ویرایش جدید

النضید

فی شرح روضة الشهید

کتاب المتاجر

کامل ترین شرح فارسی بر شرح لمعه

همراه با متن کامل شرح لمعه

شیخ حسن قاروبی

النضید فی شرح روضة الشهید

کتاب المتاجر

۱۷

بسم الله الرحمن الرحیم

النضيد

في شرح روضة الشهيد

سر شناسه : قاروبی تبریزی ، حسن ، ۱۳۳۶ ، شارح
عنوان قراردادی : النضید فی شرح روضه الشهید ، فارسی ، عربی
عنوان : النضید ، شرح فارسی لمعه ، با متن کامل کتاب لمعه
تکرار نام پدید آور : تالیف حسن قاروبی تبریزی
مشخصات نشر : قم : عالمه ، ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری : ج.

بها: — ریال (دوره) : ISBN : ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۷-۸
(جلد هفدهم): ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۵۵-۵
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : کتابنامه :
یادداشت : مندرجات ج . ۱. الطهاره . ج . ۳-۲ . الصلاه . ج ٤ . الزکاه . ج .۵.الصوم و الاعتکاف . ج . ۷-٦ الحج.ج.۸ الجهاد . ج . ۹. القضاء . . . .
موضوع : شهید اول ، محمد ابن مکی ، -۷۳٤ ۷۸٦ ق . اللمعه الدمشقیه - نقد و تفسیر
موضوع : شهیدثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ ، ۹٦٦ ق . الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه- نقد و تفسیر.
موضوع : فقه جعفری.
شناسه افزوده : شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ - ۹٦٦ ق ، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه . شرح
رده بندی کنگره : ۱۳۹۵ ، ۸۰٤۲۲۱۷ ل ۹ ش / ۳ / ۱۸۳ / BP
رده بندی دیویی : ۲۹۷ / ۳٤۲
شماره مدرک : ۳۹۹۵٦۷٦

النضید (جلد هفدهم)

مؤلف : شیخ حسن قاروبی
قطع : وزیری ۳۳۹ صفحه
نوبت چاپ: اول تابستان ۹۵
شمارگان : ۱۵۰۰ نسخه
چاپ گلها
ناشر : عالمه
« کلیه حقوق محفوظ می باشد »

شابک جلدهفدهم: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۵۵-۵ دوره: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۷-۸

مرکز پخش : کتابفروشی حسینی
قم . خیابان ارم ، پاساژ قدس ،طبقه همکف بالا ، پلاک ۸۸
تلفن: ۳۷۷۳۷۴۰۵ - ۰۲۵ ، فکس : ۳۷۸۳۷۶۹۶ - ۰۲۵ ، همراه : ۰۹۱۲۲۵۳۷۵۴۶

قیمت : ۱۴۰۰۰ تومان

فهرست

فهرست ۵
مقدمه ۹

فصل سوم ۱۳

بیع حیوان ۱۳
شرایط تملک حیوان انسی ۱۵
حکم بچه‌ای که پیدا شده ۱۸
حکم اسیر در زمان غیبت امام ۲۱
حکم مالک شدن آباء، اولاد را و بالعکس ۲۴
تعریف حکم وضعی و تکلیفی ۴۰
تملّک زوج، زوجه‌اش را و بالعکس ۴۲
دخول حمل در بیع حامل با شرط ۴۶
سِقط حمل در بیع حامل با شرط ۵۴
خریدن مقداری از حیوان ۵۷
نظر شارح در بیع جزء معین از حیوان ۶۰
احکام خریدن کنیز ۶۱
نگاه کردن به بدن کنیز ۶۱
مستحبات در خریدن عبد یا کنیز ۶۴
مالکیت عبد ۶۷
فروش عبدی که همراهش مال است ۷۰

استبراء کنیز..... ٧٤
استبراء کنیز حامل..... ٨٣
استمتاع ازکنیز درمدت استبراء ٨٥
وطی کنیز حامل بعد ازمدت استبراء..... ٨٨
کراهت تفرقه بین کنیز وبچه اش ٩٣
چند مسأله ١٠١
مسأله اول ـ حدوث عیب درحیوان پیش ازقبض..... ١٠١
حدوث عیب درحیوان درزمان خیار..... ١٠٤
تلف مبیع قبل ازقبض یادرزمان خیار..... ١١١
مسأله دوم ـ فسخ معامله بواسطه خیار اصلی وعیب حادث..... ١١٤
مسأله سوم ـ مال غیر درآمدن کنیز..... ١٢٤
مسأله چهارم ـ اختلاف مولای عبد مأذون با دیگران..... ١٤١
حکم مسأله درصورت وجود بینه ١٦٤
ایراد أدبی برعبارت مصنف وتوجیه آن..... ١٦٦
مسأله پنجم ـ تنازع دوعبد مأذون درتقدم خریداری یکدیگر..... ١٦٨
قول به قرعه ١٦٩
قول به مساحت طریق..... ١٧٠
تحقیق دراقوال گذشته..... ١٧٦
مسأله ششم ـ خریدن کنیز دزدیده شده ازکشور صلح..... ١٨٢
مسأله هفتم ـ بیع یک عبد غیرمعین ازچند عبد..... ١٩٧
بیع کلی عبد به عنوان بیع سلم ٢٠١
مقتضای روایت درمسأله مورد بحث..... ٢١٣
اشکال شارح برحکم روایت..... ٢٢٠

فصل چهارم ۲۳۹

بیع میوه سر درخت ۲۳۹

بیع سبزی‌ها ۲۵۳

قسم اول از سبزیجات ۲۵۳

قسم دوم از سبزیجات ۲۶۹

قسم سوم از سبزیجات ۲۷۱

بیع درخت ۲۷۳

استثناء مقداری از میوه هنگام فروش میوه‌ها ۲۷۵

طریق توزیع تلف بر جزء مشاع ۲۸۴

طریق توزیع تلف بر أرطال معلومه ۲۸۵

چند مسأله ۲۸۷

مسأله اول ـ بیع میوه نچیده به نوع آن ۲۸۷

وجه تسمیه به «مزابنه» ۲۹۴

بیع خوشه درونشده به همان نوع خوشه ۲۹۸

استثناء یک مورد از بیع مزابنه ۳۰۰

بیع عریّه ۳۰۰

مسأله دوم ـ بیع کِشت ۳۰۸

۱ ـ بیع کشت درونشده بدون شرط ۳۰۸

۲ ـ بیع کشت دروشده ۳۱۰

۳ ـ بیع کشت درونشده به شرط چیدن ۳۱۱

مسأله سوم ـ عقد قباله ۳۲۱

صیغه قباله ۳۲۶

حکم قباله ۳۲۶

اشکال شارح براشتراط سلامتی ۳۲۹
مسأله چهارم ـ حق المارّة ۳۳٤

مقدمه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله ﷺ لا سيّما ابن عمه و وصيه أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه.

مجلدی که در دست دارید، مشتمل بر شرح قسمت سوم از «کتاب المتاجر» می‌باشد.

امید است مورد استفاده عموم طلاب و محصلین گرامی واقع گردد.

حسن قاروبی

قم المقدسة

كِتَابُ المُتَاجَرِ

فصل سوم

(الفصل الثالث: في بيع الحيوان) وهو قسمان أناسي وغيره، ولما كان البحث عن البيع موقوفا على الملك، وكان تملك الأول موقوفا على شرائط نبه عليها أولًا، ثم عقبه بأحكام البيع. والثاني وإن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلا آخر بحسب ما اصطلحوا عليه، فقال:

(والأناسي تملك بالسبي مع الكفر الأصلي)، وكونهم غير ذمة.

واحترز بالأصلي عن الارتداد، فلا يجوز السبي وإن كان المرتد بحكم الكافر في جملة من الأحكام، (و) حيث يملكون بالسبي (يسري الرق في أعقابهم) وإن أسلموا (بعد) الأسر، (ما لم يعرض لهم سبب محرر) من عتق، أو كتابة، أو تنكيل، أو رحم على وجه.

بیع حیوان

(الفصل الثالث: في بيع الحيوان)... توضیح: فصل سوم از این کتاب در احکام بیع حیوان است، و حیوان بر دو قسم است: انسان (عبد وکنیز) و غیر انسان.

مصنف قبل از آنکه احکام بیع انسان (عبد وکنیز) را بیان کند، ابتدا شرایط به ملکیت درآمدن انسان را بحث کرده که با چه شرایطی می‌توان انسان را مالک شد سپس احکام بیع آن را ذکر نموده.

وعلت آن این است که چون بیع چیزی، توقف دارد بر مالک شدن آن (یعنی تا چیزی را انسان مالک نشود نمی‌تواند آن را بفروشد) و از طرفی دیگر، به ملکیت درآمدن انسان موقوف به شرایطی است، بدین جهت مصنف ابتدا شرایط تملک آن را ذکرکرده.

واما درقسم دوم (حیوان غیرانسانی) آن کاررا نکرد (یعنی ابتدا شرایط تملک آن را ذکرکند سپس احکام بیعش را) بلکه ابتداءً احکام بیعش را ذکرنموده، وعلت آن این است که هرچند تملک آن نیزموقوف به شرایطی است وهرحیوانی را نمی‌توان مالک شد، بلکه بعضی ازحیوانات قابل تملک می‌باشند وسزاواراین بود که دراینجا نیز شرایط مزبوررا ابتدا ذکرمی‌نمود، ولی چنین نکرد، چون شرایط مزبوررا فقها به حسب قرارداد خودشان درکتاب «صید وذباحه» ذکرمی‌کنند، ولذا مصنف نیزبه همان روش فقها مشی نموده، وبحث ازآن را واگذاربه کتاب «صید وذباحه» نموده است.

ترجمه وشرح عبارت: **و هو** یعنی حیوان **أناسي** جمع انسی می‌باشد، ولذا شارح درجمله ـ وکونهم غیرذمة ـ ضمیرجمع به آن برگردانده **و لمّاکان**... (مقدمه چینی است برای عبارت بعدی مصنف) یعنی ووقتی که بحث ازبیع چیزی، موقوف به مالک شدن آن چیزاست و(ازطرف دیگر) قسم اول یعنی حیوان اناسی را مالک شدن، موقوف است به شرایطی، بدین جهت، ابتدا تنبیه نمود برآن شرایط.سپس به دنبال آورد احکام بیع آن را.

وقسم دوم (یعنی غیراناسی) نیزهرچند چنین است (یعنی تملک آن موقوف به شرایطی است وسزاواربود ابتدا شرایط مزبوررا نیزذکرمی‌کرد) ولی (مصنف چنین نکرد زیرا) برای بحث ازآن حیوانی که قابل تملک است، محل دیگری است (وآن کتاب صید وذبحه می‌باشد) به حسب اصطلاحی که بین خود فقها رایج شده

(بدین جهت مصنف ابتدا شروع کرد در ذکر شرایط تملک و فرمود: **والأناسي...**) نبّه جواب ـ لمّا ـ می‌باشد.

شرایط تملک حیوان اناسی

(**و الأناسي تملک بالسبي...** توضیح: انسان را با این شرایط می‌توان مالک شد که: اسیر کنند آن را در صورتی که کافر اصلی بوده (مثل یهودی و مسیحی که کافرزاده باشند) و در ذمه اسلام هم در نیامده باشد (البته لازم نیست که کافر مزبور در جنگ اسیر شود بلکه بدون جنگ هم اسیر شود ـ مثلاً مسلمانی او را از کشور کفر بدزدد و به کشور اسلامی آورد ـ ملک اسیر کننده می‌گردد).

و به قید ـ کفر اصلی ـ ارتداد خارج می‌شود یعنی اگر کسی مرتد شد و از دین اسلام بیرون رفت، نمی‌توان او را (در غیر جنگ) اسیر کرد هر چند او در پاره‌ای از احکام با کافر مشترک است، مثل نجاست او و عدم جواز تزویج با وی (یعنی اگر مرتد مرد بود جایز نیست زن مسلمان با او ازدواج کند، و اگر مرتد زن بود جایز نیست مرد مسلمان با او ازدواج نماید) و ارث نبردن او از مسلمان.

ترجمه و شرح عبارت: **والأناسي...** (احتمال دارد که مقصود از اسارت در اینجا مطلق اسارت باشد چه در جنگ و چه در غیر جنگ، چنانکه از روایاتی که در این مورد وارد شده استفاده می‌شود)، یعنی انسانها به واسطه اسارت، به ملک در می‌آیند به شرط اینکه کافر اصلی بوده، و ذمی نبوده باشند (و اما اگر کافر اصلی، ذمی باشد، آن را هم نمی‌توان اسیر گرفت، و شرایط ذمی شدن کافر در کتاب الجهاد گذشت به آنجا مراجعه شود) **و إحترز...** یعنی مصنف دوری نمود به قید ـ کفر اصلی ـ از ارتداد،

بنابراین جایز نیست اسیرگرفتن مرتد، هرچند او در حکم کافر اصلی است در پاره‌ای از احکام.

و حیث یُملکون... توضیح: کفاری که به واسطه اسارت، به ملک انسان در می‌آیند، اولاد آنها نیز عبد خواهند بود هرچند بعد از اسارت، کفار مزبور، مسلمان شوند.

البته این حکم در صورتی است که سبب آزادی آنها پیش نیاید، مثل اینکه مولایش اورا آزاد کند (که وقتی آزاد شد، فرزندش نیز تبعاً آزاد می‌گردد) و یا مثل اینکه مولی با عبدش قرارداد کتابت ببندد که از پرداخت مال الکتابه، عبد آزاد می‌شود و فرزندش نیز به تبع او آزاد می‌گردد.

ترجمه وشرح عبارت: **و حیث...** یعنی وقتی که کفار به واسطه اسارت، به ملک درآیند، سرایت می‌کند بندگی در اولاد آنها هرچند مسلمان شوند بعد از اسارت، البته تا وقتی که عارض نشود برای آنها سبب آزادکننده، مانند آزادکردن مولی اورا، یا قرارداد کتابت (بین مولی و عبد) **أو تنکیل...** تنکیل در لغت به معنی انجام دادن کار بسیار زشتی نسبت به شخص دیگر است بطوری که مایه عبرت دیگران گردد، مثل اینکه بینی یا زبان یا گوش‌ها یا لب‌های اورا ببُرَد.

حال مقصود در اینجا این است که یکی از اسباب آزادی عبد، این است که مولیٰ چنین کاری را نسبت به عبدش انجام دهد.

أو رحمٍ علی وجه (یعنی ملک رَحِمٍ) یکی دیگر از اسباب آزادی عبد این است که کسی که اورا مالک می‌شود، از أرحام و نزدیکان او باشد، البته در موارد مخصوصی، مثل اینکه عبد مزبور را فرزندش خریداری کند و یا پدرش اورا بخرد، و یا أمه را برادرش یا پسر برادرش یا پسر خواهرش، و خلاصه کسانی که مَحْرَم با او هستند بخرد، چون

همانطوری که به زودی خواهد آمد، مرد و یا زن، مالک عمودین (آباء و اولاد) نمی‌شود و همچنین مرد، مالک زن‌هایی که مَحْرَم او هستند، نمی‌شود.

پس معلوم شد که مالک أرحام و خویشان شدن، بطور مطلق سبب آزادی نمی‌باشد، بلکه در موارد خاصی چنین است، ولذا مصنف قید ـ علی وجه ـ را آورد.

(والملقوط في دار الحرب رق إذا لم يكن فيها مسلم) صالح لتولده منه، (بخلاف) لقيط (دار الإسلام) فإنه حر ظاهرا، (إلا أن يبلغ) ويرشد على الأقوى، (ويقر على نفسه بالرق)، فيقبل منه على أصح القولين، لأن " إقرار العقلاء على أنفسهم جائز". وقيل: لا يقبل، لسبق الحكم بحريته شرعا فلا يتعقبها الرق بذلك.

وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم. وكل مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده وجهالة نسبه مسلما كان أم كافرا، لمسلم أقر أم لكافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقر مسلما.

حکم بچه‌ای که پیدا شده

(والملقوط في دار الحرب... توضیح: بچه نابالغی که درکشورکفر پیدا شود، محکوم به عبدیت است، یعنی مسلمان می‌تواند آن را به عنوان عبد برای خود بگیرد، به شرط اینکه مسلمانی ـ که امکان دارد طفل مزبور از او باشد ـ درآن کشور نباشد (و اما اگر چنین مسلمانی درآنجا وجود داشته باشد، آن بچه محکوم به آزادی است و نمی‌توان آن را به عبدیت گرفت).

و اما بچه‌ای که درکشور اسلامی پیدا شود، ظاهراً محکوم به آزادی است و نمی‌توان آن را به عبدیت گرفت، مگر در یک صورت، و آن اینکه بعد از بالغ شدن و رشد پیدا کردن (یعنی عدم سفاهت) اقرارکند به عبدیت خودش که دراین صورت طبق اصح القولین اقرار مزبور از او پذیرفته می‌شود، به دلیل روایتی که می‌فرماید: «اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» یعنی اقرار عقلاء بر ضرر خودشان نافذ است.

ولی بعضی از فقهاء در همین صورت قائل شده‌اند که اقرار او پذیرفته نمی‌شود، زیرا قبل از اقرارش محکوم به حریت بوده شرعاً و بعد از اقرار شک داریم در عبدیّت او، حریت سابق را استصحاب می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و الملقوط**... یعنی بچه پیدا شده در کشور کفر، عبد است به شرط اینکه نبوده باشد در آن کشور، مسلمانی که امکان داشته باشد آن بچه از او متولد شده است **صالح لتولده منه** فایده این قید آن است که اگر مسلمانی در آن کشور باشد ولی امکان تولد آن بچه از آن مسلمان نباشد (مثل اینکه آن مسلمان عقیم باشد که بچه‌دار نمی‌شود، و یا زنی در آنجا وجود ندارد بلکه فقط مرد مسلمان است) در این صورت باز آن بچه محکوم به عبدیت است.

بخلاف... یعنی ولی اینجور نیست بچه پیدا شده در کشور اسلامی، زیرا او حرّ است ظاهراً، مگر اینکه بالغ شود و رشد پیدا کند ـ علی الاقوی ـ و اقرار کند بر ضرر خودش به عبدیت، پس اقرار مزبور پذیرفته می‌شود از او طبق صحیح‌ترین دو قول، به دلیل اینکه اقرار عقلا بر ضرر خودشان نافذ است.

علی الأقوی قید است برای ـ یرشد ـ چون بعضی از فقها، رشد را در پذیرفته شدن اقرار به عبدیت شرط ندانسته‌اند، بلکه تنها بلوغ را در آن شرط دانسته‌اند، ولی شارح در مقابل این قول می‌فرماید که اقوی در نظر ما این است که رشد نیز در پذیرفته شدن اقرار مزبور شرط می‌باشد.

و قیل لا یقبل... یعنی گفته شده که اقرار مزبور پذیرفته نمی‌شود، زیرا سبقت گرفته حکم به حریتش شرعاً (یعنی قبل از بلوغ، محکوم به حریت بود شرعاً) پس در پی آن رقیت (بندگی) نمی‌آید به واسطه اقرارش.

و کذا القول... توضیح: و همچنین بچه‌ای که در کشور کفر پیدا شده و در آن مسلمانی هست که امکان داشته باشد آن بچه از او باشد، که در بالا گذشت که وی

محکوم به حریت است، حال اگر بعد از بلوغ و رشد، اقرار به عبدیت خود کند، اقرارش طبق اصح القولین پذیرفته می‌شود.

و همچنین است هرکسی که بعد از بلوغ و رشد، اقرار به عبدیت خود کند در صورتی که نسبش مجهول باشد اقرار او پذیرفته می‌شود خواه مسلمان باشد یا کافر، و خواه به نفع مسلمان اقرار کند (یعنی بگوید من عبد فلان مسلمانم) و یا به نفع کافر اقرار کند (یعنی بگوید من عبد فلان کافر هستم) البته در جایی که اقرارکننده مسلمان بوده و مقرله کافر باشد، باید حاکم شرع به اجبار آن عبد را از کافر خریداری کند تا در دست او نماند.

و إن بیع... (إن وصلیّه است) یعنی هرچند بر علیه کافر فروخته می‌شود (یعنی در صورتی که مقرّله کافر باشد) اگر اقرارکننده مسلمان باشد.

(والمسبي حال الغيبة يجوز تملكه ولا خمس فيه) للإمام عليه السلام، ولا لفريقه، وإن كان حقه أن يكون للإمام عليه السلام خاصة، لكونه مغنوما بغير إذنه إلا أنهم عليهم السلام أذنوا لنا في تملكه كذلك (رخصة) منهم لنا، وأما غيرنا فتقر يده عليه، ويحكم له بظاهر الملك، للشبهة كتملك الخراج والمقاسمة، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقا.

حکم اسیر در زمان غیبت امام

(والمسبّي حال الغيبة... توضیح: درزمان ماکه امام عليه السلام غایب است اگر به دستور مجتهد جامع الشرایط در جنگ با کفار، اسیر گرفته شود (بر فرض اینکه رأی او در زمان غیبت این باشد که امر به جهاد ابتدایی می‌تواند بکند) مسلمانان می‌توانند آن را به عنوان عبدیت و بندگی به ملک خود درآورند.

و واجب نیست بر مسلمانان که خمس آن اسیر را بدهند نه سهم امام و نه سهم سادات.

و اسیر مزبور در واقع، ملک شخصی امام عليه السلام می‌باشد، زیرا غنیمتی است که بدون اجازه امام گرفته شده، چون به دستور امام نبوده، و هر غنیمتی که چنین باشد، ملک خاص امام می‌باشد، چنانکه در اول کتاب الخمس دانسته شد، ولی خود ائمه عليهم السلام به ما اجازه داده‌اند که آن را به ملک خود درآوریم بدون اینکه خمس آن را بدهیم، و این اباحه‌ای است از طرف ائمه برای ما (چنانکه در روایات متعدد فرموده‌اند «أبحنا لشيعتنا»).

تمام این سخن‌ها در صورتی بود که جنگ مسلمانان در زمان غیبت به دستور مجتهد شیعه باشد، و اما اگر به دستور حاکم و دولت سنی بود، در این صورت نیز آنها

به حسب ظاهر اسیر را مالک می‌شوند و به هیچ وجه جایز نیست بدون رضایت آنها، اسیر را از دست آنها گرفت.

و دلیل آن این است که آنها به خیال خودشان ـ از جهت اینکه مسلمانند و با کفار می‌جنگند ـ معتقدند که شرعاً اسیر را مالک می‌شوند، و از طرفی در روایات آمده است به این مضمون که «ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم» (یعنی آنها را ملزم کنید به آنچه که خودشان به آن معتقدند) پس ما به حسب اعتقاد خودشان در اینجا نیز آنها را مالک اسیر می‌دانیم و اسیر را در دست آنها باقی می‌گذاریم و بدون رضایت آنها به هیچ وجه نمی‌توانیم از دست آنها بگیریم نه با جنگ و نه به دزدی و غافلگیر کردن آنها، همانطوری که دولت سنی، مالیاتی را که به عنوان خراج و مقاسمه از مردم می‌گیرد مالک می‌شود، چون از باب اشتباه، خودشان را اولی الأمر می‌دانند، با اینکه آن، حق امام علیه‌السلام است.

ترجمه و شرح عبارت: **و المسبیّ**... یعنی اسیر گرفته شده در زمان غیبت، جایز است آن را به ملک خود درآورد، وخمس در آن نمی‌باشد نه مال امام و نه مال فریق امام (یعنی مال سادات یعنی آنهایی که شریک امامند در استحقاق خمس که نصف خمس مال آنهاست و آنها ایتام و مساکین و ابن السبیل از سادات هاشمی می‌باشند).

و إن کان... (کلمه ـ ان ـ وصلیه است) یعنی هر چند حق آن اسیر آن است که ملک امام فقط بوده باشد، زیرا اسیر مزبور بدون اذن امام، به غنیمت گرفته شده ولی خود ائمه علیهم‌السلام اجازه داده‌اند برای ما در تملک آن بدون دادن خمس، و این اجازه‌ای است از آنها به نفع ما.

و اما غیر ما (یعنی اهل سنت اگر اسیر بگیرند در زمان غیبت) پس باقی گذاشته می‌شود دست او بر اسیر و حکم می‌شود برای او به اینکه ظاهراً مالک اسیر است به دلیل اشتباه اعتقادی که دارند، همانطوری که اهل سنت، مالک خراج و مقاسمه نیز می شوند (هر چند حق امام علیه‌السلام است) بنابراین، اسیر را نمی‌توان از اهل سنت بدون رضایت او گرفت مطلقا یعنی نه به زور و غلبه می‌توان از آنها گرفت، و نه به دزدی و حیله (بلکه با رضایت آنها از طریق خریدن می‌توان از آنها گرفت).

الخراج خراج عبارت از مالیات نقدی است که دولت از رعیت بگیرد عوض اجرت زمین، مثلاً با رعیت، قرارداد می کند که فلان زمین را بگیر و در آن زراعت کن و در سال فلان مقدار پول به ما بده.

و المقاسمة مقاسمه عبارت از مالیاتی است که به طور مشاع از خود محصول زمین از رعیت می‌گیرد، مثل اینکه دولت با رعیت قرارداد می کند که فلان زمین را بگیر و در آن زراعت کن و در سال مثلاً یک دهم محصول آن را به ما بده.

(ولا يستقر للرجل ملك الأصول) وهم الأبوان وآباؤهما وإن علوا (والفروع) وهم الأولاد ذكورا وإناثا وإن سفلن، والإناث المحرمات كالعمة والخالة والأخت، (نسبا) إجماعا، (ورضاعا) على أصح القولين، للخبر الصحيح معللا فيه بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولأن الرضاع لحمة كلحمة النسب.

حكم مالک شدن آباء، اولاد را و بالعکس

(ولا يستقر للرجل... توضیح: مردی که پدر یا مادرش یا جدّش و یا فرزندش و یا یکی از زن‌هایی که مَحْرَم با او هستند (مثل عمه و خاله و خواهر) برده باشند و آن مرد بخواهد یکی از آنها را مالک شود (چه به طریق خریدن و چه هبه یا ارث) نمی‌تواند برای همیشه مالک گردد، به این معنی که همین که مالک شود فقط یک لحظه در ملک اوست و بلافاصله خود بخود آزاد می‌گردد و در ملکش باقی نمی‌ماند تا بتواند در آینده آن را بفروشد.

و در افراد مزبور فرقی نیست بین اینکه از خویشان نسبی باشند یا از خویشان رضاعی (شیری) پس انسان نمی‌تواند برای همیشه مادر شیری یا خواهر شیری خود را مالک شود.

البته خویشان نسبی، مورد اجماع فقهاست و اما خویشان رضاعی، محل خلاف است و قول صحیح تر همان است که گفته شد، و دلیل آن قول دو چیز است:

۱. روایت صحیحی که در مورد مزبور وارد شده (البته روایت مزبور چنانکه بعداً ذکر خواهیم کرد در مورد فرزند رضاعی می‌باشد) و در آن روایت، علت عدم استقرار ملکیت، چنین ذکر شده که هر عنوانی که به سبب خویشاوندی نسبی، حرام می‌شود، اگر آن عنوان به سبب خویشاوندی رضاعی حاصل شود، نیز حرام می‌شود.

بنابراین درمورد بحث چون به سبب خویشاوندی نسبی، ملکیت افراد مزبور (و عنوان مملوکیت آنها) حرام است به معنی حرمت وضعی یعنی ملکیت آنها استقرار ندارد همچنین به سبب خویشاوندی رضاعی نیز ملکیت آنها (و عنوان مملوکیت آنها) حرام خواهد بود یعنی استقرار نخواهد داشت.

۲. در حدیث نبوی آمده است که: «شیرخوارگی خویشاوندی است همانند خویشاوندی نسبی» از این حدیث استفاده می‌شود که هر حکمی که بر خویشاوندی نسبی، بار می‌شود، بر شیرخوارگی نیز بار می‌گردد، و یکی از احکام، حکمی است که در اینجا مورد بحث است و آن عدم استقرار مالکیت افراد مزبور می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا یستقر**... یعنی استقرار پیدا نمی‌کند (معنای عدم استقرار در عبارت شارح بعداً خواهد آمد و ما اجمالاً در توضیح سابق ذکر نمودیم) برای مرد، مالک شدنش اصول را ـ و مقصود از اصول: پدر و مادر، و پدران و مادران آنها و هر چه بالاتر روند، می‌باشد ـ و (مالک شدنش) فروع را ـ و مقصود از آنها اولاد است چه پسر و چه دختر و هر چه پایین روند (یعنی نوه‌ها و نتیجه‌ها و نبیره‌ها) و (نیز استقرار پیدا نمی‌کند مالک شدن مرد) زن‌هایی را که نکاح با آنها حرام است (که در اصطلاح به آنها مَحْرَم گویند) مثل عمه و خاله و خواهر.

نسباً.. یعنی افراد مزبور چه خویشان نسبی باشند ـ به اجماع فقها ـ و چه خویشان شیری باشند بنابر صحیح‌ترین دو قول.

للخبر الصحیح... این دلیل اول است برای قول اصح، و مقصود از آن خبر، روایت عبدالله بن سنان است (چنانکه شارح در کتاب (مسالک) تصریح به آن نموده است) و روایت را شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» چنین نقل کرده:

«... عن عبدالله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله علیه السلام عن إمرأة ترضع غلاما لها من مملوکه حتی تفطمه یحلّ لها بیعه؟ قال، لا، حرم علیها ثمنه، أليس

قد قال رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؟ أليس قد صار إبنها؟ فذهبتُ أكتبه، فقال ابو عبدالله عليه السلام وليس مثل هذا يكتب»[1]

يعنی از امام صادق عليه السلام پرسیدم: اگر خانمی آزاده، نوزاد کنیز خود را شیر بدهد تا آن حدّ که او را پرورش داده و از شیر بگیرد (در صورتی که این کودک نیز مملوک همین خانم بوده به واسطه اینکه کنیز مزبور ازدواج کرده با غلام آن خانم، و از آن دو، کودک مزبور به دنیا آمده) آیا می‌تواند آن کودک را بفروشد؟ امام صادق عليه السلام فرمود: نه، بهای کودک بر او حرام است، آیا رسول خدا نگفته است که هر آن کس که به سبب خویشاوندی حرام می‌شود، به سبب شیر خوارگی نیز حرام می‌گردد؟ آیا آن کودک، فرزند آن خانم نشده است؟ (پس طبق این حدیث به واسطه شیر خوردن، آن نوزاد، چون فرزند رضاعی خانم می‌شود، خود بخود از مملوکیت خانم بیرون می‌رود و آزاد می‌گردد و لذا نمی‌تواند آن را بفروشد) من خواستم که پاسخ آن حضرت را ثبت کنم ولی حضرت فرمود که این گونه مسائل نباید ثبت بشود (و این فرمایش حضرت به جهت تقیه است و یا به جهت واضح بودن مسأله است).

معلّلاً فیه... یعنی در حالی که در حدیث مزبور (برای عدم استقرار ملکیت) چنین علت آورده شده که: حرام می‌شود به سبب شیر خوارگی، آنچه که حرام می‌شود به سبب خویشاوندی.

یحرم من الرضاع... (کلمه ـ من ـ برای سببیّت است) این جمله در روایات دیگر نیز آمده است و فقها آن را به صورت قاعده‌ای در آورده‌اند به نام «قاعده رضاع» و معمولاً آن را در کتاب نکاح در مورد حرمت نکاح به کار می‌برند، یعنی هر آن عنوانی که به سبب خویشاوندی حرام است، به سبب شیر خوارگی نیز حرام می‌شود، یعنی مثلاً

---

[1] تهذیب، ج ٨، ص ٢٤٤، ح ١١٣.

همانطوری که عنوان مادر یا خواهر به سبب خویشاوندی نسبی، موجب حرمت نکاح است و نکاح با خواهر اصلی، حرام است همچنین عنوان مادر یا خواهر به سبب خویشاوندی رضاعی، موجب حرمت نکاح است و نکاح با خواهر شیری حرام است.

و در مورد بحث، عنوان مملوکیت در خویشاوندی نسبی، حرمت وضعی دارد، همچنین عنوان مملوکیت در خویشاوندی رضاعی حرمت وضعی خواهد داشت چنانکه توضیحش گذشت.

و لأنّ الرضاع... این جمله عطف است بر للخبر الصحیح ـ که بنابراین، دلیل دوم خواهد بود برای قول اصح، نه اینکه دنباله تعلیلی باشد که در خبر مزبور آمده است (که امام علیه السلام برای عدم استقرار ملکیت، دو علت آورده باشد یکی: یحرم من الرضاع... و دیگر: الرضاع لحمة...) زیرا در روایت عبدالله بن سنان که در بالا ذکر گردید، فقط تعلیل شده به ـ یحرم من الرضاع ـ.

ناگفته نماند که جمله مزبور، حدیث نبوی است که از طریق عامه وارد شده است[1]، و معنای آن این است که شیرخوارگی، خویشاوندی است همانند خویشاوندی نسبی.

اشکال بر دلیل مزبور

بر دلیل مزبور، اشکالی وارد می‌آید و آن اینکه از تشبیه رضاع به نسب، در حدیث فوق استفاده نمی‌شود که در هر جهت، احکامشان یکی باشد حتی در عدم استقرار ملکیت که مورد بحث ماست، بلکه ظاهر آن حدیث این است که تشبیه در جهت حرمت نکاح فقط می‌باشد، یعنی هر آن کس که به سبب خویشاوندی نسبی، نکاحش حرام است، به سبب رضاع نیز نکاحش حرام خواهد بود.

---

[1] المستدرک حاکم نیشابوری، ج ٤، ص ٣٤١.

(ولا) يستقر (للمرأة ملك العمودين) الآباء وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، ويستقر على غيرهما وإن حرم نكاحه كالأخ والعم والخال وإن استحب لها اعتاق المحرم.

وفي إلحاق الخنثى هنا بالرجل أو المرأة نظر، من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في عتقهم، والتمسك بأصالة بقاء الملك، ومن إمكانها فيعتقون، لبنائه على التغليب.

وكذا الإشكال لو كان مملوكا، وإلحاقه بالأنثى في الأول، وبالذكر في الثاني لا يخلو من قوة، تمسكا بالأصل فيهما.

(ولا) يستقر (للمرأة... توضيح: مبحث قبلی درباره مالک شدن مرد آزاده بود أفراد مزبور را، و حالا بحث درباره مالک شدن زن آزاده است افراد مزبور را که می‌فرماید: زن اگر بخواهد مالک شود، فقط نسبت به پدران و مادران و هر چه بالاتر روند، و نسبت به اولاد و هر چه پایین تر روند، ملکیتش استقرار پیدا نمی‌کند، ولی نسبت به خویشان دیگر هر چند مَحْرَم او باشند، ملکیتش استقرار پیدا می‌کند، پس زن می‌تواند برادر یا عمو یا دایی خود را مالک شود (به واسطه خریدن یا هبه یا ارث) هر چند برای او نسبت به خویشان مَحْرَم، مستحب است که آزادشان نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يستقر...** یعنی استقرار پیدا نمی‌کند برای زن آزاده تملکش عمودین را ـ که عمودین عبارت است از: آباء (پدران و مادران که در بالا تعبیر به اصول نمود) و هرچه بالاتر روند، و اولاد (پسران و دختران) و هرچه پایین تر روند (که در بالا تعبیر به فروع نمود) ـ و اما بر غیر عمودین، تملکش استقرار پیدا می‌کند هر چند نکاح آن مملوک، برزن آزاده، حرام باشد مثل برادر و عمو و دایی، گرچه مستحب است برای آن زن که آزاد کند آن مملوک مُحرّم النکاح را.

المُحرَّم ظاهراً این کلمه به تشدید راء به صیغه اسم مفعول از باب تفعیل است یعنی مملوکی که نکاحش با آن زن آزاده، حرام است.

و في الحاق الخنثی... توضیح: آیا خنثی در مورد بحث، حکم مرد را دارد (که ملکیتش استقرار پیدا نمی‌کند نسبت به آباء و اولاد و زنان محرم) یا حکم زن را (که ملکیتش استقرار پیدا نمی‌کند نسبت به آباء و اولاد فقط نه نسبت به خویشان مَحرم) دارد؟ دو احتمال است:

۱. احتمال دارد حکم زن را داشته باشد که نسبت به خویشان غیر عمودین، ملکیتش استقرار پیدا کند به دلیل اینکه چیزی که سبب آزاد شدن غیر عمودین می‌شود (یعنی زن‌های محرم) همانا مرد بودن مالک است که به مجرد مالک شدنش زن‌های مزبور را، آنها خودبخود آزاد می‌شوند، ولی در اینجا فرض این است که مرد بودن مالک، معلوم نیست چون خنثی است و شک در مرد بودن او داریم و در نتیجه وقتی که شک در سبب آزاد شدن (که ذکوریت باشد) داشته باشیم، شک در مسبب (آزاد شدن) نیز خواهیم داشت، پس وقتی که خنثی به واسطه خریدن، در ابتدا مالک زن‌های محرم شد، شک در آزاد شدن آنها داریم به مجرد تملکش، و در مورد چنین شکی، دست به دامن استصحاب می‌شویم و بقاء ملکیت اول را استصحاب می‌کنیم.

۲. احتمال دارد حکم مرد را داشته باشد که نسبت به خویشان محرم (زن‌های محرم) ملکیتش استقرار پیدا نکند و آنها آزاد گردند به دلیل اینکه احتمال مرد بودن او هست و عتق (آزادی) هم بنایش بر غلبه است به این معنی که عتق دنبال کوچک‌ترین بهانه می‌گردد که حاصل گردد، و به تعبیر دیگر جایی که بوی آزادی آید، آزادی دنبال سبب می‌گردد که بدان سبب، غالب شود و حاصل گردد، و در مورد

بحث چون احتمال سبب عتق هست که آن مرد بودن خنثی می‌باشد فلذا خویشان محرم او آزاد می‌گردند به مجرد مالک شدن خنثی آنها را.

ترجمه و شرح عبارت: **و في إلحاق**... یعنی و در ملحق کردن خنثی (اگر بخواهد مالک شود) به مرد یا به زن؟ اشکال است (و دو احتمال در آن می‌باشد) **من الشک**... (این دلیل است برای الحاق خنثی به زن) یعنی از طرفی شک داریم در مرد بودن خنثی ـ که مرد بودن همانا سبب آزاد شدن غیر عمودین است (یعنی آزادی زنان محرم) ـ و در نتیجه شک مزبور، موجب شک در آزادی آن افراد خواهد شد (چون شک در سبب، موجب شک در مسبب می‌باشد).

و التمسک... (این جمله، دنباله و تتمه دلیل قبلی است نه اینکه دلیل دوم باشد، چنانکه بعضی خیال کرده‌اند یعنی شک در مرد بودن خنثی، موجب آن می‌شود که ما چنگ بزنیم به اصل بقاء ملکیت یعنی استصحاب کنیم ملکیت ابتدایی را (که نتیجه‌اش آن است که زنان محرم به واسطه خریدن خنثی، آنها را، آزاد نمی‌گردند).

و من إمکانها... (این دلیل است برای الحاق خنثی به مرد) یعنی و از طرف دیگر، امکان مرد بودن خنثی هست پس خویشان غیر عمودین، آزاد می‌گردند (و همین مقدار، امکان مرد بودن، کفایت می‌کند برای آزادی آنها) چون آزادی، بنایش بر تغلیب است.

و کذا الإشکال... توضیح: مبحث قبلی در صورتی بود که خنثی، آزاد شده باشد و بخواهد مالک گردد که گفته شد محل اشکال است از نظر اینکه ملحق به مرد مالک می‌شود یا به زن مالک؟

وحالا می‌فرماید: اگر خنثی، بَرده باشد ومملوک یکی از خویشان خود واقع شود، دراین صورت نیزمحل اشکال است درفرض اینکه مالک اومرد باشد، پس دراینجا نیزگوئیم دواحتمال است:

۱. احتمال دارد حکم مرد را داشته باشد (یعنی مثلاً حکم عمودین مالکش را داشته باشد که انسان می‌تواند مالک عمویش شود ومملوکیت او استقرار پیدا می‌کند) زیرا چیزی که سبب آزادی اومی‌شود زن بودن اوست (که اگرزن باشد، مثلاً عمه مالک می‌شود وقبلاً گفته شد که مرد مالک عمه‌اش نمی‌شود) وحال اینکه ما شک داریم درزن بودن خنثی، ودرنتیجه، شک درعتق اوخواهیم داشت، پس استصحاب بقاء ملکیت ابتدایی رامی نمائیم ودرمملوکیت مالکش باقی می‌ماند.

۲. احتمال دارد حکم زن را داشته باشد (یعنی مثلاً حکم عمه مالکش را داشته باشد) چون امکان زن بودن اوهست (وزن بودن هم سبب آزادی اوست به بیانی که گذشت) وبدین لحاظ، بوی آزادی اومی‌آید وآزادی هم بنایش برتغلیب است پس آزادی، غالب گشته وشک درانوثیت راکنار می‌زند وخنثی به محض خریده شدن، آزاد می‌گردد.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا**... یعنی وهمچنین اشکال (ودواحتمال) است اگر خنثی، مملوک واقع شود (ناگفته نماند چنانکه قبلاً درتوضیح سابق ذکرکردیم، این اشکال درفرضی است که مالک اومردی ازخویشان باشد واما اگرمالکش زن باشد، اشکالی پیش نمی‌آید، زیرا خنثی درواقع چه مرد باشد وچه زن، زن آزاده می‌تواند او را برای همیشه مالک گردد).

و إلحاقه بالأنثی... توضیح: شارح می‌فرماید که: نظرما درمبحث سابق (صورت مالک بودن خنثی) این است که خنثی را درحکم زن بدانیم که درنتیجه، مالک

شدنش خویشان غیرعمودین برای او استقرارداشته باشد، به دلیل استصحاب بقاء ملکیت چنانکه گذشت.

و در مبحث اینجا (صورت مملوکیت خنثی) نظر ما این است که خنثی را در حکم مرد بدانیم که در نتیجه، ملکیت مالکش استقرارداشته باشد، به دلیل استصحاب بقاء ملکیت.

ترجمه و شرح عبارت: **و إلحاقه**... یعنی ملحق نمودن خنثی را به زن در فرض اول (مالک بودن خنثی) و به مرد در فرض دوم (مملوک بودن خنثی) خالی از قوت نیست، برای اینکه چنگ می‌زنیم در هر دو فرض به اصل بقاء ملکیت (یعنی استصحاب ملکیت ابتدائی).

والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر: أنه يملك ابتداء بوجود سبب الملك آنا قليلا لا يقبل غير العتق، ثم يعتقون، إذ لولا الملك لما حصل العتق. ومن عبر من الأصحاب بأنهما لا يملكان ذلك تجوّز في إطلاقه على المستقر.

ولا فرق في ذلك كله بين الملك القهري والاختياري، ولا بين الكل والبعض، فيقوم عليه باقيه إن كان مختارا على الأقوى.

والمراد بعدم استقرار... توضیح: مقصود از عدم استقرار ملکیت افراد مزبور، این نیست که اصلاً به ملک انسان در نمی‌آیند، بلکه مقصود آن است که به واسطه وجود سبب ملک (خریدن یا هبه یا ارث) آن افراد یک لحظه به ملک انسان در می‌آیند که آن لحظه، فقط قابلیت آنرا دارد که عتق (آزادی) درآن لحظه، تحقق یابد و به غیر از آزادی، قابلیت بهره برداری برای چیز دیگری ـ از قبیل آنکه بتواند آن را به کس دیگر بفروشد یا ببخشد و یا احکام دیگر ملکیت را بر آن بارکند ـ را ندارد.

پس افراد مزبور به مجرد آنکه یک لحظه در ملک انسان درآمدند، خودبخود آزاد می‌گردند، و آن یک لحظه به ملک درآمدن، برای آن است که اگر چنین نباشد عتق حاصل نمی‌شود، چون به مقتضای حدیث نبوی «الاعتق إلاّ في ملك» تا عبد به ملك مالک در نیاید آزادی او معنی ندارد، پس ناچار باید ملکیت ولو یک لحظه حاصل شود تا آزادی درزمینه آن واقع گردد.

از توضیح بالا روشن می‌شود که اینکه بعضی از فقها به جای «لایستقر» تعبیر به «لایملك» کرده‌اند، یعنی گفته‌اند که مرد آزاده یا زن آزاده، مالک نمی‌شوند، مقصود این نیست که اصلاً مالک نمی‌شوند حتی یک لحظه، بلکه مقصود همان است که ما گفتیم، بنابراین، در تعبیرشان مجازگویی کرده‌اند و علاقه مجاز هم علاقه کلی و جزئی است، چون ملکیت دو فرد دارد: ملکیت مستقر و ملکیت غیر مستقر، فقها ملک را اطلاق بر ملک مستقر نموده‌اند، یعنی مقصودشان از عدم ملک در ـ لا یملك

ـ که کلی است، یک فرد از آن است که عدم ملک مستقر باشد یعنی بطور استقرار به ملک در نمی‌آیند.

ترجمه و شرح عبارت: **و المراد...** یعنی مقصود از عدم استقرار ملکیت افراد ذکر شده (اصول و فروع و زن‌های محرم) آن است که آن افراد در ابتدا به ملک در می‌آیند ـ به واسطه وجود سبب ملکیت ـ یک لحظه که این لحظه قابلیت برای چیزی جز آزادی ندارد، سپس (بعد از درآمدن به ملکیت) خودبخود آزاد می‌گردند **إذ لو لا...** (علت است برای ملکیت لحظه‌ای) یعنی زیرا اگر ملکیتی نباشد هر آینه آزادی حاصل نمی‌گردد.

و من عبر... یعنی هرکسی که از اصحاب امامیه (فقها) تعبیر کرده به اینکه: «مرد یا زن مالک نمی‌شوند افراد مزبور را» مجازگویی کرده در اطلاق کردنش «ملك» را بر «ملك مستقر» (یعنی اطلاق کلی کرده بر فرد، و به تعبیر دیگر اطلاق کلی نموده و قصد یک فرد از آن را کرده است پس مقصودشان از «لایملکان» این است که «لا یملکان ملکا مستقراً»).

و لا فرق في ذلك... توضیح: در عدم استقرار ملکیت افراد مزبور، فرقی نیست بین اینکه انسان بخواهد آنها را به اختیار خود، مالک شود (یعنی به خریدن یا به قبول بخشش که مالک افراد مزبور بخواهد مثلاً پدر انسان را به انسان بفروشد یا ببخشد و انسان آن را قبول کند) و بین اینکه به غیر اختیار (یعنی قهراً) به ملک انسان درآید مثل اینکه به ارث به انسان برسد.

و لا بین الکل و البعض... توضیح: همچنین فرقی نیست در عدم استقرار ملکیت افراد مزبور، بین اینکه انسان همه آن را مالک شود و یا بعضی از آن را مالک شود مثل اینکه بعضی از پدرش را مالک شود.

و مالک شدن بعض، دو صورت دارد:

۱. اینکه آن را به اختیار، مالک شود، مثل اینکه آن را بخرد یا به هبه قبول نماید.
۲. اینکه آن را به غیر اختیار (قهراً) مالک شود مثل ارث.

در صورت اول، باید بعض دیگرش را هم بر خریدار قیمت کند و آن را هم بخرد تا همه مملوک آزاد گردد، مثل اینکه فرض کنیم زید با شخص دیگر بطور شراکت، مالک برادرش عمرو باشد، چنانچه فرزند عمرو، نصف عمرو که سهم عمویش زید است را بخرد، به محض خریدن، آن نصف آزاد می‌گردد، و حاکم شرع باید اجبار کند آن فرزند را که نصف دیگر عمرو را هم بر او قیمت کند که از شخص دیگر (یعنی شریک) بخرد تا تمامش آزاد شود، چون از خواص عتق همانا تغلیب و سرایت است که اگر یک مقداری از عبد، آزاد شد باید تمامش آزاد گردد.

و اما صورت دوم، در مثال بالا زید بمیرد و وارثی ندارد به غیر از فرزند عمرو، و به عنوان ارث، نیمی از پدر مزبور (عمرو) به فرزند برسد، در اینجا آن مقدار خود بخود آزاد می‌گردد و اما نصف دیگرش را قیمت نمی‌کند بر فرزند که حتماً قیمتش را بدهد تا آن نصف دیگرهم آزاد گردد، زیرا فرض این است که به غیر اختیار، آن نصف اول به انسان رسیده و به اختیار نبوده.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا بین**... یعنی و نیز فرقی نیست بین تملک همه عبد و بین تملک بعض عبد **فیُقوَّم**... (تفریع است بر ـ البعض ـ) یعنی در صورتی که مالک شود بعض عبد را، قیمت گذاری می‌شود بر ضرر خریدار، بقیه عبد (که باقی را هم بخرد تا همه عبد آزاد گردد) اگر خریدار، به اختیار خود، بعض عبد را مالک شده باشد (و اما اگر به اختیار نبوده باشد، نباید باقی را بر او قیمت گذاری کنند).

علی الأقوی یعنی مجبور کردن خریدار بعض را بر خریدن باقیمانده، قول اقوی می‌باشد (و در مقابل آن، قول شیخ طوسی است که فرمود: اگر غرض خریدار از خریدن بعض، تقرّب الی الله بوده باشد، او را نباید بر خریدن باقیمانده آن، اجبار نمود هر چند

درتملک بعض عبد، مختاربوده، واما اگرغرض خریداراز خریدن بعض، ضررزدن به عبد بوده که نصفش آزاد ونصفش عبد باشد، دراین صورت باید اورا وادارکرد به خریدن بعضی دیگر).

وقرابة الشبهة بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنا على الأقوى، لأن الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة، ويفهم من إطلاقه ـ كغيره ـ الرجل والمرأة، أن الصبي والصبية لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، والأخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك ويعضده أصالة البراءة، وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف.

وقرابة الشبهة... توضیح: همانطوری که حکم سابق درخویشانی که به نسب صحیح، منسوب به انسان باشند جاری است، همچنین درخویشانی که به نسب شبهه با انسان نسبت داشته باشند جاری می‌باشد، بنابراین اگر فرزندی که فرزند شبهه انسان است عبد شخص دیگری باشد وانسان بخواهد آن را بخرد، آزاد می‌گردد.

اما خویشی که ازراه زنا بوده باشد (مثل فرزند زنا) حکم مزبوردرآن جاری نیست، بنابراین اگرفرزندی که انسان آن را ازراه زنا متولد کرده، عبد شخص دیگرباشد وزانی یا زانیه بخواهد آن را بخرد می‌تواند برای همیشه مالک آن بشود وبه مجرد خریدن، آزاد نمی‌گردد.

ودلیل آن این است که احکام شرعیه تابع شرع است نه لغت، وفرزند زنا اگرچه از نظرلغت، ولد نامیده می‌شود وحقیقتاً اززانیه متولد شده است، ولی ازنظرشرع، نفی شده اززانی یعنی فرزند اومحسوب نیست، پس احکام مزبوردرآن جاری نخواهد بود.

ترجمه وشرح عبارت: **و قرابة...** یعنی خویشاوندی که ازطریق شبهه است، در حکم خویشاوندی صحیح است، به خلاف خویشاوندی ازطریق زنا علی الاقوی **الشبهة...** یکی ازخویشاوندی‌های شبهه ای، فرزند شبهه است، یعنی فرزندی که از طریق نزدیکی به اشتباه بین مرد وزنی متولد شود، یعنی آنکه مردی با زنی بیگانه اشتباهاً همبستر شود به خیال آنکه زن خود وزن گمان کند شوهرخود است، وآن

اقسامی دارد که در جای مناسب تر از اینجا ذکرش خواهیم کرد **لأنّ الحکم**... علت است برای ـ بخلاف قرابة الزنا ـ.

و یُفهَم... توضیح: مصنف در عبارتش کلمه ـ رجل و مرأة ـ به کار برده است بدون اینکه راجع به پسر بچه یا دختر بچه، سخنی گفته باشد، از تعبیر مربور استفاده می‌شود که حکم آزادی افراد مزبور در اینجا اختصاص به مرد و زن دارد، و اما پسر یا دختر اگر مالک افراد مزبور شوند، به مجرد تملک، آنها آزاد نمی‌گردند تا وقتی که پسر یا دختر بالغ شوند سپس آزاد می‌گردند.

شارح می‌فرماید: آنچه که از اطلاق عبارت مصنف استفاده شد، از اطلاق عبارات فقها و روایات نیز استفاده می‌شود، و اصل برائت هم آن را تأیید می‌کند و مقصود از اصل برائت در اینجا اصل عدم عروض سبب عتق است، یعنی وقتی که پسر یا دختر، افراد مزبور را مالک شدند شک می‌کنیم که آیا به مجرد تملک، آنها آزاد می‌گردند یا نه؟ اصل آن است که سبب آزادی آنها عارض نشده است (و سبب آزادی آنها فقط مرد بودن یا زن بودن است).

اگر کسی گوید: حکمی که در مسأله مورد بحث می‌باشد همانا حکم وضعی است که آن عبارت است از «سببیت خویشاوندی برای خود بخود آزاد شدن افراد مزبور» نه اینکه حکم تکلیفی باشد، چون حکم در اینجا «وجوب آزاد کردن» نیست (که حکم تکلیفی است) و در علم اصول ثابت شده است که حکم وضعی، اختصاص به بالغین ندارد بلکه غیر بالغین را هم شامل می‌باشد (و آنکه اختصاص به بالغین دارد همانا حکم تکلیفی است که وجوب و حرمت و استحباب و کراهت و اباحه باشد) و در مورد بحث معلوم است که «سببیت برای انعتاق» شامل غیر بالغ هم می‌شود یعنی تملک غیر بالغ نیز می‌شود سبب آزادی افراد مزبور شود، نظیر آنکه ضمان که حکم وضعی است اگر پسر غیر بالغ، مال کسی را تلف کرد، ضمان می‌آید (حالا

بعدازحصول ضمان، آیا وجوب اداء مال مردم، برخود بچه است بعد ازبلوغ یا اینکه درهمان وقت قبل البلوغ برولیّ اوأدا، واجب است؟ بحث دیگری است) ویا مثل نجاست که حکم وضعی است اگردست بچه با عین نجاست ملاقات کرد دست او نجس می‌شود، وهمچنین طهارت واحکام وضعیه دیگر.

شارح جواب می‌فرماید: ما که دراینجا می‌گوئیم انعتاق حاصل نمی‌شود ازآن جهت نیست که حکم وضعی شامل غیربالغ نمی‌شود، چون شمول حکم وضعی، غیربالغ را مطلبی است مسلم وغیرقابل انکار، بلکه ما ازجهت «اصل عدم عروض سبب عتق» گوئیم که انعتاق حاصل نمی‌شود، وبرگشت آن اصل، به «اصل بقاء ملک) واستصحاب ملک است.

ترجمه وشرح عبارت: **و یُفهم**... یعنی فهمیده می‌شود ازمطلق گذاشتن مصنف ـ همانند غیراواز فقها ـ مرد وزن را (که فرمود: ولا یستقرللرجل... ولا للمرأة...) اینکه پسربچه ودختربچه، برعلیه آنها آزاد نمی‌شود افراد مزبوراگرآنها را مالک شوند، تا وقتی که بالغ گردند (وبعد ازبلوغ، افراد مزبورآزاد می‌گردند) **الرجل**... مفعول است برای ـ اطلاقه ـ **ان الصبي**... نایب فاعل است برای ـ یفهم ـ **علیهم** ضمیرجمع به صبی وصبیه برگردانده به اعتبارجنس **ذلك** یعنی افراد مزبور(عمودین وغیرآنها).

لو ملکوه... ضمیرفاعلی جمع برمی‌گردد به صبی وصبیه به اعتبارجنس، و ضمیرمفعولی مفرد برمی‌گردد به ـ من ذکر(افراد مزبور) ـ که ازقرینه مقام استفاده می‌شود **یبلغوا** نیزضمیرجمع برمی‌گردد به صبی وصبیه به اعتبارجنس **و الأخبار**... یعنی روایات هم مطلق است درتعبیربه مرد وزن همانند تعبیرفقها.

و یعضده... یعنی تأیید می‌کند عدم انعتاق برصبی وصبیه را، اصل برائت (ناگفته نماند که اصل برائت را معمولاً درمورد احکام تکلیفیه به کارمی‌برند ومعلوم است که برای غیربالغ، حکم تکلیفی نیست تا تعبیربه اصل برائت دراینجا درست

باشد، بدین جهت درتوضیح سابق گفتیم که: مقصود ازاصل دراینجا، اصل عدم است، یعنی «اصل عدم عروض سبب عتق» که حاصلش به اصل بقاء ملکیت و استصحاب ملکیت برمی‌گردد.

و إن کان... (ـ ان ـ وصلیه است) یعنی هرچند حکم وضعی منحصربه شخص مکلف نیست (وغیرمکلف را هم شامل است یعنی هرچند اگرما بخواهیم حکم وضعی را لحاظ کنیم باید بگوئیم که نسبت به بچه هم افراد مزبور، آزاد می‌گردند چون «سببیت انعتاق» حکم وضعی است وشامل افراد غیربالغ نیزمی‌شود ولی ما این جهت را لحاظ نمی‌کنیم بلکه گوئیم چون اصل، عدم عروض سبب آزادی است فلذا حکم به آزادی افراد مزبور نمی‌نمائیم).

تعریف حکم وضعی و تکلیفی

خطاب الوضع... مناسب است دراینجا توضیح مختصری راجع به حکم وضعی بدهیم، گوئیم: احکام شرعی بردوگونه‌اند:

١. احکام تکلیفی.

٢. احکام وضعی.

احکام تکلیفی: دستورات صادره ازناحیه پروردگاردرخصوص افعال وکردار انسان (مکلف) اعم ازامریا نهی ویا اجازه ورخصت را احکام تکلیفی نامندکه به پنج قسم تقسیم می‌گردند: وجوب، حرمت، استحباب، کراهت، اباحه.

این دسته ازاحکام مستقیماً وبی واسطه مرتبط به افعال بندگان است وبه موجب آنها مکلفین، مأموروبا ممنوع ویا مجاز می‌گردند ویا برفعل وترک آنان مدح و یا مذمت مترتب می‌شود.

احکام وضعی: آن دسته ازاحکام شرعیه که مقتضای آن، الزام، منع ویا رخصت نمی‌باشد وبطورمستقیم ازناحیه شارع نسبت به افعال مکلفین انشاء نمی‌گردد احکام وضعیه می‌باشند، ازقبیل: «ملکیت، زوجیت، سببیّت، مانعیت، شرطیت، صحت، بطلان، ضمان» که ملاحظه می‌کنید هیچ کدام ازاین احکام به نحوی نیستند که با انشاء شارع، جعل شده باشند ومدلول آنها ابتداء الزام ویا منعی نمی‌باشد.

آنچه دربیان حکم تکلیفی ووضعی گفته شد اجمالی بود ازمطالب این موضوع، البته فقها درتعریف هردسته ونیزدرتعداد احکام تکلیفی ووضعی اختلاف نظر دارند که به علت رعایت اختصارازذکرنظریات مختلف خودداری می‌گردد.

(ولا تمنع الزوجية من الشراء فتبطل) الزوجية ويقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، وإن كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقا، وهو موضع وفاق، وعلل ذلك بأن التفصيل في حل الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، وباستلزامه اجتماع علتين على معلول واحد، ويضعف بأن علل الشرع معرفات.

وملك البعض كالكل، لأن البضع لا يتبعض.

تملّک زوج، زوجه‌اش را و بالعکس

(ولا تمنع الزوجية... توضیح: اگر مردی آزاده با زنی که کنیز شخص دیگر است ازدواج نمود، آن مرد می‌تواند بعد از آن، زن خود را از مالکش بخرد، منتها با این خریدن، زوجیت او باطل می‌شود و آن زن، کنیز او می‌گردد و بعد از این از طریق ملکیت فقط می‌تواند با او آمیزش کند.

و اگر فرض مسأله به عکس باشد، یعنی زن آزاده با عبدی ازدواج کرد می‌تواند بعد از آن، شوهر خود را از مالکش بخرد و در این صورت نیز با این خریدن، زوجیت او باطل می‌شود و شوهرش عبد او می‌گردد و بعد از این دیگر به هیچ طریق (نه طریق زوجیت و نه طریق ملکیت) نمی‌تواند با او آمیزش کند، چون عبد زن هرگز شوهر او نمی‌تواند بشود.

و این حکم مورد اجماع فقهاست و علاوه بر آن بعضی از فقها برای صورت اول (که شوهر، مالک زن شود) دو دلیل دیگر آورده‌اند:

۱. اینکه از آیه ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾[1] (یعنی مؤمنین آنانی هستند که فروج و اندامشان را از

---

[1] سوره مؤمنون، آیه ۵.

عمل حرام نگاه می‌دارند مگر بر جفت‌هایشان یا کنیزان ملکی متصرفی آنها که هیچگونه ملامتی در مباشرت وآمیزش این زنان بر آنها نیست) استفاده می‌شود که حلیت آمیزش به یکی از این دو راه است: یا به طریق ازدواج ویا به طریق تملک، به نحو قضیه منفصله حقیقیه (یعنی نه می‌شود هردو جمع شوند و نه می‌شود هیچ کدام نباشد بلکه یکی از آنها باید باشد) پس معلوم می‌شود که حلیت آمیزش باید به یکی از آن دو طریق مزبور مستقلاً باشد و نمی‌شود هر دو جمع شوند و به تعبیر شارح: نمی‌شود سبب‌ها بطور مشترک، اثر خود را بگذارند.

بنابراین، وقتی که سبب دوم یعنی ملکیت حاصل شد و مرد، زنش را مالک گردید، حلیت وطی به واسطه ملکیت باید باشد و سبب اول که زوجیت بود از میان می‌رود.

۲. اینکه اگر زوجیت باقی باشد لازم می‌آید که دو علت مستقل بر سر یک معلول جمع شده باشند (ملکیت و زوجیت) وآن محال است و وجه محال بودن را در شرح عبارت توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا تمنع**... یعنی زوجیت (زن و شوهر بودن) مانع از خریدن نمی‌شود پس (اگر یکی از زن و شوهر، دیگری را از مالکش بخرد، بیع صحیح است، منتها) زوجیت و زناشویی باطل می‌شود و مالکیت واقع می‌گردد، حال اگر مشتری، شوهر بود (که زنش را از مالکش خریده است) می‌تواند از زنش بهره ببرد به طریق مالکیت فقط (چون زوجیت باطل شده است) واما اگر مشتری، زن بود (که شوهرش را از مالکش خریده است) حرام است بر زن که عبدش (شوهر سابق) با او آمیزش کند، مطلقا (نه به طریق زوجیت و نه به طریق ملکیت) و این حکم مورد اتفاق فقهاست.

وطؤ مملوکها این اضافه، اضافه مصدر است به فاعل، **و عُلِّل ذلك** (ذلک، اشاره است به بطلان زوجیت در فرض اول، یعنی فرض اینکه مشتری، زوج باشد) یعنی و

(علاوه بر اجماع) تعلیل شده حکم مزبور به (دو دلیل: اول) اینکه تفصیل (در آیه شریفه با کلمه ـ او ـ) درباره حلیت آمیزش، قطع می‌کند اشتراک بین اسباب حلیت را (مقصود از اشتراک جمع شدن اسباب است نه اینکه مقصود جزء العله بودن هر کدام از سبب‌هاست).

و بإستلزامه... (عطف است بر ـ بأن التفصیل ـ و تعلیل دوم می‌باشد) یعنی و نیز تعلیل شده به اینکه بقاء زوجیت، مستلزم آن است که دو علت مستقل (زوجیت و ملکیت) بر یک معلول (حلیت وطی) جمع شود (و آن محال می‌باشد، و وجه محال بودن اجتماع دو علت تام بر یک معلول آن است که هرکدام از آنها خالی از دو حال نیست: یا تأثیر مستقل در معلول دارند و یا تأثیر مستقل ندارند بلکه تأثیر مشترک و به کمک یکدیگر تأثیر در آن باید داشته باشند، اگر حالت اول باشد، پس تأثیر در معلول واحد، مال یکی از آنها خواهد بود نه هر دو، و در نتیجه اجتماع دو علت نمی‌شود و اگر حالت دوم باشد، پس هرکدام از آنها جزء علت مستقله خواهند بود، یعنی مجموع آن دو، علت تامه خواهد بود نه هر یک از آنها و این خلاف فرض است، چون فرض آن است که هرکدام علت تامه است).

و یُضعَّف... شارح از دلیل دوم جواب می‌دهد به اینکه: محال بودن اجتماع دو علت بر یک معلول، همانا در علت‌های حقیقی است، مثل علت بودن آفتاب برای حرارت اطاق که این حرارت یا معلول آفتاب است و یا معلول آتش است (با فرض اینکه هرکدام از آفتاب و آتش، علت تامه مستقله برای ایجاد. حرارت می‌باشند) و اگر بگوئیم که حرارت این اطاق، هم معلول آفتاب و هم معلول آتش است معنایش این است که هرکدام از آنها مستقل در ایجاد حرارت نیستند و این خلاف فرض است چون فرض آن است که آنها را علت تامه مستقله دانستیم.

واما علت‌های شرعی، علت حقیقی نمی‌باشند بلکه معرّف وکاشف ازوجود حکم می‌باشند (یعنی نشانگروجود حکم می‌باشند) پس درمورد بحث، اینکه گفته می‌شود عقد زوجیت، علت حلیت وطی است، ویا گفته می‌شود: ملکیت علت حلیت وطی است معنایش این است که وقتی که عقد زوجیت حاصل گردید، کاشف ازآن است که حلیت وطی وجود دارد، وهمچنین وقتی ملکیت حاصل گردید کاشف ازوجود حلیت وطی است.

بنابراین، می‌شود چند معرّف وکاشف ازحکم، دریک جا جمع شوند، پس در مورد بحث منافات ندارد که هم عقد زوجیت کاشف ازحلیت وطی باشد وهم ملکیت، کاشف ازآن باشد.

و مِلك البعض... توضیح: همانطوری که اگرشوهر، مالک تمام زنش شد، زوجیت باطل می‌شود وآن زن، مملوک اومی‌گردد همچنین اگرمالک بعضی اززنش شد (مثلاً نصف آن را خرید) زوجیت بطورکلی حتی نسبت به مقدارغیرمملوک، باطل می‌شود (وازطریق مملوکیت فقط می‌تواند نزدیکی کند) چون اگرنسبت به آن مقدار باطل نشود، لازمه‌اش آن است که وطی بعضی ازفرج زن به طریق ملکیت باشد، و وطی بعضی دیگرازفرج به طریق زوجیت باشد وحال آنکه فرج قابل تبعیض نیست.

ترجمه وشرح عبارت: **و ملك**... (کلمه ـ ملك ـ مبتدا است وکلمه ـ کالکل ـ خبر آن می‌باشد) یعنی مالک شدن مقداری اززن همانند (مالک شدن) تمام زن می‌باشد (دراینکه زوجیت نسبت به تمام زن، باطل می‌گردد وملکیت نسبت به تمام آن واقع می‌شود) زیرا فرج زن قابل تبعیض نیست **البُضْع** (به ضم باء وسکون ضاد) به معنی فرج وجماع آمده است.

(والحمل يدخل) في بيع الحامل (مع الشرط) أي شرط دخوله لا بدونه في أصح القولين، للمغايرة كالثمرة، والقائل بدخوله مطلقا ينظر إلى أنه كالجزء من الأم، وفرع عليه عدم جواز استثنائه كما لا يجوز استثناء الجزء المعين من الحيوان.

دخول حمل در بیع حامل با شرط

(والحمل يدخل)... توضیح: حیوانی که حامله است (چه حیوان ناطق یعنی کنیز باشد و چه حیوان چهارپا) اگر فروخته شود آیا حملش نیز جزء حیوان، ملک مشتری می‌شود یا اینکه مال بایع است؟ دو قول در آن می‌باشد:

۱. قول مشهور آن است که مال بایع است مگر آنکه مشتری در ضمن عقد، شرط کند که حمل نیز داخل در بیع حیوان بوده باشد که در این صورت، ملک مشتری می‌شود و اما بدون شرط، مال بایع است.

و دلیل آن این است که حمل و حامل، دو چیز است و بین آنها مغایرت است، چنانکه بین میوه و درخت، مغایرت است، پس همانطوری که اگر کسی درخت را فروخت و نامی از میوه در ضمن فروش درخت، برده نشد، آن میوه جزء آن داخل در ملک مشتری نمی‌شود مگر اینکه مشتری، دخول میوه را شرط کرده باشد، همچنین بیع حامل، مستلزم دخول حمل در ملک مشتری نیست مگر آنکه مشتری آن را برای خود شرط کرده باشد.

۲. قول شیخ طوسی و تابعین اوست که گفته‌اند مطلقا، حمل داخل در بیع حامل است و ملک مشتری می‌شود خواه مشتری دخول آن را شرط بکند یا نکند.

و دلیل ایشان آن است که حمل نسبت به حامل همانند اعضای دیگرش می‌باشد. یعنی همانطوری که سر و دست و پا جزء حیوان حامل است، همچنین

حملش جزء اوست، ونتیجه این قول آن است که بایع نمی‌تواند حمل را برای خود استثنا کند، یعنی صحیح نیست که بگوید: «فروختم این حیوان را به استثنای حملش» که حمل آن مال خودم باشد، همچنانکه صحیح نیست عضو معینی از اعضای حیوان را استثنا کند برای خود ومثلاً بگوید: «فروختم این حیوان را باستثنای سرش یا دست وپایش».

ترجمه وشرح عبارت: **و الحمل...** (ناگفته نماند که فقها، مسأله را، هم درکنیز مطرح کرده‌اند وهم درحیوان چهارپا، ولی ظاهر سیاق عبارت مصنف به قرینه مباحث قبل وبعد، اقتضا می‌کند که فرض مسأله درمورد کنیز فقط می‌باشد هرچند این احکام درحیوان چهارپا نیز جاری است، فلذا ما ترجمه عبارت را به مورد کنیز اختصاص می‌دهیم) یعنی بچه‌ای که درشکم کنیز است (البته با فرض اینکه آن بچه نیز مملوک مالک کنیز بوده باشد، مثل اینکه مالک کنیز، عبدی نیز دارد وآن کنیز با عبد ازدواج کرده واز او حامله شده پس این بچه نیز مالک آنها خواهد بود واما اگر فرض کنیم که کنیز از نطفه مالکش، حامله شده است، بچه، حرّ خواهد بود و نمی‌تواند آن را همراه کنیز بفروشد، زیرا چنانکه سابقاً دانسته شد، پدر مالک پسر نمی‌شود تا بتواند آن را بفروشد، خلاصه آن که فرض مسأله درجایی است که نطفه بچه ازعبد بوده باشد چنانکه گفتیم) داخل دربیع کنیز حامله می‌شود درصورتی که شرط شده باشد (ازطرف مشتری) دخول بچه دربیع کنیز (که با این شرط، بچه نیز همراه مادرش منتقل به مشتری می‌شود) نه بدون شرط (که درصورت شرط نکردن دخول آن، ملک مشتری نمی‌شود ومنتقل به او نخواهد شد) بنابر صحیح‌ترین دو قولی که دراین مسأله می‌باشد.

للمغایرة... (دلیل قول مزبوراست) یعنی زیرا بین حمل وکنیز حامله، تغایر است همانند میوه (که چون تغایر دارد با درخت، داخل دربیع درخت نمی‌شود مگر با شرط

نمودن آن ازطرف مشتری) **و القائل**... یعنی وکسی که قائل (به قول دوم شده است یعنی قائل) شده به دخول حمل (دربیع کنیز) مطلقا (چه مشتری شرط بکند دخول را وچه شرط نکند) نظرایشان به این است که حمل همانند جزئی ازمادر می‌ماند (و مثل عضوی ازاعضای مادر می‌باشد، پس هرچند شرط نکند دخول حمل را، طبعاً داخل دربیع مادرخواهد بود).

و فرّع علیه... یعنی آن قائل، تفریع نموده برقول مزبور، عدم جوازاستثناء حمل را (هنگام بیع کنیز، یعنی جایزنیست بایع بگوید: فروختم کنیزحامل را به استثنای حملش) همانطوری که جایزنیست استثناکردن جزء معین (عضومعین) ازحیوان را (که بایع بگوید: فروختم حیوان را به استثنای سرش مثلاً).

وعلى المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط، لأنه تابع، سواء قال: "بعتكها وحملها"، أم قال: "وشرطت لك حملها".

ولو لم يكن معلوما وأريد إدخاله فالعبارة الثانية و نحوها لا غير.

ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد وعدمه فهو للمشتري، لأصالة عدم تقدمه، فلو اختلفا في وقت العقد قدم قول البائع مع اليمين وعدم البينة، للأصل.

والبيض تابع مطلقا، لاكالحمل، كسائر الأجزاء وما يحتويه البطن.

دفع اشکال مقدر

وعلى المختار لا يمنع... توضیح: جواب از اشکال مقدری است، توضیح اشکال این است که بنابر قول مشهور (که مختار مصنف و شارح نیز می‌باشد و آن اینکه حمل در صورت شرط، در بیع حامل داخل می‌شود) حمل از نظر صفات و خصوصیات (مثل نر یا ماده بودن، یکی یا دوتا بودن، سالم یا ناقص بودن آن) مجهول است و بدین جهت نمی‌تواند در بیع حامل داخل شود، زیرا یکی از شرایط مبیع، معلوم بودن آن است.

شارح جواب می‌دهد به اینکه: جهالت حمل از نظر صفات، مانع از دخول آن در بیع حامل با شرط دخول، نمی‌شود بلکه وقتی که مشتری آن را شرط نمود، داخل در مبیع می‌شود هر چند حمل، از نظر صفات و خصوصیات، مجهول باشد.

زیرا آنکه در بیع مزبور، مقصود بالذات است همانا خود حامل است و اما حمل، مقصود بالتبع و بالعرض است، و سابقاً (در مسأله بیع ماهی‌های نیزار) گذشت که اگر مقصود بالذات در بیع، معلوم باشد و مقصود بالتبع، مجهول باشد بیع صحیح است، نظیر ریشه درخت و پایه ستون و دیوار که قطعا داخل مبیع هستند در حالی که مجهولند.

بنابراین، حمل درصورت شرط آن، دربیع حامل داخل می‌شود خواه اینکه بایع در صیغه ایجاب، حمل را به حامل منضم کند وآن را جزء مبیع قراردهد به اینکه بگوید: «بعتکها و حملها» (یعنی کنیزرا به توفروختم و حملش را یعنی کنیزحامل را با حمل آن فروختم) ویا اینکه مبیع را همان حامل قراردهد با شرط دخول حمل درآن به اینکه بگوید: «بعتکها و شرطت لك حملها» (یعنی کنیزرا به توفروختم و شرط نمودم برای توحملش را، یعنی حامل را با شرط اینکه حمل هم مال توباشد به توفروختم).

ترجمه و شرح عبارت: **و علی المختار**... یعنی بنابر مختار ما (که همان اصح القولین باشد) جهالت حمل (ازنظر صفات) مانع نمی‌شود ازدخول حمل (دربیع حامل) درصورت شرط دخول، زیرا حمل، تابع است (ومقصود بالذات دربیع نیست).

و لو لم یکن معلوماً... توضیح: درمبحث قبل، فرض دراین بود که حامله بودن کنیزمعلوم است ووجود حمل درزمان عقد، قطعی است فلذا درداخل نمودن حمل درمبیع، فرقی بین صیغه اول وصیغه دوم نبود.

وحالا فرض دراین است که اگرباردار بودن کنیز، زمان عقد معلوم نباشد ومشتری بخواهد برفرض وجود حمل، آن را داخل درمبیع کند، باید فقط به صیغه دوم ومانند آن، ایجاب خوانده شود واما به صیغه اول صحیح نمی‌باشد چون حمل، فعلاً وجودش معلوم نیست تا آن را عطف برکنیزکند درصیغه ایجاب.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو لم یکن**... ضمیرمقدردر ـ یکن ـ برمی‌گردد به حمل، وهمچنین ضمیردر ـ ادخاله ـ **فالعبارة الثانیة**... یعنی باید به عبارت دوم، ایجاب خوانده شود (وآن: شرطت لك حملها یعنی بعتکها وشرطت لك حملها، می‌باشد).

ولو لم یشترطه... توضیح: اگردرهمان فرض دوم (که وجود حمل درزمان عقد، قطعی نبوده) مشتری، دخول حمل را شرط نکند وکنیزبعد ازمدتی، باردارشود ودر

زمانی زایمان کند که به حسب تاریخ تولد و تاریخ زمان عقد ـ که معلوم است ـ احتمال داده شود که آن حمل در زمان عقد بوده (که بنابراین، چون مشتری شرط دخول آن را در ضمن عقد نکرده، مال بایع باشد) و احتمال هم داده شود حمل بعد از زمان عقد، وجود پیدا کرده (که بنابراین حمل مال مشتری باشد. هر چند شرط نکرده بود، زیرا حملی که بعد از عقد وجود پیدا کند، قطعاً مال مشتری است چون بعد از تملک کنیز، حمل وجود پیدا کرده است).

شارح می‌فرماید: در این صورت، حمل مال مشتری است به دلیل آنکه اصل عدم تقدم حمل است بر زمان عقد ـ که تاریخش معلوم است ـ که در نتیجه ثابت می‌شود هنگام عقد، حمل وجود نداشته است، و برگشت اصل مزبور، به اصالت عدم تقدم حادث است، چون حمل امر حادثی است و در هر امر حادثی، اصل آن است که بعداً پدید آمده است.

در اینجا ممکن است کسی سؤال کند که عقد هم، حادث است پس چرا اصل عدم تقدم حادث در عقد، جاری نمی‌کنید تا در نتیجه، حمل مال بایع باشد. جواب آن است که چون تاریخ وقوع بیع، معلوم است ولی تاریخ وجود حمل، مجهول است، و در علم اصول گفته‌اند که در هر موردی که دو حادث باشد که در تقدم و تأخر، با هم تعارض کنند ولی تاریخ حدوث یکی معلوم و دیگری مجهول باشد، اصل عدم تقدم حادث را در مجهول التاریخ جاری می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو لم یشترطه**... یعنی اگر مشتری، شرط نکند دخول حمل را، و احتمال داده شود که هنگام عقد، حمل وجود داشته است و هم احتمال داده شود، عدم وجود آن، پس در این صورت، حمل، مال مشتری خواهد بود به دلیل اینکه اصل عدم تقدم حمل است (بر زمان وقوع عقد).

فلو إختلفا في وقت... توضیح: این فرع، متفرع است برهمان فرضی که مشتری هنگام عقد، اشتراط دخول حمل درمبیع را نکرده باشد، توضیح آنکه: مسأله پیش درصورتی بود که بایع ومشتری هردواتفاق داشته باشند درتاریخ وقوع عقد.

حال فرض مسأله درجایی است که بایع ومشتری درتاریخ وقوع عقد اختلاف کنند، مثل اینکه حمل درماه شوال به دنیا آمد وبایع ادعا کند که عقد را درماه ربیع الاول خوانده‌ایم که تا ماه شوال، هشت ماه می‌شود وطبعاً انعقاد نطفه حمل قبل از ربیع خواهد بود که هنگام عقد، موجود بوده است وفرض هم این است که مشتری، اشتراط دخول آن درملک خود را نکرده است، پس حمل، مال بایع خواهد بود.

ولی مشتری ادعا کند که عقد را درماه محرم خوانده‌ایم که تا ماه شوال، ده ماه می‌شود وطبعاً انعقاد نطفه حمل بعد ازمحرم خواهد بود که هنگام عقد، موجود نبوده است بلکه بعد ازعقد وجود پیداکرده، پس حمل مال مشتری خواهد بود.

خلاصه اینکه دراین مسأله که بین بایع ومشتری اختلاف درتاریخ وقوع عقد شده باشد آیا قول بایع را باید مقدم بداریم یا قول مشتری؟

دراینجا ازجهت آنکه نه تاریخ عقد، معلوم است ونه تاریخ حمل، فلذا نه می‌توانیم به اصل عدم تقدم حمل برعقد، تمسک کنیم تا حق با مشتری باشد، ونه می‌توانیم به اصل عدم تقدم عقد برحمل، تمسک کنیم تا حق با بایع باشد، زیرا هم عقد، حادث است وهم حمل، حادث است واصل عدم تقدم حادث (که دواصل قبلی ازافراد این اصلند) درهردوجاری است وبا یکدیگرتعارض می‌کنند.

یک اصل دیگردراینجا هست وآن اصل عدم انتقال حمل به مشتری است، و چون مشتری ادعای حمل را برای خود می‌کند، پس قول اومخالف اصل خواهد بود و طبق میزانی که درباب قضاء برای تشخیص مدّعی ازمنکرذکرکرده‌اند، مدعی آن است که قولش مخالف اصل باشد، پس مشتری دراینجا مدعی خواهد بود وطبق

قاعده باب قضاوت، حکم اوّلی آن است که او شاهد بیاورد، و وقتی نتوانست شاهد بیاورد نوبت می‌رسد به بایع که قسم بخورد چون قول او موافق اصل است، پس «منکر» خواهد بود طبق قاعده سابق.

ترجمه و شرح عبارت: **فلو إختلفا...** یعنی پس (با توجه به فرض قبلی که تاریخ وقوع عقد، معلوم بود، حال) اگر (فرض مسأله عوض شود یعنی) بایع و مشتری اختلاف کنند در تاریخ وقوع عقد (به اینکه مشتری ادعای تقدم عقد بر حمل نماید تا حمل مال او باشد و بایع آن را انکار کند تا حمل مال او باشد) در این صورت، قول بایع مقدم است با قسم خوردنش و نبودن بینه (دو شاهد عادل) از طرف مشتری، به دلیل اصل (اصل عدم انتقال حمل به مشتری).

و البیض تابعٌ... توضیح: تخم مرغ، تابع مرغ است مطلقا یعنی خواه مشتری آن را شرط بکند یا نکند، داخل در بیع مرغ می‌باشد و مال مشتری خواهد بود و مانند حمل حیوان نیست که دخول آن در بیع، احتیاج به شرط کردن مشتری باشد و بدون شرط، داخل نباشد.

همچنانکه سایر اجزاء و اعضای حیوان ـ چه مرغ و چه غیر آن ـ و آنچه که در شکم حیوان می‌باشد داخل در بیع حیوان است چه مشتری آن را شرط کند و چه شرط نکند.

(ولو شرط فسقط قبل القبض رجع) المشتري من الثمن (بنسبته) لفوات بعض المبيع (بأن يقوم حاملا ومجهضا) أي مسقطا، لا حائلا، للاختلاف، ومطابقة الأول للواقع، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن.

سِقط حمل در بیع حامل با شرط

(ولو شرط فسَقَط... توضیح: این فرع در رابطه با اصل مسأله است وآن اینکه: اگر مشتری دخول حمل را شرط نمود وقبل ازآنکه حیوان را تحویل گیرد، حمل بیفتد و ساقط گردد، دراین صورت ازجیب بایع رفته ومشتری حق دارد به نسبت آن حمل، مقداری ازثمن راکه درمقابل حمل بوده ازبایع پس بگیرد، زیرا مقداری ازمبیع از بین رفت وبه دست مشتری نرسید (چون بواسطه اشتراط دخول حمل، مبیع عبارت ازمجموع مرکب ازحیوان وحمل شده بود) پس درمقابل آن باید ازثمن برگردانده شود.

وطریق به دست آوردن مقدارمزبوربه نسبت حمل آن است که حیوان را یک بار به فرض حامله بودن قیمت کنند سپس حیوان را به صفت بچه انداخته قیمت کنند وتفاوت دوقیمت را به دست آورده وبا قیمت حاملگی‌اش بسنجندکه چه نسبتی دارد، به همان نسبت ازثمن، کم کنند وبه مشتری برگردانند.

مثلاً اگرحیوانی را درحال حاملگی به دوهزارتومان خرید وقبل ازتحویل گرفتن آن، حمل افتاد وآن حیوان را دربازاربه فرض حاملگی به هزارتومان قیمت کنند، وبه صفت بچه انداختگی به ششصد تومان قیمت کنند تفاوت آنها چهارصد تومان است که نسبت آن به هزار، $\frac{۲}{۵}$ است پس $\frac{۲}{۵}$ ازدوهزارتومان راکه هشتصد تومان می‌شود ازبایع پس بگیرد وبابت حملی که ساقط شده به مشتری بدهند.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو شرط...** یعنی اگر شرط کرد مشتری دخول حمل را و ساقط شد حمل پیش از قبض مشتری، مشتری برمی‌گرداند از ثمن، به مقدار نسبت حمل، زیرا مقداری از مبیع، به دست او نرسید (وطریق به دست آوردن نسبت حمل:) به اینکه حیوان (یک بار) قیمت شود در حال حاملگی، و (یک بار هم قیمت شود) در حال بچه انداختگی (و به مقدار نسبت تفاوت بین آن دو، از ثمن کم گردد چنانکه شارح بعد از این ذکر خواهد نمود).

لا حائلاً للإختلاف... توضیح: همانطوری که مصنف فرمود: باید حیوان را به حالت بچه انداختگی قیمت نمود و تفاوت آن را با قیمت حالت حاملگی به دست آورد، حال می‌فرماید: که صحیح نیست حیوان را به حالت غیر حاملگی قیمت نمود (که اگر حامله نبود چقدر قیمت داشت) و تفاوت آن با قیمت حاملگی را به دست آورد، زیرا:

اولاً: آنکه مطابق فرض مورد بحث است همان حالت بچه انداختگی است چون حیوان، غیر حامله نبود بلکه حامله بود که سپس بچه را انداخت، بدین جهت باید حیوان را به فرض حاملگی و به فرض بچه انداختگی قیمت نمود.

و ثانیاً: قیمت حیوان به فرض حامله نبودن با قیمت حیوان بچه انداخته، تفاوت دارد، زیرا در فرض دوم از نظر آنکه سقط کرده، معیوب به حساب می‌آید (چون حیوان در حال سقط، مریض است) و معلوم است که حیوان مریض و معیوب قیمتش کمتر از حیوان سالمی است که حامله نباشد (پس اگر مثلا قیمت حیوان حامله هزار تومان، و قیمت غیر حامله، هشتصد تومان باشد، قیمت حیوان بچه انداخته چه بسا ششصد تومان می‌باشد).

بنابراین، اگر بنا باشد که تفاوت حاملگی و غیر حاملگی را حساب کنند نه تفاوت حاملگی و بچه انداختگی، هر آینه ضرر به مشتری وارد می‌آید، زیرا طبق حساب

مزبور، ارش عیب ساقط شدن را از بایع نگرفته است بلکه فقط ثمن حمل را پس گرفته است.

وخلاصه آنکه چون مشتری، دخول حمل را شرط کرده است، مبیع همان مجموع مرکب از حیوان و حمل می‌باشد و بعد از سقط شدن حمل، در مبیع نقص از دو جهت حاصل شده است: یکی از جهت تلف شدن حمل، دوم از جهت عوارض سقط که در حیوانات مخصوصاً اگر کنیز باشد، عیب حساب می‌شود و چه بسا موجب کم شدن قیمت حیوان می‌گردد، پس باید مشتری قیمت نقص از هر دو جهت را از بایع برگرداند، و آن منحصر به این طریق است که حیوان را با حالت بچه انداختگی قیمت کنند و تفاوت آن با قیمت حاملگی را به دست آورند و نسبت سنجی کنند و از ثمن مبیع کم نمایند.

ترجمه و شرح عبارت: **لا حائلاً...** (عطف است بر ـ مُجهِضاً ـ و از اینجا تا ـ للواقع - جمله معترضه است) یعنی نه اینکه حیوان را به فرض غیر حاملگی قیمت کنند، زیرا تفاوت است (بین حالت بچه انداختگی و حالت غیرحاملگی چون بچه انداختگی در حیوان ـ کنیز ـ عیب است که چه بسا قیمت حیوان را کمتر از حالت غیر حاملگی می‌کند).

و مطابقة... (دلیل دوم است برای ـ لاحائلاـ) یعنی و به جهت اینکه حالت بچه انداختگی، مطابق واقع است (نه حالت غیر حاملگی) **ویرجع** (این دنبال عبارت مصنف است) یعنی بعد از آنکه قیمت دو حالت به دست آورده شد، برگردانده می‌شود به مقدار نسبت تفاوت آن دو قیمت از ثمن.

(ویجوز ابتیاع جزء مشاع من الحیوان) کالنصف والثلث، (لا معین) کالرأس والجلد، ولا یکون شریکا بنسبة قیمته علی الأصح، لضعف مستند الحکم بالشرکة، وتحقق الجهالة، وعدم القصد إلی الإشاعة فیبطل البیع بذلك، إلا أن یکون مذبوحا، أو یراد ذبحه، فیقوی صحة الشرط.

خریدن مقداری از حیوان

(و یجوز إبتیاع جزء... توضیح: جایز است خریدن جزء مشاع از حیوان زنده، در صورتی که نسبت جزء با کل، معلوم باشد مثل اینکه بگوید نصف این حیوان یا ثلث این حیوان را خریدم، پس بعد از معامله، مشتری با بایع در آن حیوان به همان نسبت شریک می‌شوند، و مشاع بودن ـ چنانکه مکرر توضیح داده‌ایم ـ به این معنی است که در حیوان مزبور در مثال نصف، هر قسمتی از حیوان را که دست بگذاریم مشترک است بین بایع و مشتری، به نصف.

ولی جایز نیست خریدن جزء معین از حیوان زنده مثل سر یا پوست آن، یعنی در حالی که فعلاً قصد کشتن آن حیوان نیست، خریده شود پوست یا سر آن که هر وقت کشته شود تسلیم او نماید، چنین بیعی صحیح نیست.

و دلیل بطلان بیع، آن است که نظر به اینکه چون محل بریدن سر، تعیین نشده، جهالت حاصل می‌شود در مقدار گوشت سر، زیرا در موقع تحویل سر به مشتری اگر بالاتر بریده شود، گوشتش کمتر خواهد بود و اگر پایین تر بریده شود گوشتش بیشتر خواهد بود، و در پوست نیز نظر به اینکه چون ضخامت و نازکی آن معلوم نیست فلذا جهالت حاصل می‌شود، و در نتیجه، بیعی که در آن جهالت باشد بیع غرری است

که درشرع اسلام، نهی ازآن شده است «نهی النبي عن بیع الغرر» (ناگفته نماند که استدلال مزبوررا شارح ذکرنکرده وما ازجای دیگرآن را ذکرنمودیم).

ولی درهمین جا شیخ طوسی وجماعتی قائل به جوازبیع جزء معین شده‌اند وآن را به اشاعه (مشاع بودن) برگردانده‌اند، به این معنی که گفته‌اند وقتی معامله واقع شد، مشتری با بایع درکل حیوان، به نسبت قیمت آن جزء، شریک می‌شود، مثلاً اگر قیمت مجموع حیوان، هزارتومان وقیمت آن جزء، دویست تومان باشد، نسبت دویست به هزار، $\frac{۱}{۵}$ است، پس مشتری دریک پنجم آن حیوان بطورمشاع، شریک می‌شود که هروقت حیوان ذبح شود، یک پنجم آن حیوان ازهرجای آن باشد به مشتری داده شود.

شارح ازآن قول جواب می‌دهد به اینکه:

اولاً: قول مزبور، مدرکش روایتی است که سندش ضعیف می‌باشد.

و ثانیاً: نسبت قیمت آن جزء به قیمت مجموع حیوان درحین بیع معلوم نیست، چون بایع درحین بیع، قیمت کل حیوان را به مشتری نگفته است، فلذا درحین بیع برای مشتری معلوم نیست که ازنظرقیمت، آن سرچه نسبتی با قیمت کل حیوان دارد تا به همان نسبت، شریک باشد درکل حیوان بابایع، ودرنتیجه برای مشتری هنگام خریدن، معلوم نمی‌شود که چه مقدارازکل حیوان، سهم اوست ومبیع می‌باشد، وحال آنکه یکی ازشرایط صحت بیع آن است که دروقت بیع، مقدارمبیع معلوم باشد وگرنه، بیع غرری می‌شود.

و ثالثاً: عقد ازنظرترتب آثاربرآن، تابع قصد متعاقدین است، ودرمسأله مورد بحث، درحین عقد بیع، اشاعه مقصود آنها نبوده است، زیرا مشتری، خصوص سر یا پوست حیوان را می‌خواهد وآن را فقط خریده است نه باقی حیوان را، پس چگونه شما بیع را به اشاعه برمی‌گردانید که مشتری به مقدارنسبت قیمت سرگوسفند ($\frac{۱}{۵}$

در مثال گذشته) درکل حیوان با بایع شریک شود که هروقت ذبح شد به آن مقدار از هر جای گوسفند شد به مشتری داده شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز**... یعنی جایز است خریدن جزء مشاعی از حیوان (البته در صورتی که نسبت آن جزء با کل، معلوم باشد) مثل نصف و ثلث (نه در صورتی که نسبتش معلوم نباشد، مثل اینکه بگوید: فروختم سهمی از این حیوان را، یا قسطی از آن حیوان را، یا چیزی از آن را) **لا معیّن**... یعنی جایز نیست خریدن جزء معینی از حیوان مثل سر یا پوست حیوان.

ولا یکون... یعنی و اینجور نیست که (بیع جزء معین، صحیح باشد و آن را به اشاعه برگردانیم به این معنی که مشتری) شریک باشد (با بایع، درکل حیوان) به نسبت قیمت آن جزء معین، بنابر قول صحیح‌تر.

لضعف... (علت است برای ـ لا یکون شریکا ـ و درواقع جواب است از قول قائلین به صحت بیع جزء معین به نحو مزبور، با استناد آنها به روایت سکونی که شارح از این روایت چنین جواب می‌دهد که:) زیرا ضعیف است مستند حکم به شرکت (مشتری با بایع) و (جواب از قول آنها که گفتند شرکت حاصل می‌شود به نسبت قیمت آن جزء، این است که ن) جهالت هست (در نسبت مزبور هنگام بیع یعنی مشتری نمی داند که چه نسبتی از حیوان را مالک می‌شود و حال آنکه باید مبیع، معلوم باشد) و (جواب دیگر آن است که بایع و مشتری) قصد نکرده‌اند اشاعه را (پس چگونه شما بیع جزء معین را به اشاعه برمی‌گردانید که آنها قصد نکرده‌اند).

فیبطل... (تفریع است بر قول مصنف ـ لامعین ـ یعنی وقتی که بیع جزء معین، جایز نبود) پس (اگر معامله به نحو مزبور واقع شود) بیع باطل می‌شود به خریدن جزء معین.

نظر شارح در بیع جزء معین از حیوان

إلاّ أن یکون مذبوحاً... توضیح: شارح می‌فرماید: در دو صورت، بیع جزء معین از حیوان، جایز است: یکی در صورتی که حیوان را ذبح کرده باشند، دوم در صورتی که بخواهند آن را ذبح کنند بطوری که بعد از معامله بلافاصله آن را سر ببرند، که در این دو صورت معامله صحیح است و مشتری، مالک آن جزء معین می‌شود نه به نحو اشاعه.

مؤلف گوید: دلیل بطلانی که سابقاً برای بیع جزء معین از حیوان زنده ذکر کردیم (که عبارت بود از وجود جهالت از نظر اینکه مقدار گوشت سر گوسفند برای مشتری معلوم نمی‌شود به واسطه اینکه معلوم نیست پایین تر بریده می‌شود یا بالاتر بریده می‌شود) در صورت دوم که هنوز ذبح نکرده‌اند و بعد از معامله می‌خواهند ذبح نمایند، جاری است، چون هنگام عقد بیع، مقدار گوشت سر، معلوم نیست و همچنین پوست از نظر ضخامت و نازکی، پس در صورتی که قصد ذبح حیوان را داشته باشند بیع جزء معین از آن، مورد اشکال خواهد بود.

فیقوی صحة الشرط یعنی پس (در آن دو صورت) در نظر ما قوی است که شرط نمودن مشتری جزء معین از حیوان را صحیح می‌باشد (یعنی مشتری اگر شرط کند که من جزء معین ـ سر یا پوست حیوان ـ را فقط می‌خرم نه جای دیگرش را، بیع مزبور صحیح است).

(ویجوز النظر إلی وجه المملوكة إذا أراد شراءها، وإلی محاسنها) وهي مواضع الزينة - كالكفين، والرجلين، والشعر - وإن لم يأذن المولی، ولا تجوز الزيادة عن ذلك إلا بإذنه، ومعه يكون تحليلا يتبع ما دل عليه لفظه حتی العورة " ويجوز مس ما أبيح له نظره مع الحاجة.

وقيل: يباح له النظر إلی ما عدا العورة بدون الإذن، وهو بعيد.

احکام خریدن کنیز

نگاه کردن به بدن کنیز

(ویجوز النظر إلی وجه... توضیح: کسی که قصد خریدن کنیزی را دارد، جایز است بر او که مواضع حسن و زینت کنیز را نگاه کند مثل دستها یا پاها و موی او هر چند مولا اجازه نگاه کردن ندهد.

ولی نگاه کردن به جاهای دیگر از بدنش بدون اجازه مولا جایز نیست، و در صورتی که اجازه بدهد، تحلیل خواهد بود که در کتاب النکاح مبحث مفصلی دارد، و آن عبارت از این است که مولای کنیز، بهره بردن و استمتاع از کنیز را برای شخص ثالثی حلال نماید.

و در مقدار جواز استمتاع شخص ثالث، باید دید که لفظ و گفتار مولا در اجازه‌اش چه مقدار از استمتاع را شامل می‌شود، گاهی ممکن است اجازه‌اش شامل کل استمتاعات شود (چه نگاه کردن و چه بوسیدن و چه نزدیکی کردن و چه غیر آن) و گاهی ممکن است فقط شامل بعض استمتاعات شود (مثلاً نگاه کردن فقط) چنانکه در مورد بحث چنین است، و در اذن به نگاه کردن هم گاهی ممکن است

گفتار مولا دلالت بر جواز نگاه به تمام بدن کنیز حتی عورت او کند، وگاهی هم ممکن است دلالت بر جواز نگاه به بعضی جاهای بدن او کند، پس باید دید دائره اجازه مولا درگفتارش چه اندازه از نگاه کردن را شامل است، پس اگر مولا بگوید: «اجازه دادم نگاه به بدنش بکنی» باید ببینیم آیا بدن از نظر عرف، عورت را هم شامل است یا نه، اگر شامل باشد جایز است بر مشتری که به عورت کنیز هم نگاه کند.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز...** یعنی جایز است نگاه کردن به صورت کنیز در صورتی که انسان قصد خریدن آن را داشته باشد، و (نیز جایز است نگاه کردن) به جاهای حسن او که مقصود از آن، جاهای زینت است (یعنی جاهایی که زیورآلات در آن قرار می‌دهند) مثل دو دست (که انگشتر و دستبند و النگو در آن قرار می‌دهند و یا حنا در کف دستها می‌گذارند) و پاها (که در مچ پا، خلخال می‌گذارند و آن حلقه فلزی است که زن‌ها برای زینت به مچ پای خود می‌اندازند و در میان زنان عرب معمول است) و موی کنیز (که آن را به کیفیات مختلفی درمی‌آورند مثل بافتن و غیر آن که در آرایش مو معمول است).

و إن لم یأذن... (کلمه ـ ان ـ وصلیه است) یعنی هر چند مولای کنیز اجازه ندهد (نگاه کردن به صورت و محاسن کنیز را) **و لا تجوز...** یعنی جایز نیست بیش از آن مقدار (صورت و محاسن) را نگاه بکند مگر به اجازه مولا، و با اجازه او هم تحلیل خواهد بود که در این صورت باید متابعت کرد آن اندازه نگاه کردنی را که گفتار مولی بر آن دلالت می‌کند حتی عورت کنیز را (یعنی اگر از گفتار مولا استفاده شود که اجازه نگاه کردن حتی به عورت را هم داده است، مشتری می‌تواند نگاه به عورت کنیز کند).

و یجوز مس... توضیح: جاهایی را که نگاه کردنش جایز است (چه جاهایی که بدون اجازه مولا، نظر به آنها جایز است مثل دستها و پاها و مو، و چه جاهایی که با

اجازه مولا نظر به آنها جایز است) دست زدن به آن مواضع نیز جایز است در صورتی که احتیاج به دست زدن باشد.

بعضی از فقها گفته‌اند که نگاه کردن به غیر عورت کنیز از جاهای دیگر بدن بدون اجازه مولا جایز است.

شارح می‌فرماید: این قول از نظر دلیل و قواعد شرعی، دور به نظر می‌آید.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز...** یعنی جایز است دست زدن به جایی که جایز شود برای مشتری، نگاه کردن به آن، در صورت احتیاج به دست زدن **و قیل...** یعنی وگفته شده که جایز است برای مشتری، نگاه کردن به غیر عورت (از بدن کنیز) بدون اجازه مولا و **هو بعید** این جواب شارح است از قول مزبور.

(ويستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه) أي بعده، وقوى في «الدروس» اطراده في الملك الحادث مطلقا، (والصدقة عنه بأربعة دراهم) شرعية، (وإطعامه) شيئا (حلوا).

(ويكره وطء) الأمة (المولودة من الزنا بالملك، أو بالعقد)، للنهي عنه في الخبر، معللا بأن ولد الزنا لا يفلح، وبالعار.

وقيل: يحرم بناء على كفره، وهو ممنوع.

مستحبات در خریدن عبد یا کنیز

(ویستحب تغییر... توضیح: مستحب است نام کنیز یا عبد را بعد از خریدن، تغییر دهند.

مصنف درکتاب «دروس» فرموده: که این استحباب، اختصاص به خریدن ندارد بلکه به هرعقدی وطریقی که کنیز یا عبد به ملک انسان درآید استحباب مزبور ثابت است خواه به خریدن یا به غیرآن مثل اینکه مولابمیرد وعبد به ارث به اولادش برسد که براولاد مستحب است نام آن را تغییر دهند، ویا مثل وصیت که مولا وصیت کرده آن عبد را به فلان بدهند (درصورتی که عبد به اندازه ثلث مال یاکمترازآن بود) پس بر آن شخص مستحب است نام عبد را تغییر دهد، ویا مثل هبه که مولا آن را به شخصی ببخشد.

ترجمه وشرح عبارت: **أي بعده** این جمله تفسیر می‌کند کلمه ـ عند ـ را دریعنی دراینجا ـ عند ـ به معنی هنگام نیست بلکه به معنی بعد می‌باشد **و قوّی...** یعنی مصنف تقویت کرده درکتاب «دروس» شیوع استحباب مزبوررا درهرملکی که برای انسان حادث شود یعنی مملوک به هرطریقی که به ملک انسان درآید.

و الصدقة... توضیح: نیز مستحب است مشتری بعد از خریدن مملوک به مقدار چهار درهم شرعی، صدقه بدهد برای مملوک، و نیز مستحب است چیز شیرینی را به مملوک بخوراند.

دراهم شرعیة درهم، سکه‌ای بوده از نقره معادل چهل و هشت جو میانه، و آن اگر چه دارای وزن‌های مختلفی بوده، ولی در اسلام بر این مقرر گردیده است که هر درهم به وزن شش دانگ باشد که هر دانگی به وزن هشت جو است.

و یکره وطي الامة... توضیح: مکروه است که انسان، نزدیکی کند با کنیزی که ولد الزنا است خواه کنیزی که از راه ملکیت به دست انسان برسد و خواه کنیزی که به عقد نکاح، به زوجیت انسان درآید.

و دلیل کراهت، روایتی است که در آن، نهی از نزدیکی با کنیز مزبور شده است، و علت آن را در روایت مزبور چنین آورده که: ولد زنا رستگار نمی‌شود، و نیز نزدیکی با ولد الزنا ننگ و عار است.

و بعضی از فقها (ابن ادریس) نزدیکی با کنیز مزبور را حرام دانسته است به دلیل اینکه ولد الزنا کافر است و نزدیکی با زن کافر، حرام است.

شارح، قول مزبور را رد نموده است (زیرا اولاً قبول نداریم که ولد الزنا کافر است و ثانیاً بر فرض، کافر باشد، قبول نداریم که وطی أمه کافره حرام باشد چنانکه در کتاب النکاح خواهد آمد).

ترجمه و شرح عبارت: **و یکره...** یعنی کراهت دارد نزدیکی کردن با کنیزی که از راه زنا به دنیا آمده، چه نزدیکی به سبب ملکیت باشد و چه به عقد باشد.

بالملک أو بالعقد ناگفته نماند که در کتاب النکاح کراهت را اختصاص داده به صورت عقد فقط (مراجعه کنید به آخر فصل خامس از کتاب النکاح که عبارتش

چنين است: «ووطي من ولدت من الزنا بالعقد» كه دنبال اين عبارت، شارح فرموده: «ولا بأس به بالملك»).

للنهي عنه... دليل كراهت است **و بالعار** عطف است بز ـ بان ولد الزنا ـ وآن علت دوم است كه درروايات آمده است **يحرم** يعنى يحرم وطى الامة... **كفره** يعنى كفرولد الزنا **و هو ممنوع** اين جواب شارح است از ـ قيل ـ.

(والعبد لا يملك شيئا) مطلقا على الأقوى، عملا بظاهر الآية، والأكثر على أنه يملك في الجملة، فقيل: فاضل الضريبة وهو مروي، وقيل: أرش الجناية، وقيل: ما ملكه مولاه معهما، وقيل: مطلقا، لكنه محجور عليه بالرق، استنادا إلى أخبار يمكن حملها على إباحة تصرفه في ذلك بالإذن جمعا.

مالکیت عبد

(والعبد لا يملك... توضیح: بین فقها اختلاف است که آیا عبد، مالک چیزی می‌شود یا نه؟ اجمالاً سه قول در آن می‌باشد:

١. قول مصنف و شارح آن است که مالک هیچ چیز نمی‌شود و دلیل این قول، ظاهر آیه شریفه است: ﴿**ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْدًا مَمْلُوكًا لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ**﴾[1] یعنی خدا مثل می‌زند بنده مملوکی را که بر هیچ چیز توانایی ندارد.

٢. قول اکثر فقها آن است که فی الجمله (یعنی بعضی از چیزها را) مالک می‌شود، اما در اینکه چه چیزی را مالک می‌شود بین آنها اختلاف نظر است:

الف: بعضی گفته‌اند: فقط فاضل ضریبه را مالک می‌شود و «ضریبه» قراردادی است میان مولا و عبد و عبارت است از اینکه: مولا اجازه دهد به عبد که کار کند و هر روز یا هر ماه یا هر سال مبلغ معینی به مولا بدهد و هرچه بیش از آن مبلغ به دست آورده باشد مال خود او باشد، آن مبلغ معینی را که به مولا می‌دهد را «ضریبه» گویند و مازاد آن مبلغ را «فاضل ضریبه» گویند.

---

[1] سوره نحل، آیه ٧٥.

ب: بعضی گفته‌اند: فقط ارش جنایت (یعنی دیه جنایت) را مالک می‌شود، یعنی اگرکسی برعبد، جنایتی وارد ساخت که دیه دارد، آن دیه را، عبد مالک می‌شود نه مولا.

بعضی گفته‌اند: علاوه برآن دو(فاضل ضریبه وارش جنایت) مالک می‌شود هر چیزی راکه مولا به عبد تملیک کند.

٣. قول بعضی آن است که عبد همانند انسان آزاده، همه چیزرا بطورمطلق مالک می‌شود، منتها به خاطربندگی داشتن، ازتصرف کردن دراموال خود، ممنوع است مگرآنکه مولایش اجازه تصرف بدهد.

ودلیل این قول، دسته‌ای ازروایات است که شارح درجواب آن قول می‌فرماید که:

چون درمقابل روایات مزبور، آیه سابق ونیزروایات دیگری است که دلالت برعدم مالکیت عبد می‌کند، لذا بجهت جمع وسازش دادن بین آن دودسته روایات می‌توانیم دسته اول ازروایات را حمل کنیم براینکه مقصود درآنها، مالک بودن عبد نیست بلکه مقصود، مجازبودن عبد است به اجازه مولا دراینکه تصرف دراموال نماید.

ترجمه وشرح عبارت: **و العبد...** یعنی بنده، مالک نمی‌شود هیچ چیزی را اصلا، بنابرقول اقوی، به دلیل عمل به ظاهرآیه قرآن، ولی اکثرفقها برآنند که عبد، مالک می‌شود بعضی ازچیزها را (ودراین بعض، اختلاف کرده‌اند:) پس عده‌ای گفته‌اند: مالک می‌شود فاضل ضریبه را ـ واین قول، روایت شده است ـ وعده‌ای گفته‌اند: مالک می‌شود دیه جنایت را، وعده‌ای گفته‌اند: مالک می‌شود آنچه راکه مولایش به اوتملیک نماید علاوه برفاضل ضریبه وارش جنایت، وبعضی (درمقابل قول اول) گفته‌اند، مالک می‌شود هرچیزی را ولی وی ممنوع التصرف است بواسطه بندگی داشتن، وصاحب این قول، استدلال کرده به دسته‌ای ازروایات که (شارح درجواب

ازآن می‌فرماید:) می‌توان آنها را حمل نمود برمباح بودن تصرف عبد دراموال بواسطه اجازه مولا (نه اینکه عبد، مالک آنها بوده باشد).

جمعاً یعنی حمل ما آن روایات را برآن معنی، بجهت جمع وسازش دادن بین آن دسته روایات ودسته دیگرازروایات است که عبد را مالک چیزی نمی‌داند.

وعلى الأول (فلو اشتراه ومعه مال فللبايع)، لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه، لعدم دلالته عليه، (إلا بالشرط، فيراعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوما لهما، أو ما في حكمه، وسلامته من الربا ـ بأن يكون الثمن مخالفا لجنسه الربوي، أو زائدا عليه ـ وقبض مقابل الربوي في المجلس وغيرها.

(ولو جعل العبد) لغيره (جعلا على شرائه لم يلزم)، لعدم صحة تصرفه بالحجر، وعدم الملك، وقيل: يلزم إن كان له مال، بناء على القول بملكه، وهو ضعيف.

فروش عبدی که همراهش مال است

وعلى الأول (فلو إشتراه... توضیح: بنابر قول مصنف که عبد، مالک چیزی نمی‌شود، اگر در حالی که همراه او مالی بوده باشد مولا او را بفروشد، مال مزبور، داخل در بیع نخواهد بود و جزء مبیع منتقل به مشتری نمی‌شود، بلکه آن مال در ملک مولا باقی است، زیرا عبد و آنچه که همراه او بوده، ملک مولا بوده و وقتی که عبد را فروخت، دلالت نمی‌کند که مال مزبور هم، جزء عبد فروخته شده است.

فقط در یک صورت، مال مزبور هم جزء عبد، داخل مبیع می‌شود و آن در جایی است که مشتری شرط کند که مال مزبور هم جزء بیع باشد، پس در این صورت داخل در ملک مشتری می‌گردد، منتها شرایطی که در مبیع لازم است باید در آن مال هم رعایت گردد و آن عبارت است از:

۱. اینکه آن مال، معلوم باشد برای بایع و مشتری (یعنی اگر آن مال از جنس کشیدنی یا شمردنی یا پیمانه‌ای بود باید بواسطه کشیدن یا شمردن یا پیمانه، مقدار آن برای بایع و مشتری معلوم باشد) و یا در حکم معلومیت باشد (مثل اینکه اگر از چیزهایی باشد که تنها مشاهده آن کافی است در رفع جهالت، باید مشاهده شود ـ

مثل لباسهای عبد ـ ویا مثل اینکه از اشیایی باشد که تابع، حساب می‌شود مثل لباسهای عبد که مقصود بالذات در بیع نمی‌باشد).

۲. اینکه ربا پیش نیاید مثل اینکه مال مزبور با عوضی که مشتری می‌پردازد، دو جنس مختلف باشد هر چند از نظر مقدار مساوی باشند، مثلاً عبد را همراه با ۵ کیلو گندم بفروشد در مقابل جو، هر چند مقدار جو هم پنج کیلو باشد، و زیادی مبیع (۵ کیلوگندم به سبب اضافه عبد) بر ۵ کیلو جو، ربا نیست، چون عوض و معوض، جنسشان مختلف است، و ربا در جایی حرام است که دو جنس، متحد باشند یعنی هر دو گندم و یا هر دو جو باشند.

و یا مثل اینکه عوضی که مشتری در مقابل می‌پردازد بیشتر از مقدار مالی که همراه عبد است بوده باشد گرچه از یک جنس باشند، مثلاً عبد را همراه با ۵ کیلوگندم بفروشد در مقابل ده کیلوگندم، و در اینجا به سبب زیادی عوض، ربا لازم نمی‌آید، زیرا گرچه جنسشان متحد است ولی ۵ کیلو از آن عوض، در مقابل ۵ کیلوگندمی است که همراه عبد است و ۵ کیلوی دیگر در مقابل عبد است.

ولی اگر ربا پیش آید صحیح نخواهد بود، مثل اینکه عبد را همراه با ۵ کیلوگندم بفروشد در مقابل ۵ کیلوگندم، و یا مثل اینکه عبد را همراه با ۵ مثقال طلا فروخت به پنج مثقال طلا چون گندم مقابل گندم قرار می‌گیرد و دیگر در مقابل عبد چیزی قرار نمی‌گیرد و زیادی می‌شود، و همچنین طلا در مقابل طلا قرار می‌گیرد و عبد زیادی می‌شود.

۳. اینکه اگر مالی که همراه عبد است از جنس نقدین باشد (طلا یا نقره) و عوض آن هم از نقدین باشد باید عوض، در مجلس قبض شود، زیرا در این صورت، معامله، بیع صرف است و در آن، شرط است که عوضین در مجلس عقد، قبض شوند

(چنانکه در فصل پنجم در مبحث بیع صرف یعنی بیع نقدین ـ طلا و نقره به یکدیگر ـ خواهد آمد).

ترجمه و شرح عبارت: **و علی الاول...** یعنی بنابر قول اول، اگر مشتری بخرد عبد را در حالی که همراه او مالی باشد (چه از جنس نقدین و چه غیر نقدین) آن مال، ملک بایع است (و منتقل به مشتری نمی‌شود) زیرا تمام عبد با مال، ملک مولا بود (و مولا، فقط عبد را فروخت) پس داخل نمی‌شود آن مال، در بیع خود عبد، زیرا بیع عبد، دلالت نمی‌کند بر دخول آن مال در بیع، مگر آنکه مشتری دخول آن را شرط نماید که در این صورت (داخل در مبیع خواهد شد و) باید رعایت شود در آن مال، شرایط مبیع که عبارتند از معلوم بودن مبیع برای بایع و مشتری (از نظر مقدار) و یا در حکم معلوم باشد، و سالم بودن بیع از ربا به اینکه ثمن مخالف باشد با جنس ربوی آن مال (یعنی اگر آن مالی که همراه با عبد است از چیزهایی باشد که ربا بردار است، یعنی کشیدنی یا پیمانه‌ای باشد ـ نه شمردنی چون ربا در آن نیست ـ باید ثمنی که مشتری می‌دهد از نظر جنس، مخالف با جنس آن مال باشد هرچند مقدارش مساوی با آن باشد) و یا (اگر هم ثمن موافق با جنس آن مال باشد باید) ثمن بیشتر از آن مال باشد (تا آن مقدار زیادی در مقابل خود عبد قرار بگیرد و ربا نشود).

و قبض... (این شرط دیگر از شرایط مبیع است) یعنی و باید در مجلس قبض شود ثمنی که در مقابل مال مزبور ـ در صورتی که ربا بردار است ـ واقع شده باشد (البته این شرط در جایی است که بیع صرف باشد یعنی مال مزبور طلا یا نقره باشد و همچنین ثمنی که مشتری می‌دهد طلا یا نقره باشد) **و غیرها** یعنی و غیر این شرایط از شرایط دیگر مبیع.

و لو جعل العبد... توضیح: اگر عبد به عنوان جعاله، مزدی قرار دهد برای کسی بر اینکه او را بخرد، یعنی به کسی بگوید که: «اگر مرا خریدی، فلان مقدار به تو پول

می‌دهم» این قرارداد عبد، لازم نخواهد بود یعنی اگر مشتری اورا خرید، بر عبد واجب نمی‌شود که پول مزبوررا به او بپردازد.

زیرا بنابرقول مصنف که عبد مطلقا مالک چیزی نمی‌شود، وجهش معلوم است، زیرا چیزی راکه مالک نیست چگونه می‌تواند درآن تصرف کند و به دیگران بدهد.

و بنابر قول دیگران که مطلقا مالک می‌شود، نیز وجهش معلوم است، چون بنابر قول آنها هر چند مالک می‌شود ولی از تصرف کردن در مال خودش ممنوع است و بدون اجازه مولا نمی‌تواند تصرف نماید، پس بدون اجازه او حق ندارد از مال خودش مزدی به مشتری بدهد.

و بعضی از فقها گفته‌اند که در صورتی که عبد هنگام قرارداد با مشتری، مالی داشته باشد (بنابر اینکه عبد را مالک بدانیم) لازم می‌شود بر عبد که مزدی را که قرارداد کرده به مشتری بپردازد، و اما اگر چیزی هنگام قرارداد، نداشته باشد، دیگر پرداختن مزدی که قرارداد کرده بر او لازم نمی‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو جعل**... یعنی اگر عبد برای دیگری، مزدی قراردهد بر خریدن او (یعنی خریدن آن دیگری، عبد مزبوررا) آن مزد لازم نمی‌گردد عبد را (یعنی قرارداد مزبور لازم نمی‌گردد، پس واجب نمی‌شود که آن مزد را به مشتری بپردازد) زیرا صحیح نیست تصرف عبد (در اموال) بجهت ممنوع بودنش از تصرف (بنابر قول به مالکیت او مطلقا) و بجهت مالک نبودن او (بنابر قول به عدم مالکیت او مطلقا).

و عدم الملك از توضیح سابق ما معلوم شد که جمله ـ وعدم الملك ـ عطف بر ـ الحَجر ـ می‌باشد **و قیل**... یعنی وگفته شده که قرارداد مزد، لازم می‌گردد بر عبد (که به مشتری بپردازد بعد از خریدن) در صورتی که برای عبد (هنگام قرارداد) مالی بوده باشد ـ بنابر اینکه قائل شویم به مالکیت عبد ـ شارح می‌فرماید: این قول ضعیف است.

(ويجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها) إن كان قد وطئها وإن عزل، (بحيضة، أو مضي خمسة وأربعين يوما في من لا تحيض، وهي في سن من تحيض).

استبراء کنیز

(ویجب) علی البائع... توضیح: بایع کنیز اگر او را وطی کرده باشد ـ هر چند منی را داخل رحم او نریخته و بیرون ریخته باشد ـ و بخواهد آن را بفروشد، واجب است که او را استبراء نماید (یعنی رحم او را تبرئه از نطفه و حمل کند تا نطفه بایع با نطفه مشتری مخلوط نگردد) و آن به این نحو است که:

اگر کنیز از زنانی باشد که حیض می‌بیند، باید قبل از فروختن، او را پیش خود نگه بدارد تا یک بار حیض شود و بعد از آن دیگر با او همبستر نشود سپس بفروشد، و اگر چنانچه استبراء نکرده، بفروشد گناه کرده است چنانکه در آخر بحث بعداً شارح ذکر خواهد فرمود.

و اگر کنیز از زنانی باشد که حیض نمی‌بیند در حالی که در سن زنانی می‌باشد که باید حیض ببیند ولی او به خاطر علتی حیض نمی‌شود، در این صورت کیفیت استبراء او به این نحو است که از زمان نزدیکی با او چهل و پنج روز پیش خود نگه بدارد و بعد از گذشتن آن مدت، با او نزدیکی نکند سپس بفروشد.

ترجمه و شرح عبارت: **إستبراء**... استبراء مصدر از باب استفعال است از ریشه «برء» به معنی پاکی، و استبراء یعنی خواستن پاکی.

استبراء در چند مورد از فقه به کار رفته و در هر یک معنای خاصی دارد:

۱. پاک کردن بول از مجری به وسیله دست کشیدن پس از ادرار کردن، به کیفیت مخصوص و آن را استبراء به خرطات گویند، چنانکه در کتاب الطهاره گذشت.

۲. پاک کردن منی از مجری به وسیله بول کردن پس از خروج منی.

۳. نگهداری و مراقبت از حیوان نجاست خوار (جلال) در جای محفوظی و چندی دانه و علف به آن حیوان خوراندن تا بدین وسیله اثر تغذیه مدفوع از میان برود، هر حیوانی مدت معینی بدین گونه باید استبراء شود که شرحش در کتاب «اطعمه و اشربه» خواهد آمد.

٤. امتناع کردن از نزدیکی با کنیز که در اینجا مورد بحث می‌باشد که بنابراین، استبراء به معنی خواستن پاکی رحم کنیز از نطفه و حمل خواهد بود، زیرا وقتی که بایع یا مشتری در آن مدت، امتناع از نزدیکی کرد، معلوم می‌شود که کنیز، حمل دارد یا ندارد، و حکمت استبراء آن است که نسب‌ها به یکدیگر مخلوط نشوند.

قبل بیعها... یعنی پیش از فروختن آن، اورا استبراء کند اگر نزدیکی با او کرده ـ هر چند عزل نموده باشد (یعنی منی را بیرون از رحم کنیز ریخته باشد چون باز هم احتمال دارد منی به رحم کنیز جستن کرده باشد و بایع متوجه آن نشده باشد) ـ (و کیفیت استبراء آن) به اینکه یک بار حیض شود (سپس پاک گردد، در صورتی که کنیز از جمله زنانی است که حیض می‌شود) و یا به اینکه (از زمان نزدیکی بایع با او) گذشته باشد ۴۵ روز، در کنیزی که حیض نمی‌شود در حالی که در سن زنانی هست که حیض می‌شوند (و حیض نشدن او یا به جهت مریضی اوست که حیض او قطع شده است و یا به جهت آن است که اوائل بلوغش می‌باشد، مثلاً یازده سال دارد و هنوز حیض نشده است گرچه به سن بلوغ رسیده است، چون سن بلوغ زن تمام کردن ۹ سال است) **فیمن لا تحیض**... این جمله مربوط است به ـ مضی خمسة وأربعین یوماً ـ.

ويجب على المشتري أيضا استبراؤها، إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء). والمراد بالثقة: العدل، وإنما عبر به تبعا للرواية، مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس إلى خبره، وفي حكم إخباره له بالاستبراء إخباره بعدم وطئها.

(أو تكون لامرأة) وإن أمكن تحليلها لرجل، لإطلاق النص ولا يلحق بها العنين والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء وإن شارك فيما ظن كونه علة، لبطلان القياس.

ويجب على المشتري... توضيح: اگر فروشنده، کنیز را استبراء نکرده باشد و مشتری بداند بایع، کنیز را وطی کرده و یا نداند که وطی کرده یا نکرده، در این صورت بر مشتری واجب است او را به همان کیفیتی که گفته شد استبراء نماید سپس با او وطی نماید، مگر در چند مورد بر مشتری، استبراء او واجب نیست:

۱. اینکه بایع، شخص موثقی باشد خبردهد به مشتری که کنیز را استبراء کرده‌ام.

شارح می‌فرماید: مقصود مصنف از موثق در اینجا شخص مورد اطمینان ـ که از خبرش اطمینان حاصل می‌شود ـ نیست بلکه مقصود، شخص عادل است و جهت اینکه مصنف تعبیر به موثق کرد، آن است که خواست متابعت روایت را کرده باشد.

سپس می‌فرماید: که احتمال دارد بگوئیم اگر به معنای اول نیز باشد (یعنی مورد اطمینان) کفایت می‌کند در سقوط استبراء از مشتری، و دیگر لازم نیست عدالت را شرط بدانیم.

۲. اینکه کنیز ملک زنی بوده باشد، یعنی مولای او زن بوده باشد، زیرا در این صورت اطمینان حاصل است که کنیز، مورد وطی قرار نگرفته است.

۳. اینکه کنیز، یائسه باشد (یعنی به سنی رسیده که دیگر حیض نمی‌شود یعنی ۵۰ سال در غیر سیده، و ۶۰ سال در سیده) زیرا در این صورت اگر چه بایع با او نزدیکی کرده باشد، حامله نمی‌شود.

٤. اینکه کنیز، غیر بالغ باشد چون در این صورت نیز حامله نمی‌شود، زیرا تا حیض نشود، حامله نمی‌گردد.

۵. اینکه کنیز موقع خریدن مشتری، حایض باشد، که در این صورت وقتی حیض او در دست مشتری تمام شد، دیگر بر مشتری واجب نیست که صبر کند تا بار دیگر حیض گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجب**... یعنی واجب است بر مشتری نیز، استبراء کند کنیز را مگر آنکه بایع ثقه، خبر دهد او را به اینکه کنیز استبراء شده است، و مقصود از ثقة، شخص عادل است، زیرا ثقه‌ای که شرعاً مورد قبول است همان عادل می‌باشد، و همانا مصنف تعبیر به ثقه کرد (نه عدل) بجهت پیروی از روایت است (چون در روایت دارد که: «إن وثق به») با اینکه احتمال دارد اکتفا کنیم (در سقوط استبراء از مشتری) به کسی که نفس انسان اطمینان پیدا کند به خبرش (که معنای حقیقی ثقه می‌باشد هر چند عادل نباشد).

و في حکم... توضیح: همانطوری که اگر بایع ثقه، خبر داد به استبراء کنیز، وجوب استبراء از مشتری ساقط می‌شود، همچنین اگر خبر داد به اینکه کنیز را وطی نکرده ام، وجوب استبراء از مشتری ساقط می‌گردد **إخباره** یعنی اخبار ثقه.

أو تکون لإمرأة.. (عطف است بر ـ یخبره الثقة ـ و مورد دوم از موارد سقوط استبراء است از مشتری) یعنی و یا اینکه کنیز، ملک زنی بوده باشد (که در این صورت نیز استبراء از مشتری ساقط می‌شود چون بواسطه آنکه مولای کنیز، زن بوده، کنیز مورد وطی واقع نشده است) هر چند امکان دارد آن زن، کنیز را برای مردی تحلیل کرده باشد (و آن مرد از کنیز، بهره برداری کرده و همبستر شده باشد و در نتیجه، کنیز رحمش آلوده به منی آن مرد باشد، ولی باز بر مشتری با این احتمال، استبراء واجب نمی‌گردد) به دلیل اینکه روایت (که در مورد مزبور، وجوب استبراء را از مشتری ساقط کرده) مطلق

می‌باشد (یعنی شامل می‌شود حتی صورتی را که احتمال تحلیل کنیز برای مردی باشد).

و لا یلحق... توضیح: اگر مولای کنیز، عنّین باشد (یعنی در اثر ضعف قوه باه نمی‌تواند نزدیکی کند) و یا آلت مردانگی او را بریده باشند و یا غیر بالغ باشد ـ که امکان نزدیکی کردن در او نیست ـ آیا اینها هم حکم زن را دارند که اگر مشتری، کنیز را از آنها خرید، استبراء بر او واجب نباشد؟

شارح می‌فرماید که: آنها در حکم زن نمی‌باشند بلکه در آنها باید مشتری، کنیز را استبراء نماید.

اگر کسی گوید: علت سقوط استبراء در صورتی که مولا زن باشد، این است که کنیز مورد وطی قرار نگرفته است و ما می‌بینیم که این علت در سه مورد یاد شده نیز موجود است، بنابراین، چرا عدم وجوب استبراء را به آن سه مورد سرایت نمی‌دهید؟

شارح جواب می‌دهد که: چون به علت مزبور در روایات تصریح نشده است بلکه آن، علتی است که عقل ما آن را استنباط می‌کند، بدین جهت اگر عدم وجوب استبراء را به سه مورد مزبور، سرایت بدهیم قیاس مستنبط العله خواهد بود، که در شرع مقدس ما جایز نیست و باطل است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا یلحق...** یعنی ملحق نمی‌شود. به زن (در سقوط استبراء از مشتری) مولایی که عنّین یا آلت بریده یا بچه نابالغی است که امکان نزدیکی کردن در او نیست ـ هر چند هر کدام از آنها شریکند در آن علتی که به گمان می‌رسد آن، علت سقوط استبراء باشد ـ (و دلیل عدم الحاق آنها به زن این است که:) چون قیاس (مستنبط العلة) باطل است.

وقد يجعل بيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلة إلى إسقاط الاستبراء، نظرا إلى إطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها لأنها ليست منصوصة، ومنع العلة المستنبطة وإن كانت مناسبة، (أو تكون يائسة) أو صغيرة، أو حائضا إلا زمان حيضها، وإن بقي منه لحظة.

وقد يُجعَل... توضیح: بعضی از فقها حیله شرعی درست کرده‌اند برای سقوط استبراء از مشتری حتی در صورتی که مولای کنیز، مرد باشد، و آن اینکه مولای مزبور، کنیز را به زنی بفروشد سپس بلافاصله مشتری آن کنیز را از آن زن بخرد که در این صورت بر مشتری واجب نیست استبراء کند هر چند مولای قبلی (یعنی مرد) اورا استبراء نکرده باشد.

و دلیل آن این است که روایت بطور مطلق می‌فرماید: اگر کنیز، ملک زن بود و مشتری از او خرید، بر مشتری، استبراء واجب نیست، و در حیله سابق، صدق می‌کند که مشتری، کنیز را از زن خرید.

اگر کسی گوید که: با حیله مزبور نمی‌توان حکم به سقوط استبراء از مشتری کرد، زیرا علت سقوط استبراء در مواردی که استبراء بر مشتری واجب نیست همانا مأمون بودن از وطی با کنیز است، و معلوم است که در حیله مزبور، قبل از فروختن به زن، کنیز زیر دست مرد بوده و با او وطی نموده است، پس کنیز چون مأمون از وطی نبوده بایستی مشتری فعلی اورا استبراء کند.

جواب آن است که: همانطوری که سابقاً ذکر شد علتی که برای سقوط استبراء ذکر گردید، در روایات تصریح به آن نشده است، بلکه عقل ما آن را استنباط می‌کند و به چنین علت نمی‌توان التفات نمود، زیرا اگر طبق آن علت، در فرض مزبور، حکم به وجوب استبراء بر مشتری بنمائیم، قیاس مستنبط العله خواهد بود که در شرع مقدس

ما باطل است هرچند علت مزبور مناسبت با عدم وجوب استبراء دارد و حکمت آن می‌باشد.

و خلاصه آنکه شاید سقوط استبراء در مواردی که بر مشتری، استبراء واجب نیست تعبد باشد، پس حکم به عدم استبراء با حیله‌ای که در فرض مزبور ذکر شد بی اشکال خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و قد یُجعَل...** یعنی چه بسا قرارداده می‌شود فروختن کنیز به زنی سپس خریدن مشتری مرد، آن را از آن زن، وسیله (و حیله‌ای شرعی) برای ساقط ساختن استبراء از مشتری مرد، به دلیل آنکه اطلاق روایت را می‌بینیم (روایتی که خریدن از مولای زن را موجب سقوط استبراء از مشتری قرارداده است و با حیله مزبور هم صدق می‌کند که مشتری، کنیز را از زن خرید) بدون آنکه نظر کنیم به علت حکم که مأمون بودن از وطی با کنیز باشد، زیرا علت مزبور، در روایت نیامده است و علتی که به استنباط عقل باشد را منع می‌کنیم (یعنی حجت نیست و از درجه اعتبار ساقط است) هرچند آن علت مناسبت با سقوط استبراء دارد (و حکمت آن می‌باشد).

و منع العلة المستنبطة... مناسب است در اینجا توضیح مختصری راجع به قیاس ذکر کنیم:

قیاس در اصول فقه عبارت است از حکم کردن بر موضوع معلومی به مانند حکمی که برای موضوع معلوم دیگری ثابت است، به جهت اینکه آن دو موضوع، در علتی که منصوص است، یا گمان می‌رود که موجب ثبوت حکم برای موضوع معلوم شده است، مشترک هستند. مثلاً حکم حرمت برای شراب انگور (خمر) شرعاً ثابت است، و علت حرمت آن مسکر بودن آن است، و چون همین علت در فقاع (آب جو) وجود

دارد، پس حکم حرمت خمر را به فقاع نیز سرایت دهیم و آن را هم بر پایه قیاس، حرام بدانیم.

قیاس بر دو قسم است: مستنبط العلة، منصوص العلة:

۱. قیاس مستنبط العلة: آن است که علت حکم ثابت، در دلیل آن ذکر نشده بلکه فقیه آن را از پیش خود استنباط کرده است، و این نوع قیاس از نظر شیعه اعتبار ندارد.

۲. قیاس منصوص العلة: آن است که علت حکم را خود شارع در لسان دلیل بیان کرده و بدان تصریح نموده است، مثلاً حکم حرمت خمر را چنین ذکر کرده باشد: «الخمر حرام لأنه مسکر».

این نوع قیاس را اکثریت قریب به اتفاق فقها حجت می‌دانند.

أو تکون یائسة أو صغیرة... این، مورد سوم و چهارم از موارد سقوط استبراء از مشتری است که توضیحش گذشت **أو حائضاً**... این، مورد پنجم از موارد سقوط استبراء از مشتری است **إلاّ زمان حیضها**... توضیح: شارح با این جمله، دفع توهمی از عبارت مصنف می‌نماید چون مصنف فرمود (أو حائضاً، (یعنی اگر کنیز، حایض بود در وقت خریدن آن، دیگر بر مشتری، استبراء آن واجب نیست) از ظاهر عبارت چنین توهم می‌شود که دیگر بر مشتری واجب نیست صبر کند که باقیمانده حیضش زیر دست او تمام شود.

و حال آنکه چنین نیست و باید در باقیمانده حیضش او را استبراء کند و پرهیز از وطی او نماید تا حیضش تمام شود گرچه موقع خریدن، یک لحظه از حیض او باقیمانده باشد و در آن حال نمی‌تواند با او همبستر شود از دو جهت: یکی از جهت حیض، و دیگر از جهت استبراء نکردن.

وخلاصه آنکه: مقصود مصنف ازسقوط استبراء حایض ازمشتری آن است که بعد ازتمام شدن حیض او، دیگربرمشتری واجب نیست که دوباره صبرکند تا بار دیگرحیض شود.

ترجمه وشرح عبارت: **إلا زمان**... یعنی (اگرکنیز، حایض بود، استبرائش بر مشتری واجب نیست) مگرفقط زمان حیضش (که دراین زمان باید مشتری استبرائش نماید) هرچند اززمان مزبور، یک لحظه باقی مانده باشد.

(وإستبراء الحامل بوضع الحمل) مطلقا، لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها، واستثنى في «الدروس» ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمة له والأقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام لحملها، وكراهة وطئها بعدها إلا أن يكون من زنا فيجوز مطلقا، على كراهة، جمعا بين الأخبار الدال بعضها على المنع مطلقا كالسابق، وبعض على التحديد بهذه الغاية، بحمل الزائد على الكراهة.

استبراء کنیز حامل

(وإستبراء الحامل... توضیح: اگر کنیز موقع خریدن، حامله بود، استبرائش به این است که زایمان کند خواه حملش از طریق زنا باشد یا غیر آن، زیرا در بعضی روایات به طور مطلق نهی شده از وطی مشتری، کنیز حامل را تا زمانی که زایمان کند (و اطلاق آن روایت، شامل می‌شود زنا و غیر زنا را).

ولی مصنف در کتاب «دروس» استثنا کرده صورتی را که حمل از طریق زنا باشد که در این صورت، استبراء از مشتری ساقط است، یعنی واجب نیست صبر کند تا وقت زایمان، زیرا حملی که از طریق زنا باشد احترام ندارد و اگر هم نطفه مشتری با نطفه زنا مخلوط شود، اشکالی ندارد.

شارح می‌فرماید که: اقوی در نظر ما آن است که اگر حمل از غیر زنا باشد، کفایت می‌کند در استبراء کنیز اینکه چهار ماه و ده روز از حمل او بگذرد و بعد از آن وطیش جایز است (منتها کراهت دارد) هر چند زایمان نکرده.

و اگر حمل از زنا باشد، استبراء به کیفیت مزبور هم لازم نیست، بلکه مطلقا وطی او از همان ابتدای حملش (انعقاد نطفه) جایز است منتها کراهت دارد.

دلیل شارح در صورت اول (که حمل از غیر زنا باشد) آن است که از طرفی بعضی از روایات، به طور مطلق نهی کرده از وطی کنیز حامل (که اطلاقش شامل است هم قبل

ازگذشتن مدت مزبور ـ چهارماه و ده روز ـ را و هم بعد ازآن مدت را) و ازطرف دیگر بعضی ازروایات دیگر، نهی ازوطی کنیز حامل را اختصاص داده به قبل ازگذشتن مدت مزبور، پس سازش دادن بین آن دودسته روایات، به این است که بگوئیم قبل از گذشتن مدت مزبور، وطی حامل، حرام است و اما بعد ازآن مدت مکروه است.

ترجمه و شرح عبارت: **و إستبراء**... این کلمه مبتدا است و ـ بوضع الحمل ـ خبر آن می‌باشد **فلاحرمة له** یعنی احترامی نیست برای حملی که اززناست **والأقوی**... نظرشارح است.

بمضيّ أربعة... وعلت آن این است که بعد ازگذشتن آن مدت، تکوّن بچه، کامل می‌گردد که دیگراحتمال مخلوط شدن نطفه مشتری با نطفه قبلی داده نمی‌شود.

فيجوز... تفریع است بر ـ إلاّ أن يكون من زنا ـ یعنی اگر حمل از طریق زنا بود، مطلقا (چه قبل ازگذشتن مدت مزبور و چه بعد ازآن) وطیش جایز است، منتها کراهت دارد.

جمعاً... (این دلیل است برقسمت اول ازنظریه شارح که فرمود: «الاكتفاء بمضي اربعة... وكراهة وطيها بعدها» وامّا دلیل برصورت زنا را ذکرنکرده است) یعنی بجهت آنکه جمع کرده باشیم بین روایات که بعضی ازآنها دلالت می‌کند بروطی نکردن کنیز حامل بطورمطلق (چه قبل ازمدت مزبور و چه بعد ازآن) مثل روایت سابق (یعنی روایتی که دربالا اشاره به آن فرمود به این عبارت: «لاطلاق النهي عن وطئها في بعض الاخبار») و بعضی ازآن روایات دلالت می‌کند برمحدود نمودن منع ازوطی (یعنی تقیید آن) به چهارماه و ده روز.

بحمل الزائد... (متعلق است به ـ جمعاً ـ) یعنی جمع بین آن دودسته روایات، به این طریق می‌نمائیم که (قبل ازگذشتن آن مدت را حمل برحرمت می‌کنیم و) زاید برآن مدت را (یعنی ما بعد آن مدت را) حمل برکراهت می‌کنیم (نه حرمت).

(ولا يحرم في مدة الاستبراء غير الوطء) قبلا ودبرا من الاستمتاع على الأقوى، للخبر الصحيح، وقيل: يحرم الجميع، ولو وطئ في زمن الاستبراء أثم وعزر مع العلم بالتحريم، ولحق به الولد، لأنه فراش كوطئها حائضا.

استمتاع ازکنیز در مدت استبراء

(ولا يحرم في مدة الإستبراء... توضیح: در جایی که استبراء کنیز بر مشتری واجب است، تنها چیزی که بر او در طول مدت استبراء، حرام است نزدیکی با اوست چه از پیش و چه از پس، و اما استمتاعات و بهره‌های جنسی دیگر، حرام نیست علی الاقوی به دلیل روایت صحیح که دلالت بر آن دارد.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند: در طول مدت استبراء، هر نوع استمتاع و بهره بردن جنسی از او حرام است.

حال اگر در طول مدت استبراء، با کنیز نزدیکی کند گناه کرده است، و چنانچه اگر حرمت نزدیکی را می‌دانسته باید حاکم شرع او را با تازیانه زدن، تأدیب نماید، و اگر با نزدیکی کردن، بچه‌دار شود، بچه مال مشتری خواهد بود، زیرا مشتری در آن صورت، فراش زن محسوب می‌شود و طبق روایت معروف **«الولد للفراش»** بچه مال او خواهد بود، همانطوری که اگر در حال حیض، با او همبستر شود و از او بچه‌دار شود، بچه مال او خواهد بود هر چند عمل حرا می‌انجام داده.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا يحرم...** یعنی حرام نیست (بر مشتری) در طول مدتی که کنیز را استبراء می‌کند، لذت جنسی دیگری غیر از نزدیکی از پیش و پس، ببرد **قُبُلاً** به ضم قاف و باء یعنی از پیش **و دُبُراً** به ضم دال و باء یعنی از پس **من الإستمتاع** بیان می‌کند ـ غیر ـ را **الجميع** یعنی تمام استمتاعات و لذت‌های جنسی **و لو وطئ...**

یعنی اگر درزمان استبراء، وطی کند گناه کرده و باید (به دستور حاکم شرع) به اوتازیانه زده شود درصورتی که علم به حرمت وطی داشته باشد، و(اگر بچه‌دار شد) بچه به او ملحق می‌شود، زیرا او فراش زن حساب می‌شود، همانطوری که وطی با کنیز در حال حیض نیز چنین است (که اگر بچه‌دار شد، مال مشتری خواهد بود).

لأنه فراش در روایت است که: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» گفته‌اند که مقصود از فراش، زوج است و هرکدام از زن و شوهر، فراش برای دیگری نامیده می‌شود همانطوری که هرکدام برای دیگری لباس نامیده می‌شود.

وحاصل معنی حدیث آن است که فرزند را به حسب ظاهر باید اولاد کسی خواند که زن، زوجه اوست، واگر کسی بگوید این بچه، ولد زناست و نطفه‌اش از من است کلامش مسموع نیست و باید اورا سنگسار کرد که اقرار به زنای محصنه کرده است.

البته درمورد بحث، مشتری، زوج نیست ولی به اعتبار اینکه همبستر با کنیز شده است، فراش محسوب می‌شود.

وفي سقوط الاستبراء حينئذ وجه، لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان، والأقوى وجوب الاجتناب بقية المدة، لإطلاق النهي فيها.

ولو وطئ الحامل بعد مدة الاستبراء عزل، فإن لم يفعل كره بيع الولد، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به، للخبر معللا بتغذيته بنطفته، وأنه شارك في إتمامه.

وليس في الأخبار تقدير القسط، وفي بعضها أنه يعتقه ويجعل له شيئا يعيش به، لأنه غذاه بنطفته.

و في سقوط الإستبراء... توضیح: درهمان فرض ـ که در اثناء زمان استبراء، از روی حرام، نزدیکی کرد ـ آیا وجوب استبراء در باقیمانده مدت از مشتری ساقط می‌گردد یا اینکه ساقط نمی‌گردد و باید در باقیمانده مدت، استبراء کند یعنی پرهیز از نزدیکی کند تا مدت استبراء سپری گردد؟ دو احتمال است:

۱. احتمال دارد ساقط گردد به دلیل اینکه علت وجوب استبراء، مخلوط نشدن دو نطفه بود (نطفه مشتری با نطفه بایع) و حال که فرض آن است که مشتری نزدیکی کرده و دو نطفه با یکدیگر مخلوط شده‌اند، دیگر استبراء در باقیمانده مدت چه فایده‌ای خواهد داشت.

۲. احتمال دارد ساقط نگردد و واجب باشد، زیرا نهی از نزدیکی با کنیز در روایات، مطلق است و اطلاق آن شامل می‌شود هم صورتی را که مشتری در اثناء مدت استبراء، نا پرهیزی کرده و با او نزدیکی نماید و هم صورتی را که در تمام مدت، پرهیز نماید و آن را نشکند (و علتی که در احتمال اول ذکر شد اعتبار ندارد چون علت مستنبطه است نه منصوصه).

ترجمه و شرح عبارت: **و في سقوط...** یعنی و در اینکه آیا استبراء (در باقیمانده مدت استبراء) ساقط می‌شود در این فرضی که مشتری، وطی نمود؟ احتمالی هست

(برای سقوط) زیرا استبراء (در باقیمانده مدت) فایده‌ای ندارد، از جهت اینکه دو آب (نطفه بایع و نطفه مشتری) با یکدیگر مخلوط شده اند.

و (شارح می‌فرماید:) اقوی آن است که پرهیز از وطی در باقیمانده مدت، واجب است، زیرا نهی (از وطی) در مدت استبراء، مطلق است (شامل است حتی فرض مورد بحث را که مشتری در اثناء مدت استبراء وطی کرده است).

وطی کنیز حامل بعد از مدت استبراء

و لو و طئ الحامل... توضیح: چنانکه در بالا گذشت نظر شارح در کنیز حامل این بود که وطی مشتری با او بعد از گذشتن مدت چهار ماه و ده روز کراهت دارد.

حال می‌فرماید: که اگر وطی نمود، مستحب است که آب منی را داخل رحم نریزد بلکه بیرون بریزد، پس اگر داخل رحم بریزد و آن بچه‌ای که هنگام خریدن در شکم کنیز بوده به دنیا آمد، کراهت دارد بر مشتری آن بچه را بفروشد و مستحب می‌شود بر او که مقداری از مال خود برای آن بچه، کنار بگذارد تا اینکه با آن مال در زمان حیاتش زندگی کند.

و علت استحباب آن، در روایت چنین ذکر شده که: چون مشتری با نطفه خود، بچه را در شکم مادر، تغذیه کرده و خلقت آن بچه را با نطفه خود تکمیل نموده است، پس گویا جزئی از آن بچه از مشتری می‌باشد و او همانند پدر برای او می‌گردد، بدین جهت همانند مال الارث، مالی را برای او کنار بگذارد.

سپس شارح می‌فرماید که: در روایات اندازه آن مقدار مال، تعیین نشده است، و در بعضی روایات چنین آمده است که: «آزاد کند آن بچه را (در راه خدا) و برای او چیزی قرار دهد که با آن زندگی نماید، زیرا مشتری تغذیه نموده او را با نطفه‌اش».

ترجمه وشرح عبارت: **ولو وطئ**... یعنی اگر مشتری، کنیز حامله را بعد ازگذشتن مدت استبراء (چهارماه وده روز) وطی نمود، مستحب است عزل نماید (یعنی منی را داخل رحم نریزد) پس اگر عزل نکرد، کراهت دارد بچه را (بعد از تولد) بفروشد (ناگفته نماند که بچه مزبور، ملک مشتری است، بنابراینکه آن بچه را همراه کنیز، شرط کرده که داخل درملک اوشود وفرض هم این باشد که بچه ازنطفه خود بایع نیست تا حرّباشد بلکه ازنطفه عبد اوست، چنانکه سابقاً درمبحث بیع کنیز حامل همراه با بچه‌اش ذکرکردیم، مراجعه به آنجا شود) ومستحب می‌شود برای او جدا کردن مقداری ازمالش (برای آن بچه) تا زندگی کند آن بچه به آن مال (بعد از مرگ مشتری) به دلیل روایت که درآن روایت، علت آورده شده (براستحباب آن) به اینکه مشتری تغذیه نموده بچه را به نطفه خود واوشرکت کرده درتکمیل بچه (پس گویا جزئی ازبچه، ازمشتری است).

ولیس... یعنی درروایات اندازه مال مزبور، بیان نشده است، ودربعضی روایات چنین آمده است که: بچه را آزاد نماید (درراه خدا) وقراردهد برای بچه، چیزی را (پس ازمردنش) که زندگی کند با آن، زیرا اوتغذیه کرده بچه را به نطفه خودش.

وكما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل وحادث بغيره من العقود، وبالسبي والإرث، وقصره على البيع ضعيف، ولو باعها من غير استبراء أثم وصح البيع، وغيره، ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها، لصيرورتها ملكا له.

ولو أمكن إبقاؤها برضاه مدة الاستبراء ـ ولو بالوضع في يد عدل ـ وجب، ولا يجب على المشتري الإجابة.

وكما يجب الإستبراء... توضيح: همانطوری که در فروختن کنیز، بر بایع واجب است استبرائش کند ـ اگر وطی با اوکرده باشد ـ سپس بفروشد، و بر مشتری هم واجب است استبرائش کند اگر بایع استبراء نکرده باشد. همچنین به هر سببی که کنیز، از مالک انتقال یابد، بر او و یا بر مالک جدید، واجب است استبراء کند، خواه به سبب عقد، منتقل گردد (مثل هبه یا صلح) و خواه به سبب غیر عقد (مثل اینکه کنیز را در جنگ اسیر گرفته باشند، بر مسلمانی که کنیز ملک او شده است، چنانچه بداند صاحب قبلی او با او وطی کرده است، باید آن مسلمان، استبرائش نماید، و یا مثل اینکه کنیز بواسطه ارث، به وارث برسد، بر وارث واجب است آن را استبراء کند).

ولی بعضی از فقها، وجوب استبراء را اختصاص به موارد بیع داده‌اند، یعنی گفته‌اند اگر کنیز بواسطه بیع انتقال یابد، استبراء بر بایع یا مشتری، واجب است و اما اگر به سبب دیگر انتقال یابد، استبراء کنیز واجب نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **و کما یجب...** یعنی همانطوری که استبراء در بیع کنیز، واجب است (بر بایع یا مشتری) همچنین واجب است در هر ملکی که (از مالک کنیز) منتقل می‌گردد و (به دست مالک جدید) حادث می‌شود به سبب غیر بیع از عقود دیگر (مثل هبه و صلح) و به سبب اسیر گرفتن و یا ارث.

و قصره (این کلمه مبتدا است و ـ ضعیف ـ خبر آن می‌باشد) یعنی و منحصر کردن استبراء را بر مورد بیع فقط، ضعیف است (بلکه در مورد عقود و اسباب دیگر نیز ثابت است چنانکه گفته شد).

و لو باعها... توضیح: در جایی که بر بایع، استبراء کنیز واجب است، اگر چنانچه بدون استبراء آن را بفروشد، گناه کرده است ولی بیع آن صحیح است و همچنین اگر به سبب عقد دیگر انتقال یابد گناه کرده ولی آن عقد (مثل هبه و صلح) صحیح است و در همین فرض چنانچه مشتری یا مالک جدید، کنیز را مطالبه کرد باید مالک قبلی آن را به او تسلیم نماید، زیرا بواسطه عقد، کنیز انتقال داده شده و ملک طرف مقابل گردیده است و معلوم است که مالک وقتی مطالبه مالش را نمود واجب است مال او را فوراً به وی تحویل دهند.

و اگر چنانچه بایع بتواند مشتری را راضی کند که جهت استبراء او در دست بایع بماند ـ و یا لااقل در دست یک نفر عادل، به امانت بگذارند ـ تا مدت استبراء او بگذرد سپس تحویل به مشتری بدهد، باید بایع چنین کاری را انجام دهد ولی بر مشتری واجب نیست که آن درخواست بایع را بپذیرد بلکه بعد از بیع، حق دارد بلا فاصله آن را تحویل گیرد، منتها وظیفه به خود او متوجه می‌شود که آن را استبراء نماید چنانکه سابقاً دانسته شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو باعها...** یعنی اگر بایع، کنیز را بفروشد بدون استبراء آن، گناه کرده ولی بیع و غیر بیع (هبه و صلح مثلاً) صحیح خواهد بود، و در این صورت، تسلیم آن کنیز به مشتری ـ و کسی که در حکم مشتری است (مثل مُصالح در صلح، و موهوب له در هبه) ـ واجب خواهد بود اگر مشتری آن را از بایع مطالبه نماید زیرا کنیز، ملک مشتری گردیده است (پس باید به او تحویل داده شود اگر مطالبه کرد).

ولو أمكن... یعنی اگر ممکن باشد (برای بایع) نگه داشتن کنیز به رضایت مشتری مدت استبراء گرچه به گذاشتن آن در دست شخصی عادلی ـ واجب است نگهش بدارد، و واجب نیست بر مشتری، درخواست بایع را بپذیرد.

(ويكره التفرقة بين الطفل والأم قبل سبع سنين) في الذكر والأنثى، وقيل: يكفي في الذكر حولان وهو أجود، لثبوت ذلك في حضانة الحرة، ففي الأمة أولى، لفقد النص هنا.

وقيل: يحرم التفريق في المدة، لتضافر الأخبار بالنهي عنه، وقد قال ﷺ: " من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ". (والتحريم أحوط)، بل أقوى.

وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاهما أو رضى الأم؟ وجهان، أجودهما ذلك، ولا فرق بين البيع وغيره على الأقوى.

کراهت تفرقه بین کنیز و بچه اش

(ويكره التفرقة بين الطفل... توضیح: کراهت دارد جدایی انداختن بین کنیز و بچه‌اش قبل از هفت ساله شدن بچه، مثل اینکه مادر را بفروشد و بچه را نگه بدارد یا بالعکس.

و در بچه فرقی نیست چه پسر باشد و چه دختر، ولی بعضی از فقها فرق گذاشته‌اند بین پسر و دختر به اینکه: اگر پسر باشد قبل از دو سالگی (که زمان شیرخوارگی اوست) کراهت دارد و بعد از دو سالگی کراهت ندارد، به خلاف دختر که قبل از هفت سالگی کراهت دارد.

شارح، این قول را می‌پسندد و در دلیل آن می‌فرماید که: در مادری که آزاده است تا دو سال در پسر، حق حضانت دارد، یعنی حق تربیت و نگاهداری طفل، و مرد نمی‌تواند در آن مدت، بچه را از مادر جدا کند و بعد از دو سال، می‌تواند از او جدایش کند، و در دختر، حق حضانت مادر، تا هفت سال است.

بنابراین، وقتی که درمادری که آزاده است تفرقه انداختن بین او و بچه‌اش بعد از دوسال جایز است، پس درمادری که کنیز است به طریق اولی جایز خواهد بود، و وجه اولویت آن است که درمورد حضانت کنیز نسبت به بچه‌اش روایتی نداریم، و یقیناً حق حضانت مادری که کنیز است از حق حضانت مادری که آزاده است بیشتر نخواهد بود، بدین جهت می‌توان گفت که: حقش بیشتر از دوسال نخواهد بود و بعد از دوسال می‌توان بچه را از مادرش جدا نمود.

بعضی از فقها، جدایی انداختن بین بچه و مادر قبل از هفت سالگی را حرام دانسته‌اند، به دلیل آنکه روایاتی که نهی از تفرقه می‌کند بسیار است و در یک روایت از پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم آمده است که: «کسی که جدایی بیندازد بین مادر و فرزندش، خداوند بین او و محبوبین او جدایی می‌اندازد»[1].

مصنف این قول را موافق احتیاط دانسته، بلکه شارح به این قول فتوی می‌دهد.

ترجمه و شرح عبارت: **و قيل يكفي**... یعنی گفته شده که کفایت می‌کند در پسر، دوسال بگذرد (یعنی کراهت تفرقه در آن، تا دوسال از زمان تولد پسر است) و این قول، پسندیده تر است، زیرا جواز جدایی انداختن ثابت است (بعد از دوسال نگهداری پسر) در تربیت و نگهداری مادر آزاده، پس درمادری که کنیز است، به طریق اولی ثابت خواهد بود (و علت اولویت در کنیز آن است که) چون در کنیز، روایت (در مورد حق حضانت و نگهداری او) نداریم (و می‌دانیم که یقیناً حق حضانت او بیشتر از حق حضانت مادر آزاده نخواهد بود).

حضانة... حضانت ـ چنانکه در کتاب النکاح خواهد آمد ـ به معنی نگاهداری و تربیت طفل است، و مقصود از نگاهداری طفلی، به کاربردن وسائل لازمه برای بقاء و

---

[1] این روایت از طریق عامه نقل شده (مسند احمد حنبل، ج ٥، ص ٤١٣ - ٤١٤ و المستدرک، حاکم نیشابوری، ج ٢، ص ٥٥).

نمو و بهداشت جسمی و روحی طفل می‌باشد مانند دادن خوراک، پوشانیدن لباس پاکیزه، تمیز نگاه‌داشتن طفل به وسیله شستشو، گذاردن در تخت خواب، پوشانیدن روی او، شستشوی لباس و امثال آن.

حق حضانت طفل تا دو سال از ولادت، در پسر، و تا هفت سال در دختر برای مادر است، یعنی مادر برای نگاهداری طفل در مدت مزبور، اولویت دارد و پدر نمی‌تواند او را منع کند و در صورتی که مرد، زن را طلاق داد یا در اثر ناسازگاری بدون طلاق، آنان در محل‌های جداگانه سکونت نمایند، طفل باید در مدت مزبور نزد زن بماند و مرد نمی‌تواند آن را از مادر جدا کند و در حضانت خود قرار بدهد.

و قیل یحرم.... یعنی گفته شده که جدایی انداختن (بین مادر و بچه) در مدت مزبور (هفت سال) حرام است بجهت أخبار زیادی که نهی از تفریق کرده است.

لتضافر الأخبار ناگفته نماند که این دلیل، فقط می‌تواند اصل حرمت را ثابت کند نه حرمت تا هفت سالگی را، چون در روایات مزبور درباره مدت سخنی گفته نشده است.

و قد قال صلی الله علیه و آله و سلم... صاحب «عوالی اللئالی»[1] آن را نقل کرده و در آخر روایت، کلمه ـ في الجنة ـ اضافه دارد، یعنی خداوند بین او و أحبای او در بهشت جدایی می‌اندازد.

و هل یزول... توضیح: در صورتی که خود کنیز و بچه‌اش هر دو راضی باشند به جدایی (اگر بچه، ممیز باشد که می‌تواند رضایت بدهد) و یا تنها خود کنیز رضایت بدهد (در صورتی که بچه غیر ممیز باشد) آیا حرمت تفرقه و یا کراهت آن، ساقط می‌شود یا نه؟ دو احتمال است، بهتر آن است که ساقط می‌شود.

---

[1] عوالی اللئالی، ج ۲، ص ۲۴۹.

ولا فرق بین... توضیح: اقوی آن است که در تفرقه انداختن بین مادر و بچه، فرقی نیست بین اینکه به صورت بیع باشد (که مادر را بفروشد و بچه را نگه بدارد و یا به عکس) یا اجاره باشد و یا هبه و یا صلح باشد، بنابراین، اگر کنیز را اجاره بدهد و بچه را نگه دارد، کراهت دارد و یا کنیز را به کسی ببخشد و بچه را نگه دارد کراهت دارد.

وهل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة كالأخت، والعمة، والخالة؟ قولان، أجودهما ذلك، لدلالة بعض الأخبار عليه.

ولا يتعدى الحكم إلى البهيمة للأصل، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقا، وقبله إن كان مما يقع عليه الذكاة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه.

وموضع الخلاف بعد سقي الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز مطلقا، لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما صرح به جماعة.

و هل يتعدّى... توضیح: اگر کنیز از خویشان نزدیک بچه بود، خویشانی که همانند مادر به او مهربانی کرده و أنس می‌گیرند مثل اینکه آن کنیز، خواهر بچه باشد یا عمه او و یا خاله‌اش باشد و مالک بخواهد بچه را از آنها جدا کند، یعنی مثلاً کنیز را بفروشد و بچه را نگه بدارد، آیا در این فرض هم کراهت تفرقه ثابت است یا نه؟ دو قول است، قول بهتر آن است که در آنها نیز حکم، مثل مادر است به دلیل اینکه بعضی روایات دلالت بر آن می‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: **و هل يتعدّى**... یعنی آیا حکم (یعنی کراهت یا حرمت تفرقه) تعدی می‌کند به غیر مادر (یعنی کنیزی که مادر است) از خویشان نزدیک که مثل مادرند از نظر انس گرفتن با بچه و مهربانی بر او، مثل خواهر و عمه و خاله؟ دو قول است **ذلك** یعنی تعدّی حکم به آنها (پس در آنها نیز تفرقه کراهت و یا حرمت دارد).

و لا يتعدّى الحكم... توضیح: آیا کراهت یا حرمت تفرقه بین مادر و بچه، اختصاص به انسان دارد (یعنی کنیز و بچه اش) یا اینکه در حیوان هم چنین است؟ شارح می‌فرماید که: در حیوان چنین نیست، پس حیوان را جایز است از بچه‌اش جدا کنند، یعنی حیوان را بفروشند و بچه‌اش را نگه بدارند یا به عکس، البته با این تفصیل که:

اگر بچه کاملاً دوران شیرخوارگی را گذرانده باشد که دیگر احتیاج به شیر ندارد، می‌توان او را از مادرش جدا کرد مطلقا، یعنی خواه حیوانی باشد که قابل تذکیه (ذبح شرعی) است مثل گوسفند، و خواه حیوانی باشد که قابل تذکیه نیست مثل بچه سگ شکاری، یا سگ گله که خرید و فروش آن جایز است.

و اما اگر بچه، دوران شیرخوارگی‌اش را تمام نکرده و هنوز احتیاج به شیر دارد، فقط در دو صورت می‌توان آن را از مادرش جدا کرد:

۱. اینکه از حیواناتی باشد که قابل تذکیه است مثل گوسفند که آن را جدا می‌کنند از مادر به خاطر اینکه بچه را ذبح کنند و از گوشتش استفاده نمایند.

۲. اینکه اگر هم از حیواناتی باشد که قابل تذکیه نیست، باید غیر از شیر مادر، شیر دیگری باشد که بچه از آن تغذیه کند، در این صورت می‌توان آن را از مادرش جدا کرد، وگرنه، کراهت یا حرمت دارد، چون جدا کردن آن به خاطر تذکیه که نیست، زیرا فرض آن است که قابل تذکیه نباشد، پس اگر جدایش کنند بدون وجود شیر دیگری که او را کفایت کند، موجب تلف آن خواهد شد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولایتعدّی**... یعنی تعدّی نمی‌کند حکم (کراهت یا حرمت تفرقه) به حیوان، به دلیل اصل (مقصود اصل برائت است، چون اصل عدم کراهت یا حرمت تفرقه است در آن) پس جایز است تفرقه بین حیوان و بچه‌اش بعد از بی نیاز شدن بچه از شیر ـ خواه حیوانی باشد که قابل تذکیه است و خواه قابل تذکیه نباشد ـ.

و (نیز) قبل از بی نیاز شدن از شیر اگر حیوانی باشد که قابل تذکیه (ذبح شرعی) است و یا (اگر هم قابل تذکیه نیست ولی) بوده باشد برای آن، چیزی (یعنی شیر دیگری) غیر شیر مادر که کفایت کند او را.

و موضع الخلاف... توضیح: اختلافی که بین فقها در تفرقه بین کنیز و بچه‌اش بود (که آیا کراهت دارد یا حرمت) در جایی است که بچه، آن شیر اول مادر را خورده باشد

که به آن «لباء» گویند، واما قبل ازخوردن آن، به هیچ وجه جایزنیست تفرقه بین آنها (خواه مادرراضی به تفرقه باشد وخواه نباشد، ونیزخواه قائل به کراهت تفرقه باشیم و خواه حرمت) زیرا بچه اگرآن شیررا نخورد می‌میرد ـ چنانکه عده‌ای ازعلما تصریح کرده‌اند ـ پس جداکردن بچه ازمادردرآن صورت سبب هلاکت بچه می‌شود.

ترجمه وشرح عبارت: **و موضع...** یعنی محل خلاف بین فقها همانا بعد از آشاماندن مادراست «لباء» را (لباء بروزن عنب وآن عبارت است ازاولین شیری که پس اززاییدن دوشیده می‌شود وآن شیرغلیظ می‌باشد و درفارسی به آن آغوز گویند) وامّا قبل ازآشاماندن آن پس جایزنیست تفرقه بین آنها مطلقا (معنای اطلاق درشرح گذشت) زیرا درتفریق مزبوردرآن صورت موجب هلاکت بچه است، چون بچه بدون «لباء» زنده نمی‌ماند، چنانکه بعضی ازفقها تصریح به این مطلب نموده اند.

چند مسأله

(و هنا مسائل: الأولى: لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشتري الرد والأرش)، أما الرد فموضع وفاق، وأما الأرش فهو أصح القولين، لأنه عوض عن جزء فائت، وإذاكانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاؤها.

مسأله اول ـ حدوث عیب در حیوان پیش از قبض

(و هنا مسائل: الأولى: لو حدث... توضیح: اگر بعد از فروش حیوان و پیش از آنکه مشتری آن را قبض نماید، عیبی در حیوان، حادث شود (مثلاً پایش بشکند) مشتری حق خیار خواهد داشت، یعنی حق خواهد داشت که اگر خواست معامله را برهم بزند و اگر خواست معامله را قبول کند و ارش عیب را بگیرد (وارش عبارت است از نسبت تفاوت قیمت صحیح حیوان و قیمت معیوب حیوان به توضیحی که در جلد پیشین این شرح ذکر نمودیم و تفصیل آن در مبحث خیار عیب خواهد آمد).

اما دلیل بر اینکه می‌تواند معامله را برهم بزند، این است که حکم مزبور، مورد اجماع فقهاست و اجماع هم یکی از ادله اربعه است.

واما گرفتن ارش، درآن بین فقها دو قول می‌باشد، و صحیح‌ترین آنها جوازگرفتن آن است، و دلیل آن این است که ارش، عوض آن جزئی است که از حیوان تلف شده (یعنی عوض شکستگی پا در مثال بالا) و همانطوری که فقها گفته‌اند که اگر تمام حیوان پیش از قبض مشتری، تلف شود ضمان آن به عهده بایع است، یعنی از کیسه بایع رفته است و مشتری، حق دارد معامله را فسخ و بَرهم بزند و ثمن را پَس بگیرد، همچنین جزء حیوان اگر تلف بشود (که همان عیب است) به طریق أولی ضمانش به عهده بایع خواهد بود، چون کل حیوان، غیر از مجموع اجزاء، چیز دیگری نیست، پس مشتری حق خواهد داشت عوض آن جزء را بگیرد که همان ارش است.

(ناگفته نماند که بر این دلیل، اشکال وارد است، زیرا آن اثبات نمی‌کند جواز گرفتن ارش را چون در ضمان بایع بودن عیب، با فسخ معامله نیز تحقق می‌یابد).

ترجمه و شرح عبارت: **لو حدث...** یعنی اگر در حیوان عیبی حادث شود (بعد از عقد و) پیش از قبض نمودن مشتری، برای مشتری جایز است رد کند بیع را (و برهم بزند) یا ارش بگیرد.

امّا جواز رد کردن بیع، مورد اتفاق فقهاست، و اما جواز ارش گرفتن، صحیح‌ترین دو قول است، زیرا ارش، عوض جزئی است که فوت شده از حیوان (یعنی عوض عیب است) و وقتی که تمام حیوان (در صورتی که تلف شود) پیش از قبض مشتری، در ضمان بایع است، همچنین اجزاء آن نیز در ضمان بایع خواهد بود.

(تذکر این نکته لازم است که یکی از خیاراتی که بعداً در مبحث خود خواهد آمد، خیار عیب است، و آن عبارت از این است که اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع، معیوب بوده، مشتری اختیار خواهد داشت که اگر خواست معامله را برهم بزند و اگر خواست معامله را قبول کند و عوض عیب مبیع را به عنوان ارش از بایع بگیرد.

آنچه که ازکلمات فقها درآن مبحث استفاده می‌شود این است که اصطلاحاً نام خیارعیب را درمواردی به کار می‌برند که عیب قبل ازمعامله، درمبیع، موجود بوده و مشتری درحین معامله به وجود آن عیب درمبیع، جاهل بوده وبه تصورسلامت آن را خریداری نماید.

و اما درمثل مورد بحث که عیب درزمان معامله موجود نبوده وپس ازمعامله و پیش ازقبض مشتری حادث شده باشد ـ هرچند مشتری همانند خیارعیب، اختیاردارد که معامله را برهم زند یا معامله را قبول کند وارش بگیرد ولی اصطلاحاً به چنین اختیاری که مشتری دارد، خیارعیب نمی‌گویند گرچه بعض فقها ـ مثل ملا مهدی نراقی درکتاب «انیس التجار» ـ خیارعیب را تعمیم داده وبراین مورد نیز اطلاق خیارعیب کرده است، وشارح نیزدرصفحه آینده دریک مورد برآن، خیار عیب اطلاق کرده است.

(وكذا) لو حدث (في زمن الخيار) المختص بالمشتري، أو المشترك بينه وبين البائع، أو غيره، لأن الجملة فيه مضمونة على البائع أيضا، أما لو كان الخيار مختصا بالبائع أو مشتركا بينه وبين أجنبي فلا خيار للمشتري.

حدوث عیب در حیوان در زمان خیار

(وکذا) لو حدث... توضیح: همچنین اگر عیب در حیوان، حادث شود در زمان خیار فسخی که مشتری داشته باشد ـ اگرچه مشتری حیوان را قبض کرده باشد ـ مشتری در این صورت نیز حق خواهد داشت معامله را برهم زند یا قبول کند و ارش عیب را بگیرد، زیرا در این صورت نیز تمام حیوان در ضمان بایع است (یعنی اگر مبیع در زمان خیار مشتری، تلف گردد به سبب خدایی و آفت آسمانی، از کیسه بایع رفته است چنانکه شارح در چند سطر دیگر آن را بیشتر توضیح خواهد داد) پس اجزاء آن هم در ضمان او خواهد بود که باید با دادن ارش، جبران کند.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه خیار فسخی که مشتری داشته، خیار مختص به او باشد یا اینکه خیار مشترک بین او و بین بایع باشد یا اینکه خیار مشترک بین او و بین شخص ثالث (اجنبی) باشد.

توضیح این مطلب احتیاج به یک مقدمه دارد و آن اینکه:

عقود بر دو قسمند: عقود لازم و عقود جایز.

عقد جایز: آن است که هریک از دو طرف معامله، حق دارند هروقتی که بخواهند معامله را برهم بزنند، مانند وکالت و ودیعه و عاریه (مثلاً در مورد وکالت هرگاه وکیل بخواهد وکالت خود را ادامه ندهد استعفا می‌دهد، و موکل هر زمان بخواهد وکیل خود را عزل می‌نماید).

عقد لازم: آن است که هیچ یک از دو طرف معامله، حق ندارند هر وقتی که بخواهند معامله را برهم بزنند بلکه آنان به انجام آن چیزی که در عقد تصریح شده، ملزم می‌باشند مگر در دو مورد:

۱. در جایی که طرفین عقد در برهم زدن معامله، خودشان توافق نمایند و راضی شوند که آن را «اقاله» گویند و مستحب نیز می‌باشد، چنانکه در آداب بیع گذشت و در خاتمه کتاب البیع نیز خواهد آمد.

۲. در موارد معینی که شرع مقدس برای آنان حق برهم زدن معامله را داده است و آن موارد در اصطلاح فقها به مبحث «خیارات» معروف می‌باشد که در جای خود مفصلاً شرح داده خواهد شد.

و عقد لازم مانند بیع، اجاره، مزارعه، مساقات، و غیر آنها.

و خیارات بر دو قسمند: خیارات مختص، خیارات مشترک.

خیارات مختص: آن خیاراتی هستند که مخصوص به یکی از دو طرف می‌باشند و ما به عنوان مثال یک مورد را ذکر می‌کنیم، مثل خیار حیوان، و آن عبارت است از اینکه اگر مشتری حیوانی را بخرد، تا سه روز حق دارد که آن معامله را به هم بزند و این خیار، اختصاص به مشتری دارد.

خیارات مشترک: آن خیاراتی هستند که مخصوص به یک طرف نبوده، بلکه برای هر دو طرف می‌باشند مثل خیار مجلس، و آن عبارت است از اینکه تا وقتی فروشنده و خریدار از مجلس معامله، متفرق نشده باشند هر یک از آنها می‌تواند معامله را برهم بزند.

یکی از خیارات، خیار شرط است یعنی در ضمن عقد، شرط خیار کردن، و این خیار گاهی خیار مختص می‌شود (مختص به بایع یا مختص به مشتری) و گاهی خیار مشترک، و در صورتی که مشترک می‌شود ممکن است مشترک بین بایع و مشتری

شود، وممکن است مشترک بین مشتری وشخص ثالث شود، وممکن است مشترک بین بایع وشخص ثالث شود.

توضیح اینکه: خیارشرط آن است که فروشنده وخریداربا یکدیگرشرط کنند که تا مدت معین (مثلاً تا یک ماه) هرکدام ازآنها هروقت خواستند بتوانند معامله را برهم بزنند، دراین صورت خیارمشترک است بین بایع ومشتری.

واما اگرشرط کنند که تا مدت معین، تنها بایع تا مدت معین حق برهم زدن معامله داشته باشد، ویا تنها مشتری تا مدت معین حق برهم زدن معامله داشته باشد، دراین صورت خیارمختص به بایع ویا مختص به مشتری می‌شود.

واما اگرشرط کنند که تا مدت معین هرکدام ازبایع وشخص ثالث هروقت خواستند بتوانند معامله را برهم بزنند، دراین صورت، خیارمشترک بین بایع و شخص ثالث می‌شود.

واگرشرط کنند که تا مدت معینی هرکدام ازمشتری وشخص ثالث هروقت خواستند بتوانند معامله را برهم بزنند، دراین صورت خیارمشترک بین مشتری و شخص ثالث می‌شود.

بعد ازاین مقدمه گوئیم: که مسأله مورد بحث این است که اگرعیب مثلاًدرمدت سه روزبعد ازخریدن حیوان، حادث شود (که آن سه روز، مدت خیارحیوان است) مشتری حق خواهد داشت معامله را برهم بزند وحق دارد ارش بگیرد، درحالی که اگر عیب حادث نشده بود، فقط حق برهم زدن معامله داشت به جهت خیارحیوان.

ویا اگرمثلاً عیب تا وقتی که فروشنده وخریدارازمجلس عقد، متفرق نشده‌اند در حیوان حادث شود، مشتری حق دارد معامله را برهم بزند یا ارش بگیرد، درحالی که اگرعیب حادث نشده بود، فقط حق برهم زدن معامله را داشت به جهت خیار مجلس (که خیارمشترک است بین مشتری وبایع).

ویا اگر مثلاً عیب درمدت یک ماه خیارشرطی که شرط کرده‌اند برای مشتری و شخص ثالث باشد، درحیوان حادث شود، مشتری حق خواهد داشت معامله را برهم بزند یا ارش بگیرد، درحالی که اگرعیب حادث نشده بود، فقط حق برهم زدن معامله را داشت به جهت خیارشرط مشترک.

ترجمه وشرح عبارت: **وکذا لو حدث**... یعنی وهمچنین (مشتری اختیاردارد بین ردّ معامله وگرفتن ارش) اگرعیب حادث شود (بعد ازقبض مشتری) درزمانی که مشتری خیارفسخ دارد، چه خیاری که اختصاص به مشتری داشته باشد یا خیاری که مشترک بین اوو بایع یا (مشترک بین اوو) غیربایع باشد **أو غیره** چنانکه ازترجمه قبل دانسته شد این کلمه عطف است بر ـ البایع ـ یعنی اوالمشترک بین المشتری و بین غیرالبایع (یعنی الاجنبی).

لأن الجملة... (علت است برای اصل حکم، یعنی اختیارداشتن مشتری برای گرفتن ارش درصورت حدوث عیب درزمان خیار) یعنی، زیرا مجموع مبیع (حیوان) درضمان بایع است نیز (همانطوری که درضمان بایع است درمسأله سابق یعنی قبل ازقبض مشتری).

أما لو کان... توضیح: ازقیدی که شارح بعد ازعبارت مصنف ذکرکرد، یعنی ـ المختص بالمشتری... تا آخرعبارت ـ دانسته شد که حکمی که مصنف ذکرکرده مربوط به زمان خیاری است که مختص به مشتری یا مشترک باشد.

بنابراین، اگرعیب درحیوان، حادث شد درزمان خیارفسخی که مختص به بایع است (مثل خیارشرطی که شرط شده باشد برای بایع فقط) ویا درزمان خیارفسخی که مشترک بین بایع وشخص ثالث باشد (مثل خیارشرطی که شرط شده باشد برای بایع وشخص ثالث) درآن دوصورت، مشتری حق ردکردن نخواهد داشت، بلکه فقط حق ارش گرفتن جهت عیب خواهد داشت که اگرعیب را بایع وارد ساخته

باشد، مشتری ارش را از او می‌گیرد، و اگر عیب را شخص ثالث وارد ساخته باشد، مشتری ارش را از او می‌گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **فلاخیار...** مقصود شارح از این عبارت این است که مشتری اختیار برهم زدن معامله ندارد اما اختیار گرفتن ارش برای او باقی است چنانکه توضیح دادیم.

هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى، أو من البائع، ولو كان من أجنبي فللمشتري عليه الأرش خاصة ولو كان بتفريط المشتري فلا شئ.

(وكذا) الحكم (في غير الحيوان).

هذا اذا كان... توضیح: شارح می‌فرماید: آنچه گفته شد (یعنی خیار فسخ و گرفتن ارش در صورت حدوث عیب در زمان خیار مشتری) در جایی است که عیب مزبور، از طرف خدا (یعنی به آفت آسمانی) و یا از طرف بایع باشد که در این صورت، مشتری، هم می‌تواند معامله را برهم بزند و هم می‌تواند معامله را قبول کند و ارش از بایع بگیرد.

و اما اگر عیب، از طرف شخص ثالث باشد و مشتری بخواهد معامله را قبول کند، ارش را از آن شخص فقط می‌تواند بگیرد نه از بایع، و اگر هم بخواهد معامله را برهم بزند، می‌تواند، منتها در این صورت، بایع حق دارد به شخص ثالث رجوع کند و ارش از او بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **هذا...** اشاره است به اصل حکمی که در عبارت مصنف گذشت یعنی مربوط است به «وكذا لو حدث في زمن الخيار المختص بالمشتري...» نه اینکه مربوط باشد به: «أما لو كان الخيار مختصاً بالبائع...».

خاصة... این کلمه قید است برای ضمیر ـ علیه ـ که به اجنبی برمی‌گردد، نه اینکه قید برای ـ ارش ـ باشد، چون اگر قید برای ارش باشد معنای عبارت این می‌شود که: در صورتی که عیب از طرف اجنبی باشد (با فرض اینکه عیب در زمان خیار مشتری است) مشتری، حق گرفتن ارش فقط دارد و حق برهم زدن معامله را ندارد، در حالی که این مطلب درست نیست، چون فقها تصریح کرده‌اند که اگر مشتری خیار داشته باشد و عیب در زمان خیار مزبور از طرف بایع یا خدا یا شخص

ثالث وارد آید، مشتری، هم حق برهم زدن معامله و هم حق ارش گرفتن را دارد، نه اینکه فقط حق گرفتن ارش داشته باشد.

بدین جهت کلمه ـ خاصة ـ را قید برای ضمیر «علیه» می‌گیریم تا معنای عبارت این باشد که اگر عیب از طرف شخص ثالث باشد و مشتری بخواهد معامله را قبول کند، ارش را از آن شخص فقط می‌تواند بگیرد نه از بایع.

و لو کان بتفریط... توضیح: اگر معیوب شدن حیوان در زمان خیاری که مشتری دارد به تقصیر خود مشتری و کوتاهی در حفظ آن باشد، در این صورت مشتری حق گرفتن ارش از بایع ندارد (چون فرض آن است که ملک خود مشتری بوده و آن را قبض کرده است) آری از جهت آنکه قبل از معیوب شدن، حق فسخ داشت، می‌تواند معامله را برهم بزند و ثمن را پس بگیرد و حیوان را به بایع برگرداند، منتها بایع حق دارد به جهت معیوب شدن حیوان، از مشتری ارش بگیرد.

و کذا الحکم في غیر الحیوان... توضیح: آنچه که تا به حال دانسته شد مربوط به معیوب شدن حیوان بود، اکنون می‌فرماید: که همچنین است حکم در مبیعی که غیر حیوان باشد که اگر معیوب شد قبل از قبض و یا بعد از قبض در زمان خیار (مختص یا مشترک) مشتری حق برهم زدن و یا ارش گرفتن از بایع دارد.

بل في تلف المبيع أجمع، إلا أن الرجوع فيه بمجموع القيمة، فإن كان التلف من قبل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة غيره فالتلف من البائع، وإلا فمن المشتري، وإن كان التلف من البائع أو من أجنبي وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع بالثمن، وإلا رجع على المتلف بالمثل، أو القيمة، ولو كان الخيار للبائع والمتلف أجنبي أو المشتري تخير ورجع على المتلف.

تلف مبیع قبل از قبض یا در زمان خیار

بل في تلف المبيع... توضیح: احکام قبل، مربوط به معیوب شدن و تلف شدن جزء مبیع بود (چه حیوان و چه غیر حیوان).

حال می‌فرماید که: همچنین است حکم اگر قبل از قبض یا در زمان خیار مشتری، تمام مبیع تلف گردد، منتها فرقی که این مسأله با مسأله قبل (معیوب شدن مبیع) دارد این است که در مسأله قبل، مشتری حق داشت فسخ کند و حق داشت ارش بگیرد، ولی در مسأله اینجا دیگر ارش معنی ندارد، چون فرض در تلف جزء مبیع نیست (در حالی که ارش، عوض جزء مبیع است) بلکه فرض در تلف کل مبیع می‌باشد، بنابراین، خیار مشتری در اینجا بین ثمن مبیع و بین قیمت مبیع خواهد بود، به این معنی که وقتی مبیع قبل از قبض یا در زمان خیار تلف شد، مشتری حق دارد معامله را برهم بزند و آن ثمنی را که داده برگرداند، و حق دارد معامله را برهم نزند بلکه قیمت فعلی آن را از بایع بگیرد (چون ممکن است قیمت فعلی آن در بازار با آن ثمنی که معامله بر آن کرده‌اند تفاوت داشته باشد، یعنی مثلاً قیمت فعلی آن صد تومان باشد در حالی که مشتری آن را از بایع به هشتاد تومان مثلاً خریده بود).

و تفصیل حکم مسأله بالا به شرح ذیل است که:

اگر تلف مبیع به سبب آفت آسمانی (وازطرف خدا) باشد درزمانی که مشتری خیاردارد ـ چه خیارمختص به اووچه خیارمشترک بین اووغیرش (بایع یا شخص ثالث) ـ دراین صورت مبیع ازکیسه بایع رفته است، پس مشتری حق دارد ثمن آن و یا قیمت آن را ازبایع بگیرد چنانکه توضیح داده شد.

واما اگر تلف آسمانی درزمانی باشد که مشتری خیارندارد با فرض اینکه آن را قبض کرده بود، دراین صورت مبیع ازکیسه مشتری رفته است وهیچ حقی به گردن بایع نخواهد داشت.

ترجمه وشرح عبارت: **إلاّ أنّ الرجوع**... یعنی مگراینکه (فرق مسأله معیوب شدن مبیع با مسأله تلف تمام مبیع این است که) رجوع مشتری (به بایع) درتلف تمام مبیع، به مجموع قیمت مبیع است (اگرمعامله را فسخ نکند واما اگرمعامله را فسخ نماید رجوع به ثمن مبیع خواهد بود نه قیمت آن) پس (تفصیل احکام آن مسأله این است که) اگرتلف ازطرف خدا (وآفت آسمانی) باشد درحالی که خیارفسخ برای مشتری بوده باشد ـ هرچند خیارمشترک با غیر ـ دراین صورت تلف مبیع از(کیسه) بایع است، واگرخیارفسخ برای مشتری نبوده باشد، تلف مبیع از(کیسه) مشتری خواهد بود.

و إن کان التلف من البائع... توضیح: اگرتلف مبیع به سبب بایع ویا شخص ثالث باشد درزمانی که مشتری خیارفسخ دارد، دراین صورت مشتری حق دارد که ثمن مبیع را بگیرد یا قیمت آن را، یعنی حق دارد معامله را برهم بزند وثمن خود را از بایع پس بگیرد (وچنانچه تلف کننده شخص ثالث باشد، بایع هم حق دارد به آن شخص رجوع کند وقیمت مبیع را ازاوبگیرد) وحق دارد معامله را برهم نزند وقیمت مبیع را ازبایع بگیرد ـ اگربایع تلف کننده مبیع بود ـ ویا ازشخص ثالث بگیرد اگراو

تلف کننده مبیع بود (البته لازم نیست حتماً قیمت آن را بگیرد بلکه اگر مبیع از اجناس قیمی بود، قیمت آن را می‌گیرد واگر از اجناس مثلی بود، مثل آن را می‌گیرد).

ترجمه وشرح عبارت: **و إن کان...** یعنی واگر تلف از طرف بایع یا از طرف شخص ثالث باشد در حالی که برای مشتری، خیار فسخ بوده باشد واو (از خیار مزبور استفاده کند، یعنی) فسخ را اختیار نماید و ثمن خود را برگرداند، می‌تواند، و اما اگر فسخ را اختیار نکند (بلکه معامله را باقی بدارد) می‌تواند رجوع کند بر آنکه تلف کرده (بایع یا شخص ثالث) به اینکه مثل مبیع را از او بگیرد (اگر مبیع، مثلی باشد) و یا قیمت آن را بگیرد (اگر مبیع، قیمی باشد).

و لو کان الخیار للبائع... توضیح: اگر تلف مبیع در زمان خیار بایع به دست خود مشتری یا به دست شخص ثالث باشد، در این صورت بایع از جهت آنکه خیار فسخ داشت حق دارد معامله را برهم بزند و بعد از برگرداندن ثمن به مشتری، عوض مبیع را از تلف کننده (مشتری یا شخص ثالث) بگیرد که اگر مبیع، مثلی بود مثلش را بگیرد واگر قیمی بود قیمتش را بگیرد **تخیّر** ضمیر مقدر برمی‌گردد به بایع.

(الثانية: لو حدث) في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري في زمن الخيار فله الرد بأصل الخيار)، لأن العيب الحادث غير مانع منه هنا، لأنه مضمون على البائع فلا يكون مؤثرا في رفع الخيار، (والأقرب جواز الرد بالعيب أيضا،)، لكونه مضمونا.

(وتظهر الفائدة لو أسقط الخيار الأصلي والمشترط) فله الرد بالعيب.

وتظهر الفائدة أيضا في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة وعدمه فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصة يسقط الخيار، وعلى ما اختاره المصنف ﷺ يبقى، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها، وغايته ثبوته فيها بسببين وهو غير قادح، فإنها معرفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن، إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق.

مسأله دوم ـ فسخ معامله بواسطه خیار اصلی و عیب حادث

(الثانية: لو حدث)... توضیح: اجمالاًدر مسأله اول دانسته شدکه اگر عیبی در حیوان درزمان خیار مشتری (بعد از قبض) حادث شود، مشتری می‌تواند معامله را برهم بزند و مبیع را رد نماید.

اکنون در مسأله ثانیه، اختلافی که در مسأله بالا بین فقها می‌باشد را مطرح کرده است و آن اینکه آیا حق برهم زدن معامله درآنجا فقط بواسطه داشتن خیار قبلی است (چه خیار حیوان که از آن تعبیر به خیار اصلی می‌کنند ـ و چه خیار شرط) یا اینکه بواسطه حدوث عیب درآن زمان، نیز حق برهم زدن را دارد که درنتیجه بواسطه دو سبب می‌تواند معامله را برهم بزند؟ به عبارت دیگر: آیا مشتری از دو راه می‌تواند معامله را برهم بزند: یکی بواسطه خیار قبلی، و یکی بواسطه عیب حادث؟ یا اینکه از یک راه فقط می‌تواند برهم بزند و آن بواسطه خیار قبلی است؟

مصنف می‌فرماید: از دو راه می‌تواند معامله را برهم بزند (و ظاهر عبارتش در مسأله اول نیز همین است).

اما دلیل بر اینکه به وسیله خیار قبلی می‌تواند معامله را برهم بزند، آن است که چون عیب حادث از نظر آنکه ضمانش به عهده بایع است فلذا مانع از برهم زدن معامله به وسیله خیار قبلی نمی‌شود و نمی‌تواند خیاری را که قبلاً ثابت بوده را بر طرف سازد، بلکه خیار قبلی ولو با حدوث عیب، همچنان به حال خود باقی است، بنابراین، مشتری می‌تواند بدان وسیله معامله را فسخ کند.

و اما دلیل بر اینکه بواسطه عیب حادث می‌تواند معامله را برهم بزند، آن است که (در مسأله اول نیز دانسته شد) چون عیب حادث، ضمانش به عهده بایع است، زیرا کل مبیع در زمان خیار، ضمانش به عهده بایع است، پس ضمان جزء به طریق اولی به عهده بایع خواهد بود.

و فایده اختلاف مزبور (که از دو راه بتواند معامله را فسخ کند یا از یک راه فقط) در دو مورد ظاهر می‌شود:

۱. در جایی است که مشتری، خیار قبلی (خیار حیوان مثلاً) را اسقاط بنماید، که طبق نظر مصنف می‌تواند بواسطه حدوث عیب، معامله را برهم بزند ولی طبق قول دیگر حق برهم زدن ندارد، چون حق مزبور طبق این قول، فقط بواسطه خیار قبلی‌اش بود و فرض آن است که آن را هم خودش اسقاط نمود، پس حقی برای او نمانده است.

۲. فایده دوم در ثبوت حق برهم زدن معامله بعد از گذشتن سه روز (زمان خیار حیوان) و یا عدم ثبوت آن بعد از مدت مزبور، ظاهر می‌شود، زیرا طبق نظریه دوم ـ که فقط خیار قبلی اعتبار دارد ـ دیگر بعد از گذشتن سه روز، حق برهم زدن به جهت عیب مزبور نخواهد بود، چون خیار قبلی، خیار حیوان بود و آن هم فرض این است که

زمانش گذشت و مشتری در آن زمان، استفاده از خیار مزبور نکرد که معامله را برهم بزند، و بواسطه حدوث عیب هم که حق برهم زدن ندارد طبق نظریه مزبور.

ولی طبق نظر مصنف ـ که برهم زدن معامله بواسطه عیب حادث را نیز جایز می‌داند ـ بعد از گذشتن سه روز، نیز حق برهم زدن معامله خواهد داشت به جهت حدوث عیب، چون إعمال خیار عیب (تعبیر شارح به خیار عیب در مورد بحث بر خلاف اصطلاح مشهور است چنانکه خواهی دانست) و استفاده از آن، لازم نیست که در عرض سه روز بعد از معامله باشد بلکه إعمال آن فوری نیست و هر زمان که مشتری خواست حتی بعد از سه روز می‌تواند اعمال نماید و معامله را برهم بزند، فقط چیزی که در خیار عیب شرط می‌باشد آن است که حق خیار عیب در صورتی برای مشتری ثابت می‌شود که عیب یا قبل از معامله، در مبیع وجود داشته باشد که مشتری آن را نمی‌دانسته (که اصطلاحاً خیار عیب در این مورد اطلاق می‌شود، چنانکه در بحث خیارات خواهد آمد و فعلاً فرض مسأله ما در این نیست) و یا عیب در زمان خیار دیگر مشتری، حادث شود (که در اینجا فرض آن است که در زمان سه روز خیار حیوان، عیب حادث شده است، و مورد بحث ما همین جا است) زیرا در غیر این دو صورت، وجود عیب هیچ اثری ندارد و خیار آور نمی‌باشد.

نهایت چیزی که طبق نظر مصنف لازم می‌آید آن است که در مدت سه روز دو سبب برای برهم زدن معامله، جمع می‌شود (یکی عیب حادث و دیگر حیوان بودن مبیع) و اجتماع آن هم ضرری برای ثبوت فسخ معامله ندارد، زیرا آنکه محال است، اجتماع دو سبب تام مستقل بر یک مسبب در اسباب طبیعیه می‌باشد (مثل آتش و آفتاب نسبت به حرارت اطاق) و اما اجتماع اسباب شرعیه بر یک مسبب، محال نمی‌باشد، زیرا اسباب شرعیه، علل حقیقی نیستند بلکه معرّف و نشانگر وجود مسبب هستند، یعنی در مورد بحث، هم وجود عیب حادث، نشانگر آن است که

مشتری حق برهم زدن معامله را دارد، و هم حیوان بودن مبیع، نشانگر آن است که مشتری در مدت سه روز، حق برهم زدن معامله دارد.

وگاهی چه بسا چهار سبب خیار در یک جا جمع می‌شود، مثل آنکه معامله‌ای بر حیوان واقع شود و دو طرف معامله در مجلس عقد هنوز از هم جدا نشده باشند سپس معلوم شود که مشتری، مغبون شده است، در این مورد، هم خیار مجلس هست، چون فرض آن است که از هم جدا نشده‌اند، و هم خیار حیوان است چون مبیع، حیوان می‌باشد، و هم خیار غبن است چون فرض آن است که مشتری مغبون شده است، و اگر فرض کنیم که مشتری در ضمن عقد، برای خود شرط خیار هم کرده باشد خیار شرط هم بر آن سه خیار افزوده می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **لو حدث**... یعنی اگر در حیوان، عیبی حادث شود به وسیله غیر مشتری، در زمان خیار مشتری (خواه خیار مختص به مشتری باشد مثل خیار حیوان و خیار مشترط برای مشتری، و خواه خیار مشترک بین او و غیرش باشد) در این صورت، مشتری حق دارد (معامله را فسخ کند و) مبیع را رد کند به وسیله اصل خیار (یعنی خیار قبلی که عیب در زمان آن حادث شده) زیرا عیبی که (در زمان خیار قبلی) حادث شده، در اینجا مانع از ردّ مبیع به وسیله خیار قبلی نمی‌شود به جهت اینکه عیب در ضمان بایع است (و در حقیقت تأیید می‌کند خیار قبلی را) پس عیب مزبور تأثیری نخواهد داشت در اینکه خیار قبلی را بردارد (پس تا اینجا ثابت شد که مشتری از این راه می‌تواند معامله را برهم بزند) و (همچنین از راه دیگر نیز می‌تواند معامله را برهم بزند و آن چنانکه می‌فرماید:) اقرب در نزد ما آن است که جایز است مشتری رد کند مبیع را به وسیله عیب حادث نیز (همانطوری که به وسیله خیار قبلی می‌توانست رد کند) زیرا عیب حادث، در ضمان بایع است.

و تظهر الفائدة... یعنی ظاهر می‌شود فائده درصورتی که مشتری اسقاط کند خیار اصلی (یعنی خیار حیوان) و خیاری را که (احیاناً) برای خود شرط کرده باشد، پس (طبق نظر مصنف) برای مشتری، حق این هست که مبیع را رد کند به سبب وجود عیب حادث.

و نیز ظاهر می‌شود فایده در ثبوت خیار ردّ مبیع بعد از گذشتن سه روز (خیار حیوان) و عدم ثبوت آن خیار، پس بنابر اینکه خیار حیوان فقط اعتبار داشته باشد (که نظر غیر مصنف است) مشتری خیارش ساقط است (و هیچ حق برهم زدن معامله نخواهد داشت) و اما بنابر مختار مصنف، خیار مشتری (به جهت وجود عیب) باقی است، زیرا اعمال خیار عیب، مقید به سه روز نیست هر چند شرط است (در اصل ثبوت خیار عیب برای مشتری) اینکه حصول عیب یا در عرض سه روز (خیار حیوان) باشد و یا قبل از سه روز (یعنی قبل از عقد).

و نهایت فرمایش مصنف این است که خیار ثابت می‌شود در مدت مزبور (سه روز) بواسطه دو سبب، و آن ضرر نمی‌زند، زیرا اسباب شرعیه، معرّفات هستند (نه علل حقیقی) که امکان دارد بسیاری از اسباب شرعی در یک زمان جمع شوند (به خلاف علل حقیقی که در یک زمان بر معلول واحد جمع نمی‌شوند و محال است) مثل اینکه در خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط و خیار غبن، اگر (فرضاً) جمع شوند در معامله یک عین پیش از آنکه بایع و مشتری از مجلس عقد، جدا شوند (پس در مثال مزبور، چهار سبب شرعی برای خیار، جمع شده است).

قبل التفرق این قید برای داخل کردن خیار مجلس است چون خیار مجلس تا وقتی است که متعاقدین از مجلس عقد جدا نشده باشند، و به عبارت دیگر شرط خیار مجلس، عدم تفرق متعاقدین از مجلس عقد است (ولی احتیاجی به قید مزبور نیست چون این قید از کلمه ـ خیار المجلس ـ استفاده می‌شود).

(وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد ﷺ (في الدرس) على ما نقل عنه:(لا يرد إلا بالخيار، وهو ينافي حكمه في «الشرائع» بأن الحدث) الموجب لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع)، وكذا التلف، (مع حكمه) فيها بعد ذلك بلا فصل (بعدم الأرش فيه) فإنه إذا كان مضمونا على البائع كالجملة لزمه الحكم بالأرش ـ إذ لا معنى لكون الجزء مضمونا إلا ثبوت أرشه، لأن الأرش عوض الجزء الفائت ـ أو التخيير بينه وبين الرد، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن.

اشکال بر محقق حلّی

(وقال الفاضل نجم الدين... توضیح: بعضی از فقها مثل محقق حلی بطوری که از مجلس درس ایشان نقل شده برخلاف نظریه مصنف، قول دیگر را اختیارکرده است، وآن اینکه مشتری، فقط ازیک راه می‌تواند معامله را برهم بزند وآن بواسطه خیارقبلی (خیارحیوان) فقط می‌باشد واما بواسطه حدوث عیب، حق برهم زدن ندارد.

مصنف می‌فرماید که: قول محقق درمجلس درس، با قول ایشان درکتاب «شرایع» تنافی دارد زیرا درکتاب «شرایع» فرموده است که: «اگر درحیوان، عیبی حادث شود درزمان خیارحیوان، ضمان آن عیب به عهده بایع است وازکیسه اورفته است» و بعد ازآن مطلب بلافاصله فرموده است که درمسأله مزبور«مشتری حق ارش گرفتن از بایع ندارد» آن دوعبارت را وقتی پهلوی هم بگذاریم نتیجه‌اش آن است که مشتری بواسطه حدوث عیب، حق برهم زدن معامله را دارد، چون مقتضای عبارت اولش «ضمان عیب به عهده بایع است» این است که یا اینکه بطورمعین باید عوض آن عیب را بایع به مشتری بدهد (یعنی مشتری ارش عیب را بگیرد) ویا اینکه مشتری مخیرباشد بین گرفتن ارش وبین برهم زدن معامله، ووقتی که محقق حلی درعبارت

دومش بلافاصله فرموده که مشتری حق گرفتن ارش ندارد، پس حق مشتری منحصر می‌شود در برهم زدن معامله.

و خلاصه آنکه حاصل عبارت محقق در کتاب «شرایع» این است که مشتری بواسطه حدوث عیب، حق برهم زدن معامله را دارد و حال آنکه در مجلس درس فرموده که: مشتری بواسطه خیار قبلی فقط، حق برهم زدن معامله را دارد نه بواسطه حدوث عیب، پس این دو حکم با یکدیگر تنافی دارند.

ترجمه و شرح عبارت: **الفاضل** در بین فقهای سابق به دو نفر، فاضل گفته می‌شود: یکی محقق حلی و دیگر علامه حلی، و معمولاً از آن دو بزرگوار تعبیر به «فاضلان» می‌شود **في «الدرس»** یعنی در مجلس درس **على ما نقل عنه** یعنی بطوری که نقل شده از مجلس درس محقق حلی (این جمله را شارح اضافه به عبارت مصنف نمود به جهت آنکه بفهماند اینکه خود مصنف از محقق حلی در مجلس درس نشنیده است بلکه دیگران از مجلس درس ایشان نقل کرده‌اند، زیرا مصنف زمان مرحوم محقق را درک نکرده و متأخر از وی می‌باشد پس نقل مصنف از شاگردان محقق است).

لا يَردّ إلا بالخيار (در این عبارت چون رد کردن مبیع را منحصر کرده به خیار، استفاده می‌شود از مفهومش اینکه حق رد کردن مبیع را به واسطه حدوث عیب ندارد) یعنی حق رد کردن مبیع را ندارد مگر بواسطه خیار قبلی که داشته باشد (چه خیار حیوان و چه خیار مشترط، هر چند محقق حلی، فقط خیار حیوان را اسم برده است) و (مصنف می‌فرماید که:) این حکمی که از مجلس درس محقق نقل شد تنافی دارد با حکم ایشان در کتاب «شرایع» به اینکه: حدثی که موجب نقص حیوان می‌شود در زمان سه روز (خیار حیوان) از کیسه بایع رفته است (یعنی ضمان آن عیب به عهده بایع است) ـ و همچنین تلف حیوان (ضمانش به عهده بایع است) ـ با

اینکه محقق حلی در همان کتاب «شرایع» بعد از آن مطلب بلافاصله حکم کرده به اینکه: ارشی نیست در آن حدث (یعنی مشتری حق ارش گرفتن ندارد).

مع حکمه فیها ضمیر مؤنث در ـ فیها ـ برمی‌گردد به «شرایع» به اعتبار آنکه جمع شریعت است هر چند اگر ضمیر را مذکر می‌آورد بهتر بود چون «شرایع» در اینجا معنای جمعی ندارد بلکه عَلَم است برای کتاب معروف ایشان به نام «شرایع الاسلام».

فإنه إذاکان... (شارح وجه تنافی بین آن دو حکم ـ یعنی حکم مجلس درس و حکم کتاب «شرایع» ـ را بیان می‌فرماید) یعنی، زیرا وقتی که عیب ضمانش بر بایع بود (که محقق در ابتدای عبارت «شرایع» حکم به آن کرد که: من مال البایع) همانند ضمان تمام مبیع (در صورتی که تمام مبیع تلف شود که شارح از کتاب «شرایع» نقل فرمود: وکذا التلف) لازم می‌گیرد محقق را که حکم کند به دادن ارش فقط ـ چون در ضمان بایع بودن جزء مبیع (یعنی عیب و نقص) معنایی ندارد مگر ثبوت ارش بر بایع، زیرا ارش، عوض همان جزء فوت شده از مبیع است ـ و یا (حکم کند به) مخیر بودن بین ارش و بین ردّ مبیع (و وقتی خود محقق در کتاب «شرایع» گرفتن ارش را نفی کرده، پس منحصر می‌شود حق مشتری در رد کردن مبیع بواسطه حدوث آن عیب، و حال آنکه در مجلس درس، حکم کرده که حق رد کردن بواسطه حدوث عیب را ندارد، بلکه فقط حق رد کردن بواسطه خیار قبلی را دارد).

أو التخییر... عطف است بر ـ بالارش ـ چنانکه ترجمه کردیم **کما أن ضمان...** یعنی همانطوری که (در صورت تلف کل مبیع) ضمان کل مبیع معنایش آن است که (مشتری مخیر است بین اینکه معامله را فسخ کند و) رجوع کند به تمام عوض مبیع که ثمن می‌باشد (و بین اینکه معامله را فسخ نکند و مثل یا قیمت مبیع را بگیرد).

والأقوى التخيير بين الرد والأرش كالمتقدم، لاشتراكهما في ضمان البائع، وعدم المانعية من الرد وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما ﷺ.
ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق، لكونه غير مضمون على البائع، مع تغير المبيع، فإن رده مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في السابق الأرش خاصة.

و الأقوى التخيير.. توضیح: شارح می‌فرماید که اقوی در نظر ما آن است که بواسطه عیب حادث در زمان خیار، مشتری مخیر است بین برهم زدن معامله و بین قبول آن و گرفتن ارش (نه اینکه فقط حق برهم زدن داشته باشد، چنانکه نظر محقق در کتاب «شرایع» بود) همانطوری که بواسطه عیب حادث در غیر زمان خیار قبل از قبض نیز حکم چنین بود که مشتری مخیر بین فسخ و بین ارش بود، چنانکه در ابتدای مسأله أولیٰ دانسته شد.

و دلیل بر آن دو چیز است:

۱. اینکه هر دو عیب (عیب قبل از قبض و عیب در زمان خیار بعد از قبض) مشترکند در اینکه مبیع ضمانش به عهده بایع است و همانطوری که دانسته شد ضمان بایع مقتضی ثبوت ارش فقط و یا تخییر بین ارش ورد می‌باشد.

۲. اینکه مانعی از رد کردن مبیع و برهم زدن معامله بواسطه حدوث عیب در زمان خیار نیست، زیرا همانطوری که خیار قبلی مقتضی جواز ردّ است، حدوث عیب هم مقتضی رد باشد، مانعی نخواهد داشت.

و قولی که ما اختیار کردیم موافق مختار استاد محقق حلی، مرحوم ابن نما است.

ترجمه و شرح عبارت: **کالمتقدّم...** یعنی مثل عیبی که ذکرش گذشت در مسأله أولیٰ و آن عیب حادث قبل از قبض و در غیر زمان خیار می‌باشد **و عدم المانعیّة...**

عطف است بر ـ اشتراکهما ـ و دلیل دوم است **و هو المنقول**... یعنی قول به تخییر **شیخه** یعنی استاد محقق.

ولو کان حدوث... توضیح: اگر حیوانی که در زمان خیار، معیوب شده است، بعد ازگذشتن زمان خیار نیز دوباره معیوب گردد، در این صورت حق ردّی که مشتری بواسطه عیب سابق داشت ساقط می‌گردد، زیرا مبیع معیوب به عیب سابق (در زمان خیار) درصورتی به عهده بایع است که ازآن حالت، متغیر نشود و به همان عیب باقی بوده باشد، و حال آنکه فرض آن است که بعد ازگذشتن زمان خیار، عیب دیگری درمبیع، حادث شده است و مبیع تغیر پیدا کرده است.

بنابراین، مشتری بواسطه عیب سابق، فقط حق گرفتن ارش خواهد داشت.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کان**... یعنی اگر حدوث عیب (مقصود عیب دیگری است غیر از عیب سابق) بعد از سه روز (خیار حیوان) باشد، این عیب مانع از رد کردن مبیع بواسطه وجود عیب سابق می‌شود (یعنی مشتری حق رد کردن مبیع بواسطه عیب سابق نخواهد داشت) زیرا عیب جدید، ضمانش به عهده بایع نیست با فرض اینکه مبیع (به خاطر این عیب) متغیر شده است، چون رد کردن مبیع (به جهت عیب سابق) مشروط به آن است که باقی باشد بر حالتی که داشت (یعنی به همان حالت معیوبی سابق مانده باشد و حال آنکه به آن حالت باقی نمانده و عیب جدید در آن حادث شده است) پس (وقتی که حق رد کردن ساقط گردید) ثابت می‌شود بواسطه عیب سابق، گرفتن ارش فقط.

الردَّ مفعول است برای ـ منع ـ و فاعل آن ضمیری است مقدر که به حدوث عیب برمی‌گردد.

(الثالثة: لو ظهرت الأمة مستحقة فاغرم) المشتري (الواطئ العشر) إن كانت بكرا، (أو نصفه) إن كانت ثيبا، لما تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري ـ عالما كان أم جاهلا ـ بالعين ومنافعها المستوفاة وغيرها، فإن ذلك هو عوض بضع الأمة، للنص الدال على ذلك.

مسأله سوم ـ مال غیر درآمدن کنیز

(الثالثة: لوظهرت الأمة... توضیح: اگرمشتری، کنیزی را خرید وبا او همبستر شد، سپس معلوم شود که کنیز مزبور مال غیر بوده و ملک بایع نبوده، بلکه بایع آن را غصب کرده و به مشتری فروخته است، در اینجا مالک اصلی حق دارد کنیز را از دست مشتری بگیرد، و نیز حق دارد مهرکنیز را از او بگیرد به خاطر همبستر شدن با او، و مهرکنیز در صورتی که باکره (یعنی به اصطلاح دست اول) بوده باشد، یک دهم قیمت اوست، و در صورتی که ثیب (دست دوم) بوده باشد، یک بیستم قیمت اوست.

و نیز حق دارد اجرت منافع کنیز را از مشتری بگیرد، چه منافعی که آن را از کنیز بهره برده است (از قبیل خدمتکاری و مانند آن) و چه منافعی که بهره نبرده و زیردست مشتری فوت شده (و این را مصنف بعداً ذکر خواهد کرد).

و دلیل اینکه حق دارد خود کنیز و اجرت منافع او را بگیرد آن است که ـ چنانکه در مبحث بیع فضولی گذشت ـ مالک اصلی عین، حق دارد آن را و اجرت منافع آن را از مشتری بگیرد، خواه مشتری آگاه از قضیه بوده باشد (که این عین، مال دیگری است) و خواه آگاه از آن نبوده باشد.

واما دلیل براینکه حق دارد مهرکنیزرا به مقدارمزبوربگیرد، آن است که آن مقدار چنانکه درروایات آمده است عوض همبسترشدن باکنیزاست.

ترجمه وشرح عبارت: **لوظهرت**... یعنی اگرآشکارشود که کنیز، مال غیراست (نه مال فروشنده) ودرنتیجه مشتری که وطی کننده کنیزاست غرامت کشید (برای مالک اصلی) یک دهم قیمت آن را ـ اگرکنیزباکره بود ـ ویا نصف یک دهم را (یعنی یک بیستم قیمتش را) اگرکنیزغیرباکره بود.

(تذکراین نکته لازم است که جواب ـ لو ـ شرطیه درعبارت مصنف، بعداً در صفحه دیگرخواهد آمد وآن جمله ـ رجع بها علی البائع ـ می‌باشد وحاصل مقصود مصنف آن است که بعد ازآنکه مشتری، غرامت مهروهمچنین غرامتهای دیگررا ـ که بعداً درعبارت مصنف ذکرخواهد شد ـ به مالک اصلی داد، مشتری حق دارد رجوع به فروشنده غاصب کند وغرامت‌ها را ازاوبگیرد درصورتی که مشتری آگاه از قضیه نبوده باشد).

لما تقدّم من جواز.. (این مطلب سابقاً درمبحث بیع فضولی درفصل ثانی گذشت، درآنجاکه مالک اصلی عین، بیع فضولی را اجازه ندهد، وعبارت مصنف وشارح درآنجا این است که: «فان لم یجزانتزعه من المشتری لانه عین ماله، ولو تصرّف المشتری فیه بماله أجرة رجع بها علیه، بل له الرجوع بعوض المنافع وإن لم یستوفها... لأنه حینئذ کالغاصب وان کان جاهلاً»).

مؤلف گوید: احتمال دارد که علت مزبور، مربوط به مطالب بعدی باشد که مصنف درعبارتش ذکرکرده، یعنی علت است برای غرامت کشیدن مشتری به مالک، اجرت منافع بهره برداری شده وغیرآن منافع راکه مصنف درعبارات آینده ذکرنموده وآن اینکه فرموده: «أُغرم أُجرة...» وشارح علت آن را دراینجا اول ذکرکرده است.

و احتمال دارد که علت مزبور، علت کلی باشد که شامل غرامت عُشر قیمت یا نصف آن هم می‌شود بنابراینکه همبستر شدن را از منافع مستوفات بشماریم، پس طبق این احتمال، جمله بعدی ـ فان ذلک... ـ بیان می‌شود بر اینکه عشر قیمت یا نصف آن داخل است در اجرت منافع مستوفات، زیرا مبلغ مزبور عوض انتفاع و بهره برداری از بضع کنیز است، چنانکه عوض بودن آن در روایات آمده است.

عالماً کان... یعنی خواه مشتری، آگاه بوده باشد از قضیه، یا اینکه آگاه نبوده باشد **بالعین**... متعلق است به ـ رجوع ـ یعنی خود مال را از مشتری بگیرد **المستوفاة** یعنی استیفاء و بهره برداری شده (مقصود آن است که اجرت منافع مزبور را از مشتری بگیرد) **و غیرها** یعنی منافعی که بهره برداری نشده و زیر دست مشتری فوت شده.

فإن ذلک... (در نسخه چاپ سنگی این عبارت با فاء ـ یعنی فانّ ـ می‌باشد، ولی صحیح در نسخه آن است که این عبارت با ـ واو ـ باشد نه با ـ فاء ـ چنانکه در دو نسخه چاپی و یک نسخه خطی چنین می‌باشد و علاوه بر آن، گوئیم که با ـ فاء ـ معنای عبارت درست نمی‌شود تأمل کنید).

عبارت مزبور طبق نسخه‌ای که با واو می‌باشد معطوف است بر ـ ماتقدم ـ و تقدیر عبارت چنین است که: «ولان ذلک هو عوض...» و این عبارت علت دوم است برای خصوص غرامت عُشر یا نصف عُشر، پس ترجمه عبارت این می‌شود که: یک دهم یا یک بیستم، عوض همبستر شدن با کنیز می‌باشد، به دلیل روایتی که دلالت بر آن دارد، پس نسخه مزبور موافق است با احتمال اوّلی که برای ـ لما تقدم ـ ذکر کردیم.

و نسخه ـ فاء ـ را هم می‌توان توجیه کرد که بگوئیم: تعلیل است بر اینکه غرامت عشر یا نصف عشر چگونه داخل در اجرت منافع مستوفات می‌باشد، و این نسخه موافق است با احتمال دومی که برای ـ لما تقدّم ـ ذکر کردیم. تأمل کنید. **بُضعُ** به ضم باء و سکون ضاد، یعنی همبستر شدن و یا فرج زن.

(أو مهر المثل) لأنه القاعدة الكلية في عوض البضع بمنزلة قيمة المثل في غيره، وإطراحا للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه، وهذا الترديد توقف من المصنف في الحكم، أو إشارة إلى القولين، لا تخيير بين الأمرين، والمشهور منهما الأول، (و) أغرم (الأجرة) عما استوفاه من منافعها، أو فاتت تحت يده.

(أو مهر المثل)... توضیح: بعضی از فقها گفته‌اند که مشتری در عوض همبستر شدن با کنیز، باید به مقدار «مهر المثل» (یعنی به مقدار مهریه کنیزان هم ردیف او) به مالک اصلی بپردازد، نه عُشر قیمت یا نصف عشر آن که قول اول بود.

و دلیل این قول آن است که قاعده کلی در باب مهرزن اگر تعیین نشده باشد، باید در عوض همبستر شدن با زن، مهر المثل داد چه در زن آزاده و چه در کنیز همانند قیمت المثل در غیر مهر که قاعده کلی آن است که اگر کسی در مال کسی تصرف نمود و آن را تلف کرد، باید قیمت المثل آن را به صاحبش بدهد.

و قائلین به قول مزبور، آن روایتی که دلالت بر عشر یا نصف عشر می‌کند را عمل نکرده‌اند.

سپس شارح می‌فرماید: اینکه مصنف مهر المثل، را با کلمه ـ او ـ عطف کرده علتش آن است که یا خود مصنف نتوانسته یکی از دو قول را اختیار کند و توقف در حکم کرده است و یا خواسته اشاره به دو قول مزبور نماید بدون آنکه نظر خود را بیان نماید.

نه اینکه عطف به ـ او ـ تخییر را برساند که مصنف خواسته باشد نظر خود را به تخییر بین آن دو، اعلام نماید (و آن دو، عبارت است از: عشر یا نصف عشر مهر المثل).

ناگفته نماند که مشهور، قول اول را قائلند یعنی عشر یا نصف عشر.

ترجمه و شرح عبارت: **أو مهر المثل**... یعنی و یا مشتری غرامت بدهد مهر المثل را (و دلیل آن دو چیز است: اول) زیرا مهر المثل قاعده کلی است در عوض بهره برداری از بضع (فرج زن و همبستر شدن با او) همانند قیمة المثل در غیر مهر.

مهر المثل یعنی مهریه‌ای مثل مهریه زنان همردیف او (از نظر باکره بودن یا غیرباکره و از نظر سن و جهات دیگری که اغراض در آن جهات، مختلف می‌باشد، زیرا مهر المثل زنان باکره با مهر المثل زنان غیر باکره مختلف است و همچنین در جهات دیگر) **و إطراحاً**.. (دلیل دوم است) یعنی و عمل نشده است به آن روایتی که دلالت می‌کند بر مقدار عشر یا نصف عشر.

و هذا التردید... یعنی بطور تردید ذکر کردن مصنف (یعنی عطف کردن مهر المثل را با کلمه ـ او ـ به ما قبل) توقف مصنف را می‌رساند در حکم، و یا اینکه آن تردید، اشاره است از مصنف به دو قول مذکور (قول به عشر یا نصف عشر ـ قول به مهر المثل) نه اینکه تردید مزبور معنایش تخییر بین آن دو امر باشد (که یعنی مصنف نظرش آن باشد که مشتری، اختیار دارد و مخیر است بین اینکه عشر یا نصف عشر را بدهد و بین اینکه مهر المثل را بدهد) **والمشهور**.. یعنی قول مشهور از آن دو امر، اوّلی می‌باشد.

أغرم الاجرة... توضیح: و همچنین در صورت مطالبه مالک اصلی، باید مشتری غرامت و خسارت بکشد اجرت منافعی را که از کنیز بهره برده است (مثل خدمتکاری کنیز) و یا اجرت منافعی را که از کنیز بهره نبرده و زیر دست مشتری فوت شده است، مثل اینکه مدت یک ماه از او خدمتکاری نخواسته در حالی که اگر او را اجازه می‌داد برای دیگران خدمت کند هر آینه به او فلان مقدار اجرت می‌دادند، حالا در اینجا مشتری باید آن مقدار را به مالک اصلی بدهد.

فاتت ضمیر مقدر بر می‌گردد به منافع **یده** یعنی ید مشتری.

(وقيمة الولد) يوم ولادته لو كان قد أحبلها وولدته حيا (رجع بها) أي بهذه المذكورات جمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقة، لما تقدم من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه.

والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمة على مشتريها الواطئ لها، مع استيلادها.

(وقيمة الولد)... توضیح: همچنین درصورت مطالبه مالک اصلی، باید مشتری قیمت فرزندی را که بواسطه نزدیکی مشتری با کنیز، زنده به دنیا آمده، به مالک بپردازد و باید قیمت فرزند در روز ولادت را حساب کند (و طریقه قیمت گذاری آن چنین است که آن بچه را فرض می کنند که اگر عبد بود چقدر قیمت داشت همان قیمت را بپردازد).

اگر سؤال شود که چرا مالک اصلی، حق ندارد خود بچه را از مشتری بگیرد بلکه قیمت آن را می گیرد؟

جواب آن است که چون فرزند مزبور، آزاده است نه عبد، زیرا بچه تابع اشرف والدین است و مادر آن بچه، کنیز است ولی پدر او (که مشتری است) آزاده است و انسان آزاده، اشرف از غیر آزاده می باشد، پس بچه در اینجا تابع پدرش یعنی مشتری است، بنابراین، وقتی که بچه آزاده بود، مالک اصلی کنیز، حق ندارد بچه آزاد را بگیرد و مالک آن گردد، و از طرف دیگر چون بچه مزبور، از منافع کنیز محسوب می شود که بر مالک تفویت شده، بدین جهت درصورت مطالبه مالک اصلی باید مشتری قیمت بچه را به او بپردازد.

ترجمه وشرح عبارت: **وقيمة الولد** (عطف است بر ـ الأجرة ـ یعنی وأغرم قيمة الولد) یعنی و نیز مشتری غرامت کشیده باشد قیمت بچه را (به مالک اصلی) قیمت

روز ولادتش را در صورتی که مشتری آن کنیز را آبستن کرده و کنیز آن بچه را زنده زاییده باشد.

رجع بها، أي بهذه المذكورات... توضیح: بعد از آنکه مالک اصلی رجوع به مشتری کرد و غرامت‌های مزبوره را از مشتری گرفت، مشتری هم حق دارد رجوع به بایع کند و عوض غرامت‌هایی را که کشیده از او بگیرد. البته فقط در صورتی می‌تواند رجوع به بایع کند که مشتری جاهل به فضولی بودن معامله بوده باشد، یعنی جاهل بوده به اینکه کنیز مال شخص دیگر بوده نه مال بایع.

و دلیل رجوع مشتری به بایع ـ چنانکه در مبحث بیع فضولی گذشت ـ آن است که اگر مشتری، جاهل به بطلان بیع بوده (بواسطه اینکه یکی از شرایط صحت بیع آن است که مبیع ملک بایع بوده باشد و مشتری خیال می‌کرد که مبیع ملک بایع است در حالی که در واقع ملک او نبوده) سپس معلوم شود که بیع باطل بوده، حق دارد تمام خرج‌ها و غرامت‌هایی که کشیده است را از بایع بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **رجع بها...** این جمله جواب ـ لو ـ شرطیه در اول عبارت مصنف می‌باشد (لو ظهرت الأمة...) یعنی مشتری حق دارد رجوع کند به غرامت‌های مذکوره ـ تمام آنها ـ بر بایع، در صورتی که مشتری جاهل بوده به اینکه کنیز مال شخص دیگر است.

جُمَع (به ضم جیم و فتح میم) از الفاظ تأکید است که تأکید می‌کند مذکورات را، یعنی همه مذکورات **لما تقدّم...** (علت است برای جواز رجوع مشتری به بایع) یعنی به دلیل آنچه که گذشت (در مبحث بیع فضولی) که مشتری در صورت جهلش به بطلان بیع می‌تواند رجوع کند بر بایع به تمام غرامت‌هایی که کشیده (مثلاً اگر مبیع حیوان بود و مشتری خرج نگهداری و علوفه آن را داده باشد و یا در جنس‌های دیگر اگر

مشـتری خرج حمّالی یا نگهبانی یا انبارداری آن را داده باشـد می‌تواند آنها را از بایع بگیرد).

و الغرض... گویا جواب از سؤال مقدراست، توضیحش آنکه اگرکسی سؤال کند که شـما دلیل احکامی که دراین مسـاله سـوم ذکرشـد را حواله به بحث‌های سـابق دادید (مبحث بیع فضـولی) وگفتید دلیل آن قبلاً ذکرشـد، وآن اینکه مالک اصـلی حق دارد به مشـتری رجوع کند ومشـتری هم حق دارد به بایع رجوع کند، بنابراین، چرا مصنف دوباره این مسأله را دراینجا مطرح کرده است؟

جواب می‌فرماید به اینکه: غرض مصنف ازطرح این مسأله دراینجا آن است که مقدارغرامتی راکه مالک اصـلی حق دارد ازمشـتری (بعد ازوطی کردن اوکنیزرا و متولد شـدن بچه) بگیرد را بیان کند **هذه** یعنی این مسأله سوم **مشتریها** یعنی مشتری امه که وطی کننده اوبوده واورا بچه‌دار کرده.

ولا فرق في ثبوت العقر بالوطء بين علم الأمة بعدم صحة البيع، وجهلها على أصح القولين، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، لأن ذلك حق للمولى ولا" تزر وازرة وزر أخرى "، ولا تصير بذلك أم ولد، لأنها في نفس الأمر ملك غير الواطئ.

ولا فرق في ثبوت... توضیح: غرامتی که مالک اصلی، حق دارد درمقابل همبستر شدن باکنیزازمشتری بگیرد (عشریا نصف عشر ـ مهرالمثل) فرقی درآن نیست بین اینکه کنیزمی‌دانسته بیعش صحیح نبوده (چون مال دیگری بوده نه مال بایع) یا نمی‌دانسته.

واین فرق نبودن صحیح‌ترین دوقول است که دراین مسأله می‌باشد، واطلاق عبارت مصنف نیزآن را اقتضا می‌کند، زیرا اگردرنظرمصنف فرقی می‌بود، هرآینه اشاره به آن می‌نمود. ولی درمقابل، بعضی فرق گذاشته‌اند وگفته‌اند درصورت علم کنیزبه بطلان بیع، مالک اصلی حق ندارد مهرازمشتری بگیرد.

دلیل قول اول (یعنی عدم فرق که حتی درصورت علم کنیزبه بطلان بیع، مالک اصلی حق دارد مهرازمشتری بگیرد) آن است که مهرآن، حقی است برای مالک اصلی (چون کنیزملک مولی است واجرت منافع اوهم مال مولایش خواهد بود) و وقتی کنیزمی‌دانست بیع باطل است نمی‌بایست زیربارمشتری برود واقدام به نزدیکی با اوکند، حال که ازروی میل ورغبت اقدام به نزدیکی کرده، عاصی وگنهکار است ولی درعین حال بواسطه عصیان او، مهرش که تعلق به مالک اصلی دارد ساقط نمی‌گردد ومالکش ازگرفتن مهرمحروم نخواهد بود، زیرا اگرمهرساقط گردد معنایش آن است که مالک اصلی، مؤاخذه شده به گناه کنیزش واین خلاف

مقتضای آیه ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[1] می‌باشد، چون معنای آیه این است که هرکس عقوبت گناه خود را به دوش خواهد کشید نه اینکه به گناه دیگری، مؤاخذه گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **العُقر** (به ضم عین و سکون قاف) مقصود آن مالی است که مالک اصلی از مشتری می‌گیرد به جهت نزدیکی مشتری با کنیز، و آن عشر یا نصف عشر طبق قول بعضی، و یا مهر المثل است طبق قول بعضی دیگر **بالوطي** یعنی به سبب وطی و نزدیکی مشتری.

و هو الذي... یعنی و همین عدم فرق را اقتضا می‌کند اطلاق عبارت مصنف **لأن ذلک**... علت عدم فرق است و «ذلک» اشاره است به ثبوت عقر **للمولیٰ** که همان مالک اصلی کنیز می‌باشد **و لا تزر**... ترجمه آیه: «برندارد ـ و به دوش نکشد ـ هیچ نفس بردارنده ای، بارگناه شخص دیگری را».

و لا تصیر بذلک... مطلب دیگری است توضیحش اینکه: کنیز مزبور بواسطه بچه‌دار شدنش از مشتری، ام ولد محسوب نمی‌شود تا احکام ام ولد بر آن جاری شود (که یکی از احکام آن این است که تا وقتی که بچه زنده است، مولایش نتواند او را بفروشد تا بعد از مردن مولی، از سهم فرزند آزاد گردد) زیرا در واقع، مالک اصلی او، مشتری ـ که وطی کننده است ـ نیست و معلوم است که در صورتی کنیز، ام‌ولد می‌شود که از مالک و مولای خود بچه‌دار شود نه از شخص دیگر.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا تصیر** ضمیر مقدر برمی‌گردد به ـ أمة ـ **بذلک** یعنی به سبب بچه‌دار شدن کنیز از مشتری **أم ولد** یعنی ام ولد نمی‌گردد **لأنها**... یعنی زیرا آن کنیز در واقع مال غیر وطی کننده است (یعنی غیر مشتری که وطی کننده کنیز است).

---

[1] سوره انعام، آیه ١٦٤.

وفي «الدروس» لا يرجع عليه بالمهر إلا مع الإكراه، استنادا إلى أنه لا مهر لبغي، ويضعف بما مر وأن المهر المنفي مهر الحرة بظاهر الاستحقاق، ونسبة المهر، ومن ثم يطلق عليها المهيرة، ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها مضافا إلى ما تقدم، ولو ماتت ضمن القيمة.

نظريه مصنف درکتاب «دروس»

وفي «الدروس» لا يرجع... توضیح: مرحوم مصنف درکتاب «دروس، تفصیل داده درگرفتن مهر از مشتری به اینکه:

در صورتی که کنیز از روی رضایت، اقدام به نزدیکی با مشتری کرده بود، مالک اصلی حق مهرگرفتن از مشتری ندارد، زیرا در این صورت کنیز، زانیه محسوب است و طبق روایت **«لا مهر لبغیّ»** زن زانیه، استحقاق مهر ندارد.

و اما در صورتی که مشتری او را اجبار به نزدیکی کرده باشد، مالک اصلی حق مهر گرفتن از مشتری را دارد.

شارح دو جواب از آن می‌دهد:

١. چنانکه در بالا بیان شد مهر، حق مولی و مالک کنیز است نه حق کنیز، پس زانیه بودن کنیز بواسطه رضایتش به نزدیکی، حق مالکش را ساقط نمی‌کند.

٢. اینکه مهری که در روایت بالا، از زانیه نفی شده، مهر زن آزاده‌ای است که زانیه باشد و شاهد ما بر آن، دو چیز است:

اول: اینکه لام در «لبغیّ» برای ملکیت و استحقاق است، یعنی معنای روایت این است که زن زانیه استحقاق مهر ندارد، و معلوم است که نفی استحقاق در جایی صحیح است که مورد نفی، صلاحیت برای استحقاق را داشته باشد و به خاطر جهتی، استحقاق از او نفی شده.

بنابراین، در روایت وقتی که استحقاق مهر را از زن زانیه، نفی کرد استفاده می‌شود که مورد نفی ـ زن زانیه ـ آن زنی است که استحقاق مهر در غیر صورت زنا را دارد و به خاطر زنا، استحقاق از او نفی شده است، و معلوم است که زنی که در غیر صورت زنا استحقاق مهر را دارد همانا زن آزاده فقط می‌باشد که طبق آن روایت در صورت زنا استحقاق مهر نخواهد داشت.

و با این بیان، چون کنیز حتی در صورت غیر زنا، مستحق و مالک مهر نمی‌تواند بشود (زیرا خود او و منافعش از آنِ مولایش می‌باشد و مولایش مستحق مهر اوست) بدین جهت کنیز از مورد روایت، خارج خواهد بود، و در نتیجه مقصود از مهر نفی شده در روایت، مهر زن آزاده خواهد بود نه کنیز.

دوم: اینکه ضمیر مقدر در بغیّ ـ که بر وزن فعیل است ـ برمی‌گردد به زنی که ذات المهر است، و تقدیر عبارت چنین است که (لا مهر لذات المهر البغی) یعنی مهری نیست برای زنی که استحقاق مهر داشته و زنا کند، و معلوم است که زن ذات المهر همانا زن آزاده است نه کنیز، زیرا کنیز استحقاق مهر نداشته و مهر به او نسبت داده نمی‌شود، چنانکه در وجه اول نیز دانسته شد.

و شاهد بر آنکه ذات المهر ـ از جهت استحقاق ـ همانا زن آزاده است نه کنیز، این است که فقط به زن آزاده «مهیرة» گفته می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و في «الدروس»**... یعنی و در کتاب «دروس» فرموده که: مالک اصلی حق ندارد رجوع کند به مشتری برای گرفتن مهر کنیز، مگر در صورتی که اجبار کرده باشد مشتری، کنیز را در نزدیکی کردن (واما در صورتی که خود کنیز، راضی باشد به نزدیکی، دیگر مالک اصلی حق ندارد مهر او را از مشتری بگیرد) و مصنف استدلال کرده به اینکه (کنیز بواسطه راضی بودن، زناکار محسوب است و در حدیث است که:) «مهری نیست برای زن زناکار».

و(شارح می‌فرماید که:) تضعیف می‌شود قول مزبور، (اول:) به آنچه در بالا گذشت (به اینکه مهر، حق مولی است و به گناه کنیز، حق مولی ساقط نمی‌گردد) و(دوم به) اینکه مهری که نفی شده (در حدیث گذشته) مهر زن آزاده می‌باشد، به قرینه ظاهر استحقاق (که از لام در ـ لبغیّ ـ استفاده می‌شود) و قرینه نسبت دادن مهر (به اینکه ضمیر مقدر در ـ بغي ـ برمی‌گردد به ذات المهر، و آن غیر از زن آزاده، کسی دیگر نخواهد بود به توضیحی که گذشت) و شاهد بر اینکه زن آزاده استحقاق مهر دارد نه غیر او آن است که بر زن آزاده، «مهیرة» اطلاق می‌گردد.

و لو نقصت بالولادة... توضیح: فرع دیگر است توضیحش اینکه: اگر کنیز در اثر زایمان، نقص عضوی پیدا کند و معیوب گردد، در اینجا مشتری علاوه بر ضمان غرامتهای سابق، ضامن این نقص نیز می‌باشد، یعنی باید تفاوت قیمت کنیز سالم با قیمت کنیز معیوب را به مالک اصلی بپردازد.

و اگر کنیز در وقت زایمان بمیرد، مشتری ضامن قیمت آن می‌باشد، یعنی تمام قیمتش را باید به مالک بپردازد **ما تقدّم** یعنی غرامت‌هایی که در بالا گذشت.

وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكرا، أم يقتصر على أحد الأمرين؟ وجهان، أجودهما عدم التداخل، لأن أحد الأمرين عوض الوطء، وأرش البكارة عوض جناية، فلا يدخل أحدهما في الآخر.

ولو كان المشتري عالما باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشئ، ولو علم مع ذلك بالتحريم كان زانيا، والولد رق، وعليه المهر مطلقا، ولو اختلفت حاله ـ بأن كان جاهلا عند البيع، ثم تجدد له العلم ـ رجع بما غرمه حال الجهل، وسقط الباقي.

وهل يضمن... فرع دیگری است توضیحش آنکه: در صورتی که کنیز، باکره (دست اول) بوده باشد آیا بواسطه همبسترشدن مشتری، فقط عُشر قیمت (ویا مهرالمثل بنابر قول دیگر) را مشتری ضامن است یا اینکه علاوه برآن، ارش بکارت را هم به خاطر از بین رفتن بکارت او ضامن است، یعنی باید تفاوت قیمت باکره بودن و قیمت ثیب شدنش را هم بدهد؟ و به عبارت دیگر: آیا آن دو غرامت، تداخل می‌کنند به اینکه عشر قیمت فقط کفایت می‌کند یا اینکه تداخل نمی‌کنند و باید هر دو غرامت را بپردازد؟ دو احتمال است:

شارح احتمال دوم را ترجیح می‌دهد، و آن اینکه: تداخل نمی‌کنند، زیرا عشر قیمت، عوض همبسترشدن با اوست (یعنی عوض بهره برداری از او بواسطه نزدیکی کردن است) و امّا ارش بکارت عوض جنایت بر اوست، یعنی عوض از بین بردن بکارت اوست، پس چون سبب‌ها مختلف است (یکی همبسترشدن و دوّمی از بین بردن بکارت) مسببات نیز مختلف خواهد بود، پس وجهی برای تداخل مسببات نمی‌باشد و باید هر دو غرامت را مشتری به مالک بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: **و هل يضمن...** یعنی آیا مشتری، ضامن است (برای مالک) علاوه بر غرامتی که ذکر شد، ارش بکارت را در صورتی که کنیز باکره بوده باشد، یا اینکه (ضامن نیست ارش بکارت را بلکه) اکتفا کند بر یکی از دو امر (عشر قیمت

بنابر قول مشهور، یا مهر المثل بنابر قول دیگر) دو احتمال می‌باشد، بهترین آنها (احتمال اول است یعنی) عدم تداخل است (پس باید هم عشر قیمت را بدهد و هم ارش بکارت را) زیرا یکی از آن دو امر در عوض همبستر شدن است، و ارش بکارت در عوضی جنایتی است که بر کنیز وارد شده (که از بین رفتن بکارت اوست بواسطه وطی) پس داخل نمی‌شود یکی از آنها (یعنی ارش بکارت) در دیگری (یعنی عوض وطی که عشر قیمت یا مهر المثل باشد).

و لو کان المشتري... توضیح: چنانکه در عبارت مصنف گذشت: بعد از آنکه مالک غرامت‌های مزبور را از مشتری گرفت، مشتری نیز حق دارد رجوع به بایع کند و تمام آن غرامت‌ها را از او بگیرد، ولی این رجوع مشتری در صورتی است که او جاهل به قضیه باشد، یعنی نمی‌دانسته که کنیز مال شخص دیگر است نه بایع.

حال در اینجا می‌فرماید: اگر مشتری در حال بهره برداری از کنیز، از قضیه آگاه باشد، حق ندارد غرامت‌های مزبور را از بایع بگیرد، و اگر چنانچه علاوه بر آگاهی از اصل قضیه، نیز بداند که بهره برداری از کنیز در آن صورت حرام است هر آینه مشتری، زانی محسوب خواهد بود و بچه‌ای که از نطفه او منعقد می‌شود عبد مالک اصلی خواهد شد، چون آن بچه از جهت آنکه ولد الزنا است، شرعاً بچه مشتری نیست و از طرفی آن بچه از منافع کنیز محسوب می‌شود، و معلوم است که منفعت عین، تابع خود عین است، پس عین، مال هر کسی باشد منفعت آن هم مال او خواهد بود، و در اینجا چون کنیز مال مالک اصلی است، پس بچه هم که منفعت آن است مال او خواهد بود.

و به هر حال از جهت آنکه مشتری آگاه از اصل قضیه می‌باشد، باید مهر کنیز را به مالک بپردازد خواه حرمت را هم بداند یا نه.

ترجمه وشرح عبارت: **ولوکان**... (چنانکه ازتوضیح بالا دانسته شد این مسأله ناظراست به قیدی که درعبارت مصنف است یعنی قید ـ مع جهله ـ) یعنی اگر مشتری، عالم بوده باشد به استحقاق کنیز(یعنی به اینکه آن کنیزمال شخص دیگر است نه بایع) درحال بهره برداری ازکنیز، دیگرحق ندارد رجوع کند (به بایع) برای گرفتن چیزی (ازغرامت‌هایی که به مالک اصلی پرداخته است).

واگرچنانچه مشتری ـ علاوه بردانستن استحقاق آن ـ بداند تحریم بهره برداری از کنیزرا، هرآینه مشتری زناکارمحسوب خواهد بود، وبچه (منعقد شده ازنطفه مشتری) عبد مالک اصلی خواهد بود، وبرعهده مشتری است که مهرکنیزرا به مالک بپردازد، مطلقا یعنی خواه مشتری علم به تحریم بهره برداری داشته باشد وخواه نه **المهر** مقصود مهرالمثل است طبق قول غیرمشهور، واما بنابرقول مشهورباید عشر قیمت یا نصف آن را بدهد چنانکه سابقاگذشت.

واحتمال دارد که مقصود شارح ازمهردراینجا معنای عام باشدکه شامل هردو قول می‌شود.

و لو إختلف... فرع دیگری است توضیحش آنکه: اگرچنانچه مشتری ازنظر آگاهی ازقضیه دوحال مختلف داشت به این معنی که درحال خریدن، جاهل به قضیه بود ولی بعداً اطلاع ازآن پیدا کرد، دراینجا حکم این است که نسبت به غرامت‌هایی که درحال جهل به قضیه، به مالک اصلی پرداخته است می‌تواند به بایع رجوع کند وازاوبگیرد، واما غرامت‌هایی که بعد ازاطلاع ازقضیه به مالک پرداخته، حق ندارد ازبایع بگیرد.

مثلاً اگربعد ازخریدن، همبسترشد باکنیزدرحالتی که جاهل به قضیه بود، سپس اطلاع پیداکرد ودرحال اطلاعش کنیزرا به خدمتکاری کشید، دراین صورت نسبت به غرامت قیمت عشریا مهرالمثل، حق دارد به بایع رجوع کند ولی نسبت به

غرامت اجرت منافع (خدمتکاری) حق ندارد به بایع رجوع کند **و سقط الباقي** یعنی ساقط می‌شود غرامتی که بعد از اطلاع، به مالک پرداخته است (و مقصود از سقوط آن غرامت آن است که مشتری حق ندارد رجوع به بایع کند و آن را از او بگیرد).

(الرابعة: لو اختلف مولى مأذون) وغيره (في عبد أعتقه المأذون عن الغير، ولا بينة) لمولى المأذون ولا للغير (حلف المولى) أي مولى المأذون واسترق العبد المعتق، لأن يده على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدما على من خرج عند عدم البينة.

مسأله چهارم ـ اختلاف مولای عبد مأذون با دیگران

(الرابعة: لو إختلف... توضیح: با توجه به روایتی که درمورد این مسأله آمده است، صورت مسأله چنین است که اگر مولایی به بنده خود اذن بدهد که برای او وبرای دیگران تجارت کند، سپس شخصی به این بنده مأذون، مالی بدهد که با آن بنده ای را بخرد و از طرف او آزاد کند و باقی پول را به عبد آزاد شده بدهد تا از جانب صاحب مال حج انجام دهد، سپس قبل از آنکه بنده مأذون برای خریدن بنده اقدام کند، صاحب مال بمیرد آنگاه بنده مأذون جهت انجام خواسته صاحب مال، پدرخود راکه بنده مولای دیگری بود بخرد و آزاد کند و باقی مال را به پدرآزاد شده بدهد تا ازجانب صاحب مال حج کند.

حال پس از خریدن پدر، مولای عبد مأذون و مولای عبد آزاد شده (یعنی مولای پدر) و ورثه صاحب مال با یکدیگر نزاع کنند و هریک بگوید که: آن عبد مأذون، پدرش را ازمال من خریده است واکنون آن پدر، مال من می‌باشد به این بیان که:

۱. ورثه صاحب مال ادعا کنند که صاحب مال، به عبد مأذون اذن نداده بود که عبد خریداری شده را آزاد کند، بلکه فقط اذن درخریدن آن داده بود، بنابراین، چون صاحب مال مُرد، مال او به ارث به ما رسیده است وعبد مزبور (یعنی پدر) ازمال آنها خریداری شده پس الان آن پدر، عبد ما می‌باشد.

۲. مولای عبد مأذون ادعا کند که عبد مأذون، پدرش را از مال من خریده است، بنابراین، آن پدر، عبد من می‌باشد.

۳. مولای پدر ادعا می‌کند که من به عبد مأذون، مالی داده بودم که برای من هم تجارت کند، و عبد مأذون اشتباهاً با مال خودم عبد خودم را (که پدر عبد مأذون است) از من خریده است، بنابراین، بیع باطل است، چون ثمن و مثمن از یک مال است و نتیجه آنکه اکنون عبد، در ملک من باقی است و از ملک من خارج نگردیده تا آزاد شده باشد از جانب صاحب مالی که مرده است.

حال ببینیم که در اختلاف و نزاع بالا قول کدامیک مقدم است و حق با کیست؟ قبل از آنکه اقوال را نقل کنیم تذکر دو نکته لازم است:

یکی اینکه: بحث در صورتی است که هیچیک از صاحبان ادّعا، بینه (یعنی شاهد) برای ادعای خود نداشته باشد.

دوم اینکه: مصنف در اینجا اختلاف بین دو نفر را فقط مطرح کرده است که آن، اختلاف بین مولای عبد مأذون و مولای پدر می‌باشد و دیگر ادعای ورثه صاحب مال را مطرح نکرده است. بدین جهت ما نیز در توضیح عبارات مصنف در ابتدا، ادعای ورثه صاحب مال را مطرح نمی‌کنیم و بعداً در توضیح عبارات شارح مطرح می‌کنیم.

به هر حال، در مسأله مزبور دو قول می‌باشد:

۱. قول مصنف در این کتاب که فرموده: ادعای مولای عبد مأذون، مقدم است، به این معنی که باید او قسم بخورد بر ادعایش و عبد (یعنی پدر) مال او می‌شود.

و دلیل آن این است که اکنون عبد خریداری شده (یعنی پدر) در دست عبد مأذون است و دست او دست مولایش می‌باشد، یعنی هر چه در تصرف عبد مأذون است، در حقیقت در تصرف مولای اوست، و فرض آن است که طرف نزاع یعنی مولای پدر و ورثه صاحب مال نیز اعتراف دارند به اینکه پدر، داخل در تصرف عبد مأذون شده است،

پس درحقیقت داخل درتصرف مولای عبد ماذون شده است و او «ذوالید» می‌باشد و گفته‌اند که طبق قاعده ید، قول ذوالید مقدم است برقول غیراو (یعنی طرف نزاع او).

۲. شیخ طوسی و جماعتی گفته‌اند که قول مولای پدرمقدم است، پس عبد (یعنی پدرعبد مأذون) درملک او هنوز باقی است و خارج نشده است تا وقتی که مولای عبد مأذون، بیّنه برادعای خود اقامه کند. ودلیل آنها روایتی است که درمسأله مورد بحث وارد شده است.

ترجمه و شرح عبارت: **لو إختلف**... یعنی اگر اختلاف کنند مولای عبد مأذون (یعنی عبدی که مولایش به او اذن داده که برای او و برای دیگران تجارت کند) با دیگری (مولای پدرمثلا) درمورد عبدی (یعنی پدرمثلا) که آن را عبد مأذون (با بول شخص ثالث خریده وآزادکرده ازجانب شخص ثالث، درحالی که بیّنه (دوشاهد عادل) برای مولای عبد مأذون وآن دیگری (مولای پدرمثلاً) وجود ندارد، دراینجا مولای عبد مأذون سوگند می‌خورد (وگفته اومقدم است) وعبد آزاد شده را به بردگی خود درمی‌آورد (البته مقصود آزاد شده به حسب ادعا می‌باشد نه آزاد شده به حسب واقع، چون عبدی که واقعاً آزاد شده باشد، به بردگی برنمی گردد) **لأن یده**... (علت است برای مقدم بودن قول مولای عبد مأذون) یعنی، زیرا دست مولای عبد مأذون، ثابت است برآن عبدی که دردست عبد مأذون می‌باشد (بنابراین، مولای عبد مأذون، ذوالید می‌باشد) پس ادعای اومقدم خواهد بود بر (قول) کسی که خارج است (یعنی کسی که عبد آزاد شده دردست اونیست وازتصرف اوخارج شده است وآن در فرض مثال: مولای پدراست که پدررا فروخته است) درصورتی که بینه‌ای درکارنباشد (یعنی دوشاهدی که به نفع کسی که خارج است شهادت بدهند).

(ولا فرق بين كونه) أي العبد الذي أعتقه المأذون (أبا للمأذون أولا) وإن كانت الرواية تضمنت كونه أباه، لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد.

(ولا بين دعوى مولى الأب شرائه من ماله) بأن يكون قد دفع للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده بماله، (وعدمه)، لأنه على التقدير الأول يدعى فساد البيع، ومدعي صحته مقدم، وعلى الثاني خارج، لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدم، والرواية تضمنت الأول.

(ولا فرق بين كونه)... توضیح: چنانکه دربیان صورت مسأله طبق روایتی که دراین مورد وارد شده ذکرکردیم، فرض مسأله درجایی بود که عبد مأذون، عبدی راکه برای شخص ثالث خریده وآزاد کرده، پدراوباشد.

ولی مصنف می‌فرماید که: درحکمی که گذشت فرقی نیست بین اینکه عبدی که خریداری شده، پدرعبد مأذون باشد یا اینکه پدراو نباشد، زیرا پدربودن خصوصیتی ندارد، بلکه چه پدروچه غیرپدر، هردودرآن معنایی که سبب مقدم داشتن قول ذوالید است با هم شریکند، وآن معنی عبارت است ازاینکه دست مولای عبد خریداری شده خارج ازعبد است ودست مولای عبد مأذون داخل است (وبه عبارت دیگرعبد خریداری شده ازتصرف مولایش خارج شده وبه تصرف مولای عبد مأذون درآمده است) ویدداخل مقدم برید خارج می‌باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **ولا فرق**... یعنی فرقی نیست بین اینکه آن عبدی که عبد مأذون آن را (خریداری کرده وازجانب شخص ثالث) آزاد نموده است، پدرعبد مأذون باشد یا اینکه پدراونباشد ـ هرچند روایت (روایتی که بعداً شارح نقل خواهد نمود) متضمن آن است که عبد خریداری شده، پدرعبد مأذون می‌باشد ـ **لإشتراكهما**... (علت است برای عدم فرق بین آن دوصورت) یعنی، زیرا پدربودن و پدرنبودن هردومشترکند درآن معنایی که مقتضی ترجیح وتقدیم صاحب ید است

(یعنی تقدیم قول آن کس که عبد خریداری شده در تصرف اوست و آن مولای عبد مأذون می‌باشد).

و لا بین دعوی... توضیح: مصنف می‌فرماید: نیز در حکم مزبور فرقی نیست ـ در صورتی که عبد خریداری شده، پدر عبد مأذون باشد ـ بین اینکه مولای پدر، ادعایش این باشد که عبد مأذون، پدرش را از مال خودم خریده است (به این معنی که می‌گوید: من هم به عبد مأذون، مالی داده بودم که برای من تجارت کند و عبد اشتباهاً ـ عوض اینکه با مال شخص ثالث، پدرش را از من خریداری کند ـ با مال خودم، پدرش را از من خریداری کرده یعنی با مال خودم، مال خودم را خریده است) و بین اینکه ادعایش آنگونه نباشد، بلکه ادعایش اینجور باشد که بگوید من اصلاً آن پدر را نفروخته‌ام و در ملک من باقی است.

و خلاصه اینکه: فرقی بین آن دو صورت نیست و در هر دو صورت، قول مولای عبد مأذون مقدم است، زیرا در صورت اول، نتیجه ادعای او این است که بیع مزبور باطل می‌باشد، چون ثمن و مثمن از مال یک نفر است، پس مولای پدر، ادعای بطلان بیع می‌کند و مولای عبد مأذون ادعای صحت آن را می‌نماید، و گفته‌اند که ادعای صحت مقدم بر ادعای بطلان می‌باشد.

و در صورت دوم ـ که ادعای عدم بیع می‌کند ـ باز قول مولای عبد مأذون مقدم است، زیرا از جهت آنکه فعلاً پدر در تحت تصرف عبد مأذون است، ید او ـ که ید مولایش می‌باشد ـ ید داخل است و اما مولای پدر چون قبل از آن متصرف در پدر بوده، یدش خارج از آن پدر محسوب است و گفته‌اند که در مقام معارضه آن دو ید، ید داخل مقدم بر ید خارج است.

شارح می‌فرماید: آنچه که در روایات وارده در این مسأله آمده است، همانا صورت اول فقط می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا بين**... یعنی و نیز فرقی نیست بین اینکه ادعا کند مولای پدر، خریداری شدن پدر از مال خود مولا را ـ و تصویرش به این است که مولای پدر داده باشد به عبد مأذون، مالی را که برای او تجارت کند پس عبد مأذون بخرد پدرش را از مولای پدر به مال خود مولا ـ و بین اینکه آن ادعا را نکند (بلکه ادعا کند که آن پدر را نفروخته است و در ملک او باقی است) **دفع** ضمیر مقدر برمی‌گردد به مولای أب **سیّده** ضمیر برمی‌گردد به ـ أباه ـ **بماله** ضمیر برمی‌گردد به ـ سید ـ.

لأنه علی التقدیر... (علت است برای عدم فرق بین آن دو صورت در اینکه در هر دو صورت، قول مولای عبد مأذون مقدم است) یعنی، زیرا مولای أب در فرض اول (که ادعای شراء از مال خودش می‌کند) ادعا می‌کند بطلان بیع را (ولی مولای عبد مأذون ادعا می‌کند صحت بیع را) و قول مدعی صحت بیع، مقدم می‌باشد.

و در فرض دوم، مولای أب، خارج محسوب است به جهت تعارض ید او که قبلاً بر أب مستقر بوده، با ید عبد مأذون که الان بر أب مستقر است، پس ید عبد مأذون (ید داخل محسوب می‌شود و) مقدم است **و الروایة**... یعنی (هر چند مصنف فرقی بین آن دو فرض نگذاشته) ولی روایت، متضمن است فرض اول را (که مولای أب ادعا کند شراء از مال خود را).

(ولا بين استئجاره على حج وعدمه)، لأن ذلك لا مدخل له في الترجيح، وإن كانت الرواية تضمنت الأول.

والأصل في هذه المسألة رواية علي بن أشيم عن الباقر عليه السلام في من دفع إلى مأذون ألفا ليعتق عنه نسمة، ويحج عنه بالباقي فأعتق أباه، وأحجه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك، وزعم كل من مولى المأذون ومولى الأب أنه اشتراه بماله فقال: "إن الحجة تمضي ويرد رقا لمولاه حتى يقيم الباقون بينة".

(ولا بين إستئجاره)... توضیح: چنانکه سابقاً در توضیح اصل مسأله دانسته شد، طبق روایتی که در آن مسأله وارد شده، در ضمن فرض مسأله، مطلبی هست و آن اینکه: شخص ثالث، پولی را که به عبد مأذون داده است، گفته است با باقی پول از جانب من حج کن.

مصنف می‌فرماید: اجیرکردن عبد مأذون برای انجام حج، خصوصیتی ندارد، زیرا اجیرکردن او تأثیری در تقدیم قول مولای عبد مأذون ندارد، بلکه خواه برای حج اجیر شود و خواه اجیر نشود، قول مولای عبد مأذون مقدم است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا بين...** یعنی و نیز (در تقدیم قول مولای عبد مأذون) فرقی نیست بین اینکه عبد مأذون، اجیر برای حج شده باشد یا اینکه اجیر نشده باشد، زیرا اجیر شدن برای حج، مدخلیت و تأثیری در تقدیم قول مولای عبد مأذون ندارد، هر چند روایت (روایتی که بعد از این ذکر خواهد شد) متضمن فرض اول است (که اجیر برای حج شده باشد) **إستيجاره** ضمیر برمی‌گردد به عبد مأذون **عدمه** یعنی عدم استیجار.

و الاصل في هذه... توضیح: شارح می‌فرماید که: دلیل این مسأله رابعه همانا روایت علی بن اشیم از امام باقر علیه السلام است، که راوی سؤال می‌کند درباره کسی که داده است به عبد مأذون، هزار درهم تا آزاد کند از طرف او بنده‌ای را و با بقیه پول، خود عبد

مأذون حج کند از طرف آن شخص، پس عبد مأذون (با آن پول، پدرش را خرید و) آزاد نمود پدرش را و (با بقیه پول) پدرش را به حج فرستاد بعد از مردن دهنده پول، سپس (اختلاف و نزاع شد بین سه نفر به اینکه:) وارث دهنده پول، ادعا می‌کند که آن عبد خریداری شده (یعنی پدر عبدمأذون) الان مال آنها می‌باشد، و هرکدام از مولای مأذون و مولای پدر مأذون ادعا کند که عبد مأذون، پدرش را با مال آنها خریده است (یعنی مولای عبد مأذون می‌گوید: با مال من خریده است، و مولای پدر می‌گوید: با مال من خریده است، حکم در این نزاع چیست؟) حضرت فرمود: حجی که انجام گرفته، نافذ و صحیح است و پدر دوباره برگردانده می‌شود به بردگی برای مولای خودش (یعنی مولای پدر) تا زمانی که بقیه (یعنی مولای عبد مأذون و ورثه دهنده پول) دو شاهد اقامه کند (برای ادعای خودشان).

(و حاصل روایت آن است که ادعای مولای أب، مقدم است، که بیع باطل می‌باشد و أب به ملکیت مولایش باقی است).

ناگفته نماند که شارح عین روایت را نقل نکرده بلکه مضمون آن را نقل نموده است و ما برای روشن شدن بعضی از مجملاتی که در نقل شارح می‌باشد، اینک عین روایت را ذکر می‌کنیم:

شیخ طوسی به سند خود نقل کرده:

«عن أبي جعفر عليه السلام، عن عبد لقوم مأذونٍ له في التجارة، دَفَع اليه رجل ألف درهم، فقال له: إشتر بها نسمة وأعتقها عني وحُج عني بالباقي، ثم مات صاحبُ الألف، فإنطلق العبدُ فإشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، فبلغ ذلك موالي أبيه و مواليه وورثة الميت جميعاً، فإختصموا جميعاً في الألف، فقال موالي العبد المعتق: إنما إشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة : إنما إشتريت أباك بمالنا، وقال موالى

العبد: إنما إشتريت أباك بمالنا: فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحَجة، فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأما المعتق فهو ردّ فی الرق لموالی أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة علی أنه إشتری أباه من اموالهم كان له رقاً»[1]

یعنی از امام باقر علیه السلام نقل شده راجع به عبد أرباب‌هایی که به او اجازه داده بودند تجارت کند، مردی به آن عبد هزار درهم داده بود و گفته بود با آن پول، عبدی بخر و آزادش کن از جانب من و با باقی پول، خودت از طرف من حج کن، سپس صاحب هزار درهم مُرد، و آن عبد مأذون روانه شد (برای انجام کارهای صاحب پول) و خرید پدرش را و آزاد نمود از جانب میت و باقی پول را به پدرش داد تا از جانب میت، حج کند و او هم حج کرد.

این خبر به ارباب‌های پدرش و ارباب‌های خودش و وارثان میت رسید، آنها نزاع نمودند در آن هزار درهمی که با آن پدرش را خریداری کرده، اربابان عبد آزاد شده (یعنی اربابان پدر عبد مأذون) می‌گویند که: تو پدرت را با پول ما خریده‌ای (یعنی با هزار درهمی که ما به تو داده بودیم که برای ما هم تجارت کنی) و وارثان میت می‌گویند: تو پدرت را با پول ما خریده‌ای (چون بواسطه مردن صاحب هزار درهم، پول‌ها به عنوان ارث به ما رسید) و اربابان عبد مأذون می‌گویند: تو پدرت را با پول ما خریده‌ای، حضرت باقر فرمود: امّا حجی که انجام داده شده، صحیح است بطور کامل و دیگر برگردانده نمی‌شود (کنایه از اینکه ضامن پول آن نیست) و اما عبد آزاد شده (که پدر باشد) باید برگردانده شود به بردگی برای اربابان پدر، و آن دو دسته دیگر (یعنی اربابان عبد مأذون، و وارثان صاحب پول) بعداً اگر اقامه بینه کردند بر اینکه عبد مأذون، پدرش را از مال آنها خریده است، هر آینه آن پدر، عبد آنها خواهد بود.

---

[1] تهذیب، ج ۷، ص ۲۳۴.

ترجمه و شرح عبارت: **و الأصل**... اصل به چند معنی آمده است: لغت، استصحاب، دلیل، ظاهر، قاعده. و در اینجا مقصود، دلیل است **أشْیَم** ضبط آن به فتح همزه و سکون شین و فتح یاء می‌باشد **نسمة** به فتح نون و سین به معنی بنده.

یحج به قرینه اصل روایتی که در بالا ذکر کردیم، کلمه (یحج ، مضارع از باب مجرد است (یعنی به فتح یاء) نه اینکه به صیغه مضارع از باب افعال باشد (یعنی به ضم یاء و کسر حاء) چون در اصل روایتی که در بالا نقل کردیم عبارت روایت چنین است که: حُجَّ عني» (یعنی خودت حج انجام بده از جانب من) در حالی که اگر از باب افعال بود، به معنای فرستادن به حج می‌شود.

و أحجه ضمیر برمی‌گردد به ـ آباه ـ یعنی پدرش را به حج فرستاد (در اینجا نکته‌ای است و آن اینکه دهنده پول، ظاهر قراردادش با عبد مأذون این است که حج به توسط خود عبد مأذون انجام گیرد نه اینکه شخص دیگر را بفرستد، ولی در این روایت با اینکه فرض مسأله آن است که شخص دیگر را یعنی پدرش را به حج فرستاده است، حضرت حکم به صحت حج نموده است، و این خلاف مذهب شیعه است، چنانکه به این نکته شارح بعداً تذکر خواهد داد).

بعد موت الدافع این جمله ظرف است هم برای «فأعتق أباه» و هم برای «أحجه» یعنی عبد مأذون آن دو کار را بعد از مردن دافع پول انجام داده است، چنانکه از اصل عبارت روایت که نقل کردیم استفاده می‌شود، چون عبارت آنجا چنین است که: «ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشتری أباه فأعتقه عن المیت و دفع الیه الباقي یحج عن المیت فحج عنه...».

ذلک یعنی اینکه پدرش را از مال ما خریده است **فقال**:... ضمیر مقدر برمی‌گردد به امام باقر **و یُرَدّ** ضمیر مقدر نایب فاعل برمی‌گردد به عبد خریداری شده **لمولاه** یعنی مولای خود عبد خریداری شده که همان مولای پدر عبد مأذون می‌باشد.

ناگفته نماند که در اینجا مرحوم آقا جمال خوانساری احتمال داده است که ضمیر ـ لمولاه ـ به عبد مأذون برگردد، و این درست نیست، زیرا چنانچه سابقاً نیز تذکر دادیم شارح، مضمون روایت را نقل کرده و در اصل روایت تصریح شده است به مولای أب، و عبارت آنجا چنین است که: «وأما المعتق فهو ردٌّ فی الرق لموالي أبیه...» **الباقون** که عبارتند از مولای عبد مأذون و ورثه دافع پول.

وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه، ومال إليه في «الدروس»، والمصنف هنا، وجماعة أطرحوا الرواية، لضعف سندها، ومخالفتها لأصول المذهب في رد العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه، ودعواه فساده، ومدعي الصحة مقدم، وهي مشتركة بين الآخرين، إلا أن مولى المأذون أقوى يدا فيقدم.

وعمل بمضمونها... توضیح: شیخ طوسی و تابعین وی بر طبق روایت مزبور عمل کرده و به مضمون آن فتوی داده‌اند (یعنی اینکه قول مولای أب مقدم است) و مرحوم مصنف نیز در کتاب «دروس» تمایل به آن پیدا کرده.

ولی مصنف در این کتاب «لمعه» و جماعتی از فقها به روایت عمل نکرده‌اند و فتوی به تقدیم قول مولای عبد مأذون داده اند.

و جهت عمل نکردن آنها به روایت چند چیز است که ذیلاً نگاشته می‌شود:

۱. ضعف سند آن چون ـ ابن اشیم ـ از غلاة می‌باشد، چنانکه در کتاب «مسالک» فرموده است.

۲. آنکه مضمونش از چند جهت مخالف با قواعد مذهب شیعه است:

اول: آنکه در روایت، حکم شده به اینکه عبد خریداری شده و آزاد شده دوباره برگردانده می‌شود به مولای خودش، و حال آنکه مولای خودش إقرار دارد به اینکه آن را فروخته است، منتها ادعا می‌کند که فروشش باطل بوده، زیرا ثمن و مثمن هر دو از مال خودش بوده.

گوئیم وقتی که مولای أب ادعای بطلان بیع را می‌کند، مقتضای قاعده آن است که ادعای مولای عبد مأذون مقدم بر مدعای مولای أب شود، زیرا مولای عبد مأذون ادعای صحت بیع را می‌کند و مدعی صحت مقدم بر مدعی بطلان است، چنانکه در کتاب القضاء گفته شده.

اگر اشکال شود به اینکه دلیل مزبور یعنی مدعی صحت بودن، اثبات می‌کند تقدیم قول مولای عبد مأذون را بر قول مولای أب، امّا به چه دلیل اثبات می‌کنید که قول مولای عبد مأذون مقدم بر قول وارث دهنده پول نیز می‌باشد با اینکه وارث نیز ادعای صحت بیع را می‌کند، یعنی مولای عبد مأذون و وارث دافع پول هر دو، ادعای صحت بیع می‌نمایند، پس به چه دلیل قول مولای عبد مأذون را مقدم بر قول وارث دافع پول می‌نمائید؟

جواب می‌فرماید که: درست است که هر دو در ادعای صحت بیع مشترکند ولی مولای عبد مأذون از یک جهت ترجیح بر وارث دارد، و آن چنانکه سابقاً گذشت ید مولای عبد مأذون، ید داخل است (چون فعلاً عبد در تحت تصرف اوست بواسطه تصرف عبد مأذون در آن) و اما ید وارث، ید خارج است، و گفته‌اند که قاعده در مقام تعارض آن دو ید، ید داخل مقدم برید خارج است.

تا اینجا یک جهت برای مخالف بودن مضمون روایت با قواعد مذهب شیعه ذکر شد، و دو جهت دیگر نیز بعداً ذکر خواهد شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و المصنف**... این کلمه مبتدا است و ـ اطرحوا ـ خبر آن می‌باشد **أطرحوا** یعنی رد نموده‌اند و عمل به آن نکرده‌اند **في ردّ العبد**... (متعلق است به مخالفت) یعنی در اینکه عبد (پدر) برگردانده می‌شود به مولای اصلی خودش (چنانکه در روایت فرمود: ویردّ رقاً لمولاه) با اینکه آن مولا اعتراف دارد به فروش عبد و ادعا می‌کند بطلان فروش را و (قاعده آن است که:) مدعی صحت (که مولای عبد مأذون باشد) مقدم است (بر مدعی بطلان).

و هي مشتركة... (جواب است از اشکال مقدر که توضیح داده شد) یعنی و دعوای صحت بیع هر چند مشترک است بین آن دو نفر باقیمانده (یعنی مولای عبد مأذون و وارث دهنده پول) ولی مولای عبد مأذون، قوی تر است از نظر ید (چون ید او داخل است و ید وارث، ید خارج است) پس مولای عبد مأذون مقدم خواهد بود (بر وارث).

وإعتذر في «الدروس» عن ذلك بأن المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره، وبتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكه، قال: ولا تعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لأنها مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا.

توجيه روايت

وإعتذر في «الدروس»... توضيح: چنانكه در بالا دانسته شد مرحوم مصنف در كتاب «دروس» تمايل به مضمون روايت پيدا كرده و بر طبق آن حكم نموده، يعنى قول مولاى أب را مقدم داشته است، وبراى آن وجهى ذكركرده به اين بيان كه:

به حَسَب فرض مسأله، هركدام از مولاى أب و مولاى عبد مأذون، وورثه دافع، پولى در دست عبد مأذون دارند كه براى آنها تجارت كند، اكنون هركدام از آنها ادعا دارند كه با پول او عبد مزبور (أب) خريدارى شده و عبد مال اوست و چون بر ادعاى هيچ يک از آنها مرجحى نيست بدين جهت ادعاى آنها با يكديگر تعارض كرده و در اثر تعارض، تساقط مى‌كنند و بعد از تساقط، قول مولاى أب، يک مرجحى دارد و آن استصحاب بقاء ملک است، چون قبل از خريدارى أب از مولايش، يقيناً آنجا در ملک مولايش بود، اكنون بواسطه ادعاى طرف مقابلش، شک داريم آيا از ملک او درآمده يا نه؟ استصحاب بقاء ملک مى‌نمائيم.

سپس مصنف بعد از توجيه مزبور، جواب از اشكال مقدرى داده است:

توضيح اشكال اينكه: اگر كسى بگويد كه در اينجا قول مولاى عبد مأذون مقدم است (چنانكه مصنف در اين كتاب «لمعه» اختيار نمود) به همان دليلى كه سابقاً گذشت كه مولاى مأذون، ادعايش بر مبناى صحت بيع است ولى مولاى أب ادعايش بر مبناى بطلان بيع است وگفته‌اند در مقام تعارض ادعاى صحت بيع با ادعاى بطلان بيع، قول مدعى صحت، مقدم بر مدعى بطلان است.

مصنف درکتاب «دروس» ازاشکال مزبورچنین جواب داده است که: درست است که ادعای صحت، مقدم برادعای بطلان می‌باشد، ولی چون دراینجا مدعی صحت یک نفرنیست (که فقط مولای مأذون باشد) بلکه دونفراست یکی مولای مأذون، ودیگری ورثه دافع پول، بدین جهت ادعای یکی بردیگری ازجهت مدعی صحت بودن، ترجیح ندارد پس با یکدیگرتعارض کرده وتساقط می‌کنند ودرنتیجه مدعای مولای أب، زنده می‌شود بواسطه استصحاب بقاء مال برملک او.

ترجمه و شرح عبارت: **و إعتذر في «الدروس»**... یعنی اعتذارجسته مرحوم مصنف درکتاب (دروس) ازآنچه که درروایت بالاآمده است (یعنی غذروتوجیهی ذکرکرده برای برگرداندن أب به مولای خودش) به این بیان که: عبد مأذون دردستش مالی هست برای مولای أب وغیراو(یعنی ورثه دافع ومولای مأذون) وبه سبب برخورد ادعاهای متعارض با یکدیگر(که هرکدام ازآن سه نفرمدعی‌اند که أب با مال آنها خریداری شده است) باید رجوع کرد به اصالت بقاء ملک برمالکش (یعنی استصحاب بقاء أب برملک مولایش).

سپس مصنف فرموده؛ ومعارضه نمی‌کند با تقدیم قول مولای أب، فتوای فقها به تقدیم ادعای صحت برادعای بطلان (ودراینجا مدعی صحت بیع، غیرمولای أب است ومولای آب، مدعی بطلان بیع است پس طبق فتوای فقها باید ادعای غیر مولای أب را تقدیم داشت، ولی مصنف درکتاب «دروس» می‌فرماید که: ما چنین حکم نمی‌کنیم) زیرا دعوی صحت دراینجا مشترک است بین دونفری که مقابل یکدیگرومتعارضند (که آنها یکی مولای عبد مأذون، ودیگری ورثه دافع است وهر کدام می‌گوید اکنون أب خریداری شده، مال من است) پس (بواسطه تعارض) آن دو، تساقط می‌کنند (وبالأخره آن أب برمی‌گردد به مالک اصلی‌اش).

وفيهما نظر، لمنع تكافؤهما مع كون من عدا مولاه خارجا، والداخل مقدم فسقطا دونه، ولم يتم الأصل.

ومنه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الأخريين، لخروج الآمر وورثته عما في يد المأذون التي هي بمنزلة يد سيده، والخارجة لا تكافئ الداخلة فتقدم.

جواب از توجیه روایت

وفیهما نظر لمنع... توضیح: شارح، هم از توجیه سابق «دروس» جواب می‌دهد و هم از مطلب اخیر آن جواب می‌دهد:

اما جواب از توجیه سابق این است که: مصنف فرمود که: هر سه ادعا با یکدیگر تعارض دارند، شارح می‌فرماید که: قبول نداریم تعارض هر سه را تا هر سه ساقط گردند، بلکه ادعای مولای عبد مأذون بواسطه وجود مرجح، مقدم است بر دو ادعای دیگر، زیرا ید مولای مأذون، ید داخل است، و ید آن دو نفر دیگر، ید خارج است (چنانکه توضیحش در مباحث قبلی گذشت) وگفته‌اند ید داخل مقدم برید خارج می‌باشد و در نتیجه، فقط ادعای آن دو نفر که ید آنها خارج محسوب است، بواسطه تعارض بایکدیگر ساقط می‌گردد، نه اینکه ادعای هر سه ساقط گردد، و وقتی که مرجح برای ادعای مولای مأذون بود (که آن مرجح، عبارت است از داخل بودن ید او) دیگر نوبت به استصحاب بقاء ملک مولای أب نمی‌رسد (و به عبارت دیگر به اصطلاح اصولی: ید، أماره ملکیت است، وگفته‌اند أماره مقدم بر اصل است).

و از این بیان، معلوم می‌شود جواب از مطلب دومی که مصنف در کتاب «دروس» ذکر کرده، زیرا ایشان فرمود که ادعای مولای عبد مأذون با ادعای ورثه دافع مال، با یکدیگر متعارضند و در اثر تعارض، تساقط می‌کنند، شارح می‌فرماید که: چنین نیست بلکه ادعای مولای مأذون بر ادعای ورثه دافع مقدم است، زیرا گرچه هر دو در

ادعای صحت مشترکند ولی برای قول مولای مأذون، یک مرجحی هست که در دیگری نیست وآن مرجح این است که ید مأذون (که به منزله ید مولایش می‌باشد) ید داخل است وید ورثه دافع، ید خارج می‌باشد، وید داخل، تعارض با یَدِ خارج ندارد بلکه مقدم برآن است.

ترجمه وشرح عبارت: **وفیهما نظر...** یعنی ودرآن اعتذار ودرمطلب اخیری که مصنف ذکرنمود اشکال است (امّا اشکال درآن اعتذار:) زیرا قبول نداریم تعارض هر سه ادعا را با بودن (ید) غیرمولای مأذون، خارج (نسبت به عبد خریداری شده) در حالی که آنکه (یدش نسبت به عبد خریداری شده) داخل است (یعنی مولای مأذون) مقدم است، پس ورثه دافع ومولای أب (که یدشان نسبت به عبد، خارج است) هردوساقط می‌گردند (به واسطه تعارضشان) نه مولای مأذون (که یدش داخل است) دراینجا (وقتی که هرسه ادعا با هم تعارض نکردند بلکه ادعای مولای ماذون مقدم بود پس دیگر) اصل بقاء ملک (که مصنف درتوجیه بالا ذکرنمود) تمام نخواهد بود.

وازاین بیان، ظاهرمی‌شود (اشکال درمطلب اخیری که مصنف در«دروس» ذکر کرد وآن اشکال این است که:) تعارض نمی‌کنند دوادعای دیگر(یعنی ادعای ورثه دافع پول ومولای مأذون) زیرا امرکننده (به عتق عبد خریداری شده یعنی دافع پول) وورثه اش، خارج می‌باشد ازآن عبد خریداری شده‌ای که دردست عبد مأذون است ـ که دست اوبه منزله دست مولایش می‌باشد ـ وید خارجی معارضه نمی‌کند با یَدِ داخلی (که دست مولای مأذون می‌باشد) پس ید داخلی مقدم داشته می‌شود.

وإقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع فلزم إطراح الرواية، ولاشتمالها على مضي الحج، مع أن ظاهر الأمر حجه بنفسه ولم يفعل، ومجامعة صحة الحج لعوده رقا وقد حج بغير إذن سيده، فما أختاره هنا أوضح.

وإقرار المأذون... توضیح: اگرکسی به شارح اشکال کند و بگوید: که اکنون خود عبد مأذون اقرار می‌کند عبدی را که خریداری کردم و آزادش نمودم همانا از پول دهنده پول برای وی خریدم، نه از پول مولای خودم خریده باشم، پس طبق اقرار او بایستی عبد مزبور، مال ورثه دافع باشد.

شارح جواب می‌دهد به اینکه: چون مولای مأذون آن را تکذیب می‌کند و ادعا می‌کند که از پول من آن را خریداری کرده بدین جهت اقرار عبد مأذون، پذیرفته نیست.

تا اینجا ثابت شد که چون مضمون روایت، مخالف قواعد مذهب شیعه است، به مضمون آن نمی‌شود عمل کرد و باید بر طبق قواعد عمل نمود، و دانسته شد که مقتضای قواعد، تقدیم قول مولای عبد مأذون است.

ترجمه و شرح عبارت: **و إقرار**... (مبتدا است و خبرش ـ غیر مسموع ـ می‌باشد) یعنی اقرار عبد مأذون به اینکه آنچه در دست دارد، برای غیر مولای خود می‌باشد، پذیرفته نیست **إطراح الرواية** یعنی عمل نکردن به روایت.

و لإشتمالها على مُضيّ... توضیح: در بالا گذشت که شارح فرمود: جماعتی از فقها و مصنف در این کتاب به روایت سابق الذکر عمل نکرده‌اند به دو جهت: یکی به جهت آنکه روایت، مخالف با قواعد مذهب شیعه است و مخالفت آن با قواعد هم از چند جهت است، یک جهتش در بالا ذکر گردید و آن این بود که عبد خریداری شده دوباره به مولای اصلی‌اش برگردانده شود.

اکنون جهت دوم و جهت سوم مخالفتش با قواعد را ذکر می‌نماید:

اما جهت دوم: این است که در روایت حکم نمود به اینکه حجی را که عبد خریداری شده انجام داده است صحیح است با اینکه ظاهر خواسته دهنده پول که امر نمود عبد مأذون را به انجام حج، آن است که خود عبد مأذون، حج را انجام دهد نه اینکه به شخص دیگر بدهد، و حال آنکه در اینجا عبد مأذون، خودش انجام نداده است بلکه پول را به پدرش داده (همان عبد خریداری شده) که او انجام دهد حج را.

و اما جهت سوم: این است که چگونه ممکن است، هم حکم به صحت حج نمود و هم از طرف دیگر حکم به بطلان بیع نمود که عبد خریداری شده به عبدیت خود برای مولای اصلی‌اش باقی باشد و به او برگردانده شود، و این دو حکم با یکدیگر قابل جمع نیست، چون اگر عبد به ملکیت خود برای مولای اصلی‌اش باقی باشد، حجی را که انجام داده به اجازه مولایش نبوده، پس باید به حسب قواعد، حج او باطل باشد و حال آنکه در روایت، حکم به صحت شده.

نتیجه آنکه به روایت مزبور از چند جهت نمی‌توان عمل نمود و بهتر همان حکمی است که مصنف در این کتاب نظر داده، و آن اینکه عبد خریداری شده، مال مولای مأذون خواهد بود با قسم خوردنش.

ترجمه و شرح عبارت: **و لإشتمالها**... (گویا عطف است بر معنای ـ في ردّ العبد الی مولاه ـ که در چند سطر پیش گذشت، و این وجه دوم است برای مخالف بودن روایت با اصول مذهب شیعه) یعنی و (نیز به روایت عمل نمی‌شود) به خاطر مشتمل بودن آن بر نفوذ و صحت حج با اینکه (به حسب اصول مذهب نباید صحیح باشد چون) ظاهر أمر دافع پول (که گفته است: حُجَّ عني بالباقي) حج نمودن خود عبد مأذون است، و حال آنکه وی این کار را نکرده است (چون پدرش را به حج فرستاده است).

ظاهر الأمر کلمه ـ ظاهر ـ در این عبارت اشاره به این است که احتمالاً می‌توان از یک جهت، حج مزبور را به حسب قواعد، تصحیح نمود به اینکه بگوئیم شاید در گفتار دافع پول، قرینه‌ای بوده بر اینکه مقصود او آن بوده که حج را در خارج تحصیل کن خواه به توسط خود شما (عبد مأذون) باشد و خواه به توسط شخص دیگر، نه اینکه مقصود دافع پول آن بوده که خودت آن را انجام بدهی، و سابقاً در کتاب الحج گذشت که اگر مقصود دهنده پول آن باشد که حج را تحصیل کن خواه به توسط خودت باشد و خواه به توسط شخص دیگر، نایب می‌تواند شخص دیگر را نایب بگیرد و او را به حج بفرستد همانطوری که در فرض مسأله ما چنین واقع شده است.

حجه بنفسه ناگفته نماند که امری که شارح فرموده همانا در روایتی که سابقاً ذکر نمود به چشم نمی‌خورد، چون آنچه شارح ذکر کرد مضمون روایت بود نه عین روایت، بلکه آن امر در اصل روایت که ما عیناً نقل کردیم موجود است که: «وحُجَّ عنی بالباقی».

بنابراین، در اینجا نیز حاشیه‌ای که آقا جمال خوانساری دارد اشتباه است، زیرا احتمالی که ایشان می‌دهد همانا بر طبق مضمون روایتی است که شارح آن را به صیغه مضارع در اینجا آورده است (یعنی جمله: ویحج عنه بالباقي) در حالی که تذکر دادیم که در اصل روایت، صیغه أمر است.

و مجامعة... (عطف است بر ـ مضي الحجة ـ و وجه سوم است برای مخالف بودن روایت با اصول مذهب) یعنی و (نیز به روایت عمل نمی‌شود) به جهت مشتمل بودن روایت بر جمع شدن صحت حج با برگشتن أب در حال بردگی به مولای اصلی خودش، و حال آنکه أب، حج را بدون اجازه مولای اصلی‌اش بجا آورده است **فما إختاره...** یعنی پس آنچه را که مصنف در این کتاب اختیار نموده، از نظر قواعد فقهی واضح تر است (به خلاف حکمی که در روایت است که آن مخالف با قواعد فقهی است).

ونبه بقوله "ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه" على خلاف الشيخ ومن تبعه، حيث حكموا بما ذكر، مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع، وعلى خلاف العلامة حيث حملها على إنكار مولى الأب البيع لا فسـاده، هربا من تقديم مدعي الفساد، والتجاء إلى تقديم منكر بيع عبده.

وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد، ويضعف الثاني بمنافاته لمنطوق الرواية الدالة على دعوى كونه اشتري بماله.

ونبّه بقوله... توضیح: مصنف درعبارتش سابقاً فرمود که: فرقی نیست بین اینکه مولای أب ادعایش این باشد که عبد مأذون، پدرش را ازمال خودم خریده است (که بنابراین، بیع باطل است) وبین اینکه ادعایش آنگونه نباشد (بلکه ادعایش این باشد که اصلاً أب را نفروخته‌ام ودرملک من باقی است) پس درهردوصورت، قول مولای مأذون مقدم است.

شارح می‌فرماید که: آن عبارت مصنف، اشاره است به مخالفتی که شیخ طوسی وعلامه حلی دراین مسأله کرده‌اند، توضیح آنکه: آن دوبزرگوار برطبق روایت سابق عمل کرده‌اند وقول مولای أب را مقدم داشته‌اند، منتها شیخ طوسی گفته است که فرض مسأله درجایی است که مولای أب ادعاکند بطلان بیع را (یعنی ادعاکند که أب ازمال خودم خریداری شده) ولی علامه حلی گفته است فرض مسأله درجایی است که مولای أب ادعاکند عدم بیع را، وحکم مذکوردرروایت را حمل برآن فرض نموده است نه بربطلان بیع.

وایشان با این حمل، خواسته است حکم روایت را ازخلاف قاعده بیرون آورد وآن را موافق قواعد فقهی درآورد. چون اگرفرض مسأله درجایی باشد که مولای أب ادعای بطلان بیع راکند لازم می‌آید که برطبق روایت، مدّعی بطلان (یعنی مولای أب) مقدم برمدعی صحت (مولای مأذون) شده باشد واین خلاف قواعد فقهی است.

به خلاف اینکه اگر فرض مسأله در ادعای عدم بیع باشد که در این صورت، خلاف قاعده لازم نمی‌آید، بلکه مطابق آن است، چون در صورت مزبور، مولای أب، منکر بیع است و مولای مأذون مدعی بیع است، و قاعده آن است که انکار بیع، مقدم بر ادعای بیع است، چون انکار موافق اصل عدم بیع است و طرف مقابل هم فرض آن است که بینه‌ای بر ادعای خود ندارد، پس منکر بیع، قسم می‌خورد و قولش مقدم خواهد بود.

و خلاصه آنکه مرحوم مصنف در عبارتش خواسته اشاره کند به اینکه نه در فرض شیخ طوسی و نه در فرض علامه حلی، در هیچ کدام از آن دو فرض، قول مولای أب مقدم نمی‌باشد بلکه در هر دو فرض، قول مولای مأذون مقدم است.

شارح به طرفداری از قول مصنف می‌فرماید که:

فرمایش شیخ طوسی مردود است به اینکه مدعی بطلان بیع، مقدم بر مدعی صحت بیع نمی‌باشد، چنانکه تفصیلاً در بالا گذشت.

و فرمایش علامه حلی هم مردود است به اینکه روایت را نمی‌توان حمل بر آن فرض کرد که ایشان حمل نموده است، زیرا روایت دلالت می‌کند بر اینکه مولای أب ادعا می‌کند که أب با مال او خریده شده است و این ادعا صریح است در اینکه خرید و فروش واقع شده، منتها باطل است، پس حمل علامه حلی، مخالف منطوق و صریح روایت می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و نبّه**... یعنی تنبیه کرد مصنف به قولش که فرمود: «فرقی نیست بین ادعای مولای آب، خریده شدن آب از مال او و بین ادعای عدم آن» بر مخالفتی که شیخ طوسی و تابعین او در این مسأله دارند، زیرا آنها حکم کرده‌اند به آنچه ذکر شد (در مضمون روایت و آن اینکه قول مولای أب مقدم است) با اعتراف آنها

به اینکه (فرض مسأله در جایی است که) مولای أب ادعا کند بطلان بیع را (یعنی ادعا کند که أب، از مال او خریده شده است).

و نیز (تنبیه کرد مصنف در آن عبارتش با کلمه ـ وعدمه ـ) بر مخالفتی که علامه حلی در این مسأله دارد، زیرا ایشان (همانند شیخ طوسی حکم کرده به آنچه در روایت آمده است به اینکه قول مولای أب مقدم است ولی ایشان) حمل کرده روایت را بر این فرض که مولای أب، انکار کند اصل بیع را، نه (اینکه روایت را حمل کرده باشد) بر بطلان و فساد بیع (چنانکه شیخ طوسی حمل بر فساد بیع کرده است).

هرباً... (علت است بر حملی که علامه حلی کرده است) یعنی به جهت فرار از مقدم داشتن مدعی فساد، و به جهت پناه آوردن به سوی تقدیم قول کسی که منکر بیع عبد خود می‌باشد (بر قول کسی که مدعی بیع عبد است).

و قد عرفت... (این جواب شارح است از قول شیخ طوسی) یعنی و به تحقیق دانستی ضعف تقدیم قول مدعی فساد (بر مدعی صحت، پس قول مولای أب که مدعی فساد بیع است مقدم نمی‌شود بر قول مولای مأذون که مدعی صحت بیع است) **و یضعَّف...** (این جواب از قول علامه حلی است) یعنی تضعیف می‌شود قول علامه به اینکه حمل ایشان منافات دارد با منطوق و صریح روایت که دلالت دارد بر اینکه مولای أب ادعا می‌کند که أب به مال او خریده شده است (و این ادعا صریح است در اینکه خرید و فروش واقع شده، پس با این حال چگونه می‌توان روایت را حمل کرد بر اینکه مولای أب ادعا کند عدم وقوع خرید و فروش را).

هذا كله مع عدم البينة، ومعها تقدم إن كانت لواحد، وإن كانت لاثنين، أو للجميع بني على تقديم بينة الداخل أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول الحكم كما ذكر، وعلى الثاني يتعارض الخارجان. ويقوى تقديم ورثة الآمر بمرجح الصحة.

واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدد المختلفين، والمصنف اقتصر على نسبته إلى مولى المأذون، وكان حقه إضافة غيره معه، وكأنه اقتصر عليه لدلالة المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادة.

حكم مسأله در صورت وجود بينه

هذا كله... توضيح: آنچه تا اينجا در مسأله مورد بحث گفته شد (كه آيا قول مولاى مأذون مقدم است يا قول مولاى أب) در صورتى بود كه هيچكدام از صاحبان دعوا، بينه و شاهدى بر ادعاى خود نداشته باشند، چنانكه مصنف در ابتداى مسأله تذكر داد به قولش «ولا بينة».

اكنون مى‌فرمايد كه: اگر چنانچه يكى از صاحبان دعوا، بينه‌اى بر ادعاى خود داشته باشد قول او مقدم خواهد بود.

و اگر دو نفر از آنها بينه داشته باشند و يا همه آنها بينه داشته باشند كه با يكديگر تعارض مى‌كنند، در اين صورت بايد ببينيم كه قاعده در مبحث قضا در وقت تعارض بينه‌ها چيست، آيا بيّنه كسى كه يدش داخل است مقدم است يا بينه كسى كه يدش خارج است؟

اگر بينه داخل را مقدم بداريم، در اينجا همانند حكم سابق، قول مولاى مأذون مقدم خواهد بود، چون او يدش داخل محسوب است.

واما اگربینه خارج را مقدم بداریم، دراینجا دونفرازصاحبان دعوا خارج محسوب هستند: یکی مولای أب ودیگری ورثه دافع، پس بینه آن دوبا یکدیگرتعارض می‌کند ومی‌باید جهت تقدیم هریک بردیگری دنبال مرجح برویم.

گوئیم ورثه دافع، مرجح دارند وآن این است که آنها مدعی صحت بیع‌اند ولی مولای أب، مدعی فساد وبطلان بیع است، بدین جهت قول آنها مقدم است.

ترجمه وشرح عبارت: **هذاکله**... همه مطالب گذشته درصورتی بود که بینه‌ای در کارنباشد واما با وجود بینه، مقدم می‌شود آن بینه اگربرای یکی ازصاحبان دعوا باشد، واما اگربرای دونفریا برای همه آنها بینه‌ای باشد می‌باید (درتقدیم قول یکی از آنها) بنا را بگذاریم براینکه آیا دروقت تعارض بینه‌ها، بینه کسی که داخل است مقدم است یا بینه کسی که خارج است؟ پس بنابرمبنای اوّل (که بینه داخل مقدم است) حکم (دراینجا نیز) همچنان است که دربالا ذکرگردید (که قول مولای مأذون مقدم است) واما بنابرمبنای دوم (که بینه خارج مقدم است) تعارض می‌کنند دو نفری که خارج هستند (مولای أب با ورثه دافع پول) وتقویت می‌شود که (ازآن دونفر) مقدم داشته شود ورثه امرکننده به خرید عبد (یعنی ورثه کسی که پول داده برای خریدن عبد وآزادکردن آن ازطرف اووانجام حج با بقیه پول) بواسطه وجود مرجح که آن ادعای صحت بیع باشد (چون ورثه دافع پول ادعا می‌کنند صحت بیع را ولی مولای أب ادعا می‌کند فساد بیع را) **بمرجّح**... متعلق است به تقدیم، وعلت تقدیم است.

ایراد أدبی بر عبارت مصنف و توجیه آن

و إعلم أن الإختلاف... توضیح: شارح ایرادی بر عبارت مصنف می‌فرماید، و آن اینکه کلمه اختلاف که در ابتدای مسأله آمده است، ظهور در این دارد که اختلاف کننده‌ها متعدند، زیرا در غیر این صورت، تعبیر به اختلاف بی معنی است و حال آنکه مصنف، فاعل در جمله ـ اختلف ـ را یک نفر قرار داده که آن هم مولای مأذون است و سزاوار آن بود که کلمه ـ غیر ـ را هم اضافه می‌کرد تا اینکه تعدد اختلاف کننده‌ها و صاحبان دعوا در عبارت ذکر می‌گردید، یعنی چنین می‌فرمود که: «لو اختلف مولی المأذون وغیره» و لذا در همانجا شارح کلمه ـ غیره ـ را اضافه به عبارت نمود تا معنی عبارت درست گردد.

سپس شارح توجیه می‌کند آن کار مصنف را به اینکه:

شاید جهت آن کار این باشد که چون قرینه مقامیه دلالت بر ـ غیر ـ می‌کند. و یا به جهت آنکه مسأله مزبور در بین فقها مشهور است و نزد همه آنان معروف است که صاحبان دعوا و اختلاف کننده‌ها در فرض مسأله سه نفرند، بدین جهت مصنف اکتفا به شهرت مسأله بین فقها کرده و از ذکر همه صاحبان دعوا صرف نظر نموده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و إعلم...** یعنی بدانکه کلمه اختلاف، اقتضا می‌کند که اختلاف کننده‌ها چند نفر باشند، ولی مصنف (در عبارتش) اکتفا کرده به نسبت دادن اختلاف به مولای مأذون فقط (یعنی اختلاف را فقط نسبت به مولای مأذون داده است) و سزاوار مصنف این بود که اضافه کند (در عبارت) کلمه ـ غیره ـ را همراه مولای مأذون.

وکأنه... (این توجیه شارح است) یعنی وگویا مصنف اکتفا به مولای مأذون کرد به جهت دلالت قرینه مقامیه بر ـ غیر ـ ویا اکتفا کرد بر آنچه مشهور بین فقهاست که نزاع کننده‌ها در این موضوع چه کسانی هستند **أو علی ما إشتهر...** ظاهراً عطف است بر ـ علیه ـ یعنی او اقتصر علی ما اشتهر...

(الخامسة: لو تنازع المأذون بعد شراء كل منهما صاحبه في الأسبق) منهما ليبطل بيع المتأخر، لبطلان الإذن بزوال الملك، (ولا بينة) لهما، ولا لأحدهما بالتقدم.

(قيل: يقرع) والقائل بها مطلقا غير معلوم، والذي نقله المصنف، وغيره عن الشيخ: القول بها، مع تساوي الطريقين، عملا برواية وردت بذلك، وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق.

(وقيل: يمسح الطريق) التي سلكها كل واحد منهما إلى مولى الآخر، ويحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي، فإن تساويا بطل البيعان، لظهور الاقتران.

مسأله پنجم ـ تنازع دو عبد مأذون در تقدم خریداری یکدیگر

(الخامسة: إذا تنازع المأذونان... توضیح: دو عبدی که هرکدام از طرف مولای خود مأذون در تجارت است و مولای هرکدام پولی را در دست عبدش قرار داده که برای مولا تجارت کند، اگر هرکدام از آنها بیاید دیگری را از مولای او خریداری کند برای مولای خودش.

در اینجا چنانچه تاریخ خریداری یکی از آنها قبل از دیگری بوده باشد، حکم این است که بیع دومی باطل خواهد بود، زیرا وقتی که مولای دومی عبدش را قبل از معامله عبد فروخت، دیگر معامله‌ای که عبدش انجام داده (و رفیقش را خریده) باطل خواهد بود، زیرا اذن مولای دوم بواسطه خروج عبد از ملکش از میان رفته است، و وقتی اذن باطل شد، معامله‌ای هم که مترتب براذن او بوده باطل خواهد شد.

ولی اگر تاریخ خریداری آنها معلوم نبوده و در نتیجه آن دو عبد با هم اختلاف در تقدم خریداری هر یک بر دیگری کردند، یعنی هرکدام ادعا می‌کرد که خریداری من مقدم بر خریداری تو بوده (که در نتیجه خریداری تو باطل است) در این صورت

چنانچه نه هرکدام بینه بر تقدم معامله‌اش داشته باشند و نه تنها یکی از آنها بینه داشته باشد، چند قول در حکم آن می‌باشد:

قول به قرعه

۱. بعضی گفته اند. باید قرعه انداخته شود که به نام هرکدام درآمد، او معامله‌اش محکوم به تقدم است، و در نتیجه معامله دیگری باطل است.

قائلین به قرعه چند دسته شده‌اند:

بعضی ـ چنانکه ظاهر نقل مصنف است ـ مطلقا قائل به قرعه شده‌اند، و این اطلاق در مقابل قیودی است که در اقوال بعدی آمده است.

و بعضی مثل شیخ طوسی گفته است که قرعه در صورتی انداخته می‌شود که راهی را که هر یک از عبدها از نزد مولای خود حرکت کرده تا رسیدن نزد مولای دیگری جهت معامله پیموده است، با هم مساوی و به یک اندازه بوده باشد.

ولی اگر طریق یکی از آنها کمتر از دیگری بوده باشد، دیگر نوبت به قرعه نمی‌رسد بلکه حکم آن است که آنکه طریقش کمتر بوده، معامله‌اش محکوم به تقدم است.

و دلیل این قول که قرعه را مقید به صورت تساوی طریقین کرده، روایتی است که در این مورد وارد شده و چنین حکم نموده است.

و بعضی دیگر گفته‌اند قرعه در این دو صورت است که:

الف: ندانیم که آیا اصلاً تقدم و تأخری بین معامله آنها بوده یا اینکه معامله شان همزمان با یکدیگر بوده است.

ب: می‌دانیم بیعشان همزمان نبوده بلکه بیع یکی بر دیگری تقدم داشته ولی نمی‌دانیم که آنکه تقدم داشته کدام یک از آنهاست.

قول به مساحت طریق

۲. بعضی دیگرگفته‌اند که حکم درمسأله مزبورآن است که طریقی راکه هریک از عبدها ازنزد مولای خود حرکت کرده تا نزد مولای دیگری آمده ویکدیگررا ازمولاها خریده‌اند باید مساحت کرد وهرکدام طریقش نزدیک تربود، حکم به تقدم بیع او می‌کنیم ودرنتیجه، فقط بیع اوصحیح خواهد بود ودیگری باطل است. البته به شرط اینکه هریک ازآنها درراه رفتن ازنظرسرعت وکندی، با هم مساوی و یکنواخت بوده باشند، واما اگرهردوطریق بعد ازمساحت کردن به یک اندازه بودند، معامله هردوباطل خواهد بود، زیرا با تساوی مسافت، معلوم می‌گردد که هر دومعامله دریک زمان واقع شده اند.

ترجمه وشرح عبارت: **إذا تنازع**... یعنی هرگاه دوعبدی که مأذون هستند (از طرف مولایشان درتجارت کردن) چنانچه بعد ازخریداری هریک، دیگری را، نزاع کنند درآن کسی که زودترمعامله کرده است تا اینکه درنتیجه، بیع آنکه دیرتر خریداری کرده باطل گردد (وعلت بطلان آن:) به جهت اینکه اذن مولا درتجارت، باطل می‌شود بواسطه خروج عبد ازملکیت مولای مزبور**في الأسبق** متعلق است به ـ تنازع ـ.

ولا بيّنة... یعنی فرض نزاع درجایی است که نه هردوبا هم بینه (دوشاهد) دارند ونه تنها یکی ازآنها بینه دارد **بالتقدم** متعلق است به بینه یعنی بینه، شهادت بدهند که بیع یکی ازآنها تقدم بردیگری دارد **قيل**... یعنی (دراین مسأله) بعضی گفته‌اند که باید قرعه انداخت، شارح می‌فرماید: گوینده به قرعه مطلقا (یعنی درهمه صور مسأله بدون آنکه مقید به بعض صورمسأله باشد) معلوم نیست که چه کسی است (بلکه اقوالی که ازقائلین به قرعه دردست است مقید به بعضی صورمسأله است نه

مطلقا، وآن اقوال همان است که شارح بعد از این نقل کرده که:) آن قولی که مصنف و دیگران نقل کرده‌اند از شیخ طوسی همانا قول به قرعه است در صورتی که دو طریقی که عبدها پیموده‌اند (از نظر مسافت) مساوی بوده باشند به دلیل اینکه خواسته است به روایتی که در این مورد وارد شده عمل نماید، و بعضی دیگر قائل به قرعه شده در صورتی که اصل تقدم، مشتبه باشد (که اصلاً ندانیم معامله یکی بر دیگری تقدم داشته است یا اینکه هم زمان بوده) و یا در صورتی که متقدم از آنها مشتبه باشد (که اجمالاً می‌دانیم یکی بر دیگری تقدم داشته ولی نمی‌دانیم کدام متقدم بوده و کدام متأخر).

و قیل یمسح... یعنی و بعضی گفته‌اند که باید مساحت و اندازه گیری کرد آن طریقی را که هر کدام از عبدها آن را پیموده تا نزد مولای دیگری آمده (و عبدش را خریده است) و (بعد از مساحت کردن و به دست آوردن مسافت) حکم می‌شود به تقدم معامله آنکه طریقش (به مولای دیگری) نزدیک تر بوده (و در نتیجه معامله او صحیح و دیگری باطل است) البته به شرط اینکه هر دو بنده در راه رفتن یکنواخت بوده باشند.

و اما اگر (بعد از مساحت کردن) هر دو طریق به یک اندازه بودند، معامله هر دو باطل است، زیرا (بواسطه تساوی دو طریق) معلوم می‌شود که هر دو معامله در یک زمان واقع شده‌اند (ناگفته نماند که وقوع معامله آنها در یک زمان، دلیل بر بطلان آنها نمی‌شود بلکه می‌توان آن را دلیل بر صحت هر دو گرفت، چنانکه بعضی از محشین نیز احتمال داده‌اند).

هذا إذا لم يجز المولیان، (ولو أجیز عقدهما فلا إشكال) في صحتهما.

(ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصة) من غير توقف على إجازة (إلا مع إجازة الآخر) فيصح العقدان، ولو كانا وكيلين صحا معا.

والفرق بين الإذن والوكالة أن الإذن ما جعلت تابعة للملك، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا، والفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إما تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه، ولو تجرد اللفظ عن القرينة لأحدهما فالظاهر حمله على الإذن، لدلالة العرف عليه.

هذا إذا لم يُجِز... توضیح: چنانکه در اول مسأله دانسته شده، معامله آن عبدی که محکوم به تأخر است باطل می‌باشد، به جهت آنکه اذنی که از طرف مولایش در تجارت داشت باطل می‌شود.

حال در اینجا می‌فرماید که: اگر چنانچه همان مولا، بیع مزبور را اجازه و امضا کند بیع صحیح خواهد شد، زیرا وقتی که اذن عبد بواسطه خروجش از ملکیت مولا باطل گردید پس آن عبد نسبت به مولایش بیگانه می‌شود و در نتیجه معامله‌ای که انجام داده (و عبد دیگر را برای مولای سابقش خریده) فضولی می‌شود و معامله فضولی با اجازه بعدی مالک، صحیح می‌گردد، پس در اینجا مالک پول که همان مولای سابق آن عبد است وقتی که معامله را امضا کرد بیع صحیح می‌گردد.

و همچنین در صورت ثبوت همزمان بودن معامله دو عبد که هر دو معامله باطل‌اند، چنانچه مولای هرکدام معامله عبد سابق خود را اجازه و امضا کنند، هر دو معامله صحیح خواهد شد.

ترجمه و شرح عبارت: **هذا إذا...** یعنی بطلان معامله عبدها در صورت ظهور اقتران، در جایی است که مولای عبدها امضا نکنند عقد عبدها را واما اگر عقد عبدها مورد اجازه (وامضای) مولایشان قرارگرفت، اشکالی در صحت آن دو نیست.

و لو تقدم العقد... توضیح: این مطلبی است که ما در توضیح اصل مسأله در بالا ذکر کردیم، و آن اینکه اگر چنانچه معامله یکی از عبدها قبل از دیگری بوده باشد، فقط معامله او صحیح است (بدون آنکه احتیاج به امضا و اجازه مولایش داشته باشد، چون فرض آن است که اذن قبلی در تجارت به او داده است) و اما معامله دیگری باطل است، چون چنانکه در اول مسأله گذشت، اذن قبلی مولای او در تجارت، بواسطه فروخته شدن عبد، باطل می‌شود و در نتیجه معامله‌اش نیز باطل می‌گردد مگر آنکه مولای مزبور، معامله را اجازه و امضا کند، چون معامله فضولی شده، پس در این صورت معامله او نیز صحیح می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو تقدم...** یعنی اگر عقد از طرف یکی از آن دو، مقدم باشد، فقط همان عقد صحیح است بدون آنکه صحت آن موقوف بر اجازه مولا باشد. مگر آنکه مولای دیگری امضا کند (عقد بعدی را) که در این صورت (نه فقط عقد اول صحیح است بلکه) هر دو عقد، صحیح خواهد بود.

ولو کان وکیلین صحّا معاً توضیح: آنچه از اول مسأله تا اینجا گفته شد، در فرضی بود که دو عبد هرکدام از طرف مولای خود، مأذون در تجارت بودند. حال فرض در جایی است که اگر آن دو عبد هر یک وکیل بودند از طرف مولایشان در تجارت (نه مأذون) و یکدیگر را همانند سابق، از مولای دیگری بخرند، در این صورت معامله هر دو صحیح است، خواه معامله یکی بعد از دیگری واقع شود یا هر دو مقترن واقع شوند، و بنابراین، دیگر احتیاج به اجازه بعدی مولی نیست.

و فرق بین صورتی که آنها مأذون برای تجارت بوده باشند و بین صورتی که آنها وکیل در تجارت بوده باشند (که در صورت اول اگر متأخر از دیگری باشد و یا هر دو مقترن باشند، بدون اجازه و امضای مولا باطل است، ولی در صورت دوم یعنی وکالت، احتیاج به امضای مولا نیست) این است که اذن در معامله، آن رضایتی است که تابع ملکیت است و به حسب عرف وقتی که ملکیت از میان رفت، رضایت به معامله هم از بین می‌رود، ولذا صحت معامله مزبور احتیاج به امضای مولا دارد وگرنه باطل خواهد بود.

به خلاف وکالت که آن: عبارت است از اجازه تصرف وکیل در آن موردی که موکل اجازه تصرف در آن را داده است، خواه وکیل، ملک موکل باشد یا نه ولذا وقتی که عبد، وکیل مولایش بود در معامله، هر چند ملکیت عبد بواسطه فروش از میان برود معامله عبد باطل نخواهد شد.

حال از کجا بفهمیم که رضایت به معامله عبد آیا به صورت اذن در آن بوده (تا احکام اذن بر آن بار شود) یا به صورت وکالت بوده (تا احکام وکالت بر آن بار شود)؟ می‌فرماید: از دو راه معلوم می‌شود:

اول: تصریح مولا به اذن یا وکالت.

دوم: قرائن لفظیه و یا حالیه دلالت کنند بر اینکه مقصود مولا اذن بوده یا وکالت.

و اگر چنانچه تصریح یا قرائن نباشد، ظاهراً باید لفظ را حمل بر اذن کرد نه وکالت، به دلیل حکم عرف که آن را حمل بر اذن می‌کند، و بنابراین، احکام اذن بر آن جاری می‌شود، و آن اینکه اگر معامله یکی متأخر یا هر دو مقترن بودند، صحت معامله موقوف بر امضای بعدی مولا است و بدون آن باطل است، چنانکه در بالا دانسته شد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کانا**... یعنی اگر آن دو عبد، وکیل مولایشان بودند (در معامله) هر دو بیع صحیح خواهد بود، و فرق بین اذن (در معامله) و وکالت (در

معامله) این است که اذن، رضایتی است که تابع ملکیت عبد است ولی وکالت، آن رضایتی است که جایزکند (برای وکیل) تصرفی راکه موکل، اذن درآن تصرف داده مطلقا (خواه وکیل، ملک موکل بوده باشد و خواه نبوده باشد).

و الفارق... یعنی مشخص کننده اذن و وکالت (که اجازه تجارتی که مولا به عبدش داده آیا به صورت اذن است یا وکالت) با اینکه هر دو مشترک در مطلق رخصت (یعنی هر دو، اجازه در تصرف می‌باشند) آن فارق: یا تصریح مولاست به خصوص اذن یا خصوص وکالت، ویا دلالت قرائن است بر هرکدام از دو خصوصیت.

ولو تجرّد... یعنی واگر لفظی که مولا با آن، اجازه داده خالی از قرینه (ویا تصریح مولا) بریکی از دو خصوصیت بود، باید ظاهراً حمل کرد لفظ را بر اذن (واحکام اذن را برآن بارنمود) به جهت آنکه عرف مردم دلالت بر حمل مزبور می‌کند.

واعلم أن القول بالقرعة مطلقا لا يتم في صورة الاقتران، لأنها لإظهار المشتبه، ولا اشتباه حينئذ، وأولى بالمنع تخصيصها بهذه الحالة، والقول بمسح الطريق مستند إلى رواية ليست سليمة الطريق، والحكم للسابق مع علمه لا إشكال فيه.

كما أن القول بوقوفه مع الاقتران كذلك، ومع الاشتباه تتجه القرعة، ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقعتين لإخراجه، ومع اشتباه السبق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها الاقتران ليحكم بالوقوف معه.

تحقیق در اقوال گذشته

و إعلم أن القول... توضیح: شارح در اینجا تحقیقی درباره اقوال گذشته کرده و نظر خود را بیان می‌نماید و می‌فرماید:

قول اولی که مصنف در عبارتش نقل کرد ـ و آن عمل به قرعه بود مطلقا، یعنی در همه صورتهای مسأله ـ در یک صورت درست در نمی‌آید و آن صورت اقتران یعنی همزمان بودن معامله هر دو عبد می‌باشد، زیرا به قرعه در جایی عمل می‌شود که امر واقع بر انسان مشتبه باشد، یعنی امری که در واقع، معلوم، ولی به حسب ظاهر بر ما مشتبه است، بواسطه قرعه آن اشتباه برطرف گشته و واقع معلوم می‌گردد، و حال آنکه در صورت اقتران معامله عبدها، اشتباهی در کار نیست، زیرا در صورت مزبور، نمی‌خواهیم به دست آوریم کدام یک از معامله‌ها تقدم بر دیگری دارد تا اشتباه و تردیدی در امر بوده باشد، بلکه امر بر ما روشن و واضح شده که معامله آنها مقترن بوده، بنابراین در صورت مزبور دیگر موردی برای عمل به قرعه نمی‌باشد (بلکه حکم صورت اقتران این است که اگر مولای آنها معامله‌ها را امضا نکنند باطل خواهند بود).

وبا این بیان، روشن می‌شود که اینکه بعضی از فقها عمل به قرعه را اختصاص داده‌اند به مورد اقتران معامله‌ها فقط (چنانکه قول شیخ طوسی درکتاب «نهایه» می‌باشد) به طریق اولی ازنظرما ممنوع می‌باشد، وجهت اولویت منع، آن است که بنابرقول اول که مطلقا قرعه را قائلند، اگرهم دربعضی صورت‌ها، قرعه را منع کردیم (که صورت اقتران است) ولی درصورتهای دیگر، قرعه را منع نمی‌کنیم، به خلاف قول دوم ـ که قرعه را فقط درصورت اقتران قائل است ـ که این قول به هیچ وجه درست نمی‌باشد وبه جرأت می‌توان آن را رد نمود، چنانکه دانسته شد.

ترجمه وشرح عبارت: **و إعلم**... یعنی قول به قرعه مطلقا، درست درنمی‌آید در صورت اقتران معامله‌ها، زیرا قرعه برای به دست آوردن امرواقع است که درظاهربرما مشتبه شده باشد (ومعلوم نباشد) وحال آنکه درصورت اقتران، اشتباهی برما نیست **و اولیٰ بالمنع**... یعنی سزاوارتراست به منع وردّ نمودن، اینکه اختصاص داده شود قرعه به صورت اقتران (که قول شیخ طوسی درکتاب «نهایه» است واین قول را شارح سابقاً ذکرنکرد).

و القول بمسح... توضیح: تا اینجا سخن درقول به قرعه بود، واما قول به مساحت واندازه گیری طریق که قول دوم درعبارت مصنف بود، می‌فرماید که: این قول نیز ضعیف است، زیرا دلیل آن روایتی است که سند آن ضعیف می‌باشد **لیست سلیمة**... یعنی روایت مزبورسندش سالم نیست، یعنی ضعیف است.

و الحکم للسابق... توضیح: دراینجا شارح نظرخود را درباره حکمی که مصنف درعبارت آخرش ذکرکرد بیان می‌نماید، وآن این بود که: اگرمعامله یکی ازآنها بر دیگری مقدم باشد، فقط آن صحیح است نه دیگری، شارح می‌فرماید: این حکم نیز درست است واشکالی درآن نمی‌باشد همانطوری که حکمی که پیش ازآن فرمودند

که اگر معامله هر دو در یک زمان واقع شود و مولاها هر دو را امضا کنند، هر دو صحیح خواهد شد و بدون امضا باطل‌اند، این حکم نیز از نظر ما اشکالی ندارد.

عمده سخن در این است که در صورت اشتباه تقدم معامله یکی بر دیگری و نزاع آنها در تقدم، که اصل مسأله نیز در همین صورت بود، حکم چیست؟ در این صورت شارح می‌فرماید: ما قائل به قرعه هستیم منتها در اینجا مسأله دو فرض دارد ـ چنانکه در بعض اقوالی که در اول مسأله، شارح نقل نمود دانسته شد ـ:

۱. اینکه اجمالاً بدانیم معامله یکی مقدم بر دیگری بوده اما ندانیم که آنکه مقدم بوده کدامیک از آن دو معامله است.

در این فرض، حکم این است که قرعه را به وسیله دو کاغذ انجام می‌دهیم که در یکی «مقدّم» نوشته می‌شود و در دیگری «مؤخر» نوشته می‌شود و یکی از آنها به نام یکی از عبدها بیرون آورده می‌شود.

۲. اینکه ندانیم که اصلاً تقدم و تأخری در معامله آنها بوده یا اینکه هر دو مقترن و در یک زمان بوده.

در این فرض، حکم این است که قرعه را در سه کاغذ انجام دهیم که در یکی «مقدم» و در دیگری «مؤخر» و در سومی «اقتران» نوشته می‌شود که اگر به وسیله قرعه، تقدم یکی بر دیگری، بیرون آمد آن معامله فقط صحیح است و دیگری باطل (اگر مولای دیگری آن را امضا نکند واما اگر امضا کند، آن دیگری هم صحیح می‌شود).

و اگر به وسیله قرعه، اقتران هر دو ثابت شد، حکم به بطلان آنها می‌شود اگر مولاها آن دو معامله را امضا نکنند واما اگر امضا کردند هر دو صحیح می‌شوند.

ترجمه و شرح عبارت: **والحکم**... یعنی حکم به نفع آنکه معامله‌اش متقدم است در صورت معلوم بودن تقدم آن، اشکالی در آن نیست (و این حکم را مصنف در آخر عبارتش ذکر نمود که: ولو تقدم العقد من أحدهما صح خاصة) **علمه** علم مصدر

است به معنی اسم مفعول یعنی معلومیت **کما أن القول...** یعنی همانطوری که قول به توقف عقد (بر اجازه مولا) در صورت اقتران هر دو عقد، نیز اشکال در آن نیست (و این حکم را نیز مصنف در عبارتش ذکر نمود که: ولو أُجیز عقدهما فلا اشکال).

و مع الإشتباه... یعنی و در صورت اشتباه عقد آنها (در تقدم و تأخر آنها بر یکدیگر و یا در اقتران آنها) عمل به قرعه نیکوست ولی (چون اشتباه عقد آنها دو فرض دارد بدین جهت در کیفیت قرعه، تفصیل می‌دهد به اینکه:) با فرض اشتباه سابق (یعنی اشتباه در اینکه کدام متقدم است) باید سابق یعنی متقدم را به وسیله دو تکه کاغذ به دست آورد و (امّا) با فرض (دوم یعنی فرض) اشتباه تقدم و همزمان بودن آنها (که معلوم نیست آیا تقدم و تأخری بین آنها هست یا اینکه هر دو در یک زمان بوده) سزاوار است سه تکه کاغذ باشد که در یکی از آنها «اقتران» نوشته شود (و در دو تکه دیگر یکی «مقدم» و دیگری «مؤخر» نوشته شود) تا اینکه در صورت اقتران، حکم به توقف بر اجازه مولا کنیم (یعنی تا اینکه اگر بواسطه قرعه، اقتران آنها ثابت شد، حکم کنیم به اینکه اگر مولای آنها عقدها را امضا کردند هر دو صحیح باشند و اگر امضا نکردند هر دو باطل باشند.

ترجمه و شرح عبارت: **رُقع** به ضم راء و فتح قاف جمع «رقعة» می‌باشد یعنی قطعه کاغذ **في إحداها** خبر مقدم است برای ـ الاقتران ـ **معه** ضمیر به اقتران بر می‌گردد.

هذا إذاكان شراؤهما لمولاهما، أما لو كان لأنفسهما ـ كما يظهر من الرواية ـ فإن أحلنا ملك العبد بطلا، وإن أجزناه صح السابق، وبطل المقارن واللاحق حتما، إذ لا يتصور ملك العبد لسيده.

هذا إذاكان... توضیح: آنچه تا اینجا گفته شد درجایی است که آن دو عبد یکدیگر را بخرند برای مولای خودشان، و اما اگر فرض کنیم که آنها یکدیگر را برای خود می‌خرند، چنانکه ظاهر روایت نیز همین فرض است، حکم این فرض مبتنی بر این است که آیا عبد می‌تواند مالک چیزی شود یا نه؟ اگر نظر ما این شد که عبد، محال است مالک چیزی شود، در این جا حکم، این می‌شود که هر دو معامله باطل است.

ولی اگر نظر ما این شد که عبد، مالک چیزی می‌تواند بشود، در اینجا گوئیم که: اگر آن دو معامله، یکی قبل از دیگری بود، معامله اولی صحیح و معامله بعدی باطل است، چون اگر معامله بعدی هم صحیح باشد، لازمه‌اش این است که عبد دوم که عبدِ عبدِ اوّل شده (و عبد اول، مولای عبد دوم شده) مالک شود عبد اول را (که مولای او شده بواسطه صحت معامله اول) و این معقول نیست، زیرا عبد، مالک مولای خود نمی‌تواند بشود.

و اگر معامله هر دو همزمان بود، نیز هر دو باطل است، زیرا لازم می‌آید که هرکدام از آنها، هم عبد دیگری شود و هم مولای دیگری شود.

ناگفته نماند که در اینجا سؤالات و اشکالاتی بر شارح متوجه است که محشین ذکر کرده‌اند و چون بنای ما در این شرح بر ذکر سؤالات و اشکالات نیست مگر در مواقع ضرورت، بدین جهت از ذکر آنها صرف نظر می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **فإن أحلنا...** یعنی اگر محال دانستیم مالک شدن عبد را، هر دو معامله باطل‌اند، و اگر اجازه دادیم مالک شدن عبد را، آن معامله‌ای که قبل از دیگری باشد صحیح است و آن معامله‌ای که همزمان با دیگری باشد و یا بعد از

دیگری باشد باطل است **قطعاً إذ لا یتصور**... (علت است برای بطلان عقد لاحق) یعنی زیرا (اگر عقد بعدی را هم صحیح بدانیم لازم می‌آید که عبد، مالک مولایش بشود و حال آنکه) معقول نیست عبد، مالک مولای خود بشود **لسیّده** مقصود از این مولا، عبد مولای دیگر است که عبد دوم را خریده و مالک آن شده است.

(السادسة: الأمة المسروقة من أرض الصلح لا يجوز شراؤها) لأن مال أهلها محترم به، (فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلا) بالسرقة، أو الحكم (ردها) على بائعها (واستعاد ثمنها) منه، (ولو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع، أو امتنع عن رده ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب (ضاع) على دافعه، (وقيل: تسعى) الأمة (فيه لرواية مسكين السمان عن الصادق عليه السلام.

ويضعف بجهالة الراوي، ومخالفة الحكم للأصول، حيث إنها ملك للغير، وسعيها كذلك، ومالكها لم يظلمه في الثمن، فكيف يستوفيه من سعيها، مع أن ظالمه لا يستحقها ولاكسبها، ومن ثم نسبه المصنف إلى القول، تمريضا له.

مسأله ششم ـ خریدن کنیز دزدیده شده ازکشور صلح

(السادسة: الأمة المسروقة من أرض... توضیح: کنیزی که ازکشورکفری که با مسلمین به مدت معینی صلح کرده‌اند، دزدید شده باشد، جایز نیست خریدن آن کنیز، زیرا بواسطه صلح، مال و جان اهالی آن کشور محترم می‌شود و مال محترم را نمی‌شود دزدید.

بنابراین، اگرکسی آن کنیز را ازسارق بخرد، چنانچه مشتری ازسرقت آن نا آگاه باشد ویا مسأله را نداند (یعنی نداند که خریدن کنیز سرقت شده مزبور جایز نیست) باید آن را به بایع (سارق) برگرداند و ثمن خود را ازاو پس بگیرد، و اگر چنانچه پس گرفتن ثمن، ممکن نباشد (بواسطه اینکه بایع، پول آن را خرج کرده والآن هم پولی ندارد، ویا عمداً پول آن را پس نمی‌دهد واجباراوهم به پس دادن ثمن ممکن نباشد، ویا بعد ازبرگرداندن کنیز، بایع بمیرد ووارثی هم ندارد که ثمن آن را ازآن بگیرد ویا اگر

هم وارث دارد، انکارکنند ثمن را و آن را ندهند) در این صورت از کیسه مشتری رفته است.

ولی بعضی از فقها گفته‌اند که: در این صورت بر خود کنیز واجب است که کارکند و ثمن را به مشتری پس بدهد، به دلیل روایتی که «مسکین سمّان» از امام صادق علیه‌السلام نقل کرده است.

شارح از این قول دو جواب می‌دهد:

۱. اینکه سند آن روایت ضعیف می‌باشد، زیرا «مسکین سمّان» که راوی حدیث است از نظر علم رجال، مجهول الحال می‌باشد و درباره توثیق یا عدم توثیق آن چیزی در کتب رجال دیده نشده است.

۲. حکمی که در روایات آمده، مخالف قواعد است، به جهت آنکه خود کنیز و هر کسبی که بکند، مال مولایش می‌باشد، و فرض آن است که ثمن مشتری را مولا نخورده است تا از مال او ثمن پس داده شود، بلکه ثمن را بایع (سارق) خورده است، بنابراین، به چه میزان شرعی، مشتری ثمن را از کسب کنیز بگیرد. با اینکه بایع، نه خود کنیز را مالک بوده و نه کسب آن را بلکه کسب آن، مال مولاست.

ترجمه و شرح عبارت: **الأمة**... یعنی کنیزی که دزدیده شده از سرزمین صلح، جایز نیست خریدن آن، زیرا مال اهل آن سرزمین، بواسطه صلح، احترام پیدا کرده.

پس اگر کسی از سارق، آن را بخرد از روی جهل به سرقت (که نمی‌دانسته کنیز سرقت شده است) و یا از روی جهل به حکم (یعنی حرمت که نمی‌دانسته خریدن کنیز مزبور حرام است) باید مشتری، پس بدهد آن را به فروشنده و بهای آن را از او پس بگیرد **أرض الصلح** چنانکه در کتاب الجهاد گذشت، امام یا نایب امام می‌تواند با کفاری که جنگ با آنها جایز است، با شرایطی قرارداد صلح (و آتش بس) تا ده سال ببندد در صورتی که مصلحت مسلمین در آن باشد و در این مدت، مال آنها محترم

است وکسی حق ندارد آن را غارت کرده یا بدزدد **محترم به** «باء» برای سبب است و ضمیرآن به صلح برمی‌گردد **و لو لم یوجد**... یعنی اگرثمنی که مشتری به بایع داده، یافت نشود (تا مشتری آن را پس بگیرد) بواسطه اینکه بایع بی پول شده است (وثمن را هم خرج کرده) ویا (پول دارد امّا) امتناع ورزد ازپس دادن آن ونشود اورا اجبار(به پس دادن ثمن) کرد، ویا بواسطه غیرآن ازاسباب یافت نشدن ثمن (که درتوضیح بالا گذشت) **ضاع**... یعنی (درصورت یافت نشدن ثمن) ضایع وهدررفته ازدهنده ثمن (یعنی ازکیسه مشتری رفته است).

و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که (درصورت یافت نشدن ثمن) بایدکنیزکارکند برای پس دادن ثمن مشتری **فیه** یعنی في ردّ الثمن **و یضعّف**... (این جواب شارح است ازقول ـ قیل ـ) یعنی تضعیف می‌شود روایت مزبوربواسطه مجهول الحال بودن راوی آن (یعنی مسکین سمّان) وبه جهت مخالفت داشتن حکم (مذکوردرروایت) با قواعد فقهی به جهت آنکه کنیزمال غیربایع است وکسب اونیزمال غیربایع است (یعنی مال مولای اوست که درسرزمین صلح می‌باشد نه مال بایع سارق) وفرض آن است که مالک کنیز، ظلم به مشتری نکرده درثمن (یعنی ثمن را اونخورده است) پس چگونه وبه چه حقی مشتری آن ثمن را ازکسب کنیزبگیرد با اینکه ظلم کننده به مشتری (یعنی خورنده ثمن اوکه بایع باشد) مالک کنیزوکسب اونیست و**من ثَمَّ**... یعنی وبه خاطرضعیف بودن قول مزبور، مصنف آن قول را به دیگران نسبت داد با کلمه‌ای که ضعف آن قول را می‌رساند (یعنی به کلمه ـ قیل ـ که صیغه مجهول است).

ولكن يشكل حكمه بردها إلا أن يحمل ردها على مالكها لا على البائع، طرحا للرواية الدالة على ردها عليه، وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردها على البائع واستسعائها في ثمنها لو تعذر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته.

واعتذر عن الرد إليه بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليه، وعن استسعائها بأن فيه جمعا بين حق المشتري وحق صاحبها، نظرا إلى أن مال الحربي فئ في الحقيقة، وإنما صار محترما بالصلح احتراما عرضيا فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة.

اشکال شارح بر مصنف

ولکن یُشکل حکمه... توضیح: شارح می‌فرماید: اینکه مصنف بر طبق روایت، حکم به برگرداندن کنیز به بایع کرد، نیز مورد اشکال است، زیرا وقتی بر مشتری معلوم شد که بایع، سارق کنیز است، شرعاً بواسطه اینکه دستش بر آن کنیز نهاده شده، بر او جایز نیست که کنیز را به او برگرداند که نه مالک است و نه وکیل مالک بلکه غاصب است، چون در کتاب الغصب گفته‌اند که: کسی که دستش نهاده شده بر مال مغصوب، ضامن است آن را به مالکش برساند، نه اینکه آن را به آن کسی که از او به دستش رسیده برگرداند.

سپس شارح می‌فرماید که: اشکال مزبور در صورتی بر مصنف وارد است که مقصود ایشان در متن که فرمود: ـ ردّها ـ همان رد کردن به بایع باشد، چنانکه شارح بعد از عبارت مصنف، کلمه ـ علی بائعها ـ را اضافه نمود.

و اما اگر مقصود مصنف در آنجا، رد به مالکش (مولایش) باشد، اشکال سابق بر آن وارد نمی‌آید.

وطبق این مقصود مصنف، ایشان به روایت سابق (که حکم به برگرداندن کنیز به بایع نموده است) عمل نکرده است.

ترجمه وشرح عبارت: **ولکن**... یعنی (هرچند حکم مصنف به هدررفتن ثمن از کیسه مشتری درصورت یافت نشدن ثمن، درست است) ولی حکم مصنف به برگرداندن کنیز (به بایع) مورد اشکال است، مگراینکه حمل کنیم حکم مصنف را بر رد کنیز به مالکش نه به بایع (یعنی مگراینکه بگوئیم مقصود مصنف ازرد کنیز، رد آن به مولایش می‌باشد نه ردّ آن به بایع، که بنابراین، دیگر اشکالی بر مصنف وارد نمی‌آید) **طرحاً**... یعنی اینکه اگر مصنف مقصودش رد کردن به مالکش باشد نه بایع، دلیلش این خواهد بود که عمل نمی‌کند به روایتی که دلالت بر رد کنیز به بایع می‌کند (مقصود همان روایت «مسکین سمّان» است که راوی آن مجهول الحال می‌باشد).

نظر مصنف درکتاب «دروس»

وفي «الدروس» إستقرب... توضیح: مصنف درکتاب «دروس» حکم روایت را تقویت کرده است (وآن اینکه مشتری باید کنیزرا به بایع برگرداند وثمن را ازبایع پس بگیرد واگر ازبایع نتوانست بگیرد ویا بعد ازمردن بایع، ازوارث اونتواندبگیرد، خود کنیز باید کارکند وثمن را بدهد).

وعلت برگرداندن کنیزرا به بایع، چنین ذکرکرده که: بایع وادار شود که کنیزرا به صاحبش رد کند، زیرا وظیفه بایع است که أمه را به صاحبش برگرداند وباید اوزحمت رد به صاحبش را بکشد نه مشتری، به جهت اینکه بایع: یا خود سارق است ویا اگر هم سارق نیست، ازسارق خریده وبه مشتری فروخته ودرنتیجه دستش بعد از دست سارق، برکنیزمغصوب نهاده شده. بایع هرکدام باشد به لحاظ اینکه دستش

به مال مغصوب نهاده شده، ضامن است که مال را به مالکش برساند، پس اکنون وظیفه مشتری آن است که به بایع دهد تا وی به صاحبش برساند.

وعلت پس گرفتن ثمن ازکسب کنیز را چنین ذکرکرده که: با این کار، جمع بین حق مشتری و حق مالک کنیز می‌شود که هم کنیز به مالکش برگشته و هم ثمن به مشتری برگشته است، زیرا کسب کنیز هرچند ملک صاحب کنیز می‌باشد ولی چون صاحب کنیز، کافر حربی می‌باشد و مال کافر حربی در حقیقت از باب غنیمت، حلال برای مسلمانان می‌باشد، بدین جهت جایز است بدون اجازه او مشتری ثمن خود را ازکسب وکارکنیز پس بگیرد.

اگرگوئید که: در اینجا فرض آن است که بواسطه قرارداد صلح با کفار، مال آنها محترم شده، پس چگونه می‌توان بدون اجازه کافر حربی از مال وی ثمن را گرفت (که کسب کنیز او نیز از اموال اوست).

جواب آن است که: احترام مال آنها احترام عرضی است که بواسطه صلح، حاصل شده، ولی احترام مال مسلمان (که مشتری می‌باشد) احترام حقیقی است، بنابراین، وقتی که در اینجا امر دائر است بین اینکه مشتری، ثمنش ضایع و هدر شود که نتواند ثمن خود را پس بگیرد حتی ازکسب کنیزکه مال کافر حربی است، و بین اینکه مال کافر از بین رود، به این معنی که در اینجا از مال او بدون اجازه‌اش ثمن گرفته شود، گوئیم که حق مسلمان مقدم است و او می‌تواند ثمن را ازکسب کنیز(که مال کافر است) بگیرد و بدین وجه، هم کنیزکافر به او برگشته است و هم ثمن مشتری به دستش رسیده، و جمع بین حقین شده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و في «الدروس»**... یعنی مصنف درکتاب «دروس» نزدیک شمرده عمل به روایت راکه (آن روایت «مسکین سمّان» است که خود روایت در بالا ذکر نشد ولی مضمونش) مشتمل است بر (دو مطلب: یکی) اینکه: باید رد شود

کنیز به بایع و (دوم اینکه:) کسب وکارکند کنیز در پس دادن ثمن خود (به مشتری) در صورتی که بر مشتری ممکن نباشد گرفتن ثمن از خود بایع (به خاطر یکی از جهاتی که در ذیل عبارت مصنف در بالا گذشت) و (نیز ممکن نباشد گرفتن ثمن) از وارث بایع در صورت مردن بایع.

و مصنف (در همان کتاب) عذر آورده برای (مطلب اول یعنی برای) رد کردن کنیز به بایع (یعنی توجیه کرده آن حکم را) به اینکه: رد کردن کنیز به بایع، وادار کردن بایع است تا اینکه کنیز را به صاحبش برساند (زیرا در اینجا وظیفه بایع است که آن را به مالکش برساند) یا به جهت اینکه او خود سارق است و یا به جهت اینکه در پی دست سارق، دست بایع نهاده شده بر کنیز **یده** یعنی ید بایع **علیه** یعنی بر یَدِ سارق.

و عن إستسعائها... (عطف است بر ـ عن الردّ الیه ـ) یعنی و عذر آورده برای (مطلب دوم یعنی) کارکردن کنیز (جهت پس دادن ثمن به مشتری یعنی این مطلب را توجیه کرده) به اینکه در آن کار، جمع کردن است بین حق مشتری و حق صاحب کنیز (که بواسطه رد کردن کنیز به صاحبش، حق صاحبش به دستش رسیده است و بواسطه کارکردن کنیز جهت پس دادن ثمن مشتری، حق مشتری به دستش می‌رسد) نظر به اینکه مال کافر حربی در حقیقت، غنیمت است (برای مسلمانان) و اینکه در اینجا مال او بواسطه صلح، احترام پیدا کرده همانا احترام عرضی است، بنابراین، از بین رفتن آن، معارضه نمی‌کند با از بین رفتن مالی مسلمان که بالذات احترام دارد (یعنی در اینجا امر دائر است بین اینکه مال کافر حربی از بین برود بواسطه پس گرفتن ثمن از کسب کنیز، و بین اینکه مال مسلمان از بین برود که ثمن خود را از کسب کنیز نگیرد، گوئیم: مال کافر از بین برود ولی مال مسلمان از بین نرود).

ولا يخفي أن مثل ذلك لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، وتقريبه للنص إنما يتم لو كانت الرواية مما تصلح للحجية، وهي بعيدة عنه، وتكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز دفعها إليه كما في كل غاصب، وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم، وإلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه، وهو باطل.

جواب شارح از صاحب «دروس»

ولا يخفى أن مثل ذلك... توضیح: شارح از صاحب «دروس» جواب می‌دهد به اینکه با توجیهات و اعتذارهای مزبور نمی‌توان حکم مذکور در روایت را ـ که مخالف با قواعد مسلم فقهی است ـ پایه گذاری کرد و آن را تثبیت نمود.

و اینکه مصنف با توجیه مزبور، خواسته است روایت را تحت قاعده درآورد و آن را با قواعد مسلم فقهی تطبیق دهد درست نیست، زیرا آن تطبیق در صورتی درست است که روایت بواسطه صحت سند، حجت باشد و حال آنکه سابقاً دانستی که روایت از جهت سند ضعیف می‌باشد و حجیت ندارد.

سپس شارح بطور تفصیل جواب از توجیهات صاحب «دروس» می‌دهد به اینکه:

جواب از توجیه اول صاحب «دروس»

در توجیه اول فرمود: چون بایع، مکلف است به رد کنیز به مالکش، وظیفه مشتری آن است که به او بدهد تا او به صاحبش رد کند. جوابش این است که گرچه وظیفه بایع است که کنیز را به صاحبش رد نماید، ولی حالا که کنیز به دست مشتری رسیده، بر مشتری جایز نیست که آن را دوباره به دست بایع بدهد، زیرا بر مشتری معلوم شده که بایع، سارق و غاصب کنیز است و در کتاب الغصب گفته‌اند که هر کسی که دستش بر مال مغصوب نهاده شد، وظیفه اوست که آن را به صاحبش

برگرداند، پس در اینجا چون دست مشتری نیز بر مال مغصوب نهاده شده لذا وظیفه اوست که خودش آن را به مالکش برساند نه اینکه به بایع بدهد که او نه مالک است و نه وکیل مالک.

اگر کسی بگوید که بایع چون قبل از مشتری دستش بر مال مغصوب نهاده شده و ضمان او قبل از ضمان مشتری بوده بدین جهت او باید زحمت رد به مالک را به عهده بگیرد.

شارح جواب می‌دهد که: تقدم ضمان بایع، اثری در حکم اینجا ندارد، یعنی مجوز این نمی‌شود که مال مغصوب به دست او برگردانده شود که او به مالکش برساند، بلکه وظیفه مشتری است که آن را نگه بدارد تا مستقیماً به مالکش یا به وکیل او برساند.

وگرنه، اگر بخواهیم تقدم ضمان را مؤثر بدانیم باید در جایی که کسی از دست غاصب، مال را غصب کند باید بگوئیم که: وظیفه غاصب دوم آن است که مال را به غاصب اول برگرداند تا او به مالکش ردّ نماید، و حال آنکه حکم چنین نیست و کسی از فقها آن را نگفته است، بلکه همه فقها گفته‌اند که چون غاصب دوم دستش بر مال مغصوب نهاده شد، وظیفه اوست که مستقیماً مال را به مالکش یا وکیل او برساند و جایز نیست به دست غاصب اول برگرداند.

تا اینجا جواب از توجیه اول صاحب «دروس» بود یعنی جواب از توجیه ردّ مشتری کنیز را به دست بایع. و اما جواب از توجیه دوم را بعداً توضیح می‌دهیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا یخفی...** یعنی پوشیده نماند که مانند این توجیهات، صلاحیت ندارد برای پایه گذاری این چنین حکم (که آن عبارت بود از جواز رد کنیز به بایع، و کارکردن کنیز برای ردّ ثمن به مشتری به تفصیلی که گذشت).

ونزدیک کردن مصنف، روایت را (به سوی قاعده، یعنی توجیه کردن ایشان روایت «مسکین سمّان» را که مشتمل بر حکم بالاست، که خواست آن حکم را تحت قاعده درآورد) درصورتی درست است که روایت مزبور صلاحیت برای حجیت (واثبات حکم مزبور) داشته باشد (یعنی ازنظر سند، صحیح باشد) وحال انکه روایت، دوراز صلاحیت مزبوراست (چون قبلا دانسته شد که روی آن که (مسکین سمّان» است مجهول الحال می‌باشد).

و(جواب تفصیلی ازتوجیهات مصنف برای روایت این است که درجواب از توجیه اول، گوئیم:) تکلیف بایع به رد کردن کنیز به صاحبش، اقتضا نمی‌کند که دوباره دفع کنیز به بایع، جایزباشد چنانکه (حکم شرعی) درهرغاصبی چنین است (که اگرکسی، مال مغصوب ازغاصب به دستش رسید، جایزنیست آن را دوباره به غاصب برگرداند).

واینکه مال، اوّل دردست بایع بوده (واوّل اوضامن شده که دستش برمال نهاده شده) اثری دراین حکم (یعنی درجواز دفع کنیز به بایع) ندارد وگرنه (اگربگوئیم تقدم ضمان دست بایع، اثردارد که باید به اوبرگردانده شود) هرآینه باید (درمسأله دیگر یعنی در) کسی که مال مغصوب را غصب ازغاصب کند، واجب باشد برغاصب دوم اینکه ردکند مال را به غاصب اول (که ضمان دست اوتقدم دارد برضمان دست غاصب دوم) وحال اینکه این حکم باطل است.

والفرق في المال بين المحترم بالأصل والعارض لا مدخل له في هذا الترجيح، مع اشتراكهما في التحريم، وكون المتلف للثمن ليس هو مولى الأمة، فكيف يستوفى من ماله، وينتقض بمال أهل الذمة فإن تحريمه عارض ولا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

جواب از توجیه دوم صاحب «دروس»

و الفرق في المال... توضیح: توجیه دوم صاحب «دروس» برای اثبات این بود که کنیزکارکند وازکسبش ثمن مشتری را پس بدهد. ودرضمن آن توجیه فرمود که: چون مال مسلمان احترام ذاتی دارد، ولی مال کافرحربی احترام عرضی دارد بدین جهت مال مسلمان ترجیح برمال کافردارد.

شارح جواب می‌دهدکه این فرق، سبب این نمی‌شودکه مال مسلمان ترجیح بر مال کافرپیداکند، زیرا فرض آن است که هردومال، احترام پیداکرده‌اند هرچند یکی احترامش ذاتی است ودیگری احترامش عرضی است ومعنای احترام آن است که بدون اجازه صاحب مال نمی‌توان آن را تصرف کرد.

وعلاوه برآن گوئیم چنانکه سابقاً نیزدانسته شد آنکه مال مشتری را خورده است مولای کنیزنیست (بلکه بایع سارق است) پس چگونه وبه چه حقی مشتری می‌تواند ازمال مولای کنیزثمن خود را بگیرد (یعنی ازکسب کنیزکه مال مولای کنیزاست).

ویک جواب نقضی می‌دهد وآن اینکه: اگراحترام ذاتی، سبب ترجیح مال مسلمان برمالی کافری که احترامش عرضی است باشد باید درکافرذمی (یهودی یا نصرانی که درذمه حکومت اسلام هستند وشرایط ذمه را پذیرفته‌اند وعمل می‌کنند) نیزبگوئیم که اموال آنها بواسطه عمل به شرایط ذمه، احترام عرضی پیداکرده و چنانچه درموردی پیش آیدکه امردائرباشد بین اینکه مال مسلمان ازبین برود یا مال

کافر ذمی، باید بگوئید که مال مسلمان ترجیح بر مال کافر ذمی دارد و حال آنکه فقها چنین نگفته اند.

ترجمه و شرح عبارت: **والفرق**... (این کلمه مبتدا است و خبرش ـ لا مدخل له ـ می‌باشد) یعنی فرق گذاشتن در مال بین مالی که بالذات محترم است و مالی که بالعرض محترم است، مدخلیت و تأثیری ندارد ترجیح مال مشتری مسلمان بر مال کافر حربی، با اینکه هر دو مال در محترم بودن شریکند.

و (جواب دیگر این است که:) تلف کننده ثمن مشتری، مولای کنیز نیست (بلکه بایع سارق است که مشتری را گول زده است و به نام خود به او فروخته و ثمن را خورده است) پس چگونه می‌توان ثمن را از مال مولای کنیز پس بگیرد (بلکه به حسب قاعده، کسی که گول خورده باید به آنکه او را گول زده مراجعه نماید).

و (یک جواب نقضی به صاحب «دروس» می‌دهیم و گوئیم:) فرق مزبور، نقض می‌شود به مال کافر ذمی، زیرا احترام مال او عارضی است (که این احترام بواسطه پذیرفتن شرایط ذمه آمده است) و حال آنکه ترجیح داده نمی‌شود بر آن، مال مسلمان که احترامش ذاتی است، در وقت تعارض (یعنی اگر مواردی پیش آید که امر دائر باشد بین اینکه مال کافر ذمی از بین برود یا مال مسلمان، حفظ مال مسلمان را ترجیح بر حفظ مال کافر ذمی نمی‌دهند بلکه هر دو را از نظر احترام در یک ردیف حساب می‌کنند.

والأقوى اطراح الرواية بواسطة "مسكين"، وشهرتها لم تبلغ حد وجوب العمل بها، وإنما عمل بها الشيخ على قاعدته، واشتهرت بين أتباعه، وردها المستنبطون لمخالفتها للأصول.

والأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكها، أو وكيله، أو وارثه، ومع التعذر على الحاكم، وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقا، ومع تلفه إن كان المشتري جاهلا بسرقتها، ولا تستسعي الأمة مطلقا.

نظر شارح در حکم مسأله

و الأقوى إطراح الرواية... توضیح: شارح می‌فرماید که: نظر ما در این مساله آن است که به روایت «مسکین سمّان» نمی‌توانیم عمل کنیم زیرا چنانکه دانسته شد «مسکین» مجهول الحال است و عدالت او برای ما ثابت نشده است و بدین جهت ضعیف است.

اگر کسی گوید که اکثر فقها بر طبق آن روایت فتوا داده‌اند و در علم درایه گفته‌اند که: شهرت فتوایی بین فقها، جبران می‌کند ضعف سند را.

جواب می‌دهد به اینکه: شهرت فتوایی در اینجا به آن حدی نرسیده که بتواند جبران کند ضعف سند آن را و واجب نماید عمل به آن را.

فقط شیخ طوسی به آن روایت عمل کرده آنهم به جهت مبنای خاصی که در باب عمل به روایت دارد، و آن اینکه اگر مختصر اطمینان به صدور آن روایت حاصل شود جایز است عمل به آن بشود هر چند راوی آن مجهول باشد.

و بعد از شیخ، کسانی که از نظریات شیخ متابعت می‌کنند، آن روایت را نقل کرده و به مضمون آن فتوا داده‌اند.

ولی فقها و مجتهدین دیگر آن را رد نموده‌اند، بواسطه آنکه مضمون آن مخالف با قواعد مسلم فقهی است.

و نتیجه آنکه به حسب قواعد فقهی باید در این مسأله چنین حکم کنیم که:

اگر مالک زنده است، باید مشتری، کنیز را به خود او یا به وکیل وی برساند، و اگر مالک، مرده است باید کنیز را به وارث او برساند و اگر هیچ یک از آنها ممکن نشد (بواسطه اینکه دسترسی به مالک یا وکیل او نیست و یا در صورت مردن مالک، وی وارث ندارد و یا اگر وارث دارد دسترسی به او ممکن نیست) باید کنیز را به دست حاکم برساند.

و اما نسبت به ثمنی که مشتری به بایع داده، باید از که پس بگیرد؟ می‌فرماید: اگر عین ثمن باقی است باید از بایع پس بگیرد، خواه مشتری در وقت خریدن می‌دانست سارق بودن بایع را و خواه نمی‌دانست.

و اما اگر عین ثمن در دست بایع، باقی نبود و تلف شده بود، فقط در یک صورت می‌تواند مشتری به بایع رجوع کند و عوض آن را از او بگیرد و آن در صورت جهل مشتری به سرقت می‌باشد، و اما در صورت علم به سرقت در وقت خریدن، دیگر حق ندارد عوض آن را از بایع مطالبه نماید، زیرا خود مشتری اقدام به آن کرده است.

و اما بر کنیز در هیچ صورتی واجب نیست کار کند تا ثمن مشتری را پس دهد، نه در صورت علم مشتری به سرقت و نه در صورت جهل او، و همچنین نه در صورتی که مشتری بتواند ثمن را از بایع بگیرد و نه در صورتی که نتواند.

ترجمه و شرح عبارت: **و الاقوی**... یعنی اقوی در نظر ما عمل نکردن به روایت است به جهت وجود مسکین (راوی حدیث) **و شهرتها**... یعنی شهرت روایت (در بین فقها از نظر فتوا به مضمون آن) نرسیده به آن حدّی که واجب کند عمل به روایت را، و همانا فقط شیخ طوسی عمل به آن نموده آنهم طبق مبنای خودش (در باب

عمل به روایات) سپس مشهورشده آن روایت دربین تابعین شیخ (که درمبانی فقهی واصولی ازایشان تبعیت می‌کنند ودرحقیقت مقلد ایشان درنظریات وی می‌باشند).

ولی رد نموده‌اند اهل استنباط (ومجتهدین یعنی آنهایی که مقلد شیخ نیستند) روایت مزبوررا به خاطرمخالفت آن با قواعد مسلم فقهی.

واقوی درنظرما آن است که باید مشتری ردکند کنیزرا به مالکش یا وکیل اویا به وارث او(اگرمالک مرده باشد ودسترسی به وارث اوباشد) واما درصورت ممکن نبودن رساندن به آنها، باید به حاکم برساند.

واما ثمن (که مشتری به که رجوع کند وآن را پس بگیرد) باید بایع مورد مطالبه واقع شود به آن ثمن درصورت باقی بودن خود ثمن، خواه مشتری (دروقت خریدن) عالم به سرقت بود وخواه جاهل، واما درصورت تلف ثمن (دردست بایع، بازهم مشتری باید بایع را مورد مطالبه قراردهد وعوض آن را بگیرد) اگرمشتری (دروقت خریدن) جاهل به سرقت کنیز بود، وبرکنیزواجب نیست کارکند (برای پس دادن ثمن مشتری) درهیچ صورتی (نه درصورت علم مشتری به سرقت ونه درصورت جهل او به سرقت) **یطالب** به فتح لام به صیغه مجهول است **البائع** نایب فاعل می‌باشد **إن کان المشتري**... این جمله قید است برای ـ مع تلفه ـ وتقدیرعبارت این است: «ویطالب به البائع مع تلفه إن کان المشتري...».

(السابعة: لا يجوز بيع عبد من عبدين) من غير تعيين، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات، أم مختلفين لجهالة المبيع المقتضية للبطلان، (ولا) بيع (عبيد) كذلك، للعلة.

وقيل: يصح مطلقا، استنادا إلى ظاهر رواية ضعيفة.

وقيل: يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء.

ويضعف بمنع تساوي العبدين على وجه يلحق بالمثلي، وضعف الصحة مطلقا واضح.

مسأله هفتم ـ بیع یک عبد غیرمعین از چند عبد

(السابعة: لا يجوز بيع عبد... توضیح: اگر مولا دو عبد دارد که مشتری هر دو را مشاهده می‌کند، صحیح نیست که مولا به عنوان بیع کلی یکی از آن دو عبد را بدون تعیین آن، بفروشد یعنی اینکه بگوید یکی از این دو عبد را به تو فروختم.

و در این حکم، فرقی نیست بین اینکه عبدها از نظر قیمت و صفات با هم مساوی باشند یا اینکه مختلف باشند.

و دلیل بر بطلان این معامله آن است که مبیع، مجهول است (و در شرایط صحت بیع گفته‌اند که باید مبیع، معین و مشخص باشد وگرنه، بیع غرری می‌شود) هر چند آن دو عبد در صفات و قیمت مساوی بوده باشند، زیرا از جهت آنکه عبد از اجناس قیمی می‌باشد (نه مثلی) با فرض تساوی عبدها در صفات، باز هم در بعضی صفات با یکدیگر فرق خواهند داشت و نمی‌شود بدون فرق باشند، در نتیجه وقتی که مبیع، معین نبود که کدامیک از عبدها است، جهالت در مبیع خواهد بود.

و همچنین معامله باطل است اگر مولا چند عبد از عبدهای متعدد را بدون، تعیین بفروشد، مثل اینکه بگوید: «سه عبد از این عبدها را به تو فروختم» و تعیین نکند که سه عبد مزبور کدامیک از عبدهای موجود می‌باشند.

و دلیل بطلان معامله در این فرض همان دلیلی است که در فرض قبلی دانسته شد، و آن اینکه: مبیع (یعنی سه عبد) مجهول است.

حکم به بطلان در دو فرض بالا، قول مشهور فقها می‌باشد و در مقابل آن، دو قول دیگر می‌باشد که در ذیل نگاشته می‌شود:

۱. بعضی از فقها، معامله مزبور را صحیح دانسته‌اند مطلقا خواه عبدها در هر جهت (چه قیمت و چه صفات) با همدیگر متساوی باشند یا مختلف. و دلیل آن روایتی است که ظاهراً دلالت بر قول مزبور می‌کند ولی از نظر شارح، آن روایت به حسب سند ضعیف می‌باشد.

۲. عده‌ای دیگر گفته‌اند معامله مزبور در یک صورت صحیح است و آن در صورتی است که عبدها از هر جهت با یکدیگر متساوی بوده باشند، چون در این صورت، آن معامله همانند بیع یک کیلو گندم از یک کوپه گندم می‌باشد، یعنی همانطوری که گندم از اجناس مثلی است و اجزاء آن (یعنی هر کیلوی آن با کیلوی دیگر مثلاً) در صفات و قیمت مساویند، فلذا یک کیلو از آن به عنوان بیع کلی جایز است فروخته شود، همچنین در مورد بحث، بواسطه متساوی بودن عبدها در همه جهات، با همدیگر مثلی می‌شوند و در نتیجه، فروختن یک عبد از عبدها به عنوان کلی، صحیح خواهد بود.

شارح از آن دو قول جواب می‌دهد که بعداً توضیحش را خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: **لا یجوز**... یعنی جایز (و صحیح) نیست فروختن یک عبد از دو عبد بدون تعیین آن، خواه عبدها در قیمت و صفات متساوی بوده باشند و خواه

مختلف **لجهالة**... (علت عدم جواز است) یعنی زیرا مبیع (عبد واحد) مجهول است (ومعلوم نیست کدامیک ازعبدهاست) وجهالت مزبورسبب بطلان معامله می‌شود.

و نیز جایز نیست فروختن چند عبد (مثلاً سه عبد ازعبدهای متعدد) بدون تعیین آنها، به جهت همان علت بالا (یعنی جهالت مبیع که مقتضی بطلان است).

وبعضی گفته‌اند: بیع مزبورصحیح است مطلقا (چه درصورت تساوی عبد ازهر جهت وچه درصورت اختلاف آنها) درحالی که استدلال کرده‌اند به ظاهرروایتی که (شارح می‌فرماید: ازنظرسند) ضعیف می‌باشد.

وبعضی دیگرگفته‌اند: بیع مزبورصحیح است (نه مطلقا بلکه) درصورتی که عبدها ازتمام جهات با یکدیگرمتساوی بوده باشند، نظیرآنکه صحیح است فروختن یک قفیز (پیمانه مخصوصی است) ازیک کوپه‌ای که اجزاء آن (یعنی مثلاً هرکیلوی آن باکیلوی دیگردرقیمت وصفات) متساوی باشند (وآن درمثل کوپه گندم وجو وحبوبات دیگر) **کما یصح بیع قفیز**... حکم این مسأله درمسأله هفتم از فصل دوم گذشت. **متساویة الأجزاء** وبه آن دراصطلاح فقها: «مثلی» گویند درمقابل «قیمی» وما چون تعریف مثلی را درمباحث سابق مکرراً توضیح داده ایم، دراینجا اشاره اجمالی به آن می‌کنیم وآن اینکه: اجناسی که ازقبیل گندم وجو وماش و عدس وسایرحبوبات می‌باشند را «مثلی» گویند وأجناسی که ازقبیل گوسفند وعبد وسایرحیوانات می‌باشند را «قیمی» گویند.

ناگفته نماند که مقصود ازاجزاء یک کوپه گندم این است که اگریک کوپه گندم را به ده قسمت متساوی تقسیم کنند، هرقسمت را یک جزء گویند وقیمت هرقسمت با قسمت دیگرمتساوی می‌باشند.

جواب شارح از دو قول

و یضعَّف بمنع... توضیح شارح در جواب قول دوم می‌فرماید که مورد بحث با مسأله کوپه گندم فرق دارد، زیرا کوپه گندم، مثلی بودنش مسلم است و شکی در آن نیست و وقتی یک کیلو از آن کوپه خریداری شود جهالت در آن نمی‌باشد، ولی در مورد بحث هر چند عبدها را در تمام جهات متساوی بدانیم باز آن را داخل در اجناس مثلی نمی‌توان به حساب آورد، بلکه از قیمیات است، زیرا هر چه باشد دو عبد با یکدیگر در بعضی جهات فرق دارند و بدین لحاظ وقتی که عبد مورد معامله، معین و مشخص نباشد، جهالت در مبیع خواهد بود.

و اما جواب از قول اول ـ که مطلقا حتی در صورت اختلاف عبدها از نظر صفات، قائل به صحت معامله بود ـ این است که علاوه بر ضعف سند روایتی که استدلال به آن کرده بود، گوئیم ضعف آن قول، روشن و واضح است، زیرا چگونه می‌توان در صورت اختلاف عبدها از نظر صفات، معامله را صحیح دانست در حالی که معامله غرری می‌شود به خاطر جهالت مبیع.

ترجمه و شرح عبارت: **ویُضعَّف**... (شارح در جواب از قول دوم می‌فرماید:) تضعیف می‌شود قول مزبور به اینکه قبول نداریم که عبدها بشوند از هر جهت با یکدیگر متساوی باشند بطوری که عبد را ملحق به «مثلی» کند (و آن را از اجناس مثلی کند بلکه عبد از اجناس قیمی است و در تمام جهات مثل همدیگر نمی‌شود) **و ضعف**... یعنی و ضعف قول به صحت مطلقا (یعنی قول قیل که در بالا گذشت در جمله: وقیل یصح مطلقا) روشن است (چون در صورت عدم تساوی عبدها در تمام جهات، پر واضح است که اگر عبد مورد معامله، معین نگردد، مبیع مجهول می‌باشد).

(ویجوز شراؤه) أي شراء العبد (موصوفا) على وجه ترتفع الجهالة (سلما) لأن ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك وهو منه كغيره من الحيوان إلا ما يستثنى.

(والأقرب جوازه) موصوفا (حالا) لتساويهما في المعنى المصحح للبيع.

بیع کلی عبد به عنوان بیع سلم

(ویجوز شراؤه) أي شراء العبد... توضیح: اگر عبدی را به عنوان بیع کلی با توصیف کامل اوصاف آن پیش فروش کنند، صحیح است، زیرا میزان در صحت پیش فروش (یعنی بیع سلم) آن است که جنسی که مورد معامله قرار می‌گیرد از اجناسی باشد که بتوان آن را توصیف کرد به گونه‌ای که دیگر جهالتی در بین نباشد، و عبد نیز از اجناسی است که می‌توان آن را توصیف کرد به گونه‌ای که جهالتی برای مشتری باقی نماند، مثل اینکه بگوید: «عبد قد بلند با هنر، زرنگ و زبردست به تو فروختم» همانطوری که حیوانات دیگر از قبیل چهارپایان را صحیح است پیش فروش نمود، زیرا می‌توان آنها را به گونه‌ای توصیف کرد که دیگر برای مشتری جهالتی باقی نماند.

البته در بعضی حیوانات در موارد خاصی پیش فروش صحیح نیست ـ که در مبحث خود خواهد آمد ـ و آن در کنیز حامله و یا بچه دار، و در گوسفند حامله و یا بچه‌دار می‌باشد، زیرا آنها را نمی‌توان به گونه‌ای توصیف کرد که برای مشتری جهالتی باقی نماند.

سپس مصنف می‌فرماید که: همچنین صحیح است عبدی را به عنوان کلی با توصیف کامل آن، حالّاً و نقداً بفروشند (مقصود نقد در مبیع است، یعنی بدون مدت در تحویل مبیع) یعنی مولا عبدی را که مورد مشاهده مشتری نیست بلکه غایب

است، توصیف کند برای مشتری و بعد از وقوع معامله، بلافاصله مولا برود عبدی را با اوصاف مزبور تحویل مشتری بدهد.

و دلیل صحت بیع در این فرض آن است که جهتی که در فرض قبلی (پیش فروش) موجب صحت بیع بود، عبارت بود از عدم جهالت بواسطه توصیف بایع، و این جهت در این فرض دوم نیز موجود است، پس در این فرض نیز بیع صحیح خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز...** یعنی خریدن عبد با توصیف آن بجوری که جهالت را بردارد، به عنوان بیع سلم، جایز است، زیرا میزان درکالایی که مورد بیع سالم واقع می‌شود آن کالایی است که بتوان آن را (با توصیف کامل) ضبط نمود به گونه‌ای که جهالت برداشته شود؛ و در اینجا عبد هم از آن کالاها می‌باشد همانند غیر آن از حیوانها (که پیش فروش آنها جایز است) به استثنای بعضی موارد (مثل کنیز حامله یا بچه دار، وگوسفند حامله یا بچه‌دار که در اینها پیش فروش جایز نیست).

سلماً بیع سلم و یا سلف (هر دو به فتح اول و دوم) چنانکه در فصل ششم خواهد آمد، عبارت است از فروختن مالی وکالایی با اوصافی مشخص که فروشنده، بهای آن را نقداً دریافت کند وکالا را پس از مدتی معین به خریدار بدهد، خریدار را «مُسلم» (به کسر لام) گویند و فروشنده را «مسلم الیه» وکالا را «مسلم فیه» گویند. و این بیع را در عرف، پیش فروش نامند و این بیع بر عکس «بیع نسیه» است، چون در نسیه، فروشنده، کالا را نقداً می‌دهد و خریدار، ثمن را بعد از مدت معینی می‌پردازد.

وهو یعنی عبد **منه** ضمیر برمی‌گردد به ـ ماکان ـ **و الأقرب...** یعنی قول نزدیک تر به حق آن است که جایز است عبد را با توصیف کامل به عنوان بیع حالّ (بدون مدت برای مبیع) فروخت.

حالّاً در بیع سلم، کالا را با مدت معین می‌فروشند ولی در بیع حالّ، کالا را بدون مدت می‌فروشند، یعنی نقداً (البته مقصود نقد درکالاست نه در بها) **لتساویهما**... یعنی زیرا سلم بودن عبد با حالّ بودن آن، هر دو در آن معنایی که مصحح بیع آنها می‌شود مشترک‌اند (و آن معنی، عبارت است از نبودن جهالت در بین بواسطه توصیف عبد).

(فلو) باعه عبداكذلك و (دفع إليه عبدين للتخيير) أي ليتخير ما شاء منهما (فأبق أحدهما) من يده (بني) ضمان الآبق (على ضمان المقبوض بالسوم)، وهو الذي قبضه ليشتريه فتلف في يده بغير تفريط، فإن قلنا بضمانه ـ كما هو المشهور ـ ضمن هنا، لأنه في معناه، إذ الخصوصية ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"، وهو مشترك بينهما وإن قلنا بعدم ضمانه ـ لكونه مقبوضا بإذن المالك والحال أنه لا تفريط فيكون كالودعي ـ لم يضمن هنا.

(فلو) باعه عبداًكذلك... توضیح: بعد ازآنکه دانسته شد که بیع کلی عبد با توصیف اوصاف آن، صحیح است (خواه به عنوان بیع سلم و خواه بیع حال و نقد باشد) اکنون در اینجا متفرع برآن، این مسأله را مطرح می‌کند که اگرپس ازانجام بیع مزبور، بایع درموقع تحویل عبد، دوعبدی که دارای اوصاف توصیف شده می‌باشند در اختیارمشتری قراربدهد وبگوید هرکدام را خودت انتخاب می‌کنی بردار، ولی بعد ازآنکه مشتری آن دورا تحویل گرفت، اتفاقاً پیش ازانتخاب مبیع، یکی ازآنها از دست مشتری فرارکند بدون آنکه مشتری کوتاهی درحفظ آنهاکرده ومقصربوده باشد، دراینجا آیا مشتری ضامن آن عبد فراری است (که باید قیمت آن را به بایع بپردازد) یا اینکه ضامن نیست؟ مصنف می‌فرماید: حکم مسأله اینجا برپایه حکم مسأله «مقبوض به سَوْم» می‌باشد.

مقصود ازمسأله «مقبوض به سَوْم» آن متاعی است که مشتری ازبایع مطالبه می‌کند به قصد خریدن آن که بعد ازآزمایش آن را بخرد ولی قبل ازآنکه عقد بیع واقع شود، دردست مشتری بدون آنکه وی مقصّرباشد تلف گردد (مثل آنکه هنگام آزمایش کردن متاع، ازدستش بیفتد وبشکند) دراینجا درضمان مشتری دوقول است:

بعضی گفته‌اند که مشتری، ضامن آن است هرچند هنوز معامله برآن واقع نشده است، پس باید قیمت آن را به بایع بپردازد (اگر متاع از قیمیات باشد) ویا مثل آن را برای او تهیه کند (اگر از مثلیّات باشد).

ولی بعضی دیگر قائلند که: مشتری ضامن آن نیست، چون متاع مزبور را با اجازه ورضایت مالک به دست گرفته بود وفرض هم آن است که تفریط وتقصیری در حفظ آن نداشته است، پس مشتری دراینجا همانند شخص امانت‌دار می‌شود که گفته‌اند: امانت‌دار اگر تفریط در حفظ امانت نکرده باشد وامانت تلف شود ضامن نمی‌باشد، پس مشتری هم دراینجا ضامن متاع مزبور نخواهد بود.

این، حکم مقبوض به سَوْم بود، حال درمسأله مورد بحث گوئیم که: اگر در مقبوض به سَوْم، قائل به ضمان مشتری شدیم دراینجا نیز مشتری ضامن آن عبد فراری خواهد بود، زیرا مسأله اینجا در معنای مسأله مقبوض به سَوْم است ومشابه آن می‌باشد به جهت آنکه ضمان درمساله مقبوض به سَوْم به خاطر این نیست که قبض متاع به قصد سَوْم وتجارت بوده. وبه عبارت دیگر ضمان درآن مسأله به جهت خصوصیت مقبوض به سَوْم بودن نیست (تا با مسأله مورد بحث فرق داشته باشد) بلکه ضمان درآنجا به خاطر آن است که دلیل ضمان ـ که روایت «علی الید ما أخَذَتْ حتی تؤدي» می‌باشد ـ عمومیت دارد وشامل آن مسأله هم می‌باشد، زیرا معنای حدیث آن است که هر دستی که مال کسی را گرفت، بدهکار وضامن آن مال است تا وقتی که آن را به صاحبش برگرداند، ومعلوم است که این حکم روایت، عمومیت داشته هم ید عدوانی (مثل ید غاصب) را شامل است وهم ید غیرعدوانی مثل مسأله مقبوض به سَوْم ومسأله مورد بحث ـ یعنی عبد فراری ـ را شامل است، پس این دومسأله هردو در حکم مذکور در روایت، مشترکند ودرنتیجه همانطوری که مشتری درمسأله مقبوض به سَوْم به حکم عموم روایت مزبور، ضامن است همچنین

درمسأله عبد فراری نیزبه حکم عموم روایت، ضامن خواهد بود وباید یکی ازعبدها را به صاحبش برگرداند وچون فرض آن است که تلف شده پس ضامن قیمت آن خواهد بود.

واما اگردرمسأله مقبوض به سَوْم، قائل به عدم ضمان شدیم به جهتی که دربالا ذکرشد، درمسأله مورد بحث نیزقائل به عدم ضمان می‌شویم، چون دراینجا نیز مشتری عبدها را به اجازه بایع به دست گرفته بود.

ترجمه وشرح عبارت: **فلو باعه...** (اگرما بخواهیم توجه به عبارت شارح ـ عبداً کذلك ـ نکنیم، باید بگوئیم که ضمیرفاعلی در ـ باعه ـ برمی‌گردد به بایع، وضمیر مفعولی آن برمی‌گردد به عبد، ولی با توجه به عبارت شارح باید ضمیرمفعولی را برگردانیم به مشتری، و ـ عبداً ـ مفعول دیگرخواهد شد. وبنابراین، ترجمه عبارت این می‌شود که:) پس اگربایع بفروشد به مشتری، عبدی را بطوربیع سلم یا بیع حالّ، و دفع نماید به مشتری دوعبدی را برای انتخاب کردن مشتری یعنی برای انتخاب کردن مشتری هرکدام ازآنها راکه بخواهد، ودراین اثنا فرارکند یکی ازآنها ازدست مشتری، دراینجا ضمان عبد فراری (به عهده مشتری) مبتنی است برضمان مقبوض بالسَوْم (سَوْم یعنی معامله، وبالسوم یعنی به قصد معامله) ومقصود به مقبوض به سَوْم، آن متاعی است که مشتری آن را ازبایع می‌گیرد تا (بعد ازآزمایش) آن را بخرد سپس (قبل ازخریدن درحین آزمایش) دردست اوتلف شود بدون تقصیر پس (وقتی که مسأله عبد فراری را مبتنی برمسأله مقبوض به سَوْم دانستیم، گوئیم که:) اگرما قائل به ضمان مقبوض به سَوْم شدیم ـ چنانکه قول مشهورهمین است ـ مشتری درمورد بحث نیزضامن است، زیرا عبد فراری دراینجا درمعنای مقبوض به سَوْم است به جهت آنکه خصوصیت ضمان (درمقبوض به سَوْم) به خاطرقبض شومی نیست (ناگفته نماندکه بهتراین بودکه شارح چنین می‌فرمود: به جهت آنکه

ضمان به خاطر خصوصیت قبض سَوْمی نیست) بلکه به خاطر (داخل شدن آن مسأله در تحت) عموم قول پیغمبر صلی الله علیه و آله و سلم است که فرمود: «بر ذمه صاحب دست است آنچه را که به دست گرفته از مال مردم تا وقتی که آن را ادا نماید و برگرداند به صاحبش» و معلوم است که این حکم روایت (که دلالت بر ضمان می‌کند) مشترک است بین مقبوض به سَوْم و عبد فراری در مورد بحث (یعنی هر دو تحت عموم حدیث داخلند، پس ضمان در هر دو ثابت می‌شود).

واما اگر قائل به عدم ضمان مقبوض به سَوْم شدیم ـ به جهت اینکه متاع را به اجازه مالک به دست گرفته در حالتی که تفریط و تقصیری هم نکرده، پس همانند شخصی امانت‌دار می‌شود ـ در این صورت مشتری در عبد فراری نیز ضامن نخواهد بود (چون او هم به اجازه بایع، عبدها را به دست گرفته بود) **بُني** به صیغه مجهول است **و إن قلنا بعدم ضمانه**... ـ ان ـ شرطیه است و ـ لم یضمن ـ جواب آن می‌باشد **هنا** یعنی در مسأله عبد فراری.

بل یمکن عدم الضمان هنا وإن قلنا به ثمة، لأن المقبوض بالسوم مبیع بالقوة أو مجازا بما یؤول إلیه، وصحیح المبیع وفاسده مضمون.

بخلاف صورة الفرض، لأن المقبوض لیس کذلك لوقوع البیع سابقا، وإنما هو محض استیفاء حق.

تحقیق شارح

بل یمکن عدم... توضیح: شارح با قطع نظر از دلیل‌های بالا درباره ضمان و عدم ضمان، از باب قاعده دیگری، ضمان و عدم ضمان را اثبات می‌کند و می‌فرماید:

ما می‌توانیم در مسأله مورد بحث قائل به عدم ضمان شویم گرچه در مسأله «مقبوض به سَوْم» قائل به ضمان بشویم، زیرا در مسأله مقبوض به سَوْم، متاعی که به قصد خریدن آن به دست گرفته می‌شود، از باب استعاره، به آن «مبیع» گفته می‌شود (بواسطه شباهت آن به مبیع حقیقی به جهت آنکه بالقوه و در آینده نزدیک، مبیع می‌باشد، به این معنی که اگر مشتری آن را پسندید، خواهد خرید) و یا از باب «مجاز مُرسَل» به آن «مبیع» گفته می‌شود (بواسطه آنکه علاقه مجاز، علاقه ما یَؤل است، یعنی بعداً مبیع می‌گردد) و وقتی که از باب استعاره یا مجاز مرسل، بر آن، مبیع اطلاق شد، پس تحت قاعده «ما یُضْمَن بصحیحه، یُضْمَن بفاسده» مندرج می‌شود (و معنای این قاعده آن است که هر عقدی که صحیحش ضمان آور است، فاسدش نیز ضمان آور است، یعنی اگر بیع، صحیح واقع شود مشتری ضامن است که ثمن را به بایع برساند و بایع هم ضامن است مبیع را به او برساند. و اگر بیع، باطل واقع شود، چنانچه مشتری، متاع را تحویل گرفته باشد ضامن است که آن را به بایع برگرداند و بایع نیز اگر ثمن را تحویل گرفته باشد ضامن است که آن را به مشتری برگرداند) البته

درمقبوض به سَوْم چون عقدی واقع نشده، نظیرعقد فاسد می‌شود که به حکم قاعده مزبورآن متاع، درضمان مشتری خواهد بود وباید به بایع برگرداند.

به خلاف مسأله مورد بحث، زیرا دراینجا دوعبدی که مشتری ازمالک تحویل گرفته جهت انتخاب حق خود، بر هیچکدام مبیع گفته نمی‌شود نه حقیقتاً و نه مجاز، زیرا عقد بیع قبلاً انجام گرفته برعبد کلی، ومبیع همانا آن عبد کلی است (که قبض آن ممکن نیست، زیراکلی است) ودوعبدی راکه ازمالک تحویل گرفته، مبیع نیست بلکه آنها را به عنوان گرفتن حقی که دربیع سابق حاصل شده، اخذکرده (وبه عبارت دیگرآنچه که مبیع است وعقد برآن واقع شده، آن را مشتری قبض نکرده است، وآنچه را قبض کرده، مبیع نیست) ووقتی که مبیع بر هیچکدام ازدوعبد، صدق نکرد دیگرمندرج درقاعده «ما یضمن» نمی‌شود ودرنتیجه، عبد فراری، در ضمان مشتری نخواهد بود.

ترجمه وشرح عبارت: **بل یمکن**... یعنی بلکه ممکن است ضمان درعبد فراری نباشد هرچند درمقبوض به سَوْم قائل به ضمان بشویم، زیرا مقبوض به سوم، مبیع بر آن صدق می‌کند یا بالقوه (که درآینده نزدیک مبیع خواهد شد اگرمشتری آن را بپسندد وبخرد) ویا مجازاً بواسطه علاقه مایَؤل و(وقتی که مبیع برآن صدق کرد، گفته‌اند که به حکم قاعده ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده:) مبیعی که به بیع صحیح بوده، ومبیعی که به بیع باطل بوده، درضمان است (البته دراولی، درضمان بایع است ودردومی درضمان مشتری است).

مبیع بالقوة گویا مقصود آن است که ازباب استعاره، مبیع برآن گفته می‌شود، و استعاره عبارت است ازمجازی که علاقه آن با معنای حقیقی، مشابهت است، ودر اینجا مقبوض به سَوْم شباهت به مبیع حقیقی، دارد.

أو مجازاً عطف است بر ـ بالقوة ـ یعنی یا اینکه مبیع است از باب مجاز مرسل بواسطه علاقه مایؤل، و مجاز مرسل، آن مجازی است که علاقه آن با معنای حقیقی، غیر مشابهت است از آن علاقه‌هایی که در علم بلاغت ذکر کرده‌اند که یکی از آنها علاقه «مایَؤل» یا «اَوْل» می‌باشد نظیر اینکه به آب انگور «خمر» اطلاق می‌شود، چنانکه در آیه: «أعصر خمراً» یعنی خمر می‌فشارم که مقصود آب انگور است.

بما یؤل الیه کلمه ـ ما ـ مصدریه است و ضمیر ـ الیه ـ برمی‌گردد به مبیع، و تقدیر عبارت چنین است: أو مبیع مجازاً به سبب أوْله إلی المبیع.

بخلاف صورة... یعنی بر خلاف صورت فرض مسأله مورد بحث، زیرا آنچه که در اینجا مشتری قبض کرده، مبیع نیست، چون بیع سابقاً انجام گرفته (بر عبد کلی موصوف به اوصاف) و همانا آنچه که مشتری قبض کرده، فقط صِرْف گرفتن حق خود می‌باشد (بدون آنکه عنوان مبیع برآن بوده باشد).

لكن يندفع ذلك بأن المبيع لما كان أمراكليا، وكان كل واحد من المدفوع صالحا لكونه فردا له كان في قوة المبيع، بل دفعهما للتخير حصر له فيهما فيكون بمنزلة المبيع حيث إنه منحصر فيهما، فالحكم هنا بالضمان أولى منه.

لكن يندفع ذلك... توضیح: شارح در اینجا از فرق بین مسأله مورد بحث با مسأله مقبوض به سَوْم (که در مقبوض به سَوْم، مبیع صدق می‌کند و در مورد بحث صدق نمی‌کند) جواب می‌دهد و می‌فرماید: بین آنها فرقی نیست و در مسأله مورد بحث نیز ضمان هست.

و حاصل جواب این است که در مورد بحث نیز بر عبد فراری، مبیع مجازاً صدق می‌کند، زیرا وقتی که عقد بیع قبلاً بر عبد کلی واقع شد و مبیع، کلی بود، این کلی بر هریک از آن دو عبدی که تحویل مشتری داده شده صدق می‌کند (همانطوری که بر افراد دیگر نیز صدق می‌کند) و هرکدام از آنها صلاحیت دارند که فرد برای مبیع کلی (عبد کلی) بشوند، پس آنها در قوه مبیع می‌باشند (وگرفتن مشتری آنها را گرفتن مبیع خواهد بود به بیع مزبور نه اینکه استیفاء حق باشد) و بلکه نه فقط صلاحیت فرد بودن برای عبد کلی دارند، اساساً وقتی که بایع بعد از وقوع بیع، تنها دو عبد در اختیار مشتری قرار داد برای انتخاب حق خود، معنایش این است که بایع، مبیع کلی را منحصر در آن دو کرده نه غیر آن (در حالی که قبل از تحویل آن دو عبد، عبد کلی منحصر در آن دو نبود بلکه بر هر فردی صدق می‌کرد) پس عبدها به منزله مبیع خواهند بود و تحت قاعده ـ مایضمن ـ مندرج می‌شوند همانطوری که مقبوض به سَوْم مندرج در آن بود و در نتیجه به حکم آن قاعده، ضمان در هر دو مسأله، خواهد بود چون در هر دو مبیع بطور مجاز صدق می‌کند، بلکه باید گفت: ضمان در مسأله مورد بحث سزاوارتر است از مسأله مقبوض به سَوْم، زیرا در مقبوض به سَوْم بواسطه اینکه هنوز عقدی واقع نشده علاقه مجازیت ضعیف است، ولی در مورد بحث از

جهت آنکه عقد واقع شده است علاقه مجازیت از باب صدق کلی بر فرد، قوی‌تر است.

وخلاصه آنکه وقتی که مشتری، حق خود را از دو عبد، انتخاب کرد، ضامن عبد فراری خواهد بود.

وترجمه وشرح عبارت: **لکن یندفع**... یعنی ولی دفع می‌شود عدم ضمان درمورد بحث، به اینکه مبیع وقتی که امرکلی بود (عبد کلی) وهرکدام ازدوعبد که به مشتری دفع شده بود صلاحیت داشت برای فرد بودن برای آن کلی، بدین جهت هرکدام از آنها درقوه مبیع می‌باشند (وبرآنها مبیع صدق می‌کند) بلکه دفع نمودن آن دوعبد (به مشتری) برای انتخاب یکی ازآنها، منحصرنمودن کلی است درآن دو(درحالی که قبل ازدفع آنها، کلی برهرفردی ازافراد عبد صدق می‌کرد چه آن دوعبد وچه غیر آنها) پس هرکدام ازآنها به منزله مبیع بوده ازجهت آنکه کلی مبیع منحصردرآن دو شده است، پس حکم به ضمان درمسأله مورد بحث سزاوارتراست ازمقبوض به سَوْم (ازجهت آنکه دراینجا عقد بیع واقع شده به خلاف مقبوض به سوم).

(والمروي عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف ـ ولكن عمل به الأكثر ـ (انحصار حقه فيهما) على سبيل الإشاعة، لاكون حقه أحدهما في الجملة. (وعدم ضمانه) أي الآبق (على المشتري فينفسخ نصف المبيع) تنزيلا للآبق منزلة التالف قبل القبض، مع أن نصفه مبيع (ويرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) وهو عوض التالف (ويكون) العبد (الباقي بينهما) بالنصف، (إلا أن يجد الآبق يوما فيتخير) في أخذ أيهما شاء.

مقتضای روایت در مسأله مورد بحث

(والمروي عن الباقر عليه السلام ... توضیح: مصنف می‌فرماید که: در مسأله مورد بحث، روایتی وارد شده که در آن، حکم مسأله را چنین ذکر کرده است:

وقتی که بایع، دو عبد در اختیار مشتری گذاشت برای انتخاب یکی از آنها، حق مشتری (مبیع) بطور اشاعه در مجموع آن دو عبد منحصر می‌شود و پخش است در آن دو عبد (به این معنی که قبل از انتخاب مشتری، وی در هر جزئی از اجزاء هریک از دو عبد، به نصف با مالک شریک است و در نتیجه، مبیع منحصر است در مجموع دو عبد) نه اینکه حق مشتری، یکی از آن دو عبد بطور لا علی التعیین است که به حسب ظاهر هنوز معین نشده که کدامیک می‌باشد و بستگی به انتخاب خود مشتری دارد که بعد از انتخاب او، معین می‌گردد.

بنابراین، مشتری ضامن عبد فراری نمی‌باشد، چون فرارکردن عبد را به منزله تلف قبل از قبض قرار می‌دهیم و فرض هم آن است که نصف مبیع در ضمن آن عبد می‌باشد و به حسب قاعده کلی، هر مبیعی که قبل از قبض مشتری تلف شود ضمانش بر عهده بایع است، یعنی از جیب بایع رفته است، در اینجا هم نصف مبیع که در ضمن عبد فراری تلف شده (که به منزله تلف قبل از قبض است) ضمانش به عهده بایع است و از جیب او رفته است و در نتیجه مشتری نصف حق خود را در

ضمن عبد باقیمانده گرفته است و نصف دیگر آن را نگرفته و تلف شده، پس او می‌تواند پول نصف مبیع را از بایع پس بگیرد و در عبد باقیمانده با بایع به نصف شریک خواهد بود.

حال اگر بعداً عبد فراری پیدا شود، باید مشتری، آن پولی را که از بایع پس گرفته بود دوباره به بایع برگرداند و برای گرفتن حق خود، اختیار دارد هرکدام از دو عبد را که می‌خواهد انتخاب نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **و المروي**... یعنی آنچه که از امام باقر علیه السلام روایت شده ـ به سند ضعیف، ولی اکثر فقها به آن عمل کرده‌اند ـ این است که حق مشتری منحصر می‌شود در (ضمن مجموع) آن دو عبد بطور اشاعه (و پخش در آن دو به این معنی که مشتری در هر جزئی از اجزاء هرکدام از آن دو عبد، با بایع شریک است به نصف) نه اینکه حق مشتری یکی از آن دو عبد به نحو اجمال (یعنی لاعلی التعیین) باشد.

و (نیز در آن روایت است که) عبد فراری در ضمانت مشتری نیست و در نتیجه (بواسطه فرار کردن عبد) به مقدار نصف مبیع، بیع باطل می‌گردد (چون کل مبیع طبق روایت مزبور عبارت است از دو نصف غیر معین در مجموع دو عبد، و وقتی که یکی از عبدها فرار کرد، یک نصف غیر معین که در ضمن عبد فراری است از بین می‌رود) به جهت اینکه عبد فراری را به منزله تلف شده قبل از قبض قرار می‌دهیم با فرض آنکه نصف آن عبد، مبیع است (چنانکه نصف دیگر هم در عبد باقیمانده، مبیع است، و قاعده کلی آن است که هر مبیعی که قبل از قبض مشتری تلف شود، در ضمان بایع است یعنی از جیب بایع رفته است).

و (نیز در همان روایت است که) مشتری (اگر پول کل مبیع را به بایع تحویل داده بود) حق دارد نصف آن پول را از بایع پس بگیرد که آن بابت نصف مبیع است که (در

ضمن عبد فراری) از دست رفته است، و حالا آن عبد باقیمانده، مشترک بین بایع و مشتری است به نصف.

إلاّ أن یجد... یعنی مگر انکه مشتری یک روزی عبد فراری را پیدا کند که در آن وقت (باید نصف پولی که از بایع پس گرفته است دوباره به بایع برگرداند و) هرکدام از دو عبد را که بخواهد (بابت مبیع) بردارد.

وهو مبني على كونهما بالوصف المطابق للمبيع وتساويهما في القيمة.

ووجه انحصار حقه فيهما كونه عينهما للتخيير، كما لو حصر الحق في واحد، وعدم ضمان الآبق إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم، للوجه الذي ذكرناه أو غيره، أو تنزيلا لهذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته.

توجیه حکم روایت

و هو مبني على كونهما بالوصف... توضیح: شارح، حکم مزبور در روایت را ابتدا توجیه می‌کند سپس از آن جواب می‌دهد:

اما توجیه آن، عبارت است از اینکه:

اولاً: حکم به اشتراک مشتری با بایع در صورتی درست است که عبدی را که بطور کلی به اوصاف معین فروخته است، تمام اوصاف در هر دو عبدی که در اختیار مشتری گذاشته شده موجود باشد، چون اگر هیچکدام مطابق عبد موصوف نباشد و یا یکی مطابق باشد و دیگری مطابق نباشد، بیع بر غیر مطابق تعلق نخواهد گرفت و در نتیجه چگونه می‌توان مشتری را در آنکه مطابق نیست شریک با بایع دانست.

و نیز حکم به اشتراک در صورتی درست است که آن دو عبد از نظر قیمت هم مساوی باشند تا اینکه اشتراک به نصف درست درآید، وگرنه اگر در قیمت متفاوت باشند، اشتراک به نصف درست نمی‌شود.

و ثانیاً اینکه فرمود: «حق مشتری به نحو اشاعه منحصر می‌شود در آن دو عبد» وجهش آن است که بایع، آن دو عبد را برای انتخاب مشتری به وی داده تا هرکدام را که می‌خواهد اختیار نماید، و معلوم است که این نحوه دادن عبدها معنایش تعیین

حق مشتری درآن دو، می‌باشد. همانطوری که اگر بایع یک عبد دراختیار مشتری قرار می‌داد به عنوان تحویل حق او، حق وی درهمان یک عبد، تعیین می‌گردد.

وثالثاً اینکه فرمود: «عبد فراری درضمان مشتری نیست» جهتش یکی ازاین سه امری است که ذکر می‌گردد:

۱. یا به جهت این است که درمسأله مقبوض به سَوْم، ضمان برای مشتری نیست ومسأله عبد فراری هم درمعنای مقبوض به سَوْم است، چنانکه سابقاً گذشت.

۲. ویا به جهت این است که ـ هرچند درمقبوض به سوم، ضمان باشد ـ در مسأله عبد فراری، ضمان نیست، چون قبض درمسأله اینجا که جهت انتخاب یکی ازآنها بوده، با قبض درمسأله مقبوض به سَوْم، فرق دارد، بواسطه علتی که سابقاً ذکر شد، وآن اینکه قبض عبدها به عنوان گرفتن حق خود می‌باشد نه به عنوان مبیع، زیرا مبیع کلی بوده ودرنتیجه، مبیع برآن عبدها صدق نمی‌کند به خلاف مقبوض به سَوْم که قبض درآن به عنوان مبیع است ولو مجازا، پس مسأله مقبوض به سوم داخل درقاعده ـ ما یضمن ـ می‌شود به خلاف مسأله عبدها.

ویا بواسطه علت دیگری که سابقاً ذکر نکردیم وآن اینکه گوئیم: دلیل ضمان در مسأله مقبوض به سَوْم، اجماع فقهاست که این اجماع درمسأله مورد بحث نیست.

۳. ویا عدم ضمان عبد فراری به جهت این است که مالک وقتی که مشتری را مخیرکرد بین دوعبد، این تخییر را به منزله سه روزخیارحیوان قرار می‌دهیم دراینکه گفته‌اند: اگرحیوان درمدت این سه روزتلف شود، به عهده بایع است وازجیب وی رفته است، چون چنانکه درمبحث خیارات خواهد آمد خیارحیوان اختصاص به مشتری دارد که درمدت سه روزبعد ازخریدن حیوان، حق دارد معامله را برهم بزند، و فقها بطورکلی گفته‌اند که: تلف مبیع درزمان خیاربه عهده کسی است که حق خیار

ندارد، پس در سه روز خیار حیوان چنانچه حیوان تلف شود به عهده بایع است و مشتری ضامن نمی‌باشد.

حال در مورد بحث هم گوئیم که: زمان اختیار مشتری یکی از عبدها را به منزله سه روز در خیار حیوان است، پس فرارکردن عبد در زمان اختیار مشتری موجب ضمان مشتری نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و هو مبني...** توضیح: یعنی حکم مذکور در روایت، مبنی بر این فرض است که هر دو عبد، دارای همان صفتی که مطابق با مبیع کلی است بوده باشند و نیز هر دو در قیمت مساوی باشند **و وجه...** یعنی جهت اینکه حق مشتری، در مجموع آن دو عبد منحصر می‌شود، آن است که بایع آن دو را تعیین کرده برای انتخاب مشتری (پس حق مشتری در آن دو معین می‌گردد) همچنانکه اگر بایع حق مشتری را منحصر در یک عبد می‌نمود (حق مشتری در آن عبد، معین می‌شود).

و عدم ضمان... یعنی ضامن نبودن مشتری، عبد فراری را (به خاطر یکی از این سه جهتی است که ذکر می‌شود:) یا به جهت آن است که مقبوض به سَوْم، در ضمان مشتری نیست (و عبد فراری هم مشابه آن می‌باشد چنانکه سابقاً گذشت) و یا به جهت آن است که (اگر هم مقبوض به سَوْم، در ضمان مشتری باشد، ولی در اینجا ضمان نیست برای اینکه) قبض عبد به آن نحو (یعنی به نحو انتخاب و تخییر یکی از عبدها) مغایرت با قبض سَوْم دارد بواسطه آن جهتی که سابقاً ذکر کردیم (و آن اینکه مقبوض به سَوْم، مجازاً مبیع است و قبض آن به عنوان مبیع است به خلاف عبد در مورد بحث که قبض آن دو عبد، به عنوان گرفتن حق خود می‌باشد) و یا بواسطه غیر آن وجه (مثل اینکه بگوئیم دلیل ضمان در مقبوض به سَوْم، اجماع فقهاست ولی در مورد بحث، اجماعی بر ضمان نداریم).

أو تنزیلاً... (عطف است بر ـ لعدم ضمان المقبوض بالسَوْم ـ واین وجه سوّم است برای عدم ضمان عبد آبق) یعنی ویا اینکه حق اختیاروانتخاب دراینجا را قرار می‌دهیم به منزله حق خیار (یعنی خیارحیوان) که اگرحیوان درزمان آن خیار (سه روز) تلف شود، درضمان مشتری نیست.

ویشکل بانحصار الحق الکلي قبل تعیینه في فردین، ومنع ثبوت الفرق بین حصره في واحد، وبقائه کلیا، وثبوت المبیع في نصف الموجود المقتضي للشرکة، مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلی التخییر لو وجد الآبق.

اشکال شارح بر حکم روایت

و یُشکل بإنحصار... توضیح: شارح نسبت به سه وجهی که برای عدم ضمان عبد فراری ذکر شد، جوابی ذکر نکرده، بلکه نسبت به جهات دیگر حکم روایت اشکال می‌کند:

اشکال اول

۱. اشکال اوّل مربوط است به توجیهی که برای انحصار حق مشتری در دو عبد ذکر شد، توضیح اشکال این است که:

حق مشتری، کلی است، چون عقد بیع، بر عبد کلی موصوف به اوصاف معین واقع شده است و هنوز بایع آن کلی را در خارج تعیین و مشخص ننموده است، پس چگونه می‌توان گفت که آن کلی در دو فرد، منحصر و مشخص شده است.

وگذاردن دو عبد در اختیار مشتری و منحصر کردن بایع، حق را در آن دو، حق کلی را مشخص و معین نمی‌کند به جهت آنکه حق در صورتی معین و مشخص در آن دو عبد می‌شود که عقد بیع درخارج بر آن دو عبد واقع شده باشد و این خلاف فرض مسأله است، چون فرض ما در جایی است که بیع بر یک عبد کلی واقع شده است.

و اینکه در توجیه انحصار حق کلی مشتری در دو عبد گفته شد که فرقی نیست بین اینکه بایع، حق کلی مشتری را در یک فرد منحصر کرده و آن را در اختیار مشتری

قراردهد که به دادن همین یک فرد، کلی درآن تعیین می‌شود، وبین اینکه حق اورا در حالی که کلی است، درضمن دوفرد منحصرنماید که دراینجا هم چون هرکدام ازدو فرد، صلاحیت برای آن کلی دارند، لذا حق مشتری درآن دوفرد تعیین می‌گردد و مشتری باید حق خود را ازمیان این دوفرد انتخاب کند.

جواب این توجیه آن است که: این عدم فرق را قبول نداریم وگوئیم فرق است بین حقی که هنوزبرکلیت خود باقی است وبین حقی که مدیون (که دراینجا بایع است) آن را تعیین کرده ومنحصردریک فرد نموده است، زیرا درصورت دوم، ذمه مدیون به دادن آن فرد، فارغ می‌شود وطلبکار، حق ندارد آن را نگیرد با فرض اینکه فرد مزبوراز نظرصفات مطابق باشد با حقی که درگردن مدیون است، ولی صورت اول چنین نیست، زیرا تا زمانی که حق کلی برکلیت خود باقی است وآن را دریک فرد، معین و مشخص نکرده است، ذمه مدیون فارغ نمی‌شود، وباگذاشتن دوفرد دراختیار طلبکارجهت انتخاب یکی ازآنها، حق طلبکارتعیین نمی‌شود، بلکه بازهم بر کلیت خود باقی است همانطوری که قبل ازتحویل دادن دوفرد، برکلیت خود باقی بود.

اشکال دوم

۲. اشکال دوم این است که درروایات آمده بودکه: «بعد ازفرارنمودن یکی ازعبدها، نصف عبد باقیمانده، مبیع وحق مشتری می‌باشدکه درنتیجه عبد باقیمانده، به نصف مشترک می‌شود بین بایع ومشتری سپس بعد ازپیدا شدن عبد فراری، باز مشتری مخیرمی‌گردد درانتخاب یکی ازآن دوعبد».

گوئیم: این حکم نیزمورد اشکال است، زیرا چه سببی دراینجا برای شرکت می‌باشد؟ اگرگوئیدکه سبب شرکت همان انحصارحق مشتری دردوعبد به نحو

اشاعه است که نتیجه آن انحصار، شرکت است، گوئیم: جواب انحصار مزبور را در بالا ذکر نمودیم.

و اینکه در روایات آمده بود که بعد از حکم به اشتراک بایع و مشتری در عبد موجود، چنانچه عبد فراری پیدا شود اشتراک از بین می‌رود و دوباره مشتری حق اختیار و انتخاب یکی از عبدها را پیدا می‌کند، این هم مورد اشکال است.

ترجمه و شرح عبارت: **و یُشکل**... یعنی حکم مزبور در روایت، مورد اشکال است از این جهت که (مبنای حکم روایت، این است که:) حق کلی قبل از تعیین و تشخیص آن (به توسط بایع) در خارج، منحصر و تعیین می‌گردد در دو فرد (یعنی حکم روایت مبتنی بر این است که بگوئیم حق کلی، پیش از تعیین و تشخیص آن به توسط بایع، منحصر و تعیین می‌گردد در دو فرد، و حال آنکه قبل از تعیین و تشخیص بایع در خارج نمی‌شود تعیین گردد) **في فردین** متعلق است به ـ انحصار ـ.

و منع ثبوت... (عطف است بر ـ بإنحصار ـ و جمله ـ یشکل ـ بر سر آن هم می‌آید، و این جواب است از ـ کمالو حصر الحق فی واحد ـ که در توجیه انحصار حق در مجموع دو عبد گذشت) یعنی و اینکه فرق گذاشته نشد بین منحصر کردن حق در یک فرد، و بین بقاء حق بر کلیت خود (و انحصارش در دو فرد) نیز مورد اشکال است (زیرا بین آنها فرق است چنانکه توضیح دادیم).

و ثبوت المبیع... (این نیز عطف است بر ـ بانحصار ـ و جمله «یشکل» بر سر آن در می‌آید، و توضیح این اشکال را تحت عنوان اشکال دوم ذکر نمودیم) یعنی قبول نداریم که مبیع، ثابت شود در نصف عبد موجود (باقیمانده) که مبیع بودن نصف آن اقتضا می‌کند شرکت عبد موجود را بین بایع و مشتری ـ با اینکه سببی برای چنین شرکت نیست ـ سپس (در روایات آمده بود که:) مشتری بر می‌گردد به تخییر سابق (یعنی به همان حق اختیار و انتخاب قبلی خود بر می‌گردد) اگر عبد فراری را پیدا کرد

(این حکم روایت نیز با قواعد منطبق نمی‌شود و مورد اشکال است، زیرا بعد از حکم به اشتراک عبد موجود بین بایع و مشتری، چگونه این اشتراک از بین می‌رود بعد از پیدا شدن عبد فراری).

وأن دفعه الاثنين ليس تشخيصا وإن حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمة إلى أن يثبت المزيل شرعا، كما لو حصره في عشرة وأكثر. هذا مع ضعف الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفة للأصول.

وان دفعه الإثنين... توضیح: ظاهراً شارح این جمله را به عنوان اشکال سوم ذکر می‌کند، ولی باید گفت که در حقیقت این جمله دنباله اشکال اول است و ذکر آن در اینجا مناسبت ندارد و مناسب این بود که در بالا ذکر می‌شد، ولذا ما مضمون این جمله را در بالا در توضیح اشکال اول ذکر نمودیم.

و خلاصه آن این است که: دادن بایع دو عبد را به مشتری، سبب تشخیص و تعیین حق کلی در دو عبد نمی‌شود و حق کلی هنوز به کلیت خود باقی است هر چند بایع، حق را در آن دو عبد منحصر کرده.

و دلیل آن این است که: به گذاردن دو عبد در اختیار مشتری، شک می‌کنیم که آیا ذمه بایع، از حق مشتری فارغ و بری می‌شود یا نه؟ گوئیم: که استصحاب می‌کنیم بقاء حق مشتری در ذمه بایع را تا زمانی که حاصل شود چیزی که یقین کنیم که شرعاً فارغ کننده حق از ذمه بایع است و آن زمانی است که حق را بایع در یک فرد تعیین کند، و امّا گذاردن دو عبد در اختیار مشتری، ثابت نشده شرعاً که این مقدار کافی باشد در فراغ ذمه بایع از حق مشتری.

همانطوری که اگر بایع پس از انجام بیع کلی، ده عبد یا بیشتر در اختیار مشتری بگذارد که هر کدام را مشتری بخواهد اختیار نماید، در اینجا بواسطه انحصار کردن بایع، حق را در دَه فرد، حق کلی در آنها تعیین و تشخیص پیدا نمی‌کند، بلکه باز به کلیت خود باقی است و ذمه بایع به آن مقدار، فارغ نمی‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و إن دفعه...** یعنی گوئیم که دادن بایع، دو عبد را به مشتری، تشخیص و تعیین حق کلی نمی‌باشد هر چند امر (و حق کلی) را منحصر در

آن دوکرده است (وبیش ازآن را دراختیارمشتری قرارنداده است) زیرا اصل آن است که حق مشتری درذمه بایع باقی است تا زمانی که شرعاً ثابت شود زایل کننده (و ساقط کننده حق مشتری ازذمه بایع) همانطوری که اگربایع، حق را منحصرکند در دَه عبد وبیشتر(که دراین صورت هم حق کلی، درآن ده عبد تعیین نمی‌گردد بلکه به کلیت خود باقی است).

هذا مع ضعف... یعنی علاوه برهمه این اشکالات، گوئیم که: احکامی که در روایت آمده است مخالف با قواعد مسلم فقهی است، ودراحکام مخالف قواعد اگر چنانچه روایت ازنظرسند، قوی باشد می‌توان پذیرفت ولی اگرسندش ضعیف باشد نمی‌توان پذیرفت.

ترجمه عبارت: یعنی این اشکالات به جای خود، علاوه براینکه روایت، ضعیف است ازاینکه بتواند اثبات کند مثل این احکامی راکه مخالف قواعد فقهی است.

(وفي انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به) في الاثنين، وعملنا بالرواية، (تردد) من صدق العبدين في الجملة، وعدم ظهور تأثير الزيادة مع كون محل التخيير زائدا عن الحق، والخروج عن المنصوص المخالف للأصل، فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر.

(وفي انسحابه... توضیح: حکمی که در روایت سابق گذشت موردش در جایی بود که بایع، دو عبد در اختیار مشتری قرار دهد.

حال مصنف می‌فرماید که: بر فرضی که به روایت مزبور در آنجا عمل کنیم آیا می‌توانیم حکم مزبور را در بیشتر از دو عبد هم جاری کنیم یا نه؟ دو احتمال است.

و معنای اینکه حکم مزبور در بیشتر از دو عبد جاری شود این است که مثلاً بایع، سه عبد در اختیار مشتری قرار دهد و قبل از اختیار مشتری یکی از آنها را، یکی از عبدها فرار کند، در اینجا بگوئیم که مشتری، ضامن آن عبد فراری نیست و مبیع در آن سه عبد منحصر بوده به نحو اشاعه، پس بواسطه فرار یکی از عبدها، ثلث (یک سوم) مبیع، فوت می‌شود و بیع نسبت به یک سوم مبیع، باطل می‌گردد و مشتری یک سوم پول را از بایع بر می‌گرداند و اما نسبت به دو عبد باقیمانده، بایع و مشتری در آن دو به نصف با یکدیگر شریک خواهند بود (نه اینکه مشتری در آن دو، حق اختیار داشته باشد) و اگر بعداً عبد فراری پیدا شد، باز مشتری، حق اختیارش بر می‌گردد و هرکدام از سه عبد را بخواهد بابت حق خود می‌تواند بردارد.

و اما دلیل دو احتمال بالا:

۱. دلیل احتمال اول ـ که حکم روایت در بیشتر از دو عبد هم جاری می‌شود ـ این است که: مورد روایت هر چند دو عبد بود ولی در فرض بیشتر از دو عبد هم، اجمالاً صدق می‌کند که دو عبد در اختیار مشتری قرار داده شده است هر چند در ضمن بیشتر از دو عبد می‌باشد.

اگرکسی اشکال کند وبگوید که: شاید مانع ازجریان حکم روایت دربیشترازدوعبد، همان بیشترازدوعبد بودن باشد.

شارح جواب می‌دهد به اینکه: بیشتر از دو عبد بودن، مانع از جریان حکم مزبور نمی‌شود، زیرا اگرجهت مانع بودن آن این باشدکه عبدها بیش ازحق مشتری می‌باشند، گوئیم که این وجه، صلاحیت برای مانعیت ندارد، زیرا درمورد روایت نیزعبدها بیش از حق مشتری است، پس وقتی که به حکم روایت، دوتا بودن عبد، مانع ازحکم مزبوردر روایت نیست همچنین سه تا بودن عبدها یا بیشترازآن نیزمانع ازجریان حکم مزبور نخواهد شد.

۲. دلیل احتمال دوم ـ که حکم مزبوردربیشترازدوعبد جاری نمی‌شود ـ این است که مورد روایت، فقط دوعبد است، پس بیشترازآن، خارج ازروایت است، و با توجه به اینکه حکم روایت در مورد دوعبد، خلاف قواعد فقهی است (چنانکه سابقاً دانسته شد) ما برفرض اینکه به روایت عمل کنیم گوئیم که: درحکمی که مخالف قاعده است باید به مورد یقین اکتفا نمود وآن همان مورد دوعبد است که درخود روایت آمده است، و اما درغیرآن نمی‌توانیم ازروایت تعدی وتجاوزکنیم وحکم مخالف با قاعده را درآن جاری سازیم.

بنابراین، باید درمورد سه عبد یا بیشتر، طبق قواعد فقهی عمل نمائیم همانطوری که شارح درآخربحث بیان نموده است درآنجاکه می‌فرماید: «والذی یناسب الأصل...» سپس درآخرآن فرموده: «ولا فرق حینئذ بین العبدین وغیرهما من الزائد... ».

ترجمه وشرح عبارت: **و في إنسحابه...** یعنی ودرجاری ساختن حکم روایت به مواردی که بیش ازدوعبد باشد ـ اگرحکم مزبوررا درمورد دوعبد قائل شویم وبرطبق روایت عمل کنیم ـ محل تردید واشکال است (ودرآن دواحتمال می‌باشد) **مِن صدق...** (دلیل است برای احتمال اول که جریان حکم روایت دربیشترازدوعبد

می‌باشد) یعنی ازاینکه می‌بینیم اجمالاً دوعبد، صدق می‌کند (درضمن سه عبد یا بیشترازآن).

و عدم ظهور.. (این جواب است ازاشکال مقدری که احتمالاً ممکن است وارد آید) یعنی ومعلوم نیست که زیاد بودن عبدها (یعنی بیشترازدوعبد بودن) اثری داشته باشد (دراینکه جلوگیری کند ازجاری ساختن حکم روایت دربیشترازدوعبد) با فرض اینکه مورد تخییر (یعنی عبدها، هم درمورد روایت وهم درمورد بحث) بیشترازحق مشتری است (یعنی اگربیشترازدوعبد بودن مانع باشد باید مانعیت آن به جهت این باشدکه مورد تخییرمشتری بیش ازحق اوست چون حق اویک عبد است، وحال آنکه این جهت، صلاحیت مانعیت ندارد، چون درمورد روایت هم مورد تخییرمشتری بیش از حق اوست).

والخروج... (این دلیل است برای احتمال دوم که عدم جریان حکم روایت دربیشتر ازدوعبد می‌باشد) یعنی وازطرف دیگرمی‌بینیم بیشترازدوعبد، خارج ازمورد روایت است که روایت هم مخالف قاعده است (چنانکه درمباحث سابق، مخالف بودن آن با قواعد معلوم گردید).

فإن سحبنا الحکم... یعنی پس (اگرطبق احتمال اول) حکم روایت را جاری ساختیم (دربیشترازدوعبد) وفرضاً عبدها سه عدد بودند ویکی ازآنها فرارکرد، دراینجا (ازجهت اینکه حق مشتری بطوراشاعه منحصردرآن سه عبد بود) یک سوم مبیع ازبین می‌رود (بواسطه فرارکردن یک عبد) ومشتری یک سوم پول مبیع را ازبایع برمی‌گرداند (و همچنین احکام دیگرروایت دراینجا جاری می‌گردد) تا آخرآنچه که (درمتن عبارت مصنف سابقاً) ذکرگردید (وآن این بودکه بایع ومشتری درباقیمانده ازعبدها با یکدیگر شریک می‌شوند واگریک روزی عبد فراری پیدا شد، شرکت آنها به هم می‌خورد وحق اختیارمشتری برمی‌گردد، یعنی مشتری حق خواهد داشت که دربین آن سه عبد هر کدام را خواست به عنوان حق خود انتخاب نماید).

ویحتمل بقاء التخییر وعدم فوات شئ، سواء حکمنا بضمان الآبق أم لا، لبقاء محل التخییر الزائد عن الحق.

ویحتمل بقاء التخییر... توضیح: از بیانات گذشته دانسته شد که وقتی که حکم روایت را در مورد سه عبد مثلاً جاری کردیم، بعد از فرارکردن یک عبد، یک سوم مبیع از بین می‌رود و مشتری دیگر در دو عبد باقیمانده، حق اختیار ندارد بلکه بطور حتم آن دو عبد باقیمانده بین بایع و مشتری مشترک خواهند بود.

اکنون شارح در اینجا می‌فرماید که: احتمال دارد که بگوئیم به فرارکردن عبد، هیچ چیزی از مبیع از بین نمی‌رود و در نتیجه مشتری در دو عبد باقیمانده، حق اختیار دارد و هرکدام از آنها را خواست به عنوان حق خود بردارد و آن دیگری را به بایع پس دهد بدون آنکه شراکتی در بین حاصل شود ـ خواه نسبت به عبد فراری، حکم به ضمانت مشتری بکنیم و خواه حکم به آن نکنیم ـ.

و دلیل این احتمال آن است که در مورد روایت که دو عبد بود، بواسطه فراری شدن یک عبد، دیگر محلی برای تخییر مشتری باقی نمی‌ماند چون یک عبد باقی می‌ماند به خلاف مورد بحث که به فرارکردن یک عبد، باز هم محلی برای تخییر مشتری باقی می‌ماند و آن دو عبد باقیمانده است، بدین جهت گوئیم که حق دارد یکی از آنها را به عنوان حق خود اختیار نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **و یحتمل...** یعنی احتمال دارد که (در مورد بحث که عبدها بیش از دو عبد می‌باشند) بگوئیم (که بایع و مشتری در عبدهای باقیمانده شریک نمی‌شوند، بلکه) حق اختیار مشتری باقی است (یعنی همانطوری که قبل از فرارکردن عبد، مشتری حق اختیار یکی از سه عبد را داشت، همچنین بعد از فرار کردن یکی از آنها، حق اختیار یکی از دو عبد باقیمانده را دارد) و هیچ چیزی از مبیع

(و حق مشـتری) فوت نمی‌گردد خواه (در مورد بحث که سـه عبد اسـت) حکم به ضمانت عبد فراری (برای مشتری) بکنیم و خواه نکنیم.

لبقاء... (علت است برای احتمال بقاء تخییر) یعنی زیرا (بعد از فرارکردن یکی از عبدها) باز محل تخییر که بیش از حق مشـتری است باقی می‌باشـد (به خلاف مورد روایت که دو عبد بود که در آنجا بعد از فرارکردن یکی از عبدها دیگر محلی برای تخییر مشـتری باقی نمی‌مانـد، فلذا در روایت حکم به شـراکت بایع و مشـتری در عبد باقیمانده، شده است).

(وكذا لو كان المبيع غير عبد كأمة) فدفع إليه أمتين أو إماء، وقطع في «الدروس» بثبوت الحكم هنا، (بل) في انسحاب الحكم (في أي عين كانت) ـ كثوب وكتاب، إذا دفع إليه منه اثنين، أو أكثر ـ التردد: من المشاركة فيما ظن كونه علة الحكم وبطلان القياس. والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب، لأنه قياس محض لا نقول به.

(وكذا لو كان المبيع... توضیح: اگر مبیع، کنیز باشد نه عبد، و بایع بعد از فروختن کنیز کلی با اوصاف معین، دو کنیز یا بیشتر در اختیار مشتری قرار دهد که مشتری هر کدام از آنها را بخواهد بابت حق خود بردارد و قبل از اختیار، یکی از آنها فرار کند آیا در اینجا هم حکم عبد (یعنی حکم مذکور در روایت) جاری می‌شود یا نه؟ محل اشکال است و دو احتمال در آن می‌باشد هر چند مصنف در کتاب «دروس» بطور جزم فرموده که حکم عبد در کنیز نیز جاری است.

و همچنین اگر مبیع، از اشیاء دیگر بود مثل اینکه لباس یا کتابی را با اوصاف معین بطور کلی فروخت و دو عدد یا بیشتر از آنها را در اختیار مشتری گذاشت و قبل از اختیار مشتری، یکی از آنها تلف شود آیا حکم عبد در اینها نیز جاری می‌شود یا نه؟ محل اشکال است و دو احتمال در آن می‌باشد:

۱. احتمال دارد که حکم عبد در آنها (کنیز و اشیاء دیگر) جاری شود به دلیل اینکه به گمان می‌رسد که علت حکم مزبور در عبد، آن باشد که بواسطه گذاردن بایع، دو عبد در اختیار مشتری، حق مشتری منحصر در آن دو عبد می‌شود بطور اشاعه، و در نتیجه احکام دیگر بر آن باز می‌گردد، و معلوم است که این علت در غیر عبد نیز می‌باشد پس حکم در آنها نیز جاری می‌گردد.

۲. احتمال دارد که حکم عبد در آنها جاری نشود چون علت مزبور، علت منصوصه نیست (یعنی در روایت نیامده است) بلکه علت مستنبطه است و به

گمان ما رسیده که علت، آن باشد، بنابراین، اگر بخواهیم به وسیله علت مزبور، حکم را در غیر عبد جاری بدانیم قیاس خواهد بود که در شرع مقدس باطل است.

شارح این احتمال را تقویت می‌کند، پس بنابراین، باید در این موارد، بر طبق قواعد فقهی عمل کرد، چنانکه شارح در آخر بحث بیان نموده است که: «والذی یناسب الأصل».

ترجمه و شرح عبارت: **وکذا لوکان**... یعنی و همچنین محل تردید و اشکال است اگر مبیع، غیر عبد باشد مثل اینکه کنیز باشد (یعنی کنیز کلی با اوصاف معین بفروشد) سپس دو کنیز یا چند کنیز در اختیار مشتری قرار دهد (تا هرکدام را که خواست بابت حق خود اختیار نماید) و مصنف در کتاب «دروس» جزم نموده به اینکه حکم عبد، در کنیز نیز ثابت می‌باشد (و در آن تردید و اشکال ننموده است).

بل في إنسحاب... (کلمه ـ في انسحاب ـ خبر مقدم است برای ـ التردد ـ که مبتدای مؤخر می‌باشد) یعنی بلکه در جاری ساختن حکم عبد، در هر متاعی که بوده باشد (که به عنوان کلی با اوصاف معین فروخته شود) مثل پارچه و کتاب، زمانی که بایع (بعد از فروختن کلی آنها) دفع نماید به مشتری از آن متاع، دو عدد یا بیشتر (که مشتری هرکدام را خواست اختیار نماید بابت حق خود).

التردد... یعنی در جریان حکم در آنها، تردید (و دو احتمال) است **من المشارکة**... (دلیل جریان حکم است در آن موارد) یعنی از طرفی می‌بینیم آن موارد، شریک هستند (با عبد) در آن علتی که به گمان می‌رسد آن، علت حکم در عبد باشد.

و بطلان... (دلیل عدم جریان حکم است) یعنی و از طرف دیگر می‌بینیم (که علت مزبور، علت مستنبطه است نه منصوصه، پس جریان دادن حکم از مورد عبد به موارد دیگر بواسطه علت مستنبطه، قیاس می‌شود و) قیاس، باطل است در شریعت اسلام.

و(شارح می‌فرماید:) آنچه که سزاواراست، این است که یقین کنیم دراینجا (یعنی درموارد مزبور) به اینکه حکم عبد درآنها جاری نمی‌شود، زیرا قیاس خالص است که ما (امامیه) آن را قائل نیستیم.

ولو هلك أحد العبدين ففي انسحاب الحكم الوجهان: من أن تنزيل الإباق منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى ومن ضعفه بتنجيز التنصيف من غير رجاء لعود التخيير، بخلاف الإباق والأقوى عدم اللحاق.

ولو هلك أحد العبدين... توضيح: فرض مسأله درمورد روايت، جايى بود كه يكى از عبدها فرار كند.

و حالا فرض ديگرى را مطرح مى‌كند و آن اينكه اگر يكى از عبدها تلف گردد و بميرد آيا حكم روايت را دراين فرض نيز مى‌توانيم جارى كنيم يا نه؟ دو احتمال دارد:

١. احتمال دارد حكم روايت درآن فرض هم جارى شود، زيرا علت حكم مزبور در روايت را چنين گفتيم كه فرار كردن عبد به منزله تلف مى‌باشد... پس درخود تلف ـ كه فرض اينجاست ـ به طريق اولى بايد حكم مزبور جارى گردد.

٢. احتمال دارد كه حكم جارى نشود، زيرا يكى از احكامى كه در روايت آمده است اين بود كه عبد باقيمانده، به نصف بين بايع و مشترى، مشترک مى‌شود به اميد آنكه بعداً اگر عبد فرارى پيدا شود اشتراک برطرف مى‌شود و دوباره حق اختيار بين دو عبد، به مشترى برمى‌گردد.

ولى در فرض اينجا كه يكى از عبدها تلف شده، اگر حكم روايت را جارى بدانيم بايد در عبد باقيمانده بطور حتم حكم به اشتراک و تنصيف بين بايع و مشترى كنيم بدون آنكه مشترى اميد برگشتن حق اختيار به او را داشته باشد، زيرا فرض آن است كه عبد، تلف شده است بدين جهت حكم روايت بطور كامل در اين فرض جارى نمى‌شود.

سپس شارح احتمال دوم را تقويت مى‌كند و بنابراين، در فرض مزبور بايد طبق قاعده فقهى عمل كرد و آن همان است كه شارح بعد از اين در آخر بحث درمورد عبد فرارى بيان كرده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو هلك...** یعنی اگر یکی از دو عبد (قبل از اختیار مشتری یکی از آنها را) تلف شود، پس در اینکه آیا حکم روایت در اینجا هم جاری می‌شود؟ همان دو احتمال هست **من أن...** (دلیل جریان حکم است) یعنی از اینکه (در مورد فرارکردن عبد) فرارکردن را به منزله تلف قرار داده‌اند اقتضا می‌کند که حکم روایت در صورت خود تلف (که مورد فرض ماست) به طریق اولی جاری شود.

و من ضعفه... (دلیل است برای عدم جریان حکم که احتمال دوم است) یعنی و از اینکه جریان حکم در اینجا ضعیف است بواسطه اینکه عبد باقیمانده بطور حتم باید نصف شود (یعنی مشترک باشد بین بایع و مشتری) بدون اینکه مشتری امید داشته باشد به برگشتن حق اختیار (بین دو عبد) به خلاف صورت فرارکردن عبد (که مورد روایت بود که در آنجا عبد باقیمانده مشترک می‌شود بین بایع و مشتری با وجود امید به اینکه عبد فراری یک روزی پیدا شود و حق اختیار مشتری بین آن دو عبد به او برگردد) و اقوی آن است که صورت هلاکت عبد، ملحق نمی‌شود به صورت فرار کردن آن.

هذا كله على تقدير العمل بالرواية، نظرا إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة.

والذي أراه منع الشهرة في ذلك، وإنما حكم الشيخ بهذه ونظائرها على قاعدته، والشهرة بين أتباعه خاصة كما أشرنا إليه في غيرها.

والذي يناسب الأصل أن العبدين إن كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الآبق والباقي، فإن اختار الآبق رد الموجود ولا شئ له، وإن اختار الباقي انحصر حقه فيه، وبني ضمان الآبق على ما سبق، ولا فرق حينئذ بين العبدين، وغيرهما من الزائد والمخالف.

وهذا هو الأقوى.

نظر شارح در اصل مسأله

هذا كله على تقدير... توضیح: شارح می‌فرماید: آنچه تا به اینجا گفته شد بر فرضی بود که ما عمل به روایت بکنیم و ضعف سند آن را با شهرتی که فقها ادعا کرده‌اند جبران نمائیم.

ولی ما این شهرت را قبول نداریم، به این معنی که حکم مزبور در روایت، به حد شهرت نرسیده است، زیرا اول کسی که عمل به آن نموده شیخ طوسی بوده است با اینکه سندش ضعیف می‌باشد و عمل ایشان بر مبنای خودش که در باب عمل به روایات دارد بوده است، و آن اینکه اگر به روایت ضعیف، اطمینان اجمالی حاصل شود می‌توان عمل کرد.

و بعد از شیخ طوسی، فقهایی که تابع و مقلد شیخ هستند (به جهت حسن ظنی که به شیخ داشته‌اند) به آن روایت عمل کرده‌اند و در نتیجه، شهرت، فقط بین تابعین شیخ حاصل شده است، چنانکه در موارد دیگر نیز نظیر این شهرت حاصل شده است که در آخر مسأله ششم تذکر به آن داده شد.

سپس شارح می‌فرماید که: طبق قواعد فقهی، نظر ما در مسأله عبد فراری این است که: آن دو عبدی را که بایع در اختیار مشتری گذاشته است چنانچه از نظر اوصاف، هر دو مطابق باشند با آن عبد موصوف کلی که مبیع است، در این صورت مشتری مخیر است بین اینکه آن عبد فراری را به عنوان حق خود اختیار نماید و بین آنکه عبد باقیمانده را اختیار نماید، پس اگر عبد فراری را اختیار نمود باید عبد باقیمانده را به بایع برگرداند و دیگر حق ندارد پولی از بایع مطالبه نماید.

واما اگر عبد باقیمانده را اختیار نمود، حق او منحصر در همان می‌شود و نسبت به عبد فراری آیا ضامن است یا نه؟ همان بحث سابق که در عبارت مصنف گذشت در اینجا نیز می‌آید، و آن اینکه ضمان مشتری مورد بحث، مبتنی است بر ضمان مقبوض به سَوْم، و هر چه در مسأله مقبوض به سَوْم گفتیم، در اینجا هم همان را می‌گوئیم.

و بنابراین، وقتی که ما در مسأله دو عبد، بر طبق قواعد حکم کردیم، دیگر فرقی نخواهد بود بین اینکه فرض مسأله، دو عبد باشد یا بیشتر از دو عبد، و نیز فرقی نخواهد بود بین اینکه فرض مسأله، در عبد باشد یا در کنیز و یا در هر جنس دیگری مثل پارچه و کتاب.

ترجمه و شرح عبارت: **هذا کله**... یعنی سخنان بالا همه‌اش بر فرضی است که عمل به روایت سابق بکنیم نظر به اینکه (سند روایت هر چند ضعیف است ولی طبق نظریه بعض فقها) جبران می‌شود ضعف آن روایت به شهرتی که عده‌ای از فقها خیال کرده‌اند که شهرت تحقق یافته است.

شارح می‌فرماید که: آنچه را من معتقدم آن است که شهرتی بین فقها در حکم مزبور در روایت، تحقق نیافته است و همانا شیخ طوسی ابتداء حکم بر طبق این روایت و یا نظائر آن کرده است آن هم بر روی مبنایی که (در باب عمل به روایات) دارد

وشهرت آن حکم، فقط بین تابعین شیخ تحقق یافته است، چنانکه اشاره کردیم به این مطلب در غیر این روایت (مثل روایت «مسکین سمّان» که در مسأله ششم گذشت).

و الذي يناسب... (این نظر شارح است در این مسأله هفتم) یعنی آنچه که مناسب قاعده فقهی است آن است که دو عبدی که بایع در اختیار مشتری گذاشته اگر مطابق با مبیع کلی بوده‌اند (از نظر اوصاف) مشتری اختیار خواهد داشت بین اینکه انتخاب کند عبد فراری را (بابت حق خود) و یا عبد باقیمانده را، پس اگر انتخاب نمود عبد فراری را باید برگرداند عبد باقیمانده را به بایع و دیگر چیزی برای مشتری نیست (یعنی دیگر حقی ندارد که نصف پول مبیع را از بایع پس بگیرد) و اما اگر مشتری انتخاب نمود عبد باقیمانده را، منحصر می‌شود حق او در همان عبد، و ضمانت عبد فراری مبتنی می‌شود بر اختلافی که سابقاً گذشت (که مقبوض به سَوْم، در ضمان مشتری است یا نه) **و لا فرق...** یعنی در این صورت که طبق قاعده، حکم کردیم دیگر فرقی نیست بین دو عبد یا غیر دو عبد چه عبدهای متعدد و چه اجناس مخالف (مثل أمه وکتاب و پارچه).

فصل چهارم

(الفصل الرابع: في بيع الثمار - ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها) وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت في طلع، أو كمام (عاما) واحدا. بمعنى ثمرة ذلك العام وإن وجدت في شهر، أو أقل، سواء في ذلك ثمرة النخل، وغيرها، وهو موضع وفاق، وسواء ضم إليها شيئا، أم لا (ولا) بيعها قبل ظهورها أيضا (أزيد) من عام (على الأصح)، للغرر، ولم يخالف فيه إلا الصدوق لصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة على الجواز، ولا يخلو من قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه.

بیع میوه سر درخت

(الفصل الرابع: في بيع الثِمار.. توضیح: درمورد میوه درخت، ابتدا دومرحله تصور می‌شود وآن اینکه میوه: یا به مرحله وجود وهستی درآمده (هرچند درشکوفه ویا در پوست باشد) ویا به آن مرحله درنیامده واثروجودی ازآن نیست، ودرمرحله اول نیز دوحالت تصورمی‌شود: یا صلاحیت آن پدید آمده ویا پدید نیامده است (ومعنای پدید آمدن صلاحیت میوه را بعداً توضیح خواهیم داد).

پس حکم بیع میوه باید درسه مرحله بیان شود:

۱. مرحله قبل ازبه عالم وجود درآمدن.

۲. مرحله بعد از به عالم وجود درآمدن و نیز بعد از پدید آمدن صلاحیت آن.
۳. مرحله بعد از به عالم وجود درآمدن ولی قبل از پدید آمدن صلاحیت آن.

حکم مرحله اول

فروش میوه‌ای که به عالم وجود نیامده، به دو نحو ممکن است باشد: ممکن است میوه‌های آن سال فقط باشد، و ممکن است میوه‌های چند سال باشد.

در صورت اول ـ به اجماع فقها فروش میوه‌های همان سال که هنوز به عالم وجود نیامده‌اند باطل است، و در این حکم فرقی نیست چه خرما باشد و چه میوه درختان دیگر، و نیز خواه آن میوه را به ضمیمه چیز دیگر که موجود و معین است بفروشند و خواه بدون ضمیمه (البته مقصود در ضمیمه آن است که مقصود اصلی در بیع، خود میوه‌های غیر موجود باشد و ضمیمه را به عنوان تابع، بفروشد و یا هم میوه و هم ضمیمه را با هم به مقصود اصلی بفروشد، ولی اگر مقصود اصلی، فروش ضمیمه باشد و میوه درخت را به قصد تبعی بفروشند صحیح است).

و در صورت دوم ـ که میوه‌های چند سال را یک جا بفروشد که فرض آن است که هنوز هیچ اثری از میوه‌های امسال هم نیست ـ دو قول در آن می‌باشد:

۱. قول صحیح‌تر ـ که قول مشهور نیز می‌باشد ـ آن است که این بیع نیز باطل است، به دلیل آنکه از شرایط صحت بیع آن است که مبیع، وجود داشته باشد و مقدار و صفات آن معلوم باشد و حال آنکه مبیع در اینجا معدوم و از نظر مقدار و صفات، مجهول می‌باشد و هر معامله‌ای که در آن جهالت باشد، معامله غرری است که در شرع مقدس نهی از معامله غرری شده است.

۲. قول شیخ صدوق می‌باشد که فرموده است: معامله مزبور صحیح است، به دلیل روایت یعقوب بن شعیب از امام صادق علیه‌السلام که در این روایت، علت جواز بیع را

چنین ذکرکرده که: «اگر امسال میوه ندهد، سال‌های دیگر میوه خواهد داد و جبران سال اوّل را می‌کند».

شارح به دلیل صحیح بودن سند آن روایت، قول شیخ صدوق را تقویت کرده، ولی از جهت آنکه در مقابل آن قول، بعضی از فقها ادعای اجماع بر بطلان بیع مزبور کرده است بدین جهت تأمل در قول صدوق دارد.

ترجمه و شرح عبارت: **في الثمار** مقصود از میوه‌ها در اینجا اعم از خرما و غیر خرما و مانند بادنجان و خیار و امثال اینهاست **و لا یجوز بیع**... یعنی جایز نیست فروش میوه قبل از آشکار شدن آن و (مقصود از آشکار شدن میوه، این نیست که به چشم ما نمایان باشد بلکه) مقصود: درآمدن آن به عالم هستی است هر چند (به چشم ما پنهان باشد و) داخل شکوفه (در خرما) و یا پوست باشد (یعنی ظهور در اینجا اعم است از اینکه به چشم ما نمایان باشد مثل انجیر و یا پنهان باشد داخل شکوفه ـ شکوفه خرما ـ و یا داخل پوست بدون گل مثل گردو، و یا داخل پوست با گل مثل أنار، پس حکمی که بعداً در مرحله سوم برای ظهور میوه بیان خواهد شد همه این صورت‌ها را شامل است).

و إن کانت... ـ ان ـ وصلیه است و قید است برای ـ بروزها ـ چنانکه از توضیح بالا دانسته شد **طَلع** یعنی شکوفه خرما **أو کِمام** به کسر کاف، و آن به معنی شکوفه غیر خرماست، یعنی پوستی که دانه و گل میوه داخل آن می‌باشد **بمعنی ثمرة**... یعنی مقصود مصنف از میوه یک سال، میوه آن سال است هر چند فقط به مدت یک ماه یا کمتر از یک ماه، میوه موجود می‌شود (و غرض شارح از تفسیر عبارت مصنف این است که کسی خیال نکند که مقصود مصنف از میوه یک سال، میوه آن درختی است که یک سال کامل، میوه می‌دهد بلکه مقصود ایشان میوه آن سال است گرچه درخت در تمام سال میوه نمی‌دهد و به مدت یک ماه یا بیشتر و یا کمتر میوه می‌دهد).

سواء في ذلك... یعنی درجایزنبودن بیع میوه قبل ازظهور، فرقی نیست بین میوه نخل (یعنی خرما) وغیرآن (ازمیوه درختان دیگر) واین حکم، مورد اتفاق فقهاست، ونیزفرقی نیست بین اینکه ضمیمه شود به میوه، چیزدیگری (مثل اینکه بگوید میوه‌هایی که امسال این درخت می‌دهد، همراه این یک خروارمیوه‌ای که می‌بینی به فلان مقدار می‌فروشم) یا اینکه ضمیمه نشود.

ولا بیعها... یعنی ونیزجایزنیست قبل ازظهورمیوه، فروخته شود میوه‌های چند سال، بنابرقول اصح، چون غررهست دراین معامله (بواسطه جهالتی که درمبیع یعنی میوه‌ها می‌باشد، ودرروایت معروف نبوی آمده است که: «نهی النبي عن بیع الغرر» ویا «عن الغرر») ومخالفت نکرده دراین حکم (عدم جواز) مگرشیخ صدوق به دلیل روایت صحیحه یعقوب بن شعیب ازامام صادق شاه که دلالت برجوازبیع می‌کند و(شارح می‌فرماید که:) این قول خالی ازقوت نیست اگرثابت نشده باشد اجماعی برخلاف آن قول (زیرا ابن ادریس ادعای اجماع بربطلان بیع مزبورنموده است).

(ويجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها) إجماعا، (وفي جوازه قبله بعد الظهور) من غير ضميمة، ولا زيادة عن عام، ولا مع الأصل ولا بشرط القطع (خلاف، أقربه الكراهة)، جمعا بين الأخبار بحمل ما دل منها على النهي على الكراهة، والقول الآخر للأكثر: المنع.

(وتزول) الكراهة (بالضميمة) إلى ما يصح إفراده بالبيع، (أو شرط القطع) وإن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه، (أو بيعها مع الأصول) وهو في معنى الضميمة.

حکم مرحله دوم میوه

(ویجوز) بیعها... توضیح: بیع میوه بعد از آشکار شدن و بعد از پدید آمدن صلاحیت میوه (که از آن تعبیر، به «بدوّ الصلاح» می‌شود) جایز است به اجماع فقها.

«بُدُوّ صلاح» یعنی پدید آمدن صلاحیت میوه و ظهور چیزی که صلاح میوه بدان پایدار می‌گردد، و ظهور این معنی ـ چنانکه بعد از این در عبارت مصنف خواهد آمد ـ در میوه‌ها مختلف است، مثلاً در بعضی از خرماها چیزی که صلاح خرما به آن تحقق می‌یابد سرخ شدن خرماست، و در برخی دیگر از خرماها، زرد شدن است، و در برخی از میوهای دیگر، بسته شدن دانه‌های آنهاست.

حکم مرحله سوم میوه

و في جوازه قبله... توضیح: در فروختن ثمره بعد از آشکار شدن آن و قبل از بُدُوّ صلاح آن (یعنی مثلاً در خرما بعد از ظهور شکوفه و قبل از سرخ شدن خرما) بین فقها اختلاف است، اکثر فقها آن را جایز نمی‌دانند، ولی مصنف آن را جایز می‌داند بطور کراهت.

ودليل برکراهت آن است که دودسته روایات دراین صورت می‌باشد، بعضی از آنها نهی ازبیع می‌کند وبعضی دیگرآن را اجازه می‌دهد، جمع وسازش بین آن دو دسته به این است که روایات نهی را توجیه کرده وحمل برکراهت کنیم نه حرمت.

البته کراهت درصورتی است که فقط میوه‌های همان سال را بفروشد، ودرفروش آن، چیزی دیگری را ضمیمه وهمراه نکند، ونیزهمراه با خود درخت نباشد، ونیزدر ضمن معامله، شرط نکند که بعد ازانجام معامله، میوه را بچیند.

بنابراین، اگریکی ازاین اموربباشد کراهت ازبین می‌رود، یعنی اگرمیوه‌های چند سال را بفروشد ویا چیزدیگری را همراه میوه ضمیمه نماید ویا همراه با خود درخت بفروشد ویا درضمن معامله شرط کند که این میوه‌ها را می‌فروشم به شرط آنکه فعلاً آن را بچینی (هرچند به صورت «چغاله» است البته درفرضی که چیدن به همین حال برای خوراک حیوانات مصرف داشته باشد، ودراین فرض، مقدارکنونی آن را می‌توان تخمین زد) درهمه این صُوَر، فروش میوه کراهت ندارد.

ترجمه وشرح عبارت: **و في جوازه**... (این خبرمقدم است برای ـ خلافٌ یعنی و درجوازبیع قبل ازبدوصلاح بعد ازظهورمیوه (وبروزآن به مرحله وجود) ـ درحالتی که (بیع مزبور) بدون همراهی کردن چیزدیگربه میوه باشد وبدون میوه‌های بیش از یک سال باشد (بلکه میوه همان سال را می‌خواهد بفروشد) وبدون همراهی خود درخت باشد وبدون فروش با شرط چیدن میوه‌ها (بعد ازانجام معامله درهمان حال «چغاله» بودن) باشد ـ اختلاف است بین فقها، نزدیک‌ترین قول (به حق) کراهت بیع مزبوراست، به دلیل سازش دادن بین روایات به اینکه حمل برکراهت کنیم آن دسته‌ای ازروایات راکه دلالت برنهی ازبیع می‌کند، وقول دیگردراین مسأله ـ که قول اکثرفقهاست ـ منع ازبیع است.

و تزول الکراهة... یعنی کراهت بیع (در مسأله مزبور) برطرف می‌شود (به یکی از سه امری که ذکر می‌گردد: یکی) بواسطه ضمیمه کردن میوه‌ها به چیزی که آن چیز را به تنهایی بتوان فروخت (یعنی آن ضمیمه باید از چیزهایی باشد که اگر به تنهایی فروخته شود صحیح باشد از جهت آنکه شرایط صحت بیع را داراست از قبیل معلوم بودن، و مالیت داشتن، و قدرت بر تسلیم آن به مشتری، و باقی شرایط، پس مثلاً ضمیمه کردن عبد فراری به فروش میوه‌ها کراهت بیع را از بین نمی‌برد، زیرا قدرت بر تسلیم عبد فراری به مشتری نیست) و یا بواسطه اشتراط چیدن میوه هر چند بعد از شرط نمودن آن، عمل به آن نکرده و نچینند با رضایت آنها برنچیدن (یعنی با اینکه شرط کرده‌اند در ضمن معامله که فعلاً بعد از انجام معامله، چیده شوند ولی بعد از انجام معامله، تصمیم آنها عوض شود و با یکدیگر توافق کنند بر نچیدن، در این صورت نیز بیع کراهت ندارد) و یا بواسطه فروش میوه‌ها همراه با خود درختان.

و هو في معنى الضميمة... این اشکالی است از شارح بر مصنف، توضیحش آن است که: مورد اول از مواردی که مصنف برای برطرف شدن کراهت بیع مزبور ذکر کرد این بود که همراه به میوه‌ها، چیز دیگری را ضمیمه کند.

حال در مورد آخر برای برطرف شدن کراهت، همراهی کردن خود درختان را ذکر کرد، شارح می‌فرماید که: با ذکر مورد اول، دیگر احتیاجی نبود به ذکر این مورد آخر، زیرا همراهی کردن درختان، در معنای ضمیمه است که در مورد اول ذکر شد، زیرا ضمیمه کردن چیزی به میوه‌ها گاهی غیر درخت است و گاهی خود درخت است، پس در واقع، همراهی کردن خود درخت، نوعی ضمیمه است، چون معامله خود درخت به تنهایی صحیح است.

(وبدو الصلاح) المسوغ للبيع مطلقا، أو من غير كراهة هو (احمرار التمر) بالمثناة من فوق مجازا في ثمرة النخل، باعتبار ما يؤول إليه، (أو اصفراره) فيما يصفر، (أو انعقاد ثمرة غيره) من شجر الفواكه (وإن كانت في كمام).

تفسير بُدُوّ صلاح

(وبُدُوّ الصلاح)... توضيح: درمرحله دوم دانسته شد که بیع میوه بعد ازبُدُوّ صلاح به اجماع فقها جایزاست و ما درهمانجا بدوّ صلاح را تفسیرکردیم، حال دراینجا مصنف آن را تفسیرمی‌کند به این شرح که:

بدوّ صلاح ـ که درفارسی به معنی پدید آمدن صلاحیت میوه است ـ درمیوه‌ها مختلف است، دربرخی ازآنها مثل خرما عبارت است ازسرخ شدن خرما (درآن نوع خرمایی که ابتدا سرخ می‌شود) ودربرخی ازآنها عبارت اززرد شدن است مثل آن نوع خرمایی که ابتدا زرد می‌شود (چون برخی ازاقسام خرما ازابتدا سرخ می‌شود وبرخی ازاقسام آن، زرد می‌شود) ودرمیوه سایردرختان، بدوصلاح عبارت ازبسته شدن دانه میوه است.

بنابراین، میوه را درصورت بسته شدن دانه آن می‌توان فروخت، خواه مانند سیب وانگوروانجیر، دانه‌اش آشکارباشد وخواه مانند انار، دانه‌اش داخل یک پوست باشد وخواه مانند گردووبادام، دانه‌اش داخل دوپوست باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **المسوّغ للبيع مطلقا** قبل از توضیح این عبارت، مقدمه‌ای ذکرکنیم وآن اینکه: چنانکه درمرحله سوم میوه ذکرشد، دوقول درجوازبیع قبل از بدوصلاح بود: یکی کراهت (که قول مصنف است) ودوم: حرمت یعنی بطلان (که قول مشهوراست) واما درمرحله دوم که بعد ازبدوصلاح است، طبق هردوقول، بیع جایزاست که درحقیقت بنابرقول مصنف، بواسطه بدوصلاح، بیع میوه، جوازش

بدون کراهتی که مصنف در مرحله سوم قائل است خواهد بود، و بنابر قول مشهور بواسطه بدو صلاح، بیع میوه، جوازش بدون حرمتی که مشهور در مرحله سوم قائل است خواهد بود.

پس از این مقدمه گوئیم که: شارح می‌فرماید: اگر ما هر دو قول در مرحله سوم را در نظر بگیریم و به لحاظ هر دو قول بخواهیم عبارت اینجای مصنف را تفسیر کنیم، چنین می‌گوئیم که: بدوّ صلاحی که مجوّز بیع می‌شود مطلقا خواه در مرحله سوم (قبل از بدو صلاح) قائل به حرمت بشویم و خواه قائل به کراهت بشویم، عبارت است از... (و به بیان دیگر بدو صلاحی که بیع را از حرمت قبلی بیرون می‌آورد بنابر قول مشهور، و از کراهت قبلی در می‌آورد بنابر قول مصنف، عبارت است از...).

و اما اگر قول مصنف را فقط در نظر بگیریم و کار به قول مشهور نداشته باشیم و به لحاظ قول مصنف فقط بخواهیم عبارت اینجای مصنف را تفسیر کنیم چنین می‌گوئیم که: بدو صلاحی که مجوّز بیع می‌شود بدون کراهتی که در مرحله سوم بود، عبارت است از....

و خلاصه اینکه کلمه ـ مطلقا ـ بالحاظ هر دو قول می‌باشد که بنابراین، ترجمه عبارت این است که: بدو صلاحی که مجوز بیع می‌باشد مطلقا یعنی بدون اینکه حرمتی باشد که قبل از بدو صلاح بود در نظر مشهور، و بدون اینکه کراهتی باشد که قبل از بدو صلاح بود در نظر مصنف....

وکلمه ـ او من غیر کراهة ـ عطف است بر ـ مطلقا ـ، و این بلحاظ قول مصنف فقط می‌باشد و بنابراین، ترجمه عبارت این است که: بدو صلاحی که مجوّز بیع می‌باشد بدون اینکه کراهتی باشد که قبل از بدو صلاح بود در نظر مصنف....

بالمثناة من فوق... یعنی کلمه «التمر» درعبارت مصنف با تاء دونقطه‌ای که در بالا قرار دارد باید خوانده شود که به معنی خرمای رسیده است (وبا ثاء سه نقطه خوانده نشود که به معنی میوه است).

شارح می‌فرماید که: حق عبارت این بود که مصنف به جای «التمر» می‌فرمود: «البُسر» که به معنی خرمای نارس است وبواسطه سرخ شدن، وارد مرحله بدوصلاح می‌شود به خلاف «تمر» که به معنی خرمای رسیده است ومرحله بدوصلاح را گذرانده است، پس تعبیربه «احمرارالتمر» که به معنی «سرخ شدن خرمای رسیده» می‌باشد مجازاست به علاقه مایؤل، چون خرمای نارس بعداً رسیده خواهد شد (و علاقه مایؤل یکی ازعلاقه‌های مجاز می‌باشد مثل آیه:﴿**إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا**﴾ یعنی خمر می‌فشارم که به معنی آب انگور می‌فشارم که بعداً خمر خواهد شد) **أو إصفراره** یعنی یا زرد شدن خرما درنوع خرمایی که زرد می‌شود **أو إنعقاد**... یعنی یا (بدوصلاح عبارت است از) بسته شدن دانه میوه غیرخرما ازدرختان میوه هرچند داخل پوست باشد.

بكسر الكاف جمع أكمة ـ بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة ـ وهي غطاء الثمرة والنور كالرمان، وكذا لو كانت في كمامين كالجوز واللوز، وهذا هو الظهور المجوز للبيع أيضا.

وإنما يختلف بدو الصلاح والظهور في النخل، ويظهر في غيرها عند جعله تناثر الزهر بعد الانعقاد، أو تلون الثمرة، أو صفاء لونها، أو الحلاوة وطيب الأكل في مثل التفاح، أو النضج في مثل البطيخ أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء كما زعمه الشيخ ﷺ في «المبسوط».

بكسر الكاف جمع... توضیح: «کمام» به معنی پوست و غلافی است که داخل آن، دانه میوه بسته می‌شود وگل میوه از داخل آن سر می‌زند.

در اینجا شارح عبارتی دارد که محشین را به تشویش انداخته وآن اینکه فرموده است که: «کمام بکسر الکاف جمع أکمة بفتح الهمزة وکسر الکاف وفتح المیم المشدّدة» که ظاهر این عبارت آن است که (کمام، جمع است برای «أکمة، وحال آنکه از کتب لغت نقل کرده‌اند که «کمام» مفرد است نه جمع، و«أکمة» جمع آن است (گرچه صاحب «صحاح اللغة» و«قاموس اللغة) تصریح کرده‌اند که «کمام» و «اکمه» هر دو جمع‌اند برای «کِم»).

پس شارح در اینجا به حسب ظاهر عبارتش بر خلاف کتب لغت سخن گفته است که ناچار باید آن را توجیه کرد ونهایت توجیهی که برای آن می‌شود کرد این است که بگوئیم: شارح در اینجا به روش کتب لغت ولغت نویسی، عبارت را آورده : است، چون در کتب لغت ابتدا، مفرد کلمه را ذکر می‌کنند سپس می‌گویند: «الجمع» یا «جمع».

کذا... مثلاً می‌گویند: (کمام) غطاء الثمرة والنور، الجمع: أکمة، پس در عبارت شارح باید گفت که: لفظ «جمع» اضافه به «أکمة» نشده است، بلکه لفظ «جمع»

مبتدا است ولفظ «أکمة» خبرآن است، وحاصل مراد شارح این می‌شود که جمع «کمام» «اکمة» است نه اینکه به اضافه خوانده شود تا معنی آن این شود که کمام جمع «أکمة» است که برخلاف کتب لغت می‌باشد.

و هي غطاء... یعنی «أکمة» عبارت است ازغلاف میوه (یعنی پوست روی میوه یعنی پوستی که روی میوه هنگام بستن دانه‌اش می‌باشد) **و النوْر** (به فتح نون و سکون واو) عطف است بر ـ الثمرة ـ یعنی غلافی که روی گل وشکوفه می‌باشد (و شکوفه ازداخل آن سرمی زند) همانند انار(که دریک غلاف منعقد می‌شود ودارای گل است) **وکذا...** یعنی وهمچنین است اگرمیوه داخل دوپوست منعقد شود مثل گردووبادام (که دراینها نیزبدوصلاح صدق می‌کند).

و هذا هو الظهور.. توضیح: شارح دراینجا برمصنف ایراد گرفته و می‌فرماید: با تفسیری که مصنف برای بدوصلاح ذکرنمود، نسبت به خرما معلوم شد که مرحله ظهورآن با مرحله بدوصلاح آن با یکدیگرمتفاوت است، زیرا مرحله ظهورش بسته شدن دانه وشکوفه بستن آن می‌باشد، ومرحله بدوصلاحش سرخ شدن یا زرد شدن آن می‌باشد.

ولی نسبت به میوه سایردرختان، با تفسیری که برای بدوصلاح آن ذکرنمود، مرحله ظهوربا مرحله بدوصلاحش، یکی شد ومتفاوت نشد، زیرا ظهورآنها عبارت از بسته شدن دانه می‌باشد که مصنف همین معنی را تفسیربرای بدوصلاح آنها نیزقرار داد وفرمود: «وانعقاد ثمرة غیره».

بنابراین، وقتی که درغیرخرما مرحله ظهوربا مرحله بدوصلاح درآن، متحد بوده و با هم اختلافی ندارند، دیگرمطرح کردن مسأله درمرحله سوم که دربالاگذشت یعنی مسأله جوازبیع بعد ازظهوروقبل ازبدوصلاح درغیرخرما بی فایده خواهد بود، چون با فرض اتحاد مرحله ظهورومرحله بدوصلاح، دیگرمسأله مزبورتصویرنمی‌شود،

بلکه فقط درخرما طرح آن مسأله فایده خواهد داشت ومسأله مزبوررا درآن می‌توان تصویر نمود ازجهت آنکه مرحله ظهوربا مرحله بدوّ صلاح درخرما اختلاف دارد چنانکه دانسته شد.

سپس شارح می‌فرماید که: درغیرخرما نیزمی‌توان دومرحله برای ظهوروبرای بدو صلاح، تصویرکنیم طبق تفسیری که مصنف درکتاب «دروس» وشیخ طوسی در کتاب «مبسوط» برای بدوصلاح ذکرکرده‌اند وآن اینکه بگوئیم:

دربعضی میوه‌ها مرحله ظهور، بسته شدن دانه وگل کردن است ولی مرحله بدو صلاح، ریختن گل بعد ازبسته شدن دانه است.

ودربعض دیگرمرحله بدوصلاح، رنگین شدن میوه است.

ودربعض دیگر: شفاف شدن رنگ میوه است.

ودربعض دیگرشیرین وخوشمزه شدن وخوش خوراک شدن میوه، چنانکه در سیب چنین است.

ودربرخی دیگرآبدارشدن آن است که ابتدای رسیدن وشروع به رسیدن میوه است، چنانکه درخربزه چنین است.

ودربعضی دیگررسیدن به نهایت درجه بزرگی بعضی اجزاء آن است درمثل خیار وخیارچنبر(یعنی وقتی که یک قسمت خیار، کلفت شد هرچند قسمت دیگرآن نازک بوده باشد مرحله بدوصلاح آن می‌باشد).

با این تفسیر، درغیرخرما نیزدومرحله درست می‌شود وبنابراین، مطرح کردن مسأله جوازبیع بعد ازظهوروقبل ازبدوصلاح، درغیرخرما نیزفایده خواهد داشت همانند طرح آن درخرما.

ترجمه وشرح عبارت: **و هذا...** یعنی این دانه بستن درغیرخرما (که تفسیرمرحله بدوصلاح بود) همان مرحله ظهوراست که مجوزبیع است (درنظرمصنف) نیز

(همانطوری که بدوصلاح، مجوزبیع است) و(با این تفسیری که برای بدوصلاح در غیرخرما ذکرشد، دیگرمرحله ظهوربا مرحله بدوصلاح مختلف نخواهد بود و) فقط درخرما اختلاف پیدا می‌کند مرحله ظهوربا مرحله بدوصلاح.

واختلاف بین آن دومرحله درغیرخرما زمانی ظاهرمی‌شود که (برای بدوصلاح غیرخرما، تفسیردیگری بشود وآن چنانکه فقها ذکرکرده‌اند این است که) قرارداده شود مرحله بدوصلاح، ریختن گل بعد ازبسته شدن دانه (که مرحله ظهوراست) ویا رنگین شدن میوه (درآن میوه‌هایی که رنگ می‌اندازند) ویا شفاف شدن رنگ آن، ویا شیرین شدن وخوش خوراک شدن درمثل سیب، ویا آب انداختن درمثل خربزه، و یا رسیدن به نهایت درجه بزرگی قسمتی ازمیوه در(آن میوه‌ای که نه رنگ می‌اندازد و نه طعمش عوض می‌شود بلکه کوچک وبزرگش خورده می‌شود) مثل خیارچنبر**کما زعمه الشیخ** یعنی چنانکه شیخ طوسی آن را درکتاب «مبسوط» ادعا نموده است (آنچه که شیخ درآن کتاب فرموده است، از ـ تلون الثمرة ـ به بعد می‌باشد).

(ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها) وإن لم يتناه عظمها (لقطة ولقطات معينة) أي معلومة العدد، (كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة، وما يتجدد في تلك السنة، وفي غيرها) مع ضبط السنين، لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة، أم غيره.

بیع سبزی‌ها

(ویجوز بیع الخضر... توضیح: «خُضر» به ضم خاء وسکون ضاد بروزن قفل، ونیز به ضم خاء وفتح ضاد بروزن صُرَد نیزآمده است، جمع «خُضْرة» می‌باشد یعنی سبزی.

مصنف سبزیجات را دراینجا سه قسم کرده وحکم هریک را جداگانه ذکرنموده است:

۱. سبزی‌هایی که با چیدن به دست آورده می‌شود، ازقبیل بادنجان وکدووگوجه فرنگی وخیاروامثال اینهاکه به صورت چین‌های متعدد فراهم آورده می‌شود.

۲. سبزی‌هایی که مقصود ازآنها برگ آنها می‌باشد وبرگ آنها مورد معامله قرار می‌گیرد ازقبیل حنا وتوت وچای وامثال اینهاکه باکشیدن دست ازبالای شاخه به پائین، برگهای آنهاگرفته وفراهم آورده می‌شود.

۳. سبزی‌هایی که با بریدن به دست می‌آید، ازقبیل یونجه وسبزی‌های خوردنی (مثل نعناع وتره).

قسم اول ازسبزیجات

ابتدا مصنف حکم قسم اول را بیان می‌کند و می‌فرماید:

بیع سبزی‌ها بعد از بستن دانه (مرحله ظهور) جایز است گرچه به حدّ نهایی از بزرگی نرسیده باشند، چه به یک چین باشد و چه به بیشتر از آن ـ با معلوم بودن شماره چین‌ها ـ هر چند چین‌های بعدی هنوز به وجود نیامده و به مرحله ظهور نرسیده‌اند، نظیر اینکه فروختن میوه‌ای که به مرحله ظهور رسیده (دانه‌اش بسته شده) جایز است که همراه با میوه‌هایی که در همان سال و یا در سال‌های بعد (با تعیین سال ها) به وجود می‌آید، فروخته شوند.

و دلیل جواز بیع میوه موجود همراه با میوه‌های معدوم که در همان سال یا سال‌های بعد به وجود خواهد آمد (و نیز بیع سبزی موجود همراه با سبزی‌های معدوم که در چین‌های بعدی به وجود می‌آیند) این است که میوه موجود (یا سبزی موجود) به منزله ضمیمه به میوه‌های معدوم (یا سبزی‌های معدوم) می‌باشد، و چنین ضمیمه مجوّز بیع می‌گردد اگر مقصود اصلی در بیع، میوه موجود باشد، و میوه معدوم مقصود بالتبع باشد.

و در حکم مزبور فرقی نیست بین اینکه میوه معدوم با میوه موجود از یک جنس باشند (مثل اینکه بگوید: میوه‌های موجود این درخت سیب را فروختم با میوه‌های معدوم درخت سیب دیگر) و یا مختلف در جنس باشند (مثل اینکه بگوید: میوه‌های موجود این درخت سیب را فروختم با میوه‌های معدوم درخت گلابی مثلاً) و همچنین در سبزیها: مثلاً بگوید: یک چین از خیارهای موجود را فروختم با یک چین از گوجه فرنگی‌های معدوم که بعداً به وجود خواهد آمد، و یا مثلاً بگوید: یک چین از خیارهای موجود این مزرعه را فروختم با یک چین از خیارهای معدوم مزرعه دیگر.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز...** یعنی جایز است فروش سبزیجات (مانند بادنجان و کدو و خیار و امثال اینها) بعد از بسته شدن دانه آنها ـ اگر چه سبزی به نهایت بزرگی نرسیده باشد ـ چه به یک چین و چه به چین‌های معین، یعنی

چین‌هایی که عدد آنها (درضمن عقد) معلوم ومعین شده باشد، چنانکه جایز است خریداری میوه‌ای که آشکاربردرخت شده (به بسته شدن دانه) همراه با میوه‌هایی که درهمان سال ویا درغیرآن سال (ازسال‌های دیگر) پدید خواهد آمد در صورتی که عدد سال‌های بعد را معین نماید (مثل اینکه بایع بگوید: میوه‌های موجود ومیوه‌های سه سال دیگررا به فلان مقدارفروختم) زیرا ظاهرشده ی ازمیوه به منزله ضمیمه به میوه غیرموجود محسوب می‌شود (وچنین ضمیمه درصورتی که مقصود اصلی درمعامله باشد ومیوه غیرموجود، مقصود تابعی درمعامله مزبوربوده باشد، بیع صحیح است) خواه میوه‌هایی که بعداً پدید می‌آیند ازجنس میوه‌های موجود باشند یا ازغیرآن جنس باشند (چنانکه مثالش را زدیم).

لقطةً به فتح لام وسکون قاف یعنی یک چین **لأنّ الظاهرة**... این علت برای بیع ثمره می‌باشد ولی بواسطه تشبیه کردن مصنف مسأله ثمره را به مسأله سبزی، می‌توان گفت که علت مزبور، دربیع چند چین ازسبزیها نیزجاری است، چنانکه ازتوضیح بالا دانسته شد. **الخارجة** یعنی الظاهرة **ام غیره** یعنی غیرآن جنس.

(ویرجع في اللقطة إلى العرف) فما دل على صلاحيته للقطع يقطع، وما دل على عدمه لصغره أو شك فيه لا يدخل، أما الأول فواضح، وأما المشكوك فيه فلأصالة بقائه على ملك مالكه، وعدم دخوله فيما أخرج باللقط.

(ویُرجع في اللقطة... توضیح: درتعیین چین سبزیها (که چه مقدارازچیدن، داخل درچین فروخته شده است وچه مقدارداخل نیست ودرملک بایع باقی است) باید به نظرعرف مراجعه کرد، بنابراین، اگریک چین سبزی را فروخت باید دید که هرمقداری که عرف حکم نماید که وقت چیدنش رسیده است وصلاحیت ٠ برای چیدن دارد، چیده می‌شود وداخل درملک مشتری می‌باشد، وهرمقداری که عرف بواسطه کوچک بودن سبزی، چیدنش را صلاح نداند ویا درصلاحیتش برای چیدن، شک کند، دراین دوصورت، سبزی داخل درچین فروخته شده نمی‌باشد ونمی‌توان آن را چید وبه عنوان مبیع به مشتری داد، بلکه درملک بایع باقی است.

ودلیل برصورت اول ـ یعنی مقداری که به حکم عرف اگرصلاحیت چیدن را داشت داخل درچین مبیع می‌باشد، واگرصلاحیت چیدن را نداشت داخل در چین مبیع نمی‌باشد ـ واضح است.

واما دلیل برصورت دوم ـ یعنی اینکه مورد مشکوک درنظرعرف، داخل درچین مبیع نمی‌باشد ـ این است که چون شک داریم آیا ازملک بایع درآمده وداخل در چین مبیع (که ملک مشتری است) شده است یا نه؟ استصحاب بقاء آن را درملک بایع می‌کنیم، ونیزاستصحاب عدم دخول آن درچین مبیع می‌کنیم، یعنی قبل از آنکه بیع یک چین سبزی واقع شود هیچ چیزازسبزی‌ها داخل ملک مشتری نبود نه مقداریک چین متیقن ونه مقدارمشکوک، وبعد ازآنکه بیع یک چین واقع شد، شک داریم که مقدارمشکوک هم درضمن چین مبیع، داخل درملک مشتری می‌شود یا نه؟ استصحاب عدم دخول آن درملک مشتری را می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و یُرجَع**... یعنی در چین فروخته شده (واینکه چه مقدار از چیدن‌ها داخل در چین مبیع است و باید چیده شود و به مشتری داده شود) باید به عرف مراجعه نمود، پس آن مقداری که عرف دلالت کند بر صلاحیت آن برای چیدن، چیده می‌شود (و داخل ملک مشتری می‌گردد) و اما آن مقداری که عرف دلالت کند بر عدم صلاحیت آن برای چیدن به خاطر کوچک بودن آن، و یا آن مقداری که عرف، شک کرد در آن (که آیا صلاحیت چیدن دارد یا نه) داخل در چین مبیع نخواهد بود.

أما الأول... مقصود از آن، آن مقداری است که عرف، حکم به صلاحیتش یا عدم صلاحیتش کرده است **فواضح** یعنی دلیلش واضح است **مالکه** یعنی بایع **وعدم دخوله**... یعنی اصل، داخل نشدن آن است در چین مبیع که بواسطه چیدن از ملک بایع، خارج شده (و در ملک مشتری داخل گردیده است).

(ولو امتزجت الثاني) بالأولى لتأخير المشتري قطعها في أوانه (تخير المشتري بين الفسخ والشركة)، للتعيب بالشركة، ولتعذر تسليم المبيع منفردا، فإن اختار الشركة فطريق التخلص بالصلح.

مخلوط شدن چین‌ها

(ولو إمتزجت الثاني)... توضیح: اگر بایع، چین اول سبزی را فروخت و در اثر نچیدن مشتری در زمان چیدن، چین اول که ملک مشتری است با چین دوم که ملک بایع است مخلوط گردد (مقصود از نچیدن مشتری در اینجا این نیست که به تقصیر او باشد، بلکه مقصود اعم از آن است، یعنی خواه به تقصیر او باشد و خواه به تقصیر بایع و خواه به تقصیر شخص ثالث باشد، و اما اینکه نچیدنش به تقصیر خود مشتری باشد بعداً حکمش خواهد آمد) در این صورت مشتری اختیار فسخ دارد، یعنی مخیر است بین اینکه معامله را برهم بزند و بین اینکه معامله را باقی بگذارد و به شریک شدن با بایع راضی شود.

و علت چنین حق برای مشتری، دو چیز است، یکی: شراکت، دوم: تعذر تسلیم مبیع به او (و به عبارت دیگر مشتری در اینجا از دو جهت می‌تواند معامله را برهم بزند، یکی: به جهت داشتن حق «خیار شرکت» و دوم: بجهت داشتن حق «خیار تعذر تسلیم».

توضیح اینکه: چنانکه در مبحث «خیارات» خواهد آمد یکی از حقوقی که برای مشتری ثابت است و بواسطه آن می‌تواند معامله را برهم بزند، حق «خیار شرکت» است و یکی دیگر از حقوق، حق «خیار تعذر تسلیم» است.

۱. خیار شرکت: در جایی است که مشتری چیزی را خرید و معلوم شد که قسمتی از آن، مال غیر است، یا آنکه بعد از معامله، متاع غیر (چه متاع شخص ثالث و چه

متاع خود بایع) مخلوط شد با متاعی که خریده و هنوز تحویل نگرفته است، مشتری در اینجا مخیر است بین اینکه برهم زند معامله را (به جهت آنکه شرکت، یک نوع عیب در مبیع، محسوب است) و یا اینکه باقی بگذارد معامله را و در مورد بحث، از قبیل قسم دوم است، یعنی چین اوّل سبزی که ملک مشتری است با چین دوم که ملک بایع است، مخلوط شده است.

۲. خیار تعذر تسلیم: و آن در جایی است که چیزی را می‌خرد به گمان اینکه بایع می‌تواند آن را تحویل دهد، سپس معلوم شود که بایع از تحویل دادن آن عاجز است، و در مورد بحث هم بواسطه مخلوط شدن چین اول با چین دوم، بایع از تحویل دادن حق مشتری که چین اول باشد عاجز است، پس مشتری بدین جهت می‌تواند معامله را برهم بزند.

خلاصه اینکه: با دو دلیل مزبور، برای مشتری اختیار فسخ ثابت می‌شود، حال اگر با اینکه چنین حقی برای او هست، معامله را فسخ نکرد، بلکه آن را باقی گذاشت و راضی به شرکت شد، چنانچه بعد از چیدن سبزیها بخواهند حق یکدیگر را از هم جدا سازند باید مصالحه کنند تا ذمه هرکدام از دیگری رهایی یابد.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو إمتزجت**... یعنی اگر چین دوم (که ملک بایع است) مخلوط شد با چین اول (که فروخته شده به مشتری) **لتأخیر**... یعنی جهت مخلوط شدن دو چین، تأخیر کردن مشتری است در چیدن چین اول در زمان و موعود مقرّرش.

(ناگفته نماند که چنانکه در بالا نیز تذکر دادیم باید بگوئیم مقصود شارح از تأخیر مشتری در چیدن، این نیست که تأخیر او به تقصیر او بوده است، زیرا اگر بگوئیم مقصود آن است، نظم عبارت مصنفت برهم می‌خورد، زیرا با تأمل در صدر و ذیل عبارت مصنف در این مسأله استفاده می‌شود که مصنف در ابتدا بطور مطلق مساله را مطرح کرده به اینکه در صورت اختلاط دو چین، مشتری حق برهم زدن معامله را

دارد، خواه اختلاط آنها به تقصیر مشتری باشد و خواه به تقصیر بایع و خواه به تقصیر شخص ثالث که مانع از چیدن مشتری شده باشد، سپس در عبارات بعدی در صورتی که به تقصیر خود مشتری باشد، حق خیار برای مشتری قائل نیست.

پس با توجه به صدر و ذیل عبارت مصنف باید عبارت شارح ـ لتأخیر المشتري ـ را هم به معنی عام بگیریم، یعنی بگوئیم مقصود ایشان نیز آن است که سبب مخلوط شدن، تأخیر مشتری بوده خواه تأخیر وی به تقصیر خودش بوده و خواه به تقصیر بایع ـ که مانع از چیدن او شده ـ و خواه به تقصیر شخص ثالث بوده باشد).

تخیّر... یعنی مشتری مخیر است بین برهم زدن بیع و بین (باقی گذاردن آن و راضی شدن به) شرکت (با بایع در سبزی ها) **للتعیّب**... (علت است برای حق اختیار مشتری) یعنی به جهت اینکه مبیع (چین اول) عیب پیدا کرده است به سبب حصول شرکت (بنابراین، حق اختیار او از باب خیار شرکت است که یکی از حقوقی است که برای مشتری ثابت می‌باشد، و در مبحث خیارات خواهد آمد. و اینکه شارح تعبیر به «تعیب» کرده است، وجهش این است که شرکت نیز نوعی عیب برای مبیع محسوب است، و لذا به خیار شرکت، بطور مجاز «خیار عیب» نیز می‌گویند، چنانکه در مبحث خیار شرکت به تفصیل بیان شده است) **و لتعذّر**... (علت دوم است برای حق اختیار مشتری) یعنی و بجهت آنکه ممکن نیست (برای بایع) که مبیع (یعنی چین اول) را به طور جداگانه به مشتری تحویل دهد (و این یکی از مواردی است که برای مشتری حق خیار فسخ را ثابت می‌کند به نام «خیار تعذر تسلیم» چنانکه در مبحث خیارات خواهد آمد).

فإن... یعنی پس اگر مشتری (معامله را برهم نزد بلکه باقی گذارد و) شرکت را اختیار نمود (چنانچه بعد از چیدن بخواهد حق خود را جدا سازد) طریق رهایی (یعنی رهایی ذمه مشتری از حق بایع، و ذمه بایع از حق مشتری) بواسطه مصالحه کردن است.

(ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ، لعيب الشركة؟ نظر، أقربه ذلك إذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه.

(وحينئذ) أي حين إذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البايع، وقبض المشتري أمكن عدم الخيار للمشتري)، لأن التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البايع كما لو حصل مجموع التلف من قبله.

(ولو إختار الامضاء... توضیح: درصورتی که مشتری معامله را فسخ نکند وراضی به شرکت شود، آیا بایع حق دارد معامله را برهم بزند بواسطه حق خیارفسخی که از ناحیه شرکت برای او حاصل می‌شود، زیرا همانطوری که شرکت یک نوع عیبی است که برای مشتری، حق برهم زدن معامله را ثابت می‌کند، همچنین برای بایع نیزحق برهم زدن را ثابت می‌کند؟ دواحتمال است.

مصنف می‌فرماید که: احتمال نزدیک‌تربه حق درنظرما آن است که حق فسخ برای اوثابت است به شرط اینکه سبب تأخیرچیدن سبزی که موجب اختلاط چین دوم با چین اول شده، خود بایع نبوده باشد، یعنی خود بایع، مشتری را از چیدن سبزی جلوگیری نکرده باشد.

حال که بایع، حق برهم زدن معامله را دارد اگرچنانچه سبب تأخیرچیدن، خود مشتری بوده باشد با اینکه بایع، زمین زراعت را دراختیارمشتری گذاشت که درموعد مقرّرچیدن، مشتری آنها را بچیند ومشتری هم زمین را تحویل گرفت ولی با اینحال درموعد مقررش آنها را نچید ودرنتیجه چین دوم با چین اول مخلوط گردید) دراین صورت، ممکن است بگوئیم که مشتری حق فسخ معامله را ندارد وفقط بایع، حق برهم زدن خواهد داشت ودرنتیجه اگربایع با اینکه چنین حقی دارد، چنانچه معامله را فسخ نکند وراضی به شرکت بشود، ناچاربایدمشتری نیزراضی به شرکت بشود، زیرا شرکت که نوعی عیب برای مبیع است ناشی ازخود مشتری شده است و

اوسبب آن شده است، پس ضمان آن برعلیه خود وی خواهد بود (یعنی باید راضی به آن بشود وضررشراکت را تحمل نماید) نه بربایع، (چون ضمان عیب بعد ازقبض مبیع، برعهده مشتری است نه بایع) همانطوری که اگرمبیع بعد ازقبض مشتری تلف گردد وسبب تلف ازناحیه مشتری بوده باشد ضمان آن به عهده خود اوست، یعنی ازجیب اورفته است نه بایع.

ترجمه وشرح عبارت: **و لو إختار...** یعنی درصورتی که مشتری (معامله را فسخ نکرد بلکه) باقی گذارد آن را (وراضی به شرکت با بایع شد) آیا برای بایع، حق برهم زدن معامله هست ـ به جهت عیب شریک بودن ـ (یعنی بایع حق خیارشرکت داشته باشد) مورد نظراست (یعنی درآن دواحتمال است) احتمال نزدیک تر(به واقع) داشتن حق فسخ است درصورتی که به عقب افتادن چیدن (درچین اول از موعد مقررش) به سبب تقصیربایع نبوده باشد.

بأن یکون... (بیان است برای منفی یعنی تأخرقطع) یعنی سبب شدن بایع در تأخیرچیدن، به این است که مشتری را ازچیدن جلوگیری نموده باشد **المشتری** مفعول است برای ـ منع ـ وضمیرمقدردرآن به بایع برمی‌گردد **منه** ضمیر برمی‌گردد به قطع.

و حینئذ... یعنی دراین صورت که برای بایع، حق خیارثابت شد، اگرچنانچه مخلوط شدن (چین اول با چین دوم) به سبب تقصیروکوتاهی خود مشتری بوده باشد، با اینکه بایع (هیچگونه جلوگیری ازچیدن مشتری نکرده بلکه) اورا تمکین نموده باشد (ازتحویل گرفتن مزرعه وچیدن حق خود) ومشتری هم تحویل گرفته باشد (برای چیدن حق خود، ولی سهل انگاری کرده ودرموعد مقررش نچیده که در نتیجه چین اول با چین دوم مخلوط گردیده باشد) دراین صورت می‌توان گفت که برای مشتری، حق خیارفسخ نیست، زیرا عیب‌دار شدن مبیع (بواسطه شرکت که

نوعی عیب است) ازناحیه اوآمده است، پس ضمان آن به عهده خود اوخواهد بود نه بربایع، همانطوری که اگر تلف مبیع (بعد ازقبض آن) ازناحیه خود مشتری بوده باشد ضمانش برعهده اوست (وازجیب اورفته است وهیچگونه حق خیاری ندارد) **قِبَله**... به کسرقاف وفتح باء خوانده شود، یعنی ازجانب وناحیه او **درکه** ـ درک ـ به فتح دال وراء به معنای ضمان است وضمیرآن به تعیب برمی‌گردد.

(ولو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقا، لحصول النقص مضمونا على البائع كما يضمن الجملة كذلك.

(وإن كان بعده، فلا خيار لأحدهما)، لاستقرار البيع بالقبض، وبراءة البائع من دركه بعده (كان قويا) وهذا القول لم يذكر في «الدروس» غيره جازما به، وهو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلا فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا يكون مضمونا على البائع.

قول دیگر در مسأله اختلاط چین‌ها

(ولو قيل: بأنّ الإختلاط... توضیح: خلاصه قول مصنف در بالا این است که مشتری، در همه صورت‌ها خیار فسخ دارد (چه بعد از قبض مشتری و چه قبل از آن، و نیز چه اینکه اختلاط، به تفریط مشتری باشد و چه به تفریط بایع یا شخص ثالث باشد) مگر در یک صورت، و آن اینکه اختلاط بعد از قبض مشتری و به تفریط او باشد که در این صورت احتمال دارد بگوئیم مشتری حق خیار ندارد.

حال در اینجا مصنف قول دیگری را تأیید می‌کند و آن اینکه تفصیل داده شود بین قبل از قبض و بعد از قبض به این صورت که:

اگر مخلوط شدن چین‌ها پیش از قبض مشتری باشد، مشتری حق خیار فسخ دارد مطلقا خواه اختلاط به تقصیر او باشد یا نه، زیرا در این صورت نقص مبیع ـ یعنی نقص و عیب شریک بودن ـ در زمان و حالتی حاصل شده است که ضمانش به عهده بایع بوده که آن قبل القبض می‌باشد (چون ضمان عیب قبل از قبض به عهده بایع است) همانطوری که اگر تمام مبیع قبل از قبض تلف شود ضمانش به عهده بایع است، یعنی از جیب او رفته است.

واما اگر مخلوط شدن چین‌ها بعد از قبض باشد، هیچکدام از بایع و مشتری حق خیار فسخ ندارند، زیرا بواسطه قبض، معامله از تزلزل خارج شده و استقرار می‌یابد (یا برجا می‌شود) و هر نقصی هم که بعد از قبض حاصل شود ضمانش به عهده بایع نیست، بلکه به عهده مشتری است و او باید تحمل آن را بنماید.

مصنف این قول را قوی می‌داند و در کتاب «دروس» فقط همین قول را نقل کرده و آن را به طور قطع قبول نموده است.

شارح بر شق اول این قول اشکال کرده و می‌فرماید که: به طور اطلاق، حق خیار داشتن مشتری قبل از قبض را قبول نداریم، و به عبارت دیگر: اینکه فرمود قبل از قبض، مطلقا مشتری حق خیار دارد خواه اختلاط به تقصیر او باشد یا نه، درست نیست، بلکه گوئیم که قبل از قبض اگر اختلاط به تقصیر او بود مشتری حق خیار ندارد، زیرا هر چند به حسب قاعده، عیب و نقصی که قبل از قبض حاصل شود ضمانش به عهده بایع است، ولی این ضمان مشروط است به اینکه سبب نقص از جانب مشتری حاصل نشده باشد و حال اینکه در مورد بحث، عیب و نقصی ـ که شریک بودن باشد ـ از ناحیه مشتری حاصل شده است، پس نمی‌توان ضمان آن را به عهده بایع دانست و برای مشتری حقی قائل شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لو قیل...** یعنی اگر گفته شود که: اختلاط چین‌ها اگر پیش از قبض مشتری باشد، او مخیر است (بین فسخ و شرکت) مطلقا (خواه اختلاط به تقصیر او باشد یا نه) به دلیل اینکه نقص (یعنی عیب شریک شدن) حاصل شده در حالتی که ضمانش به عهده بایع است همانطوری که تمام مبیع (اگر ـ تلف شود) ضمانش به عهده بایع است اگر تلف قبل از قبض مبیع باشد.

تخیّر المشتری مطلقا معنای مطلقا چنانکه در بالا ذکر کردیم این است که خواه اختلاط به تفریط و تقصیر مشتری باشد یا نه (مقصود از تفریط مشتری قبل از قبض

این است که بایع با اینکه اعلام آمادگی کرده برای تخلیه مزرعه وگذاشتن آن دراختیار مشتری یعنی به مشتری گفته است که بیا این مزرعه را تخلیه کنم ورفع مانع ازآن بنمایم ودراختیارتوبگذارم وتوآن را تحویل بگیر، ولی مشتری رضایت به تخلیه آن نداده ودرنتیجه بایع هم تخلیه نکرده ورفع ید ازآن ننموده، فلذا اختلاط چین‌ها حاصل شده است).

و إن کان بعده... یعنی واما اگراختلاط چین‌ها بعد ازقبض مشتری بوده باشد، خیارفسخ برای هیچکدام ازبایع ومشتری نیست به دلیل استقراریافتن بیع بواسطه قبض مشتری، وبرائت ذمه بایع ازضمان بیع بعد ازقبض (یعنی چون نقص وعیب شریک شدن، بعد ازقبض حاصل شده است، بایع ضامن آن نمی‌باشد تا مشتری حق برهم زدن معامله را داشته باشد بلکه مشتری باید آن را تحمل نماید) **کان قویّاً**.. یعنی اگرکسی آن قول را قائل شود، قول قوی خواهد بود. ومصنف درکتاب «دروس» به غیرازاین قول، قول دیگری ذکرنکرده است وخود وی به آن قول جزم پیدا نموده است.

و هو حسن... (این اشکال شارح است به شق اول ازتفصیلی که درقول مزبور آمده است) یعنی این قول نیکوست درصورتی که اختلاط چین‌ها پیش ازقبض، به تفریط وتقصیرمشتری نبوده باشد وگرنه (اگربه تفریط اوبوده باشد) خیارفسخ نداشتن اوبهتراست، زیرا دراین صورت، عیب شریک شدن، ازناحیه اوبوده پس نباید عیب مزبوردرضمان بایع باشد (که مشتری حق فسخ داشته باشد).

وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء، ولا الجميع على الأقوى، لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة الموجبة له.

كما لو بذل للمغبون التفاوت، ولما في قبول المسموح به من المنة.

وحيث يثبت الخيار... توضیح: درموردی که برای مشتری، حق خیار ثابت شد (وآن صورت اختلاط قبل ازقبض بدون تفریط مشتری بود) اگرچنانچه بایع، هرمقداری که مشتری بخواهد، بعضی ازحق خودش را به مشتری ببخشد، یعنی بگوید که هر مقداری که تو بگویی من به تو ازحق خودم (چین دوم) می‌بخشم، این معامله را فسخ نکن، آیا دراین صورت خیارمشتری ساقط می‌گردد وباید آن بخشش را قبول نماید، یا اینکه قبول آن واجب نیست وحق خیاراو ساقط نمی‌شود؟ می‌فرماید: ساقط نمی‌شود.

وهمچنین اگربایع بخواهد تمام حق خود را (مثلاً تمام چین دوم که حق بایع است) به مشتری ببخشد، نیزخیارمشتری ساقط نمی‌گردد علی الاقوی.

ودلیل عدم سقوط خیارمشتری دوچیزاست:

۱. اینکه قبل ازبخشیدن بایع، حق خیاربرای مشتری ثابت بود، حال پس از بخشیدن، شک می‌کنیم که آیا بازآن حق ثابت است یا ساقط می‌شود، استصحاب بقاء آن را می‌کنیم هرچند درصورتی که بایع تمام حق خود را بذل کند دیگرشراکتی دربین نیست تا موجب خیارشرکت برای مشتری بوده باشد، ولی درعین حال بواسطه استصحاب، خیارمزبوررا برای مشتری ثابت می‌دانیم.

همانطوری که نظیرآن درخیارغبن گفته می‌شود، یعنی اگربعد ازمعامله، معلوم شود که مشتری مثلاً مغبون شده است ومبیع را به صد تومان گران‌ترخریده است، خیارغبن برای اوثابت است هرچند بایع بخواهد ما به التفاوت (تفاوت قیمت گران

و قیمت ارزان یعنی صد تومان مثلاً را به مشتری پس بدهد باز خیار برای مشتری ثابت خواهد بود.

۲. اینکه در پذیرفتن بذل و بخشش بایع، برای مشتری منت است و بر انسان واجب نیست که زیر بار منت برود، پس قبول بخشش بر مشتری واجب نخواهد بود و در نتیجه حق خیار او ساقط نمی‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و حیث...** یعنی و وقتی که خیار فسخ به یک نحوی برای مشتری ثابت شود، این خیار، ساقط نمی‌گردد بواسطه بخشیدن بایع برای مشتری هر مقداری که مشتری راضی شود، و همچنین (ساقط نمی‌شود) به بخشیدن تمام حق خود علی الاقوی، زیرا اصل بقاء خیار فسخ است هر چند علتی که موجب خیار (برای مشتری) است منتفی می‌شود (و آن علت، حصول شرکت بود که بواسطه بذل بایع تمام حق خود را، دیگر شرکتی در بین نخواهد بود) **له** ضمیر به خیار برمی‌گردد **کما لو بذل...** یعنی همانطوری که (نظیر آن در خیار غبن گفته می‌شود و آن اینکه) اگر غابن (مثلاً بایع که گران فروخته) ببخشد برای مغبون (مثلاً مشتری) تفاوت قیمت را (در این صورت باز خیار غبن برای مشتری ثابت می‌باشد) **و لما في قبول...** (علت دوم است برای عدم سقوط خیار) یعنی و نیز به خاطر اینکه در قبول کردن مشتری، مقدار بخشیده شده را، منت می‌باشد (پس واجب نیست بر او قبول نمودن بخشش تا خیار او ساقط گردد).

(وكذا يجوز بيع ما يخرط) أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيب ثم يمرها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، ومنه المثل السائر "دونه خرط القتاد" والمراد هنا ما يقصد من ثمرته، ورقه (كالحناء والتوت) بالتائين المثناتين من فوق (خرطة وخرطات، وما يجز كالرطبة) ـ بفتح الراء وسكون الطاء ـ وهي الفصة والقضب، (والبقل) كالنعناع (جزة وجزات).

قسم دوم از سبزیجات

(وكذا يجوز بيع ما يخرط) توضیح: قسم دوم از سبزیجات که مورد معامله قرار می‌گیرند آن گیاهی است که مقصود از آن، برگ آن می‌باشد و برگ آن مورد معامله قرار می‌گیرد خواه میوه‌ای داشته باشد مثل توت، یا میوه نداشته باشد مثل حنا و چای و امثال اینها که معمولاً به وسیله کشیدن دست از بالای شاخه آنها به پائین، برگ آنها گرفته و فراهم آورده می‌شود.

مصنف می‌فرماید که: فروختن چنین سبزی جایز است خواه برگ‌های دفعه اول از دست کشیدن باشد و خواه برگ‌های دفعات متعدد (به این معنی که در سال ممکن است چند بار برگ بدهد که در این صورت بگوید: فروختم برگ‌هایی که ظاهر است همراه با برگهای دفعه دوم و سوم که ظاهر خواهد شد).

دلیل جواز چنین بیع: همان دلیلی است که در قسم اول از سبزی گفته شد و آن اینکه برگ‌های ظاهر شده به منزله ضمیمه برای برگهای معدوم و ظاهر نشده می‌باشند به شرط اینکه مقصود اصلی در بیع همان برگهای ظاهر شده باشد و برگهای دفعات بعدی، مقصود بالتبع باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **وكذا...** یعنی و همچنین جایز است فروختن آنچه دست کشیدنی است **يخرط** به صیغه مجهول خوانده شود **أصل الخرط...** توضیح: در

عبارت مصنف جمله ـ ما یُخرط ـ آمده است، شارح می‌فرماید که: «خرط» در لغت عبارت از آن است که انسان با دست بالای شاخه را گرفته و آن را تا پائین بکشد و بدین وسیله برگ‌های شاخه را از آن جدا سازد، و ضرب المثل معروف در کلام عرب «دونه خرط القتاد» از همین معنی گرفته شده است، توضیح آنکه «قتاد» به معنای درخت خاردار است که خارهایش به طرف بالاست و معلوم است که چیدن خارهای چنین درخت به کیفیت مزبور که انسان با دست بالای شاخه را بگیرد و آن را تا پائین بکشد تا خارهای او بریزد بسیار مشکل و یا غیر ممکن است، زیرا خارها به دست فرو می‌رود. ضرب المثل مزبور در موقعی گفته می‌شود که انجام عملی یا قبول سخنی غیر ممکن باشد (و یا بخواهند مبالغه در عدم امکان آن عمل یا قبول آن سخن کنند) یعنی چیدن خارهای درخت خاردار با دست به آن کیفیت، با اینکه جراحت و خون زیادی را به دنبال دارد، از انجام فلان عمل و یا قبول فلان گفتار، آسان‌تر است.

القضیب یعنی شاخه **یمرّها** یعنی بکشد دست را **علیه** بر قضیب **الورق** یعنی برگ **و منه المَثَل**... یعنی از همین اصل و معنای لغوی گرفته شده آن مثلی که زیاد در زبانهای مردم جریان دارد که: «دونه خرط القتاد» یعنی پایین‌تر از آن (یعنی انجام عمل یا قبول آن سخن) است، خرط قتاد کردن **القتاد** در فارسی به آن «گَوَن» گویند، و آن گیاهی است خاردار که خارهای آن سفید رنگ و سخت و رو به بالاست، در نقاط کوهستانی می‌روید و از آن کتیرا می‌گیرند، و برای به دست آوردن کتیرا ساقه‌های آن گیاه را تیغ می‌زنند، شیره‌ای از آن بیرون می‌آید و خشک می‌شود که آن همان کتیرا می‌باشد.

و المراد هنا... یعنی (آنچه گفته شد معنای لغوی خرط بوده و حال ببینیم مقصود از ـ ما یخرط ـ در اینجا چیست؟ که می‌فرماید:) مقصود در اینجا از ـ ما یخرط ـ آن سبزی است که مقصود از میوه اش، برگ آن می‌باشد (خواه اصلاً میوه ندارد) مثل گیاه

حناء و (خواه میوه دارد ولی به آن اهمیت نمی‌دهند در مقابل برگ آن مثل:) درخت توت (که ضبط لغوی آن:) به دو تاء، دو نقطه در بالا (یک تاء در اولش و یک تاء در آخرش، ولی بعضی ضبط لغوی آن را جور دیگر ذکر کردند و آن به تاء دو نقطه در اولش و ثاء سه نقطه در آخرش).

التوت توضیحی که برای عبارت دادیم (که درخت توت میوه دارد) طبق حاشیه ایست که از ملا احمد تونی نقل شده است، و شارح در کتاب «المساقاة» از این کتاب و از کتاب «مسالک» فرموده است: درخت توت بر دو گونه است: قسمی از آن به منظور استفاده از برگش کاشته می‌شود و آن توت نر است، و قسم دیگرش را جهت استفاده از میوه آن می‌کارند و آن توت ماده است. بنابراین، باید گفت: که مقصود مصنف در این جا همان قسم است که میوه‌دار نیست نه آن که ملا احمد تونی گفته است. **خرطةً و خرطات** یعنی (سبزی که گفته شد، بیعش جایز است) چه یک دفعه دست کشیدن و چه چند دفعه دست کشیدن (به شرط اینکه عدد دفعات را معلوم کنند).

قسم سوم از سبزیجات

و ما یُجزّ کالرطبة... توضیح: قسم سوم از سبزیجات که مورد معامله قرار می‌گیرد آن سبزی است که با بریدن به دست می‌آید از قبیل یونجه و سبزیهای خوردنی (مثل نعناع و تره و ریحان و تُربچه).

فروش این نوع سبزیجات نیز جایز است، چه یک بار بریدن و چه چند بار بریدن (چون این نوع سبزی‌ها هرچه درو بشود باز می‌روید، پس ممکن است یک بار بریدن آن را بفروشد و ممکن است چند بار بریدن آن را بفروشد به شرط اینکه عدد بریدن‌ها را

معلوم کنند، و دلیل جواز فروش آن به چند بار بریدن همان دلیلی است که در قسم اول و قسم دوم از سبزی‌ها گفته شد).

ترجمه و شرح عبارت: **و ما یُجَزّ...** (به صیغه مجهول خوانده شود) یعنی و(نیز جایز است فروختن) آنچه بریدنی است **کالرطبة...** شارح گوید که: ضبط لغوی آن به فتح راء و سکون طاء است و آن عبارت است از یونجه و علف تر **الفِصة** به کسر فاء یعنی یونجه **القضب** به فتح قاف و سکون ضاد یعنی علف تر **البقل** یعنی سبزی خوردنی مثل نعناع **جزةً و جزّات** یعنی (سبزی که گفته شد، بیعش جایز است) چه یک بریدن و چه چند بریدن.

(ولا تدخل الثمرة) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقا، ولا غيره من العقود، (إلا في) ثمرة (النخل) فإنها تدخل في بيعه خاصة (بشرط عدم التأبير) ولو نقل أصل النخل بغير البيع فكغيره من الشجر.

بیع درخت

(ولا تدخل الثمرة) بعد ظهورها... توضیح: اگر بایع، اصل درخت را بعد از ظاهر شدن و درآمدن میوه‌اش (یعنی بسته شدن دانه اش) بفروشد بدون آنکه اسمی از فروش میوه ببرد، آیا میوه هم داخل در این بیع است، یعنی آیا جزء مبیع و از توابع آن به شمار می‌آید که ملک مشتری گردد، یا اینکه جزء مبیع نیست و در ملک بایع باقی می‌ماند؟

مصنف می‌فرماید که میوه در بیع اصل درخت داخل نیست، بلکه در ملک بایع باقی می‌ماند و مشتری هنگام رسیدن میوه‌ها باید آنها را به بایع رد نماید. (مگر آنکه در معامله، شرط شود که آن هم داخل در بیع باشد که بواسطه شرط، داخل می‌گردد).

و همینطور است در غیر بیع از عقود دیگر مثل وقف و هبه، پس اگر کسی درخت را به شخصی ببخشد، میوه آن داخل در بخشش نیست و مشتری باید هنگام رسیدن میوه، آن را به بخشنده درخت برگرداند.

حکمی که گفته شد در هر میوه درختی جاری است مگر در درخت خرما که در فروش اصل درخت، خرما نیز داخل می‌باشد و از توابع آن محسوب است (هر چند هنگام بیع درخت، اسمی از خرما برده نشده باشد) البته به یک شرط و آن اینکه هنوز خرمای آن «تلقیح» نشده باشد (و تلقیح عملی است که کشاورزان برای ازدیاد و بهتر

بارورشدن خرما انجام می‌دهند وآن عبارت است ازشکافتن شکوفه خرمای ماده و پاشیدن گرد خرمای نربرشکوفه خرمای ماده).

بنابراین، اگرتلقیح شده باشد، خرما داخل دربیع اصل درخت نخواهد بود وبه بایع تعلق خواهد داشت.

این حکم خرما، فقط درمورد بیع آن می‌باشد، اما درمورد غیربیع ازمعاملات و عقود دیگر، حکمش مانند درختان دیگراست، یعنی مثلاً درصورت بخشش اصل درخت، خرمای آن داخل درآن بخشش نیست خواه تلقیح شده باشد یا نشده باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **و لا تدخل**... یعنی میوه‌های درآمده، داخل نیست در فروش خود درختان **مطلقاً** یعنی هرمیوه‌ای که باشد **و لاغیره** یعنی ونه درغیربیع از عقود دیگر(مثل هبه ووقف) **إلاّ في ثمرة** یعنی مگردرمیوه نخل (یعنی خرما) که آن داخل است درفروش خود نخل (وجزء درخت محسوب است) **خاصة** (قید است برای بیع) یعنی این حکم، تنها درمورد بیع نخل است (نه غیربیع واما غیربیع در سطربعدی ذکرمی‌شود) **بشرط**... یعنی (دردرخت خرما، ثمره داخل دربیع اصل نخل می‌شود) به شرط «تأبیرنشدن آن» (یعنی تلقیح نشدن) **و لو نُقِلَ**... یعنی واگر اصل نخل، انتقال داده شود (به دیگری) بواسطه غیربیع (ازعقود دیگرمثل هبه) حکمش همانند غیرنخل ازدرختان است (که ثمره‌اش دربیع اصل درخت داخل نیست).

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة، أو شجرات) معينة، (وجزء مشاع) كالنصف، والثلث، (وأرطال معلومة، وفي هذين) الفردين ـ وهما استثناء الجزء المشاع، والأرطال المعلومة ـ (يسقط من الثنيا) وهو المستثنى (بحسابه) أي بنسبته إلى الأصل (لو خاست الثمرة) بأمر من الله تعالى.

(بخلاف المعين) كالشجرة والشجرات، فإن استثناءها كبيع الباقي منفردا، فلا يسقط منها بتلف شئ من المبيع شئ، لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف الأول لأنه حق شائع في الجميع فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفريط.

استثناء مقداری از میوه هنگام فروش میوه‌ها

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة... توضیح: بسیار اتفاق می‌افتد که وقتی باغبانی میوه‌های باغ خود را می‌فروشد، به خاطر مصارف شخصی خود می‌خواهد مقداری از محصول را برای خود نگه بدارد، بر همین اساس، مصنف می‌فرماید که:

در موقع فروش میوه‌های باغ، جایز است برای بایع اینکه مقداری از میوه‌ها را برای خود استثنا کند و باقی را بفروشد و این استثنا به سه قسم می‌تواند صورت بگیرد:

۱. اینکه میوه یک درخت معین یا چند درخت معین را استثنا کند، یعنی بگوید میوه‌های باغ را فروختم به استثنای میوه این یک درخت یا این چند درخت که در شمال باغ قرار دارند.

۲. اینکه به مقدار جزء مشاع مانند نصف یا ثلث از میوه‌ها را استثنا کند، یعنی بگوید میوه‌های باغ را فروختم به استثنای نصف آن یا یک سوم آن.

۳. اینکه به مقدار پیمانه معینی یا وزن معینی از میوه‌ها را استثنا کند، یعنی بگوید میوه‌های باغ را فروختم به استثنای ۵ رطل مثلاً (رطل، پیمانه معینی است) یا مثلاً به استثنای ۵ من (که وزن معینی است).

گوئیم: پس از استثنا نمودن و قبول نمودن مشتری و انجام معامله، اگر میوه‌ها تا هنگام چیدن، سالم بودند، تقسیم آن بین بایع و مشتری واضح است به اینکه بایع مقدار استثنا شده را برمی‌دارد و باقی را مشتری می‌گیرد.

و اما اگر قبل از چیدن میوه‌ها، مقداری از آنها را آفت آسمانی (مثل تگرگ، طوفان) بزند و تلف گردد، در این صورت حکم این است که:

اگر میوه‌ای استثنا شده هنگام معامله، به نحو قسم اول بوده باشد و آفت تنها به مبیع خورده باشد نه به استثنا شده، ضرر مزبور بر مشتری فقط وارد می‌گردد و بایع به طور کامل سهم خودش را برمی‌دارد.

و اما اگر استثنای میوه‌ها به نحو قسم دوم و سوم بوده باشد، ضرر بر هر دو (مشتری و بایع) وارد می‌شود، یعنی به همان نسبتی که مقدار استثنا شده از میوه‌ها به مجموع میوه‌ها دارد، به سهم بایع (استثنا شده‌ها) نیز ضرر وارد می‌گردد (طریق این نسبت سنجی را چون شارح در آخر بحث آورده است ما نیز توضیح آن را با مثال به آخر بحث واگذار می‌کنیم) این هم ناگفته نماند که معنای اینکه ضرر به مشتری وارد می‌گردد این است که بایع از مشتری، پول تمام مبیع را می‌گیرد، ولی در موقع تحویل میوه‌ها کمتر از مقدار مبیع به او می‌دهد، چون آفت به میوه‌ها خورده و کاسته شده است.

حال ببینیم که چرا بین قسم اول با دو قسم دیگر در حکم مزبور فرق است؟

می فرماید: علتش این است که در قسم اول که میوه درخت معینی را استثنا می‌کند برای خود، مثل این است که باقیمانده میوه‌ها را از همان اول جداگانه فروخته است (یعنی اگر مجموع درختان صد عدد باشند و بایع ده عدد معین از آنها را استثنا

کرد وگفت: «فروختم میوه درختان این باغ را به استثنای میوه این ده عدد از درختان که در شمال باغ قرار دارند» مثل این است که چنین گفته است که: «فروختم میوه نَوَد عدد از درختان این باغ را») و همانطوری که در صورت جداگانه فروختن باقی میوه‌ها اگر چنانچه آفت به آنها بخورد، تنها ضرر به مشتری خورده است و ربطی به میوه‌های دیگر که مال بایع است ندارد و از آنها چیزی کم نمی‌شود و ضرر به او نمی‌خورد، همچنین در مورد بحث وقتی که آفت به میوه‌های فروخته شده خورد، نباید ضرر را بر میوه‌های استثنا شده هم وارد گردانیم، بلکه آنها بطور کامل مال بایع خواهد بود، زیرا حق هریک از بایع و مشتری، مشخص است.

برخلاف آن دو قسم دیگر که در آنها حق هریک از یکدیگر مشخص و جدا نیست، بلکه مقدار استثنا شده، پخش است در همه میوه‌های باغ به طوری که هر دانه میوه‌ای را که دست بزنیم مشترک است به آن نسبت (نصف مثلاً) بین بایع و مشتری، بدین جهت وقتی آفت آسمانی به میوه‌های باغ بخورد و بایع تقصیری در آن نداشته باشد، مثل اینکه تگرگ یا باران شدید بیاید که بایع هیچگونه نمی‌تواند جلوگیری از آن نماید، باید ضرر را به حق هر دو (بایع و مشتری) وارد گردانیم، یعنی هم بر مستثنا منه که حق مشتری است و هم بر مستثنا که حق بایع است.

آری اگر در رسیدن آفت، بایع مقصر بوده باشد، مثل اینکه میوه‌ها را سم پاشی نکرده باشد که مقداری از میوه‌ها بواسطه وضع هوا فاسد گردند، در این صورت، باید ضرر را بر بایع فقط وارد گردانیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و یجوز...** یعنی جایز است (هنگام فروش میوه باغ) اینکه استثنا شود میوه درخت معینی یا درختان معینی (و اینها فروخته نشوند) و (نیز جایز است استثنا شود) جزء مشاع مثل نصف و ثلث (از میوه‌ها) و (نیز جایز است استثنا شود) رطل‌های معینی (مثلاً پنج رطل از میوه‌ها).

ودراین دوقسم ازاستثنا ـ که عبارت باشد ازاستثنای جزء مشاع واستثنای رطل‌های معین ـ ساقط می‌شود ازمستثنا (که حق بایع است) به همان نسبتی که آن مستثنا به مجموع میوه‌ها دارد اگرمیوه‌ها فاسد شوند به آفتی ازجانب خدا (یعنی اگر آفت آسمانی به میوه‌ها خورد، ضرربه حق بایع ـ که مستثنا بود ـ نیزوارد می‌گردد واز آن نیزباید کم کرد).

برخلاف (استثنای میوه های) معین (که قسم اول ازاستثنا بود) مثل (میوه) یک درخت وچند درخت (که دراین قسم، ضررتنها برمشتری وارد می‌گردد) زیرا استثنای آنها مثل این است که باقی میوه‌ها را (ازاول) جداگانه فروخته است، بدین جهت ساقط نمی‌شود ازمستثنا ـ بواسطه تلف شدن چیزی ازمیوه‌های فروخته شده ـ چیزی (یعنی به بایع، ضرروارد نمی‌گردد) چون حق هریک ازبایع ومشتری، از دیگری، جدا ومشخص می‌باشد (پس نباید بواسطه ضررخوردن به حق یکی، ضررا به دیگری نیزوارد کنیم).

إستثنائها دراین ضمیرمؤنث، دواحتمال داده می‌شود، یکی اینکه برگردد به شجره، دوم اینکه برگردد به ثمره شجره **یسقط منها** دواحتمال بالا درضمیر ـ منها ـ نیزداده می‌شود، وفاعل ـ یسقط ـ کلمه «شيء» است که بعد از ـ من المبیع ـ واقع شده است **المبیع شيء** چنانکه گفته شد کلمه ـ شيء ـ فاعل است برای ـ یسقط ـ.

بخلاف الأول... یعنی به خلاف قسم قبلی (مقصود استثناء جزء مشاع وارطال معلومه است که درآنها گفته شد ضرربه بایع نیزوارد گردد) زیرا مستثنا درآن، حقی (جداگانه ومشخص ازحق مشتری نیست بلکه حقی) است که پخش درتمام میوها می‌باشد (به این معنی که هرمیوه‌ای را انگشت بگذاریم مشترک بین بایع ومشتری است به نصف مثلاً، یعنی هم حق بایع درآن است وهم حق مشتری وجدا ازیکدیگر نیستند) پس مقدارکاسته شده ازمیوه‌ها (یعنی آفت خورده‌ها) باید تقسیم شود برهر

دو (هم بر حق بایع ـ که میوه‌های مستثناست ـ و هم بر حق مشتری که مستثنا منه باشد) در صورتی که تلف و فساد میوه‌ها بدون تقصیر بایع باشد (واما اگر به تقصیر او باشد باید ضرر را بر او تنها وارد گردانیم).

قال المصنف ﷺ في «الدروس»: وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة، وقد تقدم ما يرجح عدمه، ففيه سؤال الفرق.

اشکال مصنف در «دروس»

قال المصنف... توضیح: حاصل قول مشهور در مسأله مورد بحث این شد که حکم استثنای ارطال معین با حکم استثنای جزء مشاع، متحد می‌باشد، یعنی در هر دو صورت، ضرر بر بایع و مشتری هر دو وارد می‌گردد اگر آفتی به میوه‌ها رسیده باشد، و طریقه وارد کردن ضرر بر هر دو ـ چنانکه مفصلاً در آخر بحث خواهد آمد ـ این است که ارطال را بر می‌گردانیم به جزء مشاع، یعنی حساب می‌کنیم که مثلاً ۵ رطل چه نسبتی با مجموع میوه‌ها دارد (نصف یا ثلث یا غیر اینها) که بایع در هر میوه‌ای به همان نسبت (نصف مثلاً) با مشتری شریک می‌گردد در آن میوه و در نتیجه وقتی که مقداری از میوه‌ها تلف شد باید به همان نسبت ضرر را بر هر دو وارد کنیم.

مصنف در کتاب «دروس» بعد از بیان این حکم، فرموده است از اینکه مشهور در مسأله مورد بحث، ارطال معین را به اشاعه برگردانده‌اند و آن را حمل بر مشاع نموده‌اند که ضرر را بر بایع و مشتری هر دو توزیع کرده‌اند، استفاده می‌توان نمود که در مسأله ی فروش یک صاع از کوپه گندم (یا یک قفیز از کوپه گندم) هم باید صاع را حمل بر اشاعه کرد و آن را به اشاعه برگرداند (یعنی معلوم کنیم که صاع چه نسبتی با تمام کوپه گندم دارد) و حال آنکه مشهور در این مسأله (صاع) حمل بر اشاعه نکرده‌اند.

توضیح اینکه ـ چنانکه در مسأله هفتم از فصل ثانی گذشت ـ شارح این مسأله را مطرح کرد که آیا یک صاع (یا قفیز) از کوپه گندم را باید حمل بر اشاعه کرد یا بر کلی در معین، و ثمره این نزاع این بود که اگر مقداری از گندم‌های کوپه تلف و فاسد گردد، چنانچه صاع را حمل بر اشاعه کنیم، باید ضرر را هم بر بایع و هم بر مشتری توزیع کنیم

چون وقتی صاع را حمل براشاعه کردیم و معلوم نمودیم که صاع چه نسبتی با تمام کوپه دارد، مشتری در هر جزئی از اجزاء کوپه با بایع شریک خواهد بود به همان نسبت، لذا ضرر هم بر هر دو وارد می‌آید.

و اما اگر حمل بر کلی در معین کنیم، ضرر تنها بر بایع وارد می‌گردد، چون سهم مشتری در این صورت، معین است که یک صاع از مجموع کوپه می‌باشد که اگر حتی تمام کوپه تلف شود و یک صاع بماند بایع باید همان یک صاع را به مشتری ردّ کند بدون آنکه چیزی از مبیع کم نماید (چنانکه تفصیل بیشتر آن را در مسأله هفتم سابقا ذکر نمودیم).

مشهور، قول دوم را ترجیح داده‌اند که حمل بر کلی در معین می‌شود نه اشاعه، حال در اینجا این سؤال پیش می‌آید که: چه فرق است بین مسأله صاع و مسأله ارطال، یعنی چه فرق است بین اینکه بایع بگوید: «فروختم به تو یک صاع از این کوپه را» (که این مسأله صاع است) و بین اینکه بگوید: «فروختم به تو این کوپه را به استثنای یک صاع» و یا «فروختم به تو میوه‌های باغ را به استثنای پنج رطل» (که این دو مثال، مسأله أرطال معین است) و خلاصه اینکه چه فرق است بین آن دو مسأله که مشهور در مسأله ارطال، حمل بر اشاعه می‌کنند و ضرر را بر بایع و مشتری هر دو توزیع می‌کنند ولی در مسأله صاع، حمل بر کلی در معین می‌کنند و ضرر را تنها بر یکی وارد می‌سازند.

ترجمه و شرح عبارت: **قال المصنف**... یعنی مصنف در کتاب «دروس» فرموده است که: از نحوه تقسیم مقدار تلف شده (بر هر یک از حق بایع و حق مشتری در مورد استثنای ارطال معلومه) فهمیده می‌شود که (در مسأله خریدن یک صاع از کوپه گندم) خریدن یک صاع از کوپه، نیز حمل بر اشاعه می‌شود (یعنی همانطوری که بایع در استثنای ارطال معلومه، در هر یک از میوه‌ها با مشتری شریک است به نسبتی که

ارطال معلومه با مجموع میوه‌ها دارد و در صورت تلف مقداری از میوه‌ها باید مقدار تلف شده را بر حق بایع ـ ارطال معلومه ـ نیز تقسیم نمود، همینطور باید گفت مشتری یک صاع از کوپه، در هر جزئی از اجزاء کوپه با بایع شریک است و در صورت تلف باید مقدار تلف شده را بر حق مشتری ـ صاع ـ تقسیم کرد).

وقد تقدّم... (از اینجا عبارت شارح است) یعنی در حالی که در همان کتاب «دروس» قبلاً گذشته است (در مسأله صاع از آن کتاب) عبارتی که ترجیح می‌دهد عدم تنزیل بر اشاعه را (و عبارت «دروس» در مسأله صاع چنین است که: «ولو باعه صاعاً من متماثل الأجزاء صحّ، وكذا عشرة أطنان من القصب المتماثل، ويبقى المبيع ما بقي القدر، لحسنة بريد بن معاوية» یعنی اگر بفروشد یک صاع از جنسی که مثلی می‌باشد ـ مثل گندم ـ صحیح است، و نیز اگر بفروشد چند تُن معین از نی‌هایی که مثلی هستند، صحیح است، و باقی می‌ماند از مبیع تا وقتی که به مقدار مبیع، تلف نشده باشد (یعنی اگر به گندم‌های کوپه آفت آسمانی رسید، از مبیع که حق مشتری است چیزی تلف نمی‌شود، بلکه اگر از تمام گندم‌های کوپه، فقط آن مقدار مبیع مانده باشد، همه آن را به مشتری باید رد نماید) به دلیل روایت حسنه برید بن معاویه.

پس چنانکه ملاحظه می‌کنید جمله «ويبقى المبيع ما بقي القدر» اشاره است به حمل صاع، بر کلی در معین نه بر اشاعه، زیرا چنانکه در مسأله هفتم از این کتاب یعنی «شرح لمعه» نیز گذشت که فایده و ثمره حمل صاع بر کلی در معین آن است که اگر آفتی بر کوپه گندم وارد شد، از حق مشتری یعنی مبیع، چیزی کاسته نمی‌شود و باید تمام مبیع به او داده شود.

ففيه سؤال الفرق... در معنای این جمله دو احتمال داده می‌شود:

۱. احتمال قوی آن است که شارح، مقصود مصنف از عبارتی که از «دروس» نقل کرد را می‌خواهد بیان کند، یعنی غرض مصنف از مطرح کردن این مطلب در مسأله استثنای ارطال معینه از کتاب «دروس» (که فرمود: «وقد یفهم من هذا التوزیع...») با توجه به حکمی که در مسأله صاع از کتاب «دروس» که ترجیح داد صاع از صبره، حمل برکلی در معین شود نه بر اشاعه، به دلیل روایتی که در آن مسأله بود) این است که مصنف می‌خواهد اشکالی را در اینجا بر مشهور وارد نماید و از آنها سؤال کند که: فرق بین مسأله اینجا و مسأله صاع چیست که مشهور در مسأله صاع، حمل بر اشاعه نکرده‌اند ولی در مسأله اینجا حمل بر اشاعه کرده‌اند با اینکه هر دو من واد واحد می‌باشند، زیرا چه فرقی هست بین اینکه بایع بگوید: «فروختم به تو یک صاع از این صبره را» و بین اینکه بگوید «فروختم به تو میوه‌های باغ را به استثنای پنج رطل» و یا بگوید «فروختم به تو این صبره را به استثنای یک صاع از آن» پس بنابراین توضیح، ترجمه عبارت این می‌شود که: در این قول مصنف ـ وقدیفهم ـ سؤال کردن فرق بین آن دو مسأله است (یعنی غرض مصنف در آن عبارت: این است که از مشهور می‌خواهد سؤال کند که چرا فرق بین آن دو مسأله می‌گذارید).

۲. احتمال ضعیف آن است که مقصود شارح در اینجا اشکال بر مصنف است طبق آنچه در «دروس» ذکر کرده است، یعنی شارح می‌خواهد بگوید که: ما قبلاً در مسأله صاع از این کتاب «شرح لمعه» (در مسأله هفتم از فصل ثانی) ترجیح دادیم که حمل برکلی در معین شود، بنابراین چرا در مسأله ارطال معینه ترجیح می‌دهند حمل بر اشاعه را و بین اینجا و آنجا فرق می‌گذارند؟.

وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة: جعل الذاهب عليهما، والباقي لهما على نسبة الجزء.

وأما في الأرطال المعلومة: فيعتبر الجملة بالتخمين، وينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة.

طريق توزيع تلف بر جزء مشاع

وطريق توزيع النقص... توضيح: همانطوری که دانسته شد درصورتی که بایع، جزء مشاع یا ارطال معلومه ازمیوه‌ها را برای خود استثنا کرد، اگرآفتی به میوه‌ها رسید، ضررراباید، هم بربایع وهم برمشتری تقسیم کنیم.

اکنون طریقه تقسیم ضرردرمورد جزء مشاع را بیان می‌کند سپس درارطال معلومه را ذکرمی‌نماید:

اما درجزء مشاع: طریقه تقسیم ضررآن است که مقدارتلف شده را به نسبت جزء مشاع (مستثنا) به مجموع میوه‌ها، توزیع می‌کنیم برمستثنا (حق بایع) ومستثنا منه (حق مشتری) وبه آن نسبت، ازهردوکم می‌کنیم، وباقیمانده میوه‌ها را نیزبه همان نسبتی که مستثنا به مجموع میوه‌ها دارد، بین بایع ومشتری تقسیم می‌نمائیم.

مثلاًاگرفرضاً مجموع میوه‌ها ۹۰ کیلوباشد، وبایع ثلث میوه‌ها را برای خود استثنا کرده باشد (که سی کیلومی‌شود) وبه آفت آسمانی ۱۵ کیلوتلف گردد، دراین صورت، به مقداریک سوم از۱۵ کیلو (یعنی ۵ کیلو) باید ازحق بایع (۳۰ کیلو) کم نمود، ودو سوم از۱۵ کیلو (یعنی ۱۰ کیلو) باید ازحق مشتری (۶۰ کیلو) کم نمود.

ودرباقیمانده میوه‌ها، یک سوم آن به بایع می‌رسد ودوسوم به مشتری، یعنی در مثال بالا بعد ازآنکه ۱۵ کیلواز۹۰ کیلوتلف گردید، باقیمانده ۷۵ کیلومی‌باشد، یک

سوم آن که ۲۵ کیلواست به بایع داده می‌شود (درحالی که حق بایع قبل ازتلف، ۳۰ کیلوبود که الان ۵ کیلوبه اوضررخورده است) ودوسوم آن یعنی ۵۰ کیلوبه مشتری می‌رسد (درحالی که حق او۶۰ کیلوبود که ده کیلوالان به اوضررخورده است).

ترجمه وشرح عبارت: **و طریق**... یعنی طریق تقسیم کردن نقص (وضرری که وارد آمده) برسهم مشاع (که بایع برای خود استثناکرده است) این است که قرارداده شود مقدارتلف شده، برهردو(بایع ومشتری) ومقدارباقیمانده هم برای هردو**علی نسبة الجزء** (متعلق است هم به جعل ذاهب برهردو، وهم به جعل باقی برای هردو) یعنی به نسبت جزء مشاع (نصف یا ثلث ویا غیرآن).

طریق توزیع تلف برأرطال معلومه

أما في الأرطال... توضیح: طریقه تقسیم ضرربرارطال معلومه آن است که اولاً چون نسبت ارطال با تمام میوه باغ برفرض سلامتی تمام آنها معلوم نیست، بدین جهت باید ابتدا ارطال را به مشاع برگردانیم تا بدین وسیله نسبت بین ارطال ومجموع را به دست آوریم، فلذا ابتدا مجموع میوه‌های باغ را برفرض سلامت تخمین می‌زنیم، سپس ارطال معین را با آن مجموع نسبت سنجی می‌کنیم، آنگاه مقدارتلف شده را ملاحظه می‌کنیم که چقدراست سپس ازارطال معین، به همان نسبتی که به دست آوردیم کم می‌نمائیم.

مثلاً اگربایع، ۲۰ رطل ازمیوه‌ها را برای خود استثنا نمود وتخمیناً مجموع میوه‌های باغ صد رطل بود، ومقدارتلف شده ۵۰ رطل باشد، دراین صورت چون نسبت ۲۰ رطل با مجموع، خمس ($\frac{۱}{۵}$) است، پس $\frac{۱}{۵}$ ازپنجاه رطل که ۱۰ رطل می‌شود باید از۲۰ رطل کم نمود که درنتیجه برای بایع ۱۰ رطل می‌ماند، و $\frac{۴}{۵}$ ازپنجاه رطل که ۴۰ رطل

می‌شود باید از۸۰ رطل (حق مشتری) کم نمود، که درنتیجه برای مشتری چهل رطل می‌ماند.

ناگفته نماند که در اینجا به طریق دیگری می‌توانیم عمل کنیم که نتیجه آن با طریق بالا یکی است، و این طریق را در «مسالك» ذکرنموده است، وآن این است که: مستثنا را با مجموع، نسبت سنجی نمی‌کنیم بلکه تلف شده‌ها را با مجموع می‌سنجیم و از مستثنا کم می‌نمائیم، یعنی در مثال بالا می‌گوئیم که نسبت تلف شده‌ها (۵۰ رطل) به مجموع، نصف می‌باشد، پس نصف از۲۰ رطل (که مستثنا بود) کم می‌کنیم و نصف از۸۰ رطل (حق مشتری) نیزکم می‌کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **و أما في الأرطال**... یعنی واما (طریق توزیع نقص) درأرطال معلومه، این است که ابتدا به وسیله تخمین، مقدار مجموع میوه‌ها (قبل از آفت خوردن) را معلوم می‌کنیم، سپس نسبت می‌دهیم به مجموع، مقدار استثنا شده را (یعنی نسبت ارطال به مجموع را به دست می‌آوریم) سپس نظرمی‌کنیم که مقدار تلف شده‌ها چقدر است، پس کم می‌نمائیم از مستثنا به همان نسبت (یعنی به نسبتی که ارطال با مجموع دارد).

بتلك النسبة ناگفته نماند که بعضی از محشین (هروی) خواسته است عبارت اینجا را برطبق عبارت «مسالك» توضیح دهد، لذا بربعض عبارت اینجا اشکال وارد کرده است، ولی آنچه به نظرنگارنده می‌رسد این است که مقصود شارح در اینجا طریقی است که مختصر فرقی با طریق مذکوردر «مسالك» دارد هرچند درنتیجه به یک چیزبرمی‌گردند وآن فرق این است که درطریق اینجا ارطال را با مجموع، نسبت سنجی کرده است ولی درطریق «مسالك» تلف شده‌ها را با مجموع، نسبت سنجی کرده است. چنانکه درتوضیح سابق با مثال ذکرکردیم.

چند مسأله

مسائل (الأولى: لا يجوز بيع الثمرة بجنسها) أي نوعها الخاص كالعنب بالعنب والزبيب، والرطب بالرطب والتمر (على أصولها)، أما بعد جمعها فيصح مع التساوي (نخلا كان) المبيع ثمره، (أو غيره) من الثمار إجماعا في الأول، وعلى المشهور في الثاني، تعدية للعلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر وهي نقصانه عند الجفاف إن بيعت بيابس، وتطرق احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين. ولا فرق في المنع بين كون الثمن منها، ومن غيرها وإن كان الأول أظهر منعا.

مسأله اول ـ بیع میوه نچیده به نوع آن

(لا یجوز بیع الثمرة... توضیح: میوه‌ای که بر درخت قرار دارد، نمی‌توان آن را به همان نوع از میوه فروخت چه در خرما و چه در سایر میوه‌ها، خواه مبیع و ثمن هر دو تر باشند و یا یکی تر و دیگری خشک باشد، مثلاً فروختن انگور نچیده به انگور، و یا انگور به کشمش، و یا فروختن خرمای تر به خرمای تر، و یا خرمای تر به خرمای خشک، جایز نیست.

دلیل عدم جواز در خرما دو چیز است: یکی اجماع فقها، و دوم: روایت است، البته این روایت همانا در موردی است که خرمای تر به خرمای خشک فروخته شود، و علت

عدم جواز در این روایت چنین ذکر شده که (فرضاً اگر هم در واقع هنگام بیع، مقدار هر دو مساوی بوده باشد ولی) چون خرمای تر وقتی خشک می‌گردد از وزنش کاسته می‌شود، پس در نتیجه بعد از خشک شدن، مقدار آن کمتر از مقدار خرمای خشک می‌گردد و این مستلزم ربا است، مثلاً اگر دَه من خرمای تر به دَه من خرمای خشک فروخته شود، بعد از خشک شدن خرمای تر وزن آن کمتر می‌شود و لازم می‌آید که دَه من خرمای خشک به کمتر از آن معاوضه شده باشد و این همان معامله رَبَوی است.

وعلاوه بر این، از جهت دیگر احتمال ربا فعلاً هست، که البته این علت را شارح در مورد خرما ذکر نکرده است، ولی از علتی که در مورد سایر میوه‌ها ذکر نموده استفاده می‌شود، و بیان آن این است که اساسا چون فرض آن است که خرماروی درخت فروخته می‌شود، تحقیقاً وزن آن معلوم نیست، بلکه وزن آن را تخمیناً تعیین می‌کنند، و پر واضح است که غالباً تخمین‌ها مطابق واقع درنمی‌آید، پس هنگام بیع احتمال قوی داده می‌شود که در واقع مقدار مبیع و ثمن با یکدیگر مختلف باشد با توجه به اینکه هر دو از یک نوع می‌باشند، و این معنای ربا است، و خلاصه اینکه احتمال ربا فعلاً مبطل بیع می‌باشد (و اگر کسی گوید که احتمال هم دارد در واقع، مقدار مبیع و ثمن با یکدیگر مساوی درآیند، گوئیم که: این احتمال مجوّز بیع نمی‌شود، زیرا شرط صحت بیع آن است که علم به تساوی مقدار در وقت بیع داشته باشند و احتمال تساوی کفایت نمی‌کند).

و اما دلیل عدم جواز بیع مزبور در سایر میوه‌ها نیز دو چیز است:

علت اول: قیاس منصوص العله (و این دلیل، اختصاص دارد به فرضی که میوه تر به میوه خشک فروخته شود، مثل انگور نچیده به کشمش) توضیحش آن است که همانطوری که دانسته شد علتی که در مورد عدم جواز بیع خرمای تر به خرمای خشک، در روایات آمده است این بود: که چون خرمای تر بعد از خشک شدن، وزنش

کاسته می‌شود و درنتیجه ربا لازم می‌آید، گوئیم همین علت در بیع هر میوه تری به میوه خشک، جاری است، زیرا مثل انگور تر بعد از خشک شدن، وزنش کم می‌گردد گرچه فرضاً درواقع هنگام بیع، وزن مبیع و ثمن با یکدیگر مساوی بوده باشد، پس وقتی که علت عدم جواز بیع در خرما، در سایر میوه‌ها موجود بود لذا عدم جواز بیع را به سایر میوه‌ها نیز سرایت داده‌اند و حکم کرده‌اند به اینکه بیع میوه نچیده به نوع همان میوه جایز نیست.

علت دوم: (این علت، عمومیت دارد هم در فرضی که میوه تر به میوه تر فروخته شود، و هم در فرضی که میوه تر به میوه خشک فروخته شود) این است که فعلاً احتمال ربا از جهت دیگر لازم می‌آید، و آن اینکه بواسطه آنکه میوه روی درخت فروخته شده است، لذا دقیقاً وزن آن معلوم نیست، پس احتمال دارد درواقع، مبیع و ثمن، اختلاف در مقدار داشته باشند با توجه به اینکه هر دو از یک نوع می‌باشند، چنانکه در مورد خرما مشروحاً ذکر کردیم.

ترجمه و شرح عبارت: **لا یجوز**... یعنی جایز نیست فروختن میوه در مقابل همان جنس از میوه یعنی همان نوع از میوه **أي نوعها الخاص** غرض شارح از تفسیر جنس به نوع خاص، اشاره به این است که مقصود مصنف از جنس، معنای حقیقی‌اش نمی‌باشد، چون بیع میوه به جنس میوه مثل بیع خرمای نچیده به انگور مثلاً یا بیع انگور نچیده به سیب مثلاً جایز است و هیچ اشکالی در بیع مزبور نمی‌باشد، چون دو نوع میوه هستند و احتمال ربا در آن نیست (و خلاصه اینکه مقصود شارح از تفسیر جنس به نوع آن است که کسی خیال نکند که بیع خرمای نچیده به انگور مثلاً جایز نیست از جهت آنکه هر دو از نظر جنس در میوه بودن متفق‌اند، بلکه مقصود مصنف این است که نوع به نوع جایز نیست).

کالعنب... یعنی مثل بیع انگور (نچیده) به انگور و (یا بیع انگور نچیده) به کشمش، و مثل بیع خرمای تازه (نچیده) به خرمای تازه (یا بیع خرمای تازه نچیده) به خرمای خشک **علی أصولها** (حال است از ثمره) یعنی عدم جواز بیع مزبور در صورتی است که میوه بر روی درخت بوده باشد اما اگر بعد از چیدن میوه و جمع آوری آن باشد، در صورت تساوی مبیع و ثمن (در مقدار و در تر بودن یا خشک بودن) بیع آنها صحیح و جایز است (پس مثلاً بعد از چیدن انگورها جایز است که یک من انگور با دانه مثلاً فروخته شود در مقابل یک من انگور بی دانه، و یا جایز است بعد از چیدن خرما، یک من خرمای سرخ فروخته شود در مقابل یک من خرمای زرد، و همچنین جایز است یک من کشمش سرخ فروخته شود در مقابل یک من کشمش زرد).

مع التساوي... چنانکه در ترجمه بالا اشاره شد، مقصود از تساوی، تنها تساوی در مقدار نیست بلکه مقصود، هم تساوی در مقدار است و هم در تر بودن و یا خشک بودن است، زیرا در میوه چیده شده اگر میوه تر به میوه خشک فروخته شود (مثل خرمای تر به خرمای خشک، جایز نیست چه در مقدار مساوی باشند (به علت آن دلیلی که بعداً در عبارت شارح در مسأله میوه نچیده ذکر شده است و آن اینکه میوه تر موقعی که خشک می گردد وزنش کم می گردد و در نتیجه بعداً ربا لازم می آید) و چه در مقدار متفاوت باشند چون فعلاً ربا حاصل است.

نخلاً کان... یعنی خواه درختی که میوه (نچیده)اش فروخته می شود، نخل خرما باشد یا غیر آن از سایر میوه ها باشد **المبیع ثمرُهُ** ضمیر مقدر در ـ کان ـ که اسم آن می باشد چون مفرد بود و در عبارت قبلی مصنف اسم ظاهر مفرد نبود که مرجع ضمیر ـ کان ـ باشد، بدین جهت شارح اسم کان را در اینجا به اسم ظاهر بیان کرده و آن ـ المبیع ـ می باشد و اما کلمه ـ ثمره ـ مرفوع است بنابر اینکه نایب فاعل ـ المبیع ـ

می‌باشد چون المبیع اسم مفعول است، پس ترجمه آن جمله چنین است که: «درختی که میوه‌اش فروخته می‌شود.

إجماعاً في الأول یعنی عدم جواز بیع، بر طبق اجماع فقهاست در مورد اول (بیع خرمای نچیده به خرما) و بر طبق مشهور است در دوّمی (بیع میوه سایر درختان غیر از نخل، به نوع همان میوه) **تعدیةً**... یعنی دلیل قول مشهور آن است که تعدّی می‌کنیم از علتی که تصریح شده در مورد منع از بیع رطب (خرمای تازه) به تمر (خرمای خشک) و آن علت عبارت است از کم شدن وزن رطب در موقع خشک شدن (و در نتیجه در بیع مزبور، ربا لازم می‌آید).

إن بیعت بیابس (ضمیر مؤنث در ـ بیعت ـ برمی‌گردد به ثمره غیر نخل) یعنی دلیل مزبور (که قیاس منصوص العله است و نزد اکثر علما حجت می‌باشد) در صورتی در مورد بیع میوه سایر درختان جاری می‌شود که فرض این باشد که میوه تر به میوه خشک فروخته شود مثل بیع انگور به کشمش (و اما اگر میوه تر به میوه تر فروخته شود مثل انگور به انگور، قیاس مزبور درست نخواهد بود، چون علت مذکور در روایت همانا در مورد بیع خرمای تر به خرمای خشک است نه خرمای تر به خرمای تر.

و تطرّق إحتمال... (عطف است بر ـ تعدیة ـ و علت دوم می‌باشد برای عدم جواز بیع مزبور در مورد میوه سایر درختان و این علت عمومیت دارد، هم در جایی که میوه تر به میوه تر فروخته شود و هم در جایی که میوه تر به میوه خشک فروخته شود، به خلاف دلیل اول که اختصاص داشت به مورد بیع میوه تر به میوه خشک) یعنی و (علت دیگر منع از بیع مزبور عبارت است از:) راه یافتن احتمال زیادی وزن در هر کدام از عوضین رَبَوی (یعنی بواسطه آنکه هرکدام از مبیع و ثمن، از أجناس ربا بردار می‌باشند ـ یعنی موزون و یا مکیل ـ و احتمال زیادی در هر یک از دو طرف داده می‌شود لذا بیع رَبَوی می‌شود).

ناگفته نماند که بر این دلیل، اشکالی وارد است (چنانکه در «مسالک» ذکر نموده است) و آن اینکه میوه نچیده، از أجناس ربوی محسوب نمی‌شود چون ربا در مکیل و موزون است (یعنی در اجناسی که با پیمانه و یا وزن سنجیده می‌شود) و میوه نچیده، از مکیل و موزون محسوب نمی‌شود، زیرا جایز است آن را به دیدن و مشاهده و تخمین فروخت و لازم نیست که چیده شود و با پیمانه یا وزن سنجیده شود (و به این اشکال، در این کتاب نیز بعداً اشاره‌ای شده است که می‌فرماید: والرّطب نظرٌ).

و لا فرق في المنع... توضیح: در حکمی که گفته شد (که بیع میوه نچیده به همان نوع از میوه جایز نیست) فرق نمی‌کند چه اینکه مشتری، ثمن را از عین همان میوه‌ای که خریده است قرار بدهد و چه اینکه از میوه درخت دیگر (که از نوع آن مبیع است) قرار دهد.

و تصویر فرض اول که ثمن را از عین همان مبیع قرار بدهد این است که مثلاً مشتری گفت این انگورهای نچیده را که تخمیناً صد کیلو است خریدم در مقابل صد کیلو انگور از همین نوع، سپس در موقع پرداخت ثمن، خود همان انگورهایی را که خریده بود از درخت چید و به عنوان ثمن به بایع داد (خواه بعد از دادن ثمن، چیزی برای خودش از آن میوه‌ها باقی بماند، مثل اینکه آنها تخمین زده بودند که میوه‌ها صد کیلو است ولی صد و ده کیلو درآمد، پس بعد از دادن صد کیلو از همان میوه‌ها، برای خود مشتری ده کیلو باقی می‌ماند، و خواه چیزی باقی نماند بواسطه آنکه تخمین آنها مطابق واقع درآمد و صد کیلو بود که همه آنها را به عنوان ثمن به بایع داد).

خلاصه اینکه خواه ثمن را از عین همان میوه‌های مبیع قرار دهد و خواه از میوه‌های درخت دیگر از همان نوع بدهد، این معامله باطل است مخصوصاً در فرض اول که جهت بطلان روشن‌تر است، زیرا در آن، اتحاد ثمن و مثمن می‌باشد و معامله‌ای که چنین باشد، شفاهی و غیر عقلایی است، زیرا اگر بعد از دادن ثمن از خود همان

مبیع، چیزی برای مشتری باقی نماند، معامله مزبور، بیع الشیء بنفسه می‌شود، یعنی بیع چیزی در مقابل خود همان چیز، و اگر برای مشتری چیزی باقی بماند، معامله مزبور، بیع الشئ بجزئه می‌شود، یعنی بیع چیزی در مقابل بعضی از خود همان چیز، و هرکدام باشد، بیع سفهی است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا فرق**... یعنی فرقی نیست در منع بیع مزبور بین اینکه ثمن از میوه همان مبیع باشد یا از غیر آن میوه (از همان نوع) باشد. هر چند فرض اول، از نظر منع (یعنی عدم جواز) روشن تر است (زیرا در آن اتحاد ثمن و مثمن می‌باشد).

(ويسمى في النخل مزابنة) وهي مفاعلة من "الزبن" وهو الدفع، ومنه "الزبانية"، سميت بذلك لبنائها على التخمين المقتضي للغبن، فيريد المغبون دفعه، والغابن خلافه فيتدافعان.

وخص التعريف بالنخل، للنص عليه بخصوصه مفسرا به "المزابنة" في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: والحق به غيره، لما ذكرناه وفي إلحاق اليابس وجه، والرطب نظر.

وجه تسميه به «مزابنه»

(ويسمّى في النخل... توضیح: بیع خرمای نچیده به همان نوع از خرما را «مزابنه» نامیده‌اند و این نام از ماده «زبن» به معنی دفع و راندن است و از همین ماده گرفته شده است کلمه «زبانیة» که در آیه: ﴿**سَنَدْعُ الزَّبَانِيَةَ**﴾ واقع شده است، زیرا مراد از آن، گروهی از ملائکه عذاب است که اهل آتش را به جهنم دفع کرده و می‌رانند.

و وجه نامیده شدن معامله مزبور به «مزابنه» (که از باب مفاعله می‌باشد که بین الإثنین است) آن است که معامله مزبور چون در حالتی که میوه بر روی درخت است انجام می‌گیرد، قهراً آن را بر مبنای مقدار تخمینی و حدسی، واقع می‌سازند، یعنی هم مقدار مبیع را تخمین می‌زنند و هم مقدار ثمن را تخمین می‌زنند، و معلوم است که تخمین غالباً مطابق واقع در نمی‌آید و قهراً اگر کمتر از مقدار تخمین زده درآمد و یا بیشتر از آن درآمد، یکی از آنها مغبون و دیگری غابن می‌گردد، و چون فرض آن است که تخمین، هم در مبیع است و هم در ثمن، لذا احتمال مغبون بودن و غابن بودن در هریک از بایع و مشتری داده می‌شود، لذا بایع به وسیله بیع مزبور، قصدش آن است که مغبونیت را از خود دفع کند به مشتری، یعنی پیش خود چنین فکر می‌کند که میوه‌های فروخته شده گرچه به حسب تخمین مثلاً صد کیلوست در مقابل صد کیلو

میوه‌های تخمین زده مشتری، ولی چه بسا امیدوار است که میوه‌های مشتری، بیشتر از میوه‌های او درآید، و در نتیجه، بایع استفاده کرده و مشتری مغبون شده است، و متقابلاً مشتری هم به عکس آن پیش خود فکر می‌کند، و قصدش از خریدن میوه‌های بایع آن است که بایع را مغبون کند و مغبونیت را از خود دفع کند به بایع پس چون در انجام بیع مزبور، تدافع در غبن، بین بایع و مشتری واقع می‌شود و هر یک از آنها می‌خواهد بواسطه بیع مزبور، غبن را از خود دفع کند به دیگری فلذا این بیع را «مزابنه» نامیده‌اند.

ترجمه و شرح عبارت: **و یسمّیٰ...** یعنی بیع میوه به همان نوع از میوه، در مورد درخت خرما، مزابنه نامیده می‌شود و «مزابنه» بروزن مفاعله (مشتق شده) از ماده «زبن» به معنی راندن و از همین معنی است «زبانیة» (که در آیه شریفه: ﴿**سَنَدْعُ الزَّبَانِيَةَ**﴾ واقع شده است) **سمیّت بذلك...** یعنی معامله مزبور، مزابنه نامیده شد به جهت آنکه بنای چنین معامله بر (تعیین مقدار مبیع و ثمن از روی) تخمین و حدس می‌باشد که تخمین (بواسطه آنکه مطابق واقع درنمی آید لذا) مقتضی مغبون شدن است (و مغبون شدن را در پی دارد و در اینجا احتمال مغبونیت در هر یک از بایع و مشتری داده می‌شود) پس شخص مغبون (یعنی آنکه در واقع گول خورده و مغبون می‌شود ولی در ظاهر معلوم نیست که کدام یک از بایع و مشتری می‌باشد بلکه بر هر کدام تطبیق می‌شود) قصد دارد (از انجام معامله) دفع کند غبن را (از خودش به طرف مقابل) و شخص غابن (و گول زننده واقعی که در ظاهر معلوم نیست که کدام یک می‌باشد و بر هر یک از آنها تطبیق می‌شود) قصد دارد خلاف آن را (یعنی او هم می‌خواهد بواسطه انجام بیع، غبن را از خودش به طرف مقابل دفع نماید) و در نتیجه، دفع از هر دو طرف واقع می‌شود (و معنای باب مفاعله که بین الاثنین است در اینجا تحقق می‌یابد).

و خصّ التعریف... توضیح: شارح می‌فرماید: علت اینکه معنای مزابنه را اختصاص به نخل داده‌اند با اینکه معنای آن در میوه سایر درختان نیز تحقق می‌یابد، برای آن است که روایت، فقط در مورد نخل وارد شده است، زیرا در روایتی که از امام صادق علیه‌السلام وارد شده است، مزاینه را تفسیر به بیع خرما به خرما کرده است، و اما بیع میوه سایر درختان را فقها به بیع خرما الحاق نموده‌اند و آنها را نیز باطل دانسته‌اند به جهت آن دو دلیلی که سابقاً گذشت، که یکی: قیاس منصوص العلة بود، و دوم: احتمال ربا.

شارح می‌فرماید: الحاق میوه سایر درختان به خرما را ـ اگر در بیع میوه تر به میوه خشک باشد مثل انگور به کشمش ـ قبول داریم به جهت همان قیاس منصوص العله، فلذا بیع مزبور جایز نیست.

ولی در بیع میوه تر به میوه تر (مثل انگور به انگور) الحاق را قبول نداریم، زیرا علتی که برای بطلان بیع آن ذکر شد که علت دوم بود (یعنی احتمال ربا) در نظر ما درست نیست، چون میوه در حالی که بر روی درخت است، از اجناس مکیل و موزون، محسوب نمی‌شود، زیرا به مشاهده نیز می‌توان آن را خرید بدون آنکه کیل یا وزن آن لازم باشد و در نتیجه وقتی که مکیل یا موزون نبود، ربا لازم نمی‌آید چون ربا در اجناس مکیل و موزون می‌باشد (و این همان اشکالی است که سابقاً از کتاب «مسالک» نقل کردیم) پس در بیع میوه تر به میوه تر می‌توان قائل به جواز شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و خُصّ التعریف...** (کلمه ـ خص ـ را، هم به صیغه فعل معلوم می‌توان خواند و هم به صیغه فعل مجهول) یعنی مصنف اختصاص داد تعریف مزابنه را به درخت خرما (یعنی نام مزابنه را به بیع خرما به خرما فقط نهاده است که برگشت این نامگذاری به این است که مزابنه را به بیع خرما به خرما تفسیر و تعریف کرده است، و تعمیم نداده به بیع سایر میوه‌ها نیز با اینکه معنای مزابنه در

سایر میوه‌ها نیز تحقق دارد) به جهت آنکه روایت، در خصوص نخل وارد شده است در حالی که مزابنه، تفسیر شده به (بیع میوه) نخل فقط، در روایت صحیحه عبدالرحمن بن ابی عبدالله از امام صادق علیه‌السلام (و آن روایت چنین است که امام صادق علیه‌السلام می‌فرماید:

«نهی رسول الله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: و ما هو؟ قال: أن یشتری حمل النخل بالتمر، والزرع با لحنطة»[1]

ناگفته نماند که استدلال به این روایت در صورتی درست است که بگوئیم: تفسیری که پیغمبر اکرم برای محاقله و مزابنه ذکر نموده است، از باب لف و نشر غیر مرتب یعنی مشوش است، به این معنی که جمله «أن یشتري حمل النخل بالتمر» تعریف بیع مزابنه باشد وجمله «والزرع بالحنطة» تعریف بیع محاقله باشد که بعداً حکم آن مفصلاً در عبارت مصنف خواهد آمد).

و أُلحِقَ به... یعنی غیر نخل هم ملحق شده به نخل (چنانکه در بالا از مشهور فقها نقل شده حکم غیر نخل را همانند نخل می‌دانند در عدم جواز بیع) به جهت آن دلیلی که ذکر کردیم (و آن دو دلیل بود: یکی قیاس منصوص العله که در مورد بیع میوه تر به میوه خشک بود، و دوم: احتمال ربا بود که هم در مورد میوه تر به خشک و هم در مورد میوه تر به میوه تر بود).

و (شارح می‌فرماید که:) در الحاق (بیع میوه تر به) میوه خشک، وجهی هست (و می‌توان آن را پذیرفت و آن وجه، همان دلیل اول است که قیاس منصوص العله می‌باشد) ولی در الحاق (بیع میوه تر به) میوه تر، اشکال است (زیرا دلیل دومی که در بالا ذکر شد که مورد بیع میوه تر به میوه تر را شامل می‌شد در نظر ما اشکال دارد).

---

[1] کافی، ج ۵، ص ۲۷۵ و تهذیب، ج ۷، ص ۱۴۳.

(ولا) بيع (السنبل بحب منه أو من غيره من جنسه، ويسمى محاقلة) مأخوذة من الحقل جمع حقلة وهي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقلة، وخرج بالسنبل بيعه قبل ظهور الحب فإنه جائز، لأنه حينئذ غير مطعوم.

بیع خوشه درو نشده به همان نوع خوشه

(ولا) بيع (السنبل... توضیح: همانطوری که بیع میوه نچیده به همان نوع از میوه جایز نیست، همچنین جایز نیست بیع خوشه درو نشده (خوشه گندم یا جو و مانند آن) به همان نوع خوشه، خواه اینکه ثمن را از محصول خود آن خوشه خریده شده قرار دهد یا اینکه ثمن را از خوشه دیگر از همان نوع از مزرعه دیگر قرار دهد، مثل فروختن زراعتی از گندم که هنوز بر زمین است، به مقداری از گندم خود آن زمین، و یا به مقداری از گندم غیر آن زمین (و تصویر اینکه ثمن را از خود همان خوشه قرار دهد، بیانش به همان نحوی است که در بیع میوه به میوه توضیح داده شد) و این معامله را «محاقله» نامیده‌اند، و وجه نامگذاری آن است که «محاقله» از مادّه حقل که جمع «حقله» می‌باشد مشتق شده است، و «حقلة» به معنی زمین زراعتی است، و چون معامله مزبور تعلق می‌گیرد به زراعتی که در زمین است و هنوز درو نشده، بدین جهت آن معامله را «محاقله» نامیده‌اند، بنابراین نامگذاری مزبور از باب مجاز خواهد بود و علاقه آن یا علاقه حالّ و محل است (یعنی اسم محل و مزرعه که حقل باشد ـ گذاشته شده به حالّ ـ که خود زراعت باشد ـ) و یا علاقه مجاورت است (به این معنی که چون زراعت مجاور زمین است، اسم مجاور را بر مجاورش گذاشته‌اند) پس گویا بیع حقل در مقابل حقل شده است، فلذا به آن «محاقله» گفته‌اند.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا بیع**... یعنی و نیز جایز نیست بیع خوشه در مقابل دانه‌های همان خوشه و یا (در مقابل دانه های) غیر آن خوشه (از خوشه دیگری) که از همان نوع باشد **من جنسه** همانطوری که در بالا، شارح جنس را به معنای نوع تفسیر نمود، در اینجا نیز جنس به معنای نوع است **و یسمّی**... یعنی بیع مزبور «محاقله»، نامیده می‌شود و آن از ماده «حقل» مشتق شده است و حقل جمع حقله می‌باشد به معنی زمینی که زراعت در آن می‌شود و **سمیت**... یعنی معامله مزبور، نامیده شد به محاقله به جهت اینکه آن معامله، تعلق می‌یابد به زراعتی که در زمین است.

و خرج بالسنبل... مطلب دیگری است توضیحش آن است که سنبل به خوشه و زراعتی گفته می‌شود که دانه‌اش بسته شده باشد، بنابراین باقید ـ السنبل ـ که در عبارت مصنف آمده است، خارج می‌گردد آن زراعت و خوشه‌ای که هنوز دانه‌اش بسته نشده باشد، پس بیع چنین زراعت به همان نوع از زراعت بی دانه جایز است.

و دلیل جواز بیع آن: این است که در صورت مزبور، آن زراعت، از خوراکی‌ها حساب نمی‌شود تا پیمانه یا وزن در صحت بیع آن شرط بوده باشد، بلکه علف حساب می‌شود و در نتیجه احتمال ربا در آن راه نمی‌یابد، زیرا ربا در چیزهایی است که پیمانه‌ای یا کشیمنی باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و خرج**... یعنی خارج شد به قید ـ سنبل ـ (که به معنی خوشه دانه‌دار است) بیع سنبل قبل از آشکار شدن دانه‌اش که آن جایز می‌باشد، زیرا سنبل در این صورت (که دانه‌اش آشکار نشده) از خوراکی‌ها نیست (تا پیمانه یا وزن در صحت بیع آن شرط بوده باشد تا در نتیجه ربا در آن راه یابد).

(إلا العرية) هذا استثناء من تحريم بيع المزابنة، والمراد بها النخلة تكون في دار الإنسان، أو بستانه، فيشتري مالكهما، أو مستأجرهما، أو مستعيرهما رطبها (بخرصها تمرا من غيرها) مقدرا موصوفا حالا، وإن لم يقبض في المجلس، أو بلغت خمسة أوسق.

استثناء یک مورد از بیع مزابنه

بیع عریّه

(إلاّ العریّة)... توضیح: دانسته شد که بیع مزابنه، باطل است، فقها یک مورد از بیع مزبوررا استثنا کرده‌اند که جایز می‌باشد وآن بیع «عریة» می‌باشد ومقصود از «عریة» درخت خرمایی است که درخانه شخص دیگری باشد وآمد ورفت صاحب درخت پیوسته برای رسیدگی درخت، موجب زحمت صاحب خانه باشد، دراین صورت جایزاست که صاحب خانه، خرمای آن درخت را بخرد درمقابل مقداری خرمای خشک وبه اوبگوید که آنچه توامید داری که ازاین درخت برداشت کنی، به توازخرمای خشک می‌دهم تا توسرزده به خانه من نیایی واسباب زحمت مرا فراهم نکنی.

خانه‌ای که درخت مذکوردرآن است، فرق ندارد که ملک صاحبخانه باشد ویا اینکه دراجاره ی اوباشد ویا اینکه بطورعاریه درآن ساکن باشد.

بیع خرمای درخت مزبوربه گونه‌ای که درذیل ذکرمی‌شود جایزاست:

وآن اینکه خرماهای آن درخت تخمین زده شود که بعد از خشک شدن چه مقدار است (دَه من مثلاً) و به همین مقدار تخمینی، در مقابل آن، صاحبخانه، خرمای خشک از غیر آن درخت به صاحب درخت بدهد.

ودراین خرمایی که به عنوان ثمن می‌دهد چند شرط لازم است:

۱. چنانکه اشاره شد باید خرمای خشک باشد (تمر) نه خرمای تر (رطب).

۲. اینکه باید از خرمای درخت دیگر باشد نه از خرمای همان درخت تا اتحاد ثمن ومثمن لازم نیاید.

۳. اینکه مقدار آن باید به وزن یا کیل، به همان مقدار تخمین مبیع، سنجیده شود وتخمینی داده نشود.

٤. اینکه اوصاف آن ذکر گردد، از قبیل سرخ یا زرد بودن آن، و اینکه از کدام نوع خرماها می‌باشد.

۵. اینکه نقد باشد نه نسیه، گرچه در همان مجلس معامله، بایع آن را قبض نکند بلکه بعد از تفرق مجلس، مشتری برود وآن خرمای خشک را حاضر سازد و به قبض بایع بدهد.

ترجمه وشرح عبارت: **الاّ العریّة** (بروزن عطیة) شارح می‌فرماید: این جمله استثنا است از حرمت بیع مزابنه (یعنی بیع خرمای نچیده در مقابل خرمای دیگر جایز نیست مگر در درخت عریه که بیع خرمای نچیده آن در مقابل خرمای دیگر، جایز است) ومقصود از عریه، یک درخت خرمایی است که در خانه شخص دیگر و یا باغ او قرار دارد، پس (آن شخص دیگر یعنی) مالک خانه و باغ، یا مستأجر خانه و باغ، یا عاریه کننده خانه و باغ، بخرد خرمای آن درخت را که در مقابلش به مقدار تخمینی آن درخت (یعنی خرمای آن درخت) خرمای خشک بدهد از غیر آن درخت **النخلة** از

تاء وحدت نخله استفاده می‌شود که جواز بیع خرمای آن درخت، در صورتی است که آن درخت، یکی باشد نه بیشتر **رُطَبَها** مفعول است برای ـ یشتری ـ.

بخَرصِها... باء برای مقابله است، و خرص به معنی مخروص است یعنی مقدار تخمینی، نه اینکه به معنای مصدری باشد یعنی تخمین زدن، و بعد از باء، کلمه «مقدار» در تقدیر می‌باشد، پس تقدیر عبارت این است: «بمقدار مخروصها»، و ـ تمراً ـ حال است و یا تمییز برای ـ مقدار ـ که در تقدیر گرفته شد.

پس گوئیم که: اگر عبارت مصنف را لحاظ کنیم باید گفت: که کلمه ـ بخرصها ـ متعلق است به بیعی که در عبارت مصنف در تقدیر است، چون مصنف در ابتدای عبارت فرمود: «لا یجوز بیع الثمرة...» سپس فرمود: «الاّ العریة بخرصها...» و تقدیر عبارت چنین است که الاّ بیع العریة بخرصها... و یا تقدیر عبارت چنین است که «الاّ العریة فیجوز بیعها بخرصها...».

بنابراین، ترجمه عبارت این می‌شود که: مگر درخت عریه که جایز است صاحب آن بفروشد آن را (یعنی خرمای آن را) که در مقابلش به مقدار تخمینی آن (یعنی مقدار تخمینی خرمای آن) خرمای خشک بگیرد.

و اگر عبارت شارح را لحاظ کنیم باید گفت: که ـ بخرصها ـ متعلق است به «فیشتری» و بنابراین، ترجمه عبارت همان است که در بالا در ذیل ترجمه و شرح عبارت ذکر کردیم.

مطلبی که در اینجا گفتن آن ضرورت دارد این است که: ببینیم خرمای روی درخت عریه را چگونه باید تخمین بزنیم؟ اکثر فقها گفته‌اند که بر حسب خرمای خشک باید آن را تخمین زد نه بر حسب خرمای تر، یعنی فرض می‌کنیم که اگر این خرماهای تری که بر روی درخت است چنانچه خشک بودند، تخمیناً چه مقدار خرما می‌شود (مثلاً ده من) آن را بفروشد در مقابل همین مقدار خرمای خشک، نه اینکه

خرماها را به حسب خرمای ترتخمین بزنیم که چه مقدار خرماست (مثلاً یازده من) که آن را بفروشد به همین مقدار خرمای خشک.

و این توضیح از عبارت بعدی شارح که می‌فرماید: «**ولا یعتبر مطابقة ثمرتها...**» نیز استفاده می‌شود. تأمل کنید تا مطلب روشن شود.

تمراً اشاره به شرط اول ثمن است، یعنی باید ثمنی که در مقابل خرمای درخت داده می‌شود خرمای خشک باشد، پس اگر بخواهد خرمای تر در مقابل بدهد بیع صحیح نخواهد بود **من غیرها** اشاره به شرط دوم ثمن است، یعنی خرمای خشک باید از غیر درخت عریه باشد، و اما اگر بخواهد از خود آن درخت بدهد، بیع صحیح نخواهد بود. چون اتحاد ثمن و مثمن لازم می‌آید، چنانکه شارح در سطر بعدی تصریح به آن نموده است.

مقداراً اشاره به شرط سوم ثمن است، یعنی باید تمری که ثمن است وزن یا کیل شده باشد به اندازه تخمینی خرمای عریه **موصوفاً** اشاره به شرط چهارم ثمن است. البته این شرط در صورتی است که ثمن هنگام بیع، حاضر و مشاهد نبوده باشد و اما اگر حاضر بوده باشد، احتیاجی به توصیف نیست و همان مشاهده کافی است، چنانکه در سایر خرید و فروش‌ها نیز حکم چنین است **حالاً** یعنی نقدی می‌باشد نه نسیه، و این اشاره به شرط پنجم ثمن است.

و إن لم یُقبَض... یعنی گرچه ثمن که خرمای خشک باشد، در مجلس بیع، قبض نشود، یعنی به دست بایع نرسد، و خلاصه اینکه در اینجا قبض در مجلس، شرط نیست (بر خلاف بعضی از فقها که قبض در مجلس را شرط دانسته‌اند) **أو بلغت...** (عطف است بر ـ لم تقبض ـ یعنی و إن بلغت خمسة أوسق) این جمله اشاره به ردّ بعض عامه است مثل شافعی که یک شرط دیگری را برای صحت بیع در عریه، اضافه کرده است و آن اینکه باید مقدار خرمای آن درخت، کمتر از مقدار پنج وسق

باشد (راجع به وسق بعداً توضیح خواهیم داد) پس اگر به آن اندازه برسد، بیع عریه جایز نخواهد بود.

شارح می‌فرماید: این شرط در نظر ما معتبر نیست بلکه هر چند مقدار خرمای درخت به مقدار پنج وسق برسد، بیع آن صحیح است.

أوسق جمع وسق می‌باشد و«وسق» به فتح واو بروزن فلس (وبه کسر واو نیز گفته شده است) وزنی است برابر شصت صاع که هر صاع برابر سه کیلوست تقریباً، پس وسق برابر صد و هشتاد کیلو می‌باشد و پنج وسق برابر نهصد کیلو تقریباً می‌شود.

ولا يجوز بتمر منها، لئلا يتحد العوضان، ولا يعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع، بل تكفي المطابقة ظنا، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة.

ولا عرية في غير النخل، فإن ألحقناه بالمزابنة، وإلا لم يتقيد بقيودها.

ولا يجوز بتمر منها... توضیح: چنانکه در عبارت مصنف دانسته شد خرمای خشکی که به عنوان ثمن داده می‌شود باید از غیر درخت عریه باشد.

حال شارح می‌فرماید: جایز نیست ثمن را از خرمای خود درخت عریه بدهد، به این معنی که هنگام خریدن بگوید: که در مقابل این خرماهای درخت، خرمای خشکی که فلان اوصاف را دارد به تو می‌دهم، سپس هنگام پرداخت آن ثمن، از خرماهای خود درخت عریه بچیند و به بایع بدهد (البته فرض این باشد که اوصاف ذکر شده برای ثمن، مطابق با اوصاف خرمای عریه است).

و دلیل عدم جواز: آن است که در صورت مزبور، اتحاد عوض و معوض (ثمن و مثمن) لازم می‌آید و هر معامله‌ای که در آن ثمن و مثمن، یکی باشد، معامله سفهی و غیر عقلایی است، چنانکه سابقاً در مبحث بیع مزابنه گذشت.

و لا يعتبر مطابقة... توضیح: سابقاً در توضیح کیفیت تخمین خرمای عریه، گفتیم که باید تخمین خرماهای آن به حساب خرمای خشک باشد (یعنی هنگام بیع، چنین تخمین بزنند که اگر این خرماها خشک شوند مقدارشان چقدر خواهد بود).

حالا ببینیم آیا شرط است که مقدار تخمین، حتماً با مقدار ثمن، در واقع مطابق درآید که اگر چنانچه بعداً پس از خشک شدن، مطابق درنیاید، معلوم می‌شود که بیع

باطل بوده است یا اینکه مطابقت واقعی شرط نیست بلکه مطابقت ظنی کفایت می‌کند در صحت بیع؟

شارح می‌فرماید که: مطابقت واقعی مقدار تخمین با مقدار ثمن شرط نیست، بلکه مطابقت ظنی کفایت می‌کند، به این معنی که هنگام بیع، تخمینی را که به حسب خرمای خشک می‌زنند، چنانچه گمان داشته باشند که مطابق با مقدار ثمن خواهد بود، بیع صحیح است و اگر چنانچه بعد از خشک شدن، مقدار آن بیشتر از مقدار ثمن درآمد و یا کمتر از آن درآمد بیع باطل نخواهد شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا یعتبر...** یعنی شرط نیست (در صحت بیع خرمای عریه) مطابقت ثمره آن درخت بعد از خشک شدن با ثمن آن در واقع، بلکه کفایت می‌کند مطابقت بین آنها بطور گمان (مثلاً اگر هنگام بیع بواسطه تخمین گمان حاصل کردند که خرمای این درخت بعد از خشک شدن، به مقدار دَه من خواهد بود، جایز است آن را بفروشد در مقابل دَه من خرمای خشک) پس اگر (بعد از معامله) زمانی که خرماها خشک شدند بیشتر از ثمن شوند یا کمتر از آن شوند (یعنی بعد از خشک شدن، مقدار خرماهای درخت مثلاً ۹ من و یا یازده من شود) ضرر نمی‌زند در صحت بیع (و آن را باطل نمی‌سازد).

ولاعریّة في غیر النخل... توضیح مسأله عریه، فقط درمورد درخت خرماست و اما در غیر درخت خرما از سایر درختان، عریه نمی‌باشد (که مثلاً بگوئیم در درخت سیبی که انسان در خانه شخص دیگر داشته باشد، به همان شرایطی که در عریه خرما گفته شد، به همان نوع سیب فروخته شود) بلکه در سایر درختان، حکم همان است که سابقاً گذشت و بین فقها اختلاف بود که آیا حکم بیع مزابنه (بیع خرمای نچیده به خرما) را دارد یا نه؟

بنابراین، اگر چنانچه ما در آنجا بیع میوه سایر درختان را ملحق به مزابنه کنیم، حکم مزابنه را خواهد داشت و آن اینکه بیع آن بر سر درخت جایز نخواهد بود مطلقا حتی در یک درخت از آن که در خانه و یا باغ کسی بوده باشد و تمام شرایط عریه هم در آن جمع بوده باشد.

و اما اگر چنانچه بیع میوه سایر درختان را ملحق به مزابنه نکنیم، بلکه قائل به جواز بیع آن بشویم، در این صورت بیع آن جایز می‌شود مطلقا، یعنی بدون اینکه جواز بیع آن، مشروط باشد به آن شرایطی که برای عریه گفته شد و بنابراین، بیع میوه نچیده آنها به همان نوع میوه جایز خواهد بود چه در یک درخت یا چند درخت، چه در خانه یا باغ کسی واقع شده باشد یا در خانه و باغ خودش، مثلاً اگر کسی دو درخت سیب در خانه کسی داشته باشد می‌تواند میوه آن را به همان نوع سیب بطور نسیه بفروشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا عریة**... یعنی عریه نمی‌باشد در مورد غیر درخت خرما (از سایر درختان) پس (غیر درخت خرما حکمش این است که:) اگر ما ملحق کردیم آن را به «مزابنه» (یعنی بیع خرما به خرما) **فإن**...جواب شرط، محذوف است و تقدیرش این است که اگر ما ملحق به مزابنه کردیم، حکم آن را خواهد داشت و بیعش جایز نخواهد بود مطلقا حتی در یک درخت با شرایطی که در عریه گفته شد **و إلاّ**... یعنی و اما اگر ملحق به مزابنه نکنیم (بلکه قائل به جواز بیع میوه نچیده به همان نوع بشویم) دیگر جواز بیع آن، مشروط نخواهد بود به شرایط عریه (بلکه جواز بیع آن ثابت خواهد بود بدون هیچ شرطی از آن شروط) **قیودها** شروطی که در عریه بود عبارت بود از: یک درخت بودن، و وجود آن در خانه یا باغ شخص دیگر، و شرایط دیگری که مربوط به ثمنی که در مقابل آن داده می‌شود.

(الثانية: يجوز بيع الزرع قائما) على أصوله، سواء أحصد أم لا، قصد قصله أم لا، لأنه قابل للعلم مملوك فتناولته الأدلة، خلافا للصدوق حيث شرط كونه سنبلا أو القصل.

مسأله دوم ـ بیع کِشت

یجوز بیع الزرع قائماً... توضیح: زارع می‌تواند محصول کشت (گندم و جو و مانند اینها) را قبل از برداشت نهایی بفروشد، و آن بر سه وجه می‌تواند باشد:

۱ ـ بیع کشت درو نشده بدون شرط

بیع کشت در حالتی که سرپاست و درو نشده جایز است، خواه وقت درو آن رسیده باشد (یعنی سنبل شده و خوشه آن رسیده و زرد شده است) و خواه نرسیده باشد، و در فرض دوم: خواه شرط کند که مشتری آن را قطع نماید (برای خوراک حیوانات) یا اینکه آن را شرط نکند، بلکه به قصد اینکه تا موقع رسیدن زمان درو بماند، آن را مورد معامله قرار بدهند.

و دلیل جواز بیع آن: این است که شرایط صحت بیع که عبارت است از معلوم بودن مبیع از نظر صفات، و مملوک بودن آن برای بایع، در اینجا هست، چون زراعت را با تخمین می‌توان مقدارش را به دست آورد، و صفاتش هم معلوم می‌باشد و در ملک بایع هم هست، پس ادله جواز بیع، شامل مورد بحث می‌شود.

ولی شیخ صدوق آن را بطور مطلق جایز ندانسته بلکه فقط در دو صورت، بیع کشت را جایز می‌داند:

۱. صورتی که کشت به صورت سنبل و خوشه درآمده و رسیده باشد، یعنی وقت درو آن رسیده باشد.

۲. صورتی که اگر هنوز سنبل نشده و به حدّ درونرسیده باشد، بایع شرط کند که مشتری آن را بعد از بیع، قطع نماید برای خوراک حیوانات.

بنابراین، اگر کشت قبل از سنبل شدن اگر به قصد اینکه تا موقع رسیدن زمان درو فروخته شود طبق عقیده شیخ صدوق بیع صحیح نیست در حالی که طبق عقیده مشهور صحیح می‌باشد.

ترجمه وشرح عبارت: **یجوز**... یعنی جایز است بیع کشت در حالتی که بر روی ساقه هایش سرپا باشد (و هنوز درو نشده باشد) **أحصَدَ**... (به صیغه فعل ماضی از باب افعال می‌باشد) یعنی خواه زمان دروآن رسیده باشد یا نه (درکتاب «صرف میر» گوید: گاهی باب افعال برای رسیدن چیزی به هنگام باشد چون أحصَدَ الزرعُ یعنی وقت دروکردن غله رسید) **قُصِد قصلُه** این جمله مربوط است به ـ أم لا ـ یعنی در فرض دوم هم که وقت دروآن نرسیده باشد، خواه مشتری یا بایع، قصد بریدن آن (برای علف چهارپایان) راکرده باشد یا آن را قصد نکرده باشد (و به عبارت دیگر، خواه مشتری به قصد بریدن آن بخرد به واسطه اینکه بایع شرط کرده که آن را مشتری بعد از بیع قطع نماید، و خواه به آن قصد نباشد به واسطه آنکه بایع شرط مزبوررا با مشتری نکرده است).

لانه قابل... (علت است برای جواز بیع مزبور) یعنی زیرا کشت (در آن حال) قابلیت برای معلوم بودن (از نظر صفات و مقدار تخمینی) دارد، و در ملک بایع هم می‌باشد (که معلوم بودن و مملوک بایع بودن هر دو از شرایط صحت بیع می‌باشند) پس ادله بیع شامل بیع مزبور می‌شود **خلافاً**... برخلاف شیخ صدوق (که در مقابل قول مشهور، تفصیل داده و بطور مطلق قائل به جواز بیع زراعت نشده) زیرا ایشان شرط کرده (در جواز بیع زراعت) اینکه یا زرع یعنی کشت به صورت سنبل (خوشه دانه دار) درآمده باشد، و یا (اگر هنوز سنبل نشده و وقت دروآن نرسیده است) قطع گردد (یعنی بایع شرط کند چیدن آن را برای خوراک حیوانات).

(وحصيدا) أي محصودا وإن لم يعلم مقدار ما فيه، لأنه حينئذ غير مكيل ولا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهدة، (وقصيلا) أي مقطوعا بالقوة، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب.

---

۲ ـ بیع کشت درو شده

و حصیداً... توضیح: صورت دوم از صُوَر بیع کِشت آن است که بعد از آنکه سنبل شده و به حد نهایی رشد خود رسیده و درو هم شده است ولی هنوز در زمین است و دانه‌های آن در خوشه می‌باشد و جمع آوری و تصفیه نشده است فروخته شود، این بیع جایز است هر چند مقدار دانه‌های آن به وزن یا پیمانه معلوم نیست، زیرا کِشت در حالی که در خوشه است، از مکیل و موزون حساب نمی‌شود تا اینکه معرفت مقدار آن به کیل یا به وزن، شرط صحت بیع باشد، بلکه در آن حالت، معرفت مقدار آن به مشاهده کافی است و می‌توان آن را با مشاهده و دیدن معامله کرد بدون اینکه نیاز به کیل یا وزن کردن باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و حصیداً...** (حصید بر وزن فعیل است و فعیل گاهی به معنی فاعل می‌آید و گاهی به معنی مفعول، و در اینجا به معنی مفعول است، ولذا شارح آن را به معنی محصود تفسیر نموده است) یعنی و (همچنین جایز است) بیع کشت در حالتی که (سنبل شده و خوشه بسته و) درو شده باشد، هر چند معلوم نباشد مقدار محصولی که در آن است (به واسطه آنکه هنوز دانه‌ها را تصفیه نکرده‌اند و در خوشه است) زیرا سنبل درو شده، مکیل و موزون، محسوب نمی‌شود (تا معرفت مقدار آن از نظر کیل یا وزن، شرط صحت بیع بوده باشد) بلکه کفایت می‌کند در معرفت آن، دیدن آن.

۳ ـ بیع کشت درو نشده به شرط چیدن

و قصیلاً أي مقطوعاً... توضیح: زراعتی که به رشد نهایی و حدّ درونرسیده (و هنوز سبز است و زرد نشده در مثل گندم) جایز است فروخته شود با شرط کردن بایع بر مشتری به اینکه بعد از بیع، مشتری آن را بچیند برای علف حیوانات.

ترجمه و شرح عبارت: **و قصیلاً**... یعنی و (نیز جایز است بیع کشت) در حالتی که قطع خواهد شد (قبل از رسیدن زمان درو آن) **أي مقطوعاً بالقوة**... این تفسیر گویا جواب سؤال مقدر است، زیرا ممکن است کسی بگوید: فرض در این مسأله این است که کشت هنوز قطع نشده فروخته شود، پس چگونه قصیل که به معنی مقصول (یعنی مقطوع) است برکِشت در حال بیع که مقطوع نیست، اطلاق شده است.

در جواب می‌فرماید که: مقصود، مقطوع بودن آن بالقوه است، یعنی به اعتبار اینکه در آینده، قطع خواهد شد به خاطر اینکه با مشتری، شرط قطع شده است، به آن اطلاق قصیل (مقطوع) شده است، پس اطلاق مزبور، مجاز است به علاقه مایؤل (که یکی از علاقه‌های مجاز است که در علم بلاغت ذکر کرده‌اند).

قبل أن یُحصِد «یحصد» به صیغه مضارع از باب افعال است یعنی قبل از رسیدن وقت درو آن **لعلف الدواب** این جمله برای این است که معامله، غیر عقلایی نباشد، زیرا اگر هیچ منفعتی در آن بیع نباشد معامله سفهی است و باطل خواهد بود.

فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قصله بحسب الشرط (فلو لم يقصله المشتري فللبائع قصله) وتفريغ أرضه منه، لأنه حينئذ ظالم، ولا حق لعرق ظالم، (وله المطالبة بأجرة أرضه) عن المدة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق، وبعد المدة التي شرطا قصله فيها مع التعيين، ولو كان شراؤه قبل أوان قصله وجب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد.

حکم امتناع مشتری از قطع کشت

فإذا باعه كذلك... توضیح: بعد از آنکه بایع، کشت را به شرط قطع فروخت، بر مشتری واجب می‌شود که پس از معامله، آن را بچیند به جهت آنکه آن را در ضمن عقد، شرط نموده و عمل به چنین شرط، لازم است به دلیل حدیث: «المؤمنون عند شروطهم».

بنابراین، اگر چنانچه مشتری آن را قطع نکرد، بایع حق دارد خودش آن را قطع کند و زمین خود را از آن خالی نماید، زیرا وقتی که مشتری عمل به شرط نکرد، ظالم به حساب می‌آید، و در روایت است که: «حق و احترامی برای ریشه درخت ویا زراعت انسان ظالم نمی‌باشد»، پس بایع می‌تواند آن را قطع کرده و زمینش را فارغ نماید.

و علاوه بر قطع آن، بایع حق دارد که اجرت زمین را ـ به خاطر ماندن زراعت در زمین او ـ از مشتری بگیرد.

حال ببینیم که چه مقدار اجرت می‌تواند از مشتری بگیرد؟ گوئیم که مسأله اجرت در اینجا دو فرض پیدا می‌کند چون بایع در ضمن معامله، یا زمان قطع را بر مشتری تعیین نمی‌کند یا اینکه تعیین می‌کند (مثل اینکه می‌گوید بعد از معامله در مدت یک هفته آن را قطع کن).

درفرض اول: که زمان قطع را تعیین نکند ـ حکم آن است که بایع حق دارد اجرت زمین را ازآن زمانی که مشتری می‌توانسته قطع کند و قطع نکرده، تا آن زمانی که بایع خودش قطع کرد بگیرد.

واما درفرض دوم: ـ که زمان قطع را تعیین کرده ـ حکم آن است که اگرآن مدت تمام شد و مشتری درآن مدت قطع نکرد، بایع حق دارد اجرت زمین را از زمانی که مدت تمام شد تا آن زمانی که بایع خودش قطع کرد، بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **فإذا باعه...** (این عبارت مقدمه است برای تفریع عبارت بعدی مصنف) یعنی وقتی که بایع، زرع را فروخت به شرط چیدن آن قبل اززمان درو آن، واجب می‌شود برمشتری چیدن آن **بحسب الشرط** دراین جمله دواحتمال داده می‌شود:

۱. احتمال قوی اینکه مقصود ازآن، مقتضای شرط است یعنی چونکه شرط کرده‌اند درضمن عقد، لذا برمشتری، قطع آن واجب است، پس بنابراین، این جمله اشاره به دلیل وجوب قطع برمشتری می‌شود.

۲. احتمال ضعیف اینکه مقصود ازآن، کیفیت شرط ازنظرزمان قطع می‌باشد، به این معنی که هرجوری که ازنظرزمانی، قطع را شرط نموده‌اند باید مشتری به آن شرط عمل کند، یعنی اگرمدتی برای قطع، تعیین کرده‌اند (مثلاً بایع گفته است که در مدت یک هفته بعد ازمعامله، آن را قطع کن، ویا یک ماه بعد ازمعامله آن را قطع کن) باید مشتری درآن مدت معین، قطع نماید واگرمدتی تعیین نکرده‌اند باید مشتری بعد ازمعامله، دراولین زمان امکان قطع برای او، قطع نماید.

فلو لم یقصله... یعنی پس اگرآن را مشتری قطع نکند، بایع حق دارد آن را قطع کند وفارغ سازد زمین خود را ازآن، زیرا مشتری دراین زمان (که قطع نکرد) ظالم است و(درروایت آمده است که:) حقی نیست برای ریشه شخص ظالم (ریشه کنایه ازخود

درخت یا زراعت است، یعنی درختی که انسان از روی ظلم در زمین کسی دیگر بکارد).

و لاحقّ لعرق ظالم این جمله قطعه‌ای از روایت است البته با تقدیم و تأخیر بعضی کلمات آن.

و اصل روایت به دوگونه نقل شده است:

١. شیخ طوسی در «تهذیب» چنین نقل کرده که:

«... قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن أخذ أرضاً بغير حقها وبنى فيها؟ قال: يُرفَعُ بناءه ويسلَّمُ التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق...»[1]

(عرق به کسر عین و سکون راء به معنی ریشه است) یعنی سؤال کردم از امام صادق عليه السلام درباره مردی که زمینی را بدون آنکه در آن حقی داشته باشد بگیرد و ساختمانی در آن بسازد، حضرت فرمود: ساختمان او برداشته می‌شود (یعنی باید آن را خراب کرد) و زمین به صاحبش داده شود، و حقی برای ریشه انسان ظالم نیست (کنایه از اینکه ساختمانی که او ساخته، احترامی ندارد و صاحب زمین می‌تواند آن را خراب کند و ضامن آن نیست).

٢. ابن ابی جمهور أحسایی در کتاب «عوالی اللئالی» چنین نقل کرده که:

«من احيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»[2]

به هر حال جمله «لعرق ظالم» را به دوگونه می‌توان قرائت کرد:

اول: به صورت صفت و موصوف (به تنوین عرق) یعنی «ظالم» صفت باشد برای «عرق» که بنابراین، نسبت ظلم به عرق، مجاز عقلی خواهد بود، زیرا ظلم که در

---

[1] تهذیب، ج ٦، ص ٢٩٤، ص ٣١١ و ج ٧، ص ٢٠٦.

[2] عوالی اللئالی، ج ٣، ص ٤٨٠ و ج ٢، ص ٢٥٧.

حقیقت صفت صاحب آن درخت است، نسبت داده شده به خود درخت که گویا درخت بواسطه کاشته شدنش در زمین، ظالم گردیده است وگویا ظلم مال خود درخت است.

دوم: اینکه به صورت اضافه خوانده شود، یعنی «عرق» اضافه به «ظالم» شود یعنی درختی که مال انسان ظالم است چنانکه سابقاً برطبق این احتمال، عبارت را ترجمه کردیم.

درهر صورت، روایت مزبور دلالت براین دارد که اگرکسی زمین مواتی را احیا کرد آن زمین مال او خواهد بود، حال اگر ظالمی بیاید وآن زمین را غصب کند ودرآن ساختمانی بسازد ویا درختی بکارد ویا زراعتی بکند وبخواهد با این کار، زمین را صاحب شود، این عملش احترام ندارد وحقی برای اوپیدا نخواهد شد وصاحب اصلی زمین می‌تواند ساختمان اورا خراب کند ویا درخت ویا زراعت اورا بکند ودور بیندازد وضامن هم نخواهد بود، زیرا آن غاصب به عمل خود درآن زمین، ظالم می‌باشد واحترامی برای درخت ویا ساختمان اونیست.

ناگفته نماند که علامه مجلسی ـ اعلی الله مقامه ـ در«شرح تهذیب» در ذیل روایت اول، از پدر بزرگوارش نقل کرده که ایشان از اساتید خود نقل فرموده که: کلمه «عرق» را به فتح عین وراء قرائت نموده‌اند وآن کنایه از زحمت انسان است، یعنی زحمتی که انسان ظالم کشیده وعرق ریخته تا ساختمان را بنا نموده، احترامی ندارد. سپس علامه بزرگوار ازکتاب «نهایه» ابن اثیر نقل کرده که ایشان «عرق» را به کسر عین وسکون راء قرائت کرده که به معنای ریشه درخت است چنانکه توضیح دادیم.

و له المطالبة... یعنی برای بایع، حق مطالبه هست به گرفتن اجرت زمینش عوض مدتی که زراعت، درآن مدت، باقی مانده بعد ازآنکه ممکن بود (برای مشتری) قطع کردن آن **مع الإطلاق** یعنی اینکه گفته شد: اجرت زمین، بعد از زمان امکان قطع

تا زمان قطع بایع را بگیرد، در صورتی است که بایع برای قطع، مدتی تعیین نکرده باشد، بلکه مطلق گذاشته باشد، و اما اگر مدتی تعیین کرده باشد، در عبارت بعدی ذکر شده که می‌فرماید:

و بعد المدة... (عطف است به ـ بعد امکان ـ) یعنی و (می تواند اجرت زمین را بگیرد عوض آن مدتی که زراعت باقی مانده در زمین) از بعد از مدتی که بایع و مشتری شرط کرده بودند که قطع زراعت در آن مدت واقع شود (مثلاً بعد از تمام شدن یک هفته که زمان شرط شده برای قطع بود تا زمان قطع کردن خود بایع) **مع التعیین** یعنی اینکه گفته شد اجرت زمین، از بعد از مدت شرط شده تا زمان قطع بایع را بگیرد، در صورتی است که بایع برای قطع، مدتی تعیین کرده باشد (مثل یک هفته بعد از وقوع معامله).

ولو کان شرائه قبل... توضیح: در مسأله فروش کشت با شرط قطع آن اگر چنانچه مشتری کِشت را در وقتی خریده است که صلاحیت قطع و چیدن برای خوراک حیوانات را ندارد، در این صورت مسأله دو فرض دارد: یا بایع برای قطع آن، مدتی را تعیین نکرده است، و یا مدتی برای آن تعیین کرده است (مثلاً گفته است که بعد از دو ماه آن را قطع کن).

در فرض اول: بر بایع لازم است که بعد از فروختن آن صبر کند تا زمانی که صلاحیت برای قطع کردن پیدا کند.

و این نظیر آن است که اگر میوه درخت در حال کالی و قبل از رسیدن، معامله شود، و بایع شرط نکرده باشد بر مشتری که بعد از معامله، میوه‌های کالا را جهت خوراک حیوانات بچیند، در اینجا نیز بایع باید تا زمان رسیدن میوه‌ها صبر کند و حق ندارد میوه‌ها را قبل از زمان مزبور بچیند.

و نیز نظیر آن است اگر در مسأله کشت، آن را قبل از زمان درو، معامله کند و فرض این باشد که شرط قطع بعد از معامله نکرده باشند بلکه بقصد فرارسیدن زمان درو، آن را معامله کرده‌اند، در این جا نیز بایع باید صبر کند تا زمان فرارسیدن زمان درو، و حق ندارد پیش از آن، قطع نماید.

و اما در فرض دوم: ـ که بایع مدتی برای قطع، تعیین کرده باشد ـ باید تا آن مدت صبر کند و این فرض را شارح ذکر نکرده است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کان**... یعنی و اگر خریدن زراعت (که شرط قطع هم در آن شده است) پیش از زمان قطع آن باشد، واجب است بربایع که صبر کند به آن زراعت تا فرارسیدن زمان قطع آن (جهت خوراک حیوانات) در صورتی که زمان قطع را معین نکرده باشد (و اما اگر مدت قطع را تعیین کرده باشد باید تا آن موقع صبر کند) **کما لو باع**... این تنظیر است به مسأله بیع ثمره قبل از فرارسیدن زمان چیدنش، و مسأله بیع زراعت برای دروکردن نه برای قطع آن جهت خوراک حیوانات.

ومقتضى الإطلاق جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وإن قدر على الحاكم، وكذا أطلق جماعة.

والأقوى توقفه على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه، فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعا للضرر المنفي، وله إبقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرش الأرض إن نقصت بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

و مقتضى الإطلاق... توضیح: از عبارت مصنف استفاده می‌شود که درمسأله اشتراط قطع زراعت، چنانچه مشتری قطع نکرد، خود بایع حق دارد عهده‌دار قطع شود بدون آنکه اجازه از حاکم شرع بگیرد هرچند دسترسی به حاکم شرع داشته باشد.

واین ازاطلاق عبارت مصنف استفاده می‌شود، زیرا ایشان جوازقطع بایع را ـ در صورت قطع نکردن مشتری ـ مشروط نکرد به اذن حاکم شرع، واگراذن حاکم، شرط بود آن را ذکر می‌کرد.

شارح می‌فرماید که: عدم اشتراط اذن حاکم، ازاطلاق کلام جماعتی ازفقها نیز استفاده می‌شود، ولی درنظرما اقوی این است که قطع بایع درصورت امتناع مشتری ازقطع نمودن، موقوف به اجازه حاکم شرع می‌باشد اگردسترسی به حاکم داشته باشد، واگردسترسی نداشت خودش می‌تواند عهده‌دار قطع شود به دلیل حدیث: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» زیرا دراین حدیث، ضررنفی شده است، به این معنی: که اسلام، حکمی که موجب ضرربرمسلمان باشد جعل نکرده است درحالی که اگر بایع صبرکند برباقی ماندن زراعت درملک او، ضرربراوست، پس به حکم «حدیث لا ضرر» باید گفت که تحمل وصبربایع بربقای زراعت درملک اوواجب نیست و برای دفع آن ضررازخود می‌تواند زراعت را اززمین قطع کند.

البته درهمین صورت وقتی که بایع ازهمان اول احساس نمود که مشتری امتناع دارد ازقطع، بایع می‌تواند آن را باقی گذارد وقطع نکند واجرت زمین را اززمان امتناع مشتری ازقطع تا زمانی که بخواهد قطع نماید، ازاوبگیرد.

ترجمه وشرح عبارت: **و مقتضی الإطلاق**... یعنی مقتضای اطلاق عبارت مصنف آن است که جایزاست خود بایع عهده‌دار قطع کشت شود درصورت امتناع مشتری ازقطع آن هرچند بایع دسترسی به حاکم شرع داشته باشد، وهمچنین جماعتی ازفقها آن را به طورمطلق گفته‌اند، ولی اقوی (درنظرشارح) آن است که قطع بایع، توقف دارد براجازه حاکم درجایی که مشتری امتناع ازقطع می‌کند.

مع إمکانه... یعنی اشتراط اذن حاکم، درصورتی است که اذن اوممکن باشد (یعنی حاکم شرع وجود داشته ودسترسی هم به اوممکن باشد) پس اگراذن او ممکن نشد (بواسطه اینکه یا اصلاً حاکم شرع وجود ندارد ویا اگرهست دسترسی به اوممکن نیست) دراین صورت جایزاست برای بایع، خودش عهده‌دار قطع شود، برای اینکه ضرری راکه شرعاً نفی شده است (ودرشرع اسلام نیست) ازخود دفع نماید **للضرر المنفي** ازحدیث: «لا ضررولا ضرارفی الاسلام» استفاده می‌شود که شارع مقدس، حکم ضرری جعل نکرده است، پس دراینجا بربایع، واجب نیست صبرو تحمل کند ماندن زراعت درزمین را، زیرا ماندن آن درزمین، ضرراست براو، پس جایزخواهد بود بجهت دفع ضررازخود، کشت را اززمین قطع کند.

و له إبقائه... به نظرمی‌رسد که این مطالبه اجرت، غیرآن مطالبه‌ای است که مصنف درعبارتش ذکرنمود، زیرا آنچه مصنف ذکرکرد، مقصود مطالبه اجرت است بعد ازآنکه بدون رضایت بایع، یک مدتی درزمین بایع باقی بماند.

ولی آنچه شارح ذکرکرده، مقصود مطالبه اجرت است درصورتی که به رضایت بایع ازهمان ابتدای امتناع مشتری ازقطع کردن، کشت درزمین بماند، یعنی درهمان

ابتدای زمان معین برای قطع وقتی بایع احساس کرد که مشتری امتناع از قطع می‌ورزد، می‌تواند راضی بشود به بقای آن در زمین، و مطالبه اجرت آن را بنماید.

و أرش الأرض... توضیح: در صورتی که بایع راضی به ماندن کشت در زمین نبوده و خود او آن را از زمین قطع کرد (یعنی همان صورتی که مصنف در عبارت ذکر کرده نه آن صورتی که شارح در سطر پیش ذکر نمود) چنانچه زمین بواسطه ماندن آن نقصی پیدا کرده بود، بایع حق خواهد داشت ارش زمین را از مشتری بگیرد، و ارش در اینجا عبارت است از تفاوت قیمت صحیح و قیمت معیب، یعنی زمین را با فرض سالم بودن، قیمت کنند، سپس با فرض ناقص شدن، قیمت کنند آنگاه تفاوت آن دو را از مشتری بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: **و أرش**... (عطف است بر ـ أجرة الأرض ـ یعنی وله المطالبة بأرش الارض...) یعنی بایع حق دارد، ارش زمین را از مشتری بگیرد اگر زمین نقص پیدا کند به سبب ماندن زراعت **إذاکان**... یعنی و این حق ارش گرفتن در صورتی است که تأخیر قطع مشتری و ماندن زراعت در زمین، بدون رضایت بایع باشد (و اما اگر به رضایت او باشد، دیگر حق ارش گرفتن ندارد بلکه فقط حق گرفتن اجرت را دارد چنانکه شارح در سطر پیش ذکر نمود).

به هر حال، مصنف و دیگران، لزوم این معامله را مشروط به سلامتی میوه‌ها کرده‌اند (ومقصود سلامتی ازآفت آسمانی است ازقبیل تگرگ وباران شدید وطوفان مثلاً.

بنابراین، اگر تمام میوه‌های باغ بواسطه آفت از بین برود، معامله مزبور بطورکلی باطل می‌گردد به این معنی که دیگربه عهده متقبل چیزی واجب نیست، یعنی آن عوضی راکه متعهد شده بود درمقابل سهم شریکش بدهد، دیگرواجب نیست الان بدهد.

واگربعضی ازمیوه‌ها تلف شود، به همان نسبت، مقداری ازعوضی که متعهد شده بود کم می‌گردد، مثلاًاگرمجموع میوه‌های باغ، تخمیناً ده من بود که به نصف، شریک درآن بودند، وسهم شریک را پذیرفت درمقابل اینکه ۵ من میوه به اوبدهد، حال اگربواسطه آفت آسمانی نصف دَه من تلف شود، باید از۵ من عوض هم، نصف کم گردد، پس براوواجب است که دومن ونیم به عنوان عوض به شریکش بدهد.

وظاهر المصنف ﷺ والجماعة: أن الصيغة بلفظ القبالة، وظاهر الأخبار تأديه بما دل على ما اتفقا عليه، ويملك المتقبل الزائد ويلزمه لو نقص.

صيغه قباله

و ظاهرالمصنف... توضيح: شارح می‌فرماید که: ظاهر عبارت مصنف (که تعبیر نمود به «یتقبل») و جماعتی از فقها آن است که صیغه این معامله باید به لفظ قباله باشد و به لفظهای دیگر واقع نمی‌شود، یعنی واگذارکننده سهم خود بگوید: «قبّلتُکَ بحصتي في هذه الثمرة، بكذا» یعنی واگذار نمودم سهم خود از این میوه‌ها را به تو در مقابل فلان مقدار میوه، و متقبل بگوید: (قبلتُ) یا (تقبّلت).

ولی ظاهر روایات آن است که به هر لفظی که دلالت کند بر آنچه که آنها توافق بر آن کرده‌اند، معامله مزبور منعقد می‌گردد و لازم نیست که به لفظ قباله و تقبیل باشد **تأديه** (ضمیر برمی‌گردد به ـ تقبل) یعنی این قرارداد، ادا می‌شود (و منعقد می‌گردد) به هر لفظی که...

حکم قباله

و يملك المتقبل... توضیح: شکی نیست در اینکه قباله به مقتضای اینکه عقد است، از عقود لازمه است هر چند در اینکه آیا لزوم آن مشروط به سلامتی میوه‌ها از آفت می‌باشد یا نه (چنانکه مصنف شرط می‌داند) در نظر شارح مورد اشکال است، ولی اجمالاً لزوم آن مسلم است و مورد اشکال نیست.

و بر همین اساس یعنی وقتی که عقد، لازم بود، یکی از احکامش این است که اگر در اثر اشتباه درآمدن تخمینی که زده‌اند، سهم واگذارکننده بیشتر از عوض مقابل

درآمد، متقبل، مالک می‌شود زیادی سهم واگذارکننده را، و اگر هم سهم او کمتر درآمد باید متقبل عوض را کاملاً بدهد بدون آنکه آن را کم نماید. مثلاً اگر سهم واگذار کننده را دَه من تخمین زده بودند و متقبل به او به همان اندازه، عوض داد، سپس بعد از جمع آوری محصول، معلوم گردید که سهم واگذارکننده ۱۱ من بوده، در اینجا متقبل آن یک من را مالک است و لازم نیست یک من دیگر به واگذارکننده بدهد، و اما اگر معلوم گردید که سهم واگذارکننده، ۹ من بوده، در اینجا متقبل باید دَه مَنی که متعهد شده بود را به واگذارکننده بدهد و حق ندارد یک مَن از آن کم نماید.

در اینجا چون راجع به کلمه «متقبل» در عبارت شارح، اختلافی در نسخه‌ها هست بدین جهت ناچاریم توضیح بیشتری بدهیم و آن اینکه:

در بعضی نسخه‌ها به جای کلمه «متقبل» کلمه «مقبّل» می‌باشد و مقصود از «مقبل» به صیغه اسم فاعل از باب تفعیل، همان صاحب حصه (واگذارکننده سهم خود) است و بنابراین نسخه، می‌توان نسخه «متقبل» را هم تصحیح کرد به اینکه آن را به صیغه اسم مفعول یعنی به فتح باء خواند که به همان معنی «مقبل» می‌شود.

بنابراین، حاصل مقصود شارح این می‌شود که صاحب حصه اگر عوضی را که می‌گیرد بیشتر از حصه خودش درآمد (بواسطه آنکه تخمین آنها بر خلاف واقع درآمد) آن زیادی را مالک می‌شود و اگر هم کمتر از حصه خودش درآمد باید آن مقدار را قبول کند و حق ندارد علاوه بر آن، مقدار دیگری را از شریکش مطالبه نماید.

این توضیح بر طبق نسخه مزبور، مطابق با روایت یعقوب بن شعیب که در بالا نقل کردیم (وکتاب «مسالک») نیز می‌باشد، چون در روایت مزبور چنین آمده است که: صاحب حصه به رفیقش می‌گوید که: نصف مقدار تخمینی را عوض حصه من بده «زاد او نقص» یعنی آن نصف خواه از حصه من بیشتر درآید و خواه کمتر.

وتأیید می‌کند گفتار بالا را اینکه اگر بگوئیم جمله ـ ویملک المتقبل الزاید ویلزمه لو نقص ـ در عبارت شارح دنباله عبارت قبل می‌باشد واز احکامی است که از ظاهر أخبار استفاده می‌گردد که بنابراین، تقدیر عبارت چنین است که: «وظاهر الاخبار انه یملک المتقبل، الزائد...» همانطوری که نظیر این عبارت درکتاب «مسالك» چنین آمده است که: «إنما المعلوم من الروایة أنه معاملة علی الثمرة وأنه لازم بحیث یملك المقبل، الزائد ویلزمه لو نقص...» که مقصود ایشان از روایت، همان روایت یعقوب است که در بالا ذکر شد.

واحتمال دارد که کلمه «متقبّل» به صیغه اسم فاعل خوانده شود که مقصود از آن، شریکی است که حصه شریک را قبول کرده ودر مقابل آن، عوض می‌دهد، وبنابراین، مقصود شارح همان می‌شود که در اول ذکر کردیم، یعنی اینکه صاحب عوض اگر حصه‌ای را که از شریکش تقبل کرده بیشتر از عوض خودش درآمد، آن زیادی را مالک می‌شود واگر هم کمتر از آن درآمد باید عوض را به همان مقداری که متعهد شده کاملاً بپردازد وحق ندارد از آن کم نماید. این احتمال دوم گرچه فی حد نفسه از نظر معنی درست است ولی به ملاحظه اینکه چون صورت دوم (یعنی صورت کمتر درآمدن حصه از عوض به خاطر اشتباه در تخمین) را شارح بعداً ذکر نموده است، لذا تکرار لازم می‌آید بدین جهت احتمال اول بهتر است تا تکرار لازم نیاید.

این هم ناگفته نماند که مسأله قباله درکتاب «المزارعة» نیز عنوان شده است هر که خواهد رجوع کند به آخرین مسأله آن کتاب در آنجا که مصنف می‌فرماید: «...ویجوز لصاحب الأرض...».

وأما الحكم بأن قراره مشروط بالسلامة فوجهه غير واضح، والنص خال عنه وتوجيهه بأن المتقبل لما رضي بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك، فيه: أن العوض غير لازم كونه منها، وإن جاز ذلك فالرضا بالقدر، لا به مشتركا، إلا أن ينزل على الإشاعة كما تقدم، ولو كان النقصان لا بآفة بل لخلل في الخرص لم ينقص شئ، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل، وبعض الأصحاب سد باب هذه المعاملة، لمخالفتها للأصول الشرعية.

والحق أن أصلها ثابت، ولزومها مقتضى العقد، باقي فروعها لا دليل عليه.

اشکال شارح بر اشتراط سلامتی

و أما الحكم بأنّ قراره... توضیح: مصنف و دیگران، لزوم عقد را مشروط به سلامتی میوه از آفت کرده‌اند و گفته شد که نتیجه آن شرط این است که: اگر چنانچه به مقداری از میوه‌ها آفت رسید، به همان نسبت از عوضی که متقبل، متعهد آن شده است نیز کم می‌شود.

شارح بر شرط مذکور اشکال می‌کند به اینکه آن، دلیل روشنی ندارد و در روایت نیز، شرط مزبور نیامده است.

بعضی از فقها دلیل آن را چنین ذکر کرده‌اند که صاحب حصه (واگذارکننده سهم خود) در صورتی که متقبل، متعهد شود که عوضی را از خود میوه‌های درخت بدهد و صاحب حصه هم راضی شود که حق او را از میوه‌های همین درخت بدهد، معنایش این است که صاحب حصه راضی شده است که با صاحب عوض، در همان میوه‌های درخت به مقدار آن عوض، شریک شود، پس او به منزله شریک می‌شود هر چند تصریح به شرکت نکرده باشد. و در شرکت، حکم این است که اگر بر عین مال

مشترک، ضرری وارد آید، از جیب هر دو شریک رفته است و ضرر به هر دو می‌خورد و به حساب هر دو می‌آید و در نتیجه، در مورد بحث وقتی که آفت آسمانی به میوه‌ها خورد، در واقع آفت، هم به حصه‌ای خورده که متقبل آن را قبول کرده، و هم به عوضی خورده که متقبل، متعهد شده آن را از همان میوه‌ها بدهد، بنابراین، بر متقبل لازم نمی‌شود که عوض را بطور کامل بدهد بلکه باید به همان نسبتی که آفت به باقی میوه‌ها خورده، کم شود از عوض.

شارح در جواب می‌فرماید که: درست است که متقبل می‌تواند عوض را از خود میوه‌های درخت بدهد ولی لازم نیست که حتماً از آن بدهد، پس در صورتی هم که متقبل بخواهد عوض را از خود آن میوه‌ها بدهد، معنایش این نیست که صاحب حصه، راضی شده است به اینکه به مقدار آن عوض با صاحب عوض در آن میوه‌ها شریک باشد، بلکه رضایت او همانا رفته است روی مقدار عوض فقط بدون قید شرکت (و به عبارت دیگر صاحب حصه راضی شده است که به مقدار سهمی که واگذار می‌کند، عوض بگیرد که این عوض در ذمه متقبل باشد).

پس مقدار عوض در آن میوه‌ها، کلی در معین است نظیر خریدن یک قفیز از کوپه گندم (که اگر به کوپه آفتی برسد و بقیه گندم‌ها تلف شود وفقط به مقدار یک قفیز مانده باشد، همه آن قفیز به مشتری می‌رسد و به حق او ضرری وارد نمی‌شود) پس در مورد بحث نیز وقتی که آفت به میوه‌ها رسید نباید از عوض کم گردد بلکه آن عوض در ذمه متقبل، محفوظ است و باید آن را طبق تعهدی که داده است کاملاً بپردازد.

آری در یک صورت، دلیل مزبور را می‌توان پذیرفت و آن اینکه رضایت به مقدار عوض در آن میوه‌ها را حمل بر اشاعه بکنیم، چنانکه در بیع یک قفیز از کوپه گندم نیز بعضی آن را حمل بر اشاعه کرده‌اند (چنانکه در مبحث خود گذشت) بنابراین صاحب حصه با صاحب عوض، به منزله شریک می‌شود چون لازمه اشاعه، شرکت

است و درنتیجه، وقتی آفت به میوه‌ها خورد به همان نسبت به عوض نیز ضرر خورده است و باید کم گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و اما الحکم**... یعنی و اما حکم مصنف به اینکه استقرار (و لزوم) عقد، مشروط به سلامتی میوه هاست، وجه آن برای ما روشن نیست، و روایت هم خالی از آن شرط است (و چنین شرطی را ذکر نکرده است) **و توجیهه**... (این مبتدا است و خبر آن ـ فیه أن ـ می‌باشد و ضمیر آن برمی‌گردد به اشتراط سلامتی) یعنی توجیه اشتراط مزبور به اینکه متقبل (به فتح باء به صیغه اسم مفعول خوانده شود که همان صاحب حصه می‌باشد و در بعضی نسخه‌ها «مقبل» می‌باشد چنانکه در نسخه «مسالک» نیز چنین است و مقبّل نیز همان صاحب حصه است) وقتی که راضی شد به اینکه عوضی که به او داده می‌شود، سهم معینی در خود میوه‌های درخت باشد (در صورتی که متقبل ـ به کسر باء ـ بخواهد عوضی را از خود میوه‌ها بدهد) پس صاحب حصه به منزله شریک می‌شود (و باید حکم شرکت را در آن جاری نمود که در بالا ذکر کردیم).

فیه أن.. یعنی در آن توجیه، این اشکال است که عوضی که متقبل متعهد شده است، لازم نیست که از خود میوه‌های همان درخت باشد هر چند جایز است که از خود آن باشد، و درنتیجه (در همین صورت هم که متقبل متعهد شده که از خود میوه‌های همان درخت بدهد) رضایت صاحب حصه، همانا تعلق گرفته به اینکه مقدار عوض به او داده شود مطلقا (بدون قید شرکت) نه اینکه رضایت او تعلق گرفته به مقدار عوض با قید شرکت در میوه‌ها **کونه منها** ضمیر مؤنث برمی‌گردد به عین **لا به** ضمیر به قدر برمی‌گردد **إلاّ أن ینزّل**... یعنی مگر اینکه قدر را (که رضایت به آن تعلق گرفته) حمل بر اشاعه کنیم (یعنی بگوئیم رضایت صاحب حصه رفته است روی آن مقدار عوضی که پخش در تمام میوه‌هاست که هر میوه‌ای را دست بزنیم مشترک

است بین آن دو به نسبت مقدار عوض) چنانکه نظیر این حمل گذشت (در بحث فروش یک قفیز از کوپه گندم).

و لو کان النقصان... توضیح: گفته شد که اگر میوه‌ها از مقدار تخمینی که زده‌اند، بواسطه آفت آسمانی، نقص پیدا کرد، بین علما محل خلاف بود که آیا از عوضی که متقبل ملتزم به پرداخت آن شده است کم می‌گردد یا نه؟ شارح فرمود که: حکم آن بستگی به این دارد که سلامتی از آفت را شرط بدانیم یا شرط ندانیم، که اگر شرط دانستیم، از عوض کم می‌گردد و اگر شرط ندانستیم کم نمی‌شود.

حال می‌فرماید که: اگر نقصان بواسطه آفت آسمانی نبود بلکه بواسطه اشتباه در تخمین آنها بود که مطابق با واقع درنیامد (مخصوصاً با توجه به اینکه غالباً تخمین‌ها مطابق با واقع در نمی‌آید) در این صورت، مقتضای لزوم عقد آن است که چیزی از عوضی که متقبل، ملتزم به پرداخت آن شده است کم نمی‌شود و باید طبق قرارداد، تمام عوض را به صاحب حصه بپردازد (چنانکه اگر بواسطه اشتباه در تخمین، حصه بیشتر از عوض درآمد، متقبل آن را مالک می‌شود، چنانکه در بالا نیز گذشت).

و همچنین اگر متقبل (بکسر باء) تفریط و سهل انگاری در حفظ میوه‌ها نمود و در اثر آن، بعض میوه‌ها فاسد شدند (مثلاً بعضی از آنها را کرم خورد) باز از مقدار عوض، چیزی کم نمی‌گردد و باید کاملاً به صاحب حصه بپردازد.

نظر بعض فقها در قباله

و بعض الأصحاب... توضیح: برخی از فقها مانند ابن ادریس، اساساً معامله قباله را جایز ندانسته است، به دلیل اینکه با قواعد شرعیة ما سازگار نیست، زیرا اگر قباله را بیع بدانیم، داخل در بیع مزابنه یا محاقله خواهد بود که قبلاً دانسته شد که باطل است. و اگر آن را صلح بدانیم، دو صورت دارد: یا عوض در آن از خود میوه‌های

درخت است و یا به ذمه است، اگر اوّلی باشد صلح غرری خواهد بود و باطل است چون معلوم نیست عوض چه مقدار خواهد بود و چه بسا بواسطه آفت آسمانی، عوض کم گردد. و اگر دوّمی باشد ـ یعنی به ذمه ـ باید آن را بپردازد خواه میوه‌ها سالم از آفت بمانند و خواه تلف شوند.

شارح می‌فرماید: حق آن است که بواسطه وجود روایاتی در این مورد، باید گفت که اصل قباله، شرعاً ثابت است و جایز می‌باشد و از جهت اینکه عقد است، داخل در عقود لازمه خواهد بود چون اصل در عقد، لزوم آن است به دلیل آیه: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ و غیر آن از ادله دیگر.

فقط فروعات و احکام دیگری که بر این عقد، مترتب کرده‌اند (از قبیل اینکه باید عقد مزبور به صیغه قباله و تقبیل باشد، و یا مشروط بودن لزوم آن به سلامتی از آفات) گوئیم دلیلی بر آنها نداریم چنانکه در اول مسأله نیز تذکر به آن داده شد.

ترجمه و شرح عبارت: **و بعض**... یعنی بعضی فقها دَرِ این معامله را بسته است به جهت مخالفت آن با قواعد شرعیة، شارح می‌فرماید: سخن حق در نظر ما آن است که اصل این معامله، شرعاً ثابت است، ولزوم آن هم مقتضای عقد بودن آن می‌باشد، ولی بقیه فروع و احکام آن دلیلی بر آن نیست.

(الرابعة: يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل والفواكه والزرع، بشرط عدم القصد، وعدم الإفساد) أما أصل الجواز فعليه الأكثر، ورواه ابن أبي عمير مرسلا عن الصادق عليه السلام، ورواه غيره، وأما اشتراط عدم القصد فلدلالة ظاهر المرور عليه، والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق المرور عليها عرفا، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة.

وأما الشرط الثاني فرواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال "يأكل منها ولا يفسد" والمراد به أن يأكل كثيرا بحيث يؤثر فيها أثرا بينا ويصدق معه" الإفساد" عرفا، ويختلف ذلك بكثرة الثمرة والمارة وقلتهما.

وزاد بعضهم عدم علم الكراهة ولا ظنها، وكون الثمرة على الشجرة.

مسأله چهارم ـ حق المارّة

(الرابعة: يجوز الأكل... توضیح: باغ میوه و یا درختان میوه و یا مزرعه‌ای که در اطراف جادّه و راه قرارگرفته‌اند و صاحب دارند و ملک شخصی است، جایز است برکسی که ازکنار آنها عبور می‌کند از میوه آنها بخورد و این را در اصطلاح فقها «حق المارّه» گویند (یعنی حق مرورکننده‌ها و عبورکننده‌ها) و آن جواز خوردن، مشروط به دو شرط است:

۱. اینکه انسان قصد خوردن آن میوه را ابتداء نداشته باشد، یعنی به قصد خوردن آن میوه، از آنجا عبور نکند، بلکه قصدش کار دیگری بوده و اتفاقاً عبورش از آنجا بیفتد.

۲. اینکه درخت و زراعت را فاسد نسازد، به این معنی که آنقدر نخورد که اثر و نقص آشکار در میوه‌های درخت نمایان شود.

ترجمه و شرح عبارت: **یجوز**... یعنی جایز است خوردن از آنچه که انسان، عبور بر آن می‌کند از محصول درخت خرما و میوه‌های دیگر و زراعت (از قبیل سبزیجات) به (دو) شرط: (یکی) اینکه قصد خوردن آنها را (از ابتدا) نداشته باشد، و (دوم) اینکه فاسد نسازد آنها را (معنای فاسد نساختن را در بالا ذکر کردیم و شارح نیز در پایین ذکر خواهد نمود).

اما أصل... یعنی اما نسبت به اصل جواز خوردن، اکثر فقها بر طبق آن فتوی داده‌اند، و ابن ابی عمیر هم روایتی بطور مرسل از امام صادق علیه‌السلام نقل کرده است، و غیر او نیز روایت کرده است **مرسلاً** خبر مرسل، روایتی را گویند که بعضی راویان آن، یا ذکر نشده و یا بطور مجمل ذکر شده باشد، و روایتی که ابن ابی عمیر نقل کرده از قبیل دوّمی است، چون ایشان از بعض اصحاب نقل کرده که او از امام صادق علیه‌السلام نقل نموده و بعض اصحاب نامش ذکر نشده.

دلیل دو شرط بالا

و أما إشتراط... دلیل شرط اول ـ قصد نداشتن به خوردن میوه در ابتدا ـ آن است که در روایات تعبیر به «مرور» شده است، و معلوم است که مرور در جایی تعبیر می‌شود که انسان بدون قصد قبلی، عبور از محلی کند **والمراد کون**... مقصود از مرور که در روایات آمده است این نیست که حتماً درخت در وسط جاده باشد که انسان عبورش برخود درخت بیفتد بلکه مقصود آن است که جاده نزدیک به آن درخت بوده باشد بطوری که عرفاً صدق کند که انسان عبور بر آن درخت نمود **قریبة منها** یعنی من الثمرة.

و أما إلشرط الثاني... دلیل شرط دوم ـ فاسد نساختن میوه ـ روایت عبدالله بن سنان از امام صادق علیه‌السلام شده است که حضرت در آن روایت فرموده است: «بخورد از

میوه و فاسد نسازد آن را» و مقصود از فاسد ساختن آن این است که از درخت زیاد بخورد بطوری که در میوه‌ها اثر آشکاری، نمایان گردد بطوری که عرفاً بواسطه این خوردن، صدق بکند که میوه‌ها را فاسد ساخت.

البته معلوم است که این معنی، به اعتبار زیادی وکمی میوه، و به اعتبار زیادی و کمی عابرین فرق می‌کند، به این معنی که اگر میوه کم باشد و جمعیت عابرین زیاد، چنانچه هرکدام یک دانه هم بردارند چه بسا اکثر میوه‌ها خورده شده و اثر آشکاری در نقصان میوه‌ها نمایان می‌گردد، در این صورت به خاطر اینکه افساد صدق می‌کند جایز نیست بر عابرین، خوردن از میوه حتی یکدانه از آن.

ولی اگر میوه‌ها زیاد باشد و عابر یک یا دو نفر باشد چه بسا با خوردن یک کیلو از آن نیز اثر آشکاری در نقصان میوه‌ها نمایان نمی‌شود، در این صورت خوردن آن مقدار جایز خواهد بود، چون افساد صدق نمی‌کند.

و زاد بعضهم... بعضی از فقها دو شرط دیگر نیز اضافه کرده‌اند و آن:

۱. اینکه انسان علم و یا گمان به نارضایتی صاحب میوه نداشته باشد، بلکه نهایت اینکه شک در آن داشته باشد، پس در صورت علم یا گمان به نارضایتی مالک، جایز نیست خوردن آن.

۲. اینکه میوه بر روی درخت باشد، و این شرط، احتمال دارد که برای خارج ساختن صورتی باشد که میوه بر روی زمین افتاده باشد که در این صورت، خوردن آن برای عابر جایز نیست هر چند به نظر انسان چنین می‌آید که میوه‌های افتاده بر روی زمین، اقرب به رضایت صاحبش باشد.

و احتمال دارد که برای خارج ساختن صورتی باشد که صاحب میوه، میوه‌ها را چیده و در سبد گذاشته و هنوز آن را انتقال نداده است، پس در این صورت، خوردن آن برای عابر جایز نیست.

(ولا يجوز أن يحمل) معه شيئا منها وإن قل، للنهي عنه صريحا في الأخبار، ومثله أن يطعم أصحابه، وقوفا فيما خالف الأصل على موضع الرخصة، وهو أكله بالشرط.

(وتركه بالكلية أولى)، للخلاف فيه، ولما روي أيضا من المنع منه، مع اعتضاده بنص الكتاب الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وبغير تراض، ولقبح التصرف في مال الغير، وباشتمال أخبار النهي على الحظر، وهو مقدم على ما تضمن الإباحة والرخصة، ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد فيما وافق الأصل فكيف فيما خالفه.

(ولا يجوز أن يحمل)... توضیح: بر عابر جایز نیست که از میوه‌های مزبور، مقداری با خودش ببرد هر چند کم باشد، بلکه فقط جایز است که در همان پای درخت بخورد، به دلیل اینکه در روایات، نهی از بردن آن شده است.

و همچنین جایز نیست در همان جا علاوه بر خودش، به همراهانش بخوراند، یعنی او بچیند و به رفقایش بدهد، بلکه هر کسی که بخواهد، خودش به تنهایی بچیند و بخورد.

و دلیل آن این است که قاعده مسلم این است که خوردن مال دیگری بدون اذن و رضایت قطعی او جایز نیست، و در اینجا چون بر خلاف قاعده، روایات اجازه خوردن را داده‌اند ما باید به همان مقداری که روایات اجازه داده است اکتفا کنیم و آن فقط خوردن خود انسان است با شرایطی که در بالا گذشت، پس خوراندن به همراهان، خارج از مورد اجازه روایات است و داخل در قاعده حرمت خوردن از مال دیگری می‌باشد.

و مثله یعنی مثل حمل است (در عدم جواز) اینکه بخوراند به همراهانش **وقوفاً**... (علت است برای عدم جواز إطعام همراهان، و می‌توان آن را علت دوم برای عدم جواز بردن با خود نیز قرار داد) یعنی به دلیل اینکه ما توقف می‌کنیم در حکمی که خلاف قاعده است، بر مواردی که اجازه داده شده (در روایات) و آن مورد، فقط خوردن

خود انسان است آن هم با شرطی که در بالا گذشت (پس خوراندن دیگران، خارج است از مورد اجازه روایات، و همچنین حمل کردن با خود نیز خارج از مورد اجازه روایات است).

نظر مصنف در حق المارة

و ترکه بالکلیة... توضیح: بهتر و موافق احتیاط آن است که اصلاً از میوه‌های کنار جاده خورده نشود به سه دلیل:

۱. اینکه در جواز خوردن آن بین فقها اختلاف است و اجماعی نیست، پس احتیاط در این است که ترک شود.

۲. اینکه دسته دیگری از روایات، خوردن از آن را منع کرده‌اند و این روایات با چند قاعده تأیید می‌شود:

اول: قاعده مستفاد از آیه قرآن که می‌فرماید: ﴿**یا أَیُّهَا الَّذینَ آمَنُوا لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ**﴾[1] که این آیه دلالت دارد بر اینکه مال مردم را به سبب‌های باطل و بدون رضایت نخورید.

دوم: اینکه عقل حکم می‌کند به اینکه تصرف در مال غیر بدون رضایت او قبیح است.

سوم: اینکه آن دسته روایات، جلوگیری از خوردن می‌کند و دسته اول از روایات که در بالا نقل شد خوردن را اجازه می‌دهد، و در مقام تعارض بین منع و اجازه، منع را مقدم می‌دارند، زیرا بواسطه عمل به روایات منع، ضرر (ضرر اخروی) را از خود دفاع کرده‌ایم ولی بواسطه عمل به روایات جواز، جلب نفع برای خود کرده‌ایم، و گفته‌اند دفع ضرر بهتر از جلب نفع است.

---

[1] سوره نساء، آیه ۲۹.

۳. دلیل سوم اینکه روایات جواز اکل، خبر واحدند، و بسیاری از فقها، خبر واحد را ـ هر چند سندش صحیح باشد ـ حجت نمی‌دانند حتی در جایی که مخالف قاعده نباشد، پس در جایی که مخالف با قاعده باشد ـ مثل مورد بحث ـ به طریق اولی به آن نباید عمل کرد.

ترجمه و شرح عبارت: **و ترکه**... یعنی ترک أکل بطورکلی، بهتر است (ظاهر عبارت مصنف آن است که نظر ایشان حرمت اکل نیست بلکه کراهت آن است چون اولویت ترک اکل، کراهت اکل را اثبات می‌کند، و شارح بعد از این، ادله منع اکل را ذکر کرده که با توجه به روایات اباحه و جوازی که در بالا ذکر نمود باید ادله منع و نهی را حمل بر کراهت کنیم نه حرمت **للخلاف**... دلیل اول است **و لما روي**... دلیل دوم است (ناگفته نماند که روایت منع، یک روایت نیست بلکه چند روایت است و لذا شارح در چند سطر بعد، تعبیر کرده به «اخبار النهي»).

مع إعتضاده... (ضمیر بر می‌گردد به خبر منع) یعنی حدیث منع، تأیید می‌شود به صریح قرآن که دلالت دارد بر نهی از خوردن اموال مردم به سبب باطل و بدون رضایت **و لقبح**... ظاهراً عطف است بر ـ نص الکتاب ـ که بنابراین، از مؤیدات خواهد بود **و بإشتمال**...(این هم مؤید دیگری است) یعنی روایات نهی، مشتمل بر منع خوردن است و منع مقدم است بر روایاتی که متضمن اباحه خوردن می‌باشند **ولمنع کثیر**... (ظاهراً عطف است بر ـ لما روي أیضاً ـ که بنابراین، دلیل سوم برای قول مصنف می‌باشد نه اینکه از مؤیدات باشد) یعنی و به دلیل اینکه بسیاری از فقها منع می‌کنند از عمل نمودن به خبر واحد در جایی که موافق قاعده مسلم است، چه برسد در جایی که خبر، مخالف با قاعده باشد.

والسلام علیکم و رحمة الله و برکاته.

پایان بخش سوم از کتاب المتاجر