشد [از سوئی به نیابت موجب و معطی باشد و از سوئی به نیابت قابل یا آخذ] بلکه تمام مناط رضایت طرفین به تصرف دیگری در مال او است.

و فرقی ندارد که این رضایت از چه راهی حاصل شود؟ از راههای معمولی باشد که با داد و ستد و مانند آن حاصل می شود، یا از راه اتفافی و تصادفی که تصادفاً بادی وزیدن گرفت و دو متاع را جابجا کرد و مثلاً پول زید را نزد بکر برد و پارچه بکر را نزد زید آورد، یا چهار پائی چنین کرد [البته اگر تعلیم دیده نباشد].

و بدنبال این جابجائی یقین کردیم که طرفین تراضی دارند، چه این احراز تراضی از راه خبر دادن بچه ای باشد یا از راه امارات دیگر مثل نوشته و مانند آن، تمام اینها نوعی از معاطات بوده و اباحه تصرف می آورد.

(۱) مقابسات الانوار، ص ۱۱۳، موضع ششم.

و لذا در باب هدیه هم گفتیم: وصول هدیه به شخص مُهدی الیه [به وسیله طفل باشد یا چهارپائی] که کاشف از رضای مُهدی است، کفایت می کند در اینکه: گیرنده حق تصرف در هدیه پیدا کند یا بالاتر از آن حق تملک داشته باشد و آن را ملک خویش سازد و آثار ملک را بر آن بار کند.
 قوله: وفیه:

تا اینجا تماماً توضیح منظور کاشف الغطاء از زبان محقق تستری و سپس خلاصه گیری بود، ولی پس از همه این حرفها مرحوم شیخ می فرماید: ما به این مطلب دو اعتراض داریم:

الف: اینکه محقق تستری فرمود: این نوعی معاطات است و اباحه تصرف منوط به اذن ولی است... سخن پسندیده ای است ولی اول باید ثابت کنیم که: در معاطات، انشاء اباحه [قولی: ابحتُ لک...، و فعلی: با نفس اعطاء قصد اباحه دارد] و انشاء تملیک [قولی: ملکتک، فعلی: به نفس اعطاء قصد تملیک کند.] لازم نیست، بلکه مجرد رضایت باطنی کافی است و به مجرد احراز آن احکام معاطات [اباحه تصرف] مترتب می شود.

و متأسفانه این مطلب ثابت نیست. [در آخرین بحث معاطات هم در این جهت تردید کردند که مجرد ایصال و وصول با مجرد تراضی و بدون صدق اعطاء و اخذ، معاطات باشد و موجب اباحه شود، و بحث را مبنائی کردند.

در اینجا هم با تردید می گذرند. [و وقتی ثابت نشد شک در ثبوت اباحه هم بکنیم از اصالة العدم که اصل اولی در تصرف در اموال دیگران است استفاده می کنیم. پس وجهی برای اباحه تصرف پیدا نشد.
 قوله: ودعوی:

اگر کسی ادعا کند که در ما نحن فیه انشاء اباحه یا تملیک وجود دارد، و آن با نفس دادن مال به دست صبی حاصل می شود، یعنی همین که روز اول ولی طفل

اموالی را به صبّی می دهد و می گوید برو با اینها معامله کن، نفس این عمل به معنای انشاء اباحه است، یعنی ای کسانی که با طفل من معامله خواهید کرد، من این اموال را برای شما مباح کردم، پس انشاء اباحه وجود دارد و مجرد رضای باطنی نیست.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می فرماید: این ادّعا باطل است، زیرا آن انشاء اباحه که روز اوّل از ولیّ صادر شد، اباحه برای شخص معینی نبود بلکه به شخص غیر معلوم بود، و چنین انشائی موضوعاً که از معاطات بیرون است [چون در معاطات تعاطی و اعطاء و اخذ پدید آید معتبر است و اینجا نیست]. حکماً هم معلوم نیست که حکم اباحه را دارا باشد و سبب اباحه تصرّف باشد [قدر متیقن انشاء اباحه برای فرد معلوم و معین این اثر را دارد و نسبت به غیر معین شک داریم و از اصل عدم استفاده می کنیم].

قوله: وبه یفرق:

فرق ما نحن فیه [اذن ولیّ در معامله صبّی] با باب ایصال هدیه [که پدر طفل یا کارفرمای او مالی را به او می سپارد تا برای فلانی هدیه ببرد]. در همین است که: در هدیه از اوّل شخص خاصی منظور است و هدیه برای او ارسال می شود و اشکالی ندارد که بگوئیم: نفس این دفع مال به صبّی به منظور ایصال آن به طرف، نوعی انشاء اباحه یا تملیک برای شخص خاص است.

ولی در ما نحن فیه شخص معینی منظور نیست و ابهام دارد، و انشاء اباحه برای فرد مبهم معلوم نیست که سبب اباحه باشد. کما اینکه اگر ولیّ طفل عبائی را به بچّه داد که ببرد و به فلانی عاریه بدهد، باز لایبعد که نفس این دفع مال الی الطفل انشاء عاریه باشد و مستعیر حق انتفاع داشته باشد. چون از اوّل انشاء برای شخص معین است.

قوله: واما:

اگر کسی بگوید: پس مثالهای ورود در حمام و استحمام کردن و سپس گذاشتن اجرت در صندوقچه، یا آشامیدن آب از مشک سقا و سپس گذاشتن قیمت در محل مخصوص، و ... را چه می فرمائید؟ در اینها هم مجرد ایصال و وصول است با احراز رضایت حمامی و سقا و گرنه انشاء اباحه یا تملیک برای شخص خاص مطرح نیست، معذک که چرا تجویز کردید؟

مرحوم شیخ می فرماید؟ اولاً در همین موارد هم حکم به صحت و اباحه تصرف بدون انشاء اباحه فعلی مشکل دارد، ثانیاً بر فرض حکم به صحت [بر مبنای اینکه در معاطات اعطاء و اخذ معتبر نباشد و مجرد ایصال و وصول مع التراضی کافی باشد].

این حکم مخصوص مواردی است که ایصال و وصول کافی باشد، یعنی مخصوص اشیاء یسیره است و قدر متیقن اینها است نه اشیاء خطیره، در حالی که جناب کاشف الغطاء حکم به ثبوت اباحه را تعلیم داد و فرمود: خصوصاً فی المحقرات یعنی اختصاص به شیئی حقیر ندارد، در اشیاء خطیره هم می آید ولی در شیئی حقیر به طریق اولی می آید. فلا وجه لهذا التعمیم.

قوله: والحاصل:

خلاصه اینکه دفع صبی [در بیع که مبیع را به مشتری می دهد] و قبض وی [در شراء که متاع را از فروشنده می گیرد] هیچکدام منشأ اثر نیست و هر دو وجودشان کالعدم است. و معیار اینست که: هر کجا که شرعاً وصول و ایصال کافی است و می توان بدان اکتفا کرد [مثل ایصال هدیه] و هیچ خصوصیتی ندارد، در اینجا وساطت صبی و موجب وصول شدن وی بلامانع است. ولی هر کجا چنین نباشد صبی حق دخالت ندارد و کار او بی اثر است [مانحن فیه یعنی معاملات صبی به اذن ولی از این باب است].

ب : قوله : ثم :

اشکال دوم اینست که : مطالب مذکور [اباحه تصرف آنها منوط به احراز اذن ولی] مخصوص صورت علم است یعنی اگر گیرنده یقین کند که : بچه با اذن و رضایت شخص بالغ عاقل این معامله را می کند [چه آن انسان کامل و مجیز ولی طفل باشد یا کارفرمای او و ...] حق دارد از او بگیرد و برای وی اباحه تصرف می آید . ولی اگر یقین ندارد و صرفاً به پاره ای امارات ظنیّه اعتماد می کند ، کافی نیست زیرا اصل اولی عدم حجیت امارات ظنیّه است و دلیل می طلبد و نداریم .
[البته لایبعد که عادة الناس و سیره عرف دلیل باشد .] پس باز هم توسعه ای که در کلام کاشف الغطاء بود که : حتّی یظنّ ... کافی نیست باید علم باشد .
قوله : واما ما ذکره :

مطلب دوم نقدی بر جمله دوم کاشف است که فرمود : پس از احراز اذن ولی اگر کسی بگوید : آخذ مالک هم می شود [به اینکه هم موجب باشد و هم قابل ...] [بعید نخواهد بود . مرحوم شیخ از این کلام هم دو جواب می دهند :
اولاً اینکه آخذ هم موجب است [به نیابت از ولی برای خود انشاء تملیک می کند] و هم قابل ، آیا با اذن ولی [که فرضاً غایب است و آخذ با طفل روبرو است] از جانب او متولّی عقد و ایجاب شده ؟ یا بدون اذن ؟ با اذن که قطعاً نیست زیرا فرض اینست که ولی غائب است و او را ندیده تا اجازه نیابت و وکالت در اجراء عقد از او بگیرد ، و بی اذن هم که معامله مذکور فضولی بوده و در بیع فضولی خواهد آمد که بیع مال غیره لنفسه یا باطل است و یا متوقف بر اجازه مالک اصلی است نه اینکه بدون آن و از اوّل مؤثر بوده و ملکیت آور باشد .
ثانیاً : وجداناً چنین نیست که آخذ به نیابت از ولی معامله کند بلکه مستقیماً با خود طفل معامله می کند و قصدش داد و ستد با بچه است نه اینکه قصدش نائب شدن از ولی و تملیک مال به خویشتن باشد .

قوله: ثم انه:

به کلیه کسانی که صبی را به منزله آلت دانسته و برآند که چون رضای ولی محرز است، در واقع معامله میان بزرگسالان انجام می گیرد، و آخذ هم موجب است و هم قابل

این اشکال وارد است که اگر مطلب از این قرار است، اولاً چرا اختصاص به صبی می دهید و می گوئید: معاملات صبی موجب اباحه است؟ بهتر نبود که تعمیم داده و بگوئید: مجنون هم حکم صبی را دارد، آدم سکران و مست هم حکم صبی را دارد، بلکه بهیمة هم همین حکم را دارد، بلکه بردن باد هم همین حکم را دارد؟ چون در تمام اینها مهم احراز رضایت و سپس موجب و قابل شدن بزرگسال است و الباقی تماماً ابزارهائی برای ایصال و وصول هستند و لاغیر، سپس وجهی برای تخصیص به صبی نیست.

و ثانیاً چرا به اشیاء کم ارزش اختصاص می دهید؟ بهتر بود که به اشیاء بزرگ و گرانبه هم توسعه دهید. [چه اینکه باب هدیه و ایصال آن توسط طفل از این قبیل است.]

قوله: نعم:

آنها که خواسته اند صحت معامله مذکور را قانونی کرده و بگویند: معامله در واقع ما بین بزرگسالان واقع شده، بر آنها اشکال مذکور وارد است. اما کسانی که مثل صاحب ریاض نخواستند این مطلب را قانونی کند بلکه به صورت یک استثناء فرموده: معاملات صبی آنها در امور حقیر و کم ارزش صحیح است و برای آن به سیره مستمره تمسک کرده، بر ایشان اشکال مذکور وارد نیست زیرا سیره عمل است و قدر متیقن آن را باید گرفت که مخصوص معامله صبی است [و در مجنون و مست و بهیمة جاری نیست.] و مخصوص اشیاء کم ارزش است [و در اشیاء خطیر جاری نیست.]

۳- قصد مسئله دوّم

در مسئله اوّل از مسائل شروط متعاقدین دو شرط از شرائطِ صحت بیع ذکر شد:

۱- بلوغ [که مبسوطاً بحث شد و معاملات صبی اشکال داشت]

۲- عقل [که اجمالاً اشاراتی داشت]

اینک در مسئله دوّم یکی دیگر از شروط مهم متعاقدین مطرح است و آن مسئله قصد است متعاقدین باید مدلول عقد خاص را [که در صدد انشاء آن می باشند] قصد کنند والعقود تابعة للقصد، حال مسئله صور متعدّدی دارد که فهرست وار می آوریم تا صورت مطلوب معلوم شود:

۱- گاهی متکلمی که به این الفاظ [بعث، اشتريت، انکحت و ...] تکلم می کند اصلاً قصدی ندارد، نه خود لفظ را قصد کرده و نه مدلول و معنای لفظ را، مانند انسان تاجری که در عالم خواب هم مرتباً می گوید: بعث، اشتريت، خریدم، فروختم و ... این قسم از عقد و لفظ و انشاء که قطعاً باطل و بی فایده است.

۲- و گاهی لافظ صرفاً لفظ و عبارت را قاصد است و کاری به معنا ندارد و

ابتدا مدلول را قصد نمی کند، مثل کسی که مرتب کلمهٔ بعث را می گوید و اصلاً از معنای آن خبر ندارد و لقلقهٔ زبان است و یا به نیت تلفظ صحیح حرف عین این کلمه را می گوید نه به قصد افادهٔ معنا. این قسم نیز بی فائده بوده و موجب نقل و انتقال نیست.

۳- و گاهی صرفاً معنای خاصی را قصد می کند ولی لفظ خاص را که گفته قاصد نیست، مانند انسان غالط که دچار سبق لسان شده و به جای اینکه بگوید: آجرت، گفته: بعث، که معنای مقصود همان اجاره است ولی چون با هر دو معامله سر و کار دارد عجله کرد یا سبق لسان شد و لفظ بعث را بکار برد، یا به جای بیع به زید، گفت: بعث هذا بیکر و ... این قسم نیز فائده ای ندارد. زیرا ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد و العقود تابعة للقصد.

۴- و گاهی لفظ و معنا هر دو را قاصد است ولی قصد انشاء ندارد، مدلول عقد را قاصد نیست، بلکه معنای دیگری را قاصد است یعنی به قصد اخبار از گذشته می گوید: بعث داری بکذا، یا در مقام استفهام و سؤال می گوید: فلان خانه را اجاره دادیم؟ فروختیم؟ و ...، این نیز فائده ای ندارد.

۵- و گاهی لفظ و معنا را قصد کرده، به قصد انشاء و ایجاد معنا با همین تکلم هم آنها را بکار برده ولی قصد جدی ندارد و منظورش این نیست که حتماً آن منشأ و مدلول در خارج محقق شود بلکه به قصد و داعی هزل و مزاح می گوید: بعثک داری [همانند اوامر صوری و ظاهری که به داعی بعث و تحریک حقیقی نمی گوید: افعَل، بلکه به داعی تعجیز، تهدید، تسخیر و ... امر می کند]. این قسم از انشاء مانند کذب خبری است و همانطور که کذب خبری مفید فائده نیست، این نیز فائده ای نداشته و موجب نقل و انتقال نیست. [البته اگر در جاد و هازل بودن شک کردیم از اصل عقلانی که بنا را بر جاد بودن می گذارند استفاده می کنیم].

۶- و گاهی قاصد لفظ و معنا هست، نیت انشاء هم دارد ولی نه به داعی تحقق منشأ [ملکیت و زوجیت و ...] و نه به داعی هزل، بلکه به انگیزه امتحان رفیق، فی المثل زمین یا متاع مرغوبی دارد و قصد جدی برای فروش ندارد ولی برای امتحان رفیق می گوید: بعث ... این نیز ارزشی نداشته و سبب نقل و انتقال نیست.

۷- و گاهی قصد لفظ خاص دارد، قصد معنای خاص هم دارد، به داعی انشاء هم می گوید، به قصد تحقق مدلول هم می گوید ولی از الفاظ غیر صریح و ظاهر استفاده می کند، مثلاً در مقام اجاره عمداً می گوید: بعث که اگر با قرینه استعمال کند [مثلاً بگوید: بعث سکنی داری] مجاز خواهد بود، و اگر بدون قرینه بکار ببرد غلط خواهد بود. و باز هم فائده ای ندارد، آنکه مقصود است یعنی اجاره واقع نمی شود چون عبارت خاصه می طلبد و آنکه به زبان آمده یعنی بیع واقع نمی شود چون آن را قصد نکرده.

۸- لفظ خاص و معنای مخصوص را قصد دارد، در مقام انشاء هم هست، در این انشاء هم جاداً است نه هازل، به قصد تحقق منشأ هم می گوید، از الفاظ خود عقد هم استفاده می کند، مثل کسی که واقعاً قصد فروش منزل دارد و می گوید: بعث داری. حال قصدی که از شروط معامله و متعاقدین است چنین قصدی است که حقیقتاً قصد تحقق مضمون و مفاد عقد را دارد و انشاء لفظی را وسیله ای برای تحقق آن قرار می دهد. و اصل شرط بودن قصد به معنای مذکور از مسلمات است و احدی در آن مخالف نیست.

ولی نکته قابل ذکر آنست که: این شرط در عداد سایر شروط نیست و مقدم بر آنها است، زیرا سایر شروط از قبیل: بلوغ و عقل و ... شرط صحّت بیع هستند، ولی این شرط از شروط مقوم بیع است یعنی تا قصدی نباشد اصلاً معنا و مفهوم بیع نخواهد بود. و سرّ مطلب آنست که کلیه انشاءات اعم از عقود،

ایقاعات، اوامر و نواهی و ... قوامشان به قصد است و از عناوین قصدی هستند و تا قصد و اراده‌ای نباشد انشائی هم نیست [انشاء ایجاد معنای مقصود به لفظ است، یا اراده‌مبرزه است که در هر حال باید قصد و اراده‌ای باشد].

از مجموعه هشت صورت مذکور، صورت اول و دوم و ششم در متن مکاسب نیست، و بقیه صور هم به ترتیبی که ما گفتیم نیامده بلکه بصورت غیر مرتب آمده که ذیلاً مشخص می‌سازیم:

قوله: قصد هما لمدلول ... اشاره به صورت هشتم است.

قوله: من دون قصد الی اللفظ ... اشاره به صورت سوم است.

قوله: اوالی المعنی ... اشاره به صورت پنجم است.

قوله: او قصد معنی یغایر ... اشاره به صورت چهارم است.

قوله: او انشاء معنی غیر البیع ... اشاره به صورت هفتم است.

قوله: ثم انه ربّما:

گاهی گفته می‌شود که: دو نوع از انواع عقد، فاقد شرط مذکور [قصد]

بوده و باطل می‌باشند، و آندو عبارتند از:

۱- عقد فضولی

۲- عقد مکره

اما عقد فضولی: وقتی شخص فضولی می‌داند که عقد باید از سوی مالک یا مأذون از ناحیه مالک باشد و عقد اجنبی اثر نداشته و موجب نقل و انتقال نیست [نه شرعاً و نه عرفاً] قهراً قصد جدی هم از او متمسّی نمی‌شود و انشاء او صددرصد انشاء ساده و صوری و لقلقه لسانی است و چنین انشائی ارزش ندارد.

و اما عقد مکره: فرض اینست که اگر اکراه و اجبار و تهدید و فشاری نبود، وی اقدام به معامله نمی‌کرد، پس انشاء او هم صرفاً یک انشاء صوری و به انگیزه فرار از اذیت و آزار ظالم و مکره است نه اینکه انگیزه اش واقعاً و حقیقتاً

این باشد که: بدین وسیله آن مُشْتَأً [ملکیت، زوجیت و ...] در خارج محقق شود. پس او نیز قاصد نیست و عقدش باطل است.

مرحوم شهید ثانی در مسالک^(۱) تصریح کرده به اینکه: فضولی و مکره قاصد لفظ اند نه قاصد معنی.

مرحوم شیخ می فرماید: آن مقدار از قصدی که در صحت و بلکه در تحقق معامله دخیل و معتبر است در فضولی و مکره هم وجود دارد، و از ناحیه قصد کمبودی ندارند:

اما فضولی: وی یا مال مردم را برای صاحبانشان می فروشد و فضولتاً بر آن عقد می خواند و یا برای خودش می فروشد [همانند غاصبین و سارقین و غافلین از اینکه مال دیگری است و ...]

در فرض اول فضولی قصد جدی دارد ولی جزم به وقوع ندارد، یعنی می گوید: من به قصد تملیک این بیع را انجام می دهم ولی نمی دانم مالک اصلی اجازه خواهد کرد یا نه؟ و به بیان بهتر: فضولی فاقد قصد که الآن مطرح است نمی باشد، بلکه فاقد شرط دیگر از شروط متعاقدین است که بعداً خواهد آمد که متعاقدین یا مالکین و یا مأذونین باشند ...

و در فرض دوم که به طریق اولی قصد دارد و مال مسروقه یا مغضوب را ملک خود دانسته و در عالم ادعا خود را مالک دانسته و بطور جدّ به مشتری می گوید: این اتومبیل را به فلان مبلغ فروختم و ... و اما مکره: او نیز وقتی مجبور شد، دست از مال کذائی شسته و جدّاً تصمیم به فروش گرفته و در صدد بیع برآمده و با قاطعیت می گوید: بعث ارضی بکذا، و از ناحیه قصد مدلول نقصی ندارد.

آری مکره شرط دیگر از شروط صحت را که در مسئله بعدی خواهد آمد

(۱) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۷۱.

ندارد، و آن طیب نفس و اختیار است که به طیب نفس این قصد را نکرده بلکه در اثر اجبار و اکراه قصد بیع کرده نه اینکه قصد ندارد. پس آن اندازه از قصد که لازم است ایندو دارند، و بیش از آنهم دلیلی بر اعتبارش نیست.

مضافاً به اینکه در باب بیع فضولی خواهد آمد که ادله از اجماع و روایات [روایت صحّت نکاح فضولی] بر صحّت بیع فضولی دلالت دارد، و اینها کاشف از وجود قصد می باشند، و گرنه حکم به صحت نمی شد. و اما سخن شهید ثانی را به زودی در مسئله بعدی در رابطه با اشتراط اختیار و آزادی و طیب نفس مطرح کرده و مراد ایشان را روشن خواهیم ساخت.

۴- تعیین مالکها

قوله: واعلم:

شرط چهارم از شروط متعاقدين عبارتست از: تعیین مالکین [مرحوم شیخ برخلاف سایر شروط که هر کدام را طی مسئله ای عنوان کرده اند، این شرط را ذیل شرط سوّم و با ذکر کلامی طولانی از صاحب مقایس عنوان می کنند، و شاید بی ارتباط با بحث قصد نباشد زیرا شعبه ای از قصد هم تعیین مالکین در نیت است.]

منظور از تعیین مالکها چیست؟ منظور آنست که: شخص موجب که یکطرف عقد را می خواند و عاقد فی الجملة است بایع مباشری است و بالمباشره و مستقیماً او بیع و معامله را انجام می دهد ولی به حسب واقع و نفس الامر و اینکه بایع و مالک اصلی و منتقل عنه چه کسی باشد؟ چهار احتمال وجود دارد:

۱- مالک اصلی و منتقل عنه خود عاقد و موجب باشد [آنجا که مال خود را

می فروشد.]

۲- مالک اصلی موکّل موجب باشد [آنجا که به وکالت از دیگری انشاء عقد

می کند.]

۳- مالک اصلی موّلی علیه باشد [آنجا که ولی طفل و مجنون به ولایت بر آنها

ایجاب می کند.]

۴- مالک اصلی فرد ثالثی است که موجب از او اذن نگرفته [در انشاء فضولی .] همچنین شخص قابل مشتریِ مباحثی است ولی در واقع یکی از چهار احتمال را دارد که :

۱- خودش مشتری و منتقل الیه باشد .

۲- موکّل او منتقل الیه باشد .

۳- مولی علیه .

۴- شخص ثالث .

حال تعیین مالکین یعنی موجب مشخص سازد که برای کی و از ناحیه چه کسی انشاء ایجاب می کند؟ از ناحیه خود؟ یا از ناحیه موکّل؟ و اگر موکّلین او متعدّد بودند باز باید مشخص کند که از سوی کدام موکّل؟ یا از ناحیه مولی علیه؟ و اگر اینها هم متعدّد بودند باید یکی را معین کند، یا از ناحیه شخص دیگری؟ باز شخص دیگر هم اگر متعدّد است یکی از آنها را معین سازد .

و هکذا قابل باید جهات مذکور را معین کند تا هیچ گونه ابهامی نباشد .

حال آیا تعیین مالکین هم در صحت معامله دخیل و معتبر است؟ یا شرط

نیست؟

مرحوم محقق تستری در کتاب مقایس^(۱) فرموده : در مسئله وجوه و اقوالی

وجود دارد،

[۱- مطلقاً تعیین شرط است ۲- ابدأ شرط نیست ۳- تفصیلات در مسئله]

ضمناً مسئله مسئله ای پیچیده و مشکل است، و عبارات فقهاء در این باب مضطرب است و در لابلای ابواب فقهی [بیع- نکاح و ...] مطالبی فرموده اند ولی ضابطه ای عرضه نشده، و لذا خود ما [صاحب مقایس] آستین بالا زده و کمر همت بسته و تحقیق خود را در این رابطه عرضه می کنیم : به طور کلی مسئله دو

(۱) مقایس الانوار، ص ۱۱۵ .

صورت دارد:

۱- گاهی تعین و تشخیص مالکین نیازمند تعیین است یعنی تا موجب یا قابل مالک اصلی و منتقل الیه یا منتقل عنه را در نیت خویش یا در لفظ و زبانا تعیین نکنند، کما کان ابهام و اجمال باقی است و مالکین معین نمی شوند، ضمناً باید در حین عقد و همزمان با انشاء، تعیین صورت بگیرد. نه پس از انشاء و عقد که ارزشی ندارد.

قوله: لتعدد:

علت لزوم تعیین آنست که: جهات و حیثیات و صور وقوع عقد و معامله شرعاً متعدد است و به چند وجه می توان آن را انجام داد: [به وجه اصالت، به وجه وکالت، ولایت، فضولی] و باید یکی از این جهات مشخص شود.

قوله: أعتبر:

در صورت مذکور حکم آنست که: تعیین مالکین شرط است و باید به یکی از دو نحو ذیل تعیین کند: ۱- یا در نیت باطنی خود مالک اصلی را قصد کند [مثلاً قصد کند که از جان خودم بفروشم] ۲- و یا حتی به زبان هم بیاورد و تلفظ بکند [مثلاً بگوید: بعث لِنَفْسِي یا عن نفسی و...]

مثال این صورت: شخصی در یک بیع و معامله از سوی دو کس وکیل است یا بر دو کس ولایت دارد و می خواهد انشاء بیع یا شراء کند حتماً باید یکی از آن دو کس را معین سازد [مرحوم سید در حاشیه اینگونه توضیح داده: کَانَ يَقُولُ كُلِّ مِنْهُمَا: اشتَرَلِي هَذَا الْكِتَابَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ، فاشتره من غیر تعیین احد هما^(۱) ولی قابل مناقشه است چون عبارت مرحوم شیخ اینست که: یک نفر از جانب دو کس در یک معامله عاقد باشد.

و در مثال مذکور از جانب یکی عاقد است ولی آن یکی را مبهم آورده، و لذا

(۱) حاشیه السید، ص ۱۱۶.

مرحرم شهیدی^(۱) مثال را عوض کرده و فرموده:

كَانَ وَكُلُّ كَلٍّ مِنْ زَيْدٍ وَعَمْرٍو بَكَرَافِي اِنْ يَبِيعُ مَتَّامِنَ حَنْطَةَ فِي الذَّمَّةِ بَدِينَارٍ فِي عَهْدَةِ شَخْصٍ وَيَشْتَرِي بَدِينَارٍ فِي الذَّمَّةِ مَتَّامِنَ حَنْطَةَ فِي ذَمَّةِ شَخْصٍ فَبَاعَ الْوَكِيلُ وَهُوَ بَكَرَ مَتَّامِنَ حَنْطَةَ بَدِينَارٍ وَقَصَدَ فِي بَيْعِهِ هَذَا كَوْنِ الْمُشْتَمِنِ وَهُوَ الْمَنْ عَلَى ذَمَّةِ اَحَدِ الْمُوَكَّلَيْنِ لِابْعَيْنِهِ وَالثَّمَنِ وَهُوَ الدِّينَارُ عَلَى ذَمَّةِ الْآخَرِ كَذَلِكَ فَيَكُونُ عَقْدُهُ هَذَا عَنِ اثْنَيْنِ اِيْجَابَهُ عَنِ اِحْدِهِمَا وَقَوْلُهُ عَنِ الْآخَرِ،

ولی این مثال هم فرض خیلی نادر و بعیدی است .

و مثال محقق ایروانی انسب است که دو فرض درست کرده:

الف: ان یبیع او یشتري للکلی كما اذا باع مالاً فی ذمّة من یلی امره او موکله اعنی هذا العنوان وکانوا متعدّدين او اشتري لموكله ولمن یلی امره .
ب: ان یبیع او یشتري للفرد المبهّم كما اذا باع او اشتري لاحد موکليه او احد من یلی امره مبهماً ابهاماً واقعياً^(۲)]

مثال دیگر: شخصی از سوی دو یا چند نفر در بیعهای متعدّد وکالت یا ولایت دارد به این صورت که: مثلاً زید او را وکیل کرده که کتاب مکاسبی به هزار تومان برای او خریداری کند، خالد هم او را وکیل کرده که کتاب مکاسب دیگری با همان چاپ به هزار تومان خریداری کند، خود او هم بی میل به خریدن مکاسبی برای خویش نیست .

در اینجا اولین معامله ای که می کند و مکاسبی می خرد باید معین کند که برای خودش خرید یا برای موکل، برای زید یا خالد، و هکذا در شراء کتاب دوّم و سوّم، هر کدام را جداگانه باید معین سازد . باید بیان کند که برای چه کسی

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۵۴ .

(۲) الحاشیة علی المكاسب، ص ۱۰۸ .

خریداری می‌کند؟ [در وکالت بر شراء] برای کدام موکل یا موآلی علیه یا مالک می‌فروشد؟ [در وکالت بر بیع]

و در مواردی که دو نفر مالکین قابل اتّصاف به هر یک از بایع و مشتری هستند باید بایع را از مشتری معین سازد، [مرحوم شهیدی به همان مثال مذکور اشاره کرده، ولی شاید مثال این باشد که: از سوی کسی وکیل شده که فرشی را با یخچالی معاوضه کند و از سوی دیگری هم وکیل شده که یخچالی را با فرشی معاوضه کند.

در اینجا که عوضین هر دو متاع و جنس است هر کدام از موکلها می‌توانند بایع یا مشتری باشند و باید معین سازد تا احکام و آثار مختصّ بایع و مشتری بر هر کدام مترتب شود. یا مثلاً وکیل شده در معاوضه درهم به دینار، و دینار به درهم، باز هر کدام می‌توانند بایع و مشتری باشند و
 قوله: فاذا عین:

حال که تعیین مالکین بر عاقد واجب شد، می‌گوئیم: اگر در هنگام انشاء عقد جهت خاصی را معین کرد [مثلاً نیت کرد یا گفت: اصالة و برای خود می‌خرم، یا به جهت وکالت می‌فروشم، یا از حیث ولایت خریداری می‌کنم و ...] همان جهت معین شده و عقد بر آن حمل می‌شود. اما اگر عقد را مطلق گذاشت و جهت مخصوصی را تعیین نکرد، از دو حال خارج نیست:

الف: یا منصرف الیه ای در بین است و اطلاق کلام عرفاً بدان منصرف و متمایل است، اطلاق بر همان فرد مورد انصراف حمل می‌شود و مثل آنست که در نیت یا در لفظ تصریح بدان کرده باشد، مثلاً در دوران امر میان وقوع بیع برای خود عاقد یا برای موکل و موآلی علیه، اینها مؤنه زائده لازم دارند یعنی باید بگوید: بعث لموآلی و ... و چون در مقام بیان فقط به بعث کذا بکذا اکتفا کرده عرف آن را بر خود عاقد حمل کرده و می‌گوید: برای خود فروخت یا

خرید نه برای دیگری .

البته این در صورتی است که اطلاق محرز باشد و گرنه اگر در هنگام عقد قصد ابهام و اجمال داشت و نیتش این بود که برای کلی یا برای یکی از جهات باشد و مصمم بود که پس از معامله آن جهت را تعیین کند، فائده ای نداشته و عقدش صحیح نمی شود .

ب: و یا جهت انصرافی در بین نیست [مثل اینکه به وکالت عقد می خواند ولی از سوی دو یا چند نفر وکیل است و عند الاطلاق عقد به هیچکدام از موکلین منصرف نمی شود، و هیچکدام از دیگری اولی نیست .] چنین عقدی لغو و باطل خواهد بود .

و این احکام در جمیع عقود از نکاح و غیر نکاح جاری است و مخصوص نکاح نیست .

قوله: والدلیل:

دلیل بر اشتراط تعیین در صورت اول [که تعیین محتاج به تعیین است] سه امر است:

الف: دلیل عقلی: اگر کتابی را به وکالت مثلاً خریداری کرد ولی موکل را معین نکرد، لازمه اش آنست که کتاب از ملک فروشنده آن خارج شود ولی به ملک خریدار معینی داخل نشود، و این بدان معنا است که مملوك معین باشد ولی مالک معینی نداشته باشد، و چنین چیزی از محالات است زیرا مالک و مملوك متضائفان هستند که قوه و فعلاً، وجوداً و عدماً متکافئان می باشند و محال است یکی باشد و دیگری نباشد. مثل ابوت و بنوت و

ب: دلیل شرعی: در عقود جزم معتبر است، و اگر مالک اصلی را تعیین نکند لازمه اش آنست که در هیچیک از عقود که بر عوض و معوض کلی [در مقابل شخصی و جزئی که خواهد آمد] منعقد می شود، جزم به اینکه عقد برای

کسی حاصل می شود، وجود نداشته باشد و تردید داشته باشیم که عقد برای زید واقع شد یا بکر مثلاً، و نیز احکام و آثار این بیع یا شراء آیا برای زید ثابت است یا بکر؟ و تردید در این جهات بالا جماع موجب فساد معامله است.

ج: اصالة الفساد: گویا کسی می گوید: چه مانعی دارد که حین العقد مالک اصلی را معین نکند و بعد از عقد معین کند؟ در جواب می فرمایند: اینکه تعیین بعدی مؤثر باشد و موجب صحّت عقد مبهم گردد دلیل می طلبد و ما دلیل نداریم، زیرا کلیّة ادلّه صحت و لزوم بیع [از احلّ الله البيع تجارة عن تراض، او فوا بالعقود و... به فرد شایع و متعارف انصراف دارند و فرد متعارف آنست که حین العقد با شخص معینی و برای فرد معینی معامله می شود. پس فرض مذکور دلیل بر صحت ندارد و وقتی شک در صحت آن کردیم از اصالة الفساد و استصحاب عدم نقل و انتقال و عدم ترتب اثر و... جاری کرده و حکم به بطلان می کنیم.

قوله: وعلی هذا:

نمره بحث از لزوم تعیین مالک اصلی: اگر شخص فضولی مالی را برای غیر به ثمنی بر ذمه همان غیر خریداری کرد، از دو حال خارج نیست:

الف: یا آن غیر را معین کند که مثلاً برای زید خریده، بیع فضولی بوده و منوط به اجازه است.

ب: و یا آن غیر را معین نمی سازد [نه در نیت و نه در لفظ] و بصورت کلی انشاء شراء می کند و مبهماً انشاء می کند، چنین عقدی از اصل و اساس باطل است نه اینکه متوقف بر اجازه باشد و اینکه اگر کسی یافت شد و آن را اجازه کرد صحیح باشد و الا فلا، خیر نوبت به این بحثها نمی رسد.

۲- قوله: وان لم يتوقف:

و گاهی معین و مشخص شدن مالک اصلی و منتقل عنه یا منتقل اليه نیازمند

تعیین از سوی موجب و قابل [متعاقدين] نمی باشد، بلکه خود به خود مالکین متعیّن بوده و در واقع و نفس الامر معلوم هستند، و آن در صورتی است که عوضین یعنی مضمن و ثمن هر دو معین و جزئی و از اعیان خارجیّه باشند، مثلاً موجب می گوید: این کتاب را فروختم یا قابل می گوید: با این هزار تومان خریدم، که هر دو به عین شخصی اشاره می کنند، و این کتاب مالک مشخصی دارد، آن پول هم کذلک، چه متعاقدين مالکهای واقعی را بشناسند یا نه، بر فرض شناخت از سوی آنها مجاز و مأذون باشند یا نه.

حال آیا در اینگونه موارد هم تعیین مالکین در نیت یا حتی در لفظ لازم است

یا خیر؟ سه وجه وجود دارد:

الف: احدا لامرین لازم است:

۱- یا باید مالک عین را تعیین کند یعنی قصد و نیت موجب این باشد که: این کتاب را از سوی خودم [اگر ملک او است] یا از سوی فلان موکلم [اگر ملک موکلم است] و ... فروختم، و یا به زبان آورده و گوید: بعت هذا الكتاب عن نفسي یا عن موکلی ... یا اشتریت بهذا الدنانیر لنفسی یا لموکلی و ...

۲- و یا اگر در لفظ یا قصد تعیین نکرده و ایجاب یا قبول را مطلق انشاء کرده، بگونه ای باشد که اطلاق کلام به مالک معینی منصرف شود [مثلاً وقتی می گوید: بعت هذا الكتاب و کتاب هم ملک خود او است، ولی نمی گوید: عن نفسي یا عن غیری، اطلاق کلام بر بیع از طرف خودش حمل می شود و از سوی موکلم بودن بیان زائد می طلبد، یا اگر از سوی موکلم می خواند بگوید: بعت هذا الكتاب عن موکلی المالك که موکلم مالک کتاب ولو نامش برده نشده ولی در واقع مثلاً زید است و اطلاق به آن انصراف پیدا می کند.]

ب: تعیین واجب نیست مطلقاً یعنی در تمام صور ذیل معامله صحیح است

و برای مالک واقعی واقع می شود:

- ۱- تعیین مالک در نیت [در وجه قبلی هم بود].
- ۲- تعیین مالک واقعی در لفظ [تصریح به وفاق].
- ۳- اطلاق دارای انصراف [در وجه قبلی هم بود].
- ۴- تعیین غیر مالک در نیت [مثلاً کتاب مال زید است او قصدش بیع کتاب برای بکر باشد].

۵- تعیین غیر مالک در لفظ [تصریح به خلاف که صریحاً بگوید: کتاب زید را از جانب بکر و برای بکر فروختم] فرقی میان این صور نیست.

ج: قول به تفصیل: اگر موجب یا قابل در متن عقد تصریح به خلاف کنند و مثلاً کتاب زید را برای خالد بفروشد، یا با پول بکر برای خالد متاعی خریداری کند و... چنین عقدی باطل است، ولی اگر تصریح به خلاف نکند چه نیت خلاف داشته باشد، چه عقد را مطلق بیاورد، و چه تصریح به وفاق کند، در تمام این صور بیع صحیح است و برای مالک واقعی واقع می شود. از این وجوه ثلاثه کدام را اختیار کنیم؟

تُستری فرموده: وجه اخیر [قول به تفصیل] قویترین وجه است، و وجه وسط اوسط الوجوه است، و وجه اوّل شبهه به قواعد است. [به فرموده مرحوم سیّد^(۱)]:

وذلك لأنّ الاصل عدم النقل و الانتقال و العمومات منصرفة الى الشایع المتعارف «این وجه شبهه به قواعد بودن قول اوّل است» و من ذلك يظهر وجه اوسطیة الوسط و ذلك لمنع الانصراف و العمومات مقدّمة على الاصل.

و اما وجه اقوائية الاخير فهو انّ العمومات وان كانت تامّة الا انّ مع التصريح بالخلاف يلزم التدافع بين مقتضى المبادلة والتصريح بالخلاف،

(۱) حاشیة السیّد، ص ۱۱۶.

فان مقتضاها انتقال كل واحد الى ملك مالك الآخر و مقتضى التصريح بالخلاف عدم ذلك فيلزم التناقض و التدافع فلا يؤثر العقد ولا يشتمل العموم لعدم تحقق المعاهدة لأن ما قصد لا يمكن ان يقع وما يمكن لم يقصد.]

قوله: وفي حكم:

تا بحال سه و جهی که ذکر شد در رابطه با عوضین یا ثمن و مثنی بود که از اعیان خارجیّه باشند.

حال می گوئیم: در مواردی هم که ثمن یا مثنی یا هر دو کلی است [مثل هزار رأس دام، ده میلیون تومان و ...] ولو بالذات مالک معینی ندارد ولی بالعرض و در سایه اضافه آن به ذمه فرد خاصی [مثلاً بگوید: هزار رأس دام بر ذمه زید فروختم، یا به ده میلیون بر ذمه بکر خریدم] تعیین پیدا می کند و مالک آن معین می شود، و حکم عین خارجی را پیدا کرده و همان جوه و احتمالات می آید.

قوله: و علی الاوسط:

بر قول وسطی [تعیین واجب نیست مطلقاً] فروعی متفرع است که ذیلاً چهار فرع را ذکر می کنند:

فرع اول: اگر شخصی مال خویش را از ناحیه دیگری و برای غیر بفروشد، مثلاً بگوید: بعت کتابی المکاسب عن زید، حکم آنست که: معامله صحیح است و برای خود فروشنده و مالک واقع می شود و ثمن هم به ملک او داخل می شود، و قصد یا تسمیه بیع برای زید لغو و بی فائده است، زیرا معقول نیست که مثنی از ملک من خارج شود ولی در عوض ثمن به ملک زید داخل گردد.

پس در این فرع با وجود تصریح به خلاف معامله باطل نشد، و چون مالک معین داشت برای او واقع گردید.

فرع دوم: اگر شخصی مال زید را برای بکر بفروشد و بگوید: بعت هذا

الکتاب [که مال زید است] عن بکر یا نیتش این باشد، که معنایش اینست: مثنی و کتاب از ملک زید خارج شود ولی مثنی به ملک بکر در آید. حکم آنست که: اگر موجب و فروشنده از سوی زید در رابطه با بیع کتاب وکالت داشته معامله مستقیماً برای زید واقع شده و قصد وقوع آن برای بکر لغو و بی فائده بود. و مثنی به ملک زید در می آید. و اگر وکالتی نداشته و فضولتاً خوانده منوط به اجازه زید بوده و اگر اجازه داد برای خود زید واقع می شود و قانون معاوضه این است. پس با وجود تصریح به خلاف هم حکم به صحّت شد.

فروع سوّم:

قوله: ولو اشتری:

اگر شخصی با پول دیگری متاعی را برای خودش خریداری کند، مثلاً بگوید: اشتریت هذا الکتاب لِنَفْسِي بِمَالِ فِی ذِمَّةِ زَيْدٍ [آنجا که مثنی کلی باشد] یا به این صد درهم که از آن زید است. [آنجا که مثنی عین خارجی باشد]. باز معنایش آنست که: مثنی از جیب زید پرداخت شود و از ملک او خارج شود ولی مثنی به ملک من موجب داخل شود.

در اینجا هم باز تصریح به خلاف کرده و حکم اینست که: اگر از سوی زید وکالتی در شراء کتاب نداشته، حتماً معامله برای خود او واقع شده و مثنی به ذمه اش می آید، نه اینکه برای زید واقع شده و فضولی باشد و منوط به اجازه زید باشد.

ولی اگر وکیل بوده و در مقام معامله گفته: اشتریت لِنَفْسِي بِمَاءِ دَرَاهِمٍ فِی ذِمَّةِ زَيْدٍ و... چه باید کرد؟ مقتضی برای هر کدام از وکیل و موکل وجود دارد، هم مقتضی برای وقوع معامله برای خود وکیل موجود است، چون گفته: اشتریت لِنَفْسِي و خود را قصد کرده، و هم برای موکل موجود است، چون

گفته: به ثمن زید خریداری کردم، ولولا المانع می گفتیم: برای هر دو واقع می شود، ولی چنین چیزی قطعاً ممکن نیست [زیرا مستلزم اجتماع دو مالک مستقل بر مملوک واحد است که از محالات است]. پس ناچار از خیر یکی از آندو باید گذشت، و چون آن یکی معین نیست و ترجیح بلامرّج هم محال است به ناچار سه احتمال متصور است:

۱- این معامله باطل باشد، دلیل مطلب: دو احتمال اضافه شرا به خودش [که گفته: لئفسی و لازمه اش عدم وقوع برای موکل است] و اضافه شرا به ثمن موکل [که گفته: بثن فی ذمه زید یا بمال زید، و لازمه اش دفع وقوع برای خود او است]. با یکدیگر تدافع و تمناع و تعارض کرده و تساقط می کنند، پس معامله باطل است.

۲- این معامله صحیح باشد و برای خود وکیل یا موجب واقع شود، به دو دلیل:

الف: درست است که وی از سوی زید وکیل است، ولی چنین شرائی متعلق وکالت نیست [چون وکیل شده که به مال زید برای زید مالی خریداری کند نه برای خودش].

ب: جانب اصالت [که جانب خود موجب است] بر جانب وکالت [که جانب زید است] رجحان دارد و مقدم می شود و ترجیح بلامرّج نیست.

۳- معامله از سوی موکل و برای او واقع شود و صحیح باشد، به دلیل اینکه: ثمن از مال او یا بر ذمه او تعیین شده است و هر کس که ثمن را باید بدهد مثن را هم او می گیرد و به ملک او در می آید نه دیگران و این قانون معاوضه است. پس برای زید واقع می شود و قصد موجب خودش را لغو و بی حاصل است.

قوله: كما فی المعین:

یعنی آنجا که ثمن عین خارجی باشد مثل صد تومانی که زید به من داده که

برای او چیزی خریداری کنم و من برای خودم می خرم ... که در اوّل طرح این فرع به این بخش هم اشاره کردیم .

فرع چهارم :

قوله : ولو اشتری :

اگر شخصی فضولتاً و بدون وکالت یا ولایت مالی را برای زید به ثمنی در ذمه خود زید خریداری کند مثلاً بگوید : اشتریت هذا الكتاب عن زید ای لزید بمائة درهم فی ذمه زید، چه حکمی دارد؟

حکم آنست که : اگر زید این شراء را اجازه و امضاء کرد، برای او واقع می شود، ولی فرض این فرع آنجائی است که اجازه نکند، می گوئیم : اگر زید اجازه نکرد ولی بکر اجازه کرد چه حکمی دارد؟ می فرماید : برای هیچکدام واقع نمی شود : نه برای زید چون ما قصد لم یقع، او اجازه نداد، و نه برای بکر چون ما وقع لم یقصد، از اوّل شراء برای بکر نبود تا با اجازه او برای او تمام شود .

قوله : ولا فرق :

بنابر وجه وسط [عدم التعین مطلقاً] فروعات و احکام مذکور مترتب می شود و فرقی میان نیت خلاف یا تسمیه و تصریح به خلاف نیست . ولی بنابر وجه اخیر [تفصیل] اگر تصریح به خلاف کند معامله باطل است و آن احکام مترتب نیست ولی صرف نیت خلاف مبطل نیست . و بنابر وجه اوّل [احد الامرین از تعیین و اطلاق منصرف] تمام این معاملات مذکور در فروعات باطل است زیرا یا نیت خلاف بود و یا تسمیه و تصریح به خلاف .

قوله : اقول :

تا اینجا مفصلاً سخنان صاحب مقابیس را آوردیم ، اینک نقد و بررسی .

مرحوم شیخ را می بینیم : [نتیجه سخنان مرحوم شیخ در بعض موارد با

صاحب مقایس یکی است ولی طریقهها فرق دارد و در بعض موارد نتیجه ها هم فرق دارند] ابتدا مقدمه ای می آوریم:

حقیقت معاوضه و مبادله عبارتست از جابجائی و اینکه دو چیز عوض و بدل یکدیگر بوده و جای خالی دیگری را پر کنند و این در صورتی است که ثمن از ملک هر کس خارج شد مضمن هم به ملک همان کس درآید، و مضمن از ملک هر کس خارج شد ثمن به ملک او درآمده و جای خالی مضمن را پر کند و گرنه عوض از دیگری نبوده و بدل نخواهد بود و مبادله مال بمال صدق نمی کند، و مبسوطاً در باب شروط عوضین خواهد آمد که: تعیین دقیق عوضین و معلومیّت آنها لازم است، ملکیت لازم است، مالیت هم لازم است، و همه اینها شرط صحّت معامله هستند.

با این مقدمه می گوئیم:

آنچه در معامله لازم و معتبر است و دلیل دارد عبارتست از: قصد عوض یعنی بایع قصدش این باشد که مضمن عوض از ثمن باشد و مشتری هم قصدش این باشد که ثمن عوض مضمن است. و مضافاً به قصد عوض، تعیین عوضین و ثمن و مضمن هم لازم است، ملکیت و مالیت داشتن عوضین هم لازم است، و اما بیش از اینها و اینکه قصد تعیین مالک هم بکنند و یا مالکین را به لفظ معین کنند هیچ دلیلی بر اعتبار این امر نیست.

آری گاهی حصول ملکیت و مالیت [و اینکه ثمن مملوک باشد و بدنبالش آثار و احکام ملک بر او مترتب شود]. نیازمند تعیین مالکین است.

بیان ذلک: عوضین گاهی دو عین خارجی بوده و صددرصد مشخص هستند، مثل این کتاب و آن ده درهم، در اینجا ملکیت و مالیت محرز است، معلومیّت عوضین هم محرز است، و متعاقدین به قصد عوض و معاوضه انشاء بیع و شراء می کنند، چه مالکین را بشناسند یا نه، از آن ناحیه مأذون باشند یا

نه، و کمبودی ندارد تا نیاز به تعیین مالک باشد.

ولی گاهی عوض و معوض هر دو یا یکی از آندو کلی است [صد من گندم، ده هزار تومان پول] و خاصیت کلی اینست که تا به ذمه خاصی اضافه نشود و نگوئیم: صد من در ذمه زید، هزار تومان بر ذمه بکر و ... ملکیت و مالیت درست نمی شود، صد من گندم کلی که ملک کسی نیست، مال کسی نیست، صرفاً در عالم اعتبار آن را اعتبار می کنیم، و لذا برای حصول ملکیت و مالیت ناچاریم از اینکه: کلی را به ذمه ای اضافه کنیم تا ملک شود و تا معامله صحیح باشد، پس باز هم تعیین مالک و اضافه کلی به ذمه خاص موضوعیت نداشته و شرط مستقلی نیست، ملکیت و مالیت شرط است و اضافه مذکور برای تحقق این شرط مطرح است.

قوله: واجراء:

گویا کسی می گوید: چه اشکال دارد که بدون اضافه کلی به ذمه شخص معین هم ملکیت و احکام آن محقق شود؟

بیان ذلک: گاهی مال صددرصد کلی است و به هیچ چیزی اضافه نشده مثلاً گفته: ده رأس دام در مقابل صد دینار، که حتی کلمه «در ذمه» را هم نیاورده و یا گفته: ده رأس دام در ذمه در قبال صد دینار به ذمه، اما ذمه را به چیزی اضافه نکرده، در این دو فرض قبول می کنیم که: کلی محض و ذمه خالص و بدون اضافه، ملکیت و مالیت آور نیست. ولی گاهی ذمه به کسی اضافه شده است که این سه قسم است:

- ۱- به ذمه شخص معین اضافه کرده، مثلاً گفته: صد من گندم در ذمه زید می فروشم و ... که قطعاً صحیح است و شما هم قبول دارید.
- ۲- به ذمه کلی معین اضافه کرده، مثلاً گفته: صد من گندم بر ذمه سادات یا علماء و ... اینهم در باب زکات و خمس و مانند آن مطرح است و چون عنوان

مالک است طوری نیست .

۳- به ذمهٔ فرد مردّد و منتشر اضافه کرده و بگوید: صد من گندم در ذمهٔ یکی از دو یا چند نفر فروختم به فلان مبلغ .

حال مستشکل می گوید: چه اشکالی دارد که به این نحو هم اضافه کافی باشد و در نتیجه ملکیت و احکام آن هم مترتب شود، بدون تعیین شخص؟ و در نتیجه بدون تعیین مالک هم ملک و مال درست شد، پس تعیین مالک برای این نیست که ملکیت درست شود، و اگر برای این نبود پس شرط مستقلّی خواهد بود .

مرحوم آخوند در جواب می فرماید: چنین چیزی معهود و شناخته شده نیست و تازه می شنویم که: عنوان مبهم و مردّد احدالفردین یا احدالافراد هم مالک شوند!! منظورتان چیست؟ مفهوم احدهما را مالک می دانید؟ مفهوم که مالک نمی شود. مصداق احدهما را مالک می دانید؟ ترجیح بلامرجح است، مضافاً به اینکه احدهما یک عنوان انتزاعی است و مصداق خارجی ندارد، آنکه مصداق دارد احدهما المعین است نه احدهما المرّد و

پس تا ذمه به فرد خاصّی اضافه نشود ملک درست نمی شود و تعیین مالکین برای تحقق شرط ملکیت است نه اینکه استقلال داشته باشد .

نتیجه: به عقیده ما تعیین مالکین مطلقاً شرط نیست چه در عوضینی که هر دو کلی باشند یا یکی کلی باشد یا هر دو عین خارجی باشند. و در مثالهایی هم که شیخ تستری ره آورد .

[سه مثال :

۱- وکیل از دو نفر در یک بیع .

۲- وکیل از چند نفر در بیوع متعدّد .

۳- فلو اشتري الفضولي لغير ...] باز اگر تعیین مالکین و بايع و مشتري

لازم است برای همین است که کلی صرف فقط اعتباری بیش نیست و تا به ذمه ای اضافه نشود ارزشی ندارد و معامله بر آن صحیح نیست .

[نکته: تا اینجا نتیجه کلام شیخ اعظم با سخن صاحب مقایس یکی است و در ثمن و مثن کلّی هر دو تعیین مالکین و اضافه به ذمه خاص را لازم می دانند، با این تفاوت که شیخ برای آن اصالت قائل نیست و آن را شرط مستقل نمی داند و طریق به تحقق ملکیت و ... می داند ولی تستری آن را یک شرط جدا می داند .]
 قوله: واما ما ذکره:

محقق تستری در بخش دوم تفصیل خود فرمودند: اگر ثمن و مثن هر دو عین خارجی بودند [که قهراً مالک واقعی دارند و در واقع مالک ها مشخص هستند، ولو متعاقدین آنها را نشانند .] مثل این کتاب و آن درهم، آیا باز هم در هنگام عقد تعیین قصدی و یا هم قصدی و هم لفظی مالکین لازم است یا نه؟ سه وجه ذکر کردند

مرحوم شیخ می فرمایند: متعاقدین که روی دو عین خارجی انشاء معامله کرده و ایجاب و قبول را می خوانند، به چه قصدی آن را انجام دهند؟ از دو حال خارج نیست:

۱- یا مقصودشان معاوضه حقیقیه است [معاوضه واقعی و حقیقی آنست که مثن از ملک هر کس خارج شد ثمن در ملک او داخل شود، و یک تبادل و جابجائی کامل صورت گیرد .]

۲- و یا مقصودشان معاوضه حقیقیه نیست، بلکه مجرد انشاء صوری و لفظی و ظاهری است که به انگیزه های دیگری انجام شده است .

اگر معاوضه حقیقیه را قصد کرده اند حکم آنست که: معامله مذکور صحیح است [اگر خودشان مالکند برای خود آنها، و اگر وکیل اند برای موکلشان، و اگر فضولی اند با اجازه مالک برای مالک اصلی] و مالک واقعی مثن، مالک ثمن

می‌گردد و بالعکس، و جابجائی در ملک آنها صورت می‌گیرد، آنهم مطلقاً یعنی چه منتقل‌عنه و منتقل‌الیه را تعیین بکنند و چه تعیین نکنند، چون خود به خود معین هستند و معاوضه حقیقیه هم که معنایش روشن شد. آنگاه در این فرض آن سه وجه معنا ندارد، بلکه همه باید حکم به صحت کنند.

و اگر معاوضه حقیقی را قصد نکرده‌اند، حکم آنست که: این معامله و عقد و انشاء و قبول صوری باطل و لغو بوده و بیعی صورت نگرفته است، باز هم فرقی میان مبانی مذکور و سه وجه نیست.

قوله: **فَإِنْ جَعَلَ:**

فرعی است که بر تشقیق مذکور متفرع می‌کنند: اگر موجب در مقام انشاء گفت: ملک‌تک فرسی هذا بحمار عمرو، که منظور آنست: فرس از ملک موجب خارج شده و در ملک مخاطب داخل شود، ولی متقابلاً ثمن آن یعنی حمار از ملک مخاطب خارج نشود بلکه از ملک عمرو خارج و به ملک موجب داخل شود. و بدنبال این ایجاب، مخاطب هم بلافاصله گفت: قبلت هکذا ...

اینجا اگر چنانچه قصد معاوضه حقیقیه دارند حکم آنست که: معامله برای شخص مخاطب که قطعاً واقع نمی‌شود، چرا که نسبت به شخص او معاوضه حقیقی معقول نیست، چون ثمن از ملک او خارج نمی‌شود، و از ملک دیگری خارج می‌شود. اما آیا برای مالک حمار یعنی عمرو واقع می‌شود؟ به اینکه فضولی بوده و منوط به اجازه او باشد، یا برای او هم واقع نمی‌شود؟ شیخ می‌فرماید: در این رابطه کلامی است که در باب بیع فضولی خواهد آمد. [و آن اینکه: **الْمُنْشَأُ غَيْرُ الْمُجَازِ وَ الْمَجَازُ غَيْرُ الْمُنْشَأُ**، در حالی که باید همان که انشاء شده اجازه داده شود ...].

[و اگر در معامله مذکور واقعاً قصد معاوضه جدی نداشته بلکه به قصد هزل به مخاطب گفت: ملک‌تک فرسی ... که قطعاً باطل و لغو است و اثر ندارد، ولی

به هر حال آن سه وجه و تفصیلات مطرح نیست. در فرض معاوضه حقیقی مطلقاً صحیح است و در فرض دوّم مطلقاً باطل است. [قوله: واما ما ذكره:

و اما فروعاتی که ذیل بخش دوّم از تفصیل تستری ذکر شد [۴ فرع بود] اوّلین فرع را مطرح کرده و جواب می‌دهیم: اگر شخصی بگوید: بعت مالی عن زید، و مال خودش را از طرف زید و برای او بفروشد، بدین معنا که متاع از ملک بایع درآید ولی ثمن آن به ملک زید داخل شود، چنین معامله‌ای قطعاً برای زید که واقع نمی‌شود، چون نسبت به او معاوضه حقیقیه نیست، و معنا ندارد که بدون اینکه کتاب از ملک او خارج شود پول کتاب در ملک او داخل شود.

ولی آیا این معامله کلاً باطل است؟ یا برای مالک اصلی و بایع واقع می‌شود؟ شیخ می‌فرماید: ظاهر آنست که برای بایع واقع می‌شود [منظور از ظاهر اصالة الظهور است که در تلفظ بعت جاری شده و دلالت می‌کند که ظاهر آن یعنی معاوضه حقیقیه مراد است.] و قصد غیر داشتن [که از جانب زید باشد] چون معقول نیست و برخلاف مقتضای معاوضه است لغو و بی‌فائده خواهد بود، و اگر هم در ظاهر و صورت غیر را قصد کرده یا حتی به زبان آورده، ولی در واقع و نفس الامر او مقصود نیست و قصد غیر صوری است، و لغو بودن یعنی همین که واقعی و جدی و حقیقی نیست. قوله: ولذا:

تا به حال فرض ما: لو باع مال نفسه عن الغير بود، حال عکس آن یعنی: «لو باع مال غيره لنفسه» اگر کسی مال غیر را برای خود فروخت مثلاً گفت: بعت کتاب زید عن نفسي که منظور اینست: کتاب از ملک زید خارج شود ولی ثمن کتاب به ملک من داخل شود، اینجا حکم آنست که: معامله با اجازه مالک کتاب برای خود مالک واقع می‌شود، «و مبادله حقیقی یعنی همین» و برای من

بایع ابدأ [قبل از اجازه مالک یا پس از آن] واقع نمی شود، و معقول نیست که واقع شود.

قوله: نعم:

مسئله ای در آینده مطرح خواهد شد تحت این عنوان که: مَنْ باع شیئاً ثمَّ ملكه فاجاز... آیا صحیح می شود یا خیر؟ یعنی کسی مال دیگری را فضولیاً فروخته، سپس آن مال را خود مالک شده [به شراء یا هبه و ...] و بدنبال آن بیع فضولی خود را اجازه کرد، چه حکمی دارد؟ مبسوطاً خواهد آمد، ولی برخی فتوی به جواز و صحت داده و گفته اند: پس از اجازه برای خود بایع فضولی قبلی و مالک فعلی واقع می شود. حال در مانحن فیه مال دیگری را برای خود فروخت، سپس آن را مالک شد و اجازه داد، بنابر قول مذکور معامله برای خود او واقع می شود، اما نه از باب اینکه چون روز اوّل و فضولیاً برای خود فروخته بود حالا هم برای او واقع می شود، بلکه چه برای خود و چه برای مالک فروخته باشد الآن که مالک شده و اجازه می کند مقتضای معاوضه حقیقی آنست که برای خود او واقع شود و ثمن ملک او گردد.

قوله: الا ان يقال:

این فراز استدر اک از نَعَمْ یا ولذا لو باع... نیست بلکه تبصره ای بر اصل مطلب است: اصل مطلب این بود که: لو باع مال نفسه عن غیره... گفتیم: بیع برای خود بایع و مالک واقع می شود و قصد الغیر لغو است، ولی جا دارد کسی بگوید: در اینجا دو احتمال وجود دارد:

۱- ظهور کلمه بعث در معاوضه حقیقی و جدی: این ظهور ایجاب می کند که بیع برای خود بایع باشد و قصد عن الغیر لغو باشد، زیرا نسبت به غیر، معاوضه حقیقیه معقول نیست.

۲- صریح کلمه عن غیره در ایجاب قرینه بر یکی از دو امر باشد:

۱- قرینه باشد بر اینکه: موجب صیغهٔ بعثت را در بیع حقیقی و مبادلهٔ واقعی بکار نبرده و بلکه صرفاً بیع صوری و ظاهری و به انگیزه‌های دیگر است.

۲- قرینه باشد بر اینکه: موجب، آن غیر را به منزلهٔ خودش که مالک واقعی است فرض کرده و مالک ادعائی کرده و سپس از طرف او فروخته [و در بیع فضولی مسئله سوم که بیع الغاصب لنفسه باشد از همین راه وارد شده و می‌گوئیم: غاصب و سارق ابتدا در عالم ادعا و تنزیل خود را مالک فرض می‌کند و بدنبال آن حقیقتاً انشاء بیع و معامله می‌کند.]

حال هر کدام که باشد [قرینه بر صوری بودن بیع یا بر ادعای بودن بایع] نتیجه آنست که معاملهٔ مذکور باطل باشد، زیرا معامله صحیح آنست که در آن قصد معاوضهٔ حقیقی از سوی مالک حقیقی باشد.

و در اینجا بنا بر وجه اول قصد معاوضهٔ حقیقی نیست و بنا بر وجه دوم از مالک حقیقی نیست بلکه ادعائی است و باطل است. [محشّین نوعاً^(۱) به مرحوم شیخ اعتراض کردند که: نتیجه مالکیت ادعائی بطلان نیست و شما صحّت بیع الغاصب لنفسه را در بیع فضولی از همین راه درست می‌کنید، پس چگونه اینجا بطلان را نتیجه گرفتید؟]

قوله: و من هنا:

دو شاهد می‌آورند صبی بر اینکه اگر قصد معاوضهٔ حقیقی از سوی مالک حقیقی نبود معامله باطل است. البته این دو شاهد عکس ما نحن فیه است، زیرا ما نحن فیه فعلاً بیع مال خودش برای غیر بود، و دو شاهد در مورد بیع مال غیر برای خودش می‌باشند:

۱- راهن به مرتهن می‌گوید: اگر سر وقت قرضت را ادا نکردم حق داری فرش مرا برای خود بفروشی و پولت را برداری، که یعنی فرش از ملک راهن (۱) مرحوم سیّد، مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی.

خارج شود ولی پول آن به ملک مرتهن درآید. علامه و دیگران این را باطل دانسته اند. ^(۱)

۲- شخصی از دیگری طعامی طلبکار است و از او می خواهد که طعامش را بدهد، بدهکار به او می گوید: بیا و این هزار تومان مرا بگیر و با آن برای خود طعامی خریداری کن، یعنی ثمن از ملک من درآید ولی مضمن به ملک تو درآید. این نیز گفته شده که باطل است. پس بیع مال نفسه لغیره هم باطل است.

[کلامی از مرحوم شهیدی:

قوله: الآ ان یقال ...

اقول: حاصل ما یقال انّ الحکم بوقوع البیع عن البایع مستنداً الی اصالة الظهور المذكور دوری لانها موقوفة علی انعقاد ظهور بعت فی المعاوضة الحقیقیة وهو موقوف علی لغویة قصد کونه للغیر بمعنی عدم معقولیته والّا یكون قرینةً علی التصرف فیهِ، وهو موقوفة علی اصالة الظهور.

فیدور الامر حیثذ بین الاخذ بظهور بعت فی المعاوضة الحقیقیة و الحکم بلغویة القصد المذكور فیصح البیع عن البایع و بین الاخذ بالقصد المذكور و جعله قرینةً علی التصرف علی نحو یرتفع التناقض وهو احد الامرین: الاول التصرف فی مادة بعت بعدم ارادة المعاوضة الحقیقیة بلا تصرف فی الغیر

و الثانی التصرف فی الغیر بتزلیله منزلة نفسه مع ارادة المعاوضة الحقیقیة من البیع ... وعلی کلا الوجهین تبطل المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقیقیة مع المالك الحقیقی ^(۲)]

(۱) قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۶۶.

(۲) هداية الطالب، ص ۲۵۶.

قوله: ولكن الاقوی:

این فراز استدرارك از الا ان یقال... بوده و رد آن است: اگر چه احتمال دادیم که آوردن کلمه لغیره در «بیع مال خودش برای دیگری» قرینه بر احدا لامرین باشد و نتیجه بطلان بیع مذکور باشد، و لکن اقوی نزد ما آنست که: معامله مذکور صحیح است و برای خود مالک متاع واقع می شود، و قصد غیر داشتن لغو و بیهوده است و وجودش کالعدم است.

قوله: لانه:

دلیل صحت بیع و لغویت قصد مذکور آنست که: قصد الغیر دو گونه است:

۱- غیر را یکی از دو رکن معامله قرار دادن، و در حقیقت او را موجب و مملک و انشاء کننده تملیک دانستن، یعنی منظور مالک اصلی از بعث مالی لزید آنست که خود مالک فروشنده نیست بلکه فروشنده اصلی غیر است.

اگر این باشد معامله باطل است زیرا غیر که مالک متاع نیست تا جدآ و به قصد معاوضه حقیقیه بتواند آن را به دیگری تملیک کرده و متقابلاً ثمن را مالک شود، قهراً این معاوضه هزلی خواهد بود نه جدی و واقعی.

۲- حق اینست که: مالک نمی خواهد بدین وسیله غیر را یکی از دو رکن معاوضه قرار دهد بلکه منظورش از قصد غیر آنست که: فائده بیع [تملک ثمن] به غیر برگردد، یعنی بایع اصلی و انشاء تملیک کننده خود مالک است و معنای مطابق بیع در اختیار او است، ولی معنای فرعی و تبعی آن و لازمه آن که تملک ثمن باشد در اختیار غیر است. اگر این باشد معامله صحیح است و قصد غیر داشتن لغو است زیرا شرعاً به مجرد قصد و نیت اینکه غیر مالک ثمن یا مثن شود کافی نیست و او را مالک نمی کند، آری اگر به عنوان مستقلی از هبه و وصیت و وقف خاص و... انشاء ملک کرد، و او هم قبول کرد مالک می شود.

[نکته: اگر تعبیر مالک این باشد که: «بعث مالی لغیری» مطلب همان است که شیخ فرمود که احتمال دوم باشد ولی اگر تعبیر این باشد: بعث مالی عن الغیر، ظهور در رکنیت دارد و نتیجه بطلان است.]
 قوله: واما حکمهم:

اما دو نمونه ای که در ادامه الان يقال مطرح شد و به عنوان شاهدهی بر بطلان بیع ذکر شد [مسئله بیع عین مرهونه توسط مرتهن، و مسئله اشتراء طعامی برای خویش با مال دیگران]

مرحوم شیخ می فرماید: منظور فقهاء از بطلان، بطلان مطلق نیست یعنی نمی خواهند بگویند: بیع مرتهن از ریشه باطل است که نه برای مرتهن واقع می شود و نه برای راهن یا شراء مشتری صددرصد باطل است که نه برای خودش و نه برای مالک ثمن واقع نمی شود. بلکه منظور اینست که: این معامله برای مرتهن و مشتری واقع نمی شود، و گرنه برای مالک اصلی و آنهم با اذن مالک واقع می شود.

قوله: وبالجملة:

جان کلام اینکه: در آینده در بحث بیع فضولی خواهد آمد که: اگر فضولی غاصب مال دیگران را برای خود فروخت، یا با پول دزدی و غصبی دیگران برای خویش کالائی خریداری کرد فقهاء نوعاً فتوی به صحت داده اند و معنای صحت آنست که: اگر مالک اصلی اجازه کرد، بیع برای او واقع می شود نه برای غاصب، با اینکه غاصب از بیع قصد النفس داشته ولی قصد خود کردن لغو است.

حال این مطالب بهترین شاهد است بر اینکه بیع صحیح است و قصد الغیر در ما نحن فیه و قصد النفس در بیع فضولی، و در یک کلام قصد غیر مالک داشتن لغو و بی اثر است نه اینکه بیع باطل باشد.

قوله: ثُمَّ أَنْ:

مبحث تعیین مالکین دو بخش دارد:

۱- موجب در متن عقد تعیین کند که از طرف چه کسی انشاء بیع می کند و می فروشد؟ از طرف خودش؟ یا از طرف موکل؟ یا مولی علیه؟ و ... و قابل نیز مشخص کند که از طرف چه کسی خریدار است؟ این بحث تا به حال عنوان شد و نظریه محقق تستری و شیخ اعظم را ملاحظه کردید.

۲- علاوه بر اینکه موجب «من یبیع له یا عنه» را مشخص می کند آیا لازم است که خصوص مشتری را هم تعیین کند؟ یعنی بداند که قابل برای چه کسی خریداری می کند؟ برای خودش؟ یا برای غیر؟ کدام غیر؟ برای زید؟ یا برای بکر؟ و ... تا قصد خصوص همان کس بنماید.

و قابل هم علاوه بر اینکه «من یشتري عنه یا له» را مشخص می کند، آیا لازم است که خصوص بایع را معین کند یعنی بداند که فروشنده از جانب چه کسی می فروشد؟ از جانب خود بالا صالته می فروشد؟ یا از جانب غیر؟ و ... تا خصوص همان شخصی را قصد کند. آیا این گونه تعیین ها لازم است؟ مقدمه: سه فرض در ما نحن فیه متصور است:

۱- فرض علم به اراده خصوص مخاطب: یعنی یقین داریم که برای متعاقدين مخاطب خاص مطرح است و قصد طرفین خصوص مخاطب است لا غیر، مثل باب نکاح که زوجه وقتی انشاء تزویج کرده و می گوید: زوجتک نفسی ... منظورش خصوص مخاطب و قابل است و به تزویج با او راضی است نه اینکه منظورش فرد دیگری باشد که مخاطب و کیل او است و ... متقابلاً قابل هم که قبلت التزویج می گوید، منظورش تزویج با خود این زن است نه با موی موکله او و ...

۲- فرض علم به عدم اراده خصوص مخاطب: یعنی یقین داریم که برای

متعاقدين يا متخاطبين كه يكديگر را مورد خطاب قرار داده و ايجاب و قبول را انشاء مي كنند، مخاطب خاص مطرح نيست، و مخاطب اعم را در نظر دارند، مثل باب بيع و اجاره و ... كه معمولاً براي فروشنده مهم نيست كه مشتري براي چه كسي مي خرد، او مي خواهد كالايش به فروش برسد، اما كسي خريدار باشد مهم نيست. و نيز معمولاً براي خريدار هم اينكه فروشنده چه كسي باشد مهم نيست، مهم خريدن متاع است.

۳- فرض عدم العلم يا شك در اينكه آيا مخاطب خاص مطرح است يا خير؟ مثل بعض موارد اجاره و بيع كه موجب گفته: بعث داري بكذا يا گفته: بعثك ولي يقين نداريم كه مخاطب خاص براي او مطرح است يا خير؟ با حفظ اين مقدمه مي گوييم:

در رابطه با لزوم تعيين هر يك از طرفين، مقابل خود را ... دو احتمال مطرح است:

۱- بگوييم: مطلقاً «و در هر سه فرض مذكور در مقدمه» تعيين و علم لازم است مگر در يك صورت، و آن صورتی است كه از خارج يقين داريم كه طرفين مخاطب خاصی را در نظر ندارند و براي آنها مهم نيست كه كي بفروشد؟ و كي بخرد؟ و غالباً در بيع و اجاره مطلب همين است و لذا در بازار مي گويد: فروختم اين كتاب را به صد تومان، يا خريدم اين كتاب را ... اما به چه كسي يا از چه كسي مطرح نمي شود. طبق اين احتمال اگر كافي خطاب آورد و گفت: بعثك يا ملكتك يا اشتريت منك و ... يا آجرتك منفعه داري ... بايد گفت: مراد از كافي خطاب خصوص مخاطب نيست چون او موضوعيتي ندارد بلكه منظور مخاطب است به اعتبار اعم، چه مالك حقيقي و اصلي باشد و چه مالك ادعائي و جعلی كه در غاصب است و چه به منزله مالك كه وكيل و ولي باشد. كه در اين فرض تعيين لازم نيست.

۲- بگوئیم: مطلقاً و در هر سه صورت تعیین لازم نیست مگر در یک صورت و آن فرضی است که از خارج یقین داریم که متعاقدین مخاطب خاصی را مد نظر دارند و خصوصیت مهم است مثل باب نکاح- وقف خاص، هبه، وکالت، وصیت و ... که موجب به هر کسی انشاء تزویج نفس نمی کند، برای هر کسی وقف نمی کند، به هر کسی بخشش نمی کند، هر کسی را وکیل نمی کند، برای هر شخصی وصیت نمی کند و ... در تمام اینها مخاطب خاص مطرح است. ولی از اینها که بگذریم تعیین و علم لازم نیست.

قوله: والاقوی:

مرحوم شیخ احتمال اول را تقویت کرده و می فرماید: تعیین لازم است به این دلیل که وقتی به کسی خطاب کرده و می گوید: بعث هذا بهذا، یا حتی با کافی خطاب آورده و می گوید: ملکتک و ... ظاهر کلامش آنست که به تو که مخاطب من هستی تملیک می کنم و قصد مخاطب خاص را دارد «صغری»

و عقود هم تابع قصود است «کبری»

پس برای مخاطب خاص واقع می شود و تا او را نشناسد چگونه قصد تملیک به او بنماید؟!
قوله: وعلی فرض:

بنابر قول ثانی هم که تعیین لازم نبود، باز می گوئیم ولو لازم نیست ولی حرام که نیست، پس: اگر کسی تصریح کرد که من این خانه را به شما می فروشم یا چون شما هستید اجاره می دهم که اگر کس دیگر باشد معامله نمی کند باز چون خود موجب قصد خاص دارد، باید قصد او پیروی شود و قابل هم فقط حق دارد برای خود انشاء قبول کند و حق ندارد برای دیگران انشاء قبول کند و گرنه ما قُصد لم یقع وما وقع لم یُقصد والعقود تابعة للقصود.

قوله: قال فی التذکرة:

کلام علامه هم شاهد نظریه ما است،

بیان ذلک: علامه در تذکره فرموده^(۱): اگر دو نفر معامله کنند که یکطرف اصیل و طرف دیگر فضولی است، ولی اصیل خبر ندارد از اینکه رقیش فضولی است و مالک نیست، چنین فضولی ای اگر مال مردم را بفروشد، یا با مال مردم چیزی را خریداری کند، صحت این معامله محل اشکال است، زیرا اصیل به گمان اینکه فضولی مالک است، قصد انشاء را برای او کرده [یعنی مخاطب خاص مطرح است] و با اجازه مالک واقعی بیع برای او واقع می شود در حالیکه اصیل او را قصد نکرده، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، از این حیث اشکال دارد.

قوله: وهذا الاشکال:

مرحوم شیخ می فرماید: اگر چه این اشکال ضعیف و مردود است [زیرا قصد اصیل از نقل مال به فضولی صرفاً بلحاظ این بوده که گمان می کرده او مالک است پس قصد مالک حقیقی دارد ولی در انطباق آن دچار اشتباه شده و قصد غیر کرده و این قصد لغو است نه اینکه معامله باطل باشد.] و برخلاف اجماع و سیره مستمره بر صحت بیع فضولی است. ولی این سخن شاهد ما بوده و بر همان مطلبی که ما گفتیم مبتنی است که: الاقوی هو الاول عملاً بظاهر الکلام

قوله: وقد يقال:

به عقیده ما تفاوت نکاح و اخوات آن با بیع و مانند آن، این شد که: در نکاح و مانند آن قصد مخاطب خاص در بین است، ولی در بیع و مانند آن مخاطب اعم مطرح است. ولی دو فرق دیگر هم میان دو دسته عناوین مذکور ذکر شده که آنها را ذکر کرده و ردّ می کنند:

فرق اول: زوج و زوجه یا طرفین عقد در باب نکاح حکم عوضین را «ثمن و

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

مُثْمَن» در سایر معاملات دارند، همانطور که نسبت به عوضین اغراض مختلف است، ای چه بسا مشتری به کالای خاصی نظر دارد و غرضش به آن تعلق دارد، و هكذا بایع ثمن معینی را می طلبد و... در نکاح هم زوجین نظر به فرد خاص دارند زوجه قصد تزویج با هر کسی را ندارد، زوج هم کذلک، پس باید طرف مقابل را تعیین کند و بداند کیست تا تطابق میان ایجاب و قبول حاصل شود [قبلاً در شروط صیغه ذکر شد.] و ایجاب و قبول بر یک مورد وارد شوند. ولی به خلاف باب بیع که متعاملین حکم عوضین را نداشته و معمولاً به اختلاف آنها غرضها مختلف نمی شود.

فرق دوم:

قوله: ولانّ:

معنای بعث عبارتست از اینکه: جعلتک مشتریاً و رضیت بان تکون مشتریاً، و عنوان مشتری حقیقتاً بر قابل صادق است چه برای خود خریداری کند و یا برای موکل و... و لذا تعیین و علم لازم نیست. ولی زوجتک یعنی جعلتک زوجاً و رضیت بان تکون زوجاً یعنی زوجه راضی است که مخاطبش زوج او باشد، و عنوان زوج حقیقتاً بر وکیل یا ولی زوج اطلاق نمی شود تا مخاطب اعم باشد از زوج و وکیل، بلکه بر خود زوج اطلاق می شود.^(۱)

قوله: ویرد علی الوجه الاول:

مرحوم شیخ از هر دو فرق جواب می دهند:

اما از فرق اول: دو جواب می دهند:

الف: بیان شما [که گفتید: در باب نکاح زوجین به منزله عوضین می باشند و غرضها متفاوت است...] تنها دلیل بر لزوم تعیین و علم در باب نکاح است ولی

(۱) مقابس الانوار، ص ۱۱۵.

دلیل بر عدم وجوب تعیین در بیع نیست، به عبارت دیگر: شما ثابت کردید که در نکاح تعیین شرط است ولی ثابت نکردید که در بیع تعیین شرط نیست، و اثبات شیئی نفی ما عدا نمی کند پس جا دارد کسی بگوید: در بیع هم تعیین لازم است و با نکاح فرقی ندارند.

[شگفتا از مرحوم شیخ و این جواب!! زیرا که بیان مذکور برای نفی و اثبات صلاحیت دارد و وقتی می گوید: در نکاح غرضها متفاوت است پس تعیین لازم است، مفهومش آنست که در بیع غرضها متفاوت نیست و نیاز به تعیین نداریم، پس بیان مذکور و ساکت نیست بلکه هر دو جنبه را متعرض است.]

ب: دلیل شما از مدّعاتان اخصّ است، زیرا مدّعا اینست که: در باب نکاح و اخوات آن تعیین لازم است، ولی دلیل فقط باب نکاح را بیان کرد، سپس باید دلیلی بیاورید که مطردّ و جامع باشد. [باز هم شگفتا!! زیرا جا دارد که عین بیان مذکور را در اخوات نکاح یعنی هبه، وقف خاص، وصیت و... نیز آورد و از این حیث فرقی ندارند، پس به نظر می آید فرق مذکور قابل قبول است.]

و اما از فرق دوّم: همانطور که زوّجتک نفسی یعنی جعلتک زوّجاً و رضیت بکونک زوّجاً، هكذا بعثک مالی هم یعنی جعلتک مالکاً و رضیت بکونک مالکاً [زیرا در اوّل کتاب بیع از زبان فخرالدین و دیگران آوردیم که: بعث در لغت عرب به معنای ملک آمده و نیز در تعریف بیع گفتیم: انشاء تملیک... پس بعث هم جعل مالکیت است.] نه اینکه معنای بعث عبارت باشد از جعلتک مشتریاً و رضیت بان تکون مشتریاً و... و همانطوری که زوج بر وکیل زوج یا ولی او و یا فضولی اطلاق نمی شود هكذا مالک هم بر وکیل یا ولی مالک اطلاق نمی شود، و از این جهت هم بیع و نکاح فرقی ندارند.

قوله: فالاولی:

پس از ردّ دو فرق مذکور، برمی گردیم به فرقی که خودمان آوردیم و

می گوئیم: بهتر آنست که چنین فرق بگذاریم:

در بیع و اجاره و مانند آن غالباً و معمولاً مخاطب به عنوان خاص و بما هو نفسه مطرح نیست و موضوعیتی ندارد، بلکه به عنوان عام [اعم از اینکه اصیل باشد و برای خود معامله کند یا نائب باشد و برای غیر معامله کند] مطرح است. [برای فروشنده چه فرق می کند که خریدار برای چه کسی خریداری می کند؟ و بالعکس برای خریدار چه فرق دارد که فروشنده از ناحیه چه کسی می فروشد.] ولذا تعیین و علم لازم نیست.

قوله: ولا ینافی:

اگر دو نفر با یکدیگر معامله ای انجام دادند و سپس نزاع کردند: موجب گفت: من به تو فروخته ام و تو برای خودت خریدی پس تو ضامنی و باید از عهده برآئی و ثمن را پردازی و اگر تلف شده باید عوض آن را بدهی، و قابل یا مشتری گفت: من اصیل نبوده و برای خود نخریده ام بلکه برای موکلم یا فضولاً برای فرد ثالث خریدم و تو باید از او ثمن را مطالبه کنی، در اینجا حکم آن است که ادعای مشتری مسموع نیست و حاکم شرع او را مشتری شناخته و ملزم به پرداخت ثمن می کند.

حال اگر در بیع مخاطب به عنوان عام مطرح باشد باید این ادعا مسموع

باشد، پس چرا مسموع نیست؟

آیا این حکم و فتوی [عدم اعتناء به ادعای مشتری] با آن مطلب که غالباً در بیع

مخاطب به عنوان عام مطرح است ... منافی نیست؟

در جواب می فرمایند: خیر منافی نیست. سپس می فرمایند: فتأمل که اشاره

به اینست که: در وجه عدم منافات دقت کن و آن اینکه: در معامله مذکور دو

غلبه وجود دارد:

۱- غالباً برای موجب مخاطب خاص به عنوان خودش مطرح نیست و به

عنوان عام مطرح است .

۲- غالباً خود مخاطب که از جهتی متکلم است و انشاء قبول می کند، برای خود خریداری می کند و از ناحیه خودش قبول می کند و قبول عن الغیر قرینه می خواهد، و چون نیاورده این غلبه می گوید: تو برای خودت خریدی پس خودت باید از عهده برآئی و ثمن را بدهی، فلا منافات .

اما در باب نکاح و مانند آن غالباً مخاطب به عنوان خاص و نفس رکن عقد است نه به عنوان اعم [اگر مخاطب برای خود قبول کند زن حاضر به عقد تزویج است ولی اگر وکیل باشد او حاضر نیست .] ولذا تعیین لازم است یعنی موجب که زن است باید بداند که قابل از ناحیه چه کسی قبول کند تا بعد انشاء نکاح کند .
 قوله: بل ربّما:

در بیع و مانند آن می توان مجازاً بر نائب مالک و وکیل او هم اطلاق مالک کرد و گفت: جعلتک مالکاً... ولی در نکاح و مانند آن حتی مجازاً هم نتوان بر وکیل زوج عنوان زوج را اطلاق کرد، و با اینکه قرینه مقامیه است و زوجه می داند که مخاطب برای موکل قبول می کند معذک نمی تواند نائب را به منزله اصیل دانسته و بگوید: زوجتک نفسی ... ای جعلتک زوجاً...
 قوله: ولعل:

شاید سرّ مطلب آن باشد که عنوان بایع یا مشتری یا مالک مجازاً بر وکیل مالک هم اطلاق می شود ولی عنوان زوج و موقوف علیه و ... حتی مجازاً هم بر وکیل زوج و ... اطلاق نشده و چنین چیزی مرسوم و متعارف نیست .
 قوله: فتأمل:

در ما ذکرنا دقت کن تا خیال نکنی که: وجه الفرق ما به وجه الفرق دوم در کلام بعض برمی گردد، خیر این غیر از آن است، زیرا آن قائل می گفت: بعثت ای جعلتک مشتریاً و رضیت باشترائک... و مشتری حقیقتاً بر وکیل هم صدق

می کرد.

ولی ما گفتیم: بعثُ ای جعلتک مالکاً... و مالک حقیقتاً بر وکیل صدق نمی کند آری مجازاً صدق می کند و همین مقدار از صدق کافی است. پس این دو وجه یکی نیستند.

(۵)

اختیار متعاقدين (مسئله سوم)

تا به حال چهار شرط از شروط متعاقدين بيان شد که عبارت بودند از :

۱- بلوغ : متعاقدين هر دو بالغ باشند، پس عقد دو صبی یا یک صبی با یک بالغ باطل است .

۲- عقل : هر دو عاقل باشند، پس دو مجنون یا یک مجنون با یک عاقل عقدشان باطل است .

۳- قصد : هر دو باید مدلول خاص عقد را قصد کنند و گرنه معامله باطل است .

۴- تعیین مالکین : که دو بخش داشت و هر دو قسمت بررسی شد .
و اینک شرط پنجم از شروط متعاقدين اختیار آندو است :
واژه اختیار گاهی در مقابل جبر بکار می رود و در مسائل اعتقادی می گوئیم : جبر و اختیار جبر یعنی فاعل در فعلش هیچ اراده و قصدی ندارد .
بلکه آلت و ابزاری بیش نیست و کلیه افعال او مانند حرکت دست مرتعش می ماند که بی اختیار و بدون خواست و اراده او رعشه دارد و می لرزد .

و اختیار یعنی فاعل در افعالش دارای اراده و اختیار است و آنها را با اراده و خواست و تصمیم خود انجام می دهد و اگر نخواست باشد انجام نمی دهد [ان شاء فعل وان لم یثألم یفعل] در ما نحن فیه اختیار در مقابل جبر نیست و منظور این نیست که: مختار باشد یعنی قاصد و مرید باشد نه مجبور، زیرا که اختیار به این معنا به قصد المدلول برمی گردد که در شرط ثالث گفته آمد، و نیاز به ذکر مجدد نداشت.

و گاهی اختیار در مقابل اکراه بکار می رود که انسان مختار هم افعالش را با قصد انجام می دهد و خود اراده می کند و انجام می دهد و کسی او را ملجأ ننموده که به کلی از او سلب اراده شود، انسان مکره نیز با قدری تأمل و تصور و تصدیق [که اگر انجام ندهم کشته می شوم ...] تشخیص می دهد که انجام فلان کار به سود او است و لذا تصمیم می گیرد و با اراده خودش عمل موزد اکراه را انجام می دهد، ولی تفاوت آندو در اینست که: انسان مختار دارای طیب نفس و رضایت باطنی و میل هم هست و با شوق و رغبت و رضا و میل کاری را انجام می دهد، ولی انسان مکره طیب نفس ندارد و اگر به میل خود بود انجام نمی داد، علی رغم میل باطنی خود و با ناراحتی و کراهت کار را انجام می دهد.

حال اختیاری که فعلاً به عنوان یک شرط جدا مطرح است به همین معنا یعنی در مقابل اکراه است و منظور آنست که: اگر متعاقدين با طیب نفس قصد انشاء کرده و قصد معاوضه نمودند، معامله صحیح است ولی اگر بدون طیب نفس و با ناراحتی و فشار و تهدید در مقام انشاء برآمده و قصد مدلول معامله را نمودند، این معامله و بیع اکراهی بوده و صحیح نیست، [البته اکراه اگر به حق باشد مبطل نیست، مثل اکراه نمودن شخص محتکر به اینکه ارزاق عمومی را احتکار نکند و آنها را به قیمت عادلانه در اختیار مصرف کننده قرار دهد، اگر حاکم شرع او را مکره کرد و او فروخت معامله باطل نیست.]

قوله: ویدل:

به پنج دلیل اعتبار شرط مذکور را تضمین می کنیم:

۱- اجماع: فقهاء اجماع دارند که بیع مکره باطل است و باید بیع به اختیار و طیب نفس باشد.

[البته اجماع در این مقام تعبدی نیست و مدرکی است یعنی مدرک مجمعین دلائل بعدی است که ذیلاً عنوان می شود، و این اجماع ارزشی ندارد، و لذا فرموده: ویدلّ علیه قبل الاجماع، که اجماع دلیل مستقلّ نیست. آری اگر بعد الاجماع می گفت خود اجماع یکدلیل جدا بود.]

۲- قوله تعالی: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(۱).

کیفیت استدلال: این آیه شریفه جواز اکل و تصرف در مال مردم را منحصر کرده به تجارّتی که همراه با تراضی و رضایت باطنی طرفین باشد، و در بیع اکراهی تراضی نیست، پس بیع مذکور مجوّز اکل نیست، پس بیع مذکور مؤثر نبوده و موجب نقل و انتقال نیست، و در یک کلام: باطل و فاسد است.

۳- روایات فراوانی که مضمون تمام آنها اینست: مال هیچ مسلمانی برای دیگری حلال نیست یا هیچ کس حق ندارد در مال دیگری دخل و تصرفی انجام دهد مگر با طیب نفس و رضایت خاطر مالک^(۲) پس تا رضی نباشد تصرف جایز نیست، و اگر بیع مکره صحیح بود که تصرف هم جایز می شد، پس معلوم می شود بیع مذکور باطل است.

۴- حدیث رفع که از روایات مورد اتفاق همه فرقّه های اسلامی است و رسول خدا ﷺ فرموده: از امت من نه یا شش چیز رفع داشته که یکی از آنها

(۱) سوره نساء آیه ۲۹.

(۲) عوالی اللالی، ج ۲، ص ۲۴۰.

اینست: رفع ما اکرهوا علیه، یعنی بر هر چیزی که مکره شدند آن چیز از دوش آنها برداشته شده. ^(۱)

کیفیت استشهاد: اگر چه ظاهر حدیث رفع آنست که: مراد رفع خصوص مؤاخذه و عقاب باشد و ربطی به آثار و احکام وضعی نداشته باشد. [به قرینه وحدت سیاق: چون قبل از فراز مذکور فرموده: رفع الخطأ و النسیان و مالا يعلمون و... و در تمام این فرازها منظور رفع مؤاخذه و عقاب است نه مطلق آثار تکلیفی و وضعی، و گرنه در مورد جهل اگر کسی جهلاً شرب خمر کرد که اثر وضعی آن یعنی مسکر بودن از بین نمی رود، فقط عقوبت مرتفع می شود و... و چون رفع ما اکرهوا علیه در سیاق این فرازها است پس منظور مؤاخذه و عقاب باشد.]

و لکن قرینه خارجی داریم مبنی بر اینکه: مراد رفع کلیه آثار و احکام الزام است [اعم از عقوبت اخروی که اثر تکلیفی است و یا آثار وضعی] و در نتیجه می گوئیم: به حکم رفع ما اکرهوا علیه معامله مکره صحیح و مؤثر نیست و صحت که حکم وضعی است از آن مرتفع شده، پس باید مکره نباشد تا معامله اش صحیح باشد.

سؤال: آن شاهد خارجی چیست؟

جواب: روایت صحیحۀ بزنطی است: از امام علیه السلام می پرسد: مردی مکره می شود که چنین قسم بخورد: واللّه یا باللّه یا تاللّه اگر فلان کار را کردم همه همسرانم مطلقه باشند، همه غلامان و کنیزان من آزاد باشند و همه اموالم در راه خدا صدقه باشد، او هم در اثر ترس از جان و مال و آبرو چنین قسمی می خورد، آیا این قسم ارزش دارد و اگر به قسم پایبند نشد و فلان کار را انجام داد این آثار مترتب می شود؟ یعنی زن طلاق می شود؟ بنده آزاد می شود؟ اموال صدقه

(۱) وسائل الشیعه، ج ۵، ص ۳۴۵، باب ۳۰، حدیث ۲.

می شود؟

امام علیه السلام فرمود: خیر این قسم ارزش ندارد و مخالفت با آن موجب ترتیب آثار مذکور نمی شود، سپس استدلال کرد به کلام رسول خدا صلی الله علیه و آله که فرموده: **وَضِعَ يَأْ رُفِعَ عَنِ امْتِي مَا اَكْرَهُوا عَلَيْهِ ...** و قسم مذکور اکراهی بوده پس آن آثار را ندارد. ^(۱)

کیفیت استشهاد: در این حدیث سخن از عقاب و اثر اخروی نیست، سخن از طلاق و عتق و صدقه شدن مال است که آثار دنیوی و وضعی هستند، و معذک در مورد اینها و برای نفی و رفع اینها به حدیث رفع استشهاد کرد پس معلوم می شود از حدیث رفع اعمّ اراده شده، پس صحت و تأثیر را از بیع اکراهی رفع می کند و هو المطلوب. البته در فقه اهل بیت علیهم السلام قسم مذکور ولو از روی اختیار و طیب نفس هم باشد باطل و بی ارزش است و اختصاص به فرض اکراه ندارد، ولی نفس حکم امام به بطلان یمین مذکور و سپس استشهاد به فراز مذکور دلیل بر اراده جمیع الآثار التکلیفیه و الوضعیه از حدیث رفع مراد است. و این به درد ما می خورد.

[نکته: سر اینکه فرمود: رفع او وضع، تسعة اشیاء او ستّة... آنست که: در جوامع روائی مختلف نقل شده فی المثل در وسائل الشیعه ج ۵ ص ۳۴۵ حدیث دوّم تعبیر به **وَضِعَ** و تسعة دارد: **وَضِعَ عَنِ امْتِي تسعة اشیاء ...** و در وسائل الشیعه ج ۱۱ ص ۲۹۵ باب ۵۶ حدیث ۱ فرموده: **رفع عن امتی تسعة اشیاء.** و در حدیث دوّم همان باب فرموده: **رفع عن امتی اربع خصال.** و در حدیث سوّم فرموده: **وَضِعَ عَنِ امْتِي تسع خصال.** و در وسائل الشیعه ج ۱۶ ص ۱۷۳ باب ۱۶ حدیث ۳ فرموده: **وَضِعَ عَنِ امْتِي تسع خصال و در حدیثی فرموده: عفی عن امتی ثلاث ...**].

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۱۷۳ و ۱۷۴، حدیث ۶، باب ۱۶.

۵- دلیل پنجم روایاتی است که می گوید: طلاق شخص مکره باطل است^(۱) و به ضمیمه اینکه فرقی میان طلاق و سایر عقود و ایقاعات نیست و کسی تفصیل نداده می گوئیم: پس در سایر عقود و معاملات هم اگر اهکرا موجب بطلان است، پس شرط صحّت اختیار و طیب نفس است.
 قوله: ثمّ انه:

به عقیده ما از حیث قصد انشاء و قصد مدلول عقد میان مختار و مکره فرقی نیست، بلکه هر دو قاصد معنا و مدلول عقد هستند و تفاوت در طیب نفس و عدم آن است. ولی جماعتی از فقهاء منجمله شهید اول^(۲) و شهید ثانی^(۳) فرموده اند: شخص مکره از بعث گفتن فقط لفظ و عبارت آن را قصد دارد و اما معنای آن را قصد ندارد. بلکه از برخی کلمات علامه ره [که پیش از شهیدین بوده] نیز این مطلب قابل استفاده است. [منظور عبارت تحریر است که خواهد آمد.]

قوله: ولیس مرادهم:

مرحوم شیخ در توجیه کلام بزرگان [جماعت مذکور] می فرمایند:
 ظاهر کلام اینها مراد نیست یعنی نمی خواهند بگویند: مکره به جز تکلم به الفاظ بیع قصد دیگری ندارد و تمام مقصد او به زبان آوردن صیغه بیع است. و ابدأ معنا را قصد ندارد. به دلیل اینکه: هازل قصد مدلول دارد و در مقام انشاء و به قصد انشاء تملیک هم صیغه بیع را می گوید و از این جهات کمبودی ندارد، فقط جادّ نیست یعنی قصد معاوضه جدّی ندارد بلکه معاوضه صوری را قاصد است و دارد شوخی می کند.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۳۱ و ۳۳۲، باب ۳۷، حدیث ۱ و ۲ و ۴.

(۲) دروس، ص ۳۳۵.

(۳) شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۲۶.

حال اگر هازل قاصد معنی باشد پس مکره به طریق اولی قاصد معنی است، و وجه اولویت آنست که: مکره مضافاً به همه جهاتی که در هازل ذکر شد، یک جهت بالاتری هم دارد که هازل هم نیست بلکه جاد است، پس مکره نیز قصد معنی دارد و تمام نظرش به لفظ نیست.

قوله: والخالی:

اگر می خواهید بشناسید که چه کسی صددرصد قاصد لفظ بوده و تمام مقصد او لفظ است و هرگز معنی را قصد نکرده و ذهنش خالی از قصد معنی است؟ به شما معرفی می کنیم:

کسی که صرفاً از روی تقلید کلامی را می گوید و خودش از معنای آن آگاهی ندارد و یا دارد ولی به نیت اینکه مثل فلانی این لفظ را بگوید، فقط قاصد لفظ است. و کسی هم که به عنوان تلقین لفظی را می گوید مثل پدر و مادری که کلمه ای را به دهان کودک می گذارند و به او تلقین می کنند که اینطوری بگونه آنطوری، باز کودک و یا مُلقِّن قصد معنی ندارند و ای چه بسا جاهل به معنی است و تمام مقصد این دو گروه لفظ است.

قوله: فالمراد:

پس منظور آن جماعت از این کلام [المکره قاصد الی اللفظ غیر قاصد الی مدلوله] چیست؟ منظور اینست که: هم مختار و هم مکره در مقام انشاء بوده و به قصد انشاء صیغه بیع را به زبان می آورند و هر دو انشاء تملیک می کنند و محال است که کلام انشائی باشد ولی مدلول آن که انشاء تملیک است نباشد، زیرا کلام انشائی علّت و خود انشاء تملیک معلول آن است و معلول از علّت تخلف و انفکاک ندارد.

با این تفاوت که: انگیزه ها فرق دارد: انگیزه مختار از اجراء صیغه بیع یا طلاق و... آنست که: مضمون صیغه در خارج محقق شود یعنی حقیقتاً ملکیت

نقل و انتقال حاصل شود و انشاء او آلت و وسیله ای برای نیل به این منظور است . ولی انگیزه مکره از انشاء بیع آن نیست که مضمون صیغه یعنی نقل و انتقال و ملکیت در خارج محقق شود و واقعاً راضی به این کار نیست، بلکه انگیزه اش رفع اکراه و تهدید است و برای رسیدن به این هدف می گوید: بعث یا طَلَّقَت و

و بالجمله از لحاظ قصد مدلول فرقی نیست، از لحاظ طیب نفس و عدم آن فرق است که مختار آن را دارد و مکره فاقد آن است . پس آنها که می گویند: مکره فقط لفظ را قصد دارد منظورشان اینست که: انگیزه او از این انشاء تملیک رفع اکراه است نه وقوع خارجی تملیک و تملک . و قصد انشاء دواعی گوناگون دارد [همانند امر که به قصد انشاء بکار می رود و در طلب انشائی استعمال می شود ولی انگیزه امر از امرها مختلف است .]

قوله: وهذا الذی:

در این قسمت حدود نه یا ده شاهد می آورند برای اینکه: مکره هم قصد انشاء و مدلول عقد را دارد و از این حیث کمبودی ندارد:

۱- دقت در معنای لغوی و عرفی اکراه: اکراه عبارتست از: حمل الغیر علی ما یکرهه یعنی دیگری را به کاری که میل ندارد و نسبت به آن کراهت دارد و ادا کردن .

حال در ما نحن فیه مکره چه چیز را کراهت دارد؟ صرف الفاظ بیع یا شرا را که لقلقه زبان است؟ یا مفاد آنها را که وقوع بیع در خارج باشد؟ بلاشک نسبت به دومی کراهت دارد، و اکراه یعنی همین پس مکره قصد معنی دارد و بر این قصد اکراه صدق می کند و بدون آن بحثی نیست .

۲- دقت در برخی از فروعات بیع مکره: مثلاً یکی از فروعات اینست: بیع کسی که به حق مکره شده باشد صحیح است . حال اگر مکره اصلاً قصد مدلول

ندارد و تنها قاصد لفظ است.

باید گفت: در اینجا اصلاً بیع و انشاء و معامله ای محقق نشده تا حکم به صحت یا بطلان آن شود، پس حکم به صحت فرع بر وجود معامله است و آن فرع بر انشاء است و انشاء فرع بر قصد و عین قصد است و بدون آن انشاء و معامله ای نیست تا محکوم به صحت باشد.

۳- دقت در اینکه: فقهاء اختیار و اکراه را در مقابل قصد و عدم قصد قرار داده و آن را یک شرط جداگانه آورده اند [چه اینکه خود ما چنین کردیم] حال اگر اختیار و اکراه به معنای قصد داشتن یا نداشتن بود که قسیم شرط قبلی نبود بلکه مصداقی از مصادیق آن بود، و نیازی به جدا آوردن نداشت، پس معلوم می شود که اینها ربطی به قصد ندارند بلکه وجود قصد مدلول در اینها مفروغ عنه است و کلام در طیب نفس و عدم آن است.

۴- شخصی که مکره به انشاء بیع شده قدرت بر توره دارد و می تواند به توسط توره از اکراه فرار کند [یعنی بعث بگوید و از آن قصد دیگر بکند نه قصد انشاء بیع] حال آیا با امکان توره حتماً باید توره کند و حق ندارد قصد مدلول کند و اگر کرد مکره صدق نکرده و معامله صحیح است؟

مشهور فقهاء فرموده اند: خیر توره واجب نیست و می تواند قصد انشاء نموده و جدی انشاء بیع کند و معذک اکراه صادق باشد و او مکره باشد، پس مکره بودن منافاتی با قصد مدلول ندارد و مکره نیز قاصد مدلول هست ولی طیب نفس ندارد.

۵- فقهاء فرموده اند: اگر شخصی مکره شد و برای فرار و نجات از دست ظالم انشاء بیع کرد ولی بعد از رفع اکراه راضی شد و معامله قبلی را اجازه کرد، آن معامله صحیح است.

حال اگر مکره فقط قصد لفظ داشت نه قصد معنی، پس اجازه بعدی نباید

موجب صحّت شود چون اصلاً معامله و بیعی نبوده که شخص او را امضاء و اجازه کند. پس از حکم به صحّت کشف می کنیم که: قصد انشاء بوده و معامله ای شده و مقتضی موجود است و تنها مسئله کراهت باطنی مانع بود که آنهم با اظهار رضایت مفقود شد پس باید صحیح باشد.

۶- همانطور که قبلاً در ادله اشراط اختیار گفته آمد، فقهاء برای بطلان عقد مکره به اخبار باب طلاق مکره تمسک کرده اند^(۱) و آن اخبار قطعاً در مورد کسی است که از روی اکراه و تحمیل قصد طلاق کرده و انشاء طلاق نموده است نه اینکه صرفاً قصد لفظ داشته باشد. پس مکره قاصد معنی هم هست نه تنها قاصد لفظ باشد.

۷- روایاتی داریم مبنی بر اینکه: لا طلاق الا مع ارادة الطلاق^(۲) کیفیت استشهاد: ظاهر تعبیر نفی جنس است یعنی بدون اراده و اختیار اصلاً طلاقی نیست، ولی منظور نفی جنس و مفهوم طلاق نیست [چون با شأن و منصب امام متناسب نیست شأن امام بیان حکم است نه بیان موضوع] بلکه منظور نفی صحت است، یعنی اگر اراده و اختیار هم نباشد طلاق هست ولی صحیح نیست، و معنای اینکه طلاق هست یعنی قصد انشاء هم هست و گرنه اصلاً طلاق نبود.

[نکته: اینکه در اوّل این شواهد گفتیم: ۹ یا ۱۰ برای اینست که: شاهد ششم و هفتم را می توان دو شاهد گرفت به بیانی که آوردیم و می توان یک شاهد گرفت و جمله و آنه لا طلاق را عطف تفسیر اخبار وارده در طلاق مکره گرفت. که ظاهر عبارت همین است ولی به قول سید در حاشیه روایات اراده طلاق غیر از روایات طلاق مکره است و در دو باب وارد شده است^(۳) و حق آن است که دو

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، باب ۳۷، ص ۳۳۱ و ۳۳۲ روایات وارده.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۵، باب ۱۱، ص ۲۸۵ و ۲۸۶، روایت ۲ و ۳ و ۴ و ۵.

(۳) حاشیه السید، ص ۱۲۱.

شاهد باشد.]

۸- روایاتی که در رابطه با طلاق مدارائی وارد شده: شخصی زوجهٔ دوّمی اختیار کرده، زوجهٔ اوّل با خبر شد و شروع کرد به نشوز و عدم تمکین و ناسازگاری، زوج برای اینکه او را از این حال خارج سازد می گوید: اگر من زوجه ای دارم او را سه طلاقه کردم، ولی هدفش از این طلاق آن نیست که واقعاً زوجهٔ جدید مطلقه شود بلکه انگیزه اش آرام کردن زوجهٔ قدیم است. باز هم قصد انشاء دارد ولی انگیزه ها فرق دارد.

[متن روایت: منصور بن یونس از امام هفتم علیه السلام:

جعلت فداك اتي تزوجت امرأة و كانت تحبني فتزوجت عليها ابنة خالي
وقد كان لي من المرأة ولد فرجعت الي بغداد فطلقتها واحدة ثم
راجعتها ... ما اردت والله ولا اردت الا ان اداريهم عن نفسي وقد امتلا
قلبي من ذلك، ... ^(۱)

۹- در رابطه با صحّت و وقوع طلاق مکره اختلاف است: فقهاء امامیه فتوی به بطلان آن داده اند، ولی عدّه ای از عامّه فتوی به صحّت داده اند: [الحنفیة قالوا طلاق المکره يقع خلافاً للائمة الثلاثة، فلو اکره شخص آخر علی تطليق زوجته بالضرب او السجن او اخذ المال وقع طلاقه. ^(۲)] حال اگر قصد مدلول نبود که طلاق نبود تا آنها حکم به صحت کنند و ما حکم به بطلان کنیم، پس نزاع در طلاق مکره ای است که قصد مدلول دارد ولی طیب نفس ندارد.

۱۰- در کلام شهید ثانی ره ^(۳) مکره در کنار فضولی ذکر شده و فرموده: مکره و فضولی هر دو قاصد لفظ اند. حال در بیع فضولی خواهد آمد که: فضولی

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۳۳۲، باب ۳۸، حدیث اوّل.

(۲) فقه المذاهب، ج ۴، ص ۲۸۴.

(۳) مسالك الافهام، ج ۱، ص ۱۷۱.

قاصد معنی هم هست و به قصد انشاء جدی هم بعثت یا اشتريت می گوید، ولی مالک یا مأذون نیست و الا اگر اصلاً قصد معنی نداشته باشد پس معامله و بیعی واقع نشده و چگونه با اجازه بعدی صحیح می شود. و به قرینه وحدت سیاق می گوئیم: مکره نیز چنین است یعنی قصد مدلول دارد ولی طیب نفس ندارد.
 قوله: نعم:

علامه در تحریر^(۱) و شهید ثانی در مسالک^(۲) فرعی را آورده اند که موهم این معنا است که در مکره قصد معنی نیست و تنها قصد لفظ است، و آن فرع از زبان علامه این است:

اگر کسی بر طلاق زوجه اش مکره شد، و بدنبال اکراه با نیت طلاق زوجه اش را طلاق داد حق اینست که طلاق صحیح است و واقع می شود، زیرا که هیچ کسی بر قصد و نیت درونی مکره نیست، اکراه در جسم و زبان کارگر است نه در روح و نیت.

مرحوم صاحب جواهر خیال کرده مراد علامه از اینکه بر قصد اکراهی نیست، یعنی مکره همیشه قاصد لفظ است نه قاصد معنی [چون نسبت به معنی که در قلب او می گذرد که مجبور نیست]. و طبق این برداشت اعتراض کرده و فرموده: مکره هم قاصد معنی است، و در نتیجه اگر با نیت و قصد مدلول هم طلاق داد طلاقش باطل است چون طلاق مکره است^(۳).

مرحوم شیخ می فرماید: علامه و دیگران منظورشان این نیست که مکره قاصد لفظ است نه معنا... تا صاحب جواهر اعتراض کند، منظور آنها چیز دیگری است که مفصلاً خواهد آمد. نتیجه: مکره نیز مدلول لفظ [انشاء تملیک و

(۱) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۱.

(۲) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۳.

(۳) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۵.

زوجیت و ...] را قاصد است و از این حیث کمبود ندارد.

قوله: **ثُمَّ أَنْ:**

دانستیم که بیع مکره باطل است و اکراه سبب بطلان معامله می گردد.

اینک این سؤال مطرح می شود که: اکراه چیست؟

در جواب می فرمایند: از نظر لغت عرب و عرف عام عرب زبانها اکراه یک

معنی دارد و آن اینکه: «حمل الغیر علی ما یکرهه» یعنی شخص دیگری را به کاری که کراهت دارد و برای او ناخوشایند است، وادار کند.

مثلاً زید در روز ماه مبارک رمضان میل به افطار و ابطال روزه ندارد ولی

دیگری بر او تحمیل کرده و او را وادار به افطار می کند. یا مثلاً شخصی تمایل به ترك واجبی از واجبات ندارد ولی دیگری به زور و تهدید و ارباب و تخویف او را به ترك فلان واجب وامی دارد.

یا شخصی تمایل به ارتکاب حرامی از قبیل شرب خمر و ... ندارد ولی

دیگری بر او تحمیل کرده و وادار به شرب خمرش می کند.

یا مثلاً به میل خود نمی خواهد منزلش را بفروشد ولی دیگری او را به این کار

مجبور می سازد. اینها اکراه نامیده می شوند.

در صدق اکراه اموری معتبر است که در این فراز به پنج امر اشاره شده:

۱- اکراه هنگامی صدق می کند که انسانی انسان دیگر را وادار به فلان کار

نماید و این شرط اگر چه صریحاً ذکر نشده ولی از کلمه حمل الغیر فهمیده

می شود، به این بیان: کلمه حمل مصدر و مضاف به مفعول است و مراد از غیر

شخص مکره است و فاعل مصدر در تقدیر است که شخص حامل و مکره باشد،

یعنی حمل و واداشتن حامل و وادار کننده ای غیر را [شخص دیگر را] بر کاری

که نمی پسندد.

متفرّع بر این شرط اگر کسی بدون اینکه از سوی دیگری تهدیدی دریافت

کرده باشد بلکه صرفاً به منظور دفع ضرورت و ضرر معامله ای را انجام می دهد [فراوان پیش می آید که برای انسان اضطراری پیش می آید و برای تأمین مایحتاج زندگی، معالجه بیماری و ... ناچار مالی از اموالش را می فروشد و بدین وسیله از خطر و ضرر و ضرورت جلوگیری می کند]. چنین کسی را نتوان مکره نامید و چنان عملی را نتوان مکره علیه نام گذاشت، و گرنه باید تمام یا بخش اعظم کارهایی که عقلاء عالم انجام می دهند، اکراهی بوده و این عنوان بر آنها صدق کند [زیرا که نوع کارهای عقلاء برای دفع ضرر و جلب منفعت است].

بنابر قولی، و به قول دقیقتر برای دفع ضرر است و تا ضرری متوجه او نباشد یا احتمال ندهد اقدام نمی کند. [واحدی به این امر ملتزم نیست که تمام کارهای عقلائی کار اکراهی باشد و همه عقلاء مکره باشند. پس به صرف اینکه انسان کاری را برای دفع ضرری انجام می دهد نامش اکراه نیست].

۲- اکراه نسبت به همگان کاری که مکره شده ایم و ظالمی ما را به آن تهدید کرده صدق می کند اما به کار دیگری که مکره نشده ایم ولو مربوط به مورد اکراه باشد و مقدمه انجام امر مکره علیه باشد اکراه صدق نمی کند، و این شرط از کلمه ما یکره استفاده می شود یعنی حمل غیر بر همان چیزی که کراهت دارد نه چیز دیگر

پس مطلق دفع ضرر هم نامش اکراه نیست ولو ناشی از تهدید باشد، به عنوان مثال: شخصی مکره شده که یا باید هزار تومان بدهد یا کشته می شود، یا تهدید شده که یا باید فلان سفر را برود و یا هزار تومان بپردازد و گرنه آبرویش ریخته می شود و ... در اینجا مورد اکراه پرداخت مبلغی پول است [تعییناً یا تخییراً] و وی پرداخت مبلغی را اختیار می کند ولی چون وجه نقد ندارد ناگزیر مالی از اموال خود را می فروشد تا مبلغ مذکور را بپردازد، در اینجا بیع مذکور برای دفع ضرر است.

[و لذا اگر قسم خورده یا تعهد کرده یا نذر کرده بود که فلان مال را بفروشد، در فرض دفع ضرر می تواند بفروشد و کار حرامی نکرده و اینجا وفاء به نذر واجب نیست، مخالفت آن حنث و کفاره ندارد و اینهمه به برکت لاضرر و لاضرار فی الاسلام است. ولی ما کاری به اینها نداریم.]

سخن ما اینست که بیع مذکور صحیح است زیرا وی نسبت به خود بیع مکره نشده و تنها نسبت به دفع هزار تومان مکره است، و بیع هم مقدمه پرداخت هزار تومان است ولی خود آن نیست.

۳- اکراه وقتی صدق می کند که این حمل و اदार کردن همراه با تهدید و تخویف باشد، پس اگر با خواهش و التماس طرف را و ادار به کاری کرد نامش اکراه نیست.

۴- تهدید مذکور مظنون الترتب باشد، یعنی شخص مکره یقین داشته باشد که اگر عمل مورد اکراه را مخالفت کند، مکره و ظالم تهدیدش را عملی خواهد کرد، و یا حداقل ظن و گمان به ترتیب اثر داشته باشد [به اینکه اکراه کننده انسان قدرتمندی است و قدرت اعمال تهدید دارد، اکراه شونده هم انسان ضعیفی است، اکراه کننده هم انسان نفوذ ناپذیر است و هر تصمیمی گرفت حتماً باید عملی شود و ... اینها علامات ظن است.]

[و به قول سیّد در حاشیه: خوف ترتب هم کافی است. (۱) و در فرازهای بعدی خود شیخ هم بدان تصریح کرده.] پس اگر ظن یا علم و یا لااقل خوف از ترتیب اثر و اعمال فشار نداشت اکراه صدق نمی کند.

۵- تهدید به گونه ای باشد که مخالفت با آن و اعتنا نکردن به آن موجب ضرر شود خواه به حال خود مکره ضرر داشته باشد، یا به حال متعلقین او که به منزله او هستند، ضرر هم ضرر جانی باشد [اگر فلان کار را نکنی کشته می شوی و ...] و یا آبرویی باشد و یا مالی، والا اگر تهدید مذکور هیچ ضرری به حال مکره

(۱) حاشیه السیّد علی المکاسب، ص ۱۲۲.

نداشته باشد باز اکراه صادق نیست .

قوله : فظهر من ذلك :

متفرع بر شرط اوّل است که شرح دادیم .

قوله : وليس دفع :

متفرع بر شرط ثانی است که شرح داده شد .

قوله : فالمعيار :

قاعده کلی در اکراه آنست که : نسبت به هر کاری که فاعل آن استقلال در تصرف نداشته باشد ولو خلّی و طبعه آن را انجام ندهد و به میل باطن خویش اقدام نکند بلکه در اثر تهدید و اکراه و ارباب اقدام کند آن کار اکراهی است . اگر چه وقتی مکره شد عقل می گوید : برای جلوگیری از ضرر جانی پرداخت هزار تومان را اختیار کن ، یا در اکراه بر احد الامرین می گوید : دفع افسد به فاسد کن و آن را که ضررش کمتر است اختیار کن ولی اینها سبب نمی شود که آن کار یعنی دفع وجه مذکور از اکراهی بودن بدرآید خیر اکراهی است و نفس انسان بطور فطری و از روز اوّل خلقت و به طور جبلی از کار تحمیلی متنفر است ولو با فکر و اندیشه و برای پیش گیری از ضرر بزرگ آن را انجام دهد .

قوله : والحاصل :

هر کاری که فاعل فعل آن را به میل خود و با تصمیم و اراده خود انجام می دهد و استقلال در رأی و عمل دارد آن کار اختیاری است نه اکراهی ولو اضطرابی باشد و ضرورت پیش آمده که بفروشد ، دفع ضرر و ادارش کرده ولی اکراه نیست .

و هر کاری که چنین نباشد اکراهی است و این امری است که وجدان شاهد آنست [وان شئت فقل : انّ الاكراه ان يكون ارادة فاعل الفعل مقهورة لارادة شخص آخر بحيث لا يكون مستقلاً في ايجاده .]

قوله: ثم انه:

در این فراز به شرط دیگری از شروط اکراه می پردازند:

مقدمه: هنگامی که انسان به کاری مکره می شود و ستمگری او را تهدید می کند گاهی امکان تفصی از ضرر دارد یعنی می تواند به طریقی از طرق [توریه کردن، سفر کردن، کلام دیگر گفتن و ...] از ضرری که متوجه او است و ظالم تهدیدش کرده فرار کند و شانه خالی کند. و گاهی متمکن از تفصی نیست بلکه عاجز است و هیچ راهی برای فرار ندارد، و در فرض تمکن هم گاهی تفصی و فرار موجب ضرر مالی بر مکره نمی شود و گاهی باعث ضرر مالی است. که فرض ضرر مالی در حکم فرض عجز از تفصی بوده و به آن فرض ملحق است.

با این مقدمه می گوئیم: چهار سؤال در اینجا مطرح است:

۱- بحث موضوعی: آیا در صدق مفهوم اکراه عدم امکان تفصی یا عجز از تفصی از ضرر معتبر است یا خیر؟

۲- بحث حکمی: بر فرض عدم اعتبار عجز در معنای اکراه، و بر فرض صدق اکراه بر مطلق کار اکراهی ولو تمکن از تفصی داشته باشد، آیا حکم اکراه [رفع حرمت، رفع وجوب، بطلان معامله و ...] مال مطلق اکراه است یا مربوط به اکراه خاص [اکراهی که همراه با عجز از تفصی] می باشد؟

۳- و در هر صورت آیا فرقی مابین معاملات و غیرمعاملات وجود دارد یا خیر؟

۴- تفصی از ضرر گاهی به طریق توریه است و گاهی به طرق دیگر، حال آیا میان اینها فرقی هست یا خیر؟

نظر مرحوم شیخ در جواب سؤال اول: اگر امکان و عدم امکان تفصی را از راه توریه در نظر بگیریم باید گفت: اکراه بر عمل مورد تهدید صادق است مطلقاً

یعنی چه شخص مکره از توره کردن متمکن باشد یا نباشد [توره در لغت به معنای پوشیدن و مخفی کردن است، و در اصطلاح عبارتست از القاء کلام ظاهر فی معنی و ارادة خلاف ظاهره، مع اخفاء القرینة علی المراد، فکأن المتکلم واری مراده عن المخاطب باظهار غیره وخیل انه اراد ظاهر کلامه].

پس اگر با امکان توره هم از بعث انشاء تملیک را قصد کرد باز اکراه صادق است و دلیل آن صدق عرفی است که عرفاً بر این شخص مکره صدق می کند.

جواب شیخ از سؤال دوم: همانطور که اکراه موضوعاً اطلاق داشت هکذا حکماً هم اطلاق دارد و حکم اکراه مخصوص صورت عجز از توره نیست. دلیل مطلب:

حدیث رفع [رفع ما اکرهوا علیه] عمومیت دارد و نفرموده: ان لم يتمکنوا من التوریه پس به عمومش صورت تمکن از توره را نیز می گیرد. و نیز روایات طلاق و عتق مکره اطلاق دارد و می فرماید: طلاق مکره باطل است و نفرموده: اگر متمکن از توره نباشد.

و نیز معاهد اجماعها و شهرتهای مذکور در اول مسئله [مبنی بر بطلان معاملات مکره] اطلاق دارد و برگرفته از روایات مذکور است و سخن از امکان و عجز از تفصی مطرح نیست.

حاصل حمل اینهمه اطلاقات بر خصوص صورت عجز از توره [یا به خاطر جهل به توره عاجز است و یا به خاطر دهشت و وحشتی که در اثر تهدید بر او عارض شده عاجز شده] خیلی بعید است چون حمل بر فرد نادر است و با اطلاقات مناسب نیست [چون غالباً تمکن از توره است و کم است که عجز بیاید،] پس این ادله به اطلاقش باقی است و فرض تمکن از توره را هم می گیرد و عجز از آن شرط نیست.

قوله: بل غير صحيح:

حمل اطلاقات بر صورت عجز بعید بود، ولی در بعض روایات به لحاظ خصوصیت مورد، این حمل بر فرض عجز صحیح نیست [منظور روایت عمّار یاسر است که بعداً خواهد آمد].

قوله: مع ان:

جواب سؤال اول است که قبلاً معلوم شد.

قوله: وریما یتظهر:

بطور کلی شخصی که بر کاری اکراه و اجبار می شود [مثلاً بیع منزل یا طلاق زوجه، یا شرب خمر و ...].

گاهی راه فرار دارد و می تواند به طریقی خود را از چنگ مکره رهانیده و عمل مورد اکراه را انجام ندهد.

و گاهی راه فرار ندارد و تنها راه نجات از دست ظالم در اینست که به خواست او تن در داده و آن کار را انجام دهد.

و در فرض اول هم گاهی فرار و تخلّص از دست ظالم مستلزم تحمّل ضررهای دیگر است [مثلاً مبلغی را باید پردازد تا رفع اکراه شود] و گاهی موجب ضرر دیگر نیست. پس سه صورت فرض شد.

۱- آنجا که هیچ راه فراری ندارد و صد درصد از تفصی و نجات عاجز است، قطعاً اکراه صدق می کند و احکام اکراه مترتب می شود.

۲- آنجا هم که راه فرار دارد ولی باید متحمّل ضررهائی بشود، مثل آنست که راه فرار نداشته باشد یعنی باز هم اکراه صادق است و احکام آن مترتب است.

۳- انما الکلام در فرضی است که: شخصی انسان را به کاری مکره ساخته و تهدید کرده و انسان راه فرار هم دارد و می تواند بدون تحمّل ضرری از عمل مکره شانه خالی کند.

اینجا سؤال اینست که: آیا در صدق اکراه [موضوعاً] و یا لااقل در جریان احکام آن عجز از تفصی معتبر است مطلقاً و در نتیجه در مورد مذکور [امکان تفصی و راه فرار داشتن] اکراه صدق نمی کند و یا احکام اکراه را ندارد؟ یا عجز و عدم امکان تفصی معتبر نیست مطلقاً و در نتیجه شخص مذکور هم مکره است و آن احکام را دارد؟ و یا نسبت به توریه عجز از تفصی معتبر نیست و با امکان آن هم اکراه صادق است ولی نسبت به راههای فرار دیگر [مثل کلام دیگر گفتن، سفر کردن، مخفی شدن و ...] عجز از تفصی معتبر است و با امکان فرار به این طریق اکراه صادق نیست و احکام آن هم مترتب نمی شود؟

مرحوم شیخ در این رابطه سه قدم برداشته اند:

قدم اول: نسبت به توریه عجز از آن معتبر نیست بلکه چه انسان از توریه کردن متمکن باشد کما هو الغالب و چه عاجز و ناتوان باشد [دز اثر جهل و غفلت و وحشت و ...] کما هو النادر در هر صورت اگر مکره کردند و او با انشاء تملیک صیغه بیع را اجراء کرد شرعاً و عرفاً مکره بوده و احکام اکراه را هم دارد. و دلیل مطلب عمومات و اطلاقاتی بود که قبلاً بیان شد.

و اما نسبت به راههای فرار دیگر: آیا عجز از تفصی از این طرق در صدق اکراه معتبر است یا باز هم عجز معتبر نیست و با تمکن از فرار هم مکره نامیده می شود و اکراه صدق می کند و احکام هم پیاده می شود؟

ممکن است فقیهی از پاره ای روایات این معنی را استظهار کند که غیر توریه از راههای فرار مثل توریه است و عجز از آنها در صدق اکراه معتبر نیست، و آن بعض، روایت ابن سنان از امام صادق علیه السلام است، حضرت فرمود:

در باره قطع رحم قسم مشروع نیست [اگر کسی قسم بخورد که با فلانی که از منسوبین و ارحام و اقارب او است قطع رابطه کند، این قسم ارزشی ندارد و واجب الوفاء نیست.] و نیز در جبر و اکراه هم قسم حکمی ندارد، راوی پرسید:

میان جبر و اکراه چه فرق است؟ امام علیه السلام فرمود: جبر از سلطان است که به حسب عادت و غالباً راه فراری نیست و چاره ای جز تن در دادن به آن عمل مورد اجبار وجود ندارد [و در واقع سلطان از باب مثال است و منظور امام علیه السلام اینست که: جبر در اینگونه موارد اطلاق می شود].

و اکراه از سوی زوجه، مادر، پدر و امثال اینها است که غالباً در اینگونه موارد راه فراری هست و انسان مکره می تواند به نحوی از آن عمل سرباز زند و اگر مخالفت کرد ضرری متوجه او نمی شود. [باز از باب مثال است.] حال با اینکه در موارد مذکور امکان تفصی به غیر توره هم وجود دارد معذک بر آن عمل اکراهی بودن اطلاق شده، پس در صدق اکراه عجز از تفصی به غیر توره معتبر نیست، با امکان آنهم اکراه شرعاً صدق می کند.

پس اگر زوجه جدیدش را با اصرار و اجبار زوجه قدیم طلاق مداراتی داد، بر این طلاق عنوان طلاق المکره صادق است و چنین طلاقی باطل خواهد بود، و هکذا در اجبار و اکراه پدر و مادر.

در پایان هم امام علیه السلام فرمود: و لیس ذلک بشیء یعنی چنین قسمهائی وجودش کالعدم است نه وجوب و فاء می آورد و نه مخالفت آن سبب حنث قسم و باعث کفاره می گردد. ^(۱)
قوله: و یؤیده:

مرحوم شیخ در تأیید استظهار مذکور از بعض روایات، مطلبی را به عنوان مؤید اضافه می کنند و آن اینکه: مناط باب توره با باب غیر توره [که همه اینها راههای فرار از اکراه هستند یکی است، و اگر تمکن از تفصی به غیر توره از راههای دیگر مثل سفر و ... موجب شود که فاعل مذکور مکره نباشد و فعل کذائی اکراهی نباشد، پس باید تمکن از تفصی به طریق توره نیز سبب خروج آن

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۱۷۲، باب ۱۶ - روایات اول.

فعل از اکراهی بودن گردد، و اگر عجز از تفصی از راههای دیگر در صدق اکراه دخیل باشد و بدون عجز اکراه صدق نکند، پس باید عدم امکان توریه نیز در صدق اکراه دخالت داشته باشد و بدون آن اکراه صادق نباشد، زیرا بنا بر اعتبار عجز مناط در صدق اکراه و عدم اکراه در هر دو مورد یکی خواهد بود و آن اینکه:

اگر تخلص و خلاصی یافتن از چنگ ظالم منحصر شده در انجام عمل مورد اکراه و راه دیگری وجود ندارد پس فرقی میان توریه و غیره نیست، تا هر کدام میسور باشند انحصاری نیست پس اکراهی نیست. و اگر منحصر در آن نیست و به مجرد تهدید و اجبار اکراه می آید، باز فرقی میان توریه و غیره نیست و در هر صورت اکراه می آید چه تخلص به سبب فعلی از افعال باشد [سفر و فرار و مخفی شدن و ...] و چه به سبب کلام دیگری باشد [او مکره به تملیک کرده ولی شخص می گوید: ابحت لک التصرف و ...].

و چه به نفس همین کلام مورد اکراه باشد ولی به قصد معنای دیگر که توریه در کلام همین است [مثلاً بعث را به قصد انشاء طلاق نگوید، به قصد رفع اکراه به قصد درست کردن لفظ، به قصد اخبار و ... بگوید]

نتیجه: از لحاظ مناطی که برای صدق و عدم صدق اکراه ذکر شد، فرقی میان توریه و غیره نیست.

و چون در توریه به حکم اطلاقات و عمومات، عجز از آن معتبر نشد و بدون عجز هم اکراه صدق کرد، هکذا در غیر توریه هم عجز از آنها معتبر نیست، ومع التمكن هم اکراه صدق می کند.

قوله: ودعوی:

اگر کسی مدعی شود که: از لحاظ قاعده و قانون مطلب همین است که: در صدق اکراه عجز از توریه و غیره معتبر باشد و فرقی میان اینها نباشد، و لکن حساب توریه از نظر روایات جدا شده و به حکم نصوص با تمکن از توریه نیز

اکراه صدق می کند، و این یک حکم و دستور تعبّدی است که مخصوص باب توره است و قانونی و مناطی نیست تا ابواب دیگر را هم شامل شود.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: وهو كما ترى: یعنی ادّعی مذکور ناتمام است زیرا در توره خصوصیتی نیست تا موضوعیت یافته و حکم تعبّدی پیدا کند، توره هم به عنوان یکی از راههای فرار مطرح است و لاغیر، پس باز هم فرقی میان آن دو نیست و حکم هر دو یکی است. و در سایر طرق تفصّی هم امکان یا عجز از آنها در صدق اکراه معتبر نیست.

قوله: لکن الانصاف:

قدم دوّم: اگر چه در قدم اوّل شواهدی بر عدم اعتبار و اشتراط عجز از تفصّی به غیر توره در صدق اکراه آوردیم، ولی انصاف اینست که: در غیر توره از راههای دیگر تا انسان از یکی از آن طرق متمکن باشد اکراه صدق نمی کند، و تنها در فرض عجز از تفصّی از همه راههای دیگر اکراه صادق است و احکام آن مترتب می شود.

قوله: لآنه يعتبر:

یعنی سرّ مطلب آنست که: اکراه در صورتی است که داعی و انگیزه انسان بر عمل عبارت باشد از خوف ضرری که ظالمی انسان را بدان تهدید کرده که اگر آن را انجام ندهی کشته می شوی، آبرویت می رود و ... و خلاصه اینکه: ضرر مورد تهدید بر ترك خصوص فعل اکراهی مترتب شود، و این در فرض عجز از تفصّی به طرق دیگر معقول است.

اما کسی که قدرت بر تفصّی دارد و می تواند با سفر و غیره خود را از چنگ ظالم نجات دهد اگر سفر نکرد و کار اکراهی را هم انجام نداد، در اینجا نمی گویند: ضرری که متوجه او شد بر ترك فعل اکراهی بود، بلکه می گویند: ضرر به خاطر ترك فعل اکراهی و ترك تفصّی و سفر هر دو به او متوجه شد، و

اینجاها دفع ضرر کردن از خویشتن منحصر به اتیان فعل اکراهی نیست بلکه به یکی از دو طریق قابل دفع است: یا فعل اکراهی را انجام دهد، و یا تفصی و فرار را اختیار کند، و نسبت به هر دو مجبور و مکره نیست، بلکه مختار است و به اختیار خود سفر نمی رود و برای دفع ضرر فعل اکراهی را انجام می دهد و این را اکراه نگویند و قبلاً هم اشاره شد که انجام هر فعلی برای دفع ضرر که اکراه نام ندارد، پس اگر سفر نرفت و بیع دار را اختیار کرد بیع او اکراهی نیست و صحیح خواهد بود.

قوله: ولیس التفصی:

اکراه گاهی تعیینی است یعنی ظالم انسان را بر کار معینی مکره می سازد. مثلاً می گوید: باید این زمین مرغوب را به من بفروشی و گرنه نابودت می کنم و ...

و گاهی تخییری است یعنی بر یکی از دو یا چند کار مکره می سازد مثلاً می گوید: یا باید این زمین را به من بفروشی و یا باید یک میلیون تومان وجه نقد پردازی، و گرنه کشته می شوی و ...

حال از نظر فقهاء و عرف هر دو اکراه است چه بر عمل معینی و چه بر احد الامرین.

با این مقدمه، گویا کسی می گوید: چه مانعی دارد که در مانحن فیه تفصی از ضرر و مسافرت کردن را یک فرد کار اکراهی دانسته و بگوئیم: اینجاها شخص بر احد الامرین مکره است: یا سفر و یا بیع دار، و در نتیجه اکراه صادق است و مسلوب نیست؟

مرحوم شیخ می فرماید: قیاس مع الفارق است و سفر در مانحن فیه مثل اکراه تخییری نیست، که سفر نه معیتاً اکراهی نیست و نه مخیراً اکراهی است بلکه مسقط اکراه است و موضوع آن را برمی دارد نه عدل و بدل کار اکراهی و لذا

احکام مکروه عليه بر فعل سفر که فعل متفصی به است و تفصی به او حاصل می شود، بار نمی شود بالاجماع .

و در نتیجه اگر فعل مذکور عقدی از عقود باشد باطل نیست . [مثلاً ظالمی انسان را مکروه می سازد که خانه ات را به من بفروش ، و انسان برای دفع ضرر ظالم خانه اش را به یک ظالم و قدرتمند دیگری می فروشد، اینجا نسبت به این بیع دوّم که مکروه نیست بلکه راه فراری از اکراه ظالم اولی است و لذا بیع او صحیح است .]

نتیجه : اگر راه فرار داشت و از آن استفاده نکرد و فعل اکراهی را انجام داد این فعل صحیح است و آثار بر آن مترتب است و اکراهی هم نباید نامیده شود .
 قوله : وما ذکرنا :

البته مطالب مذکور [در ولکن الانصاف تا به حال] مطابق النعل بالنعل و حذو القدّة بالقدّة و مو به مو در مورد توریه نیز جاری است و علی القاعده باید گفت : با تمکن از توریه هم اکراهی نیست به همان بیان مفصل .

ولکن حساب توریه از نظر روایات جداً است یعنی دلیل خاص داریم که : عجز از آن مطرح نیست و با تمکن از آنهام اکراه صدق می کند و در نتیجه این یک حکم تعبّدی خواهد بود . [و این همان است که جناب شیخ قبلاً در ردّ ادّعی بعض قبول نکردند و فرمودند : وهو کما تری ولی در این فراز همان مطلب را تسلیم شده اند .]

و آن روایات خاصه عبارتست از عموّمات و اطلاقات نصوص [حدیث رفع و اخبار طلاق و عتق مکروه و ... که قبلاً اشاره شد] و فتاوی فقهاء و نیز معاهد اجماعات و شهرتها که به اطلاق و عموّمشان صورت امکان توریه را هم می گیرند ، و حمل اینهمه اطلاقات بر صورت عجز از توریه حمل بر فرد نادر بود که با مقام امام علیه السلام تناسبی ندارد و حمل مذکور بعید است .

قوله: مع ان:

مضافاً به اینکه: روایات فراوانی در رابطه با قسم دروغ وارد شده مبنی بر اینکه اگر خوف و اکراه آمد قسم دروغ هم جایز است و این روایات با اینکه خیلی زیاد است ابدأ اشاره ای به این مطلب نکرده که اگر عاجز از توره بودی قسم دروغ بخور و گرنه حق نداری قسم کذب بجا آوری و حتماً باید توره کنی، معلوم می شود توره دخالتی ندارد و واجب نیست و گرنه بیان می کرد. ^(۱)

قوله: خصوصاً:

روشنترین شاهد بر عدم اعتبار عجز از توره روایتی است که در مورد عمّار یاسر وارد شده، قضیه از این قرار است که: مشرکین و بت پرستان قریش جناب عمّار و پدرش یاسر و مادرش سمیه (رضوان الله علیهم) را مجبور کردند که مرتد شده و از دین اسلام خارج شوند پدر و مادر عمّار از این کار امتناع کردند و حاضر نشدند حتی زبناً ارتداد کنند، و لذا با وضع فجیعی کشته شدند و آندو نخستین شهیدان راه اسلام اند، ولی جناب عمّار با همه کراهت و ناراحتی درونی که داشت در ظاهر و به زبان خواست مشرکین را برآورد و سخنانی گفت که ظاهرش ارتداد و اظهار تبرّی از رسول خدا ﷺ بود.

بعضی ها عرضه داشتند: یا رسول الله ﷺ عمّار کافر شده و از دین خارج شد.

رسول خدا ﷺ فرمود: هرگز! بدرستی که عمّار سر تا پا مالا مال و لبریز از ایمان است و ایمان با گوشت و خون او آمیخته شده.

در این بین عمّار با چشمی گریان بر رسول خدا ﷺ وارد شد، و در شأن او این آیه نازل گردید: ﴿من كفر بالله بعد ايمانه الا من اكره و قلبه مطمئن بالايمان﴾ ^(۲)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۱۷۲، به بعد باب ۱۶، روایات.

(۲) سورة نحل آیه ۱۰۶.

رسول خدا با دستهای مبارک خویش اشک از چشمان عمّار یاسر پاك نموده و فرمودند: عمّار تو را چه شده [چرا گریانی؟ نگران نباش] اگر مشرکین دوباره تو را به ارتداد مکره ساختند باز هم تو می توانی در ظاهر و زبان آن اقوال را بگوئی و مانعی ندارد. ^(۱)

قوله: ولم ینبّه:

کیفیت استشهاد: رسول خدا ﷺ به عمّار نفرمود: که چرا توریه نکردی، یا اگر مجدداً به سر وقت تو آمدند، توریه بنما، البته تنبیه بر توریه در امثال مقام و مورد حدیث واجب نیست. [زیرا شبهه موضوعیه است و عمّار غافل از توریه بوده و تنبیه غافل و ارشاد جاهل در موضوعات واجب نیست. نه اینکه شبهه حکمیه باشد، زیرا از شخصی مثل عمّار بعید است که جاهل به حکم مسئله باشد. [ولی در رجحان و استحباب آن تردیدی نیست به ویژه از شخص پیامبر ﷺ که پدر امت است و شفقت و رأفت بر امت دارد، و مخصوصاً نسبت به عمّار یاسر که صد در صد با اکراه و ناراحتی الفاظ کفرآمیز را به زبان جاری کرد.

ولی با همه اینها رسول ﷺ تنبیه بر توریه نکردند، این بدان معنی است که توریه واجب نیست، و با امکان توریه هم انسان مکره است و صدق اکراه می کند و احکام اکراه هم مترتب است. پس توریه به دلیل شرعی و تعبداً خارج شده و عجز از آن در صدق اکراه معتبر نیست.

قدم سوّم:

قوله: ولكن الاولى:

در قدم دوّم فرمودند: در صدق اکراه عجز از تفصی معتبر است مطلقاً [چه نسبت به توریه و چه راههای دیگر] و تا انسان مکره صد در صد عاجز نباشد مکره

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۴۷۶، باب ۲۹ - حدیث.

نیست، منتها از لحاظ حکمی فرق گذاشته و فرمودند: با امکان تفصی به طرق دیگر اگر کسی تفصی نکرد حکم اکراه هم در آن جاری نیست، ولی با امکان تفصی به سبب توریه، اگر کسی تفصی نکرد و توریه نمود و به قصد انشاء طلاق یا بیع و ... صیغه را جاری کرد احکام اکراه مترتب می شود یعنی چنین طلاق صحیح نیست و ...

ولی در قدم سوم می فرمایند: حق اینست که: از حیث اصل موضوع میان آندو فرق گذاشته و بگوئیم: با امکان تفصی به طرق دیگر نه موضوعاً اکراه صادق است و نه حکماً احکام آن مترتب است. ولی با امکان تفصی به توریه نه تنها احکام اکراه مترتب می شود بلکه موضوعاً هم اکراه صدق می کند، و دلیل این فرق گذاری آنست که:

همه فقهاء شیعه به پیروی از شیخ طوسی ره در مبسوط^(۱) فرموده اند: از شروط مسلم اکراه [که صدق اکراه دائر مدار آن است] اینست که: مکره یقین بداند و یا حداقل گمان داشته باشد که: «لو امتنع مما أکره علیه لوقع فیما تُوعَدُ علیه» یعنی علم یا ظن به این قضیه شرطیه داشته باشد، ملازمه بین مقدم و تالی را بداند یا گمان ببرد و مطمئن باشد که اگر امتناع کند و مخالفت نماید و مکره علیه را انجام ندهد حتماً در آن ضرر مورد تهدید واقع خواهد شد و حتماً ظالم و مکره فلان ضرر جانی یا مالی یا آبرویی را به وی وارد خواهد کرد. صدق اکراه دائر مدار علم یا ظن به این ملازمه است.

و امتناع یا مخالفت دو گونه است:

۱- امتناع واقعی: در واقع مکره با دستور مکره مخالفت کرده و از آن سرپیچی کرده ولی شخص مکره از آن باخبر نشده و اطلاع و التفات ندارد و چنین می پندارد که مخالفتی نشده [مثلاً مکره شد به شرب خمر و جام شراب را گرفت

(۱) مبسوط، ج ۵، ص ۵۱.

و چنین وانمود کرد که می خورد ولی از کنار لبه‌هایش به روی جامه‌ها یا زمین بریزد، یا آهسته در چاه بریزد، یا مکره شده که مظلومی را بزند، در تاریکی تازیانه را به دیوار بزند و به مظلوم بگوید: به دروغ اظهار جنز و فزع بکن و ... و ظالم پندارد که واقعاً دستورش عملی شد و ...].

۲- امتناع علمی و اعتقادی: یعنی مکره معتقد به امتناع و مخالفت باشد [حال در واقع هم مکره مخالفت کرده و او مطلع شده و اعتقادش مطابق واقع است یا در واقع مخالفت نکرده و انجام داده ولی وسوسه گران باعث شده اند که ظالم گمان کند که وی دستورش را انجام نداده].

حال ملازمه مذکور میان امتناع و مخالفت با وقوع در ضرر مورد تهدید، مربوط به امتناع واقعی نیست زیرا ای چه بسا مکره در واقع مخالفت کرده و ظالم اصلاً خبردار نشده یا خیال می کند که مخالفت نکرده و ... در اینجاها که ضرری پیش نمی آید و مکره در ضرر واقع نمی شود.

آری میان امتناع اعتقادی و وقوع ضرر ملازمه است و می توان شرطیه مذکور را به این نحو بیان کرد: لو امتنع المکره و علم واعتقده المکره وقع فی الضرر، یا لو احرز الامتناع وقع فی الضرر

آنگاه این معنی [شرطیه مذکور] با امکان توریه صادق است زیرا اگر شخص توریه کرد و واقعاً انشاء بیع نکرد و مکره فهمید حتماً به او آسیبی می رساند چون دسترسی دارد. پس شرط اکراه در این فرض موجود است، مشروط هم که اکراه باشد صادق است ولی با امکان تفصی به غیر توریه [به مسافرت و مانند آن] صادق نیست زیرا ای چه بسا شخص مکره امتناع بکند و مسافرت برود و به جای دور دست برود، و اگر مکره اطلاع از مخالفت هم پیدا کند وقوع در ضرر لازم نمی آید، زیرا دسترسی ندارد تا ضرر برساند پس با امکان فرار به این طریق شرط اکراه نیست و اکراه صدق نمی کند.

والحاصل: تلازم میان مقدم و تالی [امتناع و وقوع در ضرر] در شرطیة مذکور ملاك صدق اکراه است و این تلازم در فرض امکان توریه موجود و محقق است [به بیانی که ذکر شد] و در فرض امکان سفر و مانند آن محقق نیست [به بیانی که ذکر شد] پس با امکان توریه اکراه صدق می کند و با امکان طرق دیگر صدق نمی کند و فرق موضوعی دارند.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به این مطلب که مرحوم آقای خوئی فرموده اند: لم يتضح لنا الفارق بين امکان التفصی بالتوریة و غیرها، فکما لا يتحقق مفهوم الاکراه فی الثانی، كذلك لا يتحقق فی الأوّل ايضاً^(۱) و شاید اشاره باشد به اینکه مطلب مذکور کلیت ندارد و در امکان تفصی به غیر توریه گاهی ملازمه مذکور نیست [مثل مسافرت یا مخفی شدن].

ولی گاهی ملازمه هست مثلاً اگر به کلام دیگر تفصی کند [مکره او را وادار به تملیک نمود ولی او اباحه تصرف را به زبان آورد]. باز چنین است که: لو اطلع واحرز لوقع فی الضرر پس تفاوت موضوعی قدری مشکل شد.

[نکته: مرحوم شهیدی چهار وجه الفرق ذکر کرده که یکی از آنها همین وجه الفرق مرحوم شیخ است^(۲)].

قوله: ثم ان:

به طور کلی اکراه گاهی بر حرامی از محرّمات الهی است مثلاً بر افطار در روز ماه مبارک مکره می شود، یا بر شرب خمر مکره می شود، یا بر انجام معامله حرامی مکره می شود، خلاصه اینکه بر ترك واجب یا فعل حرام مکره می شود، و گاهی بر معامله ای از معاملات جایز و مشروع و مباح مکره می شود.

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۳۰۵.

(۲) هدایة الطالب، ص ۲۵۹.

مثلاً بر بیع دار، اجاره بستان، طلاق زوجه و ... مکره می شود آنچه تا به حال مطرح شد در رابطه با اکراه بر محرّمات الهیه بود و دیدیم که: در اینها اکراه اگر بخواهد صدق کند یک شرط اساسی دارد و آن عجز از تفصی است و مناط این اکراه آنست که: دفع ضرر مکره فقط و فقط در گرو انجام عمل اکراهی و منحصر در آنست بطوری که اگر انجام ندهد حتماً متضرر خواهد شد و به مناط دفع ضرر مجبور به انجام است. پس تا مادامی که مجبور نشده و راه فراری دارد ارتکاب حرام جایز نیست، و اثر تکلیفی و وضعی آن مرفوع نیست.

و اما در رابطه با اکراه بر معاملات: اینجا لازم نیست اکراه به حدّ الجاء و جبر برسد و مکره چاره‌ا به جز انجام مکره علیه نداشته باشد، بلکه ملاک اکراه در معاملات کراهت باطنی یا عدم طیب نفس است، یعنی همینکه استقلال در تصمیم‌گیری ندارد و به میل خود کار را انجام نمی دهد نامش اکراه است چه به سر حدّ الجاء برسد و هیچ راه فراری نداشته باشد و چه به آن مرتبه نرسیده و راه فراری وجود داشته باشد. [پس قدری دایره اکراه اوسع شد].

سه مثال:

۱- اگر شخصی مکان خلوتی را یافته و می خواهد فارغ البال و القلب از همه چیز، لحظه‌ای به عبادت خداوند یا به مطالعات علمی بپردازد، ناگهان شخصی مثل اجل معلق فرارسیده و او را مکره ساخت که یا باید از این مکان خلوت بیرون برود و یا فلان متاعش را به مکره بفروشد، و آن شخص در این حال معین [که قعود در مکان خلوت دارد و نمی خواهد خارج شود.] قدرت بر دفع ضرر مکره ندارد.

ولی بگونه‌ای است که خدمت‌گذران او بیرون آن مکان منتظرند، و اگر برای لحظه‌ای وی بیرون آمده و به آنها اشاره‌ای کند شرّ ظالم را از سر او رفع

می‌کنند، اما چنین نکرده و صیغهٔ بیع را با نهایت ناراحتی و کراهت درونی انشاء می‌کند، بر چنین کسی مکرهٔ صادق است یعنی طیب نفس ندارد و بیع او باطل است.

۲- اگر در همان فرض مذکور خادمین و نوکران مکره در کنار او هستند و به مجرد امر، ظالم را از آن مکان بیرون کرده و رفع اکراه می‌کنند، چنین کسی اگر امر و اشاره ننمود و صیغهٔ بیع را انشاء کرد اکراه در حق او محقق نیست، و نمی‌تواند ادعا کند که من مکره بودم و طیب نفس نداشتم و اگر چنین ادعائی بکند تکذیب می‌شود و عقلاء از او نمی‌پذیرند ولی به خلاف فرض اول که اگر ادعای عدم طیب نفس کند تصدیق می‌شود و عقلاء از او می‌پذیرند، و این همه وجدانی است.

۳- ولی اگر در همین مثال ظالمی به آن شخص بگوید: یا از این مکان برو و یا اگر می‌مانی باید روزه ات را افطار کنی، باید شرب خمر نمائی و ... قطعاً معذور نبوده و نمی‌تواند مرتکب حرام یا تارک واجب گردد زیرا که راه فرار دارد و مُلجأ نیست و می‌تواند آن مکان را ترک کند تا مرتکب حرام نشود.

قوله: وقد تقدّم:

قبلاً در روایت ابن سنان تفاوت جبر و اکراه بیان شد [جبر از سلطان است و این کنایه از عدم امکان تفصی است. و اکراه از زوجه و امّ و ... است که مثالی است برای امکان تفصی] و معیار در اکراه در مورد محرّمات [که حرمت و عقاب و حدّ الهی را بردارد] و مجوز ارتکاب حرام شود، اکراه به معنای جبر است یعنی به حدّی رسیده که به هیچ وجه راه فرار ندارد و تنها راه چاره برای کشته شدن و ... ارتکاب حرام است.

اینجا حق ارتکاب دارد. ولی معیار در اکراهی که در معاملات مطرح است و اثر معامله در سایه آن رفع می‌شود [یعنی صحّت، لزوم، ملکیت و ...] اکراه

به معنائی است که در اکراه زوجه و ... وجود دارد که راه فرار دارد، خلاصه اینکه: معیار در معاملات نبود طیب نفس است نه رسیدن به حدّ جبر و الجاء و نبودن راه فرار.

قوله: وان كان:

سؤال: آیا اکراه دو معنی دارد؟ در محرمّات به معنای جبر و الجاء است و در معاملات به معنای عدم طیب نفس است؟ می فرماید: خیر اکراه یک معنی بیشتر ندارد، و متبادر از اکراه همان الجاء و نبود راه فرار است و مکره کسی است که متمکن از تفصّی نباشد.

قوله: ولذا:

در حدیث رفع دو فراز آمده: ۱- رفع ما اضطرّوا الیه ۲- رفع ما اکرهوا علیه. و برخی در بیان فرق اضطرار و اکراه گفته اند: اضطرار آن مرتبه عالیّه از اکراه است که به حدّ جبر و الجاء برسد و راه فراری نباشد، ولی اکراه مرتبه نازلتر است یعنی به حدّ الجاء نرسیده و راه فرار دارد.

اما ما این فرق را قبول نکرده و می گوئیم: به حکم تبادر مذکور چه اکراه و چه اضطرار هر دو به معنای الجاء است با این تفاوت که: اضطرار مخصوص الجائی است که از فعل غیر صادر نشود و پای غیر در میان نباشد مثلاً گرسنگی مفرط، تشنگی غالب، مریضی و ... موجب ضرورت اکل میته و شرب دم و شرب خمر و ... بشود، ولی اکراه یا اعمّ از آن است و صورت الجاء به فعل غیر را هم شامل می شود و یا مخصوص فرضی است که الجاء و جبر از سوی شخص دیگر باشد.

قوله: لکن:

پس متبادر از اکراه همه جا یک معنی است و لکن عاملی که ما را وادار نمود تا اکراه در معامله را به معنای عدم طیب نفس بگیریم [که وسیعتر از اکراه

مصطلح است] آنست که: ملاک در صحت معامله قصد مدلول همراه با طیب نفس است و همینکه طیب نفس نبود معامله باطل است ولو به حدّ الجاء نرسد، و این ملاک را از راه استدلالهای قوم فهمیدیم:

مثلاً برای بطلان بیع مکره به آیه تجارة عن تراض استدلال می کنند که ملاک را تراضی و رضایت طرفینی قرار داده، پس اگر تراضی نبود باطل است امکان تفصّی باشد یا نه، یا به حدیث: لایحلّ مال امرء مسلم الا بطیب نفس استدلال می کنند که ملاک را طیب نفس قرار داده پس اگر طیب نفس نبود تصرف در مال دیگران جایز نیست ولو راه فراری باشد. یا به عمومات لاطلاق الا لمن اراد ... استناد می کنند که ملاک را اراده و اختیار شخص مطلق قرار داد.

پس کسی که به اختیار خود طلاق ندهد و بر او تحمیل شود طلاقش باطل است ولو راه فراری داشته باشد. و یا به خصوص روایات طلاق مداراتی استناد می کنند که باز کسی که طلاق کذائی می دهد امکان تفصّی دارد و ملجأ نیست ولی طیب نفس ندارد و به صرف این، طلاق اکراهی بر آن اطلاق شده. به حکم این دلائل ما ملاک را عدم طیب نفس گرفتیم نه اکراه مصطلح.

قوله: فقد تلخص:

اگر عنوانها را ملاحظه کنیم که دو اکراه داریم: در محرّمات و در معاملات، باید گفت میان آندو عموم و خصوص مطلق است و اکراه در معامله که به معنای عدم طیب نفس است اعمّ از اکراه بر محرّمات است که به معنای اجبار و الجاء است و مخصوص صورتی است که امکان تفصّی نباشد. ولی اگر ملاک و مناط را بگیریم مناط اکراه در محرّمات دفع ضرر است و مناط اکراه در معاملات عدم طیب نفس یا وجود کراهت باطنی است و میان دفع ضرر و کراهت باطنی عموم و خصوص من وجه است:

ماده اجتماع: آنجا که مکره شده و کاری را انجام می دهد هم برای دفع ضرر

و هم کراهت باطنی دارد و به میل خود انجام نمی دهد.

ماده افتراق از ناحیه دفع ضرر: آنجا که برای رفع نیازی از نیازهای زندگی مجبور می شود و متاعی را بفروشد ولی به اختیار خود می فروشد، در اینجا دفع ضرر هست ولی کراهت نفسانی نیست.

ماده افتراق از ناحیه کراهت باطنی: آنجا که مثلاً طلاق مداراتی می دهد، طیب نفس ندارد و کراهت باطنی هست ولی دفع ضرر نیست زیرا طلاق هم ندهد و امتناع هم بکند ضرری متوجه او نمی شود.

قوله: ومن هنا:

دانستیم که گاهی اکراه برحرامی از محرّمات الهی است، مثل اکراه برسرقت، غصب، ظلم، زنا، شرب خمر، افطار در روز ماه رمضان و ... و گاهی بر معامله ای از معاملات است، مثل اکراه بر بیع دار، طلاق زوجه، عتق عبد و ... و دانستیم که ملاک و مناط این دو اکراه متفاوت است: مناط اکراه بر محرّمات عبارت شد از دفع ضرر، یعنی مکروه برحرام به کسی گویند که هیچ راه فراری ندارد و چاره ای ندارد جز این که برای دفع ضرر ظالم آن عمل اکراهی را انجام دهد، و گرنه متضرر می شود.

و مناط اکراه بر معاملات عبارت شد از عدم طیب نفس یا اکراه باطنی که ای چه بسا با امکان تفصی هم موجود می باشد.

حال می گوئیم: اکراه چه بر محرّمی از محرّمات الهی و چه بر معامله ای از معاملات سه نوع است:

- ۱- گاهی بر یک عمل معین شخصی مکروه می شود مثلاً بر شرب این مایع، یا بیع فلان متاع مجبور می گردد، تا به حال هر چه گفتیم راجع به همین قسم بود.
- ۲- و گاهی اکراه بر یک عمل معین کلی است مثلاً بر اصل افطار در ماه مبارک مکروه می شود که افطار کلی است و قابل صدق بر اکل و شرب و ... می باشد، یا

برکلی ظلم و سرقت و ... مکره می شود یا بر بیع مالی از اموال مکره می شود که هدف انجام اصل یک بیع است .

۳- و گاهی اکراه بر عمل مخیر و غیر معین است یعنی بر احد الامرین او الامور مکره می شود که مبسوطاً مثالهایش خواهد آمد و عنوان احدهما هم نوعی کلی است ولی کلی انتزاعی و در هر یک از قسم دوم و سوم [محاسبات مرحوم شیخ روی قسم سوم ست ولی قسم ثانی هم همین احکام را دارد .]

گاهی اثر شرعی که با اکراه می خواهد مرتفع شود، یک اثری است که برکلی فی نفسه [یعنی قطع نظر از وجودش در ضمن این فرد خاص یا آن فرد خاص بلکه در ضمن هر فردی که باشد] مترتب است . و گاهی اثری است که برکلی بما هو کلی و در ضمن هر فرد مترتب نیست بلکه بخصوص بعضی اطراف و افراد کلی مترتب می شود نه بر همه آنها .

حال فروعات و مطالبی که ذیلاً می آورند مبتنی بر همین مقدمه ای است که آوردیم :

فرع اول: اگر انسانی را بر انجام یکی از دو کار حرام [مثلاً یا شرب خمر کند و یا زنا نماید و ...] مکره ساختند [فرض هم اینست که هر دو اثر شرعی دارند هم شراب حرام است و هم زنا] در اینجا حق ندارد هر دو عمل را مرتکب شود زیرا که بر هر دو باهم که مکره نیست بر یکی از آندو مکره است و ضرورتی پیش آمده و الضرورات تتقدّر بقدرها و تنها در ارتکاب یکی از آندو مجاز است ولی اختیار آن یکی به خودش مربوط است [البته اگر اهم و مهم و افسد و فاسد و اقل الضررین و اکثرهما در بین نباشد، و الاّ يتعیّن الاخذ بالاقلّ ...] و هر کدام را اختیار کرده و مرتکب شود، عنوان اکراه بر آن صادق است زیرا اکراه در محرمات به مناط دفع ضرر بود، و انجام هر یک از دو کار حرام برای دفع ضرر ظالم و مکره است، پس مکره است و اکراه که آمد اثر و حکم تکلیفی

برداشته می شود، رفع ما اکرهوا علیه.

فرع دوّم: اما اگر بر یکی از دو عقد مکره شد [مثلاً یا باید خانه اش را بفروشد و یا باغش را] یا بر یکی از دو ایقاع مکره شد [مثل طلاق دادن این زوجه یا آن زوجه، عتق این عبد یا آن عبد]. [یا بر یکی از عقد و ایقاع مکره شد [مثلاً یا زوجه ات را طلاق بده یا فلان متاع را باید به من بفروشی و گرنه کشته می شوی و ...] و بعد از اکره با خود محاسبه کرد و یکی از آندو کار را معیناً اختیار کرد.

در اینجا بسیاری از فقها، اشکال کرده اند که این فردی را که اختیار کرد آیا اکره‌ای هست و مکره علیه بر او صادق است یا نه؟ و بلکه علامه در قواعد^(۱) فتوی به صحّت داده و فرموده طلاق مذکور صحیح است. البته بعضی ها دیده اند که ظاهر کلام علامه واضح البطلان است و جای حکم به وقوع طلاق و حکم به عدم اکره نیست، عرفاً اکره صادق است.

لذا در صدد توجیه برآمده و گفته اند فتوای علامه مال جائی است که اکره بر طلاق یکی از دو زن به صورت مبهم باشد یعنی همین اندازه که به صورت مبهم و مردّد بگوید: یکی از دو همسرانم مطلقه باشند، ظالم بسنده می کند، ولی او به این مبهم اکتفا نکرد بلکه معیناً یکی از دو زوجه را با اسم طلاق داد، و تعیین مذکور در محدوده اکره داخل نیست، لذا طلاق صحیح است.

حال ما کاری به فتوای علامه و توجیه آن نداریم، بلکه هدف ما از مطالب مذکور آن است که: اگر مناط اکره در معاملات هم دفع ضرر بود باید می فرمودند: این معاملات اکره‌ای است چون هر کدام را که اختیار می کند برای دفع ضرر ظالم اختیار می کند.

ولی چنین نگفتند بلکه اشکال داشتند، این دلیل آنست که: مناط اکره در معامله عدم طیب نفس است و چون دیده اند که در مانحن فیه نسبت به جنس و

(۱) قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۶۰.

کلیّی مکره است و نسبت به خصوص این فرد یا آن فرد با خصوصیات فردیّه مکره نیست و با میل خود و پاره‌ای انگیزه‌های نفسانی آن را ترجیح داده و اختیار کرده است و تا حدودی طیب نفس در اختیار فرد خاص دخالت دارد لذا امر بر آنها مشکل شده که معامله مذکور اکراهی و باطل است؟ یا صحیح است؟

قوله: وان كان:

هدف ما از نقل مطالب مذکور این نیست که ما نیز مثل خیلی‌ها دچار اشکال هستیم یا مثل علامه فتوی به صحت می‌دهیم، خیر به نظر ما در اکراه بر یکی از دو معامله هم اگر خصوص یکی را اختیار کرد اکراه صادق است و دو دلیل هم داریم: [ولی غرض ما این بود که: مناط اکراه در معاملات غیر از مناط اکراه در محرّمات است و گرنه باید اینجا هم همه می‌گفتند اکراه هست.] و اما دو دلیل:

۱- وجدانی: هم از نظر لغت و هم عرف عام اکراه در مانحن‌فیه محقق است و هر کدام از دو معامله را که اختیار کند اکراهی است [زیرا اکراه حمل‌الغیر علی‌ما یکرهه است، و منشأ اختیار هر یک از دو کار همان تهدید و حمل‌ظالم است.]

۲- برهانی: اگر مانحن‌فیه [اختیار خصوصیت یک از دو معامله با اکراه بر کلیّی و هر قدر جامع] اکراه نباشد پس باید گفت: در معاملات هیچ‌جا اکراه صدق نمی‌کند [و بلکه حتی در محرّمات] زیرا که شاید اصلاً اتفاق نیفتد که مکره یک عملی را با تمام مشخصات و خصوصیات و صفات فردی ذکر کرده و انسان را به آن مکره کند، بلکه معمولاً بر یک عمل کلیّی یا از دو عملی که از جهتی یا جهاتی کلیّی و قابل صدق بر کثیرین باشند، امر و اکراه می‌کند [مثلاً می‌گوید: یا خانه‌ات را بفروش و یا زوجه‌ات را طلاق بده، و این از جهات عدیده کلیّی است: خودش بفروشد و طلاق بدهد یا وکیلش، فوراً چنین کند یا با تأخیر، با این لفظ انشاء کند یا با لفظ دیگر که مرادف او است و ...].

و معمولاً انتخاب این خصوصیت یا آن دیگری به اختیار خود مکره است، و آنکه در خارج موجود می شود یکی از افراد و خصوصیات مکره علیه است که به اختیار مکره واقع شده پس به صرف اختیار یکی از خصوصیات بگوئیم: طیب نفس آمد و وی مکره نیست، پس هیچگاه اکراه صدق نخواهد کرد، و این امر قابل التزام نیست، و گرنه کلیه بحثهای باب معاملات مکره و روایات و ... لغو خواهد بود.

قوله: نعم:

خصوص این فردی که مکره اختیار می کند دو جنبه دارد:

۱- بما هو فردٌ خاصٌ مع ماله من الخصوصیات: به این اعتبار آن فرد مختارٌ فيه است.

۲- بما هو فردٌ من الكلّی قطع نظر از خصوصیات: به این اعتبار مکره علیه است.

پس همین فرد خاص با وجود خارجی خاص هم از اکراه سرچشمه گرفته و هم از اختیار [اکراه بر کلی و اختیار بر خصوصیت و جزئی] و لذا بر اصل عمل نه مستحق مدح است [اگر اکراه بر یکی از دو کار خیر باشد] و نه مستحق مذمت [اگر بر یکی از دو کار بد باشد] آری بر خصوصیت مستحق مدح یا ذم است که فرد بهتر یا بدتر را اختیار کرده. پس اختیار خصوص این فرد یا آن فرد، باعث نمی شود که اکراه صدق نکند و طیب نفس بیاید.

قوله: وتظهر الثمره:

[از اینجا به بعد مربوط به فرضی است که: اثر شرعی بر هر دو عمل مترتب نیست بلکه یکی از آن دو دارای حکم شرعی است و دیگری نه] گویا کسی می پرسد: این بحث چه ثمره دارد که ما بگوئیم: اکراه بر کلی و قدر مشترك است یا بر خصوصیت فردیه؟ بالاخره کلی هم به وجود فرد موجود می شود پس

فائده بحث چیست؟

در جواب می فرماید: در مواردی که اثر شرعی بر کلی در ضمن هر فرد مترتب شود، فرقی ندارد و اکراه می آید. ولی در مواردی که اثر شرعی بر خصوص بعض افراد و اطراف کلی واحد الفعَلین مترتب شود نه بر تمام اطراف آن اینجا ثمره پیدا می شود و موجب می شود که اکراه صدق نکند، چون بر کلی و جنس که مکره است اثر شرعی ندارد تا با اکراه رفع شود خصوص این فرد هم که مورد اکراه نیست و اثر شرعی ندارد تا مرتفع شود. چند مثال:

فرع اول: اگر شخص مکره شود بر اینکه یا آب بنوشد و یا شراب، نمی تواند بگوید: من به این دو کار مکره شده ام پس در ارتکاب شراب هم مجاز هستم، خیر یکطرف اکراه که شرب ماء باشد حرمت ندارد تا با اکراه مرتفع شود و با وجود آن نسبت به شرب خمر مکره نیستیم، ولو نسبت به کلی شرب مکره هستیم ولی آن که اثر ندارد، اثر شرعی مال شرب خمر است که آنهم اکراهی نیست زیرا می توانم با شرب الماء دفع ضرر کرده و شر ظالم را از خود دور کنم.

فرع دوم: اگر کسی را مکره کنند که یا بیع صحیح انجام دهد و یا بیع فاسد، باز قدر مشترك میان صحیح و فاسد که دارای اثر نیست تا بگوئیم: با اکراه مرتفع می شود، خصوص بعض افراد یعنی بیع صحیح اثر دارد، و بعض دیگر بی اثر است. در اینجا هم اگر مکره معامله صحیح را انجام دهد معامله اش صحیح است و نمی تواند بگوید: من مکره بودم و طیب نفس نداشتم، خیر اگر طیب نفس نداشتی فرد فاسد را اختیار می کردی تا هم رفع اکراه شده و هم معامله ای واقع نشود.

فرع سوم: اگر کسی را مکره کنند که یا فلان معامله را انجام دهد و یا بدهکاری خود را [که موعدش تمام شده و امکان پرداخت هم دارد] بپردازد، در اینجا هم قطع نظر از اکراه شرعاً بر او واجب است که قرض خود را بدهد، و

می تواند اداء دین را اختیار کند و با آن رفع اکراه کند، ولی بیع مال را اختیار می کند، باز این بیع صحیح است و او نمی تواند بگوید: من مکره بودم و بیع صحیح نیست، خیر اگر اکراهی باشد پس ایفاء دین هم نباید صحیح باشد در حالی که قطعاً صحیح است.

فرع چهارم: اما اگر ظالمی او را مکره نمود که یا فلان معامله را باید انجام دهی و یا به ناحق هزار تومان به من بدهی و گرنه کشته می شوی.

اینجا است که هر طرف را اختیار کند اکراهی بودن صادق است پس بیع را هم که اختیار می کند برای این است که از ضرر دادن هزار تومان و ضرر تهدید به قتل نجات یابد و گرنه طیب نفس ندارد.

فرع پنجم: چنانکه اگر بر یکی از بیع منزل یا شرب خمر مکره شود باز بیع را اگر اختیار کرد برای آن است که از ضرر اخروی بدل و عدل آن یعنی شرب خمر، و از ضرر دنیوی تهدید ظالم رها شود و گرنه طیب نفس ندارد و بیع باطل است.
قوله: ثم ان:

در باب اکراه از لحاظ عمل اکراهی و شخص مکره چند فرض متصور است:

۱- گاهی مکره واحد و مکره علیه هم واحد است که نوعاً چنین است، مثلاً شخص معینی را مکره می کنند که فلان خانه را بفروشد. این قطعاً اکراهی و باطل است و مصداق اکمل اکراه همین است.

۲- و گاهی مکره واحد ولی مکره علیه متعدد است آنهم به نحو جمع یعنی مجبورش می کنند که هم فلان بیع را انجام دهد و هم فلان اجاره را و هم فلان طلاق را و هم فلان عتق را و ... این نیز قطعاً اکراه است و همه آنها اکراهی است و هیچکدام واقع نمی شود.

۳- و گاهی مکره واحد و مکره علیه متعدد است اما به نحو تخییر

ولاعلی التعمین، یعنی بر یکی از دو یا چند کار مکرهش می کنند که از و من هنا لم يتأمل تا ثم ان... مثالهای همین فرض بود.

۴- مکره علیه واحد ولی مکره متعدّد و از همه آنها با هم خواسته شده که فلان کار را بکنند مثلاً ظالمی زید و بکر و خالد هر سه را مجبور کرده تا فلان کار را انجام دهند. باز همه مکره اند.

۵- مکره علیه واحد و مکره متعدّد ولی از یکی از آنها لاعلی التعمین خواسته که این کار را بکند، مثلاً گفته: یا زید یا بکر باید فلان کار را بکنند و اگر هیچکدام انجام ندادند هر دو کشته می شوند و... فعلاً همین فرض مطرح است و می فرماید: اکراه دو یا چند نفر بر یک عمل به نحو تخییر میان آنها همانند اکراه یک نفر بر یکی از چند کار است و حکمش آنست که: هر چند نفر مکره می باشند و هر کدام انجام دهند صدق اکراه می کند، آنگاه اگر حرامی باشد عقاب ندارد و اگر معامله ای باشد صحّت ندارد.

[البته محشّین بزرگوار فرموده اند: اگر هر کدام از دو شخص علم یا گمان داشته باشد که چه او انجام بدهد یا نه، دیگری انجام خواهد داد، حق ندارد انجام دهد و اگر مرتکب شد اکراه صدق نمی کند آری اگر احتمال بدهد یا شک داشته باشد که دیگری انجام خواهد داد یا نه، او می تواند انجام دهد آنهم به منظور دفع ضرر مکره و...^(۱)].

قوله: واعلم:

در مواردی که مالکی و عاقدی وجود دارد چهار فرض متصور است:

۱- هر دو مختار هستند و به طیب نفس عقد یا ایقاع و معامله را انجام می دهند. این که جای بحث نیست.

۲- و گاهی هر دو مکره می باشند ظالمی هم مالک را بر بیع مالش

(۱) حاشیه سید ره بر مکاسب، ص ۱۲۳؛ وحاشیه ایروانی ره، ص ۱۱۱.

مکره ساخته و هم عاقد را بر انشاء عقد آن معامله مجبور کرده است [مالک و عاقد یک نفر باشند یا دو نفر] حکم این فرض تا به حال روشن شد و آن اینکه: قطعاً چنین عقدی ایقاعی، بیع یا طلاقى اکراهی بوده و باطل است.

۳- و گاهی عاقد مختار است ولی مالک مکره است، مثل اینکه شخصی مالک را مجبور می کند که به او وکالت بدهد تا خانه مالک را بفروشد و او از روی اکراه وکالت می دهد و وکیل زوری بیع یا طلاق و ... را انشاء می کند، حکم آنست که اصل وکالت چون اکراهی است منعقد نمی شود و عاقد وکیل شرعی مالک نمی گردد و قهراً معامله اش بدون اذن مالک بوده و فضولی می شود و احکام بیع فضولی را دارد که با اجازه لاحق برای مالک واقع می شود.

۴- و گاهی امر به عکس فرض قبلی بوده یعنی مالک مختار است و عاقد مکره است، به اینکه مالک متاعی طلبه ای را مجبور می سازد که از طرف او انشاء بیع کرده و متاع او را بفروشد یا مالک طلاقى آقای محضردار را مجبور می سازد که به وکالت از او زوجه اش را طلاق دهد و ... این بیع یا طلاق از نظر مرحوم شیخ محکوم به صحّت است زیرا ما در صحت بیع یا طلاق در مانحن فیه دو چیز بیشتر لازم نداریم: یکی رضایت و طیب نفس که علی الفرض موجود است و مالک اصلی قطعاً راضی است و بلکه اصرار دارد و بلکه از فرض لحوق اجازه در فضولی مقامش بالاتر است زیرا در فضولی رضایت بعداً می آید و در اینجا رضای مالک سابق است. و دیگری قصد مدلول یعنی عاقد هم بیع را به قصد انشاء تملیک تلفظ کند که علی الفرض مکره این مقدار قصد را دارد، پس کمبود ندارد تا باطل باشد.

قوله: و احتمال:

ولی مرحوم شهید ثانی در مسالک^(۱) فرموده: احتمال دارد که این بیع یا

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۴، سطر ۱۹.

طلاق صحیح نباشد، به این دلیل که عاقد مکره شده و اکراه که آمد انشاء بی اثر می گردد همانگونه که اگر مجنونی را امر کنند که زوجهٔ فلانی را طلاق بدهد، او هم انشاء طلاق نماید، فائده ای نداشته و طلاق او بی اثر است.

سپس خود شهید ثانی فرموده: قیاس مکره به مجنون، مع الفارق است زیرا مجنون به کلی مسلوب العبارة است و اصلاً مقتضی برای صحت و تأثیر در انشاء او نیست، ولی مکره که ذاتاً مسلوب العبارة نیست، او عاقل و بالغ و ... می باشد و مقتضی موجود است و بالعرض و لمانع مسلوب العبارة شده و آن اینکه قصد ویژه [قصد مدلول از روی طیب نفس] ندارد و این مانع است اینهم با قصد ویژهٔ آمر و مکره جبران می شود، زیرا مالک اصلی که مختار و دارای طیب نفس هست همین مقدار کافی است و مختار نبودن مأمور و عاقد قاذح نیست.

مرحوم شیخ هم این وجه الفرق را پسندیده و می فرمایند: عقد و ایقاع مذکور صحیح است.

قوله: و قال ایضاً:

شهید ثانی در مسالک^(۱) فرع دیگری را عنوان کرده و آن، اینکه:

اگر اصل وکالت اختیاری و به طیب نفس بوده و صحیح و مشروع باشد یعنی زید به اختیار خود بکر را وکیل کرده تا زوجه اش را طلاق دهد، بکر هم به میل خود این توکیل را پذیرفته [و تفاوت این فرع با فرع قبلی در همین است که در فرع قبل اصل توکیل اجباری بود].

حال خود موکل یا شخص ثالثی این وکیل را مجبور می کنند که طلاق مورد وکالت را انجام دهد ولی موکل کماکان مختار است و کسی او را مکره نکرده، آیا انشاء مذکور را از سوی وکیل صحیح است یا باطل؟ می فرماید: فیه و جهان، یعنی در مسئله دو احتمال دارای دلیل هست:

(۱) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۴، سطر ۲۰.

۱- آری صحیح است به این دلیل که قصد مدلول از سوی عاقد و اختیار و طیب نفس از سوی موکل و مالک در میان است و طلاق مذکور کمبودی ندارد.

۲- خیر صحیح نیست، به این دلیل که عاقد مکره شده و اکراه سبب سلب عبارت است. [البته دنبال این فرع جا داشت شهید ثانی حکم به صحت می کرد، و شیخ اعظم هم تصریح به صحت می فرمودند، چون وقتی در فرع قبلی که اصل توکیل اجباری بود فتوی به صحت دادند، در اینجا که توکیل اختیاری و صرفاً انشاء در این لحظه اجباری بود، به طریق اولی صحیح باید باشد.]
 قوله: **وربما يستدلّ:**

بعضی ها گفته اند: در هر دو فرعی که شهید ثانی مطرح کرد، طلاق یا بیع باطل است، به این دلیل که:

عاقد مکره است «صغری».

و حدیث رفع می گوید: **رُفِعَ ما اکرهوا علیه «کبری»**.

پس عقد مکره مرفوع است یعنی اثری ندارد «نتیجه».

مرحوم شیخ می فرماید: به زودی خواهد آمد که اینگونه موارد مجرای حدیث رفع نیست، زیرا حدیث رفع آثاری را رفع می کند که لولا الاکراه آن آثار بار می شد، یعنی اگر مکره مختار بود و این کار را می کرد اثر تکلیفی و وضعی داشت.

حالا که مکره شد آن آثار مرتفع است، مثلاً اگر با اختیار خود روزه را افطار عمدی می کرد هم کار حرامی کرده بود و مستحق عقاب بود و هم قضاء واجب می شد و هم کفاره داشت، حالا که کسی او را به افطار عمدی مکره ساخته این احکام و آثار مرفوع است. ولی در مانحن فیه چه اکراه باشد چه نباشد عقد و ایقاع مذکور برای خود مکره یعنی عاقد و لافظ اثری ندارد که لولا الاکراه ثابت بود و مع الاکراه مرتفع می شود، آری برای موکل و مالک اثر دارد که علی الفرض وی

مکره نیست بلکه مختار است. پس آنکه مکره است یعنی عاقد در حق او اثری نیست تا حدیث رفع بیاید، و آنکه عقد مذکور در حق او اثر دارد یعنی مالک، مکره نیست تا این اثر نیاید فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد. پس اینجا جای تمسک به حدیث رفع نیست.

قوله: ومما یؤید:

یکی از شواهد و مؤیدات مختار ما [یعنی حکم به صحت در دو فرع مذکور] عبارتست از فتوای مشهور به صحت بیع مکره با اجازه لاحق. بیان ذلک: اگر مالک در هنگام بیع مکره بود ولی پس از بیع راضی شد و طیب نفس پیدا کرد و بیع اکرایی را امضاء کرد، مشهور فرموده اند: چنین بیعی صحیح است.

حال این فتوی شاهی بر مدّعی ما است. وجه تأیید و استشهاد:

آیا رضای بعدی در فرض مذکور در فتوای مشهور، به خود عقد مکره و ایجاب و قبول اکرایی تعلق می گیرد؟ یا به اثری که از آن حاصل می شود؟ قطعاً دوّمی صحیح است، زیرا که خود عقد الفاضلی بیش نیست که در یک زمانی با کراهت نفس تلفظ شد و منعدم شد والشیء لاینقلب ولا یتغیّر عما وقع علیه، و امکان ندارد که عین آن مجدداً اختیاری شود، پس رضای لاحق به اثر عقد می خورد و اثر عقد نقل و انتقال است که آنهم کماکان باقی و برقرار است.

و جا دارد که رضای مالک به او بار شود حال مانحن فیه هم چنین است که رضا و طیب نفس به خود نقل و انتقال تعلق گرفته و بلکه به طریق اولی چنین است چون رضای مالک از اوّل وجود دارد، پس چرا صحیح نباشد؟!

قوله: نعم:

حکم به صحت در دو فرع مذکور هیچ مشکلی ندارد مگر یک اشکال اساسی و آن اینکه: قطعاً و ضرورتاً اگر عقد بخواید صحیح و مؤثر و قابل اعتناء باشد باید

عاقده قصد مدلول داشته باشد [در بیع قصد انشاء تملیک، در طلاق قصد انشاء فراق و ...] و از آن رهگذر که قصد و نیت امری قلبی و باطنی است تنها از ناحیه خود عاقد و متکلم شناخته می شود.

آنگاه اگر عاقد مختار باشد و به میل و اختیار خود عقدی را انشاء کند، می توان قصد مدلول را احراز کرد یا علماً و یا به برکت اصول لفظیه عقلائیه از قبیل: اصالة الجدد وعدم الخطاء وعدم الغفلة وعدم الهزل و ... واصالة القصد آن را بدست آورد و رفع مشکل نمود. ولی اگر عاقد مکره باشد احراز قصد مدلول مشکل است زیرا که شاید از شدت ناراحتی الفاظی را پشت سرهم به زبان آورد بدون اینکه اصلاً قصد معنی بکند بلکه لاغی بود و یا مورّی بود یعنی توریه کرد و از آنها قصد معنای دیگر نمود، پس عقد مکره از حیث مذکور گیر دارد.

سؤال: آیا هیچ راهی برای تصحیح آن وجود ندارد؟

جواب: دوراه قابل طرح است:

۱- بگوئیم: فعلاً مفروض کلام در مواردی است که قصد مدلول محرز بوده و بدانیم که مکره قاصد مدلول هست والا اگر شك باشیم از فرض بحث خارج است.

۲- بر فرض شك و عدم احراز بگوئیم: همانگونه که در حال اختیار و در عقد مختار از اصالة القصد استفاده کردیم، در عقد مکره نیز از این اصل عقلائی مدد گرفته و بنا را بر قصد مدلول داشتن گذاشته و حکم به صحت نمائیم.
 قوله: فتأمل:

شاید اشاره به این باشد که: اصالة القصد از اصول عقلائی است و اصول عقلائی یعنی بناهای عملی عقلا و بناء عملی یا سیره از آنجا که عمل می باشد مجمل است و به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقن از سیره بر این اصل افعال اختیاریه است و فعل اکراهی و عقد مکره را شامل نیست یا در آنجا چنین بنائی

محرز نیست. پس راه دوّم قابل مناقشه است و تنها راه اوّل صحیح است یعنی حکم به صحّت بر فرض آنست که: قصد مدلول محرز باشد و تنها مسئله طیب نفس در میان نباشد که آنهم چون مالک اصلی دارد کمبودی نخواهیم داشت. **قوله: فرع:**

اگر شخصی دیگری را مکره سازد که یکی از دو عبدش را به صورت مبهم و لاعلیّ التّعیین بفروشد، در اینجا شخص مکره از سه فرض خارج نیست:

۱- طبق اکراه مکره یکی از آندو را به صورت مبهم [بعث اّحدهما] یا پس از تعیین می فروشد این فرض تا به حال حکمش روشن شد و عندنا بیع مذکور اکراهی و باطل است.

۲- او را بر بیع یکی از دو عبد مکره ساخته بودند ولی او در مقام عمل هر دو عبدش را فروخت.

۳- یا در مقام عمل به جای بیع یک عبد کامل، نصف آن را معامله کرد. علامه ره در تذکره^(۱) فرموده: فیه اشکال، یعنی در این دو فرض مسئله دوا احتمالی است:

[الف: بگوئیم: باطل است، به این دلیل که اصل اقدامش اکراهی بود.

ب: بگوئیم: صحیح است، به این دلیل که بر مجموع یا بر نصف که مکره نبود، بر اّحدهما مکره بود.]

مرحوم شیخ در مقام تجزیه و تحلیل این فرع می فرماید:

اما آنجا که هر دو عبد را می فروشد، از دو حال خارج نیست:

۱- یا به تدریج این کار را می کند یعنی اوّل در یک معامله فلان عبد را می فروشد و سپس در معامله دیگر عبد دیگر را، حکم این صورت آنست که: همان اوّلی اکراهی و باطل است ولی دوّمی اکراهی نیست و صحیح می باشد.

(۱) تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۶۲.

البته احتمال هم دارد که تعیین را به عهده خود مالک اصلی گذاشته و از او پرسیم که قصدش چه بوده؟ اگر گفت: اولی را با طیب نفس و دوّمی را با اکراه فروختم از او می پذیریم و اگر مطابق ظاهر گفت: اولی اکراهی و دوّمی اختیاری بوده باز می پذیریم و حکم به بطلان اکراهی می کنیم.

۲- و یا هر دو را دفعهً به یکدیگر ضمیمه کرده و در یک معامله فروخت، خود این دو احتمال دارد:

۱- معامله نسبت به هر دو صحیح است، زیرا که وی بر بیع احدهما مکره بود نه بر بیع مجموع من حیث المجموع.

۲- معامله نسبت به هر دو باطل است، زیرا که بالاخره یکی از آندو قطعاً اکراهی است و چون آن یکی معین نیست و ترجیح بلا مرجح هم باطل است، پس نتوان معیناً حکم به صحّت یکی از آندو کرد.
مرحوم شیخ احتمال اول را تقویت می کنند.

قوله: ولو اکره:

اما اگر عکس فرض مذکور پیش آمد، یعنی بر بیع عبد معین مکره شد ولی عبد دیگر را هم ضمیمه کرده و مجموع را یکجا به دیگری فروخت، حکم آنست که: بیع مذکور نسبت به عبد معین و مکره علیه اکراهی و نسبت به دیگری اختیاری و صحیح است. غایة الامر حقّ الخیار تبعض صفقه پیش می آید.

و اما آنجا که نصف یکی از دو عبد را می فروشد، خود دو صورت دارد:

۱- گاهی قصدش اینست که: فعلاً نصف عبد را می فروشم و قدم بعدی نصف دیگر را می فروشم تا امر مکره را امتثال کرده و شرّ او را کم کنم، چنین معامله ای اکراهی و باطل است [البته بنا بر اینکه اکراه مذکور این فرض را هم شامل شود، چون ظاهرش اکراه بر بیع احدهما یعنی تمام احدهما است نه

نصف نصف ولی معمولاً به حال مکره فرقی ندارد که مکره یکجا عبدی را بفروشد یا تشقیص کند.]

۲- و گاهی هدفش آنست که فعلاً این نصف را بفروشد به امید اینکه مکره به همین مقدار بسنده کرده و دست از اکراه و اجبار و تهدیدش بردارد، باز هم بیع النصف اکراهی است زیرا طیب نفس ندارد و برای دفع ضرر ظالم اقدام می کند.

قوله: لکن:

«استدراك از اکراهی بودن بیع نصف:» اگر پس از بیع نصف بایع و مشتری اختلاف کردند، مشتری می گوید: تو در بیع نصف مکره نبودى و به طیب نفس فروختى پس معامله صحیح است ولی بایع می گوید: من مکره بودم و طیب نفس نداشتم و هیچ اماره ای هم بر تعیین در میان نباشد، آیا ادعای بایع مسموع است یا خیر؟ می فرماید: نظر یعنی دو وجه در کار است:

۱- آری مسموع است چون طیب نفس داشتن یا نداشتن امری باطنی است ولا یعرف الا من قبل البایع و در امور کذائى سخن خود مدعی مقبول است و شاهد نیازی ندارد چون معمولاً اقامه شاهد ممکن نیست.

۲- خیر مسموع نیست چون خلاف ظاهر را ادعا می کند، ظاهر آنست که بیع نصف با طیب نفس بوده ولی او مدعی است که اکراهی بوده، پس قول او مقبول نیست.

قوله: بقى الكلام:

مطالب اصلی در باب اختیار و اکراه به پایان رسید، اینک قبل از ورود فروع مطلب، لازم است به وعده وفانموده و فرعی را که قبلاً از تحریر علامه آورده و وعده دادیم که در آینده آن را بررسی خواهیم کرد، مورد بحث و تحلیل قرار دهیم، ابتدا عباراتی را در این باره می آوریم:

الف: علامه‌ره در تحریر^(۱) فرموده:

اگر شخصی مکره شد که زوجه اش را طلاق دهد، به دنبال آن بانیّت و قصد طلاق [قصد مدلول و قصد انشاء] زوجه را طلاق داد [در حالی که می‌توانست به صرف الفاظ اکتفا کرده و نیّت طلاق نکند] حق اینست که چنین طلاقی منعقد می‌شود، و میان این زوج و زوجه بینونت حاصل می‌شود زیرا که قصد اکراه بردار نیست. [و می‌توانست قاصد و ناوی و مرید نباشد، پس حال که قصد مدلول کرد معلوم می‌شود خودش به این امر راضی و دارای طیب نفس است، پس چرا باطل باشد].

ب: شهیدثانی‌ره در مسالک^(۲) همین فرع را عنوان کرده، به اضافه این مطلب که فرموده: احتمال هم دارد که چنین طلاقی واقع نشود، زیرا نسبت به الفاظ طلاق [که منشأ اثر هستند و سبب برای بینونت می‌باشند] چون مکره است، این اکراه آن الفاظ را از اثر می‌اندازد و وجود این الفاظ کالعدم است، و مجرد نیّت و قصد طلاق هم گرچه اختیاری است ولی منشأ اثر نیست [چنین نیست که تا انسان از زوجه اش مکدرّ شد و نیّت طلاق کرد بلافاصله طلاق و فراق و بینونت حاصل شود]. پس احتمال بطلان طلاق مذکور هم می‌رود. [این احتمال در کلام علامه نبود].

ج: از سبط شهیدثانی [مرحوم سید محمد صاحب مدارك الاحکام] در کتاب نهایة المرام^(۳) چنین نقل شده که: وی بطلان یا عدم وقوع طلاق مذکور را نه تنها به عنوان یک احتمال بلکه به عنوان یک قول [احتمالی که قائل و طرفدار هم دارد] نقل کرده است و برای این قول چنین استدلال کرده:

(۱) تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۱.

(۲) مسالک الافهام، ج ۲، ص ۴.

(۳) نهایة المرام صاحب مدارك خطی است.

این زوج مطلق مکره است «صغری» زیرا اگر اکراهی نبود که طلاق هم نبود و در اصل فرع مذکور آمده بود: لو أكره علی الطلاق فطلق ... که طلاق دادن را با فاء تفریع بر اکراه متفرع کرد.

قوله: والاکراه یتحقق هنا ... اشاره به همین صغری است.

و هر معامله و عقد و ایقاعی که اکراهی باشد باطل است یا هر کسی که مکره بر عقد و ایقاعی شد آن عقد و ایقاع باطل است «کبری» و دلیل بطلان عموم نصّ [حدیث رفع: رُفِعَ ما اکرهوا علیه و ...] و اجماع است. پس عقد و ایقاع زوج مذکور باطل است. «نتیجه»

سپس سبط الشهید فرموده: مسئله صاف و خالی از اشکال نیست. [شاید وجه اشکال این باشد که: از طرفی طلاق متفرع بر اکراه است و سبب اقدم اکراه است پس نباید صحیح باشد، و از طرفی چون بانیّت و قصد انشاء، طلاق داده و بر قصد مکره نبوده پس باید صحیح باشد.]

د: بعض الاجلّة [مرحوم فاضل هندی معروف به کاشف اللثام در کتاب کشف اللثام^(۱)] در ذیل فرع مذکور از علامه ره، فرموده: اگر شخص مکره یقین داشته باشد که مکره به صرف الفاظ بسنده می کند و معنای لفظ را نمی خواهد و وی در نیّت و قصد معنی مختار است بلاشک اکراه صدق نمی کند و اگر قصد مدلول کرد باید گفت: طلاق صحیح است.

و احتمال اکراه در فرضی است که علم و یقین به مطلب قبل نداشته باشد بلکه احتمال بدهد که مکره به صرف لقلقهٔ زبان قناعت نکرده و خواهان قصد معنی هم هست.

حال احتمال قوی و ظنّ به لزوم قصد داشته باشد. [از ظاهر کلام مکره که می گوید: طلق زوجتک و ظاهرش اینست که طلاق واقعی را انشاء کن که در آن

(۱) کشف اللثام، ج ۱، ص ۱۱۶.

قصد مدلول هم هست نه طلاق صوری و لغو را، حال این ظن مکره گاهی مطابق واقع است یعنی در واقع هم مکره این را اراده کرده، و گاهی مخالف واقع است و خیال می کرده که مکره خواهان این امر است. [و یا احتمال ضعیف و وهم و یا مجرد شک باشد.

هـ: بعض المعاصرین^(۱) [صاحب جواهر قدس سره] فرع مذکور را از زبان شهید ثانی در مسالک آورده و آن را مبتنی کرده بر اینکه: مکره اصلاً قاصد مدلول نیست. [یعنی از کلام علامه و شهید این مطلب را فهمیده که آنها می خواهند بگویند: مکره قاصد نیست.

سؤال: از کجای کلام آنها؟ جواب از اینجا که فرمودند: اذ لا اکراه علی القصد، یعنی قصد اکراه بردار نیست، یعنی القاصد غیر مکره، عکس نقیضش آنست که: فالمکره غیر قاصد ... [سپس اعتراض کرده و فرموده: مکره نیز قصد مدلول دارد و با نیت انشاء کلام را می گوید. و جازمانه فرموده: طلاق مذکور] لو اکره علی الطلاق فطلق ناویاً ... [طلاق اکراهی بوده و باطل است و وجهی برای حکم به صحّت و وقوع آن نیست.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در رابطه با پنج عبارت مذکور، سه بحث دارند:

۱- بحثی با صاحب جواهر: در اوائل مسئله اشترط اختیار دانستیم که: احدی از فقهاء نگفته اند که مکره خالی از قصد مدلول است، و آنها که در ظاهر گفته اند: مکره مدلول لفظاً را قاصد نیست منظورشان این شد که: عاقد چه مختار و چه مکره قصد مدلول دارد و صیغه عقد یا ایقاع را در انشاء معنا و مدلول بکار می برد و مراد استعمالی یکی است با این تفاوت که دواعی و انگیزه ها فرق دارد: مختار انگیزه اش از انشاء بیع آنست که مضمون این عقد در خارج

(۱) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۱۵.

واقع شود و واقعاً نقل و انتقال صورت بگیرد.

ولی مکره انگیزه اش این نیست، [مراد استعمالی با مراد واقعی یکی نیست] بلکه به داعی دفع شرّ مکره طلاق یا بیع را انشاء می کند. پس از حیث قصد مدلول تفاوتی ندارند، از حیث طیب نفس و عدم آن تفاوت دارند.

و شاهد مطلب هم اموری بود که در اوائل همین مسئله گذشت و در اینجا به یکی از آنها اشاره شده و آن اینکه: شهید ثانی مکره و فضولی را در حکم شریک هم قرار داده و فرموده: مکره و فضولی هر دو قصد لفظ دارند در حالی که فضولی قطعاً قصد مدلول دارد و گرنه با اجازه بعدی هم درست نمی شد، و به قرینه وحدت سیاق مکره نیز قصد مدلول دارد.

پس استنباط صاحب جواهر و بناگذاری فرع مذکور در کلام ایشان بر اینکه: مکره قصد مدلول ندارد و فقط لفظ را قاصد است، ضعیف و ناتمام است.

۲- بحثی با فاضل هندی: ایشان فرموده: اگر مکره یقین دارد که مکره به صرف الفاظ بسنده می کند و بیش از آن از او نمی خواهد، حق ندارد قصد معنی کند و اگر کرد قطعاً اکراه نیست.

شیخ اعظم ره می فرماید: مرجع کلام ایشان به اینست که: پس با امکان توره، بر کسی که عارف و فطن می باشد توره واجب است و اگر توره نکرد عقد صحیح است.

سئوال: در کلام فاضل مذکور که سخن از توره نبود، پس چگونه کلامش را به این باب ارجاع می دهید؟

جواب: به وحدت مناط، بیان ذلک: در کلام ایشان سخن از صرف الفاظ بدون قصد معنا آمده بود و فرمود: اگر بیش از این نمی خواهند، حق ندارد قصد معنی کند، یعنی با امکان تفصی و راه فرار نباید قصد معنی داشته باشد و لاغی راه فرار دارد، همین مناط در توره هم هست و با امکان توره راه فرار دارد.

پس مؤرّی مثل لاغی است، و از این جهت مرجع کلام وی به وجوب توریه است و فرقی ندارد. در حالی که قبلاً به حکم دلائل فراوان از عمومات و خصوصات ثابت کردیم که با امکان توریه هم توریه واجب نیست و اگر متمکن از توریه هم بود معذک توریه نکرد و قصد معنی نمود اکراه صدق می کند و معامله کذائی باطل است.

۳- تحلیلی از فرع مذکور در کلام علامه: اقسام و احتمالاتی که در فرع مذکور متصور می باشند شش صورت است: [قوله: الملحوق ... یعنی اکراه ملحوق و قبل است و طلاق با نیت لاحق و بعد است عکس مسبوق و سابق که مسبوق یعنی امر متأخر و بعد و سابق یعنی امر متقدم و قبل.]

۱- قوله: اما ان لایکون

گرچه اوّل اکراه شد و بدنبال آن طلاق داد ولی اکراه مزبور هیچ نقشی در طلاق بعدی نداشته و صددرصد طلاق از روی طیب نفس و رضایت خاطر صورت گرفته، بگونه ای که اگر از او بپرسیم: آیا چون مکره شدی طلاق دادی؟ در جواب بگوید: هرگز، اگر صرف اکراه بود خود را برای هر نوع ضرری آماده کرده بودم و حاضر بودم کشته شوم ولی زیر بار زور نروم، پس برای دفع ضرر مکره نیست بلکه خودم به این امر مایل هستم و به میل خود و برای مراعات مصالح خویش دست به چنین اقدامی زدم.

[حال قبل از اکراه چنین تمایلی در وی وجود داشته یا همزمان با اکراه وی طیب نفس به طلاق زوجه داشته و مکره بی خبر بوده و او را اکراه کرده و یا بدنبال اکراه مکره مسقلاً و بدون اینکه تحت تأثیر ظالم و خوف از اضرار او واقع شود چنین تصمیمی گرفته است.]

حکم این صورت: قطعاً چنین طلاق صحیح است و بالاجماع منعقد می شود، و فرع مذکور در کلام علامه و شهید ثانی و سبط الشهید را بر این

صورت نتوان حمل کرد، [زیرا در آن فرع آمده بود: لو أکره ... فطلق که فاء تفریع داشت، یعنی طلاق متفرع و مترتب و مسبب از اکراه باشد، در حالی که در صورت مذکور چنین نیست.] و نتوان گفت که: الاقرب در کلام علامه و احتمال عدم وقوع در کلام شهید، و بلکه قول به بطلان در کلام سبط و سپس اشکال در مسئله مربوط به این صورت است. [زیرا این صورت اجماعاً و قطعاً صحیح است نه اینکه اقوی و اقرب صحّت باشد که افعال التفضیل است و مقابل آن قوی و قریب است، و نه اینکه احتمال خلاف هم باشد، و نه اینکه قول مخالفی باشد، ابدأ چنین نیست.]

قوله: لعموم النص والاجماع:

شاید دلیل فلامعنی ... باشد و شاید متعلق به جعله قولاً باشد و شاید متعلق به استشکاله فیه باشد.

۲- قوله: وکذا لاینبغی:

گاهی اکراه نیز در تحقق طلاق مذکور نقش دارد ولی عامل مستقلّ و علت تامّه نیست بلکه به ضمیمه طیب نفس دخیل است یعنی ۵۰ درصد اکراه او را وادار کرده و ۵۰ درصد هم عامل اختیاری و رعایت مصالحی او را وادار به طلاق کرده بگونه ای که اگر هر کدام به تنهایی بود طلاق انجام نمی شد و هر دو به ضمیمه هم و مجموعاً سبب طلاق گردیده اند.

حکم این صورت: مرحوم شیخ می فرماید: باز هم جای کمترین تأمل و تردیدی نیست در اینکه: طلاق مذکور صحیح است. [شاید به این دلیل که متبادر از ادلّه رفع ما اکرهوا ... مواردی است که: تمام علت اقدام بر معامله یا طلاق اکراه باشد، و در صورت مذکور چنین نیست پس ادلّه مذکور نمی آید.

البته محشّین به مرحوم شیخ اعتراض کرده و فتوی به بطلان طلاق مذکور داده اند به این دلیل که: لا یبعد شمول حدیث رفع الاکراه علی الطلاق فی الفرض

باعتبار آن رُفعه یناسب الامتنان، حیث انّ المفروض عدم وقوعه لولا الاکراه^(۱). ولی حق اینست که بگوئیم: از آنجا که هم اکراه و هم طیب نفس با هم و مجموعی تأثیر دارند و ادله رفع اکراه و طیب نفس هر کدام ظهور در استقلال دارند، یعنی اکراه عامل مستقل باشد، طیب نفس علت تامه باشد، و در مانحن فیه استقلال نیست، پس مورد مذکور مشمول هیچکدام از دو طائفه نمی شود و در نتیجه شک در صحت و فساد آن کرده و اصالة الفساد جاری کرده و از این باب حکم به بطلان می کنیم . [

۳- قوله: وان كان الداعي:

و گاهی علت تامه فعل و عامل مستقل آن اکراه است و غیر از آن و در عرض آن چیز دیگری داعی بر فعل نیست، اما انجام طلاق نه به منظور تخلّص شخص مکره از ضرر مورد تهدید است، خیر از این بابت ترسی ندارد، بلکه به منظور نجات مکره و دفع ضرر از شخص مکره است و ترس از این دارد که: لولم یفعل لوقع المکره فی الضرر مثال: فرزندى به پدرش می گوید: باید همسرت را طلاق دهی وگرنه یا تو را به قتل می رسانم و یا خودم را.

آنگاه پدر زوجه را طلاق می گوید، نه از ترس جان خویش بلکه از ترس اینکه مبادا فرزندش اقدام به خودکشی کند، یا اقدام به قتل پدر نماید و بستگان و فامیل‌های پدر هم در عوض او را به قتل برسانند. که در هر حال هدف اینست که: مکره به ضرر نیفتد.

۴- قوله: او كان الداعي:

و گاهی نه بر جان خویش ترسان است و نه خوف ضرر مالی و جانی و آبرویی بر مکره دارد، بلکه صرفاً انگیزه اش از انجام طلاق یک شفقت و دلسوزی دینی نسبت به دیگران است. فی المثل می بیند که زوجه اش به مرد دیگر

(۱) ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۵۷.

علاقه مند است، یا شخص مکره علاقه مفراط به تزویج با زوجه او دارد و برای همین امر او را مکره می سازد، یا فرد ثالثی عشق به زوجه او دارد، برای اینکه زوجه یا مکره یا فرد ثالث به حرام نیفتند و از راه گناه با هم جمع نشوند، زوج ایشار دینی کرده و اقدام به طلاق زوجه می کند تا وی مخلی بالطبع بوده و با هر کس که مایل بود ازدواج کند.

قوله: **والحکم:**

حکم صورت سوّم و چهارم: می فرماید: خالی از اشکال نیست، زیرا از طرفی داعی او بر ایجاد و انشاء طلاق اکراه مکره یا خوف از وقوع دیگری در حرام است [نه طیب نفس خودش] پس باید باطل باشد. و از طرفی اقدام مذکور به منظور دفع ضرر از خود مکره نیست بلکه برای دفع ضرر از دیگری یا برای عدم وقوع غیر در حرام چنین کاری می کند پس باید صحیح باشند، زیرا بر او مکره و بر این عمل اکراه صدق نمی کند.

۵- قوله: **وان كان الداعی:**

و گاهی صد در صد داعی و محرک و باعث مکره بر طلاق اکراه است، و برای حذر کردن و تخلّص و دفع ضرر از خود اقدام به طلاق می کند، متبھی جاهل به موضوع به نوع جهل مرکب است یعنی گمان دارد و معتقد است که حذر و خلاص شدن از دست مکره فقط و فقط در گرو انشاء طلاق حقیقی و واقعی است و چاره دیگر و راه خلاص دیگر ندارد.

و منشأ پندار مذکور هم غفلت است یعنی مکره غافل است از اینکه راه فرار هم دارد [می تواند فقط قصد لفظ کند تا لاغی باشد یا قصد معنای دیگر کند تا مورّی باشد و ...] و بدون قصد طلاق واقعی هم می تواند شرّ مکره را از خود دفع کند، ولی در سایه غفلت مذکور، خیال می کند که راه چاره منحصر شده به اینکه طلاق حقیقی انشاء نماید.

روی این جهل مرکبی که دارد توطین نفس کرده و خود را آماده و راضی می‌سازد که از خیر زوجه گذشته و برای حفظ جان خویش او را طلاق دهد، و بدنبال آمادگی قبلی طلاق زوجه را با قصد و نیت طلاق انشاء می‌کند. این نوع از طلاق اکراهی برای عوام مردمان زیاد پیش می‌آید [وگرنه خواص در اینگونه موارد کمتر دچار غفلت شده و از توریه و غیره بی‌خبر می‌مانند ...].

۶- قوله: وقديكون:

و گاهی انجام طلاق صد در صد به داعی اکراه و دفع ضرر از خود یا مال و آبروی خویش است و بدنبال اکراه توطین نفس کرده و خود را برای طلاق آماده می‌کند ولی نه به خاطر جهل به موضوع و غفلت از اینکه راه فرار دیگر هم دارد، بلکه منشأ این توطین نفس جهل به حکم است، یعنی شرعاً نمی‌داند که طلاق اکراهی باطل است و حدیث رفع حکم آن را برداشته و خیال می‌کند که صحیح است، یا در اثر اینکه در منطقه‌ای زندگی می‌کند که در آنجا پیروان ابوحنیفه هستند و آنها طلاق اکراهی را صحیح می‌دانند، این فرد شیعی هم خیال می‌کند که در فقه شیعه نیز صحیح است، در حالی که چنین نیست. آنگاه با اینکه غافل نیست و التفات دارد که راه فرار دیگر هم هست ولی خیال می‌کند که چه بخواهد و چه نخواهد طلاق مذکور واقع می‌شود، بر این اساس خود را راضی می‌کند به اینکه به صرف قصد لفظ اکتفا نکند بلکه قصد معنی هم بنماید. این نوع از طلاق اکراهی نیز برای عوام الناس که بی‌خبر از احکام الهی هستند، زیاد اتفاق می‌افتد.

حال حکم صورت ۵ و ۶: شیخ اعظم می‌فرماید: خالی از اشکال نیست،

یعنی دو وجه است:

۱- طلاق مذکور باطل است به این دلیل که از اکراه سرچشمه گرفته و صرفاً

به جهت دفع ضرر انشاء شده.

۲- طلاق مذکور صحیح است بدلیل اینکه: اگرچه در آغاز اکراهی بوده ولی وی در اثر غفلت یا جهل به حکم توپین نفس کرده و خود را راضی ساخته و طیب نفس کسب کرده و درصدد طلاق واقعی برآمده پس چرا باطل باشد.

[و مرحوم علامه در تحریر که فرمود: لو اکره علی الطلاق فطلق ناویاً ... به یکی از دو صورت مذکور نظر دارد، و به فتوای ایشان طلاق مذکور صحیح است.] ولی مرحوم شیخ وجه اول را ترجیح داده و تحقق اکراه را تقویت می کنند [زیرا عرف اینگونه آدمی را مکره می داند] و در نتیجه فتوی به بطلان می دهند.

قوله: ثم المشهور:

دو فرع دیگر در رابطه با مسئله اشتراط اختیار و عدم اکراه باقی مانده:

فرع اول: شخص مالک در حال معامله و عقد یا ایقاع مکره بود و با کراهت نفس و عدم طیب نفس آن را انشاء کرد، حال پس از معامله و پس از رفع اکراه از دو حال خارج نیست:

۱- یا همچنان به معامله سابق راضی نیست و آن را رد می کند، قطعاً و بالاجماع باطل است.

۲- و یا معامله قبلی را اجازه و امضاء می کند و بدان راضی می شود و می گوید: رضیت یا اجزت یا امضیت و ... ، سؤال اینست که آیا: اجازه لاحق و رضای بعدی موجب صحّت و مؤثر بودن معامله قبلی می گردد؟ یا وجودش کالعدم است و معامله اکراهی از اول باطل است؟ به بیان دیگر: آیا معامله اکراهی مطلقاً و منجزاً باطل است و یا معلق به اجازه بعدی است که اگر بعد از رفع اکراه مالک اجازه کرد صحیح است و الا باطل است؟

در این رابطه دو نظریه عنوان شده:

۱- مشهور فقهاء متأخر برآنند که: بیع مکره معلق به اجازه بعدی است و اگر

پس از رفع اکراه راضی شد آن بیع صحیح است و الا فلا، پس رضای بعدی تأثیر دارد.

۲- و گروهی از فقهاء [بعداً نامشان ذکر خواهد شد] فرموده اند: معامله اکراهی از ریشه فاسد و باطل است و اجازه بعدی در تصحیح و شروع کردن آن نقشی ندارد.

اما دلائل گروه اول: در مجموع از عبارت مرحوم شیخ چهار بیان مستفاد است:

۱- شهرت فتوائیه: مشهور متأخرین این نظر را دارند، و شهرت محصله است.

۲- اجماع منقول: برخی از فقهاء از قبیل صاحب ریاض^(۱) و محدث بحرانی صاحب حدائق^(۲) بر این مطلب ادّعی اجماع کرده اند.

۳- مقتضی برای صحت موجود است، و مانع از آن مفقود است، فیوثرالمقتضی اثره، اما وجود مقتضی: عقد مکره عقدی است که صدر من اهله و وقع فی محلّه، یعنی از کسی که جامع شرائط است صادر شده، مکره هم عاقل است و هم بالغ و هم قاصد مدلول و ... او مثل صبی و مجنون نیست که کلاً مسلوب العبارة باشد و ذاتاً عبارت او مثل لاعتبارت باشد، بلکه مقتضی دارد، و عقد مذکور در محلّ خود هم واقع شده یعنی بر متاعی که مالیت و ملکیت دارد واقع شده، پس از این حیث کمبودی ندارد.

و اما عقد مانع: تنها مانع، کراهت نفس و عدم طیب نفس است که وی در هنگام معامله راضی نبوده، اینهم با رضای بعدی جبران شده و مانع مرتفع می شود، و در نتیجه حکم به صحت می شود.

(۱) ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۱۱.

(۲) حدائق، ج ۱۸، ص ۳۷۳.

و به عبارت دیگر: عقد مکره نیز عقد حقیقی است [نه عقد صوری و شکلی]. زیرا که قصد مدلول دارد و به نیت انشاء تملیک صیغه بیع را به کار می برد و جدی هم بکار می رود نه اینکه هازل باشد، پس این شرط اساسی را دارد آنگاه اگر بقیه شرایط هم مجتمع شد [که فرضاً بالغ و عاقل و ... هست و تنها طیب نفس نیست که آنهم با رضای بعدی فراهم شده] علت تامه می شود و بدنبال آن معلول هم که صحت عقد باشد حاصل می گردد.

قوله: ودعوی:

قبل از بیان چهارم گروه اول، می پردازند به بیانات گروه دوم که در مجموع هفت بیان دارند و برخی از اینها را به صورت توهم و ادعا و مانند آن ذکر کرده و دفع می کنند، و بعضی را مستقیماً به صورت دلیل بر قول دوم عنوان کرده و مورد بحث قرار می دهند:

۱- اگر کسی مدعی شود که: در صحت معامله نه تنها طیب نفس مالک لازم است بلکه مقارنت آن به خود معامله شرط است، یعنی معامله هنگامی صحیح و مؤثر است که همزمان با انشاء عقد یا ایقاع طیب نفس هم باشد [و بلکه آنی قبل از معامله باشد تا یقین کنیم که از لحظه آغاز عقد وجود دارد] و در عقد مکره این مقارنت و همزمانی نیست پس فایده ای ندارد و رضای بعدی مصحح نیست. [در واقع طیب نفس شرط مقارن است نه شرط متأخر].

قوله: خالیة:

مرحوم شیخ در رد ادعای مذکور می فرماید:

اولاً این ادعا از هر گونه شاهد و مدرکی خالی است و ما هیچ دلیلی بر لزوم

تقارن عقد و طیب نفس نداریم.

و ثانیاً ادعای مذکور به برکت اطلاعات مرفوع است، یعنی نه تنها شاهدهی بر

وفاق ادعای مذکور نیست بلکه اطلاعات معاملات [احل الله البیع، اوفوا

بالعقود، الصلح جائز و ... [شاهد برخلاف آنست و دلالت دارد که مقارنت طیب نفس شرط نیست و گرنه مولی در مقام بیان آن را قید می کرد.

آری از خارج و به برکت سیره عقلانیّه و اجماع و غیره یقین داریم که باید طیب نفس هم باشد ولی اینکه حتماً مقرون به عقد باشد دلیل ندارد.

[ان قلت: چه مانعی دارد کسی بگوید: از آنجا که غالب معاملات در خارج مقرون به طیب نفس است و از آن سرچشمه می گیرد، این غلبه وجود سبب انصراف اطلاعات مذکور به این فرد باشد و صورتی را که طیب نفس بعداً ملحق می شود، شامل نشود؟

قلت: کراراً گفته آمد که غلبه الوجود سبب انصراف نیست، بلکه کثرت استعمال سبب انصراف است، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد.]

۲- قوله: واضعف منها:

اگر کسی مدعی شود که: نه تنها مقارنت طیب نفس با عقد، شرط صحّت و تأثیر عقد است بلکه اساساً شرط صدق العقد است و در اصل مفهوم عقد دخیل است یعنی اگر مقارنت مذکور باشد معامله هست، بیع یا غیره هستند، و اگر مقارنت مذکور نباشد اصلاً معامله و بیعی نیست. [همانگونه که در مسئله قبلی در رابطه با اشتراط قصد مدلول این مطلب گفته آمد.]

مرحوم شیخ می فرماید: [ادّعی قبلی عرفاً و لغةً باطل نبود و شرعاً به برکت اطلاعات ابطال شد، اما این ادّعا اولاً عرفاً و لغةً هم باطل است و لذا اضعف است، و وجه بطلان آنست که: در لغت بیع مبادله مال بمال بود و سخن از طیب نفس نبود، در اصطلاح فقهاء هم انشاء تملیک عین بمال بود و صحبت از مقارنت طیب نفس نبود، از نظر عرفی هم بر بیع مکره، اطلاق بیع می شود. و می گویند: فلانی را مجبور کردند تا خانه اش را معامله کند و ... و ثانیاً اشکال نقضی دارد و آن اینکه:] لازمه دخالت و اعتبار مقارنت طیب نفس با عقد، آنست

که: پس بیع فضولی نباید بیع حقیقی باشد و عقد او نباید عقد واقعی باشد، چون در آنجا هم طیب نفس مالک در هنگام معامله که نبوده و بعداً بدان ملحق شده [پس باید عقد صوری و بیع صوری باشد] و در نتیجه یا باید بیع فضولی را از اساس باطل بدانیم، که ما و مشهور بدان ملتزم نیستیم و یا باید آن را حکمی خلاف اصل و قاعده دانسته و به حکم اخبار و روایات خاصه تعبداً بدان ملتزم شویم، که این نیز قابل التزام نیست.

و سیّاتی که بیع فضولی هم بیع حقیقی است و مقتضی دارد و صحّت آن با رضای بعدی قانونی است نه یک استثناء، حال هر جوابی در بیع فضولی دادید و مشکل عدم مقارنت طیب نفس با عقد را حلّ کردید، همان جواب در مانحن فیه یعنی بیع مکره نیز داده می شود.

۳- قوله: واضعف من الکل:

اگر کسی ادّعا کند که طیب نفس عاقد شرط صحّت و تأثیر است و عاقد بما هو عاقد باید در هنگام انشاء عقد طیب نفس داشته باشد، و چون مکره به هنگام انشاء طیب نفس نداشته پس عقد او باطل است و با رضای بعدی هم صحیح نخواهد شد.

مرحوم شیخ می فرماید: [این وجه نیز ضعیف است زیرا قبلاً گذشت که طیب نفس عاقد نقشی ندارد، مهمّ در معامله یکی قصد مدلول است که عاقد دارد و یکی طیب نفس است که مالک دارد و امّا علاوه بر آن، عاقد هم در انشاء خود طیبُ النفس باشد بی دلیل است، و بلکه این وجه از دو وجه قبلی اضعف است، زیرا دو وجه قبلی مقارنت طیب نفس خود مالک را مطرح می ساخت، معذلک ردّ شدند، و این وجه طیب نفس عاقد را عنوان می کند که قطعاً مردود و بی دلیل است.] مضافاً به دو جهت مذکور ادّعی فوق لازم می دارد که قابل التزام نیست و آن اینکه:

اکراه گاهی به ناحق است و هو الغالب و گاهی به حق است مثل اینکه حاکم شرعی محکوم را مکره می سازد تا اجناس احتکاری را بفروشد، یا مدیون را ملزم می کند که منزل یا ماشین اضافی را بفروشد و قرضه اش را بدهد و ... ، حال اگر طیب نفس عاقد لازم باشد آنهم مقرون به عقد، پس باید بیوع اشخاصی که به حق مکره می شوند علی القاعده باطل باشد، زیرا اینان هم حین البیع راضی نیستند.

و در نتیجه بیع اینان صرفاً صوری و ظاهری است و تعبداً و بدلیل خاص باید انشاء بیع کنند نه اینکه چون این بیع مؤثر است و سبب نقل و انتقال می شود، انشاء می کنند، و این لازم باطل است، زیرا اجماعی است که بیع مکره به حق صحیح است و ظاهر ادله هم آنست که صحت علی القاعده است یعنی بیع واقعی انشاء شده، نهایت امر اینست که در اکراه بناحق رضایت بعدی مالک شرط است ولی در اکراهی به حق این جهت را شارع مقدس الغاء کرده است.

قوله: و یؤیده:

این فراز بیان چهارم به نفع گروه اول است و آن را به صورت مؤید ذکر می کنند: به زودی خواهد آمد که بیع فضولی با اجازه بعدی مالک صحیح است، آنگاه اگر بیع فضولی کذائی صحیح باشد پس بیع مکره بالحقوق رضا به آن به طریق اولی صحیح است.

[وجه اولویت: در عقد فضولی از دو جهت قصور و نقص وجود دارد: یکی از حیث اینکه: عقد به مالک مستند نیست به اجنبی و فضولی مستند است، و دیگری از حیث اینکه: حین العقد طیب نفس مالک به مضمون عقد نبوده و بعداً آمده، ولی در عقد مکره از یک جهت قصور هست که حین العقد طیب نفس ندارد ولی از جهت دیگر نقص نیست زیرا عاقد و منشی خود مالک است، و این خود مزیتی است.

حال اگر عقد فضولی با وجود دو نقطه ضعف با رضایت و اجازه بعدی صحیح است، پس عقد مکره به طریق اولی باید صحیح باشد.

[سؤال: چرا این را به صورت مؤید آوردند نه دلیل؟]

جواب: چون شاید باب بیع فضولی خصوصیتی داشته باشد و اخبار مربوط به آن باب باشد و قابل تعمیم نباشد. و شاید به خاطر این باشد که انشاء عقد توسط خود مالک مزیتی محسوب نمی شود تا اولویت درست شود.]

قوله: و لیس انشاء:

در بحث اجازه در بیع فضولی خواهد آمد که: آیا اجازه یک عقد جدید و مستأنف است؟ یا امضاء عقد قدیم است؟ مطلبی که تا به حال ذکر شد بر مبنای مشهور بود که اجازه عقد جدید نیست بلکه امضاء عقد قدیم است. و اما بر فرض که آن را عقد جدید بدانیم باز می گوئیم: از این جهت مکره و فضولی مثل هم می باشند و تفاوتی ندارند، ولی مکره مزیتی دارد که در فضولی نیست و در فراز قبلی گفته آمد.

قوله: و توهم:

اگر کسی بگوید: قیاس عقد مکره به عقد فضولی مع الفارق است زیرا در فضولی مزیتی هست که در مکره نیست و آن اینکه: در فضولی، عاقد که شخص فضولی است با طیب نفس انشاء عقد می کند و کسی او را مجبور نکرده ولی در بیع اکراهی عاقد با کراهت نفس عقد می خواند، پس نتوان گفت: عقد مکره به طریق اولی صحیح است.

مرحوم شیخ می فرماید: مزیت مذکور امتیازی برای بیع فضولی نیست، زیرا طیب نفس عاقد نه در اصل تحقق مفهوم عقد معتبر است [در رد ادعای دوم قبلاً ذکر شد] و نه در صحت و تأثیر آن در نقل و انتقال معتبر است؛ زیرا مؤثر در نقل و انتقال طیب نفس مالک است نه اجنبی و عاقد بما هو عاقد. پس فضولی

امتیازی ندارد ولی مکره دارای امتیاز شد و لذا به طریق اولی باید صحیح باشد .
 ۴- قوله : نعم :

بیان چهارم مبنائی است : ممکن است کسی توهم کند که چون انسان مکره فقط الفاظ و کلمات را قصد می کند و معنای آنها را قصد ندارد، لذا در واقع معامله ای صورت نگرفته تا اجازه و رضایت بعدی در آن مؤثر باشد و آن را ترمیم کند پس معامله اکراهی از اساس باطل است و اجازه هم نمی تواند آن را صحیح کند .

مرحوم شیخ در جواب می فرماید : بارها در مسئله اختیار و اکراه گفته آمد که : مکره نیز قاصد معنی و مدلول هست و از این حیث فرقی با مختار ندارد و کمبودی ندارد، فقط مسئله طیب نفس کم دارد، پس مکره معامله حقیقی را انشاء کرده و رضایت بعدی می تواند رفع مانع کرده یا تکمیل شرط نموده و در آن مؤثر باشد . پس دلیلی ندارد کسی بگوید : بیع مکره از اوّل باطل است و منوط به اجازه نیست .

قوله : فظهر :

کسانی که در تأثیر رضایت بعدی تأمل و تردید کرده اند عبارتند از : مرحوم فاضل سبزواری در کفایة الاحکام^(۱) و مرحوم محقق اردبیلی در مجمع الفائدة^(۲) و ایندو بزرگوار در تأمل و تردید از مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد^(۳) پیروی نموده اند و در واقع گروه دوم اینانند که تا به حال چهار بیان از بیانات ایندسته را نقل و نقد کردیم ، اینک می گوئیم : مضافاً به بیانات قبلی سه بیان دیگر برخی از متأخرین آورده اند که مستقیماً به صورت ادله ذکر می شوند :

(۱) کفایة الاحکام، ص ۸۹.

(۲) مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۱۵۶.

(۳) جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۲.

۵- یکی از سه دلیل اخیر عبارتست از آیه تجارت، قرآن فرمود:

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(۱)

کیفیت استدلال: آیه فرموده: اکل مال به باطل و تصرف و تملک اموال یکدیگر بدون مجوز و سبب شرعی و اسباب مملکه حرام است مگر در صورتی که سبب اکل و تملک تجارت از روی تراضی باشد و کلمه عَنْ برای مجاوزت است، رمیتُ السهم عن القوس یعنی تیر از کمان تجاوز و عبور کرد، عن القوس ای المتجاوزة المتعدية العابرة عن القوس، پس باید کمائی باشد تا تیر از آن عبور کند ...

در مانحن فیه هم تجارة عن تراض یعنی تجارت و دادوستدی که از کانال تراضی بگذرد و در خارج واقع شود، تجارت صادره از تراضی، تجارتی که از تراضی طرفین سرچشمه بگیرد، یعنی اول تراضی و بعد تجارت، یعنی تراضی سابق باشد و تجارت مسبوق باشد، و سبب مملک چنین تجارتی است، و در بیع مکره این عنوان صادق نیست، آنجا تجارت صادره از تراضی نیست بلکه تجارت و معامله بدون تراضی بوده و تراضی بعداً ملحق می شود، که تجارت سابق و تراضی مسبوق است پس چنین معامله ای مجوز اکل و تصرف و تملک نیست، پس باطل است.

۶- یکی دیگر از سه دلیل روایت مشهور نبوی «حدیث رفع» است که در

فرازی فرموده:

رفع عن امتی ما اکرهوا علیه، و در مانحن فیه شخص مکره بر اصل معامله و بیع مکره شده، و حدیث رفع اصل این عمل اکراهی را برمی دارد، یعنی چنین معامله ای بی اثر است و وجودش کالعدم است.

و همان طور که اگر تکویناً معامله ای نبود اثری هم نبود و رضایت لاحق

(۱) سوره نساء آیه ۲۹.

معنی نداشت، هکذا تعبداً هم که با حدیث رفع معامله را برداشتیم، کآن لم یکن می شود، و چیزی نمی ماند تا رضای بعدی آن را ترمیم و تصحیح و تکمیل نماید، پس معامله اکراهی از اصل باطل است.

۷- یکی دیگر از سه بیان که به صورت مؤید ذکر شده یک قیاس است:

اگر بیع مکره با رضایت لاحق صحیح باشد پس باید بیع هازل هم بالحقوق رضا صحیح و مؤثر باشد واللازم باطل فالملزوم مثله.

بیان ملازمه: چون در هر دو بیع هم قصد انشاء وجود دارد و در مقام انشاء هستند و هم قصد مدلول دارند، پس مثل هم می باشند، بیان ابطال لازم: اجماعی است که بیع هازل با اجازه بعدی صحیح نیست. پس باید بیع مکره هم باطل باشد، و اجازه بعدی در آن بی اثر باشد.

قوله: والکل کما تری:

مرحوم شیخ می فرماید هر سه بیان باطل و ناتمام است: [از بیان سوّم جوابی نمی دهند ولی جوابش روشن است که قیاس مع الفارق است زیرا در هازل صورت بیع و بیع صوری است نه بیع حقیقی و واقعی و لذا در واقع معامله ای نیست تا اجازه بعدی سبب امضاء آن باشد، ولی در بیع مکره حقیقتاً بیع و معامله صورت گرفته و جادّ است نه هازل و لذا قابلیت دارد که با اجازه بعدی تصحیح شود.]

اما جواب از آیه: بطور کلی گاه در یک معامله ای از اوّل تا آخر طیب نفس وجود ندارد، اینکه قطعاً باطل است.

و گاهی از اوّل تا آخر طیب نفس وجود دارد و تجارت صادره از تراضی است، این هم قطعاً صحیح است.

و گاهی معامله ای در آغاز اکراهی و بدون طیب نفس بوده ولی بعداً رضایت به آن ملحق شد، که مورد بحث است، حال آیه تجارت چگونه بر بطلان این قسم

دلالت می‌کند؟ منظوقاً که دلالتی ندارد، زیرا منظوق آیه تجارت عن تراض را بیان کرده ولی بدنبالش یا پیش از آن نفرموده که: ولا یکون تجارةً لاعن تراض و ... ، پس ناچار از مفهوم آیه باید استمداد کرد، و مفهومی که در مورد آیه قابل فرض است یا مفهوم حصر است، یا مفهوم وصف، [چون مفهوم شرط و غایت و مانند آن قطعاً متصور نیست].

اما مفهوم حصر: منظوق آیه این باشد که: منحصرأ مجوزاً اکل و تملک مال دیگران تجارت صادره از تراضی است، و فقط این نوع از تجارت صحیح است و ملکیت می‌آورد، مفهومش آنست که: پس غیر این قسم صحیح نیست و مجوز و سبب ملک نمی‌شود، و بیع مکره غیر آن است پس صحیح نیست.

و اما مفهوم وصف: کلمه تجارت موصوف و عن تراض وصف است و معنای آیه اینست: تجارتي که این صفت دارد صادره از تراضی است مجوزاً اکل است، مفهومش آنست که: پس تجارتي که فاقد این وصف است و از تراضی سرچشمه نمی‌گیرد مجوز نیست و باطل است، و تجارت مکره فاقد وصف مذکور است پس باطل است.

ولی خوشبختانه یا متأسفانه از هیچکدام از دو مفهوم مذکور نتوان استمداد کرد:

اما از مفهوم حصر: این در صورتی است که حصری در میان باشد تا مفهوم داشته باشد و در مورد آیه اصلاً حصر و انحصاری نیست.

بیان ذلک: مقدمه:

استثناء یا از کلام موجب است [جائنی القوم الأزیداً] یا از کلام منفی است [ما جائنی من احد الأزید] در هر صورت یا استثناء متصل است [مثالهای مذکور] و یا منقطع است [جائنی القوم الأحماراً و ...] و در هر صورت یا مفرغ است

یعنی مستثنی منه در کلام ذکر نشده [ما جائنی الأزیذ] و یا تامّ و غیر مفرّغ است
 یعنی مستثنی منه در کلام ذکر شده [ما جائنی من احد الا ...] حال از کلام شیخ
 مستفاد است که: هر استثنائی مفید حصر نیست بلکه به صورت قضیه مانعة الخلوّ
 در یکی از دو صورت مفید حصر است:

۱- یا استثناء متصل باشد که مطلقاً و در جمیع فروض مذکور مفید حصر
 است.

۲- و یا اگر استثناء منقطع است مفرّغ باشد و گرنه مفید حصر نیست.
 پس اگر استثناء منقطع و غیر مفرّغ بود مفید حصر نیست. با این مقدمه
 می گوئیم:

مانحن فیہ [آیه تجارت] از همین قسم است زیرا که مستثنی منه اکل مال به
 باطل است که محکوم به حرمت است و مستثنی تجارت صادره و از تراضی است
 که محکوم به حلیت است، و تجارت کذائی موضوعاً و تخصّصاً از مستثنی منه و
 اکل مال به باطل خارج است و استثناء منقطع است، ضمناً مستثنی منه هم در کلام
 آمده پس غیر مفرّغ هم هست، و چنین استثنائی مفید حصر نیست تا مفهوم
 داشته باشد، همین اندازه دلالت دارد که: ولکن تجارت کذائی مجوز اکل
 می شود، و اما تجارتی که بدو در آن تراضی نبوده ولی بعداً بدان ملحق شده چه
 حکمی دارد؟ از نفی و اثبات آن ساکت است، و این فرد را با بیاناتی که قبلاً
 داشتیم [چهار بیان] حکمش را روشن می کنیم [البته محشّین نوعاً به مرحوم شیخ
 اعتراض کرده و این نوع از استثناء را هم مفید حصر دانسته اند^(۱)].

و اما جواب از مفهوم وصف: اولاً در علم اصول به ثبت رسیده که: جمله
 وصفیه مفهوم ندارد، و اثبات شیئی نفی ما عدا نمی کند، فی سائمة الغنم زکاة
 مفهومش این نیست که: پس در معلوفه غنم زکات نیست. و ثانیاً بر فرض قبول

(۱) حاشیه ایروانی ره، ص ۱۱۳؛ حاشیه سید ره، ص ۱۲۶؛ حاشیه مرحوم شهیدی، ص ۲۶۱.

مفهوم وصف، می گوئیم: هر وصفی که دارای مفهوم نیست، خصوصاً اوصافی که وصف غالبی نبوده و بیانگر حال غالب افراد نباشند.

و خلاصه اینکه: قید توضیحی نباشند بلکه احترازی باشند اینها مفهوم دارند، ولی اوصافی که وارد در مورد غالب باشند و صرفاً بیانگر آنست که: غالب افراد یک ماهیت دارای فلان خصوصیت هستند و نادری آن را ندارند، چنین وصفی مفهوم ندارد، و بدان معنا نیست که حکم هم در انحصار همین فرد غالب باشد، مثلاً آیه می فرماید:

﴿وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(۱) یعنی یکی از محرمات ریبیه ها و دختران همسران شما هستند آنهم ربائیبی که در دامان شما بزرگ می شوند، ولی این بدان معنی نیست که: پس دختران همسرانی که از قبل کبیره و بزرگ بوده و در دامان مرد جدید تربیت نشده اند حرام نیستند، چرا آنها نیز حرام هستند ولی تقیید به اللاتی فی حجورکم برای اینست که غالباً ربائب صغیرند و در دامان مرد جدید پرورش می یابند، و گرنه تقیید مذکور نقش دیگری ندارد.

حال مانحن فیه از این قبیل است یعنی وصف عن تراض و وصف غالبی است و بیانگر آنست که: غالباً خود مالکین تجارت می کنند و غالباً هم از آغاز با میل و رغبت و طیب نفس تجارت می کنند و لذا تجارتشان از تراضی سرچشمه می گیرد، ولی گاهی هم ممکن است این طیب نفس از اول نباشد و بعداً بیاید اما حکم به حلیت و جواز اکل مخصوص مورد وصف نیست، و تعمیم دارد.

قوله: ودعوی:

اگر کسی مدعی شود که: قید مذکور صرفاً قید توضیحی نیست بلکه احترازی است و آمده برای احتراز از تجارتی که فاقد وصف مذکور است، بویژه اینکه: اصل در قیود هم احترازی است، و وقتی این مسجّل شد مفهوم هم

(۱) سوره نساء آیه ۲۳.

خواهد داشت .

مرحوم شیخ می فرماید: این ادعا در مورد آیه ممنوع است [و توضیحی نمی دهند که چرا ممنوع است و صرفاً به آینده و مبحث بیع فضولی حواله می دهند، ولی شاید وجهش این باشد که قید غالبی بودن معلوم است یعنی در واقع حتماً چنین است که غالباً تجارتها از طیب نفس صادر می شوند، و از این کانال عبور می کنند، اما مضافاً به این احترازی هم باشد معلوم نیست، پس مفهوم داشتن هم مدلل نیست .]

قوله: واما حدیث الرفع:

و اما جواب از حدیث رفع: از این بیان دو جواب می دهند:

جواب اوّل: کراراً گفته آمد که حدیث رفع در مقام امتنان وارد شده و تنها احکام تکلیفی و وضعی الزام آور را برمی دارد، یعنی اگر به ترك واجب یا فعل حرامی مکره شدیم، حدیث رفع در آنجا الزام به ترك یا به فعل را برمی دارد و در ظاهر اذن در ارتکاب می دهد. و نیز اگر از ناحیه معامله ای الزامی بیاید و بایع ملزم به پرداخت مبیع و ... باشد با حدیث رفع آن الزامات و مؤاخذات عند الاکراه مرتفع می شود، ولی در مانحن فیه سه حکم متصور است که هیچکدام به حدیث رفع مربوط نیست:

۱- موقوف بودن بیع مکره بر اجازه و رضایت بعدی: حدیث رفع این را رفع نمی کند، زیرا معنای توقّف اینست که: اختیار با مکره است، اگر خواست امضاء می کند و اگر نخواست فسخ می کند، و این که الزام و اجبار نیست، کلفت و مشقت نیست، بلکه حقّی است به نفع مکره نه به ضرر او .

۲- اگرچه یکطرف مکره است و ملزم به وفاء به عقد نیست، ولی طرف دیگر مختار بوده و با طیب نفس اقدام کرده و وارد معامله شده و در مواردی که بیع خیاری نباشد، از ناحیه مختار لازم بوده و وی ملزم است که پای عقد و عهد

خویش بایستد، و او فوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... او را شامل است. پس یک الزامی در مورد معامله اکراهی درست شد، حال چه مانعی دارد که حدیث رفع همین الزام را بردارد؟ می فرماید: این الزام که مربوط به مکره نیست، مربوط به طرف مقابل است که مختار است و به اختیار خود به این الزامات اقدام کرده و حدیث رفع الزامات شخص مکره را برمی دارد، نه الزام دیگران را.

۳- گفتیم شخص مکره در امضاء یا فسخ مختار است ولی اگر وی ملاحظه کرد و عمداً امضاء یا فسخ را تأخیر انداخت، در اینجا به حکم لاضرر، برای اینکه به دیگری ضرر وارد نشود، مکره را ملزم می کنند که: یکطرف را اختیار کن یا فسخ و یا امضاء.

حال آیا نمی توان گفت: حدیث رفع این الزام را برمی دارد؟ باز هم می فرمایند: خیر، زیرا اگر این الزام از آثار و لوازم خود فعل مکره علیه بود، یعنی اثر نفس عقد بود، با حدیث رفع مرتفع می شد، ولی این الزام از توابع حقی است که برای مکره ثابت است، و جمعاً بین الحقیین درست شده یعنی هم مکره پس از رفع اکراه حق انتخاب دارد که فسخ یا امضاء کند، و هم طرف دیگر برای دفع ضررش حقی دارد، حاکم برای جمع میان دو حق، مکره را ملزم به اختیار احدهما می کند، و چنین چیزی با حدیث رفع برداشته نمی شود، چون اصلاً در مورد اکراه ثابت است و در جواب ثانی مفصلاً خواهد آمد که اینگونه احکام با حدیث رفع برداشته نمی شوند.

قوله: ثم ان:

مقدمه: بنابر اینکه اجازه بعدی مؤثر باشد این بحث مطرح می شود که آیا اجازه لاحق ناقله است؟ یا کاشفه؟ معنای ناقله بودن آن است که: تا اجازه نیاید اصلاً نقل و انتقالی صورت نگرفته و ملکیتی محقق نمی شود. و معنای

کاشفه بودن آنست که: اجازه کاشف از اینست که در واقع از وقتی که عقد واقع شد نقل و انتقال و ملکیت هم حاصل شد و علام الغیوب می دانست ولی ما نمی دانستیم و با اجازه بعدی ما نیز فهمیدیم.

حال دلائل نقل چیست؟ ادله کشف کدام است؟ ثمره بحث کجا ظاهر می شود؟ اینها مطالبی است که هم در بخش پایانی همین مسئله به زودی خواهد آمد و هم مبسوطاً در بیع فضولی خواهد آمد، با این مقدمه می گوئیم: اینکه در جواب اول گفتیم: اینجا جای حدیث رفع نیست [چون الزام و اجباری نیست بلکه اختیار و وسعت است و ...].

در این جهت لافرق که ما اجازه بعدی را ناقله بدانیم یا کاشفه، اگر ناقله باشد که پرواضح است، زیرا علی النقل تا اجازه و رضایت نیاید اصلاً ملکیتی نیست پس مؤاخذه و الزامی هم نیست تا حدیث رفع مجری داشته باشد. و اگر کاشفه باشد ممکن است در بدو امر خیال شود که اینجا حدیث رفع مجری دارد. به این دلیل که: در واقع از اول ملکیت آمده پس مؤاخذه و الزام هست پس حدیث قابل جریان است، ولی با اندکی تأمل و دقت این خیال مرتفع شده و یقین می کنیم که باز هم جای حدیث رفع نیست، به این بیان: تا اجازه نیامده کاشفی نیست و تا کاشفی نیست الزام و مؤاخذه ای هم نیست [الزام یا مؤاخذه بر امر منجز و معلوم است نه امر واقعی و مجهول] پس باز هم وجهی برای جریان حدیث رفع نیست.

جواب دوم:

مقدمه: ما در اینجا سه دسته عناوین داریم:

۱- احکام تکلیفی و وضعی ای که بر افعال اختیاریه مکلفین مترتب می شود،

از قبیل: حرمت، سبیت و

۲- افعال اختیاریه مکلفین که متعلقات احکام اند، مانند: غضب، شرب خمر، معامله و

۳- عناوین رافعه یعنی عناوینی که احکام را برمی دارند، مانند: خطأ، نسیان، اکراه، اضطرار و

سؤال: احکام شرعیه ای که بر افعال اختیاریه مکلفین بار می شود با عناوین رافعه چه نسبتی دارند؟ سه صورت متصور است:

۱- احکام شرعیه بر افعال ما به نحو بشرط لانسبت به عناوین رافعه مترتب می شوند، مثل وجوب قضاء و کفاره که بر افطار عمدی مترتب می شود و موضوع آن افطار عمدی است یعنی افطاری که از روی خطأ، سهو، نسیان، اکراه، اضطرار و ... نباشد و بشرط نبود این عناوین، و مثل جهنمی شدن، قصاص و ... که بر قتل عمدی مترتب است و من قتل مؤمناً متعمداً فجزائه جهنم، که قصاص بر قتل عمدی مترتب است.

حال حدیث رفع با اینگونه از احکام کاری ندارد، اینها موضوعشان مقید به حال عمد و التفات و اختیار است و مادامی که موضوع باشد حکم هم هست و الا فلا.

۲- احکام شرعیه ای که بر افعال مکلفین به نحو بشرط شیئی نسبت به عناوین رافعه مترتب می شود، یعنی فعل ما وقتی فلان حکم را دارد که یکی از این عناوین را دارا باشد.

مثلاً قتل خطای با همین قید و خصوصیت و عنوان خطای بودن موضوع دیه است. رکن منسی با قید منسی بودن موضوع وجوب اعاده و قضاء است و

حال حدیث رفع با این دسته از احکام هم کاری ندارد زیرا که اینها در مورد همین عناوین ثابت می شوند، و موضوع اینها همین عنوان خطأ و نسیان و مانند آن است و معقول نیست که به وسیله رفع الخطأ و النسیان مرتفع شود، یعنی هم خطأ

موضوع این حکم باشد و موجب ثبوت آن و هم رافع آن باشد، این تناقض است.

۳- احکامی که بر افعال مکلفین به نحو لا بشرط مترتب می شوند، یعنی بر طبیعت فعل، بر عمل لو خلی و طبعه، بر عمل مع قطع النظر از عناوین رافعه مترتب می شود، بر عمل به عنوان اولی و اصلی و اختیاری بار می شوند، نه به عنوان ثانوی عارضی غیر اختیاری، مثلاً شرب خمر بما هو شرب الخمر حرام است، غصب بما هو غصب حرام است، بیع بما هو بیع سبب ملکیت است و ...

حال در اینگونه از احکام حدیث رفع قابل جریان است و با عروض یکی از عناوین رافعه این احکام در ظاهر رفع می شوند، مثلاً اگر نسیان آمد حرمت غصب می رود، اگر اکراه آمد حرمت شرب خمر می رود، سببیت بیع برای نقل و انتقال می رود، اگر اضطراب آمد حرمت اکل میته و ... می رود.

با حفظ این مقدمه می گوئیم: مفاد حدیث رفع و فراز رفع ما اکرهوا علیه که مورد بحث ما می باشد آنست که: آن احکامی که برای فعل اکراهی ثابت بودند لولا الاکراه، آن احکام در فرض اکراه و مع الاکراه از آن فعل مرتفع می شوند، و در مورد بحث ما که معاملات اکراهی است لولا الاکراه بیع علت تامه و سبب مستقل بود برای ملکیت و نقل و انتقال، ولی اکراه که آمد این سبب تام و مؤثر کامل بودن را از معامله گرفت، ما نیز قبول داریم ولی فعلاً کلام در علت ناقصه و جزء العلة است یعنی اینکه بیع جزء مؤثر در ملکیت باشد و رضای بعدی جزء دیگر و روی هم رفته علت تامه باشند، و جزء العلة بودن معامله چیزی نیست که قبل از اکراه و لولا الاکراه ثابت باشد تا مع الاکراه مرتفع شود، بلکه جزء علت بودن در فرض اکراه و مع الاکراه ثابت است و چیزی که اصلاً موضوع عیش اکراه است و در این فرض ثابت است چگونه معقول است که با خود اکراه رفع شود. پس سبب مستقل بودن که لولا الاکراه بود مع الاکراه رفع شد.

ولی سبب ناقصی که ما مدعی هستیم اصلاً قبل از اکراه نبود تا با آمدن اکراه برود بلکه مع الاکراه و در مورد آن است، پس حدیث رفع جزء سبب بودن بیع مکره را بر نمی دارد، پس عقد مکره هم سبب ناقص ملکیت است و جزء سبب دیگر هم رضای مالک است که بعداً ملحق می شود و معاً سبب تام گردیده و باعث صحّت معامله می شوند.

قوله: ولکن یرد:

استدراکی از جواب دوم و رد آن است:

ما دودسته ادله و عناوین داریم:

۱- ادله عناوین اولیه: اطلاقات و عموماتی که بر صحّت بیع و هر معامله ای دلالت دارند، از قبیل: احلّ الله البیع، اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... که به عموم و اطلاق مطلق بیع را صحیح می دانند، چه بیع مکره و چه غیر مکره، چه بعداً رضا ملحق بشود یا نه.

۲- ادله عناوین ثانویه: روایاتی که مشتمل بر عناوین رافعه است از قبیل حدیث رفع و مانند آن، و در علم اصول به ثبت رسیده که ادله عناوین ثانویه بر ادله عناوین اولیه حکومت و تقدّم دارد، و نوع حکومت هم در مانحن فیه تفضیعی است، یعنی قدری دائره ادله اولیه را محدود می کنند، به این بیان که: ادله اولیه می گفت: هر بیعی صحیح است، و ادله ثانویه می گوید: بیع اکراهی صحیح نیست و بی اثر است.

آنگاه ادله اولیه ظهور در سببیت مستقلّه داشته و دلالت دارند که بیع علت تامّه ملکیت است و حدیث رفع می گوید: عند الاکراه بیع سببیت کذائی ندارد، امّا معنایش این نیست که پس سبب ناقص هست، سبب ناقصی قبلاً نبوده تا الآن استصحاب و ابقا شود، سبب کامل بود که با حدیث رفع رفت، و خود حدیث هم سبب ناقص درست نمی کند زیرا که نافی و رافع است و نه واضع و

مثبت پس این سبب ناقص از کجا آمد؟ مجرد خواب و خیال است و گرنه دلیلی ندارد.

به بیان دیگر: پس از تقیید ادله اولیه و اطلاقات به وسیله حدیث رفع و جدا کردن بیع اکراهی دیگر دلیلی بر صحّت بیع اکراهی نیست، چون اطلاقات محدود و مخصوص بیوع اختیاری شد و بیع مکره ولو با رضای بعدی بر صحّت ندارد و بر فرض شک در صحّت آن با رضای بعدی از اصالة الفساد که اصل اولی در معاملات هست استفاده می کنیم.

قوله: بل:

ظاهر ادله و اطلاقات این شد که معامله سبب تام و مستقل است، حال بر فرض که ادله دلالت کنند بر اینکه معامله سبب مطلق است اعمّ از اینکه تامّ باشد یا ناقص باز می گوئیم: عندالاکراه همان سبب مطلق یا مطلق السبب مرتفع می شود، و چیزی باقی نمی ماند پس دلیل صحّت اینجا نفعی ندارد. پس جواب دوم تخریب شد و باید حکم به بطلان بیع مکره کرد.

قوله: اللهم:

مناقشه در استدراك مذکور و دفاع از جواب ثانی است:

ما در اینجا سه دسته ادله داریم: [نه دو دسته که در لکن ... محاسبه شد].

۱- اطلاقات و عمومات صحّت و لزوم بیع و غیره [احلّ الله البيع، اوفوا بالعقود و ...].

۲- ادله ای که بر حرمت اکل و تملک مال دیگری بدون رضایت مالک و با نبود طیب نفس او دلالت دارند و مضمون آنها اینست که: باید اکل و تصرف و تملک با رضایت مالک باشد و آنها ادله اربعه [کتاب، سنّت، اجماع، حکم عقل] هستند:

اما کتاب: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تراضی^(۱).

أَمَّا سُنَّتٌ : قولهم بالتَّحْلِيلِ : لايحلّ مال امرءٍ مسلم الأ بطيب نفسه^(۲).

أَمَّا أَجْمَاعٌ : اجماع مسلمین بر حرمت مذکور قائم بوده و بر لزوم طیب نفس دالّ است.

أَمَّا عَقْلٌ : عقل هر عاقلی مستقلّ است که : تصرف در مال دیگری بدون رضایت مالک، ظلم و قبیح است.

۳- أدلّه عناوین ثانویه یعنی حدیث رفع که بر رفع آثار عمل اکراهی و مانند آن دلالت دارد.

حال دسته اول و دوم را که کنار هم بگذاریم از قبیل مطلق و مقید هستند و به برکت دسته دوم عموم و اطلاق دسته اول را تقیید کرده و حاصل جمع این تقیید و اطلاق آنست که : البیع المرضیّ به سبب ملک است آنگاه نوبت به حدیث رفع نمی رسد و حدیث مذکور حکومتی و تقدّمی ندارد زیرا که بیع مقید به مرضیّ به یا مرضیّ به به رضایت سابق است یعنی از آغاز با طیب نفس بیع واقع شد.

اینجا که اصلاً اکراهی نیست تا جای حدیث رفع باشد، زیرا که روز اول با طیب نفس واقع شد و قانون اینست : الشیء لاینقلب عمّا وقع علیه و معقول نیست چیزی که به طیب نفس بود حالا اکراهی شود. و یا مرضیّ به به رضای لاحق است که در مورد بیع مکره همین است، باز هم جای حدیث رفع نیست زیرا نتیجه اطلاق و تقیید این شد که شارع بیع مرضیّ به را سبب ملک قرار داده و این مجموع بما هو مجموع که اکراهی نیست.

آری از این وصف و موصوف خصوص موصوف یعنی ذات البیع اکراهی است، ولی خصوص اینکه منشأ اثر نیست تا اکراه آن را بردارد، زیرا الآن

(۱) سورة نساء آیه ۲۹.

(۲) عوالی اللالی، ج ۲، ص ۲۴۰.

گفته آمد که به حکم ادله اربعه باید طیب نفس هم باشد. فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد.

قوله: فالاطلاقات:

نتیجه اطلاقات اولیه پس از تقیید آنها به ادله لزوم طیب نفس، آنست که: مجموع عقد و رضای بعدی من حیث المجموع سبب تام و مؤثر کامل است و ملکیت آور است و مجموع که اکراهی نیست، آری وقتی شرعاً مجموع مرکب علت تامه بود، قهراً لازمه عقلی مطلب آن است که پس هر جزء مرکب جزء علت تامه است، پس عقد مکره هم جزء مؤثر تام و بعضی آن است.

ولی این بعضی مؤثر بودن با حدیث رفع برداشته نمی شود چرا که این لازمه عقلی شد و در علم اصول به اثبات رسیده که: حدیث رفع آثار عقلی و لوازم غیر شرعی را بر نمی دارد، و اموری که وضع آنها به دست شارع باشد رفع آنها بدست شارع است و با حدیث رفع مرتفع می شوند مانند سببیت تامه که بدست شارع بود و با اکراه رفع شد، ولی جزء سبب بودن بدست شارع نیست تا رفع شود. پس باز هم جای حدیث رفع نیست.

[البته بعضی کتابهای مکاسب بجای لانه اثر عقلی غیر مجعول، فرموده: لان الاکراه مأخوذ فیه بالفرض، که ظاهراً نسخه اول صحیح است و در چند سطر بعد هم بدان تصریح شده، و دوّمی صحیح نیست چون همان جواب قبل از ولکن است که با ولکن ... استدراک و مناقشه شد.]

قوله: وهذا لا یفرق:

معلوم شد که در مانحن فیه حدیث رفع جاری نمی شود، حال در این جهت جواب دوّم مثل جواب اول از حدیث رفع است، یعنی لافرق که ما قائل به نقل باشیم و اجازه را ناقله بدانیم یا قائل به کشف باشیم، بیان ذلک: اما بنابر نقل: فرض اینست که تا رضایت بعدی نیامده اصلاً نقل و انتقال و

ملکیتی نیست تا الزام و مؤاخذه‌ای باشد و حدیث رفع جاری شود، بلکه تمام المؤثر ای متمم المؤثر [چیزی که سبب تتمیم و تکمیل مؤثر می‌گردد و جزء العله است و موجب تمامیت علت می‌گردد] اجازه لاحق‌ه است و با آمدن اجازه علت و مؤثر در ملکیت تام می‌گردد و بدنبالش معلول که خود ملکیت است می‌آید و قبل از آن چیزی و اثری نیست تا با حدیث رفع برداشته شود.

و اما بنابر کشف: باز هم خود عقد به تنهایی مؤثر نیست تا حدیث رفع جاری شود، مکمل و متمم مؤثر عنوانی است که از رضایت بعدی انتزاع شده و وصف عقد واقع می‌شود و آن عنوان المتعقب للرضا یا بشرط تعقبه للرضا است یعنی مجموع العقد المتعقب للرضا علت تامه ملکیت است و این مجموع که دارای اثر است و شارع آن را سبب ملک قرار داده، اگرایی نیست تا با حدیث رفع برداشته شود.

قوله: و کیف کان:

چه اجازه ناقله باشد یا کاشفه در هر حال مجموع مرکب از عقد و رضایت بعدی [العقد المرضی به] یا عقد با وصف تعقب للرضا [العقد المتعقب للرضا] که مجعول شرعی است و شارع آن را سبب و مؤثر در ملک قرار داده، اینکه اگرایی نیست تا حدیث رفع سببیت آن را بردارد، آری ذات العقد و عقد تنها بدون قیده‌های مذکور علت ناقصه و جزء المؤثر است که به ضمیمه جزء بعدی تکمیل می‌شود، و این اگرایی است.

ولکن حدیث رفع جاری نمی‌شود و جزء سبب بودن آن را بر نمی‌دارد، چرا که قبلاً گفتیم: حدیث رفع که از شارع بما هو شارع صادر شده چیزهایی را رفع می‌کند که وضع و جعل آنها بدست شارع باشد و در مانحن فیه آنکه به دست شارع است و طبق ادله صحت بیع با تقیید آنها به ادله طیب نفس، شارع آن را مؤثر و سبب تام قرار داده عبارتست از العقد مع الرضا.

[بنا بر نقل] والعقد المتعقب للرضا [بر مبنای کشف] و این امر اکراهی نیست تا با حدیث قابل رفع باشد، و آنکه اکراهی است یعنی ذات العقد که اثر ندارد تا حدیث رفع آن را بردارد، آری جزء سبب است ولی این جزء سبب بودن مجعول شارع نیست بلکه لازم عقلی و به حکم عقل است، زیرا وقتی مجموع بما هو مجموع سبب شد قهراً هر جزئی از اجزاء مجموع، جزء سبب خواهد بود ولی این را عقل می گوید نه شرع و حدیث رفع اینها را بر نمی دارد. پس جای حدیث رفع نیست پس معامله مکره با لحوق رضایت بعدی صحیح است.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره به این باشد که: جزء سبب بودن عقد مستقلاً و مستقیماً مجعول شارع نیست ولی به تبع مجموع و در ضمن آن که مجعول هست، یعنی وقتی شارع مجموع مرکبی را سبب قرارداد و برای آن جعل سببیت کرد، به تبع آن یکایک اجزاء را هم سبب ناقص و جزء سبب قرار داده [شبهه اقم الصلوة که امر به مرکب است و اگر بالمطابقه به مرکبی امر شدیم پس بالتضمن به تک تک اجزاء هم امر شده ایم و اینها هم وجوب شرعی ضمنی دارند.] و همین مقدار از مجعولیت هم [که تبعی بود] کافی است که مستند به شارع باشد و وضع به ید او است، پس قابل رفع هم هست و حدیث رفع به این اعتبار جاری می شود و جزء سبب را که خود عقد اکراهی است؛ برمی دارد و جزء دیگر هم که رضا باشد به تنهایی تأثیری ندارد، پس ناچار باید بگوئیم: بیع مکره از اصل فاسد و باطل است و رضای بعدی کارگر نیست. [و بر همین اساس در اصول در باب اقل و اکثر و شک در جزئیّت از حدیث رفع و فراز رفع مالا یعلمون استفاده می شود با اینکه جزئیّت مستقیماً مجعول شرعی نیست ولی به تبع امر به کل و در ضمن آن واجب می شود و ما از آن عنوان جزئیّت را انتزاع می کنیم و همین قدر که فی الجملة مستند و متناسب به شارع است ولو به لحاظ منشأ انتزاع، پس قابل رفع هم

هست .]

نتیجه: جواب دوّمی که از حدیث رفع دادیم و فراز و نشیبهایی داشت و در مجموع دو جواب بود:

۱- لآن الاکراه مأخوذ فیه بالفرض ... یعنی جزء سبب بودن در مورد اکراه است و با خود اکراه قابل رفع نیست .

۲- لآنّه اثر عقلی غیر مجعول یا امر عقلی قهری ... هیچکدام قابل قبول نیست، بناچار از خیر ثانیاً ... گذشته و به جواب اوّل از حدیث رفع بسنده می کنیم . پس تمامی ادلّه طرفداران بطلان عقد مکره و عدم تأثیر اجازه لاحقّه در آن بررسی و ابطال شد، و حق آنست که بیع مکره مثل بیع فضولی با اجازه بعدی صحیح است .

قوله: بقی الکلام:

فرع دوّم و آخرین مطلب در رابطه با بیع مکره:

بر مسلک مشهور که بیع مکره موقوف به اجازه لاحقّه شد و با آمدن رضایت صحیح شد، این سؤال مطرح می شود: آیا اجازه لاحقّه ناقله است؟ یا کاشفه؟ مرحوم شیخ می فرمایند: مقتضای اصل آنست که ناقله باشد و این اصل سه جور محاسبه شده:

۱- مراد از اصل قاعده باشد یعنی مقتضای قاعده اولیّه عقلیه نقل است .

به این بیان: از اطلاقات و تقییدات فهمیدیم که: البیع المرضی به صحیح است، پس باید طیب نفس هم باشد حال طیب نفس یا جزء المؤثر و یا شرط تأثیر بیع در ملکیت است، هر کدام که باشد از اجزاء علّت تامّه است، و قانون اینست که تا علّت تامّه نباشد معلول هم نیست و تخلف محال است . پس بعد از آمدن رضایت علّت تمام می شود، و بعد از آن معلول و ملکیت می آید نه قبل از آن و معنای نقل هم همین است .

۲- مراد استصحاب عدم ملکیت باشد: قبل از بیع مکره نقل و انتقال و ملکیتی نبود، حال پس از بیع و قبل از اجازه شک می کنیم که ملکیت حادث شد یا نه؟ از استصحاب عدم ملکیت استفاده کرده و نتیجه می گیریم: تارضایت نیاید ملکیت هم نمی آید، و معنای ناقله بودن هم همین است.

۳- تا مالک اصلی راضی نشود حلیت تصرف حادث نمی شود، و بر فرض شک کنیم از اصل عدم حدوث حلیت قبل از اجازه استفاده می کنیم و می گوئیم: تارضا نیامده حلیتی هم نیست و از نبود این حکم تکلیفی نبود حکم وضعی و ملکیت را کشف کرده و می گوئیم: پس معلوم می شود ملکیت هم نیامده و گرنه وجهی برای عدم حدوث حلیت نبود. و معنای نقل همین است.

ولی مقتضای ادله نقلیه و روایات [صحیحۀ محمدبن قیس، صحیحۀ ابی عبیده حذاء و ... که به زودی در بیع فضولی خواهد آمد.] آنست که اجازه کاشفه باشد، و ما چون تابع نص هستیم و دلیل خاص را بر قاعده اولیه مقدم می داریم در بیع فضولی همین را تقویت خواهیم کرد.
قوله: و ربمّا یدعی:

بعضی ها ادعا کرده اند که: چه در بیع مکره و چه فضولی کاشفه بودن هم مقتضای ادله شرعیه و هم مقتضای اصل است: اما مقتضای روایات بودن بیان شد. و اما مقتضای اصل بودن یعنی طبق قاعده بودن بدین بیان است: بعث یعنی انشاء نقل از حین انشاء، و مکره که معامله می کند و صیغه بیع را به زبان می آورد منظورش نقل از حین عقد است. و رضیت هم که بعداً ملحق می شود مفادش رضا به همان مضمون عقد است [نقل از حین عقد] و امضیت هم که شارع بدنبال رضایت می فرماید، و بیع مذکور را امضاء می کند، باز به معنای امضاء همان معامله ای است که مرضی بها است و بر طبق رضای مالک آن را امضاء می کند، پس امضاء شرعی هم به نقل از حین عقد تعلق گرفته و

علی القاعده باید کشفی شد نه صرفاً براساس روایات و تعبداً .

قوله : وفيه :

مرحوم شیخ در رد ادعای مذکور می فرماید : خیر کشف علی القاعده نیست ، زیرا معنای بعث نقل از حین انشاء و عقد نیست . بلکه خود نقل و انشاء تملیک است ، و شما وقتی بیع را معنا می کنید می گوئید : انشاء تملیک عین بمال و سخن از : من حین البیع و ... نیست .

[و اصولاً انشاءات خالی از زمان هستند و فعل امر ونهی هم دال بر اصل انشاء ایجاب یا تحریم است اما زمان در آن نیست ، وفور و تراخی بیرون از محدوده صیغه امر هستند ، و اگر در نهی می گوئیم : از حین نهی و بلافاصله باید ترك شود لازمه عقلی است نه مفاد وضعی] .

پس مفاد عقد اصل نقل و انتقال و انشاء تملیک است نه نقل از حین عقد ، نهایت خود انشاء چون الفاظی است که از لافظی صادر می شود قهرآ در زمان حال و نطق است [و این اختصاص به انشاء ندارد اخبار هم در حال نطق است چه به لحاظ حال حاضر بگوئیم : زید کاتب الآن و چه به لحاظ حال ماضی و مستقبل بگوئیم و چه اصلاً لحاظ هیچکدام از ازمئه ثلاثه نشود ، تکلم الآن است .] ولی منشأ به این انشاء چیست ؟ اصل نقل و تملیک است . آنگاه اگر عقد و انشاء مذکور کمبودی نداشته و از آغاز جامع شرائط باشد و از دیدگاه شارع منشأ اثر باشد ، از آنجا که علت تامه است بدنبالش معلول هم می آید و شارع مقدس حکم به ملکیت می کند .

ولی اگر انشاء مذکور ناقص باشد و پس از آمدن یک امر متأخر تکمیل و مؤثر شود ، مثل مورد بحث ما که با آمدن رضای لاحق تأثیر می گذارد ، در اینجا تارضایت نیاید مؤثر کامل نیست و تا کامل نشود شارع حکم به ملکیت نمی کند ، و پس از تتمیم علت حکم به ملکیت می آید ، و این با نقل می سازد نه با کشف .

قوله: ولذلك:

در اینجا چندین شاهد می آورند مبنی بر اینکه: معامله و صیغه نقل از حین عقد و معامله نیست و گرنه در مواردی تخلف اثر از مؤثر لازم می آید:

۱- در کلیه بیوع تا قبول نیاید ملکیتی نیست، حال فرض کنید دو دقیقه قبل موجب گفت: بعث و بعداً قابل قبلت را گفت، اگر معنای بعث نقلت من حین العقد باشد، و معنای اشتریت یعنی قبول نقل کردم از حین اشتراء ایندو تطابق ندارند، پس نباید صحیح باشد، خیر حق اینست که معنای بعث اصل نقل است و اشتریت هم یعنی همان نقل و تملیک را قبول کردم ...

۲- در بیع صرف تا تقابض فی المجلس نیاید ملکیتی نیست، حال چه بسا تقابض ساعتی پس از عقد و معامله باشد، و اگر بعث نقل از حین عقد باشد پس باز اثر آن که ملکیت است از آن تخلف کرده و هماهنگی ندارد.

۳- در بیع سلم هم نسبت به خصوص قبض ثمن مطلب همان است که در بیع صرف آوردیم.

۴- در هبه هم که تا قبض مال موهوب از سوی موهوب له حاصل نشود ملکیتی نیست باز مطلب همان است.

۵- برمسلك مشهور تا عقد آمد ملک می آید معامله خیاری باشد یانه، مدت خيار منقضى شده باشد یانه، ولی برمسلك شیخ طوسی تا مدت خيار منقضى نشود اصلاً ملکیتی نیامده باز مطلب همان است که ذکر شد. نتیجه: در تمام موارد مذکور بیع نقل از حین عقد نیست بلکه اصل نقل است ...

قوله: ان قلت:

درست است که حکم شارع به ملکیت در بیع مکره پس از رضای مالک است ولی چون این حکم به ملاحظه رضای مالک و براساس امضاء آنست و رضا هم به اصل بیع می خورد، چه مانعی دارد بگوئیم: پس از رضایت مالک و بدنبال

آن شارع مقدس حکم کند به ثبوت ملک از قبل از رضایت و از اوّل معامله؟
 قوله: قلت:

این یک بام و دو هوا است و معقول نیست زیرا ملکیتی که شارع حکم می کند ملک شرعی است و تا رضایت نیاید حکمی نیست و تا حکم و جعلی نباشد مجعول و ملکیتی نیست فکیف یعقل که قبل از جعل و قبل از علت تامه آن مجعول و ملکیت بیاید؟! پس علی القاعده نتوان کشفی شد، آری اگر روایات با کشف منطبق بود ما به دلائل خاصه آن را اختیار می کنیم.
 قوله: و ان شئت:

برای توضیح بیشتر توجه شما را به باب فسخ بیع جلب می کنیم: فسخ نقطه مقابل اجازه و امضاء است، و فسخ هم به عقد سابق می خورد و مقتضای فسخ اینست که: عقد سابق باطل و کأن لم یکن تلقی شود.

اما معنای فسخ این نیست که: آن ملکیتی هم که از حین عقد تا حین فسخ بوده از بین می رود و شخص ضامن هم هست، خیر فسخ از حین عقد نیست بلکه از حین فسخ است و از حالا به بعد عقد سابق را بی اثر می کند، پس اجازه هم باید به قرینه مقابله چنین باشد یعنی از حالا به بعد معامله را صحیح و مؤثر قرار دهد و این با نقل می سازد نه کشف.

قوله: ثمّ علی القول:

در معامله اکراهی گاهی طرفین هر دو مکره شده اند حکمش همان است که رضایت هر دو لازم است و... ولی معمولاً یکطرف مکره و دیگری مختار است. حال سؤال اینست که: آیا تا زمانی که مکره معامله را ردّ یا امضاء نکرده، طرف دیگر یعنی مختار حق دارد معامله را فسخ کند یا ملزم به صبر و انتظار است؟ می فرماید:

[اگر اجازه ناقله باشد، آری حق فسخ دارد زیرا تا اجازه نیامده ملکیتی نیست

و مبیع ملک مشتری نشده پس در واقع اصلاً فسخ هم نیست و انفساخ است و طرف دیگر حق دارد در مال خویش تصرف کند. [ولی اگر اجازه را کاشفۀ دانستیم اینجا محلّ بحث است که: طرف دیگر حق فسخ دارد یا نه، و مبسوطاً در بیع فضولی این مسئله خواهد آمد.

(۶)

(حریت متعاقدين)

(مسئله چهارم)

یکی از شروط متعاقدين آنست که: موجب و قابل [در عقود] یا موجب [در ایقاعات] حرّ و آزاد باشند تا عقد یا ایقاع و در یک کلام انشاءشان صحیح و مؤثر باشد. بنابراین اگر هر دو یا یکی از آن دو مملوك [عبد یا امه] بودند چه باید کرد؟ آیا انشاء مملوك مطلقاً صحیح و مؤثر است؟ یا مطلقاً نافذ و ماضی نیست؟ یا با اذن سابق از مولی نافذ است و بدون آن مؤثر نیست؟ یا با رضایت مولی چه به نحو اذن سابق و چه به نحو اجازه لاحق، صحیح است و بدون آن باطل است؟

مرحوم شیخ در این رابطه در دو مرحله بحث می کنند:

۱- اصل لزوم اذن و اجازه و رضایت مولی می فرمایند: در مواردی که عاقد مملوك است حتماً باید به اذن سیّد و مولایش باشد و بدون آن انشاء نافذ نیست، و در عدم جواز و نفوذ فرقی نیست که عقد یا ایقاع را برای خودش انشاء کند یا برای دیگری و کالّه، در فرضی هم که برای خودش بود باز لافرق که چیزی را در ذمه خود بفروشد یا بر ذمه خریداری کند.

[مثلاً می گوید: هزار من گندم به ذمه ام فروختم در مقابل صد هزار تومان که

هر وقت آزاد شدم ذمه را فارغ گردانم، یا این متاع را از شما به هزار تومان در ذمه ام خریداری کردم که هر گاه آزاد شدم وجه شما را پردازم. [و یا با مالی که در ید او [در اختیار و در تحت سلطنت او] است برای خود معامله کند [البته بنا بر اینکه عبد مالک بشود ولی محجور باشد و گرنه با عدم مالکیت نوبت به این بیع نمی رسد. [در همه فروض مذکور اذن سید لازم است. پس مدعای ما آنست که:

عبد در انشائات خویش استقلال ندارد و بدون امضاء و اجازه مولی نمی تواند کاری انجام دهد و صحت عقود و ایقاعاتش در گرو اذن مولی است.

دلیل این مدعا: عموماتی که دلالت دارند که مملوک در امور و کارهای خویش استقلال ندارد دلیل مدعای فوق می باشند و آنها دو دسته هستند:

۱- آیه شریفه: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوفاً لا یقدر علی شیء﴾^(۱) کیفیت استدلال خواهد آمد.

۲- صحیح زراره از امام باقر علیه السلام و امام صادق علیه السلام: هر دو بزرگوار فرموده اند: شخص مملوک منحصرأ در یک صورت نکاح یا طلاق نافذ است [انحصار از لایجوز که نفی است با الا ان یكون که استثناء است استفاده می شود. [و آن صورت اذن مولی است [پس اگر با اذن مولی باشد صحیح است و اگر بدون اذن باشد صحیح نیست. [زراره گوید:

از امام علیه السلام پرسیدم: اگر خود مولی برای مملوکش زوجه ای اختیار کرده باشد و به رضایت خود به وی زن داده باشد [چنانچه بنا به دلائلی بعداً طلاق پیش آمد] زمام امر طلاق به دست کیست؟ [مولی؟ یا عبد؟]

امام علیه السلام فرمود: به دست سید و مولی است [یعنی باز عبد استقلال نداشته و از خود صاحب اختیار نیست. [سپس امام علیه السلام به آیه مذکور استشهاد کرده و

(۱) سوره نحل آیه ۷۵.

فرمودند: خدا می فرماید: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾، سپس فرمودند: مصداقی از مصادیقِ شیئی هم طلاق است^(۱) [پس مقدور عبد نیست و باید با اذن سید باشد].

کیفیت استدلال: به بیانات متعدّد از آیه و حدیث می توان عدم استقلال عبد را فهمید:

۱- کلمه لا یقدر که در آیه بود: قادر به کسی می گویند که مستقلاً بتواند کاری را انجام دهد و صد در صد به میل و اراده او باشد [ان شاء فعل وان لم یشاء لم یفعل] پس کسی را که مطلقاً عاجز است و نمی تواند کاری انجام دهد، و یا استقلال ندارد و محتاج به کمک دیگران است عرفاً قادر نمی گویند و عبد هم چنین است، زیرا بدون اذن سید کاری نمی تواند بکند، پس قادر نیست.

۲- کلمه لایجوز ... الا باذن سیده: این کلمه هم جواز و نفوذ نکاح و طلاق را در اذن سید منحصر ساخته است مفهومی است که بدون اذن سید نفوذ ندارد، حال اگر مستقل بود که نیازی به اذن سید نداشت، پس مستقل نیست.

۳- در جواب الطلاق بید من؟ فرمود: بید السید: یعنی اختیار طلاق به دست مولی است نه خود عبد و اگر عبد استقلال داشت از همه اولی بود به اینکه امر طلاق به دست او باشد، چون زوج است و أخذ بالساق است.

حال عبد مملوك قادر نیست یعنی استقلال ندارد، بدنبال آن در آیه کلمه شیئی آمده و نکره [شیئی] در سیاق نفی [لا یقدر] مفید عموم است، یعنی هر آنچه که شیئی بر آن صدق کند عبد نسبت به آن قادر نیست و استقلال ندارد، پس هر آنچه بدون دخالت سید و مولی و اذن او از عبد صادر شود وجودش کالعدم است.

و از جمله این اشیاء همانا عقود و ایقاعات عبد یا انشاءات او است. پس بر انشاء هم قدرت و استقلال ندارد و انشاء صادره از عبد هم وجودش کالعدم

(۱) من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۵، باب ۱۷۳، حدیث دوم.

است. البته منظور اینست که آن اثر مقصود از معامله [علقه زوجیت در نکاح، ملکیت در بیع و ...] بر عقد مملوک مترتب نیست، نه اینکه افعال مملوک هیچ اثری نداشته باشد، خیر افعال او هم مثل فعل حرّ موضوع کثیری از احکام است [مثلاً اتلافات او سبب ضمان است، جنایات او سبب ضمان است، أحداث او سبب غسل و وضو است، طهارات او سبب پاکی و نورانیت درونی است و ...] ولی منظور آنست که: انشاءات عبد و امه بدون اذن مولی آن اثر مطلوب را ندارد.

۲- قوله: اما مع الاذن:

حال که اصل عدم استقلال عبد و محتاج بودن انشاءات او به اذن و رضایت مولی مسلم گشت این بحث مطرح می شود که: آیا اذن سابق لازم است؟ یا اجازه لاحق هم کفایت می کند؟

اول می فرماید: احتمال دارد کسی بگوید: در بیع مملوک فقط باید اذن سابق باشد وگرنه اجازه بعدی کافی نیست، ومانحن فیه با باب بیع مکره و فضولی فرق دارد، و آن اینکه: در بیع فضولی و مانند آن اجازه مالک اصلی که بعداً ملحق می شود، به مضمون و مفاد عقد تعلق می گیرد، یعنی به نقل و انتقال عوضین بار می شود، و نقل و انتقال عوضین زمام امرش به دست مالک اصلی است اگر اجازه داد محقق می شود و اگر ردّ کرد محقق نمی شود، و مالک چنین حقی دارد.

ولی در عقد مملوک اجازه به مضمون عقد، به نقل و انتقال، به عوضین تعلق نمی گیرد، زیرا ای چه بسا مولی بکلی از عوضین و ثمن و مثنم اجنبی است [آنجا که عبد از طرف فرد ثالث وکیل شده یا فضولیاناً برای دیگری غیر از مولی انشاء عقد کرده که زمام امر عوضین دست صاحبان آنها است و ربطی به مولی ندارد].

و تنها حقی که دارد نسبت به خود انشاء عقد و به زبان آوردن این کلمات از سوی عبد است که ملک او بوده و در زبان عبد که ملک مولی است تصرفی شده،

اینهم که علی‌الفرض روز اول استقلالاً و بدون اطلاع مولی محقق شد و معدوم شد [چون الفاظ اینگونه هستند .] و چیزی که مستقلاً واقع شد و سپری شد دیگر امکان ندارد که آن را غیر مستقل ساخته و از حالت اولی اش در آوریم لانّ الشیئی لاینقلب عمّا وقع علیه ، اینست که شاید کسی گمان ببرد که در عقد مملوک اجازه بعدی کارگر نیست و حتماً باید اذن سابق باشد .

قوله : الا انّ :

ولی با وجود احتمال مذکور نظر مبارك شيخ اعظم آنست که : اجازه لاحق هم کفایت نموده و لزومی ندارد که حتماً اذن سابق باشد ، و این مدعا را با سه دلیل به اثبات می‌رسانند :

دلیل اول : عمومات و اطلاقات و فاء به عقود : [اوفوا بالعقود ، احلّ الله البيع و ...] کیفیت استدلال : این عمومات و اطلاقات چهار نوع انشاء و عقد و ایقاع را شامل است :

۱- معاملات احرار و انسانهای آزاد .

۲- معاملات ممالیک با اذن سابق مولی .

۳- معاملات ممالیک با اجازه لاحق مولی .

۴- معاملات ممالیک بدون اذن سابق و اجازه لاحق بلکه استقلالی .

ولی خصوصاتی داریم در باب معامله مملوک [بیع و نکاح و طلاق و ...] مبنی بر اینکه : انشاءات ممالیک بدون دخالت مولی تأثیر ندارد حتماً باید مولی در آن نقش داشته باشد ، آنگاه می‌گوئیم :

اولاً این ادله خاصه نص یا ظاهرند در اینکه اجازه لاحق هم کافی است و آنکه اشکال دارد نوع چهارم است که عبد استقلال داشته باشد و تنها همین نوع استثناء شده است .

و ثانیاً بر فرض اینکه مردّد باشیم که آیا نوع سوم هم استثناء شده یا نه از

عمومات و اطلاقات استفاده می‌کنیم [از عموم در دو باب استفاده می‌شود: یکی در شک در اصل تخصیص و تقیید. و دیگری در شک در تخصیص زائد، و مانحن فیه من هذا القبیل و نامش شبهه مفهومیّه و مخصّص منفصل و اقل و اکثر است که حتماً نسبت به اکثر از عموم عام که بلامزاحم است استفاده می‌شود.]
قوله: ویؤید:

بیان دوم بر اینکه مراد از اذن اعمّ از سابق و لاحق است و اجازه بعدی هم کافی است صحیحۀ زراره است که در آغاز مسئله آوردیم، به این بیان: در آن روایت آمده بود: «المملوك لايجوز نکاحه و طلاقه الا باذن سيّده» و لاشک در اینکه در باب نکاح هم اجماعی است و هم روایاتی داریم [در بیان سوم و در ادامه خواهد آمد] که اذن سابق لازم نیست و اجازه لاحق هم کافی است، آنگاه آن روایات قرینه می‌شوند.

برای اینکه بگوئیم: مراد از اذن در حدیث اعمّ از سابق و لاحق است، سپس به ضمیمه عدم القول بالفصل بقیة انشاءات و عقود را هم به باب نکاح ملحق کرده و می‌گوئیم: اذن سابق لازم نیست.

البته در صحیحۀ مذکور طلاق عبد هم ذکر شده بود که باب طلاق مستثنی است و به دلیل خاص طلاق باید با اذن سابق باشد و توقّف بردار نیست که بگوئیم: اگر مولی اجازه کرد صحیح و اگر اجازه نکرد باطل. خیر طلاق اگر و مگر ندارد، از اول یا واقع می‌شود [با اذن مولی] و یا واقع نمی‌شود [بدون اذن سابق]

قوله: ولا يلزم:

اگر کسی بگوید: با توجه به اینکه طلاق اذن سابق می‌خواهد، پس چرا امام علیه السلام این ویژگی را بیان نکرد؟ آیا این تأخیر بیان از وقت حاجت نیست؟ و آیا تأخیر بیان قبیح نیست؟

در جواب می گوئیم: خیر تأخیر بیانی پیش نمی آید زیرا امام علیه السلام در این روایت در مقام بیان این مطلب است که: عبد استقلال ندارد و بدون مدخلیت مولی کاری نمی تواند بکند و چنان نیست که محتاج به رضایت مولی نباشد و بلکه حتی با کراهت مولی هم بتواند عقدش مؤثر باشد.

و اما اینکه دخالت مولی به نحو اذن سابق باشد یا اجازه لاحق هم کافی است؟ از این حیث ساکت است و از ادله دیگر می فهمیم که در طلاق اذن سابق لازم است.

سؤال: از کجا گفتید: بلکه حتی با کراهت مولی ...؟

جواب: از اینجا که فرمود: الطلاق بید من؟ یعنی طلاق بدست کسی است که اختیار دار او باشد و دیگری بخواهد یا نخواهد او بتواند انشاء کند؟ یعنی صددرصد مستقل باشد، پس استقلال را می زند و کاری به خصوصیات اذن سابق و لاحق ندارد.

[نکته: چرا این بیان دوم را به صورت مؤید آوردند؟ شاید علت آن باشد که همانظوری که در باب نکاح به دلیل خاص اجازه بعدی کافی است و آنها قرینه می شوند که مراد از اذن اعم باشد هکذا در باب طلاق دلیل خاص داریم که باید اذن سابق باشد و اینهم می تواند قرینه باشد بر اینکه مراد از اذن همان اذن سابق است نه اعم و لذا بیان مذکور دلیل نیست و مؤید است.]

قوله: و یؤید المختار بل یدلّ علیه:

بیان سوم: روایاتی در رابطه با ازدواج عبد وارد شده که از آنها هم استفاده می شود که: خصوص رضایت سابق لازم نیست بلکه اجازه لاحق هم کافی است، در این روایات سؤال از اینست که: عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرده است، آیا چنین تزویجی صحیح است یا باطل؟ امام علیه السلام فرموده: امر این ازدواج به دست مولی است و اگر مولی اجازه کرد جایز و نافذ و صحیح

خواهد بود و الا فلا .

سپس تعلیلی هم در ذیل این روایات آمده : آنّه لم یعص الله و انّما عصی سیّدہ فاذا اجاز جاز .

یعنی این عبد خداوند را نافرمانی نکرده [مثلاً با محارم که ازدواج نکرده] تنها سیّد و مولایش را نافرمانی کرده ، پس اگر سیّد راضی شد و اجازه داد صحیح خواهد بود . [دو روایت در این رابطه هست که مرحوم شیخ با کلمه «الروایه» نظر به یکی از آن دو دارند و آن اینکه :

عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجاز و ان شاء فرق بينهما . قلت : اصلحك الله انّ الحکم بن عتیبہ و ابراهیم النخعی واصحابهما يقولون : انّ اصل النکاح فاسد ، ولا تحلّ له اجازة السيّد له ، فقال ابو جعفر عليه السلام : انّه لم يعص الله و انّما عصی سيّدہ فاذا اجازہ فهو له جائز .^(۱)

تقریب استدلال : مرحوم شیخ به دو بیان از این روایات استفاده می کنند :

الف : صد روایت و سئوال سائل داشت : مملوك تزوج بغير اذن سيّدہ این جمله اطلاق یا عموم دارد و هریک از دو فرد زیر را شامل است :

۱- خود عبد که متزوج است خودش هم عاقد است و برای خودش زنی را عقد کرده .

۲- دیگران که حرّ هستند زنی را به عقد او درآورده اند .

حذف متعلق مفید عموم است و فرد اوّل را هم شامل است وهو المطلوب .

قوله : وحمل :

اگر کسی در بیان مذکور تشکیک کرده و بگوید : ما این روایت را بر فرد ثانی یعنی آنجا که دیگری برای عبد عقد نکاح را خوانده باشد [که فضولی می شود] (۱) وسائل الشیعه ، ج ۱۴ ، ص ۵۲۳ ، حدیث ۱ ، باب ۲۴ من ابواب نکاح العیید والاماء .

حمل کرده و می گوئیم: مراد سائل این فرض بوده و جواب امام علیه السلام از این فرض است و روایت از ما نحن فيه [انشاء خود عبد] اجنبی است و لا اقل این احتمال را می دهیم و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

در جواب خواهیم گفت: العبرة بعموم الجواب: امام علیه السلام در جواب سؤال استفصال نکرد و نپرسید که آیا خود عبد عقد خوانده یا دیگری؟ اگر خودش خوانده حکمی دارد و اگر دیگری حکم دیگر دارد و ... بلکه بقول مطلق فرمود: ذاك الى سيده ان اجاز جاز... وترك استفصال مفید عموم است، حذف متعلق مفید عموم است و ... پس ما نحن فيه را هم [که خودش عاقد باشد] شامل است و دلالت دارد که اینهم موقوف بر اجازة بعدی است پس رضایت بعدی کفایت می کند و اذن قبلی لازم نیست.

آنگاه وقتی حکم نکاح عبد معلوم شد، به ضمیمه عدم القول بالفصل حکم سایر انشاءات او نیز روشن می شود که منوط به رضایت مولی است چه سابق و چه لاحق.

ب: قوله: مع ان:

در ذیل روایت و در ردّ کلام بعض العامة [حکم بن عتیبة و ابراهیم نخعی و ...]

امام علیه السلام تعلیلی ذکر کرده و منظور امام علیه السلام آنست که: معصیت دو گونه است:

۱- معصیت خداوند: مثلاً بر محرّمات عقد بخواند و زنی را در حال عدّه و مانند آن برای خود عقد کند.

[در برخی روایات این مثال را آورده و آن اینست:

عن زارة عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال: ذلك الى مولاه ان شاء فرق

بینهما و ان شاء اجاز نکاحهما، فان فرّق بینهما فللمرأة ما اصدقها الا ان يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً فان اجاز نکاحه فهما على نکاحهما الاوّل فقلت: لابی جعفر علیه السلام فانّه فی اصل النکاح كان عاصیا فقال ابو جعفر علیه السلام: انّما اتی شیئاً حلالاً و لیس بعاصٍ لله، وانّما عصی سیده، و لم یعص الله، انّ ذلك لیس کاتیانه ما حرّم الله تعالی علیه من نکاح فی عدّة و اشباهه^(۱).

اگر این باشد قطعاً عقد باطل است زیرا معقول نیست بگوئیم: این عقد منوط به اجازه و رضایت خداوند است، خداوند هیچگاه به معصیت راضی نیست و همیشه نسبت به آن کاره است چه قبل از وقوع و چه پس از وقوع، و اگر هم خدای ارحم الراحمین از سر تفضّل و مرحمت عقاب نکند، یا شخص عاصی توبه کند و خداوند او را عفو کند، باز به معنای رضایت خدا به آن کار نیست، بلکه از آن کار همچنان متنقّر است و مبعوض می دارد ولی عقاب نمی کند.

۲- معصیت مولی: یعنی خدای را نافرمانی نکرده بلکه از مولای خویش سرپیچی کرده و او را معصیت نموده [یا منظور اینست که: نفس عدم اذن و بی اعتنائی به مولی و کسب تکلیف نکردن از او جرأت بر مولی و معصیت او است.

و یا مراد اینست که: واقعاً نهی سابقی بوده و مولی جلوتر او را از این تزویج منع کرده بود و معذک او اقدام کرده و با نهی مولی مخالفت کرده] و معصیت مولی با رضایت بعدی قابل جبران است، پس اگر بعداً راضی شد و آن را اجازه کرد صحیح است.

حاصل کلام اینکه: اگر عمل فی نفسه از اعمالی نیست که شرعاً منهی عنه باشد بلکه صرفاً منهی به نهی سید و مولی است قابلیت دارد که رضایت به آن

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳، باب ۲۴ من ابواب نکاح العیید و الاماء حدیث ۲.

ملحق شود و اینکه بعضی از اهل سنت معصیت سید و مولی را به معصیت خداوند قیاس کرده و مدّعی شده اند که: اصل نکاح فاسد است و اجازه هم کاری نمی تواند بکند، قیاس مع الفارق است.

چرا که در معصیت خداوند رضایت بعدی معقول نیست ولی در معصیت سید معقول است و صحّت دائر مدار اذن و رضای مولی است. نه اینکه مطلقاً باطل باشد و یا مطلقاً صحیح باشد. ضمناً قانون اینست که: العلة تعمّم یعنی حکم مذکور مخصوص باب نکاح نیست در سایر عقود هم مطلب از همین قرار است که هر جا معصیت خدا نشود و فقط معصیت مولی باشد بالحق اجازه و رضا مشکل حلّ می شود و معامله صحیح است.

[نکته: وجه تعبیر به یؤید بل یدلّ آنست که: یؤید به اعتبار بیان اوّل است که احتمال حمل بر عقد الغیر داشت، اگر چه آن احتمال ردّ شد و بهتر آنست که یدلّ می فرمود، و یدلّ به اعتبار بیان دوّم و تعلیل ذیل است.]
 قوله: ومن ذلك:

در مجموع در رابطه با انشاءات عبید و اماء سه نظریه قابل ذکر است:

۱- مطلبی که قبلاً به صورت: فیحتمل ... آوردند و حاصلش آن بود که:

برای صحّت انشاءات ممالیک اذن سابق لازم است و اجازه بعدی کافی نیست.

۲- نظریه شیخ اعظم این شد که: عبد در این امور استقلال ندارد و حتماً باید

مهر و امضاء مولی پای عقد او باشد ولی لازم نیست اذن سابق باشد بلکه اجازه لاحق نیز کفایت می کند.

۳- عقیده بعض^(۱) [مرحوم صاحب جواهر ره] آنست که: اصولاً عقد

و ایقاع عبد صحیح است و وی در این جهت استقلال دارد و نیازی به امضاء و رضایت مولی نیست، بلکه راضی باشد یا نباشد، رضایت هم که دارد رضای

سابق باشد یا لاحق، در هر صورت عقد عبد صحیح است، و بلکه حتی اگر نهی صریح هم بکند و بگوید: حق ندادی در زیانت که ملک من است تصرف کنی و انشاء عقد نمائی باز عقد ازدواج او صحیح است، و از همین روایات معصیت سید این مطلب را درآورده.

به این بیان: حداکثر اینست که بر فرض نهی باشد اگر عبد از آن سرپیچی کرد گناهکار است ولی نهی در معاملات مطلقاً [حتی نهی شرعی و مولوی].

و یا مطلقاً یعنی نهی سید اعم از اینکه به خود معامله بار شود یا به عنوانی خارج از معامله و خصوصاً یعنی مخصوصاً در مانحن فیه که به عنوان تصرف در لسان بار شده که خارج از معامله است. دال بر فساد نیست تا چه رسد به نهی مورد نظر که نهی سید است و با رضای بعدی قابل جبران است. پس بر فرض وجود نهی اگر انشاء عقد کند کار حرامی کرده و مستحق عقوبت است و حکم تکلیفی دارد، ولی کار باطل و فاسدی نکرده و عقدش باطل نیست.

پس مطلقاً انشاء عبد صحیح است و وی استقلال دارد. [اگر چه بهتر آنست که با رضایت مولی باشد.]

قوله: فی غیر محله:

مرحوم شیخ در جواب صاحب جواهر می فرماید: استشهاد شما به این روایات بی مورد است [و شبیه اجتهاد در مقابل نص است]. زیرا یکبار دیگر برگردید و روایات را مرور کنید خواهید دید که سر تا پای روایات تصریح دارند به اینکه: صحّت و جواز نکاح مذکور منوط و معلق به اجازه است و بان یا اذا شرطیه فرموده: فاذا آجاز، جاز، یعنی حتماً معلق است و مفهومش آنست که: اگر اجازه نکند جواز و صحّتی هم نیست.

با وجود این بیان صریح چگونه می فرمائید: اجازه لازم نیست، و ردّ و مخالفت مولی هم کار ساز نیست؟!!

قوله : ودعوى :

اگر صاحب جواهر یا هر فقیهی بفرماید : در رابطه با انشاءات عبد دو چیز مطرح است :

۱- نفس انشاء او که عقد یا ایقاعی از زبان او صادر می شود .

۲- مُنْشَئِ یا مضمون عقد که مثلاً تزویج یا ملکیت و ... باشد .

و روایات که فرمود : ذاك الی سیده فاذا اجاز جاز ... مربوط به دوّمی است یعنی مولی مضمون و مفاد عقد را امضاء کند که بالاجماع منوط به امضاء او است و گرنه تزویجی محقق نمی شود . و نسبت به اولی روایات ساکت است و از اطلاعات و عموماً استفاده می کنیم که نفس انشاء منوط به اجازه نیست و بدون آنها صحیح است .

قوله : حتّی :

گویا کسی می پرسد : ثمره این مطلب کجا ظاهر می شود؟

در جواب می گوید : گاهی عبد برای خودش یا مولایش عقدی می خواند در اینجا ثمره ای ندارد ، زیرا حتماً باید مولی اجازه کند و لافرق که اجازه به مضمون عقد تعلق بگیرد یا به خود عقد و انشاء .

ولی گاهی فضولياً یا به عنوان وکالت برای شخص ثالث عقدی می خواند در اینجا ثمره دارد زیرا اگر روایات مربوط به دوّمی باشد و مضمون عقد را مولی اجازه کند ، اینجا مضمون عقد ربطی به مولی ندارد و اجازه نمی خواهد ، اگر هم بخواهد اجازه شخص ثالث را لازم دارد ، ولی اگر به خود انشاء بخورد ، آن مربوط به مولی و منوط به اجازه او است . پس ثمره هم دارد .

قوله : مدفوعة :

مرحوم شیخ می فرماید : این ادّعا باطل است زیرا از طرفی تعلیل مذکور در روایات دلالت داشت که هر آنچه منوط و متوقف به مراجعه به مولی است و

انجام آن بدون مراجعه به مولی معصیت است، در تمام اینها رضایت مولی به فعل کافی است ولو رضای بعدی، و از طرفی هم مفروض بحث ما اینست که: عقد هم چه لفسه و چه لغیره از این امور است.

[زیرا آیه و روایت صدر بحث می فرمود: عبد بر هیچ چیزی قادر و مستقل نیست و عقد هم شیئی است، پس باید منوط به اجازه و رضایت مولی باشد، نتیجه دو مطلب آنست که انشاءات عبد هم باید با رضایت مولی باشد آنهم اعم از رضای سابق یا لاحق.

قوله: ثم ان:

در ضمن سخنان صاحب جواهر به این مطلب اشاره شده بود که

[غایة الامر هو عصیان العبد واثمه فی ایقاع العقد والتصرف فی لسانه الذی هو ملك للمولى لكن النهی مطلقاً لایوجب الفساد خصوصاً ...].

حال این بیان مشعر است به اینکه: صاحب جواهر پنداشته که مستند مشهور در حکم به بطلان انشاءات عبید آنست که: وی معصیت مولی کرده و در ملک او یعنی زبانش تصرف کرده و چنین تصرفی و تلفظی حرام است، و حرمت هم مستلزم فساد است.

براساس همین پندار در صدد اعتراض برآمده و فرموده: چنین نهی و حرمتی موجب فساد و بطلان نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: ما از این پندار و تبعات آن سه جواب می دهیم:

۱- ما اصل حرمت و حکم تکلیفی اینگونه تصرفات جزئی و ناچیز را قبول نداریم، یعنی اینکه به صرف تلفظ به الفاظ عقد بدون اذن مولی، استحقاق عقوبت برای عبد ثابت شود قابل قبول نیست، زیرا که سیره مستمره بر جواز چنین تصرفات و مکالماتی قائم است [عبید هم روزمره و در کوچه و بازار و در محل کار با دیگران حرف می زنند و سؤال و جواب و مکالمه دارند و احدی

نفرموده: عبید حق ندارند یک کلمه بر زبان بیاورند آنهم بدون اینکه به خدمات و فعالیت‌های آنها برای مولی صدمه ای وارد شود. اگر بخواهند سلامی هم بکنند باید اجازه بگیرند؟!]

پس اینگونه تصرفات قطعاً جایز است، و بلکه برخی از مشاغل و تصرفات فعلی و عملی هم اگر جزئی و ناچیز باشد جایز و بلا مانع است، مثل آب خوردن، قضاء حاجت کردن، اعانت فردی بر کار جزئی و ... اینها که محذوری ندارد، پس انشاء و عقد خواندن هم حرام نیست تا نوبت به فساد و بطلان برسد.

۲- بر فرض حرمت تصرف در زبان به جهت ملک مولی بودن، می گوئیم: از بدیهیات است که چنین حرمتی مستلزم فساد نیست [زیرا که اگر نخی به ذات المعامله یا به جزء آن یا به شرطی از شروط آن تعلق بگیرد، ارشاد به فساد و بطلان است و قطعاً چنین نهی دال بر فساد است، ولی اگر به یک عنوانی خارج از معامله ولی مقارن با انشاء عقد تعلق بگیرد چنین نهی دال بر فساد نیست و مانحن فیه از این قبیل است زیرا نهی به تصرف در لسان تعلق گرفته که با انشاء عقد مقارن و همزمان است.]

آنگاه اصلاً گمان برده نمی شود که مدرک و مستند حضرات مشهور در حکم به بطلان انشاء عبد، حرمت تصرف در لسان باشد، پس آنها مرادشان این نیست و از این باب حکم به فساد نمی کنند تا شما اشکال کرده و بفرمائید: چنین حرمتی موجب فساد نیست.

۳- شما فرمودید: چون انشاء بدون اذن حداکثر تصرف در لسان است و آنهم معصیت مولی است لذا موجب فساد نیست یعنی تصرف در لسان چون معصیت مولی است قادح نیست. مقتضای این سخن آنست که: اگر تصرف در لسان سبب معصیت خدا شود حتماً قادح و مبطل است در حالی که بالاجماع نیست و این لازم و مقتضای کلامتان باورکردنی نیست، زیرا نمونه هائی داریم که کلام

سبب معصیت شارع مقدّس شده ولی موجب بطلان معامله نیست :

الف : اگر کسی در اثناء نماز واجب با قصد و اختیار بگوید : بعث یا اشتریت و ... قطعاً چنین کلامی حرام است چون مبطل نماز واجب است و قرآن فرموده : لا تبطلوا اعمالکم ، ولی احدی فتوی به بطلان عقد مذکور نداده است .

ب : اگر کسی در اثناء قرائت مضیقه [قرائتی که وقت آن ضیق است مثلاً نذر کرده که تمام این ساعت را به قرائت قرآن سپری کند .] عقدی را انشاء کرد باز معصیت کرده و حنث نذر کرده و مخالفت با نذر حرام است ولی احدی نگفته این انشاء باطل است .

ج : در مثل قرائت مضیقه یعنی دعاء مضیق هم مطلب از این قرار است .

نتیجه : مشهور که فتوی به بطلان انشاءات عبد بدون اذن سید داده اند از این باب نیست که این انشاء معصیت مولی است و حرام است و مستلزم فساد است .
قوله : فالتحقیق :

تحقیق مطلب آنست که : مستند و مدرک مشهور در حکم به بطلان عبارتست از :

۱- آیه شریفه صدر این مسئله که فرمود : عبداً مملو کاً لایقدر علی شیئی ، به بیانی که گذشت .

۲- روایاتی که می فرمود : عبد در امورش استقلال ندارد و کار او ماضی و نافذ و گذرا نیست مگر با اذن و رضایت مولی باشد که تصریح داشت : المملوک لایجوز نکاحه و ... الا باذن سیده ، یا می فرمود : ان اجاز جاز ، یا اذا اجاز جاز و ... و این دلائل متقن و غیر قابل ردّ است .

فرع :

اگر شخص ثالثی به عبدی پولی بدهد و به او امر کند که برو و خودش را برای

من خریداری کن، و خلاصه: برای عبد انشاء توکیل در شراء خود عبد کند، و عبد هم بدون اذن و اطلاع مولی این وکالت را قبول کند، بلاشک باید این قبول وکالت با اذن و رضای مولی باشد وگرنه صحیح نیست، ولی فعلاً سخن در اینست که: این فرع دو شعبه دارد:

۱- شخص ثالث عبد را وکیل می کند و بدو امر می کند که: خودت را از مولایت خریداری کن.

۲- شخص موکّل به عبد دستور می دهد که: خودت را از وکیل مولایت خریداری کن.

اما بخش اوّل: سه فرض دارد:

۱- قبل از بیع و شراء، مولی صریحاً وکالت مزبور را امضاء کند و بگوید: امضیت وکالتک، و بدنبال آن بگوید: بعثک ... و عبد هم بگوید: اشتریت نفسی و ... چنین بیعی قطعاً صحیح و لازم است زیرا با امضاء وکالت، عبد وکیل عرفی و شرعی می شود و معامله کمبودی ندارد.

۲- مولی اذن صریح در توکیل عبد نداده ولی همینکه عبد را به بازار آورده و در معرض فروش قرار داده، خودش رضایت به وکالت هم هست [زیرا برای مولی و به حال او فرقی ندارد که اجنبی مستقیماً عبدش را خریداری کند یا به عبد وکالت در شراء بدهد.] حال اگر بگوئیم: همین رضایت کذائی هم کافی است و جای اذن صریح را پر می کند باز بیع و شراء صحیح و لازم است.

۳- بلکه اگر پیش از انشاء بیع اصلاً رضایتی نبوده نه به صراحت و نه به تعریض للبیع و با نفس ایجاب رضایت به توکیل درست شود [به اینکه اجنبی عبد را وکیل کرد و وی نزد مولی رفت و از او خواست که خودش را به او بفروشد و مولی هم گفت: بعثک ...] باز ممکن است بگوئیم: خود ایجاب بیع از سوی مولی نوعی رضایت ضمنی و تبعی به وکالت است، پس باز هم بیع صحیح و

لازم است .

و تنها اشکالی که هست اینکه : پس از ایجاب رضایت به وکالت مسلم شده و از حالا به بعد عبد قابلیتِ شراء را پیدا کرده و از اوّل نداشته پس از اوّل تا آخر عقد واجد شرط نبوده و شاید عقدش باطل باشد .

ولی به عقیدهٔ مرحوم شیخ در مانحن فیه لازم نیست از آغاز تا انجام عقد واجد شرط باشد بلکه در اثناء هم که قابلیتِ بیاید کافی است و نظیر هم دارد که اگر شخص فصولی هزار تومان از مال کسی بردارد و با آن درصدد خریدن متاعی برای مالک اصلی برآید و وارد بازار شود و در مقام شراء، صاحب متاع ایجاب را هم انشاء بکند که تا این لحظه خریدار فصولی است ولی در این اثناء مالک اصلی ثمن از راه رسید و به فصولی وکالت در شراء داد و او گفت : اشتریت ... همین اندازه کافی است و معامله از فصولی بودن درآمده و محتاج به اجازهٔ بعدی نیست .

قوله : وعن القاضی :

در برابر نظر ما و مشهور که حکم به صحّت توکیل مذکور و سپس بیع مذکور کردیم ، جناب قاضی ابن برّاج فرموده : چنین معامله ای باطل است به این دلیل که : عبارت عبد با عبارت مولی یکی است [چون عبارت او به منزله عبارت مولی است پس گویا اشتریت را هم خود مولی گفته] و در نتیجه موجب و قابل متحد و یکی می شوند و این مُخَلَّ به بیع است .

مرحوم شیخ به سه بیان این سخن را ردّ می کنند :

۱- جواب نقضی : آنجا که مولی اذن صریح در توکیل بدهد و سپس بیع و شراء انجام بگیرد، شما و همه فرموده اید : صحیح است در حالی که اشکال شما در اینجا هم هست که : عبارت عبد عبارت مولی است و اتحاد موجب و قابل پیش می آید ... هر جوابی در این فرض دادید، ما هم در فرض شما می دهیم .

۲- اصل اتحاد موجب و قابل یا اتحاد عبارتین را قبول نداریم [زیرا عبارتها که یکی بعث و دیگری اشتریت است، و موجب و قابل هم دو نفر هستند یکی مولی و دیگری عبد، آری عبد به منزله مولی است نه عین او تا اتحادی پیش آید.]

۳- بر فرض اینکه موجب و قابل متحد شوند، اینکه خللی وارد نمی کند و مکرر گفته شده که یک نفر می تواند هم موجب و هم قابل باشد منتها به دو اعتبار، به یک اعتبار که اصیل است و از سوی خود می فروشد موجب است و به اعتبار اینکه وکیل است و برای دیگری خریداری می کند قابل است. اینکه محذوری ندارد.

و اما بخش دوم: اگر عبد را وکیل کنند که از وکیل مولی خود را خریداری کند چه حکمی دارد؟

عده ای از فقهاء منجمله: محقق ثانی^(۱) و شهید ثانی^(۲) فرموده اند: این معامله صحیح نیست زیرا که از سوی مولی ولو ضمناً و تبعاً اذن در وکالت صادر نشده و تا وکالت عبد محرز نشود قابلیت انشاء عقد و قبول بیع را ندارد، آری مولی شخصی را وکیل در بیع عبد کرده ولی این وکالت در بیع انصراف دارد به بیع عبد به دیگران نه به خود عبد، پس دائره اذن این فرض را شامل نیست. و در نتیجه شراء عبد باطل است.

ولی مرحوم صاحب جواهر بر اساس برداشتی که در اصل مسئله انشاءات عبد داشت در اینجا هم فرموده: بر فرض که عبد اذن در قبول وکالت نداشته و کار حرامی کرده و معصیت مولی کرده ولی وکالت او باطل نمی شود و نهی دال بر فساد نیست، پس باید معامله اش هم صحیح باشد^(۳).

(۱) جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۸.

(۲) مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۷۱.

(۳) جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۷۱.

ولی مرحوم شیخ در جواب می فرماید: قبلاً معلوم شد که: مستند فساد وکالت عبد بدون اذن مولی مسئله حرمت و معصیت و بدنبال آن فساد نیست بلکه آیات و روایاتی است که دالّ بر عدم استقلال عبد در امورش بود ... و به حکم آنها قبول وکالت عبد باطل و سپس شراء او هم باطل می شود.

(۷)

(مالک یا مأذون بودن متعاقدين)
(مسئله پنجم)

تا به حال طیّ چهار مسئله گذشته شش شرط از شروط متعاقدين ذکر شد :

۱- هر دو بالغ باشند .

۲- هر دو عاقل باشند .

۳- هر دو قاصد مدلول باشند .

۴- هر دو مالکين را تعيين کنند .

۵- هر دو مختار باشند .

۶- اگر متعاقدين يا احدهما عبد است بايد اذن سيد باشد .

و اينک شرط هفتم از شروط متعاقدين را مورد بحث و بررسي

قرار مي دهيم ، و آن اينکه : متعاقدين يعني موجب و قابل يا بايد هر دو مالک اصلي

باشند [مثلاً موجب مالک اصلي خانه است و قابل هم مالک اصلي ثمن و مستقيماً

خودشان بيع و شراء را انشاء مي کنند .] و يا مأذون و مجاز باشند ، که خود اين

دو شعبه دارد :

الف : از ناحیه مالک اصلي اذن داشته باشند ، مثل موارد وکالت .

ب: از جانب شارع مقدس اجازه داشته باشند، مثل موارد ولایت [ولایت پدر و جد پدری و حاکم شرع و عدول مؤمنین و گاهی فسّاق از مؤمنین و ... که مبسوطاً خواهد آمد.]

و بالجمله: یکی از شروط آنست که: متعاقدین یا هر دو مالک باشند و یا هر دو وکیل مالک و یا هر دو ولی مالک، و یا یکی مالک اصلی و دیگری وکیل مالک دیگر و یا یکی مالک و دیگری ولی مالک دیگر و یا یکی وکیل مالکی و دیگری ولی مالک دیگر باشد تا عقدشان صحیح و منشأ اثر باشد.

متفرّع بر شرط مذکور: پس عقد و انشاء فضولی [هر دو طرف فضولی باشند و یا یکی از آن دو فضولی باشد که با اصیل یا قائم مقام او معامله می کند.] صحیح نیست [چون نه مالک اصلی است و نه وکیل و نه ولی].

قوله: ای لایترتب:

مرحوم شیخ در مقام تفسیر کلمه لایصح برآمده و می فرماید: منظور از عدم صحّت عقد فضولی آنست که: آنچه بر عقد غیر فضولی [مالک- وکیل- ولی] مترتب می شود، آن چیز بر عقد فضولی مترتب نیست.

سؤال: فلسفه این تفسیر چیست؟

جواب: متبادر از کلمه لایصح آنست که: عقد فضولی از ریشه فاسد و باطل و لغو باشد و با اجازه بعدی هم تأثیر نکند، در حالی که این ظاهر مراد نیست، بیان ذلک: شرائط صحّت در تقسیم دو دسته می شوند:

۱- شروطی که اگر باشند عقد صحیح و مؤثر است و اگر نباشند عقد به کلی باطل و لغو و وجودش کالعدم است مثل بلوغ و عقل و قصد مدلول که اگر متعاقدین بالغ و عاقل و قاصد باشند عقد و انشاء آنها دارای اثر است و اگر صبی و مجنون و غیر قاصد باشند عقد کلاً باطل است و اینان مسلوب العبارة هستند. کما مرّ مفصلاً.

۲- شروطی که اگر باشند عقد صحیح و مؤثر است، ولی چنین نیست که اگر نبودند عقد کلاً ناپود و باطل شود بلکه با نبود آن شروط، عقد موقوف و معلق و مراعی است، فی المثل اگر متعاقدين مختار بودند عقدشان صحیح است ولی اگر مکره بودند عقدشان صحیح نیست یعنی موقوف بر اجازه و رضایت بعدی است. و مثل عقد عبد که اگر متعاقدين انسانهای حرّ و آزاد باشند عقدشان صحیح است ولی اگر مملوک باشند عقدشان موقوف به امضاء سید است.

و مانحن فیه از این قبیل است یعنی اگر متعاقدين مالک یا وکیل یا ولی باشند عقدشان صحیح است ولی اگر فضولی باشند عقدشان صحیح نیست نه یعنی باطل و لغو است بلکه یعنی آنچه بر عقد مالک بار می شود بر این عقد مترتب نیست.

سؤال: آنچه بر عقد مالک و مأذون بار می شود چیست؟

جواب: در عبارت مرحوم شیخ کلمه من اللزوم آمده که بیان مایترتب است، و ظاهرش اینست که: عقد مالک لزوم آور است ولی عقد فضولی چنین نیست، باز اینجا توضیحی لازم است:

کلمه لزوم معمولاً در مقابل صحتّ بکار می رود و شرائط از یک زاویه دو دسته می شوند:

۱- شروط اصل صحتّ: یعنی شروطی که اگر نباشند عقد فاسد و باطل می شود، مثل بلوغ- عقل و ...

۲- شروط لزوم: یعنی شروطی که اگر هم نباشند عقد صحیح است ولی وجوب و فاء ندارد و قابل فسخ است ولی با بود آن شروط عقد لازم گردیده و غیر قابل فسخ می شود، مثل انقضاء مدّت خیار علی المشهور. حال تعبیر به لزوم و اینکه عقد مالک مفید لزوم است و عقد فضولی لزوم آور نیست، ظاهرش آن است که عقد فضولی هم از اوّل صحیح است ولی تا اجازه مالک نیامده لازم نیست، در حالی که قطعاً این مراد نیست زیرا احدی نفرموده: عقد فضولی از اوّل

به طور حتم و جزم صحیح است بلکه عدّه ای آن را به طور کلی باطل می دانند و اجازه لاحق را هم مؤثر نمی دانند [کما سیأتی] و مشهور هم آن را موقوف و متزلزل و معلق بر اجازه می دانند که اگر مالک اصلی اجازه کرد صحیح و اگر ردّ کرد فاسد است. پس کسی طرفدار صحتّ از اوّل امر نیست، پس منظور شیخ از لزوم و عدم لزوم چیست؟

مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده^(۱) یا باید کلمه من اللزوم را حذف کنیم و یا به جای لزوم کلمه اثر را بگذاریم و بگوئیم: من الاثر و یا اگر خود کلمه لزوم را حفظ کنیم ناچار باید بگوئیم: این تعبیر کنائی است و کنایه از صحتّ فعلیه است. بیان مطلب: صحتّ در تقسیمی دو قسم می شود:

۱- صحتّ فعلیه: یعنی به مجرد عقد بالفعل صحت و تأثیر محقق شود، که در عقد مالک و مأذون هست چه از اوّل لزوم هم بیاید و چه لزوم نیاید مثل موارد ثبوت حق الخیار.

۲- صحتّ تعلیقیه: یعنی به مجرد عقد صحت نیامد ولی بطلان هم نمی آید بلکه هر کدام معلق به آینده است: اگر بعداً مالک اصلی اجازه کرد صحتّ فعلی می شود و اگر ردّ کرد بطلان جزمی می شود.

حال مراد از لزوم همان صحتّ فعلی است و وقتی می گوئیم: عقد مالک و قائم مقام او صحیح است یعنی صحتّ فعلیه دارد، و عقد فضولی صحیح نیست یعنی صحتّ فعلیه ندارد نه اینکه صحتّ تعلیقی هم نداشته باشد. سؤال: چگونه لزوم کنایه از صحتّ فعلیه است؟

جواب: مرحوم شهیدی فرموده: للملازمة بينها «صحت فعلی» و بین اللزوم لوخلی وطبعه لما قرّر فی محلّه من انّ الاصل فی البیع هو اللزوم.^(۲)

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۶۴.

(۲) آدرس قبلی.

و کنایه هم ذکر ملزوم و اراده لازم یا بالعکس و یا ذکر احد المتلازمین و اراده دیگری است .

پس مالک یا مأذون بودن متعاقدين شرط صحّت فعلیه است نه شرط مطلق الصحّة حتی صحّت شأنی تا عقد فضولی باطل باشد .
 قوله : وهذا مراد :

مرحوم علامه در قواعد فرموده :

مالک بودن یا به منزله او بودن [وکیل و ولی] از شروط صحت معامله است . سپس با فاء تفریع فرموده : پس عقد فضولی موقوف بر اجازه مالک اصلی است .^(۱)

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد فرموده : این تفریع بی جا است ، زیرا وقتی مالک یا مأذون بودن را شرط صحّت دانستید ، قانون اینست که بگوئید : پس عقد فضولی صحیح نیست و باطل است . [زیرا اذا انتفی الشرط انتفی المشروط] نه اینکه بفرمائید : پس عقد فضولی موقوف است ، این فرع شما با آن اصل سازگار نیست .^(۲)

مرحوم شیخ می فرماید : از توضیحاتی که در تفسیر لایصحّ قبلاً آوردیم روشن می شود که تفریع علامه به جا و اعتراض محقق ثانی بیجا است ، زیرا منظور علامه هم از اینکه مالک بودن شرط صحت است یعنی شرط لزوم یا صحّت فعلیه است ، و متناسب با این شرط آنست که بگوئید : پس عقد فضولی صحّت فعلی ندارد یعنی موقوف و معلق است . و این اصل و فرع کاملاً سازگار و خالی از اشکال است .

قوله : وكيف كان :

(۱) ینابیع الفقیه ، ج ۱۴ ، ص ۵۰۳ .

(۲) جامع المقاصد ، ج ۴ ، ص ۶۹۶۸ .

اعتراض محقق ثانی به علامه بجا باشد یا بیجا مهمّ نیست، مهمّ آنست که به سراغ مهمترین مسئله مورد بحث [مسئله معاملات فضولی] رفته و درباره آن بحث کنیم، فنقول: انشاءات فضولی دو بخش دارد:

۱- ایقاعات او یعنی طلاق یا عتق فضولی: اینها قطعاً باطل هستند و اجازه بعدی هم کارگر نیست منتها بحثی است که آیا بطلان ایقاع فضولی قانونی و روی قواعد است؟ یا تعبدی و به حکم اجماع؟ مرحوم شیخ روی اجماع تکیه کرده و می فرماید: در کتاب غایة المراد بر بطلان مذکور ادّعی اجماع شده است، وعلی القاعده نتوان حکم به بطلان کرد.^(۱)

۲- عقود او یعنی بیع و نکاح و اجاره و ...: در میان فقهاء شیعه و سنی در این رابطه اختلاف شده و اقوالی مطرح است. مرحوم شهیدی در حاشیه^(۲) چند قول را آورده که فهرست وار می آوریم:

- ۱- قول بالمنع مطلقاً نسب الی الشیخ فی الخلاف والمبسوط ...
- ۲- وقول بالجواز مطلقاً نسب الی المشهور.
- ۳- وقول بالتفصیل بین البیع والشراء بالصحة فی الاوّل والبطلان فی الثانی ...
- ۴- وقول بالتفصیل بین سبق النهی من المالك فیبطل و بین عدمه فیصحّ ...
- ۵- وقول بالتفصیل بین بیع الفضولی لنفسه فیبطل و بین بیعه للمالك فیصحّ.
- ۶- وقول بالتفصیل بین النکاح و البیع فیصحّ فی الاوّل و یبطل فی الثانی].

قوله: والمراد:

پیش از اینکه به اصل بحث وارد شویم و سه مسئله تشکیل داده و احکام بیع و یا عقد فضولی را بررسی کنیم لازم است ابتدا بحث موضوعی کرده و فضولی را بشناسیم:

(۱) ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۶۹، این بحث را مطرح ساخته است.

(۲) هدایة الطالب، ص ۲۶۵.

در المصباح المنير می خوانيم: مادهٔ فَضْلُ به معنای زیادی است و جمع آن فُضُولُ است مانند فلس و فلوس، ولی در مانحن فيه معنای جمعی منظور نیست، اگر فضول بدون یاء نسبت باشد وصف خود عقد و انشاء است و اگر با یاء نسبت یعنی فضولی باشد وصف شخص عاقد است البته گاهی به خود عقد هم نسبت داده می شود و وصف عقد واقع می شود و می گوئيم: عقد فضولی، بیع فضولی و ...

ولی این از باب تسامح و مجاز گوئی و از باب وصف به حال متعلق شیئی است نه وصف به حال خود شیئی [زید ابوه فاضل نه زید نفسه فاضل] یعنی عقدی که عاقد آن فضولی است و فضولی در لغت اینگونه تعریف شده: «مَنْ يَشْتَغَلُ بِمَا لَا يَعْنيه»^(۱) یعنی شخصی که خود را سرگرم کارهائی می کند که به درد او نمی خورد و او را به هدفش نمی رساند.

ولی در اصطلاح فقهاء دو تعریف برایش آورده اند:

۱- شهید که از فقهاء امامیه است فرموده: فضولی عبارتست از انسان کاملی [بالغ و عاقل و قاصد و مختار] که مالک تصرف نیست اعم از اینکه مالک عین باشد ولی محجور از تصرف باشد و یا اصلاً مالک عین نباشد، مالک عین هم که نیست اعم از اینکه غاصب و سارق باشد که ادعای مالکیت می کند و می فروشد [کما سیأتی] یا هیچکدام نباشد مثل کسی که در منزل نشسته و اتومبیل کسی را می فروشد، زنی را به عقد مردی درمی آورد و ...

قوله: ولو كان غاصباً:

یعنی به نظر ما غاصب هم فضولی است با اینکه اصلاً مالک عین هم نیست، برخلاف علامه ره که غاصب را در مقابل فضولی آورده، بقول مرحوم شهیدی:

قال العلامة في القواعد: فبيع الفضولي موقوف على رأي وكذا

(۱) المصباح المنير، ج ۲، ص ۱۵۰، مادهٔ فضل.

الغاصب ... حیث انّ ظاهر العطف انّ بیع الغاصب غیر مراد من الفضولی^(۱).

۲- بعض از فقهاء عامّه گفته اند: فضولی عبارتست از کسی که بدون اذن و اجازه کسانیکه نیاز به اجازه آنها داریم عقدی را می خواند [بدون اذن مالک، وکیل، ولی] البته منظور هر دو تعریف یکی است.
قوله: و کیف کان:

مصادیق بیع فضولی:

۱- کسانی که غاصب و سارق اموال دیگران هستند اگر بر مال مغضوب و مسروق عقدی بخوانند و آن را برای خود بفروشند فضولی هستند.
۲- کسانی که غاصب و سارق نیستند ولی مالک هم نیستند باز اگر مال مردم را بدون اذن مالک بفروشند فضولی اند.

۳- دختر رشیده باکره هم اگر بدون اذن ولی [پدر یا جد] با مردی ازدواج کند تزویجش فضولی است و منوط به اجازه ولی است. [البته علی المشهور که وی در عرض ولایت آب و جد، ولایت بر نکاح خویش ندارد.] و دلیل شمول عقد فضولی نسبت به نکاح مذکور آنست که: فقهاء برای بطلان و فساد عقد فضولی به روایات وارده در باب نکاح باکره رشیده [که دال بر منع آن است] استناد کرده اند^(۲) پس نکاح مذکور هم فضولی است.

۴- شخص راهن که فرش یا عین دیگری را وثیقه و گرو گذاشته و در اختیار مرتهن است، با اینکه مالک عین است ولی مالک تصرف نیست و اگر بدون اذن مرتهن آن را فروخت فضولی خواهد بود.

۵- شخص سفیه هم اگر بدون اذن ولی مالی از اموالش را بفروشد فضولی

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۶۶.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۱۳ به بعد باب ۴ روایات وارده.

است .

۶- شخص مفلس هم اگر بدون اذن غرماء و طلبکاران مالی از اموال خود را بفروشد فضولی است چون مال او متعلق حق دیگران است و او محجور است و استقلال ندارد .

۷- عبد هم بنا بر اینکه مالک بشود اگر مالی از اموال خویش را بدون اذن سید بفروشد فضولی است و موقوف بر اجازه مولى است .

۸- قوله : وكيف كان :

گاهی شخص فضولی یقین دارد که مالک راضی به بیع نیست و حتی نهی هم کرده در اینجا اگر صیغه بیع را اجراء کند قطعاً فضولی است . و گاهی یقین به کراهت باطنی مولى دارد ولی نهی قولی ندارد باز اگر اقدام کرد حتماً فضولی است . و گاهی نمی داند که مالک اصلی قلباً راضی است یا کاره است باز فضولی است .

و گاهی مالک اصلی به او اذن در بیع داده حال صریحاً و بالمطابقه بگوید : اذنتُ لك یا انت و کیلی فی البیع و یا به اذن فحوائی یعنی کلامی بگوید که بالملازمه دالّ بر اذن باشد . اینجا هم قطعاً فضولی نیست .

انّما الکلام در فرضی است که : مالک اصلی باطناً و قلباً راضی به بیع است و نسبت به آن طیب نفس دارد ولی آن را اظهار و ابراز نکرده حال اگر اجنبی [غیر مالک و غیر وکیل و ولی] در این فرض و با یقین به رضای باطنی مالک اقدام کرد و بیع را انشاء کرد آیا چنین معامله ای فضولی و موقوف به اجازه است ؟ یا از فضولی بودن خارج است ؟

مرحوم شیخ در این رابطه چهار قدم برمی دارد :

قدم اوّل : ظاهر الاصحاب آنست که : این بیع هم بیع فضولی و موقوف به اجازه بعدی است نه این ؛ دلما ، که : صرف احراز رضایت باطنی ، که مجوّز نیست و

انسان را مالک تصرف و مسلط بر مال نمی‌کند [و الاً باید در هر عالم هر کس یقین کرد فلانی راضی به بیع مالش هست حقّ داشته باشد بفروشد.] باید اظهار رضایت کند تا مجوّز باشد. [و دلیل عدم مالکیت اصل عدم مالک تصرف بودن است.]

قوله: ویؤیّده:

علاوه بر دلیل مذکور دو مؤیّد هم می‌آوریم:

الف: فقهاء فرموده‌اند: شرط لزوم عقد [منظور همان صحّت فعلیه است] آنست که: عاقد یا مالک باشد یا وکیل یا ولی، سپس فرموده‌اند: پس بیع فضولی لازم نیست. از اطلاق این تفریع می‌فهمیم که ولو رضای باطنی هم باشد باز فضولی است زیرا با احراز رضایت باطنی که فضولی مالک یا وکیل یا ولی نمی‌شود، پس کماکان فضولی است.

ب: حضرات فقهاء برای صحت بیع فضولی به روایت عروه باریقی [مبسوطاً این روایت خواهد آمد.] استناد کرده‌اند، در حالی که در مورد این حدیث مطلب از این قرار است که: عروه علم به رضایت پیامبر اکرم ﷺ داشته و معذلک علماء آن را فضولی دانسته و دلیل بر صحّت بیع فضولی گرفته‌اند، پس با احراز رضای باطنی از فضولی بودن خارج نمی‌شود.

قدم دوّم:

قوله: وان كان الذی:

به عقیده ما عقدی که بر ملک کسی انجام می‌گیرد آنهم با رضایت باطنی و قلبی مالک موضوعاً از فضولی بودن خارج است و طبعاً نیازی به اجازه بعدی مالک هم ندارد، و از نظر استفاده از ادلّه ما این قول را تقویت می‌کنیم، تنها ایراد این وجه آن است که: برخلاف اجماع و ظاهر الاصحاب است که این فرض را

هم بیع فضولی شمرده اند، ولی اجتهاد و استنباط ما از ادله فضولی نبودن و محتاج نبودن به اجازه بعدی را تأیید می کند، و معتقدیم که نفس همان رضای باطنی مالک که مقرون به عقد بوده کفایت می کند، و در این جهت فرقی میان سه فرض ذیل نمی گذاریم:

۱- عاقد در حین عقد بدانند که مالک اصلی راضی است و طیب نفس مالک برایش محرز باشد.

۲- حین العقد نمی دانست ولی بعد العقد کاشف به عمل آمد که: مالک راضی به بیع بوده.

۳- حتی بعد العقد هم عاقد نتوانست علم به رضایت مالک پیدا کند ولی خود مالک بینة و بین الله توجه دارد که حین العقد راضی به معامله بوده پس باید ترتیب اثر داده و به عقدش وفاء کند. پس ملاک بی نیازی از اجازه بعدی و خروج از فضولی بودن عبارتست از: رضای باطنی و وجود واقعی آن نه وجود علمی و انکشافی آن.
 قوله: لعموم:

مرحوم شیخ برای وجهی که تقویت کردند دلائلی ذکر می کنند که مجموعاً هفت دلیل است:

۱- اطلاق آیه بیع: ﴿احلّ الله البیع﴾^(۱) به اطلاقش بیع مورد فرض ما را هم شامل است و هیچ دلیلی هم بر تقیید آن نداریم، پس به حکم اطلاق می گوئیم: عقد مذکور صحیح است و نیازی به اجازه بعدی ندارد.]

۲- عموم آیه وفاء به عقد: ﴿وفوا بالعقود﴾^(۲) به عمومش عقد مورد بحث ما را شامل می شود و دلیلی هم بر تخصیص آن وارد نشده، پس عقد مذکور هم

(۱) سوره بقره آیه ۲۷۵.

(۲) سوره مائده آیه ۱.

واجب الوفاء است و نیازی به اجازه بعدی ندارد.

۳- اطلاق آیه تجارت: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ﴾^(۱) به اطلاقش عقد و معامله مورد نظر ما را شامل است زیرا این نیز تجارت است و همراه با تراضی و رضایت قلبی مالک هم هست، و دلیلی بر تقیید ندارد.

۴- اطلاق حدیث: لا یحلّ مال امرء مسلم الا بطیب نفسه^(۲) ملاک حلیت و جواز تصرف را طیب نفس مالک قرار داده و مفروض اینست که در مانحن فیه طیب نفس وجود دارد، و بیش از این لازم نداریم، پس نیازی به اجازه بعدی نیست.

۵- روایات نکاح عبد: چندین روایت داریم مبنی بر اینکه: اگر عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرد، و سپس مولی مطلع شد و سکوت کرد، روایات می گوید: همین سکوت اقرار است یعنی علامت رضایت مولی به نکاح عبد است.

حال اگر اجازه قولی لازم بود که سکوت کافی نبود، پس ملاک رضایت قلبی و نفسانی است، [و بلکه اگر در مورد این روایات که ظهور در رضایت قلبی پس از عقد دارند، رضایت قلبی کافی باشد و نیازی به اجازه بعدی نباشد، در مانحن فیه که از اول طیب نفس بوده و مالک قلباً راضی بوده به طریق اولی باید صحیح باشد و موقوف به اجازه بعدی نباشد.]
[برای نمونه یکی از روایات را می آوریم:

عن معاویة بن وهب قال: جاء رجلٌ الی ابی عبد الله علیه السلام فقال: انّی کنت مملوکاً لقومٍ وانّی تزوّجت امرأة حرةً بغیر اذن مولای ثم اعتقونی بعد ذلك فاجدّد نکاح ایاها حین اعتقت؟ فقال له: اکانوا علموا انک تزوّجت

(۱) سوره نساء آیه ۲۹.

(۲) عوالی اللالی، ج ۲، ص ۲۴۰.

وانت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي، فقال:

سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول^(۱).

۶- روایت عروه بارقی: راجع به این روایت عنقریب بحث مبسوطی خواهیم داشت، ولی فعلاً حاصل روایت اینست که: رسول اکرم ﷺ به شخصی بنام عروه بارقی دیناری دادند و فرمودند: برو با این دینار گوسفندی برای قربانی کردن خریداری کن، عروه رفت و با یکدینار دو گوسفند خرید [نفس این شراء مورد بحث است که فضولی است یا نه، ولی فعلاً بنا را بر این می گذاریم که شراء فضولی نبوده] در بین راه که می آمد یکی از دو گوسفند را به یک دینار به شخصی فروخت و سپس قبض و اقباض صورت گرفت و با یکدینار و یک گوسفند به حضور رسول خدا ﷺ رسید، پیامبر وقتی از جریان مطلع شدند فرمودند: بارک الله فی صفة یمینک^(۲).

حال کلام در این بیع است که فضولی است یا خیر؟ مورد روایت فرضی است که عروه علم به رضایت مالک [رسول خدا ﷺ] داشته و آن معامله را انجام داده، حضرات فقهاء فرمودند: این بیع فضولی است و رسول خدا آن را امضاء کرده و همین حدیث را دلیل بر صحّت بیع فضولی دانسته اند [کما سیأتی]. ولی مرحوم شیخ می فرماید: به عقیده ما اصلاً بیع مذکور فضولی نبوده به این دلیل که: بدنال بیع قبض و اقباض و تصرف صورت گرفته یعنی عروه یک گوسفند را به مشتری داد و یکدینار را از او گرفت، و اگر بیع فضولی بود این تصرفات جایز نبود، پس وجود قبض و اقباض و تصرف و ... دلیل بر فضولی نبودن است، یعنی با علم به رضایت مالک فضولی نیست و هو المطلوب. اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که با فرض علم به رضای مالک هم بیع

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۵، باب ۲۶، حدیث اول.

(۲) مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۴۶۲، حدیث اول، باب ۱۸.

مذکور فضولی باشد و قبض و اقباض هم حرام باشد و عروءه کار حرامی کرده باشد او که معصوم نیست تا فعلش حجّت باشد؟

در جواب می گوئیم: صرفاً کار عروءه نیست بلکه بدنبال آن تقریر النبی ﷺ را داریم که حجّت است، و تقریر دلیل بر حلال بودن قبض و اقباض و آنهاهم کاشف از عدم فضولیت است. پس با احراز رضایت فضولی نیست.

۷- قوله: مع انّ:

از ظواهر برخی از کلمات فقهاء نیز می توان این مطلب را استفاده کرد که عقد عاقد با وجود رضای باطنی مالک فضولی نیست و منوط به اجازه بعدی نیست، و برای نمونه دو کلام را می آوریم:

۱- هنگامی که فقهاء برای صحّت بیع فضولی دلیل می آورند می گویند: بیع فضولی جامع جمیع شرائط [عقل - بلوغ - قصد - اختیار و ...] هست به جز یک شرط و آن رضایت مالک است آنهاهم که با اجازه بعدی حاصل می شود و کمبود جبران می شود. حال از اینجا می فهمیم که فضولی بودن بیع در گرو نبودن طیب نفس مالک است، پس با وجود طیب نفس فضولی نیست.

۲- هنگامی که در بیع فضولی سخن از اجازه لاحق مطرح است، این بحث عنوان می شود که آیا سکوت مالک کافی است و اینهم اجازه محسوب می شود؟ می گویند: خیر کافی نیست، به این دلیل که: سکوت اعم از رضا است و اماره رضایت نیست لذا کافی نیست. از این می فهمیم که ملاک رضایت مالک است و اگر سکوت کافی نیست و اجازه قولی لازم است به منظور احراز رضای مالک است، پس اگر در موردی بدون اجازه قولی رضای مالک محرز شد نیازی به اجازه نخواهیم داشت و هو المطلوب.

قدم سوّم:

قوله: ثمّ لو سلّم:

در قدم سوّم می فرمایند: بر فرض که با وجود رضایت قلبی مالک هم بیع بایع و عقد عاقد، فضولی باشد و موضوعاً داخل باشد ولی مگر الزاماً باید در هر فضولی اجازه لازم باشد؟! خیر ما این را قبول نداریم، زیرا:

اولاً ما دلیل نداریم بر اینکه عقد فضولی مطلقاً [حتی در فرض احراز رضایت مالک] محتاج به اجازه بعدی باشد، و نمونه ای داریم که عقد فضولی است و بنا بر قولی اجازه لاحق لازم ندارد، و آن این مسئله است: «مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَ» یعنی مال مردم را فضولتاً فروخت سپس خودش مالک شد [به ارث یا هبه یا شراء و ...].

یک احتمال آنست که: بیع مذکور کلاً باطل است.

و یک احتمال آنست که موقوف به اجازه بعد از مالک شدن است:

و یک احتمال هم اینست که: همینکه مالک شد بیع مذکور صحیح است چون رضای مالک محرز است و نیازی هم به اجازه بعدی ندارد. حال طبق این احتمال ما موردی یافتیم که بیع فضولی باشد و موقوف به اجازه نباشد.

و ثانیاً بر فرض نیاز به اجازه بعدی می گوئیم: در مانحن فیه رضایت بعدی محرز است، زیرا معمولاً کسی که حین العقد رضای باطنی داشته پس از عقد هم برای مدتی ولو یک لحظه رضای باطنی دارد مگر غافل شود که احتمالش نادر است، و همین رضایت بعدی کافی است. و نیازی به اجازه قولی ندارد. [البته این جواب از سوی محشّین مورد مناقشه و نقض واقع شده است ...].

قدم چهارم:

قوله: ثم انه:

در آخرین قدم می گوئیم: عقدی که عاقد غیر مالک تصرف انجام می دهد

سه نوع است:

۱- مالک عین هست ولی مالک تصرف نیست، مثل راهن و مفلس و ...

چنین کسی با احراز رضایت مرتهن و گرماء و کسانی که حقی در عین دارند، عقد می خواند.

۲- عبد عقدی را می خواند مثل نکاح یا بیع و ... [ویژگی این دو نوع آنست

که: اگر عقد صحیح باشد نتیجه عقد به خود عاقد عود می کند و برای او واقع می شود.]

۳- غیر مالک عین عقدی را می خواند [که بر فرض صحت نتیجه اش به او

عود نمی کند و به مالک اصلی می رسد.]

حال بر فرض در این قسم سوّم مناقشه کنید و بگوئید: با علم به رضایت هم

فضولی است و باید مالک اصلی اجازه کند ولی در قسم دوّم جای مناقشه نیست و

حتماً عقد عبد صحیح است و نیازی به اجازه بعدی مولی نیست، زیرا که مناط منع

در عقد عبد این بود که: معصیت سید بشود و در مانحن فیه معصیتی نیست چون

علم به رضایت دارد، پس منعی هم نیست.

اگر شما بگوئید: این مطلب منافات دارد با آنچه در مسئله قبل درباره عبد

آوردید که: عبد استقلال ندارد و ... خواهیم گفت: خیر هیچ منافاتی ندارد زیرا

منظور از استقلال نداشتن این بود که باید با رضایت مولی باشد و بدون آن

نمی تواند کاری کند، و در مانحن فیه رضای مولی هست پس کمبودی ندارد. و

اگر عقد عبد با رضای باطنی مولی صحیح باشد و موقوف به اجازه بعدی نباشد

پس عقد مالک مثل راهن و مفلس و ... با رضای مَنْ له الحقّ به طریق اولی صحیح است و نیازی به اجازه بعدی نیست. [اگر چه این نوع را مرحوم شیخ متعرّض نشده اند.]

قوله: ثمّ اعلم:

پس از فراغ از بحث موضوعی و تعریف فضولی و بیان مصادیق آن، نوبت می رسد به بیان مسائل عقد فضولی، به طور کلی شخص فضولی که عقدی می خواند و مالی را می فروشد یا برای مالک اصلی می فروشد و یا برای خویشان [کالسارق والغاصب] و در فرض اوّل هم که برای مالک می فروشد یا از سوی مالک اصلی منع و نهی نسبت به این بیع صورت نگرفته و یا منع سابق دارد و فضولی را از این کار بازداشت ولی او اعتنا نکرد و فروخت. پس معامله فضولی سه مسئله اساسی دارد:

(مسئله اوّل)

قوله: الاولى:

مسئله اوّل از سه مسئله عقد فضولی آنست که: فضولی متاعی را برای مالک اصلی آن بفروشد و از سوی مالک هم منعی در بین نباشد و فضولی را از این کار نهی نکرده باشد: مرحوم شیخ می فرماید: قدر متیقن از عقد فضولی همین قسم است. [این عبارت دو احتمال دارد:

۱- از نظر موضوعی و عقد فضولی بودن، این قسم قدر متیقن و مصداق حتمی فضولی باشد زیرا در دو قسم بعدی و لاسیما در قسم سوّم که بیع غاصب لنفسه باشد اختلافی است و برخی مثل علامه آن را غیر از فضولی دانسته اند. کما سیّاتی مبسوطاً و قد مرّ در کلام مرحوم شهیدی.

۲- از نظر حکمی و حکم به صحت یا امکان صحت، قدر متیقن باشد زیرا اگر در این مسئله حکم به صحّت بیع فضولی کردیم آنگاه نوبت می رسد به بحث از صحّت و فساد بیع فضولی در دو مسئله بعدی، ولی اگر در این مسئله بیع فضولی را فاسد و باطل دانستیم، در دو مسئله بعدی به طریق اولی فاسد و باطل خواهد بود و نوبت به بحث جدا نمی رسد، پس صحّت و فساد آنها مبتنی بر صحّت و فساد این مسئله است و لذا این قدر متیقن است.]

حال آیا بیع فضولی [مال مردم را برای خود مالکین] صحیح است [صحّت

شأنی و تعلیقی که موقوف به اجازه مالک باشد] یا باطل است؟ [که حتی اجازه بعدی هم تأثیری ندارد.]

[به عبارت دیگر: آیا در صحت عقود شرط است که حتماً از مالک اصلی صادر شود و خود او بالمباشره انشاء کند و یا لااقل قائم مقام او انشاء گر باشد؟ یا در صحت عقد انشاء مباحثی مالک و وکیل و ولی لازم نیست بلکه کافی است که عقد به نوعی مستند به مالک باشد ولو به این صورت که عقد فضولی را اجازه کند؟ به عبارت دیگر: صحت عقد در گرو عقد مباحثی است؟ یا عقد تسبیبی هم کافی است؟]

مشهور فقهاء فتوی به صحّت عقد فضولی داده اند، بلکه علامه در تذکره بر صحّت ادّعیای اجماع کرده گاهی صریحاً فرموده: علماء ما اجماع دارند و گاهی تعبیر به عندنا کرده که ظهور در اجماع امامیه دارد. البته بدنبال ادّعیای مذکور فرموده: در میان ما امامیه قولی هم بطلان را گفته که این سخن ادّعیای اجماع علامه را خراب می کند.

مرحوم شهید هم در غایة المراد از قول عدّه ای صحّت را نقل کرده، و آنها عبارتند از:

ابن ابی عقیل عمّانی، شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی در نهاییه، سالاربن عبدالعزیز دیلمی، ابوالصلاح حلبی، قاضی ابن برّاج، ابن حمزة. و نیز از ابن جنید اسکافی قول به صحت حکایت شده و فتوای متأخرین هم بر صحت استوار است، به جز گروهی از فقهاء و محدثین متأخر که ذیلاً نام می بریم: فخرالدین در ایضاح محقق اردبیلی، میرداماد، صاحب حدائق، محدث جزائری، که اینان فتوی به بطلان بیع فضولی داده اند.

هریک از طرفین دلائل و مؤیدات فراوانی دارند که به ترتیب مورد بحث و بررسی قرار می دهیم:

امّا ادّله مشهور یا قائلین به صحّت :

۱- شهرت فتوایّه از قدما، و متأخرین .

۲- اجماع منقول از علامّه و دیگران، [ایندو بنابر مبنای بعض فقهاء حجّت

هستند، و به مبنای شیخ اعظم هر دو به ضمیمه یکدیگر یکدلیل می شوند .]

۳- عموماً و اطلاقات عقود: ادّله بیع که می گوید: احلّ الله البيع، تجارة

عن تراض و ... و ادّله عقود که می گوید: اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... و ادّله سایر معاملات از قبیل: الصلح جائز و

فرقی میان معامله شخص فضولی و غیر فضولی نگذاشته و به عموم یا اطلاق هر دو را شامل است و هیچ مانعی از شمول این ادّله نسبت به معاملات فضولی وجود ندارد، و حداکثر اموری که به عنوان موانع صحّت بیع فضولی ذکر شده سه امر است که هر سه قابل جواب است :

الف: اگر کسی بگوید: معاملات فضولی به لحاظ اینکه از اذن مالک خالی است و بدون اذن قبلی مالک انجام می گیرد اصلاً عقد و بیع نیست و عنوان عقد یا بیع یا معامله بر او صدق نمی کند تا مشمول عموماً و مطلقاً بوده و محکوم به صحّت شود، بلکه سالبه به انتفاء موضوع است و معاملات فضولی تخصّصاً و موضوعاً از ادّله مذکور خارج است .

جواب ما اینست که: مجرد خلّو معاملات فضولی از اذن سابق، موجب نمی شود که اسم بیع و عقد از آنها مسلوب باشد بلکه وجداناً بر بیع فضولی هم بیع اطلاق می شود، بر نکاح فضولی هم نکاح اطلاق می شود و ... [البته مسئله بر مبنای صحیح و اعمّ در علم اصول مطرح می شود و در معاملات صحّت عندالعرف مطرح است و باید دید که عرف چنین معامله ای را صحیح می داند یا نه؟] .

ب: بدون تردید ترتّب اثر و نقل و انتقال مشروط به رضایت مالک و متوقّف

بر رضایت او است و معاملات فضولی از این حیث کمبود دارد.

جواب ما اینست که: شرط مذکور قابل انکار نیست و مشهور هم که فتوی به صحت بیع فضولی می دهند. منظورشان این نیست که بیع مذکور مطلقاً صحیح است و نیازی به رضای مالک نیست، بلکه با حقوق اجازه و رضایت بعدی حکم به صحت می کنند، پس از این حیث هم نقص و اشکالی در بین نیست.

ج: مهمترین اشکال اینست که: نه تنها رضایت مالک و طیب نفس او شرط صحت است بلکه باید اذن سابق باشد و طیب نفس از بدو امر و مقرون به عقد باشد و اجازه بعدی کفایت نمی کند و بیع فضولی فاقد اذن سابق است و لذا باطل است.

جواب ما اینست که: اصل طیب نفس دلیل دارد [تجارة عن تراض، الا بطیب نفسه و ...] ولی مقارنت آن با عقد دلیلی ندارد [و ادله ای هم که در آینده طرفداران بطلان بیع فضولی خواهند آورد قابل جواب است]. [آنگاه به مقتضای اطلاعات و عموماً می گوئیم: مقارنت معتبر نیست و الا خدا و رسول در مقام بیان آن را ذکر می کردند.
قوله: و مرجع ذلك:

چهار دسته افراد و مصادیق برای بیع و عقد وجود دارد:

الف: معاملاتی که میان دو مالک و اصیل انجام می گیرد، و هو الغالب.

ب: معاملاتی که میان دو مأذون یعنی وکیل یا ولی انجام می گیرد.

ج: معاملاتی که میان دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل با اجازه بعدی مالک اصلی واقع می شود.

د: معاملاتی که از سوی فضولی و غیر مالک انجام می گیرد، بدون اذن سابق و بدون اجازه لاحق.

حال عموماً و اطلاقات مذکور دسته اول را قطعاً شامل می شوند و مصداق اکمل است. و دسته دوم را هم قطعاً شامل می شوند چون آنها قائم مقام مالک هستند و لسان و کیل یا ولی لسان موکل و مولی علیه است. و دسته چهارم هم قطعاً خارج نشده و تخصیص خورده زیرا ادله طیب نفس بر لزوم رضایت مالک دلالت دارند. انما الکلام در دسته سوم است که مورد بحث ما است آیا ایندسته هم از عموماً خارج شده یا خیر علم به خروج و تخصیص نداریم بلکه مشکوک است از اصالة العموم او الاطلاق استفاده کرده و حکم به عدم خروج آن می کنیم، پس عموماً این فرد را شامل است [اینجا از باب شک در تخصیص زائد است].

۴- قوله: والی ما ذکرنا:

دلیل چهارم مشهور بر صحّت معاملات فضولی آنست که:

عقد فضولی عقدی است که از اهلش [کسی که انسان کامل است یعنی بالغ و عاقل و قاصد و ...] صادر شده و در محل آن [مبییعی که شرعاً و عرفاً قابل معامله است و از قبیل خمر و خنزیر و میتة و حشرات و ... نیست.] واقع شده است. پس چرا چنین عقدی باطل باشد! خیر صحیح است.

مرحوم شیخ می فرماید: ایندلیل چهارم به همان دلیل سوم یعنی تمسک به عموماً و اطلاقات برمی گردد.

توضیح مطلب: این حضرات صغرای استدلال را بیان کردند که: عقد فضولی عقدی است که صدر من اهله و وقع فی محلّه، و کبرای کلی هم اینست: و هر عقدی که چنین باشد و فاء به آن واجب است و یا چنین عقدی صحیح است و ... و دلیل این کبری همان اطلاقات و عموماً است. پس اینان در واقع می خواهند بفرمایند: مانحن فیه هم صغرای آن کبرای کلی و مصداق آن عموم و اطلاق هست و وجهی برای خروج و تخصیص نداریم، و این همان است که ما

می گفتیم .

قوله : فمأذکره :

مرحوم شهید در غایة المراد به دلیل رابع اشکال کرده و فرموده : ایندلیل شما مصادره به مطلوب است و دلیل عین مدّعا است ، و صغرای مذکور عین المتنازع فیه و اوّل الکلام است و دعوا در اینست که آیا عقد فضولی از اهلش صادر شده یا نه ، چیزی که هنوز ثابت نشده و محلّ نزاع است شما از آن به عنوان صغرای مسلم استدلال استفاده کرده و وسط دعوا نرخ تعیین کردید ، و این صحیح نیست مرحوم شیخ می فرماید : اعتراض شهید وارد نیست زیرا در صغری دو کلمه آمده که هر دو از مسلمّات است و کسی در آن دو تردید ندارد تا مصادره به مطلوب شود ، و آندو عبارتند از :

الف : عقد فضولی از اهلش صادر شده ، اینکه جای تردید نیست زیرا فضولی حتماً اهلیّت از برای عقد دارد و انسان کامل یعنی بالغ و عاقل است و از این حیث کمبودی ندارد .

ب : معامله فضولی در محلّش واقع شده ، این نیز جای تردید و گفتگو نیست زیرا فرض اینست که فضولی سرکه فروخته نه شراب ، گوسفند معامله کرده نه خنزیر ، مذکّی فروخته نه میته و

پس معامله مذکور هیچ کمبودی ندارد مگر خالی بودن آن از اذن مالک ، آنهم با اصل [اصالة العموم والاطلاق یا اصالة عدم اشتراط المقارنه او سبق الاذن] دفع می شود .

قوله : ولعلّ :

شاید منظور مرحوم شهید این باشد که : از جهت بلوغ و عقل و قصد و اختیار بحثی نداریم و از این حیث فضولی هم اهل است ، ولی از جهت اینکه وی مالک و مأذون نیست و احتمال می دهیم که اذن سابق معتبر باشد و فضولی فاقد

آنست، مشکل داریم و اهلیت فضولی برای ما محرز نیست.

ولی جواب ما اینست که: عموماً و اطلاقاً متقدّم این مشکل را حل کرده و دلالت دارد بر اینکه: اذن سابق معتبر نیست و ملاک مطلق رضایت و طیب نفس مالک است خواه سابق باشد یا لاحق.

۵- قوله: وقد اشتهر:

یکی از ادله صحت بیع فضولی روایت عروه باریقی است که مشهور برای صحت بدان استناد کرده اند، داستان عروه باریقی به چند صورت در روایات آمده:

۱- عن حکیم بن حزام انّ النبی ﷺ بعث معه بدینار یشتري له اُضحیة فاشترها بدینار وباعها بدینارین فرجع فاشتری اُضحیة بدینار وجاء بدینار الی النبی ﷺ فتصدّق به النبی ﷺ ودعا ان یبارک له فی تجارته^(۱)

ملاحظه می فرمائید که: طبق این نقل چندین معامله فضولی صورت

گرفته است.

۲- انّ رسول الله ﷺ بعث معه بدینار یشتري له اُضحیة وقال مرة اوشاة فاشتری له اثنتین فباع واحدة بدینار واتاه بالآخری فدعا له بالبرکة فی بیعه فکان لو اشتری التراب لربح فيه^(۲)

این نقل تا حدود زیادی به نقل بعدی نزدیک است و تعبیرات فرق دارد.

۳- استدلال به قصه عروه براساس نقل سوم است، ترجمه روایت قبلاً بیان شد، اینکه کیفیت^(۳) استدلال:

عروه دو معامله انجام داده است که هر دو قابل بحث است:

(۱) بحار الانوار، ج ۱۰۰، ص ۱۳۶، حدیث ۴؛ به نقل از امالی شیخ طوسی، ج ۲، ص ۱۳.

(۲) مسند احمد حنبل، ج ۴، ص ۳۷۵.

(۳) مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۴۶۲، حدیث اوّل، باب ۱۸.

۱- دستور داشت با یکدینار یک گوسفند خریداری کند ولی دو گوسفند خرید، عده‌ای گفته‌اند:

همین شراء هم فضولی است و این فراز را دلیل بر صحّت شراء فضولی قرار داده‌اند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این بخش از روایت [شراء دو گوسفند] را ممکن است کسی توجیه کرده و از فضولی بودن خارج شود، [به اینکه منظور پیامبر ﷺ از شاة جنس گوسفند باشد نه واحد در مقابل اثنین، و جنس بر واحد و متعدد هر دو صادق است پس اگر عروه با یک دینار ده گوسفند هم خریده بود تعدی نکرده بود. یا از طریق اذن فحوائی پیش بیائیم و بگوئیم: اگر رسول ﷺ به عروه اذن داده بود که با یکدینار یک گوسفند خریداری کند پس به طریق اولی اذن داده و راضی است که با یکدینار دو گوسفند خریداری کند، و یا توجیهاات دیگر.]

۲- در اثناء طریق یکی از دو گوسفند را به یکدینار فروخت و قبض و اقباض هم انجام شد و به محضر رسول ﷺ آمد. حال بر فرض که شراء مذکور توجیه شود، ولی بیع مذکور قابل توجیه نیست و ظاهرش اینست که: فضولی بوده و معذک پیامبر ﷺ امضاء فرمودند، این دلیل بر صحّت بیع فضولی است [البته صحّت تعلیقی و با اجازه مالک.]

قوله: ولکن:

مرحوم شیخ در ردّ این استدلال می‌فرماید: ابتدا دو نکته را باید مسلم

بگیریم:

۱- مورد حدیث جائی است که عروه باری می‌دانست که پیامبر از کارهای او راضی است [شراء و بیع و ...] و دلیل علم و احراز رضایت هم قبض و اقباض او است که گوسفند را داد و درهم را گرفت و اگر علم به رضایت رسول ﷺ نداشت چنین اقدامی نمی‌کرد، و بر فرض که او اقدام می‌کرد رسول ﷺ کار او را

تقریر و امضاء نمی کرد و نمی فرمود: بارك الله فی صفقة یمینک .

۲- در بیع فضولی مسلماً قبض و اقباض حرام است و اگر معامله ای فضولی بود اصل معامله و انشاء بیع گرچه حرام نیست و مؤاخذه ندارد ولی بدنبال آن داد و ستد و قبض و اقباض حتماً حرام است .

با حفظ این دو نکته می گوئیم: در مورد حدیث عروه چهار احتمال وجود دارد و به یکی از آنها باید ملتزم شویم:

۱- یا باید بگوئیم: با علم به رضایت قلبی مالک هم معامله عروه فضولی بوده و قبض و اقباض در آن حرام بوده ولی عروه مرتکب حرام شده است، و او که معصوم نیست .

این احتمال باطل است زیرا تنها عمل عروه نیست تا ملاک نباشد، بلکه بدنبال آن تقریر النبی ﷺ هم هست و اگر قبض و اقباض حرام بود رسول خدا ﷺ عمل عروه را امضاء نمی فرمود. پس از تقریر پیامبر ﷺ عدم حرمت قبض و اقباض استکشاف می شود و از عدم حرمت آن فضولی نبودن معامله عروه بدست می آید .

۲- و یا باید بگوئیم: با علم به رضایت مالک هم بیع فضولی است و علی القاعدة قبض و اقباض حرام است ولی در قصه عروه حرام نیست از این باب که آن بیع فضولی که بایع می داند که بدنبالش اجازه و رضایت مالک خواهد آمد، قبل از اجازه هم تصرف در آن جایز می شود، البته بنابر اینکه اجازه را کاشفه بدانیم، پس هم بیع فضولی است و هم قبض و اقباض جایز است بر مبنای مذکور. [البته در مورد حدیث تنها علم به اجازه بعدی نیست بلکه علم به رضایت از اول امر است.]

این احتمال هم باطل است زیرا اولاً سیاتی که کشف حقیقی باطل است و ثانیاً آنکه شرط و مجوز تصرف است خود اجازه بعدی است نه عنوان العقد المتعقب للاجازه و عنوان علم به تعقب اجازه

۳- و یا باید ملتزم شویم که با علم به رضایت مالک اصلاً بیع فضولی نیست و موضوعاً خارج است و در نتیجه حدیث عروۃ ازمانحن فیہ اجنبی است و سابقاً ما همین احتمال را تقویت کردیم.

۴- و یا ملتزم شویم به اینکه: با علم به رضای مالک هم معامله فضولی است و عروه نه تنها می دانست که پیامبر ﷺ به بیع او راضی خواهد شد و آن را امضاء خواهد کرد بلکه به تصرف بعد البیع هم علم داشت و می دانست که رسول ﷺ بدان راضی است البته تا زمانیکه به خدمت رسیده و طلب اذن کند، پس اقباض حرام نیست، و متقابلاً مشتری هم می دانست که او فضولی است و دینار را که به او داد به عنوان اینکه مالک است نداد بلکه به عنوان امانت داد تا بعداً وضعیّت روشن شود که اگر رسول ﷺ بیع را امضاء کرد آن امانت را به پیامبر بدهد و اگر ردّ کرد امانت را از امین پس بگیرد.

ولی این احتمال هم باطل است زیرا ظاهر آنست که مشتری علم به فضولی بودن عروه نداشته است تا این حرفها مطرح شود. و همان احتمال سوم اظهر است و بر آن اساس حدیث از مانحن فیہ اجنبی است.

[نکته: مضافاً به اینکه روایت عروه عامی السند و ضعیف است، و مضافاً به اینکه: شاید عروه وکیل تام الاختیار از سوی پیامبر بوده چنانکه به قول مرحوم سیّد^(۱) روی انه کان معداً لخدمات النبی ﷺ پس روایت ربطی به معاملات فضولی ندارد و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.]

قوله: خصوصاً:

اینهم بیان دیگری است بر اینکه بیع عروه فضولی نبوده: الظاهر آنست که معامله مذکور معاطاتی بوده [دلیل ظهور شاید غلبه معاطات در امثال آن باشد] و در بحث معاطات گذشت که: تعاطی و حتی اعطاء

(۱) حاشیة سیّد علی المکاسب، ص ۱۳۵.

از جانب واحد موضوعیت ندارد، و ملاک مجرد رضایت طرفینی و ایصال و وصول عوضین به طرفین است، خواه این ایصال و وصول به اقباض خود مالک باشد یا به اقباض غیر مالک باشد، غیر مالک هم مساوی است که فضولی باشد یا صبی یا دابّه و یا حتی بادی این متاع را نزد فلانی ببرد.

آنگاه در مانحن فیه اگر قبض و اقباض میان دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل واقع شد و در واقع مالک های اصلی بدان راضی بودند همین مقدار کافی است برای صحّت تصرفات، و در حقیقت فضولی آلت و وسیله ای برای ایصال و وصول است و ملاک رضای مالک است و معامله میان دو اصیل و مالک انجام گرفته است و آنکه اشکالی ندارد. پس باز هم موضوعاً از فضولی بودن خارج است و روایت عروه به درد صحّت بیع فضولی نمی خورد.

[البته این فراز از کلام مرحوم شیخ قابل مناقشه است، زیرا هم در پایان مبحث معاطات و هم در اواخر معاملات صبی در بحثی با کاشف الغطاء در هر دو جا فرمودند: در معاطات بر مبنای ملکیت مجرد ایصال و وصول کافی نیست ولی اینجا آن را کافی می دانند و خلاف فرمایشات گذشته است، مضافاً به اینکه: از کجا فرمودید: این معامله معاطاتی بوده؟ و ... اعتراضاتی که در حواشی آمده است^(۱)].

۶- قوله: واستدل له ايضاً:

دلیل ششم از ادله مشهور بر صحّت بیع فضولی صحیحۀ محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام است که برخی از فقهاء به پیروی از شهید اول در درس به آن تمسک کرده اند، امام علیه السلام در این روایت ابتدا قضاوتی از قضاوت های حضرت علی علیه السلام را ذکر کرده اند: مولائی به سفری طولانی رفته بود، فرزند

(۱) مرحوم آیت ا... خوئی در مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۲۵-۲۷ در حدود هفت اشکال روایت عروه باریکی کرده و آن را از قابلیت استدلال انداخته اند.

مولی در غیاب پدر ولیده پدر را به شخصی فروخته بود، آن کنیز از مولای دوم یا مشتری حامله شده و سپس فرزندی زائیده بود، پس از همه اینها مولای اولی از سفر برگشت، هنگامی که از ماجرا باخبر شد نزد مشتری رفته و با او مخاصمه و منازعه نموده و بدو گفت: فرزندم بدون اذن من جاریه ام را به شما فروخته است، [نزاع را نزد امام علی علیه السلام برد. امام علیه السلام فرمودند:

حکم [قضاوت] آن است که: مولای اولی کنیز و فرزندش را از مولای دوم گرفته و به منزل ببرد. مشتری یا مولای دوم مناشده کرد یعنی امام علی علیه السلام را قسم داد [که برای او هم چاره ای بیاندیشد] امام علیه السلام فرمود: تو هم برو و همان فرزند مولی که کنیز را به تو فروخته بگیر و نزد خود نگهدار [المغرور یرجع الی الغار او من غره] تا مولای اول این معامله را به نفع تو تنفیذ و امضاء کند، [این بود حکم و قضاوت امام علی علیه السلام] سپس امام باقر علیه السلام فرموده: وقتی مولای اولی این وضعیّت را مشاهده کرد [که دومی فرزند او را حبس کرده] نزد مشتری آمده و گفت: فرزندم را آزاد کن، مشتری گفت: نه به خدا قسم فرزند تو را آزاد نمی کنم مگر اینکه تو فرزند مرا آزاد کنی [گروگان در مقابل گروگان، فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی] سپس امام باقر علیه السلام فرموده: وقتی مولای اولی مشاهده کرد که دومی هم فرزند او را گروگان گرفته و آزاد نمی کند، ناچار شد و بیع فرزندش را اجازه کرد. [براساس مصلحت اندیشی نه اکراه در مقابل اختیار، و در واقع نوعی اضطراب و الجاء پیش آمده بود. [الحديث یعنی تا آخر روایت. ^(۱) یا الحديث یعنی هذا تمام الحديث.

[نکته: در روایت از جاریه تعبیر به ولیده شده بود، در این رابطه کلامی از

ابن اثیر می آوریم:

الولید یعنی الطفل، فعیل بمعنی مفعول، ومنه الحديث: الولید فی الجنة

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۱، باب ۸۸، حدیث اول.

ای الذی مات وهو طفلٌ اوسْقَطَ، ومنه الحدیث: لا تقتلوا ولیداً یعنی فی الغزو، والجمع: ولدان، والائثی ولیدة والجمع: الولائد. وقد تطلق الولیدة علی الجاریة والامة، وان كانت کبیرة^(۱) و همین جمله اخیر محل شاهد است، پس ولیده یعنی جاریه.]

قوله: قال فی الدروس:

مرحوم شهید اول در دروس فرموده: از این حدیث در رابطه با بیع فضولی دو مطلب استفاده می شود:

۱- این حدیث بر صحّت بیع فضولی دلالت می کند زیرا صدر حدیث سخن از بیع فضولی فرزند نسبت به کنیز پدر بود و ذیل حدیث سخن از تنفید و اجازه مالک اصلی بود که با اجازه او معامله به نفع مشتری تمام شد و هذا معنی الصحّة. ۲- این حدیث در کاشفیّت اجازه را می رساند.

بیان ذلک: مبسوطاً خواهد آمد که بنابر مؤثر و مفید بودن اجازه در بیع فضولی، آیا کاشفه است؟ یا ناقله؟ از صحیحۀ مذکور قول به کشف استفاده می شود: زیرا در فرازی آمده بود: فلما راه ابوه قال له ارسل ابنی، قال لا والله لا ارسل ابنک حتی ترسل ابنی ...

از این فراز استفاده می کنیم که: گروگان در مقابل گروگان و سخن از پرداخت قیمت و جبران خسارت نیست، و این با قول به کشف می سازد نه با نقل، زیرا اگر اجازه ناقله باشد معنایش آنست که: تا اجازه نیاید نقل و انتقالی نیامده، پس کماکان کنیز در ملک مالک اولی باقی است، پس تصرفاتی که مشتری کرده و موجب حمل شده و نقصی بر جاریه وارد کرده و موجب تقویت منفعت او یعنی ولدش شده [که دیگر عبد نیست و حرّ است و قابل انتفاع و بهره برداری نیست.] همه را ضامن است و باید از عهده درک و خسارت برآید.

(۱) النهایة لابن الاثیر، ج ۵، ص ۲۲۴-۲۲۵، ماده ولد.

آری اگر کاشفه بود معنایش اینست که: با آمدن اجازه کشف می کنیم که از اول جاریه در واقع ملک مشتری بوده و تصرفات در ملک خودش واقع شده و ضامن هم نیست.

[نکته: اگر مشتری علم به فضولیت داشته زناکار است و ولدزانی شرعاً ملحق به زانی نیست و عبد مولای جاریه است، ولی ظاهر امر اینست که: وی جاهل به فضولی بودن بایع بوده و خیال می کرده او مالک است، در این فرض اگر اجازه ناقله باشد وطی او در واقع وطی به شبهه است و اگر کاشفه باشد وطی حلال است و در هر حال ولد به پدر ملحق است، منتهی در فرض نقل باید قیمت را بدهد و در فرض کشف لازم نیست.]

قوله: ولا یرد:

موهنات و ایرادات زیادی به این حدیث وارد شده و براساس آن ادعا شده که: حدیث مذکور دلالتش بر صحّت بیع فضولی موهون و یا به کلی از درجه اعتبار ساقط است، مرحوم شیخ می فرماید: این ایرادات خودشان موهون و بی بنیان هستند.

[ولی اشاره ای به آنها نمی کند، مرحوم سید در حاشیه به پنج مورد اشاره کرده که متن کلامش را می آوریم:

منها الحكم باخذ الولیة قبل ان یسمع من المشتري دعویه، فلعلة كان یدعی وقوع العقد باذن السید اورضاه، وفيه مالا یخفی .
 ومنها حکمه ﷺ باخذ الولیة وابنها مع عدم السؤال عن انه یرید الاجازة ام لا، وفيه ان الغرض ان الحكم ذلك من حیث هو لولا الاجازة ولعل السید كان عالماً بانه مع الاجازة الحكم لیس كذلك .
 ومنها ان یکرّن اخذه لاخذ قيمة يوم الولادة .

ومنها حکمه باخذ ابن! سد مع ان ذلك لا یجوز اذغایة الامر کونه غاصباً

وليس حكمه ذلك، وفيه أنه يمكن ان يكون ذلك لمطالبة الثمن الذي دفعه اليه .

ومنها تعليمه عليه السلام الحيلة مع ان ذلك ليس من وظيفة الحاكم، وفيه أنه لعله كان هناك مصلحة تقتضيها ...^(۱) .

قوله: الأ ظهور:

از میان کلیه اشکالات حدیث، مهمترین اشکال اینست که:

مقدمه: اجازه لاحقه دو گونه است: گاهی مسبوق به رد نیست، یعنی از ابتدا که مالک اصلی خبردار می شود آن را امضاء می کند. و گاهی مسبوق به رد است، یعنی اول بیع فضولی را رد کرد و بعداً بنا به جهاتی آن را پذیرفت و امضاء کرد، حال اجازه ای که مؤثر است آن اجازه ای است که مسبوق به رد نباشد، اما اجازه مسبوق به رد بالا جماع مؤثر نیست با حفظ این مقدمه می گوئیم: ظاهر حدیث آنست که: اجازه مسبوق به رد هم مفید و مؤثر است.

سؤال: از کجای حدیث این مطلب مستفاد است؟

جواب: از چهار جای حدیث می توان این را فهمید:

۱- از کلمه فخاصمه ... : زیرا اگر بیع جاریه را رد نکرده بود که مخاصمه و منازعه پیدا نمی شد، پس این تعبیر ظهور در رد بیع دارد.

۲- از کلمه الحکم ان يأخذ ولیدته و ابنها: اگر مولای اوئی بیع را رد نکرده بود امام علیه السلام به طور مطلق نمی فرمود: حکم اخذ جاریه است و جاریه هم از آن مولا است [چون ضمیر مضاف الیه در جاریته به مولای اوّل برمی گردد و این را جاریه او دانسته]. بلکه مقید کرده و می فرمود: اگر مولای اوئی معامله را رد کرد حکم اخذ است والا فلا، از اینکه به ضرس قاطع آن قضاوت را نمود، معلوم می گردد که معامله رد شده بود.

(۱) حاشیه السید علی المکاسب، ص ۱۳۵.

۳- از کلمه فنا شده ... : زیرا اگر مولای اولی بیع را ردّ نکرده بود که مشتری امام علیه السلام را قسم نمی داد و آنهمه اصرار و زاری [که: من چه کنم؟ من چگونه فرزندانم را آزاد کنم؟ و ...] نمی کرد.

۴- از کلمه حتی ترسل ابنی: ظاهرش اینست که مولای اصلی معامله را ردّ کرده و جاریه و ولد را گرفته است و ولد را حبس کرده تا قیمت آن را از مشتری بگیرد. [البته ولد به تبع مشتری حرّ است ولی منظور قیمت فرضی است یعنی اگر فرضاً عبد بود چقدر ارزش داشت، همان را می دهد، و لا اقلّ قیمت روز ولادت را باید بدهد.] و الا اگر ردّ نکرده بود که حبس ولد به منظور اخذ قیمت معنی نداشت. [و حبس ولد منظور دیگر هم ندارد که مثلاً حبس کرده تا ملکش باشد، خیر قطعاً ملک نیست و حرّ است.]
قوله: و حمل:

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که بگوئیم: مولای اولی اصل بیع را اجازه کرده منتهی اخذ جاریه و حبس آن هم مثل حبس ولدش برای اینست که: از مشتری ثمن آن را دریافت کند، پس اخذ و حبس دلیل بر ردّ بیع نیست.

در جواب می گوئیم: این حمل قابل قبول نیست زیرا در پایان امام علیه السلام فرموده: فلماً رای ذلک سیّد الولیة اجاز بیع ولده، ظاهرش اینست که تا این لحظه اجازه نکرده بود و الآن که دید وضعیّت اینطوری است بناچار امضاء کرد، پس نتوان گفت: قبلاً اجازه کرده بود و حبس جاریه به منظور اخذ ثمن بود.
قوله: والحاصل:

خلاصه اشکال قبل اینکه: ظهور روایت در اینکه اجازه مسبوق به ردّ است و مولی اوّل معامله را ردّ کرده بود و بعداً اجازه کرد، جای تردید نیست و انسان با انصاف نمی تواند آن را منکر شود. [با توجه به شواهدی که اقامه کردیم.] و از این جهت روایت بر حسب ظاهر بر یک حکم خلاف اجماع مشتمل است، ولی

با همه اینها به اصل مطلب لطمه نسی خورد یعنی از روایت به خوبی می فهمیم که اجازه لاحقہ فی الجمله مؤثر است و در اواخر حدیث تصریح به تنفید و اجازه داشت [فی الجمله یعنی با قطع نظر از اجازه شخصی و خاصی که در مورد روایت است که مسبوق به ردّ بود و محذور دارد].

قوله: فلا بدّ:

اگر اجماع برخلاف نبود می گفتیم: اجازه مطلقاً مفید و مؤثر است، مسبوق به ردّ باشد یا نباشد، ولی چون اجماع داریم نمی توانیم بگوئیم: مطلقاً مؤثر است. از طرفی هم اصل مفید بودن اجازه را فی الجمله از روایت برداشت کردیم، اینجا است که اشکالی مطرح می شود که: پس روایت مورد خودش را شامل نیست و خروج یا تخصیص مورد قبیح و مستهجن است در جواب می گوئیم: در مورد حدیث نصّ بر ردّ که نیست، کلماتی ظهور در ردّ داشت و هر ظاهری قابل تأویل است [و در ادامه سه تأویل برای آن خواهیم آورد].

قوله: والحاصل:

دو محور برای استدلال به صحیحه وجود دارد:

۱- محور استدلال ما به صحیحہ محمد بن قیس خود قضیہ شخصیہ [قضیہ ای که در زمان خاصی در عصر حکومت امام علی علیه السلام اتفاق افتاد که مولائی به سفر رفت و ...] باشد، و از این طریق صحّت بیع فضولی را ثابت کنیم، به این بیان خود این قضیہ مشتمل بر تصحیح بیع فضولی با اجازه مالک است و در آخر آن فرمود: فلما رای ذلک ... اجاز ...، پس در مورد حدیث و شأن صدور آن به صحّت بیع فضولی حکم شده است و قاعده هم آنست که: حکم الامثال فیما یجوز و فیما لایجوز سواء یعنی قضایاء همنوع که از یک وادی هستند هم حکم می باشند. پس سایر بیوع فضولی هم محکوم به صحّت می گردند.

اگر محور استدلال این مطلب باشد، خواهیم گفت: استدلال مبتلا به اشکال است، زیرا در مورد خود این روایت و در قضیه شخصیّه اجازه مسبوق به ردّ است و اجماع می گوید: چنین اجازه ای مؤثر نیست پس روایت مشتمل بر حکم خلاف اجماع است و باید طرح شود، و وقتی در شخص این مورد اجازه مؤثر نبود و مشکل داشتیم نوبت به تعدی به سایر موارد و اجراء قانون حکم الامثال ... نمی رسد.

آنگاه بر فرض قبول روایت [که علی الفرض صحیح و قابل قبول است] می گوئیم: چون حکم مذکور خلاف اجماع است به مورد خود حدیث اکتفا می شود و می گوئیم: امام علیه السلام از چیزی مطلع بوده که ما نیستیم، و آن اینکه: در باطن می دانست که مولای اوّلی به فرزند خود اذن داده که جاریه او را بفروشد و الآن حاشا می کند و به دروغ انکار می کند، امام علیه السلام چاره ای کرد و تدبیری اندیشید تا حقّ به اهلش برسد، و اگر مسئله اذن سابق مطرح شد، اصلاً قضیه شخصیّه از بیع فضولی خارج می شود.

۲- محور استدلال تعبیری باشد که در خود حدیث آمده و از آنها مناط و ملاک کلی استنباط می شود، مثلاً در کلام امام علی علیه السلام آمده بود: **حَتَّى يَنْفَذَ الْبَيْعَ لَكَ**، از این کلام استفاده می شود که مناط صحّت تنفیذ مالک است، و مالک شرعاً و قانوناً چنین حقّی دارد، و اگر مناط تنفیذ مالک شد سبب تعمیم گردیده و می گوئیم: هر بیع فضولی چنین است.

یا مثلاً در کلام امام باقر علیه السلام آمده بود: **اجاز سید الولیة ... یعنی ملاک صحّت، اجازه مالک اصلی است و وی این حق را دارد که بیع را اجازه کند و اگر اجازه کرد بیع صحیح باشد، و این مناط موجب توسعه حکم می شود، پس به برکت این تعبیر و استفاده مناط می گوئیم: بیع فضولی با اجازه لاحق صحیح است. و هیچ محذوری ندارد، مگر یک اشکال که: هر عام و مطلق پیش از هر**

فردی باید مورد خود را شامل شود، در حالیکه این مناطها و تعابیر مورد خود حدیث را [که قضیه شخصیّه است و در شخص این مورد اجازه مسبوق به ردّ است] شامل نیست چون چنین اجازه ای قطعاً تأثیر ندارد و خلاف اجماع است، و خروج مورد قبیح و مستهجن است.

ولی این اشکال هم قابل دفع است به این بیان: در روایت تصریح به ردّ که نشده تا قابل تأویل و توجیه نباشد، بلکه تعابیری بود که ظهور در ردّ بیع داشت، ولی هر ظاهری قابل تأویل است و به یکی از سه نحو ذیل اینها را توجیه می کنیم:

۱- منظور ردّ صریح نیست بلکه منظور تردید و عدم جزم به اجازه یا ردّ است، یعنی مخاصمه کاشف از ردّ نیست بلکه کاشف از اینست که: مالک اصلی جزم به یکطرف نداشته و قضیه را نزد امام علی علیه السلام بردند تا حلّ شود. و اجازه مسبوق به ردّ مشکل دارد و خلاف اجماع است، اما اجازه مسبوق به عدم جزم که محذوری ندارد.

۲- اینکه امام علیه السلام فرمود: الحکم ان یاخذ الجاریة ... کاشف از ردّ بیع از سوی مالک اصلی نیست بلکه شاید باطناً بیع را امضاء و اجازه کرده ولی در ظاهر هم جاریه را اخذ و حبس کرده به منظور اینکه به ثمن و پول آن برسد و حبس در مقابل ثمن است نه کاشف از ردّ بیع.

۳- در خصوص قضیه شخصیّه امام علیه السلام علم داشت که اذن در کار است ... که قبلاً ذکر شد، ولی استدلال ما به مناطهای کلیّ روایت است و مشکلی ندارد.

قوله: و کأنه:

گویا کسی می پرسد: پس چرا غیر واحدی از بزرگان در مسئله بیع فضولی به این حدیث استدلال نکرده اند و از آن غمض عین کرده اند؟ در جواب می فرماید: از دو حال خارج نیست:

۱- یا محور و مناط استدلال بر آنها مشتبه شده و خیال کرده اند: استدلال به

این حدیث روی محور اولی است که قضیه شخصی باشد، آنهم اشکال دارد، لذا مطرح نکرده اند، غافل از اینکه محور دیگری هم برای عملیات استدلالی به این حدیث باز شد که مشکل نداشت.

۲- و یا اساساً به نظر این بزرگان محور دوم هم ضعیف بوده و دلالت بر صحّت بیع فضولی ندارد زیرا در روایت نصّ به علیّت که نشده [مثلاً نگفته: لآنه انّ اجاز صحّ ...] و کلام عامی هم نیست [مثلاً نفرموده: کلّ اجازة کذا] و مطلق هم که نیست.

[مثلاً نفرموده: اجازة المالك و تنفيذ مؤثّر و ...] آنچه هست روی عنوان تنفید و اجازة مولای اول در قضیه شخصی تکیه شده و فرموده: حتّی ینفدّ لک البیع [یعنی همان بیع مذکور و معهود ...].

یا فرموده: اجاز سیّد الولیة بیع ابنه [که باز بیع خاص و معهود در شخص آن ماجرا مطرح است.] و حدّا کثر حکم به صحّت بر عنوان اجازة و تنفید معلق شده و تعلیق حکم بر وصف مُشعر به علیّت است ولی تازه اشعار و اشاره درست می شود، و اشعار فایده ای ندارد، نصّ یا ظهور در علیّت ملاک است. پس استدلال به حدیث مخدوش است.

ولی ما کاری به این جهات نداریم و معتقدیم که عمومات و اطلاقات که قبلاً به صورت دلیل سوّم مطرح شد، ما را بس است و از استدلال به این صحیح مستغنی می سازد.

۷- قوله: وربّما یستدلّ:

دلیل هفتم از ادلّه مشهور برای صحّت بیع فضولی عبارتست از: استدلال به فحوای روایات باب نکاح.

بیان مطلب: هم نصّ و هم اجماعاتی داریم مبنی بر اینکه نکاح فضولی با اجازة بعدی صحیح است، فی المثل اگر پدری برای فرزند صغیرش زوجه ای

اختیار کرد، پس از بلوغ، اختیار این نکاح به دست فرزند است، اگر مایل بود امضاء و اجازه می‌کند و اگر طالب نبود رد می‌کند.^(۱) یا روایاتی که می‌گوید: اگر عبدی بدون اذن مولی تزویج نمود، زمام امر نکاح به دست مولای او است فَاَنْ اَجَازَ جَازَ که در مسئله قبلی این روایات گذشت.

[البته دو نمونه قبلی از باب مثال بود و مطلب و سיעتر از آن است، فی المثل اگر مردی زنی را فضولاً به عقد مرد دیگر درآورد اگر آن زن ثبیه باشد خود باید اجازه کند و اگر باکره باشد ولیش باید اجازه دهد و ...].

حال اگر نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است پس بیع فضولی و سایر معاملات او به طریق اولی با اجازه بعدی مالک اصلی صحیح خواهد بود. و وجه اولویت احد الامر این است:

الف: نکاح تملیک بضع [استمتاع] مرثه است، و بیع تملیک مال غیر است، به عبارت دیگر نکاح مربوط به عرض انسان است و بیع امر مالی است، و اگر امر عرضی فضولی بردار باشد امر مالی به طریق اولی.

ب: شرع مقدس به امر نکاح اهمیت فراوانی داده است و احکام و مقررات و شروط سنگینی را وضع کرده است و آن مقدار از اهتمام که در امر نکاح وجود دارد در ابواب دیگر معاملات نیست [و فلسفه این اهتمام هم در پاره‌ای از روایات به این تعبیر آمده: لانه یكون منه الولد^(۲) یعنی مسئله صرفاً مسئله مالی و لذات جنسی و تمتعات نیست، مسئله اولاد و فرزندان مطرح است و نکاح منشأ پیدا شدن فرزند و فرزند سبب سعادت و یا شقاوت خود و جامعه اش می‌گردد و خیلی مهم است که اختلاط میاه نشود، ولد شبهه نباشد، ولدزنا تحقق نیابد و ...].

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۲۰، باب ۱۳ روایات باب.

(۲) مثل روایت بعدی که از وکالت مطرح است.

حال اگر در باب نکاح با آنهمه اهمیّت و احتیاط و سخت گیری فضولی صحیح باشد پس در بیع به طریق اولی .

[نکته: در احکام الزامی اگر فرد اخّف حکمی داشت فرد اشدّ به طریق اولی آن را خواهد داشت مثل حرمت افّ در قبال والدین که به طریق اولی حرمت ضرب و شتم را دارد. و در احکام ترخیصی امر به عکس است یعنی اگر فرد اشدّ حکمی داشت فرد اخّف به طریق اولی، ومانحن فیه از این قبیل است.]

قوله: وقد اشار:

برخی از اساطین فقه برای صحّت معاملات فضولی به این دلیل [فحوی] تمسک کرده اند، منجمله شهید اولّ ره در غایة المراد، و مرحوم صاحب ریاض در ریاض المسائل و بلکه ادّعا کرده که لولا این دلیل هفتم سایر ادّله قابل خدشه است، چراکه اجماعات منقول فراوانی داریم [کما سیأتی در ادّله مخالفین] مبنی بر منع و بطلان بیع فضولی و می توانند جلو اطلاقات را بگیرند ولی ایندلیل فحوائی قطعی است و اجماع منقول نمی تواند در قبال آن عرض اندام کند.

قوله: وهو حسن:

مرحوم شیخ می فرماید: استدلال به اولویّت در جای خود پسندیده است ولی روایتی در باب وکالت داریم که آن روایت عکس این اولویّت را دلالت می کند و این را از ارزش می اندازد.

بیان ذلک: دو فرع فقهی داریم که اهل سنّت میان آن دو فرق گذاشته اند:

۱- شخصی وکیل در تزویج بود، یعنی از سوی زنی وکیل شده بود تا وی را به عقد مردی درآورد، پس از مدتی زن او را از وکالت عزل کرد و شاهد هم گرفت، ولی هنوز خبر عزل به گوش وکیل نرسیده بود، وکیل به خیال اینکه واقعاً وکیل است برای زن شوهری یافته و او را به عقد وی درآورد، آیا این نکاح صحیح است یا نه؟ عامّه گفته اند: خیر باطل است، و شرط بطلان وکالت در

نکاح را عزل و واقعی دانسته اند .

۲- شخصی وکیل در بیع و معاملات بود، پس از مدتی موکل او را از وکالت عزل کرد ولی هنوز خبر عزل به گوش او نرسیده بود، او به خیال اینکه وکیل است متاعی را برای موکل خود فروخت آیا این بیع صحیح است؟ عامه گفته اند : آری صحیح است، و شرط بطلان وکالت در معامله را عزل علمی دانسته اند یعنی اینکه خبر عزل به گوش وکیل برسد، پس تا نرسیده او وکیل است و معاملاتش صحیح است .

سپس در مقام فرق گذاری میان دو فرع مذکور گفته اند :

امور مالی [که در وکالت در بیع مطرح است] عوض دارد [مثلاً خانه یا اتومبیل اگر از ملک موکل درآید، در عوض ثمن به ملک او درمی آید] و لذا تضرری پیش نمی آید و هیچ مانعی ندارد که تصرفات وکیل نافذ و مؤثر و صحیح باشد . ولی امر عرضی [که در وکالت در نکاح مطرح است .] و مسئله بضع مرثه که عوض ندارد [یعنی خیلی بالاتر از عوض مالی قیمت دارد چون مسئله ولد را بدنبال دارد و ولد که قابل مقابله به مال و ارزش گذاری نیست .] تا حکم به نفوذ تصرف وکیل شود، خیر حکم به بطلان می شود .

امام علیه السلام در رد این فتوی فرموده : سبحان الله!! چقدر این حکم و فتوی جائزانه و فاسد و باطل است سپس علت ذکر کرده : نکاح بهتر و سزاوارتر است که در آن احتیاط شود [به معنایی که خواهد آمد .] زیرا نکاح تملیک فرج و بضع مرثه است [و بیع تملیک مال است] و از نکاح است که فرزند پیدا می شود [و قبلاً به اهمیت آن اشاره کردیم] [متن روایت مفصل بود لذا نیاوردیم طالبین به آدرس ذیل مراجعه کنند^(۱)].

قوله : و حاصله :

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۲۸۶، باب دوم از ابواب وکالت حدیث ۲.

حاصل کلام امام علی علیه السلام آنست که: اگر در مورد وکیل معزول بیع محکوم به صحّت است نکاح به طریق اولی باید صحیح باشد.

قوله: فدّل:

سؤال: این روایت چه ضرری به مستدلّ دارد؟

جواب: مستدلّ در استدلال خود باب نکاح را اصل و باب بیع را فرع قرار داد و گفت: اگر نکاح فضولی صحیح باشد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح خواهد بود.

ولی امام علیه السلام در این حدیث عکس کرده یعنی باب بیع را اصل و باب نکاح را فرع قرار داده و فرموده: اگر بیع وکیل معزول صحیح است پس به طریق اولی باید نکاحش صحیح باشد، آنگاه طبق کلام امام نکاح فرع بیع است و قانون قیاس اولویت آنست که: حکمی که برای اصل ثابت شد به طریق اولی برای فرع ثابت است اما حکمی که برای فرع ثابت بود که نتوان گفت: به طریق اولی برای اصل ثابت است، وگرنه اصل و فرعی نخواهیم داشت، اولویّت نخواهیم داشت. پس طرز استدلال مستدلّ با حکم عامّه می سازد نه با این روایت که از امام علی علیه السلام آوردیم. [و جوهی هم که برای اولویّت ذکر شد شبهه وجوه اجتهادی و استحسانی خواهد بود که در قبال نصّ صریح فاقد ارزش است.]

قوله: بقی الکلام:

کلمه ای در روایت امام علی علیه السلام بود که فرمود: النکاح اولی واجدران یحتاط فیه ...

منظور امام علیه السلام از احتیاط چیست؟ احتیاط مصطلح که همان احتیاط تام و مطلق باشد عبارتست از تحفّظ و مواظبت بر واقع و مراعات جمیع احتمالات، یعنی تحصیل موافقت قطعیه و اتیان به جمیع احتمالات، و کاری بکند که علی کلّ حال و تقدیر به واقع برسد و یقین کند که واقع هر کدام بود انجام داده و امثال

کرده است .

فی المثل در دوران بین ظهر و جمعه احتیاط به اتیان هر دو است ، در دوران بین خمريت احد الانائين احتیاط به ترك و اجتناب از هر دو است ، در دوران بین اقل و اكثر احتیاط به اتیان اكثر است و ... اما همه اینها در مواردی است که احتیاط ممکن باشد و در مانحن فیه یعنی امر نکاح و امور ناموسی همانند امور مالی احتیاط ممکن نیست و دوران بین المحذورين است .

فی المثل وقتی نمی دانیم که فلان مال معین ملک زید هست یا نه؟ نتوان گفت : هم هست و هم نیست ، یا وقتی نمی دانیم که فلان مال مال زید است یا مال بکر؟ نتوان گفت : نه این و نه آن ، یا هم این و هم آن ، یا فقط این ، یا فقط آن ، یا تبعیض ، هیچکدام از اینها احتیاط کامل نیست . و اصلاً احتیاط مطلق در اینجا ممکن نیست ، هکذا وقتی زوجه ای مشتبه است و نمی دانیم زنی را که وکیلش پس از عزل واقعی به عقد مردی در آورده زوجه شرعی و قانونی این مرد هست یا نه؟ احتیاط راه ندارد و نتوان گفت : هم هست و هم نیست و ... و مراعات جمیع احتمالات میسور نیست .

حال با این وصف فلسفه حکم به احتیاط چیست؟ و به چه ملاکی امام علیه السلام مانحن فیه را از باب احتیاط دانسته و فرمودند : حکم به ابقاء نکاح احوط است؟ شیخ اعظم می فرماید : منظور احتیاط مصطلح نیست ، منظور یک احتیاط ناقص و نسبی است .

بیان ذلک : اگر ما به عنوان حاکم یا مفتی در ظاهر و طبق قواعد و استنباطاتمان حکم به بطلان نکاح کنیم ، ولی در واقع و عندالله نکاح باطل نباشد و آن زن زوجه شرعی این مرد باشد ، اولین نتیجه حکم ما تفریق میان زوجین است ، و بدنبال آن چه بسا زن با مرد دیگری ازدواج می کند و وقاع محقق می شود و در نتیجه ناخواسته و ناخودآگاه زنای با زن شوهردار انجام شده که مجازاتش در

اسلام به مراتب سنگین تر است یعنی موجب رجم است .

ولی اگر ما به عنوان حاکم و مفتی در ظاهر حکم به صحّت نکاح کنیم، در اینجا ولو در واقع و عندالله صحیح نباشد و باطل باشد ولی نتیجه فتوای ما آنست که: زن و مرد جمع شده و سپس یک وطی با مرثه ای که از هر مانعی خالی است [شوهر ندارد، در حال عدّه نیست، در حال حیض نیست و ...] محقق شده و این یا وطی به شبهه است و یا حداکثر زنا با غیر ذات البعل است که مجازات آن صد تازیانه است و به پای رجم و ... نمی رسد. پس حکم به ابقاء نکاح احوط است یعنی اشدّ احتیاطاً است یعنی کاری است که قبح آن یا احتمال قبح کمتر است و از باب دفع افسد به فاسد باید همین را اختیار کرد. اینست منظور امام علیه السلام از احتیاط .

قوله: وکیف کان:

ما طبق برداشت خویش توجیهی برای کلمه یحْتَاط در کلام امام علیه السلام کردیم، حال این تفسیر صحیح باشد یا نه، مهمّ اینست که: مستدلّ می گفت: اگر نکاح فضولی صحیح باشد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح است . و این روایت این مطلب را ردّ می کند و عکس آن را ثابت می کند یعنی دلالت دارد که: اگر بیع صحیح بود نکاح به طریق اولی صحیح است . و این مقدار ما را بس است .

قوله: ثمّ انّ:

روایت امام علی علیه السلام به کلیّ از بحث ما خارج است و ربطی به مسئله فضولی ندارد زیرا مورد آن روایت، باب وکالت است و شخص وکیل قانونی زن بوده و هنوز از عزل خود خبر نداشته و خود را شرعاً و قانوناً در تزویج زن برای دیگران مجاز می دانست و هرگز به مخیله اش خطور نمی کرد که فضولی باشد .

ولی مسئله ما راجع به کسی است که می داند فضولی است و معذک به امید

اجازه و امضای مالک اقدام می کند. پس ربطی بهم ندارند. ولی از این نظر که یک ضابطه کلی از روایت بدست آوردیم به درد ما می خورد و آن اینکه هر جا معاملات مالی امضاء شد و به صحت آنها حکم گردید لازمه اش آنست که نکاح هم امضاء شود نه عکس مطلب که مبنای استدلال مستدل بود.

خلاصه اینکه: با استناد به این حدیث اولویّتی را که مستدل تصویر کرد ابطال نموده و عکس آن را ثابت کردیم.

جمع بندی:

مجموع ادله صحّت بیع فضولی هفت دلیل شد:

- ۱- شهرت فتوائی: به عقیده مشهور، شهرت دلیل مستقلّی نیست و در حدّ مؤید و معاضد ارزش دارد.
 - ۲- اجماع منقول: به عقیده مشهور این نیز به تنهائی حجّت نیست و مخصوصاً در مانحن فیه که معارض دارد و سیّاتی که قائلین به بطلان کراراً بر بطلان بیع فضولی ادّعی اجماع کرده اند.
 - ۳- عمده دلیل شیخ اعظم اطلاقات و عمومات بود و دلیلیّت اینها را از هر اشکالی خالی کردند.
 - ۴- دلیل عقد صدرّ من اهله و وقع فی محلّه ... که به دلیل سوّم ارجاع دادند.
 - ۵- روایت عروه باریقی: دلالت آن را بر بیع فضولی ردّ کردند.
 - ۶- روایت محمد بن قیس: این نیز دلالتش بر مدّعا ابطال شد.
 - ۷- فحوی یا اولویّت: این دلیل را نیز نپذیرفتند.
- قوله: ثمّ انه ربّما یؤید:

مؤیداتی چند بر صحت بیع فضولی:

پس از فراغ از ذکر ادله عامّه می پردازیم به بیان روایات خاصّه ای که

هر کدام به باب خاصی مربوط است و عدّه‌ای آنها را مؤید مسئله‌ما قرار داده و بعضی آنها را دلیلهای مستقل و جداگانه قرار داده‌اند، و به عقیده شیخ اعظم اینها مؤید هستند:

مؤید اوّل: اخبار خاصّه‌ایکه در باب مضاربه وارد شده:

شخصی صاحب سرمایه است و دیگری عامل مضارب است و مالک سرمایه مبلغی را در اختیار عامل مضارب قرار داده تا با آن تجارت کند و اگر سودی حاصل شد به نسبت مذکور در قرارداد با یکدیگر سهم باشند، در ضمن صاحب سرمایه با عامل طی کرده که فلان متاع و کالا را خرید و فروش کند [که ظاهرش ایجاد تضییق است یعنی فقط حق داری این را خریداری کنی نه متاع دیگر را، نه اینکه ذکر آن از باب مثال باشد].

ولی عامل مضارب تخطی کرده و متاع دیگری را خرید، در چنین فرضی از امام علیه السلام پرسیده‌اند: حکم چیست؟

امام علیه السلام طبق روایت جمیل^(۱) و صحیحه محمد بن مسلم عن احدهما^(۲) و صحیحه حلبی از امام صادق علیه السلام^(۳) و ... فرموده‌اند: عامل مضارب ضامن است [یعنی چون تعدی کرده اگر متاع تلف شد و یا دچار خسران و زیان شد وی ضامن است و نتوان گفت: او امین بوده و لیس علی الامین الایمین.] و ربح و سودی که از بابت فروش متاع عائد می شود به نسبت مال هر دو می باشد.

قوله: فانها:

کیفیت استشهاد: ظاهر قضیه اینست که: معامله‌عامل فضولی بوده، و امام علیه السلام در چنین معامله‌ای حکم به صحت فرمودند، و ضمناً مطلق آوردند،

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۸۲، باب اوّل، حدیث ۹.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۸۲، باب اوّل، حدیث ۱.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۱۸۲، باب اوّل، حدیث ۷.

یعنی فرمودند: اگر صاحب سرمایه راضی شد و اجازه داد صحیح است بلکه بقول مطلق فرمودند: الربح لهما ... یعنی چه اجازه بکند یا نه، و چه حتی ردّ هم بکند باز معامله صحیح است. حال دو احتمال وجود دارد:

۱- یا حدیث مذکور را بر ظاهرش ابقاء کرده و می گوئیم: اجازه لازم نیست، در این صورت خلاف قاعده می شود، زیرا قانوناً معامله فضولی موقوف به اجازه مالک است.

ولی این معامله خاصه موقوف نیست و صرفاً حکم تعبّدی و به برکت نصّ خاص خواهد بود که از آن قاعده خارج شده است. طبق این احتمال از روایات باب مضاربه می توان به نفع ما، در مانحن فیہ استیناس کرد، به این صورت که: از اخبار خاصه استفاده می شود که اذن سابق لازم نیست، زیرا این اخبار حتی اجازه بعدی را هم ذکر نکرد و معتبر ندانست پس به طریق اولی اذن قبلی معتبر نیست، و همین اندازه ما را بس است که می شود در معامله ای انسان نه مالک باشد و نه اذن قبلی داشته باشد و معذک معامله صحیح باشد.

۲- و یا اطلاقات مذکور را بر صورت رضایت بعدی مالک حمل کرده و می گوئیم: حکم امام علیه السلام به صحّت و اینکه: الربح لهما ... بر این فرض است، و منشأ این حمل احد الامرین است:

الف: غالباً وقتی مالک فهمید که این متاع هم سودآور است راضی می شود و برای او متاعی که خودش قید کرده موضوعیت ندارد، بلکه به خیال بازدهی بیشتر گفته بود: فلان متاع را معامله کن.

ب: مقتضای جمع میان دودسته ادّله، حمل مذکور را اقتضا دارد، بیان ذلک:

اخبار خاصه باب مضاربه اطلاق دارد و فرض اجازه و عدم آن، رضایت مالک و نبود آن را شامل است. ولی ادّله طیب نفس که می گوید: لایحلّ مال امرء

مسلم الأبطیب نفسه، لاتأکلوا ... إلا أن تكون تجارةً عن تراض و ... یا می گوید: نقل مال مالک به دیگران باید به اذن خود مالک باشد^(۱) دلالت دارد که باید طیب نفس مالک و رضایت خاطر او هم باشد با این ادله آن اطلاعات تغییر شده و بر فرض رضای مالک حمل می شود.

نتیجه حمل مذکور آنست که: مضاربه مذکور مصداقی از مصادیق بیع فضولی می شود که با اجازه مالک صحیح شده و مطلوب ما هم همین است.
 قوله: وصحتها:

سؤال: چرا این امر را به صورت مؤید آوردند نه دلیل؟

جواب: چون دو احتمال وجود دارد:

- ۱- صحّت معامله فضولی در خصوص مضاربه مذکور به حکم نص خاص بوده و تعدی است و مخصوص همان باب است و حق تعدی به سایر ابواب نداریم.
- ۲- معامله مذکور خصوصیتی ندارد و همه معاملات فضولی همین حکم را دارند و مناطشان یکی است پس حق تعدی داریم. و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال ولی لم یبطل التأيید.

مؤید دوّم:

قوله: ومن هذا القبيل:

مؤید دیگر اخبار خاصه ای است که در رابطه با اتّجار و تجارت کردن با مال یتیم وارد شده است و مفادش آنست که: اگر غیر ولی با اموال یتیم تجارت کرد، چنانچه ضرر کند باید جبران نماید، و اگر سود ببرد تمام آن مال یتیم خواهد بود.^(۲)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۴۸، به بعد باب اوّل روایات باب.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۶، ص ۵۷، باب دوّم روایات باب.

قوله: فانها ان حملت:

این روایات نیز مثل روایات مضاربه اطلاق دارد و سخن از اجازه ولی به میان نیاورده است، و لذا سه احتمال وجود دارد:

۱- اطلاقات بر صورت اجازه ولی حمل شود و حکم به صحت بر این فرض باشد، چنانکه گروهی به پیروی از شهید اول این حمل را پذیرفته اند. در این صورت معامله مذکور مستقیماً از مصادیق بیع فضولی بوده و با اجازه ولی محکوم به صحت گردیده و هوالمطلوب.

۲- روایات به اطلاقات خود ابقاء شوند و مسئله استیناس مطرح شود، به همان نحوی که در روایات مضاربه مطرح شد. بعضی از متقدمین بر شهید این حمل را پسندیده اند.

۳- معامله مذکور باز هم فردی از فضولی است و اجازه لازم دارد و اجازه هم داده شده اما نه اجازه ولی بلکه اجازه الهیه [امام که حکم به صحت کرده حکم او حکم پیامبر ﷺ و حکم رسول ﷺ حکم الله است.] و به طریق اولی کفایت می کند.

قوله: فتأمل:

احتمال سوم باطل است زیرا بحث ما در اجازه فرد بشر به عنوان مالک یا قیم مالک است نه اجازه شارع مقدس و ظاهر از اجازه هم اجازه بشری است. باز وجه مؤید بودن این اخبار و نه دلیل بودن آنها: همان است که در مؤید اول ذکر کردیم.

مؤید سوم:

قوله: وربما يؤيد المطلب:

مؤید سوم بر مطلب [صحت بیع فضولی]

روایتی از ابن اشیم [دو گونه ضبط شده :

۱- أَشِيمٌ بِرِوْزَنِ أَكْرَمٍ

۲- أَشِيمٌ بِرِوْزَنِ رُجَيْلٍ] است .

این روایت دربارهٔ عبدی است که از طرفی از سوی موالی خود اجازه داشته که برای آنان تجارت و دادوستد نماید، و از طرفی شخص دیگری مبلغ هزار درهم به او داده که به نیابت از باذل عبدی را خریداری کرده و آزاد نموده و با تتمهٔ هزار درهم او را به مکه فرستد تا به نیابت از پدر باذل حجی بگذارد، عبد مأذون طبق تقاضای دهندهٔ هزار درهم عمل کرد و از قضا پدر خودش را که نزد گروهی دیگر عبد و برده بود خریداری و آزاد کرد و حج فرستاد، و قتیکه پدر از حج برگشت سه گروه در مورد این پدر به نزاع و مخاصمه برخاستند .

۱- موالی عبد مأذون مدعی هستند: عبد ما با پولی که ما در اختیارش گذاشته بودیم پدرش را خریداری کرده و الآن پدر او هم بردهٔ ما شده است .

۲- موالی پدر عبد مأذون هم مدعی هستند که: خود ما نیز مبلغی در اختیار عبد مأذون گذاشته بودیم و با پول ما پدرش را که عبد ما بود خریده و معامله باطل است و کماکان پدر او عبد ما است .

۳- ورثهٔ باذل هم مدعی هستند که: قبل از اینکه عبد مأذون با هزار درهم بنده ای خریده و آزاد کند پدر ما از دنیا رفته بود و مبلغ مذکور به ارث به ما منتقل شده بود و او با پول ما پدرش را خریده پس پدر او هم اکنون بردهٔ ما است . حال حکم چیست؟

امام باقر علیه السلام فرمود: حکم آنست که: مملوک [پدر عبد مأذون] به صاحبان اصلی اش [موالی پدر] برمی گردد و بندهٔ آنان است، آنگاه دو گروه دیگر [ورثهٔ باذل و موالی عبد مأذون] که هر کدام ادعائی دارند، باید اقامهٔ شهود نمایند و هر گروهی شاهد اقامه کرد که با پول آنها این عبد خریداری شده، عبد به او

تعلق گرفته و برده او خواهد شد. ^(۱)

قوله: بناءً:

کيفيت استشهاد: آیا صرف ادعای شراء با پول ورثه یا موالی عبد کافی است؟ خیر، آیا اقامه شهود بر ادعای خود کافی است؟ خیر، زیرا بر فرض اقامه شهود تازه معامله فضولی بوده و اذن قبلی نبوده و نیاز به اجازه بعدی است. پس آنچه مبنای حکم امام علیه السلام است اینست که: اینان که خواهان عبد هستند همین مطالبه اجازه ضمنی است و بدان معنی است که معامله را امضاء کرده و بدان راضی هستند، و همین مقدار کفایت می کند، و این همان فضولی است که با اجازه صریح یا ضمنی مالک صحیح می گردد، و امام علیه السلام بر این اساس حکم به صحت فرموده است.

پس از این روایت هم صحت فضولی مستفاد است منتهی در حدّ یک مؤید نه دلیل، زیرا مورد خاصی است و احتمال خصوصیت دارد و نتوان آن را دلیل قرار داد. مؤید چهارم: صحیحۃ حلبی: شخصی از فروشنده ای پیراهنی خریداری کرده و در ضمن معامله با بایع شرط نکرده که اگر نپسندیدم برگردانم و فسخ کنیم، [خیار شرط قرار نداده] از قضا پارچه یا لباس را برد و نپسندید و برگرداند نزد فروشنده و تقاضای فسخ نمود فروشنده گفت: به یک شرط حاضر به فسخ و پس گرفتن مبیع هستم، و آن اینکه مبلغی از ثمن کم کنی.

[مثلاً اگر ده هزار تومان به من داده ای حالا نه هزار تومان به تو برگردانم] این چه حکمی دارد؟ [اقاله ای است که در آن شرط نقصان کرده اند].

امام علیه السلام فرمود: صلاح نیست که مبیع را با این شرط پس بگیرد [چنین اقاله ای باطل است زیرا بر مسلک امامیه اقاله فسخ عقد قدیم است و در فسخ باید به همان ثمن المسمی باشد نه کمتر و نه بیشتر، و شرط ضعیفه و نقصان

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۵۳، باب ۲۵، حدیث اول.

[مخلّ است .]

حال اگر فروشنده از روی جهل و نادانی [به حکم شرعی حرمت و فساد] متاع را از مشتریِ اوّل گرفت و به مشتری دیگری به قیمت بیشتری [مثلاً به دوازده هزار تومان] فروخت، زیادیِ ثمن [سه هزار تومان] را باید به مشتریِ اوّل برگرداند^(۱).

کیفیت استشهاد: حکم امام علیه السلام به استرداد مازاد بر چه اصلی است؟ تنها اصلی که به ذهن ما می آید اصل بیع فضولی است، یعنی اقاله که فاسد شد متاع همچنان ملک مشتریِ اوّل است و فروشنده به خیال صحت اقاله و تصاحب دوباره متاع، آن را برای خود فروخته است.

ولی امام علیه السلام می فرماید: این بیع برای او واقع نمی شود، برای صاحب متاع یعنی مشتریِ اوّل واقع می شود و چون غالباً با فرض سوددهی مالک اصلی راضی می شود لذا حکم به صحت و استرداد مازاد به مشتریِ اوّل فرموده است، و وقتی بیع فضولی لِنَفْسِهِ صحیح بود [مسئله سوم فضولی است که خواهد آمد]. پس بیع فضولی للمالک [مسئله اوّل است که الآن مطرح می باشد] به طریق اولی صحیح خواهد بود.

مؤید پنجم: مؤتقه عبدالله از امام صادق علیه السلام: شخصی است که سمسار و دلال است [ابن اثیر در ماده سمسر می گوید:

فی حدیث قیس بن ابی غرزه کُنَّا نَسْمَى السَّمَايِرَةَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَسَمَانَا التُّجَّارَ ، السَّمَايِرَةُ جَمْعُ سِمْسَارٍ ، وَهُوَ الْقَيْمُ بِالْأَمْرِ الْحَافِظُ لَهُ ، وَهُوَ فِي الْبَيْعِ اسْمٌ لِلَّذِي يَدْخُلُ بَيْنَ الْبَايِعِ وَالْمَشْتَرِيِّ مَتَوَسِّطاً لِامْتِزَاجِ الْبَيْعِ وَالسَّمَايِرَةُ : الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ .]^(۲)

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۹۲، باب ۱۷، حدیث اوّل.

(۲) النهاية لابن الاثير، ج ۲، ص ۴۰۰.

و حرفه او آنست که برای دیگران متاعی خریداری می کند و در قبال کارش مزدی دریافت می کند، حال مقداری ورق یعنی درهم یا نقره سکه دار به او داده می شود تا برود چیزهایی خریداری کند، ضمناً صاحب دراهم با او شرط می کند که: وقتی چیزهایی خریدی و نزد ما آوردی ما مختار باشیم آنچه را از امتعه خواستیم و پسندیم برای خود بگیریم و آنچه را ناخوش داشتیم بر نداریم، آن دلال به بازار می رود تا متاعهای مورد نظر را خریداری کند، پس از خریدن نزد صاحبان پولها می آورد و به آنان می گوید: این شما و اینهم کالاهای مورد نظرتان آنچه را می خواهید بگیرید و آنچه را نمی پسندید واگذارید، حال این کار چه حکمی دارد؟

امام علیه السلام فرمودند: لا بأس^(۱) یعنی اشکالی ندارد.

کیفیت استشهاد: در این حدیث سه احتمال وجود دارد.

۱- منظور این باشد که صاحبان دراهم، درهمها را به سمسار به قرض داده اند و ملک او گردیده و سپس با این پولها برای خود امتعه ای خریده و بعد آنها را نزد طلبکاران آورده و می گوید: بیائید و عوض دیتتان از این کالاها آنچه می خواهید بردارید، آنها هم چیزهایی را اختیار کرده و در ازاء طلب خود برمی دارند و بدین وسیله سمسار ایفاء دین می کند.

سؤال: در حدیث کلمه «یشتري بالاجر» داشت یعنی در برابر مزدی خریداری می کند و ظاهرش اینست که: برای صاحبان پول خرید و فروش می کند نه برای خودش، آیا این تعبیر با احتمال مذکور منافی نیست؟

جواب: خیر منافاتی ندارد، زیرا شاید تعبیر مذکور برای آنست که: حرفه وی سمساری و دلالی و خرید و فروش بالاجر بوده و بر آن اساس تعبیر کرده نه اینکه در قضیه شخصیّه مورد روایت هم شراء بالاجر باشد، [از قضا تعبیر به

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۹۴، باب ۲۰، حدیث دوم.

یشتیری به صورت مضارع مؤید همین امر است چون دالّ بر استمرار و دوام است . [

۲- منظور این باشد که: سمسار با اذن قبلی صاحبان پول برای آنان امتعه ای خریده و نزد آنان می آورد و ضمن معامله برای خود حق الخیار قرار داده که آنچه از این اجناس را صاحبان پول نپذیرفتند به خود فروشنده برگرداند .

۳- منظور این باشد که: وی اذن قبلی نداشته و فضولياً امتعه ای را خریده و نزد صاحبان پولها آورده و از آنها می خواهد که اختیار کنند، و آنان هر متاعی را که اختیار می کنند به معنای امضاء ضمنی آن است و هر کدام را که ترك می کنند به معنای ردّ ضمنی آن بخش از معامله است . حال طبق دو احتمال قبلی این حدیث ربطی به بیع فضولی نداشته و مؤید مطلب ما نیست، ولی طبق احتمال سوم کاملاً تأیید بر مطلب است .

ضمناً در روایت تعبیر روشنی نیست که ظهور در دو احتمال قبل داشته باشد، بلکه هر سه احتمال محتمل است و امام علیه السلام در مقام جواب که فرمود: لا بأس استفصال واستفسار نکرد و فرمود: اگر احتمال اول باشد چه می شود؟ و اگر ... بلکه به قول مطلق فرمود: لا بأس و ترك استفصال مفیدعموم است، یعنی هر کدام از این احتمالات که باشد اشکالی ندارد، پس به عمومش احتمال ثالث را هم می گیرد، یعنی به صورت فضولی هم که باشد اشکالی ندارد . وهو المطلوب، البته با اینهمه احتمالات دلیل نیست ولی مؤید هست .

مؤید ششم: اخباری که می گوید: نکاح عبد بدون اذن سید باطل نیست و موقوف به اجازه بعدی سید است فانّ اجاز جاز

[البته قبلاً در دلیل هفتم به فحوای این اخبار استناد شد و مرحوم شیخ نپذیرفت، ولی خود ایشان به تعلیل مذکور در آن اخبار استناد کرده اند . [سپس تعلیل کرده: این عبد خدا را که معصیت نکرده تا قابل حقوق اجازه و

رضایت نباشد، مولایش را سرکشی کرده که با رضایتِ بعدیِ مولیِ جبران می‌شود^(۱).

وجه التأيید: از این تعلیل مستفاد است که مانع از صحّت بیع یا هر معامله‌ای دو گونه است:

۱- مانعی که قابل زوال نیست و امید زوالش نمی‌رود، مثل معصیت خدا که مانع از صحّت نکاح است و هرگز زائل نمی‌شود زیرا خدا هرگز به گناه راضی نمی‌شود.

۲- مانعی که امید زوالش می‌رود، مثل معصیت سید که با رضایت بعدی او جبران می‌شود و مسئله طیب نفس مالک در معاملات فضولی از این قبیل است که نبودش مانع از صحّت بیع است ولی با آمدن طیب نفس مانع مرتفع شده و مقتضی هم که موجود است پس وجهی برای بطلان نخواهیم داشت.

نتیجه: با رضایتِ بعدی مالک بیع فضولی صحیح است.

قوله: هذا غاية:

این بود حداکثر چیزی که برای صحّت بیع فضولی قابل استدلال و یا حداقل قابل استشهاد و تأیید بود، و چنانچه ملاحظه شد برخی از این وجوه و ادله و مؤید است اگر چه قابل مناقشه بود، ولی برخی دیگر متقن و مستحکم بود و همان مقدار فقیه را کفایت و بی‌نیاز می‌کند.

[البته بزرگان متأخرین از مرحوم شیخ اعمّ از حواشی و تقریرات مکاسب در رابطه با این وجوه سبعة و مؤیدات سته سخنان نغز و جالب فراوان دارد، فی المثل مرحوم سید در حاشیه وجوه دیگری مازاد بر مذکورات در متن آورده‌اند^(۲).

و مرحوم آقای خوئی در تقریرات از این مؤیدات به ادله تعبیر کرده و در

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳، باب ۲۴، حدیث ۲۰۱ و ...

(۲) حاشیه السید علی مکاسب، ص ۱۳۸.

مجموع یازده وجه را مورد بحث و بررسی قرار داده اند^(۱) و مرحوم ایروانی مؤید ششم را به عنوان اقوی الحجج بر صحّت فضولی دانسته اند^(۲) و مرحوم شهیدی در اکثر مؤیدات مناقشه دارند^(۳) که طالبین مراجعه فرمایند .
قوله: واحتجّ:

ادّله غیر مشهور یا طرفداران بطلان بیع فضولی:
 مشهور فقهاء متقدّم و متأخّر به صحّت بیع فضولی فتوی دادند و دلائل و مؤیدات آنان گفته آمد . [منظور صحّت تعلیقی بود یعنی موقوف بر اجازه مالک است .]

در مقابل عدّه ای از فقهاء به بطلان بیع فضولی فتوی داده اند و مدّعی شده اند که: بیع فضولی مثل بیع صبیّ و مجنون و ... است و از ریشه باطل است و حتی اجازه لاحق هم نقش و تأثیری ندارد، اینان برای بطلان به ادّله اربعه تمسک کرده اند:

دلیل اوّل یا قرآن: از قرآن به آیه تجارت استدلال کرده اند که می فرماید:

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(۴)

کیفیت استدلال: به دو بیان به آیه مذکور استناد کرده اند:

بیان اوّل: مفهوم حصر آیه است: لا و الاّ مفید حصر است و معنای کلام آنست که: منحصرأ مجوّز و مبیح اکل و تصرّف در مال دیگران تجارت بر اساس تراضی طرفین است. مفهوم حصر آنست که: پس غیر تجارت کذائی، ماعدای تجارت عن تراض مجوّز و مبیح نیست، و این مفهوم بیع فضولی را هم دربرمی گیرد زیرا بیع فضولی هم تجارت نشأت گرفته از تراضی نیست و غیر آن

(۱) مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۷۸-۱۹.

(۲) الحاشیة علی المکاسب، ص ۱۲۰.

(۳) هدایة الطالب، ص ۲۷۰-۲۷۳.

(۴) سورة نساء آیه ۲۹.

است، پس بیع فضولی هم مجوز اکل نیست یعنی تأثیری ندارد و فائده ای بر آن مترتب نیست و هذا معنی البطلان .

بیان دوم: مفهوم وصف آیه است: کلمه تجارت در آیه تحدید و تقیید شده به لفظ عن تراض و معنای جمله اینست: تجارتی که این صفت دارد از تراضی طرفین سرچشمه گرفته و از این کانال تجاوز و عبور کرده است مجوز اکل و تصرف در اموال یکدیگر است مفهوم وصف کلام آنست که: پس تجارتی که عن تراض نیست بلکه لاعن تراض است مجوز اکل نیست، و این مفهوم بیع فضولی را نیز دربرمی گیرد، زیرا او هم تجارت لاعن تراض می باشد، و مجوز اکل نیست و معنای بطلان هم همین است .

و اگر خواستی بگو: بیع فضولی در مستثنای آیه [تجارة عن تراض] داخل نیست زیرا تجارت سرچشمه گرفته از تراضی نیست، پس در مستثنی منه داخل است و اکل مال به باطل است و مشمول حکم لاتأکلوا است .
قوله: وفیه:

مرحوم شیخ از هر دو بیان جواب می دهند:

اما از مفهوم حصر: سابقاً در مسئله اختیار و اکراه به مناسبت گفته آمد که استثناء اگر بخواهد مفید حصر باشد به صورت مانعة الخلو باید یکی از دو ویژگی را دارا باشد:

۱- یا استثناء متصل باشد .

۲- و یا منقطع مفرغ باشد و در مانحن فیه هیچکدام نیست یعنی استثناء مذکور در آیه اولاً منقطع است و ثانیاً غیر مفرغ است:

اما انقطاع: مستثنی منه اکل مال به باطل است و مستثنی تجارت عن تراض است و پرواضح است که تجارت کذائی موضوعاً و تخصصاً از اکل مال به باطل خارج است نه اینکه موضوعاً داخل باشد ولی حکماً اخراج بشود و چنین اکل مالی

حرام نباشد، پس منقطع است و گروهی از مفسران نیز بدان تصریح کرده‌اند^(۱).
 و اما غیر مفرغ بودن: زیرا مستثنی منه [اموالکم] در کلام ذکر شده است. و
 به عقیده مرحوم شیخ چنین استثنائی مفید حصر نیست زیرا به معنای لکن
 استدراکی است و معنا آنست که: اکل مال به باطل ممنوع و لکن تجارت عن
 تراض مشروع ولی منحصر بودن را نمی‌رساند [مثل لم یجیء زید لکن بکراً جاء
 که معنایش این نیست که: آمدن منحصر به بکر بوده و غیر بکر احادی نیامد]. پس
 مفهوم حصر که ابطال شد، و معنایش آن نیست که اگر تجارتی از تراضی
 سرچشمه نگرفت ولی رضایت لاحق داشت باطل باشد.

و اما از مفهوم وصف: به پنج بیان جواب می‌دهند:

۱- در علم اصول مبحث مفاهیم به ثبت رسیده که اساساً جمله وصفیه دارای
 مفهوم نیست. و اثبات شیئی نفی ما سوی نمی‌کند.

۲- بر فرض مفهوم داری می‌گوئیم: آن وصفی مفهوم دارد و حکم ثبوتاً
 و عدماً دائر مدار او است که بر آوردن آن هیچ فائده‌ای جز دلالت بر انتفاء عند
 الانتفاء مترتب نباشد، پس اگر فوائد دیگری برای آن متصور بود، باز نوبت به
 مفهوم داری نمی‌رسد، و در ما نحن فیه فائده دیگر دارد و آن وصف غالبی بودن
 است یعنی تقیید تجارت به قید عن تراض برای بیان اینست که: غالب تجارتها
 چنین‌اند، زیرا از مالکهای اصلی و با رضایت قبلی سرچشمه می‌گیرند و این
 منافاتی ندارد که نادری از داد و ستدها اینگونه نباشند و رضایت سابق بر آنها نباشد
 بلکه لاحق باشد و معذک صحیح باشند.

و ما نحن فیه نظیر تقیید در آیه ربائب است که فرموده: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي
 حُجُورِكُمْ﴾^(۲) یعنی ربیبه‌هایی که در دامان شما بزرگ شده‌اند بر شما حرام‌اند.

(۱) از قبیل امین الاسلام طبرسی در مجمع البیان، ج ۳ و ۴، ص ۳۶ و ۳۷.

(۲) سوره نساء آیه ۲۳.

اما آیا این بدان معنی است که: ربيبه هائی که از قبل کبير بوده و در دامان شما بزرگ نشده اند حرام نیستند؟ هرگز، مطلقاً رباب حرام اند ولی تقیید آنها به اللاتى فى حجورکم از باب غالب است یعنی غالباً زنانى که تن به ازدواج مجدد مى دهند در سنّ جوانى هستند و فرزندان شوهران قبلى آنان خردسالند و در دامان مرد جدید بزرگ مى شوند، و چنین تقییدی فقط توضیحی است و نه احتزازی و قطعاً مفهوم ندارد.

۳- در کلمه تجارت عن تراض از لحاظ اعراب دو احتمال وجود دارد:

الف: کوفیّین این کلمه را به رفع قرائت کرده اند، طبق این احتمال کلمه تکون تامه بوده و لفظ تجارت فاعل او است و عن تراض وصف و قید تجارت است، و احتمال اینکه کان ناقصه باشد و تجارت به رفع اسم او و عن تراض خبر او باشد بسیار بعید است زیرا اگر چنین بود لفظ تجارت به صورت نکره استعمال نمی شد بلکه معرفه مى آمد و مى فرمود: تكون التجارة عن تراض.

ب: ماعدای کوفیّین کلمه تجارت را به نصب قرائت کرده اند و تکون را ناقصه گرفته و اسم آن را ضمیر مستتر دانسته اند که به اکل و مجوز اکل برمی گردد و کلمه تجارت را خبر کان گرفته اند، باز بنابر قرائت نصب هم دو احتمال وجود دارد:

الف: عن تراض قید و وصف تجارت باشد که غالباً نکره با توصیف ذکر مى شود و این احتمال اقوی است. باز جمله وصفیه مى شود.

ب: عن تراض خبر بعد از خبر باشد یعنی تجارت خبر اول کان و عن تراض خبر دوم باشد و جمله وصفیه نباشد. خود این دو گونه است:

الف: گاهی از قبیل: زید شاعر عالم است که هر خبری استقلال دارد و بدون دیگری مفید معنای تامّ و یصحّ السکوت علیه است.

ب: و گاهی از قبیل: الرمان حلّو حامض است که هر یک از حلّو و حامض

استقلال ندارند و منظور این نیست که: یک انار در آن واحد هم صددرصد شیرین و هم صددرصد ترش است بلکه منظور این است که: این انار ترش و شیرین یا می خوش است.

وما نحن فيه از این قبیل است یعنی منظور آیه این است که: مجوز اکل و سبب حلیت تصرف تجارت و تراضی است و هر دو باید باشد، آنگاه در بیع فضولی هم می گوئیم: باید هر دو باشد اما اینکه تراضی سابق لازم باشد دلیلی ندارد، بلکه تراضی لاحق هم باشد کافی است و پس از آمدن اجازه بر بیع فضولی هم تجارت عن تراض صدق می کند.

۴- خطاب آیه شریفه [لا تأكلوا اموالکم بینکم] به مالکین اموال است و به آنان می فرماید: اموال یکدیگر را به باطل نخورید، بلکه با تجارت توأم با تراضی در اموال یکدیگر تصرف کنید و در بیع فضولی تا اجازه نیامده که تجارت مالک صدق نمی کند، آری پس از اجازه می گوئیم: باز تجارت میان مالک ها است و عن تراض است و وجهی برای بطلان آن نیست.

۵- قوله: وقد حکى:

[مرحوم امین الاسلام طبرسی در مجمع فرموده: وقيل في معنى التراضی فی التجارة قولان: احدهما انه امضاء البيع بالتفرق او التخایر بعد العقد وهو قول شریح والشعبی وابن سیرین ومذهب الشافعی والامامیه لقوله: البيعان بالخيار مالم يفترقا او يكون بيع خيار وربما قالوا او يقول احدهما للآخر اختر، الثاني: انه البيع بالعقد فقط عن مالک وابی حنیفه^(۱)].

شیخ می فرماید: فراز اول کلام طبرسی با احتمال خبر بعد از خبر بودن سازگار است زیرا دلالت داشت که: لازم نیست رضایت از قبل باشد بلکه امضاء بیع به تفرق ابدان یا اختیار عقد [گفتن: اخترت العقد] حاصل می شود که

(۱) مجمع البیان، ج ۳ و ۴، ص ۳۷.

سبب اسقاط خیار می گردد، پس لازم نیست تجارت عن تراض باشد بلکه تراضی لاحق هم کافی است و این یعنی خبر بعد از خبر بودن نه جمله و صفیّه و قید بودن.

دلیل دوم یا سنت: از سنت به روایاتی چند استناد کرده اند که مرحوم شیخ در اینجا شش روایت را مطرح کرده اند و به دو روایت هم در ضمن جواب اشاره کرده اند:

روایت اول: خبر واحد مستفیض است که از قول رسول خدا ﷺ نقل شده: حضرت به شخصی بنام حکیم بن حزام فرمودند: لاتبع ماليس عندك^(۱)

کیفیت استدلال: اولاً لاتبع نهی است و مستقیماً به خود بیع و معامله تعلق گرفته و چنین نهی ارشاد به فساد است یعنی بی جهت تلاش نکن و معامله منما که این معامله فایده ای ندارد.

و ثانیاً منظور از ماليس عندك همین معنای ظاهری نیست که: چیزی را که در نزد تو و پیش روی تو و در مقابل تو در مکانی که ایستاده ای نباشد حق نداری بفروشی، قطعاً مراد این نیست، زیرا مالک در هر کجای عالم که باشد حق دارد مال و ملک خود را در هر نقطه دیگر از عالم بفروش برساند پس منظور کنایه است یعنی مالی را که بر او سلطنت نداری و نمی توانی آن را به مشتری تسلیم کنی و در واقع ملک تو نیست که بتوانی اقباض دهی، چنین مالی را نفروش و بیع واقع نمی شود آنگاه فضولی بر مال مردم سلطنت ندارد و بیع او مشمول این حدیث است و باطل می باشد.

روایت دوم: طبق تفسیری که از حدیث اول کردیم این حدیث مساوق و مرادف با روایت نبوی دیگر است که حضرت فرموده: لا یتلاق الا فیما یملک ولا

(۱) سنن ترمذی، ج ۳، ص ۵۳۴، باب ۱۹، حدیث ۱۳۳۲.

عتق الّا فیما یملک ولا بیع الّا فیما یملک^(۱) و محلّ شاهد همین جمله اخیر است یعنی نسبت به چیزی که انسان مالک آن چیز نیست اصلاً بیع محقق نمی شود، حال یا منظور نفی جنس است که این اصلاً بیع نیست تا منشأ اثر باشد و یا منظور نفی صحّت است یعنی چنین بیعی صحیح نیست. وهو المطلوب،

روایت سوّم: باز حدیث نبوی اوّل مساوق و هم سیاق با توقیع شریفی است که از امام عسکری علیه السلام به صفّار صادر شده و در آنجا فرموده: لایجوز بیع مالیس یملک^(۲) یعنی بیع چیزی که انسان مالک آن نیست نافذ هم نیست و یا لایجوز یعنی جایز نیست و حرام است و ارشاد به بطلان می باشد.

روایت چهارم: از حمیری از امام زمان عجل الله فرجه الشریف: امام علیه السلام در جواب برخی از سئوالات حمیری چنین مرقوم فرموده اند: ابتیاع ضیعه و باغ جایز نیست مگر از مالک آن خریداری کنی یا به امر مالک باشد و یا با احراز رضایت مالک باشد، پس اگر هیچکدام نبود شراء نافذ نیست^(۳).

روایت پنجم: حدیث صحیح از محمد بن قاسم بن فضل: مردی از خانمی از بنی عبّاس [که قطعه های زمینهای مرغوبی را خلفاء بنی عباس در اختیار او گذاشته بودند] برخی از این قطّاع را خریداری کرد و در قولنامه نوشته شد که: پولش را پرداخته است در حالی که هنوز نپرداخته، آیا چنین مردی باید ثمن را به آن زن بدهد یا خیر؟

حضرت فرمود: خیر شدیداً باید امتناع کند و حق ندارد به او بپردازد چرا که آن زن مالی را که مالکش نیست فروخته است، یعنی مال امام علیه السلام را فروخته و

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۳، ص ۵، باب ۱۲، حدیث ۵؛ و وسائل الشیعه، ج ۱۵،

باب ۱۲، من ابواب مقدمات الطلاق، روایات باب.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۵۲، باب ۲، حدیث ۱.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۵۰، باب اوّل حدیث ۸.

فضولی است و بیع صحیح نخواهد بود. (۱)

روایت ششم: صحیح محمد بن مسلم: این حدیث راجع به زمینی است که در دهانه رود نیل بوده و مردی آن را خریداری کرده بود و اهل آن سرزمین مدعی بودند که این زمین مال ما است و اهل اُستان [نام منطقه ای بوده که دارای چهار شهر بوده] می گفتند: این زمین از اراضی ما است، چه باید کرد؟

امام علیه السلام فرمود: لا تشتروها الا برضا اهلها، یعنی بدون رضایت صاحبان زمین خریداری نکن و این شراى توبى فايده است که ارشاد به فساد است. (۲)
 قوله: والجواب:

مرحوم شیخ از همه این روایات جواب می دهند:
 اما از روایت نبوی اول «لاتبع ما لیس عندك»: مستدل گفت: این نهی چون به ذات معامله بار شده ارشاد به فساد است، و «ما لیس عندك» هم کنایه است از عدم سلطنت بر مال، و معنای حدیث اینست که: بیع مالی که بر او سلطنت نداری باطل است.

آنگاه به صورت قیاس منطقی می گوئیم:

بیع فضولی از مصادیق بیع ما لیس عندك است «صغری»

و بیع ما لیس عندك باطل است «کبری»

پس بیع فضولی باطل است. «نتیجه»

مرحوم شیخ در مقام جواب ابتدا دو نکته دیگر را اضافه می کنند:

۱- مراد از موصول «ما» چیست؟ قطعاً مراد مال و متاع است، ولی متاع یا

مبیع دو گونه است:

الف: عین شخصی و جزئی حقیقی خارجی: مثل این کتاب معین، آن ماشین

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۴۹، حدیث ۵.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۴۹، حدیث سوم.

مشخص و

ب: مبیع کلی و قابل صدق بر کثیرین: مثل صدمن گندم، هزار کتاب

مکاسب و

حال منظور از ماء موصول عین خارجی و شخصی است نه مبیع کلی زیرا که هم اجماع و هم نصوص^(۱) دلالت دارند که بیع کلی جایز است و لازم نیست بر آن سلطنت داشته باشد بلکه اگر این کلی فعلاً در خارج هیچ مصداق هم نداشته باشد بیع صحیح است و به ذمه می آید. و چنین بیعی باطل نیست تا مشمول حدیث نبوی باشد، پس مراد مبیع شخصی است.

۲- مراد از بیع چیست؟ بیع مال مردم دو گونه است:

الف: گاهی برای خود مالک اصلی می فروشد.

ب: و گاهی مال غیر را برای خودش می فروشد.

حال منظور از بیع در حدیث بیع لفسه است یعنی مال مردم را برای خودش بفروشد و شاهد مطلب هم ظاهر خود کلمه لاتبع ماليس عندك است که ظهور در بیع لفسه دارد، و هم سنّوَال حکیم بن حزام از بیع لفسه بوده [چون کارش این بوده که متاع دیگران را برای خود می فروخت و بعد می رفت از مالک اصلی خریداری می کرد و به مشتری می داد.] و جواب هم باید بر طبق سنّوَال باشد پس نبی اکرم از بیع مال غیر لفسه نهی کرده اند.

حال که این مطالب روشن شد، از نبوی اوّل دو جواب می دهیم:

۱- مراد از بیعی که متعلق نهی واقع شده [و پیامبر ﷺ فرموده: لاتبع ...]

چیست؟ دو احتمال وجود دارد:

الف: منظور مجرد انشاء بیع و اجراء صیغه باشد یعنی نسبت به مال مردم

حق نداری حتی انشاء عقد کرده و بر آن صیغه جاری کنی و بگوئی و ابراز کنی:

(۱) در حاشیه مرحوم سیّد، ص ۱۳۹ در این رابطه چندین روایت آورده.

بعث ... صرف انشاء صیغه باطل و ممنوع است چه بدنبال آن مالک اصلی اجازه بدهد یا نه، طبق این احتمال حدیث مذکور بر بطلان بیع فضولی لنفسه دلالت دارد و مفادش آنست که: چنین فضولی ای مثل صبی و مجنون مسلوب العبارة است و هیچ اثری بر عبارت او مترتب نیست و وقتی وجودش کالعدم شد قهراً لحوق اجازه و تأثیر آن هم معنی نخواهد داشت.

ب: منظور این باشد که: آنگونه که ماعندک و ملک خودت را معامله می کنی که تو منجزاً و جزماً می فروشی و مشتری هم منجزاً می خرد و منتظر اجازه کسی نیست، و از اوّل عقد شما مؤثر است و اثر مقصود که ملکیت است بر آن مترتب است، نسبت به مالیس عندک و مالی که ملک تو نیست اینگونه معامله نکن و اثر مقصود بر آن مترتب نیست، و معامله برای تو واقع نمی شود، ولی این منافاتی ندارد با آنکه معامله فضولی قابلیت لحوق اجازه را داشته باشد و با اجازه بعدی مالک اصلی برای او واقع شود و این مطلب را روایت منع و رد نکرد و ادلّه صحّت بیع فضولی آن را شامل است.

مرحوم شیخ می فرماید: علامه هم در تذکره همینطور معنی کرده و فرموده: منظور اینست که: تو حق نداری ملک دیگران را بطور تنجیزی برای خود بفروشی و سپس از مالکین خریداری کرده و به مشتری تحویل دهی.

و علامه ره شاهی بر این معنی اقامه کرده و آن سؤال حکیم بن حزام است که از بیع مال مردم لنفسه پرسیده بود و جواب هم طبق سؤال باید باشد، و البته چنین بیعی باطل است و دلیل مطلب هم عبارتست از: نفی خلاف و نهی مذکور در نبوی و مسئله غرر و اینکه بیع مذکور غرری است زیرا فروشنده یقین ندارد که مالک اصلی به او خواهد فروخت و او قدرت بر تسلیم پیدا خواهد کرد، پس پیشاپیش فروختن آن به دیگری کلاه برداری و گول زدن است.

سپس مرحوم شیخ می فرماید: دو روایت دیگر هم داریم که قبلاً در مبحث

معاطات گذشت و بعداً در مسئله من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه خواهد آمد و آندو عبارتند از:

الف: روایت خالد بن حجّاج: الرجل يجيئني ويقول اشتري هذا الثوب واربحك كذا وكذا فقال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك؟ قلت: بلى، قال لا بأس انما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام^(۱).

ب: روایت یحیی بن حجّاج: عن رجل قال لی اشتري هذا الثوب او هذه الدابة وبعنيها اربحك كذا وكذا قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها^(۲).

حال منظور از این دو روایت هم همان است که: قبل از خریدن پارچه حق نداری منجزاً به دیگری بفروشی و بر این بیع اثر مقصود مترتب نمی شود ولی منافاتی ندارد که با اجازه مالک برای مالک واقع شود.

و در پایان هم می فرماید: همین معنای دوّم اظهر است و متبادر به ذهن از این تعبیرات همین است که مثل مال خودت با مال دیگران رفتار نکن و معامله تنجیزی انشاء نکن و اثر مقصود بار نیست، و قرینه سؤال سائل هم مؤید این معنی است، و این معنی که منکر ندارد و کلام در صحّت فضولی برای مالک اصلی آنهم پس از اجازه مالک است.

۲- قوله: و ثانياً:

بر فرض حدیث نبوی عموم و اطلاق داشته باشد و منظور این باشد که: بیع مالیس عنده کلاً باطل است و چه بعداً اجازه بکند یا نه فایده ای ندارد و برای مالک واقع نمی شود. ولی ادله صحّت بیع فضولی [هفت دلیل و شش مؤید] از این حیث اخصّ هستند و خصوص صورت اجازه مالک را شامل می شوند و دلالت

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۷۶، باب ۸ من ابواب احکام العقود حدیث ۳.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۷۸، باب ۸، حدیث ۱۳.

می کنند که این بیع برای مالک اصلی با اجازه او واقع می شود و این مضمون نسبت به آن مفاد اخص است و موجب تخصیص حدیث نبوی می گردد.

قوله: **وبما ذکرنا:**

از نبوی دوّم هم که فرمود: **لابیع الأفیما یملک یا فی ملک ...** همین دو جواب را می دهیم که از نبوی اوّل دادیم و نیاز به تکرار نیست فقط باید بدانیم که لا در لابیع نفی جنس است ولی در اینجا مراد نفی جنس نیست چون قطعاً بر بیع فضولی بیع اطلاق می شود، پس مراد نفی صحّت است یعنی بیع کذائی صحیح نیست یعنی اثر مقصود بر آن بار نمی شود و لا منافاة که قابل لحوق اجازه باشد.

قوله: **وامّا الروایتان:**

جواب از دو روایت خالد و یحیی هم همین است یعنی منظور اینست که: قبل از اینکه از صاحب اصلی پارچه را خریداری کنی به دیگری فروش به بیع تنجیزی و حتمی و این بیع باطل است یعنی برای تو واقع نمی شود و اثر مقصود بار نمی شود و این منافاتی ندارد با اینکه با اجازه مالک برای مالک اصلی واقع شود.

قوله: **وامّا الحصر:**

جواب از دو روایت دیگر: [صحیحہ محمد بن مسلم که داشت: لاتشترها الا برضا اهلها وتوقیع امام عصر عجل الله فرجه الشریف به حمیری که فرمود: لایجوز ابتیاعها الا عن مالکها او بامرہ اورضاه] در این دو حدیث لا والا مفید حصر است و هر دو از یک وادی هستند و دو برداشت ممکن است:

۱- منظور این باشد که منحصرأ باید خرید و فروش با رضایت مالک اصلی باشد در قبال اینکه اصلاً رضایتی نباشد نه طیب نفس سابق و نه لاحق.

۲- منظور این باشد که منحصرأ باید رضای سابق باشد در قبال نبود رضایت و در قبال وجود رضایت بعدی که هیچکدام کافی نیست. تردیدی نیست که برداشت اوّل از حدیث صحیح است و منظور این است که معامله بدون

طیب نفس مالک صحیح نیست و حتماً باید با رضایت طیب نفس باشد اما اینکه حتماً طیب نفس سابق باشد لازم نیست بلکه مطلق رضایت ولو لاحقاً کفایت می کند. پس این دو حدیث هم به ضرر ما نیست. و بر فرض منظور این باشد که اگر رضایت سابق نبود فائده ای ندارد چه رضایت لاحق باشد یا نباشد، می گوئیم: این دو روایت از این حیث اعم هستند و با خصوصیات ادله صحّت مقید می شوند.

قوله: واما رواية:

جواب از روایت قاسم بن فضل: از این روایت فقط استفاده می شود که ثمن را نباید به فضولی تحویل داد و این مقدار مسلم است و قبلاً هم گفته آمد که بر فرض صحّت بیع فضولی، قبض و اقباض جایز نیست ولی از هیچ جای روایت فهمیده نمی شود که اصل معامله فضولی از ریشه باطل باشد.

قوله: واما توقيع:

جواب از روایت امام عسکری علیه السلام: منظور امام از لایجوز بیع ما لایملک ... عدم نفوذ و عدم صحّت از ریشه و اساس نیست که کلاً نافذ نباشد بلکه منظور اینست که: بیع فضولی آن نفوذ بر وجه وجوب و لزوم را ندارد که مفید لزوم باشد و مثل بیع مالک باشد، و این را ما هم قبول داریم، و منافاتی با اصل صحّت بیع فضولی و توقّف آن بر اجازه ندارد.

سؤال: از کجا شما لایجوز را به معنای لایجب و لایلزم گرفتید؟

جواب: از اینجا که در فراز بعدی امام علیه السلام فرموده: ووجب البیع فیما یملک یعنی نسبت به ما یملک بیع واجب است و وجب در مقابل لایجوز قرار گرفته و این قرینه است که مراد از لایجوز، لایجب باشد ... که به ضرر ما تمام نمی شود.

وبالجملة: انصاف اینست که هیچکدام از اخبار مذکور دلیل بر بطلان بیع

فضولی از اصل و اساس نیستند و حداکثر مفادشان اینست که: معامله برای خود بائع و عاقد واقع نمی شود، و اما اینکه برای مالک اصلی هم واقع نشود [آنهم با اجازه مالک] از روایات فهمیده نمی شود. پس اخبار هم منافی صحّت بیع فضولی نیست.

دلیل سوّم یا اجماع:

گروهی از فقهاء بر بطلان بیع فضولی ادّعی اجماع کرده اند:

یکی از مدّعیان اجماع جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف است که فرموده: بیع فضولی باطل است و دلیلنا اجماع الفرقه، البته خود ایشان اقرار و اعتراف کرده به اینکه: مختار گروهی از فقهاء امامیه صحّت بیع فضولی است. [قهرأ جا دارد کسی از ایشان پرسد: پس چرا ادّعی اجماع کردید؟ شما که خبر داشتید که عدّه ای مخالفند چگونه دعوای اجماع کردید؟ شیخ عذر و بهانه خود را در این ادّعی اجماع با وجود مخالف چنین بازگو کرده:

ولی مخالفت این عدّه قادح نیست و لطمه ای به ارزشمندی اجماع نمی زند، و قابل اعتناء نیست^(۱) [یا از باب اینکه بر مسلک خود شیخ این عدّه عصرشان منقرض شده و مخالفت آنان به اجماع اهل العصر لطمه نمی زند، و یا از باب اینکه بر مسلک سیّد مرتضی این عدّه معلوم النسب هستند و مخالفت یک یا چند نفر معلوم النسب قادح نیست].

یکی دیگر از مدّعیان اجماع جناب سیّد بن زهره در کتاب غنیه است^(۲).

سوّمین مدّعی اجماع جناب ابن ادریس حلّی در کتاب سرائر در باب مضاربه است: وی در باب مضاربه فرعی را عنوان کرده و آن اینکه: شخصی غاصب

(۱) النبیایع الفقیهیه، ج ۳۵، ص ۱۱۴، بخش کتاب الخلاف مسئله ۲۷۵.

(۲) غنیه النزوع اوّل کتاب البیع.

است و اموال زیادی را از دیگران به زور و ناحق غصب کرده و در اختیار دارد، چنین کسی متاعی را از شخصی خریداری می کند، اگر این شراء به ثمن کلی و به ذمه باشد معامله صحیح است ولی تفریح ذمه به مال غصبی درست نیست. ولی اگر عین مغصوبه و شخص اموال غصبی را ثمن قرار دهد و با اینها متاعی را خریداری کند، شرائش فضولی است [با مال غیر متاعی را برای خود خریده] و ابن ادریس فرموده: لاخلاف در بطلان چنین شرائی^(۱).

[البته مورد بحث ما در بیع فضولی است و مورد ادعای اجماع ابن ادریس شراء غاصب و فضولی است و گروهی میان بیع و شراء تفصیل داده اند، و نیز بحث ما در معامله برای خود مالک است و مورد کلام ابن ادریس در شراء لنفسه است که مسئله ثالثه است حال برای اینکه این کلام متناسب با مانحن فیه باشد باید دو مطلب را مسلم بگیریم:

۱- فرقی میان بیع و شراء نباشد.

۲- فرقی میان معامله لغیره و معامله لنفسه نباشد و گرنه فرع مذکور در کلام

حلی ره ربطی به ما نخواهد داشت.]

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: ما نه تنها یقین یا اطمینان به وجود اجماع مذکور نداریم بلکه حتی ظن به اجماع هم نداریم و بلکه چه بسا ظن به عدم این اجماع داریم زیرا با توجه به اینکه در اول مسئله اولی گفتیم:

معظم فقهاء متقدم و متأخر طرفدار صحت بیع فضولی هستند، و حتی خود شیخ طوسی که در خلاف ادعای اجماع می کرد در کتاب نهاییه که ظاهراً آخرین کتاب ایشان بوده صریحاً فتوی به صحت بیع فضولی داده^(۲) و تنها گروهی از

(۱) السرائر، ج ۲، ص ۴۱۵.

(۲) النهایة، ص ۳۸۵، باب الشرط فی العقود.

متأخر المتأخرين از قبيل: فخر المحققين و مقدس اردبیلی و مير داماد و صاحب حدائق و محدث جزائری و علامه طباطبائی و ... فتوی به بطلان داده اند، حال با وجود اينهمه مخالفتها از اکثر قدمات و متأخرين چگونه جرأت نموده و ادّعاى اجماع نمائيم؟! پس اجماعی در بين نيست.

دليل چهارم يا حکم عقل:

دليل چهارم از ادله بطلان بيع فضولى آنست که: عقل و نقل هر دو متفق القول و هماهنگ می گویند: تصرف در مال ديگری بدون اذن مالک قبيح [عقلاً] و حرام [شرعاً] است:

اما عقل: تصرف مذکور ظلم و تعدی و تجاوز به حدود حريم سلطنت مالک است و ظلم عقلاً قبيح است.

و اما نقل: در توقيع شريفی که مرحوم طبرسی در احتجاج آورده می خوانيم:

لايجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه^(۱)

سؤال: اگر کسی بدون اذن و رضایت مالک در مال او تصرف کرد و کار قبيح و حرامی انجام داد ولی بعداً مالک اصلی راضی شد، آیا اين رضایت لاحق آن قبح و حرمت سابق و در حال تصرف را از بين می برد؟

جواب: خير از بين نمی برد، لانّ الشیئی لاينقلب عما وقع عليه، و امکان ندارد که رضای لاحق بتواند در قبح و حرمت سابق تأثیر گذاشته و آن را از قبيح و حرام بودن در آورد، پس با رضایت بعدی هم کماکان اين تصرف قبيح و حرام است. پس یک کبرای کلی را از عقل و شرع بدست آوردیم، و آن را بر مانحن فيه و بيع فضولى تطبیق کرده و به صورت قیاس شکل اول منطقی می گوئيم:

(۱) الاحتجاج للطبرسی، ج ۲، ص ۲۹۹.

بیع و عقد فضولی یکنوع تصرف در مال غیر بدون اذن مالک است «صغری» زیرا عرف این کار را دخالت در مال مردم می داند. و تصرف در مال غیر بدون اذن مالک قبیح و حرام است «کبری».

پس بیع فضولی حرام و قبیح است «نتیجه» و حرمت هم ملازم با فساد است «کبرای مرحله بعدی که صغرای آن همان نتیجه مرحله قبل است» پس بیع فضولی فاسد و باطل است «نتیجه نهائی» و هو مطلوب المستدل.

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ در مجموع از این استدلال پنج جواب می دهند:

۱- اصولاً صغرای مرحله اول را قبول نداریم، یعنی عقد فضولی و مجرد انشاء و اجراء صیغه عقد از سوی فضولی [آنها با توقع و انتظار کشیدن اجازه بعدی مالک اصلی و بدون اینکه قصد فضولی این باشد که اثر بر نفس عقد او بار شود و عقدش سبب مستقل باشد بلکه عنان امر را بدست اجازه مالک سپرده] شرعاً و عقلاً و عرفاً تصرف در ملک غیر محسوب نمی شود [فضولی که دست به ملک غیر نزده، آن را امساک نکرده، آن را جابجا نکرده، آن را به قبض نداده و ... تا تصرف صدق کند. [آری در زبان خود تصرف کرده و به زبان گفته: بتک ... پس بیع فضولی موضوعاً از کبرای کلی مذکور خارج است.

قوله: نعم:

اگر در موردی تمام مؤثر و علت تامه نقل و انتقال خود عقد باشد [شرعاً و عرفاً یا عرفاً فقط] مثل عقد مالک اصلی که عند المشهور سبب تام برای ملکیت و حصول اثر است، و مثل عقد غاصبی که ادعای مالکیت داشته و بدون انتظار و ترقب اجازه و به نحو استقلال عقد می خواند که به عقیده خودش عقد او سبب تام است، در چنین فرضی قانون اینست که علت تامه از معلول و بالعکس

جدا شدنی نیست .

آنگاه هر حکمی معلول یعنی ترتّب اثر داشت علّت تامّه یعنی عقد هم خواهد داشت ، اگر نقل و انتقال جایز بود عقد هم جایز است [کما فی عقد المالك] و اگر ترتّب اثر حرام بود عقد هم حرام است [کما فی الغاصب] [و اصولاً در معالم در مبحث مقدّمه سببی خواندیم که : مسبّب بدون سبب حاصل نمی شود و هر حکمی برای مسبّب باشد در واقع برای سبب تامّ آن است .] ولی مانحن فیه از این قسم نیست و ما عقد فضولی را سبب تامّ نمی دانیم بلکه علّت ناقصه و جزء المؤثر می دانیم که جزء دیگرش اجازه مالک است .

۲- قوله : ثمّ :

بر فرض که مجرد انشاء عقد فضولی هم نوعی تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک باشد ، و لکن یقیناً چنین تصرفات جزئی جایز و بلا مانع است و عقل و عقلاء و شرع متفق و هر کدام مستقل به جواز آن است ، امّا عقلاً : چنین تصرفی ظلم بر مالک محسوب نمی شود تا حرام و قبیح باشد . و امّا شرعاً نمونه هائی داریم که این تصرفهای جزئی را تجویز می کند :

الف : استضاءه و طلب روشنائی به نور دیگری : شخصی چراغی روشن کرده و دیگری از نور آن استفاده می کند ، در اینجا جلب رضایت صاحب چراغ لازم نیست .

ب : اصطلاء و طلب حرارت و گرما به نار دیگری شخصی آتش روشن کرده و دیگری دستی بر آن دارد و از حرارت استفاده می کند باز عدم رضایت صاحب النار قاذح نیست .

و از لحاظ عقلائی هم قبلاً در باب تصرفات عبد گفته آمد که : سیره عقلاء بر جواز برخی از تصرفات جزئی است . پس این مقدار تصرف حرام نیست تا مشمول حکم برای کلی شود .

۳- قوله : مع آنه :

اشکال نقضی : فرض کلام می کنیم در موردی که فضولی یقین دارد که مالک اصلی به انشاء بیع راضی است و از قرائن حالیّه و مقالیه بدست آورده که او طیب نفس دارد، آنگاه قبلاً گفته آمد که برمسلك شیخ اعظم فرض علم به رضایت از فضولی بودن خارج است ولی برمسلك مشهور باز هم فضولی است . حال طبق این مبنا می گوئیم : ما موردی پیدا کردیم که بیع فضولی است و تصرف در ملک غیر است و معذک حرام و قبیح نیست تا فاسد و باطل باشد و دلیل عدم حرمت هم احراز رضایت مالک است که حلیّت و حرمت تصرف در مال دیگران در گرو رضایت و عدم رضایت مالک است .

۴- قوله : مع انّ :

از همه جوابهای قبلی صرفنظر کرده و قبول کنیم که : بیع فضولی هم نوعی تصرف و حرام و قبیح است و لکن کبرای مرحله دوم را قبول نداریم یعنی می گوئیم : حرمت ملازم با فساد نیست ، زیرا اگر نهی ارشادی باشد مقتضی فساد است ولی اگر تکلیفی و مولوی بود فقط دالّ بر حرمت است و تکلیف را می رساند .

و در معاملات ملازمه ای میان حرمت و عقوبت با فساد و بطلان نیست . و اینجا نهی از تصرف صد در صد تکلیفی است و مستلزم فساد نیست . پس حداکثر بیع فضولی حرام و عقاب آور است اما فاسد نیست .

۵- قوله : مع آنه :

بر فرض که بیع فضولی حرام و منهی باشد و نهی مذکور هم دالّ بر فساد باشد ولی معنای فساد بیع فضولی آنست که : این بیع سبب تامّ و مستقل و مؤثر در صحّت نیست و مثل بیع مالک نیست که علّت تامّه صحت باشد ، ما هم این مقدار را قبول داریم و ما که می گوئیم : بیع فضولی صحیح است منظورمان اینست که :

با اجازه بعدی صحیح است و خود عقد جزء سبب است نه سبب تام، به ویژه بر مسلک ناقله بودن اجازه که جزء سبب بودن بیع و دخالت اجازه خیلی واضح است. پس سبب مستقل نبودن منافاتی با مدّعی ما ندارد.

قوله: ومّا ذکرنا:

بیان دیگر بر بطلان بیع فضولی: اگر کسی فضولاً عقدی را بر مال کسی انشاء کند و قصدش هم این باشد که: مستقلاً و مستقیماً بر نفس این عقد اثر بار شود و نیازی به مراجعه به مالک نباشد چنین چیزی قبیح و حرام است، البته دو احتمال دارد:

۱- نفس این عقد قبیح و حرام باشد.

۲- قصدی که ضمن عقد داشته قبیح و حرام باشد.

استدلال بنابر احتمال اول است و می گویند: عقد مذکور حرام و قبیح است و اینها هم ملازم با فساد هستند، پس عقد مذکور فاسد است.

شیخ اعظم می فرماید: از مطالبی که در جواب دلیل عقلی دادیم جواب این سخن هم داده می شود، الکلام الکلام.

قوله: وقد یستدلّ:

مضافاً به ادلّه اربعه که اهم ادلّه قول به بطلان بود، به یک سلسله ادلّه دیگری هم استدلال کرده اند که سست و باطل هستند، و قویترین آنها دو امر است که آورده و جواب می دهیم:

۱- از شروط صحّت معامله قدرت بر تسلیم ثمن و مثنی است و فضولی چنین قدرتی ندارد پس بیع او فاقد شرط صحّت است، پس باطل است.

۲- اصولاً فضولی و مکروه تنها قاصد لفظ هستند و قصد مدلول ندارند و در عقد قصد مدلول لازم است و از این حیث معامله آنها باطل است. [ادلّه دیگری هم دارند که مرحوم سیّد در حاشیه ص ۱۴۰ نقل و نقد کرده است.]

مرحوم شیخ در جواب دلیل اول می فرماید:

اولاً: گاهی فضولی هم قدرت بر تسلیم پیدا می کند، به اینکه از مالک اصلی اجازه بگیرد و رضایت او را جلب کند و سپس مبیع را به مشتری بدهد. و ثانیاً اصولاً قدرت بر تسلیم در فضولی شرط نیست، آنچه شرط است قدرت بر تسلیم از سوی مالک اصلی است که با اجازه بیع واجد شرط است و فضولی فقط عاقد و موجب است و چیزی دیگری در او معتبر نیست.

و در جواب از امر ثانی می فرماید: قبلاً در مسئله اختیار و اکراه مبسوطاً گذشت که: آن مقدار قصدی که در مقام انشاء لازم است [قصد مدلول به نحو جدی و ...] در فضولی و مکره هم هست و از این حیث کمبودی ندارند.

و شاهد مطلب اینکه: فقهاء بالاجماع فرموده اند: نکاح فضولی با اجازه بعدی صحیح است و لاشک در اینکه اگر قصد مدلول نبود و صرف لقلقه لسان بود با اجازه بعدی هم صحیح نبود. و نیز بالاجماع بیع مکره به حق صحیح است و اگر قصد نبود که صحیح نبود.

اگر شما بفرمائید: بیع مکره به حق تعبداً و به حکم اجماع خارج شده است و با فقد قصد هم صحیح است.

خواهیم گفت: هو کما تری یعنی حرف باطل است و در معاملات تعبد نداریم، بلکه علی القاعده است و چون قصد مدلول دارد صحیح است، آری طیب نفس ندارد ولی به دلیل خاص در بیع مکره به حق طیب نفس لازم نیست.

(مسئله دوّم)

مسئله دوّم از مجموع سه مسئله بیع فضولی در باره اینست که: فضولی برای مالک اصلی متاعی را خریداری می کند، یا از ناحیه او متاعی را می فروشد ولی پیشاپیش مالک اصلی او را از این کار منع و نهی کرده و به او گفته است که: حق نداری ملک مرا بفروشی و ... آیا این بیع فضولی صحیح است یا باطل؟ مشهور فقهاء بر آنند که: همانطوریکه بیع فضولی بدون منع سابق [مسئله اولی] صحیح بود و با اجازه مالک اصلی برای او واقع می شد هکذا بیع فضولی با منع سابق هم صحیح است یعنی با اجازه مالک برای او واقع می شود. ولی از برخی تعبیرات تلویحاً یا تصریحاً یا ظهوراً استفاده می شود که: شرط صحّت بیع فضولی آنست که: منع سابقی در میان نباشد وگرنه باطل است:

یکی از عبارات عبارت فخر المحققین است، وی خودش بیع فضولی را مطلقاً باطل می داند، ولی از زبان مجوزین و قائلین به صحّت اینگونه نقل کرده: برخی از مجوزین بیع فضولی می گویند: در صحت بیع فضولی عدم سبق نهی و منع مالک شرط است پس اگر منع سابق در کار بود حتماً باطل است.

یکی دیگر از عبارات عبارت علامه در تذکره در باب نکاح است، ایشان

حدیثی از نبی اکرم آورده که فرموده: هر عبدی که بدون اذن مولایش ازدواج کند زانی است^(۱) [و این جمله اطلاق دارد یعنی چه اجازه لا حق بیاید و چه نیاید نکاح باطل است. از طرفی هم روایاتی داریم که نکاح فضولی عبد باطل نیست بلکه موقوف به اجازه مولی است فَاَنْ اَجَازَ جَاز^(۲)

و به نظر می آید که ایندو دسته اخبار متنافیان هستند، علامه در مقام جمع بینهما اوّل فرموده: [این حدیث عامی و ضعیف السند است سپس فرموده بر فرض قبول سند آن را توجیه کرده و بر فرض منع سابق مولی حمل می کنیم و می گوئیم: بطلان نکاح مال فرضی است که مولی سابقاً نهی کرده باشد] و اخبار مجوّزه را بر صورت عدم منع سابق حمل می کنیم.

این حمل تلوحیاً می رساند که نظر علامه این باشد که: با منع سابق نکاح فضولی باطل است و چون وی میان باب نکاح و باب بیع فرقی قائل نیست می گوئیم: پس در بیع فضولی هم منع سابق قاذح است.

یکی دیگر از عبارات عبارت محقق ثانی در جامع المقاصد است: وی فرموده: بیع غاصب فاسد و باطل است نظر به اینکه در مورد این بیع قرینه بر عدم رضایت مالک و برکراهت باطنی او وجود دارد و آن غصبت است و اگر راضی بود که غصب اطلاق نمی شد، پس مالک اصلی کراهت باطنی دارد و لذا بیع غاصب باطل است.^(۳)

حال همین مناط در ما نحن فیه هم هست یعنی مالک اصلی با نهی و منع سابق قلباً راضی نیست و کراهت نفسانی دارد و قرینه اش همین نهی سابق است و وقتی کاره بود باید بیع او باطل باشد.

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۴، حدیث ۳.

(۲) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳، حدیث الاوّل، باب ۲۴.

(۳) جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۹.

قوله و كيف كان :

برای قول به بطلان بیع فضولی در فرض منع سابق حدّا کثر به دو دلیل استدلال شده :

۱- گفته اند : مستند و مدرک صحّت بیع فضولی حدیث عروه بارقی است ، اینهم مورد مسئله ثانیه را شامل نیست و جائی را که منع سابق نباشد و بلکه علم به رضایت باطنی باشد شامل است پس موردی که منع سابق دارد مشمول این حدیث نیست ، دلیل دیگر هم که نداریم ، شک هم بکنیم به اصالة الفساد که اصل اولی در معاملات است تمسک می کنیم .

۲- گفته اند : وقتی مالک اصلی پیش از معامله فضولی را از این کار منع کرده علی القاعده و معمولاً پس از معامله هم تا مدتی این منع و عدم رضایت محفوظ است و حدّا قلیل یک آن و یک لحظه کراهت باطنی دارد ، آنگاه بحثی است که آیا مجرد کراهت باطنی هم ردّ معامله محسوب می شود و همین مقدار کافی است ؟ یا خیر کفایت نمی کند و باید قولاً یا فعلاً ردّ و کراهت باطنی را اظهار کند ؟

استدلال بر مبنای اوّل است ، بنابر کفایت کراهت باطنی می گوئیم : مالک اصلی یک آن کراهت داشت و همین ردّ معامله محسوب می شود ، آنگاه اجازه بعدی بالاجماع فائده ای ندارد زیرا مسبوق به ردّ است ، و معنای بطلان بیع هم همین است که با اجازه لاحق هم درست شدنی نیست .

شاهد بر کفایت کراهت باطنی : اگر و کیلی مدعی وکالت است و می گوید : من به وکالت برای شما متاعی را خریده ام و موکّل او وکالت را منکر است و می گوید : شما وکیل من نیستی و من اذن در شراء نداده ام و علی القاعده چون منکر است باید قسم بخورد ، آنگاه فقهاء فرموده اند : اگر موکّل بر نفی اذن قسم خورد عقد شراء خود به خود فسخ و باطل می شود ، چرا که قسم بر عدم اذن کاشف از کراهت باطنی و اماره بر عدم رضایت باطنی است و همینکه کراهت

باطنی احراز شد کافی است که معامله باطل شود.

قوله: ولکن الاقوی:

نظر مرحوم شیخ اینست که: در مسئلهٔ ثانیه هم بیع فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است و برای مالک اصلی واقع می‌شود و از هر دو دلیل قول به بطلان جواب می‌دهند:

اما از دلیل اوّل: به پنج بیان جواب می‌دهند:

۱- اساساً ادلهٔ صحّت بیع فضولی در روایت عروهٔ باری خلاصه نمی‌شود تا شما بفهمید: این روایت مسئلهٔ ثانیه را شامل نیست و مخصوص صورتی است که منع سابق نداشته باشد، بلکه ادلهٔ دیگر هم داشتیم و عمدهٔ آنها عمومات و اطلاقات بود که بر صحّت بیع فضولی دلالت می‌کردند و این اطلاقات و عمومها مسئلهٔ ثانیه و صورت سبق منع را نیز شامل می‌شوند.

۲- در روایت محمد بن قیس امام علی علیه السلام استفصال نکرد و نپرسید که فرزند مولی که کنیز پدر را فروخت آیا منع سابق داشت یا نداشت، و به قول مطلق فرمود: با اجازهٔ مولای کنیز معامله صحیح است و ترك استفصال مفید عموم است.

۳- فحوای ادلهٔ نکاح: ادلهٔ نکاح عبد بدون اذن سیّد دلالت داشت که: با اجازهٔ بعدی مولی این نکاح صحیح است.

[سؤال: بحث ما در سبق منع است و از کجا آن ادلهٔ این فرض را دلالت

می‌کنند؟

جواب: از اینجا که یا عدم اذن اطلاق دارد یعنی اذن نبوده چه عدم علم به اذن باشد و چه منع و نهی سابق باشد، و یا قرنیةٔ حالیه در میان است که معمولاً موالی عبیدشان را از این کار منع می‌کنند و راضی به این کار نیستند. [و وقتی نکاح فضولی با منع سابق صحیح شد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح است.

[البته سابقاً مرحوم شیخ بر استدلال به فحوی اعتراض کردند ولی اینجا خودشان بدان استدلال کرده اند.]

۴- روایاتی که می گوید: نکاح عبد با اجازه مولى صحیح است تصریح دارند به اینکه معصیت مولى قاذح نیست، و این معصیت یا منظور اینست که نفس عدم اذن را هم شامل است و یا قدر مسلم نهی سابق اگر باشد معصیت صدق می کند. پس با معصیت مولى هم اگر بعداً راضی شد و اجازه کرد صحیح است والعلة تعمم پس بیع فضولى هم با منع سابق صحیح است اگر اجازه لاحق بیاید.

۵- مؤیداتی که بر صحت بیع فضولى آوردیم [هفت مؤید] در مسئله ثانیه هم جاری و ساری هستند منجمله اخبار اتجار غیر ولى به مال یتیم اطلاق داشت و فرض عدم نهی سابق و یا وجود نهی سابق هر دو را شامل بود. و نیز بیع مال مغضوب [در مورد روایت محمد بن قیس که ولد غاصب بود] هم که با اجازه بعدی صحیح بود اطلاق داشت، و برخی از مؤیدات در مورد منع سابق بود مثل عامل مضارب که صاحب او را از اشتراء متاع خاص منع کرده بود و معدلک او خریده بود و با وجود منع سابق امام علیه السلام حکم به بطلان نکرد بلکه فرمود: هو ضامن والریح بینهما...

قوله: واما ما ذکره:

جواب از دلیل دوم قول به بطلان: اینکه گفتید معمولاً یک آن پس از معامله هم کراهت باطنی باقی است و نفس این رد محسوب می شود، می گوئیم: هیچ دلیلی نداریم که نفس کراهت باطنی رد باشد و اجازه پس از آن مفید نباشد.

واما شاهدهی که آوردید:

اولاً: اصل مطلب را قبول نداریم زیرا گاهی غرض از قسم خوردن نفی وکالت است و نه انفساخ عقد.

ثانیاً: بر فرض که: قسم موجب بطلان شود می گوئیم: خود این قسم

خوردن اظهار ردّ و کراهت باطنی است و ردّ قولی است از این حیث مُبطل است
و بحث ما در کراهت باطنی است .

قوله: و ممّا ذکرنا:

از مطالبی که آوردیم مطلب دیگری معلوم می شود و آن اینکه: بیع مکره با
اجازه لاحق صحیح است و اگر مجرد کراهت باطنی ردّ بیع بود در مورد مکره
هم هست پس باید اجازه او مؤثر نباشد در حالی که مؤثر است پس کراهت باطنی
ردّ محسوب نمی شود .

(پایان جلد پنجم)

فهرست مطالب

مقبوض به عقد فاسد

- خاتمه «مقبوض به عقد فاسد» ۵
- حالات سه گانه قبض و اقباض ۵
- حالت اول ۵
- حالت دوم ۵
- حالت سوم ۶
- دو نکته در رابطه با عقد فاسد ۶
- نکته اول «منظور شیخ از عقد فاسد و بیان احتمالات در آن» ۶
- نکته دوم «عنوان مسئله و بیان در حکم و ادله در صدر مسأله» ۶

فرع اول : ضمان

- بیان در نوع ضمان در اسلام ۹

- ۹ ۱- ضمان تنجیزی
- ۹ ۲- ضمان تعلیقی
- ۱۰ ادله چهارگانه ضمان مقبوضی به عقد فاسد
- ۱۰ ۱- شهرت فتوائیه
- ۱۰ ۲- اجماع منقول «مدعای بزرگان در رابطه با ضمان»
- ۱۱ ۳- حدیث نبوی
- ۱۱ بیان دو مناقشه «در رابطه با حدیث نبوی»
- ۱۱ الف: مناقشه در سند حدیث
- ۱۲ خاتمه بحث سندی
- ۱۳ ب: مناقشه در بحث دلالت حدیث
- ۱۳ دو نظر در باب دلالت حدیث
- ۱۳ نظر اول
- ۱۳ نظر دوم
- ۱۴ مقدمه: فرق بین حکم وضعی و تکلیفی
- ۱۵ دلیل چهارم «مرسله جمیل بن دراج»
- ۱۶ کیفیت استدلال به روایت جمیل بن دراج
- ۱۶ اقسام ضمان
- ۱۶ ۱- ضمان تلف
- ۱۷ ۲- ضمان اتلاف
- ۱۷ جواب مرحوم شیخ در رابطه با اتلاف
- ۱۸ دو قاعده کلی در رابطه با اصل بحث

- ۱- اصل ۱۸
- ۲- عکسی ۱۸
- تاریخچه قاعده ۱۸
- بیان شیخ طوسی در رابطه با قاعده ثانیه با عکس ۱۹
- نظریه بزرگان در رابطه با دو قاعده مذکور ۱۹
- بیان دو مطلب در مورد دو قاعده ۱۹
- ۱- معنای دو قاعده مذکور ۱۹
- ۲- مدرک دو قاعده مذکور ۱۹
- مقام اول معنای دو قاعده مذکور و تجزیه کلمات ۱۹
- ۱- کلمه کل عقد و نکته های آن ۱۹
- نکته اول الف : بیان معنای مراد از کلمه عقد ۱۹
- نکته دوم ب : تقسیم معاملات ۲۰
- ۱- معاملاتی که ایجاب و قبول لازم دارد ۲۰
- ۲- معاملاتی که از ایقاعات هستند ۲۰
- ۳- معاملاتی که مورد اختلاف قرار گرفته اند ۲۰
- نظر شیخ انصاری در معاملات اختلافی و ادله ایشان ۲۰
- مراد از عقد در قاعده ۲۰
- ۲- کلمهٔ ضمان و دو احتمال ۲۱
- احتمال اول الف : رأی شیخ انصاری ۲۱
- احتمال دوم ب : توهمات دیگران ۲۲
- انواع تدارک (سه نوع) ۲۲

- ۱- تدارك به عوض جعلی ۲۲
- ۲- تدارك به عوض واقعی ۲۲
- ۳- تدارك به اقل الامری ۲۳
- احتمالات پنج گانه در رابطه با معنای ضمان ۲۳
- ۱- ضمان مشترك لفظی میان سه معنا ۲۳
- ۲- ضمان مشترك معنوی میان سه معنا ۲۴
- ۳- ضمان عند الاطلاق ۲۴
- ۴- ضمان در هر دو قاعده، ضمان به عوض جعلی ۲۵
- ۵- مغایرت داشتن معنای ضمان در عقد صحیح و فاسد ۲۷
- نکته سوم: در رابطه با کلمه «کل عقد» ۲۷
- سه دسته عقود ۲۷
- ۱- عقودی که به طور کلی موجب ضمان است ۲۷
- ۲- عقودی که به طور کلی موجب ضمان نیست ۲۷
- ۳- عقودی که بعضی از اصناف آن موجب ضمان است ۲۷
- چهار احتمال متصور در رابطه با مقصود از «کل عقد» ۲۸
- ۱- مراد خصوصی انواعی باشد ۲۸
- ۲- مراد خصوصی اصنافی باشد ۲۸
- ۳- مراد خصوصی افرادی باشد ۲۸
- ۴- مراد اعم از صنف و نوع باشد ۲۸
- عدم ضمان در عاریه صحیح و نظر مرحوم شیخ ۲۹
- نکته مستفاد از قاعده «کل عقد و مطالب در آن باب» ۲۹

مطلب اول: گاهی عقد به نفسه مقتضی ضمان است.....	۲۹
مطلب دوم: گاهی در شرطی در ضمن آن موجب ضمان می شود.....	۲۹
مصادیق مطلب دوم.....	۲۹
۱- عاریه غیر ذهب و فضه.....	۲۹
۲- اجازه بدون شرط ضمان.....	۳۰
۳- هبه معرضه.....	۳۰
دو مبنا در رابطه با فرض سوم.....	۳۰
برداشت شیخ انصاری و دیگران از قاعده «کل عقد».....	۳۱
بیان شیخ طوسی و استدلال ایشان به قاعده اقدام.....	۳۳
سوم: کلمه در قاعده «کل عقد» حرف باء.....	۳۴
بیان دو معنا از معنایی حرف باء که با ما نحن فیه متناسب است.....	۳۴
احتمالات متصور عقد فاسد.....	۳۷
۱- عدم صحت قیاس عقد فاسد به صحیح.....	۳۷
۲- علت ضمان، خود عقد باشد.....	۳۷
۳- جواب مرحوم شیخ از این دو احتمال و فتوی خود شیخ.....	۳۷
چهار کلمه صحیح و فاسد.....	۳۷
۱- معنای این دو کلمه.....	۳۷
مقام دوم: تصدیق و مدرك قاعده مذکور.....	۳۸
قاعده مذکور در لسان فقهاء.....	۳۸
نقد و بررسی سخن و ادله شهید ثانی در باب رهن مشروط.....	۳۸
جواب اشکالات مرحوم شیخ انصاری به ادله شهید ثانی.....	۳۸

- ۴۲ استدلال به دو قاعده دیگر در رابطه با ضمان در باب منافع
- ۴۳ مقدمه: نتیجه قاعده «کل عقد»
- ۴۴ توجیه مرحوم شیخ انصاری سخن شیخ طوسی در مورد قاعده اقدام
- ۴۵ خلاصه: سه قاعده مذکور
- ۴۵ برخی از اعمالی که شخصی شرعاً ضامن است بدون اینکه نفعی برده باشد
- ۴۶ فتوی و استدلال دو طایفه در این باب
- ۴۷ آخرین نکته در باب قبض و اقباض
- ۴۸ چهار فرض در این باب و رأی مرحوم شیخ انصاری
- ۵۱ نتیجه چهار فرض مذکور
- ۵۱ بیان عکس قاعده (کل عقد)
- ۵۱ بررسی دو مقام در این بحث
- ۵۱ مقام اول
- ۵۱ مفاد قاعده
- ۵۱ خلاصه: مقصود از عقل
- ۵۶ عقیده شیخ انصاری در زمان عینی مستأجره
- ۵۷ نقد و بررسی چهار اشکالات وارده بر عمومیت قاعده عکسی
- ۵۷ ۱- استعاره محرم
- ۵۷ چهار صورت در این رابطه
- ۵۷ الف: استعاره محل از محل
- ۵۸ ب: استعاره محل از محرم
- ۵۸ ج: استعاره محرم از محل

- ۲- ویشکل : ماده نقض دوم ۵۹
- ۳- ویمکن : ماده نقضی سوم ۶۱
- ۴- ویمکن : ماده نقضی چهارم ۶۲
- ۲- مدرک قاعده عکسی ۶۳
- مستفاد کلام شیخ طوسی و شهیدی ۶۳
- حاصل فرمایشات شیخ انصاری در رابطه با بیان شیخ طوسی ۶۴
- ان قلت اشکالات شیخ انصاری به مسأله اولویت و اصل قاعده مذکور ۶۴
- قلت جواب شیخ به اشکال بر قاعه مذکور ۶۵
- نکته ۶۷

فرع دوم : وجوب ردّ فوری در حرمت امساک

- امر دوم از امور متفرع بر مقبوك حرمت امساک است ۶۹
- نکته : لسان روایات ۶۹
- ذکر سه دلیل در رابطه با مطلب ۷۰
- ۱- ادعای نفی خلاف ۷۰
- ۲- حدیث حضرت حجة عليه السلام ۷۱
- ۳- تمسک مرحوم شیخ انصاری به حدیث نبوی «لا یحل مال ...» ۷۱
- اشکالهایی که بر دو حدیث وارد شده و جوابهای آنها ۷۲
- نظر مشهور در مسأله ۷۲
- توجیه کلام بزرگان ۷۳

فروع سوم: منافع مستوفات و غیر مستوفات

- ۷۵..... ضمان منافع
- ۷۵..... بررسی سه بحث که در این مسأله است
- ۷۵..... بحث ۱- راجع به حور عین
- ۷۵..... بحث ۲- راجع به منافع مستوفات
- ۷۵..... رأی مرحوم شیخ در این بحث و ذکر چند دلیل
- ۷۶..... بحث ۳- عموم حدیث نبوی ﷺ «لا یحل مال...»
- ۷۶..... کیفیت استدلال
- ۷۷..... تمسک ابن همزه بر عدم ضمان مشتری منافع مستوفات به حدیث نبوی
- ۷۷..... بیان چهار احتمال در رابطه با حدیث (الخراج بالضمنان)
- ۷۷..... احتمال اول
- ۷۸..... احتمال دوم
- ۷۹..... احتمال سوم
- ۸۱..... احتمال چهارم
- ۸۱..... ماده نقضی به تفسیر مشهور و شیخ اعظم وارد شده
- ۸۲..... جواب از این ماده نقضی
- ۸۳..... چکیده سخن در رابطه با حدیث نبوی (الخراج بالضمنان)
- ۸۴..... استدلال بعضی از فقهاء در رابطه با رد فتوی ابن همزه به حدیث زراره
- ۸۴..... بیان مرحوم شیخ انصاری در رابطه با این حدیث
- ۸۵..... بحث سوم: راجع به منافع غیر مستوفات
- ۸۶..... مرحوم شیخ انصاری در این رابطه چهار قدم دارد

۵۵۵	فهرست مطالب
۸۶	قدم اول
۸۷	قدم دوم
۸۸	قدم سوم
۹۱	حاصل اقوال پنج گانه
۹۲	قول ۱
۹۲	قول ۲
۹۲	قول ۳
۹۳	قول ۴
۹۳	قول ۵
۹۳	قدم چهارم

فرع چهارم: مثلی و غیبی

۹۸	بیان مطالبی در رابطه با اصل بحث
۹۸	مطلب اول (تعریف مثلی و غیبی)
۹۸	انواع تعریف هفتگانه در این مطلب
۹۸	تعریف اول
۱۰۰	اشکال شیخ به تعریف مشهور و جواب آن
۱۰۱	نتیجه جواب از اشکال در رابطه با مثلی
۱۰۱	اشکال مقدس اردبیلی به تعریف مشهور
۱۰۳	دو ایراد اساسی بر تعریف مشهور
۱۰۳	ایراد اول

- تقسیم این ایراد به شق ۱۰۳
- شق اول ۱۰۳
- شق دوم ۱۰۴
- ایراد دوم ۱۰۴
- تقسیم ایراد دوم به دو شق ۱۰۴
- شق اول ۱۰۴
- شق دوم ۱۰۵
- شواهدی بر اثبات مدعی ۱۰۵
- شاهد اول و دوم ۱۰۵
- شاهد سوم و چهارم ۱۰۶
- رای شیخ اعظم در رابطه با قلت و کثرت ۱۰۶
- تعریف دوم و اشکالات این تعریف ۱۰۷
- تعریف سوم ۱۰۷
- تعریف چهارم ۱۰۸
- تعریف پنجم ۱۰۸
- تعریف ششم ۱۰۸
- تعریف هفتم ۱۰۹
- نتیجه تعریفهای مذکور ۱۰۹
- مطلب دوم ۱۰۹
- مقدمه ۱۰۹
- عمل عرف عام و عقلا ۱۱۰

- ۱۱۱ فتوی فقها در رابطه با مصادیق مشکوکه
- ۱۱۳ در این رابطه مرحوم شیخ در دو مرحله بحث می کند
- ۱۱۳ مرحله اول و دوم
- ۱۱۴ مقدمه: در رابطه با مقتضای اصل عملی
- ۱۱۴ مقتضای اصل عملی چیست؟
- ۱۱۴ در این رابطه چهار وجه ذکر کرده اند
- ۱۱۴ وجه یک: مقتضای اصل در مصادیق مشکوکه ضمان به ...
- ۱۱۴ وجه دو: مقتضای اصل در مصادیق مشکوکه ضمان به ...
- ۱۱۴ وجه سه: مالک اصلی مخیر باشد
- ۱۱۵ وجه چهار: ضامن مخیر باشد
- ۱۱۵ مراحل چهارگانه مرحوم شیخ
- ۱۱۵ مرحله اول و دوم
- ۱۱۶ مرحله سوم
- ۱۱۷ مرحله چهارم
- ۱۱۸ فرض بین مرحله اول و چهارم
- ۱۱۸ مقتضای اصل لفظی
- ۱۲۰ نتیجه: مقتضای عمومات و اطلاعات
- ۱۲۰ مدعای مشهور و ادله آن
- ۱۲۱ سه دلیل مکاسب
- ۱۲۱ ۱- اجماع
- ۱۲۱ ۲- مقتضای عرف

- ۱۲۱..... ۳- تمسک شیخ طوسی به آیه (اعتداء).
 ۱۲۱ احتمالات چهارگانه در مورد مفاد آیه شریفه
 ۱۲۱ احتمال اول
 ۱۲۲ احتمال دوم و سوم و چهارم
 ۱۲۲..... اعتراضات به استدلال به آیه.....
 ۱۲۲ اعتراض اول و جواب آن
 ۱۲۳..... اعتراض دوم و جواب مرحوم شیخ از آن
 ۱۲۳ اعتراض سوم
 ۱۲۳ قضاوت شیخ انصاری در مورد اعتراضات
 ۱۲۵ مسئله
 ۱۲۶ مقتضای ادله در فرض قیمی که مثل نداشته باشد
 ۱۲۷ اقتضای ادله در مورد چیزی که نقصان فاحشی بداء کرده
 ۱۲۸ نتیجه: مختار مشهور با مقتضای دو دلیل مذکور
 ۱۲۹ رأی مرحوم شیخ در رابطه با اجماع و دلیل خاص
 ۱۲۹ مقدمه
 ۱۳۰..... جمع بندی مقتضای دلیلین و رأی مشهوری.

فرع پنجم

- ۱۳۳ صور متصور در این فرع
 ۱۳۳ ۱ و ۲ و ۳ و ۴
 ۱۳۳ سخن علامه در قواعد

تصویر دو صورت مرحوم شیخ ۱۳۴

صویر ۱- گاهی منشأ ازدیاد ترقی بازار است ۱۳۴

سخن و ادله شیخ طوسی در خلاف و مبسوط ۱۳۴

دو احتمال در کلمه فحوی حکم مشهور ۱۳۵

۱- فحوی یعنی مفهوم ۱۳۵

۲- فحوی یعنی اولویت ۱۳۵

صورت دوم تصویر مرحوم شیخ ۱۳۶

فرع ششم

«اگر مثل متعذر فرض شد چه باید کرد؟» ۱۳۹

رأی مرحوم شیخ تفصیل است ۱۳۹

ادله مرحوم شیخ ۱۳۹

الف : جمع بین حقیقین ۱۳۹

ب : آیه شریفه (اعتداء) ۱۴۰

اطلاق فتاویٰ فقهاء ۱۴۱

بیان حکم مسأله ۱۴۳

احتمالات علامه در قواعد ۱۴۵

نکات این بحث ۱۵۰

نکته اول ۱۵۰

نکته دوم ۱۵۰

بررسی و وجه مختار احتمالات ۱۵۱

- ۱۵۳ فروع
- ۱۵۳ فرع یا مطلب اول: دو وجه تعدد
- ۱۵۳ ۱- تعذر ابتدائی
- ۱۵۳ ۲- تعذر عارضی
- ۱۵۷ فرع دوم: چهار ضابطه ملاک تعذر
- ۱۵۷ ۱- علامه در تذکره
- ۱۵۷ ۲- شهید در مسالک
- ۱۵۸ ۳- محقق ثانی
- ۱۵۸ ۴- سخن مرحوم شیخ
- ۱۶۱ فرع یا مطلب سوم: ملاک تقویم در مثل تعذر
- ۱۶۴ فرع یا مطلب چهارم: مطالبه مالک با فرض متعذر
- ۱۶۵ سخن شیخ طوسی در مبسوط
- ۱۶۶ اعتراض مرحوم شیخ مبسوط
- ۱۶۶ فرع یا مطلب پنجم: جنسی از مالیت افتاده باشد
- ۱۶۸ فرع یا مطلب ششم: مبنای شیخ در مطلب
- ۱۶۸ ۱- مبنای مشهور
- ۱۶۹ ۲- مبنای جماعتی
- ۱۶۹ ۳- احتمال دوم

فرع هفتم: ضمان قیامات

- ۱۷۲ سه رأی در این باره

- ۱- رأی و ادله مشهور ۱۷۲
- نقد و بررسی سخن و ادله مشهور ۱۷۴
- ۲- رأی بعضی از فقهاء ۱۷۶
- ۳- رأی مرحوم شیخ تفصیل ۱۷۸
- شش احتمال متصور در رابطه با اختلاف قیمت سخنان بزرگان در این باب .. ۱۷۹
- نظریه اول ۱۷۹
- نقد و بررسی این نظریه ۱۸۰
- ادعا و استدلال ابن ادریس حلی در باب غضب ۱۸۱
- بررسی مفاد صحیحہ ابی ولاد ۱۸۳
- نظریه دوم ۱۸۳
- سه فراز از مورد استشهاد صحیحہ ابی ولاد ۱۸۷
- فراز اول ۱۸۷
- احتمالات متصوره مرحوم شیخ ۱۸۷
- احتمال اول: عبارت بصورت اضافه باشد ۱۸۷
- احتمال دوم: عبارت به صورت منقطع از اضافه باشد ۱۸۹
- احتمال سوم: عبارت به صورت منقطع باشد ۱۹۰
- اعتراض محشین به احتمال مرحوم شیخ ۱۹۱
- فراز دوم ۱۹۲
- فراز سوم ۱۹۳
- نتیجه: صحیحہ ابی ولاد ۱۹۵
- اقوال در رابطه با اختلاف قیمت روز و زمان ۲۰۴

- ۲۰۴ قول اول: میزان قیمت يوم التلف
- ۲۰۴ قول دوم: میزان قیمت يوم الغصب و الضمان
- ۲۰۴ قول سوم: اعلى القيم يوم الضمان الى يوم التلف
- ۲۰۴ ادله قول سوم
- ۲۰۴ دليل اول: از شهيد ثانی
- ۲۰۵ دليل دوم: مشهور
- ۲۰۶ دليل سوم: صاحب رياض
- ۲۰۷ دليل چهارم: مشهور
- ۲۰۸ والى صل - خلاصه
- ۲۰۹ دليل پنجم
- ۲۱۰ دليل ششم: سرائر
- ۲۱۰ دليل هفتم - حديث على اليد
- ۲۱۱ مجموع احتمالات بر مبنای مشهور (۶ عدد)
- ۲۱۳ رأی مرحوم شيخ
- ۲۱۵ سه منشأ برای ارتفاع قیمت
- ۲۱۵ ۱- کمیاب بودن
- ۲۱۵ ۲- ترقی بازار
- ۲۱۵ ۳- ارتفاع قیمت سبب افزایش عین است
- ۲۱۶ بررسی قسم سوم ارتفاع قیمت

بدل حیلوله

- چهار عنوان در باب مثلیات و قیمتات ۲۱۹
- ۱- عنوان تلف ۲۱۹
- ۲- عنوان تعذر وصول ۲۱۹
- ادله در این عنوان (دو دلیل) ۲۱۹
- دلیل اول- قاعده ید ۲۲۰
- دلیل دوم- قاعده لاضرر ۲۲۰
- دلیل سوم- قاعده سلطنت ۲۲۰
- دلیل چهار- اخبار ۲۲۱
- ملاك تعذر وصول ۲۲۶
- عنوان سوم: خروج از ملکیت ۲۲۶
- دو بحث در باب بدل حیلوله ۲۲۶
- ۱- بدل ۲۲۶
- ۲- عین مال ۲۲۶
- ادله عده ای از بزرگان در رابطه با مالکیت بدل ۲۲۶
- ۱- اجماع ۲۲۷
- ۲- اخبار ضمانات ۲۲۷
- اعتراضات و جوابها در این باب ۲۲۸
- اقول: تحلیل مرحوم شیخ ۲۲۹
- فرض دیگر: تدارک بخش تقلیل از منافع ۲۳۲

عنوان چهارم: عین مضمونه در دست غاصب از مالیت سقوط کند. ۲۴۱

رای علامه در قواعد و مرحوم شیخ در این باب ۲۴۱

فروعات در رابطه با تعذر وصول ۲۴۲

فرع اول: حکم در این باب ۲۴۲

فرع دوم: رأی فقهاء ۲۴۳

مدعای مرحوم شیخ ۲۴۴

نقد و بررسی رأی مشهور ۲۴۵

نتیجه بررسی ۲۴۵

فرع سوم: مفقود شدن عین مال ۲۴۶

فرع چهارم: عین در دست ضامن ۲۴۸

سه وجه در عبارت مرحوم شیخ ۲۴۹

وجه اول ۲۴۹

وجه دوم ۲۴۹

مختار مرحوم شیخ ۲۴۹

وجه سوم ۲۵۰

فرع پنجم: حبس مال ۲۵۳

رای مرحوم شیخ ۲۵۳

مختار اساطین فقه ۲۵۳

فرع ششم: تلف شدن عین در حبس ۲۵۵

خاتمه این بحث ۲۵۶

شروط متعاقدين

۲۵۹	تقسیمات سه گانه این بخش
۲۵۹	الف: شروط صیغه
۲۵۹	ب: شروط متعاقدين
۲۵۹	ج: شروط عوضين

شرط اول و دوم: بلوغ و عقل

۲۶۱	مسئله اول: دو بحث در مورد صبی و صبیّه
۲۶۱	۱- عبادات صبی
۲۶۲	۲- معاملات صبی
۲۶۲	سه عنوان در معاملات صبی
۲۶۲	۱- تصرفات استقلالی
۲۶۲	۲- تصرفات غیر استقلال
۲۶۲	۳- انشاءات صبی
۲۶۲	بررسی رأی و ادله مشهور
۲۶۹	اعتراض و جواب مرحوم شیخ به ادله مشهور
۲۷۲	بررسی مرحوم شیخ در رابطه با حدیث رفع قلم
۲۷۳	رأی مرحوم شیخ در رابطه با واجبات
۲۸۵	نتیجه محاسبات در باب انشاءات صبی
۲۸۵	سه دسته روایت در باب جنایات صبی
۲۸۵	الف: روایت عمد صبی

- ب: روایات دال بر حکم مذکور ۲۸۵
- ج: روایات عمد الصبی خطا و دیه و جنایت و قلم از صبی ۲۸۶
- نتیجه اخبار ۲۹۱
- بیان علامه در تذکره ۲۹۱
- مختار مرحوم شیخ: به پیروی از مشهور ۲۹۳
- بیان اصل مطلب در معاملات صبی و تمسک به روایت سکونی بر ۲۹۶
- توجیه روایات از طرف مرحوم شیخ ۲۹۸
- دو بحث در رابطه با معاملات صبی ۳۰۱
- ۱- از نظر حکم وضعی ۳۰۱
- ۲- از نظر حکم تکلیفی ۳۰۲
- بررسی حکم تکلیفی ۳۰۲
- جمع بندی مرحوم شیخ ۳۰۹
- دو اعتراض مرحوم شیخ ۳۱۰

شرط سوم: قصد

- مسئله دوم: قصد ۳۱۵
- فهرست صور مسئله ۳۱۵
- ۱- متکلم از الفاظ قصد ندارد ۳۱۵
- ۲- گاهی لافظ صرف لفظ را قاصد است ۳۱۵
- ۳- گاهی صرفا فعل خاصی را قصد می کند ۳۱۶
- ۴- گاهی لفظ و معنا را قاصد است ۳۱۶

- ۵- گاهی قصد کرده اما نه قصد جدی ۳۱۶
- ۶- گاهی لفظ و معنا را قصد کرده ولی نه قصد منشأ نکرده ۳۱۷
- ۷- گاهی از الفاظ غیر صریح استفاده کرده ۳۱۷
- ۸- در عقد شرطی کرده که از سایر شروط نیست ۳۱۷
- عقدهایی که فاقد قصد هستند ۳۱۸
- ۱- عقد فضولی ۳۱۸
- ۲- عقد مکره ۳۱۸

شرط چهارم: تعیین مالکها

- شروط چهارم تعیین مالکین ۳۲۱
- احتمالات چهارگانه در رابطه با تعیین مالکین ۳۲۱
- احتمال اول ۳۲۱
- احتمال دوم ۳۲۱
- احتمال سوم ۳۲۱
- احتمال چهارم ۳۲۲
- سخن مرحوم محقق تستری در مقایسه ۳۲۲
- دو حالت عقد مطلق ۳۲۵
- حالت اول ۳۲۵
- حالت دوم ۳۲۶
- ادله اشتراط تعیین مالکین ۳۲۶
- الف: دلیل عقلی ۳۲۶

- ۳۲۶ ب: دلیل شرعی
- ۳۲۷ ج: اصالة الفساد
- ۳۲۷ ثمره بحث تعیین مالکین
- ۳۲۸ سه وجه در جایی که تعیین مالکین لازم نیست
- ۳۲۸ الف: احد الامرین
- ۳۲۸ ب: مطلقا تعیین واجب نیست
- ۳۲۹ ج: قول به تفصیل
- ۳۳۰ فروع متفرعه بر قول وسط (ب)
- ۳۳۰ فرع اول
- ۳۳۰ فرع دوم
- ۳۳۱ فرع سوم
- ۳۳۳ فرع چهارم
- ۳۳۳ نقد وبررسی سخنان صاحب مقایس سخن مرحوم شیخ انصاری
- ۳۳۶ نتیجه
- ۳۳۷ یک نکته
- ۳۳۷ بررسی بخش دوم سخنان صاحب مقایس
- ۳۳۷ بیان مرحوم شیخ در این باب
- ۳۳۹ حکم (باغ مال غیره لفسه)
- ۳۳۴ جان کلام
- ۳۴۵ تقسیم بندی مبحث تعیین مالکین
- ۳۴۵ بخش اول: تعیین

بخش دوم ۳۴۵

مقدمه: آیا تعیین مشتری هم لازم است؟ ۳۴۵

تصور سه فرض در ما نحن فیه ۳۴۵

۱- علم بعدم اراده ۳۴۵

۲- عدم العلم یا شک ۳۴۶

دو احتمال متصور در ما نحن فیه ۳۴۶

۱- مطلقاً لازم است ۳۴۶

۲- مطلقاً لازم نیست ۳۴۷

رأی مرحوم شیخ ۳۴۷

بیان علامه در تذکره ۳۴۸

قد یقال: تفاوت نکاح و اخوات آن با بیع ۳۴۸

فرق اول ۳۴۸

فرق دوم ۳۴۹

جواب مرحوم شیخ از دو فرق ۳۴۹

شرط پنجم: اختیار متعاقدين

واژه اختیار ۳۵۵

ادله پنج گانه شرط اختیار ۳۵۷

۱- اجماع ۳۵۷

۲- آیه (ولا تأکلوا...) ۳۵۷

۳- روایات ۳۵۷

- ۴- حدیث رفع ۳۵۷
- ۵- روایات بطلان طلاق مکره ۳۶۰
- رای فقهاء در باب مکره ۳۶۰
- توجیه مرحوم شیخ کلام فقهاء ۳۶۰
- تعریف اکراه ۳۶۷
- پنج شرط برای صدق اکراه ۳۶۷
- شرط اول ۳۶۷
- شرط دوم ۳۶۸
- شرط سوم ۳۶۹
- شرط چهارم ۳۶۹
- شرط پنجم ۳۶۹
- والحاصل: حاصل کلام ۳۷۰
- شرط دیگری از شروط اکراه ۳۷۱
- مقدمه: شقوق امکان و عدم امکان تفصی از ضرر ۳۷۱
- چهار سؤال ۳۷۱
- ۱- بحث موضوعی ۳۷۱
- ۲- بحث حکمی ۳۷۱
- ۳- فرق بین معاملات و غیر معاملات ۳۷۱
- ۴- تفصی از ضرر ۳۷۱
- جواب مرحوم شیخ از سؤال ۱ و ۲ ۳۷۱
- در رابطه با جواب مرحوم شیخ سه قدم برداشته ۳۷۴

۳۷۴	قدم اول
۳۷۷	قدم دوم
۳۸۱	قدم سوم
۳۸۴	والحاصل
۳۸۴	ثم ان : بیان شقوق اکراه
۳۹۰	ترتیب اثرات اکراه
۳۹۰	فروعات ترتیب اثرات اکراه
۳۹۰	فرع اول
۳۹۱	فرع دوم
۴۰۴	سخن مرحوم علامه در تحریر
۴۰۵	عبارات اساطین فقه در باب مکروه
۴۰۵	الف : در تحریر
۴۰۵	ب : در مسالک
۴۰۵	ج : در نهاية المرام
۴۰۶	د : بعضی الاجلّه
۴۰۷	هـ : بعض المعاصرین
۴۰۷	سه بحث از مرحوم شیخ در رابطه با ۵ عبارت مذکور
۴۰۷	۱- بحث با صاحب جواهر
۴۰۸	۲- بحث با فاضل هندی
۴۰۹	۳- احتمالات شش گانه متصور در کلام علامه
۴۰۹	احتمال اول : اما ان لا یكون

- ۴۱۰ احتمال دوم: وکذا لا ینبغی
- ۴۱۱ احتمال سوم: وان کان الداعی
- ۴۱۱ احتمال چهارم: او کان الداعی
- ۴۱۲ احتمال پنجم: وان کان الداعی
- ۴۱۳ احتمال ششم: وقد یکون
- ۴۱۴ توجیح مرحوم شیخ در رابطه با احتمال اول
- ۴۱۴ دو فرع دیگر با مسأله اشتراط اختیار و عدم اکراه
- ۴۱۴ فرع اول: بیان دو حالت برای فرد مکره
- ۴۱۴ ۱- عدم رضایت به معامله سابق
- ۴۱۴ ۲- اجازه لاحق و رضایت به معامله سابق
- ۴۱۴ دو قول در رابطه با اجازه لاحق
- ۴۱۴ ۱- نظر مشهور
- ۴۱۵ ۲- گروهی از فقهاء
- ۴۱۵ ادله مشهور
- ۴۱۵ ۱- شهرت ذواتیه
- ۴۱۵ ۲- اجماع منقول
- ۴۱۵ ۳- مقتضی موجود و مانع مفقود
- ۴۱۶ نقد و بررسی مرحوم شیخ در رابطه با سخن گروه دوم که ...
- ۴۱۶ ۱- مقارنت شرط صحه عقد
- ۴۱۷ ۲- عدم مقارنت، عدم صدق عقل
- ۴۱۸ ۳- طیب نفس عاقد شرط صحه است

۴۲۱	۴- بحث مبنائی
۴۲۲	۵- آیه تجارت
۴۲۲	۶- حدیث رفع
۴۲۳	۷- یک قیاس
۴۲۳	جواب مرحوم شیخ از ادله هفت گانه
۴۳۸	آخرین فرع در باب بیع مکروه
۴۳۸	آیا اجازه لاحقه ناقله است؟ یا کاشفه؟
۴۳۸	پاسخ مرحوم شیخ و محاسبات شیخ
۴۳۸	۱- مقتضای قاعده و اصل
۴۳۹	۲- استصحاب عدم مالکیت
۴۳۹	۳- حدوث حلّیت تصوف

شرط ششم: متقاعدین حریت است

۴۴۵	مسئله چهارم: اگر هر دو یا یکی از دو نفر متقاعدین مملوکه بودند
۴۴۵	مرحوم شیخ در این رابطه دو بحث دارد
۴۴۵	مرحله ۱- لزوم اذن مولا
۴۴۶	ادله لزوم
۴۴۶	۱- آیه شریفه (ضرب الله مثلا ...)
۴۴۶	۲- صحیح زراره
۴۴۸	مرحله ۲- اذن سابق و لاحق
۴۴۹	مدعای مرحوم شیخ و ذکر سه دلیل برای اثبات مدعا

- دلیل اول: عمومات و اطلاقات ۴۴۹
- دلیل دوم: صحیحه زراره ۴۵۰
- دلیل سوم: روایات در رابطه با ازدواج عبد ۴۵۱
- سه نظریه در انشاءات عبد و امام ۴۵۵
- ۱- اذن سابق شرط صحه ۴۵۵
- ۲- رأی مرحوم شیخ ۴۵۵
- ۳- رأی صاحب جواهر ۴۵۵
- جواب مرحوم شیخ از صاحب جواهر و رد ادعای آن ۴۵۶
- مدرک مشهور در رابطه با حکم بطلان انشاءات عبد ۴۶۰
- ۱- آیه شریفه عبداً مملوکاً ۴۶۰
- ۲- روایات ۴۶۰
- فرع ۴۶۰
- دو شعبه فرع ۴۶۱
- ۱- وکاله عبد ۴۶۱
- ۲- دستور شخص موکل ۴۶۱
- فروضات بخش اول (سه فرض) ۴۶۱
- ۱- امضاء مولی قبل از بیع ۴۶۱
- ۲- دستور شخص موکل ۴۶۱
- ۳- عدم اذن مطلقاً ۴۶۱
- رأی مرحوم شیخ در ما نحن فیه ۴۶۲
- نقد و بررسی سخن قاضی ابن برّاج و اعتراض مرحوم شیخ ۴۶۲

بخش دوم: وکالت در خرید عبد ۴۶۳

رای عده ای از فقهاء در ما نحن فیه ۴۶۳

شرط هفتم: مالک یا مأذون بودن متقاعدین

مسئله پنجم: شعب این مسئله (دو شعبه) ۴۶۵

الف: اذن از مالک اصلی ۴۶۵

ب: اذن از شارع مقدس ۴۶۶

تقسیم بندی شروط به شرط صحت و شرط لزوم ۴۶۷

بیان مطلب مرحوم شهیدی در حاشیه ۴۶۸

سخن علامه در قواعد ۴۶۹

سخن علامه در قواعد و اعتراض محقق ثانی به علامه در رابطه عقد فضولی ۴۶۹

بحث موضوعی در رابطه با عقد فضولی ۴۷۰

دو تعریف فقها در رابطه با واژه فضولی ۴۷۱

۱- سخن مرحوم شهید ۴۷۱

۲- سخن بعضی از فقهای عامه در ما نحن فیه ۴۷۲

اگر غیر مالک یا غیر وکیل و ولی با علم به رضای باطنی مالک انشاء بیع نمودند آیا انشاء فضولی و موقوف به اجازه است یا از فضولی بودن خارج است؟

چهار قدم مرحوم شیخ در این رابطه ۴۷۳

قدم اول: ظاهر اصحاب ۴۷۳

قدم دوم: رأی خود مرحوم شیخ ۴۷۴

قدم سوم: ثم لو سلم ۴۷۹

- ۴۸۰ قدم چهارم: ثم آنه
- ۴۸۱ بیان سه مسأله در رابطه با بیع فضولی
- ۴۸۳ مسئله اول: فضولی از طرف مالک متاعی را بفروشد
- ۴۸۳ سخنان اساطین فقه و ادله آنان در ما نحن فیه
- ۵۰۹ جمع بندی ادله صححة بیع فضولی
- ۵۰۹ مؤیدات مرحوم شیخ بر صححة بیع فضولی
- ۵۱۰ مؤید اول: اخبار خاصه در باب مضاربه
- ۵۱۳ مؤید دوم: اخبار خاصه در باب تجارت
- ۵۱۴ مؤید سوم: روایت ابن اثیم
- ۵۱۵ مؤید چهارم: صحیحہ حلبی
- ۵۱۶ مؤید پنجم: موثقه عبدالله
- ۵۱۸ مؤید ششم: اخبار بطلان نکاح عبد بدون اذن سید
- ۵۲۰ بررسی ادله قائلیه به بطلان بیع فضولی
- ۵۲۷ جواب مرحوم شیخ از ادله آنان
- ۵۳۹ بیان دیگر بر بطلان بیع فضولی
- ۵۴۱ مسئله دوم: فضولی برای مالک متاعی را خریداری کند و یا ...
- ۵۴۱ بررسی اقوال و ادله در ما نحن فیه