

ويرايش جديد

الخصير

في شرح روضة الشهيد

كتاب الشفعة. السبق والرماية. الجعالة

كامل ترین شرح فارسی بر شرح لمعه

همراه با متن کامل شرح لمعه

شیخ حسن قاروبی

كتاب الشفعة. السبق والرماية. الجعالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفتاوى

فهي شرح روضة الشهيد



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

ISBN : ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۷-۸

بها : - ریال (دوره) :

ISBN: ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۲-۲

(جلد بیست و چهارم) :

وضعیت فهرست نویسی : فیها

یادداشت : کتابنامه :

یادداشت : مندرجات ج . ۱ . الطهاره . ج . ۲-۳ . الصلاه . ج . ۴ . الزکاه . ج . ۵ . الصوم و الاعتکاف . ج . ۶-۷ . الحج . ج . ۸ . الجهاد . ج . ۹ . القضاء

موضوع : شهید اول ، محمد ابن مکی ، -۷۸۶۷۳۴ ق . - اللعه دمشقیه - نقد و تفسیر
موضوع : شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ ، ۹۶۶ ق . - الروضه البهیة فی شرح اللعه دمشقیه - نقد و تفسیر .
موضوع : فقه جعفری .

شناسه افزوده : شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، ۹۱۱ - ۹۶۶ ق . ، الروضه البهیة فی شرح اللعه دمشقیه . شرح
رده بندی کنگره : ۱۳۹۵ ، ۴۲۲۴ ج ۸۰ / ش ۹ / BP / ۱۸۲ / ۳

رده بندی دیویی : ۲۹۷ / ۳۴۲

شماره مدرک : ۳۹۹۵۶۸۳

التذیید (جلد بیست و چهارم)

مؤلف : شیخ حسن قارویی

قطع : وزیری ۳۹۵ صفحه

نوبت چاپ : اول پاییز ۹۵

شمارگان : ۱۵۰۰ نسخه

چاپ کلها

ناشر : عالمه

« کلیه حقوق محفوظ می باشد »

شابک جلد بیست و چهارم : ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۲-۲ دوره : ۹۷۸-۶۰۰-۶۳۵۳-۶۷-۸

مرکز پخش : کتابفروشی حسینی

قم . خیابان ارم ، پاساژ قدس ، طبقه همکف بالا ، پلاک ۸۸

تلفن : ۳۷۷۳۲۰۵ - ۰۲۵ ، فکس : ۳۷۸۳۷۶۹۶ - ۰۲۵ ، همراه : ۰۹۱۲۲۵۳۷۵۳۶

قیمت : ۱۶۰۰۰ تومان

هر گونه برداشت از تمام یا قسمتی از کتاب جهت تهیه کتاب ، جزوه ، سی دی
یا هر گونه کپی و تکثیر شرعاً و قانوناً مجاز نمی باشد و پیگرد قانونی دارد

فهرست

فهرست	۵
مقدمه	۹
کتاب الشفعة	۱۳
شفعه	۱۳
شفعه از عقود نیست	۱۳
خلاف اصل بودن شفعه	۱۵
فلسفه جعل شفعه	۱۵
ریشه لغوی شفعه	۱۶
تعریف شرعی شفعه	۱۷
احکام شفعه	۲۹
موضوع شفعه	۳۲
قابل تقسیم بودن مال غیر منقول	۳۴
اشترط مشترک بودن مال	۴۲
اشترط مسلمان بودن شفیع	۴۹
حکم حاضر نبودن ثمن در دست شفیع	۴۹
ثبوت شفعه برای بچه و دیوانه و سفیه	۶۰
فوریت اخذ به شفعه	۸۹
زمان ثبوت حق شفعه	۱۰۵
اقاله مبیع و یا فسخ بیع به جهت معیوب بودن مبیع یا ثمن	۱۰۸

۱۲۹	عدم سقوط شفعه به واسطه عقودی که بر مبیع واقع شوند.....
۱۳۷	ضمان مبیع به عهده کیست؟.....
۱۴۳	توارث حق شفعه.....
۱۴۷	کیفیت توارث شفعه.....
۱۶۶	مسائل نزاعی.....
۱۶۶	نزاع شفیع و مشتری.....
۱۸۲	حکم تداعی شریکین.....
۱۸۷	کتاب السبق والرمایة.....
۱۸۷	تعریف سبق و رمایه.....
۱۹۵	شرایط مسابقه دهنده ها.....
۱۹۹	چیزهایی که مسابقه در آنها جایز نیست.....
۲۰۵	آیا در مسابقه، قبول لفظی معتبر است یا نه؟.....
۲۲۱	آیا در مسابقه سوارکاری، وجود داور شرط است.....
۲۲۶	شرایط مخصوص مسابقه سوارکاری.....
۲۳۴	عدم اشتراط تساوی در موقف.....
۲۳۷	در مسابقه اسب دوانی، برنده کیست.....
۲۴۶	شرایط مسابقه تیراندازی.....
۲۶۲	«مبادرة» یا «محاطة» در تیراندازی.....
۲۷۳	احکام مسابقه تیراندازی.....
۲۹۳	کتاب الجماله.....
۲۹۳	تعریف جماله.....
۳۱۲	شرایط جاعل.....

۳۱۵.....	احکام جعاله
۳۲۴.....	جایز بودن عقد جعاله
۳۴۰.....	اجرای دو صیغه از طرف مالک
۳۵۵.....	چند مسأله
۳۵۵.....	مسأله اول
۳۶۴.....	مسأله دوم
۳۶۶.....	مسأله سوم
۳۶۸.....	مسأله چهارم
۳۷۱.....	مسائل نزاعی
۳۷۱.....	نزاع در اصل جعاله
۳۷۲.....	نزاع در تعیین عبد فراری
۳۷۳.....	نزاع در سعی و کوشش عامل
۳۷۸.....	نزاع در مقدار مزد جعاله
۳۹۰.....	نزاع در جنس مزد

مقدمه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والعاقبة لأهل التقوى واليقين والصلاة والسلام على
أشرف الأنبياء والمرسلين حبيب إله العالمين أبي القاسم محمد ﷺ سيما
بقية الله في الارضين الحجة بن الحسن العسكري عليه السلام واللعنة الدائمة
على أعدائهم ومنكرى فضائلهم ومناقبهم من الآن إلى يوم الدين آمين رب
العالمين.

مجلدی را که از شرح «النضید» پیش رو دارید، مشتمل بر سه کتاب «الشفعة»
و «السبق والرمایة» و «الجعالة» می باشد.

امید آنکه اساتید گرامی و طلاب عزیز ما را از دعای خیر فراموش نفرمایند.

حسن قارویی تبریزی

قم المقدسة

كتاب الشفاعة

کتاب الشفعة

(کتاب الشفعة: وهي) فعلة من قولك: "شفعت كذا بكذا" إذا جعلته شفعا به أي زوجا كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه، وأصلها التقوية والإعانة. ومنه الشفاعة والشفع. وشرعا (استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته)، ولا يحتاج إلى قيد الاتحاد وغيره مما يعتبر في "الاستحقاق" لاستلزام الاستحقاق له. وإنما يفتقر إلى ذكرها في الأحكام.

شفعه

پیش از توضیح عبارت، به بیان چند مطلب می پردازیم:

شفعه از عقود نیست

مطلب اول - شفعه (به ضم شین و سکون فاء) جزو عقود و معاملات و سایر اسباب تملک (از قبیل احواء اراضی موات و یا حيازت اشیاء مباحه) نیست، بلکه صرفاً حقّی است که شارع مقدس برای یکی از دونفری که شریک هستند قرارداد داده است. به این صورت که هرگاه مال غیر منقول - مثل زمین - بین دونفر مشترک باشد و یکی

از دوشریک، سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد، شریک دیگر شرعاً حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و سهم فروخته شده را جبراً از او بگیرد گر چه مشتری، راضی به دادن آن نباشد. این حق را «حق شفعه» و صاحب آن را «شفیع» گویند.

و چون از عقود نیست، صیغه خاصی برای گرفتن آن سهم از مشتری، ندارد بلکه به دو صورت می‌تواند آن را بگیرد: عملی و لفظی.

الف - اخذ عملی: آن است که شفیع با حضور نزد مشتری، ثمن را به او پرداخته و سهم شریک را اخذ می‌نماید. فقهای امامیه گفته‌اند که با این عمل، شفیع، مالک آن سهم خواهد شد و نیازی به انشاء صیغه لفظی ندارد، به دلیل آنکه اصل عدم اشتراط لفظ است. اما بعضی از اهل سنت معتقدند حتماً باید از سوی شفیع، انشاء لفظی صادر گردد.

ب - اخذ لفظی: آن است که شفیع، کلامی که صراحت در تملک سهم شریک دارد به مشتری اظهار نماید، مانند آنکه بگوید: «اخذت بالشفعة» (یعنی اخذ به شفعه کردم) و یا «تملکت الحصة» (یعنی حصه را تملک کردم).

و اگر کلام شفیع صریح در معنای اخذ نباشد، کافی نیست حتی اگر بگوید: «من حق شفعه دارم و مطالبه می‌کنم» به نظر بعضی کفایت نمی‌کند چرا که مطالبه، عبارت از میل و رغبت در تملک است و صرفاً اظهار رغبت، تحصیل ملکیت نمی‌کند.

خلاف اصل بودن شفعه

مطلب دوم - شفعه، حقی است بر خلاف قاعده، زیرا به مقتضای حدیث «التاس مسلطون علی اموالهم» کسی حق ندارد ملک کسی را بدون رضایت او از ملکیت او خارج سازد، ولی در شفعه، شارع مقدس این حق را برای شفیع (شریک) به طور استثنایی قرار داده است که ملک را از ملکیت مشتری بدون رضایتش خارج سازد. و از اینجا نکته آنکه بعضی از فقها بحث شفعه را بعد از کتاب غصب بلافاصله قرار داده اند روشن می شود و آن اینکه خواسته اند اشاره کنند به این مطلب که شفعه از احکام استثنایی است، به این معنی که اخذ مال دیگری جبراً و قهراً به طور کلی غصب است و حرام مگر اخذ به شفعه که جایز می باشد.

فلسفه جعل شفعه

مطلب سوم - حکمت و فلسفه اینکه شارع مقدس، حق شفعه را قرار داده آن است که جلوگیری از ضرر شفیع گردد و آن ضرر (چنانکه شارح در کتاب الوصایا^۱ اشاره به آن نموده است) عبارت است از پدیدار شدن شریک جدید (یعنی مشتری) برای شریک سابق (که همان شفیع باشد) چون ممکن است شریک جدید دارای سوء سریره و اخلاق بوده باشد و بدرفتاری با شفیع کند و بعدها اسباب زحمت شفیع را فراهم آورد.

حال برویم سراغ توضیح عبارت:

^۱ کتاب الوصایا، ص ۳۹، طبع قدیم.

ریشه لغوی شفعه

شفعه به ضم شین بروزن «فعله» از ماده شفع به معنی جفت گرفته شده. چنانکه در عرف می‌گویند «شفعت کذابکذا» یعنی فلان چیز را با چیز دیگر جفت و پیوست نمودم و مناسبت این معنا با معنای شرعی آن است که گویا شفیع یعنی آن شریکی که صاحب حق شفعه است، سهم خود را با سهم شریکش جفت قرار می‌دهد. و اصل معنای لغوی آن، تقویت و کمک کردن است، و کلمه «شفع» (به معنای جفت) و «شفاعت» (میانجیگری کردن) نیز از همین ریشه لغوی گرفته شده، زیرا فردی که با فرد دیگر، جفت و پیوست می‌شود تقویت پیدا می‌کند، و کسی که میانجیگری می‌کند برای کسی دیگر، با میانجیگری کردن خود، آن دیگری را تقویت و کمک می‌کند.

با توجه به مطالب بالا بعضی از لغویون گفته‌اند که شفعه اسم است برای آن چیزی که با چیز دیگر جفت قرار داده می‌شود مانند «لقمه» که اسم است برای آن چیزی که یک بار در دهان گذاشته می‌شود.

ولی نسبت به معنای شرعی، شفعه یا اسم است برای حقی که برای شفیع می‌باشد و یا اسم مصدر است چون مصدر، حق داشتن شفیع است.

ترجمه و شرح عبارت: و هی فعلة... یعنی شفعه بروزن فعله گرفته شده از قول شما (در عرف عام) که می‌گوئی: «شفعت کذا بکذا» در وقتی که چیز اول را جفت قرار دهی به چیز دوم أي زوجاً این جمله تفسیر می‌کند «شفعاً» را کأن الشفیع... (این جمله مناسبت معنای عرفی با معنای شرعی را بیان می‌نماید) یعنی گویا صاحب حق شفعه، قرار می‌دهد سهم خودش را جفت با سهم شریکش و اصلها... یعنی

اصل شفعه (یعنی در لغت) به معنای تقویت و کمک کردن است، و از همین معنی است کلمه (شفاعت) و «شفع» (یعنی جفت).

تعریف شرعی شفعه

و شرعاً (استحقاق الشریک... توضیح: مصنف، شفعه را چنین تعریف کرده که آن عبارت است از: «حق داشتن شریک نسبت به سهم فروخته شده در حال شرکتش» مثل اینکه زمینی بین زید و عمرو مشترک باشد و عمرو سهم خود را به احمد بفروشد، زید حق دارد قیمتی را که احمد به عمرو داده است، به احمد بدهد و آن سهم را از او جبراً بگیرد.

اگر کسی گوید که تعریف مصنف ناقص است، زیرا چنانکه بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد، در ثبوت حق شفعه چند چیز شرط است:

اول: اینکه آن شریکی که برای او شفعه ثابت می شود باید یک نفر باشد یعنی اینکه باید شرکت بین دو نفر باشد که اگر یکی از آنها سهم خود را فروخت، شفعه برای دیگری ثابت می شود (پس اگر شرکت بین سه نفر یا بیشتر باشد و یکی از آنان سهم خود را بفروشد، حق شفعه برای دیگران ثابت نمی شود).

دوم اینکه: شفیع مسلمان باشد (پس اگر مشتری مسلمان ولی شفیع غیر مسلمان باشد، حق شفعه برای او ثابت نمی شود).

وسوم اینکه: شفیع، قدرت پرداخت ثمن را داشته باشد (پس اگر عاجز از پرداخت آن باشد، حق شفعه برای او ثابت نمی شود).

بنابراین، می بایست مصنف در تعریف شفعه، چند قید دیگری افزود و مثلاً چنین می فرمود: «استحقاق الشریک الواحد المسلم القادر علی الثمن، الحصّة

المبيعة في شرکته» (یعنی حق داشتن یک شریک مسلمان توانا بر پرداخت قیمت، نسبت به سهم فروخته شده در حال شرکتش).

شارح در جواب می‌فرماید که: در تعریف، احتیاج به ذکر آن قیده‌ها نیست زیرا از کلمه «حق داشتن» آن قیده‌ها استفاده می‌شود، به جهت اینکه تا آن شرایط جمع نشود، حقی برای شریک ثابت نمی‌گردد پس استحقاق شریک همانا بعد از جمع شدن آن شرایط است، بنابراین چون کلمه «حق داشتن» مستلزم آن قیود هست، احتیاجی نیست که آنها در تعریف ذکر شوند (و اساساً تعریف کردن چیزی، بیان کردن حقیقت و ماهیت آن چیز می‌باشد پس باید اموری که مدخلیت در ماهیت آن چیز دارند و ماهیت آن را روشن می‌کنند در تعریف ذکر شود و اموری که خارج از ماهیت آن چیز به شمار می‌آیند در تعریف آورده نمی‌شود و نیازی به ذکر آنها در تعریف نیست، حال در مورد بحث نیز قید اتحاد شریک و قیود دیگر به واسطه آنکه از شرایط ثبوت شفعه می‌باشند، از احکام شفعه به شمار می‌آیند و مدخلیتی در ماهیت شفعه ندارند لذا احتیاجی به ذکر آنها در تعریف نیست) بلکه ذکر آنها بعداً در مقام بیان احکام شفعه، لازم است چنانکه مصنف نیز چنین کرده و بعداً آنها را در احکام شفعه بیان خواهد نمود.

ترجمه و شرح عبارت: و شرعاً... یعنی شفعه در اصطلاح شرع، حق داشتن شریک است (زید در مثال بالا) سهمی را که فروخته شده (سهم عمرو در مثال بالا) في شرکته (متعلق است به - المبيعة) یعنی سهمی را که در حال شریک بودن آن شریک، فروخته شده است.

(ناگفته نماند که کلمه - المبيعة - صراحت دارد در اینکه حق شفعه در صورتی ثابت می‌شود که یکی از دو شریک، سهم خود را به وسیله عقد بیع، انتقال دهد، بنابراین، چنانچه شریک، سهم خود را به سبب دیگری انتقال دهد مانند صلح یا

هبه و یا آنکه آن را مهریه زن خود قرار دهد، حق شفعه برای شریک دیگر ثابت نمی‌شود) چنانکه این مطلب را مصنف نیز در عبارت خود بیان خواهد نمود.

ولا یتحتاج... یعنی تعریف مزبور احتیاج ندارد به قید یکی بودن آن شریک و غیر آن از قیود دیگری که شرط استحقاق داشتن آن شریک می‌باشند (مثل مسلمان بودن آن شریک، و یا توانا بودن آن شریک بر پرداخت قیمت سهم فروخته شده).

لإستلزام... (علت است برای عدم احتیاج به ذکر آن قیود در تعریف) یعنی زیرا استحقاق (یعنی استحقاقی که در تعریف آمده) مستلزم قید اتحاد شریک و غیر آن می‌باشد (چون حق مزبور در صورتی برای شریک ثابت می‌شود که تمامی آن قیود، تحقق یافته باشند و بدون حصول آن قیود، شریک استحقاق سهم فروخته شده را پیدا نمی‌کند) و إنما... یعنی و همانا احتیاج به ذکر آن قیود می‌شود در (مقام بیان احکام شفعه (نه در مقام تعریف شفعه)).

ولا یرد النقض فی طرده بشراء الشریک حصۃ شریک، فإنه بعد البیع "یصدق استحقاق الشریک الحصۃ المبیعة فی شرکتہ" إذ لیس فی التعریف أنها مبیعة لغيره أو له، وكما یصدق الاستحقاق بالأخذ یرد بنفس الملك.

ووجه دفعه: أن "الاستحقاق" المذكور هنا للشریک المقتضي لكونه شریکا حال شرکتہ، والأمر فی البیع لیس كذلك، لأنه حال الشركة غیر مستحق، وبعد الاستحقاق لیس بشریک، إذ المراد بالشریک هنا الشریک بالفعل، لأنه المعتبر شرعا، لا ما كان فیہ شریکا مع ارتفاع الشركة، نظرا إلى عدم اشتراط بقاء المعنی المشتق منه فی المشتق.

اشکال بر تعریف

ولا یرد النقض... توضیح: بر تعریف شفعه ممکن است اشکالی وارد آید و آن اینکه تعریف، مانع اغیار نیست چون شامل مواردی می شود که قطعاً به آن شفعه نمی گویند، مثل موردی که یکی از دو شریک، بخرد سهم شریک دیگر را، در این صورت تعریف مزبور صدق می کند به جهت اینکه بعد از خریدن، صدق می کند که یکی از دو شریک (که خریدار باشد) حق دارد نسبت به سهمی که در حال شرکتش فروخته شده، و علت این صدق آن است که چون در تعریف، قید نشده که سهم شریک، به شخص ثالث فروخته شود.

بلکه فروخته شدن سهم، اطلاق دارد شامل می شود هم فروخته شدن آن به شخص ثالث را و هم فروخته شدن به شریک دیگر را، و همانطوری که حق داشتن در آن سهم فروخته شده، صدق می کند به اینکه اخذ به شفعه کند (و این در جایی است که سهم شریک به شخص ثالث فروخته شود، پس شریک دیگر، حقیقتاً تعلق می گیرد به سهم شریک و آن را با گفتن «اخذت بالشفعة» از شخص ثالث باز پس می گیرد) همچنین صدق می کند به اینکه مالک آن شده باشد (یعنی اگر کسی،

مالک چیزی شد، صدق می‌کند که او نسبت به آن چیز حق دارد پس وقتی که شریک، سهم شریکش را خرید، حقش تعلق می‌گیرد به آن سهمی که خریده است) و حال آنکه چنین حق داشتن را شفعه نمی‌گویند.

جواب از اشکال

شارح می‌فرماید که: اشکال بالا وارد نیست، زیرا اگر حکمی ثابت شده باشد برای چیزی که معنون به عنوانی است، اقتضا می‌کند که آن حکم در حالتی ثابت است که عنوان مزبور بر آن چیز صادق باشد.

حال در تعریف شفعه، وقتی که حکم (یعنی حق داشتن) ثابت شده برای شریک که معنون به عنوان شراکت است، اقتضا می‌کند که حق مزبور برای شریک در حالتی ثابت است که عنوان شریک بودن بر او صادق باشد، و در فرضی که شریک، سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، شریک دیگر که حق شفعه دارد، عنوان شریک بر او صادق است چون با شخص ثالث، شریک می‌گردد.

ولی در فرض مورد اشکال، چنین نیست، زیرا شریک در آن حالی که عنوان شریک بر او صادق است، حقی در سهم شریک خود ندارد، چون هنوز به او فروخته نشده است، و بعد از آنکه به او فروخته شد و او در آن حق پیدا کرد، از شراکت در می‌آید و دیگر شریک نمی‌باشد و عنوان شریک بر او صادق نیست تا «استحقاق الشریک» در تعریف شامل آن شود.

اگر کسی گوید که: در فرض مورد اشکال باز هم بعد از فروختن سهم به شریک، بر او عنوان «شریک» صدق می‌کند طبق مبنای بعضی از اصولیین در بحث مشتق.

توضیح اینکه: اصولیین اختلاف کرده‌اند در اینکه آیا مشتق، حقیقت است در خصوص چیزی که در حال حاضر متصف به مبدا اشتقاق است، و مجاز است در

چیزی که قبلاً اتصاف به مبدأ داشته و حالا ندارد، یا اینکه حقیقت است در هر دو به این معنی که وضع شده برای اعم از آنکه الان متصف به مبدأ اشتقاق باشد یا آنکه در گذشته متصف به آن بوده.

برای روشن شدن محل نزاع، به مثال زیر توجه فرمائید:

در روایات آمده است که وضو یا غسل با آبی که به وسیله تابش آفتاب، گرم شده است، کراهت دارد. و تعبیر آن در روایات چنین است «الماء المسخن بالشمس» و کلمه «المسخن» به صیغه یا اسم مفعول، مشتق است از سخونت یعنی گرمی (که مبدأ اشتقاق است یعنی مشتق منه).

بنابر قول اول، در جایی که آب گرم خورشیدی، سرد شده باشد، وضو گرفتن یا غسل با آن مکروه نمی باشد، زیرا بنا بر آن قول، بر چنین آبی، ماء مسخن صدق نمی کند بلکه بر آن صدق می کند که قبلاً به وسیله خورشید، مسخن و گرم بوده ولی الان گرمی ندارد و مسخن نیست.

اما بنابر قول دوم، در فرض مسأله بالا باز هم وضو و غسل با آن آب کراهت دارد، زیرا طبق این قول در فرض مزبور هم «ماء مسخن» به طور حقیقت صدق می کند، چون صاحب این قول، مشتق (یعنی مسخن) را حقیقت می داند در اعم از چیزی که الان متصف به مبدأ اشتقاق باشد و یا چیزی که در گذشته متصف به آن بوده، و در فرض مسأله، آب مزبور گرچه قبلاً متصف به گرمی بوده اما باز هم ماء مسخن، به طور حقیقت بر او صادق است.

پس از این مقدمه، گوئیم: در مورد بحث هم طبق قول دوم، کلمه «شریک» (که مشتق از شرکت است) بر آن کسی که سهم شریکش را خریده است، به طور حقیقت صادق است، به اعتبار آنکه قبل از خریدن سهم شریک، شریک بوده است.

پس وقتی که شریک به نحو حقیقت بر او صادق بود، داخل در تعریف شفعه می‌شود و در نتیجه، اشکال سابق به حال خود باقی خواهد ماند که تعریف، مانع اغیار نیست.

شارح در جواب می‌فرماید: علت اینکه ما گفتیم بعد از خریدن شریک سهم شریک را، دیگر عنوان شریک بر او صدق نمی‌کند، نه از باب این است که چون قول اول در باب مشتق را اختیار کرده ایم (که مشتق، حقیقت است در آنکه الان متصف به مبدأ اشتقاق باشد پس شریک، حقیقت است در آن کسی که الان، شریک باشد) بلکه علت آن گفتار ما آن است که از روایاتی که در باب شفعه وارد شده است استفاده می‌شود که شریکی که مورد بحث است، آن کسی است که فعلاً شریک باشد و از حال شرکت در نیامده است، نه آن کسی که قبلاً شریک بوده و حالا از شرکت درآمده است (مثل فرضی که در اشکال بالا آمده است) پس گفتار ما حتی با قول دوم در باب مشتق نیز سازگار است یعنی حتی اگر چه در باب مشتق بگوئیم که حقیقت است در آنکه در گذشته متصف به مبدأ اشتقاق بوده، اما در باب شفعه می‌گوئیم که دلیل شرعی اقتضا می‌کند که باید شریک الان متصف به شرکت بوده باشد.

نتیجه سخن آنکه: در فرض مورد اشکال چون بر شریک، صدق شریک فعلی نمی‌کند پس از تعریف شفعه (استحقاق الشریک) خارج خواهد بود و اشکال دفع می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یرد...** یعنی وارد نمی‌شود - بر موانع اغیار بودن تعریف - اشکال بدین صورت که شریک بخرد سهم شریکش را فائمه... (این جمله بیان می‌کند چگونگی ورود اشکال را، و ضمیر برای شأن است) یعنی زیرا بعد از خریدن، صدق می‌کند (تعریف شفعه بر آن که عبارت است از: حق داشتن شریک (که خریدار است) آن سهمی را که فروخته شده در حال شرکت او اذلیس... (علت است

برای - یصدق استحقاق... یعنی زیرا در تعریف نیامده که آن سهم، فروخته شده باشد به غیر شریک (یعنی به شخص ثالث) یا به شریک (بلکه کلمه - المبیعة - در تعریف، مطلق است شامل می شود حتی صورتی را که فروخته شده باشد به خود شریک) و همچنان که حق داشتن، صدق می کند بدین صورت که اخذ به شفعه بکند، همچنین صدق میکند بدین صورت که مالک شده باشد آن را (و حال آنکه این حق داشتن را شفعه نمی گویند).

و وجه دفعه... یعنی بیان دفع آن اشکال این است که استحقاقی که در تعریف شفعه آمده، برای شریک ثابت شده است، و چنین استحقاقی (به اعتبار آنکه ثابت شده برای کسی که معنون به عنوان شرکت است لذا) مقتضی آن است که استحقاق مزبور در حال شرکت او باشد، و حال آنکه صورت فروش سهم شریک به خود شریک (که مورد اشکال بالاست) چنین نیست چون شریک در آن حالی که شریک است، استحقاق سهم شریکش را ندارد (چون آن را نخریده است) و بعد از آنکه (آن را خرید و) استحقاق پیدا کرد، دیگر شریک نیست (و از شراکت بیرون می آید) چون مقصود از شریک در اینجا آن کسی است که در حال حاضر (و در وقت ثبوت استحقاق) شریک بوده باشد به جهت اینکه در اینجا شرعاً چنین شریکی معتبر است (یعنی از روایاتی که در باب شفعه آمده است استفاده می شود که باید شریک، شریک فعلی بوده باشد) نه آن زمانی که در آن قبلاً شریک بوده با اینکه الان شرکت برداشته شده (به واسطه خریدن سهم شریک).

للشّریک خبر است برای - ان - المقتضی (به صیغه یا اسم فاعل)... صفت است برای استحقاقی که برای شریک ثابت شده لکونه شریکاً کلمه شریکاً در اینجا عبارت را نادرست کرده است و عبارت درست آن است که آن کلمه حذف گردد که عبارت چنین می شود: «المقتضی لکونه حال الشّركة» و ضمیر - کونه - بر می گردد به

استحقاق (چنانکه بعضی از محشین گفته‌اند که در نسخه اصل کتاب، کلمه «شریکا» نبوده سپس به خط غیر اصلی آن کلمه در بین سطرها اضافه شده است. و بعضی از محشین از نوادگان شارح گفته است که به خط خود شارح آن کلمه اضافه شده است) و یا عبارت درست آن است که به جای کلمه شریکا، کلمه «مستحقاً» آورده شود که عبارت چنین می‌شود «المقتضى لكونه مستحقاً حال الشركة» و بنابراین، ضمیر کونه - بر می‌گردد به شریک.

نظراً... (این علت است برای منفی یعنی - ماکان فیه شریکا... -) یعنی دلیل بر اینکه اگر قبلاً شریک بوده و فعلاً شریک نباشد، باز هم عنوان شریک بر آن صدق می‌کند، آن است که چون (طبق نظریه بعضی از اصولیین) شرط نیست باقی بودن معنای مشتق منه (یعنی مبدأ اشتقاق) در (صدق حقیقی) مشتق (یعنی در صدق عنوان شریک، لازم نیست که شرکت - که مشتق منه است - الان باقی بوده باشد بلکه اگر شرکت قبلاً بود باز هم الان به طور حقیقت بر آن، عنوان شریک صدق می‌کند چنانکه مبنای بعضی از اصولیین می‌باشد، ولیکن شارح این مطلب را رد می‌کند به این گونه که هر چند از نظر اصولی آن مبنا را قبول کنیم ولیکن به واسطه روایاتی که در باب شفعه آمده است، مبنای مزبور را در مورد شریک نمی‌توانیم جاری سازیم و باید شریک در حال حاضر شرکت داشته باشد).

نعم يمكن ورود ذلك مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة،

ولو قيد المبيع بكونه لغير المستحق، أو علق الاستحقاق بتملك الحصة فقال: "استحقاق الشريك تملك الحصة المبيعة..." سلم من ذلك، لأن استحقاق التملك غير استحقاق الملك.

اشكال دیگر بر تعریف

نعم يمكن ورود... توضیح: شارح می فرماید: آری اشکال بر مانع اغیار بودن تعریف به صورت دیگر وارد می آید و آن درجایی که سه نفر شریک مثلاً بوده باشند و یکی از آنها نصیب یکی دیگر را بخرد ولی با نفر سوم در شراکت باقی باشد، مثل اینکه زید و عمرو و احمد در خانه ای شریک باشند و زید، سهم عمرو را بخرد ولی با احمد در شراکت باقی باشد، در این صورت تعریف شفعه بر آن صدق می کند، زیرا بعد از خریدن زید، سهم عمرو را، صدق می کند که زید حق دارد در سهم عمرو (به جهت آنکه آن را مالک شده است) در حالتی که آن سهم فروخته شده است در حال شریک بودن زید، زیرا هنوز شرکت او با احمد باقی است.

و خلاصه اینکه بنابراین اشکال نیز تعریف، مانع اغیار نخواهد بود چون تعریف شامل آن صورت بالا می شود در حالی که قطعاً حق داشتن زید در آن مثال را شفعه نمی گویند.

سپس شارح می فرماید که: اگر مصنف یکی از دو کار زیر را انجام می داد، اشکال مزبور بر تعریف وارد نمی آمد:

۱. یا کلمه - لغير المستحق - را در تعریف اضافه می نمود که تعریف چنین می شد: «استحقاق الشريك الحصة المبيعة لغير المستحق في شركته» (البته اگر به صورت

ضمیر هم آورده شود یعنی - لغیره - که ضمیر به شریک برگردد، همان معنای لغیر المستحق را می‌رساند) یعنی شفعه عبارت است از حق داشتن شریک نسبت به سهمی که فروخته شده به غیر او در حال شرکت او.

بنابراین، چون در فرض مورد اشکال، حصه به خود مستحق شفعه فروخته شده نه به غیر مستحق (یعنی به آن شریکی که استحقاق شفعه دارد فروخته شده نه به غیر او) پس مورد اشکال از تعریف خارج می‌شود و نقض بر تعریف وارد نمی‌آید.

۲. یا کلمه - تملک - را در تعریف اضافه می‌نمود که تعریف چنین می‌شد: «استحقاق الشریک تملک الحصۃ المبیعة فی شرکت» یعنی شفعه آن است که شریک، حق دارد سهم فروخته شده در حال شرکت او را به ملک خود درآورد (با گفتن اخذت بالشفعة).

بنابراین، فرض مورد اشکال از تعریف خارج می‌شود چون در آن فرض، زید مثلاً، حق او حق به ملک درآوردن نیست (یعنی حق آنکه آن را داخل در ملک خود کند) چون فرض آن است که سهم شریک، در ملک او داخل شده است به واسطه خریدن، بلکه حق او تعلق به خود ملک گرفته است چون سهم خریداری شده، مملوک او شده است.

ترجمه و شرح عبارت: نعم... یعنی آری می‌توان گفت که اشکال مزبور (یعنی اشکال بر موانع اغیار بودن تعریف) وارد می‌شود در صورتی که چند نفر با هم شریک بوده باشند، زمانی که یکی از آنها (مثلاً زید) بخرد سهم یکی دیگر از آنها را (مثلاً سهم عمرو) با فرض آنکه شرکت در غیر سهم فروخته شده باقی بوده باشد (مثلاً در سهم احمد).

و اگر مصنف قید می‌زد مبیع را (یعنی کلمه - المبیعة - در تعریف را) به اینکه آن برای غیر شریکی که استحقاق شفعه دارد فروخته شود (یعنی می‌فرمود: الحصۃ

المبیعة لغير المستحق) ویا اگر معلق می‌کرد استحقاق را به تملک حصه (نه به خود حصه) هرآینه تعریف سالم می‌ماند از اشکال مزبور (شارح جهت سالم ماندن تعریف در صورتی که قید - لغير المستحق - می‌آورد را بیان نکرده چون واضح بود و ما در توضیح سابق بیان کردیم، و اما جهت سالم ماندن در صورتی که استحقاق را معلق به تملک می‌کرد را بیان کرده است و آن اینکه: چون حق تملک داشتن (یعنی حقی که تعلق می‌گیرد به اینکه آن حصه را به ملک خود درآورد و هنوز مالک آن نشده است چنانکه در شفعه چنین است) غیر از حقی است که تعلق می‌گیرد به ملک (یعنی به مملوک بعد از آنکه آن را مالک شده است چنانکه در فرض مورد اشکال - که حصه به خود شریک فروخته شده است - چنین است) سلم... جواب - لو - می‌باشد استحقاق الملك ملک در اینجا به معنای مملوک است.

(ولا تثبت لغیر) الشریک (الواحد) علی أشهر القولین. وصحیح الأخبار یدل علیه. وذهب بعض الأصحاب إلى ثبوتها مع الکثرة، استناداً إلى روایات معارضة بأقوی منها.

احکام شفعه

(ولا تثبت... توضیح: آیا حق شفعه در صورتی ثابت است که مال بین دو نفر مشترک باشد یا اینکه در بیش از دو نفر نیز شفعه ثابت است؟ دو قول در آن می باشد:

۱. مشهور بین فقهای امامیه، قول اول است که شرط ثبوت شفعه آن است که مال بین دو نفر مشترک باشد که وقتی یکی از آنها سهم خود را به شخص ثالث فروخت، شریک دیگر حق شفعه برایش ثابت می گردد.

بنابراین، هرگاه شرکا سه نفر باشند و یکی از آنان سهم خود را بفروشد، برای هیچ یک از دو نفر دیگر، شفعه ثابت نمی شود، و همچنین اگر دو نفر از آنها سهم خودشان را بفروشند، برای یک نفر باقیمانده، حق شفعه ثابت نمی گردد، زیرا شرط ثبوت شفعه، وجود تنها دو شریک است، و شرکای بیش از دو نفر مانع از ثبوت شفعه می گردد.

و دلیل این قول، روایات صحیحیه ای است که دلالت بر آن می کند که در بعضی از آن روایات به صراحت آمده است: «فإن زاد علی إثنين فلا شفعة لأحدٍ منهم» یعنی وقتی که شرکا از دو نفر بیشتر شدند دیگر شفعه ای برای هیچ یک از آنان نیست.

۲. قول دیگر آن است که حق شفعه در بیش از دو نفر نیز ثابت است پس هرگاه مال بین چند نفر مشترک باشد و یکی از آنان، سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، برای هر یک از شرکای دیگر به طور جداگانه شفعه ثابت است.

حال اگر از شرکای دیگر، فقط یکی بخواهد اعمال حق شفعه نماید و بقیه حق خود را ساقط نمایند، حق آن یکی به حال خود باقی است و ساقط نمی‌گردد و به تنهایی می‌تواند تمام سهم فروخته شده شریک را برای خود اخذ کند.

و اما اگر همه شرکای دیگر بخواهند، اعمال حق شفعه کنند آیا حق شفعه به عدد افراد آنها برای آنها ثابت است یا اینکه به اندازه سهام آنان برای آنها ثابت است (و به عبارت دیگر: آیا شفعه بر اساس تعداد شرکای باقیمانده محاسبه می‌شود یا بر اساس سهام آنان محاسبه می‌گردد) این نیز محل خلاف است (البته شارح آن را مطرح نکرده است و ما برای تتمیم بحث مطرح می‌کنیم).

مثلاً اگر سه نفر در زمینی، شریک بودند و سهام آنان متساوی نبود، مثل اینکه نفر اول سهمش $\frac{1}{4}$ بود و نفر دوم سهمش $\frac{2}{4}$ (یعنی نصف) و نفر سوم هم سهمش $\frac{1}{4}$ بود، آنگاه نفر سوم سهمش را بفروشد، حق شفعه برای آن دو نفر دیگر ثابت است، حال اگر بخواهیم حق شفعه را بر اساس تعداد شرکاء محاسبه کنیم پس آن دو نفر دیگر، سهم فروخته شده را به نصف برای خودشان می‌گیرند، و اما اگر بر اساس اندازه سهام محاسبه کنیم پس چون نفر دوم سهمش دو برابر سهم نفر اول است لذا سهم فروخته شده، سه قسمت می‌شود، دو قسمت آن را نفر دوم برمی‌دارد و یک قسمت آن را نفر اول برمی‌دارد.

به هر حال، دلیل قول دوم (یعنی قول به اینکه حق شفعه در بیش از دو نفر هم ثابت است) روایاتی چند است که شارح در جواب آن می‌فرماید: با این روایات، روایاتی که قول اول به آن استدلال کرده‌اند معارض است و چون روایات قول اول از نظر سند قوی‌ترند لذا قول مزبور ترجیح بر قول دوم دارد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا تثبت** ... یعنی شفعه ثابت نمی‌شود برای غیر از یک شریک (یعنی شفعه، تنها در صورتی ثابت است که فقط یک شریک وجود داشته

باشد) بنابر مشهورترین دو قولی که در این مسأله می باشد، و روایات صحیحہ دلالت بر آن می کند، ولی بعضی از فقہا رفته اند به سوی اینکه شفعہ ثابت می شود با کثرت شرکاء (یعنی تعدد آنها) و اینها در این قول استناد جسته اند به روایاتی که (شارح در جواب آنها می فرماید:) با آنها معارضه می کند روایاتی که (از نظر سند) قویترند معارضه - به فتح راء - به صیغہ اسم مفعول.

(وموضوعها) وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه: (ما لا ينقل كالأرض والشجر) إذا بيع منضمّا إلى مغرسه، لا منفردا. ومثله البناء، فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها، وإن انضمت إلى أرض غيره كالشجر إذا انضم إلى غير مغرسه.

موضوع شفعة

(وموضوعها)... توضيح: شفعه درمالی ثابت است که غیر منقول باشد واما در منقول - مثل لباس و حیوان و مانند اینها - شفعه ثابت نیست.

و منظور از کلمه غیر منقول، غیر منقول ذاتی از قبیل زمین می باشد.

و اما غیر منقولی که به وسیله عمل انسان، غیر منقول می شود مانند درخت و ساختمان، هرگاه همراه با زمین آن فروخته شود شفعه ثابت می گردد و اما اگر به تنهایی بدون زمین فروخته شود، حق شفعه ثابت نمی گردد. (دلیل آن را در شرح عبارت ذکر خواهیم نمود) بنابراین اگر دونفرد در درخت با زمین آن شریک بوده باشند و یا در بالاخانه ای (اطاق بالا) شریک بوده باشند، چنانچه یکی از آنها سهم خود را از درخت، همراه با زمین آن و یا سهم خود از اطاق را همراه با زمین آن بفروشد، شریک او می تواند آن را اخذ به شفعه بنماید، ولی اگر سهم خود از درخت یا اطاق را بدون زمین آن بفروشد - اگر چه قطعه زمینی از محل دیگر هم به آن ضمیمه نماید - شریک، حق شفعه نخواهد داشت.

ترجمه و شرح عبارت: و موضوعها... یعنی موضوع شفعه - که مقصود، آن مالی است که بر فرض فروش آن، شفعه در آن ثابت می شود - هر چیزی است که منقول نباشد مثل زمین، و درخت در صورتی که همراه با محل کاشت آن (یعنی زمینش) فروخته شود نه به تنهایی (زیرا به تنهایی در حکم منقول می باشد به جهت اینکه در

اصل، منقول بوده و در آینده هم - هر چند در مدت طولانی - منقول می‌گردد، برخلاف صورتی که همراه با زمینش فروخته شود، زیرا در این صورت در عموم روایتی که شفعه را در بستان و حائط - یعنی باغ - ثابت دانسته، داخل می‌گردد چون باغ اسم است برای مجموعه‌ای مرکب از زمین و درختان) تثبت ضمیر مقدر بر می‌گردد به شفعه إذا بیع... این جمله قید است برای شجر، و کلمه - بیع - فعل ماضی مجهول است بر وزن - قیل - و ضمیر مقدر در آن به شجر بر می‌گردد.

و مثله... یعنی مثل درخت است (از نظر حکم و شرط) ساختمان (که اگر همراه با زمینش فروخته شود شفعه در آن می‌باشد نه به تنهایی) پس اگر بالاخانه‌ای بین دو نفر مشترک بوده باشد نه زمین آن (آنگاه یکی از آن دو نفر، سهم خود از بالاخانه را بفروشد) شفعه در آن ثابت نیست اگر چه بالاخانه ضمیمه گردد به زمین دیگری غیر زمین خودش (یعنی ضمیمه کردن زمین دیگر به آن موجب ثبوت حق شفعه در بالاخانه نمی‌گردد) همچنانکه درخت نیز چنین است اگر ضمیمه شود به زمین دیگری غیر محل کاشت آن (باز هم شفعه در آن ثابت نمی‌شود، و خلاصه اینکه همانطوری که اگر یکی از دو نفری که در درخت شریک هستند، سهم خودش از درخت را بدون زمین آن بفروشد، شریک او حق شفعه ندارد اگر چه درخت را به ضمیمه قطعه زمین دیگری بفروشد، همچنین است بالاخانه اگر یکی از دو نفری که در آن شریک هستند، سهم خودش از بالاخانه را بدون زمین آن بفروشد شریک او حق شفعه ندارد اگر چه بالاخانه را به ضمیمه قطعه زمین دیگری بفروشد) وان انضمت... کلمه ان - وصلیه است ارض غیره کلمه - غیره - صفت است برای ارض و ضمیر آن بر می‌گردد به قرارها اذا ضمّ کلمه - ضم - به صیغه مجهول است.

(وفي اشتراط إمكان قسمته قولان) أجودهما اشتراطه، لأصالة عدم ثبوتها في محل النزاع، وعليه شواهد من الأخبار، لكن في طريقها ضعف. ومن لم يشترط نظر إلى عموم أدلة ثبوتها، مع ضعف المخصص، وعلى الأول فلا شفعة في الحمام الصغير، والعصائد الضيقة، والنهر والطريق الضيقين، والرحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها.

وفي حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة.

قابل تقسيم بودن مال غیر منقول

(وفي اشتراط إمكان... توضیح: آیا در ثبوت شفعه، شرط است که مال قابل تقسیم باشد، یا اینکه شرط نیست؟) (منظور از قابل تقسیم بودن آن است که با قطع نظر از حق شفعه، چنانچه شریکین بخواهند از یکدیگر جدا شوند، مال مشترک را بتوان طوری تقسیم نمود که هریک از آنها بتواند به راحتی از سهم خود انتفاع برده و بهره مند گردد، مثل حمام وسیع که اگر تقسیم شود، دو حمام قابل استفاده از آن درآید، و یا مثل دکان بزرگ که اگر تقسیم شود، دو دکان قابل استفاده از آن درآید) دو قول در آن می باشد:

قول اول

۱. مشهور فقها، قابل تقسیم بودن را شرط در ثبوت شفعه می دانند، و دلیل آنها این است که در مال غیر قابل تقسیم، شک در ثبوت شفعه داریم، و در مورد شک، اصل عدم جاری می گردد پس اصل در مال مزبور، عدم ثبوت شفعه است.

توضیح آنکه: در اول کتاب گفتیم که شفعه، حقی است برخلاف اصل (یعنی قاعده) زیرا به مقتضای حدیث «الناس مسلطون علی أموالهم» کسی حق ندارد مال کسی را بدون رضایت او از ملکیت او خارج سازد و مالک، تسلط بر مال خود دارد، ولی در شفعه برخلاف قاعده شرعا این حق برای شفیع قرار داده شده که مال را از ملکیت مشتری بدون رضایتش خارج سازد.

حال در مورد بحث، مالی که قابل قسمت بوده باشد، به دلیل اجماع و بعضی از روایات، از تحت عموم قاعده بالا خارج شده و شفعه در آن ثابت می باشد و اما مالی که قابل قسمت نباشد چون روایتی و اجماعی بر آن نداریم و مورد نزاع می باشد لذا در تحت عموم قاعده بالا باقی مانده و شفعه در آن ثابت نمی شود.

پس مقصود از اصل عدم ثبوت شفعه در اینجا همان اصل و قاعده اولیه ای است که تصرف در اموال دیگری (که در اینجا مشتری است) بدون رضایت صاحب مال ممنوع است. بنابراین، فقط در مورد متیقن، از آن اصل اولیه خارج می شویم و شفعه را ثابت می دانیم (که در اینجا مورد متیقن همان موردی است که اجماع بر آن داریم یعنی موردی که مال قابل قسمت بوده باشد) و در مورد مشکوک، اصل عدم ثبوت شفعه است و مطابق اصل اولیه باید عمل نمود (و مورد مشکوک در اینجا مالی است که قابل قسمت نبوده باشد).

و قول مزبور - یعنی اشتراط قابل تقسیم بودن مال - شواهدی هم از روایات دارد: روایت اول: شیخ صدوق در «من لایحضر» نقل کرده روایت طلحة بن زید از امام صادق علیه السلام را که فرمود: حضرت امیر المؤمنین علیه السلام فرمود:

«لا شفعة الا لشریک غیر مقاسم»^۱

یعنی شفعه ثابت نیست مگر برای شریکی که هنوز سهم خود را از شریکش جدا نکرده است.

از این روایت استفاده می‌شود که شفعه در مال مشترکی است که قابل تقسیم باشد در وقتی که شریک بخواهد سهم خود را جدا سازد.

روایت دوم: شیخ صدوق در «من لایحضر» نقل کرده روایت طلحة بن زید از امام صادق علیه السلام را که فرمود:

«إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَضَىٰ بِالشَّفْعَةِ مَالِ مَنْ تَوَرَّفَ يَعْنِي تَقَسَّمَ»^۱

یعنی رسول خدا صلی الله علیه و آله حکم به ثبوت شفعه کرده است قبل از آنکه (شریکین) مال را تقسیم کنند.

روایت سوم: صاحب «جواهرالکلام» روایتی نقل کرده نبوی از طریق عامه که رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود:

«إِنَّمَا جُعِلَتِ الشَّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ»^۲

یعنی شفعه در چیزهایی قرار داده شده که قسمت نشده است.

بیان استدلال به این حدیث آن است که:

همیشه کلمه - لم - در مواردی به کار برده می‌شود که امکان اثبات باشد و از این جهت با کلمه - لا - تفاوت دارد، و به بیان دیگر کلمه - لم - در موارد نفی به صورت عدم و ملکه استعمال می‌شود ولی کلمه - لا - به معنای سلب مطلق است، منظور از سلب به صورت عدم و ملکه، مواردی است که امکان اثبات، وجود داشته باشد و لذا هیچ

^۱ من لایحضر، ج ۳، ص ۷۶.

^۲ جواهرالکلام، ج ۳۷، ص ۲۵۲.

گاه نمی‌گویند «السيف لم يقسم» یعنی شمشیر تقسیم نشده است بلکه می‌گویند: «السيف لا يقسم» زیرا شمشیر چیز غیر قابل تقسیم است، بنابراین، عبارت رسول الله ﷺ، رساننده آن است که شفعه در خصوص اموالی است که قابل قسمت بوده ولی هنوز به حال اشتراک باقی مانده باشد، نه آن اموالی که اصلاً قابل قسمت نمی‌باشند.

روایت چهارم: شیخ صدوق در «من لایحضر» روایت سکونی از امام صادق علیه السلام را نقل کرده، که پیغمبر اکرم ﷺ فرمود:

«لا شفعه في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحي ولا في حمام»^۱

یعنی شفعه در کشتی مشترک و نهر آب و جاده و آسیاب و حمام نیست.

بیان استدلال به این حدیث به شرح زیر است:

در آن حدیث، شفعه را از موارد مذکوره نفی کرده است، هر چند علت و جهت عدم جریان شفعه در آنها را ذکر نکرده است ولی فقها عنوان غیر قابل تقسیم بودن را از آن روایت برداشت کرده‌اند و گفته‌اند غیر قابل تقسیم بودن، تنها وجه مشترکی است که در آن موارد، علت عدم ثبوت شفعه شده است چون به اجماع فقها در صورتی که موارد مذکوره بزرگ و وسیع باشند شفعه در آنها ثابت است یقیناً، و وجهی برای ثبوت شفعه در این صورت نیست مگر آنکه چون قابل تقسیم هستند، اما حالاً که در روایت از آن موارد، شفعه را نفی کرده است معلوم می‌شود که مقصود آن صورتی است که موارد مذکوره کوچک و یا تنگ بوده باشند. و واضح است که نفی شفعه در این صورت، جهتی ندارد مگر آنکه چون قابل تقسیم نیستند.

^۱ من لایحضر، ج ۳، ص ۷۸.

البته روایات مذکوره سندشان ضعیف است، چون در سند روایت اول و دوم، طلحه بن زید می‌باشد که علمای رجال گفته‌اند او امامی مذهب نیست، و روایت سوم هم که از طریق عامه است، و روایت چهارم هم در سندش سکونی است که او نیز امامی مذهب نمی‌باشد.

به هر حال بنابر قول مزبور (یعنی اشتراط قابل تقسیم بودن مال) در موارد زیر، شفعه ثابت نخواهد بود:

۱. حمام کوچک (که قابل نیست تقسیم شود و از آن دو حمام درآید) ۲. دکان‌های کوچک ۳. نهر باریک ۴. راهرو تنگ ۵. آسیایی که سنگهای آن و اطاق آن را نمی‌توان تقسیم کرد.

زیرا در این موارد، تقسیم آنها باعث ضرر می‌شود یعنی اینکه انتفاع برده نمی‌شود از آن بعد از قسمت کردنش و از حدّ انتفاع بیرون می‌رود.

قول دوم

۲. قول دوم آن است که قابل تقسیم بودن مال، شرط نمی‌باشد بلکه حتی در مال غیر قابل تقسیم نیز شفعه ثابت می‌باشد، پس بنابر این قول، در آن پنج موردی که در بالا ذکر شد شفعه ثابت خواهد بود.

و دلیل این قول آن است که روایاتی که در باب شفعه وارد شده عام است و عموم آن شامل است هم مال قابل تقسیم را و هم مال غیر قابل تقسیم را، و بعضی از روایاتی که شفعه را اختصاص داده به مالی که قابل تقسیم باشد (مثل آن روایاتی که در قول اول ذکر شد) اینها از جهت ضعف سند نمی‌توانند عموم روایات شفعه را تخصیص بزنند.

ترجمه و شرح عبارت: و فی اشتراط... یعنی و در اینکه آیا (در ثبوت شفعه) شرط است مال غیر منقول، قابل تقسیم باشد یا نه؟ دو قول در آن می باشد، بهترین آنها شرط بودن آن است، چون اصل آن است که شفعه در محل نزاع (یعنی مالی که غیر قابل تقسیم است) ثابت نیست، و براین اشتراط، شواهدی از روایات وجود دارد ولی در سند آنها ضعفی هست.

(ناگفته نماند که براین قول، اشکالی وارد است و آن اینکه حکمت آنکه شرعاً شفعه برای شریک، جعل شده آن است که شریک، دفع ضرر شراکت با مشتری را از خود بنماید (زیرا چه بسا مشتری بداخلاقی و ناسازگاری با او بکند) بنابراین، در صورت غیر قابل تقسیم بودن مال، باید به طریق اولی شفعه را ثابت کرد، زیرا در صورت قابل تقسیم بودن، اگر هم شفعه ثابت نشود، شریک می تواند با تقسیم کردن مال، دفع ضرر شراکت از خود بنماید و از شرکت با مشتری جدا گردد.

اما در صورت غیر قابل تقسیم بودن، چنانچه شفعه برای شریک ثابت نشود، به هیچ طریقی نمی تواند از خود دفع ضرر نماید، زیرا نه قابل تقسیم است که با تقسیم کردن بتواند دفع ضرر شراکت را بنماید (و اگر تقسیم شود ضرر از جهت دیگر بر او وارد می شود و آن اینکه مال، قابل انتفاع و بهره برداری نخواهد بود) و نه شفعه را برای او ثابت می کنید که با اعمال حق شفعه، دفع ضرر شراکت را از خود بنماید).

و من لم یشتراط... یعنی کسانی که آن شرط را معتبر دانسته اند، استدلال کرده اند به عموم ادله ثبوت شفعه، و ضعیف بودن روایاتی که مخصص آن عموم است (مقصود از روایات مخصص، همان روایاتی است که در قول اول ذکر شده و شارح به ضعف سند آنها نیز اشاره نمود) و علی الاول... یعنی بنابر قول اول، پس شفعه ثابت نمی باشد در حمام کوچک، و دکان های تنگ، و نهر باریک، و جاده باریک، و آسیا در صورتی که نتوان سنگ ها و اطاق آن را تقسیم کرد العضاء در بعضی از حواشی خطیه

آمده است که این کلمه جمع - عضیة - است به معنی دکان، نگارنده گوید: آن را در کتب لغت نیافتم الضّیّقین به صیغه تثنیه صفت است برای نهرو طریق.

حیث لا یمکن... (این جمله قید است برای - رخی -) توضیح آن این است که: گاهی ممکن است آسیاب قابل تقسیم باشد و آن درجایی که آسیاب چهارسنگه باشد و اطاقش هم وسیع باشد به طوری که اگر تقسیم شود، برای هر شریکی یک آسیاب دوسنگه در اطاق کوچکی در می آید (چنانکه مرحوم علامه در کتاب «قواعد» فرموده است) در این صورت طبق قول اول، شفعه ثابت است.

و گاهی ممکن است قابل تقسیم نباشد و آن درجایی که آسیاب دوسنگه در اطاق کوچکی باشد، در این صورت است که طبق قول اول، شفعه ثابت نیست.

البته در صورت اول که شفعه ثابت می شود، باید آن را درجایی فرض کرد که شریک، سهم خود از آسیاب را همراه با زمینی که در آن نصب شده است بفروشد، زیرا خود آسیاب، مال منقول است همانند درخت، و باید با زمینش فروخته شود تا غیر منقول به حساب آید.

وفي حکم الضیق... توضیح: بنابر قول اول همانطوری که کوچک بودن و تنگی مال، موجب عدم ثبوت شفعه است، همچنین کم بودن سهم یکی از شریکین (به گونه ای که اگر تقسیم شود، صاحب سهم کم، انتفاعی از آن نمی برد) موجب عدم ثبوت شفعه است مثل اینکه حمام بزرگی مشترک باشد بین دوفرد به طوری که سهم یکی از آنها $\frac{1}{2}$ باشد و باقی مال دیگری باشد، در این فرض هم اگر شریکین بخواهند حمام را تقسیم کنند، آنکه صاحب $\frac{1}{2}$ است انتفاعی از سهم خود نمی برد و از حد انتفاع ساقط می گردد، پس در این فرض - خواه فروشنده سهم خود، آن شریکی باشد که سهمش کم است و خواه آن شریکی باشد که سهمش زیاد است - در هر دو صورت،

شفعه برای هیچ یک ثابت نیست، زیرا فرض آن است که مال، قابل تقسیم نیست به واسطه آنکه یکی از شریکین سهمش کم است.

خلاصه اینکه بنابر قول اول، میزان در عدم ثبوت شفعه آن است که مال، قابل تقسیم نباشد یعنی اگر تقسیم شود، مال از حد انتفاع می افتد، خواه به جهت کوچک بودن و تنگی مال و خواه به جهت کم بودن سهم یکی از شریکین باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و في حکم... یعنی در حکم تنگی مال است، کم بودن سهم یکی از شریکین به طوری که آنکه صاحب سهم کم می باشد ضرر کند به واسطه قسمت کردن مال (و مقصود از ضرر، انتفاع نبردن از مال است و اینکه از حد انتفاع خارج شود، البته در صورت تنگی مال نیز ملاک همین ضرر می باشد گرچه شارح تصریح به آن نکرده است).

(ولا تثبت) الشفعة (في المقسوم) بل غير المشترك مطلقاً، (إلا مع الشركة في المجاز) وهو الطريق (والشرب) إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم.

وهل يشترط قبولهما القسمة كالأصل؟ إطلاق العبارة يقتضي عدمه، وفي «الدروس» اشترطه، والأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة. نعم لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

اشترط مشترك بودن مال

(ولا تثبت)... توضیح: چنانکه از تعریف شفعه نیز دانسته شد، یکی از شرایط ثبوت شفعه آن است که مال، مشترک بوده باشد.

بنابراین، هرگاه خانه‌ای قبلاً بین دو نفر مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و به هر یک، سهمی اختصاص یافته است (اگرچه عملاً تفکیک به عمل نیامده و فاصلی مانند دیوار بین سهم‌های آنان قرار داده نشده باشد و از نظر فن ساختمانی سهم هر یک، سهم دیگری را تکمیل کننده باشد) و یا آنکه دو نفر هر یک دارای قطعه زمینی باشد متصل به یکدیگر (همسایه یکدیگر) بدون آنکه بین آنها قبلاً اشتراکی بوده باشد، پس اگر یکی از آنها سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، برای دیگری حق شفعه‌ای ثابت نیست، زیرا شفعه برای جلوگیری از ضرر شراکت با شخص ثالث است و در فرض بالا شراکتی موجود نیست تا حق شفعه ثابت گردد.

در فرض بالا، یک مورد استثنا شده که حق شفعه در آن ثابت است و آن درجایی است که دو نفر ملکشان از یکدیگر جدا باشد و شریک نباشند ولی در راهرو یا مجرای آب شریک باشند، مثل اینکه دو نفر هر یک باغی دارند متصل به یکدیگر (و یا باغی بود که قبلاً بین آنها مشترک بوده و بعداً تقسیم کرده و به هر یک، سهمی اختصاص

یافته است) و راهرو باغشان و یا مجرای آب باغشان، مشترک باشد، حال اگر یکی از آنها باغ خود را به ضمیمه سهم خود از مجرای آب یا راهرو، به شخص ثالث بفروشد، برای دیگری حق شفعه در تمام آنها ثابت می شود (هم در اصل باغ و هم در مجرای آب) گرچه در اصل باغ شریک نبودند.

ترجمه و شرح عبارت: **و لا تثبت ...** یعنی شفعه ثابت نمی شود در ملکی که تقسیم شده (و سهم هریک از شریکین جداگشته است، و چون این تعبیر مصنف به ذهن می زند که مسأله مورد بحث، اختصاص دارد به ملکی که قبلاً مشترک بوده سپس تقسیم شده باشد، و حال آنکه از روایتی که در مورد بحث وارد شده چنین چیزی استفاده نمی شود لذا شارح، حکم را تعمیم داده و می فرماید: بلکه مطلقاً در هر ملکی که مشترک نباشد، شفعه ثابت نیست (چه قبلاً مشترک بوده و سپس تقسیم شده باشد و چه از اول مشترک نبوده باشد) مگر (در یک صورت در فرض بالا شفعه ثابت است و آن) اینکه شریک باشند در راه و یا در مجرای آب، و بایع آنها را در فروش، ضمیمه کند به ملکی که تقسیم شده (یعنی بایع ملک جدا شده خودش را به ضمیمه سهم خود از مجرای آب مشترک بفروشد پس در این صورت حق شفعه برای شریک ثابت می شود هم در ملک و هم در مجرای آب) **المجاز (بفتح میم، اسم مکان است، در اصل مَجْوُزٌ برون مفعول بوده) یعنی محل جواز یعنی محل عبور، که همان راه و راهرو باشد الشرب (به کسر شین و سکون راء) شارح در کتاب احياء الموات فرموده که آن در لغت به معنای سهمی از آب می باشد چنانکه در آیه قرآن ﴿لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ﴾ (که مربوط به قوم حضرت صالح پیغمبر و شترش می باشد) نیز به همان معنی است، ولی مقصود مصنف در اینجا نهر آب و مانند آن می باشد، و بعضی از فقها برای شرب مثال زده اند به چاه و چشمه.**

و هل یشتروط... توضیح: آیا در فرض سابق، شرط است در ثبوت شفعه اینکه راهرو و مجرای آب، قابل تقسیم باشند همچنانکه در اصل ملک (یعنی خانه یا زمین یا باغ) قابل تقسیم بودن شرط بود؟ دو احتمال در آن وجود دارد:

۱. از اطلاق عبارت مصنف که کلمه «مجاز» و «شرب» را مطلق آورده (بدون آنکه قید کند در آنها قابل تقسیم بودن را) استفاده می شود که مصنف آن را شرط نمی داند.
۲. در کتاب «دروس» آن را شرط دانسته است، و دلیل آن این است که آنکه شفعه را در صورت ضمیمه کردن، ثابت کرده همان راهرو یا مجرای آب می باشد پس اصل در ثبوت شفعه، اینها می شوند و ملک (یعنی خانه یا باغ) در آن جهت، تابع محسوب می شوند، بنابراین، قابل تقسیم بودن را در راهرو و مجرای آب که اصل می باشند باید شرط دانست.

ولی شارح می فرماید که قابل تقسیم بودن خانه یا باغ، کافی است در ثبوت شفعه، و راهرو یا مجرای آب لازم نیست قابل تقسیم باشند، زیرا مبیع حقیقی همان خانه یا باغ است و راهرو یا مجرای آب، تابع آن می باشند، پس وقتی که مبیع حقیقی، قابل تقسیم بود کفایت می کند در ثبوت شفعه.

فقط در یک مورد است که قابل تقسیم بودن راهرو و مجرای آب را شرط در ثبوت شفعه می دانیم و آن در جایی است که آنها به تنهایی فروخته شوند بدون خانه یا باغ، زیرا در این صورت آنها مستقل در بیع بوده و مبیع حقیقی می باشند و تابع نیستند، بنابراین باید آنها وسیع بوده و باریک نباشند تا قابل تقسیم باشند.

ترجمه و شرح عبارت: و هل یشتروط... یعنی آیا (در ثبوت شفعه در فرض بالا) شرط است اینکه راه و مجرای آب، قابل تقسیم باشند (یعنی وسیع باشند نه باریک) چنانکه در اصل (ملک و خانه یا باغ که راه و یا مجرای آب آن مشترک است) نیز آن شرط معتبر است، اطلاق عبارت مصنف، اقتضا می کند شرط نبودن آن را، ولی

مصنف در کتاب «دروس» آن شرط را معتبر دانسته، اما قول اقوی (در نظر شارح) آن است که اکتفا شود (در ثبوت شفعه) به قابل قسمت بودن همان ملک تقسیم شده (یعنی اصل خانه یا باغ یا زمین که طبق فرض تقسیم شده است کفایت می‌کند) آری اگر راه و مجرای آب به تنهایی (بدون ضمیمه شدن به اصل ملک) فروخته شوند، شرط است (در ثبوت شفعه) اینکه آنها قابل قسمت باشند، همانند اصل ملک (که اگر باغ مثلاً به تنهایی بدون مجرای آب، فروخته شود شرط ثبوت شفعه در آن این است که قابل تقسیم باشد چنانکه در عبارت مصنف گذشت) قبولهما یعنی قبولهما للقسمة.

(ويشترط قدرة الشفيع على الثمن)، وبذله للمشتري، فلا شفعة للعاجز، ولا للممتنع مع قدرته، والمماطل، ويرجع في العجز إلى اعترافه، لا إلى حاله، لإمكان استدانتة، ولا يجب على المشتري قبول الرهن، والضامن، والعوض

اشتراط قدرت شفيع بر آدای ثمن

(ويشترط... توضيح: در صاحب شفعه، دو چیز شرط می باشد تا حق شفعه برای او ثابت شود:

اول: آنکه قدرت پرداخت ثمن به مشتری را دارا باشد و علاوه بر آن، از پرداخت آن هم امتناع نورزد.

ودلیل آن این است که حکمت ثبوت حق شفعه برای شریک در شرع مقدس آن است که جلوگیری شود از ضرر شراکت با مشتری (یعنی از شراکت با مشتری، ضرری متوجه شریک نگردد) حال اگر بنا شود که حق شفعه برای شریک تنگدست که قدرت پرداخت ثمن را ندارد ثابت شود، لازم می آید که بر مشتری ضرر وارد آید، و به عبارت دیگر برای جلوگیری از ضرر بر شریک - به واسطه شراکت با مشتری - ضرر بیشتری به وجود می آید که ضرر بر مشتری باشد که در اسلام به حکم حدیث «لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام» حکم ضرری نفی شده است.

لذا باید حق شفعه برای شریکی ثابت شود که قدرت پرداخت ثمن به مشتری را دارا باشد تا اِعمال حق مزبور، سبب ضرر مشتری نگردد.

طبق شرط بالا اگر شفيع قدرت پرداخت ثمن نداشته باشد، و یا اگر قدرت بر آن داشته باشد اما از پرداخت آن امتناع ورزد، و یا اهمال کاری و سهل انگاری در پرداخت آن می نماید (و به اصطلاح پشت گوش می اندازد) در همه این صورتهای شفعه برای او ثابت نیست.

ملاک در عدم قدرت بر پرداخت ثمن

تنها راه ثبوت عجز شفیع از پرداخت ثمن، اعتراف خود اوست، و ظاهر حال او اعتبار ندارد یعنی نمی‌توان از ظاهر وضعیت شفیع پی برد به عدم قدرت او بر پرداخت ثمن، زیرا چه بسا شخصی تنگ دست باشد ولی بتواند از دیگران قرض کند و ثمن را پرداخت نماید پس برچنین شخص هم «قادر بر پرداخت ثمن» گفته می‌شود و در نتیجه برای او حق شفعه ثابت می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و یشترو... یعنی شرط است توانایی صاحب حق شفعه بر پرداخت ثمن، و دادن آن به مشتری و بذله للمشتري شارح این جمله را اضافه کرد به عبارت مصنف تا اشاره کند به اینکه تنها توانایی بر پرداخت ثمن، کافی نیست در ثبوت شفعه، زیرا چه بسا توانایی بر پرداخت داشته باشد اما امتناع ورزد از دادن آن و یا سهل انگاری کرده و تأخیر اندازد، بدین جهت شارح آن جمله را اضافه کرده که علاوه بر توانایی باید آن را پردازد، بنابراین کسی که ثمن را داشته باشد اما امتناع ورزد از پرداخت آن و یا سهل انگاری کرده و تأخیر بیندازد، شفعه برای او ثابت نیست چنانکه شارح بعد از این تصریح به آن نموده است.

نگارنده گوید: مطلب بالا در صورتی است که مشتری راضی به تأخیر ثمن نباشد و اما اگر خودش راضی شود به تأخیر ثمن و اینکه ثمن در ذمه شفیع باشد تا مدت معلومی، در این صورت شفیع می‌تواند اخذ به شفعه نماید، چه توانایی بر پرداخت ثمن نداشته باشد و چه توانایی داشته باشد ولی امتناع ورزد از دادن آن، و چه سهل انگاری کند و تأخیر اندازد دادن را، حال اگر بعد از سرآمدن مدت، شفیع نتواند ثمن را پردازد و یا امتناع ورزد از دادن آن و یا سهل انگاری کند در دادن آن، مشتری حق دارد شفعه را فسخ نماید و حصه را از شفیع باز پس بگیرد.

فلا شفعة... یعنی بنابراین، شفعه ثابت نیست برای شفيعی که عاجز باشد از پرداخت ثمن، و همچنین شفيعی که خودداری کند از پرداخت ثمن با اینکه توانایی پرداخت را دارد، و نیز شفيعی که تأخیر انداز و سهل انگار در دادن ثمن می باشد للعاجز این مورد، با قید قدرت، خارج می شود للممتنع این مورد، با قید - بذله للمشتري - خارج می شود و یرجع... (به صیغه مجهول) یعنی در (به دست آوردن) عجز شفيع از دادن ثمن، باید رجوع کرد به اعتراف خود او، نه به حالت و وضعیت فعلی او (که اکنون تنگدست است) زیرا چه بسا (با همان تنگدستی اش) بتواند قرض کند (و ثمن را بپردازد) لامكان استدانتته شارح در کتاب «مسالك» فرموده است که: برای قرض گرفتن او باید مشتری سه روز مهلت بدهد.

ولا يجب... توضیح: اگر شفيع قدرت پرداختن ثمن را نداشته باشد اما به مشتری پیشنهاد ضمانت ضامن کند (یعنی بگوید تو فعلاً آن حصه مبیعه را به من بده و ثمن آن در ذمه من باشد و اگر ثمن را بعداً به تو ندادم، فلان شخص ضامن می شود آن را به تو بپردازد) و یا پیشنهاد گرفتن گرو کند (یعنی به مشتری بگوید این مال نزد تو گرو باشد تا وقتی که ثمن را به تو بپردازم) و یا به جای ثمن (پول) بخواهد مال دیگری از قبیل کالا به او بدهد، آیا بر مشتری لازم است در این سه مورد، پیشنهاد شفيع را بپذیرد؟ می فرماید: واجب نیست آنها را بپذیرد، بلکه شفيع اگر توانایی پرداخت ثمن داشت و آن را داد، حق شفعه برای او ثابت می شود و اگر ثمن را نداد، حق شفعه ای برای او ثابت نمی شود.

ترجمه و شرح عبارت: ولا يجب... یعنی و (در صورتی که شفيع، عاجز باشد از پرداخت ثمن) واجب نیست بر مشتری اینکه ضامن (از جانب شفيع) را بپذیرد و یا رهن (از شفيع) قبول کند و یا عوض ثمن (از مال دیگر) بپذیرد.

(وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفعة لكافر مطلقاً على مسلم، (ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام) ولو ملفقة، وفي دخول الليالي وجهان. نعم لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين كالاعتكاف.

اشتراط مسلمان بودن شفیع

(وإسلامه... توضیح: شرط دوم در شفیع آن است که در صورتی که مشتری مسلمان بوده باشد، باید شفیع هم مسلمان باشد تا حق شفعه برای او ثابت شود، بنابراین، اگر شفیع کافر بود (خواه کافر ذمی یا حربی) حق شفعه بر مشتری مسلمان ندارد (خواه مشتری از مسلمان خریده باشد یا از کافر) ولی اگر هر دو کافر باشند، حق شفعه ثابت است (خواه از مسلمان خریده باشد یا از کافر).

فقهاء برای حکم مزبور چند دلیل اقامه کرده‌اند، یکی از آنها آیه شریفه ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ می‌باشد یعنی خداوند هیچ نوع تسلطی به نفع کافرین علیه مؤمنین قرار نداده است، و چون شفعه حقی است که شفیع، مال را از مشتری بدون رضایت او جبراً می‌گیرد، لذا تسلط بر مشتری به شمار می‌آید، بنابراین، حق مزبور جز برای شفیع مسلمان ثابت نمی‌گردد.

حکم حاضر نبودن ثمن در دست شفیع

ولو ادعى غيبة... توضیح: اگر شفیع موقعی که حاضر شد برای اخذ به شفعه، ادعا کند که پول الان نزد من نیست، این مسأله دو صورت دارد: زیرا وی یا می‌گوید که

پول او در همان شهر است (مثلاً در بانک یا منزل یا در مغازه است که بعداً آن را حاضر می‌سازد) و یا می‌گوید پول او در شهر دیگری است.

صورت اول

حکم در این صورت آن است که مشتری باید سه روز از آن زمانی که شفیع حاضر شد برای اخذ به شفعه، به او مهلت بدهد پس اگر در عرض این مدت، پول را حاضر ساخت، حق شفعه او استقرار می‌یابد (که اگر در همان موقعی که حاضر شده بود برای اخذ به شفعه، اِعمال شفعه کرده بود - یعنی اخذت بالشفعه را گفته بود - شفعه‌اش استقرار می‌یابد) و اما اگر آن مدت تمام شد و پول را حاضر نساخت، شفعه‌اش باطل می‌گردد. به این معنی که اگر در موقع حضور برای اخذ به شفعه، اِعمال شفعه نکرده بود، حق شفعه‌اش ساقط می‌گردد و اگر در آن موقع اِعمال شفعه کرده بود، مشتری می‌تواند آن را فسخ نماید.

و سه روزی که گفته شد فرق ندارد که سه روز سب‌راست باشد (یعنی اینکه حضور شفیع برای اخذ به شفعه، اول صبح امروز باشد پس سه روز کامل به او مهلت داده می‌شود) یا اینکه سه روز تلفیقی و ترکیبی باشد مثل اینکه حضور شفیع، اول ظهر امروز باشد پس به او مهلت داده می‌شود تا ظهر روز چهارم (که نیم روز اول با نیم روز دوم ترکیب می‌شود و یک روز کامل می‌گردد، و از ظهر روز دوم تا غروب ترکیب می‌شود با نیم روز از روز سوم، و روز دومی کامل می‌گردد، و از ظهر روز سوم تا غروب ترکیب می‌شود با نیم روز از روز چهارم، و روز سومی کامل می‌گردد).

و آیا در سه روز، سه شب هم داخل است، به این معنی که باید سه روز و سه شب به او مهلت داده شود یا اینکه سه شب داخل نیست، و سه روز و دو شب وسطی کافی است؟ و احتمال در آن می‌باشد:

۱. بنابر احتمال اول، اگر اخذ به شفعه، اول صبح امروز باشد، مدت مهلت اوتا اول صبح روز چهارم خواهد بود، زیرا به این صورت، سه شب اوهم کامل می‌گردد.

۲. بنابر احتمال دوم، اگر اخذ به شفعه، اول صبح امروز باشد، مدت مهلت اوتا غروب روز سوم، کامل می‌گردد.

آری اگر فرض کنیم که شفیع برای اخذ به شفعه، غروب امروز حاضر گردد، خواه ناخواه سه شب برای او کامل می‌گردد چون شام آن روز، شب اول می‌شود و دوشب دیگر هم به آن اضافه می‌گردد.

(ناگفته نماند که دو احتمال بالا همانا درسه روزی است که سراسر است باشد و اما درسه روز تلفیقی، سه شب هم برای او کامل می‌گردد چنانکه واضح است).

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعی...** یعنی اگر شفیع ادعا کند غایب بودن ثمن را (و بگوید الان در نزد من پول حاضر نیست) سه روزه او مهلت داده می‌شود گرچه سه روز تلفیقی باشد.

و دراینکه آیا (درسه روز) شب‌ها نیز داخل است (که باید سه روز و سه شب به او مهلت داده شود) دو احتمال در آن می‌باشد.

آری اگر اخذ به شفعه (در روز واقع نشود بلکه) در شام آن روز واقع گردد، آن شب به تبع فردا (که روز اول است) داخل می‌گردد (و به اضافه دوشب وسطی، سه شب برای او کامل می‌گردد).

البته شکی نیست که دو شب وسطی، داخل می‌باشند چنانکه در مسأله اعتکاف نیز چنین است.

أجل به صیغه فعل مجهول، و ضمیر نایب فاعلی به شفیع بر می‌گردد.

ثلاثة أيام... مستند فقها در این حکم، روایتی است که علی بن مهزیار از امام جواد علیه السلام نقل کرده است و ما آن روایت را در اینجا می آوریم چون در یکی از مسائل آینده، شارح به آن اشاره ای دارد و در آنجا نیز احتیاج به آن روایت داریم. روایت را شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» چنین نقل کرده:

«... عن علي بن مهزيار، قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينضّ فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجي شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال والآ فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه وإلا فلا شفعة له»^۱

یعنی از امام جواد علیه السلام پرسیدم درباره شخصی که شفعه زمینی را درخواست کرده و به دنبال تهیه ثمن رفته است ولی نتوانسته وجه نقدی را تهیه نماید، اکنون صاحب زمین (مقصود مشتری است نه بایع که مالک اول باشد) اگر بخواهد آن را به دیگران بفروشد چه باید بکند؟ آیا می تواند آن را بفروشد یا باید صبر کند تا شریک او که صاحب شفعه است بیاید و ثمن را پرداخت نماید (و اگر نتوانست بپردازد آنگاه به فروش برساند) حضرت جواد علیه السلام فرمود: اگر شریک او (یعنی صاحب شفعه) ساکن همان شهر باشد (که در همان شهر دنبال تهیه ثمن می گردد) باید سه روز به او مهلت بدهد که اگر (در این مدت) ثمن را آورد، زمین در اختیار او قرار می گیرد، و اگر نتوانست ثمن را تهیه کند، صاحب زمین (یعنی مشتری) می تواند زمین را به دیگران بفروشد و حق شفعه

^۱ تهذیب، ج ۷، ص ۱۶۷.

شریکش در آن زمین باطل می‌گردد، و اگر شریک یعنی صاحب شفعه، تقاضای مهلت کند تا بتواند نقدینه خود را از شهر دیگری به آنجا منتقل سازد، در این صورت صاحب زمین باید به اندازه زمان رفتن آن مرد به شهر دیگر و آمدن از آنجا به علاوه سه روز دیگر بعد از آمدن از سفر، به او مهلت بدهد، پس اگر (در ظرف این مهلت) صاحب شفعه، پول را تحویل داد، زمین را می‌گیرد و گرنه، شفعه او باطل می‌گردد.

کالایعتکاف... احتمال دارد تشبیه به مسأله اعتکاف، مربوط به دخول دوشب وسطی باشد (که بنابراین، تشبیه طبق یک نظریه در مسأله اعتکاف خواهد بود) و احتمال دارد تشبیه در آن دو قول گذشته باشد، چون در مسأله اعتکاف که اقل آن سه روز است، اختلاف است در اینکه آیا مقصود از سه روز، سه روز و دوشب وسطی است یا اینکه سه شب و سه روز است که شب اول نیز داخل است (تفصیل این بحث در آخر کتاب الصوم که مربوط به بحث اعتکاف است گذشت).

ولو ادعى أنه في بلد آخر أجل زمانا يسع ذهابه، وإيابه، وثلاثة (ما لم يتضرر المشتري) لبعء البلد عادة كالعراق من الشام.

وفي العبارة أن تضرر المشتري يسقط الإمهال ثلاثة مطلقا، والموجود في كلامه في «الدروس» وكلام غيره اعتباره في البلد النائي خاصة.

صورت دوم

ولو ادعى... توضيح: اگر صاحب شفعه ادعا کند که پول در شهر دیگری است، در این صورت حکم این است که باید مشتری مهلت بدهد به او به مقدار رفتن به آن شهر و برگشتن از آنجا به اضافه سه روز دیگر، به شرط اینکه مشتری در این مدت، ضرر نکند به واسطه اینکه شهر مورد نظر خیلی دور باشد (که در نتیجه ثمن، تأخیر می شود) مثل فاصله عراق تا شام، پس اگر به واسطه دوری شهر، مشتری متضرر گردد، دیگر بر مشتری واجب نیست به صاحب شفعه سه روز مهلت دهد، بلکه فقط مهلت رفت و برگشت به او داده می شود.

با قیدی که شارح بعد از عبارت مصنف آورده اند یعنی قید - لبعء البلد عادة - اشاره نموده اند به اینکه ضرر کردن مشتری در صورتی سه روز مهلت دادن را ساقط می کند که شهر مورد نظر، دور باشد و اما اگر شهر دور نباشد گرچه مشتری ضرر کند، سه روز مهلت دادن از او ساقط نیست و باید مهلت بدهد.

ولی عبارت مصنف بدون آن قیدی که شارح آوردند، مطلق است و از اطلاق آن استفاده می شود که مطلقا ضرر مشتری، مهلت دادن را از مشتری ساقط می نماید، خواه در شهر دور باشد یا در غیر آن، زیرا عبارت مصنف چنین است که: «اگر صاحب شفعه ادعای غایب بودن ثمن را کرد به اوسه روز مهلت داده می شود به شرط اینکه مشتری ضرر نکند، و غایب بودن ثمن، مطلق است شامل می شود هم شهر دور و هم

شهر نزدیک را بلکه حتی خود شهری را که صاحب شفعه در آن ساکن است، پس مفهوم عبارت این می شود که در تمام این موارد، ضرر مشتری، ساقط می کند مهلت دادن را.

و حال آنکه مصنف در کتاب «دروس» وفقهای دیگر، همان تفصیلی که ما در بالا ذکر نمودیم را قائل شده اند یعنی ضرر را فقط در شهر دور اعتبار نموده اند نه در شهر نزدیک، پس در شهر نزدیک، ضرر کردن مشتری موجب سقوط سه روز مهلت نمی گردد بلکه باید به او آن مهلت داده شود هر چند مشتری ضرر کند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعی...** یعنی اگر صاحب شفعه ادعا کند که ثمن در شهر دیگری است باید به او مهلت داده شود به مقدار زمانی که گنجایش رفتن به آن شهر و بازگشتن از آن را داشته باشد به علاوه سه روز دیگر، به شرط آنکه مشتری به جهت دوری شهر - که عرفاً دور به شمار آید - ضرر نبیند مثل دوری عراق از شام. و در عبارت مصنف (بدون لحاظ قید - لبعده البلد عادة -) این گونه آمده است (یعنی این گونه استفاده می شود): که متضرر شدن مشتری، مطلقاً ساقط می کند سه روز مهلت را (چه ثمن در شهر دور باشد یا نباشد) و حال آنکه آنچه در کلام مصنف در کتاب «دروس» و در کلام دیگران آمده آن است که ضرر، تنها در شهر دور اعتبار دارد (و تنها در شهر دور سبب ساقط شدن مهلت می شود).

(وتثبت) الشفعة (لللغائب) وإن طالت غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه أو وكيله، ولا عبرة بتمكنه من الإشهاد. وفي حكمه المريض، والمحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، ولو قدر عليه ولم يطالب بعد مضي زمان يتمكن من التخلص والمطالبة بطلت.

حق شفعه برای شفیع غایب

(وتثبت) الشفعه... توضیح: در صورتی که شفیع در سفر باشد و شریکش، سهم خود را بفروشد، این مسأله دو صورت دارد:

۱. آنکه شفیع در سفر، خبردار شود از معامله‌ای که شریکش انجام داده، در این صورت، حکم آن است که اگر می‌تواند خودش به طریق مکاتبه و یا به طریق وکالت (در صورتی که وکیل داشته باشد و یا اگر ندارد باید وکیل بگیرد و) اخذ به شفعه نماید باید چنین کند وگرنه اگر چنین نکند و اخذ به شفعه را تأخیر اندازد تا خود به شهر برسد، حق شفعه اوساقط می‌شود، زیرا چنانکه بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد حق شفعه فوری است و باید فوراً اعمال گردد، و در فرض مزبور تأخیر انداختن برخلاف فوریت است.

۲ - آنکه شفیع از معامله‌ای که شریکش انجام داده، خبردار نباشد مگر بعد از مراجعت به شهر، و یا آنکه خبردار باشد ولی در سفر نتواند به طریق مکاتبه و یا به طریق وکالت، اخذ به شفعه نماید، در این صورت حکم آن است که حق شفعه برای اوباقی است تا وقتی که از سفر برگردد و بعد از مراجعت هر چند سفرش طول کشیده باشد می‌تواند اخذ به شفعه نماید.

ترجمه و شرح عبارت: و تثبت... یعنی برای شفیعی که (در سفر است، و از شهری که شریکش در آن معامله انجام داده) غایب می‌باشد (و از وقوع آن معامله، در همان

سفر خبردار شود) شفعه ثابت می شود اگر چه زمان غیبتش به طول انجامد، پس هرگاه از سفر آمد می تواند اخذ به شفعه کند به شرط اینکه در حال غیبت (و سفر) نتواند خودش (به واسطه مکاتبه و یا تلفن) و یا به توسط وکیلش، اخذ به شفعه کند.

للغایب... نگارنده گوید: از سیاق عبارت شارح - ان لم یتمکن من الأخذ... - استفاده می شود که شارح، عبارت مصنف را در جایی فرض کرده است که شفیع غایب، در سفر خبردار از وقوع معامله شده باشد، و اما صورتی که خبردار نبوده باشد مگر بعد از مراجعت از سفر، آن هم حکمش همان است که در عبارت مصنف آمده است (یعنی بعد از مراجعت از سفر می تواند اخذ به شفعه کند) گرچه شارح اشاره به آن نکرده است.

ولا عبرة بتمکنه... توضیح: اگر شفیع در سفر، از معامله شریکش خبردار شود و نتواند به طریق مکاتبه و یا به طریق وکالت، اخذ به شفعه نماید اما می تواند در همان سفر، شاهد بگیرد بر مطالبه شفعه یعنی به شاهدها بگوید که شما شاهد باشید که من شفعه را می خواهم، اگر چنانچه شاهد نگیرد آیا حق شفعه اش باطل می شود؟ شارح می فرماید: توانایی بر شاهد گرفتن در سفر، از نظر شرعی اعتبار ندارد و به واسطه شاهد نگرفتن، حق شفعه اش باطل نمی گردد و بعد از مراجعت از سفر می تواند اخذ به شفعه نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا عبرة...** (این جمله ردّ مطلبی است که اهل سنت گفته اند و آن اینکه آنها گفته اند: در صورتی که شفیع بتواند در سفر، شاهد بر مطالبه شفعه بگیرد، اگر شاهد گرفت، می تواند بعد از مراجعت از سفر، اخذ به شفعه کند و اما اگر شاهد نگرفت، بعد از مراجعت از سفر نمی تواند اخذ به شفعه کند، ولی شارح در ردّ آنها می فرماید: اعتباری نیست به قدرت داشتن شفیع بر شاهد گرفتن (بر مطالبه شفعه).

وفي حكمه المريض... توضيح: در صورتی که شفیع - موقعی که شریکش سهم خود را فروخته مریض باشد (به طوری که نمی تواند نزد مشتری حاضر شود برای اخذ به شفعه) و یا از روی ظلم زندانی شده باشد، حکم آنها هم مانند شفیع غایب است یعنی اینکه اگر چنانچه نتواند به طریق مکاتبه یا به طریق وکالت، اخذ به شفعه نماید، حق شفعه برای او باقی است و بعد از سلامتی از مرض یا آزادی از زندان - هر چند طول بکشد - می تواند اعمال شفعه کند.

و اما اگر شفیع به خاطر بدهکار بودنش به مردم، زندانی شده باشد، این فرض دو صورت دارد:

۱. آنکه قادر به پرداخت حق مردم نباشد، در این صورت حکم او مانند شفیع غایب است یعنی آنکه اگر می تواند به طریق مکاتبه و یا به طریق وکالت، اخذ به شفعه کند باید چنین کند (وگرنه حق شفعه او ساقط می گردد) و اما اگر نمی تواند به طریق مکاتبه و یا وکالت، اخذ به شفعه نماید، وی معذور محسوب می گردد و زندانی شدن او هر چند طول بکشد، حق شفعه برای او باقی است و بعد از بیرون آمدن از زندان می تواند اخذ به شفعه نماید.

۲. آنکه قادر به پرداخت حق مردم باشد اما آن را نپردازد و در نتیجه در زندان بماند، در این صورت بعد از آنکه مقدار مدتی که می توانسته در آن مدت، حق مردم را بپردازد و از زندان آزاد شود و اخذ به شفعه نماید، سپری گردد، حق شفعه او باطل می گردد، زیرا چنانکه بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد، حق شفعه فوری است، و در صورت مزبور تأخیر در اخذ به شفعه، از ناحیه شفیع صورت گرفته و او مقصر است چون می توانسته با پرداخت حق مردم، از زندان بیرون بیاید و فوراً اخذ به شفعه کند اما این کار را نکرده است پس وی معذور محسوب نمی گردد و شفعه اش باطل می شود.

ترجمه و شرح عبارت: **و فی حکمه...** یعنی در حکم غایب است، شفيعی که مريض باشد، و یا از روی ظلم زندانی شده باشد، و یا به سبب حقی زندانی شده باشد حقی که نمی تواند آن را ادا نماید (مثل اینکه بدهکار به مردم باشد و نمی تواند آن را پرداخت کند) و اما اگر بتواند حق را ادا نماید و شفعه را مطالبه نکند بعد از گذشتن زمانی که می توانسته (با ادای حق در آن زمان) خود را (از زندان) آزاد نماید و مطالبه شفعه کند (ولی این کار را نکرده) در این صورت، شفعه باطل می گردد.

أو بحق عطف است بر - ظلماً - یعنی اوالمحبوس بحق يعجز عنه صفت است برای - حق - قدر عليه ضمير بر می گردد به حق یعنی ادای حق یتمکن... صفت است برای - زمان - بطلت جواب است برای - لو -.

(و) کذا تثبت (للصبي والمجنون والسفيه، ويتولى الأخذ) لهم (الولي مع الغبطة) لهم في الأخذ كسائر التصرفات. ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي، وغيره، وكما يأخذ لهم يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا يأخذ لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته.

ثبوت شفعه برای بچه و دیوانه و سفیه

(و) کذا تثبت... توضیح: هرگاه شفیع به جهاتی از قبیل صغیر بودن، جنون، سفاهت، محجور باشد (یعنی از نظر شرعی ممنوع التصرف در اموال باشد) آیا می‌تواند اخذ به شفعه کند؟ و به عبارت دیگر، اگر بچه یا دیوانه یا سفیه چنانچه با کسی، شریک باشند و آن شریک، سهم خود را بفروشد آیا برای آنها حق شفعه ثابت می‌شود یا نه؟

می‌فرماید: آری حق شفعه برای آنان ثابت می‌شود لکن خود آنان به جهت محجور بودن نمی‌توانند اقدام به اخذ به شفعه کنند بلکه باید ولی آنان (پدر یا جد پدری یا وصی) عهده‌دار اخذ به شفعه شود در صورتی که برای آنان مصلحت در اخذ به شفعه بوده باشد همچنانکه در تصرفات دیگری که ولی نسبت به اموال آنان انجام می‌دهد باید مصلحت آنها را رعایت نماید و بدون مصلحت، ولی حق تصرف در اموال آنان را ندارد و اخذ به شفعه هم یکی از تصرفات می‌باشد که باید مصلحتی در آن برای بچه یا دیوانه و سفیه بوده باشد.

و در مسأله بالا فرقی نیست بین اینکه شریکی که سهم خود را فروخته است، شخص بیگانه باشد (چنانکه در بالا مثال زدیم) یا آنکه خود ولی بوده باشد مثل آنکه پدر یا بچه‌اش در مالی شریک بوده باشد، حال اگر پدر، سهم خویش را به شخص

ثالثی بفروشد، در این صورت حق شفعه برای بچه ثابت است و پدر در صورت وجود مصلحت می‌تواند از طرف بچه، به نفع او اخذ به شفعه نماید و سهم فروخته شده خویش را برای بچه بگیرد.

آنچه گفته شد گرفتن شفعه به نفع مولی علیه بود (بچه یا دیوانه یا سفیه) و همچنین ولی می‌تواند به نفع خویش اخذ به شفعه کند، مثل اینکه در مالی که پدر با بچه‌اش شریک است، ولی اقدام به فروش سهم بچه به شخص ثالثی بنماید، در این صورت حق شفعه برای خود ولی ثابت می‌شود یعنی او می‌تواند سهم فروخته شده بچه را برای خود از مشتری بگیرد.

و همچنین هرگاه مالی بین دو بچه مشترک باشد ولی آنها یک نفر باشد (مثلاً پدری، دو فرزند صغیرش در مالی شریک باشند) چنانچه ولی آنها سهم یکی از آنها را به واسطه مصلحتی به شخص ثالثی بفروشد، حق شفعه برای بچه دیگر ثابت می‌شود ولی می‌تواند به نفع او اخذ به شفعه کند و سهم فروخته شده را برای او بگیرد، زیرا چه بسا فروش به مصلحت یکی باشد و اخذ به شفعه به مصلحت دیگری باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و همچنین شفعه ثابت می‌شود برای بچه و دیوانه و سفیه (سبک عقل) و باید ولی آنها متصدی اخذ به شفعه برای آنان شود در صورتی که مصلحت برای آنان در اخذ به شفعه بوده باشد همانند سایر تصرفات ولی (که باید رعایت مصلحت آنان را در تصرفات مالی برای آنها بنماید) مع الغبطه (یعنی مصلحت) و اما اگر در اخذ به شفعه، مصلحتی برای آنان نبوده باشد (مثل اینکه بچه با شخصی شریک باشد در قطعه زمینی، و آن شریک، سهم خود را به بیشتر از ثمن المثل (قیمت واقعی بازار) یا به مقدار ثمن المثل بفروشد، و بچه، پولی نداشته باشد بلکه یک زمین زراعتی داشته باشد که باید آن را بفروشد تا پولی به دست آید و فرض هم آن است که وجود زمین زراعتی برای بچه نفعش بیشتر از آن قطعه زمینی است که

از شریکش می‌خواهد اخذ به شفعه نماید) پس در این صورت صحیح نیست ولیّ، اخذ به شفعه برای آنان بنماید.

ولا فرق... یعنی فرقی نیست (در مسأله مورد بحث) بین اینکه شریکی که سهم خود را فروخته است، خود ولیّ باشد یا غیر او باشد و کما یأخذ... یعنی همانطوری که ولیّ می‌تواند اخذ به شفعه کند به نفع آنان (بچه و دیوانه و سفیه) همچنین ولیّ می‌تواند اخذ به شفعه کند از آنان در صورتی که بفروشد از جانب آنان چیزی را که ولیّ در آن چیز، شریک با آنان می‌باشد (پس ولیّ، سهم بچه را به شخص ثالث می‌فروشد و همان سهم را اخذ به شفعه برای خود می‌کند) **هو بشرکته ضمیر** - هو - بر می‌گردد به - ما - و ضمیر «شرکته» بر می‌گردد به - ولیّ -.

و کذا... یعنی و همچنین ولیّ می‌تواند به نفع یکی از دو نفری که تحت ولایت او هستند، سهم آن دیگری را اخذ به شفعه کند در صورتی که ولیّ بفروشد آن سهم را در حالتی که او شریک بوده (به عبارت دیگر، در صورتی که ولیّ، سهم یکی از دو مولیّ علیه را، که در آن با مولیّ علیه دیگر شریک است، بفروشد، می‌تواند برای مولیّ علیه دوم، اخذ به شفعه کند) **المولیین** تشبیه «مولیّ علیه» به تشدید لام مفتوحه به صیغه اسم مفعول می‌باشد و مقصود از آن، کسانی هستند که شرعاً به جهت ممنوع التصرف بودنشان تحت ولایت کسی می‌باشند مثل بچه و دیوانه و سفیه **بشرکته ضمیر بر می‌گردد به - أخذ -**.

(فإن ترك) في موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، إلا أن ترك لعدم المصلحة.

فإن ترك... توضیح: اگر ولی اقدام به اخذ به شفعه به نفع مولیٰ علیه نکند، حکم چیست؟ آیا مولیٰ علیه بعد از کامل شدن می تواند شخصاً اقدام به اخذ به شفعه بنماید یا نه؟ این مسأله دو صورت دارد:

۱. اگر اخذ به شفعه به مصلحت مولیٰ علیه (بچه یا مجنون یا سفیه) بوده باشد لکن ولی از روی مسامحه و سهل انگاری و یا عدم توجه، اقدام به اخذ به شفعه به نفع مولیٰ علیه ننماید، در این صورت مولیٰ علیه بعد از کامل شدن و برطرف شدن مانع از او (یعنی بعد از آنکه بچه، بالغ شد و مجنون سالم گردید و سفیه، رشد پیدا کرد) می تواند شخصاً اقدام به اخذ به شفعه نماید - هر چند که سالها طول بکشد - و این تأخیر موجب سقوط حق شفعه او نمی گردد، زیرا به وسیله بیع، حق شفعه برای مولیٰ علیه پیدایش یافته و تأخیر در اقدام به اخذ به شفعه همانا در اثر ممنوعیت شرعی بوده (به خاطر صغر و جنون و سفاهت) پس تأخیر مزبور از مصادیق تأخیر با داشتن عذر موجه است و همانطوری که قبلاً گفته شد تأخیر با عذر موجه، موجب سقوط حق نخواهد بود، و تقصیر ولی هم موجب سقوط حق مولیٰ علیه نمی گردد. بنابراین، به خاطر تقصیر ولی - که موجب تأخیر در اخذ به شفعه شده - عذر مولیٰ علیه، موجه بوده و حق او محفوظ خواهد ماند و پس از رسیدن به کمال و برطرف شدن ممنوعیت شرعی، می تواند شخصاً اخذ به شفعه نماید، و اگر هم شک کنیم در سقوط آن، استصحاب می کنیم آن را، زیرا وقتی که حق شفعه برای مولیٰ علیه قبل از کمال مولیٰ علیه، ثابت بود و دلیلی هم برای سقوط آن نبود، حق مزبور را بعد از کمال، استصحاب می کنیم.

۲. اگر در اخذ به شفعه، مصلحتی برای مولیّ علیه نبوده باشد ولیّ به همین جهت اخذ به شفعه نکرده باشد در این صورت مولیّ علیه بعد از کمال و برطرف شدن مانع، نمی‌تواند اقدام به اخذ به شفعه کند چون به واسطه عدم وجود مصلحت، قبل از کمال برای او حقی ثابت نبوده تا بعد از کمال، استصحاب شود.

ترجمه و شرح عبارت: فإن ترک... یعنی پس اگر ولیّ، ترک کرده باشد اخذ به شفعه را - در موردی که شفعه برای نامبردگان (صبی و مجنون و سفیه) ثابت بوده (یعنی در صورت وجود مصلحت) - پس آنها حق دارند بعد از کمال گردیدن (یعنی بلوغ بچه و سلامتی مجنون و رشد سفیه) شخصاً اقدام به اخذ به شفعه نمایند إلاّ آن ترک... (در نسخه‌های چاپی دو جلدی - به خط عبدالرحیم و خط احمد تفرشی - و نیز در نسخه ده جلدی طبع کلاتر، کلمه - الاّ - به حرف استثنا ثبت شده است و آن غلط می‌باشد و صحیح آن است که کلمه - لا - به حرف نافیّه عاطفه می‌باشد و جمله - ان ترک - عطف است بر - فان ترک - در عبارت مصنف) یعنی نه در صورتی که ولیّ اخذ به شفعه را به خاطر عدم مصلحت، ترک کرده باشد (که در این صورت، مولیّ علیه بعد از کمال، حق ندارد اخذ به شفعه کند چون قبل از کمال برای او حقی ثابت نبوده).

و این فرمایش شارح، اشاره به ردّ فرمایش شیخ طوسی در کتاب «خلاف» می‌باشد، زیرا ایشان در آن کتاب فرموده است که در موردی هم که ولیّ به خاطر نبود مصلحت، اقدام به اخذ به شفعه ننماید، مولیّ علیه می‌تواند پس از کمال شدن، مطالبه شفعه نماید، اما شارح در مخالفت با نظریه شیخ طوسی می‌فرماید: که تنها در صورتی که اخذ به شفعه به مصلحت مولیّ علیه بوده ولیّ آن را ترک کرده باشد، مولیّ علیه می‌تواند پس از رسیدن به کمال، اخذ به شفعه نماید.

ولو جهل الحال ففي استحقاقهم الأخذ نظرا إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا،
التفتاتا إلى أنه مقيد بالمصلحة ولم تعلم، وجهان أوجههما الثاني.

ولو جهل الحال... توضیح: اگر معلوم نباشد که علت ترک اقدام ولیّ به اخذ به شفعه، چه بوده؟ آیا به خاطر عدم مصلحت، ترک کرده یا اینکه مصلحت بوده اما تقصیر و سهل انگاری در اخذ به شفعه کرده؟ در این صورت آیا مولیّ علیه، حق دارد بعد از کمال، اخذ به شفعه کند؟ دو احتمال در آن می باشد:

۱. اینکه حق شفعه دارد، زیرا سبب ثبوت شفعه قبل از کمال مولیّ علیه، تحقق یافته است - و آن بیع شریک، در حال شرکت مولیّ علیه می باشد - پس قبل از کمال، حق شفعه برای او ثابت بوده، حال بعد از کمال اگر شک کنیم که آن حق برای آنها ثابت است یا نه، استصحاب ثبوت آن را می نمائیم.

۲. اینکه حق شفعه ندارد، زیرا درست است که ثبوت شفعه، سببش تحقق یافته ولی ثبوت شفعه برای مولیّ علیه، علاوه بر تحقق سبب، شرطی هم دارد و آن وجود مصلحت در همان زمان است و فرض آن است که در تحقق شرط مزبور شک داریم یعنی نمی دانیم که آیا در آن زمان، مصلحت وجود داشته یا نه، و در نتیجه، شک در تحقق شرط، موجب شک در مشروط (ثبوت حق شفعه) خواهد بود، پس قبل از کمال مولیّ علیه، اصل ثبوت شفعه برای او مسلم نیست^۱ تا بخواهیم بعد از کمال، آن را استصحاب کنیم.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو جهل**... (کلمه - جهل - به صیغه مجهول است) یعنی اگر جهت ترک شفعه، معلوم نباشد (یعنی جهت ترک ولیّ، اخذ به شفعه را معلوم

^۱ چون در استصحاب باید یقین سابق باشد و شک لاحق، و در فرض مزبور، یقین سابق نیست، زیرا یقین به ثبوت شفعه در سابق، مشروط به وجود مصلحت است و فرض آن است که وجود مصلحت مشکوک می باشد و در نتیجه ثبوت شفعه مشکوک خواهد بود.

نباشد چه بوده آیا عدم مصلحت بوده یا مسامحه کاری و سهل انگاری و عدم توجه ولیّ بوده) در این صورت آیا نامبردگان (صبی و مجنون و سفیه) باز حق اخذ به شفعه (بعد از کامل شدن) دارند - به دلیل اینکه سبب ثبوت شفعه، وجود یافته (که فروش در حال شرکت آنها باشد) پس مسبّب (یعنی حق اخذ به شفعه) استصحاب می شود (بعد از کمال) - یا اینکه حق اخذ به شفعه ندارند، به دلیل اینکه ثبوت حق مزبور، مقید و مشروط است به وجود مصلحت (در آن زمان یعنی قبل از کمال آنان) و حال آنکه (به حسب فرض مسأله) وجود مصلحت در آن زمان برای ما معلوم نیست؟ دو احتمال مزبور در اینجا هست، بهترین آنها احتمال دوم است.

فیهستصحاب گرچه به حسب ظاهر، ضمیر مقدر برمی گردد به سبب، ولی چون استصحاب سبب در اینجا معنی ندارد لذا بر حسب معنی ضمیر برمی گردد به مقتضای آن سبب (و یا به تعبیری دیگر ضمیر برمی گردد به مسبب) و آن ثبوت شفعه می باشد إلی أنه ضمیر برمی گردد به - أخذ - و مقصود ثبوت حق اخذ است ولم یعلم (به صیغه مجهول) کلمه - واو - حالیه است و ضمیر مقدر نایب فاعلی برمی گردد به قید مصلحت یعنی وجود مصلحت در آن زمان، معلوم نگردیده و جهان مبتدای مؤخر است برای - ففی استحقاقهم -.

أما المفلس فتثبت له أيضا، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه أو رضي المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص حق الغرماء، ولا يجب عليه الأخذ ولو طلبوه منه مطلقا.

ثبوت شفعه برای شفیع مفلس (ورشکسته)

أما المفلس... توضیح: هرگاه شفیع به علت افلاس و ورشکستگی، از تصرف در اموال خود شرعاً ممنوع شده باشد و دارایی وی متعلق حق طلبکاران قرار گیرد آیا می‌تواند اخذ به شفعه نماید؟

می‌فرماید: حق شفعه برای وی نیز (همانند صبی و مجنون و سفیه) ثابت می‌شود لکن چون شفیع نمی‌تواند شرعاً در اموال خود تصرف کند و از طرفی هم اعمال حق شفعه نیاز دارد به اینکه شفیع بتواند از اموال خود، ثمن بردارد و به مشتری بدهد، لذا شفیع به یکی از دو صورت زیر می‌تواند آن حق را اعمال نماید:

۱. یا اینکه طلبکاران موافقت کنند که وی از دارایی خودش مالی را به عنوان ثمن بردارد که به مشتری بدهد.

۲. و یا مشتری راضی گردد که حالا شفیع، ثمن را نپردازد و ثمن در ذمه او باشد تا وقتی که از حالت افلاس درآید.

البته بر طلبکاران واجب نیست که موافقت بر صورت اول کنند ولی اگر چنانچه موافقت بر آن کردند و یا مشتری به صورت دوم راضی شد، و شفیع به یکی از آن دو صورت اقدام به اخذ به شفعه نمود، حق طلبکاران به آن سهم اخذ شده، تعلق می‌گیرد.

و از طرفی دیگر در صورتی که طلبکاران از شفیع درخواست کنند که وی اخذ به شفعه کند (که در نتیجه، سهم اخذ شده، مورد تعلق حق آنها گردد و بابت طلب خود

بردارند) بر شفیع واجب نیست که اخذ به شفعه کند بلکه می‌تواند حق شفعه را ساقط نماید، هر چند طلبکاران، ثمن را در اختیار او قرار دهند و یا مشتری راضی شود که ثمن در ذمه او باشد.

ترجمه و شرح عبارت: اما المفلس... یعنی اما شفعی که ورشکسته باشد، پس برای او نیز شفعه ثابت می‌شود (همانطوری که برای صبی و مجنون و سفیه هم ثابت است) ولی (با توجه به اینکه شفیع به خاطر ورشکستگی، از تصرف در اموال خود شرعاً ممنوع می‌باشد و معلوم است که اعمال حق شفعه، نیاز دارد به اینکه شفیع بتواند از اموال خود، ثمن بردارد و به مشتری بدهد لذا) بر طلبکاران واجب نیست موافقت نمایند بر اینکه شفیع، ثمن از اموال خود بردارد، حال اگر (موافقت بر آن کردند و) ثمن در اختیار او قرار دادند و یا اگر مشتری راضی شد به اینکه ثمن در ذمه شفیع باشد (و اکنون نپردازد) آنگاه شفیع اخذ به شفعه کند (و سهم فروخته شده شریک را از مشتری بگیرد) در این صورت حق طلبکاران به سهم گرفته شده تعلق می‌گیرد.

تمکینه یعنی تمکین شفیع بذلوه ضمیر به ثمن بر می‌گردد بذمه... یعنی به ذمه شفیع فاخذ ضمیر مقدر بر می‌گردد به شفیع حق الغرماء فاعل تعلق می‌باشد ولا یجب... یعنی واجب نیست بر شفیع اینکه اخذ به شفعه کند در صورتی که طلبکاران درخواست اخذ به شفعه کنند از او ولو طلبوه... در چند نسخه خطی، کلمه - و او - در عبارت نمی‌باشد، و به نظر نگارنده نیز نبودن آن بهتر است مطلقاً یعنی هر چند ثمن را در اختیار او قرار بدهند، و یا مشتری راضی شود که ثمن در ذمه او باشد.

(ویستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد وإن كان فيه خيار) بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار - كالشيخ - توقف على انقضائه.

شفعه در بیع خیاری

(ویستحق) الأخذ... توضیح: چنانچه بیع انجام شده توسط شریک، خیاری باشد (یعنی برای بایع یا مشتری، حق خیاری در آن بیع ثابت بوده باشد) آیا برای شفیع قبل از گذشتن زمان خيار، حق شفعه حاصل می‌گردد یا آنکه پدید آمدن حق شفعه موقوف به گذشتن زمان خيار است و قبل از آن، حق شفعه نخواهد بود؟ مشهور و مصنف، قول اول را اختیار کرده‌اند یعنی اینکه حق شفعه به مجرد آنکه بیع واقع شد، برای شفیع حاصل می‌گردد و می‌تواند بلافاصله مطالبه به شفعه نماید گرچه بیع خیاری باشد و خیاری بودن بیع، مانع از اخذ به شفعه نمی‌شود، زیرا طبق مبنای مشهور، ملکیت مبیع به وسیله عقد به مشتری منتقل می‌شود حتی در بیع خیاری، و با ملکیت مشتری، حق شفعه برای شفیع حاصل می‌گردد.

ولی شیخ طوسی، قول دوم را اختیار نموده است، زیرا مبنای ایشان در بیع خیاری آن است که انتقال ملکیت به وسیله عقد نمی‌شود بلکه موقوف به گذشتن زمان خيار می‌باشد، بدین جهت حق شفعه پس از گذشتن زمان خيار حاصل می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: ویستحق... (این کلمه را هم به صیغه معلوم می‌توان خواند و هم به صیغه مجهول) یعنی شفیع، استحقاق اخذ به شفعه پیدا می‌کند به وسیله خود عقد بیع (بدون آنکه توقف به چیز دیگری داشته باشد) اگرچه در عقد، حق خیاری بوده باشد.

خيار در اینجا تذکره نکته لازم است:

۱. اینکه در ثبوت حق شفعه در بیع خیاری، فرق نمی‌کند که خیاری فسخ برای بایع باشد یا مشتری یا شخص ثالث (مثل آنکه شرط خیاری برای شخص ثالث کرده باشند که به آن «خیاری شرط» گویند).

۲. اینکه ثبوت شفعه در زمان خیاری، متزلزل خواهد بود به این معنی که دارنده حق خیاری اگر بیع را فسخ نماید، حق شفعه شفیع باطل می‌گردد و اگر فسخ نکند، حق شفعه استقرار می‌یابد چنانکه از عبارت بعدی مصنف نیز استفاده می‌شود.

۳. اینکه اخذ به شفعه در بیع خیاری، فقط قولی خواهد بود نه عملی یعنی شفیع حق دارد که لفظاً اعلام کند به مشتری که من آن مبیع را می‌خواهم و اما عملاً نمی‌تواند آن مبیع را تحویل بگیرد و تصرف در آن نماید مگر بعد از گذشتن زمان خیاری مشتری، و فایده اخذ قولی، در نماند حاصل می‌شود، یعنی اگر در آن مدت (از زمان اخذ به شفعه قولی تا وقت گذشتن زمان خیاری) چنانچه مبیع، نماند و زیادتى داشت، متعلق به شفیع خواهد بود چنانکه بعداً شارح بیان خواهد نمود و در اینجا مثالش را ذکر خواهیم نمود.

بناءً علی انتقال... (این جمله مربوط است به خیاری بودن بیع) در مواردی که معامله بیع با قید خیاری انجام می‌گیرد، در بین فقها این اختلاف نظر وجود دارد که آیا انتقال مبیع به مشتری، به مجرد عقد حاصل می‌شود و فقط لزوم آن متوقف بر گذشتن زمان خیاری است، یا آنکه مادام که زمان خیاری نگذشته است ملکیت بایع زایل نگشته و اصل انتقال موقوف بر گذشتن زمان خیاری می‌باشد؟

بر اساس این اختلاف نظر، اختلاف در مورد بحث، پدید آمده است لذا می‌فرماید که فرمایش مصنف و مشهور (یعنی ثبوت حق شفعه به مجرد عقد در بیع خیاری) مبتنی بر آن است که بگوئیم مبیع انتقال می‌یابد به ملک مشتری به خود عقد (و موقوف به گذشتن زمان خیاری نیست، و مبنای مشهور همین است) اما اگر (در بیع

خیاری) انتقال مبیع را موقوف برگزشتن زمان خیاردانیم (وتنها عقد را کافی ندانیم) همانند شیخ طوسی، دراین صورت ثبوت حق شفعه موقوف برگزشتن خیارد خواهد بود به ضمیر برمی گردد به عقد اوقفناه ضمیر برمی گردد به انتقال مبیع توقف ضمیر مقدر فاعلی برمی گردد به استحقاق اخذ به شفعه.

(و) على المشهور (لا يمنع) الأخذ (من التّخاير)، لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت) الشفعة وإلا استقر الأخذ.

وجعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد، نظراً إلى عدم الفائدة به قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار، لعدم استقرار ملكه والظاهر أن ذلك جائز، لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين. والفائدة تظهر في النماء وغيره.

(و) على المشهور... توضيح: بناير قول مشهور آیا أخذ به شفعه، حق خيار (برای بايع یا مشتری) را از بين می برد یا نه؟ می فرماید: حق خيار را از بين نمی برد و مانع از اعمال حق خيار (یعنی مانع از فسخ صاحب خيار نمی گردد)^۱ بنابراین چنانچه قبل از گذشتن مدت خيار، شفيع مبادرت به اخذ قولی نماید، حق خيار برای صاحب خيار کماکان باقی است، زیرا جهتی برای اسقاط حق خيار به وجود نیامده است و مقتضای استصحاب، بقای آن حق است و بنابراین هرگاه صاحب خيار (بايع یا مشتری) پس از انجام اخذ به شفعه شفيع، از حق خيار خویش استفاده کند و بيع را فسخ نماید، اخذ به شفعه باطل می گردد و اگر فسخ نکند، اخذ به شفعه استقرار یافته و پا برجا می گردد.

به بیان دیگر: هر چند وجود خيار، مانع اخذ به شفعه نمی باشد ولی اثر اخذ به طور معلق و مشروط بر عدم اعمال خيار فسخ خواهد بود و تا وضعیت خيار روشن نگردیده، عمل اخذ به شفعه استقرار نخواهد یافت، زیرا هر چند به موازات بيع، انتقال صورت گرفته ولی منجز نبوده بلکه به علت وجود خيار متزلزل بوده است.

^۱ زیرا چنانکه بعد از این خواهد آمد که: به واسطه عقد بيع، حق خيار همزمان با حق شفعه پديد می آيند.

ترجمه و شرح عبارت : و علی المشهور... یعنی بنابر قول مشهور (که مبیع با خود عقد انتقال می یابد) اخذ به شفعه (از طرف شفیع) مانع از فسخ بیع (از طرف صاحب خیار) نمی شود، زیرا (حق خیار به وسیله عقد بیع برای بایع یا مشتری، ثابت شده است و همزمان با آن، حق شفعه برای شفیع به وجود آمده است، اکنون با اعمال شفیع، حق خود را لفظاً، شک می کنیم که حق خیار از بین می رود یا نه؟) اصل، بقای خیار است (یعنی آن را استصحاب می کنیم لذا صاحب خیار- بایع یا مشتری - می تواند پس از اخذ به شفعه شفیع، بیع را فسخ کند) پس اگر چنانچه مشتری یا بایع، اختیار کند فسخ بیع را، شفعه باطل می گردد، وگرنه (اگر فسخ نکند) شفعه مستقرو پابرجا می گردد.

نظریه بعضی از فقها

و جَعَلَ بعض الاصحاب... توضیح: چنانکه دانسته شد، مشهور می گویند شفیع می تواند قبل از گذشتن زمان خیار، اخذ به شفعه نماید (البته اخذ قولی نه عملی). ولی بعضی از فقها با اینکه از نظر مبنا در بیع خیار، با مشهور موافق است (و آن اینکه مبیع به وسیله خود عقد به مشتری انتقال می یابد) اما در عین حال فرموده است که: شفیع حق ندارد اخذ به شفعه (اخذ قولی) قبل از گذشتن زمان خیار بکند بلکه باید بعد از گذشتن آن، اخذ نماید، به دلیل اینکه پیش از گذشتن زمان خیار، اخذ به شفعه فایده ای برای او ندارد، زیرا گرچه اخذ قولی بنماید، اما عملاً نمی تواند مبیع را از مشتری تحویل گرفته و تصرف در آن بنماید، چون فرض آن است که بیع خیار است و ملکیت مشتری هنوز استقرار نیافته است و هر لحظه احتمال دارد که بیع، فسخ گردد (از جانب مشتری یا بایع).

شارح در جواب این قول می‌فرماید که: ما در این جهت که اخذ به شفعه، حتماً باید بعد از گذشتن زمان خيار باشد، موافق نیستیم بلکه هم آن را جایز می‌دانیم^۱ و هم قبل از گذشتن زمان خيار را جایز می‌دانیم، و اینکه بعضی از فقها در دلیلشان گفتند که «قبل از خيار، اخذ به شفعه قولی، فائده‌ای برای او ندارد به واسطه آنکه نمی‌تواند تصرف در مبیع نماید» در جوابش گوئیم: فائده‌اش در چند مورد ظاهر می‌شود که در اینجا دو مورد ذکر می‌گردد:

اول: در جایی که مبیع، نماء و زیادتی داشته باشد مثل اینکه مبیع، درخت بوده باشد (البته به ضمیمه زمینش چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت) و شفیع بعد از وقوع بیع از طرف شریک، لفظاً اخذ به شفعه کند و فرض هم این باشد که مدت خيار، چند ماه بوده باشد، حال اگر در آن مدت، درخت میوه داد، این میوه مال شفیع خواهد بود گرچه درخت در اختیار مشتری بوده و شفیع از تصرف در آن ممنوع بوده است (به جهت خیاری بودن بیع).

دوم: در جایی که مبیع، هزینه‌ای لازم داشت، وقتی که شفیع اخذ به شفعه قولی قبل از خيار کرد و مبیع هم در مدت خيار، هزینه‌ای لازم داشته باشد (مثل هزینه آبیاری درختان و اجرت باغبان و غیر آن) تمام هزینه به عهده شفیع خواهد بود نه مشتری گرچه مبیع در دست مشتری است، در حالی که اگر اخذ به شفعه قبل از خيار را جایز ندانیم، هزینه مزبور به عهده مشتری خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: وَ جَعَلَ... یعنی بعضی از فقها قرارداد داده است اخذ به شفعه را بعد از گذشتن مدت خيار- با آنکه ایشان (از نظر مبنا در بیع خیاری موافق با مشهور بوده و حکم می‌کند به اینکه مشتری به وسیله خود عقد، مالک مبیع می‌گردد- اما در عین

^۱ گویا جواز آن بعد از گذشتن زمان خيار، منافات با فوریت اخذ به شفعه ندارد (چون مشهور فقها اخذ به شفعه را فوری می‌دانند حتی شارح چنانکه بعد از این خواهد آمد).

حال، اخذ به شفعه را قبل از مدت اختیار اجازه نداده است) زیرا قبل از گذشتن مدت اختیار، اخذ به شفعه قولی فایده‌ای ندارد، چون شفیع حق ندارد عین مبیع را قبل از گذشتن مدت اختیار، از مشتری تحویل بگیرد به جهت آنکه ملکیت مشتری (نسبت به مبیع) استقرار نیافته (و متزلزل است)، چون فرض آن است که بیع خیار است و هر لحظه احتمال فسخ شدن آن از جانب مشتری یا بایع داده می‌شود).

الأخذ مقصود از اخذ در اینجا اخذ قولی است که فقط اعلام کند به مشتری که آن مبیع را می‌خواهد، چون اگر مقصود اخذ عملی باشد، جمله «نظراً الی عدم الفائدة قبله» درست در نمی‌آید و به جای آن مناسب بود بگوید: «نظراً الی عدم التمكن قبله» چون قبل از گذشتن مدت اختیار، اخذ عملی برای شفیع متمکن نیست به واسطه آنکه شفیع حق ندارد مبیع را از مشتری تحویل بگیرد حکمه ضمیر به بعض الاصحاب برمی‌گردد بملکه ضمیر به مشتری برمی‌گردد الفائدة به ضمیر به اخذ به شفعه برمی‌گردد قبله یعنی قبل از انقضاء خیار.

والظاهر... (این نظر خود شارح است و جواب از قول بعض الاصحاب نیز می‌باشد) یعنی ظاهراً باید گفت که: اخذ به شفعه بعد از گذشتن مدت اختیار، جایز است^۱ نه اینکه لازم و واجب باشد بلکه قبل از گذشتن آن مدت نیز جایز است اخذ کند (اخذ قولی) هر چند (قبل از اختیار) از تحویل گرفتن خود عین مبیع، ممنوع است (به واسطه عدم استقرار ملکیت مشتری).

منع به صیغه مجهول خوانده شود و ضمیر مقدر آن به شفیع برمی‌گردد والفائدة... یعنی فایده اخذ به شفعه قبل از گذشتن مدت اختیار النماء یعنی زیادتى که در مبیع حاصل شود بعد از زمان اخذ به شفعه تا گذشتن مدت خیار و غیوه یعنی غیر نماء مثل هزینه مبیع که سابقاً توضیح داریم.

^۱ یعنی حق اخذ به شفعه برای او بعد از گذشتن مدت اختیار، محفوظ است و ساقط نمی‌شود.

وإحتمل المصنف في «الدروس» بطلان خيار المشتري بالأخذ، لانتفاء فائدته، إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع. ويضعف بأن الفائدة ليست منحصرة في الثمن فجاز أن يريد دفع الدرك عنه.

گفتاری از صاحب «دروس»

وإحتمل المصنف... توضیح: دانسته شد که قول مشهور آن است که اخذ به شفعه، حق خيار را از مشتری ساقط نمی‌کند.

ولی مصنف در کتاب «دروس» احتمال داده است که چنانچه حقی خیار (مثل خيار شرط) برای مشتری باشد، اخذ به شفعه، خيار او را ساقط می‌کند، زیرا در آن صورت برای خيار فایده‌ای نمی‌باشد، چون غرض مشتری از فسخ بیع، بازپس گرفتن ثمنی می‌باشد که به بایع داده است، حال وقتی که شفیع با اخذ به شفعه، آن ثمن را به مشتری می‌پردازد، غرض مشتری حاصل می‌شود و دیگر فسخ او چه فایده‌ای دارد؟ همچنانکه در خيار عیب نیز مشهور همین را گفته‌اند که اگر مبیع، معیوب درآید و مشتری بخواهد به واسطه وجود عیب، بیع را فسخ نماید چنانچه شفیع راضی شود که آن مبیع را با همان عیب، اخذ نماید، دیگر مشتری حق خيارش ساقط می‌شود و نمی‌تواند بیع را فسخ نماید، زیرا فایده‌ای بر فسخ مشتری مترتب نمی‌شود، چون مشتری به واسطه اخذ به شفعه شفیع، به ثمن خود می‌رسد.

شارح در جواب می‌فرماید: که احتمال مصنف تضعیف می‌شود به اینکه غرض از فسخ در خیار که مشتری دارد، منحصر در این نیست که مشتری با فسخ کردن می‌خواهد ثمن خود را از بایع بازپس بگیرد تا شما بگوئید که با اخذ به شفعه شفیع، آن غرض حاصل می‌گردد و فایده‌ای در فسخ نخواهد بود، بلکه گاهی ممکن است غرض مشتری از فسخ این باشد که ضمان را از خود دفع نماید، زیرا چنانکه بعداً در

عبارت مصنف خواهد آمد اگر چنانکه آن مبیع، مال کس دیگر درآید و آن کس بیاید از شفیع مالش را بگیرد، ضمان آن بر مشتری است یعنی مشتری باید ثمن شفیع را رد کند و حتی اگر شفیع خرجی برای آن مال کشیده باشد و یا صاحب مال بابت تصرفاتی که شفیع در آن مبیع کرده است، از شفیع اجرت گرفته باشد، مشتری باید آن خرجها را هم به شفیع بدهد، حال در مورد بحث، ممکن است مشتری به خاطر اینکه احتمال می‌دهد که آن مبیع مال کس دیگر درآید، از حق خیار خود استفاده کرده و بیع را فسخ می‌کند تا ضمان مزبور را از خودش دفع بنماید و معلوم است که این غرض، با گرفتن ثمن از دست شفیع حاصل نمی‌شود بلکه با فسخ کردن و رد کردن مبیع به بایع حاصل می‌گردد (گرچه اگر مشتری آن خرجها راپردازد، او هم به نوبه خود به بایع رجوع کرده و از او می‌گیرد ولی مشتری از همان اول می‌تواند برای جلوگیری از ضمان، معامله را فسخ کند).

اما در فسخ به واسطه وجود عیب، این احتمالی که گفتیم نیست بلکه در آنجا اگر مشتری بخواهد فسخ کند، غرضش منحصر در آن است که می‌خواهد مبیع معیوب را رد کند و ثمن را پس بگیرد، پس اگر شفیع راضی شد آن مبیع را با عیبش بگیرد، دیگر برای مشتری، فایده‌ای در فسخ نخواهد بود لذا در آنجا مشهور گفته‌اند که: حق خیار او با اخذ به شفعه شفیع ساقط می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: و احتمال... یعنی احتمال داده است مصنف در کتاب «دروس» باطل شدن خیار مشتری را به واسطه اخذ به شفعه شفیع، زیرا خیار (و فسخ بیع) فایده‌ای ندارد، چون غرض مشتری (از فسخ) به دست آوردن ثمن خود می‌باشد و حال آنکه این غرض از جانب شفیع (به واسطه اخذ به شفعه) حاصل می‌شود (یعنی شفیع با اخذ به شفعه‌اش، ثمن را به مشتری می‌دهد و غرض مشتری حاصل می‌شود پس فایده‌ای بر فسخ مشتری مترتب نمی‌شود).

خيارالمشتري از کلمه - مشتري - استفاده می شود که احتمالی که مصنف داده، فقط در صورتی است که مشتري، حق خيار داشته باشد و اما در صورتی که بايع، حق خيار داشته باشد، احتمال مزبور نمی باشد یعنی به واسطه اخذ به شفعه شفيع، حق خيار بايع باطل نمی شود چون غرض بايع از فسخ همانا بازپس گرفتن مبيع است و معلوم است که اين غرض با اخذ به شفعه شفيع، حاصل نمی گردد پس با فسخ کردن بايع، اخذ به شفعه شفيع باطل می گردد.

كما لو أراد... (اين مورد، مثال برای مورد بحث نیست بلکه تنظير است یعنی مصنف تنظير می کند خيارات ديگرا - مثل خيار شرط که مثال زدیم - به خيار عيب) یعنی همچنان که (در خيار عيب نیز چنین است که) اگر مشتري بخواهد مبيع را به جهت وجود عيب در آن، رد کند به بايع (تا پولش را بگيرد) آنگاه شفيع (با راضی شدنش به عيب) اخذ به شفعه کند (در اینجا نیز فايده در فسخ مشتري نمی باشد چون با اخذ به شفعه شفيع، مشتري ثمن خود را به دست می آورد لذا مشهور گفته اند که با اخذ به شفعه شفيع، خيار عيب مشتري ساقط می گردد).

ويضعّف... یعنی احتمال مصنف تضعيف می شود به اينکه فايده فسخ منحصر در (به دست آوردن) ثمن نیست و چه بسا ممکن است مشتري غرضش (از فسخ بيع) اين باشد که ضمان را از خود دفع کند (به واسطه اينکه احتمال می دهد که مبيع مال کس ديگر در آيد، و معلوم است که اين غرض، با گرفتن ثمن از دست شفيع، حاصل نمی شود بلکه بايد فسخ کند و مبيع را به بايع ردّ نمايد تا ضمان از او دفع شود) الدرک - به فتح دال وراء - یعنی ضمان وخسارت.

(ولیس للشفیع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع، أو يدع) لنلا یتضرر المشتري بتبعیض الصفقة، ولأن حقه فی المجموع من حیث هو مجموع کالخیار، حتی لو قال: أخذت نصفه مثلاً بطلت الشفعة، لمنافاته الفوریة، حیث تعتبر.

حکم تبعیض در أخذ به شفعه

(ولیس للشفیع... توضیح: آیا شفیع می تواند نسبت به بعضی از سهم فروخته شده شریک، أخذ به شفعه کند یا باید تمامی آن سهم را اخذ بنماید؟ می فرماید: شفیع نمی تواند اخذ به شفعه نسبت به بعضی از سهم بنماید و بعضی دیگر را در دست مشتری باقی بگذارد (و به عبارت دیگر: شفعه قابل تبعض و تجزیه نمی باشد) بلکه یا باید تمامی آن سهم را اخذ بنماید و یا آنکه از حق خود صرف نظر کند و همه را در دست مشتری باقی بگذارد.

دلیل آن دو چیز است:

۱. اینکه اگر نسبت به بعضی از مبیع، اخذ به شفعه کند، به مشتری ضرر وارد می آید (به واسطه آنکه معامله براو تبعیض می شود و فقط مقداری از آنچه خریده است به او می رسد) و این منافات با حکمت تشریع شفعه دارد، زیرا (چنانکه در اول کتاب گفتیم) شفعه برای جلوگیری از ضرر شفیع، تشریع شده است پس مناسب نیست که با دفع ضرر از یکی، ضرر به دیگری وارد شود^۱.

^۱ و به بیان دیگر: گویا شارع مقدس می فرماید: ما به خاطر دفع ضرر مشارکت با مشتری، شفعه را برای تو تشریع کرده ایم، اما اکنون که تومی خواهی بعضی از آن اخذ کنی و در بعض دیگر شریک با مشتری باشی، معنایش آن است که خودت می خواهی اقدام به ضرر کنی و راضی به ضرر باشی، ما - که شارع مقدس هستیم - این اقدام به ضرر تو را امضا نمی کنیم تا ضرر به مشتری وارد شود که تبعض صفعه باشد.

۲. اینکه - چنانکه از روایاتی که در مورد شفعه وارد شده است استفاده می‌شود - حق شفیع به مجموع مبیع من حیث المجموع تعلق گرفته است نه به بعضی از آن، پس بنابراین نمی‌تواند اعمال حق شفعه در بعضی از مبیع بنماید.

همچنان که حق خیار هم چنین است یعنی به مجموع مبیع تعلق می‌گیرد، و بنابراین، اگر مشتری یا بایع نسبت به جنس فروخته شده، حق خیار داشتند، اما تبعیض در حق خیار نمی‌تواند بنمایند که نسبت به بعضی از جنس، معامله را فسخ کند و نسبت به بعضی دیگر امضاء کند بلکه یا باید تمامی آن را فسخ نماید و یا تمامی آن را امضاء نموده و از حق خیار خود صرف نظر کند.

و حتی فقها گفته‌اند که اگر شفیع مبادرت به اخذ بعضی از مبیع نماید و بگوید: نصف مبیع را اخذ به شفعه کردم، حق شفعه او به طور کلی از تمام مبیع ساقط می‌گردد و بعد از آن نمی‌تواند تمام مبیع را اخذ به شفعه نماید، زیرا (چنانکه در عبارت مصنف خواهد آمد) مشهور فقها می‌گویند که حق شفعه باید فوراً اعمال گردد پس وقتی که شفیع در ابتدا بعضی از مبیع را اخذ به شفعه کرد، اخذ به شفعه تمام مبیع به تأخیر می‌افتد، بدین جهت، حق شفعه او ساقط می‌گردد و دیگر بعد از آن حق ندارد اخذ کند تمام مبیع را^۱.

ترجمه و شرح عبارت: و لیس... یعنی شفیع نمی‌تواند بعضی از مبیع را اخذ به شفعه کند بلکه یا باید همه را اخذ کند و یا همه را رها کند (و در دست مشتری باقی بگذارد) برای آن که مشتری به واسطه تبعیض معامله، ضرر نکند و نیز به جهت آنکه حق شفیع به مجموع مبیع از آن جهت که مجموع است تعلق گرفته است، همانند

^۱ البته باید گفت که این در صورتی است که شفیع بعد از علم به مسأله، ابتدا بعض مبیع را اخذ کند... و اما اگر قبل از علم به مسأله باشد، حق شفعه او باطل نمی‌شود چنانکه از حاشیه شیخ علی (نواده شهید ثانی) استفاده می‌شود.

حق خیار (که حق صاحب خیار به مجموع مبیع تعلق می‌گیرد و نمی‌تواند بعضی از آن را فسخ کند و بعضی را امضاء نماید) حتی اگر شفیع مثلاً بگوید: نصف مبیع را اخذ به شفعه کردم، حق شفعه او باطل می‌گردد (و بعد از آن حق ندارد بگوید: تمام مبیع را اخذ به شفعه کردم) چون آن گفتار شفیع، منافات با فوریت شفعه دارد (زیرا شفیع با گفتن «نصفی از مبیع را اخذ کردم» اعمال حق شفعه نسبت به تمام مبیع را به تأخیر می‌اندازد) الصفقة چنانکه در کتاب المتاجر در خلال مبحث «خیار تبعض صفقه» گذشت، صفقه به معنای بیع است ولأن... دلیل دوم است.

حیث تعتبر این جمله را دو جور می‌توان ترجمه کرد:

۱. یعنی در صورتی که فوریت معتبر باشد یعنی بنابر قول به اینکه فوریت معتبر باشد که قول مشهور است.
۲. یعنی به جهت آنکه فوریت معتبر است.

(ویأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد) أي بمثله، لعدم إمكان الأخذ بعينه، إلا أن يملكه، وليس بلازم، (ولا يلزمه غيره من دلالة، أو وكالة)، أو أجرة نقد، و وزن، وغيرها لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه.

(ویأخذ بالثمن... توضیح: آنچه که بر شفیع لازم است در اخذ به شفعه، به مشتری بدهد، آن مقدار ثمنی است که در عقد بیع، قرار داد شده و اما غیر آن - از قبیل اجرت دلالی یا اجرت وکالت (در صورتی که برای انجام بیع، شخص ثالثی دلالی کرده یا وکیل شده باشد) و یا اجرت شمارش پول و یا اجرت وزن کردن ثمن اگر ثمن غیر پول بود و یا هزینه های دیگری که مشتری برای انجام بیع پرداخته باشد) بر شفیع لازم نیست برای اخذ به شفعه، به مشتری پردازد، زیرا این هزینه ها جزء ثمن نیست گرچه عرفاً از توابع ثمن به شمار می آید.

نکته ای که در اینجا شارح به آن تنبیه کرده، آن است که در اخذ به شفعه چون شفیع نمی تواند عین آن ثمنی را که مشتری به بایع داده، به مشتری بازگرداند (زیرا عین ثمن در دست بایع می باشد) بدل آن را به مشتری خواهد داد (بدل ثمن عبارت است از مثل آن در صورتی که ثمن از اجناس مثلی باشد مانند طلا و نقره و گندم و جو، و قیمت آن در صورتی که ثمن از اجناس قیمی باشد مانند گوسفند و گا و و شتر).

مگر آنکه عین ثمن به ملکیت شفیع درآید (یعنی عین آن ثمنی که مشتری به بایع داده، شفیع آن را مالک گردد. مثل آنکه شفیع، جنسی را به بایع بفروشد در مقابل عین ثمن مزبور، و آن را از بایع دریافت نماید) در این صورت اگر شفیع بخواهد اخذ به شفعه نماید باید عین آن ثمن را به مشتری بدهد و بدل آن را نمی تواند بدهد، ولی سخن در این است که آیا در اخذ به شفعه، بر شفیع لازم است که به یک طریقی، عین ثمن را از دست بایع دریافت نماید تا به مشتری بدهد یا آنکه آن کار لازم نیست؟

شارح می‌فرماید: که این کار لازم نیست گرچه برای او امکان به دست آوردن عین ثمن از بایع، باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و يأخذ... یعنی شفیع باید با همان ثمنی که عقد بر آن واقع شده، اخذ به شفعه کند (و بیشتر از آن بر او لازم نیست و به کمتر از آن هم نمی‌تواند اخذ به شفعه کند گرچه قیمت سهم فروخته شده در واقع بیشتر از آن ثمن بوده و یا کمتر باشد).

(شارح می‌فرماید: مقصود از ثمنی که مصنف فرموده (این نیست که عین آن ثمنی که مشتری به بایع داده، شفیع هم آن را به مشتری بازگرداند بلکه مقصود از آن) برابر آن (از اجناس مثلی یا اجناس قیمی) می‌باشد، زیرا اخذ با عین آن ثمن، برای شفیع ممکن نیست (چون عین ثمن در دست بایع می‌باشد) مگر در صورتی که شفیع، عین ثمن را مالک گردد (به یک سببی از اسباب ملکیت مثل اینکه شفیع جنسی را به بایع بفروشد در مقابل آن ثمن، و یا ثمن مزبور از جانب بایع به او هبه شود و یا بایع بمیرد و شفیع، تنها وارث او باشد و عین آن ثمن قهراً به او منتقل گردد) أي بمثله این کلمه تفسیر می‌کند کلمه «بالثمن» را.

لعدم... این جمله علت است بر اینکه چرا «بالثمن» را تفسیر به «بمثله» کرده و لیس بلازم این جمله دنباله - الا أن يتملكه - می‌باشد و آن را دو گونه می‌توان توضیح داد:

۱. اینکه مقصود آن است که (در صورتی که فرضاً شفیع، عین ثمن را از بایع تملک کرد باید در اخذ به شفعه، عین آن ثمن را به مشتری بدهد ولی ما می‌گوئیم که اساساً در اخذ به شفعه، تملک عین ثمن بر شفیع لازم نیست هر چند تملک آن به یکی از اسباب ملکیت برای او ممکن باشد، بلکه می‌تواند با بدل آن ثمن (یعنی مثل یا قیمت آن) اخذ به شفعه نماید.

در توضیح سابق نیز چنین تفسیر کردیم.

۲. اینکه مقصود آن است که اخذ به شفعه، با عین آن ثمن بر شفیع لازم نیست هر چند عین آن به یکی از اسباب ملکیت، در ملکیت شفیع درآمده باشد یعنی هر چند عین ثمن به واسطه هبه و یا مرگ بایع مثلاً به ملکیت شفیع درآمده باشد، شفیع در اخذ به شفعه ملزم نخواهد بود که عین ثمن را به مشتری بدهد بلکه می تواند بدل آن را به مشتری پرداخته و اخذ به شفعه نماید.

بنابر تفسیر اول، ضمیر مقدر در -لیس- به تملک عین بر می گردد، ولی بنابر تفسیر دوم، ضمیر مقدر در آن به اخذ به عین ثمن بر می گردد (یعنی اخذ به شفعه با عین ثمن - بر فرض مالک شدن عین ثمن نیز - بر شفیع لازم نیست بلکه می تواند با مثل ثمن نیز اخذ به شفعه نماید).

نگارنده گوید: تفسیر اول، اظهر است گرچه تفسیر دوم را بعضی از محشین ذکر نموده اند.

ولا يلزمه.... یعنی لازم نمی گیرد شفیع را (در اخذ به شفعه) غیر آن ثمن از قبیل اجرت دلالی یا اجرت وکالت یا اجرت شمارش پول یا (اجرت) وزن کردن و غیر آنها (از هزینه های دیگری که مشتری برای انجام بیع پرداخته است) زیرا آنها از ثمن نمی باشند گرچه از توابع آن به شمار می آیند.

(ثم إن كان) الثمن (مثليا فعليه مثله، وإن كان قيميا فقيمه).

وقيل: لا شفعة هنا، لتعذر الأخذ بالثمن، وعملا برواية لا تخلو عن ضعف، وقصور عن الدلالة.

وعلى الأول يعتبر قيمته (يوم العقد)، لأنه وقت استحقاق الثمن، فحيث لا يمكن الأخذ به تعتبر قيمته حينئذ.

وقيل: أعلى القيم من حينه إلى حين دفعها كالغاصب. وهو ضعيف.

(ثم إن كان) الثمن... توضيح: بین فقها اختلاف است در اینکه آیا اخذ به شفعه اختصاص دارد به جایی که ثمن از اجناس مثلی باشد (مثل طلا و نقره و گندم و جو) یا آنکه در اجناس قیمی هم (مثل حیوان) اخذ به شفعه ثابت است؟ قول دوم، قول مشهور است پس اگر ثمن از اجناس مثلی بود، بر شفعه لازم است که مثل آن را به مشتری بپردازد، و اگر ثمن از اجناس قیمی بود، بر شفعه لازم است که قیمت آن را به مشتری بدهد.

ولی بعضی از فقها، قول اول را اختیار کرده اند، بنابراین اگر ثمن از اجناس قیمی بود، حق شفعه برای شفعه ثابت نمی‌گردد، و دلیل این قول دو چیز است:

۱. اینکه شرط ثبوت حق شفعه آن است که شفعه قدرت بر پرداخت مثل ثمن را داشته باشد و معلوم است که در موردی که ثمن، جنس قیمی باشد، پرداخت مثل آن بر شفعه ممکن نیست لذا حق شفعه اوساقط می‌گردد.

۲. روایتی در این مورد وارد شده است.

شارح در جواب می‌فرماید: روایت مزبور، هم از نظر سند ضعیف است و هم از نظر دلالت، اثبات مدعای آنان را نمی‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: ثم إن كان... یعنی حال اگر ثمن، مثلی باشد، بر شفیع لازم است مثل آن را (به مشتری) بپردازد، و اگر قیمی باشد، بر شفیع لازم است قیمت آن را بپردازد.

و بعضی گفته اند که: اگر ثمن، قیمی باشد حق شفعه ثابت نیست (و دلیل آن دو چیز است: اول) برای اینکه شفیع نمی تواند اخذ به شفعه کند با دادن مثل آن ثمن (به مشتری) و (دوم) به خاطر عمل به روایتی که (شارح در جواب این روایت می فرماید): خالی از ضعف سند و نارسایی دلالت (بر مدعی آن قول) نیست.

بروایه روایت را شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» به این سند نقل کرده:

«حسن بن محمد بن سماعة عن حسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشتري داراً برقيق و متاع و بَزَّ و جوهر، فقال: ليس لأحد فيها شفعة»^۱

یعنی از امام صادق عليه السلام پرسیدم درباری مردی که خانه ای را خریده در مقابل بنده و مقداری متاع و پارچه و لباس و گوهر، فرمود: کسی را در آن خانه، حق شفعه نیست.

(در این روایت، ثمن عبارت است از بنده و متاع و پارچه و گوهر، که همه اینها از اشیاء قیمی هستند).

ضعف سند این روایت به جهت وجود «حسن بن محمد بن سماعة» است که وی واقعی مذهب بوده.

و نارسایی دلالت او به جهت آن است که اولاً: از روایت استفاده نمی شود که خانه، مشترک بوده و سهمی از آن فروخته شده است. بنابراین، احتمال دارد که حق

^۱ تهذیب، ج ۷، ص ۱۶۷.

شفعه‌ای که در روایت نفی شده همانا نسبت به همسایه مثلاً باشد، یعنی مقصود امام علیه السلام آن است که اگر کسی، خانه‌اش را فروخت، همسایه آن خانه نسبت به آن خانه، حق شفعه ندارد.

و ثانیاً: برفرض اینکه قبول کنیم که خانه، مشترک بوده و سهمی از آن خانه فروخته شده است، گوئیم که در روایت صراحتی نیست بر اینکه عدم ثبوت شفعه، به خاطر این باشد که چون ثمن از اشیاء قیمی است پس احتمال دارد که عدم شفعه به خاطر آن باشد که بعضی از شرایط ثبوت شفعه، مفقود است مثل اینکه چون خانه، به خاطر کوچکی، قابل قسمت نبوده.

به هر حال چون در روایت جهت عدم ثبوت شفعه روشن نیست و در آن احتمالاتی داده می‌شود لذا دلالتش بر مدعای قول مزبور، ضعیف است.

و علی الأول... توضیح: بنابر قول مشهور - که حق شفعه در صورتی که ثمن قیمی باشد نیز ثابت است - اختلاف است بین فقها که آیا قیمت روز عقد را شفیع باید بدهد یا قیمت روزی که بعد از اخذ به شفعه، به مشتری می‌پردازد، و یا بالاترین قیمت از روز عقد تا روزی که به مشتری می‌پردازد؟ سه قول در آن می‌باشد، شارح در اینجا قول اول و سوم را مطرح کرده و قول دوم را ذکر ننموده است.

اشهر، قول اول است و دلیلش آن است که: شفیع در زمان عقد، دارای حق شفعه می‌گردد و مشتری هم در آن زمان، مستحق ثمنی که شفیع به او می‌پردازد می‌شود و چون شفیع نمی‌تواند آن ثمن را بدهد (نه عین آن را می‌تواند بدهد، چون عین آن در دست بایع است، و نه مثل آن را می‌تواند بدهد چون فرض آن است که ثمن، جنس قیمی است) بدین جهت قیمت زمان مزبور (زمان عقد) جانشین آن خواهد گردید.

وقول سوم، حکم اینجا را قیاس کرده به شخص غاصب زیرا جامع مشترک بین شفعه و غصب آن است که در هر دو، مال کسی به دیگری جبراً و قهراً و بدون رضایت، انتقال می‌یابد.

و حکم در شخص غاصب آن است که هرگاه عین غصب شده در دست او تلف شود، بر غاصب لازم است که بالاترین قیمت از روز غصب تا روز پرداخت قیمت را به صاحب مال بپردازد (البته در بالاترین قیمت، دو نظریه در باب غصب ذکر شده است، آنچه ذکر شد یکی از آن دو نظریه است) پس در شفعه نیز بالاترین قیمت بر شفیع، لازم خواهد بود.

جواب این قول آن است که این استدلال، اولاً قیاس است که از نظر مذهب ما باطل است، و ثانیاً قیاس مع الفارق است، زیرا همانطوری که در اول کتاب ذکر نمودیم، گرچه در شفعه، مال شخص دیگر جبراً و قهراً و بدون رضایت او انتقال می‌یابد، اما دلیل شرعی بر جواز این انتقال وجود دارد، برخلاف غصب که حرام است.

ترجمه و شرح عبارت: **و علی الاول...** یعنی بنا بر قول اول (که در صورت قیمی بودن ثمن نیز شفعه ثابت است) قیمت روز عقد ثمن، معتبر است، زیرا آن روز، زمان استحقاق ثمن است (یعنی استحقاق مشتری، ثمنی را که شفیع باید بپردازد) و چون (برای شفیع) ممکن نیست اخذ (به شفعه) کند با دادن آن ثمن لذا قیمت زمان عقد آن ثمن، اعتبار دارد **الاخذ به ضمیر بر می‌گردد به ثمن حینئذ یعنی حین العقد من حینه ضمیر به عقد بر می‌گردد دفعها یعنی دفع قیمت و هو ضعیف یعنی قول مزبور ضعیف است.**

(وهي على الفور) في أشهر القولين، اقتصاراً فيما خالف الأصل على محل الوفاق، ولما روي أنها كحلّ العقال، ولأنها شرعت لدفع الضرر وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى، لأنه إن تصرف كان معرضاً للنقص، وإن أهمل انتفت فائدة الملك.

فوریت اخذ به شفعه

(وهي على الفور)... توضیح: مشهور فقها گفته‌اند: که حق شفعه فوری است یعنی پس از آنکه شفیع اطلاع بر فروش سهم شریک خود پیدا نمود، اگر می‌خواهد حقیقت را اعمال نماید باید هر چه زودتر در مدتی که عرفاً برای اخذ به شفعه لازم است، حق خود را اعمال نماید و مبیع را تملک کند وگرنه حق او ساقط می‌شود. و بر فوری بودن آن، سه دلیل اقامه کرده‌اند:

۱. اینکه حق شفعه، حقی است برخلاف قاعده (زیرا چنانکه در اول کتاب گفتیم به مقتضای قاعده «تسلیط» که از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» برگرفته شده، انسان بر مال خود مسلط است و هیچ کس حق ندارد مال او را قهراً و جبراً بدون رضایت وی بگیرد، اما حق شفعه به دلیل شرعی از آن قاعده استثنا شده که شفیع حق دارد بدون رضایت مشتری، مبیع را از او به زور بگیرد) و در هر موردی که حکم برخلاف قاعده باشد باید بر قدر متیقن اکتفا نمود و در مورد مشکوک طبق قاعده باید عمل کرد، حال در مورد بحث قدر متیقن، آن جایی است که حق شفعه فوراً اعمال گردد چون این صورت، مورد اتفاق همه فقهاست حتی آنهایی که قائل به جواز تأخیر حق شفعه هستند قبول دارند که حق شفعه در ابتدا بلافاصله برای شفیع ثابت می‌شود و شفیع می‌تواند فوراً اعمال حق خود را بنماید، منتها می‌گویند که آن حق را به تأخیر نیز می‌تواند بیندازد پس چون اعمال فوری حق شفعه، مورد اتفاق فقهاست و

قدر متیقن از مورد شفعه می باشد بدین جهت ما فقط همین مورد از شفعه را تجویز می کنیم و در غیر آن، حق را ساقط می دانیم و طبق قاعده عمل می نمائیم که مشتری بر مال خود مسلط می باشد و نمی توان از او گرفت.

۲. در روایتی آمده است که: «حق شفعه مانند باز کردن پای بند شتر است یعنی همچنانی که هنگام باز کردن پای بند شتر باید بلافاصله شتر را گرفت و نگه داشت و گرنه فرار می کند و از دست می رود، همچنین شفیع پس از اطلاع از فروش سهم شریک اگر می خواهد اِعمال حق خود بنماید باید فوراً اخذ به شفعه کند و گرنه حقش ساقط گشته و از دست او فوت می گردد.

۳. اینکه حکمت تشریع حق شفعه در شرع مقدس همانا جلوگیری از ضرر احتمالی برای شفیع است (و آن - همانطوری که در اول کتاب گفتیم - ضرر شراکت شفیع با مشتری است که چه بسا اخلاقتشان با یکدیگر سازگار نشود) حال اگر تأخیر اِعمال آن حق را برای شفیع تجویز کنیم (که همواره شفیع هر وقت خواست بتواند آن را اِعمال کند گرچه بعد از گذشت مدتی باشد) موجب ضرری بدتر از ضرر شفیع، برای مشتری خواهد بود (بدون آنکه موجبی برای تحمیل چنین ضرری بر مشتری باشد) زیرا در این مدتی که شفیع حقش را تأخیر انداخته، مشتری از دو حال بیرون نیست: یا در مبیع تصرف می کند و یا خودداری از تصرف می کند، هر کدام باشد ضرر بر او خواهد بود، چون:

اگر مشتری بخواهد تصرف در مبیع کند (مثل اینکه در زمینی که خریده، درخت بکارد یا کشت کند یا خانه ای بسازد) چه بسا شفیع بعد از اخذ به شفعه، آنها را خراب کند و در نتیجه، ضرر آن تصرفات بر مشتری خواهد بود.

و اگر مشتری در آن مدت، خودداری از تصرف نماید و انتظار آن را بکشد که شفیع یا اِعمال شفعه کرده و یا اسقاط آن را بنماید، در این صورت از آثار ملکیت مبیع در آن

مدت محروم خواهد بود، چون چیزی را که انسان مالک می‌گردد، اثر وفایده ملکیت آن این است که توانایی هرگونه تصرف در آن را داشته باشد، حال که مشتری از تصرف در مبیع خودداری می‌کند، وی از فایده ملکیت آن برای مدتی محروم می‌گردد و این یک نوع ضرری است بر مشتری.

و خلاصه آنکه اگر حق شفعه فوری نباشد و پس از گذشتن مدتی نیز قابل اعمال باشد، نقض غرض از تشریع شفعه لازم می‌آید، چون حق شفعه که به منظور جلوگیری از ضرر شفیع وضع گردیده، خود موجب ضرر مشتری می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: و هی... یعنی شفعه، فوری است بنا بر مشهورترین دو قولی که در این مسأله است، به دلیل (سه چیز: اول) آنکه اکتفا می‌کنیم در حکمی که مخالف قاعده است بر آنچه مورد اتفاق فقها است و (دلیل دوم): به خاطر اینکه روایت شده که: شفعه مانند گشودن زانو بند شتر است و (دلیل سوم) به خاطر آنکه شفعه (در شرع مقدس) تشریع شده برای دفع ضرر (از شفیع) و چه بسا از تأخیر اعمال حق شفعه، بر مشتری ضرری بدتر (از ضرر بر شفیع) وارد آید، زیرا اگر مشتری تصرف در مبیع نکند، تصرف او در معرض نقص خواهد بود، و اگر تصرف نکند فایده ملکیت او (نسبت به مبیع) از میان می‌رود الأصل اصل در اینجا به معنای قاعده است و آن قاعده تسلیط و حرمت اخذ مال غیر بدون رضایت اوست.

محل الوفاق و آن قدر متیقن است که اولین زمان امکان اخذ به شفعه می‌باشد **لما زوی...** این حدیث، فقط از طریق اهل سنت، روایت شده چنانکه بعداً شارح تصریح به آن خواهد نمود **العقال** (به کسر عین) یعنی ریسمانی که با آن زانوی شتر را می‌بندند.

بعضی از فقها احتمال داده‌اند که مقصود در آن حدیث این باشد که همانطوری که با گشودن زانو بند شتر، شتر راحت می‌گردد، همچنین با اخذ به شفعه، شفیع از حالت شرکت، بیرون آمده و راحت می‌گردد.

طبق این معنی، دیگر حدیث مزبور دلالت بر مدعای مشهور (فوریت شفعه) نمی‌کند و از مورد بحث خارج است.

لدفع الضرر قبلاً توضیح دادیم که مقصود از ضرر، ضرر شراکت شفیع با مشتری است چنانکه این مطلب استفاده می‌شود از عبارت شارح در کتاب الوصایا در آنجا که می‌فرماید: «واما الشفعة فالغرض منها دفع الضرر عن الشریک (یعنی الشفیع) بالشركة» **للقص** به نظر می‌رسد که صحیح در این کلمه آن است که با ضاد نقطه دار باشد یعنی خرابکاری شفیع.

وقیل: علی التراخی، استصحابا لما ثبت، وأصالة عدم الفورية وهو مخرج عن الأصل، والرواية عامية. نعم روى علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام إنظاره بالثمن ثلاثة أيام. وهو يؤذن بعدم التراخی مطلقا، ولا قائل بالفرق، وهذا حسن.

قول دیگر در مسأله

وقیل: علی التراخی... توضیح: در مقابل قول مشهور، قول دیگری هست به اینکه شفیع می تواند اخذ به شفعه را تأخیر اندازد. دلیل این قول دو چیز است:

۱. اینکه به مجرد وقوع عقد بیع، حق شفعه برای شفیع ثابت می شود، حال پس از گذشتن مدتی، شک داریم آیا حق مزبور همچنان برای او باقی است یا نه؟ استصحاب می کنیم بقای حق را برای او.

۲. اینکه وقتی به واسطه عقد بیع، حق شفعه برای شفیع ثابت شد، شک داریم که آیا این حق برای او اختصاص به زمان اول دارد (که فوریت باشد) یا آنکه اختصاص به آن زمان ندارد و هر وقت شفیع خواست می تواند آن حق را اعمال کند؟ اصل، عدم اختصاص آن به زمان اول است (و یا به تعبیر دیگر: اصل عدم فوریت است) چون فوریت و اختصاص داشتن به زمان اول، دلیل می خواهد و ما دلیلی بر آن نداریم.

اگر گوئید که: دلیل بر فوریت، روایتی است که در قول مشهور ذکر گردید، در جواب گوئیم که آن روایت، به طریق اهل سنت نقل شده و برای ما حجیت ندارد.

و به کمک استصحاب و اصل عدم فوریتی که دانسته شد، حق شفعه در مورد مشکوک را از آن قاعده ای که در دلیل قول مشهور گذشت (یعنی قاعده حرمت گرفتن مال غیر بدون رضایت) خارج می سازیم و برای شفیع در هر زمانی که خواست حق شفعه را ثابت می کنیم (یعنی بعد از گذشتن مدتی اگر خواست می تواند مبیع را از دست مشتری بگیرد).

ترجمه و شرح عبارت: و قيل... یعنی بعضی گفته‌اند: حق شفعه وقتش وسیع است به دلیل اینکه استصحاب می‌کنیم حق شفعه‌ای را که با عقد (بیع) ثابت شده، و دلیل دوم: اصل عدم فوری بودن حق شفعه است.

وهریک از این دو (استصحاب و اصل) خارج‌کننده است حق شفعه (در مورد مشکوک) را از قاعده سابق (یعنی قاعده حرمت گرفتن مال غیر بدون رضایت) و (اما جواب از روایتی که قائلین به فوریت به آن استدلال کرده‌اند، این است که: روایت مزبور به طریق اهل سنت نقل شده (پس برای ما حجیت ندارد) اصالة عدم الفورية از عبارت کتاب «مفتاح الکرامة»^۱ استفاده می‌شود که برگشت این اصل به عموم روایاتی است که حق شفعه را برای شفیع ثابت کرده یعنی از عموم روایات مزبور استفاده می‌کنیم که حق شفعه برای شفیع ثابت است هم در زمان اول و هم در زمانهای بعدی (عبارت «مفتاح الکرامة» چنین است: «وقد یعتبر عنها ای عن عمومات أخبار الباب، بأصل عدم الفورية» الاصل یعنی قاعده تسلیط (یعنی تسلیط مشتری بر مال خود).

دلیل دیگر بر فوریت شفعه

نعم روی... توضیح: در ضمن بیان دلیل قائلین به تراخی (توسعه در شفعه) جواب از دلیل فوریت هم داده شد.

اکنون می‌فرماید: فقط یک دلیل باقی مانده که می‌توان با آن فوریت شفعه را اثبات کرد و آن روایتی است که علی بن مهزیار از امام جواد علیه السلام نقل کرده است (که ما سابقاً تمام روایت را با ترجمه آن ذکر نمودیم).

^۱ مفتاح الکرامة، ج ۶، ص ۳۶۱.

از مفهوم این روایت می‌توان استفاده کرد که شفعه، فوری است، زیرا در آن روایت آمده است که: «.. هرگاه شفیع پس از مطالبه شفعه، به دنبال نقد کردن ثمن برود تا سه روز به او مهلت داده می‌شود و اگر تا مدت سه روز نیامد، حق شفعه وی باطل می‌گردد».

وجه استفاده فوریت از این روایت آن است که اگر شفعه توسعه داشت نمی‌بایست پس از گذشتن سه روز باطل گردد بلکه می‌بایست تا بیشتر از سه روز هم شفعه جایز باشد، پس معلوم می‌شود که در شفعه، توسعه نیست مطلقاً (نه در صورت وجود عذر - یعنی حاضر نبودن ثمن - که مورد روایت است و نه در صورت عدم عذر) پس شفعه فوری خواهد بود مطلقاً.

اگر کسی اشکال کند و بگوید: روایت، دلالت بر این می‌کند که فقط در یک صورت توسعه در شفعه نیست و آن صورت وجود عذر (حاضر نبودن ثمن) بعد از گذشتن سه روز می‌باشد که بیشتر از آن توسعه نیست، بنابراین نمی‌توان از روایت، عدم توسعه شفعه را مطلقاً (حتی در صورت عدم عذر) استفاده کرد.

در جواب می‌فرماید: ما فوریت مطلق را از عدم قول به فرق استفاده می‌کنیم چون هرکسی که قائل به فوریت شفعه شده است، مطلقاً قائل به فوریت شده، چه در صورت عذر (یعنی صورت حاضر نبودن پول و مهلت دادن سه روز به او، که در این صورت قائل به فوری بودن شفعه شده به این معنی که بعد از سه روز شفعه باطل می‌شود) و چه در صورت نبودن عذر (یعنی صورت حاضر بودن پول که در این صورت همان روز اول اگر اعمال شفعه نکند، حق شفعه اش باطل می‌گردد) و هرکسی هم که قائل به توسعه شده، مطلقاً قائل به توسعه شده چه در صورت وجود عذر و چه در صورت عدم آن، و دیگر کسی در اینجا فرق بین صورت وجود عذر و صورت عدم آن نگذاشته است. که بگوید در صورت عذر، توسعه نیست (بعد از سه روز) و در صورت

عدم عذر، توسعه هست، بنابراین، فرق گذاشتن و تفصیل دادن، خلاف اجماع مرکب می باشد. و اصولیین مخالفت با اجماع مزبور را جایز نمی دانند.

حال گوئیم: وقتی که ما می بینیم حدیث مزبور، برای شفعه در صورت عذر، توسعه بعد از سه روز قائل نشده و شفعه را بعد از گذشتن سه روز باطل دانسته، ما به کمک عدم قول به فرق می توانیم بگوئیم که برای شفعه در صورت عدم عذر نیز توسعه نیست و اگر از روز اول تأخیر بیندازد باطل می شود و با این بیان ثابت می گردد که شفعه فوری است مطلقاً چه در صورت عذر و چه در صورت عدم عذر.

ترجمه و شرح عبارت: نعم روی... یعنی (بعد از آنکه دلیل فوریت، جواب داده شد) آری (یک چیز باقی مانده که دلالت بر فوریت می کند و آن روایتی است که) علی بن مهزیار روایت کرده از امام جواد علیه السلام: که (اگر شفیع، ثمن نزد او حاضر نبود) مهلت داده شود به شفیع برای تهیه ثمن تا سه روز.

این روایت، اشعار دارد به اینکه توسعه ای در شفعه نیست مطلقاً (خواه ثمن نزد شفیع حاضر باشد یا حاضر نباشد، و به تعبیر دیگر خواه شفیع عذر داشته باشد یا عذر نداشته باشد) و (اگر کسی بخواهد اشکال کند بر اینکه روایت، مطلقاً عدم توسعه را ثابت نمی کند بلکه فقط عدم توسعه در صورت وجود عذر را ثابت می کند، در جواب می فرماید که) کسی از فقها فرق نگذاشته (بین صورت عذر و صورت عدم عذر، چون هر کسی که قائل به فوریت و عدم توسعه شده، مطلقاً - چه در صورت عذر و چه در صورت عدم عذر - قائل به آن شده است، و کسی هم که قائل به توسعه شده، مطلقاً قائل به آن شده است، پس اگر کسی بخواهد فرق بگذارد به اینکه در صورت عذر، توسعه نیست و در صورت عدم عذر توسعه هست، این فرق، احداث قول سوم می شود و برخلاف اجماع مرکب می باشد) **إنّظاره** این کلمه به کسر همزه، مصدر از باب افعال است به معنای مهلت دادن، و ضمیر آن به شفیع بر می گردد.

ولا قائل بالفرق... (از توضیح بالا دانسته شد که این جمله، متمم استدلال به روایت است برای اثبات قول به فوریت مطلقاً).

در اینجا چون در ضمن توضیحات سابق، نامی از اجماع مرکب بردیم، مناسب است از باب یادآوری، آن را توضیح دهیم:

علمای علم اصول، اجماع را به اجماع بسیط و مرکب تقسیم میکنند: اجماع بسیط: آن است که فقهای یک عصر درباره مسأله‌ای از مسائل دینی متفقاً یک فتوا بدهند.

اجماع مرکب: آن است که فقهای مزبور در آن مسأله به دو دسته تقسیم شده، دسته‌ای مثلاً در آن مطلقاً حکم به وجوب کنند و دسته‌ای دیگر در آن مطلقاً حکم به حرمت نمایند، در این صورت چون اجماع به طور مرکب حاصل شده، میان اصولیین مورد بحث است که برای فقیه‌ی که در زمانهای بعدی با آن مسأله مواجه می‌شود آیا جایز است مخالفت با آن اجماع مرکب کند و قول سومی را به وجود آورد؟ مثلاً قائل به تفصیل شود و در آن مسأله دینی، فتوا دهد به اینکه در موردی واجب است و در موردی دیگر حرام است، و یا مثلاً بین وجوب و حرمت، نظریه سومی بدهد به اینکه مثلاً قائل به استحباب شود.

عده‌ای از اصولیین می‌گویند نمی‌توان با اجماع مرکب مخالفت کرد و قول سومی به وجود آورد.

حال در مورد بحث، استدلال به روایت، مبتنی بر این نظریه است که قول به فرق (یعنی تفصیل دادن بین صورت عذر و صورت عدم عذر) مخالفت با اجماع مرکب است.

و هذا حسن این نظر شارح است که قول به فوریت را می‌پسندد.

وعليه (فإذا علم وأهمل) عالماً مختاراً (بطلت) ويعذر جاهل الفورية كجاهل الشفعة وناسيهما.

وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة.

وعليه (فإذا... توضیح: طبق نظریه مشهور که شفعه فوری است، پس از آنکه شفیع علم پیدا کرد که شریکش سهم خود را فروخته است و می دانست که در چنین موردی اوج حق اخذ به شفعه دارد و فوری بودن آن را هم می دانست و قدرت بر آن هم داشت، چنانچه در مطالبه‌ی شفعه، سهل انگاری کند و آن را تأخیر اندازد، حق شفعه اوساقط می گردد و دیگر نمی تواند سهم شریکش را تملک کند پس با چهار شرط، تأخیر در اعمال حق شفعه، موجب بطلان حق شفعه می گردد:

۱. علم شفیع به انجام معامله از جانب شریک.

۲. علم شفیع به حق شفعه.

۳. علم شفیع به فوریت شفعه.

۴. قدرت بر اعمال حق شفعه.

بنابراین، اگر یکی از شرایط مذکوره نباشد، تأخیر در اعمال حق شفعه موجب بطلان آن نمی شود و همچنان برای اوباقی است، و تفصیل آن به قرار ذیل است:

الف: در صورتی که شرط اول نباشد یعنی اینکه شفیع به انجام معامله توسط شریک، جاهل بوده باشد، حق شفعه اوباقی است و هر زمان که از انجام آن آگاهی یافت باید فوراً اخذ به شفعه نماید.

ب: در صورتی که شرط دوم نباشد یعنی شفیع جاهل به حکم شفعه باشد (یعنی نداند که در مورد فروش سهم مشاع از طرف شریک، وی حق اخذ به شفعه دارد) در این صورت هر زمان که شفیع از آن آگاهی یافت می تواند اخذ به شفعه کند، زیرا

چنانکه سابقاً گفته شد حکمت تشریع حق شفعه، جلوگیری از ضرر شفیع است که چه بسا در اثر شراکت با مشتری برای او حاصل می‌شود، حال اگر بگوئیم که در صورت جهل شفیع به حکم، حق شفعه اوساقط می‌گردد، بدون شک شفیع متحمل ضرر می‌شود و این منافات با حکمت تشریع حق شفعه دارد.

ج: در صورتی که شرط سوم نباشد یعنی شفیع حکم شفعه را بداند ولی جاهل به فوری بودن آن باشد یعنی نداند که پس از علم به داشتن حق شفعه باید فوراً آن را اعمال بنماید، و در اثر جهل به آن، اخذ به شفعه نکند و تأخیر بیفتد، در این صورت نیز حق اخذ به شفعه ساقط نمی‌گردد و پس از آنکه علم به فوری بودن آن پیدا نمود، می‌تواند فوراً اخذ به شفعه بنماید.

و همچنین در صورتی که شفیع اصل حق شفعه و یا فوریت آن را فراموش کند یعنی با اینکه می‌دانست که در مورد فروش سهم از طرف شریک، حق اخذ شفعه دارد ولی آن را فراموش کرده و یا فوریت آن را فراموش کرده و در اثر فراموشی، اخذ به شفعه تأخیر بیفتد، در این دو صورت نیز حقش ساقط نمی‌شود و هر زمان که به یادش آمد می‌تواند فوراً اخذ به شفعه نماید.

د: در صورتی که شرط چهارم نباشد یعنی شفیع قدرت بر اخذ به شفعه نداشته باشد مانند آنکه در حین وقوع بیع، شفیع در زندان به سر می‌برد و به او اجازه ندهند که با خارج تماس گرفته تا وکیل برای اخذ به شفعه بگیرد، در این صورت نیز حق شفعه اوباقی است و هر زمان که آزاد گردد و یا بتواند با بیرون تماس گرفته و وکیل برای آن امر بگیرد، می‌تواند خودش مباشرت و یا به توسط وکیل، اخذ به شفعه نماید.

ترجمه و شرح عبارت: و علیه فإذا... یعنی بنابر قول به فوری بودن شفعه، هرگاه شفیع از فروش سهم شریک خود آگاهی یافت و سهل انگاری در اخذ به شفعه کند در حالتی که عالم (به حکم شفعه و فوریت آن) باشد و قدرت بر اخذ به شفعه نیز داشته

باشد، شفعه او باطل می‌شود، و (در چند مورد، شفیع) معذور به حساب می‌آید و عذرش پذیرفته می‌شود (و حق شفعه او به واسطه تأخیر افتادن آن باطل نمی‌گردد، اول: شفیعی که فوری بودن شفعه را نداند، همانند (مورد دوم یعنی) شفیعی که اصل حق شفعه را نداند (یعنی نداند چنین حقی برای او ثابت است) و (مورد سوم و چهارمی که شفیع معذور می‌باشد عبارت است از: شفیعی که فوری بودن شفعه و یا اصل حق شفعه را فراموش کرده باشد.

عالم‌اً این قید برای خارج کردن دو صورت است: اول صورتی که شفیع، جاهل به اصل حق شفعه باشد، و دوم صورتی که جاهل به فوریت آن بوده باشد، که حق شفعه در این دو صورت باطل نمی‌شود چنانکه شارح بعد از این تصریح به آن خواهد نمود. مختاراً یعنی در حالی که شفیع، قدرت بر اخذ به شفعه را داشته باشد، و این قید برای خارج کردن صورتی است که شفیع قدرت بر اخذ به شفعه نداشته باشد چنانکه توضیحش داده شد و ناسیهما عطف است بر - جاهل الفوریه -.

و یقبل... توضیح: اگر شفیع ادعا نماید که من اصل شفعه و یا فوریت آن را نمی‌دانستم و الان از آن آگاهی یافتم لذا به تأخیر افتاد، آیا این ادعا از او پذیرفته می‌شود که در نتیجه حق شفعه او باقی باشد؟

می‌فرماید: اگر شفیع، از نظر موقعیت و شرایط زندگی، به گونه‌ای است که ندانستن در حق وی عادتاً امکان داشته باشد، ادعای مزبور از او پذیرفته می‌شود. مانند اینکه شفیع کسی است که تازه مسلمان شده و تازه آشنا به مسائل اسلامی شده است، و یا کسی است که در یک روستای دور افتاده‌ای زندگی می‌کند که مردم آنجا از احکام اسلامی بدورند.

پس در این صورت چون ادعای او موافق اصل عدم علم است لذا بر حسب قواعد قضائی، منکر به حساب می‌آید و با قسم خوردن، ادعایش پذیرفته می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: و يُقْبَل... یعنی پذیرفته می‌شود ادعای جهل (به اصل شفعه یا به فوریت آن) از شفيعی که بر حسب عادت، جهل در حق او امکان دارد (یادآوری می‌شود چنانکه در بالا گفتیم: ادعای مزبور با قسم خوردن او پذیرفته می‌شود).

يَمْكُنْ ضَمِيرٌ مُقَدَّرٌ دَرِ اَنِّ بَرِ مِی‌گردد به جهل مَمَّنْ يَمْكُنْ... اشاره به این است که جاهل، قاصر باشد و اما کسی که مثلاً در حوزه علمیه است و نرفته مسائلش را یاد بگیرد با اینکه می‌توانسته یاد بگیرد، او جاهل مقصّر است و از او ادعای جهل پذیرفته نمی‌شود.

وكذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة والسنن المعهودة، وانتظار الجماعة لها، والأكل، والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، وتشجيع المسافر، وشهود الجنائز، وقضاء حاجة طالبها، وعيادة المريض، ونحو ذلك، لشهادة العرف به، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده بحيث لا يمنعه من شغله.

مواردی که تأخیر انداختن شفعه جایز است

وكذا يُعذر مؤخر... توضیح: فقها فرموده‌اند که مقصود از فوریت در شفعه، فوریت عرفی است نه فوریت حقیقی یعنی تشخیص مدتی که برای فوریت اخذ به شفعه لازم می‌باشد، به نظر عرف است، بنابراین، در مواردی که ذیلاً ذکر می‌شود چون عرفاً منافات با فوریت شفعه ندارد لذا تأخیر انداختن شفعه در آنها موجب بطلان شفعه نمی‌گردد و شفیع در تأخیر آن، معذوره حساب می‌آید، و آن موارد عبارتند از:

۱. اگر شفیع شبانه از وقوع معامله خبردار شود، می‌تواند اخذ به شفعه را به صبح بیندازد و لازم نیست شبانه اخذ به شفعه کند.

۲. اگر شفیع در حال گرفتن وضو یا انجام غسل، از وقوع معامله خبردار شود می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از انجام وضو و غسل بیندازد.

۳. اگر شفیع در وقت نماز، از وقوع معامله آگاهی یابد، می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از انجام نماز حتی همراه با آداب و مستحبات نماز (مثلاً با اذان و اقامه و مستحباب دیگر نماز) بیندازد.

۴. اگر شفیع در وقتی که منتظر نماز جماعت بود، از وقوع معامله خبردار شود، می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از نماز جماعت بیندازد.

۵. اگر شفیع در وقت خوردن غذا و یا آشامیدن آب، از وقوع معامله خبردار شود می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از غذا بیندازد.

۶. اگر شفیع در وقت دخول به حمام از وقوع معامله مطلع گردد می‌تواند اخذ به شفعه را تا وقت بیرون آمدن از حمام پس از رفع نیاز خود از حمام بیندازد.

۷. اگر شفیع هنگام رفتن به تشییع جنازه یا بدرقه مسافر، از وقوع معامله خبردار شود می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از آن بیندازد.

۸. اگر شفیع در وقت برآوردن حاجت مؤمنی، از وقوع معامله خبردار شود می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از برآوردن حاجت بیندازد.

۹. اگر شفیع هنگام رفتن به عیادت مریض، از وقوع معامله خبردار شود می‌تواند اخذ به شفعه را به بعد از آن بیندازد.

در تمام این موارد، تأخیر اخذ به شفعه موجب بطلان شفعه نمی‌گردد، چون عرفاً موارد یاد شده، عذر به حساب می‌آید و منافات با فوریت ندارد.

ولی اگر در تمام آن موارد، مشتری نزد شفیع حاضر بوده باشد به طوری که اخذ به شفعه کردن مانع از اشتغال شفیع به کارهای یاد شده نباشد، در این صورت اگر وی اخذ به شفعه را تأخیر بیندازد معذور حساب نمی‌شود و حقیقتاً ساقط می‌گردد، زیرا وقتی مشتری نزد شفیع حاضر بود، اخذ به شفعه قولی با گفتن «اخذت بالشفعة» منافات با هیچیک از کارهای مذکوره ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و همچنین معذور شمرده می‌شود شفیعی که تأخیر بیندازد طلب شفعه را به صبح در صورتی که خبر فروش سهم شریک، شبانه، به او برسد.

و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به (بعد از) تحصیل طهارت (وضو یا غسل) و خواندن نماز گرچه همراه با اذان و اقامه و مستحبات معهود (در نماز) باشد.

و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به بعد از خواندن نماز جماعت.

و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را تا وقت بیرون آمدن از حمام بعد از آنکه حاجت خود را از حمام انجام داد (و شستشوی کامل نمود) الجماعة لها ضمیر به صلاة بر می گردد و طهره و طهر - به فتح واو و طاء - به معنای حاجت و نیاز است. و تشیيع... یعنی و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به بعد از مشایعت و بدرقه مسافر.

و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به بعد از حضور بر سر جنازه (و انجام مستحبات جنازه از تشیيع و نماز و دفن).

و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به بعد از انجام حاجت درخواست کننده قضاء حاجة طالبها کلمه - قضاء - اضافه شده به «حاجة» و کلمه «حاجة» هم اضافه شده به «طالبها» و کلمه طالب به صیغه اسم فاعل است یعنی طالب حاجت. و عیادة... یعنی و یا (شفیعی که) تأخیر بیندازد طلب شفعه را به بعد از عیادت و دیدار مریض.

و نحو ذلك... یعنی و مانند این موارد از عذرهای دیگر مثل اینکه هنگام گرمای شدید ظهر تابستان و یا هنگام بارش برف شدید، شفیع از وقوع معامله خبردار شود، می تواند اخذ به شفعه را به بعد از گرما و یا بعد از بارش برف بیندازد.

لشهادة... (دلیل است برای معذور بودن شفیع در موارد یاد شده) یعنی زیرا عرف گواهی می دهد به معذور بودن شفیع (در موارد یاد شده) مگر اینکه مشتری حاضر بوده باشد نزد شفیع به گونه ای که اخذ به شفعه، مانع از اشتغال او (به کارهای یاد شده) نباشد (پس در این صورت، کارهای یاد شده، عذر محسوب نمی شود و باید همزمان با آن کارها فوراً شفیع اخذ به شفعه نماید و اگر تأخیر انداخت به بعد از انجام آن کارها، حق شفعه او ساقط می گردد).

ولا بد من ثبوت البیع عنده بشهادة عدلين، أو الشیاع فلا عبرة بخبر الفاسق، والمجهول، والصبي، والمرأة مطلقا، وفي شهادة العدل الواحد وجه، واكتفى به المصنف في «الدروس» مع القرينة، نعم لو صدق المخبر كان كذبته في حقه. وكذا لو علم صدقه بأمر خارج.

زمان ثبوت حق شفعه

ولا بد... توضیح: چه زمانی حق شفعه برای شفیع ثابت می شود؟ می فرماید: هر زمان که به توسط شهادت دو مرد عادل یا شایع شدن خبر بین مردم، نزد شفیع ثابت شود که شریک سهم خود را فروخته است، در این زمان حق شفعه برای او ثابت می شود که اگر شفیع از این زمان، مطالبه شفعه را تأخیر بیندازد حق او باطل می گردد^۱.

اما اگر وقوع معامله را شخص فاسق یا مجهول الحال (که عدالت و فسقش معلوم نیست) و یا غیر بالغ و یا زن (چه زن عادل و چه غیر عادل) خبر دهد، بیع نزد شفیع ثابت نمی شود و به دنبال آن، حق شفعه نیز ثابت نمی شود و در نتیجه اگر شفیع مطالبه شفعه نکند و تأخیر بیندازد، حقش باطل نمی گردد (گرچه در واقع، بیع صورت گرفته باشد).

حال ببینیم آیا به شهادت یک مرد عادل، بیع ثابت می گردد؟ بعضی احتمال داده اند که ثابت می شود و مصنف در کتاب «دروس» آن را پذیرفته است به شرط اینکه همراه شهادت او قرینه ای بر راستی خبرش در کار باشد.

سپس شارح در مورد خبر فاسق و مجهول الحال و غیر بالغ و زن، می فرماید: در دو صورت با خبر آنها بیع ثابت می شود:

^۱ گویا غرض شارح در اینجا این است که مقصود مصنف از علم شفیع، خبردار شدن اوست از بیع به توسط دو مرد عادل و یا شیاع.

۱. در صورتی که شفیع، خبر آنها را تصدیق کند، این صورت همانند صورتی می‌شود که بیع به توسط شهادت دو عادل نزد او ثابت گردد پس اگر مطالبه شفعه را از آن زمان (یعنی بعد از تصدیق خبر آنها) تأخیر بیندازد، حق شفعه باطل می‌گردد.

۲. در صورتی که شفیع از قرائن خارجی، علم به راستی خبر آنها پیدا کند، در این صورت نیز بیع ثابت می‌شود و در نتیجه اگر مطالبه شفعه را از آن زمان تأخیر بیندازد حش باطل می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: ولا بد... یعنی و (در ثبوت حق شفعه) بایستی بیع نزد شفیع ثابت شود به شهادت دادن دو مرد عادل یا شایع شدن خبر بین مردم، بنابراین اعتباری نیست به خبر دادن مرد فاسق یا مجهول الحال یا بچه یا زن.

الشیاع شیاع یعنی شایع شدن خبر به توسط جماعتی که انسان اطمینان دارد آنها توطئه بر دروغ گفتن ندارند و از خبر آنها برای شنونده، گمان نزدیک به علم (یعنی اطمینان) به راستی آن پیدا شود. و به آن «استفاضه» نیز می‌گویند.

شیاع واستفاضه، به خبر دادن عدد خاصی از خبر دهندگان منحصر نمی‌شود بلکه به اختلاف خبر دهندگان در عدالت و وثاقت و غیره، اختلاف پیدا می‌کند، چیزی که مسلم است این است که در شیاع، عدد خبر دهندگان باید از عدد شهود در باب شهادت (یعنی دو نفر یا چهار نفر) بیشتر باشد تا فرق باشد بین خبر عادل و غیر آن. به آنچه گفتیم، شهید ثانی تصریح کرده است در کتاب الصوم^۱ و کتاب القضاء^۲ و کتاب الشهادات^۳.

^۱ کتاب الصوم، ص ۱۹۴، چاپ سنگی عبدالرحیم.

^۲ کتاب القضاء، ص ۲۷۸، چاپ سنگی.

^۳ کتاب الشهادات، ص ۲۹۳، چاپ سنگی.

مطلقاً دو احتمال در تفسیر این اطلاق داده می‌شود: ۱. اینکه زن چه عادل باشد و چه غیر عادل ۲. اینکه زن چه ضمیمه شود به مرد یا تنها باشد وفي شهادة... (این، خبر مقدم است برای - وجه -) یعنی در اینکه آیا شهادت یک مرد عادل (به وقوع بیع) کافی است (در ثبوت بیع) احتمالی هست (و دلیل این احتمال، عموم مفهوم آیه «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» می‌باشد چون مضمون آیه این است که اگر فاسقی خبری بیاورد تحقیق درباره آن کنید و بدون تحقیق قبول نکنید، مفهوم آیه آن است که اگر غیر فاسق خبری بیاورد تحقیق درباره آن لازم نیست و بدون تحقیق می‌توانید آن را قبول کنید، چنانکه ملاحظه می‌کنید غیر فاسق، یک عادل را هم شامل است).

و اگتفی... یعنی مصنف در کتاب «دروس» کافی دانسته یک عادل را به شرط اینکه قرینه‌ای هم (بر راستی خبر او) وجود داشته باشد نعم لو صدق... یعنی آری اگر شفیع تصدیق کند خبر دهنده (فاسق یا مجهول الحال یا بچه یا زن) را، این تصدیق همانند ثابت شدن خبر است در حق شفیع (به توسط دو عادل).

و همچنین است اگر شفیع، علم پیدا کند به راستی خبر دهنده، به واسطه قرینه خارجی (مثل اینکه شفیع ببیند که مشتری در آن سهم شریک، تصرفاتی می‌کند مثلاً زراعت می‌کند یا درخت در آن می‌کارد و یا وسایل انجام زراعت و یا ساختمان‌سازی را کنار آن زمین ریخته که بعداً با اجازه شفیع آن کارها را انجام دهد، این تصرفات^۱ قرینه است بر اینکه مشتری آن سهم را خریده است و به این طریق، شفیع علم پیدا می‌کند به وقوع بیع).

^۱ این تصرفات ممکن است بدون اذن شفیع انجام گرفته باشد و ممکن است با اذن او (به این معنی که شفیع قبلاً به شریکش اذن داده باشد که هر وقت سهم خود را فروختی، از طرف من وکیل هستی که به مشتری اذن تصرف در آن مال مشترک بدهی).

(ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقایل، أو فسخ بعيب) أما مع التقایل فظاهر، لأنه لاحق للعقد. والشفعة تثبت به فتقدم

اقاله مبيع و یا فسخ بيع به جهت معيوب بودن مبيع یا ثمن

(ولا تسقط... توضیح: در اینجا دو مسأله است:

مسأله اول

هرگاه پس از انجام بيع، مشتری و بايع با رضایت یکدیگر معامله را فسخ نمایند (که به آن اقاله و یا تقایل گویند) آیا حق شفعه از شفيع ساقط می گردد یا نه؟ مشهور فقها گفته اند که با انجام اقاله، حق شفعه ساقط نمی گردد بلکه بالعکس اخذ به شفعه، اقاله انجام شده را برهم می زند.

دلیل آن این است که اقاله، چیزی است که در پی عقد بيع، آن زمانی که متبايعین به یکدیگر اعلام می کنند، انجام می گیرد و زمان آن بعد از زمان عقد می باشد، اما حق شفعه چیزی است که به واسطه خود بيع برای شفيع ثابت می شود، پس حق شفعه چون بر اقاله سبقت دارد لذا آن را مقدم بر اقاله می داریم و به واسطه اخذ به شفعه، اقاله بی اثر می گردد.

مسأله دوم

هرگاه شریک بعد از آن که سهم خود را فروخت، آن سهم و یا ثمن معینی که مشتری داده، معيوب درآید و یکی از متبايعین به جهت وجود عيب، از خيار عيب استفاده

کرده و بیع را فسخ کند سپس شفیع از فروش آن سهم، آگاه گردد آیا حق شفعه ساقط می‌گردد یا نه؟

مشهور فقها گفته‌اند: که با فسخ بیع، حق شفعه شفیع ساقط نمی‌گردد بلکه اخذ به شفعه، فسخ را بی اثر می‌گرداند.
دلیل آن را بعداً توضیح خواهیم داد.

در اینجا اشکال و سؤالی هست که بعضی از محشین نیز متعرض آن شده‌اند، و آن اینکه چرا در مسأله مورد بحث، حق شفعه را مقدم بر حق خیاریع می‌دارند ولی در اختیارات دیگر حق خیاری را مقدم بر شفعه دانسته‌اند و گفته‌اند با فسخ کردن در اختیارات دیگر، حق شفعه باطل می‌گردد چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت (در آنجا که فرمود: فإن إختار المشتري أو البائع، الفسخ بطلت) با اینکه دلیلی که در اینجا برای تقدیم حق شفعه آورده‌اند، در اختیارات دیگر هم جاری است پس چرا بین خیاریع و اختیارات دیگر فرق گذاشته‌اند؟.

ترجمه و شرح عبارت: ولا تسقط... یعنی حق شفعه ساقط نمی‌شود به واسطه فسخی که به دنبال بیع، واقع می‌شود با رضایت یکدیگر و یا به واسطه فسخ در اثر وجود عیب (در مبیع یا در ثمن معینی که مشتری می‌دهد).

اما در صورت فسخ با رضایت یکدیگر، روشن است که حق شفعه ساقط نمی‌شود، زیرا فسخ با رضایت یکدیگر چیزی است که (با فاصله زمانی) در پی عقد بیع واقع می‌شود، اما شفعه به واسطه عقد (همزمان با آن) ثابت می‌شود پس (چون شفعه، حقی است سابق بر اقاله لذا) مقدم بر آن داشته می‌شود.

وأما مع العيب فلأن استحقاق الفسخ به فرع دخول المعيب في ملكه، إذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقتربان ويقدم حق الشفيع، لعموم أدلة الشفعة للشريك، واستصحاب الحال، ولأن فيه جمعا بين الحقين، لأن العيب إن كان في الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمة الشقص، وإن كان في الشقص فالمشتري يطلب الثمن وهو حاصل له من الشفيع، بخلاف ما إذا قدمنا البائع في الأول فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة، وكذا لو قدمنا المشتري.

وأما مع العيب... توضيح: دانسته شد که حق شفعه به واسطه فسخ عقد به جهت وجود عيب، ساقط نمی شود، اکنون دلیل آن بیان می شود و آن این است که: چون صاحب خيار در صورتی حق فسخ به خاطر عيب، پیدا می کند که چیز معيوب، داخل در ملک او شده باشد (زیرا معنی ندارد چیزی که ملک دیگری است و هنوز داخل در ملک انسان نشده، انسان آن را به صاحبش برگرداند) و داخل شدن آن چیز در ملک همانا به واسطه عقد صحيح انجام می گیرد، و در این زمان که عقد واقع می شود حق شفعه نیز مانند خيار عيب به وجود می آید، بنابراین حق خيار عيب (برای یکی از متبایعین) و حق شفعه (برای شفيع) مقارن با یکدیگر وجود می یابند. حال که این دو حق، همزمان وجود یافته اند کدام حق را باید مقدم داشت (آیا حق خيار عيب مقدم داشته شود تا حق شفعه ساقط گردد، یا اینکه حق شفعه مقدم داشته شود تا فسخ بی اثر گردد) گوئیم که حق شفعه مقدم داشته می شود به سه دلیل:

۱. اینکه ادله‌ای که حق شفعه را برای شفیع ثابت می‌کند، عمومیت دارد، شامل می‌باشد هم صورتی را که مبیع (سهم فروخته شده) معیوب باشد (که خیار عیب ثابت است) و هم صورتی را که معیوب نباشد.^۱

۲. اینکه به واسطه عقد، حق شفعه ثابت شده است، حال در وقت اِعمال خیار عیب، شک می‌کنیم که آیا حق شفعه باقی است یا نه؟ آن را استصحاب می‌کنیم.^۲

۳. اینکه با مقدم داشتن حق شفعه، جمع بین حقیقین می‌شود، هم شفیع به حق خود می‌رسد و هم یکی از متبایعین، زیرا در صورتی که عیب در ثمن معین، باشد (مثل اینکه مشتری در مقابل سهم خریداری شده، یک کالای معین در خارج به بایع بدهد و آن کالا معیوب درآید) و بایع به خاطر عیب، فسخ کند در حالی که شفیع هم اخذ به شفعه کرده باشد، منظور بایع از فسخ بیع، آن است که ضرر حاصل از وجود عیب در ثمن را دفع نماید، گوئیم آن ضرر به واسطه گرفتن قیمت مبیع از مشتری نیز دفع می‌گردد (یعنی ثمن معیوب را به مشتری برمی‌گرداند و قیمت واقعی مبیع را از مشتری می‌گیرد).^۳

^۱ از این دلیل می‌توان جواب داد به اینگونه که: در طرف حق فسخ نیز، ادله خیار فسخ، عمومیت دارند شامل می‌باشند هم صورتی را که حق شفعه‌ای برای شفیع ثابت باشد و هم غیر آن صورت را چنانکه بعضی از محشین به این جواب متعرض شده‌اند.

^۲ از این دلیل نیز جواب داده می‌شود به اینگونه که: استصحاب حق فسخ می‌کنیم، پس دو استصحاب با یکدیگر معارض‌اند.

^۳ و به بیان دیگر: وقتی که ما حق شفیع را مقدم داشتیم و او اخذ به شفعه کرد، بایع نیز بعداً به خاطر خیار عیب، اگر بیع را فسخ کرد، و ثمن را پس داد، می‌بیند زمین در دست مشتری نیست (مثل این می‌شود که مبیع در دست مشتری تلف شده باشد) در این صورت قیمت زمین را از او می‌گیرد.

البته ممکن است ثمن برابر قیمت واقعی باشد و ممکن است بیشتر از آن و ممکن است کمتر از آن باشد که بعداً در شرح عبارت بیشتر توضیح خواهیم داد).

پس بدین وسیله ضرر از بایع دفع می‌گردد و در نتیجه، هم شفیع به حق خود رسیده (که اخذ به شفعه کرده است) و هم بایع به حق خود رسیده (که قیمت مبیع را گرفته است) اما اگر در صورت بالا حق فسخ بایع را مقدم بداریم که بیع را فسخ کرده و مبیع را پس بگیرد، در این صورت حق شفیع ضایع می‌گردد که نه عین مبیع به او می‌رسد و نه قیمت آن به او می‌رسد.

تا اینجا بیان جمع بین حقیقین بود در صورتی که عیب در ثمن معین باشد و اما بیان جمع بین حقیقین در صورتی که عیب در مبیع باشد، گوئیم وقتی که مشتری بیع را فسخ کند و سپس شفیع آگاه بر بیع شود و اخذ به شفعه نماید، فسخ در اثر خیار عیب، بی اثر می‌گردد و مبیع به ملکیت شفیع در می‌آید، و حق مشتری هم ضایع نمی‌شود، زیرا منظور مشتری از فسخ بیع آن است که ثمنی را که به بایع پرداخته است پس بگیرد، گوئیم این ثمن را در اثر اخذ به شفعه شفیع، از شفیع به دست می‌آورد پس با مقدم داشتن حق شفیع، هم او به حقش می‌رسد (که اخذ به شفعه کرده و مبیع را می‌گیرد) و هم مشتری به حقش می‌رسد که ثمن خود را از شفیع دریافت می‌دارد.

اما اگر حق فسخ مشتری را مقدم بر حق شفعه بداریم که مشتری بیع را فسخ کند و مبیع را به بایع رد نماید تا ثمن خود را دریافت کند، در این صورت حق شفیع ضایع می‌گردد و چیزی به او نمی‌رسد نه عینی و نه قیمتی.

ترجمه و شرح عبارت: **و أما مع العيب...** یعنی و اما (عدم سقوط شفعه) در صورت وجود عیب، به دلیل آن است که حق فسخ داشتن به خاطر عیب، فرع بر آن است که چیز معیوب (خواه مبیع و خواه ثمن) در ملک صاحب خیار داخل شده باشد - زیرا معقول نیست انسان چیزی را که ملک دیگری است به او برگرداند - و

داخل شدن چیز معیوب در ملک او همانا به واسطه وقوع عقد صحیح تحقق می یابد، و در این وقت (که عقد بیع واقع می شود) شفعه نیز ثابت می شود، پس شفعه و خيار عیب، مقارن یکدیگر ثابت می شوند و حق شفیع (بر حق صاحب خيار) مقدم داشته می شود (به سه دلیل: اول) به دلیل عموم أدله ای که شفعه را برای شریک (یعنی شفیع) ثابت می کند (که عموم آنها شامل صورت ثبوت خيار عیب نیز می باشد) و (دوم) به دلیل استصحاب حال عقد (که حق شفعه در آن حال ثابت شده و آن را در زمان اعمال خيار عیب نیز به حکم استصحاب، ثابت نگه می داریم) و (سوم) به دلیل اینکه در تقدیم حق شفیع، جمع بین دو حق می شود (حق شفیع و حق صاحب خيار) زیرا عیب اگر در ثمن معین باشد (و شفیع اخذ به شفعه کند) بایع (که حق خيار عیب دارد گرچه به خاطر اینکه شفیع اخذ به شفعه کرده، بایع نمی تواند مبیع را از مشتری پس بگیرد ولی) می تواند قیمت واقعی مبیع را (از مشتری) بگیرد (و در نتیجه بایع ضرر نکرده و به حق خود می رسد همچنانکه شفیع به حق خود رسیده و اخذ به شفعه نموده است پس جمع میان حقیقین می شود).

فی الثمن المعین (یعنی ثمنی که در خارج معین شده باشد، مثلاً بگوید آن سهم را می خرم در مقابل این کالایی که در دست دارم و یا این دیناری که در دست دارم) و قید - المعین - در مقابل ثمن کلی است، و جهت اینکه آن قید را آورده است، آن است که چون اگر عقد روی ثمن کلی رفته باشد - مثلاً دینار کلی - مثل اینکه بگوید آن سهم را خریدم در مقابل یک دینار، و بعداً در موقع پرداخت آن، یک دیناری را به او بدهد که این یک دینار مصداق وفردی از آن دینار کلی است که عقد روی آن رفته است، حال اگر این دینار پرداخت شده معیوب درآید، بایع، حق فسخ به جهت وجود عیب ندارد بلکه حق تعویض آن را دارد که آن معیوب را به مشتری پس دهد و عوض آن، دینار سالمی از او بگیرد، و حق خيار عیب همانا در صورتی است که عیب

در جنس معین خارجی باشد، بدین جهت شارح در اینجا کلمه - المعین - آورده تا بایع، حق خیار عیب داشته باشد و مثال برای مورد بحث بوده باشد.

الی قيمة الشقص (یعنی قیمت واقعی سهم فروخته شده) ناگفته نماند که قیمت واقعی مبیع ممکن است برابر با ثمن باشد (مثل اینکه بایع سهم خود را به همان قیمت واقعی به مشتری فروخته باشد) و ممکن است بیشتر از ثمن باشد (مثل اینکه بایع، سهم را به کمتر از قیمت واقعی فروخته باشد) و ممکن است کمتر از ثمن باشد (مثل اینکه بایع، سهم را به بیشتر از قیمت واقعی فروخته باشد).

در فرض اول - یعنی تساوی ثمن با قیمت واقعی - چنانچه بایع راضی شد که همان ثمن را بردارد، حرفی در آن نیست.

و در فرض دوم - یعنی زیادی قیمت واقعی بر ثمن - وقتی که بایع قیمت واقعی را از مشتری گرفت، دیگر مشتری حق ندارد زیادی قیمت را از شفیع بگیرد، زیرا شفیع حق شفعه دارد به همان اندازه ثمنی که عقد بر آن واقع شده (نه بیشتر از آن) و در اینجا ضرر بر مشتری وارد نمی‌آید، چون مقصّر خود مشتری بوده که ثمن معیوب به بایع داده که نتیجه آن این شد که ثمن پس داده شود و قیمت زمین از او گرفته شود.

و در فرض سوم - یعنی زیادی ثمن بر قیمت واقعی - وقتی که بایع، قیمت واقعی را از مشتری گرفت، شفیع حق ندارد زیادی ثمن را از مشتری پس بگیرد به جهت آن دلیلی که در فرض قبلی ذکر شد، هر چند بعضی از فقها احتمال داده‌اند شفیع، حق پس گرفتن زیادی ثمن از مشتری را دارد.

و این کان... یعنی واگر عیب، در سهم فروخته شده باشد (و شفیع اخذ به شفعه کند) مشتری (که حق خیار عیب دارد، مقصود او از فسخ بیع آن است که:) ثمن را (از بایع) می‌خواهد، گوئیم که (لازم نیست این ثمن را با فسخ بیع، از بایع دریافت نماید، زیرا وقتی که شفیع اخذ به شفعه می‌کند) ثمن مزبور برای مشتری از جانب شفیع

حاصل می‌شود (پس با مقدم داشتن حق شفیع، جمع میان حقین می‌شود، هم او به حقش می‌رسد که اخذ به شفعه می‌کند و هم مشتری به حقش می‌رسد که ثمن خود را دریافت می‌دارد).

برخلاف اینکه اگرما بایع را در صورت اول (که عیب در ثمن معین باشد) مقدم بداریم (که اوفسخ کند و مبیع را برگرداند) زیرا در این صورت حق شفیع از سهم فروخته شده، ساقط می‌گردد، هم از عین آن و هم از قیمت آن.

و همچنین اگر (در صورت دوم که عیب در مبیع باشد) مشتری را مقدم بداریم (که اوفسخ کند و مبیع را به بایع ردّ نماید، در این صورت نیز حق شفیع از مبیع ساقط می‌شود).

و قیمة خلاصه اینکه اگرما حق شفیع را مقدم بداریم، بایع اگر به عین خود نرسد، لا اقل به قیمت آن می‌رسد، اما اگر حق بایع را مقدم بداریم، شفیع به هیچ چیز نمی‌رسد نه به عین و نه به قیمت (و به عبارت دیگر، نه عینی به دست او می‌رسد و نه قیمتی).

وربما فرق بين أخذ الشفيع قبل الفسخ، وبعده، لتساويهما في الثبوت فيقدم السابق في الأخذ، ويضعف بما ذكرناه.

وقيل بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد والشفعة تثبت بعده فيكون العيب أسبق.

وفيه نظر، لأن مجرد وجود العيب غير كاف في السببية، بل هو مع العقد، كما أن الشركة غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد فهما متساويان من هذا الوجه، وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوة، إلا أنها لا توجب التقديم فالعمل على ما اختاره المصنف أولى.

قول دوم در مسأله

وربما فرق... توضيح: بعضی از فقها در مسأله‌ی بالا گفته‌اند که چون حق شفعه و حق خيار عيب، مقارن یکدیگر ثابت می‌شوند، ملاک در تقدیم یکی از دو حق بر دیگری را، زمان اعمال حق قرار می‌دهیم، به این معنی که هرگاه اخذ به شفعه قبل از فسخ بیع، انجام گیرد، شفعه مقدم می‌باشد و اما اگر فسخ بیع قبل از اخذ به شفعه انجام شود، فسخ مقدم است.

ترجمه و شرح عبارت: و ربما... یعنی چه بسا بعضی فرق گذارده‌اند بین صورتی که شفيع اخذ به شفعه کند قبل از فسخ صاحب خيار، و صورتی که بعد از فسخ، اخذ به شفعه کند، زیرا هر دو حق (حق شفعه و حق خيار عيب) از نظر ثبوت یکسان می‌باشند (و در یک زمان ثابت شده‌اند چنانکه در دلیل قول مشهور نیز دانسته شد) بدین جهت آنکه پیش است، مقدم داشته می‌شود در گرفتن مبيع.

فيقدم السابق في الأخذ جارو مجرور - في الاخذ - دوا احتمال در متعلق آن داده می‌شود گرچه طبق هر دو احتمال، معنای مقصود، یک چیز است:

۱. اینکه جارو مجرور متعلق به کلمه - السابق - باشد، بنابراین، معنای عبارت این می‌شود که کسی که پیشی گیرنده در گرفتن مبیع باشد، او مقدم داشته می‌شود، یعنی هر کدام از بایع یا شفیع، زودتر مبیع را گرفتند، او مقدم داشته می‌شود در استحقاق مبیع و حق دیگری از آن مبیع ساقط می‌گردد، بنابراین اگر فسخ بیع زودتر انجام گرفت (خواه بایع به جهت وجود عیب در ثمن، فسخ کند و خواه مشتری به جهت وجود عیب در مبیع فسخ کند) که در نتیجه، بایع، مبیع را زودتر از شفیع گرفت، حق شفعه ساقط می‌شود چون متعلق آن که مبیع باشد فوت گردید (و به خاطر همین جهت است که در باقی خیارات به واسطه‌ی فسخ بیع، حق شفعه باطل می‌شود چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت).

و اگر اخذ به شفعه زودتر انجام گرفت که در نتیجه شفیع زودتر مبیع را گرفت، حق بایع از مبیع ساقط می‌گردد.

۲. اینکه جارو مجرور متعلق به یقدم باشد، بنابراین، معنای عبارت این می‌شود که مقدم داشته می‌شود در گرفتن مبیع، کسی که پیشی گیرنده باشد در فسخ یا در اخذ به شفعه یعنی اگر فسخ بیع - به توسط بایع یا مشتری - زودتر از اخذ به شفعه انجام گرفت، بایع مقدم داشته می‌شود در گرفتن مبیع، و اگر اخذ به شفعه زودتر از فسخ انجام بگیرد، شفیع مقدم داشته می‌شود در گرفتن مبیع.

و یضعف... این جواب شارح است از قول مزبور یعنی تضعیف می‌شود این قول به آنچه که در بالا ذکر گردید که گفته شد حق شفیع در هر حال مقدم داشته می‌شود - خواه قبل از فسخ بیع، اخذ به شفعه کند و خواه بعد از آن - به خاطر آن سه دلیلی که دانسته شد.

قول سوم درمسأله

و قيل بتقدیم... توضیح: بعضی دیگر از فقها گفته‌اند که حق خیار عیب مطلقاً مقدم بر حق شفعه است، زیرا سبب خیار که عیب است در حین عقد موجود می‌باشد، اما حق شفعه بعد از تحقق عقد، حاصل می‌شود پس چون عیب قبل از شفعه تحقق دارد لذا حق صاحب خیار عیب هم باید مقدم بر حق شفعه بشود و به واسطه‌ی فسخ بیع، حق شفعه ساقط گردد.

شارح در جواب این قول می‌فرماید: گرچه عیب در زمان عقد موجود است ولی تنها وجود عیب برای پیدایش حق خیار کفایت نمی‌کند (یعنی تنها عیب، سبب خیار نمی‌باشد) بلکه وجود عیب به ضمیمه عقد بیع، سبب حصول حق خیار می‌گردد چون تا داخل در ملک نگردد، فسخ معنی ندارد، و دخول در ملکیت هم به سبب عقد حاصل می‌شود (چنانکه در دلیل قول مشهور گذشت) همچنان که وجود شرکت - که آن هم در زمان عقد موجود است - به تنهایی کافی برای پیدایش حق شفعه نیست بلکه وجود شرکت به ضمیمه عقد بیع، سبب حصول حق شفعه می‌گردد.

پس عیب و شرکت هر دو یکسانند در این جهت که به تنهایی سببیت ندارند بلکه به ضمیمه عقد، سببیت دارند و عقد در آنها جزء السبب و یا متمم سببیت آنهاست و در نتیجه، حق خیار عیب و حق شفعه هر دو بعد از عقد حاصل می‌شوند، اکنون باید سراغ مرجع برویم که یکی از آن دو حق را ترجیح داده و مقدم بدارد. اگر گوئید که ما برای تقدیم حق خیار عیب بر حق شفعه، دو مرجع می‌توانیم ذکر نمائیم:

۱. اینکه عیب امری است داخلی ولی شرکت امری است خارجی.

۲. اینکه چیزی که به ذهن تبادر می‌کند در سبب بودن برای فسخ، همان عیب است، و چیزی که تبادر می‌کند برای سبب بودن برای اخذ به شفعه، همان حق شفعه است و معلوم است که عیب در حین عقد موجود است ولی حق شفعه بعد از عقد، حاصل می‌گردد، پس عیب سبقت بر شفعه دارد و ظاهراً تقویت می‌کند که صاحب خیار عیب مقدم بر شفیع باشد.

در جواب گوئیم: اولاً این دو چیزی که به عنوان مرجح ذکر نمودید، در مقایسه با آن سه مرجحی که ما برای تقدیم حق شفعه ذکر نمودیم، نمی‌تواند سبب ترجیح و تقدیم حق خیار بر حق شفعه گردد.

و ثانیاً: مرجح دومی که ذکر نمودید، چیزی است که ظاهراً موجب تقویت طرف صاحب خیار عیب می‌باشد ولیکن در حقیقت خیار عیب و شفعه - چنانکه در بالا توضیح دادیم - یکسان هستند از جهت اینکه سبب خیار، عیب موجود در زمان عقد به ضمیمه خود عقد می‌باشد، و سبب شفعه هم شرکت موجود در حین عقد به ضمیمه خود عقد می‌باشد.

نتیجه آنکه نظریه مصنف در میان آن سه نظریه‌ای که ذکر شد بهتر است یعنی آنکه حق شفعه مطلقاً مقدم بر حق خیار عیب می‌باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند که حق بایع و مشتری مقدم می‌شود (یعنی حق خیار بایع در صورتی که عیب در ثمن باشد، و حق خیار مشتری اگر عیب در مبیع باشد) چون فسخ بیع، مستند است به عیبی که همزمان با عقد است (و در حین عقد موجود است) اما شفعه بعد از عقد ثابت می‌شود پس عیب سبقت بر شفعه دارد (و در نتیجه فسخی هم که مستند به آن است باید مقدم بر شفعه شود).

و (شارح می‌فرماید که:) در این قول، اشکال است، زیرا عیب به تنهائی کفایت نمی‌کند در سبب بودن برای خیار (تا شما بگوئید که این سبب، در زمان عقد موجود بوده برخلاف شفعه) بلکه عیب به ضمیمه عقد سبب برای خیار است همچنانکه شریک بودن (در ملک) به تنهائی کفایت نمی‌کند در سبب بودن برای شفعه (با اینکه شرکت هم در حین عقد موجود است و مقارن با عقد است) بلکه شرکت به ضمیمه عقد، سبب برای شفعه می‌باشد، بنابراین، عیب و شرکت از این جهت (که به تنهائی کافی نیستند در سببیت) با هم برابرند، اگرچه طرف عیب خالی از قوت نیست (که عیب امر داخلی است و شرکت امر خارجی است) اما این قوت (چون قوتی است ظاهری و صوری و قوتش آنقدر نیست که موجب تقدیم گردد، از این رو) باعث مقدم داشتن عیب بر شفعه نمی‌شود.

نتیجه آنکه عمل بر طبق فتوایی که مصنف اختیار کرده سزاوارتر است.

ولو اختار البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به على الشفيع إن كان أخذ بقيمة المعيب أو بمعيب مثله، وإلا فلا، ولو ترك البائع الرد والأرش معا مع أخذ الشفيع له بقيمة المعيب أو مثله، فلا رجوع له بشئ، لأنه كإسقاط بعض الثمن.

وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص قبل أخذ الشفيع أخذه الشفيع بما بعد الأرض، لأنه كجزء من الثمن، ولو أخذه بعد أخذ الشفيع، رجع الشفيع به.

ويفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان بغيره بطلت، وقد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار.

ولو اختار البائع توضيح: در صورتی که ثمنی که مشتری به بایع داده، معیوب درآید، از آنجا که در اختیار عیب بایع مخیر است بین اینکه بیع را فسخ کند و ثمن را رد نماید یا اینکه فسخ نکند و ارش عیب بگیرد، اکنون فرض مسأله آن است که اگر بایع، ارش از مشتری بگیرد آیا مشتری هم می تواند آن مقدار ارش را از شفیع بگیرد؟ می فرماید: مسأله دو صورت دارد:

۱. اگر چنانچه ثمنی که مشتری به بایع داده، از اجناس قیمی بود (مثل اینکه گوسفند معیوب به بایع داده) و شفیع هم ثمنی که به مشتری داده و اخذ به شفعه کرده، برابر با قیمت گوسفند معیوب باشد، مثلاً قیمت گوسفند معیوب هشتاد تومان بوده و شفیع با دادن هشتاد تومان به مشتری، اخذ به شفعه کرده، و ارشی که بایع از مشتری گرفته، بیست تومان مثلاً باشد.

و یا اگر ثمنی که مشتری به بایع داده، از اجناس مثلی بود که معیوب درآمده، و شفیع هم ثمنی که به مشتری داده و اخذ به شفعه کرده، کالایی مثل همان معیوب باشد.

دراین صورت مشتری می‌تواند ارشی که به بایع پرداخته، از شفیع بگیرد چون آن مقدار ارش، جزء ثمن محسوب می‌شود و شفیع باید اضافه بر ثمن مقرر در عقد، آن مقدار را نیز به مشتری بدهد.

۲. اگر چنانچه ثمنی که شفیع به مشتری داده و اخذ به شفعه کرده، در مثال گوسفند، برابر با قیمت گوسفند سالم باشد، مثلاً او صد تومان - قیمت گوسفند سالم - به مشتری داده، در حالی که مشتری به بایع، گوسفند معیوب (که قیمتش هشتاد تومان است) داده است، و ارشی که بایع از مشتری گرفته، بیست تومان مثلاً باشد.

و یا در مثالی که ثمن از اجناسی مثلی بود، شفیع به مشتری ثمنی که داده، جنس مثلی سالم داده است، در حالی که مشتری به بایع، جنس مثلی معیوب داده است. دراین صورت، مشتری نمی‌تواند ارشی که به بایع پرداخته از شفیع بگیرد چون فرض آن است که به مقدار ارش را شفیع از همان اول در ضمن ثمنی که به مشتری پرداخته، داده است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو إختار...** یعنی اگر بایع (در صورتی که ثمن معین، معیوب درآید، بیع را فسخ نکند بلکه) گرفتن ارش ثمن معیوب از مشتری را اختیار نماید، مشتری هم رجوع می‌کند به شفیع و آن ارش را از او می‌گیرد، به شرط آنکه شفیع اخذ به شفعه کرده باشد به قیمت ثمن معیوب (یعنی شفیع برابر قیمت ثمن معیوب به مشتری داده باشد اگر ثمن معین، از اجناس قیمی باشد) و یا (اخذ به شفعه کرده باشد) به کالایی معیوب همچون ثمن معیوب (یعنی شفیع جنس معیوب مثل همان ثمن معیوب به مشتری داده باشد اگر ثمن معین از اجناس مثلی باشد).

أخذ ارش... کلمه - اخذ - به صیغه مصدر است و مفعول برای - اختار - می‌باشد مشتری به ضمیر به ارش برمی‌گردد ان کان ... ضمیر مقدر در - کان - برمی‌گردد به

شفیع اخذ بقیمة... کلمه‌ی - اخذ - به صیغه‌ی ماضی است المعیب یعنی ثمن معیوب مثله ضمیر برمی‌گردد به ثمن معیوب و **إِلَّا فَلَآ...** یعنی وگرنه (اگر شفیع، قیمت ثمن سالم و یا کالای سالم به مشتری داده باشد) دیگر مشتری حق رجوع به شفیع ندارد.

ولو ترک... توضیح: اگر بایع - با وجود عیب در ثمن معین - از حق خیار خود صرف نظر نماید، نه بیع را فسخ کند و نه ارش عیب بگیرد، با فرض اینکه شفیع اخذ به شفعه کرده و قیمت ثمن معیوب یا مثل ثمن معیوب را به مشتری بدهد، در این صورت مشتری حق ندارد علاوه بر ثمنی که از شفیع گرفته، چیزی دیگر بگیرد، زیرا صرف نظر کردن بایع از حق خیار و نگرفتن ارش، به منزله آن است که در همان ابتدا بعد از انجام معامله، مقداری از ثمن را اسقاط کرده و ارزانتر از آن مقداری که در معامله مقرر شده بود از مشتری بگیرد پس مشتری حق ندارد بیش از آنچه به بایع پرداخته از شفیع بگیرد به ادعای اینکه مشتری بگوید بایع به من ارفاق کرده و به مقدار ارش از من نگرفته اما به تو که ارفاق نکرده پس من از تو آن ارش رومی‌گیرم به این معنی که مشتری حق ندارد به مقدار ارشی که بایع از او نگرفته است، بر مقدار ثمن بیفزاید و از شفیع بگیرد

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ترک...** یعنی اگر بایع، صرف نظر نماید از ردّ (یعنی ردّ ثمن معیوب و فسخ کردن بیع) و از گرفتن ارش، با فرض اینکه شفیع اخذ به شفعه کند مبیع را به همان قیمت ثمن معیوب (اگر ثمن معیوب از اجناس قیمی باشد) و یا به مثل ثمن معیوب (اگر از اجناس مثلی باشد) در این صورت دیگر حق رجوعی نیست برای مشتری (بر شفیع) به گرفتن چیزی (از شفیع، اضافه بر گرفتن ثمن) زیرا صرف نظر کردن بایع به منزله آن است که بعضی از ثمن را (بعد از انجام معامله) ساقط نموده باشد.

و کذا... توضیح: در صورتی که عیب در مبیع بوده باشد، خیار عیبی که مشتری دارد به این معنی است که مشتری، هم می تواند بیع را فسخ کند و هم می تواند فسخ نکند و ارش عیب بگیرد، اکنون فرض مسأله آن است که اگر مشتری، ارش از بیع بگیرد شفیع چه مقدار باید به مشتری پردازد و اخذ به شفعه کند؟
می فرماید: مسأله دو صورت دارد:

۱. اگر مشتری قبل از اخذ به شفعه ی شفیع، ارش را از بیع گرفته باشد، در این صورت شفیع در موقع اخذ به شفعه، مقدار ارش را از ثمن مقرر در بیع، کسر می کند و بقیه را به مشتری می دهد، زیرا شفیع در اخذ به شفعه باید ثمن را به مشتری بدهد و در مورد بحث، ثمن در حقیقت آن مقداری است که پس از کسر ارش نزد بیع باقی مانده است، چون ارش، قسمتی از ثمن می باشد که به مشتری برگردانده شده پس در حقیقت، مبیع برای مشتری به قیمت ثمن پس از کسر ارش، تمام شده است بدین جهت مشتری نمی تواند بیش از آنچه نزد بیع پس از کسر ارش، باقی مانده است از شفیع بگیرد.

بنابراین، اگر مشتری، مبیع را به صد تومان خرید و قبل از اخذ به شفعه شفیع، مبلغ بیست تومان به عنوان ارش از بیع گرفت و سپس شفیع اخذ به شفعه نمود، مشتری حق ندارد بیش از هشتاد تومان از شفیع بگیرد.

۲. اگر مشتری بعد از اخذ به شفعه ی شفیع، ارش را از بیع گرفته باشد یعنی شفیع به آن ثمنی که در عقد مقرر شده بود (صد تومان در مثال بالا) اخذ به شفعه کند سپس مشتری، ارش (بیست تومان در مثال بالا) از بیع بگیرد، در این صورت اگر شفیع از آن آگاه گردد، حق دارد او هم رجوع به مشتری کند و به مقدار ارش از او پس بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و همچنین (در جایی که مبیع، معیوب باشد) اگر مشتری (به واسطه خیار عیبی که دارد) اختیار کند گرفتن ارش مبیع را

پیش از آنکه شفیع اخذ به شفعه کرده باشد، در این صورت شفیع اخذ به شفعه می‌کند مبیع را به آن مقدار ثمنی که ارش از آن کسر شده باشد، زیرا ارش همچون قسمتی از ثمن است (که بایع آن را به مشتری پس داده است لذا لازم نیست شفیع مقدار ارش را به مشتری بدهد).

و اگر مشتری ارش را بعد از اخذ به شفعه شفیع، از بایع بگیرد، شفیع می‌تواند رجوع (به مشتری) کند و آن ارش را از او بگیرد.

أخذ أرش کلمه - اخذ - به صیغه مصدر است و مفعول برای - اختار - می‌باشد أخذ الشفیع یعنی اخذ به شفعه شفیع و گرفتن مبیع أَخَذَهُ الشفیع کلمه - اخذه - به صیغه فعل ماضی است و جواب - لو - می‌باشد و ضمیر بر می‌گردد به شقص به ضمیر بر می‌گردد به ارش.

و يفهم... توضیح: شارح می‌فرماید: از اینکه مصنف، فسخ را مقید به عیب کرد و حکم (یعنی عدم سقوط شفعه) را اختصاص داد به صورتی که خيار، خيار عیب باشد، استفاده می‌شود که اگر خيار از خيارات دیگر باشد، حق شفعه ساقط می‌شود چنانکه این مفهوم را مصنف صریحاً سابقاً بیان نمود در آنجا که فرمود: «فان اختار المشتري او البایع، الفسخ بطلت».

یاد آوری می‌شود که ما در اول مسأله، اشکالی را ذکر نمودیم که چرا فقها بین خيار عیب و خيارات دیگر فرق گذاشته‌اند.

ترجمه و شرح عبارت: و يفهم... یعنی فهمیده می‌شود از مقید کردن مصنف، فسخ را به وجود عیب، اینکه اگر فسخ به سبب غیر عیب باشد، شفعه باطل می‌شود، و این مطلب در مسأله فسخ به واسطه خيار گذشت.

وبقی تجدد الفسخ بذاته كما لو تلف الثمن المعین قبل القبض، وفي بطلانها به قول، من حیث إنه یوجب بطلان العقد، وآخر بعدمه، لأن البطلان من حین التلف لا من أصله، فلا یزیل ما سبق من استحقاقها، وثالث بالفرق بین أخذ الشفیع قبل التلف فتثبت، وبعده فتبطل، والأوسط أوسط.

فرض دیگر در مسأله

وبقی تجدد... فرض دیگری در اینجا باقی مانده است که شارح حکم آن را بیان می نماید، و آن فرض این است که:

اگر خود به خود بیع باطل شود (مثل اینکه ثمن معین - گوسفند مثلاً - قبل از آنکه به دست بایع برسد تلف گردد) در این صورت آیا شفعه نیز باطل می شود یا نه؟ سه قول در آن می باشد:

۱. بعضی گفته اند که باطل می شود، زیرا حق شفعه به واسطه بیع ثابت می شود پس وقتی که بیع باطل گردید، شفعه هم به تبعیت از آن باطل می گردد.

۲. بعضی دیگر گفته اند باطل نمی شود، زیرا اگرچه بیع باطل می شود ولی بطلان آن از اصل وریشه (یعنی از زمان وقوع بیع) نیست بلکه از آن زمانی است که ثمن تلف گردیده است، و شفعه به واسطه ای اصل عقد پیش از آنکه باطل شود، ثابت شده است پس حق شفعه به جهت آنکه سبقت دارد، بطلان عقد نمی تواند آن را باطل سازد و از بین ببرد. شارح این قول را می پسندد.

۳. بعضی تفصیل داده اند بین صورتی که شفیع قبل از تلف ثمن، اخذ به شفعه کند (در این صورت شفعه ثابت است) و صورتی که شفیع بعد از تلف ثمن، اخذ به شفعه کند، در این صورت شفعه باطل می گردد.

ناگفته نماند که بنابر قول دوم و نیز قول سوم (در یک صورت) وقتی که شفیع اخذ به شفعه می‌کند، برابر همان ثمن معین (تلف شده) به مشتری می‌دهد و مبیع را می‌گیرد و بایع هم قیمت واقعی مبیع را از مشتری می‌گیرد، و آن ثمن معین تلف شده، از کیسه‌ی مشتری رفته است (ناگفته نماند که قیمت واقعی ممکن است از ثمن معین بیشتر باشد و ممکن است کمتر باشد و ممکن است برابر آن باشد).

ترجمه و شرح عبارت: و بقي... یعنی و باقی ماند (یک فرض دیگری که هنوز حکمش بیان نشده و آن فرض عبارت است از:) خود به خود باطل شدن بیع مثل آنکه ثمن معین پیش از قبض بایع، تلف گردد.

و در باطل شدن شفعه به واسطه‌ی بطلان بیع، قولی هست، چون تلف ثمن معین سبب بطلان عقد می‌شود (و با بطلان عقد، حق شفعه که تابع عقد است نیز باطل می‌شود).

و قول دومی در اینجا هست به اینکه باطل نمی‌شود شفعه، زیرا بطلان عقد، از زمان تلف ثمن می‌باشد نه از اصل و ریشه، بنابراین، بطلان عقد از بین نمی‌برد آنچه را که از قبل ثابت بوده که عبارت از استحقاق شفعه باشد.

و قول سومی هست که فرق گذاشته بین صورتی که شفیع اخذ به شفعه کند قبل از تلف شدن ثمن، که در این صورت شفعه ثابت است، و بین صورتی که بعد از تلف ثمن، اخذ به شفعه کند، که در این صورت شفعه باطل می‌شود.

و (شارح می‌فرماید که:) قول میانی (یعنی عدم بطلان) معتدل تر است.

الثلث المعین کلمه‌ی - معین - در اینجا در مقابل کلی است و علت آنکه قید معین را در اینجا آورده است، آن است که اگر ثمن کلی باشد و عقد روی کلی رفته باشد آنگاه مشتری، فردی از آن کلی را در دست خود آماده کرد که به بایع بپردازد ولی قبل از قبض بایع، آن فرد تلف گردد، در این صورت بیع باطل نمی‌گردد بلکه مشتری

وظیفه‌اش آن است که فرد دیگری را به بایع بپردازد، و در نتیجه مثال برای مورد بحث نمی‌شود و مثال مورد بحث آن جایی است که عقد روی ثمنی رفته باشد که در خارج معین بوده باشد و همان تلف گردد.

(و) کذا (لا) تسقط الشفعة (بالعقود اللاحقة) للبيع (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب، أو وقف) لسبق حق الشفيع على ما تأخر من العقود، (بل للشفيع إبطال ذلك كله) والأخذ بالبيع الأول، (وله أن يجيز) البيع (ويأخذ بالبيع الثاني)، لأن كلا من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، والثاني صحيح وإن توقف على إجازة الشفيع، فالتعيين إلى اختياره.

وكذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة، وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده.

ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره الشفيع بين اللازمة، وغيرها ولا بين المعوض عنها، وغيرها ف يأخذ الواهب الثمن ويرجع العوض إلى باذله.

عدم سقوط شفعه به واسطه عقودی که بر مبيع واقع شوند

(و) کذا (لا) تسقط... توضیح: شکی نیست در اینکه مشتری بعد از آنکه مبيع را خرید، در نتیجه مالکیتی که نسبت به مبيع پیدا می نماید حق دارد هرگونه تصرفی در آن بنماید، بنابراین او می تواند آن مبيع را به سبب عقدی از عقود، به شخص دیگری واگذار کند مانند آنکه بفروشد یا هبه نماید و یا وقف کند.

اکنون بحث در آن است که آیا به سبب عقد مزبور که از جانب مشتری به عمل می آید، حق شفعه شفيع نسبت به آن مبيع ساقط می گردد یا نه؟

می فرماید: ساقط نمی گردد، زیرا حق شفعه به سبب خود بيع، حاصل شده ولی آن عقود دیگر، بعد از بيع واقع شده، پس چون زمان پديد آمدن حق شفعه قبل از آن عقود است لذا به واسطه ی عقود بعدی زایل نمی گردد، بنابراین اگر مشتری، مبيع را به شخص ثالث هبه نماید و یا صلح کند و سپس شفيع اخذ به شفعه کند، آن

معامله (هبه، صلح) باطل می‌گردد، و همچنین هرگاه مشتری مبیع را وقف بر امور خیریه کند و یا آن را مسجد قرار دهد، اخذ به شفعه، وقف را باطل می‌گرداند و تمامی آثار وقفیت مسجدیت را برطرف می‌سازد.

و هرگاه مشتری، مبیع را به مشتری دوم بفروشد، شفیع مخیر است بین اینکه اخذ به شفعه از مشتری اول نماید (که در نتیجه، بیع به مشتری دوم باطل می‌گردد) و یا اینکه بیع به مشتری دوم را اجازه دهد و اخذ به شفعه از آن مشتری دوم نماید، زیرا هر کدام از بیع اول و بیع دوم، سبب مستقل در ثبوت شفعه برای شفیع می‌باشند (چون تعریف شفعه در هر دو صادق است، به جهت اینکه شفعه عبارت است از: «استحقاق شریک، سهمی را که در حال شرکت او فروخته شده است» صدق این تعریف نسبت به بیع اول، روشن است، و اما نسبت به بیع دوم به جهت آنکه بعد از آنکه مشتری اول، سهم را از بایع خرید و شفیع، خریدن او را اجازه نمود، شفیع با مشتری اول، شریک می‌گردد، اکنون فرض آن است که مشتری اول، سهم خود را فروخته است به مشتری دوم پس شفیع استحقاق پیدا می‌کند آن سهم را که در حال شرکت او با مشتری اول فروخته شده به مشتری دوم، پس تعریف شفعه صدق میکند، و به این اعتبار، بیع دوم نیز سبب مستقل در ثبوت شفعه برای شفیع می‌گردد) و بیع دوم نیز همانند بیع اول، معامله‌ای صحیح است، زیرا چنانکه در بالا گفتیم مشتری اول به جهت مالکیتی که نسبت به مبیع پیدا می‌کند، حق فروش آن را دارد گرچه استقرار آن موقوف بر امضای شفیع می‌باشد.

در نتیجه، تعیین یکی از آن دو بیع و اینکه اخذ به شفعه به سبب کدامیک از آن دو بیع بنماید، به اختیار خود شفیع خواهد بود، پس می‌تواند اخذ به شفعه از مشتری اول کند، و می‌تواند اخذ به شفعه از مشتری دوم نماید.

یک مثال برای مورد بحث: هرگاه کسی، سهم خود را از باغی که با دیگری مشترک است، به محمد بفروشد به صد تومان (محمد، مشتری اول است) و محمد آن را به حسین بفروشد به دویست تومان (حسین، مشتری دوم است) در اینجا شفیع (یعنی شریک دیگر) می تواند اخذ به شفعه از محمد کند که در نتیجه، معامله ی محمد با حسین را باطل نماید، و می تواند با فروش محمد به حسین موافقت کند و اخذ به شفعه از حسین نماید (چون شفیع در اثر خرید محمد از بایع، با محمد شریک می شود، و وقتی که محمد، سهم را به حسین می فروشد، آن سهم در حال شرکت شفیع با محمد، فروخته شده است لذا تعریف شفعه بر آن صدق می کند و حق شفعه برای شفیع ثابت می شود پس می تواند به جهت این حق شفعه، اخذ به شفعه از حسین نماید).

ترجمه و شرح عبارت: **و کذا لا تسقط...** یعنی (همانطوری که دانسته شد که حق شفعه به واسطه ی تقایل و خیار عیب، ساقط نمی شود) همچنین ساقط نمی شود شفعه به واسطه ی عقدهائی که پس از بیع سهم شریک، واقع می شود. مثل آنکه مشتری بفروشد آن سهم را (به مشتری دوم) و یا ببخشد، یا وقف نماید (پس در همه این موارد، حق شفیع ساقط نمی شود) زیرا حق شفیع، تقدم دارد بر عقدهای بعدی، بلکه شفیع می تواند همه آن عقود بعدی را باطل سازد و اخذ به شفعه کند (از مشتری اول) به سبب بیع اول (که از شریک خریده است) و می تواند بیع دوم را (باطل نکند و) اجازه دهد و اخذ به شفعه (از مشتری دوم) کند به سبب بیع دوم، زیرا هر کدام از این دو بیع، سبب تام و مستقل در ثبوت حق شفعه می باشد (چون تعریف شفعه بر هر دو صدق می کند) و بیع دوم (همانند بیع اول) معامله ای صحیح است - اگر چه استقرار آن وابسته به اجازه ی شفیع است - بنابراین، تعیین یکی از آن دو بیع (که با کدام یک از آنها اخذ به شفعه کند) به اختیار شفیع است.

إبطال ذلک... لازم به ذکر است اینکه باطل کردن شفیع، آن عقود را همانا به وسیله‌ی اخذ به شفعه خواهد بود نه اینکه حق دارد اول آن عقود را باطل سازد سپس اخذ به شفعه نماید، زیرا قبل از اخذ به شفعه، شفیع حق باطل ساختن و فسخ نمودن آن عقود را ندارد، به جهت آنکه دلیلی نداریم بر اینکه چنین حقی برای شفیع قبل از اخذ به شفعه ثابت باشد (چون مشتری آن عقود را در ملک خود انجام داده است) تنها حقی که برای شفیع ثابت است بر حسب ادله همان حق شفعه می‌باشد که وقتی شفیع، آن حق را اعمال نمود، قهراً عقودی که مشتری انجام داده باطل خواهد شد.

و کذا لو تعددت... توضیح: همانطوری که اگر دو بیع بر سهم شریک واقع شده بود، شفیع مخیر است بین اینکه از مشتری اول، اخذ به شفعه کند یا اینکه از مشتری دوم، اخذ به شفعه نماید چنانکه دانسته شد.

همچنین است اگر چندین بیع یکی پس از دیگری بر سهم شریک واقع شود، شفیع می‌تواند به هریک از مشتریان که بخواهد رجوع نموده و اخذ به شفعه کند و همان ثمنی را که مشتری به فروشنده داده، پرداخت نماید.

بنابراین اگر از مشتری آخر اخذ به شفعه کند، همه‌ی بیع‌های قبلی صحیح خواهد بود، زیرا اخذ به شفعه از آن مشتری، فرع بر آن است که مشتری، مالک مبیع شده باشد، و مالک شدن او نسبت به آن، فرع بر آن است که بیع‌های قبلی صحیح باشد پس رجوع به مشتری آخر، امضای بیع‌های قبلی خواهد بود.

و اگر از مشتری اول، اخذ به شفعه کند، همه بیع‌های بعدی باطل خواهد شد، و اگر از مشتری وسطی اخذ به شفعه کند، بیع‌های قبلی صحیح و بیع‌های بعدی باطل خواهد بود.

مثلاً اگر سه بیع انجام گرفته باشد به این صورت که مشتری اول مثلاً هزار تومان به عنوان ثمن پرداخته باشد، و مشتری دوم مثلاً دو هزار تومان پرداخته باشد، و مشتری سوم، هزار و پانصد تومان.

اگر شفیع به مشتری اول مراجعه کند، شفیع با پرداخت هزار تومان، مبیع را اخذ می‌کند، و مشتری سوم جهت گرفتن ثمن پرداختی (هزار و پانصد تومان) به مشتری دوم مراجعه می‌کند، و مشتری دوم هم جهت گرفتن ثمن پرداختی (دو هزار تومان) به مشتری اول مراجعه می‌نماید.

و اگر شفیع به مشتری دوم مراجعه کند، در حقیقت می‌توان گفت بیع اول را امضاء نموده و بیع بعدی را باطل کرده است که در این مورد، شفیع با پرداخت دو هزار تومان (ثمن پرداختی توسط مشتری دوم) مبیع را اخذ می‌کند و مشتری سوم هم به مشتری دوم رجوع کرده و پول خویش را دریافت می‌کند.

و اگر شفیع مستقیماً به مشتری سوم مراجعه نمود، بدین معنی است که دو بیع قبلی را امضاء کرده و بیع سوم را باطل کرده است و لذا مبلغ هزار و پانصد تومان (ثمن پرداختی توسط مشتری سوم) را به مشتری سوم می‌دهد و مبیع را اخذ می‌نماید.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و مثل صورت دو بیع است، صورتی که چند بیع واقع شود (که شفیع به سبب هر یک از بیع‌ها که بخواهد می‌تواند اخذ به شفعه کند) پس اگر اخذ (به شفعه) کند از مشتری آخر (به همان ثمنی که او به مشتری قبلی پرداخته) عقدهای قبلی صحیح خواهد بود، و اگر اخذ (به شفعه) از مشتری اول کند، عقدهای بعدی باطل خواهد بود، و اگر اخذ (به شفعه) از مشتری وسطی کند، عقد قبل از آن، صحیح خواهد بود و عقد بعد از آن باطل خواهد بود.

ولا فرق... توضیح: در بالا دانسته شد که اگر مشتری بعد از خریدن مبیع، آن را به کسی ببخشد، شفیع می‌تواند با اخذ به شفعه، آن بخشش را باطل سازد و برای خود بگیرد.

حال می‌فرماید که: در باطل شدن هبه، فرقی نیست بین اینکه هبه لازمه باشد (که آن را نمی‌توان فسخ کرد) یا غیر لازمه، و نیز فرقی نیست بین اینکه هبه معوضه باشد (که در مقابل هبه، شرط کرده طرف مقابل هم چیزی هبه کند) یا هبه غیر معوضه باشد، پس اگر هبه معوضه بود، وقتی که شفیع اخذ به شفعه کرد، ثمن را به مشتری (بخشنده‌ی مبیع) می‌دهد و مشتری آن عوضی را که در برابر بخشش از طرف مقابل گرفته بود به صاحبش برمی‌گرداند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا فرق...** یعنی فرقی نیست در باطل شدن هبه - در صورتی که شفیع، بطلان آن را اختیار کند (یعنی شفیع بخواهد با اخذ به شفعه، هبه را باطل کند) - میان هبه لازم و هبه غیر لازم، و نیز فرقی نیست میان هبه معوضه و هبه غیر معوضه، پس (در صورتی که هبه معوضه باشد، وقتی که شفیع اخذ به شفعه کرد) بخشنده مبیع (که مشتری باشد) ثمن مبیع را از شفیع می‌گیرد و عوض هبه را بر می‌گرداند به دهنده‌ی آن **لو إختاره** این قید را آورده به جهت آنکه چه بسا شفیع از حق شفعه خود بگذرد و آن را اعمال ننماید و در نتیجه هبه را باطل نگرداند.

اللازمة... در تعریف هبه گفته‌اند که آن عبارت است از اینکه کسی را مجانی و بدون عوض، مالک چیزی بگرداند.

و اگر در ضمن عقد، شرط کند که طرف مقابل هم چیزی را به او ببخشد یعنی بگوید که: این چیز را به تومی بخشم به شرط اینکه تو هم چیزی را به من ببخشی، آن را «هبه معوضه» گویند (البته در هبه معوضه، معاوضه میان دو چیز که هریک از

متعاقدين به ديگري بخشیده است، نیست زیرا در ماهيت هبه، مجانی بودن اخذ شده است بلکه معاوضه بين دو عقد است چنانکه توضیح داده شد).

هبه عقد جایز است یعنی هر زمان که بخشنده بخواهد می تواند بعد از اقباض مال، رجوع کند و آن را پس بگیرد و عقد را برهم زند، مگر در مواردی که ذیلاً چهار مورد را بیان می کنیم:

۱. در صورتی که بخشش به ارحام و اقربای نزدیک باشد مثل پدر یا مادر یا اولاد و یازن یا شوهر.

۲. در صورتی که هبه معوضه بوده و عوضی هم داده شده باشد.

۳. در صورتی که مال موهوب از ملکیت طرف مقابل خارج شده باشد (مثلاً طرف مقابل آن را فروخته باشد).

۴. در صورتی که در مال موهوب، تغییری حاصل شود مثل آنکه پارچه بریده شود یا گندم آرد گردد.

در موارد یاد شده، هبه لازم می گردد به این معنی که دیگر واهب (بخشنده) نمی تواند رجوع کند و عقد را برهم زند.

ولا بين المعوض عنها ضمير برمی گردد به الف و لام موصول در «المعوض» و مؤنث بودن ضمیر به جهت آن است که مقصود از الف و لام، هبه می باشد.

در اینجا تذکر نکته ای لازم است و آن اینکه همانطوری که در توضیح قبل دانسته شد، هبه ی معوضه از اقسام هبه ی لازمه است، بنابراین در اینجا این سؤال پیش می آید که با اینکه شارح در جمله ی قبلی، هبه لازم را ذکر نمودند، دیگر چرا هبه معوض را در اینجا جداگانه یاد آور شدند با اینکه از اقسام هبه لازم است.

مرحوم شیخ علی (که از نواده های شارح است) در حاشیه، علت جداگانه ذکر نمودن آن را چنین گفته است که: چون معروف در معنای هبه لازم، آن هبه ای است

که بدون عوض، لازم بوده باشد، بنابراین، هبه معوضه از اقسام آن به شمار نمی آید، زیرا آن با شرط عوض، هبه لازم گردیده است.

فیاخذ... تفریع است بر- معوض عنها - یرجع... (به ضم یاء و کسر جیم) به صیغه مضارع از باب افعال می باشد و ضمیر فاعلی آن به واجب بر می گردد، والعوض مفعول آن می باشد باذله ضمیر آن به عوض بر می گردد یعنی بذل کننده ی عوض هبه.

(والشفیع يأخذ من المشتري)، لا من البائع، لأنه المالك الآن (ودرکه) أي درك الشقص لو ظهر مستحقا (عليه) فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه لو أخذه المالك، ولا فرق في ذلك بين كونه في يد المشتري، ويد البائع بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه، بل يكلف الشفیع الأخذ منه أو الترك، لأن الشقص هو حق الشفیع، فحيث ما وجده أخذه، ويكون قبضه كقبض المشتري، والدرك عليه على التقديرين.

ضمان مبيع به عهده کیست؟

(والشفیع يأخذ... توضیح: شفیع اخذ به شفعه را از مشتری باید بکند نه از بایع) و به بیان دیگر أخذت بالشفعة را به مشتری باید بگوید نه بایع، زیرا مالک فعلی مبيع، مشتری است نه بایع.

و در صورتی که پس از دادن ثمن از طرف شفیع به مشتری واخذ به شفعه، اگر مبيع، مال کس دیگر درآید، مشتری ضامن خسارت آن خواهد بود نه بایع یعنی مشتری مسئول جبران است و باید، هم ثمنی را که شفیع به او داده را بازپس گرداند و هم اگر احياناً شفیع برای مبيع، خسارتی کشیده باشد را جبران نماید.

به عنوان مثال: اگر حسن و حسین شریک باشند در زمینی به طور مشاع، سپس حسین بدون اطلاع حسن، سهم خودش از زمین را به هبه لازمه، به علی بخشیده باشد و هنوز به او تحویل نداده باشد، آنگاه فضولتاً همان سهم را به محمد بفروشد و در این وقت حسن از این بیع خبردار شود واخذ به شفعه نماید از محمد، در حالی که در واقع آن سهم، مال علی است، حال اگر علی (مالک اصلی) بیاید و آن را از حسن (شفیع) بگیرد، حسن حق دارد ثمن خود را از محمد (مشتری) بازپس بگیرد، زیرا در اخذ به شفعه، شفیع، ثمن المثل را به مشتری می دهد و وقتی که مبيع، مال غیر

درآمد، کشف می‌شود که بیع باطل بوده و مشتری مالک مبیع نبوده است و در نتیجه معلوم می‌گردد که شفعه نیز باطل است و مشتری در اخذ ثمن المثل مستحق نمی‌باشد و آن را غیر عادلانه دارا شده است، بدین جهت باید ثمن المثل را به مالک آن - که شفیع می‌باشد - برگرداند.

و اگر احياناً شفیع، خسارتی برای مبیع کشیده باشد (مثل اینکه در آن مبیع - زمین - خانه‌ای ساخته و یا درختی کاشته بود، و مالک اصلی - علی - آنها را خراب کرده و یا اجرت زمین از او بگیرد، که اینها خسارت برای شفیع - حسن - می‌باشد) این خسارت را نیز باید مشتری - یعنی محمد - به شفیع پردازد (البته مشتری هم به نوبه خود می‌تواند به بایع - حسین - رجوع کرده و ثمنی را که به بایع پرداخته، باز پس گرفته و نیز خسارتی را که به شفیع داده از بایع بگیرد).

ترجمه و شرح عبارت : **والشفیع...** یعنی شفیع، اخذ به شفعه از مشتری می‌کند نه از بایع، چون مالک فعلی سهم فروخته شده، مشتری است (و شفیع هم آن وقتی حق شفعه پیدا می‌کند که مشتری، مالک مبیع شده باشد پس طرف حساب شفیع، همان مشتری خواهد بود نه بایع) و (وقتی که اخذ به شفعه از مشتری می‌شود) پس ضمان آن یعنی ضمان سهم فروخته شده در صورتی که مال غیر درآید، برعهده مشتری است، پس شفیع رجوع به مشتری می‌کند - برای گرفتن ثمنی که به او داده و گرفتن خسارتی که (برای مبیع) کشیده است - اگر مالک اصلی، آن مبیع را از شفیع گرفت **لو أخذ** چنانکه از ترجمه نیز معلوم گردید، ضمیر مفعولی بر می‌گردد به شقص که همان مبیع باشد. گرچه احتمال ضعیف هم داده می‌شود که به - ماغترمه - برگردد که بنابراین معنای عبارت چنین می‌شود که اگر مالک - علاوه بر خود مبیع - غرامتی هم از شفیع گرفت مثل اجرت، شفیع هم آن را از مشتری می‌گیرد.

ولا فرق في ذلك... توضیح: گفته شد که شفیع، اخذ به شفعه را باید از مشتری کند نه از بایع، حال می‌فرماید: در این حکم، فرقی نیست بین اینکه در زمان اخذ به شفعه، مبیع در دست مشتری بوده باشد (یعنی مشتری آن را از بایع قبض نموده باشد) یا اینکه مبیع در دست بایع باشد (یعنی اینکه مشتری آن را از بایع هنوز قبض نکرده باشد) پس در صورت دوم نیز شفیع، اخذت بالشفعه را به مشتری می‌گوید و ثمن را به او می‌پردازد، منتها در این صورت مشتری را نمی‌تواند مجبور کند تا مبیع را از بایع بگیرد و به شفیع بدهد (زیرا مشتری در اخذ به شفعه در مقابل شفیع تعهد به تحویل مبیع به شفیع ننموده است و این امر نیز از آثار اخذ به شفعه نمی‌باشد - مخصوصاً با توجه به اینکه اخذ به شفعه، گرفتن مال است از مشتری به طور قهری و اجباری بدون رضایت مشتری و بدون اینکه معاوضه‌ای در کار باشد و فقط بر مشتری چیزی که واجب است آن است که دست خود را از مبیع بردارد و هرگونه مانعی را از آن برطرف سازد - برخلاف آنچه در باب بیع است که در آنجا بایع در اثر عقد باید مبیع را به مشتری تحویل دهد، و اگر چنانچه مشتری قبل از قبض مبیع از بایع، آن را به دیگری بفروشد، مشتری دوم می‌تواند بایع خود را الزام نماید که مبیع را از بایع اول گرفته و به او تحویل دهد، همچنان که می‌تواند به عنوان جانشینی از مشتری اول، از بایع اول، مطالبه تحویل مبیع را بنماید) بلکه خود شفیع مختار است که یا مستقیماً مبیع را از بایع مطالبه کند و یا از حق خود صرف نظر نماید، زیرا مبیع در اثر اخذ به شفعه، حق شفیع است و در ملکیت او درآمده، پس او می‌تواند ملک خود را نزد هر کس بیابد مطالبه نماید.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا فرق...** یعنی و در حکم مزبور (که اخذ به شفعه باید از مشتری شود نه بایع) فرقی نیست بین اینکه مبیع در دست مشتری باشد یا در دست بایع بدین صورت که بایع هنوز آن را به مشتری تحویل نداده باشد، البته در صورت

دوم (که مبيع در دست بايع باشد) مشتری را نمی توان مجبور کرد آن را از بايع بگيرد (و به شفيع بدهد) بلکه اين وظيفه شفيع است که (يکي از اين دو کار را بکند): يا مبيع را از بايع بگيرد و يا آن را در دست بايع باقى گذارد (و به طور کلی از اخذ به شفعه صرف نظر کند) چون سهم فروخته شده، حق شفيع است پس هر جا آن را ييابد می تواند بگيرد في ذلک چنانکه از ترجمه بالا معلوم گرديد «ذلک» اشاره به اخذ از مشتری است، نه اينکه اشاره به بودن ذرک به عهده مشتری است، چون اگر اشاره به اين باشد، تکرار در عبارت شارح لازم می آيد، به جهت اينکه در آخر عبارت، خود شارح صريحاً بودن ذرک به عهده مشتری را بيان نموده است در آنجا که می فرمايد: «والدرک عليه على التقديرين» بأن لم يكن... اين جمله تفسير می کند بودن در دست بايع را اقبضه ضمير مقدر فاعلى بر می گردد به بايع، و ضمير مفعولى بر می گردد به مشتری لا يکلف... (به صيغه مجهول است) اين جمله اشاره به جواب از قول بعضی از اهل سنت (شافعی ها) می باشد چون آنها گفته اند که شفيع می تواند مشتری را مجبور کند برگرفتن مبيع از بايع، و چنين استدلال کرده اند که: شفيع به منزله مشتری دومى است براى مشتری اول، و همانطور که در باب بيع اگر مشتری اول، مبيع را قبل از قبض از بايع، به مشتری دوم فروخته باشد، مشتری دوم می تواند وی را مجبور به گرفتن مبيع از بايع اول نمايد، در مورد بحث نيز به همين گونه می توان عمل نمود.

فقهائى اماميه در پاسخ گفته اند که قياس مورد بحث به باب بيع، باطل است، زيرا دليلی بر جواز چنين تکليفی بر مشتری از ناحيه شفيع وجود ندارد، خصوصاً آنکه در مورد اخذ به شفعه على القاعدة معامله اى از روى رضایت صورت نگرفته بلکه به طور جبرى اخذ گرديده است و لذا آنچه که از ادله ي شفعه استفاده می شود آن است که: اولاً؛ با پرداخت ثمن توسط شفيع، مشتری بايد از مبيع دست بردارد و هرگونه مانعی را از سوي خود برطرف سازد.

و ثانیاً: اینکه مبیع، ملک شفیع می‌گردد و او می‌تواند هر جا و در دست هر کس که آن را یافت تحویل گیرد، ولی چنین حقی برای شفیع بر علیه مشتری وجود ندارد که وی را تکلیف به قبض مبیع از بایع کند تا شفیع بتواند مستقیماً از مشتری، مبیع را تحویل بگیرد.

خلاصه اینکه هر چند مشتری ضامن خسارت است ولی ضمان خسارت به این معنی نیست که حتی اگر مبیع را از بایع قبض ننموده، مجبور به قبض آن باشد. بل یکلف... نیز به صیغه مجهول است **الْأَخْذُ مِنْهُ** یعنی گرفتن مبیع از بایع.

و یکون قبضه... توضیح: قبض کردن شفیع، مبیع را از دست بایع به منزله آن است که مشتری آن را از بایع قبض کرده است، بنابراین، احکام قبض مشتری در اینجا نیز جاری است یعنی اگر مبیع بعد از قبض شفیع تلف گردد، از کیسه شفیع رفته است نه بایع، همچنانکه اگر مشتری آن را قبض می‌کرد و تلف می‌شد، از کیسه مشتری می‌رفت نه از بایع.

و الدرک علیه علی التقديرین توضیح: چه در صورتی که شفیع، مبیع را از مشتری قبض کند و چه از بایع، در هر دو صورت ضمان به عهده مشتری است به همان معنایی که در عبارت مصنف گذشت که اگر مبیع مال کس دیگر درآمد، مسئول جبران، مشتری است و شفیع برای گرفتن ثمن و خسارتهائی که کشیده، به مشتری باید رجوع کند و حق رجوع به بایع ندارد اگر چه شفیع مستقیماً مبیع را از بایع قبض کرده باشد، زیرا بایع چیزی از شفیع نگرفته تا بتواند شفیع به او رجوع نماید، بلکه ثمن را به مشتری داده، فقط مبیع را در صورت دوم از بایع تحویل گرفته لذا ضمان به عهده مشتری خواهد بود (حتی چنین تصور نشود که چون بایع ثمن را از مشتری دریافت داشته و مشتری همان مقدار از شفیع گرفته است، برای آسان شدن کار، شفیع باید مستقیماً به بایع رجوع کند، چون این کار با قواعد سازگار نیست، زیرا هیچ رابطه

حقوقی بین شفیع و بایع در موضوع ثمن پرداختی شفیع به مشتری موجود نمی باشد اگر چه شفیع مبیع را از بایع قبض کرده باشد).

و خلاصه اینکه در صورتی که شفیع، مبیع را از بایع تحویل گرفته باشد باز ضامن به عهده مشتری است، زیرا اگر چه شفیع، مبیع را مستقیماً می تواند از بایع بگیرد ولی در عین حال، اخذ و انتقال ملک از مشتری به شفیع است نه از بایع، لذا ضامن خسارت هم به عهده اوست.

(والشفعة تورث) عن الشفيع - كما يورث الخيار وخذ القذف والقصاص - في أصح القولين، لعموم أدلة الإرث. وقيل: لا تورث استنادا إلى رواية ضعيفة السند.

توارث حق شفعه

(والشفعة تورث)... توضیح: اگر شفیع قبل از آنکه حق شفعه خود را اعمال نماید بمیرد، آیا حق شفعه به وارث یا ورثه او منتقل می شود یا نه؟ در این مسأله دو نظربین فقها وجود دارد:

۱. قول مشهور نزد فقهای امامیه آن است که حق شفعه به ورثه منتقل می شود، همچنان که حق خيار و حدّ قذف (نسبت ناروا دادن به کسی) و حق قصاص از حقوقی هستند که به ورثه منتقل می شوند (که توضیح این موارد در شرح عبارت خواهد آمد).

دلیل این قول، عموم ادله ای است که در موضوع ارث می باشد مثل آیات ارثی که دلالت می کنند بر اینکه چیزی که میت از خود باقی می گذارد، به وارث منتقل می شود و معلوم است که حق شفعه هم یکی از آن چیزها می باشد، و مثل روایتی که از پیغمبر ﷺ نقل شده که: «ما ترک المیت من حق فلوارثه» یعنی هر حقی را که میت از خود باقی می گذارد به وارث او می رسد، این روایت دلالتش از آیات ارث واضحتر است، زیرا تصریح به حق در آن شده است ولی در آیات، تصریح به حق نشده بلکه از باب عموم، دلالت بر توارث حق می نمایند.

۲. قول دیگر آن است که حق شفعه به ارث منتقل نمی شود.

دلیل این قول روایت طلحة بن زید است که از طریق حضرت صادق علیه السلام از امیرالمؤمنین علیه السلام به نقل است که فرمود: «الشفعة لاتورث» یعنی شفعه به کسی به ارث نمی‌رسد.

مشهور فقها این روایت را تضعیف کرده‌اند (به خاطر جهتی که در شرح عبارت خواهد آمد) و در نتیجه، دلیلی که بتواند عموم ادله ارث را تخصیص داده و شفعه را خروج دهد وجود ندارد و لذا قول اول - قول به توارث شفعه - تقویت می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: و الشفعة... یعنی حق شفعه از شفعیه به وارث منتقل می‌شود چنانکه حق خیار و حدّ قذف و حق قصاص نیز به وارث منتقل می‌شود الخیار الف و لام برای جنس است و مقصود تمام خیارات می‌باشد، مثلاً اگر زید متاعی را بخرد و آن معیوب درآید و قبل از آنکه از حق خیار عیب استفاده کند بمیرد، حق خیار به وارث او انتقال می‌یابد پس وارث می‌تواند معامله‌ای را که میت انجام داده بود فسخ کند و یا ارش عیب را از بایع بگیرد و حدّ القذف مثل اینکه کسی به زید نسبت عمل فحشا (زنا مثلاً) بدهد، در صورتی که آن شخص، نسبت مزبور را نتواند به طریق شرعی اثبات کند، زید حق دارد از حاکم شرع تقاضای اجرای حدّ قذف بر آن شخص را بنماید، حال اگر قبل از آنکه آن شخص حدّ قذف بخورد، زید بمیرد، ورثه زید حق مطالبه حدّ قذف را ارث می‌برند یعنی می‌توانند از حاکم شرع تقاضای اجرای حد مزبور را بر قاذف بنمایند.

والقصاص چه قصاص نفس و چه قصاص عضوی:

قصاص نفس: مثل اینکه کسی پدر زید را بکشد و قبل از آنکه زید، قاتل را قصاص کند، بمیرد، ورثه زید حق قصاص را از زید ارث می‌برند و می‌توانند قاتل را قصاص نمایند.

قصاص عضوی: مثل اینکه شخصی دست زید را قطع کند و زید قبل از آنکه قصاص کند، بمیرد، ورثه زید می‌توانند قصاص عضوی از آن شخص کنند و دست او را قطع نمایند.

فی أصح القولین متعلق است به عبارت مصنف یعنی الشفعة تورث لعموم... دلیل است برای توارث شفعه ضعیفة السند روایت را در «من لایحضر» چنین نقل کرده:

«فی رواية طلحة بن زید، عن جعفر بن محمد عن ابیه علیه السلام قال: قال علی علیه السلام الشفعة لا تورث»^۱

وضعف روایت به جهت آن است که طلحة بن زید، بتری المذهب بوده یعنی از گروه «بتریه» بود.

بتریه یا أبتریه (به فتح و یا به ضم باء) از فرقه‌های زیدیه بودند و اینها از اصحاب حدیث و از پیروان حسن بن صالح بن حی همدانی ثوری کوفی، و کثیرالنواء (هسته فروش) شاعر معروف از معاصران حضرت باقر علیه السلام و حضرت صادق علیه السلام، و از یاران سالم بن ابی حفصه و حکم بن عتیبه کوفی و ابوالمقدام ثابت حداد (از اصحاب امام سجاد و امام باقر علیه السلام) و سلمة بن کهیل بودند.

آنها می‌گفتند که: حضرت علی علیه السلام بهترین اصحاب پیغمبر بود و می‌گفتند مخالفان وی اهل دوزخ و آتش‌اند ولی بیعت با ابوبکر و عمر را درست دانسته و درباره عثمان خاموش بودند.

در رجال کشی از سدید روایت کرده که به خدمت امام باقر علیه السلام رسیدم، و سلمة بن کهیل، ابوالمقدام ثابت حداد، سالم بن ابی حفصه و کثیرالنواء با من بودند، در نزد

^۱ من لایحضر، ج ۳، ص ۷۸.

حضرت باقر علیه السلام، برادرش زید بن علی نشسته بود، پس آنان روی به آن حضرت کرده گفتند که ما، علی علیه السلام و حسن و حسین علیهم السلام را دوست داریم و از دشمنانشان بیزاریم، حضرت فرمود: آری، سپس گفتند: ما ابوبکر و عمر را دوست داریم و از دشمنانشان بیزاریم.

آنگاه زید بن علی روی به ایشان کرد و گفت: آیا از فاطمه علیها السلام بیزارید؟ «بترتم امرنا بترکم الله» یعنی دنباله ما را بریدید، خدا دنباله شما را ببرد. از آن روز آنان معروف به «تبریه» شدند^۱.

علامه مامقانی در کتاب «مقباس الهدایة» می نویسد: این فرقه را به وجهی دیگر «تبریه» نیز خوانده اند (به تقدیم تائید دو نقطه بر بای یک نقطه) و این نظر فاضل کاظمی در «تکملة النقد» است که حدیث فوق را چنین روایت کرده است: «أتبرئون من فاطمة، تبرئتم امرنا تبرءکم الله» و از آن روز به «تبریه» یعنی بیزاری جوانان نامیده شدند.

^۱ رجال کشی، ص ۲۳۶.

وعلی المختار فیهی (کالمال) فتقسم (بین الورثة) علی نسبة سهامهم، لا علی رؤسهم. فللزوجة مع الولد الثمن.

کیفیت توارث شفعه

وعلی المختار... توضیح: بنابر قول مشهور- که انتقال حق شفعه به ورثه مبتنی بر قاعده ارث می باشد - چنانکه ورثه متعدد باشند، حق شفعه مانند اموال دیگر میت بین ورثه به نسبت سهم الارث آنان تقسیم می گردد نه به نسبت عدد آنها، چون شفعه حق مالی است و مانند اموال دیگر میت قابل انتقال به ارث می باشد و اموال به نسبت سهام قانونی (قانون شرع) بین ورثه تقسیم می شود.

بنابراین اگر شفیع فوت کند و دارای یک پسر و یک دختر باشد، پسر دوسوم آن حق، و دختر یک سوم آن را می برد (یعنی پسر دو برابر دختر از آن حق می برد پس پسر باید دوسوم ثمن را به مشتری بپردازد و دختر یک سوم ثمن را به وی می پردازد و به همین نسبت، مبیع را بین خود تقسیم می نمایند) نه اینکه نصف حق را پسر و نصف دیگر را دختر ببرد.

وهرگاه شفیع دارای یک زن و یک پسر باشد، زوجه، یک هشتم از آن حق را می برد و هفت هشتم را پسر می برد.

ولی بعضی از اهل سنت می گویند: چون ورثه، شریک در حق شفعه می باشند لذا بین آنان به طور مساوی تقسیم می شود، بنابراین، در دو مثال بالا چون وراثت دونفر هستند (پسر و دختری زوجه و پسر) باید هر کدام از آنها به نصف از حق شفعه ببرند.

ترجمه و شرح عبارت: و علی المختار... یعنی طبق نظریه‌ای که اختیار کردیم (که همان نظر مشهور باشد) شفعه همانند مال است و در نتیجه میان ورثه تقسیم می‌شود به نسبت سهم الارثی که می‌برند نه به نسبت عددشان.

بنابراین، برای همسر با وجود فرزند (که وارث هستند) یک هشتم حق شفعه (و باقیمانده آن به فرزند) می‌رسد (نه آنکه نصفی از آن به همسر و نصف دیگر به فرزند برسد) فللزوجة... شکی نیست که در باب ارث، زوجه فقط در بعضی از اموال از زوج ارث می‌برد و از بعضی دیگر محروم است مانند زمین (که اگر زمینی باشد دارای ساختمان و درختان، زوجه فقط از قیمت ساختمان و درختان ارث می‌برد و از زمین ارث نمی‌برد).

با توجه به مطلب بالا، مطرح شدن زوجه به عنوان مثال در عبارت شارح و در بسیاری از کتب فقهیه، به لحاظ نشان دادن این نکته است که: زوجه از حق شفعه ارث می‌برد اگرچه مبیع - که متعلق حق شفعه است - از اموالی باشد که زوجه از ارث آن محروم است مانند زمین، زیرا استحقاق زوجه از یک هشتم مبیع، به اعتبار آن است که حق شفعه، حق مالی مستقلی است مانند اموال دیگر میت که به ورثه منتقل می‌شود.

ولی بعضی گفته‌اند که حق شفعه مانند حق خیار به اعتبار متعلق، مال شناخته می‌شود و الا به خودی خود ارزش مالی نخواهد داشت و زوجه به اعتبار متعلق حق شفعه ارث خواهد برد.

بنابراین هرگاه متعلق حق شفعه از اموالی باشد که زوجه از ارث آن محروم است مانند زمین، زوجه، سهمی از حق شفعه نخواهد داشت.

ولو عفی أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلا واحدا أخذ الجميع، أو ترك) حذرا من تبعض الصفقة على المشتري، ولا يقدر هنا تكثر المستحق وإن كانوا شركاء، لأن أصل الشريك متحد، والاعتبار بالوحدة عند البيع، لا الأخذ.

ولو عفی أحد... توضیح: در صورتی که ورثه متعدد باشند و یکی از آنها نسبت به سهم خود از حق شفعه صرف نظر کند آیا حق دیگران از شفعه ساقط می‌گردد؟ در این مسأله دو نظریین فقها وجود دارد:

۱. مشهور فقها گویند که حق دیگران ساقط نمی‌شود، زیرا حق شفعه، مال همه ورثه است پس نمی‌توان حق یکی را به واسطه صرف نظر کردن دیگری ساقط نمود. بنابراین، سهم آن یک نفری که از حق خود گذشته است، مال دیگران می‌شود و بقیه ورثه می‌توانند اخذ به شفعه کنند.

۲. بعضی دیگر گفته‌اند: سهم آن یک نفری که از حق خود گذشته، مال مشتری می‌گردد و در نتیجه چون بقیه ورثه اگر بخواهند نسبت به سهم خودشان اقدام به شفعه کنند، تبعض صفقه بر مشتری لازم می‌آید (که یک مقدار از مبیع برای مشتری می‌ماند و بقیه مال ورثه شفیع می‌گردد) و این ضرری بر مشتری خواهد بود لذا تمام شفعه ساقط می‌گردد و هیچ یک از ورثه نمی‌توانند اقدام به شفعه نمایند و تمام مبیع مال مشتری خواهد بود.

و بنا بر قول اول، باقی ورثه نمی‌توانند فقط در مورد سهم خود اقدام به شفعه نمایند بلکه یا باید نسبت به تمامی مبیع اخذ به شفعه کنند و یا همگی از حق خود صرف نظر نمایند، برای اینکه تبعض صفقه بر مشتری لازم نیاید. و همچنین است هرگاه تمامی ورثه به غیر از یک نفر از آنان از حق شفعه خود صرف نظر نمایند، آن یک نفر نمی‌تواند فقط نسبت به سهم خود اقدام به شفعه نماید بلکه چون سهم دیگران مال

او می‌گردد لذا باید یا نسبت به تمامی مبیع اخذ به شفعه کند و یا او هم از حق خود بگذرد.

این تنها راه جمع بین حقین است (حق ورثه و حق مشتری) زیرا بدین صورت، مشتری به ثمن پرداختی خود نائل آمده است و ورثه‌ای که حق شفعه خود را ساقط نکرده اند، از آن بهره مند شده اند.

ترجمه و شرح عبارت: **فلو عفی...** یعنی اگر یکی از ورثه از سهم خود (از حق شفعه) بگذرد، شفعه (به طور کلی از دیگران) ساقط نمی‌گردد، چون حق شفعه، مال همه ورثه است لذا حق یکی با صرف نظر کردن دیگری ساقط نمی‌گردد، حال اگر همه ورثه به غیر از یکی، از حق خود بگذرند، آن یکی (نمی تواند فقط نسبت به سهم خود اقدام به شفعه کند بلکه) یا باید همه مبیع را اخذ به شفعه کند و یا آنکه به کلی آن را رها نماید، تا آنکه معامله بر مشتری تبعیض نگردد (زیرا تبعیض معامله بر مشتری، ضرری است بر او بدون آنکه موجبی برای تحمیل چنین ضرری بر مشتری باشد و از طرفی هم شرع مقدس، ضرر را نفی کرده است).

جواب از سؤال مقدر

ولایق‌دح... توضیح: در مورد بحث که حق شفعه به ارث به وارثین متعدد می‌رسد، چه بسا به ذهن سؤالی می‌آید و آن اینکه سابقا دانسته شد که مشهور فقها می‌گویند: شفعه در جایی ثابت است که شریک یک نفر باشد و در صورتی که شرکا متعدد باشند شفعه‌ای برای هیچ یک ثابت نمی‌شود، پس در مورد بحث چگونه شفعه برای وارثین متعدد ثابت می‌شود؟

شارح در جواب این سؤال می‌فرماید: ملاک در یکی بودن شریک، زمان فروش سهم مشاع است نه زمان اخذ به شفعه، و در مورد بحث نیز چنین است، زیرا در زمان

فروش سهم، شریک یک نفر بود که الان بر حسب فرض، مرده است و تعداد شرکا همانا بعد از بیع در زمان اخذ به شفعه، حادث شده است به واسطه آنکه حق اخذ به شفعه، انتقال به ورثه یافته است و آنها به طور شرکت، شفعه را مستحق شده‌اند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یقدح...** یعنی ضرر نمی‌رساند در اینجا تعدد آنهايي که استحقاق شفعه دارند - اگرچه به طور شراکت، آن را استحقاق یافته‌اند - (و به عبارت دیگر تعدد شرکا در اینجا ضرری به ثبوت شفعه نمی‌رساند) زیرا اصل شریک، یک نفر است (که در مورد بحث همان شفیع میت می‌باشد) و ملاک در یکی بودن شریک، زمان فروش سهم مشاع است، نه زمان اخذ به شفعه.

(ويجب تسليم الثمن أولاً) جبراً لقهر المشتري (ثم الأخذ) أي تسلّم البيع، لا الأخذ بالشفعة القولی فإنه متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفقورية (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أي الثمن (في ذمته) فله أن يتسلم المبيع أولاً، لأن الحق في ذلك للمشتري فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك.

طريق اخذ به شفعه

(و يجب تسليم... توضیح: پس از آنکه شفيع به وسيله لفظی که صریحاً دلالت بر تملک مبيع می‌کند، مبيع را از مشتری تملک نمود (مثل اینکه بگوید: اخذ به شفعه نمودم و یا مبيع را تملک کردم) باید اول او ثمن را به مشتری بپردازد سپس مبيع را از او تحویل بگیرد و گرنه، قبل از پرداخت ثمن، حق ندارد مبيع را تحویل بگیرد.

و علت اینکه اول باید شفيع، ثمن را بپردازد، آن است که به وسيله آن، شفيع تا اندازه‌ای از مشتری دلجویی به عمل می‌آورد که بدون رضایت او ملکش را به قهر و اجبار تملک نموده است.

مگر آنکه خود مشتری راضی شود که ثمن در ذمه شفيع باشد و آن را بعداً بپردازد، در این صورت شفيع می‌تواند قبل از پرداخت ثمن، مبيع را تحویل بگیرد، زیرا اول گرفتن ثمن، یک حقی است برای مشتری، حال وقتی که خود مشتری، حق خود را ساقط نمود و راضی شد به اینکه ثمن در ذمه شفيع بوده که بعداً آن را بپردازد پس شفيع حق خواهد داشت مبيع را اول بگیرد و بعداً ثمن را بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: و يجب... یعنی واجب است شفيع ابتدا ثمن را به مشتری تحویل دهد تا بدین وسيله مقهوریت مشتری (در تحویل مبيع) جبران گردد (یعنی چون شفيع بدون رضایت مشتری، مبيع را از او قهراً می‌گیرد، برای آنکه این مقهوریت و بی‌رضایتی تا اندازه‌ای تلافی و جبران گردد، لازم است ابتدا ثمن را به مشتری بدهد

سپس مبیع را تحویل بگیرد) **جبراً لقهر المشتري** شارح در کتاب «مسالك» فرموده: این یک وجه استحسانى می باشد که بیشتر با قواعد اهل سنت سازگارتر است و آنها این وجه را در کتابهایشان آورده اند، زیرا استحسان را از ادله می دانند، اما در روایات ما اشاره ای به آن وجه نشده است و با قواعد ما سازگار نیست.

ثم الأخذ أي... (شارح می فرماید که:) مقصود از اخذ، تحویل گرفتن مبیع است (یعنی مقصود، اخذ به شفعه عملی است) نه اینکه مقصود اخذ به شفعه قولی باشد (که بگوید: اخذ به شفعه کردم) زیرا اخذ به شفعه قولی باید قبل از تحویل دادن ثمن انجام بگیرد برای اینکه فوریت شفعه رعایت گردد **مراعاة...** منصوب است بنابراینکه مفعول له برای - متقدم - می باشد.

إلا أن يرضى... یعنی مگر آنکه شفیع (که در اینجا مقصود از آن، مشتری است به جهتی که در عبارت شارح خواهد آمد) راضی شود به اینکه ثمن در ذمه صاحب شفعه باشد (که بعداً آن را بپردازد) پس در این صورت، صاحب شفعه می تواند ابتدا مبیع را (از مشتری) تحویل بگیرد (و بعداً ثمن را به او بپردازد) چون حق در وجوب تقدیم ثمن، از آن مشتری است پس وقتی که مشتری خود ساقط نمود حقش را با رضایت دادن به اینکه ثمن تأخیر یفتد در ذمه صاحب شفعه، صاحب شفعه مجاز خواهد بود مبیع را اول تحویل بگیرد.

فله ذلك... (جواب است برای - اذا) در این جمله دو احتمال داده می شود:

۱. اینکه ضمیر به شفیع برگردد و - ذلك - اشاره به اول تحویل گرفتن مبیع باشد، چنانکه در دو سطر پیش عبارت شارح را بر طبق این احتمال ترجمه نمودیم.
۲. اینکه ضمیر به مشتری برگردد و - ذلك - اشاره به اسقاط حق باشد و معنای عبارت طبق این احتمال چنین می شود که: هرگاه مشتری، خودش خواست حق خود را ساقط نماید... وی در این کار مجاز می باشد.

والمراد بالشفیع هنا المشتري لما ذكرناه، إما تجوزا لكونه سببا في إثبات الشفیع، أو وقع سهوا.

والمراد... توضیح: شکی نیست در اینکه صحیح این بود که مصنف عبارتش را چنین می‌فرمود: «إلا أن يرضى المشتري بكون الثمن في ذمة الشفیع» زیرا رضایت دادن به تأخیر ثمن، حقّی است برای مشتری و او باید راضی به آن شود و ملاک، رضایت اوست نه شفیع (صاحب شفعه) ولی مصنف عبارتش را چنین نیاورده و به جای کلمه - المشتري - الشفیع آورده است، لذا به ناچار باید عبارت را توجیه کرد.

شارح می‌فرماید که: مقصود از شفیع در عبارت مصنف، مشتری است و علت آنکه مصنف از مشتری، تعبیر به شفیع کرده، یکی از دو جهت زیر است:

۱. آنکه مجازگویی کرده، و علاقه مجاز هم علاقه سبب و مسبب است، چون مشتری سبب می‌شود که شفیع به وجود می‌آید، زیرا اگر مشتری مبیع را از بایع نمی‌خرید، حق شفعه برای شفیع ثابت نمی‌شد پس در اینجا اطلاق مسبب بر سبب شده یعنی ذکر مسبب (شفیع) نموده و از آن اراده سبب (مشتری) کرده است.

و بنابراین وجه، باید گفت در عبارت مصنف، صنعت «استخدام» که یکی از صنایع معنویه در علم بدیع است، به کار برده شده که نیکویی به کلام بخشیده است و صنعت استخدام آن است که یک لفظی که دو معنی دارد، گوینده از آن لفظ یکی از آن دو معنی را قصد کند و از ضمیر که به آن لفظ بر می‌گردد معنای دیگر آن را قصد نماید.

و در مورد بحث نیز چنین می‌شود، زیرا طبق گفته شارح، شفیع دو معنی خواهد داشت: یکی معنای مجازی - و آن مشتری می‌باشد - و دیگر معنای حقیقی و آن صاحب شفعه می‌باشد.

مصنف از لفظ شفیع، معنای مجازی - یعنی مشتری - را قصد کرده، و از ضمیری که در - ذمه - به آن برمی‌گردد، معنای حقیقی شفیع یعنی صاحب شفعه را قصد نموده است.

۲. آنکه مصنف اشتباه کرده و به جای آنکه «مشتری» بگوید، «شفیع» گفته است. سه توجیه دیگر برای عبارت مصنف ذکر نموده‌اند که نه ارتکاب مجاز در آن هست و نه نسبت سهو و اشتباه به مصنف:

الف: توجیهی که خود شارح در حاشیه - منه - نموده و آن اینکه لامی در تقدیر بگیریم، یعنی کلمه شفیع به تقدیر «لشفیع» می‌باشد و ضمیر فاعلی مقدر به مشتری برمی‌گردد، پس معنای عبارت چنین می‌شود که: مگر آنکه مشتری راضی شود برای شفیع اینکه ثمن در ذمه شفیع باشد به صورت ذین.

ج: اینکه شفیع منصوب به نزع خافض باشد (به تقدیر من الشفیع) و ضمیر مقدر فاعلی به مشتری برمی‌گردد، بنابراین معنای عبارت چنین می‌شود: مگر آنکه مشتری راضی شود از سوی شفیع (یعنی شفیع او را راضی کند) به اینکه ثمن در ذمه شفیع باشد.

د: اینکه کلمه - یرضی - به صیغه فعل مضارع از باب افعال خوانده شود، و شفیع فاعل آن باشد و مفعول مقدر آن، مشتری باشد، بنابراین معنای عبارت چنین می‌شود: مگر آنکه شفیع راضی سازد مشتری را به اینکه ثمن در ذمه شفیع باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و المراد... یعنی مقصود از شفیع در عبارت مصنف، مشتری است به خاطر آن جهتی که گفتیم (که رضایت دادن به تأخیر ثمن، حقی است برای مشتری)، اطلاق شفیع بر مشتری (در عبارت مصنف) یا از باب مجاز است (از باب اطلاق مسبب بر سبب) زیرا مشتری سبب در اثبات شفیع است، و یا آن که این اطلاق از مصنف بطور سهو و اشتباه واقع شده است.

(ولا یصح الأخذ إلا بعد العلم بقدره، وجنسه)، ووصفه، لأنّه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضین (فلو أخذ قبله لفی ولو قال: أخذته بمهما كان)، للغرر، ولا تبطل بذلك شفّعته، ویغتفر - بعد اجتماعه بالمشتري - السؤال عن كمية الثمن والشقص بعد السلام والكلام المعتاد.

اشتراط علم به مقدار ثمن

(ولا یصح الأخذ... توضیح: در اخذ به شفّعه باید مقدار، جنس، ووصف ثمن برای شفیع معلوم باشد، زیرا اخذ به شفّعه، معاوضه است میان شفیع و مشتری (اگر چه معاوضه‌ای است قهری و اجباری که شفیع بدون رضایت مشتری، به اجبار مبیع را از او می‌گیرد و در مقابل آن ثمن به وی می‌پردازد) و در هر معاوضه‌ای - مانند بیع - باید آن دو چیزی که در مقابل یکدیگر داده می‌شوند، معلوم باشد.

بنابراین، در صورتی که شفیع، جنس یا وصف یا مقدار ثمن را نداند و اخذ به شفّعه کند - هر چند به این صورت که شفیع به مشتری بگوید: «به هر مقدار که مبیع را خریداری نموده‌ای، آن را اخذ به شفّعه نمودم» - اخذ به شفّعه باطل و بی اثر خواهد بود، زیرا معامله غرری است (به جهت آنکه مقدار ثمن ممکن است زیاد یا کم باشد و أغراض مردم در کمی و زیادی ثمن، مختلف است، و چه بسا - چنانکه بعداً در عبارت مصنف مسأله‌اش خواهد آمد - برای آنکه شفیع رغبت به اخذ به شفّعه نکند، بایع و مشتری ثمن معامله را چند برابر قیمت واقعی قرار دهند با توطئه قبلی که بعد از معامله، بایع مازاد بر قیمت واقعی را ساقط ساخته و ابراء نماید، مثلاً قیمت مبیع، هزار تومان بوده ولی آنان به ده هزار تومان معامله کنند با این توطئه که پس از معامله بایع ۹ هزار تومان آن را ابراء نماید و فقط هزار تومان را از مشتری بگیرد، بنابراین اخذ به شفّعه با جهالت به مقدار ثمن، موجب غرر است) و پیغمبر اکرم ﷺ در

روایت «نهی النبی عن الغرر» از هر معامله غرری نهی کرده و به مقتضای نهی، باطل خواهد بود.

وراضی شدن خود شفیع به اینکه اخذ به شفعه کند به هر مقداری که مشتری آن را خریداری نموده، آن را صحیح نمی‌کند زیرا رضایت دادن به معامله غرری و اقدام به آن، حکم شرعی غرر- که بطلان معامله باشد- را بر طرف نمی‌سازد، همچنانکه در باب بیع، اقدام مشتری به خریدن مبیع به ثمن مجهول، و رضایت دادن به آن به هر مقداری که باشد، بیع را صحیح نمی‌کند به جهت آنکه غرری است.

خلاصه اینکه: اخذ به شفعه با جهل به مقدار ثمن، باطل است، ولی در این صورت حق شفعه شفیع، ساقط نمی‌گردد و پس از علم او به ثمن می‌تواند اخذ به شفعه نماید.

و چون اخذ به شفعه باید فوری باشد، در حالی که بعد از اطلاع شفیع از بیع، تا زمانی که بخواهد علم به ثمن پیدا کند و اخذ به شفعه نماید، فاصله می‌افتد به جهت آنکه شفیع باید نزد مشتری بیاید و بعد از سلام و احوالپرسی، مقدار ثمن را از مشتری پپرسد، شارح می‌فرماید که این اندازه از تأخیر افتادن اخذ به شفعه، بخشیده شده و منافات با فوریت اخذ به شفعه ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یصح...** (ناگفته نماند که از مراجعه به کتب فقهیه بطور وضوح استفاده می‌شود که فقها مساله را در مورد ثمن فقط مطرح نموده‌اند که شفیع علم به آن داشته باشد و اما مبیع را مطرح نکرده‌اند گرچه حکم آن نیز مثل ثمن است چنانکه شارح بعداً اشاره به آن هم دارد، بنابراین ضماید در- بقدره و جنسه و وصفه - به ثمن بر می‌گردد نه مبیع) یعنی (برای شفیع) صحیح نیست اخذ به شفعه مگر پس از علم شفیع به مقدار ثمن و جنس آن و وصف آن، زیرا اخذ به شفعه، معاوضه است (به جهت آنکه مبیع از مشتری گرفته می‌شود در مقابل ثمن) و احتیاج دارد به اینکه

عوضین در آن معلوم باشد، بنابراین اگر شفیع قبل از علم به آن، اخذ به شفعه کند، لغو و بی اثر خواهد بود (یعنی اخذ مزبور موجب تملک مبیع برای شفیع نمی‌گردد) هر چند (اخذ او به این صورت باشد که:) بگوید: «مبیع را اخذ کردم به هر مقدار که ثمن آن باشد» چون غرر لازم می‌آید، اما حق شفعه او به واسطه اخذ به شفعه فاسد، ساقط نمی‌گردد (بلکه پس از علم به ثمن می‌تواند، اخذ به شفعه نماید) و (چون اخذ به شفعه باید فوری باشد و در مورد بحث از زمان علم به بیع تا زمان اخذ به شفعه، فاصله می‌افتد، لذا می‌فرماید:) بیخشیده شده پس از ملاقات شفیع با مشتری، اینکه شفیع سؤال کند از مقدار ثمن و مقدار مبیع بعد از مراسم سلام و سخنانی که معمولاً هنگام ملاقات با یکدیگر گفته می‌شود.

السؤال نایب فاعل است برای یغفرو الشقص (سهم فروخته شده) ناگفته نماند که چنانکه قبلاً اشاره کردیم، اصل مسأله‌ای که در عبارت مصنف مطرح شده همانا در مورد جهل به ثمن بود، ولی شارح در اینجا با کلمه - شقص - اشاره می‌فرماید به اینکه در موردی که مبیع هم مجهول باشد حکم همین است مثل آنکه شفیع یا شریکش در چند خانه شریک بودند، و شفیع اطلاع یابد که شریکش سهم خود از خانه را فروخته است ولی نداند که سهم کدام یک از خانه‌ها را فروخته است. در این صورت شفیع سؤال می‌کند از مشتری که کدام سهم را خریده است و مقدار آن را به دست می‌آورد آنگاه اخذ به شفعه می‌نماید بعد السلام... ظرف است برای سؤال.

(ولو انتقل الشقص بهبة، أو صلح، أو صداق فلا شفعة) لما تقدم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعا حتى الصلح بناء على أصالته.

(ولو إنتقل... توضیح: چنانکه از تعریف شفعه دانسته شد، شفعه در صورتی برای شفیع ثابت می شود که شریک او سهم خود را به وسیله عقد بیع و اگذار به شخص ثالث نماید، بنابراین چنانچه شریک، سهم خود را به سبب دیگری واگذار کند به شخص ثالث مانند هبه یا صلح یا آنکه آن را مهر در نکاح زوجه خود قرار دهد، شفعه برای شفیع ثابت نمی گردد، زیرا این اسباب، بیع نمی باشند. البته اگر صلح را عقد مستقل بدانیم - چنانکه قول مشهور همین است - بیع نمی باشد و اما اگر آن را فرع بر عقود دیگر بدانیم - چنانکه قول شیخ طوسی است - چنانچه صلح، مضمون بیع را داشته باشد که مالی در مقابل مالی دیگر، مصالحه شود پس بیع خواهد بود و در نتیجه طبق مبنای شیخ، شفعه در صلح، ثابت خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو انتقل...** یعنی اگر سهم شریک به واسطه هبه یا صلح یا مهر، انتقال (به شخص ثالث) بیابد، شفعه ثابت نمی شود، به خاطر آنچه که در تعریف شفعه گذشت که شفعه اختصاص به بیع دارد (و آن از کلمه - المبیعة - در تعریف شفعه استفاده می گردد) و امور مذکوره بیع نیستند حتی صلح بنا بر آنکه آن را اصل (یعنی عقد مستقل) بدانیم (نه اینکه فرع بر عقود دیگر بدانیم چنانکه قول شیخ طوسی است).

بناء علی إصالته این جمله اشاره به اختلافی است که در صلح بین فقها وجود دارد و آن اینکه مشهور فقها گویند صلح عقدی است مستقل اگرچه در موارد مختلف ممکن است نتیجه و مضمون یکی از عقود دیگر را داشته باشد، مثلاً گاهی متعاقبین صلح کنند بر نقل عین در برابر عوضی (که این مضمون بیع است) و گاهی صلح کنند بر نقل عین بدون عوض (که این مضمون هبه است) و گاهی صلح کنند بر نقل

منفعت در برابر عوض (که این مضمون اجاره است) و گاهی صلح کنند بر نقل
 منفعت بدون عوض (که این مضمون عاریه است) پس در همه این موارد، صلح
 عقدی است مستقل، ولی شیخ طوسی گفته است صلح تابع عقود دیگر می باشد و
 مضمون هر عقدی را داشته باشد از اقسام همان عقد خواهد بود پس در مورد اول از
 مواردی که ذکر شد، صلح، بیع است و در مورد دوم، صلح، هبه است و در مورد سوم،
 صلح، اجاره است، و در مورد چهارم، صلح، عاریه است (تفصیل این بحث در
 کتاب الصلح گذشت).

(ولو اشتراه بثمان كثير ثم عوضه عنه بيسير، أو أبرأه من الأكثر) ولو حيلة على تركها (أخذ الشفيع بالجميع) إن شاء، لأنه الثمن والباقي معاوضة جديدة، أو إسقاط لما ثبت.

حکم تعیین ثمن صوری و بیش از ارزش واقعی

(ولو اشتراه بثمان... توضیح: هرگاه بایع و مشتری حيله ای به کار ببرند به خاطر اینکه شفیع رغبت به اخذ به شفعه نکند و از آن صرف نظر نماید، و حيله به این صورت باشد که در عقد، ثمن معامله را چند برابر قیمت واقعی قرار دهند که مشتری مبیع را به چند برابر قیمت واقعی بخرد و با یکدیگر تباری و توطئه کرده باشند که پس از عقد، آن ثمن زیاد را با ثمن کمی که معادل قیمت واقعی است معاوضه کنند (مثلاً قیمت واقعی مبیع هزار تومان باشد ولی مشتری آن را به ده هزار تومان از بایع بخرد و پس از عقد ده هزار تومان را با هزار تومان معاوضه - مثلاً مصالحه - کنند) و یا آنکه بایع مازاد بر قیمت واقعی را إبراء و اسقاط نماید یعنی در آن مثال، بایع هزار تومان از او بگیرد و مابقی را اسقاط نماید.

در این فرض، شفیع اگر مایل بود اخذ به شفعه کند باید تمامی ثمنی که در معامله قرار داده‌اند (ده هزار تومان) را به مشتری بپردازد، و اگر هم به خاطر زیاد بودن ثمن نخواست اخذ به شفعه کند می‌تواند از آن صرف نظر نماید.

و دلیل بر آنکه در صورت تمایل به اخذ به شفعه باید تمامی ثمن در عقد را بپردازد، آن است که سابقاً در عبارت مصنف گذشت که شفیع باید اخذ به شفعه کند به آن ثمنی که در عقد قرار داده شده است پس در اینجا هم حکم چنین است، و کاری که بعد از عقد انجام گرفته همانا در فرض اول، معامله‌ای جدید بوده (که ربطی به بیع انجام شده ندارد) و در فرض دوم هم اسقاط ذمه از مازاد بوده که این، منت و احسانی

است که بایع به مشتری کرده و ربطی به شفعه ندارد و مانند آن است که بایع، آن مازاد را دریافت نموده، پس شفیع باید آن مازاد را هم به مشتری بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اشتراه...** یعنی اگر مشتری، مبیع را با ثمن زیاد بخرد آنگاه به بایع بدهد عوض آن ثمن زیاد، ثمن کمی را، و یا آنکه بایع، ابراء ذمه مشتری کند از بیشتر ثمن (یعنی بیشتر آن ثمن را از ذمه مشتری ساقط نماید و مقدار کمی از او بگیرد) اگر چه انجام این کار، حيله‌ای باشد (از جانب بایع و مشتری) برای آنکه شفیع اخذ به شفعه را رها نماید (و رغبت در شفعه نکند) **عوضه عنه** ضمیر فاعلی در - عوضه - برمی‌گردد به مشتری، و در ضمیر مفعولی آن دوا احتمال است: یکی آنکه به بایع برگردد، دیگر آنکه به مبیع برگردد، و ضمیر - عنه - به ثمن کثیر برمی‌گردد **ولو حيلة...** مقصود آن است که آن کاری که بایع با مشتری می‌کند ممکن است بر حسب تصادف بعد از عقد، تصمیم بر آن کار بگیرند، و ممکن است با توافق و توطئه قبلی انجام بگیرد که پیش از انجام عقد، توطئه کنند بر آنکه شفیع را از اخذ به شفعه محروم نمایند.

أخذ الشفیع... (جواب - لو - می‌باشد) یعنی شفیع اگر خواست اخذ به شفعه کند باید با تمامی ثمن (ثمن زیاد) اخذ به شفعه نماید، زیرا ثمن قرارداد شده، تمام آن مقدار است (و شفیع باید با ثمن قرارداد شده در عقد، اخذ به شفعه نماید) و کار دیگری که انجام شده همانا معاوضه جدید است (در فرض اول مصنف) و یا اسقاط آنچه در ذمه مشتری ثابت است می‌باشد (و ربطی به شفیع ندارد).

ومقتضى ذلك: أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري، وجائز للبائع أخذه، وإن كان بينهما مواطاة على ذلك، إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في ذمته، ولا يثبت في ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به.

وقال في «التحرير»: لو خالف أحدهما ما تواطيا عليه فطالب صاحبه بما أظهر له لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن، لأن صاحبه إنما رضي بالعقد المتواطى.

(أو ترك الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم.

ومقتضى ذلك... توضیح: درمسأله مورد بحث، اگر چنانچه پس از معاملہ، بایع از انجام مورد تبانی و توطئه ای که با مشتری کرده، تخلف نماید و از ابراء بیشتر ثمن و یا معاوضه بر ثمن کم، سرباز زند و تمامی ثمن زیاد را از مشتری مطالبه نماید، حکمش چه خواهد بود؟

شارح می فرماید: مقتضای کلام مصنف آن است که تبانی و توطئه مذکور هیچگونه ضمانت اجرایی ندارد و بر مشتری در صورت مطالبه بایع، لازم است که تمامی ثمن قرارداد شده در عقد را به بایع پرداخت نماید و برای بایع هم جایز و حلال است آن را بگیرد (هم در باطن و هم در ظاهر).

حال ببینیم چگونه این حکم از کلام مصنف استفاده می شود؟ چون مصنف فرمود: اگر شفيع بخواهد اخذ به شفعه کند، باید تمامی ثمن قرارداد شده را به مشتری بپردازد، این جمله معنایش آن است که در اخذ به شفعه، مشتری حق دارد تمامی ثمن را از شفيع بگیرد، و معلوم است که مشتری، چیزی را استحقاق گرفتن از شفيع پیدا می کند که در ذمه خودش ثابت شده باشد، و در ذمه او هم چیزی ثابت می شود که بایع، حق مطالبه آن را از او داشته باشد، نتیجه آنکه مشتری در صورتی حق مطالبه

تمامی ثمن از شفیع پیدا می‌کند که در ذمه خودش ثابت بوده باشد، و در ذمه او هم آن وقتی تمامی ثمن ثابت می‌شود که بایع، حق مطالبه آن را از او داشته باشد.

پس با این بیان، از کلام مصنف استفاده می‌شود که برای بایع، جایز است تمامی ثمن را از او مطالبه کند چون حقش می‌باشد، و وقتی او حق مطالبه داشت، بر مشتری هم لازم خواهد بود آن را به وی بپردازد.

ولی علامه حلی در کتاب «تحریر الاحکام» معتقد است که در صورت تخلف بایع از مورد توطئه، مشتری ظاهراً ملزم به پرداخت تمامی ثمن می‌شود، و بر بایع مازاد از ثمن واقعی، حرام است، زیرا رضایت قلبی مشتری در عقد، به ثمن کثیر بر مبنای ابراء مازاد و یا معاوضه بر ثمن کم بوده است، نه اینکه رضایت قلبی او در عقد بر ثمن کثیر مطلقاً بوده.

ترجمه و شرح عبارت: مقتضی ذلک... (این جمله مقدمه است برای ذکر فرمایش علامه حلی) یعنی مقتضای این حکمی که مصنف فرمود، آن است که ثمنی که عقد بر آن واقع شده (یعنی ثمن کثیر) برای مشتری لازم است (اینکه آن را بایع بپردازد) و برای بایع جایز است آن را از مشتری مطالبه و اخذ نماید، اگرچه بین آنها توافق صوری بر ثمن کثیر بوده باشد (و تبانی بر این کار کرده باشند) اذ لا یستحق... (این تعلیل است بر اینکه چگونه کلام مصنف، آن مطلب را اقتضا می‌کند) یعنی زیرا (معنای اینکه فرمود: «شفیع باید اخذ به شفعه به تمامی ثمن بنماید» آن است که مشتری استحقاق دارد تمامی ثمن را از شفیع بگیرد، و معلوم است که) مشتری حق ندارد از شفیع بگیرد مگر آنچه را که در ذمه او (یعنی مشتری) ثابت شده است، و در ذمه مشتری هم ثابت نمی‌شود مگر آنچه که بایع حق دارد از او مطالبه کند.

ولی علامه حلی در کتاب «تحریر» فرموده: اگر یکی از بایع و مشتری (البته مقصود، فقط بایع است چنانکه توضیح خواهیم داد) مخالفت کند با آنچه که توطئه بر آن

کرده‌اند و مطالبه کند از رفیقش (یعنی مشتری) آن ثمنی را که (هنگام عقد) برای او اظهار داشته (یعنی ثمن کثیرا) در این صورت لازم می‌شود بر رفیقش همان را بدهد بر حسب ظاهر حکم، ولی بر بایع حرام است در باطن آن را بگیرد، زیرا رفیق او (مشتری) به عقدی که بر مبنای توطئه قبلی است، راضی شده است (وبه عبارت دیگر مشتری راضی شده به عقدی که ثمن کثیر در آن ذکر شده بر مبنای اینکه بایع بیشتر آن را از او نگیرد، نه اینکه مطلقاً به چنین عقدی راضی شده باشد).

أحدهما چنانکه در بالا اشاره کردیم مقصود در اینجا از -أحدهما- همان بایع است (به قرینه کلمه -فطالب-) و نمی‌توان آن را در مشتری تصویر نمود، زیرا مخالفت کردن او با آنچه که توطئه بر آن کرده‌اند، معنی ندارد به جهت آنکه مقصود از توطئه در اینجا توطئه بر این بود که بایع، ثمن ذکر شده در عقد را از مشتری نگیرد و کمتر از آن را از او بگیرد، و مخالفت کردن با این مطلب، فقط در بایع تصویر می‌شود که ثمن ذکر شده را از مشتری بگیرد چنانکه واضح است **صاحبه مفعول برای -طالب- می‌باشد و ضمیر فاعلی مقدر در -طالب- بر می‌گردد به -أحدهما- اظهر له ضمیر مقدر در -اظهر- بر می‌گردد به -أحدهما- و ضمیر «له» بر می‌گردد به صاحب لزمه ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به -ما- و ضمیر مفعولی بر می‌گردد به -صاحب -المتواطئ- به صیغه اسم مفعول است و در نسخه مصدر (یعنی تحریر الاحکام) «للتواطئ» آمده است یعنی رفیق او راضی شده به عقد به جهت توطئه قبلی که داشته‌اند.**

أو ترك... (عطف است بر -اخذ- در عبارت مصنف) یعنی و یا آنکه شفیع رها کند اخذ به شفعه را به خاطر غرامت (و ضرری) که متوجه او می‌شود (به واسطه زیاد بودن ثمن).

(ولو اختلف الشفيع والمشتري في) مقدار (الثمن حلف المشتري) على المشهور، لأنه أعرف بالعقد، ولأنه المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه.

ويشكل بمنع كون حكم المالك كذلك مطلقاً وقد تقدم قبول قول المنكر في كثير خصوصاً مع تلف العين وعموم "اليمين على من أنكر" وارد هنا، ومن ثم ذهب ابن الجنيّد إلى تقديم قول الشفيع، لأنه منكر.

مسائل نزاعی

نزاع شفيع و مشتری

(ولو اختلف... توضیح: اگر شفيع و مشتری نزاع کنند در مقدار ثمن (مثل اینکه مشتری بگوید: مبيع را از بايع به صد تومان خریدم، ولی شفيع بگوید: آن را به هشتاد تومان خریده‌ای) در این صورت مشهور فقها می‌گویند که: مشتری قسم می‌خورد و قولش مقدم می‌شود، و دلیل آنها دو چیز است:

۱. اینکه مشتری داننا تر است به عقدی که با بايع انجام داده و او بهتر می‌داند که ثمن در آن عقد چقدر بوده، زیرا عقد بيع را او با بايع انجام داده، و شفيع به حسب ظاهر بیگانه و بی‌اطلاع می‌باشد.

۲. اینکه مشتری فعلاً مالک مبيع است، و چیزی را که انسان مالک است، تنها با آن ثمنی که خودش می‌گوید و به آن راضی است، از دست او به دیگری انتقال می‌یابد. شارح از دلیل اول جواب نداده است، و می‌توان در جوابش چنین گفت: که داننا تر بودن به عقد، مرجح برای پذیرفتن قول مشتری نمی‌شود اگر طرف مقابل (شفيع) نیز-

هر چند از طریق خود مشتری - اطلاع از عقد داشته باشد، مثل اینکه خود مشتری اقرار کرده بود به مقداری که شفیع می گوید، و حالا آن را انکار می نماید.

و علاوه بر آن، دلیل مزبور در مقابل حدیث معروف: «الیمین علی من أنکر» که شامل مورد بحث هم می باشد، مقاومت ندارد، زیرا در مورد بحث طبق قواعد قضائی، شفیع منکر محسوب می شود چون اصل، عدم زیادی ثمن است و این اصل موافق ادعای شفیع می باشد پس او منکر است، و طبق آن حدیث معروف، منکر باید قسم بخورد.

و اما جواب از دلیل دوم: آن است که قبول نداریم حکم مالک آن است که در همه موارد قولش مقدم گردد، زیرا در ابواب مختلف فقه سابقا گذشت که در مواردی از نزاع ها، قول منکر مقدم داشته می شد هر چند مالک نبوده است و طرف مقابل او مالک بوده مثل مواردی که ذیلاً بیان می شود:

۱. در باب اجاره گذشت که اگر موجر و مستأجر نزاع کنند در مقدار اجرت (که مستأجر، اجرت را مقدار کم می گوید و موجر مقدار زیاد می گوید) گفته اند: حکم آن است که قول مستأجر، مقدم داشته می شود زیرا او منکر است (چون اصل عدم زیادی است و قول مستأجر موافق اصل مزبور می باشد) در حالی که موجر، مالک است و قول او مقدم داشته نمی شود.

۲. در باب بیع گذشت که اگر بایع و مشتری در نقدی بودن بیع و نسیه بودن نزاع کنند (که بایع به جهت مصلحتی، ادعای نسیه بودن معامله را بکند ولی مشتری ادعای نقدی بودن آن را می نماید) در این صورت گفته اند حکم آن است که قول مشتری مقدم داشته شود (چون قولش موافق اصل عدم نسیه است و منکر می باشد) با اینکه بایع، مالک است و قول او مقدم داشته نمی شود.

۳. نیز در باب بیع گذشت که اگر بایع و مشتری هر دو نسیه بودن بیع را قبول داشتند ولی در مقدار مدت نسیه نزاع داشتند (که بایع به جهت مصلحتی، ادعای زیادی مدت می‌کرد و مشتری ادعای کمی آن را می‌نمود) گفته‌اند قول مشتری مقدم می‌شود (چون قولش موافق «اصل عدم زیادی مدت» است و منکر می‌باشد) با اینکه بایع، مالک است و قول او مقدم داشته نمی‌شود.

۴. نیز در باب بیع گذشت که اگر بایع و مشتری نزاع کنند در مقدار ثمن (که بایع مقدار آن را زیاد می‌گوید، و مشتری مقدار آن را کم می‌گوید) در این صورت، مشهور فقها تفصیل داده‌اند به اینکه اگر عین مبیع موجود باشد، قول بایع مقدم است و اگر تلف شده باشد قول مشتری مقدم است. پس مقدم شدن قول مشتری در صورت تلف مبیع، مشهور بین فقهاست بلکه بعضی گفته‌اند اجماعی بین فقهاست و روایتی هم بر آن وارد است، با اینکه مشتری، مالک نیست.

خلاصه اینکه در موارد بالا قول غیر مالک مقدم داشته می‌شود و مخصوصاً در مورد چهارم که حکم به گفته‌ی بعضی، مورد اجماع فقهاست، پس در مورد بحث نمی‌توان به استناد اینکه چون قول مالک مطلقاً باید مقدم داشته شود، قول مشتری را مقدم بدارید.

بنابراین، ما می‌گوئیم قول شفیع مقدم داشته می‌شود به دلیل حدیث معروف «الیمین علی من أنکر» چون شفیع در مورد بحث، منکر محسوب می‌شود (چنانکه توضیحش را در جواب از دلیل اول قول مشهور ذکر نمودیم) و مشتری، مدعی می‌باشد چون قولش مخالف اصل (اصل عدم زیادی ثمن) است و وظیفه‌اش آوردن بینه است.

و با استناد به همین حدیث، ابن جنید، قول شفیع را مقدم داشته است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اختلف...** یعنی اگر شفیع و مشتری نزاع کنند در مقدار ثمن، مشتری قسم می خورد (و قولش مقدم بر قول شفیع می شود) بنابر قول مشهور فقها (و دلیل آنها دو چیز است: ۱-) چون او داننا تر به عقد است و (دلیل دوم:) برای اینکه او مالک مبیع است پس ملکیت او (نسبت به مبیع) تنها با ثمنی که وی ادعا می کند بر طرف می شود.

و (بر دلیل دوم) اشکال می شود به اینکه: قبول نداریم که حکم مالک، درهمه جا چنین باشد که قولش مقدم بر دیگران باشد و (شاهد بر آن این است که:) سابقاً (در ابواب مختلف فقه) در موارد زیادی ذکر شد که قول منکر (بر قول مالک) مقدم می شد مخصوصاً در صورت تلف شدن مبیع (که در کتاب البیع گذشت که اگر بایع و مشتری نزاع کنند در مقدار ثمن، فقها با استناد به روایتی، حکم نموده اند به اینکه اگر مبیع تلف شده باشد، قول مشتری بر قول مالک مقدم می شود، و به گفته بعضی، این حکم، مورد اجماع فقهاست) و (علاوه بر اشکال مزبور) عموم روایت «قسم بر عهده کسی است که منکر است» مورد بحث را هم شامل می شود، و به همین دلیل، ابن جنید رفته است به سوی اینکه قول شفیع (با قسم خوردنش) مقدم (بر قول مشتری) می شود، چون شفیع (به خاطر موافق بودن قولش با اصل عدم زیادی ثمن) منکر محسوب است (و به مقتضای حدیث مزبور، منکر باید قسم بخورد و قولش مقدم می شود).

والاعتذار للأول بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته، ولا تحت يده، إنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه، والمشتري ينكره ولا يلزم من قوله: "اشتريته بالأكثر" أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه، إنما يتم قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع. ويأتي فيه جميع ما سبق.

لا يقال: إنه لا يأخذ حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره، فما داماً متنازعين لا يأخذ ويتجه الاعتذار.

لأننا نقول: المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعي.

دفاع از قول مشهور

والإعتذار... توضيح: بعضی از فقها، دفاع از قول مشهور کرده‌اند و از اشکال شارح جواب داده‌اند (که در واقع، دفاع مذکور، دلیل سومی برای قول مشهور می‌شود) و آن اینکه گفته‌اند: مشتری، مدعی نیست تا وظیفه او بینه باشد، زیرا مشتری ادعایی بر علیه شفیع ندارد چون مشتری نه ادعا می‌کند که چیزی از شفیع طلب دارد و نه ادعا می‌کند که فلان مالی که در دست شفیع است، مال من است، بلکه این شفیع است که ادعا بر علیه مشتری دارد، زیرا او ادعا می‌کند که استحقاق مبيع در دست مشتری را دارد به آن مقدار ثمنی که شفیع می‌گوید ولی مشتری آن مقدار را انکار می‌نماید.

واینکه مشتری می‌گوید من آن مبيع را به ثمن زیاد خریده‌ام، معنایش این نیست که ادعا بر علیه شفیع دارد، گرچه ملاکی که در باب قضا برای «مدعی» ذکر نموده‌اند

در مشتری هست (چون گفته اند: مدعی آن کسی است که قولش مخالف اصل باشد و معلوم است که قول مشتری به ثمن زیاد، مخالف «اصل عدم زیادی ثمن» است) اما این ملاک به تنهایی کافی نیست بلکه بایستی علاوه بر آن، ادعایی هم بر علیه طرف مقابل داشته باشد و چیزی را بر ذمه او ثابت کند، و در اینجا مشتری چنین ادعایی ندارد چون او ادعا نمی کند که من آن مقدار ثمن (ثمن اکثر) از شفیع می خواهم و شفیع بدهکار آن مبلغ به من می باشد.

خلاصه اینکه وقتی که «مدعی» بر مشتری صدق نکرد، دیگر روایت معروف «البنیة علی المدعی والیمین علی من أنکر» شامل او نمی شود، و با دودلیل دیگری که در بالا برای مشهور ذکر شد، وظیفه او قسم می شود.

جواب شارح از دفاع مزبور

شارح در جواب از آن دفاع، می فرماید: گفتار مزبور، پیش از اخذ به شفعه شفیع، درست است (که مشتری، ادعایی بر علیه شفیع ندارد) ولی بعد از اخذ به شفعه او درست نیست، چون بعد از اخذ به شفعه، مشتری بر علیه شفیع، ادعا دارد که ثمن اکثر از او می خواهد، و این ادعا چون بر خلاف اصل است لذا بر حسب قواعد قضائی، وی مدعی محسوب است و باید بینه بیاورد نه آنکه قسم بخورد، و شفیع باید قسم بخورد زیرا منکر است، و چون فرض آن است که مشتری بینه ای بر قولش ندارد لذا شفیع با قسم خوردنش مقدم می شود.

اشکال بر جواب شارح

اگر مدافع از قول مشهور، در جواب شارح بگوید: که شفیع در صورتی می تواند اخذ به شفعه کند که تکلیف ثمن روشن گردد و مقدارش یک طرفی گردد (اکثر یا اقل) چون

- چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت - شرط صحت اخذ به شفعه شرعاً آن است که مقدار ثمن برای شفیع معلوم باشد، و در مورد بحث چون شفیع با مشتری نزاع در مقدار ثمن دارند، هنوز تکلیف آن روشن نشده و مقدارش یک طرفی نگردیده، پس نخواهد توانست اخذ به شفعه بنماید (و به بیان دیگر: خلاصه اشکال آن است که نزاع در مقدار ثمن، تصور نمی شود بعد از اخذ به شفعه، زیرا نزاع در آن، لازمه اش جهل به ثمن است، در حالی اخذ به شفعه شرعاً تصور نمی شود مگر بعد از علم به ثمن، پس با فرض وجود نزاع، اخذ به شفعه شرعاً تحقق نمی یابد) و در نتیجه آن دفاعی که در بالا از مشهور نمودیم، طبق اعتراف خود شما (شارح) درست می شود، چون به ناچار نزاع آنها پیش از اخذ به شفعه می شود و خود شما اعتراف کردید که مشتری قبل از اخذ به شفعه، ادعایی بر علیه شفیع ندارد.

جواب شارح از اشکال

شارح در جواب می فرماید: که شرط صحت اخذ به شفعه، در اینجا موجود است، زیرا آن مقداری که شرط صحت می باشد آن است که شفیع بر حسب گفته خودش، علم به مقدار ثمن داشته باشد، نه آنکه علم به آن مقدار واقعی که رفع اختلاف از آنها می کند داشته باشد، و در مورد بحث همین قدر که شفیع ادعا می کند مقدار آن را می دانم، صحیح است اخذ به شفعه نماید و در نتیجه نزاع آنها به بعد از اخذ به شفعه می افتد و مشتری در این صورت ادعا بر علیه شفیع خواهد داشت که مقدار ثمن، بیشتر از آن مقداری است که شفیع ادعا می کند، پس مشتری مدعی است و باید بینه بیاورد نه آنکه قسم بخورد.

ترجمه و شرح عبارت: و الإعتذار... (این کلمه مبتدا است و خبرش در سطر چهارم «انما یتیم» می باشد) یعنی و اینکه بعضی از فقها، دفاع و عذر آورده اند به نفع

قول اول (قول مشهور) به اینکه مشتری، ادعایی بر علیه شفیع ندارد، زیرا ادعا نمی‌کند که چیزی در ذمه شفیع و یا در دست او دارد (بلکه بر عکس) این شفیع است که ادعا می‌کند استحقاق دارد مال مشتری را (یعنی مبیع) به واسطه اخذ به شفعه به آن مقدار ثمنی که خودش (شفیع) می‌گوید، و مشتری آن مقدار را انکار می‌نماید. و از اینکه مشتری می‌گوید: «مبیع را با ثمن بیشتر خریدم» لازم نمی‌آید که او مدعی بر علیه شفیع به حساب آید - اگر چه آن گفته مشتری برخلاف اصل است (و ملاک صدق «مدعی» که در باب قضا ذکر نموده‌اند در آن موجود است ولی در عین حال، مدعی بر او صدق نمی‌کند) - چون مشتری ادعا نمی‌کند که مستحق آن مبلغ بر ذمه شفیع است (و شفیع باید ثمن بیشتر را به او پردازد) و نمی‌خواهد شفیع را بدهکار به آن مبلغ بنماید.

تا اینجا دفاع و اعتذاری بود که به نفع قول مشهور شده است، اکنون شارح از آن جواب می‌دهد به اینکه (دفاع مزبور همانا قبل از آنکه شفیع اخذ به شفعه کند، درست است اما پس از اخذ به شفعه (درست نیست، زیرا در این صورت) مشتری ادعا می‌کند ثمن (زیاد) در ذمه شفیع است (و شفیع بدهکار به آن مبلغ می‌باشد) و (وقتی چنین شد) تمام آنچه در بالا (در ذیل اشکال بر قول مشهور) گفته شد، در اینجا می‌آید (یعنی اینکه شفیع، منکر است پس قول او به مقتضای حدیث «الیمین علی من أنکر» مقدم بر قول مشتری می‌شود).

(حال از طرف مدافع از قول مشهور) گفته نشود که: شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه کند مگر در صورتی که کار ثمن، یک طرفی شود (و دقیقاً معین گردد) زیرا چنانکه گذشت، شرط است (در صحت اخذ به شفعه) اینکه شفیع، علم به مقدار ثمن داشته باشد، پس تا وقتی که مشتری و شفیع (در مقدار ثمن) با هم نزاع دارند، شفیع اخذ به شفعه نمی‌تواند بنماید و در نتیجه عذر خواهی و دفاع بالا نیکو خواهد بود.

(شارح می‌فرماید:) زیرا (در جواب آن) می‌گوئیم آنچه در (صحت) اخذ به شفعه، شرط می‌باشد، دانستن شفیع است مقدار ثمن را به همان گونه که خودش می‌گوید، نه آن گونه که اختلاف را از میان بردارد، پس وقتی که شفیع به خیال خودش می‌گوید که من می‌دانم مقدار ثمن را، می‌تواند اخذ به شفعه کند و نزاع در مقدار ثمن، می‌افتد به بعد از مالک شدنش مبیع را و در نتیجه، مشتری، مدعی محسوب می‌شود (و شفیع منکر خواهد بود).

ویمکن أيضا أن يملك الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع النزاع بعده
فيصير المشتري مدعيا.

وتظهر الفائدة لو أقاما بينة فالحكم لبينة الشفيع على المشهور، وبينة المشتري على
الثاني.

جواب دیگر از لایقال

ویمکن أيضا... توضیح: شارح می فرماید: همانطوری که در جواب لایقال گفتیم که
می توان فرض کرد نزاع بعد از اخذ به شفعه باشد، و آن فرض این بود که شفیع به
گمان خودش هم علم به مقدار ثمن داشته باشد کفایت می کند در صحت اخذ به
شفعه.

همچنین در جواب لایقال، فرض دیگری نیز می توان کرد برای واقع شدن نزاع بعد
از اخذ به شفعه و آن اینکه بگوئیم ابتدا مشتری اعتراف کند و راضی شود به آن مقدار
ثمنی که شفیع ادعا می کند، و با رضایت او شفیع اخذ به شفعه نماید، سپس بعد از
اخذ به شفعه، مشتری آن مقدار ثمن را انکار نماید و نزاع در آن واقع شود، پس در این
فرض هم مشتری، مدعی می شود، زیرا وقتی که نزاع بعد از اخذ به شفعه واقع شد،
مشتری ادعای ثمن زیاد بر علیه شفیع می کند و او را بدهکار آن مقدار ثمن می داند.
ناگفته نماند با این توضیحی که برای عبارت شارح ذکر نمودیم، دیگر اشکال
سلطان العلماء بر عبارت وارد نمی آید.

ترجمه و شرح عبارت: و یمکن... یعنی (همانطوری که جایز است برای شفیع،
اخذ به شفعه کرده و مبیع را تملک نماید با همان داشتن علم به مقدار ثمن به گمان
خودش) همچنین نیز امکان دارد اینکه شفیع، مبیع را مالک شود (به سبب اخذ به
شفعه) با رضایت مشتری (به آن مقدار ثمنی که شفیع ادعا می کند یعنی مشتری

اعتراف به آن مقدار ثمن نماید) قبل از دادن ثمن سپس بعد از تملک و اخذ به شفعه (مشتري انکار نماید آن مقدار ثمن را و) نزاع واقع شود بین آنها، پس (در این فرض نیز) مشتري، مدعی می‌گردد (و شفیع منکر می‌شود).

ثمره نزاع بین قول مشهور و قول ابن جنید

و تظهر الفائدة... توضیح: فایده اختلاف بین مشهور و ابن جنید، در جایی ظاهر می‌شود که هم مشتري و هم شفیع بر ادعای خود، بینه اقامه کنند.

بیان فایده این است که: اکثر فقها در صورت تعارض بینه دو طرف نزاع، گفته‌اند که هر کدام از متنازعین، در مورد نزاع، خارج به شمار آید، بینه او بر بینه آنکه داخل به شمار می‌آید مقدم داشته می‌شود.

و در مورد بحث، هر کدام از مشتري و شفیع، قولش با قسم خوردن قبول نمی‌شود، خارج به شمار می‌آید و هر کدام از آنها قولش با قسم خوردن قبول می‌شود، داخل به شمار می‌آید.

حال گوئیم: بنابر قول مشهور چون قول شفیع با قسم خوردن قبول نمی‌شود لذا او خارج به شمار می‌آید و بینه‌اش قبول می‌گردد، و اما بنابر قول ابن جنید چون قول مشتري با قسم خوردن قبول نمی‌شود (زیرا او منکر نیست بلکه شفیع منکر است) لذا او خارج به شمار می‌آید و بینه‌اش قبول می‌گردد.

از توضیح بالا روشن گردید که علت آنکه بینه شفیع بنابر قول مشهور، مقدم می‌گردد آن است که چون شفیع، خارج به شمار می‌آید و اکثر فقها بینه خارج را بر بینه داخل مقدم می‌دارند.

ولی مرحوم آقا جمال خوانساری و مرحوم شیخ علی (نواده شهید ثانی) در بیان علت آن فرموده‌اند: که چون شفیع بنابر قول مشهور، مدعی است و مشتري منکر

است، و طبق حدیث معروف «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» آوردن بینه، وظیفه مدعی است نه منکر، لذا بینه شفیع - مدعی - پذیرفته می شود نه بینه مشتری - منکر -.

به نظر نگارنده فرمایش این دو بزرگوار، اشکال دارد، زیرا نزد مشهور، منکر بودن مشتری، ثابت نشده است و لهذا برای تقدیم قول مشهور، به حدیث معروف «اليمين على من أنكر» استدلال نکرده اند بلکه به ادله دیگر (مثل أعرف بودن به عقد و غیر ذلک) استدلال کرده اند چنانکه گذشت.

مگر آنکه در توجیه کلام آن دو بزرگوار بگوئیم: کسی که ملک از دست او گرفته می شود او منکر به شمار می آید و در اینجا ملک - مبيع - از دست او گرفته می شود پس او منکر است و شفیع مدعی خواهد بود (چنانکه صاحب مفتاح الکرامة احتمال داده است) ولی در این توجیه هم این سؤال باقی می ماند که اگر مشتری، منکر است پس چرا مشهور در تقدیم قول او استدلال به حدیث معروف «اليمين على من أنكر» نکرده اند؟ (تأمل کنید).

(ولو ادعى أن شريكه اشترى بعده) وأنه يستحق عليه الشفعة فأنكر الشريك التأخر (حلف الشريك) لأنه منكر، والأصل عدم الاستحقاق، (ويكفيه الحلف على نفي الشفعة) وإن أجاب بنفي التأخر، لأن الغرض هو الاستحقاق فيكفي اليمين لنفيه. وربما كان صادقا في نفي الاستحقاق - وإن كان الشراء متأخرا - لسبب من الأسباب المسقطة للشفعة فلا يكلف الحلف على نفيه.

ويحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به، لأنه ما أجاب به إلا ويمكنه الحلف عليه، وقد تقدم مثله في القضاء.

(ولو تداعيا السابق تحالفا)، لأن كل واحد منهما مدع، ومدعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما، لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر (ولا شفعة)، لانتفاء السابق.

نزاع در استحقاق شفعه و عدم آن

(ولو ادعى أن شريكه... توضيح: اگر مثلاً کسی نصف خانه خود را به طور مشاع به زید بفروشد (که زید با بایع شریک شود) و نصف دیگر را به عمرو بفروشد (که زید و عمرو با هم شریک می‌گردند) حال اگر زید ادعا کند اول من خریدم که با بایع شریک شدم و عمرو سهم خود را بعد از من خریده است پس من حق دارم که سهم او را اخذ به شفعه نمایم، زیرا عمرو سهم شریک مرا - که بایع باشد - خریده است، ولی عمرو انکار کند و بگوید: خریدن من بعد از تو نبوده است و با هم خریدیم.

در این صورت، حکم آن است که عمرو قسم می‌خورد و قولش مقدم بر قول زید می‌شود زیرا عمرو منکر است به جهت آنکه قولش موافق اصل است (چون اصل، عدم استحقاق شفعه است) و به مقتضای حدیث معروف «اليمين على من أنكر» وظیفه منکر، قسم خوردن است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو ادعى...** یعنی اگر کسی (مثل زید) ادعا کند که شریکش (یعنی عمرو که بعد از آنکه هر کدام، نصفی از زمین را از بایع خریدند، با یکدیگر شریک شدند) سهم خود را بعد از او خریده است و او بر علیه شریکش استحقاق شفعه دارد (که سهم مزبور را اخذ به شفعه نماید) ولی شریک (یعنی عمرو) انکار کند مؤخر بودن معامله اش (نسبت به معامله زید) را، در این صورت شریک، قسم می خورد چون منکر است و (منکر بودنش به خاطر آن است که قولش موافق اصل است زیرا) اصل عدم استحقاق شفعه است.

و یکفیه الحلف... توضیح: دانسته شد که وظیفه شریک (عمرو) قسم خوردن است، حال ببینیم قسم او چگونه باید باشد؟ آیا واجب است قسم او مطابق جوابش در انکار باشد (یعنی وقتی که منکر در مقابل مدعی - زید - جواب داد به مؤخر نبودن معامله اش، باید قسم بخورد بر مؤخر نبودن معامله) یا اینکه مطابقت واجب نیست بلکه اگر قسم بر عدم استحقاق شفعه نیز بخورد، کفایت می کند؟ دو قول در آن می باشد:

۱. مشهور فقها قول دوم را اختیار کرده و فرموده اند: قسم بر عدم استحقاق شفعه کافی است گرچه جوابش در انکار مؤخر نبودن معامله باشد، زیرا غرض مدعی (زید) در به پا کردن نزاع (و ادعای تأخر) آن است که حق شفعه را برای خود ثابت کند، پس منکر اگر قسم بر نفی آن حق بخورد کافی خواهد بود.

و در تأیید آن مطلب گوئیم: چه بسا در واقع، معامله منکر، بعد از معامله مدعی باشد و برای مدعی، حق شفعه ثابت بوده ولی به یکی از اسباب ساقط کننده شفعه، حق شفعه او ساقط شده باشد (مثل اینکه مدعی فوراً اعمال حق شفعه نکرده باشد با فرض اینکه شفعه، فوری است) و در عین حال، مدعی ادعای شفعه را می نماید، در این صورت نمی توان بر منکر، واجب کرد که قسم بر نفی تأخر معامله بخورد (چون

فرض آن است که معامله او مؤخر بوده، بلکه کافی است که قسم بر نفی استحقاق شفعه بخورد با توجه به اینکه قسم او به آنگونه مطابق واقع می باشد^۱.

پس قسم بر نفی استحقاق در همه موارد درست در می آید و در همه موارد شریک با قسم مزبور به حق خود می رسد، اما قسم بر نفی تاخر، در بعضی موارد درست در نمی آید با اینکه حق با شریک است و با قسم مزبور نخواهد توانست احقاق حق کند و به حق خود برسد.

۲. بعضی از فقها قول اول را اختیار نموده اند و گفته اند واجب است قسم او مطابق با جوابی که در هنگام منازعه داده، بوده باشد، پس در صورتی که منکر، جواب به مؤخر نبودن معامله اش داد باید قسم هم بر همان مؤخر نبودن معامله اش باشد و قسم بر عدم استحقاق شفعه کافی نیست، زیرا منکر وقتی که جواب به مؤخر نبودن معامله اش می دهد، معنایش آن است که وی به گمان خود می تواند قسم بر آن بخورد

^۱ زید با عمرو نزاعشان به این صورت است که زید می گوید: من قبل از شما خریدم و حق شفعه دارم» ولی عمرو می گوید: «خرید من بعد از شما نبوده و حق شفعه نداری».

اگر فرض کنیم که حاکم شرع واقع قضیه را می داند که زید قبل از عمرو خریده ولی چون حق شفعه خود را اسقاط کرده (والان یادش نیست، و یا عمدأ انکار اسقاط می کند لذا حق شفعه ندارد) و از این طرف هم عمرو نمی داند خرید او بعد از زید بوده (چون اگر فرض کنیم عمرو می داند خرید او بعد از زید بوده، در جواب مدعی نمی تواند انکار تاخر کند و اگر انکار کند دروغ خواهد بود) از این رو حاکم شرع برای اینکه عمرو به حقش برسد و بر حسب قواعد قضایی عمل کند، واقع قضیه را به آنها اعلام می کند و به عمرو می گوید: اگر تو قسم بر نفی استحقاق شفعه او بخوری، این قسم از تو پذیرفته می شود و دیگر نمی تواند او را تکلیف بر قسم بر نفی تاخر کند چون تکلیف به قسم دروغ می شود.

و خلاصه اینکه اگر قسم بر نفی استحقاق بخورد در همه موارد کفایت می کند حتی در فرض گذشته اما اگر قسم بر نفی تاخر را واجب بدانیم در فرض مذکور درست در نمی آید.

اگر مدعی از او قسم بر طبق جواب را درخواست نمود، پس باید قسم را مطابق جوابی که داده بخورد.

شارح می‌فرماید: نظیر این بحث در کتاب القضاء گذشت و در همانجا شارح از قول دوم، جواب داده است، به آنجا رجوع شود.

ترجمه و شرح عبارت: و یکفیه... یعنی کافی است اینکه شریک (یعنی عمرو) قسم بر نفی شفعه بخورد اگرچه (در وقت نزاع، در جواب شریکش) جواب به نفی تأخر معامله داده (یعنی اگرچه در وقت نزاع در جواب شریکش گفته باشد که: «معامله من بعد از معامله تو نبوده» در عین حال می‌تواند قسم به این صورت بخورد که: «به خدا قسم تو حق شفعه نداری») چون غرض مدعی (زید) آن است که حق شفعه را برای خود ثابت کند پس کافی است (برای منکر) اینکه قسم برای نفی حق شفعه بخورد.

وجه بسا (در بعضی موارد، ممکن است) منکر، راستگو باشد در نفی استحقاق شفعه مدعی - هر چند معامله منکر بعد از معامله مدعی واقع شده باشد - به خاطر آنکه سببی از اسباب اسقاط کننده شفعه، پدید آمده باشد، بدین جهت نمی‌توان منکر را مکلف نمود بر اینکه قسم بر نفی تأخر معامله اش بخورد.

بسبب... متعلق است به - صادقاً - الأسباب... مثل عدم اقدام فوری به اخذ به شفعه، و یا مثل اسقاط حق شفعه خود، که اینها هر دو از اسباب ساقط کننده حق شفعه می‌باشند و یحتمل... یعنی (در مقابل قول مشهور) احتمال دارد بگوئیم که واجب است قسم او بر نفی تأخر معامله اش باشد در صورتی که جواب او (هنگام منازعه) به نفی تأخر معامله بوده، زیرا او جواب به آن نحوه نداده مگر اینکه چون (به گمان خودش) می‌تواند قسم بر طبق آن بخورد (پس باید قسم بر طبق جوابی که داده بخورد) علی تقدیر... این قید، اشاره به این است که اگر او در همان اول (هنگام منازعه) جواب به عدم استحقاق شفعه داد نه عدم تأخر معامله (یعنی وقتی که

مدعی، ادعای تأخر معامله منکر را نموده، منکر در جواب او نفی تأخر معامله نکرد بلکه نفی استحقاق شفعه مدعی را نمود (در این صورت باید قسم او هم بر عدم استحقاق شفعه باشد تا مطابق جوابش بوده باشد ما أجباب کلمه - ما - نافیه است و قد تقدّم... نظیر این بحث را مصنف و شارح به طور مفصل در کتاب القضاء در ذیل بحث یمین (القول فی الیمین) مطرح نمودند.

حکم تداعی شریکین

(ولو تداعیا... توضیح: در فرض مسأله بالا اگر هر کدام از آن دو شریک، ادعای مقدم بودن معامله خود بر معامله دیگری را بنماید یعنی در مثال مسأله بالا، زید ادعا کند که من سهم خود را پیش از تو خریدم، پس حق شفعه بر سهم تو دارم، ولی عمرو ادعا کند که من سهم خود را پیش از تو خریدم و حق شفعه بر سهم تو دارم.

در این صورت، حکم آن است که باید هر دو قسم بخورند (یعنی هر کدام از آنها قسم می خورد بر عدم تقدم معامله دیگری بر معامله او) و دلیل آن این است که هر کدام از آنها، هم مدعی و هم مدعا علیه (یعنی منکر) می باشد، اما مدعی بودن به جهت اینکه هر کدام ادعای تقدم معامله اش را می کند، و اما منکر بودن به جهت آنکه هر کدام، انکار تقدم معامله دیگری بر معامله خود را می نماید و اصل عدم تقدم معامله یکی بر دیگری است پس هر کدام از آنها به اعتبار منکر بودنش، قسم می خورد، و وقتی قسم خوردند، دست هریک بر سهمی که خریده است قرار می یابد، به جهت اینکه ادعای هریک، با قسم خوردن دیگری، ساقط می شود و در نتیجه تقدم یکی بر دیگری ثابت نمی شود و شفعه برای هیچ یک ثابت نمی گردد.

ترجمه و شرح عبارت: ولو تداعیا... یعنی اگر هر دو، ادعای تقدم معامله خود بر معامله شریکش را بنمایند، باید هر دو قسم بخورند، زیرا هریک از آنها، هم مدعی وهم مدعا علیه (یعنی منکر) است (و به اعتبار مدعا علیه بودن، قسم می خورند) و وقتی هر دو قسم خوردند، مالکیت آنها نسبت به سهمی که خریده اند استقرار می یابد، زیرا ادعای هریک از آنها با قسم دیگری دفع می گردد و دیگر شفعه ای ثابت نخواهد شد چون (به واسطه قسم خوردن طرفین) تقدم معامله یکی بر دیگری، منتفی گردد.

كُتَابُ السُّبُقِ وَالْمَائَةِ

کتاب السبق والرمایة

(کتاب السبق والرمایة) وهو عقد شرع لفائدة التمرن على مباشرة النضال والاستعداد لممارسة القتال . والأصل فيه قوله ﷺ:

"لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر" وقوله ﷺ: "إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر، والخف، والريش، والنصل".

تعريف سبق ورمایة

سَبَقَ - به سكون باء - در لغت به معنای جلو افتادن و پیشی گرفتن از کسی است، علامه حلی، در کتاب «تذکره» آن را مصدر از فعل مجرد (سَبَقَ) قرار داده، ولی در کتاب «صحاح اللغة» آن را مصدر از فعل مزید (باب مفاعله) قرار داده یعنی سابق، شارح در کتاب «مسالك» فرموده که هر دو صحیح است، ولی دومی نسبت به مورد بحث مناسب تر است، زیرا مسابقه اسب دوانی و مانند آن همانا بین دو نفر یا بیشتر واقع می شود و باب مفاعله هم برای دو نفر وضع شده، پس «سبق» را مصدر مفاعله از «سَابَقَ» بدانیم بهتر است.

واما «رمایه» از ماده «رمی» گرفته شده، و هر دو در اصل لغت به معنی مطلق انداختن است - چه تیر باشد و چه سنگ و چه آب دهان و چه غیر اینها - ولی غالباً در تیر انداختن استعمال می شود اگرچه این استعمال در «رمایه» بیشتر از «رمی» است.

سبق و رمایه در اصطلاح فقه، نوعی عقد و قرارداد و شرط بندی است بین دو نفر یا بیشتر برای مسابقه در سوارکاری (اسب دوانی و یا شتر دوانی) و یا مسابقه در تیراندازی و مانند آن.

اسلام با اینکه شرط بندی ها را منع کرده است ولی سبق و رمایه را نظربه اینکه برای تمرین عملیات سربازی است جایز شمرده است، یعنی آن را برای این هدف قانونگذاری کرده که مردم، آزموده و ورزیده شوند برای اسب سواری و تیراندازی، و آمادگی برای مبارزه و جهاد پیدا کنند، که اینها از اهداف بزرگ قانونگذاری اسلامی است، زیرا به واسطه آن، پیروزی بردشمن در جهاد با دشمنان دین حاصل می شود، و جهاد از اعظم ارکان اسلام است.

دلیل جواز سبق و رمایه

شارح در اینجا برای جواز قرارداد مزبور، دو روایت ذکر نموده:

۱. روایتی که از پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله و امام صادق علیه السلام نقل شده که فرموده اند: «لا سبق الا فی نصل او خف او حافر» که اهل سنت آن را از پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل کرده اند، و شیعه آن را از امام صادق علیه السلام نقل نموده اند، و مصادر آن را در شرح عبارت ذکر خواهیم نمود.

علماء کلمه - سبق - در این روایت را دو گونه خوانده اند (۱) به سکون باء ۲. به فتح باء) که معنای آن طبق هر قرائت، فرق می کند.

اگر به سکون باء، خوانده شود، معنای حدیث آن است که مسابقه جایز نیست مگر در این موارد که در روایت آمده است.

و اگر به فتح خوانده شود، مقصود آن پول و عوضی است که برای برنده مسابقه قرار داده می شود پس معنای حدیث این می شود که گرو بندی و شرط بندی جایز نیست مگر در این موارد...

ناگفته نماند که در روایت باید مضافی در تقدیر گرفت یعنی «السبق الافی ذي نصل اوذي خف اوذي حافر».

توضیح روایت طبق قرائت سکون این است که مسابقه جایز نیست مگر در سه چیز: ۱. سلاحی که دارای لبه یا نوک تیز باشد (مثل شمشیر و کارد و تیرونیزه) ۲. حیوانی که دارای سَپَل باشد یعنی پای آن، سپل دارد و کف پا صاف است مثل شتر و فیل (مقصود در اینجا مسابقه در شتر دوانی و فیل دوانی است) ۳. حیوانی که دارای سم است مثل اسب و استروالاغ (مقصود در اینجا مسابقه در اسب دوانی یا استروالاغ دوانی است).

لازم به ذکر است که در این حدیث، مسابقه در آن سه چیز را به طور مطلق جایز دانسته یعنی خواه گرو بندی و شرط بندی در آنها شده باشد (یعنی برای برنده مسابقه، پول یا عوض معینی، قرار داده شده باشد) و یا اینکه شرط بندی نشده باشد.

۲. روایتی که از پیغمبر اکرم ﷺ نقل شده که فرمود: ملائکه در هنگام گرو بندی (شرط بندی و برد و باخت در مسابقات) فرار می کنند و صاحب آن را لعن می نمایند مگر در چهار مورد (از مسابقات): حافر، خف، ریش، نصل، که در این موارد، ملائکه حضور دارند (ریش در لغت به معنای پرمی باشد و مقصود از آن در اینجا دوا احتمال دارد، یکی تیر پرداز، دوم کبوتر و مانند آن، چنانکه بعداً توضیح خواهیم داد).

ترجمه و شرح عبارت: و هو عقد شرع... (شُرّع به صیغه مجهول از باب تفعیل خوانده شود) یعنی هر کدام از سبق و رمایه، عقدی است که در اسلام قانون گذاری شده برای این فایده و هدف که مردم آزموده و ورزیده شوند بر تیراندازی (و مبارزه در تیراندازی) و آمادگی برای مبارزه و جنگ پیدا کنند والاستعداد.. عطف اسب بر- الثمرن - والأصل فیه... مکرّر توضیح داده ایم که اصل به چهار معنی آمده است و در اینجا به معنای دلیل است، و ضمیر- فیه - برمی گردد به عقد، و مقصود جواز عقد می باشد.

لاسبق... این روایت را اهل سنت از پیغمبر اکرم ﷺ نقل کرده اند.^۱

و شیعه آن را از امام صادق علیه السلام نقل کرده اند.^۲

در بعضی روایات اهل سنت کلمه «ریش» نیز در این روایت استثنا شده همچنانکه در روایت دومی که شارح ذکر نموده نیز استثنا شده است.

و در اینکه مقصود از آن در این روایت چیست؟ فقها اختلاف نظر دارند، شکی نیست که «ریش» در لغت به معنای پرمی باشد.

از عبارت شارح بعداً استفاده می شود که مقصود از آن، در روایت تیرپردازی باشد، ولی بعضی از فقها گفته اند: مقصود، پرندگان مثل کبوتر و مانند آن است که در روایت اول اگر کلمه - سبق - به فتح باء خوانده شود، گروبندی در مسابقه پرندگان (کبوتر پرانی و مانند آن) جایز خواهد بود، البته اگر ما اصل کبوتر بازی را حرام بدانیم (چون فقها در اصل کبوتر بازی نیز اختلاف نظر دارند، بعضی مثل شهید اول آن را حرام نمی دانند بلکه مکروه می دانند، و بعضی مانند ابن ادریس آن را حرام می دانند) باید گفت که منظور در روایت، پراندن آنها برای تربیت جهت نامه بردن و تعلیم بوده است

^۱ سنن ابی داود، ج ۳، کتاب الجهاد، باب السبق، ح ۲۵۷۴.

^۲ کافی، ج ۵، ص ۴۹، ح ۱۱، و ص ۵۰، ح ۱۵.

که در زمان قدیم در جهاد و مانند آن برای رساندن خبر، به چنین کبوترانی احتیاج می‌شده.

بعضی از علمای حدیث گفته‌اند که کلمه «ریش» را بعضی از قضات اهل سنت اضافه کرده‌اند جهت خوش آیند خلیفه عباسی، و جریان آن را دو گونه نقل کرده‌اند:

۱. مرحوم ملا اسماعیل سبزواری در کتاب «جامع النورین»^۱ چنین گفته که: در میان خلفای بنی عباسی، مهدی عباسی که خلیفه سوم بود، به کبوتربازی زیاد میل داشت، روزی شخصی یک جفت کبوتر جهت خلیفه، هدیه آورده بود، اتفاقاً ابویوسف قاضی در آنجا حاضر بود، خلیفه از او پرسید آیا در خصوص کبوترپرانی حدیثی از پیغمبر رسیده، قاضی گفت: بلی: «قال النبی لاسبق الا فی خف او حافر او جناح او نصل» که جناح به معنای پراست و مقصود کبوترپرانی است.

مهدی خلیفه، انعامی به قاضی داد و بعد از رفتن او از مجلس، دستور داد هرچه کبوتر داشت ذبح کردند و از کبوتر به هوا کردن توبه کرد و گفت: قاضی جهت خوش آیند من بر پیغمبر دروغ بست.

نگارنده گوید: در کتاب «حیة الحیوان» دمیری^۲ جریان بالا را به قاضی ابوالبختری نسبت داده که برای خوش آیند هارون الرشید، آن دروغ را بست و در آخر داستان اضافه کرده که: از هارون سؤال کردند که گناه کبوتران چه بوده که آنها را ذبح کردی؟ گفت: برای آنکه به خاطر این کبوتران، دروغ بر پیغمبر بسته شده، سپس صاحب کتاب «حیوة الحیوان» گوید: به خاطر این دروغ و دروغ‌های دیگری که ابوالبختری در نقل حدیث داشته، علما از او حدیث نقل نکرده‌اند، وی ابتدا قاضی در شهر مدینه بود سپس بعد از فوت قاضی ابویوسف، در بغداد قاضی شد و در سال دویست

^۱ جامع النورین، ص ۴۴۵.

^۲ حیاة الحیوان، ج ۱، ص ۳۷۰، ماده - حمام -.

هجری در زمان حکومت مأمون فوت کرد. سپس در «حیة الحیوان» گوید: آن داستان را بعضی از علما نسبت داده‌اند به غیاث بن ابراهیم که برای خوش آیند مهدی عباسی آن دروغ را به پیغمبر بست.

۲. مرحوم ملا محمد تقی مجلسی در «روضة المتقین»^۱ از کتاب «حیة الحیوان» نقل کرده که: وهب بن وهب قاضی (معروف به ابوالبختری) کلمه «ریش» را در روایت داخل کرد نزد منصور دوانیقی (خلیفه عباسی) و خلیفه به او مال زیادی داد، و وقتی قاضی از مجلس بیرون رفت، منصور گفت: شهادت می‌دهم که ریش قاضی، ریش آدم دروغگویی است، و این روایت را دروغ به پیغمبر نسبت مگر به جهت خوش آیند من.

و بعضی این داستان را به حفص بن غیاث قاضی نسبت داده‌اند که جهت خوش آیند خلیفه مهدی عباسی، آن دروغ را بست. نگارنده گوید: که آنچه مجلسی از «حیة الحیوان» نقل کرده با آنچه ما از آن کتاب نقل کردیم تفاوت دارد.

مرحوم مجلسی در «روضة المتقین»^۲ نیز اشاره‌ای به این مطلب دارد. در «قاموس الرجال»^۳ از کتاب «تاریخ بغداد» نقل کرده که: ابوالبختری قاضی وارد بر هارون الرشید شد در حالتی که هارون، کبوتر پرانی می‌کرد، هارون پرسید آیا درباره کبوتر پرانی چیزی از حدیث حفظ هستی؟ ابوالبختری گفت: حدّثنی هشام بن عروة عن ابیه عن عایشه: «ان النبی کان یطیّر الحمام» یعنی عایشه نقل کرده که پیغمبر

^۱ روضة المتقین، ج ۶، ص ۱۳۲.

^۲ روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۱۶۵.

^۳ قاموس الرجال، ج ۹، ص ۲۷۱.

کبوترپرانی می‌کرد، هارون گفت: دورشوازم، اگر او مردی از قریش نبود، هرآینه او را از مقام قضاوت عزل می‌کردم.

و در همان کتاب نقل کرده که: به احمد بن حنبل (رئیس مذهب حنبلی ها) گفتند آیا سراغ داری کسی این روایت را نقل کرده باشد: «لأَسْبَقُ الْآفِي خَفِ أَوْ حَافِرِ أَوْ جَنَاحٍ»؟ گفت این روایت را کسی نقل نکرده مگر ابوالبحتری دروغگو.

نصل (به فتح نون و سکون صاد) به معنای لبه تیز یا نوک تیز می‌باشد، و چون در روایت مضافی مقدّر است (یعنی ذی نصل) لذا معنای آن، چیزی است که صاحب لبه تیز (مثل کارد و شمشیر) یا نوک تیز (مثل تیرونیزه) باشد.

و قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ ان الملائكة... این حدیث را شیخ صدوق از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ که ایشان از پیغمبر اکرم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نقل کرده به این صورت:

«رُوي عن العلاء بن سبابه قال: «سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ عن شهادة من يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يُعرَفُ بفسق، قلت: فإن من قَبِلنا يقولون: قال عمر: هوشيطان، فقال: سبحانه الله أما عَلِمْتَ أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال أن الملائكة لتتفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافرو الخف والريش و النصل، فانها تحضرها الملائكة، وقد سابق رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أسامة بن زيد وأجرى الخيل»^۱

یعنی علاء بن سیاه به گوید: از امام صادق عَلَيْهِ السَّلَامُ پرسیدم: کسی که کبوتر باز است آیا شهادتش پذیرفته می‌شود؟ فرمود: اشکالی ندارد به شرط آنکه معروف به فسق نباشد، عرض کردم: اشخاصی که در ناحیه ما زندگی می‌کنند می‌گویند: عمر بن الخطاب گفته است: کبوتر (یا کبوتر باز) شیطان است، حضرت فرمود:

سبحان الله، آیا نمی‌دانی که رسول خدا فرمود: فرشتگان در هنگام شرط بندی فرار می‌کنند و صاحب شرط را لعن می‌نمایند، مگر در چند مسابقه: اسب دوانی، شتر دوانی، کبوتر پرانی، تیراندازی، که در اینها ملائکه حضور دارند، و به تحقیق شخص پیغمبر خود با اسامه بن زید در اسب دوانی مسابقه داد.

(لازم به ذکر است که کلمه - ریش - در این روایت به قرینه سؤالی که راوی از حضرت کرده، به معنای کبوتر پرانی است و به همین جهت بعضی از فقها، با استناد به این روایت، مسابقه در کبوتر پرانی را جایز دانسته‌اند).

و باز شیخ صدوق^۱ از امام صادق علیه السلام به همان گونه که شارح ذکر نموده، نقل کرده است و در آخرش این زیادی را دارد که: «... وقد سابق رسول الله صلی الله علیه و آله أسامة بن زيد و أجرى الخيل»^۲.

^۱ من لایحضر، ج ۴، ص ۵۹، ح ۵۰۹۴.

^۲ به احتمال قوی این روایت همان قطعه آخر روایت سابقه است که صدوق در اینجا نقل کرده است.

(وإنما ينعقد السبق) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ، والعقل (الخالين من الحجر)، لأنه يقتضي تصرفاً في المال (على الخيل والبغال، والحمير) وهي داخله في "الحافر" المثبت في الخبر، (والإبل والفيلة) وهما داخلان في الخف، (وعلى السيف، والسهم، والحراب) وهي داخله في "النصل"، ويدخل السهم في "الريش" على الرواية الثانية إذا اشتمل عليه، تسمية للشئ باسم جزئه، وأطلق السبق على ما يعم الرمي تبعاً للنص، وتغليبا للاسم.

شرایط مسابقه دهنده‌ها

(وإنما ينعقد... توضیح: دونفری که با یکدیگر مسابقه در سوارکاری (اسب‌دوانی یا شتر یا الاغ‌دوانی) یا تیراندازی می‌دهند باید شرایط ذیل را دارا باشند:

۱. اینکه بالغ باشند، بنابراین اگر دونفر غیر بالغ مسابقه دهند با گروبندی و شرط بندی، صحیح نخواهد بود به این معنی که هر کدام برنده شد، برای او پول یا عوضی که تعیین کرده‌اند حلال نخواهد بود.

۲. اینکه عاقل باشند پس اگر دیوانه باشند، قراردادشان صحیح نخواهد بود.

۳. اینکه ممنوع التصرف از مال نباشند (مثلاً ورشکسته نباشند) زیرا چنانکه بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد، یکی از شرایط صحت مسابقه، آن است که پول یا عوضی را برای برنده مسابقه قرار دهند، پس اگر طرفین مسابقه، ممنوع التصرف از مال باشند، نمی‌توانند مال مزبور را برای برنده قرار بدهند.

مسابقه با شرط بندی در چه چیزهایی جایز است

مصنف می‌فرماید: مسابقه در اسب دوانی و قاطر و الاغ دوانی جایز است، شارح می‌فرماید: این سه مورد داخلند در کلمه - حافر - (حیوان شُم دار) که در روایت بالا آمده است.

و نیز مسابقه در شتر دوانی و فیل دوانی جایز است، و این دو مورد داخلند سپس در کلمه - خف - (حیوان سپل دار) که در روایت بالا آمده است.

و نیز مسابقه در شمشیر بازی و تیراندازی و نیزه بازی جایز است و این سه مورد داخلند در کلمه - نصل - که در روایت بالا آمده، چون همانطوری که سابقاً گفتیم نصل یعنی لبه یا نوک تیز، و معلوم است که شمشیر دارای لبه تیز است و تیر و نیزه هم دارای نوک تیز می‌باشند.

و در روایت دوم چون یک مورد اضافه بر روایت اول دارد و آن «ریش» است که در لغت به معنای پرمی باشد، لذا تیری که بردار باشد، داخل در عنوان ریش می‌باشد، و تیر بدون بردار داخل در عنوان «نصل» می‌باشد.

البته اطلاق «ریش» بر تیر بردار، مجاز است و علاقه آن، علاقه کل و جزء می‌باشد، به این معنی که در اینجا اطلاق جزء بر کل شده است چون پر جزیی از تیر بردار می‌باشد، و پر (ریش) اطلاق شده بر تیر بردار (که کل می‌باشد) و به عبارت دیگر جزء (ریش) اطلاق شده و از آن اراده کل (تیر بردار) شده است.

ترجمه و شرح عبارت: و انما... یعنی همانا عقد مسابقه به طور صحیح، از آن دو نفری بسته می‌شود که کامل باشند - به اینکه بالغ و عاقل باشند - و خالی باشند از حجر (یعنی ممنوع التصرف از مال نباشند) بسکون الباء یعنی کلمه - سبق - به سکون باء خوانده شود که به معنی مسابقه است، نه به فتح باء که به معنای مالی

است که برای برنده مسابقه قرار می‌دهند لآئه... (علت است برای «خالی بودن آنها از حجر») یعنی زیرا مسابقه اقتضا می‌کند تصرف در مال کنند (و مالی را برای برنده مسابقه قرار دهند، چون بعداً در عبارت مصنف خواهد آمد که تعیین مال برای برنده مسابقه، شرط صحت عقد مسابقه است) علی الخیل... یعنی مسابقه، بر (این مواردی که ذکر می‌شود باید باشد): اسب دوانی، قاطر و الاغ دوانی (شارح می‌فرماید): این سه مورد داخلند در کلمه - حافر - که در روایت بالا آمده.

و نیز بر شتر و فیل (شارح می‌فرماید): و این دو حیوان داخلند در کلمه - خف - که در روایت بالا آمده.

البغال جمع بغل است، و علت آنکه «خیل» را به صیغه جمع نیاورده آن است که چون اسم جنس یا اسم جمع می‌باشد به معنای گروه اسبان الحمیر جمع حمار است الابل اسم جنس یا اسم جمع است و بریش از دو شتر اطلاق می‌شود یعنی گروه شتران الفيلة (به کسرفاء و فتح یاء) جمع فیل است.

و علی السیف... یعنی و نیز مسابقه بر شمشیر بازی و تیراندازی و نیزه بازی الحواب جمع حربة است، گفته‌اند: حربه در لغت به معنای آلت جنگ است که از آهن ساخته می‌شود و بسیار تیز و برنده است و از نیزه کوچکتر است.

نگارنده گوید: شاید در اینجا مقصود هر سلاحی است که نوک یا لبه تیز دارد، که بنابراین، شامل نیزه و خنجر هم می‌شود.

و هي داخلة... یعنی این سه مورد داخلند در کلمه - نصل - (که در روایت بالا آمده) و یدخل... یعنی تیر در صورتی که دارای پر باشد، داخل در کلمه - ریش - که در روایت دوم آمده می‌باشد اذا اشتمل... قید است برای سهم و ضمیر مقدر در آن بر می‌گردد به سهم، و ضمیر - علیه - بر می‌گردد به ریش تسمیة... (منصوب است تا

مفعول له باشد برای - یدخل السهم... - یعنی اینکه ریش اطلاق شده برتیر، از باب نامیدن چیزی (یعنی کل) به نام جزءش می باشد.

و أطلق... توضیح: در اصطلاح فقهی مقصود از «سبق» مسابقه در سوارکاری حیوانات مزبور است، و مقصود از «رمایه» مسابقه در تیراندازی و مانند آن می باشد، و طبق این اصطلاح می بایست مصنف می فرمود: «وینعقد السبق والرمایه» ولی چنین نکرده بلکه فقط «سبق» را ذکر نموده و فرموده: «وینعقد السبق» و سبق را اطلاق کرده هم بر مسابقه در سوارکاری و هم بر مسابقه در تیراندازی و مانند آن، و به عبارت دیگر مقصودش از سبق، مسابقه در سوارکاری و در تیراندازی است. و علت آنکه چنین کرده دو چیز است:

۱. اینکه پیروی از روایت کرده، چون در روایت اول، کلمه سبق فقط اطلاق شده و دیگر رمایه ذکر نشده در حالی که مقصود در روایت، هم مسابقه در سوارکاری مزبور است (خف و حافر) و هم مسابقه در تیراندازی و مانند آن است (نصل).

۲. اینکه اسم سبق را بر تیراندازی غلبه داده است، و تغلیب، یکی از روش های بلاغتی است که در علم بلاغت از آن بحث شده است.

ترجمه و شرح عبارت: و أطلق... یعنی مصنف (در عبارت - وینعقد السبق-) اطلاق کرده مسابقه را بر معنایی اعم از تیراندازی (با اینکه سبق در اصطلاح فقهی، بر سوارکاری فقط اطلاق می شود) به دو جهت: یکی اینکه مصنف متابعت از روایت کرده (که در آن نیز سبق اطلاق شده بر اعم از تیراندازی) و دیگر آنکه غلبه داده اسم سبق را بر رمایه (تیراندازی).

(لا بالمصارعة، والسفن، والطيور، والعدو)، ورفع الأحجار، ورميها، ونحو ذلك، لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعية ما خرج عن الثلاثة.

هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض، أما لو تجرد عنه ففي تحريمه نظر، من دلالة النص على عدم مشروعيته إن روي السبق بسكون الباء ليفيد نفي المصدر، وإن روي بفتحها - كما قيل: إنه الصحيح رواية - كان المنفي مشروعية العوض عليها، فيبقى الفعل على أصل الإباحة، إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها.

ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالته على المنع.

چیزهایی که مسابقه در آنها جایز نیست

(لا بالمصارعة... توضیح: آیا مسابقه در موارد زیر جایز است یا نه؟

۱. کشتی گرفتن.

۲. کشتی رانی.

۳. پرنده پرانی (مثل کبوتر که کدام یک دورتر برود و اوج بگیرد یا مدت پروازش بیشتر از دیگری، باشد).

۴. دویدن (که کدام یک سریعتر به مقصد می‌رسد و کدام یک مسافت بیشتری می‌دود).

۵. سنگ بلند کردن (وزنه برداری).

۶. سنگ اندازی با فلاخن یا منجنیق مثلاً.

۷. سایر مسابقات از قبیل پریدن.

گوئیم: مسابقه در موارد بالا دو صورت دارد:

الف: در صورتی که با گرو بندی و شرط بندی باشد (که برای برنده مسابقه، عوض و مالی را قرار داده باشند) مسابقه در آنها جایز نیست، به دلیل آنکه می گوئیم در روایت اول، کلمه - سبق - را چه به سکون باء بخوانیم که به معنای مسابقه است (و اطلاقش شامل صورت گرو بندی هم می شود) و چه به فتح باء بخوانیم (که فقط بر خصوص مسابقه با گرو بندی دلالت دارد) در هر حال نتیجه آن روایت به مقتضای حصری که در روایت شده، این می شود که جواز مسابقه با گرو بندی منحصر به سه موردی است که در روایات آمده، و در غیر آن جایز نمی باشد.

ب - در صورتی که مسابقه در آنها بدون گرو بندی باشد، جواز آن مورد اشکال است و دو احتمال در آن می باشد:

۱. اگر ما کلمه - سبق - در روایت بالا را به سکون باء بخوانیم، مسابقه در این موارد بدون گرو بندی نیز جایز نخواهد بود، زیرا طبق این قرائت، معنای روایت، این است که اصل مسابقه در غیر سه موردی که در روایت آمده، جایز نمی باشد، و اطلاق آن، شامل است هم صورت گرو بندی و هم بدون گرو بندی را.

۲. و اگر کلمه «سبق» در روایت را به فتح باء بخوانیم - چنانکه گفته اند که روایت فتح صحیح است - که به معنای آن مالی است که عوض قرار داده می شود برای برنده مسابقه، بنابراین نتیجه روایت این می شود که گرو بندی و شرط بندی در غیر سه موردی که در روایت آمده جایز نیست، پس روایت، فقط گرو بندی را نفی کرده نه اصل مسابقه را، بنابراین، اصل مسابقه بدون گرو بندی در موارد گذشته جایز خواهد بود، چون دلیلی بر حرمت مسابقه در آنها نداریم و مخصوصاً اگر غرض عقلایی بر آنها تعلق گرفته باشد از قبیل تأمین سلامت جسمی و روحی مردم و ورزیدگی و چالاکی آنان و درپاره ای از آنها - مثل مسابقه در دویدن و پریدن و وزنه برداری - حفظ بنیه

نظامی و آمادگی برای جهاد و دفاع که همه اینها از اهداف بزرگ قانونگذاری اسلامی هستند، بنابراین هیچ شکی در جواز آنها نخواهد بود.

و از اینجا پاسخ بعضی از فقها که مسابقات مزبور را از مصادیق لهو و لعب این دانسته‌اند نیز روشن می‌شود، زیرا هرگاه در مسابقه غرضهای قابل قبول و پراهمیت عقلایی وجود داشته باشد هرگز از مصادیق لهو و لعب حرام نخواهد بود، و همانطوری که گفته شد مسابقاتی از قبیل مسابقه در دویدن، و پریدن و سایر مسابقات ورزشی که همواره در دنیا وجود داشته و انسان را به سوی سلامت تن و روان سوق می‌دهد و از بطالت و کسالت و تنبلی و سستی جلوگیری می‌کند، هرگز نمی‌تواند از مصادیق لهو و لعب باشند و حرام تلقی شوند.

اشکال و جواب آن

و اگر کسی اشکال کند و بگوید روایت فتح در سبق، ثابت نشده است (چون اصل، سکون است، و فتح یک امر عارضی است) پس شما نمی‌توانید اثبات جواز کنید. شارح در جواب می‌فرماید: بر فرض اینکه روایت فتح ثابت نبوده باشد، روایت سکون هم ثابت نیست تا حرمت ثابت شود، بلکه احتمال هر دو در آن خواهد بود، و با وجود دو احتمال، نمی‌توان حرمت را اثبات کرد، زیرا اثبات حرمت متوقف بر قرائت سکون است، و وقتی که احتمال قرائت فتح داده شد، نمی‌توان با روایت استدلال بر حرمت کرد، زیرا «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

ترجمه و شرح عبارت: لا بالمصارعة... یعنی مسابقه جایز نیست در کشتی گرفتن، و کشتی‌ها، و پرنده‌ها، و دویدن، و بلند کردن سنگها، و پرتاب کردن آنها السُّقْن جمع سفینه العدو به فتح عین و سکون دال یعنی دویدن و نحو ذلك... مثل مسابقه در پریدن، و یا به جاهای تاریک رفتن و آمدن، و یا به جاهای خوفناک و هولناک رفتن، و

یا مثل به جنگ انداختن قوچ و خروس و شیر و گاو، و یا مثل به شکار فرستادن سگها، و مرغان شکاری.

داستان

گویند: حدود شصت سال قبل در شهر «سلطانیه» زنجان، جوانان محل در یک شب با هم شرط بندی می‌کنند که اگر کسی بتواند بدون چراغ و هرگونه وسیله روشنی دیگری در تاریکی برود زیر گنبد قدیمی و مشهور سلطانیه (گنبدی که سلطان خدا بنده آن را ساخته است) که در آن روزها متروکه بوده، و میخی را در مرکز محوطه به زمین بکوبد و برگردد و حاضرین بروند و صحت آن را تأیید کنند، برنده جایزه خواهد بود، با این قرار یک نفر از جوانان داوطلب شده و به قصد انجام شرط می‌رود داخل گنبد و در تاریکی با معیار ذهنی قبلی که داشته می‌نشیند و میخ را بر زمین می‌کوبد، وقتی که می‌خواهد بپا خیزد و برگردد احساس می‌کند که موجودی او را گرفته و نمی‌گذارد که بلند شود در نتیجه از شدت وحشت بی‌هوش شده و نقش زمین می‌شود، از طرف دیگر دوستانش چون می‌بینند که چند ساعتی گذشت و از رفیقشان خبری نشد، چراغی به دست گرفته همگی می‌روند محل و می‌بینند که دوستان بی‌هوش روی زمین افتاده، خوب که دقت می‌کنند متوجه می‌شوند که او گوشه قبای خود را با میخ به زمین دوخته و به همین دلیل، هنگام بلند شدن فکر کرده که کسی او را گرفته و در تاریکی از ترس بیهوش شده است.

لدلالة... (علت است برای عدم جواز مسابقه در موارد یاد شده) یعنی زیرا روایت قبلی (لا سبق الا... چه بنابر قرائت فتح باء و چه بنابر قرائت سکون باء) دلالت می‌کند بر اینکه مشروعیت ندارد هر مسابقه‌ای که بیرون از سه مورد ذکر شده در روایت باشد.

این جایز نبودن، در صورتی است که مسابقه با آن چیزها متضمن عوض (جایزه) باشد اما اگر خالی از عوض باشد (و مسابقه بدون عوض باشد) حرام بودن آن، محل اشکال است. (یعنی دو احتمال در آن وجود دارد: احتمال حرمت، احتمال جواز) بذلک متعلق است به - السبق - یعنی مسابقه با آن چیزها العوض منصوب است بنابراین که مفعول برای - تضمّن - می باشد تجرد عنه ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به سبق و ضمیر - عنه - بر می‌گردد به عوض.

من دلالة... (این دلیل برای احتمال حرمت است) یعنی از طرفی می‌بینیم که روایت (لأسبق الآ...) دلالت می‌کند بر عدم جواز چنین مسابقاتی اگر سبق به سکون بآء قرائت شود تا اینکه روایت افاده نماید نفی مصدر را (یعنی نفی اصل مسابقه را چون در صورت قرائت سکون، سبق، مصدر است به معنای مسابقه پس لأسبق به معنای عدم جواز مسابقه است در غیر آن سه مورد گرچه عوض و جایزه‌ای برای برنده تعیین نشده باشد).

وإن روي... (این دلیل برای احتمال جواز آن مسابقات است) یعنی و اگر سبق، به فتح بآء قرائت شود - چنانکه گفته شده که همین قرائت فتح روایت صحیح است - در این صورت، آنچه که در روایت نفی گردیده، جواز قرار دادن عوض بر آن مسابقات است (چون سبق به معنای جایزه است) و در نتیجه خود مسابقه، بر اصل اباحه باقی می‌ماند (و جایز خواهد بود) چون شرعاً دلیلی وارد نشده که دلالت بر تحریم این چیزها (مسابقات) کند، مخصوصاً در صورتی که غرض صحیح (عقلانی) به آن مسابقات تعلق گرفته باشد (که آن مسابقات را از لهو و لعب بودن خارج می‌سازد، زیرا لهو به هر کاری که در آن غرض عقلایی نباشد گفته می‌شود).

تحریم هذه الانشاء بلکه بعضی از روایات دلالت بر جواز کشتی گرفتن می‌کند چنانچه در حدیث معتبر نقل شده که شبی حضرت رسول ﷺ به خانه حضرت

فاطمه علیها السلام آمدند و حضرت امام حسن و حضرت امام حسین علیهما السلام با آن حضرت بودند، پس حضرت رسول صلی الله علیه و آله به آن دونور دیده خود فرمودند: برخیزید و با یکدیگر کشتی بگیرید، پس ایشان مشغول کشتی گرفتن شدند، و حضرت فاطمه علیها السلام پی کاری بیرون رفتند، وقتی برگشتند شنیدند که حضرت رسول صلی الله علیه و آله می فرماید: ای حسن بگیر حسین را و بر زمین انداز، حضرت فاطمه علیها السلام فرمود: ای پدر عجب است که بزرگتر را ترغیب می فرمایی که کوچکتر را بر زمین افکند.

حضرت فرمود: دخترم اینک جبرئیل می گوید ای حسین، حسن را بینداز، من در برابر او چنین می گویم^۱.

ولو قيل... (جواب از اشکال است) یعنی اگر کسی (بر احتمال دوم اشکال کند و) بگوید: به اینکه روایت فتح باء ثابت نشده است، پس (ما در جوابش گوئیم که همین) احتمال دو امر (در روایت، یعنی احتمال فتح و احتمال سکون) ساقط می سازد دلالت روایت بر منع را^۲ (یعنی حرمت آن مسابقات را) یسقط به ضم یاء به صیغه فعل مضارع از باب افعال است دلالتی ضمیر به - نص - بر می گردد.

^۱ این حدیث را علامه مجلسی در بحار الانوار، ج ۱۰۳، ص ۱۸۹ حدیث ۱ از کتاب امالی شیخ صدوق نقل کرده است.

^۲ یعنی همین مقدار که احتمال فتح داده شود، شما نمی توانید استدلال بر حرمت کنید.

(ولا بد فيها من إيجاب وقبول على الأقرب)، لعموم قوله تعالى: "أوفوا بالعقود"، والمؤمنون عند شروطهم " وكل من جعله لازما حكم بافتقاره إلى إيجاب وقبول.

وقيل: هو جعالة لوجود بعض خواصها فيه، وهي: أن بذل العوض فيه على ما لا يوثق بحصوله وعدم تعيين العامل، فإن قوله: "من سبق فله كذا" غير متعين عند العقد، ولأصالة عدم اللزوم وعدم اشتراط القبول، والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه، وهو موضع النزاع. سلمنا لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوما وجوازا، وإلا لوجب الوفاء بالعقود الجائزة.

آیا در مسابقه، قبول لفظی معتبر است یا نه؟

(ولا بد فيها من إيجاب... توضیح: بین فقها اختلاف است در اینکه آیا در مسابقه، قبول لفظی معتبر است یا نه؟ دو قول در آن می باشد:

۱. مصنف و مشهور گویند که قبول لفظی در آن معتبر است و دلیل آن این است که آیه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ دلالت می کند بر اینکه وفای به تمام قراردادها واجب است و این معنای لزوم قرارداد است (که آن را نمی توان فسخ نمود) و با توجه به اینکه عقود جمع معرف به الف و لام است و مفید عموم است، شامل قرارداد مسابقه نیز می شود پس مسابقه هم از قراردادهای لازم خواهد بود که نمی توان آن را فسخ نمود، و هر قراردادی که لازم شد، احتیاج به ایجاب و قبول لفظی دارد پس در مسابقه، باید قبول لفظی باشد.

علاوه بر آیه مزبور، حدیث «المؤمنون عند شروطهم» نیز دلالت بر لزوم مسابقه می کند چون مضمون حدیث آن است که مؤمن باید پای بند باشد به شرطی که

می‌نماید، و معلوم است که در مسابقه نیز به خاطر شرط بندی که می‌کنند^۱ باید پایبند به آن شرط بندی باشند.

۲. بعضی از فقها گفته‌اند که مسابقه از اقسام قرارداد «جعاله» است و احکام جعاله را دارد و آن اینکه: احتیاج به قبول لفظی ندارد و قبول عملی در آن کفایت می‌کند (البته در جعاله، دو نظریه وجود دارد: بعضی می‌گویند عقد جائز است که احتیاج به قبول لفظی ندارد و قبول عملی کافی است، و بعضی دیگر آن را ایقاع می‌دانند که ایجاب فقط در آن کافی است و احتیاج به قبول ندارد نه لفظاً و نه عملاً)^۲ و نیز همانند جعاله، قرارداد جایز می‌باشد که می‌توان آن را فسخ کرد.

^۱ که این شرط بندی در نظر اکثر فقهاء شرط صحت عقد است و بدون آن، عقد حرام است چنانکه بعداً در عبارت مصتّف خواهد آمد.

^۲ اگر کسی گوید که در صورتی که ایقاع باشد، باز قبول عملی از عامل وجود دارد پس فرقی با عقد جائز که قبول عملی در آن کافی است چیست؟

در پاسخ گوئیم در باب جعاله بعضی گفته‌اند که ایقاع است و خاصیت ایقاع آن است که قبول ردّ نمی‌کند یعنی اگر طرف مقابل بگوید من آن را قبول نکردم، صیغه ایقاع باطل نمی‌شود، پس در جعاله اگر عامل مشغول عمل نشود، و یا در اثناء عمل پشیمان شود، جعاله باطل نمی‌شود به این معنی که اگر بعداً دوباره آن عامل مشغول کار شود، صحیح است و احتیاج به صیغه جدید نیست.

اما بعضی گفته‌اند جعاله عقد جائز است و قبول عملی در آن کافی است و فرق آن با ایقاع آن است که اگر عامل بعد از ایجاب جعاله، آن را ردّ کند، ایجاب جعاله باطل می‌شود یعنی اگر عامل مشغول عمل نشود و یا در اثنای عمل پشیمان شود جعاله باطل می‌شود.

به این معنی که اگر بعداً دوباره عامل بخواهد مشغول کار شود باید دوباره صیغه ایجاب خوانده شود تا عامل ولو عملاً آن را قبول نماید.

و بعضی از علماء فرق ایقاع بودن جعاله و عقد جائز بودن آن را به گونه‌ای دیگر بیان کرده‌اند و آن اینکه:

و دلیل بر آنکه جعاله است، چند چیز می‌باشد:

۱. اینکه چون بعضی از خصوصیات جعاله در آن می‌باشد و آن دو خصوصیت است:

الف: اینکه همچنان که در جعاله، مزدی قرار داده می‌شود در مقابل کاری که معلوم نیست آن کار تحقق یابد، در مسابقه نیز جایزه قرار داده می‌شود در مقابل کاری (که برنده شدن یکی از دو نفر است) که این کار، معلوم نیست تحقق یابد، چون معلوم نیست برنده شدن یکی از آنها تحقق یابد بلکه ممکن است هر دو مساوی شوند.

ب: همانطوری که در جعاله، وقتی گفته می‌شود: «هرکسی این کار را انجام دهد فلان مبلغ به او مزد می‌دهم» هنگام عقد معلوم نیست که انجام دهنده آن کار، چه کسی خواهد بود، همچنین در مسابقه، وقتی گفته می‌شود: «هرکسی که برنده شود، این جایزه مال او خواهد بود» هنگام عقد، معلوم نیست که برنده مسابقه چه کسی خواهد بود.

۲. اصل آن است که عقد لازم نباشد چنانکه جعاله نیز عقد لازم نمی‌باشد.

۳. اصل آن است که قبول لفظی در آن شرط نیست چنانکه در جعاله نیز قبول لفظی شرط نیست.

قائِلین به این قول، از دلیل قول مشهور، جواب داده‌اند به اینکه:

← اگر جعاله، ایقاع باشد، شخص جاعل بعد از صیغه ایقاع، بخواهد فسخ کند، فسخ نخواهد شد و در نتیجه، بعد از فسخ، اگر عامل مشغول عمل شود، مستحق اجرت خواهد بود. اما اگر جعاله، عقد جائز باشد، شخص جاعل، بعد از صیغه ایجاب، آن را فسخ کند و بگوید که این قراری را که گذاشته بودم، برهم زدم، فسخ خواهد شد، و در نتیجه بعد از فسخ اگر عامل مشغول عمل شود، قبول عملی او فایده‌ای ندارد چون ایجاب باطل شده است. تمام این مطالب در عقد مسابقه نیز تطبیق می‌شود (مطالب فوق با استفاده از صیغ العقود قزوینی و حاشیه آن، نوشته شد با توضیح بیشتر).

آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» آن عقودی را شامل است که عقد بودنشان، مسلم بوده باشد، و حال آنکه عقد بودن مسابقه، اول نزاع است (چون عقد به قراردادی می‌گویند که مشتمل بر قبول باشد، و در مسابقه، این اول بحث است که آیا مسابقه باید مشتمل بر قبول باشد (که در این صورت عقد خواهد بود) یا آنکه جعاله است و قبول در آن معتبر نیست (که در این صورت بنابر قولی، ایقاع خواهد بود نه عقد) و ما هم نظر دوم را قائلیم پس آیه شامل مسابقه نخواهد بود تا بخواهید اثبات کنید احتیاج به قبول لفظی را.

و بر فرض اینکه عقد بودن آن را قبول کنیم، گوئیم اساساً آیه مزبور دلالت بر لزوم عقد نمی‌کند، زیرا معنای وفای به عقد آن است که مقتضای عقد هرچه باشد، بر طبق آن باید عمل شود. یعنی اگر مقتضای عقد، لزوم بود باید بوجه لزوم عمل شود، و اگر مقتضای عقد، جواز بود، باید بوجه جواز عمل شود. و به بیان دیگر: آیه می‌گوید که اگر مقتضای عقد، لزوم بود باید پای بند به لزوم آن عقد باشید و نمی‌توانید آن را فسخ کنید، و اگر مقتضای عقد، جواز بود باید پای بند به جواز آن باشید به این معنی که اگر یکی از متعاقدين خواست آن را برهم زند و فسخ نماید، می‌تواند فسخ کند و دیگری حق اعتراض به او ندارد زیرا معنای جواز همین است.

خلاصه اینکه لزوم عقد یا جواز آن باید از جای دیگر ثابت بوده باشد و با آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لزوم آن ثابت نمی‌گردد، و گرنه اگر بگوئیم آیه، دلالت بر لزوم عقد می‌کند باید هیچ عقد جایزی نداشته باشیم و تمام عقود شرعی به مقتضای آیه مزبور با توجه به عمومی که دارد، عقدهای لازم بوده باشند که نتوان آنها را فسخ نمود و حال آنکه چنین نیست، چون به اجماع فقها عقود جایز - مثل ودیعه و عاریه و وکالت - در شرع مقدس داریم که طرفین هر وقت بخواهند می‌توانند فسخ نمایند.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا بد فیها...** یعنی باید در مسابقه (سوارکاری و تیراندازی) ایجاب و نیز قبول لفظی باشد **على الاقرب** این کلمه قید است برای قبول یعنی بنابر قول نزدیکتر به حق، قبول لفظی هم معتبر است **لعموم...** شارح در اینجا با تشکیل یک قیاس منطقی (به صورت شکل اول از اشکال اربعه) استدلال می‌کند بر اینکه مسابقه، احتیاج به قبول لفظی دارد.

جمله «لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَالْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» صغرای قیاس است، و جمله «وكل من جعله لازماً حکم بافتقاره الی ایجاب و قبول» کبرای قیاس است، جمله اول اثبات می‌کند که قرارداد مسابقه از جمله عقود لازمه است به جهت عمومی که - العقود - دارد، شامل مسابقه نیز می‌شود، و جمله دوم اثبات می‌کند که هر عقد لازمی احتیاج به قبول لفظی دارد پس حاصل آن دو جمله به صورت شکل اول چنین می‌شود که: «السبق والرمایة عقد لازم، وكل عقد لازم یحتاج الی القبول، فالسبق والرمایة یحتاج الی القبول».

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فقها از این آیه، قاعده‌ای را استفاده کرده‌اند به نام قاعده «لزوم در عقود» که مفاد آن این است که هیچ یک از طرفین، حق ندارند آن را فسخ کنند و برهم بزنند، و بیان دلالت آیه بر این مطلب آن است که: در آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌فرماید: ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای خود پایدار بمانید، از لحاظ ادبی کلمه - اوفوا - امر است به وفاء، و در علم اصول به اثبات رسیده که صیغه امر دلالت بر وجوب می‌کند، و نیز کلمه - العقود - جمع معرف به الف و لام است و در علم اصول ثابت شده که چنین جمعی از الفاظی است که دلالت بر عموم می‌کند، بنابراین معنای آیه این می‌شود که وفای به تمام قراردادها (عقود) بر مسلمانان واجب است و بدیهی است که معنای آیه این است که در هر زمان و همیشه و از ابتدای انعقاد هر عقدی باید به آن پای بند بود، و به تعبیر اصولی همانطوری که آیه،

عموم افرادی دارد (که تمام عقود را شامل می‌شود) همچنین عموم زمانی دارد (که تمام زمان‌ها را شامل است، و به تعبیر دیگر اطلاق زمانی دارد که البته نتیجه هر دو - عموم زمانی و اطلاق زمانی - یکی است) پس هیچ زمان حق فسخ و برهم زدن آن را ندارند.

از قاعده مزبور، بعضی از عقود خارج شده‌اند به دلیل خاصی مثل ودیعه، عاریه، وکالت، هبه غیر معوضه، که اینها عقود جایزه می‌باشند یعنی متعاقدین هر وقت بخواهند می‌توانند آن را فسخ کرده و برهم زنند.

المؤمنون عند شروطهم یعنی عموم این حدیث نیز دلالت بر لزوم مسابقه می‌کند وکل من... یعنی هرکسی از فقها که مسابقه را عقد لازم دانسته است، حکم نموده به احتیاج آن به ایجاب و قبول لفظی و قبول چنانکه دانسته شد مقصود قبول لفظی است به جهت اینکه مطلق قبول (گرچه عملی) در عقد جائز نیز شرط است پس یک فرق عقد جائز و عقد لازم، در این است که در عقد لازم، قبول باید لفظی باشد ولی در عقد جائز، قبول، هم لفظی می‌تواند باشد و هم عملی و قیل... (این قول در مقابل قول مصنف است) یعنی بعضی از فقها گفته‌اند که مسابقه در واقع، جعاله است (جعاله یکی از قراردادهای شرعی است که مبحث آن بعد از کتاب سبق و رمایه انشاء الله خواهد آمد و آن به این صورت است که انسان، مزدی را قرار دهد برای انجام کاری، خواه به طور عموم باشد که بگوید: «هرکس این کار را انجام دهد، فلان مبلغ مزد به او می‌دهم» و خواه به طور خصوصی که به شخص خاصی خطاب کند و بگوید: «اگر تو این کار را انجام دهی، فلان مبلغ مزد به تو می‌دهم»).

نگارنده گوید: در توضیح این جمله، دو احتمال داده می‌شود:

اول: اینکه چون بعضی از فقها جعاله را عقد جایز می‌دانند، پس مسابقه نیز عقد جایز است و احتیاج به قبول لفظی ندارد و قبول عملی در آن کافی است.

دوم: اینکه چون بعضی از فقها جعاله را از ایقاعات می‌دانند پس مسابقه نیز ایقاع خواهد بود که فقط ایجاب در آن کافی است و احتیاج به قبول ندارد نه لفظاً و نه عملاً. و این احتمال دوم را تأیید می‌کند جمله‌ای که در استدلال آن قول آمده است و آن این جمله است که می‌گوید: «وهو موضع النزاع» یعنی عقد بودن مسابقه، محل نزاع و اول بحث است پس معلوم می‌شود که صاحب این قول، احتمال می‌دهد که مسابقه اصلاً عقد نباشد (حتی عقد جائز) بلکه از ایقاعات بوده باشد.

لوجود... یعنی به جهت اینکه بعضی از خصوصیات جعاله، در مسابقه وجود دارد و آن (۱. این خصوصیت است): اینکه جایزه قرار داده می‌شود برکاری که اطمینان به حصول آن نیست (زیرا جایزه قرار داده می‌شود برای کسی که برنده باشد، در حالی که معلوم نیست که برنده‌ای در کار باشد و احتمال دارد هر دو مساوی شوند) و (۲. خصوصیت دوم) اینکه (هنگام قرارداد) برنده مسابقه، مشخص نیست، زیرا وقتی گوینده می‌گوید: «کسی که مسابقه را ببرد، فلان مبلغ به او داده می‌شود» شخص برنده مشخص نیست هنگام قرارداد (و این دو خصوصیت از خصوصیات جعاله است، زیرا در جعاله مثلاً وقتی گفته می‌شود: «هرکسی کیسه پول مرا پیدا کند فلان مبلغ به او می‌دهم» اولاً اطمینانی نیست به اینکه کیسه پول یافته شود، و ثانیاً معین نشده است که چه کسی این کار را انجام خواهد داد).

خواصها فیه ضمیر- فیه - بر می‌گردد به - سبق - یعنی قرارداد مسابقه و هی‌إن... ضمیر مؤنث بر می‌گردد به بعض، و تأنیث آن به اعتبار معنای بعض است که «خصوصیت» باشد علی‌الایوئق... جار و مجرور، خبر- ان - می‌باشد بحصوله ضمیر بر می‌گردد به - ما - و عدم تعیین العامل (عطف است بر- ان - و ما بعد آن) ناگفته نماند که مقصود از این جمله آن است که در جعاله، تعیین عامل، لازم نیست (چنانکه مصنف در کتاب الجعاله فرموده: ولا یفتقر الی مخاطبة شخص معین) نه

اینکه مقصود آن است که در جعاله، باید عامل، تعیین نشود، زیرا همانطوری که در بالاتوضیح دادیم، در جعاله می‌توان قرارداد به طور عموم باشد که عامل تعیین نشود، و می‌توان قرارداد به طور خصوصی باشد که عامل، معین شود.

و لأصالة... (عطف است بر - الوجود - و این دلیل دوم بر جعاله بودن مسابقه است) یعنی اصل، عدم لزوم قرارداد مسابقه است، و اصل، عدم اشتراط قبول لفظی در مسابقه است (چنانکه در جعاله نیز چنین است) **و الأمر بالوفاء...** (این در واقع جوابی است که قول دوم، از دلیل قول مشهور می‌دهد) یعنی امر به وفاء کردن به عقد (در آیه **«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»**) مشروط به آن است که عقد، تحقق داشته باشد، و حال آنکه عقد بودن مسابقه، محل نزاع است، و بر فرض قبول کنیم عقد بودن آن را، ولی گوئیم که (اساساً آیه دلالت بر لزوم عقد نمی‌کند و قاعده لزوم عقود را از آیه نمی‌توان استفاده کرد زیرا) وفای به عقد، عبارت است از عمل به مقتضای عقد از جهت لزوم و جواز (یعنی باید مقتضای عقد را دید که اگر به دلیل دیگر ثابت شده باشد که مقتضای عقد، لزوم است آیه می‌گوید که به آن لزوم باید پای بند باشید، و اگر به دلیل دیگر ثابت شده که مقتضای عقد، جواز است، آیه می‌گوید که به آن جواز باید پای بند باشید) وگرنه (اگر آیه دلالت بر لزوم عقد بکند) باید وفا به عقود جایزه نیز واجب باشد (یعنی عقود جایزه‌ای نداشته باشیم و همه آنها لازم الوفا بوده باشند).

(ناگفته نماند که قول دوم، جواب از آیه را داده است ولی جواب از حدیث **«الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»** را نداده است).

وفیه نظر، لأن وجود بعض الخواص لا يقتضي الاتحاد في الحكم مطلقا، وأصالة عدم اللزوم ارتفعت بما دل عليه، والأصل في الوفاء العمل بمقتضاه دائما وخروج العقد الجائز تخصيص للعامة فيبقى حجة في الباقي.

نعم الشك بقي في كونه عقدا.

جواب شارح از قول دوم

وفیه نظر... توضیح: شارح از دلیل قول دوم جواب می‌دهد:

اما دلیل اول آن قول، جوابش آن است که: وجود بعضی از خصوصیات جعاله در مسابقه، اقتضا نمی‌کند که مسابقه در همه احکام - حتی در جایز بودن عقد - با جعاله یکی باشد، و در نتیجه احتیاج به قبول لفظی نداشته باشد.

اما دلیل دوم، جوابش آن است که: معروف است که «الأصل اصيل حيث لا دليل» یعنی به اصل در جایی عمل می‌شود که دلیلی برخلاف آن نبوده باشد، و در مورد بحث، با وجود آیه و روایت که عموم آنها دلالت بر لزوم عقد مسابقه می‌کنند، دیگر جایی برای اصل عدم لزوم باقی نمی‌ماند، و همچنین اصل عدم اشتراط قبول، بر طرف می‌شود، زیرا وقتی که با عموم آیه و روایت، لزوم عقد ثابت گردید، احتیاج داشتن عقد به قبول نیز ثابت می‌شود چون هر عقد لازمی احتیاج به قبول دارد چنانکه در استدلال قول مشهور دانسته شد.

اما اینکه گفتید آیه دلالت بر لزوم عقد نمی‌کند، گوئیم چنین نیست بلکه دلالت بر آن می‌کند، زیرا اصل معنای وفای به عقد (با توجه به عموم زمانی یا اطلاق زمانی که دارد) آن است که به مقتضای عقد برای همیشه عمل شود و هیچ وقت نتوان آن را برهم زد، چون وفا کردن به چیزی عبارت از آن است که انسان ملتزم به آن چیز شود و عمل به مقتضای آن برای همیشه نماید.

واما اینکه گفتید که اگر آیه دلالت بر لزوم عقد کند، لازمه اش آن است که هیچ عقد جایزی نداشته باشیم، جوابش آن است که لازمه اش چنین چیزی نیست، زیرا عقدهای جایزه دلیل خاصی از عموم آیه خارج شده اند و عموم آیه تخصیص خورده است و در نتیجه عموم آیه سایر عقدها را شامل بوده و در آنها حجت می باشد، تنها حرفی را که می توانیم از شما بپذیریم و جواب ندارد همان شک در عقد بودن مسابقه است که بدین جهت نمی توانیم استدلال به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» کنیم، چون عقد بودن مسابقه ثابت نشده است^۱ و این همان مطلبی است که در قول قیل گذشت در آنجا که گفت: «والامر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه وهو موضع النزاع».

ترجمه و شرح عبارت: و فیه نظر... یعنی در استدلال مزبور، اشکال است (اما اشکال در دلیل اول): زیرا وجود بعضی از خصوصیات جعله، اقتضا نمی کند که مسابقه در همه احکام (حتی در جایز بودن عقد) یکی باشند، و (اما اشکال در دلیل دوم آن قول، این است که): اصل عدم لزوم، بر طرف شده است به وسیله آن دلیلی که دلالت بر لزوم می کند (که آیه و حدیث باشد) و (اما اشکالی که آن قیل، بر دلالت آیه داشت، جوابش آن است که): اصل در معنای وفای به عقد، آن است که عمل به مقتضای عقد شود برای همیشه (و هیچ وقت فسخ نگردد) و خارج شدن عقد جایز (از عموم آیه) تخصیص زدن عموم آیه است (یعنی دلیل خاصی، عقدهای جایز را از عموم آیه خارج کرده است) و در نتیجه، عام (یعنی آیه) در باقی موارد (یعنی سایر عقدها) حجت می باشد.

^۱ گویا شارح می خواهد بفرماید که به مقتضای عموم حدیث «المؤمنون عند شروطهم» مسابقه، ایقاع لازم است چون عقد بودن آن ثابت نیست تا به عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» استدلال کنیم بر عقد لازم بودن آن.

و خروج... این کلمه مبتدا است و خبرش تخصیص می‌باشد نعم... یعنی آری (از میان تمام استدلال شما، این مطلب را از شما می‌پذیریم که:) هنوز شک و تردید باقی است در عقد بودن مسابقه (و با آیه نمی‌توان، عقد بودن آن را ثابت کرد، زیرا به تعبیر علمای اصول اگر بخواهیم با عموم آیه، عقد بودن مسابقه را اثبات کنیم، تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌شود و این باطل است چنانکه در علم اصول به اثبات رسیده است).

(وتعيين العوض) وهو المال الذي يبذل للسابق منهما قدرا، وجنسا، ووصفا.
وظاهر العبارة ككثير: أنه شرط في صحة العقد، وفي «التذكرة» أنه ليس بشرط، وإنما
المعتبر تعيينه لو شرط. وهو حسن.

(ويجوز كونه منهما) معا، ومن أحدهما، وفائدته حينئذ أن البازل إن كان هو السابق
أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه (ومن بيت المال) لأنه معد للمصالح وهذا منها، لما فيه
من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد، (ومن أجنبي)
سواء كان الإمام أم غيره، وعلى كل تقدير فيجوز كونه عينا ودينا، حالا، ومؤجلا.

شرايط مسابقه

(وتعيين العوض)... توضيح: مصنف می فرماید که در مسابقه (چه در سوارکاری و
چه در تیراندازی) باید جایزه‌ای برای برنده قرار بدهند (آن هم باید مقدارش معین
باشد و جنس و اوصاف آن مشخص بوده باشد).

شارح می فرماید: ظاهر عبارت مصنف (که فرموده: ولابد فيها... من تعیین
العوض^۱) و ظاهر عبارت بسیاری از فقها آن است که قرار دادن جایزه، شرط صحت
عقد می باشد، بنابراین اگر جایزه‌ای قرار ندهند، عقد باطل می باشد (وگویا مقصود
آن است که عقد مسابقه بدون جایزه، حرام است).

ولی علامه حلی در کتاب «تذکره» قرار دادن جایزه را شرط صحت عقد ندانسته،
بلکه فقط در صورتی که مسابقه دهنده‌ها خودشان جایزه‌ای قرار داده باشند باید آن را

^۱ به قرینه اینکه سابقاً یکی از شرایط صحت عقد را خالی بودن از خبَر قرار داد.

از نظر مقدار و جنس و اوصاف، مشخص نمایند تا اینکه غرر و جهالتی در میان نباشد. شارح این قول را می‌پسندد^۱.

ترجمه و شرح عبارت: و تعیین العوض... در اینجا سؤالی به ذهن می‌آید و آن اینکه مصنف سه بار، اشتراط عوض را ذکر نموده: ۱. همین جا ۲. در شرایط مسابقه سوارکاری که فرموده: «و تقدیر الخطر» (که خطر به معنای عوض و جایزه است) ۳. در شرایط تیراندازی که فرموده: «والسبَق» (که به فتح سین و باء به معنای عوض می‌باشد) جهت این تکرار چیست؟

به نظر می‌رسد که غرض مصنف در اینجا (مورد اول) به طور کلی بیان شرط صحت مطلق مسابقه است (چه سوارکاری و چه تیراندازی) و در مورد دوم و سوم، غرض مصنف بیان اشتراط مقدار عوض است، و به بیان دیگر در مورد اول مصنف می‌خواهد بفرماید که شرط صحت مطلق مسابقه آن است که جایزه‌ای در آن قرار بدهند، سپس در مورد دوم (در ضمن بیان شرایط سوارکاری) و مورد سوم (در ضمن بیان شرایط تیراندازی) بیان می‌کند که جایزه‌ای که شرط صحت عقد است، باید مقدارش را هم معلوم کنند. گرچه شارح بیان مقدار را هم در ذیل مورد اول گنجانده است.

و هو المال... یعنی مقصود از عوض، مالی است که به برنده از آن دو نفر داده می‌شود قدرأ... (تمییز است برای - تعیین -) یعنی عوض باید از نظر مقدار، جنس و وصف، مشخص باشد.

ظاهر عبارت مصنف همانند بسیاری از عبارات فقها آن است که تعیین عوض، شرط صحت عقد است، ولی علامه حلی در کتاب «تذکره» فرموده که:

^۱ زیرا از روایت «لأسبق» چه به قرائت سکون و چه به قرائت فتح باء، شرط بودن جایزه استفاده نمی‌شود چنانکه واضح است.

تعیین عوض شرط صحت عقد نیست، و همانا اگر خودشان در ضمن عقد، شرط بندی کردند باید آن را (از نظر مقدار و جنس و وصف) مشخص نمایند و (شارح می فرماید): این قول نیکوست لَوْ شَرَطَ بِهِ صِیْغَةً مَجْهُولَةً.

جایزه مسابقه را چه کسی باید قرار دهد

(و یجوز... توضیح: جایزه مسابقه را هر دو نفر مسابقه دهنده ها می توانند قرار بدهند، مثل اینکه هر کدام از آنها ده تومان در آورد و روی هم بگذارند و قرار بگذارند که این بیست تومان جایزه باشد برای برنده از آنها.

و می شود جایزه را یکی از آنها قرار بدهد، مثل اینکه یکی از آنها به دیگری بگوید: اگر تو برنده شدی، ده تومان به تو جایزه می دهم، و اگر من برنده شدم، چیزی از تو نمی خواهم.

در این صورت دوم، ثمره اینکه یک نفر جایزه را قرار داده، آن است که اگر برنده همان قرار دهنده جایزه باشد، آن جایزه را برای خود نگه می دارد، و اگر برنده، آن دیگری شد، جایزه را می گیرد.

و نیز می شود جایزه را از بیت المال قرارداد (البته این کار باید به دست حاکم شرع و یا به اذن او انجام بگیرد) زیرا بیت المال باید در مصالح مسلمین مصرف گردد و جایزه مسابقه نیز یکی از مصالح مسلمین است، به جهت اینکه جایزه، مسلمانان را وادار و تشویق می کند بر اینکه آزموده شوند بر سوارکاری یا تیراندازی که به پا داشتن نظام جهاد اسلامی بر آن مترتب است.

و نیز می شود جایزه را شخص بیگانه قرار دهد یعنی کسی که خارج از مسابقه دهنده هاست، خواه امام معصوم باشد (که از مال شخصی خود آن را بدهد) یا غیر او، زیرا چنین خرجی، خرج کردن در راه مصلحت مسلمانان است و اگر با قصد قربت آن

را بدهد، ثواب نیز دارد. نظیر اینکه انسان برای مسلمانان اسلحه جنگی یا امکانات دیگر جهت کمک به جهاد آنان بخرد.

به هر حال، در همه موارد بالا، جایزه را می‌توان عین حاضر قرارداد (مثل اینکه یک سکه‌ای را در میان بگذارند) و می‌توان آن را به ذمه گرفت، خواه ذمه‌ای که نقدی باشد (مثل اینکه بگویند هر که برنده شد، یک سکه نقداً به او می‌دهم و بعد از انجام مسابقه بلافاصله سکه را از جیب خود درآورده و بدهد) و خواه ذمه مدت دار باشد (مثلاً بگویند یک سکه جایزه را بعد از یک ماه به او می‌دهم).

ترجمه و شرح عبارت: و یجوز... یعنی می‌شود عوض، از مال هر دو طرف عقد باشد، و می‌شود از مال یکی از آنها باشد و در این صورت (دوم) فایده عوض قرارداد، آن است که اگر قرارداد دهنده عوض، خودش برنده شود، مال خودش را برای خود نگه می‌دارد و اگر غیر برنده باشد (یعنی برنده، طرف مقابل شود) برنده، آن عوض را می‌گیرد و این کان غیره ضمیر مقدر در -کان- بر می‌گردد به «سابق» و ضمیر -غیره- بر می‌گردد به -بازل- احوزه ضمیر مقدر فاعلی بر می‌گردد به غیر، و ضمیر مفعولی بر می‌گردد به عوض و من بیت... یعنی عوض می‌تواند از بیت المال باشد چون بیت المال فراهم شده است برای مصالح مسلمین، و جایزه نیز از جمله مصالح مسلمین محسوب است، زیرا در این جایزه، برانگیختن مسلمانان است بر آزموده شدن بر کاری که به پا داشتن نظام جهاد، بر آن مترتب است.

بیت المال بیت المال عبارت است از اموالی که نزد ولی مسلمانان جمع می‌شود از اموالی که مصرفش مصالح عموم مسلمین است مثل:

۱. مالیات زمین‌هایی که به جنگ فتح شده.

۲. جزیه‌ای که از یهود و نصاری گرفته می‌شود.

۳. غنائم جنگی.

۴. سهم فی سبیل الله از زکات.

۵. وقفهای عام که برای مصالح عموم مسلمانان وقف شده.

۶. مالی که وصیت شده در مصالح عموم مسلمین مصرف گردد.

۷. مالی که نذر شده در مصالح عموم مسلمین مصرف گردد.

۸. اموالی که مصرفش در راه خیر است.

۹. مال مجهول المالك.

۱۰. اموال مرده‌ای که وارث ندارد.

و من أجنبي... یعنی عوض می‌تواند از اموال شخص بیگانه باشد، خواه امام باشد یا غیر امام و علی کل تقدیر... یعنی عوض از هر منبعی که باشد، می‌تواند عین خارجی باشد، و می‌تواند به ذمه باشد به صورت نقد یا مدت دار.

(ولا يشترط المحلل) وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده فیتسابق معهما من غیر عوض یبذله ليعتبر السابق منهما ثم إن سبق أخذ العوض، وإن لم یسبق [و ان سبق] لم یغرم، وهو بینهما کالأمین وإنما لم یشرط، للأصل وتناول ما دل على الجواز للعقد الخالی منه، وعند بعض العامة وبعض أصحابنا هو شرط، وبه سمي محللا، لتحريم العقد بدونه عندهم، وحيث شرط لزم، فیجری دابته بینهما، أو إلى أحد الجانبین مع الإطلاق، وإلى ما شرط مع التعین لأنهما بإخراج السابق متافران، فیدخل بینهما، لقطع تنافرها.

آیا در مسابقه سوارکاری، وجود داور شرط است

(ولا يشترط المحلل)... توضیح: بعضی از اهل سنت و بعضی از علمای شیعه گفته‌اند که در صورتی که جایزه از هر دو طرف قرارداد شده باشد، شرط است اینکه نفر سومی را در مسابقه شرکت دهند به عنوان داور مسابقه، به این صورت که این نفر سوم از کیسه خود جایزه‌ای قرار نمی‌دهد بلکه همراه آن دو نفر، او هم مسابقه می‌دهد تا برنده را تعیین نماید و اگر چنانچه خود او برنده شد جایزه را می‌گیرد، و اگر برنده نشد، چیزی به برنده نمی‌دهد، و او در میان آنها همانند شخص امین است که به گفته او در داوری، اعتماد می‌شود.

و جهت آنکه نام او را «محلل» گذاشته‌اند، آن است که به عقیده قائلین مزبور، عقد مسابقه بدون وجود او حرام است و وجود او آن را حلال می‌کند.
ولی مشهور، وجود محلل را شرط صحت عقد نمی‌دانند، و دلیل آنها دو چیز است:

۱. اینکه اصل عدم اشتراط آن است.

۲. روایتی که عقد مسابقه را جایز دانسته است اطلاق دارد که هم شامل مسابقه‌ای که محلل دارد می‌گردد و هم شامل مسابقه‌ای که محلل ندارد.

ولی اگر طرفین عقد، خودشان در ضمن عقد، شرط کنند محلل را، در این صورت باید به این شرط عمل گردد و محلل را در مسابقه شرکت دهند.

اکنون ببینیم که محلل در کدام سمت مسابقه دهنده‌ها باید قرار بگیرد؟ می‌فرماید: اگر در ضمن عقد، قرار گرفتن او را تعیین نکرده باشند که در کدام سمت قرار بگیرد، در این صورت محلل می‌تواند وسط مسابقه دهنده‌ها قرار بگیرد و می‌تواند در یک طرف آنها (راست یا چپ) قرار بگیرد.

و اما اگر در ضمن عقد، محل قرار گرفتن او را تعیین کرده باشند، باید محلل در همان محل تعیین شده قرار بگیرد.

ترجمه و شرح عبارت: ولا یشترط.... یعنی در عقد مسابقه، وجود محلل (به اصطلاح امروزی داور) شرط نیست، و محلل آن کسی است که به واسطه شرط کردن مسابقه دهنده‌ها، داخل می‌شود میان آن دو نفری که گروبندی کرده‌اند و همراه آنها او هم مسابقه می‌دهد بدون آنکه جایزه‌ای (از جیب خود) قرار بدهد (بلکه جایزه را آن دو نفر دیگر قرار می‌دهند) و شرکت او در مسابقه برای آن است که برنده را مشخص نماید، حال اگر خودش (از آن دو نفر) پیشی گیرد، جایزه را می‌گیرد، و اگر عقب ماند، چیزی بدهکار به آن دو نفر نمی‌شود، و او در میان مسابقه دهنده‌ها مانند شخص امین است (که هر چه نظر بدهد پذیرفته می‌شود).

المتراهنین در اکثر نسخه‌های چاپی و خطی، این کلمه به همان‌طوری که ثابت کردیم آمده است و معنای آن: «دو نفری است که با یکدیگر گروبندی کرده‌اند که مسابقه بدهند» و در بعضی از نسخه‌های چاپی، آن کلمه به صورت «المتراضیین» ثبت شده، و آن غلط است.

بالشرط (متعلق است به - یدخل -) یعنی داخل شدن و شرکت کردن محلل در مسابقه همانا به واسطه شرط کردن مسابقه دهنده‌ها در ضمن عقد می‌باشد.

این کلمه را شارح مطابق نظر مشهور آورده است چون وقتی که مشهور، وجود محلل را شرط صحت عقد نمی‌دانند لذا اگر آن دو نفر بخواهند که محلل در میان آنها باشد همانا باید آن را در ضمن عقد، شرط بکنند که با این شرط کردن، وجود محلل، لازم می‌گردد چنانکه بعداً شارح به آن تصریح کرده است که فرموده «و حیث شرط لزم».

و اما طبق قول دیگر (اهل سنت) که وجود محلل را شرط صحت عقد می‌دانند، دیگر کلمه - بالشرط - معنی ندارد. چون طبق نظر آنان محلل باید وجود داشته باشد و موقوف به شرط کردن مسابقه دهنده‌ها نیست چنانکه واضح است **عوض یبذله** جمله - یبذله - صفت است برای عوض و **ان سبق لم یغرم کلمه** - سبق - به صیغه مجهول است و در بعضی نسخه‌های چاپی به جای آن، کلمه - **لم یسبق** - ثبت شده است.

و انما لم یشتروط... یعنی دلیل بر اینکه در عقد مسابقه، وجود محلل شرط نیست (دو چیز است: اول) این است که اصل عدم اشتراط آن است، و (دوم) اینکه روایتی که دلالت بر جواز و مشروعیت مسابقه می‌کند، شامل عقد خالی از محلل نیز می‌شود **للعقد الخالی...** متعلق است به - تناول - و **عند بعضی...** یعنی نزد بعضی از اهل سنت (شافعی‌ها) و بعضی از فقهای امامیه (ابن جنید) وجود محلل، شرط است، و به همین جهت او را «محلل» نامیده‌اند، چون نزد آنها حرام است عقد بدون وجود محلل (و وجود محلل، مسابقه را حلال می‌کند).

و حیث شرط... (این جمله مربوط به قول مشهور است) یعنی هرگاه محلل، شرط شود، شرط لازم می‌گردد (و باید به آن عمل شود) پس محلل باید بدواند اسب خود را وسط آن دو نفر مسابقه دهنده و یا در یکی از دو طرف آنها، در صورتی که حرکت کردن

محلل در وسط یا در کنار، در عقد تعیین نشده باشد، و اما در صورت تعیین آن باید اسبش را در همان جانبی که شرط شده است براند فیجری... به صیغه مضارع از باب افعال مع الإطلاق... یعنی اطلاق عقد و عدم تعیین نحوه شرکت محلل در مسابقه، در ضمن عقد و الی ما شرط... (کلمه - شرط - به صیغه مجهول است) تقدیر عبارت چنین است: «ویجری دابته الی الجانب الذی شرط، مع تعیین الجانب بالإشتراط».

لأنهما... توضیح: بعضی از محشین گفته‌اند که این جمله بر حسب معنا علت است برای شرط بودن محلل، یعنی علت است برای قول بعض عامه و بعض امامیه. نگارنده گوید: این قول بعض المحشین درست نیست، چون اگر علت برای شرط بودن محلل بود، مناسب این بود که آن تعلیل را بعد از نقل قول بعض العامة قرار می‌داد، و علاوه بر آن گوئیم که بعض العامة برای ادعای خود، استدلال به روایتی کرده‌اند، نه این علتی که شارح ذکر نموده.

بدین جهت گوئیم که علت مزبور، دلیل است برای - فیجری دابته - یعنی علت آنکه محلل باید اسبش را ما بین آنها یا در یکی از دو طرف آنها قرار دهد، (و به بیان دیگر: علت اینکه باید نزدیک آنها باشد - چه در وسط و چه احد الطرفین - نه دورتر از آنها) آن است که با توجه به اینکه چون فرض آن است که مسابقه دهنده‌ها هر دو از جیب خود جایزه را گذاشته‌اند لذا با یکدیگر نوعی کشمکش و دشمنی دارند، به این معنی که هر کدام سعی دارد بر دیگری غالب شده و برنده شود تا آن جایزه را بگیرد پس باید داور میان آنها داخل شود و آنها را زیر نظر بگیرد (چه در وسط آنها داخل شود و چه در یکی از دو طرف قرار بگیرد) تا تنافر و دشمنی آنها را از بین ببرد و برنده بودن یکی از آنها را تعیین نماید.

بنابراین، ترجمه عبارت چنین می‌شود: زیرا مسابقه دهنده‌ها به واسطه درآوردن جایزه از جیب خود (و در میان قرار دادن آن) با یکدیگر نوعی دشمنی و نفرت از یکدیگر دارند (و هر یک سعی دارد جایزه را به دست آورد) پس محلل در میان آنها داخل می‌شود تا آن دشمنی را قطع نماید.

فیدخل بینهما مقصود از- بینهما - در اینجا این نیست که وسط دو نفر قرار بگیرد بلکه مقصود آن است که قرار بگیرد محلل نزدیک آنها (چه در وسط دو نفر باشد و چه در یکی از دو طرف آنها).

(ويشترط في السبق تقدير المسافة) التي يستبقان فيها (ابتداء، وغاية) لئلا يؤدي إلى التنازع، ولاختلاف الأغراض في ذلك اختلافا ظاهرا، لأن من الخيل ما يكون سريعا في أول عدوه، دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس، فينعكس الحكم.

(و) تقدير (الخطر) وهو العوض إن شرطاه، أو مطلقا.

شرایط مخصوص مسابقه سوارکاری

(ويشترط... توضيح: در صحت مسابقه سوارکاری، پنج چیز شرط است:

شرط اول

۱. اینکه ابتدا و انتهای مسافتی که در آن مسابقه برگزار می کنند، معلوم باشد. و به بیان دیگر طول مسافت دقیقاً مشخص باشد. و دلیل آن دو چیز است:

اول: اینکه اگر طول مسافت مشخص نباشد، موجب نزاع بین مسابقه دهنده ها می شود پس به جهت پیشگیری از نزاع باید ابتدا و انتها را معین نمایند.

دوم: اینکه غرض های مردم در مقدار مسافت مختلف است، زیرا بعضی از اسب ها در ابتدای دویدن، سرعت دارند و در آخر کار، آن چنان سرعتی ندارند لذا صاحب چنین اسبی، کوتاهی مسافت را می خواهد تا در همان ابتدای دویدن، برنده شود، چون اگر مسافت طولانی شود چه بسا در انتهای دویدن به خاطر آنکه اسبش در آن وقت سرعتش کم می شود، برنده نشود.

و برعکس، بعضی از اسب ها در ابتدای دویدن سرعت ندارند و در آخر، سرعتشان بیشتر می شود لذا صاحب چنین اسبی، طولانی بودن مسافت را می خواهد تا در آخر

دویدن، برنده شود، زیرا اگر مسافت کوتاه باشد، چه بسا اسبش قبل از آنکه سرعت بگیرد، مسافت تمام گردد. پس بدان جهت باید مقدار مسافت را از همان اول تعیین نمایند.

شرط دوم

۲. اینکه جایزه‌ای که قرار می‌دهند مقدارش مشخص باشد.

ترجمه و شرح عبارت: و یشتراط... یعنی (چند چیز) شرط است در مسابقه سوارکاری (اول: معین ساختن ابتدا و انتهای مسافتی که در آن مسابقه را برگزار می‌کنند، برای اینکه (اولاً) منجر به نزاع میان مسابقه دهنده‌ها نگردد و (ثانیاً) برای آنکه اغراض مردم در مقدار مسافت، اختلاف روشنی دارد، به جهت آنکه بعضی از اسب‌ها در ابتدای دویدنش سرعت دارد نه در آخرش پس صاحب چنین اسبی، طالب کوتاه بودن مسافت است، و بعضی از اسب‌ها به عکس است (یعنی در ابتدای دویدنش کند حرکت می‌کند و در آخرتند می‌دود) پس حکم آن نیز عکس می‌شود (یعنی صاحب آن اسب، طالب طولانی بودن مسافت است) عدوه کلمه - عدو - به فتح عین و سکون دال به معنای دویدن است و ضمیر آن به اسب برمی‌گردد.

مایکون سریعاً... در کتاب «مسالک» فرموده: این ویژگی را آن اسبی که در کلام عرب «عتیق» نامیده می‌شود، دارد.

نگارنده گوید: اسب عتیق، اسبی را گویند که نژادش اصیل باشد به این معنی که پدر و مادرش، اسب عربی باشد، و اسب عربی آن اسبی است که از نژاد اسب حضرت اسماعیل فرزند حضرت ابراهیم علیه السلام باشد، اسب‌های عربی شجره نامه دارند و اسب‌های نجیبی هستند و عرب‌ها شجرنامه آنها را نگه می‌دارند.

و جهت نامگذاری آنها به عتیق، آن است که عتیق در لغت به معنای آزاد شده است، و چون اسب‌های مزبور، آزاد از عیب‌ها و نقص‌ها می‌باشند بدین جهت «عتیق» نامیده شده‌اند.

و منها ماهو بالعکس در کتاب «مسالک» فرموده: این ویژگی را آن اسبی که در کلام عرب «هجین» نامیده می‌شود، دارد.

نگارنده گوید: اسب هجین، اسبی را گویند که از نژاد اصیل نباشد به این معنی که فقط پدرش عربی باشد اما مادرش غیر عربی باشد و در فارسی به آن «یابو» گویند.

در کتاب «حیة الحیوان» دمیری گوید: فرق عتیق و هجین آن است که استخوان هجین درشت تر و کلفت تر است از عتیق، و عتیق اگر چه استخوانش باریکتر و نازکتر از هجین است اما محکمتر و سنگین‌تر است، و هجین بیشتر بار برمی‌دارد، و عتیق سریع‌تر از هجین می‌دود، عتیق مثل آهوست ولی هجین مثل گوسفند است.

الخطر (به فتح خاء و طاء) یعنی و (شرط دوم) معین کردن مقدار عوض (جایزه) است آن شرطه او مطلقاً شارح در اینجا با این عبارت، اشاره می‌کند به اختلاف نظری که سابقاً در اصل جایزه بود، چون بعضی از فقها مثل علامه حلی در کتاب «تذکره» اصل جایزه را شرط صحت عقد مسابقه نمی‌دانست و لذا بنابر نظر ایشان، در صورتی که خود مسابقه دهنده‌ها در عقد، جایزه را شرط کردند، باید مقدار آن را تعیین نمایند و این همان است که شارح فرموده «ان شرطه» (یعنی اگر مسابقه دهنده‌ها عوضی را در عقد، شرط کنند).

و اکثر فقها اصل جایزه را شرط صحت مسابقه می‌دانند و لذا بنابر نظر ایشان، مطلقاً باید جایزه‌ای را در عقد، تعیین نمایند و این همان است که شارح فرموده «او مطلقاً».

یعنی اگر چه آنها در عقد، شرط هم نکنند ولی چون اساساً قراردادن جایزه، شرط صحت مسابقه است لذا باید آن را تعیین کنند.

(وتعیین ما یسابق علیه) بالمشاهدة ولا یکنی الإطلاق، ولا التعیین بالوصف، لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً (وا احتمال السبق بالمعینین) بمعنى احتمال کون کل واحد یسبق صاحبه (فلو علم قصور أحدهما بطل)، لانتفاء الفائدة حينئذ، لأن الغرض منه استعمال السابق، ولا یقدح رجحان سبق أحدهما إذا أمکن سبق الآخر، لحصول الغرض معه.

شرط سوم

(وتعیین ما... توضیح: ۳. شرط سوم اینکه حیوانی که با آن مسابقه می‌دهند باید معلوم باشد، و معلوم بودن آن باید با مشاهده و دیدن باشد (که مثلاً دواسب مورد نظر را نشان بدهند و بگویند با این اسب‌ها مسابقه برگزار می‌شود). بنابراین اگر حیوان را مطلق بگذارند (مثلاً بگویند با اسب مسابقه برگزار می‌شود و دیگر توضیحی ندهند که کدام اسب و چگونه اسبی) و یا اگر آن را با توصیف معلوم نمایند نه با مشاهده (مثلاً بگویند با اسبی که چنین و چنان است مسابقه برگزار می‌شود) مسابقه باطل است، چون اغراض مردم در آن جهت، بسیار مختلف است.

شرط چهارم

۴. اینکه در هر کدام از مسابقه دهنده‌ها با اسبی که دارد، احتمال برنده شدن یکی بر دیگری داده شود، بنابراین اگر معلوم باشد که یکی از آنها به جهت مریضی یا ضعفی که اسبش دارد، برنده نخواهد شد، در این صورت مسابقه باطل است، چون مسابقه در این صورت بی فایده است، زیرا غرض از برگزاری مسابقه آن است که برنده را به دست آورند، و وقتی که برنده از همان اول معلوم باشد، دیگر مسابقه دادن اثری ندارد.

و اگر چنانچه احتمال برنده شدن در هر کدام داده شود ولی احتمال برنده شدن یکی نسبت به دیگری بیشتر باشد، مسابقه صحیح است، چون در این صورت، غرض از مسابقه که در بالا گفته شد، حاصل است، زیرا با مسابقه، برنده به دست می آید.

ترجمه و شرح عبارت: و تعیین... یعنی و (شرط سوم مسابقه) معلوم کردن حیوانی که بر آن مسابقه می دهند، آنهم با مشاهده تعیین کنند، بنابراین کفایت نمی کند اطلاق (یعنی عدم تعیین حیوان) و نیز کفایت نمی کند تعیین حیوان با اوصاف (بدون مشاهده) زیرا اغراض مردم به واسطه تعیین با اوصاف، بسیار مختلف است (زیرا چه بسا دواسبی که در اوصافی با هم مشترک باشند ولی بعضی از مردم بعد از مشاهده، یکی را پسندند و دیگری را نپسندند به جهت آنکه غرض آنها با آن یکی تأمین می گردد و با اسب دیگری تأمین نمی گردد) ما یسابق علیه در اینجا مصنف با کلمه - علیه - به جای «به» اشاره می کند به شرط دیگری و آن اینکه: شرط است که سوار بر حیوان، مسابقه بدهند پس اگر دواسب را بدون سواری بدوانند تا معلوم شود که کدام یک برنده می شوند، مسابقه باطل است، چنانکه بعضی از فقها آن را فرموده است الإطلاق این اطلاق در مقابل تعیین است **ولا التعیین بالوصف** این در مقابل مشاهده است.

و احتمال... یعنی و (شرط چهارم) اینکه احتمال برنده شدن با هر کدام ازدو حیوان تعیین شده، وجود داشته باشد، به این معنی که احتمال داده شود که هریک از مسابقه دهنده ها پیشی گیرد بر دیگری (و برنده شود) پس اگر معلوم باشد قاصر بودن یکی از آن دو حیوان (از اینکه صاحبش را برنده کند، به جهت آنکه حیوان مریض است یا ضعیف) باطل می شود عقد مسابقه، چون در این صورت مسابقه فایده ای ندارد، زیرا غرض از برگزاری مسابقه به دست آوردن برنده است **فلو علم**

قصور... (علم به صیغه مجهول خوانده شود) ناگفته نماند که این مسأله سه صورت دارد:

۱. اینکه فقط صاحب اسب مریض، بداند که اسبش مریض است و رفیقش آن را نداند.

۲. اینکه دیگری بداند که اسب رفیقش مریض است گرچه صاحب آن اسب خبر از مریضی اسبش نداشته باشد.

۳. اینکه هر دو بدانند مریضی یکی از آن اسب‌ها را.

در هر سه صورت، حکم همان است که مصنف فرموده، یعنی عقد مسابقه باطل است.

ولا یقده... یعنی ولی ضرر نمی‌زند به صحت عقد، اینکه برنده شدن یکی از آنها احتمالش بیشتر باشد در صورتی که احتمال برنده شدن دیگری هم وجود داشته باشد **لحصول**... (علت است برای - لایقده -) یعنی زیرا آن غرضی که گفته شد (یعنی به دست آوردن برنده) با رجحان برنده شدن یکی از آنها، باز حاصل می‌شود.

(وإن يجعل السبق) بفتح الباء وهو العوض (الأحدهما) وهو السابق منهما، لا مطلقاً، (أو للمحلل إن سبق، لا لأجنبي)، ولا للمسبوق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر، أو للمصلي، والأقل للسابق، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته وهو الحث على السبق، والتمرن عليه.

شرط پنجم

(وإن يجعل... ۵. شرط پنجم اینکه باید جایزه‌ای را که قرار می‌دهند، آن را برای برنده از مسابقه‌دهنده‌ها و یا برای محلل اگر محلل برنده شد قرار بدهند، بنابراین اگر آن را مطلق قرار دادند و برای برنده تعیین نکردند (مثلاً بگویند که این جایزه مال یکی از ماها باشد خواه برنده خواه بازنده باشد) و یا اگر آن را برای بازنده از مسابقه‌دهنده‌ها و از محلل، قرار بدهند، مسابقه باطل است چون غرض نهایی از مشروعیت مسابقه در اسلام آن است که مردم تشویق شوند بر سبقت و پیشی گرفتن و آزموده شوند در آن، و این راهی به جز قرار دادن جایزه برای آن کسی که پیشی بردیگری می‌گیرد ندارد تا به شوق رسیدن به جایزه، هر کدام سعی کند در پیشی گرفتن بردیگری، پس اگر جایزه را برای غیر برنده قرار بدهند منافات با آن غرض نهایی خواهد داشت، چون اگر جایزه را برای بازنده قرار دهند، هر کدام از آنها سعی خواهد کرد که عقب بیفتد و بازنده شود تا به جایزه برسد و این منافات با آن غرض مزبور دارد، و اگر جایزه را برای شخص اجنبی قرار دهند، دیگر هیچ کدام سعی بر سبقت و پیشی گرفتن بردیگری نخواهد کرد.

ترجمه و شرح عبارت: وأن يجعل... یعنی و (شرط پنجم) اینکه عوض و جایزه قرار داده شود برای یکی از مسابقه‌دهنده‌ها (شارح می‌فرماید: مقصود از آن یکی، برنده از آنها می‌باشد، نه هر کدام که بخواهیم، و یا (عوض، قرار داده شود) برای محلل

در صورتی که اوپیشی گیرد، نه اینکه برای شخص بیگانه قرارداد داده شود، و نه برای آن کسی که عقب مانده یعنی بازنده - از آن دو نفر و از محل - می‌باشد.

و نیز نباید قرارداد داده شود سهم بیشتر از عوض، برای آن کسی که عقب مانده، و یا برای نفر دوم (که مُصلّی نامیده می‌شود) و سهم کمتر را به نفر اول قرار بدهند (و دلیل همه آنها این است که:؛ چون همه آنها با هدف نهایی از مشروعیت عقد مسابقه منافات دارد و هدف نهایی عبارت است از تشویق مسلمانان بر پیشی گرفتن و ورزیدگی بر این کار للمصلّی توضیح معنای این کلمه به زودی در عبارت مصنف خواهد آمد و اجمالاً نفر دوم از مسابقه دهنده‌ها می‌باشد.

(ولا يشترط التساوي في الموقف) للأصل، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية. وقيل: يشترط، لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس، وفروسية الفارس مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه، فيخل بمقصوده. ومثله إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى.

عدم اشتراط تساوی در موقف

(ولا يشترط... توضيح: آیا شرط است در مسابقه، اینکه هر دو اسب در ابتدای مسابقه در یک خط ایستاده باشند، یا اینکه آن شرط نیست بلکه اگر یکی جلو و دیگری عقب تر ایستاده باشد ضربه صحت عقد نمی زند؟

مصنف و مشهور فقها قول دوم را اختیار کرده اند، و دلیل آنها دو چیز است:

۱. اینکه اصل عدم اشتراط آن است.

۲. اینکه غرض از مسابقه - که به دست آوردن برنده است - با مشخص بودن ابتدا و انتهای مسافت، حاصل است گرچه محل ایستادن آنها در ابتدای مسافت، متفاوت باشد.

ولی بعضی از فقها ایستادن در یک خط را شرط صحت عقد دانسته اند، زیرا هدف از مسابقه، به دست آوردن مهارت اسب سوار و خوب دویدن اسب است و اگر چنانچه در یک خط نایستند هدف مزبور به دست آورده نمی شود، زیرا گاهی برنده نشدن به خاطر تفاوت در محل ایستادن می شود.

ترجمه و شرح عبارت: ولا يشترط... یعنی شرط نیست (در صحت عقد) اینکه مسابقه دهندگان در یک خط بایستند، به جهت اینکه اصل عدم اشتراط است، و

نیز غرض از مسابقه (که به دست آوردن برنده باشد) با تعیین ابتدا و انتهای مسافت حاصل می‌شود (پس احتیاج به شرط کردن چیز دیگری علاوه بر آن نیست).

بعضی گفته‌اند: ایستادن در یک خط، شرط است، چون در صورت نایستادن در یک خط، نیکویی دویدن اسب و مهارت اسب سوار دانسته نمی‌شود، زیرا برنده نشدن گاهی به خاطر تفاوت در محل ایستادن می‌شود و در نتیجه، این تفاوت، به مقصود از مسابقه اخلاص وارد می‌سازد (و مقصود از مسابقه، همان دانستن نیکویی دویدن اسب و مهارت اسب سوار می‌باشد) مستند الیه ضمیر به عدم تساوی بر می‌گردد فی‌خل ضمیر مقدر فاعلی به عدم تساوی بر می‌گردد بمقصوده ضمیر به سبق (یعنی عقد مسابقه) بر می‌گردد و تقدیر عبارت چنین است: «فی‌خل بالمقصود منه».

و مثله إرسال... توضیح: همانطوری که عدم تساوی در موقف، گاهی سبب برنده نشدن می‌شود لذا بعضی از فقها تساوی در موقف را شرط دانسته‌اند، همچنین است زودتر روانه شدن یکی از اسب‌ها از دیگری در ابتدای حرکت (گرچه موقوفشان مساوی باشد) که چون این کارگاهی سبب برنده نشدن آن دیگری می‌شود لذا در این مسأله همه فقها شرط کرده‌اند اینکه در ابتدای مسابقه، اسب‌ها با هم روانه شوند.

ترجمه و شرح عبارت: و مثله اگر ضمیر به تساوی در موقف برگردد، لازمه‌اش این است که مسأله روانه کردن یکی زودتر از دیگری نیز مانند مسأله قبل، مورد اختلاف بین فقهاست که آیا شرط است آنکه دو حیوان را با هم روانه کنند در ابتدای حرکت یا آنکه اگر یکی پس از دیگری روانه شود اشکالی به عقد نمی‌رساند؟

و حال آنکه - چنانکه از کتاب «مسالک» استفاده می‌شود - در این مسأله بین فقها هیچ اختلافی نیست بلکه همه فقها روانه کردن دو حیوان با هم را شرط می‌دانند پس برای آنکه به عبارت شارح اشکال وارد نشود ضمیر - مثله - را به عدم تساوی در موقف بر می‌گردانیم، و وجه شبه، در آن دو مسأله، آن است که هر دو (یعنی عدم تساوی در

موقف، وارسال یکی پس از دیگری) گاهی سبب برنده نشدن می‌شوند چنانکه قبلاً توضیح داده شد، بنابراین با هم روانه کردن آنها شرط است همچنان که تساوی در موقف نزد بعضی از فقها شرط می‌باشد.

(والسابق هو الذي يتقدم) على الآخر (بالعنق) ظاهره اعتبار التقدم بجميعة. وقيل: يكفي بعضه وهو حسن. ثم إن اتفاقاً في طول العنق، أو قصره وسبق الأقصر عنقا ببعضه فواضح، وإلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد، ولو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق.

وفي عبارة كثير أن السبق يحصل بالعنق والكتد معا، وهو - بفتح الفوقانية أشهر من كسرها - مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وعليه يسقط اعتبار بعض العنق.

در مسابقه اسب دوانی، برنده کیست

(والسابق... توضیح: در اینکه میزان و ملاک دربرنده شدن در مسابقه اسب دوانی، چیست؟ چهار نظریه وجود دارد (البته دوتای از آنها قائل دارد و دوتای دیگر را شارح اضافه کرده).

نظریه اول

مصنف می‌فرماید: ملاک دربرنده شدن، گردن حیوان است (مقصود سروگردن است) یعنی برنده آن حیوانی است که در انتهای مسافت، سروگردنش از سروگردن اسب دیگری جلوتر باشد.

شارح می‌فرماید: از ظاهر عبارت مصنف استفاده می‌شود که باید تمام گردن حیوان، جلوتر از دیگری باشد. ولی بعضی از فقها جلوفتادن مقداری از گردن را کافی دانسته‌اند دربرنده شدن، و این قول را شارح می‌پسندد.

حال که ملاک دربرنده شدن، گردن حیوان شد (آن هم بعض گردن در نظر شارح) با توجه به اینکه اسب‌ها با یکدیگر از نظر گردن تفاوت دارند، گردن بعضی بلند، و بعضی کوتاه است، لذا مسأله چند صورت پیدا می‌کند به قرار زیر:

۱. اینکه گردن هر دو اسب در بلندی و کوتاهی، به یک اندازه باشد (یعنی گردن هر دو بلند و یا گردن هر دو کوتاه باشد) در این صورت، برنده شدن یکی بر دیگری روشن است، چون هر کدام که بعضی از گردنش از دیگری جلو افتاد، آن برنده است.

۲. اینکه گردن یکی کوتاهتر از دیگری باشد و بر آن دیگری به بعضی گردن جلو بیفتد، در این صورت نیز برنده مشخص است.

۳. در صورت قبلی اگر بخواهد آن دیگری - که گردنش بلندتر است - برنده شود باید بیشتر از آن مقداری که بلند است، جلوتر از گردن آن یکی باشد، مثلاً اگر فرض کنیم بلندی گردن یکی بر دیگری، یک وجب است، اگر بخواهد برنده شود باید بیشتر از یک وجب، گردن او از گردن دیگری جلو باشد پس اگر در این فرض، کمتر از یک وجب (مثلاً نیم وجب) از گردن دیگری جلو باشد، برنده آن دیگری (گردن کوتاه) خواهد بود، چون معلوم می‌شود که آنکه گردنش یک وجب کوتاهتر بوده، نیم وجب مثلاً جلو آمده.

نظریه دوم در برنده شدن

بسیاری از فقها، ملاک و میزان برنده شدن را گردن و کتد با هم قرار داده‌اند (کتد به فتح تاء، عبارت است از برآمدگی محل اجتماع دو کتف که میانه بیخ گردن و پشت اسب قرار گرفته، و به آن در کلام عرب «کاهل» نیز می‌گویند) پس آن اسبی که گردن و کتدش از اسب دیگر جلو باشد برنده است.

شارح می‌فرماید: طبق این نظریه، وقتی که کتد اسب نیز همراه گردن، ملاک قرار گرفت پس مقصود از گردن، تمام گردن خواهد بود و دیگر بعضی گردن را نمی‌توان ملاک قرار داد برخلاف آنچه که در نظریه اول گفته شد که بعضی از فقها، بعضی گردن را کافی

می‌دانستند

ترجمه و شرح عبارت: و السابق... یعنی سبقت گیرنده (برنده مسابقه) آن حیوانی است که پیشی بگیرد بر دیگری به گردن (یعنی به گردن بر دیگری جلو باشد، البته سر نیز جزء گردن محسوب است).

(شارح می‌فرماید): ظاهر کلام مصنف آن است که شرط است همه گردن حیوان، جلوتر از دیگری باشد، ولی بعضی گفته‌اند: کافی است (در برنده شدن) اینکه بعضی گردن جلوتر باشد، و این قول نیکوست.

حال اگر دو حیوان در بلند بودن گردن یا کوتاه بودن آن یکسان بودند، و یا (گردن یکی کوتاه‌تر از دیگری بود و) آنکه گردنش کوتاه بود جلو بیفتد به بعضی گردن، در این دو صورت، برنده روشن است، وگرنه (اگر بخواهیم آنکه گردنش بلند است برنده شود) شرط است اینکه حیوان گردن بلند، جلو بیفتد بیش از مقداری که بلند است، و اگر چنانچه جلو بیفتد کمتر از مقداری که بلند است، بدون شک حیوان دیگر که گردنش کوتاه است برنده شناخته می‌شود ولو سبق بأقل... ضمیر مقدر فاعلی در- سبق- بر می‌گردد به طویل.

و فی عبارة... یعنی در عبارت بسیاری از فقها چنین آمده است که برنده شدن، حاصل می‌شود به گردن و کتد هر دو (یعنی گردن و کتد حیوان، هر دو جلوتر از دیگری باشد) و کلمه کتد - که به فتح تاء خوانده شود مشهورتر از کسر آن است - عبارت است از محل اجتماع دو کتف، میانه بیخ گردن و پشت حیوان الفوقانیة یعنی تاء که دو نقطه‌اش بالا است و این تعبیر برای تعیین ضبط لغوی کلمه است که - کتد - به نقطه پایین خوانده نشود که به معنای جگر می‌شود و علیه یسقط... یعنی بنابراین قول، دیگر بعضی گردن را نمی‌توان ملاک برنده شدن قرارداد (بلکه باید به تمام گردن بر دیگری جلو باشد).

وقد يتفق السبق بالكند وحده كما لو قصر عنق السابق به، أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به، وبالقوائم فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق، لأن السبق يحصل بهما والجري عليهما.

والأولى حينئذ تعيين السبق بأحد الأربعة ومع الإطلاق يتجه الاكتفاء بأحدها، لدلالة العرف عليه.

نظريه سوم در برنده شدن

وقد يتفق... شارح می فرماید که در بعضی موارد، ملاک برنده شدن را می توان فقط «کند» قرارداد مثل دومورد زیر:

۱. جایی که یکی از دو اسب، گردش از گردن اسب دیگری کوتاهتر باشد، در این صورت اگر کند آن از کند دیگری جلوتر بیفتد، برنده خواهد شد گرچه گردش به جهت کوتاهی، عقب تر از دیگری باشد.

۲. در جایی که اسب ها گردششان به یک اندازه باشد ولی یکی از اسب ها موقع دویدن گردش را بالا بگیرد به طوری که نتوان برنده شدن را با گردن آنها سنجید (چون تشخیص داده نمی شود که گردن کدام یک جلوتر از دیگری است) در این صورت با «کند» تنها می توان برنده بودن یکی بر دیگری را به دست آورد.

نظريه چهارم در برنده شدن

شارح می فرماید: ملاک دیگری را برای برنده شدن می توان قرارداد و آن دست های اسب می باشد به این صورت که در انتهای مسافت، هر کدام از آنها که دست هایش جلوتر از دست های دیگری بود، برنده است چون دویدن و پیشی گرفتن با دستها انجام می گیرد.

سپس شارح درانتهای بحث می‌فرماید: حال که برای برنده شدن، می‌توان چهار ملاک قرار داد (تنها گردن، گردن و کتد با هم، تنها کتد، دستها) لذا بهتر است که مسابقه دهنده‌ها هنگام عقد، ملاک برنده شدن را تعیین نمایند، و اگر چنانچه تعیین نکردند، با هر ملاکی از آن چهار ملاک که برنده شد کفایت می‌کند و می‌تواند جایزه را بگیرد، چون در نظر عرف هر کدام از آن ملاک‌ها که تحقق یابد، برنده شناخته می‌شود. ترجمه و شرح عبارت: و قد يتفق... یعنی گاهی برنده شدن، به کتد تنها اتفاق می‌افتد مانند آنجا که گردن حیوانی که به کتد، جلو افتاده کوتاه‌تر از دیگری باشد، و یا مانند آنجا که یکی از دو اسب گردش را بالا بگیرد به طوری که نتوان برنده شدن را با گردن سنجید السابق به ضمیر به - کتد - بر می‌گردد و جارو مجرور متعلق است به سابق اعتبار به ضمیر اول بر می‌گردد به سبق، و ضمیر دوم بر می‌گردد به عنق و بالقوائم... (عطف است بر کتد) یعنی و گاهی برنده شدن، به چهار دست و پای حیوان واقع می‌شود یعنی حیوانی که با دودستش جلو باشد درانتهای مسافت، برنده است، زیرا پیشی گرفتن با دودست انجام می‌شود و حرکت و دویدن بر آن دو، صورت می‌گیرد.

والاولی هینند... یعنی حال که برنده شدن با آن چهار چیز تحقق می‌یابد، بهتر آن است که (در وقت عقد مسابقه) تعیین شود برنده شدن با یکی از امور چهارگانه، و در صورتی که عقد مسابقه، مطلق گذاشته شد (و در آن، برنده شدن با یکی از آن امور تعیین نگردید) نیکوست اینکه به یکی از آن امور اکتفا گردد (یعنی هریک از آن امور که تحقق یابد برنده شناخته شود) چون عرف دلالت می‌کند بر اینکه برنده شدن، با هر یک از این امور چهارگانه حاصل می‌شود.

ويطلق على السابق "المجلى".

(والمصلي هو الذي يحاذي رأسه صلى السابق وهما: العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله) والتالي هو الثالث، والبارع الرابع، والمرتاح الخامس، والحظي السادس، والعاطف السابع، والمؤمل - مبنيا للفاعل - الثامن واللطيم - بفتح أوله وكسر ثانيه - التاسع، والسكيت - بضم السين ففتح الكاف - العاشر، والفسكل - بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقنفذ - الأخير.

وتظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلى مالا، وللمصلي أقل منه، وهكذا.... إلى العاشر.

نام اسب های برنده مسابقه

(ويطلق على السابق... توضيح: در میان عرب، وقتی چند اسب را با یکدیگر بتازانند، تا یازده اسب را به لحاظ حالات مختلفی که در هنگام سبقت بر یکدیگر دارند، به ترتیب نامگذاری کرده اند، که ده تاى آنها که از همه اسب ها جلوتر می افتند، اسب های برنده مسابقه اند و اسب یازدهم برنده نیست.

مصنف دو تاى از آنها را ذکر نموده و بقیه را شارح ذکر نموده است بدین ترتیب:

۱. نام برنده شماره یک: «مجلى» به صیغه اسم فاعل از باب تفعیل، از ماده - جلا - یعنی ظهور، گرفته شده است، زیرا از بین اسب های برنده زودتر از همه خود را ظاهر ساخته به اینکه برنده شده، و یا چون مهارت اسب سوار را ظاهر ساخته.

۲. برنده دوم: «مصلی» این کلمه نیز به صیغه اسم فاعل از باب تفعیل می باشد، از ماده - صلا - بروزن عصا گرفته شده که نام استخوان برآمده در دو طرف دُم اسب می باشد، و جهت آنکه اسب مزبور را به آن اسم نامگذاری کرده اند: آن است که چون سرا سب مزبور، محاذی و برابر دو استخوان صلاى اسب قبلى قرار می گیرد.

۳. برنده سوم: «تالى» چون اسب مزبور در پی اسب قبلى قرار گرفته است.

۴. برنده چهارم: «بارع» از ماده - برع - به معنای برتری برهمردیفان است، چون اسب مزبور برتری یافته بر اسب‌های بعدی و از آنها جلوتر افتاده است.

۵. برنده پنجم: «مرتاح» (بروزن مختار) به صیغه اسم فاعل از باب افتعال، از ماده - روح - به معنای نشاط و خوشحالی است، چون اسب مزبور گویا خوشحال می‌شود به واسطه جلو افتادن از اسب‌های بعدی، و یا چون گویا نشاط یافته و به اسب‌های قبلی رسیده است.

۶. برنده ششم: «حظی» بروزن فعیل، از ماده - حظ - به معنای سهم و نصیب و بخت و شانس گرفته شده است، چون اسب مزبور دارای شانس و بخت می‌شود با جلو افتادن از اسب‌های بعدی، و یا چون اسب مزبور وقتی که به اسب‌های قبلی می‌رسد، دارای سهمی از جایزه می‌شود نزد صاحبش.

۷. برنده هفتم: «عاطف» از ماده - عطف - به معنای عطوفت و مهربانی گرفته شده، چون اسب مزبور مهربانی می‌کند به اسب‌های دیگر هنگام تاختن، و یا از ماده - عطف - به معنای میل گرفته شده، چون اسب مزبور میل دارد به اسب‌های قبلی که به آنها برسد، و یا از عطف به معنای برگشتن است چون اسب مزبور برگشته است تا به اسب‌های قبلی برسد.

۸. برنده هشتم: «مؤمل» به صیغه اسم فاعل از باب تفعیل، از ماده - أمل - به معنای امید گرفته شده، زیرا اسب مزبور امید می‌دهد به صاحبش اینکه به اسب‌های قبلی برسد.

۹. برنده نهم: «لطیم» بروزن شریف، از ماده - لطم - به معنای زدن با کف دست به صورت، گرفته شده، چون اسب مزبور زده می‌شود تا به اسب‌های قبلی برسد، پس وزن فعیل در اینجا به معنای اسم مفعول خواهد بود یعنی لطیم به معنای ملطوم است.

۱۰. برنده دهم: «سکیت» به صیغه تصغیر بدون تشدید کاف (وگاهی هم با تشدید خوانده شده) گویا از ماده - سکوت - گرفته شده، چون اسب مزبور در آخر اسب‌ها قرار گرفته است، ویا چون عدد اسب‌های برنده در آن اسب، قطع و تمام می‌گردد به جهت آنکه اسب دهم است.

۱۱. فسلک به کسرفاء و سکون سین و کس رکاف، ویا به ضم فاء و کاف بروزن قنفذ - اسب آخر است که بعد از ده اسب می‌آید.

دانستن اسم‌های یاد شده و نامگذاری اسب‌ها به آن نام‌ها، فایده‌اش در جایی دانسته می‌شود که جایزه را فقط برای برنده اول قرار ندهند بلکه برای هریک تا اسب دهم، جایزه قرار بدهند، البته مقدار آنها متفاوت باشد به این صورت که جایزه هر اسبی کمتر از اسب قبلی باشد.

ابونصر فراهی در کتاب «نصاب الصبیان» نام اسب‌ها را بدین گونه به شعر در آورده است:

ده اسبند در تاختن هریکی را	به ترتیب نامی است روشن نه مشکل
مجلّی، مصلّی، مسلّی و تالی	چو مرتاح و عاطف، حظّی و مؤمل
لطیم و سکیت، ارب، حاجت و عرق، خوی	فؤاد است قلب و جنان و حشا، دل
بدین ده، دوی دیگر الحاق می‌کن	یکی هست قاشور و دیگر چو فسلک

چنانچه ملاحظه می‌کنید، ترتیبی که در شعر مزبور آمده مخالف ترتیبی است که در عبارت شارح آمده است، چون در آن شعر نام اسب برنده سوم را، مسلّی قرار داده است، و نیز نام اسب دیگری را اضافه کرده بنام «قاشور» (و بعضی لغات دیگر هم در فواصل نام اسب‌ها آمده است، مثل: ازب، عرق، فؤاد و...) و در کتاب «صحاح اللغه» گفته است که قاشور و فسلک، دو نام دیگر برای اسب دهم - یعنی سکیت -

می‌باشند، و نام اسب‌ها را به این ترتیب زیر قرار داده: مجلی، مصلی، مسلی، تالی، عاطف، مرتاح، مؤئل، حظی، لطیم، سکیت (که دو نام دیگرش، فسکل و قاشور است).

ترجمه و شرح عبارت: **و یطلق...** یعنی به حیوان سابق (برنده اول) مجلی نیز گفته می‌شود، و مصلی (که برنده دوم است) آن اسبی است که سر او برابر دو صلو اسب سابق باشد، و دو صلو عبارت است از دو استخوانی که روییده شده‌اند طرف راست و چپ دم حیوان، و «تالی» اسب سوم است، و «بارع» اسب چهارم، و «مرتاح» اسب پنجم، و «حظی» اسب ششم، و «عاطف» اسب هفتم، و «مؤئل» به صیغه اسم فاعل (از باب تفعیل) اسب هشتم است، و «لطیم» به فتح اول یعنی لام، و کسر دوم یعنی طاء، اسب نهم است، و «سکیت» به ضم سین و فتح کاف، اسب دهم است، و «فسکل» به کسر فاء و سکون سین و کسر کاف، و یا به ضم فاء و کاف بروزن قنفذ، اسب آخر است.

و فایده‌ی نامگذاری اسب‌ها در جایی روشن می‌شود که (در عقد مسابقه) شرط کنند که برای «مجلی» مالی بدهند (مثلاً صد تومان) و به مصلی، کمتر از آن (مثلاً نود تومان) و به همین ترتیب (به هر اسبی کمتر از قبلی قرار بدهند) تا اسب دهم.

(ويشترط في الرمي معرفة الرشق) بكسر الراء وهو عدد الرمي الذي يتفقان عليه (كعشرين، وعدد الإصابة) كعشرة منها وصفتها من المارق) وهو الذي يخرج من الغرض نافذا ويقع من ورائه، (والخاسق) بالمعجمة والمهملة، وهو الذي يثقب الغرض ويقف فيه، (والخازق) بالمعجمة والزاي، وهو ما خدشه ولم يثقبه. وقيل: ثقبه ولم يثبت فيه، (والخاصل) بالخاء المعجمة والصاد المهملة، وهو يطلق على القارع وهو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، وعلى الخازق وعلى الخاسق - وقد عرفتهما - وعلى المصيب له كيف كان، (وغيرها) من الأوصاف كالخاصر وهو ما أصاب أحد جانبيه، والخارم وهو الذي يخرم حاشيته، والحابي وهو الواقع دونه ثم يحبو إليه، مأخوذ من حبو الصبي، ويقال: على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه وهو المزدلف، والقارع وهو الذي يصيبه بلا خدش.

شرایط مسابقه تیراندازی

ويشترط في الرمي... توضيح: شرایط مسابقه سوارکاری در بالا گذشت، و حالا شرایط مسابقه تیراندازی را بیان می نماید.

مصنف هفت شرط برای صحت عقد مسابقه تیراندازی بیان نموده است.

شرط اول

۱. اینکه عدد تیر انداختن را معلوم نمایند، یعنی باید معلوم شود که چند عدد تیر پرتاب شود، مثلاً بیست تیر.

شرط دوم

۲. اینکه عدد تیرهایی که به نشانه می‌خورد را معلوم نمایند، یعنی مشخص کنند که با زدن چند تیر به نشانه، تیرانداز برنده محسوب می‌شود، مثل اینکه بگویند که: هرکسی که ده تیر از بیست تیر را به نشانه بزند، برنده است.

بنابراین اگر بگویند: هرکسی که بیش از دیگری تیرهایش به نشانه بخورد، برنده است عقد مسابقه باطل خواهد بود.

شرط سوم

۳. اینکه صفت خوردن تیر به نشانه را معلوم نمایند، یعنی نحوه برخورد تیر به نشانه را مشخص نمایند، مثل اینکه بگویند که تیر به نشانه بخورد و آن را نخرشد، و یا آن را بخرشد، و یا آن را سوراخ کند و در آن بماند و یا از آن بگذرد و بیرون بیفتد، و یا به نشانه بخورد به هر جوری که باشد.

و به اعتبار این صفات، تیرها را نامگذاری کرده‌اند به نامهای مخصوصی که در ذیل نگاشته می‌شود:

۱. مارق: و آن تیری است که نشانه را سوراخ کرده و از آن بگذرد و پشت آن بیفتد.
۲. خاسق: و آن تیری است که نشانه را سوراخ کند و در آن بماند.
۳. خازق: در تفسیر آن دو قول است: اول - اینکه آن تیری است که نشانه را بخرشد و آن را سوراخ نکند. دوم - اینکه آن تیری است که نشانه را سوراخ کند ولی در آن نماند.
۴. خاصل: برای آن چهار تفسیر شده است:

اول: آن تیری است که به نشانه بخورد و در آن اثر نگذارد یعنی آن را نخراند، و به آن «قارع» نیز گفته می‌شود چنانکه بعد از این خواهد آمد.

دوم: تفسیری که برای «خازق» ذکر شد.

سوم: تفسیری که برای «خاسق» ذکر شد.

چهارم: تیری که به نشانه بخورد به هر نحوه که باشد حتی به آن نحوه‌هایی که بعد از این ذکر می‌شود مثل خاصر و خارم و حابی.

۵. خاصر: و آن تیری است که به یکی از دو طرف نشانه بخورد.

۶. خارم: آن تیری است که کناره‌ی نشانه را بشکافد.

۷. حابی: برای آن دو تفسیر شده است:

اول: آن تیری است که نزدیک نشانه بیفتد سپس خودش را به سوی نشانه بکشانند.

دوم: آن تیری است که جلوی نشانه به زمین بخورد سپس به سوی نشانه بجهد و به آن بخورد و به آن «مزدلف» نیز گفته می‌شود.

۸. قارع: آن تیری است که به نشانه بخورد و بر آن خراشی وارد نسازد.

ترجمه و شرح عبارت: و یشتروط... یعنی شرط است در مسابقه تیراندازی (اول:): دانستن رشق و آن - به کسرراء - یعنی تعداد تیر انداختنی که بر آن توافق نموده‌اند مثلاً بیست تیر، و (دوم:): دانستن تعداد خوردن تیر به نشانه، مثل ده تیر از آن بیست تیر، و (سوم:): دانستن نحوه خوردن تیر به نشانه از قبیل اینکه تیر مارق باشد و آن تیری است که از نشانه بیرون رود در حالی که آن را سوراخ کرده، و از پشت آن بیفتد.

المارق... و از همین ماده گرفته شده گروه مارقین که به خوارج نهروان گفته می‌شود، و آنها را از آن جهت به این نام خوانده‌اند که مانند تیری که از کمان در می‌گذرد، از دین بیرون رفتند چنانکه در حدیث نبوی آمده:

«يُخْرِجُ فِي آخِرِ الزَّمَانِ قَوْمَ أَحْدَاثِ الْأَسْنَانِ، سَفَهَاءِ الْأَحْلَامِ، يَقْرَءُونَ الْقُرْآنَ، لَا يَجَاوِزُ تَرَاقِيهِمْ، يَقُولُونَ نَحْنُ خَيْرُ الْبَرِيَّةِ، يَمْرُقُونَ مِنَ الدِّينِ كَمَا يَمْرُقُ السَّهْمُ مِنَ الرَّمِيَّةِ»

یعنی در آخر الزمان جوانان کم سالی بیرون می‌آیند که سفیهانند، قرآن می‌خوانند ولی قرآن از استخوان سینه ایشان نمی‌گذرد و می‌گویند: ما بهترین کسانی‌م و آنان از دین بیرون می‌روند همچنانکه تیر از کمان بیرون می‌رود.

و الخاسق... یعنی تیری که خاسق باشد و آن - به خاء نقطه دار و پس از آن سین بی نقطه - تیری است که سوراخ می‌کند نشانه را و در آن می‌ماند و الخازق... یعنی و تیری که خازق باشد و آن - به خاء نقطه دار و زاء - تیری است که بخراشد نشانه را و سوراخ نکند آن را، و بعضی گفته‌اند آن تیری است که سوراخ کند نشانه را و در آن نماند و الخاصل... یعنی تیری که حاصل باشد و آن - به خاء نقطه دار و صاد بی نقطه - (بر چهار تیر اطلاق می‌شود: ۱). بر تیری که قارع است گفته می‌شود و قارع آن تیری است که به نشانه بخورد و در آن اثری نگذارد یعنی نخراشد آن را (چنانکه بعداً در عبارت شارح نیز خواهد آمد) و (۲ و ۳) بر تیر خازق و تیر خاسق که معنای آنها را دانستید، اطلاق می‌شود و (۴) بر تیری که به نشانه بخورد به هر نحوه که باشد، اطلاق می‌شود کیف کان توضیح آن سابقاً گذشت.

و غیرها من الاوصاف... یعنی و غیر آن از صفات دیگر مثل:

۱. تیر خاصر: و آن تیری است که به یکی از دو طرف نشانه بخورد (مقصود از دو طرف نشانه، این نیست که به بیرون از نشانه (طرف راست یا طرف چپ) بخورد بلکه مقصود آن است که به وسط نشانه نخورد بلکه به حاشیه و پهلوی راست یا چپ آن بخورد).

۲. و مثل تیر خارم: و آن تیری است که بشکافد حاشیه نشانه را (یعنی به یک طرف نشانه بخورد و آن را سوراخ نکند بلکه بشکافد آن را).

۳. و مثل تیر حابی و آن تیری است که نزدیک نشانه بخورد سپس بکشد خود را بسوی نشانه (گویا این معنا در جایی تصویر می شود که نشانه در طرف بالا باشد و تیر انداز تیر را از پایین هدف بگیرد، و یا به عکس یعنی نشانه در طرف پایین باشد و تیر انداز آن را از طرف بالا هدف بگیرد، و شاید تصویر دیگری هم بشود تأمل کنید).

و نام «حابی» از ماده - حبو الصبی - گرفته شده، و حبو الصبی یعنی بر روی شکم رفتن بچه (که خود را با شکم بر روی زمین می کشد و می رود).

و نیز حابی بر تیری گفته می شود که جلوی نشانه (بر زمین) بیفتد سپس بجهد به سوی نشانه و به آن بخورد، که به آن «مزدلف» گفته می شود.

۴. و مثل تیر قارع: و آن تیری است که به نشانه بخورد بدون آنکه بر آن خراشی وارد سازد.

و مقتضی اشتراطه تعیین الصفة بطلان العقد بدونه - وهو أحد القولین - لاختلاف النوع الموجب للغرر.

وقیل: یحمل علی آخر ما ذكره بمعناه الأخير. وهو الأقوی، لأنه القدر المشترك بین الجميع فیحمل الإطلاق علیه، ولأصالة البراءة من وجوب التعین، ولأن اسم الإصابة واقع علی الجميع فیکفی اشتراطه، ولا غرر حیث یعلم من الإطلاق الدلالة علی المشترك.

و مقتضی اشتراطه... توضیح: شارح می‌فرماید که: از اینکه مصنف، تعیین صفت خوردن تیر را از شرایط مسابقه تیراندازی قرارداد، استفاده می‌شود که اگر در عقد مسابقه، آن را تعیین نکنند، عقد باطل است.

و دلیل آن این است که چون بر خورد تیر به نشانه، انواع مختلف دارد چنانکه دانسته شد و چه بسا شخصی در بعضی از آن انواع، مهارت بیشتری داشته باشد نسبت به نوع دیگر، که اگر در آن نوع، مسابقه برگزار شود چه بسا او برنده شود و اگر در نوع دیگر باشد برنده نشود، بدین جهت برای اینکه جهالتی در میان نباشد و نزاعی پیش نیاید، باید نوع خوردن تیر به نشانه را در عقد تعیین نمایند.

ولی بعضی از فقها، تعیین صفت خوردن را شرط ندانسته‌اند و عقد را بدون تعیین آن باطل نمی‌دانند و گفته‌اند: اگر در عقد، صفت خوردن تیر را تعیین نکردند، عقد را بر صفت «خاصل» به معنای چهارمش باید حمل نمود و آن خوردن تیر به نشانه است به هر نحوی که باشد. یعنی اگر یکی از طرفین، تیرهای معین را به هر نحوه نشانه زد برنده خواهد بود. و دلیل این قول، سه چیز است:

۱. اینکه چون صفت «خاصل» به معنای چهارمش، قدر مشترک بین تمام صفت‌های ذکر شده می‌باشد پس اطلاق عقد را حمل بر آن قدر مشترک می‌نمائیم.

۲. اینکه چون شک داریم آیا تعیین صفت شرط است یا نه، اصل برائت حکم می‌کند به عدم اشتراط آن.

۳. اینکه ملاک دربرنده شدن، آن است که صدق کند خوردن تیر به نشانه، و در هر کدام از صفت‌هایی که ذکر شد، صدق می‌کند خوردن تیر به نشانه، پس وقتی که در شرط دوم، شرط کردند خوردن تیر به نشانه را همین مقدار کفایت می‌کند در صحت عقد، و دیگر لازم نیست صفت خوردن را شرط نمایند، و دربرنده شدن، به هر صفتی که تیر را به نشانه زدند، خوردن تیر به نشانه، صدق خواهد کرد.

و اینکه در دلیل قول اول گفته شد که اگر صفت، تعیین نشود جهالت و غرر لازم می‌آید، در جواب گوئیم که وقتی از اطلاق عقد، قدر مشترک از صفت‌ها استفاده می‌شود (یعنی هر نحوه از خوردن تیر به نشانه) دیگر جهالتی در میان باقی نمی‌ماند.

ترجمه و شرح عبارت: و مقتضی... یعنی مقتضای شرط کردن مصنف، تعیین صفت خوردن تیر به نشانه را، آن است که عقد مسابقه بدون تعیین آن باطل خواهد بود، و این یکی از دو قول درمسأله است، و دلیلش آن است که چون خوردن تیر به نشانه، انواع مختلفی دارد که این اختلاف نوع، سبب جهالت می‌شود (و در نتیجه تعیین نکردن نوع و صفت، موجب غرری شدن عقد می‌گردد و هر عقدی که غرری باشد باطل است) الموجب صفت است برای اختلاف.

و قیل یحمل... یعنی و بعضی از فقها گفته‌اند: (اگر در عقد، نحوه برخورد تیر به نشانه، تعیین نگردد، عقد باطل نمی‌شود بلکه اطلاق عقد) حمل می‌شود بر آخرین صفتی که مصنف ذکر نمود به معنای آخرش (آخرین صفتی که مصنف ذکر نمود، «خاصل» بود، و معنای آخرش که برای «خاصل» ذکر شد، تیری بود که به نشانه برخورد به هر نحوه که باشد).

و (شارح می‌فرماید که: این قول قوی است (و دلیل آن سه چیز است: اول اینکه چون این معنا (یعنی صفت «خاصل» به معنای آخرش) قدر مشترک میان همه انواع و صفت‌های ذکر شده می‌باشد پس اطلاق عقد بر آن حمل می‌شود، و (دلیل دوم) برای اینکه اصل، براثت از وجوب تعیین صفت است (وجوب در اینجا وجوب شرطی است یعنی اصل عدم اشتراط تعیین است) و (دلیل سوم) برای اینکه نام اصابت (یعنی خوردن تیر به نشانه) بر همه انواع و صفت‌های ذکر شده صدق می‌کند (یعنی تمام صفت‌های ذکر شده، در این جهت با هم مشترکند که تیر در همه آنها به نشانه خورده است) پس اشتراط خوردن به نشانه، کفایت می‌کند (بدون آنکه صفت خوردن را شرط نمایند، یعنی همین قدر که بگویند «برنده آن کسی است که ده تیر از بیست تیر به نشانه بخورد» کافی است در صحت عقد مسابقه) و غرری هم لازم نمی‌آید، به جهت آنکه از اطلاق عقد، قدر مشترک بین همه صفت‌ها و نوع‌ها فهمیده می‌شود (و قدر مشترک چنانکه گفته شد خوردن تیر به نشانه است به هر نحو که باشد) یحمل ضمیر مقدر در آن بر می‌گردد به عقد یعنی اطلاق عقد اشتراطه ضمیر به - اصابت - بر می‌گردد و مذكر بودن ضمیر به اعتبار آن است که - اصابت - مصدر است و در مصدر، تذکیر و تأنیث فرقی ندارد.

(وقدر المسافة) إما بالمشاهدة، أو بالتقدير كمائة ذراع، لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد، (و) قدر (الغرض) وهو ما يقصد أصابته من قرطاس، أو جلد، أو غيرهما، لاختلافه بالسعة والضيق.

ويشترط العلم بوضعه من الهدف وهو ما يجعل فيه الغرض من تراب، وغيره، لاختلافه في الرفة، والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابة.

شرط چهارم از شرایط تیراندازی

(وقدر المسافة)... توضیح: شرط چهارم در مسابقه تیراندازی آن است که مقدار فاصله تیرانداز تا نشانه، معلوم باشد در وقت عقد.

و معلوم کردن آن یا باید به واسطه مشاهده باشد، و یا با اندازه گیری یعنی مثلاً در عقد بگویند که در فاصله پنجاه متری مسابقه برقرار می شود.

و دلیل این شرط آن است که چون دوری و نزدیکی نشانه در خوردن تیر به آن، تأثیر دارد، زیرا بعضی از تیراندازها از فاصله نزدیک می توانند به نشانه بزنند، و بعضی برعکس از فاصله دور می توانند به نشانه بزنند، پس باید مقدار فاصله در وقت عقد، معلوم باشد.

شرط پنجم

آن است که مقدار بزرگی و کوچکی نشانه معلوم باشد، و نشانه عبارت از آن چیزی است که تیر را به آن می زنند و آن از جنس کاغذ یا پوست یا غیر آن می باشد که آن را به محلی نصب می نمایند.

و دلیل شرط بودن آن این است که بزرگی و کوچکی نشانه در خوردن تیر به آن تأثیر دارد، به جهت آنکه هر چه نشانه کوچکتر باشد، خوردن تیر به آن مشکل تر است.

و باید جایگاه نشانه در هدف نیز معلوم باشد، و هدف عبارت از توده خاک یا تخته‌ای است که نشانه را در آن قرار می‌دهند (و در فارسی به آن آماج گویند) پس باید معلوم کنند که نشانه را در طرف بالای هدف قرار می‌دهند یا در پایین آن، چون بالا بودن نشانه و پایین بودن آن تأثیر در خوردن تیر به آن دارد.

ترجمه و شرح عبارت: **و قدر المسافة...** (عطف است بر ما قبل، و تقدیر عبارت چنین است که: و یشرط معرفة قدر المسافة...) یعنی و نیز شرط است معلوم بودن مقدار فاصله به واسطه مشاهده و یا با اندازه‌گیری مثلاً صد ذراع (تقریباً پنجاه متر) **لاختلاف...** (علت است برای شرط بودن مقدار مسافت) یعنی به جهت آنکه به نشانه خوردن تیر، فرق می‌کند با نزدیک بودن یا دور بودن نشانه **و قدر الغرض...** (یعنی و یشرط معرفة قدر الغرض) یعنی و نیز شرط است معلوم بودن اندازه نشانه، و نشانه عبارت از آن چیزی است که خوردن تیر به آن، مقصود است، که از جنس کاغذ یا پوست یا غیر آنها می‌باشد.

لاختلافه... (علت است برای شرط بودن اندازه نشانه) یعنی چون نشانه مختلف است به گشاد بودن یا تنگ بودن (یعنی ممکن است نشانه گشاد باشد و ممکن است تنگ باشد، و اختلاف مزبور سبب این می‌شود که خوردن تیر به نشانه نیز مختلف شود) **و یشرط...** یعنی و باید معلوم باشد محل قرار گرفتن نشانه در هدف، و هدف عبارت از آن چیزی است که نشانه در آن قرار می‌گیرد، و از خاک یا غیر آن (مثل تخته یا دیوار) درست می‌کنند **لاختلافه...** (علت است برای اشتراط معلوم بودن محل نشانه) یعنی چون نشانه ممکن است مختلف قرار داده شود، در بالا و یا پایین هدف قرار داده شود که این اختلاف محل، سبب اختلاف خوردن تیر به نشانه می‌شود **الموجب...** صفت است برای - اختلافه -.

(والسبِق) وهو العوض، (وتماثل جنس الآلة) أي نوعها الخاص كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص، لاختلاف الرمي باختلافها.

شرط ششم

(والسبِق... توضیح: شرط ششم از شرایط مسابقه تیراندازی آن است که مقدار جایزه‌ای که برای برنده قرار می‌دهند معلوم باشد، تا اینکه جهالتی در عقد نباشد و عقد غرری نشود.

بنابراین اگر مقدار آن را تعیین نکنند، عقد باطل می‌شود همچنانکه اگر اصلاً جایزه‌ای را قرار ندهند، نیز عقد باطل می‌شود به نظر مصنف چنانکه سابقاً قبل از بیان شرایط مسابقه اسب سواری، گذشت در آنجا که مصنف فرمود: (وتعیین العوض) و شارح در ذیل آن فرمود که از عبارت مصنف استفاده می‌شود که قرارداد عوض (جایزه) شرط صحت عقد مسابقه است که بدون آن، عقد باطل است.

شرط هفتم

اینکه وسیله تیراندازی هر دو از یک نوع باشد، مثل اینکه هر دو کمان عربی باشد (نه اینکه یکی کمان عربی و دیگری کمان عجمی باشد) و یا مثل اینکه هر دو کمان، ساخت زید باشد (نه اینکه یکی ساخت زید و دیگری ساخت عمرو باشد با فرض اینکه ساخت آنها با یکدیگر فرق داشته باشد).

و دلیل شرط بودن آن، این است که اختلاف وسیله، سبب اختلاف نحوه تیر انداختن و خوردن تیر به نشانه است، زیرا بعضی از کمانها ظریفتر از بعضی دیگر است و زودتر تیر را به نشانه می‌زند، پس برای اینکه جهالتی در میان نباشد و عقد غرری نشود باید وسیله تیراندازی هر دو یک نوع باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **و السبق** (به فتح سین و باء) یعنی عوض و جایزه (ناگفته نماند که این کلمه احتمال دارد عطف به غرض باشد و تقدیر عبارت چنین می‌شود که: «و معرفة قدر السبق» و احتمال دارد عطف بر «معرفة الرشق» باشد که تقدیر عبارت چنین می‌شود که: «و يشترط في الرمي، السبق» و این احتمال دوم طبق فتوای مصنف درست است، چون همانطوری که در بالا گفتیم، مصنف اصل قرارداد دادن جایزه را شرط صحت عقد می‌داند پس در اینجا مقصود مصنف این می‌شود که شرط است در عقد تیراندازی، اینکه جایزه قرار بدهند، هر چند این شرط را سابقاً نیز بطور کلی بیان نموده است).

و تماثل... عطف است بر- معرفة الرشق - نه اینکه عطف باشد بر- الرشق - چون اگر عطف بر رشق باشد، کلمه معرفت بر سر آن در می‌آید و معنای عبارت این می‌شود که «شرط است داشتن معرفت به همجنس بودن آلت» و حال آنکه این معنی درست نیست، زیرا داشتن معرفت به آن، شرط نیست بلکه خود همجنس بودن آلت، شرط می‌باشد (برخلاف شش چیزی که قبل از این ذکر شد، که داشتن معرفت به آنها شرط است).

پس عبارت مصنف از اول «و يشترط في الرمي» تا به اینجا، در واقع به دو شرط بر می‌گردد و گویا چنین فرموده که: «و يشترط في الرمي أمران: احدهما معرفة الأمور الستة (الرشق وعدد الإصابات وصفاتها وقدر المسافة وقدر الغرض والسبق) والثاني: تماثل جنس الالة».

أي نوعها... تفسیر جنس به نوع، اشاره به این است که مقصود از جنس در اینجا، جنس در اصطلاح اهل منطق نیست چون جنس در اصطلاح فقها غالباً بر نوع گفته می‌شود، بنابراین، مقصود مصنف آن است که وسیله تیراندازی آنها هر دوازده نوع خاصی باشد مانند کمان عربی، و یا کمانی که منسوب به وضع خاصی است یعنی

کمانی که فلان گونه باشد (مثلاً کمانی است که ساخت زید باشد و یا ساخت عمرو) لإختلاف... (علت است برای شرط بودن همجنس بودن آلت) یعنی زیرا نحوه تیر انداختن، مختلف می شود به سبب اختلاف وسیله تیراندازی (یعنی اختلاف وسیله تیراندازی، تأثیر دارد در نحوه تیر انداختن و برخورد آن به نشانه).

(لا شخصها)، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله. بل قيل: إنه لو عينه لم يتعين، وجاز الإبدال، وفسد الشرط. وشمل إطلاق "الآلة" القوس، والسهم، وغيرهما. وقد ذكر جماعة أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس. وأنه لو لم يعين جنس الآلة انصرف إلى الأغلب عادة لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت فسد العقد، للغرر.

(لا شخصها)... توضیح: دانسته شد که شرط است نوع وسیله تیراندازی مثل هم باشد.

اکنون می‌فرماید: شرط نیست که شخص وسیله آنها مثل هم باشد یعنی لازم نیست فرد خارجی آن نوع در خارج، تعیین گردد که مثلاً گفته شود: شما با این فرد خارجی - معین - از کمان عربی، تیراندازی کن و من هم با این فرد خارجی - معین - از کمان عربی تیراندازی می‌کنم.

و دلیل عدم اشتراط آن، دوجایز است:

۱. بعد از آنکه نوع وسیله، تعیین گردید، دیگر فایده ندارد که فرد خارجی آن وسیله هم تعیین گردد و احتیاجی هم به تعیین آن نیست.

۲. اینکه اگر تعیین فرد آن در خارج، شرط باشد، مسابقه‌دهنده‌ها را چه بسا در تنگنا قرار دهد، زیرا ممکن است برای آن فرد خارجی از کمان، مانعی عارض گردد - مثلاً بشکند - که در نتیجه احتیاج به عوض کردن آن باشد، که با شرط مزبور نمی‌توان آن را عوض کرد و بالاخره مسابقه معطل می‌ماند.

بعضی از فقها بالاتر رفته و گفته‌اند: حتی اگر فرد خارجی آن را هم با شرط کردن، تعیین کنند، تعین پیدا نمی‌کند و ملزم نمی‌شوند که حتماً با آن فرد تیراندازی کنند

بلکه می‌توانند آن را تبدیل به فرد دیگر کنند، و شرط کردنشان باطل می‌گردد (و به عبارت دیگر شرط آنها لغو خواهد بود).

ترجمه و شرح عبارت: **لاشخصها...** یعنی تماثل شخص آن وسیله شرط نیست (که هر دو با فرد معین و مشخصی از نوع، تیراندازی کنند) زیرا (اولاً: پس از تعیین نوع وسیله، دیگر تعیین شخص آن فایده‌ای در بر ندارد، و (ثانیاً) برای آنکه تعیین شخص، مسابقه‌دهنده‌ها را به تنگنا می‌کشد به واسطه آنکه چه بسا مانعی (مثل شکستن) بر آن وسیله مشخص، عارض گردد که (نگذارد از آن استفاده شود و) نیازمند کند به تعویض آن **یحوج** به صیغه فعل مضارع از باب افعال، صفت است برای - عروض مانع - **بل قیل**... یعنی بلکه گفته شده: اگر تیرانداز، شخص آن وسیله را هم (با شرط کردن در ضمن عقد) معین کند، تعیین پیدا نمی‌کند و می‌تواند آن را عوض نماید، و شرط او هم باطل است.

و شمل اطلاق... توضیح: مصنف در عبارتش کلمه «آلت» را بکار برده، شارح می‌فرماید: کلمه آلت چون اطلاق دارد، تمام وسائل تیراندازی را شامل می‌شود چه کمان و چه تیروچه غیر آنها را بنابراین، از عبارت می‌توان استفاده کرد که در نظر ایشان شرط است که تمام وسائل تیراندازی، در نوع، مثل هم باشند، مثلاً باید تعیین کنند که هر دو تیرشان عجمی باشد (که به آن در کلام عرب، نشاب گویند) یا تیر عربی باشد.

ولی عده‌ای از فقها در مورد تیر، تعیین نوع را شرط نمی‌دانند، پس اگر تیر یکی از مسابقه‌دهنده‌ها تیر عجمی باشد و تیر دیگری، تیر عربی باشد، مسابقه صحیح است.

دلیل این قول آن است که اختلاف تیرها در نوع، چندان نیست که تأثیر بسزایی در تیراندازی و به هدف زدن تیر داشته باشد، برخلاف کمان که تأثیر بسزایی در تیر اندازی و به هدف زدن دارد چنانکه در بالا دانسته شد.

همان گروه از فقها، در مورد تمام وسائل تیراندازی گفته‌اند: اگر نوع وسیله، تعیین نگردد، عقد مسابقه باطل نمی‌شود بلکه عقد، انصراف پیدا می‌کند به آن نوع وسیله‌ای که مردم بیشتر از آن استفاده می‌کنند، چون وجود نوع غالب در بین مردم، جای اشتراط لفظی در عقد را می‌گیرد پس همانطوری که اگر لفظاً نوع وسیله را شرط کنند، عقد، صحیح می‌گردد، همچنین با وجود نوع غالب در بین مردم، عقد مسابقه صحیح خواهد بود.

ولی اگر نوع غالب در بین مردم نبود، باید نوع وسیله را لفظاً تعیین نمایند و بدون آن، عقد مسابقه باطل می‌گردد، به جهت جهالت در عقد.

ترجمه و شرح عبارت: و شمل... یعنی اطلاق کلمه «آلت» (در عبارت مصنف) شامل می‌شود کمان و تیرو غیر آن را (پس باید تمام اینها در نوع، مثل هم باشند) ولی گروهی از فقها گفته‌اند که شرط نیست نوع تیر، تعیین شود چون تیرها (از نظر نوع) چندان با هم اختلاف ندارند تا موجب اختلاف در تیراندازی (و در هدف زدن) شود، برخلاف کمان.

و انه لولم... (عطف است بر انه لا یشرط ـ) یعنی و همچنین (آن عده از فقها مطلب دیگری گفته‌اند و آن اینکه: اگر نوع وسیله تیراندازی (چه کمان و چه تیر) معین نشود، عقد، انصراف پیدا می‌کند به آنچه در عرف و عادت مردم غالباً از آن استفاده می‌شود، چون وجود غالب در بین مردم به منزله اشتراط لفظی (در عقد) است.

حال اگر عادت (و عرف مردم) مضطرب بود (یعنی معلوم نبود که مردم بیشتر از کدام نوع وسیله استفاده می‌کنند) عقد مسابقه (بدون تعیین نوع) باطل می‌گردد به خاطر غرر و جهالت.

(ولا يشترط) تعيين (المبادرة) وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق، خمسة من عشرين، (ولا المحاطة) وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه.

«مبادرة» یا «محاطة» در تیراندازی

(ولا يشترط) تعيين... توضیح: مسابقه تیراندازی به دو صورت انجام می‌گیرد: مبادرة، محاطة.

۱. مبادرة: به این صورت است که قرارداد کنند که مثلاً از بیست عدد تیر، هر کسی زودتر ۵ عدد تیر به هدف خورده اش، تکمیل گردید، او برنده است و جایزه مال اوست.
۲. محاطه (به تشدید طاء) به این صورت است که: قرارداد کنند که مثلاً از بیست عدد تیر، هر کسی تیرهای به هدف خورده اش، ۵ عدد بیشتر از تیرهای به هدف خورده‌ای دیگری باشد، او برنده است.

حال که معنای این دو صورت از مسابقه معلوم شد، گوئیم آیا شرط است در صحت عقد مسابقه تیراندازی، اینکه در ضمن عقد، تعیین نمایند که مسابقه به کدام یک از آن دو صورت انجام بگیرد، یا اینکه تعیین آن شرط نمی‌باشد؟

می‌فرماید: تعیین آن شرط نمی‌باشد، چون اصل عدم اشتراط است، و دلیلی از روایت بر اشتراط آن نداریم، و جهالتی هم در عقد پیش نمی‌آید، چون اطلاق عقد را باید حمل بر صورت محاطه نمود و مسابقه آنها به صورت محاطه باید انجام بگیرد (دلیل این مطلب را شارح در ذیل عبارت مصنف: «ويحمل المطلق على المحاطة» بیان خواهد نمود و ما در آنجا توضیح خواهیم داد).

ترجمه و شرح عبارت: **ولا یشترط...** یعنی (در مسابقه تیراندازی) شرط نیست اینکه تعیین کنند صورت مبادره را، و آن عبارت از آن است که شرط کنند جایزه، مال آن کسی باشد که زودتر از دیگری به هدف بزند عدد معینی از مقدار معینی تیرزده‌ها، با فرض تساوی هر دو تیرانداز در تعداد تیرهایی که انداخته‌اند مانند پنج تیر از بیست تیر (پنج تیر، مثال است برای عدد معین از تیرهای به هدف خورده، و بیست تیر مثال است برای مقدار تیرهایی که باید بیندازند).

ولا المحاطة... یعنی و همچنین شرط نیست اینکه تعیین کنند صورت محاطه را، و آن عبارت از آن است که شرط کنند جایزه، مال آن کسی باشد که خالص بماند برای او از تیرهای به نشانه خورده، عدد معلومی (مثلاً پنج عدد) بعد از آنکه تیرهای به نشانه خورده یکی از تیراندازها، با تیرهای به نشانه خورده دیگری مقابله گردد و عدد مشترک از نشانه خورده‌ها کم گردد (البته در این صورت نیز عدد تیرهایی که می‌زنند باید معلوم باشد، چنانکه شارح در صورت مبادرت بیان نمود و آن بیست تیر مثلاً، پس اگر فرض کنیم که در عقد، چنین قرارداد کرده باشند که: «برنده آن کسی است که از بیست تیر، پنج تیر بیش از دیگری به نشانه بزند» چنانچه از بیست عدد تیر، یکی از آنها پانزده عدد به نشانه زد، و دیگری ده عدد، عدد مشترک همان عدد ده است، پس ده تیر به نشانه خورده از این تیرانداز، با ده تیر به نشانه خورده از تیرانداز دیگر، مقابل هم قرار می‌گیرند و عدد ده از ۱۵ کم می‌گردد و در نتیجه ۵ عدد برای صاحب ۱۵، خالص می‌ماند که بیش از دیگری به نشانه زده است.

و با این توضیح، وجه نامگذاری به «محاطة» روشن می‌گردد چون این کلمه از ماده - حط - مشتق است یعنی کم کردن، و در مسابقه محاطه چون عدد تیرهای به نشانه خورده یکی را از عدد تیرهای به نشانه خورده دیگری، کم می‌کنند - مثل عدد ده از عدد ۱۵ در مثال بالا - لذا آن را «محاطه» نامیده‌اند.

(ويحمل المطلق على المحاطة)، لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كله لتكون الإصابة المعينة منه، وبالمبادأة قد لا يفتقر إلى الإكمال فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة مثلاً فقد نضله صاحب الخمسة، ولا يجب عليه الإكمال.

بخلاف ما لو شرط المحاطة، فإنهما يتحاطان أربعة بأربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد، ويجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد بإصابة خمسة فيما يبقى.

(ويحمل المطلق... توضيح: گرچه تعیین صورت مبادأة و یا محاطة، در مسابقه تیراندازی، شرط نمی باشد ولی طرفین اگر بخواهند یکی از آن دو صورت را در عقد، تعیین نمایند اشکالی ندارد.

حال فرض مسأله ما در جایی است که یکی از آن دو صورت را در عقد تعیین نکنند و عقد را مطلق بگذارند، مثلاً در عقد چنین قرارداد کنند که: «جایزه مال آن کسی است که با پنج عدد تیر به هدف خورده از بیست عدد تیر، برنده شود» و دیگر بیان نکنند که ۵ عدد را به صورت مبادأة بزنند یا به صورت محاطة.

در این فرض مسأله، بین فقها اختلاف است که آیا اطلاق عقد را باید حمل بر صورت محاطة کرد یا مبادأة؟ دو نظریه در آن وجود دارد:

۱. مصنف و مشهور گفته اند که باید حمل بر محاطة کرد، و مسابقه را به صورت محاطة برگزار کنند.

و دلیل آن این است که جایزه را برای آن جهت قرار می دهند که تعداد معینی از عدد تیرهایی که در عقد شرط کرده اند، به نشانه بخورد (یعنی مثلاً ۵ عدد تیر از بیست عدد به نشانه بخورد) و این قرارداد اقتضا می کند که باید تمام عدد تیرهایی را که در عقد شرط کرده اند (بیست عدد در مثلاً بالا) را پرتاب کنند تا صدق کند که

تیرهایی که به نشانه خورده، از آن عدد تیرهای شرط شده بوده است (یعنی صدق کند که ۵ عدد تیری که به نشانه خورده، از آن بیست عدد تیر بوده) حال که مقتضای قرارداد، چنین است، ما می‌بینیم که از آن دو صورت (مبادره و محاطه) اگر مسابقه‌دهنده‌ها به صورت محاطه عمل کنند، حتماً به مقتضای قرارداد عمل خواهد شد.

و اما اگر به صورت مبادره عمل کنند چه بسا به مقتضای قرارداد عمل نشود، زیرا در مبادره گاهی احتیاجی به تکمیل عدد تیرهای شرط شده در عقد (یعنی بیست تیر مثلاً) نمی‌شود، چون اگر به هدف خوردن ۵ عدد از بیست تیر را شرط کرده باشند، آنگاه هریک از آنها ده عدد تیر بزنند و یکی از آنها از آن ده تیر، ۵ عدد را به نشانه بزنند و دیگری ۴ عدد را به نشانه بزنند، در همین جا مسابقه متوقف شده و صاحب ۵، برنده محسوب می‌شود، چون مبادره عبارت از آن بود که پنج عدد تیر به هدف خورده را زودتر تکمیل کنند، و در اینجا یکی از آنها با زدن ده تیر، پنج عدد را به هدف زده است پس دیگر لازم نیست باقی مانده تیرها (ده عدد باقیمانده) را هم ببیند از د، زیرا غرض از مبادره، زودتر تکمیل کردن عدد تیرهای به نشانه خورده است، و در اینجا این غرض در ضمن ده عدد تیر حاصل گردید پس احتیاجی به تکمیلی باقی مانده از بیست عدد تیر نیست در حالی که مقتضای عقد این بود که تمام بیست تیر تکمیل گردد.

بر خلاف صورت محاطه که در آن باید عدد تیرهای شرط شده در عقد (یعنی بیست تیر) تکمیل گردد، چون تا همه تیرها انداخته نشود، معلوم نمی‌شود که کدام یک از آنها اضافه برد دیگری به هدف زده است، مثلاً در همان مثال بالا وقتی به صورت محاطه بخواهند مسابقه را برگزار کنند (که هر کسی پنج عدد تیر اضافه برد دیگری به هدف بزند برنده است) بعد از آنکه از ده تیر، یکی ۵ عدد به نشانه زد و دیگری ۴ عدد به نشانه زد، عدد چهار از عدد پنج کسر می‌گردد و یکی برای صاحب ۵ می‌ماند، یعنی

تا اینجا صاحب ۵، یک عدد بردیگری اضافه به هدف زده است و هنوز به ۵ عدد (که در عقد شرط شده است) نرسیده است لذا باید باقی مانده تیرها از بیست تیر را هم بیندازند تا معلوم شود کدامیک ۵ عدد بیشتر از دیگری به هدف می‌زند، زیرا احتمال دارد هر کدام از آنها در باقی مانده از تیرها، پنج عدد اضافه را به خود اختصاص دهد و او برنده شود، چون احتمال دارد از ده عدد تیرهای باقی مانده، صاحب ۵، چهار تیر دیگر به هدف بزند، و صاحب ۴، هیچ تیری را به هدف نزند، صاحب ۵، برنده می‌شود چون یک تیر قبلاً اضافه داشت و در اینجا هم چهار تیر اضافه زده پس ۵ تیر اضافه، تکمیل می‌گردد. و احتمال دارد صاحب چهار از آن ده تیر باقی‌مانده، شش عدد را به هدف بزند ولی صاحب ۵، از آن باقی مانده‌ها هیچ تیری را به هدف نزند، پس صاحب ۴، برنده می‌شود، چون او مجموعاً از بیست تیر، ده تیر را به هدف زده و صاحب ۵، از مجموع بیست تیر، ۵ تیر به هدف زده، پس صاحب ۴، پنج تیر اضافه به هدف زده است که در عقد شرط شده بود پس او برنده خواهد بود.

۲. قول دیگر آن است که اطلاق عقد باید حمل بر صورت مبادره شود، دلیل آن را بعداً توضیح خواهیم داد.

ترجمه و شرح عبارت: و یحمل... یعنی عقد مطلق (که در آن مبادره یا محاطه را تعیین نکرده باشند) حمل بر محاطه باید بشود، چون شرط کردن جایزه برای آن جهت است که تعداد معینی (۵ عدد مثلاً) از اصل عدد تیرهایی که در عقد، شرط شده (بیست عدد) به نشانه بخورد، و این معنی اقتضا می‌کند که تمام عدد (بیست) پرتاب شود تا تیرهای به نشانه خورده، از آن عدد (بیست) باشد (یعنی تا صدق کند که از بیست تیر، پنج تیر به نشانه خورده است) و (اگر عقد را حمل بر مبادرت کنیم چه بسا به آن مقتضای عقد عمل نشود چون) با مبادرت گاهی احتیاج به کمال عدد

(یعنی احتیاج به پرتاب همه بیست تیر) نمی‌شود، زیرا تیراندازها وقتی شرط کردند بیست تیر پرتاب کنند و پنج تیر به نشانه بخورد، آن گاه هر کدام از آنها ده تیر انداخت و یکی از آنها پنج تیر را به نشانه زد، و دیگری مثلاً چهار تیر را، در اینجا آن کسی که پنج تیر به نشانه زده، بر دیگری پیروز شده و (در این هنگام مسابقه متوقف شده و) دیگر لازم نیست بر او عدد (بیست) را تکمیل نماید (یعنی لازم نیست که باقی تیرهایش را هم پرتاب کند).

برخلاف آن صورتی که محاطه را شرط کند (و یا اطلاق عقد، حمل بر محاطه شود) زیرا (در این صورت در مثال بالا) چهار تیر در مقابل چهار تیر (از پنج تیر) قرار می‌گیرد (و از پنج کسری شود) و برای کسی که پنج تیر به نشانه زده، یک تیر باقی می‌ماند (که اضافه بر دیگری زده است) و هر کدام از آنها باید عدد (بیست) را تکمیل کند (و باقی تیرها را نیز پرتاب نماید) چون احتمال دارد هر کدام از آنها در مقدار باقی مانده از تیرها، اختصاص پیدا کند به اینکه پنج تیر (بیشتر از دیگری) به نشانه بزند.

السبق (به فتح سین و باء) یعنی جایزه **المعینة منه** ضمیر برمی‌گردد به عدد **فقد فضله** کلمه - نضل - به معنای چیره شد و غالب گردید، و ضمیر مفعولی آن برمی‌گردد به - الآخر - **شرطاً المحاطة** ناگفته نماند که اصل فرض مسأله ما در جایی است که عقد مطلق باشد و در آن، محاطه یا مبادره شرط نشده باشد، پس اینکه در اینجا تعبیر به «شرطاً المحاطة» نموده، غرضش آن است که می‌خواهد حکم محاطه را فی حد نفسه بیان کند که اساساً در محاطه باید عدد تکمیل گردد ولی در مبادره تکمیل آن واجب نیست، و بعد از آنکه حکم آنها معلوم شد، تطبیق به مورد بحث می‌شود و در مورد بحث نیز وقتی اطلاق عقد، حمل بر محاطه شود باید عدد تکمیل گردد.

وقيل: يحمل على المبادرة، لأنه المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عددا معينا، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما فإنه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير، بأن رمى أحدهما في المثال خمسة عشر فأصابها، ورماها الآخر فأصاب خمسة فإذا تحاطا خمسة بخمسة بقي للآخر عشرة، وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر فيبقى له فضل خمسة وهي الشرط.

وما اختاره المصنف أقوى، لأنه المتبادر، وما ادعي منه في المبادرة غير متبادر، ووجوب الإكمال فيها أغلب، فتكثر الفائدة التي بسببها شرعت المعاملة، ولو عينا أحدهما كان أولى.

قول دوم در مسأله

وقيل: يحمل... توضيح: بعضی گفته‌اند که اطلاق عقد، حمل بر صورت مبادره می‌شود، چون وقتی که به طور مطلق قرارداد کردند که: «هرکس مثلاً ۵ عدد تیر به نشانه زد، جایزه مال اوست» از اطلاق این قرارداد، به ذهن چنین تبادر می‌کند که هر کسی ۵ عدد به نشانه را زودتر تکمیل کرد جایزه مال اوست» زیرا از اطلاق قرارداد مزبور چنین استفاده می‌شود که هرکس برای اوصفت «زننده پنج تیر به نشانه» ثابت شد جایزه مال اوست، و معلوم است که در همان مرحله اول وقتی که پنج تیر زودتر به هدف خورد، صفت مزبور برای او ثابت می‌شود پس چون با مبادرت، مقتضای قرارداد، عملی می‌شود لذا اطلاق عقد، حمل بر مبادرت می‌شود.

واینکه در دلیل قول اول گفته شد که: «در مبادره، گاهی به تکمیل عدد مشروط در عقد یعنی بیست تیر، احتیاج نمی‌شود در حالی که تکمیل آن مقتضای عقد است» جوابش آن است که در محاطه نیز گاهی احتیاج به تکمیل عدد مشروط در عقد

نمی‌شود و آن در جایی است که تکمیل آن عدد، فایده‌ای نداشته باشد به خاطر اینکه در همان مرحله اول پرتاب تیر، علم پیدا کنیم که یکی از تیراندازها در هر حال - چه تکمیل کند عدد را و چه تکمیل نکند - برنده است، مثل اینکه قرارداد کنند که به صورت محاطه هرکس از بیست عدد تیر، پنج تیر اضافه بردیگری به نشانه بزند، او برنده است، آنگاه هر کدام از آنها پانزده تیر زدند و یکی از آنها همه‌ی پانزده تیر را به هدف زد و دیگری پنج تیر از آن را به هدف زد، در اینجا وقتی که پنج تیر از پانزده تیر، کسر شود، برای صاحب پانزده، ده تیر اضافه می‌ماند و او برنده است و دیگر لازم نیست عدد بیست را تکمیل کند و باقیمانده تیرها (یعنی پنج تیر باقی مانده از بیست تیر) را نیز پرتاب نماید، چون خواه باقی مانده را تکمیل کند و خواه تکمیل نکند، او برنده است و دیگری نمی‌تواند با او برابری کند، به جهت اینکه اگر بخواهد تکمیل کند، نهایت صورتی را که می‌توانیم فرض کنیم (که موفقیت برای صاحب ۵ باشد) آن است که صاحب ۱۵، پنج تیر باقی مانده را خطا بزند و به هدف نزند ولی دیگری که صاحب ۵ بود، تمام پنج تیر باقی مانده را به هدف بزند، در این فرض باز صاحب ۱۵ برنده است، زیرا صاحب ۵ که از قبل پنج تیر به هدف خورده داشت، در باقی مانده از تیرها هم ۵ تیر دیگری به هدف زده و مجموعاً از بیست تیر، ده تیر به هدف خورده دارد ولی صاحب ۱۵ تیر، از بیست تیر، ۱۵ تیر به هدف خورده دارد و در نتیجه باز پنج تیر اضافه بردیگری دارد پس او برنده است، زیرا در عقد هم شرط شده بود که ۵ تیر اضافه بردیگری بزند.

ترجمه و شرح عبارت: و قیل... یعنی بعضی گفته‌اند: اطلاق عقد، حمل بر صورت مبادره می‌شود (که باید مسابقه دهنده‌ها به صورت مبادره، مسابقه را برگزار کنند) چون این صورت به ذهن تبادر می‌کند از اطلاق قرارداد: «جایزه برای کسی است که پنج تیر مثلاً به نشانه بزند».

واینکه (در دلیل قول اول گفته شد که در مبادرة، در بعضی موارد، تکمیل عدد تیرهای شرط شده، واجب نیست، جوابش آن است که:) واجب نبودن تکمیل عدد، در هر دو صورت (محاطه و مبادرة) مشترک است، زیرا در محاطه نیزگاهی در بعضی از فرضها، تکمیل عدد تیرها واجب نیست مانند آن جایی که تکمیل عدد، فایده‌ای نداشته باشد، به خاطر آنکه می‌دانیم آنکه به نشانه زده، در هر حال او اختصاص به عدد مشروط (پنج تیر مثلاً) خواهد داشت (و به بیان دیگری دانیم که در هر حال او پنج تیر اضافه بر دیگری را به خود اختصاص خواهد داد و برنده خواهد بود) به این صورت که در مثال بالا (که قرارداد شده پنج تیر از بیست تیر به نشانه بخورد) یکی از مسابقه‌دهنده‌ها ۱۵ تیر بزند و همه آنها به نشانه بخورد، و دیگری نیز پانزده تیر بزند و پنج تیر به نشانه بخورد، حال وقتی که پنج تیر در برابر پنج تیر ساقط شود، برای اولی ده تیر اضافه باقی می‌ماند و (بعد از این خواه باقی مانده تیرها را پرتاب کند و خواه پرتاب نکند، باز او برنده است، زیرا) در صورت تکمیل، نهایت چیزی که اتفاق می‌افتد آن است که تیراندازی که ده تیر اضافه بر دیگری به نشانه زده، خطا کند در پنج تیر باقی مانده (از بیست تیر یعنی هیچ کدام از پنج تیر باقی مانده‌اش را به نشانه نزند) ولی تیرانداز دیگر همه پنج تیر باقی مانده را به نشانه بزند (حال این پنج تیر از آن ده تیر، کسرمی شود) در نتیجه برای اولی پنج تیر (به نشان خورده) اضافه بر دیگری باقی می‌ماند، که این اضافه پنج تیر همان است که در عقد، شرط شده بود (یعنی در مسابقه، قرارداد شده بود که شرط برنده شدن آن است که پنج تیر بیش از دیگری به نشانه بزند).

لأنه المتبادر ضمیر به مبادرة برمی‌گردد و مذكر بودن آن به اعتبار مصدر بودن مبادره است.

السبق به فتح سین و باء یعنی عوض و جایزه بالمشروط متعلق است به اختصاص، و مقصود از مشروط یعنی عدد پنج مثلاً که در عقد شرط شده است، و اینکه در بعض حواشی آن را به معنای عوض و جایزه تفسیر کرده اشتباه است علی کل تقدیر یعنی در هر فرض چه فرض اکمال و چه فرض عدم اکمال تحاطا ضمیر تشبیه به ۱۵ و ۵ برمی گردد لآخر مقصود صاحب ۱۵ است صاحب العشرة مقصود همان صاحب ۱۵ است که پنج تیرش به واسطه محاطه با صاحب ۵ ساقط شده الخمسة مقصود پنج تیر باقی مانده از بیست تیر می باشد.

نظریه شارح

و ما إختاره... توضیح: شارح، قول مصنف را تقویت می کند، زیرا از اطلاق عقد، محاطه به ذهن تبادر می کند.

و از دلیل قول دوم جواب می دهیم به اینکه:

۱. آنها گفته اند: «مبادرة به ذهن تبادر می کند» گوئیم این تبادر را قبول نداریم بلکه همانطوری که ما گفتیم، محاطه به ذهن تبادر می کند.

۲. اینکه آنها در جواب از قول اول، گفته اند: «در محاطه نیز گاهی تکمیل عدد (بیست) لازم نیست» گوئیم هر چند گاهی چنین است ولی وجوب تکمیل عدد در آن بیشتر از وجوب آن در مبادرة می باشد (یعنی در محاطه در بیشتر موارد مسابقه برای تشخیص برنده، لازم است همه تیرهای قرارداد شده پرتاب شود) در نتیجه فایده ای که به خاطر آن، عقد مسابقه تشریع شده، بیشتر خواهد بود، چون فایده مزبور همانا تمرین و ورزیدگی در تیراندازی است، و معلوم است که هر چه تیر بیشتر پرتاب شود، ورزیدگی در تیراندازی بیشتر حاصل می گردد.

بنابراین اگر اطلاق عقد را بر صورت محاطه حمل کنیم، با غرضی که شارع مقدس در تشریع عقد مسابقه داشته، بیشتر موافقت دارد.

سپس شارح در آخر بحث می‌فرماید: اگر مسابقه دهنده‌ها از اول در عقد، صورت محاطه یا مبادره را تعیین کنند بهتر است از اینکه عقد را مطلق بگذارند.

ترجمه و شرح عبارت: و ما إختاره... یعنی آنچه مصنف اختیار کرده (که اطلاق عقد، حمل بر محاطه می‌شود) در نظر ما قوی است، چون همان (از اطلاق عقد) به ذهن تبادر می‌کند، و آنچه که (در دلیل قول دوم) ادعا شده از تبادر در مبادره، صحیح نیست و تبادر نمی‌کند.

و وجوب اکمال عدد در محاطه، بیشتر (از مبادره) است پس فایده‌ای که به خاطر آن، مسابقه (در دین مقدس اسلام) تشریع شده، بیشتر خواهد بود.

ولو عیناً... یعنی (گرچه تعیین یکی از دو صورت محاطه یا مبادره، شرط صحت مسابقه نیست و می‌توانند عقد مسابقه را مطلق بگذارند، که حمل بر محاطه می‌شود در نظر ما ولی در عین حال) اگر یکی از دو صورت محاطه یا مبادره را تعیین کنند در عقد، بهتر است.

(فإذا تم النضال) وهو المراماة. وتمامه بتحقيق الإصابة المشروطة لأحدهما، سواء أتم العدد أجمع أم لا (ملك الناضل) وهو الذي غلب الآخر (العوض)، سواء جعلناه لازماً كالإجارة أم جعالة.

أما الأول فلأن العوض في الإجارة وإن كان يملك بالعقد إلا أنه هنا لما كان للغالب وهو غير معلوم، بل يمكن عدمه أصلاً توقف الملك على ظهوره، وجاز كونه لازماً برأسه يخالف الإجارة في هذا المعنى، وأما على الجعالة فلأن المال إنما يملك فيها بتمام العمل.

احکام مسابقه تیراندازی

(فإذا تم النضال)... توضیح: بعد از آنکه مسابقه تیراندازی تمام شد، برنده مسابقه، مالک می‌شود جایزه را یعنی قبل از تمام شدن مسابقه، مالک جایزه نمی‌شود. و تمام شدن مسابقه به این است که آن تعداد تیرهایی را که شرط شده به نشانه بخورد (مثلاً ۵ تیر) تحقق یابد برای یکی از تیراندازها، خواه مسابقه به صورت مبادره برگزار شود (که در این صورت تمام عدد تیرهایی که در عقد قرارداد کرده‌اند مثلاً بیست تیر پرتاب نمی‌شود) یا اینکه مسابقه به صورت محاطه برگزار شود (که در این صورت تمام عدد تیرهایی که در عقد قرارداد کرده‌اند پرتاب می‌شود).

و در حکم بالا - که گفتیم تملک جایزه بعد از اتمام مسابقه است نه قبل از آن - فرقی نیست بین اینکه عقد تیراندازی را عقد لازم همانند لزوم عقد اجاره بدانیم (چنانکه قول بعضی از فقهاست چنانکه سابقاً گذشت) یا اینکه آن را جعاله بدانیم (که عقد جایز است چنانکه قول بعضی دیگر از فقهاست).

دلیل حکم مزبور بنابر قول اول (که عقد مسابقه همانند اجاره است) آن است که هر چند در اجاره، به مجرد خواندن عقد، اجرت به ملک اجیر یا موجر در می‌آید و موقوف به انجام عمل نیست (یعنی مثلاً کسی که اجیر می‌شود برای انجام کاری، به مجرد آنکه عقد اجاره خوانده شد، اجیر، مالک اجرت می‌شود گرچه هنوز کار را انجام نداده است. یعنی اگر مستأجر، اجرت او را پیش از انجام کار بدهد، اجیر می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید) و بر حسب قاعده باید در عقد مسابقه نیز همین‌طور باشد ولی از جهت مانعی که در اینجا هست نمی‌توان گفت که به مجرد عقد، جایزه به ملکیت در می‌آید، زیرا جایزه‌ای که در آن قرار داده می‌شود همانا برای برنده مسابقه قرار داده می‌شود و در هنگام عقد، معلوم نیست که کدام یک از تیراندازها برنده می‌باشد بلکه چه بسا اصلاً مسابقه، برنده نداشته باشد (به خاطر اینکه هر دو به طور مساوی تیرها را به هدف بزنند) بدین جهت ملکیت جایزه، توقف بر تشخیص برنده دارد و معلوم است که تشخیص برنده، بعد از تمام شدن مسابقه است.

و چون در اینجا عقد مسابقه، حکم اجاره را ندارد لذا شارح احتمال می‌دهد که بگوئیم لزوم عقد مسابقه همانند لزوم اجازه نیست بلکه لزوم آن یک لزوم خاصی است که با لزوم اجاره در معنای مذکور فرق دارد به این گونه که در اجاره به مجرد عقد، عوض (یعنی اجرت) به ملکیت در می‌آید ولی در عقد مسابقه، عوض (یعنی جایزه) به مجرد عقد به ملکیت در نمی‌آید.

و اما دلیل حکم مزبور بنابر قول دوم (که عقد مسابقه، جعاله است) آن است که چون در جعاله، عوضی که قرار داده می‌شود همانا بعد از اتمام عمل، به ملکیت عامل در می‌آید (مثلاً وقتی جاعل می‌گوید: «هر کس فلان کیسه مرا پیدا کند، فلان مقدار پول به او می‌دهم» بعد از آنکه کیسه پیدا شد، یابنده آن، مالک پول می‌شود نه قبل از پیدا شدن کیسه).

ترجمه و شرح عبارت: **فإذا تم...** یعنی وقتی که مسابقه تیراندازی پایان یافت، و پایان یافتن آن به این است که به نشانه خوردن تیرهایی که شرط شده به نشانه بخورد، تحقق یابد برای یکی از تیراندازها، خواه اینکه تمام عدد تیرها را کامل کند (و پرتاب نماید) یا اینکه کامل نکند **الإصابة المشروطة مثلاً ۵** عدد تیر **لأحدهما** (متعلق است به تحقق الإصابة) یعنی یکی از تیراندازها تعداد تیرهایی که به نشانه خوردن آنها در عقد شرط شده است، را به نشانه بزند **أتم العدد...** (مثلاً بیست تیری که در عقد قرار داد کرده اند) و آن در صورتی است که عقد مسابقه به صورت محاطه برگزار شود **أم لا** و آن در صورتی است که عقد مسابقه به صورت مبادرة برگزار شود.

ملك الناضل... (جواب است برای - فاذا -) یعنی آنکه غالب برد دیگری شده، مالک می‌گردد جایزه را **سواء جعلناه** یعنی (در حکم مزبور که تملک جایزه بعد از تمام شدن مسابقه است نه قبل از آن) فرقی نیست چه این عقد را لازم قرار دهیم مانند اجاره، و چه آن را جعاله قرار دهیم (که عقد جایز خواهد بود).

(ناگفته نماند که سابقاً - در مبحث اینکه آیا عقد مسابقه، احتیاج به قبول لفظی دارد یا نه - گذشت که آیا عقد مسابقه، عقد لازم است یا اینکه داخل در جعاله است و عقد جایز می‌باشد).

أما الأول... یعنی اما در صورت اول (که آن را مانند اجاره، عقد لازم بدانیم) پس دلیل (بر اینکه ملکیت جایزه بعد از اتمام مسابقه است نه قبل از آن) این است که اگر چه عوض (اجرت) در اجاره به مجرد عقد، به ملکیت (اجیر یا موجر) در می‌آید ولی در مسابقه تیراندازی چون عوض برای آن کسی است که غالب می‌شود (یعنی برنده) و او معلوم نیست (کدام یکی از تیراندازهاست) بلکه ممکن است اساساً مسابقه، برنده نداشته باشد لذا تملک عوض، متوقف بر ظهور برنده است (و ظهور برنده بعد از تمام شدن مسابقه خواهد بود) و (روی همین جهت) احتمال دارد بگوئیم عقد

مسابقه، عقد لازم خاصی است که با اجاره در این جهت (یعنی در تملک عوض به مجرد عقد) تفاوت دارد.

و أما علی الجعالة... یعنی واما بنابراینکه این عقد را جعالة بدانیم پس دلیل (براینکه تملک جایزه بعد از اتمام مسابقه است نه قبل از آن) این است که چون مال (یعنی عوض و مزد) در جعالة همانا به واسطه تمام شدن کار، به ملکیت عامل در می آید (پس در مسابقه هم بعد از اتمام شدن مسابقه، به ملکیت برنده در می آید).

وجواز الرهن عليه قبل ذلك وضمانه، نظرا إلى وجود السبب المملك وهو العقد.

وهذا يتم في الرهن، أما في الضمان فيشكل بأن مجرد السبب غير كاف، كيف ويمكن تخلفه بعدم الإصابة فليس بتام.

وهذا مما يرجح كونه جعالة.

اشکال و جواب از آن

و جواز الرهن... توضیح: اگر کسی اشکال کند و بگوید در عقد مسابقه، جایز است قبل از تمام شدن بازی، گرو بر جایزه گرفته شود (یعنی اینکه هر کدام از طرفین مسابقه از دیگری وثیقه‌ای بگیرد که اگر غالب شد بتواند آن وثیقه را به جای جایزه‌ای که شرط کرده‌اند بردارد) و نیز جایز است قبل از تمام شدن بازی، ضامن گرفته شود بر جایزه (به این معنی که هر کدام از آنها از دیگری بخواهد که شخصی را ضامن بگیرد بر اینکه اگر یکی از آنها جایزه را نداد، شخص ضامن، آن را بپردازد) این جواز گرفتن گرو و ضامن بر آن، دلیل بر آن است که ملکیت جایزه برای برنده همانا قبل از تمام شدن مسابقه است، چون در رهن و ضمان باید مالی در ذمه بدهکار ثابت باشد پس در مسابقه هم اگر نگوئیم به مجرد عقد، بازنده مسابقه، بدهکار جایزه می‌شود و برنده، مالک آن می‌گردد، بی شک گرو گرفتن و ضامن گرفتن بر آن، معنی نخواهد داشت.

از این اشکال، جواب داده شده به اینکه: جواز گرو گرفتن یا ضامن گرفتن بر جایزه، به جهت آن است که به واسطه عقد، ملکیت متزلزل برای برنده نسبت به جایزه حاصل می‌شود (و مال به طور متزلزل به ذمه بازنده مسابقه ثابت می‌شود) نه اینکه ملکیت تام نسبت به آن حاصل شده باشد، پس جواز گرفتن رهن یا ضمان بر جایزه،

دلیل نمی‌شود بر اینکه ملکیت تام به مجرد عقد مسابقه حاصل می‌شود بلکه ملکیت تام، موقوف است به اینکه مسابقه پایان یابد.

اشکال شارح

شارح بر این جواب، اشکال می‌کند. به اینکه مطلب مزبور را فقط در مورد رهن می‌توان پذیرفت نه در ضمان (یعنی وجود عقد مسابقه، مجوز گرفتن رهن بر جایزه می‌شود اما مجوز گرفتن ضامن بر آن نمی‌شود) چون در رهن، ثبوت حق متزلزل در ذمه بدهکار، کافی است برای جواز رهن گرفتن بر آن، پس در مورد بحث نیز به واسطه عقد، ثبوت جایزه در ذمه بازنده به طور متزلزل، کافی است برای جواز گرفتن رهن بر آن.

اما در ضمان، باید حق به طور مستقر در ذمه بدهکار ثابت باشد تا جایز باشد گرفتن ضامن بر آن، و اگر به طور متزلزل باشد، ضمان صحیح نیست، بنابراین در مورد بحث، چون به واسطه عقد مسابقه، جایزه به طور مستقر در ذمه بازنده ثابت نمی‌شود لذا گرفتن ضامن بر آن برای برنده جایز نخواهد بود.

و از اینجا شارح، مطلب دیگری را نتیجه می‌گیرد و آن اینکه می‌فرماید: این اشکال که کردیم - که جایز نیست گرفتن ضامن قبل از پایان مسابقه - تأیید می‌کند که عقد مسابقه، جعاله است نه اینکه اجاره باشد (چنانکه بعضی قائل به آن شده اند، زیرا بعضی گفته اند عقد مسابقه عقد لازمی است مثل اجاره، و بعضی گفته اند نوعی اجاره است) چون اگر اجاره بود، در اجاره گفته اند که به اجماع فقها ضامن گرفتن برای اجرت، پیش از پایان کار، جایز است.

تذکر این نکته لازم است که در اینجا «سلطان العلماء» اشکال بر شارح دارد که خلاصه اش آن است که آنچه شارح در مورد ضمان و رهن در اینجا فرموده است

منافات دارد با آنچه که در کتاب الضمان و کتاب الرهن فرموده است، هرکس خواهد رجوع نماید به حاشیه سلطان العلماء.

ترجمه و شرح عبارت: و جواز... یعنی و اینکه جایز است (در عقد مسابقه) گرو گرفته شود بر عوض (جایزه) پیش از تمام شدن عمل (مسابقه) و نیز جایز است ضامن گرفتن بر آن (یعنی کسی، جایزه را ضمانت کند) همانا این جواز به خاطر آن است که سبب تملیک کننده وجود دارد و آن عقد می باشد و ضمانه عطف است بر- الرهن - نظراً... یعنی للنظر.

المملک به صیغه اسم فاعل از باب تفعیل و هذا... (این اشکال شارح است) یعنی وجود سبب مملک، در رهن درست است (و مجوز گرفتن رهن بر جایزه می شود) اما در ضمان، اشکال می شود به اینکه تنها وجود سبب کفایت نمی کند (برای جواز گرفتن ضامن بر جایزه) چگونه می توان آن را کافی دانست در حالی که ممکن است سبب مزبور تخلف ورزد (و موجب تملک جایزه نگردد) به واسطه آنکه اصلاً تیرها به نشانه نخورد، پس سبب مزبور، سبب تام نیست (بلکه سبب ناقص است، و حاصل مطلب اینکه چون عقد سبب ناقص برای تملک است - و ملکیت متزلزل می آورد - لذا مجوز گرفتن ضامن نمی شود، چون در ضمانت باید ملکیت مستقر باشد، برخلاف رهن، زیرا در آن ملکیت متزلزل کافی است برای گرفتن رهن).

و هذا... یعنی (از آنجا که بین فقها اختلاف است که آیا عقد مسابقه داخل در جعاله است یا اینکه مثل اجاره و یا اجاره است، لذا شارح در اینجا در رابطه با این اختلاف، می خواهد قول اول را ترجیح دهد که می فرماید: این اشکال در ضمان (که ضمانت جایزه پیش از پایان مسابقه جایز نیست) ترجیح می دهد که عقد مسابقه، جعاله باشد (نه اجاره)).

(لازم به ذکر است که «سلطان العلماء» کلمه - هذا - را اشاره دانسته به آنچه که در متن مصنف آمده است که مالک شدن جایزه بعد از تمام شدن مسابقه است.

نگارنده گوید: این فرمایش «سلطان العلماء» درست نیست به دودلیل:

۱. اینکه شارح بعد از متن مصنف، تصریح نمود به اینکه: «فرقی نیست در حکم مزبور بین اینکه عقد مسابقه را مانند اجاره بدانیم یا آنکه جعاله بدانیم» حال چگونه می‌توان گفت که شارح در اینجا متن مصنف را مرجح قرار داده برای جعاله بودن (چنانکه «سلطان العلماء» گفته است).

۲. اینکه کلمه - هذا - از نظر ادبیات عرب، اشاره به نزدیک است، پس اگر آن را اشاره به متن مصنف بدانیم، اشاره به دور می‌شود و این خلاف قواعد عربی است).

(وإذا فضل أحدهما صاحبه) بشئ (فصالحه على ترك الفضل لم يصح)، لأنه مفوت للغرض من المناضلة، أو مخالف لوضعها.

(وإذا فضل... توضیح: اگر یکی از تیراندازها در مرحله اول پیش از پایان مسابقه، چند عدد تیر زیادتر از دیگری به نشانه زده باشد، آن دیگری نمی‌تواند با او مصالحه کند بر اینکه صرف نظر از زیادی کند در برابر فلان مبلغ پول (خواه اینکه بعد از آن، مسابقه را ادامه بدهند یا اینکه مسابقه را رها کنند).

مثلاً اگر قرار داد کرده بودند که هر کدام بیست تیر پرتاب کنند و مسابقه به طور محاطه برگزار شود که در پایان مسابقه، برنده آن کسی باشد که ۵ تیر اضافه بردیگری به نشانه بزند. حال اگر در مرحله اول، هر کدام ده تیر پرتاب کردند و یکی از آنها، ۳ تیر به نشانه زد و دیگری ۲ تیر به نشانه زد، صاحب ۲ تیر نمی‌تواند به صاحب ۳ تیر بگوید: توازان یک تیر اضافه‌ای که زده‌ای صرف نظر کن، من در مقابل آن به تو هزار تومان می‌دهم، و اگر چنانچه چنین کاری را نکنند، مصالحه آنها باطل است و باید پول به صاحبش برگردانده شود. و دلیل بر بطلان چنین مصالحه، دو چیز است:

۱. اینکه با این کار چه بسا غرض نهایی از مسابقه را از دست بدهند، زیرا غرض آنها از مسابقه آن است که یکی بر دیگری غلبه یابد و برنده شود تا جایزه را دریافت کند، حال وقتی که آنها قرار داد کرده‌اند که غلبه یافتن یکی بر دیگری به این است که مثلاً ۵ تیر اضافه بردیگری به نشانه بزند، چنانچه در مرحله اول مسابقه، یکی از آنها از یک تیر اضافی که زده است صرف نظر کند، چه بسا در باقیمانده از تیرها نتواند ۵ تیر اضافه بردیگری بزند، تا برنده شود پس مصالحه مزبور منافات با غرض آنها دارد و سبب می‌شود که آنها غرض از مسابقه را از دست بدهند.

۲. اینکه مصالحه مزبور منافات با غرض شارع مقدس دارد، چون غرض شارع مقدس از تجویز آن مسابقه آن است که تشویق شوند بر تمرین تیراندازی و این تشویق

آن وقتی حاصل می‌شود که برنده معلوم شود تا به جایزه برسد، و با انجام آن مصالحه، برنده معلوم نمی‌گردد و در نتیجه غرض شارع مقدس، عملی نمی‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **وإذا فضل...** تذکر دو مطلب در اینجا ضروری است:

الف: اینکه همانطوری که از توضیح سابق روشن گردید، این مسأله مربوط به مرحله ابتدایی و مقدمات مسابقه اسبت نه اینکه مربوط به بعد از پایان یافتن مسابقه باشد چنانکه از دلیل قول مخالف در مساله که در «مسالک» ذکر شده استفاده می‌شود.

ب: در چهار نسخه خطی و نیز بعضی از نسخه‌های چاپی سنگی که ملاحظه شد، کلمه - فضل - با فاء آمده است (یعنی زیادتی حاصل کرد) هر چند در بعضی از نسخه‌های چاپی، آن کلمه بانون آمده است (یعنی غلبه کرد).

به نظر ما نسخه اول درست است و قرینه بر آن چند چیز است:

۱. کلمه - بشیء - که شارح بر عبارت مصنف افزوده است.

۲. کلمه - الفضل - که در عبارت بعدی مصنف آمده است.

۳. عبارت کتاب «شرایع» محقق حلی که در آنجا چنین آمده است: «إذا فضل أحدهما الآخر فی الإصابة...».

بنابراین، ترجمه عبارت چنین است که: اگر یکی از آنها بر دیگری، زیادتی حاصل کرد، به مقداری (یعنی مقداری بیشتر از دیگری به نشانه بزند) سپس با او مصالحه کند بر اینکه رها کند زیادتی را (و از آن صرف نظر نماید در برابر مقداری پول) این مصالحه صحیح نیست، زیرا این کار از بین برنده غرضی از مسابقه تیراندازی است، و یا مخالف با وضع (و مقتضای) مسابقه است الغرض مقصود غرض مسابقه دهنده هاست **أو مخالف...** مقصود آن است که آن کار (یعنی مصالحه) منافات دارد با غرضی شارع مقدس از تشریع مسابقه تیراندازی.

(ولو ظهر استحقاق العوض) المعین فی العقد (وجب علی الباذل مثله أو قیمته)،
لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي علیه من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فسادہ.
وبیشکل بأن استحقاق العوض المعین یقتضی فساد المعامله کنظائرہ، وذلك یوجب
الرجوع إلى أجره المثل، لا العوض الآخر.

(ولو ظهر استحقاق... توضیح: اگر جایزه‌ای را که در خارج معین کرده بودند (مثلاً)
گفته بودند این سکه طلا، جایزه آن کسی است که برنده مسابقه است) چنانچه
بعد از مسابقه، مال کس دیگر درآید یعنی معلوم شود که مال دهنده جایزه نیست
بلکه مال دزدیده شده و یا غصبی است مثلاً، در این صورت، مشهور فقها گفته‌اند
که باید دهنده جایزه، عوض آن را به برنده بدهد و آن مثل جایزه است (اگر جایزه از
اجناس مثلی بود - مثل سکه طلا -) و یا قیمت آن (اگر جایزه از اجناس قیمی بود).
و دلیل قول مشهور آن است که چون نزدیکترین جنس به آن جایزه‌ای که راضی به
آن شده بودند - که الان مال کس دیگر درآمده - همان مثل یا قیمت آن جایزه است.
همانطوری که در مورد مهریه زن نیز حکم چنین است یعنی اگر چنانچه مهریه او در
خارج، چیز معینی بود و بعداً مال کس دیگر درآمد، باید شوهر، مثل یا قیمت آن را به
زن بپردازد.

اشکال شارح بر حکم مشهور

شارح بر حکم مشهور اشکال می‌کند به اینکه قاعده کلی در تمام معاملات معاوضی
(که دو چیز در مقابل هم و عوض یکدیگر قرار می‌گیرند) این است که اگر یکی از آن
دو عوض، چیز معین در خارج بود و بعد از انجام معامله، مال کسی دیگر درآمد،
معامله باطل می‌گردد (چون وقتی که عوض در خارج، مشخص گردید، رضایت آنها

روی عقدی رفته که عوض در آن، تعیین شده است پس به عقدی که عوض مزبور در آن نباشد، آنها رضایت ندارند، و نبودن رضایت موجب بطلان و فساد عقد است) و چون در معامله های معاوضی گاهی عین در مقابل عین قرار می گیرد (مثل بیع که کالا در مقابل پول مثلاً قرار می گیرد) و گاهی عمل در مقابل عین قرار می گیرد (مثل اجاره که شخصی اجیر شود برای انجام کاری، که در این صورت، اجرت در مقابل کار قرار می گیرد).

در مورد اول وقتی که عوض معین، مال کس دیگر درآمد و معامله باطل شد، عوض دیگر - مثلاً کالا - به صاحبش یعنی بایع مثلاً برمی گردد.

ولی در مورد دوم وقتی که عوض معین، مال کس دیگر درآمد و معامله باطل شد، عوض دیگر چون عملی است که انجام گرفته، چیزی نیست که بتواند به صاحبش برگردد لذا باید در مقابل آن عمل، چیزی به صاحب آن داده شود و بر حسب قاعده باید اجرة المثل آن عمل را به او داد.

حال در مورد بحث نیز چون عوض معین (جایزه ای که در خارج تعیین شده) در مقابل عمل بوده - یعنی تیراندازی یا اسب دوانی مثلاً - و آن عوض معین، مال کسی دیگر درآمد و مسابقه باطل شد، باید اجرة المثل آن عمل را به برنده مسابقه داد.

ترجمه و شرح عبارت: و لو ظهر... یعنی اگر جایزه ای که (برای برنده) در عقد، تعیین خارجی شده بود، مال کس دیگر درآید، واجب است بر بذل کننده جایزه (خواه شخص ثالث باشد و خواه یکی از طرفین مسابقه) اینکه مثل یا قیمت آن جایزه را به برنده بدهد المعین در مقابل عوض کلی است چون اگر جایزه به طور کلی در عقد قرارداد شده باشد، مثلاً گفته بود «یک سکه طلا» و بعد از پایان مسابقه، یک فرد از سکه طلا به برنده داده شود سپس این سکه، مال کس دیگر درآید، معامله باطل نمی شود بلکه در این صورت بردهنده ای جایزه، واجب است یک فرد دیگر از سکه

طلابه برنده بدهد لَأْتَهُمَا... یعنی چون مثل و قیمت، نزدیکتر است به آن عوض باطلی که رضایت آنها بر آن واقع شده بود، چنانکه در مهرزن نیز اگر مال کس دیگر در آید، حکم چنین است.

و یشکل... یعنی بر (حکم مشهور که مصنف بیان نمود) اشکال می‌شود به اینکه مال کسی دیگر در آمدن جایزه معین، اقتضا می‌کند که معامله (مسابقه) باطل گردد چنانکه در معاملات دیگری که نظیر آن است حکم چنین است (مثلاً در بیع اگر ثمن، عین مشخص خارجی بود و بعد از انجام معامله، ثمن مال کس دیگر درآید، بیع باطل خواهد بود) و بطلان معامله سبب می‌شود که رجوع شود به اجرة المثل عوض دیگر (یعنی اجرت المثل عملی که برنده انجام داده است مثل تیراندازی یا اسب دوانی، چون وقتی که عوض تعیین شده در مقابل آن عمل، فاسد درآمد، باید قیمت آن عمل را به اوداد و قیمت عمل همان اجرت المثل آن می‌باشد) **للعوض الآخر** در چند نسخه خطی و بعضی از نسخه‌های چاپ سنگی، عبارت کتاب به همین طوری است که ثبت شد یعنی «للعوض الاخر» و عبارت کتاب «مسالك» نیز مؤید این نسخه است.

ولی در بعضی از نسخه‌های دیگر چایی به عبارت «لا العوض الاخر» آمده است و ما در اینجا عبارت را طبق هر دو نسخه توضیح می‌دهیم گرچه به نظر نگارنده نسخه اول درست تر است:

۱. طبق نسخه اول، معنای عبارت این است که باطل شدن معامله موجب آن است که رجوع شود به أجرت المثل عوض دیگر که مقابل جایزه است، یعنی همان عملی که انجام گرفته (یعنی تیراندازی مثلاً) چون در مسابقه، دو چیزی که در مقابل هم و عوض یکدیگر قرار گرفته‌اند: یکی عمل است و دیگری جایزه معین، پس یک

عوض همان جایزه است، و عوض دیگر همان عمل است، و وقتی که جایزه، فاسد درآمد باید اجرت المثل عوض دیگر (تیراندازی) به برنده مسابقه داده شود.

۲. طبق نسخه دوم، معنای عبارت این است که باطل شدن معامله موجب آن است که رجوع به اجرت المثل شود نه رجوع به عوض دیگر، و مقصود از عوض دیگر همان مثل یا قیمت جایزه است، پس طبق این نسخه، تعبیر به «عوض دیگر» به خاطر این است که جایزه معین، یک عوض بود که فاسد درآمد، و مثل یا قیمت، عوض دیگر به جای جایزه معین می باشد.

نعم لو زادت أجرة المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد، لدخوله على عدمه وهذا هو الأقوى. والمراد بأجرة المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة، فإن لم تستقر العادة على شيء رجع إلى الصلح.

وربما قيل بأنه أجرة مثل الزمان الذي وقع العمل فيه، نظراً إلى أن ذلك أجرة مثل الحر لو غصب تلك المدة. والأجود الأول.

نعم لو زادت... توضیح: شارح می‌فرماید: گرچه ما گفتیم که در مسأله بالا باید اجرة المثل عمل را به او داد، ولی در اینجا یک استدراکی از حکم مزبور می‌نمائیم و آن اینکه اگر اجرت المثل عمل، بیشتر از مثل جایزه بود (در اجناس مثلی) و یا بیشتر از قیمت آن بود (در اجناس قیمی) در این صورت می‌گوئیم که آن مقدار زاید واجب نیست به برنده داده شود، زیرا خود برنده، موقعی که اقدام به مسابقه کرده و عقد و قرارداد بسته، بر آن مقداری راضی شده که ارزش آن برابر جایزه معین باشد نه بیشتر، و به عبارت دیگر، او اقدام به مسابقه کرده بر اساس اینکه به او جایزه معینی که مثلاً ارزش هزار تومان دارد، داده شود نه بیشتر از آن.

مقصود از اجرة المثل

مقصود از اجرت المثلی که در اینجا گفتیم، آن مقدار اجرتی است که معمولاً عرف مردم برای آن عملی که برنده مسابقه انجام داده، می‌پردازند.

حال اگر عرف در چنین موارد، عادت نداشته و مبلغی را در نظر نمی‌گیرند، و یا اگر عادت داشته، مختلف بوده باشد به طوری که مبلغ ثابتی را نتوانیم به دست بیاوریم، در این صورت باید با برنده مسابقه، مصالحه به عمل آید.

از بیان بالا روشن گردید که نظر شارح در دادن اجرت المثل آن است که باید خود عمل را در نظر گرفت که از نظر عرف چه مبلغی برای آن می‌پردازند، و دیگر لازم نیست

زمان و مدت عمل در نظر گرفته شود که عمل مزبور چه مقدار زمان برده که براساس زمان، اجرت المثل داده شود، بلکه در نظر شارح اجرت المثل عمل داده می شود خواه زمان بیشتری برده باشد و خواه زمان کمتری را.

ولی در مقابل آن، بعضی از فقها گفته اند که باید دید مدت زمانی را که عمل در آن واقع شده، از نظر عرف چه مبلغی برای آن در نظر می گیرند، آن مبلغ به برنده پرداخته شود، یعنی باید دید که عمل مزبور چه مقدار زمان برده، به همان میزان از نظر عرف، اجرت به او داده شود، بنابراین اگر مسابقه نیم ساعت طول کشیده باشد، اجرت آن کمتر است از صورتی که مسابقه یک ساعت طول بکشد.

دلیل این قول آن است که اگر انسان حرّ و آزاده ای را غصب کنند و حبس نمایند که وی در این مدت از کار کردن بازمی ماند، سپس او را آزاد نمایند، بر غاصب واجب است که اجرت منافع او را در مدت زمانی که حبس بوده، به او بپردازد، پس معلوم می شود که اجرة المثل انسان حرّ را به حسب زمان باید در نظر گرفت. بنابراین، در مورد بحث نیز باید اجرت المثل به حسب زمان در نظر گرفته شود، چون برنده مسابقه انسانی است حرّ و آزاده که در مدت زمانی، کاری را انجام داده است.

ولی شارح، قول اول را ترجیح می دهد، زیرا آنچه که در دلیل قول بالا آمده است که اجرت منافع انسان حرّ را به میزان مدت غصب در نظر می گیرند، از نظر مشهور فقها قابل قبول نیست، زیرا چنانکه در کتاب «الغصب» خواهد آمد، مشهور فقها می گویند: منافع انسان حرّ، ضمان ندارد یعنی اگر کسی، انسان حرّی را حبس کند گرچه کار گناهی کرده است ولی ضامن منافع او در مدت حبس نیست یعنی بر غاصب واجب نیست که اجرت او را در مدت زمانی که در حبس بوده، به او بپردازد.

و علاوه بر آن، بر فرض اینکه در مورد غصب، اجرت المثل زمانی در نظر گرفته شود، اما در مورد بحث ما نمی توان آن را جاری ساخت، زیرا در اینجا غصب نیست، و

مخصوصاً در صورتی که دهنده جایزه نمی‌دانسته که جایزه مزبور، مال کسی دیگر است.

ترجمه و شرح عبارت: نعم... یعنی آری اگر اجرت المثل بیش از مثل عوض تعیین شده (جایزه) یا بیش از قیمت آن باشد، نیکو (در نظر ما) آن است که مقدار زاید، ساقط گردد چون شخص برنده، خود اقدام بر عدم آن زاید کرده است (یعنی او جایزه‌ای را در خارج تعیین کرده که ارزش آن مثلاً هزار تومان است و بیش از آن را نخواسته پس اگر اجرت المثل بیشتر از هزار تومان بود، واجب نیست مقدار زاید به او داده شود) و این قول در نظر ما قوی است.

و مقصود از اجرت المثل در اینجا مبلغی است که در عرف مردم برای آن کاری که از شخص مستحق مبلغ (یعنی برنده مسابقه) واقع شده، می‌پردازند، حال اگر عادت مردم بر مبلغ خاص قرار نگرفته باشد، باید رجوع به صلح شود (و با برنده مصالحه کنند).

و چه بسا بعضی از فقها گفته‌اند: مقصود از اجرت المثل در اینجا اجرت المثل آن زمانی است که عمل در آن واقع شده است، به دلیل اینکه اجرت زمانی، اجرت المثل انسان آزاد است اگر در آن مدت، غصب و حبس شده باشد، و (شارح می‌فرماید): قول اول (در معنای اجرت المثل) بهتر است المستحق له ضمیر برمی‌گردد به - مایبذل - عادةً قید است برای - یبذل -.

كِتَابُ الْجَعَالَةِ

کتاب الجعالة

(کتاب الجعالة و هي) لغة مال يجعل على فعل، وشرعا (صيغة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما) أي في العمل والعوض كـ"من رد عبدي فله نصفه" مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا تتميز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة، لأن التعيين شرط في الإجارة، وكذا عوضها. أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضوع وفاق، وأما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

تعريف جعالة

(کتاب الجعالة و هي)... توضيح: جعالة از نظر ضبط لغوی، هم به کسر جیم وهم به فتح وضم آن آمده است ولی به ضم آن مشهورتر می باشد.
وآن در لغت اسم است برای مالی که به عنوان مزد برای کاری قرار دهند، پس بنابراین جعالة از نظر لغت مرادف با «جعل» می باشد.

و اما در اصطلاح فقه، عبارت است از «صيغة ای که نتیجه آن به دست آوردن منفعتی است^۱ در مقابل مزدی، بی آنکه معلوم بودن کار و مزد، شرط باشد» مثل آنکه

^۱ البته لازم نیست منفعت مزبور به جاعل برسد بلکه اگر چه منفعت آن به غیر جاعل برسد، صحیح است چنانکه بعداً در عبارت مصنف «و تجوز الجعالة من الاجنبی» خواهد آمد.

شخصی بگوید: «هرکس کیف گمشده مرا پیدا کند، هزار تومان به او می‌دهم» این جمله، صیغه‌ای است که شخص با گفتن آن، منفعتی را به دست می‌آورد که پیدا شدن کیف او باشد، در مقابل هزار تومان مزد.

از تعریف بالا معلوم شد که جعاله دارای دو طرف می‌باشد: جاعل و عامل. آنکه صیغه را می‌خواند «جاعل» نامیده می‌شود یعنی قراردهنده «جُعِلَ» یعنی مزد، و آنکه عمل را انجام می‌دهد، «عامل» نامیده می‌شود. و آن منفعتی که به دست آورده می‌شود همان عملی است که عامل انجام می‌دهد و مزدی که می‌گیرد، «جُعِلَ» نامیده می‌شود.

عدم اشتراط علم به کار و مزد

در تعریف بالا گفته شد که معلوم بودن کار و مزد، شرط صحت جعاله نیست پس بنابراین اگر بگوید: «هرکس عبد فراری مرا به من برگرداند، نصف آن عبد مال او باشد» جعاله صحیح است، در حالی که هم کار، مجهول است (چون معلوم نیست عبد فراری در کجاست و عامل چه مقدار مسافت را باید بپیماید تا آن را پیدا کند) و هم مزد، مجهول است (چون معلوم نیست عبد مزبور چه مقدار ارزش دارد تا نصف آن برای عامل باشد).

مثال دیگر اینکه بگوید: «هرکس کیف پول مرا پیدا کند، نصف پولهای داخل آن، مال او باشد» که در این مثال نیز، هم عمل مجهول است، چون معلوم نیست عامل برای یافتن کیف، چه مقدار مسافت باید بپیماید، و هم مزد مجهول است، چون معلوم نیست مقدار پول در آن چقدر است تا نصف آن برای عامل باشد.

وازا اینجا فرق جعاله با اجاره روشن می‌شود، زیرا در اجاره، هم باید منفعت معلوم باشد و هم اجرت یعنی اگر کسی را اجیر کنند برکاری، باید آن کار (که منفعتی است عائد مستأجر می‌گردد) معلوم باشد، و هم مزدی که به او می‌دهند باید معلوم باشد.

ترجمه و شرح عبارت: *الجعالة لغة...* یعنی جعاله در لغت، عبارت است از مزدی که در برابر انجام کاری قرارداد می‌شود، و شرعاً صیغه‌ای است که ثمره (و نتیجه) آن به دست آوردن منفعت در برابر عوض است با شرط نبودن علم در آن دو یعنی در کار و عوض، مثل آنکه بگوید: «هر کس بنده (فراری) مرا بازگرداند، نصف آن برای او باشد» با فرض اینکه علم به آن بنده نباشد (یعنی کسی نداند او چگونه عبدی است و اوصاف و خصوصیات آن چیست، که از اینجا عوض یعنی مزد پیدا کردن عبد، مجهول خواهد بود چون مزد، نیمی از بنده است که فرض آن است که خصوصیات بنده مجهول است و ارزش آن معلوم نیست) و نیز با فرض اینکه علم به مکان عبد هم نباشد (که از اینجا، عمل هم مجهول خواهد بود، چون معلوم نیست برای پیدا کردن عبد چه مقدار راه باید رفت و تلاش نمود) و با این قید اخیر (یعنی عدم اشتراط علم در کار و عوض) جعاله فرق پیدا می‌کند با اجاره بر تحصیل منفعت معین (مثل اینکه خیاطی را اجیر کند برای دوختن لباس) چون در اجاره، تعیین منفعت شرط است، و همچنین تعیین عوض آن شرط است.

صیغه نگارنده گوید: از اینکه مصنف نفرمود «عقد، بلکه فرمود: «صیغه، می‌توان استفاده نمود که مصنف، جعاله را از عقود نمی‌داند بلکه آن را از ایقاعات می‌داند^۱، چون میان فقها اختلاف است در اینکه آیا جعاله، عقد است (عقد جایز) یا ایقاع ؟

^۱ در پاورقی کتاب السبق والرمایة مطالبی را در این باره ذکر نمودیم، به آنجا مراجعه شود.

و شاهد بر اینکه مصنف آن را ایقاع می‌داند، آن است که بعداً فرموده: «ولا یفتقر الی قبول» که ظاهر اطلاق قبول، آن است که به طور کلی احتیاج به قبول ندارد نه لفظاً و نه عملاً (قبول لفظی یعنی اینکه عامل با صراحت لفظی آن را قبول نماید، و قبول عملی یعنی اینکه عامل، کاری را که جاعل درخواست کرده است، انجام دهد بعد از درخواست او، از روی رضایت و رغبت در آن کار به خاطر اینکه چون درخواست کرده و مزد دارد) و معنای ایقاع همین است که صیغه آن به وسیله یک طرف، انجام می‌گیرد (یعنی صیغه‌ای است یک جانبه و نیازی به دو طرف ندارد).

بنابراین اگر فرض کنیم بعد از آنکه جاعل، صیغه درخواست را خواند و عامل درخواست او را انجام داد و در انجام آن نه قصد گرفتن مزد کرد و نه قصد مجانی بودن آن را نمود، در این صورت با اینکه کار او، قبول عملی محسوب نمی‌شود ولی استحقاق مزد دارد، چون مقتضی برای آن هست (و آن وجود صیغه علاوه بر تحقق عمل) و مانعی از آن وجود ندارد چون قصد تبرع نکرده.

ناگفته نماند که صاحب کتاب «مفتاح الکرامه» نیز از عبارت «ولا یفتقر الی قبول» همان استفاده ما را برداشت کرده که مرحوم مصنف، جعاله را ایقاع می‌داند نه عقد. ولی شارح گویا با اضافه کردن کلمه «لفظی» (یعنی قبول لفظی) می‌خواهد اشاره کند به اینکه مصنف، جعاله را عقد می‌داند، که بنابراین مقصود مصنف از صیغه در تعریف جعاله، صیغه دو جانبه خواهد بود چون در عقد، صیغه باید به وسیله دو طرف خوانده شود، یکی طرف ایجاب، و دیگری طرف قبول، پس با اضافه کردن کلمه «لفظی» - بعد از کلمه «قبول»، مقصود مصنف از نفی قبول، نفی قبول لفظی می‌شود یعنی جعاله، قبول لفظی نمی‌خواهد بلکه قبول عملی (به آن معنایی که در بالا گذشت) در آن کافی است، چون عقد جایز است و در عقد جایز، واجب نیست قبول لفظی باشد بلکه قبول عملی در آن کافی است.

بنابراین (که جعاله، عقد است) در فرض بالا (که عامل، کار درخواستی جاعل را انجام داد بدون قصد مزد وبدون قصد مجانی بودن آن) عامل، استحقاق مزد نخواهد داشت گرچه کار را انجام داده است، چون گفتیم قبول عامل، آن نیست که فقط کار انجام بگیرد بلکه علاوه بر آن باید از روی رضایت و رغبت در کار بخاطر درخواست جاعل و وجود مزد، بوده باشد.

أي في العمل مقصود از عدم اشتراط علم به عمل (کار) این نیست که اگر عمل از هر جهت، مبهم و مجهول باشد، جعاله صحیح است مثل اینکه جاعل بگوید: چیزی از من گمشده است هرکس بیابد هزار تومان به او می‌دهم. چنین جعاله‌ای صحیح نیست چون در این صورت، جعاله، غرری می‌شود و باطل است.

بلکه مقصود از جهالت عمل، آن است که از بعضی جهات، مجهول باشد مثل اینکه از نظر نوع، معلوم باشد اما از نظر مقدار یا کیفیات و صفات، مجهول باشد، مثلاً در مثال: «هرکس کیف پول مرا پیدا کند...» نوع عمل - که پیدا کردن کیف پول باشد - معلوم است ولی کیفیت عمل که برای یافتن آن کیف، لازم می‌باشد معلوم نیست یعنی معلوم نیست که کدام طرف از شهر را باید بگردد و آیا با پای پیاده بگردد یا سواره؟

اما عدم... شارح می‌فرماید: در جعاله، شرط نبودن علم به کار، مورد اتفاق فقهاست و اما شرط نبودن علم به عوض، محل اختلاف بین فقهاست که تحقیق آن خواهد آمد.

(ویجوز علی کل عمل محلل مقصود) للعقلاء (غیر واجب علی العامل) فلا یصح علی الأعمال المحرمة كالزنا، ولا علی ما لا غاية له معتدا بها عقلا كنزف ماء البئر، والذهاب لیلا إلى بعض المواضع الخطيرة ونحوهما مما یقصدہ العاشرین. نعم لو كان الغرض به التمرن علی الشجاعة وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء صح، وكذا لا یصح علی الواجب علیه كالصلاة.

شرایط مورد جعالة

(ویجوز علی کل... توضیح: عملی که مورد جعالة قرار می گیرد باید شرایط زیر را دارا باشد تا جعالة صحیح گردد:

۱. اینکه عمل حلال و مشروع باشد (مثل خیاطت و یافتن گمشده) بنابراین جعالة بر کارهای حرام (مثل زنا و قتل و آتش زدن مغازه کسی) باطل است.
۲. اینکه عمل، غرض و منفعت قابل توجه عقلایی داشته باشد، بنابراین جعالة بر کارهایی که عبث و بیهوده است و هیچ گونه نفع فردی و اجتماعی در بر ندارد، باطل است مثل کشیدن تمام آب چاه، و رفتن به جاهای تاریک و خطرناک، مگر اینکه غرض از رفتن به جاهای تاریک، تمرین بر شجاعت و کم کردن ترس مثلاً باشد که چنین غرضی، از اغراض عقلایی می باشد، در این صورت جعالة بر آن صحیح است.

۳. اینکه عمل، از کارهای واجب بر عامل نباشد مثل خواندن نماز، پس اگر جاعل بگوید: «هر کس نماز واجبش را بخواند فلان مبلغ به او خواهم داد» جعالة باطل است. ترجمه و شرح عبارت: و یجوز... (مذکر آوردن ضمیر مقدر، به اعتبار عقد جعالة است) یعنی جعالة بر هر کار حلالی که غرض عقلایی در آن باشد، و انجام آن بر عامل

واجب نبوده باشد، صحیح است، بنابراین صحیح نیست جعاله برکارهای حرام مانند زنا، ونیز برکاری که غرض قابل توجهی از نظر عقل ندارد (وکار عبث و بیهوده‌ای باشد) مثل کشیدن تمام آب چاه کنزف «نزف» به معنی کشیدن تمام آب چاه است، ولی «نزع» به معنی مطلق کشیدن آب چاه است المواضع الخطیرة یکی از معانی خطیر در لغت، تاریکی شب است پس مواضع خطیرة یعنی جاهای تاریک، و ترجمه عبارت این است: «شبانه رفتن به سوی بعضی از جاهای تاریک».

و در چند نسخه خطی به جای «الخطیرة» الخطرة (بدون یاء) آمده است به معنای خطرناک یعنی مکانهای خطرناک (که خطر مرگ در آن است).

و نحوه‌ها... یعنی و مانند آن دو مثال از کارهایی که بیهوده کاران انجام می‌دهند مثل اینکه جاعل بگوید: «هرکس در یک دفعه یک من غذا بخورد فلان مبلغ به او خواهم داد» و یا بگوید: «هرکس نیم ساعت پلک چشم به هم نزنند...» و یا بگوید: «هرکس نیم ساعت به طرف آسمان فوت کند» نعم لوکان... یعنی آری اگر مقصود از رفتن به جاهای خطرناک، تمرین شجاعت و ضعیف کردن و کم کردن قوه و ا همه و ترس و مانند آن از غرض‌هایی که عاقلان آن را قصد می‌کنند، باشد جعاله صحیح خواهد بود.

و همچنین جعاله صحیح نیست برکاری که بر عامل واجب است مانند خواندن نماز اضعاف به کسر همزه از باب افعال یعنی ضعیف کردن.

(ولا یفتقر إلى قبول) لفظی، بل یکنفی فعل مقتضی الاستدعاء به (ولا إلى مخاطبة شخص معین فلو قال: من رد عبدي، أو خاط ثوبی) بصیغة العموم (فله کذا صح، أو فله مال، أو شيء)، ونحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غیر شرط فی تحقق الجعالة وإنما هو شرط فی تشخصه، وتعینه فإن أراد) ذلك (التعین فلیذكر جنسه وقدره، وإلا یذكره، أو ذكره ولم یعینه) تثبت بالرد أجرة المثل).

(ولا یفتقر... توضیح: مصنف می فرماید: جعالة احتیاج به قبول ندارد، شارح می فرماید: مقصود مصنف آن است که احتیاج به قبول لفظی ندارد (چون عقد جائز است و هر عقد جائزی حکمش همین است) بلکه کفایت می کند در آن قبول عملی، یعنی اینکه عامل، مقتضای درخواست جاعل را انجام دهد، به خاطر اینکه جاعل درخواست کرده نه به خاطر غرض دیگری).

و خلاصه اینکه قبول عملی، تنها انجام دادن درخواست جاعلی نیست بلکه باید انجام آن به خاطر درخواست او باشد، بنابراین اگر عامل، کار جاعل را پیش از درخواست او انجام بدهد و یا بعد از درخواست او انجام دهد اما به خاطر درخواست او نباشد بلکه به خاطر غرض دیگری باشد (مثلاً به خاطر اینکه می خواهد پیاده روی کند) قبول عملی محسوب نمی شود و در نتیجه مستحق مزدی که جاعل قرار داده نمی شود.

ترجمه و شرح عبارت: لفظی یاد آور می شویم که درباره نکته اینکه چرا شارح، کلمه - لفظی - را بعد از عبارت مصنف اضافه نموده، سابقاً مطالبی را آوردیم رجوع به آنجا شود بل یکنفی... یعنی بلکه کافی است (در قبول) اینکه عامل به جا آورد مقتضای درخواست جاعل را.

به جار و مجرور متعلق است به - فعل - و در مرجع ضمیر دو احتمال است:

۱. اینکه به استدعاء برمی‌گردد یعنی عامل درخواست جاعل را انجام بدهد به سبب درخواست جاعل یعنی به خاطر درخواست او، و توضیحی که سابقاً داده شد طبق این احتمال بود.

۲. اینکه ضمیر به عوض (مزد) برمی‌گردد یعنی عامل، درخواست جاعل را انجام بدهد به سبب وجود مزد و به قصد آن نه مجاناً، پس اگر کسی مجاناً، درخواست جاعل را انجام دهد، قبول عملی محسوب نمی‌شود و در نتیجه مستحق مزدی که جاعل قرار داده نخواهد بود.

ولاإلی مخاطبة... توضیح: عامل ممکن است شخص معینی باشد مثل اینکه جاعل، شخص معینی را مخاطب قرار دهد و بگوید: «هرگاه شما این پارچه را برای من بدوزی، هزار تومان به تومی دهم».

و ممکن است غیر معین باشد. مثل اینکه جاعل به صیغه عموم بگوید: «هرکسی این پارچه را برای من بدوزد، هزار تومان به او می‌دهم».

در واقع نسبت به جاعل، فرقی نمی‌کند چه کسی آن کار را انجام می‌دهد بلکه مهم آن است که آن کار انجام شود.

عوض مجهول

قبلاً در عبارت مصنف گذشت که معلوم بودن عوض، شرط نیست، اکنون در اینجا مصنف مثال آن را بیان می‌کند و آن اینکه: جاعل بگوید: «هرکس عبد مرا به من باز گرداند، به او مالی و یا چیزی خواهم داد» و یا بگوید: «هرکس پارچه مرا بدوزد به او مالی یا چیزی خواهم داد» این جعاله صحیح است چون علم عامل به عوض، شرط صحت جعاله نیست بلکه علم او شرط در تشخیص و تعیین عوض است یعنی

اگر جاعل بخواهد که عامل، عوض معینی را مالک گردد باید جنس و مقدار آن را ذکر نماید.

حال در صورت قبلی - که عوض را مجهول ذکر کند - عامل بعد از انجام عمل، مستحق اجرت المثل می شود، چون عمل انسان محترم است و فرض هم آن است که عامل قصد تبرع و مجانی انجام دادن آن را نکرده است.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا ِإلی...** یعنی و همچنین جعاله احتیاج به مخاطب قرار دادن شخص معینی ندارد، بنابراین اگر جاعل بگوید: «هرکس بنده مرا بازگرداند و یا بگوید: «هرکس پارچه ام را بدوزد - به صیغه عموم - برای او فلان مقدار عوض (مثلاً هزار تومان) خواهد بود» این جعاله صحیح است، و یا (بگوید: «هرکسی بنده مرا بازگرداند) برای او مالی یا چیزی خواهد بود» و مانند این دو مثال از عوض هایی که مجهول باشند، جعاله صحیح است **بصیغة العموم** چون کلمه - من - موصوله از الفاظ عموم است چنانکه در علم اصول فقه گفته اند.

العوض المجهول ناگفته نماند که عوض گاهی از هر جهت مجهول است مثل آن دو مثالی که در عبارت مصنف آمده است یعنی «مال» و «شیء» که هم از جهت جنس و هم از جهت مقدار و صفت، مجهول می باشند.

و گاهی عوض از نظر مقدار و صفت فقط مجهول است اما از نظر جنس معلوم است، مثل اینکه بگوید: «هرکس عبد مرا بازگرداند برای او لباسی خواهم داد» که در این مثال، جنس معلوم است ولی صفت و مقدار آن - که چگونه لباسی است و چند عدد لباس باشد - معلوم نیست، و یا مثل اینکه بگوید: «هرکس عبد مرا بازگرداند، نصف آن برای او باشد».

صحّ جواب است برای - فلو قال - اذ العلم... (علت است برای صحت جعاله در مواردی که عوض مجهول باشد) یعنی زیرا دانستن عوض، شرط نیست در تحقق

اصل جعاله (وصحت آن) و فقط دانستن آن شرط است در تشخیص و تعیین آن (یعنی اگر عامل بخواهد عوض معینی را مالک گردد باید علم به آن داشته باشد) پس اگر جاعل بخواهد، عوض را معین نماید (تا عامل، آن معین را مالک گردد) باید جنس و مقدار (و نیز وصف) آن را ذکر نماید و **الأ...** ظاهر عبارت مصنف این است که: اگر جاعل، قصد تعیین نداشت (بلکه قصد ابهام داشت مثل «فله مال» و «فله شیء») در این صورت اجرت المثل ثابت می شود (برای عامل) به واسطه بازگرداندن عبد (و یا انجام دادن کار دیگر مثل خیاطت لباس).

ولی شارح در عبارت مصنف یک صورت دیگر نیز اضافه کرده است به اینگونه که: اگر جاعل، اصلاً عوضی را ذکر نکند (مثل اینکه بگوید: چه کسی گمشده مرا پیدا می کند) و دیگر سخنی از عوض به میان نیاورد) و یا عوض را ذکر کند اما معین نکند یعنی به طور ابهام ذکر نماید مثل «فله مال» و «فله شیء» پس ترجمه عبارت چنین می شود که: اگر جاعل، ذکر نکند عوض را اصلاً و یا ذکر کند عوض را اما معین ننماید، ثابت می شود (برای عامل) به واسطه بازگرداندن گمشده، اجرت المثل.

قدرة یعنی مقدار آن به حسب پیمانه یا وزن یا شماره.

ویشکل بأن ثبوت أجرة المثل لا تقتضي صحة العقد، بل هي ظاهرة في فساده، وإنما أوجبها الأمر بعمل له أجرة عادة كما لو استدعاه ولم يعين عوضا، إلا أن يقال: إن مثل ذلك يعد جعالة أيضا فإنها لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه اتفاقهم على الحكم من غير تعرض للبطلان.

وفيه: أن الجعالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقق مفهومها وإن ترتب عليها العوض.

اشكال شارح بر مصنف

ویشکل... توضیح: مصنف در عبارتهای قبلی فرمود: اگر عوض، مجهول باشد جعاله صحیح است منتها به عاملی که کار را انجام می دهد باید اجرت المثل داده شود.

شارح اشکال می کند به اینکه ثبوت اجرت المثل، دلیل بر آن است که عقد جعاله در صورت مجهول بودن عوض، باطل است نه اینکه صحیح باشد چون در هر جایی که عقد باطل می شود اجرت المثل ثابت می شود و جهت اینکه اجرت المثل ثابت می شود آن است که جا عل، امر به کاری کرده که به حسب عادت، مردم در برابر آن اجرت می پردازند، و به بیان دیگر عمل را چون عامل در اثر امر جاعل انجام داده است لذا مستحق اجرت المثل آن می شود (چون عمل انسان محترم است) نه اینکه چون عقد، صحیح بوده مستحق اجرت المثل شده است (و در باب اجاره نیز گفته اند که اگر کسی به کسی امر کند به انجام کاری بدون آنکه برای آن اجرتی ذکر نماید مثل اینکه انسان به خیاط بگوید: این پارچه را برای من بدوز، باید بعد از دوختن لباس، اجرت المثل به او بپردازد).

همچنان که اگر جاعل در صورتی که عملی را درخواست کند ولی برای آن اصلاً عوضی قرار ندهد، مثل اینکه بگوید: «چه کسی عبد مرا پیدا می‌کند» و دیگر ذکری از عوضی به میان نیاورد، در این صورت نیز عامل بعد از پیدا کردن عبد، مستحق اجرت المثل خواهد بود (چون جعاله باطل است) چنانکه بعداً مصنف در ذیل «مسائل» آن را خواهد فرمود.

پس حکم مورد بحث - که عوض مجهول قرار داده شده - همانند حکم صورتی است که اصلاً عوضی قرار داده نشود، در اینکه در هر دو صورت، اجرت المثل ثابت است و عقد جعاله باطل است.

جواب اشکال

ممکن است در جواب اشکال بالا گفته شود که جعاله به جهت آنکه عقد جایز است، منحصر به صیغه خاصی نیست (برخلاف عقود لازمه که منحصر در صیغه‌های خاصی می‌باشند) بدین جهت جعاله به هر لفظی که دلالت بر اذن در انجام کاری کند، تحقق می‌یابد، بنابراین در مورد بحث وقتی که جاعل امر کرد به کاری که به حسب عادت به آن اجرت تعلق می‌گیرد، پس اذن در انجام آن کار را داده است و در نتیجه جعاله تحقق می‌یابد گرچه عوض در آن مجهول باشد و یا اصلاً عوضی قرار ندهد (همانطوری که در صورتی که عوض معلوم باشد جعاله تحقق می‌یابد).

و شاهد بر اینکه در مورد بحث، جعاله تحقق یافته و صحیح می‌باشد، آن است که فقها در اینجا به طور اجماع حکم به ثبوت اجرت المثل کرده‌اند بدون آنکه درباره بطلان جعاله بحث کنند پس اگر جعاله باطل بود هر آینه فقها متعرض آن می‌شدند، و از اینکه متعرض بطلان آن نشده‌اند استفاده می‌کنیم که جعاله باطل نیست.

اشکال بر جواب مزبور

شارح بر جواب مزبور اشکال می‌کند به اینکه جعاله از ماده - جعل - گرفته شده است پس مفهوم آن در صورتی تحقق می‌یابد که در عقد، چیزی به عنوان مزد قرار داده شود، بنابراین وقتی که در عقد مزدی قرار داده نشد، مفهوم جعاله تحقق نمی‌یابد گرچه عوض دیگری - یعنی اجرت المثل - بر آن مترتب گردد.

نگارنده گوید: همانطوری که بعضی از محشّین نیز متعرّض شده اند، این اشکال در صورتی وارد می‌شود که در عقد اصلاً عوضی قرار داده نشود (یعنی آن صورتی که شارح در عبارت «کمالواستدعاه ولم یعین عوضاً» آورده است) و اما در صورتی که عوض قرار داده شود اما به طور مجمل - چنانکه مورد بحث ماست - مثل مال و شیء، اشکال وارد نمی‌باشد چون با قرار دادن عوض - گرچه مجمل باشد - مفهوم جعاله صدق می‌کند.

ترجمه و شرح عبارت: و یشکل... یعنی بر حکم مصنف، اشکال می‌شود به اینکه ثبوت اجرت المثل (در صورتی که عوض مجهول باشد مثل فله مال و فله شیء) اقتضا نمی‌کند صحت عقد جعاله را (و دلیل بر صحت آن نمی‌شود) بلکه (به عکس) اجرت المثل، ظهور در فساد عقد جعاله دارد، و (به بیان دیگر صحت جعاله، اجرت المثل را واجب نکرده بلکه) اجرت المثل را همانا امر کردن جاعل به کاری که عادتاً مزدی به آن تعلق می‌گیرد، واجب کرده است همانند صورتی که جاعل درخواست کاری کند و عوضی را برای آن تعیین نکند (یعنی اصلاً عوضی برای آن قرار ندهد، در این صورت نیز جعاله باطل است و اجرت المثل ثابت می‌شود) مگر آنکه (در جواب آن اشکال) گفته شود که چنین چیزی (یعنی امر به کاری که عادتاً به آن مزد تعلق می‌گیرد) نیز جعاله محسوب می‌شود (گرچه عوض آن مجهول باشد و یا

اصلاً عوضی برای آن ذکر نشود) زیرا جعاله (به واسطه آنکه عقد جایز است) منحصر در لفظ خاصی نیست، و شاهد بر آن (که مورد بحث نیز جعاله محسوب می شود) این است که همه فقها در اینجا وحدت نظر دارند بر اینکه اجرت المثل ثابت است بدون آنکه متعرض بطلان جعاله شده باشند.

وفیه... یعنی در این گفتار (که در ذیل «الآن یقال» گفته شد) این اشکال است که: جعاله (به ملاحظه مبدأ اشتقاقش) لازمه اش قراردادن مزدی است (در برابری که عامل انجام می دهد) پس هرگاه جاعل (در ضمن عقد) مزد را ذکر نکند، اصلاً مفهوم جعاله تحقق نمی یابد، اگرچه عوض (یعنی اجرت المثل) بر آن مترتب شود (زیرا ترتب اجرت المثل به جهت باطل شدن جعاله است).

وقيل: إن كانت الجهالة لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض المعين، لا أجرة المثل كـ"من رد عبدي فله نصفه" فردّه من لا يعرفه ولا بأس به. وعلى هذا فيصح جعله صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصة من نماء شجر على عمله، وزرع كذلك ونحوها.

والفرق بينه، وبين "الشئ" و "المال": مقوليتهما على القليل، والكثير المفضي إلى التنازع والتجاذب فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم فإنه أمر واحد لا يقبل الاختلاف، ومسماه لتشخصه لا يقبل التعدد، وقبوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم عليه العامل كيف كان. ويمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص انتفى الغرر، لأنه معين في حد ذاته.

قول دیگر در مسأله

وقيل... توضيح: همانطوری که دانسته شد مصنف و مشهور فقها به طور مطلق در عوض مجهول، قائل به ثبوت اجرت المثل برای عامل شده اند.

ولی بعضی از فقها تفصیل داده اند در عوض مجهول به این صورت که:

الف: اگر جهالت عوض طوری باشد که بدون پیش آمد نزاع بین عامل وجاعل، می توان آن را به عامل داد و عامل به آن عوض، راضی می گردد، در این صورت بعد از انجام عمل باید همان عوض را به عامل داد نه اجرت المثل.

مثل اینکه جاعل چنین بگوید: «هرکس عبد مرا به من بازگرداند، نصف آن عبد برای او باشد» آنگاه عامل که آن عبد را نمی شناسد و برای او مجهول است، آن را به جاعل بازگرداند، پس نصف آن عبد، برای عامل می شود.

ب: اما اگر جهالت عوض طوری باشد که اگر به عامل داده شود نزاع پیش می آید، مثل اینکه جاعل، عوض را «مال» یا «شئ» قرار دهد، در این صورت باید اجرت المثل به عامل داده شود نه آن عوضی که قرارداد داده شده.

و علت تفصیل بین صورت اول و دوم این است که در صورت دوم چون لفظ «مال» و «شیء» هم بر مقدار کم اطلاق می‌شوند و هم بر مقدار زیاد، پس اگر جاعل به اعتبار اینکه لفظ مال، بر مال کم نیز اطلاق می‌شود، مال کم به عامل بدهد، چه بسا عامل به آن راضی نشود و موجب نزاع و کشمکش بین او و جاعل شود لذا در این صورت صحیح نیست آن عوضی که قرار داد شده، به عامل داده شود بلکه باید اجرت المثل داده شود.

اما در صورت اول، عوضی که قرار داده شده، بر مقادیر مختلف اطلاق نمی‌شود بلکه بر یک مقدار اطلاق می‌شود و مصداق آن به اعتبار آنکه در واقع مشخص است قابل تعدد و کمی و زیادی نیست و در نتیجه نارضایتی عامل را ایجاد نمی‌کند. و اگر گوئید که عوض مزبور گرچه به حساب مصداق، قابل تعدد نیست ولی به حساب قیمت، قابل تعدد است زیرا چه بسا قیمت عبد در بازار کم یا زیاد باشد، و این موجب نارضایتی عامل شود.

در جواب گوئیم: این چیزی است که خود عامل اقدام بر آن کرده و راضی به چنین عیدی شده که قیمتش هر قدر باشد، و چه بسا عامل به چنین اختلاف قیمت در همان وقتی که اقدام به کار می‌کند راضی بوده باشد.

در نتیجه وقتی که عامل اقدام بر آن عوض خاص کرد (گرچه جهالت کمی برای او هست ولی) آنچنان جهالتی که موجب غر باشد برای او نیست چون در واقع عوض، چیز مشخص می‌باشد و مصادیق متعدد ندارد و در نتیجه همان عوض برای او ثابت می‌شود نه اجرت المثل.

ترجمه و شرح عبارت: و قیل... (از توضیحی که دادیم معلوم شد که این قول مربوط به اصل مسأله است در مقابل قول مشهور) یعنی بعضی از فقها گفته‌اند اگر جهالت عوض، مانع از دادن آن به عامل نباشد (چون نزاعی پیش نمی‌آید) لازم

می‌شود - با انجام گرفتن کار (توسط عامل) - اینکه همان عوض ذکر شده در عقد (گرچه مجهول است) پرداخت شود، نه اجرت المثل، مثل اینکه جاعل بگوید: «هر کسی بنده مرا بازگرداند، نصف آن برای او باشد» آنگاه عبد را بازگرداند عاملی که بنده را نمی‌شناسد (پس در این صورت نصف عبد برای عامل خواهد بود نه اجرت المثل، برخلاف صورتی که جهالت عوض، مانع از دادن آن به عامل باشد، به این معنی که دادن آن به عامل موجب نارضایتی عامل و نزاع او با جاعل می‌گردد. مثل آنکه جاعل بگوید: «هرکس بنده مرا بازگرداند برای او مالی است یا چیزی است» در این صورت، اجرت المثل ثابت می‌شود برای عامل) و (شارح این قول را می‌پسندد و می‌فرماید: باکی برای این قول نیست (یعنی اشکالی ندارد و می‌توان آن را پذیرفت).

(شارح طبق این قول چند مثال دیگر ذکر می‌کند که در آنها عوض مجهول است ولی جهالتی که مانع از دادن آن به عامل نیست لذا می‌فرماید: بنابراین قول، صحیح است که عوض در جعاله، کوبه‌ای از گندم مثلاً قرارداد داده شود که عامل آن را مشاهده می‌کند و (بر حسب ظاهر) مقدارش (برای عامل) مجهول است (اگرچه در واقع معلوم می‌باشد).

و یا آنکه عوض را بخشی از میوه درخت (که بر حسب ظاهر مقدارش مجهول است) در مقابل کاری که عامل انجام می‌دهد قرار دهد، و یا بخشی از زراعتی (که بر حسب ظاهر مقدارش مجهول است) قرارداد داده شود در مقابل کار عامل، و مانند این موارد و حصه... منصوب است بنا بر اینکه عطف بر - صبره - می‌باشد علی عمله متعلق است به - فیصح جعله - و ضمیر آن بر می‌گردد به عامل، و یا بر می‌گردد به شجر و زرع مجرور است بنا بر اینکه عطف بر - نماء - می‌باشد.

و الفرق بینه... یعنی فرق بین عوضی که جهالت آن مانع از دادن به عامل نمی‌شود و بین (عوضی که جهالت آن مانع از دادن به عامل می‌شود مثل) شیء و مال،

آن است که شیء و مال، هم بر مقدار کم و هم بر مقدار زیاد اطلاق می شود (و در واقع هیچ تعیین و تشخیص ندارند) و چنین اطلاقی منجر به نزاع و کشمکش (میان جاعل و عامل) می شود (زیرا چه بسا عامل راضی به چیز کم و یا مال کم نشود) پس قرارداد ان عوض به این صورت صحیح نیست برخلاف عوضی که جهالت آن مانع از دادن به عامل نیست (مثل نصف عبد) زیرا چنین عوضی، یک چیز است (ولفظ آن به اعتبار صدق) قبول اختلاف نمی کند (یعنی بر کم و زیاد، اطلاق نمی شود بلکه بر یک چیز اطلاق می شود و آن نصف عبد است) و مصداق آن - به جهت آنکه (در واقع) مشخص است (هر چند عامل آن را نمی داند) - قابل تعدد (و کمی و زیادی) نیست (بدین جهت موجب نزاع و کشمکش نمی شود).

و اینکه عبد، ممکن است اختلاف قیمت از نظر کمی و زیادی داشته باشد (چون عامل، عبد را نمی شناسد و پس از یافتن چه بسا ارزش عبد را کمتر از آن مقداری که خیال می کرده ببیند) این اختلاف، چیزی است که خود عامل بر آن اقدام کرده که به هر قیمتی باشد، و ممکن است (در همان وقت قبول عمل) راضی به آن اختلاف بوده باشد، بنابراین، هرگاه او بر عوض خاص (نصف عبد) اقدام کرد (گرچه به حسب ظاهر برای او مجهول است ولی) غرر منتفی خواهد بود (البته نه بطور کلی بلکه فی الجملة) چون عوض در واقع، تشخص دارد التبرع به ضمیر به اختلاف بر می گردد (نه به عمل) و معنای تبرع در اینجا رضایت است.

(ويشترط في الجاعل الكمال) بالبلوغ، والعقل، (وعدم الحجر) لأنه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل فإنه يستحق الجعل وإن كان صيباً مميزاً بغير إذن وليه، وفي غير المميز والمجنون وجهان: من وقوع العمل المبذول عليه، ومن عدم القصد.

شرایط جاعل

(ويشترط... توضيح: در جاعل چند چیز شرط است تا جعاله صحیح باشد:

۱. بالغ باشد پس جعاله از غیر بالغ صحیح نیست.

۲. عاقل باشد پس جعاله از دیوانه صحیح نیست.

۳. اینکه شرعاً ممنوع التصرف از مال نبوده باشد، زیرا جاعل، کسی است که مالی قرار می‌دهد در مقابل عملی که عامل انجام می‌دهد، پس باید جاعل شرعاً ممنوع ازدادن مال نباشد.

بنابراین اگر جاعل ممنوع التصرف از مال باشد (مثل سفیه یا ورشکسته) جعاله از او صحیح نیست.

ولی در عامل، شرایط بالا معتبر نمی‌باشد، بنابراین سفیه و بچه (مقصود در اینجا بچه متمیز است و اما غیر متمیز، محل خلاف بین فقهاست چنانکه خواهد آمد) و ورشکسته می‌توانند در عقد جعاله، عامل قرار گیرند و مزد بگیرند.

و اما بچه غیر متمیز و مجنون آیا می‌توانند عامل قرار گیرند یا نه؟ دو احتمال در آن وجود دارد:

۱. اینکه می‌توانند عامل قرار گیرند، زیرا غرض نهایی از جعاله آن است که عمل انجام گیرد، و بچه و مجنون می‌توانند عمل را انجام دهند.

۲. اینکه نمی‌توانند عامل قرار گیرند، چون قبلاً دانسته شد که جعاله عقد است و عقد احتیاج به قبول دارد و به خاطر اینکه عقد جایز است، قبول آن می‌شود لفظی باشد و می‌شود فعلی (عملی) باشد.

و حال آنکه در مورد بحث بچه غیر ممیز و مجنون، نه لفظاً می‌توانند قبول کنند (چون شرعاً عبارات و الفاظ آنها اعتبار ندارد) و نه عملاً می‌توانند قبول کنند چون - چنانکه سابقاً گذشت - قبول عملی در جعاله عبارت از آن است که عامل، درخواست جاعل را به خاطر اینکه درخواست کرده و به قصد دریافت مزد و عوض، انجام دهد، و معلوم است که بچه غیر ممیز و مجنون نمی‌توانند این معنی را قصد کنند یعنی نمی‌توانند قصد کنند که کار را به خاطر درخواست جاعل انجام دهند و نیز نمی‌توانند قصد دریافت مزد و عوض را بنمایند، پس اگر کار را انجام دادند، حکم کسی را خواهند داشت که مجانی کار را انجام داده است و در نتیجه مستحق عوض (مزد) نخواهند شد.

ترجمه و شرح عبارت: و یشترط... یعنی در جاعل، شرط است کامل بودن - به اینکه بالغ و عاقل باشد - و نیز ممنوع نبودن از تصرف مالی، چون جاعل، بذل کننده و دهنده مال (مزد) است پس شرط است ممنوعیت از او برداشته شده باشد.

بر خلاف عامل (که این امور در آن شرط نمی‌باشد) زیرا او (با انجام دادن کار) استحقاق مزد (عوض) پیدا می‌کند اگرچه بچه ممیزی باشد که بدون اذن ولی خود، کار را انجام داده است.

و اما در بچه غیر ممیز و دیوانه، دو احتمال وجود دارد:

۱. از جهت اینکه می‌بینیم کاری که بر آن مزد قرار داده شده، به دست بچه غیر ممیز و دیوانه، انجام می‌گیرد (و غرض نهایی از جعاله همین انجام عمل است، پس عامل قرار گرفتن آنها صحیح خواهد بود و مستحق مزد خواهند بود).

۲. از جهت دیگر می بینیم اگر بخواهند آنها کار را انجام دهند، قصد دریافت مزد نمی توانند بکنند (و در نتیجه قبولی که در عقد جعله، لازم است تحقق نمی یابد و جعله باطل می شود پس مستحق مزد نخواهد شد) *الجعل به ضم جیم یعنی عوض و مزد و این کان... کلمه - ان - وصلیه است و فی غیر الممیز... خبر مقدم است برای وجهان.*

عدم القصد... در کتاب «مسالك» تصریح نموده که مقصود عدم قصد عوض است.

و احتمال دارد مقصود: عدم قصد انجام کار باشد، یعنی بچه غیر ممیز و مجنون نمی توانند قصد انجام کار بنمایند.

و احتمال سوم آن است که مقصود این باشد که آنها نمی توانند قصد کنند که کارشان به خاطر درخواست جاعل است چنانکه در بالا توضیح داده شد (ناگفته نماند که توضیحات سابق ما بر طبق احتمال اول و سوم بود).

(ولو عين الجعالة لواحد ورد غيره فهو متبرع) بالعمل (لا شيء له)، للتبرع، ولا للمعين، لعدم الفعل.

احکام جعاله

(ولو عين... توضیح: اگر جاعل، شخص معینی را مخاطب قرار دهد و جعاله را با او قرارداد کند، ولی عمل را شخصی دیگری انجام دهد، این شخص در انجام کارش متبرع محسوب می شود یعنی کار را مجانی انجام داده و مزدی به او تعلق نمی گیرد (چون او طرف عقد نبوده و جاعل هیچ گونه تعهدی در مقابل او ندارد) و به شخص معین نیز مزدی داده نمی شود چون کاری انجام نداده است.

ترجمه و شرح عبارت: ولو عين... یعنی اگر جاعل، مزد را برای یک نفر خاصی، معین کند ولی کس دیگری عبد را بازگرداند، این کس کار را مجانی انجام داده است، چیزی (از مزد) برای او نخواهد بود به جهت مجانی بودن کار، و نیز چیزی به آن شخص معین تعلق نمی گیرد چون او کار جاعل را انجام نداده است الجعاله احتمال دارد مقصود از آن، عقد جعاله باشد، و احتمال دارد مقصود معنای لغوی آن باشد (یعنی مزد) و به نظر ما احتمال دوم قوی تر است لاشيء له چنانکه روشن است ضمیر به - غیره - برمی گردد که متبرع در عمل است.

للتبرع این کلمه همانطوری که ثابت کرده ایم به صیغه مصدر از باب تفعّل می باشد و لام آن تعلیلیه است، چنانکه در نسخه های چاپ سنگی و چند نسخه خطی نیز چنین می باشد.

و در بعضی نسخه های چاپ جدید، آن کلمه به صیغه اسم فاعل آمده است و آن غلط می باشد.

اگر گوئید چرا غلط باشد بلکه تفسیر می‌باشد برای کلمه - له - ؟
 در جواب گوئیم که اولاً کلمه - له - احتیاج به تفسیر ندارد زیرا روشن است که ضمیر
 آن به - غیره - بر می‌گردد.

و ثانیاً معمولاً شارح برای تفسیر ضمیر از کلمه - ای - تفسیریه استفاده می‌کند و در
 اینجا اگر غرض شارح تفسیر ضمیر بود باید می‌فرمود: «ای المتبرّع» (بدون لام).
 و اما طبق نسخه اول - نسخه صحیح - شارح می‌خواهد دلیل برای - لاشیء له -
 بیاورد یعنی علت آنکه مزدی به شخص ثالث تعلق نمی‌گیرد آن است که کارش
 مجانی می‌باشد.

ولا للمعین... عطف است بر - له - یعنی ولا شیء للشخص المعین ایضاً.

(ولو شارك المعین فإن قصد التبرع علیه فالجميع للمعین) لوقوع الفعل بأجمعه له، (والإ) یقصد التبرع علیه بأن أطلق، أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع علی المالك (فالنصف) للمعین خاصة، لحصوله بفعلین: أحدهما مجعول له، والآخر متبرع فیستحق النصف بناء علی قسمة العوض علی الرأس.

والأقوی بسطه علی عملهما، فیستحق المعین بنسبة عمله، قصر عن النصف أم زاد. وهو خیرة المصنف فی «الدروس»، ومثله ما لو عمل معه المالك (ولا شیء للمتبرع).

ولو شارك... توضیح: در همان مسأله بالا اگر شخص ثالث، همکاری کند با عامل معین، در انجام کار، چنانچه قصد آن شخص این باشد که کمک مجانی به عامل معین کند، در این صورت تمام مزدی که جاعل قرارداد، مال عامل معین خواهد بود، چون تمام کار به نفع عامل معین واقع شده است.

اما اگر قصد آن شخص، کمک مجانی به او نباشد بلکه یا هیچ قصدی نداشته باشد (نه کمک به عامل معین و نه قصد گرفتن مزد) و یا قصد آن کار برای خودش کند که مزدی بگیرد، و یا قصدش کمک مجانی به جاعل باشد.

در این سه صورت، فقط نصف مزد به عامل معین می‌رسد (و به شخص ثالث چیزی داده نمی‌شود) چون کار به توسط عمل دو نفر انجام گرفته که برای عمل یکی از آنها در عقد، مزد قرار داده شده بود، و برای عمل دیگری مزدی قرار داده نشده بود (و مجانی انجام گرفته) و چون عامل معین به تنهایی آن را انجام نداده، مزدی که برای او قرار داده شده بود دو نصف می‌شود (چون دو نفر بودند) و یک نصف آن به او داده می‌شود و نصف دیگر برای جاعل می‌ماند، البته این حکم بنابرین مبناست که بخواهیم مزد را به عدد نفرات تقسیم کنیم.

ولی در نظر شارح، اقوی آن است که مزد را به میزان عمل آنها تقسیم کنیم، بنابرین، عامل معین به نسبت عملی که انجام داده، از مزد تعیین شده می‌گیرد خواه

کمتر از نصف مزد باشد و خواه بیشتر از آن. یعنی مثلاً اگر عامل معین، یک سوم کار را انجام داده باشد، یک سوم مزد به او می‌رسد، و اگر دو سوم کار را انجام داده باشد، دو سوم مزد به او می‌رسد.

ترجمه و شرح عبارت: ولو لشارک المعین... (ضمیر مقدر فاعلی در- شارک - بر می‌گردد به - غیره - یعنی شخص ثالث، و کلمه - المعین - مفعول است) یعنی و اگر شخص ثالث با عامل معین همکاری کند چنانچه قصد کند که کار، مجانی برای عامل معین واقع شود پس همه مزد برای عامل معین خواهد بود، زیرا تمام کار به نفع عامل معین واقع شده است، و اما اگر قصد مجانی واقع شدن کار برای شخص معین نداشته باشد به این صورت که: یا قصدش را مطلق گذاشت (نه قصد مجانی بودن کار را کرد و نه قصد گرفتن مزد برای خودش کرد) و یا قصد کرد که کار را برای خودش انجام دهد (که برای خودش مزدی بگیرد) و یا قصد مجانی واقع شدن برای مالک (جاعل) کرد، پس (در همه این سه صورت) نصف مزد برای عامل معین فقط خواهد بود، چون عمل به توسط کار دو نفر انجام گرفته، که برای کاری، مزد قرار داده شده بود، و برای کار دیگری، مزد قرار داده نشده بود، بنابراین، عامل معین، استحقاق نصف مزد را پیدا می‌کند، البته بنابراین که بگوئیم مزد به تعداد نفرات تقسیم می‌شود (پس چون آنها دو نفر بودند، مزد به دو نصف تقسیم می‌شود که یک نصفش به عامل معین می‌رسد و به آن دیگری چیزی نمی‌رسد، و اگر سه نفر بودند مزد به سه قسمت تقسیم می‌شد) ولی قول اقوی آن است که مزد را بر کار آن دو نفر پخش کنیم (یعنی مزد را به نسبت کار انجام شده به توسط هر کدام تقسیم کنیم) بنابراین، عامل معین به نسبت کاری که انجام داده، استحقاق مزد پیدا می‌کند، خواه کمتر از نصف مزد تعیین شده باشد یا بیشتر از آن. و همین قول، مختار مصنف در کتاب «دروس» است.

و مثله... توضیح: همانطوری که شخص ثالث اگر همکاری کند با عامل معین و قصدش انجام کار برای خودش باشد، عامل معین، نصف مزد و یا به نسبت کاری که انجام داده، مزد به او تعلق می‌گیرد، همچنین اگر خود جاعل با عامل معین همکاری کند، عامل، نصف مزد و یا به نسبت کاری که انجام داده، مزد به او تعلق می‌گیرد ولی در اینجا جاعل نمی‌تواند از همکاری خود، قصد مجانی بودن کمک به نفع عامل را بنماید که در نتیجه، عامل تمام مزد را مستحق گردد، و دلیل بر اینکه چنین قصدی را نمی‌تواند بکند، دو چیز است:

۱. اینکه چون لازم می‌آید جاعل، هم کار به نفع عامل، انجام دهد و هم مزد آن کار را به او بدهد و این جمع بین عوض و معوض نزد عامل می‌شود که باطل می‌باشد، چون برگشت آن به اکل مال به باطل است که در قرآن نهی از آن فرموده: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾.

۲. اینکه اصل آن است که هرکسی، مستحق مزد عمل خودش باشد نه اینکه مستحق مزد عمل شخص دیگر باشد، از این اصل یک مورد خارج شده و آن جایی است که شخص ثالث، قصد کمک مجانی به نفع عامل معین کند که در این مورد، عامل معین مستحق می‌شود مزد عمل شخص ثالث را و لذا تمام مزدی که جاعل تعیین کرده به عامل معین می‌رسد چنانکه در بالا دانسته شد، و این به دلیل اجماع فقهاست ولی در مورد بحث ما که عامل معین مستحق تمام مزد شود به واسطه همکاری خود جاعل با او، اجماعی نداریم، بنابراین هر چند جاعل قصد کمک به نفع عامل را بنماید، عامل مستحق تمام مزد نمی‌شود بلکه نصف آن و یا به نسبت عملی که انجام داده مزد به او تعلق می‌گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و مثله یعنی مثل همکاری شخص ثالث است با عامل معین، صورتی که مالک (یعنی جاعل) همکاری کند با عامل معین و لاشیء للمتبرع

(این جمله، مطلب جداگانه‌ای نیست بلکه دنباله عبارت قبلی مصنف است)
 یعنی شخص ثالث که قصدش از همکاری با عامل معین، کمک مجانی به وی بوده
 و یا قصدش کمک مجانی به مالک بوده، چیزی به او تعلق نمی‌گیرد نه از مزد تعیین
 شده و نه از اجرت المثل.

(وتجوز الجعالة من الأجنبي) فیلزمه المال، دون المالك إن لم يأمره به، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي، (ووجب علیه) أي علی الجاعل مطلقا (الجعل مع العمل المشروط) حيث يتعين، وإلا فما ذکر بدله.

(و تجوز الجعالة... توضیح: در جعاله، لازم نیست که نفع عمل به جاعل برسد بلکه اگر چه نفع آن به شخص ثالث برسد، جعاله صحیح می باشد، بنابراین جاعل می تواند تعهد به پرداخت مبلغی در مقابل عملی که عامل برای شخص ثالث انجام می دهد بنماید، مثلاً حسن بگوید: «هرکس کتاب علی را پیدا کند هزار تومان به او می دهم» در این صورت جعاله صحیح است و باید حسن آن مبلغ را از کیسه خود به عامل بپردازد، مگر اینکه علی - که مالک کتاب است - به حسن دستور داده باشد که قرارداد جعاله با عامل ببندد، در این صورت باید علی آن مبلغ را بپردازد نه حسن.

و اما اگر حسن بدون اینکه علی به او دستور جعاله بدهد، قرارداد جعاله را از مال علی بسته باشد (یعنی قصد حسن این باشد که مزد را از مال علی بپردازد) در این صورت عقد جعاله فضولی می شود، حال اگر علی آن را اجازه نمود پس مزد از مال علی به عامل پرداخته می شود و اما اگر آن را اجازه نداد باید حسن از کیسه خود، مزد تعیین شده را به عامل بپردازد در صورتی که عامل نداند فضولی بودن حسن را و اما اگر فضولی بودن او را بداند، دیگر برای عامل چیزی از مزد تعلق نمی گیرد.

ترجمه و شرح عبارت: و تجوز... یعنی جایز است جعاله از سوی شخصی بیگانه (یعنی کسی که مالک چیز گمشده نیست) قرارداد شود پس (بعد از آنکه عامل، عمل را انجام داد) بر شخص بیگانه لازم می شود مزد را بپردازد نه مالک، در صورتی که مالک، شخص بیگانه را امر به قرارداد جعاله نکرده باشد (و اما اگر مالک، او را امر به قرارداد کرده باشد، باید مالک، مزد عامل را بپردازد).

و اگر شخص بیگانه، مزد را از مال مالک قرارداد داده باشد بی آنکه از وی اذن (در قرار داد جعاله) داشته باشد، این قرارداد، فضولی خواهد بود (وصحت آن موقوف به اجازه مالک خواهد بود).

و یجب... توضیح: بعد از آنکه عامل، کار را انجام داد، جاعل - چه شخص بیگانه باشد و چه مالک - باید مزد عامل را بپردازد در صورتی که مزد را در عقد جعاله، معین و معلوم کرده باشد از نظر جنس و مقدار، و اما اگر آن را معلوم نکرده و مبهم ذکر نموده باشد - مثل مال و شیء - باید اجرت المثل به عامل بپردازد چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت.

ترجمه و شرح عبارت: و یجب علیه ظاهر عبارت مصنف آن است که این جمله دنباله عبارت قبلی مصنف است و ضمیر - علیه - بر می گردد به جاعل اجنبی، که بنابراین مقصود آن است که بعد از آنکه عامل، عمل شرط شده را انجام داد، بر جاعل اجنبی واجب است مزد او را بپردازد.

ولی شارح، آن عبارت را جدای از عبارت قبلی گرفته و آن را جمله مستأنفه قرار داده و ضمیر - علیه - را به مطلق جاعل برگردانده (چه اجنبی باشد و چه مالک) نه فقط جاعل اجنبی.

و شاید جهت آن این باشد که اگر آن عبارت دنباله عبارت قبلی بود، به حسب قواعد عربی سزاوار بود که مصنف - فاء تفریع - بر سر «یجب» بیاورد.

العمل المشروط یعنی عملی که با عامل، شرط شده که آن را انجام دهد حیث یتعین (این جمله قید است برای جعل و ضمیر مقدر فاعلی بر می گردد به جعل) یعنی اینکه گفتیم جعل را بدهد، در جایی است که مزد در عقد جعاله، معلوم گردیده باشد (از نظر جنس و مقدار، و معنای جعل همین است) و گرنه (اگر معلوم نگردیده باشد) باید آنچه که (سابقاً در عبارت مصنف) ذکر شد - که عبارت بود از بدل جُعَل

(یعنی اجرت المثل) - داده شود فما ذکر کلمه - ذکر - به صیغه مجهول است بدله
این کلمه را می توان منصوب خواند تا حال باشد از - ما ذکر - و می توان مرفوع خواند تا
عطف بیان باشد برای - ما ذکر - و ضمیر در «بدله» بر می گردد به جعل معین.

(وهي جائزة من طرف العامل مطلقا) قبل التلبس بالعمل وبعده، فله الرجوع متى شاء، ولا يستحق شيئا لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقا.

(وأما الجاعل فجائزة) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل، (وأما بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل) فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض (أما الماضي فعليه أجرته).

جایز بودن عقد جعالة

(وهي جائزة... توضيح: عقد جعالة، از عقود جایزه است، مصنف می فرماید که: از طرف عامل، مطلقا عقد جایز است یعنی چه پیش از شروع به عمل و چه بعد از شروع به آن و پیش از اتمام آن، عامل هر زمان که خواست می تواند عقد را فسخ نماید.

و در صورتی که در اثناء عمل، فسخ کرد، حق ندارد از جاعل مزدی بگیرد بابت آن مقدار کاری که کرده قبل از اتمام عمل، یعنی مثلاً جاعل برای پیدا شدن عبد گمشده اش مبلغی قرار دهد و عامل پس از چندین روز جستجو، از عمل خود برگردد و عقد را فسخ نماید، حق ندارد از جاعل بابت چند روز تجسس، مزدی بگیرد، زیرا عامل قبل از رسیدن به نتیجه (پیدا شدن عبد) به میل خود از ادامه کار صرف نظر نموده است، و اجرتی که جاعل قرار داده در مقابل مجموع عمل است (از کارهای مقدماتی تا رسیدن به نتیجه) و با انجام دادن کارهای مقدماتی، استحقاق مزد پیدا نمی کند، چون غرض جاعل، حاصل نشده.

تا اینجا بیان جایز بودن عقد از طرف عامل بود و اما از طرف جاعل، اینطور نیست که به طور مطلق، عقد جایز باشد بلکه باید تفصیل داد به شرح ذیل: پیش از شروع

عامل به کار، عقد جایز است و جاعل هر زمان که خواست می تواند آن را فسخ نماید، و اما بعد از شروع عامل به کار، فقط نسبت به باقیمانده از کار، عقد جایز است (که جاعل می تواند فسخ کند و به عامل اطلاع بدهد که باقی کار را ادامه ندهد، و وقتی فسخ کرد باید نسبت سنجی کرد که عامل چه مقدار از کار را انجام داده و چه مقدار باقی مانده است و به همان نسبتی که باقی مانده، از مزد تعیین شده، کم می گردد) و اما نسبت به انجام شده از کار، عقد لازم است از جهت آنکه باید مزد آن مقدار از کار را به عامل بپردازد.

ترجمه و شرح عبارت: و هي جائزة... یعنی جعاله از طرف عامل، مطلقاً عقد جایز است (و تفسیر مطلقاً این است که یعنی: چه قبل از شروع در کار و چه بعد از شروع (پیش از اتمام کار) فله... (این جمله تفریع است بر جایز بودن عقد، و آن را تفسیر می کند) یعنی پس عامل هر زمان که بخواهد می تواند از عقد بازگردد (و آن را فسخ نماید) متی شاء این جمله در معنای مطلقاً در عبارت مصنف است ولا يستحق... یعنی عامل (در صورتی که بعد از شروع در کار، عقد را فسخ کرد) مستحق نمی شود مزدی را برای آن مقدار کاری که پیش از اتمام آن، انجام داده قبل تماماً ظرف است برای - حَصَلَ - مطلقاً محشین برای این کلمه چندین تفسیر کرده اند:

۱. اینکه آن کلمه، تفصیل است برای پیش از اتمام عمل یعنی خواه فسخ عامل در وسطهای عمل باشد و خواه در اوایل عمل یا در اوخر آن باشد، چون پیش از اتمام عمل، شامل آن سه فرد می باشد.
نگارنده این تفسیر را می پسندد.

۲. مرحوم شیخ علی (که از نوادگان شهید ثانی است) آن کلمه را چنین تفسیر کرده که: خواه جاعل، مزد را در جعاله، معلوم کرده باشد از نظر جنس و مقدار، و خواه

مبهم ذکر نموده باشد، مثل مال و شیء که در این صورت، اجرت المثل ثابت می شود.

و حاصل مقصود شیخ علی این است که عامل استحقاق چیزی پیدا نمی کند نه از مزدی که معلوم بوده باشد و نه از اجرت المثل.

۳. مرحوم سلطان العلما آن کلمه را تفسیر کرده به اینکه: خواه عمل، عملی باشد مثل خیاطت لباس، و خواه عملی باشد مثل پیدا کردن گمشده. و این در مقابل تفصیلی است که مرحوم مصنف در کتاب «دروس» داده است و آن اینکه:

اگر عمل، عملی باشد قابل تجزیه مثل خیاطت لباس که هر مقداری از لباس که دوخته شود در مقابل سهمی از مزد تعیین شده قرار می گیرد، در این صورت اگر عامل پس از دوختن یک سوم لباس، عقد را فسخ کرد و اتمام آن صرف نظر نمود، در این صورت یک سوم از مزد را حق دارد از جاعل بگیرد و اگر مثلاً نصف آن را دوخت و عقد را فسخ کرد، حق دارد نصف مزد را از جاعل بگیرد.

و اما اگر عمل، عملی باشد بسیط غیر قابل تجزیه مثل پیدا شدن گمشده (که کارهای مقدماتی آن از جستجو کردن بدون رسیدن به نتیجه، فایده ای ندارد) در این صورت اگر عامل پس از چند روز جستجو پیش از پیدا کردن گمشده، عقد را فسخ کرد، حق ندارد بابت چند روز جستجو، مزدی از جاعل بگیرد، زیرا مزد تعیین شده در عقد، تقسیم بر کارهای مقدماتی و بر نتیجه (پیدا شدن گمشده) نمی شود که سهمی از مزد در مقابل کارهای مقدماتی قرار بگیرد و سهمی دیگر در مقابل نتیجه قرار بگیرد بلکه کارهای مقدماتی که عامل برای رسیدن به نتیجه انجام می دهد جنبه مقدمی دارد و در مقابل آن، مزد در نظر گرفته نمی شود.

و اما الجاعل... یعنی و اما جاعل: پس جعاله از طرف او پیش از آنکه عامل شروع به کار کند، عقد جایز است و اما بعد از شروع به کار، جعاله نسبت به مقدار باقی مانده از کار، عقد جایز است پس وقتی که عقد را در مقدار باقی مانده فسخ نمود، ساقط می شود از ذمه جاعل به مقدار نسبتی که باقیمانده از عمل، به مزد جعاله دارد (یعنی آن مقدار از مزد که در مقابل باقیمانده از عمل قرار می گیرد، مثلاً اگر یک سوم کار باقی مانده، یک سوم مزد که در مقابل کار باقی مانده است ساقط می گردد) و اما نسبت به مقداری از کار که انجام شده است (عقد جعاله، عقد لازم است از جهت آنکه) بر جاعل واجب است مزد آن را (به عامل) بپردازد (زیرا عامل، کار را شروع کرد به قصد آنکه مزد تعیین شده در عقد به او برسد، حال این مزد به او نرسیده اما نرسیدن به تقصیر او نبوده چون جاعل، فسخ کرده نه عامل، و از سوی دیگر چون اصل در هر عمل محترمی که به امر مالک انجام بگیرد، آن است که مزدی به آن عمل تعلق بگیرد، لذا باید در برابر آن مقداری از کار که عامل انجام داده، مزدی به او داده شود) اجرتی مقصود از اجرت در اینجا مقداری از مزد تعیین شده در جعاله است به نسبت مقدار انجام شده از کار یعنی مقداری از آن مزد، که در مقابل مقدار انجام شده از کار قرار می گیرد (چنانکه از عبارت شارح که قبل از این ذکر کرده «بنسبته من العوض» نیز استفاده می شود) یعنی مثلاً در مثالی که سابقاً زدیم، دو سوم از مزد که در مقابل دو سوم از کار که انجام شده است.

گرچه بعضی از فقها گفته اند که برای آن مقدار از کار که انجام شده، اجرت المثل آن تعلق می گیرد نه اینکه مقداری از مزد تعیین شده به آن تعلق گیرد.

وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها جائزة من قبله مطلقا فإن المراد بالعقد الجائز، أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، وثبوت العوض لا ينافي جوازه كما أنها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة بجعل بعد تمام العمل.

واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقدا جائزا، فينبغي أن يقال:

إنها جائزة مطلقا لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى.

وقيل: أجرة مثله.

اشكال شارح بر مصنف

وهذا في الحقيقة... توضيح: حاصل گفتار مصنف در قسمت آخر عبارتش این بود که جعاله از طرف جاعل نسبت به انجام شده از کار، عقد لازم است از جهت آنکه باید مزد آن مقدار از کار را به عامل بپردازد.

شارح بر این قسمت اشکال می‌کند به اینکه واجب شدن مزد در مقابل انجام شده از کار، لازمه اش این نیست که عقد را نسبت به آن لازم بدانیم، بلکه منافات ندارد اینکه مزد برای آن واجب باشد و در عین حال عقد از طرف جاعل مطلقا جایز باشد حتی نسبت به کار انجام شده، زیرا مقصود از عقد جایز آن است که کسی که از طرف او عقد جایز است، می‌تواند آن را فسخ نماید، و در اینجا هم جاعل می‌تواند بعد از شروع به کار، عقد را فسخ کند، و وجوب مزد بابت انجام شده از عمل، منافات با جایز بودن عقد ندارد همانطوری که بعد از اتمام عمل، واجب است بر او تمام مزد عامل را بدهد و منافات با جایز بودن عقد ندارد.

و نظیر آن، عقد وکالت است که اگر کسی وکیل شد و بابت وکالت، مزدی برای خود قرار داد، بعد از آنکه وکیل، کار را انجام داد استحقاق گرفتن مزد پیدا می‌کند و موکل باید آن را به او بپردازد، این وجوب پرداختن مزد، منافات با جایز بودن عقد وکالت ندارد.

خلاصه اینکه با توجه به اشکال بالا سزاوار است که بگوئیم: عقد جعاله عقد جایز است مطلقاً چه از طرف عامل و چه از طرف جاعل، چه قبل از شروع به عمل و چه بعد از شروع به آن، منتها در صورتی که فسخ از طرف جاعل بعد از شروع به عمل باشد باید به همان نسبتی که عامل کار انجام داده، از مزدی که در جعاله تعیین شده، به عامل بپردازد (مثلاً اگر مزد تعیین شده، هزار تومان بود و عامل، نصف کار را انجام داده باشد مستحق پانصد تومان خواهد بود) گرچه بعضی از فقها در همین جا گفته‌اند که عامل، اجرت المثل مقدار عملی را که انجام داده است مستحق می‌شود، پس در مثال بالا چه بسا اجرت المثل نصف کار، کمتر از نصف مزد تعیین شده باشد، مثلاً چهار صد تومان.

ترجمه و شرح عبارت: و هذا... یعنی ثبوت مزد برای انجام شده از کار، در واقع، خارج نمی‌کند جعاله را از اینکه از طرف جاعل مطلقاً عقد جایز باشد (چه نسبت به باقیمانده از کار و چه نسبت به انجام شده از کار) زیرا مقصود از عقد جایز یا ایقاع جایز، عقد یا ایقاعی است که فسخ آن صحیح می‌باشد برای کسی که آن عقد یا ایقاع از طرف او جایز است، و ثبوت مزد (برای انجام شده از کار) منافاتی با جواز آن عقد ندارد، چنانکه پس از آنکه عامل، کار را تمام نمود، در جعاله لازم است که همه مزد به او داده شود با آنکه جعاله از عقود جایز است (و در عین حال، جایز بودن آن منافاتی با وجوب پرداخت تمام مزد پس از اتمام کار ندارد) و همچنین است وکالتی که برای آن مزد قرار داده شده است، پس از تمام شدن کار (پس اگر مثلاً حسن وکیل شد برای

علی در فروختن خانه، که در برابر آن هزار تومان مزد بگیرد، آنگاه خانه را بفروشد، پس استحقاق هزار تومان را پیدا می‌کند) و استحقاق داشتن وکیل، مزد را، وکالت را از عقد جایز بودن خارج نمی‌کند.

پس (با توجه به اشکال مزبور) سزاوار است گفته شود: جعاله مطلقاً عقد جایز است (چه از طرف جاعل و چه از طرف عامل، چه قبل از شروع به عمل و چه بعد از آن) منتها هرگاه فسخ از طرف مالک (جاعل) باشد، ثابت می‌شود برای عامل به مقدار نسبتی که انجام شده از کار، به مزد تعیین شده در عقد دارد (یعنی آن مقدار از مزد که در مقابل کار انجام شده قرار می‌گیرد) یخروج به صیغه مضارع از باب افعال است قبله به کسر قاف و فتح باء یعنی از طرف جاعل **أوالایقاع** این کلمه در اینجا اشاره به اختلافی است که فقها درباره جعاله دارند که آیا جعاله از عقود است یا از ایقاعات (چنانکه در اول کتاب نیز اشاره کردیم) بعضی آن را عقد دانسته‌اند که باید به وسیله دو طرف انجام بگیرد (جاعل، ایجاب بخواند، و عامل قبول نماید) و بعضی آن را ایقاع دانسته‌اند که به وسیله یک طرف انجام می‌گیرد (فقط جاعل) و احتیاج به قبول ندارد، نظیر طلاق و عتق^۱.

اگر گوئید که: ایقاع جایز چه معنی دارد؟ گوئیم: مقصود از آن مثل تدبیر می‌باشد (که یکی از انواع عتق عبد است به این صورت که مولا آزادی عبدش را معلق به بعد از فوت خودش می‌کند به اینکه می‌گوید: انت حر بعد وفاتی) زیرا چنانکه در کتاب العتق

^۱ فرق میان اینکه جعاله عقد جایز باشد یا ایقاع جایز باشد، این است که (با اینکه هر دو مشترکند در اینکه جاعل می‌تواند فسخ کند) اگر جاعل فسخ نکرد چنانچه عامل آن را رد کرد، اگر جعاله را عقد بدانیم ایجاب باطل می‌شود اما اگر ایقاع بدانیم باطل نمی‌شود پس اگر بعداً عامل پشیمان شود و دنبال کار برود دیگر صیغه ایقاع جدید، لازم نیست در حالی که اگر آن را عقد بدانیم، صیغه ایجاب جدید لازم است.

خواهد آمد، مولا می‌تواند بعد از اجرای صیغه تدبیر، آن را فسخ کند مثل اینکه لفظاً بگوید: برگشتم از تدبیر عبدم، و یا عملاً آن را بفروشد.

و ثبوت... این کلمه مبتدا است و خبرش - لاینافی - می‌باشد بجعل جعل به ضم جیم یعنی مزد و استحقاق... این کلمه مبتدا است و خبرش - لایخرجها - می‌باشد علی الأقوی یعنی اینکه گفتیم مزد عامل را از همین مزد تعیین شده در جعاله می‌دهیم، قول اقوی است، ولی بعضی گفته‌اند که اجرت المثل به او داده می‌شود مثله ضمیر بر می‌گردد به - ما سبق -.

وربما أشکل ذلك فيما لو كانت على رد ضالة مثلا ثم فسخ وقد صارت بیده، فإنه لا یکاد يتحقق للفسخ معنی حينئذ، إذ لا يجوز له ترکها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه فلا يتحقق فائدة للفسخ حينئذ.

اشکال بعضی از فقهاء

وربما أشکل... توضیح: دانسته شد که جاعل پس از شروع عامل به عمل جایز است فسخ کند.

در اینجا بعضی از فقهاء اشکال کرده‌اند به اینکه اگر فرض کنیم جعاله بر پیدا شدن حیوان گمشده قرار داده شده باشد، حال اگر عامل چند روز شروع به جستجو کرد و قبل از یافتن حیوان، جاعل، فسخ کند، در این صورت فسخ معنا و مفهومی دارد، چون معنای فسخ جاعل در این صورت آن است که عامل، کار را ادامه ندهد و چون فرض آن است که مقداری از کار را عامل انجام داده لذا فقهاء گفته‌اند اجرتی بابت جستجوی چند روزه‌ی او از همان مزدی که تعیین شده، به نسبت جستجوی او داده می‌شود ولی نسبت به باقیمانده‌ی عمل، مزد از عهده جاعل ساقط است (چنانکه در عبارت مصنف گذشت) در اینجا اشکالی نیست.

اشکال در جایی است که فرض کنیم در همان مثال بالا عامل، حیوان را یافت و هنوز به دست مالک نرسانده، جاعل فسخ کند، با توجه به اینکه فسخ در اینجا نیز قبل از تمام شدن عمل است، چون تمام شدن عمل به این است که گمشده به دست مالک رسانده شود و فرض ما این است که هنوز به دست مالک نرسیده است، در این صورت اشکال این است که فسخ جاعل، معنا و مفهومی ندارد، چون اگر بگوئیم معنای فسخ این است که عامل حیوان را پس از فسخ، رها کند که دوباره حیوان گم شود، قطعاً این کار جایز نیست، زیرا بعد از آنکه حیوان به دست عامل آمد

نمی‌تواند آن را رها کند، چون امانت در دست اوست و به دلیل عموم روایت «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» باید یا به صاحبش و یا به وکیل او برساند و گرنه ضامن خواهد بود.

پس چون در فرض مزبور، وظیفه عامل، رساندن حیوان به صاحبش می‌باشد، گویا آن را به صاحبش رسانده است. و به بیان دیگر فسخ جاعل بعد از رسیدن حیوان به دست عامل، در حکم فسخ بعد از رسیدن حیوان به دست جاعل است، پس همانطوری که بعد از رسیدن حیوان به دست جاعل، عامل مستحق تمام مزد تعیین شده می‌باشد و فسخ جاعل معنا ندارد، همچنین در فرض مورد بحث نیز عامل مستحق تمام مزد تعیین شده خواهد بود و در نتیجه فسخ جاعل، فایده و اثری نخواهد داشت.

ترجمه و شرح عبارت: و ربما اشکل... یعنی چه بسا جواز فسخ جاعل بعد از شروع عامل به عمل، مورد اشکال واقع شده (و اشکال کننده مرحوم محقق کرکی در کتاب «جامع المقاصد» می‌باشد) در جایی که جعاله قرار داده شود بر بازگرداندن حیوان گمشده مثلاً، و جاعل آن را فسخ کند در وقتی که حیوان را عامل یافته و گرفته است، در این فرض فسخ کردن جاعل، معنایی ندارد، زیرا برای عامل جایز نیست حیوان را رها کند بلکه باید آن را به مالک یا کسی که جانشین اوست (مانند وکیل مالک یا حاکم شرع) تحویل بدهد، بنابراین فسخ کردن جعاله در این فرض، فایده و اثری ندارد کانت ضمیر مقدر بر می‌گردد به جعاله ضالّه در لغت به معنای حیوان گمشده است نه هر چیز گمشده صارت ضمیر مقدر به ضاله بر می‌گردد بیده ضمیر به عامل بر می‌گردد معنی خبر است برای - یکاد - حینئذ یعنی در این هنگام که حیوان در دست عامل است.

ویمکن دفعه بأن فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق بنسبته ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك وهو حفظه عنده، ونحوه، إذ لا يجب عليه حينئذ رده على المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

جواب شارح از اشکال مزبور

ویمکن... توضیح: شارح جواب می دهد به اینکه می توان در فرض مزبور نیز برای فسخ جاعل، اثر وفایده ای قرارداد و آن اینکه در آن فرض، تمام مزد تعیین شده در عقد به عامل داده نمی شود بلکه نسبت سنجی می شود و به نسبت آن مقدار عملی که قبل از فسخ انجام داده (یعنی جستجو کردن و یافتن حیوان) از آن مزد تعیین شده به او داده می شود (مثلاً فرض می کنیم مزد نهصد تومان بوده و عامل دوسوم کار را انجام داده پس ششصد تومان از آن مبلغ به او داده می شود) و برای عملی که بعد از فسخ انجام می دهد، اجرت المثل آن داده می شود نه اینکه باقیمانده مزد تعیین شده داده شود.

اگر گوئید که: بعد از فسخ چه عملی برای عامل هست که بابت آن، حق گرفتن اجرت المثل داشته باشد؟

گوئیم: عملی که بعد از فسخ انجام می دهد عبارت است از نگهداری کردن از حیوان و رسیدگی های دیگر به حیوان تا وقتی که مالک بیاید و آن را از عامل تحویل بگیرد.

اگر گوئید: مگر بر خود عامل واجب نیست حیوان را به دست مالک برساند؟
گوئیم: گرچه قبل از فسخ، بر عامل لازم است آن را به دست مالک برساند تا مستحق مزد گردد (یعنی شرط استحقاق مزد آن است که چیز گمشده را به دست

مالک برساند و اگر به دست او نرساند، استحقاق چیزی از مزد نخواهد داشت، چنانکه بعد از این در عبارت مصنف خواهد آمد) اما بعد از فسخ جاعل، بر عامل واجب نیست به دست مالک برساند (چون حیوان در دست عامل، امانت مالکیه است نه امانت شرعیه) بلکه مالک چنانچه در هنگام فسخ می داند که عامل حیوان را یافته است، بر عامل همین مقدار واجب است که مالک را متمکن سازد از تحویل گرفتن حیوان (یعنی موانع را از تحویل گرفتن مالک بر طرف سازد) و اما اگر مالک هنگام فسخ نداند که حیوان را عامل یافته است، در این صورت بر عامل واجب است که مالک را خبردار کند تا او بیاید و حیوان را تحویل بگیرد.

نتیجه آنکه عامل بابت نگهداری از حیوان در این مدت می تواند اجرت المثل از جاعل بگیرد، چون کار او محترم است و شرع مقدس هم نگهداری از آن را اجازه داده و اصل کار را هم به اذن مالک شروع کرده بود پس نباید حق عامل در آن جهت ضایع گردد.

پس فسخ جاعل در فرض مورد بحث، این فایده را دارد که عامل تمام مزد تعیین شده در عقد را نمی گیرد به شرحی که دانسته شد.

ترجمه و شرح عبارت: و یمکن... یعنی می توان آن اشکال را جواب داد به این صورت که: فایده بطلان عقد (به واسطه فسخ جاعل) آن است که تمام مزدی که در عقد تعیین شده، برای عامل سالم نمی ماند در این فرضی که مطرح شد (یعنی بعد از فسخ جاعل، همه مزد به عامل داده نمی شود) بلکه عامل به نسبت کاری که انجام داده، از آن مزد تعیین شده مستحق می شود، و باقی می ماند برای او اجرت المثل نسبت به کارهایی که بعد از آن انجام می دهد تا وقتی که مالک، حیوان را تحویل بگیرد، و آن کارها عبارت است از نگهداری حیوان نزد خود و مانند آن (از رسیدگی های دیگر به حیوان) **یستحق** یعنی عامل مستحق می شود (از آن عوض و مزد تعیین شده

در جعاله) لما سبق یعنی برای کاری که انجام داده به نسبت آن کار (به مزد تعیین شده) بنسبته ضمیر برمی گردد به - ماسبق - إذ لا یجب... (علت است برای وجوب حفظ حیوان نزد خود واستحقاق اجرت المثل برآن) یعنی زیرا واجب نیست بر عامل - در این صورت که حیوان را پیدا کرده وجاعل، عقد را فسخ کرده - اینکه آن را به دست مالک برساند بلکه وظیفه عامل آن است که مالک را از تحویل گرفتن حیوان متمکن سازد اگر مالک می داند که حیوان به دست عامل رسیده (وآن را پیدا کرده است) واما اگر مالک نمی داند که او حیوان را گرفته باید او را خبردار کند.

(ولو رجع) المالك فيها قبل العمل، أو في أثناؤه (ولم يعلم العامل رجوعه) حتى أكمل العمل (فله كمال الأجرة)، ولو علم في الأثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم وينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به ذلك شرعاً ليشمل السماع من المالك، والشياخ المفيد للعلم، وخبر العدلين، لا الواحد وإن حكم به في عزل الوكالة بنص خاص.

(ولو رجع)... توضیح: اگر جاعل پیش از شروع عامل در عمل و یا در اثنای آن، جعاله را فسخ کند ولی عامل از فسخ او اطلاع نداشته تا اینکه کار را تمام نماید و سپس خبردار شود، در این صورت حق دارد تمام مزد تعیین شده را بگیرد. و حاصل این مطلب آن است که فسخ جاعل در صورتی اثر دارد که عامل، خبردار از آن شود پس اگر عامل خبر از فسخ نداشته باشد، فسخ جاعل اثری ندارد و تمام تصرفات و کارهایی که عامل در زمان بی اطلاعی انجام دهد صحیح است، لذا مستحق تمام مزد می شود.

و اگر عامل در اثنای عمل، خبردار از فسخ جاعل شود (خواه جاعل پیش از شروع در عمل، فسخ کرده باشد و خواه بعد از شروع در آن) در این صورت عامل به نسبت کاری که پیش از خبردار شدنش انجام داده، استحقاق مزد تعیین شده را خواهد داشت (یعنی باید نسبت سنجی کرد که کاری که پیش از اطلاع از فسخ انجام داده، در مقابل چه مقدار از مزد تعیین شده، قرار می گیرد، آن مقدار مزد به او داده می شود) خواه بعد از آگاهی از فسخ، کار را به اتمام رسانده باشد و خواه نرسانده باشد.

و مقصود از علم عامل، در اینجا خبردار شدن از هر راهی است که آن خبر (فسخ جاعل) به آن راه شرعاً ثابت می شود، بنابراین عامل به هر یک از سه طریقی که در ذیل بیان می گردد، خبردار شود کفایت می کند:

۲. به طریق شیوع یافتن خبر بین مردم به طوری که برای انسان، علم آور باشد.

۳. به طریق خبر دادن دو نفر عادل، اما خبر دادن یک نفر عادل، کافی نیست گرچه در باب وکالت گفته شد که اگر موکل، غایبانه وکیل را عزل کند و به توسط یک نفر عادل خبر عزل او به وکیل برسد، عزل ثابت می شود اما این ثبوت، به دلیل روایت خاصی بود که در مورد وکالت وارد شده است (چنانکه در بحث وکالت گذشت) و اگر آن روایت نبود، در آنجا نیز می گفتیم که به توسط خبر دادن یک عادل، عزل وکالت ثابت نمی شود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو رجع...** یعنی اگر رجوع کند مالک در جعاله (و آن را فسخ نماید) خواه قبل از عمل عامل و خواه در اثنای آن، و عامل، علم به رجوع او نداشته باشد تا آنکه او عمل را به اتمام برساند، پس در این صورت برای عامل تمام اجرت خواهد بود **الأجرة** مقصود از اجرت، همان مزد تعیین شده در جعاله است در صورتی که جاعل، مزد را در جعاله تعیین کرده باشد.

و اما اگر مزد را مبهم ذکر نموده باشد مثل مال یا شیء، در این صورت مقصود از اجرت، اجرت المثل است.

ولو علم... یعنی و اگر عامل در اثنای عمل، علم پیدا کند به رجوع مالک پس در این صورت برای او (از مزد تعیین شده) به نسبت عملی که قبل از علم به رجوع مالک، انجام داده، خواهد بود.

و سزاوار است مقصود از علم در اینجا (معنای عامی باشد یعنی) رسیدن خبر از هر راهی باشد که به سبب آن، خبر رجوع مالک شرعاً ثابت می شود، تا (این معنای عام) شامل شود:

۱. شنیدن از خود مالک.

۲. شیوع خبر به طوری که مفید علم باشد.

۳. خبر دادن دو نفر عادل، نه خبر دادن یک عادل، گرچه در مورد عزل وکالت، بر طبق خبر یک عادل، حکم می‌شود اما این حکم به دلیل روایت خاصی است (که در مورد وکالت وارد شده است).

(ولو أوقع المالك صيغتين) للجعالة مختلفتين في مقدار العوض أو في بعض أوصافها (عمل بالأخيرة إذا سمعهما العامل)، لأن الجعالة جائزة، والثانية رجوع عن الأولى، سواء زادت أم نقصت (وإلا) يسمعهما (فالمعتبر ما سمع) من الأولى والأخيرة، ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع ومن الثانية بنسبة الباقي.

اجرای دو صیغه از طرف مالک

(ولو أوقع... توضیح: اگر جاعل برای یک کار دوبار قرارداد جعاله ببندد که در مقدار مزد با هم مختلف باشند (مثل اینکه یک بار بگوید: «هرکس یک اطاق سه در چهار برای من بسازد، هزار تومان به او می‌دهم» و بار دوم بگوید: «هرکس یک اطاق سه در چهار برای من بسازد، هشتصد تومان به او می‌دهم» و یا آن دو قرارداد در بعضی از اوصاف با هم مختلف باشند^۱) (مثل اینکه یک بار بگوید: «هرکس یک اطاق سه در چهار برای من بسازد، هزار تومان به او می‌دهم» و بار دیگر بگوید: «هرکس یک اطاق چهار در پنج برای من بسازد، هزار تومان به او می‌دهم») در این مسأله، حکم آن است که اگر عامل، هر دو قرارداد را شنیده باشد، باید عمل به قرارداد دوم شود، (که اگر به قرارداد دوم عمل شود مستحق مزد می‌شود و اگر به قرارداد اول عمل شود مستحق مزد نمی‌شود) زیرا جعاله، عقد جایز (و یا ایقاع جایز) است که قابل فسخ می‌باشد و با توجه به اینکه قرارداد دوم اختلاف با قرارداد اول دارد و فرض هم این است که آن دو قرارداد برای یک کار می‌باشد نه دو کار، در نتیجه باید گفت که

^۱ مثال دیگر: یک بار بگوید: «هرکس گمشده را تا در مغازه‌ام برساند، صد تومان به او می‌دهم» و بار دیگر بگوید: «هرکس گمشده را تا در خانه‌ام برساند، صد تومان به او می‌دهم».

قرارداد دوم، فسخ برای قرارداد اول به شمار می‌آید و لذا در مثال دوم گفته‌اند که اگر عامل به قرارداد اول عمل کند یعنی اطاق سه در چهار بسازد، مستحق هیچ مزدی نخواهد بود، چون کار او، کاری است بعد از فسخ قرارداد (و در حکم مزبور، فرقی نیست بین اینکه مزد در قرارداد دوم بیشتر از قرارداد اول باشد یا کمتر از آن باشد).

و اما اگر عامل، یکی از آن دو قرارداد را شنیده باشد، همان قراردادی را که شنیده است برای او اعتبار دارد و با عمل کردن عامل به آن، مستحق مزد آن قرارداد می‌شود. و اگر عامل بعد از آنکه قرارداد اول را شنید، شروع در کار نمود و در اثنای کار، قرارداد دوم را شنید، در این صورت حکم این است که: به همان نسبتی که کار کرده، از مزدی که در قرارداد اول تعیین شده، به او داده می‌شود (یعنی باید دید که کاری که کرده در مقابل چه مقدار از مزد قرارداد اول قرار می‌گیرد، همان مقدار مزد به او داده می‌شود) و نسبت به باقی مانده کار، از مزدی که در قرارداد دوم تعیین شده به او داده می‌شود (یعنی باید دید که باقیمانده کار در مقابل چه مقدار از مزد قرارداد دوم قرار می‌گیرد، همان مقدار مزد به او داده می‌شود) مثلاً در مثال اولی که در بالا ذکر شد که مزد در قرارداد اول، هزار تومان تعیین شده و در قرارداد دوم، هشتصد تومان تعیین شده، حال فرض می‌کنیم که عامل بعد از آنکه یک سوم اطاق را ساخت، قرارداد دوم را شنید پس برای او از مزد قرارداد اول (یعنی هزار تومان) یک سوم داده می‌شود، و وقتی که اطاق را تکمیل نمود، برای او از مزد قرارداد دوم (یعنی هشتصد تومان) دو سوم داده می‌شود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو أوقع...** یعنی اگر مالک (جاعل) دو صیغه برای جعاله واقع سازد که در مقدار مزد و یا در بعضی از اوصاف جعاله، با هم فرق داشته باشند (چنانکه مثال گذشت) باید به صیغه دوم، عمل شود در صورتی که عامل هر دو صیغه را شنیده باشد، زیرا جعاله، عقد جایز است، و صیغه دوم جعاله، رجوع از

صیغه اول (وفسخ آن) به شمار می‌آید، خواه مزد آن بیشتر از صیغه اولی باشد یا کمتر باشد و **إلا...** یعنی و اگر هر دورا نشنیده باشد (یعنی یکی از آن دورا شنیده باشد) همان صیغه‌ای را که شنیده است، معتبر می‌باشد، چه صیغه اول باشد و چه صیغه دوم.

ولو سمع... یعنی و اگر عامل پس از شروع در کار، صیغه دوم را بشنود، پس برای او داده می‌شود از قرارداد اول (یعنی از مزدی که در قرارداد اول تعیین شده) به نسبت کارش به تمام مزدی که در قرارداد اول تعیین شده، و از قرارداد دوم (یعنی از مزدی که در قرارداد دوم تعیین شده) به نسبت کار باقی مانده (به تمام مزدی که در قرارداد دوم تعیین شده) به او تعلق می‌گیرد.

(وإنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود) إلى مالكه مع الإطلاق أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده، (فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شئ للعامل)، لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الاستحقاق.

ومثله ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بذاره، مع احتمال الاستحقاق هنا، لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل، ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامتثال.

زمان استحقاق مزد در جعاله بر بازگرداندن حیوان

(وإنما يستحق... توضیح: عامل آن وقتی مستحق مزد می‌گردد که حیوان یا عبد گمشده را به دست مالک برساند، البته این حکم در دو صورت است:

۱. صورتی که مالک در قرارداد جعاله، تصریحی در آن باره نداشته باشد (به این معنی که قرارداد را مطلقاً بیان کرده باشد و درباره اینکه حیوان گمشده را تا کجا برساند آیا به دست او یا جای دیگر برساند؟ چیزی نگفته باشد).

۲. صورتی که صریحاً شرط کرده باشد که آن را به دست او برساند.

پس در این دو صورت اگر چنانچه عامل، حیوان یا عبد را به دست مالک نرساند بلکه تا در منزل ادبیاورد آنگاه حیوان فرار کند، عامل، استحقاق چیزی از مزد نخواهد داشت، چون شرط استحقاق او تمام نمودن کار است و عامل به این شرط، عمل نکرده پس مشروط نیز منتفی خواهد شد.

گفتنی است که حکم مزبور یکی از فرق‌های بین اجاره و جعاله است، زیرا در اجاره، اجیر به مجرد عقد، مستحق اجرت می‌گردد (یعنی مثلاً اگر لباسی را به خیاط داد، به مجرد قرارداد اجاره، خیاط، مستحق اجرت می‌گردد) اگر چه اجیر نمی‌تواند اجرت را مطالبه نماید مگر بعد از انجام عمل.

ولی در جعاله، تا وقتی که عامل، عمل را به اتمام نرسانده، مستحقّ مزد نخواهد بود.

و ثمره آن در جایی روشن می‌شود که اگر اجرت، عین معین خارجی باشد که دارای منافع است، منافع آن در جعاله بعد از آنکه عامل، عملی را تمام نمود، متعلق به او می‌گردد، ولی در اجاره از زمان عقد، مال اجیر می‌شود، یعنی مثلاً اگر اجرت خیاطت را یک کتاب معین در خارج قرار دهد، مثلاً بگوید این کتاب، اجرت تو باشد، به مجرد عقد اجاره، مستأجر نمی‌تواند در آن کتاب تصرف کند، چون آن کتاب، مال خیاط شده گرچه در دست مستأجر است و خیاط قبل از تمام کردن خیاطت، حق مطالبه‌ی کتاب را از موجر ندارد.

ترجمه و شرح عبارت: و إنما... یعنی عامل، تنها در صورتی استحقاق مزد بر بازگرداندن عبد یا حیوان مثلاً خواهد داشت که آن را به مالکش تحویل دهد. این حکم در صورتی است که قرارداد جعاله، مطلق باشد یا در آن تصریح شده باشد به اینکه مزد در مقابل رساندن عبد به دست مالک است الجعل به ضمّ جیم یعنی مزد المردود یعنی چیزی که بازگردانده شده یعنی عبد یا حیوان مثلاً ایصاله ضمیر به - مردود - برمی‌گردد فلو جاء... یعنی بنابراین اگر عامل، عبد را تا در خانه مالک بیاورد و آنگاه او فرار کند، چیزی به عامل داده نمی‌شود، چون او عمل را به اتمام نرسانده، در حالی که اتمام آن شرط در استحقاق مزد است الذی هو ضمیر به - اتمام - برمی‌گردد. و مثله... توضیح: اگر در مسأله بالا، به جای فرار کردن حیوان، فرض کنیم که عامل، حیوان یا عبد را به خانه مالک رساند ولی حیوان قبل از رسیدن به دست مالک، در حیاط خانه بمیرد، در این صورت دو احتمال در حکم آن می‌باشد:

۱. اینکه همانند فرض قبلی، عامل، استحقاق هیچ مزدی را ندارد.

۲. اینکه بگوئیم استحقاق مزد را دارد، زیرا در فرض مزبور، مانع اتمام عمل، از طرف خدا بوده است که مرگ باشد، و از جانب عامل نبوده پس عامل، تقصیری در عمل نداشته.

ترجمه و شرح عبارت: و مثله... یعنی مثل صورت فرارکردن است، آن صورتی که حیوان قبل از رسیدن به دست مالکش بمیرد گرچه در حیات خانه او باشد (پس در این صورت نیز عامل مستحق چیزی از مزد نمی‌شود) ولی (احتمال دیگری در این صورت هست و آن اینکه:) احتمال دارد در اینجا عامل، استحقاق مزد را داشته باشد، زیرا مانع از جانب خدا بوده نه از جانب عامل الإستحقاق لازم به ذکر است اینکه آیا مستحق تمام مزد خواهد بود یا اینکه به نسبت کاری که انجام داده (رساندن عبد یا حیوان تا درب منزل) استحقاق مزد دارد؟ مرحوم علامه حلی در کتاب «قواعد» تصریح به قول دوم نموده است.

ولو كان... توضیح: فرض دیگری است و آن اینکه: اگر مالک، در قرارداد جعاله، تصریح کرده باشد که حیوان گمشده را به شهری یا به خانه او برساند، در این صورت اگر عامل، حیوان را به شهری یا به خانه مالک رساند، مستحق مزد تعیین شده می‌گردد اگرچه به دست مالک نرسد (به واسطه فرارکردن یا مردن آن).

ترجمه و شرح عبارت: ولو كان... یعنی اگر مالک، مزد را در مقابل رساندن حیوان به شهری یا منزل مالک قرارداده باشد، عامل، مستحق تمام مزد می‌گردد به واسطه انجام آن طبق شرطی که مالک کرده (هر چند به دست مالک نرسد).

(ولا يستحق الأجرة إلا ببذل الجاعل) أي استدعائه الرد، سواء كان مع بذل عوض أم لا (فلو رد بغيره كان متبرعا) لا عوض له مطلقا.

شرط استحقاق مزد در جعالة

(ولا يستحق... توضیح: عامل در صورتی استحقاق مزد پیدا می‌کند که جاعل، درخواست کار (بازگرداندن حیوان گمشده مثلاً) را نموده باشد، خواه برای آن، مزدی قرار داده باشد یا اینکه مزد قرار نداده باشد (که در صورت اول، عامل مستحق همان مزد معین می‌شود، و در صورت دوم، استحقاق اجرت المثل خواهد داشت). بنا براین اگر عامل، کار را انجام دهد بدون آنکه جاعل، درخواست آن را نموده باشد، در این صورت، کار عامل، مجانی به حساب می‌آید و مستحق مزد نمی‌باشد مطلقا خواه اینکه عامل، کار را به قصد مجانی انجام داده باشد یا اینکه به قصد گرفتن مزد باشد یا اینکه قصد هیچ یک از آنها را نکرده باشد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولا يستحق...** ظاهر عبارت مصنف آن است که چنین ترجمه شود که: «عامل، استحقاق مزد پیدا نمی‌کند مگر آنکه جاعل، مزدی قرار بدهد» ولی شارح، عبارت مصنف را طور دیگر تفسیر کرده، به جهت آنکه اگر چنین تفسیر نشود، عبارت بعدی مصنف درست در نمی‌آید، چون معنای عبارت بعدی مصنف طبق ترجمه‌ای که کردیم این می‌شود: که اگر جاعل، مزدی قرار ندهد و عامل، کار را انجام دهد مستحق مزد نخواهد بود و کار او مجانی به حساب می‌آید، و حال آنکه این حکم درست نیست، زیرا خود مصنف نیز بعد از این در ذیل (مسائل) فرموده است که اگر جاعل، مزدی قرار ندهد و عامل کار را انجام داد، مستحق اجرت المثل می‌شود نه اینکه مجانی باشد.

بدین جهت شارح، کلمه - بذل جاعل - را در عبارت مصنف به معنای استدعای جاعل (درخواست او) تفسیر کرده که بنابراین، ترجمه عبارت چنین می شود که: «عامل، استحقاق مزد پیدا نمی کند مگر آنکه جاعل، درخواست کاری معینی بازگرداندن گمشده از او بنماید» خواه اینکه درخواست او همراه با قراردادن مزد معینی باشد (که بنابراین، عامل بعد از انجام عمل، مستحق همان مزد معین می شود) و خواه همراه با مزد معین نباشد (که بنابراین، عامل بعد از انجام عمل، مستحق اجرت المثل می شود، چنانکه خود مصنف بعد از این در ذیل «مسائل» بیان نموده است).

أم لا این کلمه شامل دو صورت می شود:

۱. اینکه اصلاً ذکر از مزد به میان نیاورد (مثل اینکه بگوید: چه کسی از شما حیوان گمشده مرا پیدا می کند).

۲. اینکه مزد را به طور مبهم ذکر نماید (مثل: مال و شیء)^۱.

فلو رد... یعنی پس اگر عامل، گمشده را بازگرداند بدون درخواست جاعل، کار او مجانی خواهد بود، که مزدی برای او نخواهد بود **مطلقاً** این کلمه را قبلاً توضیح دادیم.

^۱ آنچه گفته شد در صورتی است که کلمه - عوض - در عبارت شارح را به معنای عوض معین بگیریم، و احتمال دارد که آن کلمه، عام باشد که هم شامل عوض معین شود و هم عوض مبهم (مثل مال و شیء) و بنابراین، منظور از کلمه - أم لا - فقط صورتی که عوض اصلاً ذکر نشود، خواهد بود.

وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، أو بقصد يغير ما بذله المالك جنسا أو وصفا، ولو رد بنية العوض مطلقا وكان ممن يدخل في عموم الصيغة، أو إطلاقها ففي استحقاقه قولان، منشأهما: فعلة متعلق الجعل مطابقا لصدوره من المالك على وجه يشملها، وأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع بإذن الجاعل فقد وجد المقتضي والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل، ومثله يشك في مانعيته، لعدم الدليل عليه فيعمل المقتضي عمله، ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه في قوة عدمه عنده.

وفصل ثالث ففرق بين من رد كذلك عالما بأن العمل بدون الجعل تبرع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره، لأن الأول متبرع محضا، بخلاف الثاني. واستتقر المصنف الأول.

والتفصيل متجه.

وكذا لو رد... توضيح: اگر جاعل، درخواست کاربنمايد وصيغه جعالة را بخواند ولی عاملی که درخواست اورا نشنيده، کاررا انجام بدهد، اين فرض سه صورت دارد:

۱. اینکه عامل، آن کاررا به قصد مجانی انجام بدهد، در این صورت، حکم آن است که عامل مستحق هیچ مژدی نمی باشد.

۲. اینکه عامل، آن کاررا به قصد گرفتن مژدی انجام بدهد ولی مژد خاصی را قصد کرده که با مژدی که جاعل قرار داده، از نظر جنس یا وصف، مغایر است.

مثال تغایر جنسی: مثل اینکه عامل، کاررا انجام داده به قصد گرفتن کتاب، در حالی که جاعل، مژد را پول قرار داده است.

مثال تغایر وصفی: مثل اینکه عامل، کاررا انجام داده به قصد گرفتن پارچه قرمز، در حالی که جاعل، مژد را پارچه سفید قرار داده است.

در این صورت نیز حکم آن است که عامل مستحق هیچ مزدی نخواهد بود.

۳. اینکه عامل، کار را انجام بدهد، به قصد گرفتن مزد، بدون اینکه مزد خاصی را در نظر گرفته باشد بلکه مطلقاً مزد را قصد کند که در واقع این قصد، شامل مزدی که مالک آن را تعیین نموده نیز می‌شود.

در این صورت چنانچه درخواست جاعل به صیغه عموم یا صیغه مطلق بوده باشد که شامل عامل می‌شود (صیغه عموم مثل اینکه جاعل بگوید: «من ردّ عبدی فله دینار» چون کلمه - من - موصوله از الفاظ عموم است چنانکه شارح در اول کتاب تصریح به آن نمود، و صیغه مطلق مثل اینکه جاعل بگوید: «ان ردّ انسان عبدی فله دینار» و یا بگوید: «ان ردّ رجل عبدی فله دینار» در حکم این صورت بین فقها دو قول است که آیا عامل مستحق مزد تعیین شده می‌شود یا نه؟

قول اول: آن است که مستحق آن خواهد بود، و دلیل آن دو چیز است:

الف: اینکه چون عامل، کاری را که متعلق قرار داد جعاله بوده بر طبق آنچه که جاعل خواسته به طوری که قرارداد او شامل حال عامل نیز بوده، انجام داده است، پس استحقاق مزدی را که در آن قرارداد، تعیین شده، خواهد داشت.

ب: اینکه کاری که عامل انجام داده، کار محترمی است که انجام دهنده آن، قصد مجانی بودن آن را هم نکرده است و از طرفی آن کار در واقع با اذن و درخواست جاعل بوده (گرچه عامل، آن را نشنیده) پس مقتضی برای استحقاق مزد، موجود است (و آن، محترم بودن عمل و وقوع آن با اذن جاعل و عدم قصد مجانی بودن آن) و مانع یقینی از آن وجود ندارد، زیرا چیزی که احتمال مانع بودن آن هست، آن است که عامل درخواست جاعل را نشنیده است، و مانع بودن چنین چیزی، مورد شک است، چون دلیلی بر مانع بودن آن نداریم.

در نتیجه وقتی که مانعی نبود، مقتضی، تأثیر خود را خواهد کرد که آن استحقاق مزد می‌باشد.

قول دوم: آن است که عامل، در صورت بالا، مستحق هیچ مزدی نمی‌باشد، زیرا کار او بر حسب اعتقاد خودش، مجانی محسوب می‌شود، چون - چنانکه در عبارت مصنف نیز گذشت - به طور قاعده کلی گفته شد که اگر مالک، هیچ درخواستی را نکرده باشد، عامل هر چند قصد گرفتن مزد کند، مستحق مزدی نخواهد بود، حال در مورد بحث گرچه مالک، درخواست کرده است ولی چون فرض آن است که عامل، درخواست او را نشنیده است لذا نزد عامل، نشنیدن او به منزله آن است که مالک اصلاً درخواستی نکرده پس فرض مورد بحث، داخل در همان قاعده کلی می‌شود و در نتیجه مستحق مزدی نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **و کذا لورد...** یعنی و همچنین (مزد داده نمی‌شود به عامل در صورتی که:) اگر (جاعل درخواست بازگرداندن گمشده را کرده و صیغه جعاله را خوانده باشد اما) عامل که صیغه جعاله را نشنیده است، گمشده را بازگرداند به قصد مجانی بودن، و یا به قصد گرفتن مزدی که مغایر باشد از نظر جنس یا وصف، با مزدی که مالک تعیین کرده **لم یسمع** منظور آن است که خبر از قرارداد جاعل ندارد، نه اینکه منظور آن است که خودش از جاعل نشنیده و از دیگران شنیده که جاعل قرارداد کرده.

علی قصد... متعلق است به - ردّ - **أو بقصد...** (این صورت دومی است که در ذیل شماره ۲ توضیح دادیم) شیخ علی در حاشیه گفته است که اگر این کلمه عطف بر - علی قصد التبرع - باشد، معنای عبارت این می‌شود که: عاملی که صیغه جعاله را نشنیده و قصد کرده باشد مزد خاصی را که مغایر با مزد تعیین شده جاعل باشد، برای او مزد نخواهد بود.

و حال آنکه این حکم در صورت مزبور، مخصوص عاملی که صیغه را نشنیده باشد نیست بلکه حتی اگر عاملی باشد که صیغه را شنیده باشد و قصدش مزد خاصی باشد که مغایر با مزد تعیین شده جاعل است، برای او نیز مزدی نخواهد بود. و لذا مرحوم شیخ علی فرموده که ظاهراً کلمه - بقصد - عطف است بر - من لم یسمع - که بنابراین، تقدیر عبارت چنین می شود: «أورد بقصد یغایر...» یعنی و یا عاملی که بازگرداند گمشده را به قصد اینکه مزد خاصی بگیرد که... (خواه اینکه صیغه جعالة را شنیده باشد و خواه نشنیده باشد).

ولی به نظر نگارنده ظاهراً آن کلمه، عطف است بر - علی قصد التبرع - و احتمال دوم شیخ علی، خلاف ظاهر است مخصوصاً با توجه به عبارت بعدی شارح که می فرماید: «ولورد بنية العوض مطلقاً» که ضمیر مقدر فاعلی در «رد» به من لم یسمع الجعالة برمی گردد (چنانکه از دلیلهایی که بعد از این ذکر نموده روشن است) و خلاصه اینکه چنانکه از توضیح سابق ما روشن گردید، شارح در اینجا سه صورت ذکر نموده برای عاملی که صیغه جعالة را نشنیده است.

و لورد... (این صورت سومی است که در ذیل شماره ۳ توضیح دادیم و ضمیر مقدر آن برمی گردد به - من لم یسمع -) یعنی و اگر عاملی که صیغه جعالة را نشنیده است، بازگرداند گمشده را به قصد گرفتن مزد اما مزد مطلق یعنی مزد خاصی را در نظر نداشته باشد، و او از کسانی باشد که داخل در عموم صیغه جعالة و یا اطلاق صیغه جعالة می شود، در این صورت آیا مستحق مزد می شود یا نه؟ و قول است.

و کان ممن... مثالی که عامل، در عموم صیغه یا اطلاق صیغه داخل شود را سابقاً ذکر نمودیم. و اما مثالی که عامل در عموم صیغه داخل نشود: مثل اینکه جاعل گفته باشد: «کل رجل ردّ عبدی فله دینار» و فرض این باشد که عامل، زن است، و یا مثل اینکه جاعل گفته باشد: «کل تاجر ردّ عبدی فله دینار» و فرض این باشد که عامل،

تاجر نیست، و مثالی که عامل در اطلاق صیغه داخل نشود مثل اینکه جاعل گفته باشد: «ان ردّ رجل عبدی فله دینار» و فرض این باشد که عامل، زن است، عموم الصیغه او إطلاقها در علم اصول گفته اند فرق بین عام و مطلق آن است که عام آن لفظی است که شامل تمام افراد خود در آن واحد می باشد، ولی مطلق آن لفظی است که شامل تمام افراد خود علی البدل می باشد. منشأهما... یعنی منشأ آن دو قول و مدرک آنها این است که: فعله... (این کلمه به کسرفاء و سکون عین به صیغه مصدر، اضافه شده به ضمیری که به عامل بر می گردد، و این دلیل قول به استحقاق مزد است) یعنی عامل انجام داده است متعلق جعاله را به نحوی که مطابق است با صدور آن از مالک به گونه ای که شامل عامل نیز می شود متعلق... مفعول است برای - فعله - که مصدر است الجعل به فتح جیم یعنی قرارداد جعاله مطابقاً حال است از - فعله - لصدوره... لام تقویت است متعلق به مطابقاً، و ضمیر آن بر می گردد به - جعل - علی وجه متعلق است به صدور یعنی صدور قرارداد جعاله از مالک طوری بوده که شامل آن عامل هم بوده است (به واسطه عموم صیغه یا اطلاق صیغه) یشملة ضمیر به عامل بر می گردد.

و آنه عمل... (دلیل دوم برای قول به استحقاق می باشد) یعنی کار عامل، کار محترمی است که انجام دهنده آن، قصد مجانی بودن آن را نکرده است و (درواقع) این کار با اذن جاعل انجام گرفته است (چون فرض آن است که جاعل، خودش درخواست انجام آن کار را کرده است گرچه عامل نشنیده است) بنابراین، مقتضی (برای استحقاق مزد) موجود است و تنها چیزی که مانع است، اطلاع نداشتن عامل، از صدور جعاله است ولی چنین چیزی مانع بودنش مشکوک است (نمی توان آن را به طور جزم مانع دانست) زیرا دلیلی بر مانع بودن آن نداریم، در نتیجه مقتضی (برای استحقاق مزد) اثر خود را می گذارد (یعنی استحقاق را ثابت می کند) بصدور الجعل

جعل به فتح جیم است و مثله ضمیر به عدم علم برمی گردد یشک به صیغه مجهول است علیه ضمیر به - مانعیت - برمی گردد و مذکر بودن ضمیر اشکالی ندارد چون مانعیت، مصدر است و در مصدر، مذکر و مؤنث بودن فرقی ندارد.

و من أنه... (عطف است بر - فعله - و دلیل قول دوم است یعنی قول به عدم استحقاق مزد) یعنی و از سوی دیگری بینیم که عامل (در صورت بالا) نسبت به اعتقاد خودش، کارش مجانی محسوب است، چون (به طور قاعده کلی در بالا گفته شد که:) اعتباری ندارد قصد عامل (یعنی قصد مزد گرفتن او) بدون قرارداد مالک، و (در مورد بحث هم) نشنیدن قرارداد به منزله نبودن قرارداد است نزد عامل لا عبیره بقصده... این جمله به اصطلاح منطقی، به منزله کبرای قضیه است و جمله - و عدم سماعه فی قوة عدمه - به منزله صغرای قضیه است.

بقصده احتمال دارد ضمیر به - عامل - برگردد (که بنابراین اضافه از باب اضافه مصدر به فاعل است و مفعول آن در تقدیر می باشد که - عوض - باشد) و احتمال دارد ضمیر به عوض برگردد (که بنابراین اضافه از باب اضافه مصدر به مفعول است و فاعل آن، عامل می باشد) جعل المالک کلمه - جعل - به فتح جیم است یعنی قرارداد مالک عدم سماعه ضمیر به - جعل مالک - برمی گردد نه عامل، و اضافه سماع به ضمیر از باب اضافه مصدر به مفعول است عدمه نیز ضمیر به جعل مالک برمی گردد. و فصل ثالث... توضیح: در اینجا قول سومی هست و آن اینکه تفصیل داده است به این گونه که:

عاملی که صیغه را نشنیده است و کار را انجام داده، اگر می دانسته که عملی که بدون قرارداد و درخواست جاعل انجام بگیرد، مجانی خواهد بود گرچه عامل به قصد گرفتن مزد، آن را انجام دهد، در این صورت عامل مستحق مزدی نخواهد بود، زیرا کار

اوبه لحاظ آگاهی اواز حکم مسأله، به طور خالص مجانی خواهد بود و هیچ بوی آنکه مستحقّ مزدی بشود در آن نیست.

واما اگر عامل مزبور بدون آگاهی از حکم مسأله بالا، کار را به قصد گرفتن مزد انجام داده، در این صورت مستحقّ مزد خواهد بود.

شارح این تفصیل را می‌پسندد، ولی مصنف در کتاب «دروس» قول اول را پسندیده یعنی قول به استحقاق مزد مطلقاً (خواه آگاهی از حکم مسأله داشته باشد یا نداشته باشد).

ترجمه و شرح عبارت: **وفضّل...** یعنی فقیه سومی (محقق کرکی در «جامع المقاصد») تفصیل داده و فرق گذاشته است بین عاملی که صیغه را نشنیده و به قصد مزد، گمشده را برمی‌گرداند در حالی که می‌داند که کار بدون قرارداد مالک مجانی محسوب می‌شود گرچه عامل، قصد مزد کند، و بین عاملی که چنین نباشد (یعنی از حکم مزبور اطلاعی ندارد و به خیالش اگر بدون قرارداد نیز انجام دهد مستحقّ مزد می‌شود).

(پس در صورت اول، عامل مستحقّ مزد نیست) چون عامل اولی، کارش به طور خالص مجانی خواهد بود، برخلاف صورت دوم (که عامل مستحقّ مزد خواهد بود). مصنف (در کتاب «دروس») قول اول را نزدیک به حق دانسته است ولی (به نظر شارح) تفصیل (که قول سوم است) موجه است و **إستقرب المصنف** عبارت مصنف در کتاب «دروس» چنین است: «ولورّدها من لم یسمع الصیغة بقصد العوض فالأقرب الإستحقاق إذا كانت الصیغة تشمله مثل: من رد عبدي فله كذا».

مسائل: (كلما لم يعين جعل) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد وأطلق، أو لذكره مبهماً كما سلف (فأجره المثل) لمن عمل مقتضاه سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً فلا شيء.

وقيل: لا أجره مع إطلاق الاستدعاء، والأول أجود. نعم لو كان العمل مما لا أجره له عادة لقلته فلا شيء للعامل كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر له أجره.

چند مسأله

مسأله اول

مسائل: (كلما لم يعين... توضيح: در هر موردی که مالک، مزدی تعیین نکند) (و این دوفرض دارد:

۱. اینکه اصلاً مزدی ذکر نکند به این معنی که درخواست کار بنماید ولی ذکر از مزد به میان نیاورد، مثل اینکه بگوید: چه کسی عبد مرا پیدا می کند.

۲. اینکه مزدی ذکر بکند ولی مجمل ذکر نماید مثل مال و یا شیء، چنانکه سابقاً در عبارت مصنف گذشت) در این صورت عاملی که درخواست مالک را شنیده باشد و آن را به جا آورد در حالی که قصد مجانی بودن هم نداشته باشد، مستحق اجرت المثل خواهد بود.

اما اگر مالک، صریحاً انجام کار را بطور مجانی درخواست بنماید، مثل اینکه بگوید: چه کسی است برای خدا حیوان گمشده مرا پیدا کند، در این صورت عاملی که آن را انجام داد مستحق هیچ اجرتی نخواهد بود.

بعضی از فقها در فرض اول (یعنی فرضی که مالک اصلاً مزدی ذکر نکند) گفته‌اند که عامل مستحق هیچ اجرتی نیست، ولی شارح نظر مشهور و مصنف را می‌پسندد که در آن فرض، اجرت المثل ثابت است.

آری اگر در همین فرض، عمل، از کارهایی باشد که به خاطر ناچیز بودنش، مردم برای آن، اجرتی در نظر نمی‌گیرند، در این صورت برای عامل هیچ اجرتی ثابت نمی‌شود مثل اینکه بگوید: چه کسی این یک دگمه لباس را برای من می‌دوزد.

چنانکه نظیر همین مسأله را فقها در کتاب الاجاره گفته‌اند که اگر کسی مثلاً دستورکاری به کسی بدهد ولی برای آن مزدی ذکر ننماید، چنانچه کار، از کارهایی باشد که بر حسب عادت، مردم برای آن اجرت در نظر می‌گیرند (مثل اینکه کسی به خیاط بگوید: «این پارچه را برای من لباس بدوز» و مزدی ذکر ننماید) در این صورت اجرت المثلی برای انجام دهنده کار (مثل خیاط) ثابت خواهد بود.

و اما اگر آن کار، به خاطر ناچیز بودنش، اجرتی در نظر مردم نداشته باشد (مثل اینکه کسی به خیاط بگوید: این دگمه را به لباسم بدوز) در این صورت، اجرتی برای انجام دهنده کار نخواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: کَلَّمَا... یعنی در هر موردی که مزدی تعیین نشود - یا به خاطر اینکه اصلاً در عقد جعاله ذکر نشده، به این صورت که مالک، درخواست بازگرداندن گمشده را بنماید و آن را مطلق بگذارد (و نامی از مزد نبرد) و یا به خاطر آنکه مزد به طور مبهم ذکر شده است چنانکه گذشت (مثل مال و شیء) - پس اجرت المثل ثابت می‌شود برای کسی که به مقتضای درخواست، عمل کند در حالی که صیغه آن را شنیده و به قصد مجانی آن را انجام نداده جعل به ضم جیم یعنی مزد و أطلق یعنی واطلق الاستدعاء إلا أن... یعنی مگر آنکه مالک تصریح کند به درخواست انجام کار به طور مجانی، در این صورت هیچ مزدی برای عامل نخواهد بود و قیل... یعنی

بعضی گفته‌اند که در صورت اطلاق درخواست (و ذکر نکردن مزد در جعاله) مزدی ثابت نمی‌شود و الأول... (نظر شارح است که می‌فرماید: قول اول (ثبوت اجرت المثل در صورت اطلاق درخواست) بهتر است نعم... یعنی آری اگر کار از کارهایی باشد که عادتاً (در نظر مردم) برای آن مزدی در نظر گرفته نمی‌شود به خاطر ناچیز بودن آن، در این صورت چیزی (از اجرت) برای عامل نخواهد بود گمن أمر... (شارح مورد بحث را تنظیم می‌کند به باب اجاره و می‌فرماید: مثل کسی که دستور دهد به دیگری به انجام کاری بدون آنکه برای آن مزدی ذکر بنماید (که اگر آن کار، ناچیز باشد مزدی به آن تعلق نمی‌گیرد و در غیر این صورت، اجرت المثل برای آن ثابت خواهد بود).

(إلا في رد (الآبق من المصّر) الذي فيه مالكة إليه (فدينار، وفي رده من غيره)، سواء كان من مصر آخر أم لا (أربعة دنانير) في المشهور ومستنده ضعيف. ولو قيل بثبوت أجرة المثل فيه كغيره كان حسناً. والمراد بالدينار على القول به: الشرعي وهو المثقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم.

(إلا في ردّ... توضیح: مصنف فرمود که: در جعاله ای که مالک، مزدی را تعیین نکرده باشد، برای عامل، اجرت المثل ثابت می شود.

حال می فرماید که: فقها یک مورد را از حکم بالاستثنا کرده اند که در آن برای عامل اجرت المثل ثابت نمی شود و آن در عبد فراری است (نه عبدگمشده) یعنی عبدی که از مولایش فرار کرده، در اینجا گفته اند که: اگر عامل، عبد را از همان شهری که مالک در آن ساکن است پیدا کند و به مالکش برساند، مزد او یک دینار می باشد، و اما اگر عبد را از غیر شهر مالک پیدا کند (خواه از شهر دیگر باشد یا از بیابان باشد، مثلاً شهر مالک، قم باشد و عبد را از تهران پیدا کند و یا از بیابان های اطراف قم) در این صورت مزد او چهار دینار می باشد.

شارح می فرماید: آنچه گفتیم قول مشهور است و مدرک آن روایتی است که ضعف سندی دارد، بدین جهت اگر در همین مورد (عبد فراری) نیز مثل موارد دیگر بر حسب قاعده، اجرت المثل را ثابت کنیم نیکو خواهد بود.

و مقصود از دیناری که مشهور قائل شده، دینار شرعی است، یعنی یک مثقال طلای هیجده نخودی که در زمان قدیم ارزش آن برابر ده درهم بود (مثقال هیجده نخودی را مثقال شرعی گویند، و در مقابل آن مثقال صیرفی است که برابر ۲۴ نخود است و آن در نزد صرافان متداول است و به همین جهت صیرفی گویند چون صیرف در لغت به معنای صراف درهم و دینار است).

ترجمه و شرح عبارت: **إِلَافِي رَدٍّ...** یعنی مگر در بازگرداندن عبد فراری که اگر آن را از شهری که مالک عبد در آن است، به او بازگرداند، یک دینار (برای عامل) ثابت می‌شود، و در بازگرداندن آن از غیر شهری که مالک در آن است - خواه از شهر دیگری برگرداند یا نه (مثل بیابان) - چهار دینار - (برای عامل) ثابت می‌شود، بنابر نظر مشهور فقها ولی مستند آن ضعیف است **أَلِيهِ** متعلق است به - رَدٍّ - و ضمیر به مالک بر می‌گردد.

و مستنده... مستند آن قول، روایتی است که مرحوم شیخ طوسی در کتاب «تهذیب» نقل کرده و آن این است:

«محمد بن يعقوب عن محمد بن علي عن أبي سعيد عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شُمون البصري عن عبد الله بن عبد الرحمن الأصبم عن مسمع بن عبد الكريم كردين أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في جعل الأبق دیناراً إذا أخذه في مصره وان أخذه في غير مصره فأربعة دنانير^۱»

یعنی پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله قرارداد در مزد عبد فراری، یک دینار در صورتی که آن را در شهر خودش پیدا کرده باشد، و اما اگر در غیر شهر خودش پیدا کرده باشد، چهار دینار مزد قرارداد.

شارح در ضعف سند آن در حاشیه کتاب فرموده است: عده‌ای از راویان در سند آن قرار گرفته‌اند که همگی تضعیف شده‌اند، یکی از آنها محمد بن حسن بن شمون است که درباره او گفته‌اند شخصی است غلوکننده در حق ائمه طاهرين، و جعل کننده حدیث بوده.

^۱ تهذیب، ج ۶، ص ۳۹۸.

ویکی از آنها عبدالله بن عبدالرحمن اصم است که او هم غلوکننده و جعل کننده حدیث بوده، ویکی دیگر سهل بن زیاد است که حال او در ضعف نزد علمای رجال مشهور است.

ولو قیل... یعنی و (وقتی که مستند قول مشهور ضعیف بود لذا) اگر کسی قائل به ثبوت اجرت المثل در عبد فراری شود همانند موارد دیگر، نیکو خواهد بود و المراد... یعنی مقصود از دینار - بنابر قول به آن - دینار شرعی است که آن عبارت از یک مثقال مسکوک طلامی باشد که ارزش آن ده درهم بود الشرعی خبر است برای مراد.

(والبعير كذا) أي كالآبق في الحكم المذكور، ولا نص عليه بخصوصه، وإنما ذكره الشيخان وتبعهما عليه جماعة.

ويظهر من المفيد أن به رواية، لأنه قال: "بذلك ثبتت السنة"، وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الآبق إشكال. ويقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار والأربعة. وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، والمقدر شرعا، ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيرا.

(والبعير كذا)... توضيح: فقها گفته‌اند که شتر فراری نیز حکم عبد فراری را دارد، که مزد عامل در آن یک دینار و یا چهار دینار می‌باشد نه اجرت المثل.

شارح می‌فرماید: در خصوص شتر، روایتی وارد نشده است بلکه آن را شیخ مفید و شیخ طوسی ذکر نموده‌اند و عده‌ای از فقها نیز پیروی از آنان کرده‌اند.

و از عبارت شیخ مفید استفاده می‌شود که در مورد شتر، روایتی وارد شده، زیرا ایشان در کتاب «مقنعه» فرموده‌اند که: «بذلك ثبتت السنة عن النبي ﷺ» یعنی به این حکم شتر، سنت نبوی ثابت شده است.

شارح می‌فرماید: بر فرض آنکه در عبد فراری، حکم مزبور را به خاطر وجود روایت قبول کنیم، اما الحاق نمودن شتر فراری را به عبد فراری، مورد اشکال است، زیرا چنانکه دانستی در خصوص شتر، روایتی معتبر وارد نشده، و روایتی هم که از عبارت شیخ مفید استفاده می‌شود چه بسا آن هم ضعف سند داشته باشد، در نتیجه، الحاق شتر به عبد فراری، قیاس خواهد بود که در شرع مقدس باطل است.

و مخصوصاً اشکال مزبور تقویت می‌شود در جایی که قیمت عبد یا شتر، کمتر از مزدی که شرعاً ثابت شده - یعنی یک دینار یا چهار دینار - بوده باشد یعنی مثلاً قیمت عبد فراری و یا شتر، نصف دینار باشد و عامل، آن را از شهر مالک پیدا کند، در این صورت اگر مزد عامل یک دینار باشد، ظلم به مالک خواهد بود.

و یا مثلاً قیمت عبد یا شتر، دودینار باشد و عامل آن را از شهر دیگری پیدا کند، در این صورت اگر مزد عامل چهار دینار باشد، ظلم به مالک خواهد بود.

به خاطر این اشکال، شارح می‌فرماید اگر بخواهیم به روایت عمل کنیم، سزاوار است چنین حکم کنیم که هر کدام از قیمت عبد و مزدی که شرعاً ثابت شده، کمتر باشد همان مزد برای عامل ثابت می‌شود و باید مالک آن را به وی بپردازد، مثلاً اگر قیمت عبد ۲ دینار بود، و عامل آن را از شهر مالک پیدا کرد، مزد عامل همان یک دیناری است که شرعاً ثابت شده، و اگر آن را از شهر دیگری پیدا کرد، مزد عامل ۲ دیناری است که قیمت عبد است.

اگر گوئید که روایت به طور اطلاق، حکم به یک دینار و یا چهار دینار نموده است و اطلاق آن، هم شامل صورتی است که قیمت عبد کمتر از مقدار ثابت شده شرعی باشد و هم صورتی که بیشتر از آن باشد پس بر حسب اطلاق روایت گرچه قیمت عبد کمتر از مقدار شرعی باشد، باید همان مقدار شرعی را به عامل داد.

شارح جواب می‌دهد به اینکه: اطلاق روایت را ما حمل می‌کنیم بر غالب موارد به این معنی که روایت، حکم مزبور را بر مبنای غالب موارد، صادر نموده است یعنی چون غالباً قیمت عبدها بیشتر از آن مقدار شرعی بوده لذا به طور مطلق در روایت، حکم به مقدار شرعی شده است.

ترجمه و شرح عبارت: **و البعیر کذا...** یعنی شتر (فراری) همانند بنده فراری است در حکم یاد شده، اما روایتی در خصوص شتر وارد نشده است، بلکه آن را شیخ مفید و شیخ طوسی ذکر نموده‌اند و گروهی هم از این دو بزرگوار پیروی کرده‌اند، و از کلام شیخ مفید ظاهر می‌شود که در مورد شتر نیز روایتی وجود دارد، زیرا ایشان گفته است: «به این حکم، سنت ثابت شده است».

و (شارح می فرماید): در ملحق کردن شتر (به عبد فراری) - بر فرض آنکه حکم در مورد بنده فراری ثابت شود - اشکال هست، و این اشکال در صورتی که قیمت عبد و شتر، از یک دینار و چهار دینار کمتر باشد، تقویت می شود، و در این صورت سزاوار است که بر مالک، کمترین آن دو امر - یعنی قیمت عبد و مقداری که شرعاً تعیین شده - ثابت شود، و (اگر گوئید که روایت بالا به طور مطلق، آن مقدار شرعی را ثابت کرده بر مالک، خواه قیمت عبد کمتر از آن باشد یا بیشتر، در جواب گوئیم که:) مبنای روایت بر غالب است که در غالب موارد، قیمت عبد بیشتر از آن مقدار شرعی است، به مقدار زیاد (یعنی غالباً قیمت عبدها بسیار بیشتر از یک دینار یا چهار دینار است) حینئذ یعنی در این صورت که قیمت عبد یا شتر کمتر از مقدار شرعی باشد کثیراً حال است از زیادی قیمت.

(ولو بذل جعلاً) لمن رده واحدا كان أم أكثر (فرده جماعة استحقوه بينهم بالسوية) ولو كان العمل غير الرد من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح فلكل ما عين.

مسأله دوم

(ولو بذل جعلاً)... توضیح: در صورتی که جاعل در قرارداد جعله، مزدی قرار دهد، عمل مورد جعله از دو حال خالی نیست: یا عملی است که قابل تعدد و تکرار نیست و یا قابل تعدد است.

۱. در فرض اول مثل برگرداندن گمشده (که قابل تعدد نیست) چنانچه جاعل مزدی قرار دهد برای کسی که گمشده را برای او برگرداند - خواه یک نفر آن را برگرداند یا چند نفر - آنگاه گروهی مشترکاً گمشده را برگردانند، در این صورت مزدی که قرار داده است، بین آنها به طور مساوی تقسیم می‌گردد (البته به طور مساوی بنابراین مبناست که به تعداد نفرات تقسیم کنیم، و اما طبق مبنای شارح که سابقاً گذشت باید مزد را به نسبت عمل آنها تقسیم نمود پس اگر سه نفر بودند و مزد هزار و دویست تومان بود، و یکی از آنها نصف عمل را انجام داد، و نفر دوم، یک سوم عمل، و نفر سوم، یک ششم عمل را انجام داد، باید نصف مزد (یعنی ششصد تومان) به نفر اول داده شود، و یک سوم مزد (یعنی چهارصد تومان) به نفر دوم داده شود، و یک ششم مزد یعنی دویست تومان به نفر سوم داده شود).

۲. در فرض دوم یعنی عمل قابل تعدد باشد به این معنی که عمل به طور کامل از هر یک از افراد متعدد، مستقلاً می‌تواند صادر شود، مانند داخل شدن به خانه او، اگر غرض صحیحی در این دخول بوده باشد، مثلاً جاعل بگوید: «هر کس امشب برای جلسه قرائت قرآن به خانه من بیاید، هزار تومان به او می‌دهم» در این صورت باید جاعل به هر

کسی که به خانه‌اش آمد، هزار تومان بدهد (نه اینکه هزار تومان را بین آنها تقسیم کند) چون داخل شدن، برهریک از آنها مستقلاً صدق می‌کند، زیرا ازهریک از آنها دخول کامل صادر شده است همانند داخل شدن یک نفر، برخلاف فرض اول، چون درآن برهر یک مستقلاً صدق نمی‌کند که اوگمشده را برگردانده بلکه برگرداندن مستند به عمل گروهی می‌باشد که با همکاری یکدیگر آن را انجام داده‌اند و آن یک عمل می‌باشد و قابل تعدد و تکرار نیست.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو بذل ...** یعنی اگر مالک، مزدی قرار دهد برای کسی که گمشده را برگرداند - خواه یک نفر برگرداند یا چند نفر - آنگاه چند نفر آن را برگردانند، همگی به طور مساوی مستحق آن مزد می‌شوند **ولو كان العمل ...** یعنی اگر عمل مورد جعاله غیر از برگرداندن گمشده باشد از کارهایی که بتواند به طور کامل ازهریک از آن چند نفر صادر شود مانند داخل شدن به خانه او در صورتی که غرض صحیحی در این کار باشد (مثل جلسه قرائت قرآن در مثالی که سابقاً ذکر نمودیم) در این صورت برای هریکی از آنها تمام مزد تعیین شده، تعلق می‌گیرد.

غیر الرد جهت اینکه برگرداندن را استثنا کرده، آن است که برگرداندن گمشده، امکان ندارد که به طور کامل ازهریک از آن افراد صادر شود بلکه وقتی که چند نفر دنبال یک گمشده می‌روند، مشترکاً آن را پیدا کرده و برمی‌گردانند نه اینکه هریک به تنهایی آن را پیدا کرده و برمی‌گرداند **الغرض الصحيح** این قید برای آن است که عقد جعاله، صحیح گردد، زیرا چنانکه سابقاً گذشت، یکی از شرایط صحت جعاله آن است که کار مورد جعاله، مقصود للعلاء باشد، یعنی غرض عقلایی در آن باشد و کار سفیهانه نباشد، پس باید در مثال دخول به خانه، غرض عقلایی باشد چنانکه مثالش را ذکر نمودیم **فلکل تنوین** در این کلمه، عوض از مضاف الیه است یعنی **فلکل واحد من الجماعة الداخلین**.

(ولو جعل لكل من الثلاثة جعلاً مغایراً) للآخرین كأن جعل لأحدهما دیناراً، وللآخر دینارین، وللثالث ثلاثة (فردوه فلكل ثلث ما جعل له)، ولو رده أحدهم فله ما عین له أجمع، ولو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عین له.

مسأله سوم

(ولو جعل... توضیح: اگر مالک برای هریک از سه نفر عامل، مزد جداگانه قرار دهد و مزد آنها با یکدیگر فرق داشته باشد و عمل مورد جعله عملی غیر قابل تعدد باشد (مثل برگرداندن عبد) مثلاً به یکی از آنها بگوید: «اگر عبد مرا برگردانی، یک دینار به تو خواهم داد» و به دومی بگوید: «اگر عبد مرا برگردانی، دو دینار به تو خواهم داد» و به سومی بگوید: «اگر عبد مرا برگردانی، سه دینار به تو خواهم داد» آنگاه آن سه نفر مشترکاً عبد را برگردانند، در این صورت هر کدام از آنها یک سوم مزدی را که برای او قرار داده شده، مستحق می‌گردد یعنی اولی یک سوم دینار را مستحق می‌شود، و دومی یک سوم دو دینار را، و سومی یک سوم سه دینار (که یک دینار است) را مستحق می‌گردد.

و اگر در فرض بالا عبد را یکی از آنها برگرداند، او مستحق تمام مزدی که برای او قرار داده شده، خواهد بود.

و اگر عبد را دو نفر از آنها برگردانند، هر کدام از آنها مستحق نصف مزدی که برای او قرار داده شده، خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: ولو جعل... یعنی اگر برای هریک از سه نفر، مزدی مغایر با مزد دو نفر دیگر قرار دهد، مثل اینکه برای یکی از آنها، یک دینار، و برای دیگری، دو دینار، و برای سومی، سه دینار قرار دهد، آنگاه هر سه نفر، عبد را بازگردانند، در این

صورت برای هریک از آنها یک سوم مزدی که برایش تعیین شده، داده می شود جُعَلًا به ضم جیم یعنی مزد للآخرین به صیغه تثنیه است لأحدهما ضمیر به آخرین بر می گردد فلکَلِ تنوین این کلمه، عوض از مضاف الیه است یعنی لکل واحد منهم ثلث به ضم ثاء وسکون لام یعنی یک سوم.

(ولو لم یسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله ثلث أجرة المثل) ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له ولو رده من لم یسم له وأحدهما فله نصف أجرة مثله، وللآخر نصف ما سمي له، وهكذا، (ولو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبة) أي لو رده أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجرة المثل، أو المسمى.

مسأله چهارم

(ولو لم یسم... توضیح: اگر مالک برای یکی از سه عامل، مزدی تعیین نکند (بلکه یا مزد او را مبهم ذکر کند - مثل مال یا شیء - و یا اصلاً مزدی ذکر نکند) و برای دو نفر دیگر، مزد تعیین نماید، آنگاه هر سه مشترکاً گم شده را برگردانند، در این صورت برای عاملی که مزدش تعیین نشده، یک سوم از اجرت المثل داده می شود، و برای هریک از دو نفری که مزدشان تعیین شده، یک سوم از مزدشان داده می شود.

و اگر فرض کنیم که فقط دو نفر از آنها مشترکاً گم شده را برگردانند، یکی عاملی که مزدش تعیین نشده، و دومی عاملی که مزدش تعیین شده، در این صورت برای عاملی که مزد تعیین نشده، نصف اجرت المثل خواهد بود، و برای دیگری نصف مزدی که برایش تعیین شده خواهد بود.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو لم...** یعنی اگر نام نبرد (و تعیین نکند) برای یکی از آن سه نفر، مزد معینی را (و هر سه مشترکاً گم شده را برگردانند) برای او یک سوم اجرت المثل خواهد بود، و برای هریک از آن دو نفر دیگر یک سوم آنچه برایش تعیین شده است خواهد بود.

و اگر کسی که مزدی برایش تعیین نشده با همکاری یکی از دو نفری که مزد برایش تعیین شده، گم شده را برگردانند، برای اولی نصف اجرت المثل، و برای آن دیگری

نصف از مزدی که برایش تعیین شده خواهد بود و هکذا یعنی و به همین ترتیب (فرض های دیگر).

ولو کانوا... توضیح: اگر عاملین بیش از سه نفر بودند و مشترکاً گمشده را برگردانند، در این صورت باید مقدار کار هر یک از آنها را با مجموع کار سنجید و به همان نسبت، از اجرت المثل (در صورتی که مالک برای هیچ یک، اجرتی تعیین نکرده بود) و یا از مزد تعیین شده (در صورتی که مالک برای هر کدام، مزدی تعیین کرده بود) به هر کدام از آنها داده می شود.

مثلاً اگر عاملین، چهار نفر بودند، یکی از آنها $\frac{1}{4}$ عمل را انجام داد و نفر دوم، $\frac{1}{3}$ عمل را انجام داد، و نفر سوم $\frac{1}{4}$ عمل را انجام داد، و نفر چهارم نیز $\frac{1}{4}$ عمل را انجام داد، در این صورت اگر فرض کنیم که مالک برای نفر اول، ۱۲ تومان مزد تعیین کرده بود و برای نفر دوم ۱۵ تومان، و برای نفر سوم ۸ تومان، و برای نفر چهارم ۱۶ تومان تعیین کرده بود، پس باید به نفر اول $\frac{1}{4}$ از ۱۲ تومان داده شود (یعنی ۲ تومان) و به نفر دوم $\frac{1}{3}$ از ۱۵ تومان داده شود (یعنی ۵ تومان) و به نفر سوم $\frac{1}{4}$ از ۸ تومان داده شود (یعنی ۲ تومان) و به نفر چهارم $\frac{1}{4}$ از ۱۶ تومان داده شود (یعنی ۴ تومان).

و اگر چنانچه مالک اصلاً مزدی برای هیچ یک و یا برای بعضی از آنها تعیین نکرده بود، باید به نفر اول $\frac{1}{4}$ از اجرت المثل داده شود و به نفر دوم $\frac{1}{3}$ از اجرت المثل داده شود، و به همین ترتیب نفر سوم و چهارم.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو کانوا...** یعنی اگر تعداد نفرات عاملین، بیش از سه نفر بودند باید نسبت سنجی شود یعنی اگر همه آنها مشترکاً گمشده را برگردانند باید برای هر یک به نسبت کارش به مجموع کار، از اجرت المثل (اگر مالک، اجرتی تعیین نکرده باشد) و یا از اجرت تعیین شده (اگر مالک، اجرتی تعیین کرده باشد) داده شود فبالنسبة ناگفته نماند چنانکه سلطان العلماء نیز در حاشیه اش فرموده است، ظاهراً

مقصود مصنف (به قرینه فتاوی ایشان در چند مسأله قبلی) نسبت سنجی هر نفری با تعداد نفرات است (نه نسبت سنجی عمل هر کدام با مجموع عمل) بنابراین، مقصود مصنف آن است که اگر مثلاً عاملین، چهار نفر بودند، و همگی مشترکاً گمشده را برگرداندند، برای هریک از آنها یک چهارم اجرتی است که مالک او تعیین کرده است، و اگر مالک، اجرتی برای یکی از آنها تعیین نکرده باشد، باید یک چهارم اجرت المثل به او داده شود المجموع یعنی مجموع عمل من اجرة... کلمه - من - تبعیضیه است.

(ولو اختلفا في أصل الجعالة) بأن ادعى العامل الجعل وأنكره المالك وادعى التبرع (حلف المالك) لأصالة عدم الجعل، (وكذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الآبق) مع اتفاقهما على الجعالة، بأن قال المالك: إن المردود ليس هو المجعول وادعاه العامل، لأصالة براءة ذمته من المال الذي يدعي العامل استحقاقه.

مسائل نزاعی

نزاع در اصل جعاله

(ولو اختلفا... توضیح: اگر مالک و عامل نزاع در اصل قرارداد جعاله کنند، به این صورت که عامل بعد از آنکه گمشده را برگرداند، ادعا کند که تو درخواست آن کاراز من کردی و من به خاطر درخواست تو دنبال گمشده رفتم پس الان مستحق مزد می باشم (گرچه اجرت المثل باشد) ولی مالک آن را انکار کند و بگوید: من درخواستی نکردم و تو بدون درخواست من دنبال گمشده رفتی پس کار تو مجانی می باشد و مستحق مزد نمی باشی.

در این صورت، مالک قسم می خورد و قول او پذیرفته می شود، چون اصل عدم درخواست است پس قول مالک موافق اصل بوده و به حسب قواعد قضائی، منکر محسوب می شود و وظیفه منکر، قسم خوردن است

ترجمه و شرح عبارت: الجعل به فتح جیم یعنی قرارداد جعاله إدعى التبرع یعنی مالک، ادعا کند که تو کار را بدون درخواست من انجام داده ای پس کار تو مجانی است عدم الجعل در اینجا نیز جعل به فتح جیم است.

نزاع در تعیین عبد فراری

(و کذا) یحلف... توضیح: اگر مالک، دو عبد فراری داشته باشد بنام زید و عمرو مثلاً، و برای بازگرداندن یکی از آن دو عبد، قرارداد جعاله با عامل بسته باشد، و عامل بعد از بازگرداندن زید، نزاع کند با مالک در تعیین آن عبدی که مورد جعاله بود، به این صورت که عامل بگوید: «آن عبدی که مورد جعاله بود همین عبدی بود که آن را برگردانده‌ام و نامش مثلاً زید است» پس الان مستحق مزد می‌باشم، ولی مالک آن را انکار کند و بگوید «آن عبدی که مورد جعاله بود، آن عبد دیگر است که آن را برگردانده‌ای و نامش مثلاً عمرو است» پس الان تو مستحق مزد نمی‌باشی.

در این صورت نیز مالک قسم می‌خورد و قولش پذیرفته می‌شود، زیرا اصل برائت ذمه مالک است از آن مالی که عامل ادعای استحقاق آن را می‌نماید (بابت مزد برگرداندن عبد) پس مالک به واسطه موافق بودن قولش با اصل مزبور، منکر محسوب شده و به حسب قاعده، او قسم می‌خورد و در نتیجه قولش مقدم بر قول عامل می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: و کذا... یعنی و نیز مالک قسم می‌خورد اگر نزاع کردند در تعیین بنده فراری (در جایی که مالک دو عبد فراری داشته باشد) و هر دو توافق داشته باشند بر اینکه مالک (برای بازگرداندن یکی از آن دو عبد) قرارداد جعاله‌ای بسته است، و نزاعشان به این صورت باشد که: مالک بگوید: «بنده‌ای که برگردانده‌ای، نیست آن بنده‌ای که مورد جعاله بود» ولی عامل ادعا کند همان است که مورد جعاله بود (و علت قسم خوردن مالک در آن صورت این است که: چون اصل، بری بودن ذمه مالک است از مالی که عامل، ادعای استحقاق آن را می‌نماید).

(ولو اختلفا في السعي بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل) بفتح الجيم، وقال الراد: بل بعده (حلف) المالك أيضا، (للأصل) وهو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده، وإن كان الأصل أيضا عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء، ومثله ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي وإن كان بعد صدوره.

نزاع در سعي و كوشش عامل

(ولو اختلفا في السعي... توضيح: بعد از آنکه عامل، گمشده را برگرداند، اگر مالک با او نزاع کند به این صورت که مالک بگوید: «تو آن گمشده را قبل از آنکه من قرارداد جعاله ببندم، پیدا کرده ای» پس الان مستحق مزد بابت پیدا کردن آن نیستی (چون شرط ثبوت مزد برای عامل آن است که اقدام او به کار به خاطر درخواست مالک باشد، اکنون مالک می گوید که من هنوز درخواست نکرده بودم، تو آن را پیدا کرده ای) و همچنین مستحق مزد بابت اینکه گمشده را بعد از پیدا کردن آن به من رسانده ای، نیستی، زیرا وقتی که مال را بدون درخواست من پیدا کردی، امانت شرعی در دست تو بوده و رساندن امانت به صاحبش واجب می باشد و گرفتن مزد بر امر واجب، جایز نیست، پس مستحق مزد (به جهت رساندن آن به دست من) نخواهی بود.

ولی عامل بگوید: آن گمشده را بعد از قرارداد تو پیدا کرده ام، پس مستحق مزد می باشم.

در این صورت نیز، مالک قسم می خورد و قولش پذیرفته می شود، به دلیل اینکه قولش موافق اصل می باشد (اصل را بعداً توضیح خواهیم داد) پس او منکر است و باید قسم بخورد.

در اینکه مقصود از اصل در اینجا کدام اصل می باشد؟ شارح دو تفسیر برای آن نموده:

۱. اینکه مقصود: اصل برائت ذمه مالک از مزدی است که عامل ادعا می کند، چنانکه در نزاع قبلی نیز مقصود از اصل همین اصل بود.

۲. اینکه اصل آن است که قرارداد جعاله، قبل از رسیدن گمشده به دست عامل نبوده است^۱ (که نتیجه این اصل این می شود که قرارداد جعاله بعد از رسیدن گمشده به دست عامل بوده) البته از طرف دیگر، اصل دیگری در مقابل آن اصل می باشد و آن این است که اصل آن است که رسیدن گمشده به دست عامل، قبل از قرارداد جعاله نبوده (که نتیجه این اصل این می شود که رسیدن گمشده به دست عامل بعد از قرارداد جعاله بوده) که این اصل به نفع عامل است همانطوری که اصل قبلی به نفع مالک است، ولی چون این دو اصل با یکدیگر تعارض می کنند، در نتیجه تساقط می کنند منتها یک اصل دیگر به نفع مالک داریم و آن همان اصل برائت ذمه مالک از مزد می باشد (که در ذیل شماره ۱ گفته شد) پس قول مالک مقدم می گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **ولو اختلفا...** یعنی اگر مالک و عامل در سعی (و کار عامل) با هم نزاع کنند (که آیا سعی و کار او قبل از قرارداد جعاله بوده یا اینکه بعد از آن بوده) به این صورت که مالک بگوید: «گمشده، در دست تو قرار گرفت قبل از جعل - به فتح جیم - یعنی قرارداد جعاله» ولی عامل بگوید: «بلکه بعد از قرارداد جعاله ما گمشده در دست من قرار گرفت» باز هم مالک باید قسم بخورد (همانطوری که در نزاعهای قبلی، او قسم می خورد) به دلیل اصل، و (مقصود از آن، اصل برائت ذمه مالک از حق الجعاله است، و یا (مقصود از آن): اصل عدم تقدم قرارداد جعاله، بر قرار گرفتن

^۱ چون قرارداد جعاله، امر حادث است و اصل در حادث، تأخر است پس اصل، تأخر قرارداد جعاله است از رسیدن گمشده به دست عامل.

گمشده در دست عامل است تقدم الجعل چون اصل در هر حادثی آن است که مؤخر واقع شده، و در مورد بحث هم قرارداد، امر حادثی می باشد و این کان... (ان وصلیه است) یعنی اگرچه (از طرف دیگر هم) نیز اصل، عدم تقدم رسیدن گمشده به دست او، بر قرارداد جعاله است، ولی به سبب تعارض آن دواصل، چیزی در ذمه مالک ثابت نمی گردد (که به عامل بدهد) لا یتبث... و علت آن یا همان است که سابقاً ذکر نمودیم که به واسطه تعارض دواصل، تساقط می کنند و با اصل دیگری (که اصل برائت ذمه مالک از مزد می باشد) چیزی بر ذمه مالک ثابت نمی گردد.

یا علت آن این است که به واسطه تعارض دواصل، احتمال این می شود که قرارداد جعاله و اقدام عامل به کار، همزمان بوده است، و مقتضای همزمان بودن، آن است که مزدی برای عامل ثابت نگردد - گرچه عامل قصدش از انجام کار گرفتن مزد باشد - زیرا وقتی که اقدام عامل به کار، همزمان با قرارداد جعاله بود، معنایش آن است که اقدام او به کار، در اثر درخواست مالک و به خاطر آن نبوده بلکه بدون درخواست او بوده و حال آنکه شرط ثبوت مزد برای عامل آن است که اقدام او به کار به خاطر درخواست مالک بوده باشد و این در صورتی تحقق می یابد که اقدام او بعد از درخواست مالک واقع شود، در حالی که فرض، آن است که به واسطه تعارض دو اصل، احتمال این شد که قرارداد جعاله با اقدام به عمل، همزمان بوده و ثابت نشد که عمل عامل بعد از درخواست مالک بوده است.

و خلاصه اینکه در استحقاق مزد باید تأخر اقدام به عمل، از قرارداد جعاله ثابت گردد، و با تعارض آن دواصل، تأخر مذکور ثابت نگردید^۱.

^۱ در اینجا اشکالی به ذهن می رسد و آن اینکه در صورت مذکور، قسم خوردن مالک به چه جهت می شود؟

دو فرض دیگر

و مثله ما لو قال... توضیح: دو فرض دیگر هست که حکم آنها مانند فرض سابق می باشد:

۱. بعد از آنکه عامل، عبد گمشده را به مالک رساند، مالک با او نزاع کند به این صورت که بگوید: «تو قبل از آنکه از قرارداد جعاله من خبردار بشوی، عبد را پیدا کرده ای، هر چند در واقع، پیدا کردن تو بعد از قرارداد من بوده» بنابراین تو استحقاق مزد بابت پیدا کردن عبد، نداری، زیرا پیدا کردن تو به خاطر درخواست و قرارداد من نبوده، چون هنوز خبر از قرارداد من نداشتی که عبد را پیدا نمودی.

و همچنین بابت رساندن آن به دست من نیز استحقاق مزد نداری، چون بعد از پیدا کردن آن، عبد در دست تو امانت شرعی بوده، و رساندن امانت به صاحبش بر تو واجب بوده، و گرفتن مزد به خاطر انجام واجب، جایز نیست.

اما عامل در آن فرض ادعا کند که: پیدا کردن عبد، بعد از خبردار شدن من از قرارداد تو بوده است و مستحق مزد می باشم.

۲. بعد از آنکه عامل، عبد گمشده را به مالک رساند، مالک با او نزاع کند به این صورت که بگوید: «تو عبد را بدون زحمت جستجو پیدا کرده ای، مثل اینکه بگوید: عبد گمشده خودش به خانه تو آمده و تو آن را گرفته ای، هر چند گرفتن آن بعد از قرارداد جعاله و خبر داشتن تو از آن بوده باشد» بنابراین تو مستحق مزد نیستی، زیرا کاری انجام نداده ای، در حالی که مزد در برابر زحمت جستجو قرار داده شده است.

و همچنین به خاطر رساندن آن به دست من نیز استحقاق مزد نداری، چون در دست تو امانت شرعی بوده چنانکه در فرض بالا دانسته شد.

اما عامل بگوید: پیدا کردن عبد با جستجو کردن بوده پس مستحق مزد می باشم.

به هر حال در دو صورت بالا، مالک با قسم خوردنش، قولش مقدم می شود چون اصل، برائت ذمه مالک است از حق الجعالة.

ترجمه و شرح عبارت: و مثله... یعنی مانند نزاع قبلی است، صورتی که مالک بگوید: «عبد گمشده به دست تو رسیده پیش از اطلاع توبه قرارداد جعاله» و یا بگوید: «عبد گمشده به دست تو رسیده بدون جستجو و تلاش» بالجعل به فتح جیم یعنی قرارداد جعاله و ان کان بعد صدوره (- ان - و صلیه می باشد و ضمیر مقدر در - کان - به حصول عبد در دست عامل بر می گردد، و ضمیر - صدوره - به جعل بر می گردد) این جمله مربوط است به هر دو فرض یعنی هم به «قبل علمک بالجعل» و هم به «من غیر سعی».

(وفي قدر الجعل كذلك) يحلف المالك، لأصالة براءته من الزائد، ولأن العامل مدع للزيادة، والمالك منكر (فيثبت للعامل) بيمين المالك (أقل الأمرين من أجره المثل، ومما ادعاه)، لأن الأقل إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك، وإن كان ما يدعيه العامل، فلاعترافه بعدم استحقاقه للزائد، وبراءة ذمة المالك منه، والحال أنهما معترفان بأن عمله بجعل في الجملة، وأنه عمل محترم فتثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضهما بإنكاره، (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك) عن أجره المثل فتثبت الزيادة، لاعترافه باستحقاق العامل إياها، والعامل لا ينكرها.

نزاع در مقدار مزد جعاله

(وفي قدر الجعل... توضیح: اگر مالک و عامل نزاع کنند در مقدار مزدی که مالک قرار داده است، به این صورت که عامل ادعا کند مزدی که قرار داده ای، ۱۲ تومان مثلاً بوده، ولی مالک بگوید. ده تومان بوده.

در این صورت نیز مالک قسم می خورد، چون قول او موافق با اصل می باشد، زیرا اصل، برائت ذمه مالک از مقدار زیادی است (یعنی ۲ تومان در مثال بالا) پس مالک طبق قاعده‌ی قضایی منکر محسوب می شود و وظیفه منکر، قسم خوردن است.

قسم او باید بر نفی ادعای عامل باشد (نه اینکه قسم بر اثبات مدعای خودش بخورد) پس با قسم خوردن مالک، مدعای عامل، از بین می رود اما از آنجا که هر دو اعتراف دارند به اینکه عمل عامل بدون مزد نبوده و عمل وی محترم است، بدین جهت اجرت المثل برای او ثابت می گردد منتها اجرت المثل ممکن است از مدعای عامل بیشتر باشد و ممکن است کمتر باشد، اگر کمتر باشد (مثلاً ۱۱ تومان) همان ثابت است، چون مدعای عامل با قسم خوردن مالک، از بین رفته است و اما اگر اجرت المثل بیشتر از مدعای عامل باشد (مثلاً ۱۳ تومان) مقدار زیادی را چون خود

عامل اعتراف دارد به اینکه آن را مستحق نیست و ذمه مالک از آن مقدار، بری است لذا اجرت به مقدار مدعای عامل ثابت می‌گردد (در اینجا اشکالی است که در شرح عبارت ذکر خواهیم نمود).

در نتیجه هر کدام از اجرت المثل و مبلغی که عامل ادعا می‌نماید، کمتر باشد همان برای عامل ثابت می‌شود.

آری اگر مدعای مالک زیادتر از اجرت المثل باشد (مثلاً ۱۱/۵) آن زیادی برای عامل ثابت می‌شود (یعنی ۱۱/۵ به عامل داده می‌شود) چون خود مالک، اقرار دارد به اینکه عامل، مستحق آن می‌باشد و عامل هم منکر آن زیادی نیست پس به اقرار خود مالک، آن زیادی را به عامل می‌دهیم.

و حاصل قولی که در عبارت مصنف آمده است این می‌شود که بعد از قسم خوردن مالک، باید ملاحظه کرد که مدعای عامل کمتر است یا اجرت المثل، هر کدام که کمتر است آن را می‌گیریم سپس بعد از آن، آن را ملاحظه می‌کنیم با ادعای مالک، هر کدام که بیشتر است، آن را می‌گیریم و به عامل می‌دهیم.

ترجمه و شرح عبارت: وفي قدر الجعل... (کلمه - جعل - به ضم جیم یعنی مزد) یعنی اگر در مقدار مزد نزاع کنند، نیز مالک قسم می‌خورد، چون اصل، براءت ذمه مالک از مقدار زیادی است ولأن... چنانکه در موارد دیگری نیز تذکر داده‌ایم، این گونه دلیل را دلیل جداگانه قرار دادن، وجهش برای ما معلوم نگشته، زیرا ملاک در منکر محسوب شدن - به حسب یکی از تفسیرهایی که برای منکر در کتاب القضاء ذکر نموده‌اند - موافقت با اصل است و در اینجا هم منکر محسوب شدن مالک، به خاطر موافقت قول اوست با اصل براءت از زیادی، پس برگشت دلیل دومی که شارح ذکر نموده، به همان دلیل اول است و دلیل جداگانه نمی‌تواند باشد گرچه بعضی از محشین برای آن وجهی ذکر نموده‌اند ولی قانع کننده نیست.

فیثبت... یعنی در نتیجه ثابت می‌شود برای عامل - به واسطه قسم خوردن مالک - کمترین مبلغ از اجرت المثل و مبلغی که عامل ادعا می‌کند، زیرا مقدار کمتر اگر اجرت المثل باشد پس (علت ثبوت آن برای عامل این است که چون: آنچه عامل ادعا می‌کند، با قسم مالک، از بین رفته است، و اگر مقدار کمتر، مبلغی باشد که عامل ادعا می‌کند پس (علت ثبوت آن، و عدم ثبوت اجرت المثل برای عامل این است که: چون خود عامل، اعتراف می‌کند به اینکه استحقاق مقدار زاید (بر مدعای خود) را ندارد و ذمه مالک از آن زاید، بری است (زیرا عامل، مدعی است به اینکه اجرتی که در عقد، تعیین شده همان است که او ادعا می‌نماید نه بیشتر از آن، پس طبق اقرار خودش، مقدار زاید بر مدعایش به او داده نمی‌شود).

فلاّعترافه... در اینجا اشکالی متوجه است که شارح نیز در کتاب «مسالك» آن را ذکر فرموده و آن اینکه: در این فرض (که مدعای عامل کمتر از اجرت المثل بود، مدعای او به او داده می‌شود) گوئیم پس قسم خوردن مالک در اینجا بی‌فایده می‌شود، زیرا بعد از قسم او بر نفی مدعای عامل، باز همان مدعای عامل به او داده می‌شود، بنابراین مالک در آن فرض خواه قسم بخورد یا قسم نخورد، همان مدعای عامل به او داده می‌شود و قسم مالک اثری ندارد.

و الحال... این جمله تا آخرش مربوط به - و ان كان ما يدعيه العامل - نمی‌باشد، بلکه مربوط به اصل مسأله می‌باشد، و در حقیقت، تعلیل برای ثبوت اقل الامرین از اجرت و مدعای عامل می‌باشد که چرا اقل الامرین برای عامل ثابت می‌شود و چرا عامل بدون اجرت نمی‌ماند؟ برای آنکه مالک و عامل، اعتراف دارند به اینکه کار عامل اجمالاً در برابر مزد بوده (و مجانی نبوده) و عملش محترم می‌باشد پس اجرت المثل برای او ثابت می‌شود اگر مقداری از آن با انکار خودش، منتفی نشود (یعنی اجرت المثل برای او ثابت می‌شود اگر بیشتر از مدعای عامل نباشد - چنانکه در بالا

نیز دانسته شد - که اگر بیشتر از آن باشد، آن زیادی را چون خودش انکار می‌کند و خودش را مستحق آن زیادی نمی‌داند لذا در این صورت، فقط مدعای عامل ثابت می‌شود نه اجرت المثل. و حاصل این جمله اخیر در عبارت شارح همان ثبوت اقل الامرین می‌باشد).

باینکاره ضمیر به عامل بر می‌گردد نه مالک **إلا أن یزید...** یعنی مگر آنکه آنچه را مالک ادعا می‌کند، بیشتر از اجرت المثل باشد که در این صورت، مقدار زاید (برای عامل) ثابت می‌شود، چون مالک خودش اعتراف دارد به اینکه عامل، آن زیادی را مستحق می‌باشد و عامل هم آن را انکار نمی‌کند (ولی اگر نزاع را بر عکس فرض کنیم به این صورت که مدعای مالک بیشتر از مدعای عامل باشد - مثلاً مالک می‌گوید مزد ۱۲ تومان بوده، اما عامل آن را انکار کند و بگوید ده تومان بوده - در این صورت آن مقدار زاید برای عامل ثابت نمی‌شود، زیرا گرچه مالک خودش اعتراف می‌کند به اینکه عامل آن را استحقاق دارد، ولی چون عامل، آن زاید را انکار می‌کند لذا برای او ثابت نمی‌شود).

(وقال) الشيخ نجيب الدين (ابن نما ۱۱۱): إذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل (ثبت ما ادعاه) هو، لأصالة عدم الزائد، واتفاقهما على العقد المشخص بالعوض المعين، وانحصاره في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه، لقضية الحصر (وهو قوي كمال الإجارة) إذا اختلفا في قدره.

قول نجيب الدين ابن نما

(وقال) الشيخ... توضیح: در مسأله بالا، قول دومی می باشد و آن قول شیخ نجیب الدین ابن نما (استاد محقق حلی) است که فرموده: با قسم خوردن مالک بر نفي مدعای عامل، مدعای خود مالک ثابت می گردد.

اما دلیل بر قسم خوردن مالک، آن است که قول او موافق اصل عدم زیادی است (یعنی اصل، عدم آن مقدار زائدی است که عامل ادعا می کند) پس منکر محسوب شده و وظیفه منکر، قسم خوردن است.

و اما دلیل بر ثبوت مدعای مالک، آن است که هر دو توافق دارند بر آنکه از مالک، یک عقد جعاله ای که مزد آن مشخص و معین بوده، صادر گردیده است، و اختلافی که در مقدار این مزد می باشد منحصر بین ادعای آن دواست و غیر آن نیست یعنی مزد معین در جعاله، یا همان است که مالک ادعا دارد و یا همان است که عامل می گوید، و وقتی که مالک قسم خورد بر نفي مدعای عامل، مقدار مزد منحصر می شود در مدعای مالک پس همان برای عامل ثابت می گردد.

همانطوری که نظیر آن را در باب اجاره گفته اند که اگر نزاع بین موجر و مستأجر در مقدار اجرت شد، به این صورت که موجر، مقدار آن را زیاد می گفت، و مستأجر کمتر می گفت، مستأجر قسم می خورد بر نفي مدعای موجر (چون قولش موافق با اصل عدم زیادی اجرت است و منکر محسوب می باشد) و با قسم او، مدعای مستأجر ثابت

می‌شود چون مقدار اجرت، منحصر بین مدعای موجر و مدعای مستأجر می‌باشد، و وقتی که مدعای موجر به واسطه قسم مستأجر، منتفی گردید، اجرت منحصر در مدعای مستأجر می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **وقال...** یعنی شیخ نجیب الدین ابن نما (درمسأله بالا) فرموده است: هرگاه مالک، قسم بخورد بر نفی آنچه که عامل ادعا کرده، ثابت می‌شود آنچه خود مالک ادعا می‌کند، چون اصل، عدم زاید است **الشیخ نجیب الدین...** نام او محمد بن جعفر بن محمد بن نما الحلی و لقب او نجیب الدین، و کنیه او ابو جعفر یا ابو ابراهیم است.

در ضبط کلمه - ابن نما - به حرکات ثلاثه نون گفته اند، و از «ریاض العلماء» نقل است که بعضی از فضلا آن را به فتح نون و تشدید میم و الف ممدوده ضبط کرده اند. در کتاب «الکنی و الألقاب» می‌نویسد: محقق کرکی در وصف محقق حلی گفته است که: اعلم اساتید محقق در فقه اهل بیت، محمد بن نمای حلی است.

لأصالة عدم الزائد ناکفته نماند که در بالا شارح، قسم خوردن مالک را تعلیل نمود به «اصل برائت از زاید» و در اینجا تعلیل نمود به «اصل عدم زائد»، و این دو اصل با یکدیگر فرق دارند، چون اصل برائت از زاید به معنای آن است که ذمه مالک از مقدار زایدی که عامل ادعا می‌کند، بری است اما اصل عدم زائد، برگشتش به اصل عدم حادث است چون مقدار زاید، امر حادثی است و اصل در هر حادثی، عدم آن است و **إتفاقهما...** (این جمله دلیل است برای ثبوت مدعای مالک، همانطوری که جمله قبلی دلیل است بر قسم خوردن مالک) یعنی مالک و عامل هر دو توافق دارند بر صدور یک عقدی که با عوض (مزد) معینی، مشخص بوده، و این عوض منحصر است در آنچه مالک می‌گوید و آنچه عامل می‌گوید (و خارج از آن دو نیست) پس وقتی که مالک، بر نفی مدعای عامل قسم خورد، مدعای خودش ثابت می‌شود، چون

مقتضای منحصر بودن (در دوا دعا) همین است و هو... (مصنف می فرماید:) قول ابن نما، قوی است همانند مسأله اجرت در اجاره، در صورتی که موجر و مستاجر در مقدار آن نزاع کنند.

وقیل: يتحالفان، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويثبت الأقل كما مر.

والتحقيق: أن اختلافهما في القدر إن كان مجردا عن التسمية بأن قال العامل: إني استحق مائة من جهة الجعل الفلاني فأنكر المالك وادعى أنه خمسون، فالقول قول المالك، لأنه منكر محض والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل. ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلا.

وإن قال: جعلت لي مائة، فقال المالك: بل خمسين، ففيه الوجهان الماضيان في الإجارة.

والأقوى تقديم قول المالك أيضا، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، واختلافهما في مقداره خاصة، فليس كل منهما مدعى لما ينفيه الآخر.

قول سوم

وقیل... توضیح: در اینجا قول سومی هست و آن اینکه: هم مالک قسم می خورد و هم عامل، چون هریک از آنها از یک جهت مدعی است و از جهتی دیگر منکر، و یکی بردیگری ترجیح ندارد، پس به اعتبار آنکه هریک از آنها منکر است، هر دو باید قسم بخورند، و قسم هر کدام از آنها بر نفی مدعی دیگری باید باشد، و در نتیجه برای عامل، کمترین از اجرت المثل و مدعی عامل ثابت می گردد به آن تفصیلی که مصنف در قول اول بیان نمود، چون به واسطه قسم خوردن هر دو، عقد جعاله باطل می گردد، و از جهت آنکه عمل عامل، محترم است، بی اجرت نخواهد بود لذا باید ملاحظه کنیم که کدام یک از اجرت المثل و مدعی عامل، کمتر است، همان را می گیریم و سپس آن را ملاحظه می کنیم که کدام یک از آن و مدعی مالک بیشتر است، همان را برای عامل ثابت می کنیم چنانکه در قول اول دانسته شد.

نظریه شارح در مورد بحث

والتحقیق أن... توضیح: شارح می فرماید: تحقیق مطلب آن است که در حکم مسأله مورد بحث باید تفصیل داد به این صورت که:

اگر در نزاعی که مالک و عامل در مزد دارند، سخن از تعیین مقدار مزد در عقد جعاله نباشد و هر دو قبول دارند که مزد معینی در جعاله ذکر نشده است، مثل اینکه عامل نمی گوید که تو برای من صد تومان مزد بابت پیدا کردن گمشده قراردادی، بلکه چنین بگوید که: «من بابت پیدا کردن گمشده تو، صد تومان مستحق هستم» ولی مالک بگوید: «تو بابت پیدا کردن گمشده من پنجاه تومان مستحق هستی».

در این صورت، قول مالک مقدم است چون او منکر محض است، به جهت آنکه قولش موافق با اصل برائت از مقدار زاید می باشد پس قسم می خورد و قولش مقدم می گردد، و اصلاً جای این نیست که عامل هم قسم بخورد، چون وی مدعی محض است و وظیفه مدعی، آوردن بینه است نه قسم خوردن، بنابراین، احتمال تحالف (قسم خوردن هر دو) در اینجا وجود ندارد.

و اما اگر در نزاعشان، سخن از تعیین مقدار مزد در عقد جعاله، مطرح باشد به این صورت که عامل بگوید: «تو بابت پیدا کردن گمشده، برای من صد تومان مزد قراردادی» ولی مالک بگوید: «من برای تو پنجاه تومان مزد قراردادام».

در حکم این صورت، دو احتمال وجود دارد:

۱. اینکه قول مالک را با قسم خوردنش، مقدم بداریم - چنانکه قول ابن نما بود -.
۲. اینکه قائل به تحالف شویم و هر دو قسم بخورند و در نتیجه اقل الامرین از اجرت المثل و مدعای عامل ثابت گردد.

ولی شارح، احتمال اول را تقویت می‌کند که قول مالک، مقدم می‌گردد، چون در اینجا قاعده مدعی و منکر جاری می‌گردد نه قاعده تحالف، به جهت اینکه قاعده تحالف در موردی است که قدر مشترکی بین ادعای دو طرف نزاع، وجود نداشته باشد بلکه هر کدام از طرفین، انکار کنند تمام آنچه را که طرف دیگر ادعا می‌نماید، و حال آنکه در مورد بحث چنین نیست و قدر مشترک وجود دارد، زیرا در اینجا مالک و عامل هر دو توافق دارند بر اینکه مزد در قرارداد جعاله، تعیین شده است منتها در مقدار آن مزد، نزاع دارند که یکی مقدار آن را کمتر می‌گوید و دیگری مقدار آن را زیادتر می‌گوید، در چنین موردی قاعده مدعی و منکر جاری است یعنی وظیفه منکر، قسم خوردن است پس باید مالک قسم بخورد و قولش مقدم می‌گردد.

و مورد بحث نظیر نزاع بایع و مشتری در مقدار ثمن مبیع است که قول مشتری - که منکر زیادی ثمن است - با قسم خوردنش مقدم می‌گردد. و نظیر نزاع موجر و مستأجر در مقدار اجرت است که قول مستأجر - که منکر زیادی اجرت است - با قسم خوردنش مقدم می‌گردد.

ترجمه و شرح عبارت: **و التحقيق...** یعنی تحقیق مطلب آن است که اختلاف مالک و عامل در مقدار مزد، اگر خالی از ادعای تعیین مزد در جعاله باشد (و هر دو قبول دارند که مزد معینی در جعاله ذکر نشده است) به این صورت که عامل بگوید: «بابت فلان جعاله (مثلاً جعاله بر پیدا شدن گمشده) من مستحق صد تومان هستم» ولی مالک، آن را انکار کند و ادعا نماید که عامل مستحق پنجاه تومان می‌باشد، در اینجا قول مالک مقدم می‌شود (با قسم خوردنش) چون منکر محض است و اصل، برائت ذمه او از مقدار زائد است همچنانکه قول مالک مقدم می‌شود (با قسم خوردنش) در جایی که منکر اصل عقد جعاله باشد (چنانکه در اولین مسأله از مسائل نزاعی در عبارت مصنف گذشت که عامل ادعا کند مالک قرارداد جعاله بسته

است ولی مالک منکر آن باشد) و در مسأله مورد بحث، اصلاً قسمی متوجه عامل نمی‌گردد (تا در نتیجه، تحالف صورت بگیرد).

الجعل الفلانی کلمه - الجعل - به فتح جیم است یعنی قرارداد جعاله آنه خمسون ضمیر به - مایستحقه العامل - برمی‌گردد که از عبارت قبلی استفاده می‌شود منکر محض کلمه محض اشاره به آن است که مالک اینجور نیست که از یک جهت، مدعی و از جهت دیگر منکر باشد بلکه فقط منکر است و فقط او قسم می‌خورد (چون عامل، تعیین مبلغی را بر او ادا کرده که مالک، تعیین آن مبلغ را منکر است) همانطوری که عامل، مدعی محض است و اینجور نیست که از جهتی دیگر منکر باشد تا قسم خوردن به او نیز متوجه گردد و در نتیجه، تحالف، صورت بگیرد اصل الجعل در اینجا نیز کلمه - جعل - به فتح جیم است.

وإن قال... (این صورت دوم از تفصیلی است که شارح می‌دهد، و عطف بر - قال العامل - در بالا می‌باشد) یعنی و اگر (نزاعشان در مقدار مزد، در مبلغی باشد که در عقد جعاله تعیین شده است، به این صورت که: عامل بگوید: «برای من (در عقد جعاله) صد تومان قراردادی» ولی مالک بگوید: «بلکه پنجاه تومان قراردادم» در این صورت همان دو احتمالی که در باب اجاره گذشت، وجود دارد (یکی احتمال تقدیم قول منکر، که در باب اجاره، منکرزادی اجرت، مستأجر است و قول او مقدم است با قسم خوردنش، و در مورد بحث، منکرزادی مزد، مالک یعنی جاعل است پس قول او با قسم خوردن مقدم می‌شود، و در نتیجه موافقت با قول ابن نما می‌شود. و احتمال دوم: تحالف است که در باب اجاره نیز همین احتمال بود که هم موجر و هم مستأجر هر دو قسم بخورند، و در مورد بحث، هم مالک و هم عامل قسم می‌خورند).

و قول اقوی (در نظر شارح) آن است که در اینجا نیز قول مالک مقدم می‌شود (همانطوری که در صورت اول از تفصیل، قول مالک را مقدم داشتیم) چون مالک و

عامل هر دو توافق دارند بر اینکه عامل، کار را در برابر مزد انجام داده است (و به عبارت دیگر، هر دو قبول دارند که مالک، قراردادی با عامل بسته و مزدی را در آن قرارداد، تعیین کرده است) فقط نزاع آنها در مقدار آن مزد است، پس (قدر مشترکی در ادعای آنها هست و آن تعیین مزد در عقد جعاله می باشد و) این جور نیست که هر کدام از آنها مدعی چیزی باشد که دیگری تمام آن را نفی می کند (که قدر مشترکی بین آنها وجود نداشته باشد و قاعده تحالف در آن جاری گردد).

لَا تَفْقَهُمَا... نگارنده گوید: بهتر این بود که شارح در بیان قدر مشترک بین ادعای مالک و عامل چنین می فرمود که: مالک و عامل هر دو توافق دارند بر مبلغی که مالک ادعا می کند - یعنی پنجاه تومان - و این مبلغ، قدر مشترک بین ادعای آنهاست، و نزاع در مقدار زاید بر آن دارند که عامل آن را ادعا می کند و مالک، منکر آن می باشد.

چنانکه این بیان را شارح در «مسالك» فرموده است.

ولی در اینجا قدر مشترک را طور دیگر بیان کرده و آن اینکه فرموده قدر مشترک، صدور عملی از عامل در مقابل مزد است یعنی آنها هر دو توافق دارند که مزد در قرارداد جعاله، تعیین شده است و عامل هم در مقابل آن مزد، کار را انجام داده، فقط نزاعشان در مقدار آن مزد است.

و نظیر همین بیان را شارح در آخر کتاب الاجاره در بحث نزاع در مقدار اجرت، فرموده است و ما در همان جا نیز به نکته ای که در اینجا ذکر نمودیم، اشاره کردیم.

وإن كان اختلافهما في جنس المَجْعُول مع اختلافه بالقيمة فادعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادعى العامل جعل غيره مما يساوي مائتين فالتحالف هنا متعين، لأن كلا منهما يدعي ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك نشأ من اختلاف الجعل جنساً، أو وصفاً، لا من اختلافه قدراً، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف أولى وإن تساوى القيمة.

نزاع در جنس مزد

وإن كان إختلافهما... توضیح: اگر مالک و عامل نزاع کنند در جنس مزدی که در جعالة قرار داده شده است و فرض این باشد که قیمت آن جنسی که مالک ادعا می‌کند با قیمت جنسی که عامل ادعا می‌کند مختلف باشد، مثل اینکه مالک بگوید: «مزدی که قرار داده‌ام یک کیلوگندم است که قیمت آن پنجاه تومان است مثلاً، ولی عامل بگوید: «مزدی که قرار داده‌ای، یک لباسی است که قیمت آن دویست تومان است».

در این صورت، حکم آن است که هر دو قسم بخورند، چون قدر مشترکی بین ادعای آنها نیست، زیرا تمام آنچه را که مالک ادعا می‌کند، عامل انکار می‌کند، و تمام آن چه را که عامل ادعا می‌کند، مالک انکار می‌کند پس هریک از آنها از یک جهت، مدعی و از جهت دیگر منکر می‌باشند و به خاطر انکارشان باید هر دو قسم بخورند، و در نتیجه چون با قسم خوردن آنها جعالة باطل می‌شود، اجرت المثل برای عامل ثابت می‌گردد.

اشکال و جواب از آن

در اینجا اگر کسی اشکال کند که چرا در نزاع قبلی - یعنی نزاع در مقدار مزد - قائل به تحالف (قسم خوردن هر دو) نشدید و گفتید مالک باید قسم بخورد، ولی در نزاع مورد بحث با اینکه مقدار هم مختلف است (یکی پنجاه و دیگری دویست) قائل به تحالف می‌شوید؟

شارح در جواب می‌فرماید: منشأ قول به تحالف در اینجا اختلاف جنسی آنها شده است نه اختلاف مقداری آنها.

ولذا اگر فرضاً جنس‌هایی که آنها ادعا می‌کنند، از نظر قیمت مساوی هم باشند، نیز حکم در آن تحالف است و این تأیید می‌کند همان گفتار ما را که اختلاف جنسی آنها منشأ قول به تحالف شده است.

ترجمه و شرح عبارت: و این... یعنی و اگر مالک و عامل نزاعشان در جنس مزدی که در جعاله تعیین شده، بوده باشد با فرض آنکه از نظر قیمت، جنسها مختلف باشد، به این صورت که مالک ادعا کند که چیز معینی که به ارزش پنجاه تومان است، مزد قرار داده شده، ولی عامل ادعا کند که چیز دیگری که به ارزش دویست تومان است، مزد قرار داده شده، در اینجا قسم خوردن هر دو متعین است (و احتمال دیگری در حکم نیست برخلاف صورت نزاع در مقدار مزد، که احتمال دیگری مثل قسم خوردن مالک در آن وجود داشت، ولی در مورد بحث بدون شک، فقط تحالف است) چون هر کدام از آنها ادعا می‌کند چیزی را که دیگری (تمام) آن را انکار می‌نماید، ولی (باید توجه داشت که) حکم به تحالف در اینجا ناشی شده از اختلاف مزد در جنس یا وصف، نه از اختلاف آن در مقدار، و (مؤید این گفتار ما آن است که)

وقتی اختلاف در جنس، فرض شد، قول به قسم خوردن هر دو متعین است حتی در صورتی که هر دو جنس از نظر قیمت، مساوی باشند.

جعل شیء کلمه - جعل - به فتح جیم یعنی قرار دادن إِلَّا أَنْ ذَلِك... این جواب از اشکال مقدری است که توضیح داده شد إختلاف الجعل کلمه - جعل - در اینجا به ضم جیم است یعنی مزد جنساً مثل اینکه یکی بگوید مزد، گندم است و دیگری بگوید: مزد لباس است أَوْ وصفاً مثل اینکه یکی بگوید: مزد، لباس قرمز است، دیگری بگوید: مزد، لباس آبی است.

وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم، لأن جماعة - كالمحقق والعلامة - شركوا بينه وبين الاختلاف قدرا في الحكم، وليس بواضح.

ويبقى في القول بالتحالف مطلقا إشكال آخر وهو فيما إذا تساوت الأجرة وما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه عنها، فإنه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدعيه العامل، لثبوت ما حكم به من مدعى المالك زائدا عن الأجرة، أو مساويا باعترافه فتكليف العامل باليمين حينئذ لا وجه له، لاعتراف المالك به، وإنما يتوجه لو زادت أجرة المثل عما يدعيه المالك فيتوقف إثبات الزائد من الأجرة عما يدعيه على يمين المدعي وهو العامل.

وإنما ذكرنا... توضيح: شارح می فرماید: مصنف مسأله نزاع در جنس مزد را مطرح نکرد بلکه ما آن را در ذیل مسأله نزاع در مقدار مزد در اینجا مطرح کردیم، و جهتش آن است که بعضی از فقها - مثل محقق حلی و علامه حلی - حکم هر دو مساله را یکی دانسته اند و گفته اند: در هر دو باید مالک قسم بخورد، و چون این مطلب در نظر ما روشن نبود، زیرا چنانچه گفتیم، در مسأله نزاع در مقدار مزد، مالک باید قسم بخورد ولی در مسأله نزاع در جنس مزد، هر دو باید قسم بخورند (یعنی تحالف) لذا مساله نزاع در جنس را در اینجا مطرح نمودیم تا اعلام کنیم که ما با نظر محقق و علامه موافق نیستیم.

ترجمه و شرح عبارت: و إنما... یعنی علت اینکه ما اختلاف در جنس (و نزاع مالک و عامل در جنس مزد) را در این بخش ذکر کردیم (یعنی در بخش نزاع در مقدار مزد) آن است که چون گروهی از فقها - مثل محقق و علامه - تشریک کرده اند بین اختلاف در جنس و اختلاف در مقدار را در حکم، در حالی که این تشریک (در نظر ما) روشن نیست (لذا ما جدا کردیم حکم آن دو مسأله را).

اشکال کلی در مورد تحالف

و یقی فی القول... توضیح: شارح می‌فرماید که در هر موردی که قائل به تحالف بشویم - خواه در مورد نزاع در جنس و خواه در مورد نزاع در مقدار - اشکالی کلی وارد است و آن اینکه اگر فرض این باشد که مدعی مالک مساوی با اجرت المثل است و یا بیشتر از اجرت المثل است، وقتی که مالک، قسم خورد بر نفی زیادی که عامل ادعا می‌کند، دیگر وجهی ندارد که متقابلاً عامل نیز قسم بخورد، زیرا آن مقداری که مالک ادعا می‌کند (چه بیشتر از اجرت المثل باشد و چه مساوی با آن) به اقرار خودش، برای عامل ثابت می‌گردد، بنابراین برای ثبوت آن برای عامل احتیاجی نیست که عامل قسم بخورد.

آری در یک فرض، قسم خوردن عامل بجاست و آن در جایی که اجرت المثل بیشتر از مدعی مالک باشد، در این صورت ثبوت مقدار زیاد بر مدعی مالک، برای عامل احتیاج به قسم عامل دارد، چون مدعی عامل بیشتر است از اجرت المثل و از مدعی مالک، عامل به اعتبار آنکه منکر مدعی مالک است، قسم می‌خورد و با قسم او مدعی مالک، منتفی می‌گردد، در نتیجه اجرت المثل در فرض ماکه بیشتر از مدعی مالک است، ثابت می‌شود.

ناگفته نماند که در اینجا بفرمایش شارح، بعضی از محشّین، اشکالاتی وارد کرده است که ما به جهت اختصار، متعرض آن نمی‌شویم.

ترجمه و شرح عبارت: و یقی... یعنی در مورد قول به قسم خوردن دو طرف (مالک و عامل) - چه در مورد اختلاف در جنس و چه در مورد اختلاف در مقدار - اشکال دیگری (علاوه بر اشکالی که در بالا ذکر نمودیم) باقی می‌ماند و این اشکال مربوط به آن فرضی است که اجرت المثل با مزدی که مالک ادعا می‌کند مساوی باشد و یا

مزدی که مالک ادعا می‌کند بیش از اجرت المثل باشد (بیان اشکال این است که: بدرستی که در این فرض، وجهی نیست برای قسم خوردن عامل بعد از قسم خوردن مالک بر نفی مقدار زایدی که عامل آن را ادعا می‌کند، زیرا آنچه که حکم به آن می‌شود، یعنی مدعای مالک - چه بیشتر از اجرت المثل باشد و چه مساوی با آن - به اعتراف خود مالک، ثابت می‌شود، بنابراین تکلیف کردن عامل را به قسم خوردن در این فرض، وجهی ندارد چون خود مالک، اقرار به آن مقدار دارد.

ثبوت ... علت است برای - لاجه - حکم به به صیغه مجهول من مدعی ... بیان می‌کند - ما حکم - را بإعترافه متعلق است به - ثبوت - المالک به ضمیر بر می‌گردد به - مدعی المالک - و إنما یتوجه ... یعنی همانا قسم خوردن عامل در صورتی موجه است که اجرت المثل بیشتر از مدعای مالک باشد، که در این صورت اثبات آن مقدار از اجرت المثل که بیشتر از مدعای مالک است، متوقف بر قسم خوردن مدعی - یعنی عامل - است عَمَّا يَدْعِيهِ يَعْنِي عَمَّا يَدْعِيهِ الْمَالِكُ عَلَى يَمِينٍ متعلق است به - یتوقف -.

خدای متعال را شاکرم که توفیق داد این مجلد از شرح را در ظل توجهات و عنایات «ولی الله الاعظم حضرت بقیة الله فی الارضین و حجة الله علی العالمین علیه السلام» در شب پانزدهم ماه رجب المرجب سال ۱۴۲۲ هجری قمری (روز وفات عصمت صغری حضرت زینب کبری علیها السلام) مصادف با ۱۱ مهرماه سال ۱۳۸۰ هجری شمسی به اتمام برسانم. باز هم از خداوند منان خواستارم این نعمت بزرگ یعنی نعمت خدمتگذاری به امام عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف و خدمت به حوزه‌های علمیه و طلاب گرامی را از این حقیر نگیرد تا بتوانم بقیه مجلدات این شرح را - که قرعه فالش را به نام اینجانب زده‌اند - به پایان برسانم.

والسلام علیکم ورحمة الله وبرکاته.